



جامعة الأزهر - غزة
عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي
كلية التربية - قسم الدراسات الإسلامية
ماجستير الفقه المقارن

بحث بعنوان :

نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا

دراسة فقهية مقارنة

إعداد الطالب
سامي عدنان العجوري

إشراف الدكتور
مازن مصباح صباح

أستاذ الفقه وأصوله المشارك بجامعة الأزهر

قدمت هذه الرسالة
استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن

1434هـ/2013م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ لَا يَكْفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا
إِن نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ
مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا
فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ ﴾ (البقرة : 286) .

الإهداء

إلى والدي الكريمين ... براً وإحساناً
إلى زوجي المصون ... حباً ووفاءً
إلى فلذة كبدي ... أبنائي وبناتي
إلى إخوتي وأخواتي ...
إلى أحبتي ورفاقي...

شكر وتقدير

لَمَّا كَانَ الشكر واجباً ، فإنني بدايةً أشكر الله كثيراً على ما منحني من الصبر والمثابرة بما مكنتني من إنجاز هذه الدراسة وإتمامها ، فله الحمد والمنة والثناء الحسن الجميل .
ولأنه لا يشكر الله من لا يشكر الناس، فإنني أتوجه بالشكر والعرفان إلى الأستاذ الدكتور / مازن مصباح صباح على تكرمه بالإشراف على هذه الرسالة، وعلى ما شملني به من الرعاية والعناية والتشجيع، فقد كان لتوجيهاته القيمة، وآرائه السديدة الأثر الكبير في إنجاز هذا العمل وخروجه بالشكل المطلوب.

كما ويشرفني أن أتقدم بالشكر من الأستاذين الكريمين :

الأستاذ الدكتور / نعيم سمارة المصري

والأستاذ الدكتور / زياد إبراهيم مقداد

على قبولهما مناقشة هذه الدراسة، وما بذلاه من جهود مشكورة في قراءتها، وإثرائها بالملاحظات القيمة النافعة.

كما أرفع شكري الخاص لوالدي الكريمين وإخوتي وأخواتي، ورفيقة دربي زوجتي، وزهرات عمري وفلذة كبدي أبنائي وبناتي الذين شاركوني عناء البحث .

ولا يفوتني أن أتوجه بالشكر لجامعة الأزهر وعمادة الدراسات العليا فيها والشكر موصول أيضاً لكلية الشريعة، وقسم الدراسات الإسلامية بكلية التربية ولجميع العاملين بهما.

كما يسرني أن أشكر جامعة الأقصى والعاملين بها، وأن أخص بالشكر رئيسها السابق الأستاذ الدكتور/ علي زيدان أبو زهري، على تحفيزه وتشجيعه لي. والشكر موصول للأستاذ الدكتور/ عبد الجليل حسن صرصور، على تفضله بقراءة رسالتي وتدقيقها لغوياً .

ولا أنسى أبداً أن أشكر أخي الكبير الدكتور/ درداح حسن الشاعر وأخي الأصغر/ الدكتور نادر إسماعيل حلاوة على مساندتي دوماً وتشجيعهما لي في كل مراحل الدراسة.

وشكري لزملائي في عمادة شؤون الطلبة، وشكري الخاص للزميل أحمد الحمارنة لما بذل من جهد ووقت في تنسيق الرسالة .

وليعذرني كل من سهوت عن شكره فالشكر موصول بلا انقطاع لكل من أسدى إليّ معروفاً أو قدم نصحاً أو دعا لي بظهر الغيب .

المخلص

الحمد لله ذي النعم ، والصلاة والسلام على نبينا محمد ﷺ ذي الجود والكرم، وبعد...
فقد جاءت هذه الدراسة بعنوان : (نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا - دراسة فقهية مقارنة)،
كمحاولة لإمادة اللثام عن فقه الشيخ مصطفى الزرقا؛ خصوصاً فيما يتعلق بنظرية العقد.
وقد حاول الباحث من خلال فصول الدراسة الأربعة بعد الفصل التمهيدي أن يسלט الضوء
على أهم موضوعات هذه النظرية؛ لبيان ما أنتجه الفقه المعاصر لدى الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه
الله- وأبرز إسهاماته العلمية، وآرائه الفقهية فيها مقارنة بآراء الفقهاء المتقدمين.

وفي فصلها التمهيدي الذي حمل عنوان: الشيخ الزرقا وماهية العقد، فقد تضمن التعريف
بالشيخ مصطفى الزرقا، مولده ونشأته، ونتاجه العلمي والفقهي. وبرزت أيضاً فيه مظاهر اهتمام
الشريعة الإسلامية بالعقود كنظرية ونظام، وتركز الحديث حول تعريف العقد عند الفقهاء، والذي
خلصت فيه إلى أن الفقهاء - يرحمهم الله جميعاً - عندما يذكرون العقد فهم في أكثر إطلاقه لا يعنون
به غالباً إلا الالتزام الذي ينشأ بين طرفين، أو ما يتم به هذا الالتزام من عبارة، أو كتابة، أو فعل، أو
غير ذلك، ولم يبتعد الشيخ الزرقا عنهم في هذا الجانب.

أما الفصل الأول فقد جاء بعنوان : الإرادة العقدية، وفيه تم تعريف الإرادة لغة واصطلاحاً،
وبيان أقسامها، ودورها في إنشاء العقود، وكذلك سلطان الإرادة، والذي خلص فيه الزرقا - يرحمه الله-
إلى أنه لا يصح القول في تشريع ما بأن أحكام العقود وآثارها إنما توجبها إرادة العاقد لا إرادة الشارع؛
بل هي في ظل كل تشريع يجب أن تعتبر من عمل الشارع لا من عمل العاقد.

وفي الفصل الثاني الموسوم بعنوان : آثار العقد وعيوب الرضا، فقد بُيِّنَتْ فيه الآثار العامة
للعقد والتي تعد من النتائج الطبيعية الأصلية في معظم العقود والاتفاقات، وهي : النفاذ، والإلزام
واللزوم . وتم تناول عيوب الرضا المرافقة لولادة العقد، والتي ترجع جميع صورها إلى حالات عامة،
هي : (الإكراه ، والخلابة ، والغلط)، وإرداف ترجيحات الشيخ الزرقا في مختلف المسائل الفقهية
المتعلقة فيها.

أما الفصل الثالث فقد حمل عنوان : انتهاء العقود، والذي بُجِحَتْ فيه انحلال العقد، وبطلانه،
وانقضاء الالتزام، وتم التفريق بين الانحلال والبطلان؛ حيث خلص الزرقا يرحمه الله إلى أن البطلان:
هو الحالة التي كان للعقد فيها وجوداً حسيماً فقط، دون أن يكتسب وجوده الاعتباري في نظر الشرع،

أي إن العقد في حالة البطلان غير منعقد من أصله ، كمولود يولد ميتاً . أما الانحلال: فهو الحالة التي يكون فيها العقد منعقداً منتجاً لآثاره بين طرفيه ، ولكنه بعد الوجود يزول وينعدم بسبب غير إرادي، أو بسبب إرادي فهو كشخص تطراً عليه الوفاة .

ثم تعرضت لحكم العقد الباطل، ومنشأ الخلاف بين الفقهاء في التفريق بين الباطل والفاقد، وثمره هذا الخلاف، وترجيح الشيخ الزرقا - يرحمه الله - لمذهبه الحنفي في هذه المسألة. وفيما يتعلق بانقضاء الالتزام، فقد تم التوضيح أن الفرق بينه وبين انحلال العقد كالفرق بين زوال المؤثر، وانتهاء الأثر.

وفي الفصل الرابع والأخير والذي جاء بعنوان : أقسام العقود وصورها، فقد عمدت الدراسة إلى بيان اختلاف الفقهاء حول إيجاد عقود جديدة غير مسماة شرعاً، وتناولت صوراً من العقود المستجدة في العصر الحديث كأمثلة توضيحية للموقف الفقهي المعاصر للشيخ مصطفى الزرقا، والتي كان أبرزها عقد التأمين؛ حيث برزت ملكة الشيخ مصطفى الزرقا الفقيهية في هذا الموضوع، بتبنيه القول القاضي بجواز عقد التأمين التجاري، وبمناقشة الأدلة خلصت إلى ترجيح القول القاضي بالتحريم لمثل هذه العقود.

Abstract

Praise be to Allaah with blessings, peace and blessings be upon our Prophet Muhammad of generosity and kindness.

This study came entitled: **(Contract Theory of Sheikh Mustafa al-Zarqa – a Comparative Study of Jurisprudence)**, in an attempt to uncover the jurisprudence Sheikh Mustafa al-Zarqa; especially with regard to the theory of the contract.

Researcher has tried through the four chapters of the study after the introductory chapter that highlights the most important topics of this theory; statement produced by the contemporary jurisprudence of the Sheikh Mustafa al-Zarqa – God bless his soul – and highlighted his scientific contributions, and his jurisprudential

In the introductory Chapter titled: **Sheikh Zarqa and the nature of the contract, the definition included Sheikh Mustafa al-Zarqa, birth and growing up, and his production of scientific and doctrinal. And also emerged manifestations of interest Shariah contracts theory and system, and focus to talk about the definition of the contract upon jurists, which concluding that jurists – mercy of God all – when mention the contract to understand in more release does not mean it is often only obligation that arises between the parties, or what this commitment is of a phrase, or write, or act, or otherwise, and Sheikh Zarqa did not move away from them in this aspect.

1.The first chapter came titled: **Will Contractual**, and it has been defined Will in language and idiomatically, and showing its divisions, and its role in the establishment of contracts, as well as the authority of Will, Zarqa – God bless his soul – concluded in that it is not true to say in any legislation that the thing that binds the contract provisions and their implications is the will of the contractor not that of the street; but in light of every legislation must be regarded as the work of the street and the not work of the contractor .

2 . In the second Chapter marked the title: **The Effects of the Contract and Disadvantages of Satisfaction**, which has shown the general effects of the contract which are considered the original natural results in most of the contracts and agreements, namely: force, compulsion and necessary. I dealt with Defects of Satisfaction accompanying the birth of the contract, which all its forms return to the general situations, namely: (compulsion, deception, and mistake), and followed Sheikh Zarqa preference s in various doctrinal issues related to them.

3. The third chapter titled: **Expiration of Contracts**, which explored the dissolution of the contract, and void, and the expiration of the commitment was to differentiate between the dissolution and invalidity; terms concluded Zarqa God bless his soul to the invalidity: is the situation that was to hold the presence physically only, without gaining presence legal in the eyes of Islam, any contract in the case of invalidity is not in session of origin, like the baby born dead. The decay: is a situation where the contract shall be a product of its terminal, but after being away and absent due to involuntary or involuntary because he is as a person occur death.

Then subjected to the rule of the contract, and legal origin of the dispute between the scholars to differentiate between falsehood and corrupt, and the result of this dispute, and the likelihood Sheikh al-Zarqa – God bless his soul – to the Hanafi doctrine in this matter.

With regard to the expiry of the commitment, it was clear that the difference between him and the dissolution of the contract as the difference between the effective demise, and the end effect.

4. In the fourth last chapter, which came titled: **Sections of Contracts and Forms**, the study showed different scholars about finding new contracts unnamed religiously, and took forms of the contracts emerging in the modern era as examples illustrative of the position idiosyncratic contemporary of Sheikh Mustafa al-Zarqa, and most notably the Insurance Contract; where doctrinal skill of Sheikh Mustafa Zarqa emerged in this subject, adopting the saying that the judge permits the commercial insurance contract, and discuss the evidence concluded weighting say the judge is inviolable for such contracts

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
د	• اهداء
هـ	• شكر وتقدير
و	• الملخص
ي	• فهرس الموضوعات
م	• فهرس الآيات
ع	• فهرس الأحاديث
1	• المقدمة
الفصل التمهيدي	
الشيخ الزرقا وماهية العقد	
7	• المبحث الأول : التعريف بالشيخ مطفى الزرقا
12	• المبحث الثاني : مظاهر اهتمام الشريعة الإسلامية بالعقود وتنظيم معاملات البشر
14	• المبحث الثالث : ماهية العقد عند الفقهاء القدامى.....
18	• المبحث الرابع : ماهية العقد عند الشيخ مصطفى الزرقا
19	• المبحث الخامس : صيغة العقد
19	❖ تعريف الصيغة لغة واصطلاحاً
20	❖ مكونات الصيغة (الإيجاب والقبول)
24	• المبحث السادس : شروط انعقاد العقد
24	❖ تعريف الشرط لغة واصطلاحاً
25	❖ الشروط العامة للعقد
الفصل الأول	
الإرادة العقدية	
32	• المبحث الأول : تعريف الإرادة العقدية
33	❖ دور الإرادة في إنشاء العقود
34	• المبحث الثاني : أقسام الإرادة العقدية
36	• المبحث الثالث : خفاء الإرادة الحقيقية وانتفاؤها والاشتباه فيها
40	• المبحث الرابع : سلطان الإرادة العقدية

الفصل الثاني آثار العقد وعيوب الرضا	
43	• المبحث الأول : الآثار العامة للعقود
43	❖ معنى آثار العقد
43	❖ النفاذ
44	❖ تعريف العقد الموقوف
45	❖ حكم العقد الموقوف
47	❖ الإلزام واللتزم
51	• المبحث الثاني : عيوب الرضا المرافقة لولادة الإرادة
51	❖ تعريف الرضا لغة واصطلاحاً
51	❖ تعريف الشيخ الزرقا لعيوب الرضا
52	❖ أولاً : الإكراه
53	❖ شروط الإكراه
54	❖ أنواع الإكراه
59	❖ ثانياً : الخلاية
59	❖ صور الخلاية
59	❖ الخيانة
61	❖ التناجش
63	❖ التغيرير
67	❖ تدليس العيب
72	❖ ثالثاً : الغلط
74	• المبحث الثالث : عيوب الرضا الطارئة بسبب اختلال التنفيذ
74	❖ المقصود بتفرق الصفقة
75	❖ ثالثاً : متى يثبت خيار تفرق الصفقة للمشتري عند الفقهاء؟

الفصل الثالث	
انتهاء العقود	
79	• المبحث الأول : انحلال العقد
79	❖ تعريف انحلال العقد
80	❖ تعريف البطلان لغة واصطلاحاً
81	❖ الفرق بين الفسخ والانفساخ
81	❖ أثر انحلال العقد كما يراه الشيخ الزرقا
83	• المبحث الثاني : بطلان العقد
84	❖ حكم العقد الباطل
84	❖ منشأ الخلاف بين الفقهاء في التفريق بين الباطل والفاسد
86	• المبحث الثالث : انقضاء الالتزام
86	❖ تعريف انقضاء الالتزام
87	❖ انقضاء الالتزام عند الشيخ مصطفى الزرقا
الفصل الرابع	
أقسام العقود وصورها	
90	• المبحث الأول : تصنيف العقود
90	❖ تصنيف العقود بالنظر إلى التسمية
93	❖ تصنيف العقود بالنظر إلى الصحة
95	• المبحث الثاني : صور من العقود الحديثة وآراء الزرقا فيها
95	❖ أولاً : عقد التأمين
95	❖ تعريف التأمين لغة واصطلاحاً
97	❖ حكم عقد التأمين التجاري
103	❖ ثانياً : عقد الاستصناع
103	❖ تعريف الاستصناع لغة واصطلاحاً
106	❖ هل الاستصناع عقد أم وعد؟
110	• الخاتمة
113	• قائمة المصادر والمراجع

فهرس الآيات القرآنية الكريمة

م	الآية الكريمة	السورة	رقم الآية	الصفحة
1.	﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾	المائدة	3	12
2.	﴿بَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...﴾	البقرة	282	12
3.	﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كُلْتُمْ وَزِنُوا بِالْقُسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾	الإسراء	35	12
4.	﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ﴿٣١﴾ الَّذِينَ إِذَا أَكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ﴿٣٢﴾ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ﴿٣٣﴾﴾	المطففين	3-1	13
5.	﴿بَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أَحَلَّتْ لَكُمْ بِهِمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُنْتَلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحْلِي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾	المائدة	1	13
6.	﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾	الإسراء	34	13
7.	﴿وَلَا تَسَامُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾	البقرة	282	13
8.	﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾	البقرة	282	13
9.	﴿وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النَّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ﴾	البقرة	235	14
10.	﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النَّكَاحِ﴾	البقرة	237	14
11.	﴿بَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	المائدة	1	15
12.	﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾	النساء	29	21
13.	﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾	النساء	4	21

م	الآية الكريمة	السورة	رقم الآية	الصفحة
14.	﴿ فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَهُمْ ذِكْرَاهُمْ ﴾	محمد	18	24
15.	﴿ وَابْتُلُوا النِّبْتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾	النساء	6	26
16.	﴿ تِلْكَ الدَّارُ الْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ وَلَا فَسَادًا وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ ﴾	القصص	83	32
17.	﴿ إِنَّمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ ﴾	يس	82	32
18.	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾	النساء	29	34
19.	﴿ وَإِنْ تُبْذُوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخْفَوُهَا يُحَاسِبْكُمْ بِهِ اللَّهُ ﴾	البقرة	284	36
20.	﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾	البقرة	275	45
21.	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾	النساء	29	45
22.	﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾	الجمعة	10	46
23.	﴿ فَسَوْفَ يَكُونُ لِزَامًا ﴾	الفرقان	77	47
24.	﴿ وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَةُ ﴾	البينة	4	49
25.	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾	النساء	29	49
26.	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾	النساء	29	50

م	الآية الكريمة	السورة	رقم الآية	الصفحة
.27	﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِدُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَنًى وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾	النساء	3	55
.28	﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾	الطلاق	1	55
.29	﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾	النساء	29	56
.30	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾	النساء	29	57
.31	﴿ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾	النحل	106	58
.32	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾	المائدة	1	79
.33	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾	المائدة	1	92
.34	﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾	المائدة	90	99
.35	﴿ وَاصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِي ﴾	طه	41	103

فهرس الأحاديث الشريفة والآثار

الرقم	طرف الحديث	الصفحة
1.	الصلح جائز بين المسلمين إلا صلح حرم حلالاً ، أو أحل حراماً ، والمسلمون على شروطهم ، إلا شرطاً حرم حلالاً ، أو أحل حراماً	13
2.	قد ملكتها بما معك من القرآن	21
3.	البيعان بالخيار ما لم يتفرقا	30
4.	ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : النكاح والطلاق والعنق	39
5.	أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة ، فاشتري له به شاتين فباع إحداهما بدينار فجاء بشاة ودينار ، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه	46
6.	لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك	47
7.	البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما	49
8.	ستفترق أمتي على بضع وسبعين فرقة	49
9.	البيعان بالخيار ما لم يتفرقا	50
10.	كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله	55
11.	عن خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأنت رسول الله ﷺ فرد نكاحه	55
12.	وعن عائشة رضي الله عنها قالت : " قلتُ: يا رسول الله يستأمر النساء في إبطاعهن؟ قال : نعم، قلتُ : فإن البكر تستأمر فتستحي (فتستحيي) فتسكت، قال : سكاتها إذنها	56
13.	إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه	57
14.	إنما البيع عن تراض	57
15.	إذا بايعت فقل: لا خلافة	59
16.	لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها : إن شاء أمسك وإن شاء ردّها وصاع تمر	65
17.	لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها : إن شاء أمسك وإن شاء ردّها وصاع تمر	65
18.	من ابتاع شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردّها وردّها معها صاعاً من تمر	65
19.	أتى رسول الله ﷺ رجلان يختصمان في مواريث لهما لم تكن لهما بينة إلا دعواهما فقال النبي ﷺ : فذكر مثله فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما حقى لك. فقال لهما النبي ﷺ : (أما إذ فعلتما ما فعلتما فاقتما وتوخيا	68

الصفحة	طرف الحديث	الرقم
	الحق. ثم استهما ثم تحالاً)	
68	إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار	20.
69	أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة. فقال الذي ابتاعه - وهو زيد بن ثابت - لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فاختصما إلي عثمان بن عفان فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: بعته بالبراءة. فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم	21.
72	المسلمون على شروطهم	22.
98	أن النبي ﷺ: نهى عن بيع الغرر	23.
107	آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان	24.
111	إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب، فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر.	25.

مقدمة

الحمد لله الذي يقول الحق وهو يهدي السبيل، والصلاة والسلام على نبينا محمد الصادق الوعد الأمين، خاتم النبيين وإمام المرسلين، جدد الله به رسالة السماء، وأحيا ببعثته سنن الأنبياء، ونشر بدعوته آيات الهداية، وأتم به مكارم الأخلاق وعلى آله وأصحابه والتابعين، الذين فقههم الله في دينه، فدعوا إلى سبيل ربهم بالحكمة والموعظة الحسنة، فهدى الله بهم العباد، وفتح على أيديهم البلاد، وجعلهم أمة يهدون بالحق إلى الحق، فشكروا ربهم على ما هداهم إليه من هداية خلقه والشفقة على عباده، وجعلوا مظهر شكرهم بذل النفس والنفيس في العلم والعمل و الدعوة إلى الله تعالى وبعد،،،

لما كان التعامل مع الآخرين ضرورة من ضرورات المجتمع البشري التي لا تتفك عنه منذ نشأته؛ لم يستطع الإنسان العيش وحيداً بمعزل عن الآخرين، فتوجب عليه التعاون والتبادل مع غيره ليتمكن من تأمين مستلزماته سعياً منه لإشباع حاجاته ورغباته .

وتتنوع صور التعاون والتبادل فيما يعرف بالمعاملات وتبادل الأعيان والمنافع، وتتطور بحسب الزمان والمكان إلا أنها تجتمع على أساس واحد هو "التعاقد مع الآخرين"، وظهور نظرية العقد، تلك التي باتت تنظم اليوم حركة الاقتصاد العالمي، بدءاً بالأفراد الذين لا يكاد يخلو يوم من حياتهم من إبرام عقد من العقود المختلفة الأشكال والمقاصد، ومروراً بالمؤسسات والشركات والمصانع الخاص منها والعام على حد سواء، وصولاً إلى أنظمة الدول وعلاقاتها ببعض .

وتتدرج العقود في الشريعة الإسلامية تحت باب فقه المعاملات، فلقد بحث فقهاء المسلمين على مر العصور المختلفة التشريعات التي تضبط عملية إبرام العقود بأشكالها المتعددة وفق رؤى متسلحة بأصول الفقه الإسلامي وضوابط الاجتهاد فيه، إلى أن أضحت بحوثهم مكوناً أساسياً لنظرية العقد التي تمثل أساساً للبناء الشرعي الذي يقوم عليه نظام التعاقد بين الناس .

وبين قديم وحديث، وعصر وآخر، وجيل بعد جيل، تتغير المعاملات وتتطور أنظمة التواصل، وما كان تحسينياً في زمن مضى؛ ارتقى اليوم إلى مرتبة الضروري، فهل يُلزم المعاصرون بالتقيد بالموروث الفقهي؟ أم أنه بالإمكان المخالفة؟

إنَّ المكتبة الإسلامية الغراء زاخرة بالعديد من مؤلفات أعلام الفقه الإسلامي ممن بحثوا العقد في الشريعة الإسلامية، برز منهم في العصر الحديث الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - الذي نذر حياته للتأسيس العلمي لفقه إسلامي معاصر يوافق مستجدات العصر، فقد خصص الزرقا جوانب من أبحاثه لمعالجة العديد من القضايا المستجدة، فكان فقيه عصره كما يسميه البعض، أو مجدد الفقه الإسلامي في العصر الحديث كما يطلق عليه البعض الآخر .

ولقد تفرد الشيخ مصطفى الزرقا بالعديد من المسائل أو رجحها بما يخالف فيها معاصريه من الفقهاء أو حتى المتقدمين منهم؛ حيث كان ممن يعتقد بأن مستجدات هذا العصر لا تخضع

لاجتهادات الفقهاء السابقين، وأنه لا ينبغي مقايسة المعاملات المستجدة على أنماط العقود والمعاملات السابقة؛ بل كان يرى - يرحمه الله - ضرورة إخضاعها لاجتهاد تراعى فيه القواعد والمصالح.

وقد حظيت نظرية العقد عنده باهتمام خاص لما لها من أهمية في تيسير حياة الناس ومعاملاتهم اليومية من جانب، وما استجد في ثورة المعاملات بصورها العصرية من جانب آخر. فكان له فيها ما يستحق البحث والتعمق.

وتأتي هذه الدراسة المتواضعة تحت عنوان (نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا دراسة فقهية مقارنة) كمحاولة لإلقاء الضوء على الخطوط العامة لنظرية العقد وما أنتجه الفقه المعاصر لدى الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - من إسهامات علمية وآراء فقهية فيما يتعلق بنظرية العقد، مقارنة بآراء الفقهاء المتقدمين .

أهمية الدراسة :

إن مجال النفع الممكن تحقيقه من هذه الدراسة ينصب على الأمور التالية :

الأول : أن يفد إليها المهتمون من أهل العلم للإفادة مما قد تتوصل إليه الدراسة فيما يتعلق بنظرية العقد بين القديم والحديث .

الثاني : تنوير المجتمع المسلم ليوفق في نظرية العقد بين الأصل والعصر .

الثالث : خدمة عامة للمسلمين للتعرف على صور من العقود المستجدة وأحكامها .

أسباب اختيار الموضوع :

لقد وقع اختيار الباحث على هذا الموضوع المهم في الفقه الإسلامي للمبررات التالية:

1. نظرية العقد بجزئياتها المختلفة تحظى باهتمام بالغ لدى الباحثين في مجال الفقه الإسلامي كونها تعالج موضوعاً مهماً وحيوياً يحتاجه الناس في حياتهم اليومية بشكل مستمر .
2. الحاجة الماسة للوقوف على أسباب اختلاف الفقهاء قديماً وحديثاً في كثير من العقود بين الإباحة والتحریم .
3. اختيار الشيخ مصطفى الزرقا نموذجاً للفقه المعاصر جاء نتاج أعماله الفقهية البارزة وما بذله - يرحمه الله - من جهد كبير ليظهر الفقه الإسلامي في حلة جديدة، و تجلى ذلك بوضوح في نتاجه العلمي بشكل عام ، وفي نظرية العقد لديه على وجه الخصوص .

أهداف الدراسة :

- تأتي هذه الدراسة لتضع القارئ في صورة من صور الفقه المعاصر مقارنة بالآراء الفقهية الأخرى، سعياً وراء تحقيق الأهداف التالية :
1. مقارنة نظرية العقد عند الشيخ مصطفى الزرقا والتي تحمل الطابع العصري بسابقاتها لدى الفقهاء القدماء.
 2. بيان منطلقات التجديد في فقه الشيخ مصطفى الزرقا فيما يتعلق بنظرية العقد.
 3. التعرف على ما تفرد به الزرقا في نظرية العقد.
 4. التعرف على صور من التكيف الفقهي لما يستجد من عقود.
 5. إبراز قيمة نظرية العقد في الفقه المعاصر.

منهج الدراسة :

- سيعتمد الباحث بمشيئة الله تعالى المنهج الاستقرائي التحليلي منهجاً لدراسته مرتكزاً على:
1. عرض أهم الموضوعات المتعلقة بنظرية العقد لدى المذاهب الفقهية بحسب الأقدمية، مقتصرراً على المذاهب الفقهية الأربعة، ومن ثم بيان رأي الشيخ مصطفى الزرقا فيها، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، ومناقشة الآراء ما أمكن مع الترجيح .
 2. الرجوع للمصادر الأصلية لمذاهب الفقهاء .
 3. آي القرآن الكريم الواردة في البحث ستوثق بذكر اسم السورة ورقم الآية في الحاشية.
 4. تخريج الأحاديث والحكم عليها باستثناء ما ورد ذكره في الصحيحين.
 5. التعريف بالمصطلحات الواردة في البحث بالرجوع للمعاجم وكتب أصول الفقه، وكتب المذاهب الأربعة المعتمدة.
 6. فيما يتعلق بالإحالة للمراجع، فستحال إن شاء الله إلى الكتاب مع ذكر اسم مؤلفه والجزء والصفحة في الحواشي، على أن يتم التوثيق بالكامل في قائمة المراجع.
 7. عند الإتيان بوجه الدلالة دون توثيق يكون ذلك من فهم الباحث للدليل وصياغته.

الدراسات السابقة :

بحث فقهاؤنا القدامى - يرحمهم الله جميعاً - (نظرية العقد) تحت مسميات مختلفة في أبواب فقه المعاملات، وناقشوا مسائل مختلفة من المعاملات والعقود والمعاوضات في هذا الباب؛ حيث لم يكن شائعاً لديهم مصطلح النظرية .

وفيما يخص عنوان دراستنا بتخصيص المقارنة بين فقه أحد المعاصرين مع غيره في " نظرية العقد " لم يتناول أحد الموضوع بالبحث والإفاضة - بحسب علم الباحث واطلاعه - لا سيما لدى الشيخ مصطفى الزرقا. وإن كتب الله للدراسة التمام ستكون بإذن الله الدراسة البكر في هذا المجال.

خطة الدراسة : تتألف خطة البحث بعد المقدمة من : فصل تمهيدي، وأربعة فصول، وخاتمة.

الفصل التمهيدي : الشيخ الزرقا وماهية العقد. وفيه ستة مباحث :

- المبحث الأول : التعريف بالشيخ مصطفى الزرقا.
- المبحث الثاني: مظاهر اهتمام الشريعة الإسلامية بالعقود وتنظيم معاملات البشر.
- المبحث الثالث : ماهية العقد عند الفقهاء القدامى.
- المبحث الرابع : ماهية العقد عند الشيخ مصطفى الزرقا.
- المبحث الخامس : صيغة العقد.
- المبحث السادس : شروط انعقاد العقد.

الفصل الأول : الإرادة العقدية. وفيه أربعة مباحث :

- المبحث الأول : تعريف الإرادة العقدية .
- المبحث الثاني : أقسام الإرادة العقدية.
- المبحث الثالث : خفاء الإرادة الحقيقية وانتفاؤها والاشتباه فيها.
- المبحث الرابع : سلطان الإرادة العقدية.

الفصل الثاني: آثار العقد وعيوب الرضا. وفيه ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : الآثار العامة للعقود.
- المبحث الثاني : عيوب الرضا المرافقة لولادة الإرادة .
- المبحث الثالث : عيوب الرضا الطارئة بسبب اختلال تنفيذ العقد.

الفصل الثالث : انتهاء العقود. وفيه ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : انحلال العقد.
- المبحث الثاني : بطلان العقد.
- المبحث الثالث : انقضاء الالتزام.

الفصل الرابع : أقسام العقود وصورها. وفيه مبحثان :

- المبحث الأول : تصنيف العقود:

▪ أولاً : بالنظر إلى التسمية.

▪ ثانياً : بالنظر إلى الصحة.

- المبحث الثاني : صور من العقود الحديثة وآراء الزرقا فيها.

▪ أولاً : عقد التأمين

▪ ثانياً : عقد الاستصناع

الفصل التمهيدي

الشيخ الزرقا وماهية العقد

وفيه سبعة مباحث :

- المبحث الأول : التعريف بالشيخ مصطفى الزرقا.
- المبحث الثاني : مظاهر اهتمام الشريعة الإسلامية بالعقود وتنظيم معاملات البشر.
- المبحث الثالث : ماهية العقد عند الفقهاء القدامى.
- المبحث الرابع : ماهية العقد عند الشيخ مصطفى الزرقا.
- المبحث الخامس : صيغة العقد .
- المبحث السادس : شروط انعقاد العقد.

المبحث الأول

التعريف بالشيخ مصطفى الزرقا (1)

الشيخ مصطفى أحمد الزرقا أحد علماء سوريا، ومن أبرز علماء الفقه في العصر الحديث، واحد رواد النهضة الإسلامية في القرن الماضي، أطل على العالم الإسلامي في وقت كان يئن تحت نير الاستعمار الإنجليزي والفرنسي الذي أدى إلى تراجع البلاد، وانهارها سياسياً واقتصادياً واجتماعياً وفكرياً.

مولده وأسرته :

ولد الشيخ مصطفى الزرقا بمدينة حلب في سورية عام 1322هـ، الموافق 1904م، في بيت علمٍ وصلاح. فوالده هو الفقيه الشيخ أحمد الزرقا مؤلف (شرح القواعد الفقهية)، وجدّه العلامة الكبير الشيخ محمد الزرقا، وكلاهما من كبار علماء المذهب الحنفي، في حلب الشهباء، وقد سماها الشيخ علي الطنطاوي بسلسلة الذهب في العلم.

طلبه للعلم :

حفظ القرآن منذ صغره في الكتاتيب على يد الشيخ أحمد الحجار يرحمه الله، ثم قرأ على الشيخ محمود سعيد السنكري علوم اللغة العربية، وتلقى بعد ذلك تعليمه الابتدائي في مدرسة فرنسية. وصار أمره إلى المدرسة (الخسروية) ، وفي هذه المدرسة التقى كبار العلماء وأخذ عنهم. نال شهادة البكالوريا الأولى في شعبة العلوم والآداب وحصل على الدرجة الأولى على طلاب سورية. توجه إلى دمشق عام 1929م، ونال البكالوريا الثانية في شعبة الرياضيات والفلسفة ثم التحق بالجامعة السورية. في عام 1933م، تخرج من كليتي الحقوق والآداب معا وأحرز الدرجة الأولى ثم حاز عام 1947م، دبلوم الشريعة الإسلامية من كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول (جامعة القاهرة حالياً).

(1) انظر ، فتاوى مصطفى الزرقا، مجد أحمد مكي ، ص 21-32 . وانظر ، ويكيبيديا الموسوعة الحرة على الرابط <http://ar.wikipedia.org/wiki/>

شيوخه وأساتذته :

يأتي في مقدمة أساتذته وشيوخه: والده وجده الفقيهان الكبيران يرحمهما الله. درس عليهما الفقه الحنفي، وقواعد الأحكام العدلية.

ومن شيوخه العلامة الفقيه النحوي الشيخ: أحمد المكتبي الشافعي توفي 1342هـ، درس عليه شرحه لجوهرة التوحيد (المنهاج السديد) و(رسالة التوحيد) للشيخ محمد عبده، كما درس عليه التفسير والبلاغة.

ومنهم أيضاً الشيخ: محمد الحنفي المتوفى بجدة سنة 1342 هـ، وهو من أعظم شيوخه تأثيراً فيه. والعلامة المؤرخ المحدث الشيخ: محمد راغب الطباخ توفي 1370 هـ، درس عليه الحديث والسيرة النبوية.

