

فصل تمهيدى عن العقد

قبل أن نشرع فى شرح مقومات العقد وتقسيم العقود ، يتعين أن نقدم لكل ذلك بمعلومات عامة وهامة عن العقد فى الفقه الاسلامى
تعين على فهم ما سيأتى من فصول فى العقد فى اطارها السليم والدقيق .

فنعطى لمحة تاريخية عن كيفية نشوء فكرة العقد ، وعن أهمية العقود فى معاملات الناس فى الفقه الاسلامى ، ونعقب على ذلك بالمبادئ الأساسية التى توضح نظرة الفقه الاسلامى الى العقود وبما يثبت أنه فقه متميز ومستقل بذاته ، وبعد ذلك لا بد من تعريف العقد ، والتمييز بينه وبين ما قد يتماثل معه من مصطلحات العهد ، والتصرف والالتزام والوعد ... وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول

تمهيد عن العقد

أولاً : التطور التاريخى للعقود

من المقرر لدى علماء الاجتماع أن الانسان اجتماعى بطبعه يميل الى العيش فى جماعة ، وتلبية حاجاته تقتضى التعامل مع الآخرين لسد تلك الحاجات ، ومن ثم ظهر التبادل الفورى فى المعاملات . وفى مرحلة أكثر تقدماً تشعبت حاجات الانسان وتطورت ، فظهر تبادل الأعيان ، ثم ظهرت فكرة النقود كوسيلة للتبادل .

ولكن لا يعرف على وجه التحديد كيف نشأت فكرة العقد ، وان كان بعض الباحثين يرجعه الى أنه متولد عن فكرة الدية التى حلت محل الأخذ بالثأر ، وكانت ذات طابع مدنى وعقابى - أى تجمع بين صفتى العقوبة والتعويض فى آن واحد .

ويرجمه البعض^(١) الى اتفاق الخصمين على التحكيم بينهما ، وأن الأديان كان لها أعظم الأثر في ظهور فكرة التعاون واحترام المهود والوفاء بها وان كانت الأديان السابقة على الاسلام لم تهتم بالمعاملات مثلما اهتم بها التشريع الاسلامي وفقهاؤه ، فمن المسلم به أن الاسلام عقيدة وشريعة تنظم أمر الدين والدنيا في توازن دقيق ، وعلى نسق رائع لم تسبقه في ذلك الشرائع السماوية السابقة عليه ولا النظم الوضعية ، وهذا أمر طبيعي باعتبار أن الاسلام هو الدين الخالد والشرعة الخاتمة •

ولقد اشتمل القانون الروماني على أنواع من العقود تخضع لصور مختلفة من الشكلية ، فكان الرومان يشترطون أشكالا معينة لبعض العقود كالبيع والنكاح ، ولا تعتبر تلك العقود صحيحة ونافذة دون تحقق الشكلية التي يتطلبها القانون ، فمثلا : كان الرومان يشترطون وجود المبيع في مجلس العقد ، ففي بيع الأراضى اشترطوا احضار جزء من ترابها ، رمزا الى حضورها في مجلس العقد •

ولم يصل القانون الروماني — على عراقتة — الى قاعدة الرضائية في العقد ، الا في آخر مراحل تطوره وتحت ضغط التطور ، وعلى أثر اتساع الحياة الاقتصادية •

وكان العرب أيضا في الجاهلية يعرفون أنواعا من البيوع يغلب عليها طابع الشكلية كبيع الملامسة، والمنابذة، والقاء الحجر، ثم جاء الاسلام ونهى عن تلك البيوع ، وغيرها من عقود الغرر ، لما تؤدي اليه من جهالة وما تفضي اليه من نزاع •

والتشريع الاسلامي لم يأت في أصله بشيء من الشكليات التي لا دخل لها في تحقيق العقد بين طرفين ، الا ما اعتبر فيه مصلحة

(١) د. السنهوري — نظرية العقد — فقرة ٩٨ ، الشريعة الاسلامية ،
بدران أبو العينين بدران ص ٣٦٢

ثابتة دائمة ، ومساس بالغاية المقصودة من العقد كلزوم الاشهاد في عقد النكاح ، وطريقة التلاعن بين الزوجين ، عندما يتهم الرجل زوجته بالزنا ، والارشاد العام الى توثيق العقود بالكتابة أو الشهادة واشتراط القبض في عقد الرهن والتبرع .

وقد اشتمل القرآن الكريم على الآيات التى تثبت مشروعية العقد فى التشريع الاسلامى فيقول الله تعالى :
﴿ يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود ﴾ (١) .

ويقول سبحانه وتعالى : ﴿ وأوفوا بالعهد ، أن العهد كان مسئولا ﴾ (٢)
بل ان الله قد أضاف العهد الى نفسه دلالة على أهمية الوفاء به ، فقال تعالى : ﴿ وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا ﴾ (٣) . وقوله تعالى : ﴿ وشروه بثمن بخس دراهم معدودة ﴾ (٤) .

ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا أمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له » .

ثانيا : أهمية العقود فى معاملات الناس

تستعمل كلمة الفقه فى اللغة بمعنيين :

الأول : مطلق الفهم والفطنة .

الثانى : فهم غرض المتكلم من كلامه^(٥) .

وقد وردت كلمة الفقه فى القرآن الكريم بمعنى الفهم الدقيق

فى قوله تعالى : ﴿ واحلل عقدة من لساني . يفقهوا قولي ﴾ (٦) .

(١) المائدة : ١ (٢) الاسراء : ٣٤

(٣) النحل : ٩١ (٤) يوسف : ٢٠

(٥) انظر التعريفات للسيد الجرجاني ص ١١٢

(٦) طه : ٢٧ ، ٢٨

وقوله تعالى : ﴿لَهُمْ قُلُوبٌ لَا يَفْقَهُونَ بِهَا﴾ (١) .

وقوله تعالى : ﴿ قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُول ﴾ (٢) .

وعرفه ابن القيم بقوله : « الفقه أخص من الفهم لأن الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه وهو قدر زائد على مجرد فهم اللفظ في اللغة ، ويتفاوت الناس في الفهم بتفاوت مراتبهم في الفقه والعلم » .

وقد صار الفقه يطلق على العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبط من أدلتها التفصيلية .

والفقه الاسلامى نظام روحى وبدنى لأن الشرع الاسلامى جاء منظماً لأموال الدين والدنيا فهو ينظم علاقة الانسان بربه ، وعلاقته بغيره من الأفراد ، وعلاقته بالمجتمع الذى يعيش فيه .

وعلى ذلك ينقسم الفقه الاسلامى الى : عبادات ، ومعاملات ... الخ .

وأحكام المعاملات هى المتعلقة بأعمال الانسان وتصرفاته التى بقصد بها تحقيق المصالح الدنيوية .

والمعاملات - جمع معاملة - وهى تبادل الأموال والمنافع بين الناس بواسطة العقود والتصرفات ، ومن ثم تعتبر العقود من أهم وسائل المعاملات بين الناس كالبيع والاجارة والشركة والكفالة والرهن ، والهبة والوصية ، والعارية والقرض ، والوديعة والحوالة والصلح والمزارعة والمساقاة والوكالة ... الخ .

ولقد أصبحت العقود فى المعاملات المعاصرة تحتل أهمية بارزة وقيمة كبيرة ، اذ تعددت أطرافها وتشابكت مع بعضها فى المعاملة

الواحدة وبصفة خاصة في عقود المبادلات المالية والتجارة الداخلية والخارجية على وجه الخصوص ، وظهرت منها عقود جديدة كثيرة لا تدخل تحت مسمى العقود المعروفة أو المألوفة في كتب الباحثين .

ونضرب الأمثال على العقود المتعددة الأطراف أصحاب المصالح المختلفة ، والعقود المتشابهة أى أن المعاملة الواحدة تقتضى الدخول في أكثر من تعاقد ، والعقود الجديدة في المعاملات المعاصرة :

(أ) تعدد أطراف العقود مع اختلاف طبيعة العلاقات العقدية :

لا تقصد بتعدد أطراف العقد تعدد أهل الإيجاب أو أهل القبول ، فذلك أمر قد يحصل ولكنه ليس هو مقصودنا ، بل اننا نقصد التعدد المتمثل في اختلاف طبيعة العلاقات بين أطراف العقد والتي لا تتم احداها بدون الأخرى ، فمثلا عقد شراء بضاعة مع فتح اعتماد مستندي اذا لا تتم الصفقة بين التاجر المستورد أو الشخص المستورد والشخص المصدر وقد يكون كلاهما شخصا معنويا بدون أن يقوم البنك بدور ايجابى محدد في هذه العملية سواء أكان ذلك الدور يؤديه البنك مباشرة أو عن طريق مراسلة في بلد المصدر ، والتأكد من خلال هذا الدور من سلامة تطبيق شروط العقد المبرم بين طرفاه الأصليان وحتى يستطيع المصدر أن يحصل على الثمن المتفق عليه مع المستورد. ومن الواضح في مثل هذه المعاملة أن طبيعة العلاقة العقدية بين المستورد والمصدر تختلف عن طبيعة العلاقة بين المستورد والبنك وكذلك العلاقة بين البنك والمصدر ومن ثم اختلاف المصلحة التي تحققها كل علاقة ، وان كان يجمعها معاملة واحدة لا تتم بدون أى من هذه العلائق العقدية المختلفة والمتتامة مع بعضها البعض .

(ب) العقود المتشابهة أو المرتبطة :

ونقصد بذلك ما تتطلبه عقود التجارة الخارجية بل ما قد

تستلزمه من عقود تأمين وعقود نقل وشحن بل ان التأمين على البضائع قد يكون الزاميا •

(ج) العقود الجديدة أو المستحدثة :

لا شك أن المعاملات المعاصرة تمخضت عن كثير من أنواع العقود التي ليس لها مسمى معروف في السابق ، ومن هذه العقود على سبيل المثال :

- عقود المشاركة المنتهية بالتملك :

ومضمون هذا النوع من العقود هو اشتراك طرفا العقد في مشروع ما لا يقصد الاستمرار وانما على أساس خروج أحدهما من المشاركة وحلول الطرف الآخر محله في ملكيته التي يبيعها اليه متجمعة بقسطها من الثمن والربح حسب سعر السوق وقت البيع ، وهكذا حتى تؤول ملكية المشروع بأكمله الى المشتري •

- عقود الرابحة للأمر بالشراء :

ومضمونها أن طالب الشراء يطلب من البائع سلعة ليست عنده وقت طلبها على أن يشتريها له وبعد أن يملكها يبيعها لطالب الشراء بما قامت عليه من الثمن والربح المتفق عليه •

- عقود التاجير التمويلي :

ومضمون هذا النوع من العقود أن التعامل فيها يجرى على المنافع فالمستأجر للشيء المستأجر يقوم باعادة تأجيره لمستأجر آخر وفقا لما يتم الاتفاق عليه في هذا العقد من شروط • وهكذا يظهر جليا أهمية العقود في المعاملات المعاصرة والدور الهام بل الخطير الذي تؤديه في تحقيق مصالح الناس المتغيرة والمتطورة مما يفرض على الباحث مواكبة حركة الواقع تبيانا وتأصيلا وضبطا وتوجيها •

ثالثا : موقف التشريع الاسلامى من العقود

بامعان النظر وانعامه فى التشريع الاسلامى وتفهمه نجد أن فيه من الأصول والقواعد الكلية التى تحكم نظرة الفقه الاسلامى الى العقود ، وتشكل الاطار العام للنظر فى العقود على وجه العموم ، وتعين فى الوقت ذاته على ابراز سمات وخصائص العقود فى الفقه الاسلامى بما يميز ذلك الفقه ، ويثبت ذاتيته واستقلاله ، ويؤكد صلاحيته لكل زمان ومكان ويعطيه أولويته فى التطبيق العملى فى معاملات الناس ، ومن هذه الأصول والمبادئ الأساسية ما يأتى :

اولا - الرضا وطيب النفس :

العقود فى الشريعة الاسلامية الأصل فيها الرضائية وأساسها الرضا ^(١) ، فتنعقد بالتراضى الحر ، بالاتفاق بين طرفى العقد دون اشتراط شئ من المراسم الشكلية ^(٢) الا على سبيل الاستثناء مع اختلاف

(١) انظر الطرق الحكمية ج ١ ص ٢٨٢ طبعة ١٩٦١ ، الموافقات ج ٢ ، البدائع ج ٥ ، اعلام الموقعين ج ٣ ، المدونة الكبرى للامام مالك ج ١١ ، تبیین الحقائق للزيلعى ج ٥

(٢) يراجع ما تقدم تحت عنوان لمحة تاريخية ، وان كانت هناك حالات البيع الجبرى الذى يقوم باجرائه القاضى عن المدين للوفاء بديونه . وبيع الحاكم للأموال المحتركة على محتكرها عندما يضر الناس احتكارها ، وحالة نزاع الملكية الجبرى للمصالح العامة . وثبوت حق الشفعة شرعا للشريك والخليط والجار الملاصق الا ان ذلك لا يقدر فى الرضائية كأصل عام مقرر فى العقود بصفة عامة فى الفقه الاسلامى . هذا ويجب عدم الخلط بين الشكلية المطلوبة لاثبات العقد وكوسيلة لاثبات التصرفات بوجه عام ، وتعتمد على الشهادة بوجه عام فى الفقه الاسلامى فى مجال الاثبات وبين الشكلية المفروضة لتكوين العقد وانعقاده ، سواء أكانت الأخيرة لفظية - أى استعمال الفاظ معينة - أو غير لفظية وهى الأفعال التى لا بد من انضمامها الى التراضى كالاشهاد عند النكاح وفى عقد التحكيم - وعلى رأى البعض - فى الهبة والقرض والعارية والإيداع والرهن والمضاربة والوصية والوقف والبيع . انظر فى تفصيل ذلك د. محمد وحيد الدين سوار - الشكل فى الفقه الاسلامى ص ٣٦ وما بعدها - مطبعة معهد الادارة بالرياض ط ١٩٨٥ م .

الفقهاء في نطاق التصرفات التي تخضع للشكلية ، فعلى حين تتسع دائرتها عند ابن حزم لتشمل النكاح ، ويحرص الفقه الاسلامي على تحقيق الرضا الكامل بالعقد ، دون الرضا الكافي لانعقاد العقد . من أجل ذلك شرعت الخيارات وهي عديدة منها : خيار التعيين ، وخيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب ، وخيار المجلس ، والغرض من هذه الخيارات عموما تحقيق الرضا عن بينة واختيار .

والأصل الشرعي لـ «الرضائية»: ورد في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (١) . وفي السنة النبوية لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه » (٢) .

ـ الرضا في اللغة .

الرضا مصدر محض معناه طيب النفس وارتياحها أو الاختيار وفي ذلك يقول ابن الأثير : الرضا « صفة نفسية قائمة بالقلب » (٣) ومن ثم فهو اسم لمطلق الماهية .

أما التراضي فيتحقق معناه بتوافر أكثر من رضا . يقول القرطبي (٤) في تفسير قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ :

(١) النساء : ٢٩

(٢) انظر سبل السلام ج ٣ ص ٥٩ ، ٦١ ، قاعدة العقود لابن تيمية ص ١٥٣

(٣) لسان العرب ج ١١ ص ١٦٦٣

(٤) الجامع لأحكام القرآن ج ٥ ص ١٥٣ ط دار الكتب المصرية ١٣٨٧ هـ ، جامع البيان للطبري ج ٨ ص ٢٢٢ ط دار المعارف بالقاهرة بتحقيق محمود شاكر ، تفسير القرآن لابن كثير ج ١ ص ٤٧٩

« الا أن تكون تجارة عن تراض جاءت من التفاعل اذ التجارة بين اثنين أى عن رضا كل منهما • فالتراضى حقيقة فى المشاركة لأنه مصدر باب التفاعل الذى هو للمشاركة الحقيقية بين طرفين متساويين فى الفعل » •

— الرضا فى اصطلاح الفقهاء :

لما كان الرضا أمر نفسى داخلى ومن ثم يشتبك بغيره من المصطلحات النفسية الجوانية^(١) كالارادة والاختيار والنية والقصد ، لهذا يلزم بيان الضابط فى كل ذلك •

بامعان النظر فى أقوال الفقهاء فى هذا الصدد يبين أن هذه المصطلحات بينها عموم وخصوص ، ونقصد بالعموم : القدر المشترك بينها فى المعنى ، والخصوص : انفراد كل مصطلح بمعنى خاص به من وجه معين •

ونستطيع أن نقول ان القدر المشترك فى المعنى بين هذه المصطلحات هو : « مجرد اتجاه الارادة الى الشيء » •

ويتضح لنا هذا المعنى من بيان المعنى الخاص لكل مصطلح ثم ايضاح وجه الشبه أو منطقة الاشتراك بينه وبين غيره من المصطلحات •

١ — المقصود بالرضا :

وفى هذا الخصوص يشور خلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء ، فالحنفية يعرفون الرضا بأنه « ايثار الشيء واستحسانه »^(٢) ، وبأنه

(١) جوانى الشيء : باطنه ، وضده البرانى ، وفى حديث سلمان : « ان لكل امرئ جوانيا وبرانيا فمن أصلح جوانيه أصلح الله برانيه » وروى فى من أصلح جوانيته أصلح الله برانيته •

(٢) التلويح على التوضيح للتفتازانى ج ٢ ص ١٩٥ مطبعة محمد على صبيح بمصر ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠٧ ، حاشية الرهاوى على شرح المنار ص ٢٩٨

« امتلاء الاختيار - أى بلوغه نهايته - بحيث يفضى أثره الى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها » (١) .

أما المستفاد من أقوال الجمهور في تعريف الرضا أنه القصد الى تحقيق أثر في المعقود عليه أى ارادة التعبير و ارادة الأثر والرغبة في الحكم (٢) .

