الفصل الثالث

مفهوم العقد وصلته بالواقع

المبحث الأول: مفهوم العقد لغة.

المبحث الثاني: تحرير مصطلح العقد في الفقه وصلته بالواقع..

المطلب الأول: العقد والتصرف.

المطلب الثاني: العقد والالتزام

المطلب الثالث: مفهوم العقد بالمعنى العام.

المطلب الرابع: مفهوم العقد بالمعنى الخاص..

ـ تعريف الفقهاء المحدثين للعقد.

ـ التعريف المعتمد في البحث.

المبحث الثالث: مفهوم العقد في القانون الوضعي

المبحث الأول

مفهوم العقد لغة

أضع بين يدي الناظر مجموعة من النصوص اللغوية في مادة: عقد، كي أستخرج منها مفهوم العقد في الاصطلاح العام، وأساس العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي.

* يقول الخليل بن أحمد الفراهيدي: الأعقاد والعقود: جماعة عقد البناء، وعقده تعقيدا: أي جعل له عقودا، وعقدت الحبل عقدا أو نحوه فانعقد، والعقدة: موضع العقد النظام ونحوه، ويعقد السحاب: إذا صار كأنه عقد مضروب مبني، وأعقدت العسل فانعقد قال: كان ربا سال بعد الإعقاد، وعقد اليمين: أن يحلف يمينا لا لغو فيها ولا استثناء فيجب عليه الوفاء بها. وعقدة كل شيء: إبرامه، وعقدة النكاح: وجوبه، وعقدة البيع: وجوبه[١].

* وقال صاحب اللسان: عقد العقد: نقيض الحل، عقده يعقد ه عقدا وتعاقدا وعقده.. والعقدة: حجم العقد؛ والجمع عقد، ويقال: عقدت الحبل فهومعقود وكذلك العهد؛ ومنه عقدة النكاح.. والعقد: العهد والجمع عقود وهي أوكد العهود، ويقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا؛ وتأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت: عاقدته أو عقدت عليه: فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق[٢].

* وقال صاحب المصباح: عقد الحبل أو البيع أو العقد فانعقد[٣].

المستفاد من هذه النصوص اللغوية، أن كلمة العقد تدل على الربط والإحكام بين أطراف الشيء؛ سواء كان حسيا أو معنويا كما ورد في النصوص اللغوية؛ من عقد الحبل أو عقد اليمين.

كما تشمل أيضا كلمة العقد: كل ما صدر من عزم بإرادة منفردة أو بأكثر،

---

(١) معجم العين: مادة عقد.
(٢) لسان العرب: مادة عقد.
(٣) المصباح المنير: مادة عقد.

وأضاف صاحب اللسان أن الفرق بين العقد والعهد؛ هو أن العقد يزيد عن العهد بالاستيثاق.

وذكر ذلك أيضا الزجاج[١] في تفسير قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[٢][٣].

(١) ابراهيم بن السري بن سهل أبو إسحاق الزجاج علم بالنحو واللغة، ولد سنة: ٢٤١ وببغداد وتوفي بها سنة: ٣١١هـ (الاعلام ج: ١ ص: ٤٠.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) معاني القرآن ٢/ ١٣٩.

المبحث الثاني

تحرير مصطلح العقد في الفقه وصلته بالواقع

مفهوم العقد في الفقه الإسلامي مقسم إلى أربعة مطالب هي كالآتي:

المطلب الأول: العقد والتصرف

يقول مصطفى الزرقا في تعريف التصرف: التصرف بالمعنى الفقهي هو كل ما صدر من شخص بإرادته ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية[١].

وهذا التصرف سواء كان في صالح الشخص أم لا، فيشمل الأقوال والأفعال. فالأقوال كالبيع والوقف. والأفعال كإحراز المباحات. والفعل الذي يكون في صالح الشخص كالبيع. والفعل الذي لا يكون في صالحه كالوقف والوصية.

والتصرف الفعلي: هو الواقعة المادية الصادرة من الشخص كقبض الدين أو تسليم المبيع.

وأما التصرف القولي فنوعان: عقدي وغير عقدي:

فالعقدي هو اتفاق إرادتين كالشركة والبيع. وغير العقدي كالإخبار بالحق والإبراء من الدين.

وعلى هذا يكون التصرف أعم من العقد والالتزام، إذ أنه يشمل الأقوال والأفعال. وقد يكون التصرف القولي غير داخل في معنى العقد العام كالدعوى والإقرار[٢].