ومن مشايخه أيضاً أمين الفتوى بحلب الشيخ أحمد الكردي توفي 1373هـ، الذي قرأ عليه النحو والفقه الحنفي، وكذلك قرأ الفقه والحديث النبوي على الشيخ إبراهيم السلقيني الجد المتوفى 1367هـ، وقرأ التفسير على الشيخ أحمد الشماع المتوفى 1362 هـ، وقرأ البلاغة وعلوم العربية على علامة عصره في هذا الميدان الشيخ محمد الناشد توفي 1362هـ، ومن مشايخه أيضاً الشيخ عيسى البيانوني توفي 1362هـ، كما حضر في دمشق أثناء دراسته الجامعية دروس العلامة المحدث الكبير الشيخ محمد بدر الدين الحسني. ودرّسه في الشام أيضاً: الشيخ عبد القادر المبارك، وعبد القادر المغربي، وسليم الجندي، وشاعر الشام شفيق جبيري.

أشهر تلامذته : استمر الشيخ الزرقا في التدريس في جميع المحافل العلمية، لمدة تزيد عن الأربعين

سنة، وقد نبغ من تلاميذه كثيرون كان من أشهرهم:

- الشيخ المحدث عبد الفتاح أبو غدة.
- الفقيه الحنفي الشيخ محمد الملاح.
- اللغوي الأديب عبد الرحمن رأفت باشا.
- الفقيه الأصولي الشيخ الدكتور محمد فوزي فيض الله.
- الشيخ أحمد مهدي الخضر.
- الشيخ طاهر خير الله.

وظائفه :

عمل الشيخ مصطفى الزرقا يرحمه الله في مجالات متعددة :

- عمل مدرساً في كلية الحقوق عام 1944م، في الجامعة السورية إلى 1966م، حيث أحيل للتقاعد.
 - وفي عام 1945م، عمل محاضراً في كلية الشريعة.
 - تولى رئاسة لجنة موسوعة الفقه الإسلامي في كلية الشريعة بجامعة دمشق (1955م).
 - اختارته وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت سنة (1966م) خبيراً للموسوعة الفقهية فيها، وبقي في الكويت خمس سنوات قائماً بهذه المهمة.
 - درّس في الجامعة الأردنية في كلية الشريعة، وذلك عام 1971م وظل بها حتى عام 1989م.
- وشارك أيضاً في عدد من المجمع الفقهي، واللجان القانونية منها:**
- مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.
 - المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي.
 - مجلس المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية.
 - (مؤسسة آل البيت - في عمان).
 - كان عضواً في اللجنة الثلاثية التي وضعت مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري عام 1952م.
 - كان رئيساً للجنة الثلاثية التي وضعت مشروع قانون موحد للأحوال الشخصية لمصر وسورية خلال عهد الوحدة عام 1959م.
 - انتخب في المجلس النيابي السوري نائبا عن مدينة حلب عام 1954م وأسندت إليه وزارتا العدل والأوقاف عامي 1956 و 1962م.

أقوال العلماء في علمه :

ويقول الدكتور القرضاوي في مقدمة الفتاوى: "قد يختلف بعض العلماء مع الشيخ فيما انتهى إليه من نتائج وأحكام، ولكن لا يمكن أحدهم أن يشك في أصالة ملكته الفقهية، وقدرته على التأصيل والتفريع، وبراعته في المناقشة والاستدلال، فهو لا شك فقيه الأمة في هذه المرحلة: فقيه في فهم النصوص، فقيه في فهم المقاصد، فقيه في فهم الواقع. والحقيقة أنني رأيتُه نسيج وحده في فقه الواقع -

ولا سيما في المعاملات - وله بصيرة متميزة في التمييز بين المتشابهات وإدراك الفوارق الدقيقة بين الأشياء التي يغفل عنها كثير من العلماء⁽¹⁾.

حصل على جائزة الملك فيصل العالمية للدراسات الإسلامية عام 1404هـ، تقديراً لإسهاماته المميّزة في مجال الدراسات الفقهية، وخاصة كتابه: "المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي". وقال عنه الأستاذ عبد القادر عودة وهو يقدم لكتابه المدخل الفقهي العام: "اعتصم الفقه الإسلامي من طالبه في المتون، وتحصن في الشروح، واستعصى على طلابه في اللغة المغلقة والأسلوب العقيم، وكان كل من له إلمام بالفقه الإسلامي، وكل من عانى من قراءة كتبه، يود أن توطأ للناس هذه الكتب حتى تتيسر لهم قراءتها، وتسهل عليهم دراستها، وحتى يستطيعوا أن يوازنوا بين الفقه الحديث وبين الفقه الإسلامي العتيق؛ ذلك الفقه الغني بموضوعاته ونظرياته واصطلاحاته، المتميز بدقته وقوته، ليكون لهم من هذه الموازنة ما يزيد ثقافتهم، ويوسع آفاقهم، ويفتح أعينهم، ويوجههم إلى الطريق المستقيم"⁽²⁾.

مؤلفاته : اهتم الشيخ الزرقا بإصدار سلسلتين علميتين فقهيتين قانونيتين:

الأولى: السلسلة الفقهية: وعنوانها العام: "الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد"، وقد بلغت أجزاءها أربعة مجلدات: الجزء الأول والثاني: "المدخل الفقهي العام" والجزء الثالث: "المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي"، والجزء الرابع: "العقود المسماة في الفقه الإسلامي : عقد البيع".
الثانية: السلسلة القانونية: وتتألف من ثلاث مجلدات في: "شرح القانون المدني السوري". وقد حوت هذه السلسلة مقارنات كثيرة بالفقه، وأبرزت بوضوح ما يتميز به الفقه الإسلامي من إحاطة ودقة وشمول.

وله أيضاً:

- أحكام الأوقاف.
- في الحديث النبوي.
- الاستصلاح والمصالح المرسلّة في الفقه الإسلامي.
- الفعل الضار والضمان فيه.

(1) فتاوى مصطفى الزرقا، مجد أحمد مكي ، ص 8.

(2) انظر، المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا ، ص 5.

- نظام التأمين، والرأي الشرعي فيه.
- الفقه الإسلامي ومدارسه (بتكليف من منظمة اليونسكو).
- رسالة بعنوان: عظمة محمد مجمع العظمت البشرية.
- عقد الاستصناع وأثره في نشاط البنوك الإسلامية.
- صياغة شرعية لنظرية التعسف في استعمال الحق.
- ديوان شعر، بعنوان: قوس قزح.

ومن أواخر ما صدر له فتاوى مصطفى الزرقا: التي جمعها تلميذه الشيخ مجد مكي وكان قد عرضها عليه في حال حياته من عدد من الدوريات، وما اجتمع لدى الشيخ من إجابات على أسئلة يُسأل عنها، كما قدّم لها الدكتور يوسف القرضاوي بمقدمة ممتعه.. وقد لقي هذا العمل استحساناً وثناءً من جلة أهل العلم والفضل.

وله العديد من البحوث المنشورة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

منهجه العلمي : يقوم منهجه على أسس هي⁽¹⁾:

- الاستقلال في الفهم والبعد عن العصبية المذهبية.
- التخفيف والتيسير والبعد عن الحرج بضوابطه الفقهية.
- تطبيق مبدأ سد الذرائع.
- الأخذ بفقه الضرورة.
- التعليل للحكم الفقهي.
- ذكر الحكم الديني بجانب الحكم القضائي.
- الاستدلال بالقواعد الفقهية والأصولية.
- إحالة المستفتي إلى كتاب يستوفي الموضوع.
- سؤال إخوانه من أهل العلم.
- إيجاد البدائل الشرعية للأوضاع المحرمة.
- تقييد الفتوى بقيود وضوابط.

وفاته : وافته المنية - يرحمه الله - يوم السبت 19 ربيع الأول 1420 هـ، الموافق 3 يوليو

1999م، بعد أذان صلاة العصر وهو جالس ينقح الفتاوى ويبوبها.

(1) فتاوى مصطفى الزرقا، مجد أحمد مكي ، ص 32.

المبحث الثاني

مظاهر اهتمام الشريعة الإسلامية

بالعقود وتنظيم معاملات البشر

إنَّ أكمل الشرائع وأشملها رعاية لمصالح العباد في كل زمان ومكان هي الشريعة الإسلامية التي ختم الله بها الشرائع، لتكون شريعة الخلق كافة ومنهج حياة شاملاً إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، قال تعالى : ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾⁽¹⁾، فقد جاءت الشريعة الإسلامية تنظم للناس العبادات والمعاملات والسلوك والأخلاق وسائر شؤون حياتهم، وتميزت عن غيرها كونها ليست مجرد طقوس تعبدية يمارسها الناس في دور العبادة ثم تنتهي بالخروج من الأماكن المخصصة لذلك، فالمسلم لا تنقطع علاقته مع شريعته بمجرد الخروج من المسجد؛ إنما ينتقل من عبادة لأخرى ومن دائرة لغيرها، فميدان المعاملات الواسع يمثل ساحة التطبيق العملي للشريعة الإسلامية الغراء والتي بدورها حددت الإطار الشرعي للتعامل بين البشر في شتى المجالات محققة العدل برسمها للخطوط العريضة بكليتها والدقيقة في بعض الأحيان بما يكفل تنظيم وترتيب معاملات الناس بكل صورها من معاوضات وتبرعات ومشاركات وغيرها.

فكما أن على المؤمن أن يسير في عبادته على الحدود الشرعية بلا تجاوز ولا تقصير فكذلك يجب عليه أن يسير على الحدود الشرعية في معاملة الناس من بيع وشراء، وتأجير واستئجار، ورهن وارتهان، وغير ذلك؛ لأن الكل شريعة الله، فهو مسؤول عن المعاملة بين الناس كما هو مسؤول عن عبادة الله سبحانه وتعالى .

والمنتبع لأي القرآن الكريم يلحظ مدى اهتمام الشريعة الإسلامية بتنظيم معاملات البشر لا سيما وأن أطول آية فيه هي آية الدين والتي هي صورة من صور معاملات البشر في بيعهم وشرائعهم الحاضر والمؤجل وبيان وسائل حفظ ذلك من كتابة وإشهاد ورهن ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... ﴾⁽²⁾، وبين الترغيب والترهيب، والوعد والوعيد، والأمر والنهي وردت آيات كثيرة جلها يهدف إلى تنظيم العلاقة بين البشر في مجال المعاملات ووضع ضوابط شرعية لها وصولاً لتحقيق العدل والمساواة والرضى بين الأطراف المتعاقدة ، فعلى سبيل المثال يقول الله تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كُلْتُمْ وَزِنُوا بِالْقُسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾⁽³⁾، فهذا ترغيب في العدل

(1) المائدة : 3.

(2) البقرة : 282.

(3) الإسراء : 35.

يقابله ترهيب من الجور كما في قوله جل وعلا: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ﴾ الذين إذا اکتالوا على الناس يستوفون ﴿وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وُزِنُوهُمْ يُخْسِرُونَ﴾ (1).

ولقد ألزمت الشريعة الإسلامية المسلمين بالوفاء بعقودهم ديانةً، تجلى ذلك في أمر الله سبحانه وتعالى في مطلع سورة المائدة بقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾ (2)، وكذا الوفاء بالعهد في قوله جل وعلا: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ (3).

وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلح حرم حلالاً ، أو أحل حراماً ، والمسلمون على شروطهم ، إلا شرطاً حرم حلالاً ، أو أحل حراماً" (4). ويتبين لنا من قوله صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم) تأكيد على وجوب الوفاء بالعقود.

وقد حث الإسلام أصحاب الحقوق على توثيق حقوقهم بطرق التوثيق المختلفة كالكتابة أو الشهادة أو الرهن كما جاء في قول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَسَامُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾ (5)، وقوله جل في علاه: ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ (6).

وفي قوله أشهدوا إذا تبايعتم تشريع للإشهاد عند البيع ولو بغير دين إذا كان البيع غير تجارة حاضرة ، وهذا إكمال لصور المعاملة ، فإنها إما تداين ، أو آيل إليه كالبيع بدين، وإما تتاجز في تجارة وإما تتاجز في غير تجارة كبيع العقار والعروض في غير التجرة. (7)

(1) المطففين : 1- 3.

(2) المائدة : 1.

(3) الإسراء : 34.

(4) أخرجه الترمذي في سننه ، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، حديث 27/1352,3 . وقال : هذا حديث حسن صحيح.

(5) البقرة : 282.

(6) البقرة : 282.

(7) التحرير والتنوير، الطاهر بن عاشور، ، 116/3.

المبحث الثالث

ماهية العقد عند الفقهاء القدامى

تعريف العقد لغة واصطلاحاً :

أولاً : العقد في اللغة :

يطلق العقد في اللغة على معانٍ كثيرة منها:

الربط، والشد، والتوثيق، والإحكام، والقوة، والجمع بين الشئيين، وعقدت البناء بالجص ، ألزقته. وعقد التاج فوق رأسه واعتقده، عصبه به⁽¹⁾.

وقال ابن فارس: " العين والقاف والذال أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق"⁽²⁾.

ويقال : "عقدت البيع أي: أبرمته ووثقته ، وعقد النكاح وعقدته، إحكامه وإبرامه"⁽³⁾، ومن ذلك

قول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النَّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾⁽⁴⁾، وقوله جل في علاه : ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النَّكَاحِ ﴾⁽⁵⁾.

ونلاحظ مما سبق أنه ومع تعدد معاني العقد في اللغة إلا أنها اتفقت فيما بينها على معنى

واحد يدور حول ربط وتوثيق الأشياء بعضها ببعض .

ثانياً : العقد في الاصطلاح :

لم يفرد الفقهاء القدامى باباً للعقد مستقلاً بذاته ؛ إنما يذكرونه في معرض حديثهم عن أي من

عقود البيع، أو النكاح، والإجارة، وغيرها من عقود المعاوضات.

وفيما يلي نظرة الفقهاء العامة للعقود والتي يتبدى فيها أن للعقد في الاصطلاح الفقهي

معنيان: أحدهما عام والآخر خاص.

الأول: العقد بمعناه العام :

المعنى العام يطلق على: " كل التزام تعهد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله التزام آخر

أم لا، وسواء كان التزاماً دينياً كالنذر أو دنيوياً كالبيع ونحوه"⁽⁶⁾.

(1) لسان العرب، ابن منظور، 296/3

(2) معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا، 86/ 4

(3) المصباح المنير، الفيومي ، 250؛ لسان العرب، ابن منظور، 298/3.

(4) البقرة : 235.

(5) البقرة : 237.

(6) القواعد لابن رجب: القاعدة الثانية والخمسين ، ص78

فأما أن ينشأ عن ارتباط إرادتين، كالبيع، والشراء، والنكاح، أو بإرادة منفردة كالهبة، والطلاق، والوصية، وهذا ما أشار إليه الجصاص بقوله: "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقده وعلى غيره فعله، على وجه إلزامه إياه"⁽¹⁾.

وقد ذهب كثير من المفسرين إلى أن العقد المراد بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽²⁾ إنما هو عام يشمل جميع ما ألزم الله سبحانه وتعالى عباده به من أحكام وتكاليف، وما يعقدونه بينهم من عقود ومعاملات مما يجب الوفاء به، وقد سمّاها عقوداً؛ لأنه جل في علاه ربط عباده بها كما يربط الشيء بالشيء بالحبل الموثق⁽³⁾.

الثاني : العقد بمعناه الخاص :

أولاً : تعريف الحنفية للعقد :

ذكر الكمال تعريف العقد بقوله "مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر. أو كلام الواحد القائم مقامهما"⁽⁴⁾.

ومعنى قوله : (كلام الواحد القائم مقامهما)؛ كبيع القاضي مال اليتيم ليتيم آخر، أو شرائه له. وقال صاحب العناية في تعريف العقد "ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يظهر أثره في المحل"⁽⁵⁾. فالارتباط الحكمي بين الإيجاب والقبول أمر لا يتحقق وجود العقد بدونه فإذا قال شخص لآخر: بعثك هذا العقار بألف دينار، وقال الآخر قبلت: فقد ألزم الأول نفسه بتمليك العقار للذي قبل نظير أن يدفع المشتري مبلغ ألف دينار، وبالتالي يكون المشتري قد ألزم نفسه بأن يكون للبائع من ماله ألف دينار مقابل تملكه للعقار.

وقد نتج الالتزام من الطرفين في هذا العقد والذي يترتب عليه تبادل الملك في العوضين من ارتباط كلام أحدهما بكلام الآخر حيث يملك المشتري العقار مقابل ملكية البائع للثمن. ويسمى الربط الحاصل بين الإيجاب والقبول على هذا الوجه انعقاداً .

(1) أحكام القرآن، الجصاص ، 294/2.

(2) المائدة : 1.

(3) أحكام القرآن، الجصاص ، 294/2؛ روح المعاني، الألويسي ، 48/3 .

(4) فتح القدير: 187/3، وحاشية ابن عابدين، 3/3.

(5) العناية على هامش فتح القدير، البابرتي ، 47/5.

ثانياً : تعريف العقد عند المالكية :

يقول القرافي في الفروق⁽¹⁾: "اعلم أن الأصل في العقود اللزوم لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات، ويناسب ذلك اللزوم دفعاً للحاجة، وتحصيلاً للمقصود غير أن مع هذا الأصل انقسمت العقود إلى قسمين :
أحدهما : إن التصرف المقصود بالعقد يحصل عقب العقد، كالبيع، والإجارة، والنكاح، والهبة، والصدقة، وعقود الولايات .

ثانيهما : لا يستلزم مصلحته مع اللزوم، بل مع الجواز وعدم اللزوم. وهو خمسة عقود: الجعالة⁽²⁾، القراض، المضاربة، الوكالة، تحكيم الحاكم ما لم يشرع في الحكومة" .
ونلاحظ هنا أنه أطلق العقد على التصرف الذي يتم بإرادة واحدة حيث سمي كلاً من الصدقة، والهبة عقداً .

ثالثاً : تعريف العقد عند الشافعية :

ذكر الشيخ زكريا الأنصاري في كتابه التحرير أن العقد نوعان⁽³⁾:
الأول : ينفرد به عاقد واحد، وهو النذور، واليمين، والحج، والعمرة والوقف.
والآخر: يعتبر فيه عاقدان .
واعتمد الزركشي في كتابه المنثور تعريف العقد بأنه : " هو ربط أجزاء التصرف؛ أي الإيجاب والقبول شرعاً"⁽⁴⁾.

رابعاً : تعريف العقد عند الحنابلة :

يطلق العقد عند الحنابلة بمعناه الخاص على كل اتفاق تم بين إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله، فهو لا يتحقق إلا من طرفين أو أكثر.⁽⁵⁾

الخلاصة:

بعد أن أوردنا معنى العقد عند الفقهاء نرى أن المناط في وجود العقد عند جمهور الفقهاء هو التحقق من وجود إرادتي العاقدين وتوافقهما على إنشاء التزام شرعي بينهما بما يدل على ذلك من عبارة

(1) الفروق، القرافي ، 4 / 31 .

(2) الجعالة : هي " التزام عوض معوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله". انظر، معني المحتاج ، الشريبي، 2/429.

(3) متن التحرير، زكريا الأنصاري، 1 / 94 .

(4) المنثور في القواعد الفقهية ، الزركشي، 2/397.

(5) القواعد لابن رجب: القاعدة الثانية والخمسين ، ص78

أو غيرها، وكثيراً ما يطلق العقد على ما يتم به الارتباط بين العاقدين من كلامين أو كتابتين، أو غير ذلك مما يدل على توافقهما على التزام شرعي.

فيسمون مجموع بعت كذا بكذا ، وقبلت ذلك : بعقد البيع.

فهذا هو العقد عند الفقهاء في أكثر إطلاقه لا يعنون به في أكثر عباراتهم إلا الالتزام الذي ينشأ بين طرفين، أو ما يتم به هذا الالتزام من عبارة أو كتابة أو فعل أو غير ذلك.

علاقة المعنى اللغوي بالمعنى الاصطلاحي:

مما سبق يتضح لنا أن هناك علاقة وطيدة بين العقد بمعناه اللغوي من جهة، والاصطلاحي بالمعنى العام والخاص من جهة أخرى؛ حيث جاءت التعريفات تدور حول توثيق وربط الإرادات على وجه الإلزام كما رأينا، وهذا متفق تماماً مع المعنى اللغوي الذي يدور حول الربط والشد والإحكام والتوثيق .

المبحث الرابع

ماهية العقد عند الشيخ مصطفى الزرقا

"العقد ضرب من تصرفات الإنسان"⁽¹⁾. بهذه العبارة افتتح الشيخ مصطفى الزرقا حديثه عن العقد حيث يبدو واضحاً أنه يفرق بين العقد والتصرف ، معرّفاً هذا الأخير - أي التصرف - أنه : "كل ما يصدر عن شخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية"⁽²⁾. معتبراً إياه أعم من العقد مطلقاً وقد عزى ذلك للأسباب التالية⁽³⁾:

1. لأن التصرف لا يختص بالأقوال فحسب؛ بل يشمل الأفعال، وينقسم إلى قولي وفعلي. والفقهاء يطلقون التصرف على ما يشمل عمل الإنسان في ملكه سواء أكان بعقد يجريه عليه، أو بالانتفاع المباشر فيه استعمالاً وهدماً وبناءً ... إلخ
 2. إن التصرف القولي يشمل أقوالاً لا تدخل في مفهوم العقد ولو بمعناه الواسع، كالدعوى، والإقرار، فهي لا تعد عقوداً بوجه من الأوجه ، لكنها تصرفات قولية يترتب عليها أحكام. ولم ينفرد الزرقا - يرحمه الله - بتعريف خاص به للعقد؛ لكنه اكتفى بتعريف المجلة للعقد في اصطلاح الفقهاء بقوله: "هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"⁽⁴⁾. وهو لم يبتعد بذلك عن تعريف الأحناف السابق له.
- ويرى - يرحمه الله - أن العقد مصدر من مصادر الالتزام، فهو سبب من الأسباب الشرعية وتترتب عليه أحكام كونه عمل إرادي مشترك يقوم على التراضي، ويربط جانبيين من الأشخاص بأحكامه الشرعية التي تمثل جملة الحقوق والالتزامات التي يُنشئها العقد في موضوع معين⁽⁵⁾.

(1) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 379 .

(2) انظر، المرجع السابق، ص 379.

(3) انظر، المرجع السابق، ص 380-381.

(4) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 381-382 ؛ مجلة الأحكام العدلية ، المادة 103،104.

(5) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 399.

المبحث الخامس صيغة العقد

تعريف الصيغة لغة واصطلاحاً:

أولاً : الصيغة في اللغة :

تطلق الصيغة في اللغة على عدة معانٍ منها⁽¹⁾:

1. الكذب والتزوير : يقال رجل صواغ : يصوغ الكلام ويصوره، وربما قالوا: فلان يصوغ الكذب.
2. حسن العمل : فمن المجاز أن يقال : صاغ الله تعالى فلاناً صيغة حسنة، أي: خلقه خلقاً حسنة، وهو حسن الصيغة، أي حسن العمل.
3. ترتيب الحديث وسبكه : يقال : صاغ شعراً وكلاماً أي وضعه ورتبه. وصاغ الشيء: هيأه على مثال مستقيم وسبكه عليه فانصاغ.

ثانياً: الصيغة في الاصطلاح :

يمكن تعريف الصيغة اصطلاحاً بأنها:"الألفاظ والعبارات التي تعرب عن إرادة المتكلم ونوع تصرفه"⁽²⁾، فهي تطلق في الاستعمال الفقهي على الألفاظ والعبارات التي يتركب منها العقد، أي العبارات المتقابلة التي تدل على اتفاق الطرفين وتراضيهما على إنشاء العقد، وهي ما يعرف بالإيجاب والقبول.

علاقة المعنى اللغوي بالمعنى الاصطلاحي:

إذا ما تقابلت العبارات بين طرفين فلا بد لها من نسيج وسبكة وحياسة وترتيب تصل به إلى تحقيق المراد من هذا التقابل؛ وهذا ما يبرهن التوافق والانسجام بين التعريفين اللغوي والاصطلاحي للصيغة لا سيما إذا اعتمدنا الصيغة بمعناها اللغوي (ترتيب الحديث وسبكه)، وبذلك تتضح العلاقة الوثقى بين التعريفين.

(1) لسان العرب، ابن منظور، 442/8 ؛ تاج العروس، الزبيدي، 533/22.

(2) الموسوعة الفقهية ، 153/28.

مكونات الصيغة (الإيجاب والقبول):

تعريف الإيجاب والقبول لغة واصطلاحاً :

الإيجاب لغة : مصدر أوجب، بمعنى ألزم، ووجب البيع يجب وجوباً، أي: لزم وثبت، ويقال: أوجب الرجل إذا عمل عملاً يوجب له الجنة أو النار⁽¹⁾.

والقبول في اللغة : من قبل الشيء قبولاً، إذا رضيته، وقبول الشيء محبته والرضا به وميل النفس إليه. يقال : قبل الهدية ونحوها، وقبلت الخبر : صدقته، وقبل الله الدعاء: استجابته⁽²⁾.

الإيجاب والقبول اصطلاحاً:

اختلف الفقهاء في تعريف الإيجاب والقبول اصطلاحاً على النحو التالي :

أولاً : الحنفية⁽³⁾: ذهبوا إلى أن الإيجاب : هو ما صدر أولاً من العاقد أياً كان منهما . والقبول: هو ما صدر عن العاقد الآخر أياً كان .

ثانياً : الجمهور⁽⁴⁾ (المالكية والشافعية والحنابلة) : فالإيجاب عندهم: ما يصدر من المملّك كالبائع والمؤجر والزوجة سواء صدر أولاً أم ثانياً . أما القبول: فهو ما يصدر عن المتملك كالمشتري والمستأجر والزوج سواء صدر أولاً أم ثانياً .

رأي الشيخ الزرقا في المسألة :

لم يفرد الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - اختلاف الفقهاء في تعريفهم للإيجاب والقبول بعنوان مستقل؛ لكن يتجلى موقفه بتبنيه مذهب الأحناف في المسألة - والذي هو مذهبه في الأساس- في معرض حديثه عن توافق الإيجاب والقبول بقوله: "ففي عقد البيع لو أوجب المشتري بقوله : هذا عليّ بألف، فقال البائع : قبلت، أو أوجب البائع بقوله : هو لك بألف إن وافقك أو أعجبك أو إن أردت، فقال المشتري: وافقني أو أعجبني أو أردت، ينعقد البيع بكل هذه العبارات"⁽⁵⁾.

(1) لسان العرب، ابن منظور، 793/1 ؛ مختار الصحاح، الرازي، ص 608 ؛ المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ص1012.

(2) لسان العرب، ابن منظور، 534/11 ؛ المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ص712.

(3) فتح القدير، للكمال بن همام ، 344/3. وحاشية الشلبي على تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي، (3/4).

(4) انظر، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ابن عرفة الدسوقي، 3/3. والمجموع، للنووي، 165/7. والمغني ، لابن قدامة ، 561/3، والموسوعة الفقهية، (203/7 و202/30).

(5) المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 410.

الراجح :

يترجح للباحث في هذه المسألة ما ذهب إليه الحنفية ووافقهم فيه الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - حيث أن رأي الجمهور اعتمد على أن موضع التملك ينصب على العين، وأن المالك هو البائع والمؤجر والزوجة. وهذا الأمر بحاجة إلى تدقيق أكثر حيث أن المشتري كذلك يملك الثمن والمستأجر يملك الأجرة، والزوج يملك المهر. فكل من البائع والمشتري، والمؤجر والمستأجر، والزوج والزوجة، كل أولئك مملك وملك في آن واحد، وعليه فإن ما يصدر أولاً يكون الإيجاب دائماً، وكذلك ما يصدر ثانياً يكون القبول دائماً. ولا معنى للتفريق بينهما لا سيما وأن كلاهما في حقيقة أمر مملك وملك كما سبق توضيحه. لذلك ما ذهب إليه الحنفية هو الراجح والله أعلم.

مسألة : هل هناك ألفاظ مخصوصة يتعين الإتيان بها دون غيرها في صيغة العقد؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على النحو التالي:

أولاً : الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾: ذهبوا إلى أن العقود بصيغة عامة تتم بكل لفظ يدل عليها، وهو اختيار

ابن تيمية⁽³⁾ وتلميذه ابن القيم⁽⁴⁾ واستدلوا على ذلك بما يلي :

1. قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾⁽⁵⁾ .

وجه الدلالة : تدل الآية الكريمة دلالة واضحة على أن الله سبحانه وتعالى اكتفى بالتراضي في العقود المالية.

2. قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾⁽⁶⁾.

وجه الدلالة : تدل الآية الكريمة على أن الله جل في علاه اكتفى بطيب النفس في التبرعات.

3. إن الأصل في المعاملات الإباحة ما لم يرد نص بالتحريم، وباستقراء مبيعات النبي ﷺ وتبرعاته، وكذلك صحابته الكرام من بعده كلها جاءت تدل على أنهم لم يكونوا يلتزمون بصيغة معينة بين الأطراف في ذلك كله. فقد ورد في السنة الصحيحة استعمال لفظ التملك للدلالة على النكاح في قوله ﷺ للرجل الذي طلب الزواج من المرأة التي جاءت واهبة نفسها للنبي، ولم يكن له بها حاجة ﷺ فقال له: " قد ملكتها بما معك من القرآن " ⁽⁷⁾.

(1) انظر ، بدائع الصنائع، للكاساني 229/2.

(2) انظر ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ابن عرفة الدسوقي، 221/2 ، 2/3 .

(3) القواعد النورانية الفقهية ، لابن تيمية ، ص 105.

(4) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، 218/1.

(5) النساء : 29.

(6) النساء : 4.

(7) صحيح البخاري ، كتاب اللباس ، باب خاتم الحديد ، حديث رقم 5871 ، 157/7 .

ثانياً : الشافعية⁽¹⁾ وجمهور الحنابلة⁽²⁾: فقد فرقوا بين عقود البيع ونحوها من العقود المالية والتي يجوز انعقادها عندهم بكل لفظ يدل على المقصود دلالة واضحة، وبين عقد النكاح الذي لا يجوز عندهم إلا بلفظي النكاح والزواج وما يشتق منهما لمن يفهم العربية ، وأما الذين لا يفهمون العربية فيصح الزواج بالعبارة التي تؤدي إلى معناه . ودليلهم في ذلك أن عقد النكاح له خطورته ، ويحمل معنى التعبد بتكثير المسلمين وإحصان الفرج ، وانه لم يرد في القرآن الكريم سوى هذين اللفظين (النكاح والزواج).

ثالثاً : الظاهرية⁽³⁾ ورواية عن الإمام أحمد⁽⁴⁾: قالوا بأن العقود محصورة فيما ورد به الشرع فقط. واستندوا في ذلك إلى أن الأسماء كلها توقيف من الله سبحانه وتعالى، إضافة إلى أن أهل الظاهر يرفضون القياس.

رأي الشيخ الزرقا في المسألة :

من الواضح أن الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - رجح الرأي الأول حيث جاء في كتابه المدخل إلى الفقه العام أنه لا فرق بين أن تكون دلالة اللفظ على العقد المقصود دلالة حقيقية أو مجازية، وأن الجلاء والوضوح يتحقق في طريقي الحقيقة والمجاز. وكذلك فإن البيع ينعقد بلفظ الهبة المقرون بالثمن، فلو قال أحد المتعاقدين : وهبتك هذا بكذا درهم، فقبل الآخر، ينعقد البيع. وكذا ينعقد النكاح بلفظ الهبة أو الصدقة أو ما يفيد الملك الدائم إذا قرن بالمهر، بأن تقول المرأة للرجل مثلاً : وهبتك نفسي على مهر قدره كذا، فيقبل الرجل⁽⁵⁾.

الراجح:

يترجح للباحث ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول ووافقهم عليه الشيخ مصطفى الزرقا وذلك لقوة الأدلة التي استندوا إليها، أما استثناء أصحاب الرأي الثاني لعقد الزواج لأن فيه معنى التعبد فاستدلال ضعيف - في وجهة نظر الباحث - لا سيما وأن الزواج بمعناه الخاص لا يعتبر عبادة؛ وإنما يتفق مع سائر عقود المعاملات على أنه (عبادة بالمعنى العام) إذا ما ابتغى به العاقد وجه الله سبحانه

(1) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشهاب الدين أحمد الرملي، 211/6، و مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الشرييني ، 5/2 ، 140-131/3.

(2) شرح منتهى الإرادات، البهوتي، 11/3 ، وكشاف القناع، البهوتي، 146/3 ، 37/5.

(3) المحلى ، لابن حزم ، 350/8.

(4) الإتنصاف ، المرادوي ، 264/4.

(5) انظر ، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 406.

وتعالى، أما أصحاب الرأي الثالث واستدلّاهم بأن الأسماء كلها توقيف من الله جل وعلا؛ فهذا القول لا دليل له خاصة وأن الناس يستعملونها في دائرة المعاملات وليست في دائرة العبادات وعادة ما تكون مما تعارف عليه الناس.

المبحث السادس شروط انعقاد العقد

تعريف الشروط لغة واصطلاحاً :

أولاً : الشروط في اللغة :

الشروط : جمع شرط والشرط بسكون الراء لغة: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه. والجمع شروط وشرائط⁽¹⁾. ويأتي بمعنى العلامة⁽²⁾ ومنه أشرط الساعة كما في قوله تعالى: ﴿فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ﴾⁽³⁾.

ثانياً : الشروط في الاصطلاح:

للشرط عند الأصوليين عدة تعريفات منها :

- ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته⁽⁴⁾.
- عرفه الشاطبي بأنه : " ما كان وصفاً مكملاً لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط"⁽⁵⁾.
- عرفه الشيرازي في شرح اللمع بأنه: " ما لا يتم المشروط إلا به"⁽⁶⁾.

الخلاصة:

من جملة التعريفات السابقة للشرط نرى أنّ المشروط لا يمكن أن يوجد دون الشرط، ولكن وجود الشرط لا يعني بالضرورة وجود المشروط، فمن الممكن أن يشترط الطرفان في العقد شرطاً ولا ينفذ لتنازل المشروط له مثلاً، أو لعدم استيفائه موجبات الشرط.

علاقة المعنى اللغوي للشرط بمعناه الاصطلاحي:

إن المعنى اللغوي للشرط ليس بعيداً عن معناه الاصطلاحي؛ حيث إن الأخير يدور في فلك الأول، فكل التعريفات الاصطلاحية تدور حول معنى لزوم الشيء ووصفه، وهو نفسه الذي جاء في المعنى اللغوي إذ أن الشرط هو العلامة كما سبق.

