بحوث

في الشريعة الإسلامية وأصولها

أحكام العقد في الشريعة الإسلامية

بحث فقهي مقارن

تأليف

دكتـــور

فتحي عبـد العـزيز شحاته

بكليـة الدراسات الإسلامية والعربية

للبنين جامعة الأزهـر ـ القـاهرة

بنـين ـ القـاهرة

مقـــدمة البحـــث

بسـم اللـــه الرحمن الرحيم

الحمـد لله رب العـالمين ٠ والصـلاة والسـلام على أشـرف المرسلين سـيدنا محمـد المبعـوث رحمـة للعـالمين و وعلى آلـه وصـحبه ومن دعـا بدعـوته الى يـوم الدين ٠

أمـا بعـــد ٠٠

فـان العقـد هـو الركيـزة الأولى للتصـرف الذى يصـدر من المكلف وقـد جـاءت الشريعـة الاسلامية بمنهـج قـويم يهـدف الى بنـاء المجتمـع المسـلم على الطهـارة والنزاهة والبـر والتقـوى فشـرع الله التعـاقد وسـيلة لتبـادل المنـافع بين البشـر ، قـال تعـالى « **يا أيهـا الذين آمنـوا أوفـوا بالعقـود** »(١) ٠ وقـال عـز وجـل « **لا يؤاخذكم الله باللغـو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بمـا عقـدتم الأيمـان** »(٢) ٠

ومن ثم فهـذا بحـث فقهى فى بيـان معنى العقـد والتعـاقد فى الفقـه الاسـلامى ، ادعـوا الله أن ينفـع بـه المسلمين وأن يجعـله خالصا لوجهـه الكـريم انـه نعـم المـولى ونعـم النصـير ٠٠

ويشـتمل البحـث على أربعـة مبـاحث على النحـو التـالى :

المبحـث الأولل : فى تعـريف العقـد وأركـانه ٠

المبحـث الثانى : فى شـروط العـاقدين ويشـتمل على مطلبين :

المطلب الأول : فى تعـريف الأهلية وأقسامها

المطلب الثانى : فى معنى الولاية وأنواعهـا

المبحـث الثالث : فى بيـان معنى الصـيغة وشروطها ٠

المبحـث الرابع : فى بيـان أهـم تقسيمات العقـود ٠

ثـم الخـاتمة وأهـــم المراجـع

---

(١) الآية ١ : سورة المـائدة ٠

(٢) الآية ٨٩ : سورة المـائدة ٠

المبحـــث الأول

تعـــريف العقـــد وأركـــانه

تطـلق كلمـة العقـد فى اللغـة العربيـة على معـان كثيـرة تدور كلهـا حـول الجمـع بين أطـراف الشىء الواحـد أو الأشـياء المتعـددة والربـط بينهمـا حقيقـة أو حكمـا : فتطلق ويـراد بهـا العهـد .

والتأكيـد والضـمان والتوثيق وأحـكام الشىء ، قـال تعـالى : « **يا أيهـا الذين آمنـوا أوفـوا بالعقـود** »(١) ، أى العهـود والمواثيق التى أبرمتموها بينـكم وبين الله أو بين بعضكم بعضـا(٢) ، ويقـال عقـد الجيـل ـ والبيـع ـ والعهـد(٣)

ومن ثم فكلمـة العقـد تطلق حقيقة على الربط الحسى فى المحسات وتطلق مجـازا على الربط المعنـوى فى المعقـولات .. يقـال عقد فـلان صـلته بفـلان أى قواهـا وأحكمهـا ومن هنـا جـاء الربط بين الايجـاب والقبـول فى العقـود التى تنعقـد بعبـارة الطرفين كالنـكاح والبيـع والرهـــن .

وسميت اليمـين عقـدا لأن الحـالف ألـزم نفسـه بالوفـاء بمـا حـلف عليـه ، قـال تعـالى : « **لا يؤاخذكم الله باللغـو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بمـا عقدتم الايمان وبما ألزمتم بـه أنفسكم من الحـلف** » . وقـال تعالى : « **ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبـلغ الكتاب أجله** »(٤) .

---

(١) آيـة ١ المـائدة .
(٢) أحكام القرآن لابن العربى /٢٤ .
(٣) القاموس المحيط ٣٢٧/١ ، ابن كثير جـ ٤ ص٣ ، البيضاوى ص١٢٢ لسان العرب ٣٠٣١/٤ .
(٤) البقـرة آية : ١٣٥ .

وسواء كان الترابط من جانب واحد كما فى اليمين أو من الجانبين كما فى البيع فانه يسمى عقدا ٠

العقد فى اصطلاح الفقهاء :

يطلق العقد عند الفقهاء باطلاقين خاص وعام :

الأول : الاطلاق الخاص وهو الارتباط الحاصل بين الايجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما على وجه ينشأ عنه حكم شرعى والى هذا ذهب المالكية(٥) والشافعية(٦) والحنابلة(٧) والزيدية(٨) وأكثر الحنفية(٩) ٠

الثانى : الاطلاق العام وهو كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى سواء كان صادرا من طرف واحد كالنذر والطلاق أو من طرفين متقابلين كالبيع والاجارة وبه قال بعض الحنفية(١٠) ٠

أركان العقد

الأركان جمع ركن والركن له معنى فى اللغة ومعنى فى الاصطلاح ٠

تعرف الركن فى اللغة :

الركن هو الجانب القوى من الشىء الذى يعتمد عليه فى تكوينه ومنه يتركب وبه يتحقق وجوده ويعتمد عليه فى وجوده

---

(٥) الخرشى على مختصر خليل جـ ٥ ص٢ وجواهر الاكليل جـ ٢ ص٢
(٦) المجموع شرح المهذب جـ ٩ /١٩٢ ٠
(٧) المغنى لابن قوامة جـ ٣ ص٥٩١ ٠
(٨) البحر الزخار جـ ٢ ص١٩٤ ٠
(٩) فتح القدير جـ ٣ ص١٨٧ والعناية على الهداية ٧٤/٥ ٠
(١٠) المرجع السابق وفيه عقد البيع ينعقد بالايجاب والقبول ٠

بحيث يبقى ببقائه وينعدم بانعدامه(١١) كالحائط بالنسبة للبيت ، والقدم بالنسبة للانسان ، قال تعالى : « **ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار** »(١٢) ، أى لا تعتمدوا عليهم وتتبعوا أهواءهم .

الركن فى الاصطلاح :

أما معنى الركن فى اصطلاح الفقهاء فقد اختلف الفقهاء فيه على رأيين :

الأول : أن الركن ماكان جزءا لماهية أو توقف عليه تصور الماهية . وهذا رأى الجمهور ، غير الحنفية(١٣) .

الثانى : أن الركن هو ماكان جزء من حقيقة الشىء وداخلا فى ماهيته ، أما الشرط فهو ما كان خارجا عن الماهية وان توقف عليه وجود الشىء وبه قال فقهاء الحنفية وبعض فقهاء الحنابلة(١٤) .

ثمرة الخلاف :

تتجلى ثمرة الخلاف فى حكم النية فى العبادات البدنية كالصلاة والصوم والحج أو المالية كأداء الزكاة ، فانها فرض وركن على رأى الجمهور لأنها وان كانت ليست جزءا من الماهية بل هى خارجة عنها بيد أنها يتوقف عليها وجود العمل ولابد منها فيه فاندرجت فى معنى الركن من هذا الاعتبار .

---

(١١) مختار الصحاح ص٣٥٥ ـ الشرح الصغير وبلغة السالك ج ١ ص٩٥
(١٢) هود آية : ١١٣ .
(١٣) الشرح الصغير ج ٣ ص١ ، بيجيرمى على الخطيب ١٤٩/٣ ـ منتهى الارادات ٣/٢ والمغنى لابن قدامة ٥٦٠/٣ .
(١٤) فتح القدير والعناية عليه ١٨٩/٣ والمغنى لابن قدامة ٥٦٠/٣ .

أما أصحاب الرأى الثانى فيرون أن النية شرط كمال فقط(١٥) فى مثل هذه الأعمال لكونها خارجة عن الماهية وليست جزءا من حقيقتها ، والذى أراه والله أعلم أن رأى الجمهور أولى بالقبول لأنه أوسع دائرة وأكثر شمولا وأدعى الى الاحتياط فى التصرف .

تحديد أركان العقد :

تفرع عن اختلاف الفقهاء فى معنى الركن والشرط اختلافهم فى تحديد أركان العقد على مذهبين :

الأول : أن أركان العقد ثلاثة اجمالا وخمسة تفصيلا ، وهى العاقدان والمعقود عليه والصيغة ، وهذا رأى جمهور الفقهاء المالكية والشافعية ومشهور الحنابلة .

جاء فى أقرب المسالك : البيع عقد معاوضة على غير منافع ، وركنه أى أركانه عاقد ومعقود عليه ومادل على الرضا(١٦) . وقال الامام النووى فى المنهاج : ويتحقق بالعاقد والمعقود عليه والصيغة التى بها يعقد(١٧) .

وفى منتهى الارادات البيع شرعا مبادلة عين مالية أى دفعها وأخذ عوضها فلا يكون الا بين اثنين فأكثر(١٨) .

ومثل ذلك جاء فى المغنى لابن قدامه(١٩) الا أن فيه : وقال

---

(١٥) النية فى اللغة يطلق القصد وفى الشرع قصد الشىء مقترنا بفعله فان تقدم القصد على الفعل فذلك العزم .

(١٦) الشرح الصغير ١/٣ والصاوى على أقرب المسالك ٣/٢ .

(١٧) قليوبى وعميرة ١٥٢/٢ - المجموع ١٤٩/٩ .

(١٨) منتهى الارادات ٣/٢ .

(١٩) المغنى لابن قدامة ١٥٢/٣ .

بعض أصحابنا وهو الايجاب والقبول ، والعاقدان يتصفان بصفة العقد المراد ابرامه فهما فى البيع البائع والمشترى وفى الهبة الواهب والموهوب له وفى الوكالة الوكيل والموكل وكذلك المعقود عليه ، فهو فى البيع الثمن والمثمن وفى الاجارة المنفعة والعوض وفى الشركة العمل والربح . وأما الصيغة فهى ما دل على الرضا من الايجاب والقبول كما سيأتى وهذا رأى مبنى على أن هذه الأشياء لا يتحقق العقد الا بها مجتمعة فهى أساسية فى تحقيقه بحيث لا يتصور وجوده بغير وجودها ومن ثم فهى أركان .

المذهب الثانى رأى الحنفية وبعض الحنابلة :

ويرون أن ركن العقد هو الصيغة فقط وهى الايجاب والقبول أما العاقدان والمحل فهى وان توقف عليها اتمام العقد الا أنها ليست أركانا له لأنها ليست أجزاء من حقيقته ولا داخلة فى ماهيته التى تحقق وجوده وانما هى أمور خارجة عنه ولازمة من لوازم الصيغة فالايجاب والقبول يستلزم العاقدين والمعقود عليه لأنه يلزم وجود الايجاب مع الموجب ووجود القبول مة القابل كما يلزم من اجتماعهما وجود المحل .

جاء فى الفتح القدير : النكاح يعقد بالايجاب والقبول(٢٠) وقال صاحب المغنى بعد تعريف البيع : وقال بعض أصحابنا هو الايجاب والقبول(٢١) ، ووجهة نظر أصحاب هذا الرأى أن الصيغة اذا وجدت لزم من وجودها وجود العقد بخلاف العاقدين فلا يلزم من وجودهما ذلك فقد يوجدان ولا يوجد العقد من ذلك

---

(٢٠) فتح القدير ٢٤٨/١ عنابه .
(٢١) المغنى لابن قدامة ٥٦٠/٣ .

الوجود المجرد ، وهذا فيه نظر حيث وجود العاقدين لم يكن بقصد التعاقد فلم يعتبر .

