

**طبيعة الالتزام في الفقه الاسلامي
والقانون المدني**

د . محمد فرحات حجازي
مدرس القانون بقسم الفقه والأصول
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة قطر

طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي^(١) والقانون المدني

تمهيد:

يعرف الباحث في الفقه الإسلامي أن الفقهاء المسلمين كان لهم منهجهم الخاص في الدراسة والبحث ، وهو منهج يقوم على الاستقراء والتحليل وتتبع الجزئيات والتفريعات أكثر مما يقوم على التركيب باستخلاص النظريات العامة التي تتناول كل منها ما يدخل تحتها من الجزئيات . ولذلك لم يؤثر عنهم أنهم صاغوا أو حاولوا صياغة نظرية عامة للالتزام ، وذلك لأنهم كانوا عمليين يهتمهم في الدرجة الأولى تعرف الأحكام الشرعية من أصولها العامة وذلك ظاهر من كتب الفقه الإسلامي .

استعمال لفظ الالتزام :

لقد استعمل الفقهاء المسلمون لفظ الالتزام بمعناه الحديث اليوم في الاصطلاح القانوني فقد جاء في الموافقات للشاطبي المالكي بمناسبة الكلام عن خطاب الشارع « إن من شرط تعلق الخطاب إمكان فهمه لأنه إلزام يقتضي التزاماً »^(٢) .

ولقد عرفه أحد الفقهاء المحدثين^(٣) بأنه « كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو

(١) جاء في المعجم الوسيط جـ ٢ ص ٨٢٩ : التزام الشيء أو الأمر : أوجبه على نفسه . والالتزام والاستلزام هو كون الحكم مقتضياً لحكم آخر بأن يكون إذا وجد المقتضي وجد المقتضي عند وجوده ، أو كونه بحيث يلزم من تحقيق المسمى في الخارج تحققه . محيط المحيط - بطرس البستاني فقرة - ٨١٤ ط ١٩٨٧ بيروت ، وانظر لسان العرب ج ٥ ص ٤٠٢٧ ، مختار الصحاح ص ٥٩٧ .

(٢) الموافقات للشاطبي - مبحث المانع ج ١ ص ٢٨٥ .

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته - د . وهبه الزحيلي ج ٤ ص ٨٢ .

نقله أو تعديله أو انهاءه ، سواء أكان صادراً من شخص واحد كالوقف والابراء ، أم من شخصين كالبيع والاجاره » وبناءً على ذلك فالالتزام يرادف كلمة العقد بالمعنى العام ، ويختلف عن كلمة العقد بالمعنى الخاص ، فالعقد مقصور على نوع خاص من الالتزام وهو ما كان صادراً من شخصين كالبيع ، بينما الالتزام أعم من ذلك لأنه يشمل ما صدر من شخص واحد كالوقف ، كما يشمل ما صدر من شخصين أو وجد بإرادتين مزدوجتين كالبيع والإجارة .

بينما عرف فقيه آخر^(١) الحق الشخصي أو الالتزام بأنه رابطة بين شخصين دائن ومدين ، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

وبناءً على ذلك فإن الالتزام يشتمل على عدة من الروابط المتميزة عن بعضها في الفقه وهذه الروابط هي :

١ - الالتزام بالدين ، وهو إلتزام محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية . وهذا هو الذي يتعلق بالذمة .

٢ - والالتزام بالعين وهو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكيها أو تمليك منفعتها أو تسليمها أو حفظها .

٣ - والالتزام بالعمل ، وهو التزام محله صنع شيء معين بعقد استصناع .

٤ - والالتزام بالتوثيق ومحله كفالة التزام ومصدره عقد الكفالة .

هذه هي أنواع الالتزام المختلفة يتميز بعضها عن بعض ولايدمجها فقهاء الشريعة الإسلامية في نوع واحد يسمونه الالتزام كما يفعل فقهاء القانون الوضعي . ومن بين هذه الأنواع المتعددة ليس إلا الالتزام بالدين هو الذي يتعلق بذمة المدين ، أما الالتزامات الأخرى فلا تتعلق بالذمة إلا إذا تحولت إلى التزامات بالدين^(٢) .

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي د/ عبد الرزاق السنهوري ج١ ص ١٣ وما بعدها .

(٢) السنهوري المرجع السابق ص ١٧ .

وعلى ذلك إذا أردنا أن نحدد طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي ، فإننا لا نجد تحت هذا البحث ما يعد نظرية في الالتزام نستطيع منها بيان طبيعته ، ومن ناحية أخرى لا نستطيع أن نقيس ما ورد في الفقه الإسلامي بالأفكار التي سادت أو تسود نظرية الالتزام في القانون المدني ، لأننا إذا فعلنا ذلك أدى بنا إلى نتيجتين لا يرضاها الباحث في الفقه الإسلامي : -

أولاهما : أن يؤدي ذلك إلى محاولة فرض لون من الصياغة على تشريع له صياغته الخاصة به وهي فريدة من نوعها ، وفي محاولة تقريب الأفكار القانونية من بعضها في هذا المجال فإننا لا بد من أن نعتبر أحد المثالين هو الأساس في التفكير القانوني وفي ذلك من التحكم بالنسبة إلى الفقه الإسلامي مما يجعلنا ننأى عن ذلك .

ثانيهما : أن الفقه الإسلامي فيه الكثير من الإبداع والتجديد وهو يفقد كثيراً من هذا الإبداع إذا حاولنا أن نفرض صياغة معينة عليه .

والناظر في الأصول التي قام عليها الفقه الإسلامي والفروع التي بنيت على تلك الأصول يسجل باطمئنان أن هذا الفقه بصونه الحق وإقامة العدل لم ينطلق في أحكامه في اتجاه واحد مادي أو شخصي وإنما سلك - في أصالة - طريقاً وسطاً بين المادية والشخصية ، أو هو مزاج منهما .

فالمذهب الشخصي يرى أن الأمر الجوهري في الالتزام هو أنه رابطة شخصية بين الدائن والمدين تخضع المدين للدائن وتقيده من حريته وتمتد إلى جزء من نشاطه .

أما المذهب المادي فينظر إلى موضوع الالتزام وقيمه المالية دون أشخاصه من دائن ومدين ويربط به حق الدائن ، وبذا يخفف الضغط بل يزول عن شخص المدين^(١) .

(١) راجع الشيخ أحمد إبراهيم - مذكرة مبتدأة في بيان الالتزامات ص ٢٥ ، د . جمال الدين محمود - سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي ص ١٥٩ .

ونذكر من المبادئ والفروع ما يؤيد هذا الذي ذهبنا إليه : -
 أولاً : انتقال الالتزام من ناحيته الإيجابية - حواله الحق - والسلبية - حواله الدين - وإمكان هذا الانتقال جاء نتيجة للفصل ما بين أشخاص الالتزام ومحله ، وهو أثر من آثار النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي .
 أما المذهب الشخصي الذي يأخذ بالنزعة الذاتية ، فإن منطقة هيقتضي عدم إمكان تغيير طرفي الرابطة ، وهذا ما قضي به القانون الروماني .
 وبتعبير آخر أقر الفقه الإسلامي حواله الحق ، وحواله الدين ، فللدائن أن يحيل سواء على المدين ، وللمدين أن يحيل دائنه على سواء ، وبذلك ينتقل الالتزام إلى شخص ثالث هو دائن في حواله الحق ومدين في حواله الدين .
 على أن أقرار الفقه الإسلامي لحواله الحق وحواله الدين ليست من الأمور المتفق عليها بين الباحثين في الفقه هذا .

فمنهم من يؤيد هذا الأقرار^(١) مطلقاً ، ومنهم من يؤيده مع مراعاة بعض الضوابط أو القيود^(٢) . وفي معرض ذلك يقول أحد الباحثين : « سنرى أن للالتزامات في الفقه الإسلامي صبغة مادية ، وقد أدت هذه الصبغة إلى إمكان تصور انتقال الالتزام من ناحيته السالبة - يعني حواله الدين - بينما هو لا يقبل الانتقال من ناحيته الموجبة - يعني حواله الحق - وهذا الانتقال يتم بواسطة ما أسموه الحوالة^(٣) ثم نجد هذا الباحث يعدل عن رؤية في حواله الحق في موطن آخر حيث يقول : « وأما حواله الحق فالذي اتضح لنا بعد استقراءنا للمسائل أن الحكم بعدم جوازها هو في الواقع حكم مبترس . . . »^(٤) . على حين يقرر باحث

(١) ومن هؤلاء الفقهاء د. شفيق شحاته ، د. مصطفى الزرقا .

(٢) ومن هؤلاء د. عبد الرزاق السنهوري .

(٣) د. شفيق شحاته ، النظرية العامة للالتزامات ص ١١٩ .

(٤) د. شفيق شحاته - محاضرات عن حواله الحق في قوانين البلاد العربية - ألقاها في معهد

الدراسات العربية ص ٦١ .

آخر^(١) في الفقه الإسلامي بأن حوالة الحق لا تصح في الفقه الحنفي بيد أنها تصح عند الأئمة الثلاثة للحاجة إليها .

ومن الفقهاء من يقول بوجود حوالة الحق بشروط معينة في مذهب واحد من مذاهب الفقه الإسلامي وينفي وجود حوالة الدين في المذاهب الأربعة جميعاً . ثم يعقب على ذلك قائلاً : « كيف صحت حوالة الدين في مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة ، وصحت حوالة الحق في مذهب مالك ؟ يفجأ الباحث حقاً إذا أخذ بظاهر العبارات أن يجد المذاهب الأخرى في الفقه الإسلامي غير مذهب مالك لا تميز حوالة الحق ، وتميز حوالة الدين ، مع أن حوالة الحق تسبق عادة في تطور النظم القانونية حوالة الدين ، بل أن هناك قوانين - كالقانون الفرنسي - عرفت حوالة الحق ولا تعرف حتى اليوم حوالة الدين ، ويفجأ الباحث أيضاً أن يرى الفقه الإسلامي يميز حوالة الدين بالعقد ولا يميزها بالميراث ، مع أن انتقال الدين بالميراث يسبق عادة انتقاله بالعقد ، بل أن القانون الروماني في أعلى مراحل تقدمه لم يميز انتقال الدين بالعقد بالرغم من أنه أجاز انتقاله بالميراث على أن البحث الدقيق في نصوص الفقه الإسلامي يزيل هذا العجب ، ويبعد عن الفقه الإسلامي شبهة هذا الشذوذ - فليس صحيحاً أن الفقه الإسلامي عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق .

وإلا كان هذا بدعاً في تطور القانون . ومن غير الطبيعي أن يعرف نظام قانوني حوالة الدين قبل أن يعرف حوالة الحق ، كما أنه من غير الطبيعي أن يسلم نظام قانوني بانتقال الدين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت . لقد كان الفقه الإسلامي في تطوره طبعياً كسائر النظم القانونية لم يعرف حوالة الدين لا بسبب الموت ، إذ الدين لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى في التركة حتى تقوم بسداده ، ولا بين الأحياء ، إلا في صورة من صور الكفالة أو

(١) الشيخ أحمد إبراهيم المرجع السابق ص ٢١٩ .

التجديد ، وعرف حوالة الحق بسبب الموت إذ حقوق المورث تنتقل إلى الوراث وبين الأحياء بقيود معينة وفي مذهب واحد هو المذهب المالكي .

أما ما يسمى في الفقه الإسلامي بحوالة الدين فهو في الفقه الحنفي غيره في فقه المذاهب الثلاثة الأخرى وهو في المذاهب الأربعة جميعاً ليس - حوالة دين - بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي . . .^(١) ، وقد ذكر أحد الفقهاء أن الحوالة الإسلامية هي من المرونة بحيث تؤدي في نفس الوقت وظائف عدة ، فهي تؤدي وظائف الاحالة ، والتنازل عن الحق ، والوكالة بالقبض ، والوكالة بالقضاء^(٢) والواقع أن حوالة الدين تمثل ميلاً إلى النزعة المادية في الالتزام في الفقه الإسلامي ؛ لأنها تجيز انتقال الدين بين أشخاص لم تربطهم علاقة الدين عند نشأتها برابطة قانونية وهي - نقل الدين من ذمة لأخرى وهي مأخوذة من التحول لأن الطالب تحول من طلبه لغريمه إلى غريم غريمه^(٣) . ولا يستعمل لفظ الحوالة في الفقه الإسلامي إلا في نقل الدين من ذمة مدين إلى ذمة مدين آخر - بخلاف فقهاء القانون الوضعي فإنهم يستعملونه للدلالة على كل من حوالة الدين وحوالة الحق^(٤) . ولذا قال ابن عرفة : « الحوالة طرح الدين عن ذمة في أخرى »^(٥) ويعرفها الدردير بأنها : « نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى »^(٦) .

(١) د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٥ ص ٧٦ - ٧٧ .

(٢) هيفلان أشار إليه د. صوفي أبو طالب دراسات إسلامية العدد ١ ص ١٧٦ .