المطلب الثاني: العقد والالتزام:

الالتزام: هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهاءه، سواء أكان ذلك صادرا من شخص واحد؛ كالوقف والطلاق على غير مال؛ أم من شخصين كالبيع والإجارة[٣].

---

(١) المدخل ج ١ م ص ٢٨٨.

(٢) انظر: مصادر الحق: السنهوري: ج ١/ ص ٣٣ إلى ٣٥، والفقه الإسلامي: للزحيلي: ج ٤/ من ص ٨٠ إلى ٨٣، والمدخل: الزرقاء: ج ١/ من ص ٢٨٨ إلى ص ٢٩١.

(٣) المصدر الأخير نفسه.

إذاً: فالالتزام يرادف كلمة العقد حسبما اقتضاه المعنى الفقهي الذي سبق ذكره.

وبناء على ما سبق، فالتصرف أعم من العقد والالتزام، والعقد بالمعنى العام والالتزام مترادفان، والالتزام أعم من العقد بالمعنى الخاص، والعقد بالمعنى الخاص نوع من الالتزام وأخص من كلمة التصرف؛ فكل عقد هو تصرف، وليس كل تصرف عقدا.

المطلب الثالث: مفهوم العقد بالمعنى العام:

أما العقد بالمعنى العام فيعني كل التزام صدر من إنسان سواء كان بإرادة منفردة: كالوقف والنذر والطلاق بغير مال. أو ما صدر من إرادتين: كالبيع والنكاح والإيجار إلى غير ذلك من العقود التي تحتاج إلى الإيجاب والقبول.

ولذلك فعامة المفسرين والفقهاء المتقدمين إذا أطلقوا العقد فإنه يعني عندهم: العقد بالمعنى العام.

يقول الشافعي رحمه اللَّه: جماع الوفاء بالنذر والعهد كان بيمين أو غيرها في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[1]، وفي قوله تعالى: ﴿يُوفُونَ بِٱلنَّذۡرِ وَيَخَافُونَ يَوۡمٗا كَانَ شَرُّهُۥ مُسۡتَطِيرٗا﴾[2]. وقد ذكر اللَّه تعالى الوفاء بالعقود والأيمان في أكثر من آية من كتابه؛ منها قوله عز وجل: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا﴾ الآية إلى قوله: ﴿تَتَّخِذُونَ أَيۡمَٰنَكُمۡ دَخَلَۢا بَيۡنَكُمۡ﴾[3] الآية، وقال عز وجل: ﴿ٱلَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَلَا يَنقُضُونَ ٱلۡمِيثَٰقَ﴾[4].

قال الشافعي: هذا من سعة لسان العرب الذي خوطبت به، فظاهره عام على كل عقد، ويشبه ـ واللَّه أعلمـ أن يكون اللَّه تبارك وتعالى أراد: أن يوفوا بكل عقد كان يمينا أو غير يمين؛ وكل عقد نذر إذا كان في العقد للَّه طاعة؛ أو لم يكن له فيما أمر بالوفاء منها معصية»[5].

وقال أحمد: العقود هي: العهود كلها[6]

---

(١) سورة المائدة الآية ١.
(٢) سورة الإنسان الآية ٧.
(٣) سورة النحل الآية ٩١ و ٩٢.
(٤) سورة الرعد الآية ٢٠.
(٥) أحكام القرآن: للشافعي: ٢/ ص ٦٥ ـ ٦٧.
(٦) نظرية العقود: ابن تيميه: ص ٩٥.

يقول ابن جرير الطبري[١] في قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[٢]؛ يشمل عقود الأيمان والنكاح والعهد والحلف والبيع كما يشمل الفرائض والواجبات والمحرمات[٣].

وقال أبو بكر بن العربي[٤]: «إذا ثبت هذا فربط العقد تارة يكون مع اللَّه وتارة يكون مع الوحي وتارة يكون بالقول وتارة يكون بالفعل»[٥].

هذه النصوص المذكورة تدل على أن العقد يشمل ما صدر من إرادة واحدة أو من إرادتين.

وأما أبو بكر الجصاص[٦]، فيضيف إلى مفهوم العقد العام شرطا هو ارتباطه بالمستقبل قال: «العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعلَه على وجه إلزامه إياه، لأن العقد إذا كان في أصل اللغة: الشد؛ ثم نقل إلى الأيمان والعقود، فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وأوجبه عليه، وهذا إنما يتناول مُنتَظرا مراعىً في المستقبل من الأوقات، فسمي البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات، عقودا لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه الوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقدا، لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك؛ وكذلك العقد. وكل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد. وكذلك النذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك، وكذلك الطلاق المعلق على شئ في المستقبل»[٧].

