

دور المشرّع في ترتيب آثار العقد دراسة مقارنة بين القانون المدني العراقي

والفقہ الإسلامي

أ.م.د. قاسم هيال رسن

Kasimh.resan@uokufa.edu.iq

كلية القانون – جامعة الكوفة

The role of the legislator in arranging the effects of the contract A comparative study between Iraqi civil law and Islamic jurisprudence

Assist. Prof. Dr. Kasim H. Resan
Faculty of Law - University of Kufa

المستخلص

أختلف الفقهاء تجاه دور المشرّع في ترتيب آثار العقد، بين من يضيّق دوره، وبين من يوسّع، على حساب إرادة المتعاقدين، فظهر لدينا نتيجة لذلك، ثلاثة مبادئ: مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الجعلية ومبدأ الإمضاء، وقد تناولت الدراسات القانونية مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الجعلية، وسنضيف في هذا البحث المبدأ الثالث، وهو مبدأ الإمضاء في الفقہ الإمامي، الذي لم يتم طرحه سابقاً، بحسب استقراء المصادر القانونية المتوفرة، وتوصل البحث الى النتائج التالية:-

- (١) إن دور المشرّع في ترتيب آثار العقد في القانون المدني العراقي، يسير وفق مبدأ سلطان الإرادة المقيّد، حيث يعطي لإرادة المتعاقدين دور في ترتيب آثار العقد، ولكن يقيدتها بعدة قيود، أهمها: النظام العام والآداب، كما في المادة (٧٥) منه.
- (٢) أما دور المشرّع في ترتيب آثار العقد في المذاهب الإسلامية الأربعة المعروفة، الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي، فيحكمه مبدأ الجعلية، القاضي بحصر دور إرادة المتعاقدين في تكوين العقد فقط، أما آثاره فتكون من قبل الشرّع.
- (٣) بينما في المذهب الإمامي، يكون دور المشرّع في ترتيب آثار العقد، وفق مبدأ الإمضاء، حيث يقوم المتعاقدان بترتيب آثار العقد، بشرط إمضاءها من قبل العرف، ثم من الشرّع، كي تكون آثاراً صحيحة ملزمة.



٤) وفقاً لمبدأ الجعلية، للشارع ان يرتب بعض الآثار، وان لم يردّها المتعاقدان، بخلاف مبدأ الإمضاء فإنه لن يضيف أثراً لم يرتبها أصلاً، فلذا سيكون المتعاقدان بمأمن من عنصر المفاجأة، فمبدأ الإمضاء في الفقه الإمامي، يؤدي الى استقرار المعاملات، بإيجاده التوازن، ما بين ارادة المتعاقدين والعرف والشرع.

٥) إن مبدأ الإمضاء، يقوم بإمضاء ما يقره العرف، للآثار التي أنشأها المتعاقدان، فهو يتبنى معياراً مزدوجاً، من المذهب الشخصي، متمثلاً بإرادة المتعاقدين، ومن المذهب المادي، متمثلاً بإمضاء العرف، فعليه هذا المبدأ لا يقصر دور الإرادة على مرحلة إنشاء العقد، كما في مبدأ الجعلية، الذي يتمحض في تبني المذهب المادي فقط، بالنسبة لآثار العقد.

الكلمات المفتاحية : دور المشرع، القانون المدني العراقي، آثار العقد، مبدأ الجعلية، مبدأ الإمضاء.

ABSTRACT

The jurists differed regarding the role of the legislator in arranging the effects of the contract, between one who narrows it and one who expands it. As a result, we have three principles: The principle of willpower, the principle of (Al-Jaleiya), and the principle of (Al-Eimda). The legal studies have dealt with the principle of willpower and the principle of (Al-Jaleiya). So we will add in this research the third principle, which is the principle of (Al-Eimda) in Imami jurisprudence, which was not studied previously, according to the extrapolation of the available legal sources, and the research reached to the following results:-

(1) The role of the legislator in arranging the effects of the contract in the Iraqi civil law, proceeds according to The principle of willpower but with restricted it, where it gives the will of the contracting parties a role in arranging the effects of the contract, but restricts it with several restrictions, the most important of which are: public order and morals, as in Article (75) of it.

(2) As for the role of the legislator in arranging the effects of the contract in the four well-known Islamic schools of thought, Hanafi, Maliki, Shafi'i and the Hanbali, it is governed by the principle of (Al-Jaleiya), which is limiting the role of the contracting parties' will in the formation of the contract only, while its effects are by the law.

(٣) Whereas in the Imami school, the role of the legislator is in arranging the effects of the contract, according to the principle of (Al-Eimda), whereby the two contracting parties arrange the effects of the contract, subjected to custom approval, then to the law approval, to be valid and binding effects.

(4) According to the principle of (Al-Jaleiya), the legislator has the right to arrange some effects, even the contracting parties do not want them, unlike the principle of (Al-Eimda), it will not add an effect that was not originally arranged, so the two contracting parties will be safe from the element of surprise. The principle of (Al-Eimda) in Imami jurisprudence leads to the stability of transactions, by finding a balance between the will of the contracting parties, custom and Sharia.

(٥) The principle of (Al-Eimda) signifies what is sanctioned by custom for the effects established by the contracting parties. It adopts a double standard, from the personal doctrine, represented by the will of the contracting parties, and from the material doctrine, represented by the custom, so this principle does not limit the role of the will to the stage of establishing the contract, as in the principle of (Al-Jaleiya), which is embodied in the adoption of the materialistic doctrine only, with regard to the effects of the contract.

Keywords: the role of the legislator, the Iraqi civil law, the effects of the contract, the principle of (Al-Jaleiya), the principle of (Al-Eimda).

المقدمة

اللهم صل على محمد واله الطيبين الطاهرين، الغرباء في الارضين أختلف الفقهاء في مدارس القانون الوضعي وكذلك في مذاهب الفقه الإسلامي، تجاه دور المشرّع في ترتيب آثار العقد، بين من يضيّق دوره، وبين من يوسّعّه، على حساب إرادة المتعاقدين، فظهر لدينا نتيجة لذلك، ثلاثة مبادئ : مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الجعلية ومبدأ الإمضاء .

