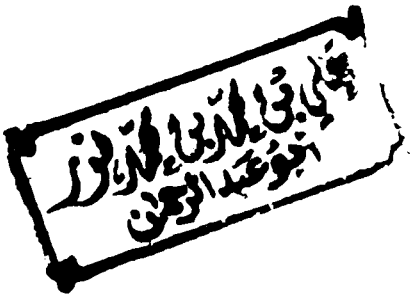
مجموعة دله البركة
إدارة التطوير والبحوث

نظريّة العقد
في الفقه الاسلامي

إعداد
عز الدين محمد خوجة

مراجعة
د. عبد الستار أبو غدة



مجموعة دله البركة
ادارة التطوير والبحوث

نظريـــة العقـد
فى الفقه الاسلامى

إعداد
عزالدين محمد خوجة
رئيس قسم تطوير الأدوات المالية

مراجعة
د. عبد الستار أبوغدة
المستشار الشرعى ومدير ادارة التطوير والبحوث

الطبعة الأولى

ربيع الثانى ١٤١٤ هـ - سبتمبر ١٩٩٣ م

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديـــم

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه ومن تبع هداه .

وبعد، فإن نظرية العقد - كما قال عدد من كبار الفقهاء المعاصرين - هى بمثابة العمود الفقرى لفقه المعاملات المالية (الحقوق المدنية بتعبير القوانين) ، ذلك أنها تضع التنظيم الشامل للتصرفات منذ نشأتها الى انتهائها وما يقع خلال ذلك من أحوال ممكنة وما يعرض لها من امور طارئة بحيث تتناول صحيح التصرفات وسقيمها وترسم سبل التعديل أو البديل .

ومن خاض فى العقود قبل أن يلم بالنظرية العامة للعقد عسرعليه تصور العقد الذى يدرسه بصورة وافية، ولم يتمكن من تحديد الغرض النوعي لذلك العقد وتمييز آثاره وخصائصه عن غيره، فضلا عن أن نظرية العقد بوجه عام هى المنوط بها استكمال ما لم يتوافر من النقاط الجزئية لكل عقد، وهى المرجع عند سكوت العاقدين عن بعض التفاصيل . وبالرغم من التنويه بنظرية العقد التى هى من فروع نظرية الالتزام وليدة الفقه اللاتيني لا بد من الاشارة الى انه قام الى جانبها نظرية أخرى منافسة هي نظرية الواقعة القانونية أو الحقوقية التى أخذ بها الفقه الجرماني وهي أقرب شبها الى المنهج الذى كتب به الفقه الاسلامي .

هذا ولئن خلت ابواب الفقه الاسلامي من تنظيم لنظرية العقد على حدة فان هذه النظرية استضاف باب البيوع قسما كبيرا منها، واشتملت كتب القواعد والفروق والأشباه والنظائر على الباقى،

وعماد هذه النظرية دراسة التصرفات مباشرة ومعالجة أحكامها تفصيلا منذ ولادتها الى انقضائها . ومع أن البعض رأى في هذا المنهج خلاصا من كثير من المشكلات التى تعتور نظرية الالتزام فان نظرية الالتزام ظلت مكتسحة ميدان البحوث والدراسات الحقوقية وأصبح لزاما على رواد النهضة الفقهية الحديثة أن يستكملوا خدمة الفقه الاسلامي بوضع صياغة لها مع التركيز على أهم فروعها وهى نظرية العقد، وتمخض عن ذلك دراسات وافية معمقة وفي الوقت نفسه مكررة ومتشابهة، ولهذا كان من المقاصد الحسنة تخليصها وتلخيصها باستخدام التقاسيم والتفاريع لبيان التناسق بين أجزائها وفهم الدورة المنطقية لتلك النظرية .

وهذه الدراسة مع أنها ليست فى مستوى المراجع ولم يدر ذلك البتة فى خلد الأخ عزالدين خوجة (رئيس قسم التطوير) عند اعدادها أو عند مراجعتى لها - بالرغم من هذا فإنها قد سارت فى ظلال تلك المراجع وقطفت أينع ثمارها وسعت الى جعلها دانية للمتعجلين والراغبين فى الالمام، وهى بمثابة حافز ودليل للدراسات التى استمدت منها وجاء ذكرها فى قائمة المراجع .

والغرض الأساسى من هذه الدراسة اعطاء صورة عصرية عن نظرية العقد بوسائل مألوفة متطورة من جهة واتخاذها مدخلا للعقود التى تشتمل عليها سلسلة فقه المعاملات بالحاسوب التى تبدأ عقودها بالمضاربة، فذلك ييسر السبيل للاستفادة من الدراسات المخصصة لتلك العقود المزمع اصدارها . والله الهادي الى سواء السبيل .

د. عبد الستار ابوغدة
المستشار الشرعي ومدير التطوير والبحوث

مقدمـــة

الحمد للـــه نحمد ونستعينه ونستهديه، ونعوذ باللـه من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا وبعد،

فإن إدارة التطوير والبحوث بمجموعة دلـه البركة قد شرعت بحمد الله فى وضع سلسلة جديدة من منتجاتها تسمى " سلسلة فقه المعاملات بالحاسوب " ، وهى تهدف بذلك إلى نشر الفقه الاسلامي وجعله قريبا ميسرا لكل مسلم .

وتتناول هـذه السلسلة دراسة تفصيلية مخصصة ومستقلة لمجموعة من العقود والأساليب الاستثمارية بشكل يوضح آراء المذاهب الفقهية في مختلف المسائل ويربطها بالتطبيقات والقرارات والفتاوى الجماعية المعاصرة .

وحيث إن الكثير من المسائل التى تتناولها هذه العقود تنظمها قواعد عامة ومفاهيم كبرى مشتركة فلا بد من استيعابها في البداية لتيسير فهم فروع تلك المسائل وربطها بأصولها الكلية، وقد اهتم بهذا الجانب عدد من المشتغلين بدراسة الفقه الاسلامي مما نتج عنه ظهور نظريات فقهية متكاملة يقوم على أساسها صرح الفقه كنظرية الأهليه، ونظرية الضمان ونظرية الشروط العقديه، ونظرية المؤيدات الشرعية وما يتفرع عنها من قضية البطلان والفساد والتوقف، وغيرها ...

وتعطى مطالعة هذه النظريات - كما ذكر الشيخ مصطفى الزرقاء - ملكة فقهيه عاجلة للباحث تؤهل فكره وتعينه على مدارك الفقه، وقد كان يحتاج فى اكتسابها إلى سير طويل فى جميع فصول الفقه .

لذلك فقد رأيت أن تبدأ سلسلة فقه المعاملات بالحاسوب بكتيب عام عن نظرية العقد يكون مدخلا لمختلف العقود التى تشتمل عليها هذه السلسلة يجد فيه القارئ عرضا مختصرا وميسرا بالأشكال والبيانات التوضيحية مما يسهل سرعة فهم هذه النظرية، ولمن يرغب مزيد التفقه فى هذا الموضوع دراسة الكتابات المعاصرة المذكورة فى قائمة المراجع .

وفى الختام أسأل الله أن يبارك لنا فى أعمالنا ويجعلها خالصة لوجهه . إنه سبحانه وتعالى نعم المولى ونعم النصير ..

عزالدين محمد خوجة

رئيس قسم تطوير الأدوات المالية

معلومات تمهيدية عن العقد

- تعريف التصرف وأنواعه
- تعريف العقد
- الفرق بين التصرف والعقد
- الفرق بين الوعد والعقد
- مشروعية العقد وحرية التعاقد

١- تعريف التصرف وأنواعه

التصرف هو كل ما يصدر عن الشخص بارادته، ويرتب الشرع عليه نتائج (حقوقا وواجبات) وهو نوعان :

○ **التصرف القولى**، وهو القول الصادر عن الشخص، كالبيع، والاجارة والشركة والوقف والوصية .

○ **التصرف الفعلى**، وهو العمل والواقعة المادية الصادرة عن الشخص، كاحراز المباحات، والانتفاع، والغصب، وقبض الدين .

○ التصرف القولى

ينقسم التصرف القولى الى نوعين، هما :

❖ **التصرف القولى العقدى**، وهو الذى يتكون من قولين من جانبين، أى ما يكون فيه اتفاق ارادتين، كالبيع والاجارة والشركة . وهذا التعريف يتفق مع المعنى الخاص للعقد .

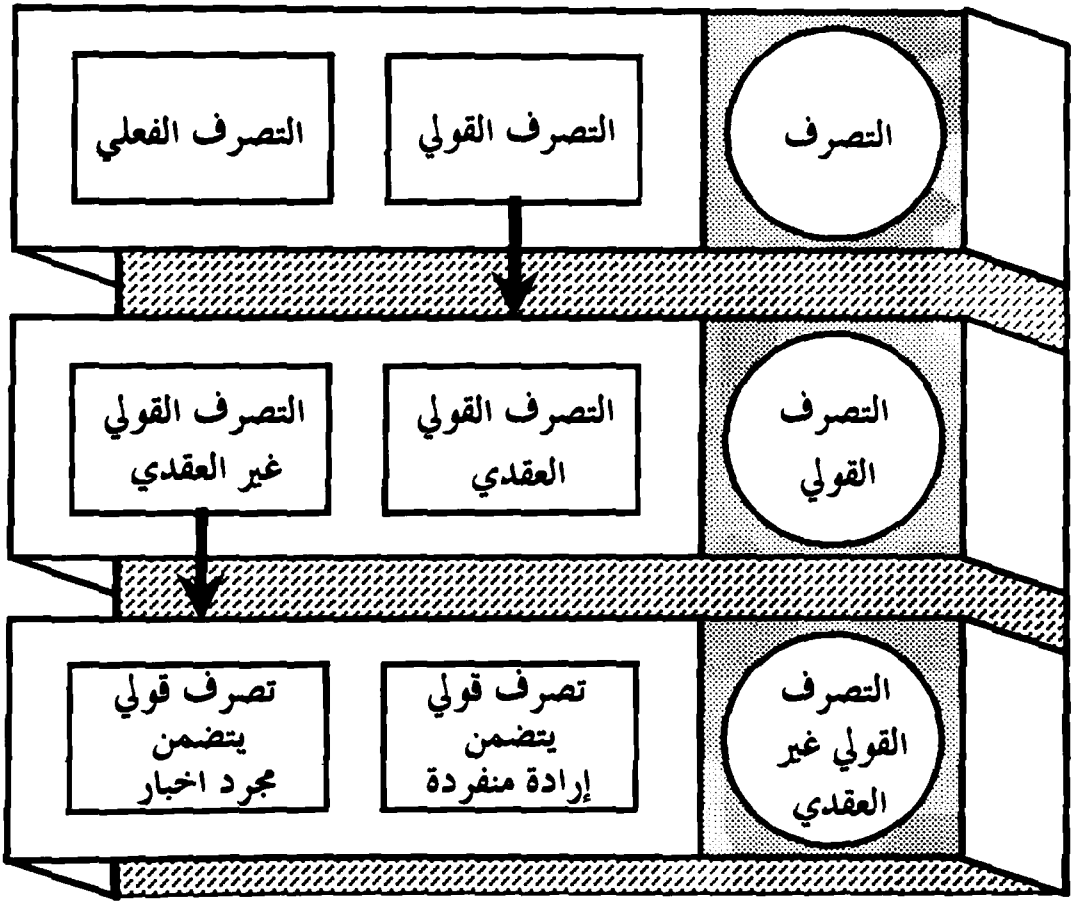
❖ **التصرف القولى غير العقدى**، وهو الذى يتكون من قول من جانب واحد، كالوقف، والجعالة، والابراء، والوصية، والدعوى والاقرار .

❖ التصرف القولى غير العقدى

وينقسم التصرف القولى غير العقدى الى نوعين، هما :

■ **تصرف قولى يتضمن ارادة منفردة**، وهو ما يقصد به صاحبه انشاء حق أو انهاءه أو اسقاطه، كالوقف، والجعالة، والابراء، والوصية .

■ **تصرف قولى يتضمن مجرد اخبار**، كالدعوى، والاقرار، والانكار.



شكل رقم ١- أنواع التصرف

٣- تعريف العقد

العقد هو نوع من التصرف القولي، وهو يطلق لدى الفقهاء بمعنيين :

العقد بالمعنى الخاص

العقد بالمعنى الخاص هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه، ولا بد من توافق الارادتين وذلك بمطابقة القبول للايجاب .

وهذا المعنى الخاص للعقد هو الشائع عند فقهاء الحنفية، وهو المتبادر لدى الفقهاء عامة عند الاطلاق، ولا ينصرف الى المعنى العام الا بتنبيه يدل عليه .

العقد بالمعنى العام

العقد بالمعنى العام هو كل تصرف يتضمن انشاء حق أو نقله أو تعديله أو انهاءه، سواء أكان صادرا من شخص منفرد أم من شخصين .

وهذا المعنى العام للعقد يرادف كلمة (الالتزام) وهو التعريف الشائع للعقد عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة .

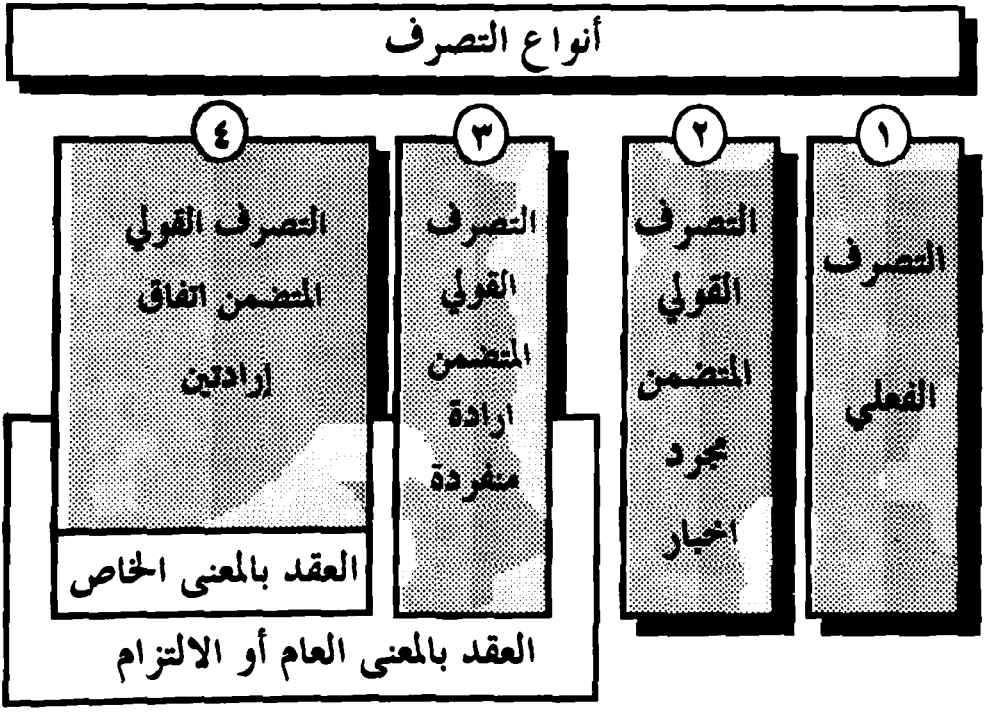
٣- الفرق بين التصرف والعقد

مما سبق يتبين أن التصرف هو كل ما يصدر عن الشخص بارادته من قول أو فعل وتترتب عليه أحكام شرعية.

وان التصرف يشمل أقوالا وأفعالا لا تدخل فى مفهوم العقد - ولو بمعناه الواسع - كالدعوى والاقرار، فكل ذلك تصرفات تترتب عليها أحكام، وهى لا تعد عقودا بوجه من الوجوه .

وعلى هذا الأساس :

- ❖ التصرف أعم من الالتزام الذى هو المعنى العام للعقد.
- ❖ الالتزام أعم من العقد الذى هو بالمعنى الخاص المتبادر.
- ❖ كل عقد يعتبر تصرفا، وليس كل تصرف يعتبر عقدا .



شكل رقم ٢- الفرق بين التصرف والعقد

٤- الفرق بين الوعد والعقد

العقد هو إنشاء التزام في الحال وليس في المستقبل

اتفق الفقهاء على أن الوفاء بما التزم العاقدين القيام به هو واجب وليس لأحدهما الرجوع عنه بل يجبر على ذلك .

الوعد هو الإخبار عن إنشاء معروف أو التزام في المستقبل

اتفق الفقهاء على أن الوفاء بالوعد مستحب وأنه من مكارم الأخلاق. ولكنهم اختلفوا في وجوب ذلك أو عدمه على النحو التالي :

- **الشافعية والحنابلة**: الوفاء بالوعد عند الشافعية والحنابلة غير واجب ولا يجبر واعد على الوفاء بما وعد به .
- **الحنفية**: الوفاء بالوعد عند الحنفية يكون لازما في حالة صدوره معلقا على شرط منعا للتغرير بالموعود .
- **الراجح لدى المالكية**: الوفاء بالوعد على الراجح لدى المالكية يكون لازما إذا كان هذا الوعد مبنيا على سبب وشرع الموعود في الدخول في هذا السبب فعلا بناء هذا الوعـــد .
- **ابن شبرمة وبعض المالكية**: الوفاء بالوعد لازم في كل الأحوال عند ابن شبرمة وبعض المالكية ويجبر الواعد على الوفاء بما وعد به .

