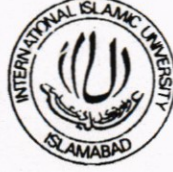


INTERNATIONAL ISLAMIC
UNIVERSITY
ISLAMABAD - PAKISTAN
FACULTY OF SHARIA & LAW



الجامعة الإسلامية العالمية
إسلام آباد - باكستان
كلية الشريعة والقانون

7-4498

سبب الالتزام العقدي

دراسة مقارنة

(بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية)

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

المشرف

الدكتور / رمضان الحسين الجمعة
أستاذ مساعد بكلية الشريعة والقانون

إعداد الطالب

حسين عبد الله غالب (غاني)

الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد - باكستان

العام الجامعي

١٤٢١هـ - ١٤٢٢هـ الموافق ٢٠٠٠ - ٢٠٠١م



17/08/2010
ع

MS/
٢٩٧٤١٤

غ ١ س

١- نفقة اسلافي - سبب الالتزام





Accession No TH-4498

M.D. 2290

ED

DATA ENTERED

Amz 16/01/14

INTERNATIONAL ISLAMIC
UNIVERSITY
ISLAMABAD – PAKISTAN
FACULTY OF SHARIA & LAW



الجامعة الإسلامية العالمية
إسلام آباد - باكستان
كلية الشريعة والقانون

سبب الالتزام العقدي

دراسة مقارنة

(بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية)

بعض تكميلي لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

المشرف

الدكتور / رمضان الحسين الجمعة
أستاذ مساعد بكلية الشريعة والقانون

إعداد الطالب

حسين عبد الله غالب (غاني)

الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد - باكستان

العام الجامعي

١٤٢١هـ - ١٤٢٢هـ الموافق ٢٠٠٠ - ٢٠٠١م



لجنة المناقشة للحصول على درجة الماجستير
كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية العالمية — إسلام آباد

أجريت مناقشة البحث الذي قدمه

الطالب / حسين عبد الله غالب

بعنوان : [سبب الالتزام العقدي]

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

أسماء أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل وتوقيعاتهم

م	الاسم	التوقيع
١	المناقش الخارجي	
٢	المناقش الداخلي	
٣	المشرف	الدكتور رمضان الحسين الجمعة
الملاحظات :		



رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليّ وعلى
رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليّ وعلى

والدي وأن أعمل صالحاً ترضاه وأدخلني برحمتك في
والدي وأن أعمل صالحاً ترضاه وأدخلني برحمتك في

عبادك الصالحين / صدق الله العظيم
عبادك الصالحين / صدق الله العظيم

الإهداء

إلى والدتي المرحومة التي توفيت وأنا في سبيل طلب العلم . أسأل الله تعالى أن يمن عليها بالرحمة والمغفرة .

إلى والدي الكريم الذي قصرت في حقه لأجل طلب العلم .

إلى اخوتي وأخواتي الأعزاء الذين قدموا لي الكثير وتحملوا مسؤولية عائلتي وأنا في سبيل طلب العلم .

إلى هؤلاء جميعا أهدي ثمرة هذا البحث المتواضع .

كلمة الشكر والتقدير

أتقدم بوافر شكري وعظيم امتناني وتقديري إلى الأستاذ الدكتور محمد شرف الدين الخطابي الذي بدأ معي هذا البحث إلا أن الظروف حال بينه وبين إكمال البحث معي .

وأتقدم بوافر شكري وعظيم امتناني وتقديري إلى أستاذي الدكتور رمضان الحسين الجمعة الذي تكرم بإشراف على هذا البحث ، فقدم لي النصيح الصادق ، وبذل من الجهد ما يصعب وصفه ، فجزاه الله عني وعن المسلمين خير الجزاء .

وأتقدم كذلك بالشكر والتقدير إلى الأستاذ الدكتور دياب سليم عميد كلية الشريعة والقانون .

وإلى هيئة التدريس أساتذتي الكرام في كلية الشريعة والقانون الذين أكن لهم كل تقدير واحترام .

وإلى إدارة الجامعة الإسلامية العالمية .

وإلى جميع الزملاء والأخوة الكرام الذين قدموا لي العون والمشاركة لإخراج البحث بهذه الصورة التي أرجو أن تكون موافقة لرضاء الله عز وجل .

وصلى الله وسلم على المبعوث رحمة للعاملين سيد الأولين والآخرين محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

أ - سبب اختيار الموضوع .

٢ - منهج البحث .

الحمد لله رب العالمين ، حمدا دائما وأبدا ، الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على خير البرية سيدنا ومولانا محمد عبد الله ورسوله وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .. وبعد .

فإن التعامل مع الآخرين أساس في كل مجتمع ، وضرورة اجتماعية قديمة وملازم لنشأة المجتمعات ، ولا يمكن للإنسان أن يعيش من غير التعامل مع الآخرين ، أو أن ينفرد بإشباع رغباته أو تلبية حاجاته ، والتعامل له أنواع عدة في المجتمع ، لذا فإن الشريعة الإسلامية وضعت الضوابط والأصول والقواعد العامة التي تضبط علاقات الناس ومعاملاتهم. وقد شرح الفقهاء هذه الضوابط والأصول والقواعد ، واستنبطوا منها أحكام الوقائع والحوادث المستجدة ، فأظهروا كمال الشريعة ، وأبرزوا روعة أحكامها وشمول نظرياتها .

وتعتبر العقود قوام المعاملات الدنيوية ، وهي تقوم على الرضا والاختيار، ومن أجل ضبط معاملات الناس وتنظيم علاقاتهم ببعضهم البعض من جهة وبخالقهم من جهة أخرى جاءت الشرائع السماوية وأنزلت الرسالات ، وكانت خاتمة تلك الشرائع وأكملها شريعة محمد صلى الله عليه وسلم والتي جاءت تعاليمها شاملة لجميع ما يحتاجه الناس في مختلف مجالات حياتهم .

ولما كان الإسلام ديناً ونظاماً ، فقد منع بعض أنواع من العقود التي تخالف الآداب الدينية والأخلاق والنظام . كيلا تسود الفوضى في العقود ، والإنسان عندما يتقدم لتعاقد في شيء يكون له قصود وراء إبرام العقد ، وهذه البواعث والقصود قد

٧ - ذكرت أقوال رجال القانون الوضعي كما وردت في كتاباتهم وتعليقاتهم وشروحهم .

٨ - قمت بذكر نصوص القوانين الوضعية معتمداً في ذلك على المراجع التي تعنتي بذلك .

٩ - وضعت فهرسين للبحث :

- أ - فهرساً لمصادر البحث ومراجعته تسهيلاً للرجوع إلى موضوعات البحث عند الحاجة إليها مع التزامي بذكر عنوان الكتاب كاملاً واسم المؤلف مع بيان الطبعة والناشر وتاريخ الطباعة متى تيسر ذلك .
- ب - فهرساً لبيان محتويات البحث .

خطة البحث :

تتكون خطة هذا البحث من :

- مقدمة .
- وتمهيد .
- وأربعة فصول .
- وخاتمة .

أما المقدمة ففي الأسباب الداعية إلى اختيار البحث ومنهج البحث فيه .
وأما التمهيد : ففي تعريف الالتزام وبيان مصادره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفصل الأول : ماهية السبب وبعض متعلقاته وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: تعريف السبب في اللغة وفي اصطلاح الأصوليين وبيان أنواعه وخصائصه وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف السبب في اللغة وعند الأصوليين .

المطلب الثاني : أنواع السبب وخصائصه .

المبحث الثاني : سببية العقد للالتزام وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد وتكوينه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

المطلب الثاني : بيان المراد بالتصرف والالتزام والفرق بينهما .

المبحث الثالث : تعريف الإرادة المنفردة وبيان الفرق بينهما وبين العقد .

الفصل الثاني : السبب في الفقه الإسلامي والقانون المدني الفرنسي والمدني الإنجليزي وفيه مباحث أربعة :

المبحث الأول: السبب في الفقه الإسلامي وفيه مطلبان :

المطلب الأول : نظرية السبب عند فقهاء الحنفية والشافعية [اشتراطهم

في الباعث على التعاقد أن تتضمنه الصيغة] .

المطلب الثاني : نظرية السبب في الفقه المالكي والحنفي ت[اشتراطهم

في الباحث الدافع على التعاقد المقاصد والنيات] .

المبحث الثاني : السبب في القانونين المدني الفرنسي والمدني الإنجليزي وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اتجاه القانون الفرنسي إلى النص على وجود السبب في

الالتزام وعلى مشروعية .

المطلب الثاني : رأي القانون الإنجليزي في السبب وإطلاقه عليه،

مصطلح (الاعتبار) .

المبحث الثالث : النظرية التقليدية في السبب وفيه مطالب خمسة :

المطلب الأول : مفهوم هذه النظرية .

المطلب الثاني : مصدر هذه النظرية وانتقالها إلى القانون المدني

الفرنسي .

المطلب الثالث : الفروق الجوهرية بين السبب الإنشائي والسبب الدافع والسبب القصدي .

المطلب الرابع : شروط النظرية التقليدية للسبب : كونه موجوداً — صحيحاً — مشروعاً.

المبحث الرابع : النظرية الحديثة في السبب وفيه مطالب ثلاثة :

المطلب الأول : مفهوم هذه النظرية واعتدادها بالبائع الدافع إلى التعاقد واعتباره السبب للالتزام العقدي .

المطلب الثاني : شروط السبب في هذه النظرية .

المطلب الثالث : اعتناق القانون المصري لعام ١٩٤٩م نظرية البائع الدافع الرائسي ، إلى التعاقد لإثبات السبب .

الفصل الثالث: السبب في بعض قوانين البلاد العربية (العراقي والأردني) وفيه مطلبان

المطلب الأول : في القانون المدني العراقي .

المطلب الثاني : في القانون المدني الأردني .

الفصل الرابع : السبب في القانون المدني الباكستاني .

وأما الخاتمة جعلتها إن شاء الله تعالى في أهم نتائج البحث والله الموفق وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

الطالب/ حسين عبد الله غالب .

الجامعة الإسلامية العالمية — إسلام آباد

كلية الشريعة والقانون

الدراسات العليا

التمهيد

تعريف الالتزام وبيان مصادره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الالتزام في اللغة :

يقال لزم الشيء يلزم لزوماً أي ثبت ودام ولزمه المال وجب عليه ولزمه الطلاق وجب عليه حكمه . ولزمته المال والعمل فلزمه ، والالتزام الاعتناق . والالتزام : إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له، أي ما لم يكن واجباً عليه قبل، هو بهذا المعنى شامل للبيع والإجارة والنكاح وسائر العقود^(١) .

تعريف الالتزام في القانون الوضعي :

عرف التقنين المصري القديم الالتزام بأنه :

ارتباط قانوني الغرض منه هو حصول منفعة لشخص بالزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه" وهذا التعريف يسمى الالتزام (تعهداً) ولكن لفظ الالتزام أدق، لأن التعهد — ينصرف إلى الالتزام الذي مصدره العقد دون غيره من المصادر الأخرى، في حين أن الالتزام — يشمل العقد كما يشمل غيره من المصادر .

وعرفه المشروع المصري الجديد :

"الالتزام حالة قانونية بمقتضاه يجب على الشخص أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل"^(٢) .

(١) الصحاح تاج اللغة والصحاح العربية ٢٠٢٩/٥ — القاموس المحيط ١٧٥/٣ المصباح المنير ٧٥٨/٣ .

(٢) الوسيط للمنهوري ١١٢/١ — مصادر الالتزام — للدكتور أحمد حُسمت أبو ستيت ٢١ .

وعرف التقنين اللبناني (الالتزام) :

"الموجب (الالتزام) هو رابطة قانونية تجعل لشخص أو لعدة أشخاص حقيقيين أو معنويين صفة المدين تجاه شخص أو عدة أشخاص يوصفون بالدائنين"^(١) .

وعرف الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت الالتزام بقوله : "الالتزام رابطة قانونية محلها عمل أو امتناع عن عمل ذي قيمة مالية أو أدبية بمقتضاها يلتزم شخص نحو شخص آخر موجود أو سيوجد"^(٢) حاول صاحب هذا التعريف الجمع بين المذهبين الشخصي والمادي .

وعرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري الالتزام بقوله "الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل" .

مصادر الالتزام في القانون الوضعي

تعريف مصدر الالتزام :

المقصود بمصدر الالتزام هو السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام .

وقال الدكتور أحمد حشمت : أن مصدر الالتزام هو الواقعة القانونية أو السبب القانوني الذي يولد الالتزام، وبعبارة أخرى مصدر الالتزام هو الجواب عن السؤال: من أين نشأ الالتزام ؟.

فالتزام المشتري بدفع الثمن والبائع بتسليم المبيع مصدره عقد البيع والتزام المتسبب في مضرة الغير بتعويض الضرر مصدره العمل الغير المشروع. والتزام الأب بالنفقة على عياله مصدره نص القانون^(٣).

(١) الالتزامات لدكتور محمد كامل مرسى ٩/١ .

(٢) مصادر الالتزام لدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص : ٢٣ .

(٣) الوسيط للسنهوري ١١٣/١ ومصادر الالتزام - لدكتور أحمد حشمت ، ص: ٢٤ .

الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام

تذكر القوانين اللاتينية عادة أن مصادر الالتزام خمسة وهي العقد ، شبه العقد ، الجريمة ، شبه الجريمة ، والقانون .

١ - **فالعقد** : هو توافق إرادتين على إنشاء التزام في ذمة كل من المتعاقدين ، أو في ذمة واحد منهما ، كعقد البيع يتفق بمقتضاه البائع والمشتري على إنشاء الالتزامات ، منها ما هو في جانب البائع كالالتزام بنقل الملكية وتسليم المبيع ، ومنها ما هو في جانب المشتري كالالتزام بدفع الثمن ، وكعقد الوديعة ينشئ التزاما في ذمة المودع لديه ولا شيء في ذمة المودع .

٢ - **شبه العقد** : هو عمل اختياري مشروع ينشأ عنه الالتزام نحو الغير ، وقد ينشأ عنه أيضا التزام مقابل في جانب ذلك الغير ، كالفضالة تتوافر عند ما يقوم شخص باختياره بعمل ضروري لحساب شخص آخر : فيلتزم الفضولي بأن يستمر في العمل الذي بدأه ، وأن يقدم حسابا عنه ، وقد ينشأ عن عمله هذا إذا ما أحسن القيام به فائدة لرب العمل فيلتزم هذا بأن يعرضه عما صرف من مصاريف ضرورية ومصاريف نافعة . وبأن ينفذ ما عقده الفضولي من التزامات سواء كانت باسمه أو باسم رب العمل في سبيل إتمام العمل .

٣ - **الجريمة** : هي عمل ضار فاعله متعمد الإضرار بالغير ، كما إذا أُلّف شخص عمداً مالا مملوكاً لغيره ، فينشأ عن هذا العمل الضار التزام في جانب فاعله بأن يعرض عن المال الذي أُلّفه .

٤ - شبه الجريمة : هو فعل خاطئ يصيب الغير بالضرر كالجريمة لكنه يختلف عنها في أنه غير مصحوب بقصد الإضرار ، وإنما هو يصدر عن إهمال وقلة تبصر بالأمر وعدم الاحتياط ، فيلتزم فاعله بأن يعرض عن الضرر كما في الجريمة .

٥ - القانون : قد يكون مصدراً للالتزام فينشئه في حالات معينة كما في التزامات أفراد الأسرة بعضها ببعض ، ونفقة الوالد على عياله وكما في التزامات الجار نحو جاره^(١). هذا هو الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام ، وهو وإن كان بسيطاً سهل الفهم إلا أنه ينطوي على خطأ تاريخي .

من أين أتى الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام ؟

لم يعرف القانون الرومان هذا الترتيب الذي جاء في الواقع نتيجة لاستعمال عبارات قريبة الشبه بعضها ببعض من حيث اللفظ فقط لكنها أثرت في المعنى فيما بعد .

كان القانون الروماني يعرف مصدرين للالتزام لا غير . المصدر الأول الجرائم وتحتصر في جرائم محددة ، وإن تزايدت على مر الأيام وأهمها جريمة الإضرار بمال الغير والسرقة التي يعاقب عليها القانون المعروف بقانون أكيليا ، والمصدر الثاني العقود وكانت هذه في أول الأمر قاصرة على العقود المعينة ، ثم وجدت إلى جانبها العقود العينية وهي الوديعة والعارية بنوعيتها ورهن الحيازة وغيرها .

وإذا وجدت الجرائم من ناحية والعقود من ناحية أخرى فقد كان كلاهما محصورين وإن زاد عدد أفرادهم بتوالي الأيام ، فلم تكف هذه الزيادة لمواجهة ما احتاجه تطور المجتمع فوجد إلى جانب المصدرين السابقين مصدر ثالث ينشئ الالتزامات، بعضها ينشأ من أعمال مشروعة والبعض الآخر ينشأ من أعمال غير مشروعة ، وجمعت فيه هذه الالتزامات الجديدة التي لم يكن من الممكن ردها إلى

(١) مصادر الالتزام لدكتور أحمد حنمت أبو سبتيت ، ٢٥ ، والوسيط في شرح القانون المدني سنهوري ١/١١٩ .

واحد من المصدرين السابقين ، وأطلق على المصدر الجديد اسم "الأسباب المختلفة" وبهذا أصبحت مصادر الالتزام في القانون الروماني ثلاثة : الجرائم ، العقود ، والأسباب المختلفة .

فالقانون الروماني كما ترى ، لم يعرف أصلا ما سمي فيما بعد بشبه العقد ولا بشبه الجريمة ، لكن جاييس أحد فقهاء الرومان ، أراد أن يضع شيئا من الترتيب داخل المصدر الجديد فرأى أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال غير مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من الجرائم المحددة المعروفة بجامع إن كلا من النوعين ينشأ من عمل غير مشروع ، فألحق بالجرائم المعروفة كالسرقة والغش أعمالا أخرى غير مشروعة كإخلال القاضي بواجبات وظيفته ^(١).

والذي كان جاييس يعنيه هو اعتبار هذه الالتزامات كأنها تنشأ من جريمة ، لا من حيث مصدرها ، لأنها لا تنشأ من جريمة في الواقع بل من حيث أثرها ، إذ هي في حكمها كالالتزامات التي تنشأ من الجرائم ، فلا تنتقل إلى ورثة المدين ويصح أن يجاوز حد الضرر الذي أحدثه العمل . لأن فيها معنى العقوبة وعبر عن ذلك بقوله : إن الملتزم يلتزم كما لو كان الفعل المنسوب إليه جريمة . ورأى أيضا أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من العقود المعينة المعروفة لاتفاقها معها من حيث الأثر فألحق بالعقود المعروفة كالبيع والإجارة أعمالا ووقائع أخرى كعمل الفضولي ودفع غير المستحق وغيرها من الالتزامات وعبر عن ذلك بقوله : أن الملتزم يلتزم كما لو كان قد تعاقد ، فكل ما كان يقصده جاييس من هذا التقريب هو أن الالتزامات الناشئة عن فعل غير مشروع أو عن فعل مشروع إنما تشبه الالتزامات المتولدة عن الجريمة والعقد ، فالتشابه إنما يتوافر من حيث الأثر لا المصدر ^(٢) .

(١) الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت مرجح السابق ٢٦ ، والسنهوري مرجع السابق ١٢٠/١ .

(٢) الوسيط للسنهوري ١٢١/١ .

واعتمد "جستيان" تقسيم جاييس هذا مع تعديل بسيط في العبارة وكان هو في الواقع السبب في التقسيم المتعارف ، إذ تكلم عن التزامات تنشأ عن جريمة أو عن عقد.

واعتمد بوتييه : هذا الترتيب وجعل مصادر الالتزام خمسة — العقد — شبه العقد ، الجريمة ، شبه الجريمة ، والقانون وعن بوتييه نقل المشرع الفرنسي ترتيبه ، وقد أخذ بهذا الترتيب جمهور الفقهاء ولم يتركوه إلا في العصر الحديث .

لقد واجه هذا الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام نقداً وهو كالاتي : أن تقسيم العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام إلى جريمة وشبه جريمة ، بحسب وجود نية التعمد أو انعدامها لا أهمية له ، لا من حيث نشوء الالتزام ولا من حيث ما يترتب عليه من الأثر ، فشبه الجريمة ينشئ التزاماً كالجريمة سواء بسواء والتعويض يدفع كاملاً في الحالتين .

أما عن شبه العقد :

فإن فكرة شبه العقد فكرة غير صحيحة ولا يمكن تحديدها : إذ قيل أن شبه العقد يشبه العقد من حيث أنه عمل إرادي ، والواقع أن شبه العقد ليس بحال عملاً إرادياً ، بل هو عكس ذلك تماماً ، ذلك أن شبه العقد قريب من الجريمة وشبه الجريمة لأنه غير مشروع .

أما أن شبه العقد عمل غير إرادي : فيظهر هذا من أن الالتزام الناشئ من شبه العقد ليس على أية صورة من صور وليده الإرادة ، فهو قد ينشأ رغم إرادة الملتزم ، لذلك لا يشترط توافر الأهلية ، بينما يشترط توافرها في المتعاقد لأن التزامة لا ينشأ إلا بإرادته ، فالفضالة ليست عملاً إرادياً وإذا كان الفضولي قد أراد فائدة للغير ، فهذه الإرادة بذاتها قاصرة عن إنشاء الالتزام في دمه ، وإذا كان رب العمل يلتزم بتعويض الفضولي ، فذلك بسبب العمل المادي الذي قام به الفضولي والذي نتجت عنه فائدة له .

وأما أن شبه العقد عمل غير مشروع ، فيظهر هذا إذا تعمقنا في تحليل الالتزام الذي ينشأ من شبه العقد ، فإننا نقف عادة عند العمل الذي يبدأ به شبه العقد ، وهذا العمل مشروع دون شك . فمن يدفع ديناً غير موجود أو يقيم بناء على أرض الغير يقوم بأعمال مشروعة ولكن هذا العمل المشروع ليس هو الذي ينشئ الالتزام ، فإن الملتزم ليس هو الشخص الذي دفع الدين أو أقام البناء ، ومعروف أن سبب الالتزام يتصل بشخص المدين لا بشخص الدائن .
فهذا هو النقد الذي وجه للترتيب التقليدي لمصادر الالتزام .

الترتيب الحديث لمصادر الالتزام :

بدأت حملة الفقه على الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام منذ القرن التاسع عشر على يد الفقيه بوليه ، حتى جاء بعده بالاجنيول وحمل لواءها وهاجم الترتيب التقليدي بقوة فلم يستطع معها أن يقف على قدميه فانهدم بعد أن عمر طويلاً .
وبعد انهدام هذا الترتيب التقليدي وجب أن يقام مكانه ترتيب جديد ، فقام فقهاء القانون بمحاولات عدة ، حتى انتهت في رأي الكثرة الغالبة منهم إلى أن مصادر الالتزام خمسة كالسابق العقد ، الإرادة المنفردة ، العمل غير المشروع ، الإثراء بلا سبب ونص القانون .

إذا نظرنا إلى هذا الترتيب نجد أنه يشترك مع الترتيب القديم في مصدرين هما العقد والقانون ، وشبه العقد في الترتيب القديم يقابله الإثراء بلا سبب ، ويزيد الترتيب الحديث ، الإرادة المنفردة ، مصدراً للالتزام^(١) .

هناك اتجاه آخر في تقسيم مصادر الالتزام إلى قسمين وهما العقد والقانون ، وهذا هو رأي بلانيول ، حيث جمع في نطاق القانون كل الالتزامات غير الناشئة عن الإرادة ، ومع ذلك فقد انتقد هذا الاتجاه على أساس أن القانون هو المصدر غير المباشر لجميع الالتزامات .

(١) الوسيط في شرح القانون المدني لسنهوري ١/١٢٧ .

ولقد انتقد الترتيب الحديث لمصادر الالتزام لأنه اقتصر على دراسة الحقوق الشخصية فحسب ، ولم تتناول دراسة الحقوق العينية كالملكية والرهن ، رغم أن هناك جامعا بينهما هو أن لكل منهما حقوقا . وقد أدى هذا النقد إلى ظهور تقسيم آخر في الفقه الألماني تتضمنه نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية ، والتصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى أحداث أثر قانوني - وهو بهذا المعنى مصدر للحقوق الشخصية والعينية على السواء ، أما الواقعة القانونية فهي كل واقعة يربط عليها أثرا ، كواقعة العمل غير المشروع التي يربط القانون عليها تعويضا لما نتج عن هذا العمل من ضرر^(١) .

هذا هو خلاصة تعريف الالتزام وبيان مصادره في الفقه الوضعي .

تعريف الالتزام في الفقه الإسلامي :

لم يتعرض فقهاء المسلمين القدامى لتعريف الالتزام على حد اطلاعي في كتب المذاهب في الفقه الإسلامي باستثناء الخطاب من فقهاء المالكية ، ذلك أن الفقهاء عموما لم يعنوا بوضع النظريات في المعاملات ، لأنهم وجهوا اهتمامهم إلى الفروع والمسائل وهذه هي طريقة تدوين الفقه في عصرهم .

تعريف الخطاب :

وقد عرف الالتزام بقوله : أن مدلول الالتزام لغة إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما له ، وهو بهذا المعنى شامل للبيع والإجارة والنكاح وسائر العقود ، وأما في عرف الفقهاء فهو إلزام الشخص نفسه بشيء من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء فهو بمعنى العطية ، وقد يطلق في عرف على ما هو أخص من ذلك وهو المعروف بلفظ الالتزام وهو الغالب في عرف الناس اليوم . ويدخل في الالتزام المطلق عند

(١) نظرية الأجل في الالتزام ، لدكتور عبد الناصر توفيق العطار ٢٣ .

الخطاب الصدقة والهبة والحبس والعارية والنذر والضمان والالتزام بالمعنى الأخص^(١).

وعرف المرحوم أحمد إبراهيم بك الالتزام بقوله :

يطلق الالتزام عندنا بطريق الاشتراك على أحد معنيين معنى خاص ، ومعنى عام .

فتعريفه بمعناه الخاص هو إيجاب الإنسان شيئاً من المعروف على نفسه مطلقاً أو معلقاً ولا يتم إلا بالحيازة .

وتعريفه بالمعنى العام — وهو المراد هنا — إيجاب الإنسان أمراً على نفسه إما باختياريه وإرادته من تلقاء نفسه ، وإما بإلزام الشرع إياه فيلتزمه لأن الشرع ألزمه به امتثالاً وطاعة لأمر الشرع^(٢) .

وتعريف الالتزام بمعناه الخاص عند المرحوم أحمد إبراهيم بك هو تفسير التعريف الذي ذكره الخطاب في التزاماته .

أما تعريفه بمعناه العام فهو محاولة من المرحوم أحمد إبراهيم لتقريب معنى الالتزام في الشريعة بمعناه في القانون الوضعي ، وهو يبرز الناحية الموضوعية للالتزام لاهتمامه بالمدين دون الدائن فهو لم يشر إليه^(٣).

عرف الشيخ علي الخفيف الالتزام :

بأنه تعهد شخصي لا يسأل عنه غير الملتزم فكان قاصراً عليه حال حياته وعلى ما يتركه من أموال بعد وفاته إذا لم يؤثر فيه الموت بالسقوط ، وهو نوعان ، قسري وهو ما كان نتيجة للإلزام ممن له حق الإلزام ، وذلك كما في المطلوبات

(١) نظرية الأجل في الالتزام — لدكتور عبد الناصر توفيق العطار / ٢٨ .

(٢) الالتزامات في الشرع الإسلامي للمرحوم أحمد إبراهيم بك ٢١ .

(٣) نظرية الأجل في الالتزام — لدكتور عبد الناصر توفيق العطار ، ص : ٣٣ .

الدينية التي ألزم الله بها عباده من زكاة وصدقة وحج وصلاة ونفقات الخ ، واختياري وهو ما كان بإرادة الإنسان واختياره فيلزم نفسه ما لم يكن مطلوباً منه من قبل ، وقول الشيخ علي الخفيف بأن الالتزام تعهد شخصي يجعله يقترب من فكرة القانون الوضعي ، وكذلك قوله في الالتزام الاختياري^(١) .

عرف الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء الالتزام بأنه :

كون الشخص مكلفاً شرعاً بعمل أو امتناع عن عمل لمصلحة غيره^(٢) . ويبدو في هذا التعريف محاولة ظاهرة لاستعارة معاني الفقه القانوني للفقه الإسلامي فالالتزام في القانون هو : "كون شخص مكلفاً قانوناً تجاه غيره بعمل أو امتناع عن عمل" وليس بين هذا التعريف الأخير والتعريف الأول من فرق سوى استبدال كلمة قانوناً بكلمة شرعاً^(٣) .

وعرف الدكتور عبد الناصر توفيق العطار الالتزام بقوله:

"إيجاب الشخص على نفسه أمراً جائزاً شرعاً" وذكر أنه يعنى بهذا التعريف أن الالتزام فيه معنى شغل ذمة الملتزم بما يوجبه على نفسه غير أن الشرع لا يعتد بشغل الذمة إلا إذا وافق قواعده ، وحيث يكون الأمر الملتزم به جائزاً شرعاً ، واعتبار الأمر الملتزم به جائزاً شرعاً ، هو من مقومات الالتزام الصحيح ، وهو قيد يفسر الأمر الذي يلتزم الشخص به فلا يتركه مجملاً ولا غامضاً ، ثم إن هذا القيد يشمل المعروف الذي هو ضد المنكر ويشمل غيره مما يجيزه الشرع^(٤) .

(١) الذمة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت — للدكتور المكاشف الكباشي ، ص : ٢٨٩ .

(٢) المدخل الفقهي العام — للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء ٨١/٣ .

(٣) نظرية الأجل في الالتزام ، للدكتور عبد الناصر توفيق العطار ، ص : ٤١ .

(٤) نظرية الأجل في الالتزام ، للدكتور عبد الناصر توفيق العطار/٤١ .

مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي :

مصدر الالتزام هو السبب الشرعي الذي أنشأ الالتزام فالالتزام المشتري يدفع الثمن مصدره عقد البيع ، والتزام من صدر عنه فعل ضار قصداً أو خطأ بجبر الضرر بإصلاح ما أتلّفه أو بضمانه بمثله أو بقيمته هو فعله الضار بغيره ، والالتزام الأب بالنفقة على أولاده مصدره الشرع مباشرة .

يقول المرحوم أحمد إبراهيم بك في كتابه الالتزامات في الشرع الإسلامي : "أن مصدر الالتزام إما عمل يباشره الإنسان باختياره يوجب به حقاً على نفسه لغيره ، ويقره الشرع عليه ، فيجب عليه الوفاء به بحكم العقل وبحكم الشرع ، وإما أن يكون الإيجاب ابتداء من الشرع بناء على حكمة يقتضيها التشريع والعدل الإلهي ، أو ترتيباً على فعل صدر عن الإنسان لم يرد به وقت صدوره عنه ترتيب أي التزام عليه لكن الشرع هو الذي يرتب الالتزام عليه ، وقد يكون الإنسان بهذا الفعل دائماً لغيره شرعياً"^(١) .