ومما تقدم يتضح أن أركان العقد ثلاثة اجمالا وخمسة تفصيلا على رأى جمهور الفقهاء واثنان فقط على رأى الحنفية وبعض الحنابلة .

* * *

المبحث الثانى

شروط العاقدين

العاقدان هما الموجب أى الشخص الذى يصدر منه الايجاب والقابل وهو الذى يصدر منه القبول وهما طرفا العقد وركناه الأساسيان حيث يتم بعبارتهما واتفاقهما فهما العامل الأساسى والهام فى ابرامه وانشائه بل واتمامه وهما بحسب كل عقد ففى البيع البائع والمشترى وفى النكاح الزوج وولى الزوجة وفى الهبة الواهب والموهوب له ، ولما كان العقد لا يقع صحيحا الا اذا صدر عن ارادة المتعاقدين ورضاهما فلابد أن يكونا ذوى أهلية تعطيهما صفة الصلاحية لانشاء العبارة الدالة على الرضا والمنشئة للايجاب والقبول حيث من المقرر شرعا أن لا يعتد بعبارة الشخص الا اذا كان ذا أهلية تؤهله للتكليف بالأحكام الشرعية وتعطيه حق المطالبة بالحقوق التى له على غيرم وتوجب عليه الحقوق التى على غيره له ومن ثم فلا اعتداد بعبارة المجنون ولا الصبى غير المميز لافتقاد الأهلية فيهما وكذلك لابد أن تتوفر فيهما صفة الولاية حتى يقع تصرفهما نافذا ، فقد يكون الشخص ذا أهلية معتمد العبارة ولكن لا ينفذ تصرفه لأنه تصرف فى مالا ولاية له عليه وذلك كالفضولى حين يتصرف فان تصرفه وان كان صحيحا فى ذاته لكونه صادرا عن

ذى أهلية غير أنه يقع موقوفا على اذن المالك وذلك لافتقاد الولاية بالنسبة للفضولى ومن ثم تعين التعرض فى عجالة لبيان معنى الأهلية والولاية لتلك الأهمية .

❁ ❁ ❁

المطلب الأول

فى بيان معنى الأهلية ومواكبتها لمراحل حياة الانسان

جاءت الشريعة الاسلامية بنظام بديع فى حكمه . فريد فى أسلوبه يعمل على تحقيق السعادة للانسان الذى اختاره الله خليفة فى الأرض واصطفاه سيدا لهذا الكون الذى خلقه له ومن أجله قال تعالى : « ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا » وقال تعالى : « هو الذى خلق لكم مافى الأرض جميعا » .

ومن أهم الصفات التى ميز الله بها الانسان عن غيره من الكائنات صفة التكليف وهى الصفة التى تفضل بها على غيره ، حيث اختير لتلقى الأوامر والنواهى عن الله جل وعلا ، فالمكلف هو المسلم البالغ العاقل أى الصالح لتلقى الخطاب من الله عز وجل .

ولكى يكون المرء صالحا لفهم مدلول ذلك الخطاب بعد تلقيه فلابد أن تكون له قدرة على ذلك الفهم يستطيع من خلالها القيام بتنفيذ الأوامر واجتناب النواهى وهذه القدرة هى المعبر عنها بالأهلية ، واليك بيان معناها .

تعريف الأهلية :

الأهلية فى لغة العرب مصدر صناعى أصله أهل وهو لفظ يطلق على الواحد والجمع : يقال هو أهل لكذا أى مستوجب

لـــه(١) ، ولا يصـح أن تقـول أنت مستأهل لكـذا لأن المستأهل هـو الذى يأخـذ الشىء لا الذى يستحقه وأهـل الرجـل عشيرته وأقـاربه ، قـال الله تعـالى : « **هـو أهـل التقـوى وأهـل المغفـرة** »(٢) ، أى هـو أهـل لأن يتقى فـلا يعصى وهـو أهـل لأن يغفـر لمـن تاب وعمل صـالحا ، وقـال حكـاية عن النبى ﷺ وأصحابه الذين حضروا بيعـة الرضـوان(٣) : « **فأنزل الله سكينته على رسـوله وعلى المؤمنين وألزمهم كلمـة التقـوى وكـانوا أحـق بهـا وأهلهـا** »(٤) ، وقـال تعـالى : « **يا أيهـا الذين آمنـوا قـوا أنفسكم وأهليكم نارا** »(٥) .

ومما تقـدم يتضـح أن لفـظ الأهـل يطلق على المفـرد والجمـع وأن الأهليـة فى اللغـة تدور معانيهـا حـول الصلاحية لاستحقاق الشىء.

تعـريف الأهليـة فى الاصطلاح :

الأهلية فى اصطلاح الفقهاء : صلاحية الانسـان لوجوب الحقـوق المشروعة له وعليـه وهى بهذا المعنى صفة اعتبـارية قدرها الشـارع فى

---

(١) لسان العرب جـ ١٣/٣٠ ـ مختار الصحاح ص٣١ .

(٢) سـورة المدثر آية : ٦ ، وانظر القرطبى ص ٦٨٨٢ .

(٣) بيعة الرضـوان ان حدثت قبيـل صلح الحديبية حين ذهب النبى وأصحابه معتمرين فتصدى لهـ م كفـار مكة وأصـروا على منعهم من دخولها حتى لا يتحدث الناس أن النبى دخلها عنوة فأرسـل النبى عثمـان بن عفـان ليفاوض أهـل مكة ويخبرهم أن النبى ما جاء محاربا وانما جاء معتمرا معظما للبيت وتأخر سيدنا عثمان فى مكة لظـروف فبلغـه أن أهـل مكة قتـلوه فأخذ البيعـة على الصحابة تحت الشجـرة على أن يقـاتلوا حتى الموت اذا صح أن عثمان قد قتـل ثم ثبت أنه لم يقتـل والأمـر مجـرد اشاعة وانتهى الموقف بالصلح .

(٤) سـورة الفتح آية ٢٦ .

(٥) سـورة التحـريم آية : ٦ .

الشخص تحمله صالحا لأن تتعلق به الواجبات وتثبت له الحقوق وتصح فيه التصرفات وتتطور هذه الصفة مع الانسان منذ ولادته بل قبلها الى أن يصير مكلفا حيث ان الانسان بمجرد ظهوره فى الحياة تثبت له أهلية فتجب عليه وله الحقوق ثم يكبر حتى يصير صالحا لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا فتثبت عليه واجبات وتصح منه التصرفات وهكذا فكلما كان الانسان غير كامل الصلاحية كانت أهليته ناقصة فاذا كمل كملت أهليته على مراحل متعاقبة تبدأ بثبوتها له ، ثم ثبوتها عليه ثم صحة تصرفاته ما لم يحدث أمر يؤثر فى تلك الصحة .

أقسام الأهلية

نظرا لهذا التدرج المذكور قسم الفقهاء الأهلية الى قسمين : أهلية وجوب وأهلية أداء وكل منهما تنقسم الى قسمين : ناقصة وتامة .

أولا : أهلية الوجوب :

وهى صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه أى صلاحيته لأن يطالب غيره ويطالب منه غيره بتلك الحقوق سواء كانت هذه المطالبة بنفسه أو بواسطة من له عليه ولاية - ومعنى الوجوب انشغال الذمة بما على الانسان من واجبات وما له من حقوق .

والذمة مناط أهلية الوجوب وهى خصوصية ميز الله بها الانسان على غيره من المخلوقات وهى أمر معنوى ناشىء عن نعمة العقل الذى وهبه الله للانسان(٦) . قال صاحب تقويم أصول الفقه لا خلاف فى

---

(٦) الذمة فى اللغة تطلق على العهد والأمان لأن نقضه يوجب دم فاعله ، يقال ذم صاحبه ذما ومذمة ولفلان ذمة وذمام ، أى عهد يلزم الذم ، مضيعه التعرفات للجرجانى : ص ٦٥ ، والقاموس المحيط : ج ٤ ص ١١٧ ، وشرعا وصف يصير الشخص به أهلا للايجاب وله وعليه .

أن الآدمى يخلق وهو أهـل لايجاب الحقوق عليـه وله فانه يخلق وعليه عشـر أرضه وخراجها بالاجمـاع وعليـه الزكاة على قول أهل الحجاز وهذا لأن الآدمى أهـل للوجوب بالذمة يقال وجب فى ذمته كذا ولا يضاف الى غيرها ، والآدمى يخلق وله ذمة ألا ترى أن الطفـل اذا انقلب على مال ما تلفه فانه يلزمه ضمانه بخـلاف البهيمة (٧) .

أنـواع أهليـة الوجـوب :

نثبت أهلية الوجوب للانسـان منذ اللحظة الأولى لتكوينه ثم تلازمه فى مراحـل حياته الى وفاته فتثبت له منذ كونه جنينـا (٨) فى بطن أمه (٩) ثم تثبت له طفلا ذكرا كان أو أنثى أو عاقلا أو مجنونا حرا أو عبدا غير أن أهليـة الوجوب تكون تامة حين يكون الانسـان صالحا لأن تكون له حقوق وعليـه واجبات فى وقت واحـد أو تكون ناقصـة حين يكون الشخص صالحا لأن تكون له حقوق وليس عليه واجبات ، ومن ثم انقسمت أهليـة الوجوب الى قسمين : تامة وناقصـة .

١ ـ أهليـة الوجوب التـامة :

وهى صلاحية الانسـان لأن يكون له حقوق وعليـه واجبات وهى تثبت للانسـان من ولادته الى وفاته ، فالطفـل ومن فى حكمه صـالح لأن يكون دائنا كما يصلح أن يكون مدينـا ، فتجب عليه الحقوق المـالية بشـرط ألا تكون من الحقوق الخالصة لله ، وأن لا تكون فيها معنى العقوبة

---

(٧) تقويم أصول الفقـه : ص ٨٦٥ .

(٨) الجنين : الطفل فى بطن أمه ، وسمى جنينا لاستتاره عن الأنظار ، من جن اذا استتر ، قال تعـالى : (فلمـا جنى عليـه الليل رأى كوكبا قال هـذا ربى) سـورة الأنعام آية : ٥٦ .

(٩) بدليل ايقاف الميراث عند ثبوت الحمـل .

فتجب عليه صدقة الفطر لأنها عبادة(١٠) ، وفيها معنى المؤنة كذلك يجب عليه العشر والخراج لنفس المعنى ، كما يجب عليه ضمان المتلفات(١١) .

وأما العبادات فلا تجب عليه وان جازت منه سواء كانت بدنية محضة كالصلاة والصوم أو مالية محضة كالزكاة أو مركبة كالحج لأن حقوق الله تعالى فيها معنى الابتلاء وليس أهلا لذلك بخلاف حقوق العبادة فانها مشروعة للحاجة فتجب عليه ، وحين يجب عليه أداء حق فانما يؤديه عنه وليه اذ أداء وليه كأدائه .

٢ - أهلية الوجوب الناقصة :

وهى صلاحية الانسان لأن يكون له حقوق فقط ، وهذه ثبت للجنين قبل ولادته بشرط أن ينفصل حيا ومعنى كونها ناقصة أن الجنين تثبت له الحقوق التى لا تحتاج الى قبول كالوصية والوقف وكاستحقاق الميراث وثبوت النسب .

وتثبت له هذه الحقوق دون غيرها لأنه ليس أهلا للالتزام فلايطالب اذ لا فعل له ولا عبارة حتى يكون صالحا للالتزام . يقول صاحب التلويح : ان الجنين قبل الانفصام عن الأم جزء منها من جهة أنه ينتقل بالنتقالها ويقر بقرارها وهو مستقل بنفسه من جهة التفرد بالحياة والتهيؤ للانفصال فيكون له ذمة من وجه حتى يصلح لوجوب الحقوق له كالارث والوصية والنسب لا لوجوبها عليه حتى لو اشترى الولى له شيئا لا يجب عليه الثمن(١٢) .