٥- مشروعية العقد وحرية التعاقد

هناك اتجاهان رئيسان فى هذا الموضوع، أحدهما لجمهور الفقهاء، والآخر للظاهرية، ويحسن البدء بهم للتدرج في طبيعة الخلاف فى ذلك بين مانعين، ومجيزين مضيقين أو موسعين .

○ المانعون من حرية التعاقد

❖ الظاهرية يرون أن الأصل فى العقود المنع، فكل عقد لم يعتمد على دليل معتبر يكون تعديا على ملك الله تعالى، لقوله عز وجل : (ولله ملك السماوات والأرض) وقوله صلى الله عليه وسلم: من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد .

❖ فكل عقد لم يرد به الشرع ولم يحدد له أحكاما وضوابط لا يجوز أن يتعاقد عليه الناس، وبعبارة أخرى: كل ما لم يثبت جوازه بنص شرعى أو اجماع لا يجوز التعاقد عليه.

❖ فلا يجيز الظاهرية الا العقود المعروفة لدى الأقدمين مما سطرته كتب الفقهاء ووضعت له أحكاما وقواعد وضوابط، وبذلك ليس فى الامكان عندهم انشاء أى عقد جديد لم يأذن به الشرع . وهذا الاتجاه مرده وقوف الظاهرية عند ظواهر النصوص وعدم البحث فى علل الأحكام ورفض القياس ومهاجمة القائلين به .

○ المجيزون للتعاقد فيما لم يحرم

❖ مذهب جمهور الفقهاء أن الأصل فى العقود الجواز والاباحة، بشرط عدم مجاوزة حدود الله تعالى، وذلك لأن الوفاء بالعقود واجب من غير تعيين، لقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) .

❖ والعقود فى الشريعة من المعاملات، وليست من العبادات، والأصل فى المعاملات عدم التحريم الا لما حرمه الله، لقوله: (وقد فصل لكم ما حرم عليكم) .

ولكن عدم مجاوزة الحدود شرط لا يخلو من مرونة، ولذا لم يتفق الفقهاء فى هذه الحدود، فبعضهم يميل الى التضييق، ومنهم من يميل الى التوسعة :

■ فالمجيزون المضيقون يرون أن كل عقد يثبت صحته بمقتضى أحد المصادر الشرعية المعتمدة يجوز أن يتعاقد عليه الناس، وما لم يثبت دليل صحته لا يجوز التعاقد عليه. وهذا قول الحنفية والمالكية والشافعية وأصحاب أحمد ،،

وقد أجاز أصحاب هذا الرأى كثيرا من العقود التى لا تشهد لها نصوص من الشريعة وانما أجازوها بمقتضى القياس أو العرف أو أحد المصادر الشرعية الأخرى المعتمدة . كذلك منع أصحاب هذا الرأى بعض العقود، بحجة أنه لم يرد بها أثر، ولم يصح بها قياس .

■ والمجيزون الموسعون ذهبوا الى أن كل عقد يجوز أن يتعاقد عليه الناس ما دام لا يخالف نصا شرعيا، وما دام لم يرد من الشارع نهى عنه . فما لم يثبت دليل حرمته يجوز التعاقد عليه . وهذا قول الحنابلة وبخاصة ابن تيمية وابن القيم .

وقد أطلق أصحاب هذا الرأى الحرية للناس فى احداث ما يحتاجون اليه من العقود وان لم يكن معروفا لهم من قبل متى كان فى مصلحتهم ولا يتعارض مع أسس الدين وقواعده الكلية .

الأصل في العقود المنع

المانعون	كل عقد لم يرد به الشرع ، ولم يحدد له أحكاما وضوابط ، لا يجوز أن يتعاقد عليه الناس .
	فما لم يثبت جوازه بنص شرعي أو إجماع لا يجوز التعاقد عليه .

وهو قول الظاهرية ومنهم ابن حزم

الأصل في العقود الجواز

المجيزون المضيقون	كل عقد يثبت صحته بمقتضى احدى المصادر الشرعية المعتمدة ، يجوز أن يتعاقد عليه الناس .
	فما لم يثبت دليل صحته لا يجوز التعاقد عليه .

وهو قول الحنفية والشافعية وأصحاب أحمد ومالك

المجيزون الموسعون	كل عقد يجوز أن يتعاقد عليه الناس مادام لا يخالف نصا شرعيا ، ومادام لم يرد من الشارع نهي عنه.
	فما لم يثبت دليل حرمته يجوز التعاقد عليه .

وهو قول الحنابلة وبخاصة ابن تيمية وابن القيم

شكل رقم ٣ - مشروعية حرية التعاقد

مقومات وعناصر العقد

- **أركـــان العقـــد**
- **شـــروط الصـيغـــة**
- **شـــروط العاقـديـــن**
  - ❖ الأهـلـيـــة
  - ❖ عوارض الأهلية
  - ❖ الـولايـــة
- **شـــروط المعقود عليـه**
- **موضوع العقـد وأقسامه**

٦- أركـان العقـد

هناك وجهتان فى تحديد أركان العقد، انطلاقـا مـن تعريـف الركن، فالركن -عند الجمهور- هو مـا يتوقـف عليـه وجـود الشىء وان لم يكن جزءا منه، فركن العقد عندهم : الصيغـة والعـاقدان والمعقـود عليـه، لأنـه لا يتصـور وجـود العقـد بدونها.

والركن عند الحنفية هو مـا يتوقـف عليـه وجـود الشـىء وكـان جـزءا منـه، فركـن العقد عندهم الصيغـة فقـط وهـى الايجـاب والقبـول، لأن الصيغـة تعـبر حقيقـة عـن اتفـاق الارادتين الذى هو معنى العقد .

وفى ما يلى بيان الأركان بالمنظور الأوسع :

الصيغة

اهتم الفقهاء اهتماما شديدا بالصيغة، لأنه لا بد من وجود ما يدل على ارادة المتعاقدين لانشـاء العقد . وهذه الصيغـة هـى الايجـاب والقبـول فـى العقـود التـى تحتـاج الـى اتفـاق ارادتين، والايجاب فقط فى العقود التى لا تتوقف علـى قبـول الطرف الآخر (العقد بالمعنى العام) .

والمراد بالايجاب والقبول العبارتان المتقابلتان الدالتان على اتفاق الطرفين. ويرى الحنفية أن الايجاب هو ما صدر ابتداء من أحدهما، والقبول ما صدر ثانيا من الآخر رضا به. أما عند الجمهور، فالايجاب هو ما صدر ممن يكون منه التمليك، سواء أصدر أولا أم ثانيا . والقبول هو ما صدر ممن يصير اليه الملك وان صدر أولا .

العاقدان

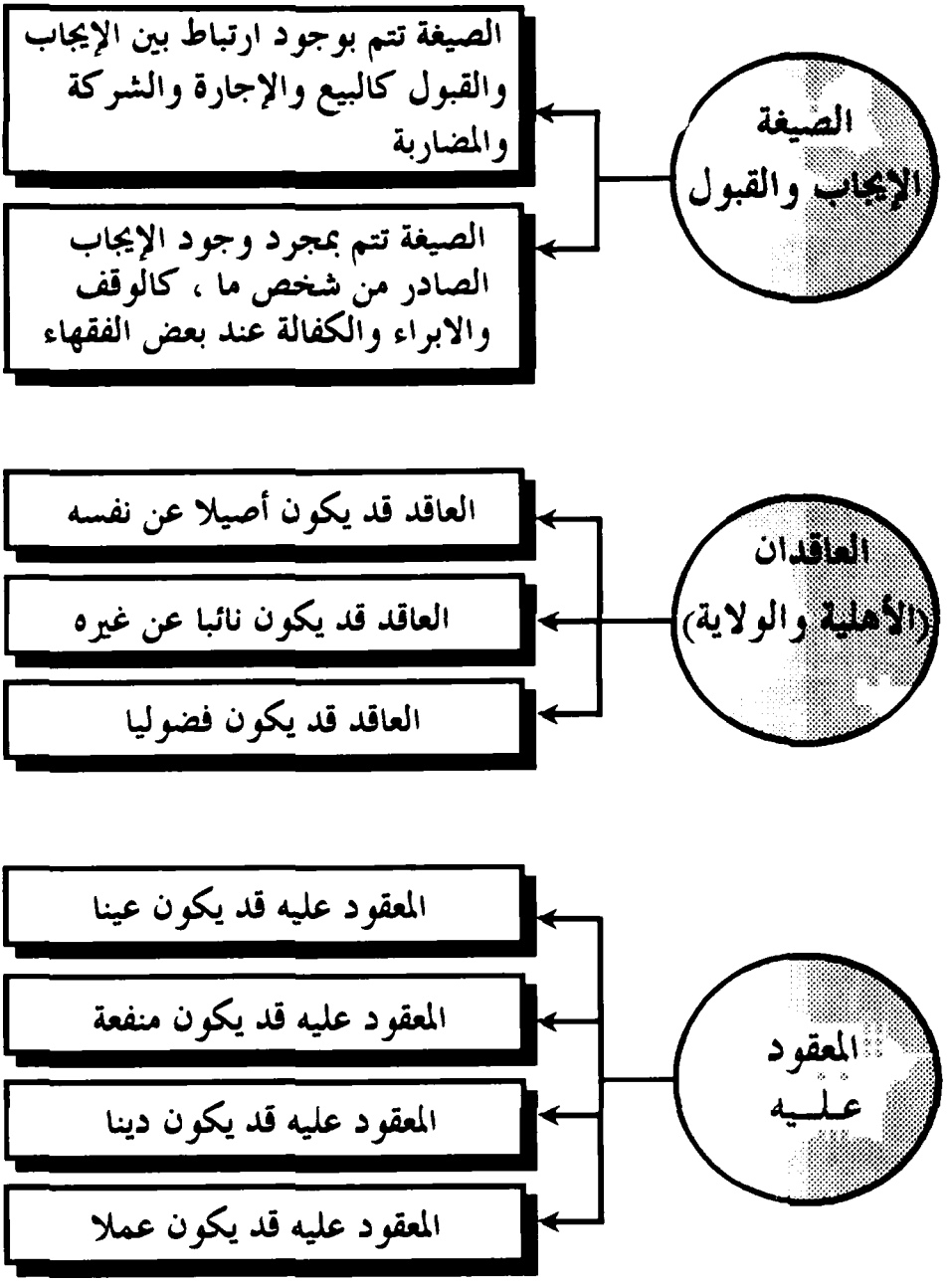
لا يعتبر تراضي المتعاقدين المعبر عنه بالصيغة الا اذا صدر ممن له أهلية وولاية على اصداره .

وقد يكون المتعاقد أصيلا عن نفسه، أو نائبا عن غيره، أو فضوليا، أى متصرفا فى شؤون غيره دون اذنه .

المعقود عليه

ليس كل شيء صالحا ليكون معقودا عليه، فقد يعرض للشيء (شرعا أو عرفا) ما يجعله غير صالح لأن يكون كذلك . وقد تعرض الفقهاء للشروط العامة التى يجب مراعاتها فى المعقود عليه، كما أفردوا بعض العقود بشروط خاصة .

والمعقود عليه قد يكون عينا، كالبيع وكفالة النفس، والرهن، والايداع . وقد يكون منفعة، كالاجارة والاعارة . وقد يكون دينا، كالحوالة وكفالة الدين . وقد يكون عملا، كالوكالة والمضاربة .



شكل رقم ٤- أركان العقد

٧- شروط الصيغة

يشترط فى الايجاب والقبول شروط ثلاثة :

- وضوح الايجاب والقبول .
- توافق الايجاب والقبول .
- إتصال الايجاب بالقبول .

أ- وضوح الايجاب والقبول

❖ يجب أن يكون كل من الايجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين :

وذلك بأن يعرف بيقين من اللفظ المستعمل للايجاب والقبول أن العاقدين قد قصدا عقدا بعينه، فاذا لم يتضح ذلك من الألفاظ تكون العبرة للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى، كانعقاد البيع بلفظ الهبة المقرونة بالثمن .

وليس المراد بالصيغة القول دائما، فيمكن أن ينعقد العقد بالرسالة، والكتابة، كما يمكن أن ينعقد بالأفعال (التعاطى) عند الجمهور خلافا للشافعية .

ب- توافق الايجاب والقبول

❖ يجب أن يرد القبول على كل المعقود عليه كما أوجبه الموجب :

فإذا لم يشتمل القبول على جميع جزئيات الايجاب بأن تم على بعض ما أوجبه الموجب - نصف المبيع المعروض مثلا - فلا ينعقد العقد من غير ايجاب جديد موافق .

❖ يجب أن يرد القبول بمقدار العوض الذى حدده الموجب فى المعاوضات :

فإذا ورد القبول بأكثر من مقدار العوض المحدد بالايجاب، ينعقد العقد عند الحنفية لأنها مخالفة الى خير وهى موافقة ضمنية، ولا ينعقد عند الشافعية لأنها مخالفة على كل حال .

ج- اتصال الايجاب بالقبول

❖ يجب أن يكون الايجاب والقبول فى مجلس واحد :

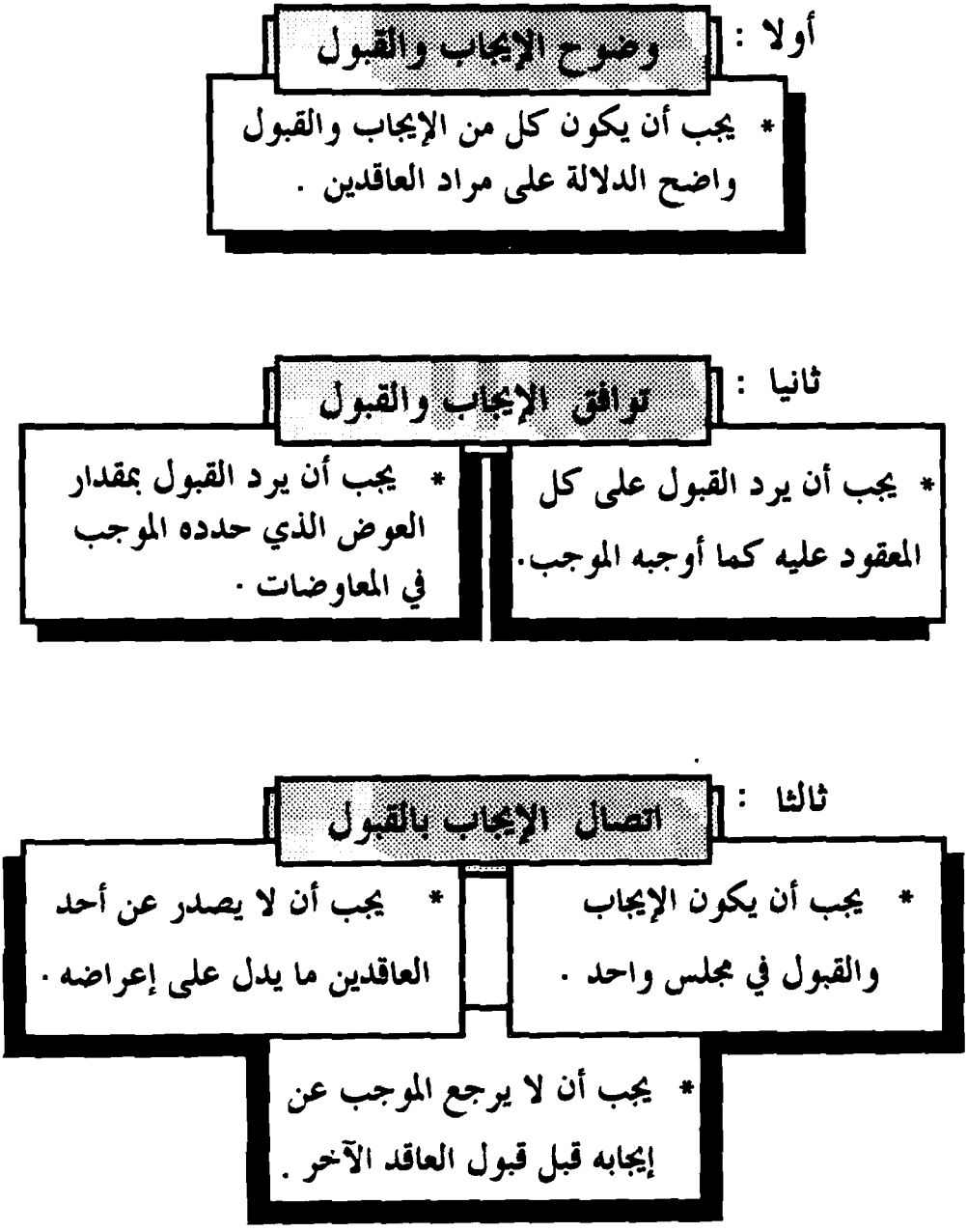
ويراد باتحاد المجلس اتحاد الزمن أو الوقت الذى يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتفاوض فى العقد، وليس الاتحاد المكانى، لأن التعاقد يمكن ان يتم بالهاتف أو بالمراسلة .

❖ يجب أن لا يصدر من أحد المتعاقدين ما يدل على إعراضه :

يبطل الايجاب ويصير معدوما اذا صدر من أحد العاقدين ما يدل على الاعراض، وذلك مثل ترك الموجب مجلس العقد قبل قبول الآخر، أو ترك الطرف الآخر المجلس بعد صدور الايجاب، أو انشغال الطرفين بموضوع آخر .

