

أساس القوة الملزمة للعقد من حيث موضوعه  
في  
الفقه الإسلامي المقارن

(دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الإسلامية الأربعة)



الإسلامية الغراء، قد شرعت لتحقيق غايات يجب أن تكون متوافقة مع مقاصد الشرع، وبالتالي وتحقيقاً للعدالة العقدية<sup>١</sup>، ونزولاً عليها؛ فإن كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصودة يُعد باطلاً<sup>١١</sup>.

فلقد حرصت الشريعة الإسلامية منذ بزوغ فجرها على حماية جميع الناس، ومن ذلك حماية الطرف الضعيف في الروابط التعاقدية<sup>١٢</sup>، وذلك عن طريق تحريم الربا، والغبن<sup>١٣</sup>، والغش<sup>١٤</sup>، والتدليس، والنهي عن التطفيف في الكيل والموازن، وكذا تحريم الاحتكار<sup>١٥</sup>، وعدم التلاعب في الأسعار<sup>١٦</sup>، كما أنها أمرت المتعاقد بتنفيذ تعاقده بحسن نية وبدون مراوغة<sup>١٧</sup>، أو مماطلة<sup>١٨</sup>؛ فالشريعة الإسلامية - والحال هذه - قد أكدت على فكرة التوازن العقدي، سواء في مرحلة التعاقد، أو عند تنفيذ العقد، وذلك نزولاً على أعمال وتحقيق العدل والإنصاف<sup>١٩</sup>؛ ومن ثم عدم وجود اختلال في المراكز القانونية والواقعية بين المتعاقدين. ولعل هذا التوازن لم تظن إليه القوانين الوضعية إلا في وقت متأخر<sup>٢٠</sup>؛ فأصول الشريعة القانونية اللاتينية (القانون الروماني) على سبيل المثال، لم تعرف فكرة العدالة العقدية إلا في وقت متأخر<sup>٢١</sup>، بل ومتأخر جداً<sup>٢٢</sup>، ولذلك كانت هناك أزمة في العدالة التعاقدية عند الرومان<sup>٢٣</sup>؛ ولعل هذا يُعد أحد البراهين التي تؤكد على أن الفقه الإسلامي لم يتأثر بالقانون الروماني في أي وقت من الأوقات، كما يروج - بدون وجه حق - البعض من المستشرقين في بلاد الغرب<sup>٢٤</sup>.

- ١٩٧٣م، ص ٥٩ وما بعدها؛ هذا؛ وقد أوضح سعادته أن للمصلحة الشرعية ضوابط؛ منها: عدم مخالفتها للكتاب أو السنة أو القياس، وإنراجها في مقاصد الشرع، وعدم نفوتها مصلحة أهم منها أو مساوية لها؛ راجع: ذات المؤلف، ص ١١٣ وما بعدها.
- ١٠ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد المنعم جلال محمد المحبوب، الوسائل التشريعية لحماية التعاقد في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٨٠م، ص ١٠ وما بعدها.
- ١١ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، المعروف بالعزيز بن عبد السلام، القواعد الكبرى الموسوم بـ قواعد الأحكام في إصلاح الأئام، دار القلم، دمشق ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ج ٢، ص ١٦١ وما بعدها.
- ١٢ لقد أنكرت الشريعة الإسلامية الغراء المحتكرين للسلع بسوء المصير؛ مزيداً من التفاصيل حول محاربة الإسلام للاحتكار؛ راجع: د. محمد سلام مذكور، الاحتكار وموقف التشريع الإسلامي منه، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد رقم (١٣) السنة (٣٦) سبتمبر ١٩٦٦م، القاهرة ١٩٦٦م، ص ٤٦٥ وما بعدها. د. رمضان السيد علي الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٧٥ وما بعدها. د. محمد مهدي شمس الدين، الاحتكار في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الموسوعة الجامعية، بيروت ١٩٩٠م، ص ١٨٦ وما بعدها. د. أسامة السيد عبد السمیع، الاحتكار في ميزان الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٧م، ص ٥ وما بعدها. د. محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١١م، ص ٨٠ وما بعدها.
- ١٣ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: الشيخ سلمان بن محمد النشوان، حكم الغبن وأثره على العقد، مجلة العدل، العدد رقم (٢٣)، رجب ١٤٢٥هـ، الرياض ١٤٢٥م، ص ٨٠ وما بعدها.
- ١٤ مزيداً من التفاصيل عن موقف الإسلام من الغش في المعاملات والتجارة؛ راجع: د. عبد الله بن ناصر السلمي، الغش وأثره في العقود، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ج ١، ص ٥١ وما بعدها.
- ١٥ لقد أنكرت الشريعة الإسلامية الغراء المحتكرين للسلع بسوء المصير؛ مزيداً من التفاصيل حول محاربة الإسلام للاحتكار؛ راجع: د. محمد سلام مذكور، الاحتكار وموقف التشريع الإسلامي منه، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد رقم (١٣) السنة (٣٦) سبتمبر ١٩٦٦م، القاهرة ١٩٦٦م، ص ٤٦٥ وما بعدها. د. رمضان السيد علي الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٧٥ وما بعدها. د. محمد مهدي شمس الدين، الاحتكار في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الموسوعة الجامعية، بيروت ١٩٩٠م، ص ١٨٦ وما بعدها. د. أسامة السيد عبد السمیع، الاحتكار في ميزان الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٧م، ص ٥ وما بعدها. د. محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١١م، ص ٨٠ وما بعدها.
- ١٦ راجع: د. أحمد صالح مخلوف، حماية المستهلك في النظام السعودي، دراسات قانونية في الأنظمة التجارية السعودية، مكتبة العالم العربي، الرياض ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م، ص ١٥٨ وما بعدها. د. محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٠٤. د. عبد العزيز القصير، الحماية الجنائية للمستهلك في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٨ وما بعدها.
- ١٧ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الكويت ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، ص ٢١ وما بعدها.
- ١٨ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. سليمان بن عبد الله القصير، أحكام الدين (دراسة حديثة فقهية)، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص ٢٩٩ وما بعدها؛ بل إن الأكثر من ذلك أن الشريعة الإسلامية دعت إلى أخلاق يجب أن يتحلى بها الدائن؛ كان يكون سمحاً في طلب الدين من المدين؛ راجع: نفس المرجع، ص ٥٣١ وما بعدها؛ كما دعت المدين أن يحسن قضاء الدين، راجع: نفس المرجع، ص ٥٨٦ وما بعدها.
- ١٩ لعله من التفاصيل أن الإصناف يندرج تحت ظلال الأخلاق الاجتماعية؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. نعيم عطية، القانون والقيم الاجتماعية، دراسة في الفلسفة القانونية، الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة ١٩٧١م. د. السيد العربي حسن، العدل والإنصاف، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠م، ص ٣٣ وما بعدها.
- ٢٠ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد عبد الغريب، الحماية الجنائية للنظام العام في العقود المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٧م، ص ١٠ وما بعدها. د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤م، ص ٥ وما بعدها. د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦م، ص ١٠ وما بعدها. د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨م، ص ٥ وما بعدها. د. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت ٢٠٠٧م، ص ٥ وما بعدها. د. أحمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ٣٥٣ وما بعدها. د. عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسئولية المنتج، مرجع سابق، ص ٢٣ وما بعدها. د. أيمن سعد سليم، الشروط التصفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١م، ص ١٠ وما بعدها. د. منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٣م، ص ٥ وما بعدها. د. محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٥م، ص ١٠ وما بعدها. د. سه نكر ر علي رسول، حماية المستهلك وأحكامه، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠١٦م، ص ٧ وما بعدها.
- ٢١ مزيداً من التفاصيل حول العدالة عند الرومان؛ راجع: د. علي حافظ، أساس العدالة في القانون الروماني، الطبعة الأولى، منشورات لجنة البيان العربي، القاهرة ١٩٥١م، ص ١ وما بعدها.
- ٢٢ كان القانون الروماني يفصل بين القانون والأخلاق، ولهذا لم يكن هناك حماية للطرف الضعيف في العقد، كما أنه لم يعترف بقاعدة التعادل في الالتزامات بين العاقدين؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. صوفي حسن أبو طالب، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، مكتبة نهضة مصر، القاهرة ١٩٩٤م، ص ١٢٨ وما بعدها.
- ٢٣ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد محسوب عبد المجيد، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠م، ص ٧ وما بعدها.
- ٢٤ مزيداً من التفاصيل حول هذا الإدعاء الوهن والرد عليه وبخضه؛ راجع: د. صوفي حسن أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦م، ص ٢٤٥ وما بعدها. د. عادل مصطفى بسيوني، العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأوروبية، منشورات اليونيسكو، المجلد الأول (التشريع الإسلامي والنظ القانونية الوضعية) القاهرة ١٩٧٨م، ص ٧ وما بعدها. د. عصمت عبد المجيد بكر، أصالة الفقه الإسلامي، دراسة في العلاقة بين الفقه الإسلامي والقوانين القديمة، بدون ناشر، بغداد ٢٠٠٩م، ص ٥ وما بعدها.

والواقع أن العدالة التعاقدية في القانون الوضعي الحديث والمعاصر، لم تكتمل أطرها حتى الآن<sup>٢٥</sup>؛ ولهذا تسعى التشريعات الوضعية المقارنة جاهدة، سواء أكانت تنتمي للفكر القانون اللاتيني، أو للفكر القانوني الأنجلوسكسوني، أو لغيرهما من الفكر القانوني، إلى محاولة تأطير قواعد قانونية خاصة لحماية المخاطبين بأحكام القانون<sup>٢٦</sup>، حتى لا يكون هناك اختلال في المراكز الواقعية للمتعاقدين<sup>٢٧</sup>، ومن ثم يقع أحد المتعاقدين فريسة للآخر<sup>٢٨</sup>، ولعل هذا يُعد اعترافاً بأن القواعد القانونية الموضوعية أو الإجرائية الوضعية القائمة لا تصبغ الحماية القانونية العادلة والكاملة للمتعاقدين<sup>٢٩</sup>، ولذلك فإنه يمكن القول بأنها لا تشكل توازناً تعاقدياً بين العاقدين<sup>٣٠</sup>. كما أن المشرع قد يقرر الحماية، إلا أن أحد العاقدين قد يسعى إلى الإخلال بالموازين التي يرمي القانون إلى ترسيخها عن طريق الالتفاف على ما قرره المشرع<sup>٣١</sup>.

**ثالثاً: الأمن التعاقد في الإسلام:** تحرص التشريعات القانونية الوضعية، التي تنتمي إلى كافة الشرائع أو العوائل القانونية في العصر الحديث<sup>٣٢</sup>، إلى محاولة إيجاد نوع من الأمن القانوني للمتعاقدين، وذلك عن طريق وسائل كثيرة أبرزها ما يسمى بالثبوت التشريعي، وتدخل الدولة في العقد لسبب أو لآخر لاعتبارات المصلحة العامة على سبيل المثال، فالعقد في الوقت الراهن يُعد أداة للتبادل الاقتصادي<sup>٣٣</sup>.

بيد أن هذا التدخل أصبح ملحوظاً وله تطبيقات كثيرة نزولاً على التغيرات التي تحدث في المجتمعات؛ ولهذا فإن مفهوم العقد في الفكر الغربي لم يثبت على وتيرة واحدة<sup>٣٤</sup>، بل هو مفهوم متغير؛ فتارة يتم إعلاء مصلحة الفرد على مصلحة الجماعة، وتارة أخرى، يتم إعلاء مصلحة الجماعة على حساب الفرد، وتارة ثالثة، يتم إجراء توازن بين المصلحتين؛ أما الوضع في الشريعة الإسلامية؛ فهو ثابت ولا يتغير، ومن ثم فإن مفهوم العقد يُعد واحداً منذ بزوغ فجر الإسلام وحتى الآن؛ ولهذا فإن الاستقرار أو الأمن العقدي لأطراف العقد كان، وما زال، وسيظل - بفضل الله - موجوداً إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها<sup>٣٥</sup>؛ ولعل هذا مرده إلى عدة اعتبارات منها: أن العقد الصحيح النافذ يرتب آثاره من قبل الشرع<sup>٣٦</sup>، وأن الإسلام يدعو

<sup>٢٥</sup> ولعل الدليل على ذلك أن فكرة الثمن العادل لم تتبلور في الفكر القانوني الوضعي - في تقديره - حتى الآن؛ راجع في فكرة الثمن العادل: - د. حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق ص ٨٧ وما بعدها. كما يمكن أن يستدل على ذلك أيضاً بعدم التوازن العقدي في مجال التأمين؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. مدحت محمد محمود عبد العال، اختلال التوازن العقدي بين التزامات طرفي التأمين، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠١٠م، ص ٣ وما بعدها.

<sup>٢٦</sup> من المعلوم أن هناك بعض العقود يغيب عنها عنصر التفاوض؛ حيث يفرض صاحب الخدمة على من يريد التعاقد معه عقداً لا يتفاوض في شأنه، بل دوره فقط أن يقبل العقد كاملاً، أو أن يرفض التعاقد؛ وهذا النوع يسمى بعقود الإذعان؛ وهي عقد تكون الغلبة فيها لإرادة واحدة هي إرادة الطرف القوي؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد حسن عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقديّة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨م، ص ٣٠ وما بعدها. - د. سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨م، ص ٢٦ وما بعدها. - د. رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ٢٠٠٠م، ص ١٧٧ وما بعدها. - د. خالد جمال أحمد حسن، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣م، ص ١٤٨ وما بعدها. - د. نواف حازم خالد، مدى الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العقد، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد رقم (١) المجلد رقم (١٢)، العراق ٢٠٠٥م، ص ١٧ وما بعدها. - د. أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار كنوز أشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض ٢٠١٠م، ص ٤٥ وما بعدها.

<sup>٢٧</sup> تُعد العدالة العصر المنشا لما سيكون قانوناً، أو ما سيكون عقداً؛ ويلوغ العدالة غالباً يجب أن يرنو إليها كل قانون وضعي؛ للمزيد؛ راجع: د. أحمد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، المجلة الاقتصادية القانونية، كلية الحقوق بجامعة الزقازيق، العدد رقم (١) عام ١٩٨٦م، ص ١١٦. - د. محمود سلام زنتاني، طبيعة القانون ووظائفه، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، القاهرة ١٩٩٣م، ج ١، ص ٣٢. - د. محمد محسوب، أزمة العدالة ..، مرجع سابق، ص ١٩.

<sup>٢٨</sup> راجع: د. عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، العراق ١٩٧٨م، ص ١٩٣. - د. أحمد عبد العال أبو قرين، نحو قانون لحماية المستهلك، منشورات مركز البحوث بكلية العلوم الإدارية بجامعة الملك سعود، الرياض ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ص ١ وما بعدها. - د. عامر قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني المقارن، دار الثقافة للنشر، عمان ٢٠٠٢م، ص ٣ وما بعدها. - د. إيمان مأمون أحمد سليمان، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة المنصورة، ٢٠٠٥/٢٠٠٦م، ص ١١٦ وما بعدها، حيث أشارت في هذا الموضوع إلى القواعد القانونية المقررة في القانون المقارن لحماية المستهلك الإلكتروني. وللمزيد من التفاصيل حول الحماية من الإعلانات المضللة والكاذبة؛ ومفادها وضع السلعة في صورة تفوق قيمتها الحقيقية غير إعلان؛ راجع: د. أحمد السعيد الزقرد، الحماية المدنية من العداية التجارية المضللة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٧م، ص ٧ وما بعدها. - د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقديّة للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ٤٥ وما بعدها.

<sup>٢٩</sup> يرى البعض من الفقهاء أن الإفراط في العدالة في القانون الوضعي قد يؤدي إلى لا عدالة؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. بومدين بوزيد، فلسفة العدالة في عصر العولمة، الطبعة الأولى، دار العربية للعلوم، بيروت ٢٠٠٩م، ص ٤٩ وما بعدها.

<sup>٣٠</sup> راجع: د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٦م، ص ٢، وكذلك ص ٧. - د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقديّة للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، مرجع سابق، ص ١٥ وما بعدها. - د. محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٦.

<sup>٣١</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المحجفة فيها، مجلة الحقوق الكويتية، العددان الأول والثاني، السنة (١٦)، الكويت ١٩٩٢م، ص ٢٤٢ وما بعدها.

<sup>٣٢</sup> يسود العالم المعاصر عدة شرائع قانونية؛ أبرزها ثلاث شرائع رئيسية، هي: الشريعة الإسلامية، الشريعة اللاتينية، والشريعة الإنجلوسكسونية؛ وتتميز الشريعة الإسلامية بأنها تستمد أصول أحكامها من مصدر سماوي، ويغلب على أحكامها النزعة الموضوعية. وتتميز الشريعة اللاتينية، بأنها ذات أصل روماني مشترك، ويغلب القانون المكتوب فيها، وتغلبها للنزعة الشخصية. أما الشريعة الإنجلوسكسونية؛ فإنها ترجع من حيث أصلها إلى تقاليد القبائل الإنجلوسكسونية؛ وهو اسم مركب لنوعين من قبائل الجرمان هما: قبيلة أنجلو، وقبيلة سوكونس، وقبائل النورمان، وهي تعتمد في تطورها على القضاء (السوابق القضائية)؛ مزيداً من التفاصيل حول الشرائع القانونية السائدة في العصر المعاصر؛ راجع: د. عبد المنعم البردوي، أصول القانون المدني المقارن، مطبع دار الكتاب العربي، القاهرة ١٩٥٩م، ص ٢٩٦ وما بعدها. - د. عبد الرحمن البراز، مبادئ القانون المقارن، الطبعة الثانية، الكويت ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، ص ١٢١ وما بعدها. - د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٠م، ص ١٩٢ وما بعدها. - مزيداً من التفاصيل حول القانون الإنجليزي بصفة عامة؛ راجع: د. محمد محمد بدران، القانون الإنجليزي: دراسة في تطوره التاريخي، ومصادره القانونية، وانعكاساتها على التفرقة بين القانونين العام والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩م. - مزيداً من التفاصيل عن مفهوم السوابق القضائية بوصف كونها أحد منطلقات الفكر القانوني الأنجلوسكسوني؛ راجع: د. حسن عبد الحميد، قاعدة السابقة القضائية في النظم القانونية الأنجلوأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣م، ص ٥ وما بعدها.

<sup>٣٣</sup> راجع: د. محمد محسوب، أزمة العدالة ...، مرجع سابق، ص ٢١٦. - د. محمد علي عيده، نظرية السبب في القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٤م، ص ٣٧.

<sup>٣٤</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع:

- M. VILLEY, préface historique a L'étude des nations du contrat, A.P.D., Paris, 1968. PP. 3 et SS.

<sup>٣٥</sup> يعتبر مقصد الاستقرار أحد المقاصد الشرعية في الشريعة الإسلامية الغراء؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز أبو حبيب الشثري، مقاصد الشريعة، الطبعة الأولى، دار كنوز أشبيلية، الرياض ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م، ص ٣٠١ وما بعدها.

<sup>٣٦</sup> راجع: د. محمد سراج، نظرية العقد والتصف في استعمال الحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠١٢م، ص ٢٦٣ وما بعدها.

دوماً إلى ضرورة التضامن الاجتماعي، وهذا التضامن يُعد ولا شك ضرورياً لتحقيق الاستقرار والأمن القانوني<sup>٣٧</sup>.

**رابعاً: تأسيس نظرية العقود في الشريعة الإسلامية على كل من: المبادئ العامة، والقواعد الكلية: الواقع** أنه لا توجد نظرية عامة للعقود في الشريعة الإسلامية، ولعل ذلك مرده إلى أن الفقه الإسلامي - في كل أدواره - كان فقهاً عملياً وتحليلياً، وابتعد كل البعد عن التنظير والتركيب، ولهذا تناول فقهاء الإسلام العقود المختلفة عقداً تلو الآخر<sup>٣٨</sup>؛ بمعنى بيان كل عقد على استقلال دون وضع القواسم المشتركة بين كافة العقود في إطار ما يسمى بالنظرية العامة<sup>٣٩</sup>.

وعلى الرغم من عدم وجود نظرية عامة للعقود في الشريعة الإسلامية؛ إلا أن الفقهاء من المعاصرين قد استطاعوا من خلال الغوص في أصول أمهات كتب المذاهب الأربعة، والتي تُعد معيناً لا ينضب<sup>٤٠</sup>، استخلاص الأطر العامة للعقود<sup>٤١</sup>؛ سواء أكانت عقود متعارف عليها (مسماة)، أو عقود مستحدثة (غير مسماة)، استلزم وجودها نوازل جديدة<sup>٤٢</sup>، وهذه العقود المستحدثة لها ضوابط محددة، حتى لا تخرج عن مقتضيات الشرع الحنيف وأصوله<sup>٤٣</sup>، وهذا يُعد اجتهاداً لمواجهة ما يطرأ على الأمة من مستحدثات ونوازل، ولا صعوبة في ذلك لأن ديننا الخاتم قد رفع عنا الحرج في الاجتهاد النافع؛ حيث قال جل شأنه: "وما جعل عليكم في الدين من حرج<sup>٤٤</sup>"، كما قال جل شأنه في معرض التيسير على الأمة: "ويريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر<sup>٤٥</sup>".

والجدير بالذكر - في هذا السياق - أن فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية الغراء؛ ومن ذلك فقه العقود؛ يُعد ذو مصدر رباتياً<sup>٤٦</sup>، ويقوم في تشريعه على أساس المبادئ العامة والقواعد الكلية<sup>٤٧</sup>، التي يتحقق من خلالها مقاصد الشرع<sup>٤٨</sup>، ومن ثم تكون هذه المعاملات محلاً للاجتهاد الفقهي المقيد بالضوابط الشرعية<sup>٤٩</sup>؛ وهذا يُعد من قبيل رحمة الخالق البارئ بالناس؛ مع مراعاة أن فقه المعاملات مبني في مجمله على مراعاة العلل والمصالح<sup>٥٠</sup>، ومن هذه المصالح - ولا شك - حفظ المال، وعدم أكل أموال الناس بالباطل، كما أن هذا الفقه يتسم بالثبات، حيال بعض الأحكام؛ مثل التراضي في العقود، والوفاء بالعهود، وتحريم الربا والغش، ومراعاة البعد الأخلاقي في العقود<sup>٥١</sup>؛ كما يتسم - في ذات الوقت - بالمرونة<sup>٥٢</sup>، لمجابهة المتغيرات

<sup>٣٧</sup> راجع: د. محمد السيد إسماعيل حسنين بركات، مقارنة بين بعض فلاسفة الوضعية القانونية في الفكر الأوربي وبعض فلاسفة الإسلام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة ٢٠٠٥م، ص ٢١، وكذلك ص ٣٤. د. زايد أحمد رجب البشبيشي، طرق التعبير عن الإرادة في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٦٦. <sup>٣٨</sup> د. محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، القاهرة ١٣٧٢هـ - ١٩٥٣م، ص ٢٤-٢٦. أ. خيرى السيد حسن بركات، الإضافة في العقود والتصرفات بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٨٤م، ص ٢٦. والواقع أن عقد البيع يعد النموذج العام للعقود في الفقه الإسلامي، ولهذا يتم أخذ بعض الحلول منه لتطبيقها على العقود الأخرى، شريطة ألا تتعارض هذه الحلول مع طبيعة العقد المراد تطبيق الحل الوارد في عقد البيع عليه.

<sup>٣٩</sup> النظريات هي المفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً، ودراسة هذه النظريات، تنمي ملكات الباحث القانونية، من جهة، وتجمع شتات الأفكار المتناثرة، من جهة أخرى، راجع: د. محمد سلام مذکور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته، دار الكتاب الحديث، الكويت، بدون تاريخ، ص ١٩٤. <sup>٤٠</sup> يمثل الفقه الإسلامي الجانب العملي لرسالة الإسلام؛ راجع: د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة ومداه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد رقم (١٦)، الجزء الثاني، طنطا ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص ٦٥٧. <sup>٤١</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد العزيز الخياط، نظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي، منشورات المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية، عمان ١٩٩٤م، ص ٥ وما بعدها.

<sup>٤٢</sup> التوازل جمع نازلة، وهي تطلق في اللغة غالباً على أحد معنيين: الأول: هبط أو حل في المكان، والمعنى الثاني: المصيبة الشديدة؛ راجع: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ج ٥، ص ٤٠٤. أما في الاصطلاح؛ فمعناها الحادثة التي تحتاج إلى حكم شرعي؛ راجع: د. محمد رواس قلعجي، د. حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، الطبعة الثانية دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ص ٤٧١.

<sup>٤٣</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الستار أبو غدة، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، منشورات بيت التمويل الكويتي، الكويت ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ص ٨ وما بعدها. - د. محمد الأمين مصطفى أبو شقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، الطبعة الثانية، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة المملكة العربية السعودية ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ص ٥ وما بعدها. - د. علي محي الدين القرعة داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ص ٥ وما بعدها.

<sup>٤٤</sup> الآية رقم (٧٨) من سورة الحج. <sup>٤٥</sup> الآية رقم (١٨٥) من سورة البقرة.

<sup>٤٦</sup> عكس ذلك راجع: د. مسعد قطب، الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقود ومدى اعتناق الفقه الإسلامي له، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، المجلد رقم (٣١) العدد الأول والثاني، القاهرة ١٩٨٩م، ص ١٣٦؛ حيث يرى مسعدته مع آخرين أن مسائل المعاملات التي تتعلق بالعلاقات الاقتصادية والاجتماعية فيما بين الأفراد، يفقد فيها القانون الإسلامي صفته الدينية المقدسة، حيث هذه المعاملات قد شيدتها الفقهاء. وراجع في هذا الرأي - أيضاً - د. محمد الشقنقيري في بحث له باللغة الفرنسية: M. ELSHAKANKIRI, Loi divine, Loi humaine et droit dans L'histoire juridiques de L'Islam, R.H.D.F.E, Juin 1980, PP. 179 et SS.

<sup>٤٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن ١٤١٨هـ - ١٩٨٨م، ص ١٦ وما بعدها. - د. أسامة أحمد عبد الحميد لولو، الأحكام الفقهية في العقود والمعاملات المالية، الجزء الثاني، مكتبة المتنبي، الدمام ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م، ص ١١ وما بعدها. - د. محمد الشحات الجندي، شمولية الشريعة الإسلامية واستجابة أحكامها وقواعدها للتطور الحضاري، مجلة كلية الحقوق بجامعة طنطا (مجلة روح القوانين)، العدد الأول - ١٩٨٩م، ص ٢٠١ وما بعدها.

<sup>٤٨</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز أبو حبيب الشثري، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص ٢٨ وما بعدها، ص ٥٣ وما بعدها. <sup>٤٩</sup> يقول الإمام الشاطبي في هذا المضمار: "إن الواقع في الوجود لا تنحصر؛ فلا يصح دخوله تحت الأمانة المنحصرة، ولذلك احتجج إلى فتح باب الاجتهاد من القياس وغيره"؛ راجع: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ج ٤، ص ١٠٤.

<sup>٥٠</sup> لعله من المعلوم أن مراتب المصالح ثلاث؛ وهي: الضروريات، والحاجيات، والتحصينات؛ والمصالح عموماً على نوعين: الأول: المصالح المعترية، والمصالح الملقاة. <sup>٥١</sup> هذا البعد الأخلاقي ظل رديحاً طويلاً من الزمن بعيداً عن الحياة التشريعية لدى الغرب، لدرجة وصفها البعض من الفقهاء بأن هناك فصل عندهم بين القانون والأخلاق؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد محسوب، الخصام بين القانون والأخلاق في الفكر الغربي، الأصول التاريخية والأسس الفلسفية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥م، ص ١٣ وما بعدها. كما أن كل النظريات الوضعية بوصف كونها أحد التيارات في فلسفة القانون الوضعي تنبني كلها فرضية الانفصال بين القانون والأخلاق، فالقانون يجب ألا يتضمن عندهم في محتواه عناصر أخلاقية؛ راجع: روبرت ألكسي، فلسفة القانون، مفهوم القانون ومفهوم سريان القانون، الطبعة الأولى، ترجمة د. كامل فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٦م، ص ١٩.

<sup>٥٢</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، مرونة الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفاروق، القاهرة ٢٠٠٥م، ص ٧ وما بعدها.

والظروف والنوازل نزولاً على الأسس والقواعد الكلية التي تطوع تطويعاً لا يصطدم بحكم الشرع<sup>٥٣</sup>؛ ولهذا يمكن القول - وبثقة - إن الشريعة الإسلامية الغراء تتسم بالمرونة، ومن ثم فهي تُعد صالحة - كما يردد الفقهاء الأجلاء بحق - لكل زمان ومكان<sup>٥٤</sup>.

**خامساً: أساس القوة الملزمة للعقد في الفكر القانوني الوضعي:** ظل الالتزام العقدي يؤسس لفترات طويلة - في القانون الوضعي - سواء فيما يتعلق بنشوئه، أو ببيان مضمونه، أو آثاره على الإرادة العقدية<sup>٥٥</sup>، ولهذا كان أساس القوة الملزمة للعقد، سواء من حيث مضمونه، أو من حيث أشخاصه، مردها إلى الإرادة العقدية<sup>٥٦</sup>؛ تلك الإرادة التي كانت تركز - كقاعدة عامة - على مبدأ سلطان الإرادة<sup>٥٧</sup>، وهذا المبدأ يقوم - في الأساس - على أمرين معاً: الأول: قدرة الإرادة على إنشاء التصرفات القانونية، حتى ولو لم يكن القانون قد تولى تنظيمها (مبدأ الرضائية). والثاني: قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرفات القانونية أو تعديل ما نظمها القانون منها<sup>٥٨</sup> (مبدأ العقد شريعة المتعاقدين<sup>٥٩</sup>)؛ فوفقاً لهذا المبدأ تستطيع الإرادة أن تنشأ العقد، من جهة<sup>٦٠</sup>، وتعديل من آثاره من جهة أخرى<sup>٦١</sup>، وذلك دون أي تدخل من قبل الدولة في ظل سيادة المذهب الفردي<sup>٦٢</sup>. وهذا التعديل في الآثار قد يكون بالزيادة أو بالنقصان؛ كما هو الحال مثلاً في عقود التأمين؛ إذ يجوز للمتعاقدين إسقاط التزام يرتبه القانون، كما يجوز لهما - أيضاً - تشديد التزام أو أكثر عما يقرره القانون<sup>٦٣</sup>. كما يكون للإرادة العقدية - فوق كل ذلك - القدرة على تحديد جهة حسم المنازعات التي يمكن أن تتولد عن العقد، بعيداً عن القضاء المختص بنظر المنازعات<sup>٦٤</sup>؛ كما هو الحال في اللجوء إلى التحكيم بدلاً من السلطة القضائية في الدولة.

<sup>٥٣</sup> راجع: د. بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الثاني، سلسلة المعرفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ١٩٩٦م، ص ٥٤٣.

<sup>٥٤</sup> راجع: الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، مرونة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٦٧.

<sup>٥٥</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٩م، ص ٧ وما بعدها. د. سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، دار الفكر العربي، بيروت ١٩٨٧م، ص ٣٥٩ وما بعدها.

وراجع كذلك: **LORRIERS. Le rôle de la volonté dans Les Contrats. Paris, 1944; P. 3 et SS**

<sup>٥٦</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة ١٩٤٥م، ص ١٠ وما بعدها. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر من مصادر الالتزام في القانونين المصري والإنجليزي المقارن، مرجع سابق، ص ٢٤ وما بعدها.

<sup>٥٧</sup> والواقع أن مبدأ سلطان الإرادة كان يقوم على جملة من المبررات؛ منها ما هو قانوني، ومنها ما هو فلسفي، ومنها ما هو أخلاقي، ومنها ما هو ديني، مزيداً من التفاصيل؛ راجع:

**G. AUGÉ: Le contrat et L'évolution Du consensualisme. In archive de philosophie de droit, Paris, 1968. PP. 101 et SS.- Y. RANOUIL: L'autonomie de la volonté naissance et évolution d'un concept, Paris, 1980. PP. 53 et SS.**

وراجع كذلك في شأن المبررات القانونية: د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٤م، ص ٤٢ وما بعدها. وفي خصوص المبررات الفلسفية؛ راجع: د. أحمد شحات أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، دار القانون، القاهرة ١٩٤٥م، ص ١٠ وما بعدها. وفي شأن المبررات الأخلاقية؛ راجع: د. محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨م، ص ٢٧ وما بعدها.

أ. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، الإسكندرية ٢٠٠٧م، ص ١١ وما بعدها. د. نواف حازم خالد، مدى الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العقد، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٢ وما بعدها.

<sup>٥٨</sup> يحل العقد - وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة - محل القانون في شأن حكم الروابط العقدية؛ ومن ثم يكون القانون الناظم للعقد هو إرادة المتعاقدين وليس النصوص القانونية؛ فالالتزام الناشئ من العقد يعادل في قوته الالتزام الناشئ من القانون؛ راجع: د. نواف حازم خالد، مدى الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العقد، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص ٢١ وما بعدها.

ببداً من ذلك لا ينبغي أن هناك فروق بين القانون، والإرادة العقدية، فإذا كان كلاً منهما يشعابهان من حيث الإلزام، حيث يُعد كلاً منهما ملزماً ويتربط على مخالفته توقيع جزاء مادي وحال من قبل السلطة العامة في الدولة، وأن كلاً منهما يجوز إغاثة بذات الطريقة التي جاء على أثرها؛ إلا أنهما يختلفان من عدة وجوه؛ منها: أن إلغاء القانون لا يكون على نفس منوال إلغاء العقد، وأنه لا يجوز أن يضمن العقد بنداً يخالف نص قانوني أمر، وأن تفسير القانون مسألة قانونية محضة، ومن ثم فإن هذا التفسير يخضع لرقابة المحكمة العليا في الدولة، أما مسألة تفسير العقد؛ فهي مسألة موضوعية، ومن ثم فإن قاضي الموضوع هو الذي يختص بها ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: أ. عبد الرحمن

زعل الشراعية، الضوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان ٢٠١٤م، ص ١٢ وما بعدها.

<sup>٥٩</sup> كانت القاعدة السائدة لفترات طويلة هي قاعدة: العقد شريعة المتعاقدين، بيد أن هذه القاعدة قد تدخل في ضبطها المشرع، بحيث أصبحت هذه القاعدة سائدة في الوقت الراهن بشرط أن يكون كل من المتعاقدين متكافئين ومتعادلين، أما إذا اختلفت قوة كل منهما عن الآخر في العقد؛ فإنه يجب تدخل المشرع؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة كلية الحقوق بالكويت، العدد رقم (٢) - السنة الثانية والعشرون، الكويت ١٩٩٨م، ص ٧٢٧.

<sup>٦٠</sup> لا يبدأ دور الإرادة العقدية منذ إنشاء العقد فحسب؛ بل قد يسبق الإنشاء مفاوضات للتعاقد، وهذه المفاوضات لها ولا شك قيمة قانونية، وتسمى لدى فقهاء القانون الوضعي بالمرحلة السابقة على التعاقد، أو بالعقود التمهيدية؛ مزيداً من التفاصيل حول العقود التمهيدية؛ راجع: د. يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، القاهرة ٢٠١٠م، ص ٥ وما بعدها.

<sup>٦١</sup> لمبدأ سلطان الإرادة عدة تعريفات؛ منها: "قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يترتب عليه من العقود، وعلى تحديد آثار العقود حسبما يريدان، عن طريق الشروط التي تغير في الآثار الموضوعية للعقد"؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عادل مصطفى يسوي، سلطان الإرادة في العصر الوسيط، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٧٦م، ص ١٥ وما بعدها.

<sup>٦٢</sup> د. الصديق محمد الأمين الضير، الفرغ في العقود في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي، جدة ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ص ٢١. د. السيد عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٩٦م، ص ١٤. د. عبد الرؤوف دباش، أ. حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية بجامعة محمد خيضر بسكرة، العدد رقم (٤٤)؛ يونيو ٢٠١٦م، الجزائر ٢٠١٦م، ص ٢٥٨.

<sup>٦٣</sup> لم يكن للدولة أي دور حيال التدخل في العقد في ظل سيادة المذهب الفردي، بل كان دورها محصوراً على حماية الحرية العقدية؛ ولهذا يمكن القول بأن الدولة كانت حيال العقود بمثابة الدولة الحارثة؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع في ذلك مؤلف د. نعمان جمعة باللغة الفرنسية:

**N. M. K. GOMAA, Théorie des sources de L'obligation, L.G.D.J, Paris, 1968, PP. 210 et SS.**

أما بعد أن ساد المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي وحل محل المذهب الفردي؛ فقد تدخلت الدولة في العقود بما يحقق التوازن بين المتعاقدين وحماية الطرف الضعيف؛ راجع في ذلك رسالة د. مجدي صبحي خليل باللغة الفرنسية:

**M. S. KHALIL, Le Dirigisme économique et les contrats, étude de Droit compare, France - Egypte, Thèse de doctorat, Paris, 1966, PP. 200 et SS.**

وراجع كذلك: **R. HUBER, Droit du contrat de travail et socialisation du Droit des contrats, Thèse de doctorat, Lille, 2005, PP. 98 et SS.**

<sup>٦٤</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد شكري سرور، سقوط الحق في الضمان، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٠م، ص ٢١ وما بعدها. د. ثروت عبد الحميد، حماية المستهلك في عقد التأمين، دراسة مقارنة، دار أم القرى للطباعة والنشر، المنصورة ١٩٩٩م، ص ٤٧ وما بعدها. د. محمد المرسي زهرة، أحكام عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٦م، ص ٤١. د. عبد فايد عبد الفتاح، أحكام عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥م، ص ٢٠٠ وما بعدها.

<sup>٦٥</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٦م، ص ٧ وما بعدها.

وقد ظل هذا المبدأ رديحاً طويلاً من الزمن سائداً بصورة واسعة النطاق في خصوص العلاقات التعاقدية<sup>٦٥</sup>، بيد أن هذا الأمر لم يدم على هذا المنوال، حيث أصبح هناك قيود مفروضة على هذا المبدأ<sup>٦٦</sup>، ومن ثم فقد تقلص دور الإرادة عما كانت عليه في ظل توجه هذا المبدأ<sup>٦٧</sup>؛ فلقد أصبح للعقد وظيفة اجتماعية لا يمكن إنكارها<sup>٦٨</sup>، وهذه القيود - في حقيقة الأمر - تُعد استثناءً من القاعدة العامة؛ وهي تزيد أو تنقص بحسب التوجه التشريعي لكل دولة<sup>٦٩</sup>، وبحسب التطورات السائدة في المجتمع، ومن أبرزها - ولا شك - التطورات الاقتصادية<sup>٧٠</sup>، تلك التطورات التي تُعد متلاحقة ومتزايدة في الوقت المعاصر<sup>٧١</sup>، فهذه التطورات دعت الدولة إلى التدخل في العقود؛ ومن ثم لم يُعد العقد مقصوراً على إرادة العاقدین فحسب<sup>٧٢</sup>، بل أصبح متطلباً لإرادة عامة هي إرادة الدولة، وذلك لإيجاد التوازن العقدي<sup>٧٣</sup>، وتحقيق العدالة العقدية<sup>٧٤</sup>.

ولعل هذا ما دفع بعض فقهاء القانون المدني الوضعي العربي<sup>٧٥</sup>، إلى إطلاق مصطلح جديد على العقود ألا وهو عيمة العقد؛ فلقد أدرك المشرع في القانون الوضعي المقارن - والحال هذه - أن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة دون مراعاة لما يوجد بين المتعاقدين من فوارق واقعية متباينة يشكل اختلالاً بالعدالة التعاقدية<sup>٧٦</sup>؛ فمن العدالة بمكان أن ينظم القانون الوسائل التي تكفل حماية الطرف الضعيف من جور الطرف القوي<sup>٧٧</sup>، سواء في مجال العلاقات بين أفراد ينتمون لقانون واحد، أو حتى في مجال العلاقات الخاصة الدولية المشوبة بعنصر أجنبي<sup>٧٨</sup>، ولعل هذا ما دفع المشرع في القانون الوضعي المقارن للتدخل في تنظيم الكثير من العقود<sup>٧٩</sup>؛ كعقد العمل مثلاً<sup>٨٠</sup>؛ أو تقرير الإيجار على التعاقد<sup>٨١</sup>، أو الإيجار على عدم التعاقد<sup>٨٢</sup>، أو إعطاء

<sup>٦٥</sup> الواقع أن مبدأ سلطان الإرادة بصورته المطلقة مازال له انصار مؤيدة له، وفي المقابل هناك اتجاه مناهض لهذا المبدأ، ويقع بين هذا وذاك اتجاه وسط؛ ويسمى هذا الاتجاه الأخير بالاتجاه المعتدل؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. جميل محمد بنو بونس، دور الإرادة والشكل في إنشاء العقد وترتيب آثاره، مجلة إربد للبحوث والدراسات، المجلد رقم (١٥) - العدد الأول، عمان ٢٠١١م، ص ١١٩ وما بعدها.

<sup>٦٦</sup> يرى فقه القانون الوضعي أن لفكرة سلطان الإرادة طابع أخلاقي؛ لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع؛ راجع: د. محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، مرجع سابق، ص ١٢ وما بعدها.

<sup>٦٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: أ. حمدي محمد إسماعيل سلطح، العقود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤٢ وما بعدها.

<sup>٦٨</sup> أصبحت القوة الملزمة للعقد في الفكر القانوني الوضعي المعاصر لا تؤسس على الإرادة العقدية فحسب، بل باتت تؤسس - أيضاً - على أساس الوظيفة الاجتماعية للعقد؛ ومن ثم تحقيق العدالة الاجتماعية بين العاقدين؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. السيد العربي حسن، القانون والمجتمع، مدخل إلى علم الاجتماع القانوني عند "ماكس فيبر"، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥م، ص ١٩ وما بعدها. - د. عباس مبروك الغزيري، مدرسة الفقه القانوني الاجتماعي في الولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦م، ص ٢٥٨ وما بعدها. - د. حسين عبد الحميد رشوان، القانون والمجتمع، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ٢٠٠٣م، ص ٢٠ وما بعدها. - د. نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، الجزائر ٢٠١٣م، ص ١٠ وما بعدها.

<sup>٦٩</sup> أصبح من المسلم به الآن أن المشرع يتدخل في تحديد مضمون العقد؛ سواء بطريقة مباشرة، كما هو الحال في شأن تأطير القواعد القانونية لعقد العمل، أو بطريقة غير مباشرة؛ كما هو الحال في شأن إعطاء القاضي سلطة تقديرية في بعض الأمور لإعادة التوازن بين المتعاقدين؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. معداوي نجية، تحديد مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد العاشر - الجزائر عام ٢٠١٦م، ص ١١٤ وما بعدها.

<sup>٧٠</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، دار الهادي للطباعة، القاهرة ١٩٩٤م، ص ٥ وما بعدها.

<sup>٧١</sup> مزيداً من التفاصيل حول مبدأ سلطان الإرادة؛ راجع: د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي: النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٥م، ص ٥ وما بعدها. والواقع أن الفضل يعزى للفيلسوف الألماني "كانت" في شأن إعطاء الصيغة القانونية لمبدأ سلطان الإرادة، حيث قرر هذا الفيلسوف أن حرية الفرد هي حقه الأساسي، وأن كل التزام لا يكون قائماً على أساس هذه الحرية يكون منافياً للعدالة؛ راجع: د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، مرجع سابق، ص ١٧.

<sup>٧٢</sup> ولعل هذا مرده إلى أن اتجاه إرادة طرفي العقد إلى إحداث تغيير في حكم من أحكام العقد؛ كتغيير حكم من أحكام المسؤولية المدنية مثلاً، من شأنه أن يحدث صراعاً بين مبدأ سلطان الإرادة من جهة، والنظام القانوني في الدولة من جهة أخرى، مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمود جمال الدين زكي، اتفاقات المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد رقم (٣) السنة (٣٠)، القاهرة سبتمبر ١٩٦٠م، ص ٥٥٣. د. فوزية عبد العزيز طه الشامي، اتفاقات المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة والقانون المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ٢٠٠٠م، ص ٣٩ وما بعدها. - د. معداوي نجية، تحديد مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، مرجع سابق، ص ١١٣ وما بعدها.

<sup>٧٣</sup> يرى كل من أن استقلالية الإرادة لا يمكن أن تبرهن وحدها وبشكل كاف أساس القوة الملزمة للعقد؛ فالإرادة وإن كانت تلعب الدور الأكبر في تكوين العقد، إلا أن دورها يكاد يكون محدوداً في تحديد الزامية العقد، لأن القانون هو الذي يفرض تلك الإلزامية؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، مرجع سابق، ص ١١٢ وما بعدها.

<sup>٧٤</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. لاشين محمد الغياتي، عقود الإذعان في القانون المدني المصري وموقف الشريعة الإسلامية منه، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، فرع طنطا، العدد الأول ١٩٨٦م، ص ٤٣ وما بعدها. - د. محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٩٣م، ص ١١ وما بعدها. - د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، مرجع سابق، ص ٥ وما بعدها. - د. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التصفية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٩٧م، ص ١١ وما بعدها. - د. حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق، ص ٥ وما بعدها. - د. حسني محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ٢٠ وما بعدها. - د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ٩ وما بعدها. - د. أيمن سعد سليم، الشروط التصفية في العقود، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٠ وما بعدها. - د. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١م، ص ١٣ وما بعدها. - د. أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التصفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية، القاهرة ٢٠١٣م، ص ١٢ وما بعدها. - د. هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠١٤م، ص ١٢ وما بعدها.

<sup>٧٥</sup> راجع: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج ١، مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت ١٩٨٢م، ص ٢٦٧.

<sup>٧٦</sup> راجع: د. أحمد عبد العال أبو قرين، نحو قانون لحماية المستهلك، مرجع سابق، ص ١٠. - مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. إسماعيل محمد المحافري، الحماية القانونية لتدعيم الخبرة من الشروط التصفية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق الكويتية، المجلد رقم (٣٠) العدد رقم (٤) الكويت ديسمبر ٢٠٠٦م، ص ٢٦٧. - د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩م، ص ٥ وما بعدها.

<sup>٧٧</sup> راجع: د. عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، مرجع سابق، ص ١٩٣.

<sup>٧٨</sup> لطف من المناسب القول بأن اختيار القانون الواجب التطبيق في العلاقات الخاصة الدولية التي يحكمها القانون الدولي الخاص، بمعرفة أحد العاقدين قد يكون فيه إجحاف بحق الطرف الضعيف في الرابطة العقدية ذات العنصر الأجنبي؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠م، ص ٩١. - د. محمود محمد باقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٤م، ص ٧ وما بعدها. - د. خالد عبد الفتاح عمر خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٩م، ص ٧٥ وما بعدها.

<sup>٧٩</sup> ولعل أحدث التعديلات في هذا المضمار ما قام به المشرع الفرنسي من إجراء بعض التعديلات تحت مسمى الإصلاح في قانون العقود والإثبات، رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦م، والواقع أن هذا التدخل لا يمكن وصفه بأنه تحول أو تغيير جزئي، لأن المشرع الفرنسي قد حافظ على الكثير من الثوابت التي كانت موجودة وقائمة قبل هذا التدخل؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث، "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم (١٣١-٢٠١٦)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد رقم (١) السنة (٥) العدد التسلسلي رقم (٢١) - جمادي الآخرة - رجب ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م، ص ٢٣٩ وما بعدها.

سلطة للقاضي في تعديل مضمون العقد<sup>٨٣</sup>، وذلك لتدارك ما يشوب العقد من قصور، ويستكمل ما يعتره من نقص، ويكشف ما يحيط به من إبهام أو غموض<sup>٨٤</sup>؛ وسلطة القاضي هذه قد تظهر عند تكوين العقد كسلطته في رفع الغبن، والاستغلال<sup>٨٥</sup>، والحماية من الإذعان<sup>٨٦</sup>، كما قد تتجلى في أثناء تنفيذ العقد، كالرقابة على الشرط الجزائي<sup>٨٧</sup>، ومنح الأجل القضائي، وتعديل العقد بسبب القوة القاهرة<sup>٨٨</sup>؛ ولهذا يمكن القول بأن أساس القوة الملزمة للعقد في القانون الوضعي المقارن - في الوقت الراهن - لم تعد تؤسس على الإرادة العقدية وحدها<sup>٨٩</sup>، وذلك مرده إلى سيادة المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي<sup>٩٠</sup>، وفقد المذهب الفردي لقيمه الفلسفية والعملية<sup>٩١</sup>.

**سادساً: أساس القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي:** يخضع العقد بمعناه الخاص في الفقه الإسلامي من حيث إنشائه أو تكوينه إلى إرادة المتعاقدين، شريطة أن يكون العقد مشروعاً، أي لا يخالف مناهج الشرع؛ وبالتالي للإرادة العقدية - والحال هذه - دوراً بارزاً وملموساً في الشريعة الإسلامية الغراء<sup>٩٢</sup>؛ أما الآثار التي يربتها العقد؛ فهي - كقاعدة عامة - وبعبارة أكثر تحديداً ليست من شأن المتعاقدين - عند أغلب الفقهاء - بل هي تترتب على العقد بمجرد انعقاده صحيحاً، وبصورة آلية، لأن الشارع الحكيم هو الذي يترتب هذه الآثار<sup>٩٣</sup>؛ ومن ثم فإن دور الإرادة العقدية حيال الآثار التي تترتب على العقد - والحال كذلك - يُعد دوراً - عند غالبية الفقهاء - محدوداً للغاية؛ وهذا ما يسمى لدى فقهاء الإسلام - كما سنرى - بمبدأ جعلية آثار العقود.

بيد أن مبدأ جعلية آثار العقود يجب ألا يفهم منه - كما سنرى - أن الشريعة الإسلامية لم تعرف مبدأ سلطان الإرادة<sup>٩٤</sup>، إذ من الثابت أن هذه الشريعة الغراء - كما سنرى - قد عرفت هذا المبدأ منذ بزوغ فجر الإسلام، وقبل أن تعرفه الشرائع القانونية المختلفة<sup>٩٥</sup>، وذلك لأن مقومات هذا المبدأ متوافرة بكافة أبعادها؛ وهي تتمثل في: حرية الفرد في التعاقد من عدمه، وحرية الأفراد في تحديد شروط التعاقد، وأنه في حال الاختلاف حول تفسير بنود العقد؛ فإن القاضي يفسر العقد في ضوء عدة أمور من بينها النية المشتركة للمتعاقدين، كما أن الأفراد لديهم حرية في التعاقد بموجب العقود المسماة التي شملتها كتب الفقهاء القدامى،

<sup>٨٣</sup> يرى البعض من فقهاء القانون الوضعي أن ليس للإرادة دور كامل في عقد العمل؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، تدخل المشرع في علاقات العمل، مجلة القانون والاقتصاد، العدد رقم (٤) السنة رقم (٣٩)، القاهرة ١٩٧٢م، ص ٨٢٥ وما بعدها. د. محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"، مجلة الشريعة بجامعة دمشق، يوليو ٢٠١١م، ص ٢١٠. وراجع كذلك: د. أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٥٣.

- N. MEYER, L'ordre public en Droit du Travail, L. G. D. J. Paris, 2006, P. 4.

<sup>٨٤</sup> من تطبيقات الإيجاب على التعاقد في الفقه الإسلامي، إيجاب الشريك على الشيوخ على القسمة؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. صالح بن إبراهيم الجديعي، الإيجاب في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤١١هـ، ص ٣٢٦ وما بعدها. ومن صور الإيجاب القانوني على التعاقد - أيضاً - في القانون المقارن التأمين الإيجابي على السيارات أو المركبات.

<sup>٨٥</sup> على الرغم من أن الأصل والقاعدة أنه لا يجوز إجبار شخص على التعاقد، أو منعه من التعاقد؛ إلا أن المشرع لا يعتبر مبدئياً هذا الأصل؛ لحماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، أو حماية المصلحة العامة، مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. جلال علي العديوي، الإيجاب على المعاوضة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، ١٩٦٥م، ص ٤ وما بعدها. د. رضوان السيد راشد، الإيجاب على التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، عام ١٩٩٨م، ص ٨ وما بعدها، ص ١٦٠ وما بعدها. د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٧م، ص ٥ وما بعدها.

<sup>٨٦</sup> الأصل والقاعدة أنه وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وقوته الملزمة، لا يجوز للقاضي التدخل في العقد حتى ولو كان يدعوى تحقيق العدالة؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، القاهرة ١٩٩٠م، ص ١٢٤ وما بعدها.

<sup>٨٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مرجع سابق ص ٣٧ وما بعدها. د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، دور القاضي المدني في صنع القواعد القانونية أو الدور الخلاق للقاضي، مجلة العدالة، الإمارات العربية المتحدة، دبي ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، المجلد رقم (٦) العددان (١٨ - ١٩)، ص ٧٠ وما بعدها، ص ١٠٩ وما بعدها. د. راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، العراق ٢٠٠٠م، ص ١١٥ وما بعدها.

<sup>٨٨</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، الجزائر ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م، ص ٩٢ وما بعدها.

<sup>٨٩</sup> يرجع تقرير حماية القضاء لطرف المدعى أو الضعيف إلى الحد من إطلاق العمل بمبدأ سلطان الإرادة العقدية؛ راجع: د. نزيه كمال حماد، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة العدل، العدد رقم (٣٤)، الرياض ١٤٢٥هـ، ص ٥٢. كما يرى سعادت أن تسمية هذه العقود بعقود الإذعان لا تُعد تسمية دقيقة، لأن الإذعان فيه دلٌّ ومهانة، وبالتالي يرى تسمية هذه العقود بعقود الاضمام بدلاً من عقود الإذعان؛ راجع نفس المقالة، ص ٥٦.

<sup>٩٠</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد عبد الظاهر حسين، الدور المنهني للقاضي في إطار الروابط العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠م، ص ١٣٢ وما بعدها.

<sup>٩١</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٣٩ وما بعدها.

<sup>٩٢</sup> عكس ذلك راجع: د. محمد رياض دغمان، الزامية العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت ٢٠١٠م، ص ٥١-٥٠؛ حيث يرى سعادت أن الإرادة هي أساس الالتزام العقدي، وهي في الوقت نفسه الضمانة الكافية لتحقيق عدالة العقد، على أساس أن إرادة الشخص لا يمكن أن تتجه إلا لما فيه مصلحته.

<sup>٩٣</sup> راجع في ذلك:

- M. S. KHALIL, Le Dirigisme économique et les contrats, étude de Droit compare, op. cit., PP. 200 et SS.

وراجع كذلك:

- R. HUBER, Droit du contrat de travail et socialisation du Droit des contrats, op. cit, PP. 98 et SS.

<sup>٩٤</sup> راجع: د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر من مصادر الالتزام في القانونين المصري والإنجليزي المقارن، مرجع سابق، ص ٣٠.

<sup>٩٥</sup> مزيداً من التفاصيل حول دور الإرادة في الفقه الإسلامي؛ سواء على مستوى آراء الفقهاء، أو على مستوى أصول الفقه وكذا النزول على اعتبارات المصلحة والعرف؛ راجع: د. محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٤ وما بعدها.

<sup>٩٦</sup> راجع: د. محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠١٢م، ص ٢٦٣.

<sup>٩٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عادل مصطفى بسبوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم، العددان السابع والثامن، القاهرة ١٩٧٦م - ١٩٧٧م، ص ٢١٢ وما بعدها.

<sup>٩٨</sup> تعتبر الشريعة الإسلامية أقدم الشرائع القانونية في تقرير مبدأ سلطان الإرادة وتنظيمه وتنظيمه تنظيمياً بلغ شأواً عظيماً من الدقة، لدرجة يمكن معها القول بأن الشرائع القانونية لم تستطع مواكبة أو مجاراة هذا المبدأ كما جاء في شريعتنا الغراء؛ راجع: د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة ومداه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص ٦٦٠.

أو بموجب عقود مستحدثة تقتضيها المستجدات التي قد تطرأ على الأمة؛ شريطة ألا تخالف مقتضى الشرع.

والواقع أن أساس القوة الملزمة للعقد؛ سواء في الفقه الإسلامي، أو في القانون الوضعي، ينبثق تحت ظلاله مناقشة أمرين: الأول: أساس القوة الملزمة للعقد من حيث موضوعه<sup>٩٦</sup>، بمعنى إذا نشأ العقد صحيحاً؛ نافذاً، رتب الشارع عليه آثاره<sup>٩٧</sup>، ومن ثم فلا يجوز لطرف من أطرافه تعديل آثاره، أو إلغائه، أو فسخه<sup>٩٨</sup>؛ فالقوة الملزمة للعقد - والحال هذه - تعني في عبارة وجيزة وجوب تنفيذ كل طرف من أطراف العقد للالتزامات الواقعة على عاتقه، حتى يكون كل منهما بمنأى عن النزاع والشقاق<sup>٩٩</sup>. والثاني: أساس القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص، بمعنى هل يمكن أن يرتب العقد آثار بالنسبة لغير أطرافه؛ فالقاعدة العامة - كما هو معلوم - أن آثار العقد لا تتصرف إلا إلى كل من العاقدين وخلفهما العام، أو الخاص<sup>١٠٠</sup>؛ بيد أن هذه القاعدة ليست مطلقة، حيث يجوز استثناءً انصراف آثار العقد لغير هؤلاء؛ كما هو الحال في الاشتراط لمصلحة الغير<sup>١٠١</sup>، أو التعهد عن الغير<sup>١٠٢</sup>.

ولعله من المعلوم أن مبدأ أساس القوة الملزمة للعقد، سواء من حيث الموضوع، أو من حيث الأشخاص، ينبثق من مبدأ أعم وأشمل ألا وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين؛ وإعمال هذا المبدأ يعني أن أطراف الرابطة العقدية هم الذين يضعون القواعد القانونية التي تحكم عقدهم، شريطة ألا تخالف هذه القواعد الشريعة الإسلامية الغراء<sup>١٠٣</sup>، بوصف كونها النظام العام الذي يحكم علاقات المتعاقدين<sup>١٠٤</sup>، أو ما يعرف بالنظام العام والآداب العامة في القانون الوضعي<sup>١٠٥</sup>.

**سابعاً: أسبقية مبدأ الرضائية في الشريعة الإسلامية:** لم تعرف القوانين الوضعية مبدأ الرضائية في العقود إلا في وقت متأخر، وتحديدًا بعد ظهور الشريعة الإسلامية بقرون عديدة<sup>١٠٦</sup>، وقد يكون معرفة هذه القوانين لمبدأ الرضائية في سياقه الكامل مرده إلى تأثرها بالفقه الإسلامي، وبخاصة المذهب المالكي، الذي انتقل إلى أوروبا عبر بلاد الأندلس التي فتحها المسلمون، ولعل ما يؤكد ذلك تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي<sup>١٠٧</sup>، في الكثير من المواضع<sup>١٠٨</sup>، وإن كان واضعي هذا القانون يخفون هذه الحقيقة<sup>١٠٩</sup>.

**ثامناً: سيادة العقود الرضائية في الشريعة الإسلامية:** حيث إن الأحكام - كما هو معلوم - تُبنى على الغالب، وحيث إن الغالب في الشريعة الإسلامية يدعو إلى القول - وبثقة - أن العقود في هذه الشريعة تُعد عقوداً رضائية وتبتعد كل البعد عن اشتراط مراسم شكلية<sup>١١٠</sup> - كقاعدة عامة - إذ لا يُعرف من عقود شكلية في الفقه الإسلامي - كما سنرى - سوى عقدين فقط<sup>١١١</sup>؛ وهما: عقد الزواج لاشتراط الإسهاد فيه<sup>١١٢</sup>، والعقد

<sup>٩٦</sup> راجع: الشيخ أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الإسلامي، الطبعة الأولى دار الانصار، القاهرة ١٩٤٤م، ص ٢١٤.

<sup>٩٧</sup> راجع: د. محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

<sup>٩٨</sup> على الرغم من أن الأصل والقاعدة أنه لا يجوز تعديل العقد أو نقضه إلا باتفاق الطرفين، إلا أنه يجوز على سبيل الاستثناء لأحد المتعاقدين أو كليهما أن يستقل بنقض العقد، وذلك يكون مرده إما إلى اتفاق بين العاقدين، أو بناءً على نص في القانون، وهذا إن حدث فإنه يُعد استثناءً من مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ راجع: د. عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار الكتب القانونية، القاهرة ٢٠١٠م، ص ٣ وما بعدها؛ وص ٣٩ وما بعدها. د. محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، العدد الأول لسنة ٢٠١٠م، ص ٥٩ وما بعدها. د. علي ماجد صاحب، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، المجلد رقم (١٠) العدد رقم (٣٦)، ١١ أيار ٢٠١٥م، العراق ٢٠١٥م، ص ٥٧٣ وما بعدها.

<sup>٩٩</sup> راجع: الشيخ أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢١٤.

<sup>١٠٠</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. رضا متولي وهدان، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠١م، ص ١٠ وما بعدها. د. الهادي السعيد عرفه حسب النبي، أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٧٩م، ص ١١ وما بعدها.

<sup>١٠١</sup> د. عبد الحي حجازي، نظرات في الاشتراط لمصلحة الغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد رقم (١) لسنة ١٩٦٣م، القاهرة ١٩٦٣م، ص ٢٠ وما بعدها.

<sup>١٠٢</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمود عبد الرحيم الديب، مدى إلزام الغير بما لم يلتزم، دراسة مقارنة لفكرة التعهد عن الغير وإشكالاته، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ١٠ وما بعدها.

<sup>١٠٣</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الله مبروك النجار، توازن المراكز القانونية بين الحق والإلزام، الطبعة الثانية، دار الكتاب الجامعي، القاهرة ٢٠٠٤م، ص ٧ وما بعدها.

<sup>١٠٤</sup> راجع: د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة ومداه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص ٦٥٨.

<sup>١٠٥</sup> راجع: د. عادل مصطفى بسبوني، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، بحث منشور في مجموعة بحوث التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية، دراسة مقارنة، المجلد الأول، مطبوعات الهيئة المصرية العامة للكتاب، إشراف مركز تبادل القيم الثقافية بالشعبة القومية للتربية والعلوم الثقافية باليونيسكو، القاهرة ١٩٨٠م، ص ١٢٦. د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥م، ص ٩.

<sup>١٠٦</sup> راجع: د. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، الطبعة الأولى، ج ١، منشورات المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤١٣هـ - ١٩٩٩م، ص ٤٠.

<sup>١٠٧</sup> يرى البعض أن مختصر خليل الفقيه المالكي يُعد النواة الحقيقية للقانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤م، راجع في ذلك: د. عبد السلام أحمد فيفو، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي، مجلة الحقوق، العدد رقم (١٤)، مطبعة دار الأفاق المغربية، المغرب ٢٠١٣م، ص ٢١ وما بعدها.

<sup>١٠٨</sup> مزيداً من التفاصيل حيال هذا الموضوع؛ راجع: د. صبري حمد خاطر، أثر أحكام الشريعة الإسلامية في التشريعات الغربية، مجلة دراسات قانونية (بيت الحكمة) العدد الأول، السنة الثانية، بغداد ٢٠٠٠م، ص ٥٦ وما بعدها. - الشيخ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والمدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، الطبعة الثانية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م. د. بن خدة حمزة، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي، العقد نموذجاً، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر ٢٠١٧م، ص ٣٥ وما بعدها.

<sup>١٠٩</sup> راجع: د. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، ج ١، مكتبة وهبة، القاهرة ١٩٨٩م، ص ١٩.

<sup>١١٠</sup> يرى البعض من الفقهاء - على غير وجه حق في نظرنا - أن العقود في الفقه الإسلامي كانت تتسم بشكلية خاصة تسمى الشكلية اللفظية، ومن ثم فإن العقد لا ينعقد - وفقاً لهذا الرأي - إلا إذا تم النطق بكلمات محددة؛ راجع في هذا الرأي:

العيني<sup>١١٣</sup>، لاشتراط القبض لتمامه<sup>١١٤</sup>، ومن ثم فإن اعتبار القبض - على هذا النحو - ركناً فيه<sup>١١٥</sup>؛ كما أن الفقه الإسلامي - كما سنرى - يحرص على وجود الرضا الكامل لانعقاد العقد وليس الرضا الكافي فقط<sup>١١٦</sup>، والدليل على ذلك وجود خيارات عديدة؛ كخيار التعيين، وخيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب.

**تاسعاً: التحويل التام على مبدأ حسن النية في العقود لدى الفقه الإسلامي:** تقوم العقود في الشريعة الإسلامية الغراء على جملة من المبادئ الأخلاقية، ومن ضمن هذه المبادئ مبدأ مهم للغاية، ألا وهو مبدأ حسن النية، وهذا المبدأ يُعد ركيزة أساسية من ركائز التعاقد عند فقهاء الإسلام، وإعمال هذا المبدأ - في شريعتنا الغراء - ليس مقصوراً على إحدى مراحل التعاقد فحسب، بل يشمل كافة مراحل العملية التعاقدية<sup>١١٧</sup>: بدءاً من التفاوض ومروراً بالتعاقد، وانتهاءً بتنفيذ العقد<sup>١١٨</sup>.

وعلى الرغم من أن أغلب التشريعات الوضعية<sup>١١٩</sup>، تعتمد الآن على مبدأ حسن النية في التصرفات<sup>١٢٠</sup>؛ على اعتبار أن حسن النية يُعد أحد موجبات القوة الملزمة للعقد<sup>١٢١</sup>، إلا أن مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية يُعد أوسع نطاقاً وأكثر عمقاً من هذه التشريعات<sup>١٢٢</sup>، لأن هذا المبدأ يطال العقود في الفقه الإسلامي بكافة أنواعها<sup>١٢٣</sup>، وفي كافة مراحلها<sup>١٢٤</sup>، ولأن إعمال هذا المبدأ يُعد التزاماً أخلاقياً بموجب الشرع<sup>١٢٥</sup>، ومن ثم فهو ملزم للعقاد بقوة الشرع، أي حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد، ولأن هذا المبدأ يحد من غلوائية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين<sup>١٢٦</sup>، ولأن مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية الغراء مبني على معيار شخصي بعكس التشريعات الوضعية إذ بنت هذا المبدأ على أساس معيار مادي مفاده

- CH. CHEHATA, Théorie générale de L'obligation en droit Musulman Hanéfite, Paris, Siery, 1969. PP 123 et ss.

<sup>١١٣</sup> راجع: د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة ومداه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص ٢٦٣. - د. عبد الرؤوف دباش، أ. حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

<sup>١١٤</sup> يعتبر العقد من العقود العينية إذا كان القبض ركناً فيه، ومن ثم يجب توافر الأركان العادية للعقد في هذه العقود بالإضافة إلى تمام القبض، حيث به يثبت حكم العقد، أي يترتب عليه آثاره؛ وهذه العقود تتمثل في: عقد الهبة، وعقد القرض، وعقد العارية، وعقد الوديعة، وعقد الرهن؛ راجع: د. محمد محمد فرحات، الالتزامات في الفقه الإسلامي: مصادرها وأحكامها، دراسة مقارنة، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، ص ١٦٦. - د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٩٥ وما بعدها.