---

(١٠) القوانين الفقهية : ص ١١٩ .
(١١) الشرح الصغير : جـ ٣ ص ٢٣٣ .
(١٢) التلويح شرح التوضيح : ٢/١٦٣ ، شرح المنار وحواشيه ص ٩٣٨

(ب) - أهليـة الأداء :

وهى صلاحية الانسـان لصدور الفعـل منـه على وجـه يعتـد به شرعا(١٣) ، وهى قسمان : تامة - ونقاصـة ٠

١ - أهليـة الأداء التـامة :

وهى التى تبنى على القدرة الكاملة التى تنشـأ عن العقل الكامل والبدن الكامل ، فهى تتطلب فهم الخطاب ، وذلك يستلزم كمال العقـل كما تتطلب القدرة على العمل وذلك يستلزم البد ن الكامل ٠

فأساس أهليـة الأداء الكاملة البلوغ عن عقـل كامل ، فالشـريعة لم تجعل التكليف منوطا بالتمييز(١٤) وان كان فيه نوع من التعقـل لأنه غير منضبط كما أنه متفاوت فى الوجـود والقـوة والضعف من شخص الى آخـر ، من أجل ذلك أقيم البلوغ المحسوس مقـام ظهـور الرشد ، أى كمال العقـل واعتبر دليـلا عليه ٠ كذلك لم تجعـل الشـريعة العقل المجـرد أساسا للتكليف لأنه غير منضبط ولأنه يتكامل فى الشخص حثيثا شيئا فشيئا ، كما أنه يختلف من شخص الى آخـر نضجا واستواء ونقصا واكتمـالا ٠

ومن ثم جعـل الشارع البلوغ وهو المعيار الدقيق والحد الفاصل بين العقـل والتمييز وبه يتحدد منـاط الأهليـة ، يقول الامام البزدوى : « ان العقـل مختص بالانسـان فيـه يدرك عـواقب الأمـور وحقـائق

---

(١٣) فتح الغفار : ٣/٨٠ ، كشف الأسرار للنسفى : ٢/٣٥٥ ٠

(١٤) التمييز فى اللغـة ما يرفع الابهام عن ذات مذكـورة نحو قنطار ذهبا أو مقدرة نحو لله دره فارسـا هنا تمييز للضمير وهو لا يعود على مذكـور ، وفى عـرف الفقهاء عبارة عن المدة من سن السابعة الى بلوغ الرشد حيث يسمى الصبى مميزا يفهم الخطاب ويحسن الجواب ، التعـريفات : ص ٥٨ ، ٥٩ ٠

الأشياء ، أما التمييز فيعم جميع الحوانات ركبه الله فى طباعاه وبه يعرف ما تحتاج اليه من المنافع وما يتجنبه من المضار التى تتعلق ببقائها ، وقال الله تعالى : « وابتلوا اليتمى حتى اذا بلغوا النكاح فان أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم »(١٥) . وقال رسول الله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث : عن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم »(١٦) .

ومما تقدم يتبين أن البلوغ هو أساس التكليف كما دلت الآية والحديث ، والتكليف دليل على ثبوت الأهلية للمكلف الذى بلغ عن عقل كامل .

٢ - أهلية الأداء الناقصة :

وهى التى تعتمد على القدرة الناشئة عن قوة العقل والبدن الناقصين فتكون للصبى المميز الى البوغ ، كما تكون للسفيه أو المعتوه ولو بعد البلوغ فان الصبى له أصل عقل وله قوة بدن ولكنهما غير كاملين وكذلك من فى حكمه فان أهلية هؤلاء تكون ناقصة حسب ظروفهما .

مواكبة الأهلية لمراحل حياة الانسان :

لما كانت الأهلية تتعلق بالانسان منذ وجوده بل قبل وجوده على ظهر البسيطة فانها لا تثبت له دفعة واحدة بل تثبت له شيئا فشيئا وعلى مراحل متعددة فاذا تخلق جنينا تثبت له أهلية الوجوب الناقصة فاذا ولد طفلا تثبت له أهلية الوجوب الكاملة واذا صار مميزا أو بلغ سفيها كانت له أهلية الأداء الناقصة فاذا بلغ رصده وصار مكلفا تثبت له أهلية الأداء الكاملة ، وعلى هذا فأطوار الانسان بالنسبة للأهلية أربعة :

---

(١٥) سورة النساء آية : ٦ .
(١٦) المستدرك : ٢٥٨/١ ، سنن أبى داود : ٢٢٧/٢ .

الاول : حين يكون جنينـا فى بطن أمـه ٠

الثـانى : من الولادة الى سن التمييز وهو سبع سنوات ٠

الثالث: من سن التمييز الى سن البلوغ ٠

الرابـع : من البلوغ رشيدا الى وفاته ٠

وبوصـوله الى الطـور الرابع يكون أهـلا لتوجيه الخطاب اليـه والزامـه بالحقـوق والواجبات فتصح تصرفاته الشـرعية كلهـا(١٧) اذا كان فى حيـاته يسـير سيرا طبيعيا ما لم يعـرض له ما يؤدى الى فقدان الاهلية كالجنون أو نقصـانها كالسفه والغفلة والدين والمرض ونحو ذلك ٠

❁ ❁ ❁

المطـلب الثـــانى

الـولايـــة

معنـاها لغـــة :

هى النصـرة ، يقـال هم على ولاية أى مجتمعونفى النصـرة ، الله تبارك وتعـالى : « **هنـالك الولاية لله الحـق هو خير ثوابا وخـير عقبـا**»(١٨) ٠

ومعنـاها أيضـا القيـام بالأمـر أو عليه تقول : ولى هـذا الشىء وولى عليـه ولاية اذا ملك أمـره وكان له القيـام به وعليه ، وهى مصدر ولى وترد بفتح الواو وكسـرها(١٩) ٠

معنـاها اصطـلاحا :

هى سلطة شـرعية تمكن صاحبها من مباشرة التصرفات وتنفيذها

---

(١٧) المنـار وحواشيه : ص ٩٤٠ ـ ٩٤٣ ٠
(١٨) سـورة الكهف آية : ٤٤ ٠
(١٩) لسان العرب مادة (ولى) ، والمختار الصحاح مادة ولى ، والفقه الاسـلامى للدكتور محمد يوسف مرسى : ص ٣٦٦ ، طبعـة دار الكتب العربية ٠

على وجـه يعتد به شـرعا ، وهى لا تثبت الا لمن له أهليـة أداء كاملة على الرأى الراجح(٢٠) .

أقسـام الـولاية :

تنقسم الولاية الى قسمين : ولاية قاصرة ، وولاية متعدية .

أما الولاية القاصرة : فهى التى تثبت للشخص الكامل الأهليـة على نفسـه وماله(٢١) ، فجميع تصرفاته نافذة ما لم يترتب عليها ضرر بالغير فان ترتب عليهـا ضـرر بالغير كمـا هو الحـال فى المدين والمـريض مرض الموت كانت تصرفاته غير نافذة(٢٢) .

وأما الولاية المتعدية : فهى التى تثبت للشخص على غيره ، وتنقسم الى ولاية على النفس وولاية على المـال وكل منهما اما أن تكون نيابية أو تكون أصليـة .

فأما الولاية على النفس : فانهـا تكون متعلقة بشخص المولى عليه من تعليم وتأديب وختان وتطبيب وتزويج ورعاية وغير ذلك(٢٣) .

أما الولاية على المال : فهى التى تتعلق بأموال المولى عليه(٢٤) فان كانت هذه الولاية على النفس والمـال ثبتت بسبب الأبوة كولاية الأب

---

(٢٠) المستصفى للامام الغالزى : جـ ١ ص ٨٣ وما بعدها ، طبعة المطبعة الأميرية ببولاق .

(٢١) نفس المرجع السابق : جـ ١ ص ٨٣ .

(٢٢) الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ص ٢٠٥ للدكتور زكى شعبان .

(٢٣) التلويح على التوضيح : جـ ٢ ص ٢٦١ وما بعدها ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، المستصفى : جـ ١ ص ٨٤ .

(٢٤) تسهيل الوصول الى علم الأصول : ص ٣٠٦ وما بعدها ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

والجد الصحيح(٢٥) كانت ولاية أصلية ثابتة من قبل الشارع وان كانت مستمدة من الغير كولاية وصى الأب أو الجد الصحيح(٢٦) أو ولاية الوكيل(٢٧) والقاضى والامام(٢٨) فهى نيابية(٢٩) ٠

---

(٢٥) الجد الصحيح هو أب الأب والجد الفاسد هو أب الأم ٠

(٢٦) اذ ولاية وصى الأب أو الجد مستمدة منهما ٠

(٢٧) وولاية الوكيل مستمدة من موكله ٠

(٢٨) وولاية القاضى والامام مستمدة من المسلمين ٠

(٢٩) بعد الحديث عن الأهلية الولاية نرى أن الفقهاء اتفقوا على أن من تصرف لنفسه أو لغيره بولاية وكان حرا بالغا رشيدا مختارا لم يحجر عليه كان تصرفه هذا نافذا لأنه كامل الأهلية يتصرف بتدبير وروية واتفقوا أيضا على أن الصغير غير المميز والمجنون الذى لا يعقل والنائم والمغمى عليه لا يعتد بتصرفاتهم لفقدانهم أهلية الأداء ٠ ثم اختلفوا بعد ذلك فى الاعتداد بتصرفات الصبى المميز والسفيه والمعتوه وذ الغفلة والعبد والسكران والمكره بغير حتى والأعمى واننى أرى أن المجال لا يتسع لذكر خلاف الفقهاء فى ذلك ، ومما اختلف فيه الفقهاء أيضا ويتصل بالولاية هل الولاية من شروط الانعقاد أو أم من شروط النفاذ ، فمن قال بالأول أبطل عقد من ليس له ولاية على محل العقد كالفضولى وأن من قال انها من شروط النفاذ قال بانعقاد عقد مثل هذا انعقادا موقوفا على اجازة صاحب الشأن ٠ أنظر تحفة المحتاج جـ ٤ ص ٢٢٤٦ ، المجموع للنووى : جـ ٩ ص ٢٨١ ، مطبعة العاصمة ، والمغنى لابن قدامة : جـ ٤ ص ٢٢٧ ، المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٢٤٣٤ ، الاقناع للمقدسى : جـ ٢ ص ٦٢ ، طبعة المطبعة المصرية الأزهرية ، الشرح الصغير للامام الدردير : جـ ٣ ص ٣ ٠

المبحث الثالث

الصيغة وشروطها

معنى الصيغة :

الصيغة هى ما يتكون منه العقد من قول كالايجاب والقبول أو ما يقوم مقامها من فعل كالتعاطى وما الى ذلك مما يعبر عما فى النفس من ارادة وكلام نفسى .

الايجاب :

معناه لغة : هو الاثبات لأى شىء كان يقال وجب الشىء وجوبا اذا ثبت ولزم .

معناه اصطلاحا : يطلق الايجاب على معنيين :

الأول : ان الايجاب ما صدر أولا من كلام المتعاقدين أو ما يقوم مقامه وممن ذهب الى هذا الحنفية(١) .

الثانى : أن الايجاب ما صدر من المملك وكان دالا على التمليك دلالة ظاهرة ، وقد ذهب الى هذا جمهور الفقهاء منهم المالكية(٢) والشافعية(٣) والحنابلة(٤) .

القبول :

معناه لغة : الرضا بالشىء يقال قبلت الهدية اذا أخذتها ورضيتها وقبلت الصفقة اذا رضيتها(٥) .