(٣) تبين الحقائق للزليعي ج ٤ ص ١٧١ ، البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٢٤٤ ، شرح فتح القدير لابن الممام ج ٥ ص ٤٤٣ ، وعرفتها المادة (٧٧٦) من مرشد الحيران بقولها : «الحوالة هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه» وكذلك عرفتها المادة (٦٧٣) من مجلة الأحكام العدلية بقولها : «الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى» .

(٤) الشيخ علي الخفيف - نظرية الديون في الشريعة الإسلامية - مذكرات مطبوعة لطلبة دبلوم القانون ص ١-٥ .

(٥) شرح فتح الجليل - محمد عليش ج ٣ ص ٢٢٨ .

(٦) الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٢٩٤ .

ويقول القاضي عياض : أكثر المالكية على أن الحوالة بيع دين بدين لكنها
رخصة استثنيت من بيع الدين ومن بيع العين بالعين^(١) ، فلم يشترط فيها حضور
المحال عليه واقاره بما عليه من الدين ، ولم يشترط فيها أن تكون يدا بيد كما في
بيع العين بالعين .

وأما عند الشافعية فقد اختلفت آراؤهم فيها ، فمنهم من يرى أن الحوالة
نقل دين من ذمة إلى أخرى كما يراها الحنفية^(٢) ، ومنهم من يراها استيفاء ، فهي
ضرب من ضروب الوفاء ليستوفي بها المحال دينه بما للمحيل في ذمة المحال .
ومنهم من يقول : إنها إسقاط بعوض أي أن المحال تنازل عن دينه الثابت له في
ذمة المحال عليه^(٣) على حين نجد رأياً آخر يقول : إنها بيع دين بدين جوز
للحاجة . وهذا هو الرأي الراجح عند الشافعية^(٤) .

وأما عند الحنابلة - فيراها بعضهم أنها من قبيل بيع الدين بالدين ويقول
هذا الرأي : أن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجازت
ترخيصاً . على حين يراها أكثر الحنابلة على أنها نقل الدين من ذمة المحيل إلى
ذمة المحال عليه وهذا هو الرأي المنسوب لأبي يوسف من فقهاء الحنفية^(٥) .
ولقد اتفق الفقهاء على شروط وجود المحتال في الحوالة سواء باشر العقد
بنفسه أو بنائب عنه ،

أما العاقد الثاني فأما أن يكون المحتال عليه أو يكون المحيل ، فإن كان
المحتال عليه صحت الحوالة ونفذت إذا رضي بها المدين اتفاقاً ، وإن لم يرض بها

(١) شرح منح الجليل ج٣ ص ٢٢٩ .

(٢) البجيرمي على شرح منيع الطلاب ج٣ ص ١٧ - ١٨ .

(٣) مذكرات الشيخ علي الخفيف السابق الإشارة إليها .

(٤) البجيرمي على شرح منيع الطلاب ج٣ ص ١٨ .

(٥) المغنى لابن قدامة ج٥ ص ٥٤ - ٥٥ ، كشاف القناع ج٢ ص ١٨٦ ، مذكرات الشيخ علي

الخفيف السابق الإشارة إليها .

المدين ففي رواية أنها تصح وتنفذ ، والقول الآخر أنها لا تصح حتى لا يأنف المدين من أن يتحمل غيره الدين عنه ، والقول الأول مستند إلى أن الحوالة إذا لم يكن المدين طرفاً فيها فلا وجه لاشتراط رضاه . وشرط الحوالة رضاء المحيل والمحال فقط^(١) .

ويشترط رضاء المحال عليه عند الحنفية ، فإذا لم يرض لم تتم ؛ لأن الدين ينتقل بها إلى ذمته .

وأما عند المالكية والشافعية والحنابلة فيذهبون إلى أن رضاه شرط إذا لم يكن مديناً للمحيل فإذا كان مديناً له فرضاء المحال عليه ليس بشرط^(٢) . ويترتب على الحوالة براءة المحيل من مطالبته بالدين المحال به اتفاقاً ، أما براءة ذمته ، فذهب أبو يوسف إلى أنها تبرأ ، وعلى خلافه يرى محمد أن ذمة المحيل تظل مشغولة بالدين وينتقل الدين بالصفة التي هو عليها من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه بصفته التي هو عليها^(٣) .

ومن يرجع إلى كتب الحنفية يجد أنهم قد أجازوا كلا من الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة ، فالحوالة المطلقة لا يشترط فيها أن يكون للمحيل مال لدى المحال عليه ، وقد يكون المحال عليه مديناً وقد يكون غير مدين إلا أنه في الحالة الأولى يجب ألا يقيد الوفاء للمحيل عند المحال عليه .

وأما الحوالة المقيدة فهي ما قيد الوفاء فيها بما للمحيل لدى المحال عليه من دين أو عين ، فهي تفترض إذن أن يكون المحال عليه إما مديناً للمحيل ، وإما واضعاً يده على عين مملوكة له ، هذه العين قد تكون وديعة لدى المحال عليه أو مغصوبة من المحيل^(٤) .

(١) شرح منح الجليل ج٣ ص ٢٢٨ وانظر القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣١٤ .

(٢) أحكام المعاملات - الشيخ على الخفيف ص ٤٥٠ .

(٣) البحر الرائق لابن بخيم ج٦ ص ٢٤٤ ، شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص ٤٤٥ وما بعدها بدائع الصنائع ج٦ ص ١٧ .

(٤) في هذا المعنى د . عبد الرودويجي - حوالة الدين ص ١١٠ .

وكلا النوعين من الحوالة جائز لقوله عليه الصلاة والسلام : «وإذا أحييل أحدكم على مليء فليتبع»^(١) دون تفرقة بين كلا النوعين .
 ولم يفرق فقهاء الحنفية في المعنى بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة ، فهي في الحالتين نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه^(٢) .
 وعلى هذا فمن اليسير تمييز نوع الحوالة إذا نظرنا إلى المحيل ، فإن كان المحيل هو الدائن فهي حوالة حق ، وإن كان المحيل هو المدين فهي حوالة دين .
 إذا علمنا هذا فكل حوالة مطلقة يحيل بها المدين دائنه على آخر فهي من قبيل حوالة الدين ، وكل حوالة مقيدة يكون فيها الإنسان مديناً لشخص ودائناً لآخر ، فيحيل دائنه على مدين ليقبض ذلك الدائن المحال دين المحيل من مدينه المحال عليه فهي 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^(٣) .
 وعلى ذلك جوز الفقهاء أن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن ، ويحيل المرتهن على الراهن بالدين ، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر^(٤) ، 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 منهم كالمستوفي لحقه بهذه الإحالة على مدينه^(٥) .

(١) رواه الترمذي في سننه ج٣ ص ٥٩١ - ٥٩٢ ، وابن ماجه ج٢ ص ٨٠٣ .

(٢) بدائع الصنائع ج٦ ص ١٦ ، شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٥٠ ، تبين الحقائق للزيلعي ج٤ ص ١٧٣ وما بعدها .

(٣) د . مصطفى الزرقا الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج٢ ص ٧٦ .

(٤) تبين الحقائق للزيلعي ج٤ ص ١٧٢ - ١٧٤ .

(٥) رد المختار على الدر المختار - ابن عابدين - ج٤ ص ٢٩١ .

ويتضح لنا من هذه الفروع التي قدمناها أنها كلها حوالة حق ضمن الحوالة المقيدة . أي أن المحيل فيها هو دائن ومدين ، فكون المحيل مديناً للمحال ليتحقق معنى الحوالة بوجه عام ، لأنها لا تسمى حوالة إلا إذا كانت بين مدين ودائن .

وكون المحيل دائناً أيضاً ليتحقق معنى حوالة الحق بنقل المحيل حقه الذي على مدينه إلى شخص آخر هو هنا دائنه المحال .

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

«بل حقيقة الحوالة أن تكون مطلقة إذ المقيدة توكيل بالأداء والقبض»^(١) .

وعلى ذلك فاحالة الدائن فقط - دون أن يكون مديناً - هي عند الحنفية توكيل القبض وهو جائز ، أو هي بيع الدين أو هبته من غير من عليه الدين وذلك غير جائز عندهم ، ولعل هذا هو مثار شبهة بعض الفقهاء^(٢) في نفي حوالة الحق عند الحنفية ، والشبهة عندهما هي عدم ملكية المحال بعقد الحوالة ما للمحيل عند المحال عليه في عقد الحوالة المقيدة ، على ظن أن حوالة الحق تستوجب التمليك كالبيع ، مع أن الحوالة عند فقهاءنا ليست بيعاً ولا تمليكاً ، وإنما هي عقد خاص يفترق عن البيع في شرائطه ونتائجه .

وفقهاء الحنفية لم يميزوا للدائن نقل حقه بطريق البيع ، ولكنهم أجازوه له بطريق الحوالة ، فإذا لم تفد الحوالة التمليك ، 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 .

وإذا كانت حوالة الدين مسلماً بجوازها عند الأستاذين الفاضلين في الفقه الحنفي الذي سوى الحكم في صور الحوالة ، وأن للنقل غير النهائي سواء في ذلك

(١) تبين الحقائق جـ ٤ ص ١٧٣ .

(٢) الشيخ أحمد إبراهيم ، الدكتور / شفيق شحاته .

الحوالة المقيدة - التي فيها نقل حق - والحوالة المطلقة - التي ليس فيها سوى نقل الدين - كان القول بنفي حوالة الحق في الفقه الحنفي استناداً إلى عدم إفادتها نقل الملكية النهائية ليس سويّاً ، والالزم منه القول بنفي حوالة الدين أيضاً ؛ لأنها لا تفيد نقل الملكية النهائي ولا وجه للإثبات في صورة والنفي في أخرى . وعندئذ لا ندري لماذا وضع الفقهاء في مباحث الفقه كتاب الحوالة^(١) ؟ .

أما ما ذكره أستاذنا - السنهوري فيما سبق - فنتفق معه فيما انتهى إليه وإن كنا لا نميل إلى ما ذهب إليه من محاولة تنزيل الحوالة في الفقه الإسلامي على نظرية التطور الطبيعي لانتقال الدين في تاريخ القوانين ، إذ أن الشريعة الإسلامية في أصلها شريعة سماوية تعتمد على الوحي قبل كل شيء ، وهذا يعني أنها في الأصل فوق سنن التطور . وهذه المسألة من المنصوصات بمعنى ثبوتها بنص الشارع ، وليست من اجتهاد الفقهاء ، فلا يصح إخضاعها للتطور التاريخي ، وتبقى في جملة المبادئ التي تولى الشارع نفسه النص عليها ابتداءً لأنها من القواعد المخددة للفقه المسوغة بقاءه وصلاحيته لكل زمان ومكان .

«إن إخضاع الفقه الإسلامي إلى نفس السنن التي خضع لها القانون الروماني كما ذهب إليه أستاذنا ليس بسديد أضف إلى ذلك أن القانون وهو من العلوم الاجتماعية المعقدة ، لا يخضع بشكل واضح لمبدأ التقيد الذي يخضع له عالم المادة . فكثيراً ما نرى في مجال تطور مفهومات القانون حركة شبيهة بحركة رقص الساعة ، إن هذه المفهومات غالباً ما تسير من مد إلى جزر ومن جزر إلى مد .

فليس ما يدعو إلى الاستغراب إذن أن يغيّر الفقه الإسلامي القانون الروماني في إجازته لحوالة الدين بالعقد دون الميراث . إن عدم إلزام الوارث بدين المورث في الفقه الإسلامي يتفق وروح هذا الفقه التي تأبى أن تزرر وازرة وزر

(١) راجع مناقشة هذا الموضوع - د. مصطفى الزرقا ، المرجع السابق ج-٢ ص ٧٠-٧٩ .

أخرى^(١) ، « وإن الغرم بالغنم » ، « والخراج بالضمان »^(٢) وهذه الروح فيما أعتقد هي التي أملت على التشريع الإسلامي قاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الديون » وليس لدينا من الأدلة ما يكشف لنا عن سوابق هذه القاعدة في عهد الجاهلية . وقد يكون القرآن الكريم في آيته الكريمة ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾^(٣) قد عبر عما سار عليه العرب قبل الإسلام ، وقد يكون قد غاير ما ساروا عليه والمهم في الأمر نفي كون الفقه الإسلامي « شاذاً عن سنن التطور » وعدم طبيعته كما ذهب إليه أستاذنا الفاضل في كلامه السابق فهو يقول : « ومن غير الطبيعي أن يسلم نظام قانوني بانتقال الدين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت » .

فهل القانون الروماني هو الضابط في تطور المفاهيم القانونية . وإذا كان الأمر كذلك فلم قفز المشرع الإسلامي في مبدأ الرضائية قفزته الرائعة تلك القفزة التي عبر أستاذنا السنهوري عن إعجابه بها في أكثر من موضع ، وهل يعتبر الفقه الإسلامي غير طبيعي في قفزته هذه لأنه حاد عن منطق القانون الروماني ؟!^(٤) . وعلى ذلك فإن المقارنة التي عقدها أستاذنا السنهوري بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني ، والذهاب إلى أن القانون الروماني قد سار على سنن التطور بإجازته لانتقال الدين بالارث قبل إجازته لانتقاله بالعقد يخرجان - بأستاذنا الفاضل - عن الخطة التي وضعها في مقدمة سلسلة قيمة في مصادر الحق في الفقه

(١) سورة النجم الآية : ٣٨ .