<sup>١١٥</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. إبراهيم بشير عبد الله إدريس، أحكام التسليم والقبض وآثارهما في العقود في القانون مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه من كلية القانون بجامعة الخرطوم، السودان ٢٠٠٩ م، ص ٤٦ وما بعدها. - د. فراس بحر محمود، مجلس العقود العينية في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة كلية الحقوق بجامعة النهرين بالعراق، العدد رقم (١٨)، العراق ٢٠١٦ م، ص ١٠١ وما بعدها.

<sup>١١٥</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية، مطبعة الاعتماد، القاهرة ١٩٣٦ م، ج ١، ص ١٣٠ وما بعدها. - د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، مطبوعات معهد الإدارة، الرياض ١٩٨٥ م، ص ٤٦ وما بعدها. - د. محمد جمال عطية عيسى، الشكلية القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الزقازيق في مصر، مصر ١٩٩٤ م، ص ٢٥٦ وما بعدها، و ٢٧٢ وما بعدها. - د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة ٢٠٠٠ م، ص ٨٠ وما بعدها. - د. ناصر بن زيد بن ناصر الداود، نظرية الشكل في الفقه الإسلامي وأثره في العقود المالية، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض ٢٠٠٤ م، ص ١٠ وما بعدها. - د. حسين عبد القادر معروف، الشكلية في العقود في الفقه الإسلامي، دراسة في آراء الباحثين في الفقه الإسلامي، مجلة آداب البصرة، العدد رقم (٥٢) العراق ٢٠١٠ م، ص ٣٠٤ وما بعدها. - د. فراس بحر محمود، مجلس العقود الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة كلية التراث الجامعة بالعراق، العدد رقم (١٧)، العراق ٢٠١٥ م، ص ١٩٧ وما بعدها.

<sup>١١٦</sup> راجع: د. عبد الحميد محمود البعلبي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، الطبعة مرجع سابق، ص ٢٠.

<sup>١١٧</sup> لا تعول التشريعات الوضعية في الغالب على مبدأ حسن النية إلا في مرحلة التنفيذ؛ راجع في ذلك: د. أحمد محمد ديب جبال، القواسم المشتركة لعقوب الرضى، منشورات زين الحقوقية، بيروت ٢٠٠٦ م، ص ١٣ وما بعدها.

<sup>١١٨</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد رقم (٢٣) ربيع الآخر ١٤٣٥ هـ - فبراير ٢٠١٤ م، ص ١٧ وما بعدها. - د. عبد الحميد محمود البعلبي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، الطبعة مرجع سابق، ص ٢٩.

<sup>١١٩</sup> مزيداً من التفاصيل حول مبدأ حسن النية في القانون الوضعي؛ راجع: د. حسين عامر، التصرف في استعمال الحق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م، ص ١٢ وما بعدها. - د. أنور سلطان، التصرف في استعمال حق الملكية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة (١٧) العدد الأول، القاهرة ١٩٤٧ م، ص ١١ وما بعدها. - د. توفيق جبران فرج، أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول لسنة ١٩٧٠ م، الإسكندرية ١٩٧٠ م، ص ٧٠ وما بعدها. - د. عبد الحنين ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة، بغداد ١٩٧٥ م، ص ١١ وما بعدها. - د. أبو زيد عبد الباقي، تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، مجلة الحقوق، العدد الثاني، جامعة الكويت، الكويت ١٩٨٣ م، ص ١٣٠ وما بعدها. - د. السيد محمد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٨٩ م، ص ١٠ وما بعدها. - د. العربي بلحاج، مفهوم التصرف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، مجلة كلية الحقوق بن عكنون بجامعة الجزائر، الجزائر ١٩٩٢ م، ص ٦٨٠ وما بعدها. - د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥ م، ص ١٢ وما بعدها. - د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقيدية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨ م، ص ٤٨ وما بعدها. - د. محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٢ م، ص ٢١٠ وما بعدها. - د. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت ٢٠٠٦ م، ص ٨٣ وما بعدها. - د. يحي أحمد بنى طه، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الإنجليزي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا بجامعة عمان العربية، الأردن ٢٠٠٧ م، ص ٥ وما بعدها.

<sup>١٢٠</sup> يرى البعض من الفقهاء أنه يجوز للقاضي في القانون الوضعي التدخل لتعديل العقد إذا خرج أحد المتعاقدين على مقتضيات حسن النية؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. راقية عبد الجبار عري، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص ١١٥ وما بعدها.

<sup>١٢١</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإحقاظ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القوانين: المصري والكويتي والفرنسي والإنجليزي مع الإشارة إلى قانون البيع الدولي للبتسابع، مرجع سابق، ص ١٠٢ وما بعدها.

<sup>١٢٢</sup> مزيداً من التفاصيل حول المقارنة بين مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية الغراء والقانون الوضعي؛ راجع: د. الهادي السعيد عرفه، حسن النية في العقود، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلة كلية الحقوق بجامعة المنصورة، العدد الأول - أكتوبر ١٩٨٦ م، ص ١٤٣ وما بعدها. - د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوتني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة المنوفية، مصر ١٩٩٧ م، ص ٣٨٩ وما بعدها. - د. أحمد الصويحي شليبيك، التصرف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد رقم (٣٨) مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة ٢٠٠٨ م، ص ١٥ وما بعدها. - د. محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية وأثره في المفاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٩ م، ص ٣٥٠ وما بعدها.

<sup>١٢٣</sup> يرى البعض أن حسن النية في القانون الوضعي غالباً ما ينصرف إلى العقود ذات الاعتبار الشخصي؛ كالعامل والوكالة والكفالة؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. السيد محمد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٩٩١ وما بعدها.

<sup>١٢٤</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمود قياض، مدى التزام الأنظمة المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد رقم (٥٤) السنة (٢٧)، الإمارات ٢٠١٣ م، ص ٢٢٣ وما بعدها.

<sup>١٢٥</sup> لا تعول التشريعات الوضعية كثيراً على فكرة الأخلاق، ومن ذلك مثلاً التشريع الإنجليزي للعقود؛ راجع في ذلك: د. سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مرجع سابق، ص ١٧.

<sup>١٢٦</sup> راجع: د. الهادي السعيد عرفه، حسن النية في العقود، مرجع سابق، ص ١٤٥. - د. عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد العزيز التركي، أثر مبدأ حسن النية في العقود التجارية، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، مجلد رقم (٦) العدد رقم (٦٣)، القاهرة ٢٠١٧ م، ص ٦٧.

التعويل على سلوك الرجل المعتاد<sup>١٢٧</sup>، وفوق كل هذا أن الهدف من التصرفات في الشريعة الإسلامية الغراء لا يهدف فحسب إلى تحقيق المصالح الخاصة للأفراد، بل يهدف - أيضاً - إلى تحقيق المصالح الشرعية المعترية<sup>١٢٨</sup>، ولعل ذلك مرده إلى أن الشريعة الإسلامية تقرر جملة من المبادئ؛ منها: قاعدة درء المفسد مقدم على جلب المصالح<sup>١٢٩</sup>، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار، وقاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني<sup>١٣٠</sup>، ودعوة الإسلام الفرد أن يحب لأخيه كما يحب لنفسه<sup>١٣١</sup>، وتنفيذ العقد بحسن نية، والبعد عن الغش<sup>١٣٢</sup>؛ وإعمالاً لكل ما سبق يمكن القول - وبثقة - بأن مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية يُعد أكثر شمولاً، وأعم تطبيقاً، وأعمق أثراً<sup>١٣٣</sup>.

**عاشراً: تحديد نطاق البحث:** واقع الأمر أن دراسة العقود في الفقه الإسلامي بكافة أطرها وأبعادها ومراميتها لا يمكن أن يتم عبر بحث موجز، بل إن الأمر يحتاج إلى عدة دراسات مطولة ينتج عنها ثمرة تتمثل في بناء نظرية جديدة في الطرح ومتكاملة في الأبعاد والمرامي، ولهذا سيتحدد نطاق بحثنا وينحصر - كما يبين من عنوانه - في بيان أساس القوة الملزمة للعقد من حيث موضوعه في الفقه الإسلامي المقارن (المذاهب الأربعة)؛ فهل إرادة العاقدین هي التي يرتكز عليها هذا الأساس؟، أم أن أساس القوة الملزمة للعقد هو إنفاذ أحكام الشارع الحكيم بشأن العقود؟. وإذا كانت الإجابة عن هذين التساولين تمثل - في حقيقة الأمر - نطاق بحثنا؛ إلا أن إيضاح الفكرة يقتضي منا أن نعرض - ولو في عجلة سريعة - إلى العقد بوصفه كونه مصدراً من مصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية الغراء؛ وذلك كما سيتضح من خلال استعراض خطة هذا البحث.

**حادي عشر: مشكلة البحث:** يثير البحث عدة إشكاليات غاية في الأهمية؛ لذا ينبغي إظهارها، وبيان فحواها، والوقوف على مرماها، واستجلاء أطرها؛ ومن هذه المشاكل على سبيل المثال لا الحصر؛ الآتي:

(١) اختلاف الفقهاء في الكثير من المواضيع التي تندرج تحت عنوان البحث؛ وهذه مشكلة هامة؛ لأن بعض البلدان الإسلامية قد تأخذ بمذهب معين برمته؛ ولا تلتفت إلى المذاهب الأخرى؛ وقد يكون في هذه المذاهب الأخرى حلاً ناجعاً لمسألة معينة؛ فمن المعلوم أن الاختلاف رحمة؛ لذا ينبغي أن نسعى إلى سبل الرحمة حال وجود تعارض بين الفقهاء حيال مسألة معينة؛ فالفقهاء كما هو معلوم مختلفون - على سبيل المثال - حيال الأصل في العقود الإباحة أم الحظر<sup>١٣٤</sup>.

(٢) أن البعض قد يفهم بأن مبدأ سلطان الإرادة العقدية وليد الفكر القانوني الوضعي، وهذا فهم غير صحيح ومغلوط، لأن الشريعة الإسلامية الغراء عرفت مبدأ سلطان الإرادة العقدية<sup>١٣٥</sup>، منذ بزوغ فجر الإسلام<sup>١٣٦</sup>؛ أي قبل معرفة الفكر الوضعي لهذا المبدأ بوقت ليس بالقصير<sup>١٣٧</sup>. كما أن هذا المبدأ لم يتحول ولم يتبدل بين

<sup>١٢٧</sup> راجع: د. عبد الهادي يونس العطاقي، الوجيز في العقد، دراسة مقارنة بالمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، المطبعة الكمالية، القاهرة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م، ص ٢٢.

<sup>١٢٨</sup> مزيداً من التفاصيل حول الموازنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بوجه عام؛ راجع: د. عبد الناصر توفيق العطار، تطبيق الشريعة الإسلامية في العالم الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفضية للنشر والتوزيع، القاهرة ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م، ص ٧ وما بعدها، ص ٦٠ وما بعدها.

<sup>١٢٩</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز أبو حبيب الشثري، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص ١٩٦ وما بعدها.

<sup>١٣٠</sup> يحكم جميع العقود فيما عدا عقد الزواج قاعدة: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني؛ ومفاد هذه القاعدة وفحواها أن العبرة في العقود بما قصده كل من العاقدین حقيقة، وليس بما تلفظ به على خلاف الواقع؛ فإذا قال رجل لرجل أهب لك ثلث مالي بعد وفاتي كان العقد وصية وليس هبة؛ لأنه من المعلوم أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت؛ وبالتالي ما قصده هذا الرجل هو الوصية وليس الهبة، رغم أنه تلفظ بمفردة الهبة. وهذه القاعدة تطبق على جميع العقود كما ذكرنا ولم يستثن منها إلا عقد الزواج، لما لهذا العقد من شأن عظيم، ولهذا ينبغي التحوط والاحتياط حيال النطق بالقصد المنشئ له حقيقة وحكماً. وراجع: المادة رقم (٣) من مجلة الأحكام العدلية، وراجع كذلك: د. محمود عبد المجيد المغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس بلبنان ٢٠٠٢ م، ص ١٠٧ وما بعدها. د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة الأمور بمقاصدها، دراسة نظرية تاصيلية، مكتبة الرشد، الرياض ٢٠٠٧ م، ص ١١ وما بعدها.

<sup>١٣١</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد العزيز التركي، أثر مبدأ حسن النية في العقود التجارية، مرجع سابق، ص ٦٨ وما بعدها.

<sup>١٣٢</sup> راجع: د. محمد محمد محمد السروي، الغش في المعاملات المدنية، دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الفكر والقانون، المنصورة ٢٠٠٨ م، ص ٧٧- د. الهادي السعيد عرفه، حسن النية في العقود، مرجع سابق، ص ١٦٦.

<sup>١٣٣</sup> راجع: د. عبد الهادي يونس العطاقي، الوجيز في العقد، دراسة مقارنة بالمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٢.

<sup>١٣٤</sup> وتبني عدة آراء بعد التوفيق بينها وتفتيتها يسميه رجال الفقه الإسلامي المعاصرين بالتلفيق الفقهي، وهو يعني استنباط التفتين دون التقييد بمذهب معين في جميع المسائل؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد سلام مذكور، الاجتهاد في التشريع الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ١٤٠٤ هـ، ص ١٨٨ وما بعدها. د. محمد زكي عبد البر، تفتين الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، قطر ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م، ص ٦٢ وما بعدها. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م، ج ١، ص ١٠٦ وما بعدها. د. محمد كمال الدين إمام، منهجية التفتين، دراسة تحليلية في علم تاريخ الشرائع وعلم أصول الفقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٧ م، ص ٨٤ وما بعدها. د. جابر عبد الهادي الشافعي، التلقيق الفقهي بين الرفض والقبول وأثر ذلك في قوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٢ م، ص ٢٦ وما بعدها.

<sup>١٣٥</sup> راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٠ وما بعدها، ص ٨٠ وما بعدها. د. عبد الرؤوف دباش، أ. حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

- وراجع كذلك رسالة الدكتور محمد عبد الجواد باللغة الفرنسية:

- M. ABDEL GAWAD, La force obligatoire du contrat en droit musulman et La théorie de L'imprévision en droit civil égyptien, Thèse, Paris, 1958, P.18.

<sup>١٣٦</sup> عكس ذلك راجع: د. محمد زكي عبد البر، مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثامنة، العدد الأول، يناير - مارس، القاهرة ١٩٦٤ م، ص ٥؛ حيث يرى سعادته: أن مبدأ سلطان الإرادة مسلماً به في القانون، أما في الفقه الإسلامي، فإنه محل خلاف. وراجع كذلك في هذا الرأي: د. مسعد قطب، الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقود ومدى اعتناق الفقه الإسلامي له، مرجع سابق، ص ١٥٣؛ حيث يرى سعادته أن القول باعتناق الفقه الإسلامي لمبدأ سلطان الإرادة يُعد من قبيل المغالطات التاريخية، كما أضاف سعادته في ص ١٨٣، أن فكرة الحرية التعاقدية بالمعنى المفهوم لدى انصار مبدأ سلطان الإرادة في الفكر القانوني الوضعي لا تجد لها مكاناً للتطبيق في كتب الفقه الإسلامي؛ والواقع أن ما ذهب إليه كلاً من الفقهاء محل نظر، لأن الشريعة الإسلامية الغراء قد عرفت مبدأ سلطان الإرادة قبل الفكر القانوني الوضعي، سواء اللاتيني، أو الأنجلوسكسوني.

<sup>١٣٧</sup> راجع: د. السيد عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٥٦.

الفينة والأخرى في الشريعة الإسلامية، على عكس الفكر القانوني الوضعي الذي غالى في مبدأ سلطان الإرادة تارة، وحد منه تارة أخرى، وهذب تارة أخيرة.

ولعل معرفة الشريعة الإسلامية لهذا المبدأ قبل الفكر القانوني الوضعي، يُعد أحد الأمور التي تؤكد على ذاتية الفقه الإسلامي وعدم تأثره بالقانون الروماني كما أدعى البعض؛ فالقانون الروماني ذاته لم يعرف مبدأ سلطان الإرادة العقدية إلا في وقت متأخر<sup>١٣٨</sup>، بل ومتأخر جداً. كما أن البعض قد يتوهم أن الإسلام لم يقرر مبدأ سلطان الإرادة بكافة أطرها؛ وهذا أمر جد خطير؛ لأن هناك من الآراء في بعض المذاهب الإسلامية ما ياطر لفكرة سلطان الإرادة بكافة جوانبها.

(٣) أن مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ التي تنتمي لفلسفة القانون<sup>١٣٩</sup>، ولهذا فإن هناك إشكالية تتمثل في صعوبة المزج بين هذا المبدأ والأفكار القانونية التي تنظم فكرة العقد بوجه عام، وكذلك فكرة أساس القوة الملزمة للعقد من حيث موضوعه بوجه خاص، خاصة فيما يتعلق بالعقد في الفقه الإسلامي.

(٤) أن هناك إشكالية تتمثل في معرفة منظور الفقه الإسلامي للعقد من حيث الطابع الحمائي له؛ فهل العقد يهدف إلى حماية العاقدين فحسب، أم يهدف إلى تحقيق الصالح العام، وبعبارة أخرى هل العقد يهدف - في الفقه الإسلامي - إلى حماية الفرد أم إلى حماية المجتمع ككل.

(٥) أن الكثير من المراجع يتناول الاتجاه القائل بأن ليس للإرادة العقدية دور في تحديد آثار العقد كمسلمة، وبطريقة قد يفهم منها أن هذا رأي كل المذاهب والفقهاء، وفي هذا - ولا شك - تجاهل للاتجاه القائل بأن للإرادة دور في إنشاء العقد وتحديد آثاره، وفقاً للضوابط الشرعية، ولهذا تثور إشكالية مفادها هل النوازل والمستجدات الجديدة التي يمكن أن تطرأ على الأمة يمكن أن تؤثر على ما استقر عليه الفقه الإسلامي في خصوص محدودية دور الإرادة في ترتيب آثار العقود؛ ومن ثم يسمح للعاقدين بتعديل آثار العقد على خلاف ما هو ثابت، وبالتالي يمكن أن يسمح لولي الأمر باستحداث آثار جديدة للعقود.

(٦) أن هناك إشكالية تتجلى في مدى قدرة الإرادة على استحداث بعض العقود التي يمكن تسميتها بالعقود المستحدثة، أو المعاصرة، أو غير المسماة؛ والتي قد يتحقق بموجبها منفعة لأحد أطراف التعاقد على حساب الطرف الآخر؛ وهذه المنفعة قد تكون غير جائزة لدى بعض المذاهب، من جهة، واعتبارها من الشروط التي لا يجوز أن تقترن بالعقد عند مذهب آخر، من جهة أخرى؛ ومن ثم فإن اعتبارها شرطاً مقترناً بالعقد، قد يؤدي إلى فساد العقد؛ وبالتالي يؤثر عليه من الوجهة القانونية<sup>١٤٠</sup>.

(٧) أن هناك إشكالية تتمثل في الخلاف الفقهي حيال مدى قدرة إرادة العاقدين على إضافة شروط يقترن بها العقد المزمع إبرامه بينهما؛ كما أن هناك إشكالية تتمثل في عدم معرفة البعض للضابط الحاسم بين الشرط التقييدي في العقود (اقتران العقد بشرط)، والشرط التعليقي فيها (تعليق العقد على شرط<sup>١٤١</sup>).

**ثاني عشر: منهج البحث:** سأتبع حيال البحث المنهج الفقهي المقارن، وذلك عن طريق بيان موقف المذاهب الأربعة من كل مسألة يثيرها البحث، والترجيح بينها؛ وعلى هذا لن أعرض للمذاهب الأخرى إلا إذا كان هناك مقتضى يستلزم ذلك؛ كضرورة إيضاح نقطة معينة.

**ثالث عشر: خطة البحث:** سنقسم بحثنا الموسوم بـ: "أساس القوة الملزمة للعقد من حيث موضوعه في الفقه الإسلامي المقارن (دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الإسلامية الأربعة) إلى ثلاثة مباحث يسبقهم مبحث تمهيدي، وذلك على النحو التالي:

**المبحث التمهيدي: العقد كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي المقارن.**

**المبحث الأول: الإجماع الفقهي حيال دور الإرادة في تكوين العقد في الفقه الإسلامي.**

**المبحث الثاني: الخلاف الفقهي حيال مدى قدرة الإرادة على تحديد آثار العقد.**

**المبحث الثالث: انقضاء القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي.**

<sup>١٣٨</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٤م، ص ٦ وما بعدها. - د. السيد عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٠٧ وما بعدها. - د. مصطفى سيد أحمد صقر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد رقم (٢٥) إبريل ١٩٩٩م، ص ١٢٠ وما بعدها.

<sup>١٣٩</sup> راجع: د. عبد الرؤوف دباش، أ. حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

<sup>١٤٠</sup> ومن ذلك على سبيل المثال ما اعتبره الأحناف شرطاً فاسداً إذا كان الشرط يحقق نفعاً لأحد العاقدين، أو لغير العاقدين؛ كبيع منزل مع اشتراط بقاء البائع مقيماً فيه لمدة طويلة، ومن أمثلة ما فيه نفع لغير العاقدين، بيع سيارة مع اشتراط بائعها على مشتريها أن ينتفع بها شخص ليس طرفاً في العقد.

<sup>١٤١</sup> مزيداً من التفاصيل حول الشروط الجائزة في العقود وكذا الشروط المنهي عنها في العقود؛ راجع: د. بندر بن نافع العبدلي، الشروط في العقود "دراسة حديثة فقهية"، مجلة العلوم الشرعية بجامعة القصيم، المجلد رقم (٣) العدد رقم (٢) رجب ١٤٣١ هـ - يوليو ٢٠١٠م، ص ٤٣١ وما بعدها.

## المبحث التمهيدي

### العقد كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي المقارن

لقد أطر الفقه الإسلامي لفكرة العقد المسمى منذ أمد طويل، وقد جاءت أغلب القواعد المنظمة لهذه الفكرة (أي فكرة العقد المسمى) على اختلاف أنواعها وأمطها في باب فقه المعاملات. وللوقوف على مفهوم العقد في الفقه الإسلامي، بوصف كون هذا العقد يُعد مصدراً من مصادر الالتزام<sup>١٤٢</sup>، ينبغي علينا دراسة الأطر العامة لنظرية العقد في الفكر الإسلامي، من حيث: ماهية العقد، وأركانه. وترتيباً على ما تقدم، ونزولاً عليه في الوقت ذاته؛ فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبين في الأول: ماهية العقد في الفقه الإسلامي، ونبحث في الثاني: أركان العقد وشروطه في الفقه الإسلامي؛ وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أركان العقد وشروطه في الفقه الإسلامي.

### المطلب الأول

#### ماهية العقد في الفقه الإسلامي

أهتمت الشريعة الإسلامية الغراء بالمعاملات المالية اهتماماً بالغاً، ووضعت من الضوابط ما يحقق العدل والمساواة بين أطراف الرابطة العقدية، فقد اشتمل القرآن الكريم على الكثير من الآيات القرآنية التي تحث الأطراف على الوفاء بالحقوق والعقود إلى أصحابها، وتوثيق الديون والإشهاد عليها، كما اشتملت السنة النبوية المطهرة على الكثير من الأحاديث التي تؤكد على هذا المعنى. وليبيان ماهية العقد في الفكر الإسلامي ينبغي علينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع؛ نبين في الأول؛ معنى العقد في الفقه الإسلامي، وندرس في الثاني حكم العقد في الفقه الإسلامي؛ أما الفرع الثالث؛ فنخصصه لأقسام العقود في الفقه الإسلامي؛ وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: معنى العقد في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: حكم العقد في الفقه الإسلامي.

الفرع الثالث: أقسام العقود في الفقه الإسلامي.

### الفرع الأول

#### معنى العقد في الفقه الإسلامي

إن المتأمل في الكتب الأصلية للفقه الإسلامي، يلحظ أنه لا يوجد - في هذه الكتب - تعريفاً مستقلاً للعقد بوصف كونه مصدراً من مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي، بل يجد تعريفات لكل عقد من العقود التي أسماها الفقهاء بمناسبة بيان أحكامه؛ كعقد البيع، أو عقد الإيجار. وأياً ما كان الأمر؛ فإنه يطلق العقد - في لغة العرب - على معان عديدة منها على سبيل المثال لا الحصر<sup>١٤٣</sup>: الشد، والربط، والوصل، والاتواء، والتراكم، والاجتماع، والملازمة، والعزم، والغلظة، والغموض، والوجوب، والإلزام، والتوثيق، والإبرام<sup>١٤٤</sup>، وهذه المصطلحات على كثرتها تفيد معنى العقد<sup>١٤٥</sup>. والواقع أن معنى العقد في اصطلاح الفقهاء لا يخرج كثيراً عن المعنى اللغوي له؛ بل إن المعنى الاصطلاحي يُعد أكثر ضبطاً لمفهوم العقد، لأنه يضبط المعنى اللغوي ويحصره من جهة، ويخصص ما

<sup>١٤٢</sup> تنقسم مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي إلى مصدرين رئيسيين: الأول التصرفات القولية كالعقد، والثاني: التصرفات الفعلية كالأفعال الموجبة للضمان؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ١، ص ٦٥ وما بعدها. د. صبحي محمصاني، النظرية العامة للعقود والموجبات والعقود في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت ١٩٧٢م، ج ١، ص ٣٣ وما بعدها. د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول: مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة، عمان ١٩٩٦م، ص ١٢ وما بعدها. ويرى البعض من الفقهاء أن مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي تنقسم إلى خمسة مصادر: هي: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل الضار، والعمل النافع، والشرع؛ راجع في ذلك: د. عبد المجيد مطلوب، نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، بحث مقارن بين المذاهب، مطبوعات جامعة عين شمس، القاهرة ١٩٨٧م، ص ١٧ وما بعدها. د. محمد محمد فرحات، الالتزامات في الفقه الإسلامي: مصادر وأحكامها، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٠. هذا؛ مع ملاحظة أن الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة يصدر بناءً على إيجاب فقط ولا يحتاج إلى قبول، ولهذا يطلق عليه أئمة الفقه الإسلامي مسمى الإيجاب غير المقترن بقبول؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. لاشين محمد يونس الغياتي، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة ٢٠٠٠م، ص ٩ وما بعدها. ومزيداً من التفاصيل حول الفعل الضار كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م، ص ٦٥١ وما بعدها.

<sup>١٤٣</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرحمن بن عثمان الجلود، أحكام لزوم العقد، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧م، ص ٢١ وما بعدها.

<sup>١٤٤</sup> راجع: جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، الرياض ١٣٩٩ هـ، ج ٣، مادة عقد، ص ٢٩٦، وكذلك ص ٢٩٨.

<sup>١٤٥</sup> قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة: أن العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها؛ راجع أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، لبنان ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩، ج ٤، ص ٨٦.

فيه من العموم، من جهة أخرى<sup>١٤٦</sup>، والدليل على ذلك أن للعقد في الاصطلاح الفقهي الإسلامي، أحد معنيان<sup>١٤٧</sup>؛ هما: الأول: معنى عام، والثاني: معنى خاص.

ويطلق المعنى الأول؛ (أي المعنى العام) على كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي، أو على كل التزام يتعهد به الشخص، سواء أكان هذا الالتزام من الالتزامات المتقابلة، أو التي تقوم على المعاوضة<sup>١٤٨</sup>؛ كما هو الحال في عقد البيع، أو من الالتزامات غير المتقابلة؛ أي التي لا يوجد فيها التزام مقابل؛ كالهبة على سبيل المثال، وسواء أكان هذا الالتزام من الالتزامات الدينية كالنذر<sup>١٤٩</sup>، أو من الالتزامات الدنيوية كالبيع<sup>١٥٠</sup>؛ وسواء أكان هذا الالتزام صادراً عن ارادة واحدة<sup>١٥١</sup>، أو صادراً من طرفين.

والواقع أن العقد بمفهومه العام؛ يجد له صدى في كتب مذهب المالكية<sup>١٥٢</sup>، وكذلك في كتب مذهب الشافعية<sup>١٥٣</sup>، والبعض من كتب فقهاء مذهب الحنابلة<sup>١٥٤</sup>، حيث يدور تقسيم العقد عندهم على نوعين، هما: عند المالكية عقود لازمة ترتب آثارها بمجرد العقد، كالبيع، والإجارة، والنكاح، والهبة، وعقود غير لازمة، كالجعالة، والقراض، والمضاربة، والوكالة<sup>١٥٥</sup>. أما عند الشافعية؛ فالعقود عندهم - أيضاً - على نوعين؛ هما<sup>١٥٦</sup>: عقود ينفرد بها عاقد واحد، وعقود يعتبر فيها عاقدان، وقد عرف بعض علماء الشافعية العقد<sup>١٥٧</sup>، وفقاً للمنظور الأخير (العقود التي يعتبر فيها عاقدان) بأنها: "ربط أجزاء التصرف أي الإيجاب والقبول شرعاً".

والمتمثل في هذا المعنى للعقد (أي المعنى العام)؛ سواء عند المالكية، أو عند الشافعية، يلمس أنه يوصف التصرف بالعقد، حتى ولو كان هذا التصرف ناشئاً عن ارادة منفردة<sup>١٥٨</sup>، كما هو الحال في الطلاق، والنذر، والجعالة، والإبراء من الدين<sup>١٥٩</sup>، وقد استند أنصار هذا المعنى على تفسير قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"<sup>١٦٠</sup> حيث جاءت هذه الآية عامة، ومن ثم فهي تشتمل على جميع ما لزم الله به عباده، سواء في شكل أحكام أو تكاليف، أو في شكل عقود ومعاملات<sup>١٦١</sup>.

ويقصد بالمعنى الثاني للعقد، وهو المعنى الخاص؛ عند الأحناف: "مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام القائم مقامهما"<sup>١٦٢</sup>. أو هو: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"<sup>١٦٣</sup>. أو هو: "تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل"<sup>١٦٤</sup>. أو هو: "محل"

<sup>١٤٦</sup> راجع: الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م، ص ١٩٩.

<sup>١٤٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: الشيخ أحمد إبراهيم، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، العدد السادس، القاهرة ١٩٣٤م، ص ٦٤٤ وما بعدها. د. عبد الرحمن بن عثمان الجلود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ٢٤ وما بعدها. د. عبد العظيم شرف الدين، نظرية العقد، الطبعة الأولى، منشورات شرف الدين، طنطا ١٩٨٨م، ص ٨ وما بعدها.

<sup>١٤٨</sup> المعاوضة في اللغة: أخذ شيء مقابل شيء، أو إعطاؤه؛ راجع: جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، الرياض ١٣٩٩هـ، ج ٧، ص ١٩٢. وفي الاصطلاح تعني المبادلة بين عوضين، والملاحظ أن المعنى اللغوي لا يخرج عن المعنى الاصطلاحي؛ راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٥، ص ٢٣٠.

<sup>١٤٩</sup> راجع: أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ، ج ٣، ص ٦؛ حيث جاء فيه: "الإيمان إن تضمنت معنى النذر، وهو أن يعترزم لله قربه لزمه الوفاء، وهي عقد وعهد ومعاهدة لله، لأنه التزم لله ما يطلبه منه".

<sup>١٥٠</sup> راجع في هذا المعنى: الحافظ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الرحمن المشهور بابن رجب (الحنبلي)، القواعد الفقهية، القاعدة رقم (٥٢)، ص ٧٨.

<sup>١٥١</sup> لا خلاف بين فقهاء الإسلام حيال قدرة الإرادة الواحدة على إنشاء الالتزام؛ ومن ثم ينشأ عنها التصرف، ومفاد هذا أن هذه التصرفات لا تتوقف على قبول من طرف آخر، والتصرفات التي تنشأ بموجب الإرادة المنفردة كثيرة ومتنوعة ومتناثرة بين أبواب كتب الفقه، ومن هذه التصرفات على سبيل المثال لا الحصر: الإبراء، والطلاق، والرجعة، والجعالة، والكفالة، والوقف على جهات البر أو الخير.

<sup>١٥٢</sup> راجع: محمد بن أحمد، المعروف بابن جزى، القوانين الفقهية، الطبعة الأولى، دار القلم، لبنان ١٩٧٧م، ص ١٨١.

<sup>١٥٣</sup> راجع: شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الأنصاري (الشافعي)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ج ٣، ص ٣٧٢.

<sup>١٥٤</sup> راجع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (الحنبلي)، كشف القناع على متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ج ٣، ص ١٣٦. أحمد بن عبد الحلیم المعروف بابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الطبعة الأولى، دار المعرفة، لبنان ١٩٨٨م، ج ٣، ص ٤٠٧.

<sup>١٥٥</sup> راجع: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المشهور بالقرافي (المالكي)، الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق)، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٠م، ج ٤، ص ٣١. ويعرف البعض من الفقهاء المعاصرين العقد تعريفاً يشير إلى فكرة الأخذ بالمفهومين العام والخاص معاً للعقد؛ حيث يعرفه بأنه: "كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي، سواء أكان صادراً من طرف واحد أو صادراً من طرفين متقابلين"؛ راجع في هذا التعريف: د. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، ص ١٥.

<sup>١٥٦</sup> راجع: زكريا الأنصاري، متن التحرير، ج ١، تحقيق طه الزيني، الطبعة الأولى، مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة ١٣٧٣هـ - ١٩٥٣م، ص ٩٤.

<sup>١٥٧</sup> راجع: بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي (الشافعي)، المنثور في القواعد، الطبعة الثانية، ج ٢، دار الكويت للصحافة، الكويت ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ص ٣٩٧.

<sup>١٥٨</sup> راجع: د. شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، ج ١، مطبعة الاعتماد، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد (القاهرة حالياً)، القاهرة ١٩٣٦م، ص ١٩٧. ومزيداً من التفاصيل عن التصرف الاتفراي؛ راجع: د. عبد الله بن عبد العزيز الدرعان، التصرف الاتفراي وأثره في بناء العقود والالتزامات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مكتبة التوبة، الرياض ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ص ٦٧ وما بعدها.

<sup>١٥٩</sup> راجع: فخر الدين عثمان بن علي الزليعي (الحنفي)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، القاهرة ١٣١٣هـ، ج ٥، ص ٩١. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (الشافعي)، مفتي المحتاج إلى معرفة المنهاج، الطبعة الأولى، ج، دار المعرفة، لبنان ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ص ٥٠٩.

<sup>١٦٠</sup> راجع: الآية رقم (١) من سورة المائدة، وفي تفسير هذه الآية؛ راجع: أبو بكر أحمد بن علي الرازي، المعروف بالخصاص، أحكام القرآن، دار أحياء التراث العربي، لبنان ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ج ٢، ص ٢٩٤.

<sup>١٦١</sup> راجع: أحمد بن عبد الحلیم المعروف بابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الطبعة الأولى، دار المعرفة، لبنان ١٩٨٨م، ج ٣، ص ٤٠٦.

<sup>١٦٢</sup> راجع: محمد أمين، المعروف بابن عابدين (الحنفي)، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، لبنان ٢٠٠٠م، ج ٣، ص ٣.

<sup>١٦٣</sup> هذا التعريف ورد في مجلة الأحكام العدلية المقتنة على المذهب الحنفي؛ راجع نص كل من المادتين (١٠٣، ١٠٤)؛ حيث جاء نص المادة رقم (١٠٣) على النحو التالي: "العقد التزام المتعاقدين أمراً وتعهداً به هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول". كما نصت المادة رقم (١٠٤) على أنه: "الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله". والمتأمل في هاتين المادتين يجد أن الشيخ مصطفى الزرقا قد مزج بينهما في معرض تعريفه للعقد؛ حيث عرفه بأنه: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"؛ راجع: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، الطبعة التاسعة، ج ١، مطابع الف باء - الأديب، دمشق ١٩٦٧-١٩٦٨م، ص ٢٩١.

<sup>١٦٤</sup> راجع: أكمل الدين محمد بن محمد البابر، شرح العناية بهامش شرح فتح القدير على الهداية، دار الفكر، لبنان، بدون تاريخ، ج ٢، ص ٢٤٨.



كما يختلف العقد عن التصرف<sup>١٨٢</sup>؛ فالتصرف هو ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته قولاً أو فعلاً؛ ويرتب عليه الشارع أثراً أو نتيجة قانونية<sup>١٨٣</sup>، والتصرف - على هذا النحو - يُعد أعم وأشمل من العقد، لأن كل عقد يُعد تصرفاً، وفي المقابل ليس كل تصرف يُعد عقداً. كما يُعد التصرف - كذلك - أعم وأشمل من الالتزام؛ لدرجة يمكن معها القول: بأن التصرف يشمل بين جنباوته ويندرج تحت لوائه كل من العقد والالتزام وأمور أخرى، وذلك مرده إلى أن التصرف قد يكون مشتملاً على التزام بإنشاء حق، كما هو الحال في البيع والهبة والوقف، وقد يتضمن إسقاط حق كالإبراء من الدين<sup>١٨٤</sup>، والتنازل عن الحق في الشفعة<sup>١٨٥</sup>، وقد يكون اخباراً بثبوت حق وليس إنشاء التزام أو إسقاطاً له؛ كاليمين، والإقرار بحق سابق<sup>١٨٦</sup>. والجدير بالذكر - في هذا السياق - الإشارة إلى أن التصرف يُعد أعم وأشمل - كذلك - من العقد، لأنه يتضمن ما يبرم بإرادة واحدة، وما يبرم بموجب ارادتين، أو أكثر، ويتضمن - كذلك - ما يُعد منشئاً لحق، أو منهيماً له، ويشتمل التصرف - أيضاً - على خلاف العقد على أمور أخرى بخلاف ما سبق؛ كالأخبار بدعوى، أو الإقرار بحق، أو الحلف على نفيه<sup>١٨٧</sup>.

- مقارنة موجزة بين معنى العقد في الفقه الإسلامي ومعناه لدى بعض القوانين المدنية العربية ولدى شراحيها:

انطلاقاً من القاعدة القائلة بأن التعريفات ليست من صنعة المشرع؛ ونزولاً عليها، لم تعرف غالبية التشريعات المدنية العربية العقد<sup>١٨٨</sup>؛ فالبعض من هذه التشريعات فقط هو الذي عرفه؛ ومن هذه التشريعات، على سبيل المثال: القانون العراقي، الذي عرف العقد بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه<sup>١٨٩</sup>". وقانون الموجبات والعقود اللبناني؛ حيث عرف العقد بمفهوم انعقاده بأنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد<sup>١٩٠</sup>". والقانون الأردني؛ حيث عرف العقد بأنه<sup>١٩١</sup>: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر<sup>١٩٢</sup>".

وإذا كان موقف التشريعات - على النحو السالف - في خصوص تعريف العقد من عدمه؛ إلا أن فقهاء القانون الوضعي قد عرفوا العقد تعريفاً يكاد يتحد من حيث المضمون وإن اختلف في المفردات المستخدمة في الصياغة؛ ومن هذه التعريفات على سبيل المثال: أن العقد هو: اتفاق ارادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، سواء أكان هذا الأثر متمثلاً في إنشاء التزام، أو تعديله، أو نقله، أو حوالة، أو انقضائه<sup>١٩٣</sup>. وفي ضوء ما سبق؛ يمكن القول بأن تعريف العقد في الفقه الإسلامي يتميز عن تعريف العقد في الفقه القانوني من عدة نواح نذكر منها؛ الآتي:

١- من حيث النزعة: العقد لدى فقهاء الإسلام ذو نزعة موضوعية<sup>١٩٤</sup>، لأن العقد وفقاً لتعريفه عبر المفهوم الخاص يُعد ارتباطاً بين إيجاب وقبول يظهر أثره في المحل، ولأن العلاقة بين الدائن والمدين في الفقه الإسلامي ليست علاقة شخصية، بل علاقة بين ذمتين ماليتين<sup>١٩٥</sup>؛ أما العقد لدى فقهاء القانون؛ فتارة يكون ذو نزعة موضوعية، وتارة أخرى، يكون ذو نزعة شخصية.

<sup>١٨٢</sup> التصرف في اللغة يعني الصرف أو الحيلة، ومنه قولهم إنه ليتصرف في الأمور، والتصرف في بعض المواضع اللغوية يعني التقلب في الأمور والتردد في شأنها، وقد يطلق التصرف لغة كذلك على طلب الكسب؛ راجع: لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق، ج ٩، ص ١٨٩ - مقاييس اللغة لابن فارس، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٤٣.

<sup>١٨٣</sup> راجع: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، الطبعة التاسعة، ج ١، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

<sup>١٨٤</sup> راجع: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، أبو الفضل، المعروف بالسيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الحديث، القاهرة ١٩٨٣م، ص ٢١٩.

<sup>١٨٥</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الله بن عبد العزيز الدرعان، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة التوبة، الرياض ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ص ٥ وما بعدها.

<sup>١٨٦</sup> راجع: د. عبد الحميد محمود البعلبي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، الطبعة مرجع سابق، ص ٥٥.

<sup>١٨٧</sup> راجع: د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٤٠ وما بعدها.

<sup>١٨٨</sup> على سبيل المثال لم يرد في القانون المدني المصري، ولا القانون المدني السوري، تعريفاً للعقد.

<sup>١٨٩</sup> راجع نص المادة رقم (٧٣) من القانون المدني العراقي.

<sup>١٩٠</sup> راجع نص المادة رقم (٩٢) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

<sup>١٩١</sup> راجع نص المادة رقم (٨٧) من القانون المدني الأردني.

<sup>١٩٢</sup> والمتأمل في تعريف القانون المدني الأردني للعقد يلمس في سهولة أنه متأثر بالفقه الحنفي، كما يلمس أن هناك تقارب بين تعريفه للعقد والتعاريف الواردة للعقد في مجلة الأحكام العدلية (المادة رقم ١٠٣)، وفي كتاب مرشد الحيران (المادة رقم ٢٦٢).

<sup>١٩٣</sup> قرب من ذلك: د. شمس الدين الوكيل، دروس في العقد ويصاحبه أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٦١م، ص ٣٣ - د. أحمد السعيد الزقرد، د. أشرف عبد العظيم عبد القادر، الوجيز في نظام المعاملات السعودي، الكتاب الأول: مصادر الالتزام، الجزء الأول: المصادر الإرادية، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ص ٢٣ - د. عثمان بن طاهر طالب، الوجيز في مصادر الالتزام، بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الإجداد، الرياض ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م، ص ٢٤ - د. حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم، الوجيز في مصادر الالتزام في ضوء الفقه الإسلامي والنظام المدني، (المصادر الإرادية، وغير الإرادية للالتزام، الطبعة الأولى، بدون ناشر، الطائف ١٤٣٨هـ - ٢٠١٦م، ص ٣١.

<sup>١٩٤</sup> راجع: د. عبد الزقاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي، لبنان ١٩٩٨م، ج ١، ص ٧٧.

<sup>١٩٥</sup> راجع: د. مسعد قطب، الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقود ومدى اعتناق الفقه الإسلامي له، مرجع سابق، ص ١٣٩. ومزيداً من التفاصيل حول النزعة الموضوعية أو المادية للالتزام في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. محمود محمد عبد النبي محمد، اتجاهات الالتزام في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٢٣ وما بعدها.

٢- من حيث النطاق: العقد لدى فقهاء القانون ينحصر في دائرة المعاملات المالية فحسب، بينما العقد لدى فقهاء الشريعة؛ فيُعد أوسع نطاقاً، لأنه يشمل دائرة المعاملات المالية، وغير المالية؛ فالزواج في الشريعة الإسلامية يُعد عقداً؛ بينما لا يُعد كذلك في الفقه القانوني<sup>١٩٦</sup>.

٣- من حيث المفهوم: العقد بمفهومه الخاص لدى الفقه الإسلامي عبارة عن ارتباط بين إيجاب وقبول على وجه يظهر أثره في المعقود عليه (المحل)؛ أما العقد لدى فقهاء القانون؛ فهو يُعد اتفاقاً على إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهاؤه<sup>١٩٧</sup>.

٤- من حيث الثبات من عدمه: مفهوم العقد في القانون الوضعي متغير من وقت إلى آخر؛ ففي ظل سيادة المذهب الفردي، كان العقد يخضع لمبدأ سلطان الإرادة بكافة أطره، وفي ظل سيادة المذهب الاشتراكي، تبدل الحال، بحيث أصبح مبدأ سلطان الإرادة مكبلاً بالكثير من القيود<sup>١٩٨</sup>؛ كتطلب الشكلية في بعض الأحوال<sup>١٩٩</sup>؛ أما العقد في الشريعة الإسلامية؛ فلم يتبدل ولا يتغير، ولم يتغير مفهومه منذ بزوغ فجر الإسلام وحتى الآن، وهذا ما يوسمه بالثبات من حيث المفهوم، بيد أن هذا الثبات لا يعنى عدم المرونة، إذ المرونة تُعد مطلباً لازماً بالنسبة للعقود بخاصة في تنفيذها، أو استحداث عقود جديدة لمجابهة النوازل والمستجدات.

٥- من حيث الغاية: يعتبر العقد في القانون الوضعي أداة لإدارة مصلحة ذاتية شخصية لكل من المتعاقدين، أما العقد في الإسلام، فهو مُعد لإدراك مقاصد شرعية عامة<sup>٢٠٠</sup>؛ ولهذا يمكن القول بأن العقد يُعرف - والحال هذه - لدى الفقه القانوني بواقعه المادية، أما لدى الفقه الإسلامي؛ فإنه يُعرف بواقعه الشرعية، فالعقد في الفقه الإسلامي - على خلاف العقد في القانون الوضعي - ينطلق من مبدئين<sup>٢٠١</sup>: الأول: مبدأ الحاكمية لله عز وجل في كافة مناحي الحياة. والثاني: مبدأ خلافة الإنسان في الأرض، وقد ترتب على إعمال هذين المبدئين احترام إرادة الإنسان في التعاقد، وذلك من خلال احترام كرامته؛ شريطة ألا تتعارض هذه الحرية مع مصالح الأفراد الآخرين في المجتمع، لأن تكريم الإنسان عن طريق التعويل على إرادته يجب ألا يترتب عليه الإضرار بمصالح المجتمع<sup>٢٠٢</sup>. وهذه الغايات التي استهدفها الشارع من العقد تتعكس ولا شك على سلطة القاضي حيال تفسير العقد<sup>٢٠٣</sup>.

٦- من حيث الدقة: إن المتأمل في أغلب تعريفات فقهاء الإسلام للعقد بمعناه الخاص، يجد أنهم قد وصفوا العقد بأنه ارتباط في حين وصفه فقهاء القانون الوضعي بأنه اتفاق، وتصوير العقد بأنه ارتباط يُعد أكثر دقة من تصويره على أنه اتفاق، لأن مفردة الاتفاق من الاتساع بمكان، من جهة، ولأن مفردة اتفاق، قد وجه إليها انتقادات كثيرة، من جهة أخرى. وقد قرر البعض من الفقهاء<sup>٢٠٤</sup> - في هذا المعرض - أن التعريف الوارد على لسان فقهاء الإسلام يُعد أحكم منطقاً وأدق تصوراً وصناعة وصياغة<sup>٢٠٥</sup>، أما التعريف الوارد على لسان فقهاء القانون الوضعي؛ فهو أوضح تصويراً وتعبيراً<sup>٢٠٦</sup>.

٧- من حيث صلاحية الإرادة المنفردة في إنشاء العقد: لا تكفي الإرادة المنفردة لإنشاء العقد في القانون الوضعي<sup>٢٠٧</sup>، فهذه الإرادة - وإن كانت تُعد مصدراً من مصادر الالتزام - إلا أنها - إن وجدت - لا يترتب عليها في القانون إلا التزام من جانب واحد؛ أما في الفقه الإسلامي وتحديداً عند الاتجاه القائل بالمعنى العام أو الواسع للعقد، أو عند اللغويين؛ فإن الإرادة المنفردة تصلح وحدها لإنشاء العقد<sup>٢٠٨</sup>.

<sup>١٩٦</sup> راجع: د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، لبنان ٢٠٠٩م، ص ٢٦- راجع: د. عبد الهادي بونس العطافي، الوجيز في العقد، دراسة مقارنة بالمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٢.

<sup>١٩٧</sup> راجع: د. شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٣.

<sup>١٩٨</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد، دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩م، ص ٢٥ وما بعدها. د. مسعد قطب، الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقد ومدى اعتناق الفقه الإسلامي له، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، المجلد رقم (٣١)، العدد (٢٠١)، ص ١٣٣ وما بعدها.

<sup>١٩٩</sup> راجع: د. شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٢.

<sup>٢٠٠</sup> راجع: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨م، ج ٤، ص ٨٢.

<sup>٢٠١</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٠ وما بعدها.

<sup>٢٠٢</sup> راجع: د. محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢١.

<sup>٢٠٣</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: أ. أنس بن رشيد بن محمد المبدل، سلطة القاضي في تفسير العقد، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٣١هـ، ص ١٠ وما بعدها.

<sup>٢٠٤</sup> راجع: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، ج ١، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

<sup>٢٠٥</sup> راجع: د. عبد الهادي بونس العطافي، الوجيز في العقد، دراسة مقارنة بالمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٠.

<sup>٢٠٦</sup> راجع: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، ج ١، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

<sup>٢٠٧</sup> راجع: د. جميل محمد بني يونس، دور الإرادة والشكل في إنشاء العقد وترتيب آثاره، مرجع سابق، ص ١١٩.

<sup>٢٠٨</sup> راجع: د. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، مرجع سابق، ص ٥٠٨. د. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٥. وقرب من ذلك: د. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، ج ١، مرجع سابق، ص ٣٧. وقد استند سعاداته على هذا الفارق في تبرير أن الفقه الإسلامي لم يتأثر بالقانون الروماني، راجع: المرجع السابق، ص ٣٧.

٨- من حيث أركان العقد: أركان العقد لدى فقهاء القانون الوضعي؛ هي: التراضي<sup>٢٠٩</sup>، والمحل، والسبب<sup>٢١٠</sup>، أما أركان العقد في الفقه الإسلامي - كما سنرى لاحقاً - فهي من الأمور المختلف فيها بين فقهاء الإسلام؛ فيرى الأحناف أن أركان العقد تنحصر في الصيغة فحسب، بينما يرى جمهور فقهاء الإسلام - بخلاف الأحناف - أن أركان العقد هي: الصيغة، والعاقدين، والمعقود عليه (المحل).

٩- من حيث ترتيب الآثار: يرتب العقد لدى غالبية علماء الفقه الإسلامي آثاره - كما سنرى - بمجرد انعقاد العقد صحيحاً، لأن هذه الآثار تترتب - كقاعدة عامة - بطريقة آلية من قبل الشارع الحكيم، أما في القانون الوضعي؛ فإن الوضع محل خلاف بين اتجاهين: اتجاه أول يرى أن آثار العقد يحددها سلطان إرادة المتعاقدين، واتجاه ثان يرى أن العقد يخضع من حيث ترتيب آثاره لسلطان القانون وليس لسلطان العاقدين.

## الفرع الثاني

### حكم العقد في الفقه الإسلامي

للعقد في الفقه الإسلامي حكم أصلي يتحقق بطريقة آلية من قبل الشارع بمجرد انعقاده صحيحاً<sup>٢١١</sup>، وهذا ما يطلق عليه حكم العقد<sup>٢١٢</sup>، كانتقال الملكية بمجرد التعاقد بمقابل في عقد البيع، وبدون مقابل في عقد الهبة<sup>٢١٣</sup>، وللعقد حقوق تترتب عليه، ويقصد بهذه الحقوق الآثار الفرعية؛ كالمطالبات التي تتعلق بعقد البيع؛ كحق البائع بمطالبة المشتري بالوفاء بالثمن<sup>٢١٤</sup>، وحق المشتري في مطالبة البائع بتسليمه الشيء المبيع<sup>٢١٥</sup>. والواقع أن لحكم العقد لدى فقهاء الإسلام عدة إطلاقات، أو عدة أنواع<sup>٢١٦</sup>، منها على سبيل المثال لا الحصر؛ الآتي:

أولاً: صفة فعل المكلف، وهذا الفعل يدور بين الفعل والترك، ويتنوع هذا الفعل - كما هو معلوم - بين الفرض، والواجب، والسنة، والمندوب، والحرام، ومن هذا المنطلق؛ فقد يكون العقد بحسب الأحوال؛ مباحاً، أو مكروهاً، أو حراماً.

ثانياً: الآثار التي تترتب على العقد شرعاً<sup>٢١٧</sup>، وهذه الآثار يمكن تصنيفها إلى صنفين<sup>٢١٨</sup>؛ الأول: آثار عامة، وتنتشر فيها غالبية العقود، أما الصنف الثاني؛ فهو الآثار الخاصة، وهذه الآثار ليست واحدة في كل العقود<sup>٢١٩</sup>، بل هي تختلف من عقد إلى آخر<sup>٢٢٠</sup>، ومن هذه الآثار، نقل ملكية العين، أو المنفعة من شخص إلى آخر، سواء بمقابل؛ كما هو الحال في عقدي البيع<sup>٢٢١</sup>، والإيجار<sup>٢٢٢</sup>، أو بدون مقابل؛ كما هو الحال في الهبة بلا عوض.

ويجدر التنويه - في هذا السياق - إلى أن الغاية من التعاقد (الأثر أو المقصد الأصلي الذي شرع العقد من أجله)، تختلف عن الباعث الشخصي الدافع للتعاقد؛ فهذا الباعث ليس واحداً لدى كافة المتعاقدين<sup>٢٢٣</sup>؛ ومن ثم

<sup>٢٠٩</sup> يرى البعض أن القاضي في القانون الوضعي يستطيع تكملة شروط من خلال مراجعته لموقف إرادة الأطراف ومدى الاتفاق على الأخذ بها حتى ولو كان هذا الاتفاق ضمناً؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: - د. سحر الكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ١٣٨ وما بعدها.

<sup>٢١٠</sup> يعرف السبب في أصول الفقه الإسلامي بأنه: "الذي يلزم من وجوده الوجود، ومن عده العدم لذاته"؛ راجع أصول السرخسي، ج ٢، ص ٣٠١ - كشف الأسرار لليزدي، ج ٤، ص ٢٨٤ - كما ورد للسبب تعريفات في كتب المذاهب؛ منها: حاشية ابن عابدين، ج ٢، ص ٢٥٩ - مواهب الجليل للحطاب المالكي، ج ١، ص ٢٩١ - كشاف القناع للبهوتي الحنبلي، ج ٤، ص ٤٠٤.

<sup>٢١١</sup> راجع: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ج ٤، ص ٢٣٢. <sup>٢١٢</sup> مزيداً من التفاصيل حول حكم العقد وما يتعلق به، وموانع حكم العقد الشرعية وغير الشرعية؛ راجع: د. أكرم محمود حسين البدي، حكم العقد، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد رقم (١٥) العدد رقم (٥٥) السنة رقم (١٧)، العراق ٢٠١٢م، ص ١٠ وما بعدها. - د. عبد الحميد محمود البعلبي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، الطبعة مرجع سابق، ص ٢١١ - د. محمود محمد حسن، التشريع الإسلامي (المدخل - والنظريات العامة) مطبوعات كلية الحقوق بجامعة المنصورة، مصر ٢٠١٨م، ص ١٣١ وما بعدها.

<sup>٢١٣</sup> راجع: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ج ٤، ص ٢٣١. <sup>٢١٤</sup> ومزيداً من التفاصيل عن الالتزام بالوفاء بالثمن؛ راجع: د. مصطفى أحمد عبد المجيد قنديل، الوفاء بثمان المبيع دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٩٢م، ص ٧ وما بعدها.

<sup>٢١٥</sup> راجع: د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان ١٩٩٨م، ص ٤٥٠ - د. فتحي عبد الفتاح أبو بكر، الالتزام بتسليم محل عقود المعاوضات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٨٦م، ص ١٢ وما بعدها. - د. السيد عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة...، مرجع سابق، ص ٤٥١.

<sup>٢١٦</sup> راجع: د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٩٨ وما بعدها. <sup>٢١٧</sup> يقصد بآثار العقد كما جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٣٠، ص ٢٣٩؛ ما يترتب على العقد وما يهدف إليه المتعاقدين، وهذه الآثار وتلك الأهداف، يعان المقصود الأصلي من انعقاد العقد بين العاقدين.

<sup>٢١٨</sup> يترتب على لزوم العقد في الفقه الإسلامي آثار عامة، وآثار خاصة؛ ومن الآثار العامة: نقل الملكية، والتسليم، وضمان المعقود عليه، وشغل الذمة بالدين في البيع بالثمن الموجب؛ ومن الآثار الخاصة: قطع الخصومة، فسخ الشراكة، حرية الرقبة، الربح والخسارة؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرحمن بن عثمان الجلود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ٢٥٣ وما بعدها.

<sup>٢١٩</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في توبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، مرجع سابق، ج ١، ص ٤١٧ وما بعدها. <sup>٢٢٠</sup> راجع: د. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، مرجع سابق، ص ٥١١.

<sup>٢٢١</sup> يترتب على عقد البيع من هذه الوجهة، ثبوت ملكية المشتري للشيء المبيع، وثبوت ملكية البائع للمقابل وهو الثمن، وذلك بمجرد انعقاد العقد؛ وهذه الآثار تترتب على العقد حتى ولو لم ينص عليها في العقد؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. سمير عبد النور جاب الله، ضوابط الثمن وتطبيقاته في عقد البيع، بحث فقهي مقارن، الطبعة الأولى، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض ١٩٠٠م، ص ١٠ وما بعدها. - د. محمد سكال الحجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت ٢٠٠١م، ص ٢٣٣ وما بعدها.

<sup>٢٢٢</sup> يترتب على عقد الإيجار نقل ملكية المنفعة من المؤجر إلى المستأجر، واكتساب المؤجر لملكية الأجرة. <sup>٢٢٣</sup> مزيداً من التفاصيل حول السبب الباعث في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. رمضان جمعة، السبب الباعث وأثره في صحة العقد أو بطلانه، دراسة فقهية قانونية مقارنة، مجلة كلية دار العلوم بجامعة القاهرة، العدد رقم (٢١)، يونيو - صفر ١٩٩٧م، القاهرة ١٩٩٧م، ص ٩٩ وما بعدها.

فهو يختلف في الغالب من متعاقد لآخر، ومن طرف لآخر في ذات العقد؛ فالباعث عامل نفسي يخضع لرغبات الأشخاص دون طبيعة العقد<sup>٢٢٤</sup>، أما الأثر المترتب على العقد؛ فإنه يتأثر بطبيعة العقد ذاته دون التعويل على أشخاص المتعاقدين<sup>٢٢٥</sup>، وهذا دليل آخر يؤكد على النزعة الموضوعية للعقود في الفقه الإسلامي.

**ثالثاً:** الصفات الثابتة للعقد من حيث كونه مشروعاً، أو غير مشروع؛ ويندرج تحت هذا الحكم تصنيف الأحناف للعقود من هذه الوجهة إلى عقود: صحيحة، وعقود باطلة<sup>٢٢٦</sup>، وعقود فاسدة.

**رابعاً:** ما يترتب على العقد؛ سواء في الحال، أو في المستقبل، وحكم العقد وفقاً لهذا الأمر؛ إما أن يكون عقداً نافذاً، أو عقداً موقوفاً<sup>٢٢٧</sup>.

**خامساً:** الصفات الثابتة للعقد من حيث اللزوم، أو عدم اللزوم؛ وحكم العقد في هذا النوع؛ إما أن يكون عقداً لازماً، بحيث لا يستطيع أحد العاقدين فسخه بمفرده، أو يكون عقداً غير لازم، ومن ثم يكون لأحد العاقدين فسخه.

### الفرع الثالث

#### أقسام العقود في الفقه الإسلامي

لم يضع فقهاء الإسلام تقسيماً محدداً للعقود، وقد تناولوا العقود دون ترتيب أو تقسيم معين<sup>٢٢٨</sup>، ولهذا حاول فقهاء العصر الحديث والمعاصر المشتغلين في مجال المعاملات في الفقه الإسلامي تصنيف العقود وتقسيمها على نحو يتلاءم مع مقتضيات العصر الحالي<sup>٢٢٩</sup>، وسنعرض فيما يلي لبعض هذه التقسيمات، وذلك على النحو التالي:

**أولاً: من حيث المشروعية:** تُقسم العقود وفقاً لهذا المنظور إلى عقود مشروعة، وعقود غير مشروعة<sup>٢٣٠</sup>، ويكون العقد مشروعاً إذا أجازته الشارح وأباح التعامل به، أما العقود غير المشروعة، فهي تلك العقود التي حرّمها الشارع ونهي عن التعامل عنها؛ كبيع الملاحيق (الأجنة في البطون) أو بيع المضامين (ما في أصلاب الفحول).

**ثانياً: من حيث القدم والحداثة:** تنقسم العقود من هذه الوجهة إلى عقود قديمة مستقرة، كالعقود التي تجمعها كتب المذاهب الفقهية بين دفتيها؛ كالبيع والإيجار<sup>٢٣١</sup>، وعقود مستحدثة اقتضى وجودها النوازل التي تطرأ على الأمة<sup>٢٣٢</sup>، ومن أمثلة العقود المستحدثة<sup>٢٣٣</sup>: عقود المشاركات المنتهية بالتملك، وعقود التأجير التمويلي، وعقود المرابحة للأمر بالشراء<sup>٢٣٤</sup>، وعقد البيع بالتقسيط بصورته الراهنة<sup>٢٣٥</sup>، وقد تختلف العقود

<sup>٢٢٤</sup> مزيداً من التفاصيل حول الباعث في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. وهبة الزحيلي، الباعث على العقود في الفقه الإسلامي وأصوله، دار المكتبي، دمشق ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، ص ٧ وما بعدها. وراجع لذات المؤلف كذلك: التنية والباعث في فقه العبادات والعقود والفسوخ والترك، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، المجلد رقم (٢) العدد رقم (٣٩)، يونيو - رمضان ١٩٨٥م، ص ٦٩ وما بعدها.

<sup>٢٢٥</sup> راجع: د. محمد سلام مذکور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، مرجع سابق، ص ٥١١. ووردت مفردة الباطل في القرآن الكريم بشأن المعاملات في موضعين: الأول: بالآية رقم (١٨٨) من سورة البقرة؛ حيث قوله جل شأنه "ولا تأكلوا أموالكم بالباطل"؛ أما الموضوع الثاني؛ فقد ورد في الآية رقم (٢٩) من سورة النساء، حيث قال تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم".

<sup>٢٢٧</sup> جاء في مجلة الأحكام العدلية المقتنة على مذهب الإمام أبو حنيفة النعمان نصوص كثيرة تتعلق بالعقد الموقوف؛ منها على سبيل المثال؛ المواد: (١١١-١١٣-٣٦٨-٣٧٧-٣٧٨)؛ في خصوص عقد البيع؛ والمادة رقم (٤٤٧) في خصوص عقد الإيجار؛ والمادة رقم (٧٩٣) في شأن عقد الوديعة، والمادة رقم (٨٥٧) في خصوص عقد الهبة، والمادة رقم (١٤٥٣) في شأن عقد الوكالة، وللمزيد من التفاصيل؛ راجع: د. غني حسون طه، القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقد، ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية - العدد الثاني - الكويت يونيو ١٩٧٨م، ص ١٥٣ وما بعدها.

<sup>٢٢٨</sup> إن المتأمل في كتب فقهاء الإسلام يجد أن هذه الكتب لم تتضمن تقسيماً للعقود؛ ولم يستثن من ذلك سوى كتاب وحيد هو كتاب: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، حيث ورد في هذا الكتاب تقسيم العقود إلى قسمين؛ هما: القسم الأول: عقود مقابل معاوضة. والقسم الثاني عقود بغير معاوضة. وينقسم القسم الأول بدوره إلى ثلاثة أقسام فرعية؛ وهي: عقود المغابنة والمكاسبة؛ كالبيع والإيجار، والثاني لا يختص بقصد المغابنة، كالقرض، والثالث وهو ما يشتمل على القسمين السابقين (عقود مختلطة)؛ راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٢٦ وما بعدها. وراجع كذلك: د. محمود المظفر، نظرية العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، دار حافظ، جدة ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م، ص ٦٣، وهامش رقم (١) بذات الصفحة.

<sup>٢٢٩</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد حلمي السيد عيسى، تعريف العقد وتقسيماته، دراسة فقهية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مرجع سابق، ص ٣٤٣ وما بعدها. د. أحمد شحدة علي أبو سرحان، أثر فوات محل العقد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا بالجامعة الأردنية، عمان ٢٠٠٦م، ص ١٩ وما بعدها. أ. حنان بنت محمد حسين جستنيه، أقسام العقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، مكة المكرمة ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، ص ١٠ وما بعدها. د. محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية التربية بجامعة الملك سعود، الرياض ١٤٢٦هـ، ص ٢٦٢ وما بعدها. د. عبد الرحمن بن عثمان الجلود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ٢٩ وما بعدها. د. محمد رشدي محمد إسماعيل، العقود في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، بدون ناشر، القاهرة ١٩٨٩م، ص ٣٩ وما بعدها. د. عبد الحميد محمود البطني، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، الطبعة الأولى، مكتبة وهبة، القاهرة ١٩٨٩م، ص ٣٠١ وما بعدها.

<sup>٢٣٠</sup> راجع: د. عبد الرحمن بن عبد بن خالد العابد، أسباب انحلال العقود المالية، سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي بالملكة العربية السعودية لنشر ألف رسالة علمية (الرسالة رقم ٤٣)، بمناسبة مرور مائة عام على تأسيس المملكة العربية السعودية، الرياض ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ص ٤٨.

<sup>٢٣١</sup> مزيداً من التفاصيل عن عقد الإيجار في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. محمد سلام مذکور، عقد الإيجار في الفقه الإسلامي المقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ص ٧ وما بعدها.

<sup>٢٣٢</sup> مزيداً من التفاصيل عن عقود المعاملات في الأسواق المالية المعاصرة؛ راجع: د. مبارك بن سليمان محمد آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص ٦٦٥ وما بعدها.

<sup>٢٣٣</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد الأمين مصطفي أبوه شلقطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، مرجع سابق، ص ٥ وما بعدها. د. علي محي الدين القرعة داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٥ وما بعدها.

<sup>٢٣٤</sup> راجع: د. عبد الحميد محمود البطني، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، مرجع سابق، ص ١٨. د. محمود محمد حسن، العقود الشرعية في المعاملات المصرفية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت ١٩٩٧م، ص ٧ وما بعدها.

المستحدثة عن العقود التقليدية من حيث أسس التعاقد حيث قد يلزم لها الخروج عن القواعد التقليدية في التعاقد، ويعوزها استخدام الوسائل الحديثة<sup>٢٣٦</sup>؛ كالتعاقد عبر الوسائط الإلكترونية<sup>٢٣٧</sup>.