---

(١) فتح القدير : جـ ٦ ص ٣٤٨ .
(٢) حاشية الدسوقى : جـ ٣ ص ٣ .
(٣) مغنى المحتاج : جـ ٢ ص ٣ .
(٤) كشاف القناع : جـ ٣ ص ١٤٦ .
(٥) القاموس المحيط : مادة (قبل) .

معنـاه اصطلاحا : يطلق على معنيين أيضـا :

الأول : أن القبول ما صدر ثانيا من أحد المتعاقدين أو ما يقـوم مقـامه ، وممن ذهب الى هذا الحنفية (٦) ٠

الثـانى : أن القبول ما صدر من الذى سيتملك وكان دالا على التملك دلالة ظاهرة ، وقد ذهب الى هـذا جمهور الفقهـاء ومنهم المـالكية (٧) والشافعية (٨) والحنابلة (٩) ٠

فاذا قال طالب لأستاذه اشتريت منك هذا الكتاب ، فقال الأستاذ قبلت فان قول الطالب اشتريت منك ايجاب عند الحنفية (١٠) لأنه صدر من أحـد العاقدين أولا وقبـول عند الأئمـة الثلاثة لأنه صـادر من الذى سيتملك وقول الأستاذ قبلت يكون قبولا عند الحنفيـة لأنه صـدر من أحد المتعاقدين ثانيا ـ وايجابا عند الأئمة الثلاثة لأنه صادر من المملك ٠

ما ذهب اليـه الحنفية فى تعـريف الايجاب والقبول هو المختـار وذلك لأن كلمـة قبول تشعر بأن هنـاك شيئا تقدمه ولذا ورد عليه القبول والا فكيف يكون قبولا ولم يتقدمه شىء وما هـذا المتقدم الا الايجاب وفى واقع الأمـر اننا اذا دققنا النظـر نجد أن كلا من العبارتين الصـادرتين من طـرفى العقد فيهـا ايجاب أى التزام من صاحبهما بما يجب عليـه لطـرف الآخـر واثبات لحقـه عليـه فاذا نظـرنا فى عقد البيع والنكاح مثـلا نجد أنه فى عقد البيـع يلتزم البـائع بتسليم المبيـع للمشـترى

---

(٦) العنـاية على الهداية وفتح القدير : جـ ٦ ص ٢٤٨ ٠
(٧) الدسوقى على الشرح الكبير : جـ ٢ ص ٢ ٠
(٨) مغنى المحتـاج : جـ ٢ ص ٣ ٠
(٩) المغنى لابن قدامة : جـ ٣ ص ٥٦٠ ٠
(١٠) وهى من الصور المستثناة من صيغة الأمـر عند الحنفية ٠

مقابل الثمن المتفق عيه ويلتزم المشترى بتسليم الثمن للبائع مقابل تملكه المبيع ، فمن هذا يتضح أن عبارة صدرت من أحد المتعاقدين تعد ايجابا فى حقيقة الأمر واثباتا لحق كل واحد منهما على صاحبه .

وانما سمى ما صدر أولا ايجابا وما صدر ثانيا قبولا تمييزا له عن الاثبات الأول ولأنه يقع قبولا ورضا بفعل الأول .

شروط الايجاب والقبول

قبل التحدث عن شروط الايجاب والقبول نعرف الشرط فى اللغة والاصطلاح .

تعريف الشرط لغة واصطلاحا :

الشرط لغة : هو الزام الشىء والتزامه فى البيع ونحوه وجمعه شروط وبالتحريك العلامة والجمع أشراط(١١) .

الشرط اصطلاحا : هو الأمر الخارج عن ماهية الشىء الذى يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته(١٢) .

فالوضوء شرط فى صحة الصلاة فاذا انتفى الوضوء انتفت الصلاة وهو خارج عن حقيقة الصلاة لأنها الأقوال والأفعال المبتدأة بالتكبير المختتمة بالتسليم ولا يلزم من وجود الوضوء وجود الصلاة .

والزوجية شرط لايقاع الطلا ق، فاذا انعدمت الزوجية انعدم الطلاق وقد توجد الزوجية ولا يوجد الطلاق .

شروط الايجاب والقبول :

الشرط الأول : أن يكون الايجاب والقبول بصيغة تدل على انعقاد العقد .

---

(١١) لسان العرب : مادة شرط .
(١٢) كشف الأسرار : جـ ٤ ص ١٧٢ .

اتفق الفقهاء على انعقاد العقد بلفظ الماضى لأنه أدل الألفاظ على تحقق الوجود فانه لا يصدق الا بتحقق الوجود سابقا وتمحضه للحال فهذه الصيغة وان كانت للماضى وضعا لكنها جعلت ايجابا للحال فى عرف أهل اللغة والشرع والعرف قاضى على الوضع مثال ذلك أن يقول البائع بعتك هذا الشىء بكذا ويقول المشترى اشتريت أو قبلت فيتم الركن فى الحال لأن المعنى بعتك الآن (١٤) ٠

وأما لفظ المضارع : فقد اتفق الفقهاء على أن صيغة المضارع أن دلت على المستقبل بأن اقترنت بالسين أو سوف ، كسوف أبيعك هذا الشىء بكذا لا ينعقد العقد بها ٠

لأن المقصود بالعقد انشاء معنى فى الحال لم يكن حاصلا من قبل والصيغة المقرونة بالسين أو بسوف متمحضة للاستقبال وبين الاستقبال والانشاء فى الحال فرق كبير (١٥) ٠

ثم اختلفوا بعد ذلك فى صيغة المضارع ان دلت على الحال مثل أبيعك هذا الشىء بكذا على مذهبين :

المذهب الأول : ذهب الحنابلة الى عدم الانعقاد به لأن هذه الصيغة تدل على الوعد دون الجزم بالبيع (١٦) ٠

---

(١٣) الفروق : جـ ١ ص ٥٩ ٠

(١٤) منتهى الايرادات : جـ ١ ص ٣٢٨ ، طبعة مكتبة دار العروبة ، شرائع الاسلام : جـ ٣ ص ٣ ، مغنى المحتاج : جـ ٢ ص ٣ ، بدائع الصنائع : جـ ٧ ص ٢٩٨٣ ، مطبعة الامام ٠

(١٥) الشرح الكبير : جـ ٣ ص ٤ ، مغنى المحتاج : جـ ٢ ص ٣ ، البحر الرائق : جـ ٥ ص ٢٢٩٥ ، المغنى لابن قدامة : جـ ٣ ص ٥٦١ ٠

(١٦) المرجع السابق ٠

المذهب الثانى : ذهب المالكية(١٧) والشافعية(١٨) وبعض الحنفية(١٩) الى أن العقد ينعقد بهذه الصيغة اذا وجدت قرينة تدل على ارادة انشاء العقد فى الحال وذلك لأن صيغة المضارع كثر استعمالها فى الاخبار عن حصول الفعل فى الاستقبال .

اما على سبيل الحقيقة أو على سبيل المجاز فكانت الحاجة ماسة الى القرينة الدالة على ارادة انشاء العقد وهذا هو الرأى الذى اختاره وذلك لأن الصيغة ما هى الا وسيلة للوقوف على رضا العاقدين ، فمتى عرف ذلك ثم العقد سواء كانت العبارة دالة على الماضى أو المستقبل

وأما صيغة الأمر : مثل يعنى هذا الشىء بكذا فقد اختلفت فيه كلمة الفقهاء على مذهبين :

المذهب الأول : ذهب الحنفية والحنابلة الى أن العقد لا ينعقد بها وذلك لأنها طلب للايجاب والقبول وليس ايجابا أو قبولا فالدلالة على الرضا بها ليست واضحة حتى ولو نرى ذلك اذ النية لا تعمل الا فيما يحتمله اللفظ وهو لا يحتمل الا الاخبار بحال فلا يعد الأمر أن يكون مساومة ، فاذا قال البائع للمشترى اشتر منى هذا الشىء بكذا فقال المشترى اشتريت لا ينعقد البيع ما لم يقل البائع بعد ذلك بعت أو نحوه(٢٠ .

المذهب الثانى : ذهب الشافعى(٢١) والمالكية فى رواية(٢٢)

---

(١٧) الشرح الكبير : جـ ٣ ص ٤ .
(١٨) مغنى المحتاج : جـ ٢ ص ١٠ .
(١٩) فتح القدير : جـ ٦ ص ٢٥٠ .
(٢٠) نهاية المحتاج شرح المنهاج : جـ ٣ ص ٣ ، المغنى لابن قدامة : جـ ٣ ص ٥٦١ .
(٢١) الدسوقى : ٣ ص ٤ ، مغنى المحتاج : جـ ٣ ص ٥ .
(٢٢) المغنى لابن قدامة : جـ ٣ ص ٥٦٢ .

والحنابلة الى أن العقد ينعقد بها دون حاجة الى نيـة لأن المطلوب فى انعقـاد العقد ما يدل على الرضـا ودلالة الأمـر على الرضـا أقوى من دلالة المضـارع عليـه ولأن صيغـة الأمـر تدل على الرضا عرفا وان كان فى أصـل اللغـة محتملا بخلاف المضارع فانه لا يدل عليه ٠

والرأى عندى أن العقد ينعقد بالعبارات التى تدل عليـه من غير تقييد بألفـاظ ماضية أو غيرها من الصيغ ما دام العـرف يقرر دلالتهـا وكانت هناك رغبـة وارادة لانشـاء العقد فى الحال لأن العقود ما شرعت الا لمصلحة العبـاد وما كان كذلك فالمرجع فيـه الى عرف الناس وعاداتهم ما لم يصـادم نصـا شرعيا ولا نص هنـا يمنـع من الانعقاد بهذه الصيغ ولم ينقـل عن أحد من الصحابة أو التابعين أنه عين للعقود صيغة من الألفـاظ أو غيرها أو قال ما يدل على ذلك من أنها لا تنعقد الا بالصيغ الخاصة بل قد قيـل ان هـذا القول مما يخالف الاجمـاع القديم وانه من البدع وليس لذلك جد فى لغـة العـرب(٢٣) ٠

الشرط الثـانى : توافق القبول مع الايجاب :

لمـا كان الايجاب والقبول يفصحان عن ارادة المتعاقدين ويظهران رغبتيهما اشترط العلمـاء توافق القبول مع الايجـاب حتى يؤتى العقد ثمـاره مع العـدالة ٠

فان لم يتوافق الايجـاب مع القبول فلا ينعقد العقد فاذا قال البائع بعتك بستانى هـذا بمائة ألف جنيـه فقال المشترى قبلت شـراء عمارتك بمائة ألف جنيـه لا ينعقد العقد لاختـلاف المحل وكذلك لو قال البـائع بعتك هـذا المتـاع بألف فقال المشترى اشتريته بتسعمائة لا ينعقد العقد

---

(٢٣) الفتاوى لابن تيمية : جـ ٢٩ ص ١٤ وما بعدها ، طبعـة مطابع الرياض ، الطبعة الأولى ٠

كذلك لاختلاف قدر الثمن ومثل ما لو قال البائع بعتك هذه المكتبة بألف جنيه فقال المشترى اشتريت نصفها بخمسمائة فلا ينعقد العقد لاختلاف القدر فى المعقود عليه .

واستدل الفقهاء على وجوب توافق الايجاب والقبول بالكتاب والسنة .

أما الكتاب : فقوله تعالى : « **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم** »(٢٤) ، فقد بين الله سبحانه وتعالى فى هذه الآية الكريمة انه لا يجوز أكل الأموال بالباطل وأبان سبحانه وتعالى أن أكل المال فى التجارة بتراضى المتعاقدين ليس من أكل الأموال بالباطل وتوافق الايجاب والقبول هو الذى يدل على هذا التراضى ، فالبائع يظهر الثمن الذى يرضى أن يبيع به سلعته والمشترى يظهر رضاه بقبوله لهذا الثمن .