وقد تناولت الدراسات القانونية مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الجعلية، وسنضيف في هذا البحث المبدأ الثالث، وهو مبدأ الإمضاء في الفقه الإمامي، الذي لم يتم طرحه سابقاً، بحسب استقراء المصادر القانونية المتوفرة، حيث سنبيّن في المطلب الأول مبدأ سلطان الإرادة المقيد في القانون المدني العراقي، وفي المطلب الثاني، سنبحث مبدأ الجعلية في المذاهب الإسلامية الأربعة المعروفة في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني سنستعرض مبدأ الإمضاء في الفقه الإمامي.



المطلب الأول

دور المشرّع في ترتيب آثار العقد في القانون المدني العراقي وفق مبدأ سلطان الإرادة

إن مبدأ سلطان الإرادة يتعلق بسعة نطاق الآثار القانونية، المتولدة من إرادة المتعاقدين الطليقة من القيود⁽¹⁾، حيث توجد ثلاثة آراء في الفقه القانوني، بشأن قدرة إرادة المتعاقدين على ترتيب آثار العقد، فذهب قسم من الفقهاء الى أن إرادة المتعاقدين، تنشئ العقد وترتب آثاره، بينما ذهب الرأي الثاني الى أن دور الإرادة ينحصر في تكوين العقد فقط، دون ترتيب الآثار عليه، وأتخذ الفريق الثالث موقفا معتدلا، في أن إرادة المتعاقدين حرة في تكوين العقد وترتيب آثاره، ولكن في حدود النظام العام والآداب⁽²⁾.

والفقه القانوني في العراق، تبعاً لنصوص القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، تبنى الرأي الفقهي الثالث، وهو حرية إرادة المتعاقدين في ترتيب آثار العقد في حدود النظام العام، فقد عرّف القانون المدني العراقي العقد، من خلال نص المادة (73)، والتي جاء فيها: (العقد هو إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)، وظاهر هذا التعريف أن آثار العقد يتم ترتيبها من قبل المتعاقدين من حيث الأصل، ولا دخل للقانون أو المشرّع في ذلك، حيث لا بد أن تكون الإرادة صادرة بنية جديّة في إحداث أثر قانوني⁽³⁾.

لكن هذا لا يعني أن الإرادة حرة تماماً في ترتيب آثار العقد، بحسب مبدأ سلطان الإرادة، حيث قيّد القانون المدني العراقي، إرادة المتعاقدين بالعديد من القيود، ومنها: الشكلية في تسجيل التصرفات العقارية في دائرة التسجيل العقاري، كما في عقد البيع في المادة (508)، والتوسع في العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض، كما في الهبة في المادة (603)، ومنع الإتفاق على ما يخالف النظام العام والآداب، كما نصت على ذلك المادة (75)، وغيرها من

(1) عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات، منشورات جامعة جيهان الخاصة، ج 1، أربيل، 2011، ص 72.

(2) إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018، ص 39.

(3) محمود سعد الدين شريف، شرح القانون المدني العراقي - نظرية الإلتزام، الجزء الأول في مصادر الإلتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1955، ص 88، وأنظر أيضاً: منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني - الجزء الأول في مصادر الإلتزام، مكتب الرواد للطباعة، بغداد، 1991، ص 37، حيث أنتقد تعريف العقد في القانون المدني العراقي، وأقترح التعريف التالي للعقد، بأنه: (إرتباط الإيجاب بالقبول بين إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني).

القيود^(١)، مثل النص على الإستغلال في المادة (١٢٥) وعلى نظرية الظروف الطارئة في المادة (٢/١٤٦) وتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها في عقد الإذعان^(٢) في المادة (١٦٧)، وهذه القيود يفرضها المشرّع، مراعيًا في ذلك، تحقيق العدالة والمصلحة العامة^(٣). من ذلك يتضح أن القانون المدني العراقي، وقف موقفًا معتدلاً من مبدأ سلطان الإرادة، فلم ينتقص منه، الى حد افنائه في سلطان المشرّع وسلطان القاضي، ولم يتركه يطغى، فيكون مستبدًا، بإنشاء العلاقات القانونية، وتحديد آثارها، من دون النظر الى المصلحة العامة والعدالة^(٤).

فأصبح لدينا قاعدة وإستثناء، فالقاعدة : أن الإرادة حرة في أن ترتب ما تشاء من الآثار، والإستثناء : أن الإرادة يجب أن لا تخالف القانون والنظام العام^(٥)، فمبدأ سلطان الإرادة واسع، لا يحده غير النص القانوني المانع والنظام العام والآداب^(٦)، فالأصل في العقود الصحة مالم يعم دليل التحريم^(٧).

وكذلك نجد أن الفقه القانوني العراقي، حينما يفرق بين التصرف القانوني والواقعة القانونية، يذكر أن الإرادة في التصرف القانوني هي التي تتجه لإحداث الآثار، بينما يرتب القانون آثار الواقعة القانونية، بغض النظر عن إتجاه الإرادة، في إحداث الآثار أو عدم إحداثها^(٨)، أما إذا إذا كان القانون هو الذي يرتب الآثار، وليس إرادة الطرفين، فلا يكون لدينا عقد، بل إتفاق بين طرفين، كما في الزواج، فهو إتفاق بين الزوج والزوجة^(٩).

(١) حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦، ص ٣٦-٣٨، وأنظر أيضا : إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٢) عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات، مصدر سابق، ص ٧١.

(٣) عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج ١/إنعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ٨٤.

(٤) منير القاضي، ملتقى البحرين - الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، مطبعة العاني، المجلد الأول، بغداد، ١٩٥١، ص ٥، وأنظر أيضا : غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام - الكتاب الأول في مصادر الإلتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٥٤-٥٥.

(٥) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني - ج ١، مصادر الإلتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص ٣٧، وفريد فتیان، مصادر الإلتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦، ص ٢٦-٢٩.

(٦) صلاح الدين الناهي، مبادئ الإلتزامات، مطبعة دار التضامن، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢٠.