فالأول – يتناول العقد والإرادة المنفردة .

والثاني – يتناول شيئين أولهما ما أوجبه الشرع مباشرة كنفقات الأقارب وثانيهما ما كان سببه المباشر فعلاً ضاراً يصير به الفاعل ملزماً بتعويض الضرر أو فعلاً نافعاً لغيره يصير به الإنسان دائماً لذلك الغير بذلك الفعل شرعاً . وعلى هذا تكون مصادر الالتزام إما اختيارية وإما إجبارية ، والاختيارية تشمل العقد والإرادة المنفردة ، والجبرية يندرج فيها الفعل الضار الذي يكون به الفاعل مدنياً شرعاً لمن به الضرر فإما أن يصلح ما أتلّفه ويعيده إلى حالته الأولى وإما أن يضمنه بالمثل أو بالقيمة والفعل النافع الذي يكون به الإنسان دائماً لغيره وهو المعنون له في كتب الفقه القانوني بالإثراء على حساب الغير^(٢) .

(١) الالتزامات في الشرع الإسلامي للمرحوم أحمد إبراهيم بك / ٣٦ .

(٢) المرجع السابق .

إن مصادر الالتزام سواء كانت جبرية أو اختيارية تشمل نفس مصادر الالتزام في القانون ، ومصادر الالتزام في القانون تشمل العقد ، الإرادة المنفردة ، العمل غير المشروع ، الإثراء بلا سبب ونص القانون .
يقول الدكتور مصطفى الزرقاء .

إن فقهاء الإسلاميين يتفق مع نظرية الالتزام 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 معتبره في الفقه الإسلامي :

أ — فنظرية العقد قد بنيت عليها أحكام كلية وفرعية في العقود المختلفة في الفقه الشرعي .

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

ج — ونظرية الفعل الضار بفروعها الواسعة تعد جزءا من نظرية الضمانات بالتعدي أو الإلتلاف والتسبب 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 أنفق عليه من نفقة بإذن الحاكم قبل ظهور صاحبها وغير ذلك ...

هـ — وأما الإيجاب القانوني ، وهو المصدر الخامس للواجبات والحقوق في نظرية الالتزامات ، فقد بنيت على أساسه في الفقه الإسلامي جميع التكاليف الدينية التي يوجبها الشرع من نفسه بأوامر مباشرة كنفقات الأقارب والزوجة والعشر والخراج وغير ذلك مما هو كثير^(١) .

(١) المنخل الفقهي العام للدكتور مصطفى أحمد الزرقاء ١٠٣/٣ ، وما بعدها .

ويُفرق الفقهاء بين الالتزام والإلزام .

فالالتزام هو إيجاب الشخص على نفسه أمراً جائزاً شرعاً ومصادره في هذه الحالة "الإرادة المنفردة" والعقد .

وأما الإلزام فهو ما أوجبه الشرع على الشخص من أمور وتكون مصادره في هذه الحالة هي الشرع والفعل الضار والفعل النافع^(١) .

وبهذا تم تعريف الالتزام وبيان مصادره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وسأتكلم عن أحد مصادر الالتزام وهو العقد إن شاء الله تعالى .

(١) الذمة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت في الفقه الإسلامي للدكتور المكاشفي طه الكباش — ٣٠٣ .

الفصل الأول

ماهية السبب وبعض متعلقاته

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: تعريف السبب في اللغة وفي اصطلاح الأصوليين وبيان أنواعه وخصائصه، وفيه مطلبان:

المطلب الأول : تعريف السبب في اللغة وعند الأصوليين .

المطلب الثاني : أنواع السبب وخصائصه .

المبحث الثاني : سببية العقد للالتزام

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد وتكوينه في الفقه الإسلامي ، والقانون الوضعي

المطلب الثاني : بيان المراد بالتصرف والالتزام والفرق بينهما .

المبحث الثالث : تعريف الإرادة المنفردة وبيان الفرق بينها وبين العقد

المبحث الأول

تعريف السبب في اللغة وفي اصطلاح الأصوليين وبيان أنواعه وخصائصه

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

تعريف السبب في اللغة وعند الأصوليين

السبب لغة : الحبل ^(١) ثم استعمل في كل ما يتوصل به إلى غيره والجمع أسباب وقد يذكر السبب ويراد به الطريق قال تعالى ﴿وَاتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا فَاتَّبَعْ سَبَبًا﴾ ^(٢) أي آتينا ذا القرنين أسبابا ليبلغ بها أغراضه ومقاصده .
وقد يذكر السبب ويراد به الباب قال تعالى : ﴿وَقَالَ فِرْعَوْنُ يَا هَٰمَانَ ابْنِ لِي صِرْحًا لَعَلِّي أَبْلُغَ الْأَسْبَابَ ، أَسْبَابَ السَّمَاوَاتِ﴾ ^(٣) أي أبوابها
ومن هذا المعنى قول زهير :

ومن هاب أسباب المنايا ينلنه ولو نال أسباب السماء بسلم

وقد يذكر ويراد به الحبل قال تعالى ﴿مَنْ كَانَ يَظُنْ أَنْ لَنْ يَنْصُرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ لِيَقْطَعْ فَلْيَنْظُرْ هَلْ يُذْهِبَ كَيْدَهُ مَا يَغِيطُ﴾ ^(٤) أي فليمدد حبلا في سقفه ثم ليقطع فيموت مختنقا ^(٥).

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ١/١٤٥ .

(٢) سورة النكهف الآية : ٨٤ — ٨٥ .

(٣) سورة العاقر الآية : ٣٦ — ٣٧ .

(٤) سورة الحج الآية : ١٥ .

(٥) أصول البزدي ١/٣٠٩ .

هذه المعاني كلها تعود إلى معنى واحد ، هو أن السبب ما يكون موصولا إلى الشيء ، فالباب موصل إلى البيت أو البناء ، والحبل موصل إلى الماء ، والطريق موصل إلى المقاصد والأغراض .
هذه هي المعاني اللغوية للسبب .

السبب في اصطلاح الأصوليين :

جاء في أصول البزدوي^(١) ، والأحكام للآمدي : — أن السبب هو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفا لحكم شرعي^(٢) .
فالوصف المراد به المعنى وهو ما قابل الذات ومعنى كونه ظاهرا : أي غير خفي ومعنى كونه منضبطا أي محددا لا يختلف باختلاف الأحوال والأشخاص ومعنى كونه معرفا لحكم شرعي أي علامة على الحكم الشرعي من غير أن يكون له تأثير فيه ومعنى دل الدليل السمعي — هو ما كان من كتاب أو سنة وما يرجع إليهما .
وجاء في إرشاد الفحول للشوكاني : أن السبب هو جعل وصف ظاهر منضبط مناطا لوجود حكم أي يستلزم وجوده — وبيان ذلك أن الله سبحانه في الزاني مثلا حكمين .

أحدهما : تكليفي ، وهو وجوب الحد عليه .

وثانيهما : وضعي ، وهو جعل الزنا سببا لوجوب الحد ، لأن الزنا "يوجب الحد بعينه وذاته بجعل الشرع"^(٣) .

(١) هو علي بن محمد بن الحسين ، فخر الإسلام البزدوي ، كان إمام الحنفية بما وراء النهر ، أصولي ، محدث ، ومفسر .

من تصانيفه : "شرح الجامع الكبير" للشيباني في فروع الفقه الحنفي ، و "كنز الوصول إلى معرفة الأصول" المعروف بأصول البزدوي . معجم المؤلفين ١٩٢/٧ ، الجواهر المضية ٣٧٢/١ .

(٢) أصول البزدوي ٣١٠/١ ، الإحكام في أصول الأحكام ١١٠/١ .

(٣) إرشاد الفحول للشوكاني ص : ٢٤ .

وجملة القول : أن الأسباب هي التي أضاف الشارع الأحكام إليها ، ككون الاضطراب سببا في إباحة الميتة ، وخوف العنت سببا في إباحة نكاح الإماء ، وزوال الشمس أو غروبها أو طلوع الفجر سببا في إيجاب تلك الصلوات ، وكون النكاح سببا في حصول التوارث بين الزوجين وتحريم المصاهرة وتحليل الاستمتاع ، والسفر سببا في إباحة الإفطار والقصر ، إلى غير ذلك من الأسباب.

أطلق السبب على أربعة أوجه :

الأول : ما يقابل المباشرة ، كحفر بئر مع تردية ، فالأول سبب والثاني علة ، فإذا حفر إنسان بئراً ودفع آخر إنساناً فتردي فيها فهلك ، فالحافر هو المتسبب ، والدافع مباشر ، فأطلق العلماء السبب على ما يقابل المباشرة ، فقالوا إذا اجتمع المسبب والمباشر : غلب المباشر ووجب الضمان على المباشر وانقطع حكم التسبب .
الثاني : أطلقوا اللفظ وأرادوا به علة العلة - كرمي هو سبب لقتل ، وعلة للإصابة التي هي علة لزهوق النفس الذي هو القتل ، فالرمي هنا هو علة القتل .
الثالث : أطلقوا السبب وأرادوا به العلة الشرعية بدون شرطهم كملك النصاب دون حولان الحول .

الرابع : أرادوا بلفظ السبب العلة الشرعية كاملة وهي المجموع المركب من مقتضى الحكم ، وشرطه ، وانتفاء المانع . وإنما سميت العلة الشرعية الكاملة سببا ، لأن علتها ليست لذاتها ، بل بنصب الشارع لها أمانة على الحكم بدليل وجودها دونه كالإسكار قبل التحريم ، ولو كان الإسكار علة للتحريم لذاته لم يتخلف عنه في حال^(١) .

(١) شرح الكوكب المنير ٤٤٨/١ - وأصول الفقه الإسلامي لدكتور أمير عبد العزيز ٩٩/١ .

المطلب الثاني أنواع السبب وخصائصه

أنواع السبب :

ينقسم السبب إلى عدة تقسيمات نوردّها

التقسيم الأول :

تقسيمه إلى سبب مناسب للحكم وسبب غير مناسب .

الأول :

السبب المناسب للحكم : هو الذي يترتب على شرع الحكم عنده تحقيق مصلحة أو دفع مضرة ، وذلك كالإسكار بالنسبة لعقوبة الجلد والسرقة بالنسبة لعقوبة القطع ، والزنا بالنسبة لعقوبة الرجم والقتل العمد بالنسبة للقصاص ، فهذه أسباب مناسبة ، لأنه يترتب على شرع الأحكام عنها تحصيل مصلحة أو دفع مفسدة ، والإسكار يترتب على شرع الجلد عند تحقيقه مصلحة ، هي حفظ العقول ، أو دفع مفسدة هي زوالها ، والسرقة يترتب على شرع القطع عندها تحقيق مصلحة ، هي حفظ الأموال ، أو دفع مفسدة وهي ضياعها ، والزنا تترتب على شرع الجلد أو الرجم عنده أيضا تحقيق مصلحة ، وهي حفظ الأنساب والأعراض ، أو دفع مفسدة ، هي اختلاطها وضياعها . وقد سمي بعض الأصوليين هذا النوع من السبب علة تفرقة بين السبب والعلة .

الثاني : والسبب غير المناسب للحكم هو الذي لا يظهر للعقل المصلحة التي تترتب على شرع الحكم عنده ، كالدلوك بالنسبة لوجوب صلاة الظهر ، وشهود الشهر بالنسبة لوجوب صومه ، فإن مناسبة الدلوك لوجوب الصلاة والشهود لصومه لا تظهر للعقل ، وإن حكمنا بوجودها في الواقع . إذ الشارع لا يرتب المسببات على أسباب معينة عبثا ، فهناك مصلحة تجلب أو مفسدة تدفع من وجوب الصلاة عند الدلوك ، ووجوب الصوم عند شهود الشهر ، غير أن العقل لا يدرك هذه المصلحة أو المفسدة فإذا قال العلماء

بأن السبب لا يناسب الحكم فالقصد منه أن العقل هو الذي لا يدرك المناسبة لا في أصل وضع الشرع^(١) .

الفرق بين السبب والعلة :

إن للعلماء رأيين في التفرقة بين السبب والعلة .

١ — فالجمهور يرون أن السبب أعم في مدلوله من العلة ؛ ذلك أن السبب يشمل ما كان مناسباً للحكم وما لا يكون بينه وبين الحكم مناسبة ، فالسفر مثلاً سبب في تقصير الصلاة للمسافر وإفطاره ، وزوال الشمس سبب لوجوب صلاة الظهر ، فنرى في المثال الأول أن بين السبب والحكم مناسبة ظاهرة يدركها العقل ، أما في المثال الثاني فإن المناسبة بين السبب والحكم غير ظاهرة ولا يدركها العقل .

٢ — وفريق آخر وهم الأقل ، يرون أن السبب لا يكون بينه وبين الحكم مناسبة ظاهرة يدركها العقل ، مثاله زوال الشمس لوجوب صلاة الظهر ، فإن المناسبة بين زوال الشمس ووجوب صلاة الظهر غير ظاهرة ولا يستطيع العقل إدراكها . ويرون أن العلة هي ما كان بينها وبين الحكم مناسبة ظاهرة يسهل للعقل إدراكها، مثاله السفر في تقصير الصلاة للمسافر فإن بين السفر وتقصير الصلاة مناسبة ظاهرة وهي المشقة والعقل يدركها بسهولة ، فيرى هؤلاء أن العلة ليست جزءاً من السبب .

التقسيم الثاني :

من حيث القدرة على فعله إلى قسمين :

الأول: وهو ما كان فعلاً للمكلف مقدوراً له ، كالقتل العمد ، فإنه سبب لوجوب القصاص من القاتل ، وعقد البيع سبب لنقل ملكية المبيع إلى المشتري وعقد الزواج

(١) أصول الفقه — لأستاذ الدكتور حسين حامد حسان — ٨٠ .

سبب لحل الاستمتاع ، فهذه قد تكون مطلوبة الفعل أو الترك أو مخيرا بين الفعل والترك .

الثاني : وهو ما كان أمرا غير مقدور للمكلف وليس من أفعاله ، كدخول الوقت لإيجاب الصلاة ، والقراءة للإرث وشهود الشهر لوجوب صومه ، والاضطرار لإباحة أكل الميتة ، فهذه كلها أسباب ليست من فعل المكلف ، ولا تدخل تحت قدرته ، لهذا فإن خطاب التكليف لا يتعلق بها .

خصائص السبب :

يقرر الأصوليون ، أنه إذا تحقق السبب الجعلي من الشارع وجد مسببه دون توقف على تحقيق الرغبة ممن صدر منه ، بل هو بفعل الشارع وإرادته فليس المكلف مأمورا بترتيب المسببات على أسبابها ، وعدم ترتيبها ، لأن هذا الترتيب ليس مقدورا له ، ولا تكليف إلا بمقدور ويترتب على هذا ما يأتي :

أولا : إذا وجد السبب وتوافرت شروطه وانتفت موانعه ، ترتب عليه مسببه حتما ، سواء أقصد من باشر السبب ترتيب المسبب عليه ، أم لم يقصد ، بل يترتب ولو قصد عدم ترتبه .

فمن عقد بيعا مستكملا للشرائط ترتب عليه مسببه وهو انتقال الملك وإباحة الانتفاع ، ولو لم يقصد العاقد ذلك ، ومن طلق زوجته رجعا ثبت له حق مراجعتها ، ولو قال لا رجعة لي ، ومن تزوج امرأة حل له الاستمتاع بها ، وإن لم يقصد هو ثبوت الحل أي وإن قصد عدم ترتب المسببات على أسبابها في هذه الأمثلة ، لأن ترتيب المسببات على الأسباب من فعل الشارع .

أما إذا وقعت الأسباب غير مستكملة لشروطها فإن المسبب لا يترتب عليها ، وإن قصد المتسبب ترتيبه لأن ذلك ليس إليه .

ثانيا : من أتى بالسبب ترتب عليه مسببه وإن رجع أو تاب عن السبب لأنه لا دخل لإرادته وقصده في ترتب المسببات على أسبابها ، فمن تاب عن القتل بعد رمي

السهم عن القوس وقبل وصوله إلى الرمية ، ومن تاب من بدعة بعدما بثها في الناس وقبل عملهم بها ، ومن رجع عن شهادته بعد الحكم بها وقبل التنفيذ ، فإن رجوعه وتوبته لا تعفيه من تحمل أثار ما أتى به من السبب ، لأنه قد أتى بالسبب ، وترتب المسبب عليه ليس إليه فقصده عدم ترتبه عبث لا يعفيه من تحمل نتائجه .

ثالثا : إذا كان الشارع قد طلب التسبب من المكلف ، فإنه إذا أتى بالسبب على تمامه فقد برئت ذمته من الطلب ، ولو لم يترتب المسبب المعتاد على السبب ، بل ولو ترتب عليه نقيض السبب ، لأن ترتب المسببات على الأسباب ليس من فعله ولا يدخل تحت قدرته فلا يكلف به ، ومن هنا فإنه إذا وقع خلل في المسبب ، بأن لم يأت على الوجه المتوقع عادة ، أو أتى على نقيض المتوقع فيه ، فإنه ينظر إلى السبب هل أتى به المتسبب على تمامه أم لا ؟ فإن كان على تمامه لم يقع على المتسبب لوم ، ولا تلحقه مؤاخذه لأنه قد أتى بما طلب منه ، وهو السبب على تمامه وكمالهِ . وترتب المسبب عليه على الوجه المرغوب فيه ، ليس إليه بل إلى الشارع وحده . وإن لم يكن المتسبب قد أتى بالسبب على كماله فإنه يؤخذ بما نتج عنه^(١) .

(١) أصول الفقه — لأستاذ الدكتور حسين حامد حسان — ٨٤ ، وأصول الفقه الإسلامي — الدكتور وهبة الزحيلي — ٩٨ — وأصول الفقه الإسلامي — لدكتور أمير عبد العزيز ١٠٤/١ — والوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان ٥٧ .

المبحث الثاني سببية العقد للالتزام

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

تعريف العقد وتكوينه في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي

أولا : في اللغة وفي الفقه الإسلامي :

تعريف العقد لغة :

العقد في اللغة له معان كثيرة: منها الشد، والتوثيق، والإحكام، والجمع بين أطراف الشيء وربطها.

جاء في المصباح المنير : (عقد الحبل عقدا من باب ضرب فانعقد والعقدة ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل عقدت البيع ونحوه وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد توكيد ... ومعقد الشيء موضع عقده وعقد النكاح وغيره، إحكامه وإكرامه، والجمع عقود^(١) . والعقد بهذا المعنى أي الشد والربط والتوثيق صرح به كثير من العلماء .

جاء في تفسير العلامة أبي السعود:

"أن العقد هو العهد الموثق المشبه بعقد الحبل ونحوه"^(٢) .

وجاء في روح المعاني للألوسي:

أن أصل العقد الربط محكما ، ثم تجوز به عن العهد الموثق ، وأن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون إلا بين اثنين^(٣) .

(١) المصباح المنير ٤٢٢١/٢ ، القاموس المحيط ٢٧٠/٣ .

(٢) تفسير العلامة أبي السعود ٢/٢ .

(٣) روح المعاني للألوسي — ٤٨/٢ .

جاء في فتح القدير للشوكاني : "العقود : العهود ، وأصل العقود الربوط وأحدها عقد: يقال عقدت الحبل والعهد فهو يستعمل في الأجسام والمعاني ، وإذا استعمل في المعاني أفاد أنه شديد الأحكام والتوثيق^(١) .

جاء في أحكام القرآن للجصاص :

أن العقد بمعنى الربط والشد ، ثم نقل إلى كل ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه الزامه إياه ، وكل ما ألزم نفسه الوفاء به يعتبر عقداً وعلى هذا يسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه الوفاء به ، وسمي اليمين على المستقبل عقداً لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك ، وسميت الشركة والمضاربة ونحوها عقوداً لوفاء كل واحد مما شرطه من الربح والعمل لصاحبه ، وكذلك العهد والأمان لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها ، وكذلك شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد وكذلك النذور وإيجاب القرب وما يجري مجرى ذلك . وعلى هذا فإن الإمام الجصاص^(٢) يرى أن كلمة عقد عام يشمل كل ما عقده الإنسان على نفسه أو مع غيره وإلزم نفسه الوفاء به^(٣).

وقد اختلف المفسرون في المراد بالعقود في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤) عا وال .

(١) فتح القدير للشوكاني

(٢) هو أحمد بن علي أبو - الرازي المعروف بالجصاص ، من أهل الراي من فقهاء الحنفية ، سكن بغداد ودرس بها ، تفقه الجصاص على أبي سهل الزجاجي وعلى أبي الحسن الكرخس ، وتفقه عليه كثيرون . انتهت إليه رئاسة الحنفية في وقته كان إماماً ، رحل إليه الطلبة من الآفاق ، خوطب بأن يلي القضاء فامتنع ، وأعيد عليه الخطاب فلم يقبل . من تصانيفه : "أحكام القرآن" و"شرح مختصر لشيخه أبي الحسن الكرخي" و"شرح مختصر الطحاوي" و"شرح الجامع الصغير" . الأعلام ١/١٦٥ . البداية والنهاية ١١/٢٥٦ . الجواهر المضية ١/٨٤ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٩٤ .

(٤) سورة المائدة : الآية ١ .

الأول : أن المراد به العهود التي أخذ الله تعالى على عباده بالإيمان به وطاعته فيما أحل لهم أو حرم عليهم ، وهذا القول مروى عن ابن عباس رضي الله عنهما .

الثاني : المراد به العقود التي يتعاقد بها الناس بينهم كعقد الأيمان ، وعقد النكاح وعقد البيع ونحو ذلك ، وإليه ذهب زيد بن أسلم^(١) .

الثالث : المراد به — العهود التي كانت تؤخذ في الجاهلية على النصرانية والمؤازرة على من ظلم ، وروى ذلك عن مجاهد^(٢) والربيع^(٣) وقتادة^(٤) وغيرهم .

الرابع : المراد به العهود التي أخذها الله تعالى على أهل الكتاب بالعمل بما في التوراة والإنجيل مما يقتضي التصديق بالنبي صلى الله عليه وسلم وبما جاء به .

(١) هو زيد بن أسلم العدوي العمري مولاهم ، أبو أسامة أو أبو عبد الله فقيه مفسر ، من أهل المدينة ، كان مع عمر بن عبد العزيز أيام خلافته واستقدمه الوليد بن زيد في جماعة من فقهاء المدينة إلى دمشق مستفتياً في أمر ، وكان ثقة ، كثير الحديث له حلقة في مسجد النبوي . وله كتاب في التفسير رواه عنه ولده عبد الرحمن . الأعلام ٩٥/٣ .

(٢) هو مجاهد بن جبر أبو الحجاج المكي مولى بني محزوم تابعي ، مفسر من أهل مكة . قال الذهبي : هو شيخ القراء والمفسرين ، أخذ التفسير من عبد الله بن عبد الله بن عباس — رضي الله عنهما — قراءة عليه ثلاث مرات يقف على كل آية يسأله فيما نزلت وكيف كانت . الأعلام ١٦١/٦ . سير الأعلام النبلاء ٤/٤٤٩ .

(٣) ابن عائد الإمام القدوة العابد أبو يزيد الثوري الكوفي ، أحد الأعلام أدرك زمان النبي — صلى الله عليه وسلم — وأرسل عنه . وروى عن عبد الله بن مسعود وأبي أيوب الأنصاري وعمر بن ميمون وهو قليل الرواية إلا أنه كبير الشأن . حدث عنه الشعبي وإبراهيم النخعي وهلال بن يساف ومنذر الثوري وهبيرة بن خزيمة وآخرون . وكان يعد من عقلاء الرجال . روى عن أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود قال كان الربيع ابن خثيم إذا دخل على ابن مسعود لم يكن له إذن لأحد حتى يفرغ كل واحد من صاحبه فقال له ابن مسعود يا أبا يزيد لو رأيك الرسول — صلى الله عليه وسلم — لأحبك وما رأيك إلا ذكرت المخبتين .

فهذه منقبة عظيمة للربيع أخبرني بها إسحاق الأسدي أنبأنا ابن خليل أنبأنا أبو المكارم التيمي أنبأنا أبو علي المقرئ أنبأنا أبو نعيم حدثنا الطبراني حدثنا عبدان بن أحمد أزهر بن مروان حدثنا عبد الواحد بن زياد حدثنا عبد الله بن الربيع بن خثيم حدثنا أبو عبيدة أبو الأحوص عن سعيد بن مسروق عن منذر الثوري قال كان .

(٤) هو قتادة بن دعامة بن قنادة السدوسي من أهل بصرة . ولد ضريراً أحد المفسرين والحافظ أهل بصرة ، وكان مع علمه بالحديث رأساً في العربية ، ومفردات اللغة وأيام العرب والنسب . مات بواسطة الطاعون . الأعلام ٢٧/٦ . ومعجم المؤلفين ٢٩٢/٨ .

١٠
١١
١٢
١٣
١٤
١٥
١٦
١٧
١٨
١٩
٢٠
٢١
٢٢
٢٣
٢٤
٢٥
٢٦
٢٧
٢٨
٢٩
٣٠
٣١
٣٢
٣٣
٣٤
٣٥
٣٦
٣٧
٣٨
٣٩
٤٠
٤١
٤٢
٤٣
٤٤
٤٥
٤٦
٤٧
٤٨
٤٩
٥٠
٥١
٥٢
٥٣
٥٤
٥٥
٥٦
٥٧
٥٨
٥٩
٦٠
٦١
٦٢
٦٣
٦٤
٦٥
٦٦
٦٧
٦٨
٦٩
٧٠
٧١
٧٢
٧٣
٧٤
٧٥
٧٦
٧٧
٧٨
٧٩
٨٠
٨١
٨٢
٨٣
٨٤
٨٥
٨٦
٨٧
٨٨
٨٩
٩٠
٩١
٩٢
٩٣
٩٤
٩٥
٩٦
٩٧
٩٨
٩٩
١٠٠

وروى ذلك عن ابن جريج^(١) وأبي صالح^(٢) — وعليه فالمراد من (الذين آمنوا) مؤمنون من أهل الكتاب واختار بعض المفسرين أن المراد بها ما يعم جميع ما ألزمه الله تعالى عباده ، وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوها مما يجب الوفاء به أو يحسن ديناً^(٣). وهذا ما أميل إليه وهو الأرجح . والله أعلم .

تعريف العقد في اصطلاح الفقهاء :

عرف الفقهاء العقد بأنه ارتباط الإيجاب بالقبول .

قال صاحب العناية :

العقد هاهنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل^(٤).

العقد : عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه^(٥) .
ومعنى هذا :

العقد : هو ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما ، وهذا التعريف يتفق مع تعريف القانونيين للعقد بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه^(٦).

ومعنى هذا أن العقد ينشأ بين طرفين تتجه إرادتهما إلى إنشاء اثر قانوني .

(١) عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج أبو الوليد ، رومي الأصل ، من موالى قريش لقب بفتيحه الحرم المكي ، أخذ عن عطاء ومجاهد ، كان ثقة في الحديث أول من صنف الكتب بمكة . الأعلام ٣٠٥/٤ .

(٢) أبو صالح علي من مولات أم هانئ قال أبو حاتم وغيره لا يحتج به .

(٣) روح المعاني للألوسي ٤٨/٢ .

(٤) العناية على هامش فتح القدير ٤٥٦/٥ .

(٥) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لدكتور عبد الكريم زيدان ص ٢٣٩ .

(٦) الملكية ونظرية العقد لإمام محمد أبو زهرة ص ١٧٩ .

ولكن نجد أن بعض الفقهاء يتوسعون في معنى العقد بحيث يشمل العقد في نظرهم ، كل التزام يتم بتلاقى الإرادتين ، كالبيع والإجارة وغيرهما، ويشمل ما كان الالتزام من طرف واحد من غير توقف على شيء آخر كالطلاق المجرد عن المال. وهذا التعميم هو رأي الإمام الجصاص حيث يقول : العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه التزامه ، فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً ، لأن كل واحد من طرفي العقد قد ألزم نفسه التزاماً عليه ووفاء به ، ويسمى اليمين على المستقبل عقداً ، لأن الحالف ألزم نفسه بشيء يفعله في المستقبل فهو عقد ، فكل ما ألزم إنسان نفسه عقد سواء كان بإرادتين أو كان بإرادة واحدة^(١) .

وعرف الدسوقي^(٢) العقد بأنه — ما يتوقف عليه إيجاب وقبول وأما غيرها من الطلاق وما بعده فهي إخراجات^(٣) .
وقال ابن رشد الحفيد^(٤) — العقد هو الإيجاب والقبول^(٥) .

(١) أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص ، ٢/٢٩٤ .

(٢) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ، فقيه مالكي من علماء العربية والفقه ، من دسوق بمصر . تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة ، درس بالأزهر . من تصانيفه : "حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل" في الفقه المالكي . "وحاشية على شرح السنوسي لمقدمة أم البراهين" في العقائد . الأعلام ٦/٢٤٢ . ومعجم المؤلفين ٩/٢٩٢ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٥ .

(٤) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد أبو الوليد فقيه مالكي ، فيلسوف ، طبيب من أهل أندلس من أهل قرطبة، عني بكلام أرسطو وترجمه إلى العربية وزاد عليه زيادات كثيرة ، اتهم بالزندقة والإلحاد فنفي إلى مراکش واحترق بعض كتبه ، ومات بمراكش ودفن بقرطبة . يلقب بالحفيد بميز عن جده أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الذي يميز بالجد . من تصانيفه : "فصل المقال في بين الحكمة والشريعة من الاتصال" و"تهافت التهافت" في الفلسفة "والكليات" في الطب "وبداية المجتهد ونهاية المقتصد" في الفقه ورسالة في "حركة الفلك" . الأعلام ٦/٢١٣ . وشذرات الذهب ٤/٣٢٠ .

(٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/١٢٩ .

وبذلك يتضح أن العقد هو من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر الشرع بين شخصين نتيجة لاتفاق إرادتها ، وهتان الإرادتان خفيتان فطريق إظهارهما التعبير عنهما ، وهو في العادة بيان يدل عليهما بصورة متقابلة من الطرفين المتعاقدين ويسمى هذا التعبير المتقابل إيجاباً وقبولا^(١) .

جاء في مادة ١٠٣ — لمجلة الأحكام العدلية :

العقد : التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول وجاء في مادة ١٠ .

الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما^(٢) .

إذا نظرنا إلى العقد نجده عبارة عن ارتباط بين شخصين نتيجة لاتفاق إرادتهما المعبر عنها بالإيجاب والقبول ، وقد وضع ذلك صاحب العناية بقوله "البيع ينعقد بالإيجاب والقبول" ثم الانعقاد ههنا تعلق كلام أحد العقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل ، والإيجاب هو الإثبات ، ويسمى ما تقدم من كلام العقدين إيجاباً لأنه يثبت للآخر خيار القبول فإذا قبل يسمى كلامه قبولا وحينئذ لا خفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم إيجابا والمتأخر قبولا^(٣) .