وأما السنة : فما رواه أبو وداود بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « لا يفترقن اثنان الا عن ترض »(٢٥) ، فقد بين النبى ﷺ أنه لا يجوز أن يفترق اثنان الا عن تراض منهما وتوافق الايجاب والقبول هو الذى يدل على هذا التراضى وهنا يجب أن أشير الى أن الحنفية(٢٦) قالوا ان مخالفة القبول للايجاب لاتعد مخالفة اذا كانت فى صالح الموجب بأن أوجب البائع بثمن فقبل المشترى بأكثر منه كما لو قال البائع بعتك هذا الشىء بمائة فقال المشترى اشتريته بمائة وعشرين أو أوجب المشترى بثمن ، فقبل البائع بأقل منه

---

(٢٤) سورة النساء آية : ٢٩ .

(٢٥) عون المعبود شرح سنن أبى داود مع شرح الحافظ ابن القيم : جـ ٩ ص ٣٢٩ .

(٢٦) فتح القدير : جـ ٦ ص ٢٥١ ، طبعة الحلبى .

كما لو قال المشترى اشتريت منك هـذا الثوب بعشـرة جنيهات فقـال البـائع قبلت بيعـه منـك بسبعة جنيهـات فان العقد ينعقـد فى ذلك وما يشابهه الا أنه فى حال الزيادة لابد من القبول لأنه تمليك وفى حالة الحط لا يتوقف على القبول لأنه اسقاط وهو يتم بالايجاب وحده ولكنه يرتد بالرد لمـا فيه من معنى التمليك .

وقد خـالف الشافعية(٢٧) فى الراجح عندهم الأحناف فى ذلك فقالوا بعدم انعقاد العقد .

وأرى أن ما ذهـ بـاليـه الحنفية أولى بالاختيـار لأن هذه المخالفة لا تعد فى الحقيقة مخـالفة بل هى موافقـة وتدل على الرضـا بأبلـغ وجـه فان من رضى أن يبيع سلعته بمائة كان راضيا يبيعها بمائة وعشرين من باب أولى ومن رضى أن يشـترى السلعـة بمائتـين فرضـاه بمـائة وسبعين أظهـر وأوضح ويضـاف الى ذلك أنه لا يعود من وراء ذلك ضرر على واحـد من المتعاقدين وذلك لأنه فى حـال الزيادة لابد من قبـول المتعاقدين للمنـة ، وفى حال النقصـان يستطيع أن يدفع المنـة أيضـا بالرد فليس هناك وجه ظاهر لرد مثل ذلك العقد .

الشـرط الثـالث :

ألا يرجع الموجب عن ايجابه قبل قبول القابل :

اذا صـدر الايجاب من شخص ولم يرجـع فى ايجـابه الى حين صدور القبول من القابل انعقد العقد وترتبت عليـه أحكامه اذا ما توافرت الشـروط الأخـرى فى الحكم .

أما اذا صـدر الايجاب من أحد المتعاقدين ولم يصـدر القبول من الطرف الآخـر فهل للموجب أن يرجع فى ايجابه أم لا ؟

---

(٢٧) مغنى المحتـاج : جـ ٢ ص ٦ ، طبعة الحلبى .

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية(٢٨) الى جواز رجوع الموجب فى ايجابه قبل قبول القابل(٢٩) وذهب المالية الى التفريق بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات فقالوا ان عقود المعاوضات اذا صدر الايجاب فيها بلفظ الماضى فلا يجوز للموجب الرجوع فى ايجابه واذا صدر الايجاب بغير لفظ الماضى فانه يجوز للموجب أن يرجع فى ايجابه اذا قال الموجب لا أريد البيع وحلف على ذلك وأما فى عقود التبرعات فلا يجوز للموجب أن يرجع فى ايجابه لأن التبرعات من باب المعروف والمعروف من أوجب على نفسه لزمه(٣٠) .

وأرى أن الرأى المختار فى هذه المسألة هو ما ذهب اليه الجمهور من جواز رجوع الموجب فى ايجابه قبل قبوله القابل لما يأتى :

(أ) أن الموجب له حق الملك وبايجابه قد أثبتت للطرف الآخر حق التملك وحق الملك أقوى من حق التملك فاذا لم يجز للموجب الرجوع عن ايجابه رعاية للمتعاقد الآخر لزم تعطيل الأقوى بالأضعف وهذا لا يجوز .

---

(٢٨) مغنى المحتاج : جـ ٢ ص ٦ ، كشاف القناع : جـ ٣ ص ١٤٧ ، بدائع الصنائع : جـ ٧ ص ٢٩٨٥ ، البحر الرائق : جـ ٥ ص ٢٨٤ ، المنتزع المختار : جـ ٤ ص ٤ .

(٢٩) فاذا صدر القبول من القابل بعد رجوع الموجب فى ايجابه فلا ينعقد العقد وذلك لأن رجوع الموجب عن ايجاب سحب كلامه الذى صدر عنه فكأنه لم يكن فاذا ما ورد القبول بعد ذلك كان واردا على غير ايجابا فلم يتحقق توافق الارادتين اللازم لتحقيقه فى العقود .

(٣٠) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : جـ ٣ ص ٤ ، فتاوى الشيخ عليش : جـ١ ص ٢١٩ ، مواهب الجليل على مختصر خليل : جـ ٤ ص ٢٣٢ ، طبعة مكتبة النجاح ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي جـ ٢ ص ١٦٥ ، ط الشعب .

(ب) أن الايجاب قد أثبت للطـرف الآخـر ولاية الأخذ والموجب هو الذى أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعهـا برجـوعه عن الايجاب قياسا على عـزل الوكيل(٣١) .

(جـ) أنه لا وجـه فى التفـريق بين كون الايجاب بالمـاضى أو بغيره بعد اثبات جواز انعقاد العقد بكل الصيغ المـاضية وغيرها .

(د) أن العقد لا يتم انعقاده الا بالقبول ورجوع الموجب قبـل القبول فى جميـع العقـود لا يعد فسخا للعقد أو ابطـالا له فلا يكون هنا كالزام بموجب العقد .

وقبـل أن أترك هـذا الشـرط أحب أن أشـير الى أن هناك عقودا لا يجـوز للموجب أن يرجـع عن ايجابه فيها حتى يرفض الطرف الآخر وذلك لأن هذه العقود اشتملت على معنى لا يقبـل الرجوع لكونه اسقاطا أو يمينـا أو غيرها مما لا يملك من أنشـأه الرجـوع عنـه ، ومن هذه العقـود :

(أ) تمليك المـرأة نفسها(٣٢) .

(ب) الخلع والعتق على مال(٣٣) .

---

(٣١) بدائع الصنائع : جـ ٧ ص ٢٩٨٥ .

(٣٢) وهى التى ملكها زوجها طلاقها بقوله اختارى أمـر نفسك فـان الزوج يتقيد بذلك مادامت المـرأة فى المجلس ولا يملك الرجـوع فيه لأنـه طلاق معلق على قبولها فهو من قبيل الاسقاطات المعلقة التى لا يجـوز الرجوع فيهـا وفى المسألة تفصيل طويل أنظره فى حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص٢٢ وما بعدها ، البحـر الرائق ، شرح كنـز الدقائق جـ ٥ ص٢٩٤ .

(٣٣) ان الخلع يعد يمينا من قبل السيد والعتق معاوضة من قبل العبد واليمين التزام لايصح الرجوع فيه . حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٢

الشـرط الرابع : اتحاد مجلس الايجاب والقبول :

اشترط جمهـور الفقهـاءلانعقاد العقد أن يصدر الايجاب والقبول فى مجلس واحد(٣٤) وذلك لأن الايجاب لا يكون جزءا من العقد الا اذا التحـق به القبـول(٣٥) ، فاذا صـدر الايجاب فى مجلس والقبول فى مجلس آخـر فلا تكون هناك رابطـة بين الايجاب والقبول اذ الايجـاب يسـقط ويبطـل بانتهـاء المجـلس لأنـه كلمـات تنتهى وتنعـدم بمجرد التـكلم بهـا ومن ثم فـان القيـاس يقتضى أن يصـدر القبول قبل انعدام كلمـات الايجـاب وذلك لا يكـون الا بتعاصرها معـا الا أن تحقق ذلك غيـر ممكن فاعتباره يؤدى الى انسـداد باب العقـود وهى من ضرورات الحيـاة فجعـل المجلس جامعـا للعبارتين للضرورة ويعـد المجلس ممتدا مادام المتعـاقد ان لـم يشتغلا بعمـل غيـر ما عقـد لـه المجلس(٣٦) سـواء أكـانا حاضرين أم غـائبين على القـول بصـحة عقدهما ٠

ويتحـدد المجلس فى حـق العاقدين الحاضرين بمكان التعـاقد ويتحـدد فى حـق الغائبين بالوقت الذى يستغرقه التعـاقد فـلو كـان التعـاقد بواسطة رسـول أو خطـاب أو بالتليفون فـان مجلس العقـد يكـون مجـلس تبليـغ الرسـالة أو وصـول الخطـاب أو وقت المكالمـة

---

(٣٤) وخالف ذلك الأباضية فلم يشترطوا سماع كل من العاقدين للآخـر واكتفوا بالعلم فقط بل لم يشترطوا اتحاد المجلس لارتباط الايجاب بالقبول ، أنظر النيل وشفاء العليل جـ ٢ ص٤٧١ طبعة المطبعـة العربية لدار الفكر الاسلامى ٠

(٣٥) شرح الخطاب على خليل جـ ٤ ص٤٤ ومابعدها بدائع الصنائع جـ ٤ ص٢٩٩٢ ٠

(٣٦) كالأكل والنوم والتكلم بكلام أجنبى عن العقد ونحو ذلك ، وأمـا اذا وقف الجالس أو جلس الواقف فـلا يعد اعراضا ، أنظـر البحر الرائق جـ ٥ ص٢٧٢ ٠

وينتهى برجوع الموجب عن ايجابه قبل قبول القابل عن الجمهور كما سبق بيانه (٣٧) .

واذا حدد الموجب للقابل مدة معينة يقبل أو يرفض خلالها فله ذلك لأنه من قبيل التيسير فى المعاملات ووجب الاعتداد بذلك التحديد اذ المؤمنون عند شروطهما التى لا تتنافى مقتضى العقد ولا تتعارض والغرض منه (٣٨) .

وقد اختلف الفقهاء فى جواز تراخى القبول عن الايجاب فى مجلس العقد على مذهبين :

١ - ذهب الحنفية (٣٩) والمالكية (٤٠) والحنابلة (٤١) والزيدية (٤٢) الى جواز تراخى القبول عن الايجاب فى مجلس العقد .

٢ - وذهب الشافعية (٤٣) الى اشتراط الفورية فى القبول ولكنهم جوزوا الفصل اليسير ووجهة نظر القائلين بجواز تراخى القبول عن الايجاب هى أن فى ذلك مصلحة لكل من الموجب

---

(٣٧) الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج ص١٦٢ .

(٣٨) الفقه الاسلامى مدخل لدراسة نظام المعاملات للدكتور / محمد يوسف موسى ص٣٢٧ طبعة دار الكتاب الحديث .

(٣٩) البحر الرائق جـ ٥ ص٢٧٩ ، ومجلة الأحكام العدلية مع شرحها لمحمد سعيد المحاسبى جـ ١ ص١٥٢ وما بعدها .

(٤٠) حاشية الدسوقى على شرح الكبير جـ ٣ ص٥ ومواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص٢٤٠ .

(٤١) كشاف القناع : جـ ٣ ص ١٤٧ وما بعدها .

(٤٢) البحر الزخار جـ ٣ ص١٩٨ طبعة أنصار السنة المحمدية .

(٤٣) المجموع للنووى جـ ٩ ص١٧٩ ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص٣٦٩ .