(٧) فريد فتیان، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٥، ص ١٥.

(٨) حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، مصدر سابق، ص ٢٥-٢٦.

(٩) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٣٠، وغني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام - الكتاب الأول في مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص ٤٤، ويبدو أن هذا الرأي كان يتبع رأي الفقيه (ديجيه Duguit)، الذي ميّز بين العقد الذاتي كالبيع، والإتفاق المنظم كالشركة والزواج، ولقد تصدى السنهوري لتفنيده هذا الرأي بحق، أنظر تفاصيل ذلك في : عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد،



المطلب الثاني

دور المشرّع في ترتيب آثار العقد في الفقه الإسلامي

يوجد مبدأ يسمى (مبدأ الجعلية) في عموم المذاهب الإسلامية الأربعة المعروفة: الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي، وقد تناولت هذا المبدأ الدراسات القانونية منذ زمن طويل^(١)، وفي قبال هذا المبدأ، يوجد في الفقه الإمامي، ما يمكن تسميته (مبدأ الإمضاء)، وهذا المبدأ على حد استقراء المصادر التي بين أيدينا، لم يعرض سابقاً في دراساتنا القانونية المقارنة مع الفقه الإسلامي، وسنتاولهما في الفرعين التاليين :-

الفرع الأول

دور المشرّع في ترتيب آثار العقد في المذاهب الإسلامية الأربعة وفق مبدأ الجعلية

يقصد بمبدأ الجعلية: أن الآثار تترتب على العقد بجعل من الشارع، وأن دور المتعاقدين مقصور على تكوين العقد^(٢)، ويكاد علماء المذاهب الإسلامية الأربعة المعروفة، الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي، يجمعون على أن تترتب آثار العقد، من الشارع وليس من المتعاقدين^(٣)، فإرادتهما تنشئ العقد فقط^(٤)، وثبوت آثار العقد يكون بحكم الشارع^(٥)، بل اعتبر فقهاء المدارس السنية كافة، مبدأ تحديد آثار العقد من جانب المشرّع، كبدئية من

منشورات الحلبي الحقوقية، ج ١، بيروت، ١٩٩٨، ص ١٢٦-١٢٩، خاصة وان المشرّع العراقي، استخدم مصطلح (عقد الزواج)، كما في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

(١) يذكر أن أول من أشار الى هذا المبدأ في الدراسات الحديثة، هو الشيخ محمد أبو زهرة، في كتابه الملكية ونظرية العقد عام ١٩٣٩، أنظر في ذلك: محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٨، ص ٥٨٢ هامش ٣، رغم تأصل هذا المبدأ، عند علماء المذهب الإسلامية الأربعة، منذ أكثر من الف عام، وهذا الأمر يدل، على مدى إهمال أجيالنا القانونية لأصالتنا في الفقه الإسلامي، فنحن ننقل عن الغرب أولاً بأول، ونهمل ما لدينا من مبادئ ونظريات، تفوق ما لدى الغرب.

(٢) محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٥٧٧.

(٣) محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٥٧٩، وأنظر أيضاً: جمال الدين محمد محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ١٢٨.

(٤) محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، ص ٢٧.

(٥) عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٤٦، لكن في كتاب آخر، أكد أن الأصل في الفقه الإسلامي، إن إرادة المتعاقدين حرة في ترتيب ما تشاء من الآثار، بشرط عدم مخالفة قواعد الحلال والحرم، أنظر: عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات، مصدر سابق، ج ١، ص ٧٢، وهذا التنافي الظاهري، يمكن أيجاد حل له، من خلال: إحتمال كون الرأي الأول في المتن، يمثل موقف المذاهب الأربعة المعروفة في مبدأ الجعلية، والرأي الثاني يمثل موقف الفقه الإمامي في مبدأ الإمضاء، وكلا الرأيين يمكن نسبتهما الى الفقه الإسلامي، في قبال موقف الفقه القانوني، من حيث المجاز، من باب نسبة الجزء الى الكل، ولذا يعبر عن الإنسان بالرقبة، فيقال: (إعتق رقبة)، رغم أن الرقبة جزء من الإنسان

البديهيات^(١)، وكلمات علماء المسلمين من المذاهب الأربعة، واضحة بل صريحة في ذلك، ومنها : قول السرخسي : (الموجب هو الله تعالى حقيقة، لا تأثير للأسباب في الإيجاب بأنفسها)^(٢)، وقول الشاطبي : (إن الذي للمكلف تعاطي الأسباب، وإنما المسببات من فعل الله وحكمه)^(٣)، وقول الغزالي : (وأما قسم المعاملات، فلحل الأموال والأبضاع وحرمتها، أيضا أسباب ظاهرة، من نكاح وبيع وطلاق وغيره... وحدّه "أي السبب" ما يحصل الشيء عنده لا به)^(٤)، أي ليس للسبب دور في ترتيب الآثار، فالسبب مجرد ظرف، تحصل الآثار عنده، من قبل الشارع.

وقال الأمامي : (إذا أطلق على السبب أنه موجب للحكم، فليس معناه أنه يوجب لذاته، وصفة لنفسه، وإلا كان موجبا له قبل ورود الشرع، وإنما معناه أنه معرف للحكم لا غير)^(٥)، ومعنى ومعنى (معرف للحكم) يقترب من معنى (ما يحصل الشيء عنده) في كلام الغزالي أعلاه، أي يكون دور السبب هامشي وثانوي، فبواسطة السبب نتعرف على الحكم ، لكن الحكم نفسه، يكون من المشرّع فقط، وقال البزدوي : (البيع للملك والنكاح للحل والقتل للقصاص، وما أشبه ذلك، لكن علل الشرع غير موجبة بذواتها، وإنما الموجب للأحكام هو الله عز وجل)^(٦)، وقال الزركشي : (أنفق الأشعرية على أنه ليس السبب موجبا للحكم لذاته أو لصفة ذاتية بل المراد منه إما المعرف وعليه الأكثر أو الموجب لا لذاته ولا صفة ذاتية ولكن بجعل الشارع إياه موجبا)^(٧)، وغيرها من أقوال العلماء^(٨).