فالبادئ أولاً من المتعاقدين يسمى كلامه إيجابا ويسمى كلام المتأخر منهما قبولا سواء كان المشتري هو البادئ أو البائع .

فمتى حصل الإيجاب والقبول في عقد البيع ووافق القبول الإيجاب ينعقد البيع فيظهر أثره في المعقود عليه ، وهي إيجاب نقل ملكية المعقود عليه إلى المشتري وإيجاب نقل الثمن إلى البائع .

(١) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٢٩٢/١ .

(٢) نزر الحكام شرح مجلة الأحكام ٩١/١ .

(٣) العناية بهامش فتح القدير ٤٥٦/٥ .

الإيجاب والقبول وتكوين العقد:

(الإيجاب أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه وجد سبب التصرف) ولا فرق بين أن يقع الكلام من البائع أو يقع من المشتري .
(القبول ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتكـ^(١) العقد) أي أن كل كلام جاء بعد الإيجاب لإنشاء التصرف وبقصد إتمام العقد يسمي قبولاً سواء في ذلك أكان المشتري هو المتكلم أم كان البائع .
ويشترط الفقه الإسلامي لصحة الارتباط بين الإيجاب والقبول عدداً من الشروط، تفصيلها فيما يلي :

أولاً : أن يكون القبول موافقاً للإيجاب :

يحصل توافق الإيجاب والقبول إذا اتحد موضوعهما بأن يراد على معنى واحد بجميع جزئياته ، سواء أكانت هذه الموافقة صريحة أم ضمنية كما إذا قال البائع بعثك هذا الكتاب بمائة روبية فقال الآخر قبلت ، أو ضمناً كما إذا قال البائع بعثك كتابي هذا بمائة روبية فقال المشتري قبلت بمائة وخمسين ، فمثل هذا اعتبره الفقهاء توافقاً ضمناً، لأن القبول بمائة وخمسين يتضمن القبول بمائة وهي مخالفة إلى خير فينعقد العقد ولا يلزم المشتري إلا مائة روبية ، أما الزيادة فموقوفة على قبول البائع لها في المجلس فإن قبلها لزم البيع وإن لم يقبلها لا تلزمه ، أما إذا بدأ المشتري فقال اشتريت هذا الكتاب بمائة روبية ، فقال البائع قبلت بمائة وخمسين لا ينعقد البيع لأن المخالفة ليست في مصلحة الموجب^(٢) .

(١) ندرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٩٠/١ (المادة ١٠١ - ١٢٠)

(٢) الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ، لدكتور بدران أبو العينين بدران ص : ٢٦٩ -

وبذائع الصبايع ١٣٦/٥ ٢٢.

ثانيا : أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة في إنشاء العقد :

الارتباط الذي يتكون به العقد هو في الحقيقة ، ارتباط بين إرادتي العاقدين وإنما يستدل على هاتين الإرادتين بالإيجاب والقبول لذا فلا بد أن يكون الإيجاب والقبول واضح الدلالة على أن إرادة العاقدين متجهة إلى إنشاء العقد ، وإن كان في هذه الدلالة شك لم ينعقد العقد ، ولا يلزم في هذه الدلالة الواضحة أن تكون بطريق الحقيقة ، بل يمكن أن تكون بطريق المجاز^(١) .

ثالثا : أن يعلم ويفهم كل منهما عبارة الآخر :

أن العلم والفهم أساس اتصال الإرادتين فلا بد لوجود الالتزام أن يفهم كل منهما عبارة الآخر وأنه يقصد ما يترتب عليهما لأن الإرادة التي يتم بها الارتباط أمر خفي ، والعبارة أو ما يقوم مقامها ، هي الكاشفة عنها والمظهرة لها ، ولذا لزم أن تكون واضحة ومفهومة ، فإن لم يكن كذلك لعدم سماع الآخر لها أو لعدم فهمه مدلولها لأنها بغير لغته مثلا وصدر من الآخر ما يصح أن يكون قبولا فإن العقد لا ينعقد^(٢) .

هذه هي شروط الإيجاب والقبول ، فإذا جدت هذه الشروط في مجلس العقد سواء كان المتعاقدان حاضرين ، أو كان بإرسال رسول أو كتابة فإن العقد ينعقد .

مجلس العقد :

مجلس العقد هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان ، ويبدأ من وقت صدور الإيجاب ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد ولم يصدر من أحدهما إعراض عنه.

فإذا تغير المجلس حقيقة (كأن يغادر أحد العاقدين المكان) أو حكما (بأن يدخل في موضوع غير موضوع العقد) اختلف المجلس.

(١) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لدكتور عبد الكريم زيدان : ٢٤٣ .

(٢) المدخل للفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور ، ص : ٤٠٠ .

وأما إذا كان التعاقد بالرسالة أو الكتابة كأن يرسل أحدهما إلى الآخر رسولا بالإيجاب أو كتابا إليه به ، فإن مجلس العقد ليس هو مكان الإرسال أو الكتابة ، بل حيث يبلغ الرسول رسالته إلى المرسل إليه ، أو حيث يقرأ إليه الكتاب ، ويرد المرسل إليه الكتاب بالموافقة في نفس المجلس .

يرى الإمام الشافعي أنه إذا أوجب الموجب سواء كان بائعا أو مشتريا فإن على الآخر القبول فور الإيجاب ، أي لا يجوز التراخي بين الإيجاب والقبول وذلك يثبت للمتعاقد خيار المجلس ما لم يتفرقا ، وهذه تكون فرصة لهما في التفكير وإمعان النظر والتبصر في الصفقة .

ويشترط أن لا يطول الفصل بين لفظيهما ، بحيث يشعر بإعراضه عن القبول بخلاف الفصل اليسير لعدم إشعاره بالأعراض عن القبول ويضر التدخل بكلام أجنبي فيه ولو يسيرا بين الإيجاب والقبول وإن لم يتفرقا عن المجلس لأن فيه إعراض عن القبول^(١).

وجاء في بدائع الصنائع :

عند كلامه عن مجلس العقد (وعند الشافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه وجه قوله ما ذكرنا أن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وإنها تندفع بالفور^(٢) .

أما الجمهور فيرون أنه إذا أوجب الموجب يكون للمقابل فرصة للقبول إلى نهاية المجلس ليتفكر وليمعن النظر في الصفقة .

(١) مغنى المحتاج ٦/٢ - ٧ .

(٢) بدائع الصنائع ١٣٧/٥ .

الحنفية :

جاء في بدائع الصنائع :

(وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فتراجب وهو اتحاد المجلس بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد فإن اختلف المجلس لا ينعقد فإذا أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لأن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس لأنه كلما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده فوجد الثاني والأول منعدم ، فلا ينتظم الركن إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكما وجعل المجلس جامعا للشطرين مع تفرقهما للضرورة وحق الضرورة يصير مقضيا عند اتحاد المجلس فإذا اختلف لا يتوقف)

ثم رد على رأي بأن الضرورة تتدفع بالفور ، قال الإمام الكاساني^(١) "ولنا أن في ترك اعتبار الفور ضرورة لأن القابل يحتاج إلى التأمل ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل^(٢) .

المالكية :

جاء في مصادر الحق نقلا من الخطاب:

"والذي تحصل عندي من كلام أهل المذهب أنه إذا أجابه في المجلس بما يقتضي الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقا ، وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقا ، وكذا لو حصل حاصل يقتضي

(١) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين منسوب إلى كاسان بدلة بالتركستان ، خلف نهر سيجون من أهل حلب ، من أئمة الحنفية ، كان يسمى "مالك العلماء" . أخذ عن علاء الدين السمرقندي وشرح كتابه المشهور بـ "تحفة الفقهاء" ، وتولى بعض الأعمال لنور الدين الشهيد وتوفي بحلب . من تصانيفه : "البدائع الصنائع" وهو تحفة الفقهاء "والسلطان المبين في أصول الدين" . الأعلام ٤٦/٢ . والجواهر المضية ٢٤٤/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ١٣٧/٥ .

الأعراض عما كانا فيه حتى لا يكون جوابه جواباً للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع ... ولا يشترط ألا يحصل بين الإيجاب والقبول فصل بكلام أجنبي عن العقد ولو كان يسيراً كما يقول الشافعية^(١) .

وقال صاحب بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك "لا يضر في البيع الفصل بين الإيجاب والقبول إلا أن يخرج عن البيع لغيره عرفاً وللبيع إلزام المشتري في المزايدة ولو طال حيث لم يجر عرف بعده"^(٢) .

الحنابلة :

وجاء في المقتنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل رحمه الله :

"وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح مادام في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه وإلا فلا"^(٣) .

بعد نقل هذه النصوص من كتب المذاهب نجد أن الجمهور لا يقولون بالفورية عقب الإيجاب والقبول مباشرة بل يعطون الفرصة للقابل للتفكير والتدبر لموازنة إيجابيات وسلبات قبوله أو رفضه .

خيار الرجوع :

يرى المالكية أن الإيجاب بعد صدوره ملزم لصاحبه وليس له الرجوع عنه قبل صدور القبول ، فإذا رجع عن الإيجاب ثم صدر القبول من القابل فإن العقد يتم وينعقد، لأن الموجب سيلتزم بإيجابه إلى انقضاء المجلس .

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٩/٢ .

(٢) بلغة السالك إلى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ٤/٢ .

(٣) المقتنع في الفقه إمام السنة أحمد بن حنبل ٣/٢٠ .

قال الحطاب :

"والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتباعين لزمه إن أجاب صاحبه في المجلس بالقبول ولم يكن له أن يرجع قبل ذلك ... لو رجع أحد المتباعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول"^(١) .

أما الحنفية :

فإنهم يجيزون للموجب الرجوع عن إيجابه ما لم يصدر القبول من طرف الآخر، لأن رجوع الموجب لا يبطل حق غيره .
جاء في الهداية شرح بداية المبتدئ .
"وإذا لم يقيد الإيجاب بقبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن إبطال حق الغير ، وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات ساعاته واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر"^(٢) .

وجاء في البدائع :

لو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه ، وكذلك لو كتب شطر العقد ثم رجع^(٣) .

أما خيار القبول :

فإن الفقهاء أجازوا ذلك ، فإذا أوجب الموجب ولم يتكلم الطرف الآخر لا بالقبول ولا بالرفض إلى أن انقضى المجلس فإنه لا يكون هناك عقد .

(١) مصادر الحق ١٨/٢ .

(٢) الهداية شرح بداية المبتدئ ٢١/٣ .

(٣) بدائع الصنائع ٣٣٨/٥ .

قال المرغيناني^(١) في الهداية وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإنشاء رد^(٢) .

وجاء في الخطاب :

"لو قال أبيعك سلعتي بعشرة إن شئت فلم يقل أخذتها حتى انفض المجلس ، لم يكن له شيء اتفاقاً"^(٣) .

فعلى هذا الأساس لا إلزام في القبول ، فمن وجه إليه إيجاب يكون له حرية القبول أو الرفض ، وهذا الخيار ، أي خيار القبول يمتد إلى آخر المجلس .

خيار المجلس :

خيار المجلس معناه أن يكون لكل واحد من العاقدين الفسخ مادام العاقدان لم يتفرقا بالأبدان ، فحق الفسخ ثابت لكلا العاقدين مادام المجلس قائماً لم ينفض ، فإذا تفرقت المجالس ، وتباعدت الأبدان سقط حق الفسخ^(٤) .

ومعنى هذا أن العقد لا يلزم إلا بإنهاء مجلس العقد بالتفرق وليس ذلك في كل العقود وإنما في العقود اللازمة من الجانبين فقط القابلة للفسخ وعقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة وصلاح المعاوضة .

(١) هو علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغني المرغيناني ، برهان الدين ، نسبة إلى "مرغينان" وهي مدينة من فرعانة وراء سيحون وجيحون . من أكابر فقهائ الحنفية . وكتابه "الهداية شرح بداية المبتدئ" مشهور يتداوله الحنفية .
من تصانيفه أيضاً "منتقى الفروع" و "مختارات النوازل" . الجواهر المضية ٣٨٣/١ ، والاعلام للزركلي ٧٣/٥ .

(٢) الهداية شرح بداية المبتدئ ٢٢/٣ .

(٣) المصدر السابق ١٦/٢ .

(٤) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - للإمام محمد أبي زهرة ١٨٥ .

وإن مبدأ خيار المجلس محل اختلاف بين الفقهاء وذلك أن الشافعية والحنابلة يثبتونه والحنفية المالكية ينفونه .

فالشافعية والحنابلة :

أثبتوا خيار المجلس ، وجعلوا لكل من المتعاقدين خيار فسخ العقد لكن لم يثبتوا هذه الخيار في كل العقود ، إنما أثبتوه في عقود المعاوضات اللازمة كالبيع وأنواعه ، والإجازات وصلاح المعاوضة .

قال الإمام الشافعي في الأم :

وكل متبايعين في سلف إلى أجل أو دين أو عين أو صرف أو غيره تباعا وتراضيا ولم يتفرقا عن مقامهما أو مجلسهما الذي تباعا فيه فلكل واحد منهما فسخ البيع، وإنما يجب على كل واحد منهما البيع حتى لا يكون له رده إلا بخيار أو شرط خيار أو ما وصفت إذا تباعا فيه وتراضيا وتفرقا بعد البيع عن مقامهما الذي تباعا فيه أو كان بيعهما عن خيار فإن البيع يجب بالتفرق والخيار^(١) .

وجاء في مغني المحتاج :

"يثبت خيار المجلس في أنواع البيع ، كالصرف والطعام بالطعام ، والسلم ، والتولية والتشريك وصلاح المعارضة^(٢) .

(١) الأم ٦٦/٣ .

(٢) مغني المحتاج ٤٣/٣ .

وجاء في المغنى لابن قدامة^(١) :

"والمبتايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما أن البيع يقع جائزا ولكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ما دام مجتمعين لم يتفرقا"^(٢) .

أما الحنفية والمالكية :

فقد نفوا ومنعوا خيار المجلس في كل العقود أي أن العقد إذا تم ينجزم ويرتفع الخيار ، فإذا وافق القبول الإيجاب في مجلس العقد فقد تم العقد وإن لم يتفرقا لأنه عقد معاوضة فلزم بمجرد كالكاح والخلع .

وقد استدلل الشافعية والحنابلة في إثباتهم خيار المجلس كالاتي

١ - ما روى عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال "إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا ، وكانا جميعا ، أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع"^(٣) .

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : "المبتايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما يتفرقا إلا بيع الخيار"^(٤) .

(١) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة من أهل جماعيل من قرى نابس بفلسطين . خرج من بلده صغيرا مع عمه عندما ابتليت بالصليبيين واستقر بدمشق واشترك مع صلاح الدين في محاربة الصليبيين ، رحل إلى بغداد في طلب العلم أربع سنين ثم عاد إلى دمشق . من تصانيفه : "المغني في الفقه شرح مختصر الخرفي" عشرة مجلدات ، "الكافي" و"المقنع" و"العمدة" وله في الأصول "روضة الناظرة" . الأعلام ١٩١/٤ .

(٢) المغنى لابن قدامة ٥٦٣/٣ .

(٣) صحيح مسلم ١٥/٥ . وصحيح البخاري ١٣٥/٣ .

(٤) صحيح البخاري ، كتاب البيوع : ١٣٥/٥ ، صحيح مسلم : ٩/٥ .

وجه الدلالة :

لا يمكن أن يفسر الحديث إلا أن العقد بعد تمامه يستمر غير لازم ما دام العاقدان في مجلس العقد لم يزيلاه فإذا زايلاه أحدهما فقد تفرقت المجالس فلا خيار ، ولا يصح أن تفسر كلمة (البيعان) إلا بالعاقدين اللذين تم بينهما الإيجاب والقبول ، لأن الكلمة لا تحمل سوى ذلك ولا تدل على غيره^(١) .

وقد تقوى دليل المثبتين بعقد ابن عمر وقضاء أبي برزة رضي الله عنهما وكان ابن عمر وهو راوي الحديث إذا بايع أحداً وأحب أن ينفذ البيع مشى قليلاً ثم رجع^(٢) . وإن من روي حديثاً فهو أعلم بتأويله ، لا سيما الصحابة إذ هم أعلم بالمقال واقعد بالحال .

وروي عن أبي الوضيء قال : كنا في سفر في عسكر فأتى رجل معه فرس فقال له رجل منا : أتبيع هذا الفرس بهذا الغلام ، قال نعم ؛ فباعه ثم بات معنا ، فلما أصبح قام إلى فرسه ، فقال له صاحبنا : مالك والفرس ! أليس قد بعته فقال : مالى في هذا البيع من حاجة . فقال : مالك ذلك لقد بعته ، فقال لهما القوم : هذا أبو برزة صاحب رسول — الله صلى الله عليه وسلم — ، فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر فقالوا له هذه القصة ، فقال أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فقالا نعم ، قال : قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا" وإني لا أراكما افتترقتما^(٣) .

فهذان صحابيان قد علما مخرج الحديث وعملا بمقتضاه ، بل هذا كان عمل الصحابة .

(١) الملكية ونظرية العقد لإمام أبي زهرة — ١٨٦ .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٢٦٩/٥ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٢٦٩/٥ .

قال سالم قال ابن عمر : كنا إذا تبايعنا كان كل واحد منا بالخيار ما لم يتفرق المتبايعان ، قال : فتبايعت أنا وعثمان البيع فبعته مالى بالوادي بمال له بخير ، قال فلما بعته طفقت أنكص القهقري ، خشية أن يردني عثمان البيع قبل أن أفارقه^(١) .

٢ — أن عقود المعاوضات قوامها التراضي ، والرضا أساسه الاختيار الصحيح ، والموازنة بين منافع العقد ومغارمه ، وهي عقود إذا أبرمت واستقرت لزمّت ، لذلك كان لا بد أن يكون لدى العاقد فسحة من الوقت للتفكير والتروية والتدبير ، فكانت هذه الفسحة هي مجلس العقد ، ففيه تمكين للعاقد من أن يتروى ويتفكر ويتدبر ، قبل الإيجاب والقبول وبعدهما ليكون على بينة من أمره ، هذا والعرف على أن مجلس العقد يعتبر مجلس مساومة وأخذ ورد ، ولا يعتبر العقد قد ثبت واستقر إلا إذا تفرق العاقدان مصرين على ما عقدا ، فعلى هذا الأساس يكون العاقدان بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما^(٢) .

واستدل الحنفية والمالكية الذين ينفون خيار المجلس بما يأتي :

١ — بقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) وهذان العاقدان قد تعاقدتا ، وفي الحديث إبطال الوفاء بالعقود ، فتحقق العقد يوجب الوفاء ، وليس وجوب الوفاء إلا ثبوت الالتزام الذي أوجبه العقد ، وشرعية خيار المجلس ، وعدم ثبوت الالتزام إلا بتفرق المجالس يفيد بمقتضاه عدم لزوم الوفاء بمجرد العقد ، وفي ذلك مناقضه لنص القرآن الذي أوجب الوفاء لمجرد العقد ، ولا شك أن الحديث غير المتواتر مهما يكن صحيحا في سنده ، واضحا في معناه ، لا يصل إلى مرتبة مناقضة القرآن الكريم ، فيجب الأخذ بالقرآن الكريم^(٤) .

(١) المصدر السابق ٢٧١/٥ .

(٢) الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبي زهرة ١٨٧ .

(٣) سورة المائدة : الآية الأولى .

(٤) الجامع الأحكام القرآن ١٥٥/٥ — والملكية ونظرية العقد ١٨٨ .

٢ - قال الحنفية والمالكية :

إن معنى قوله "المتبايعان بالخيار" أي المتساومان بالخيار ما لم يتعاقدا أي قبل تمام العقد لأنهما بعد تمام العقد لا يسميان متبايعين حقيقة وإنما يقال كانا متبايعين^(١) . وأجيب أن حمل الحديث على إثبات خيار المجلس يحصل به فائدة لم تكن معروفة قبل الحديث ، وأما حمله على المساومة يخرج عن الفائدة فإن كل أحد يعلم أن المتساومين بالخيار إن شاء عقدا وإن شاء تركا^(٢) .

٣ - وقد استدلت الحنفية والمالكية^(٣) لإبطال خيار المجلس أيضا بقياس عقود المعاوضات على عقود الأنكحة ونحوها ، وهي العقود التي اتفق الجميع على عدم إثبات خيار المجلس فيها ، وقالوا : إنه لا فرق بين النكاح والمعاوضات في كون كل منهما ينعقد بالإيجاب والقبول ، وفي أن الرضا الذي دللت عليه عبارتنا بالإيجاب والقبول ، هو مناط الالتزام في كلا النوعين من العقود ، فلا يصح التفرقة بينهما يجعل الرضا في إحداهما لا يوجب الالتزام إلا بتفريق المجلس ، وعدم اشتراط ذلك في الثاني ، وإن هذا التفريق من غير مقتض يقتضيه ولا داع يدعو إليه .

بعد استعراض أدلة المثبتين لخيار المجلس وأدلة النافين لها اتضح لي أن أدلة المثبتين أقوى ورأيهم أرجح ، ذلك أن الحديث الذي استدلت به المثبتون صحيح بلا شك ، حيث أن كلا الفريقين متفقان على صحة الحديث ، ودلالته على خيار المجلس أقوى وأوضح من تأويله على المساومة .

ولا يمكن تأويل الحديث على المساومة ، لأنه إذا أول على المساومة فلا يزيد الحديث شيئا جديدا بعد وروده ، ذلك أنه من المعروف بدهيا قبل ورود الحديث أن المتساومين بالخيار إن شاء عقدا وإن شاء تركا .

(١) المجموع شرح المذهب ١٨٧/٩ ، حاشية الدسوقي ٩١/٣ ، بدائع الصنائع ٢٢٨/٥ .

(٢) المجموع شرح المذهب ١٨٧/٩ .

(٣) الملكية ونظرية العقد ١٨٩ .

أما فهم الحديث على أن العاقدين إذا تبايعا وتم البيع لهما الخيار في إمضاء العقد أو فسخه ما دام كلاهما في المجلس لم يتفرقا ، فهذا التأويل يزيد في التعاقد معنى جديدا لم يكن فيه قبل ورود الحديث .

ويؤيد هذا التأويل فعل ابن عمر وقضاء أبي برزة المتقدمين وعلى هذا الأسلس الراجح عندي هو رأي الشافعية والحنابلة . والله أعلم .

صيغة الإيجاب والقبول :

المراد بالصيغة : الصور الحسية التي يوجد العقد بوجودها في الخارج ، فهي ما يصدر من المتعاقدين الذين يرغبان في إنشاء العقد من عبارة كاشفة عن إرادتهما مظهرا لرغبتهما ، والإرادة أمر خفي مستتر لا سبيل إلى معرفته إلا بما يدل عليه من لفظ أو ما يقوم مقامه مما يكون الإيجاب والقبول ، وهذا الدال على الإرادة هو الذي سماه الفقهاء بصيغة العقد .

ويشترط لاعتبار هذه الصيغة أن تكون واضحة الدلالة على إرادة المتعاقدين ، والمفهومة لديهم ، من دون شك ولا احتمال بمعنى آخر ، ولا يضر أن تكون لفظا أو كتابة أو إشارة أو فعلا لأن المنظور إليه في كونها كاشفة ومظهرة لإرادة المتعاقدين^(١).

الصيغة اللفظية :

اللفظ هو الأداة الطبيعية للتعبير عن الإرادة ، وينعقد به أي عقد بلا استثناء ، ومن ثم كان له منزلة عظيمة عند الفقهاء ، فهو أثر عندهم من غيره ، ومقدم على ما سواه من وسائل التعبير عن الإرادة . ولا غرابة في هذا ، فالبشر قد عرفوا اللفظ —

(١) تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره ص ٤١٠ والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص : ٢٤٧ — ٢٤٨ .

كأداة للتعبير عن إرادتهم — قبل أن يعرفوا وسائل التعبير الأخرى من كتابة ونحوهـ فأجروا به عقودهم قبل أن يجروها بغيره .

وللفظ مزايا عديدة ، فهو أدل من غيره على شخصية المتكلم وحقيقة إرادته ومجموع نفسه ، ولا يشترط لانعقاد العقد باللفظ إلا أن يكون واضح الدلالة على الإرادة ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون باللغة العربية أو غيرها ما دام العاقدان يفهمانها^(١) . وأدل الألفاظ على إرادة إنشاء العقد صيغة الفعل الماضي مثل بعث واشتريت ، لدالتها القاطعة على تحقق إرادة العاقد .

"إن صيغة الماضي هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية إرادة قد جاوزت دور التردد والتفكير والمعاوضة والمساومة إلى دور الجزم والقطع والبت والحسم"^(٢) .

صيغة الماضي :

صيغة الماضي وإن كانت للماضي وضعاً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على الوضع : فصيغة الماضي إذن بطبيعة وضعها في عرف اللغة والشرع ، لفظ يتمحض للحال ، فينعقد به العقد دون بحث عن النية ، أخذاً بالإرادة الظاهرة ، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة ، فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة^(٣) .

أما صيغة المضارع :

فتصلح لانعقاد العقد إن اقترن بها ما يدل على أن المراد هو إنشاء العقد في الحال . يقول صاحب البدائع "وأما صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك

(١) مصادر الحق لسنة ٨٥/١ .

(٢) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ص : ٢٩٦ .

(٣) مصادر الحق لسنة ٨٨/١ .

بالبیع أو التماس منه إلا أنه محتمل الرضا وعدمه لكن العرف دل على رضاه به
وحینئذ فیستوي الأمر مع الماضي^(١) .

وذهب الشافعية إلى انعقاد العقد بصيغة الأمر ، مثل بعني أو اشتري مني —
لأن هذه الصيغة تصلح شرط العقد في الجملة — فإذا شخص لآخر تزوج ابنتي فقال
المخاطب تزوجت — أو قال زوجني ابنتك فقال زوجتك ينعقد النكاح ، فإذا صلحت
هذه الصيغة شطرا في النكاح صلحت شطرا في البيع ، لأن الركن في كل واحد منهما
هو الإيجاب والقبول^(٢) . وجاء في المذهب "فإن قال المشتري بعني فقال البائع بعتك ،
انعقد البيع لأن ذلك يتضمن الإيجاب والقبول"^(٣) .

وأما الحنابلة فلهم في انعقاد البيع بصيغة الأمر روايتان ، قال ابن قدامة في
المعني "إن تقدم بلفظ الطلب ، فقال بعني ثوبك فقال بعتك ففيه روايتان أحدهما يصح ،
والثانية لا يصح"^(٤) .

والخلاصة :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن صيغة الأمر صالحة للانعقاد بها ، ذلك أن صيغة
الأمر صالحة لإنشاء العقد لأن من يطلب الشيء راض به ، فعلى هذا إذا قال شخص
بعني بكذا فقال الآخر بعت فقد تم العقد إلا أن يثبت بالأدلة أنه لم يقصد العقد ، أو كلن
في عرف أهل بلد عدم استعمال صيغة الأمر لإنشاء العقد .

أما الحنفية : فقد ذهبوا إلى عدم انعقاد البيع بصيغة الأمر لأنها ليست للإيجاب
والقبول بل تعني الطلب أو المساومة .

أقول والله أعلم ، إن الشرع لم يشترط صيغة معينة لإنشاء العقد بل علق حل
أموال الناس على شرط واحد وهو التراضي ، إذن يمكن استعمال صيغة الأمر في

(١) حاشية الدستوفي على الشرح الكبير ٤/٥ .

(٢) بدائع الصنائع ١٣٣/٥ .

(٣) المذهب للرازي ٢٥٧/١ .

(٤) المعني لابن قدامة ٥٦١/٣ .

هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب فقال المشتري اشتريت أو قال المشتري أشتري منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب وقال البائع أبيعك منك بكذا وقال المشتري أشتريه ونوى الإيجاب يتم الركن وينعقد وإنما اعتبرنا النية ههنا وإن كانت صيغة أفعّل للحال هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية^(١).

وقال كمال بن الهمام : "واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقاً على نية الحال ، أما إذا تصادقاً على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء" ثم برهن على ذلك بأن المضارع — كما قال الطحاوي^(٢) — موضوع في الأصل للحال ، وإن وقوعه في الاستقبال نوع من التجوز ، وعلى هذا ينبغي تصديق أحد العقادين إذا ادعى أنه أراد بالمضارع إنشاء العقد ، وكذبه الآخر ، وذلك لأن حمل اللفظ على حقيقته أولى من حمله على المجاز^(٣).

بعد هذا العرض يمكن أن نقول بأن الحنفية يرون أن المضارع إذا تمحض للمستقبل فلا ينعقد به العقد ، وإذا تمحض للحال بواسطة النية ينعقد به العقد .

فقد أجازوا عقد البيع وغيره من العقود المالية بصيغة المضارع ويلزم به لكن لو حلف أنه لم يرد البيع لا يلزمه ، فهم فرقوا بين استعمال صيغة الماضي في البيع وبين صيغة المضارع فيه ففي الماضي يلزم البيع بعد صدورهما من الطرفين ولا يقبل

(١) بدائع الصنائع ١٣٣/٥ .

(٢) هو أحمد بن محمد سلامة الأزدي ، أبو جعفر نسبة إلى (طحا) قرية بصعيد مصر ، كان إمام فقيهاً حنفياً . وكان ابن أخت المزني صاحب الشافعي . وتفقه عليه أولاً ، ثم انتقل من عنده وتفقه على مذهب أبي حنيفة ، وكان عالماً بجميع مذاهب الفقهاء .

من تصانيفه "أحكام القرآن" و "معاني الآثار" و "شرح مشكل الآثار" والنوادر الفقهية" و "العقيدة المشهور بالعقيدة الطحاوية و"الاختلاف بين الفقهاء" . الجواهر المضية ١٠٢/١ ، والاعلام للزركلي ١٩٦/١ .

(٣) شرح فتح القدير ٤٥٨/٥ .

قوله : أنه لم يرض به وإن حلف ، وفي المضارع يلزم البيع لكنه لو حلف أنه لم يرد بها البيع لا يلزم العقد^(١) .

والشافعية أيضا :

قد أجازوا انعقاد العقود بالفعل المضارع إذا نوى به العاقد إنشاء العقد في الحال، كأن يقول : أبيعك هذه السلعة بكذا ويقول المشتري أقبل فإن البيع يصح فيهما بالنية^(٢) .

بعد هذا العرض أقول والله أعلم إن استعمال صيغة المضارع في العقود إذا صاحبته القرائن التي تدل على أن القصد منها الحال لا الاستقبال ، فإن العقد ينعقد ويصح .

أما صيغة الأمر :

وأما انعقاد العقد بصيغة الأمر : فقد ذهب الحنفية إلى عدم انعقاد العقود المالية بصيغة الأمر قال الكاساني : "وإذا قال البائع للمشتري اشتر مني هذا الشيء بكذا فقال: اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت ، وهل ينعقد بصيغة الاستقبال وهي صيغة الأمر بأن يقول المشتري للبائع بع عبدك هذا مني بكذا فيقول البائع بعت ، قال أصحابنا رحمهم الله لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشتريت"^(٣) .