❖ يجب ألا يرجع الموجب عن ايجابه قبل قبول الآخر:

فلا بد لانعقاد العقد -عند جمهور الفقهاء- من استمرار الموجب على ايجابه الذى وجهه للقابل، فان عدل عن ايجابه لم يصح القبول . ويرى جمهرة فقهاء المالكية أنه ليس للموجب الرجوع عن ايجابه، لأنه أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك، فلزم بقاؤه على ايجابه الى نهاية المجلس أو نهاية المدة التى حددها للقبول .



شكل رقم ٥- شروط الإيجاب والقبول

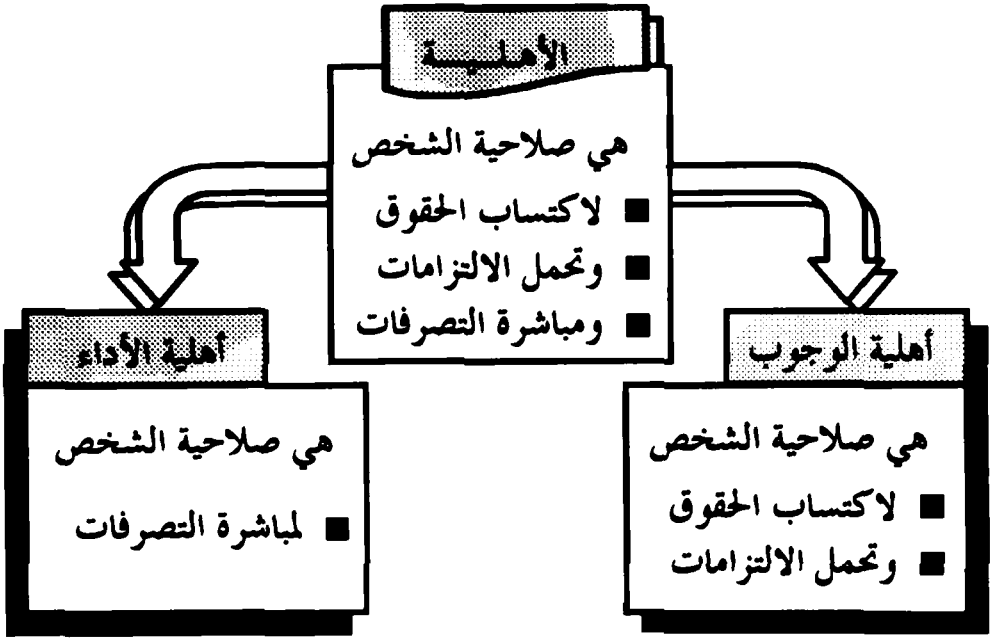
٨- شروط العاقدين

٨/١- الأهلية

الأهلية هى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات . والأهلية نوعان :

❖ أهلية الوجوب، وهى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وهى تنقسم الى أهلية وجوب ناقصة وأهلية وجوب كاملة .

❖ أهلية الأداء، وهى صلاحية الشخص لأن يباشر التصرفات على وجه يعتد به شرعا، وهى تنقسم كذلك الى أهلية أداء ناقصة وأهلية أداء كاملة .



شكل رقم ٦- أنواع الأهلية

أهلية الوجوب الناقصة

أهلية الوجوب الناقصة هى صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط، أى تؤهله ليكون دائنا لا مدينا .

ومحل تلك الأهلية الجنين، ودور الجنين يبدأ من بداية الحمل وينتهى بالولادة . فتثبت للجنين أهلية وجوب ناقصة يمنح بمقتضاها بعض الحقوق الضرورية النافعة له، وهى ما لا يحتاج الى قبول، وهى : ثبوت النسب من أبويه، واستحقاق الميراث اذا مات مورثه، واستحقاق ما يوصى له به وكذلك ما يوقف عليه عند الحنفية والمالكية .

وملكية ما يثبت للجنين من حقوق لا تكون نافذة، بل تتوقف على ولادته حيا، ولا يثبت عليه شىء من الالتزامات.

أهلية الوجوب الكاملة

أهلية الوجوب الكاملة هى صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وتحمل الالتزامات .

ومحل تلك الأهلية الطفل، ودور الطفولة يبدأ من وقت الولادة ويستمر الى التمييز . فتثبت للصبى غير المميز أهلية وجوب كاملة يمنح بمقتضاها جميع الحقوق، وتجب عليه الالتزامات التى يمكن للولى أو الوصى أن يمارسها بالنيابة عنه، وتكون هذه الالتزامات فى حدود ما يستطاع أداؤه عنه من ماله. وترافق هذه الأهلية الطفل فى جميع أدوار حياته.

ونظرا لفقدان الطفل أهلية الأداء فان كل تصرفاته لا تترتب عليها آثار شرعية وتكون باطلة، حتى لو كانت نافعة له نفعا محضا .

أهلية الأداء الناقصة

أهلية الأداء الناقصة هى صلاحية الشخص لمباشرة بعض التصرفات دون غيرها، وهى ناقصة لأنها يتوقف نفاذها على رأى غيره .

ومحل هذه الأهلية الصبى المميز، ويبدأ دور التمييز من سن السابعة ويستمر الى البلوغ . وتثبت للصبى المميز اهلية أداء ناقصة فتجوز له بعض التصرفات لقدرته على التمييز بين خيرها وشرها، ولكن تتوقف على اجازة وليه، لحمايته من أخطائه المتوقعة نتيجة عدم تمام نضج عقله .

❖ وقد ذهب الحنفية الى أن :

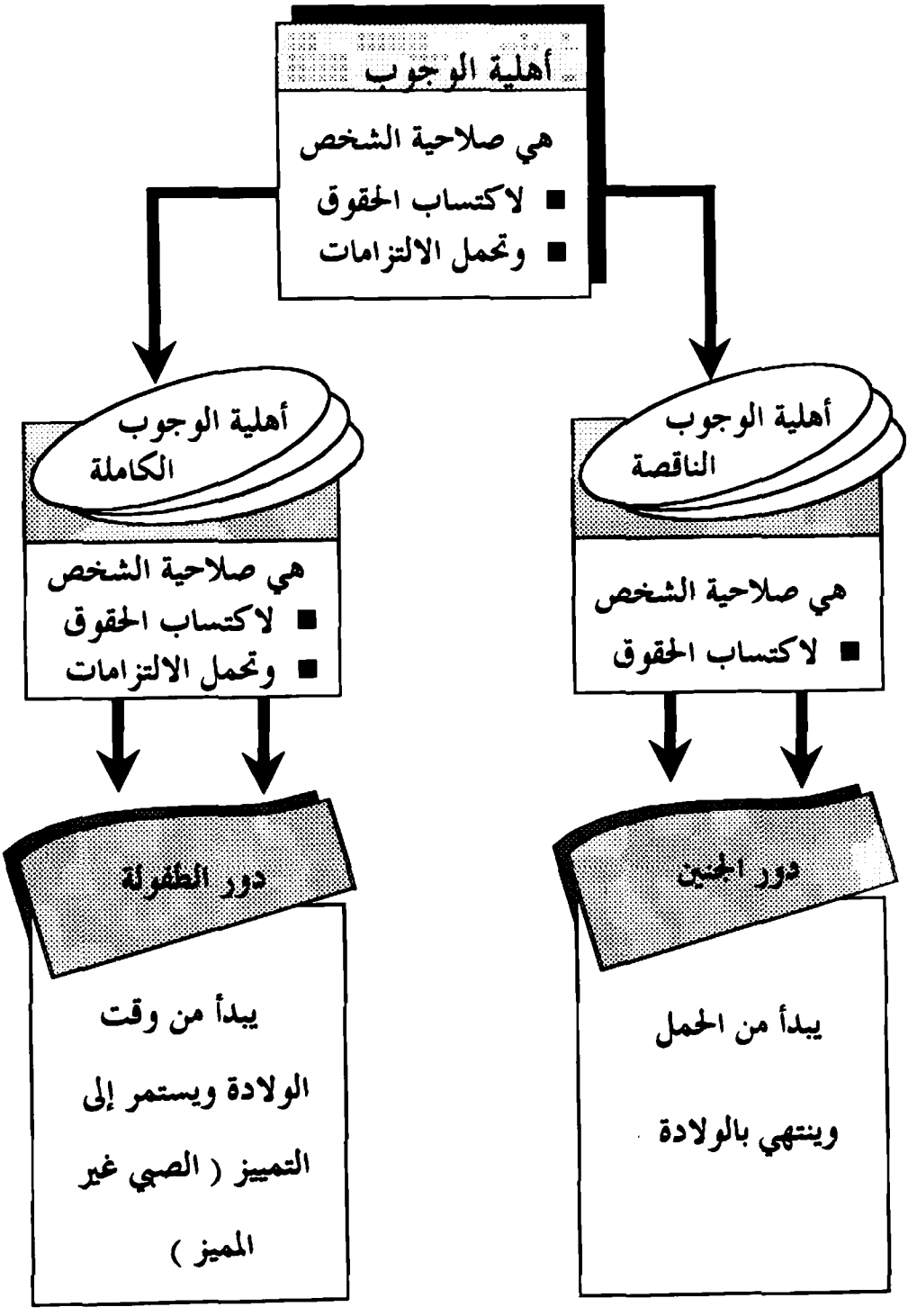
- التصرفات النافعة نفعا محضا، كدخول الشىء فى ملك الصبى المميز (أخذ الهبة) تصح منه دون اجازة من الولى.

- التصرفات الضارة ضررا محضا، كخروج الشىء من ملكه، كاعطاء الهبة والاقراض، لا تصح منه ولو أجازها وليه.

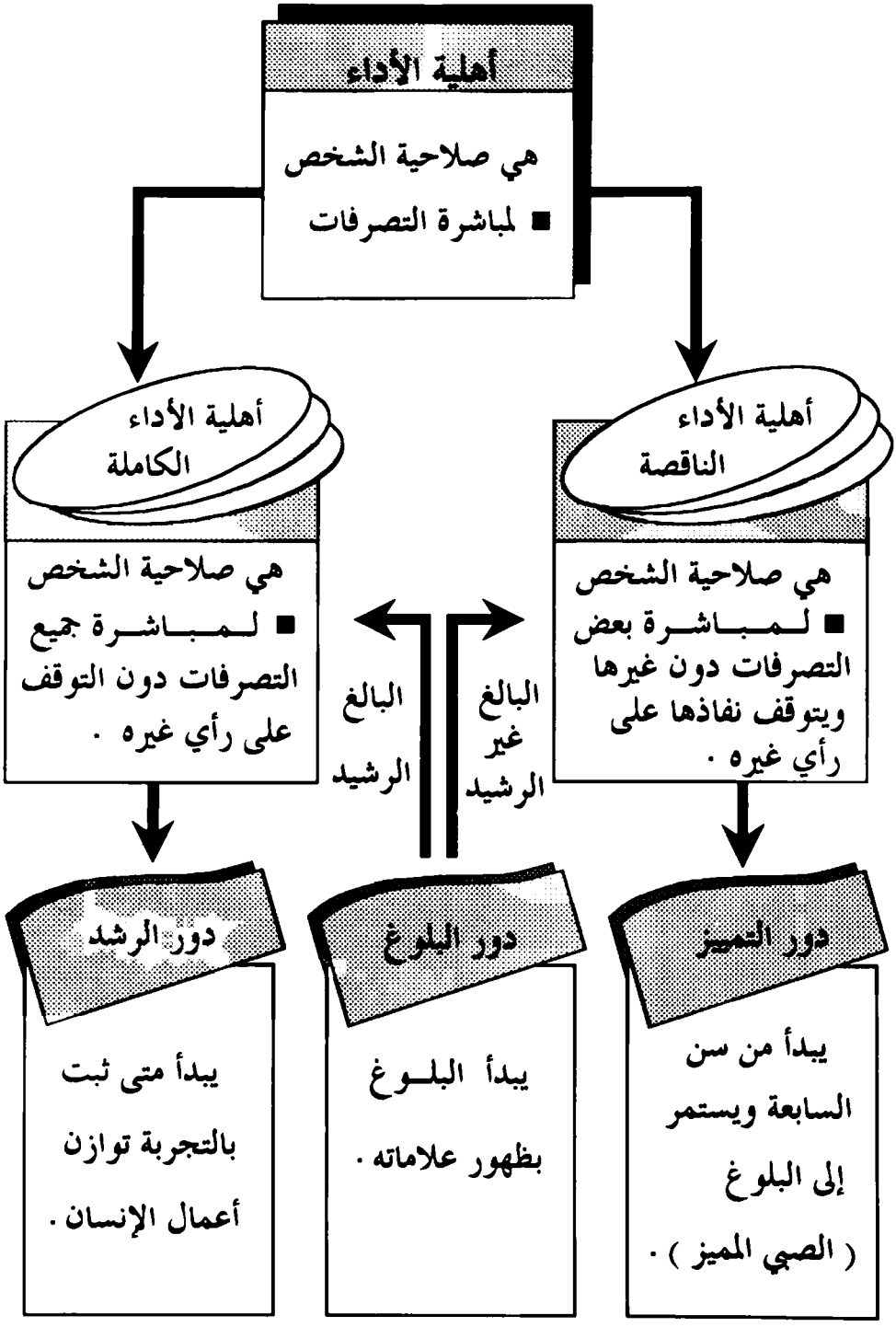
- التصرفات المحتملة النفع والضرر وهى التى تحتمل الربح والخسارة، كالبيع والشركة والاجارة، تصح منه ولكن تكون موقوفة على اجازة وليه .

❖ وذهب الحنابلة الى صحة تصرفات الصبى المميز اذا أذن له الولى، وبدون الاذن لا يصح شىء منها .

❖ ولا تصح تصرفات الصبى المميز مطلقا عند الشافعية، سواء أذن له الولي أم لم يأذن .



شكل رقم ٧- أنواع أهلية الوجوب



شكل رقم ٨- أنواع أهلية الأداء

أهلية الأداء الكاملة

أهلية الأداء الكاملة هى صلاحية الشخص لمباشرة جميع التصرفات على وجه يعتد به شرعا دون التوقف على رأى غيره .

ومحل هذه الأهلية البالغ الرشيد. ودور البلوغ يبدأ بظهور علاماته، ودور الرشد يبدأ متى ثبت بالتجربة توازن أعمال الانسان . فتثبت للبالغ غير الرشيد أهلية أداء ناقصة وتثبت للبالغ الرشيد أهلية أداء كاملة .

واتفق الفقهاء على أن البالغ يصبح مكلفا بجميع التكاليف الشرعية وتكتمل لديه أهلية الأداء الدينية . ولكي تثبت للبالغ أهلية أداء كاملة دينية ومدنية ينظر فى امر رشده فى الشؤون المالية : فاذا بلغ الشخص ولم يتبن رشده وحسن تدبيره وتصرفه فى المال، فانه يبقى قاصر أهلية الأداء فلا تنفذ تصرفاته ولا تسلم اليه أمواله، بل تستمر الولاية المالية عليه . واذا بلغ الشخص رشيدا تثبت له أهلية أداء كاملة، وترتفع الولاية عنه وتنفذ جميع تصرفاته .

٨- شروط العاقدين

٨/٢- عوارض الأهلية

عوارض الأهلية هى حالات تعترى الشخص فتؤثر على اهليته تأثيرا يختلف بحسب انواع هذه العوارض، وهى تنقسم الى ثلاث مجموعات تضم :

أ- عوارض تؤثر فى العقل وتفقده التمييز بين الأشياء

وهذه العوارض المزيلة للعقل هى : الجنون، والنوم، والاغماء، والسكر. وفيما يلى تعريف كل منها قبل بيان أثر هذه المجموعة على الأهلية :

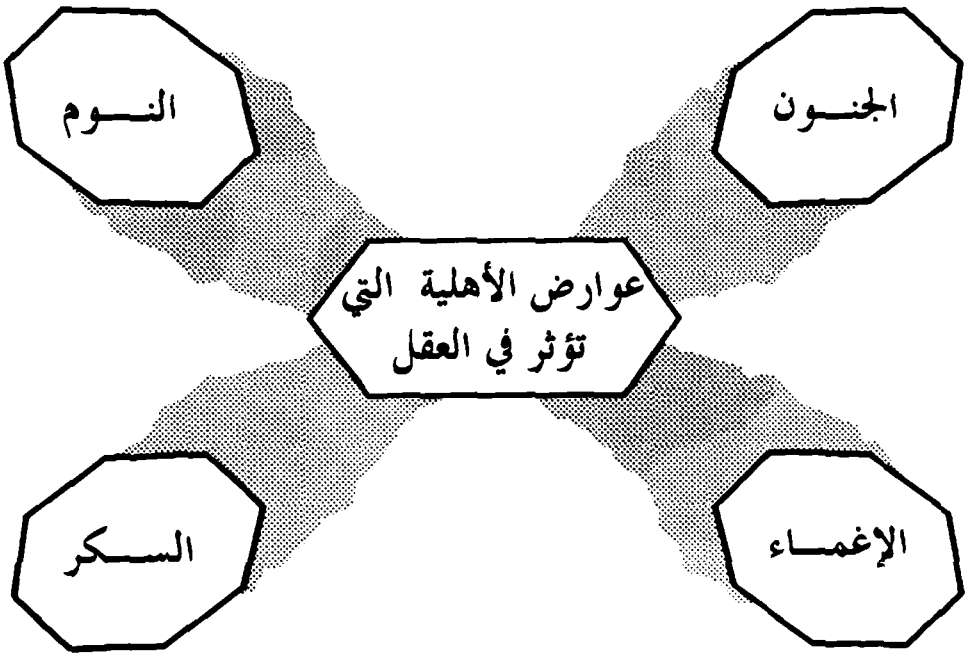
١- الجنون: وهو اختلال فى العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان، ويفقد صاحبه التمييز بين الأمور الحسنة والقبيحة فيتعطل عقله عن العمل .