٢ - معنى الارادة :

يعرفها الفقهاء بأنها « القصد الى الشئ والاتجاه اليه » (٣) .

وقال الراغب الأصفهاني في مفرداته : « الارادة في الأصل قوة مركبة من شهوة وحاجة وأمل وجعل اسما لنزوع النفس الى الشئ مع الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل أو لا يفعل ثم يستعمل مرة في المبدأ وهو نزوع النفس الى الشئ ، وتارة في المنتهى وهو الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل أو أن لا يفعل ، فإذا استعمل في الله فانه يراد به المنتهى وهو الحكم أو ما شابه ذلك » (٤) .

والارادة كظاهرة نفسية يذكر علماء النفس أنها تمر بمراحل داخل النفس وهذه المراحل في العمل القانوني هي (٥) :

(١) كشف الاسرار على اصول البزدوى لعبد العزيز البخارى ج ٤ ص ٣٨٢ ط ١٣٠٧ هـ

(٢) انظر مواهب الجليل للحطاب ج ٢ ص ١٩٥ ، نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٣٤ ، كشف القناع للشيخ منصور البهوتى ج ٢ ص ٥ ، الانصاف في معرفة أسباب الاختلاف للمرداوى ج ٤ ص ٢٦٥ ، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٢٥٨

(٣) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٢ ص ٣٢٢ ط المكتبة الاسلامية بديار بكر تركيا ، المقنع ج ٣ ص ١٤٣ ط المطبعة السلفية .

(٤) المفردات في غريب القرآن ص ٢٠٦ وما بعدها .

(٥) انظر : د. أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام ص ٩٨

(أ) التصور ، اذ يستحضر الشخص العمل القانونى الذى يريد ابرامه .

(ب) التدبر ، حيث يوازن الشخص بين كافة الاحتمالات والنتائج .

(ج) التصميم ، اذ يبت الشخص فى الأمر وهذا هو جوهر الارادة المعبر عنه بالقصد على نحو ما سلف .

(د) التنفيذ ، وهنا ينتقل الشخص الى حالة احدث اثر قانونى معين فى الخارج .

٣ - الاختيار :

الاختيار فى اللغة : الاصطفاء والايتار والانتقاء والتفضيل^(١) .

وذكر الراغب والتهانوى أن الاختيار فى اللغة ترجيح شئ وتقدمه واصطفاءه وطلب ما هو خير وفعله^(٢) .

أما الاختيار عند الأصوليين والفقهاء فهو محل خلاف بين الحنفية والجمهور ، فعرفه الحنفية بأنه القصد الى الشئ وارادته وهو اما صحيح يستقل الفاعل به دون تأثير من أحد ، واما فاسد اذا كان تحت تأثير تهديد واکراه ، والفاسد ينقسم الى قسمين :

(أ) اکراه لا ينعدم به الاختيار لبقاء القصد معه اذا اختار المكره الأهون عليه حتى ولو كان التهديد بتنقيت نفس أو عضو غلب على ظن المستكره وقوعه من المكره وفى هذه الحالة يصبح الاختيار فاسدا .

(ب) اکراه لا ينافى الاختيار مطلقا لبقاء القصد مطلقا اذا كان

(١) لسان العرب ج ٥ ص ١٢٩٨ ، القاموس المحيط ج ٢ ص ٢٦ ،

المصباح المنير ج ١ ص ١٩٩

(٢) المفردات فى غريب القرآن ص ١٦٠ ، ١٦١ ، كشاف مصطلحات

الفنون ج ٢ ص ١٩٥ ط الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٩٧٢

بشيء يتحمله المستكره مع مشقة مثل ضرب خفيف أو حبس ونحو ذلك ، وفي هذه الحالة لم يفسد الاختيار^(١) .

أما جمهور الفقهاء فقد عرفوا الاختيار بأنه القصد الى الفعل بمحض الارادة فهو ينافى الاكراه^(٢) وعلى هذا الأساس فان دائرة الاختيار عند الجمهور أوسع منها عند الحنفية اذ يخرجون منه الاختيار الفاسد باكراه ملجئ .

٤ - النية :

النية في اللغة : القصد وعزم القلب على عمل^(٣) .

أما في اصطلاح الأصوليين والفقهاء فقد اختلف فيها على أقوال كثيرة ، فذهب رأى الى أنها القصد^(٤) .

وقيل : النية قصد الطاعة والتقرب الى الله في إيجاد الفعل^(٥) .

وقد أورد الامام الغزالي بيانا شافيا في أمر النية قال فيه^(٦) :

(١) تيسير التحرير ج ٢ ص ٢٩٠ لأمير بادشاه ط مصطفى الحلبي بمصر سنة ١٣٥٠ هـ ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ٥٠٧ ط ٣ مصطفى الحلبي سنة ١٢٨٦ هـ .

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٤٥ مطبعة السعادة ١٣٢٩ هـ ، كشاف القناع ج ٢ ص ٥ ط مكتبة نصر الحديثة بالرياض ، الأنصاف ج ٤ ص ٢٦٥ تحقيق محمد حامد الفقى ط السنة المحمدية ١٣٧٥ هـ .

(٣) لسان العرب ج ٥١ ص ٤٥٨٨ ، القاموس المحيط ج ٤ ص ٤٠٠ .

(٤) الغزالي في الوسيط ج ٢ ص ٥٩٦ ط دار الاعتصام ، العز بن

عبد السلام في قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج ١ ص ١٨٥ ط دار الكتب العلمية بيروت ، النورى في المجموع ج ١ ص ٣٠٩ ط شركة العلماء .

(٥) البضاوى - فتح البارى ج ١ ص ١٣ ط السلفية - الأشباه

والنظائر للسيوطى ج ٣٣ ط عيسى البابى الحلبي بالقاهرة ، حاشية

ابن عابدين ج ١ ص ١٣٧٥

(٦) احياء علوم الدين ج ٢ ص ٢٥٣ - ٣٥٥ ط عيسى الحلبي .

« والنية اذا أطلقت في الغالب أريد بها : انبعث القصد موجهها الى ذلك الغرض ، فالغرض علة ولكن شرط النية الاحاطة بصفات المقصود .. اعلم أن النية والارادة والقصد عبارات متواردة على معنى واحد وهو حالة وصفة للقلب يكتنفها أمران : علم وعمل ، وذلك لأن كل عمل اختيار لا يتم الا بثلاثة أمور : علم وارادة وقدرة ، فلا تتحقق الارادة الا بعد العلم لأن الانسان لا يريد ما لا يعلمه فلا بد وأن يعلم ، ولا يعلم ما لم يرد فلا بد من ارادة فاذا انبعثت الارادة انتهت القدرة لتحريك الأعضاء ، فالقدرة خادمة للارادة والارادة تابعة لحكم الاعتقاد والمعرفة ، فالنية عبارة عن الصفة المتوسطة وهى الارادة وانبعثت النفس بحكم الرغبة والميل الى ما هو موافق للغرض اما في الحال واما في المآل ، فالمحرك الأول هو الغرض المطلوب وهو الباعث والغرض الباعث هو المقصد المنوى والانبعث هو القصد والنية » .

كما ذكر الامام ابن السبكي ترتيبا للكيفيات النفسية فقال^(١) :
« الذى يقع في النفس من قصد المعصية على خمس مراتب هى :

- ١ - الهاجس ، وهو ما يلتقى في النفس .
- ٢ - والخطر ، وهو جريانه فيها .
- ٣ - وحديث النفس ، وهو ما يقع فيها من التردد هل يفعل أو لا .
- ٤ - والهم ، وهو ما يرجح قصد الفعل .
- ٥ - والعزم ، وهو قوة ذلك القصد والجزم . فان العزم في اللغة الجِد وعقد القلب .

... والهاجس لا يؤخذ به اجماعا لأنه ليس من فعله وانما هو شئ ورد عليه لا قدرة له عليه ولا صنع ، والخطر الذى بعده ان كان

(١) المسائل الحلبية لابن السبكي مخطوطة بمكتبة البلدية بالاسكندرية رقم ٢١٤٩ ج ١ ورقة ١١ مشار اليها في مبدأ الرضا في العقود ، د. على محيي الدين القرة داغى ج ١ ص ٢٠٣ ط دار البشائر الاسلامية ببيروت - رسالة دكتوراة .

قادرا على دفعه بصرف الهاجس أول وروده ولكنه هو وحديث النفس
مرفوعان بقول النبي صلى الله عليه وسلم : « ان الله تجاوز لأمتي عما
حدثت أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم » (١) .

واذا ارتفع حديث النفس ارتفع ما قبله بطريق أولى، فهذه المراتب
الثلاث لا يترتب عليها شيء من الثواب ولا من العقاب وذلك لعدم وجود
القصد فيها ، وأما الهم فقد بين الحديث الصحيح بأنه : « من هم بحسنة
فلم يعملها كتبت له حسنة ، ومن هم بحسنة فعملها كتبت له عشرة الى
سبعمائة ضعف ، ومن هم بسيئة فلم يعملها لم تكتب » (٢) .

أما العزم ، فالمحققون مع أنه مؤاخذ به فهو القصد المؤكد على
الفعل « (٣) » .

ويبدو لنا مما سبق في معنى الرضا والارادة والاختيار والنية
عند جمهور الفقهاء ، أن هناك علاقة مشتركة بينها هو اتجاه الارادة
ونزوعها الى الفعل والأثر المترتب عليه ، ولذلك نجد الشاطبي يقول :
« فالعمل اذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية واذا
عزى عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والغافل
والمجنون » (٤) .

والعز بن عبد السلام يقول : « مدار العقود على العزوم
والقصود » .

أما الحنفية فقد فرقوا بين الرضا والاختيار ، فالرضا قصد الأثر
المترتب على العقد ، أما الاختيار فقصد العبارة المنشئة للعقد ، ومن

(١) رواه مسلم في صحيحه - كتاب الايمان ج ١ ص ١١٦

(٢) رواه مسلم في صحيحه - كتاب الايمان ج ١ ص ١١٨

(٣) ابن السبكي - المرجع السابق .

(٤) الموافقات ج ٢ ص ٢٢٤ ط دار المعرفة - بيروت .

ثم فان كل عقد يكون الرضا شرط فيه يفسد باتتفائه كالبيع والشراء ، وما لم يكن شرطا فيه لم يفسد بل يصح وينفذ كالطلاق •

ورتب الحنفية على توجههم في التفرقة بين الرضا والاختيار أساسا لتصنيف العقود^(١) والتصرفات فجعلوا الاختيار أساسا لانعقادها ، وأما الرضا فليس بلازم لانعقادها جميعها ولا لصحة بعضها وهي التصرفات غير المالية كالنكاح والطلاق وان كان لازما لصحة بعضها كالبيع والاجارة ونحوهما من العقود المالية •

وعلى هذا الأساس صنف الحنفية العقود والتصرفات تصنيفا خاصا بهم الى :

١ - العقود والتصرفات التي لا تقبل الفسخ كالطلاق والنكاح والرجعة والايلاء والنفى والظهار والعناق والعفو عن القصاص واليمين والنذر فهذه التصرفات لا تنفصل آثارها عن أسبابها ، وبعضها من قبيل الاسقاطات التي تتلاشى وتنتهي بمجرد صدورها فلا يتصور فسخها بعد وقوعها كالطلاق والظهار والعناق والعفو عن القصاص والنكاح والرجعة والنفى ، والبعض الآخر من قبيل الالتزام المؤكد وهو متى صدر لا يمكن نقضه والرجوع فيه كاليمين والنذر والايلاء^(٢) •

٢ - العقود والتصرفات التي تقبل الفسخ كالمبادلات المالية من بيع واجارة وقسمة ومزارع ومساقاة ، فهذه العقود قد تتراخى آثارها عن أسبابها باشتراط أحد العاقلين أو كليهما خيار الشرط ، وكذلك فانها تقبل الفسخ برضا العاقلين وبظهور عيب سابق في العقود عليه بعد العقد •

(١) انظر : د. على محيي الدين على القره داغى - مبدا الرضا في

العقود ج ١ ص ٢١٥

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٤٠ ط المطبعة الأميرية بالقاهرة سنة ١٣١٦هـ

فالاختيار في هذه العقود شرط لانعقادها ، والرضا شرط لصحتها
اذ ينعقد العقد فاسدا بفوت الرضا .

وهذا المسلك من الحنفية يدل على تعويلهم على العبارة دون
القصود^(١) . فالقصد أمر باطن لا يتعلق بوجوده حقيقة^(٢) ولذلك قالوا
بصحّة عقود وتصرفات السكران بحرم ، ولذلك قالوا : ان السكر
لا ينافى التكليف ولا يبطل الأهلية^(٣) ، وأن سائر تصرفاته القولية
والفعلية مما لا يعتمد القصد تصح منه .

— الرضا والتراضى فى القانون :

يفرق القانونيون بين الرضا والتراضى ، فالأول هو الارادة المتجهة
نحو احداث أثر قانونى ، وهى قوام العقد ، أما التراضى فهو التوافق
بين ارادتين على انشاء أثر قانونى^(٤) .

والارادة المنفردة تصح مصدرا للالتزام فى الحالات التى ينص عليها
القانون وباعتبار أن الارادة عمل نفسى فلا يعتد بها القانون الا بعد
الافصاح عنها من خلال وسائل التعبير ، ومن ثم كان الرضا تعبيراً عن
ارادة الشخص نحو احداث أثر قانونى معين على أساس من القصد
والادراك حيث لا يعتد بكلام المجنون والسكران الذى لا يعى ، أى لا بد

(١) كشف الأسرار ج ٤ ص ٣٨١ لعبد العزيز البخارى — التوضيح
على التلويح ج ٢ ص ١٨٦ ط محمد على صبيح بالقاهرة .

(٢) انظر فى نقد هذا المسلك الحنفى : د. على محيى الدين على —
مرجع سابق ص ٢٢٠

(٣) تنقيح الأصول لصدر الشريعة ص ١٤٥ ط وادى الملوك ، كشف
الأسرار ج ٤ ص ٣٥٤

(٤) انظر الوجيز للسنهورى ص ٤٥ ، د. محمود جمال الدين زكى
الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ص ٤٣٥ ط
مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ ، د. حسين النورى — نظرية العقد واحكام
الالتزام ص ٦٧ وما بعدها — ط دار الجيل ، د. عبد المنعم فرج الصده —
نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ص ٥٢ وما بعدها ج ١ ط ١٩٥٨

من انصراف النية نحو ادراك نتائج التصرف وآثاره التي رتبها القانون دون اشتراط اتجاه القصد القانوني نحو جميع الآثار الأصلية والتبعية التي يربتها القانون على العقد كالتعويض في حالة عدم تنفيذ التعهد او كالتنفيذ الجبرى •

ولا شك أن مسألة النية والقصد تكتنفها صعوبات عملية في اثباتها • وعلى هذا النحو يبدو لنا توافق المسلك القانوني مع اتجاه جمهور الفقهاء في الفقه الاسلامي فيما يتعلق بعدم التفريق بين الرضا والاختيار وأن هناك عموم يجمعهما مع الارادة والنية مع اختلاف جوهري يتمثل في نطاق عمل المسلكين اذ الأول يعمل في نطاق مبدأ سلطان الارادة وقاعدة « العقد شريعة المتعاقدين » وأن ترتب آثار العقد والتصرف من صنع القانون ذاته ، على حين أن مسلك الفقهاء يعمل في نطاق أن حكم العقد من ترتيب الشرع وفي نطاق الحلال والحرام ومن ثم فإن ارادة المتعاقدين ليست طليقة من القيود وليس لارادتهما أو لأحدهما سلطانا في كل شيء •

ثانيا - حسن النية :

استلزمت الشريعة الاسلامية حسن النية في انشاء العقود وتنفيذها ، بل ان حسن النية أساس من الأسس التي يعتمد عليها في تفسير العقود أيضا ، وعلى ذلك نبذت الشريعة كل غش أو تدليس ، أو تغرير ، وكل ما يعيب العقد من ناحية حسن النية ويصيب الرضا كذلك^(١) وفي ذلك يقول الرسول الكريم : « انما الأعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى » •

(١) وفي ذلك يقول الشاطبي في الموافقات : « ان الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات » ج ٢ ص ٣٢٣
ويقول ابن القيم في اعلام الموقعين : « ان القصد روح العقد مصححه ومبطله » ج ٣ ص ٨٢ ويقول : « فالنية روح العمل ولبه وقوامه » ج ٣ ص ٩٦ - ٩٨

ثالثا - حرية التعاقد :

هل الأصل في العقود المنع والحظر أم الإباحة في الفقه الاسلامي ؟
هذه المسألة انقسم فيها الرأي في الفقه الاسلامي الى مذهبين :

المذهب الأول :

وهو مذهب القلة من الفقهاء اذ لا يطلقون حرية التعاقد ، فأثار انعقود وأحكامها جميعها من عمل المشرع ، ومن ثم فالأصل فيها المنع حتى يقوم الدليل على الإباحة ووجوب الوفاء ، وعلى ذلك لا تكون هناك عقود سوى التي وردت بها الآثار - ودلت عليها المصادر الشرعية والأدلة الفقهية وما لم يدل عليه دليل فهو ممنوع والوفاء به غير لازم .

واستدل هذا الفريق من الفقهاء بما يلي :

١ - أن الشريعة الاسلامية لم تترك أمر الناس فرطا بلا قيود تمنع المجادلة المفضية الى النزاع ، وكل عقد لم يعتمد على دليل معتبر تعد لحدود الشريعة ، ومن ثم ما لا تقره لا توجب الوفاء به ، استدلووا لذلك بقول الله تعالى : ﴿ والله ملك السموات والارض ﴾ (١) . . فكل شيء ملك لله سبحانه فلا يحل لأحد التصرف فيه الا بإذنه (٢) .