(١) مسعد قطب، الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقود ومدى إعتناق الفقه الإسلامي له، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس، السنة (٣١) العدد (٢١)، ١٩٨٩، ص ١٧٠.

(٢) محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١٠٠.

(٣) إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، ج ١، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١٣٨.

(٤) محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٧٥.

(٥) علي بن أبي علي بن محمد الأمامي، الإحكام في أصول الأحكام، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده، ميدان ميدان الأزهر - مصر، ١٩٦٨، ص ٩٨-٩٩.

(٦) عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتب العلمية، ج ٤، بيروت، ١٩٩٧، ص ٢٤٢-٢٤٤.

(٧) محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، ج ١، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٢٤٧.

(٨) للمزيد/كلمات علماء المذاهب الإسلامية الأربعة المعروفة، حول مبدأ الجعلية، أنظر: رافع محمود الفاخوري، الفاخوري، ترتب آثار العقد في الفقه الإسلامي (مبدأ الجعلية)، دار الساقية للنشر، بنغازي-ليبيا، ٢٠٠٨، ص ١١٧ وما بعدها.



ولما كانت إرادة المتعاقدين تنشئ العقد فقط، وآثاره من الشارع، لذلك عبر فقهاء المسلمين عن العقد، بأنه سبب جعلي شرعي، وليس سببا أليا طبيعيا عقليا^(١)، فبذلك يقيم الشارع الحدود بين المصالح الخاصة للمتعاقدين من جهة، والمصالح العامة من جهة أخرى، من أجل المحافظة على التوازن، ولمنع التغابن، وضبط نظام التعامل^(٢)، كأساس العقد في الفقه الإسلامي، هو التناسق بين الصالح الفردي والصالح العام^(٣)، حتى لا يبغى بعض المتعاقدين، المتعاقدين، بما يشترطونه من شروط، ولكي يكون لكل عقد حكمه من الشارع الحكيم^(٤)، فيمكن القول بأن العقد عند الفقهاء المسلمين، يعدّ نظاما قانونيا، يهدف الى تحقيق أهداف المجتمع الإسلامي، الإجتماعية والإقتصادية^(٥).

ورغم صراحة كلمات علماء المذاهب الإسلامية، في كون المراد من مبدأ الجعلية، قصر إرادة المتعاقدين على إنشاء العقد فقط، لكننا نجد أن الفقه القانوني في العراق، لم يقبل بذلك، فبين إتجاه يرفض مبدأ الجعلية، من حيث الأصل، وبين من يؤوله على خلاف ظاهر كلمات علماء المسلمين.

فيرى صلاح الدين الناهي، أن نظرية الجعلية ليست سوى شطحة كلامية، ليست من الفقه في شيء^(٦)، لأن مبدأ الجعلية يرجع الى معضلة الجبر والإختيار المعروفة في علم الكلام، في كون نسبة فعل المكلف، ترجع اليه أم الى الشارع^(٧)، فالجعلية وثاق أقمه فقهاء الشريعة الإسلامية على إرادة المتعاقدين إقاما^(٨)، ولا تؤيد الناهي في هذا الرأي، للأسباب التالية :-

-:

(١) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٢١٧، وأنظر أيضا: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط ٣، ج ٤، دمشق، ١٩٨٩، ص ٢١٠.

(٢) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ١٩٩٨، ص ٥٤٨.

(٣) مسعد قطب، الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقود ومدى إعتناق الفقه الإسلامي له، مصدر سابق، ص ١٧٢.

(٤) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مصدر سابق، ص ٢١٠، وأنظر أيضا: نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، مجلة القانون والاقتصاد، مصر، العدد الأول والثاني، القسم الثاني، ١٩٧٩، ص ٣٥٤.

(٥) مسعد قطب، الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقود ومدى إعتناق الفقه الإسلامي له، مصدر سابق، ص ١٨٤.

(٦) صلاح الدين الناهي، الإمتناع المشروع عن الوفاء، أطروحة دكتوراه مقدمة الكلية الحقوق في جامعة فؤاد الأول، مطبعة العلوم، القاهرة، ١٩٤٥، ص ٣١٧ نقلا عن محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٥٨٤ هامش ٢.

(٧) صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٠، ص ٢٩-٣٠.

(٨) صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، مصدر سابق، ص ٣٢.

(١) رغم غرابة حكم مبدأ الجعلية عن الساحة القانونية المعاصرة اليوم، لكنه موجود أيضاً، في أحد إتجاهات الفقہ القانوني الغربي، والذي يمثل النزعة المادية الإجتماعية، ويشبه دور الإرادة في هذا الإتجاه الغربي، بدور قطعة النقود التي توضع في الآلة (الأوتوماتيكية)، التي تخرج لنا بدورها، البضاعة التي نشترها، مثل العصير أو الحليب، فليست قطعة النقود هي التي أخرجت البضاعة، بل الآلة، حيث كان دور قطعة النقود هو مجرد تشغيل الآلة، أو بوجود بيت مجهز ومؤثت، بحيث يقتصر دور إرادة المتعاقدين، على دخول هذا البيت أو عدم دخوله، فهم مجبرون على أن يتقيدوا بكل ما أعد لهم من قبل المشرّع، فتكون وظيفة التصرف القانوني في ظل هذا الإتجاه، تكاد تشبه وظيفة الواقعة القانونية، حيث يقتصر دورها على تحريك القاعدة القانونية، التي ترتب الآثار^(١)، فثبوت آثار العقد، يكون بحكم المشرّع، ويكون دور الإرادة إنشاء العقد فقط، فلذلك لا يمكن تفسير وجود مبدأ الجعلية في الفقہ القانوني الغربي، بأنه شطحة كلامية.