(1) لسان العرب، ابن منظور ، 329/7.

(2) التعريفات، الجرجاني ، 166/1.

(3) محمد: 18.

(4) جمع الجوامع في أصول الفقه ، السبكي ، ص50.

(5) الموافقات ، الشاطبي، 193/1.

(6) شرح اللمع ، الشيرازي، 412/2.

الشروط العامة للعقد:

هناك شروط عامة للعقود ينبغي أن تتوفر في كل عقد، وشروط أخرى خاصة تختص بعقود دون غيرها، وشروط العقد بالمجمل تتعلق بمكونات العقد الأساسية وهي: (الصيغة، والعاقدين، والمعقود عليه). وقد عد الشيخ مصطفى الزرقا سبعة شرائط عامة لانعقاد العقد هي⁽¹⁾:

- أهلية العاقدين.
- قابلية محل العقد لحكمه.
- أن لا يكون العقد ممنوعاً بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان.
- أن يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به.
- أن يكون العقد مفيداً.
- بقاء الإيجاب صحيحاً إلى وقوع القبول.
- اتحاد مجلس العقد.

ولتوضيح ما سبق من شروط نناقشها بحسب ترتيبها فيما يلي :

أولاً : أهلية التعاقد⁽²⁾ :

الأهلية هي: "صلاحية الشخص للإلزام والالتزام"⁽³⁾، والمراد بها أن يكون العاقدان متمتعين بالصفات التي تسوّغ لهما شرعاً مباشرة العقد⁽⁴⁾.

وتثبت الأهلية لدى المتعاقدين بأمرين :

- **العقل** : العقل مناط التفكير والتمييز، ولا تعبر أقوال المجنون ولا أفعاله عن إرادته، لأنه لا إرادة له في الحقيقة⁽⁵⁾.
- **التمييز** : إن الصبي غير المميز لا يصح عقده، فالشخص المميز هو الذي يدرك ويفهم عبارته وما يقصد بها وما قد يترتب عليها من التزامات⁽⁶⁾.

(1) المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 425-426.

(2) تقسم الأهلية إلى قسمين : أهلية الوجوب، وأهلية الأداء . ويقصد بأهلية الوجوب: صلاحية المكلف لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه. أما أهلية الأداء فالمقصود بها : صلاحية المكلف لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً. انظر، شرح التلويح على التوضيح ، التفتازاني ، 161/2.

(3) الملكية ونظرية العقد ، محمد أبو زهرة ، ص302.

(4) المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 426.

(5) المرجع السابق ، ص 425-426.

(6) انظر ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ، عثمان بن علي الزيلعي 191/5، ومواهب الجليل، الحطاب 31/6 ، والشرح الكبير، ابن قدامة المقدسي 222/5.

واختلف الفقهاء في تصرف الصبي المميز على قولين :

القول الأول : ذهب أبو حنيفة والمالكية والحنابلة في رواية : إلى أن تصرف الصبي المميز بإذن وليه تصرف صحيح⁽¹⁾. وأدلتهم في ذلك جاءت على النحو التالي:

أ. من القرآن الكريم قول الله عز وجل : ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة : في الآية السابقة طلب من الله سبحانه وتعالى لأولياء اليتامى بأن يختبروا رشدهم، وهذا لا يتأتى إلا بتركهم يتصرفون في البيع والشراء ونحوهما ليُعلم هل تغيروا أم لا⁽³⁾.

ب. القياس : فالصبي المميز محجور عليه تصح تصرفاته بإذن وليه، ويكون تصرفه صحيحاً كتصرف العبد⁽⁴⁾.

القول الثاني : ذهب الشافعية والحنابلة في رواية : إلى عدم صحة تصرف الصبي المميز⁽⁵⁾. واستدلوا على قولهم بما يلي :

- القياس : فقد قاسوا الصبي المميز على غير المميز من حيث التكليف، فكلاهما غير مكلف، وعليه لا يصح تصرفهما⁽⁶⁾.

- المعقول : فالعقل خفي لا يمكن الوقوف على الحد الأدنى الذي يصح به التصرف؛ لذلك وضع له الشارع ضابطاً وهو البلوغ، فلا تثبت أحكام العقلاء له قبل وجود المظنة⁽⁷⁾.

الترجيح:

الراجح فيما سبق هو صحة تصرف الصبي المميز بإذن وليه لقوة أدلة القائلين بذلك، وكذلك لو قلنا بعدم صحة تصرف الصبي المميز بإذن وليه لوقع الناس في حرج وضيق، حيث أنهم يحتاجون إليهم في البيع والشراء في محلاتهم .

ويفرق الشيخ مصطفى الزرقا بين انعدام الأهلية ونقصانها، فلا ينعقد العقد مع انعدام الأهلية، وتختلف آثار نقصانها في أنواع العقود⁽⁸⁾ .

(1) انظر ، بدائع الصنائع ، الكاساني 223/5، و مواهب الجليل، الحطاب 31/6 ، والشرح الكبير، ابن قدامة المقدسي 222/5.

(2) النساء : 6.

(3) انظر، الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي 25/3.

(4) انظر، مواهب الجليل، الحطاب 31/6 . والشرح الكبير، ابن قدامة المقدسي 222/5.

(5) انظر، الوسيط ، الغزالي 61/2 . والشرح الكبير، ابن قدامة المقدسي 222/5.

(6) انظر، المرجع السابق.

(7) انظر، المرجع السابق.

(8) المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 426.

ثانياً: قابلية محل العقد لحكمه:

يجب أن يكون المعقود عليه قابلاً لحكم العقد ومقتضاه، بحيث يمكن تطبيق مقتضى العقد عليه، فلا ينعقد بيع ما ليس بمال شرعاً كالجيفة مثلاً، ولا تصلح الأموال التي يتسارع إليها الفساد كالخضروات محلاً لعقد الرهن لأنها لا تقبل حكمه من حبس المرهون حتى يستوفى الدين في الميعاد المحدد.

وإن المعقود لو كان منفعة مال لا يعتبرها الشارع كاستئجار السلاح لقتل الغير بغير حق، أو منفعة غير مالية حرمها الشارع كاستئجار البغايا أو النكاح المحرم، أو عملاً نهى الشارع عنه كاستئجار شخص ليقتل بغير حق، فكل ذلك وأمثاله لا يتم العقد عليه ولا تنترب عليه آثاره⁽¹⁾.

ثالثاً: أن لا يكون العقد ممنوعاً بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان:

إن كل عقد يصدر ولا يوجد من يملك حق إجازته وإنفاذه عند صدوره، يكون باطلاً. وإن العقد الممنوع شرعاً تحت طائلة البطلان يعتبر في نظر الفقهاء غير مشروع من أصله، منافياً للنظام الشرعي العام⁽²⁾.

وقد يعود سبب المنع فيه إلى طريقة العقد كبيع الملامسة⁽³⁾، والمنابذة⁽⁴⁾. أو يعود إلى محل العقد كالمخدرات للاستعمال المحرم، وكالاستئجار على فعل المعاصي وارتكاب الجرائم، أو موضوع العقد كالتبرع من مال القاصر. فكل هذه العقود باطلة مهما كان سبب المنع الشرعي فيها بعد أن يكون المنع تحت طائلة البطلان صراحة في النص أو استنتاجاً أو قياساً⁽⁵⁾.

رابعاً: أن يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به:

هناك شروطاً خاصة ببعض العقود دون غيرها، كالشهود مثلاً في عقد النكاح؛ فإن الإشهاد فيه شرطاً دون غيره. فإلى جانب الشروط العامة لا ينعقد عقد النكاح إلا بالشهود، وهذا شرط خاص به دون غيره.

(1) انظر، الملكية ونظرية العقد، احمد فراج حسين، ص 158. والفقهاء الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي 177/4. والملكية ونظرية العقد، محمد أبو زهرة ص 294. والمدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا ص 426-427.

(2) انظر، بدائع الصنائع، الكاساني 149/5-150. والمدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا ص 427.

(3) الملامسة: كأن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ليلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية وهذا بأن يكون مثلاً في ظلمة أو يكون الثوب مطوياً مرتباً يتفقان على أنه إذا لمسه فقد باعه منه وفساده لتعليق التمليك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس. انظر، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، ابن عابدين، 65/5.

(4) المنابذة: أن يبيد كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولا ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النذ بيعاً. انظر، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، ابن عابدين، 65/5.

(5) انظر، المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا ص 427.

وكذلك العقد العيني⁽¹⁾، لا ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول فقط؛ بل يجب تسليم الشيء محل العقد. وهكذا فإن لبعض أنواع العقود شروطاً خاصة إضافة للشروط العامة ينبغي توافرها لانعقاد العقد بشكل صحيح⁽²⁾.

خامساً : أن يكون العقد مفيداً:

أي أن لا تكون المنفعة التي سيحققها العقد واجب شرعي، فلا يعتبر التعاقد على عوض يأخذه أحد العاقدين مقابل أمر واجب عليه شرعاً بدون عقد كالنفقة مثلاً، أو مثل الامتناع عن عن شرب الخمر والزنا، فهو ملزم شرعاً بهذا الامتناع من غير حاجة إلى عقد⁽³⁾.

سادساً : بقاء الإيجاب صحيحاً إلى وقوع القبول:

ذكر الشيخ مصطفى الزرقا أن رجوع الموجب عن إيجابه قبل أن يقبل الطرف الآخر مبطل للإيجاب، فلا يعتبر القبول بعده⁽⁴⁾. وعليه إذا استمر بقاء الإيجاب صحيحاً إلى وقوع القبول انعقد البيع وتم أما إن اعترضه معترض بأن رجوع الموجب عن إيجابه أو حدث له ما يقدح في أهليته كموت أو جنون فإن العقد لا يتم بفقدان أحد شرطيه وهو الإيجاب، فلا يصادف القبول إذا وقع بعد ذلك ما يرتبط به.

غير أن رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول مسألة اختلف فيها الفقهاء على مذهبين:
المذهب الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة⁽⁵⁾: إلى جواز رجوعه لأنه يملك حق الرجوع عنه ما دام لم يقيد بالقبول، لأن الالتزام لم ينشأ بعد؛ إذ هو ارتباط إرادتين ولم يحصل هنا الارتباط بمجرد الإيجاب.

المذهب الثاني : ذهب المالكية⁽⁶⁾: إلى التفريق في هذا الإيجاب بين عقود التبرعات وعقود المعاوضات. فقالوا بوجود الالتزام في التبرعات لأنها معروف ومن ألزم نفسه معروفًا لزمه الوفاء به، كما قالوا بمثل ذلك في عقود المعاوضات التي تمت بصيغة الماضي فإن الموجب التزم بإيجابه فلا

(1) **العقد العيني:** هو الذي لا بد فيه لتمام انعقاده وترتيب أثره من تسليم الشيء المعقود عليه عيناً. وهو يشمل عقوداً خمسة: هي الهبة والإعارة والإيداع والرهن والقرض، انظر، **الفقه الإسلامي وأدلته**، وهبة الزحيلي، 4/599.

(2) انظر، **المدخل الفقهي العام**، مصطفى الزرقا ص 430.

(3) انظر، **المرجع السابق**، ص 431.

(4) انظر، **المدخل الفقهي العام**، مصطفى الزرقا ص 431.

(5) انظر، **بدائع الصنائع**، الكاساني 5/135، **والمجموع**، للنووي، 9/169، **والمغني**، لابن قدامة، 6/10.

(6) انظر، **مواهب الجليل**، الخطاب 4/240.

يجوز له الرجوع عنه حتى يقبل الطرف الآخر أو يرفض، وإذا كان الإيجاب بصيغة المضارع فإنه يحلف أنه ما أراد البيع بل كان مازحاً فيجوز له الرجوع.

وحجتهم في ذلك أن الموجب قد أثبت لمن وجه إليه الإيجاب حق القبول والتملك بموجب إيجابه ، فإذا قبل وتملك فقد استعمل حقه الذي ثبت له ، وإذا أعرض فقد ترك حقه وتنازل عنه ، وبذلك يسترد الموجب حريته ، ولهذا لا يجوز للموجب الرجوع عن إيجابه كيلا يسقط حقاً ثبت لغيره.

وقد رد الجمهور بأن الإيجاب إذا ترتب عليه حق للطرف الآخر فهو حق مؤقت لا يقع إلا برضا الموجب ، فله أن يرجع عنه إذا أراد وخاصة أن هذا الحق يعارضه حق أقوى منه وهو حق المالك في أن يتحكم بملكه ويمنعه عن غيره ، وإذا تعارض حقان قدم أقواهما⁽¹⁾.

الترجيح :

الراجح - في نظر الباحث - ما ذهب إليه الجمهور ووافقهم عليه الشيخ مصطفى الزرقا عليه كما يتبدى لنا ، وذلك لقوة دليلهم ، وأنه لا معنى للإلزام الموجب بإيجابه ما لم يحدث قبول. والله أعلم.

سابعاً : اتحاد مجلس العقد :

عرفت المجلة العدلية مجلس العقد بأنه : " الاجتماع الواقع للعقد "⁽²⁾. ويعرف الزرقا مجلس العقد بقوله : " مجلس العقد هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد، فيلغو الإيجاب إذا انفض المجلس قبل القبول، ولا ينعقد العقد بالقبول بعد ذلك؛ بل يعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً يبدأ به مجلس جديد"⁽³⁾. ويشترط لانعقاد العقد أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف المجلس لا ينعقد العقد، ويختلف مجلس العقد باختلاف حالة المتعاقدين وطبيعة العقد وكيفية التعاقد، فمجلس العقد في حالة حضور العاقدين غير مجلس العقد في حال غيابهما، كما أن مجلس العقد في حالة الإيجاب والقبول بالألفاظ والعبارة يختلف عنهما بالكتابة والرسالة⁽⁴⁾.

(1) انظر، بدائع الصنائع ، الكاساني 135/5. والعريز شرح الوجيز، الرافعي، 54/4.

(2) مجلة الأحكام العدلية ، المادة 181.

(3) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ص 432.

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية ، 215/30.

واختلف الفقهاء في اشتراط الفورية في القبول على النحول التالي:

أولاً: جمهور الفقهاء من (الحنفية والمالكية والحنابلة)⁽¹⁾ : ذهبوا إلى القول بأنه لا تشترط الفورية في القبول ما دام المتعاقدان في المجلس، فلا يضر عندهم التراخي بين الإيجاب والقبول إذا ما صدر في مجلس واحد. معتبرين ترك الفور ضرورة كما قال صاحب بدائع الصنائع؛ حيث أن القابل يحتاج إلى التأمل ، ولو اقتصر على الفور لم يمكنه ذلك.

ثانياً : الشافعية⁽²⁾: ذهبوا للقول بأنه يشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول بسكوت حتى لو كان سهواً أو جهلاً على المعتمد، كما يضر عندهم أن يتخلل كلام أجنبي عن العقد ولو يسيراً بين الإيجاب والقبول وإن لم يتفرقا لأن فيه إعراضاً عن القبول، وكذلك طول الفصل يخرج الثاني أن يكون جواباً عن الأول.

رأي الشيخ الزرقا في المسألة :

لقد علق الشيخ مصطفى الزرقا على الاجتهاد الشافعي باشتراط فورية القبول بعد الإيجاب بقوله : "وفي هذا ضيق وحرَج"⁽³⁾. مرجحاً بذلك ما ذهب إليه الجمهور؛ غير أنه لم يغفل عن أن الاجتهاد الشافعي قد أخذ بمبدأ خيار المجلس لكلا العاقدين بعد العقد في البيع وأشباهه من العقود اللازمة القابلة للفسخ، فيثبت لكل من الطرفين حق فسخ العقد ما دام في اجتماعهما لم يفترقا عن المجلس.

الترجيح :

يترجح للباحث ما ذهب إليه الشافعية في المسألة من اشتراط فورية القبول لأمرين:

الأول : تحقيق الفورية باتصال الإيجاب بالقبول يؤكد إرادة كل من العاقدين على التعاقد، وإبعاد أي شبهة قد تشوبها.

الثاني : الحديث عن إعطاء فرصة للقابل للتأمل يتحقق من خلال حقه في فسخ العقود القابلة لذلك ما دام المتعاقدين لم يفترقا عن المجلس، وهذا مستفاد من قول النبي ﷺ : "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا"⁽⁴⁾ .

(1) انظر، بدائع الصنائع ، الكاساني ، 137/5، ومواهب الجليل، الحطاب ، 40/4، وكشاف القناع، البهوتي، 41/5.

(2) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الشربيني ، 6/2.

(3) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ص 432.

(4) متفق عليه : صحيح البخاري ، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، حديث2110، 64/3. وصحيح مسلم ، باب الصدق في البيع والبيان،

حديث 3937 ، 10/5 .

الفصل الأول

الإرادة العقدية

وفيه أربعة مباحث :

- المبحث الأول : تعريف الإرادة العقدية .
- المبحث الثاني : أقسام الإرادة العقدية.
- المبحث الثالث : خفاء الإرادة الحقيقية وانتفاؤها والاشتباه فيها.
- المبحث الرابع : سلطان الإرادة العقدية.

المبحث الأول تعريف الإرادة العقدية

الإرادة لغةً : تطلق الإرادة في اللغة على معان عدة منها :

- **المشيئة** : قال الجوهري : المشيئة : الإرادة، ومثله في المصباح والمحكم وأكثر المتكلمين لم يفرقوا بينهما وإن كانتا في الأصل مختلفتين فإن المشيئة في اللغة : الإيجاد والإرادة : طلب⁽¹⁾.

- **القصد** : قد تأتي الإرادة بمعنى القصد، كقوله تعالى: ﴿تَلْكَ الدَّارُ الْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ وَلَا فَسَادًا وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ﴾⁽²⁾. أي لا يقصدونه ويطلبونه⁽³⁾.

وعن لفظ الإرادة كصفة في اللغة: فهي صفة توجب للحي حال وقوع الفعل منه على وجه دون وجه آخر، وبهذا فإنها صفة تخصص أمراً ما لحصوله ووجوده⁽⁴⁾، كما قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿إِنَّمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ﴾⁽⁵⁾.

ألفاظ ذات صلة بالإرادة :

وهنا لا بد لنا من أن نميز بين الإرادة وغيرها من المصطلحات الأخرى لغةً⁽⁶⁾:

- **الرضا** : يختلف الرضا عن الإرادة؛ حيث أن الرضا يمثل الرغبة في الفعل والارتياح إليه، فإرادة الفعل تكون قبله، أما الرضا فيكون إما ملازماً للفعل أو يأتي عقبه، فالرضا لا يطابق الإرادة إذاً لأن المرء قد يريد شيئاً مع أنه لا يرضاه، بمعنى أنه لا يرتاح إليه وبهذا فإن الرضا غير مرادف للإرادة.

- **التمني** : هناك فرقاً بين التمني والإرادة كذلك، حيث أن التمني يقع معناه في النفس عند فوات فعلٍ كان للتمني في وقوعه نفع أو في زواله ضرر مستقبلاً، أما الإرادة فلا تتعلق إلا بالمستقبل في حين أن التمني يجوز أن يتعلق بما لا يصح تعلق الإرادة به أصلاً.

(1) تاج العروس، الزبيدي، 1 / 1997.

(2) القصص : 83

(3) المفردات في غريب القرآن، الراغب الأصفهاني، ص207.

(4) انظر، التعريفات، الجرجاني، ص17.

(5) يس: 82.

(6) انظر، الفروق في اللغة، أبو هلال العسكري، ص116-119.

- الاختيار: كما وتختلف الإرادة عن الاختيار؛ فالاختيار إرادة الشيء بدلاً من غيره، حيث أن أصل الاختيار الخير، فالمختار هو المرید لخیر الشیئین فی الحقیقة أو خیر الشیئین عند نفسه من غیر إلیاء واضطرار، أما الإرادة فتكون لفعل لم یکن بالبال غیره⁽¹⁾.

دور الإرادة في إنشاء العقود :

من المتفق علیه أن الإرادة لها دور مهم فی تکیون العقود وإنشائها وإبرامها فی الشریعة الإسلامیة الغراء لأنها تعد العامل الأول والمهم فی إيجاد العقد لأنها رکن جوهری من أركان العقد، وهذه الإرادة تسمى فی الفقه الإسلامی باسم القصد أو النیة⁽²⁾.

هذا ولم یتعرض الشیخ مصطفى الزرقا لتعریف الإرادة العقدیة بشكل مباشر، وإنما ضمنه للقارئ فی ثنايا الحديث عن أقسام الإرادة والتي قسمها إلى إرادة ظاهرة وأخرى باطنة كما سیأتي الحديث عنها فی المبحث القادم.

(1) انظر، المرجع سابق، ص28.

(2) انظر، مصادر الحق فی الفقه الإسلامی، عبد الزق السنهوری، 1/104.

المبحث الثاني

أقسام الإرادة العقدية

يقسم الشيخ مصطفى الزرقا الإرادة إلى قسمين⁽¹⁾:

- حقيقية .
- ظاهرة.

وعبر عن الإرادة الحقيقية بقوله : هي الإرادة الباطنة التي لا يُطَّلَع عليها .
وأما الإرادة الظاهرة : فهي التي تبرز بالتعبير أو ما يقوم مقامه كالتعاطي⁽²⁾ . معرفاً إياها بأنها :
"التعبير عن الإرادة الحقيقية بكلام أو بفعل صادر عن المتعاقد المختار"⁽³⁾ .

والأصل أن تعبر الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة في العقود ؛ حيث إن الأخيرة هي الأصل في إنشاء العقود، فهي التراضي الدال عليه قول الله جل وعلا : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾⁽⁴⁾ ، ومتى تحقق ذلك بأن تطابقت الإرادتان كان العقد صحيحاً شرعياً .

وقد توجد إرادة باطنة - النية - دون إرادة ظاهرة تعبر عنها، وهذه لا تنتج عقداً بالأساس . لكن يبقى السؤال إذا ما وجدت الإرادة الظاهرة دون أن يصاحبها إرادة باطنة، بمعنى آخر قد يتم العقد في ظاهره الأركان والشروط المطلوبة، إلا أنه في حقيقته ينطوي على شكلٍ من أشكال التحايل على الحرام، ويكون ذلك باللجوء لوسيلة مشروعة وصولاً لغرض غير مشروع كبيع العنب لعاصره خمراً مثلاً . فما الحكم الشرعي للعقد عندئذ ؟

للفقهاء في هذه المسألة قولان :

الأول : ما ذهب إليه الحنفية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ : وهو الاعتداد بالإرادة الظاهرة في العقود، حيث أن الاعتداد بالإرادة الظاهرة في العقود يجعل ميدان المعاملات المالية أكثر استقراراً منه في حال تغليب النية والمرتبطة ببواعث داخلية قد تهدد المعاملات .

(1) انظر ، المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا ، ص435 .

(2) التعاطي : أن يتقاضى البائع والمشتري من غير صيغة ، أي إن البائع يعطي المبيع ولا يتلفظ بشيء ، والمشتري يعطي الثمن كذلك . انظر ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، 43/9 .

(3) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا ، ص436 .

(4) النساء : 29 .

(5) انظر ، بدائع الصنائع، الكاساني، 4/189 . وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الزيلعي ، 5/125 .

(6) انظر ، المجموع، النووي، 9/353 . ومغني المحتاج، الشربيني، 2/37-38 .

ويبقى العقد صحيحاً عندهم ما لم يصرح بالسبب أو الباعث على العقد، وذلك لاشتماله على أركان العقد الأساسية ، لكنه عند الحنفية مكروه كراهة تحريمية⁽¹⁾، وعند الشافعية حرام بسبب النية غير المشروعة.

الثاني : ما ذهب إليه المالكية⁽²⁾والحنابلة⁽³⁾: وهو مراعاة الإرادة الباطنة، فالباعث إذا كان مشروعاً فالعقد صحيح، أما إن كان غير مشروع فالعقد عندئذ باطل، فهم يقولون ببطان التصرف المشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يكون الطرف الآخر عالماً بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك من خلال القرائن الدالة عليه. وإلا فهو إعانة على الإثم والعدوان .
فيبطل عندهم أي عقد فيه تحايل كبيع العينة⁽⁴⁾ لما فيه من تحايل على الربا، وكذلك يبطل عندهم بيع العنب لعاصره خمراً، وإن كان في ظاهره قد أتم شروط العقد وأركانه.

رأي الشيخ الزرقا :

يقرر الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - أن الإرادة الظاهرة هي العامل في أصل انعقاد العقد، وفي تحديد حدوده وقيوده والالتزامية، وتثبت بها أحكام العقد دون الحاجة إلى البحث عن الإرادة الحقيقية الباطنة ما دامت في حيز الخفاء، وبذلك يكون قد رجح قول الحنفية والشافعية في المسألة⁽⁵⁾.

الترجيح :

يترجح للباحث ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من مراعاة للسبب والباعث في العقود، فمتى كان الباعث مشروعاً فالعقد صحيح، أما إن كان غير مشروع فالعقد عندئذ باطل، وذلك لسد باب التحايل على التشريع، ولئلا يتخذ الحلال طريقاً للحرام .

(1) الكراهة التحريمية : " ما ثبت النهي عنه شرعاً نهياً جازماً بدليل ظني " ، انظر، حاشية ابن عابدين ، 639/1.

(2) انظر ، بداية المجتهد، ابن رشد، 150/2. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ابن عرفة الدسوقي، 90-91.

(3) انظر ، المغني، ابن قدامة، 237/4. وإعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، 106/1-122.

(4) بيع العينة : " هو بيع من طلبت منه سلعة قبل ملكه إياها بعد شرائها، سميت بذلك لاستعانة البائع بالمشتري على تحصيل مقصده من

دفع قليل ليأخذ عنه كثيراً " . انظر ، الشرح الكبير للدردير، 88/3.

(5) انظر ، المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا ، ص437.

المبحث الثالث

خفاء الإرادة الحقيقية وانتفاؤها والاشتباه فيها

لا بد لنا وقبل التعرض للمصطلحات الثلاثة وأثرها في العقود من التمييز بينها من حيث المعنى:
- فالخفاء لغة⁽¹⁾ :

من خفي الشيء خفاءً، فهو خافٍ وخفي : لم يظهر. وخفاه هو وأخفاه : ستره وكتمه. ومنها قوله تعالى : ﴿وَإِنْ تُبَدُّوْا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخْفَوْهُ يُحَاسِبِكُمْ بِهِ اللَّهُ﴾⁽²⁾
- أما الانتفاء⁽³⁾ :

فمن النفي : ونفى الشيء ينفي نفيًا : تنحى، ويقال : السيل ينفي الغناء : يحمله ويدفعه.
- وأما الاشتباه⁽⁴⁾ فلغة من الشبه :

المثل، والشبهة : الالتباس . وأمور مُشْتَبِهَةٌ : مشكلة يشبه بعضها بعضاً. وبينهم أشباه أي أشياء يتشابهون فيها، وشبه عليه : خلط عليه الأمر حتى اشتبه بغيره.
وليس ببعيد المعنى اللغوي عن المعنى الاصطلاحي في كل من المصطلحات الثلاثة : (الخفاء، والانتفاء، والاشتباه)، وقد فرق الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - بين خفاء الإرادة، وانتفائها، والاشتباه فيها، على النحو التالي⁽⁵⁾ :

- خفاء الإرادة لا عبرة له، لأن الإرادة الظاهرة بالإيجاب والقبول قامت مقامها.
- وأما انتفاؤها فيفيد أن الإيجاب والقبول لم يعبرا تعبيراً صادقاً عن القصد إلى العقد.
- وأما الاشتباه فيها فهو حد وسط بين الخفاء والانتفاء عندما تكون الإرادة الحقيقية مفروضة الوجود ولا دليل على انتفائها، ولكنها مشوبة بعلّة مؤثرة تجعلنا في شك من موقف العاقد في الإقدام على العقد لولا تأثير إرادته بذلك المؤثر.
- ومن الملاحظ في هذا المقام أن قول الزرقا يرحمه الله القاضي بأن خفاء الإرادة لا عبرة له يرجع إلى ما رجحه من أن الإرادة الظاهرة هي العامل في أصل انعقاد العقد، وفي تحديد حدوده

(1) لسان العرب، ابن منظور ، 234/14.

(2) البقرة : 284.

(3) انظر ، لسان العرب، ابن منظور ، 336/15.

(4) المرجع السابق، 503/13-504.

(5) انظر ، المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا ، ص438

وقيوده الالتزامية ، حيث تثبت بها أحكام العقد دون الحاجة إلى البحث عن الإرادة الحقيقية الباطنة ما دامت في حيز الخفاء، وهو قول الحنفية والشافعية⁽¹⁾.
والجدير بالذكر أن خفاء الإرادة وانتفاءها والاشتباه فيها يقودنا للحديث عن ما يعرف بصورية العقود، وكذلك عيوب الرضا .

أولاً: صورية العقود :

الصورية في اللغة : من الصُّور، أي الميل⁽²⁾. والصُّورة : الشكل والهيئة، والحقيقة والصفة⁽³⁾.

الصورية في الاصطلاح : لم يعثر الباحث على تعريف مستقل للصورية كمصطلح في كتب الفقه؛ غير ما ذكر في وصف الحاليتين اللتين تتجلى فيهما صورية العقود عند الفقهاء وهما :
- حالة المواضعة والتلجئة .
- حالة الهزل.

وقد جاء تعريف المواضعة أو التلجئة على النحو التالي :

أولاً: عند الحنفية :

"هي أن يتوافق الطرفان على أنهما يتكلمان بلفظ البيع عند الناس، ولا يريدانه، واتفقا على البناء"⁽⁴⁾. فهما يعلنان ظاهرياً العقد، لكنهما لا يريدان تحقيق الأثر المترتب عليه.

ثانياً : عند المالكية :

إن قول ابن عرفة الذي أورده الحطاب في مواهب الجليل وعبارته : " وبيع المكره عليه ظلم لا يلزمه"⁽⁵⁾، يستفاد منه أن العاقد إذا ما أُلجئ للبيع بالإكراه ؛ فإن البيع صورياً ظاهرياً لا يلزمه.

(1) انظر ، بدائع الصنائع، الكاساني، 189/4. وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الزيلعي ، 125/5. و المجموع، النووي، 353/9. ومغني المحتاج، الشربيني، 37/2-38.

(2) انظر ، لسان العرب، ابن منظور ، 296/3.

(3) انظر ، مجمع مقاييس اللغة ، ابن فارس، 320/3.

(4) حاشية ابن عابدين ، ابن عابدين ، 507/4.

(5) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، الحطاب ، 45/6.

ثالثاً : عند الشافعية :

هو "اتفاق العاقدين على أنهما إذا أظهرتا العقد لا يكون بيعاً"⁽¹⁾. وهذا مفاده أنه طالما انتفت الإرادة الحقيقية للعقد كان العقد صحيحاً.

رابعاً : عند الحنابلة :

ذكر ابن قدامة في كتابه المغني في معرض حديثه عن بيع التلجئة قوله: " أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه، فيواطئ رجلاً على أن يظهر أنه اشتراه منه، ليحتمى بذلك، ولا يريدان بيعاً حقيقياً"⁽²⁾.

وليس بعيداً عما سبق جاء تعريف الشيخ مصطفى الزرقا للمواضعة حيث عرفها بقوله : "أن يتفق المتعاقدان سراً على خلاف ما سيعلنان"، وجعل لها صوراً ثلاثة هي : المواضعة في أصل العقد، وفي البذل، وفي الشخص.⁽³⁾

أما الهزل : فهو عند الفقهاء على النحو التالي :

أولاً : عند الحنفية :

" هو ما لا يراد به معنى "⁽⁴⁾. وفي تعريف آخر عندهم : "هو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ، ولا ما صح له اللفظ استعارة"⁽⁵⁾.

فالهزل إذا تكلم بصيغة العقد باختيار منه ورضاً، فهو لا يختار ثبوت الحكم عندئذ ولا يشترط رضاه⁽⁶⁾.

ثانياً : عند المالكية :

الهزل عندهم هو " قصد اللعب والمزح ، بمعنى أن يسبق لسانه قصد التكلم بغير لفظ ، فيزل ويتكلم به"⁽⁷⁾.

ويذهب بعض المالكية إلى أن عبارة الهازل لا اعتبار لها في إنشاء العقود، لأن الإرادة هي أساس العقد، وهي عند الهازل غير متحققة⁽⁸⁾.

(1) انظر ، المجموع ، النووي ، 405/9.

(2) المغني ، ابن قدامة ، 664/5.

(3) المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 441.

(4) كشف الأسرار على أصول المنار ، النسفي ، 292/2.

(5) حاشية ابن عابدين ، ابن عابدين ، 507/4.

(6) انظر ، المرجع السابق ، 507/4.

(7) انظر ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، الدسوقي ، 247/3.

(8) انظر ، المرجع السابق ، 247/3.

ثالثاً : عند الشافعية :

التعريف المشهور للهزل عند الشافعية هو ما جاء في النهاية وغيره من أن الهزل هو : " قصد اللفظ دون معناه"⁽¹⁾ ، فالهزل هو الذي يقصد اللفظ دون معناه ؛ أي دون حكم يترتب عليه.

رابعاً : عند الحنابلة :

يعرف الهزل عندهم بأنه : "إيجاد اللفظ من العاقل بإرادته وإن لم يقصد أثره " . وهو بمعنى اللغو عندهم⁽²⁾ .

ويؤيد ابن تيمية ما قرره الحنفية من أن الهزل أريد به غير ما وضع له اللفظ من معنى قائلاً : "الهزل هو الذي يتكلم بالكلام من غير قصد لموجبه وإرادة لحقيقة معناه؛ بل على وجه اللعب"⁽³⁾.

الخلاصة :

مما سبق فإن جمهور الفقهاء على أن الهازل غير قاصد لمعنى ما هزل به . ويتفق معهم الشيخ مصطفى الزرقا حيث جاء تعريفه للهزل بقوله : " هو كلام العابث اللاعب، أو المستهزئ الذي لا يقصد أن تترتب على كلامه أحكامه وآثاره الشرعية"⁽⁴⁾ . ويعتبر الزرقا يرحمه الله⁽⁵⁾ العقد الصوري باطلاً غير منعقد لانقضاء الإرادة الحقيقية منه، إلا في ثلاثة مواطن لم يقبل التشريع الإسلامي فيها صورية، وهي : النكاح، والطلاق، والعتاق، مستدلاً بقوله ﷺ : " ثلاث جدهن جدّ ، وهزلهن جدّ : النكاح والطلاق والعتاق"⁽⁶⁾.