٢ - استدلووا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » . ومن ثم لا يصح من العقود الا ما جاء به النص (٣) .

واستدلوا أيضا بما ورد : أن الرسول صلى الله عليه وسلم وقف خطيبا وقال : « أما بعد . . فما بال أقوام يشترطون شروطا ليس في كتاب

(١) آل عمران : ١٨٩

(٢) انظر ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٥١

(٣) يراجع الاحكام في اصول الاحكام ج ٥ ص ٣٢

الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط -
كتاب الله أحق وشرط الله أوثق » •

وإذا كان الشرط الذي لم يرد به النص باطلا فمن باب أولى يكون
العقد الذي لا يعلم له مصدر من مصادر الشريعة • ومن هذا الفريق
من الفقهاء الظاهرية وأبو حنيفة وقيل عليه أصول الإمام الشافعي •

المذهب الثاني - جمهور الفقهاء :

يرى أن الأصل في العقود الجواز والاباحة ، فحرية التعاقد مكفولة
للناس ما لم تشتمل على أمر نهى عنه الشارع ، وحرمة بنص أو قياس ،
أو بمقتضى القواعد المقررة ، وذلك حتى يقوم الدليل على المنع
والتحريم •

وتجربى على هذا أصول أحمد رضى الله عنه ، ومالك ، وبعض
الحنابلة وعلى رأسهم ابن القيم وأستاذه ابن تيمية^(١) •
وقد استدلل هؤلاء لمذهبهم بما يأتى :

١ - أن كل عقد واجب الوفاء إلا ما قام الدليل على منعه ،
والوفاء بالعقود واجب لأن الله تعالى يقول في كتابه :

﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (٢) •

﴿ والموفون بعهدهم إذا عاهدوا ﴾ (٣) •

﴿ بلى من أوفى بعهدہ وانقى فان الله يحب المتقين ﴾ (٤) •

﴿ وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ﴾ (٥) •

﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ (٦) •

وعلى ذلك فقد أوجب الوفاء بالعقود من غير تعيين •

(١) الفتاوى الكبرى ج ٤ ص ٣٢٦ وما بعدها ، قاعدة العقود ص

١٤ ، ١٥ ، اعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٤ ، القواعد النورانية ص ١٨٤

(٢) البقرة : ١٧٧

(٣) النساء : ٢٩

(٤) النحل : ٩١

(٥) آل عمران : ٧٦

(٦) المائدة : ١

ويقول سبحانه وتعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم

بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (١) نكل ما يطلق عليه اسم التجارة من العقود يجب الوفاء به ما دام قد تحقق الرضا .

٢ - ان العقود من باب الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم لقوله تعالى : ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم ﴾ (٢) عام في الأعيان والأفعال ، وليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود وانما شرعها كلها بمثل قوله تعالى : ﴿ واحل الله البيع ﴾ (٣) وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ﴾ (٤) .

٣ - ان تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان : عبادات — وعادات يحتاجون اليها في دنياهم ، واعتادوا عليها ، والأصل في العادات عدم الحظر الا ما حظره الله ورسوله (٥) . وبعبارة أخرى : فالأصل في العادات العفو فلا يحظر منها الا ما حرمه الله والا وصلنا الى معنى قوله تعالى : ﴿ قل رأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا ﴾ (٦) .

وفي صحيح مسلم ، عن عياض بن حمار عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : قال الله تعالى : « انى خلقت عبادى حنفاء فاجتالتهم الشياطين وحرمت عليهم ما أحللت لهم ، وأمرتهم أن يشركوا بى ما لم تنزل به سلطانا » .

واذا كان ذلك كذلك ، فالناس يتبايعون ويتاجرون كيف شاؤوا ما لم

(١) النساء : ٢٩

(٢) البقرة : ٢٧٥

(٣) البقرة : ٢٧٥

(٤) النساء : ٢٩

(٥) يونس : ٥٩

تحرمة الشريعة وما لم تحد الشريعة في ذلك حدا .. فيبتغون فيه الاطلاق وهو الأصل ، ولكن المتأمل في أقوال وحجج الفريق الأول من الفقهاء ، يجد أنهم قد وسعوا في الأدلة المثبتة لجواز العقود وصحتها ، اذ يقدرون الأخذ بالمصالح المرسله والاستحسان^(١) والعرف ما لم يكن معارضا لنص .

وهذه الأدلة من السعة بحيث تشمل ما تجرى به المعاملات فمن القواعد الفقهية : الثابت بالعرف كالثابت بالنص^(٢) .

وهذه القاعدة كافية لفتح باب التعاقد ، واطلاق الحرية للمتعاقدين على عكس ما يقولون به من أن الأصل هو الحظر والمنع^(٣) .

ولا شك عندنا أن في ترجيح ما يقول به أصحاب المذهب الثاني ما يرفع الحرج والضيق في معاملات الناس في وقت اتسعت فيه دائرة المعاملات المالية وتشعبت وظهرت صور شتى لأنواع المعاملات وبخاصة في مجال العقود .

* * *

رابعا - اعتبار العرف والعادات كأساس لتحديد الالتزامات :

فالعرف كمصدر من مصادر التشريع الاسلامى يجد سنده ودليله في قوله تعالى : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين ﴾^(٤) ويتخذ العرف أساسا لتحديد الالتزامات والحقوق العقدية في كل ما لم يرد به نص في العقد .

ومن القواعد الفقهية في العرف وسلطانه :

-
- (١) يراجع البزدوى على كشف الأسرار ج ٤ ص ١١٢٣
 (٢) يراجع ابن عابدين ج ٤ ص ١١٥ ، ١١٦ ، ١٣٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ج ١ ص ١٢٦ وما بعدها ، الأم للشافعى ج ٣ ص ٢ ط دار الشعب - القاهرة .
 (٣) يراجع محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد - ص ٢٧٢ ، د. محمد سلام مذكور ، المدخل للفقهاء الاسلامى ص ٥٩٩
 (٤) الاعراف : ١٩٩

(أ) « العادة محكمة » المجلة / ٤٠

(ب) « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » المجلة / ٤٣

(ج) « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » المجلة / ٤٥

وقد فرع الفقهاء كثيرا من الفروع والأحكام في مختلف أنواع المعاملات على أساس من هذه القواعد :

(أ) فتسمية ثمن المبيع وأجرة المأجور اذا لم يصرح به العاقدان وكان فيه عرف جار في بلد العقد يلتزم به الطرفان بحكم العرف .

(ب) تجاوز المستأجر الحدود الجائزة له في استيفاء منفعة المأجور حتى يعتبر متعديا ضامنا قيمته اذا تلف ، يرجع فيه الى العرف .

(ج) ما يعد عيبا في البيع مسوغا لفسخ البيع أو لا يعد عيبا ميزانه العرف .

ومما هو جدير بالذكر أن ما بنى على العرف من الأحكام انما يتبدل بتغير العرف ومن هنا كانت قاعدة : « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » المجلة / ٣٩ .

خامسا - الوفاء :

العقد المشروع المستكمل لشروطه ملزم لعاقديه واجب التنفيذ ويتعين الوفاء به . فالعقود الصحيحة انما أبرمت لتنفيذ ويظهر أثرها في الواقع في معاملات الناس . وقد أمر الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود في قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ (١) .

وفي معنى هذه الآية يقول ابن جرير الطبري :

« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بعهدي الله وأذعنوا له بالعبودية وسلسوا له الألوهية وصدقوا رسوله محمدا صلى الله عليه وسلم في

(١) المائدة : ١

نبوته وفيما جاء به من عند ربه من شرائع دينه • ﴿ اوفوا بالعقود ﴾
 يعنى : « أوفوا بالعهود التى عاهدتموها ربكم والعقود التى عاقدتموها
 اياه وأوجبتم بها على أنفسكم حقوقا ، وألزمت أنفسكم بها لله فروضا ،
 فآتموها بالوفاء والكمال والتمام منكم لله بما ألزكمكم بها ، ولئن عاقدتموه
 منكم ، أوجبتموه له بها على أنفسكم ، ولا تكشوها فتنقضوها بعد
 توكيدها » ... ويذكر أن قوله : ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ أمر منه لعباده للعمل
 بما ألزمهم من فرائض وعقود ونهى منه لهم عن نقض ما عقده عليهم •
 ويذكر الطبرى : « أن الأمر بالوفاء بالعقود فى الآية يعنى كل
 عقد ، وعليه فلا مسوغ لأن تختص بوفاء بعض العقود دون
 بعض » (١) •

ويرى صاحب البحر المحيط فى الخلاف حول :

هل المقصود بالنداء فى الآية المؤمنون أم أهل الكتاب ، أم هو
 هنا عام ؟

ثم يقول : « والظاهر عموم المؤمنين ... وعموم العقود فى كل
 ربط يوافق الشرع ، سواء أكان اسلاميا أم جاهليا » (٢) •

وجاء فى أحكام القرآن : « العقد ما يعقده العاقد على أمره بفعله
 هو أو يعقد على غيره فعله على وجه الزامه اياه ، لأن العقد اذا كان فى
 أصل اللغة الشد ، ثم نقل الى الايمان ، والعقود عقود المبيعات
 ونحوها فان ما أريد به الزام الوفاء بما ذكره وايجابه عليه ، وهذا
 اما يتناول منه ما كان منتظرا مراعى فى المستقبل ، من الأوقات فيسمى
 البيع ، والنكاح والاجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا لأن كل واحد
 منها قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به ، والشركة والمضاربة

(١) جامع البيان - ج ٦ ص ٢٧ وما بعدها .

(٢) البحر المحيط لأبى حيان ج ٣ ص ٤١٣ ، راجع أيضا روح

المعانى للأوسى ج ٦ ص ٤٨

ونحوها تسمى أيضا عقودا بما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه ، وكذلك العهد والايان لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها ، وكذلك كل شرط شرطه انسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد « (١) » .

سادسا - الأصل العقدي والصفة الدينية :

يتميز الفقه الاسلامي في قسم المعاملات عن الأنظمة الوضعية بوجود الحلال والحرام فيه ، فأحكام المعاملات في الفقه الاسلامي ذات أصل عقدي واعتبار ديني (٢) ، وفي ذلك يقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله : « ومن يحاول أن يفهم الشريعة الاسلامية على أنها قوانين مجردة ومعالجات لاصلاح طوائف من المجتمع ، وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالاسلام فلن يفهمها على وجهها الصحيح ، لأن الفهم المستقيم ما قام على رد الفروع الى أصولها ، والنتائج الى مقدماتها ، وان جعل القوانين مستمدة من الدين من شأنه أن يقلل الفرار من أحكامها ، لأن الناس يستشعرون الخشية من الله وأن ربط القانون الاسلامي بالدين يجعله مرتبط كل الارتباط بقانون الأخلاق ... فكانت الشريعة بحق أول قانون تلتقى فيه الشريعة بالأخلاق ، ويكونان صنوين متحدين متلاقيين ، وأن استمداد الفقه الاسلامي ينابيعه من الدين جعله شاملا في سلطانه للرأعي والرعية ، وكان من حق الناس أن يقولوا للحكام أقم مقيدون بأحكام الشريعة ، وأقم مسئولون عن تنفيذها » (٣) .

(١) أبو بكر الجصاص - أحكام القرآن ج ٢ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، طبعة ١٣٣٥ هـ .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٣١ - منية الطالب في حاشية المكاسب للشيخ موسى الخونساري ج ١ ص ١٠ طبعة ايران ، اعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٤ ، البدائع ج ٤ ص ١٩٠ ، المدونة ج ١١ ص ٦٦

(٣) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية - طبعة ١٣٩٦ هـ (١٩٧٦) ص ٥

وارتباط الأخلاق بنظام المعاملات في نظرنا انما هو من المسائل الجوهرية التي يتميز بها التشريع الاسلامي اذ يتجلى فيه ذلك على نحو ملزم على عكس ما هو موجود في الأنظمة الوضعية من أنه اذا قيل ان قاعدة ما قاعدة أخلاقية دل ذلك على أنها غير ملزمة وارتباط الأخلاق بنظام المعاملات على نحو ملزم في الفقه الاسلامي انما يرجع الى أمر أساسي ، هو أن الاسلام عقيدة وشريعة ودين ودنيا لا ينفصلان ولا ينفكان عن بعضهما ويعملان في نسق رائع وتوازن دقيق •

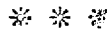
ويدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ قل ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين ﴾ (١) •

وقوله تعالى : ﴿ ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر ﴾ (٢)

وما من شك في أن الغش والتدليس والتغريب ، وتطيف الكيل والميزان وعدم الوفاء بالعقود كلها من عيوب المعاملات ومنكراتها وقد نسبت الآية النهي عنها الى الصلاة وهي من العبادات ، دلالة على الربط الوثيق بين العبادات والمعاملات ، هذا وان كانت تلك الصبغة الدينية التي تميز الفقه الاسلامي في المعاملات وثبت طابعها المستقل - يساء فهمها أحيانا ويستغل معناها للاساءة الى الفقه الاسلامي ورميه بالجمود والتخلف في الوقت الذي أقام فيه الفقه الاسلامي للاستحسان والمصالح المرسلة والعرف وزنا لا يستهان به في معاملات الناس •

ومما يجدر ذكره في هذا الخصوص أن مسلك الفقهاء في عدم التفريق بين الرضا والاختيار والاعتداد بالقصد المتمثل في نزوع الارادة الى الفعل والى آثاره يدل على نظرة الجمهور الى المعاملات وأنها ليست نظرة مادية بل هي نظرة قائمة على صبغ المعاملات بصبغة

دينية^(١) وربطها بالباطن بحيث تؤثر المعاصي في ترتيب الحكم الشرعي كما في السكر بمحرم أو بتعد وبغير محرم^(٢) ، وكما في العاصي بسفره فلا يستحق أن يتمتع برخص السفر من القصر والجمع والفطر^(٣) كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن الحل والحرمة يتعلقان بالقصد الباطن ، يقول البزدوي^(٤) : « الاثم يعتمد عزائم القلوب اذا اتصلت بالفعل » •



(١) من هذا الرأي د. علي محيي الدين - مبدأ الرضا في العقود

ص ٢٣٧

(٢) جمهور الأصوليون ينصون على امتناع تكليف السكران الذي لا يعي وهناك جماعة من الفقهاء يصرحون بأن السكران بمحرم مكلف يقع طلاقه ويصح ايلأؤه ولزمه الحدود كلها والفرائض وعلى رأسهم الشافعي في الأم ج ٥ ، ص ٢٣٥ ط دار الشعب بالقاهرة ، اذ لا تستفاد الرخص من المعاصي اما اذا كان السكر بغير محرم كان شرب الخمر مكرها أو جاهلا أو مضطرا فلا خلاف على عدم نفاذ تصرفاته القولية .

(٣) انظر الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ج ١ ص ٣٥٩ - الأم

ج ١ ص ٣٥٩ وذلك خلافا للحنفية الذي ذهبوا الى تمتع العاصي بسفره بكل أحكام السفر ، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٤

(٤) أصوله بهامش كشف الأسرار ج ٤ ص ٣٩٥

المطلب الثانى

تعريف العقد فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

الفرع الأول : معنى العقد فى الفقه الاسلامى

● مقدمة :

لمعرفة حكم الشرع فيها ، وكانت طريقة الفقهاء فى بيان الأحكام
نفى بالغرض وتسد حاجة الناس وان كان الفقهاء المسلمون بذلك قد
وضعوا الأسس والمبادئ التى منها وعلى هداها يستطيع المتأخرون
من الفقهاء أن يستنبطوا ويضعوا من النظريات العامة فى العقود والملكية
وغيرهما ما يشفى الغلة فى وقت تعددت وتنوعت وتشعبت فيه المعاملات
فى العصر الحاضر .

ويتعين علينا أن نأخذ أنفسنا بما أخذ به السابقون أنفسهم فمن
الله عليهم بفتح من عنده : « وعنده مفاتيح الغيب لا يعلمها الا هو » (١)
فهو القائل فى كتابه العزيز : « واتقوا الله ، ويعلمكم الله » (٢) .
فلنتق الله فى أنفسنا وفى علمنا وفى مناهجنا التعليمية حتى نصل
ماضيها بحاضرنا ونطالع العالم بفقها تضىء به جوانب الفكر الانسانى ،
ونحل به مشكلات الحضارة الانسانية فى معاملات الناس (٣) وما ذلك
على الله بعزیز .

أولاً - معنى العقد فى اللغة :

يطلق العقد فى اللغة على معان كثيرة منها : الربط ، والشد ،
والاحكام ، والتوثيق ، والجمع بين أطراف الشئ وربطها .

(٢) البقرة : ٢٨٢

(١) الانعام : ٥٩

(٣) تراجع رسالتنا ، نظرية تحمل التبعة ، ص ٥

وفى الشهاب على البيضاوى^(١) : « وأصل معنى العقد الربط محكما ثم تجوز به عن العهود وعقود المعاملات » .

ومن معنى الربط الحسى بين طرفى الجبل أخذت الكلمة للربط المعنوى بين كلامين .

ومن معنى الاحكام والتقوية الحسية أخذ اللفظ وأريد به العهد ، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق^(٢) .

والظاهر أن استعمال العقد فى الربط المعنوى ليس من باب المجاز ، لأن العقد اسم لمطلق الربط ، فيكون الربط المعنوى من ما صدقاته كالربط الحسى . ويدل على ذلك اطلاق علماء اللغة «العقد» على الربط ، والربط أعم من أن يكون حسيا أو معنويا ، ولهذا يقول الشوكانى :

العقود : العهود ، وأصل العقود الربوط ، وأحدها عقدا .
يقال : عقدت الجبل والعهد ، فهو يستعمل فى الأجسام والمعانى
وإذا استعمل فى المعانى أفاد أنه شديد الاحكام قوى التوثيق^(٣) .