وذهب المالكية إلى انعقاد العقود بالأمر مطلقا ما دام لم يمنعه مانع من دلالاته على الإنشاء فقال العلامة الدسوقي : "والحاصل أن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا عرفا إن كان محتملا لذلك ... والأمر كبعني إنما يدل لغة على الأمر

(١) مبدأ الرضا في عقود لذكثور علي محمد الدين علي القرّة دعى .

(٢) كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ١٥٨/٣ ، المجموع شرح المذهب ١٦٩/٩ ، ومغني المحتاج ٥/٢ .

(٣) بدائع الصنائع ١٣٣/٥ .

إنشاء العقد إذا دل على التراضي ، لأن الرضا هو أساس العقد ، والإنسان راض بما يطلبه .

قد وردت صيغة الأمر في الشرع في بعض العقود ، ففي قصة بيع جابر للرسول صلى الله عليه وسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال له "بعنيه فأوفيه فبعته وفي رواية عطاء قال : "بعنيه ، قلت هو لك يا رسول الله ، قال : (بعنيه) ^(١) فهذا الحديث دليل على انعقاد العقد بصيغة الأمر .

وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال : "كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر فكنيت على بكر صعب لعمر ، فكان يعلبني فيتقدم أمام القوم فيزجره عمر ، ويرده فقال النبي لعمر بعنيه ، قال هو لك يا رسول الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : بعنيه ، فباعه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت" ^(٢) .

فرسول الله صلى الله عليه وسلم قد استعمل صيغة الأمر في بيعه ، فلو كان استعمال صيغة الأمر غير صالحة لإنشاء العقد لبينه الرسول صلى الله عليه وسلم . إن الصيغة قد تكون لفظا ، وقد تكون كتابة أو إشارة أو فعلا ، وهذه ليست طريقا حتميا لظهور الإرادة العقدية ، بصوره جازمة ، لأن النطق هو الأصل ، ولكن قد تقوم مقامه ، وسائل أخرى اختيارية أو اضطرارية ، مما يمكن أن تعبر عن الإرادة الجازمة تعبيراً كافياً مفيداً .

التعاقد بالكتابة :

أن الكتابة وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة وهي جائزة ، سواء أكان المتعاقدان يقدران على اللفظ أم يعجزان عنه أو كان أحدهما قادراً والآخر عاجزاً ،

(١) سنن أبي داود ٢٣٨/٢ .

(٢) صحيح البخاري ، كتاب البيوع ١٣٦/٣ .

وسواء كان التعاقد بين الحاضرين أو بين حاضر وغائب ، وتصح بأية لغة إذا كانت مفهومة .

قال الكاساني : "وأما الكتابة فهي أن يكتب الرجل إلى رجل أما بعد فقد بعث عبدي فلانا منك بكذا فبلغه الكتاب فقال في مجلسه اشتريت لأن خطاب الغائب كتابه فكانه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس^(١) .

يقول الدكتور بدران أبو العينين : "إن الكتابة لابد أن تكون مستبينة ومرسومة ثم قال ومعنى المستبينة : المكتوبة على شيء تظهر عليه ، وتبقى صورتها بعد الانتهاء منها ، ومعنى مرسومة : المكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس في مراسم زمانهم وتقاليده .

فإذا كتب الموجب إيجابه للطرف الآخر في كتاب ، وجب عليه إن أراد أن يقبل فور علمه بذلك أو بعد برهة يتروى فيها بشرط ألا يبرح مجلسه ، فإن ترك المجلس ، أو صدر منه ما يدل على الاعراض عن الإيجاب كان قبوله بعد هذا لا قيمة له ولا اعتبار^(٢) .

التعاقد بالإشارة :

قال جمهور الفقهاء إن المتعاقد إذا كان قادرا على النطق والعبارة لا ينعقد عقده بالإشارة ، ولو كانت دالة على إرادة التعاقد ورضاء دلالة واضحة ، لأن الكلام هو الأصل في التعبير عن الإرادة ، ولا يلجأ إلى غيره إلا عند الضرورة ، والقادر على النطق والإتيان بالعبارة لا يتحقق فيه الضرورة^(٣) .

والخرس قد يكون أصليا ، وقد يكون عارضا ، فإن كان أصليا ، قامت إشارته المفهومة دائما مقام عبارته ، وإن كان عارضا بأن طرأ عليه الخرس ، فلا تفيد

(١) بدائع الصنائع ١٣٨/٥ .

(٢) الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ، ص : ١٧٧ .

(٣) بدائع الصنائع ١٣٥/٥ .

إشارته في إنشاء العقد إلا إذا وقع اليأس من كلامه ، وصارت إشارته مفهومة تدل على إرادته حقا .

وإذا كان الأخرس يعرف الكتابة ، فقد قال بعض الفقهاء بعدم اعتبار إشارته لأن الكتابة أدل على التعبير عن إرادته وهو قادر عليها فلا يتحول عنها إلى الإشارة^(١).

أما القادر على النطق فلا تعتبر إشارته لأن اللفظ هو الطريق الطبيعي لدلالته على إرادة صاحبه دلالة واضحة من دون شك .

قال الكاساني : "النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته ، هذا إذا كان الخرّس أصليا بأن ولد أخرسا فأما إذا كان عارضا بأن طرأ عليه الخرّس فلا ، إلا إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة فيلحق بالأخرس الأصلي^(٢) .

أما المالكية فلا يفرقون بين إشارة الأخرس والقادر على النطق ، فمتى كانت الإشارة مفهومة ينعقد بها العقد ، لأن المطلوب في إنشاء العقود هو التعبير عن الإرادة بما يدل عليه ، سواء كانت من الأخرس أو من القادر على النطق .

قال الدسوقي : "أن العقد ينعقد بما يدل على الرضا عرفا سواء دل على الرضا لغة أيضا أولا فالأول كبعت واشتريت وغيره من الأقوال والثاني كالكتابة والإشارة والمعاطاه"^(٣) فهذا الرأي لم يقيد الإشارة بالأخرس بل جعل الإشارة داخل كل ما يدل على الرضا ويعبر عن الإرادة .

وهذا له وجهة ورجحان لموافقة مقتضيات التعامل بين الناس في زماننا هذا .

(١) المنخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ص : ٢٩٧ .

(٢) بدائع الصنائع ١٣٥/٥ .

(٣) خاتمة الدسوقي ٣/٣ .

التعاقد بالأفعال :

وكما ينعقد العقد بما ذكرنا من لفظ وكتابة وإشارة ينعقد أيضا بفعل يباشره المتعاقدان ، أو أحدهما ، ما دام ذلك الفعل دالا على إرادة إنشاء العقد ، دون أن يلفظ بإيجاب وقبول .

العقد بالمعاطاه :

وهو المبادلة الفعلية الدالة على تبادل الإرادتين والتراضي دون التلفظ بالإيجاب أو القبول ، كأن يجد إنسان متاعا في حانوت مكتوبا عليه ثمنه ، أو كان معروف الثمن أو سأل صاحبه عن سعره فأخبره ، فيأخذه هذا الشخص ويناول البائع ثمنه ، فإذا قبضه صاحبه راضيا دون تلفظ بإيجاب أو قبول ، فإن البيع ينعقد بينهما بهذا الأخذ والعطاء ، لأن هذا قد قام مقام الإيجاب والقبول في الدلالة على تبادل الإرادتين الجازم في عقد المعاوضة^(١) .

وقد اختلف الفقهاء في صلاحية الفعل للتعبير عن الإرادة وانعقاد العقد به . فعند الشافعية لا يجوز العقد إلا بالقول أو ما قام مقامه عند العجز عنه كإشارة الأخرس أو كتابته ، وإذا فالبيع لا ينعقد بالفعل أو المعاطاه في أي شيء مهما كان حقيرا ، وقيل أنه يجوز انعقاد البيع بالفعل أو المعاطاه في التافة من الأشياء . قال الشربيني الخطيب^(٢) : "والرضا خفي فاعتبار ما يدل عليه من اللفظ ، فلا بيع بمعاطاه ويرد كل ما أخذه بها أو بدله إن تلف" .

(١) مصادر الحق ١٠٨/١ . والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ص : ٢٩٨ .

(٢) هو محمد بن أحمد الشربيني ، شمس الدين فقيه شافعي ، مفسر لغوي من أهل القاهرة.

من تصانيفه : "الإقناع في حل الفاظ أبي شجاع" و "معنى المحتاج في شرح المنهاج" للنووي كلاهما في الفقه وله "تقريرات على المطول" في البلاغة و "شرح شواهد القطر" . الاعلام للزكلي ٢٣٤/٦ ، شذرات الذهب ٣٨٤/٨ .

وفي الهامش "فلا بيع بمعطاء - وهي السكوت من الجانبين أو أحدهما ولا فرق في عدم الصحة بين الحقيق وغيره ... وقيل ينعقد بها في المحقرات دون غيرها" (١) .

أما الحنفية والمالكية والحنابلة ، فقد أجازوا هذا النوع من البيع في كل شيء سواء كان حقيقاً أو نفيساً ، متى كان دالاً على الرضا ومعبراً تماماً عن إرادة كل من المتعاقدين .

قال صاحب فتح القدير : "إن المعنى في العقود هو المعتبر ، ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقيق المراضاة" ، .

وقال الدسوقي : "إن حصل الرضا بمعطاء بأن يأخذ المشتري المبيع من غير تكلم ولا إشارة ولو في غير المحقرات . ولزوم البيع فيها بالتقابض ، أي قبض الثمن والمثمن" (٢) .

قال ابن قدامة : "الضرب الثاني : المعطاء ، مثل أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزاً ، فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول : خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه . فهذا بيع صحيح ، نص عليه أحمد" (٣) .

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية : "إن العقود تتعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل ، فكل ما عده الناس بيعاً وإجارة فهو بيع وإجارة : وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال ، انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم ، من الصيغ والأفعال ، وليس لذلك حد مستمر ؛ لا في شرع ، ولا في لغة ، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس ، كما تتنوع لغاتهم" (٤) .

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢٥٢/١ .

(٢) حاشية النسوقي ٣/٣ .

(٣) المغني لابن قدامة ٥٦١/٣ .

(٤) مجموع فتاوى لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية ٧/٢٩ .

إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها". القصد من هذا التعريف نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً^(١).

وعلى هذا الأساسي يمكن تعريف العقد بأنه "توافق إرادتين على أحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقلة أو تعديله أو إنهاؤه"^(٢).

إذا نظرنا لتعريف العقد فإننا نجد فيه نقطتين أساسيتين :

الأولى : توافق إرادتين أو أكثر :

الثانية : إحداث أثر قانوني نتيجة لتوافق الإرادتين .

فالأولى : يجب أن يكون هناك توافق إرادتين من الطرفين ، أي تتقابل الإرادتان وبتقابلهما يكونان العقد ، فلو مثلنا بالبائعين فلا بد من توافق إرادة المشتري والبائع في نقطتين هامتين أيضاً ويكونان في صيغة العقد ، وفي المعقود عليه .

فلو أراد أحدهما البيع وأراد الآخر الإيجار ، فلا ينعقد البيع ولا الإيجار . وكذلك لا بد من توافق إرادتي العاقدین في المعقود عليه .

فلو أراد شخص أن يبيع أحد منزليه وقصد المشتري شراء منزل غير الذي يريده البائع ، فلا ينعقد فيهما بيع ، لاختلافهما في المعقود عليه .

والثانية : وجوب الاتفاق على أحداث أثر قانوني .

إن الأمر الهام في العقد أن تتجه إرادتا الطرفين إلى أحداث أثر قانوني فاتفاق إرادتين على أمر لا يكفي لقيام العقد ما دام لم يتجها إلى إنشاء رابطة قانونية ، ويتبين ذلك من الظروف والملابسات .

ومن الأمثلة على ذلك :

أنه قد يدعو شخص في نطاق المجاملات الاجتماعية صديقاً له للغداء أو للنزهة وقد يقبل الصديق ، وقد يعد والد ولده بجائزة في مناسبة معينة ، وقد تشارك الزوجة

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ١٣٨/١ .

(٢) الوسيط للسنهوري ١٣٨/١ ، نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية ٥١/١ ، ومصادر الالتزام للدكتور

أحمد حُسمت أبو ستيت ص : ٣٩ .

السكوت :

الأصل أن التعبير عن الإرادة يكون بشيء إيجابي من لفظ أو كتابة أو إشارة أو فعل ، ولا يكون التعبير بشيء سلبي محض . ولكن السكوت ، في بعض الأحيان ، يكون صالحا للتعبير عن الإرادة ، إذا حفت به ظروف وملابسات خاصة . مثاله : إذا ترك إنسان متاعه بين يدي شخص آخر وذهب وذلك الشخص الآخر ساكت لم ينهه ، ولم يتخل عن حفظه ، فقد قالوا ينقذ الإيداع بينهما بدلالة الحالة ويصير الشخص الموضوع أمامه المال وديعا مكلفا بالحظ ، ومسؤولا عنه إذا قضى فيه . وسكوت الفتاة البكر إذا استأذنها وليها في عقد زواجها ، يعتبر إذنا وتوكيلا بالعقد ، استنادا إلى دلالة العرف ، لأن المعتاد من أمثالها الاستحياء عن إظهار الرغبة^(١) وعلى هذا الأساس جاءت القاعدة الفقهية : "لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"^(٢) .

بهذا تم تعريف العقد وتكوينه في الفقه الإسلامي .

(١) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ٢٥١

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥٩/١ .

ثانيا : تعريف العقد وتكوينه في القانون الوضعي :

إن بعض الفقهاء يفرقون بين الاتفاق والعقد .

فالالاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. فالالاتفاق على إنشاء التزام مثله عقد البيع ، ينشئ التزامات في جانب كل من البائع والمشتري . والاتفاق على نقل الالتزام مثله الحوالة ، تنقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو من مدين لمدين آخر . والاتفاق على تعديل التزام مثله الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام أو أضافه شرط له . والاتفاق على إنهاء التزام مثله الوفاء ينتهي به الدين .

والعقد : أخص من الاتفاق ، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله^(١).

ولهذا نجد بعض شراح القانون يفرقون بين الاتفاق والعقد ، فيعتبرون كلمة الاتفاق جنسا ، والعقد نوعاً ، وبهذا يكون الاتفاق أعم من العقد ، إذ العقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله^(٢) .

وبعض الفقهاء يقولون لا داعي للفرقة بينه وبين الاتفاق إذ لم يعرف التقنين القديم العقد ، وإنما عرفه التقنين الفرنسي في المادة (١١٠١) التي تقول : "إن العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شيء" . وأخيرا استقر الأمر عندهم على أن كلمة عقد ، وكلمة اتفاق في معنى واحد وهو التعبير عن الإرادة ، ولذلك تضمن المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري تعريفا للعقد في المادة (١٢٢) التي تقول "العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ١/١٣٧ ، ومصادر الالتزام للدكتور حشمت أو ستيت ٣٨ .

(٢) نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية ١/٥٠ .

إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها". القصد من هذا التعريف نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً^(١).

وعلى هذا الأساسي يمكن تعريف العقد بأنه "توافق إرادتين على أحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقلة أو تعديله أو إنهاؤه"^(٢). إذا نظرنا لتعريف العقد فإننا نجد فيه نقطتين أساسيتين :

الأولى : توافق إرادتين أو أكثر :

الثانية : إحداث أثر قانوني نتيجة لتوافق الإرادتين .

فالأولى : يجب أن يكون هناك توافق إرادتين من الطرفين ، أي تتقابل الإرادتان ويتقابلهما يكونان العقد ، فلو مثلنا بالبائعين فلا بد من توافق إرادة المشتري والبائع في نقطتين هامتين أيضاً ويكونان في صيغة العقد ، وفي المعقود عليه . فلو أراد أحدهما البيع وأراد الآخر الإيجار ، فلا ينعقد البيع ولا الإيجار . وكذلك لا بد من توافق إرادتي العاقدین في المعقود عليه .

فلو أراد شخص أن يبيع أحد منزليه وقصد المشتري شراء منزل غير الذي يريده البائع ، فلا ينعقد فيهما بيع ، لاختلافهما في المعقود عليه .

والثانية : وجوب الاتفاق على أحداث أثر قانوني .

إن الأمر الهام في العقد أن تتجه إرادتا الطرفين إلى أحداث أثر قانوني فاتفاق إرادتين على أمر لا يكفي لقيام العقد ما دام لم يتجها إلى إنشاء رابطة قانونية ، ويتبين ذلك من الظروف والملابسات .

ومن الأمثلة على ذلك :

أنه قد يدعو شخص في نطاق المجاملات الاجتماعية صديقاً له للغداء أو للنزهة وقد يقبل الصديق ، وقد يعد والد ولده بجائزة في مناسبة معينة ، وقد تشارك الزوجة

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ١٣٨/١ .

(٢) الوسيط للسنهوري ١٣٨/١ ، نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية ٥١/١ ، ومصادر الالتزام للدكتور

أحمد حشمت أبو ستيت ص : ٣٩ .

التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد^(١) .

ولا يشترط في الإيجاب أن يكون موجها لشخص معين بل يجوز أن يكون الإيجاب موجها إلى شخص غير معين ، أو إلى جماعة غير معينين ، وذلك كالتاجر الذي يذكر ثمن بضاعته في الصحف والإعلانات أو يكتب ثمنها عليها وهي موجودة في واجهة المحل^(٢) .

الإيجاب والمراحل التي يمر بها :

الإيجاب : هو التعبير الجازم عن إرادة أحد الطرفين موجهة إلى الطرف الآخر بقصد انعقاد عقد بينهما .

وحتى يكون صالحاً لانعقاد العقد متى صادفه قبول مطابق ، لا بد أن تتوفر لدى موجهه النية القاطعة في أحداث أثر قانوني ، ألا وهو إنشاء الالتزام^(٣) .

المراحل التي يمر بها الإيجاب :

إن هناك عقود تتم عادة دون مفاوضات تسبقها ، كالعقود المألوفة في الحياة اليومية كمن يأكل في مطعم أو ينزل في فندق ، أو يشتري صحيفة ، والعقود التي تبرم دون سابق معاوضه في الحياة التجارية وهي تقتضي السرعة في السبب والتعامل.

(١) الوسيط لسنهوري ١/١٧١ ، ونظرية الغرر في الشريعة الإسلامية : ٥٥/١ .

(٢) نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية ٥٥/١ . ٤١ - page ٢ / Chitty of contract

(٣) مصادر الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو سنيت ، ص : ٩٠ .

الأولى : المفاوضات :

أن بعض العقود تحتاج إلى مفاوضات ، وهذه المفاوضات قد تطول وقد تقصر ، فالطرفان يناقشان حول الموضوع الذي يقصد إبرام عقده . ويعد من قبيل المفاوضات أن يعرض الشخص التعاقد دون أن يحدد أركاناً ، كأن يضع إعلاناً ينشئ أنه يعرض منزلاً للبيع أو للإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة . وإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار ، فلا يعد إيجاباً ، بل تفاوضاً أن يعرض التعاقد حتى لو بين أركان العقد ، أما إذا لم يكن هناك اعتبار لشخصية المتعاقد عدّ هذا إيجاباً . والقانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً فكل تفاوض حرفي قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد^(١) .

الإيجاب المعلق :

قد يخرج المتعاقد من المفاوضات إلى إيجاب معلق مع بعض التحفظات صريحة كانت أو ضمنية . كأن يعرض شخص التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقاً لتغير الأسعار ، فيكون الإيجاب الذي صدر منه بالثمن الذي عينه معلقاً على شرط عدم تغير الأسعار أو أن يعرض شخص للجمهور عن سعر بضاعته ، فيتم العقد مع من قبل أولاً وتراعى الأسبقية في القبول حتى ينفذ الشيء^(٢) . "ومن هذا يتبين أن الإيجاب المعلق هو إيجاب لا مفاوضة ولكنه إيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه" .

(١) الوسيط ٢٠٦/١ ، مصادر الالتزام ، ص : ٩٠ ، نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية : ٥٥/١ .

(٢) الوسيط للسنهوري ٢٠٨/١ .

الثالثة - الإيجاب البات :

فإذا انتهى الإيجاب من دوري المفاوضة والتعليق أصبح الإيجاب باتاً ، وتقريب المسألة بأن الإيجاب صار باتاً بعد أن مر بمراحله النهائية ، يكون أمر الفصل فيه لقاضي الموضوع طبقاً لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه^(١) .

القبول :

القبول : هو شق العقد الثاني والذين بانضمامه إلى الإيجاب ينعقد العقد. ويشترط في القبول :

١ - أن يكون باتاً، كما هو الحال في الإيجاب، بمعنى أن ينطوي على نية قاطعة في التعاقد وأحداث الأثر القانوني.

٢ - أن يطابق القبول الإيجاب مطابقة تامة، فإن عدل الموجه إليه الإيجاب من شروط الإيجاب أو جاوزها أو قيدها كان ذلك بمثابة رفض للإيجاب .

ومتى قام الإيجاب ولم ينقض الميعاد الذي يصح فيه القبول، فإن الموجب له يكون بالخيار بين قبول الإيجاب أو رفضه ولا يتحتم عليه أن يقبل .

ولكن هناك حالة يكون القبول حتماً على الموجب له، وذلك إذا دعا الموجب إلى التعاقد معه . ونص على ذلك المشروع التمهيدي المصري أنه "يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه، ما لم يكن قد دعا إليه، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة"^(٢) .

(١) نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية ٥٦/١، والوسيط للسهوري ٢٠٨/١، الالتزامات ٧٩/١ .

(٢) مصادر الالتزام لدكتور حشمت أبو سنيت ص: ١٠٠، والوسيط ٢١/١ .

مطابقة الإيجاب :

وإذا كان الموجب له لا يتحتم عليه القبول على النحو الذي قدمناه إلا أنه إذا اختار أن يقبل وجب أن يكون قبوله مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، وأن يكون متفقاً كل الاتفاق مع الموجب في جميع المسائل التي تناولها الإيجاب .

ونص المشروع التمهيدي المصري على أنه "لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على المسائل التي تفاوضا فيها بشأن هذا العقد . أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي للترام الطرفين، حتى إذا أثبت هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة" ولكن هذا النص حذف. وجاء نص في القانون المدني الجديد على أنه ليس من الضروري لإبرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل مسألة مسألة. وقد نص في مادة (٩٥) "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة" .

وهذا النص يواجه حالة يكون الطرفان فيها قد اتفقا على المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل غير جوهرية يتفقان عليها فيما بعد دون أن يشترطا أن عدم اتفاقهما بشأنها يمنع من انعقاد العقد، فإن العقد ينعقد باتفاقهما .

مثاله : إذا اتفق المؤجر والمستأجر على العين المؤجرة وقيمة الأجرة ومدة الإيجار، ولم يبينا من منهما يتحمل أجرة البواب وأجرة الخفر أو اشتراك المياه ولم يشترطا أن العقد لا ينعقد إذا لم يتفقا على مثل هذه المسائل التفصيلية، فإن هما اتفقا بشأنها انتهى الأمر، وإلا أعمل القاضي النص فيقضي فيما هو محل للخلاف بينهما^(١).

(١) مصادر الالتزام ص: ١٠١، والوسط للسنهوري ٢١٧/١ .

القوة الملزمة للإيجاب :

نصت المادة (٩٣) من التقنين المدني على ما يأتي :

١ — إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد .

٢ — وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة وجاء في المادة (٩٤) أنه "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعادا للقبول فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول قولاً، كذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق هاتف أو بأي طريق آخر مماثل" .

نخلص من هاتين المادتين السابقتين أن الإيجاب يكون ملزماً إذا حدد الميعاد سواء كان الميعاد صريحاً أو كان ضمناً، سواء كان قد صدر التعاقد بين حاضرين أم بين غائبين، فيلزم الموجب أن يبقى على إيجابه المدة التي حددها ما لم يكن إيجابه قد سقط برفض الطرف الآخر له قبل انقضاء هذه المدة .

سقوط الإيجاب

إن الإيجاب القائم الملزم يسقط في حالتين :

الحالة الأولى : هي أن يرفض الموجب له الإيجاب، فيسقط حتى لو لم تنقضي المدة التي يكون فيها ملزماً، ويتخذ رفض الإيجاب صوراً مختلفة، فهو تارة يكون رفضاً محضاً، وطوراً يكون قبولاً يتضمن تعديلاً في الإيجاب ، وثالثة يكون إيجاباً جديداً يعارض الإيجاب الأول .

الحالة الثانية : هي أن تنقضي المدة التي يكون فيها الإيجاب ملزماً فيسقط، وينتهي الإلزام والقيام في وقت واحد .

"يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه في خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاداً، سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر، فإذا انقض الميعاد ولم

بعضهم لبعض ، أو بين الحكومات ، أو بين الأفراد والحكومة ، وسواء كان الالتزام الناشئ ذا قيمة مالية أو غير ذلك .

أما المعنى الثاني للعقد فنطاقه ضيق حيث أنه يقوم على إرادتين مختلفتين لا غير وذلك ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله .

والعقد في القانون هو : "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله ، أو تعديله ، أو إنهائه" فيلتقي مع المعنى الثاني للعقد في الفقه الإسلامي : إذا فالعقد بمعناه العام في الفقه الإسلامي أوسع وأشمل من معنى العقد في القانون . ذلك أن العقد في القانون منحصر في نطاق دائرة المعاملات المالية أي الذي تتعلق بعقود المعاوضات .

أما لاتفاقات الدولية والمعاهدات ، والعقود الإدارية وعقد الزواج وغيرها لا تعتبر عقوداً في القانون لأن القواعد التي تحكمها غير التي تحكم عقود المعاوضات .

ومع أن العقد في القانون يلتقي مع المعنى الخاص للعقد في الفقه الإسلامي لأنهما مبنيان على إرادتين ، إلا أن العقد في الفقه الإسلامي يشمل الالتزامات المالية وغير المالية ، كالزواج وغيره .

ثم إن تعريف العقد في الفقه الإسلامي أدق من تعريفه في القانون وذلك أن العقد في الفقه ليس هو اتفاق الإرادتين فحسب ، بل ارتباط ، وهذا الارتباط لا بد أن يعتبره الشارع كي يظهر أثره في محله .

أما تعريف القانون للعقد فيشمل العقود الباطلة التي تعتبر لغواً من الكلام ، لا ارتباط فيها ولا تنتج أية نتيجة ، لأنه قد تتفق الإرادتان ويكون العقد باطل .

المطلب الثاني

بيان المراد بالتصرف والالتزام والفرق بينهما .

التصرف في اللغة : هو رد الشيء عن وجهه .

يقال : صرف الشيء أي عمله في غير وجهه كأنه يصرفه من وجه إلى وجه .
وتصاريف الأمور : تخاليفها .

والتصرف : بيع الذهب الفضة هو كذلك لأنه يتصرف به من جواهر إلى

جواهر .

والتصرف في جميع البياعات : إنفاق الدراهم .

والصرف : التقلب والحيلة^(١) . يقال : فلان يصرف ويتصرف ويصطرف لعياله أي يكتسب لهم . وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن التصرفات المالية يراد بها تقلب المال في وجوه التعامل المتعددة كالبيع والشراء والإيجار والإنفاق إلى غير ذلك إذ يعد كل ذلك رداً للمال من وجه إلى وجه آخر .

التصرف في اصطلاح الفقهاء :

لم يضع الفقهاء القدامى — فيما أعلم — تعريفاً محدداً للمراد منه ولكنهم تعرضوا لإباحته أو منعه في أبواب كثيرة من أبواب الفقه . ولقد حاول بعض الفقهاء المعاصرين وضع تعريف محدد له استنباطاً من أقوال الفقهاء حول تطبيقات التصرف الشرعي ومجالاته .

وقد عرفه الدكتور محمد سلام مذكور بأنه ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج سواء كانت في صالح ذلك الشخص أم في غير صالحه^(٢) .

(١) لسان العرب لابن منظور الإفريقي المصري ١٨٩/٩ — ١٩٣ . والمعجم الوسيط ٥١٣/١ .

(٢) تاريخ التشريع الإسلامي ، للدكتور محمد سلام مذكور : ٣٥٧ .

وعرفه الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء كالآتي : "كل ما يصدر عن شخص بإرادته ويرتب الشارع عليه نتائج حقوقية" (١) .

وعرفه الإمام محمد أبو زهرة كالآتي : "إن التصرف الشرعي كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في المستقبل" (٢) .
وبالتأمل في هذه التعريفات يظهر لي أن كلمة التصرف في التعريف الأول والثاني تطلق على ما يصدر من الشخص من أقوال وأفعال ، بخلاف التعريف الأخير الذي قال به الإمام أبو زهرة فإنه يخص التصريف الشرعي بما يصدر عن الشخص من أقوال فقط .

والتصرف نوعان : تصرف فعلي ، وتصرف قولي .

فالتصرف الفعلي : هو ما كان قوامه عملاً مادياً لا قولاً ، كإجراز المباحات واستلام المبيع وقبض الدين والغصب والإتلاف .
التصرف القولي : هو ما يصدر عن الإنسان من قول يربط الشارع عليه أثراً شرعياً .

والتصرف القولي ثلاثة أنواع :

النوع الأول : تصرف يتكون من قولين صادرين من طرفين يستلزم توافق إرادتين ، ومثال هذا النوع : سائر العقود التي لا تتم إلا بوجود طرفين أي الموجب والقابل ، كالبيع والإجارة ونحو ذلك .
النوع الثاني : تصرف يتكون من قول واحد يصدر من طرف واحد وإرادة واحدة ، وينشأ به التزام الإنسان بمجرد إرادته وعبارته ، ويتضمن إنشاء حق أو

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص : ١٩٤ - ١٩٥

(٢) الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة ، ص : ١٨١ .

إنهاءه أو إسقاطه ، كالوقف والطلاق والإبراء والتنازل عن حق الشفعة ، وهذا النوع من التصرف يسمى بالإرادة المنفردة .

النوع الثالث : تصرف لا يتضمن إرادة منشئة ولا منهيّة ، ولا مسقطه ، وإنما هو قول تترتب عليه أحكام شرعية ، كالدعوى — والإقرار — والقذف^(١) .

تعريف الالتزام :

فرقت كتب اللغة بين لفظ الالتزام والإلزام .

فالالتزام : ما يوجب الإنسان على نفسه اختياراً .

أما الإلزام : فيعني الثبوت والوجوب وهو لا يكون إلا جبراً .

وفي المصباح المنير :

لزم الشيء لزوماً ثبت ودام ، ويتعدى بالهمزة ، فيقال : ألزمته أي أثبتته وأديته^(٢) .

أما الالتزام في اصطلاح الفقهاء فإنهم لم يضعوا له تعريفاً ، لأن هذه الكلمة تتناول عدداً من الروابط التي تتمايز بموضوعاتها وأحكامها .

ولقد عرفه العلامة أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب من فقهاء المالكية في رسالته التي نقلها عنه الشيخ محمد عlish في كتابه "فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك" .