**ثالثاً: من حيث التسمية:** تنقسم العقود من حيث تسميتها من قبل الشارع، أو الفقهاء، أو العلماء المعاصرين، وبيان أحكامها من عدمه، إلى عقود مسماة، وعقود غير مسماة؛ والعقود المسماة ورد منها في كتب الفقهاء - كما يقر بعض الفقهاء - خمسة وعشرون عقداً، وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية منها ثمانية عشر عقداً<sup>٢٣٨</sup>.

**رابعاً: من حيث لزوم القبض لتامم العقد:** تنقسم العقود من هذه الوجهة إلى عقود عينية، وعقود غير عينية، والعقود العينية، هي تلك العقود التي لا تتم إلا بالقبض<sup>٢٣٩</sup>؛ كالقرض، والرهن، والهبة<sup>٢٤٠</sup>، أما العقود غير العينية؛ فهي تلك العقود التي لا يتوقف تمامها على القبض حين العقد<sup>٢٤١</sup>؛ كالبيع، والإجارة<sup>٢٤٢</sup>.

**خامساً: من حيث أوصاف العقد:** تنقسم العقود من حيث وصفها إلى عقود ناجزة أو بسيطة، وعقود موصوفة؛ والعقد البسيط أو الناجز، هو ذلك العقد الذي ينعقد بمجرد الصيغة، ويرتب آثاره في الحال. أما العقد الموصوف، فهو العقد الذي يكون مضافاً إلى أجل<sup>٢٤٣</sup>، أو معلقاً على شرط<sup>٢٤٤</sup>؛ ويكون العقد مضافاً إلى أجل، متى كان لا يترتب آثاره في الحال، بل بعد مضي المدة المحددة، ويكون العقد معلقاً على شرط إذا تم تعليق تنفيذه أو ترتيب آثاره على أمر مستقبلي معين، بحيث إذا تحقق هذا الأمر نفذ العقد، أما إذا لم يتحقق؛ فلا ينفذ العقد<sup>٢٤٥</sup>.

**سادساً: من حيث توافر أركان العقد من عدمه:** تنقسم العقود من هذه الوجهة، إلى عقود صحيحة<sup>٢٤٦</sup>، وعقود باطلة<sup>٢٤٧</sup>، وعقود فاسدة، والواقع أن كلمة الفقهاء لم تتحد على تقسيم العقود من حيث الأركان؛ فيرى جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنبالية، أن العقود تنقسم من هذه الوجهة إلى عقود صحيحة، وعقود غير صحيحة فقط<sup>٢٤٨</sup>، بينما يرى الأحناف أن العقود تنقسم من حيث توافر الأركان من عدمه إلى عقود صحيحة، وعقود باطلة<sup>٢٤٩</sup>، وعقود فاسدة<sup>٢٥٠</sup>؛ ويكون العقد صحيحاً عندما يكون مشروعاً بأصله

<sup>٢٣٥</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. بلال إبراهيم حامد بلال، مدى مشروعية البيع بالتقسيط وآثاره، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٩٧م، ص ١١ وما بعدها. د. أحمد زكي عويس، البيع بالتقسيط في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق بجامعة طنطا، العدد رقم (١٦) الجزء الأول، أغسطس ١٩٩٨م، ص ٩ وما بعدها. د. محمد أحمد عبد الرحمن الزرقا، جواهر التبسيط في قواعد البيع بالتقسيط، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص ٣٨ وما بعدها. د. أشرف عبد الرزاق ويح، الوسيط في البيع بالتقسيط، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢م، ص ١٦ وما بعدها.

<sup>٢٣٦</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد نجيب عوضين المغربي، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٦م، ص ١٨٥ وما بعدها.

<sup>٢٣٧</sup> وهذه العقود في الغالب تكون عقود غير مسماة ما لم تكن منظمة تشريعياً؛ ومن هذه العقود على سبيل المثال؛ عقود خدمات المعلومات، وعقود الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، وعقود تقديم المشورة الكترونياً؛ ومرحلة التفاوض الإلكتروني، مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد حسام لطفي، عقود خدمات المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤م. د. حسن الراوي، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨م. د. أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠م. د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠م. د. فاروق الإياصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣م. د. إيمان مأمون أحمد سليمان، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، عام ٢٠٠٥/٢٠٠٦م.

<sup>٢٣٨</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في توبه الجديد (المختل الفقهي العام)، مرجع سابق، ج ١، ص ٥٣٨ وما بعدها.

<sup>٢٣٩</sup> راجع: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٧٥. القواعد الفقهية لابن رجب، ص ٧١. ومزيداً من التفاصيل عن القبض وآثره في العقود بصفة عامة؛ راجع: أ. أحمد بن إبراهيم بن عبد الله التميمي، القبض وآثره في العقود، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٠٩هـ، ص ٢٠ وما بعدها.

<sup>٢٤٠</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد المالكي، ج ٢، ص ٣٢٩.

<sup>٢٤١</sup> راجع: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٧٥. القواعد الفقهية لابن رجب، ص ٧١.

<sup>٢٤٢</sup> راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية، الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، ج ٣٠، ص ٢٣٠.

<sup>٢٤٣</sup> يعد الأجل في الالتزامات، واقعة مستقبلية محققة الوقوع؛ والأجل قد يكون مصدره الاتفاق، أو القانون، أو القضاء (منح المدين نظرة ميسرة من قبل القاضي). مزيداً من التفاصيل عن الأجل بصفة عامة؛ راجع: أ. محمد بن راشد علي العثمان، نظرية الأجل في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٠٧هـ، ص ١١ وما بعدها.

<sup>٢٤٤</sup> يعد الشرط التلويقي في الالتزامات، واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع. وتنقسم الشروط بحسب مصدرها في الشريعة الإسلامية إلى قسمين؛ هما: الشرط الشرعي، والشرط الجعلي، ويكون الشرط شرطاً شرعياً إذا كان الشارع قد استلزمه كشرط لبعض الأحكام، أما الشرط الجعلي؛ فهو الشرط الذي ينشئه المكلف بنفسه وإرادته، ويجعل عقده أو تصرفه أو التزامه معلقاً عليه أو مفقداً به؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. صلاح بابكر الحاج، القواعد الأصولية المتعلقة بالشرط وتطبيقاتها الفقهية، مجلة كلية التربية بجامعة طنطا، العدد رقم (٥٥)، يوليو ٢٠١٤م، ص ٣١١ وما بعدها. ومزيداً من التفاصيل عن الشروط الجعلية في عقد البيع تحديداً؛ راجع: أ. عبد الله بن حافظ الحكمي، الشروط الجعلية في عقد البيع؛ أحكامها وآثارها في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٣٩٧هـ - ١٩٧٠م، ص ٥ وما بعدها. ومزيداً من التفاصيل عن الشروط الجعلية في عقود الإيجار؛ راجع: أ. إبراهيم بن علي بن محمد الحمد، الشروط الجعلية في إجارة الأعيان وتطبيقاتها المعاصرة، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٢٩هـ، ص ٢١ وما بعدها. أ. عبد الواحد بن صالح السويد، الشروط الجعلية المتعلقة بالإجارة على الأعمال، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٢٩هـ، ص ١٥ وما بعدها.

<sup>٢٤٥</sup> مزيداً من التفاصيل عن العقود الفورية والعقود المتراخية؛ راجع: أ. ثواف بن عمير السعدون أبو عبد الله، أحكام الفورية والتراخي في عقود المعاوضات، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٢٣هـ، ص ٢٠ وما بعدها.

<sup>٢٤٦</sup> مزيداً من التفاصيل حول العقد الصحيح النافذ؛ راجع: د. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٨ وما بعدها. د. محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٥٩ وما بعدها.

<sup>٢٤٧</sup> مزيداً من التفاصيل حول بطلان العقود في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. محمد الحسيني حنفي، نظرية البطلان في العقود في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العدد الأول - السنة الثانية، القاهرة يناير ١٩٦٠م، ص ١٨٣ وما بعدها. د. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٥ وما بعدها. د. محمد رفعت الصبحي، الآثار المترتبة على تخلف شروط العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة ١٩٨٤م، ص ٢٥٢ وما بعدها. د. أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي، الطبعة الثانية، منشورات عكاظ، المغرب ١٩٨٧م، ص ٧٩ وما بعدها. د. محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٩٠ وما بعدها.

<sup>٢٤٨</sup> راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٥. معنى المحتاج إلى معرفة المنهاج للشربيني، ج ٢، ص ٤٠. المنثور في القواعد للزركشي، ج ٢، ص ١٣٠.

<sup>٢٤٩</sup> وقد يكون العقد غير باطل بطلاناً مطلقاً ولكنه قابل للبطلان (البطلان النسبي)؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. حمدي المغاوري محمد عرفة، إجازة العقد القابل للإبطال، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة ٢٠١٢م، ص ٥ وما بعدها.

ووصفه، وهذا العقد يترتب آثاره في الحال أي بمجرد انعقاده، إذا كان من العقود النافذة، ويكون العقد باطلاً عندما لا يكون مشروعاً ولا بأصله ولا بوصفه، وهذا العقد لا يترتب عليه أية آثار، ويعتبر هو والعدم سواء؛ أي يعتبر كأن لم يكن<sup>٢٥١</sup>، ويكون العقد فاسداً عندما يكون مشروعاً بأصله (أي تتوافر فيه الأركان) دون وصفه (أي تغيب عنه الشرائط)<sup>٢٥٢</sup>؛ كالعقد على محل مجهول في عقود المعاوضة<sup>٢٥٣</sup>، وهذا العقد تترتب عليه آثاره بمجرد زوال سبب عدم المشروعية المتعلق بوصفه<sup>٢٥٤</sup>.

**سابعاً: من حيث مدى إمكانية التحلل من آثار العقد:** تنقسم العقود من هذا المنظور إلى عقود لازمة<sup>٢٥٥</sup>، وعقود غير لازمة<sup>٢٥٦</sup>، ويكون العقد لازماً عندما لا يستطيع أحد العاقدين فسخه دون رضا الطرف الآخر<sup>٢٥٧</sup>، ويكون العقد غير لازم عندما يكون لأحد العاقدين الحق في فسخه دون اشتراط موافقة الطرف الآخر<sup>٢٥٨</sup>، أو وجود خيار يكون بموجبه العاقد مخيراً بين فسخ العقد أو إمضائه<sup>٢٥٩</sup>، مع ملاحظة أن هناك عقود تُعد غير لازمة بطبيعتها؛ كعقد الوكالة، والوديعة، والعارية<sup>٢٦٠</sup>.

وينبغي عدم الخلط بين اللزوم والالتزام<sup>٢٦١</sup>؛ لأنهما مختلفان من حيث المفهوم: فلزوم العقد - كما رأينا - يتجلى في عدم قدرة أحد العاقدين على فسخ العقد بمفرده، أما الالتزام؛ فهو الزام الشخص نفسه بما لم يكن واجباً عليه. كما أنهما مختلفان من حيث الحقيقة: فاللزوم يتعلق بالعاقدين، أما الالتزام فتعلق بكل عاقد على حده. كما أنهما يختلفان كذلك من حيث المصدر: فمصدر الإلزام هو الشارع<sup>٢٦٢</sup> - كما سنرى عند غالبية الفقهاء - أما مصدر الالتزام؛ فهو إرادة العاقد<sup>٢٦٣</sup>. كما أنهما يختلفان - أيضاً - من حيث ترتيب الوقوع: فالالتزام يأتي أولاً، ثم يترتب عليه الإلزام، وليس العكس؛ فالقاعدة لا إلزام بدون التزام. كما أنهما يختلفان - أخيراً - من حيث الإثبات: فلزوم العقد لا يحتاج إلى إثبات لأنه من صنعة الشارع، أي سلطة حاكمة خارجة عن إرادة الملتزم<sup>٢٦٤</sup>؛ أما الالتزام؛ فهو يحتاج إلى إثبات خاصة عند إنكاره من قبل أحد المتعاقدين.

والواقع أن للفقهاء مناحي شتى حيال تقسيم العقود باعتبار اللزوم من عدمه، حيث يقسمها البعض إلى أقسام تزيد على ثلاثة أقسام<sup>٢٦٥</sup>، ويراها البعض أنها على ثلاثة أقسام<sup>٢٦٦</sup>، فمن يراها أكثر من ثلاثة أقسام يحددها في: عقود لازمة للطرفين، وعقود جائزة أو غير لازمة للطرفين، وعقود فيها خلاف حول اللزوم من عدمه، وعقود لازمة لأحد الطرفين دون الآخر، وعقود غير لازمة لكن مألها إلى اللزوم. أما من يراها على

<sup>٢٥٠</sup> والواقع أن تقرير مرتبة من مراتب البطلان تحت عنوان العقد الفاسد؛ يعتبر - في تقديرنا - من الأمور الهامة والمستحسنة، لأنه يترتب عليها عدم إهدار آثار بعض العقود.  
<sup>٢٥١</sup> راجع: علاء الدين بن مسعود الكاساني (الحنفي)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، بيروت ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، ج ٥، ص ٣٠٥؛ وقد جاء نصاً في هذا الكتاب في خصوص عقد البيع: "ولا حكم لهذا البيع (أي البيع الباطل) أصلاً، لأن الحكم للموجود، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة...".  
<sup>٢٥٢</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد الحسيني حنفي، نظرية البطلان في العقود في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٧٩ وما بعدها.  
<sup>٢٥٣</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد يوسف الزعبي، أسباب فساد العقد بين الفقه الحنفي والقانون المدني الأردني، مجلة مودة للبحوث والدراسات، المجلد رقم (٣) العدد رقم (٢)، عمان ١٩٨٨ م، ص ٩٣ وما بعدها.

<sup>٢٥٤</sup> والواقع أن أسباب بطلان العقد في الفقه الإسلامي متعددة ومتنوعة؛ ومنها على سبيل المثال لا الحصر: الأسباب التي تعيب صيغة العقد (الإيجاب والقبول) والأسباب التي تتعلق بالعاقدين، والأسباب التي تتعلق بالشئ محل العقد (المعقود عليه)؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: الشيخ أحمد إبراهيم، العقود والشروط والخيارات، مرجع سابق، ص ٦٤١ وما بعدها.  
<sup>٢٥٥</sup> يمكن تعريف لزوم العقد بأنه: "رابط شرعي لأجزاء التصرف بين عاقدين أو أكثر بحيث لا يكون لأحدهما فسخ العقد دون قبول الطرف الآخر" وفي المقابل؛ يمكن تعريف عدم لزوم العقد بأنه: "رابط شرعي لأجزاء التصرف بين عاقدين أو أكثر بحيث يملك أحدهما فسخ العقد دون الوقوف على موافقة الطرف الآخر"؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ١٧ وما بعدها. أ. فهد بن يحيى الشمري، أسباب لزوم العقود المالية، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٣٥ هـ، ص ٢٢ وما بعدها. أ. عبد الرحمن بن عبد الله بن علي العمرو، أثر الاشتراط في تغيير الوصف باللزوم والجواز في عقود المعاملات وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٢٩ هـ، ص ١٦ وما بعدها.  
<sup>٢٥٦</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. إبراهيم السوسقي، أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، منشورات جامعة الكويت، الكويت ١٩٩٤ م، ص ١٠ وما بعدها. أ. حمد بن عبد الله قائد بن سيف أحمد، العقد الجائز في المعاملات وأحكامه، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤١٠ هـ، ص ١٨ وما بعدها.

<sup>٢٥٧</sup> راجع: د. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٠ وما بعدها.  
<sup>٢٥٨</sup> راجع: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني الحنفي، ج ٤، ص ٢٢٢؛ ج ٥، ص ١٣٦ وما بعدها، ج ٥، ص ٢٩٩؛ وراجع كذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٣٠، ص ٢٢٩.

<sup>٢٥٩</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الحميد محمود البعلبي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، الطبعة الأولى، مكتبة وهبة، القاهرة ١٩٨٩ م، ص ٢٨٨.

<sup>٢٦٠</sup> راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٢٤. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٤ م، ص ٥٠٧ وما بعدها.

<sup>٢٦١</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ١٩ وما بعدها. د. جمال الدين محمد محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٨٥ وما بعدها.

<sup>٢٦٢</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الأجل في الالتزام، مطبعة السعادة، القاهرة ١٩٧٨ م، ص ٢٥ وما بعدها.

<sup>٢٦٣</sup> يرى البعض من الفقهاء أن الالتزام يتعلق بما يوجب الشخص على نفسه بموجب مصدر من المصادر الإرادية (العقد، والإرادة المنفردة) أما الإلزام؛ فهو الالتزامات التي تترتب على الشخص بدون إرادته (المصادر غير الإرادية)، كالالتزامات التي يفرضها الشرع أو الحاكم على شخص ما؛ راجع: د. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والبلاد العربية، مطبعة السعادة، القاهرة ١٩٧٥ م، ص ١٧. د. محمد محمد فرحات، الالتزامات في الفقه الإسلامي: مصادر وأحكامها، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٦. د. د. منصور محمد عبد النبي، اتجاهات الالتزام في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٥.

<sup>٢٦٤</sup> راجع: د. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الأجل في الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٥ وما بعدها.

<sup>٢٦٥</sup> راجع: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي، ص ١٧٢. المعني لابن قدامة الحنبلي، ج ٦، ص ٤٩. الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق) للقرافي المالكي، ج ٤، ص ١٣.

<sup>٢٦٦</sup> راجع: المنثور في القواعد للزركشي، ج ٢، ص ١٢٤.

ثلاثة ضروب فقط؛ فهي عنده: لازمة للطرفين، وغير لازمة للطرفين، ولازمة لأحد الطرفين دون الآخر<sup>٢٦٧</sup>.

**ثامناً: من حيث ترتيب الآثار زمنياً:** تنقسم العقود من هذه الوجهة إلى عقود نافذة<sup>٢٦٨</sup>، وعقود موقوفة<sup>٢٦٩</sup>، والعقد يكون نافذاً عندما يكون هذا العقد لا يتعلق به حق للغير، أو هو ما يصدر ممن له أهلية التصرف ولا يحتاج إلى إجازة أحد<sup>٢٧٠</sup>، ويكون العقد موقوفاً عندما يتعلق به حق للغير<sup>٢٧١</sup>، أو عندما يصدر العقد من شخص يحتاج إلى إجازة<sup>٢٧٢</sup>، وهذا العقد يكون صحيحاً إلا أنه لا يرتب آثاره ما لم تلحقه الإجازة<sup>٢٧٣</sup>.

**تاسعاً: من حيث آثار العقد وأغراضه:** تنقسم العقود من هذا المنظور إلى سبعة أقسام من العقود<sup>٢٧٤</sup>؛ وهي: عقود التمليكات<sup>٢٧٥</sup>، سواء أكانت بمقابل (كالبيع<sup>٢٧٦</sup>، والإيجار، والصلح على مال)، أو بدون مقابل<sup>٢٧٧</sup> (كالهبة بغير عوض، والإبراء من الدين<sup>٢٧٨</sup>)، وعقود الاسقاطات بمقابل (كالطلاق نظير مال تدفعه الزوجة)، أو بغير مقابل (كالإبراء من الدين، والتنازل عن الحق في الشفعة)، وعقود التفويضات أو الإطلاقات (كالوكالة<sup>٢٧٩</sup>، والأذن لناقص الأهلية بالتصرف)، وعقود التقييدات (كعزل الوكيل، وعزل الوصي، وعزل ناظر الوقف)، وعقود التوثيقات (كالكفالة<sup>٢٨٠</sup>، والرهن)، وعقود الحفظ، سواء بدون أجر (كالوديعة)، أو بأجر (كالحراسة) وعقود الشركات<sup>٢٨١</sup>؛ ومفاد عقود الشركات، أن يتعاقد شخصان أو أكثر، بالتراضي على تجارة، بحيث يكون المال بينهما، والربح والخسارة عليهما، وذلك وفقاً حصة كل منهما في رأس المال<sup>٢٨٢</sup>.

**عاشراً: من حيث التأقيت من عدمه:** قسم الفقهاء العقود من هذه الوجهة إلى نوعين<sup>٢٨٣</sup>: الأول: عقود تقبل التأقيت، والثاني: عقود لا تقبل التأقيت. ومن أمثلة النوع الأول: كل عقد كانت المدة ركناً فيه، فهذا النوع لا يكون إلا مؤقتاً؛ كالإجازة<sup>٢٨٤</sup>، والمساقاة<sup>٢٨٥</sup>. أما النوع الثاني: فهو تلك العقود التي لا تقبل التأقيت، وإذا تم تأقيتها وقعت باطلة<sup>٢٨٦</sup>؛ كالزواج، والوقف، والبيع، والهبة.

<sup>٢٦٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرحمن بن عثمان الجلود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ١٠١ وما بعدها.  
<sup>٢٦٨</sup> مزيداً من التفاصيل حول العقد الصحيح النافذ؛ راجع: د. محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٥٩ وما بعدها.  
<sup>٢٦٩</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاساني، ٥، ٣٠٥ - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المالكي) المعروف بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م، ج ٢، ص ١٦٣.  
<sup>٢٧٠</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية، ٣٠، ص ٢٣٦. والعقد الموقوف في الاصطلاح هو التصرف المشروع بأصله ووصفه الذي يتوقف أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرعاً؛ للمزيد من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤٢ وما بعدها. أ. عبد الله بن صالح الراجحي، إيقاف سريان العقد، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٣١ هـ، ص ١٥ وما بعدها.  
<sup>٢٧١</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثاني - السنة الخامسة والعشرون، القاهرة ١٩٥٥ م، ص ١٢٢ وما بعدها. د. غني حسون طه، القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقد، ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية - العدد الثاني - الكويت يونيو ١٩٧٨ م، ص ١٥٣ وما بعدها.  
<sup>٢٧٢</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٢٩ - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت ١٣٩٣ هـ، ج ٣، ص ١٥ - المعني لابن قدامة، ج ٧، ص ٣٣٩ - الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٣٠، ص ٢٣٦. ومزيداً من التفاصيل حول العقد الصحيح الموقوف؛ راجع: د. محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٨٦ وما بعدها.

<sup>٢٧٣</sup> عكس ذلك راجع: د. شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٥٨ وما بعدها؛ حيث يرى سعادته أن العقد الموقوف يُعد عقداً باطلاً من جميع الوجوه، إلا أنه يحتمل الإجازة، وإذا صدرت الإجازة زال عن العقد وصف البطلان. بينما يرى البعض من الفقهاء أن العقد الموقوف يُعد عقداً صحيحاً ولكنه مهدد بخطر البطلان؛ راجع في ذلك: د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ٥١٨.

<sup>٢٧٤</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرحمن بن عابد بن خالد العابد، أسباب احتلال العقود المالية، مرجع سابق، ص ٥٩ وما بعدها.  
<sup>٢٧٥</sup> العقود الناقلة للملكية في الفقه الإسلامي؛ هي: البيع، والهبة، والصدقة، والوصية بالأعيان، والصلح، والزواج بالنسبة للمهر إذا كان عيناً، والفرقة بين الزوجين على مال بالنسبة لذلك المال، والإجازة بالنسبة للأجرة إذا كانت عيناً، والتنازل عن بعض الحقوق نظير المال؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، الطبعة الثانية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة ١٣٦٣ هـ - ١٩٤٤ م، ص ١٠٥ وما بعدها.

<sup>٢٧٦</sup> عرف البيع عدة تعريفات عند فقهاء المذاهب الأربعة؛ فعرّفه الأحناف بأنه: "مبادلة شيء مرغوب فيه بمثل على وجه مخصوص"؛ راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٠٢ - كما عرفه المالكية بأنه: "نقل الملك عن عوض"؛ راجع: المقدمان لابن رشد الجدي، ج ٢، ص ١٩ - كما عرفه الحنابلة بأنه: "مبادلة المال بالمال تملكاً وتملكاً"؛ راجع: المعني لابن قدامة، ج ٦، ص ٥ - وقد عرفته الحنفية للمادة رقم (١٠٥) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: "مبادلة مال بمال ويكون منعقداً، وغير منعقد"؛ ويكون العقد منعقداً عند حسبما أوضحت المادة رقم (١٠٦) من ذات المجلة؛ إذا كان البيع صحيحاً، أو فاسداً، أو نافذاً، أو موقوفاً؛ ويكون البيع غير منعقد كما أوضحت المادة رقم (١٠٧) من ذات المجلة؛ إذا كان البيع باطلاً. هذا وقد قسم فقهاء الإسلام البيع إلى أنواع عديدة؛ لعل من أبرزها: مبادلة العين بالثمن (البيع المطلق) ومبادلة الدين بالعين (السلم) ومبادلة الأثمان (الصراف)، ومبادلة العين بالعين (المقايضة)؛ راجع في ذلك على سبيل المثال؛ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب (المالكي)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م، ج ٤، ص ٢٢٦ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد المالكي، ج ٢، ص ٩٤.

<sup>٢٧٧</sup> يمكن القول بأن تقسيم العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع في الفقه الإسلامي يقابلها في القانون الوضعي - إلى حد كبير - العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد؛ راجع: د. عبد الهادي يونس العطايفي، الوجيز في العقد، دراسة مقارنة بالمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٧٢.

<sup>٢٧٨</sup> راجع: القواعد لابن رجب، ص ٧٤.  
<sup>٢٧٩</sup> تعتبر الوكالة والمضاربة من عقود الإرفاق؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. جميل بن عبد المحسن الخلفي، قاعدة: الأصل في الوكالة الخصوص، وفي المضاربة العموم، وتطبيقاتها الفقهية، مجلة العدل، العدد رقم (٦٨) ربيع الأول - ربيع الآخر ١٤٣٦ هـ، الرياض، ص ١٦، و ص ١٩.

<sup>٢٨٠</sup> مزيداً من التفاصيل عن عقد الكفالة في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. عبد السلام بن محمد الشوير، عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة، مجلة العدل، العدد رقم (٤٣) رجب ١٤٣٠ هـ، الرياض، ص ١٤٠ وما بعدها.

<sup>٢٨١</sup> راجع: د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٠٧ وما بعدها.

<sup>٢٨٢</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. جميل علي رسول، شركة العقود في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم الإسلامية، العدد رقم (١٦)، العراق ١٤٣٤ هـ، ص ٧ وما بعدها.

<sup>٢٨٣</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد نجيب عوضين المغربي، عنصر المدة وأثره في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩ م، ص ١٥ وما بعدها.

<sup>٢٨٤</sup> راجع: د. محمد سلام منكور، عقد الإيجار في الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص ١٨، و ص ٦٧.

<sup>٢٨٥</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٢٨٧ - مدونة الإمام مالك، ج ٥، ص ١٢ - مفتي المحتاج إلى معرفة المنهاج للشرييني، ج ٢، ص ٢٠٧ - الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٧٧ - المعني لابن قدامة، ج ٧، ص ٥٤٦.

<sup>٢٨٦</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٢٨٧ - مدونة الإمام مالك، ج ٥، ص ١٢ - مفتي المحتاج إلى معرفة المنهاج للشرييني، ج ٢، ص ٢٠٧ - الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٧٧ - المعني لابن قدامة، ج ٧، ص ٥٤٦.

**حادي عشر: من حيث الرضائية والشكلية:** تنقسم العقود في الفقه الإسلامي من هذه الوجهة إلى عقود رضائية وعقود شكلية، والعقود الرضائية هي الأصل في الشريعة الإسلامية<sup>٢٨٧</sup>، وهي تلك العقود التي تتعقد بالاتفاق بين طرفي العقد دون اشتراط شكل معين، أما العقود الشكلية في الفقه الإسلامي، فهي محدودة للغاية، حيث تكاد تنحصر في عقدي الزواج والعقد العيني؛ فعقد الزواج يُعد عقداً شكلياً، لاشتراط الإشهاد على هذا العقد، والعقود العينية تُعد كذلك عقود شكلية لا اعتبار القبض ركناً من أركان العقد<sup>٢٨٨</sup>.

### المطلب الثاني

#### أركان العقد وشروط انعقاده في الفقه الإسلامي

يقتضي الحديث عن أركان العقد وشروطه أن نبين أركان العقد عند فقهاء الإسلام، ونحدد شروط انعقاده؛ ولهذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ وذلك على النحو التالي:

**الفرع الأول: أركان العقد في الفقه الإسلامي.**

**الفرع الثاني: شروط انعقاد العقد في الفقه الإسلامي.**

### الفرع الأول

#### أركان العقد في الفقه الإسلامي

للعقد في الفقه الإسلامي أركان اختلف الفقهاء بشأنها<sup>٢٨٩</sup>، ولعل هذا الخلاف مرده إلى اختلاف الفقهاء من الأساس حول مفهوم الركن وبيان معناه<sup>٢٩٠</sup>؛ فقد عرف جمهور الفقهاء من: المالكية، والشافعية، والحنابلة، الركن بأنه: "ما لا بد منه لتصور وجود الشيء؛ سواء أكان جزء منه، أم خارجاً عنه"<sup>٢٩١</sup>. أما الأحناف؛ فقد عرفوا الركن بأنه: "الجزء الذي تتركب منه ماهية الشيء ولا يتحقق وجود الشيء إلا به"<sup>٢٩٢</sup>. وفي ضوء هذا الخلاف حول مفهوم الركن؛ فإن جمهور الفقهاء من المالكية<sup>٢٩٣</sup>، والشافعية، والحنابلة، يرون أن أركان العقد تتمثل في ثلاثة أركان؛ هي: الصيغة (أي الإيجاب والقبول)<sup>٢٩٤</sup>، والعاقدين، والمحل (المعقود عليه). أما الأحناف؛ فقد ذهبوا إلى أن العقد له ركن واحد، وهو ركن الصيغة (أي الإيجاب والقبول).

ويقصد بالصيغة بوصف كونها القاسم المشترك في أركان العقد عند فقهاء الإسلام: "الألفاظ والعبارات التي تعرب عن إرادة المتكلم ونوع تصرفه"<sup>٢٩٥</sup>. ويقصد بالمتكلم في هذا التعريف كل طرف في العقد؛ سواء أكان موجباً أو قابلاً، أو بعبارة أخرى اتفاق طرفي العقد وتراضيهما على إنشاء العقد (الإيجاب والقبول)<sup>٢٩٦</sup>.

والمتأمل في هذا الخلاف الدائر بين جمهور الفقهاء، من ناحية، وبين الأحناف، من ناحية أخرى، والمتعلق بأركان العقد، يجد أنه خلاف - في نظرنا - لا يسمن ولا يغني من جوع، إذ يُعد خلافاً نظرياً وليس له ثمرة فقهية عملية، ولا يترتب عليه أي أثر شرعي، ذلك لأن الركن الأوحده عند الأحناف الصيغة (أي الإيجاب والقبول)، يقتضي وجود كل من ركن العاقدين، وركن المعقود عليه، فالإيجاب والقبول يصدران من عاقدين، وما العاقدين سوى أسباباً لظهور الصيغة<sup>٢٩٧</sup>، كما أنهما ينصرفان لمحل الشيء المعقود عليه. والحقيقة أن اختلاف جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، مع علماء الحنفية لم يقتصر على أركان العقد فحسب، بل طال هذا الخلاف - أيضاً - الركن الذي يُعد قاسماً مشتركاً بينهم ألا وهو ركن

<sup>٢٨٧</sup> راجع: د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٣.  
<sup>٢٨٨</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٣٠ وما بعدها. د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤٦ وما بعدها. د. محمد جمال عطية عيسى، الشكلية القانونية، مرجع سابق، ص ٢٥٦ وما بعدها، ص ٢٧٢ وما بعدها. د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها. د. حسين عبد القادر معروف، الشكلية في العقود في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٠٤ وما بعدها. د. ناصر بن زيد بن ناصر الداود، نظرية الشكل في الفقه الإسلامي وأثره في العقود المالية، مرجع سابق، ص ١٠ وما بعدها.  
<sup>٢٨٩</sup> مزيداً من التفاصيل حول عناصر العقد؛ راجع: د. محمد الحبيب الجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٧ وما بعدها. د. عبد الحميد محمود البيهقي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، الطبعة مرجع سابق، ص ٨٣ وما بعدها.  
<sup>٢٩٠</sup> الركن في اللغة هو جانب الشيء الأقوى، أو الركن هو القوة، ومن ذلك قوله تعالى: "أو أوى إلى ركن شديد" (الآية رقم ٨٠ من سورة هود)؛ ومفاد هذه الآية أن لوط عليه السلام قد أوى إلى الله عز وجل عندما ضاق صدره من قومه؛ راجع في ذلك لسان العرب لابن منظور، ج ٤، ص ١٨٥. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، المكتبة المصرية، لبنان ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م، مادة ركن، ص ١٢٦٥.  
<sup>٢٩١</sup> راجع: مواهب الجليل للحطاب، ج ٦، ص ٢٩. المجموع للنووي، ج ٩، ص ١٤٩. كشاف القناع، ج ١، ص ٢٥١.  
<sup>٢٩٢</sup> راجع: حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين (الحنفي)، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦١، وكذلك ص ٤٤٦. وفي هذا المعنى؛ راجع كذلك: بدائع الصنائع للكاساني، ج ٥، ص ١٣٤.  
<sup>٢٩٣</sup> راجع: مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب للمالكي، ج ٤، ص ٢٢٨.  
<sup>٢٩٤</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: أ. مزيد بن إبراهيم صالح المزيد، صيغة العقد، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٠٨ هـ، ص ١١ وما بعدها.  
<sup>٢٩٥</sup> راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٢٨، ص ١٥٣.  
<sup>٢٩٦</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. نشأت إبراهيم الدريني، التراضي في عقود المعاملات المالية، دار الشروق، جدة ١٩٨٢ م، ص ١٠ وما بعدها.  
<sup>٢٩٧</sup> عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان (الحنفي) المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٤٢١ هـ، ج ٢، ص ٤.

الصيغة (الإيجاب والقبول)؛ فيرى المالكية<sup>٢٩٨</sup>، والشافعية<sup>٢٩٩</sup>، والحنابلة<sup>٣٠٠</sup>، أن الإيجاب هو ما يصدر من المملك كالبائع، سواء صدر أولاً أو ثانياً، أما القبول فهو ما يصدر عن المملك، سواء صدر أولاً، أو ثانياً؛ بينما يرى الأحناف<sup>٣٠١</sup>، أن الإيجاب، هو ما يصدر أولاً بغض النظر عن كونه صادراً من المملك؛ كالبائع، أو من المملك؛ كالمشتري، أما القبول؛ فهو عندهم ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر<sup>٣٠٢</sup>.

والواقع أن تعريف الأحناف للإيجاب والقبول يُعد الأرجح - في نظرنا - لأن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، قد يثور معه اللبس، لأن فكرة المملك والمملك فكرة متبادلة خاصة في عقود المعاوضات؛ فالبائع مملك للثمن، ومملك للشيء المبيع، والمشتري مملك للثمن، ومملك للشيء المبيع الذي اشتراه.

وأياً ما كان أمر هذا الخلاف؛ فإن الصيغة (الإيجاب والقبول) يجب أن تخرج إلى الوجود الخارجي؛ ومن ثم لا يكفي وجود نية التعاقد فحسب، لأن النية لا ينعقد بها أصل العقد<sup>٣٠٣</sup>؛ وتتحقق الصيغة عبر وسائل للتعبير عنها<sup>٣٠٤</sup>؛ وهي: اللفظ<sup>٣٠٥</sup>، أو العبارة<sup>٣٠٦</sup>، أو الكتابة اجماعاً فيما عدا عقد الزواج، إذ فيه خلاف<sup>٣٠٧</sup>، أو عن طريق رسول<sup>٣٠٨</sup>، أو عن طريق الإشارة<sup>٣٠٩</sup>، أو بموجب المعاوضة أو المبادلة، دون عبارة، ولا إشارة، ولا كتابة<sup>٣١٠</sup>.

هذا؛ وقد امتد الخلاف - أيضاً - بين فقهاء الإسلام حيال مدى اشتراط صيغة مخصوصة يتعين التلفظ بها في شأن التعاقد؛ فذهب الحنفية<sup>٣١١</sup>، والمالكية<sup>٣١٢</sup>، وبعض الحنابلة<sup>٣١٣</sup>، إلى أن العقود تتم بكل لفظ يدل عليها، ومن ثم لا توجد صيغ مخصوصة، فالعقود عندهم - والحال هذه - تنعقد بصيغة عامة، شريطة أن تكون هذه الصيغة تؤدي إلى المعنى المقصود، وقد استدلوا على ذلك بقوله جل شأنه: "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"<sup>٣١٤</sup>؛ فهذه الآية الكريمة تدل على التراضي بأي صيغة كانت، كما استدلوا كذلك بأن الأصل في المعاملات الإباحة.

أما الشافعية<sup>٣١٥</sup>، وغالبية الحنابلة<sup>٣١٦</sup>؛ فقد ذهبوا إلى ضرورة التفرقة بين نوعين من العقود: الأول: عقود البيع ونحوها من العقود المالية؛ فهذه العقود تنعقد بأي لفظ يدل عليها. والثاني: عقود الزواج؛ فهذه العقود لا تنعقد عندهم إلا بلفظ مخصوص؛ كلفظ الزواج، والنكاح ومشتقاتهما؛ وذلك مرده إلى أن عقد الزواج من العقود الهامة، من ناحية، وأن الدلالة على هذا العقد قد وردت في القرآن الكريم بلفظي النكاح، والزواج فقط، وذلك من ناحية أخرى.

<sup>٢٩٨</sup> راجع: محمد بن أحمد عيش، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، دار الفكر، بيروت ١٩٨٩م، ج٢، ص٤٤ - شمس الدين محمد عرفه الدسوقي (المالكي)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، بيروت ١٤٢٤هـ، ج٣، ص٣.

<sup>٢٩٩</sup> راجع: معنى المحتاج، ج٢، ص٥٠ - أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي (الشافعي)، المجموع شرح المهذب، دار الإرشاد، المملكة العربية السعودية، ١٤١٣هـ، ج٧، ص١٦٥.

<sup>٣٠٠</sup> راجع: المغني لابن قدامة، ج٣، ص٥٦١.

<sup>٣٠١</sup> راجع: كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام (الحنفي)، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت ١٤٢١هـ، ج٢، ص٢٤٤ - ومزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الحديثة، جدة ١٤١٣هـ، ص٤١ وما بعدها.

<sup>٣٠٢</sup> راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٧، ص٢٠٣؛ وج٣٠، ص٢٠٢. د. عبد الحميد محمود البعلبي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، الطبعة مرجع سابق، ص٨٧.

<sup>٣٠٣</sup> راجع: الميسوط للسرخسي، ج١٣، ص٤٦ - حاشية ابن عابدين، ج٤، ص١٣ - بدائع الصنائع للكاستاني، ج٣، ص١٦١.

<sup>٣٠٤</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته، مرجع سابق، ص٥٣١ وما بعدها.

<sup>٣٠٥</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني الحنفي، ج٥، ص١٣٣ - فتح القدير لابن الهمام، ج٥، ص٧٥ - منح الجليل، ج٢، ص٤٦٢ - شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (الشافعي) معنى المحتاج إلى معرفة المنهاج، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ج٢، ص٥، المغني لابن قدامة، ج٣، ص٥٦١.

<sup>٣٠٦</sup> الواقع أن إظهار الإرادة بالعبارة ليس للإثبات؛ وليس إعلاناً عن تصرف موجود؛ بل هو جزء جوهري في كافة التصرفات القانونية؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد وحيد سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة ١٩٦٠م، ص٤٤ وما بعدها.

<sup>٣٠٧</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥ - حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤ - معنى المحتاج، ج٢، ص٥ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (الحنبلي)، كشاف القناع على متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ج٣، ص١٤٨.

<sup>٣٠٨</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥ - حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤ - معنى المحتاج، ج٢، ص٥ - كشاف القناع للبهوتي، ج٣، ص١٤٨.

<sup>٣٠٩</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني (الحنفي)، ج٥، ص١٣٥.

<sup>٣١٠</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥ - حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤ - معنى المحتاج، ج٢، ص٥ - كشاف القناع للبهوتي، ج٣، ص١٤٨ - وراجع كذلك: د. نصر فريد واصل، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الخامسة، المكتبة التوفيقية، القاهرة ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، ص٥٥.

<sup>٣١١</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني، ج٢، ص٢٢٩.

<sup>٣١٢</sup> راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، ص٢٢١.

<sup>٣١٣</sup> راجع: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر (الحنبلي) المعروف بابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، (كتاب أصول فقه)، دار ابن الجوزي، لبنان ٢٠٠٦م، ج١، ص٢١٨.

<sup>٣١٤</sup> الآية رقم (٢٩) من سورة النساء.

<sup>٣١٥</sup> راجع: معنى المحتاج إلى معرفة المنهاج للشربيني، ج٢، ص٥ - شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الأنصاري (الشافعي)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ج٦، ص٢١١.

<sup>٣١٦</sup> راجع: شرح منهي الإرادات للبهوتي، ج٣، ص١١.

وفي ختام هذا العرض المتعلق بأركان العقد؛ سواء عند الأحناف، أو عند جمهور الفقهاء، تجدر الإشارة إلى أن جميع فقهاء المذاهب الأربعة، لم يعددون السبب كركن من أركان العقد<sup>٣١٧</sup>، وفي هذا يختلف القانون الوضعي عن الفقه الإسلامي<sup>٣١٨</sup>، لأن السبب يُعد ركناً من أركان العقد في التشريعات الوضعية<sup>٣١٩</sup>.

## الفرع الثاني

### شروط انعقاد العقد في الفقه الإسلامي

تعددت التعريفات التي تتعلق بالشرط، خاصة في كتب أصول الفقه<sup>٣٢٠</sup>، ومن هذه التعريفات على سبيل المثال لا الحصر: "ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده، وجود ولا عدم لذاته"<sup>٣٢١</sup>، ومنها: ما كان وصفاً مكملاً لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط<sup>٣٢٢</sup>. ومنها: "ما لا يتم المشروط إلا به"<sup>٣٢٣</sup>. ومنها: "الشرط اسم لما يضاف الحكم إليه وجوداً عنده لا وجوباً به"<sup>٣٢٤</sup>.

والمتمثل في هذه التعريفات يلحظ أن المشروط لا يمكن أن يوجد دون شرط، ووجود الشرط لا يعني بالضرورة وجود المشروط<sup>٣٢٥</sup>، ومفاد ذلك أن أطراف العقد قد يشترطوا شرطاً معيناً في العقد، بيد أن هذا الشرط لا ينفذ لتنازل صاحب المصلحة في اشتراط الشرط عنه، أو لعدم تحقق المقضيات التي تم اشتراط الشرط من أجلها.

هذا؛ وقد سبق أن رأينا أن فقهاء الإسلام لم يضعوا نظرية عامة للعقود، ولهذا نجد أحكام العقود وأركانها وشروطها مبعثة في أبواب متعددة من كتب الفقه، ومع ذلك يمكن القول بأن هناك شروطاً للعقود؛ سواء أكانت شروطاً عامة تتعلق بكل عقد، أو شروطاً خاصة تتعلق ببعض العقود دون البعض الآخر؛ والذي يهمننا هنا الشروط العامة التي استخلصها الفقهاء المعاصرين من ثانياً كتب الفقه<sup>٣٢٦</sup>؛ ويمكن أن نذكر من هذه الشروط (أي الشروط العامة)؛ على سبيل المثال لا الحصر؛ الآتي:

- **الشرط الأول: توافر أهلية التعاقد:** يشترط توافر أهلية التعاقد في طرفي العقد<sup>٣٢٧</sup>؛ أي في العاقدين<sup>٣٢٨</sup>، ويقصد بهذه الأهلية: "صلاحية الشخص للإلزام والالتزام"<sup>٣٢٩</sup>. والعاقد إما أن يكون متعاقداً لنفسه، أو يتعاقد لغيره؛ فإذا كان يعقد لنفسه؛ فإنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية<sup>٣٣٠</sup>، أما إذا كان يعقد لغيره، فإنه يجب أن تتوافر فيه المكنة أو السلطة التي ترخص له الحق في التعاقد عن الغير، وهذه السلطة إما أن تكون سلطة مصدرها الشرع<sup>٣٣١</sup>؛ كالولاية<sup>٣٣٢</sup>، أو مصدرها الاتفاق؛ كالوكالة، أو النيابة الاتقافية<sup>٣٣٣</sup>، كما أن العاقد قد يبرم العقد للغير دون أن تكون له سلطة في إبرامه<sup>٣٣٤</sup>؛ كما هو الحال في عقد الفضالة<sup>٣٣٥</sup>.

<sup>٣١٧</sup> يطلق السبب في الفقه الإسلامي على أحد معان ثلاثة: الأول: السبب المنشأ، ويقصد به مصدر الالتزام، سواء أكان مصدراً إرادياً أو غير إرادي، والثاني: السبب القسدي، ويقصد به الهدف أو الغرض الذي يراد تحقيقه من جراء العقد، والثالث: السبب الدافع، ويقصد به السبب الذي يدفع المتعاقد إلى الالتزام، وهو يختلف بالقطع من متعاقد إلى آخر؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. جمال الدين محمد محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٣٢ وما بعدها.

<sup>٣١٨</sup> مزيداً من التفاصيل حول عدم اعتبار السبب ركناً من أركان العقد في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. محمود محمد عبد النبي، اتجاهات الالتزام في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٦٠ وما بعدها.

<sup>٣١٩</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر من مصادر الالتزام في القانونين المصري والإنجليزي المقارن، مرجع سابق، ص ٣٦٥ وما بعدها. د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٣٨٩ وما بعدها. ويقوم السبب كركن من أركان العقد في القانون الوضعي على حقيقة مؤداها أنه كلما زاد حظ الإرادة في تكوين العقد، وتقلص حظ الشكل، كلما زادت أهمية السبب، مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. مصطفى سيد أحمد صقر، بزوغ فكرة السبب في العقود والالتزامات في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥م، ص ١٨ وما بعدها.

<sup>٣٢٠</sup> راجع: د. بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية ٢٠٠٠م، ص ٢٩٠.

<sup>٣٢١</sup> راجع: عبد الوهاب بن علي السبكي تاج الدين، جمع الجوامع في أصول الفقه، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص ٥٠.

<sup>٣٢٢</sup> راجع: أبو إسحق إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الحديث، القاهرة ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ج ١، ص ١٩٣.

<sup>٣٢٣</sup> راجع: أبو إسحق إبراهيم بن علي الشيرازي، اللمع في أصول الفقه، الطبعة الأولى، دار الكلم الطيب، دمشق ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ج ٣، ص ٤١٢.

<sup>٣٢٤</sup> راجع: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة المشهور بالسرخسي، أصول السرخسي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ج ٢، ص ٣٠٣.

<sup>٣٢٥</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. صلاح بابكر الحاج، القواعد الأصولية المتعلقة بالشرط وتطبيقاتها الفقهية، مرجع سابق، ص ٣١١ وما بعدها.

<sup>٣٢٦</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، مرجع سابق، ص ٥١٤ وما بعدها.

<sup>٣٢٧</sup> الأهلية في اللغة الصلاحية، فيقال إن فلان أهل للقيام بكذا أي صالح للقيام به؛ راجع: لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق، ج ١١، ص ٣٠. محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة حكومة الكويت، الكويت ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ج ١٠، ص ٣٩٩.

<sup>٣٢٨</sup> نلحه من المعطوم أن الإسلام لم يفرق بين الرجل والمرأة في خصوص التمتع بالأهلية؛ سواء أهلية الوجوب، أو أهلية الأداء؛ ولهذا نجد الإسلام رفع من قدر المرأة وأعلى من مكانتها؛ فلقد ساوى الشرع الإسلامي الحنيف بين الرجل والمرأة في الأهلية، ومن ثم فإن الزواج لا يترتب عليه نقصان أهلية المرأة، ولا يخول الزوج سلطة على أموال زوجته؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم، أحكام المرأة في الشريعة الإسلامية وبيان ما لها وما عليها من الحقوق والواجبات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السادسة، العدد الثاني، القاهرة ١٩٣٦م، ص ١٥٥ وما بعدها. د. محمد عبد الحميد أبو زيد، مكانة المرأة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٩م، ص ٩٨ وما بعدها. د. إبراهيم عبد الهادي النجار، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، عمان ١٩٩٥م، ص ٢٤٦ وما بعدها. د. طه عوض غازي، أهلية المرأة المالية في شرائع الشرق، دراسة تاريخية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨م، ص ٦٥ وما بعدها. د. عياد محمد عبد الوهاب المصري، أهلية المرأة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة بجامعة دمشق، سوريا ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص ١٥٤ وما بعدها. د. مريم بنت محمد بن أبو بكر بلوزير، أهلية المرأة وأثرها في الحقوق والواجبات، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية بكلية دار العلوم بجامعة القاهرة، المجلد رقم (٧) العدد رقم (٢٤)، القاهرة ٢٠١١م، ص ٥٧٣ وما بعدها.

<sup>٣٢٩</sup> راجع: الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص ٣٠٢. ومزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. فتحية محمود الحنفي، الأسباب المانعة لأهلية التعاقد وأثرها في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات الإسلامية والعربية (بنات) بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٨٦م، ص ٩ وما بعدها. أ. عبد العزيز بن عبد الله السالم، نظرية الأهلية في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٣٩٤هـ، ص ١٥ وما بعدها.

<sup>٣٣٠</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاتاني الحنفي، ج ٧، ص ١٧٢.

<sup>٣٣١</sup> تكون نظرية أو المكنة مصدرها الشرع إذا كانت ولاية، والولاية مفادها في هذا السياق أن يكون للعاقدة سلطة تمكنه من تنفيذ العقد وترتيب آثاره عليه؛ راجع: الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

<sup>٣٣٢</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاتاني الحنفي، ج ٥، ص ١٥٥. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٠٠. معني المحتاج، ج ٢، ص ١٧٤. أبو إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي (الشافعي)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ج ١، ص ٢٣٥. كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٤٧.

- **الشرط الثاني:** أن يكون محل العقد قابلاً للتعاقد شرعاً: يشترط في الشريعة الإسلامية في خصوص محل العقد<sup>٣٣٦</sup>، أن يكون محل العقد مشروعاً<sup>٣٣٧</sup> (مشروعية الشيء المعقود عليه<sup>٣٣٨</sup>)، بأن يكون قابلاً للتعاقد عليه شرعاً<sup>٣٣٩</sup>؛ ومن ثم لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ببيع الأشياء غير المشروعة<sup>٣٤٠</sup>؛ كالخمور، والخمر، وكل ما يذهب العقل، والأسلحة غير المرخصة، كما لا يصلح محلاً للبيع كذلك ما لا يُعد مالاً؛ كالميتة<sup>٣٤١</sup>، والدم، والخنزير<sup>٣٤٢</sup>، كما لا يصلح فوق هذا كله محلاً للعقد للإنسان الحر<sup>٣٤٣</sup>. كما لا يصلح محلاً للعقد الأشياء التي تُعد مملوكة ملكية عامة؛ كالطرق العامة، والطير في الهواء<sup>٣٤٤</sup>.

- **الشرط الثالث:** أن يكون محل العقد موجوداً أو ممكن الوجود: يشترط في المحل عند الأحناف، أن يكون موجوداً وقت التعاقد<sup>٣٤٥</sup>، أو على أقل تقدير أن يكون ممكن الوجود<sup>٣٤٦</sup>، أما المالكية<sup>٣٤٧</sup>؛ فقد فرقوا في خصوص وجود محل العقد بين أمرين: الأول: عقود المعاوضات؛ كالبيع، وهذه العقود يشترط في المحل المتعاقد عليه فيها أن يكون موجوداً وقت التعاقد. والأمر الثاني: عقود التبرعات؛ كالهبة والوصية، وهذه العقود لا يشترط أن يكون محلها موجوداً وقت التعاقد. أما الحنابلة؛ فلم يفرقوا بين المعاوضات والتبرعات في شأن اشتراط وجود محل العقد، حيث اشتراطوا أن يكون محل العقد موجوداً بصفة مطلقة وقت التعاقد<sup>٣٤٨</sup>.

- **الشرط الرابع:** أن يكون محل العقد معيناً أو قابلاً للتعيين: يشترط في الشيء المعقود عليه (محل العقد) - كذلك - أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين<sup>٣٤٩</sup>، بحيث يكون معلوماً للطرفين علماً نافياً للجهالة<sup>٣٥٠</sup>، ويتحقق هذا العلم برؤية الشيء محل العقد إذا كان موجوداً وقت التعاقد<sup>٣٥١</sup>، والأصل - عند المالكية - في عقود المعاوضات دون عقود التبرعات أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين<sup>٣٥٢</sup>، ويجوز - عندهم - إذا كان

<sup>٣٣٦</sup> راجع: مقني المحتاج، ج ٢، ص ٢٢٢.

<sup>٣٣٧</sup> مزيداً من التفاصيل عن حكم الشرع في بيع الفضولي؛ راجع: د. خالد بن عبد الله بن محمد اللحيان، بيع الفضولي، مجلة العدل، العدد الثاني، ربيع الآخر ١٤٢٠هـ، ص ١٣٧ وما بعدها.

<sup>٣٣٨</sup> راجع: شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي (الحنفي) المبسوط، دار المعرفة، بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ج ٢، ص ١٨٢ - زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم (الحنفي)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المطبعة العلمية، بيروت ١٤١٢هـ، ج ٦، ص ١٤٧ - حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٢ - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (الحنبلي) المغني، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ج ٤، ص ١٥٥. وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم الفضالة قد يختلف في الفقه الإسلامي عنه في القانون الوضعي، فالفضولي في القانون هو من يقوم بعمل حاجة ضرورية وعاجلة لمصلحة صاحب الشيء فضلاً عنه؛ أما الفضولي في الفقه الإسلامي؛ فهو من يتدخل في شؤون الغير دون تفويض من صاحبه، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية وعاجلة؛ ويرى البعض من الفقهاء المعاصرين، أن الفضولي هو من يتصرف بدون إذن شرعي في حق غيره لحساب مالك الشيء؛ أما إذا تصرف لحساب نفسه؛ فإنه يُعد غاصباً، متى توافرت شروط الغصب؛ راجع: د. محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٢٩؛ وراجع كذلك: أ. زينب محمود محمد حسين البعاج، بيع الفضولي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مجلة الكوفة، المجلد رقم (٣) العدد رقم (٨) السنة ٢٠١٠م، العراق ٢٠١٠م، ص ٩٧ وما بعدها.

<sup>٣٣٩</sup> يقصد بمحل الالتزام موضوع العقد الذي تتعلق به أحكامه وآثاره؛ راجع في ذلك: د. عبد العظيم شرف الدين، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٨ وما بعدها. د. محمد محمد فرحات، الالتزامات في الفقه الإسلامي: مصادرها وأحكامها، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٠.

<sup>٣٣٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الفتاح محمد فايد، محل التعاقد في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٧٨م، ص ١٥ وما بعدها.

<sup>٣٣٨</sup> الواقع أن السنة النبوية المطهرة قد أبانت البيوع المنهي عنها؛ وهذه البيوع قد يكون النهي عنها مرده إلى اعتبار وصف الفرع؛ كبيع الحصاة، والملامسة، وبيع المجهول، وقد يكون النهي مرده إلى اعتبار وصف الضرر؛ كبيع الحاضر للبادي، وبيع المضطر، وبيع على البيع، كما قد يكون النهي مرده إلى اعتبار عين الشيء المبيع؛ كبيع الكلب والهر، وبيع الدم، وأخيراً قد يكون النهي مرده إلى اعتبار الزمان والمكان؛ كالبيع في المسجد، وبيع السلاح في الفتنة؛ مزيداً من التفاصيل حول البيوع المنهي عنها في سنة النبي صلى الله عليه وسلم؛ راجع: د. خالد بن عبد العزيز الباتلي، أحاديث البيوع المنهي عنها (رواية ودراية)، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ص ٤٨ وما بعدها، و ص ٢٢٥ وما بعدها، و ص ٣٧١ وما بعدها، و ص ٤٤١ وما بعدها.

<sup>٣٣٩</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاظمي الحنفي، ج ٥، ص ١٤٩ - حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٠ - مقني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشربيني، ج ٢، ص ٢٦٥ - المغني لابن قدامة، ج ٥، ص ٢٥٢ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (الحنبلي)، شرح منتهى الإرادات المسمى دفتان أولي النهي لشرح المنتهى، الطبعة الأولى، بيروت ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ج ٢، ص ١٤٢.

<sup>٣٣٧</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٠١ وما بعدها.

<sup>٣٣٨</sup> راجع: د. محمد سلام منكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، مرجع سابق، ص ٥١٨.

<sup>٣٣٩</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاظمي، ج ٥، ص ١٤٢ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٢٦ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي، ج ٢، ص ٣٨ - المغني لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٥٥ - وراجع كذلك: د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٥٩ وما بعدها. د. عبد الهادي يونس العطايفي، الوجيز في العقد، دراسة مقارنة بالمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٠٧. د. محمد وفا، بيع الأعيان المحرمة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر العربي، القاهرة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ص ٧ وما بعدها.

<sup>٣٣٩</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاظمي، ج ٥، ص ١٤٠ - المغني لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٥٦.

<sup>٣٣٩</sup> راجع: تبين الحقائق للزبيعي، ج ٤، ص ٤٥ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي، ج ٣، ص ٣٨٦.

<sup>٣٣٥</sup> يتحدد محل العقد بحسب نوعه؛ فقد يكون عيناً من الأعيان المالية؛ كما هو الحال في عقد البيع، وقد يكون عيناً غير مالية؛ كما هو الحال في محل عقد الزواج (المرأة)؛ وقد يكون محل العقد منفعة من المنافع؛ كما هو الحال في عقد الإيجار؛ وقد يكون محل العقد عملاً من الأعمال؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٣٠، ص ٢٢١ وما بعدها.

<sup>٣٣٦</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٢٠٣ - بدائع الصنائع للكاظمي الحنفي، ج ٥، ص ١٧٩ - وراجع كذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٣٠، ص ٢٢٦.

<sup>٣٣٧</sup> راجع: أبو عبد الله محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ج ٣، ص ٢٦٠ - مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج ٤، ص ٢٦٦ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٥ - نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٤١.

<sup>٣٣٨</sup> راجع: أعلام الموقعين، ج ١، ص ٢٥٧ وما بعدها - المغني لابن قدامة، ج ٤، ص ٣٠٤ - كشف القناع للبهوتي، ج ٣، ص ٢٨١ - شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٤٦.

<sup>٣٣٩</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد فرحات محمد حجازي، تعيين محل الالتزام التعاقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ص ١١ وما بعدها.

<sup>٣٤٠</sup> مزيداً من التفاصيل عن البيع على الصفة أي بدون رؤية؛ راجع: د. العياشي فداد، البيع على الصفة لتعين الغائبة وما يثبت في الذمة، منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، الطبعة الأولى، جدة ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص ٣٧ وما بعدها. ومزيداً من التفاصيل عن أثر الجهالة على المعاملات؛ راجع: أ. فهد بن عبد الرحمن الدهمش، أثر الجهالة على المعاملات المعاصرة، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٢٩هـ، ص ١٥ وما بعدها.

<sup>٣٤١</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: الشيخ مصطفى الزرقا، عقد البيع، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق ١٩٩٩م، ص ١٢٢ وما بعدها. د. أحمد شحادة علي أبو سرحان، أثر فوات محل العقد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٦ وما بعدها.

<sup>٣٤٢</sup> راجع: الفروع (أنوار البروق في أنواع الفروع)، للقرافي المالكي، ج ١، ص ١٥٠.

هناك مشقة في رؤية الشيء المبيع أن يباع على الصفة<sup>٣٥٣</sup>. وكذلك الأصل عند الأحناف أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين، في عقود المعاوضات المالية وغير المالية كالزواج، ويجوز عند كل من: الأحناف<sup>٣٥٤</sup>، والحنابلة<sup>٣٥٥</sup>، في عقود المعاوضات المالية، أن يتم تعيين الشيء بالإشارة إليه إذا كان في مكان مستتر. أما عند الشافعية<sup>٣٥٦</sup>؛ فلا يجوز التعاقد - عندهم - في جميع العقود إلا برؤية المعقود عليه بصورة نافية للجهالة.

- **الشرط الخامس:** أن يكون الملتزم بتسليم المحل قادراً على تسليمه وقت التعاقد: لا يشترط في محل العقد أن يكون موجوداً وقت التعاقد فحسب، بل يشترط - أيضاً - أن يكون الملتزم بتسليم المحل قادراً على تسليمه وقت التعاقد<sup>٣٥٧</sup>، وعلى هذا لا يصح بيع الحيوان الشارد - مثلاً - وقت التعاقد<sup>٣٥٨</sup>؛ كما لا يصح بيع ملك الغير<sup>٣٥٩</sup>، وكذلك لا يجوز التعاقد على محل هالك<sup>٣٦٠</sup>.

- **الشرط السادس:** موافقة القبول للإيجاب: يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب<sup>٣٦١</sup>، وبالتالي إذا خالف القبول الإيجاب؛ سواء أكانت المخالفة بصورة كلية، أو بصورة جزئية؛ فلا يُعَدُّ به، ومن ثم لا ينعقد العقد<sup>٣٦٢</sup>، وهذا التوافق يعني التوافق في الرضا على العقد من حيث الجنس والنوع والصفة والعدد وما نحو ذلك<sup>٣٦٣</sup>.

- **الشرط السابع:** اتصال القبول بالإيجاب في مجلس واحد: لا يمكن التعويل - كقاعدة عامة - على الإيجاب الذي يصدر في مجلس، والقبول الذي يصدر في مجلس آخر<sup>٣٦٤</sup>، فهذا الإيجاب، وذلك القبول لا يصلحان للتعاقد<sup>٣٦٥</sup>، لعدم اتحاد مجلس العقد<sup>٣٦٦</sup>، لأنهما - في هذه الحالة - فقدتا شرط الاتصال الواجب توافره بشأنهما<sup>٣٦٧</sup>.

بيد أن هذه القاعدة ليست مطلقة؛ لأن قاعدة اتصال القبول بالإيجاب في ذات مجلس العقد<sup>٣٦٨</sup>، لا تُعَدُّ شرطاً في جميع العقود؛ إذ هناك عقود تستثنى من هذه القاعدة؛ ومن هذه العقود على سبيل المثال: الجعالة، والهبة، والوصية، والإيصاء، والوكالة<sup>٣٦٩</sup>.

- **الشرط الثامن:** عدم سقوط الإيجاب: ينقضي الإيجاب بمرجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول عند جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة فيما عدا المالكية<sup>٣٧٠</sup>، أو بانقضاء مجلس العقد دون حدوث قبول<sup>٣٧١</sup>،

<sup>٣٥٣</sup> راجع: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب المالكي، ج ٤، ص ٢٨٥ وما بعدها، و ٢٩٦ وما بعدها.

<sup>٣٥٤</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني، ج ٥، ص ١٥٧.

<sup>٣٥٥</sup> راجع: شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي، بيروت ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، ج ٤، ص ٣٩.

<sup>٣٥٦</sup> راجع: المهذب للشيرازي، ج ١، ص ٢٦٦.

<sup>٣٥٧</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني، ج ٣، ص ١٦٢ - معني المحتاج، ج ١، ص ١٢ - وبهذا يجب ألا يكون محل العقد من الأمور المستحيلة؛ مزيداً من التفاصيل عن أحكام الاستحالة في الفقه الإسلامي بوجه عام؛ راجع: د. ياسين بن ناصر الخطيب، الاستحالة وأحكامها في الفقه الإسلامي، مجلة العدل، العدد رقم (٥٧) محرم ١٤٣٤ هـ، السنة الخامسة عشرة، الرياض، ١٤٣٤ هـ، ص ٨٠ وما بعدها - ومزيداً من التفاصيل حول حكم البيوع التي تقع على محل غير مرني في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. مازن مصباح صباح، حكم البيوع غير المرنية في الفقه الإسلامي، مجلة العدل، العدد رقم (٦٥)، رمضان ١٤٣٥ هـ، الرياض، ١٤٣٥ هـ، ص ٢٨٢ وما بعدها - ومزيداً من التفاصيل عن الالتزام بالتسليم؛ راجع: د. فتحي عبد الفتاح أبو بكر، الالتزام بتسليم محل عقود المعاوضات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مرجع سابق، ص ١٢ وما بعدها.

<sup>٣٥٨</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني الحنفي، ج ٣، ص ٤٧٢، وج ٥، ص ١٦٨ - معني المحتاج، ج ٢، ص ١٣ - المهذب للشيرازي، ج ١، ص ٢٣٣ - أعلام الموقعين، ج ١، ص ٦٦.

<sup>٣٥٩</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد أحمد مصطفى، استحقاق المعقود عليه لغير العاقدين في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٨٩ م، ص ٩ وما بعدها.

<sup>٣٦٠</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمود محمد عوض سلامة، هلاك المعقود عليه، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الوفاء القانونية، القاهرة ٢٠١٢ م، ص ٩ وما بعدها.

<sup>٣٦١</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني الحنفي، ج ٥، ص ١٣٦ - معني المحتاج، ج ٢، ص ٦ - كشاف القناع، ج ٣، ص ١٤٦.

<sup>٣٦٢</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. خليل أحمد حسن قفادة، الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني والشعري، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة الأزهر بغزة، المجلد الثامن، العدد الثاني، ص ٢٥ وما بعدها.

<sup>٣٦٣</sup> راجع: شرح فتح القدير لابن الهمام الحنفي، ج ٥، ص ٤٥٩ - معني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشربيني، ج ٢، ص ٣٢٢ - المعني لابن قدامة، ج ٥، ص ٢٩٤. هذا وقد نصت المادة رقم (٢٧٧) من مجلة الأحكام الشرعية على ضرورة توافر هذا التطبيق؛ حيث جاء نصها على النحو التالي: "يشترط لصحة العقد موافقة القبول للإيجاب في القدر والنقد وصفته والحلول والأجل".

<sup>٣٦٤</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٣٨ - د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠١ م، ص ١٩ وما بعدها - د. محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة ٢٠١١ م، ص ١١ وما بعدها.

<sup>٣٦٥</sup> اختلفت الأنظار الفقهية حيال تصوير مجلس العقد في الفقه الإسلامي؛ فيذهب الأحناف إلى أنه وحدة مكانية مادية، ويذهب المالكية والحنابلة إلى أنه وحدة معنوية، يظل مجلس العقد فيها ما دام الطرفان لم ينشغلا بما يقطعه عرضاً؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد وحيد سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة ١٩٦٠ م، ص ١٣٩ وما بعدها - د. جابر عبد الهادي الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠١ م، ص ١٢٨ وما بعدها.

<sup>٣٦٦</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني الحنفي، ج ٥، ص ١٣٧ - معني المحتاج، ج ٢، ص ٥٠٠ - راجع كذلك: د. عدنان خالد التركماتي، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤٨ وما بعدها.

<sup>٣٦٧</sup> راجع: د. محمد سلام مذکور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، مرجع سابق، ص ٥٢٠؛ وراجع كذلك نص المادة رقم (٣٧٢) من مجلة الأحكام الشرعية المقتنة على مذهب الإمام أحمد بن حنبل؛ حيث نصت هذه المادة على ما يؤكد اتصال الإيجاب بالقبول في ذات المجلس، وتجد هذه المادة مصدرها فيما جاء في كتابي: شرح منتهي الإرادات للبهوتي الحنبلي، ج ٢، ص ١٤٢، وكشاف القناع لذات المؤلف، ج ١، ص ٥١٥.