ثانيا - معنى العقد فى اصطلاح الفقهاء :

ان معنى العقد فى اصطلاح الفقهاء لا يبعد عن معناه اللغوى وان كان أكثر تحديدا له .

ويطلق العقد عند الفقهاء على معنيين هما :

(١) المعنى الخاص أو المعنى الشائع المشهور :

وهو « ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يثبت أثره فى المعقود عليه (المحل) » . بما يدل على

(١) ج٣ ص ٢٠١ (مشار اليه فى رسالة نظرية العقد للدكتور محمد شوكت ص ١) .

(٢) يراجع فى هذا المعنى : محمد أبو زهرة - المرجع السابق ص ١٩٩

(٣) فتح القدير فى التفسير للشوكانى ج ٢ ص ٣

ذلك من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل • ويترتب عليه التزام كل واحد من العاقلين بما وجب به للآخر سواء أكان عملاً أو تركاً»^(١) •
وتأسيساً على ذلك فما يتم بكلام من طرف واحد لا يكون عقداً من العقود كالطلاق والعتق المجردان عن المال ، والوقف ، والابراء والنذر واليمين والتنازل عن الحقوق كحق الشفعة ونحو ذلك •

والإيجاب : هو ما يصدر أولاً عن أحد العاقلين معبراً عن إرادته في إنشاء العقد •

أما القبول : فهو ما يصدر ثانياً بعد الإيجاب معبراً عن موافقته عليه (٢) •

فمثلاً :

لو قال شخص لآخر : بعتك دارى بمبلغ كذا ، وقال الآخر : وأنا قبلت شراءها منك بهذا المبلغ ، يقال حينئذ : انه قد حصل بينهما عقد بيع باللفظ ، وسمى ما صدر من البائع أولاً إيجاباً ، وما صدر من المشتري ثانياً قبولاً ، وسميت الدار مبيعاً أو معقوداً عليه أو محل البيع ، والمبلغ ثمناً ، وسمى كل من البائع والمشتري عاقداً وسموهما معاً عاقلين أو متبايعين ، وسمى الأثر المترتب على عقد البيع (وهو تملك المشتري للدار وتملك البائع للثمن) حكماً البيع ، وسمى مجموع اللفظين اللذين هما الإيجاب والقبول صيغة العقد •
ومتى تم العقد صحيحاً مستوفياً شرائطه الشرعية ترتب عليه أثره

(١) راجع المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران والمادتين ١٠٣ ، ١٠٤ من مجلة الأحكام العدلية - راجع الفقه الاسلامى في ثوبه الجديد د. مصطفى الزرقا ج ١ ص ٢٩١ وما بعدها - فتح القدير للكمال ج ٢ ص ٣٤١ - التوضيح على التنقيح ج ١ ص ٢١٥ - وبرهان الشريعة الوقاية ، مخطوطة طوب قاب باستانبول برقم ٣٧٣٣ ورقة ٧٠ مشار إليها في مبدأ الرضا في العقود ص ١١٨ هامش •

(٢) وهو مذهب الحنفية - فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ وسيأتى تفصيل ذلك ومذهب جمهور الفقهاء •

وهو انتقال ملكية الدار للمشتري ، وانتقال ملكية الثمن للبائع ، ومن هنا كان معنى ظهور أثر توافق الارادتين وارتباط القبول بالايجاب في المحل - المعقود عليه - أى أن المعقود عليه يخرج عن حالته الأولى الى حالة جديدة ، فان كان يباع خرج المبيع من ملك بائعه الى ملك المشتري ، وخرج الثمن من ملك المشتري الى ملك البائع (١) .

ومعنى ذلك - وهو مما يجب التنبيه اليه - أن الفقه الاسلامي يأخذ بالنزعة الموضوعية ، اذ يهتم الفقهاء بالنتيجة التي يسفر عنها العقد في المحل دون اعتداد بالنتائج الأولية من ناحية أنه ينشئ التزاما شخصيا (٢) . وفي ذلك يقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (٣) .

فهو التزام بالوفاء يظهر أثره في المعقود عليه (٤) .

(١) يراجع أحمد أبو الفتح - المعاملات - ص ١٣٩
(٢) يراجع د . محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الاسلامي ص ٥٩٩ ، وما بعدها ، د . عبد الرزاق حسن فرج - نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي ص ١٢ ، د . السنهوري - مصادر الحق ج ١
(٣) المائدة : ١

(٤) وقد جاء في الهداية وفتح القدير : « البيع ينعقد بالايجاب والقبول » وفي العناية على الهداية « الانعقاد هنا تعلق كلام أحد العاقلين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل ويسمى ما تقدم من كلام العاقلين ايجابا لأنه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولا » ج ٥ ص ٧٤ . وفي مختصر خليل ص ١٨٧ ، ١٨٨ : « ينعقد البيع بما يدل على الرضا سواء اكان ما يدل على الرضا قولاً او فعلاً وسواء اكان القول او الفعل من الجانبين او قولاً من أحدهما وفعلاً من الآخر ، وان كان ما دل على الرضا معاطاة بأن يدفع البائع الثمن للمشتري ويأخذ منه الثمن بدون ذكر لفظ البيع والشراء سواء اكان المبيع من المحقرات التافهة او مما له قيمة ، وسواء تقدم الايجاب على القبول او تأخر (طبعة دار احياء الكتب العربية - عيسى الحلبي) .

وفي جواهر العقود للمنهاجي : « والبيع في الشرع عبارة عن ايجاب وقبول » ج ١ ص ٥٥ طبعة ١ مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة .

وفي الكافي في فقه الامام احمد لابن قدامه : « البيع حلال وهو نوعان أحدهما : الايجاب والقبول .. فان تقدم القبول الايجاب بلفظ الماضي

(ب) المعنى العام :

ومن الفقهاء من عرف العقد بتعريف أعم من السابق ، وأطلقه على معنى أوسع من التعريف السابق فقالوا :

العقد : كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى ، سواء أكان صادرا من طرف واحد كالنذر والطلاق والصدقة ، أم صادرا من طرفين متقابلين كالبيع والاجارة^(١) .

والى ذلك ذهب الجصاص من فقهاء الحنفية ، فقد أطلق العقد على التزام شئ فى المستقبل أعم من أن يكون من جهة واحدة أم من جهتين^(٢) .

وتعريف العقد بهذا المعنى — كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى — أظهر فى كتب المالكية والشافعية والحنابلة منه فى كتب الحنفية^(٣) . ويذهب البعض^(٤) الى أنه ينبغى أن يحمل قول من عرف العقد

=
والطلب صح . والثانى المعاطاة ويشترط له (البيع) الرضا الا فيما يجب — وان اكراه على بيع واجب صح « ج ٢ ص ٣ الطبعة ٢ — المكتب الاسلامى للطباعة والنشر — بيروت .

وفى حاشية الروض المربع للعنقرى : « البيع شرعا مبادلة مال ولو فى الذمة بقول أو معاطاة .. او منفعة مباحة مطلقا بمثل أحدهما » ج ٢ ص ٢٢ ، ٢٣ — مكتبة الرياض الحديثة بالرياض .

وفى الافصاح لابن هبيرة : « والبيع فى الشرع عبارة عن ايجاب وقبول » ج ١ ص ٣١٧ المؤسسة السعيدية بالرياض . وفى نظرية العقد لابن تيمية ص ٥٥ : « والبيع فى الشرع عبارة عن ايجاب وقبول » .

(١) تراجع جامع الفصولين ج ٢ ص ٢ — التحرير وشرحه للشيخ زكريا الأنصارى ج ٢ ص ٣

(٢) احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٦٠ وما بعدها — راجع أيضا آيات الاحكام ج ٢ ص ٢٩٤ — تفسير الفخر الرازى ج ١١ ص ١٢٣ أول سورة المائدة .

(٣) الفروق للقرافى ج ٤ ص ١٣ — تراجع نظرية العقد — د. محمد شعبان حسين ص ٦ وما بعدها — فتح القدير ج ٥ ص ٤ و ج ٧ ص ١١٤ — ١١٥

(٤) د . محمد شعبان حسين — المرجع السابق ص ٥

بأنه كل تصرف شرعى ينشأ عنه حكم شرعى - على أن المراد بالتصرف القولى ، أما التصرف الفعلى الذى ينشأ عنه حكم شرعى كالقتل الذى يترتب عليه القصاص أو الدية ، والسرقه التى يترتب عليها الحد ، والاتلاف الذى يترتب عليه الضمان فإن كل واحد منها وإن كان تصرفا ينشأ عنه حكم شرعى إلا أنه لا يسمى عقدا ، لأن المراد بالعقد عادة وعرفا التصرفات القولية ، وعلى هذا يكون المراد بالعقد بمعناه العام كل تصرف قولى ينشأ عنه حكم شرعى ، سواء أكان هذا التصرف صادرا من شخصين أو أكثر ، أو كان صادرا من شخص واحد ، والعقد بهذا المعنى العام يرادف اصطلاح الالتزام ، ولا يزال أخص من اصطلاح التصرف لأن الأخير ينظم الالتزام وغيره كالاستهلاك والاتنفاع وغيرها (١) .

ويرى البعض (٢) : أنه لا مانع من تسمية ما يتم بالارادة المنفردة وحدها عقدا على أن العقد المكون من ارادتين متوافقتين متقابلتين هو فى الحقيقة عقد مؤلف من عقدين أحدهما من ناحية الموجب وثانيهما من ناحية القابل ، وعلى ذلك يكون العقد عنده هو « ايجاب الانسان أمرا على نفسه اما باختياره وارادته واما بالزام الشرع له » .

وتعريف العقد بالمعنى الخاص هو الشائع المشهور عند الفقهاء حتى كاد ينفرد هو بالاصطلاح . وهو المتبادر عند الاطلاق ، ولا ينصرف الى المعنى العام الا بتنبيه يدل عليه ، ويتضح ذلك من تتبع كتب الفقهاء عند الكلام على العقود (٣) .

(١) انظر احكام المعاملات الشرعية - الخفيف طبعة ٤ - ١٣٧١ هـ .

(٢) مذكرة الالتزامات فى الشرع الاسلامى لقسم الدكتوراة سنة ١٩٤٥ ص ٤٢ وما بعدها للشيخ احمد ابراهيم - انظر أيضا تفسير الفخر الرازى ج ١١ ص ١٢٣ أول سورة المائدة .

(٣) انظر تعريف الدسوقى للعقد فى الشرح الكبير ج ٣ ص ٥ - فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٣٦ وما بعدها - محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٢٠١ - د. محمد شعبان حسين ، المرجع السابق ص ٤

وكما يكون العقد لافادة ملك العين بعوض كما في البيع
 يصح أن يكون عقدا لافادة ملك العين بغير عوض كما في الهبة ، ويصح
 أن يرد العقد على العين لحفظها وديعة ، أو لاستهلاكها بالانتفاع قرضا
 ورد بدلها . ويصح أن يرد العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها
 بعوض كالاجارة ، أو بغير عوض كالاغارة ورد عينها لصاحبها ، ويصح
 أن يرد العقد على عمل من الأعمال الصناعية كصاحب القماش يذهب
 الى الخياط ليصنع له ثوبا ، أو على خدمة معينة ونحو ذلك .

* * *

انفرع اثناني : معنى العقد فى القانون الموضى

عرفت المادة (١١٠١) من القانون المدنى الفرنسى العقد بأنه :
 « اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر
 باعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شيء » .

وعرفته المادة (١٦٥) من قانون الموجبات والعقود اللبنانى :
 « الاتفاق هو كل التنام بين مشيئة وأخرى لاتتاج مفاعيل قانونية
 واذا كان يرمى الى اثناء علاقات الزامية سمي عقدا » .

وعرفته المادة ٧٣ من القانون المدنى العراقى بأنه :
 « ... ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر
 على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » .

والمادة (٨٩) من القانون المدنى المصرى تنص على أن :
 « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين
 مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد
 العقد » (١) .

(١) هذه المادة تقابل المادة ٨٩ من القانون المدنى الليبى و ٨٥ ،

٩٠ عراقى و ٧٣ سودانى .

وعرفته المادة (١٢٥) من المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الحالى^(١) :

« العقد هو اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على انشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو انائها » •

ويكاد علماء القانون يتفقون على أن العقد هو^(٢) :
« توافق ارادتين أو أكثر على احداث أثر قانونى سواء أكان هذا الأثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاؤه » •

وهذا التعريف القضى للعقد فيه بعض المغايرة لما نصت عليه الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى وما تضمنته المادة ٨٩ من القانون المدنى نفسه ففيهما اثار المشرع لمذهب الارادة الظاهرة بصورة واضحة فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق ارادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين^(٣) •

وهذا الرأى فى تكييف وجهة المشرع بأخذه بالارادة الظاهرة وما تعنيه من المذهب المادى على حساب الارادة الباطنة وما تعنيه من المذهب الشخصى غير مسلم فى فقه القانون فهناك جدل كبير حول مبدأ سلطان الارادة^(٤) باعتبار أن الارادة أساس العقد وقوامه ، فقد بالغ أنصار

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٠ ، ١١ هامش .

(٢) د . السنهورى - الوسيط - نظرية الالتزام ص ١٥٠ - د . عبد المنعم فرج الصده - مصادر الالتزام ص ٥٧ ، ٥٨ ط دار النهضة العربية بيروت ١٩٧٩ - د . أحمد حسن البرعى - نظرية الالتزام فى القانون المغربى ص ٢٥ ط دار الثقافة ، الدار البيضاء - د . محمد لبيب شنب موجز مصادر الالتزام ص ١٧١ ط دار النهضة العربية بيروت ١٩٧٠ اذ يختصر التعريف الى أن العقد هو توافق ارادتين على انشاء التزام أو أكثر . استاذنا الدكتور عبد الودود يحيى - مصادر الالتزام ص ١٧ - دار النهضة .

(٣) د . أنور العمروسى - التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل ج ١ ص ١٨٥ ط دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية سنة ١٩٨٣
(٤) انظر الدكتور السنهورى - الوسيط - مصادر الالتزام - ص ١٥٢ ، ١٥٦ ، ١٦٠ ج ١ دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٦٤

مبدأ سلطان الارادة الى حد اتخاذه مبدأ مطلقا في كل نواحي القانون وهو مذهب القوانين اللاتينية وهي التي تذهب مذهبا شخصيا في العقد وتأخذ بنظرية الارادة الباطنة اذ العبرة عندهم بارادة المتعاقدين التي يمكنها ضمير كل منهما وما التعبير المادى عن هذه الارادة الا مجرد دليل يكشف عنها ومن ثم فالعبرة في العقود للمقصود .

وهذه المبالغة في مبدأ سلطان الارادة من أنصار المذاهب الفردية يقابلها على النقيض معارضة من خصوم المبدأ الذين يقولون بنبذه مرة واحدة من أنصار المذاهب الاشتراكية وهذا الاتجاه يعول على الارادة الظاهرة ويقف عند التعبير عن الارادة ، فالتعبير المادى عن الارادة ليس مجرد دليل عليها بل هو الارادة ذاتها وهو مذهب القوانين الجرمانية .

والمذهب الوسط أو الاعتدال فيما يتعلق بدور الارادة في العقود فان دورها في الحقوق العينية أقل أثرا منه في الحقوق الشخصية فلا تستطيع الارادة أن تنشئ حقوقا عينية جديدة كما أن آثار هذه الحقوق يقوم القانون بتحديد الجانب الأعظم منها ، أما دور الارادة في الحقوق الشخصية فأكثر اتساعا وأوضح أثرا فهي مصدر لكثير من الحقوق الشخصية الى جانب مصادر أخرى لتلك الحقوق كالعامل غير المشروع والاثراء بلا سبب ومجال سلطان الارادة أكثر اتساعا في الالتزامات الارادية والتعاقدية وان كانت محددة بالنظام العام والآداب... الخ . وعلى هذا النحو فالقانون يعترف بمبدأ سلطان الارادة ولكنه يقيده بما يحقق المصلحة العامة والعدالة بما أعطاه للقضاء من سلطة في هذا المجال^(١) .

(١) فللقاضى سلطة استكمال شروط العقد وهو الذى يتولى تطبيق عيوب الارادة ويراقب مشروعية السبب ويحدد مضمون العقد - د. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام ص ٥٢ - مرجع سابق ، السنهورى - الوسيط - مصادر الالتزام ج ١

وبعد ، هذا الايضاح المهم لمسلك الفقهاء في تعريف العقد ومسلك
الشرع في بيان معنى العقد وجنوحه الى الارادة الظاهرة الذى يحكى
نوعا من التقدم فى المعاملات المدنية بما ييسر المعاملات ويسهلها ويستجيب
لمتطلبات العصر الحاضر فى القرن العشرين .

وعلى هذا الأساس فان قوام العقد — سواء بمعنى توافق
ارادتين أو تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين — أمران هما :

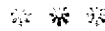
١ — أن تكون هناك ارادتان متقابلتان ، فالارادة الواحدة تنشئ
تصرفا قانونيا بارادة منفردة والتقابل بين ارادتين يكون عقدا .

٢ — وجوب الاتفاق على احداث أثر قانونى والا فلم نكن بصدد
عقد ، ويعرف ذلك من الظروف والملابسات ، فأعمال المجاملات لا تنشئ
عقودا والنية هنا قائد العمل وسائقه فيها يبين من الظروف والملابسات
قصد المتعاقدين الى احداث أو انشاء التزامات أو التزام .

وكل ذلك فى نطاق المعاملات المالية بين الأفراد أى التى تدخل
فى نطاق القانون الخاص فتخرج العلاقات التى يحكمها القانون الدولى
العام أو القانون الادارى أو قوانين الأحوال الشخصية (١) .