ثانياً : عيوب الرضا ، والحديث عنها سيأتي مفصلاً بمشيئة الله تعالى في الفصل الثاني من هذه الدراسة .

(1) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الرملي، 443/6 ، و مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الشريبي، 288/3.

(2) انظر ،شرح منتهى الإرادات، البيهوتي، 128/3.

(3) انظر ،الفتاوى الكبرى، ابن تيمية ، 62/6.

(4) المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 445.

(5) انظر ،المرجع السابق، 1/ 446-447.

(6) رواه أبو داود في سننه ، باب الطلاق على الهزل ، حديث (2196) ، 225/2 . والترمذي في سننه ، باب ما جاء في الجد والهزل في

الطلاق ، حديث (1184) ، 427/4 . وابن ماجه في سننه ، باب من طلق أو راجع لآعباً ، حديث (2039) ، 440/3 . والحاكم في

المستدرک، کتاب الطلاق، 198/2 . وقال الترمذي عقب الحديث : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . وقال الحاكم : صحيح الإسناد .

المبحث الرابع سلطان الإرادة العقدية

إن مبدأ سلطان الإرادة العقدية كما يقول الشيخ مصطفى الزرقا موضوعه حرية إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجه ، وحدود تلك الحرية، أي مدى اعتبارها في نظر الشرع. وأن هذا المبدأ يتعلق بأربع حريات في النواحي العقدية هي : (1)

- حرية العاقد في أصل التعاقد مع غيره.
- حرية العاقد في إنشاء العقود والالتزامات بمجرد التراضي، دون تقييده بقيود شكلية ومراسم مخصوصة بحيث لا يعتبر تعاقدته إذا لم تتحقق صورها.
- حرية العاقد في إنشاء ما يشاء من أنواع العقود في حدود حقوقه الشخصية مهما كان موضوعها دون تقيد بأنواع العقود المسماة التي أقرها التشريع، ونظم لكل منها أحكاماً خاصة.

- حرية العاقد كذلك في تحديد آثار العقد المسمى وتعديل نتائجه الأصلية بين الطرفين المتعاقدين باشتراط ما يشاءان من شروط بحسب إرادتهما.

وعن موقف الاجتهادات الفقهية في النواحي الأربع السابقة فقد ذكر الزرقا أنها متفقة تماماً فيما يتعلق بمبدأ حرية التعاقد ورضائيته، وعلى القوة الإلزامية للعقد المشروع، وهذا ما ورد في الناحيتين الأولى والثانية.

أما الناحية الثالثة، وهي ترتيب آثار العقود، تكاد تكون جمهرة الاجتهادات متفقة على مبدأ عام، وهو أن ترتيب آثار العقود وأحكامها إنما هو في الأصل من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، فالشارع هو الذي ينظم هذه العقود ونتائجها في حقوق الناس، ويجعل كل عقد طريقاً إلى نتائج معينة يرتبها عليه.

أما الناحية الرابعة، وهي مدى حرية الشروط العقدية، أو مدى سلطان الإرادة في تحديد آثار العقد بين عاقديه، فهناك اجتهادات تعتبر أن الأصل الشرعي في حرية الشروط العقدية هو التقييد؛ وهي الاجتهادات التي تمسكت بنظرية مقتضى العقد. وأخرى تعتبر أن الأصل الشرعي في تلك الشروط هو الإطلاق (2).

(1) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 537.

(2) انظر، المرجع السابق، ص 547-553.

رأي الشيخ الزرقا :

وفيما سبق يرى الشيخ مصطفى الزرقا⁽¹⁾: أنه لا يصح القول في تشريع ما بأن أحكام العقود وآثارها إنما توجبها إرادة العاقد لا إرادة الشارع؛ بل هي في ظل كل تشريع يجب أن تعتبر من عمل الشارع لا من عمل العاقد. معللاً ذلك بأن ترتب حكم العقد وأثره على العقد والزام العاقد به كشرية له إنما هو اعتبار تشريعي صرف. كما أن كل إلزام للعاقد بنتيجة عقده لا يكون لولا إيجاب الشارع وإرادته الملزمة. ولا يصح اعتبار خلافه في الشرائع القانونية الوضعية. فالعقد يعتبر شريعة خاصة بين العاقدين في الفقه الإسلامي أيضاً ما دام فيه أن العقد قوة ملزمة شرعاً لعاقديه.

ويرى - يرحمه الله - أن الفارق بين التشريعين في هذا الموضوع ليس إلا مدى ما فوضه الشارع للعاقدين من سلطان على تعديل الأحكام التي قررها التشريع مبدئياً في كل عقد . وهذا يعني مدى حرية الشروط العقدية المعدلة لتلك الأحكام، وليس معناه أن العاقدين هما اللذان يشرعان آثار العقد ويوجبانها بينهما. فقد يخلو العقد من كل شرط ، وعندئذ لا شك في أن الأحكام التي تثبت إنما هي ما قرره التشريع من آثار لهذا العقد ، معلقاً بقوله : هل يعقل أن يقال: إن العقد تارة يوجب العاقدان آثاره بينهما، وتارة يوجبها التشريع؟!!

(1) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 547-553.

الفصل الثاني

آثار العقد وعيوب الرضا

وفيه ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : الآثار العامة للعقود.
- المبحث الثاني : عيوب الرضا المرافقة لولادة الإرادة، وفيه ثلاثة مطالب :
 - المطلب الأول : الإكراه.
 - المطلب الثاني : الخلاية.
 - المطلب الثالث : الغلط.
- المبحث الثالث : عيوب الرضا الطارئة بسبب اختلال تنفيذ العقد.

المبحث الأول الآثار العامة للعقود

معنى آثار العقد :

إن آثار العقود تعني : "التمكن من التصرف فيما هو له : كالبيع إذا صح العقد ترتب أثره من ملك وجواز التصرف فيه، من هبة، ووقف، وأكل، ولبس، وانتفاع، وغير ذلك، وكذلك إذا صح عقد النكاح، والإجارة، والوقف، وغيرها من العقود، ترتب عليها أثرها مما أباحه الشارع له به، فبنشأ ذلك عن العقد" (1).

وورد في منح الجليل أن آثار العقود تعني : "التمكن من البيع والهبة والأكل وغيرها من التصرفات" (2).

وعرفته الموسوعة الكويتية بأنه : " ما يترتب على العقد وما يهدف إليه العاقدان، وهي المقصود الأصلي للعاقدين من انعقاد العقد بينهما" (3).

وتختلف هذه الآثار حسب اختلاف العقود ، ففي عقود الملكية التي ترد على الأعيان - كالبيع والهبة والقرض - أثر العقد نقل الملكية من عاقد إلى آخر إذا استوفت أركانها وشروطها، سواء أكان بعوض - كما في عقد البيع فإنه ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، وملكية الثمن إلى البائع - أو بغير عوض كما في عقد الهبة .

وفي عقود المنفعة أثر العقد تمكين المنفعة أو إباحة الانتفاع من المعقود عليه بعوض كما في عقد الإجارة، أو بغير عوض كما في عقدي الإعارة والوصية .

وأما كونها عامة : فهي ما تشترك فيه العقود، جميعها أو معظمها، من أحكام ونتائج (4).
وللعقود آثار عامة تعتبر من النتائج الطبيعية الأصلية في معظم العقود والاتفاقات، وهي: **النفاذ، والإلزام والالتزام** .

وسنتعرض فيما يلي لكل منها بالتفصيل :

أولاً : النفاذ :

المعنى اللغوي للنفاذ: الجَوَازُ، وفي المحكم : جَوَازُ الشَّيْءِ والخُلُوصُ منه، ويقال: نَفَذَ السَّهْمُ مَنَ الرَّمِيَّةَ يَنْفِذُ نَفَاذاً (5).

(1) التحبير شرح التحرير في أصول الفقه ، المرادوي ، 1090/3.

(2) منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، محمد عيش، 25/5.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية ، 239/30.

(4) انظر، الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي، 586/4.

(5) تاج العروس، الزبيدي، 486/9.

المعنى الاصطلاحي: يطلق النفاذ عند الفقهاء على مضي العقد دون توقف على الإجازة أو الإذن⁽¹⁾.

تعريف الشيخ الزرقا لنفاذ العقد:

جاء تعريف الزرقا لنفاذ العقد فيما نصه : " أن العقد منتج نتائجه المرتبة عليه شرعاً منذ انعقاده"⁽²⁾. فنفاذ البيع مثلاً معناه أنه بمجرد انعقاده صحيحاً قد نقل ملكية المبيع إلى المشتري وملكية الثمن إلى البائع، وأوجب بين الطرفين سائر الالتزامات الأخرى التي أنشأها، كوجوب التسليم والتسلم، وضمان العيب في المبيع إن ظهر فيه عيب، إلخ...

علاقة المعنى اللغوي بالمعنى الاصطلاحي :

من الملاحظ توافر الرابط القوي بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي لمفهوم النفاذ حيث أن كلاً منهما يشير إلى تحقق النتائج المترتبة على الفعل.

شروط النفاذ :

إنّ العقد وإن كان مستوفياً لأركانه وشروط صحته لا تترتب عليه آثاره بالفعل إلا بشروط تسمى في عرف الفقهاء بشروط النفاذ. ويجمعها أن يكون لكل من العاقدين الحق في إنشاء العقد، ويتحقق ذلك بكمال أهليتهما مع وجود صفة شرعية تجيز لهما إنشاء هذا العقد. وكمال الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل، والصفة هي الأصالة أو الولاية أو الوكالة.

وعكس النفاذ هو الموقوف والذي سنتناول تفصيله فيما يلي :

تعريف الموقوف:

أولاً: في اللغة : من الوقف، وهو: الحبس، ويقال للموقوف : (وقف) من باب إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول والموقوف : كل ما حبس بوجه من الوجوه⁽³⁾.

ثانياً: في الاصطلاح : هناك تعريفات متعددة للموقوف في اصطلاح الفقهاء، نذكر منها :
- " أن يوجد الركن مع وجود شرط الانعقاد والأهلية لكن لم يوجد شرط النفاذ وهو الملك والولاية"⁽⁴⁾.

(1) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 5/3336.

(2) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 498.

(3) انظر، لسان العرب ، ابن منظور ، 2/752.

(4) انظر، تحفة الفقهاء ، السمرقندي ، 2/34.

- " ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ، ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير"⁽¹⁾.

تعريف الشيخ الزرقا للعقد الموقوف :

عرفه الزرقا بأنه : " العقد الذي لا ينتج حكمه منذ انعقاده؛ بل إنه -رغم انعقاده صحيحاً - تكون آثاره الخاصة النوعية وسائر نتائجها الحقوقية متوقفة، أي معلقة محجورة لا تتحقق ولا تسري لوجود مانع يمنع تحققها وسريانها شرعاً"⁽²⁾.
وبهذا فإن الشيخ الزرقا - يرحمه الله - لم يبتعد كثيراً عن التعريفات السابقة للعقد الموقوف؛ غير أنه ضمن التعريف تفصيلاً أكثر دقة، بالإضافة لحكمه عليه بالصحة ، والذي تبين من قوله: (رغم انعقاده صحيحاً).

علاقة المعنى اللغوي بالاصطلاحي:

إن التعريفات المتعددة للمعنى الاصطلاحي للعقد الموقوف عند الفقهاء تدور حول معنى التأخير، والحجز، والحبس. مما يؤكد مدى الانسجام بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للعقد الموقوف.

حكم العقد الموقوف :

اختلف الفقهاء في حكم العقد الموقوف إلى قولين:

القول الأول : ما ذهب إليه (الحنفية والمالكية والشافعية في القديم ورواية عن الحنابلة)⁽³⁾: أن العقد الموقوف عقد صحيح، ويتوقف نفاذه على إجازة صاحب الحق في الإجازة.

ودليلهم في ذلك كما يلي :

أولاً: من القرآن الكريم :

- قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾⁽⁴⁾

- وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾⁽⁵⁾

(1) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، شيخي زاده، 39/2.

(2) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 498.

(3) انظر، تبیین الحقائق ، للزليعي 102/4-103، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدريبر، 10/3-11، ومغني المحتاج إلى معرفة

ألفاظ المنهاج ، محمد الشربيني الخطيب، 15/2 ، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي ، 4/283.

(4) البقرة : 275.

(5) النساء : 29.

- وقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ (1).

وجه الدلالة : تدل الآيات السابقة بأن الله سبحانه وتعالى شرع البيع والشراء والتجارة ابتغاء الفضل من دون فصل بين ما إذا وجد المالك بطريق الأصالة ، أو الوكالة في الابتداء، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء ، وبينت وجود الرضا في التجارة عند العقد وبعده ، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل (2).

ثانياً: من السنة :

استدلوا من السنة بحديث عروة البارقي: " أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار فجاء بشاة ودينار، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه" (3).

وجه الدلالة : يدل الحديث على أن النبي ﷺ قد أذن لعروة البارقي رضي الله عنه أن يشتري شاة، ولم يأذن له في أن يبيع ما يشتريه، فكان بيعه بيعاً فضولياً، ومع ذلك لم يبطل النبي ﷺ العقد، بل أقره . فدل على أن مثل هذا التصرف يكون صحيحاً وينتج أثره بالإقرار أو الإجازة (4).

ثالثاً : القياس :

قاسوا التصرف الموقوف على وصية المدين بدين مستغرق ، وكبيع المرهون فإنه ينعقد موقوفاً على إجازة المرتهن، وعلى العقد المشروط الذي فيه الخيار لأن الوصية من المدين بدين مستغرق لماله تتوقف على إجازة المستحق ، فالوصية تصرف صحيح ولا حكم له في الحال، وكذلك البيع المشروط فيه الخيار تصرف صحيح ولا حكم له في الحال حتى يتحقق كمال الرضا بين المتعاقدين (5).

القول الثاني : ما ذهب إليه (الشافعية في المشهور عندهم ورواية عند الحنابلة) (6): أن العقد الموقوف باطل ولا يصح بالإجازة.

(1) الجمعة : 10.

(2) انظر، بدائع الصنائع ، الكاساني ، 5/ 148-149.

(3) صحيح البخاري، كتاب المناقب، حديث رقم 3642 ، 207/4 .

(4) انظر، تبيين الحقائق ، للزيلعي 4/103، وفتح القدير ، للكامل بن همام ، 5/309 وما بعدها.

(5) انظر، الفروق، للقرافي، 3/44، والمجموع، للنووي، 9/262، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي ، 4/283.

(6) انظر، المجموع، للنووي، 9/261، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، 4/283.

ودليلهم في ذلك : ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : " لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك " (1).

واستدلوا كذلك بأن الفضولي أحد طرفي البيع، فلم يقف البيع على الإجازة كالقبول، ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، كالسمك في الماء والطير في الهواء (2).

رأي الزرقا في المسألة :

إن الناظر لتعريف الزرقا - يرحمه الله - للعقد الموقوف والذي يقول فيه : "هو العقد الذي لا ينتج حكمه منذ انعقاده؛ بل إنه -رغم انعقاده صحيحاً - تكون آثاره الخاصة النوعية وسائر نتائجها الحقوقية متوقفة، أي معلقة محجورة لا تتحقق ولا تسري لوجود مانع يمنع تحققها وسريانها شرعاً" (3). يتبين له ودون أدنى شك بأنه يتبنى الرأي الأول القاضي بأن العقد الموقوف عقد صحيح، ويتوقف نفاذه على إجازة صاحب الحق في الإجازة.

الرأي الراجح :

يترجح للباحث مما سبق الرأي الأول حيث قوة ما استند إليه من أدلة من القرآن والسنة والقياس، إضافة لكونه يوقف نفاذ العقد على إجازة صاحب الحق في ذلك .

ثانياً: الإلزام واللزوم:

الإلزام واللزوم لغة (4) : مَصْدَرٌ لَزِمَ يَلْزِمُ، وَلَازِمٌ لِرَازِمًا، وَالْمَفْعُولُ: مَلْزُومٌ. ومنها قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ فَسَوْفَ يَكُونُ لِزَامًا ﴾ (5).

الفرق بين اللزوم والإلزام في اللغة : أن اللزوم لا يكون إلا في الحق يقال لزم الحق ولا يقال لزم الباطل، والالزام يكون في الحق والباطل يقال ألزمه الحق وألزمه الباطل (6) .

(1) أخرجه أبو داود ،باب في الطلاق قبل النكاح ، حديث رقم 2192، 224/2. وقال الألباني: حسن. انظر، إرواء الغليل ، الألباني، 173/6.

(2) انظر، المجموع، للنووي، 263/9.

(3) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 498.

(4) انظر، المحيط في اللغة ، ابن عباد ، 299/2.

(5) الفرقان : 77.

(6) انظر، معجم الفروق اللغوية ، العسكري ، 315/1.

الإلزام واللزوم اصطلاحاً :

يختلف الإلزام عن اللزوم في الاصطلاح الفقهي كما يلي توضيحه:
الإلزام : هو "إنشاء التزامات متقابلة معينة على العاقدين، كما في البيع، أو إنشاء التزام معين على أحد العاقدين، كما في الوعد بجائزة، وهذا من آثار العقد"⁽¹⁾.
أما اللزوم : فهو "عدم استطاعة فسخ العقد إلا بالتراضي، والتراضي على فسخ العقد يسمى إقالة"⁽²⁾.

تعريف الزرقا للإلزام واللزوم :

فرق الشيخ مصطفى الزرقا بين الإلزام واللزوم، حيث ذكر أن الإلزام في اصطلاح نظرية العقد يقع على معنيين⁽³⁾ :

الأول : معنى : إنشاء الالتزامات . فيقال عقد ملزم بمعنى أنه ينشئ على العاقد التزاماً .
والثاني : معنى : عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة . فيقال : عقد ملزم، بمعنى أن العاقد لا يحق له فسخ العقد إلا برضا العاقد الآخر . فكما لا يعقد العقد إلا بالتراضي لا يفسخ إلا بالتراضي . وهذا المعنى يسمى لزوماً ، فيقال : عقد لازم لزاماً ، كما يقال : ملزم إلزاماً .
ثم يوضح - يرحمه الله - أنه سيقصر في لفظ (الإلزام) ومشتقاته في العقود على معنى (إنشاء الالتزامات)، وأنه كذلك سيقصر في المعنى الثاني (عدم إمكان الرجوع عن العقد) على لفظ (اللزوم).
وبحسب التفريق السابق للمعنيين فإن الإلزام بمعناه (إنشاء الالتزامات) هو أثر عام لجميع العقود بلا استثناء . فما من عقد صحيح إلا وأنشأ التزاماً معيناً على أحد عاقديه، أو التزامات موزعة عليهما بحسب موضوع العقد والشروط التي يتفق عليها عاقدها ضمن الحدود الجائزة شرعاً .
فمتى اكتسب العقد صفة اللزوم ليس لأحد العاقدين فيه رجوع إلا باتفاقهما، لأن في نقض العقد تغييراً للوضع الحقوقي الذي استقر بين العاقدين، فيتوقف النقض على التراضي، كأصل العقد.

غير أن الفقهاء يختلفون في الوقت الذي يكتسب فيه العقد اللزوم صفة اللزوم على قولين:

القول الأول : ما ذهب إليه (الشافعية والحنابلة)⁽⁴⁾ : أن العقد لا يكتسب صفة اللزوم إلا بعد انقضاء مجلس العقد بتفرق العاقدين بأبدانهما، أما قبل ذلك فلكل منهما الحق في أن يرجع عن العقد.

(1) انظر، الفقه الإسلامي وأدلته ، الزحيلي، 587/4.

(2) انظر، المرجع السابق، 587/4.

(3) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 513.

(4) انظر، الحاوي الكبير ، الماوردي ، 28/5. والمغني ، لابن قدامة ، 7/4.

ودليلهم في ذلك من السنة قول النبي ﷺ : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما" (1) .

وجه الدلالة : يدل الحديث دلالة واضحة على إعطاء المتعاقدين فرصة الرجوع ما لم يتفرقا بأبدانهما، ولا يصرف المعنى إلى التفريق بالأقوال كما في قول الله تعالى : ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَةُ﴾ (2) ، وقول النبي ﷺ : "ستفترق أمتي على بضع وسبعين فرقة " (3) ، لأن اللفظ لا يحتمل ذلك إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه (4) .

القول الثاني : ما ذهب إليه (الحنفية والمالكية) (5) : أن العقد يكتسب صفة اللزوم متى انعقد بمجرد تمام الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من فعل أو دلالة، وليس لأحد العاقدين رجوع إلا بموافقة الطرف الآخر.

واستدلوا بقول الله عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ (6) .

وجه الدلالة : يدل ظاهر الآية الكريمة على أن الله سبحانه وتعالى أباح الأكل بالتجارة عن تراض مطلقا عن قيد التفريق عن مكان العقد .

وقد حمل أصحاب هذا القول الخيار المذكور في الحديث على خيار الرجوع والقبول ما دام في التبائع وهو أن البائع إذا قال لغيره بعت منك كذا فله أن يرجع ما لم يقل المشتري اشتريت وللمشتري أن لا يقبل أيضا وإذا قال المشتري اشتريت منك بكذا كان له أن يرجع ما لم يقل البائع بعت وللبائع أن لا يقبل أيضا. ويحتمل أن تكون التفرقة بالأقوال بأن من أوجب البيع من المتساومين لصاحبه لا يلزمه، وله الرجوع عنه في المجلس ما لم يجبه صاحبه بالقبول فيه (7) .

(1) متفق عليه : صحيح البخاري ، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، حديث2110، 64/3، وصحيح مسلم ، باب الصدق في البيع والبيان، حديث 3937 ، 10/5 .

(2) البينة : 4 .

(3) أخرجه الحاكم ، المستدرک على الصحيحين ، كتاب الفتن والملاحم ، حديث رقم 8443 ، 430/4 .

(4) انظر، المغني ، لابن قدامة ، 7/4 .

(5) انظر، بدائع الصنائع ، للكاساني ، 228/5 ، ومواهب الجليل ، الحطاب ، 29/6 .

(6) النساء : 29 .

(7) انظر، بدائع الصنائع ، للكاساني ، 228/5 ، ومواهب الجليل ، الحطاب ، 29/6 .

رأي الشيخ الزرقا في المسألة⁽¹⁾:

رجح الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - القول الثاني، حيث أنه اعتبره متفقاً والنظر الحقوقي الحديث ، واصفاً إياه بأنه أقطع للخلاف بين المتبايعين، وأجرى مع الحاجة العملية إلى البنات السريع في مؤاخذة المرء بإرادته الجازمة المنشئة في التصرفات المدنية ، ومتفق أيضاً مع نظرة الشارع الإسلامي في سائر العقود الأخرى التي هي أعظم من البيع شأنًا وأكبر خطراً كعقد النكاح، إذ لم يجعل في شيء منها خياراً طبيعياً بعد تمام القبول .

لكن الشيخ الزرقا - يرحمه الله - لم يتفق مع مؤولي الحديث بأنه محمول على التفرق بالأقوال بوقوع القبول؛ بل إنه يرى بأن المراد بالخيار فيه هو خيار الطرفين خلال إجراء العقد في الفترة التي بين الإيجاب والقبول، وأن المراد بالتفرق هو انقضاء مجلس العقد سلباً أو إيجاباً: أي أن الموجب مخير في الاستمرار على إيجابه أو الرجوع عنه قبل القبول، كما أن الطرف الآخر مخير في أن يقبل أو لا يقبل حتى يتفرقا، أي حتى ينقضي مجلس العقد، إذ يستلزم انقضاؤه تفرقهما. وهذا التفرق يكون إما بالإعراض أو الرفض الصريح، فيبطل الإيجاب ولا يصح أن يبني عليه قبول. وإما بالقبول؛ فينبرم العقد، ويلزم كل من الطرفين بمقتضاه .

الترجيح :

يرجح الباحث ما ذهب إليه (الشافعية والحنابلة) أصحاب القول القاضي بأن العقد لا يكتسب صفة اللزوم إلا بعد انقضاء المجلس بتفرق العاقدين بأبدانهما. وذلك للأسباب التالية:

1. قوة ما استند إليه أصحاب هذا القول من أدلة .
2. إن استدلال أصحاب القول الثاني بظاهر قول الله عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾⁽²⁾، وأنه أباح الأكل بالتجارة عن تراض مطلقاً عن قيد التفرق عن مكان العقد. مجاب عليه بأن قول النبي ﷺ: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا"⁽³⁾ ثابت في الصحيح، ومن المعلوم أن السنة الصحيحة الثابتة مقيدة لمطلق القرآن.
3. إن خيار المجلس الذي منحه الله للبيعان ما لم يتفرقا يعطي لكل منهما الحق في التروي ومراجعة النفس ، حيث من الممكن أن يندم أحدهما نتاج التسرع والاندفاع من غير روية في إبرام العقد.

(1) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، 523.

(2) النساء : 29.

(3) متفق عليه : صحيح البخاري ، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، حديث2110، 64/3، وصحيح مسلم ، باب الصدق في البيع والبيان، حديث 3937 ، 10/5 .

المبحث الثاني

عيوب الرضا المرافقة لولادة الإرادة

تعريف الرضا لغة واصطلاحاً :

أولاً : في اللغة : طيب النفس بما يصيبه ويفوته مع عدم التغيير⁽¹⁾.
ثانياً : في الاصطلاح : هو " امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها"⁽²⁾. أو " هو الرغبة في الفعل والارتياح إليه"⁽³⁾.

علاقة المعنى اللغوي بالاصطلاح :

إن طيب النفس المذكور في التعريف اللغوي، هو نفسه ما ينطوي عليه معنى الرغبة في الفعل والارتياح إليه. وبذلك فإن المعنى الاصطلاحى للرضا يقود بالضرورة لتحقيق المعنى اللغوي المقصود منه ويتفق معه تماماً.

تعريف الشيخ الزرقا لعيوب الرضا:

يعرف الزرقا عيوب الرضا بأنها: " حالات لا يحكم معها بانتقاء الإرادة العقدية الحقيقية، كما لا يحكم معها بسلامة هذه الإرادة من كل شائبة، بل يوجد آفة أصابت إرادة العاقد، ولا يستطاع معها اعتبار رضاه صحيحاً كاملاً ملزماً"⁽⁴⁾.
وهذه العيوب إما أن تكون مرافقة لتكوين العقد (ولادة الإرادة)، أو أن تنشأ عيوب الرضا بسبب طارئ بعد تكوين العقد لكنه ذو تأثير في الرضا السابق .
وفي هذا المبحث سنتناول عيوب الرضا المرافقة لولادة العقد والتي ترجع جميع صورها إلى حالات عامة هي : (الإكراه ، والخلابة ، والغلط).

(1) التعاريف ، المناوي ، 365/1.

(2) كشف الأسرار على أصول المنار ، النسفي ، 383/4.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية، 5/3.

(4) المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 449.

المطلب الأول : الإكراه :

تعريف الإكراه لغة واصطلاحاً:

الإكراه لغة : هو مصدر أكره يكره إكراهاً، إذا غصبته وحملته على أمر هو له كاره. فأصل الكلمة يدل على خلاف الرضا والمحبة⁽¹⁾.

الإكراه اصطلاحاً : هناك تعريفات متعددة للإكراه في اصطلاح الفقهاء منها :

- جاء في معجم لغة الفقهاء أن الإكراه : "هو حمل إنسان على عمل - أو ترك - بغير رضاه، ولو ترك بدون إكراه لما قام به"⁽²⁾ .
- يقول السرخسي في المبسوط الإكراه : " اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تتعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب"⁽³⁾.
- جاء في شرح المنار الإكراه : " حمل الإنسان على ما يكرهه ولا يريد ذلك الإنسان مباشرته"⁽⁴⁾.
- عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 948 بأنه : " إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق دون رضاه بالإخافة "⁽⁵⁾.

تعريف الزرقا للإكراه :

يعرف الشيخ مصطفى الزرقا الإكراه بأنه : " الضغط على إنسان بوسيلة مؤذية، أو بتهديده بها لإجباره على فعل أو ترك "⁽⁶⁾.

التعريف المختار :

يختار الباحث التعريف الوارد في شرح المنار لكونه لم يتقيد بالأفعال دون الأقوال فهو يشمل الأقوال والأفعال، أما التعريفات الأخرى فاقترصر فيها الإكراه على الأفعال، فقد يقع الإكراه على الأقوال كوقوعه على الأفعال .

(1) انظر، لسان العرب ، ابن منظور، 3865/5. ومختار الصحاح ، الرازي، 237.

(2) معجم لغة الفقهاء ، محمد رواس قلنجي، ص 85.

(3) المبسوط ، السرخسي، 38/4.

(4) نور الأنوار على المنار مع كشف الأسرار، ملاحيون، 307/2.

(5) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر ، 10/9.

(6) المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 452.

علاقة المعنى اللغوي بالاصطلاحي :

يتفق المعنيان اللغوي والاصطلاحي على كون الإكراه على نقيض من الرضا، وبذلك يتجلى لنا العلاقة الوطيدة التي تربط بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للإكراه.

شروط الإكراه :

أولاً : أن لا يكون الإكراه بحق، فإن كان الإكراه مشروعاً، كإكراه القاضي مديناً على بيع ماله الزائد عن حاجته لوفاء الدين. فلا يكون إكراهاً⁽¹⁾.

ثانياً : أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به⁽²⁾.

ثالثاً : أن يكون الشيء المكره به متلفاً للنفس أو عضو من أعضائه ، أو مما يصعب على النفس احتمالها، وهذا يختلف من شخص لآخر فقد يؤثر المكره به على شخص ويؤذيه ولا يؤثر على آخر⁽³⁾.

رابعاً : أن يغلب على ظن المكره وقوع ما هدد به المكره في حال امتنع الأول عن تنفيذ ما أمره به المكره⁽⁴⁾.

خامساً : أن يكون المهدد به عاجلاً وليس آجلاً . لإمكان المكره باللجوء لمن هو أعلى مكانة من المكره⁽⁵⁾.

(1) انظر، المبسوط، السرخسي، 39/24. وحاشية الدسوقي ، ابن عرفة الدسوقي 16/3. والمجموع، النووي، 186/9.

(2) يذكر في هذا المقام أن أبا حنيفة ذهب إلى القول بعدم وقوع الإكراه إلا من السلطان ، فهو القادر على تنفيذ ما هدد به ، وغيره يستغيب به. وقال الصحبان : يقع من القادر عليه ، وقيل إنما كان هذا الاختلاف اختلاف زمان فقط. انظر، بدائع الصنائع ، الكاساني، 4479/9. وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الزيلعي، 181/5-182. والمبسوط، السرخسي ، 39/24.

(3) انظر، المبسوط، السرخسي ، 39/24. والفقاه الإسلامي وأدلته ، الزحيلي، 214/4.

(4) انظر، بدائع الصنائع ، الكاساني، 4479/9. وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الزيلعي، 181/5-182. والمبسوط، السرخسي، 39/24.

(5) انظر، الاختيار لتعليل المختار، عبد الله الموصلی ، 105/2.

أنواع الإكراه :

هناك نوعان من الإكراه : (1)

النوع الأول :

الإكراه الملجئ أو التام : وهو أن يقع الإكراه بما يخاف فيه فوات النفس أو إتلاف عضو من الأعضاء، ويكون بالقتل والقطع والضرب المبرح، وهذا النوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار، فالمكروه يصبح بمنزلة الآلة بالنسبة للمكروه فيسلب اختياره.

النوع الثاني :

الإكراه غير الملجئ أو الناقص : وهو أن يقع الإكراه بما لا تفوت به النفس ولا يتلف العضو، ويكون بالضرب الشديد والحبس والقيد. وهذا النوع يعدم الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار لأنه بإمكان المكروه الصبر وتحمل الأذى الواقع عليه فلا يُسلب اختياره(2).

ولم يفرق جمهور الفقهاء بين الإكراه التام والناقص، فالإكراه بالقتل والحبس كله سواء. فقد ذكر أبو عبد الله العبدري المشهور بالمواق في كتابه التاج والإكليل أن " حد الإكراه ما فعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه من ضرب أو غيره "(3) .

كما ذهب الشافعية(4) للقول بأن الإكراه بنوعيه معدم للرضا ومفسد للاختيار. والإكراه بنوعيه لا يزيل أهلية المكروه ولا ينافي الخطاب بدليل أن أفعاله مترددة بين الإباحة والرخصة والحرمة كما أنه يأنم تارة ويؤجر أخرى(5).

مسألة : اختلاف الفقهاء في أثر الإكراه في التصرفات القولية

تختلف الاجتهادات الفقهية حول مدى تأثير الإكراه غير المشروع في التصرفات القولية على ثلاثة أقوال :

القول الأول: الحنفية : يفرق الحنفية بين التصرفات القولية القابلة للفسخ وغير القابلة له على النحو التالي(6) :

1. التصرفات غير القابلة للفسخ : (كالزواج والطلاق والعناق)

(1) هذا التقسيم خاص بفقهاء الحنفية. انظر، بدائع الصنائع ، الكاساني، 4479/9، وتحفة الفقهاء ، السمرقندي، 273/3، وشرح التلويح

على التوضيح ، التفتازاني ، 196/2.

(2) انظر، المرجع السابق، 196/2.

(3) التاج والإكليل ، الواق ، 45/4.

(4) انظر، شرح التلويح على التوضيح ، التفتازاني ، 196/2.

(5) انظر ، تبیین الحقائق ، الزيلعي، 181/5. وشرح التلويح على التوضيح ، التفتازاني، 196/2.

(6) انظر، تحفة الفقهاء ، للسمرقندي، 276-275/3

فقد ذهب الحنفية إلى القول بجواز هذه التصرفات مع الإكراه، لأنها تتوقف على القصد والاختيار دون الرضا. واستدلوا لذلك بالكتاب والسنة والقياس:

أولاً : من الكتاب :

- قول الله عز وجل : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِدُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّا مَثَىٰ وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ (1).

- قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ (2).

وجه الدلالة : تحدثت الآية الكريمة الأولى عن النكاح والأخرى عن الطلاق، وقد وردتا مطلقتين دون تخصيص أو تقييد بإثبات الخيار للعاقد المكره فيعمل بعمومهما.

ثانياً : من السنة :

استدل الحنفية بما ورد في السنة من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : "

كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله " (3).