(٢) ليس من المعيب أن يتأثر الفقہ الإسلامي، بعلم الكلام الباحث عن أصول العقيدة الإسلامية، من توحيد الله تعالى وصفاته واليوم الآخر، فعلم الشريعة الإسلامية تعبر عن هدف واحد، هو الوصول الى سعادة الدنيا والآخرة، فمن الطبيعي ان يكمل بعضها البعض الآخر، أو يتأثر به، ولذا مزجت القيم والمبادئ والمثل العليا والأخلاق مع الفقہ الإسلامي، فالفقہ الإسلامي ليس مجرد قواعد قانونية مادية جامدة شاحبة، كما عليه في القانون الوضعي، وكمثال على ذلك، بحث علماء الكلام، وخاصة في المذهب الإمامي، مسألة العدل، وبشكل مفصل ودقيق، بحيث عدّ العدل، أحد أصول المذهب الإمامي الخمسة، ونعتقد أن الفقہ الإسلامي تأثر بعلم الكلام في ذلك، فنجده يؤكد على مبدأ العدل في عموم الأبواب الفقهية.

ومن جانب آخر، يحاول حسن علي الذنون، إعطاء تفسير مقبول لمبدأ الجعلية، حيث يرى أنه قد نُظر الى مبدأ الجعلية، نظرة سطحية تقف عند مظاهر الالفاظ فقط، نعم علماء الشريعة قالوا : أن آثار العقود تترتب بجعل من الشارع، لكن يقصد من ذلك، أن الشرع هو مصدر القوة الملزمة للعقود ولترتيب الإلتزامات المتولدة عنها، ومثل هذا الأمر، موجود في القوانين

(١) وأبرز القائلين بهذا الإتجاه هم (كابيتان) و (دوجي) و (جيز)، أنظر في ذلك : محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقہ الإسلامي، مصدر سابق، ص ٥٦٨-٥٦٩.



المدنية الحديثة، مثلا إن انتقال الحق العيني يترتب على مجرد إنعقاد العقد، المنصب على منقول معين بالذات، أي ان هذا الاثر يترتب بجعل من القانون، ومع هذا لم يقل احد : بأن هذا الحكم مخالف لمبدأ سلطان الإرادة، فاذا اردنا تحديد موقف الفقه الاسلامي من حركة الإرادة، فانه يجب علينا ان نتلمس الاجابة عن ذلك، في مبحث الشروط⁽¹⁾، ثم قسم المذاهب الإسلامية بحسب موقفها من الشروط، الى ثلاثة اتجاهات : القابل بشروط المتعاقدين، والرافض ، والمفصل.

ويؤيد عبد المجيد الحكيم، الذنون في ذلك، حيث يرى أن المقصود بأن آثار العقود تترتب بجعل الشارع، انما هو قوتها الملزمة، فإذا منح الشارع الإتفاق بين شخصين قوة ملزمة، وجب على المتعاقدين أن ينفذاه، مثلا منح الشارع الإيجاب والقبول، في عقد البيع، القوة الملزمة، فبناء عليها، يجب على البائع ان يسلم المبيع، ويجب على المشتري ان يدفع الثمن⁽²⁾. ويمكن مناقشة تفسير الذنون، بما يلي :-

- (1) إن هذا التفسير متكلف، ويخالف صريح كلمات علماء المذاهب الإسلامية المتقدمة، المتكررة في نفي أي دور لإرادة المتعاقدين في ترتيب آثار العقد.
- (2) لو تنزلنا، وقلنا أن كلمات الفقهاء ليست صريحة في حصر آثار العقد بيد المشرع، بل هي ظاهرة في ذلك، ولكن يحتاج الذنون الى قرائن واضحة، حالية أو مقالية، للتخلي عن هذا المعنى الظاهر، والتمسك بمعنى آخر، على خلاف المعنى الظاهر، ولا توجد مثل هذه القرائن، فلا توجد قرينة تحصر كلام علماء المذاهب الإسلامية، حول آثار العقد، بمجرد القوة الملزمة للعقد.

نعم يرى غني حسون طه، خلاف ذلك، ربما تأييدا للذنون، حيث يقول : (تتلخص آثار العقد في ما يطلق عليه "القوة الملزمة للعقد")⁽³⁾، لكن نجد، أن هذا الرأي غير سديد على إطلاقه، لأنه توجد لدينا الكثير من العقود غير اللازمة، التي يمكن فيها انهاء العقد، مثل عقد الوكالة وعقد الوديعة وعقد العارية، وهذه العقود لها آثار معروفة، فإذا حصرنا آثار العقد بالقوة الملزمة فقط، فيجب إخراج جميع العقود غير اللازمة، من نطاق العقد، وهذه نتيجة، لا يمكن التسليم بها، حيث تسالم الفقه

(1) حسن علي الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي - نظرية العقد، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، 1956، ص 9-11.

(2) عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص 89 هامش 1.

(3) غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص 308.

القانوني والفقهاء الإسلاميين، على اعتبارها من العقود، كما في العقود الملزمة، بلا فرق، بينهما.

(٣) وفق مبدأ الجعلية، لا نستطيع تحديد موقف الفقهاء الإسلاميين من حركة الإرادة ونشاطها من خلال مبحث الشروط، وذلك لأن الفقهاء الإسلاميين بحسب مذهب الجعلية، جرد أصل إرادة المتعاقدين في الإيجاب والقبول، من ترتيب آثار العقد، فيمكن نقل ذلك إلى الشروط أيضاً، حيث يمكن أن نتصور، بحسب مبدأ الجعلية، أن للمتعاقدين حرية وضع الشروط، لكن آثارها تترتب من الشارع أيضاً، فلا يوجد فرق بين أصل الإرادة في الإيجاب والقبول، وبين الشروط التي تضعها، خاصة وأن الشروط متفرعة عن أصل الإرادة في الإيجاب والقبول، فإذا كان نطاق الأصل محدود في تكوين العقد فقط، فليس من البعيد، أن يقيّد الفرع بذلك أيضاً.

الفرع الثاني

دور المشرّع في ترتيب آثار العقد في الفقه الإمامي وفق مبدأ الإمضاء

من خلال مراجعة أقوال فقهاء المذهب الإمامي، وخاصة الفقهاء في العصر الحديث، يمكننا القول أن مبدأ الإمضاء يعني: (إمضاء آثار العقد المتداولة عند العرف)، فإرادة المتعاقدين تنشأ العقد، وأيضاً ترتب آثاره، لكن هذه الآثار رغم تحققها خارجاً، تحتاج إلى إمضاء العرف، ثم إمضاء الشرع، كي تكون آثاراً صحيحة ملزمة، فنحتاج تضافر (إرادة المتعاقدين والعرف والشرع)، من أجل الحصول على آثار العقد، بشكلها النهائي المطلوب.