فقال — رحمه الله — "الالتزام هو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء" فهو بمعنى العطية .

وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك وهو الإلزام المعروف بلفظ الالتزام وهو الغالب في عرف الناس اليوم .

(١) الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ، ص : ٣٦٥ . والفقهاء الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى . ص : ٣٢٠ .

(٢) المصباح المنير للعلامة الفومى ١٣٦/٢ .

ويبدو من تعريف الخطاب للالتزام أنه خصص المعنى اللغوي للالتزام بأنه الذي يقع على شيء من المعروف^(١) .

وعرفه الدكتور عبد الناصر العطار : بأنه "إيجاب الشخص على نفسه أمراً جائزاً شرعاً" . والإيجاب هنا هو اتجاه أراده شخص إلى أمر . وهو بهذا المعنى يختلف عن الواجب .

وعرفه الأستاذ مصطفى الرزقاء الالتزام : بأنه "كون شخص مكلفاً شرعاً بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره"^(٢) .

فالالتزام هو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء أي هو تعهد شخص لا يسأل عنه غير الملتزم فكان قاصراً عليه حال حياته وعلى ما يتركه بعد وفاته من أموال^(٣) .

والالتزام بهذا المعنى هو التصرف المتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهاء حق أو إسقاطه ، سواء أكان التصرف الذي ينتج التزاماً ، وفي مقابله الالتزام من جانب آخر ، كما في البيع والإجارة أم كان هذا الالتزام ينتج من جانب واحد دون توقف على إرادته أخرى ، كما في الوقف ، حيث يتم من جانب واحد دون غيره .

(١) نظرية الأجل في الالتزام للدكتور عبد الناصر العطار ، ص : ٢٨ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) الفقه الإسلامي في ثوبه الحديث ٨١/٣ .

بعد استعراض تعريفات الفقهاء لكل من التصرف والالتزام وأقسام التصرف ،
 تبين لي أن التصرف أعم من الالتزام ، ذلك أن الالتزام يتركز على إرادة إنشاء حق
 من الحقوق أو إنهائه أو إسقاطه ، سواء أكان الالتزام من جانب واحد أو كان من
 جانبين .

أما التصرف فهو كل ما يصدر عن شخص بإرادته ويرتب الشارع عليه نتائج
 حقوقية ، فيشمل إنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه ، من جانب واحد أو من جانبين ،
 ويشمل أيضاً ما كان خالياً من الالتزام ، كاليمين والإقرار بحق سابق فإنه إخبار
 بثبوت حق وليس إنشاء التزام ولا إسقاطه . فعلى هذا الأساس كل التزام تصرف
 وليس كل تصرف التزام .

المبحث الثالث

تعريف الإرادة المنفردة وبيان الفرق بينها وبين العقد

الإرادة المنفردة :

هي كل ما يصدر بإرادة واحدة دون توقف على إرادة أخرى ويترتب عليه أثر قانوني .

والالتزام بإرادة منفردة :

معناه التعهد بشيء يصبح به المتعهد مدينا لآخر غير موجود حين إنشاء الالتزام كالواعد بالمكافأة أو بالجائزة للمتفوقين من الناجحين .

لقد اتفق الفقهاء على أن العقد إذا صدر من شخصين فأوجب أحدهما وقبل الآخر، أي عبر كل منهما عن إرادته وكانا أهلاً لمباشرة العقد فإنه ينشئ أثراً وحقوقاً والتزامات لكل من العاقدين. فعقد البيع مثلاً، يعطى المشتري الحق في قبض المبيع الذي انتقلت إليه ملكيته ويلتزم البائع بتسليم المبيع، وفي المقابل يعطى البائع حق مطالبة المشتري بالثمن، هذا وغيره من الحقوق والالتزامات مما يوجب أن يكون العقد من طرفين، لكل منهما إرادته والتزامه وهذا هو الأصل .

واختلف الفقهاء في العقد إذا صدر من شخص واحد فتولى طرفي العقد. هل عبارته تنشئ العقد أو لا تنشئه؟ وهل تؤدي الغرض المقصود من العبارتين من الشخصين أم لا؟ .

١ — قال المالكية والحنابلة :

يصح للشخص الواحد أن يتولى طرفي العقد في جميع العقود بشرط أن يكون له صفة تجيز له إنشاء العقد، لا فرق بين عقد المعاوضات وقعد الزواج. وحجتهما أن العاقد إذا كان ذا صفة شرعية فعبارته تمثل في الحقيقة عبارتتين، ولا ضير في ذلك

لأن حقوق العقد إنما ترجع إلى الموكل في كل العقود إذ الوكيل والولي والوصي إنما يباشرون العقد لصالح الموكل وهو الصغير وعلى ذلك يصح أن يتولى شخص واحد العقد بمفرده .

ويكون الشخص العاقد ذا صفة شرعية في الأحوال الآتية :

- ١ — أن يكون أصيلاً من جانب، وولياً من جانب آخر .
كالأب يبيع مال ابنه الصغير من نفسه .
 - ٢ — أن يكون ولياً من الجانبين، كالجد الولي على أولاد أو لاده الصغار يزوج ابن ابنه من بنت ابنه .
 - ٣ — أن يكون وكيلاً من الجانبين كتوكيل الزوج والزوجه الشخص الواحد يزوجهما فيقول زوجت فلانة من فلان .
 - ٤ — أن يكون ولياً من جانب ووكيلاً من جانب كالرجل يوكل ولي الزوجة في أن يزوجه من موليته .
 - ٥ — أن يكون أصلاً من جانب، ووكيلاً من جانب آخر، كالشخص يزوج نفسه من موكلته .
- أما إذا كان المباشر للعقد فضولياً، أي ليس له صفة شرعية من الجانبين أو من جانب واحد فلا يصح عقده^(١) .

قال الشافعي وزفر من الحنفية :

لا يجوز انعقاد العقد بإرادة واحدة أو شخص واحد في جميع العقود، سواء عبر بصيغة واحدة عن الإيجاب والقبول، أو عبر عنهما بصيغتين، وسواء كان ذا صفة شرعية من الجانبين أو كان فضولياً من الجانبين، أو جانب واحد وحجتهم على هذا أن العقد يتكون من إيجاب وقبول، ويمثل كلا منهما إرادة مستقلة، فهما شطران متقابلان

(١) القوانين الفقهية ١٥٢ ، كتاب الكافي ٥٢٧/٢ ، المغني لابن قدامة ٤٧/٦ ، المقنع للمقدسي ٢٦/٣ .
الفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور ٢٩٧ .

ومختلفان، وطبيعة أحدهما أنه جواب لآخر، وهذا يقتضي عدم تحقق إيجاب وقبول إلا من عاقلين مختلفين، وعبرة العاقد الواحد ليست سوى الإيجاب ولا يتم العقد به .
ولأن حقوق العقد وأحكامه في عقود المعاوضات المالية ترجع إلى العاقد ولو كان وكيلًا عن غيره . وهذه الحقوق والأحكام مختلفة ومتباينة، ففيها تسليم وتسليم ومطالبة ورد بالعيب وغيرها من الأحكام، مما يقتضي وجود عبارتين من شخصين يتوزع بينهما أحكام العقد .

أما بالنسبة لعقد الزواج فالمانع هو قوله عليه الصلاة والسلام: "كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح، خاطب، وولي، وشاهدي عدل" ^(١) . فاشتراط الحديث حضور الخاطب والولي، فلو كان يصح أن يتم عقد الزواج بإرادة واحدة لما اشترط حضورهما.

وقد استثنى الشافعي من المنع صوراً، منها عقد الولي إذا كان جداً فزوج حفيدياً إحداها للآخر وكان في زواجهما مصلحة فإنه يتم العقد ويترتب عليه أثره الشرعي لأنه متى كانت ولايته متعينة، وكان لا بد من الولي في عقد الزواج فإن الضرورة تقضي بجواز العقد بعبارته وحدها وإلا تعطل أمر الزواج، لأنه ليس هناك أحد في درجته حتى يتولى زواجهما ^(٢) .

أما أبو حنيفة وصاحباة :

فيرون أن هناك فرقاً بين البيع ونحوه وبين الزواج، فلا يجوز أن يتولى طرفي العقد عاقد واحد في عقود المعاوضات وغيرها . أما في عقد الزواج فيجوز . وحجتهم أن عقود المعاوضات ترجع الحقوق فيها إلى متولي العقد إذ لا يتصور أن يكون

(١) وقد بحثت هذا الحديث في كتاب المعجم المفهرس للألفاظ الحديث النبوي الشريف وموسوعة أطراف الحديث وكتب السنة ولم أجده إلا في المبسوط ١١/٥ .

(٢) المجموع شرح المذهب ١٧٠/٩ ، المبسوط ١٧/٥ ، الفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور ٢٩٨ ، الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوصف موسى ٣٤٠ .

شخص واحد مملكا ومتملكا ومطالباً ومطالباً في آن واحد، لأن حقوق عقود المعاوضات متباينة، فلا بد من عاقلين توزع تلك الحقوق عليهما. إلا أنهم استثنوا بعض الحالات مثل بيع الأب أو الجد أو وصيه مال الصغير من نفسه، وشراءه منه، كذلك بيع الأب مال أحد ولديه الصغيرين للآخر. واحتجوا بأن الحالة والموقف تقضي بإجراء هذه العقود من شخص واحد لعدم صحة التوكيل من هؤلاء الصغار، فلو منع ذلك لتعطلت مصالحهم، ولوفور الشفقة عند هؤلاء وحرصهم على مصلحة الصغار مانع عن قصد إلحاق الضرر بهم^(١).

أما عقد الزواج فالأمر فيه غير ذلك، لأن العاقد ليس إلا سفيراً عن الأصل ومعبراً عنه، والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين بصفتين مختلفتين، ولهذا يجوز أن يتولى العقد شخص واحد عن الطرفين، ثم يرجع حكم العقد وحقوقه وأثاره إلى الأصلين: الزوج والزوجة.

واحتجوا بما رواه البخاري: أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ، أتجعلين أمرك إلي؟ قالت نعم، قال: تزوجتك^(٢)، فهذا عقد زواج تم بتعبير واحد.

واحتجوا أيضاً، بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل أترضي أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم، وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا؟ قالت: نعم، فزوج أحدهما من صاحبه^(٣). فهذا دليل على جواز عقد الزواج من عاقد واحد يعبر عن طرفي العقد^(٤). هذه آراء الفقهاء في تولي الشخص الواحد طرفي العقد.

أما الالتزام بإرادة واحدة، فإن متتبع أقوال الفقهاء وأبواب كتب الفقه قديماً وحديثاً، يجد هناك التزامات تنشأ بإرادة واحدة، وهذه الالتزامات كالاتي:

(١) مختصر الطحاوي ص: ١١٠، والفقه الإسلامي - محمد سلامة مذكور ص: ٢٣٩.

(٢) صحيح البخاري ١٩٧٢/٥.

(٣) سنن البيهقي الكبرى ٢٣٢/٧.

(٤) الفقه الإسلامي، للدكتور محمد يوسف موسى ص: ٣٤١.

١ - الجعالة : هي أن يلتزم شخص بإرادته وحده بجعل أو مال معين لمن يقوم له بعمل معين . وهي عقد جائز غير لازم كتقديم مكافأة لمن يرد متاعا ضائعاً ، أو ينجح نجاحاً متفوقاً في امتحان أو يحقق نصراً حربياً على العدو .

٢ - الإبراء : هو إسقاط الشخص حقاً له في ذمة آخر أو قبله ، أي هو إبراء الدائن مدينه مما في ذمته له من دين دون حاجة لقبول المدين ، إلا أن يرد هذا الإبراء ، كيلا يتقل نفسه بتحمل يد الدائن عليه دفعا للمنة والجميل الذي يصنعه الدائن له .

٣ - الوصية : هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، أو إنها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت .

قال الكاساني : "الوصية : اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت" إن المصي يتنازل عن بعض ماله بعد وفاته لشخص ولجهة من الجهات الخيرية ، وينفذ متى كان المصي به لا يزيد عن ثلث التركة ، أو زاد وأجاز الورثة هذه الزيادة^(١) .

٤ - الهبة : هي تملك مال لآخر بلا عوض ويقال لفاعله واهب ولذلك المال موهوب ولمن قبله موهوب له والإتهاب بمعنى قبول الهبة^(٢) .

ويتم متى التزم بها الواهب دون حاجة لقبول من الموهوب له وإن كان هذا لا يملك ما وهب له إلا بقبضه .

٥ - الوقف : هو حبس المال عن التصرف ، وتخصيص ربحه لجهة بر تقرب إلى الله تعالى ، كالوقف على دور العلم وطلابها ، أو وقف دار لتكون منزلاً لمن يمر بهذه المدينة من رجال المسلمين ، أما لو قال وقفها على فلان ، ثم على جهة خير ينعقد الوقف بإرادة واحده ، لكن لفلان هذا حق الرد ، وحينئذ تكون وقفا على وجه الخير التي عينها من أول الأمر^(٣) .

(١) الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى - ص : ٣٣٨ . والفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٨٤/٤ ، ذائع الصنائع ٣٣٠/٧ .

(٢) نذر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٤٢/٢ .

(٣) نذر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٤٢/٢ .

هذه الموضوعات المذكورة هي التي تسمى بالالتزام بإرادة منفردة .

وإن الفقهاء عرفوا العقد بتعريفين عام وخاص .

فمعنى الخاص : هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في

المحل . وهذا لا ينعقد إلا بين اثنين لأن كلام أحدهما يتعلق بكلام الآخر .

أما معنى العام ، فيشمل كل التزام يتم بتلاقي الإرادتين كالبيع والإجارة

وغيرهما مما يحتاج إلى تلاقي الإرادتين ، وأيضا ما كان الالتزام من طرف واحد من

غير توقف على شيء آخر كالطلاق مجردا عن المال والإبراء والوصية وغيرها مما

يقوم على إرادة واحدة .

فالعقد بمعناه العام يشمل كل العقود التي تقوم على توافق إرادتين والتي تقوم

على إرادة واحدة .

أما الفرق بين العقد بإرادتين والعقد بإرادة واحدة فهو كالاتي :

١ — أن العقد الذي يقوم على توافق الإرادتين يلزم الوفاء به من العاقدين ديانة

وقضاء باتفاق الفقهاء ، لقوله تعالى : ﴿لِيَأْخُذُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) لأن فسي

عدم الوفاء به ضرر للعاقد الآخر لضياع ما بذله من العوض . أما العقد بإرادة منفردة

فلا يلزم الوفاء به قضاء بل الوفاء به مندوب مطلوب ديانة ومن مكارم الأخلاق ، ذلك

أن المتبرع محسن وما على المحسنين من سبيل^(٢) .

٢ — أن العوض في العقد الذي يقوم على توافق إرادتين يجب أن يكون معلوما

كثمن المبيع وعوض الأجرة ونحوها إلا في الصداق وعوض الخلع ، فإن الجهل لا

يبيطله لأن له مرد معلوم وهو مهر المثل .

أما العوض في الإرادة المنفردة ، فيغتفر فيها الغرر والجهالة اليسيرة لأنها

مبنية على اليسر والتوسعة^(٣) .

(١) سورة المائدة الآية : ١ .

(٢) حاشية ابن العايد ١٢٣/٤ ، والفقه الإسلامي وأدلته ٩٠/٤ .

(٣) القواعد لابن رجب ٧٤ ، والفروق للقرافي ١٥١/١ .

الفصل الثاني

السبب في الفقه الإسلامي والقانون المدني الفرنسي والمدني الإنجليزي

وفيه مباحث أربعة :

المبحث الأول : السبب في الفقه الإسلامي. وفيه مطلبان :

المطلب الأول : نظرية السبب عند فقهاء الحنفية والشافعية .

المطلب الثاني : نظرية السبب في الفقه المالكي والحنبلي .

المبحث الثاني : السبب في القانونين المدني الفرنسي والمدني الإنجليزي، وفيه مطلبان:

المطلب الأول : اتجاه القانون الفرنسي إلى النص .

المطلب الثاني : رأي القانون الإنجليزي في السبب وإطلاقه عليه

مصطلح (الاعتبار)

المبحث الثالث : النظرية التقليدية في السبب ، وفيه مطالب خمسة :

المطلب الأول : مفهوم هذه النظرية .

المطلب الثاني : مصدر هذه النظرية .

المطلب الثالث : الفروق الجوهرية بين السبب الإنشائي والسبب

الدافع والسبب القصدي .

المطلب الرابع : شروط النظرية التقليدية للسبب .

المطلب الخامس : اتجاه القانون المدني الأردني .

المبحث الرابع : النظرية الحديثة في السبب، وفيه مطالب ثلاثة :

المطلب الأول : مفهوم هذه النظرية

المطلب الثاني : شروط السبب في هذه النظرية

المطلب الثالث : اعتناق القانون المدني المصري لعام ١٩٤٩م

مدخل :

السبب في الفقه الإسلامي :

لكل عقد من العقود غرض مباشر أو سبب مقصود، ولهذا تختلف العقود باختلاف أسبابها من جهة وباختلاف بواعثها من جهة أخرى. فالسبب في عقد الزواج يختلف عن السبب في عقد الهبة، والسبب في عقود التبرعات غير السبب في عقود المعاوضات، ففي التبرعات إرادة الخير والثواب أو غيرها، وفي المعاوضات إرادة الانتفاع والحيازة إلى غير ذلك، لكن السبب أو الباعث الدافع على التعاقد . هل يعتد به ويعتبر في العقود أم لا ؟ هذا الأمر محل خلاف بين المذاهب الفقهية^(١) .

ففي بعض مذاهب الفقه الإسلامي تختفي نظرية السبب تحت ستار صيغة العقد والتعبير عن الإرادة، ولا يعتد بالسبب الباعث الدافع على التعاقد إلا إذا تضمنه التعبير عن الإرادة.

وفي مذاهب أخرى، تتغلب العوامل الأدبية والخلقية الدينية المرتبطة بالبائع ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة، أي ولو لم يذكر في العقود ، وسوف نبين رأى كل مذهب على حده في المبحث الأول في هذا الفصل^(٢) .

(١) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي للدكتور عبد الرحمن الصابوني ١٤٥/٢ ، والفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور ٢٧٦ .

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ص: ٤٤ — ٥٥ .

المبحث الأول السبب في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

نظرية السبب عند فقهاء الحنفية والشافعية
(إشتراطهم في الباعث على التعاقد أن تتضمنه الصيغة)

ذهب الحنفية والشافعية إلى عدم الاعتداد بالباعث في العقد إلا إذا تضمنته الصيغة أو التعبير عن الإرادة. ذلك أن النية أمر داخلي لا يتطلع عليها أحد، فتبقى لدى صاحبها^(١) دون أن تؤثر في صحة العقد أو فسادة .

قال الإمام الشافعي في الأم :

(أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً لأنه قد لا يقتل به ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً ولا أفسد البيع إذا باعه إياه لأنه باعه حلال وقد يمكن أن لا يجعله خمراً أبداً وفي صاحب السيف أن لا يقتل به أحداً أبداً . ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي أن لا يمسكها إلا يوم أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح، إنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد)^(٢) .

(١) الدكتور عبد الرحمن الصابوني ١٤٥/٢ .

(٢) الأم للإمام الشافعي رحمه الله ٦٥/٣ .

فهذا القول يوضح لنا أن السبب أو الباعث لا يعتد به في التعاقد إلا إذا ذكر في العقد أو التعبير عن الإرادة صراحة. وعلى هذا فإن أصحاب هذا الرأي يكتفون بالإرادة الظاهرة دون البحث عن النيات والمقاصد .

قال صاحب البدائع :

"ولا يجوز إجارة الإماء للزنا لأنها إجارة على المعصية. وقيل فيه نزل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْرَهُوا فِتْيَانَكُمْ عَلَىٰ الْبَغَاءِ﴾ إن أردن تحصنًا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا^(١)، وروى عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه نهى عن مهر البغى وهو أجر الزانية على الزنا"^{(٢)(٣)} ، وهذا النص واضح في أن صيغة العقد تضمنت السبب أي الباعث على الإجارة وهو سبب غير مشروع، ومن ثم كان العقد باطلا .

وقد يعرف السبب ضمنا دون أن ينص عليه صراحة في العقد أو يستخلص من طبيعة محل الالتزام في العقد، فإن كان السبب الذي عرف ضمنا أو المستخلص من المحل مشروعا كان العقد مشروعا، وإن كان السبب غير مشروع كان العقد غير مشروع.

جاء في البدائع :

"وأما القرد فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان :

الأولى : رواية عدم الجواز ، أنه غير منتفع به شرعا فلا يكون مالا كالخنزير .

الثانية : رواية الجواز ، أنه وإن لم يكن منتفعا به بذاته يمكن الانتفاع بجلده، والصحيح هو الأول لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادة بل للهوبه وهو حرام فكان هذا بيع

(١) سورة النور الآية : ٣٣ .

(٢) سنن البيهقي الكبرى ١٢٦/٦ .

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٩٠/٤ .

للحرام، وأنه لا يجوز^(١) فهذا قد استخلص الباعث على التعاقد من طبيعة المحل، لأن القرد لا يشتري للانتفاع بجلده عادة، بل للهوبه، فكان هذا بيع الحرام .
قال صاحب البدائع :

"ويجوز بيع آلات الملاهي من البرط والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند أبي حنيفة لكنه يكره ، وعند أبي يوسف ومحمد لا ينعقد بيع هذه الأشياء لأنها آلات معدة للتلهي بها موضوعة للفسق فلا تكون أموالا فلا يجوز بيعها . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الانتفاع بها شرعا من جهة أخرى بأن تجعل ظروفها لأشياء ونحو ذلك من المصالح فلا تخرج عن كونها أموالا . وقولهما أنها آلات التلهي والفسق بها ، قلنا نعم لكن هذا لا يوجب سقوط ماليتها كالمغنيات والقيان وبدن الفاسق وحياته وماله وهذا لأنها كما تصلح للتلهي تصلح لغيره على ماليتها بجهة إطلاق الانتفاع بها لا بجهة الحرمة . ولو كسرهما إنسان ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمن^(٢) .

هذا واختلف الإمام أبو حنيفة مع صاحبيه لكنهم لم يختلفوا في المبدأ الأساسي الذي يقول إن الباعث إذا استخلص من صيغة العقد اعتد به . ولكن الصاحبين ذهبوا إلى أن آلات الملاهي هي آلات معدة بطبيعتها للتلهي موضوعة للفسق والفساد ، وبهذا استخلصا من طبيعة المحل الباعث على التعاقد . وهو غير مشروع عندهما .

أما أبو حنيفة فألات الملاهي عنده أموال لم تسقط ماليتها لمجرد أنها تصلح للتلهي ، فكما تصلح للتلهي تصلح لغيره . فإذا لم يذكر الباعث في صيغة العقد صراحة، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة المحل ، لأنها تصلح لأغراض مشروعة ولأغراض غير مشروعة فيرى أبو حنيفة العقد صحيحا ولا يعتد بالباعث^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ١٤٣/٥ .

(٢) البدائع الصنائع ١٤٤/٥ .

(٣) مصادر الحق لسنهوري ٥٨/٤ .

واحتج أصحاب هذا المذهب :

بأن النيات أمور علمها عند الله ، ولا يجليها إلا ليوم يكون الأمر كله لله ، والبحث عن النيات والمقاصد الخفية لا يتفق مع المبدأ العام الذي يقول إن كل الأحكام الدنيوية تبنى على الظاهر هو الذي أوحى به ، وإذا كانت الأحكام كلها في الدين كذلك ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم في أقضيته كان يقضي بمقتضى الظاهر . فالعقود كلها لا تؤخذ إلا بما تنطق به عباراتها من غير نظر إلى النيات خيرة أو غير خيرة^(١) . فإذا كان العقد صحيحا بمقتضى ألفاظه وما اشترط فيه ، وما اقترن به ، فهو عقد صحيح من كل الوجوه من غير نظر إلى كونه ذريعة إلى ربا أو غير ذلك ، ما دام العقد لم يقترن بربا ولا بشيء يفسده ، والنية يحاسب عليها الديان الذي لا تخفى عليه خافية ، وهو بكل شيء محيط .

وقد استدلوا أيضاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل وتتكلم"^(٢) .

فهذا الحديث ظاهر في عدم المعاقبة والمؤاخذه على الأمور الباطنة ما دامت لم تظهر بالفعل والقول .

وقد أوضح صلى الله عليه وسلم بما ليس بعده من الوضوح وجوب الحكم بالظاهر بقوله عليه الصلاة والسلام : "إنما أنا بشر وأنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له شيء من حق أخيه فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار"^(٣) فقد أخبر أنه يقضي على الظاهر من كلام الخصمين لا على الباطن والخفايا .

(١) الملكية ونظرية العقد - في الشريعة الإسلامية - للإمام محمد أبو زهر ٢١٩/٥ والفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور ٢٨٩ .

(٢) صحيح البخاري ، كتاب الطلاق ٢٧٢/٣ .

(٣) صحيح البخاري ، كتاب الأحكام ٢٣٩/٤ . صحيح مسلم ، كتاب الأقضية ١٢٩/٥ . تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي ٥٦٨/٤ .

المطلب الثاني

نظرية السبب في الفقه المالكي والحنبلي

ذهب المالكية والحنابلة إلى أن الأصل في التعاقد الاعتداد بالمقاصد والنيات (الباعث الدافع على التعاقد) ولو لم يذكر في العقد مادام هذا الباعث معلوماً من الطرف الآخر، أو دلت الظروف والقرائن على أن الطرف الثاني كان بإمكانه أن يعلم بذلك، فإن كان الباعث مشروعاً كان العقد صحيحاً، وإن كان غير مشروع فلا يصح^(١).

يقول ابن قيم الجوزية^(٢):

"هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها [أو للمقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها].

وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقود معتبرة وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة بل أبلغ من ذلك، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً وتحريماً فيصير حلالاً تارة وحراماً تارة أخرى باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحاً تارة وفساداً تارة باختلافها، وهذا كالذبح فإن الحيوان يحل إذا ذبح لأجل الأكل، ويحرم إذا ذبح لغير الله... وكذلك الرجل يشتري الجارية ينوي أن يكون لموكله فتحرم على المشتري وينوي أنها له فتحل له.

وصورة العقد واحدة، وإنما اختلفت النية والقصد، وكذلك صورة القرض وبيع الدرهم بالدرهم إلى أجل صورتها واحدة وهذا قرينة صحيحة وهذه معصية

(١) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ١٤٩/٢ د. عبد الرحمن الصابون.

(٢) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي شمس الدين من أهل دمشق، من أركان الإصلاح الإسلامي، وأحد كبار الفقهاء، تتلمذ على ابن تيمية وانتصر له ولم يخرج عن شيء من أقواله. وقد سجن معه بدمشق. من تصانيفه "الطرف الحكيم" و"مفتاح دار السعادة" و"مدارج السالكين" و"إعلام الموقعين عن رب العالمين" الأعلام ٢٥١/٦.

باطلة بالقصد ، وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمرا معصية ملعون فاعله على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وعصره بنية أن يكون خلا أو دبسا جائز وصورة الفعل واحدة ، وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلما حرام باطل فيه من الإعانة على الإثم والعدوان وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به في سبيل الله فهو طاعة وقربة ، ... وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا ولا يعصمه من ذلك صورة البيع ، وإن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محلا ولا يخرج من ذلك صورة عقد النكاح^(١) .

وجاء في حاشية الدسوقي :

(لا يجوز بيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة والخشب لمن يتخذها صليبا والعنب لمن يعصره خمرا والنحاس لمن يتخذة ناقوسا وكذا يمنع أن يباع للحريين آلة الحرب من سلاح أو كراع أو سرج وكل ما يتقوون به في الحرب من مخاسر أو خباء أو ماعون ، ويجبرون على إخراج ذلك)^(٢) .

وجاء في المقدمات الممهدة لابن رشد الجد^(٣) :

(أن مذهب مالك رحمه الله في حكم الذرائع المنع وهي الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور من ذلك البيوع التي ظاهرها الصحة ويتوصل بها إلى استباحة الربا ، وذلك مثل أن يبيع الرجل سلعة من الرجل بمائة دينار إلى أجل

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ١٥٩/٣ .

(٢) حاشية الدسوقي على شرح الكبير ٧/٣ .

(٣) هو محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة بها ولد وبها توفي من أعيان المالكية وهو جد ابن رشد الفيلسوف المشهور من تأليفه "المقدمات الممهدة لمدونه مالك و" البيان والتحصيل" في الفقه ، و"مختصر شرح معاني الآثار للطحاوي" و"اختصار شرح المبسوط" الاعلام للزركلي ٥١٨ .

ثم يبتاعها بخمسين بعد ، فيكونا قد وصلا بما ظهرا من البيع الصحيح إلى سلف خمسين دينار في مائة إلى أجل ، وذلك حرام لا يحل ولا يجوز^(١) .

ويقول الشاطبي^(٢) في الموافقات :

"إن الأخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد أخذ في غير مشروع حقيقة ، لأن الشارع إنما شرعه لأمر معلوم بالفرض فإذا أخذ بالقصد إلى غير ذلك الأمر المعلوم فلم يأت بذلك المشروع أصلا وإذا لم يأت به ناقض الشارع في ذلك الأخذ ، من حيث صار كالفاعل لغير ما أمر به والتارك لما أمر به" .

"إن المكلف إنما كلف بالأعمال من جهة قصد الشارع بها في الأمر والنهي : فإذا قصد بها غير ذلك كانت بفرض القاصد وسائل لما قصد لا مقاصد ، إذ لم يقصد بها قصد الشارع فتكون مقصوده ، بل قصد قصدا آخر جعل الفعل أو الترك وسيلة له ، فصار ما هو عند الشارع مقصود وسيلة عنده وما كان شأنه هذا نقض لإبرام الشارع وهدم لما بناه"^(٣) .

وجوب علم الطرف الآخر بالسبب غير المذكور في العقد :

إن الفقهاء جميعا اتفقوا على أن السبب إذا ذكر في العقد يعتد به ، أما إذا لم يذكر في العقد لا صراحة ولا ضمنا ، فإن الحنابلة يعتدون به مع ذلك ، بشرط أن يكون معلوما من الطرف الآخر .

(١) المقدمات الممهدة لابن رشد ٣٩/٢ .

(٢) هو إبراهيم بن موسى بن محمد الخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي ، أصولي حافظ من أهل غرناطة ، كان من أئمة المالكية . من كتبه : الموافقات في أصول الفقه أربع مجلدات ، "والمجالس" شرح كتاب البيوع من صحيح البخاري ، "والاعتصام" في أصول الفقه ثلاث مجلدات وله غير ذلك من الكتب . الأعلام ٧١/١ .

(٣) الموافقات في أصول الشريعة ٣٣٤/٢ .

مثلاً إذا باع شخص عصير عنب لآخر ، ولم يبين المشتري أنه يريد اتخاذه خمراً ، فإن مذهب الحنابلة يعتد بالبائع ولو لم يذكر في العقد ما دام البائع كان معلوماً من الطرف الآخر . فإذا كان بائع العصير يعلم أن المشتري سيتخذ العصير خمراً لم يصح البيع .