وجه الدلالة : يدل الحديث أن رسول الله ﷺ استثنى طلاق المعتوه والمغلوب على عقله ولم يستثن طلاق المكره فدل ذلك على جوازه.

ثالثاً : القياس :

قاس الحنفية طلاق المكره على الهازل (4)، فكما أن طلاق الهازل يقع بالرغم من أنه غير راض عنه ، فكذلك المكره ؛ بل طلاق المكره أولى بالوقوع لأنه في الهزل ينتفي الاختيار والرضا بالحكم مع وجود الاختيار والرضا بالسبب، أما الإكراه فيوجد معه الاختيار بالسبب والحكم مع الفساد وينتفي الرضا بهما .

مناقشة أدلة الحنفية :

إن استدلال الحنفية بإطلاق آيتي النكاح والطلاق يرد عليه بما ورد في الصحيح مما يخص عموم النصوص السابقة " عن خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأنت رسول الله ﷺ فرد نكاحه " (5).

(1) النساء : 3.

(2) الطلاق : 1.

(3) أخرجه الترمذي في سننه ، باب ما جاء في طلاق المعتوه ، حديث رقم 1191، 496/3. وقال : هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان وهو ضعيف.

(4) الهزل : نقيض الجد . انظر ، لسان العرب ، ابن منظور، 696/11 . وطلاق الهازل يقع بدليل قوله ﷺ " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والعقاق ". سبق تخريجه.

(5) صحيح البخاري، كتاب النكاح ، باب إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود، حديث رقم 5138، 18/7.

وعن عائشة رضي الله عنها قالت : " قلت: يا رسول الله يستأمر النساء في إبطاعهن⁽¹⁾؟ قال: نعم، قلت: فإن البكر تستأمر فتستحي (فتستحيي) فتسكت، قال: سكاتهن إبطاعهن"⁽²⁾.
فلو جاز النكاح دون الرضا لما رد رسول الله ﷺ نكاح الأنصارية، ولما استأذن النساء في نكاحهن.

أما الاستدلال بالحديث الوارد في سنن الترمذي : " كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله " ، فهذا حديث ضعيف سبق تخريجه ولا يستدل به لأن فيه عطاء بن عجلان، وهو ضعيف.

وأما قياس طلاق المكره على الهازل، فإنه قياس مع الفارق، فالهازل رضي بالسبب واختاره مع الصحة، لكن الرضا مع الإكراه معدوم في السبب والحكم، والاختيار موجود مع الفساد ، فلا يقاس عليه⁽³⁾ .

2. التصرفات أو العقود القابلة للفسخ : (كالبيع والشراء والإجارة)

يختلف الحنفية في حكم العقود القابلة للفسخ بالإكراه على رأيين :
الرأي الأول : ذهب أبو حنيفة والصاحبان⁽⁴⁾: إلى أنه إذا أكره الشخص على بيع أو شراء أو إجارة أو غيرها إكراهاً ملجئاً أو غير ملجئ، فيقع العقد فاسداً، ويثبت للمكره الخيار إذا زال الإكراه. واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾⁽⁵⁾.
وجه الدلالة :

الرضا شرط من شروط صحة البيع ، وبانعدام هذا الشرط بالإكراه يكون العقد معه فاسداً . ولا يبطل العقد لتحقيق ركنه - الإيجاب والقبول - فقد صدر من أهله مضافاً إلى محله، فيثبت به الملك عند القبض للفساد كسائر البياعات الفاسدة⁽⁶⁾.

الرأي الثاني : وهو قول زفر من الحنفية⁽⁷⁾: أن العقد بالإكراه عقد موقوف وليس فاسداً، بدليل أنه لو أجازته المكره بعد زوال الإكراه جاز، ولو كان فاسداً لما جاز لأن الفاسد لا يجوز بالإجارة.

(1) إبطاعهن : تعني إنكاحهن . انظر ، لسان العرب ، ابن منظور ، 14/8.

(2) صحيح البخاري، كتاب الإكراه ، باب لا يجوز نكاح المكره ، حديث رقم 6946 ، 21/9.

(3) انظر ، شرح التلويح على التوضيح ، التفتازاني ، 197/2-198.

(4) انظر، تبيين الحقائق ، الزيلعي ، 182/5 . وبدائع الصنائع ، الكاساني ، 186/7.

(5) النساء : 29.

(6) انظر، تبيين الحقائق ، الزيلعي ، 182/5.

(7) انظر، المرجع السابق، 182/5.

القول الثاني : المالكية (1):

ذهب المالكية إلى أن العقد بالإكراه ينعقد صحيحاً لكنه غير ملزم، وللمستكره الحق في إبطاله، فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخه . فهو صحيح من جهة توفر أركانه من عاقد ومعقود عليه وصيغة دالة على الرضا، وغير لازم من جهة أخرى، لفقدان شرط لزوم العقد بالإكراه وهو التكليف.

القول الثالث : الشافعية (2) والحنابلة (3):

ذهب الشافعية والحنابلة إلى القول ببطلان تصرفات المستكره سواء أكانت قابلة للفسخ أم غير قابلة له، واستدلوا لذلك بما يلي :

أولاً : من الكتاب :

استدلوا بقول الله عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ (4).

وجه الدلالة : قوله : (عن تراض منكم)، يدل على أن شرط الصحة هو الرضا، والمكره مجبر على التصرف غير راض به فلا يجوز تصرفه لفوات شرط الصحة وهو الرضا (5).

ثانياً : من السنة :

استدل أصحاب هذا القول بحديث أبي ذر الغفاري، قال : قال رسول الله ﷺ : " إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (6).

وجه الدلالة :

يدل الحديث على أن الله سبحانه وتعالى عفا عن كل تصرف وقع على سبيل الإكراه، فالمكره غير قاصد لتصرفه، وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه، وإن الذي يتصرف بضغط الإكراه لا يقصد إنشاء العقد ، بل يقصد إنقاذ نفسه.

واستدلوا كذلك بحديث أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ " إنما البيع عن تراض " (7).

(1) انظر، حاشية الدسوقي ، ابن عرفة ، 6/3، ومواهب الجليل ، الخطاب، 248/4.

(2) انظر، مغني المحتاج ، محمد الشريبي الخطيب، 7/2. والمجموع ، للنووي، 186/9.

(3) انظر، الشرح الكبير على متن المقنع، لابن قدامة المقدسي، 5/4.

(4) النساء : 29.

(5) انظر، مغني المحتاج ، محمد الشريبي الخطيب، 7/2.

(6) أخرجه ابن حبان في صحيحه ، 202/16 ، ح 7219 . وقال في الحاشية : إسناده صحيح على شرط البخاري، ورجاله ثقات رجال الشيخين غير بشر بن بكر ، فمن رجال البخاري ، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار، 95/3. والدارقطني، 170/4-171، والبيهقي ، 356/7.

(7) أخرجه ابن ماجه في سننه ، 538/3، ح 2185. وقال صاحب مصباح الزجاجة : هذا حديث إسناده صحيح ورجاله ثقات. انظر،

مصباح الزجاجة ، الكناني ، 17/3.

وجه الدلالة :

يدل الحديث على أن الرضا من شروط صحة البيع، فإذا انعدم الرضا بطل العقد لفوات شرطه، والمكروه قد انعدم اختياره ورضاه.

ثالثاً: القياس : لقد رخص الله سبحانه وتعالى النطق بكلمة الكفر لمن أكره عليها، ولم يحكم بكفره. فقال جل وعلا : ﴿ **إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ** ﴾⁽¹⁾. فإذا سقط الأعم - الكفر - فسقوط ما دونه أولى، فلا يقع قول المكروه في أي تصرف آخر⁽²⁾.

رأي الزرقا في المسألة :

فيما يتعلق بالعقود القابلة للفسخ كالبيع والإجارة يرجح الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - رأي زفر من الحنفية، باعتبار عقد المكروه صحيح موقوف على إجازة المستكروه، معتبراً إياه أقوى حجة ودليلاً؛ حيث أن الإكراه - كما يقول الزرقا - إنما يخل بحق المستكروه ومصالحته، فيكفي لحمايته جعل العقد موقوف النفاذ على رضاه بعد زوال الإكراه⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بالعقود غير القابلة للفسخ (النكاح والطلاق والعتاق) ، فهو يخالف مذهبه ويرى أن رأي الجمهور أوجه وأجرى مع حكمة التشريع، لأن المتصرف بالإكراه غير مختار، فلا يسوغ إلزامه، لا سيما وأن نصوص الشريعة صريحة في عدم مؤاخذة الإنسان بما استكروه عليه⁽⁴⁾.

الترجيح:

يرجح الباحث مع ذهب إليه الشيخ الزرقا ورجحه من أن العقد بالإكراه صحيح موقوف على إجازة المستكروه، لما في هذا القول من تحقيق لمصلحة المكروه، فله بعد زوال الإكراه إنفاذ العقد إن كان في ذلك مصلحة له، أو إبطاله إن لم يحقق المصلحة. هذا في العقود القابلة للفسخ كالبيع والإجارة . وكذلك يأخذ الباحث بترجيح الشيخ الزرقا لرأي الجمهور فيما يتعلق بالعقود غير القابلة للفسخ كالنكاح والطلاق، لأن الرضا شرط لصحة العقود.

(1) النحل : 106.

(2) انظر، المهذب، للشيرازي، 257/1، وفتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، 390/9.

(3) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 455.

(4) انظر، المرجع السابق، ص 457.

المطلب الثاني : الخِلابَة :

الخابية لغة : المخادعة ، وقيل : الخديعة باللسان ، وفي حديث النبي ﷺ قال : (إذا بايعت فقل : لا خلابة)⁽¹⁾ أي لا خداع⁽²⁾.

الخابية اصطلاحاً : تتفق الكتب الفقهية على أن المعنى الاصطلاحي للخابية هو الخديعة⁽³⁾.
تعريف الزرقا للخابية: يعرف الزرقا - رحمة الله - الخلابة في العقد بقوله: " أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسيلة موهمة قولية أو فعلية تحمله على الرضا في العقد بما لم يكن ليرضى به لولاها"⁽⁴⁾.

علاقة المعنى اللغوي بالاصطلاحي:

بالنظر للمعنيين اللغوي والاصطلاحي للخابية يتبين أن المعنى الاصطلاحي للخابية هو نفسه المعنى الاصطلاحي والذي هو الخداع .

صور الخلابَة :

لا تنحصر الخلابة في صور ووسائل معينة، بل هي كل وسيلة من وسائل الخداع والتمويه التي تحمل العاقد على التعاقد، وقد خص فقهاء المذاهب بعضها بالذكر لشيوعها بين الناس، ومن هذه الصور البارزة للخابية أربع صور مشهورة هي : الخيانة، والتناجش، والتغريب، وتدلّيس العيب.

أولاً : الخيانة :

الخيانة يصورها الفقهاء في بيوع الأمانة، كما لو باع شيئاً بريح معين على رأس ماله المبين، وكذب في رأس المال فقال : إنه عشرة مثلاً، وهو في الواقع أقل . فهذا من البائع خيانة قد خلب بها المشتري ليستخلص منه ربحاً أكثر مما اتفقا عليه⁽⁵⁾. وإنما سميت بيوع الأمانة بهذا الاسم لأنها مبنية على الثقة والاطمئنان في التعامل بين الطرفين: البائع والمشتري⁽⁶⁾ .

(1) متفق عليه : صحيح البخاري 65/3 ح 2117. وصحيح مسلم 11/5 ح 3939.

(2) تاج العروس ، الزبيدي، 378/2.

(3) انظر، البحر الرائق، ابن نجيم، 3/6. ومواهب الجليل ، الحطاب، 406/6. والحاوي الكبير، الماوردي، 66/5. والمغني، ابن قدامة، 127/4.

(4) المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 459.

(5) المرجع السابق ، ص 461.

(6) انظر، الموسوعة الفقهية الكويتية ، 215/30.

حكم العقد المتضمن للخيانة :

اختلف الفقهاء في حكم الخيانة إذا ظهرت في بيوع الأمانة على النحو التالي :
القول الأول: ذهب (أبو حنيفة ، والشافعية في قول)⁽¹⁾ إلى أن المشتري بالخيار، إن شاء أخذ بجميع الثمن ، وإن شاء ترك.

القول الثاني : ذهب المالكية⁽²⁾ إلى القول بأنه إن حط البائع الزائد المكذوب وربحه لزم البيع، وإن لم يحط لم يلزم المشتري، وخُير بين الإمساك والرد.

القول الثالث: ذهب (الشافعية في قول آخر، والحنابلة، وأبو يوسف من الحنفية)⁽³⁾ إلى القول بأنه لا خيار له، ولكن يحط قدر الخيانة.

رأي الشيخ الزرقا في المسألة :

لم يقف الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - على ترجيح أي من الآراء السابقة واكتفى بذكرها مجملة غير مفصلة بقوله: " يمنح المشتري في رأي بعض الفقهاء حق إبطال العقد ، وفي رأي آخر يحط من الثمن مقدار الخيانة مع مقدار نسبتها من الريح"⁽⁴⁾.

الترجيح :

يترجح للباحث ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث من أنه لا خيار له، ولكن يحط من الثمن قدر الخيانة، حيث إنه بالحط من الثمن قدر الخيانة ينتفي تأثيرها ولا داعي لتخيير المشتري عندئذ.

(1) انظر، بدائع الصنائع ، الكاساني، 225/5، والحاوي الكبير للماوردي، 285/5.

(2) انظر، حاشية الدسوقي ، ابن عرفة الدسوقي، 168/3.

(3) انظر، الحاوي الكبير ، الماوردي، 284/5، وكشاف القناع ، البهوتي، 231/3، وبدائع الصنائع ، الكاساني، 226/5.

(4) المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 461.

ثانياً : التناجش :

التناجش لغة : نجشه بمعنى استناره، والتناجش الذي يثير الصيد ليمر على الصياد والتناجش الذي يحوش الصيد⁽¹⁾.

التناجش اصطلاحاً : تتفق المذاهب الفقهية في أن التناجش هو أن يزيد الرجل ثمن السلعة وهو لا يريد شراءها ولكن ليسمعه غيره فيزيد بزيادته⁽²⁾.

تعريف الزرقا للتناجش :

يعرف الزرقا - يرحمه الله - التناجش بقوله : " هو أن يتواطأ صاحب سلعة مع شخص ليتظاهر هذا بالرغبة في شرائها ويدفع فيها أكثر من قيمتها ، وهو لا يريد شراءها؛ بل ليوهم غيره مزاحمة تغريه بالشراء"⁽³⁾.

التعريف المختار :

إن الناظر لما ذهب إليه المذاهب الفقهية في تعريفها للتناجش من أنه: زيادة الرجل ثمن السلعة وهو لا يريد شراءها ولكن ليسمعه غيره فيزيده بزيادته. يدرك تماماً أن هذا التعريف أعم وأشمل مما عرّف به الزرقا التناجش؛ حيث قيده الأخير - يرحمه الله - بحصول التواطؤ من جانب صاحب السلعة مع الشخص الذي سيتظاهر بالرغبة في الشراء، علماً بأنه من الممكن أن يقع التناجش دون علم من صاحب السلعة - أي بإرادة منفردة من ذاك الشخص المتظاهر بالرغبة في الشراء - مما يجعل لهذه الصورة حكمها الخاص .

وعليه فإن ما يختاره الباحث هو التعريف الأول والذي عليه المذاهب الفقهية.

علاقة المعنى اللغوي بالاصطلاحي:

يرتبط المعنى الاصطلاحي ارتباطاً وثيقاً بالمعنى اللغوي من حيث أن التناجش إنما هو استنارة لدافعية المشتري بالإقبال على السلعة وشرائها بثمن أعلى لما يراه من إقبال شخص آخر عليها وقيامه بدفع مبلغ مقدر فيها .

(1) انظر ، لسان العرب ، ابن منظور، 4353/6.

(2) انظر، البحر الرائق ، ابن نجيم، 107/6، والكافي في فقه أهل المدينة ، ابن عبد البر القرطبي، 739/2، والحاوي الكبير، الماوردي،

343/5. والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، الحجاوي، 91/2.

(3) المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 462.

مسألة : هل التناجش يعيب الرضا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

الأول : ما ذهب إليه (الحنفية والشافعية في قول) ⁽¹⁾ : من أن التناجش لا يعيب الرضا، ولا يسوغ إبطال العقد . وعزى الأحناف ذلك بأنه يعطي استقراراً للتعامل، إلا أنهم اعتبروه مكروهاً كراهة تحريمية. أما الشافعية في هذا القول فالسبب عندهم أن المشتري فرط ولم يتأمل ولم يراجع أهل الخبرة قبل أن يشتري.

الثاني : ما ذهب إليه (المالكية والشافعية في قول آخر والحنابلة) ⁽²⁾ : من أن التناجش يعيب الرضا ويعطي المشتري الحق في إبطال العقد شريطة أن يكون التناجش قد أدى إلى وقوع غبن فاحش على المشتري.

رأي الزرقا في المسألة :

لم ينفرد الشيخ الزرقا - يرحمه الله - برأي خاص به في المسألة أو يرجح أيّاً من الآراء الفقهية صراحة، وإنما يستنبط من وصفه للتناجش بأنه من قبيل الخلافة أنه يتبنى موقف جمهور الفقهاء مخالفاً بذلك مذهبه الحنفي .

ومن الجدير بالذكر أنه يرحمه الله لم يذكر أن للشافعية في المسألة قولين كما تم بيانه في المسألة أعلاه، بل ذكر أحدهما وهو الموافق لرأي الجمهور غير الحنفية ⁽³⁾.

الترجيح:

يترجح للباحث في هذه المسألة ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من أن التناجش يعيب الرضا ويعطي المشتري الحق في إبطال العقد شريطة أن يكون التناجش قد أدى إلى وقوع غبن فاحش على المشتري. لا سيما وإن كانت دافعية المشتري زادت بقيام الآخرين بدفع أثمان قريبة أو مماثلة مما تجرأ على دفعه، ولم يكن ليدفعه لولا استنارتهم له .

(1) انظر، البحر الرائق ، ابن نجيم، 107/6. ومغني المحتاج ، الشربيني، 37/2.

(2) انظر، الكافي في فقه أهل المدينة ، ابن عبد البر القرطبي، 739/2. والحاوي الكبير، الماوردي، 343/5، ومغني المحتاج،

الشربيني، 37/2. والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الحجاوي، 91/2.

(3) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 462.

ثالثاً: التغير:

التغير لغة : من غَرَّه غَرّاً و غُروراً أي : خَدَعَهُ وَأَطْمَعَهُ بِالْبَاطِلِ فَاعْتَرَّ هُوَ (1). وجاء في المصباح المنير : الغرر : الخطر (2).

التغير اصطلاحاً : لم أعثر فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء القدامى على تعريف للتغير سوى ما أورده الحطاب في مواهب الجليل من أن : "التغير الفعلي كالشرطي وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظن به المشتري كما لا فلا يوجد " (3).

ومن الملاحظ أن هذا التعريف لم يشمل التغير بأنواعه؛ بل اقتصر على التغير الفعلي.

تعريف الشيخ الزرقا للتغير :

يعرف الشيخ مصطفى الزرقا التغير بأنه : " الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة ، لترغيب أحد المتعاقدين في العقد، وحمله عليه " (4).

علاقة المعنى اللغوي بالاصطلاح:

يتفق المعنى اللغوي مع الاصطلاح من حيث أن التغير هو خداع وتطميع بالباطل للحمل على التعاقد .

أقسام التغير :

يقسم التغير إلى قسمين ، (التغير القولي، والتغير الفعلي)، ويطلق الشيخ مصطفى الزرقا - رحمه الله - عليهما تسمية أخرى، فهو يسمي التغير القولي : **بالتغير في السعر**، من باب أن أسعار الأشياء ليست صفات منظورة فيها، فالوسيلة الطبيعية للإغراء في السعر هي الكلام والبيان الكاذب. وكذلك يطلق على التغير الفعلي اسم : **التغير في الوصف**، لأن إيهام الشخص بصفة كاذبة في الشيء يكون بواسطة فعل يوهم في ذلك الشيء صفة مصنعة (5). ويعزو الزرقا تسميته وتقسيمه السابق إلى النظر للغاية من التغير، لا إلى الوسيلة، ويعتبر تسميتها بالتغير في السعر، والتغير في الوصف، أوضح وأكثر انسجاماً بين الاسم والحكم (6).

(1) انظر، القاموس المحيط ، الفيروز آبادي، 577/1.

(2) المصباح المنير ، الفيومي ، 445/2.

(3) مواهب الجليل ، الحطاب ، 349/6.

(4) المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 463.

(5) المرجع السابق، ص 463.

(6) انظر، المرجع السابق، ص 463.

أولاً: التغيرير القولي أو التغيرير في السعر كما يطلق عليه الزرقا :

كما لو قال البائع أو المؤجر، للمشتري أو المستأجر: إن هذا الشيء يساوي أكثر ولا تجد مثله بهذا السعر، أو دفع لي فلان فيه كذا فلم أقبل، ونحو ذلك من المغريات الكاذبة. جاء في حاشية الدسوقي : "ومن الغرور القولي صيرفي نقد دراهم بغير أجر هي طيبة وهو يعلم خلاف ذلك وإعارة شخص لآخر إناءً مخروفاً وهو يعلم به وقال إنه صحيح فتلف ما وضع فيه بسبب الخرق فلا ضمان في جميع ذلك على المشهور ومحل عدم الضمان بالغرور القولي ما لم ينضم له عقد إجارة فيما يمكن فيه وإلا ضمن كصيرفي نقد بأجرة وأخبر أنه جيد مع علمه برداءته وكإجارة إناءً فيه خرق وأخبر المؤجر أنه سالم مع علمه بخرقه فتلف ما وضع فيه"⁽¹⁾. ومن أهم التطبيقات على التغيرير القولي النجش وهو ما تم بيانه سابقاً⁽²⁾.

ثانياً : التغيرير الفعلي أو ما يسميه الزرقا التغيرير في الوصف :

هناك العديد من الأمثلة ضربها الفقهاء القدامى على التغيرير الفعلي ، لكن لم أجد تعريفاً له عندهم سوى تعريف الحطاب السابق ذكره وهو : " التغيرير الفعلي كالشرطي وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً فلا يوجد " ⁽³⁾.

تعريف الزرقا للتغيرير الفعلي أو ما يطلق عليه هو التعرير في الوصف:

عرفه الزرقا - يرحمه الله - بقوله : " يكون بتزوير وصف في محل العقد يوهم المتعاقد في المعقود عليه مزية مصطنعة غير حقيقية"⁽⁴⁾. ومن أشهر التطبيقات وأهمها على التغيرير الفعلي، هي مسألة الشاة المصرة⁽⁵⁾.

(1) حاشية الدسوقي ، ابن عرفة النسوقي، 116/3.

(2) انظر ، ص 61-62 من هذه الدراسة .

(3) مواهب الجليل ، الحطاب ، 349/6.

(4) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 464.

(5) التصرية: ترك حلب الحيوان (الشاة والناقة) مدة قبل بيعه ليجتمع اللبن في ضرعه ، فيظنه المشتري ذو لبن غزير، ويشتره لذلك.

انظر، المصباح المنير ، الفيومي، 339/1.

حكم التصرية:

تتفق المذاهب الفقهية في تحريم التصرية ، وذلك لما ورد من أحاديث صريحة في ذلك منها حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : " لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها : إن شاء أمسك وإن شاء ردّها وصاع تمر"⁽¹⁾.
وجه الدلالة : قوله ﷺ (لا تصروا) فيه نهى، والنهى كما هو معلوم يفيد التحريم ما لم توجد قرينة تصرفه عن ذلك، وفي هذا الحديث لا يوجد قرينة صارفة .
فلا خلاف في حرمة التصرية، إنما الخلاف في ثبوت الخيار بالتصرية أم لا ؟

مسألة : إذا ابتاع العاقد شاة فوجدها مصراة فهل يثبت له الخيار بالتصرية أم لا ؟

اختلفت الاجتهادات الفقهية في المسألة على قولين :

القول الأول : ذهب الجمهور من المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ وأبو يوسف⁽⁵⁾: إلى ثبوت الخيار بالتصرية للمشتري، فهو مخير بين الإمساك والرد، وإذا ما اختار الرد فيردها وصاعاً من تمر. وفي رواية عن أبي يوسف أن المشتري يردها مع قيمة اللبن المحلوب لا مع صاع من التمر، لأنه قد يكون أقل من القيمة أو أكثر منها .

واستدل الجمهور على ذلك من السنة والمعقول :

أولاً من السنة : استدلوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : " لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها : إن شاء أمسك وإن شاء ردّها وصاع تمر"⁽⁶⁾.

وفي رواية " من ابتاع شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وردّ معها صاعاً من تمر"⁽⁷⁾.

وجه الدلالة : تدل الأحاديث السابقة بمنطوقها على أن من اشترى مصراة، ثم علم بعد ذلك بتصريتها وثبت أنها قليلة اللبن، فهو بالخيار له أن يمسكها إن رضي بذلك أو أن يردها ويرد معها مقدار صاع من التمر.

(1) صحيح البخاري، كتاب البيوع ، باب النهي للبائع أن لا يحفل بالإبل والبقر والغنم وكل محفلة، حديث رقم 2148، 70/3.

(2) انظر، حاشية الدسوقي ، ابن عرفة الدسوقي ، 116/3.

(3) انظر، نهاية المحتاج، الرملي، 72/4.

(4) انظر ، المغني ، لابن قدامة ، 252/4.

(5) انظر، المبسوط ، للسرخسي ، 70/13.

(6) صحيح البخاري، كتاب البيوع ، باب النهي للبائع أن لا يحفل بالإبل والبقر والغنم وكل محفلة، حديث رقم 2148، 70/3.

(7) صحيح مسلم ، باب حكم بيع المصراة، حديث رقم 3908، 6/5.

ثانياً من المعقول : لم يقدم المشتري على شراء الشاه إلا لتوفر صفة يرغب فيها وهي كثرة الحليب، فلما فقدت تلك الصفة، علم المشتري بعد ذلك أن البائع قد غشه وغرر به بفعل التصرية، وإن هذه ليست صفتها فيثبت له خيار الرد، لأن الثمن يعتمد على وجود الصفة ، فإذا ما وجدت يزيد الثمن وإن فقدت يقل الثمن فيكون المشتري بذلك قد دفع زيادة في الثمن بدون رضاه (1).

القول الثاني : ذهب أبو حنيفة ومحمد (2)، وأشهب من المالكية (3) : إلى عدم ثبوت الخيار للمشتري، فإذا ما اشترى شاة فوجدها قليلة اللبن بفعل التصرية لا يجوز ردها، ولكن يرد البائع للمشتري فرق الثمن الحاصل بفعل التصرية .

واستدلوا لقولهم بالقياس على سلامة المبيع، فالمبيع السليم لا يرد لأن مطلق العقد يقتضي سلامة المبيع، وكذلك فإن فعل التصرية لا يعتبر عيباً، لأنه لو لم تكن الشاة مصراة فوجدها أقل لبناً من أمثالها فلا يملك ردها فاللبن ثمرة وبقلته لم تتعد صفة السلامة، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار، كما إذا انتفخ بطنها بالعلف فطنها حاملاً (4).

رأي الشيخ الزرقا في المسألة :

يرى الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - أن رأي أبي يوسف من الحنفية في هذه المسألة هو أعدل الآراء وأوجهها فقهاً، وهو الذي يجب التعويل عليه، واصفاً إياه بأنه أفضل من قول إمامه أبي حنيفة بالرجوع بنقصان قيمة الدابة المصراة فقط دون فسخ العقد، إذ قد يكون غرض المشتري إنما هو الصفة الفائتة الموهوم بوجودها في البيع (5).

ومن الجدير ذكره أن الزرقا - يرحمه الله - دافع عن رأي أبي حنيفة بالرغم لمخالفته إياه في هذه المسألة، ورأى لزوم حمل رأي أبي حنيفة على إذا ما كانت الشاة رغم التصرية ذات لبن كاف لوصفها عادة بأنها لبون، وإنما التصرية فيها لإيهام زيادة في لبنها . أما إذا كانت بعد حلبها لا يجتمع لها لبن صالح لوصفها بأنها حلوب ، فلا شك عنده أن أبا حنيفة يقول بجواز فسخ العقد، ولأن إلزام المشتري بها عندئذ، ولو مع حق الرجوع بنقصان قيمتها، ينافي قواعد مذهب أبي حنيفة نفسه في خيار فوات الوصف، فإنه يثبت الخيار بفوات الوصف المشروط شرطاً صريحاً أو ضمنياً. ولا شك أن الصفة الظاهرة الناشئة من التصرية هي في قوة اشتراط كون الدابة لبوناً . ويتابع القول بأنه من قواعد مذهب

(1) انظر ، المغني ، لابن قدامة ، 252/4.

(2) انظر، المبسوط ، للسرخسي ، 70/13.

(3) انظر، حاشية الدسوقي ، ابن عرفة ، 116/3.

(4) انظر، المبسوط ، للسرخسي ، 71/13.

(5) انظر، المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 465.

أبي حنيفة أن " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً " ، ولا شك أن قواعد مذهب كل مجتهد هي التي يجب أن تحكم في تفسير وتفصيل بعض الآراء المروية عنه بصورة مجملة مطلقة (1).
على كل حال فإن الزرقا - يرحمه الله - يكون بذلك قد رجح رأي الجمهور من جانب أن للمشتري الخيار بالرد، واتفق مع أبي يوسف في أن على المشتري رد قيمة اللبن المحلوب لا صاعاً من التمر من جانب آخر .

الترجيح :

يترجح للباحث ما ذهب إليه الجمهور من ثبوت خيار الرد للمشتري بالتصيرية ، فالمشتري بالخيار إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ومعها صاعاً من التمر ، عملاً بظاهر حديث النبي ﷺ ، أما القول برد قيمة اللبن المحلوب قد يفضي إلى نزاع في كمية اللبن وتحديد القيمة بين المتعاقدين.

رابعاً : تدليس العيب :

التدليس لغة : يأتي التدليس في اللغة بمعنى الخديعة والكتمان والإخفاء، فقد جاء في المصباح المنير (2): دلس البائع تدليساً كتم عيب السلعة من المشتري وأخفاه.

التدليس اصطلاحاً : وردت عدة تعريفات للتدليس عند الفقهاء منها :

- عرفه ابن عبد البر القرطبي بأنه : " التدليس أن يعلم البائع بالعيب ثم يبيع ولا يذكر العيب للمشتري " .
- وجاء في المجموع أن التدليس " المراد به إخفاء العيب مأخوذ من الدلسة وهي الظلمة، قال الأزهري : التدليس أن يكون بالسلعة عيب باطن ولا يخبر البائع المشتري لهم بذلك العيب الباطن ويكتمه إياه فإذا كتم البائع العيب لم يخبر به فقد دلس" (3).
- وجاء في المغني " معنى دلس العيب كتمه عن المشتري مع علمه به أو غطاه عنه بما يوهم المشتري عدمه مشتق من الدلسة وهي الظلمة فكأن البائع يستر العيب وكتمانه جعله في ظلمة فخفي عن المشتري فلم يره ولم يعلم به" (4).

(1) انظر، المرجع السابق، ص 466.

(2) انظر، المصباح المنير ، الفيومي ، مادة دلس 270/1.

(3) المجموع، النووي، 304/11.

(4) المغني ، لابن قدامة ، 262/4.

تعريف الزرقا للتدليس :

عرفه الزرقا بقوله : " هو كتمان أحد المتعاقدين عيباً خفياً يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الآخر في عقود المعاوضة ، كالبيع والإجارة "(1).

ومن الواضح جداً من خلال التعريفات السابقة أن الشيخ الزرقا - يرحمه الله - يتفق مع من سبقه في كون التدليس كتمان للعييب في محل العقد ، وعدم إظهاره للمتعاقد الآخر.

علاقة التعريف اللغوي بالاصطلاحي:

من خلال ما سبق يتبين لنا أن المعنى اللغوي والاصطلاحي للتدليس واحد، وأن تعريف الفقهاء له هو نفس تعريف أهل اللغة .

مسألة : إذا اشترط البائع البراءة من كل عيب، فرضي المشتري بهذا الشرط ، فما هو موقف الفقه الإسلامي من ذلك ؟

تختلفت الآراء الفقهية في هذه المسألة على النحو التالي :

أولاً : الحنفية : ذهب الحنفية إلى أن اشتراط البراءة من العيب جائز مطلقاً سواء علمه البائع أم لم يعلمه ، وسواء سمى العيوب أم لم يسمها إلا عيب الاستحقاق (أي لو ظهر ظهر غير حلال أي مسروقاً أو مغصوباً يرجع عليه المشتري) (2).

وعلى مثله نصت المادة (342) من مجلة الأحكام العدلية : إذا باع مالا على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار العيب.

ودليلهم في ذلك : ما روته أم سلمة رضي الله عنها قالت : " أتى رسول الله ﷺ رجلان يختصمان في مواريث لهما لم تكن لهما بينة إلا دعواهما فقال النبي ﷺ : فذكر مثله (3) فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما حقى لك. فقال لهما النبي ﷺ : (أما إذ فعلتما ما فعلتما فاقتما وتوخيا الحق. ثم استهما ثم تحالا) (4).

(1) المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ص 466.

(2) انظر ، بدائع الصنائع ، الكاساني ، 172/5.

(3) ذكر مثله : أي قوله ﷺ : " إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذ منه شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار". أخرجه البخاري في صحيحه ، 25/9 ، ح 6967.

وأخرجه أبو داود في سننه ، 328/3 ح 3585.

(4) أخرجه أبو داود في سننه ، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ 328/3 ح 3586. قال الألباني : ضعيف.

وقال صاحب بدائع الصنائع : "وعلى هذا إجماع المسلمين من استحلال معاملاتهم في آخر أعمارهم في سائر الأعصار من غير إنكار"⁽¹⁾.

واستدلوا أيضاً بأن البيع بهذا الشرط إبراء والإبراء إسقاط لا تمليك ، والإسقاط لا تفضي الجهالة فيه إلى المنازعة ، وبما أن المشتري قبل هذا البيع بكل عيب يظهر به فلا خيار له بالرد⁽²⁾.

ثانياً المالكية : للمالكية في المسألة قولان :

الأول: ما رجحه الدسوقي في حاشيته من أن البائع في غير الرقيق لا تنفعه البراءة مطلقاً. أما في الرقيق فيبرأ البائع عن كل عيب لا يعلم به وطالت إقامته عنده (قدروها بستة أشهر) بحيث يغلب على الظن أنه لو كان به عيب لظهر له. وشرط البراءة باطل والعقد صحيح⁽³⁾.