وكنموذج من كلمات فقهاء المذهب الإمامي، يمكن أيراد الأقوال التالية: قال الأنصاري: (ترتب أحكام الملك عليه تعبدًا عرفياً قد أمضاه الشارع بحكم "أوفوا بالعقود")^(١)، وقال النائيني: (إن الخطابات الشرعية وارد في مقام إمضاء المسببات) ويضيف: (يمكن أن ينشأ بلفظ "بعثت" معنيان: أحدهما نفس التبديل، وثانيهما التزامهما بما التزم به من التبديل. ثم إن هذا للزوم العقدي حق مالكي أمضاه الشارع بقوله "أوفوا بالعقود") وايضاً: (إن الواقف حيث ينشئ الوقف الذي هو عبارة عن حبس المال وإيقافه وقد أمضاه الشارع بقوله "الوقوف" فلا يجوز تغييره عما جعله وأنشأه)^(٢).

(١) مرتضى الأنصاري، الوصايا والموارث، لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، قم، ١٤١٥هـ، ص ٣٧.
(٢) موسى بن محمد الخوانساري، منية الطالب في شرح المكاسب - تقارير محمد حسين النائيني، مؤسسة النشر الإسلامي، ج ١، قم المشرقة، ١٤٢٣هـ، ص ٩٨ و ١٥٧-١٥٨ و ج ٢ ص ٢٧٨.



وقال الاشتياني : (يكون للبيع مثلا أثر عند العرف معهود بينهم وكذا لغيره من المعاملات قد أمضاه الشارع بشروطه المقررة)^(١) وقال الروحاني : (إن التأجيل يكون بجعل من الدائن، وأمضاه الشارع الأقدس، ومن المعلوم أن المجهول ليس حكما شرعيا، بل يكون حقا أمضاه الشارع، فله إسقاطه)^(٢).

وبعض كلمات الفقهاء اعلاه، لا تشير الى المرحلة الوسطى، وهو إمضاء العرف، نظرا لوضوحها عندهم وعند القارئ، أو لكون المتعاقدين بالتالي، هما جزء من العرف عادة، ولتوضيح مبدأ الإمضاء في الفقه الإمامي، سنتناول تصوير العلاقة، بين إنشاء العقد وبين آثاره أولا، ومن ثم عرض مراحل ترتب الإمضاء ثانيا، وكما يأتي :-

أولاً : العلاقة بين إنشاء العقد وآثاره : إن العلاقة بين إنشاء العقد وبين آثاره، في الفقه الإمامي المعاصر، ليست من قبيل العلاقة بين السبب وبين المسبب، كما مر في مبدأ الجعلية، بل تأخذ إحدى العلاقات التالية :-

١ : علاقة اللفظ بالمعنى: يقول النائيني : (إن المنشآت بالعقود ليست من باب المسببات، بل هي أفعال من الموجب والقابل والفاعل ابتداء يوجد هذا العنوان، وتتعلق إرادته به أولاً، لكونه تحت قدرته بلا واسطة، فان المتكلم ابتداء يوجد المعنى، واللفظ ليس بمنزلة السبب والمعنى بمنزلة المسبب فإذا كان تلفظه بهذه الألفاظ فعلا له، فالأثر الحاصل منها فعل له أيضا، بلا واسطة)^(٣).

وفق هذه العلاقة، نجد أن المتعاقد يقصد أولاً وبالذات آثار العقد، اما مرحلة إنشاء العقد فهي وسيلة وآلة لذلك، وليست مقصودة لذاتها، فالتكلم عند كلامه، لا يريد الالفاظ، بل يريد معانيها، فالعلاقة بين إنشاء العقد وبين ترتيب آثاره، ليست علاقة بين أمرين، سبب ومسبب، بل لدينا علاقة بين اللفظ والمعنى، بحيث يكون اللفظ فانيا لإبراز المعنى، بالتالي لدينا أمر واحد في الخارج، وهو المعنى، أي آثار العقد.

٢ : علاقة المتضايقين: يقول اليزدي، مؤلف كتاب العروة الوثقى : (كما لا يمكن تحقق الكسر بدون الانكسار، كذا لا يمكن إنشاء التمليك بدون حصول الملكية الخارجية، غاية الأمر ان الوجود الخارجي لها، عين اعتبار المنشئ)^(٤)، ويقول علي الأيرواني : (إن الإنشاء

(١) محمد حسن الاشتياني، كتاب القضاء، دار الهجرة، قم، ١٤٠٤، ص ٢٩.

(٢) محمد صادق الروحاني، فقه الصادق، مؤسسة دار الكتاب، ج ١٧، قم، ١٤١٤، ص ٤٢١.

(٣) موسى محمد الخوانساري، منية الطالب في شرح المكاسب-تقريرات محمد حسين النائيني، مصدر سابق، ص ١٠٠.

(٤) محمد كاظم اليزدي، حاشية كتاب المكاسب، ج ١، ط ٢، مؤسسة طيبة لإحياء التراث، ١٤٢٩، ص ٣١١.

للنقل، وكون النقل منشأ، من قبيل المتضايقين، لا من قبيل الأثر والمؤثر، فالحقيقة واحدة، والنسبة مختلفة، فبالإضافة إلى الفاعل يعبر عنها بالفعل، وبالإضافة إلى القابل يعبر عنها بالانفعال^(١).

فالعلاقة بين إنعقاد العقد وبين ترتيب آثاره العقد، ليست من قبيل العلاقة بين السبب وبين المسبب، بل لدينا حقيقة واحدة لا غير، لكن بلحاظ يعبر عنها : بإنعقاد العقد، وبلحاظ آخر يعبر عنها : بآثار العقد، كما لو كان لشخص، والد وولد، فبلحاظ والده يكون ابنا، ولكن بلحاظ ولده يكون أباً، رغم أنه شخص واحد، لكن ابن بلحاظ وأب بلحاظ آخر، لذا تنشأ الآثار مع نشوء العقد، وتتحقق خارجاً، بتحقق وجود العقد نفسه، بل هما أمر واحد.