جاء في المغني لابن قدامة :

"وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل وكرهه الشافعي . وذكر بعض أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصره خمراً فهو محرم . وإنما يكره إذا شك فيه . وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري^(١) : أنه لا بأس ببيع التمر لمن يتخذه مسكراً . قال الثوري : بع الحلال ممن شئت . واحتج لهم بقوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢) ولأن البيع تم بأركانها وشروطه ولنا : قوله الله تعالى ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ...﴾^(٣).

فروى عن أنس بن مالك قال . لعن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الخمر عشرة ؛ عاصرها ومعتصرها وشاربها وحاملها والمحمول إليه وساقيتها وبائعها وأكل ثمنها والمشتري لها والمشتراة له^(٤) . وأشار إلى كل ملعون عليها ومساعد فيها" وروى ابن بطة في تحريم النبيذ بإسناده عن محمد بن سيرين "أن قيماً كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له ، فأخبره عن عنب أنه لا يصلح زبيبا ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصر فأمر بقلعه ، وقال بنس الشيخ أنا إن بعث الخمر" ولأنه يعقد عليها لمن

(١) هو سفيان بن سعيد بن مسروق ، الثوري ، من بني ثور عبد مناة . أمير المؤمنين في الحديث كان رأساً في التقوى ، طلبه المنصور ثم المهدي ليُلي الحكم . فتوارى منها سنين ، ومات بالبصرة مستخفياً . من تصانيفه : "الجامع الكبير" و "الجامع الصغير" ، كلاهما في الحديث . الاعلام للزركلي ١٥٨/٣ ، والجواهر المضية ٢٥٠/١ .

(٢) سورة البقرة آية : ٢٧٥ .

(٣) سورة المائدة آية : ٢ .

(٤) تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي ٥١٦/٤ .

يعلم أنه يريد لها للمعصية . فأشبهه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها لزنـى . ولأنه مخصص بـصور كثيرة فيخص منها محل النزاع بدليلنا وقولهم : تم البيع وشروطه وأركانه : قلنا: لكن وجد المانع منه .

إذا ثبت هذا فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك . إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك . فأما إن كان الأمر محتملاً مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من يعمل الخل والخمر معا ، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر ، فالبيع جائز^(١) .

كذلك بيع السلاح لأهل الحرب أو الفتنة أو لقطاع الطرق ، وبيع الأمة للغناء ، أو إيجارتها للزنا ، أو إجارة الدار لبيع الخمر فيها ، أو لتتخذ كنيسة ، أو بيت نار للمجوس ، فالباعث في كل هذه الأحوال يعتد به ولو لم يتضمنه العقد ، ما دام الطوف الآخر أي البائع يعلم به .

يقول ابن قدامة في المغني :

"وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطرق أو في الفتنة ، وبيع الأمة للغناء ، أو إيجارتها كذلك ، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها ، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشبه ذلك ، فهذا حرام ، والعقد باطل لما قدمنا"^(٢) .

يقول أصحاب هذا المذهب :

إن ألفاظ العقود ما كانت لها قوة إنشاء العقود إلا لأنها إخبارات عن النفس ، وما يجول بها من معان ، وما تتفعل به من رغبات ، وما يختفي في ثناياها من نيات فلا بد إذن لصحتها من مطابقة خبرها لحقيقته ، فإذا لم تكن الأخبار مطابقة للنيات

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٤٥ .

(٢) المغني لابن قدامة ٤/٢٣٦ ، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، للدكتور عبد الكريم زيدان ، ص :

والأغراض كانت أخباراً كاذبة ، فتفقد ما نيط بها من تكوين العقد ؛ وإن فالألفاظ إذا لم تكن متطابقة مع النية والقصد ومرمى العاقد من العقد لا ينشأ بها عقد ، ولا ينط بها حكم^(١) أما إذا لم يظهر القصد وظل الباعث مستترا فإن الواجب في هذه الحالة التقيد بالظاهر وحمل الكلام على ما يدل عليه هذا الظاهر .

وقد ترتب على الخلاف بين الأخذ بإرادة الظاهر وبين الأخذ بإرادة الباطن خلاف في أحكام بعض المسائل وهي كالتالي :

المسألة الأولى : زواج المحلل :

صورته : أن يتزوج شخص مطلقة آخر ثلاثاً ثم يطلقها بعد الدخول بها ، ولا يبغيان بهذا الزواج إلا أن يكون طريقاً يمكن به أن تعود إلى عصمة زوجها الأول ، نزولاً على قوله تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾^(٢) ومن المعروف أن الزواج شرع ليكون رباطاً دائماً بين الزوجين ولتكون عنه أسرة ، لكن زواج التحليل لا يحقق هذه الأغراض السامية بل أنه يحقق غرضاً آخر ينافي عقد الزواج وهو تحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول ، فهذه حيلة لرفع تحريم مؤبد ، وهذا أخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع . وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة^(٣) .

١ - يرى الإمام أبو حنيفة : أن العاقدين إذا اشترطا التحليل في العقد ، كما لو قال الزوج الثاني حين العقد ، تزوجتك لأهلك لزوجك السابق فإن العقد صحيح وتحل المرأة لزوجها الأول مع الكراهية عنده ، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة .

أما أبو يوسف فيرى أن النكاح لا ينعقد بشرط التحليل ولا تحل المرأة لزوجها الأول ، لأن هذا في معنى شرط التوقيف فيكون في معنى المتعة فيبطل . وقال محمد يصح النكاح ولا تحل لزوجها الأول لأنه استعجل طلاقها من الزوج الثاني فيعاقب

(١) الملكية ونظرية العقد ، للإمام محمد أبو زهرة ، ص : ٢١٩ .

(٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

(٣) الفقه الإسلامي للدكتور يوسف موسى ٣٥٤ .

بالحرمان كقتل المورث . هذا كله مبني على اشتراط التحليل من العاقلين ، أما إذا وقع خاليا من الشرط فإن العقد صحيح وتحل المرأة لزوجها الأول ، من غير كراهة ، مع أن القصد في العقد هو التحليل^(١) .

ولا يجوز زواج المحلل عند الشافعية ، لأنه نكاح بشرط انقطاعه دون بلوغ غايته فأشبهه نكاح المتعة أما إذا تزوجها على أن يطلقها إذا وطأ ففيه قولان في المذهب . أحدهما أن الزواج باطل ، والثاني أن الزواج يصح لأن النكاح مطلق ، وإنما شرط قطعه بالطلاق ، فبطل الشرط وصح العقد^(٢) .

استدل القائلون بصحة نكاح المحلل بأنه عقد توفرت فيه أركانه وشروطه فيجب القول بصحته لقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾^(٣) وغير ذلك من الآيات الدالة على وجوب الوفاء بالعقود ، ثم إن النية والقصود من الأمور الباطنة التي لا يؤاخذ الله تعالى عباده عليها كما دلت عليها السنة المشرفة^(٤) — يقول الإمام الشافعي : "غير أنهما إذا عقدا النكاح مطلقا لا شرط فيه فنكاح ثابت ولا يفسد النية من النكاح شيئا . لأن النية حديث النفس وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم وقد ينوي الشيء ولا يفعله وينويه ويفعله فيكون الفعل حادثا غير النية ، وكذلك لو نكحها ونيته ونيتها أو نية أحدهما دون الآخر أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيبها فيحللها لزوجها ثبت النكاح سواء نوى ذلك الولي معهما أو نوى غيره أو لم ينوه ولا غيره"^(٥) .

نرى من هذا النص أن الإمام الشافعي ومن معه ينظرون إلى العقد نفسه فما دام العقد خاليا من الشروط المفسدة ، فإن العقد صحيح حتى ولو كانت بينهما المراوضة ،

(١) تبين الحقائق ٢/٢٥٩ .

(٢) المذهب ٢/٤٦ .

(٣) سورة المائدة الآية : ١ .

(٤) وهو حديث إن الله تجاوز عن أمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم به" وقد سبق تخريجه في ص ٧٤ .

(٥) الإمام الشافعي ٥/٨٠ .

فوعدها أن ينكحها ولا يمسكها إلا أياما فمادام العقد خاليا من هذا الشرط كان النكاح صحيحا لا تؤثر فيه النية لأنها مما رفع الله عنها المؤاخذه .

وزواج المحلل عند المالكية والحنابلة غير جائز :

جاء في كتاب الكافي : "ونكاح المحلل فاسد مفسوخ وهو أن يتزوج امرأة طلقها غيره ثلاثا ليحلها لزوجها وإنها متى أصابها طلقها ... وكل من نكح امرأة ليحلها لزوجها فلا تحل لزوجها وإن وطأها بذلك النكاح وسواء علما أو لم يعلم إذا قصد النكاح لذلك ولا يقر على نكاحها ويفسخ قبل الدخول وبعده" (١) .

وقال ابن قدامة في المغني : "إن نكاح المحلل حرام باطل عند عامة أهل العلم... وسواء قال زوجته إلى أن تطأها أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما أو أنه إذا أحلها للأول طلقها" (٢) .

وقد استدلل القائلون بعدم جواز نكاح المحلل بالآتي :

أولا : ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "لعن الله المحلل والمحلل له" (٣) وروي في حديث آخر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا : بلى يا رسول الله . قال : هو المحلل ، لعن المحلل والمحلل له" (٤) .

ووجه الاستدلال : أن ورود كلمة اللعن في الحديث يدل على فساد العقد فيفسخ قبل الدخول وبعد ، لأن الله ورسوله لا يلعنان من يفعل أمرا جائزا أو مستحبا أو

(١) كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٥٣٣/٢ .

(٢) المغني لابن قدامة ، ٦٤٦/٦ .

(٣) سنن أبي داود كتاب النكاح ٢٢٧/٢ . وسنن ابن ماجه ، كتاب النكاح ٦٢٢/١ .

(٤) سنن ابن ماجه ، كتاب النكاح ٦٢٣/١ .

مكروها أو صغيرة ، بل أن كل فعل ختم بلعنة أو غضب أو عذاب أو نار فهو كبيرة وحرام فعله .

ثانيا : لم يكن محلل واحد من الصحابة ولا أقر رجل منهم على التحليل بل إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : (لا أوتي بمحلل ولا محلل له إلا رجمتها) . هذا وبعد ذكر آراء الفقهاء واختلافهم في نكاح المحلل ، أرى والله أعلم أن رأي المالكية والحنابلة أرجح لقوة دليلهم ، ذلك أن اللعن إذا ختم به أمر يدل على أن الأمر ذنب عظيم لذلك يلعن فاعله والله تعالى جعل النكاح وسيلة إلى المودة والرحمة ، "حفظ الفرج ، والتعفف وغير ذلك من مقاصد النكاح ، لكن المحلل لم يتوصل به إلى شيء من ذلك بل إلى تحليل ما حرمه الله له ، ذلك أن المطلقة ثلاثا حرمت على زوجها عقوبة له ، فنكاح المحلل بها ليحلها لزوجها باطل وتحليل لما حرمه تبارك وتعالى وحيلة لتوصل إلى ما لم يشرع . ثم إن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"^(١) فبين أن العمل لا يقع إلا بالنية ، وأن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه ، وهذا الحديث عام لكل الأعمال من العبادات والمعاملات والأفعال، لذلك قال بعضهم إن هذا الحديث ثلث العلم^(٢) .

المسألة الثانية : بيع العينة :

هو أن يبيع شيئا من غيره بثمان مؤجل ويسلمه إلى المشتري ثم يشتريه قبل قبض الثمن ينقد أقل من ذلك .
وقيل : العينة : هو أن يبيع البائع عينا بثمان كثير مؤجل ويسلمها للمشتري ثم يشتريها منه بعد مدة بثمان يسير فيبقى الكثير في ذمته ، أو يبيعه عينا بثمان يسير نقدا ويسلمها له ثم يشتريها منه بثمان كثير مؤجل سواء قبض الثمن الأول أو لا .

(١) صحيح البخاري ، كتاب بدء الوحي ٦/١ . سنن أبي داود ، كتاب الطلاق ٢٦٢/٢ .

(٢) الأشباه والنظائر في قواعد فقه الشافعية ص : ١٠ .

قال الزيلعي^(١) : "لو باع شيئاً وقبضه المشتري ولم يقبض البائع الثمن فاشتراه بأقل من الثمن الأول لا يجوز ... ولأن الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه فإذا عاد إليه عن ماله بالصفة التي خرج من ملكه وصار بعض الثمن قصاصاً ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص ، بخلاف ما إذا اشتراه بمثل الثمن الأول أو أكثر لأن الربح فيه حصل للمشتري بعد ما دخل المبيع في ضمانه^(٢) .

وبيع العينة جائز عند الإمام أبي يوسف والإمام محمد والإمام الشافعي خلافاً للإمام أبي حنيفة .

قال أبو يوسف : "العينة جائزة مأجور من عمل بها . وقال الإمام محمد "هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا^(٣) . ومحمد يجيزه مع الكراهة . إن بيع العينة عقد توفرت فيه شروطه وأركانه فلا بد من القول بصحته ؛ لأن مبنى هذه الأمور على الظاهر والله وحده هو الذي يتولى السرائر ويجازي على حسب النيات والبواعث .

ومن جهة أخرى لو فتح باب خوض في النوايا والمقصود لأدى ذلك إلى الفوضى والاضطراب وكثرة التنازع ، والطلب في الإلغاء بحجة أن نية غير مشروعة، فمثل هذه الأمور ينبغي أن لا تبحث على نطاق العقود ، بل على نطاق المجازاة الأخروية . يقول الإمام الشافعي : "أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان

(١) هو عثمان بن علي بن محسن ، فخر الدين الزيلعي من أهل زيلع بالصومال ، فقيه حنفي ، قدم القاهرة سنة ٧٠٥هـ ودرس وأفتى وقرر ونشر الفقه ، كان مشهوراً بمعرفة النحو والفقه والفرائض .

(٢) تبين الحقائق ٥٣/٤ .

(٣) حاشية رد المختار ٢٧٣/٥ - والبحر الرائق ٨٢/٦ - وتبيين الحقائق ٥٣/٤ ، ونهاية المحتاج

٤٦٠/٣ ومختصر الطحاوي ص : ٨٢ .

صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزئه بصحة الظاهرة وأكره النية إذ كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع^(١) .

وبيع العينة غير جائز عند الإمام أبي حنيفة ومالك وأحمد وقد احتج هؤلاء على عدم جواز بيع العينة وفسخ العقد إذا تم بما روي عن ابن عمر "أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم" . ورواية أخرى عن ابن عمر قال سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول : "إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم"^(٢) .

ووجه الاستدلال : أن الرسول صلى الله عليه وسلم توعد المتبايعين بالعينة بإنزال البلاء وتسليط الذل عليهم فهذا دليل على أنها حرام . وقد أجاب المجيزون بأن دلالة الحديث على التحريم غير واضحة لأنه قرن العينة بالأخذ بأذناب البقر والاشتغال بالزرع وذلك غير محرم، والتوعد عليه بالذل لا يدل على التحريم .

وقد رد على المجيزين ، بأننا لا نسلم بأن التوعد بالذل لا يدل على التحريم لأن طلب أسباب العزة الدينية وتجنب أسباب الذلة المنافية للدين واجبان على كل مؤمن وقد توعد على ذلك بإنزال البلاء وهو لا يكون إلا لذنوب شديدة . وفي حديث آخر توعدت عائشة زيد بن أرقم بإبطال جهاده مع الرسول صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب ، ونص الحديث الآتي : (عن أبي إسحاق الشعبي عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضي الله عنها فدخل معها أم ولد زيد بن أرقم فقالت يا أم المؤمنين إني بعثت

(١) الأم للإمام الشافعي ٧٤/٣ .

(٢) سنن أبي داود ، كتاب البيوع ٢٧٤/٣ .

غلاماً من زيد بثمانمائة درهم نسيئة وإنني ابتعته منه بستمائة نقداً فقالت لها عائشة بئس ما اشتريت وبئس ما شري إن جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بطل إلا أن يتوب) .

فهذا الحديث دال على بطلان بيع العينة ذلك أن التعامل بها كما صرحت به أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها بأنه من المحبطات للجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم^(١) وإن عائشة رضي الله عنها وإن لم تسند الكلام إلى النبي صلى الله عليه وسلم لكن هذه العقوبة الشديدة لا تستطيع الجزم بها إلا إذا كانت قد سمعت ذلك منه صلى الله عليه وسلم ، ثم إن بطلان الجهاد لا يترتب إلا على شيء خطير جداً وهو كون بيع العينة ربا لا يصح بين المسلمين .

(١) الخرسى ١٠٥/٥ وبلغه الشالك لأقرب المالك والمغني لابن قدامة ١٩٣/٤ وكشاف القناع ١٨٥/٣ ، ونيل الأوطار ٣١٨/٥ .

المبحث الثاني

السبب في القانوني المدني الفرنسي والمدني الإنجليزي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

اتجاه القانون الفرنسي إلى النص على وجود السبب في الالتزام وعلى مشروعيته

لقد اتجه القانون الفرنسي إلى ذكر السبب ونص على وجوده والاعتداد به في المواد الآتية الخاصة بالسبب .

نصت المادة ١١٣١ من التقنين الفرنسي على أن الالتزام لا ينتج أثرا إذا لم يكن له سبب أو كان له سبب غير صحيح أو سبب غير مشروع .

ونصت المادة ١١٣٢ على أن الاتفاق يكون صحيحا ولو لم يصرح بسببه .

ونصت المادة ١١٣٣ على أن السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون أو إذا كان مخالفا للأداب^(١) أو النظام^(٢) العام^(٣) .

(١) الآداب : تشمل : أ — العلاقات الجنسية . ب — بيوت العهارة . ج — المقامرة .

(٢) النظام العام يشمل : أ — القواعد الدستورية والحريات العامة . ب — النظم الإدارية والمالية . ج — النظم القضائية . د — القوانين الجنائية .

(٣) الالتزامات ٤٤٧/١ ، شرح القانون المدني الجديد .

المطلب الثاني

رأى القانون الإنجليزي في السبب وإطلاقه عليه ، مصطلح "الاعتبار"

إن القانون الإنجليزي العام يعتمد على صيغ العقد ، أي العبارة الظاهرة ، فلا يوجد فيه أي تأكيد على مسألة النية والقصد .

قال القاضي (L. Hand) : إن العقد ليس له دخل في نية أفراد المتعاقدين ، فالعقد التزام يقرر القانون بمقتضاه ما يخص كل طرف من حقوق وواجبات ، ويكون ذلك عادة عن طريق الصياغة التي تقدم النية والقصد بشكل مفهوم^(١) . يقول ولستون :

"إن اعتبار النية في العقود يعتبر شيئا مجافيا للقانون العام ويجوز الاعتراض عليه. ووجهة نظر الفقه الأنجلو أمريكي ، أن أطراف التعامل عادة لا تتصرف أذهانهم إلى الالتزامات القانونية ، بل إنما تتصرف نيتهم إلى الدخول في تبادل تجاري، أو مالي ، أو التصرف على سبيل الهبة^(٢) .

لقد وجد في النصف الثاني من القرن التاسع عشر جماعة يؤيدون اشتراط النية في العقود والاتفاقات ، حيث قالوا إن الرضا أو الإرادة يجب أن يكون متضمنا النية في الدخول في علاقة قانونية واعبروا ذلك شرطا مهما لنشأة العقود ، غير أن هذا الرأي لم يسلم من انتقادات شديدة من جهة المعارضين ، حيث قالوا إن القانون العام لم يشترط نية إيجابية لنشأة الالتزام القانوني كعنصر من عناصر العقد ، بالإضافة إلى أن اشتراط النية مما يمكن أن يدفع بالتعاقد إلى قلق واضطراب . لذا قال القاضي (L.Hand) "إن العقد ليس له دخل في نية أفراد المتعاقدين ، فالعقد التزام يقرر القانون بمقتضاه ما

(1) Will ston : The law of contract New Yord , Baker . Vooris and co . 1920. Page 22.

(2) Williston – page 22-23

يخص كل طرف من حقوق وواجبات ، ويكون ذلك عادة عن طريق الصياغة التي
تعدم النية والقصد بشكل مفهوم^(١) .

والخلاصة أن القانون الإنجليزي والرأي السائد في الفقه الإنجليزي لا يبحثان
عن النية ، وإنما يعتمدان على التعبير فهذا هو الأصل .
وقد أصبحت السابقة القضائية القاضية بأن القانون لا يحاكم الأفكار بل الأفعال
مثلا معروفا لدى كل الأفراد .

وقد قال القاضي برموبل (BRAMWELL) في قضية : "إن النية لا تهم حتى تظهر
في شكل تصرف مادي ، فلو كان في نية شخص أن يشتري ثم قال عوضا عن ذلك ما
يدل على البيع فقد انعقد له البيع لأن الدعوى ترفع على أساس الغرض وليس على
أساس النية ، فهي طالما لم تبين للطرف الآخر فليس فيها حجة"^(٢) .

(١) Chitty on contract 1-2 .

(٢) G. H. Treitel . 1979- page 7 .

المبحث الثالث النظرية التقليدية في السبب

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول مفهوم هذه النظرية

لا يعني بالنظرية التقليدية إلا بالسبب القصدي ، وهو الغرض المباشر الذي يقصد إليه المتعاقد ، والذي هو واحد في كل التصرفات التي من نوع واحد ، فيختلف السبب عن الباعث في أن السبب هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم ، أما الباعث فغاية غير مباشرة يتحقق بعد أن يتحقق السبب ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام .

ففي البيع مثلا يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن ، فالسبب هنا الالتزام المتبادل الذي يقع على كل متعاقد ، فإذا قبل المشتري بدفع الثمن فذلك لقبول البائع بنقل ملكية الشيء إليه ، وإن قبل البائع بنقل ملكية الشيء فذلك لقبول المشتري دفع الثمن إليه .

فهذا هو السبب الذي يعني به في النظرية التقليدية ، حيث أن هذه النظرية تذهب إلى أن السبب الباعث لا تأثير له في وجود العقد ولا في قيام الالتزام ، فمهما كان هذا الباعث شريفا أو غير شريف متفقا مع النظام العام أو مخالفا له ، فإن العقد صحيح والالتزام قائم^(١) .

(١) مصادر الالتزام ص : ٢١٦ أبو ستيت والوسيط للسنهوري ٤٣٨/١ .

المطلب الثاني

مصدر هذه النظرية وانتقالها إلى القانون المدني الفرنسي

فكرة السبب عند الرومان :

إن فكرة السبب بدأت منذ عهد الرومان ، وكانت العقود في القانون الروماني شكلية ، فكان العقد ينعقد بأوضاع وأشكال خاصة ولم يكن للإرادة أي دخل في تكوينه وكانت العقود الشكلية ثلاثة .

الأول : عقد يتم بوزن صوري .

الثاني : العقد الكتابي ، يتم بكتابة على نحو خاص .

الثالث : العقد اللفظي ويتم بألفاظ معينة .

ولم تكن هذه العقود الشكلية عقودا بالذات ، بل قوالب تصب فيها العقود . فالبيع والإيجار والقرض والشركة وغير ذلك من العقود التي كانت توضع في شكل من الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها .

وهذه الأشكال هي التي كان الرومان يسمونها "السبب المدني" فهي ليست سببا للالتزام العقدي ، بل هي سبب لانعقاد العقد أو هي الشكل القانوني الذي يجعل العقد يتكون^(١) .

فكرة السبب عند فقهاء الكنيسة :

إن فكرة السبب تطورت عند فقهاء الكنيسة أكثر مما كانت عند الرومان ، وذلك أن فقهاء الكنيسة زادوا على ما كان عند الرومان من الشكليات اعتبارات أدبية دينية مسيحية ، وهذه الاعتبارات على مبدئين :

المبدأ الأول : أن الوفاء بالوعد واجب وأن الإخلال به خطيئة . ومن ثم كان المتعاقد يلتزم بمجرد تعهده . فكانت الإرادة عندهم هي التي تنشئ العقد وتجعله ملزما،

(١) الوسيط ١/٤٢٥ .

وتدرجوا في هذا المبدأ حتى أقروا أن العقد يقوم على محض تقابل الإرادتين دون حاجة إلى شكل أو تسليم أو تنفيذ ونحو ذلك مما كان القانون الروماني يتطلبه .

المبدأ الثاني : أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع وذلك أن القيام بعمل غير مشروع يعد خطيئة ولا يصح الاحتجاج بأن المتعاقد قد ارتبط بالعقد والإخلال بما ارتبط به خطيئة أيضا فالخطيئة ليست في أن يخل بهذا الارتباط ، بل في أن يرتبط بعقد غير مشروع ، فالارتباط بمثل هذا العقد يعتبر خطيئة، وتنفيذه يعد خطيئة أخرى^(١) .

في هذا نجد أن الغرض الذي يريد المتعاقد أن يحققه من وراء التزامه هو السبب في تعاقدته ، وهذا السبب إذا كان غير مشروع جعل العقد باطلا . وإذا كانت الإرادة تلزم المتعاقد إلا أنها يجب أن تتجه إلى تحقيق غرض مشروع وإلا كانت عديمة الأثر .

يتبين مما سبق أن نظرية السبب لم تعرف على نحو واضح أي معنى الباعث على التعاقد إلا على يد فقهاء الكنيسة الذين استخلصوا مبدأ سلطان الإرادة . أما القانون الروماني فقد ظل بمعزل عن هذه النظرية إلى حد كبير، وذلك لاهتمامها بشكليات العقود دون الإرادة. ثم جاء دوما (Domat) في القرن السابع عشر وصاغ نظرية السبب صياغة جديدة بعد أن تهيأت لها عوامل الصياغة طوال القرون التي سبقتة، فاعتبر السبب بمعنى الغرض المباشر واغفل شأن الباعث الدافع ولو كان غير مشروع^(٢) .

(١) الوسيط ٤٢٦/١ ، ومصادر الالتزام ٢٢٢ .

(٢) المرجع السابق ٤٢٩/١ .

نظرية دوما في السبب :

إن دوما تحدث عن السبب في ثلاثة أنواع من العقود هي العقود التبادلية :
والعقود العينية الملزمة لجانب واحد وعقود التبرع. ويختلف السبب عنده بحسب كل
نوع من هذه الأنواع .

ففي العقود التبادلية :

سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر. ففي البيع مثلا يوجد التزامان
متقابلان وهما التزام البائع بتسليم المبيع، والتزام المشتري بدفع الثمن، فسبب التزام
البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن
هو التزام البائع بتسليم المبيع.

وعلى هذا فإن سبب الالتزام عند دوما يختلف عن الدافع على التعاقد، ذلك أن
الدافع إلى بيع شيء ما أو شرائه غير منضبط، أما سبب الالتزام فواحد لا يتغير .

وفي العقود العينية الملزمة لجانب واحد مثل عقد القرض لا ينعقد إلا بتسليم
الشيء محل العقد كتسليم مبلغ القرض لانعقاد عقد القرض ويكون هو سببا لالتزام
المقرض أما سبب التزام المقرض بالرد فهو استلامه للمبلغ الذي يجب عليه رده .

وفي عقود التبرع كالهبة: يلتزم الواهب بإعطاء شيء، أما الموهب له فلا يلزم
بشيء، لذا لا يمكن القول بأن سبب التزام الواهب هو التزام الموهب له، لأنه ليس
عليه أي التزام، أما سبب التزام الواهب عند دوما فهو نية التبرع .

هذه هي نظرية السبب كما وضعها دوما والتي انتقلت إلى من جاء بعده من
فقهاء القانون الفرنسي القديم وعلى الأخص بوتييه (Pothier) الذي عن كتاباته نقل قانون
نابليون نظرية السبب في المواد ١١٠٨، ١١٣١، ١١٣٣. وصارت هذه النصوص هي
الأساس الذي تقوم عليه النظرية التقليدية في السبب^(١) .

(١) الوسيط ٤٣٠/١ .

المطلب الثالث

الفروق الجوهرية بين السبب الإنشائي والسبب الدافع والسبب القصدي

الأول السبب الإنشائي :

يراد بالسبب الإنشائي المصدر القانوني الذي نشأ عنه التزام، فالعقد، والإرادة المنفردة والإثراء بلا سبب، والفعل الضار ، ونص القانون، كل هذه أسباب منشئة لالتزامات، وقد اصطلح الفقه الحديث على تسمية السبب الإنشائي بمصدر الالتزام لا سببه.

الثاني : السبب الدافع :

يراد بالسبب الدافع الباعث الذي دفع المدين إلى ترتيب الالتزام في ذمته، فهو إذن الغرض غير المباشر الذي يريد المتعاقد الوصول إليه بعد أن يتحقق عرضه المباشر من التعاقد. والبواعث كثيرة متنوعة لا يمكن التعرف عليها مقدما بمجرد معرفة طبيعة العقد . فمن يشتري منزلا قد يكون الدافع له على الشراء والالتزام بدفع الثمن هو أن يشغل المنزل أو أن يخصصه لسكناءه، أو أن يجعل منه محلا لعمله، أو أن يديره للعھارة ، أو أن يجعل منه ناديا للمقاربة .

ويلاحظ أن الباعث يمتاز بخصائص ثلاث :

هو أولا : خارجي عن العقد أي أن العقد تتوافر أركانه بدونه .

ثانيا : هو شيء ذاتي للملتزم ، إذ يرجع إلى نواياه وما يتأثر به من دوافع .

ثالثا : هو أمر متغير لا لكل نوع من أنواع العقود فحسب بل في كل عقد على

حده ، فالباعث لا يمكن ضبطه على وجه التحديد ، فإن النظرية التقليدية تذهب إلى أنه

لا تأثير له في وجود العقد ولا في قيام الالتزام ، فمهما كان هذا الباعث شريفا أو غير

شريف متفقا مع النظام العام أو مخالفا له ، فإن العقد صحيح والالتزام قائم^(١) .

(١) الوسيط ٤٣٨/١ .

الثالث : السبب القصدي :

ويراد بالسبب القصدي الغرض المباشرة أو الغاية المباشرة التي دفعت الشخص إلى التعاقد . فسبب التزام البائع على هذا المعنى هو التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه . وسبب التزام المستأجر بدفع الأجرة هو التزام المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة أو يتركه ينتفع بها . وهذا النوع من الأسباب يختلف عن السابق في أنه محدد لا يختلف باختلاف نوايا الملتزمين وأغراضهم بل هو واحد في كل نوع واحد من أنواع العقود ، وهو جزء فيها متميز بذاته وقد سمي قصدي لأن المفروض أن كل ملتزم يسعى إلى غاية مباشرة ويقصد إليها دون غيرها ، وإن دفعته إلى الالتزام غايات أخرى^(١) .

والنظرية التقليدية للسبب لا تعترف إلا بالسبب القصدي أو الغرض المباشر وتعتبر سبب التزام أحد الطرفين في العقود الملزمة للجانبين هو التزام الطرف الآخر .

(١) الوسيط ٤٣٩/١ .