---

(١) محمد بن جرير بن يزيد الطبري أبو جعفر، المؤرخ المفسر الإمام، ولد في أهل طبرستان سنة ٢٢٤هـ، واستوطن بغداد، وتوفي بها سنة٣١٠هـ وعرض عليه القضاء فامتنع والمظالم فأبى، له: جامع البيان ـ أخبار الرسل والملوك...(الأعلام ـ ج: ٦ ـ ص: ٦٩).

(٢) سورة المائدة الآية ١.

(٣) جامع البيان: ابن جرير: ٣/ ٤٤٩.

(٤) القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي الإشبيلي، سمع أباه وخاله أبا القاسم الحسن الهوزني وأبا عبد الله السرقسطي وغيرهم، وعنه القاضي عياض وابن بشكوال وابن الباذش وغيرهم، ولد سنة ٤٦٨هـ، وتوفي سنة ٥٤٣هـ ومنصرفه من مراكش وحمل إلى فاس ودفن بباب المحروق، وقبره هناك معروف متبرك به. (شجرة النور ـ ص: ١٣٦).

(٥) أحكام القرآن: ٢/ ٥٢٦.

(٦) أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص، فاضل من أهل الري، سكن بغداد ومات بها، انتهت إليه رياسة الحنفية، وخوطب في أن يلي القضاء فامتنع، ولد سنة: ٣٠٥هـ، وتوفي سنة ٣٧٠هـ له: أحكام القرآن ـ أصول الفقه..(الاعلام ج: ١ ـ ص: ١٧١.

(٧) أحكام القرآن: ٢/ ٢٩٤، وانظر أيضا: مبدأ الرضى في العقود: ١/ ١١٢.

هذا المعنى الواسع للعقد الذي ذكره المفسرون وكثير من الفقهاء هو الشائع عند المتقدمين.

المطلب الرابع: مفهوم العقد بالمعنى الخاص:

أما مفهوم العقد بالمعنى الخاص فقد عرفه ابن الهمام بأنه مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما أعني: متولي الطرفين[١].

وتبعه في هذا التعريف ابن عابدين[٢]، وابن القاسم الشافعي تحفة المحتاج[٣]، والدسوقي المالكي[٤].

وعرفه الورشكي الحنفي بأنه «معنى يحل المحل فيتغير به»[٥]، أي هو معنى يقع على المعقود عليه فيتغير به من حال إلى حال.

وقد ناقش الورشكي تعريف ابن الهمام، بأنه تعريف لأداة العقد وليس للعقد نفسه حيث قال: «زوجت وتزوجت آلة انعقاده»[٦].

وقد رد ابن الهمام عليه، بأن المعنى الذي يحل في المحل ويتغير به، لايسلم به لأنه أثر من آثار العقد وهو حكم العقد[٧].

إن المعنى الخاص للعقد الذي يعني الإيجاب والقبول؛ أي ما يصدر من إرادتين فما فوق هو الغالب على الفقهاء المتأخرين.

---

(١) فتح القدير: ٥/ ٤٥٥.

(٢) رد المحتار: ٧/ ١٠ ـ ١١.

أحمد بن عبد الغني بن عمر المشهور كأسلافه بابن عابدين، فقيه حنفي، ولد سنة ١٢٣٨هـ بدمشق وبها توفي سنة ١٣٠٧هـ، تولى الافتاء في بعض المدن الصغيرة ثم عين أمينا للفتوى مع السيد محمود حمزة مفتي دمشق. له: تبرئة الشيخ الأكبر مما نسب إليه من القول بالحلول والاتحاد (الاعلام ج: ١ ص: ١٥٢).

(٣) تحفة المحتاج: ٤/ ٨١٤.

(٤) حاشية الدر دير: ٣/ ٥.

شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزهري العلامة الأوحد الفهامة الأمجد، محقق عصره، ووحيد دهره، الجامع شتات العلوم، المنفرد بتحقيق المنطوق والمفهوم. أخذ عن الدردير والصعيدي... وعنه: الصاوي وحسن العطار... له: حاشية على الدردير على المختصر ـ وحاشية على كبرى السنوسي... ت: ١٢٣٠هـ(شجرة النور ـ ٣٦٢).