(٢) حديث رواه أبي داود في سننه ج٣ ص ٧٧٩ ، وأخرجه الترمذي في سننه ج٣ ص ٥٧٣ ، وابن ماجة في سننه ج٢ ص ٥٧٤ .

(٣) سورة النساء الآية : ١١ .

(٤) انظر د. وحيد الدين سوار - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ص ٧-١٠ ، مصادر الحق للسنهوري ج١ ص ٣٧ ، نظرية العقد للسنهوري ص ٦٣ الشيخ علي الخفيف في بحثه التصرف الانفرادي والإرادة المفردة ص ٢٧ .

الإسلامي ، وقد جاء في هذه المقدمة : «ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أسس موهومة أو خاطئة ، فإن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صنعة يستقل بها ويتميز عن سائر النظم القانونية في صياغته ، وتقتضي الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحفظ 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 . فإن هذا لا يكسب الفقه ابلاسلامي قوة ، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والابداع وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم»^(١) وبذلك فصل الفقه الإسلامي بين محل الالتزام وأشخاصه ، وذلك تغليب واضح لفكرة المادية في الالتزام . أما القانوني الروماني ذو النزعة الشخصية فلم يكن في مقدوره تقبل ذلك .

ثانياً : التمييز بين ذات الدين والمطالبة به :

ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين ذات الدين والمطالبة به ، ويتبين ذلك من حديثهم عن الحوالة والكفالة والإبراء وتأجيل الدين . فالحوالة نقل الدين من ذمة إلى أخرى - أي يترتب عليها البراءة من المطالبة بالدين ، وذلك لا خلاف فيه ، وإنما الخلاف في الدين ذاته وهل يبرأ منه المدين أم لا تبرأ ذمته رغم حوالة الدين ، والمطالبة بالدين هي ولا شك أثر من آثار العلاقة الشخصية في الالتزام ، وهي تسقط حال الحوالة لأنها تستند إلى الرابطة الشخصية بين المدين والدائن ، وقد غيرت منها الحوالة ، بخلاف الدين في ذاته وهو الجانب المادي في علاقة الالتزام .

والكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في المطالبة فقط . وفي الإبراء يستفاد من كلام الفقهاء التفريق بين الإبراء عن أصل الحق ، والإبراء عن

(١) السنهوري في مصادر الحق ج١ ص٢ ، وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ص ١٠ .

الدعوى به . فالإبراء عن الدعوى فقط لا يسقط الحق ولكن يمنع المطالبة به ،
والتقاص هو أن يثبت للمدين عند الدائن نظير دين هذا عليه ، وهو إنما يمنع
المطالبة ولا يسقط الديون المتقابلة ، فلو أبرأ أحدهما الآخر بعد ذلك طوبى بما
للآخر عليه إذ بزوال المانع يعود الممنوع^(١) .

والدين بوجه عام يقبل التأجيل إلى زمن معين كما يقبل التنجيم - أي
التقسيم - بحيث يؤدي كل قسط منه في موعد معين ، فتأجيل الدين يمنح
المطالبة قبل حلول الأجل رغم قيام الدين^(٢) .

ثالثاً : أجاز بعض الفقهاء أن يكون الالتزام الشخصي غير معين :

وعلى ذلك يصح الالتزام لمجهول في الابتداء .

أ - فقد نص الفقهاء على صحة تنفيل الأمام في الجهاد بقوله محرضاً
للمجاهدين : «من قتل قتيلاً فله سلبه» وقد ورد مثل هذا التنفيل عن
النبي ﷺ^(٣) فهنا يستحق المجاهد أسلاب العدو الذي يقتله ولو لم يكن قد
سمع إيجاب الإمام وقت التنفيل .

ب - كذلك أجاز الفقهاء أن يعلن من يفقد شيئاً عن جائزة لمن يجده ويأتيه به
ولو لم يكن الخطاب والتكليف موجهاً إلى هذا الشخص الذي عثر على
الشيء المفقود ويستحق الواجد للشيء المفقود أجر المثل في أحد رأيين
للفقهاء في ذلك والرأي الآخر أنه لا بد لاستحقاق الجعل - أي الجائزة -
أن يكون الخطاب موجهاً إلى جماعة حاضرين أو شخص معين تحريماً على
الاستئجار^(٤) .

(١) د. محمد سلام مذكور - المقاصة في الفقه الإسلامي - بحث مقارن ص ٩ ، ١٤٥ ، ١٤٦ .

(٢) شرح منلا مسكين على كنز الدقائق ص ١٩٥ ، رد المختار على الدر المختار ج ٥ ص ٤٧٤ وما
بعدها .

(٣) رواه الترمذي في سننه ج ٤ ص ١٣١ وانظر رد المختار ج ٣ ص ٢٤٨ .

(٤) رد المختار على الدر المختار لابن عابدين ج ٣ ص ٣٢١ .

ج - أجاز الفقهاء أيضاً تمليك المجهول . كمن ألقى شيئاً وقال : من أخذه فهو له فمن يلتقط هذا الشيء يصبح مالكا له إذا سمعه أو بلغه قوله هذا أما من لم يبلغه الإعلان فلا يملكه أن أخذه ، لأنه إنما يأخذه عندئذ على سبيل اللقطة ليرد إلى صاحبه ، بخلاف من بلغه القول فذلك يأخذه على سبيل الهبة وقد تمت بالقبض بعد الأيجاب^(١) .

د - وأجاز الفقهاء كذلك الأقرار لمجهول جهالة غير فاحشة كما لو قال لاثنين إن لأحد كما على مبلغ كذا - وعندئذ ينصف بينهما إن اتفقا^(٢) .
على أن صحة الالتزام دون تعيين الملتزم له في هذه الأمثلة 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 عقود البيع والأجارة وغيرها .

رابعاً : عوّل الفقهاء على الإرادة الظاهرة في إنشاء العقد ، ولم يحاولوا - بوجه عام - التعرف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، وذلك لاستقرار التعامل بين الناس وقد ظهر ذلك جليا في تعريف العقد في الفقه الإسلامي بأنه : «ارتباط إيجاب بقبول على وجه يظهر أثره في المحل»^(٣) - بينما هو عند فقهاء القانون «توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله»^(٤) .

وبهذا يتميز تعريف الفقه الإسلامي للعقد عن تعريفه في فقه القانون بأن الفقه الإسلامي يبرز الجانب المادي للتراضي وهو الايجاب والقبول كما يبين أين يكون الأثر الجوهري للعقد وهو في محله فهذا هو العقد كما يظهر في الوجود .

(١) المرجع السابق ج-٣ ص ٣٢٢ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة (١٥٧٨) .

(٣) الشيخ محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد ص ١٩٩ .

(٤) د. عبد المحي حجازي - النظرية العام للالتزام مصادر الالتزام ج-٢ ص ١٩ .

أما توافق الأرادتين فحسب دون التعبير عنها بمظهر مادي فلا يكفي لقيام العقد ، وعلى هذا فالنزعة الشخصية واضحة في التعريف القانوني لأن الأرادة أمر باطني يجب التعرف عليه والبحث عنه ، أما الأيجاب والقبول فكلها أمور مادية مدركة بالحس .

أيضاً نجد من مظاهر النظرة المادية إلى الدين في الفقه الإسلامي ما يلي :

خامساً : أجاز المالكية - بيع الدين لغير من هو عليه إذا توافرت شروط ذلك عندهم وهو أحد قولي الشافعي . وإنما منعه الحنفية والحنابلة - وهذا قول آخر للشافعي - بناءً على أنه غير مقدور التسليم لا على أنه ليس بهال^(١) .
أما ابن القيم فيرى جواز بيع الدين بالدين للمدين وغيره ، لأن الدين في الذمة يقوم مقام العين المالية فتصبح المعاوضة عليه كما تصح المعاوضة على الأعيان المالية^(٢) .

وأجاز الحنفية والحنابلة وكذلك الشافعية والمالكية على الجملة بيع الدين لمن عليه الدين ومنعه أهل الظاهر^(٣) .

سادساً : كذلك من مظاهر النظرة المادية إلى الدين في الفقه الإسلامي ما نجده في جانب الرأفة بالمدين قول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ٥٤ ، البدائع ج٥ ص ١٤٨ ، ص ١٨٠-١٨١ ، المغني ج٤ ص ١٢٠ ط/١٣٧٦ هـ ، المهذب ج١ ص ٢٦٢ ط الحلبي .

(٢) أعلام الموقعين ج١ ص ٣٤٠ - ٣٤١ .

(٣) بدائع الصنائع ج٥ صفحة ١٤٨-١٨٠ وينبغي أن يلاحظ أن من الديون ما لا يجوز بيعه قبل القبض مطلقاً نحو رأس مال السلم والمسلم فيه . البدائع ج٥ ص ١٨١ ، المغني ج٤ ص ١٢٠ ، المهذب ١ ص ٢٦٣ ، الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ٥٥ ، المحلي لابن حزم ج٩ ص ٦ المطبعة النيرية .

ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون ﴿١﴾ والآية خاصة بالرفق بالمدين المعسر أي الذي لا يؤدي التزامه في الأجل المقرر له .

ويقول أبو بكر الجصاص ، أن قوله تعالى ﴿ فنظرة إلى ميسرة ﴾ ينصرف إلى وجهين - أما أن يكون وقوع الانتظار وهو تخليته من الحبس وترك عقوبته إذا كان غير مستحق لها لأن النبي ﷺ إنما جعل مطل الغني ظلماً^(٢) .

فإذا ثبت إعساره فهو غير ظالم فأمر الله بانتظاره من الحبس ، فلا يوجب ذلك ترك لزومه ، أو أن يراد الندب والإرشاد إلى انظاره بترك لزومه من مطالبته واللتزم لا يمنعه من التصرف ، وإنما معناه أن يكون معه من قبل الطالب من يراعي أجره في كسبه وما يستفيده ، فيترك له مقدار القوت ، ويأخذ الباقي قضاء من دينه وليس في ذلك إيجاب حبس ولا عقوبة^(٣) .

وبمقتضى ذلك أنه لا يكون للدائن على نفس المدين سلطان نتيجة لالتزام المدين له بدينه ، مما يدل على تعلق الدين بأموال المدين أو بدمته دون أن يجعل من نفس المدين محلاً لاذلاله والتسلط عليه ، وإنما ينفذ عليه في ماله عند تقاضيه دون أن يمس ذلك نفس المدين .

ويقول ابن القيم : الذي يدل عليه الكتاب والسنة وقواعد الشرع أنه لا يجبس في شيء من الديون إلا أن يظهر بقريته أنه قادر على الوفاء ، لكنه مماطل سواء أكان دينه عن عوض أم كان عن غير عوض وسواء لزمه بإختياره : أو بغير ذلك لأن الحبس جزاء المماطلة ، والعقوبة إنما تسوغ بعد تحقق سببها من ذلك .

ماروي عن أبي سعيد الخدري ، قال : أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها - فكثر دينه ، فقال رسول الله ﷺ : « تصدقوا عليه » فتصدق

(١) سورة البقرة الآية : ٢٨٠ .

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ج٢ ص ٢٦١ وأخرجه أيضاً الدار قطني وابن عبد البر نيل الأوطار ج٢ ص ٢٤٩ .

(٣) أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص ج١ ص ٥٩٨ المطبعة البهية .

الناس عليه . فلم يبلغ ذلك وفاء دينه . فقال رسول الله ﷺ : « خذوا ما
وجدتم وليس لكم إلا ذلك » يعني غرماؤه^(١) ، أي غرماء المفلس الذي لم يكن له
ما يوفي به دينه . ولم يجبس رسول الله ﷺ في دين قط ولا أبو بكر بعده ولا عمر
ولا عثمان رضي الله عنهم . وكان علي بن أبي طالب رضي الله عنه لا يجبس في
الدين ويقول إنه ظلم .

وقال أبو داود في كتاب السنن : حدثنا عبد الله بن عثمان يعني ابن معاوية
عن محمد بن علي قال : قال علي : حبس الرجل في السجن بعد معرفة ما عليه
من الحق ظلم . وقد روي ذلك أيضاً عن علي بن أبي طالب من طريق آخر -
قال أبو نعيم : حدثنا اسماعيل بن ابراهيم قال : سمعت عبد الملك بن عمير
يقول : إن عليا كان إذا جاءه الرجل بغريمه قال له عليه كذا يقول أقضه .
فيقول ما عندي ما أقضيه . فيقول غريمه إنه كاذب وأنه غيب ماله ، فيطلب
علي رضي الله عنه من الدائن أن يستحلف مدينه على أنه لم يغيب ماله . فإذا لم
يرض الدائن باستحلاف مدينه سأله عما يريد فيقول : أريد أن تحبسه لي .
فيقول له علي : لا أعينك على ظلمه ، فيقول الدائن إذا ألزمه ، فيقول له علي :
إن لزمته . كنت ظالماً وأنا حائل بينك وبينه^(٢) .