<sup>٣٦٨</sup> هذا مع مراعاة إذا كان هناك خيار للمجلس؛ فإن هذا الخيار ينتفي معه الفورية في القبول؛ راجع: معني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشربيني، ج ٢، ص ٣٢٩ - المعني لابن قدامة، ج ٥، ص ٢٤٧.

<sup>٣٦٩</sup> راجع: د. محمد سلام مذکور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، مرجع سابق، ص ٥٢٧ - د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٦٥.

<sup>٣٧٠</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني الحنفي، ج ٥، ص ١٣٥ - شرح فتح القدير، ج ٥، ص ٧٩ - معني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشربيني، ج ٢، ص ٦ - المعني لابن قدامة، ج ٤، ص ٤.

<sup>٣٧١</sup> راجع: معني المحتاج، ج ٢، ص ٦.

أو بانقضاء المدة المحددة لحدوث القبول، أو يموت أحد العاقدين قبل القبول<sup>٣٧٢</sup>، أو بزوال أهلية أحد العاقدين قبل القبول<sup>٣٧٣</sup>، أو برفض الموجه له الإيجاب<sup>٣٧٤</sup>، أو بهلاك محل العقد<sup>٣٧٥</sup>، أو تغيير صفته قبل القبول<sup>٣٧٦</sup>.

- **الشرط التاسع: أن يكون الباعث الدافع على التعاقد مشروعاً (سبب العقد):** واقع الأمر أن هذا الشرط يرتبط ارتباطاً وثيقاً بأقسام الإرادة العقدية (الإرادة الباطنة، والإرادة الظاهرة)؛ وعلى الرغم من أننا سنعرض لهذا الموضوع لاحقاً، إلا أنه يكون من المناسب الإشارة لهذا الشرط في هذا المقام. وهو شرط غير مجمع عليه بين علماء المذاهب الأربعة<sup>٣٧٧</sup>.

ويمكن تصنيف آراء المذاهب حيال هذا الشرط إلى اتجاهين<sup>٣٧٨</sup>: الأول: هو مسلك كل من: الأحناف<sup>٣٧٩</sup>، والشافعية<sup>٣٨٠</sup>. والاتجاه الثاني: هو موقف كل من: المالكية<sup>٣٨١</sup>، والحنابلة<sup>٣٨٢</sup>. فيرى أنصار الاتجاه الأول من: الأحناف، والشافعية، أنه لا يعول على النوايا، ومن ثم الباعث أو السبب غير المشروع طالما لم يضمن في صيغة العقد، ولعل مسلك الأحناف والشافعية في هذا الشأن يمكن تفسيره في ضوء أخذهم بنظرية الإرادة الظاهرة وعدم التعويل على الإرادة الباطنة<sup>٣٨٣</sup>، ويبرر أنصار هذا الاتجاه موقفهم، وبخاصة الأحناف بأن غاية الاستقرار في المعاملات تقتضي ذلك، وبالتالي يبقى العقد صحيحاً طالما لم يُصرح بالباعث على التعاقد (الغرض غير المشروع).

أما أنصار الاتجاه الثاني؛ وهم من: المالكية<sup>٣٨٤</sup>، والحنابلة<sup>٣٨٥</sup>؛ فقد ذهبوا إلى أنه يجب التعويل على النوايا أو السبب الدافع على التعاقد، وبعبارة أخرى يجب الاعتداد بالإرادة الباطنة، ومن ثم فإنهم يشترطون مشروعية السبب للتعاقد، وبالتالي يكون العقد باطلاً، لأن الباعث على التعاقد غير مشروع، بيد أن بطلان البيع في هذه الحالة يكون مرهوناً - عند أنصار هذا الاتجاه - بعلم الطرف الآخر، أو بإمكان علمه بذلك من خلال ملايسات التعاقد، وذلك حتى لا يكون معيناً له على ارتكاب الآثم<sup>٣٨٦</sup>.

### المبحث الأول

#### الإجماع الفقهي حيال دور الإرادة في تكوين العقد في الفقه الإسلامي

انعقد الرأي لدى غالبية فقهاء الإسلام على أن للإرادة شأن عظيم حيال إنشاء، أو تكوين العقد؛ ومن ثم ينشأ العقد في الفقه الإسلامي بناءً على مبدأ سلطان الإرادة العقدية<sup>٣٨٧</sup>، وتطلق الإرادة لغة على عدة معانٍ أبرزها، المشيئة<sup>٣٨٨</sup>، وتختلف الإرادة من الوجهة اللغوية عن بعض المفردات؛ كالرضا، والتمني، والاختيار؛ فالرضا يختلف عن الإرادة من جهة التوقيت؛ فإرادة الفعل تكون قبل الإقدام عليه، أما الرضا؛ فيكون إما ملازماً للفعل، أو تالياً عليه؛ كما تختلف الإرادة عن التمني؛ فالتمني لغة يقع معناه في النفس عند فوات فعل كان للتمني في وقوعه نفع، أو في زواله ضرر مستقبلاً؛ أما الإرادة فتتعلق بأمر تنصرف إلى المستقبل؛ وكذلك تختلف الإرادة عن الاختيار؛ لأن الاختيار يعني المفاضلة، أي تفضيل شيء على غيره باختياره، أما الإرادة فتكون لفعل لم يكن بالبال غيره<sup>٣٨٩</sup>.

<sup>٣٧٢</sup> راجع: مواهب الجليل للحطاب، ج ٤، ص ٢٤١ - حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤ - وراجع كذلك: د. علي نجيدة، النظرية العامة للتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٨٧.

<sup>٣٧٣</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٢٠ - المعنى لابن قدامة، ج ٤، ص ١٠.

<sup>٣٧٤</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٢٠ - مواهب الجليل للحطاب، ج ٤، ص ٢٤١ - نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٢٧٠ - كشاف القناع للبهوتي، ج ٣، ص ١٤٨.

<sup>٣٧٥</sup> راجع: فخر الدين حسن بن منصور الفرجاني (الحنفي) الفتاوى الهندية، المسماة أيضاً بالفتاوى العالمكيرية، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى ببولاق، القاهرة ١٣١٠هـ، ج ٣، ص ٨.

<sup>٣٧٦</sup> راجع: د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٦٩.

<sup>٣٧٧</sup> وهي المذاهب: الحنفي، والمالكي، والشافعي، والحنبلي.

<sup>٣٧٨</sup> مزيداً من التفاصيل حول الباعث في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. وهبة الزحيلي، الباعث على العقود في الفقه الإسلامي وأصوله، دار المكتبي، دمشق ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، ص ٧ وما بعدها.

<sup>٣٧٩</sup> راجع: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، ج ٤، ص ١٨٩ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزليعي، ج ٣، ص ٦٣، و ج ٥، ص ١٢٥ - حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٠٧.

<sup>٣٨٠</sup> راجع: الأم للإمام الشافعي، ج ٣، ص ٦٥ - المجموع شرح المهذب للنووي الشافعي، ج ٩، ص ٣٥٣ - معني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشرييني، ج ٢، ص ٣٨.

<sup>٣٨١</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٥٠ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة المالكي، ج ٣، ص ٩٠.

<sup>٣٨٢</sup> راجع: المعنى لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٣٧.

<sup>٣٨٣</sup> راجع: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، ج ٤، ص ١٨٩ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزليعي، ج ٥، ص ١٢٥ - حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٠٧ - المجموع شرح المهذب للنووي الشافعي، ج ٩، ص ٣٥٣ - معني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشرييني، ج ٢، ص ٣٨.

<sup>٣٨٤</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٥٠ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة المالكي، ج ٣، ص ٩٠ - الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق)، للقرافي المالكي، ج ٢، ص ٧ - الموافقات للشاطبي، ج ٤، ص ٢٠١.

<sup>٣٨٥</sup> راجع: المعنى لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٣٧ - أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم، ج ٢، ص ٩٧.

<sup>٣٨٦</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. الهادي أحمد الهادي، أثر الباعث غير المشروع في العقود والتصرفات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٨٥م، ص ١٢ وما بعدها.

<sup>٣٨٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبده علي العواضي، وجود الإرادة لاتخاذ العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة عدن، اليمن ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ص ٢٤ وما بعدها - د. عادل مصطفى بسبوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٨٩ وما بعدها.

<sup>٣٨٨</sup> راجع: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة حكومة الكويت، الكويت ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ج ١، ص ١٩٧.

<sup>٣٨٩</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري، المشهور بابي هلال العسكري، الفروق في اللغة، الطبعة الخامسة، دار الأفق الجديدة، لبنان ١٩٨٣م، ص ٢٨، و ص ١١٦ وما بعدها.

ويقصد بالإرادة في السياق العام، القصد إلى الشيء والاتجاه إليه<sup>٣٩٠</sup>، وهذا السياق - وهو على هذه المثابة - يشمل جميع أنواع الإرادة بما في ذلك الإرادة العقدية؛ ويقصد بالإرادة وتحديداً في معرض التعاقد: القصد<sup>٣٩١</sup>، أو النية<sup>٣٩٢</sup>؛ وهي تُعد بهذه المثابة، ركناً مهماً من أركان العقد.

وتنقسم الإرادة - بحسب تصوير فقهاء الإسلام لها - إلى قسمين أو نوعين؛ هما: الإرادة الظاهرة، والإرادة الباطنة<sup>٣٩٣</sup>؛ والإرادة التي يعول عليها في إنشاء العقود؛ هي تلك الإرادة السليمة الخالية من العيوب؛ فإذا توافرت الإرادة مع الأركان الأخرى في العقد، عُد العقد ملزماً لطرفيه، ومن ثم يكون أساس القوة الملزمة للعقد من حيث تكوينه - والحال هذه - الإرادة العقدية، التي تنصرف نحو إنشاء العقد وترتيب آثاره<sup>٣٩٤</sup>.

وعلى الرغم من أن الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي تُعد حرة في إنشاء العقود طالما أنها لا تخالف مناط الشرع؛ إلا أن هذه الإرادة قد تكون مقيدة بعدة قيود الهدف منها إما حماية العاقدين، أو حماية الغير، أو حماية المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة. وفي ضوء ما سبق، وترتيباً عليه؛ سنقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب؛ وذلك على النحو التالي:

**المطلب الأول: أقسام الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي (الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في الفقه الإسلامي).**

**المطلب الثاني: خلو الإرادة من العيوب في الفقه الإسلامي.**

**المطلب الثالث: الإرادة العقدية كأساس للقوة الملزمة للعقد من حيث تكوينه في الفقه الإسلامي.**

**المطلب الرابع: القيود الواردة على الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي.**

#### المطلب الأول

#### أقسام الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي

#### (الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في الفقه الإسلامي)

تجدر الإشارة - بداءة - إلى أن هناك فارق بين الإرادة والباعث، ولهذا ليس من الصحيح استعمالهما بدلالة واحدة؛ فالباعث هو القوة المولدة للعقد<sup>٣٩٥</sup>، أو الغاية الشخصية التي يرنو إليها المتعاقد من وراء قيامه بالتعاقد؛ فالباعث لدى البائع في الغالب الأعم هو حاجته إلى المال أو ثمن الشيء الذي يقدم على بيعه، أما الرضا بالعقد فهو غير الباعث؛ لأن الرضا ركن في العقد على خلاف الباعث، ومفاده اتجاه القصد إلى إنشاء عقد معين؛ ولعل ما يؤكد الاختلاف بين الباعث والرضا؛ هو استعمال الفقهاء عبارة عيوب الرضا، وليس عيوب الباعث<sup>٣٩٦</sup>.

ويقسم فقهاء الإسلام الإرادة العقدية إلى قسمين أو نوعين؛ هما: القسم الأول: الإرادة الباطنة؛ والقسم الثاني: الإرادة الظاهرة؛ ويقصد بالإرادة الظاهرة، التعبير عن الإرادة الحقيقية بقول أو فعل صادر عن المتعاقد، أما الإرادة الباطنة؛ فيقصد بها الإرادة التي لا يُطلع عليها<sup>٣٩٧</sup>. وسنعرض لهذين القسمين وما يتعلق بهما من أحكام - في عجلة سريعة -، وذلك على النحو التالي:

**أولاً: الإرادة الباطنة:** يقصد بالإرادة الباطنة في عبارة وجيزة، توافر النية لدى العاقد، وتتكون هذه الإرادة من مكونين هما: الاختيار والرضا. ويقصد بالاختيار، التردد بين أمرين لاختيار احدهما، فالعاقد يكون في

<sup>٣٩٠</sup> راجع: د. علي محي الدين علي القرعة داغي، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية، لبنان ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ م، ج ١، ص ١٩٦. د. زايد أحمد رجب البشيشي، طرق التعبير عن الإرادة في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٥ وما بعدها.

<sup>٣٩١</sup> راجع: الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، ج ١، ص ٣٢٣؛ حيث يقول الشاطبي المالكي في هذا الشأن: "إن الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة من التصرفات"؛ وراجع كذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر، لبنان ١٩٩٨ م، ج ١، ص ١٠٤. والقصد في اصطلاح الفقهاء يمكن تعريفه بأنه: "العزم المتوجه نحو إنشاء الالتزام"؛ راجع: د. علي محي الدين علي القرعة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٥٩. والعزم كما قال الزركشي في المنتور، هو قوة القصد والجزم به، راجع: المنتور في القواعد للزركشي، ج ٢، ص ٣٦. ومزيداً من التفاصيل عن القصد في العقود المالية؛ راجع: أ. خالد بن صالح الجليدي، أثر القصد في العقود المالية، دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٢٩ هـ، ص ١٥ وما بعدها.

<sup>٣٩٢</sup> النية بكسر النون وتشديد الناء المفتوحة في اللغة هي القصد، أما في الاصطلاح؛ فهي: "الباعث من القصد إلى الفعل"؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الحنبلي، ج ٣، ص ٨٢ ما نصه: "إن القصد روح العقد مصححه ومبطله"، كما جاء في ذات الكتاب، ج ٣، ص ٩٦؛ أن النية تُعد روح العمل ولبه وقوامه. د. علي محي الدين علي القرعة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٠٠ وما بعدها. وراجع كذلك: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي، ص ٤٥.

<sup>٣٩٣</sup> يطلق بعض الفقهاء المعاصرين على الإرادة الباطنة مسمى الإرادة الحقيقية؛ راجع: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٥١.

<sup>٣٩٤</sup> وفي هذا المضمار يقول ابن قيم الجوزية: فلا بد من أن يعلم العاقد بما ينتج عن قصد العبارة من آثار العقد الذي أقدم على إبرامه علماً كاملاً وتاماً، لأنه إذا لم يتلك الآثار؛ فلا يمكن توجيه نيته إليها؛ راجع: أعلام الموقعين عن رب العالمين، (كتاب أصول فقه) لابن قيم الجوزية، ج ٣، ص ١٠٤.

<sup>٣٩٥</sup> راجع: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ج ٤، ص ١٨٨.

<sup>٣٩٦</sup> راجع: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ج ٤، ص ٢١٢.

<sup>٣٩٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٥١ وما بعدها. د. علي نجيدة، دور الإرادة والتعبير عنها في الفقهاء الإسلامي واللوضعي، مجلة معهد الإدارة العامة، السنة رقم (٢٥) العدد رقم (٤٩)؛ الرياض ١٩٨٦ م، ص ١٢٩ وما بعدها. د. زايد أحمد رجب البشيشي، طرق التعبير عن الإرادة في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٨٩ وما بعدها. د. محمد أحمد بكر، الإرادة الظاهرة والباطنة، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، العدد رقم (١٩) المجلد الأول، أسبوط ٢٠٠٧ م، ص ٦٨٣ وما بعدها. د. مزهر بن محمد بن ظافر القرني، الفرق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مجلة العدل، العدد الثالث، رجب ١٤٢٠ هـ، الرياض ١٤٢٠ هـ، ص ٢٦ وما بعدها.

حالة اختيار بين التعاقد أو عدم التعاقد<sup>٣٩٨</sup>. كما يقصد بالرضا في اصطلاح الفقهاء<sup>٣٩٩</sup>: "امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها"<sup>٤٠٠</sup>. أو هو: "إيثار الشيء واستحسانه"<sup>٤٠١</sup>. أو هو: "الرغبة في الفعل والارتياح إليه"<sup>٤٠٢</sup>.

ولانعقاد العقد أو إنشائه صحيحاً، يجب أن يكون هناك رضا على هذا العقد من قبل طرفي العقد، أي العاقدين، وهذا ما يعبر عنه بوجود الإرادة<sup>٤٠٣</sup>، أو التراضي بين ارادتين على إنشاء أو تكوين العقد<sup>٤٠٤</sup>، ويفرق الأحناف بين أمرين في شأن الإرادة العقدية الكاملة، إذ لا تكون هذه الإرادة عندهم معتبرة إلا إذا توافر فيها إرادة التعبير أو الاختيار<sup>٤٠٥</sup>، من جهة، وإرادة الأثر أي الرضا، من جهة أخرى<sup>٤٠٦</sup>، والرضا يتضمن عندهم بالضرورة إرادة التعبير وليس العكس، لأن من يرتضي بالأثر أو الرضا لا بد أن يكون قد ارتضى بالتعبير، أما من يرتضي التعبير دون ارتضاؤه للأثر، فيتحقق لديه الاختيار دون الرضا، ومن ثم لا يعول على اختياره، ولا يترتب عليه أي أثر؛ كالهزل والمكره<sup>٤٠٧</sup>، فهذا الهازل عبر عما قاله دون أن يرتضي الأثر المترتب على ما قاله<sup>٤٠٨</sup>.

ولعل ما ذهب إليه الأحناف - في هذا الشأن - يبرر لنا موقفهم حيال تقسيمهم للعقود من حيث صحتها من عدمه إلى ثلاثة أقسام، فليهم قسم لم يقل به غيرهم من الفقهاء، وهو العقد الفاسد، فيكون العقد فاسداً عند الأحناف في عقود المعاوضات المالية دون غيرها، إذا تحقق التعبير أو الاختيار دون الرضا، وينقلب هذا العقد إلى عقد صحيح إذا تحقق الرضا في الوقت المناسب<sup>٤٠٩</sup>.

وإذا كان ما سبق هو موقف فقهاء المذهب الحنفي، إلا أن علماء المذاهب الأخرى من: المالكية<sup>٤١٠</sup>، والبعث من الشافعية، والحنابلة<sup>٤١١</sup>، لم يفرقوا بين الاختيار والرضا، لأن كل منهما - لديهم - يُعد متلازماً، بحيث لا ينفك أحدهما عن الآخر؛ ومن ثم فإن القاعدة عندهم - على خلاف الأحناف - أن اختيار العبارة يُعد دليلاً على اختيار الأثر، وهذا الدليل عند الشافعية غير قابل لإثبات العكس، أما عند المالكية والحنابلة؛ فهو دليل قابل لإثبات العكس<sup>٤١٢</sup>.

والواقع أن يمكن تفسير موقف مذهبي المالكية والحنابلة، حيال عدم الاهتمام بالترقية بين الاختيار والرضا، بأن كل منهما يُعلى من مبدأ سلطان الإرادة، أما الأحناف والبعث من الشافعية، فالرأي عندهم أن أثر العقد من عند الشارع، وقد افترط الشافعية في هذا الشأن، حيث إن مبدأ جعلية العقود عندهم هو الأساس<sup>٤١٣</sup>.

**ثانياً: الإرادة الظاهرة:** يقصد بالإرادة الظاهرة التعبير عن إرادة العاقدين باللسان كالقول أو ما يقوم مقامه<sup>٤١٤</sup>، كالفعل أو التعاطي<sup>٤١٥</sup>، والواقع أن وجود الإرادة الباطنة، دون إظهارها في شكل إرادة ظاهرة، لا يكفي لإنشاء العقد؛ فيلزم أن تعبر الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة بموجب الألفاظ أو القرائن<sup>٤١٦</sup>، كما يلزم وجود إرادة باطنة وإرادة ظاهرة معاً؛ فالإرادة الباطنة - والحال هذه - وحدها لا تكفي. كما أن الإرادة الظاهرة الصادرة دون أن يصاحبها إرادة باطنة، قد يترتب عليها إخفاء تحايل، أو حيلة<sup>٤١٧</sup>، ومن ثم

<sup>٣٩٨</sup> الاختيار لغة هو التفضيل والإيثار والاصطفاء؛ راجع لسان العرب لابن منظور، ج ٤، ص ٢٦٥ وما بعدها. أما في اصطلاح الفقهاء؛ فهو كما عرفه ابن عابدين: "القصد إلى الشيء وإرادته"؛ راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٠٧.

<sup>٣٩٩</sup> مزيداً من التفاصيل حول تعريف الرضا؛ راجع: د. علي محي الدين علي القرعة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ج ١، ص ١٩٤ وما بعدها.

<sup>٤٠٠</sup> راجع: أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي الحنفي، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار مع شرح نور الأنوار على المنار، دار الكتب العلمية، لبنان، بدون تاريخ، ج ٤، ص ٣٨٣.

<sup>٤٠١</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٠٧.

<sup>٤٠٢</sup> راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٣، ص ٥.

<sup>٤٠٣</sup> الإرادة في اللغة القصد إلى الشيء والاتجاه نحوه؛ راجع: لسان العرب لابن منظور، ج ٣، ص ١٨٨. أما في اصطلاح الفقهاء؛ فقد عرفها الجرجاني بأنها: "ميل يعقب اعتقاد النفع"؛ راجع: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، المشهور بالجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، ص ١٧.

<sup>٤٠٤</sup> راجع: الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، ج ١، ص ٣٢٣؛ حيث يقول الشاطبي المالكي في هذا الشأن: "إن الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة من التصرفات". كما جاء في أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الحنبلي، ج ٣، ص ٨٢ ما نصه: "إن القصد روح العقد مصححه ومبطله"، كما جاء في ذات الكتاب، ج ٣، ص ٩٦؛ أن النية تُعد روح العمل وليه وقوامه.

<sup>٤٠٥</sup> الاختيار لغة - كما سلف القول - هو التفضيل والإيثار والاصطفاء؛ راجع لسان العرب لابن منظور، ج ٤، ص ٢٦٥ وما بعدها. أما في اصطلاح الفقهاء؛ فهو كما عرفه ابن عابدين: "القصد إلى الشيء وإرادته"؛ راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٠٧.

<sup>٤٠٦</sup> راجع: د. عادل مصطفى بسبوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٩٨ وما بعدها.

<sup>٤٠٧</sup> راجع: د. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، مرجع سابق، ص ٥٦٤.

<sup>٤٠٨</sup> راجع: فتح القدير لابن الهمام، ج ٢، ص ٢٤٨.

<sup>٤٠٩</sup> راجع: د. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، مرجع سابق، ص ٥٦٤.

<sup>٤١٠</sup> راجع: مواهب الجليل للحطاب، ج ٤، ص ٢٤٥.

<sup>٤١١</sup> راجع: مواهب الجليل للحطاب، ج ٤، ص ٢٤٥ - شرح الخرشني على مختصر خليل، ج ٥، ص ٩ - كشف القناع للبهوتي الحنبلي، ج ٢، ص ٥.

<sup>٤١٢</sup> راجع: د. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، ج ١، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

<sup>٤١٣</sup> قرب من ذلك: د. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، مرجع سابق، ص ٥٦٠.

<sup>٤١٤</sup> راجع: الشيخ أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٧٦.

<sup>٤١٥</sup> راجع: د. زايد أحمد رجب البشبيشي، طرق التعبير عن الإرادة في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٩٩.

<sup>٤١٦</sup> راجع: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة الأمور بمقاصدها، دراسة نظرية تاصيلية، مرجع سابق، ص ١٣٢.

<sup>٤١٧</sup> مزيداً من التفاصيل عن الحيلة في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. محمد عبد الوهاب بحيري، الحيل في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، القاهرة ١٩٤٥ م - د. نجاشي علي إبراهيم، الحيل في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر، القاهرة ١٩٧٤ م - د. محمد إبراهيم الشرقاوي، الحيل الشرعية وأثرها في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٧٣ م، ص ٩ وما بعدها.

الوصول من خلال وسيلة مشروعة (العقد) إلى غرض غير مشروع؛ كبيع العنب (وسيلة مشروعة) لعصره كمسكر (غرض غير مشروع).

ثالثاً: مدى جواز تغليب إحدى الإرادتين على الأخرى في حال وجود أمر غير مشروع: إذا وجدت الإرادة الظاهرة دون أن يصاحبها إرادة باطنة، وترتب على وجود الإرادة الظاهرة إخفاء أمر غير مشروع<sup>٤١٨</sup>؛ فهل يتم الأخذ في هذه الحالة بالإرادة الظاهرة، أم بالإرادة الباطنة؟

اختلف الفقهاء حيال الإجابة عن هذا التساؤل؛ ويمكن تصنيف موقفهم في شأن هذه المسألة إلى اتجاهين؛ الاتجاه الأول: يرى أنه يجب الاعتداد في هذه الحالة بالإرادة الظاهرة في العقود<sup>٤١٩</sup>؛ ومن ثم لا يعول على الإرادة الباطنة؛ لأن غاية الاستقرار في المعاملات تقتضي ذلك، وبالتالي يبقى العقد صحيحاً طالما لم يُصرح بالباعث على التعاقد (الغرض غير المشروع) ويمثل هذا الاتجاه كل من: الأحناف<sup>٤٢٠</sup>، والشافعية<sup>٤٢١</sup>.

أما الاتجاه الثاني؛ فإنه يرى أنه يجب الاعتداد بالإرادة الباطنة في هذه الحالة، ومن ثم يكون العقد باطلاً، لأن الباعث على التعاقد غير مشروع<sup>٤٢٢</sup>، بيد أن بطلان البيع في هذه الحالة يكون مرهوناً - عند أنصار هذا الاتجاه - بعلم الطرف الآخر، أو بإمكان علمه بذلك من خلال ملابسات التعاقد، وذلك حتى لا يكون معيناً له على ارتكاب الآثم؛ وهذا الاتجاه يمثل كل من: المالكية<sup>٤٢٣</sup>، والحنابلة<sup>٤٢٤</sup>.

- بعض التطبيقات للباعث غير المشروع: اورد الفقهاء في كتبهم بعض التطبيقات لفكرة الباعث غير المشروع في مجال ترجيح الإرادة الظاهرة أو الإرادة الباطنة؛ ومن هذه التطبيقات على سبيل المثال؛ الآتي:

١- بيع العصير لمن يتخذه خمراً: إذا باع شخص لآخر عصيراً، وكان بنية المشتري غير المفصح عنها أنه سيتخذه خمراً؛ فالرأي عند الأحناف والشافعية، أن هذا البيع يُعد صحيحاً، لاستقرار المعاملات، لأن النية غير المشروعة هنا غير ظاهرة أي خفية. أما الرأي عند المالكية، والحنابلة؛ فإن هذا البيع يُعد باطلاً، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى الإعانة على ارتكاب المعاصي<sup>٤٢٥</sup>.

٢- بيع العينة: يرى الأحناف<sup>٤٢٦</sup>، والشافعية<sup>٤٢٧</sup>، أن بيع العينة يُعد بيعاً صحيحاً، لأن العبارة التي تستخدم في شأنه سليمة، والنية المتعلقة ببيع العينة؛ كالتحايل على قواعد حظر الفوائد الربوية غير معلنة، بينما يرى كل من: المالكية<sup>٤٢٨</sup>، والحنابلة<sup>٤٢٩</sup>، أن هذا البيع يُعد باطلاً، لأنه النية فيه غير مشروعة، وهدفها الوصول إلى أمر غير مشروع عن طريق الالتفاف على قواعد الشرع بموجب حيلة.

رابعاً: تكييف العقد، وتفسيره في ضوء أقسام الإرادة العقدية: لعلمه من المعلوم أن الأخذ بأحد الإرادتين لا يعني الانفكاك أو الفراق التام بينهما؛ فالأخذ بإحدهما لا يعني إهمال الأخرى إهمالاً تاماً؛ فالإرادة الظاهرة عند أنصار الإرادة الباطنة تنهض دليلاً على وجود الإرادة الباطنة، كما يشترط البعض من الفقهاء من أنصار الإرادة الظاهرة وجود إرادة باطنة خلف المظهر الخارجي المتمثل في الظاهر.

وأياً ما كان الأمر؛ فإن هناك أمور أو نتائج تترتب على الأخذ بأي من الإرادتين؛ ومن هذه الأمور على سبيل المثال لا الحصر؛ تكييف العقد، وتفسيره؛ ويقصد بتكييف العقد خلع الوصف القانوني السليم عليه، وهذه مهمة القاضي، حيث يلعب دوراً كبيراً حيال تكييف العقد؛ لأن العبرة ليس بما يطلقه العاقدان على العقد من تكييف، بل العبرة بما يراه القاضي، وذلك في ضوء الملابسات المصاحبة للعقد، وتفسير النية المشتركة للعاقدين، والعبرة في هذا الشأن بالمعنى الحقيقي للعقد، وليس بما يطلقه عليه العاقدان من وصف، فالعبرة كما هو معلوم في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

<sup>٤١٨</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. أسعد فاضل مندبل، أثر الباعث غير المشروع على الالتزامات العقدية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد الرابع، العدد الثاني، العراق ٢٠٠٦م، ص ٢٧٥ وما بعدها.

<sup>٤١٩</sup> راجع: د. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٢.

<sup>٤٢٠</sup> راجع: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، ج ٤، ص ١٨٩ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي، ج ٥، ص ١٢٥ - حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٠٧.

<sup>٤٢١</sup> راجع: المجموع شرح المهذب للنووي الشافعي، ج ٩، ص ٣٥٣ - معني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشربيني، ج ٢، ص ٣٨.

<sup>٤٢٢</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٨٠ وما بعدها.

<sup>٤٢٣</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٥٠ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفه المالكي، ج ٣، ص ٩٠ - الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق)، للقرافي المالكي، ج ٢، ص ٧.

<sup>٤٢٤</sup> راجع: المعني لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٣٧ - أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم، ج ٢، ص ٩٧.

<sup>٤٢٥</sup> راجع: المراجع السابقة.

<sup>٤٢٦</sup> راجع: فتح القدير لابن الهمام، ج ٣، ص ٤٠.

<sup>٤٢٧</sup> راجع: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي الشافعي، ج ٣، ص ٤٦٠.

<sup>٤٢٨</sup> راجع: أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي المالكي، المشهور بالدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار الفكر، بيروت ١٤٢٤هـ، ج ٣، ص ١٢٩.

<sup>٤٢٩</sup> راجع: المعني لابن قدامة الحنبلي، ج ٤، ص ١٧٤.

والواقع أن مسألة تكييف العقد تُعد من المسائل الأولية في حال وجود نزاع بين العاقدین حول التكييف القانوني للعقد، فيجب - بداءة - تكييف العقد قبل البدء في تفسير مقتضاه، وهناك الكثير من القواعد الفقهية التي تسعف القاضي للوصول إلى التكييف السليم للعقد؛ ومن ثم تفسيره<sup>٤٣٠</sup>؛ فضلاً عن قاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني؛ توجد قواعد أخرى كقاعدة: "الأمر بمقاصدها"<sup>٤٣١</sup>، وقاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله"<sup>٤٣٢</sup>، وقاعدة: "الأصل في الكلام الحقيقة"<sup>٤٣٣</sup>، وقاعدة: "اليقين لا يزول بالشك".

وإذا انتهى القاضي من التكييف السليم للعقد؛ فإنه يبدأ في تفسير العقد تفسيراً صحيحاً<sup>٤٣٤</sup>، هادفاً من ذلك تحقيق العدالة<sup>٤٣٥</sup>، والتفسير تتجلى أهميته في معرفة مدى التطابق بين إرادة كل من العاقدین، ومن ثم تحديد التزامات كل منهما<sup>٤٣٦</sup>، ويمكن تعريف التفسير بأنه تبيين المراد من الكلام على سبيل القطع<sup>٤٣٧</sup>، وبطريقة يفهم منها المراد من النص<sup>٤٣٨</sup>. أما التأويل بصفة عامة؛ فيقصد به - وبخاصة عند الأصوليون - تبيين المراد من الكلام على سبيل الظن<sup>٤٣٩</sup>، أو صرف النظر عن المعنى الظاهر إلى معنى مرجوح<sup>٤٤٠</sup>. وفي خصوص العقد، يقصد بالتأويل، صرف العقد عن معناه الظاهر وإرادة معنى آخر محتمل منه لقيام دليل عليه<sup>٤٤١</sup>.

وتفسير العقد يحكمه عدة مبادئ متعارف عليها، كقاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين شريطة أن يكون هذا المدين حسن النية، وبالتالي إذا كان المدين سيء النية؛ فلا يفسر الشك لمصلحته<sup>٤٤٢</sup>، كما أنه في حالة الشك في المعنى الخاص بعبارة العقد، يجوز للقاضي الارتكان على كافة الوقائع والظروف والملابسات التي صاحبت الإيجاب والقبول للوقوف على مرمى ما كانت تصبو إليه إرادة العاقدین<sup>٤٤٣</sup>. ومن المبادئ المتعارف عليها - أيضاً - مبدأ تفسير الشك لمصلحة الطرف الضعيف في العقد، أو الطرف المدعن<sup>٤٤٤</sup>.

**خامساً: تحديد نطاق العقد:** بعد أن يكيف القاضي العقد، ويفسر ما يثور من لبس حوله لاستخلاص النية المشتركة للعاقدین، ينتقل إلى الوقوف على تحديد نطاق العقد، لمعرفة التزامات كل طرف من أطرافه، وهذا يتأتى من خلال عدة عوامل يسترشد من خلالها على تحديد نطاق العقد، كالعرف، والعادة، وطبيعة الالتزام<sup>٤٤٥</sup>؛ وفوق كل هذا حكم العقد من الوجهة الشرعية، لأن ما يثبت بالشرع مقدم على ما يثبت بشيء آخر<sup>٤٤٦</sup>، حتى ولو كان هذا الشيء مرده إلى الشرط التقييدي المعروف في أروقة الفقهاء بالشرط المقترن بالعقد.

<sup>٤٣٠</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، القواعد الفقهية ودورها في التفسير القضائي للعقد عند التنازع في عباراته المرتبة للحقوق والالتزامات في الفقه الإسلامي، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الرابع والعشرين (٢٠٠٨م)، ص ٢٤٩ وما بعدها. د. حنان عبد الكريم القضاة، د. عبد الله علي محمود، القواعد الفقهية المنظمة لتفسير العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني الأردني، مجلة دراسات: علوم الشريعة والقانون، المجلد رقم (٤٤) العدد رقم (٤)، عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية، الأردن ٢٠١٧م، ص ٣٠٩ وما بعدها.

<sup>٤٣١</sup> راجع: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة الأمور بمقاصدها، دراسة نظرية تأصيلية، مرجع سابق، ص ١٣٢. د. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق ٢٠٠٦م، ج ١، ص ٥٥ وما بعدها.

<sup>٤٣٢</sup> راجع: الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي، ص ١٣٥. راجع: أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الغزالي الطوسي، المشهور بكنية حجة الإسلام، المستصفى في علم الأصول، المطبعة الأميرية، القاهرة ١٣٢٢هـ، ج ١، ص ١٩٠.

<sup>٤٣٣</sup> راجع: د. يحيى رزق الصرمي، سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والبيمني مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة ١٩٩٥م، ص ٤١٢ وما بعدها.

<sup>٤٣٤</sup> راجع: د. عبد الحكيم عبد البصير فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٥م، ص ٢٨٣.

<sup>٤٣٥</sup> راجع: د. حنان عبد الكريم القضاة، د. عبد الله علي محمود، القواعد الفقهية المنظمة لتفسير العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص ٣١٢.

<sup>٤٣٦</sup> راجع: الشيخ عبد الوهاب خلاف، تفسير النصوص القانونية وتأويلها، مجلة المحاماة، العدد الأول، القاهرة ١٩٥٠م، ص ٥٤ وما بعدها. د. عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٤٥ وما بعدها.

<sup>٤٣٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد أديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة لمناهج العلماء في استنباط الأحكام من نصوص الكتاب والسنة، الطبعة الرابعة، دار المكتب الإسلامي، القاهرة ١٩٩٣م، ج ١، ص ٥٩ وما بعدها.

<sup>٤٣٨</sup> راجع: د. عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٤٥ وما بعدها.

<sup>٤٣٩</sup> راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ١٠، ص ١٣٥.

<sup>٤٤٠</sup> راجع: الشيخ عبد الوهاب خلاف، تفسير النصوص القانونية وتأويلها، مرجع سابق، ص ٥١. د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة ١٩٧٧م، ص ١٨. د. عبد الحكيم عبد البصير فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ١٩٢. د. محمد أديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٣. د. يحيى رزق الصرمي، سلطة القاضي في التفسير في القانون المدني المصري والبيمني مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد ١٩٨٢م، ص ١٠ وما بعدها.

<sup>٤٤١</sup> راجع: د. عبد الحكيم عبد البصير فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ٣٠٢. د. سعيد سعد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، مرجع سابق، ص ٩٣.

<sup>٤٤٢</sup> راجع: د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مرجع سابق، ص ١٥٦.

<sup>٤٤٣</sup> راجع: د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مرجع سابق، ص ١٢٦. د. عبد الحكيم عبد البصير فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ٣٠٨. د. حسني محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر العربي، الإسكندرية ٢٠٠٧م، ص ١٨٣. د. لاشين محمد يونس الغياتي، عقود الإذعان في القانون المدني المصري والشريعة الإسلامية، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الأول، لسنة ١٩٨٦م، ص ٣٩. د. إسماعيل محمد المحافري، الحماية القانونية لعدم الخبرة من الشروط التصفية، مرجع سابق، ص ٣٠٢. د. سعيد أحمد شعله، قضاء النقض في التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٧م، ص ١٣٠.

<sup>٤٤٤</sup> راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٦، ص ٣ وما بعدها.

<sup>٤٤٥</sup> راجع: الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، ج ٣، ص ١٩٧.

## المطلب الثاني

### خلو الإرادة من العيوب في الفقه الإسلامي

إذا وجدت الإرادتان الباطنة والظاهرة وكانتا متوافقتان، فلا مشكلة، أما إذا كان هناك عدم توافق بينهما، أو وجدت الإرادة الظاهرة دون أن توجد الإرادة الباطنة كلية، أو مشكوك في وجودها؛ فهنا تكمن المشكلة<sup>٤٤٧</sup>، لأن غياب الإرادة الباطنة كلية، يترتب عليه ما يسمى بصورية العقود (المواضعة أو التلجنة، والهزل)، أو حكم عبارة عديم الأهلية أو ناقصها<sup>٤٤٨</sup>. أما إذا كانت الإرادة الباطنة مشكوك في وجودها دون غيابها كلية؛ فإننا نكون أمام مشكلة عيوب الإرادة، أو عيوب الرضا<sup>٤٤٩</sup>.

وأياً ما كان الأمر؛ فإنه يجب أن تكون الإرادة العقدية سليمة، أي خالية من العيوب<sup>٤٥٠</sup>، ويقصد بخلو الإرادة من العيوب أو الشوائب عدم وجود آفة من الآفات التي تصيب إرادة العاقد، بحيث لا يصدر الرضا منه على وجه صحيح، ومن ثم لا يُعد رضاه صحيحاً وكاملاً وملزماً<sup>٤٥١</sup>.

فعيوب الإرادة - والحال هذه - هي تلك العيوب التي تحدث خلافاً في الرضا عند تكوين العقد، مما يترتب عليها صيرورة العقد معيباً<sup>٤٥٢</sup>، فعيوب الرضا - والحال هذه - تُعد حالات لا يُحكم معها بانتفاء الإرادة العقدية الحقيقية، كما لا يحكم معها بسلامة هذه الإرادة من كل شائبة، بل هي يمكن وصفها بأنها آفة أصابت إرادة العاقد، بحيث لا يمكن اعتبار رضاه صحيحاً كاملاً ملزماً<sup>٤٥٣</sup>، وهذه العيوب تتمثل في: الإكراه، والغلط، والخلاية؛ **سنعرض لهذه العيوب تباعاً:**

**أولاً: الإكراه:** سنعرض للإكراه من حيث: تعريفه، ومدى اتفاق الفقهاء حيال تقسيمه إلى إكراه ملجيء وإكراه غير ملجيء، وشروطه، والأثر المترتب على التصرف الناشئ تحت وطأة الإكراه<sup>٤٥٤</sup>، **وذلك على النحو التالي:**

**١- تعريف الإكراه:** يمكن تعريف الإكراه بأنه: "ضغط غير مشروع يولد في نفس الشخص خوفاً يدفعه للتعاقد<sup>٤٥٥</sup>" أو هو حمل الغير على اتیان فعل، أو ترك أمر، على خلاف ما يرضاه<sup>٤٥٦</sup>، وذلك عن طريق تخويفه من قبل شخص لديه القدرة على ايقاع ما يخوف به<sup>٤٥٧</sup>.

والمتمثل في هذا التعريف يلحظ، أولاً: أن الإكراه من ناحية المطلوب من المكروه ينقسم إلى نوعين: النوع الأول: الإكراه على القيام بفعل، والنوع الثاني: الإكراه على عدم القيام بفعل؛ ومن أمثلة النوع الأول الإكراه الدافع على التعاقد، ومن أمثلة النوع الثاني الإكراه الدافع على عدم التعاقد. كما يلحظ ثانياً: أنه يجب أن يكون المكروه قادراً على تنفيذ ما يخوف به.

**٢- اختلاف الفقهاء حيال تقسيم الإكراه إلى ملجيء، وغير ملجيء:** يرى الأحناف أن الإكراه على نوعين<sup>٤٥٨</sup>؛ هما<sup>٤٥٩</sup>: إكراه ملجيء أو تام، وإكراه غير ملجيء، ويكون الإكراه ملجئاً، إذا كان بإتلاف نفس أو عضو من النفس، أو بإتلاف مال، أو بضرب شديد ومبرح، أو بحبس مدة لا تزيد عن يوم واحد<sup>٤٦٠</sup>، وقد سُمي هذا النوع من الإكراه بهذا الاسم، لأنه يلجئ الشخص ويضطره إلى الرضوخ ومباشرة ما أكره عليه، ويستوي أن يقع الإكراه الملجيء على الشخص ذاته، أو على شخص يهمله؛ كالأب، والأم، والأولاد، والزوجة، ويترتب على هذا النوع من الإكراه انعدام الرضا وفساد الاختيار. أما الإكراه غير الملجيء؛ فهو

<sup>٤٤٧</sup> راجع: د. زايد أحمد رجب البشبيشي، طرق التعبير عن الإرادة في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

<sup>٤٤٨</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ١٠٩ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، ج ٥، ص ١٧٦ وما بعدها.

<sup>٤٤٩</sup> راجع: الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٦٩م، ص ٥٢٤.

<sup>٤٥٠</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. حسين صبحي أحمد، عيوب الرضا في عقود المعاوضات المالية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٦٣م، ص ١٠ وما بعدها. د. محمد بحر العلوم، عيوب الإرادة في الشريعة الإسلامية، دار الزهراء، بيروت ٢٠٠٩م، ص ٦ وما بعدها. د. محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر ٢٠٠٢م، ص ٧ وما بعدها. د. محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٧٨ وما بعدها. د. محمد رشدي محمد إسماعيل، العقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٧٤ وما بعدها. د. عبد الحميد محمود البعلبي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، الطبعة الأولى، مكتبة وهبة، القاهرة ١٩٨٩م، ص ٢٤٦ وما بعدها.

<sup>٤٥١</sup> راجع: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في توبة الجديد (المدخل الفقهي العام)، ج ١، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

<sup>٤٥٢</sup> راجع: د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت ٢٠٠٦م، ص ٣٣٥.

<sup>٤٥٣</sup> راجع: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في توبة الجديد (المدخل الفقهي العام)، ج ١، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

<sup>٤٥٤</sup> مزيداً من التفاصيل عن الإكراه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ راجع: د. محمد زكريا البرديسي، الإكراه بين الشريعة والقانون، مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق بجامعة القاهرة، المجلد رقم (٣٠) العدد رقم (٢) القاهرة ١٩٦٠م، ص ٢٨ وما بعدها. د. فكري خليل أبو صافية، الإكراه وأثره في الرضا بالتصرفات، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٧٩م، ص ١٠ وما بعدها. د. محمد علي محجوب، الإكراه بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق بجامعة عين شمس، المجلد رقم (٢٤) العددان: الأول والثاني، يونيو ويوليو ١٩٨٢م، القاهرة ١٩٨٢م، ص ٥٩ وما بعدها.

<sup>٤٥٥</sup> راجع: د. عبد الهادي بونس العطايفي، الوجيز في العقد، دراسة مقارنة بالمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٦١.

<sup>٤٥٦</sup> قرب من ذلك: د. محمد رواص قلعي، د. حامد صادق قتيبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص ٨٥.

<sup>٤٥٧</sup> قرب من ذلك: تبين الحقائق، ج ٥، ص ٨١ - حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ١٠٩ - الميسوط للسرخسي، ج ٤، ص ٢٤ - المهذب للشيرازي، ج ١، ص ٢٥٧ - الأم للإمام الشافعي، ج ٣، ص ٢٤. ولقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الإكراه بأنه: "إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق دون رضاه بالإخافة"؛ راجع نص المادة رقم (٩٤٨) من مجلة الأحكام العدلية.

<sup>٤٥٨</sup> يقسم فقهاء القانون الوضعي الإكراه إلى نوعين؛ هما: الإكراه المادي، والإكراه المعنوي؛ ويرى بعض الفقهاء أن هناك نوعاً ثالثاً من الإكراه، هو الإكراه الاقتصادي، مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. أحمد محمد الرفاعي، الإكراه الاقتصادي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٦م، ص ١٥ وما بعدها.

<sup>٤٥٩</sup> راجع: المادتان (١٠٠٦ - ١٠٠٧) من مجلة الأحكام العدلية، وكذا المادتان (١٨٥ - ٢٨٦) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، لمحمد قديري باشا.

<sup>٤٦٠</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ١٣٠.

ذلك الإكراه الذي لا يؤدي إلى النتائج التي يؤدي إليها الإكراه الملجيء؛ فلا يؤدي الإكراه غير الملجيء إلى اتلاف النفس، ولا إلى اتلاف العضو، ولا إلى اتلاف المال، بل يكون إكراه بموجب ضرب خفيف، أو حبس يوم فأقل، وهذا النوع من الإكراه لا يؤدي إلى فساد الاختيار، لأنه يمكن تحمله والصبر عليه<sup>٤٦١</sup>، أو بعبارة أخرى يمكن القول بأن هذا النوع من الإكراه يعدم الرضا ولكنه لا يفسد معه الاختيار<sup>٤٦٢</sup>. وعلى عكس الأحناف، ذهب جمهور الفقهاء من المالكية<sup>٤٦٣</sup>، والشافعية<sup>٤٦٤</sup>، والحنابلة<sup>٤٦٥</sup>، إلى أن الإكراه على نوع واحد، هو الإكراه الملجيء، أما الإكراه غير الملجيء - عندهم - فلا يرقى إلى مرتبة الإكراه، ومن ثم فإنه لا يُعد إكراهاً من الأساس.

**٣- شروط الإكراه:** يشترط في الإكراه عدة شروط<sup>٤٦٦</sup>، منها على سبيل المثال لا الحصر الآتي<sup>٤٦٧</sup>:

- **الشرط الأول: أن يكون مؤلماً:** وهذا الشرط يختلف ولا شك باختلاف منازل الناس<sup>٤٦٨</sup>؛ فالضرب اليسير قد لا يُعد إكراهاً لدى بعض الناس، وقد يُعد إكراهاً لدى البعض الآخر، كما أن الإكراه المعنوي قد يكون أشد وطأة من الإكراه المادي لدى البعض من الناس<sup>٤٦٩</sup>.

- **الشرط الثاني: أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به:** وهذا يُعد شرطاً بديهياً، لأن عدم استطاعة المكره على تنفيذ ما يهدد به يُعد من اللغو الذي يجب ألا يعول عليه كثيراً<sup>٤٧٠</sup>.

- **الشرط الثالث: أن يغلب على ظن الشخص الواقع تحت الإكراه وقوع الأمر المهدد به:** وهذا الشرط مفاده أن الواقع تحت وطأة الإكراه يعتقد أن الإكراه عليه واقع لا محالة، ولا يستطيع الفكك منه، ولا يملك دفعه<sup>٤٧١</sup>. فيجب أن تكون الرهبة من الإكراه هي التي حملت المتعاقد على التعاقد، بمعنى أنه لولاها لامتنع عن إبرام العقد<sup>٤٧٢</sup>.

**٤- أثر الإكراه على التصرفات:** لم تتحد كلمة فقهاء المذاهب الأربعة حيال أثر الإكراه على التصرفات<sup>٤٧٣</sup>، فذهب غالبية الأحناف إلى أن التصرف الذي يقع تحت وطأة الإكراه على فرضين<sup>٤٧٤</sup>: الأول: إذا كان العقد من العقود التي لا تقبل الفسخ؛ كالزواج، فإن العقد يكون صحيحاً، لأن الإكراه في مثل هذه العقود يأخذ معنى الهزل. أما الفرض الثاني؛ فهو كون العقد من العقود التي تقبل الفسخ، كالبيع والإيجار؛ فهذه العقود، إذا وقعت تحت وطأة الإكراه تكون فاسدة، بيد أنه إذا زال الإكراه، وأجاز المكره العقد، صح العقد وأصبح لازماً<sup>٤٧٥</sup>.

أما المالكية<sup>٤٧٦</sup>؛ فقد ذهبوا إلى أن عقد المكره يُعد عقداً صحيحاً، ولكنه يكون غير ملزم له، حيث يجوز له أي المكره اتخاذ أحد خيارين بعد زوال الإكراه، الأول: هو طلب بطلان العقد، والثاني: إجازة العقد<sup>٤٧٧</sup>.

<sup>٤٦١</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ١٢٩- البدائع للكاساني، ج ٧، ص ١٧٥.

<sup>٤٦٢</sup> راجع: د. محمود المظفر، نظرية العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٣٥.

<sup>٤٦٣</sup> راجع: شرح الخرشبي، ص ٥٥، ص ١٠.

<sup>٤٦٤</sup> راجع: مقني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشريني، ج ٢، ص ٧. هذا؛ وقد قسم الإمام الشافعي الإكراه إلى نوعين: الأول: إكراه بحق، والثاني: إكراه بغير حق.

<sup>٤٦٥</sup> راجع: كشف القناع للبهوتي، ج ٣، ص ١٥٠.

<sup>٤٦٦</sup> مزيداً من التفاصيل حول شروط الإكراه؛ راجع: نصوص المواد (من ١٠٠٣ إلى ١٠٠٥) من مجلة الأحكام العدلية؛ وراجع كذلك: د. نشأت إبراهيم الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، دار الشروق، جدة ١٩٨٢م، ص ٣٦٢ وما بعدها. د. عبد الرحمن بن عثمان الجلود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ٣١٨ وما بعدها. د. محمود المظفر، نظرية العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٣٦ وما بعدها.

<sup>٤٦٧</sup> راجع: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج ٢، ص ٤٣٧.

<sup>٤٦٨</sup> وعلى هذا نصت المادة رقم (٢٨٨) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، لمحمد قدي باشا؛ حيث جاء نص هذه المادة على النحو التالي: "يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وصنعتهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفاً".

<sup>٤٦٩</sup> قرب من ذلك: المبسوط للسرخسي، ج ٤، ص ٦٨. تبين الحقائق للزليعي، ج ٥، ص ١٨٢- البدائع للكاساني، ج ٧، ص ١٧٦. ويرى البعض من الحنابلة أنه لا عبرة إلا بالإكراه البدني؛ راجع: المقني لابن قدامة، ج ٨، ص ٢٦١.

<sup>٤٧٠</sup> راجع: تبين الحقائق للزليعي، ج ٥، ص ١٨١.

<sup>٤٧١</sup> راجع: المبسوط للسرخسي، ج ٤، ص ٣٩. تبين الحقائق للزليعي، ج ٥، ص ١٨١.

<sup>٤٧٢</sup> راجع: د. عبد السيد مؤمن، الإكراه المفسد للرضا في قانون المعاملات المدنية الإماراتية، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري والفقهاء الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨م، ص ٦١.

<sup>٤٧٣</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد محمود الحميد، أثر الإكراه في المعاملات المالية، مجلة الدراسات الاجتماعية باليمن، المجلد رقم (٦) العدد رقم (١٢) يوليو - ديسمبر ٢٠٠١م، ص ١٨٩ وما بعدها. د. حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد، أثر الإكراه على التصرفات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، العدد رقم (٢٠)؛ ٢٥١٤ هـ - ٢٠٠٥م، ص ٦٧٥ وما بعدها. د. ماهر ذيب سعد الدين أبو شوايش، أثر الإكراه على التصرفات القولية في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة شقراء، العدد رقم (٣) شقراء ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٤م، ص ١٥٥ وما بعدها. د. صالح بن أحمد بن عبد العزيز الوشيل، الإكراه وأثره على التصرفات المالية، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية بكلية دار العلوم بجامعة القاهرة، المجلد رقم (٨) العدد رقم (٢٩)، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢م، ص ١٣٣ وما بعدها. د. عبد الرحمن بن عثمان الجلود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ٣١٣ وما بعدها.

<sup>٤٧٤</sup> راجع: المبسوط للسرخسي، ج ٤، ص ٤١.

<sup>٤٧٥</sup> مما تجدر ملاحظته في هذا السياق أن زفر من الأحناف قد خالف علماء الحنفية في الرأي؛ حيث يرى أن العقد الذي وقع فيه إكراه يكون عقداً موقوفاً وليس فاسداً، وأهمية هذا تكمن في أن العقد الموقوف بالإجازة، أما العقد الفاسد؛ فلا يصح بالإجازة.

<sup>٤٧٦</sup> راجع: حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٦. الخطاب، ج ٤، ص ٢٨٤.

<sup>٤٧٧</sup> راجع: حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٦. شرح الخرشبي، ج ٥، ص ١٠. نهاية المحتاج للزليعي، ج ٥، ص ٧٢. ولعله من المعلوم أنه إذا اختلف العاقدين على الفسخ والإجازة، فممن من اختار الفسخ، راجع: د. فتح الله أكرم فلاح، نظرية الرجوع في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الجندرية للنشر والتوزيع، عمان ٢٠١١م، ص ١٩١.

ويرى الشافعية<sup>٤٧٨</sup>، والحنابلة<sup>٤٧٩</sup>، أن العقود التي تعقد تحت وطأة الإكراه تُعد عقوداً باطلة، لغياب الرضا فيها، وهذا البطالان يشمل كافة العقود، سواء أكانت من العقود التي لا تقبل الفسخ، كالزواج، أو التي تقبل الفسخ، كالبيع أو الإيجار.

وفي تقديري، أن الرأي الراجح في أثر الإكراه في التصرفات، هو رأي كل من الشافعية والحنابلة، ومفاده بطلان العقود التي تنشأ تحت وطأة الإكراه، ذلك لأن الإكراه يغيب معه عنصر الرضا، ومن المعلوم أن الرضا يُعد مرتكزاً هاماً من المرتكزات التي تقوم عليها العقود؛ ومن ثم فإن الإكراه - والحال هذه - يُعد مانعاً من موانع لزوم العقد<sup>٤٨٠</sup>.

**ثانياً: الغلط:** سنعرض للغلط باعتباره أحد عيوب الإرادة العقدية عند إنشاء العقد من حيث: تعريفه، وأنواعه، وذلك على النحو التالي:

١- **تعريف الغلط:** يمكن تعريف الغلط بأنه توهم العاقد لشيء على خلاف الحقيقة والواقع، وهذا التوهم هو الذي يدفعه للتعاقد، إذ لولاه ما أقدم على التعاقد<sup>٤٨١</sup>. كما عرفه بعض علماء الحنفية بأنه: "الشعور بالشيء على خلاف ما هو<sup>٤٨٢</sup>".

٢- **أنواع الغلط:** الغلط في الفقه الإسلامي بوصف كونه أحد عيوب الإرادة العقدية التي تصاحب إنشاء العقد على أنواع سنعرض لها - في عجالة سريعة - تباعاً:

- **النوع الأول: الغلط في المعقود عليه: (الغلط في محل العقد):** يتحقق الغلط في محل العقد أو الشيء المعقود عليه، إذا كان الغلط في جنس الشيء، أو في وصفه، ومن أمثلة الغلط في جنس الشيء التعاقد على ذهب خالص ثم يتبين أنه غير ذلك، ومن أمثلة الغلط في وصف الشيء، بيع مبنى على أنه فيلا؛ فيتبين أنه مجرد شقة في عقار، وقد يكون الغلط في الوصف غلطاً فاحشاً كما هو الحال في مثال الفيلا والشقة، وقد يكون الغلط في الوصف غير فاحش، كبيع فيلا على أن لون الطلاء الخارجي لها باللون الأبيض؛ فيتبين بأن هذا اللون رمادي وليس أبيض.

والواقع أن الغلط في جنس الشيء، يترتب عليه بطلان العقد لانعدام المحل المتفق عليه<sup>٤٨٣</sup>، أما الغلط في الوصف، فلا يؤدي إلى هذه النتيجة، أي البطلان، إلا إذا كان الغلط في الوصف فاحشاً، أما إذا كان الغلط في الوصف غير فاحش، فإنه يكون لمن وقع الغلط في جانبه الخيار بين أمرين: إما إمضاء العقد، أو طلب بطلانه<sup>٤٨٤</sup>.

- **النوع الثاني: الغلط في شخص العاقد:** لا يكون للغلط في شخص المتعاقد جدوى كبيرة، إلا إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار، فإذا كان شخص المتعاقد الذي وقع فيه الخطأ محل اعتبار؛ فإنه يكون للمتعاقد الذي وقع في الغلط طلب بطلان العقد، ومن أمثلة الغلط في شخص المتعاقد الذي تكون شخصيته محل الاعتبار؛ الغلط في شخص الزوجة أو الزوج، والغلط في شخصية المشتري في خصوص تنازل صاحب الحق في الشفعة عنها لكونه يرى في المشتري أنه سيكون جار محمود السير حسن السمعة، فإذا تبين لصاحب الحق في الشفعة الذي تنازل عن الشفعة أنه أخطأ في هذا الجار ووجده شخص غير الذي توقعه، جاز له التمسك بأحقية في الشفعة من جديد.

- **النوع الثالث: الغلط في قيمة المعقود عليه:** يعتبر الغلط في قيمة الشيء ضرباً من ضروب الغبن<sup>٤٨٥</sup>.

- **النوع الرابع: الغلط في الحكم الشرعي:** يتحقق الغلط في الحكم الشرعي إذا كان المتعاقد الذي وقع في غلط في شأن هذا الحكم جاهلاً به عند التعاقد، ولا يعتبر الغلط في الحكم الشرعي عذراً إلا إذا انتفى التقصير في حق من يدعي غلظه في هذا الحكم<sup>٤٨٦</sup>.

**ثالثاً: الخلابة:** سنعرض للخلابة من حيث تعريفها، وأنواعها، وذلك على النحو التالي:

<sup>٤٧٨</sup> راجع: مقني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشريبي، ج ٢، ص ٧- المهذب للشيرازي، ج ١، ص ٢٥٧- المجموع للنووي، ج ٩، ص ١٨٦.

<sup>٤٧٩</sup> راجع: شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد، المعروف بابن قدامة، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٥.

<sup>٤٨٠</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ٣١٣ وما بعدها.

<sup>٤٨١</sup> قرب من ذلك: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، ج ١، مرجع سابق، ص ٣٩٠.

<sup>٤٨٢</sup> راجع: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف والمشهور بابن نجيم المصري الحنفي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٠٠هـ، ص ١٢١.

<sup>٤٨٣</sup> راجع: تبين الحقائق للزيلي، ج ٤، ص ٥٣- فتح القدير لابن الهمام، ج ٥، ص ٢٠٦- بدائع الصنائع للكاساني، ج ٥، ص ١٤٠.

<sup>٤٨٤</sup> راجع: المبسوط للسرخسي، ج ١٣، ص ١٢- تبين الحقائق للزيلي، ج ٤، ص ٥٣- فتح القدير لابن الهمام، ج ٥، ص ٢٠١- بدائع الصنائع للكاساني، ج ٥، ص ١٤٠.

<sup>٤٨٥</sup> الغبن يعني عدم التعادل عند اتمام العقد بين ما يدفعه المتعاقد وما يأخذه، ولعله من المعلوم أنه يتقرر للمغبون الحق في فسخ العقد أو رده على أساس عدم التعادل بين العوضين؛ فنقص أحد العوضين عن العوض المسمى في العقد نقصاً لا يتسامح فيه عادة يُعد غبناً؛ راجع: د. محمد محمد فرحات، خيارات البيع في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في المذاهب الفقهية والقانون المدني المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، السنة رقم (٣٦) - العدد الثاني، القاهرة ١٩٩٤م، ص ١٠٩- د. محمد بحر العلوم، عيوب الإرادة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤٥٤- د. عبد الله مبروك النجار، توازن المراكز القانونية بين الحق والإلزام، مرجع سابق، ص ٩٢ وما بعدها. وفي رأي البعض من الفقهاء أن الغبن يُعد عيباً في العقد وليس في الرضا؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عزيز كاظم الخفاجي، الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية، مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، القاهرة ٢٠١١م، ص ٦٥ وما بعدها.

<sup>٤٨٦</sup> قرب من ذلك: بدائع الصنائع للكاساني، ج ٥، ص ١٥١.

١- تعريف الخلابة: يقصد بالخلابة سواء في اللغة<sup>٤٨٧</sup>، أو في الاصطلاح<sup>٤٨٨</sup>، استعمال الخديعة<sup>٤٨٩</sup>، من قبل أحد العقادين<sup>٤٩٠</sup>، وذلك عن طريق قيامه باستخدام وسيلة قولية أو فعلية يترتب عليها رضاء المتعاقد الآخر بالعقد بما لم يكن ليرضى به لو لاها<sup>٤٩١</sup>.

٢- أنواع الخلابة: الخلابة أو استعمال الخديعة على عدة أنواع، من أبرزها: الخيانة، والتناجش، والتغزير، وتدليس العيب، وسنعرض لكل نوع من هذه الأنواع على حده تباعاً:

- النوع الأول: الخيانة: تظهر الخيانة بصورة واضحة في بيوع الأمانات، التي سميت بهذا الاسم، لأنها مبنية على الثقة في التعامل بين العقادين<sup>٤٩٢</sup>، ومن أمثلة الخيانة قيام البائع بضرب سعر أكبر من السعر الحقيقي للشيء الذي يريد أن يبيعه، بغية جلب ربح أكبر مما هو متفق عليه مع المشتري<sup>٤٩٣</sup>، فالبايع في هذا الفرض قد استخدم خديعة مؤداها زيادة سعر الشيء عن السعر الحقيقي لزيادة نسبة ربحه.

والمواقع أن كلمة فقهاء الإسلام لم تتحد حيال الأثر المترتب على الخيانة، فيرى الإمام أبو حنيفة<sup>٤٩٤</sup>، وبعض علماء الشافعية<sup>٤٩٥</sup>، أن المشتري يكون بالخيار - في حال حدوث الخيانة من البائع - بين أحد أمرين: الأول: الشراء بكامل الثمن الذي فرضه البائع، والثاني: فسخ العقد. ويرى المالكية<sup>٤٩٦</sup>، أن البائع إذا انقص من الثمن ما زاده فيكون البيع لازماً للمشتري، أما إذا لم ينقص ما زاده؛ فإن المشتري يكون بالخيار بين المضي في العقد أو طلب فسخه. كما يرى أبو يوسف من الأحناف<sup>٤٩٧</sup>، وبعض علماء الشافعية<sup>٤٩٨</sup>، والحنابلة<sup>٤٩٩</sup>، أنه ليس للمشتري الخيار، بل له أن يطلب استئصال مقدار الزيادة من الثمن.

وفي تقديري، أن رأي علماء الحنفية وبعض علماء الشافعية، هو الأولى في شأن الترجيح، لأنه يترك زمام الأمر بيد المشتري، فله أن يوافق على ما اشتراه بكامل الثمن الذي فرضه البائع، أو أن يطلب فسخ العقد، أو طلب إبطاله، فالمشتري هو صاحب المصلحة، ومن ثم هو الأقدر على اتخاذ ما يراه مناسباً وفقاً لمصلحته.

- النوع الثاني: التناجش: التناجش في اللغة يعني الاستثارة، أما في اصطلاح الفقهاء<sup>٥٠٠</sup>؛ فمفاده أن يزيد شخص - لا ينتوي الشراء<sup>٥٠١</sup> - ثمن سلعة بقصد رفعها ثمنها على من يريد شرائها حقيقة؛ فيتأثر هذا الأخير، ويشتريها بالثمن المرتفع، أي بثمن أكثر من قيمتها الحقيقية، وذلك تحت تأثير من رفع سعرها<sup>٥٠٢</sup>. والمتأمل في المذاهب الفقهية الإسلامية، خاصة المذاهب الأربعة، يجد أن موقف الفقهاء فيها حيال أثر التناجش على الرضا متبايناً؛ فذهب الأحناف<sup>٥٠٣</sup>، والبعض من علماء الشافعية<sup>٥٠٤</sup>، إلى أن التناجش لا يعيب الرضا، ومن ثم لا يترتب عليه الحق في طلب إبطال العقد أو فسخه، ولكن يأنم من فعل التناجش وصاحب السلعة إذا كان متفقاً مع المتناجش، وقد أرتكن الأحناف في تبرير ما ذهبوا إليه في هذا الشأن، على ضرورة استقرار المعاملات، أما البعض من علماء الشافعية؛ فقد برروا موقفهم الذي يتفق مع موقف الأحناف، بأنه كان يجب على المشتري أن يتحرى الدقة، ومن ثم فهو مفرط في حق نفسه، كما أنه لم يستشير أهل الخبرة في مجال السلعة التي اشتراها تحت تأثير التناجش.

<sup>٤٨٧</sup> راجع: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مطبوعات حكومة الكويت، الكويت ١٤٠٧هـ، ج ٢، ص ٣٧٨.

<sup>٤٨٨</sup> راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٦، ص ٣٠٣. مواهب الجليل للحطاب، ج ٦، ص ٤٠٦. - المعنى لابن قدامة، ج ٤، ص ١٢٧.

<sup>٤٨٩</sup> الخلابة بكسر الخاء وتخفيف اللام؛ هي الخديعة؛ راجع: محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج ٥، ص ١٨٣. - الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المشهور بابن حجر، المطبعة السلفية، القاهرة ١٣٩٣هـ، ج ٤، ص ٣٣٧.

<sup>٤٩٠</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. فكرية أحمد السيد فراج، موقف الشريعة الإسلامية من الغش والخديعة في البيوع، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات الإسلامية والعربية (بنات) بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٨٨م، ص ١٠ وما بعدها.