(٥) فتح القدير: ٢/ ٣٤.

(٦) المصدر نفسه.

(٧) مبدأ الرضا: ١/ ١٧٧.

وأما ما يصدر من إرادة واحدة؛ يعتبر من الإخراجات. قال الفقيه المالكي الدسوقي: «والعقود هي ما تتوقف على إيجاب وقبول، وأما غيرها: من الطلاق وما بعده فهي إخراجات ولا تتوقف على إيجاب وقبول»[١].

يتبين من خلال هذه النقول المتينة لهؤلاء الأئمة أن لفظ العقد، إذا أطلق عند المتأخرين يراد به المعنى الخاص، وهذا دليل قوي وبرهان ساطع جلي على تأثير الواقع في تطور مصطلح العقد في الفقه الإسلامي.

قال في شأن ذلك الشيخ الخفيف: «ومن هذا يتبين أن المناط في وجود العقد على وجه الإجمال هو التحقق من وجود إرادتي العاقدين وتوافقهما على إنشاء التزام بينهما بما يدل على عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل.. وعلى ذلك فالعقد عند الفقهاء لا يكون إلا بين طرفين ولا يكون من طرف واحد. وإذا كان من طرف واحد لم يكن عقدا؛ وإنما سمي التزاما أو تصرفا، وقد يسمى عقدا تسمية لغوية. فالوقف على هذا ليس بعقد، لأنه يتم من المالك وحده دون أن يشاركه فيه شخص آخر، كذلك الطلاق المجرد عن المال ليس عقدا، وكذلك العتق والتنازل عن الحقوق: كالتنازل عن حق الشفعة؛ والتنازل عن حق المرور؛ أو حق المسير أو عن رد المبيع بسبب عيب يظهر فيه، كذلك لا يسمى عقدا وإنما يسمى تصرفا أو التزاما من طرف واحد وإن كان ملزما، فإن لم يكن ملزما كان وعدا»[٢].

تعريف الفقهاء المحدثين للعقد:

لقد عرف المحدثون من الفقهاء العقد بتعريفات متعددة منها:

* تعريف قدري باشا[٣] الذي عرفه بما يلي: «العقد ارتباط الإيجاب الصادر من أحد

(١) حاشية الدسوقي: ٣/ص ٢، و انظر أيضا: ابن نجيم الحنفي في ذكره تقسيمات العقود في كتابه: الأشباه والنظائر: ص ٣٣٦، والبابرتي في شرح العناية بهامش فتح القدير: ٥/ ٤٥٦، و ابن الهمام في فتح القدير على الهداية: ٢/ ٣٤١، والكاساني في بدائع الصنائع: ٦/ ٥٣٧، والدردير في بلغة السالك للصاوي: ٢/ ٢، والجر جاني في التعريفات ص ٨٢، و انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة: ص ١٧٩إلى ١٨١.و مصادر الحق للسنهوري.

(٢) أحكام المعاملات الشرعية: للشيخ علي الخفيف: ص ١٣٨.و قد أشار الدكتور السنهوري إلى عامل التأثير بالقانون الغربي في هذا الاتجاه الذي ذهب إليه الشيخ علي الخفيف(انظر الأموال و نظرية العقد في الفقه الإسلامي: ٢٢١ ـ ٢٥٢).
و ظهر عندي من خلال التتبع لنصوص المتقدمين من الفقهاء أن هذا التخصيص للعقد كان قبل الافتتان بالقانون الغربي. و قد أشار هو نفسه إلى هؤلاء المتقدمين في كتابه: مصادر الحق.

(٣) محمد قدري باشا من رجال القضاء بمصر، ولد بها سنة ١٢٣٧هـ في ملوي، وأصل أبيه من

العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه»[١].

وقد اختار هذا التعريف الشيخ علي الخفيف[٢]، و أبو زهرة[٣] والدكتور السنهوري[٤].

أما صاحب كتاب مبدأ الرضا في العقود فقد انتقد هذا التعريف المشهور عند المحدثين، وألخص انتقاده فيما يلي:

* قال: إن هذا التعريف أخذ من العلامة البابرتي، وهو تعريف للانعقاد وليس للعقد، لأن البابرتي عرف الانعقاد بقوله: «تعلق كلام العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل»[٥]، غير أن البابرتي أشار إلى أن تعريفه هذا ليس لمطلق العقد بل هو تعريف للانعقاد الوارد في كلام صاحب الهداية[٦]، وقد أوضح ذلك ابن الهمام في شرح هذا الكلام فقال: «ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وإنما قلنا هذا لأنه قال: «وينعقد بالإيجاب والقبول لأنهما ركناه على ما حققناه»[٧].