(١) يذهب د. البدراوى الى أن الاجماع يكاد ينعقد بين الشراح
والقضاء ، وعلى أن نطاق العقد يجب أن يكون مقصورا على دائرة روابط
القانون الخاص لا روابط القانون العام — النظرية العامة للالتزامات فى
القانون المصرى ص ٤٢ — ولكن خلافا بين الشراح ثار حول شمول العقد
للروابط القانونية غير المالية كالزواج ونحوه فذهب البعض منهم (د .
السنهورى مرجع سابق ص ١٧٤ — د . حشمت أبو ستيت نظرية
الالتزام ج ١ ص ٣٩ — د . عبد المنعم الصدة مرجع سابق ص ٥٢ —
أنور سلطان — النظرية العامة للالتزامات ص ٢٩) الى أنها لا تسمى
عقودا فى حين ذهب آخرون منهم (د . سليمان مرقص ص ٤٤) الى أنها
تسمى عقودا ، وهناك فريق ثالث حصر العقد فى العقود التى تتعارض فيها
مصالح العاقدين ويتفاوض فى شروطها الطرفان على قدم المساواة فتخرج
عقود الشركة وعقود الازعان والعقود الجماعية وتصلح الدائنين مع

وجنوح المشرع الى الارادة الظاهرة في تكوين العقد^(١) ابتغاء استقرار التعامل فان ذلك لا يطغى على الأصل في التقنين المدنى المصرى الجديد وهو الارادة الباطنة وان كانت وسيلة التعرف عليها هى الارادة الظاهرة ، وهنا تكون الارادة الظاهرة وسيلة لا غاية ، ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد على الرغم من هذا لا يزال في حظيرة التقنيات اللاتينية الحديثة التى خطت خطوات واسعة في هذا المجال ولكنه لم يبلغ في ذلك مبلغ التقنين الألماني والتقنيات الجرمانية الأخرى^(٢) .



● موازنة بين معنى العقد في الفقه الاسلامى والقانون الوضعى :

بامعان النظر وانعامة في معنى العقد لدى فقهاء الاسلام يتضح أن هناك مجموعة من الضوابط الشرعية التى تميزه نذكر منها ما يلى :

١ - أن الفقه الاسلامى وقد عبر عن العقد « بالارتباط بين الايجاب والقبول » مما يدل على الاهتمام بالصيغة كوعاء تظهر فيه الارادة ، ويعبر عن الرضا واتجاه النية نحو العبارة والأثر المترتب عليها وفق ذلك المسلك الفقهى ما يقطع فى الدلالة على الاهتمام بالارادة الظاهرة والباطنة فى الصيغة وما يجمعها بالرضا والنية والاختيار من قصد نحو العقد وآثاره المترتبة عليه ، وهو ما لم تصل اليه القوانين الوضعية الا على حين فترة من الزمن مرت فيها بتغليب المذهب الفردى تارة وما يقوم

=

المجلس ، اذ هى مراكز قانونية منظمة ومن ثم يكون تفسيرها كما تفسر القاعدة القانونية طبقا لما تقتضى به الظروف ووفق ما يقتضيه الصالح العام وهذا التضييق لا دليل عليه .

(١) كما يأخذ بها القانون - بالارادة الظاهرة - أيضا فى تفسير العقد كما فى المواد ٩١ ، ٩٢ ، ١٢٠ ، ١٢٦ ، ١٥٠ وغيرها .

(٢) د . السنهورى - الوسيط - مصادر الالتزام ص ٩٩ مرجع سابق .

عليه من المغالاة في حرية الارادة وسلطانها ومن ثم تقديم المصلحة الفردية على مصلحة الجماعة وان زعم أنصار هذا المذهب أن المصلحة الفردية تحقق دائما المصلحة الجماعية وأن الأخيرة متحققة من خلال الأولى ، كما مرت النظم الوضعية بمرحلة تغليب المصلحة الجماعية أو مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد من خلال ما يعرف بالمذهب الاشتراكي وما صاحبه من ابتكاص في مبدأ سلطان الارادة وتدخل الدولة في كثير من مسائل التعاقدات الخاصة بين الأفراد وتغليب النزعة المادية في تكوين وتفسير العقود كما ظهر في مجموعة القوانين الجرمانية.

٢ - أن الفقه الاسلامي وقد أقام الارتباط بين الايجاب والقبول على أمر ضروري وهو أن يكون « على وجه مشروع » ليعبر تعبيرا خاصا ودقيقا عن الصبغة الدينية للعقود في الفقه الاسلامي وهو ما يميزها عن غيرها من العقود في النظم والقوانين الوضعية التي أقامت من القانون ذاته سياجا لهذه العقود ، فمشروعية العقود مستمدة من القانون ليس الا ، وفي هذا النطاق يختلف الفقه الاسلامي عن القانون اختلافا كبيرا وكثيرا ، فالقانون مثلا يقنن الفائدة وهي أمر محرم في الاسلام .

٣ - أن المشروعية الاسلامية التي يقوم عليها الارتباط بين الايجاب والقبول هي ما يمكننا أن نطلق عليه « حكم العقد » ومن ثم فأحكام العقود في الفقه الاسلامي « جعلية » أي من جعل الشارع وترتيبه وليست من صنع الأفراد أو المتعاقدين وترتيبهم ، وحكم العقد شرعا بمعنى صحته أو بطلانه وفساده أو جوازه وعدم جوازه ، أو حله وحرمته ، وهذا أمر يستقل به الشارع الحكيم في المنهج الاسلامي بما بينه للناس في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، فأمر الحلال والحرام من ترتيب الشارع في الاسلام .

ولذلك قال الفقهاء : ان المراد بارتباط الايجاب والقبول هو الارتباط الحسي أي تعلق الايجاب بالقبول عرفا ثم يترتب عليه الارتباط الحكمي

وهو وجوب الوفاء بما التزم به الطرفان بجعل الشارع وأمره ، قال برهان الشريعة^(١) : « في الشرع يحكم بأن الإيجاب والقبول الموجودين حسا يرتبطان ارتباطا حكيميا فيحصل معنى شرعى يكون ملك المشتري أثرا له ... » •

ومن هنا اختلف حكم العقد عن أثر العقد بمعنى النتيجة وما يترتب على العقود ويحصل منها من حقوق وواجبات ، وفي ذلك يقول السيد الشريف : « الأثر له ثلاثة معان : الأول بمعنى النتيجة وهو الحاصل من الشيء ، والثاني بمعنى العلامة ، والثالث بمعنى الجزاء »^(٢) • والمقصود هنا هو المعنى الأول في العقود •

٤ - أن الفقه الاسلامي وقد أقام الارتباط بين الإيجاب والقبول على أساس المشروعية العليا فإن هذه المشروعية لا تنفصل عن أحداث أثرها على ما يترتب للعاقدان من آثار على العقد أو من التزام أو التزامات ينشئها العقد أو ينقلها أو يعدلها أو ينهيها •

وعلى هذا النحو فانه يمكننا القول بأن هناك في دائرة العقود والتصرفات التعاقدية منطقتان - أو ان شئت نطاقان - تختلف طبيعة كل منهما ومدى حرية العاقدان فيهما :

منطقة المشروعية الأساسية بمعنى أن يكون العقد في ذاته حلال شرعا ، ومنطقة ترتيب الأفراد أو المتعاقدان لآثار العقد على النحو الذي يحقق مصلحتهما ، وفي هذا النطاق ترك المشرع للأفراد حرية ترتيب مصالحهم من خلال ما يتفقان عليه من آثار للعقد وكيفية تنفيذ ما يترتب عليه من التزامات تجاه كل طرف من أطرافه وذلك في نطاق

(١) مختصر الوقاية ، مخطوطة مكتبة طوب قاب استانبول (٣٧٣٣) ورقة ٧٠ مؤلفه محمود تاج الشريعة المحبوبي - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٩

(٢) التعريفات للجرجاني المعروف بالسيد الشريف ص ٨ ط الدار التونسية للنشر .

المشروعية أيضا فلا بد أن يثبت أثر المشروعية في كل ما يرتبه طرفا العقد من آثار أو التزامات^(١) .

٥ - لا بأس عندى من أن تضاف عبارة « توافق ارادتين » الى تعريف العقد فى الفقه الاسلامى ويصبح التعريف على النحو التالى :

« العقد هو : توافق ارادتين وارتباط الايجاب بالقبول على وجه مشروع يحدث أثره فى المعقود عليه » .

وذلك لثلاثة أسباب رئيسية هى :

(أ) أن الفقهاء المسلمين - فيما عدا الحنفية - عولوا فى تعريف العقد على الجمع بين الارادتين : الظاهرة ممثلة فى العبارة ، والباطنة ممثلة فى الرضا ، على حين كان اهتمام الأخاف بالعبارة أشد وأظهر ، حتى انهم جعلوا ركن العقد الوحيد هو الصيغة بما تعنيه من الايجاب والقبول وارتباطهما .

ولا شك أن عبارة « توافق ارادتين » أظهر فى الدلالة على هذا المسلك لدى جمهور الفقهاء ، ولاحتمال أن تفهم عبارة « ارتباط الايجاب بالقبول » على أنها دليل على اهتمام الفقهاء بالمظهر المادى للقصد الذى هو مناط الرضا والاختيار والنية ، وهذه كلها أمور جوائية أو باطنية لا تنفصل عن العبارة التى تتخذ وسيلة للتعبير عنها .

(ب) أن عبارة « توافق ارادتين » بعد اضافتها الى تعريف العقد فى الفقه الاسلامى يجب أن تنصرف أيضا الى معنى اضافى مفيد فى العقد وأعنى به المرحلة التمهيدية التى تسبق مرحلة الارتباط بين الايجاب والقبول ، وهذه المرحلة التمهيدية التى تتوج بالتوافق بين الرغبات على أساس حصوله أو تحقق مصلحة كل طرف من العقد

(١) انظر الكاسانى - بدائع الصنائع ج ٧ ، ص ٢٢٢٣ وما بعدها حيث فرق بين احكام البيع الاصلية والتبعية ، ونحن نؤثر مصطلح «الحكم والاثار» منعا من اللبس - أيضا القوانين الفقهية ص ٢١٢ - بلفظ السالك ج ٢ ص ٣٤٦ - البحر الزخار ج ٤ ص ٣٦٩ - المغنى ج ٣ ص ٥٧١

أو من العملية التعاقدية ويكون ذلك أساسا لا بد منه لمرحلة الارتباط بين الطرفين كمظهر عملي للعقد .

ومن ناحية أخرى فإن هذه المرحلة التمهيدية أصبحت في المعاملات المعاصرة ضرورية وهي ما تسمى « بدراسات الجدوى للمشروع » أو مرحلة التفاوض لإبرام العقد فالعقود كأهم وسائل المعاملات لا تتم الا بعد أن يدرس كل طرف من أطراف العملية التعاقدية ما هو مقدم عليه من ارتباط ، وتقدير مصلحته تقديرا سليما يجنبه مغبة الارتباط بعقود غير رابحة أو لا تحقق مصلحته من التعاقد . ونظرا لأهمية هذه المرحلة وخطورتها والتي يجب أن تمر بها العملية التعاقدية وبخاصة في المعاملات الاقتصادية المعاصرة رأيت اضافتها لتعريف العقد اذ يجب أن يشتمل عليها التعريف لما ذكرنا من أسباب .

(ج) أنه من شروط الارتباط بين الايجاب والقبول وما يسنيه من الاتصال القائم بينهما وهو عند الجمهور^(١) بالألا يكون الموجب قد عدل عن ايجابه أو أعرض عنه أو انتهى مجلسه وبقاؤهما على أهلية العقد خلافا للمالكية الذين ذهبوا الى أنه ليس للموجب حق العدول ما دام مجلس العقد قائما حتى لو رجع عنه لا يعتد برجوعه وكذلك اذا حدد له مدة محددة يلتزم بهذه المدة^(٢) . وعلى ذلك يشترط توافق الايجاب والقبول أى أن يكونا متوافقين بأن يردا على محل

(١) فتح القدير مع شرح العناية ج ٥ ص ٧٤ - الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٤ طبعة المطبعة الاميرية ببولاق سنة ١٣١٠ هـ طبعة أوفست دار المعرفة بيروت - البحر الرائق ج ٥ ص ١٨٣ ط دار المعرفة بيروت - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٤ ط دار احياء التراث العربى بيروت - مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٢٨ ط مطبعة السعادة مصر ١٣٢٩ هـ - الروضة ج ٣ ص ٣٢٩ للعاملى شرح اللمعة الدمشقية لمحمد جمال الدين الشهيد الثانى - كلية الآداب بالنجف - كشف القناع ج ٢ ص ٣ ط مكتبة نصر الحديثة بالرياض - الانصاف ج ٤ ص ٢٦٠ ، ط السنة المحمدية سنة ١٣٧٥ هـ .

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٤٠

واحد وأوصاف واحدة والا لم يتم التراضي ولا يتحقق العقد ولا يترتب على الإيجاب والقبول أثره • يقول الامام الكاساني :

« وأما الذي يرجع الى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه... فان خالفه كله أو بعضه لا ينعقد »^(١) الا أن تكون المخالفة لصالح الموجب وحاجة الزائد الى الرضا الموجب وان كان رضا ضمنيا^(٢) .

* * *

الفرع الثالث : العقد والتصرف والالتزام والالزام والوعد

١ - العقد والتصرف :

التصرف هو كل ما يستتقل به الشخص لوجوده لكونه ملكه وحده جعل له الحق في أن ينفرد بإنشائه ولم يجعل لغيره الحق في منعه ، ولا أن يكون له دخل في وجوده كالطلاق ، أو هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته فيرتب عليه الشارع أثرا •

ويشمل أيضا ما لا يجوز أن يستقل به الشخص لكونه ليس ملكه وحده بل لا بد لوجوده من اشتراك التصرف مع غيره الذي يشاركه في التصرف المراد حصوله كأن يبيع داره لاسنان^(٣) وهو نوعان : فعلى ، وقولي^(٤) .

والفعلى : ما كان قوامه عملا لا قولاً كإحراز المباحات ، واستلام المبيع وقبض الدين •

(١) البدائع ج ٦ ص ٢٩٩ ط مطبعة الامام بالقاهرة .

(٢) الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٢٧ - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٩

(٣) انظر على قراة - أحكام العقود في الشريعة الاسلامية ص ٧

(٤) المجلة ١٦٦٠ - تنقيح الفتاوى الحامدية ج ٢ ص ٤٢٣

والقولى نوعان : عقدى ، وغير عقدى •
والعقدى : كالبيع والاجارة ، والشركة ... الخ • وغير العقدى :
يشتمل على نوعين هما :
(أ) نوع يتضمن ارادة صاحبه على انشاء حق ، أو انهائه
أو اسقاطه ، كالوقف والطلاق ، والاعتاق والابراء والتنازل عن حق
الشفعة •

(ب) نوع لا يتضمن ارادة منصفة على انشاء الحقوق أو اسقاطها ،
وان كانت أقوالا تترتب عليها نتائج معتبرة •
كالدعوى ، فانها طلب حق أمام القضاء ، والاقرار فانه اخبار المرء
بحق عليه لغيره ، والانكار والحلف على نفى دعوى الخصم • فانها
أخبار تترتب عليها أحكام قضائية • وهذا ما يسمى بالتصرف القولى
المحض •

والعبرة فى تميز التصرف القولى عن الفعلى انما هى بطبيعة التصرف
وصورته لا الأساس الذى بنى عليه • ولذا كان دفع الثمن وتسليم
المبيع تصرفا فعلييا ولو أنه مبنى على عقد البيع ، وعلى ذلك فلا شبه
بين كل من التصرف الفعلى والتصرف القولى المحض وبين العقد •
أما التصرف القولى العقدى فانه يتفق مع العقد بالمعنى المشهور ،
الذى سبق بيانه ، أما التصرف القولى غير العقدى فلا يتفق أيضا
مع العقد بالمعنى المشهور ويكون العقد أخص من التصرف القولى غير
العقدى وان كان يتفق معه فى المعنى العام للعقد •

● التصرف فى القانون الوضعى :

يعرفه رجال القانون بأنه : اتجاه الارادة الى احداث أثر قانونى
معين يرتبه القانون • أو أنه ارادة محضة تتجه الى احداث أثر قانونى
معين لا يحظره القانون^(١) • وهو اما أن يقوم على اتفاق ارادتين فيكون

(١) د . عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ٤٦ -

د. السنهورى - مصادر الحق ج ١ ص ٦٦

عقدا كالبيع والإيجار ، أو يقوم على إرادة منفردة كالوصية والنزول عن حق ارتفاق أو رهن وقبول المنتفع لما اشترط في مصلحته وإقرار تصرف الفضولى ومن ثم فهو قد ينشئ حقا شخصيا أو يكسب حقا عينيا أو هذا وذلك أو يرتب آثارا قانونية أخرى .

وعادة ما يقرن رجال القانون بين التصرف القانوني والواقعة القانونية كمصدرين رئيسيين للحقوق جميعا ، ويعرفون الواقعة القانونية بأنها عمل مادي اختياري أو إجباري يرتب عليه القانون أثرا قانونيا معينا ، والعمل المادي الاختياري قد يكون مشروعا وهو العمل المادي النافع ، أو الإثراء بلا سبب ، وقد يكون غير مشروع وهو العمل المادي الضار أو العمل غير المشروع ، أما العمل المادي غير الاختياري كالميلاد والموت^(١) .

وقد رتب الدكتور السهوري مصادر الحقوق بوجه عام على أساس علمي فقال^(٢) :

إن المراد بمصدر الالتزام هو السبب المنشئ له ويرد - أى السبب - إلى ما يسمى بالواقعة القانونية (Fait Juridique) وهذه قد ترجع إلى إرادة الإنسان أو لا ترجع إليها كذلك التى تكون من عمل الطبيعة .