<sup>٤٩١</sup> قرب من ذلك: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، ج ١، مرجع سابق، ص ٣٧٤.

<sup>٤٩٢</sup> راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٣٠، ص ٢١٥.

<sup>٤٩٣</sup> راجع: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، ج ١، مرجع سابق، ص ٣٧٧.

<sup>٤٩٤</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني، ج ٥، ص ٢٢٥.

<sup>٤٩٥</sup> راجع: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي المعروف أو المشهور بالماوردي، الحاوي في فقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٤هـ، ج ٥، ص ٢٨٥.

<sup>٤٩٦</sup> راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٦٨.

<sup>٤٩٧</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني، ج ٥، ص ٢٢٦.

<sup>٤٩٨</sup> راجع: الحاوي في فقه الشافعي للماوردي، ج ٥، ص ٢٨٤.

<sup>٤٩٩</sup> راجع: كشف القناع للبهوتي، ج ٣، ص ٢٣١.

<sup>٥٠٠</sup> راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي، ج ٦، ص ١٠٧. - الحاوي في فقه الشافعي للماوردي، ج ٥، ص ٣٤٣.

<sup>٥٠١</sup> ويستوي الأمر لدى فقهاء الإسلام أن يكون من زاد ثمن السلعة متفقاً مع صاحبها أو غير متفق عليه، ومع ذلك فهناك من الفقهاء المعاصرين من أظهر في تعريفه للتناجش التواطؤ بين مالك السلعة ومن يزيد من ثمنها دون أن يكون قاصداً شرائها؛ ومن هذا المنطلق فقد جاء تعريفه للتناجش بأنه: "هو أن يتواطأ صاحب سلعة مع شخص ليتظاهر هذا بالرغبة في شرائها ويدفع فيها أكثر من قيمتها، وهو لا يريد شرائها، بل لبوهم غيره مزاحمة تفريه بالشرء"؛ راجع في ذلك: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، الطبعة التاسعة، ج ١، مرجع سابق، ص ٣٧٧. ومزيداً من التفاصيل حول التجش وصوره؛ راجع: الشيخ محمد بن سعيد بن عبد الله القحطاني، التجش: صورته وأحكامه، مجلة العدل، العدد رقم (٢٩) محرم ١٤٢٧هـ، الرياض ١٤٢٧هـ، ص ١٠٢ وما بعدها.

<sup>٥٠٢</sup> كان بيع التجش معروفاً ومنتشراً عند العرب قبل الإسلام؛ راجع: د. متولي عبد المؤمن محمد المرسي، الوجيز في تاريخ القانون، الطبعة الثانية، دار الإجازة، الرياض ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م، ص ٣٧٨.

<sup>٥٠٣</sup> راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي، ج ٦، ص ١٠٧.

<sup>٥٠٤</sup> راجع: معني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشربيني الشافعي، ج ٢، ص ٣٧.

أما موقف جمهور الفقهاء من: المالكية<sup>٥٠٥</sup>، والبعض من الشافعية<sup>٥٠٦</sup>، والحنابلة<sup>٥٠٧</sup>، فقد جاء مختلفاً عن الرأي السابق، حيث قرروا أن التناجش يعيب الرضا، ومن ثم يكون للمشتري الحق في طلب إبطال العقد، خاصة إذا كان السعر الذي زاد كنتيجة للتناجش كبيراً، أي يُعد غبناً فاحشاً.

والواقع أن رأي جمهور الفقهاء - في نظرنا - هو الرأي الراجح، وذلك لأن المشتري قد يكون غريباً عن مكان السوق، وقد لا يعرف أهل الخبرة به، ولأن عدم القول بغير ذلك قد يؤدي إلى إشاعة التناجش.

- النوع الثالث: التغيرير: التغيرير في اللغة يعني الخطورة، فالغرر هو الخطر<sup>٥٠٨</sup>، أما في اصطلاح الفقهاء؛ فمفاده: "أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً<sup>٥٠٩</sup>" وقد عرفه البعض من الفقهاء المعاصرين، بأنه: "الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة، لترغيب أحد المتعاقدين في العقد وحمله عليه<sup>٥١٠</sup>". أو هو إخفاء حقيقة المبيع وإظهاره بصورة توهم المتعاقد وتدفعه إلى التعاقد<sup>٥١١</sup>.

والتغيرير على نوعين: الأول: التغيرير القولي. والثاني: التغيرير الفعلي. ويروق للبعض من الفقهاء المعاصرين<sup>٥١٢</sup>، تسمية (النوع الأول: أي التغيرير القولي) بالتغيرير في السعر، أما (النوع الثاني: أي التغيرير الفعلي)؛ فيطلق عليه مسمى التغيرير في الوصف<sup>٥١٣</sup>.

ومن أمثلة النوع الأول: أي التغيرير القولي<sup>٥١٤</sup>، إجارة إناء فيه خرق على أنه سليم، مع علم المؤجر بالعيب الموجود فيه (الخرق) فتلف ما وضع فيه من قبل المستأجر كنتيجة لهذا الخرق<sup>٥١٥</sup>. كما من أمثلة النوع الثاني: التغيرير الفعلي، قيام البائع بفعل شيء في المبيع يكون من شأنه أن يظن المشتري بأن هذا المبيع يتصف بالكمال على خلاف الحقيقة والواقع<sup>٥١٦</sup>؛ كالتصيرية<sup>٥١٧</sup>، ومفادها عدم حلب أنثى الحيوان لمدة قبل بيعه، حتى يظهر أمام من ينتوي شرائه بأنه حلب بكثافة، أو بعبارة أخرى ذو لبن غزير<sup>٥١٨</sup>، فينخدع المشتري بهذا المظهر، فيقوم بشراء هذا الحيوان<sup>٥١٩</sup>.

وأياً ما كان الأمر في شأن نوعي التغيرير؛ فإن حكمهما واحد، سواء أكان التقرير قولي أو فعلي، لأن كلاً منهما يحمل وصف التدليس، ويترتب على أي منهما دفع المشتري إلى الشراء<sup>٥٢٠</sup>، ويترتب على التغيرير - والحال هذه - إعطاء الحق للمشتري في إمضاء البيع أو فسخه حسب ما يروق إليه، وعلى هذا إجماع الفقهاء فيما عدا المالكية<sup>٥٢١</sup>، حيث يرون أن التغيرير بالفعل فقط هو الذي يثبت الخيار للمشتري، أما التغيرير بالقول فلا يثبت الخيار.

<sup>٥٠٥</sup> راجع: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرظي، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م، ج ٢، ص ٧٣٩.

<sup>٥٠٦</sup> راجع: معني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشريبي الشافعي، ج ٢، ص ٣٧.

<sup>٥٠٧</sup> راجع: موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، المعروف بالحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة، بيروت ١٤١٨هـ، ج ٢، ص ٩١.

<sup>٥٠٨</sup> راجع: أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٤٥.

<sup>٥٠٩</sup> راجع: مواهب الجليل للحطاب المالكي، ج ٦، ص ٣٤٩.

<sup>٥١٠</sup> راجع: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، ج ١، مرجع سابق، ص ٣٧٩.

<sup>٥١١</sup> قرب من ذلك: د. هاشم عبد المقصود سعد، حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، دار الرازي، القاهرة ١٩٨٨م، ص ٣٦١. ومزيداً من التفاصيل، راجع: د. ياسين أحمد عيسى إبراهيم، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٧٢م، ص ١٢ وما بعدها. د. حسن عبد المجيد حسين، العيب وأثره في العقود في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٧٧م، ص ١٢ وما بعدها. د. كمال عبد العظيم محمد العناني، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٨٩م، ص ٩ وما بعدها. د. الصديق محمد الأمين الضير، الغرر في العقود في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤٧ وما بعدها. أ. فهد بن محمد خلف الخلف، الغرر وأثره في البيع، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٠٥هـ، ص ١٥ وما بعدها.

<sup>٥١٢</sup> راجع: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، ج ١، مرجع سابق، ص ٣٧٩.

<sup>٥١٣</sup> مزيداً من التفاصيل عن صور البيوع بوجه عام؛ راجع: د. عبد الله بن ناصر السلمي، الغش وأثره في العقود، مرجع سابق، ص ٦٧ وما بعدها. ومزيداً من التفاصيل عن العيب وأثره في البيوع عموماً؛ راجع: أ. فهد بن عبد العزيز إبراهيم بن سلمه، العيب وأثره في البيوع، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٠٧هـ، ص ١٢ وما بعدها.

<sup>٥١٤</sup> في الواقع أنه يمكن اعتبار التناجش صورة من صور التغيرير القولي. وكثيراً ما يقع التغيرير القولي بالكذب خاصة في بيوع الأمانة، ويقصد بها البيوع التي يركن فيها المشتري إلى ذمة البائع، ومن أمثلة هذه البيوع بيع المرابحة، وبيع الوضعية، وبيع التولية، وبيع المسترسل؛ مزيداً من التفاصيل عن بيوع الأمانة؛ راجع: د. الهادي السعيد عرفة، حسن النية في العقود، مرجع سابق، ص ١٨٨ وما بعدها.

<sup>٥١٥</sup> هذا المثال ورد في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١١٦.

<sup>٥١٦</sup> راجع: مواهب الجليل للحطاب المالكي، ج ٦، ص ٣٤٩.

<sup>٥١٧</sup> كان بيع التصرية منتشراً لدى العرب قبل الإسلام، بمسمى بيع المصراة، ومواده بيع أنثى الحيوان بعد حبس لبنها فيها لمدة محددة، بحيث تظهر للمشتري مدرة للحليب وغزيرة له على خلاف الواقع؛ راجع: د. صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩م، ص ١٦٧. د. جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، الطبعة الثانية، منشورات جامعة بغداد، العراق ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ج ٧، ص ٣٧٠.

<sup>٥١٨</sup> اختلف الفقهاء حيال الأثر المترتب على التصرية؛ فمنهم من قال: بأن للمشتري الخيار بين الإمساك أو الرد، وإذا كان خياره هو الرد، فعليه رد الحيوان مع صاع من التمر، أو مع قيمة اللبن المحلوب، ومن أصحاب هذا الرأي: أبو يوسف من الأحناف، جمهور المالكية، والشافعية، والحنابلة، راجع: المبسوط للسرخسي (حنفي)، ج ١٣، ص ٧٠. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (مالكي)، ج ٣، ص ١١٦. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي الشافعي، ج ٤، ص ٧٢. المعني لابن قدامة (الحنبلي) ج ٤، ص ٢٥٢. ومنهم من قال: بأن المشتري لا يملك خيار الرد، بل يلتزم البائع بتناقص الثمن إلى الحد الذي يعرض فيه المشتري عما زاده عليه في الثمن بسبب التصرية، ومن أصحاب هذا الرأي: الأحناف فيما عدا أبو يوسف، والبعض من علماء المالكية؛ راجع: المبسوط للسرخسي (حنفي)، ج ١٣، ص ٧٠. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (مالكي)، ج ٣، ص ١١٦.

<sup>٥١٩</sup> والواقع أن بيع التصرية أو بيع المصراة يعطي المشتري الحق في الرد أو الإمساك، ويشترط للرد ألا يكون علماً بالتصرية، لأنه قد رضي بالتدليس، ومدة خيار الرد ثلاثة أيام تبدأ من تاريخ العلم بالتصرية؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد وفا، بيوع التغيرير والتدليس (بيع المعيب) في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري، دار الطباعة المحمدية، القاهرة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ص ٨ وما بعدها.

<sup>٥٢٠</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد وفا، بيوع التغيرير والتدليس (بيع المعيب) في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري، مرجع سابق، ص ٤٢ وما بعدها.

<sup>٥٢١</sup> راجع: مواهب الجليل للحطاب المالكي، ج ٤، ص ٤٣٨.

- النوع الرابع: التندليس: يقصد بالتندليس في اللغة الخديعة والكتمان والإخفاء<sup>٢٢</sup>، أما في الاصطلاح؛ فيقصد به علم البائع بالعييب الموجود في الشيء المبيع (المعقود عليه) ولا يذكره للمشتري<sup>٢٣</sup>، أو يقصد به: "كتمان أحد المتعاقدين عيباً خفياً يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الآخر في عقود المعاوضة، كالبيع، والإجارة"<sup>٢٤</sup>، أو يقصد به: "حيلة من الحيل أو الخداع التي يقوم بها المتعاقد لإيقاع الطرف الآخر في غلط يحمله على التعاقد"<sup>٢٥</sup>.

والواقع أن بيان موقف الفقهاء حيال أثر التندليس<sup>٢٦</sup>، يقتضي أن نفرق بين فرضين<sup>٢٧</sup>: الأول: عدم وجود الإبراء من كل عيب. والثاني: وجود الإبراء من كل عيب<sup>٢٨</sup>؛ وسنعرض لهذين الفرضين تباعاً:

- الفرض الأول: عدم وجود الإبراء من كل عيب: يثبت للمشتري في هذا الفرض الحق في خيار العيب، إذا ظهر في المعقود عليه (أي الشيء المبيع) عيباً خفياً<sup>٢٩</sup>، حتى ولو لم يكن البائع عالماً بهذا العيب عند البيع<sup>٣٠</sup>.

- الفرض الثاني: وجود الإبراء من كل عيب: اختلف الفقهاء حول مدى ضمان البائع للتندليس في حال وجود إبراء من قبل المشتري للبائع من كل عيب، فيرى الأحناف<sup>٣١</sup>، والحنابلة في قول<sup>٣٢</sup>، أنه في حال وجود الإبراء من كل عيب؛ فلا يضمن البائع، لأن اشتراط البراءة من العيب يُعد من الأمور الجائزة، ويستوي في ذلك علم البائع بالعييب من عدمه، فالمشتري - والحال هذه - لا يملك خيار العيب<sup>٣٣</sup>، ولم يستثن الأحناف من ذلك سوى عيب الاستحقاق، حيث لا يجوز البراءة منه.

أما المالكية<sup>٣٤</sup>؛ فقد ذهبوا - في الراجح لديهم - إلى أن البائع يبرأ من كل عيب لا يعلمه، أما إذا كان يعلم بالعييب؛ فلا يبرأ منه، حتى ولو كان هناك اتفاق على الإبراء من كل عيب، لأنه يُعد - والحال هذه - سيء النية<sup>٣٥</sup>؛ ومن ثم فلا يجب أن يستفيد من سوء نيته.

أما الشافعية<sup>٣٦</sup>؛ فقد ذهبوا إلى أن البائع لا يبرأ - كقاعدة عامة - من كل عيب في حال وجود هذا الشرط، ولم يستثنوا من ذلك سوى العيب الباطن في الحيوان، والذي لا يعلمه البائع، حيث أجازوا الإبراء منه إذا تم الاتفاق على ذلك، أما البيوع الأخرى فلا يبرأ منها البائع، حتى ولو كان هناك اتفاق يقضي بذلك.

ويرى الحنابلة في قول آخر لديهم<sup>٣٧</sup>، أن البائع لا يبرأ من العيب، إلا إذا علم بها المشتري، لأن العيب لا يثبت مع الجهل به، وفي قول ثالث لدى الحنابلة، ذهب ابن تيمية، وابن القيم<sup>٣٨</sup>، إلى أن البائع في حال وجود الاتفاق على الإبراء، يبرأ من كل عيب لا يعلمه، أما العيوب التي يعلمها؛ فلا يبرأ منها.

وفي تقديري، أن الرأي القائل بأن البائع يبرأ من العيوب التي لا يعلمها، ولا يبرأ من العيوب التي يعلمها أولى بالاتباع، لأن المسلمون على شروطهم إلا شرط يحلل حراماً، أو يحرم حلالاً، ولأن البائع الذي يعلم يجب أن يعامل بنقيض مقصوده، ومن ثم لا يستفيد - والوضع كذلك - من سوء نيته<sup>٣٩</sup>.

<sup>٢٢٢</sup> راجع: أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٧٠.  
<sup>٢٢٣</sup> راجع: الكافي في فقه أهل المدينة للقرطبي، ج ٢، ص ٧٤٠. وقرب من ذلك: المجموع شرح المذهب للنووي، ج ١١، ص ٣٠٤. - المعنى لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٦٢. ومزيداً من التفاصيل: راجع: د. محمد حلمي السيد عيسى، التندليس وأثره في عقود المعاوضات، دراسة مقارنة بالقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٨٧م، ص ١١ وما بعدها. د. نجوى أبو هيب، الكتمان التندليسي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣م، ص ٥ وما بعدها، وكذلك ص ١٣٩ وما بعدها.  
<sup>٢٢٤</sup> راجع: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، ج ١، مرجع سابق، ص ٣٨٣.  
<sup>٢٢٥</sup> راجع: د. محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، مرجع سابق، ص ٨٠.  
<sup>٢٢٦</sup> الواقع أنه قد يقرن الغبن بالتندليس، ويشترط القانون لبطان الغبن أن يكون ناتجاً عن تندليس المتعاقد الآخر؛ راجع: د. عمر السيد مؤمن، التفرير والغبن كعيبين في الرضا في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧م، ص ١٥٨.  
<sup>٢٢٧</sup> مزيداً من التفاصيل: راجع: د. علي معنوق شرف الدين، الشروط المقترنة بعقد البيع، البيع بشرط البراءة من العيب أنونجاً، دراسة فقهية مقارنة، مجلة أصول الدين بالجامعة الأسمرية الإسلامية بليبيا، ليبيا ٢٠١٧م، ص ٣٠٥ وما بعدها.  
<sup>٢٢٨</sup> مزيداً من التفاصيل عن تحمل التبعة بوجه عام؛ راجع: د. عبد الحميد محمود البعلبي، نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٨م، ص ١١ وما بعدها. د. محمد وفا، بيوع التفرير والتندليس (بيع المعيب) في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري، مرجع سابق، ص ٩٩ وما بعدها.  
<sup>٢٢٩</sup> مزيداً من التفاصيل عن ضمان العيوب الخفية، راجع: د. أسعد دياب، ضمان العيوب الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية والأوربية، دار أقرأ، بيروت ١٩٨١م، ص ٥ وما بعدها.  
<sup>٢٣٠</sup> مزيداً من التفاصيل حول ضمان العيوب الخفية في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. عبد الناصر توفيق العطار، ماهية العيب وشروط ضمانه في عقد البيع، مجلة قضايا الحكومة، العدد رقم (٢) القاهرة ١٩٧٢م، ص ٤٥٣ وما بعدها. د. مصطفى سيد أحمد صقر، ضمان العيوب الخفية، دراسة مقارنة بين القانون الروماني والشريعة الإسلامية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ١٩٨٩م، ص ٩ وما بعدها.

<sup>٢٣١</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٩٥. بدائع الصنائع للكاتاني، ج ٥، ص ١٧٢ وما بعدها.

<sup>٢٣٢</sup> راجع: المعنى لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٧٩.

<sup>٢٣٣</sup> نصت المادة رقم (٣٤٢) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "إذا باع مالا على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه، فلا يبقى للمشتري خيار العيب".

<sup>٢٣٤</sup> راجع: محمد بن أحمد بن جزي الكلبي القرطبي، المعروف أو المشهور بابن جزي المالكي، القوانين الفقهية، المكتبة العصرية، بيروت ١٤٢٣هـ، ص ٢٦٣. ولبعض علماء المالكية رأي آخر ورد في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ومفاده أن البائع لا يبرأ إلا في بيوع الرقيق فقط، أما في غير هذه البيوع، فلا يبرأ البائع، ومن ثم يكون شرط البراءة باطل والعقد صحيح؛ راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١١٩.

<sup>٢٣٥</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٥٣ وما بعدها.

<sup>٢٣٦</sup> راجع: معني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشربيني الشافعي، ج ٢، ص ٥٣.

<sup>٢٣٧</sup> راجع: المعنى لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٧٩.

<sup>٢٣٨</sup> راجع: المعنى لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٧٩.

## المطلب الثالث

### الإرادة العقدية كأساس للقوة الملزمة للعقد من حيث تكوينه في الفقه الإسلامي

تجدر الإشارة - بداية - إلى أنه لا خلاف بين فقهاء الإسلام على قدرة الإرادة العقدية على إنشاء العقود<sup>٤٠</sup>، التي أقرها فقهاء الإسلام بالإجماع منذ بزوغ فجر الإسلام، وهي عقود يمكن تسميتها مجازاً بالعقود المسماة، لأن الشارع أفرد لكل منها تنظيمياً وأحكاماً. كما لا خلاف بينهم - أيضاً - في شأن عدم جواز استحداث عقود جديدة فيها مخالفة لمقتضيات الشرع الحنيف. أما الخلاف الدائر بين الفقهاء فهو ينحصر في أمرين: الأول: مدى إمكانية استحداث عقود جديدة (عقود غير مسماة) غير التي وردت في المصادر الأصلية للفقه الإسلامي منذ بزوغ فجر الإسلام. والثاني: مدى قدرة الإرادة العقدية على الاتفاق على شروط يمكن أن يقرن بها العقد.

والواقع أن الخلاف بين الفقهاء حيال هذين الأمرين - كما سنرى تفصيلاً - يمكن تصنيفه إلى ثلاث اتجاهات رئيسية: الأول: يحظر حظر تام<sup>٤١</sup>، والثاني: يخفف من دائرة الحظر تحت وطأة أعمال بعض المصادر؛ كالعرف مثلاً<sup>٤٢</sup>، والثالث: يرى اتساع دائرة الاستحداث والاتفاق على الشروط بين العاقدين، لأن الأصل في رأيهم الإباحة وليس الحظر في مجال العقود<sup>٤٣</sup>.

والغالب في الفقه الإسلامي أن للإرادة حرية كبيرة في شأن إنشاء العقود المسماة، واستحداث العقود غير المسماة، شريطة أن تكون هذه العقود من المشروعية بمكان، بمعنى ألا تخالف مقتضى الشريعة الإسلامية الغراء<sup>٤٤</sup>، وأن تكون هذه العقود ناشئة عن إرادة يعول عليها، فلا تكون صادرة عن شخص صغير السن، ولا يشوبها عارض من عوارض الأهلية، ولا تكون صادرة من شخص وهو في مرض الموت<sup>٤٥</sup>، فالإرادة العقدية - والحال هذه - تتمتع بحرية كبيرة - كقاعدة عامة - حيال إنشاء العقود واستحداثها، ولا يحد من هذه الإرادة - كما سنرى - إلا بعض القيود؛ كالإجبار على التعاقد في بعض الأحوال<sup>٤٦</sup>، وإعمال مقتضى الشفعة على خلاف إرادة البائع<sup>٤٧</sup>، ومنع المدين من التصرف لحماية لدائنيه<sup>٤٨</sup>.

كما اجازت شريعتنا الغراء - أيضاً - للعاقدين أن يقرنا عقدهما بشروط تلزم أحدهما بالتزامات إضافية زيادة عن التزاماته الأصلية المنبثقة أساساً عن العقد؛ وهذه الشروط درج الباحثون على تسميتها بالشروط المقترنة بالعقد؛ وهي تختلف - كما سنرى - عن تعليق العقد على شرط.

والواقع أن الشرط يُعد أحد الأقسام الرئيسية للحكم الوضعي، ولهذا يحتل مكانة كبيرة في كتب علماء أصول الفقه<sup>٤٩</sup>، والشرط - إجمالاً - هو ما يترتب عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، وليس مؤثراً في وجوده؛ وقد أباحت الشريعة الإسلامية الغراء للمتعاقدين وضع شروط تقترن بالعقد، شريطة أن تكون هذه

<sup>٤٠</sup> تجدر الإشارة أن حق المدلس عليه في فسخ العقد للتدليس لا يقتصر على عقد البيع فحسب، بل يمتد ليشمل كافة العقود، لأن الشريعة الإسلامية الغراء منزّهة عن أن تنتهي عن أمر وتبيح أمراً آخر يتشابه معه ويتحقق فيه نفس مفسدة الأمر المنهي عنه؛ راجع في ذلك: الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، تحريم الربا بأنواعه وعموم مساويه وأضراره، مجلة البنوك الإسلامية، العدد رقم (٦١)، ص ٢٢ وما بعدها.

<sup>٤١</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عادل مصطفى بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٨٩ وما بعدها. د. عبد الرؤوف دباش، أ. حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ٢٦٣ وما بعدها.

<sup>٤٢</sup> وهذا هو مسلك علماء المذهب الظاهري، والقلة من علماء الشافعية.

<sup>٤٣</sup> وهذا هو مسلك علماء الأحناف في الجملة.

<sup>٤٤</sup> وهذا هو مسلك ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة، والإمام الشاطبي من المالكية.

<sup>٤٥</sup> راجع: د. محمد جمال عطية عيسى، الشكلية القانونية، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

<sup>٤٦</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. أنور محمود يوسف دبور، ماهية مرض الموت وتأثيره على التصرفات بصفة عامة، بحث مقارن، مجلة كلية الشريعة والقانون بالإمارات، العدد رقم (٢) لسنة ١٩٨٨م، ص ٧٤ وما بعدها. د. أنور محمود يوسف دبور، أثر مرض الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي، بحث مقارن، مجلة كلية الشريعة والقانون بالإمارات، العدد رقم (٣) لسنة ١٩٨٩م، ص ٤٦ وما بعدها. أ. عدنان عابد محمد حسين عابد، القيود الواردة على تصرفات المريض مرض الموت، في المعاملات، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون بجامعة أم درمان، الخرطوم ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ص ١٣ وما بعدها. د. مازن مصباح صباح، الهبة في مرض الموت، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، مجلد رقم (١٩) العدد رقم (٢) لسنة ٢٠١١م، ص ٦٦٥ وما بعدها. د. مازن مصباح صباح، الوصية في مرض الموت، مجلة العدل، مجلد رقم (١٥) العدد رقم (٥٩)، الرياض ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ص ١٨٥ وما بعدها.

<sup>٤٧</sup> راجع: د. صالح بن إبراهيم الجديعي، الإجبار في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، ص ١٠٠ وما بعدها.

<sup>٤٨</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد محمود أبو ليل، شفعة الجوار في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة كلية الشريعة والقانون بالإمارات، العدد رقم (٣٦)، شوال ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، ص ٢١٧ وما بعدها. د. نعيم عبد الوهاب المصري، شفعة الجوار، دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد رقم (١٢) العدد رقم (١)، فلسطين ٢٠١٠م، ص ٣١٧ وما بعدها.

<sup>٤٩</sup> وتسمى هذه القيود بالقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في نطاق إبرام العقود؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد زكي عبد البر، مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٥ وما بعدها. د. السيد عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤٤٩ وما بعدها. د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة ومداه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد رقم (١٦)، الجزء الثاني، ص ٦٦٧ وما بعدها. أ. حمدي محمد إسماعيل سلطج، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٢٦ وما بعدها. د. عبد العزيز محمد العبد المنعم، نزح ملكية العقار للمنفعة العامة على ضوء الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٨٧م، ص ١٣ وما بعدها.

<sup>٥٠</sup> راجع: أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي الحنفي، أصول الفقه، دار المعرفة، بيروت ١٩٧٣م، ج ٢، ص ٣٠٣؛ حيث عرف الشرط بأنه: "اسم لما يضاف الحكم إليه، وجوداً عنده، لا وجوباً به". كما عرفه القرافي من المالكية بأنه: "ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته". راجع: الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق)، للقرافي المالكي، ج ١، ص ٦٢. كما عرفه الشاطبي من المالكية أيضاً بأنه: "ما كان وصفاً مكملاً لمشروطه، فيما اقتضاه ذلك المشروط، أو فيما اقتضاه الحكم فيه". راجع: الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، ج ١، ص ١٨٤. كما عرفه الغزالي من الشافعية بأنه: "عبارة عما لا يوجد المشروط مع عدمه، لكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده". راجع: أبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الغزالي الطوسي، المشهور بكنية حجة الإسلام، المستصفى في علم الأصول، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٩. كما عرفه ابن قدامة من الحنابلة بأنه: "ما يلزم من انتقائه انتفاء الحكم". راجع: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، مكتبة المعارف، الرياض ١٤٠٤هـ - ج ١، ص ١٦٢.

الشروط لا تتنافى مع مقتضيات العقد، ولا تتعارض مع أصوله<sup>٥٥٠</sup>، وقد تباين موقف فقهاء الشريعة الإسلامية حيال أنواع الشروط التي يمكن أن تقترب بالعقد، من جهة، والعقود التي يصح أن تقترب بشرط، من جهة أخرى؛ والقاعدة في شأن الشروط التي يمكن أن تقترب بالعقد، هي قاعدة تختلف من مذهب إلى آخر؛ حيث السائد إجمالاً في هذا الأمر أن الذين توسعوا في إباحة العقود، توسعوا أيضاً في إباحة الشروط، وفي المقابل أن الذين ضيقوا في العقود ضيقوا أيضاً من الشروط التي قد تقترب بالعقد<sup>٥٥١</sup>.

وحيث إن الأمر يمكن تشعبه - على النحو السالف - إلى قدرة الإرادة العقدية على استحداث العقود من جهة، واقترب العقود بالشروط، من جهة أخرى، فإنه يمكن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الأول: موقف الفقهاء حيال دور الإرادة في استحداث العقود، ونعرض في الثاني: لموقف الفقهاء من الشروط التي يمكن أن تقترب بالعقد، وذلك على النحو التالي:

**الفرع الأول: موقف الفقهاء حيال دور الإرادة في إنشاء عقود مستحدثة.**

**الفرع الثاني: موقف الفقهاء من الشروط التي يمكن أن تقترب بالعقد.**

### الفرع الأول

#### موقف الفقهاء حيال دور الإرادة في إنشاء عقود مستحدثة

إن المتأمل في موقف الفقهاء حيال مدى قدرة الإرادة على إنشاء عقود مستحدثة غير التي نص عليها الشارع، يجد أنهم قد اختلفوا في هذا الشأن - كما سلف القول - إلى ثلاثة اتجاهات: الأول: يعلن الحظر التام، والثاني: يخفف من غلوائية الحظر، والثالث: يفسح المجال أمام الإرادة العقدية لاستحداث عقود جديدة، وسنعرض بشيء من الإيجاز لهذه الاتجاهات تباعاً:

- **الاتجاه الأول: عدم جواز استحداث عقود جديدة:** يرى ابن حزم الظاهري<sup>٥٥٢</sup>، والبعض من علماء الشافعية<sup>٥٥٣</sup>، أن الأصل في إنشاء العقود هو الحظر، إذ لا يمكن إنشاء أي عقد لم يوجبه القرآن الكريم، أو السنة النبوية المطهرة<sup>٥٥٤</sup>؛ ومن ثم لا تستطيع الإرادة إنشاء أي عقد لم يقره الشارع.

وقد استدلت أنصار هذا الاتجاه بعدة أدلة تسند رأيهم، ومن هذه الأدلة على سبيل المثال لا الحصر<sup>٥٥٥</sup>، الآتي: ١- قوله تعالى: "اليوم أكملت لكم دينكم"<sup>٥٥٦</sup>، فهذه الآية مفادها أن الله قد أكمل الدين ولم يعد الناس بحاجة من أحكام غير ما ورد في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم.

٢- قوله جل شأنه: "ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون"<sup>٥٥٧</sup>، فهذه الآية تمنع من استحداث عقود جديدة غير التي وردت في أصول الدين، ومن يفعل ذلك سيكون من الظالمين.

٣- قول الرسول عليه أفضل الصلوات وأزكى السلام: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"<sup>٥٥٨</sup>.

- **الاتجاه الثاني: جواز استحداث عقود جديدة:** ذهب جمهور الفقهاء، من: الحنفية<sup>٥٥٩</sup>، والمالكية<sup>٥٦٠</sup>، وبعض الشافعية<sup>٥٦١</sup>، والحنابلة<sup>٥٦٢</sup>، إلى التخفيف من قاعدة الحظر التي تمسك بها المذهب الظاهري<sup>٥٦٣</sup>، ومن ثم يمكن القول - نزولاً على هذا التخفيف - بأن الأصل في العقود هو الإباحة وليس الحظر، ومن ثم

<sup>٥٥٠</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. زكي الدين شعيبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٨م، ص ١٠ وما بعدها.

<sup>٥٥١</sup> راجع: الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

<sup>٥٥٢</sup> لعله من المعلوم أن أهل الظاهر يفتون عند ظاهر النصوص، ولذلك تم تسميتهم بالظاهرية، ولعل تمسكهم بالظاهر هو الدافع من وراء عدم بحثهم في علل الأحكام، ورفضهم للقياس كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي، ولهذا لهم وجهة نظر في العقود، مفادها تطبيق دائرة العقود، وعدم اعترافهم إلا بالعقود والشروط التي نص عليها الشارع، سواء في القرآن أو في السنة، ولذلك لا تستطيع الإرادة عندهم إنشاء عقود أو اقترب العقود بشرط لم ينص عليها الشارع، وفي حال وجود مثل هذه العقود أو تلك الشروط؛ فإنها تكون محرمة ومن ثم لا يجب العمل بها، والشروط الجائزة عندهم في العقود؛ هي سبعة شروط فقط، وهذه الشروط وردت تفصيلاً في كتاب المحلى لابن حزم الظاهري، ج ٨، ص ٣٤٤ وما بعدها.

<sup>٥٥٣</sup> راجع: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٣، ص ٦٠ وما بعدها.

<sup>٥٥٤</sup> راجع: علي بن أحمد سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ج ٨، ص ٣٤٤، ج ٩، ص ١٩٢. - علي بن أحمد سعيد بن حزم الأندلسي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الحديث، القاهرة ٢٠٠٥م، ج ٥، ص ١٣.

<sup>٥٥٥</sup> مزيداً من التفاصيل حول هذه الأدلة؛ راجع: المحلى لابن حزم الظاهري، ج ٨، ص ٣٤٤ وما بعدها. - الإحكام في أصول الأحكام، ج ٥، ص ١٣ وما بعدها. ومزيداً من التفاصيل حيال

<sup>٥٥٦</sup> أدلة المضيقين؛ د. محمد محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، ج ٢، مرجع سابق، ص ١١٩٢ وما بعدها. - د. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة

بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، ج ١، مرجع سابق، ص ٤٢ وما بعدها. - د. عباس حسني محمد، الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون

المقارن، دار عكاظ، جدة ١٤٠٤هـ، ص ٧٥ وما بعدها.

<sup>٥٥٧</sup> راجع: الآية رقم (٣) من سورة المائدة.

<sup>٥٥٨</sup> راجع: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، صحيح البخاري، دار الحديث، القاهرة ١٩٦٤م، كتاب الصلح، ج ٣، ص ١٦٧. - أبو عبد الله بن يزيد

القروي، سنن ابن ماجه، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٣٩٥هـ، ج ١، ص ٧، حديث رقم ١٤٤٠.

<sup>٥٥٩</sup> راجع: تبيين الحقائق للزيلعي، ج ٤، ص ٤٥١. - بدائع الصنائع للكاتاني، ج ٨، ص ٥.

<sup>٥٦٠</sup> راجع: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، (المعروف أو المشهور بآب ابن رشد الجد) المقدمات الممهدة، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م،

ص ٥٤٠.

<sup>٥٦١</sup> راجع: محمد بن إدريس الشافعي المظلي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٧٥م، ج ٢، ص ٦٦.

<sup>٥٦٢</sup> راجع: مجموعة الفتاوى لابن تيمية، ج ٢٩، ص ٨١.

<sup>٥٦٣</sup> في الحقيقة أن مذهب الظاهرية من المذاهب التي لا يوجد لها صدى من حيث التمسك به أو التطبيق - على حد علمي - في البلاد الإسلامية، ويرجع الفضل في بقاء آراء هذا المذهب

من الناحية النظرية إلى ابن حزم الأندلسي، وذلك من خلال كتابين له، الأول: كتاب في أصول الفقه ويحمل عنوان الإحكام في أصول الأحكام، والثاني: كتاب في الفقه ويحمل عنوان

المحلى، ولولا هذان الكتابان ما عرف عن هذا المذهب إلا القليل النادر؛ راجع: د. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، مرجع سابق،

فإن الإرادة قادرة - وفقاً للرأي عند غالبية فقهاء الإسلام<sup>٥٦٤</sup> - على إنشاء العقود طالما أنها لا تخالف مقتضى أو مناط الشرع<sup>٥٦٥</sup>.

وقد أسس أنصار هذا الاتجاه رأيهم على عدة أدلة تؤكد ما ذهبوا إليه، ومن هذه الأدلة على سبيل المثال لا الحصر<sup>٥٦٦</sup>، الآتي:

١- قوله جل شأنه: "يأبى الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"<sup>٥٦٧</sup>، فهذه الآية الكريمة قد وضعت قاعدة عامة وهي عدم جواز أكل أموال الناس بالباطل، وقد استنتجت هذه الآية في نفس الوقت، ما كان عن تراض، ومن ثم الأصل في العقود التراضي، ومن ثم فإن ما يحدث بشأنه الرضا؛ فهو جائز.

٢- قوله تعالى: "وأحل الله البيع"<sup>٥٦٨</sup>، فالأصل وفقاً لهذه الآية العموم، ومن المعلوم أن العام يبقى على عمومته، ما لم يقيد بخاص، ومن ثم فإن الأصل نزولاً على هذه الآية هو إباحة عموم المعاملات.

٣- قوله سبحانه: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"<sup>٥٦٩</sup>، فهذه الآية توجب ضرورة الوفاء بالعقود بطريقة مطلقة دون أن يقيد الوفاء بقيد معين.

٤- قوله جل شأنه: "وقد فصل لكم ما حرم عليكم"<sup>٥٧٠</sup>، فمن المعلوم وفقاً لهذه الآية أن الأصل في المعاملات في الأعيان الإباحة، ولو كان الأصل فيها التحريم لجاء ذلك في القرآن الكريم، أو في السنة النبوية المطهرة.

٥- قوله سبحانه: "أن الله يريد بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"<sup>٥٧١</sup>، فالأصل في العقود نزولاً على هذه الآية هو التيسير؛ ولم يستثن من هذه العقود سوى بعض العقود التي خصت بأحكام معينة؛ كعقد الزواج.

٦- أن الأصل في الأشياء الإباحة، ومن ثم لا يمكن تحريم أمر معين إلا إذا ورد في القرآن أو السنة ما يحرمه، ولهذا لا يجوز تحليل الحرام ولا تحريم الحلال؛ فالمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً<sup>٥٧٢</sup>. كما أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل في هذه الأفعال عدم التحريم<sup>٥٧٣</sup>.

٧- قول الرسول عليه أفضل الصلوات وأزكى السلام: "أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن، كانت فيه خصلة من النفاق، حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر"<sup>٥٧٤</sup>، فهذا الحديث قد وصف من يتصف بالخلف في العهود والغدر بها بالمنافق، وبالتالي يجب على المسلم أن يوفي بعهوده ووعوده<sup>٥٧٥</sup>، وإلا يكون منافقاً، والمنافقون كما ورد في القرآن الكريم في الدرك الأسفل من النار<sup>٥٧٦</sup>.

٨- أن المعاملات في الإسلام مبنية على أربع قواعد واضحة لا لبس فيها ولا غموض، وهذه القواعد هي<sup>٥٧٧</sup>: قاعدة التراضي، وقاعدة حل البيع، وقاعدة منع الغرر، وقاعدة اعتبار المصالح والمقاصد؛ ومن ثم فلا مانع ولا حظر إلا بناءً على نص واضح وصريح.

٩- أن العقود الواردة، سواء في القرآن الكريم، أو في السنة النبوية المطهرة، قد وردت على سبيل المثال لا الحصر<sup>٥٧٨</sup>، وبالتالي لا ضير من استحداث عقود جديدة، شريطة ألا تخالف مناط الشرع.

<sup>٥٦٤</sup> قد يرى البعض من الباحثين أن فقهاء الحنفية من القائلين بأن الأصل في العقود الحظر، إلا أن هذا القول قد يعوزه الدقة، لأن الأحناف قد توسعوا في العقود نزولاً على العرف، ومن ثم يمكن إدراجهم ضمن الفقهاء القائلين بأن الأصل في العقود الإباحة وليس الحظر.

<sup>٥٦٥</sup> مزيداً من التفاصيل حول مدى حرية العقائد في إنشاء العقود في الفقه الإسلامي والقانون؛ راجع: د. عباس حسني محمد، الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، دار عكاظ، جدة ١٤٠٤ هـ، ص ٧٥ وما بعدها. د. محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، مرجع سابق، ص ٢٧٢ وما بعدها.

<sup>٥٦٦</sup> مزيداً من التفاصيل حول هذه الأدلة؛ راجع: د. محمد محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، ج ٢، مرجع سابق، ص ١١٩٢ وما بعدها. د. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، ج ١، مرجع سابق، ص ٤٢ وما بعدها. د. عباس حسني محمد، الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مرجع سابق، ص ٧٥ وما بعدها.

<sup>٥٦٧</sup> راجع: الآية رقم (٢٩) من سورة النساء.

<sup>٥٦٨</sup> راجع: الآية رقم (٢٧٥) من سورة البقرة.

<sup>٥٦٩</sup> راجع: الآية رقم (١) من سورة المائدة.

<sup>٥٧٠</sup> راجع: الآية رقم (١١٩) من سورة الأنعام.

<sup>٥٧١</sup> راجع: الآية رقم (١٨٥) من سورة البقرة.

<sup>٥٧٢</sup> هذا جزء من حديث روي عن الرسول عليه أفضل الصلوات وأزكى السلام، وقد جاء نصه في البخاري على النحو التالي: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً"، راجع: صحيح البخاري، ج ٣، ص ٥٢.

<sup>٥٧٣</sup> راجع: د. محمد زكي عبد البر، مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١١.

<sup>٥٧٤</sup> راجع: صحيح البخاري، ج ١، ص ١٤.

<sup>٥٧٥</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المشهور بالقرافي (المالكي)، الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق)، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢١ وما بعدها.

<sup>٥٧٦</sup> قال تعالى في محكم آياته: "إن المنافقين في الدرك الأسفل من النار"، راجع: الآية رقم (١٤٥) من سورة النساء.

<sup>٥٧٧</sup> راجع: أبو بكر محمد بن عبد الله المشهور بابن العربي، أحكام القرآن، دار الفكر العربي، دمشق ١٤٢٤هـ، ج ١، ص ٩٦.

<sup>٥٧٨</sup> راجع: د. زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، مرجع سابق، ص ١٨-١٧. د. عبد الناصر توفيق العطار، أحكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مطبعة السعادة، القاهرة ١٩٧٧م، ص ٤ وما بعدها.

١٠- أن القول بالتوسع في إنشاء العقود يتفق ويتسق ويتناغم مع روح التشريع الإسلامي الذي يوصف دوماً بكونه صالحاً لكل زمان ومكان<sup>٥٧٩</sup>.

- **الاتجاه الثالث: الأصل في شأن استحداث عقود جديدة هو الإباحة:** هناك من الفقهاء من أعلن صراحة بأن الأصل في العقود، وكذا الشروط، هو الإباحة، ومن هؤلاء الفقهاء كل من: ابن تيمية، وابن القيم من الحنابلة<sup>٥٨٠</sup>، والشاطبي من المالكية<sup>٥٨١</sup>؛ فهؤلاء الفقهاء - والحال هذه - لم يخفوا من قاعدة الحظر، بل اعتمدوا قاعدة الإباحة صراحة. وقد استدلت انصار هذا الاتجاه بأدلة كثيرة تتفق في مجملها مع أدلة أنصار الاتجاه الثاني<sup>٥٨٢</sup>، ولهذا فإننا نحيل إلى ما سبق ذكره في هذا الشأن تجنباً للتكرار والإطالة والحشو<sup>٥٨٣</sup>.

- **الرأي الراجح:** في ضوء ما سبق؛ ونزولاً عليه في نفس الوقت؛ نرى أن الرأي الراجح في خصوص استحداث عقود جديدة، هو رأي الفقهاء أصحاب الاتجاه الثالث، الذين وسعوا من استحداث العقود، وهم: ابن تيمية، وابن القيم من الحنابلة، والشاطبي من المالكية، وذلك لأن موقفهم فيه التيسير على العاقدين، ورفع الحرج عن الناس، من جهة، ويُعلى من شأن إرادة العاقدين، من جهة ثانية، ولأن العقود في الشريعة الإسلامية تركز على الدين ولا تنفك عنه، من جهة ثالثة؛ ومن ثم فإن الدين كفيل بتبيان ما يُعد حلالاً منها وما لا يُعد كذلك<sup>٥٨٤</sup>.

## الفرع الثاني

### موقف الفقهاء من الشروط التي يمكن أن تقترن بالعقد

نرى أنه يكون من المناسب قبل إيضاح الشروط التي يمكن أن تقترن بالعقد، من جهة، والعقود التي يصح أن تقترن بشرط، من جهة أخرى، أن نبين في عجلة سريعة الفارق بين اقتران العقد بشرط (الشرط التقييدي)، وتعليق العقد على شرط (الشرط التعليلي).

**أولاً: الفرق بين اقتران العقد بشرط، وتعليقه على شرط:** على الرغم من أن الذي يتعلق ببحثنا هو الشرط التقييدي<sup>٥٨٥</sup>، إلا أننا سنبين في عجلة سريعة الفوارق بين هذا الشرط، والشرط التعليلي<sup>٥٨٦</sup>. ويقصد بالشرط المقترن بالعقد الزام أحد العاقدين بشيء زيادة على التزاماته الأصلية المنبثقة أساساً عن العقد<sup>٥٨٧</sup>؛ الموجود والقائم، فالشرط المقترن بالعقد - والحال هذه - يُعد أمراً زائداً على أصل العقد<sup>٥٨٨</sup>؛ ومن ثم يكون كل من العاقدين ملتزماً بما ألزمه به العقد، من جهة، وملتزماً بالشروط المقترنة به، من جهة أخرى، شريطة أن تكون هذه الشروط لا تخالف مقتضى العقد، ولا المناط الذي يقرره الشارع بشأنه<sup>٥٨٩</sup>.

أما تعليق العقد على شرط<sup>٥٩٠</sup>؛ فإن العقد لا يكون موجوداً في الحال، ويمكن أن يوجد في المستقبل<sup>٥٩١</sup>، إذا تحقق الشرط المعلق عليه العقد؛ أما إذا انتفى الشرط؛ فإن العقد ينتفي بانتفائه، فالعقد المعلق على شرط -

<sup>٥٧٩</sup> راجع: د. عبد العظيم شرف الدين، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ١٩٣.

<sup>٥٨٠</sup> ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، (كتاب أصول فقه)، ج ١، ص ٣٨٦.

<sup>٥٨١</sup> راجع: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، ج ١، ص ١٦٢ وما بعدها.

<sup>٥٨٢</sup> مزيداً من التفاصيل حيال أدلة هذا الاتجاه؛ راجع: د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، ج ٢، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٩٩٤م، ص ٤٥٠ وما بعدها. د. محمد محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، ج ٢، دار البشائر الإسلامية، بيروت ٢٠٠٢م، ص ١١٩٢ وما بعدها. د. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، ج ١، مرجع سابق، ص ٦٤ وما بعدها.

<sup>٥٨٣</sup> مزيداً من التفاصيل حيال أدلة هذا الاتجاه؛ راجع: ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، (كتاب أصول فقه)، ج ١، ص ٣٨٦. إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، ج ١، ص ١٦٢ وما بعدها. د. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، ج ١، مرجع سابق، ص ٦٤ وما بعدها. د. عباس حسني محمد، الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مرجع سابق، ص ٧٥ وما بعدها.

<sup>٥٨٤</sup> راجع: د. محمد زكي عبد البر، مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١١.

<sup>٥٨٥</sup> تناولت مجلة الأحكام العدلية الشروط التي يمكن أن تقترن بالعقود المالية في المواد (١٨٦-١٨٩)؛ والمتأمل في هذه المواد يجد أنها تؤكد - كما سنرى - على موقف الفقه الحنفي من الشروط التي يمكن أن تقترن بالعقد.

<sup>٥٨٦</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق، ص ٤٩ وما بعدها. د. محمد الحبيب التيجاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٠٦ وما بعدها. د. محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، دار عالم الكتاب، القاهرة ١٩٨١م، ص ٢٣٥ وما بعدها.

<sup>٥٨٧</sup> قرب من ذلك: كشف القناع للبهوتي الحنبلي، ج ٣، ص ١٨٩. وراجع كذلك: د. عبد الله بن ناصر السلمي، عقد التصريف (توصيفه وحكمه)، مجلة العدل، العدد رقم (٣٨) ربيع الآخر ١٤٢٩هـ، الرياض ١٤٢٩هـ، ص ٥١. أ. عبد الله بن حافظ الحكمي، الشروط الجعلية في عقد البيع: أحكامها وآثارها في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٣ وما بعدها. د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٩٩٤م، ص ٤١٤.

<sup>٥٨٨</sup> يُعد الشرط التقييدي المقترن بالعقد التزاماً واردة في التصرف الفولي عند تكوينه زائد على أصل مقتضاه شرعاً؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٩٩٤م، ج ٢، ص ٤١٤.

<sup>٥٨٩</sup> راجع: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، ج ٤، ص ٢٠١.

<sup>٥٩٠</sup> راجع نص المادة رقم (٨٢) من مجلة الأحكام العدلية، حيث نصت هذه المادة على قاعدة فقهية مفادها: "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط". وراجع كذلك: أ. عبد الله بن حافظ الحكمي، الشروط الجعلية في عقد البيع: أحكامها وآثارها في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٢ وما بعدها.

<sup>٥٩١</sup> تجدر الإشارة في هذا المقام أن ليس كل العقود قابلة للتعليل، فهناك تقبل التعليل بطبيعتها، وعقود لا تقبل التعليل بطبيعتها، مزيداً من التفاصيل؛ راجع في الفقه الحنفي: حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٢٤١. بدائع الصنائع للكاساني، ج ٦، ص ٢٠. الميسوط للسرخسي، ج ١٩، ص ١٧٦. الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٦٧. وفي الفقه المالكي؛ راجع: الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق)، للقرافي المالكي، ج ١، ص ٢٢٩. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٦٠. وفي الفقه الشافعي؛ راجع: مغني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشريني، ج ٢، ص ٣١٢. المهذب للسيرازي، ج ١، ص ٤٤٦. الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٢٢٠. المنثور في القواعد للزركشي، ج ١، ص ٢٢٨. وفي الفقه الحنبلي؛ راجع: كشف القناع، ج ٣، ص ١٩٥. وص ٣٧٦. المغني لابن قدامة، ج ٨، ص ٢١٦. وص ٢٥٠. أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم، ج ٢، ص ٣٠، ج ٣، ص ٣٨٧. أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، المعروف بابن تيمية، العقود (نظرية العقد)، مكتبة المورد، بيروت ١٤٢٣هـ، ص ٤٤١ وما بعدها. ومزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. حسن علي أحمد عبد العال، الشرط في العقد، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٦٨م، ص ١٠ وما بعدها.

والحال هذه - غير موجود عند الإيجاب والقبول، ولكنه يمكن أن يوجد عند تحقق الأمر المستقبلي الذي علق عليه<sup>٩٢</sup>؛ ولهذا يقال عن الشرط التعليقي بأنه ما علق وجوده على وجود أمر آخر<sup>٩٣</sup>، كما أن هذا الشرط يُعد شرطاً محتملاً وليس محققاً ولا مستحيلًا<sup>٩٤</sup>.

وفي ضوء ما سبق، ونزولاً عليه يمكن القول: بأن الشرط التعليقي (تعليق العقد على شرط<sup>٩٥</sup>) والشرط التقييدي (اقتران العقد بشرط)، يتفقان في أمور، ويختلفان في أمور؛ ومن الأمور التي يتفقان فيها؛ الآتي: أن كلاً منهما زائد على العقد، ومن ثم يمكن انعقاد العقد دون وجودهما، وأن كلاً منهما يجب أن يكون مشروعاً، وأن كل منهما ينصرف إلى المستقبل وليس إلى الماضي، وأن كلاً منهما يسمى شرطاً، وأن كلاً منهما يكون من وضع العقادين<sup>٩٦</sup>.

أما عن الأمور التي يختلفان فيها؛ فهي كثيرة، ومنها على سبيل المثال لا الحصر؛ الآتي<sup>٩٧</sup>: من حيث إنشاء العقد: يؤثر الشرط التعليقي في إنشاء العقد، حيث لا يكون العقد موجوداً إلا بعد تحقق هذا الشرط، أما الشرط التقييدي، فلا أثر له في العقد من حيث تكوينه أو إنشائه، لأن العقد يكون موجوداً، ولا دور للشرط التقييدي في إنشائه. ومن حيث التعلق بآثار العقد: أن الشرط التعليقي لا يؤثر في آثار العقد، أما الشرط التقييدي؛ فهو يؤثر في آثار العقد<sup>٩٨</sup>، لأنه يُعد أمراً زائداً على العقد ويعدل من آثاره<sup>٩٩</sup>.

**ثانياً: موقف الأحناف من الشروط التي يمكن أن تقترن بها العقد:** يرى الأحناف؛ أن الشروط على ثلاثة أنواع: هي: الشرط الصحيح<sup>١٠٠</sup>، والشرط الفاسد، والشرط الباطل؛ فالصحيح عندهم يكون نافذاً وملزم للعاقدين؛ ومن ثم يجب الوفاء به، والفاقد يفسد عقود المعاوضات المالية، أما العقود الأخرى؛ فإنها لا تتأثر بفساد الشرط؛ ومن ثم إذا وجدت؛ فإنها تكون لاغية، وينفذ العقد دون الشرط الفاسد. أما الشرط الباطل - عند الأحناف - فهو لا قيمة له؛ ولا يؤثر في العقد؛ ومن ثم يكون العقد نافذاً، ويبطل الشرط فقط؛ ويُعد كأن لم يكن، أو هو والعدم سواء؛ وتفصيل هذا الإجمال على النحو التالي:

**١- الشروط الصحيحة التي يمكن أن تقترن بالعقد عند الأحناف:** تجدر الإشارة - بداءة - إلى أن الأصل عند الأحناف، في خصوص الشروط، هو الحظر<sup>١٠١</sup>؛ فالقاعدة العامة - عندهم - أن العقود لا ينبغي لها أن تقترن بشروط؛ واستثناءً يجوز - عندهم - أن تقترن بالعقد بأربعة أنواع من الشروط؛ وهذه الشروط؛ تُعد شروطاً صحيحة، ولا ضير من اشتراطها في العقود<sup>١٠٢</sup>، والأخذ بها؛ وهذه الشروط؛ هي:

- **النوع الأول:** شرط واجب بمقتضى العقد<sup>١٠٣</sup>؛ كاشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها؛ فهذا الشرط من مقتضيات عقد الزواج؛ ومن ثم يلتزم الزوج بالإنفاق، حتى ولو لم يوجد هذا الشرط في عقد الزواج؛ فوجود هذا الشرط - والحال هذه - يُعد تأكيداً لما يوجبه العقد، وهذا الشرط يُعد شرطاً صحيحاً، ومن ثم يجب الوفاء به شرعاً كأساس، واتفاقاً كشرط تأكيد يقرضه العقد.

- **والنوع الثاني:** شرط يؤكد على مقتضى العقد؛ وهو الشرط الذي لا يوجبه مقتضى العقد، ولكنه يؤكد على تنفيذ مقتضى العقد<sup>١٠٤</sup>؛ كاشتراط البائع على المشتري أن يقدم كفيلاً مليوناً يضمن تسليمه لثمن الشيء المبيع، وهذا الشرط يُعد شرطاً صحيحاً، ومن ثم يجب إعمال مقتضاه لملاءمته وموافقته للعقد، وذلك على الرغم من أن العقد لا يقتضيه، ولم يرد بشأنه نص من الشارع<sup>١٠٥</sup>.

<sup>٩٢</sup> نصت المادة رقم (٨٢) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "المعلق بشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط". وراجع في ذات المعنى المادة رقم (٣١٨) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، لمحمد قديري باشا.

<sup>٩٣</sup> مزيداً من التفاصيل حول الشروط الجائزة في العقود، وكذا الشروط المنهي عنها في العقود؛ راجع: د. بندر بن نافع العبدلي، الشروط في العقود "دراسة حداثية فقهية، مرجع سابق، ص ٤٣١ وما بعدها.

<sup>٩٤</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٢٤٠. زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري (الحنفي)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٠٠هـ، ص ٣٦٧. الأشباه والنظائر للسيوطي الشافعي، ص ٢٢٠.

<sup>٩٥</sup> التعليق هو ربط حصول أمر بأمر آخر؛ راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٢٤٠. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي، ج ٤، ص ٢.

<sup>٩٦</sup> راجع: د. محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، مرجع سابق، ص ٧٢.

<sup>٩٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الله بن ناصر السلمي، عقد التصريف (توصيفه وحكمه)، مرجع سابق، ص ٥٥ وما بعدها. د. محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية التربية بجامعة الملك سعود، الرياض ١٤٢٦هـ، ص ٧٢ وما بعدها. أ. محمد بن عبد الله بن جفين العتيبي، سلطان الإرادة في إنشاء الشروط العقدية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٣٣هـ، ص ٢٠ وما بعدها.

<sup>٩٨</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ٣٣ وما بعدها.

<sup>٩٩</sup> راجع: حاشية ابن عابدين الحنفي، ج ٥، ص ٢٥٥. الأشباه والنظائر للسيوطي الشافعي، ص ٢٢٠. المنثور في القواعد للزركشي الشافعي، ج ١، ص ٢٢٦.

<sup>١٠٠</sup> راجع: حاشية ابن عابدين الحنفي، ج ٥، ص ٨٧. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم المصري الحنفي، ج ٦، ص ١٤٠. بدائع الصنائع للكاظمي الحنفي، ج ٥، ص ١٧١.

المبسوط للسرخسي الحنفي، ج ١٣، ص ١٤٠. فتح القدير لابن الهمام الحنفي، ج ٦، ص ٤٤٣.

<sup>١٠١</sup> وهذا هو مسلك الظاهرية أيضاً؛ حيث الأصل في هذا المذهب هو حظر اشتراط الشروط؛ ولم يستثنوا من ذلك سوى الشروط التي يجيزها الشارع؛ وقد استدلوا على ذلك بأحاديث للرسول صلى الله عليه وسلم؛ منها قوله: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"؛ راجع: علي بن أحمد سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ج ٨، ص ٤١٢.

<sup>١٠٢</sup> راجع: المبسوط للسرخسي، ج ١٣، ص ١٤ وما بعدها.

<sup>١٠٣</sup> البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي، ج ٦، ص ٩٢. تبين الحقائق للزبيدي، ج ٤، ص ٢٨٩. بدائع الصنائع للكاظمي، ج ٧، ص ١٣. المبسوط للسرخسي، ج ١٣، ص ١٤.

<sup>١٠٤</sup> راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي، ج ٦، ص ٩٢.

<sup>١٠٥</sup> راجع: د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

- **والنوع الثالث:** شرط تعارف الناس عليه في معاملاتهم<sup>٦٠٦</sup>؛ وهذا النوع من الشروط لا يوجبه العقد كالنوع الأول، ولا يؤكد على انفاذ مقتضى العقد كالنوع الثاني؛ بل يُعد شرطاً تعارفاً عليه الناس في المعاملات، وهذا الشرط إن وجد يُعد صحيحاً، شريطة ألا يتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية الغراء؛ ومن أمثلة هذا النوع من الشروط، الاتفاق على تسليم الشيء المبيع في مكان معين، والاتفاق على مدة ضمان الشيء المبيع.

- **أما النوع الرابع، والأخير:** فهو شرط ورد جوازه بموجب الشرع؛ كتقرير شرط الخيار للبائع، أو للمشتري، أو لكل منهما معاً؛ كتقرير شرط الأجل في الثمن<sup>٦٠٧</sup>؛ وهذا الشرط يُعد شرطاً صحيحاً، لأن الشرع أقره، ولم يمنع، أو يحظر العمل به.

وترتيباً على ما تقدم؛ إذا جاء العقد مقترناً بشرط من الأنواع الأربعة السالف بيانها (الشروط الصحيحة)؛ عُد الشرط صحيحاً عند الأحناف؛ ومن ثم يجب الوفاء به من قبل من التزم به، وإذا لم يوف بالترامه هذا كان للطرف الآخر الحق في فسخ العقد أو إمضائه<sup>٦٠٨</sup>.

٢- **الشروط الفاسدة التي يمكن أن تقترن بالعقد عند الأحناف:** إذا جاء العقد مقترناً بشرط من الأنواع الأربعة السالف بيانها (الشروط الصحيحة)؛ عُد الشرط صحيحاً عند الأحناف؛ أما إذا اقترن العقد بشرط غير هذه الأنواع الجائزة استثناءً؛ فإن هذا الشرط عندهم؛ إما أن يكون فاسداً، أو أن يكون باطلاً؛ ويكون الشرط فاسداً عند الأحناف؛ إذا لم يكن واحداً من الأربعة شروط الصحيحة السالف بيانها، وتحقق فيه أحد أوصاف من ثلاثة؛ وهي:

- **الوصف الأول:** ما فيه نفع لأحد العاقدين، أو لغير العاقدين؛ ومن أمثلة ما فيه نفع لأحد العاقدين، بيع منزل مع اشتراط بقاء البائع مقيماً فيه لمدة طويلة، ومن أمثلة ما فيه نفع لغير العاقدين، بيع سيارة مع اشتراط بائعها على مشتريها أن ينتفع بها شخص ليس طرفاً في العقد<sup>٦٠٩</sup>.

- **الوصف الثاني:** ما فيه غرر؛ ومن أمثلة هذا الوصف، بيع دابة على أن يبطنها جنين ستلده بعد بضعة أشهر؛ فهذا الشرط يُعد شرطاً فاسداً، لأن هذه الدابة قد لا تلد لسبب أو لآخر<sup>٦١٠</sup>.

- **الوصف الثالث:** ما فيه محذور؛ كبيع حيوان مع اشتراط البائع على المشتري القيام بتعذيبه؛ فهذا الشرط يتضمن ما هو محذور، حيث الرفق بالحيوان من الأمور التي حثت عليها الشريعة الإسلامية الغراء، أو كاستئجار شقة بغرض استخدامها في اللهو والمعصية<sup>٦١١</sup>، ومن أمثلة ذلك كذلك شراء جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها<sup>٦١٢</sup>.

والواقع أن أثر الشرط الفاسخ - عند الأحناف - يختلف باختلاف نوع العقد؛ فإذا كان العقد المقترن به الشرط الفاسد من عقود المعاوضات المالية؛ كالبيع، والإيجار، والقسمة، والمزارعة<sup>٦١٣</sup>؛ فلا يصح العقد ويُعد عقداً فاسداً، ومن ثم فلا ينفذ العقد ولا الشرط الفاسد الذي اقترن به، ولعل هذا مرده إلى أن الشرط في مثل هذه العقود يُعد مقابل جزء من العوض، ومن ثم إذا الغي الجزء كان هذا الجزء بلا عوض، أو مقابل؛ فيفسد العقد. أما إذا كان العقد المقترن به الشرط الفاسد من العقود غير عقود المعاوضات المالية؛ كالهبة، والوصية، والإبراء من الدين؛ فإن الذي يفسد فقط هو الشرط، دون أن يبطال الفساد العقد ذاته، لأن هذه العقود يغيب عنها فكرة المقابل، ومن ثم فساد الشرط لا يؤثر عليها.

٣- **الشروط الباطلة التي يمكن أن تقترن بالعقد عند الأحناف:** يكون الشرط باطلاً عند الأحناف، إذا لم يكن شرطاً صحيحاً، أو لم يكن شرطاً فاسداً، على النحو السالف بيانها؛ ومن أمثلة الشروط الباطلة، اشتراط بائع المنزل على المشتري عدم قيامه بسكنى المنزل، أو اشتراط البائع على المشتري تملك المنزل طوال حياة البائع أو حياة المشتري فقط (البيع العمري)؛ فإن هذا الشرط يقع باطلاً<sup>٦١٤</sup>؛ ومن ثم فلا يؤثر في البيع؛ فيقع البيع صحيحاً، ويبطل الشرط فقط<sup>٦١٥</sup>؛ يستوى في ذلك أن يكون العقد من عقود المعاوضات، أو من

<sup>٦٠٦</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني، ج ٥، ص ١٧٢ - حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٨٨ - المبسوط للسرخسي، ج ١٦، ص ٣٨ - فتح القدير لابن الهمام، ج ٦، ص ٤٥١.

<sup>٦٠٧</sup> راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي، ج ٦، ص ٩٢.

<sup>٦٠٨</sup> راجع: د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

<sup>٦٠٩</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني، ج ٥، ص ١٧٠ - حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٨٦ - المبسوط للسرخسي، ج ١٣، ص ١٥ - فتح القدير لابن الهمام، ج ٦، ص ٤٤٧.

<sup>٦١٠</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني، ج ٥، ص ١٦٨ - المبسوط للسرخسي، ج ١٣، ص ٢٠.

<sup>٦١١</sup> راجع: المبسوط للسرخسي، ج ١٦، ص ٣٨.

<sup>٦١٢</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاستاني، ج ٥، ص ١٦٩.

<sup>٦١٣</sup> راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٦، ص ١٩٤ وما بعدها - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج ٢، ص ١١١ وما بعدها.

<sup>٦١٤</sup> مزيداً من التفاصيل عن فكرة تصحيح العقد في القانون الوضعي؛ راجع: د. منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، دار الكتب الجامعية، الإسكندرية ٢٠١٠م، ص ٥ وما بعدها.

<sup>٦١٥</sup> راجع: د. مفلق بن ربيعان القحطاني، د. بهاء الدين مختار العلابي، أحكام الملكية في الفقه الإسلامي والقانون، الطبعة الثانية، دار الإجازة، الرياض ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م، ص ٣٠.

غيرها<sup>٦١٦</sup>، وهذا على خلاف الشرط الفاسد - كما رأينا - إذ الفساد يبطل عقود المعاوضات المالية دون سواها من العقود.

٤- **أدلة الأحناف:** سبق أن رأينا أن الأصل عند الأحناف هو حظر اقتران العقود بشروط، إلا في حالات استثنائية، وقد استدل الأحناف في شأن بيان موقفهم - على النحو السالف بيانه - بعدة أدلة<sup>٦١٧</sup>، منها الآتي:

(أ) ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم من نهيه عن بيع وشرط، وبيع وسلف، وبيعتين في بيعة، أو صفتين في صفقة.

(ب) أن جعل الأصل في اقتران العقود بالشروط، قد يترتب عليه وجود النزاع بين العاقدين، أو وجود شبهة ربا.

(ج) أن استثناء بعض الشروط من دائرة الحظر له ما يبرره، حيث هذه الاستثناءات الأربعة يجمعها فكرة التأكيد على مقتضى العقد، أو لزوم العقد، أو شرط جرى العرف عليه.