والقابل ، فاما القابل فانه يحتاج بعد الايجاب الى فترة يتروى فيها ويوازن بين غرمه وغنمه من ذلك العقد خاصة اذا فوجىء بالايجاب ، فاذا أعطى هذه الفرصة للتفكير فانه حين يقبل يكون ملزما بتنفيذ ما التزمه بمحض ارادته فاستحسن اعطاؤه مهلة يتروى فيها .

وأما مصلحة الموجب فانه يتمكن خلال هذه الفترة الممتدة من الايجاب الى ما قبل القبول من أن يرجع فى ايجابه اذا بدت لهمصلحة فى ذلك وانما قدرت هذه الفترة التى يتروى فيها القابل بمدة المجلس لأنه جامع للمتفرقات وهى كافية للتروى .

ووجهة نظر الشافعية فى اشتراط الفورية فى القبول هى أن الموجب يريد جوابا من القابل فيجب لكى يتلاقى الايجاب مع القبول أن يصدر هذا القبول عقب الايجاب مباشرة وليس فى ذلك ضرر يعود على أحدهما وذلك لأنه يثبت لكل منهما خيار فسخ العقد مادام المجلس باقيا .

ومما سبق أرى أنه لا يترتب على الأخذ بأى من الرأيين ضرر على أحد المتعاقدين فاذا كان القائلون بجواز تراخى القبول عن الايجاب يرون فى ذلك مصلحة لكل من الموجب والقابل كما مر فان القائلين باشتراط الفورية فى القبول يدفعون الضرر الناشىء عن ذلك باثبات خيار المجلس لكل من المتعاقدين(٤٤) .

---

(٤٤) مما تجدر الاشارة اليه أن الحنفية والمالكية لا يقولون بمشروعية خيار المجلس وأن الشافعية والحنابلة يقولون بمشروعية خيار المجلس وعلى هذا يكون الحنابلة يثبتون للمتعاقدين خيارين هما خيار القبول وخيار المجلس . أنظر فتح القدير ج ٦ ص٢٥٧ ، حاشية الدسوقى ج ٣ ص٨ ، المغني لابن قدامة ج ٣ ص٥٦٣ طبعة مكتبة ابن تيمية .

وبعد أن اشترط جمهور العلماء وجوب اتحاد مجلس الايجاب والقبول استثنوا من ذلك عقودا لم يشترطوا لها هذا الشرط ومن هذه العقود الوصية(٤٥) والايصاء(٤٦) والوكالة وذلك لأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت ومن ثم كان وقت القبول هو بعد موت الموصى مالم يرجع عن وصيته حتى لو قبل الموصى له الوصية في حياة الموصى كان قبوله لغوا ولا حكم له لأن الموصى مادام حيا أو يرجع عن وصيته وكذلك الايصاء .

وأما الوكالة فلأن أمرها مبنى على التيسير ورفع الحرج .

الشرط الخامس :

سماع كل من العاقدين كلام الآخر وفهمه :

لما كان انعقاد العقد مبنيا على الرضا وتوافق الارادتين اشترط جمهور الفقهاء أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهم المراد منه سواء كان ذلك بالسماع لما تلفظ به أو برؤيته له ان كان باشارة أو فعل(٤٧) حتى يكون كل من المتعاقدين على بصيرة من أمره وعلى هذا فلو صدر ايجاب من أحد المتعاقدين ولم يسمعه الآخر أو سمعه ولم يفهم معناه بأن كان بلغة لا يجيدها أو صدر قبول القابل ولم يسمعه الموجب أو لم يفهم المراد منه فان العقد لا ينعقد لعدم تحقق الارتباط بين العبارتين

---

(٤٥) هو جعل الغير وصيا على أولاده ليرعى شئونهم بعد موته .

(٤٦) هي اقامة الغير مقام نفسه في التصرف . أنظر المدخل في الفقه الاسلامي ص٣٢١ للدكتور / محمد مصطفى حلمي ، الطبعة الثانية .

(٤٧) فتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٦ ص٢٤٨ مغني المحتاج جـ ٢ ص٦ المغني لابن قدامه جـ ٣ ص٥٦٥ مطبعة ابن تيمية .

المكونتين للعقد هذا بالنسبة للعاقدين الحاضرين أما اذا كان أحدهما غائبا فان الارتباط بين الايجاب والقبول يكون بمجلس المبعوث اليه الكتاب أو المرسل اليه الرسالة على القبول بصحة العقد كما يسبق بيانه .

ويجدر بنا هنا أن نبين حكم التعاقد بالتعاطى(٤٨) لاتصاله بهذا الشرط .

* * *

المبحث الرابع

أهم تقسيمات العقد

للعقد تقسيمات عدة باعتبارات مختلفة وقد يدخل العقد الواحد فى أكثر من تقسيم اذا تعددت فيه الاعتبارات كما سيتضح لنا ان شاء الله تعالى عند ذكر هذه التقسيمات اجمالا ، وأهم هذه التقسيمات هى :

---

(٤٨) التعاطى لغة : التناول والمعاطاة المناولة فهى مفاعلة تقتضى فعلا من الجانبين كاعطاء الثمن من طرف وأخذ المبيع من الطرف الآخر القاموس المحيط مادة أعطى وأما اصطلاحا : فهى وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض من الطرفين من غير لفظ ولها عدة صور .. منها أن يكون الاعطاء من الجانبين كأن تجد سلعة معروضة مع بائع فى الطريق وتعرف ثمنها فقد تمد يدك وتأخذها وتدفع له الثمن ومنها : أن يكون الاعطاء من أحد الجانبين كما لو دفع شخص لبائع ثمن سلعة معلومة الثمن ووعده البائع بتسليم المبيع فيما بعد .. ومنها أن يكون القبول من أحد الجانبين والفعل من جانب آخر كما لو قال شخص لبائع بعنى هذا الشىء فسلمه البائع المبيع وأخذ منه الثمن ففعله هذا منزل منزلة قبلت . أنظر فتح القدير جـ ٦ ص٢٥٧ والمغنى لابن قدامة جـ ٣ ص٥٦١ مطبعة بن تيمية .

من حيث الحكم التكليفى ومن حيث الصيغة ومن حيث الصحة وعدمها ، ومن ثم انقسم الى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تقسيم من حيث الحكم التكليفى :

ينقسم العقد من حيث الحكم التكليفى الذى هو خطاب الله تعالى بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير خمسة أقسام(١) :

١ - فقد يكون العقد واجبا مثل عقد النكاح لمن تحقق إلوقوع فى الفاحشة وكان مستطيعا للباءة(٢) .

٢ - وقد يكون مندوبا مثل القرض الحسن(٣) .

٣ - وقد يكون العقد محرما كالترويج بالخمر أو الخنزير أو بيعهما .

٤ - وقد يكون مكروها كبيع العنب لمن يشك أنه يستخدمه فى صناعة الخمر(٤) .

٥ - وقد يكون العقد مباحا وهو الأصل فى عقود المعاوضات(٥).

المطلب الثانى : تقسيم العقد من حيث الصيغة :

وفيه ثلاثة فروع :

يتقسم العقد من حيث الصيغة ثلاثة أقسام : عقد منجز ، ومضاف ، ومعلق .

---

(١) أن هذا على رأى جمهور الفقهاء فى تقسيم الحكم التكليفى .
(٢) الشرح الكبير للامام الدردير جـ ٢ ص٢١٤ ، والواجب : هو ماطلب الشارع فعله من الكلف طلبا جازما .
(٣) شرح المنهاج المحلى جـ ٢ ص٢٥٧ والمندوب : هو ماطلب الشارع فعله من المكلف طلبا غير جازم .
(٤) شرح المنهاج للمحلى جـ ٢ ص٢٤٤ والمكروه : هو ماطلب الشارع من المكلف الكف عن فعله طلبا غير جازم .

الفـــرع الأول :

العقـد المنجـز : هـو الذى تفيـد صيغته أنشـاء العقـد فى الحال غيـر مؤخـرة لأحكامه وآثـاره ـ أى غيـر مضـاف الى مستقبل ولا معلق على شـرط وحـكم أنـه يترتب عليـه الأحـكام والآثـار فى الحـال مادام مستوفيا لأركـانه وشروطه ومثـال ذلك لو قـال شخص لآخـر بعتـك هـذه الدار بكـذا وقبـل الآخـر فـان أحـكام العقـد تثبت فى الحـال وانتقـال ملكيـة الدار الى المشترى والثمن الى البـائع ٠

والعقـود كلهـا يصـح انعقادهـا منجـزة ماعـدا عقـدين اثنـين همـا عقـد الوصـية والايصـاء(٧) ٠

الفـــرع الثـــانى :

العقـد المضـاف : هـــو ما صـدر بصـيغة فيهـــا الايجـاب الى المستقبل(٨) ، وهـو الذى يفيـد صيغته أنشـاء العقـد فى الحال ولكنها تؤخـذ أحكامه وآثـاره الى المستقبل ٠

---

(٥) المبـاح : هو ما خير الشارع المكلف بين فعله وتركه فلم يطلب الشارع أن يفعـل المكلف هـذا الفعل ولم يطلب منه أن يكف عنه ٠ أنظـر هـذا التعريف فى أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص١٠٥ وما بعدها ، ط٠ مكتبة الدعوة الاسلامية ٠

(٦) جامع الفصولين جـ ٢ ص٥ والدور شرح الغـرر جـ ٢ ص٢٠٢ وحاشية ابن عابدين جـ ٥ ص٢٥٥ ، ط٠ مصطفى الحلبى ٠

(٧) معنى الوصية والايصاء : أن الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت والايصاء تفويض التصرف فى ماله ومصالح أطفاله الى غيره بعـد موته فمعنى هذين العقدين لا يتفق مع التنجيز ، أنظر الأشـباه والنظائر لابن بخيـم ص٣٣٦ وما بعدها الحلبى وشركاه والأشباه والنظائر للسيوطى ص٣٠٧ ، ط٠ الحلبى ٠
نفس المرجع السابق ٠

(٨) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص٢٥٦ والدرر شرح الغـرر جـ ٢ ص٢٠٢ ٠

وحكمـــه : أن العقـد ينعقـد فى الحـال ولكن تؤخـر أحـكامه وآثـاره الى مجىء الوقت الذى أضـيف اليـه . مثـــال ذلك ما لـو قـال شخص لآخـر أجرتك دارى الفلانية لمـدة سـنة مثـلا بكـذا من أول المحـرم سـنة خمسـة وأربعمـائة وألف مكـانا فى شـهر ذى القعـــدة سـنة أربـع وأربعمائة وألف ويقبـل المستأجر ذلك فـان الاجارة تنعقـد فى الحـال عند كثيـر من الفقهـاء ، ولكن أحكامهـا تتراخى الى مجىء الوقت المضـاف اليـه .

والعقـود بالنسبة لصـيغة الاضـافة تنقسـم ثلاثة أقسـام :

١ ـ عقـود لا تنعقـد بصيغة الاضـافة ، وهى العقـود التى تفيـد تمليك الأعيان فى الحـال وذلك مثـل البيـع(١٠) والصلح عن مال(١١) وذلك لأن هـذه العقـود لا تتأخـر أحكامها عن صيغتها لأنهـــا وضـعت لافـادة التمليـك فى الحـال(١٢) .

٢ ـ عقـود تقبـل التنجيز والاضافة ، وهى عقـــود التمليكات التى لا يمكن تحقيق مقتضياتها متصـلة بصيغتها وذلك مثـل الاجـارة والعـارية والمزارعـة والمساقاة فانهـا لتمليك المنافع وهى لا يتصور وجودهـا فى الحـال بـل تتحقق شـيئا فشـيئا .

٣ ـ عقـود لا تكـون الا مضـافة ، وهى عقـد الوصية والايصاء(١٣).