وقد ذهب الإمام الشافعي والإمام مالك وأحمد إلى أن الدين إذا كان ناشئاً
عن غير عوض مالي كالاتلاف والضمان والمهر ، كان القول قول المدين مع يمينه
في أنه لا مال عنده يفي به الدين ، ولا يحل حبسه بمجرد قول الغريم أنه مليء
غيب ماله . إذ لا يقبل قول غريمه عليه دون أن يكون هناك أصل من بدل أو
عوض .

وأما أصحاب أبي حنيفة فقد قسموا الدين إلى ثلاثة أقسام ، قسم عن

(١) رواه ابن ماجة في سننه ج ٢ ص ٧٨٩ .

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٤٣ - ٧٤ ط / ١٩٦١ م .

عوض مالي كالقرض وثمن المبيع ونحوه ، وقسم لزمه بالتزامه وليس في مقابلة
عوض كبدل المتلف وأرش الجناية ، ونفقة الأقارب والزوجات . ففي القسمين
الأولين يسأل المدعي عن إفسار غريمه ، فإن أقر بإفساره لم يحبس له ، وإن أنكر
إفساره وسأل حبسه يحبس له لأن الأصل بقاء عوض الدين عنده .
أما التزامه للقسم الآخر باختياره فهو يدل على قدرته على الوفاء^(١) .

ومع أن هذا الاتجاه - الاتجاه المادي - هو الذي يغلب في طبيعة الالتزام في
الفقه الإسلامي لأنه هو الذي يؤيده القرآن الكريم والسنة النبوية وعمل كبار
الصحابة ، فإننا نجد إلى جانب ذلك من الآراء التي تميز حبس المدين ، آراء
أخرى أشد مراعاة لجانب الدائن ، لأن الشرع الإسلامي لم يتهاون في نفس
الوقت مع المدين الواجد الذي يياطل أو يمتنع عن الوفاء بديونه ، بل اعتبر فعله
ظلمًا في حق الدائن المتضرر بمنع وصول الحق أو تأخر وصوله إليه ، وبالتالي فإنه
لم يتهاون أو يتوان عن التشديد عليه ومعاقبته بما يستحق من العقوبة .

فقد جاء في الحديث الشريف ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول
الله ﷺ قال : « مظل الغني ظلم ، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع »^(٢) . وما
روي عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن رسول الله ﷺ قال : « لي الواجد يحل
عرضه وعقوبته »^(٣) .

في الحديث دليل على أن المعسر لا حبس عليه ، لأنه إنما أباح حبسه إذا كان
واجداً ، والمعدم غير واجد فلا حبس عليه . وقد اختلف الناس في هذا ، فكان

(١) المرجع السابق ص ٧٥ ، الشيخ أحمد إبراهيم ، مذكرة في بيان الالتزامات ص ٢٦-٢٨ .

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري ج ٤ ص ٤٦٤ ط/بيروت ، صحيح مسلم ج ٤ ص ٧٢

٤/دار الشعب ، سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٩١ ط/٣-١٣٩٦هـ - ١٩٧٦ م .

(٣) لي الواجد - أي مظل . والواجد القادر على الأداء - يحل عرضه وعقوبته - أي الذي ما يؤدي

يحل عرضه للدائن ، بأن يقول : ظلمني ، وعقوبته بالحبس والتعزير ، رواه أبو داود في سننه
ج ٤ ص ٤٥-٤٦ ذ ١٣٩٣هـ ، وابن ماجه في سننه ج ٢ ص ٨١١ طبعة دار الفكر .

شريح يرى حبس المليء والمعدم ، وإلى هذا ذهب أصحاب الرأي . وقال مالك : لا حبس على معسر ، إنما حظه الانظار ، ومذهب الشافعي ، أن من كان ظاهر حاله العسر فلا يجبس ، ومن كان ظاهر حاله اليسار حبس إذا امتنع عن أداء الحق .

وإن كان الراجح عند الفقهاء أن المراد بالعقوبة في الحديث الشريف الحبس للمدين القادر على الوفاء الممتنع من دفع الحق إلى مستحقه إلقاءً إليه وحملًا عليه^(١) .

على أن ذلك الاتجاه المادي في الفقه الإسلامي لم يجلب أنظار فقهاءنا عن الالتفات إلى الناحية الشخصية في الأحكام كلما لاح لهم فيه تحقيق ، أو صون حق ، أو قمع باطل^(٢) ومن ذلك ما يلي :-

أولاً : أنهم أجازوا 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 وحده موقوفة على طلب الدائن ، مخصوصة بالمدين الذي يظهر من حاله اليسر والقدرة على وفاء التزامه . وبذلك يظهر أن الشرع الإسلامي لطف كثيراً من غلواء السلطة الشخصية التي كانت للدائن على المدين عند الرومانيين ، ولولا هذه السلطة الشخصية التي ترافق الالتزام لتأييد تنفيذه لتعذر التنفيذ بمجرد إخفاء المكلف ماله أو امتناعه عن عمله^(٣) .

(١) سنن أبي داود - ومعه معالم السنن للخطابي ج٣ ص ٤٥ ، الأم للشافعي ج٣ ص ١٧٩ وما بعدها ، المدونة للإمام مالك ج٤ ص ١٠٥ ، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج١ ص ١١٠ ، د . أحمد علي الخطيب - الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الإسلامي والقانون المقارن ص ٤٢٥ ط / ١٩٦٤م

(٢) د . أحمد الخطيب المرجع السابق .

(٣) انظر في الحبس بسبب الدين بدائع الصنائع ج٧ ص ١٩٧٣ وما بعدها ، الهداية ج٣ ص ٧٦-٧٧ ، والدرر البهية في المسائل الفقهية للشوكاني ج٢ ص ٢٢٣ ، المدخل للزرقا ج٢ ص ٦٥ .

والواقع أن الحبس لا يقصد به دائماً إلى عقوبة المثل فحسب ، بل هو كذلك تدبير سياسي قضائي لاظهار ما قد يغييه المدين من المال لاجباره على الوفاء وإيصال الحقوق إلى أصحابها ، بدليل قول صاحب الكنز «فإن لم يظهر له مال خلاه . . .»^(١) ولا يخفى ما في هذا التدبير من صون الحق وقمع الباطل . على أن البلقيني الشافعي يقول : «حبس الحاكم من ثبت عليه الدين وادعى الاعسار لا وجه له ، إلا أن يدعي أن هذا طريق في الظاهر بين الناس إلى إخلاص الحقوق فيفعل هنا عملاً بأن الظاهر الملاء»^(٢) ، وفي حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ «حبس رجلاً في تهمة ثم خلى عنه»^(٣) .

ويقول صاحب تبين الحقائق : روي «أن عبداً كان بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه فحبسه رسول الله ﷺ حتى باع غنيمته له» ويقول العلامة شهاب الدين أحمد الشلبي : ويمكن في وجه حبسه أن يقال : إنه لزمه ضمان ما أتلفه - فلم يغطه فحبسه حتى باع غنيمته له ودفع قيمة نصيب صاحبه»^(٤) .

وقد رد ابن حزم على من قال بجواز حبس المدين استناداً إلى رواية عن طريق أبي بكر بن عياش «أن رسول الله ﷺ حبس في تهمة» كما روى «أن غلامين من جهينة كان بينهما غلام فأعتقه أحدهما فحبسه رسول الله ﷺ حتى باع غنيمته» ورد ابن حزم الروايتين لأن رواية أنس عن أبي بكر ابن عياش وهو ضعيف ، وحديث حبس الغلام حتى باع غنيمته مرسل ولا حجة في مرسل ولو صح لما كان فيه حجة لأنه قد يخاف عليه الهرب بغنيمته فحبس بسببها ، وقد يكون الحبس إمساكاً في المدينة وليس فيه أصلاً أنه حبس في سجنه .

كما احتج ابن حزم برواية عن أبي سعيد الخدري قال : أصيب رجل في ثمار

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤ ص ١٨١ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٢ .

(٣) أخرجه الترمذي في سننه ج٤ ص ٢٨ ، سنن أبي داود ج٤ ص ٤٧ .

(٤) تبين الحقائق ج٤ ص ١٧٩ .

ابتاعها في عهد رسول الله ﷺ فكثير دينه فقال عليه الصلاة والسلام : «تصدقوا عليه» فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال عليه الصلاة والسلام لغرمائه : «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»^(١) ، فهذا نص جلي على أنه ليس لهم شيء غير ما وجدوه وأنه ليس لهم حبسه ، وأن ما وجد من ماله للغرماء . كما أورد برواية أخرى أن رجلاً أتى أبا هريرة بآخر فقال له إن لي على هذا ديناً فقال للرجل ما تريد قال : أحبسه ، فقال أبو هريرة : لا ولكن يطلب لك ولنفسه ولعياله ، وقد أمر الله تعالى بالقيام بالقسط ونهى عن المظلم والمظلمين^(٢) .

وتفسير ابن حزم للحبس على أنه قد يكون إمساكاً بالمدينة فحسب يتفق مع عدم وجود سجن في عهد رسول الله ﷺ وهو لا يتعارض مع الرواية التي ذكرت الحبس لأنها ذكرته مطلقاً فيصح ويحمل الحبس على أنه في مكان له أو الإمساك في المدينة^(٣) . على أن الرأي السائد في الفقه الإسلامي هو جواز حبس المدين القادر على الوفاء - الممتنع من دفع الحق إلى مستحقه إلقاءً إليه وحمله عليه^(٤) ، وفي الحبس بلا شك حجر لحرية المدين وتقييد لشخصه عن مباشرة أعماله المعتادة والنظر في مصالحه ، ومثل الحبس باقي وسائل الضغط الأخرى كالملازمة والمنع من السفر ؛ لأنها من سبل الإكراه البدني ولا تعلق لها بأموال المدين . أما بالنسبة للحجر على المدين بسبب الدين - باعتباره وسيلة إكراه يلجأ إليها لحمل المدين على الوفاء بديونه فقد اختلف فيه بين الفقهاء . فالإمام أبو حنيفة رضي الله عنه يرى أنه لا يجوز الحجر بسبب الدين وإن

(١) صحيح مسلم ج٤ ص ٦٤ .

(٢) المحلي لابن حزم ج١ ص ١٧٠-١٧٢ .

(٣) د. جمال الدين محمود المرجع السابق ص ١٧٦ هامش ١ .

(٤) العزبن عبد السلام في قواعد الأحكام ج١ ص ١١٠ وراجع مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر المجلد الثاني ص ١٦٠ .

استغرق مال المدين أو طلب الغرماء ذلك ، ويصح للمدين رغم الدين أن يتصرف في ماله . وهذا رأي الإمام أبو حنيفة وزفر من الحنفية^(١) . على حين يرى الصاحبان جواز الحجر على المدين بسبب الدين المستغرق لمال المدين فقط^(٢) . وأما المالكية فيجيزون الحجر بسبب الدين إذا استغرق الدين مال المدين ، وأما إذا كان الدين مساويا لمال المدين ، فقليل إنه يكون سبباً للحجر ، وقيل لا ، وللدائنين في حالة استغراق الدين لمال المدين أن يمنعوه من هبة بعض ماله أو أن يكفل شخصا مما قد يضر بأموالهم^(٣) .

وأما الشافعية فيجيزون الحجر على المدين بسبب الدين إذا كان أكثر من ماله ، أما إذا كان مساويا لماله ، أو كان ماله أكثر فلا يصح الحجر عليه . ولا يصح الحجر إلا إذا كان الدين حالا ويستحب أن يبادر القاضي إلى بيع مال المفلس ويتقاسم الدائنون قسمة غرماء^(٤) . ويجيز الحنابلة الحجر على المدين مستغرقاً لماله ويسمى المدين المستغرق الدين لماله مفلساً ؛ لأن ماله الذي تحت يده مستحق للغير ولا يحجر عليه إلا بطلب الدائنين كلهم أو بعضهم ، ثم بعد الحجر يبيع الحاكم ماله ويقسمه على الدائنين قسمة غرماء كالشافعية^(٥) .

وعلى ذلك فإن أسلوب الحجر بسبب الدين المستقر في الفقه الإسلامي بما يشبه الاتفاق عليه مشرع في الأصل في حق المدين المعسر الذي يستغرق الدين ماله أو يساويه بحسب الخلاف الذي رأيناه بين فقهاء المذاهب ، وذلك إذا خاف غرماؤه أن يضيع ماله بالتجارة أو أن يخفيه .

(١) بدائع الصنائع ج٧ ص ١٦٩ .

(٢) البحر الرائق ج٨ ص ٨٣ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ٢٩٢ .

(٤) الأم ج٣ ص ١٨٦ وما بعدها .

(٥) المغنى لابن قدامة ج٤ ص ٤٤٠ .