**ثالثاً: موقف المالكية من الشروط التي يمكن أن يقترن بها العقد:** وسع المالكية - أكثر من الأحناف - من الشروط التي يمكن أن تقترن بالعقد، فكل شرط عند المالكية لا فساد فيه يُعد ملزماً<sup>٦١٨</sup>، وتتجلى أوجه الفساد في العقود إذا اقترنت بربا، أو بغير<sup>٦١٩</sup>، وقد صنف المالكية الشروط التي تقترن بالعقد إلى أنواع؛ هي: ما يبطل به العقد، وما لا يبطل به العقد، وما يجوز وما لا يجوز<sup>٦٢٠</sup>؛ وفي ضوء ذلك يمكن تصنيف الشروط التي تقترن بالعقد عند المالكية إلى ثلاثة صنوف هي: شروط تبطل هي والعقد معاً، وشروط تبطل مع بقاء العقد صحيحاً<sup>٦٢١</sup>.

ونزولاً على هذا التصنيف يمكن القول بأن الشروط عند المالكية على نوعين: الأول: شروط صحيحة، والثاني: شروط باطلة. ومن الشروط الصحيحة عندهم على سبيل المثال، شرط يقتضيه العقد، كشرط تسليم الشيء المبيع أو المعقود عليه<sup>٦٢٢</sup>. ومن الشروط الصحيحة عند المالكية - أيضاً - شرط ليس من مقتضى العقد ولكنه يحقق مصلحة العقد، وهذا الشرط يكون صحيحاً شريطة ألا يخالف مقتضى العقد وألا يكون مخالفاً لأحكام الشرع<sup>٦٢٣</sup>، ومن الشروط الصحيحة كذلك اشتراط البائع على المشتري منفعة مؤقتة في محل العقد؛ كبقاء البائع في الدار التي باعها مدة مؤقتة<sup>٦٢٤</sup>. ومن الشروط الصحيحة والجائزة عند المالكية كذلك اشتراط المشتري على البائع إجراء صيانة مثلاً في المعقود عليه، أو شراء قماش بشرط أن يقوم البائع بحيافته كتب.

أما الشروط الباطلة والتي تُعد النوع الثاني من الشروط عند المالكية؛ فهي تتمثل في عدة شروط؛ لعل من أبرزها الآتي: الشروط التي تؤدي أو تفضي إلى محرم، كسواء دار بقصد استعمالها للدعارة؛ فهذا الشرط وكذا العقد يعدان باطلان.

ومن الشروط الباطلة عندهم كذلك، الشروط التي تفضي إلى غرر<sup>٦٢٥</sup>، وكذلك الشرط المنافي لمقصد العقد<sup>٦٢٦</sup>، والشروط التي يترتب عليها إسقاط حق من حقوق العقد<sup>٦٢٧</sup>. وقد استدل المالكية في بيان وجهة نظرهم حيال الشروط بعدة أدلة<sup>٦٢٨</sup>، تتشابه تقريباً مع الأدلة التي ساقها الأحناف، ولهذا فإننا نحيل إلى ما سبق ذكره في هذا الشأن تجنباً للتكرار والإطالة والحشو.

**رابعاً: موقف الشافعية من الشروط التي يمكن أن يقترن بها العقد:** إن المتأمل في كتب الشافعية، يلحظ أمرين معاً<sup>٦٢٩</sup>: الأمر الأول: أنهم قسموا الشروط التي يمكن أن تقترن بالعقد إلى نوعين فقط؛ وهما: النوع

<sup>٦١٦</sup> راجع: د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢١١.  
<sup>٦١٧</sup> مزيداً من التفاصيل حيال هذه الأدلة؛ راجع: بدائع الصنائع للكاتاني، ج ٥، ص ١٧٠. حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٨٦. المبسوط للسرخسي، ج ١٣، ص ١٥. فتح القدير لابن الهمام، ج ٦، ص ٤٤٧. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي، ج ٦، ص ١٩٤ وما بعدها. مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج ٢، ص ١١١ وما بعدها.  
<sup>٦١٨</sup> راجع: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ابن رشد الجد)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٩٨٨م، ج ١٤، ص ٣٧١.  
<sup>٦١٩</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٥، ص ٥.  
<sup>٦٢٠</sup> راجع: البيان والتحصيل لابن رشد الجد، ج ٨، ص ٢٨٨ وما بعدها.  
<sup>٦٢١</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٦٠.  
<sup>٦٢٢</sup> راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٦٥. منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، ج ٢، ص ٥٦٨.  
<sup>٦٢٣</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٦١.  
<sup>٦٢٤</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٧٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٦٥.  
<sup>٦٢٥</sup> راجع: منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، ج ٢، ص ٥٦٠.  
<sup>٦٢٦</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٦١. منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، ج ٢، ص ٥٦٨. القوانين الفقهية لابن جزي، ص ١٧١.  
<sup>٦٢٧</sup> راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٧٥.  
<sup>٦٢٨</sup> للمزيد من التفاصيل عن هذه الأدلة راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٥٩ وما بعدها. راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٦٥ وما بعدها.  
<sup>٦٢٩</sup> راجع: روضة الطالبين للنووي، ج ٣، ص ٤٠٠ وما بعدها. نهاية المحتاج للرملي، ج ٣، ص ٤٥٢ وما بعدها. المنثور في القواعد للزركشي، ج ٢، ص ٢٤٠.

الأول: الشروط الصحيحة. والنوع الثاني: الشروط الباطلة. والأمر الثاني: أنهم - أيضاً - من المضيقين في الشروط.

والشرط يكون صحيحاً - عند الشافعية - إذا كان من مقتضى العقد، أو من مصلحة العقد، أو كان فيه بر<sup>٦٣٠</sup>، وفي المقابل يكون الشرط باطلاً عندهم إذا كان خلاف ما سبق من شروط صحيحة، ومن أمثلة الشروط الباطلة عندهم؛ الشروط التي تفضي إلى محذور أو تخالف نص، والشروط التي يكون فيها جهالة، أو غرر، والشروط التي تنافي مقتضى العقد، والشروط التي تفضي عن إلزام بما هو ليس بلازم<sup>٦٣١</sup>.  
**خامساً: موقف الحنابلة من الشروط التي يمكن أن يقترن بها العقد:** يرى الحنابلة - على خلاف الأحناف - أن الأصل في الشروط التي تقترن بالعقد الإباحة وليس الحظر<sup>٦٣٢</sup>، وقد استدلوا على ذلك بالقرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة<sup>٦٣٣</sup>؛ فمن القرآن، قوله جل شأنه: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"، وبقوله تعالى: "ويعهد الله أوفوا"، وبقوله عز وجل: "وقد فصل لكم ما حرم عليكم" ومن السنة ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً وأحل حراماً".

والتأمل في هذه الأدلة التي استند عليها الحنابلة في شأن تبرير أن الأصل في الشروط الإباحة يجد أنها جاءت بما يدعو للتعاقد واقتران العقود بالشروط التي لا تخالف مقتضى الشرع؛ فالوفاء بالعقود يشمل العقد والعهود ومنها الشروط، ولا يمكن اعتبار أن الأصل في الشروط الحظر، لأن هذه الأدلة جاءت عامة، ومن المعلوم أن العام يبقى على عمومه.

ومن هذا المنطلق؛ فقد قرر الحنابلة أن العقد إذا اقترن بشرط وكان هذا الشرط غير فاسد؛ فإنه يجب بحسب الأصل الوفاء به؛ والشروط التي يمكن أن تقترن بالعقد - عند الحنابلة - على نوعين: النوع الأول: الشروط الصحيحة؛ والنوع الثاني: الشروط الفاسدة. ويُعد الشرط صحيحاً عند الحنابلة إذا لم يكن شرطاً فاسداً؛ ويكون الشرط فاسداً - عندهم - في عدة حالات منها: إذا كان فحوى الشرط منافياً لمقتضى العقد<sup>٦٣٤</sup>، أو إذا كان الشرط من الشروط التي تخالف ما نهى الشارع عن الأخذ به<sup>٦٣٥</sup>؛ **وسنعرض لهاتين الحالتين تباعاً:**

- **الحالة الأولى: الشرط الفاسد المخالف لمقتضى العقد:** يكون الشرط فاسداً في حالة قيام أحد العاقدين باشتراط أمر ينافي مقتضى العقد على الطرف الآخر، ومن أمثلة هذا الأمر؛ اشتراط بائع منزل على مشتري هذا المنزل عدم استعماله، أو استغلاله، أو التصرف فيه؛ فهذا البيع يُعد بيعاً صحيحاً؛ أما الشرط الوارد فيه؛ فيُعد شرطاً فاسداً ولا قيمة له، لأنه شرط يتنافى مع مقتضى العقد ويجافيه؛ فهذا الشرط - إن وجد - يُعد لغواً ولا يلتزم مشتري المنزل به؛ ومن ثم يكون له الحق - على خلاف الشرط الفاسد - في استعمال المنزل بسكناه، واستغلاله بتأجيرها، والتصرف فيه كيفما يشاء.

- **الحالة الثانية: الشرط المخالف لنهي الشارع:** إذا كان الشرط المتفق عليه بين العاقدين يخالف مقتضى ما أوجبه الشارع؛ فإن هذا الشرط يُعد شرطاً فاسداً لدى الحنابلة؛ ومن ثم يزول هذا الشرط ولا يلتزم المشروط عليه من العاقدين بمقتضاه؛ وبالتالي لا يلتزم بالوفاء به؛ ومن أمثلة هذا النوع من الشروط؛ اشتراط الزوجة على زوجها أن يطلق زوجته الأولى.

**سادساً: تصنيف موقف المذاهب السالف بيانها حيال اقتران العقود بالشروط:** إن التأمل في موقف المذاهب - على النحو السالف بيانه - في خصوص موقفهم من اقتران العقود بالشروط، يلحظ أن هناك من الفقهاء من وسع في إمكانية اقتران العقود بالشروط، وفي المقابل أن هناك البعض من المذاهب قد ضيق من فكرة اقتران العقد بالشروط.

وقد استدلت الفقهاء الذين وسعوا من حرية إنشاء العقود بالشروط، بعدة حجج، منها على سبيل المثال لا الحصر<sup>٦٣٦</sup>: أن التراضي مناط صحة العقود، وأن الآية القرآنية التي أوجبت الوفاء بالعقود جاءت عامة<sup>٦٣٧</sup>، وأن الأصل في الشريعة الإسلامية رفع الحرج، كما أن الأصل في الأشياء الإباحة. كما

<sup>٦٣٠</sup> راجع: المنثور في القواعد للزركشي، ج ٢، ص ١٣ وما بعدها. - المهذب للشيرازي، ج ١، ص ٢٦٨ - معني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشربيني، ج ٢، ص ٣٢ وما بعدها.

<sup>٦٣١</sup> راجع: المهذب للشيرازي، ج ١، ص ٢٦٨ - معني المحتاج إلى معرفة المنهاج للشربيني، ج ٢، ص ٣٤ - المنثور في القواعد للزركشي، ج ٢، ص ١٣.

<sup>٦٣٢</sup> راجع: كشف القناع للبهوتي الحنبلي، ج ٣، ص ٥٣.

<sup>٦٣٣</sup> راجع: مجموع فتاوى ابن تيمية، ج ٢٩، ص ١٤٨ - إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم، ج ١، ص ٣٨٣ وما بعدها.

<sup>٦٣٤</sup> راجع: إبراهيم بن محمد بن عبد الله أبو إسحاق المعروف بابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار عالم الكتاب، الرياض ٢٠٠٣م، ج ٤، ص ٨٦.

<sup>٦٣٥</sup> راجع: شرح منتهى الإرادات المسمى دلائل أولى النهى لشرح المنتهى للبهوتي الحنبلي، ج ١، ص ٣٥١ - المعني لابن قدامة الحنبلي، ج ٦، ص ٣٢٥ - القواعد لابن رجب الحنبلي، ص ٤١.

<sup>٦٣٦</sup> مزيداً من التفاصيل حيال أدلة الموسعين في اقتران العقود بالشروط؛ راجع: القواعد النوارنية لابن تيمية الحنبلي، ص ١٣٣ وما بعدها. د. محمد فتحي الدريني، بحث مقارنة في الفقه الإسلامي، ج ٢، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٩٩٤م، ص ٥٠ وما بعدها. د. محمد محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، ج ٢، دار البشائر الإسلامية، بيروت ٢٠٠٢م، ص ١١٩٢ وما بعدها. د. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، ج ١، مرجع سابق، ص ٦٤ وما بعدها.

<sup>٦٣٧</sup> راجع: د. زكي الدين شعيبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ١٥.

استدل الفقهاء الذين ضيقوا من اقتران العقود بالشروط بعدة أدلة، منها<sup>٦٣٨</sup>: أن اكتمال الدين يمنع من استحداث عقود وشروط جديدة، وأن القول بإمكانية استحداث عقود وشروط جديدة فيه تعدي على حدود الله، وبما ورد في السنة المطهرة من النهي عن البيع والسلف، والنهي عن الشروط، وكذلك تحريم إحداث ما ليس من أمر الدين.

**سابعاً: الرأي الراجح:** في ضوء ما سبق؛ نرى أن الرأي الراجح في خصوص جواز اقتران العقود بالشروط، هو رأي الفقهاء الذين وسعوا من الشروط التي يمكن أن تقتزن بالعقد، وبخاصة رأي كل من: ابن تيمية، وابن القيم من الحنابلة، والشاطبي من المالكية، وذلك لأن موقفهم فيه التيسير على العاقدين، ورفع الحرج عن الناس، من جهة، ويُعلى من شأن إرادة العاقدين، من جهة أخرى.

#### المطلب الرابع

#### القيود الواردة على الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي

إذا كانت القاعدة العامة في الفقه الإسلامي مفادها أن الإرادة العقدية تُعد حرة في شأن إنشاء العقود؛ إلا أن هذه الإرادة قد تقيدها عدة قيود<sup>٦٣٩</sup>؛ منها: ما يرجع إلى حماية العاقدين، ومنها: ما يرجع إلى حماية الغير، ومنها: ما يرجع إلى حماية المصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة. وسنعرض لهذه القيود بصورة موجزة - وفي عجلة سريعة - وذلك على النحو التالي:

**أولاً: القيود المقررة لحماية العاقدين:** إن المتأمل في كتب فقهاء المذاهب الأربعة، يجد أن هذه الكتب قد قررت حماية العاقدين، ومن ثم منعت العاقد من التعاقد، متى كان صغيراً<sup>٦٤٠</sup>، أو مجنوناً<sup>٦٤١</sup>، أو سفياً<sup>٦٤٢</sup>، أو غافلاً<sup>٦٤٣</sup>، أو معتوهاً<sup>٦٤٤</sup>.

**ثانياً: القيود المقررة لحماية الغير:** يقصد بالغير كل شخص ليس طرفاً في الرابطة العقدية؛ وقد قرر الفقهاء - نزولاً على حماية حقوق الغير - بعض القيود على حرية التعاقد؛ ومن هذه القيود على سبيل المثال لا الحصر، حماية حقوق الدائنين<sup>٦٤٥</sup>، وحماية الورثة والدائنين من تصرفات المريض مرض الموت<sup>٦٤٦</sup>، وحماية الدائن المرتهن<sup>٦٤٧</sup>.

**ثالثاً: القيود المقررة لحماية المصلحة العامة:** قرر فقهاء الإسلام البعض من القيود على حرية العاقد حماية للمصلحة العامة؛ ومن هذه القيود على سبيل المثال: منع التعامل بالربا<sup>٦٤٨</sup>، وحماية الوقف<sup>٦٤٩</sup>، ونزع

<sup>٦٣٨</sup> مزيداً من التفاصيل حيال أدلة المضيقين في اقتران العقود بالشروط؛ راجع: المحلى لابن حزم، ج ٩، ص ١٩٢ وما بعدها. - الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم الظاهري، ص ٦٣٧ وما بعدها. - د. محمد محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، ج ٢، مرجع سابق، ص ١١٩٢ وما بعدها. - د. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، ج ١، مرجع سابق، ص ٤٢ وما بعدها.

<sup>٦٣٩</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. السيد عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤٩٩ وما بعدها. - د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة ومداه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص ٦٦٧ وما بعدها. - أ. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٢٦ وما بعدها. - د. عبد العزيز محمد العبد المنعم، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة على ضوء الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٣ وما بعدها. - د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة ومداه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص ٦٦٧ وما بعدها.

<sup>٦٤٠</sup> يقصد بالصغير في الفقه الإسلامي كون الشخص في مرحلة تبدأ من ميلاده وتنتهي ببلوغه؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: حاشية ابن عابدين الحنفي، ج ٦، ص ١٠٣. - حاشية الدسوقي المالكي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٩٥. - الذخيرة للقرافي المالكي، ج ٦، ص ٣٥٨. - الحاوي الكبير للماوردي الشافعي، ج ٦، ص ٣٤٣. - المعنى لابن قدامة الحنبلي، ج ٦، ص ٢٩٢.

<sup>٦٤١</sup> الجنون هو اختلال في العقل بحيث يمنع جريان الأفعال أو الأقوال على نهج العقل إلا نادراً؛ راجع: علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول فخر الإسلام البيهقي، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٢١هـ، ج ٤، ص ٣٤٨. - التعريفات للرجزاني، ص ١٧. وإذا انعقد العقد على الرغم من وجود جنون لدى أحد العاقدين؛ فإن العقد ينحل عند البعض من الفقهاء دون البعض الآخر؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرحمن بن عابد بن خالد العابد، أسباب انحلال العقود المالية، مرجع سابق، ص ١٠٤ وما بعدها.

<sup>٦٤٢</sup> السفه هو تدمير المال وإفساده وتضييعه فيما لا فائدة منه؛ راجع: حاشية ابن عابدين الحنفي، ج ٦، ص ١٤٧. - المعنى لابن قدامة الحنبلي، ج ٤، ص ٣٠٣. - راجع كذلك: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ١٣١. وإذا انعقد العقد على الرغم من وجود سفه لدى أحد العاقدين؛ فإن العقد ينحل عند البعض من الفقهاء دون البعض الآخر؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرحمن بن عابد بن خالد العابد، أسباب انحلال العقود المالية، مرجع سابق، ص ٦٨ وما بعدها.

<sup>٦٤٣</sup> تطلق الغفلة على من يتخدد بسهولة بسبب بساطته وسلامته قلبه مما يؤدي إلى غيبه في المعاملات؛ راجع: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ١٣١. - العتة هو اختلال في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الأمور فاسد التدبير؛ راجع: تبين الحقائق للزليعي الحنفي، ج ٥، ص ١٠١. - راجع في نفس المعنى - أيضاً - المادة رقم (٩٤٥) من مجلة الأحكام العدلية.

<sup>٦٤٤</sup> قرر الفقهاء حماية الدائن من تصرفات مدبته، فإذا ثبت أن هناك ديناً في ذمة المدين، فلا يجوز لهذا المدين أن يتصرف حتى فيما يملك بما يعرض حقوق الدائنين للخطر، وقد عرف الفقهاء الدين بأنه ما يثبت في الذمة للغير نتيجة لمال اتلفه، أو بيع عقد بيعه، أو متفعة عقد عليها؛ راجع: فتح القدير لابن الهمام الحنفي، ج ٥، ص ٤٣٠. - الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي، ص ٣٥٤. - أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية الحنبلي، ج ٣، ص ٣٣٩. - راجع كذلك نص المادة رقم (١٥٨) من مجلة الأحكام العدلية.

<sup>٦٤٥</sup> المرض بصفة عامة هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص؛ راجع: التعريفات للرجزاني، ص ٢١١. - والموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٣٦، ص ٣٥٣. أما مرض الموت؛ فهو المرض الذي يحدث بعده الموت غالباً؛ راجع: تبين الحقائق للزليعي الحنفي، ج ٢، ص ٢٨٤. - حاشية ابن عابدين الحنفي، ج ٣، ص ٣٨٤. أو هو ما حكم أهل الطب بأنه يكثر الموت في مثله ولو لم يغب؛ راجع: شرح مختصر خليل للخرشي، ج ٥، ص ٣٠٤. أو هو كل مرض كان الأغلب منه الموت؛ راجع: الأمل للإمام الشافعي، ج ٤، ص ٣٥. - المهذب للشيرازي، ج ١، ص ٤٥٣. أو هو ما اتصل به الموت؛ راجع: كشف القناع للبهوتي الحنبلي، ج ٤، ص ٣٢٢. ومزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ج ١، ص ٩٨ وما بعدها. - أنور محمود يوسف دبور، ماهية مرض الموت وتأثيره على التصرفات بصفة عامة، بحث مقارن، مرجع سابق، ص ٧٤ وما بعدها.

<sup>٦٤٦</sup> أنور محمود يوسف دبور، أثر مرض الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي، بحث مقارن، مرجع سابق، ص ٤٦ وما بعدها. - أ. عدنان عابد محمد حسين عابد، القيود الواردة على تصرفات المريض مرض الموت، في المعاملات، دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص ١٣ وما بعدها. - د. مازن مصباح صباح، الهبة في مرض الموت، مرجع سابق، ص ٦٦٥ وما بعدها. - د. مازن مصباح صباح، الوصية في مرض الموت، مرجع سابق، ص ١٨٥ وما بعدها.

<sup>٦٤٧</sup> الرهن هو حبس شيء أو مال بحق يمكن استيفاءه منه كلاً أو بعضاً؛ راجع: تبين الحقائق للزليعي الحنفي، ج ٧، ص ١٢٦. أو هو احتباس العين ليستوفي الحق من ثمنها، أو من منافعتها عند تعذر أخذها من الغريم، أو عند تعذر وفاته؛ راجع: نهاية المحتاج للرمل، ج ٤، ص ٢٣٤. - معني المحتاج للشربيني، ج ٣، ص ٣٨. - المعنى لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٣٤. - كشف القناع للبهوتي، ج ٣، ص ٣٢٠.

<sup>٦٤٨</sup> الربا هو الفضل الخالي من العوض المشروط في البيع؛ راجع: المبسوط للسرخسي الحنفي، ج ١٢، ص ١٩٢. أو هو عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد، أو مع تأخير البديلين أو أحدهما؛ راجع: معني المحتاج للشربيني الشافعي، ج ٢، ص ٢١. أو هو الزيادة في أشياء مخصوصة؛ راجع: المعنى لابن قدامة الحنبلي، ج ٦، ص ٥٢. - شرح منتهى الإرادات للبهوتي الحنبلي، ج ٢، ص ١٩٣.

الملكية الخاصة للمصلحة العامة<sup>٦٥٠</sup>، وإجبار المحتكر على البيع<sup>٦٥١</sup>، وتحريم التعامل في الأشياء المحرمة لعينها، والأشياء المحرمة لغيرها، ويكون الشيء محرماً لعينه إذا كان محله غير مشروع، أما الشيء المحرم لغيره؛ فالتحريم لا يتعلق بالمحل، فالمحل يكون مشروعاً لكن التحريم قد وجد نظراً لوجود شيء ملائمة للالتزام، كالربا أو الغرر؛ والفارق الجوهرى بين نوعي التحريم يكمن في أن المحرم بعينه لا يمكن أن يعتريه المشروعية؛ إذ يظل غير مشروع دوماً، أما المحرم لغيره؛ فقد يزول، ومن ثم فهو يكون وقتياً؛ فالمحرم لغيره - والحال هذه - يكون مشروعاً ثم يلحقه شيء يجعله غير مشروع، وإن زال عنه هذا الشيء غير المشروع عاد إلى أصله من حيث المشروعية<sup>٦٥٢</sup>.

**رابعاً: القيود المقررة لحماية المصلحة الخاصة:** قرر فقهاء الإسلام بعض القيود على الإرادة العقدية حماية للمصلحة الخاصة؛ ومن مثل هذه القيود: ثبوت الحق في الشفعة على خلاف إرادة البائع أو الشريك<sup>٦٥٣</sup>، ومراعاة الشكلية في العقود العينية<sup>٦٥٤</sup>، وعدم الرجوع في الهبة<sup>٦٥٥</sup> - كقاعدة عامة - بعد قبضها من قبل الموهوب له<sup>٦٥٦</sup>، وكذلك عدم رجوع المرتهن - كقاعدة عامة - في قبض الرهن<sup>٦٥٧</sup>، ومنع المدين من التصرف لمصلحة دائنيه<sup>٦٥٨</sup>.

## المبحث الثاني

### الخلاف الفقهي حيال مدى قدرة الإرادة على تحديد آثار العقد

إذا انعقد العقد صحيحاً على النحو السالف بيانه في المبحث السابق؛ فإن العقد يكون بإجماع آراء فقهاء الإسلام ملزماً لطرفيه من حيث الإنشاء أو التكوين؛ أما عن دور الإرادة في تحديد آثار العقد؛ فهو من الأمور غير المجمع عليها؛ فهناك رأي يرى أن للإرادة دوراً في إنشاء العقد وتحديد آثاره، وهناك رأي آخر يرى أنه ليس للإرادة دور في تحديد آثار العقد؛ بل دور الإرادة يقتصر فقط على إنشاء العقد؛ لأن آثار العقد تحدد بمعرفة الشارع وليس العاقدين.

والمأمل في الرأي الأول؛ يجد أنه أخذ بمبدأ سلطان الإرادة بكافة منطلقاته؛ أما الرأي الثاني؛ فقد أخذ ببعض أطر مبدأ سلطان الإرادة؛ وعلى ذلك يمكن القول بأن الرأي الأول يأخذ بأن أساس القوة الملزمة للعقد تكويناً واثراً؛ هو إرادة العاقدين، أما الرأي الثاني؛ فيأخذ بأن أساس القوة الملزمة للعقد تكويناً فقط، هو إرادة العاقدين، أما أساس القوة الملزمة للعقد من حيث ترتيب آثاره؛ فهو إرادة الشارع، وليس العاقدين. وبناءً على ما سبق؛ ونزولاً عليه؛ سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين؛ وذلك على النحو التالي:

**المطلب الأول: الاتجاه القائل بأن إرادة العاقدين هي أساس القوة الملزمة للعقد من حيث ترتيب آثاره.**

**المطلب الثاني: الاتجاه القائل بأن إرادة الشارع هي أساس القوة الملزمة للعقد من حيث ترتيب آثاره.**

<sup>٦٥٩</sup> الوفاق هو حبس المملوك من التملك عن الغير؛ راجع: المبسوط للسرخسي الحنفي، ج ١٢، ص ٤٧، أو هو حبس العين على حكم ملك الواقف والتصديق بمنفعتها؛ راجع: فتح القدير لابن الهمام الحنفي، ج ٦، ص ١٩٠. أو هو إعطاء منفعة شيء فترة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً؛ راجع: مواهب الجليل للحطاب، ج ٦، ص ١٨. أو هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود؛ راجع: مغني المحتاج للشربيني، ج ٢، ص ٣٧٦. أو هو تحييس الأصل وتسييل المنفعة؛ راجع: الإصناف للمرادوي الحنبلي، ج ٧، ص ٣.

<sup>٦٥٠</sup> اتفق علماء المذاهب الأربعة على إمكانية نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة؛ ولهذا النزع تطبيقات كثيرة من أبرزها توسعة المساجد، أو توسعة الطرق العامة، أو شقها ابتداءً، وذلك شريطة تعويض صاحب الشيء المنزوع تعويضاً عادلاً؛ راجع: حاشية ابن عابدين الحنفي، ج ٤، ص ٣٧٩. تبين الحقائق للزيلعي الحنفي، ج ٣، ص ٣٣١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي، ج ٥، ص ٢٧٦. مواهب الجليل للحطاب المالكي، ج ٦، ص ٤٨. حاشية الدسوقي المالكي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٦. الحاوي الكبير للماوردي الشافعي، ج ٥، ص ٨٩٨. المغني لابن قدامة الحنبلي، ج ١٤، ص ٩٢٣. راجع المرجع الحنبلي. ومزيداً من التفاصيل حول نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. أحمد حافظ موسى، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مجلة العلوم الشرعية بجامعة القصيم، المجلد رقم (٤) العدد رقم (٢)؛ القصيم رجب ١٤٣٢ هـ - يوليو ٢٠١١ م، ص ٦١٥ وما بعدها.

<sup>٦٥١</sup> راجع: د. السيد عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة، مرجع سابق، ص ٥١٣.

<sup>٦٥٢</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمود محمد عبد النبي محمد، اتجاهات الالتزام في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٩١ وما بعدها.

<sup>٦٥٣</sup> الشفعة هي حق التملك بالعقار لدفع ضرر الجوار؛ راجع: تبين الحقائق للزيلعي الحنفي، ج ٦، ص ٣٤٧. أو هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه؛ راجع: بداية المجهتد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد المالكي، ج ٢، ص ٢٥٦. أو هي حق تملك فقهي يثبت للشريك القديم على الحاضر فيما ملك بعض؛ راجع: نهاية المحتاج للرملي الشافعي، ج ٥، ص ١٩٤. مغني المحتاج للشربيني الشافعي، ج ٢، ص ٣٨٢. أو هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنقولة عنه من يد من انتقلت إليه بعض مالي بثمنه الذي استقر عليه العقد؛ راجع: الإصناف للمرادوي الحنبلي، ج ٦، ص ٢٣٥. ومزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد محمود أبو ليل، شفعة الجوار في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مرجع سابق، ص ٢١٧ وما بعدها. د. نعيم عبد الوهاب المصري، شفعة الجوار، دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص ٣١٧ وما بعدها.

<sup>٦٥٤</sup> لأن هذه الشكلية تمنع تمام العقد إلا بقبض محله، ولهذا فهي تُعد قيداً على إرادة العاقد؛ راجع: د. محمود محمد عبد النبي محمد، اتجاهات الالتزام في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٨٦.

<sup>٦٥٥</sup> مزيداً من التفاصيل عن أحكام الرجوع - بصفة عامة - في عقود المعاوضات المالية؛ راجع: د. فضل الرحيم بن محمد عثمان، أحكام الرجوع في عقود المعاوضات المالية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م، ص ٣٥ وما بعدها.

<sup>٦٥٦</sup> الهبة هي تملك العين بلا عوض، وهي جائزة شرعاً، ولكن إذا تمت الهبة وقبض الموهوب له الشيء محل الهبة؛ فلا يجوز للواهب الرجوع في هبته عند جمهور الفقهاء من: المالكية، والشافعية، والحنابلة؛ وهذا يُعد قيداً على إرادة الواهب لمصلحة الموهوب له؛ أما الأحناف؛ فقد أجازوا للواهب الرجوع في الهبة؛ راجع بدائع الصنائع للكاساني الحنفي، ج ٦، ص ١٢٧. فالمالكية لا يجيزون الرجوع في الهبة إلا إذا كان الواهب هو الأب والموهوب له الابن، إذ يجوز في هذه الحالة رجوع الأب في هبته التي وهبها لابنه؛ راجع حاشية الدسوقي المالكي على الشرح الكبير، ج ٤، ص ١١٠. القوانين الفقهية لابن جزي المالكي، ص ٢٩٦؛ ونفس ما قاله المالكية أورده الشافعية وزادوا في الرجوع علاوة على الأب، الجد وسائر الأصول؛ راجع: مغني المحتاج للشربيني الشافعي، ج ٢، ص ٤٠١. المهذب للشيرازي الشافعي، ج ١، ص ٥٨٣. وعند الحنابلة لا يجوز الرجوع في الهبة كذلك إلا إذا كانت الهبة من الأب لابن، وهو ذات قول المالكية أيضاً؛ راجع: المغني لابن قدامة الحنبلي، ج ٦، ص ٣١٦. شرح منتهى الإرادات للبهوتي الحنبلي، ج ٢، ص ٤٢٩.

<sup>٦٥٧</sup> الأصل والقاعدة أن الرهن لا يكون لازماً في حق الراهن إلا بعد قبض المرتهن للعين المرهونة. ورجوع الراهن في قبضه للرهن يُعد سائلاً من سوابق لزوم عقد الرهن؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ٤١٥ وما بعدها.

<sup>٦٥٨</sup> راجع: د. السيد عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة ...، مرجع سابق، ص ٥١٨.

## المطلب الأول الاتجاه القائل بأن إرادة العاقدين

هي أساس القوة الملزمة للعقد من حيث ترتيب آثاره

سنعرض لهذا الاتجاه من حيث: الأطر العامة له، والنتائج المترتبة عليه؛ وذلك على النحو التالي:  
أولاً: الأطر العامة للاتجاه القائل بأن الإرادة العقدية هي أساس القوة الملزمة للعقد من حيث ترتيب آثاره: يرى جانب من الفقه أن الشريعة الإسلامية الغراء قد عرفت مبدأ سلطان الإرادة بكافة أطرها منذ بزوغ فجر الإسلام، ويدللون على ذلك بقوله تعالى: "... وكان عهد الله مسئولاً<sup>٦٥٩</sup>" فهذه الآية لا تخص علاقة الإنسان بربه فحسب؛ بل تشمل - أيضاً - علاقة الإنسان بنفسه وبغيره من بني جنسه، ومن ثم تكون الإرادة حرة في إنشاء العقود وترتيب آثارها<sup>٦٦٠</sup>.

والواقع أن هناك - في تقديري - ربط شديد بين فكرة التوسع في إنشاء العقود واقترانها بالشروط، وفكرة مبدأ سلطان الإرادة العقدية بكافة مراميها، لأن من يقرر سيادة مبدأ سلطان الإرادة من الفقهاء يقرر في نفس الوقت التوسع في إنشاء العقود واقترانها بشروط، ولهذا انطلق هؤلاء الفقهاء من قاعدة الأصل في إنشاء العقود واقترانها بشروط هو الإباحة وليس الحظر<sup>٦٦١</sup>.

ومن هذا المنطلق، يمكن القول بأن تبرير سيادة مبدأ سلطان الإرادة من جهة دور العاقدين في تحديد آثار العقد قد يعزى إلى فكرة الاعتراف بدور للإرادة في تحديد آثار العقد عن طريق إضافة شروط يقترب بها العقد، فتحدد بعض الآثار اتفاقاً، حتى ولو لم ينص عليها الشارع، طالما أن هذه الشروط لا تخالف مقتضى الشرع.

ويعتبر كل من: ابن تيمية، وابن القيم من الحنابلة<sup>٦٦٢</sup>، والشاطبي من المالكية<sup>٦٦٣</sup>؛ أكثر الفقهاء قولاً بوجود مبدأ سلطان الإرادة بكافة مراميها وابعاده في الشريعة الإسلامية، ومن ثم فالرأي عندهم أن الإرادة لا يظهر دورها في إنشاء العقد فحسب، بل في تحديد آثاره أيضاً<sup>٦٦٤</sup>، ولهذا يمكن القول - وبتقنة - أن أساس القوة الملزمة للعقد إنشاءً واثراً، هو الإرادة العقدية التي تخول أطراف العقد الحق في التعاقد - بداءة - ثم تحديد آثار العقد، شريطة ألا يكون في هذه الآثار ومن قبلها تكوين العقد ما يخالف مناط أو مقتضى الشريعة الإسلامية الغراء.

والواقع أن هذا الاتجاه قد وجد له صدى واسع بين الفقهاء المعاصرين؛ حيث قد ذهب الكثير منهم، إلى أنه يمكن للإرادة أن تلعب دوراً في تحديد بعض آثار العقد، نزولاً على اعتبارات المصلحة ومجابهة بعض النوازل<sup>٦٦٥</sup>، خاصة في نطاق عقود المعاملات المالية، أما ما عدا هذه العقود؛ فيظل مبدأ الجعلية قائماً بكافة آثاره، كما هو الحال في عقد الزواج.

ثانياً: النتائج المترتبة على القول بأن الإرادة العقدية هي أساس القوة الملزمة للعقد من حيث ترتيب آثاره: يترتب على ما انتهى إليه الاتجاه القائل بأن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد من حيث ترتيب آثاره عدة نتائج؛ منها على سبيل المثال لا الحصر؛ الآتي:

١- أن الفرد حر في إبرام العقود، ولا يجبر عليها - كما سبق أن رأينا - إلا في حالات تقتضيها المصلحة العامة؛ كالإجبار على التعاقد في حالة نزاع الملكية الخاصة للمصلحة العامة، أو إجبار المحتكر على بيع السلع التي يحتكرها.

٢- أن إرادة العاقدين هي التي تنشأ العقد، كما أنها هي التي تحدد - كذلك - الآثار المترتبة على العقد<sup>٦٦٦</sup>، شريطة أن تكون هذه الإرادة سليمة وخالية من العيوب والعوارض<sup>٦٦٧</sup>، وأن تراعي هذه الإرادة مقتضيات

<sup>٦٥٩</sup> الآية رقم (١٥) من سورة الأحزاب.

<sup>٦٦٠</sup> قرب من ذلك: د. زكي الدين شعبان، الشروط الشائعة في المعاملات وأحكامها في الشريعة والقانون، مجلة القانون والاقتصاد بكلية الحقوق جامعة القاهرة، العددان الثالث والرابع، السنة رقم (٢٥) سبتمبر - ديسمبر، القاهرة ١٩٥٥م، ص ٣٣٧ وما بعدها. د. عادل مصطفى بسبوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٩٤ وما بعدها. د. أيمن إبراهيم العثماني، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٦-٢٧. أ. حمدي محمد إسماعيل سلطج، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٤.

<sup>٦٦١</sup> مزيداً من التفصيل؛ راجع: د. هاشم عبد المقصود سعد، حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، مرجع سابق، ص ١٥ وما بعدها.

<sup>٦٦٢</sup> راجع: ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، (كتاب أصول فقه)، ج ١، ص ٣٨٦، ج ٣، ص ٥٤.

<sup>٦٦٣</sup> راجع: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، ج ١، ص ١٦٢ وما بعدها.

<sup>٦٦٤</sup> من هذا الرأي: د. عبد الهادي يونس العطاوي، الوجيز في العقد، دراسة مقارنة بالمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤١ وما بعدها.

<sup>٦٦٥</sup> راجع في ذلك: د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٥٠٠ وما بعدها، وص ٥٨٤ وما بعدها. د. علي محي الدين علي القرعة داغي، مبدأ الرضا في العقد، مرجع سابق، ص ١١٤٥ وما بعدها. د. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأسيسية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩م، ص ١١٩ وما بعدها. د. محمد بوكماش، أثر الجعلية في تقييم مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٤٣ وما بعدها.

<sup>٦٦٦</sup> راجع: د. محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد، دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٦٥.

الشرع، ومن ثم يجب مراعاة الحالات التي وضعها الشارع كقيود على مبدأ سلطان الإرادة، سواء أكانت هذه القيود - كما سبق أن رأينا - الغرض منها حماية العاقد، أو حماية المصلحة العامة، أو حماية الغير.

٣- حرية العاقدین في استحداث عقود جديدة غير التي وردت في كتب الفقهاء القدامى، وذلك نزولاً على اعتبارات المصلحة، وإعمالاً لمجابهة ما قد يطرأ على الأمة من نوازل أو مستجدات.

٤- حرية العاقدین في إضافة الشروط المعتبرة شرعاً للعقود، سواء أكانت هذه الشروط من الشروط التقييدية، أو الشروط التعليقية.

٥- أن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة، لأن العقود تقع تحت ظلال العادات وليس العبادات.

٦- أن العقد يرتب الآثار التي يتفق عليها العاقدین بمجرد انعقاده صحيحاً، ومن ثم لا يجوز لأي من العاقدین تعديل مقتضى العقد بمفرده.

٧- أن العاقدین يكون لهما الحق في تعديل آثار العقد، حتى بعد انعقاده طالما قد ارتضى كلاً منهما هذا التعديل.

٨- أن أساس القوة الملزمة للعقد تكمن في إرادة العاقدین تحت ظلال الشرع، ومن ثم يجب على كل عاقد تنفيذ التزاماته بحسن نية حتى لا يأتّم شرعاً.

٩- أن القوة الملزمة للعقد تظل قائمة حتى تنفيذ مقتضى العقد، أو وجود مانع يحول دون تنفيذه، كالعذر، أو الجائحة.

١٠- أنه في حال الاختلاف حول تفسير بنود العقد؛ فإن القاضي يفسر العقد في ضوء عدة أمور من بينها النية المشتركة للمتعاقدین، وللقاضي التدخل في العقد لحماية الطرف الضعيف وتحقيق التوازن أو العدالة بين المتعاقدین، لأن الأصل في العقود جميعها هو العدل<sup>٦٦٨</sup>، ونجد في هذا تفرد خاص لمبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، حيث عدم الإفراط في سلطان الإرادة كما ذهب المذهب الفردي في أوربا<sup>٦٦٩</sup>؛ فحرية الإرادة عند المسلمين - والحال هذه - ظلت منذ بزوغ فجر الإسلام في حدودها المعقولة<sup>٦٧٠</sup>؛ فهي حرية لا إفراط فيها كما فعل انصار المذهب الفردي، ولا تجاهل لها كما عمد انصار المذهب الاجتماعي.

### المطلب الثاني

#### الاتجاه القائل بأن إرادة الشارع

#### هي أساس القوة الملزمة للعقد من حيث ترتيب آثاره

يرى هذا الاتجاه أن تقرير الفقه الإسلامي لمبدأ الرضائية في العقود لا يعني أن العقود في الشريعة الإسلامية تخضع لمبدأ سلطان الإرادة بكل منطقاته المعروفة في القانون الوضعي؛ فالإسلام أجرى توازناً بين مصلحتين؛ هما: مصلحة الفرد، من جهة، ومصلحة المجتمع، من جهة أخرى، وهذا التوازن يكمن في منح الفرد حرية التعاقد حيال إنشاء العقود بدون شكلية تذكر<sup>٦٧١</sup>، وجعل آثار العقود من عمل الشارع وحده تحقيقاً للمصلحة العامة؛ فهذا التوازن يهدف - والوضع كذلك - إلى تحقيق العدالة العقدية بين طرفي العقد. وفي هذا المنحى يقرر البعض من الفقهاء<sup>٦٧٢</sup>، في معرض تبريره لموقف الاتجاه القائل بأن آثار العقد يتم ترتيبها من قبل الشارع: "أن الذي للمكلف هو تعاطي الأسباب، وأما المسببات فهي من فعل الله تعالى وحكمه". كما يقول في موضع آخر<sup>٦٧٣</sup>: "أن السبب غير فاعل بنفسه، بل إنما وقع المسبب عنده لا به". فعلى الرغم من أن الفقه الإسلامي - والحال هذه - قد أقر مبدأ الرضائية حيال تكوين أو إنشاء العقود دون اشتراط - كقاعدة عامة وغالبة - اتباع شكل معين، وهو بذلك يؤسس إلى أن القوة الملزمة للعقد من حيث تكوينه تجد مردها في مبدأ الرضائية في العقود، إلا أنه (أي الفقه الإسلامي) لم يقر أغلبه - في المقابل - حق أطراف الرابطة العقدية في تعديل آثار العقد، من جهة.

ومن جهة أخرى، أقر - أيضاً - فسخ العقد في حال اختلال العدالة العقدية، أو التوازن العقدي، كما هو الحال في فسخ عقد الإيجار إذا كان استمراره يرتب عبئاً على كاهل أحد العاقدین، تحت ما يسمى بإحداث

<sup>٦٦٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. حسين النوري، دراسة في عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٥٣م، ص ٩١ وما بعدها. الشيخ عبد الوهاب خلاف، الأهلية وعوارضها في الشريعة الإسلامية، مطبعة مصر، القاهرة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م، ص ١٠ وما بعدها. وراجع كذلك: د. جميل متولي الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص ٢٠٣ وما بعدها.

<sup>٦٦٨</sup> راجع: نقي الدين أبي العباس أحمد بن تيمية، القياس في الشرع الإسلامي (يحتوي على رسالة القياس لشيخ الإسلام ابن تيمية، وفصول في القياس لابن قيم الجوزية)؛ منشورات دار الأفاق الجديدة، بيروت ١٩٧٥م، ص ١٤.

<sup>٦٦٩</sup> راجع: د. محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد، دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٦٧.

<sup>٦٧٠</sup> راجع: د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، مرجع سابق، ص ٤٤.

<sup>٦٧١</sup> راجع: د. نيلي عبد الله سعيد، دور الإرادة في تقييد حق الملكية، مجلة الحقوق، التي تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة السادسة (المجلد رقم ٦)، العدد رقم (٤)، الكويت ديسمبر ١٩٨٢م، ص ١٨٤.

<sup>٦٧٢</sup> راجع: أبو إسحق إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، ج ١، ص ١٩٠.

<sup>٦٧٣</sup> راجع: أبو إسحق إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، ج ١، ص ١٩٦.

أثر العذر في عقد الإيجار عند الأحناف<sup>٦٧٤</sup>، وكما هو الحال بالنسبة للجوائح في الزروع والثمار عند كل من: المالكية<sup>٦٧٥</sup>، والحنابلة<sup>٦٧٦</sup>؛ حيث أجاز المالكية انقاص الثمن في العقود بمقدار ما أحدثته الجائحة في العقود عليه من الزروع والثمار<sup>٦٧٧</sup>.

وعلى هذا الأساس جاءت نظرية الجعلية في الفقه الإسلامي؛ تلك النظرية التي تقرر أن دور الإرادة العقدية ينحصر في إنشاء العقد فقط؛ أما أحكام العقد وأثاره؛ فهي من عند الشارع<sup>٦٧٨</sup>، وليس لإرادة العاقدین شأناً حيالها<sup>٦٧٩</sup>، فالشارع الحكيم - والحال هذه - هو الذي يحدد شكل ونطاق الآثار المترتبة على العقود<sup>٦٨٠</sup>؛ وذلك عن طريق تخصيص آثار لكل عقد على حده<sup>٦٨١</sup>.

وعلى الرغم من أن أغلب الفقهاء قد قالوا بمبدأ جعلية العقود في الشريعة الإسلامية، إلا أن المذهب الشافعي يُعد - كما سنرى - أكثر المذاهب الإسلامية تشدداً في شأن الالتزام بهذا المبدأ، وسنعرض في هذا المطلب لموقف الفقهاء من مبدأ جعلية العقود، وأساس جعلية آثار العقد، وأثر الجعلية على الإرادة العقدية، والنتائج المترتبة على جعلية العقود؛ وذلك من خلال أربعة فروع بيانها كالتالي:

**الفرع الأول: موقف الفقهاء من مبدأ جعلية آثار العقود.**

**الفرع الثاني: أساس جعلية آثار العقود في الفقه الإسلامي.**

**الفرع الثالث: النتائج المترتبة على جعلية آثار العقود في الفقه الإسلامي.**

**الفرع الرابع: أثر جعلية آثار العقود على مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي.**

**الفرع الأول**

**موقف الفقهاء من مبدأ جعلية آثار العقود**

رأينا فيما سبق؛ أنه يقصد بمبدأ جعلية العقود، أن الشارع هو الذي يرتب آثار العقد<sup>٦٨٢</sup>، ومن ثم ليس للإرادة العقدية دوراً حيال ترتيب هذه الآثار، وبالتالي يكون أساس القوة الملزمة للعقد هو إنفاذ إرادة الشارع، كما ذكرنا - أيضاً - أن المذاهب الأربعة قد قررت مبدأ الجعلية، وليبيان الفكرة في شكل خاص سنعرض لموقف الفقهاء من مبدأ جعلية العقود<sup>٦٨٣</sup>، وذلك على النحو التالي:

**أولاً: المذهب الحنفي:** يرى الأحناف - كما سبق أن رأينا - أن هناك فارق بين الرضا والاختيار؛ فالاختيار عندهم يعني إرادة التعبير، أو الموافقة على إنشاء العقد، أما الرضا؛ فهو يعني إرادة الآثار المترتبة على التعبير<sup>٦٨٤</sup>، ويلزم لوجود الرضا بالآثار المترتبة على التعبير وجود الاختيار وليس العكس<sup>٦٨٥</sup>، ومن ثم يمكن القول: بأن كل رضا - عند الأحناف - يتضمن بين جنباته الاختيار، وليس كل اختيار يتضمن بين جنباته رضا؛ فالأحناف - والحال هذه - قد فصلوا بين مبدأ حرية الإرادة في التعاقد، ومبدأ جعلية الآثار العقدية<sup>٦٨٦</sup>، فالآثار المترتبة على العقد - عند الأحناف - ليست من عمل العاقد، بل هي من صنع الشارع<sup>٦٨٧</sup>؛ فالموجب للأحكام - والحال هذه - هو الله سبحانه وتعالى<sup>٦٨٨</sup>.

**ثانياً: المذهب المالكي:** مزج المالكية - على عكس الأحناف - بين الرضا والاختيار، ومن ثم ينعكس هذا المزج على مبدأ حرية الإرادة في التعاقد ومبدأ جعلية الآثار العقدية، بيد أن هذا المزج لا يؤدي إلى

<sup>٦٧٤</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٥٤ - بدائع الصنائع للكاتاني، ج ٤، ص ١٩٧ - الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٦٣.

<sup>٦٧٥</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٥٥ وما بعدها. محمد بن أحمد، المعروف بابن جزى، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

<sup>٦٧٦</sup> راجع: المقني لابن قدامة، ج ٦، ص ١٧٧.

<sup>٦٧٧</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٥٥ وما بعدها، وص ١٨٦ - محمد بن أحمد، المعروف بابن جزى، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

<sup>٦٧٨</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. حمدي المغاوري محمد عرفة، إجازة العقد القابل للإبطال، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، الإسكندرية ٢٠١٢م، ص ٥٧ وما بعدها. د. عبد الرووف دباش، أ. حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

<sup>٦٧٩</sup> راجع: الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، القاهرة ١٣٢٤هـ، ج ١، ص ٩٣.

<sup>٦٨٠</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. زكي الدين شعبان، الشروط المقررة للعقد، مرجع سابق، ص ١٤ وما بعدها.

<sup>٦٨١</sup> راجع: د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨م، ص ٥٧٩.

<sup>٦٨٢</sup> يرى الشيخ علي الخفيف - رحمه الله - أن للجعلية معنيين؛ الأول: المعنى الواسع، ومفاده أن الشارع قد جعل لكل عقد من العقود آثاراً خاصة به، وهذه الآثار يجب على الناس مراعاتها عند تكوين أو إنشاء العقود، وأما المعنى الثاني أو الضيق؛ فمفاده نفاذ الآثار المترتبة على العقد وقت انعقاد العقد دون إبطاء؛ أما الأحكام التابعة للآثار ومن مثلها التزام

<sup>٦٨٣</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوتني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٤٥ وما بعدها.

د. محمد بوكماش، أثر الجعلية في تقييد مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة البحوث والدراسات، العدد رقم (١٣) - السنة رقم (٩)، الجزائر ٢٠١٢م، ص ١٣١ وما بعدها. د. عبد الحميد محمود البيه، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، الطبعة مرجع سابق، ص ٥٠.

<sup>٦٨٤</sup> تجدر الإشارة إلى أنه لا داعي مع الجعلية الأخذ بالفرقة التي نادى بها الأحناف بين الرضا والاختيار، لأنهما مترادفان عند أكثر المذاهب تشدداً في التمسك بجعلية آثار العقود، وهو المذهب الشافعي، كما أن هذا المذهب لا يأخذ كذلك بفكرة العقد الفاسد، لأن العقد عندهم إما أن يكون صحيحاً، أو أن يكون باطلاً. راجع: د. عادل مصطفى بسبوي، مبدأ سلطان الإرادة

في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٠٦ وما بعدها.

<sup>٦٨٥</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأسيسية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، مرجع سابق، ص ١٠١ وما بعدها.

<sup>٦٨٦</sup> راجع: د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوتني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٤٦.

<sup>٦٨٧</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاتاني، حيث جاء في الجزء الخامس منه وتحديداً في ص ١٤٨، ما نصه: "صحة التصرف الشرعي هو اعتباره في حق الحكم الذي وضع له شرعاً".

<sup>٦٨٨</sup> راجع: فتح القدير لابن الهمام، ج ٦، ص ٤٠١ - علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول فخر الإسلام البردوي، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٢١هـ، ج ٤، ص ١٧١، و ص ٢٤٤، و ج ٢، ص ٦٢١.

القول بأن ترتيب آثار العقد من صنبة العاقدين، لأن هذه الآثار تترتب من قبل الشارع<sup>٦٨٩</sup>؛ فحرية التعاقد عند الملكية على هذا النحو تنصرف إلى إنشاء العقد أو تكوينه، وطالما الإرادة العقدية قد انصرفت إلى التعاقد؛ فإنها تكون قد ارتضت الآثار المتولدة عن العقد حسبما رتبها الشارع<sup>٦٩٠</sup>.

**ثالثاً: المذهب الشافعي:** يرى الشافعية أن رضا العاقدين واختيارهما للتعاقد ينصرف إلى إرادة التعبير فحسب، ولا يطل إرادة الأثر، لأن إرادة الأثر تنقرر من قبل الشارع<sup>٦٩١</sup>، وليس من قبل العاقدين<sup>٦٩٢</sup>، ومن نافلة القول بأن المذهب الشافعي يُعد من أكثر المذاهب الإسلامية الأربعة تمسكاً بأهداب جعلية العقود<sup>٦٩٣</sup>.

**رابعاً: المذهب الحنبلي:** ذهب الحنابلة إلى أنه وإن كان للإرادة دور كبير في مجال التعاقد، إلا أن هذا الدور لا يقتصر على حرية التعاقد فحسب، بل من الممكن أن يكون للإرادة دور في تحديد آثار العقد<sup>٦٩٤</sup>، شريطة ألا يكون مقدار ما تلعبه الإرادة في تحديد آثار العقد مؤدياً إلى مخالفة مناهج الشرع<sup>٦٩٥</sup>.

**خامساً: الآراء الفقهية الحديثة في خصوص مبدأ الجعية:** رأينا أن أغلب المذاهب الأربعة، قد انتهت إلى نتيجة محددة مفادها أن آثار العقود يربتها الشارع وليس العاقدين، وأن هذه النتيجة تسمى في أروقة الفقهاء بمبدأ جعلية آثار العقود.

والواقع أن هناك الكثير من الفقهاء المعاصرين قد ذهبوا إلى أن ما ذهب إليه غالبية أصحاب المذاهب الأربعة، يمكن الخروج عنه في العصر الحالي لاعتبارات المصلحة، وبالتالي أصبح هناك رؤية جديدة لآثار العقود؛ ومفاد هذه الرؤية أن إرادة العاقدين قد تلعب دوراً في تحديد آثار العقد<sup>٦٩٦</sup>، خاصة في عقود المعاملات المالية، أما ما عدا هذه العقود؛ فيظل مبدأ الجعية قائماً بكافة آثاره، كما هو الحال في عقد الزواج.

## الفرع الثاني

### أساس جعلية آثار العقود في الفقه الإسلامي

استدل فقهاء وعلماء المذاهب الإسلامية بمجموعة من الأدلة والحجج التي تبرهن على جعلية آثار العقود، **ومن هذه الحجج نذكر على سبيل المثال الآتي:**

**أولاً:** أن هناك آيات قرآنية كثيرة تؤدي إلى بلوغ فكرة جعلية آثار العقود، ومن هذه الآيات: قوله جل شأنه: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"<sup>٦٩٧</sup> فهذه الآية الكريمة أشارت صراحة إلى ضرورة وجود الرضا لإنشاء العقود، وهو ما يفهم منه أنه دور الإرادة العقدية يقتصر على إنشاء العقد فحسب، أما آثاره فهي من عند الشارع. ومن الآيات التي تم الاستدلال بها لتأكيد فكرة جعلية آثار العقد، قول سبحانه وتعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"<sup>٦٩٨</sup> فالشارع وفقاً لهذه الآية يأمر المؤمنين بضرورة تنفيذ العقود، وهذا التنفيذ يكون وفقاً للآثار المترتبة على العقود من قبل الشارع.

**ثانياً:** أن الله سبحانه وتعالى قد خلق الأشياء بأسبابها، والعقود تُعد أسباباً لآثارها<sup>٦٩٩</sup>، ومن ثم فإن المؤثر في حكم العقد هو الشارع وليس العاقدين<sup>٧٠٠</sup>؛ فالعقود - والحال هذه - صارت أسباباً لأحكام وآثار تترتب عليها وتنشأ عنها بحكم الشارع وصنيعه<sup>٧٠١</sup>.

**ثالثاً:** أن الشارع قد جعل لكل عقد ورد له تنظيم (عقد مسمى) جملة من الآثار؛ فلو كانت هذه الآثار تترتب وفقاً لإرادة طرفي العقد؛ فلماذا نص عليها الشارع؛ فنص الشارع عليها - والحال هذه - يفهم منه أن آثار العقود جعلية وليست من عنديات العاقدين؛ ومن ثم لا يستطيع العاقد الفرار من هذه الآثار<sup>٧٠٢</sup>.

<sup>٦٨٩</sup> راجع: الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق)، للقرافي المالكي، ج ١، ص ١٩٥، و ص ٢٠٣ وما بعدها.

<sup>٦٩٠</sup> راجع: الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، ج ١، ص ١٥٧؛ وراجع في هذا المعنى كذلك: د. زكي الدين شعبان، الشروط المقترنة بالعقد، مرجع سابق، ص ١٤.

<sup>٦٩١</sup> راجع: المستصفي من علم الأصول، للغزالي الشافعي، ج ١، ص ٧٥.

<sup>٦٩٢</sup> راجع: الأشباه والنظائر للسيوطي الشافعي، ص ٢٤٢.

<sup>٦٩٣</sup> راجع: د. عادل مصطفى بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

<sup>٦٩٤</sup> راجع: رسالة د. مسعد قطب باللغة الفرنسية.

- Mossaad. KOTB, Le rôle de la volonté dans la formation du contrat en droit Musulman et Comparé, étude de philosophie de droit, Thèse, Paris, 1984, PP. 348 et SS

<sup>٦٩٥</sup> راجع: أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الحنبلي، ج ٣، ص ٤٨٤.

<sup>٦٩٦</sup> راجع في ذلك: د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٥٠٠ وما بعدها، و ص ٥٨٤ وما بعدها. د. علي محي الدين علي القرعة داغي، مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ص ١١٤٥ وما بعدها. د. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص ١١٩ وما بعدها. د. محمد بوكماش، أثر الجعية في تقييد مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٤٣ وما بعدها.

<sup>٦٩٧</sup> راجع: الآية رقم (٢٩) من سورة النساء.

<sup>٦٩٨</sup> راجع: الآية رقم (١) من سورة المائدة.

<sup>٦٩٩</sup> راجع: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م، ج ٨، ص ٤٨٦.

<sup>٧٠٠</sup> راجع: د. محمد فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص ٣٧٦.

<sup>٧٠١</sup> د. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٩. د. محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٦٣. د. عادل مصطفى بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

**رابعاً:** أن الشارع عندما تولى تحديد آثار العقد، ولم يترك لطرفي العقد دوراً بشأنها، فقد جاء ذلك لحكمة معينة مفادها: تحقيق العدل بين طرفي العقد<sup>٧٠٣</sup>، ومنع الغرر في البيوع، وتجنب وقوع المنازعات<sup>٧٠٤</sup>؛ ومن ثم تحقيق التوازن أو التعادل بين الأداءات المتبادلة بين العاقدين<sup>٧٠٥</sup>.

**خامساً:** أن الله سبحانه وتعالى جل شأنه هو الأعلّم بما يجيش في صدور المتعاقدين؛ فقد يظمر أحد المتعاقدين الإضرار بالمتعاقدين الآخر، وهذا لن يحدث مع جعلية آثار العقود، لأن هذه الآثار تترتب بقوة الشرع، حتى لا يبغي بعض الناس على بعض<sup>٧٠٦</sup>.

**سادساً:** أن القول بأن العقود لا يترتب عليها آثارها بمعرفة الشارع، يُعد أمراً من الأمور التي تدخل في دائرة القول بالتقبيح والتحسين العقليين، أو الجبر والاختيار<sup>٧٠٧</sup>، وهو قول يُعد باطلاً، والقاعدة في هذا الشأن تقرر أن ما بُني على باطل فهو باطل<sup>٧٠٨</sup>.

**سابعاً:** أن القوة الملزمة للعقد تجد مصدرها في أمرين؛ وهما: الشرع، والعقل، فلقد لزم الشرع العاقد بالوفاء بالعقود والعهود في آيات قرآنية كثيرة، كما أن العقل السليم يقتضي ذلك، لأن ترك العقود دون إلزام العاقد بها - وفقاً لمقتضى الشرع - يترتب عليه عدم استقرار المعاملات<sup>٧٠٩</sup>.

### الفرع الثالث

#### النتائج المترتبة على جعلية آثار العقود في الفقه الإسلامي

يترتب على كون آثار العقود جعلية في الفقه الإسلامي جملة من النتائج، ومن هذه النتائج على سبيل المثال لا الحصر؛ الآتي:

**أولاً:** أن كل عقد تخلف عنه آثار لم يربتها الشارع، يُعد عقداً باطلاً.

**ثانياً:** أن كل أثر يربته العاقدين، ويكون هذا الأثر مخالفاً لمقتضى الشرع، يعتبر هو والعدم سواء.

**ثالثاً:** أن العقد يترتب آثاره بمجرد انعقاده صحيحاً، حتى ولو لم ينص عليها في العقد<sup>٧١٠</sup>، لأن هذه الآثار تكون واجبة بموجب حكم الشارع<sup>٧١١</sup>.

**رابعاً:** أن الآثار التي تترتب على العقد تقع حتى ولو لم يقصدها العاقدين، لأن الشارع هو الذي يترتب الآثار، ومن ثم فلا تعويل على القصد من جهة العاقد في شأن ترتيبها<sup>٧١٢</sup>.

**خامساً:** لا يجوز لأي من المتعاقدين استبعاد أي أثر من آثار العقد، لأن في ذلك مخالفة لشرعية الآثار<sup>٧١٣</sup>.

**سادساً:** أن تقرير مسؤولية العاقد يكون متحققاً، إذا لم يتم بتنفيذ آثار العقد، التي نص عليها الشارع<sup>٧١٤</sup>، كما أنه ليس للعاقد أن يتخلص من مقتضى العقد، أو أن يعفي نفسه من المسؤولية عن تنفيذ العقد بموجب شرط يشترطه<sup>٧١٥</sup>.

**سابعاً:** أن الوفاء بالعقود يُعد واجباً دينياً، ومن ثم فلا مجال لإعمال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين عند أنصار مبدأ جعلية آثار العقود<sup>٧١٦</sup>.

### الفرع الرابع

#### أثر جعلية آثار العقود على مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي

تجدر الإشارة - بداية - إلى أن القول بالجعلية لا يُعد مانعاً من وجود مبدأ سلطان الإرادة في مجال ترتيب آثار العقود عند فقهاء الإسلام، لأن المقصود بترتيب الشارع لآثار العقد (مبدأ جعلية آثار العقود) لا يعني إهدار دور الإرادة في ترتيب آثار العقد، بل يعني أن أساس القوة الملزمة للعقد مردها إلى الشارع<sup>٧١٧</sup>،

<sup>٧٠٢</sup> ارجع: الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٥٢.  
<sup>٧٠٣</sup> ارجع: د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٥٨٢.  
<sup>٧٠٤</sup> ارجع: الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٢٩ - د. زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، مرجع سابق، ص ١٨.  
<sup>٧٠٥</sup> ارجع: د. عادل مصطفى بيسوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٠٦ - د. مسعد قطب، الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقود ومدى اعتناق الفقه الإسلامي له، مرجع سابق، ص ١٧٢ - د. جمال الدين محمد محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٥٦ وما بعدها.  
<sup>٧٠٦</sup> ارجع: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٠١ - د. محمد  
<sup>٧٠٧</sup> ارجع: د. عادل مصطفى بيسوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٠٣.  
<sup>٧٠٨</sup> ارجع: نقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي، المعروف بالسبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م، ج ١، ص ٦٥.  
<sup>٧٠٩</sup> ارجع: الشيخ أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢١٤.  
<sup>٧١٠</sup> ارجع: د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة ومداه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص ٦٨٥.  
<sup>٧١١</sup> ارجع: د. صاحب عيد الفتلاوي، تحول العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ص ٢٢٧.  
<sup>٧١٢</sup> ارجع: الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، ج ١، ص ١٥٧.  
<sup>٧١٣</sup> ارجع: د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة ومداه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص ٦٨٥.  
<sup>٧١٤</sup> ارجع: الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، ج ١، ص ١٧١.  
<sup>٧١٥</sup> ارجع: د. صاحب عيد الفتلاوي، تحول العقد، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٢٧.  
<sup>٧١٦</sup> ارجع: د. محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد، دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٧٢.  
<sup>٧١٧</sup> ارجع: د. علي حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، نظرية العقد، منشورات معهد الدراسات العربية العالية التابع لجامعة الدول العربية، القاهرة ١٩٥٦ م، ص ٩.

وليس الإرادة العقدية<sup>٧١٨</sup>، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، إن المتأمل في مجلة الأحكام العدلية، يجد أنها تضمنت مبدأ سلطان الإرادة بكافة أطرها، وذلك على الرغم من أنها قننت على المذهب الحنفي، وهذا المذهب - كما سبق أن رأينا - يأخذ بمبدأ جعلية آثار العقود، ومن ناحية ثالثة، قرر فقهاء المذهب الحنبلي - كما رأينا - حرية الإرادة في إنشاء العقود وترتيب آثارها.

ويضاف إلى كل ما سبق، أن مبدأ جعلية آثار العقود لم يكن بمنأى عن النقد، لدرجة أن البعض من الفقهاء المعاصرين<sup>٧١٩</sup>، قد وصفه بأنه ليس من الفقه في شيء، مبرراً ذلك بأنه يجب التفرقة بين أمرين لا ينبغي الخلط بينهما؛ وهما: الأول: الحقيقة الفقهية. والثاني: الحقيقة الكلامية، كما يرى صاحب هذا الرأي - كذلك - أن منطق الأشياء لا يمنع من أن تلعب الإرادة دوراً حيوياً لترتيب آثار العقد<sup>٧٢٠</sup>.

والواقع أن الفهم الصحيح لمبدأ جعلية آثار العقود يلزم له - في تقديري - التفرقة بين نوعين من العقود، النوع الأول: العقود المالية، وهذا النوع من العقود، يجب أن يكون للإرادة العقدية فيه دوراً كبيراً في مجال ترتيب آثار العقد، ومن ثم يكون مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس بشأنها، شريطة أن تكون الآثار التي يرتبها العاقدان على العقد لا تخالف مناط الشرع ومقتضاه<sup>٧٢١</sup>. والنوع الثاني: العقود غير المالية، كالزواج، وهذا النوع من العقود، يتجلى فيه مبدأ جعلية آثار العقود بكافة أبعاده<sup>٧٢٢</sup>.

### المبحث الثالث

#### انقضاء القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي

الأصل والقاعدة أن القوة الملزمة للعقد - متى انعقد صحيحاً - ترتب على أطرافه التزامات<sup>٧٢٣</sup>، مفادها التزام كل عاقد بتنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقه بحسن نية وبدون غش أو التفاف<sup>٧٢٤</sup>، وهذا إن حدث يترتب عليه انقضاء القوة الملزمة للعقد انقضاءً طبيعياً أي وفقاً للمجرى العادي للأمر، لكن بلوغ هذه الغاية قد لا تتحقق لسبب أو لآخر، ومن هذه الأسباب انقضاء القوة الملزمة للعقد انقضاءً مبتسراً؛ كما هو الحال في حالة انفساخ العقد، أو اتفاق العاقدان على إنهاء العقد بإرادتهما معاً، كما هو الحال في التفاوض أو الإقالة أو التنازل، أو تعنت أحد العاقدان في تنفيذ التزاماته، ومن ثم تنقرر مسؤوليته العقدية.