من هنا نرى، أن ترتيب آثار العقد، يكون من قبل المتعاقدين انفسهم، لكن هذه الآثار، تحتاج الى إمضاء العرف، ثم الشرع، كي تكون آثاراً صحيحة ملزمة، فالمتعاقدان لا يقصدان من إنشاء العقد، مجرد إنشائه، كما في مبدأ الجعلية.

ثانياً : مراحل الإمضاء : من خلال مراجعة كلمات فقهاء المذهب الامامي المعاصرين، نجد ان هنالك ثلاث مراحل اعتبارية، يمر بها العقد، وهي :-

(١) مرحلة اعتبار المتعاقدين.

(٢) مرحلة اعتبار العرف.

(٣) مرحلة اعتبار الشرع.

يقول اليزدي : (إن الفاسد في نظر العرف أيضاً بيع، فكل تملك عين بعبوض، مع التعقب بالقبول بيع، سواء أمضاه العرف والشرع ام لا)^(٢)، ويقول النائيني : (إن البايح ببيعه ينشأ البيع ويكون منشئه حاصلًا بإنشائه تعلق به الإمضاء الشرعي أم لا، إلا أنه لما لم يكن ممن بيده الإعتبار لا يترتب على منشئه الحاصل بإنشائه أثر ما لم يتعلق به الإمضاء ممن بيده الإعتبار، فإذا أمضاه الشارع يترتب عليه الأثر بإمضائه)^(٣)، ويقول الخوئي : (إذا اعتبر العقلاء ملكية شيء كالخمر والخنزير والميتة، مع عدم وجود مصلحة في ذلك، وحكم الشارع

(١) علي الأبرواني، حاشية كتاب المكاسب، منشورات دار ذوي القربى، ج٢، ط٣، قم المقدسة، ١٤٣١هـ، ص ٣٢.

(٢) محمد كاظم اليزدي، حاشية كتاب المكاسب، مصدر سابق، ص ٣١١ - ص ٣٢١.

(٣) محمد تقي الأملي، المكاسب والبيع - تقريرات أبحاث الميرزا النائيني، مؤسسة النشر الإسلامي، ج١، قم، ١٤١٣هـ، ص ٤٧٥.



بعدم الملكية هنا، كشفنا عن خطأ العقلاء في اعتبارهم⁽¹⁾، ويقول الحائري : (إن إنعقاد العقد ليس إلا عبارة عن إرتباط قرار بقرار سواء نفذ شرعا أو لا، والوفاء بالعقد يعني الوفاء بالأثر الذي قصده المتعاقدان من قرارهما)⁽²⁾.

وهذه المراحل الثلاث مترتبة، ترتبا طوليا، فقد ينشأ المتعاقدان عقدا لا يمضيه العرف، مثلا عقد بيع (القمر)، وهذا عقد لا يقره العرف، لأن المحل لا يقبل النقل والانتقال، وقد ينشأ المتعاقدان عقدا يمضيه العرف، كما في البيع الربوي، فهو بيع ممضى في الدول الغربية، ولكنه عقد لا يمضيه الشرع الاسلامي، فنصل من ذلك ان الشارع لا يمضي اعتبار المتعاقدين الذي لا يقره العرف، بل العرف يتوسط بين اعتبار المتعاقدين واعتبار الشارع.

الخاتمة

في الختام، لدينا النتائج والتوصيات، وكما يأتي :-

أولاً : النتائج

- (1) إن دور المشرّع في ترتيب آثار العقد في القانون المدني العراقي، يسير وفق مبدأ سلطان الإرادة المقيد، حيث يعطي لإرادة المتعاقدين دور في ترتيب آثار العقد، ولكن يقيدتها بعدة قيود، أهمها : النظام العام والآداب، كما في المادة (75) منه.
- (2) أما دور المشرّع في ترتيب آثار العقد في المذاهب الإسلامية الأربعة المعروفة، الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي، فيحكمه مبدأ الجعلية، القاضي بحصر دور إرادة المتعاقدين في تكوين العقد فقط، أما آثاره فتكون من قبل الشرع.
- (3) بينما في المذهب الإمامي، يكون دور المشرّع في ترتيب آثار العقد، وفق مبدأ الإمضاء، حيث يقوم المتعاقدان بترتيب آثار العقد، بشرط إمضاءها من قبل العرف، ثم من الشرع، كي تكون آثارا صحيحة ملزمة.
- (4) يقترب موقف القانون المدني العراقي من موقف الفقه الإمامي في مبدأ الإمضاء، حيث يجعلان ترتيب آثار العقد، من خلال إرادة المتعاقدين والشرع معا، بخلاف مبدأ الجعلية، الذي يحصر ترتيب آثار العقد بالشرع فقط.

(1) محمد علي التوحيدي، مصباح الفقاهة في المعاملات - تقريرا لأبحاث أبي القاسم الخوئي، ج 2، مكتبة الداوري، قم، (لم يذكر تاريخ الطبع)، ص 93-96.

(2) كاظم الحائري، فقه العقود، مجمع الفكر الإسلامي، ج 1، ط 2، قم، 1423هـ، ص 209.

٥) وفقا لمبدأ الجعلية، للشارع ان يرتب بعض الآثار، وان لم يردّها المتعاقدان، بخلاف مبدأ الإمضاء فإنه لن يضيف أثرا لم يرتباه أصلا، فلذا سيكون المتعاقدان بمأمن من عنصر المفاجأة، فمبدأ الإمضاء في الفقه الإمامي، يؤدي الى استقرار المعاملات، بإيجاده التوازن، ما بين ارادة المتعاقدين والعرف والشرع.