ولا يخفى ما في الحجر من كتم لإرادة المدين وقيد على حرته في التصرف في أمواله كما يجب ويشتهي وذلك تحقيقاً لمصلحة مشروعة قدرها المشرع الإسلامي وهي صيانة الحقوق على أهلها .

ثانياً : لقد منع الفقهاء الدائن من المطالبة بدينه المؤجل قبل حلول الأجل وصرحوا بأن «الأجل لا يحل قبل وقته»^(٣) لكن ذكروا لهذه القاعدة استثناءات منها إذا مات المديون قبل حلول الأجل سقط الأجل وحل الدين^(٤) . كذلك إذا مات المحال عليه وكان الدين مؤجلاً حل الدين الأجل بموته . ولا يعلل لذلك إلا بأن الرضا بالأجل حق شخصي للمدين قبل الدائن وقد استغنى عنه بالموت^(٥) . وليس على من التزم به الشخص أن يلتزم به لو ارثه لتفاوت الذمم في إيفاء الحقوق .

ثالثاً : أن الفقهاء مع اتفاقهم على جواز الحوالة - وذلك يصور اتجاههم المادي في طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي - اشترطوا بوجه عام - في صحة الحوالة - رضاء المحال والمحال عليه^(٦) ، وعللوا لذلك بأن المحال هو صاحب الحق وقد تختلف عليه الذمم فلا بد من رضاه ، للاختلاف في الإيفاء فمنهم من يماطل مع القدرة ، ومنهم من يوفي ناقصا ، ومنهم من هو بالعكس فلا يلزم بدون رضاه . والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب ، والناس متفاوتون فيه فمنهم من يعنف فيه ومنهم من يتساهل ويتسامح^(٧) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٥٩ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) تبين الحقائق ج٤ ص ١٧٤ .

(٤) إننا قلنا هذا لخلاف الفقهاء في شرط الرضا هذا ، فالملكية مثلا لا يشترطون رضاه المحال عليه في حوالة الأذن وهي حوالة الحق ، ولا في حوالة القطع وهي حوالة الدين ، وذلك إذا كان مدينا للمحيل . القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣١٤ .

(٥) تبين الحقائق ج٤ ص ١٧١ .

رابعاً : كذلك يرى الفقهاء أنه لا يسأل الورثة عن دين المورث - وهذا لأن الدين في اصطلاحهم وصف شرعي يظهر أثره في توجيه المطالبة ، وهذا الوصف بهذا القيد لا يتأتى من منطلق الفقه قيامه في محلين ، ولا انسحابه من ذمة إلى أخرى ، للعمومات الشرعية التي تأخذ الإنسان بجريرة عمله وتحمله تبعته^(١) ، ففي القرآن الكريم يقول الله تعالى : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾^(٢) و ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾^(٣) و ﴿ لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ﴾^(٤) .
وقد نص الفقهاء على ذلك رغم أنهم صرحوا بأن الوارث « يملك الارث بمجرد الموت ولو كان على التركة دين - على الصحيح -^(٥) .

خامساً : وإذا كان الفقهاء قد ميزوا بين عنصري الدين والمطالبة به - على ما رأينا - وهما متلازمان في الأصل ، فإن انفكاك أحدهما عن الآخر إنما يكون لعوارض استثنائية - إذ يكون محل المديونية هو الذمة الشخصية . ومحل المسؤولية هو المال وذلك كما إذا كان المدين قاصراً فإن التنفيذ يتعلق رأساً بهاله ولا يجبس في الدين . وكما إذا مات المدين فإن تنفيذ الاستيفاء يقع على ماله ؛ لأن شخصيته تلاشت وذمته فنيت ، ولم يتصور الفقه بقاءها إلا حكماً لتنفيذ وصيته ، فكيف يتصور انتقالها إلى وارثه المستقل عنه .

لقد تصور الرومان ذلك حينما كان الوارث في الحقوق الرومانية يأخذ مكان المتوفي . ومحل محله في جميع شئونه ، من أشياء مادية وأشياء معنوية ، ومن حقوق له وعليه ، ولذلك كان مسئولاً عن الديون التي على المتوفي ولو تجاوزت حدود

(١) كشف الأسرار للبزدوي ج٤ ص ١٤٣٤ .

(٢) سورة فاطر الآية : ١٨ ، سورة الزمر الآية : ٧ .

(٣) سورة المدثر الآية : ٣٨ .

(٤) سورة البقرة الآية ٢٨٦ .

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٥٤ .

التركة لاعتباره وارثاً لشخصية المتوفي لا وارثاً لأموال المتوفي^(١) .

أما الفقه الإسلامي فقد اعتبر أشخاص الأسرة مستقلين في نطاقها ، وكان مفهوم الأسرة فيه أكثر تطوراً مما هو عليه في ظل القانون الروماني ، فلم يسمح لطغيان رب الأسرة على أعضاء أسرته ، ولم يكن لرئيسها ما كان لرئيس الأسرة الرومانية من سلطان مطلق .

ولقد كانت الأسرة الرومانية تؤلف في الجملة - مجموعة ذات صفة دينية ، ورئيس الأسرة هو كاهنها ، وخليّة سياسية ، هو حاكمها ، ووحدة اقتصادية هو سيدها ، وبعبارة أوضح أن رئيس الأسرة هو صاحب السلطة المطلقة فيها ، وله فيها حق الموت والحياة ، ومن باب أولى حق بيع الأولاد أو نقلهم لأسرة ثانية^(٢) . أما وهذا المفهوم في الوارث في نظر الإسلام معدوم ، فما ينبغي أن يكون مسئولا عن ديون مورثه - وهذا يقتضي اصطباغ الالتزام في الفقه الإسلامي في هذه الأمور كلها بالصبغة الشخصية .

كذلك نجد من سمات النزعة الشخصية في الالتزام - نظرة الفقه الإسلامي للعلاقة الشخصية بين الدائن والمدين ، وما ينشأ تبعاً لتلك العلاقة من سلطة للدائن على المدين .

وتبدو هذه النظرة في مخاطبة طرفي العلاقة بشأنها ، وذلك كما في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أوفوا بالعقود ﴾^(٣) فالوفاء بالعقود أو الالتزام الناشئ عنه واجب ديني يتعلق بالشخص نفسه ، وبصرف النظر عما يحمله الالتزام أو العقد في ذاته من وسائل تنفيذه ، ولو كان الالتزام علاقة مالية بحثه لا ينظر إلى طرفيها لما كان التكليف وارداً الجماعة المؤمنين بالوفاء بالعقد أو الالتزام ، وإنما هو أمر يتعلق بأشخاصهم ؛ لأن التكليف لا يكون إلا فيما يتعلق بالملكف ويكون

(١) د. معروف الدواليبي - الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها ص ٥١٤ ، المدخل للزرقا ص ٨٢ .

(٢) المرجع السابق ص ١١٩ .

(٣) أول سورة المائدة .

مقدورا له ، كالوفاء بالعقد أو عدم الوفاء به ، ومن ناحية أخرى نجد النظرة المتميزة لأحد طرفي العلاقة وهو المدين ، وهذه النظرة تقتضي التيسير عليه وإنظاره عند الاعسار أو العجز المؤقت عن أداء الالتزام ، وهو أثر من آثار النظرة الشخصية في الالتزام ، فيخاطب المدين بوجوب الوفاء ، ويخاطب الدائن بوجوب الانظار إلى المسيرة عند تخلف المدين عن أداء الالتزام في وقته المحدد له . كما أن الاهتمام بأمر الدائن أيضاً وهو الطرف الآخر في علاقة الالتزام مكفول بقول الله تعالى في آية كريمة تقول : ﴿ وَإِنْ تَبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تَظْلَمُونَ ﴾^(١) فقرر حق الدائن في استيفاء ماله .

أيضاً ما روي عن أبي سعيد الخدري قال : جاء أعرابي إلى النبي ﷺ يتقاضاه ديناً كان عليه . فاشتد عليه ، حتى قال له : «أحرج عليك إلا قضيتني» . فانتهره أصحابه وقالوا : ويحك تدري من تكلم ؟ قال : إني أطلب حقي . فقال النبي ﷺ «هلا مع صاحب الحق كنتم ؟» ، ثم أرسل إلى خولة بنت قيس فقال لها : «إن كان عندك تمر فأقرضينا حتي يأتينا تمرنا فنقضيك» فقالت : نعم . بأبي أنت يارسول الله . قال : «فأقرضته» . فقضى الأعرابي وأطعمه . فقال : أوفيت . أوفى الله لك فقال : «أولئك خيار الناس . إنه لا قدّست أمة لا يأخذ الضعيف فيها حقه غير متمتع»^(٢) .

فلم ينكر صلوات الله وسلامه عليه - على الأعرابي مطالبته له ، وأنكر على الصحابة انتهارهم إياه ويستدل من ذلك على أن الطالب هو الذي ينظر المدين . وهذا من سمات النزعة الشخصية في الالتزام^(٣) .

ولذا فإن ما ذهب إليه بعض الفقهاء - من أن فكرة الالتزام في الفقه

(١) سورة البقرة الآية : ٢٧٩ .

(٢) رواه ابن ماجه في سننه ص ٨١٠ ، ومعنى أحرج عليك - من التحريج أي أضيّق عليك - إلا قضيتني - أي إلا وقت قضائك . غير متمتع - أي من غير أن يصيبه أذى يقلقه ويزعجه .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج١ ص ٥٦٧ .

الإسلامي ذات صبغة مادية بحتة ، وأنه لا حبس ولا ملازمة ، ولا طلب كفيلاً من المدين على سنبل الوجوب والالتزام ، ولا مضايقه لشخصه ، وإنما علاقة الدائن قاصرة على ما له الموجود فقط^(١) . ومن الفقهاء من انخرط في سلك المذهب المادي حيث يقول في معرض كلامه : (. . . ومع هذا كله فإن الرابطة الالتزامية التي تربط الشخصين لم ينظر إليها الفقهاء على أنها رابطة شخصية ، فهي تصبغها صبغة مادية بحتة) وفي موطن آخر يقول : (ففي الواقع قد نظر الفقهاء دائماً إلى موضوع الحق قبل النظر إلى من له أو من عليه الحق) .

ومع أنه ذكر أوجه عدم التفات الفقهاء إلى الشخص واقتصارهم على الحق - وإن كان هذا الرأي محل نظر - لأنهم نظروا إلى الشخص أيضاً في كثير من أحكامهم كما بينا - فقد استكثرنا قوله عقب ذلك : (لهذه الأمور انطلمت فكرة الالتزام انطلماً كلياً) .

ولا نعرف كيف انطلمت فكرة الالتزام الشخصية عنده ، وربما شعر بظل المبالغة في قوله السابق (فهي تصبغها بصبغة مادية بحتة) فعاد يخفف هذه البحتية ويقتصر على اصطباغ فكرة الالتزام بالصبغة المادية ويبين ما لهذه المادية من الآثار المحسوسة في أكثر من موضع ، بل عاد يستشفها استشفافاً في نظرية الإرادة الظاهرة والفعل الضار ، ويلحظها لحظاً يسيراً في تفسير العقود وتقدير التعويض^(٢) .

إننا مع أستاذنا الفاضل في أن الفقه الإسلامي مصطبغ بصبغة مادية ولسنا وليس الفقه ونصوصه التي بين أيدينا معه في أن هذه الصبغة مادية بحتة لأن النصوص سالفة الذكر والتي تبرز الاتجاه الشخصي في الالتزام تكفي لمحو هذه

(١) راجع د. وحيد الدين سوار المرجع السابق ص ٤ ، الشيخ أحمد إبراهيم - المرجع السابق ص ٢٨ .

(٢) د. شفيق شحاته - النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ج ١ ص ١٩٧-١٩٨ .

(٣) انظر المرجع السابق للدكتور شفيق شحاته ص ٢٠٠ .

الصبغة المادية الخالصة .

ولقد حاول فقيه آخر أن يجذب الفقه الإسلامي إلى مشايعة المذهب الشخصي في الالتزام وهو المستشرق (سانتيلانا) حيث قال :

إن الفقهاء لم تفتهم أهمية التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني إلا لأن اهتمامهم كان دائماً موجهاً إلى صاحب الحق لا إلى موضوعه^(١) .

والواقع أن مجرد ذكر أدلة مادية للالتزام في الفقه الإسلامي لا يمنع مطلقاً من وجود أدلة أخرى على شخصية الالتزام في هذا الفقه ، ولا يكفي لدحضها فكلا الرأيين مسرف مغالٍ - هذا في ماديته ، وذلك في شخصيته - والذي نراه بعد ما قدمنا دون تحمس ولا تقليد ، هو أن الفقه الإسلامي قد تغلبت فيه الوجهة المادية في الالتزام على الوجهة الشخصية وذلك على الأقل في حدود الأمثلة التي ذكرت ونظرة عابرة إليها تثبت أن المبادئ الكبرى - في انتقال الالتزام وغيرها من الأمثلة السابقة تصطبغ بالصبغة المادية ، وأن الأحكام التفصيلية كالحبس والتضييق على المدين الممطل والمطالبة بالمدين إذا مات المدين قبل حلول الأجل كل هذه الأمثلة تتسم بالسمة الشخصية - فليست طبيعة الالتزام في هذا الفقه شخصية محضة - وليست هي كذلك فيه مادية بحتة ، ولكنها طبيعة يغلب فيها الاتجاه المادي بشكل سافر وأن أفسح مجالاً ملحوظاً للاتجاه الشخصي .