وأياً ما كان الأمر؛ فإن القوة الملزمة للعقد تنقضي كنتيجة تبعية لانقضاء أو انحلال العقد<sup>٧٢٥</sup>، وقد يترتب على عدم التزام أي من العاقدان بتنفيذ التزاماته وفقاً للقوة الملزمة للعقد مساءلته على أساس المسؤولية العقدية؛ ولمزيد من الإيضاح فإننا سنقسم هذا المبحث إلى عدة مطالب بيانها كالتالي:

**المطلب الأول: النهاية الطبيعية للقوة الملزمة للعقد (تنفيذ مقتضى العقد).**

**المطلب الثاني: النهاية غير الطبيعية للقوة الملزمة للعقد (الانفساخ).**

**المطلب الثالث: انقضاء القوة الملزمة للعقد بإرادة طرفيه (التفاوض أو الإقالة).**

**المطلب الرابع: المسؤولية العقدية الناجمة عن عدم الالتزام بالقوة الملزمة للعقد.**

#### المطلب الأول

#### النهاية الطبيعية للقوة الملزمة للعقد

#### (تنفيذ مقتضى العقد)

تنتهي القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي نهاية طبيعية، إذا تم تنفيذ مقتضى العقد وبلوغ غايته؛ أي بتنفيذه<sup>٧٢٦</sup>، دون تعسف<sup>٧٢٧</sup>، ومن ثم تنقضي الالتزامات التعاقدية المتولدة عنه<sup>٧٢٨</sup>؛ وذلك يكون بموجب الآتي<sup>٧٢٩</sup>:

<sup>٧١٨</sup> راجع: د. عادل مصطفى بسبوتني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

<sup>٧١٩</sup> راجع: د. صلاح الدين الناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة (فؤاد الأول)، القاهرة ١٣٦٥هـ - ١٩٤٥م، ص ٣١٧.

<sup>٧٢٠</sup> راجع: د. صلاح الدين الناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء، مرجع سابق، ص ٣١٧.

<sup>٧٢١</sup> راجع: د. محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد، دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٧٣.

<sup>٧٢٢</sup> راجع: الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص ٢٢٢ - د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٥٨٦.

<sup>٧٢٣</sup> لعله من المعلوم أن الآثار المترتبة على العقد ليست واحدة في كل العقود؛ إذ تختلف من عقد إلى آخر، غير أن ذلك لا ينفي وجود قواسم مشتركة فيما يتعلق ببعض الآثار، وهنا تتجلى القوة الملزمة للعقد والتي فحواها عدم تحرر أحد المتعاقدين من الالتزامات التي رتبها العقد من تلقاء نفسه.

<sup>٧٢٤</sup> مزيداً من التفاصيل عن أثر الغش على العقد؛ راجع: د. الهادي السعيد عرفه، حسن النية في العقود، مرجع سابق، ص ١٦٦ - د. محمد محمد السروي، الغش في المعاملات المدنية، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٠ وما بعدها - د. علي حميد كاظم، الغش في عقد البيع، مجلة كلية الحقوق بجامعة النهدين، المجلد رقم (١٧) العدد الثالث، العراق ٢٠١٥م، ص ٤٤٤ وما بعدها.

<sup>٧٢٥</sup> مزيداً من التفاصيل عن إنهاء القوة الملزمة للعقد في القانون المدني المصري؛ راجع: د. عبد الحكيم عبد البصير السيد فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٣م، ص ٧ وما بعدها. ومزيداً من التفاصيل عن انقضاء العقد أو انحلاله في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، أسباب انحلال العقود المالية، مرجع سابق، ص ٦٦ وما بعدها.

<sup>٧٢٦</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، أسباب انحلال العقود المالية، مرجع سابق، ص ٣٧٥ وما بعدها.

<sup>٧٢٧</sup> التعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف ما دون فيه شرعاً بحسب الأصل، وبالتالي يجب أن تنتفي نية الخروج على أحكام الشرع ومقاصده حيال تنفيذ العقد، حتى لا يضار المتعاقد الآخر، مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٩٩٨م، ص ٢٤٢ وما بعدها.

**أولاً: انقضاء القوة الملزمة للعقد بالوفاء:** قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"<sup>٧٣٠</sup>، كما قال جل شأنه: "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً"<sup>٧٣١</sup> فهاتين الآيتين الكريمتين قد أشارتا إلى ضرورة تنفيذ العقود؛ وبالتالي إذا وفي كل من العاقدين بالتزامه تجاه العاقد الآخر؛ فإنه يترتب على ذلك انقضاء العقد<sup>٧٣٢</sup>، ومن ثم تزول القوة الملزمة له؛ فتنفيذ العقد حسب ما هو متفق عليه بين طرفيه بحسن نية دون أي مخالفة يترتب عليه زوال القوة الملزمة للعقد، وهذا يُعد الانقضاء الطبيعي الأتمثل الذي يرنو إليه كل من العاقدين<sup>٧٣٣</sup>، وقد أولت الشريعة الإسلامية الغراء أداء الحقوق والوفاء بالعهد شأواً عظيماً، واعتبرته أحد مقاصد الشرع<sup>٧٣٤</sup>.

**ثانياً: انقضاء القوة الملزمة للعقد بما يقابل الوفاء:** قد ينقضي العقد ليس لأنه تم الوفاء به أو تنفيذ مقتضاه، ولكن لأن هناك واقعة تعادل أو تماثل الوفاء؛ كما هو الحال في الوفاء بمقابل<sup>٧٣٥</sup>، أو تجديد الدين<sup>٧٣٦</sup>، أو الإنابة في الوفاء، أو المقاصة<sup>٧٣٧</sup>، أو اتحاد الذمة<sup>٧٣٨</sup>.

<sup>٧٣٨</sup> فقد الإيجار مثلاً ينقضي بانقضاء مدته، أو بالإفالة، أو بهلاك الشيء المأجور، أو بفسخ الإجارة للعذر، أو بموت أحد العاقدين عند الأحناف؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد سلام مذكور، عقد الإيجار في الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص ١٣٣ وما بعدها.

<sup>٧٣٩</sup> مزيداً من التفاصيل حيال انقضاء الالتزامات بوجه عام؛ راجع: د. متولي عبد المؤمن محمد المرسي، أحكام الالتزام في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والنظام القانوني السعودي وبعض القوانين المدنية العربية، الطبعة الأولى، دار الإجابة، الرياض ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م، ص ٢٩١ وما بعدها.

<sup>٧٤٠</sup> راجع: الآلية رقم (١) من سورة المائدة.

<sup>٧٤١</sup> راجع: الآلية رقم (٣٤) من سورة الإسراء.

<sup>٧٤٢</sup> راجع: د. محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

<sup>٧٤٣</sup> وهذا ما يسمى بالتنفيذ العيني للالتزام؛ أي حسبما ما هو متفق عليه بين العاقدين، وإذا لم يتم التنفيذ العيني؛ فإن التنفيذ يقع بمقابل (التعويض)؛ ويجوز للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين التمسك بالدفع بعدم التنفيذ؛ وهذا ما يسمى في الفقه الإسلامي بالامتناع المشروع عن الوفاء؛ يُعد الدفع بعدم التنفيذ شأنه في ذلك شأن الحق في الحبس من الحالات المشروعة لعدم الوفاء بالالتزامات؛ مزيداً من التفاصيل حول فكرة الامتناع المشروع؛ راجع: د. صلاح الدين الناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء، مرجع سابق، ص ٢٠ وما بعدها. د. يحيى محمد علي عبدالله، حالات عدم الوفاء المشروع بالتعهدات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٩٢م، ص ٧ وما بعدها. أ. علي بن محمد بن مقبول، الامتناع المشروع عن الوفاء في الفقه والنظام، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٩٩٩م، ص ١٢ وما بعدها. د. محمد نجيب عوضين المغربي، الامتناع المشروع عن الوفاء في العقود والمعاضات (الدفع بعدم التنفيذ)؛ دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥م، ص ٧ وما بعدها. وأياً ما كان الأمر؛ فإنه يجوز في العقود الملزمة للجانبين لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه؛ وهذا ما يسمى قانوناً بالدفع بعدم التنفيذ؛ والتمسك بهذا الدفع يعتبر وسيلة غير مباشرة للتنفيذ؛ لأنه قد يترتب عليه حمل المدين على تنفيذ التزامه التعاقدى دون اللجوء إلى القضاء، وبذلك ينتج العقد آثاره؛ ولا يترتب على التمسك بهذا الدفع انقضاء الالتزام أو زواله؛ بل وقف تنفيذه فقط بصورة مؤقتة، وينبغي للتمسك بهذا الدفع توافر عدة شروط من بينها: أن يكون الالتزام ناشئاً عن عقد من العقود الملزمة للجانبين، وأن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، وأن تكون هذه الالتزامات متعلقة بذات محل الالتزام وليس بغيره من الالتزامات؛ أي يجب أن تكون مرتبطة بعضها البعض ولا تنطوق بعلاقة مديونية أخرى ناشئة عن التزام آخر، وألا يكون الامتناع عن التنفيذ مرجعه وجود عذر؛ وألا يكون أحد المتعاقدين ملزماً بتنفيذ التزامه أولاً؛ وأخيراً ضرورة مراعاة حسن النية وعدم التصرف في استعمال هذا الدفع.

<sup>٧٤٤</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز أبو حبيب الشثري، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص ٢٣١ وما بعدها.

<sup>٧٤٥</sup> الوفاء بمقابل من الأمور الشائعة في الواقع العملي؛ وهو جانبي؛ سواء في الفقه الإسلامي، أو القانون المدني المقارن؛ ويُقصد بالوفاء بمقابل، أو الوفاء الاعتيادي كما يحلو لبعض فقهاء القانون سميته، أو الاستبدال كما يطلق عليه في الفقه الإسلامي، أو الوفاء البديل كما أسسته وثيقة الكويت؛ يقول الدان عوضاً عن تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً؛ أي قبض شيء آخر غير مما هو مستحق له؛ أو بعبارة أخرى قبول الدان لشيء آخر بدلاً عن الالتزام الأصلي، الذي كان متفقاً عليه عند نشو الالتزام؛ فقيام المدين - والحال هذه - بالوفاء بمقابل (أي شيء غير الالتزام الأصلي) مشروطاً بأن يرتضى الدان بهذا الشيء. راجع على سبيل المثال: البدائع للكاساني، ج ٦، ص ٥٤؛ وبدائية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ٢٠٦؛ والألم للإمام الشافعي، ج ٣، ص ١٣٢؛ والمعني والشرح الكبير، ج ٥، ص ٦٢٣؛ وراجع كذلك: نصوص المواد (١٥٤٨، ١٥٤٩، ١٥٥٠، ١٥٥١، ١٥٥٢، ١٥٥٣، ١٥٥٤، ١٥٥٥) من مجلة الأحكام العدلية؛ وراجع نص المادة رقم (١٠٨١) وما بعدها من مرشد الحيران إلى أحوال الإنسان؛ ونص المادة رقم (١٦٢٨) من مجلة الأحكام الشرعية. ويسمى الوفاء بمقابل في الفقه الإسلامي بالاستبدال؛ راجع في ذلك: د. رشدي أبو زيد شحاته، انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ٢٠٠٩، ص ٥٢٣. د. فايز محمد حسين، الوفاء بمقابل، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠١٠، ص ٢٠. وقد استخدمت وثيقة الكويت عبارة الوفاء البديل بدلاً من الوفاء بمقابل؛ راجع نص المادتين (٤٠٦، ٤٠٧) من هذه الوثيقة.

<sup>٧٤٦</sup> يقصد بتجديد الدين الافتراق بين الالتزام القديم بالتمام جديد، أو إحلال التزام جديد محل الالتزام القديم؛ وذلك بناءً على اتفاق يجري بين كل نوي الشأن؛ على تغيير عنصر من عناصر الالتزام؛ بحيث يكون الدين الجديد مختلفاً عن الدين القديم في أحد عناصره؛ فهذا الاختلاف يكفي له أن يكون في عنصر واحد فقط؛ وهذا العنصر المختلف؛ إما أن يكون في محل الالتزام، أو يكون في مصدر الالتزام، أو يكون في أشخاص الالتزام، بأن يتغير أحد طرفيه مثلاً؛ ويستوي في ذلك أن يكون الطرف المتغير هو الدان، أو المدين.

<sup>٧٤٧</sup> يقصد بالمقاصة بوصف كونها طريقة من طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء؛ أن هناك شخصان كل منهما أصبح مديناً ودياناً للآخر في نفس الوقت؛ وبدلاً من أن كل منهما يوفي دينه للآخر؛ تقع بينهما المقاصة بحيث ينقضي الدين الموجود في ذمة كل منهما تجاه الآخر بقدر الأقل من هذين الدينين؛ إذا لم يكن من الدينين متساويين في المقدار؛ فإذا كان فهد مديناً لمشاري ب ٥٠٠٠، وخمس وأربعون ألف ريال؛ ومشاري مديناً لفهد ب ٤٠٠٠٠، وأربعون ألف ريال؛ فإن الدين الأقل هو الذي ينقضي؛ ومن ثم يظل فهد مديناً لمشاري ب ٥٠٠٠ بخمسة آلاف ريال؛ أما إذا كان مبلغ المديونية متساويين في المقدار؛ فإنه يترتب على المقاصة انقضاء الدين الثابت في ذمة كل منهما للآخر؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد سلام مذكور، المقاصة في الفقه الإسلامي، بحث مقارن، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة ١٩٥٦م، ص ٧ وما بعدها. د. عبد الرحمن بن علي الرفيعة، المقاصة، منشورات معهد الإدارة العامة، الرياض ١٩٧٨م، ص ١٠ وما بعدها. د. ليلى عبد الله الحاج سعيد، المقاصة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، القاهرة ١٩٧٨م، ص ١٧ وما بعدها. د. أحمد يوسف حسين، المقاصة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة بالمعاصرة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة بالمعاصرة، عمان ٢٠٠٠م، ص ١١ وما بعدها. د. محمد بن صالح بن إبراهيم اليحيى، المقاصة وأثرها في انقضاء الالتزام في الفقه والنظام، بدون نشر، القيصم ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، ص ٦ وما بعدها. د. سهاد سامي حسن رواشدة، المقاصة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة بالمعاصرة الأردنية، عمان ٢٠٠٠م، ص ١٣ وما بعدها. د. عبد المجيد قادري، الطبيعة القانونية للمقاصة، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد رقم (٣٢) ديسمبر ٢٠١٢م، ص ١٤١ وما بعدها. أ. ياسمين حوافي، المقاصة القانونية في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، الجزائر ٢٠٠٨م - ٢٠٠٩م، ص ٤ وما بعدها. د. فايز محمد حسين، المقاصة، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في القانون الروماني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠١١م، ص ١٠ وما بعدها. د. محمد بن أحمد علي واصل، أحكام المقاصة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، مدار الوطن للنشر، الرياض ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م، ص ٧ وما بعدها. د. ياسين محمد الجبوري، الوقت الذي ترتب فيه آثار المقاصة القضائية في القانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية، المجلد رقم (٤١)، الملحق رقم (١) لسنة ٢٠١٤م، الأردن ٢٠١٤م، ص ٥١ وما بعدها. وقد عرف ابن القيم المقاصة، بأنها: "سقوط أحد الدينين بمثل جنساً وصفة"<sup>٧٤٨</sup>؛ راجع إعلام الموقعين لابن القيم، ج ١، ص ٣٢١؛ كما عرفها الدردير من الملكية بأنها: "إسقاط ما لك على غريمك في نظير ما له عليك بشروط"<sup>٧٤٩</sup>؛ راجع الشرح الكبير للدردير، ج ٣، ص ٢٢٧؛ كما عرفت المادة رقم (٢٢٥) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان؛ المقاصة بأنها: "إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابله دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه"<sup>٧٥٠</sup>، والمقاصة في الفقه الإسلامي على نوعين فقط: هما المقاصة الجبرية، والمقاصة الاتفاقية؛ راجع في ذلك: المبسوط للسرخسي، ج ١٢، ص ٢٠٧؛ والمعني لابن قدامة، ج ٢، ص ٢٣١؛ وقد جاء في مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان أن: "المقاصة نوعان: جبرية تحصل بنفس العقد، واختيارية تحصل بتراضي المتدينين"<sup>٧٥١</sup>؛ راجع نص المادة رقم (٢٢٥) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان. ويطلق فقهاء الإسلام على المقاصة القانونية مسمى المقاصة الجبرية؛ لأنها لا تتوقف على تراضي طرفيها؛ حيث تقع بدون اتفاق أو طلب متى توافرت شرائطها؛ راجع المادة رقم (٢٢٦) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان؛ وراجع كذلك: المبسوط للسرخسي، ج ٢٦، ص ١١٥؛ والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم المصري، ج ٦، ص ٢١٧؛ وكتاب الأم للإمام الشافعي، ج ٧، ص ٢١١؛ وكشاف القناع للبهوتي الحنبلي، ج ٣، ص ٣١٠؛ و ج ٤، ص ٥٥٢؛ والمحلي لابن حزم الظاهري، ج ٨، ص ٢١٠.

<sup>٧٤٨</sup> يقصد باتحاد الذمة اجتماع صفتي الدان والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد؛ ومن ثم تتحد الذمتان اللتان كانتا في الماضي في ذمة واحدة بالنسبة للمحاضر؛ وبالتالي تزول كل من الصفتين المذكورتين بمقابلة إحداهما للآخرى؛ كما هو الحال في حالة وفاة الدان وكان المدين وارثاً له؛ ففي هذه الحالة لا يستطيع الشخص أن يطالب نفسه بالدين، أو أن

**ثالثاً: انقضاء القوة الملزمة للعقد بدون وفاء:** إذا كان العقد قد ينقضي بالوفاء، أو قد ينقضي - أيضاً - بما يقوم مقام الوفاء؛ فإنه قد ينقضي - كذلك - بدون وفاء؛ كما هو الحال في الإبراء من الدين<sup>٧٣٩</sup>، أو استحالة التنفيذ<sup>٧٤٠</sup>، أو مرور الزمن المانع من سماع الدعوى<sup>٧٤١</sup>.

## المطلب الثاني

### النهاية غير الطبيعية للقوة الملزمة للعقد

#### (الانفساخ)

يفرق الفقه الحديث في خصوص انحلال العقد بين: الفسخ<sup>٧٤٢</sup>، والانفساخ، والتفاسخ؛ ويترتب فسخ العقد - في الغالب - بموجب حكم قضائي (الفسخ القضائي)<sup>٧٤٣</sup>، أما الانفساخ؛ فهو الذي يقع بقوة القانون في حال

يقوم بالوفاء لنفسه؛ ومن ثم ينقضي الدين بالقرض الذي اتحدت فيه الذمتان. والواقع أن الأهمية العملية لاتحاد الذمة في الواقع العملي تكاد تكون محدودة؛ خاصة في البلدان الإسلامية؛ لأنه يتحقق في حالة وفاة الدائن ولا يتحقق في حالة وفاة المدين؛ فإتحاد الذمة أكثر ما يتحقق عن طريق الميراث في حال وفاة الدائن؛ وهذا يكون اتحاد الذمة فيه ظاهر؛ أما في حال وفاة المدين وكان الدائن وارثاً له؛ فلا يتحقق اتحاد الذمة؛ في البلدان الإسلامية؛ لأن الدائن طبقاً لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون سيستوفي حقه أولاً؛ ثم يرث بعد ذلك شتاتة في هذا شأن سائر الورثة. راجع: نص المادة رقم (٤١٨) من وثيقة الكويت. وراجع: راجع نص المادة رقم (٤٤٢) من مجلة الأحكام العدلية، وراجع كذلك نص المادة رقم (٧٠٠) من هذه المجلة حيث نصت على أنه: "إذا توفي المحال له وكان المحال عليه وارثاً فقط؛ حكم للحالة".

<sup>٧٣٩</sup> يقصد بالإبراء من الالتزام؛ قيام الدائن بالتنازل مختاراً؛ سواء في أثناء حياته، أو بعد مماته؛ عن حقه الثابت في ذمة المدين، سواء بصورة كلية، أو بصورة جزئية؛ دون أن يتقاضى من هذا المدين، أو من غيره؛ ما يُعد وفاءً، أو حتى ما يُعد معادلاً لهذا الوفاء؛ أو بعبارة أخرى أكثر إيجازاً أنزل الدائن عن حقه للمدين بدون مقابل؛ أي على سبيل التبرع. وفي ضوء ذلك يتضح أن الإبراء يختلف عن الصلح؛ لأن الصلح لا يجري في الغالب؛ إلا إذا تنازل كل طرف من طرفيه عن بعض حقوقه؛ فالصلح وإن كان إبراءً إلا أنه يُعد إبراءً متبادلاً؛ إذ يكون - في الغالب - بمقابل؛ والإبراء - في واقع الأمر - يُعد طريقاً متفرداً من طرق انقضاء الالتزام؛ لأنه يتم بدون مقابل، من جهة، وأنه يرتب آثاره بمجرد انعقاد عند القائلين - كما سئرى - بأنه يُعد عقداً؛ أو منذ اتصال علم المدين به، عند القائلين بأنه لا يُعد عقداً؛ بل تصرفاً قانونياً من جانب واحد؛ حيث يصدر الإبراء - عندهم - بموجب الإرادة المنفردة من قبل الدائن؛ ومن ثم لا يلزم له موافقة المدين. مزيداً من التفاصيل عن عقد الصلح؛ راجع: د. رمضان خضر سالم شمس الدين، عقد الصلح في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ٢٠٠٨م، ص ٧ وما بعدها. د. فيصل بن سعد العصيمي، الصلح في مجلس القضاء، مجلة العدل، العدد رقم (٦٧) محرم ١٤٣٦هـ، الرياض ١٤٣٦هـ، ص ١٠ وما بعدها. ولم يتحد موقف الفقهاء؛ سواء فقهاء الإسلام، أو فقهاء القانون المدني الوضعي؛ حيث الطبيعة القانونية للإبراء؛ مزيداً من التفاصيل حول عرض هذه الأراء؛ سواء في الفقه الإسلامي، أو في فقه القانون الوضعي؛ راجع: د. علي أحمد شكورفو، طبيعة الإبراء من الدين، مجلة البحوث القانونية بكلية القانون في جامعة مصراته، السنة الثانية، العدد الثاني، إبريل ٢٠١٥م، ليبيا ٢٠١٥م، ص ١٠١ وما بعدها. وقد اختلف فقهاء الإسلام حيال الطبيعة القانونية للإبراء؛ فبعض البعض منهم أن الإبراء بمثابة عقداً؛ ومن ثم يلزم له موافقة كل من الدائن والمدين معاً على وقوعه؛ وهذا قول بعض فقهاء الأحناف، والمالكية، وقول عند الشافعية؛ ويستند أنصار هذا الرأي إلى عدة حجج؛ منها: أن القول بأن الإبراء ليس عقداً يحتاج إلى موافقة المدين فضلاً عن موافقة الدائن؛ يجعل الإبراء في عداد المنن، وقد لا يقبل المدين أن يمن الدائن عليه؛ كما أن الهبة تحتاج إلى موافقة الموهوب له؛ وبالتالي يمكن قياس الإبراء عليها؛ كما أن قيام الدائن بالإبراء يُعد إيجاباً يلزمه قبول من المدين؛ ومن المعلوم أن من حق المدين رد الإبراء على الدائن؛ فمن باب أولى يجب أن تكون موافقته عليه محل اعتبار بداءة. راجع: بدائع الصنائع للكاتبي الحنفي، ج ٥، ص ٢٠٢، و ٢٠٣؛ والفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٣٩٠؛ وحاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٧١٧؛ والفرق للقرافي المالكي، ج ٢، ص ٢٠٢؛ وروضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي الشافعي، ج ٤، ص ٢٥١؛ الشرح الكبير للدردير، ج ٢، ص ١٥٢؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، ص ٩٩. وذهب جانب آخر من فقهاء الإسلام إلى أن الإبراء لا يعد عقداً؛ بل يُعد تصرفاً قانونياً من جانب واحد؛ حيث يتطلب له فقط إرادة الدائن ولا يلزم له موافقة المدين؛ وهذا هو مذهب جمهور المذاهب الإسلامية؛ من فقهاء المذاهب الحنفي، والمذهب الحنفي، والمذهب المالكي، والمذهب الشافعي؛ راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لأين نجيم الحنفي، ج ٦، ص ١٧٩؛ والفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٣٩٠؛ وحاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٧١٧؛ ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني الشافعي، ج ٣، ص ١٨٠؛ والفرق للقرافي المالكي، ج ٢، ص ١١٠؛ و ٢٠٢؛ والمغني لا ين قدمه الحنفي، ج ٤، ص ٣١٤؛ و ٧٠٧؛ وكشاف القناع للبهوتي الحنفي، ج ٢، ص ٤٧٧. وقد استدلوا على ذلك بعدة حجج؛ نذكر منها: قياس الإبراء على الإسقاط؛ حيث لا يشترط للإسقاط قبول المدين؛ والجدير بالذكر أن الإبراء في الفقه الإسلامي يُعد صورة من صور الإسقاط؛ ولهذا على أن تشمل مع الإبراء؛ ولهذا يمكن القول بأن كل إبراء يُعد إسقاطاً؛ ولكن ليس كل إسقاط يُعد إبراءً؛ راجع في ذلك: د. صالح بن عبد الرحمن المحميد، الإبراء من الحق في الفقه الإسلامي، معاه ومشروعيته، وصلته وبغيره، مجلة العدل، العدد رقم (٨) السنة الثانية - شوال ١٤٢١هـ؛ الرياض ١٤٢١هـ، ص ٢٠. أ. صايل أحمد حسن الحاج، نظرية الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية، فلسطين ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص ٢ وما بعدها. وكذلك يقيس الفقهاء الإبراء على الطلاق والشفعة؛ حيث إن كل منهما يفتقر إلى طلب القبول. وعلى الرغم من اتفاق الأحناف مع جمهور الفقهاء حول أن الإبراء يُعد تصرفاً قانونياً من جانب واحد وليس عقداً؛ إلا أنهم اختلفوا مع جمهور الفقهاء في نقطة واحدة؛ وهي جواز رد الإبراء من المدين على الدائن؛ فقد أجاز الحنفية هذا الرد للمدين؛ بينما لم يجيزه جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة. وراجع كذلك في التفتينات الحديثة على المذهب الحنفي، والمذهب الحنفي، وعلى المذاهب الأربعة؛ نصوص المواد التالية: نص المادة رقم (١٥٣٦) من مجلة الأحكام العدلية، ونص المادتين (١٥٣٧، ١٥٣٨) من مجلة الأحكام العدلية؛ ونص المادة رقم (٢٣٢) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ونص المادة رقم (٢٣٥) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان. ونص المادة رقم (٢٣٦) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان؛ ونص المادة رقم (٢٤٦) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان. ونص المادة رقم (٢٤٧) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان. وراجع كذلك نص المادة رقم (١٦٥٦) من مجلة الأحكام الشرعية، ونص المادة رقم (١٦٥٨) من مجلة الأحكام الشرعية، ونص المادة رقم (١٦٦٢) من مجلة الأحكام الشرعية. وراجع أيضاً نص المادة رقم (٤٢٠) من وثيقة الكويت. والفقرة الثانية من نص المادة رقم (٤٢١) من وثيقة الكويت. ونص المادة رقم (٤٢٢) من وثيقة الكويت.

<sup>٧٤٠</sup> الحقيقة أن الشريعة الإسلامية الفراء؛ لم تعرف نظام التقادم المسقط؛ بل عرفت ما يعرف بمرور الزمن المانع من سماع الدعوى؛ لأن الحق في الشريعة الإسلامية - على خلاف غالبية القوانين الوضعية - لا يسقط بعضى المدة؛ وإنما الذي يسقط هو وسيلة المطالبة به؛ راجع على سبيل المثال: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٧، ص ٢٢٨؛ وشرح النصاب المالكي، ج ٦، ص ٢٢٩؛ ونص المادة رقم (١٦٧٤) من مجلة الأحكام العدلية؛ ونص المادة رقم (١٩٥) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان. وراجع كذلك الشيخ أحمد إبراهيم، والمستشار واصل علاء الدين أحد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٢٧. أما التقادم في القانون الوضعي إما أن يكسب حقاً، أو أن يسقط حقاً؛ أما في الشريعة الإسلامية؛ فكان مرور الزمن، أو مضي المدة لا ينشأ حقاً، ولا يزول به حق، وهذا هو مسلك وثيقة الكويت؛ حيث نصت المادة رقم (٤٢٥) من هذه الوثيقة على أنه: "لا يسقط الحق بالتقادم، ولكن لا تسمع الدعوى به على من ينكره بانقضاء خمس عشرة سنة دون عذر شرعي مع مراعاة الاستثناءات الواردة في هذا القانون، ولا يترد فيه من أحكام خاصة". كما نصت المادة رقم (٤٢٧) من ذات الوثيقة على أنه: "لا تسمع الدعوى عند الإنكار بعد مرور سنة في الحقوق التالية: أ. حقوق التجار والصناع عما قدموه من بضائع أو مصنوعات لغير التجار. ب. حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما يقدمونه لزبائنهم. ج. حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية، ومن ثم ما قدموه من أشياء". ومزيداً من التفاصيل عن عدم سماع الدعوى في الفقه الإسلامي؛ راجع: د. علي زكي العرابي، طبيعة التقادم في الشريعة والقانون، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، السنة الثالثة - العدد السادس - أكتوبر ١٩٣٣م، القاهرة ١٩٣٣م، ص ٨٦٥ وما بعدها. د. حامد محمد عبد الرحمن أبو طالب، نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م، ص ٢٨٦ وما بعدها. د. بيان يوسف حمود رجب، دور الحيثية في الرهن الحيازي، دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٨٦م، ص ١٤٧ وما بعدها. أ. صلاح عودة شيشي، أحكام التقادم في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن ١٩٩٢م، ص ٥ وما بعدها. أم الجرواني محمد سليمان، تقادم الحقوق بين الفقه والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٩٦م، ص ١٥ وما بعدها. د. السيد أحمد عبد العال أحمد بديوي، أثر مضي المدة على الحقوق العينية والشخصية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٩٩م، ص ١٠ وما بعدها. د. محمد أحمد محمد بديوي، التقادم المسقط للحقوق والدعوى بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ٢٠٠٤م، ص ١٣ وما بعدها. د. سعد بن تركي الختلان، الزمن في الدين وأحكامه الفقهية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة رقم (١٧) العدد رقم (٦٨)، رمضان ١٤٢٦هـ - سبتمبر ٢٠٠٥م، ص ٢٤٦ وما بعدها. أ. أحمد برادي، التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر، الجزائر ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م، ص ١٠١ وما بعدها. د. محمد بن سعد الخميس، أثر التقادم في الواجبات المالية، مجلة العدل، العدد رقم (٥١)؛ رجب ١٤٣٢هـ، الرياض ١٤٣٢هـ، ص ١١٤ وما بعدها. د. حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد، التقادم وإسقاطه للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٩م، ص ١٢ وما بعدها. أ. سرير عيسى، أثر مضي المدة في الالتزام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر (١) الجزائر ٢٠١٣م - ٢٠١٤م، ص ٨ وما بعدها. د. محمد رجب بكري الكبيسي، أثر مضي المدة في الحقوق الشخصية، دراسة في دور القاضي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠١٥م، ص ١٠ وما بعدها.

<sup>٧٤٢</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول (القاهرة حالياً)؛ القاهرة ١٣٦٤هـ - ١٩٤٦م، ص ١٠ وما بعدها. د. علي أحمد علي مرعي الخطيب، نظرية الفسخ في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٧٣م، ص ١٢ وما بعدها. د. سيف الدين محمد محمود، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين (الفسخ)، دراسة في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٨٢م، ص ١١ وما بعدها. د. حوران محمد سليمان، نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النوادر، دمشق ٢٠١٢م، ص ٥٦

استحالة التنفيذ لسبب أجني لا يد لأحد العاقدين فيه<sup>٧٤٤</sup>؛ أما التفاوض؛ فهو اتفاق طرفي العقد بالتراضي على انقضائه<sup>٧٤٥</sup>، وهو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي الإقالة<sup>٧٤٦</sup>. وسنعرض في هذا المقام للانفاخ بقوة الشرع بحسبانه سبباً يؤدي إلى انقضاء القوة الملزمة للعقد بصورة غير طبيعية، أي خارجة عن إرادة أحد طرفي العقد لاستحالة التنفيذ لسبب لا يعزى إلى العاقد.

وقد قال جل شأنه: "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"، كما قال سبحانه: "إن الله يأمر بالعدل والإحسان"؛ ونزولاً على هذا فلا يمكن إجبار العاقد على تنفيذ الالتزامات المنبثقة عن العقد في حال كون هذا التنفيذ عسيراً، أو في حال كون التنفيذ يصيب العاقد بضرر، إذ ليس من العدالة، والإسلام دين العدالة، أن يلزم الشخص بتنفيذ تعهده إذا كان في هذا التنفيذ ظلم له.

وعلى الرغم من أن الفقه الإسلامي لم يتطرق إلى تعريف نظرية الظروف الطارئة<sup>٧٤٧</sup>، إلا أننا نجد في ثنايا كتب الفقهاء تطبيقات لهذه النظرية، كنظرية العذر في عقد الإيجار، ونظرية الجوائح في بيع الثمار<sup>٧٤٨</sup>. وسنعرض فيما يلي لهاتين النظريتين؛ وذلك من خلال فرعين على النحو التالي:

**الفرع الأول: نظرية العذر في عقد الإيجار.**

**الفرع الثاني: نظرية الجوائح في بيع الثمار.**

## الفرع الأول

### نظرية العذر في عقد الإيجار

**أولاً: المقصود بالعذر في مجال عقد الإيجار:** يقصد بالعذر كل أمر غير متوقع الحدوث وقت انعقاد عقد الإيجار<sup>٧٤٩</sup>، أو هو ما لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق بالعاقد<sup>٧٥٠</sup>، أو هو: "عجز العاقد

ص ٧ وما بعدها. د. عبد الرحمن بن عابد بن خالد العايد، أسباب انحلال العقود المالية، مرجع سابق، ص ٢١٤ وما بعدها. أ. عبد العزيز بن إبراهيم بن محمد المزيد، الضوابط الفقهية في فسخ عقد البيع، جمعاً ودراسة، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٣٠هـ، ص ١٢ وما بعدها.  
<sup>٧٤٢</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: أ. أحمد بن عبد الكريم بن ناصر البدراني، سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقود المالية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٣٤هـ، ص ٢٠ وما بعدها.

<sup>٧٤٤</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨م، ص ٥ وما بعدها.  
<sup>٧٤٥</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عمر علي سعيد محمد مليح، دور الفسخ الاتفاقي في إنهاء العقود، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ٢٠٠٩م، ص ١١ وما بعدها.

<sup>٧٤٦</sup> إذا لم يوف أحد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين بالتزامه؛ جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب إما تنفيذ العقد، أو فسخه؛ والغرض من الفسخ يكمن في تحلل المتعاقد من التزاماته؛ كنتيجة لإحلال المتعاقد الآخر بالتزاماته المقابلة؛ وبالتالي قد يكون التلويح بالفسخ من قبل الدائن - والحال هذه - دافعاً لقيام المدين بتنفيذ التزامه. والفسخ كما هو معلوم على ثلاثة أنواع؛ فقد يكون فسخاً قضائياً، وقد يكون فسخاً قانونياً، أي يقع بقوة القانون، وقد يكون فسخاً اتفاقياً، والفسخ الاتفاقية هو ذلك الفسخ الذي ينقرر بموجب حكم قضائي؛ ويسمى هذا النوع بالفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمني تمييزاً له عن الفسخ الاتفاقية المسمى بالفسخ المبني على الشرط الفاسخ الصريح؛ وبموجب هذا النوع من الفسخ يجوز لكل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين أن يطلب من القضاء تنفيذ العقد المبرم معه أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى؛ ويشترط لوقوع الفسخ القضائي توافر عدة شروط من بينها: أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين، وأن يتمتع أحد أطراف الرابطة العقدية عن الوفاء بالتزامه رغم إمكانية هذا الوفاء دون سبب مشروع، وأن يتقدم الدائن للقضاء بطلب الفسخ، وأن يكون الدائن قادراً على إعادة الدائن فسخه، وأن يكون الدائن قد أعذر المدين بالقيام بتنفيذ التزامه ولم يستجب هذا الأخير لهذا الإعذار؛ فإذا توافرت هذه الشروط جاز للدائن أن يطلب من المحكمة المختصة طلب فسخ العقد؛ وللمحكمة المختصة حيال هذا الأمر سلطة تقديرية؛ فقد تجيبه إلى طلبه؛ ومن ثم تقرر الفسخ؛ وفي هذه الحالة يعود المتعاقدين - كقاعدة عامة - إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام التعاقد؛ أي كان العقد لم يتم من الأساس (الفسخ باثر رجعي)؛ ما لم يكن العقد من العقود الزمنية؛ فعند الإيجار؛ إذ في هذه العقود يتعذر عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانت عليها قبل إبرام العقد (عدم رجعية الفسخ)؛ حيث لا ترد الأجرة من المؤجر للمستأجر؛ لأن هذا الأخير قد انتفع بالعين المؤجرة مقابل هذه الأجرة. وقد لا تجيب المحكمة إلى طلبه بالفسخ؛ ومن ثم لا تقرر الفسخ وتعطي المدين أجلاً للتنفيذ إذا رأت مقتضى لمنح هذا الأجل؛ وقد يكون الجزء المتبقي من المديونية قليل الأهمية بالنسبة للالتزام برمته. أما الفسخ بقوة القانون: (الانفاخ)؛ فإنه يترتب عليه صيرورة العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وبقوة القانون دون الحاجة إلى حكم قضائي، ودون إعدار، ودون اتفاق؛ وذلك إذا استحال تنفيذه؛ بسبب أجني لا يد للمدين فيه؛ وذلك لعدم جدوى بقاء الرابطة العقدية؛ لاستحالة تنفيذ الالتزام محل العقد؛ سواء بصورة كلية أو جزئية؛ سواء أكانت هذه الاستحالة بسبب خطأ المدين؛ أو بسبب أجني لا يد للمدين فيه؛ كالقوة القاهرة؛ أو فعل الغير وفي حال كون الاستحالة راجعة لخطأ المدين؛ تنتقل من التنفيذ بمقابل (التعويض)؛ وفقاً للواقع العامة؛ أما في حال كون الاستحالة مرجعها السبب الأجنبي الذي لا يد للمدين فيه؛ فيقتضي الإلزام كلية. وعلى الرغم من أن الفسخ يقع في هذا النوع بقوة القانون؛ إلا أن ذلك لا يمنع من وجود دور للقضاء في هذا النوع من الفسخ؛ حيث قد يطلب أحد المتعاقدين من القضاء النظر في مدى تحقق سبب الفسخ القانوني من عدمه؛ أو بعبارة أخرى تحقق القضاء من استحالة التنفيذ؛ وبيان وإثبات هل هو راجع إلى خطأ المدين، أو لسبب أجني لا يد للمدين فيه. أما الفسخ الاتفاقي، أو الإقالة، أو التقابل، أو التفاوض؛ (الشرط الفاسخ الصريح)؛ فمؤاده الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي؛ وذلك عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد؛ فمفاد هذا الفسخ اتفاق المتعاقدين على وقوعه في حال امتناع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه؛ سواء أكان هذا الامتناع بصورة كلية، أو بصورة جزئية، وقد يكون هذا الاتفاق مجرداً من شرط الإعدار؛ بمعنى أن الفسخ يقع دون اشتراط أن يقوم أحد الطرفين بإعذار الآخر؛ كما قد يكون هذا الاتفاق متضمناً ووقع هذا الفسخ دون اللجوء إلى القضاء؛ أما إذا كان الاتفاق مشتملاً على عدم وقوع الفسخ إلا بعد الإعدار؛ فلا يقع الفسخ الاتفاقي إلا بعد استيفاء إجراء الإعدار.؛ مزيداً من التفاصيل عن الفسخ في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ راجع: د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مرجع سابق، ص ١٠ وما بعدها. د. بهاء الدين العلابي، النظرية العامة للعقد في الفقه الإسلامي والقانون، المجلد الثاني: آثار العقد وزواله في الفقه الإسلامي والقانون، دار الشواف، الرياض ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٨م، ص ٤١٩. - د. علاء السيد محمود الزاهي، إحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفاخ والتفاوض؛ دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق بجامعة طنطا (مصر)، طنطا ٢٠٠٦م، ص ١٥ وما بعدها. د. سليمان براك دايع، الفسخ بوصفه ضماناً للتنفيذ؛ مجلة كلية الحقوق للعلوم القانونية والسياسية بجامعة كركوك، المجلد الرابع، العدد الثالث عشر، العراق ١٤٣٥هـ - ٢٠١٥م، ص ١٠٠ وما بعدها. د. عمر علي سعيد محمد مليح، دور الفسخ الاتفاقي في إنهاء العقود، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ٢٠٠٩م، ص ١١ وما بعدها. د. سيف الدين محمد محمود، جزاء عدم تنفيذ العقد الملزمة للجانبين (الفسخ)، دراسة في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص ١١ وما بعدها.

<sup>٧٤٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. فاضل شاكرا التميمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، مطبعة دار الجاحظ بغداد ١٩٦٩م، ص ١٠ وما بعدها. د. عبد السلام الترمياني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية مقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرايع الأوروبية وتطبيقات النظرية في البلاد العربية، دار الفكر، دمشق ١٩٧١م، ص ٣ وما بعدها. د. حسب الرسول الشيخ الفراري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، الإسكندرية ١٩٧٩م، ص ١٠ وما بعدها. د. منصور نصر عبد الحميد قموح، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٩٢م، ص ٩ وما بعدها. د. قياتي محمد رشيد، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد رقم (٢)، السنة الأولى، جدة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٠م، ص ٨٥ وما بعدها. د. سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٥م، ص ٨ وما بعدها. د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، كلية المطبوعات الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٠م، ص ١٤ وما بعدها. د. بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية جامعة لخضر باتنة، الجزائر ٢٠١٢م، ص ٥ وما بعدها. د. عبد الحكيم فودة، أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠١٤م، ص ٥ وما بعدها. أ. إبراهيم بن عبد الحليم إبراهيم العبد اللطيف، الظروف الطارئة وأثرها في العقود الزمنية في الفقه والنظام، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤١٨هـ، ص ١٧ وما بعدها.  
<sup>٧٤٨</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. السيد عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة، مرجع سابق، ص ٥٢٥ وما بعدها.

عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد<sup>٧٥١</sup>، أو هو: "العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر لم يستحق به"<sup>٧٥٢</sup>.

**ثانياً: موقف الفقهاء من انفساخ عقد الإيجار بالعدر:** لم تتحد كلمة فقهاء الإسلام حيال انفساخ عقد الإيجار نزولاً على نظرية العذر؛ ويمكن تصنيف موقف الفقهاء حول هذا الموضوع إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية، بيانها كالتالي:

- **الاتجاه الأول: (الاتجاه الموسع):** ويمثل هذا الاتجاه الأحناف<sup>٧٥٣</sup>، ويرى هذا الاتجاه أنه يجوز انفساخ عقد الإيجار بالعدر، سواء تعلق هذا العذر بالمؤجر، أو المستأجر، أو بمحل الإيجار<sup>٧٥٤</sup>، أو بالغير<sup>٧٥٥</sup>، ومن أمثلة العذر الذي يلحق بالمؤجر، كونه مديناً بدين لا يمكن سداه إلا إذا باع العين المؤجرة، فبقاء عقد الإيجار واستمراره في هذه الحالة يلحق ضرر بالمؤجر، ومن ثم يفسخ عقد الإيجار، حتى يستطيع بيع العين المؤجرة. ومن أمثلة العذر الذي يلحق بالمستأجر، السفر، حيث بقاء العين المؤجرة على ذمته كمستأجر فيه ضرر له<sup>٧٥٦</sup>، حيث يلتزم بدفع الأجرة دون أن ينتفع مع سفره هذا بالعين. ومن أمثلة العذر الذي قد يلحق بمحل الإيجار عتق العبد المستأجر، فهذا العتق يُعد سبباً لانفساخ العقد، لأن استمرار العقد رغم تحرير العبد يلحق ضرر بالعبد الذي أصبح حراً. ومن أمثلة العذر الذي يتعلق بالغير، مطالبة أهل المرضعة التي تبرم عقد استرضاع طفل بفسخ هذا العقد، إذا كان فيه ما يشين سمعتهم<sup>٧٥٧</sup>. وبناءً على ذلك، ونزولاً عليه؛ إذا توافر العذر على النحو السالف بيانه؛ فإن العقد إما أن يفسخ من تلقاء نفسه (الانفساخ)، أو أن يتم فسخه بالتراضي (التقاييل أو الإقالة، أو التفاسخ)، أو أن يطلب فسخه من القاضي<sup>٧٥٨</sup> (الفسخ القضائي)؛ لأن بقاء العقد رغم توافر العذر يُعد لا جدوى منه، لفوات المنفعة، من جهة، وتحمل العاقد ضرر، من جهة أخرى<sup>٧٥٩</sup>.

- **الاتجاه الثاني: (الاتجاه المضيق):** ويمثل هذا الاتجاه المالكية<sup>٧٦٠</sup>، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجوز انفساخ العقد للعدر في حالات معينة، وفي حدود ضيقة، تتعلق بالمستأجر وبالشئ محل العقد، كانهدم العين المؤجرة، أو موت العبد المستأجر، أو مرضه، أو هروبه، أو هلاك الدابة محل عقد الإيجار، أو موتها<sup>٧٦١</sup>. فالمالكية - والحال هذه - قد أجازوا انفساخ عقد الإيجار نزولاً على نظرية العذر المتعلقة بالمستأجر وبالشئ محل العقد، ويقع هذا الانفساخ للعقد من تلقاء نفسه، أو بناءً على تقاييل العاقدين، أو بموجب حكم قضائي.

<sup>٧٥٩</sup> راجع: د. عبدالرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٩٥- ومزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. يسري أحمد إبراهيم، العذر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٧٣م، ص ٩ وما بعدها. د. قذافي عزات الغنائيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، دار الفتن، الأردن ٢٨هـ - ٢٠٠٨م، ص ٢٥ وما بعدها. د. أحمد شحادة أبو سرحان، د. علي عبد الله أبو يحيى، فسخ الإجارة بالعدر في الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية، المجلد رقم (٤٠) العدد رقم (١)، عمان ٢٠١٣م، ص ١١١ وما بعدها. د. علي عادل محمد، العذر الطارئ في عقد الإيجار وطبيعة علاقته بنظرية الظروف الطارئة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد رقم (٣٠) العدد رقم (٦٥) لسنة ٢٠١٦م - ١٤٣٧هـ، ص ٦١ وما بعدها.

<sup>٧٥٠</sup> راجع: حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٧٦- بدائع الصنائع للكاتاني، ج ٤، ص ١٩٧- تبين الحقائق للزليعي، ج ٥، ص ١٤٦- مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٩٩.

<sup>٧٥١</sup> راجع: محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد الحسين، المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، دمشق ١٩٨١م، ج ١٠، ص ٣٤٧.

<sup>٧٥٢</sup> راجع: د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ٣٩١.

<sup>٧٥٣</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاتاني الحنفي، ج ٤، ص ١٩٧ وما بعدها- المبسوط للسرخسي الحنفي، ج ١٦، ص ٢ وما بعدها- البناية في شرح الهداية للعيني الحنفي، ج ٩، ص ٤٢٠ وما بعدها- ومزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. هيثم عبد الحميد خزنة، العذر عند الحنفية مقارناً بنظرية الظروف الطارئة في القانون، مجلة الجامعة الإسلامية بليبيا، السنة رقم (٥) - العدد رقم (١٠)، ليبيا ٢٠٠٨م، ص ٣٣٣ وما بعدها. د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ٣٩٤ وما بعدها.

<sup>٧٥٤</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاتاني، ج ٤، ص ١٩٧ وما بعدها.

<sup>٧٥٥</sup> راجع: الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٤٦.

<sup>٧٥٦</sup> راجع: الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٤٤.

<sup>٧٥٧</sup> راجع: الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٤٦- وقد جاء في بعض كتب الأحناف ما يفيد أن عقد الاسترضاع كان يشكل عيباً عن العرب، والدليل على ذلك المقولة المشهورة عنهم والتي

كان نصها: "تجوع الحرة ولا تأكل بتدبيرها"؛ راجع في هذه المقولة: بدائع الصنائع للكاتاني الحنفي، ج ٤، ص ١٩٩.

<sup>٧٥٨</sup> راجع: البناية في شرح الهداية للعيني الحنفي، ج ٩، ص ٤٢٠ وما بعدها. ومزيداً من التفاصيل حول دور القاضي في تقرير الفسخ أو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعاً للظروف والملايسات؛ راجع: د. حسب الرسول الشيخ الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٥٩ وما بعدها. د. محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة ١٩٩٢م، ص ٢٣ وما بعدها. د. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص ١١٩ وما بعدها. د.

سحر الجبائشي، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ٧ وما بعدها.

<sup>٧٥٩</sup> راجع: الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٤٤- ومزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد سلام مذكور، عقد الإيجار في الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص ١٣٨ وما بعدها.

<sup>٧٦٠</sup> راجع: الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم عن مالك بن أنس، مطبعة السعادة، القاهرة ١٣٢٣هـ، ج ٣، ص ٤٢٥ وما بعدها- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، المشهور بالقرافي، الذخيرة، دار العرب الإسلامية، بيروت ١٩٩٤م، ج ٥، ص ٤٧٦.

<sup>٧٦١</sup> راجع: مواهب الجليل للحطاب المالكي، ج ٥، ص ٤٣٢ وما بعدها. ومزيداً من التفاصيل عن أثر هلاك العين المؤجرة على التزامات المتعاقدين؛ راجع: أ. عبد اللطيف بن دخيل بن عبد الرحمن الدخيل، أثر هلاك العين المؤجرة على التزامات المتعاقدين، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٣٤هـ، ص ١٧ وما بعدها.

- **الاتجاه الثالث: (الاتجاه المانع):** ويمثل هذا الاتجاه الشافعية<sup>٧٦٢</sup>، والحنابلة<sup>٧٦٣</sup>، ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يجوز انفساخ عقد الإيجاز نزولاً على نظرية العذر، ولكن يجوز - عندهم - للمستأجر طلب فسخ هذا العقد بناءً على خيار الفسخ؛ كمن يستأجر دابة للحج فحبسه حابس منعه من الحج.

- **الرأي الراجح:** في ضوء بيان موقف الفقهاء على النحو السالف بيانه، نرى أنه يمكن ترجيح رأي الأحناف في نظرية العذر، وذلك مرده إلى أن رأيهم يرفع الضرر عن المضرور، من جهة، ويعالج فوات المنفعة، من جهة ثانية، ويؤدي إلى استقرار المعاملات وتحقيق الأمن القانوني، من جهة ثالثة.

## الفرع الثاني

### نظرية الجوائح في بيع الثمار

**أولاً: المقصود بالجوائح في بيع الثمار:** يقصد بالجائحة كل آفة تصيب الثمار، وهي ملتصقة بأشجارها، فتؤدي إلى تلفها، أو نقص في قيمتها<sup>٧٦٤</sup>؛ كإصابة الثمار بأذى نتيجة أكله من الجراد، أو الدود، أو كنتيجة للبرد الشديد، أو كنتيجة لانقطاع مياه الري<sup>٧٦٥</sup>؛ وفي ضوء ذلك - ونزولاً عليه - يمكن تعريف الجائحة بأنها: "ما لا يمكن دفعه وإن علم به"<sup>٧٦٦</sup>.

**ثانياً: موقف الفقهاء من انفساخ عقد بيع الثمار للجائحة:** لم تتحد كلمة فقهاء الإسلام حيال انفساخ عقد بيع الثمار للجائحة، ويمكن تصنيف موقف الفقهاء حول هذا الموضوع إلى اتجاهين، وذلك على النحو التالي:

- **الاتجاه الأول: (الاتجاه المجيز):** ويمثل هذا الاتجاه كل من: المالكية<sup>٧٦٧</sup>، والشافعية في رأي<sup>٧٦٨</sup>، والحنابلة<sup>٧٦٩</sup>، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجوز انفساخ عقد بيع الثمار، سواء أكان انفساخاً كلياً، أو انفساخاً جزئياً، إذا كانت هناك جائحة أمت بهذه الثمار؛ فإذا ترتب على الجائحة هلاك كلي للثمار؛ فينفسخ عقد بيعها كلياً<sup>٧٧٠</sup>، أما إذا ترتب على الجائحة هلاك جزئي؛ فإن الانفساخ يكون بقدر المجتاح<sup>٧٧١</sup>؛ شريطة أن يكون الجزء المتبقي صالحاً للمنفعة التي يرنو إليها المتعاقد المضرور<sup>٧٧٢</sup>.

والواقع أنه يشترط - عند هذا الاتجاه - عدة شروط حتى يمكن اعتبار الجائحة سبباً من أسباب انحلال عقد بيع الثمار، ومن هذه الشروط، أن تكون الجائحة مرجعها آفة سماوية لا يد للأدمي فيها<sup>٧٧٣</sup>، وأن يكون محل العقد بيع ثمار، أو بقول، وأن يكون مقدار الجائحة الثلث في الثمار، أما في البقول فيها خلاف من حيث المقدار<sup>٧٧٤</sup>؛ فقليل القليل وقيل الكثير، وقيل الثلث كالثمار، وأن تكون الجائحة قد أصابت الثمار وهي على رؤوس الشجر<sup>٧٧٥</sup>.

وقد استدلت أنصار هذا الاتجاه بعدة حجج، سواء من السنة النبوية المطهرة، أو بناءً على المعقول؛ فمن السنة النبوية استدلتوا بما رواه جابر أن الرسول صلى الله عليه وسلم، قد أمر بالجوائح<sup>٧٧٦</sup>، كذلك ما روي عن الرسول عليه أفضل الصلوات وأزكى السلام أنه قال: "من ابتاع من أخيه ثمرة فأصابتها جائحة؛ فلا يأخذ من ثمنها شيئاً"<sup>٧٧٧</sup>؛ ومن المعقول استدلتوا بأن المبيع يبقى على ضمان البائع لحين تسليمه<sup>٧٧٨</sup>، وأن المنافع

<sup>٧٦٢</sup> للشافعية في خصوص نظرية العذر منهج قد يختلف عن بقية المذاهب؛ ولعل هذا مرده إلى أنهم يرون أن المعقود عليه في عقد الإيجار هو العين ذاتها وليس المنفعة، وبالتالي لا يمكن تصور وجود خلل في المنفعة بمغزل عن العين الموجرة؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: الأم للإمام الشافعي، ج ٣، ص ٢٤٢ وما بعدها. المهذب للشيرازي الشافعي، ج ١، ص ٤٠٥. زكريا بن محمد زكريا الأنصاري الشافعي، المشهور بالأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بيروت ١٤٣١ هـ، ج ٢، ص ٤٣٠ وما بعدها. راجع: المغني لابن قدامة الحنبلي، ج ٥، ص ٤١٨.

<sup>٧٦٤</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. سليمان بن إبراهيم الثنيان، الجوائح وأحكامها، دار عالم الكتاب، الرياض ١٩٩٢م، ص ١٢ وما بعدها. د. عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم بجامعة القاهرة، قسم الشريعة الإسلامية، القاهرة ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١م، ص ٢ وما بعدها. أ. فهد بن إبراهيم عبد العزيز الحميدي، حكم الجوائح وتطبيقاتها المعاصرة، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤١٤ هـ، ص ١٣ وما بعدها.

<sup>٧٦٥</sup> راجع: الذخيرة للقرافي المالكي، ج ٥، ص ٢١٢. المغني لابن قدامة الحنبلي، ج ٦، ص ١٧٩.

<sup>٧٦٦</sup> قرب من ذلك: د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ٣٧٢.

<sup>٧٦٧</sup> راجع: الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سنحون بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم عن مالك بن أنس، مطبعة السعادة، القاهرة ١٣٢٣ هـ، ج ٣، ص ٥٨١.

<sup>٧٦٨</sup> راجع: الأم للإمام الشافعي، ج ٤، ص ١٢٢. الحاوي في فقه الشافعي للماوردي، ج ٥، ص ٢٠٥.

<sup>٧٦٩</sup> راجع: المغني لابن قدامة الحنبلي، ج ٦، ص ١٧٧.

<sup>٧٧٠</sup> راجع: المغني لابن قدامة الحنبلي، ج ٤، ص ٩٤ وما بعدها.

<sup>٧٧١</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد المالكي، ج ٢، ص ١٨٦.

<sup>٧٧٢</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. نجيب محمد كبير، أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام، مجلة المحاماة، العددان الأول، والثاني، السنة (٦٦٩)، القاهرة ١٩٨٦م، ص ٢٠ وما بعدها. د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ٣٨٩ وما بعدها.

<sup>٧٧٣</sup> انقسم علماء المالكية على أنفسهم حيال اشتراط ألا يكون للأدمي يد في حدوث الجائحة؛ فالبعض منهم يرى أنه يشترط في الجائحة أن تكون بفعل آفة سماوية لا يد للأدمي فيها؛ والبعض منهم يرى أنه قد يكون للجائحة أثر حتى ولو كانت بفعل الأدمي شريطة ألا يكون من المتعاقدين، والبعض يرى أن الجائحة تشتمل على كل ما يصيب الثمار، سواء أكانت هذه الإصابة بفعل آفة سماوية أو بفعل الأدمي؛ مزيداً من التفاصيل حول هذا الأمر؛ راجع: المدونة الكبرى للإمام مالك، ج ١٢، ص ٣٧ وما بعدها. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد المالكي، ج ٣، ص ٢٢٥.

<sup>٧٧٤</sup> راجع: المدونة الكبرى للإمام مالك، ج ١٢، ص ٢٦ وما بعدها. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد المالكي، ج ٢، ص ١٥٦. القوانين الفقهية لابن جزي، ج ٣، ص ٢٢٥.

<sup>٧٧٥</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد المالكي، ج ٢، ص ١٧٨. المغني لابن قدامة الحنبلي، ج ٦، ص ١٧٩.

<sup>٧٧٦</sup> راجع: صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، ج ٣، ص ١١٩١، الحديث رقم ١٥٥٤.

<sup>٧٧٧</sup> راجع: صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، ج ٣، ص ١١٩١، الحديث رقم ١٥٥٤.

<sup>٧٧٨</sup> راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد المالكي، ج ٢، ص ١٨٦.

في الإيجاره يباح التصرف فيها، ولو تلفت فتكون على ضمان المؤجر؛ فكذاك الثمرة فإنها تكون على شجرها كالمنافع قبل استيفائها<sup>٧٧٩</sup>.

- **الاتجاه الثاني: (الاتجاه المانع):** ويمثل هذا الاتجاه الأحناف<sup>٧٨٠</sup>، والشافعية في قول آخر<sup>٧٨١</sup>، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن الجائحة لا تؤثر على عقد بيع الثمار؛ ومن ثم لا يتحمل البائع نتائجها، وإنما نتيجتها تكون على ضمان المشتري، وقد استدلوا على ذلك بما روي عن أبي سعيد الخدري بأن رجلاً اشترى ثمراً فأصيب فيها ففكر دينه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه؛ فتصدق الناس عليه، لكن مقدار التصدق لم يكن كافياً للوفاء بمقدار دينه؛ فقال الرسول صلى الله عليه وسلم قاصداً دائنيه: "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"<sup>٧٨٢</sup>. كما استندوا - أيضاً - بما جرى عليه العمل في عهد الرسول عليه أفضل الصلوات وأزكى السلام، من عدم بيع الثمار قبل نضجها لما قد يتولد عن بيعها قبل النضج من مشاكل، ولذلك كان المسلمون لا يتبايعوا الثمار إلا بعد نضجها حتى لا تكون عرضة للجوائح<sup>٧٨٣</sup>.

- **الرأي الرابع:** نرى ترجيح رأي المالكية في شأن الأخذ بنظرية الجوائح، لأنها ترفع الضرر عن المضرور<sup>٧٨٤</sup>، ولأنها تؤدي إلى إعادة التوازن العقدي بين العاقدين؛ ومن ثم تحقيق العدالة التعاقدية، ولأنها تحقق الاستقرار في المعاملات.

### المطلب الثالث

#### انقضاء القوة الملزمة للعقد بإرادة طرفيه

##### (الإقالة أو التفاوض)

**أولاً: ماهية الإقالة:** ينتهي العقد في الفقه الإسلامي باتفاق العاقدين على إنهائه، أو فسخه بالتراضي<sup>٧٨٥</sup>، ويطلق فقهاء الإسلام على هذا الأمر التقايل<sup>٧٨٦</sup>، أو الإقالة<sup>٧٨٧</sup>، وكما ترد الإقالة على العقود؛ فإنها ترد كذلك على الرخص؛ كالإقالة في الشفعة<sup>٧٨٨</sup>. والإقالة - خاصة في العقود الزمنية - تكون ذات أثر فوري، وذلك مرده - كما عبر الفقهاء - إلى أن ما تم تنفيذه لا يمكن الرجوع فيه، وما مضى من الزمن لا يمكن أن يعود<sup>٧٨٩</sup>.

والواقع أنه لم يستقر الرأي بين فقهاء الإسلام - وتحديداً لدى المذاهب الأربعة - على تعريف موحد لانقضاء العقد بالتراضي بين طرفيه (الإقالة أو التقايل)؛ فيرى الأحناف<sup>٧٩٠</sup>، أن الإقالة هي: "رفع العقد"، ويرى المالكية<sup>٧٩١</sup>، أن الإقالة هي: "ترك المبيع لباعه بثمن"، ويرى الشافعية<sup>٧٩٢</sup>، أن الإقالة هي: "رفع العقد المالي بوجه مخصوص"، ويرى الحنابلة<sup>٧٩٣</sup>، أن الإقالة هي: "فسخ العقد ورفع له من أصله". والمتأمل في هذه التعريفات لا يسعه إلا أن يلحظ ثلاثة أمور؛ وهي: الأول: أن الأحناف والشافعية، قد عبروا عن الإقالة بمفردة الرفع، والمالكية عبروا عنها بمفردة الترك، أما الحنابلة؛ فقد عبروا عنها بمفردة الفسخ. والثاني: أن الأحناف والحنابلة، سحبوا الإقالة على كافة العقود، أما المالكية؛ فقد قصروا الإقالة على عقد البيع<sup>٧٩٤</sup>، ومن ثم لا تجوز الإقالة عندهم في غير عقد البيع، أما الشافعية؛ فقد قصروا الإقالة على العقود المالية، وبالتالي يخرج من نطاق الإقالة عندهم العقود غير المالية. والثالث: أن الفقهاء لم تتحد كلمتهم حول الطبيعة القانونية أو التكييف القانوني للإقالة.

<sup>٧٧٩</sup> راجع: المعنى لابن قدامة الحنبلي، ج ٦، ص ١٧٨.

<sup>٧٨٠</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاساني الحنفي، ج ٧، ص ٢٦٢.

<sup>٧٨١</sup> راجع: الأم للإمام الشافعي، ج ٤، ص ١٢٢ - الحاوي في فقه الشافعي للمارودي، ج ٥، ص ٢٠٥.

<sup>٧٨٢</sup> راجع: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخرساني، المعروف بالبيهقي، السنن الكبرى، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، كتاب البيوع، باب من قال لا توضع الجائحة، رقم الحديث ١٠٦٢٥، ج ٥، ص ٤٩٧ - صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٩٩.

<sup>٧٨٣</sup> راجع: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، المشهور بالشوكاني، نيل الأوطار، دار الحديث، القاهرة ١٤٣١ هـ - ١٩٩٣ م، باب الجائحة، ج ٥، ص ٣٨.

<sup>٧٨٤</sup> هذا؛ وقد أجاز أحد الفقهاء من المعاصرين التأمين التعاوني والتأمين الاجتماعي ضد الجوائح، مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. أحمد فهمي أبو سنة، التأمين عند النوازل والجوائح، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الرابعة، العدد السادس، الطبعة الثانية، جدة ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م، ص ٢٠٥.

<sup>٧٨٥</sup> راجع: د. محمد الحبيب التيجاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

<sup>٧٨٦</sup> الإقالة في اللغة؛ هي: الرفع والإزالة، وعلى هذا قيل أقل الله عثرته أي رفعه من السقوط؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: لسان العرب لابن منظور، ج ١١، ص ٥٧٩ - المصباح المنير للغوي، ص ٦٣٠.

<sup>٧٨٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: لاشين محمد الغياتي، إقالة العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، مطبعة التقدم، القاهرة ١٩٨٥ م، ص ٥ وما بعدها.

<sup>٧٨٨</sup> مزيداً من التفاصيل عن الإقالة في الشفعة؛ راجع: د. عبد الله بن عبد العزيز الدرغان، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة التوبة، الرياض ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م، ص ٢٥٧ وما بعدها.

<sup>٧٨٩</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاساني الحنفي، ج ٤، ص ٢٢٢ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد المالكي، ج ٢، ص ٢٩٩ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشريبي الشافعي، ج ٢، ص ٣٥٥ - المعنى لابن قدامة الحنبلي، ج ٤، ص ٣٥.

<sup>٧٩٠</sup> راجع: حاشية ابن عابدين الحنفي، ج ٥، ص ١١٩ - عبد الغني القنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت ١٩٨١ م، ج ٢، ص ٣١.

<sup>٧٩١</sup> راجع: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للدردير المالكي، ج ٣، ص ٢٠٨.

<sup>٧٩٢</sup> راجع: أسنى المطالب في شرح روض الطالب للتصاري، ج ٣، ص ٧٤.

<sup>٧٩٣</sup> راجع: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المعروف بالمرادوي، الأوصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٧٠ م، ج ٤، ص ٤٧٠ - كشف القناع للبهوتي الحنبلي، ج ٣، ص ٢٤٨.

<sup>٧٩٤</sup> وهذا هو مسلك مجلة الأحكام العدلية حيث قصرت هذه المجلة الإقالة على عقد البيع؛ وقد نصت المادة رقم (١٩٠) من هذه المجلة على أنه: "للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها". ويبدو أن المجلة قد اعتقت رأي ابن عابدين؛ راجع: حاشية ابن عابدين الحنفي، ج ٥، ص ١١٩، ج ٧، ص ٣٣١.

**ثانياً: شروط صحة الإقالة:** لكي تقع الإقالة صحيحة ومنتجة لآثارها؛ فإنه يجب توافر عدة شروط؛ ومن هذه الشروط<sup>٧٩٥</sup>: أن يكون هناك رضا على الإقالة من قبل أطراف العقد، وأن يكون هناك اتحاد في مجلس الإقالة، وأن تكون الإقالة على مثل الثمن الأول، وأن يكون العقد بطبيعته قابلاً للإقالة، وأن يكون المقال فيه موجوداً وقت الإقالة، لأنه لو هلك فلا تصح الإقالة.