---

(١٠) هـو مبادلة المـال بالمـال على سبيل التراضى .

(١١) هـو عقد يرفع المنازعة بين المتخاصمين .

(١٢) الفقـه الاسلامى مدخل لدراسته نظام المعاملات للدكتور / محمـد يوسف موسى ـ دار الكتب الحديثة ص٤٤٨ .

(١٣) راجع ما تقدم فى كشف الأسرار على البزدوى جـ ٢ ص٥٩٢ وما بعدها ، والبحر الرائق جـ ٢ ص١٩٤ ، وفتح الغفار شرح المنـار جـ ٦ ص١٩٤ وما بعدها .

الفـــرع الثـــالث :

العقـد المعـلق : هـو الذى تكـون صيغته غيـر منشئة للعقـد فى الحـال بـل من شأنها أن تؤخـر وجـوده الى المستقبل فيكـون العقـد حينئذ معلقـا ـ أى أن العقـد يكـون بصـيغة ترتب وجـوده على أمـر سيوجد فى المستقبل(١٤) ٠

وقـد اختلف فى حكمـه :

فذهب الحنفيـة الى أن هـذا العقـد لا ينعقـد ولا تترتب عليـه آثـاره ا لابعـد وقـوع المعلق عليـه(١٥) ٠

وذهـب الشافعية الى أن حكمـه حـكم العقـد المضـاف أى أنـه ينعقد فى الحال ولكن لا تترتب آثـاره الا بعـد وقـوع المعلق عليه(١٦)٠

والعقـود بالنسبة لصـيغة التعليق تنقسـم ثلاثـة أقسـام :

١ ـ عقـود لا تقبـل التعليق أصـلا وهى عقـود التمليكات سـواء كانت عقـود معاوضة أو تبـرع(١٧) وسـواء كانت لتمليـك العـين أو

---

(١٤) ويشترط فيه شرطان ، الشرط الأول : أن يكون الأمر المعلق عليه مصدوما فى الحـال ، والثـانى : أن يكون المعلق عليـل غيـر مستحيل الوقـوع ٠

(١٥) مجمع الأنهـر شرح ملتقى الابحر جـ ٢ ص١١ وما بعدها ، ط٠ العثمانية ٠

(١٦) المجموع للامام النووى شرح المهذب جـ ٩ ص٣٧٤ وما بعدها ، طبعة الامـام ٠

(١٧) ولكن المالكية رضى الله عنهم يجيزون تعليق التبرعات بالشرط فقد قالوا أن من قـال ان شفانى الله تبارك وتعالى من مرضى فلك مائة جنيه فبهذا يقضى عليه فيها لأنهـا احسان قـد ألـزم نفسه بـه وماكان على هـذا الوجه يقضى بـه على قائله ، أنظر فتاوى الشيخ عليش جـ ١ ص٢٥٩ ، طبعة الحلبى ٠

المنفعة وذلك مثل البيع(١٨) والاجارة والنكاح والخلع والصلح على مال والزراعة والهبة والصدقة والوقف .

ولكن يرى بعض العلماء(١٩) هنا عدم جواز تعليق عقدى النكاح والخلع وعدم جواز التعليق فيهما راجع لطبيعتهما وذلك لخطر العلاقة الزوجية اثباتا أو رفعا فلا يصح أن تقوم مع تعليقها على ما قد يكون أو لا يكون بل أن الاستقرار فيها واجب من أول الأمر وأما ماعدا هذين العقدين فيجوز تعليقها بالشرط المناسب فليس هناك مانع يمنع من ذلك فانه اذا كان مالك الأرض زراعا لها فعلا فلم لا يصح أن يبيعها أو يؤجرها وقت قيام الزرع على أن يلزم حكم البيع أو الاجارة بعد حصاده .

ان هذا يكون فى معنى استثناء بعض منفعة المعقود عليه للمالك .

٢ - عقود تقبل التعليق بالشرط الملائم دون غيره ، ومن أمثلة هذا الكفالة حين يعلق الكفيل ضمان الثمن باستحقاق كفالة الدين أو قبول الحوالة بنجاح فى الامتحان مثلا فان التعليق على مثل هذه الشروط يعد ضربا من العبث والهزل ولا تصح العقود على الهزل كما هو معروف والسبب فى عدم جواز تعليق هذه العقود بالشروط غير الملائمة هو أن الأصل فى العقود أن تكون بعبارات تدل على الانشاء فى الحال والتعليق

---

(١٨) استثنى من البيع صورة واحدة وهى أن يقول شخص لآخر بعت هذا منك بكذا ان رضى فلان اذا وقته بمدة معينة لأنه اشترط الخيار للأجنبى وهو جائز وكذلك كل عقد يشبه البيع ويدخله الخيار ، أنظر فتح القدير جـ ٥ ص١١١ .

(١٩) أنظر الفقه الاسلامى للدكتور يوسف موسى ص٤٥٠ ، ط. دار الكتب الحديثة .

يمنع من ذلك ولكن ملاءمة الشروط فى هذه العقود لمقتضى العقد جعله قابلا للتعليق (٢٠) .

٣ - عقود تقبل التعليق مطلقا وهى عقود الوصية والايصاء والوكالة .

المطلب الثالث :

تقسيم العقد من حيث الصحة وعدمها :

اذا استجمع العقد ما لابد منه شرعا كان موصوفا بالصحة من قبل الشارع وعليه تترتب الأحكام وتثبت الآثار واذا لم يستجمع ذلك أو شيئا منه لم يقره الشارع ولم يكن موصوفا بالصحة وعلى ذلك لا تترتب الأحكام ولا تثبت الآثار (٢١) .

وقد اتفق الفقهاء على أن العقد اذا كان صادراً من أهله مضافا الى محله صالحا لحكمه وسالما من الخلل فى أركانه وأوصافه كان صحيحا تثبت أحكامه وتترتب عليه آثاره . كثبوت الملك للمشترى فى المبيع وتملك البائع للثمن فى عقد البيع وكحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر فى عقد النكاح وكتملك المستأجر وكذلك فى سائر العقود الصحيحة ، كما أنهم اتفقوا على أن العقد اذا اختل منه أحد أركانه التى يقضى الشارع بوجوب تحقيقها فيه كان باطلا كالخلل الراجع الى الصيغة كصدور الايجاب على محل وصدور القبول على محل آخر أو كان الخلل راجعا الى

---

(٢٠) الشرط المناسب أو الملائم هو ماكان سببا لمقتضى العقد عرفا أو شرعا بأن يكون أساسا لوجوده أو سببا لثبوت الحق ، أنظر الأشباه والنظائر لابن بخيم ص٣٦٨ ، ط. الحلبى والفقه الاسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ص٤٥٢ .

(٢١) غير أن الأحناف يثبتون آثارا للعقد الفاسد عندهم .

العاقد فى بعض الأحوال بأن كان مجنونا أو صبيا لا يعقل أو كان راجعا الى المعقود عليه فى بعض الأحوال بأن كان غير قابل لحكم العقد وآثاره كبيع الخنزير والميتة والحر فلا تثبت أحكامه ولا تترتب عليه آثاره(٢٢) ، ثم اختلفوا بعد ذلك فى العقد الذى يرجع الخلل فيه الى الأوصاف دون الأركان على قولين :

١ - ذهب الجمهور من الفقهاء الى أنه باطل فلا يرتبون عليه شيئا من الأحكام فعندهم الباطل والفاسد مترادفان(٢٣) .

٢ - وذهب الحنفية الى أن الأصل الباطل غير الفاسد(٢٤) ، فالفاسد ما شرع بأصله دون وصفه ويرتبون عليه أحكاما خاصة فهو منعقد عندهم لصدوره من أهله الى محله والخلل راجع فيه الى الوصف فقط(٢٥) .

ولما كانت الخيارات لا تدخل الا فى العقود اللازمة والعقد

---

(٢٢) البدائع للكاسانى جـ ٧ ص٣٠٠٠ وما بعدها .

(٢٣) واستثنى الشافعية من ذلك أمورا منها الحج فباطله ما فقد ركنا من أركانه كالوقوف بعرفه - وفاسده ما فقد واجبا كالمبيت بمزدلفة هذا والركن فى الحج مالا يجبر بدم والواجب يجبر بدم . انظر الأشباه والأنظار للسيوطى ص ٣١٢ والمستصفى للامام الغزالى جـ ١ ص٩٤ وكذلك فى المعاملات الكتابة والخلع والعارية والوكالة والشركة والقرض ، أنظر الاشباه ص٣٣٧ .

(٢٤) الا فى باب النكاح فالفاسد والباطل مترادفان لافرق بينهما فى الحكم ومثلهم فعل الجمهور فى هذا ، انظر حاشية الأزميرى على المرأة جـ ص٣٢٧ ، وما بعدها والاشباه والنظائر ص٣٣٧ .

(٢٥) فالقاعدة عندهم أن العقد الفاسد منعقد مفيد للملك فى الجملة اذا تم القبض المعتبر شرعا الا أنه يجب فسخه دفعا للمفاسد ورفعا للمعصية ، أنظر حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص١٧١ وما بعدها .

لا يصير لازما الا اذا كان صحيحا رأيت أنه من المفيد أن أتعرض لتقسيم العقد الصحيح من حيث النفاذ والوقف والجواز واللزوم باختصار فيما يلى :

أولا : تقسيم العقد الصحيح من حيث النفاذ وعدمه وهو من هذه الحيثية ينقسم الى نافذ وموقوف ٠

(أ) أما العقد النافذ :

فهو العقد الصادر عن شخص له أهلية كاملة بأن كان حرا بالغا عاقلا مختار رشيدا وكانت له ولاية اصداره بالأصالة عن نفسه وولاية على المعقود عليه كالعقد الذى يعقده لنفسه فى ماله أو بالنيابة عن غيره كالوصى أو ولى اليتيم أو الموكل من غيره توكيلا صحيحا ٠

وحكم هذا العقد :

أنه تترتب آثاره عليه من غير توقف على اجازة أحد سواء كان ترتيب الآثار عليه فور صدوره كما فى العقد المنجز أو بعد فترة من الزمن ٠ كما فى العقد المضاف الى زمن مستقبل حال صحته فانه قد تترتب عليه عند مجىء الوقت الذى أضيف اليه(٢٦) ٠

(ب) وأما العقد الموقوف :

فهو الصادر من ناقص الأهلية أو ناقص الولاية كعقد الصبى المميز فان أهليته ناقصة ولذا لوليه حق فى امضائه أو فسخه

---

(٢٦) شرح التحرير للشيخ زكريا الأنصارى جـ ٢ ص٤ وما بعدها ، البحر الرائق جـ ٥ ص٢٨٢ ٠

على القول بالصحة وكعقد الفضولى(٢٧) فان العاقد ليس له ولاية على محل العقد أو ولايته عليه ناقصة ولذا فان للمعقود لأجله حقا فى امضائه أو فسخه وحكمه أنه لا يترتب عليه شىء من آثاره الا بعد اجازة من له حق الاجارة فان أجازه نفذ والا فلا .

هذا مبنى على القول بصحة العقد الموقوف .

وقد اختلف الفقهاء فى عده هذا النوع من العقود ضمن أقسام العقد الصحيح على قولين :

١ - ذهب الحنفية(٢٨) والمالكية(٢٩) وأحمد فى رواية مرجوحة(٣٠) الى أن العقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح(٣١) .

٢ - وذهب ابن حزم من الظاهرية(٣٢) والشافعية(٣٣) والحنابلة فى الراجح(٣٤) من مذهبيهما الى أن العقد الموقوف باطل فلا تترتب عليه آثار(٣٥) .