وبناءً على ما تقدم فإننا نرجح الرأي الذي ذهب إليه البعض بأن موقف التشريع الإسلامي من الاتجاهين الشخصي والمادي هو الاعتدال (فقد غلبت فيه الصبغة المادية في طبيعة الالتزام ، ولم تهمل فيه الفكرة الشخصية لتبقى ضمناً في وجه المبطلين المماثلين» . لأن رائد هذا الفقه الإسلامي - في هذا الاتجاه اتخاذاً

(١) أنظر كتابه عن الفقه الإسلامي جـ ١ ص ٢٤٧ وقد أشار إليه د. شفيق شحاته في النظرية العامة

للاتزامات جـ ١ ص ١٩٨ ، وانظر د. وحيد الدين سوار المرجع السابق ص ٥ هامش ١ .

(٢) انظر المدخل للزرقا جـ ٢ ص ٦٧ ، حقوق الدائنين في التركة د. علي الرجال ص ١٤٧-١٥١

ط/١٩٥٢ م .

وانظر الحجر على المدين لحق الغرماء د. أحمد علي الخطيب ص ٤٢٨ .

أقوم السبل لإقامة القسط وحفظ الحق ، واستقرار التعامل .
وهذا بلا ريب اتجاه فريد ممتاز تخير لهيكل الفقه اللبنة المادية ، وألف بينهما
بجدوع من الشخصية البناءة ، وكمل بهذه ما شيده بتلك^(١) .
وبعد أن عاجنا طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي على هذا النهج كان لابد
تبعاً لطبيعة دراستنا أن نعالج طبيعة الالتزام في الفقه القانوني ، وهذا ما
سنوضحه في الفقرة التالية :

طبيعة الالتزام في فقه القانون :-

يعمد الفقه القانوني إلى قسمة الحق المالي إلى قسمين - الحق العيني والحق
الشخصي وهذا هو التقسيم الأساسي الذي يقوم عليه القانون المدني المعاصر ،
والذي تتخذ عادة مدوناته في البلاد المختلفة ، ومن بينها مصر ، منهاجاً رئيسياً
في سرد أحكامه . والحق المالي في نظر الفقه القانوني ما كان محله المال أو ما تمثل
في مصلحة ترتبط بالمال وتقوم به في نظر القانون ، ومنه يتكون العنصر الإيجابي
للذمة ، ويعد من ثروة صاحبه ، وقد يكون محله مادة ، وقد يكون محله منفعة
من المنافع وذلك كحق الملكية وحق الدين وحق المستأجر في المنفعة ونحو ذلك .
ويعرف علماء الفقه القانوني^(٢) الحق العيني بأنه سلطة يقررها القانون
لشخص معين على عين معينة بالذات . وهذه السلطة يستطيع مالكة أن ينتفع
بهذه العين على الوضع الذي يقتضيه ذلك الحق وأن يحصل منه على كل فائدة
يمكن تحصيلها منه دون واسطة في حدود حقه .
أما الحق الشخصي ، أو حق الدائنية كما يطلق عليها أحياناً أو الالتزام كما

(١) راجع د . الزرقا المرجع السابق ، د . أحمد علي الخطيب المرجع السابق .

(٢) راجع د . عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد ص ٤ ، د . عبد الحفي حجازي - النظرية
العامة للالتزام المجلد الأول ص ٧٢ وما بعدها .

يغلب أن يسمى فقد سارت جمهرة الفقهاء^(١) من قديم على تعريفه بأنه رابطة أو علاقة قانونية تجمع بين شخصين وبمقتضاها يلتزم أحدهما ويسمى المدين ، بأن يؤدي للآخر ، ويسمى الدائن ، عملاً معيناً ، أو أن يمتنع لصالحه عن أداء عمل معين . على حين سار بعض الفقهاء^(٢) على نهج آخر في تعريفهم للحق الشخصي أو الالتزام حيث قالوا : بأنه حالة قانونية يلتزم الشخص بمقتضاها بأداء عمل أو بالامتناع عن عمل . وإن كان هذا التعريف يفضل سابقه الذي يقوم على اعتبار أن الالتزام رابطة تجمع بين الدائن والمدين ، بيد أن هذا التعريف وسابقه لا يخلوان من نقد لا مجال لسرده الآن .

وبناء على التعريف الذي سار عليه جمهرة الفقهاء قديماً فإن جوهر الالتزام يتسم في تلك الرابطة القانونية بين الدائن والمدين ، هذه الرابطة كانت في بداية الأمر تعطي الدائن سلطة واسعة على جسم المدين بحيث كان في استطاعة الدائن أن يتصرف في شخص المدين كأن يسترقه وأن يقتله .

ولكن هذه السلطة الرهيبة لم تلبث أن تلطفت حتى أصبحت قاصرة على الإكراه البدني ، بأن يجبس المدين حتى يقوم بوفاء ما عليه للدائن . ولم يصل الدائن إلى التنفيذ على مال المدين إلا بعد تطور طويل^(٣) . ومنذ ذلك الوقت فقد اكتسبت الرابطة القانونية طابعاً مالياً إلى جانب طابعها الشخصي ، ويقصد بالطابع المالي للعلاقة أن القانون حين سخر للدائن وسائل معينة للحصول على

(١) انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ص ٥ ، د. عبد الحي حجازي المرجع السابق ص ١٢٠ ، د. حشمت أبوستيت - نظرية الالتزام - مصادر الالتزام ص ٢٢ د. اسماعيل فانم أحكام الالتزام ص ٢٢ ، د. عبد المنعم الصده - مصادر الالتزام ص ١٨ .

(٢) راجع د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - مصادر الالتزام ص ١١٤ ، د. سليمان مرقس - مصادر الالتزام ص ١٧ ، د. أنور سلطان - النظرية العامة في الالتزام ج ١ ص ١٧ .

(٣) د. أحمد حشمت أبوستيت نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ص ١٥ ، د. عبد الرزاق السنهوري - الوجيز في شرح القانون المدني ج ١ ص ٧ هامش ١ ، د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٤١ ط / ١٩٥٤ .

حقه من المدين لم يعد يصوّب هذه الوسائل نحو شخص المدين وإنما يصوبها نحو أمواله جميعاً^(١) ويمكن أن نقول في عبارة أخرى أن الالتزام أصبح له مظهران - مظهر باعتبارها رابطة شخصية بين الدائن والمدين ، ومظهر باعتباره عنصراً مالياً موجبا في ذمة الدائن ، وعنصراً مالياً سالبا في ذمة المدين .

ولا يزال هذان المظهران للالتزام باقيين إلى اليوم . وقد تأثر بهذا الفقه والقوانين الحديثة وانقسموا قسمين . فقسم يعطي الأهمية للرابطة الشخصية وهم أصحاب المذهب الشخصي في الالتزام ، وقسم يعطي الأهمية للناحية المالية وهم أصحاب المذهب المادي في الالتزام .

المذهب الشخصي في الالتزام :

ترجع نشأة المذهب الشخصي إلى القانون الروماني ، ثم ساد هذا المذهب بوجه عام في القانون الفرنسي ، كما ساد في غيره من القوانين اللاتينية النزعة . ويرى أنصار هذا المذهب أن الأمر الجوهرى في الالتزام هو أنه رابطة شخصية^(٢) فيما بين الدائن والمدين - رابطة سيادة وتبعية يخضع بموجبها المدين للدائن - هذا الخضوع كان تاماً في بداية الأمر عند الرومان ، إذا كان للدائن سلطان على حياة المدين وحرية ، ثم أخذ هذا السلطان يتناقص مع التطور حتى تلاشى بظهور المذهب المادي أو الموضوعي في الفقه الألماني .

المذهب المادي في الالتزام :

لقد أخذ علماء المذهب المادي ينظرون إلى الالتزام نظرة لا تقف عند الرابطة الشخصية كما كان الحال عند الرومان ، بل تتعداها إلى محله مع اعتباره العنصر

(١) د. عبد الحى حجازي المرجع السابق ص ٨٠ - ٨١ ط/ ١٩٨٢ .

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ص ٢١ ، د. السنهوري الوسيط ج١ ص ١٠٧ .

الأساسي فيه .

وهذه النظرة تجرد الالتزام من الرابطة الشخصية حتى يصير عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية ، وبذلك ينفصل الالتزام عن طرفيه ويصبح شيئاً ذا قيمة مالية كالماديات يتداول في السوق كقيمة مالية .

وبعبارة أخرى كما يقول أحد الفقهاء^(١) : (هذا المذهب يهدف إلى وضع - عنصر المسؤولية - المالية في المقام الأول من الالتزام ، ففي حين يعتبر المذهب الشخصي - عنصر المسؤولية - عنصراً غير مباشر في تكوين العلاقة القانونية ، ويعتبر عنصر الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين هو العنصر البارز المقدم على غيره إذا بالمذهب المادي يوارى عنصر الرابطة الشخصية خلف عنصر المسؤولية فيجرد الالتزام من طابعه الشخصي حتى يصبح قيمة مالية منفصلة عن شخص الدائن وشخص المدين .

ولكن ما هي النتائج العملية للمذهب المادي ؟

إن النتائج العملية التي يمكن الحصول عليها من تطبيق المذهب المادي على غاية من الأهمية والخطورة . فالنظر إلى الالتزام باعتباره قيمة مالية يمكن التصرف بها يزيد من سرعة التعامل . وهذا ما يتطلبه التطور الاقتصادي للمجتمعات الحديثة التي اشتدت فيها حركة الإنتاج وانتشرت الصناعات الكبيرة - وقد انتشر هذا المذهب في أوروبا انتشاراً واسعاً ، وبما ساعد على انتشاره النتائج العملية التي يؤدي إليها - ومن هذه النتائج ما يلي :

أولاً : لم يكن القانون الروماني يميز الحوالة بنوعيتها . حوالة الحق وحوالة الدين إذ كان الالتزام عنده رابطة شخصية لا يجوز أن يتغير أحد طرفيها دون أن يتغير الالتزام نفسه ، إذ الرابطة بين شخصين غيرها بين شخصين آخرين .

(١) د. عبد الحي حجازي النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٨٣ ط ١٩٨٢ م ، وراجع د. عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ص ٢١ .

وترتب على ذلك أن الالتزام الناشئ بين شخصين يجب أن يظل قائماً بينهما بذاتهما ، حتى انقضائه فلا يصح انتقاله لا إيجاباً ولا سلباً إلى غيرهما - وقد كان هذا المبدأ مسلم الأخذ به في القانون القديم الذي كان لا يبيح انتقال الالتزام من الناحية الإيجابية ولا من الناحية السلبية ، لا بين الأحياء ولا بسبب الموت . ثم أباح الرومان بعد ذلك انتقال الالتزام إيجاباً وسلباً بسبب الموت على أساس اختلاط ذمة المورث بذمة الوارث واعتبار شخصية الأخير استمراراً لشخصية الأول - فأصبح يكتسب حقوقه ويلتزم بالتزاماته ، ولكنهم لم يعرفوا مبدأ انتقال الالتزام لا سلباً ولا إيجاباً بين الأحياء ثم لجأ الرومان تحت ضغط حاجات العمل إلى استعمال عدة وسائل تؤدي إلى جواز انتقال الالتزام إيجاباً وسلباً بين الأحياء دون أن يسلموا بمبدأ الانتقال كقاعدة عامة ، وتنحصر هذه الوسائل التي لجأ إليها الرومان بغية إجازة انتقال الالتزام في تجديد الدين عن طريق تغيير الدائن ، وإلى الوكالة بقضاء الدين عن المدين وإلى الدعاوي المفيدة^(١) . ولكن حين نظر إلى الالتزام نظرة اتجهت إلى محله على أنه العنصر الجوهرى فيه وأنه ذو قيمة مالية يصح بها أن يتداول أصبح من الميسور أنه يتصور تغير أشخاص الالتزام من دائن ومدين مع بقاء محله دون تغيير فيه .

ومن ثم أمكن انتقال الالتزام في ناحيته الإيجابية - حوالة الحق - وفي ناحيته السلبية - حوالة الدين - فجاز أن ينتقل الدين من دائن إلى دائن آخر بواسطة تمليكه بأي سبب من أسباب التمليك وأن يستبدل الدائن بدينه في ذمة مدينه ديناً آخر في ذمة شخص آخر - وهذا ما لا غنى عنه في المعاملات والتجارة الحديثة^(١) .

(١) في هذا المعنى د. صوفي أبو طالب - دراسات إسلامية العدد ١ ص ١٧٢-١٧٣ ، د. اسماعيل غانم مصادر الالتزام ص ٢٣ .