والوقائع التى ترجع لإرادة الإنسان أكثرها أعمال مادية ومنها ما ليس أعمالا مادية بل إرادية ، أى عمل إرادي محض يتجه إلى أحداث نتائج قانونية معينة وهى ما تسمى بالأعمال القانونية (Actes Juridique)

والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من جانب واحد كالوصية والوقف والجمالة ، أو صادرة من جانبين وهذا هو العقد ، والقانون وراء كل ذلك يحدد الآثار القانونية التى تترتب على الوقائع والأعمال جميعا .

(١) د . السهوري - مصادر الحق ج ١ ص ٦٦ - د . عبد المنعم الصدة مرجع سابق .

(٢) الوسيط - مصادر الالتزام ص ١٤٢ وما بعدها .

وتقوم نظرية التصرف القانوني على مبدئين :
الأول : مبدأ سلطان الارادة ويتمثل فيما نص عليه القانون من
أن العقد شريعة المتعاقدين^(١) .

الثاني : نسبة الأثر الذي يترتب على التصرف .

ويعب الدكتور السهوري على الفقه الفرنسي أنه حتى الآن لم
يوفق الى وضع نظرية شاملة للتصرف القانوني والواقعة القانونية
ليرد اليها مصادر الحقوق جميعا وأن التقسيم الذي انتهجه في مصادر
الالتزام وردها الى خمسة هي : « العقد ، وشبه العقد ، والجريمة ، وشبه
الجريمة ، والقانون » تقسيم معيب لما فيه من خلط بين التصرف القانوني
والواقعة القانونية بل يكاد يطمس فكرة التصرف القانوني والواقعة
القانونية بالفصل بين مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني ويجعله
القانون مصدرا مباشرا للالتزام فحال دون الكشف عن الواقعة القانونية
التي تخفى وراء القانون وهي التي ترتب عليها الالتزام . كل ذلك
جعل الفقه الفرنسي الحديث يقسم مصادر الالتزام تقسيما خماسيا آخر
هو : « العقد ، والارادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والاثراء بلا
سبب ، والقانون » وهذا التقسيم بدوره معيب بعيين جوهرين هما :

١ - أنه يجب وحده « التصرف القانوني » اذ يفرق بين العقد
والارادة المنفردة في مصادر الالتزام ، ثم ينكر على العقد أن يكون سببا
بذاته لنقل الملكية ويقصره على أنه - العقد - ينشئ التزاما بنقلها
وبذلك لا يعدو العقد أن يكون مصدرا للالتزام .

٢ - أنه يجب وحده « الواقعة القانونية » التي ترد اليها
مصادر الالتزام ومصادر الحق العيني دون تمزيق لها على نحو ما هو
قائم في التفريق بين مصادر الالتزام (العمل غير المشروع والاثراء

(١) م ١/٢٢١ من قانون الزوجيات والمقود اللبناني و ١/١٤٧ مدني
مصري و م ١١٣٤ مدني فرنسي .

بلا سبب والقانون) ومصادر الحق العيني (الاستيلاء والميراث
والالتصاق والشفعة والحيازة) •

ثم يحاول الدكتور السنهوري الربط بين الفقه الاسلامى وفقه
القانون الوضعى فى رد مصادر الحقوق جميعا - شخصية وعينية - الى
مصدرين اثنين هما : التصرف القانونى ، والواقعة القانونية ، على أساس
أن الفقهاء المسلمين يميزون بين التصرفات القولية وأن هذه هى التصرفات
القانونية والتصرفات الفعلية وأن هذه هى الوقائع القانونية •

وهذه المحاولة من الأستاذ الدكتور السنهوري لا تعدم سنداً لها
من أقوال الفقهاء وليس هذا هو المهم فى تقديرى ، ولكن الأهم من ذلك
هو الاطار والمنطلق فى مسلك الفقه الاسلامى وفقهاء القانون الوضعى
أو ما يمكن تسميته بمنهج البحث عند الفقهاء المسلمين ، وطريقة
البحث عند فقهاء القانون الوضعى ، فالقانون هو الذى يحيط
بمصادر الحقوق وينص عليها ويرتب أحكامها ابتداء وانتهاء ، أما منهجية
البحث فى الفقه الاسلامى فتستمد مشروعيتها أو شرعيتها من القرآن
والسنة ، فهناك التزامات أو واجبات شرعية كثيرة لا يمتد إليها أو تشتمل
عليها نظرية الالتزام بمصادرها المختلفة فى القانون ، وذلك مثل الزكاة
بمصارفها المختلفة والنفقات الواجبة ... الخ ، ومن ثم فليس هناك حاجة
عملية أو شرعية تدعو الى مثل هذا التصنيف الذى ذهب اليه الأستاذ
الدكتور السنهوري ورد مصادر الحقوق فى الفقه الاسلامى الى ما يسمى
فى فقه القانون بـ « التصرف القانونى » ، و « الواقعة القانونية » طالما
أن المصدر الأساسى لكل منهما مختلف بل متفاوت تماماً ، فمصدر
الأحكام جميعها فى الفقه الاسلامى هو القرآن والسنة وعلى هذا
الأساس تنعدم المقارنة ، ومن الأدلة على ذلك مثلاً :

يقول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم
بالباطل ، ألا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (١) •

فالأية الكريمة تدل على النهى عن أكل الأموال بالباطل ومن ذلك
الربا وهو أمر جائز فى القانون •

ويقول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ (١)

وفى آية أخرى : ﴿ وأوفوا بالعهد ، ان العهد كان مسئولا ﴾ (٢)

والوفاء بالعقود أو العهود انما بمعناها الشامل للإرادة المنفردة
اذ يطلق الفقهاء « العقد » على الربط وهو متحقق من الانسان المتمتع
بالأهلية اذا صدر عنه كلام ملزم فقد ربط نفسه به ، ومن
حيث المسؤولية التى تقع عليه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى ، فالقوة
الملزمة للعقد تستمد من أوامر الله تعالى ، وعلى ذلك فخلف الوعد حرام
بل صفة من صفات النفاق لما رواه البخارى ومسلم فى صحيحهما أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال : « آية المنافق ثلاث : اذا حدث كذب ،
واذا وعد أخلف ، واذا ائتمن خان » (٣) •

وكذلك اليمين ملزمة والطلاق على غير المال ملزم ولا حاجة
فيهما الى وجود مقابل بالاتفاق (٤) •

وعلى هذا النحو فليس الفصل قاطعا وحادا بين العقد والإرادة
المنفردة ، كما أن العقد فى الفقه الاسلامى ينقل بذاته الملكية ولا يقتصر
على ائشاء التزام بنقلها كما هو القانون ، ولهذا اتضح عدم وحدة
المنهج أو الطريقة المتبعة فى البحث الفقهى فى كل من الفقه الاسلامى

(٢) الاسراء : ٣٤

(١) المائدة : ١

(٣) صحيح البخارى مع الفتح - كتاب الايمان ج ١ ص ٨٩
ط المطبعة السلفية بالقاهرة ١٣٨٠ هـ - صحيح مسلم - كتاب الايمان
ج ١ ص ٧٨ ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ط عيسى الحلبى
١٣٧٤ هـ (١٩٥٥ م) •

(٤) فتح القدير مع شرح العناية على الهداية ج ٣ ص ٢٠ ط دار
صادر - الشرح الكبير مع الدسوقي ج ٢ ص ٣٦١ ط الاستقامة
بالقاهرة - المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٩٦ ط مكتبة الرياض الحديثة
بالرياض - الاجماع لابن المنذر ص ٧٩ ط دار الدعوة •

وفقه القانون الوضعي ، وإذا كان ذلك كذلك فلا طائل من التغريب
الذى ذهب الأستاذ الدكتور السنهوري رحمه الله •

٢ - العقد والالتزام :

الالتزام لغة : هو الزام الشخص نفسه ما ليس لازما له •
وعرفه الفقهاء : بأنه الزام الشخص نفسه شيئا من المعروف
مطلقا أو معلقا على شيء^(١) • • • وهو تعهد شخصي لا يسئل عنه غير
الملتزم فكان قاصرا عليه حال حياته وعلى ما يتركه بعد وفاته من أموال •

وقد أطلق البعض^(٢) الالتزام بمعنيين :

بمعنى خاص : فعرفه بأنه ايجاب الانسان شيئا من المعروف على
نفسه مطلقا أو معلقا •

بمعنى عام : فعرفه بأنه ايجاب الانسان أمرا على نفسه باختياره
وارادته من تلقاء نفسه •

وعرفه البعض^(٣) بقوله : كون الشخص مكلفا بفعل أو امتناع
عن فعل لمصلحة آخر ، وقد يكون عقليا أو غير عقدي كالغصب فهو
سبب لالتزام الغاصب » •

وعرفه البعض^(٤) : بأنه تعهد شخصي لا يسئل عنه غير الملتزم
فكان قاصرا عليه حال حياته وعلى ما يتركه من أموال بعد وفاته اذا
لم يؤثر فيه الموت بالسقوط » •

وعرفه البعض^(٥) : بأنه ايجاب الشخص على نفسه أمرا جائزا
شرعا •

(١) انظر فتح العلى المالك ص ١٨٠ - ٢٠٠

(٢) أحمد إبراهيم - الالتزامات ص ٢١

(٣) ج ١ ص ٤٣٦ مصطفى الزرقا - المدخل الفقهي العام

(٤) على الخفيف - بحث في مجلة القانون والاقتصاد ص ٥١٥ - ٥١٦

(٥) د. عبد الناصر العطار - الأجل في الالتزام - رسالة ص ٤٤

وقد استعمل الفقهاء المسلمون لفظ الدين والمدين والطلب والغريم والواجب .. للتعبير عن الالتزام ، ويستعملون أحيانا لفظ الالتزام ، ويريدون به غالبا الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة ، ونادرا : الالتزامات التي تنشأ عن العقد ، أما الالتزامات التي تنشأ عن المسؤولية فتسمى بالضمانات^(١) .

والالتزام نوعان :

اختياري ، وهو ما كان بإرادة الانسان واختياره ، فيلزم نفسه ما لم يكن مطلوبا منه من قبل .
وقسرى ، وهو ما كان نتيجة لالزام من له حق الالزام ، ولا دخل لإرادة الانسان فيه .

٣ - الالتزام والالزام :

الالزام يأتي من الغير ، والالتزام يأتي من الشخص نفسه وان كان الالتزام يتضمن معنى الالزام بذاته^(٢) .

خلاصة : نخلص الى أنه لما كان العقد بالمعنى المشهور لا بد فيه من اجتماع إرادتين على نحو ما سبق بيانه ، فانه يكون أخص من الالتزام .

* * *

● الالتزام في القانون :

عرفته المادة الأولى من تقنين الموجبات والعقود اللبناني :
« الموجب هو رابطة قانونية تجعل لشخص أو لعدة أشخاص حقيقيين أو معنويين صفة المديون تجاه شخص أو عدة أشخاص يوصفون بالدائنين » .

(١) السنهوري - مصادر الحق ج ١ ص ٦٤ دار الفكر .
(٢) د. جمال محمود - سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الاسلامي

وعرفته المادة (١٢١) من المشروع التمهيدي للقانون المدني
المصري الحالي بأنه^(١) : « الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على
الشخص أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل »
ثم حذف هذا التعريف في المشروع النهائي .

ويعرفه كثير من فقهاء القانون في مصر وفرنسا بأنه :

« الالتزام رابطة قانونية توجب على شخص معين أن ينقل حقا
عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل »^(٢) .

ويعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بقوله^(٣) :

« الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق
عينى أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » .

ولا شك عندنا أن تعريف الالتزام بأنه « حالة قانونية » أولى من
تعريفه بأنه « رابطة قانونية » فمن المسلم به لدى فقهاء القانون أن الالتزام
في المرحلة التي وصل إليها في الوقت الحاضر له ناحية مادية يعول فيها
على محل الالتزام أكثر من أشخاصه وبالتالي تصبح العبرة بقيمته
المالية ، فمحل الالتزام يتمثل في أداء مالى أى يمكن تقويمه وتقديره
بالنقود وتكون العبرة في كون الأداء ذا قيمة مالية لطبيعة الأداء والعادات

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩ هامش .

(٢) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ٢٢ ، د. محمد
ليبب شنب - موجز في مصادر الالتزام ص ٥ ، حشمت ابو ستيت
- نظرية الالتزام فقرة ٢٥ ط ٢ ، عبد الحى حجازى
- النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٧٨ ، د. اسماعيل غانم - أحكام
الالتزام فقرة ٢١ ، بيدان ج ٨ ط ٢ فقرة ٢ ، جوسرانا ج ٢ ط ٣
فقرة ٢ ، بلانيو وريبير ، بولانجى ج ٢ ط ٢ فقرة ٢ وغيرهم مشار اليهم
في د. عبد المنعم الصدة .

(٣) الوسيط - مصادر الالتزام ص ١٢٥ ، أيضا د. احمد حسن
البرعى - نظرية الالتزام في القانون المغربى ص ١٣ .

السائدة في المجتمع وقت نشوء الالتزام ، هذا بالنسبة للأداء الواجب على المدين ، أما المصلحة التي تعود على الدائن من جراء هذا الأداء لمحل الالتزام فلا يلزم فيها أن تكون ذا قيمة مالية بل يصح أن تكون مصلحة معنوية^(١) . وهذا يؤدي الى سرعة التعامل والاستجابة لمقتضيات الاقتصاد المعاصر ، فيمكن اجازة حوالة الحق وحوالة الدين ، كما يترتب عليه تصور وجود التزام دون وجود دائن وقت نشوئه اذ يكفي أن يكون قابلاً للتعيين في المستقبل عند تنفيذ الالتزام^(٢) مثل حالات التزام المدين بإرادته المنفردة كما في الجعالة أو الوعد بجائزة وكما في الاشتراط لمصلحة شخص لم يوجد بعد ، وكذلك بالنسبة للسند لحامله ، فمن يوقع هذا السند يلتزم لدائن غير معروف هو حامل السند.

* * *

● موازنة بين تعريف الالتزام وأنواعه في الفقه الاسلامي وفقه القانون الوضعي :

ان المتأمل في تعريفات الفقهاء التي وردت بشأن الالتزام يلمح التركيز على جانب المدين في الالتزام ومن ثم الاهتمام بأصل العلاقة في الالتزام وهي الملتزم ومحل الالتزام ، مما يبرز الجانب الموضوعي في المسألة وهو ما توصل اليه فقه القانون الوضعي بعد تطور طويل أصبح يستجيب للمتطلبات الحديثة في المعاملات .

كما أن مصادر الالتزام في الفقه الاسلامي تلتقي مع مصادره في القانون سواء أكانت هي في الارادة المنفردة أو العقد أو العمل الضار أو غيره مما يدخل تحت الضمانات في الفقه الاسلامي ، وكذلك الشريعة نفسها تعد مصدراً للالتزام فيما توجه من النفقات مثلاً ، ويقابل هذا المصدر للالتزام القانون الوضعي ، ومن هنا يظهر الفارق الجوهرى بين

(١) انظر د. عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام ج ١

ص ٢٢ - ٣١ ، د. اسماعيل غانم ، مرجع سابق فقرة ١٤

(٢) د. عبد المنعم الصدة - مرجع سابق ص ٢٢

الشريعة كمصدر للالتزام والقانون كمصدر للالتزام وانبعث وبرز
الجانب العقدي حاسما بين الشريعة والقانون .

وإذا كان القانون الوضعي قد حدد صور الالتزام في ثلاثة هي :

- ١ - اعطاء شيء .
- ٢ - القيام بعمل .
- ٣ - الامتناع عن عمل .

فان صور الالتزام في الفقه الاسلامي لا تقل عن أربعة هي^(١) :

- ١ - التزام بدين .
- ٢ - التزام بالعين .
- ٣ - التزام بعمل .
- ٤ - التزام بتوثيق .

٤ - انعقد والوعد :

الوعد : هو اخبار الشخص عن انشاء المخبر معروفا في المستقبل^(٢)
أو هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على
سبيل الالتزام في الحال^(٣) .

ويختلف العقد عن الوعد في أن الأول اذا وجد مستوفيا أركانه
وشروطه الشرعية ترتب عليه أثره في الحال ، ووجب على كل من المتعاقدين
الوفاء بالتزامه قبل الآخر بموجب العقد ، والا ألزمه القاضي الوفاء به .

(١) انظر مصادر الحق - د. السنهوري ج ١ ص ١٥

(٢) د. بدران أبو العيين - الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية
والعقد ص ٣٦٧ : تحرير الكلام من مسائل الالتزام ج ١ من فتاوى
الشيخ عيش ص ٢٥٤ ، العيني على البخاري ج ١ ص ٢٥٦ ، فتح
العلي المسالك لابن عرفة ج ١ ص ٢٥٤ ط مصطفى الطلبي .

(٣) د. السنهوري - مصادر الحق ج ١ ص ٤٥ وقد عرفت المادة
٢٥٤ من القانون المدني الاردني الوعد بأنه : « ما يفرض الشخص على نفسه
لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال وقد يقع
على عقد أو عمل - ويلزم الوعد صاحبه » .