٢- النوم: وهو فتور طبيعى يعترى الانسان فى فترات منتظمة، لا يزيل العقل بل يعطله ويمنعه عن العمل .

٣- الاغماء: هو فتور غير طبيعى يعترى الانسان بسبب مرض يعرض للدماغ أو القلب . وهو يشبه النوم فى تعطيل العقل .

٤- السكر: وهو حالة تعرض للانسان من امتلاء دماغه بالأبخرة المتصاعدة اليه فيتعطل معه عقله المميز ولا يعى ما يقول أو يفعل .

وهذه العوارض تزيل أهليـة الأداء، فـلا تـترتب علـى تصرفـات أصحابهـا آثـار شرعية . ومـا وجـب عليهـم مـن واجبات مالية - بمقتضى أهليتهم للوجوب - يؤديهـا عنهم الولى، فيكون حكم هؤلاء كحكم الصبى غير المميز . وتعود أهلية الأداء بزوال هذه العوارض .



شكل رقم ٩- عوارض الأهلية التي تؤثر في العقل

ب- عوارض لا تؤثر فى العقل ولكن تفسد التدبير

وهذه العوارض هى: السفه، والغفلة، ومرض الموت، والدين . واقتصر الحنفية فيها على مرض الموت، فلا حجر عندهم على السفيه وذى الغفلة والمدين، لأن فى الحجر عليهم اهدارا لآدميتهم وحريتهم .

وفيما يلى تعريف هذه المجموعة :

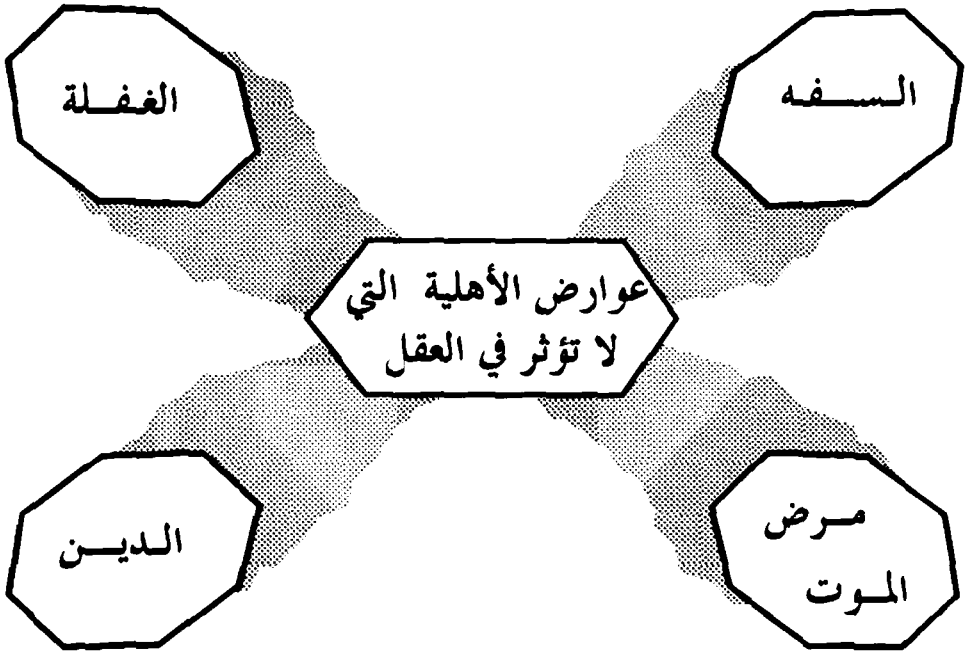
١- السفه : هو خفة ومكابرة تعترى الانسان - رغم كمال أهليته - فتحمله على تبذير المال فى غير مواضعه على غير ما يقضى به العقل والحكمة. والسفيه يكون كامل الادراك لكن ضعيف الارادة شديد الاندفاع فيسوء تصرفه وانفاقه للمال .

٢- الغفلة: هى ضعف الادراك للخير والشر بسبب البساطة وسلامة القلب مما يؤدى الى سهولة خداع الشخص وغبنه فى المعاملات المالية، فهو لا يهتدى الى أسباب الربح والخسارة كما يهتدى غيره، فيسوء تصرفه وانفاقه للمال .

٣- مرض الموت: هو المرض الذى يتوافر فيه أمران : غلبة الهلاك عادة، وحدوث الموت فعلا متصلا به ولو لم يكن من المرض بل من حادث آخر كالقتل والحرق والغرق . ولا يعتبر الشخص مريضا مرض الموت اذا انتفى أحد هذين الأمرين .

٤- الدين: الأصل فى الدين أن يتعلق بذمة المدين لا بعين ماله، فيبقى ماله حرا غير مثقل بحق لأحد، وتبقى أهلية المدين للتصرف كاملة غير منقوصة . ولكن بسبب ملاحظة تهريب المدينين أموالهم من وجوه الدائنين، باخراجها من ملكهم الى من يثقون بهم اتجه الفقهاء الى انتقاص أهلية التصرف فى المدين واعتبار الدين عارضا من عوارض الأهلية .

وهذه المجموعة من العوارض لا تغير فى أهلية الأداء لا بازالتها ولا بنقصها، فيكون لأصحابها كامل الأهلية، غير أنه يتم الحجر عليهم ومنعهم من بعض التصرفات
- لحماية مصلحة السفيه وذى الغفلة من سوء تصرفهما،
- ولحماية حقوق دائنى المريض مرض الموت وحقوق ورثته،
- ولحماية حقوق دائنى المدين .



شكل رقم١٠- عوارض الأهلية التي لا تؤثر في العقل

هـذا وان التصرفـات الماليـة للمريـض مـرض المـوت صحيحة نافذة أثنـاء حياتـه، ولا يمكـن الحجـر عليـه الا عنـد تحقق الموت، ويكون هذا الحجر مستندا (أى ذا أثـر رجعى) الى أول المرض فيكـون لأصحـاب الحـق مـن دائنيـن وورثـة اجازة تصرفاته أو ابطالها ما لم تكن تلك التصرفـات تخـص نفقات المريض على نفسه لقضاء حاجاته أو نفقة من تلزمه نفقتهم .

وكذلك الحال فى تصرفات المديـن، فـان الحجـر عليـه هـو رعاية لحق دائنيه فتكون تصرفاته موقوفة متى وقع الحجـر عليه، فان اجازوها كانت نافذة وان لم يجيزوها بطلت .

وقد اختلف الفقهاء فى الحجر هل يشترط له حكـم القاضى أم يثبت فى السفيه (مثلا) من وقت اسرافه، كما اختلفوا فـى العقود والتصرفات التى يكون محجورا بالنسبة لها .

ج- عارض يضعف العقل ولا يزيل التمييز

وهذا العارض هو العته، وفيما يلى تعريفه وأثره :

١- العتـه : هـو ضعف فـى العقل ينشـأ عنـه ضعف فـى الوعى والادراك، ويصير صاحبه مختلط الكلام، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين .

وهذا العارض ينقص أهلية الأداء ولا يزيلها كلهـا، ولهذا صحت بعض تصرفـات المعتـوه دون بعضهـا، فيكـون حكمـه حكـم الصبـى المميـز . واذا كـان المعتـوه غير مميـز يصـير حكمه حكم المجنون فاقد أهلية الأداء .

٨- شروط العاقدين

٨/٣- ولاية التعاقد

الولاية سلطة شرعية تمكن من تثبت له من انشاء العقود والتصرفات وتنفيذها وترتيب آثارها الشرعية عليها .

والولاية اما ذاتية أى بالأصالة وهى تعاقد الانسان عن نفسه بأن يكون مالكا للمعقود عليه وصاحب الشأن فيه، فالمالك للشيء له ولاية ذاتية فى التعاقد عليه .

واما ولاية عن الغير، وهذه تثبت بالشرع كولاية الأب عن الصغير أو تثبت بالانابة من الأب أو الجد او القاضى وهى الوصاية . واما أن تثبت بتوكيل صاحب الشأن فالوكالة وهي: اقامة الشخص غيره مقام نفسه فيما يملكه من تصرف جائز معلوم قابل للنيابة .

ويشترط فى الولاية أن يكون الولى عاقلا أمينا قادرا على التصرفات التى تدخل فى ولايته . ويشترط فى الوكالة أهلية التعاقد وأن يكون محل الوكالة معلوما للوكيل مع اغتفار الجهالة اليسيرة التى لا تفضى الى النزاع، وان يكون محل الوكالة من التصرفات الجائزة شرعا، وأن يكون مما يقبل النيابة أى ليس أمرا شخصيا أو عينيا كالصلاة والشهادة ...

والأصل فى العقود أن يتعدد العاقد فلا يتولى عاقد واحد العقد عن الجانبين بالجمع بين الولاية الذاتية والولاية عن غيره، ولهذا استثناءات منها شراء الأب مال ولده لنفسه وعكسه، وعقد الوصى المختار لنفسه على مال اليتيم اذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم .

٩- شروط المعقود عليه

شكل رقم ١١ - شروط المعقود عليه

١- أن يكون المعقود عليه مشروعا

فلا يجوز مثلا بيع ما ليس مالا فى نظر الشرع، كالميتة والدم، ولا بيع غير المتقوم وهو ما لا يجوز الانتفاع به شرعا، كالخمر والخنزير .

وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء فى كل من عقود المعاوضات، وعقود التبرعات، وبفقدانه يبطل العقد .

٢- أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم وقت التعاقد

فلا يصح التعاقد على معجوز التسليم، كالحيوان الشارد والسمك فى الماء والعين المغصوبة .

وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء فى عقود المعاوضات، فلا ينعقد العقد اذا كان المعقود عليه معجوز التسليم وان كان مملوكا للعاقد .

وهو مطلوب أيضا فى عقود التبرعات عند جمهور الفقهاء، خلافا للمالكية فيجوز عندهم أن يكون معجوز التسليم حال التعاقد محلا لعقود التبرعات، لأن المتبرع فاعل خير ومحسن، والمتبرع له لا يلحقه ضرر من عدم التنفيذ .

٣- أن يكون المعقود عليه معلوما للطرفين

فلا يصح التعاقد على مجهول، مثل بيع احدى دارين، وكفالة ما على فلان من مال .

وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء فى عقود المعاوضات، فلا ينعقد العقد اذا كان المعقود عليه فيه جهالة تؤدى الى النزاع بين المتعاقدين .

وهو أيضا مطلوب فى عقود التبرعات، كالوقف والهبة والرهن عند الشافعية والحنابلة، خلافا للحنفية والمالكية الذي أجازوا التبرع مع جهالة المحل، لأن القصد من ذلك الاحسان، ولا يترتب على ذلك نزاع .

٤- أن يكون المعقود عليه موجودا وقت التعاقد

فلا يجوز التعاقد على المعدوم، كالزرع قبل ظهوره والحمل فى بطن أمه ..

وهذا الشرط مطلوب عند جمهور الفقهاء فى المعاوضات، لأن المعقود عليه غاية العقد ومقصوده، وهو الذى تظهر فيه احكام العقد وآثاره، ولا يمكن ان يتعلق ذلك بشىء معدوم . واستثنوا بعض العقود كالسلم والاجارة لأن الشارع أجازها، من باب الاستحسان، لحاجة الناس اليها .

ولم يشترط المالكية هذا الشرط فى عقود التبرعات كالوقف فأجازوا ألا يكون محل العقد موجودا حين التعاقد، وانما يكفى أن يكون محتمل الوجود فى المستقبل .

ولم يشترط الحنابلة هذا الشرط فى كل العقود من المعاوضات والتبرعات، فأجازوا التعاقد على المعدوم ما دام قد يتعين بالأوصاف ولا غرر فيه، يقول ابن القيم : ليس فى كتاب الله ولا سنة رسوله ولا عند احد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز .. وانما فيه النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى معدومة... وليست العلة فى المنع الوجود أو العدم، بل الذى فى الصحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر، والغرر هو ما لا يقدر على تسليمه سواء أكان موجودا أم معدوما .

١٠- موضوع العقد وأقسامه

أ- موضوع العقد

موضوع العقد هو المقصد الأصلى الذى شرع العقد من اجله، وهو ثابت فى كل فئة او نوع من أنواع العقود . ويختلف باختلاف فئات العقود وأنواعها، فهو فى عقود البيع واحد : نقل ملكية المبيع الى المشترى بعوض، وفى الاجارات: تمليك المنفعة بعوض .

وموضوع العقد يرادف (الحكم الأصلى للعقد) أو (حكم العقد) ذلك ان حكم العقد هو مجموع الآثار والنتائج التى يرتبها الشرع على كل عقد بحسب موضوعه .

وفيما يلى موضوع بعض العقود والتصرفات :

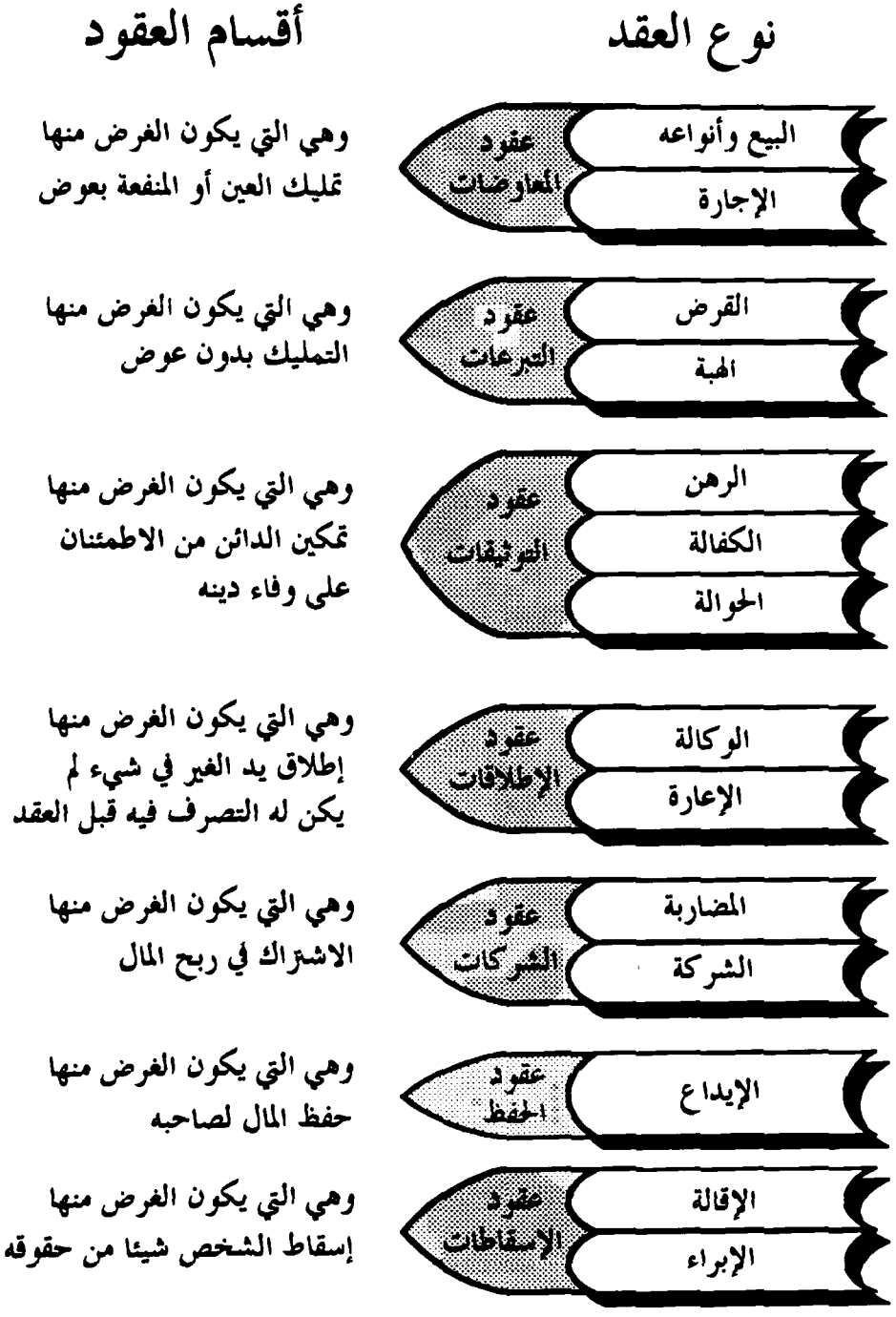
- **البيع وأنواعه**، موضوعه : تمليك العين بعوض على وجه الدوام .
- **الاجارة**، موضوعها: تمليك المنفعة بعوض لمدة محددة .
- **القرض**، موضوعه : تمليك العين (وهى هنا مال مثلى استهلاكى) ارفاقا للغير على أن يرد مثله فى الوقت المتفق عليه .
- **الهبة**، موضوعها : تمليك المال للغير مجانا بلا عوض

- **الرهن**، موضوعه : احتباس شيء لقاء حق يمكن ان يستوفى كله أو بعضه منه .
- **الكفالة**، موضوعها : ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة بدين أو عين أو نفس .
- **الحوالة**، موضوعها : نقل الدين من مسؤولية المدين الأصلى الى مسؤولية المحال عليه ومطالبته به بناء على ذلك .
- **الوكالة**، موضوعها : تفويض ينيب فيه شخص شخصا آخر عن نفسه فى التصرف .
- **الاعارة**، موضوعها : تمليك (اباحة) الغير الانتفاع بالعين بلا عوض، على أن يردها فيما بعد .
- **المضاربة**، موضوعها : التعاون فى عمل اكتسابى، بالاشتراك بين رأس المال من جانب والعمل من جانب آخر واقتسام الأرباح .
- **الشركة**، موضوعها : التعاون فى عمل اكتسابى بالاشتراك فى رأس المال وربحه، أو فى الربح فقط ان لم يكن للشريكين أو لأحدهما رأس مال .
- **الايداع**، موضوعه: استعانة الانسان بغيره فى حفظ ماله.
- **الاقالة**، موضوعها : اتفاق طرفين على فسخ عقد سابق بينهما .
- **الابراء**، موضوعه : اسقاط الشخص حقه الذى فى ذمة الآخر .