(٢) في هذا المعنى د. وحيد الدين سوار المرجع السابق ص ٣ ، السنهوري في الوسيط ج-١ ص ١٤١ ، د. عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص ١٥ .

ثانياً : إمكان تصور قيام التزام في ذمة المدين قبل أن يتعين الدائن اكتفاء بأن يوجد هذا الدائن أو يتعين عند التنفيذ^(١) .

إن وجود الملتزم وحده كاف في نظر هذا المذهب عند نشوء الالتزام فهو الذي سيتحمل عبء الالتزام ، أما الدائن فيكفي وجوده عند التنفيذ ، ففي هذا الوقت وحده تظهر الحاجة إليه مادامت مهمته تنحصر في استيفاء الحق الذي نشأ من مصدره أما أصحاب المذهب الشخصي فلا يقبلون فكرة قيام التزام في ذمة شخص لغير دائن معين موجود ، لأنه عندهم رابطة بين شخصين ، فوجودهما ضروري لنشوئه . بيد أن في اكتفاء المذهب المادي بوجود الدائن عند تنفيذ الالتزام وعدم تطلب وجوده عند نشأته ما يمكن من تفسير طائفة من الأوضاع القانونية كثيرة الوقوع في الحياة العملية لا يسهل تفسيرها على ضوء المذهب الشخصي . ومن هذه الأوضاع ما يلي :

١ - من الممكن تصور التزام المدين بارادته المنفردة قبل أن يتحدد شخص الدائن ، مثل ذلك ما يقع في الحياة العملية حين يعد شخص بجائزة لمن يقوم باختراع معين أو يعثر على شيء ضائع أو اكتشاف دواء لمرض ما . فالالتزام هنا ينشأ في ذمة الواعد قبل أن يظهر الدائن .

ومثل هذا الأمر أصبح ضروريا في العصر الحاضر الذي يقوم على الاختراعات والاكتشافات العلمية لأنه هو الذي يشجع العلماء والمخترعين ويدفعهم إلى الابداع والابتكار ولا يمكن الوصول إلى ذلك إذا اقتصر على المذهب الشخصي الذي يستلزم وجود طرفي الالتزام كليهما عند نشوء الالتزام .

٢ - ومن ذلك أيضاً - الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان ذلك الغير غير معين عند الاشتراط لمصلحته . فإذا أمّن شخص على حياته لمصلحة من سيولد من

(١) د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق ج١ ص ٣٢ .

أولاده فينشأ الالتزام في ذمة المؤمن قبل أن يوجد الدائن - المؤمن له - وهم الأولاد . وهذا تصوير لا يستقيم إلا في ضوء المذهب المادي^(١) .

ثالثاً : ومن ذلك أيضا - السند لحامله فإن موقع السند يلتزم لدائن غير معين وقت إصدار السند وهنا أيضاً لا يمكن تفسير هذا الالتزام إلا عن طريق المذهب المادي^(٢) ومع ما لهذه النتائج المادية من خطورة في الحياة العملية فإنه لا يزال الالتزام رابطة بين شخصين قبل أن يكون قيمة مالية ، ولا يزال لشخصية المدين والدائن معا أثر كبير لا عند تنفيذ الالتزام فحسب ، بل عند تكوينه كذلك ، إذ لنية الطرفين أثرها الكبير في وجود الالتزام صحيحاً وفي تنفيذه .

كما أن هناك صوراً من الحق الشخصي تكون الأهمية فيها لشخص المدين بحيث يندمج فيها المحل ومنها يستمد قيمته المالية ، وذلك عندما يكون محل الالتزام عملاً وتكون شخصية المدين هي التي أوصت بقيام الرابطة^(٣) .

وأخيراً فإن تغليب الرابطة الشخصية في الالتزام على محله يجب أن يكون أمراً مسلماً في القوانين المشتقة من القانون الروماني ، وهي قوانين ما فتئت متمسكة بالتقاليد الرومانية ، وخاصة أن رواج التجارة وانتشارها لم يبلغ في هذه البلاد ما بلغه في المجتمع الألماني^(٤) .

فالالتزام إذن في الدرجة الأولى رابطة بين شخصين ، لكن هذا لا يحول ولا

(١) في هذا المعنى د. سليمان مرقص - مصادر الالتزام ج٢ - ص ١١ ، د. أحمد حشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ١٨ .

(٢) د. السنهوري في الوسيط ج١ ص ١٤٢ ، د. عبد المنعم البدرابي - مصادر الالتزام ج١ ص ١٠ ط. بيروت .

(٣) السنهوري في المرجع السابق ج١ ص ١٤٢ ، د. أحمد حشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ١٩ .

(٤) د. أحمد حشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ١٨ .

يتنافى معه الأخذ بما في المذهب المادي من مرونة لها كل الفضل في الوصول إلى نتائج عملية يقتضيها التطور الاقتصادي في الوقت الحاضر فيصح أن يتغير طرفا الالتزام أما إيجابا - حوالة الحق - أو سلبا - حوالة الدين . كما أنه ليس من المحتم أن يتطلب في كل الحالات وجود الدائن وقت نشأة الالتزام فقد يكفي في بعض الصور وجوده عند التنفيذ^(١) .

وهذا الموقف الذي اتخذته المقنن المدني المصري .

فقد بدأ المشروع التمهيدي يتأثر بشكل واضح بالمذهب المادي الذي تشبعت به القوانين الجرمانية ، ثم أخذت هذه النزعة تحف تدريجياً حتى انحاز في النهاية إلى المذهب الشخصي السائد في القوانين اللاتينية مع احتفاظه من المذهب المادي بما يقتضيه التطور وهو نفس القدر الذي أخذت به القوانين اللاتينية نفسها في تطورها الحديث^(٢) .

فنظم حوالة الدين (م ٣١٥ مدني ما بعدها) بالإضافة إلى حوالة الحق (م ٣٠٣ مدني وما بعدها) وأقر ما وصل إليه الفقه والقضاء من جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبله أو لمصلحة أو جهة لما يعيننا وقت العقد متى كان تعيينها مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره (م ١٥٦ مدني) ونظم الوعد بجائزة الموجهة إلى الجمهور قبل تعيين شخص الدائن (م ١٦٢ مدني) .

وبناء على ذلك يجوز القول بأن المشرع المصري بالرغم من صدوره أصلاً في التقنين المدني الجديد عن المذهب الشخصي في الالتزام قد أخذ بالكثير من تطبيقات المذهب المادي ، أو أنه اتخذ من المذهبين موقفاً هو أقرب إلى المذهب الشخصي ، ولو أنه لم يأخذ بجميع نتائجه بل عدل منها بما أخذ به من تطبيقات المذهب المادي التي رأى أن حاجة التعامل في العصر الحالي تقتضيها .

(١) د. حلمي بهجت بدوي - المرجع السابق ص ٣٧ ، د. عبد المنعم الصده - المرجع السابق ص ١٦ .

(٢) في هذا المعنى د. أنور سلطان - مصادر الالتزام ج ١ ص ١٦ ، د. عبد المنعم الصده - مصادر الالتزام ص ١٦ ، السهنوري في الوسيط ج ١ ص ٨٢-٨٣ .

الموازنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني حول

طبيعة الالتزام

يتضح مما سبق أن لفقهاء القانون الوضعي مذهبين في الالتزام ، المذهب الشخصي ، والمذهب المادي أو الموضوعي . فأصحاب المذهب الأول يرون أن الأمر الجوهري في الالتزام هو أنه رابطة بين شخصين هي رابطة سيادة وتبعية يخضع بموجبها المدين للدائن . وقد كان هذا الخضوع تاما في بداية الأمر عند الرومان ، إذا كان للدائن سلطان على حياة المدين وحرية فإن شاء استرقه وإن شاء أماته .

ثم أخذ هذا السلطان يتناقص مع التطور حتى تلاشى بظهور المذهب المادي أو الموضوعي في الفقه الألماني ، إذ أخذ علماءه ينظرون إلى الالتزام نظرة لا تقف عند الرابطة الشخصية كما كان الحال في القانون الروماني بل تتعداها إلى محله مع اعتباره العنصر الأساسي فيه . وهذه نظرة تجرده من الرابطة الشخصية حتى يصير عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية ، وبذلك ينفصل الالتزام عن طرفيه ويصبح شيئاً ذا قيمة مالية كالماديات يتداول في السوق كقيمة مالية .

وقد كان لتطور التعامل الاقتصادي وما يتطلبه ويترتب عليه من سرعة تداول المال وكذلك تطور المعاملة وتنوعها سببا في ميل الأنظار الفقهية الحديثة إلى المذهب المادي . ويحلل أصحاب المذهب المادي الالتزام إلى عنصرين هما - المديونية ، والمسئولية ، أما المديونية فهي شغل الذمة بالالتزام . وأما المسئولية فهي إمكان الاستيفاء جبرا . وهو مرتبط بها تتكون منه الذمة ولا شأن له بشخص المدين ، فشخص المدين غير مسئول ولا سلطان للدائن على شخصه ، وإن عد مدينا شغلت ذمته بالدين .

وعند تحليل الالتزام إلى هذين العنصرين أمكن توزيعهما على شخص المدين وذمته . فعنصر المديونية يرتبط بالشخص ، وعنصر المسئولية يرتبط بالذمة وحدها ومن عناصرها الايجابية يستوفي الدائنون ديونهم ولا شأن لهم بشخص صاحبها .

أما عن تحديد طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي مع اعتبار التصويرات التي درج عليها الفقه القانوني الوضعي ، فإنه يجدر بنا أن لا نغفل جانباً هاماً في الموضوع ، وهو أن الالتزام بغض النظر عن بيان طبيعته يتضمن معنى الالتزام بذاته . على أن حدود هذا الالتزام وأساسه والوسيلة التي تتبع عند تخلف الوفاء هو الذي تختلف فيه الشرائع وتطور بفعل الزمن في الشريعة الواحدة .

وعلى ضوء هذا فإن أغلب الفقهاء في الشريعة الإسلامية يرون أن الالتزام تغلب عليه الناحية المادية - أي أنه يُنظر إلى موضوع الالتزام كعنصر أساسي مجرداً عن الرابطة الشخصية ، ويصبح الالتزام بذلك عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية ، وينفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وشخص المدين ويختلط بمحلّه فيصبح شيئاً مادياً - العبرة فيه بقيمته المالية . وهذه سمات النظرة المادية في الالتزام ، وهو أمر يختلف عن النظرة الأخرى المقابلة وهي التي يتركز فيها الاهتمام على العلاقة الشخصية بين الدائن والمدين وما ينشأ تبعاً لتلك العلاقة من سلطة للدائن على المدين . على أننا نجد أن الذين يقولون بالصبغة المادية للالتزام في الفقه الإسلامي يستندون إلى أنه نظم حوالة الدين - وعرف نشوء الالتزام دون حاجة إلى وجود المدين ، وهذه من سمات الصبغة المادية في الالتزام والتي تجعل الأهمية لمحل الالتزام دون أشخاصه ، فيكون من المتصور إنشاؤه ، ويكون من السهل نقله دون حاجة إلى وجود أحد طرفيه .

أما حوالة الدين فهي في الواقع تمثل ميلاً إلى النزعة المادية في الالتزام في الفقه الإسلامي ، لأنها تجيز انتقال الدين بين أشخاص لم تربطهم علاقة الدين عند نشأتها برابطة قانونية ، وهي نقل الدين من ذمة لأخرى ، وهي مأخوذة من التحول ؛ لأن الطالب تحول من طلبه لغريمه إلى غريم غريمه . ولذا قال ابن عرفة : الحوالة طرح الدين عند ذمة في أخرى^(١) . كذلك نجد من مظاهر هذه

(١) تبين الحقائق للزيلعي ج٤ ص ١٧١ - البحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص ٢٤٤ ، مواهب الجليل للحطاب المالكي ج٥ ص ٩٠ ، وانظر د. جمال الدين محمود - سبب الالتزام وشرعية الفقه الإسلامي ص ١٩٠ ، د. وحيد الدين سوار - المرجع السابق ص ٤ .

النظرة المادية في الالتزام في الفقه الإسلامي إجازة الفقهاء وجود التزام لمن لم يتعين بعد كما في الجعالة ، وإن كان هذا مما يصح العدول عنه قبل الشروع في العمل .
على أننا إذا نظرنا إلى الناحية المادية في الالتزام بالنسبة لعقد الجعالة - لرأينا أنها لا تظهر لها الأهمية التي تجعل مادية الالتزام أمراً مسلماً ، ذلك أن الجعالة تصح مع جهالة العمل ، وذلك مما جعل الحنفية يجعلونها إجارة فاسدة ؛ لأن العمل قد يكون غير معين ، بل يقاس بنتيجته فحسب .

على أن الأمر الذي يظهر فيه ميل الالتزام في الفقه الإسلامي إلى المادية إجازة الفقهاء - بيع الدين لمن عليه الدين - وتفريقهم بين الدين نفسه وبين المطالبة به .