المطلب الرابع

شروط النظرية التقليدية للسبب : كونه موجودا صحيحا مشروعا

الشرط الأول : كون السبب موجودا :

يجب أن يكون لكل التزام سبب وإلا بطل العقد ، ومن النادر أن يقدم الإنسان على التعاقد من غير سبب يدفعه إليه ، ويغلب في السبب غير الموجود أن يكون سببا موهوما وقع غلط في وجوده فظن المتعاقدان وجوده وهو غير موجود .

مثاله : أن يتخارج وارث مع شخص آخر يعتقد أنه وارث كذلك على أن يتخلى عن نصيبه في الميراث نظير مبلغ معين من النقود ثم يتبين أن هذا الشخص غير وارث، ففي هذه الحالة يبطل التخارج بطلانا مطلقا لانعدام السبب .

وقد يكون السبب غير موجود ، والمتعاقدان على علم بعدم وجوده ، أي غير واهمين في وجوده ، مثاله :

١ - سند المجاملة : وصورتها ، أن يوقع شخص ليس مدينا سندا بدين يستحق الدفع بعد مدة معينة لمصلحة تاجر يرغب هو في مساعدته ، فيحول هذا التاجر السند لذاته ويظل في التداول لحين الوفاء ، وقبيل هذا الوقت يقوم التاجر بدفع قيمته إلى المدين الساحب ليقوم بدفعها إلى حامل السند الأخير . والظاهر أن سند المجاملة هذا لا سبب له فيما بين المتعاقدين .

٢ - قد يكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمديونية وهو غير مدين ، أي لسبب لا وجود له ، كقرض لم يتم فيكون كل من المتعاقدين على بينة من أن سبب المديونية غير موجود ، وفي هذه الحالة يكون عقد الدين الذي يقر فيه المتعاقد المكره بمديونية باطلا لانعدام السبب ، ولا يكفي القول بأنه قابل للإبطال لما وقع فيه من إكراه^(١) .

(١) مصادر الالتزام ٢١٧ - أبو ستيت . والوسيط ٤٤١/١ . والالتزامات ٤٤٨/١ .

الشرط الثاني : كون السبب صحيحا :

إن السبب يجب أن يكون صحيحا ، فالسبب غير الصحيح لا يصلح أن يقوم عليه الالتزام ويرجع عدم صحة السبب لأحد أمرين :

الأول : أن السبب الظاهر موهوم أو مغلو ط .

الثاني : أن السبب الظاهر سبب صوري .

أمثلة للسبب الموهوم أو المغلو ط :

أ — أن يتعهد وارث للموصى له بعين في التركة بمبلغ من المال نظير نزوله عن الوصية ويتبين بعد ذلك أن الموصى قد عدل عنها قبل موته ، فيكون تعهد الوارث باطلا لأن سببه موهوم .

ب — وارث يمضي إقرارا بدين على التركة ، ثم تبين له أن الدائن كان قد استوفى دينه من المورث ، فيكون هذا الإقرار باطلا لأن سببه مغلو ط .

أما السبب الصوري : فهو الذي يذكر في العقد ، ويقصد به إخفاء السبب الحقيقي مثاله : إذا أخفى عاقدان دين قمار تحت ستار عقد قرض ، يبطل الالتزام لعدم مشروعية السبب . أما إذا كان السبب متوافرا مشروعاً ، كالهبة في صورة عقد بيع فالعقد يكون صحيحاً رغم الصورية ، لأن مرجع البطلان هو عدم مشروعية السبب^(١).

الشرط الثالث : كون السبب مشروعاً :

يجب أن يكون السبب مشروعاً ، أي لا يحرمه القانون ولا يكون مخالفاً للنظام العام ولا للأداب فمشروعية السبب عند أصحاب النظرية التقليدية شرط متميز عن مشروعية المحل . فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع ويتبين هذا في المثالين الآتيين .

(١) مصادر الالتزام ص : ٢١٨ . والوسيط ٤٤٢/١ . والالتزامات شرح القانون المدني الجديد ٤٤٨/١ .

أ - إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود يأخذه منه، فإن التزام الشخص الآخر بدفع النقود محله مشروع ولكن سببه غير مشروع ، وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة ، لذا يبطل الالتزام وبالتالي العقد لعدم مشروعية السبب .

ب - إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود : فإن التزام كل من المتعاقدين محله مشروع ، فقد تعهد الأول بعدم ارتكاب الجريمة ، وتعهد الثاني بدفع مبلغ من النقود وكلا المحلين مشروع ، ولكن سبب التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام الثاني بدفع النقود ، وهذا سبب غير مشروع، وسبب التزام الثاني بدفع النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة وهو أيضا غير مشروع^(١) .

(١) مصادر الالتزام . الوسيط ٤٤٣/١ ، والالتزامات ٤٤٩/١ .

المطلب الخامس

اتجاه القانون المدني الأردني رقم ٤٣ سنة ١٩٧٦م
إلى الأخذ بالنظرية التقليدية للسبب

وهي في المواد الآتية :

المادة ١٦٥ :

- ١ - السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .
- ٢ - ويجب أن يكون موجودا صحيحا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو لأداب^(١).

المادة ١٦٦ :

- ١ - لا يصح العقد إذا لم يكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه .
- ٢ - ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يتم الدليل على غير ذلك^(٢) .

(١) ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الذلة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية .

(٢) الجريدة الرسمية للملكة الأردنية الهاشمية .

المبحث الرابع النظرية الحديثة في السبب

وفيه مطالب ثلاثة :

المطلب الأول

مفهوم هذه النظرية واعتدادها بالبائع الدافع على التعاقد واعتباره سببا للالتزام العقدي

إن البائع الدافع على التعاقد ، هو الغرض البعيد أو غير المباشر الذي يبغي المتعاقد أن يحققه بعد أن يتحقق غرض مباشر ، أي السبب القصدي ، والبواعث متنوعة بتنوع الأشخاص والعقود .

إن الإرادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشئ ما تشاء من الالتزامات ، وهذه الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها ، إذن فالقانون يشترط كون الباعث مشروعاً ، وكون الغرض الذي ترمي الإرادة إلى تحقيقه غرضاً لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب .

إن تحديد الباعث الموجب للاعتبار أمر يدق من الناحية العملية لكثرة البواعث النفسية واختلافها باختلاف الأشخاص والذي يعتد به هنا من البواعث هو الدافع الرئيسي ، ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده ، إذ يكون هو السبب^(١) .

(١) الوسيط ٤٥٦/١ . الالتزامات ٤٥٥/١ .

المطلب الثاني

شروط السبب في هذه النظرية

هل يكفي أن يكون الباعث معلوما من الطرف الآخر ، أم يجب أن يكون مساهما فيه ، أو يجب أن يكون متفقا عليه بين المتعاقدين .
يشترط أن يكون الطرف الآخر مساهما في الباعث الذي دفع الطرف الأول إلى التعاقد ، دون أن يصل إلى حد الاتفاق ودون أن يقف عند مجرد العلم به .
هذا المثال يوضح هذه المراتب .

شخص يقترض مبلغا من المال من آخر ليتقامر به فالمقرض يجهل الغرض الذي أخذ المقرض المبلغ من أجله في هذه الحالة لا نعتد بالباعث الذي دفع المقرض إلى التعاقد .

وقد يكون المقرض صديقا للمقترض ، عالما بغرضه ، دون أن يقصد بالإقراض تمكين المقرض من المقامرة . وهذه هي مرتبة العلم وقد يكون المقرض مرابيا يستثمر ماله في أقراض المقامرين ، فيكون قد قصد إلى تمكين المقرض من المقامرة ، وهذه هي مرتبة المساهمة . وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذي يقامر المقرض معه فيتفقان على القرض للاستمرار في المقامرة وهذه هي مرتبة الاتفاق .

فأية مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يعتد بالباعث ؟

لقد اختلف الفقهاء الفرنسيون في اشتراط المرتبة التي يعتد بالباعث فيها :

١ — أن كابيتان يرى أنه لا يعتد بالباعث إلا إذا بلغ مرتبة الاتفاق أي إذا كان متفقا عليه بين المتعاقدين سواء في المعاوضات أم في التبرعات .

٢ — إن القضاء الفرنسي يكتفي بمرتبة العلم ، ويعتد بالباعث الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد ، ما دام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث .

٣ - وبعض الفقهاء يفرقون بين المعاوضات والتبرعات :

أ - يرى جوسران ، أن الباعث في المعاوضات يكفي أن يكون معلوما لدى المتعاقد الآخر ، كيلا يكون هناك تزعزع في التعامل ، أما في التبرعات يعتد بالبائع الذي دفع المتبرع إلى تبرعه ، سواء أكان معلوما من الطرف الآخر أم كان مجهولا منه .

وذهب بواجيران (Bois Juzan) إلى وجوب الوصول إلى مرتبة المساهمة في المعاوضات والاكتفاء بمرتبة العلم في التبرعات ، ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات . ففي المعاوضات يبدل فيها كل من المتعاقدين شيئا من عنده فإرادة كل منهما تقوم بدور أساسي في تكوين العقد ، ومن ثم يجب أن تساهم كل إدارة من الإدارتين في الباعث الذي دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية وأن تتعاون الإرادتان معا في تحقيق الغرض غير المشروع .

أما في التبرعات فإرادة المتبرع وحدها هي الأساس ، إذ المتبرع وحده هو الذي بذل ، ومن ثم جاز الاقتصار على هذه المرتبة السلبية وهي مرتبة العلم^(١) .

أما في القانون الإنجليزي فيعتد بالبائع في الأحوال الآتية :

١ - إذا كان المتعاقدان يعلمان أن الباعث على التعاقد غير جائز قانونيا أو أنه يخالف النظام العام أو الآداب .

٢ - إذا كان قصد أو نية المتعاقدين هي الدخول في عقد يعلمان أنه لا يسمح به قانونيا .

٣ - إذا كان كلا المتعاقدين اشتركا في تنفيذ العقد على وجه غير مسموح قانونيا

إذا فالباعث على التعاقد يعتد به في هذه الأحوال الثلاثة . والقاعدة في القانون الإنجليزي نقول :

(١) الوسيط ٤٥٧/١ .

إن المحكمة لا تساعد شخصا تعاقد عقدا سببه غير مشروع أو أنه يخالف النظام العام أو الآداب .

أما إذا كان العقد جائزا قانونيا ، لكن الذي دفع المتعاقد الثاني إلى التعاقد غير معلوم لدى المتعاقد الآخر ، فإنه لا يمنع من تنفيذ العقد لأنه ليس من المعقول أن يتعاقد شخص مع الآخر عقدا جائزا قانونا ، ثم يمنع من حقه لأن هذا الآخر له نية أو قصد غير مشروع عند ما أراد التعاقد . أما إذا علم بعد تمام العقد أن الباعث الذي دفع المتعاقد الثاني إلى التعاقد معه غير مشروع فيجب أن يتمتع من مساعدته لتنفيذ العقد . كذلك إذا كان العقد جائزا قانونيا لكن المتعاقد الثاني اختار أن ينفذ العقد بطريقة غير قانونية ، فإن المتعاقد الأول لا يمنع من حقه إذا لم يشاركه في تنفيذ العقد ويجب عليه أن يبذل كل ما في وسعه لمنع أو توقيف هذا التنفيذ^(١) .

إن العبارات في القانون الإنجليزي ترشدنا إلى أن العاقد إذا لم يعلم بنية المتعاقد الآخر فإن الباعث على التعاقد لا يعتد به .

(١) Business – Law page : 140 .

المطلب الثالث

اعتناق القانون المدني المصري لعام ١٩٤٩ نظرية الباعث الدافع الرئيسي إلى التعاقد لا ثبات السبب

إن القضاء أخذ بنظرية السبب الباعث على التعاقد ونبذ النظرية التقليدية الضيقة قبل صدور القانون الجديد الذي ألغى النظرية التقليدية وأخذ بالنظرية الحديثة في السبب.

وقد نص القانون المدني المصري في المادة ١٣٦ على الآتي :

"إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا" .

والسبب المذكور في المادة ١٣٦ هو الباعث الدافع الرئيسي على التعاقد . جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية "يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصري والفرنسي في العصر الحاضر ، فهو بهذا الباعث المستحث الدافع في التصرفات القانونية عامة لا فرق في ذلك بين التبرعات والمعاوضات^(١) . فالسبب على حسب القانون الجديد ، هو الباعث المستحث أو الدافع إلى التعاقد ويجب أن يكون السبب معلوما من المتعاقد الآخر ، فإذا كان الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس في استطاعته أن يعلم به ، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به ، ويكون العقد صحيحا ... ويقوم على الإرادة الظاهرة^(٢) .

فهذه هي النظرية الحديثة التي أخذ بها القانون المصري الجديد .

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٤٧١/١ - ومصادر الالتزام ص : ٢٢٨ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية ٢٢٥/٢ .

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني ٤٧٣/١ ، والالتزامات ٤٦٨/١ .

الفصل الثالث

السبب في بعض قوانين البلاد العربية

العراقي الأردني : نموذجاً

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : السبب في القانون المدني الأردني

المادة : ١٦٥ :

- ١ — السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .
- ٢ — ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب^(١).

المادة : ١٦٦ :

- ١ — لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه .
- ٢ — ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك^(٢) .

(١) ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية .

(٢) الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية . عمان : الأحد ٥ شعبان سنة ١٤٩٦هـ الموافق ١ آب سنة ١٩٧٦م ، العدد ٢٦٤٥ قانون مؤقت رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ، مطبعة القوات المسلحة الأردنية .

السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد :

يقصد بالسبب هنا الغرض المباشر أو الغاية المباشرة الذي دفع الشخص إلى التعاقد ، فسبب التزام البائع — على هذا المعنى — هو التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه، وسبب التزام المستأجر بدفع الأجرة هو التزام المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة أو يتركه ينتفع بها ، وهذا النوع من الأسباب يختلف عن الباعث في أنه محدد لا يختلف باختلاف نوايا الملتزمين وأغراضهم بل هو واحد في جميع أنواع العقود .

ويجب أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

"ويجب أن يكون موجودا" :

يجب أن يكون لكل التزام سبب وإلا بطل العقد ومن النادر أن يقدم الإنسان على التعاقد من غير سبب يدفعه إليه ويغلب في السبب غير الموجود أن يكون سببا موهوما أو وقع غلط في وجوده فظن المتعاقدان وجوده وهو غير موجود .

مثاله :

أن يتفق وارث مع الموصي له على أن يتخلى عن الوصية نظير مبلغ معين من نقود، ثم تبين أن الموصي تراجع عن الوصية قبل وفاته . ففي هذه الحالة يبطل الاتفاق مطلقا لانعدام السبب .

"وأن يكون صحيحا" :

إن السبب يجب أن يكون صحيحا . فالسبب غير الصحيح لا يصلح أن يقوم عليه الالتزام .

مثاله :

أ — وارث يمضي إقرارا بدين على التركة ثم تبين له أن الدائن كان قد استوفي دينه من المورث ، يكون الإقرار باطلا ، لأن سببه غير صحيح .

ب - إذا أخفى عاقدان دين قمار تحت ستار عقد قرض ، بطل الالتزام لعدم مشروعية السبب .

"وأن يكون مباحا غير مخالف للنظام العام والآداب" :

يجب أن يكون السبب مباحا ، أي لا يحرمه القانون ولا يكون مخالفا للنظام العام ولا للآداب . فإن كان سبب التعاقد يخالف القانون أو النظام العام أو أنه يحرض أو يشجع على مخالفة الآداب أو المصالح العامة أو على ارتكاب جريمة يكون غير مشروع. كذلك اتفاق لارتكاب جريمة أو إساءة أو لغش خزانة الدولة أو السلطة العامة أو لمخالفة أو لإمكان مخالفة لآداب ، أو أي عقد يقوم ضد النظام العام .

"لا يصح العقد إذا لم يكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه" :

إن العقد يكون باطلا وغير مشروع إذا كانت منفعة التي تعود منه إلى عاقيه غير مشروعة أي أنها تخالف نصا صريحا للقانون المدني أو قوانين أخرى ، مطبقة حاليا في البلد .

ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقدّم الدليل على غير

ذلك

إن المحاكم تفترض وجود منفعة مشروعة في العقود فإذا ادعى طرف من أطراف العقد بأن العقد خاليا من منفعة مشروعة فعليه الإثبات .

المطلب الثاني السبب في القانون المدني العراقي

المادة : ١٣٢ :

- ١ — يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا أو مخالف للنظام العام أو للأداب .
- ٢ — ويفترض في كل التزام أن له سببا مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك .
- ٣ — أما إذا ذكر السبب من العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك^(١) .

يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب أي إذا كان التزام المتعاقد خالياً من السبب يكون العقد باطلاً ، لأن التزام شخص دون سبب يجعل العقد عبثاً ، ثم افترض النص احتمال أن يكون هناك التزام دون سبب وهذا احتمال لا يتصور ، فما دما نجعل السبب هو الباعث ، فكل إرادة لا بد أن يكون لها باعث إلا إذا صدرت من غير ذي تمييز .

أو لسبب ممنوع قانوناً :

إذا كان سبب العقد ممنوع قانونياً يكون العقد غير مشروع ، فالاتفاق على ارتكاب جريمة أو إساءة مدنية لا تنفذه المحكمة أو أي عقد أبرم لارتكاب مخالفة أو اعتداء وكل اتفاق يكون القصد منه الاعتداء يعتبر باطلاً ومن ثمّ غيره مشروع.

(١) الحكومة العراقية وزارة العدل رقم (٤٠) ١٩٥١ ، القانون المدني ، مطبعة الحكومة بغداد ١٩٥١ ، المجموعة الدائمة للقوانين والأنظمة العراقية الموحدة القانون المدني — أشرف عليه كال السامرائي سكرتير لجان المشروع منشورات مكتبة المثني — شارع المتنبى — بغداد مطبعة شفيق — بغداد ١٩٦٤ .

أو مخالف للنظام العام أو للآداب :

إن النظام العام لفظ عادي يستعمل في تقدير مشروعية العقد ، ويقصد به أي تصرف يكون مخالفا لمصلحة عامة للمجتمع ، كالقرض للمقامرة أو الرهان . وهو أن تفترض المقامر والمتراهين حتى يتمكن من المقامرة أو الرهان ، ولما كان المقامرة والرهان مخالفين للآداب والنظام العام ، فإن القرض في هذه الحالة يكون سببه غير مشروع ومن ثم يكون باطلا ، وهو أيضا كالمقامرة والرهان .

إن فكل إتفاق أو عقد يخرب أو يحطم أو يأتي بأثر معاكس على المجتمع يعتبر باطلا وغير مشروع مثل .

١ - الاتجار بالرقيق :

٢ - فتح محل للدعارة أو إدارة محل لألعاب البخت أو القمار من غير ترخيص .

٣ - نشر كتب أو صور منافية للحياء .

٤ - الاتجار بالحشيش .

٥ - التعامل بالربا أي الفوائد التي تزيد على الحد الذي يسمح به القانون .

ويفترض في كل التزام أن له سببا مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يعم الدليل على غير ذلك .

افتراض توافر السبب المشروع في الالتزام ولو أغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على ذلك ، ويكون عند إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عائق الذي يطعن في العقد ، أي أن القانون يفترض بمقتضاه أن للعقد سببا مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد على أنه قابل لإثبات العكس ، فإذا ادعى المدعى أن للعقد سببا غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو بإثباته .

أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك .

يفترض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على
صوريته ، فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب
حقيقي تلحق به صفة المشروعية . فهذا النص يفترض أن السبب المذكور في العقد هو
السبب الحقيقي الذي رضي المدين أن يلتزم من أجله على أنه السبب المذكور ، أي أنه
يستر سببا غير مشروع ، فعليه عبء إثبات عدم مشروعية .

الفصل الرابع

السبب في القانون المدني الباكستاني

الاعتبار أو السبب الباعث للمشروع وغير المشروع

القاعدة العامة :

لا يقبل دعوى في عقد ، إذا كان مخالفا لنظام عام أو قانون أو آداب أو أنه موجب لسبب مشين^(١) .

تنص مادة رقم ١٠ من القانون التجاري الباكستاني على "بأن الاتفاق يكون عقدا إذا تم باختيار المتعاقدين المؤهلين للتعاقد باعتبار أو عوض وسبب باعث مشروعين ولم يعلن عدم مشروعيته صراحة" .

إن هذه المادة لا تؤثر على أي قانون نافذ في باكستان ما لم يتم إلغاؤه صراحة، والذي يستلزم كتابة العقد أو إبرامه بحضور الشهود أو تسجيل الوثائق التي تتعلق بالعقد^(٢) .

أما الاعتبارات أو الأسباب غير المشروعة فهي منصوصة في المواد التالية :

الأولى – المادة رقم ٢٣ – وهي الآتي :

يكون الاعتبار أو الباعث الدافع إلى التعاقد مشروعا ما لم يكن محظورا قانونيا، أو عقدا احتياليا أو يجلب الحيف على شخص أو على مال الغير ، أو اعتبرته المحكمة

(1) Ex turp Cause non oritur action (No action arises from a base or wrongful cause) . Business law – page 139.

(2) **What agreement are contract** : All agreements are contracts if they are made by the free consents of parties competent to contract, for a lawful consideration and with a lawful object, and are not hereby expressly declared to be void.

Nothing herein contained shall affect any law in force in Pakistan, and not hereby expressly repealed , by which any contract is required to be made in writing or in the presence of witnesses , or any law relating to the registration of documents.

مخالفا للآداب أو النظام العام ، في كل هذه الحالات يكون الاعتبار أو الباعث الدافع للتعاقد غير مشروع ومن ثم يكون باطلا^(١) .

من لوازم تكوين العقد قصد المتعاقدين ، والقانون يفرض بعض القيود على حرية التعاقد لأن بعض القصور في العقد محظور أو لا يؤيده القانون ولو اجتمعت كل متطلبات تكوين العقد فيكون العقد باطلا إذا كان الباعث في نية المتعاقدين عند التعاقد غير مشروع ومن ثم لا ينفذه القانون .

إن المحكمة تفترض أن الاعتبار أو الباعث في العقود مشروع ما لم يظهر عدم المشروعية ، فإذا ادعى أي طرف من أطراف العقد بأن العقد أو الاتفاق غير مشروع أو أن الباعث فيه مخالف للنظام العام أو الآداب أو المصلحة العامة ، فعليه الإثبات ، فالسبب الباعث على التعاقد أو الاعتبار يكون مشروعا إلا إذا اعتبرته المحكمة مخالفا للآداب أو النظام العام، والعقد أو الاتفاق الذي يكون باعثه أو الاعتبار فيه غير مشروع ، يعتبر باطلا ، ولا تقبل المحكمة أية شكوى لتنفيذه .

العقد المحظور قانونيا :

لا تستطيع المحكمة تنفيذ عقد إذا كان مخالفا لنص قطعي للقانون ، والمحظور قانونيا هو كل التصرفات المعاقب عليها بمقتضى القانون الجنائي الباكستاني أو بموجب أي قرار من الحكومة بتفويض من الهيئة التشريعية . وقد يبطل العقد بالقانون صراحة أو بقواعد القانون ، وقد يحرم القانون تكوين العقد في حالات معينة أو أن العقد إذا كون لا ينفذه القانون . ففي الحالة الأولى يكون العقد غير مشروع وفي الحالة

(1) **What considerations and objects are lawful and what not** : the considerations or object of an agreement is lawful, unless – it is forbidden by law; or
Is of such a nature that, if permitted, it would defeat the provisions of any law; or
Is fraudulent, or
Involves or implies injury to the Person or property of another : or
The Court regards it as immoral, or opposed to public policy.
In each of these cases, the consideration or object of an agreement is said to be unlawful.
Every agreement of which the object or consideration is unlawful is void.

الثانية يكون باطلا علما بأن كل العقود غير المشروعة باطلة ، ولا يلزم أن تكون العقود الباطلة غير مشروعة .

العقود الباطلة أو غير المشروعة في القانون :

قد يعتبر القانون العقد باطلا أو غير مشروع ، ولا شك حينئذ أن نية الهيئة التشريعية هي منع تنفيذ هذا النوع من العقد ولكن قد يفرض القانون غرامة على أطراف العقد دون إعلان أن العقد باطل أو غير مشروع ، والأثر في تلك المسألة سيحدده من له القدرة على تفسير القانون .

اتفاق لارتكاب جريمة أو إساءة مدنية :

لا تنفذ المحكمة أي عقد أبرم لارتكاب جريمة أو اعتداء ، ولا تنفذ عقدا أبرم لإساءة إلى الغير ، والاتفاق الذي يكون القصد منه الاعتداء يعتبر باطلا وكذلك الاتفاق الذي يكون القصد منه نشر طعن ، أو نشر كيفية ارتكاب تدليس معينة .

العقد المخالف لقوانين أخرى في البلد :

هذا المصطلح يشمل كل تشريع ومبادئ قانونية، مطبقة حاليا في باكستان ، وهو ثلاثة أنواع :

١ — نصوص مقننة من قبل الهيئة التشريعية .

٢ — مبادئ الشريعة الإسلامية

٣ — المبادئ القانونية المطبقة حاليا في باكستان .

فأي عقد إذا أُجيز ولكن يتحقق فيه أحد هذه الأمور الثلاثة يكون غير مشروع .

الاتفاق الاحتيالي :

إن العقد أو الاتفاق إذا كان القصد منه حيلة أو تدليس أو خدعة بالغير يكون باطلا ولا تقدم المحكمة يدا لتنفيذه أو إنجازه لأن النية فيه غير مشروعة ، — مثاله — أحمد وكيل لمالك الأرض ، اتفق مع موسى على مبلغ معين ليؤجره أرضا من غير معرفة مالك الأرض ، يكون الاتفاق اتفاقا احتياليا ومن ثم يكون باطلا لقصد التدليس .

الحيف على شخص أو على مال الغير :

إذا كان السبب الباعث إلى التعاقد يجلب الضرر على شخص أو يستدعي ارتكاب تصرف إجرامي على ملكية الغير ، فإن الاتفاق أو العقد باطل ولا تسعف المحكمة بتنفيذ هذا النوع من العقود .

أما إذا كان الاتفاق أو العقد للقيام بتجاره جائزة قانونيا ، وكان القيام بها يضر الآخرين لقيامهم بنفس التجارة ، لا يكون باطلا ، لأن المنافسة جائزة .

العقد أو الاتفاق المخالف للآداب :

عندما يكون العقد أو الاتفاق باعته أو الاعتبار فيه يخالف الآداب يكون غير مشروع ، فمثلا ، إذا استقرض شخص مبلغا من المال لعمل يخالف الآداب والمقوض على علم فإن المحكمة لا تساعد لاسترداد ماله ، كذلك الاشتراك أو الشركة لقيام بتجارة البغاء أو تعاطي أعمالا تخالف الآداب تكون الشركة باطلة ، ويكون للمحكمة حق في إلغاء مثل هذه الطلبات التي تلتخ الآداب.

السياسة العامة أو النظام العام :

إن السياسة العامة أو النظام العام لفظ عادي يستعمل في تقدير مشروعية العقد، ويقصد به أي تصرف لو أجاز يكون مخالفا للمصلحة العامة للمجتمع ، والنظام العام يتغير بتقدم المجتمع لأن بعض التصرفات يعتبر مخالفا للنظام العام في مجتمع وتكون

مقبولة لدى مجتمع آخر ، لذا أي اتفاق أو عقد يخرب أو يحطم أو يأتي بسأثر سلبي على المجتمع يعتبر باطلا وغير مشروع .

إن سياسة القانون اتبعت قواعد خاصة في مسألة النظام العام حيث إن تطبيق هذه القواعد يختلف حسب الظروف والزمان والتطور .

العقود التي لا تنفذها المحكمة لمخالفتها السياسة العامة وهي كالتالي :

١ - العقود الضارة للدولة في علاقتها مع الدول الأخرى ، هذا العقد يندرج

تحت عنوانين :

أ - معاملة ودية مع دولة معادية .

ب - معاملة عدوانية تجاه دولة صديقة .

فيكون غير مشروع الدخول في عقد مع أحد مواطني دولة معادية أو إنجاز عقد خلال حرب قد تم إبرامه مع مواطنين في دولة معادية قبل اندلاع الحرب. كذا لك إنجاز - خلال حرب - عقد أبرم مع مواطني دولة معادية قبل وقوع الحرب . وإذا نص العقد على تعليق كل حقوق وواجبات تنبعث تحته مع استمرار الحرب قد يعتبر باطلا بدعوى السياسة العامة لدعم فوائد اقتصادية لدولة معادية ضد دولته .

العقد أو الاتفاق الذي يسبب معاملة عدوانية ضد دولة صديقة يكون غير مشروع ولا ينفذ ولا تقدم المحكمة مساعدة لأشخاص استعدوا لجمع قروض لرعايا دولة ودودة لتمكنهم من إشعال نار حرب ضد سلطانهم ؟

٢ - الاتفاق الذي ينوى به إضرار الخدمة العامة :

الاتفاق الذي يكون الباعث منه بيع المكاتب العامة أو التصرف في رواتب تلك المكاتب تعتبره المحكمة غير مشروع .

٣ - الاتفاق الذي يعرقل سير العدالة فأى اتفاق من هذا القبيل يعد باطلا وغير مشروع لأنه يؤدي لإعاقة المحاكمة أو الإجراءات الجنائية .

٤ — الاتفاق الذي ينوى به إضرار الإجراءات القانونية ، تحت الاتفاق مع الغير على مساعدته في دعواه يكون غير مشروع .

المادة رقم ٢٦ :

٥ — العقد الذي يمنع أو يؤثر على حرية أو أمن الزواج أو قيام بواجبات لازمة للأبوين مثل هذه الاتفاقات لا يؤيدها القانون طبقا للعرف لأنها تعد مضارة على الشعب والمجتمع^(١) .

المادة رقم ٢٧ :

٦ — أي اتفاق يترتب عليه تقييد أو منع التجارة يعتبر باطلا ، أي اتفاق قيد أو منع أحدا من ممارسة حرفة أو مهنة مشروعة أو أي نوع من التجارة يكون غير مشروع بهذا الاعتبار ، إلا الاتفاق المتعلق ببيع شهرة المحل ، مثلا إذا باع شخص شهره محله^(٢) فله أن يتفق مع المشتري على عدم القيام بتجارة مشابهة داخل محل محدد ومقيد مادام المشتري أو الشخص يستمد ملكية الشهرة منه ويقوم بتجارة مماثلة في ذلك المكان بشرط أن يكون المحل المحدد والمقيد مقبولا في وجهة نظر المحكمة بالنسبة لطبيعة التجارة^(٣) .

(1) **Agreement in restraint of marriage void** : Every agreement in restraint of the marriage of any person other than a minor, is void.

(٢) القيمة المعنوية التي يكتسبها محل تجاري على مر الزمن .

(3) **Agreement in restraint of trade void** : Every agreement by which any one is restrained from exercising a lawful profession, trade or business of any kind, is to that extent void.