أما الوعد فيتضمن انشاء التزام في المستقبل •

ولا خلاف بين العلماء على أن الوفاء بالوعد مستحب^(١) وإن كان الفقهاء قد اختلفوا في وجوب الوفاء بالوعد ، فيما إذا امتنع الواعد عن الوفاء به من غير مسوغ ، يجبره القاضي أم لا ؟ وذلك على النحو التالي :

١ - جمهور الفقهاء (٢) :

يرى أن الوفاء بالوعد غير واجب ولا يلزم الوفاء به قضاء ، ولا ينال الواعد اثم إذا وعد وهو يريد الوفاء ثم عرض له ما منعه من الوفاء ، أما إذا وعد وهو عازم على عدم الوفاء فهذه أمانة النفاق لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أؤتمن خان »^(٣) •

٢ - الحنفية :

يرون أن الوفاء بالوعد غير لازم الا في حالة ما إذا صدر معلقا على شرط منعا للتغريب بالموعود له •

(١) فلو تركه فاته الفضل وارتكب المكروه الشديد - عبد القادر أحمد عطا - هذا حلال وهذا حرام ص ٢٧٢ - كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن خلف الوعد منهي عنه ، ذكره الشيخ عليش في فتاويه - المرجع السابق •

(٢) يراجع د. محمد شوكت - نظرية العقد - رسالة ص ٣ - ويرى الشافعية أن الوعد بالالتزام لا يلزم الوفاء به - انظر السراج الوهاج للشيخ محمد الزهري الفمراوى على متن المنهاج للنووى ص ٢٤٣ - طبعة دار المعرفة بيروت ، وروى الاسناد الى جمهور الفقهاء العيني على البخارى - كتاب الايمان - المرجع السابق ، ومسلم فى كتاب الايمان ج ١ ص ٧٨ - المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٧٧

(٣) رواه البخارى فى صحيحة مع الفتح - كتاب الايمان ج ١ ص ٨٩ ، ومسلم فى صحيحة - كتاب الايمان ج ١ ص ٧٨

٣ - ابن شبرمة (١) :

يذهب الى أن الوعد كله لازم ، ويجبر الواعد على الوفاء به قضاء .

٤ - المالكية :

اختلف المالكية في هذه المسألة على أربعة أقوال :
(أ) أن الواعد لا يلزمه الوفاء في جميع الأحوال ما لم يمت أو يفس وهذا موافق لرأى الجمهور وقد ضعفه الحطاب (٢) .
(ب) أن الواعد يجبر على الوفاء بوعده قضاء في جميع الأحوال أى سواء ادخل الواعد الموعود في سبب أم لا ، وسواء دخل في السبب بالفعل أم لم يدخل (٣) وهذا موافق لرأى ابن شبرمة . وقال الحطاب : انه ضعيف جدا .

(ج) أنه يلزم الوفاء بالوعد اذا كان معلقا على سبب ، والا فلا ، سواء دخل الموعود في السبب بالفعل أو لم يدخل .
(د) أنه ملزم بالوفاء بوعده اذا كان معلقا على سبب ودخل الموعود في السبب بالفعل ، وهذا قول مالك وابن القاسم (٤) .

(١) يراجع المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٨ المسألة رقم ١١٢٥ - انظر ايضا اعلام الموقعين ج ٣ ص ٤٠٢ وقد رجح هذا الرأى ابن الشاط في أدرار الشروق على انواء الفروق المطبوع مع الفروق للقرافي ج ٤ ص ٢٤ - مرجع سابق .

(٢) يراجع فتاوى الشيخ عlish ج ١ ص ٢٥٦ - الفروق للقرافي ج ٤ ص ٢٤ ، ط دار المعرفة - بيروت .

(٣) وبهذا قال صاحب تهذيب الفروق فقد جاء به : « الصحيح عندي القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقا أى ولو لم يدخله (الموعود) فى سبب يلزم بوعده أو لم يكن مقرونا بذكر السبب فيتعين تأويل ما يناقض ذلك ويجمع بين الأدلة على خلاف الوجه الذى اختاره الشهاب والله تعالى أعلم » ج ٤ ص ٤٧ بهامش الفروق ط دار المعرفة - بيروت .

(٤) فتاوى الشيخ عlish ج ١ ص ٢٥٦ ، ٢٥٨ ، فتح العلى المالك ج ١ ص ٢١٧ ، البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٢٥١ ، ٢٥٢ ، وقد جاء =

والقول الأخير هو المشهور الراجح عند المالكية وتؤيده آيات القرآن وكذا السنة الآمرة بالوفاء بالوعد والعهد .

يقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ . كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ (١) .

ويقول الله تعالى : ﴿ وَاتَّقُوا بِالْعَهْدِ ، أَنْ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ (٢) .

في كتاب الفروق ج ٤ ص ٢٤ ، ٢٥ ط دار احياء الكتب العربية ما يلي :
« اعلم ان الفقهاء اختلفوا في الوعد هل يجب الوفاء به شرعا ام لا ، قال مالك : اذا سألك ان تهب له دينارا فقلت : نعم ، ثم بدا لك . لا يلزمك ، ولو كان افتراق الفرماء عن وعد واشهاد لأجله لزمك لابطالك مفرما بالتأخير (كذا) .

قال سحنون : الذي يلزم من الوعد قوله : أهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به ، أو أخرج الى الحج وأنا أسلفك ، أو اشتري سلعة أو تزوج امرأة وأنا أسلفك ، لانك ادخلته بوعدك في ذلك ، أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به بل الوفاء به من مكارم الأخلاق .

وقال أصبغ : يقضى عليه به تزوج الموعود أم لا ، وكذا : أسلفني لأشتري سلعة كذا ، لزمك ، تسبب في ذلك أم لا ، والذي لا يلزم من ذلك أن تعهده من غير ذكر سبب فيقول لك : أسلفني كذا فتقول : نعم . بذلك قضى عمر ابن عبد العزيز رحمه الله ، وان وعدت غريمك بتأخير الدين لزمك لانه اسقاط لازم للحق سواء قلت له : أؤخرك أو أخرتك ، وإذا أسلفته فمليك تأخيره مدة تصلح لذلك .

وحينئذ نقول : « وجه الجمع بين الأدلة المتقدمة التي يقتضي بعضها الوفاء به وبعضها عدم الوفاء به أنه ان أدخله في سبب يلزم بوعدده لزم كما قال مالك وابن القاسم وسحنون ، أو وعده مقرونا بذكر السبب ، كما قال أصبغ لتأكد العزم على الدفع حينئذ ويعمل عدم اللزوم على خلاف ذلك » .

انظر أيضا المدونة الكبرى ج ٣ ص ٢٦٤ ط دار الفكر - بيروت ، أيضا تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد بن علي ابن حسين بهامش الفروق - وأردار الشروق على أنوار الفروق ج ٤ ص ٤٣ وما بعدها طبعة دار المعرفة - بيروت .

(١) الصف : ٢ ، ٣ (٢) الاسراء : ٣٤

وحدیث الرسول صلی اللہ علیہ وسلم : « لا ایمان لمن لا أمانة له ، ولا دین لمن لا عهد له » .

وقوله صلی اللہ علیہ وسلم : « أربع من کن فیہ کان منافق خالصا ، ومن كانت فیہ خصلة منهن كانت فیہ خصلة من النفاق حتی یدعها : اذا حدث کذب ، واذا عاهد غدر ، واذا وعد أخلف ، واذا خاصم فجر » (۱) .

مثال : اذا قال شخص لآخر : سأعطیک اذا نجحت فی الامتحان مائة ريال ثم نجح ، فانه يجب الوفاء به قضاء عند ابن شبرمة وبناء علی القول الثاني من أقوال المالکية . واذا قلت لشخص : أريد أن أذهب الى مکان کذا فأعزني سيارتك ، فقال لك : نعم ، ثم بدا له أن يرجع فيما قال قبل أن یدخل فی السبب (السفر) فان هذا الوعد يلزمه قضاء علی القول الثاني والثالث ، أما ان دخلت فی السبب بالفعل بناء علی هذا الوعد ، فانه يجب الوفاء قضاء علی ما عدا القول الأول الموافق لرأى الجمهور .

• - ابن العربی (۲) :

یذهب الى أن الوعد يجب الوفاء به علی کل حال الا لعذر .

ففی معنى قوله تعالى : ﴿يا ايها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون﴾ (۳) يقول : ان من التزم شيئا لزمه شرعا ، والملتزم علی قسمين هما :

● الأول :

— نذر تقرب مبتدأ ، كقوله : « لله علی صوم وصلاة وصدقة » فهذا يلزمه الوفاء به اجماعا .

(۱) رواه البخاری فی صحيحه مع الفتح - كتاب الايمان ج ۱ ص ۸۹
ومسلم فی صحيحه - كتاب الايمان ج ۱ ص ۷۸
(۲) احکام القرآن ج ۴ ص ۱۷۹۹ وما بعدها .
(۳) الصف : ۲

— ونذر مباح ، وهو ما علق بشرط رغبة كقوله : « ان قدم غائبى فعلى صدقه » أو علق بشرط رهبة كقوله : « ان كفانى الله شر كذا فعلى صدقة » •

فاختلف العلماء فيه :

فقال مالك وأبو حنيفة : يلزمه الوفاء به •

وقال الشافعى فى أحد أقواله : انه لا يلزمه الوفاء به •

● الثانى :

ان كان المقول منه وعدا فلا يخلو أن يكون منوطا بسبب أو وعدا مجردا ، فان كان منوطا بسبب كقوله « ان اتبعت حاجة كذا أعطيتك كذا » فهذا لازم اجماعا من الفقهاء •

وان كان وعدا مجردا فقليل : يلزم بمطلقه ، وتعلقوا بسبب الآية ، فانه روى أنهم كانوا يقولون : لو فعلم أى الأعمال أفضل وأحب الى الله لعملناه ، فأنزل الله عز وجل هذه الآية •

وقد روى مجاهد أن عبد الله بن رواحة لما سمعها قال : لا أزال حبيسا فى سبيل الله حتى أقتل •

وفى القرطبى : قال مالك : فأما العدة مثل أن يسأل الرجل الرجل أن يهب له الهبة ، فيقول له : نعم ، ثم يبدو له ألا يفعل ، فما أرى ذلك يلزمه •

والصحيح عند ابن العربى : أن الوعد يجب الوفاء به على كل حال الا لعذر • وذلك لعموم الآية لأنها بمطلقها تتضمن ذم من قال ما لا يفعله على أى وجه كان من مطلق أو مقيد بشرط •

وذهب جماعة منهم عمر بن عبد العزيز الى أن الوفاء بالوعد واجب اذا لم يكن جازما عند الوعد ، أما اذا جزم بالوفاء عند الوعد فلا بد من الوفاء ، والا فقد ارتكب حراما الا أن يتعذر الوفاء^(١) •

(١) انظر كتاب الشيخ عبد القادر أحمد عطا — هذا حلال وهذا حرام ص ٢٧٢ ، ٢٧٣ الطبعة الثانية دار التراث العربى •

ونقل عن الشافعى وأبو حنيفة والجمهور أنهم يرون أن الوفاء مستحب ، فلو تركه فإنه الفضل وارتكب المكروه الشديد^(١) .

● رد الجمهور على المخالفين لهم :

يرى الجمهور أن ما استدل به غيرهم لا يدل على وجوب الوفاء بالوعد لأن قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ نزل في قوم كانوا يقولون : جاهدنا ، مع أنهم لم يجاهدوا ، وفعلنا أنواعا من الخيرات ، مع أنهم لم يفعلوا شيئا . ولا شك أن هذا محرم لأنه كذب ولأنه تسميع بظاعة لله تعالى وكلاهما محرم ومعصية اتفاقا^(٢) ، كما أن الآية جاءت على سبيل الوصف وليس فيها الدلالة على إيجاب الوفاء من قضاء^(٣) .

وأما الأحاديث فلأنها تدل على أن خلف الوعد من سجايا النفاق ومثل هذه السجية يحسن الذم بها^(٤) .

● مناقشة وترجيح :

ما ذهب اليه الجمهور في رده على أدلة المخالفين مردود من نواحي : فمن ناحية تفسيرهم للآية بسبب النزول وربطها به مردود بما هو مستقر وراجع عند علماء الأصول من أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص النسب^(٥) .

(١) المرجع السابق .

(٢) الفروق للقرافي ج ٤ ص ٢٥ ، تهذيب الفروق بهامش الفروق

ج ٤ ص ٤٦ ط دار المعرفة ببيروت .

(٣) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٨٠

(٤) الفروق - المرجع السابق .

(٥) المستصفى للغزالي ج ٢ ص ٦٠ ط المطبعة الأميرية بولاق مصر

١٣٢٢ هـ ، الأحكام للأمدى ج ٢ ص ٥٦ ط محمد على صبيح بالقاهرة ،
تيسير التحرير ج ١ ص ٣١٩ لأمير بادشاه .

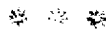
ومن ناحية أن الآية جاءت على سبيل الوصف فلا يستقيم مع مطلع الآية بالنداء وانتهائها بالملت .

ومن ناحية الأحاديث فإن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم القائل : « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا » دليل قاطع على ذم الفعل في ذاته وأنه هو الذى يجعل الشخص من المنافقين (٢) .

ويذهب البعض الى أن الراجح هو وجوب الوفاء بالوعد مطلقا فالظواهر المتضاربة قاضية بالخرج ولذلك فالراجح هو وجوب الوفاء بالوعد الجازم — أى إذا لم يكن معلقا على مشيئة الله أو نحو ذلك — وأن مخالفة الوعد محرم ما دام تنفيذ الوعد ميسورا وأنه لا يترتب عليه اثم (٢) .

فضلا عن أنه لا يوجد في هذا الدين من فصل بين القضاء والديانة ما دام القضاء يستطيع الحكم فيه والنفاذ اليه (٣) .
والذى يترجح لدينا هو القول بأن الوعد ملزم ويجب الوفاء به قضاء وبخاصة اذا ترتب على خلفه وعدم الوفاء به ضرر بالموعد له اذ لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام .

كما أن القضاء فى الاسلام من أهم الوسائل لحماية الحقوق الشرعية من أن تضيع والالتزامات من أن تهدر ويأكل الناس أموالهم بينهم بالباطل، فالقضاء الاسلامى صيانة وحماية للحقوق وعوان على تنفيذ الالتزامات وهذا وذاك بما يقتضيه ويستلزمه من القوة الجبرية عند اللزم والاقتضاء ومن ثم لا يسوغ عندنا الفصل بين الواجب ديانة والواجب قضاء فى حقوق العباد ومعاملاتهم المالية والتجارية وبخاصة اذا ترتبت عليها أضرار مادية .



(١) انظر د. محيى الدين على القره داغى — مبدأ الرضا فى العقود ج ٢ ص ١٠٣٥ رسالة .

(٢) تهذيب الفروق بهامش الفروق ج ٤ ص ٤٦

(٣) د. محيى الدين على القره داغى — المرجع السابق ج ٣ ص ١٠٣٦

• الوعد في القانون الوضعي :

تنص المادة (١٠١) من القانون المدني المصري على أن :

- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها .
- اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد (١) .

وعلى ضوء هذا النص نعرض ونناقش المسائل الآتية :

اولا - العقد والاتفاق :

تنص المادة (١٦٥) من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أن :
« الاتفاق هو كل التئام بين مشيئة وأخرى لاتتاج مفاعيل قانونية، واذا كان يرمى الى انشاء علاقات الزامية سمي عقدا » .

ويتضح من هذا النص أنه يأخذ بالترفة بين الاتفاق والعقد متبعا ذلك رأى فريق من الفقهاء الفرنسيين في التفرقة بين الاتفاق (Convention) والعقد (Contract) اذ الأول أعم من الثاني والعقد أخص من الاتفاق ، وهذه التفرقة لا ثمرة لها من الناحية العملية (٢) فالقانون المدني الفرنسي يعرف العقد في المادة (١١٠١) منه :
« العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر باعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شيء » .

(١) يقابل هذا النص ويتطابق معه مادة (١.٢) سورى ، ومادة (١.١) لبيى ، ومادة (٩١) عراقى و (٨٦) سودانى و (٩١٥) كويتى .
(٢) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ٥٧ ، د. السنهورى الوسيط - مصادر الالتزام ص ١٥٠ ، د. محمد لبيب شنب - موجز في مصادر الالتزام ، نظرية الالتزام في القانون المغربى ص ٢٤

فالعقد بمقتضى هذا النص اتفاق ينشئ التزاما فهو نوع (Espèce) والاتفاق جنس له (Genre) لكن هذا الملحظ على نص المادة (١١٠١) من الممكن ألا يؤخذ على أنه تفريق بين العقد والاتفاق بل من الممكن أيضا أن يؤخذ النص على أنه تطابق بين العقد والاتفاق ففي عبارة النص ما يدل على ذلك اذ سوت بين العقد والاتفاق اذ جاء مطلعها « العقد اتفاق » .

ولذلك يذهب أكثر فقهاء القانون الى أنه « لا فرق بين اللفظين وأنه لا أهمية ولا طائل من التمييز بين الاتفاق والعقد وأن الرأي الذي ذهب الى أن للتمييز بين العقد والاتفاق أهمية من حيث الأهلية اذ تختلف في العقد عنها في الاتفاق »^(١) . هذا الرأي منتقد فالأهلية المطلوبة تتوقف على طبيعة التصرف ومدى أهميته بصرف النظر عما اذا كان منشئا للالتزام أو ناقلا له أو غير ذلك ، فالأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها فهي في عقود التبرع مثلا غيرها في عقود المعاوضات ومع ذلك لم يقل أحد أن هناك فرقا بين الهبة والبيع والاجارة من حيث أن كلا منها عقدا لمجرد أن الأهلية في الهبة أهلية التبرع وفي البيع أهلية التصرف وفي الاجارة أهلية الارادة وكذلك الابراء من الدين والوفاء فهما تصرفان ينهيان الالتزام ومع ذلك يختلفان من حيث الأهلية اللازمة لكل منهما ففي الابراء تلزم أهلية التبرع وفي الوفاء يلزم أهلية التصرف^(٢) .

ثانيا - تعريف الوعد بالتعاقد وأنواعه :

الوعد بالتعاقد (Promesse de Contrat) عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر بأن يعقد العقد الموعد به متى أظهر الموعد له رغبته خلال المدة المتفق عليها فهو عقد كامل

(١) مطول بلانيول وريير واسمان ج ٦ فقرة ١٣ ط الأولى .