الثاني: وهو الراجح في مذهب الإمام مالك : أن البائع يبرأ من كل عيب لا يعلمه⁽⁴⁾.

واستدلوا لذلك بقصة عبد الله بن عمر مع زيد بن ثابت رضي الله عنهم أجمعين: فقد روى الإمام مالك في الموطأ: أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة. فقال الذي ابتاعه - وهو زيد بن ثابت - لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فاخصمنا إلى عثمان بن عفان فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: بعته بالبراءة. ففضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم⁽⁵⁾.

وجه الدلالة :

تشير الرواية السابقة إلى أنهم اتفقوا على جواز البيع بشرط البراءة من العيب؛ لأن عثمان رضي الله عنه لم يحكم بفساد الشرط عند رفع النزاع إليه، ولكنه أراد التثبيت من عدم علم عبد الله بن عمر بالعيب قبل التعاقد فدل ذلك على أن البائع إذا اشترط البراءة ولم يعلم بالعيب صح الشرط وبرئ، وإن علم فكتمه لم يصح الشرط ولم يبرأ. وقال الإمام مالك في الموطأ: "ومن باع عبداً أو وليدة من

(1) بدائع الصنائع ، الكاساني ، 173/5.

(2) انظر ، رد المحتار ، ابن عابدين ، 95/4.

(3) انظر ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ابن عرفة ، 119/3.

(4) انظر ، القوانين الفقهية ، لابن جزي الغرناطي، ص263.

(5) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ، 613/2، وصححه البيهقي في السنن الكبرى ، 328/5.

أهل الميراث أو غيرهم بالبراءة، فقد برئ البائع من العهدة كلها من كل عيب، ولا عهدة عليه إلا أن يكون علم عيباً فكتمه، فإن كان علم عيباً فكتمه لم تنفعه البراءة، وكان ذلك البيع مردوداً⁽¹⁾.

ثالثاً الشافعية: ذهب الشافعية في الأظهر إلى أن البائع يبرأ من كل عيب باطن في الحيوان لا يعلمه البائع (دون غيره) أي العيب المذكور فلا يبرأ عن عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار مطلقاً ولا عن عيب ظاهر بالحيوان علمه أم لا ولا عن عيب باطن بالحيوان علمه. والمراد بالباطن ما لم يطلع عليه غالباً⁽²⁾.

واستدل الشافعية على ما ذهبوا إليه بأن قبول المشتري البيع على هذا الشرط إبراء للبائع من ضمان العيوب التي قد توجد في المبيع، وهو عنده، وهذه العيوب مجهولة للمشتري؛ لأن الفرض أنه غير عالم بها والإبراء من المجهول لا يصح شرعاً لأن الإبراء تمليك، وتمليك المجهول لا يصح باتفاق. وخرج عن هذا الأصل صورة واحدة وهي ما إذا كان العيب خفياً بحيوان، ولم يعلم به البائع للدليل السابق في قصة عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت التي رواها الإمام مالك في الموطأ؛ إذ دل قضاء سيدنا عثمان على صحة البراءة من العيب في بيع العبد، إذا لم يعلم بعيبه البائع، وقيس بالعبد سائر الحيوانات⁽³⁾. ويقول الإمام الشافعي موضحاً الفرق بين الحيوان وغيره: "ولأن الحيوان يفارق ما سواه؛ لأنه يتغذى بالصحة والسقم، وتحول طباعه، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى، فدعت الحاجة إلى التبري من العيب الباطن فيه؛ لأنه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه"⁽⁴⁾.

رابعاً الحنابلة : للحنابلة في المسألة ثلاثة أقوال⁽⁵⁾:

الأول: ذهبوا إلى موافقة الأحناف في أن البيع بشرط البراءة من العيب جائز مطلقاً. واستدلوا بحديث أم سلمة السابق⁽⁶⁾ ووجه الدلالة عندهم : أن البراءة من العيوب المجهولة جائزة؛ ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه، فصح من المجهول، كالعقار والطلاق، ولا فرق بين الحيوان وغيره، فما ثبت في

(1) انظر، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، لمحمد زكريا الكاندهلوي، 344/12.

(2) انظر، مغني المحتاج، الشريبي، 53/2.

(3) انظر، المهذب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي، 288/1.

(4) انظر، المرجع السابق، 288/1.

(5) انظر، المغني، لابن قدامة، 279/4، والروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع، البيهوتي، 216/1.

(6) انظر، ص 68 من هذه الدراسة.

أحدهما ثبت في الآخر، وقول ابن عثمان قد خالفه ابن عمر، وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة⁽¹⁾.

الثاني: لا يبرأ البائع من العيوب إلا أن يعلم بها المشتري؛ لأن العيب لا يثبت مع الجهل⁽²⁾.

الثالث: يبرأ البائع من كل عيب لا يعلمه، بدليل القصة السابقة بين عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁽³⁾.

رأي الشيخ الزرقا في المسألة⁽⁴⁾:

يفرق الشيخ الزرقا - يرحمه الله - بين ما إذا كان البائع جاهلاً بوجود العيب في مبيعه، أو يعلم العيب فكتمه عن المشتري.

في الحالة الأولى: وهي الحال التي كان البائع جاهلاً بوجود العيب في مبيعه، وإنما شرط هذا الشرط للاحتياط، فشرطه صحيح مسقط لضمنان العيب عن عهده، ويعتبر المشتري مشترياً على مسؤوليته، كما لو كان عالماً بعيب المبيع فاشتره راضياً به.

أما في الحالة الثانية: إذا كان البائع عالماً بعيب المبيع فكتمه عن المشتري، واشترط البراءة من ضمان العيب ليحمي بهذا الشرط سوء نيته، فيقول رحمه الله بعدم صحة شرطه هذا، ويبقى خاضعاً للضمنان، معللاً ذلك بأن شرطه كان للاحتياط لا للاحتياط، وهو سيء النية بشرطه هذا فلا يجوز أن يستفيد منه.

الترجيح:

يأخذ الباحث برأي الشيخ الزرقا في موقفه من المسألة لأنه وبعد التأمل في آراء الفقهاء في بيان حكم البيع بشرط البراءة من العيوب، والأدلة التي استند إليها كل فريق فيما ذهب إليه، فإن الذي يترجح للباحث هو الرأي القائل بجواز البيع بشرط البراءة من العيوب، إذا كان البائع لا يعلم بالعيب، فإن كان عالماً به وكتمه فإنه لا يبرأ، وذلك للأسباب التالية:

(1) انظر، المغني، لابن قدامة، 279/4.

(2) انظر، المرجع السابق، 279/4.

(3) انظر، تيسير الفقه الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، أحمد وافي، والمغني لابن قدامة، 279/4.

(4) انظر، المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، 467.

- أن هذا الرأي يوافق قول رسول الله ﷺ : " المسلمون على شروطهم " (1). وشرط البراءة من العيب إذا كان البائع لا يعلم بالعيب، فإنه لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً فيصح.
- أن هذا الرأي يوافق قضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه والذي قضى فيه بين عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما، حيث إن ابن عمر قد اشترط البراءة عند بيعه، فحكم عليه عثمان بالرد بعد امتناع ابن عمر رضي الله عنهم أجمعين عن حلف اليمين فدل ذلك على أن البائع إذا اشترط البراءة ولم يعلم بالعيب صح الشرط وبرئ، وإن علم فكتمه لم يصح الشرط ولم يبرأ.

المطلب الثالث: الغلط :

الغلط لغة : هو أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه (2) ، وهو الكلام لشيء لم ترده (3). ويقال: في منطقه غلطاً أي أخطأ وجه الصواب (4) .

الغلط اصطلاحاً : يشير الفقهاء إلى الغلط كعيب من عيوب الإرادة بتسميات مختلفة تدور حول الاشتباه والنسيان والخطأ والجهل، وعرفه بعضهم بالقول : "أنه الشعور بالشيء على خلاف ما هو" (5).

تعريف الشيخ الزرقا للغلط :

يعرفه الشيخ مصطفى الزرقا بأنه : " توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعاً ، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه" (6) .

علاقة المعنى اللغوي بالاصطلاحي :

إن من يمعن النظر في التعريفين الاصطلاحي واللغوي للغلط يجد العلاقة الواضحة بين التعريفين حيث أنهما يتفقا في كون الغلط يورث تصرفاً مخالفاً للإرادة بطريق الخطأ.

(1) أخرجه أبو داود في سننه ، حديث رقم 3596 ، 332/3.

(2) انظر ، لسان العرب ، ابن منظور ، 3281/5.

(3) انظر ، المرجع السابق ، 1055/2

(4) انظر ، المصباح المنير ، الفيومي ، 450/2.

(5) انظر ، الأشباه والنظائر ، ابن نجيم ، ص 121.

(6) المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، ص 473.

أثر الغلط على العقود :

لم يفرّد فقهاء الإسلام نظرية الغلط يبحث يصوغها صياغة مستقلة كما صاغوا نظرية الإكراه، لأنّ الفقه الإسلامي يعتمد الإرادة الظاهرة (الإيجاب والقبول) أساساً في العقد ما دامت الإرادة الباطنة الحقيقية خفية، ويظهر هذا جلياً من مطلع تعريفهم للعقد بأنه: "ارتباط إيجاب بقبول" ولم يعرفوه بأنه: "اتفاق إرادتين"⁽¹⁾.

ونظرية العقد في الفقه الإسلامي يتنازعها عاملان متناقضان هما مبدأ استقرار التعامل، واحترام الإرادة الحقيقية للعائد، لذا كانت المعايير في الفقه الإسلامي هي معايير موضوعية فيجري خلالها تيار الإرادة الحقيقية وسط هذه المعايير الموضوعية⁽²⁾.

وفي هذا المقام يعلق الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - بالقول: بأن كليهما واجب الرعاية، واعتبار أحدهما ينافي اعتبار الآخر، فاحترام إرادة العائد يستلزم أن نعتبر إرادة العائد الحقيقية التي ينطوي عليها ضميره. فإذا جاء في تعبيره (وهو الإرادة الظاهرة) غلط فكانت هذه الإرادة الظاهرة من العائد مختلفة عن إرادته الباطنة الحقيقية المتفقة مع تصوره وتوهمه وجب عندئذ أن تعتبر إرادته غير سليمة، وأن يفسح له مجال إبطال العقد. فهذا ما يستلزمه مبدأ احترام إرادة العائد لو أنه انفرد في الميدان. ولكن هناك مصلحة عامة في ميدان التعامل تستلزم عكس ذلك تماماً، وهي مصلحة استقرار التعامل⁽³⁾.

ويتفق الباحث مع ما ذهب إليه الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - من أن كليهما واجب الرعاية، لما فيه من تحقيق لاحترام إرادة العائد من جهة، والمحافظة على استقرار التعامل من جهة أخرى، بما يضمن تحقيق المصلحة للجميع.

(1) انظر، المدخل الفقهي العام، الزرقا، ص 489.

(2) انظر، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري، ص 104.

(3) انظر، المدخل الفقهي العام، الزرقا، ص 474.

المبحث الثالث

عيوب الرضا الطارئة بسبب اختلال التنفيذ

انفرد الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - بهذا التقسيم وهذه التسمية (عيوب الرضا الطارئة بسبب اختلال التنفيذ)، حيث إن اختلال تنفيذ العقد في الأساس هو مبحث من المباحث المتعلقة بآثار العقد، لا من مباحث عيوب الرضا المتصلة بمرحلة تكوين العقد . فوجود الرضا وسلامته من الشوائب التي تعيبه إنما هو ضروري في مرحلة الانعقاد، أما بعد ذلك فليس من الواجب أن يتم التنفيذ بالتراضي كما يتم الانعقاد، بل كثيراً ما يقع التنفيذ بقوة القضاء جبراً على الطرف الممتنع بعد أن يكون رضاه عن التعاقد سليماً⁽¹⁾.

وينوه الزرقا - يرحمه الله - إلى أن هناك حالات من اختلال التنفيذ لها صلة وثيقة بالتراضي السابق . وذلك في حالات لا يستطيع فيها القاضي أن يحقق تنفيذ العقد بالشكل الذي وقع عليه التراضي إذا طلب إليه ذلك. فعندئذ يعتبر لاختلال التنفيذ - سواء أكان بتقصير من أحد العاقدين، أو بسبب لا يد له فيه - تأثير رجعي في ذلك الرضا السليم السابق من العاقد المتضرر فيصبح غير سليم، لأن ذلك الرضا لم يوجد منه إلا على أساس الوصول إلى تنفيذ العقد وفقاً لحدوده المتفق عليها⁽²⁾. ومن أشهر حالات اختلال التنفيذ التي ذكرها الزرقا والتي من شأنها أن تعيب الرضا السابق ما يعرف عند الفقهاء بتفريق الصفقة⁽³⁾.

المقصود بتفريق الصفقة :

تفريق الصفقة لغة: الصفقة من صَفَّقَ أي ضرب بيده، وصفقت له بالبيعة صفقاً: أي ضربت بيدي على يده⁽⁴⁾، وكانت العرب إذا وجب البيع ضرب أحدهما يده على يد صاحبه ثم استعملت الصفقة في العقد فقيل: بارك الله لك في يمينك وهي للبائع والمشتري⁽⁵⁾.

(1) انظر ، المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، ص 474-475.

(2) انظر ، المرجع السابق ، ص 489-490.

(3) انظر ، المرجع السابق ، ص 490.

(4) انظر، المحيط في اللغة ، ابن عباد ، 1/445.

(5) انظر، المصباح المنير ، الفيومي، 1/343.

تفرق الصفقة اصطلاحاً : " أن لا يتناول حكم العقد جميع المعقود عليه، أو يتناوله ثم ينحسر عنه، فتكون الصفقة الواحدة المجتمعة قد تفرقت أو تبعضت أو تجزأت وبكل هذه المترادفات يعبر الفقهاء فيسمونه (تفرق الصفقة) أو (تبعضها) أو (تجزؤها)"⁽¹⁾.

تعريف الزرقا لتفرق الصفقة :

يعرف الزرقا - يرحمه الله - تفرق الصفقة بأن " معناه تجزئة العقد، ويكون ذلك في عقود المعاوضات المالية عندما يحدث ما يستوجب هذه التجزئة، كما لو اشترى شخص شيئاً فهلك بعضه في يد البائع قبل التسليم"⁽²⁾.

مسألة : متى يثبت خيار تفرق الصفقة للمشتري عند الفقهاء ؟

خيار تفرق الصفقة هو الذي يثبت للمشتري بسبب تجزئة المبيع، فيكون له الخيار بين فسخ البيع واسترداد الثمن كله إن دفعه، أو أخذ باقي المبيع مع حسم ما يقابل العيب أو الهلاك من الثمن. وصوره عند الفقهاء كالتالي :

أولاً: الحنفية⁽³⁾: يثبت عندهم بهلاك أو تعيب بعض المبيع بيد البائع قبل قبض المشتري، ومجمل حكم الهلاك : أنه إن كان بأفة سماوية أو بفعل البائع يبطل البيع وإن كان بفعل أجنبي يتخير المشتري إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أجاز، وضمّن المستهلك.

ثانياً المالكية⁽⁴⁾: يثبت هذا الخيار عندهم في حالة كون المبيع معيباً، أو استحقاق بعض مبيع متعدد اشترى صفقة واحدة، فإن كان وجه الصفقة نقضت، ولا يجوز له التمسك بالباقي، وإن كان غيره وجهها، جاز التمسك به، وأخذ الباقي بالتقويم، لا بنسبته من الثمن المسمى، فيقال : ما قيمة هذا الباقي ؟ فإذا قيل : ثمانية، قيل : وما قيمة المستحق أو المتعيب ؟ فإذا قيل : اثنان، رجع المشتري على بائعه بخمس الثمن الذي دفعه له.

(1) انظر، المرجع السابق ، 57/20.

(2) انظر ، المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، ص 490.

(3) انظر ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم ، 308/5 ، والمبسوط ، للسرخسي ، 141/13.

(4) انظر ، التاج والإكليل لمختصر خليل ، محمد العبدري ، 481/4.

ثالثاً الشافعية⁽¹⁾: جاء في تفريق الصفقة قولين عند الشافعية، أظهرهما أن البيع يبطل فيما لا يجوز، ويصح فيما يجوز، لأنه ليس بطلانه فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما، لصحته في أحدهما، فبطل حمل أحدهما على الآخر، وبقي على حكمهما، فصح فيما يجوز، وبطل فيما لا يجوز. والقول الثاني أن الصفقة لا تفرق، فيبطل العقد فيهما.

رابعاً الحنابلة⁽²⁾: تفريق الصفقة عندهم يعني أن يجمع بين ما يصح بيعه وما لا يصح بيعه، صفقة واحدة بثمن واحد. ولهذا الجمع ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يبيع شخص معلوماً ومجهولاً تجهل قيمته أي يتعذر علمه، فلا مطمع في معرفته، مثل: بعتك هذه الفرس، وما في بطن هذه الفرس الأخرى بكذا، فلا يصح البيع فيهما، لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته، والمعلوم مجهول الثمن، ولا سبيل إلى معرفته، لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما، وحمل الفرس لا يمكن تقويمه، فيتعذر التقسيط.

الصورة الثانية: أن يبيع شخص مشاعاً بينه وبين غيره بغير إذن شريكه، فيصح البيع في نصيبه بقسطه، وللمشتري الخيار بين الرد والإمسك إذا لم يكن عالماً بأن المبيع مشترك بينه وبين غيره، لأن الشركة عيب. فإن كان عالماً فلا خيار له وللبائع أيضاً. وللمشتري الأرش إن أمسك فيما ينقصه التفريق، كزوج خف.

الصورة الثالثة: أن يبيع رجل متاعه ومتاع غيره بغير إذنه صفقة واحدة، أو يبيع خلاً وخمراً صفقة واحدة، فيصح البيع في متاعه بقسطه دون متاع غيره، ويصح في الخل بقسطه من الثمن، فيوزع على قدر قيمة المبيعين ليعلم ما يخص كلاً منهما. ويقدر الخمر إذا بيع مع الخل خلاً، ليقتط الثمن عليهما. ولا خيار للبائع.

وقال الحنابلة في رواية أخرى: إذا وقع العقد على مكيل أو موزون، فتلف بعضه قبل قبضه، لم يفسخ العقد في الباقي، ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن.

(1) انظر، المجموع شرح المذهب، النووي، 379/9.

(2) انظر، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الحجاي، 73/2.

رأي الزرقا في المسألة :

يرى الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - أنه في حال تفرق الصفقة على المشتري، وحيث أنه اشترى الكل فلم يتحقق له إلا البعض، فيمنح المشتري خياراً في أخذ الباقي بحصته من الثمن أو إبطال العقد، ويعزو ذلك إلى أن اختلال التنفيذ قد عاد على الرضا السابق فعابه، حيث أن المشتري لم يصدر منه ذلك الرضا إلا على أساس شراء جميع المعقود عليه لا بعضه فقط⁽¹⁾.

(1) انظر ، المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، ص 491.

الفصل الثالث

انتهاء العقود

وفيه ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : انحلال العقد.
- المبحث الثاني : بطلان العقد.
- المبحث الثالث : انقضاء الالتزام.

المبحث الأول انحلال العقد

جعل الإسلام لكل عقد نظامه الخاص به، ورتب على ذلك التزامات لا بد من الوفاء بها، فما شرعه الإسلام من العقود حقيق بالوفاء والالتزام، وما نهى عنه يوجب الابتعاد والانصراف عنه، لقوله عز وجل: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾⁽¹⁾، فالأصل في العقد أن ينتج آثاره المترتبة عليه؛ إلا أنه أحياناً ينحل بعد انعقاده لسبب من الأسباب الداعية لذلك . ومن هنا لا بد لنا أن نتعرف إلى انحلال العقد كجزء من نظرية العقد .

أولاً : تعريف انحلال العقد :

الانحلال لغة : يأتي الحل في اللغة على معانٍ كثيرة تدور حول معنى واحد وهو فتح الشيء، فيقال: حللتُ العُقْدَةَ أحلُّها حلًّا. ويقول العرب: "يا عاقِدُ اذْكُرْ حلًّا"⁽²⁾.
الانحلال اصطلاحاً : لم يعثر الباحث فيما اطلع عليه على تعريف مستقل للانحلال عند الفقهاء القدامى . ولعل السبب في ذلك أنهم لم يستخدموا التعبير ذاته في التعبير عن المعنى المراد، وإنما ذكره ضمناً بتعابير أخرى كالفسخ والانفساخ .

تعريف الشيخ الزرقا للانحلال: يعرف الشيخ مصطفى الزرقا انحلال العقد بأنه : " زوال الرابطة الحقوقية التي ربطت المتعاقدين بموضوع العقد "⁽³⁾.
فالعقد أنشأ رابطة ربطت كل من المتعاقدين بمحل العقد، وأوجبت لكل واحد منهما حقوقاً يلتزم بها تجاه الآخر، أما انحلال العقد : فهو زوال لتلك الرابطة .
ومن الواضح جداً أن الانحلال لا يكون إلا بعد سبق الانعقاد، وهنا يجب أن يتضح الفرق بين انحلال العقد من جهة وبطلانه من جهة أخرى، ولتوضيح هذه المسألة لا بد لنا أولاً من تعريف بطلان العقد .

(1) المائدة : 1.

(2) انظر ، مقاييس اللغة، ابن فارس ، 20/2.

(3) المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، ص 593.

البطلان لغة : الباطل ضد الحق ، وبَطَلَ بَطْلاً وبُطُولاً وبُطْلَاناً بضمهم : ذَهَبَ ضَيَاعاً وَخُسْرًا⁽¹⁾.
والإبطال : يقال في إفساد الشيء وإزالته ، حقا كان ذلك الشيء أو باطلا⁽²⁾.

تعريف البطلان اصطلاحاً :

يعرف جمهور الفقهاء الباطل تعريفاً يختلف عن تعريف الحنفية له، وأكتفي هنا بالإيجاز سريعاً لتعريف كل من الجمهور والحنفية للباطل؛ حيث أنه سيأتي تفصيل ذلك في المبحث التالي بمشيئة الله .
أولاً: الجمهور: (المالكية والشافعية والحنابلة) ⁽³⁾ : يرون أن كل ما يقابل الصحيح فهو باطل غير منعقد ؛ سواء أكان الخلل في أركانه أو في أوصافه .
جاء في المجموع : " الباطل اسم جامع لكل ما لا يحل في الشرع، كالربا والغصب والسرقة والخيانة وكل محرم ورد به الشرع " ⁽⁴⁾ .

ثانياً: الحنفية : فيرون أن الباطل هو : " ما لم يشرع بأصله ولا وصفه " ⁽⁵⁾.
ويتبين مما سبق أن الباطل بحكم المعدم شرعاً ، وإن تحقق وجوده حساً بين المتعاقدين ومن خلال تعريف الانحلال والبطلان يمكن القول بأن : الانحلال لا يكون إلا بعد تحقق وجود العقد على وجه مشروع بين العاقدين، ويكون العقد منتجاً لآثاره ؛ إلا أنه بعد أن وجد زال لأي سبب من أسباب الانحلال.

رأي الشيخ الزرقا :

يرى يرحمه الله أن الفرق بين انحلال العقد وبطلانه يتجلى في أن البطلان: هو الحالة التي كان للعقد فيها وجوداً حسياً فقط، دون أن يكتسب وجوده الاعتباري في نظر الشرع، أي إن العقد في حالة البطلان غير منعقد من أصله ، كمولود يولد ميتاً .

(1) انظر ، القاموس المحيط، الفيروز آبادي، 1249/1.

(2) انظر ، تاج العروس، الزبيدي، 89/28.

(3) انظر ، حاشية الدسوقي ، ابن عرفة الدسوقي، 54/3، والإحكام ، للآمدي، 176/1، والمغني ، لابن قدامة ، 252/4.

(4) انظر ، المجموع، للنووي ، 145/9.

(5) انظر ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم ، 311/7، وتبيين الحقائق ، للزيلعي ، 44/4.

أما الانحلال فهو الحالة التي يكون فيها العقد منعقداً منتجاً لآثاره بين طرفيه ، ولكنه بعد الوجود يزول وينعدم بسبب غير إرادي، أو بسبب إرادي فهو كشخص تطراً عليه الوفاة . فإذا أزيل العقد إزالة بسبب إرادي سمّي ذلك فسخاً، وإذا زال العقد بسبب طارئ غير إرادي سمي ذلك انفساخاً⁽¹⁾.

الفرق بين الفسخ والانفساخ:

ذكر الشيخ الزرقا - يرحمه الله - من أن الفسخ يكون بسبب إرادي من العاقدين، بينما الانفساخ لا دخل للعاقدين فيه ؛ بل هو أمر طارئ غير إرادي⁽²⁾. وفي نفس المعنى أورد القرافي فروقاً بين الفسخ والانفساخ وهي⁽³⁾ :

- الفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه والانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه.
- الفسخ فعل المتعاقدين أو الحاكم إذا ظفروا بالعقود المحرمة والانفساخ صفة العوضين فالأول سبب شرعي والثاني حكم شرعي فهذان فرعان فالأول من جهة الموصوفات والثاني من جهة الأسباب والمسببات.

أثر انحلال العقد كما يراه الشيخ الزرقا⁽⁴⁾ :

نتيجة انحلال العقد كما خلص إليه الشيخ مصطفى الزرقا تكون على أحد شكلين :

الأول : الاستناد : بمعنى أن يكون انحلال العقد مستنداً؛ أي بأثر رجعي بحيث ينسحب على الماضي، فيوجب التراجع فيما نفذ من التزامات العقد، كالبيع الذي يوجب فسخه التراد في الثمن والمثمن. ويسمى انحلال العقد في حالة الاستناد فسخاً أو انفساخاً .

الثاني : الاقتصار : بمعنى أن يكون انحلال العقد مقتصراً ليس له أثر رجعي، وإنما يسري حكمه على المستقبل فقط، كالإجارة فإن انحلالها يؤثر على الزمن الباقي بعد الانحلال ، أما ما مضى فيكون على حكم العقد.

(1) انظر ، المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، ص 593.

(2) انظر ، المرجع السابق، ص 593.

(3) انظر ، الفروق ، القرافي ، 443/3.

(4) انظر ، المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، ص 598.

ويسمى انحلال العقد في حالة الاقتصار إنهاء وانتهاء ، والفرق بينهما :

- انتهاء العقد يتحقق بدون أن يكون للعاقدين أو أحدهما تدخل فيه، أما الإنهاء: فلا يتحقق إلا بتدخل العاقدين أو أحدهما.

- انتهاء العقد يكون بزوال أثر العقد ؛ وذلك بأن يبلغ نهايته، سواء بانتهاء مدته، أو تحقيق الغرض الذي أبرم من أجله، أما الإنهاء: فيتطرق إلى العقد حال قيام أثره ليرفع ذلك الأثر.

كما ويرى يرحمه الله أنه من المستحسن أن يُمَيَّز في تسمية انحلال العقد بين حالتي الاستناد والاقتصار. ففي حالة الاستناد وأن يسمى فسخاً وانفساخاً، أما في حالة الاقتصار فيسمى إنهاءً وانتهاءً⁽¹⁾.

(1) انظر ، المرجع السابق، ص 598.

المبحث الثاني بطلان العقد

مر معنا في المبحث السابق تعريف البطلان في اللغة وكذلك في اصطلاح الفقهاء ، فهو كما سبق عند الجمهور⁽¹⁾ عدا الحنفية: كل ما يقابل الصحيح باطل غير منعقد ؛ سواء أكان الخلل في أركانه أو في أوصافه .

فالجمهور يرون أن غير الصحيح قسم واحد يوصف بالفساد والبطلان على حد سواء. وهم يعرفون غير الصحيح : بأنه ما لم يترتب أثره عليه، والبطلان والفساد هو : عدم ترتب الأثر المطلوب من المعاملة عليها.

وحكم غير الصحيح عند الجمهور هو : حكم الباطل عند الحنفية، كما سيأتي بيانه.

أما الحنفية⁽²⁾ فيفرقون بين الباطل والفساد، فالباطل هو : ما لم يشرع بأصله ولا وصفه. والبطلان : عدم ترتب أثر المعاملة عليها.

ومعنى أنه لم يشرع بأصله ولا وصفه، أي أنه وجد خلل في العاقدين أو محل العقد، كأن يكون العاقدان غير عاقلين أو أحدهما، أو كان العوضان ليسا بمال، أو كان أحدهما ليس بمال⁽³⁾ . أما الفساد فهو عند الحنفية : ما شرع بأصله دون وصفه⁽⁴⁾.

ومثاله الربا، فإنه عقد فاسد عند الحنفية ؛ لأنه نوع بيع لم يحصل الخلل في العاقدين أو محل العقد، وإنما انعدم شرط الجواز، وهو المساواة في العقد⁽⁵⁾ .

ومعنى أنه شرع بأصله دون وصفه، أي أن العاقدين ومحل العقد لم يحصل فيهما خلل، وإنما الخلل حصل في الأوصاف بأن ورد النهي عنها، أو عن شيء منها .

ومن هنا يتبين أن الفساد عند الحنفية مرتبة بين الصحيح والباطل ، حيث إنه يشبه الصحيح من جهة أصله، وأن أصله مشروع ، ويشبه الباطل من جهة الأوصاف، حيث ورد النهي عنها.

(1) انظر، حاشية الدسوقي، ابن عرفة الدسوقي، 54/3، والإحكام، للمأمدي، 176/1، والمغني، لابن قدامة، 252/4.

(2) انظر، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم ، 311/7، وتبيين الحقائق ، للزيلعي ، 44/4.

(3) انظر، الملكية ونظرية العقد ، محمد أبو زهرة ، ص 369.

(4) انظر، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم ، 311/7، وتبيين الحقائق ، للزيلعي ، 44/4.

(5) انظر، أصول السرخسي، السرخسي، 90/1.

حكم العقد الباطل : أنه لا يترتب عليه أثر، سواء قبض أم لا؛ لأنه لم ينعقد أصلاً فهو بحكم المعدوم في نظر الشارع⁽¹⁾.

حكم العقد الفاسد عند الحنفية : أنه يفيد الملك بالقبض، ويجب فسخه ما لم يفت حقاً شرعياً⁽²⁾.

منشأ الخلاف بين الفقهاء في التفريق بين الباطل والفاسد⁽³⁾:

لعل منشأ الخلاف بينهم في ذلك يعود إلى اختلافهم في أثر المنهي عنه، فإذا نهى الشارع عن عقد من العقود، فالجمهور يرون : أن هذا النهي يقتضي عدم وجود العقد شرعاً؛ سواء كان راجعاً إلى أصل العقد، أو راجعاً إلى وصف ملازم له .

أما الحنفية فإنهم يُفصلون، فيقولون : إذا رجع النهي إلى أصل العقد، أصبح باطلاً لا وجود له شرعاً، أما إذا رجع إلى وصف ملازم، فهذا الوصف فقط يكون باطلاً، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد، فينعقد العقد، إلا أنه فاسد يجب فسخه.

وتتجلى لنا ثمرة الخلاف في الأمثلة التالية :

- البيع الفاسد لا ينعقد عند الجمهور، ولا يترتب عليه أثره. وعند الحنفية: يفيد الملك إذا اتصل به القبض؛ وذلك مثل ما لو باع درهماً بدرهمين، أو باع بخمر، أو شرط أجلاً مجهولاً، فكل ذلك فاسد عندهم ليس بباطل، يترتب الملك عليه إذا اتصل به القبض، وهو عند الجمهور فاسد أو باطل لا تترتب عليه آثاره.
- الإجارة الفاسدة لا تقيد ملك المنافع عند الجمهور. وعند الحنفية: تتعدى وتملك المنافع بحكم العقد.

(1) انظر ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم ، 311/7.

(2) انظر ، بدائع الصنائع ، الكاساني، 300-299/5، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم، 311/7.

(3) للاطلاع إلى كتب الجمهور في المسألة انظر ، حاشية الدسوقي ، ابن عرفة الدسوقي، 54/3، والإحكام، للأمدى، 176/1، والمغني ، لابن قدامة ، 252/4. ومن كتب الحنفية : بدائع الصنائع ، الكاساني، 300-299/5، وتبيين الحقائق ، للزيلعي ، 43/4.

رأي الشيخ الزرقا :

لقد صنف الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - العقود بالنظر لصحة العقد وعدمها إلى صنفين هما العقد الصحيح والعقد الفاسد ، ولم يصنف العقود إلى منعقدة وباطلة، معللاً ذلك بأن الباطل معدوم شرعاً، فلا يعتبر صنفاً (1).

وبذلك يكون الشيخ الزرقا - يرحمه الله - متفقاً مع مذهبه الحنفي في التفريق بين الباطل والفاسد .

(1) انظر ، المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، ص 636.

المبحث الثالث انقضاء الالتزام

الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد هو المقصد الأساسي الذي يسعى العاقدان إلى تحقيقه من إبرام العقد، فإذا نفذ كل عاقد التزامه تجاه العاقد الآخر فإن العقد يكون قد بلغ نهايته ومن ثم يزول تلقائياً إذا تم الوفاء وفقاً لشروطه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

تعريف انقضاء الالتزام :

الانقضاء في اللغة يأتي بمعنى : ذهاب الشيء وفناؤه⁽¹⁾. أما الالتزام فهو في اللغة : من لزم يلزم لزوماً أي : ثبت ودام، والالتزام : الاعتناق⁽²⁾. وهذا المعنى اللغوي جرت عليه استعمالات الفقهاء، حيث تدل تعبيراتهم على أن الالتزام عام في التصرفات الاختيارية، وهي تشمل جميع العقود، سواء في ذلك المعاوضات والتبرعات⁽³⁾. والأصل أنّ الالتزام ينقضي بوفاء الملتزم وتنفيذه ما التزم به من تسليم عين أو دين، كتسليم المبيع للمشتري، والثمن للبائع، والمأجور للمستأجر، والأجرة للمؤجر والموهوب للمتهب وبدل القرض للمقرض وهكذا. كما ينقضي الالتزام أيضاً بالقيام بالعمل الملتزم به في إجازة أو استصناع أو مساقاة أو وكالة أو مضاربة، وانقضاء المدّة في التصرف المقيّد بالزمن كالإجازة المحددة⁽⁴⁾.