ب- أقسام العقود

تصنف العقود بالنظر الى غايتها وأغراضها (أحكامها الأصلية) الى مجموعات، وقد تدخل بعض العقود فى أكثر من مجموعة اذا كان الغرض منها متعددا من نواح مختلفة:

- **عقود المعاوضات**، وهى التى يكون الغرض منها تمليك العين أو المنفعة بعوض، كالبيع والاجارة.
- **عقود التبرعات**، وهى التى يكون الغرض منها التمليك بدون عوض، كالقرض والهبة .
- **عقود التوثيقات**، وهى التى يكون الغرض منها تمكين الدائن من الاطمئنان على استيفاء دينه، كالرهن والكفالة والحوالة .
- **عقود الاطلاقات**، وهى التى يكون الغرض منها اطلاق يد الغير فى شىء لم يكن له التصرف فيه قبل العقد، كالوكالة والاعارة .
- **عقود المشاركات**، وهى التى يكون الغرض منها الاشتراك فى ربح المال، كالمضاربة والشركة والمزارعة والمغارسة .
- **عقود الحفظ**، وهى التى يكون الغرض منها حفظ المال لصاحبه، كالايداع، والحراسة .
- **عقود الاسقاطات**، وهى التى يكون الغرض منها اسقاط الشخص شيئا من حقوقه، كالاقالة والابراء .



شكل رقم ١٢ - أقسام العقود

الإرادة العقدية

- تعريف الإرادة العقدية وأقسامها
- حالات تعارض الإرادة الظاهرة والباطنة
- موقف الفقهاء من صورية العقود
- موقف الفقهاء من عيوب الرضا

١١- تعريف الارادة العقدية وأقسامها

تنقسم الارادة الى ارادة ظاهرة، وارادة باطنة :

- **الارادة الباطنة** هى النية والقصد، أي نية العاقد فى انشاء العقد وترتب آثاره، وهى تسمى أيضا (الارادة الحقيقية) .

- **الارادة الظاهرة** هى التعبير أو الصيغة التى تعبر عن الارادة الباطنة بكلام أو بفعل صادر من المتعاقد .

مدى توافق أو تعارض الارادتين

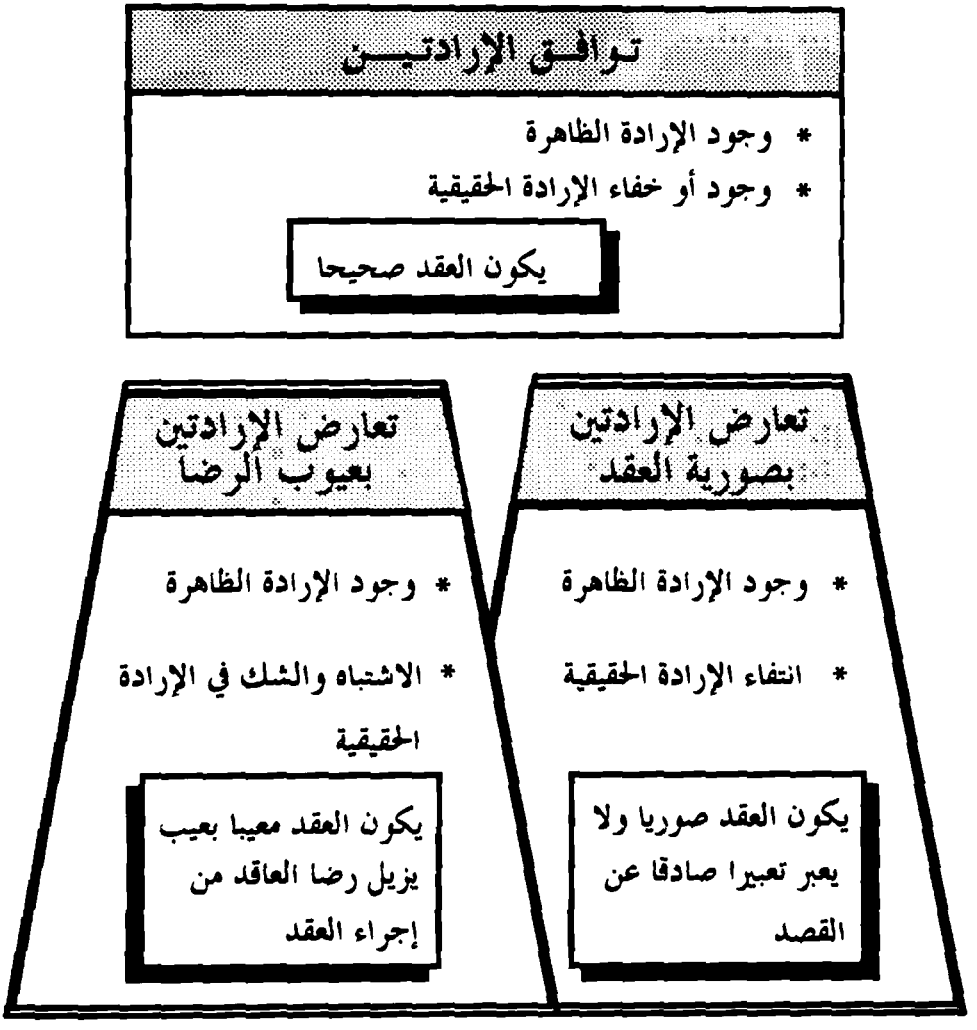
قد تكون الارادة الظاهرة متطابقة ومتوافقة مع الارادة الباطنة، وقد تكون متعارضة معها لسبب من الأسباب . وقد اختلف الفقهاء فى تغليب احدى الارادتين على الأخرى .

(١) توافق الارادتين

اذا توافقت الارادة الظاهرة والارادة الباطنة فالعقد صحيح وتثبت أحكامه. على أنه يكفى وجود الارادة الظاهرة مع وجود أو خفاء الارادة الباطنة، وتكون الارادة الظاهرة هى المعتبرة ما دامت الارادة الباطنة مختفية ومستورة لا يوجد دليل ينفيها .

(٢) تعارض الارادتين

التعارض بين الارادة الظاهرة والارادة الباطنة اما أن يكون بتحول العقد الى الصورية وذلك فى حالة الهزل، أو التلجئة، أو السكر، أو الخطأ، واما أن يكون التعارض لوجود عيب من عيوب الرضا، وهى الاكراه، أو الغبن، أو التدليس، أو الغلط .



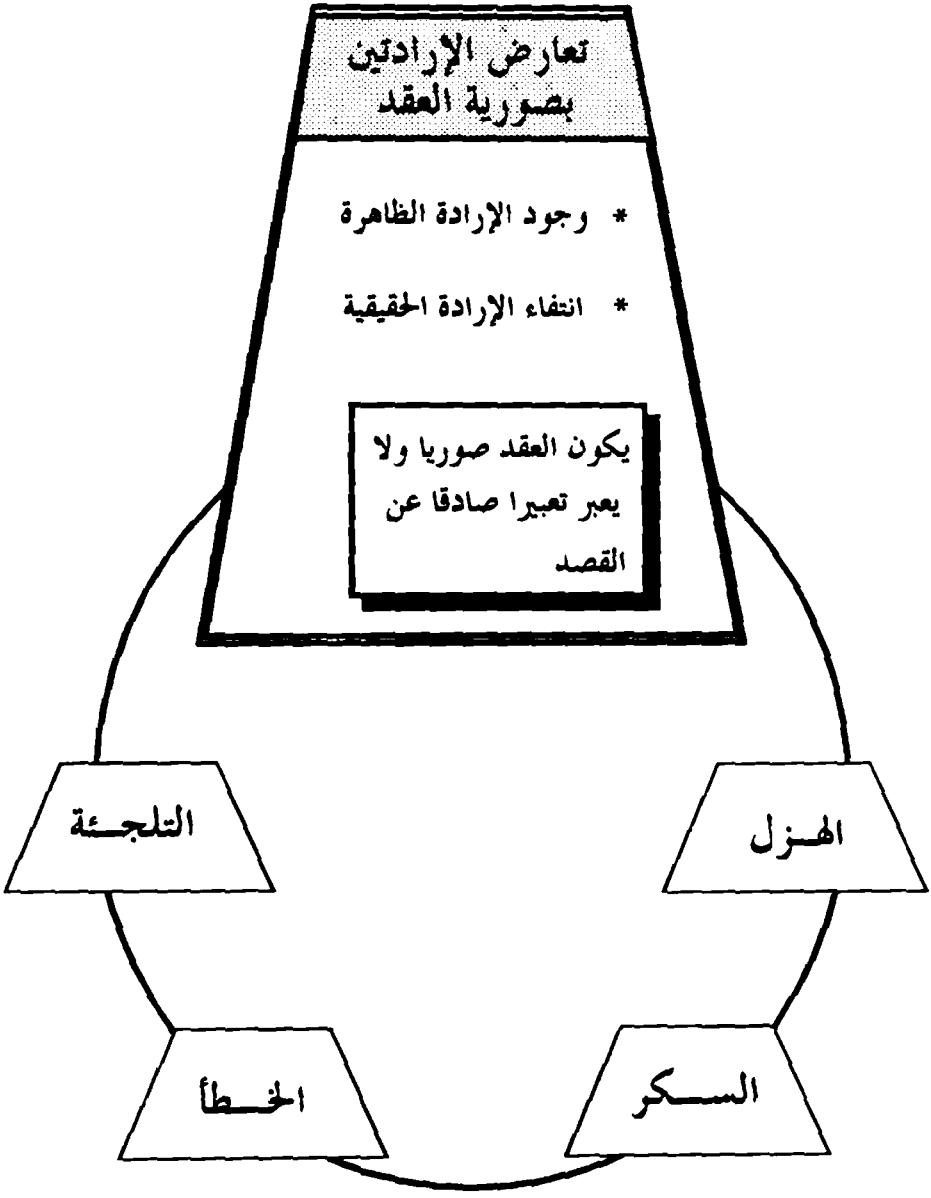
شكل رقم١٣ - مدى توافق أو تعارض الإرادتين

١٢- حالات تعارض الارادتين

أ- تعارض الارادتين بصورية العقود

العقد الصورى هو الذى فيه مظهر العقد وصورته فقط، ولكن حقيقته وجوهره يخالف تلك الصورة، وذلك فى حالة وجود الارادة الظاهرة وحدها دون ان توجد معها ارادة حقيقية، أى تكون الارادة الحقيقية منتفية . وهذا يفيد ان الصيغة لم تعبر تعبيرا صادقا عن القصد . وفيما يلى تعريف بحالات الصورية :

- **الهزل** : هو ان يتكلم الشخص بكلام العابث لا يقصد منه ان يترتب عليه أحكام وآثار شرعية، وان كان يتكلم بصيغة العقد برضاه .
- **التلجئة**: هى أن يلجأ شخص الى آخر ويتواطأ معه فى الاتفاق على خلاف ما سيعلنانه وقد تكون التلجئة:
  - فى أصل العقد بأن يتم العقد صوريا دون تنفيذه،
  - أو فى مقدار البدل بالزيادة او النقصان الصورى للثمن،
  - أو فى الشخص بالوكالة السرية .
- **السكر** : هو الغفلة التى تلحق نتيجة شرب ما يسكر فلا يعى الشخص ما يقول .
- **الخطأ** : هو أن يتصرف الشخص من غير أن يقصد حقيقة الالتزام بالعقد أو بالتصرف الذى قام به .



شكل رقم١٤- تعارض الإرادتين بصورية العقد

ب- تعارض الارادتين بعيوب الرضا

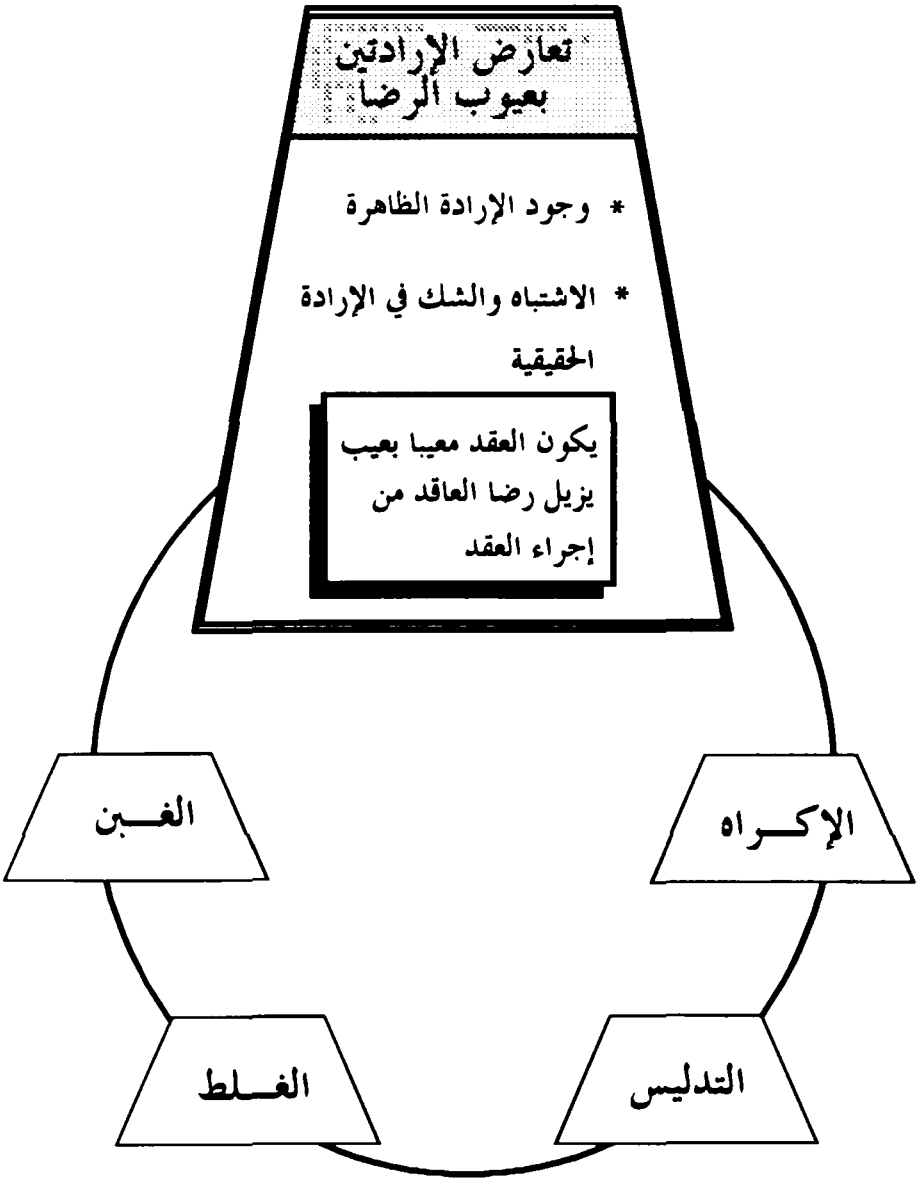
المراد بعيوب الرضا إصابة ارادة العاقد بخلل يزيل رضاه الكامل فى اجراء العقد، ويكون العقد معيبا بعيب من عيوب الرضا فى حالة وجود الارادة الظاهرة مع الاشتباه فى الارادة الباطنة والشك فى أمرها، فهى ليست منتفية غير أنها لم تكن لتوجد لو لا بروز مؤثر خارجى فرض على العاقد الاقدام على العقد. وفيما يلى التعريف بعيوب الرضا :

- **الاكراه** : هو أن يتصرف الشخص اضطرارا تحت ضغوط بوسائل مرهبة وتهديد لاجباره على ذلك . ويكون الاكراه تاما أو ملجئا، عند الحنفية، فى حالة خشية تحقق الضرر الفاحش ويكون ناقصا أو غير ملجىء فى حالة خشية تحقق الأذى اليسير .

- **الغبن** : هو أن يتعاقد الشخص تعاقدا غير متوازن مع الغير، بحيث يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر . وقد يكون الغبن يسيرا اذا كان التفاوت يسيرا بين العوضين، بأن تكون زيادة الثمن أو نقصانه فى حدود أقصاها ١٠ ٪ مثلا . وقد يكون الغبن فاحشا اذا شذ عن هذا التقدير . والغبن قد يرافقه تغرير، وقد لا يرافقه .