٦) إن مبدأ الإمضاء، يقوم بإمضاء ما يقره العرف، للآثار التي أنشأها المتعاقدان، فهو يتبنى معيارا مزدوجا، من المذهب الشخصي، متمثلا بإرادة المتعاقدين، ومن المذهب المادي، ممثلا بإمضاء العرف، فعليه هذا المبدأ لا يقصر دور الإرادة على مرحلة إنشاء العقد، كما في مبدأ الجعلية، الذي يتمحض في تبني المذهب المادي فقط، بالنسبة لآثار العقد.

ثانياً : التوصيات

١) إن هدف علوم الشريعة الإسلامية، هو الوصول الى سعادة الدارين، في الدنيا والآخرة، لذا يمتزج الفقه الإسلامي بالقيم والمثل العليا، بخلاف القانون الوضعي، لذا نوصي المختصين في القانون، بعدم الإكتفاء بدراسة الفقه الإسلامي، بل يُدرس أيضا علم أصول الفقه وعلم الكلام مثلا، فقد رأينا كيف أنتقل مبدأ الجعلية من علم الكلام، في مسألة الجبر والإختيار، الى علم الفقه والقانون.

٢) إن المذهب الإمامي يختلف عن بقية المذاهب الإسلامية، من خلال فتحه باب الاجتهاد، ولذا كل فقيه إمامي له درجة عالية من الاستقلالية في إبداء آرائه الفقهية، فلذا من الصعوبة البالغة تحديد موقف محدد وواضح للفقه الامامي، من خلال مراجعة محدودة لبعض المصادر، لذا نقر، بأن ما تم طرحه هنا، يمثل فقط آراء الفقهاء المذكورين، فهذا البحث دعوة للباحثين القانونيين من اجل بلورة مواقف الفقه الامامي، من خلال تتبع أقوال الفقهاء من العصور الأولى، وجيلا بعد جيل، وصولا إلى المراجع الحاليين، فلدينا كنوز غير مكتشفة في الفقه الإمامي، وذلك لقلّة تناوله من قبل الدراسات القانونية الحديثة.

مصادر البحث

أولاً : مصادر الفقه القانوني

١) إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.



- (٢) جمال الدين محمد محمود، سبب الإلتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
 - (٣) حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦.
 - (٤) حسن علي الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي – نظرية العقد، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، ١٩٥٦.
 - (٥) رافع محمود الفاخوري، ترتب آثار العقد في الفقه الإسلامي (مبدأ الجعلية)، دار الساقية للنشر، بنغازي- ليبيا، ٢٠٠٨.
 - (٦) صلاح الدين الناهي، مبادئ الإلتزامات، مطبعة دار التضامن، بغداد، ١٩٧٠.
 - (٧) صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٠.
 - (٨) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ج١، بيروت، ١٩٩٨.
 - (٩) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني - الجزء الأول في مصادر الإلتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣.
 - (١٠) عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١ في إنعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.
 - (١١) عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات، منشورات جامعة جبهان الخاصة، ج١، أربيل، ٢٠١١.
 - (١٢) عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.
 - (١٣) غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام – الكتاب الأول في مصادر الإلتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١.
 - (١٤) فريد فتیان، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٥.
 - (١٥) فريد فتیان، مصادر الإلتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦.
 - (١٦) محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٨.
 - (١٧) محمود سعد الدين شريف، شرح القانون المدني العراقي – نظرية الإلتزام، الجزء الأول في مصادر الإلتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥.
 - (١٨) مسعد قطب، الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقود ومدى إعتناق الفقه الإسلامي له، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس، السنة (٣١) العدد (٢٠١)، ١٩٨٩.
 - (١٩) منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني – الجزء الأول في مصادر الإلتزام، مكتب الرواد للطباعة، بغداد، ١٩٩١.
 - (٢٠) منير القاضي، ملئقى البحرين – الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، مطبعة العاني، المجلد الأول، بغداد، ١٩٥١.
 - (٢١) نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الإلتزام، مجلة القانون والاقتصاد، مصر، العدد الأول والثاني، القسم الثاني، ١٩٧٩.
- ثانياً : مصادر المذهب الإمامي
- (٢٢) علي الأيرواني، حاشية كتاب المكاسب، منشورات دار ذوي القربى، ج٢، ط٣، قم المقدسة، ١٤٣١هـ.
 - (٢٣) كاظم الحائري، فقه العقود، مجمع الفكر الإسلامي، ج١، ط٢، قم، ١٤٢٣هـ.
 - (٢٤) محمد تقى الأملي، المكاسب والبيع - تقارير أبحاث الميرزا النائيني، مؤسسة النشر الإسلامي، ج١، قم، ١٤١٣هـ.
 - (٢٥) محمد حسن الاشتياني، كتاب القضاء، دار الهجرة، قم، ١٤٠٤هـ.
 - (٢٦) محمد صادق الروحاني، فقه الصادق، مؤسسة دار الكتاب، ج١٧، قم، ١٤١٤هـ.

- (٢٧) محمد علي التوحيدى، مصباح الفقاهة في المعاملات - تقريراً لأبحاث أبي القاسم الخوئي، ج٢، مكتبة الداوري، قم، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (٢٨) محمد كاظم اليزدي، حاشية كتاب المكاسب، ج١، ط٢، مؤسسة طيبة لإحياء التراث، ٥١٤٢٩.
- (٢٩) مرتضى الأنصاري الوصايا والمواريث، لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، قم، ٥١٤١٥.
- (٣٠) موسى بن محمد الخوانساري، منية الطالب في شرح المكاسب - تقارير محمد حسين النائيني، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المشرقة، ٥١٤٢٣.
- ثالثاً: مصادر المذاهب الإسلامية الأخرى
- (٣١) إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، ج١، بيروت، ٢٠٠٥.
- (٣٢) عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتب العلمية، ج٤، بيروت، ١٩٩٧.
- (٣٣) علي بن أبي علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده، ميدان الأزهر - مصر، ١٩٦٨.
- (٣٤) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧.
- (٣٥) محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥.
- (٣٦) محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، ج١، بيروت، ٢٠٠٠.
- (٣٧) محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.
- (٣٨) محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥.
- (٣٩) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ١٩٩٨.
- (٤٠) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط٣، ج٤، دمشق، ١٩٨٩.