**ثالثاً: تكييف الإقالة:** حيث إن الخلاف الفقهي حيال تكييف الإقالة، يحتاج إلى نوع من التفصيل والبيان؛ فإننا سنعرض له على أساس تصنيف موقف الفقهاء حول هذا التكييف إلى عدة اتجاهات؛ بيانها كالتالي:

- **الاتجاه الأول:** ويمثله الإمام أبو حنيفة<sup>٧٩٦</sup>، ويرى أن الإقالة تُعد فسخاً في حق العاقدين، وبيعاً جديداً في حق غيرهما، وذلك سواء تمت الإقالة قبل القبض أو بعده<sup>٧٩٧</sup>، وسواء أكانت الإقالة في العقار أو في المنقول<sup>٧٩٨</sup>؛ والمتأمل في هذا التكييف يلحظ أنه تكييف مزدوج؛ لأنه يحمل بين جنباته أمرين: الأول: اعتبار الإقالة فسخ للعقد المبرم بين العاقدين. والثاني: اعتبار الإقالة بمثابة العقد الجديد بالنسبة لغير طرفي العقد.

- **الاتجاه الثاني:** ويمثله المالكية<sup>٧٩٩</sup>، وأبو يوسف من الأحناف<sup>٨٠٠</sup>، ويرى هذا الاتجاه أن الإقالة تُعد عقداً جديداً، سواء فيما بين العاقدين، أو الغير، لأن المبيع قد عاد إلى البائع على نفس الهيئة التي خرج بها، ولوجود معنى البيع في الإقالة، حيث مبادلة مال بمال. ولم يستثن المالكية من هذه القاعدة سوى: التقايل في بيع الطعام قبل قبضه، والشفعة، والمرابحة؛ وذلك لاعتبارات تتعلق بتغيير ثمن الشيء.

- **الاتجاه الثالث:** ويمثله كل من: محمد بن الحسن الشيباني، وزفر من الأحناف<sup>٨٠١</sup>؛ والشافعية<sup>٨٠٢</sup>، والحنابلة<sup>٨٠٣</sup>، حيث ذهبوا إلى أن الإقالة تُعد فسخاً للعقد؛ سواء فيما بين العاقدين، أو بين الغير، لأن الإقالة تُعد رفعاً للعقد، والرفع يعني تحلل كل طرف من أطراف العقد من التزاماته تجاه الطرف الآخر، وفي هذا معنى الفسخ.

**رابعاً: آثار الإقالة:** يترتب على الإقالة الكلية بالنسبة للمتعاقدين انحلال الرابطة العقدية؛ ومن ثم زوال القوة الملزمة للعقد بناءً على اتفاقهما؛ وبالتالي تبرأ ذمة كل منهما تجاه الآخر، وذلك بقوة الشرع، ودون الحاجة إلى صدور حكم قضائي؛ فالإقالة في هذه الحالة ترفع عن العقد لزومه، ومن ثم يصبح كل طرف من العاقدين غير مرتبط بالعقد؛ وبالتالي يرتفع عنهما آثار العقد<sup>٨٠٤</sup>. أما إذا كانت الإقالة جزئية؛ فإنها لا تبريء ذمة العاقدين إلا في حدود ما تم التقايل بشأنه فحسب<sup>٨٠٥</sup>؛ ومن ثم تظل ذمة كل منهما مشغولة في حدود ما لم يتم الاتفاق عليه عبر التقايل.

والسؤال الذي يطرح نفسه على بساط البحث؛ هل للإقالة أثر رجعي، أم أثر فوري؟ إن الإجابة عن هذا السؤال ليست واحدة لدى فقهاء المذاهب الأربعة؛ فيرى الأحناف أن للتقايل أثر رجعي، إذا وقع بعد العقد وقبل القبض، أما إذا وقع بعد القبض؛ فإنه يكون بأثر فوري<sup>٨٠٦</sup>. أما المالكية<sup>٨٠٧</sup>؛ فيفرون في خصوص الأثر الرجعي للتقايل من عدمه بين التقايل في الطعام، والتقايل في غيره؛ فإذا كان التقايل يتعلق ببيع الطعام قبل قبضه؛ فإنه يقع بأثر رجعي، أما إذا تعلق التقايل بشيء غير الطعام؛ فإنه يكون عقداً جديداً، ومن ثم فلا يقع بأثر رجعي، بل بأثر فوري<sup>٨٠٨</sup>. وللشافعية<sup>٨٠٩</sup>، والحنابلة<sup>٨١٠</sup>، في خصوص الأثر الرجعي للإقالة من

<sup>٧٩٥</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ٣٦١ وما بعدها. د. محمد رشدي محمد إسماعيل، العقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

<sup>٧٩٦</sup> راجع: تبين الحقائق للزيلي الحنفي، ج ٤، ص ٧١. شرح فتح القدير لابن الهمام الحنفي، ج ٥، ص ٢٤٦. اللباب في شرح الكتاب للقنيمي الحنفي، ج ٢، ص ٢٣٢.

<sup>٧٩٧</sup> يرى البعض من الفقهاء المعاصرين أنها تكون كذلك بعد القبض فقط، أما قبل القبض فلا؛ راجع في ذلك: د. محمد رشدي محمد إسماعيل، العقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٢١.

<sup>٧٩٨</sup> راجع: بدائع الصنائع للكاساني الحنفي، ج ٥، ص ٣٠٦.

<sup>٧٩٩</sup> راجع: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للدردير المالكي، ج ٣، ص ٢٠٩. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ٢٠٧.

<sup>٨٠٠</sup> راجع: تبين الحقائق للزيلي الحنفي، ج ٤، ص ٧٠. محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد الحسين، المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البنائة في شرح الهداية، دار الفكر، دمشق ١٩٨١م، ج ٦، ص ٤٧٨.

<sup>٨٠١</sup> راجع: تبين الحقائق للزيلي الحنفي، ج ٤، ص ٧١. شرح فتح القدير لابن الهمام، ج ٥، ص ٢٤٦.

<sup>٨٠٢</sup> راجع: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي الشافعي، الوسيط في المذهب، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ج ٣، ص ١٤٠.

<sup>٨٠٣</sup> راجع: الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي الحنبلي، ج ٤، ص ٤٧٠. كشاف القناع للبهوتي الحنبلي، ج ٣، ص ٢٤٨.

<sup>٨٠٤</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، مرجع سابق، ص ٣٧١ وما بعدها.

<sup>٨٠٥</sup> راجع: البنائة في شرح الهداية لبدر الدين العيني الحنفي، ج ٨، ص ٢٢٤ وما بعدها.

<sup>٨٠٦</sup> راجع: تبين الحقائق للزيلي الحنفي، ج ٤، ص ٧٠، وص ٧١. بدائع الصنائع للكاساني الحنفي، ج ٥، ص ٣٠٦.

<sup>٨٠٧</sup> راجع: الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سنحون بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم عن مالك بن أنس، مطبعة السعادة، القاهرة ١٣٢٣هـ، ج ٣، ص ١٦٠. مواهب الجليل للخطاب المالكي، ج ٤، ص ٤٨٥.

<sup>٨٠٨</sup> راجع: المقدمات لابن رشد الجد، ج ٣، ص ١١٦. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للدردير المالكي، ج ٣، ص ٢٠٨.

<sup>٨٠٩</sup> راجع: المنثور في القواعد للزركشي الشافعي، ج ١، ص ٢٢٠. الوسيط في المذهب للغزالي، ج ٣، ص ١٣٨. المجموع شرح المهذب للنووي الشافعي، ج ٩، ص ١٩٢.

<sup>٨١٠</sup> راجع: المفتي لابن قدامة الحنبلي، ج ٤، ص ٢٢٦. شرح منتهى الإرادات، ج ٤، ص ٣٤٣. كشاف القناع، ج ٣، ص ٣٠٥. الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، ج ٤، ص ٤٨١.

عدمه قولان: هما: القول الأول: ليس للتقاييل أثر رجعي، بل له أثر فوري فقط، والثاني: أن للتقاييل أثر رجعي<sup>٨١١</sup>.

### المطلب الرابع

#### المسؤولية العقدية الناجمة عن عدم الالتزام بالقوة الملزمة للعقد

لعله من المفيد - بدءاً - الإشارة إلى أن هناك البعض من الفوارق بين حكم العقد، والالتزامات الناشئة عنه، فحكم العقد يتحقق بمجرد انعقاد العقد صحيحاً<sup>٨١٢</sup>، ولهذا فإن حكم العقد لا يتوقف على تنفيذ الالتزامات الواردة فيه، أما الالتزامات الناشئة عن العقد؛ فهي تنصرف إلى تنفيذ هذه الالتزامات أي التي تتولد عن العقد؛ ومن ثم فإن المسؤولية العقدية تكون قائمة فيما يتعلق بعدم تنفيذ العقد؛ سواء بصورة كلية، أو بصورة جزئية.

كما تجدر الإشارة - بادئ ذي بدء - إلى أن كلمة فقهاء الإسلام لم تتحد حيال اعتبار العقد سبباً مستقلاً من أسباب الضمان؛ فذهب الشافعية<sup>٨١٣</sup>، والحنابلة<sup>٨١٤</sup>، إلى أن العقد يُعد سبباً مستقلاً من أسباب الضمان، وعلى خلاف ذلك يرى المالكية أن العقد لا يُعد سبباً مستقلاً من أسباب الضمان، ومن ثم فإن الضمان لا ينشأ عندهم بسبب العقد، بل ينشأ عن قبض العين بواسطة العاقد الضامن لها؛ وبالتالي وإعمالاً لذلك؛ فإن المشتري لا يضمن العين المبيعة عند الملكية اعتباراً من يوم إنشاء العقد، بل اعتباراً من يوم قبض هذه العين<sup>٨١٥</sup>، فالمالكية - والحال هذه - لم ينكروا الضمان الناشئ عن العقد، كل ما هنالك أنهم لا يعتبرون العقد سبباً مستقلاً من أسباب الضمان<sup>٨١٦</sup>.

والواقع أن رأي الشافعية، والحنابلة، هو الأولى بالاتباع - في نظرنا - لأن العقد في الوقت الراهن أصبح ذائع الانتشار والشروع، ولأن الوفاء بالعقد والعهد إعمالاً لقوله جل شأنه: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"<sup>٨١٧</sup> يقتضي أن تكون هناك مسؤولية عقدية<sup>٨١٨</sup>، ولأن الضمان يمكن تقسيمه إلى نوعين: ضمان العقد (المسؤولية العقدية)، وضمن الفعل (المسؤولية التقصيرية)؛ ومن ثم فإنه يجب اعتبار العقد مولداً للمسؤولية العقدية بذاته<sup>٨١٩</sup>.

وبناءً عليه؛ فإنه إذا لم يقم أي من العاقدين بتنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد، مع إمكانية ذلك، سواء أكانت هذه الالتزامات قد رتبها الشارع، أو كانت متولدة عن إرادة العاقدين، فإن هذا العاقد يُعد مسؤولاً أمام المتعاقد الآخر على أساس المسؤولية العقدية<sup>٨٢٠</sup>، تلك المسؤولية التي تحل بديلاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ عدم قيام العاقد بالالتزام بهذا المبدأ برضاه واختياره<sup>٨٢١</sup>، يترتب عليه إلزامه رغماً عن أنفه عن طريق مساءلته شرعاً بموجب المسؤولية العقدية<sup>٨٢٢</sup>.

بيد أن تقرير مساءلة أحد العاقدين على أساس المسؤولية العقدية يلزم له توافر ثلاثة أركان<sup>٨٢٣</sup>: الأول: التعدي (الخطأ المتمثل في عدم تنفيذ الالتزام العقدي بصورة كاملة أو بصورة جزئية، أو التنفيذ بصورة

<sup>٨١١</sup> مزيداً من التفاصيل عن فكرة الأثر الرجعي وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ راجع: د. أحمد إبراهيم الغول، الأثر الرجعي في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، مطبعة القدس، القاهرة ٢٠٠٨م، ص ٤ وما بعدها.

<sup>٨١٢</sup> راجع: د. محمد سراج، نظرية العقد والتصرف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

<sup>٨١٣</sup> راجع الأشباه والنظائر للسيوطي الشافعي، ص ٣٩٠ - الوسيط في المذهب للقرظي الشافعي، ج ٣، ص ١٣٨.

<sup>٨١٤</sup> راجع: القواعد الفقهية لابن رجب الحنبلي، ص ٢٠٤ - المبدع في شرح المقنع لابن مفلح الحنبلي، ج ٤، ص ٩٢.

<sup>٨١٥</sup> راجع: الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق) للقرظي المالكي، ج ٤، ص ٢٧ - علي بن خلف المنوفي المالكي المصري، كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت ١٤١٢هـ، ج ٢، ص ٢٠٩.

<sup>٨١٦</sup> يرى البعض من الفقهاء أن فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي تقابل فكرة انفساخ العقد الملزم للجانبين في القانون المدني الوضعي، ومن ثم هي لا تقابل فكرة المسؤولية العقدية؛ راجع: د. أيمن أبو العيال، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق، المجلد رقم (١٩) العدد رقم (٢)، دمشق ٢٠٠٣م، ص ٧٩. كما يرى سعادت - أيضاً - أن ضمان العقد لا يتحقق إلا بشرطين؛ هما: الأول: أن يكون العقد من عقود الضمان، والثاني: أن يكون العقد من عقود المعاوضات المالية؛ راجع نفس المرجع، ص ١٠٠.

<sup>٨١٧</sup> راجع: الآية رقم (١) من سورة المائدة.

<sup>٨١٨</sup> يرى البعض أن المسؤولية المدنية تُعد مرادفة لضمان الأموال في الفقه الإسلامي؛ راجع: أ. بكر بن عبد اللطيف الهبوب، المسؤولية العقدية، مجلة القضائية، العدد الثالث، محرم ١٤٣٣هـ، الرياض ١٤٣٣هـ، ص ٢٨٢.

<sup>٨١٩</sup> عكس ذلك؛ راجع: الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة ٢٠٠٠م، ص ٢٠؛ حيث يرى فضيلته أن الفقه الإسلامي لا يعرف المسؤولية العقدية التي يعرفها الفقه الوضعي، كما لا يرتب الفقه الإسلامي كذلك التعويض عن الضرر الأدبي؛ بل قرر في هذا السياق أن هناك عقود يترتب عليها ضمان، وهي عقد البيع، والإيجار، والزواج، والطلاق بعوض، والخلع، والعارية عند الشافعية والحنابلة، والصلح والكفالة، وقد اتفق الفقهاء حسبما أشار على أن القاعدة في الضمان مفادها أن كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده، فيما عدا الكفالة، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده، كما قرر فضيلته - أيضاً - أن عقود الأمانات كالمضاربة، والشركة، والوكالة، والوديعة، والعارية عند الحنفية والمالكية، وعقود التبرعات كالهبة، والصدقة، لا يجب الضمان فيها مع الصحة ولا مع الفساد عند التلف.

<sup>٨٢٠</sup> يرى البعض أ، المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي تُعد أوسع نطاقاً من المسؤولية العقدية في القانون الوضعي، لأن المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي تشمل الالتزام، من جهة، وأثر عدم تنفيذ الالتزام (الجزاء) من جهة أخرى، كما أن المسؤولية العقدية هي التعويض ولا شأن لها بالتنفيذ العيني للالتزام العقدي، ولهذا فهي لا تتحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد أصبح تنفيذه مستحيلًا لسبب أجنبي لا يد له فيه؛ راجع: أ. بكر بن عبد اللطيف الهبوب، المسؤولية العقدية، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

<sup>٨٢١</sup> جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي الشافعي، ص ٣٦١، ما نصه: "ما يضمن ضمان عقد قطعاً هو ما عين في صلب عقد بيع أو سلم أو أجاره أو صلح".

<sup>٨٢٢</sup> يستوي أن يكون أخلل العاقد بالتزاماته ناتجاً عن الإخلال بالالتزامات التي يربتها الشارع على العقد، أو يكون ناتجاً عن الإخلال بشرط مقترن بالعقد (الشرط التقييدي)، شريطة أن يكون هذا الشرط متوافق مع الشرع ومع مقتضى العقد، فالإخلال بالشرط التقييدي يوجب الضمان على من يخل به من المتعاقدين؛ وذلك إعمالاً للقاعدة الفقهية التي تقضي بأنه يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان؛ راجع في هذه القاعدة: المادة رقم (٨٣) من مجلة الأحكام العدلية؛ ومزيداً من التفاصيل؛ راجع كذلك: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجانبية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة التاسعة، دار الفكر، دمشق ١٩٩٨م، ص ١٩٨.

<sup>٨٢٣</sup> مزيداً من التفاصيل عن أركان المسؤولية المدنية في القانون الوضعي؛ راجع: د. زهير بن زكريا حرح، الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة في النظام الأنجلوسكسوني وفي النظام اللاتيني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة ١٩٩٩م، ص ١٠ وما بعدها.

معيبة، أو التأخر في التنفيذ<sup>٨٢٤</sup>)؛ وهذا الخطأ يتحقق سواء أكان عدم التنفيذ مرده إلى تعمد المدين، أو إلى إهماله، وسواء أكان التزامه يُعد التزاماً بتحقيق نتيجة، أو كان التزاماً ببذل عناية<sup>٨٢٥</sup>. والثاني: الضرر<sup>٨٢٦</sup>: (وهو ما يصيب الطرف الآخر من جراء عدم تنفيذ الالتزام العقدي<sup>٨٢٧</sup>). والثالث: وجود علاقة سببية (ومفادها أن يكون الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين ناتجاً عن خطأ العاقد الآخر<sup>٨٢٨</sup>). وهذه الأركان يجب توافرها مجتمعة في حق أي من المتعاقدين حتى يمكن مساءلته تجاه المتعاقد الآخر. فإذا توافرت هذه الأركان يلتزم من صدر منه خطأ من العاقدين بتنفيذ التزامه جبراً، وهذا التنفيذ إما أن يكون تنفيذاً عينياً، شريطة أن يكون ممكناً، وهو الأصل<sup>٨٢٩</sup>، أو أن يكون تنفيذاً عن طريق التعويض<sup>٨٣٠</sup>، سواء أكان هذا التعويض تعويضاً عينياً<sup>٨٣١</sup>، أو نقدياً<sup>٨٣٢</sup>، وسواء يقرر هذا التعويض بموجب حكم قضائي، أو بناءً على اتفاق بين العاقدين<sup>٨٣٣</sup>؛ ومن أمثلة التعويض العيني الناتج عن الإخلال بالالتزام العقدي، إلزام المدين - بناءً على طالب الدائن - بإصلاح الشيء المعيب، أو إزالة العيب، أو المخالفة<sup>٨٣٤</sup>، أو استبدال المبيع المعيب بأخر سليم بدلاً منه<sup>٨٣٥</sup>، أو إلزام المدين بتسليم الدائن شيئاً يماثل الشيء القيمي الذي هلك بخطئه؛ كتسليم سيارة بنفس مواصفات السيارة التي هلك بسبب راجع للمدين.

ومما تجدر الإشارة إليه - في هذا السياق - أن التعويض العيني هو الأصل في الفقه الإسلامي<sup>٨٣٦</sup>، وذلك على خلاف القانون الوضعي، إذ التعويض النقدي فيه هو الأصل؛ ومن ثم فإنه لا يصر إلى التعويض النقدي - في الفقه الإسلامي - إلا إذا استحال التعويض العيني<sup>٨٣٧</sup>.

كما يجدر التنويه إلى أن المسؤولية العقدية لا تترتب في جميع الأحوال، حيث قد يوجد مانع من موانعها؛ فالصغر يُعد مانعاً من موانع المسؤولية العقدية، لأنه من الثابت أن الصغير تكون عقودها باطلة بطلاناً مطلقاً، أما الصبي المميز؛ فإنه يجب التفرقة بشأن تصرفه بين ثلاثة فروع: الأول: إذا كان تصرفه نافعاً له نفعاً محضاً، فإن هذا التصرف يكون صحيحاً، والثاني: إذا كان تصرفه ضاراً ضرراً محضاً، أي لا يخالطه أية منفعة، فإن تصرفه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما الفرض الثالث؛ فمؤداه كون تصرف الصبي المميز دائراً بين النفع والضرر؛ فهذا التصرف يكون موقوفاً وغير نافذ. كما أن الإكراه يُعد مانعاً هو الآخر من موانع المسؤولية العقدية، خاصة في التصرفات التي تحتل الفسخ، فإذا كان التصرف الذي وقع تحت وطأة الإكراه من التصرفات التي تحتل الفسخ؛ كالبيع أو الإيجار؛ فإن هذا التصرف يكون غير نافذ، أي يكون موقوفاً على إجازة المستكره<sup>٨٣٨</sup>.

<sup>٨٢٤</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. سعد بن عبد العزيز الشويرخ، التعويض عن التأخير في سداد الديون، مجلة العدل، العدد رقم (٥٦)؛ شوال ١٤٣٣هـ، السنة الرابعة عشرة، الرياض ١٤٣٣هـ، ص ٩٨ وما بعدها. أ. بكر بن عبد اللطيف الهبوب، المسؤولية العقدية، مرجع سابق ص ٢٨٦ وما بعدها.

<sup>٨٢٥</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٦، ص ١٤٩ وما بعدها.

<sup>٨٢٦</sup> القاعدة في الفقه الإسلامي، أو في القانون الوضعي، أن الضرر هو مناط المسؤولية، وبالتالي إذا انتفى الضرر انتفت المسؤولية، ومن ثم إذا انتفى الضرر فلا يكون هناك مجال للتعويض، حتى ولو كان هناك خطأ من المدين؛ راجع في ذلك على سبيل المثال في الفقه الإسلامي: بدائع الصنائع للكاتاني، ج ٦، ص ٢٨٦؛ المهذب للشيرازي، ج ١، ص ٣٧٢. ومزيداً من التفاصيل عن ركن الضرر؛ راجع: د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٧٨م، ص ٤٥ وما بعدها. د. أحمد علي أحمد موفي، نظرية الضرر في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٩٥م، ص ٨ وما بعدها. د. محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٩٨م، ص ٢٤ وما بعدها. والواقع أن من القواعد الفقهية قاعدة: "لا ضرر ولا ضرار". وقاعدة: "الضرر يزال"؛ راجع: المادتين (١٩) و (٢٠) من مجلة الأحكام العدلية؛ وراجع كذلك: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مرجع سابق ص ١٧٨؛ حيث يرى سعائته أن من تطبيقات قاعدة الضرر يزال أنه يجوز للقاضي أن يبيع أموال المدين لوفاء ديونه.

<sup>٨٢٧</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. رضا متولي وهذان، منازعات إسناد الضرر في دعوى التعويض، مجلة العدل، العدد رقم (٥٤) ربيع الآخر ١٤٣٣هـ، الرياض ١٤٣٣هـ، ص ١٥٠ وما بعدها.

<sup>٨٢٨</sup> راجع: بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١٥٤ - ١٥٧.

<sup>٨٢٩</sup> نصت المادة رقم (٥٣) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "إذا تعذر الأصل يصر إلى البديل"؛ وراجع كذلك: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٩٥.

<sup>٨٣٠</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون المصري والعراقي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٨٤م، ص ٦٦ وما بعدها. د. محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٢م، ص ٢٠ وما بعدها. د. محمد مصطفى ولد آيات، الوقائع القانونية كمصدر مسبق للالتزام القانوني بالتعويض، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية، القاهرة ٢٠٠٥م، ص ٨ وما بعدها. د. مجاهد ناصر سعيد الجبري، تقدير التعويض في القانون المدني اليمني والمصري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية، القاهرة ٢٠٠٨م، ص ١١ وما بعدها.

<sup>٨٣١</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: أ. نصير جبار لفته، التعويض العيني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة النهدين، بغداد ٢٠٠١م، ص ١٣ وما بعدها. د. محمود عبد الرحيم الديب، التعويض العيني لجبر ضرر المضرور، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠١٣م، ص ١٠ وما بعدها.

<sup>٨٣٢</sup> مزيداً من التفاصيل حول التعويض النقدي؛ راجع: د. وجدي عبد الواحد على عبد الواحد، التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام نقدي في التشريعات العربية مقارناً بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٩٧م، ص ٩ وما بعدها.

<sup>٨٣٣</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. حسن محمد أحمد جاد، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ٢٠٠١م، ص ٩ وما بعدها. أ. أحمد رمضان مفتاح قشوط، التعويض الاتفاقي في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، دراسة مقارنة بالقانون المدني، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية، القاهرة ٢٠١٠م، ص ٩ وما بعدها.

<sup>٨٣٤</sup> راجع: كشاف القناع للبهوتي، ج ٨، ص ٣٠٠.

<sup>٨٣٥</sup> راجع: د. عثمان طاهر أحمد طاهي، ضمان العيوب الخفية في المبيع، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المصري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص ١٧٢ وما بعدها.

<sup>٨٣٦</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٣١ وما بعدها.

<sup>٨٣٧</sup> راجع في ذلك على سبيل المثال: تبين الحقائق للزليعي، ج ٥، ص ٢٢٢. بدائع الصنائع للكاتاني، ج ٧، ص ١٥١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٢، ص ٢٢٢. الشرح الكبير للدردير، ج ٢، ص ٤٦٠. المقني لابن قدامة، ج ٥، ص ٣٨٢. المحلى لابن حزم، ج ٨، ص ١٤٨.

<sup>٨٣٨</sup> مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٢٧.

وختاماً؛ لم يتبق سوى القول بأن تحمل عبء الإثبات في المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي، يختلف باختلاف كون العقد من العقود التي تكون يد العاقد عليها يد أمانة، أو كون العقد من العقود التي تكون يد العاقد عليها يد ضمان؛ فإذا كانت يد العاقد (المدين) يد أمانة؛ فإن الدائن هو الذي يجب عليه أن يثبت خطأ المدين، وأنه لم يبذل العناية الواجبة للمحافظة على الشيء لأن القاعدة الفقهية تقرر أن الأمين مصدق باليمين. أما إذا كانت يد المدين على الشيء تُعد يد ضمان؛ فإن المدين هو الذي يثبت أنه قام بالتزامه كما ينبغي، وأنه لم يقصر في تنفيذ التزامه<sup>٨٣٩</sup>.

### ((خاتمة البحث))

يمكننا بعد الانتهاء من هذا البحث أن نقف على العديد من النتائج والتوصيات الهامة؛ ومن هذه النتائج وتلك التوصيات نذكر على سبيل المثال لا الحصر؛ الآتي:

#### أولاً: النتائج:

- ١- أن الفقه الإسلامي لم يتأثر قط بالقانون الروماني، وأن ما ادعاه - في هذا الشأن - البعض من المستشرقين يُعد افتراءً وكذباً ولا أساس له على الإطلاق من الحقيقة.
- ٢- أن تدخل الدولة في العقود - في الوقت الراهن - يُعد تكريساً لما استقر عليه الفقه الإسلامي - منذ أمد بعيد - في خصوص حماية المصلحة العامة، من جهة، وحماية الطرف الضعيف، من جهة أخرى.
- ٣- أن الشريعة الإسلامية الغراء قد وضعت بعض القيود على الإرادة بغية حماية المصلحة العامة، وهذه القيود لم تتوصل لها القوانين الوضعية إلا في وقت متأخر وحديث نسبياً.
- ٤- أن مفهوم العقد في الشريعة الإسلامية يُعد ثابتاً وراسخاً منذ بزوغ فجر الإسلام، أما مفهوم العقد في القانون الوضعي؛ فهو متغير ولم يستقر حتى الآن.
- ٥- أن الإسلام قد قرر حرية الإرادة، ووضع لها سياج من الضمانات، وعالج بطريقة محكمة العيوب التي قد تعترها.
- ٦- أن الشريعة الإسلامية قد حرصت على تحقيق العدالة العقدية، وذلك عن طريق إجراء التوازن العقدي بين طرفي العقد.
- ٧- أن الأصل في العقود في الفقه الإسلامي الرضائية، ولهذا لم تعرف الشريعة الإسلامية الشكلية في العقود إلا فيما ندر؛ ومن المعلوم أن الأحكام تُبنى على الغالب، والنادر لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره.
- ٨- أن العقود في الشريعة الإسلامية ذات بعد ديني وأخلاقي، ولهذا يحرص كل طرف من أطراف الرابطة العقدية على تنفيذ التزاماته بحسن نية، وبدون ماطلة، ووفقاً لأدبيات وأخلاقيات يجب أن يتحلى بها كلاً من الدائن والمدين على حد سواء؛ فينبغي على الدائن - على سبيل المثال - أن يكون سمحاً في مطالبته للدائن، كما ينبغي على المدين - مثلاً - أن يُحسن قضاء الدين.
- ٩- أن فقهاء المذاهب الأربعة قد أجازوا للعاقدين استحداث عقود جديدة بخلاف العقود المسماة، كما أجازوا - كذلك - حق العاقدين في وضع شروط تقييدية في العقود (حرية الإرادة العقدية في قرن العقود بشروط).
- ١٠- أن الشريعة الإسلامية الغراء قد عرفت مبدأ سلطان الإرادة منذ بزوغ فجر الإسلام، وقبل أن تعرفه الشرائع القانونية المختلفة، وذلك لأن مقومات هذا المبدأ متوافرة بكافة أبعادها في شريعتنا الغراء؛ وهذه المقومات تتمثل في: حرية الفرد في التعاقد من عدمه، وحرية الأفراد في تحديد شروط التعاقد، وأنه في حال الاختلاف حول تفسير بنود العقد؛ فإن القاضي يفسر العقد في ضوء عدة أمور من بينها النية المشتركة للمتعاقدين، كما أن الأفراد لديهم حرية في التعاقد بموجب العقود المسماة التي شملتها كتب الفقهاء القدامى، أو بموجب عقود مستحدثة اقتضتها المستجدات التي طرأت، أو يمكن أن تطراً - في المستقبل - على الأمة.
- ١١- أن أساس القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي من حيث موضوعه تكمن في إرادة العاقدين في خصوص إنشاء أو تكوين العقد، أما أساس القوة الملزمة للعقد من حيث ترتيب آثاره؛ فهي كقاعدة عامة من صنع الشارع، وبالتالي فإن آثار العقد تترتب عليه حتى ولو لم ينص عليها المتعاقدان في صلب العقد.
- ١٢- أن القوة الملزمة للعقد من حيث موضوعه ليست أبدية أو خالدة، لأنها تنقضي بانقضاء العقد أو انحلاله.
- ١٣- أن الفقه الإسلامي قد عرف نظرية الظروف الطارئة، وهذه النظرية لها تطبيقات؛ منها على سبيل المثال لا الحصر: نظرية العذر، ونظرية الجوائح.

<sup>٨٣٩</sup> راجع: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنانية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

١٤- أن التعاقد إذا لم يلتزم بتنفيذ التزامه بمحض اختياره؛ فإنه يلتزم بتنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقه بموجب العقد جبراً عنه، على أساس المسؤولية العقدية.

#### ثانياً: التوصيات:

- ١- أوصي بإعادة كتابة كتب الفقه الإسلامي بلغة سهلة وميسرة بحيث يسهل فهمها وإدراك مراميها، وهذه مهمة ليست باليسرة، لأنها تحتاج إلى جهد جبار، وإمكانات مالية كبيرة.
  - ٢- أوصي بإنشاء مراكز علمية متخصصة في العلوم الشرعية بالجامعات، بحيث تضطلع هذه المراكز بمهمة البحث في المستجدات التي تطرأ على الأمة الإسلامية، بحيث تثبت ونؤكد دوماً بأن الشريعة الإسلامية مرنة وصالحة لكل زمان ومكان.
  - ٣- أوصي السلطات التشريعية أو التنظيمية في البلدان الإسلامية بضرورة تقنين الأحكام القانونية في شكل نصوص قانونية، حتى يسهل فهمها من قبل المشتغلين في الحقل القانوني، وحتى يسهل تطبيقها من قبل القضاء، وهذه التوصية لا تقلل من الجهود السابقة في هذا المضمار<sup>٨٤٠</sup>.
  - ٤- أوصي بحظر الفتوى على غير المؤهلين لها، لأن مهمة الإفتاء ليست بالمهمة اليسيرة، ولعل ذلك مرده إلى انتشار العديد من الفتاوى - في شأن المعاملات المالية - التي لا تجد لها سنداً شرعياً.
  - ٥- أوصي بأن يتم دراسة القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي في أطروحة دكتوراه معمقة، لأن بحثنا قد اقتصر فقط على القوة الملزمة للعقد من حيث موضوعه فقط، وبالتالي فإن اكتمال الموضوع يقتضي دراسة القوة الملزمة للعقد من حيث أشخاصه.
  - ٦- أوصي بدراسة مقرر مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي، وبخاصة العقد، بكليات الحقوق بالجامعات العربية والإسلامية، على أن يكون هذا المقرر مقارناً بمصادر الالتزام في القانون الوضعي، حتى يستطيع المتلقي أن يقرر - ومن تلقاء نفسه - بعد دراسة هذا المقرر أن الفقه الإسلامي يُعد - وبحق - معيناً لا ينضب، وأن لدينا ميراث قانوني لا يضاهيه أي قانون آخر مهما بلغ شأوه.
- ((قائمة بأهم المراجع<sup>٨٤١</sup>))

#### أولاً: المراجع باللغة العربية:

- إبراهيم:** الشيخ أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الإسلامي، الطبعة الأولى دار الأنصار، القاهرة ١٩٤٤م.
- إبراهيم:** الشيخ أحمد إبراهيم، أحكام المرأة في الشريعة الإسلامية وبيان ما لها وما عليها من الحقوق والواجبات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السادسة، العدد الثاني، فبراير ١٩٣٦م، القاهرة ١٩٣٦م.
- إبراهيم:** الشيخ أحمد إبراهيم، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، العدد السادس، القاهرة ١٩٣٤م.
- ابن الأثير:** مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ابن العربي:** أبو بكر محمد بن عبد الله المشهور بابن العربي، أحكام القرآن، دار الفكر العربي، دمشق ١٤٢٤هـ.
- ابن الهمام:** كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام (الحنفي)، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت ١٤٢١هـ.
- ابن تيمية:** أحمد بن عبد الحلیم المعروف بابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الطبعة الأولى، دار المعرفة، لبنان ١٩٨٨م.
- ابن تيمية:** أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، المعروف بابن تيمية، العقود (نظرية العقد)، مكتبة المورد، بيروت ١٤٢٣هـ.

<sup>٨٤٠</sup> ومن هذه الجهود على سبيل المثال لا الحصر الآتي: ١- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية؛ لمحمد قديري باشا، على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ملتماً لعرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية، الطبعة الثالثة، دار الفرجاني، القاهرة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م. ٢- مجلة الأحكام العدلية، المقننة على المذهب الحنفي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٩م. ٣- مجلة الأحكام الشرعية المقننة على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، للقاضي الجليل أحمد بن عبد الله القاري؛ دراسة وتحقيق: عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، محمد إبراهيم أحمد علي، الطبعة الثالثة، الناشر مطبوعات تهامة، جدة ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م. ٤- مشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية في مصر؛ وهو مشروع لم يكتب له أن يرى النور؛ حيث تم الانتهاء من إعداده منذ عام ١٩٨٢م؛ وسلم لمجلس الشعب المصري في حينه، ولكنه مازال حبيس الأدرج. ٥- مشروع القانون المدني العربي الموحد، المعد تحت مظلة جامعة الدول العربية؛ والمعتمد من مجلس وزراء العدل العرب؛ كقانون نموذجي بالقرار رقم (٢٢٨-١٢٥) بتاريخ ١٩٩٦/١١/١٩م. ٦- وثيقة الكويت للقانون المدني الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية؛ وهي تُعد أحد مشروعات تقنين أحكام الشريعة الإسلامية التي أقرها وزراء العدل لدول المجلس؛ وقد تمت الموافقة عليها في الدورة الثامنة عشرة للمجلس الأعلى الذي عقد بدولة الكويت عام ١٩٩٧م؛ وهذه الوثيقة تُعد - حتى الآن - وثيقة استرشادية.

<sup>٨٤١</sup> ذكرت المراجع بدون ألقاب مؤلفيها؛ كما أن هذه القائمة لم تتضمن كافة المراجع المشار إليها في هوامش البحث؛ لذا وجب التنويه.

**ابن تيمية:** تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.

**ابن تيمية:** تقي الدين أبي العباس أحمد بن تيمية، القياس في الشرع الإسلامي (يحتوي على رسالة القياس لشيخ الإسلام ابن تيمية، وفصول في القياس لابن قيم الجوزية)؛ منشورات دار الأفاق الجديدة، بيروت ١٩٧٥ م.

**ابن جزى:** محمد بن أحمد بن جزى الكلبي القرطبي، المعروف أو المشهور بابن جزى المالكي، القوانين الفقهية، المكتبة العصرية، بيروت ١٤٢٣ هـ.

**ابن حجر:** الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المشهور بابن حجر، المطبعة السلفية، القاهرة ١٣٩٣ هـ.

**ابن حزم:** علي بن أحمد سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

**ابن حزم:** علي بن أحمد سعيد بن حزم الأندلسي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الحديث، القاهرة ٢٠٠٥ م.

**ابن رجب:** الحافظ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الرحمن المشهور بابن رجب (الحنبلي)، القواعد الفقهية.

**ابن رشد الجد:** أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ابن رشد الجد)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٩٨٨ م.

**ابن رشد الجد:** أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، (المعروف أو المشهور بابن رشد الجد) المقدمات الممهدة، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

**ابن رشد الحفيد:** محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المالكي) المعروف بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.

**ابن سلمه:** فهد بن عبد العزيز إبراهيم بن سلمه، العيب وأثره في البيوع، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٠٧ هـ.

**ابن عابدين:** محمد أمين، المعروف بابن عابدين (الحنفي)، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر العربي، لبنان ٢٠٠٠ م.

**ابن عبد السلام:** عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، المعروف بالعزيز بن عبد السلام، القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، دار القلم، دمشق ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.

**ابن فارس:** أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، لبنان ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م.

**ابن قدامة:** أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (الحنبلي) المغني، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.

**ابن قدامة:** أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، مكتبة المعارف، الرياض ١٤٠٤ هـ.

**ابن قدامة:** شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي، بيروت ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.

**ابن قيم الجوزية:** أبو عبد الله محمد بن أبي بكر (الحنبلي) المعروف بابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، (كتاب أصول فقه)، دار ابن الجوزي، لبنان ٢٠٠٦ م.

**ابن مفلح:** إبراهيم بن محمد بن عبد الله أبو إسحاق المعروف بابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار عالم الكتاب، الرياض ٢٠٠٣ م..

**ابن مفلح:** أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ.

**ابن منظور:** جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، الرياض ١٣٩٩ هـ.

**ابن نجيم:** زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم (الحنفي)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المطبعة العلمية، بيروت ١٤١٢ هـ.

**ابن نجيم:** زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف والمشهور بابن نجيم المصري الحنفي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٠٠هـ.

**أبو زهرة:** الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.

**أبو سرحان، وأبو يحيى:** أحمد شحدة أبو سرحان، علي عبد الله أبو يحيى، فسخ الإجارة بالعدر في الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية، المجلد رقم (٤٠) العدد رقم (١)، عمان ٢٠١٣م.

**أبو سعد:** محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، دار عالم الكتاب، القاهرة ١٩٨١م.

**أبو طالب:** صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٤م.

**أبو طالب:** صوفي حسن أبو طالب، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، مكتبة نهضة مصر، القاهرة ١٩٩٤م.

**أبو طالب:** صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩م.

**أبو طالب:** صوفي حسن أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦م.

**إسماعيل:** محمد رشدي محمد إسماعيل، العقود في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، بدون ناشر، القاهرة ١٩٨٩م.

**ألكسي:** روبرت ألكسي، فلسفة القانون، مفهوم القانون ومفهوم سريان القانون، الطبعة الأولى، ترجمة د. كامل فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٦م.

**إمام:** محمد كمال الدين إمام، منهجية التقنين، دراسة تحليلية في علم تاريخ الشرائع وعلم أصول الفقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٧م.

**الأنصاري:** زكريا الأنصاري، متن التحرير، ج ١، تحقيق طه الزيني، الطبعة الأولى، مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة ١٣٧٣هـ - ١٩٥٣م.

**الأنصاري:** زكريا بن محمد زكريا الأنصاري الشافعي، المشهور بالأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بيروت ١٤٣١هـ.

**البابرتي:** أكمل الدين محمد بن محمد البابرتي، شرح العناية بهامش شرح فتح القدير على الهداية، دار الفكر، لبنان، بدون تاريخ..

**الباحسين:** يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة الأمور بمقاصدها، دراسة نظرية تأصيلية، مكتبة الرشد، الرياض ٢٠٠٧م.

**باوزير:** مريم بنت محمد بن أبو بكر باوزير، أهلية المرأة وأثرها في الحقوق والواجبات، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية بكلية دار العلوم بجامعة القاهرة، المجلد رقم (٧) العدد رقم (٢٤)، القاهرة ٢٠١١م.

**البخاري:** أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، صحيح البخاري، دار الحديث، القاهرة ١٩٦٤م.

**البخاري:** علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول فخر الإسلام اليزدي، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٢١هـ.

**بدا ماد أفندي:** عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان (الحنفي) المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٤٢١هـ.

**بدر الدين العيني:** محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد الحسين، المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البناءة في شرح الهداية، دار الفكر، دمشق ١٩٨١م.

**بدران:** بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية ٢٠٠٠م.

**البدوي:** أكرم محمود حسين البدوي، حكم العقد، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد رقم (١٥) العدد رقم (٥٥) السنة رقم (١٧)، العراق ٢٠١٢م.

**البرديسي:** محمد زكريا البرديسي، الإكراه بين الشريعة والقانون، مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق بجامعة القاهرة، المجلد رقم (٣٠) العدد رقم (٢) القاهرة ١٩٦٠م.

**بسيوني:** عادل مصطفى بسيوني، العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأوربية، منشورات اليونسكو، المجلد الأول (التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية) القاهرة ١٩٧٨م.

**بسيوني:** عادل مصطفى بسيوني، سلطان الإرادة في العصر الوسيط، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٧٦م.

**بسيوني:** عادل مصطفى بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، بحث منشور في مجموعة بحوث التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية، دراسة مقارنة، المجلد الأول، مطبوعات الهيئة المصرية العامة للكتاب، إشراف مركز تبادل القيم الثقافية بالشعبة القومية للتربية والعلوم الثقافية باليونسكو، القاهرة ١٩٨٠م.

**بسيوني:** عادل مصطفى بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم، العددان السابع والثامن، القاهرة ١٩٧٦م - ١٩٧٧م.

**البعلي:** عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، الطبعة الأولى، مكتبة وهبة، القاهرة ١٩٨٩م.

**البكباشي:** سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٨م.

**بكر:** محمد أحمد بكر، الإرادة الظاهرة والباطنة، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسسيوط، العدد رقم (١٩) المجلد الأول، أسسيوط ٢٠٠٧م.

**البهوتي:** منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (الحنبلي)، شرح منتهى الإيرادات المسمى دقائق أولي النهي لشرح المنتهى، الطبعة الأولى، بيروت ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

**البهوتي:** منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (الحنبلي)، كشف القناع على متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

**بوكماش:** محمد بوكماش، أثر الجعلية في تقييد مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة البحوث والدراسات، العدد رقم (١٣) - السنة رقم (٩)، الجزائر ٢٠١٢م.

**البيهقي:** أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخرساني، المعروف بالبيهقي، السنن الكبرى، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

**التجكاني:** محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الكويت ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

**الترمانيني:** عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية مقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوربية وتطبيقات النظرية في البلاد العربية، دار الفكر، دمشق ١٩٧١م.

**التركي:** عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد العزيز التركي، أثر مبدأ حسن النية في العقود التجارية، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، مصر، مجلد رقم (٦) العدد رقم (٦٣)، القاهرة ٢٠١٧م.

**الثنيان:** سليمان بن إبراهيم الثنيان، الجوائح وأحكامها، دار عالم الكتاب، الرياض ١٩٩٢م.

**الجرجاني:** علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، المشهور بالجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

**الجصاص:** أبو بكر أحمد بن علي الرازي، المعروف بالجصاص، أحكام القرآن، دار أحياء التراث العربي، لبنان ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

**الجلعود:** عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

**جمعة:** رمضان جمعة، السبب الباعث وأثره في صحة العقد أو بطلانه، دراسة فقهية قانونية مقارنة، مجلة كلية دار العلوم بجامعة القاهرة، العدد رقم (٢١)، يونيو - صفر ١٩٩٧م، القاهرة ١٩٩٧م.

**حافظ:** علي حافظ، أساس العدالة في القانون الروماني، الطبعة الأولى، منشورات لجنة البيان العربي، القاهرة ١٩٥١م.

**الحجاوي:** موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، المعروف بالحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة، بيروت ١٤١٨هـ.

**حسب النبي:** الهادي السعيد عرفه حسب النبي، حسن النية في العقود، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلة كلية الحقوق بجامعة المنصورة، العدد الأول - أكتوبر ١٩٨٦م.

**حسن:** السيد العربي حسن، العدل والإنصاف، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠م.

**حسن:** السيد العربي حسن، القانون والمجتمع، مدخل إلى علم الاجتماع القانوني عند "ماكس فيبر"، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥م.

**حسن:** محمود محمد حسن، العقود الشرعية في المعاملات المصرفية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت ١٩٩٧م.

**حسن:** محمود محمد حسن، التشريع الإسلامي (المدخل - والنظريات العامة) مطبوعات كلية الحقوق بجامعة المنصورة، مصر ٢٠١٨م.

**حسين:** أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون تاريخ.

**حسين:** فايز محمد حسين، المقاصة، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في القانون الروماني والفقهاء الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠١١م.

**حسين:** فايز محمد حسين، الوفاء بمقابل، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠١٠م.

**الحطاب:** شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب (المالكي)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

**الحطاب:** شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

**حمزة:** بن خدة حمزة، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي، العقد نموذجاً، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر ٢٠١٧م.

**حنفي:** محمد الحسيني حنفي، نظرية البطلان في العقود في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العدد الأول - السنة الثانية، القاهرة يناير ١٩٦٠م.

**خاطر:** صبري حمد خاطر، أثر أحكام الشريعة الإسلامية في التشريعات الغربية، مجلة دراسات قانونية (بيت الحكمة) العدد الأول، السنة الثانية، بغداد ٢٠٠٠م.

**خالد:** نواف حازم خالد، مدى الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العقد، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد رقم (١) المجلد رقم (١٢)، العراق ٢٠٠٥م.

**الختلان:** سعد بن تركي الختلان، الزمن في الديون وأحكامه الفقهية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة رقم (١٧) العدد رقم (٦٨)، رمضان ١٤٢٦هـ - سبتمبر ٢٠٠٥م.

**الخفيف:** الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، الطبعة الثانية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة ١٣٦٣هـ - ١٩٤٤م.

**الخفيف:** الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة ٢٠٠٠م.

**خلاف:** الشيخ عبد الوهاب خلاف، الأهلية وعوارضها في الشريعة الإسلامية، مطبعة مصر، القاهرة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.

**خلاف:** الشيخ عبد الوهاب خلاف، تفسير النصوص القانونية وتأويلها، مجلة المحاماة، العدد الأول، القاهرة ١٩٥٠م.

**داغي:** محمد محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية، بيروت ٢٠٠٢م.

**دباش، ودغيش:** عبد الرؤوف دباش، أ. حملوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية بجامعة محمد خيضر بسكرة، العدد رقم (٤٤)؛ يونيه ٢٠١٦م، الجزائر ٢٠١٦م.

**الدردير:** أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي المالكي، المشهور بالدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار الفكر، بيروت ١٤٢٤هـ.

- الدريني:** محمد فتحي الدريني، النظريات الفقهية، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، سوريا ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- الدريني:** محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، ج ٢، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٩٩٤م.
- الدريني:** محمد فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٩٩٨م.
- الدسوقي:** شمس الدين محمد عرفه الدسوقي (المالكي)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، بيروت ١٤٢٤هـ.
- الرازي:** زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، لبنان ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- الرملي:** شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الأنصاري (الشافعي)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- الزاهي:** علاء السيد محمود الزاهي، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق بجامعة طنطا (مصر)، طنطا ٢٠٠٦م.
- الزبيدي:** محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة حكومة الكويت، الكويت ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- الزحيلي:** وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.
- الزحيلي:** وهبة الزحيلي، النية والباعث في فقه العبادات والعقود والفسوخ والترك، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، المجلد رقم (٢) العدد رقم (٣٩)، يونيو - رمضان ١٩٨٥م.
- الزحيلي:** وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة التاسعة، دار الفكر، دمشق ١٩٩٨م.
- الزرقا:** مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، الطبعة التاسعة، ج ١، مطابع الف باء - الأديب، دمشق ١٩٦٧-١٩٦٨م.
- الزرقاني:** أبو عبد الله محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- الزركشي:** بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي (الشافعي)، المنثور في القواعد، الطبعة الثانية، ج ٢، دار الكويت للصحافة، الكويت ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- الزقرد:** أحمد السعيد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٧م.
- الزقرد:** أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القوانين: المصري والكويتي والفرنسي والإنجليزي مع الإشارة إلى قانون البيع الدولي للبضائع، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة المنصورة، العدد رقم (٢٨)، أكتوبر، مصر ٢٠٠٠م.
- زيدان:** عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت ٢٠٠٦م.
- الزيلعي:** فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (الحنفي)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، القاهرة ١٣١٣هـ.
- السباعي:** أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي، الطبعة الثانية، منشورات عكاظ، المغرب ١٩٨٧م.
- السبكي:** تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي، المعروف بالسبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- السبكي:** عبد الوهاب بن علي السبكي تاج الدين، جمع الجوامع في أصول الفقه، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- سراج:** محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠١٢م.
- السرخسي:** شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي (الحنفي) المبسوط، دار المعرفة، بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

**السرخسي:** محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة المشهور بالسرخسي، أصول السرخسي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

**سعد:** هاشم عبد المقصود سعد، حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، دار الرازي، القاهرة ١٩٨٨ م.

**سلطح:** حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، الإسكندرية ٢٠٠٧ م.

**سليم:** محمد محي الدين إبراهيم سليم، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٧ م.

**سليم:** محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٠ م.

**سليمان:** حوران محمد سليمان، نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النوادر، دمشق ٢٠١٢ م.

**السنهوري:** عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ١٩٩٨ م.

**السنهوري:** عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي، لبنان ١٩٩٨ م.

**سوار:** محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن ٢٠٠١ م.

**سوار:** محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨ م.

**سوار:** محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، مطبوعات معهد الإدارة، الرياض ١٩٨٥ م.

**السيوطي:** جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي أبو الفضل، المعروف بالسيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الحديث، القاهرة ١٩٨٣ م.

**الشاطبي:** أبو إسحق إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الحديث، القاهرة ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.

**الشافعي:** جابر عبد الهادي الشافعي، التفريق الفقهي بين الرضا والقبول وأثر ذلك في قوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٢ م.

**الشافعي:** محمد بن إدريس الشافعي المطلبي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٧٥ م.

**الشافعي:** محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت ١٣٩٣ هـ.

**شاهين:** إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة ومداه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد رقم (١٦)، الجزء الثاني، طنطا ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م.

**الشثري:** سعد بن ناصر بن عبد العزيز أبو حبيب الشثري، مقاصد الشريعة، الطبعة الأولى، دار كنوز إسبيليا، الرياض ١٤٣٩ هـ - ٢٠١٨ م.

**شحاتة:** شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، ج ١، مطبعة الاعتماد، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد (القاهرة حالياً)، القاهرة ١٩٣٦ م.

**الشربيني:** شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (الشافعي) مغني المحتاج إلى معرفة المنهاج، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.

**شعبان:** زكي الدين شعبان، الشروط الشائعة في المعاملات وأحكامها في الشريعة والقانون، مجلة القانون والاقتصاد بكلية الحقوق جامعة القاهرة، العددان الثالث والرابع، السنة رقم (٢٥) سبتمبر - ديسمبر، القاهرة ١٩٥٥ م.

**شعبان:** زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٨ م.

**الشوكاني:** محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، المشهور بالشوكاني، نيل الأوطار، دار الحديث، القاهرة ١٤٣١ هـ - ١٩٩٣ م.

**الشيرازي:** أبو إسحق إبراهيم بن علي الشيرازي، اللمع في أصول الفقه، الطبعة الأولى، دار الكلم الطيب، دمشق ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

**الشيرازي:** أبو إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي (الشافعي)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

**صقر:** مصطفى سيد أحمد صقر، بزوغ فكرة السبب في العقود والالتزامات في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥م.

**صقر:** مصطفى سيد أحمد صقر، ضمان العيوب الخفية، دراسة مقارنة بين القانون الروماني والشريعة الإسلامية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ١٩٨٩م.

**صقر:** مصطفى سيد أحمد صقر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد رقم (٢٥) إبريل ١٩٩٩م.

**الضري:** الصديق محمد الأمين الضري، الغرر في العقود في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي، جدة ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

**طالبي:** عثمان بن طاهر طالبي، الوجيز في مصادر الالتزام، بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الإجابة، الرياض ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م.

**طالبي:** عثمان طاهر أحمد طالبي، ضمان العيوب الخفية في المبيع، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المصري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

**عامر:** حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة ١٩٤٥م.

**العايد:** عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، أسباب انحلال العقود المالية، سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي بالمملكة العربية السعودية لنشر ألف رسالة علمية (الرسالة رقم ٤٣)، بمناسبة مرور مائة عام على تأسيس المملكة العربية السعودية، الرياض ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

**عبد البر:** محمد زكي عبد البر، مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثامنة، العدد الأول، يناير - مارس، القاهرة ١٩٦٤م.

**عبد الحميد:** حسن عبد الحميد، قاعدة السابقة القضائية في النظم القانونية الأنجلوأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣م.

**عبد السلام:** سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨م.

**عبد العال:** مدحت محمد محمود عبد العال، اختلال التوازن العقدي بين التزامات طرفي التأمين، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠١٠م.

**عبد المجيد:** محمد محسوب عبد المجيد، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠م.

**عبد المجيد:** محمد محسوب عبد المجيد، الخصام بين القانون والأخلاق في الفكر الغربي، الأصول التاريخية والأسس الفلسفية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥م.

**العبدلي:** بندر بن نافع العبدلي، الشروط في العقود "دراسة حديثة فقهية"، مجلة العلوم الشرعية بجامعة القصيم، المجلد رقم (٣) العدد رقم (٢) رجب ١٤٣١هـ - يوليو ٢٠١٠م.

**العربي:** بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الثاني، سلسلة المعرفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ١٩٩٦م.

**العربي:** بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، مجلة كلية الحقوق بن عكنون بجامعة الجزائر، الجزائر ١٩٩٢م.

**العسكري:** الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري، المشهور بأبي هلال العسكري، الفروق في اللغة، الطبعة الخامسة، دار الأفق الجديدة، لبنان ١٩٨٣م.

**العشماوي:** أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢م.

**عشوش:** أحمد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مجلة الاقتصادية القانونية، كلية الحقوق بجامعة الزقازيق، العدد رقم (١) عام ١٩٨٦م.

**العطافي:** عبد الهادي بونس العطافي، الوجيز في العقد، دراسة مقارنة بالمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، المطبعة الكمالية، القاهرة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م.

**علام:** شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، القواعد الفقهية ودورها في التفسير القضائي للعقد عند التنازع في عباراته المرتبة للحقوق والالتزامات في الفقه الإسلامي، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الرابع والعشرين، طنطا ٢٠٠٨ م.

**العليلي:** بهاء الدين العليلي، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، المجلد الثاني: آثار العقد وزواله في الفقه الإسلامي والقانون، دار الشواف، الرياض ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٨ م.

**عليش:** محمد بن أحمد بن محمد أبو عبد الله المالكي المعروف بعليش المالكي، فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت بدون تاريخ.

**عليش:** محمد بن أحمد عlish، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، دار الفكر، بيروت ١٩٨٩ م.

**عيسى:** محمد جمال عطية عيسى، الشكليات القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الزقازيق في مصر، مصر ١٩٩٤ م.

**عيسى:** محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد، دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩ م.

**عيسى:** محمد حلمي السيد عيسى، التدليس وأثره في عقود المعاوضات، دراسة مقارنة بالقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة ١٩٨٧ م.

**عيسى:** محمد حلمي السيد عيسى، تعريف العقد وتقسيماته، دراسة فقهية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة المنوفية، المجلد رقم (١٠) العدد رقم (٢٠) أكتوبر ٢٠٠١ م.

**غازي:** طه عوض غازي، أهلية المرأة المالية في شرائع الشرق، دراسة تاريخية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨ م.

**الغزالي:** أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي الشافعي، الوسيط في المذهب، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م.

**الغزالي:** الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المعروف بالغزالي، المستصفى من علم الأصول، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، القاهرة ١٣٢٤ هـ.

**الغزيري:** عباس مبروك الغزيري، مدرسة الفقه القانوني الاجتماعي في الولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦ م.

**الغنيمي:** عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت ١٩٨١ م.

**الغياتي:** لاشين محمد الغياتي، إقالة العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، مطبعة التقدم، القاهرة ١٩٨٥ م.

**الغياتي:** لاشين محمد بونس الغياتي، عقود الإذعان في القانون المدني المصري وموقف الشريعة الإسلامية منه، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، فرع طنطا، العدد الأول لسنة ١٩٨٦ م.

**الغياتي:** لاشين محمد بونس الغياتي، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة ٢٠٠٠ م.

**فايد:** عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار الكتب القانونية، القاهرة ٢٠١٠ م.

**فايد:** عابد فايد عبد الفتاح فايد، أحكام عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥ م.

**الفتلاوي:** صاحب عيد الفتلاوي، تحول العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.

**فرج:** توفيق حسن فرج، أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول لسنة ١٩٧٠ م، الإسكندرية ١٩٧٠ م.

**فرج:** عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م.

**فرحات:** محمد محمد فرحات، الالتزامات في الفقه الإسلامي: مصادرها وأحكامها، دراسة مقارنة، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.

**الفرغاني:** فخر الدين حسن بن منصور الفرغاني (الحنفي) الفتاوي الهندية، المسماة أيضاً بالفتاوى العالمية، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى ببولاق، القاهرة ١٣١٠ هـ.

**الفرزاري:** حسب الرسول الشيخ الفرزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، الإسكندرية ١٩٧٩ م.

**فطيمة:** نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، الجزائر ٢٠١٣ م.

**فودة:** السيد عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٩٦ م.

**فودة:** عبد الحكم عبد البصير السيد فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٣ م.

**فودة:** عبد الحكم عبد البصير فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٥ م.

**فيغو:** عبد السلام أحمد فيغو، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي، مجلة الحقوق، العدد رقم (١٤)، مطبعة دار الأفاق المغربية، المغرب ٢٠١٣ م.

**الفيومي:** أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة الإيمان بالمنصورة، مصر ٢٠٠٨ م.

**قاسم:** محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، العدد الأول لسنة ٢٠١٠ م.

**القرافي:** أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المشهور بالقرافي (المالكي)، الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق)، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٠ م.

**القرافي:** أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، المشهور بالقرافي، الذخيرة، دار العرب الإسلامي، بيروت ١٩٩٤ م.

**القرطبي:** أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م.

**القزويني:** أبو عبد الله بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٣٩٥ هـ.

**القضاة، ومحمود:** حنان عبد الكريم القضاة، عبد الله علي محمود، القواعد الفقهية المنظمة لتفسير العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني الأردني، مجلة دراسات: علوم الشريعة والقانون، المجلد رقم (٤٤) العدد رقم (٤)، عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية، الأردن ٢٠١٧ م.

**قطب:** مسعد قطب، الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقود ومدى اعتناق الفقه الإسلامي له، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، المجلد رقم (٣١) العددان الأول والثاني، القاهرة ١٩٨٩ م.

**قلعجي، وقنبيي:** محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبيي، معجم لغة الفقهاء، الطبعة الثانية دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

**القوني:** عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة المنوفية، مصر ١٩٩٧ م.

**الكاساني:** علاء الدين بن مسعود الكاساني (الحنفي)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، بيروت ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.

**مالك:** الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم عن مالك بن أنس، مطبعة السعادة، القاهرة ١٣٢٣ هـ.

- الماوردي:** أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي المعروف أو المشهور بالماوردي، الحاوي في فقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٤هـ.
- محبوب:** محمد علي محبوب، الإكراه بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق بجامعة عين شمس، المجلد رقم (٢٤) العددان: الأول والثاني، يونيو ويوليو ١٩٨٢م، القاهرة ١٩٨٢م.
- محمد:** عباس حسني محمد، الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، دار عكاظ، جدة ١٤٠٤هـ.
- محمد:** عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، الطبعة الأولى، ج ١، منشورات المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤١٣هـ - ١٩٩٩م.
- محمد:** علي عادل محمد، العذر الطارئ في عقد الإيجار وطبيعة علاقته بنظرية الظروف الطارئة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد رقم (٣٠) العدد رقم (٦٥) لسنة ٢٠١٦م - ١٤٣٧هـ.
- محمد:** محمود محمد عبد النبي محمد، اتجاهات الالتزام في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٩٧م.
- محمصاني:** صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت ١٩٧٢م.
- محمود:** جمال الدين محمد محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٩م.
- المحيمي:** صالح بن عبد الرحمن المحيمي، الإبراء من الحق في الفقه الإسلامي، معناه ومشروعيته، وصلته بغيره، مجلة العدل، العدد رقم (٨) السنة الثانية - شوال ١٤٢١هـ؛ الرياض ١٤٢١هـ.
- مذكور:** محمد سلام مذکور، الاجتهاد في التشريع الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ١٤٠٤هـ.
- مذكور:** محمد سلام مذکور، الاحتكار وموقف التشريع الإسلامي منه، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد رقم (١٣) السنة (٣٦) سبتمبر ١٩٦٦م، القاهرة ١٩٦٦م.
- مذكور:** محمد سلام مذکور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته، دار الكتاب الحديث، الكويت، بدون تاريخ.
- مذكور:** محمد سلام مذکور، المقاصة في الفقه الإسلامي، بحث مقارن، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة ١٩٥٦م.
- مذكور:** محمد سلام مذکور، عقد الإيجار في الفقه الإسلامي المقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- المرداوي:** علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي دمشقي الصالحي الحنبلي، المعروف بالمرادوي، الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٧٠م.
- المرسي:** متولي عبد المؤمن محمد المرسي، الوجيز في تاريخ القانون، الطبعة الأولى، مكتبة العالم العربي، الرياض ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م.
- المرسي:** متولي عبد المؤمن محمد المرسي، أحكام الالتزام في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والنظام القانوني السعودي وبعض القوانين المدنية العربية، الطبعة الأولى، دار الإفادة، الرياض ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م.
- مطلوب:** عبد المجيد مطلوب، نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، بحث مقارن بين المذاهب، مطبوعات جامعة عين شمس، القاهرة ١٩٨٧م.
- المطيرات:** عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم بجامعة القاهرة، قسم الشريعة الإسلامية، القاهرة ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- المظفر:** محمود المظفر، نظرية العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، دار حافظ، جدة ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

**المنوفي المصري:** علي بن خلف المنوفي المالكي المصري، كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت ١٤١٢ هـ.

**موسى:** أحمد حافظ موسى، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مجلة العلوم الشرعية بجامعة القصيم، المجلد رقم (٤) العدد رقم (٢)؛ القصيم رجب ١٤٣٢ هـ - يوليو ٢٠١١ م.

**موسى:** محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، القاهرة ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٣ م.

**الناهي:** صلاح الدين الناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة (فؤاد الأول)، القاهرة ١٣٦٥ هـ - ١٩٤٥ م.

**النجار:** عبد الله مبروك النجار، توازن المراكز القانونية بين الحق والإلزام، الطبعة الثانية، دار الكتاب الجامعي، القاهرة ٢٠٠٤ م.

**النسفي:** أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي الحنفي، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار مع شرح نور الأنوار على المنار، دار الكتب العلمية، لبنان، بدون تاريخ.

**النوي:** أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي (الشافعي)، المجموع شرح المهذب، دار الإرشاد، المملكة العربية السعودية، ١٤١٣ هـ.

**الهوب:** بكر بن عبد اللطيف الهوب، المسؤولية العقدية، مجلة القضائية، العدد الثالث، محرم ١٤٣٣ هـ، الرياض ١٤٣٣ هـ.

**واصل:** نصر فريد واصل، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الخامسة، المكتبة التوفيقية، القاهرة ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م.

**اليمني:** محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية التربية بجامعة الملك سعود، الرياض ١٤٢٦ هـ.

**يونس:** جميل محمد بني يونس، دور الإرادة والشكل في إنشاء العقد وترتيب آثاره، مجلة إربد للبحوث والدراسات، المجلد رقم (١٥) - العدد الأول، عمان ٢٠١١ م.

**ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:**

- **CH. CHEHATA:** Théorie générale de L'obligation en droit Musulman Hanéfite, Paris, Siery, 1969.
- **G. AUGÉ:** Le contrat et L'evolution Du consensualisme. In archive de philosophie de droit, Paris, 1968.
- **LORRIERS:** Le rôle de la volonté dans Les Contrats. Paris, 1944.
- **M. ABDEL GAWAD:** La force obligatoire du contrat en droit musulman et La théorie de L'imprévision en droit civil égyptien, Thèse, Paris, 1958.
- **M. ELSHAKANKIRI:** Loi divine, Loi hmaine et droit dans L'histoire juridiques de L'Islam, R.H.D.F.E, Juin 1980.
- **M. S. KHALIL:** Le Dirigisme économique et les contrats, étude de Droit compare, France - Egypte, Thèse de doctorat, Paris, 1966.
- **M. VILLEY:** préface historique a L'étude des nations du contrat, A.P.D., Paris, 1968.
- **Mossaad. KOTB:** Le rôle de la volonté dans la formation du contrat en droit Musulman et Comparé, étude de philosophie de droit, Thèse, Paris, 1984.
- **N. M. K. GOMAA:** Théorie des sources de L'obligation, L.G.D.J, Paris, 1968.
- **N. MEYER:** L'ordre public en Droit du Travail, L. G. D. J, Paris. 2006.
- **R. HUBER:** Droit du contrat de travail et socialisation du Droit des contrats, Thèse de doctorat, Lille, 2005, PP. 98 et SS.
- **Y. RANOUIL:** L'autonomie de la volanté naissance et evolution d'un concept, Paris, 1980.