❖ **التدليس أو التغرير** : هو أن يتصرف الشخص نتيجة اغرائه وخديعته بوسائل قولية أو فعلية كاذبة، فيقدم على العقد ظانا أنه فى مصلحته والواقع خلاف ذلك . والتدليس أو التغرير القولى يكون فى السعر، أما التغرير الفعلى فيكون بتزوير وصف فى المعقود عليه . وقد يكون التغرير بالكتمان فى حالة اخفاء عيب عن المتعاقد الآخر .

❖ **الغلط** : هو توهم تلقائى يتصور فيه العاقد شيئا فى نفسه يخالف الواقع، فيحمله ذلك على ابرام العقد على وجه لولاه لما أقدم على ذلك . وقد يكون الغلط خفيا غير واضح اذا لم يكشف العاقد عن مراده وبقى مستترا فى ضميره وليس فى صيغة العقد ما يدل على وجوده، وقد يكون واضحا اذا كان مراد العاقد مكشوفا كشفا صريحا أو ظاهرا من القرائن والدلائل، فتكون الارادة الحقيقية حينئذ واضحة . والغلط الواضح اما أن يكون فى محل العقد أو فى أحد أوصافه .



شكل رقم ١٥ - تعارض الإرادتين بعيوب الرضا

١٣- موقف الفقهاء من صورية العقود
(فى العقود المالية)

هناك اتجاهان فى حكم التصرفات التى اتصفت بالصورية:

أ- فريق يغلب الارادة الظاهرة

يرى بعض الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية، أن كل التصرفات والعقود تعتبر صحيحة اذا ما توافرت الارادة الظاهرة للمتعاقدين، لأنه لو أخذنا بالارادة الباطنة فاننا سوف نهدد مبدأ استقرارالتعامل، لأن الارادة الباطنة أمر خفى لا اطلاع لنا عليه، وهى تختلف باختلاف الأشخاص فلا يمكن اعتبارها .

وعلى هذا الرأى يكون عقد الهازل والمخطىء والسكران صحيحا، وتكون التلجئة فى أصل العقد صحيحة نافذة، ولا عبرة بما كان سرا فى التلجئة فى مقدار البدل .

ب- فريق يغلب الارادة الباطنة

ويرى بعضهم، ومنهم المالكية والحنابلة، أنه لا اعتبار للارادة الظاهرة اذا انكشفت الارادة الباطنة وثبت بالدليل أنها تخالف الارادة الظاهرة، لأن أساس الالتزام والعقد هو القصد والارادة .

وعلى هذا الرأى يكون عقد الهازل والمخطىء والسكران غير صحيح، ولا يكون لتصرفاتهم أثر اذا قام الدليل على انتفاء الارادة الباطنة . وكذلك لا عبرة بما تظاهر به المتعاقدان وأعلناه فى التلجئة فى أصل العقد، أو فى مقدار البدل، فلا يلزم بيع التلجئة ويلزم الثمن الحقيقى .

	الشافعية	الحنفية	المالكية	الحنابلة
الهزل	☼	❐*	☯	☯
التلجئة	☼	❐	☯	☯
السكر	☼	☼	☯	☯
الخطأ	☯**	☼	☯	☯

☼ العقد صحيح ☯ العقد باطل ❐ العقد فاسد

* ينقلب الهازل صحيحا لو رضي بحكمه ، فيصح العقد بالإجازة بخلاف التصرفات الفاسدة الأخرى عند الأحناف

** لم يصحح الشافعية عقد المخطئ عملا بقوله صلى الله عليه وسلم أن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه

شكل رقم ١٦ - موقف الفقهاء من صورية العقود في العقود المالية

هذا وان عقد الهازل عند الحنفية ينقلب صحيحا لو رضى بحكمه، فيصح العقد بالاجازة، بخلاف التصرفات الأخرى الفاسدة .

وقد اتفق الفقهاء - ما عدا بعض المالكية - على أن الهزل لا يؤثر فى التصرفات الخمسة التى سوى الشارع فيها بين الجد والهزل، فتنعقد صحيحة، لأنها مشتملة على حق الله تعالى، وهو ليس موضعا للهزل والاستهزاء، اذ يقول عليه الصلاة والسلام : "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة"، وفى رواية "والعتاق"، وفى رواية أخرى " واليمين " .

والسكر يبطل التصرف ويزيل أهلية الأداء على المشهور عند المالكية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة، أما جمهور الفقهاء فلا ينظرون الى السكر باعتباره مزيلا للعقل، بل إنهم ينظرون الى سبب وقوعه، فاذا كان السكر بمحرم لا يعذر السكران وتعتبر تصرفاته صحيحة نافذة عقابا له .

ولم يصحح الشافعية عقد المخطىء عملا بقوله صلى الله عليه وسلم : " ان الله تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ".

١٤- موقف الفقهاء من عيوب الرضا
(فى العقود المالية)

ان الرضا شرط صحة كل العقود، وفى هذا يقول الله تعالى : (يا أيها الذين امنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم)،

ويترتب على هذا الأصل ابطال التصرف أساسا فى حالة الاكراه عند الشافعية والحنابلة، واكتفى الحنفية والمالكية باعتباره موقوفا على اجازة المستكره (من وقع عليه الاكراه).

وقد يكون الأثر اثبات الخيار للعاقد المتضرر بمنحه حق ابطال العقد أو المضى فيه . ومن أمثلة ذلك :

* **خيار العيب** لحماية العاقد من التدليس فى المعقود عليه أو اخفاء عيب من عيوبه .
* **خيار الرؤية** لتفادى ندم العاقد أو بسبب خطئه فى التقدير وذلك لتمكينه من تدارك أمره كما فى حالة شراء ما لم يره عند العقد .
* **خيار الوصف** فى حالة وضوح غلط العاقد وتأكده من فوات وصف مرغوب فيه مشروط فى محل العقد .
* **خيار الغبن** لحماية العاقد من محاولة الطرف الآخر الاستزادة فى الثمن بغير وجه حق .

هذا، وان الغبن اليسير لا تأثير له في العقد في نظر جمهور الفقهاء، فلا يترتب عليه حق الفسخ لأنه يصعب الاحتراز عنه ويكثر وقوعه في الحياة العملية ويتسامح فيه الناس عادة . بل إن الشافعية لا تأثير للغبن الفاحش عندهم في التصرفات والعقود، لأن الغبن لا يقع الا بتقصير من المغبون غالبا، فلو سأل أهل الخبرة لما وقع في الغبن فيكون اذن مسئولا عن تقصيره.

		الشافعية	الحنفية	المالكية	الحنابلة
الإكراه		☯	□	□	☯
الغبن	بدون تغرير	☼ *	☼ *	□	□
الفاحش	بتغرير	☼	□	□	□
التدليس		□	□	□	□
الغلط		□	□	□	□

☼ العقد صحيح ☯ العقد باطل □ العقد يثبت فيه الخيار

* تستثنى بعض العقود فلا تعتبر صحيحة بل يثبت فيها خيار الغبن منها بيع النجش وتلقي الركبان لورود النص بخصوصها

شكل رقم ١٧ - موقف الفقهاء من عيوب الرضا في العقود المالية

حكم العقد

- تقسيم العقد بحسب الحكم
- العقد المنعقد، والعقد الباطل
- العقد الصحيح، والعقد الفاسد
- العقد النافذ، والعقد الموقوف
- العقد اللازم، والعقد الجائز

١٥- حكم العقد

يتحدث الفقهاء عن مشروعية العقد من أربعة جوانب أساسية وهي :

العقد المشروع بأصله

وهو العقد الذي استكمل عناصره الأساسية وهي الأركان والشروط التي حددها الشرع من صيغة وعاقدين ومعقود عليه وموضوع العقد .

العقد غير المشروع بأصله

وهو العقد الذي اختل فيه أحد عناصره الأساسية وهي الأركان والشروط التي حددها الشرع من صيغة وعاقدين ومعقود عليه وموضوع العقد .

العقد المشروع بوصفه

وهو العقد الذي لم يتصل به من الأوصاف ما نهى عنه الشرع ، فيخرجه عن المشروعية .

العقد غير المشروع بوصفه

وهو العقد الذي اختل فيه أحد عناصره الفرعية بأن لازمه أو عرض له وصف نهى عنه الشرع ، فيخرجه عن المشروعية .

والمقصود بحكم العقد الوصف الذي يعطيه الشرع للعقد من حيث صحة وجوده وترتب آثاره عليه أو عدمه . ويوجد اتجاهان لدى الفقهاء في تقسيم العقد حسب حكمه الشرعي .

■ مذهب الحنفية فى تقسيم العقد

يمر العقد عند الحنفية بأربع مراحل أساسية وهي :

❖ مرحلة الانعقاد (العقد المنعقد، ويقابله العقد الباطل)

لا بد للعقد فى البداية من اجتياز مرحلة الولادة والوجود، وهى مرحلة الانعقاد .

* فاذا ولد العقد ميتا بأن اختل فيه أحد عناصره الأساسية، فهو يسمى العقد الباطل .
* وإذا وجد العقد سليما بدون أي خلل فى أصله، فهو يسمى العقد المنعقد، ويواجه المرحلة الثانية .

❖ مرحلة الصحة (العقد الصحيح، ويقابله العقد الفاسد)

يواجه العقد المنعقد المرحلة الثانية وهي مرحلة الصحة :

* فإذا انعقد العقد ولكن اختل فيه أحد عناصره الفرعية بأن رافقه وصف منهي عنه شرعا، فهو يسمى العقد الفاسد .
* واذا انعقد العقد سليما دون أن يرافقه أي خلل فى الوصف، فهو يسمى العقد الصحيح، ويواجه المرحلة الثالثة.

❖ مرحلة النفاذ (العقد النافذ، ويقابله العقد الموقوف)

يواجه العقد الصحيح المرحلة الثالثة وهي مرحلة النفاذ :

* فاذا ترتب على العقد المنعقد الصحيح حكمه وآثاره في الحال بمجرد التعاقد دون التوقف على اجازة أحد، فهو يسمى العقد النافذ .
* واذا لم يترتب على العقد الصحيح حكمه وآثاره الا اذا أجازه صاحب الحق الذى يملك اصداره، فيسمى العقد الموقوف .

❖ مرحلة اللزوم (العقد اللازم، ويقابله العقد الجائز)

يواجه العقد الصحيح النافذ مرحلة أخيرة وهى مرحلة اللزوم.

* فاذا كان العقد المنعقد الصحيح النافذ لا يملك فيه أحد طرفيه فسخه دون رضا الآخر، فهو يسمى العقد اللازم .
* واذا كان كلا المتعاقدين أو أحدهما يملك فسخه دون رضا الأخر، فهو يسمى العقد الجائز أو غير اللازم .

وتبعا لهذه المراحل تنقسم الشروط الشرعية للعقد الى شروط انعقاد، وشروط صحة، وشروط نفاذ، وشروط لزوم .

■ مذهب الجمهور في تقسيم العقد

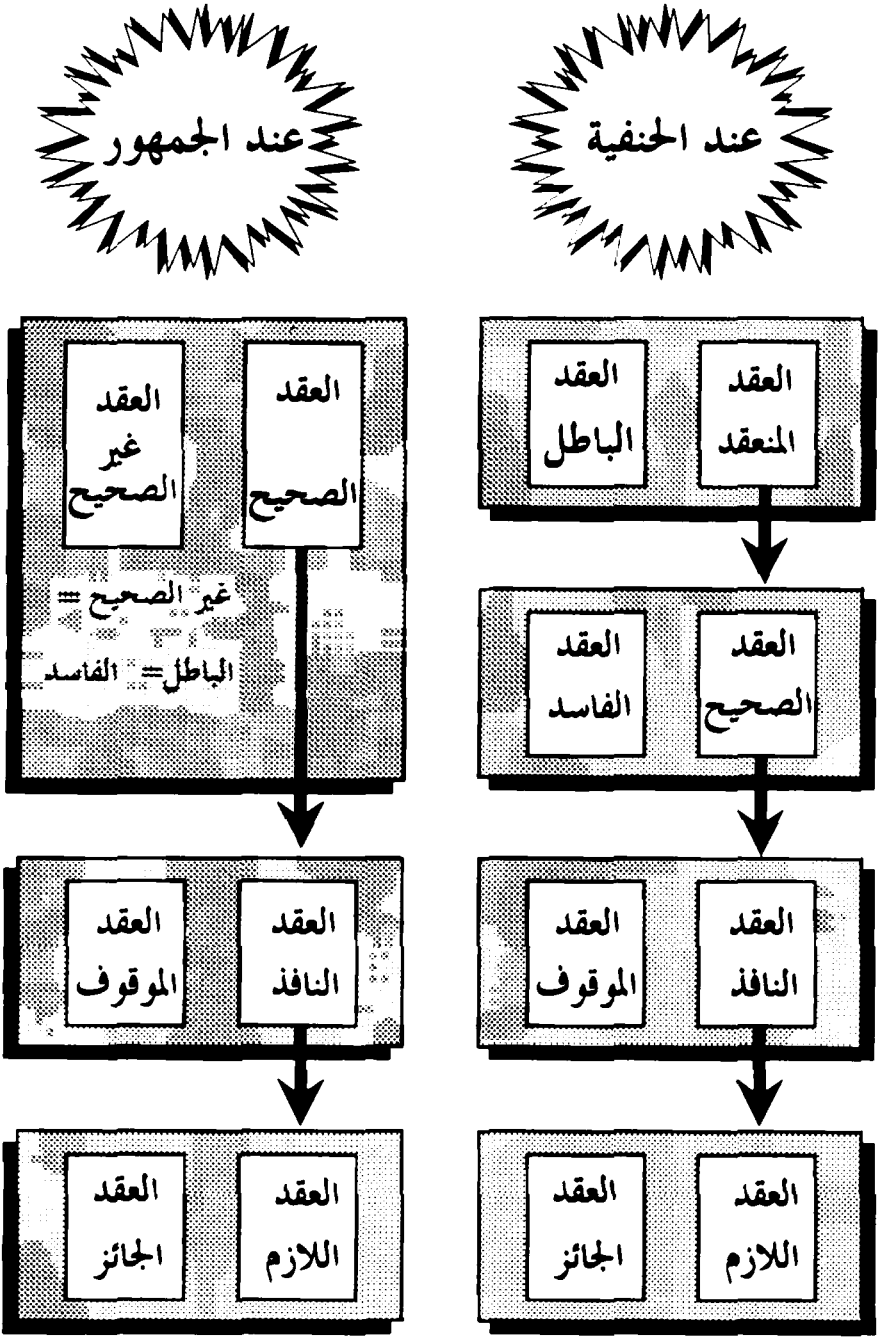
❖ لم يفرق الجمهور بين :

- **الخلل في الأصل** : وهو الذى يرجع الى أحد العناصر الأساسية في العقد .
- **الخلل في الوصف** : وهو الذى يرجع الى أحد العناصر الفرعية في العقد .

فلا يحتاج قيام العقد عندهم الى مرحلتي الانعقاد والصحة كما ذهب الى ذلك الحنفية .

* فالعقد اما أن يوجد خاليا من كل خلل فى الأصل، أو في الوصف : فيكون منعقدا صحيحا، ويسمى العقد الصحيح .

* واما أن يوجد العقد مختلا فيه ركن من أركانه، أو وصف من أوصافه : فيكون العقد غير صحيح، ويسمى فاسدا أو باطلا على حد سواء لأن الفاسد والباطل هما اسمان مترادفان لما ليس بصحيح .

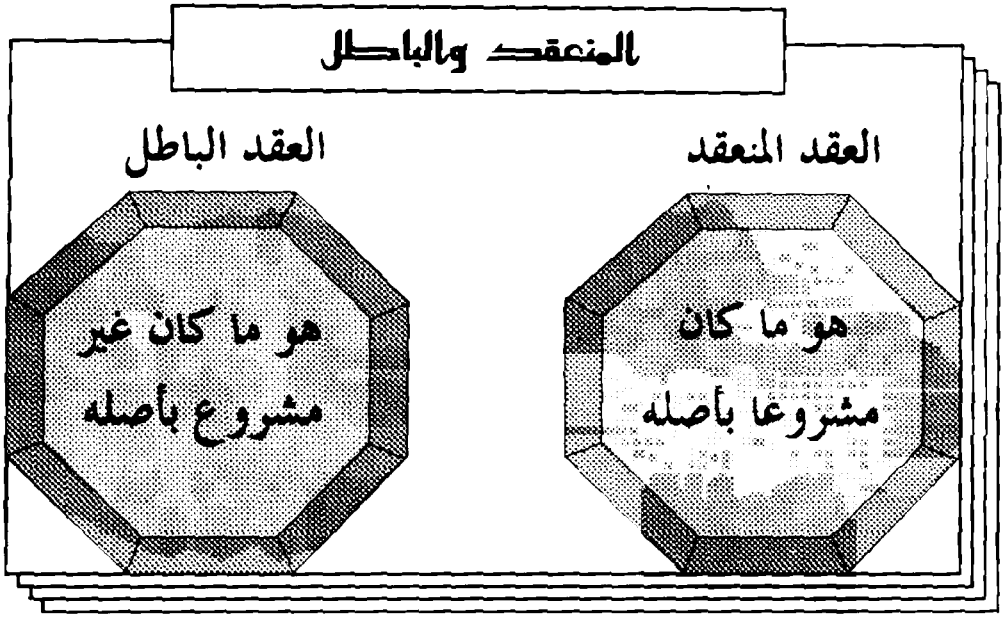


شكل رقم١٨ - تقسيم العقد حسب الحكم الشرعي عند الفقهاء

١٦- العقد المنعقد، والعقد الباطل

يكون العقد منعقدا اذا توافرت فيه شروط الانعقاد وهى الشروط التى يجب تحققها فى أركان العقد أى شروط الصيغة، وشروط العاقدين وشروط محل العقد .