وقد وصل ابن الهمام إلى أنه لا يمكن أن يكون المراد بالانعقاد في قول صاحب الهداية الذي عرفه البابرتي بتعريفه السابق: العقد، بل المراد به إما ثبوت الحكم أو أن الانعقاد غير العقد.

* قال صاحب الهداية: «النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول»[٨].

والنتيجة من هذا كله هي: أن العقد إنما يتم حقيقة في الوجود بالإيجاب والقبول.

والانعقاد هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل.

الأناضول، وأمه مصرية حسنية، تعلم بملوي والقاهرة، ودخل مدرسة الألسن فأتم فيها دروسه، ونبغ في معرفة اللغات، واختاره الخديوي مربيا لولي عهده، وتقلب في المناصب، آخرها وزير للحقانية، توفي بالقاهرة سنة ١٣٠٦هـ له: مرشد الحيران ـ وتطبيق ما وجد في القانون المدني موافقا لمذهب أبي حنيفة... (الأعلام ج: ٧ ص: ١٠).

(١) مرشد الحيران: قدري باشا: المادة ٢٦٢.
(٢) أحكام المعاملات: علي الخفيف: ص ٧٢.
(٣) الملكية ونظرية العقد: أبو زهرة: ص١٩٩.
(٤) مصادر الحق: السنهوري: ١ ـ ٥٧.
(٥) الهداية مع فتح القدير: ٥/ ٤٥٦.
(٦) نفس المصدر السابق والصفحة.
(٧) نفس المصدر السابق والصفحة.
(٨) الهداية مع شرح العناية وفتح القدير ٥/ ٤٥٨.

وهذا يعني أن الحنفية فرقوا بين العقد والانعقاد. فإن العقد يشمل العقد الصحيح وغير الصحيح، والانعقاد خاص بالعقد الصحيح[١]. وقد أدركت المجلة العدلية هذا الفرق بين العقد والانعقاد فعرفت العقد بما يلي: «العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا؛ هو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول[٢].

وبهذا يكون تعريف قدري باشا المعتمد عند جمهور الفقهاء المحدثين غير جامع إلا لنوع واحد من العقود وهو الذي يثبت أثره الشرعي عليه. وأن حقيقة العقد شيء وآثاره شيء آخر، فلا يلزم من وجوده وجودها. قال ابن تيمية في ذلك: يجوز أن يلزم العقد إن وجد شرط لزومه ويجوز أن لا يلزم[٣].

التعريف المعتمد في البحث:

أخلص من خلال ما ذكر من أثر الواقع في تعريف العقد، إلى ما أعتبره تعريفا جامعا لمحترزاته، ومانعا من دخول ما ليس منه فيه إلى الأخذ بتعريف صاحب مبدأ الرضا في العقود وهو كآلاتي:

«العقد هو التزام شيء بارتباط الإيجاب والقبول»[٤].

*** شرح التعريف:**

فالالتزام معناه اللغوي هو إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما له[٥]، وهو جنس يشمل كل تعهد سواء كان من طرف واحد أو اكثر.

وتعريف العقد بالإلزام عرفه به الجصاص حين قال: «... إن العقد إنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره»[٦].

والالتزام بالشيء للدلالة على أن مجرد القول: التزمت أو تعهدت دون ذكر الملتزم به صراحة أو دلالة لا يسمى عقدا.

ثم لفظ الشيء: عام يشمل القول أو الفعل أو السكوت.

وارتباط الإيجاب أو القبول يخرج به الالتزام الحاصل بإرادة منفردة كالنذر والإبراء إلى غير ذلك.

---

(١) انظر الفتاوى الهند ية: ٢/ ٣.
(٢) المجلة العدلية: المادة: ١٠٣ ـ ١٠٤ ـ ١.
(٣) نظرية العقد: ٢٢٨.
(٤) مبدأ الرضا في العقود: ١/ ١٢٥.
(٥) القاموس المحيط مادة لزم.
(٦) أحكام القرآن: الجصاص: ٢/ ٢٩٤.

والباء في الارتباط للابتدائية؛ أي التزاما يبتدأ أو ينشأ بارتباط الإيجاب بالقبول.