وقد ينقضي الالتزام بغير هذا ومن أمثلة ذلك⁽⁵⁾:

- إبراء الدائن للمدين.
- الفسخ أو العزل في العقود الجائزة كالوكالة والشركة والقراض الوديعة، إلا إذا اقتضى فسخها ضرراً على الطرف الآخر.
- الرجوع في التبرعات قبل القبض كالوصية والهبة، وبعد القبض في العارية والقرض عند غير المالكية.

(1) انظر ، لسان العرب، ابن منظور ، 3666/5.

(2) انظر ، المرجع السابق، 4027/5.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية ، 144/6.

(4) المرجع السابق ، 172/6.

(5) المرجع السابق، 172/6.

- المقاصّة في الدّيون.
- انعدام الأهليّة في العقود الجائزة كالجنون والموت.
- الفلس أو مرض الموت في التبرّعات قبل القبض.
- عدم إمكان التّفيز، كهلاك المبيع قبل القبض.

انقضاء الالتزام عند الشيخ مصطفى الزرقا⁽¹⁾ :

يقول الشيخ الزرقا : إن انقضاء الالتزام يكون بأحد طريقين أساسيين ترجع إليه جميع صورته، فهو يحصل :

- إما بتنفيذ الالتزام ، إذ يصل كل ذي حق حقه.
- وإما بسقوط عهدة التنفيذ ، لزوال ما أوجبه؛ كما في انحلال العقد بالنسبة إلى الالتزامات العقدية .

ويوضح الزرقا - يرحمه الله - أن انقضاء الالتزام غير انحلال العقد . وأن الفرق بينهما كالفرق بين زوال المؤثر وانتهاء الأثر. فتقايض المتبايعين في المبيع والتمن هو انقضاء للالتزام بتنفيذ العقد، وليس هو انحلالاً في العقد، وهكذا ..

ويفصل القول إيضاحاً لذلك بأن انحلال العقد يجعل المتعاقدين في حل من الرابطة التي كانت بينهما. فهذا الانحلال يستلزم انقضاء الالتزامات التي كانت ناشئة بذلك العقد المنحل. ففسخ البيع مثلاً ينهي التزام المشتري بدفع الثمن، كما ينهي التزام البائع بتسليم المبيع. وهكذا كل عقد تنقضي بانحلاله الالتزامات الناشئة عن انعقاده.

بيد أن هذا الانقضاء للالتزامات السابقة المتولدة من العقد قبل انحلاله لا يمنع نشوء التزامات جديدة تتولد من الانحلال : فانفساخ البيع مثلاً إذا وقع بعد التقايض في العوضين يوجب وجيبة جديدة هي التردّ . فيصبح البائع ملتزماً برد الثمن، والمشتري ملتزماً برد المبيع.

وانفساخ الإجارة بعد التقايض في المأجور والأجرة يوجب على المؤجر إعادة الأجرة المسلفة عن المدة الباقية من الإجارة، كما يوجب على المستأجر إعادة المأجور إلى الآجر بعد استعادة باقي الأجرة، لأن بقاء الوضع الحقوقي الناشئ بالعقد بين المتعاقدين قد أصبح بلا سبب شرعي بعد انفساخ العقد. فوجب إعادة العاقدين إلى حالهما السابقة قبل التعاقد.

(1) انظر ، المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، ص 601-602.

وبذلك يكون كل انحلال في العقد تنقضي به التزاماته السابقة، ولا عكس: أي لا يلزم من انقضاء الالتزام انحلال العقد الذي أنشأه، إذ قد يكون الانقضاء بتنفيذ الالتزام الذي أوجبه العقد، لا بسقوط العقد الموجب.

الفصل الرابع

أقسام العقود وصورها

وفيه مبحثان :

- المبحث الأول : تصنيف العقود:
 - أولاً : بالنظر إلى التسمية.
 - ثانياً : بالنظر إلى الصحة .
- المبحث الثاني : صور من العقود الحديثة وآراء الشيخ الزرقا فيها.
 - أولاً : عقد التأمين
 - ثانياً : عقد الاستصناع

المبحث الأول تصنيف العقود

تختلف العقود بعضها عن بعض تبعاً لمقاصدها وما يعترئها من أحكام ، ولذا يمكن تصنيف العقود باعتبارات مختلفة، مع العلم بأنه قد يوصف العقد الواحد بأكثر من وصف، ويدخل تحت أكثر من تقسيم إذا ما تعددت الاعترابات فيه .

من هنا فقد صنف العلماء العقود بتصنيفات مختلفة، لكي يسهل دراستها، وإدراك وجوه الشبه والفرق فيما بينها، وأهم هذه التصنيفات ما يلي :

- بالنظر إلى التسمية وعدمها.
- بالنظر إلى الصحة وعدمها.
- بالنظر إلى المشروعية وعدمها.
- بالنظر إلى الشكلية.
- بالنظر إلى النفاذ.
- بالنظر إلى اللزوم ، وقابلية العقد للفسخ.
- بالنظر إلى تبادل الحقوق.
- بالنظر إلى الضمان وعدمه.
- بالنظر إلى الفورية والاستمرار.
- بالنظر إلى الأهلية والتبعية.

وسنعرض في هذا المبحث بمشيئة الله إلى تصنيف العقود من حيث التسمية، والصحة.

أولاً : تصنيف العقود بالنظر التسمية :

تصنف العقود من حيث التسمية إلى عقود مسمّاة وعقود غير مسمّاة :

تعريف العقود المسمّاة : إن المتتبع لكتب المذاهب الفقهية يجد أن الفقهاء تناولوا عقوداً جعلوا لكل منها اسماً خاصاً . وذكروها عقداً بعد عقد، على خلاف في ترتيب هذه العقود بين المذاهب. وبحثوا

في كل عقد أركانه وأحكامه حسب ما يقتضيه موضوعه وغايته. فبحثوا البيع والهبة والإجارة بأنواعها والمزارعة والمساقاة والشركة والعارية والوديعة والقرض والكفالة والرهن والصلح وغيرها .
هذه العقود المعينة التي أقر التشريع لها أسماءً وأحكاماً خاصة هي ما يُطلق عليها (العقود المسماة).

تعريف الزرقا للعقود المسماة :

عرّف الزرقا - يرحمه الله - العقود المسماة بقوله : " هي التي أقر التشريع لها اسماً يدل على موضوعها الخاص وأحكاماً أصلية تترتب على انعقادها ، كالبيع والهبة والإجارة والشركة وغيرها"⁽¹⁾ .
فليس مجرد التسمية إذن هو ما يُنظر إليه في العقود المسماة فقط؛ بل أن يتولى التشريع تنظيم الأحكام الخاصة بكل منها، لأن من أحكام هذه العقود ما هو تطبيق للقواعد العامة في العقد، ومنها ما هو استثناء من هذه القواعد وفقاً لما تقتضيه طبيعة العقد وغايته، فيُعمل في هذه العقود المسماة بأحكامها الخاصة ولو خالفت القواعد العامة.

أما العقود غير المسماة :

فقد عرفها الزرقا بقوله : " هي التي لم تُسمَّ باسم خاص يميّزها، أو لم يرتب لها التشريع أحكاماً خاصة بها"⁽²⁾. وهي كثيرة لا تنحصر لأنها تنتوع بحسب حاجة العاقد والموضوع المتفق عليه ضمن الغايات المشروعة، ويجمعها اسم (العقد) أو (الاتفاق).

وقد اختلفت أقوال العلماء حول إيجاد عقود جديدة غير مسماة شرعاً على مذاهب ثلاثة

هي:

- مذهب الجمهور عدا الحنابلة : وهم يبيحون كل عقد لكن في نطاق الأدلة الشرعية المعروفة كالقياس أو العرف أو المصالح المرسلة .
- مذهب الحنابلة : وهم يبيحون كل عقد ما لم يرد من الشرع ما يمنعه .
- مذهب الظاهرية⁽³⁾ : وهم لا يقرون بالعقود إلا ما جاء به نص أو إجماع.

(1) المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، ص 632.

(2) انظر ، المرجع السابق. ص 632.

(3) انظر ، المحلى ، ابن حزم ، 414/8 .

والفرق بين مذهب الجمهور ومذهب الحنابلة :

هو أن مذهب الجمهور لا يجيز من العقود إلا ما تتحقق به المصالح الجماعية ولا يقر من العقود ما تتحقق به المصالح الفردية أما عند الحنابلة فلا فرق عندهم بين المصالح الجماعية والفردية في إنشاء عقود جديدة .

رأي الشيخ الزرقا في المسألة :

يتبنى الزرقا رأي الحنابلة في المسألة القاضي بإباحة كل عقد ما لم يوجد ما يمنعه في الشريعة. وهذا واضح من قوله⁽¹⁾: "التشريع الإسلامي لم يحصر التعاقد في موضوعات معينة يمنع تجاوزها إلى موضوعات أخرى، وليس في نصوص الشريعة ما يوجب تحديد أنواع العقود أو تقييد موضوعاتها إلا بأن تكون غير منافية لما قرره الشرع من القواعد والشرائط العامة في التعاقد . والمبدأ العام في هذا الشأن قول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾⁽²⁾".

الترجيح :

يأخذ الباحث بما ذهب إليه الحنابلة في المسألة ورجحه الشيخ الزرقا من أن كل عقد لا يوجد ما يمنعه في الشريعة فهو مباح، لكنه يجب أن يقيّد بمراعاة المصالح الفردية والجماعية، وتقديم مصلحة الجماعة في حال تعارضت مع مصلحة الأفراد.

(1) المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، ص 632.

(2) المائدة : 1.

ثانياً : تصنيف العقود بالنظر إلى الصحة :

تصنيف العقود إلى صحيح وغير صحيح هو تصنيف لها من ناحية وصفها، فالعقد باعتبار الشارع له وترتب آثاره عليه أو عدم الاعتبار يقسم إلى صحيح وغير صحيح.

وبيان ذلك فيما يلي :

تعريف العقد الصحيح لغة واصطلاحاً :

الصحة في اللغة : زهاب المرض، والبراءة من كل عيب⁽¹⁾. والصحة ضد السقم⁽²⁾. ويقال : صحَّ العقد إذا ترتب عليه أثره⁽³⁾.

الصحة في الاصطلاح : صحة العقد تعني ترتب ثمرته المطلوبة منه⁽⁴⁾.

والعقد الصحيح في اصطلاح الفقهاء هو : " ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبراً شرعاً في حق الحكم"⁽⁵⁾.

والمراد بكون العقد معتبراً شرعاً في حق الحكم : أي حصوله على وجه تترتب عليه الآثار التي قررها الشارع للعقد الصحيح إثر تمامه، وذلك يكون باستكمال أركانه وشروطه الموضوعية له شرعاً، فالصحة هي علة ترتب الأثر. وهذا التعريف متفق عليه بين الفقهاء في المعنى وإن اختلفت عباراتهم⁽⁶⁾.

وبالرغم من موافقة الحنفية للفقهاء في التعريف السابق إلا أنهم عرفوا العقد الصحيح بتعريف خاص، وذلك ليجعلوه في مقابل تعريفهم للعقد الباطل والفاقد نظراً لاختلاف مذهبهم عن مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في التفرقة بين الفاسد والباطل. وبناءً على ذلك فقد عرف فقهاء الحنفية العقد الصحيح بأنه : ما كان مشروعاً بأصله ووصفه⁽⁷⁾.

(1) القاموس المحيط ، الفيروز آبادي ، 291/1.

(2) مختار الصحاح، الرازي ، 375/1.

(3) المصباح المنير ، الفيومي، 333/1.

(4) انظر، الإحكام في أصول الأحكام ، الأمدي ، 176/1.

(5) انظر، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام ، علاء الدين البخاري ، 380/1.

(6) انظر، فتح القدير ، ابن الهمام، 401/6. ومجلة الأحكام العدلية ، مادة 163، 107/1. والشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ،

الدردير، 27/2، والمنتور في القواعد ، الزركشي ، 409/2.

(7) انظر ، الفصل الثالث من هذه الدراسة ، ص83.

تعريف الشيخ الزرقا للعقد الصحيح :

يعرف الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - العقود الصحيحة بقوله : " هي ما توافرت فيها جميع شرائطها الشرعية العامة والخاصة ، في أصلها وفي نواحيها الفرعية ، كبيع المال المتقوم بثمن معلوم نقداً أو نسيئةً إلى أجل معلوم ، وكإجارة الشيء المعين بأجر مبيّن مدة محددة"⁽¹⁾ .
وكما نرى فإن تعريف الشيخ الزرقا - يرحمه الله - لم يبتعد كثيراً عن تعريف الجمهور للعقد الصحيح في كون العقد الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه، لكنه مصبوغ بصبغة القانون والحدائث في التعبير، ففصل في الشروط العامة والخاصة ، والأصل والفرع.

علاقة المعنى اللغوي بالاصطلاحي :

إن تعريف الفقهاء للعقد الصحيح يتناغم مع المعنى اللغوي ، فالصحة جاءت في اللغة ضد السقم ، فالشيء الصحيح هو ما كان على أكمل أحواله ، والفساد هو الخروج عن ذلك. فالعقد إذا اجتمعت أركانه وشرائطه فهو صحيح ؛ لأنه على أكمل أحواله، فإذا فقد شيئاً منها خرج عن حد الصحة وكان فاسداً.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الشروط اللازمة لصحة العقد عند جمهور الفقهاء كلها سواء في الحكم وهو : ترتب بطلان العقد على فقدان واحد منها ، فالعقد إذا فقد ركناً من أركانه ، أو تخلف شرط من شروط هذه الأركان، أو ورد نهي من الشارع عنه لوصف اقتزن به يكون باطلاً أو فاسداً، وهذا مبني على عدم تفريقهم بين العقد الباطل والعقد الفاسد فهما عند الجمهور بمعنى واحد ، خلافاً للحنفية⁽²⁾ .

(1) المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، ص 636.

(2) سبق تفصيل ذلك في الفصل الثالث من هذه الدراسة ، انظر ، ص 83-84.

المبحث الثاني

صور من العقود الحديثة وآراء الزرقا فيها

أولاً : عقد التأمين

إن عقد التأمين يعتبر من قضايا عصرنا المستجدة؛ حيث زاد انتشاره بفعل القوانين التي تحكم التجارة المحلية والدولية، بصورة جعلته واقعاً في كثير من التشريعات المدنية باختلاف مشاربها. وأول ظهور للتأمين التجاري كان في القرن الثاني عشر الميلادي نتيجة تعرض السفن المحملة بالبضائع للمخاطر المختلفة، وكانت البداية في شمال إيطاليا؛ حيث كان أصحاب البضائع يدفعون أقساطاً معينة مقابل أنه إذا تحقق الخطر بتلف بضاعتهم، تعين على الطرف المؤمن دفع مبلغاً من المال تعويضاً عنها، ثم بدأت هذه الصورة بالانتشار شيئاً فشيئاً، وانتقلت إلى الدول العربية في زمن متأخر من القرن التاسع عشر الميلادي، لتدخل بعد ذلك في كثير من المجالات الاقتصادية المختلفة وغيرها⁽¹⁾.

ولمّا كثر حول موضوعه من سجالات ومناقشات؛ دارت في معظمها حول الإباحة والتحریم، وكان للشيخ الزرقا - يرحمه الله - الدور الأبرز فيها أحببت أن أسلط الضوء عليها ما وفقني الله لذلك سبيلاً.

تعريف التأمين :

التأمين لغة : مصدر أمّن يؤمّن مأخوذة من الاطمئنان الذي هو ضد الخوف ومن الأمانة التي هي ضد الخيانة. يقال: أمّنه تأميناً وأئتمنه واستأمنه⁽²⁾.
ثم استخدم التأمين للدلالة على عقد خاص تقوم به شركات التأمين تدفع بموجبه مبلغاً في حال وقوع حادث معين لشخص يدفع لها قسطاً من المال⁽³⁾.

(1) انظر ، المعاملات المالية المعاصرة ، محمد شبير ، ص 97.

(2) انظر ، مختار الصحاح ، الرازي ، ص26 ، والمنجد الأبجدي ، دار المشرق ، ص223.

(3) انظر ، المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية بالقاهرة ، 28/1.

التأمين في الاصطلاح :

التأمين من العقود المستجدة كما سبق ، لذلك لم يعثر الباحث فيما اطلع عليه على تعريف له عند الفقهاء الأربعة، وقد ذكره ابن عابدين في حاشيته⁽¹⁾ تحت اسم سوكرة⁽²⁾.

أنواع التأمين

ينقسم التأمين من حيث شكله قسمين⁽³⁾:

الأول : التأمين التعاوني أو التبادلي: وهو أن يكتتب مجموعة من الأشخاص يتعهدهم خطر مشابه ، ويدفع كل منهم اشتراكاً معيناً ، يؤدي منها تعويض لكل من يتعرض للضرر منهم، سعياً منهم إلى تخفيف الخسائر وتحمل المصائب ولا ينظرون إلى تحقيق الأرباح ؛ لذا فإن زادت الاشتراكات على ما صرف من تعويض كان للأعضاء استردادها ، وإن نقصت طوالب الأعضاء باشتراك إضافي لتغطية العجز . وتدار هذه المجموعة من قبل أعضائها ، فكل واحد يكون مؤمناً ومؤمناً له ، وغرض هذا النوع من التأمين إنساني ، وهو قليل التطبيق اليوم .

الثاني : التأمين التجاري (قسط ثابت) : وهو الذي يراد من كلمة التأمين إذا أطلقت، وفيه يلتزم المؤمن له بدفع قسط محدد إلى المؤمن وهو شركة التأمين المكونة من أفراد مساهمين غير المؤمن لهم، وهم المستفيدين من أرباح الشركة وغرض هذا النوع من التأمين تحقيق الربح ، وهو السائد الآن.

تعريف عقد التأمين التجاري في القانون:

هناك تعريفات متعددة للتأمين التجاري وضعتها القوانين المدنية، دارت في معظمها حول أن عقد التأمين التجاري هو: عقد معاوضة يلتزم أحد طرفيه وهو المؤمن أن يؤدي إلى الطرف الآخر وهو المؤمن له أو من يعينه عوضاً مالياً يتفق عليه . يدفع عند وقوع الخطر أو تحقق الخسارة المبينة في العقد وذلك نظير رسم يسمى قسط التأمين يدفعه المؤمن له بالقدر والأجل والكيفية التي ينص عليها العقد المبرم بينهما⁽⁴⁾.

(1) انظر ، حاشية ابن عابدين ، 170/4.

(2) سوكره : لفظ تعنى عقد التأمين وهي مأخوذة من اللفظ الفرنسي (سيكورتيه) ومعناه الأمان والاطمئنان . نظام التأمين، مصطفى الزرقا، ص 23 .

(3) انظر ، التأمين بين الحظر والإباحة، سعدي أبو جيب، ص 18.

(4) انظر ، معجم المصطلحات الاقتصادية ، نزيه حماد ، ص 107، والوسيط، للسنهوري، 1079/7.

ووصفه بعقد معاوضة من وجهة نظر القانونيين؛ لأن كلا المتعاقدين يأخذ مقابلًا لما يعطي، فالمؤمن يعطي قسط التأمين والمؤمن له يعطي مبلغ التأمين عند تحقق ما يوجبه . وليست المعاوضة مقابل أمان محض يحصل عليه المؤمن. أما اعتباره ملزماً، فلأن عقد التأمين يُلزم المؤمن له بدفع الأقساط حسب الاتفاق وكذلك يلتزم المؤمن بدفع التأمين عند وقوع حادث محتمل⁽¹⁾.
ومما سبق يتضح أن عقد التأمين هو عقد احتمالي؛ لأن كل طرف يجهل كم سيدفع وكم سيعطي بالتحديد؛ حيث أن ذلك مرهون بوقوع الخطر أم لا، وهذا أمر بعلم الله سبحانه.

حكم عقد التأمين التجاري :

لم يعرف سلفنا الصالح رضوان الله عليهم أجمعين هذا النوع من العقود؛ حيث لم يرد فيه نص شرعي، ولم يتعرض لحكمه أي من الصحابة والأئمة المجتهدين. وبانتشار صور التأمين التجاري في عصور لاحقة، عكف الباحثون على دراسته لكنهم اختلفوا في حكمه على ثلاثة أقوال :

القول الأول : يقضي بعدم جواز عقد التأمين التجاري .

وقال به جماعة كثيرون منهم ابن عابدين الحنفي⁽²⁾، ومحمد أبو زهرة⁽³⁾. وبه أفتت عدة هيئات كهيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية⁽⁴⁾، وكذلك المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي⁽⁵⁾، وغيرها من الجهات العلمية المختصة .

القول الثاني : يقضي بجواز عقد التأمين التجاري.

وقال به قلة من الباحثين والفقهاء المعاصرين⁽⁶⁾ تصدرهم في هذا الرأي الشيخ مصطفى الزرقا⁽⁷⁾ يرحمه الله.

القول الثالث : ويقضي بجواز أنواع من التأمين وتحريم أنواع أخرى .

(1) انظر ، الوسيط ، للسنيهوري ، 1136/7.

(2) انظر ، مجموعة رسائل ابن عابدين ، ابن عابدين ، 175/2.

(3) انظر ، نظام التأمين ، الزرقا ، ص 67. وانظر ، حكم الإسلام في التأمين ، عبد الله علوان ، ص 10.

(4) قرار رقم 5-10 بتاريخ 1397/4/4هـ.

(5) بتاريخ 1399/4/4هـ .

(6) منهم الشيخ علي الخفيف ضمن بحث قدمه في المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف في مايو 1965م.

(7) انظر ، نظام التأمين ، الزرقا ، ص 57.

كإباحة التأمين على الأموال دون التأمين على الحياة⁽¹⁾، أو القول بجواز التأمين من الخطر الذي من أفعال العباد كالسرقة وتحريم التأمين من الخطر الذي سببه آفة سماوية⁽²⁾، أو جواز التأمين على حوادث السيارات والطائرات والسفن والمصانع وتحريم ما عداه⁽³⁾.

أدلة الأقوال السابقة ومناقشتها :

أدلة أصحاب القول الأول :

يستدل أصحاب هذا القول بجملة أدلة منها :

الدليل الأول : ما جاء في الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ " نهى عن بيع الغر"⁽⁴⁾.

وجه الدلالة : نهى النبي ﷺ عن بيع الغر، والنهي يقتضي الفساد. وعقد التأمين يشتمل على الغر من عدة أوجه :

- الوجه الأول : هناك جهالة واضحة في صفة محل التعاقد فالعوض لا يُعرف مقداره حتى يقع الخطر المؤمن عليه.

- الوجه الثاني : الجهالة حاصلة في أجل العوض الذي لا يعرف متى يحل، فهو مرهون بوقوع الخطر، وقد لا يقع.

ومعلوم أن وصف محل التعاقد وأجل العوض من الأمور المقصودة عند التعاقد، وجهالتها غر مفسد للعقد⁽⁵⁾.

مناقشة الدليل :

ناقش الشيخ مصطفى الزرقا هذا الدليل بأمرين الأوّل : أنه لا يوجد غرر في عقد التأمين لأن غايته حصول الأمان وقد حصل بمجرد العقد سواء وقع الخطر أم لا والثاني أنه على فرض حصوله فهو غرر يسير لا يؤثر في العقد⁽⁶⁾.

وأجيب عليه: بأن النظر الشرعي في عقود المعاوضات إنما يكون لمحلها لا إلى غاياتها فإن الغاية أمر غير منضبط ولكل أن يجعل غاية عقده بما يراه فيصح لنا أن نقول إن غايته عقد التأمين

(1) انظر ، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ، محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي ، 504/2.

(2) انظر ، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، محمد مصطفى الشنقيطي ، 499/2.

(3) انظر ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، 618/2.

(4) صحيح مسلم ، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر ، حديث رقم 3881 ، 3/5.

(5) انظر ، حكم الإسلام في التأمين ، عبد الله علوان ، ص18.

(6) انظر ، نظام التأمين ، الزرقا ، ص165.

أكل المال بالباطل . ويمكن لمن يبيح الفوائد الربويّة أن يتذرع بأن غايتها تحريك المال وتتميته واستثماره . وعليه فلا تعلق توصيف الأحكام بالمقاصد والحكم منها دون النظر لمحلها. ومحل عقد التأمين هو قسط التأمين وعوضه وهذا العوض مجهول الحصول والمقدار والأجل⁽¹⁾ .

وخروجاً من هذا اضطر بعض الباحثين إلى القول بأن محل عقد التأمين هو نفس ضمان الأمن والأمان . وقرر أن الأمن والأمان حق معنوي متفق مع الحقوق المحسوسة في اعتباره محل معاوضة ومحلًا لتداول الأيدي على تملكه ولذا فلا مانع من أن يكون الأمان هو محل المعاوضة في عقد التأمين⁽²⁾.

ويناقش هذا القول بما يلي :

أن الأمان شعور داخلي ، فهو يعبر عن طمأنينة نفسية يشعر بها الإنسان، ولا يمكن المعاوضة عليه، وتداوله. كما أن عقد التأمين لا ينتفي معه الخطر بالكلية ، فقد يتهدد المتعاقد بإفلاس المتعاقد معه وإعساره.

ثم إن جعل الأمان محلًا لعقد التأمين مخالف للنظرة القانونية التي نشأ هذا العقد في ظلها ومخالف للنظر الفقهي حتى لدى من أجاز عقد التأمين كالشيخ مصطفى الزرقا⁽³⁾.

كذلك فإن الأمان إذا كان هو محل عقد التأمين فهذا يكفي لأن يكون منحه للمستأمن كافيًا عن بذل عوض التأمين. وإذا قيل إن الأمان لا يحصل إلا ببذل عوض التأمين علمنا أن محل العقد هو المال وأن الأمان هو الباعث عليه أو الغاية منه .

ثم إن الأمان المجهول محلًا لعقد التأمين مجهول المقدار غير معلوم الصفة تحديداً وهذا غرر أيضاً⁽⁴⁾.

الدليل الثاني : إن عقود التأمين نوع من الميسر، والقمار الذي حرمه الله تعالى بقوله: ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾⁽⁵⁾.

والميسر كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية : " أخذ مال الإنسان وهو على مخاطرة هل يحصل له عوض أو لا يحصل "⁽⁶⁾. فقد ينقضي العمر كله ولم يلحق المرء سوء، ولم ينزل به ضرر.

(1) انظر، حكم الإسلام في التأمين، عبد الله علوان، ص19.

(2) انظر ، الشيخ عبد الله المنيع ورؤية شرعية في التأمين(2-2) ، مقال منشور بجريدة الرياض ، العدد 12573، الثلاثاء ، 1423/9/21هـ.

(3) انظر ، نظام التأمين ، الزرقا ، ص166.

(4) انظر، حكم الإسلام في التأمين، عبد الله علوان، ص19.

(5) المائدة : 90

(6) انظر ، مجموع الفتاوى ، ابن تيمية ، 76/28.

ومعنى الميسر متحقق في عقد التأمين باعتراف رجال القانون وذلك لأن الشخص الذي يأخذ على عاتقه ضمان الخطر يراهن على تحقق الخطر فإذا لم يتحقق كسب المبلغ الذي دُفع له ، وإذا تحقق دُفع مبلغاً يزيد كثيراً عما قبضه وهذا هو الرهان (1).

مناقشة الدليل :

ناقش الزرقا - يرحمه الله - هذا الدليل بأن التأمين جد والقمار لعب وأن المؤمن إنما دفع ماله لمن يدفع عنه ضرراً كما يدفع التاجر لمن يحرس القافلة مبلغاً لحفظها من الخطر (2).
وأجيب عليه : بأن عقد التأمين داخلٌ تحت تعريف الميسر ومتحققاً فيه خصائصه، وأما ما يُدفع لمن يحرس القافلة ونحوها فهذا المبلغ إنما يُدفع أجره للحارس مقابل تسليمه نفسه وقت العقد ليقوم بمقتضاه ولم يأخذ المبلغ دون تسليمه نفسه . ثم إنه لا يضمن ما سرق أو تلف إذا لم يفرط في واجبه.

الدليل الثالث : أن عقود التأمين في واقعها وملابساتها تقوم على التعامل الربوي، والربا محرم مفسد للعقد المشتمل عليه. وذلك أن التأمين كما عرّفه القانون : عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له مبلغاً من المال، في نظير مقابل نقدي ، فهو معاوضة مال بمال دون تقابض ولا تماثل وهذا هو الربا.

أدلة أصحاب القول الثاني ممن أجازوا عقد التأمين :

استدل أصحاب هذا القول وفي مقدمتهم الشيخ مصطفى الزرقا بأقيسةٍ مختلفةٍ من أبرزها ما يلي:

الأول : القياس على العاقلة : وهذا نظام قائم على أنه إذا ارتكب أحد جنابة قتل غير عمد؛ بحيث يكون موجبها الأصلي الدية لا القصاص، فإن دية النفس توزع على أفراد عاقلته الذين يحصل بينهم وبينهم التناصر عادة، وهم الرجال البالغون من أهله وعشيرته، وكل من يتناصر بهم، ويعتبر هو واحد منهم (3) .

فإن العاقلة تتحمل شرعاً دية قتل الخطأ عن القاتل وتتقاسمها بين أفرادها لأجل تفتيت أثر المصيبة عن الجاني. وكذلك الحال في شركات التأمين فإنها تعمل على ترميم الأخطار، وتخفيف المصاب (4).

(1) انظر ، الوسيط ، السنهوري ، 1086/7.

(2) انظر ، نظام التأمين ، الزرقا ، ص 47.

(3) انظر ، حكم الإسلام في التأمين ، عبد الله علوان ، ص 7.

(4) انظر ، المرجع السابق ، ص 62.

ويناقش هذا القياس بما يلي :

إن قياس التأمين على تحمل العاقلة الدية شديد البعد، لأن العاقلة (القرابة) يربطها الدم، وتربطها الرحم، الموصولة، التي أمر الله تعالى بوصلها، ويربطها التعاون على البر والتقوى، ويربطها التعاون في تحمل الغرم، والاشتراك في الغنم، ولا يشبهها عقد التأمين بأي وجه؛ لأنه ينشأ بين شركة مستغلة، وطرف آخر يقدم لها مالاً كل شهر أو كل عام، والعلاقة بينهما خالية تماماً من العاطفة والإحسان، فهذا قياس مع الفارق (1).

وكذلك فإن ما تتحمله العاقلة يختلف باختلاف أحواله من غنى وفقر أما أعضاء شركات التأمين فيتحملون على السواء ولا يُنظر إلى ثروتهم الخاصة في تقدير ما يتحمله كل فرد .

الثاني : تخريج عقد التأمين على مسألة ضمان خطر الطريق وقد نصَّ الحنفية على جوازها وصورتها أن يقول رجل لآخر : اسلك هذا الطريق فإنه آمن وإن أصابك فيه شيء فأنا ضامن فإذا سلكه فأخذه اللصوص ضمن القائل .

وعقد التأمين يشبه هذه المسألة من حيث التزام الضمان فالشركة التزمت الضمان كما أن القائل التزم الضمان (2).

مناقشة هذا الدليل:

يناقش هذا الدليل بوجود الفارق بين المسألتين من وجوه :

- في مسألة الضمان كان الالتزام من طرف واحد في حين أن الالتزام في عقد التأمين من الطرفين (3).
 - الضمان من عقود التبرعات التي يراد بها المعروف، والتأمين عقد معاوضة مالية فلا يصح القياس بينهما .
 - إن مسألة ضمان خطر الطريق مبعثها تغريبه للسالك وإخباره بأنه آمن لا لمجرد الضمان، أما شركات التأمين فهي تقرر التضمين مطلقاً (4).
- كما أن للضامن أن يرجع على المضمون بما دفع عنه وليس الحال كذلك في التأمين لكونه معاوضة لا ضماناً .

(1) انظر، حكم الإسلام في التأمين، عبد الله علوان، ص 11-12.

(2) انظر، المرجع السابق ، ص 58.

(3) انظر ، المعاملات المالية المعاصرة ، محمد شبيب ، ص 118.

(4) انظر ، التأمين ، بحث أعدته اللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية ، ص 294.

الثالث : قياس عقد التأمين على نظام التقاعد: حيث يتم اقتطاع جزء محدود من المرتب الشهري للموظف في أعمال الدولة، حتى إذا بلغ سن الشيخوخة القانونية، وأحيل إلى التقاعد أخذ راتباً شهرياً يبلغ أضعاف المبلغ الضئيل الذي كان يقتطع من راتبه شهرياً، ويستمر المرتب التقاعدي الجديد ما دام حياً مهما طالَّت حياته، وينتقل إلى أسرته التي يعولها من زوجة وأولاد وغيرهم. وهذا ما يشبهه الشيخ الزرقا - يرحمه الله - بأقساط التأمين، حيث أن العوض في كليهما لا يدري الشخص كم سيستمر دفعه، ولا كم يبلغ مجموعه، ثم قد يستلم ما يزيد كثيراً على مجموع الأقساط، وقد لا يستلم شيئاً. فإذا جاز نظام التقاعد فليكن الحكم مثله للتأمين⁽¹⁾.

مناقشة الدليل : التأمينات الاجتماعية التي تقوم بها الدولة سواءً أكانت بين العمال أم كانت بين الموظفين، وسواءً أكانت شاملة لها صفة العموم أم كانت خاصة ببعض الطوائف، صحيحة وهي على سبيل التعاون الاجتماعي، سواءً أكان اتفاقاً أم كان فرضاً من الحكومة، فراتب التقاعد لا يأتي في سبيل التعويض عما كان يقتطع من الموظف شهرياً وإلا لأصبح توزيعه واجباً على سبيل الميراث، ولم يجز أن يحرم منه الموظف ولا ورثته بعده؛ وإنما التقاعد مكافأة التزم بها ولي الأمر باعتباره مسئولاً عن رعيته وراع في احتسابها ما قام به الموظف من خدمة ومصالحة أقرب الناس إليه ومظنة الحاجة فيهم . فليس التقاعد معاوضة بين الدولة وموظفيها ولا يقوم على أساس التجارة وتحصيل الأرباح؛ وإنما هو صورة للتأخي أياً كان سببه ولو كان بالإلزام والحتمية، وموضع الخلاف محصور في العقود مع الشركات التي صناعتها الاستغلال عن طريق التأمين⁽²⁾.