(٢) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ٥٧ ، د. السنهوري

الوسيط - مصادر الالتزام ص ١٥٠

يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له ولكنه يمهّد لعقد يراد إبرامه فيما بعد^(١) .

وعلى ذلك فالوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي فالوعد بالبيع مثلاً يلتزم بأن يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء ، وهذا أكثر من إيجاب إذ هو إيجاب اقترن به القبول فهو عقد كامل ولكن كلاً من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع ولذلك يكون الوعد بالتعاقد مرحلة دون التعاقد النهائي^(٢) .

والوعد بالتعاقد يكون ملزماً لجانب واحد هو الواعد حيث لا يلتزم الموعود نه بشيء وهذا هو الغالب فيه .

وقد يكون الوعد ملزماً للجانبين كأن يعد البائع بالبيع والمشتري بالشراء فيصبح كلا من الطرفين ملتزماً بالوعد الذي يقع على عاتقه بسقضى هذا الاتفاق .

ويذهب فريق من الفقه الفرنسي إلى أن الوعد بالتعاقد في جوهره لا يمكن أن يكون إلا عقد ملزم لجانب واحد إذ أن ما يسمى وعداً ملزماً للجانبين بإبرام عقد هو هذا العقد ذاته^(٣) . وهذا هو ما أخذ به القانون المدني اللبناني حيث نص في المادة ٩٤٣/٢ فيما يتعلق بالوعد بالبيع على أن « من طبيعة هذا العقد أنه غير متبادل » .

على حين أن القانون المدني المصري في المادة (١٠١) يأخذ بأن

(١) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ١٤٩ ، د. السنهوري الوسيط - مصادر الالتزام ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ ، أنور العمروسي - التعليق على نصوص القانون المدني ج ١ ص ٢٣٨ ط دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٨٣

(٢) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٢٦٨

(٣) انظر د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١٥٠

الوعد قد يكون ملزماً لجانب واحد وقد يكون ملزماً للجانبين (الوعد المتقابل) وكذلك القانون المدني العراقي في المادة (٩١) (١) •

ثانياً - شروط الوعد بالتعاقد :

يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد ما يأتي :

١ - يجب أن يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه وهي أركان العقد الموعود به ، ففي البيع مثلاً يجب أن يتم الاتفاق على المبيع والثمن (٢) ، وفي الأجرة يجب أن يتم الاتفاق على الشيء المؤجر والأجرة والمدة ، وتختلف هذا الشرط يترتب عليه عدم انعقاد الوعد •

٢ - يجب أن تعين المدة التي يجب خلالها اظهار الرغبة في التعاقد وإبرام العقد الموعود به ، ويتم ذلك اما بطريقة صريحة حيث تحدد المدة أو بطريقة ضمنية اذا أمكن استخلاصها من ظروف الاتفاق وعناصره ، اذ المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، كما اذا كان العقد الموعود به لا يجدى تنفيذه بعد فوات ميعاد معين •

وقد اعتبر القانون المدني المصري تعيين المدة شرطاً عاماً لانعقاد الوعد أياً كان العقد الموعود به (٣) ، وعلى ذلك فاذا لم يشتمل الوعد

(١) د. حسن الدنون - القانون المدني العراقي ص ٣١ ، ٣٢

(٢) نقض مدني جلسة ١٩٤٦/٢/٢٨ - مجموعة عمر لسنة ٥٥ رقم ٤٢ ص ١١٣ ، د. مصطفى الزرقا - القانون المدني السوري ص ٥٨ ، ٥٩

(٣) نقض مدني جلسة ١٩٦١/١/٢٣ مجموعة المكتب الفني لسنة ١٥ ص ١١٥ ، أما القانون اللبناني فلم يوجب تحديد مدة الوعد الا بالنسبة للوعد ببيع العقار (م ٢٢٠ من قانون الملكية العقارية) والا كان الوعد باطلاً أما في غير هذه الحالة فينعقد العقد ولو لم تحدد له مدة ولكن يجب على الموعود له اظهار رغبته في إبرام العقد الموعود به قبل سقوط حقه في ذلك بالتقادم بمضي عشر سنوات من تاريخ الوعد ، انظر د. البدر اوى - النظرية العامة للالتزامات ص ٢٥٤ ، رقم ١٧٧ ، د. توفيق حسن فرج - النظرية العامة للموجبات ص ١٠٤

على مدة وكان ملزما لجانب واحد وقع باطلا ولا ينعقد الوعد ، ولا يترتب عليه أثر ما بين الطرفين ، أما اذا كان الوعد ملزما للجانبين فانه لا يعتبر وعدا بل عقدا نهائيا يتقيد به الطرفان وتترتب عليه جميع آثاره من وقت الاتفاق لأن ارادة كل منهما تكون قد اتجهت حينئذ الى الارتباط بالعقد من هذا الوقت . اذا قبل الطرف الآخر (١) .

ويذهب الدكتور السنهوري - ونحن معه - الى عدم التفرقة بين الوعد الملزم لجانب واحد والملزم للجانبين في حالة عدم تعيين المدة التي يجب في خلالها ابرام العقد الموعود به ومن ثم عدم انعقاد الوعد (٢) ، وهذا مما يستفاد من عبارته .

٣ - واذا كان القانون يتطلب شكلية معينة لقيام العقد الموعود به وجب أن تتوافر هذه الشكلية أيضا في الوعد بهذا العقد وذلك كالهبة والرهن الرسمى والشركة .

وفي هذا الخصوص تنص المادة (٢/١٠٢) مدنى مصرى على ما يأتى : « اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد » .

ويذهب الدكتور السنهوري الى أن تخلف الشكل الذى يتطلبه القانون فى العقد الموعود به فى الوعد يترتب عليه بطلان الوعد بالتعاقد (٣) .

ويذهب فريق آخر من الفقهاء الى أنه اذا لم يستوف الوعد الشكلية المطلوبة قانونا فانه لا يكون وعدا مؤديا الى الغرض المقصود منه ومن ثم لا يمكن الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقام

(١) د. سليمان مرقس - نظرية العقد فقرة ١١٦

(٢) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ .

(٣) د. السنهوري ، الوسيط ، مصادر الالتزام ص ٢٧٠ .

العقد الموعود به ولكنه مع ذلك يكون عقدا غير مسمى يرتب التزامات شخصية على عاتق الواعد ما لم يكن هناك نص يقضى بغير ذلك^(١) ، كما اذا كان هناك نص خاص يقضى ببطالان الوعد اذا في هذه الحالة لا يترتب على الوعد أى أثر ، مثل ما نصت عليه المادة (٤٩٠) مدنى مصرى من أن : « الوعد بالهبة لا ينعقد الا اذا كانت بورقة رسمية » .

وهذا النص لم يرد ما يماثله بالنسبة الى عقد شكلى آخر غير الهبة ولعل هذا يشير الى مسلك القانون وغرضه من الشكلية ، فالشكلية فى الهبة الغرض منها حماية المتعاقد من التسرع وتنبيه الى خطورة تصرفه على حين أن الشكلية فى العقود الأخرى مطلوبة لتوفير دليل مؤكد ولحماية الغير من الغش وهذا لا يقتضى أن يجرد الوعد الرضائى بهذه العقود من كل أثر قانونى فيما بين المتعاقدين^(٢) .

٤ - شروط الصحة والانعقاد فى العقد الموعود به تراعى فى الوعد بالتعاقد (عقد الوعد ذاته) لما كان الوعد بالتعاقد خطوة نحو التعاقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له فى الوعد الملزم لجانب واحد ، أو بمجرد حلول الميعاد فى الاتفاق الملزم للجانبين ، فان شروط العقد النهائى من حيث الانعقاد والصحة قد تكون مطلوبة فى عقد الوعد ذاته .

ويترتب على ذلك أن الوعد اذا كان ملزما للجانبين فان الأهلية المطلوبة لابرام العقد النهائى فى كل من الطرفين تكون مطلوبة أيضا

(١) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ١٥٥ ، د. سليمان مرقس - نظرية العقد - فقرة ١١٣ ، انور سلطان - النظرية العامة فى الالتزام فقرة ١٠٠ ، د. حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام فقرة ٥١ ط ٢ ، د. عبد الحي حجازى - النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ١٢٧ (٢) انظر فى تفصيل هذه التفرقة : د. محمود أبو عافية - التصرف القانونى المجرد ، رسالة ، القاهرة سنة ١٩٤٦ فقرة ١٦

في الاتفاق الابتدائي ، أما اذا كان الوعد ملزما لجانب واحد فتقدر الاهلية بالنسبة الى الواعد وقت الوعد فيجب أن يكون أهلا للتعاقد النهائي في هذا الوقت حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائي بأن حجر عليه مثلا بشرط عدم حصول تعديل في التزام الواعد بما وعد به وقت الوعد ، وعيوب الارادة بالنسبة للواعد تقدر وقت الوعد أيضا ، اذ أن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له ، أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائي لأنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد ويجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أى التمييز وقت الوعد - لأن الوعد عقد كامل ، أما عيوب الارادة بالنسبة للموعود له فتقدر بالنسبة له وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معا لقيامهما على الرضا ومن ثم يجب أن يكون رضاه صحيحا فيهما •

هـ - أما مشروعية المحل والسبب سواء أكان العقد ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين يكفي توافرها وقت التعاقد النهائي^(١) •

رابعاً - الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد :

١ - اذا انعقد الوعد صحيحا يلزم الواعد بأن يبرم العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها وألا يقوم بأى عمل من شأنه أن يحول دون إبرام العقد النهائي ، لكن لا يترتب عليه أى أثر من آثار العقد الموعود به ، فاذا كان العقد الموعود به بيعاً :

(أ) يظل الواعد مالكا للشيء المعين بالذات المراد بيعه ومن ثم اذا تصرف فيه قبل تمام العقد النهائي سرى هذا التصرف في حق الموعود له ، ولا يخل هذا بحق الموعود له الذي أظهر رغبته في الشراء في التعويض من الواعد الذي أخل بوعده •

(ب) اذا هلك الشيء المعين بالذات المراد بيعه قضاءً وقدرًا وقعت

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، مصادر الالتزام ص ٢٧٢ ، ٢٧٣

تبعة هلاكه على الواعد لملكيته له ولا يسئل عن التعويض في هذه الحالة .

٢ - قبل ظهور رغبة الموعود له في الوعد الملزم لجانب واحد أو حلول الميعاد في الوعد الملزم للجانبين لا يكسب الوعد الا حقوقا شخصية ، ولا يرتب في الحال ثمة التزامات ، حتى ولو كان التعاقد النهائي من شأنه أن ينقل حقا عينيا كما في البيع ، وعلى ذلك يستطيع الموعود له أن يتصرف في حقه الذي كسبه من الوعد قبل الواعد فينقله الى شخص آخر ، واذا مات الموعود له انتقل هذا الحق الى ورثته (١) .

وانعقاد العقد بناء على اظهار رغبة الموعود له انما يتحدد بوقت اظهار هذه الرغبة وعلم الواعد بها لا من وقت الوعد ، ويجب على الواعد بذلك تنفيذ التعاقد النهائي ويتم بنفس شروط التعاقد الأول ما لم يتفق على غير ذلك (٢) .

٣ - تنص المادة (١٠٢) مدنى مصرى على أنه :

« اذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد » (٣) .

ومؤدى ذلك أنه اذا نازع الواعد في صحة العقد النهائي أو امتنع عن تنفيذه كان للسعود له أن يستصدر حكما يقوم مقام العقد .

(١) د. عبد المنعم الصدة - مرجع سابق ص ١٥٨ ، د. السنهورى مرجع سابق ص ٢٧٣
(٢) د. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ص ٨٣ وما بعدها ، د. محمد ليبب شنب ، المرجع السابق ص ١٤١ .
(٣) يقابل هذا النص المادة (١٠٢) لىبى ، ومادة (١٠) سورى ، ومادة (٨٧) سودانى .

فاذا كان العقد الموعود به يباع لعقار فانه بتسجيل هذا الحكم تنتقل ملكية العقار الى الموعود له ويستثنى من هذه القاعدة العقد الشكلى اذا لم يكن الوعد به قد استوفى الشكل المطلوب فلا يقوم الحكم به مقام العقد بل يقتصر القاضى على الحكم بالتعويض ، أما اذا كان محل العقد الموعود به شئاً معيناً بالذات وأخل الواعد بوعدده ، كأن تصرف فى الشئ فلا يبقى أمام الموعود له فى هذه الحالة سوى الرجوع على الواعد بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية^(١) .

٤ - عقد الوعد سواء أكان غير تبادلى^(٢) أى لا تترتب عليه التزامات الا فى جانب واحد هو الواعد ، أو تبادلياً أى متبادلاً بأن يكون كل من طرفيه واعداء وموعوداً له فى الوقت ذاته ، يترتب عليه - عقد الوعد - أنه اذا لم يظهر الموعود له رغبته فى التعاقد النهائى أو مضت المدة المحددة لافظهار الرغبة وإبرام العقد النهائى فان الوعد بالتعاقد يسقط من تلقاء نفسه بلا تنبيه أو اعدار ، ويعتبر كأن لم يكن^(٣) .

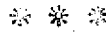
وعلى هذا النحو فان لزوم الوعد بالتعاقد - أو بعبارة أدق لزوم عقد الوعد - لا يظهر أثره أو القوة الملزمة لهذا اللزوم الا فى حالة واحدة وهى : اذا كان العقد الموعود به يبيع عقار اذ يقوم الحكم الصادر بأجبار الواعد على تنفيذ الموعود به مقام العقد فى هذه الحالة .

(١) د. عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ص ١٥٥ ، د. محمد لبيب شنب - مرجع سابق ص ١٤٠

(٢) وقد نص على ذلك صراحة قانون الموجبات اللبسانى فى (م ٢/٤٩٣) اذ تنص على أنه « من طبيعة هذا العقد أنه غير متبادل » ويذهب بعض الشراح الى أن القانون عبر عن الحالة الغالبة فى الوعد ولا ينفى امكان قيام وعد متبادل ، أنظر توفيق حسن فرج المرجع السابق ص ١٠٢ ف ١

(٣) نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٥٤/٥/٦ ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٥ ص ٨٣٤ ، د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ص ١٣٦

أما ما عدا ذلك من آثار لعقد الوعد ، فلا تحتاج الى القول باللزم في نظرنا اذ لا اجبار قضاء على الواعد بتنفيذ الموعد به ، وما يرتبه النكول عن تنفيذ الموعد به من الحق في التعويض للضرر الذى حاق بالموعد له من جراء ذلك النكول فتكفله القواعد العامة في تعويض الضرر أما ما قد يتصور من أنه اذا لم يكن الوعد ملزما فان الواعد يكون في مأمن من ثمة تبعة أو مسئولية اذ استعمل ارادته الحرة في عدم تنفيذ ما وعد به فانه مردود بأن أساس المسئولية هنا هو الضرر ، فلو لم يحصل ضرر حتى ولو كان الوعد ملزما فسوف لا يتحمل الواعد الذى نكل بوعده أية تعويضات .



● موازنة بين الوعد في الفقه الاسلامى وفقه القانون الوضعى :

على ضوء ما خلصنا اليه تعقيا على فقه القانون الوضعى فى مسألة الوعد بالتعاقد يبدو لنا أهمية ما ذهب اليه جمهور الفقهاء فى الفقه الاسلامى فيما يأتى :

١ - أن الغالب فى الوعد أنه من طرف لصالح طرف آخر وهو ما دل عليه تعريف الفقهاء للوعد بأنه اخبار الشخص عن انشاء معروف فى المستقبل أو هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام فى الحال .

وان كان ذلك لا يسع حصول الوعد من طرفين بأن يعد كل منهما الآخر وهذا ما جعلنا نطلق عليه لفظ « العقد بالمعنى العام » بقصد ابرام عقد آخر فى المستقبل ، وهو ما يسميه فقهاء القانون « الوعد بالتعاقد بناء على عقد الوعد » .

٢ - أنه اذا كان لا خلاف بين الفقهاء فى الفقه الاسلامى على أن الوفاء بالوعد مستحب فان هذا أثر من آثار الصبغة الدينية للمعاملات بين الناس فى الفقه الاسلامى .

٣ - أن الناظر في أقوال فقهاء المذاهب الفقهية في الوعد يلمح أن نطاقه أكثر اتساعاً وأوسع شمولاً منه في فقه القانون الوضعي ، فقد يقع الوعد على عقد أو على عمل ، والأخير قد يكون نذر تقرب مبتدأ كقوله : « لله على صوم وصلاة وصدقة » فهذا يلزمه الوفاء به إجماعاً ، وهذا القسم من الوعد لا تعرفه القوانين الوضعية ، وقد يكون نذر مباح وهو ما علق بشرط رغبة ، كقوله : « ان قدم غائبى فعلى صدقة » ، أو علق بشرط وهبه ، كقوله : « ان كفانى الله شر كذا فعلى صدقة » ، وقد اختلف العلماء في لزوم النذر المباح بنوعيه (الرغبة والرغبة) •

وقد يكون الوعد منوطاً بسبب أو وعداً مجرداً ، والأول لازم إجماعاً كما حكاه ابن العربي في أحكام القرآن ، أما الثانى ففى لزومه وعدم لزومه اختلاف العلماء •

٤ - أن اتساع دائرة الوعد فى الفقه الإسلامى يجعل لزوم الوفاء به قضاء أكثر قوة وفاعلية منه فى القانون الوضعى اذ يتصور تدخل القضاء بالزام الشخص ما أوجه على نفسه من التصرفات القولية (العقود) ، والفعلية (التزام بعمل) •