واذا اختل أحد هذه الشروط كان العقد باطلا . والعقد المنعقد هو ما كان مشروعا بأصله، والمشروع بأصله ما استكمل عناصره الأساسية .



شكل رقم ١٩ - العقد المنعقد والعقد الباطل

❖ يكون العقد باطلا نتيجة مخالفته لنظام التشريع من ناحية عناصره وشرائطة الأساسية بأن يتمثل الخلل مثلا في عدم أهلية العاقد أو فوات التراضى أو عدم قابلية المعقود عليه للتصرف الوارد عليه .

❖ لا يعتبر العقد الباطل منعقدا أصلا، فهو والعدم سواء، ومن ثم فلا يكون له أى وجود شرعي ولا يترتب عليه آثاره المقررة له شرعا بين الناس من امتلاك وانتفاع وسائر الحقوق والمصالح التى جعل ذلك العقد سبيلا اليها وسببا منشئا لها .

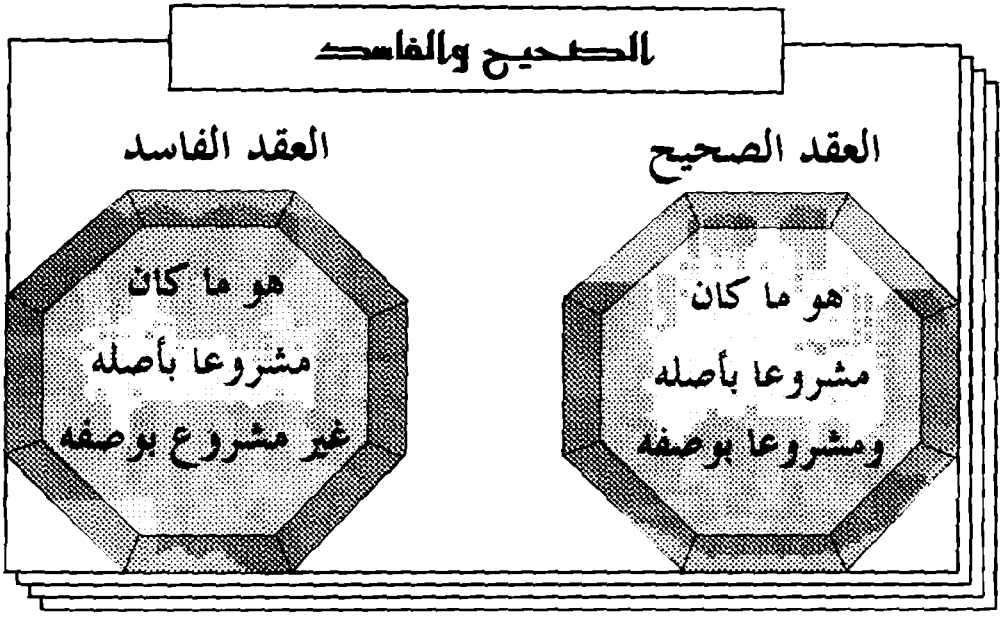
❖ يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد، وللقاضى - بل يجب عليه - أن يقضى ببطلانه و لو من تلقاء نفسه حتى لو لم يطلبه منه أحد الخصوم أو لم ينتبه اليه، لأن العقد الباطل هو لغو عديم الاعتبار في نظر التشريع.

❖ العقد الباطل لا يقبل الاجازة لأنه يعتبر معدوما غير موجود أصلا، فالاجازة لا يمكنها أن تجعل من العدم شيئا صحيحا، ومحل الاجازة في النظر الفقهى انما هو العقد المنعقد الصحيح الموقوف وليس العقد الباطل . ولكن يجوز انشاء العقد من جديد باتفاق الطرفين المتعاقدين .

١٧- العقد الصحيح، والعقد الفاسد

العقد الصحيح هو ما توافرت فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة وهى أن لا يتصل به وصف منهى عنه شرعا، فالعقد الصحيح هو ما كان مشروعا بأصله ووصفه، والمشروع بوصفه هو ما خلا عنه وصف منهى عنه شرعا،

والعقد الفاسد هو ما اختل فيه أحد عناصره الفرعية وان كان مستكملا عناصره الأساسية، وذلك بأن لازمه أو عرض له وصف نهى عنه الشرع فيخرجه عن المشروعية .



شكل رقم ٢٠- العقد الصحيح والعقد الفاسد

❖ يعتبر العقد الفاسد منعقدا شرعا بمقتضى سلامة أصله أي أركانه .

❖ يخرج العقد الفاسد عن المشروعية لمرافقته وصفا من الأوصاف المنهى عنها، وقد يكون هذا النهى اما لمنافاة الوصف لأصل العقد وآثاره الشرعية (كبيع عين ما على أنه إن رد البائع الثمن بعد مدة كان له أن يمتلكها من جديد)، أو خشية أن يؤدى هذا الوصف الى غرر بأحد العاقدين (كبيع المجهول جهالة تؤدى الى النزاع ، وكالبيع بثمن مؤجل غير معلوم) .

❖ لا يقر الشرع العقد الفاسد بل يأمر دائما بفسخه من قبل المتعاقدين أنفسهما أو من القضاء جبرا عنهما اذا ما رفع اليه الأمر .

❖ لا يثبت حكم العقد الفاسد بمجرد العقد – كما في العقد الصحيح – لأنه مستحق للفسخ وعرضة للابطال، ولكن يثبت حكمه اذا وقع تنفيذه من قبل المتعاقدين .

❖ يستمر حق الفسخ حتى بعد تنفيذ العقد الفاسد الا اذا وجد مانع من الموانع كهلاك المعقود عليه أو استهلاكه أو تغير شكله، أو تعلق حق الغير به، فلو تصرف به المتعاقد بالبيع أو الهبة أو ونحوه كان الحق الناشئ للغير مانعا شرعيا من فسخ العقد الفاسد .

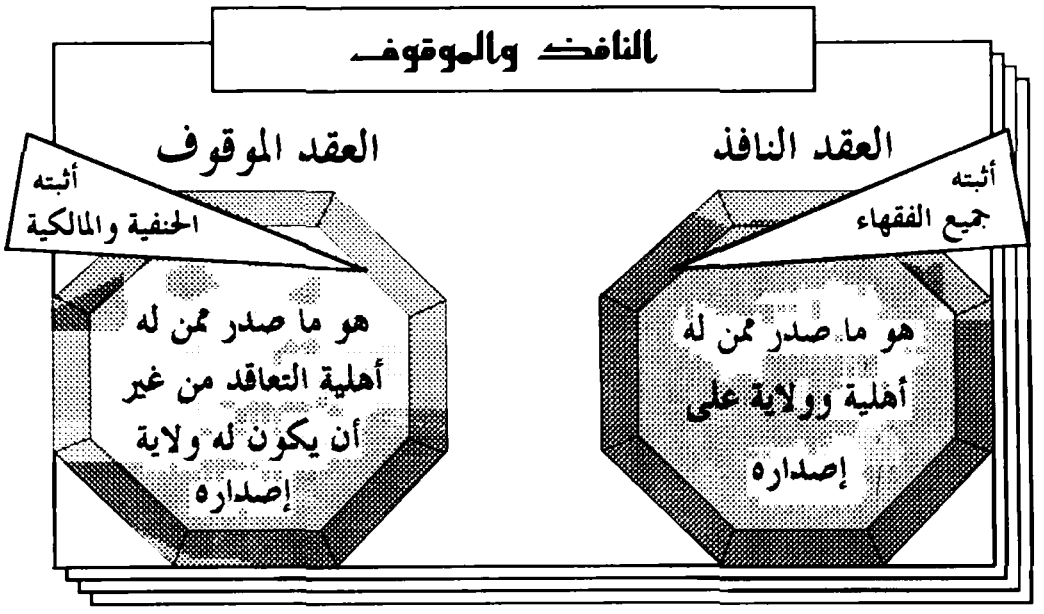
❖ لا تعتبر في العقد الفاسد الحقوق المتقابلة التى حددها العاقدان وانما ترد هذه الحقوق الى قواعدها الأصلية التى توجب التعادل في التبادل، وعلى هذا قرر الفقهاء للمضارب مثلا أجر مثل عمله في المضاربة الفاسدة لا الحصة المتفق عليها من الربح، وكذلك في الاجارة الفاسدة والبيع الفاسد وغيره .

❖ يبقى العقد الفاسد مستحقا للفسخ ولا يرتفع باجازة أحد العاقدين أو كليهما، ولكن يمكن أن يزول الفساد وينقلب العقد صحيحا عند ازالة سبب الفساد (كأن يتم رفع الجهالة والاكراه المفسد للعقد) .

١٨- العقد النافذ، والعقد الموقوف

العقد النافذ هو العقد المنعقد الصحيح الذى صدر ممن له أهلية وولاية لاصداره . ويترتب على العقد النافذ حكمه وآثاره فى الحال بمجرد التعاقد دون التوقف على اجازة أحد . ولا يوصف العقد بالنفاذ الا بعد استيفاء شروط الانعقاد وشروط الصحة .

أما العقد الموقوف فهو ما صدر ممن له أهلية التعاقد من غير أن تكون له ولاية اصداره، ولا يترتب على العقد الموقوف حكمه وآثاره الا اذا أجازه صاحب الحق الذى يملك اصداره، فان لم يجزه بطل العقد . ومثال هذا عقد الفضولى وعقد الصبى المميز ..



شكل رقم ٢١ - العقد النافذ والعقد الموقوف

رأي الحنفية والمالكية

ينقسم العقد الصحيح الى نافذ وموقوف عند الحنفية والمالكية، فليس من اللازم عندهم أن تترتب آثار العقد مباشرة عقب وجوده بل قد تتأجل الى حين، كما فى العقود المضافة الى المستقبل، والعقود التى شرط فيها الخيار.

فالعقد يكون منعقدا صحيحا اذا استوفى شروط الانعقاد والصحة وصدر ممن له أهلية التعاقد دون أن تكون له ولاية اصداره .

ولكن لا ينفذ العقد المنعقد الصحيح ولا تترتب عليه آثاره اذا كان العاقد ليس له ولاية اصداره وذلك حتى لا يلزم صاحب الشأن بما لم يلتزم به، فيكون العقد موقوفا وتتأخر آثاره الى حين اجازته ممن يملك حق اصداره وهو غالبا غير العاقد، ومثال ذلك :

* عقد المريض مرض الموت يتوقف على اجازة الورثة .
* عقد الصغير المميز يتوقف على اجازة وليه أو وصيه .
* عقد المدين بدين مستغرق يتوقف على اجازة الغرماء .
* عقد السفيه المحجور عليه يتوقف على اجازة قيمه .
* عقد الفضولى يتوقف على اجازة صاحب الشأن .

لا يكون العقد الصحيح عندهم الا نافذا، فليس عندهم عقد صحيح موقوف . ذلك أنه اذا وجد العقد لزم أن يترتب عليه آثاره عقب وجوده مباشرة، فاذا لم يترتب عليه آثاره لم يكن العقد موجودا .

ولا يوجد العقد الصحيح الا اذا صدر من ذى أهلية وولاية معا لأنهما من شروط الانعقاد (وليسا من شروط النفاذ) وعدم توفرهما يبطل العقد . وعلى هذا ذهبوا الى القول ببطلان العقود الصادرة من الصبى المميز والفضولى لعدم ولاية العاقد .

١٩- العقد اللازم، والعقد الجائز

العقد اللازم

العقد اللازم هو كل عقد لا يملك فيه أحد طرفيه فسخه دون رضا الآخر، أما العقد الجائز أو غير اللازم فهو كل عقد يملك أحد طرفيه أو كلاهما حق فسخه دون رضا الآخر .

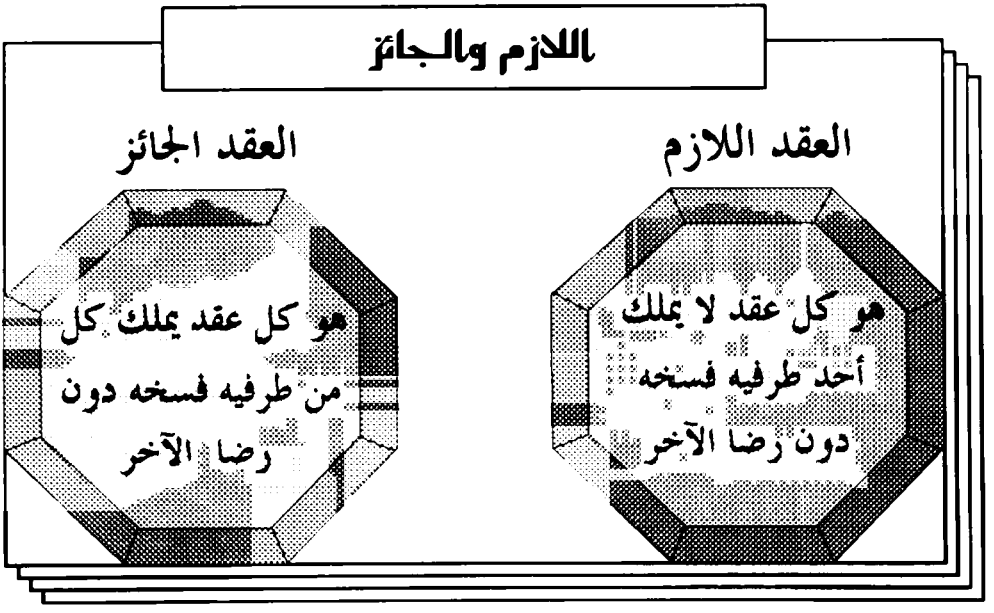
والأصل فى العقود المنعقدة الصحيحة النافذة أنها تصبح لازمة بمجرد تمامها، نظرا لقوة العقد الملزمة، لأن الوفاء بالعقود أمر واجب . ومن هذه العقود اللازمة عقود المعاوضات المالية كالبيع والاجارة، والمساقاة والمزارعة بعد القاء البذر، والحوالة ...

والعقود المالية اللازمة تقبل الفسخ بطريق :
- الاقالة، أى اتفاق الطرفين على الفسخ،
- أو بممارسة احد الطرفين حقه فى فسخ العقد اذا ما اشتمل العقد على أحد الخيارات المشروعة، فيصير العقد غير لازم فى حق من اشترط الخيار له .

ويكون العقد جائزا (غير لازم) :
- بحسب طبيعة العقد نفسه فى حق الطرفين أو أحدهما
- أوبسبب وجود خيار لأحد الطرفين أو كليهما .

ومن العقود غير اللازمة فى حق الطرفين : الايداع والوكالة بغير أجر والاعارة والشركة والمضاربة والوصية والهبة .

ومن العقود غير اللازمة لأحد الطرفين دون الاخر: الرهن غير لازم للمرتهن ولازم للراهن المدين، والكفالة غير لازمة للمكفول له ولازمة للكفيل .



شكل رقم٢٢ - العقد اللازم والعقد الجائز

حالات خاصة للزوم العقد

بعض العقود التى الأصل فيها عدم اللزوم قد يصير لازما :

- كالوكالة اذا تعلق بها حق شخص ثالث،
- والهبة اذا وجد مانع من استرداد الواهب لها، كهلاك المال الموهوب أو التصرف فيه،
- والوصية اذا مات الموصي فإنها تلزم فى حدود ثلث ماله .

وهناك بعض العقود التى يكون الأصل فيها اللزوم ولكنها قد تصير غير لازمة فى ظروف محددة :

- كالاجارة يمكن فسخها عند حدوث اعذار طارئة،
- والمزارعة يمكن فسخها قبل القاء البذر فى الأرض.

الخيارات فى العقود

- تعريف الخيارات
- خيار الرؤية
- خيار العيب
- خيار الشرط
- خيار التعيين

٢٠- تعريف الخيارات

اتفق الفقهاء على أن الأصل فى العقود الصحيحة هو اللزوم ، فتثبت آثارها وتصبح لازمة بمجرد تمامها ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا طائفة من العقود التى تقتضى طبيعتها عدم اللزوم . واللزوم فى العقد يمنع انفراد أحد طرفي العقد بفسخه ما لم يتفق على ذلك مع الطرف الثانى عن طريق الاقالة .