الترجيح :

يترجح للباحث فيما سبق القول القاضي بتحريم عقد التأمين؛ لقوة أدلة القائلين بالتحريم، واستنادهم للنصوص الشرعية في ذلك، بينما اعتمد المبيحون على استنتاجات ظنية رأوا من خلالها أن هناك مصلحة في التأمين لدفع الخطر؛ لكن من يدقق في الأمر يجد أن الخطر لم يدفع؛ بل تمت إزاحته من ساحة إلى أخرى، كذلك فإنه قد يعود بالضرر على الاقتصاد العام للدولة من حيث تكديس المال بيد أصحاب شركات التأمين وسيطرتهم على مدخرات الأمة، وهذا بلا شك يتعارض مع مبادئ الشريعة، ويتصادم مع قواعدها العامة.

(1) انظر ، الشيخ عبد الله المنيع وروية شرعية في التأمين(1-2)، مقال منشور بجريدة الرياض ، العدد 12570، السبت، 1423/9/18هـ.

(2) انظر، حكم الإسلام في التأمين، عبد الله علوان، ص12.

ثانياً : عقد الاستصناع

الاستصناع في اللغة :

الاستصناع استفعال من صنع، فالألف والسين للطلب، يقال : استغفار لطلب المغفرة، والصنع: يقول الرازي : "(الصنع) : بالضم مصدر قولك صنع إليه معروفاً وصنع به صنيعاً قبيحاً أي : فعل"⁽¹⁾، والصناعة - بكسر الصاد : حرفة الصانع ، واصطنعه : اتخذه، قال تعالى : ﴿وَاصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِي﴾⁽²⁾، يقول ابن منظور : " ويقال اصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً "⁽³⁾ واستصنع الشيء : دعا إلى صنعه، فالاستصناع لغة : طلب الفعل.

الاستصناع في الاصطلاح :

يختلف الفقهاء في تعريفهم للاستصناع، وأمر هذا الخلاف راجع إلى اختلافهم في حقيقة الاستصناع وتكييفه، وسنعرض تعريفات المذاهب الفقهية الأربعة للاستصناع ومن ثم نتحدث عن حقيقته وتكييفه لديهم وإن كانوا يعدونه عقداً مستقلاً بذاته أم لا .

أولاً : تعريف الاستصناع عند الحنفية : أورد الحنفية تعريفات متعددة للاستصناع منها ما ذكره ابن عابدين في حاشيته بأن الاستصناع هو : " بيع عين موصوفة في الذمة لا بيع عمل "⁽⁴⁾. وقال صاحب البدائع : " يرى بعض الفقهاء أن الاستصناع عقد على مبيع في الذمة "⁽⁵⁾. وذكر السمرقندي أن الاستصناع : " عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع "⁽⁶⁾. وكما نلاحظ في التعريفات السابقة لفقهاء الحنفية للاستصناع فإنه يوجد شبه كبير فيما ساقوه لنا نخلص منه بأنه الحنفية يتفقون في كون الاستصناع عقد .

ثانياً : تعريف الاستصناع عند المالكية : جاء في مختصر خليل عند الحديث عن السلم وما يجوز فيه مما لا يجوز قوله : " والشراء من دائم العمل كالحباز وهو بيع وإن لم يدم فسلم : كاستصناع سيف أو سرج "⁽⁷⁾.

(1) انظر ، مختار الصحاح ، الرازي، ص371.

(2) طه : 41.

(3) لسان العرب، ابن منظور، 209/8.

(4) حاشية ابن عابدين، 225/5.

(5) بدائع الصنائع، الكاساني، 2677/6.

(6) تحفة الفقهاء ، السمرقندي، 538/2.

(7) انظر ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الخطاب، 539/4.

ومن النص السابق يتبدى لنا من عطف الاستصناع على ما يجوز السلم فيه أن المالكية يشبهون مسائل الاستصناع بالسلم ولا يعتبروه - أي الاستصناع - عقداً مستقلاً؛ بل أدرجوا مسأله ضمن مسائل السلم.

ثالثاً : تعريف الاستصناع عند الشافعية : لم يعثر الباحث فيما اطع عليه من كتب الشافعية على تعريف صريح للاستصناع ، لكنه ومن الممكن استنتاج حقيقته لديهم من النص التالي والذي جاء في كتاب الأم للشافعي حيث يرى الشافعي أن الاستصناع جائز إذا كان المستصنع فيه من مادة واحدة أو من مادتين لا يؤيدان جهالة قدرهما إلى المنازعة، بأن أمكن معرفة قدر كل منهما لتمييزهما عن بعضهما، وإلا فلا يجوز فيهما إذا اختلطا، ولم يكن تمييز قدر كل واحد على الآخر.. فقال الشافعي : " لو شرط أن يعمل له طستاً من نحاس وحديد لم يجز "، وعلل عدم المنع بقوله : " لأنهما يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما وليس هذا كالصبغ في الثوب لأن الصبغ في الثوب زينة لا يغيره إن ضبطت صفته، وهذا زيادة في نفس الشيء المصنوع"⁽¹⁾.

وكما نرى فإن الشافعية وبإخضاعهم للاستصناع لشروط السلم فهم يتفقون مع المالكية في اتجاههم بأن الاستصناع عقد يندرج تحت مسائل السلم وبشروطه.

رابعاً : تعريف الاستصناع عند الحنابلة : جاء في كشف القناع أنه " لا يصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له ، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم "⁽²⁾. وذكر المرادوي نقلاً عن القاضي وأصحابه بأنه لا يصح استصناع سلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم⁽³⁾.

ولم يعثر الباحث فيما اطع عليه من كتب الحنابلة على تعريف للاستصناع سوى ما يمكن استنباطه من النصوص السابقة وهو أن الاستصناع عندهم : بيع لموصوف يشترط الصنع فيه لكن ليس على وجه السلم .

تعريف الشيخ الزرقا للاستصناع :

عرف الشيخ الزرقا - يرحمه الله - الاستصناع بأنه : " عقد يشتري به في الحال شيء مما يصنع صنعاً يلزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده بأوصاف مخصوصة وبثمن محدد"⁽⁴⁾.

(1) انظر ، الأم ، للشافعي، 116/2.

(2) انظر، كشف القناع ، البهوتي ، 154/3.

(3) انظر، الإنصاف، المرادوي، 300/4.

(4) انظر ، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة ، الزرقا ، ص20.

وهو كما نرى قد عرّف الاستصناع بصورة أوضح وأوفى من التعريفات السابقة عند الفقهاء، وقد أعقب تعريفه بتحليل مفاده في الأمور التالية⁽¹⁾:

- أن عقد الاستصناع هو في طبيعته وحقيقته من قبيل البيع، فهو أحد أنواع البيع، وليس من قبيل الإجازة (إجازة الأشخاص)، ولا مجرد وعد. ونتيجة كونه كذلك أنه يجب لنشؤئه بين طرفين أن يتوافر فيه ركن التعاقد، العامة في العقود.

- أن المبيع فيه هو العين الموصى عليها، وليس عمل الصانع ذاته.

- أن المبيع في الاستصناع مفترض فيه افتراضاً أنه معدوم عند العقد، وأن المقصود هو صنعه وإيجاده. وهذا تبرز فيه - كما هي في السلم - أنهما قد فتح فيهما باب معقول استثنائي لبيع المعدوم تدعو إليه الحاجة والمصلحة. ولكن ليس شرطاً أن فيه أن يكون معدوماً فعلاً عند العقد، وسوف يصنع أو يوجد فيما بعد.

- أن الاستصناع إنما يجري في السلع التي تصنع صنعاً (المصنوعات) ولا يجري في الأشياء الطبيعية التي لا تدخلها الصنعة، كالثمار والبقول والحبوب ونحوها، بل هذه المنتجات الطبيعية إذا أريد بيعها قبل وجودها فطريقها بيع السلم لا غير.

- أنه لا بد في الاستصناع من تحديد الأوصاف للمبيع المطلوب صنعه بما يكفي لصيرورته معلومة لا جهالة فيه، وكذا تحديد ثمنه .

- أن الثمن لا يجب تعجيله في الاستصناع، وإنما تجب معلوميته بتحديد نوعاً وقدرًا، فيمكن أن يكون الثمن في الاستصناع معجلاً كله. أو مؤجلاً كله، أو مقسطاً. وهذا فارق أساسي بين الاستصناع والسلم تظهر به مزية الاستصناع .

- أن المادة أو المواد الأولية التي يصنع منها الشيء المستصنع فيه، وسائر ما يحتاج إليه صنعه من مواد أساسية أو كمالية، سواء منها ما يحتاج إلى اشتراط أو كان مفهوماً عرفاً، كل ذلك إنما يقدمه الصانع البائع من عنده، ولا يقدم المستصنع المشتري شيئاً منه، لأنه محسوب حسابه في الثمن، وهو إنما يشتري الشيء مصنوعاً كاملاً. وهذا ما يفرق الاستصناع عن الإجازة. من ناحية ثانية إذا استؤجر أحد الأشخاص لعمل ما يحتاج إلى مواد، فإن الأجير الخاص لا يقوم بتقديمها من عنده، وإنما يقوم بالعمل فقط.

وعلى ما سبق فإن الشيخ الزرقا - يرحمه الله - يتفق مع مذهبه الحنفي في كون الاستصناع عقد مستقل، كما أن السلم عقد مستقل.

(1) انظر ، المرجع السابق، ص20-22.

الترجيح :

يترجح للباحث ما ذهب إليه الحنفية في هذه المسألة ووافقهم فيه الشيخ الزرقا - يرحمه الله - من اعتبار الاستصناع عقداً مستقلاً ، وهذا الترجيح مبني على قوة أدلة أصحاب هذا القول، إضافة إلى أن الحاجة ملحة في عصرنا الحاضر للتعامل بالاستصناع كعقد مستقل في الاستثمارات المالية المعاصرة.

مسألة : هل الاستصناع عقد أم وعد (1)؟

وتكمن أهمية هذه المسألة في أنه إذا كان الاستصناع عقداً : فلا بد أن يكون داخلاً ضمن دائرة اللزوم أو عدمه، فالعقد في الأصل لا بد أن يكون لازماً . وإذا كان لازماً يترتب عليه الضمان وغير ذلك من الأمور الواجب توفرها عند كونه عقداً لازماً. أما باعتبار الاستصناع وعداً : فليس هناك آثار تترتب عليه سوى أنه على كل من المتواعدين إثم في عدم إتمام ما وعدا به، ولا ضمان على كل واحد منهما.

وقد اختلف الفقهاء في الاستصناع، هل هو عقد أم وعد على النحو التالي :

أولاً: القائلين بأن الاستصناع وعد : وهو أحد رأيين عند الحنفية، فقد ذكر السرخسي في المبسوط أن "الحاكم الشهيد يقول: الاستصناع مواعدة، وإنما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغاً عنه، ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما" (2).

واستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة عقلية على صحة قولهم وهي كما يلي (3):

- أن الصانع له أن لا يعمل، وبذلك كان ارتباطه مع المستصنع هو ارتباط وعد لا عقد، لأن كل ما لا يلزم الإنسان به مع التزام نفسه به يكون وعداً لا عقداً لأن الصانع لا يجبر على العمل بخلاف السلم فإنه مجبر بما التزم به.
- أن المستصنع له الحق في عدم تقبل ما يأتي له الصانع من مصنوع ، وله أن يرجع عما استصنعه قبل تمامه ورؤيته، وهذه علامة أنه وعد لا عقد.

(1) الوعد : يعرف الوعد في اصطلاح الفقهاء بأنه " ما يطلبه الطالب فيعده صاحبه بإنفاذ ما يطلب" . انظر ، الموسوعة الفقهية ، 91/7 وما بعدها.

(2) انظر، المبسوط، السرخسي ، 138/12 وما بعدها .

(3) انظر، شرح فتح القدير ،ابن الهمام، 355/5 . والمبسوط، 12 السرخسي، 138 وما بعدها .

وجه الدلالة : مما تقدم نجد أن الاستصناع لو كان عقداً للزم الطرفين أو للزم أحدهما دون أن يكون لهما الخيار في فسخه أو إمضائه، وهذه كلها مميزات للوعد، لا للعقد، فكان الاستصناع لهذا كله وعداً بالبيع لا عقداً.

ثانياً : القائلين بأن الاستصناع عقد : وهم جمهور الحنفية ⁽¹⁾ واستدلوا لرأيهم كذلك بأدلة عقلية نوردها فيما يلي :

- أن الصانع يملك الدراهم بقبضها وما دام يقبضها فهو عقد، لأن المواعد على شيء لا يملك الدراهم بقبضها وبالاستصناع يملكها ملكاً غير لازم عند جمهور فقهاء الحنفية⁽²⁾.
- لأنه قد أجريت في الاستصناع القياس والاستحسان، ونحن نعرف أن الوعد لا يحتاج إلى إثبات الاستدلال به إلى إجراء القياس والاستحسان، فقد ثبت العمل الوعد بالنص⁽³⁾ والإجماع، فمن يعد أحداً من المسلمين يجب عليه أن يفى بوعدته إن لم يكن معصية⁽⁴⁾.
- أن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية، والوعد لا يحتاج إلى إثبات الخيار، فهو وعد مع آخر يختار كل منهما الأخذ به، وما دام الخيار في الوعد ثابت وموجود فهو من باب أولى يثبت في عقد الاستصناع⁽⁵⁾.
- أن الاستصناع يجري فيه التقاضي، والتقاضي إنما يثبت في الواجب بالعقود لا بالموعود، فإذا ما وعد شخص آخر لا يؤدي عدم الإيفاء بذلك الذهاب للقضاء، وإقامة الدعوى، وإنما الذي يكون كذلك فيما هو واجب بالعقد بينهما⁽⁶⁾.
- إذا رأى المستصنع المطلوب صنعه فهو بالخيار، لأنه اشترى ما لم يره. والتسمية بالشراء شيء واضح على أنه يراد به أنه ليس وعد ، فالمعروف أن الشراء إذا أطلق يراد به عملية التعاقد بالبيع.

(1) انظر، شرح فتح القدير ، ابن الهمام، 355/5 .

(2) انظر، حاشية الطحطاوي على الدر المختار ، الطحطاوي، 126/3. وشرح فتح القدير ، ابن الهمام، 355/5 .

(3) ورد في السنة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أؤتمن خان " . رواه مسلم ، مختصر صحيح مسلم ، ح 27.

(4) انظر، بدائع الصنائع ، الكاساني، 2677/6 .

(5) انظر، شرح فتح القدير ، ابن الهمام، 355/5.

(6) انظر، بدائع الصنائع ، الكاساني، 2677/6 . والمبسوط، السرخسي، 138/12 وما بعدها .

مناقشة الأدلة :

اعترض أصحاب القول الأول من الحنفية والقاضي بأن الاستصناع وعد لا عقد، على جمهور فقهاء الحنفية القائلين بعكس ذلك بما يلي:

أولاً : كيف يجوز أن يكون مبيعاً، والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعاً؟

ورد الجمهور⁽¹⁾: بأن المعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً كالناسي للتسمية عند الذبح، فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان، والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات. فكذا المستصنع فيه المعدوم جعل موجوداً حكماً للتعامل الجاري بين الناس.

وهذا نوقش : بأن ما قاله الجمهور إنما يصح لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع، والمعقود عليه هو الصنع في الاستصناع وليس هو العين⁽²⁾.

وجواب ذلك : كما ذكر صاحب الهداية: "إن المعقود عليه هو العين دون العمل، حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعه أو من صنعه قبل العقد فأخذه جاز"⁽³⁾.

ثانياً : كيف يصاغ القول بأن الاستصناع عقد، مع بطلانه بموت الصانع؟

وأجيب عن هذا : بأن الاستصناع إنما يبطل بموت الصانع لشبهه بالإجارة، فهو لهذا الشبه يبطل بموت الصانع، وهذا لا يمنع أن يكون عقداً⁽⁴⁾.

ومن جهة أخرى فقد اعترض جمهور فقهاء الحنفية على من قال بأن الاستصناع وعد لا عقد بما يلي⁽⁵⁾ :

- أن القول : بأن إثبات الخيار لكل من الصانع والمستصنع يدل على أنه وعد مرفوض ، فهو لا يدل على أنه غير بيع، ألا ترى أن في بيع المقايضة لو لم ير كل من العاقدين عين الآخر كان لكل منهما لخيار فلم يخرج به إلى أن يكون وعداً .

- القول بأن الاستصناع وعد لا عقد، لأن الصانع له أن لا يعمل ولأن المستصنع له الخيار في أن لا يقبل الشيء المصنوع، كل ذلك وارد في غير عقد الاستصناع. فالاستصناع لا يعتبر عقداً نافذاً ملزماً إلا ساعة أن يتم الصانع ما طلب منه وفق المواصفات التي اشترطها

(1) انظر، المرجع السابق.

(2) انظر، الهداية شرح بداية المبتدي ، المرغياني، 355/5.

(3) انظر، المرجع السابق، 355/5.

(4) انظر، الفتاوى الغياثية ، داود الخطيب، ص 151.

(5) انظر، شرح فتح القدير ،ابن الهمام، 355/5. ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر ، 198/1.

المستصنع، ورأى المستصنع ذلك الشيء بعينه ورضي، عند ذلك يتم الاستصناع فلا خيار لواحد منهما، فأما ما ذكر فهو وارد على أمور أخرى غير الاستصناع.

رأي الشيخ الزرقا في المسألة :

إنه بدا جلياً ومن تعريف الشيخ الزرقا - يرحمه الله - للاستصناع وما أعقبه من تحليل أنه وبلا شك في صف جمهور فقهاء الحنفية الذين يعتبرون الاستصناع عقد لا وعد، ففي مطلع تعريفه السابق ذكر عبارة "هو عقد"⁽¹⁾، بل وصرح صراحة في تحليل التعريف بقوله: "ولا مجرد وعد". كما كان من الواضح في تحليله للتعريف أنه وكأنما كان يحتاج عن ما ذهب إليه بأن الاستصناع عقد لا وعد .

الترجيح :

بعد التأمل في قوة الأدلة التي أوردها جمهور فقهاء الحنفية ووافقهم في ذلك الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - لإثبات أن الاستصناع عقد وليس بوعد ، وبمناقشتهم الاعتراضات من الفريق الآخر، يترجح للباحث ما ذهب إليه أصحاب هذا القول القاضي بأن الاستصناع عقد لا وعد.

(1) انظر ، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة ، الزرقا ، ص20.

الخاتمة

- الحمد لله الذي أنعم علينا بإتمام هذه الدراسة والتي وقفنا فيها على نظرية العقد في فقه الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - بالمقارنة بينه وبين فقه المذاهب الفقهية الأربعة والتي خلصت إلى ما يلي :
- أن فقه الشيخ مصطفى الزرقا أهل لأن يُعترف منه ، فقد أنعم الله عليه ببصيرة متفتحة، وعقل ناقد، وقدرة على التحليل والتعليل والموازنة والاستنباط. جنح - يرحمه الله - إلى التيسير لا للتعسير، وجمع بين أصالة القديم، وروعة الجديد.
 - تميز أسلوبه بالسلاسة، والبعد عن التعقيد اللفظي، وبلا شك فهذه ميزة عظيمة، فصياغته للعبارات رائعة ، وضرهه للأمثلة واضح كل الوضوح؛ كأنه يصور الواقع، وينتقل بالقارئ لإدراك المفاهيم وكأنها أمر محسوس.
 - عزّف المصطلحات الفقهية بألفاظ فيها شيء من التقنين ، وكأنه بعبارة أخرى قنن المصطلح ليأخذ طابع العصرية والحداثة.
 - هو صاحب مدرسة اتسمت بنبذ التعصب المذهبي، واتجهت نحو الدليل للوصول إلى الحق، وكان ذلك واضحاً جلياً في مخالفاته المتعددة في مواطن البحث لمذهبه الحنفي، فقد رجح مذهب غير الحنفي في مسائل مختلفة كما هو الحال في مسألة أثر الإكراه في التصرفات القولية، ومسألة ما إذا كان التناجش يعيب الرضا أم لا، وفي مسألة ثبوت الخيار للمشتري بالتصيرية ، وغيرها .. فبالرغم من انتمائه لمذهب الإمام أبي حنيفة يرحمه الله، إلا أنه لم تعثره العصبية للمذهب؛ بل تجده يتعامل مع المذاهب الفقهية المختلفة بروح واحدة.
 - برع الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - في فقه الواقع، فتجده هاضماً لثقافة العصر، ولم يقتصر على الماضي، التزم بالتأصيل حتى فيما خالف فيه، فما ذهب إليه من جواز عقد التأمين التجاري، ومناقشته للأدلة إنما يفصح عن تلك الملكة الفقهية التي يمتلكها هذا الفقيه؛ لكنه ومع هذا كله ليس معصوماً؛ بل يخطئ ويصيب ، ويؤخذ منه ويُردّ عليه، ولا يقلل الخطأ من شأنه فهو بإذن الله تعالى مُثاب عليه كما أخبر بذلك سيد الخلق أجمعين محمد ﷺ في الحديث : " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم

أصاب، فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر⁽¹⁾. وهذا ما فهمه الشيخ مصطفى الزرقا - يرحمه الله - حين قال: "وفهم كل فقيه مهما علا قدره يحتمل الخطأ والصواب، لأنه غير معصوم، فالفقه هو فهم الفقيه ورأيه، ولو كان مبنياً على النص الشرعي، وهو قابل للمناقشة والتصويب والتخطئة، ولكن التخطئة تتصرف إلى فهم الفقيه لا إلى النص الشرعي، ومن ثم اختلفت آراء الفقهاء، ورد بعضهم على بعض"⁽²⁾.

والحمد لله رب العالمين،،،

(1) متفق عليه : صحيح البخاري ، كتاب الاعتصام ، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو اخطأ ، حديث 7352 ، 108/9. صحيح مسلم، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد ، حديث 4584 ، 131/5 .
(2) المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، ص 2.

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً : كتب التفسير:

- أحكام القرآن : أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص (ت370هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1412 هـ / 1992م.
- تفسير التحرير والتنوير : محمد الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م.
- الجامع لأحكام القرآن : محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي (ت671هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1427 هـ / 2006م.
- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني : أبو الفضل شهاب الدين محمود الألوسي (ت1270هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
- المفردات في غريب القرآن : أبو القاسم الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1961م.

ثالثاً : كتب الحديث وعلومه:

- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل : محمد ناصر الدين الألباني، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، سورية، الطبعة الثانية، 1405 هـ / 1985م.
- سنن ابن ماجه : محمد بن يزيد القزويني (ت275هـ)، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1417 هـ .
- سنن أبي داود : سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت275هـ)، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1417 هـ / 1997م.
- سنن الترمذي : محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت279هـ)، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، 1420 هـ / 2000م.
- سنن الدارقطني : أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد الدارقطني (ت385هـ)، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424 هـ / 2004م.
- السنن الكبرى : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت458هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1424 هـ / 2003م.
- شرح معاني الآثار : أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر الطحاوي (ت321هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1399 هـ.

- صحیح ابن حبان بترتیب ابن بلبان : علاء الدین علی بن بلبان الفارسی (ت739هـ)، مؤسسة الرسالة، بیروت، لبنان، 1414هـ / 1993م.
- صحیح البخاری : أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت256هـ)، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1400هـ.
- صحیح مسلم : مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (ت261هـ)، دار طيبة، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1427هـ / 2006م.
- فتح الباري شرح صحیح البخاري : أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (ت852هـ)، مكتبة الملك فهد الوطنية، الطبعة الأولى، 1421هـ / 2001م.
- المستدرک علی الصحیحين : محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري (ت405هـ)، دار الحرمين للطباعة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1417هـ / 1997م.
- مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة : أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناني (ت840هـ)، تحقيق : محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية، بيروت، لبنان، 1403هـ.

رابعاً : كتب أصول الفقه:

- الإحكام في أصول الأحكام : سيف الدين علي بن محمد الأمدي (ت631هـ)، دار الصمعي، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1424هـ / 2003م.
- الأشباه والنظائر : زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي (ت907هـ)، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الرابعة، 1426هـ / 2005م.
- أصول السرخسي : شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي (ت483هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ / 1993م.
- التحبير شرح التحرير في أصول الفقه : علي بن سليمان بن أحمد المرادوي (ت885هـ)، تحقيق د. عبد الرحمن الجبرين وآخرون، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، 2000م.
- جمع الجوامع في أصول الفقه : عبد الوهاب بن علي السبكي تاج الدين (ت771هـ)، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1424هـ / 2003م.
- شرح التلويح على التوضيح: سعد الدين مسعود بن عمر النفتازاني (ت792هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، بدون تاريخ.
- القواعد الفقهية : الحافظ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الرحمن المشهور بابن رجب الحنبلي (ت795هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.

- كشف الأسرار شرح المصنف على المنار مع شرح نور الأنوار على المنار: أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي الحنفي (ت710هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي : علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت730هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1308هـ.
- اللمع في أصول الفقه : أبو اسحق إبراهيم بن علي الشيرازي (ت476هـ)، دار الكلم الطيب، دمشق، سورية، الطبعة الأولى، 1416هـ/1995م.
- المنثور في القواعد : بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي، (ت794هـ)، دار الكويت للصحافة، الطبعة الثانية، 1405هـ/1985م.
- الموافقات في أصول الشريعة : أبو إسحق إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت790هـ)، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1427هـ/2006م.
- نور الأنوار في شرح المنار : أحمد بن أبي سعيد ملاجيون الحنفي، تحقيق : حافظ ثناء الله الزاهدي، الجامعة الإسلامية ، باكستان، 1419هـ.

خامساً : كتب الفقه :

■ الفقه الحنفي:

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق : زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي(ت970هـ)، المطبعة العلمية، بدون تاريخ.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : علاء الدين بن مسعود الكاساني (ت587هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1406هـ/1986م.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (ت743هـ)، الطبعة الأميرية، بولاق، مصر، الطبعة الأولى، 1313هـ.
- تحفة الفقهاء : علاء الدين السمرقندي (ت593هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1405هـ/1984م.
- حاشية الشلبي على تبين الحقائق : شهاب الدين أحمد الشلبي، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، الطبعة الأولى، 1313هـ.
- حاشية الطحطاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار : أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي (ت1231هـ)، بدون تاريخ.
- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار : محمد أمين الشهير بابن عابدين (ت1252هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2000م.

- الاختيار لتعليق المختار : عبد الله بن محمود بن مودود الموصلني (ت683هـ)، مطبعة الحلبي، القاهرة، مصر، 1356هـ/1937م.
- درر الحكام شرح مجلة الأحكام : علي حيدر، تحقيق : فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
- شرح العناية على الهداية : أكمل الدين محمد بن محمود البابرني (ت786هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
- شرح فتح القدير : كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام (ت681هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
- المبسوط : شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي (ت483هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ/1993م.
- مجلة الأحكام العدلية : الجامعة الإسلامية قسم القضاء الشرعي، 1426هـ/2005م.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المعروف بشيخي زاده (ت1078هـ)، تحقيق : خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ/1998م.
- الهداية شرح بداية المبتدي : برهان الدين علي المرغيناني (ت1252هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.

■ الفقه المالكي :

- أوجز المسالك إلى موطأ مالك : محمد زكريا الكاندهولي (ت1402هـ)، دار القلم، دمشق، سورية، الطبعة الأولى، 1424هـ.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المعروف بابن رشد الحفيد(ت595هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1412هـ/1992م.
- بلغة السالك لأقرب المسالك : أحمد بن محمد الصاوي المالكي الحلوتي(ت1241هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ/1995م.
- التاج والإكليل لمختصر خليل : أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري المعروف بالمواق (ت897هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1398هـ.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : شمس الدين محمد عرفة الدسوقي (ت1230هـ)، دار إحياء الكتب العربية ، بدون تاريخ.

- الشرح الكبير : أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير (ت1201هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ/1996م.
- الفروق : شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت684هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م.
- القوانين الفقهية : محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي (ت741هـ)، تحقيق : عبد الكريم الفضلي، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، 1423هـ.
- الكافي في فقه أهل المدينة : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي (ت463هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1413هـ/1992م.
- مختصر العلامة خليل : خليل بن إسحق بن موسى المالكي المعروف بالجندي (ت767هـ)، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1426هـ/2005م.
- منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل : محمد بن أحمد عيش (ت1299هـ)، دار الفكر، بيروت، 1989م.
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل : محمد عبد الرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب (ت954هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1416هـ/1995م.

■ الفقه الشافعي :

- الأم : أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (ت204هـ)، دار الوفاء، المنصورة، مصر، الطبعة الأولى، 1422هـ/2001م.
- الحاوي في فقه الشافعي : أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي (ت450هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م.
- العزيز شرح الوجيز : أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي (ت623هـ)، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ/1997م.
- متن التحرير : زكريا الأنصاري (ت926هـ)، تحقيق: طه الزيني، مكتبة النهضة الحديثة، مكة، السعودية، الطبعة الأولى، 1373هـ/1953م.
- المجموع شرح المهذب : أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي (ت676هـ)، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، دار الإرشاد، السعودية، بدون تاريخ.
- مغني المحتاج إلى معرفة المنهاج : شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (ت977هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.

- **المهذب في فقه الإمام الشافعي** : أبو إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي (ت476هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1416هـ/1995م.
- **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** : شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الأنصاري (ت1004هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ/1993م.
- **الوسيط** : أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت505هـ)، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، مصر، 1417هـ.

■ **الفقه الحنبلي :**

- **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل** : موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي (ت960هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
- **الإتصاف في معرفة الراجح من الخلاف** : علي بن سليمان بن أحمد المرادوي (ت885هـ)، بدون دار طبع، الطبعة الأولى، 1375هـ/1956م.
- **الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع** : منصور بن يونس البهوتي (ت1051هـ)، تحقيق: سعيد اللحام، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.
- **الشرح الكبير** : شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت682هـ)، دار هجر، السعودية، الطبعة الأولى، 1414هـ/1993م.
- **شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى** : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت1051هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م.
- **الفتاوى الكبرى**: شيخ الإسلام أحمد بن تيمية (ت728هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1408هـ/1987م.
- **القواعد النورانية الفقهية** : تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني (ت728هـ)، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1370هـ/1951م.
- **كشاف القناع عن متن الإقناع** : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت1051هـ)، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ/1997م.
- **مجموع الفتاوى** : شيخ الإسلام أحمد بن تيمية (ت728هـ)، مجمع الملك فهد، المدينة المنورة، السعودية، 1425هـ/2004م.
- **المغني**: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت620هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ/1985م.
- **المقنع** : موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت620هـ)، دار هجر، السعودية، الطبعة الأولى، 1381هـ/1961م.

■ الفقه الظاهري :

- **المحلى** : علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت456هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1408هـ/1988م.

سادساً : كتب اللغة والمصطلحات :

- **تاج العروس من جواهر القاموس** : محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت1205هـ)، مطبعة حكومة الكويت، 1407هـ/1987م.

- **التعاريف** : محمد عبد الرؤوف المناوي، تحقيق : د. محمد رضوان الداية، دارالفكر المعاصر، دمشق ، سورية، 1410هـ.

- **التعريفات** : علي بن محمد بن علي الجرجاني الحنفي (ت816هـ)، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1986م.

- **الفروق في اللغة** : الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهراة العسكري المعروف بأبي هلال العسكري (ت395هـ)، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، 1983م.

- **القاموس المحيط** : مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي (ت817هـ)، المطبعة الأميرية، مصر، الطبعة الثالثة، 1301هـ.

- **لسان العرب** : جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور (ت711هـ)، دار المعارف، الرياض، السعودية، بدون تاريخ.

- **المحيط في اللغة** : صاحب بن عباد، تحقيق : الشيخ محمد حسن آل ياسين ، بيروت، 1994م.

- **مختار الصحاح** : محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت666هـ)، دار الغد الجديد، المنصورة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1430هـ/2009م.

- **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير** : أحمد بن محمد بن علي الفيومي (ت770هـ)، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، 2008م.

- **معجم لغة الفقهاء** : محمد رواس قلججي، دار النفائس، بيروت، لبنان، 1408هـ/1988م.

- **معجم المصطلحات الفقهية** : نزيه حماد، دار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، السعودية، الطبعة الثالثة، 1995م.

- **معجم مقاييس اللغة** : أحمد بن فارس بن زكريا (ت395هـ)، دار الفكر، 1399هـ/1979م.

- **المعجم الوسيط** : مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، بدون تاريخ.

- **المنجد الأبجدي** : دار المشرق، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، 1967م.

سابعاً : كتب عامة :

- إعلام الموقعين عن رب العالمين : أبو عبد الله بن أبي بكر المشهور بابن قيم الجوزية (ت751هـ)، تحقيق محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، 1987م.
- التأمين بين الحظر والإباحة : سعدي أبو جيب، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سوريا، 1983م.
- تيسير الفقه الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية : أحمد وافي، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة الأولى، 1416هـ.
- حكم الإسلام في التأمين : عبد الله ناصح علوان، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، بدون تاريخ.
- دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة : محمد مصطفى أبوه الشنقيطي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، السعودية، الطبعة الثانية، 1422هـ.
- عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة : مصطفى أحمد الزرقا، سلسلة محاضرات العلماء البارزين رقم 12، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 1420 هـ.
- الفتاوى الغياثية : داود ابن يوسف الخطيب، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، 1321هـ.
- فتاوى مصطفى الزرقا : جمع وترتيب: مجد أحمد مكي، دار القلم، دمشق، سورية، الطبعة الأولى، 1990م.
- الفقه الإسلامي وأدلته : د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الثانية، 1405هـ/1985م.
- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي : محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي، مطبعة إدارة المعارف، الرباط، المغرب، 1340هـ.
- مجموعة رسائل ابن عابدين: محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين (ت1252هـ)، عالم الكتب، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
- المدخل الفقهي العام : مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سورية، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998م.
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي : عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998م.
- المعاملات المالية المعاصرة : محمد عثمان شبير، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، 2004م.

- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية : أحمد فراج حسين، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1985م.
- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية : محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1416هـ/1996م.
- الموسوعة الفقهية الكويتية : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، دار الصفاة، مصر، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م.
- نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه : مصطفى أحمد الزرقا، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1984م.
- الوسيط في شرح القانون المدني : عبد الرازق السنهوري، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2010م.

ثامناً : البحوث والمجلات الفقهية :

- مجلة المجمع الفقهي : يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، مكة، السعودية.

تاسعاً: المواقع الإلكترونية :

- ويكيبيديا الموسوعة الحرة: على الرابط <http://ar.wikipedia.org/wiki/>