والمراد بالارتباط الحسي؛ أي تعلق الإيجاب بالقبول عرفا. ثم يرتب عليه الارتباط الحكمي، وهو: وجوب الوفاء بما التزم به الطرفان[1].

والاعتماد في هذا البحث على هذا التعريف الذي أراه جامعا مانعا ويخصص العقد بما صدر من إرادتين فما فوق تبعا لطريقة المتأخرين من الفقهاء كما ذكرنا سابقا.

(١) انظر: مبدأ الرضا في العقود: ١/ ١٢٦.

المبحث الثالث

مفهوم العقد في القانون الوضعي

يقول الدكتور عبد الرازق السنهوري في تعريف العقد: العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه»[١].

*** تحليل مكونات التعريف:**

إن كلمة توافق إرادتين الواردة في تعريف العقد عند القانونيين، تدل على المعنى الخاص للعقد، وهو صدوره من إرادتين أو أكثر.

وكلمة الاتفاق ذاتها تدل على أن التعريف يشمل العقد الباطل.

فالتعريف يبدو سهل العبارة لكنه غير دقيق بالمقارنة مع ما هو موجود في الفقه الإسلامي.

والعقد في القانون المدني أحد أنواع الاتفاق، لأن كل اتفاق ليس عقدا، وإنما يتخصص العقد بما يشمل التعارض بين المصلحتين؛ وبما ينصب على محل وقتي. فالاتفاق على إنشاء منظمة معينة لا يعتبر عقدا، لأنه لا يمثل تعارضا في المصالح، وأن محل العقد هو وضع دائم مستمر وليس وضعا وقتيا.

يقول السنهوري في ذلك: «و ليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقدا، بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعا في نطاق القانون الخاص في إدارة المعاملات المالية. فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف، ولكن هذه الاتفاقات ليست عقودا، إذ هي تقع في القانون العام الدولي والدستوري والإداري. والزواج اتفاق بين زوجين؛ ولكنه لا يعتبر عقدا وإن وقع في نطاق القانون الخاص، لأنه خارج عن دائرة المعاملات المالية»[٢].

---

(١) الوسيط: ١/ ١٣٩ ـ ١٤٠.

(٢) الوسيط: ١/ ١٣٩ ـ ١٤٠.

المبحث الرابع

الموازنة بين التعريف الفقهي والقانوني

ليس العقد في نظر فقهاء الإسلام هو اتفاق الإرادتين، وإنما هو الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلا بهذا الاتفاق. إذ قد يحصل الاتفاق بين الإرادتين دون أن تتحقق الشرائط المطلوبة شرعا للانعقاد، فلا يعتبر إذ ذاك انعقادا رغم اتفاق إرادتين، وهي حالة بطلان العقد في نظر الشرع والقانون.

فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل الذي يعتبره الشرع لغوا لا ارتباط فيه، ذلك لأن التعريف القانوني يعرف العقد بواقعته المادية، وهي: اتفاق إرادتين.

أما التعريف الفقهي فيعرفه بحسب واقعته الشرعية، وهي: الارتباط الاعتباري.

وهذا هو الأصح لأن العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية لولا الاعتبار الذي عليه المعول في نظر الحقوقي.

والتعريف الفقهي أيضا يمتاز في تصوير الحقيقة العقدية ببيان الإرادة العنصرية المكونة للعقد، أي الأجزاء التي يتركب منها في نظر التشريع، وهي: الإيجاب والقبول.

فاتفاق الإرادتين في ذاته لا يعرف وجوده، وإنما الذي يكشف عنه هو: الإيجاب والقبول اللذان يعتبران عنصري العقد الظاهرة بما فيها من إعراب عن تحرك كل من الإرادتين نحو الأخرى وتلاقيهما وفاقا، فهذا التحرك والتلاقي هو المعول عليه في معنى الانعقاد، إذ قد تكون إرادتان متفقتين على التعاقد ولا تتحرك إحداهما نحو الأخرى فلا يكون عقدا كما في حالة الوعد ببيع أو برهن أو بقرض[1].

فالتعريف القانوني يشمل الوعد لوجود اتفاق إرادتين فيه مع أنه ليس بعقد.

بهذا يتبين أن تعريف الفقهاء للعقد أدق من تعريف القانونيين.

---

(١) انظر بعض تفاصيل ما أتبته في كتاب المدخل الفقهي: مصطفى الزرقاء: ١ ـ ٤٦١ فما فوق.