كذلك تظهر مادية الالتزام في الفقه ابلاسلامي في ناحية أخرى وهي اهتمامه بمضمون الالتزام في جميع العقود لاسيما عقود المعاوضة ، فقد كان مضمون الالتزام هو مدار بحث الفقهاء تحقيقاً للتوازن في مضمون العقد ، ولم يترك تحديد محل الالتزام إلى إرادة العاقدين من ناحية مضمونه أو قيمته ، إذ يجب أن يكون التعادل قائماً بين حقوق والتزامات الطرفين ، وقد وضع الشارع لذلك شروطاً يتعين مراعاتها .

كذلك أبطل الشارع العقود التي تتضمن رباً ، والتي تنطوي على الغرر ، أو التي تشترط فيها شروط تؤدي إلى اختلال التوازن بين التزامات العاقدين وحقوقهما ، وكل ذلك اهتمام واضح بالجانب المادي في الالتزام^(١) .

فهذه الأحكام وما مثلها تدل دلالة واضحة على النظرة المادية للالتزام في الفقه الإسلامي . على أنه مما يلفت النظر إلى أن انتقال الدين في ناحيته الايجابية والسلبية في الفقه الإسلامي لا يطابق مثيله في القانون الوضعي - من ناحية أن

(١) راجع ذلك أيضاً د. جمال الدين محمود - المرجع السابق ص ١٩١ ، د. وحيد الدين سوار - المرجع السابق ص ١٠ .

القانون الوضعي إنما يريد بانتقال الدين انتقاله بنفسه بجميع تأميناته وتوثيقاته عدا الكفالة ، بينما لا ينتقل معه في الفقه الإسلامي شيء من ذلك ، بل تسقط تأميناته بانتقاله إلى ذمة أخرى^(١) . على أن ذلك الاتجاه المادي للالتزام في الفقه الإسلامي لم يحجب أنظار فقهاءنا عن الالتفات إلى الناحية الشخصية للالتزام ، من ذلك ما نجده من الاهتمام بالعلاقة الشخصية بين الدائن والمدين أو الرابطة بينهما - ويتمثل ذلك في مخاطبة طرفي العلاقة بشأنها وذلك كما في قول الله تعالى : ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أوفوا بالعقود﴾^(٢) . فالوفاء بالعقد أو الالتزام الناشئ عنه واجب ديني يتعلق بالشخص نفسه بصرف النظر عما يحمله الالتزام أو العقد في ذاته من وسائل تنفيذه ، ولو كان الالتزام علاقة مادية بحتة لا ينظر إلى طرفيها لما كان التكليف وارداً لجماعة المؤمنين بالوفاء بالعقد أو الالتزام ، وإنما هو أمر يتعلق بأشخاصهم ، لأن التكليف لا يكون إلا فيما يتعلق بالمكلف ويكون مقدوراً له كالوفاء بالعقد أو عدم الوفاء به .

ومن ناحية أخرى نجد النظرة المتميزة لأحد طرفي العلاقة وهو المدين ، وهذه النظرة تقتضي التيسير عليه وانظاره عند الاعسار أو العجز المؤقت عن أداء الالتزام وهو أثر من آثار النظرة الشخصية في الالتزام ، فيخاطب المدين بوجوب الوفاء ، ويخاطب الدائن بوجوب الانظار إلى المسيرة عند تخلف المدين عن أداء الالتزام في وقته المحدد له - كما أن الاهتمام بأمر الدائن أيضاً وهو الطرف الآخر في علاقة أو رابطة الالتزام مكفول في الفقه الإسلامي قال تعالى : ﴿وإن تبتم فلکم رعوس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون﴾^(٣) فقرر حق الدائن في استيفاء ماله^(٤) وهذا

(١) راجع - الشيخ علي الحلي - المرجع السابق ص ٢٦ .

(٢) أول سورة المائدة .

(٣) سورة البقرة الآية : ٢٧٩ .

(٤) راجع في ذلك أيضاً د. جمال الدين محمود - المرجع السابق ص ١٨٦ ، د. مصطفى الزرقا

المرجع السابق ج ٢ ص ٦٥ .

كله من سمات النزعة الشخصية في الالتزام .

وبناء على ما تقدم كان موقف الفقه الإسلامي من الاتجاهين الشخصي والمادي في الالتزام - هو الاعتدال - فقد غلبت فيه الصبغة المادية في طبيعة الالتزام ولم تُهمل فيه النزعة الشخصية في طبيعة الالتزام لتبقى ضمناً في وجه المبطلين المباطلين^(١) .

خلاصة موجزة للبحث :

حول طبيعة الالتزام نجد لفقهاء القانون الوضعي مذهبين في الالتزام ، المذهب الشخصي ، والمذهب المادي أو الموضوعي .

فأصحاب المذهب الشخصي يرون أن الأمر الجوهري في الالتزام هو أنه رابطة بين شخصين هي رابطة سيادة وتبعية يخضع بموجبها المدين للدائن ، وهذا الخضوع كان تاماً في بداية الأمر عند الرمان ، إذا كان للدائن سلطان علي حياة المدين وحرية فإن شاء استرقه وإن شاء أماته . ثم أخذ هذا السلطان يتناقص مع التطور حتى تلاشى بظهور المذهب المادي أو الموضوعي في الفقه الألماني ، إذ أخذ علماءه ينظرون إلى الالتزام نظرة تجرده من الرابطة الشخصية حتى يصير عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية .

ويحلل أصحاب المذهب المادي الالتزام إلى عنصرين هما - المديونية ، والمسئولية . وعن تحليل الالتزام إلى هذين العنصرين أمكن توزيعهما على شخص المدين وذمته .

أما إذا أردنا أن نحدد طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي مع اعتبار التصويرات التي درج عليها الفقه القانوني الوضعي ، فلا يصح أن نغفل جانباً هاماً في الموضوع ، وهو أن الالتزام بغض النظر عن بيان طبيعته يتضمن معنى الالتزام بذاته .

(١) راجع الدكتور الزرقا المرجع السابق ج٣ ص ٥٧ .

ولذلك نجد أن أغلب الفقهاء في الشريعة الإسلامية يرون أن الالتزام تغلب عليه الناحية المادية - أي ينظر إلى موضوع الالتزام كعنصر أساسي مجرداً عن الرابطة الشخصية ويصبح الالتزام بذلك عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية . ويستند هؤلاء الفقهاء الذين يقولون بالصبغة المادية للالتزام في الفقه الإسلامي ، إلى أنه نظم حوالة الدين ، وعرف نشوء الالتزام دون حاجة إلى وجود المدين ، وكذلك اهتمامه بمضمون الالتزام في جميع العقود لاسيما عقود المعاوضة .

على أن ذلك الاتجاه المادي للالتزام لم يوجب أنظار فقهاء الشريعة الإسلامية إلى الناحية الشخصية في الالتزام من ذلك اهتمام الفقه الإسلامي بالعلاقة الشخصية بين الدائن والمدين ويتمثل ذلك في مخاطبة طرفي العلاقة بشأنها كما في حالة الوفاء بالعقود .

كذلك من آثار النظرة الشخصية في الالتزام مخاطبة المدين بوجوب الوفاء ، ومخاطبة الدائن بوجوب الانظار إلى الميسرة عند تخلف المدين عن أداء الالتزام في وقته المحدد له .

ثبت المراجع^(١)

أولاً - القرآن الكريم :

ثانياً - كتب التفسير وعلوم القرآن :

١ - أحكام القرآن - أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفي عام ٣٧٠هـ -
طبعة المطبعة البهية .

ثالثاً - مراجع الحديث :

١ - الجامع الصحيح - سنن الترمذي - تحقيق أحمد محمد شاكر - الطبعة
الثانية ١٣٩٨هـ ط مصطفى الباوي الحلبي .

٢ - سنن ابن ماجه - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ط دار الفكر العربي .

٣ - سنن أبي داود الطبعة الأولى عام ١٣٨٨هـ .

٤ - سنن الدارقطني - تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني ط ١٣٨٦هـ .

٥ - صحيح مسلم - تحقيق عبد الله أبو زينه ط دار الشعب .

٦ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، محب
الدين الخطيب ط دار المعرفة بيروت .

رابعاً - مراجع اللغة العربية :

١ - القاموس المحيط الطبعة الثانية .

٢ - محيط المحيط ط ١٩٨٧ بيروت .

٣ - مختار الصحاح .

خامساً - مراجع أصول الفقه :

١ - كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ط ١٣٠٧هـ ، طبعة
١٣١٠هـ .

(١) راعيت في ثبت المراجع القديمة ترتيبها ترتيباً أبجدياً حسب اسم المرجع ، وترتيب المراجع
الحديثة ترتيباً أبجدياً حسب اسم المؤلف (بكسر اللام) .

سادساً - مراجع المذاهب الفقهية :

أ - المذهب الحنفي :

- ١ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ط المطبعة العلمية .
- ٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الطبعة الأولى ١٣٢٨هـ ، الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ .

٣ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ط ٣١٣هـ - ١٣١٥هـ بولاق .

٤ - حاشية رد المختار على الدر المختار - ابن عابدين ط ١٢٨٦هـ بولاق .

٥ - فتح القدير شرح الهداية - ابن الهمام ط ١٣١٧هـ المطبعة الأميرية بولاق .

٦ - الهداية شرح بداية المبتدي - الميرغيناني - ط ١٣٥٥هـ مصطفى الحلبي .

ب - المذهب المالكي :

- ١ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ابن عرفة الدسوقي - ط ١٣٠٩ ، ط ١٣٢٤هـ القاهرة .

٢ - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل - طبعة طرابلس ليبيا .

ج - المذهب الشافعي :

١ - الأم للإمام الشافعي ، ط / دار الشعب ١٣٨٨هـ .

٢ - المهذب في فقه الإمام الشافعي ، ط / عيسى البابي الحلبي .

د - المذهب الحنبلي :

١ - أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ، ط / المطبعة المنيرية .

٢ - المغنى لابن قدامة ، ط / دار المنار ١٩٤٦ م .

هـ - المذهب الظاهري :

١ - المحلى لابن حزم الظاهري ، ط / المطبعة المنيرية ١٣٥١هـ .

سابعاً - كتب القواعد الفقهية :

- ١ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية - أبي بكر السيوطي ط عيسى الحلبي .

٢ - القوانين الفقهية لابن جزي المالكي ط ١٣٤٤هـ مطبعة النهضة بتونس
وطبعة ١٣٩٥هـ .

ثامناً - مؤلفات حديثة في الفقه الإسلامي :

١ - الشيخ أحمد ابراهيم - مذكرة في بيان الالتزام وما يتعلق بها من الأحكام في
الشرع الإسلامي ط ١٩٤٥ م .

٢ - الأستاذ الدكتور / عبد الرزاق أحمد السنهوري - مصادر الحق في الفقه
الإسلامي ط ١٩٦٧ ، ١٩٦٨ م .

٣ - فضيلة المرحوم الشيخ / علي الخفيف :

أ - التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ط ١٩٦٤ م .

ب - أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثانية .

ج - نظرية الديون في الشريعة الإسلامية مذكرات غير مطبوعة لطلبة دبلوم
القانون الخاص ، جامعة القاهرة ط ١٩٥٢ م .

٤ - فضيلة الأستاذ الشيخ / محمد أبو زهرة :

الملكية ونظرية العقد ط ١٣٩٦هـ .

٥ - الأستاذ الدكتور / مصطفى الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام ط ١٩٦٠ م .

تاسعاً - المراجع والكتب القانونية :

١ - الأستاذ الدكتور / أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام في القانون

المدني - مصادر الالتزام ط ١٩٥٤ م .

٢ - الأستاذ الدكتور / اسماعيل غانم - مصادر الالتزام ط ١٩٦٨هـ .

٣ - الأستاذ الدكتور / سليمان مرقس - شرح القانون المدني - الالتزامات
ط ١٩٦٤ م .

٤ - الأستاذ الدكتور / شفيق شحاته :

أ - نظرية الالتزامات في القانون الروماني ط ١٩٦٣ م .

- ب - محاضرات عن حوالة الحق في قوانين البلاد العربية طبعة معهد الدراسات العربية ط ١٩٥٤ م .
- ٥ - الأستاذ الدكتور / صوفي أبو طالب - دراسات إسلامية بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني .
- ٦ - الأستاذ الدكتور / عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام ط ١٩٥٤ م .
- ٧ - الأستاذ الدكتور / عبد الرزاق السنهوري .
الوجيز في شرح القانوني المدني - نظرية الالتزام ط ١٩٧٦ م .
- عاشراً - الرسائل العلمية :
- ١ - د. أحمد علي الخطيب - الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الإسلامي والقانون المقارن ط ١٩٦٤ م .
- ٢ - د. جمال الدين محمود - سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة ط ١٩٦٩ م .
- ٣ - د. عبد الودود يحيى - حوالة الدين - دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الألماني والمصري ط ١٩٦٠ م .
- ٤ - د. علي الرجال - حقوق الدائنين في التركة ط ١٩٥٢ م .
- ٥ - د. وحيد سوار - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ط ١٩٦٠ م .