Exception 1: Saving of agreement not to carry on business of which goodwill is sold : One who sells the goodwill of a business may agree with the buyer to refrain from carrying on a similar business, within specified local limits, so long as the buyer, or any person deriving title to the goodwill from him, carries on a like business therein : Provided that such limits appear to the Court reasonable, regard being had to the nature of the business.

Exceptions 2 & 3 : [Rep. By the partnership Act, 1932. Sec. 73. Sch. II.]

المادة رقم : ٢٨

الاتفاق الذي يقيد إجراءات مشروعة باطل :

أي اتفاق يقيد أو يمنع طرفاً من أطراف العقد منعاً باتاً من طلب تنفيذ حقه في أي عقد بواسطة إجراءات قانونية مألوفة في محاكم عادية أو أي اتفاق يحدد الزمان الذي من خلاله يقوم بتنفيذ حقه ، يكون باطلاً.

الاستثناء الأول :

ويستثنى مما سبق العقد الذي يحال إلى المحاكمة في النزاع الذي قد ينشأ في المستقبل ، فلا يبطل العقد الذي اتفق العاقدان فيه على أن الخصومة التي قد تتبع بينهما في موضوع من الموضوعات تحال إلى تحكيم ويكون المبلغ المقضي به في التحكيم قابلاً للاسترجاع طبقاً للخصومة .

الاستثناء الثاني :

كما يستثنى منه أيضاً العقد الذي تحال فيه المسائل التي نشأت بالفعل ولا تبطل هذه المادة أي عقد مكتوب إذا اتفق شخصان أو أكثر على تحويل أي مسألة قد انبعثت إلى التحكيم ولا تؤثر في بند القانون الذي اتفقا على الرجوع إليه في حالة التحكيم ، إذا تعاقد شخصان على رفع خصومتهم إلى محكمة معينة ذات سلطة صالحة تناسبهم ويجنبهم من اعتراض غير مناسب تجاه السلطة القضائية للمحكمة ، هذا النوع من الاتفاق يكون قانونياً ولا يخالف المادة — ٢٨^(١) .

(١) **Agreement in restraint of legal proceedings void** : Every agreement , by which any party thereto is restricted absolutely from enforcing his rights under or in respect of any contract , by the usual legal proceeding in the ordinary tribunals or which limits the time within which he may thus enforce his rights , is void to that extent.

Exception 1 : Saving of contract to refer to arbitration dispute that may arise : This section shall not render illegal a contract by which two or more persons agree that any dispute which may arise between them in respect of any subject or class of subjects shall be referred to arbitration, and that only the amount awarded in such arbitration shall be recoverable in respect of the dispute so referred.

المادة رقم : ٢٥

اتفاق بلا اعتبار باطل :

إن الاتفاق إذا كان خاليا من الاعتبار يكون باطلا إلا

١ - إذا كان مكتوبا ومسجلا وفقا للقانون الساري المعمول به في تسجيل الوثائق، وكان الاتفاق مبنيا على حب طبيعي أو عاطفة بين الأطراف لعلاقتهما بعضهما البعض.

٢ - تعهد للتعويض كليا أو جزئيا لشخص قام بعمل تطوعا لصالح المتعهد أو أمرا يكون واجبا قانونيا على المتعهد القيام به .

٣ - أو تعهد مكتوب وموقع عليه من المتعهد أو وكيله أو شخص آخر فوض عليه القيام به ، ليدفع كليا أو جزئيا الدين الذي عطله قانون التقادم لفوات أوانه ، في أي حال من هذه الأحوال يعد الاتفاق فيها عقدا ، إن هذه المادة لا تؤثر على الواهب والمتبرع والموهوب له والمتبرع له لأية هبة حصل بينهما^(١) .

Exception 2: Saving of contract of refer questions that have already arisen : Nor shall this section render illegal any contract in writing , by which two or more persons agree to refer to arbitration any question between them which has already arisen , or affect any provision of any law in force for the time being as to references to arbitration.

(1) Agreement without consideration void, unless : An agreement made without consideration is void, unless.

It is in writing and registered : It is expressed in writing, and registered under the law for the time being in force for the registration of documents and is made on account of natural love and affection between parties standing in a near relation to each other , or unless.

Or is a promise to compensate for something done : It promise to compensate , wholly or in part a person who has already voluntarily done something for the promisor or something which the promiser was legally compellable to do, or unless.

Or is a promise to pay a debt , barred by limitation law : It is a promise, made in writing and signed by the person to be charged therewith, or by his agent generally or specially authorized in that behalf, to pay wholly or in part a debt of which the creditor might have enforced payment but for the law for the limitation of suits.

In any of these cases , such an agreement is a contract .

Explanation 1: Nothing in this section shall affect the validity, as between the donor and donee. Of any gift actually made.

Explanation 2: An agreement to which the consent of the promiser is freely given is not void merely because the consideration is inadequate: but the inadequacy of the consideration may , taken into account by the court in determining the question whether the consent of the promisor was freely given.

توضيحات :

تعهد محمد بإعطاء أحمد ١٠٠٠ دولار لحبه الطبيعي له ، وكان العهد مكتوباً مسجلاً ؛ يكون عقداً .

ساعد هارون ابنا لموسى ، فتعهد على أن يدفع مصروفات لهارون ، يكون التعهد عقداً .

سامر مدين لرفيع بـ (١٠٠٠) دولار لكن هذا الدين عطله قانون التقادم فتعهد سامر أن يدفع ٥٠٠ دولار لرفيع على حساب الدين .

الاتفاق الباطل لعدم الوضوح :

الاتفاق إذا كان غير واضح المعنى أو غير قابل للتوضيح كان باطلاً .

توضيحات :

اتفق مجد على أن يبيع لزيد مائة طن من زيت ، ولم يكن هناك تعيين النوع المطلوب، الاتفاق هنا باطل لعدم الوضوح .

وافق عمرو على أن يبيع لزيد مائة طن زيت من نوع معين المعروف (بأداة تجارته) عدم الوضوح غائب هنا :

المادة رقم ٣٤ :**اتفاقات عن طريق المقامرة باطلة :**

أي اتفاق عن طريق المقامرة باطل ، ولا يقبل دعوى لاسترجاع أي شيء ادعى بالمقامرة أو أوّتمن شخص بمراعاة نتيجة لعب أو قمار للحادثة التي فيها شك .

٣ . أ — الاتفاقات التابعة لاتفاق المقامرة ، كل اتفاق يكون العرض منه مساعده الدخول في أو تحقيق أو تنفيذ أو تضمين الإنجازات المذكورة تحت الملة ٣٠ — تعتبر باطلة، لا دعوى ولا إجراء .

٣ . ب — لا دعوى ولا إجراء لاسترجاع الآتي :

أ — كل مبلغ دفع أو يدفع في الاتفاقات الباطلة المنصوص عليها في المادة ٣٠ :

ب — أي عمولة أو جعالة أو رسم أو مكافأة في اتفاق من تلك النوعية لتنفيذه أو تحقيقه.

ج — أي مبلغ من المال دفع أو يدفع إلى حساب رجل على سبيل سمسة أو عمولة أو رسم أو مكافأة أو ادعاء متعلق بتلك الاتفاقات الباطلة .

٣ . ج — دفع الولي والمنفذ وغيره ، فيما يتعلق بالاتفاقات الباطلة التي لا

يسمح لها بالاعتماد لا لولي ولا منفذ ولا مدير أو وارث أو نائب شخصي لقاصر أو ميت ، أو كيفما تكون الحالة كان حقا له إدخال الاعتماد في حسابه أو يسمح له بذلك فيما يتعلق بدفع قام به نيابة عن ذلك القاصر أو الميت من تلك الاتفاقات أو من قبل تلك العمالة ، أو سمسره أو رسم أو مكافأة أو مطالبة كما في (أ ٣٠) (وب ٣٠) ^(١) .

(1) Agreements by way of wager void : Agreements by way of wager are void ; and no suit shall be brought for recovering anything alleged to be one on any wager, or entrusted to any person to abide the result of any game or other uncertain event on which any wager is made .

Exception in favor of certain prizes for horse racing :

This section shall not be deemed to render unlawful a subscription, or contribution, or agreement to subscribe or contribute, made or entered into for or towards any prize, or sum of money, of the value or amount of five hundred rupees or upwards . to be awarded to the winner or winners of any horse-race.

[30-A. Agreements collateral to wagering agreements : All agreements knowingly made to further or assist the entering into , effecting or carrying out , or to secure or guarantee the performance, of any agreement void under Section 30, are void.

30-B. No suit for recovery of money, commission, etc., in respect of void agreements :No suit or other proceedings shall lie for the recovery of: ..

any sum of money paid or payable in respect of any agreements void under Section 30-/- or

any commission , brokerage, fee or reward in respect of knowingly effecting or carrying out , or aiding in effecting or carrying out, of any such agreement , or of any sum of money otherwise claimed or claimable in respect thereof or

any sum of money knowingly paid or payable on account of any person by way of commission, brokerage, fee, reward or other claim in respect of any such agreement.

30-C. Payment by guardian, executor, etc., in respect of void agreements not to be allowed credit : No guardian, executor , administrator, heir or personal representative of any minor or deceased person, as the case may be , shall be entitled to or allowed any credit in his account for or in respect of any payment made by him on behalf of such minor or deceased person in respect of any such agreements, or any such commission , brokerage, fee , reward or claim as is referred to in Sections 30-A and 30-B] .

كيف يؤثر عدم المشروعية في العقد ؟

إن العقد إذا حرمه أو منعه القانون صراحة أو ضمنا لأنه يخالف القانون أو النظام العام أو أنه يحرّض أو يشجع على مخالفه الآداب أو المصالح العامة أو يحرّض على الاعتداء أو الإساءة العامة أو ارتكاب الجريمة ، يكون غير مشروع ولا تؤتي المحكمة يدا لأي شخص في مثل هذه القضايا ، ويتأثر العقد بعدم المشروعية في الحالات الآتية :

- ١ - حين لا يمكن الوفاء بالعقد أو إنجازه حسب شروطه من غير إخلال بالقانون الجنائي ، أو القانون العام أو أن العقد لا ينفذ لعدم المشروعية .
- ٢ - إن المحكمة لا تساعد أي طرف يتعاقد لينفذ أو يعمل على تنفيذ عقد سببه غير مشروع سواء كان مرد عدم المشروعية إلى العرف أو القانون .
- ٣ - إن المحكمة لا تسعف أي طرف تعاقد بنية إنجاز العقد بطريقة غير مشروعة ، سواء كان عدم المشروعية في العرف أو القانون .
- ٤ - أن المحكمة سترفض إعطاء يد المساعدة لطرف في عقد مشروع ، لكن الطرف اختار أن ينجز العقد بطريق أو أسلوب غير مشروع .

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .
وبعد أن وفقني الله تعالى لإتمام هذا البحث على هذا النحو الذي أرجو أن يكون موافقا لرضا الله عز وجل ، فإنني ألخص أهم ما انتهيت إليه فيه .
إن مصادر الالتزام في القانون الوضعي خمسة لا غير ، وأنها وضعت حسب نظريات مثل :

١ - نظرية العقد .

٢ - نظرية الإرادة المنفردة .

٣ - نظرية العمل غير المشروع .

٤ - نظرية الثراء بلا سبب .

٥ - نظرية نص القانون .

وإن هذه المصادر هي نفس المصادر في الفقه الإسلامي ، إلا أن الفقهاء لم يضعوها حسب نظريات لكنهم بنوا عليها أحكاما كثيرة ومختلفة .
إن هناك فرقا بين كلمتي الإلزام والالتزام ، فالالتزام : هو ما أوجبه الإنسان على نفسه ، كالعقد والجعالة ، أما الالتزام فيكون بالثبوت والوجوب ولا يكون إلا جبرا .

إن هناك فرقا بين السبب والعلة :

إن السبب قد يكون فعلا للمكلف ومقدورا له وقد يكون غير مقدور له .

إنه إذا تحقق السبب الجعلي من الشارع وجد مسببه دون توقف على تحقيق رغبة من صدر منه .

إنه إذا أتى المتسبب بالسبب ترتب عليه المسبب وإن رجع أو تاب عن السبب .

إنه إذا كان الشارع قد طلب التسبب من المكلف ، فإنه إذا أتى بالسبب على
تمامه فقد برئت ذمته .

إن العقد له معنى عام ومعنى خاص ، فالعقد بمعناه العام هو كل ما يعقده
الإنسان ويلزم نفسه الوفاء به كالبيع والنكاح وسائر العقود سواء كان بإرادتين أم كان
إرادة واحدة . أما العقد بمعناه الخاص فيكون بإرادتين ، أي الإيجاب والقبول .

إن المالكية لا يقرون بخيار الرجوع للموجب ، أما الحنفية فيجيزون للموجب
الرجوع عن إيجابه ما لم يصدر القبول من الطرف الآخر ، لأن رجوع الموجب لا
يبطل حق غيره .

إن الحنفية والمالكية لا يشترطون للعاقدين خيار المجلس أي إذا وافق القبول
الإيجاب في مجلس العقد فقد تم وانجزم وإن لم يتفرقا لأنه عقد معاوضة فلزم بمجرد
، كالنكاح والخلع . أما الشافعية والحنابلة فقد أثبتوا خيار المجلس ، وجعلوا لكل من
المتعاقدين خيار فسخ العقد لكن لم يثبتوا هذا الخيار في كل العقود ، إنما أثبتوه في
عقود المعاوضات اللازمة كالبيع وأنواعه والإجازات .

إن صيغة الماضي لفظ يتمحض للحال فيعتقد به العقد دون بحث عن النية ، أما
صيغة المضارع فتصلح لانعقاد العقد إذا اقترن بها ما يدل على أن المراد هو إنشاء
العقد في الحال ، وأما صيغة الأمر فقد ذهب الجمهور إلى أنها صالحة لانعقاد العقد لأن
الذي يطلب الشيء راض به .

إن التصرف أعم من الالتزام ، حيث إن الالتزام يتركز على إنشاء حق أو
إنهائه أو إسقاطه ، أما التصرف فيشمل إنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه ويشمل ما كلن
خاليا من الالتزام ، كاليمين والإقرار بحق سابق فإنه إخبار بثبوت حق وليس الالتزام
ولا إسقاطه .

يصح للشخص الواحد أن يتولى طرفي العقد في جميع العقود بشرط أن يكون
ذا صفة شرعية عند المالكية والحنابلة ولا يصح عند الشافعي وزفر من الحنفية .

ويصح في عقد الزواج عند أبي حنيفة وصاحبيه ولا يصح أن يتولى شخص واحد طرفي العقد في عقود المعاوضات .

الحنفية والشافعية ذهبوا إلى عدم الاعتداد بالبائع في العقد إلا إذا تضمنته الصيغة أو التعبير عن الإرادة وذهب المالكية والحنابلة إلى أن الأصل في التعاقد الاعتداد بالمقاصد والنيات ولو لم يذكر في العقد ما دام معلوما من الطرف الآخر .

إن النصوص في القانون المدني الفرنسي تتفق مع رأي المالكية والحنابلة في الاعتداد بالسبب الباعث على التعاقد ، وأن القانون المدني الإنجليزي يتفق مع رأي الحنفية والشافعية في عدم الاعتداد بالبائع ما لم تتضمنه الصيغة .

إن القانون المدني المصري اعتنق نظرية الباعث الدافع الرئيسي إلى التعاقد .

إن القانون المدني الأردني أخذ بنظرية التقليدية للسبب .

إن القانون المدني العراقي أخذ بنظرية الباعث على التعاقد .

إن القانون المدني الباكستاني اعتنق نظرية الباعث الدافع على التعاقد .

٨	سنن ابن ماجه . إحياء التراث العربي ١٣٩٥هـ — ١٩٧٥م .
٩	صحيح البخاري للعلامة المدقق أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري . دار المعرفة للطباعة والنشر ١٩٧٨م — بيروت — لبنان .
رابعاً : كتب الفقه أ — الحنفي :	
١٠	بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي . الطبعة الأولى ١٣٢٨هـ — ١٩١٠م . سعيد كمبني — باكستان — حوك — كراتشي .
١١	البحر الرائق شرح كنز الدقائق للشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم . المكتبة الماجدية — كويته — باكستان .
١٢	تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي . مكتبة إمدادية — ملتان — باكستان .
١٣	شرح فتح القدير للعاجز الفقير الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد . دار إحياء التراث العربي — بيروت — لبنان .
١٤	درر الحكام شرح مجلة الأحكام تأليف علي حيدر وتعريب المحامي فهمي الحسيني . دار الكتب العلمية — بيروت — لبنان .
١٥	مختصر الطحاوي للإمام المحدث الفقيه أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي المتوفى سنة ٣٣١هـ . مطبعة دار الكتاب العربي ١٣٧٠هـ .

ب - المالكي

١٦. بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي . الطبعة الأخير ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م . مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده .
١٧. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي . دار إحياء الكتب العربية .
١٨. الخرشي على مختصر سيدي خليل لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
١٩. القوانين الفقهية ، تأليف أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي . الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م . دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .
٢٠. كتاب الكافي في فقه أهل المدينة . الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨ . مكتبة الرياض الحديثة - بالرياض .
٢١. الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللحي الغرناطي المالكي ، المعروف بالشاطبي . دار المعرفة - بيروت - لبنان .

ج - الشافعي :

٢٢. الإمام للامام الشافعي . دار الشعب رمضان ١٣٨٨هـ - ديسمبر ١٩٦٨م .
٢٣. الأقباع في حل ألفاظ أبي السجاع لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب . دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان .
٢٤. المذهب فقه مذهب الإمام الشافعي - رضي الله عنه وأرضاه - . دار إحياء الكتب العربية .

٢٥.	مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب ملتزم الطبع والنشر شركة الطبع ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ١٣٧٧هـ .
٢٦.	المجموع شرح المذهب للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي . دار الفكر .
٢٧.	بهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي - رضي الله عنه - . الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م . شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .
د - الحنبلي	
٢٨.	إعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية . دار الجيل - بيروت - لبنان ١٩٧٣م .
٢٩.	المغني لابن قدامة لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي . مكتبة الرياض الحديثة - الرياض ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .
٣٠.	مجموعه فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، إشراق الرئاسة العامة لشئون الحرمين الشريفين .
خامساً : كتب الأصول	
٣١.	أصول البزدوي للإمام فخر الإسلام علي بن محمد البزدوي الحنفي . الناشر نور محمد كارخانه تجارت كتب آرام باع - كراتشي . مطبعة داويد بريس - كراتشي .
٣٢.	أصول الفقه للإمام أبو زهرة . ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي .
٣٣.	أصول الفقه للأستاذ الدكتور حسين حامد حسان . الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م . دار الصدق - إسلام آباد - باكستان .

٣٤.	أصول الفقه لمحمد زكريا البرديسي . دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٨٣م .
٣٥.	شرح الكوكب المنير في أصول الفقه للعلامة الشيخ محمد بن أحمد بن عبيد العزيز بن علي الفتوح الحنبلي المعروف بابن النجار . دار الفكر — دمشق
٣٦.	الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان . فاران أكاديمي — قداقي ستريت — أردو بازار — لاهور .
سادساً : الكتب المعاصرة	
٣٧.	الالتزامات في الشرع الإسلامي للشيخ أحمد إبراهيم بك . دار الأنصار ١٣٦٣هـ — ١٩٤٤م .
٣٨.	الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود للدكتور بدران أبو العينين بدران . مؤسسة شباب الجامعة — اسكندرية ١٩٨٦م .
٣٩.	الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي . دار الفكر .
٤٠.	الفقه الإسلامي مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه للدكتور محمد يوسف موسى . الطبعة الثالثة ١٣٧٧هـ — ١٩٥٨م . مطابع دار الكتاب العربي بمصر .
٤١.	الفقه الإسلامي المدخل والأموال والحقوق والملكية والعقود للدكتور محمد سلام مذكور . الطبعة الأولى ١٩٥٤م . مكتبة عبد الله وهبه .
٤٢.	مبدأ الرصافي العقود — دراسة مقارنة للدكتور علي محي الدين علي القرة الداغي . الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ — ١٩٨٥م . دار اليسائر الإسلامية — بيروت — لبنان .
٤٣.	المدخل الفقهي العام الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء . طبعة تاسعة منقحة ومزودة ١٩٦٧ — ١٩٦٨م . مطابع ألف بلاء — الأديب — دمشق .

٤٤.	المدخل لدراسة التشريع الإسلامي للدكتور عبد الرحمن الصابوني . الطبعة الرابعة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م . المطبعة الجديدة - دمشق .
٤٥.	المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان . الطبعة الحادية عشرة ١٤١١هـ - ١٩٩٠م . مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان .
٤٦.	مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي للدكتور عبد الرزاق السنهوري . معهد الدراسات العربية العالمية جامعة الدول العربية .
٤٧.	الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة . ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي .
٤٨.	نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، إعداد عز الدين محمد خوجه . الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م .
٤٩.	نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة للدكتور ياسين أحمد إبراهيم درادكة . منشورات وزارة الأوقاف والشئون المقدسات الإسلامية عمان - الأردن .
سابعاً : معاجم اللغة	
٥٠.	ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة للأستاذ الطاهر أحمد الزاوي . الطبعة الثالثة . دار الفكر .
٥١.	الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، تأليف إسماعيل بن حماد الجوهري . تحقيق - أحمد عبد الغفور عطار . الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ - ١٩٨٣م .
٥٢.	كتاب المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي للعالم العلامة أحمد محمد بن علي المقرئ الفيومي . الطبعة السادسة بالمطبعة الأميرية بالقاهرة .
٥٣.	لسان العرب للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري . دار صادر - بيروت - لبنان .

٥٤.	المعجم الوسيط ، إشراف على الطبعة عبد السلام هارون . مطبعة مصر - شركة مساهمة مصرية ١٣٨٠هـ - ١٩٦٠م .
ثامناً : كتب التراجم	
٥٥.	الجواهر المضية في طبقات الحنفية للشيخ الإمام المحدث محي الدين أبي محمد عبد القادر ابن أبي الوفاء محمد بن محمد نصر الله بن سالم بن أبي الوفاء القرشي الحنفي المصري . تحقيق الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م . مطبعة عيسى البابي الحلبي بمصر .
٥٦.	الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب للابن فرحون المالكي . دار التراث للطبع والنشر . ٢٢ شارع الجمهور - القاهرة .
٥٧.	سير أعلام النبلاء ، تصنيف الإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن الذهبي . الطبعة الأولى ١٤٠١هـ - ١٩٨١م . مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان .
٥٨.	شذرات الذهب في أخبار من ذهب للمؤرخ الفقيه الأديب أبي الفلاح عبد الحى ابن العماد الحنبلي . طبعة ثانية منقحة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م . دار المسيرة - بيروت - لبنان .
٥٩.	معجم المؤلفين تراجم مصنفى الكتب العربية ، تأليف عمر رضا كحالة . الناشر مكتبة المثنى - بيروت . دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان .
تاسعاً : كتب القانون	
٦٠.	الالتزامات النظرية العامة للدكتور عبد السلام ذهبي بك . مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية .
٦١.	الالتزامات شرح القانون المدني الجديد للدكتور محمد كامل مسرسى ١٣٧٣هـ - ١٩٥٤م . المطبعة العالمية .
٦٢.	مصادر الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت . ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربى ١٩٦٣م .

٦٣.	الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام للدكتور عبد الرزاق السنهوري . دار إحياء التراث العربي — بيروت — لبنان .
٦٤.	Chitty on Contracts , Twenty fourth Edition . London Sweet & Maxwell.
٦٥.	Contract Act 1872 Revised by Ahsan Sohail Anjam. Advocat Lahore High Court . Massor Book House . 2, Katachery (Anarkali) Lahore .
٦٦.	General Principle of Law of Contract as expounded by Cheshire & Fifoot, by M.A. Malik, Advocate. 35-Nabha Road, Lahore.
٦٧.	Principle of the Law Contracts , Wilson, J.F. London 1957.
٦٨.	The Law of Contract, Willisoton , Wew York. Voorhic and con 1920.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
أ	الإهداء
ب	كلمة الشكر والتقدير
١	المقدمة
٢	سبب اختيار الموضوع
٢	منهجي في البحث
٣	خطة البحث
٦	التمهيد
٦	تعريف الالتزام وبيان مصادره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
٦	الالتزام في اللغة
٦	تعريف الالتزام في القانون الوضعي
٧	مصادر الالتزام في القانون الوضعي
٨	الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام
١٢	الترتيب الحديث لمصادر الالتزام
١٣	تعريف التزام في الفقه الإسلامي
١٦	مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي
١٩	الفصل الأول
	ماهية السبب وبعض متلفاته
٢٠	المبحث الأول : تعريف السبب في اللغة وفي الاصطلاح الأصوليين وبيان أنواعه وخصائصه
٢٠	تعريف السبب في اللغة وعند الأصوليين
٢١	السبب في اصطلاح الأصوليين

الصفحة	الموضوع
٢٢	إطلاق السبب على أربعة أوجه
٢٣	أنواع السبب وخصائصه
٢٤	الفرق بين السبب والعلة
٢٥	خصائص السبب
٢٧	المبحث الثاني : سببية العقد للالتزام
٢٧	تعريف العقد وتكوينه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
٢٧	أولاً : في اللغة وفي الفقه الإسلامي
٣٠	تعريف العقد في اصطلاح الفقهاء
٣٣	الإيجاب والقبول وتكوين العقد
٣٣	أولاً : أن يكون القبول موافقاً للإيجاب
٣٤	ثانياً : أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة
٣٤	ثالثاً : أن يعلم ويفهم كل منهما عبارة الآخر
٣٤	مجلس العقد
٣٦	الحنفية
٣٦	المالكية
٣٧	الحنابلة
٣٧	خيار الرجوع :
٣٩	خيار المجلس :
٤٠	الشافعية والحنابلة
٤١	الحنفية والمالكية
٤٥	صيغة الإيجاب والقبول
٤٥	صيغة اللفظية
٤٦	صيغة الماضي
٤٦	صيغة المضارع

الصفحة	الموضوع
٤٨	صيغة الأمر
٤٩	الخلاصة :
٥٠	التعاقد بالكتابة
٥١	التعاقد بالإشارة
٥٣	التعاقد بالأفعال
٥٣	العقد بالمعاطاة
٥٥	السكوت
٥٦	ثانياً : تعريف العقد وتكوينه في القانون الوضعي
٥٨	توافق الإرادتين
٥٩	الإيجاب والمراحل التي يمر بها
٦٠	الأولى : المفاوضات
٦٠	الثانية : الإيجاب المعلق
٦١	الثالثة : الإيجاب البائن
٦٢	مطابقة الإيجاب
٦٣	القوة الملزمة للإيجاب
٦٣	سقوط الإيجاب
٦٤	القبول بعد سقوط الإيجاب
٦٤	العقد الملزم للجانبين في القانون
٦٤	مقارنة بين العقد في الفقه والعقد في القانون
٦٦	بيان المراد بالتصرف في الالتزام والفرق بينهما
٦٦	التصرف في اصطلاح الفقهاء
٦٧	التصرف نوعان : تصرف فعلي ، وتصرف قولي
٦٧	والتصرف القولي ثلاثة أنواع
٦٨	تعريف الالتزام

الصفحة	الموضوع
٧١	المبحث الثالث : تعريف الإرادة المنفردة وبيان الفرق بينها وبين العقد
٧٧	الفصل الثاني السبب في الفقه الإسلامي والقانون المدني الفرنسي والمدني الإنجليزي
٧٨	مدخل
٧٩	المبحث الأول : نظرية السبب عند فقهاء الحنفية والشافعية
٨٣	نظرية السبب في الفقه المالكية والحنبلي
٨٥	وجوب علم الطرف الآخر بالسبب غير المذكور في العقد
٨٨	المسألة الأولى : زواج المحلل
٩١	المسألة الثانية : بيع العينة
٩٥	المبحث الثاني : السبب في القانون المدني الفرنسي والمدني الإنجليزي
٩٥	اتجاه القانون الفرنسي إلى النص على وجود السبب في الالتزام وعلى مشروعيته
٩٦	رأي القانون الإنجليزي في السبب وإطلاقه عليه مصطلح "الاعتبار"
٩٨	المبحث الثالث : النظرية التقليدية في السبب
٩٨	مفهوم النظرية
٩٩	مصادر هذه النظرية وانتقالها إلى القانون المدني الفرنسي
٩٩	فكر السبب عند الرومان
٩٩	فكر السبب عند فقهاء الكنيسة
١٠١	نظرية دوما في السبب

الصفحة	الموضوع
١٠٢	الفروق الجوهرية بين السبب الإنشاء والسبب الدافع والسبب القسدي.....
١٠٢	الأول : السبب الإنشائي
١٠٢	الثاني : السبب الدافع
١٠٣	الثالث : السبب القسدي
١٠٤	شروط النظرية التقليدية للسبب
١٠٤	الشرط الأول : كون السبب موجودا
١٠٥	الشرط الثاني : كون السبب صحيحا
١٠٥	الشرط الثالث : كون السبب مشروعاً
١٠٧	اتجاه القانون المدني الأردني إلى الأخذ بالنظرية التقليدية للسبب.....
١٠٨	المبحث الرابع : النظرية الحديثة في السبب
١٠٨	مفهوم هذه النظرية واعتدادها بالبائع الدافع على التعاقد واعتباره سبباً للاتزام العقدي
١٠٩	شروط السبب في هذه النظرية
١١٢	اعتناق القانون المدني المصري نظرية الباعث الدافع الرئيسي إلى التعاقد لإثبات السبب
١١٣	الفصل الثالث
	السبب في بعض قوانين البلاد العربية العراقية الأردني
١١٣	السبب في القانون المدني الأردني
١١٤	السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد
١١٤	ويجب أن يكون موجوداً
١١٤	ويجب أن يكون صحيحاً
١١٥	وأن يكون مباحاً غير مخالف للنظام العام والآداب
١١٥	لا يصح العقد إذا لم يكن فيه منفعة مشروعة لعاقدة

الصفحة	الموضوع
١١٦	السبب القانون المدني العراقي
١١٩	الفصل الرابع السبب في القانون المدني الباكستاني
١١٩	القاعدة العامة
١٢٠	العقد المحظور قانونياً
١٢١	اتفاق لارتكاب جريمة أو إساءة مدنية
١٢١	العقد المخالف لقوانين أخرى في البلد
١٢٢	الاتفاق الاحتمالي
١٢٢	الحيف على شخص أو على مال الغير
١٢٢	العقد أو الاتفاق المخالف للأداب
١٢٢	السياسة العامة أو النظام العام
١٢٣	العقود التي لا تنفذها المحكمة
١٢٥	الاتفاق الذي يقيد إجراءات مشروعة باطل
١٢٦	اتفاق بلا اعتبار باطل
١٢٧	الاتفاق الباطل لعدم الوضوح
١٢٧	اتفاقات عن طريق المقامرة باطلة
١٢٩	كيف يؤثر عدم المشروعية في العقد
١٣٠	الخاتمة
١٣٣	قائمة المصادر والمراجع
١٤١	فهرس الموضوعات