---

(٢٧) وهو من يتصرف) حق غيره بغير اذن شرعى وذلك كمن يبيع مالا يملك من غير ولاية أو وكالة وكمن شترى لغيره شيئا لم يوكله فى شرائه وليست له عليه ولاية الشراء وكمن يتولى عقد زواج امرأة ليس له عليها ولم يصدر منها توكيل له . أنظر المصباح المنير مادة فضل - والبحر الرائق جـ ٦ ص١١ .

(٢٨) بدائع الصنائع جـ ٦ ص٣٠٢٠ طبعة الامام .

(٢٩) الشرح الكبير للامام الدردير جـ ٣ ص١١ .

(٣٠) المغنى لابن قدامه جـ ٤ ص٢٠٥ .

(٣١) رد المحتار على الدار ، المختار جـ ٤ ص ١٠٤ .

(٣٢) المحلى لابن حزم الظاهرى جـ ٨ ص٤٣٤ .

(٣٣) المجموع للامام النووى جـ ٩ ص٢٣٢ .

(٣٤) المغنى لابن قدامه جـ ٤ ص٢٠٥ وما بعدها .

(٣٥) المجموع للامام النووى : جـ ٩ ص ٢٣٢ وما بعدها . أنظر أدلة الفقهاء في هذه المراجع .

ثانيـا : تقسيم العقـد الصحيح من حيث اللزوم وعـدمه :

ينقسـم العقـد من هـذه الحيثيـة الى جـائز ولازم :

(أ) **أمـا العقـد الجـائز :** فهـو ما يكون من حـق المتعاقدين أو أحدهمـا أن يتحلل منـه بالفسـخ من غيـر توقف على رضـا الآخـر وذلك مثـل عقـد الوديعـة فـانه غيـر لازم من الجانبين فيجـوز لكل واحـد من طـرفى العقـد فسـخ هـذا العقـد وابطـاله رضى الطـرف الآخـر أو لا وقـد يكـون عقـد اللـزوم من جانب واحـد أى أن العقـد يكون صحيحا يكون فى حق أحد المتعاقدين دون الآخـر كالرهن مثـلا فـانه بعـد تمـامه يكـون لازمـا فى حـق الراهـن وهو المدين فليس لـه أن يفسـخه الا برضـا المرتهن وليس بلازم فى حـق المرتهن وهـو الدائن فلـه أن يفسخه فى أى وقت شـاء رضى الراهـن أو لا وكـذلك الكفـالة والكتـابة(٣٦) .

(ب) **وأمـا العقـد الـلازم :** فهـو مالا يجـوز لعـاقده الرجوع فيـه بعـد تمـامه صحيحا واللزوم قـد يكـون فى حـق كـل واحـد من العاقدين وقـد يكـون فى حـق أحدهما دون الآخـر وقـد سـبق أن تحدثت عن العقـد الـلازم من أحـد الجانبين حـين الحـديث عن العقد الجـائز .

وأمـا العقـد الـلازم من الجانبين فهـو قسـمان :

القسـم الأول :

عقـد لازم من الجانبين بحيث لا يحـق للمتعاقدين فسـخه بعـد

---

(٣٦) أنظر الأشباه والنظائر لابن بخيم ص٣٣٦ ، مطبعـة الحلبى ، الخيارات فى الفقـه الاسلامى ، دراسة مقارنة للدكتور عبد العزيز محمزعـزام ص١١ طبعة دار الهـدي .

انعقاده ولو تراضيا على ذلك لأن طبيعة هذا العقد تقتضى اللزوم ولذلك لا يدخل فيه خيار الشرط لأنه انما يدخل ى عقد لازم قابل للفسخ ومثال هذا القسم عقد النكاح فلا يحق للزوجين فسخه ولو اتفقا على أن(٣٧) يستقل أحدهما بفسخه نعم يستطيع الزوج انهاء النكاح بالطلاق ولا يرد أيضا أن حق الفسخ ثابت للمرأة فى عقد النكاح بعد العتق والبلوغ اذا زوجها غير الأب لأن هذا فسخ للعقد قبل تمامه والمراد بالتمام هو أن ينعقد العقد صحيحا نافذا لازما ومن له حق خيار البلوغ أو العتق وان كان عقده منعقدا صحيحا نافذا الا أنه غير لازم فلا يرد هنا لأن كلامنا انما هو فى منع الفسخ بعد التمام(٣٨) .

القسم الثانى :

وهو العقد اللازم من الجانبين ولكن للمتعاقدين حق الاتفاق على فسخه ولا يستطيع أحدهما الانفراد بفسخه مثل البيع والاجارة والسلم وصلح المعاوضة . فللمتعاقدين مثلا أن يتفقا على فسخ البيع ويتراضيا على ذلك ولا يستطيع أحدهما أن ينفرد بالفسخ اذا سقط حقه فى الخيار .

وبعد أن قسمت العقد الصحيح من حيث اللزوم وعدمه الى جائز ولازم أرى أن أنبه على أن الأصل فى العقود أن تكون لازمة لأن العقود انما شرعت لتحصيل المقصود منها وهو آثارها المترتبة عليها ورفع الحاجات فيناسب اللزوم هذه العقود دفعا للحاجة

---

(٣٧) الا عند الحنابلة حيث ذهبوا الى أن الخلع فسخ وليس بطلان الا اذا كان بلفظ الطلاق أو نوى به الطلاق . أنظر المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص٥٧ طبعة المنار .

(٣٨) النريلعى جـ ٢ ص١٢٥ .

وتحصيلا للمقصود(٣٩) ومع أن هذا هو الأصل فى العقود الا أن هناك ضرورات على أساسها جعل الشارع الحكيم الخبير بمصالح الناس هذه العقود جائزة من الجانبين أو من أحدهما أو ما هو لازم يجعله جائزا فى بعض الأحيان .

والله أعلم

* * *

(٣٩) الفروق للقرافي جـ ٤ ص١٣ طبعة عيسى الحلبي .

الخاتمـــــة

ونسـأل الله حسـن الختـام

لقـد اتضـح من خـلال البحث أن الشريعة الاسلامية قـد امتازت بفضـل السـبق فى التشريع وحكمتـه بمـا يؤدى الى بنـاء مجتمـع فاضـل يحقق السـعادة فى الدنيـا والآخـرة اذا اتخذهـا منهجا لحـركة الحيـاة فقـد اهتمت بالتعـاقد بين النـاس باعتبـاره أساس التصرف الصحيح : فقررت أن الذى يحـق لـه ابـرام العقـود لابـد أن يكـون ذا أهليـة تجعـله صـالحا للمـلك والتمـلك وكـذلك لابـد أن يكـون لـه ولايـة على التصرف الصـادر عنـه وهـو رأينـا أن الأهلية والولاية من تكـريم الشريعة للانسـان ٠

كـذلك أوضـح البحث أن العقـد لابـد لـه من مجلس يقع فيـه وأن هـذا المجـلس يختلف باختـلاف زمـان التعـاقد ومكـانه ومن يتسع وقـت الايجـاب والقبـول أو يضـيق كمـا أن الصيغة التى يبـرم بهـا العقـود لهـا دور هـام فيـه أن لم تكن أهـم أركـانه حيث عليهـا وبهـا يتبـين حـال العقـد من صحـة أو فسـاد أو بت أو خيـار أو اطـلاق أو تقييد وتعميم وتخصيص ونحـو ذلك ، فحبذا لو سـرنا على منهج الله واتخـذنا شريعته نبراسـا لحياتنا ودسـتورا لأمتنـا عندها نفـلح فى كـل خطواتنـا : « **ومن أحسـن من الله حكمـا لقـوم يوقنـون** » ٠

صـدق الله العظيـم

أهـم مـراجع البحث

١ ـ القـــرآن الكـريم

٢ ـ مراجـع الفقـه الاسـلامى :

١ ـ الاختيـار لتحليل المختـار للموصلى عبد الله بن محمد ط الأزهر ١٩٨١ م ٠

٢ ـ بدائع الصـنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ط بيروت ١٩٨٢ م

٣ ـ بداية المجتهد نهـاية المقتصـد لابن رشـــد الحفيوظ ط مصطفى الحلبى ١٩٨١ م

٤ ـ البـدر ـ

٤ ـ الدرر شرح الغـرر لملا خـروط الكامل ١٣٣٠ هـ

٥ ـ حاشية رد المختار على الدر المختـار لابن عـــابدين ط الحلبى ١٩٨٤ م

٦ ـ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للامام الدردير ط عيسى الحلبى

٧ ـ حاشـيتا قليـوبى وعيرة على شرح جلال الدين المحلى للمنهـاج ط عيسى الحـلبى

٨ ـ شرح فتح القـدير وحواشـيه العنـاية والهداية للكمال بن الهمام ط الحلبى ١٩٧٠ م

٩ ـ الأشـباه والنظـائر لابن نجيم وللسـيوطى الأول فقـه حـنفى والثانى شافعى

١٠ ـ الشرح الصـغير للامام الدردير ط الأزهر

١١ ـ اللبـاب شرح الكتـاب للمفتى الحنفى ط الأزهر ١٩٧٧ م

١٢ ـ الفـروق للامـام القرافى ط ١٣٤٦ هـ القاهرة

١٣ ـ كشـاف القنـاع على متن الاقنـاع للسهوتي الحنبـلي ط مكتبـة النصر بالرياض

١٤ - **المحلى** لابن هزم الظاهرى ط بيروت ١٩٦٩ م

١٥ - **مغنى المحتاج للخطيب الشربينى :** ط الحلبى ، ١٣٧٧ هـ .

١٦ - **المغنى لابن قدامة المقدسى الحنبلى :** نشر مكتبة القاهرة .

١٧ - **مواهب الجليل على مختصر الخليل للحطاب :**
ط مكتبة النجاح بليبيا ، ١٩٧٨ م .

١٨ - **المهذب لشيراز الشافعى :** ط عيسى الحلبى ، ١٩٥٢ م .

١٩ - **نهاية المحتاج للامام الرملى :** ط مصطفى الحلبى وبه حواشيه .

مراجع الحديث والأصول :

١ - **زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم للامام الشنقيطى :**

٢ - **سبل السلام شرح بلوغ المرام للحافظ ابن حجر العسقلانى :**
ط الحلبى ، ١٩٦٥ م .

٣ - **صحيح البخارى :** ط الشعب ، ١٣٧٨ هـ ،
وفتح البارى ، ط الكليات الأزهرية ، ١٩٧٨ م .

٤ - **صحيح مسلم :** ط عيسى الحلبى و ط. الشعب .

٥ - **سنن أبى داود :** ط الحلبى ،
وعون المعبود عليه : ط المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

٦ - **نيل الأوطار للشوكانى :** ط مكتبة القاهرة .

٧ - **كشف الأسرار للامام البزدرى :**
ج ١ ، ط دار الكتاب العربى - بيروت .

٨ - **أصول الفقه للشيخ زهير - رحمه الله - :**
ط دار التاليف بالقاهرة .

٩ - **أحكام القرآن للجصاص الحنفى :** ط بيروت .
ولابن العربى : ط عيسى الحلبى .

مراجـــع التفسـير واللغـــة :

١ - تفسير القرطبى الجامع لأحكام القرآن الكريم ، ط٠ دار الشـعب ٠

٢ - تفسير الامـام الألوسى المسمى روح المعـانى ، ط٠ بيروت ١٩٨٥ ٠

٣ - التعريفات للجرجانى ، ط٠ الحلبى ١٩٧٨ م ٠

٤ - القاموس المحيط للفيروز أبادى ، ط٠ المطبعة اليمنية بمصر ١٣٣٠هـ

٥ - لسـان العـرب لابن منظور ، ط٠ دار المعـارف ٠

٦ - الصباح المنيـر للفيومى ، ط٠ بولاق ١٣٢٤ هـ ٠

٧ - مختار الصحاح للـرازى ، ط٠ المطبعة الأميرية ١٩٠٤ م ٠