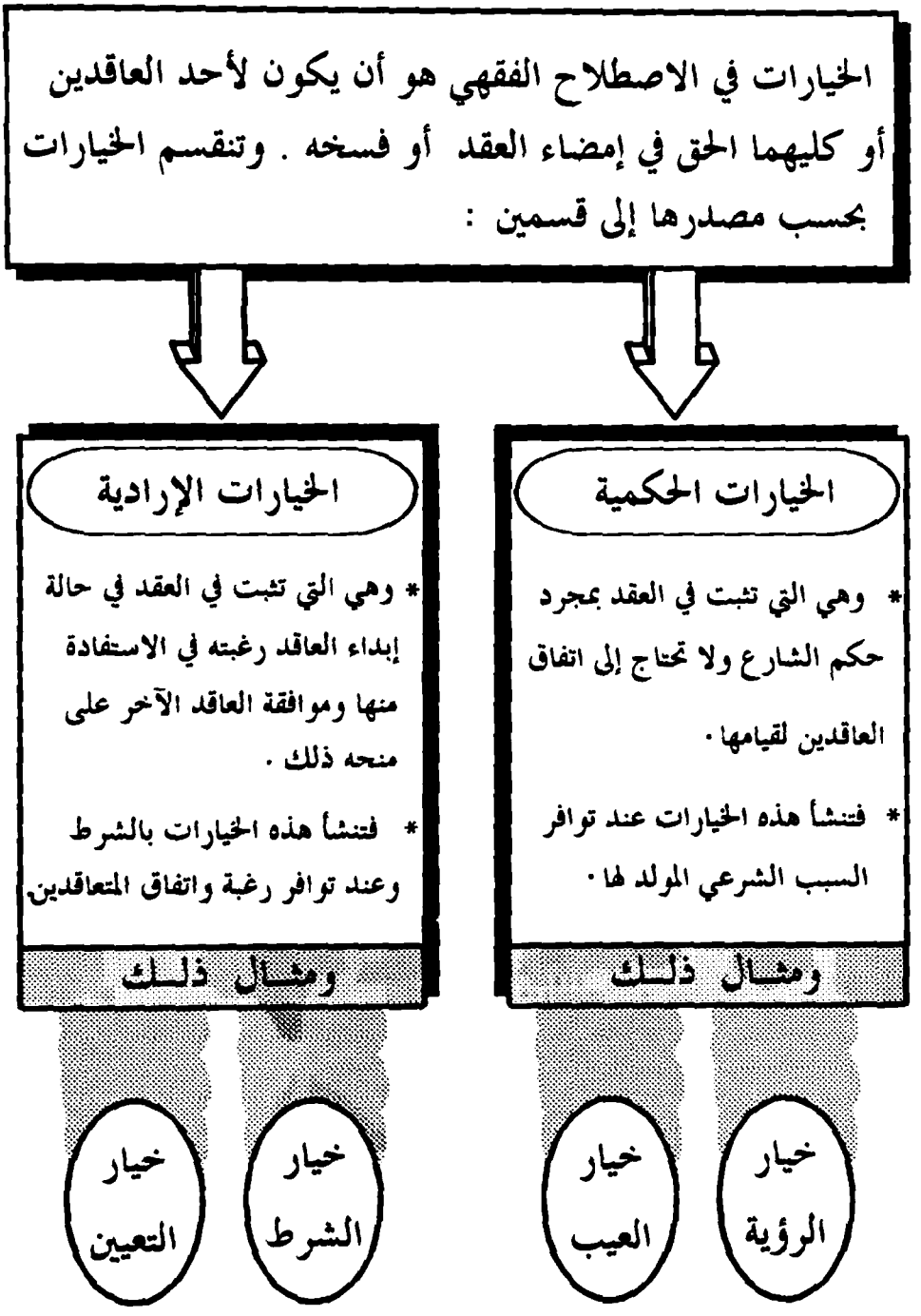
ولكن قد تطرأ على العقد بعض الاسباب تسلبه صفة اللزوم وتجعل للعاقدين أو لأحدهما حق فسخ العقد، وهذه الأسباب ترجع إلى أحد أمرين :

الامر الأول : تخويل الشارع أحد العاقدين أو كليهما حق الفسخ بأن يجعل للعاقد الخيار بين المضي فى العقد وبين فسخه وذلك لأحد الاسباب التى اعتبرها الشارع مسوغة لحق الخيار .

الامر الثانى : اتفاق سابق بين العاقدين على منح حق الخيار لأحدهما أو كليهما .

وعلى هذا الاساس، فإن الخيار فى اصطلاح الفقهاء هو أن يكون لأحد العاقدين أو كليهما الحق فى امضاء العقد أو فسخه لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدى . والخيارات تنقسم إلى نوعين :

- الخيارات الارادية : التى تنشأ عن ارادة المتعاقدين بالشرط الارادى.
- الخيارات الحكمية : التى تنشأ بحكم الشارع الذى جعله أثرا لتصرف ما رعاية لصالح المتعاقدين



شكل رقم ٢٣ - تعريف الخيارات

٢١- خيار الرؤية

تعريفه

هو أن يكون للمتملك (المشترى) الحق في امضاء العقد أو فسخه عند رؤية محل العقد إذا تم التعاقد عليه ولم يره .

وصورة هذا الخيار أن يشترى شيئا ما أو يستأجره ولم يره، فاذا رآه فهو بالخيار. ويأتى هذا الخيار لتعويض اختلال الرضا عند المتعاقد الذى لم ير محل العقد باعتباره غالطا حيث إنه يجد المعقود عند رؤيته على غير الحال التى ظنها .

مشروعيته

اختلف الفقهاء فى مشروعية خيار الرؤية تبعا لاختلافهم فى جواز العقد على العين الغائبة أو عدم جوازه . فمن ذهب الى القول بأن العقد على العين الغائبة عقد صحيح قال بخيار الرؤية، ومن ذهب الى عكس ذلك لم يجزه .

شروطه

١- يثبت خيار الرؤية عند الحنفية بحكم الشرع تلقائيا بدون حاجة الى اتفاق الارادتين عليه، ولا يمكن لاحدهما اسقاطه قبل العقد. أما عند المالكية فهو خيار إرادى وليس حكميا فلا بد عندهم من اشتراطه من العاقد فى بعض صور بيع الغائب وبدونه يفسد العقد .

٢- يشترط أن يكون المعقود عليه عينا كدار أو سيارة مثلا، أما إذا كان دينا فى الذمة كالسلم فلا يثبت فيه خيار الرؤية .

٣- يشترط أن يكون المعقود عليه فى العقود التى تقبل الفسخ أى التى تنفسخ بالرد كالبيع فهو ينفسخ برد المبيع وكالاجارة الذى ينفسخ برد العين المأجورة وكالصلح عن دعوى المال برد المال المصالح عنه وكالقسمة برد النصيب .

٤- يجب ألا يكون العاقد قد رأى المعقود عليه أثناء العقد أو قبله، اما إذا رآه فلا حق له بخيار الرؤية .

٥- يثبت خيار الرؤية للعاقد بعد رؤيته للمعقود عليه ولو كان قد رضى به قولا قبل رؤيته لأن الشرع علق حق الخيار على الرؤية فما لم تحصل لا يثبت حق الخيار .

أثره على العقد

يعتبر العقد الذى يثبت فيه خيار الرؤية عقدا غير لازم بالنسبة لمن له هذا الحق لأن اللزوم ينافى حق الفسخ الذى منحه الشارع للعاقد .

يسقط حق خيار الرؤية بكل ما يدل على امضاء العقد أو فسخه صراحة أو دلالة، فاذا تصرف المشترى بالمبيع مثلا أو تعيب المبيع في يده سقط حقه في رده بخيار الرؤية .

٢٣- خيار العيب

تعريفه

هو أن يكون لاحد العاقدين الحق فى فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب فى المعقود عليه على أن لا يكون على علم بهذا العيب حين التعاقد .

وصورة هذا الخيار أن يوجد عيب فى المعقود عليه حادث قبل القبض ولم يكن المشترى عالما به فى أثناء إنشاء العقد ولم يرض به بعد اكتشافه .

مشروعيته

أجمع الفقهاء على مشروعية خيار العيب لأن العقد يتم على أساس أن المعقود عليه لا عيب فيه وأنه سليم من العيوب، وظهور العيب فى المبيع مناف للرضا المشروط فى العقود لقوله تعالى: **إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ، فأعطى الشارع حق الفسخ للعاقد الذى اختل الرضا من جانبه فله حينئذ رد المعيب أو امضاء العقد . كما يقول صلى الله عليه وسلم فى هذا الخصوص : << لا يحل لمسلم باع لأخيه بيعا وفيه عيب الا بينه له >> .

شروطه

١- يثبت خيار العيب دون الحاجة الى شرط فلا تدخل ارادة المتعاقد فى قيامه لأن السلامة من مقتضي العقد، فاذا لم يسلم المبيع للمشترى يثبت له الخيار. ولكن يسقط حق الرد بالعيب إذا شرط البائع على المشترى انه غير مسؤول عن كل عيب يوجد فى المبيع

ورضي المشترى بذلك، فلا يحق له رد المبيع إذا ظهر معيبا وذلك إن شرط البائع البراءة من العيب، فإذا رضي المشترى بالمبيع معيبا فلا خلل فى الرضا .

٢- يشترط في العيب الذي يثبت فيه الخيار ان يكون من شأنه انقاص قيمة المعقود عليه، والمرجع في هذا الى العرف السائد لذوي الخبرة، ويثبت هذا الحق ولو كان السعر المتفق عليه أقل من قيمته معيبا .

٣- يشترط أن يوجد العيب في المعقود عليه قبل العقد أو بعد اجراء العقد وقبل التسليم، فان حدث العيب بعد ذلك فلا يثبت حق خيار العيب بالرد .

٤- اذا علم المشتري بالعيب سقط حقه بالرد ولهذا يشترط عدم علمه فاذا اخبره البائع بأن السلعة معيبة ورضي فلا رد لأن الرضا تم بينهما على أساس وجود العيب .

أثره على العقد

إذا وجد العيب فى المعقود عليه فان العقد يستمر نافذا لأنه عقد صحيح فلا أثر للعيب على حكم العقد الذى هو انتقال الملك، ولكن يكون العقد غير لازم من جهة المشترى وله الخيار .

٢٣- خيار الشرط

تعريفه

هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق فى امضاء العقد أو فسخه فى مدة معلومة بناء على اشتراط ذلك فى العقد .

وصورة هذا الخيار ان يقول البائع مثلا: بعتك هذه السيارة بعشرة آلاف ريال على أنى بالخيار ثلاثة أيام أو أن يقول المشترى: اشتريت منك كذا بكذا على أن يكون الخيار لأبى أو أخى ثلاثة أيام .

مشروعيته

اتفق الفقهاء على جواز خيار الشرط، وأنه شرع على خلاف القياس لأنه شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم فهو يمنع انعقاد العقد، والأصل عدم جوازه ولكن ثبت جوازه بقول الرسول صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ الانصارى، وكان يغبن ويخدع إذا باع أو اشترى « إذا بايعت فقل لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام » . وهذا الخيار يثبت بالشرط عند جمهور الفقهاء وعند الامام مالك يثبت إما بالشرط أو بالعادة .

شروطه

١- يرتبط وجود هذا الخيار بارادة العاقد، فهو يثبت بالشرط عند جمهور الفقهاء لأنه من الخيارات الارادية وليس الحكمية . وذهب الامام مالك إلى أن هذا الخيار يثبت إما بالشرط أو بالعادة .

٢- يثبت خيار الشرط فى العقود اللازمة القابلة للفسخ والتى لا يشترط فى صحتها القبض فى المجلس (كالصرف والسلم) سواء كان اللزوم من الجانبين أو من جانب واحد .

٣- اتفق الفقهاء على أن يكون للخيار مدة معلومة فلا يصح اشتراط خيار غير مؤقت أصلا . وحدد أبوحنيفة والشافعى هذه المدة بثلاثة أيام، وجعلها الحنابلة وبعض الفقهاء الحنفية موكولة إلى اتفاق الطرفين، وقال المالكية بأن المدة تتحدد باتفاق الطرفين على أن لا تتجاوز الحد المتعارف عليه فى كل سلعة .

٤- يصح عند جمهور الفقهاء اشتراط خيار الشرط لأى واحد من المتعاقدين أو لكليهما . كما ذهب الفقهاء الى جواز اشتراط الخيار لأجنبى سواء وقع الاشتراط منهما أو من أحدهما .

أثره على العقد

اتفق الفقهاء على أن العقد الذى صاحبه خيار الشرط يكون غير لازم بالنسبة لمن اشترط له الخيار حتى يبت فيه بالامضاء فيلزم العقد ويسقط الخيار . أما إذا اختار صاحب الخيار الفسخ ضمن مدة الخيار فإنه فى هذه الحالة ينتهى الارتباط الناشئ عن العقد .

ولكن اختلف الفقهاء فى ترتب آثار العقد وأحكامه، هل هى تترتب فور العقد أو أن وجود الخيار يمنع ذلك ؟

* القول الراجح عند الشافعية والحنابلة ان اشتراط خيار الشرط لا يؤخر ثبوت الاحكام بل هي تثبت فور العقد كالعقد المطلق عن شرط الخيار . فتنتقل ملكية البدلين للطرفين المتعاقدين سواء أكان الخيار لهما أم لأحدهما لأن العقد صحيح نافذ . وأثر الخيار ينحصر فى منع التصرف فقط وليس فى منع نقل الملكية .

* يذهب الحنفية والمالكيه إلى أن اشتراط خيار الشرط يمنع ثبوت الاحكام، فلا تترتب آثار العقد وأحكامه ما دام الخيار قائما . فلا تنتقل ملكية البدلين للطرفين إن كان الخيار لكل منهما، أما إذا كان الخيار للبائع وحده فلا يزول المبيع عن ملكه ويخرج الثمن عن ملك المشترى . وكذلك إذا كان الخيار للمشترى وحده فلا يخرج الثمن عن ملكه في حين يزول المبيع عن ملك البائع . وقد أورد الفقهاء بعض التفصيلات فى هذا الخصوص .

٢٤- خيار التعيين

تعريفه

هو أن يكون للعاقد خلال مدة محددة - الحق فى تعيين أحد الأشياء المختلفة التى ذكرت فى العقد .

وصورة هذا الخيار أن يقول البائع للمشترى بعتك أحد هذه الأثواب ولك الخيار فى أيها شئت . فاذا عين المشترى أحدها صار محل العقد معلوما بعد أن كان مجهولا بعض الجهالة .

مشروعيته

اختلف الفقهاء فى مشروعية خيار التعيين :

* فقد ذهب الى القول بمشروعيته المالكية وكذلك الحنفية الذين أجازوه استحسانا لحاجة الناس إليه بالرغم من الجهالة لأنه ليس فى الجهالة هنا خطورة وهى لا تفضي إلى المنازعة، لتعيين ثمن كل سلعة على حدة .

* وذهب الشافعية والحنابلة إلى منع هذا الخيار لأن القياس يقتضي أن يكون محل العقد معلوما، وخيار التعيين يجعل المبيع فى العقد مجهولا لأنه متردد بين شيئين أو ثلاثة .

شروطه

١- يشترط ذكر خيار التعيين فى صلب العقد وموافقة العاقدين عليه، فان لم يوافق أحدهما عليه فسد العقد للجهالة .

٢- يجب أن يكون محل الخيار من القيميات وهى الاشياء التى تتفاوت فيما بينها وان يكون ثمن كل منها معينا، والا كان الخيار عبثا إن لم تكن مختلفة أو كان الثمن مجهولا لوجوب معلومية البدل .

٣- يشترط فى هذا الخيار أن تكون مدته معلومة، وحددها أبو حنيفة بثلاثة ايام وجعلها الصاحبان موكولة الى اتفاق الطرفين .

٤- لا يجوز اشتراط هذا الخيار للبائع والمشترى فى آن واحد لأن ذلك يؤدى الى الجهالة الفاحشة التى تؤدي للتنازع . وذكر بعض الحنفية ان هذا الخيار يثبت للمشترى دون البائع لأن البائع لا حاجة له إليه .

أثره على العقد

* اتفق الفقهاء القائلين بهذا الخيار على أنه تثبت أحكام العقد وآثاره من وقت وجوده، ويتعلق ثبوت الملك للمشترى - نتيجة خيار التعيين - بأحد الاشياء التى هي محل الخيار دون تخصيص بأحدها فيكون مضمونا عليه وتبقى الاشياء الأخرى ملكا للبائع أمانة فى يده لأن المشترى قبضها باسم المالك لا على وجه التمليك .

* إذا اقتصر المشترى على ذكر خيار التعيين بدون خيار الشرط، كان العقد لازما تثبت به ملكية أحد الاشياء، وينحصر دور المشترى في اختيار أحد الاشياء التى اشتراها . فإن انضم الى خيار التعيين خيار الشرط كان العقد غير لازم ويحق للمشترى رد العقد بكامله .

الالتزامات والشروط العقدية

- تعريف الالتزامات العقدية
- أنواع الشروط العقدية
- حرية الشروط العقدية
- قابلية العقود لأنواع الشروط

٢٥- تعريف الالتزامات العقدية

الالتزامات التى ينشئها العقد هى كل تكليف بفعل، أو بامتناع عن فعل يجب من أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر. وهذه الالتزامات على نوعين :

- التزامات يستلزمها العقد وتسمى مقتضى العقد .
- التزامات يشترطها أحد العاقدين، وتسمى الشروط الجعلية أو الوضعية، تمييزا لها عن الشروط الشرعية، لأنها من وضع العاقدين .

التزامات يستلزمها العقد (مقتضى العقد)

مقتضى العقد هو الالتزام الذى ينظمه الشرع فى كل عقد، لتحقيق التوازن بين العاقدين فى الحقوق والواجبات، ويعتبر من تنظيم الشرع ما ثبت بالنص الشرعى أو بالاجتهاد فى غير المنصوص عليه .

وهذه الالتزامات يعتبر العاقد مكلفا بها دون حاجة الى اشتراطها عليه صراحة من قبل العاقد الآخر . ومثال ذلك:

- دفع الثمن، وتسليم المبيع، وضمان عيوب المبيع الخفية فى عقد البيع،
- تسليم المأجور، ودفع الأجرة، وعدم التعدى على المأجور فى الاجارة،
- عدم استعمال الوديعة، وعدم التقصير فى حفظها .

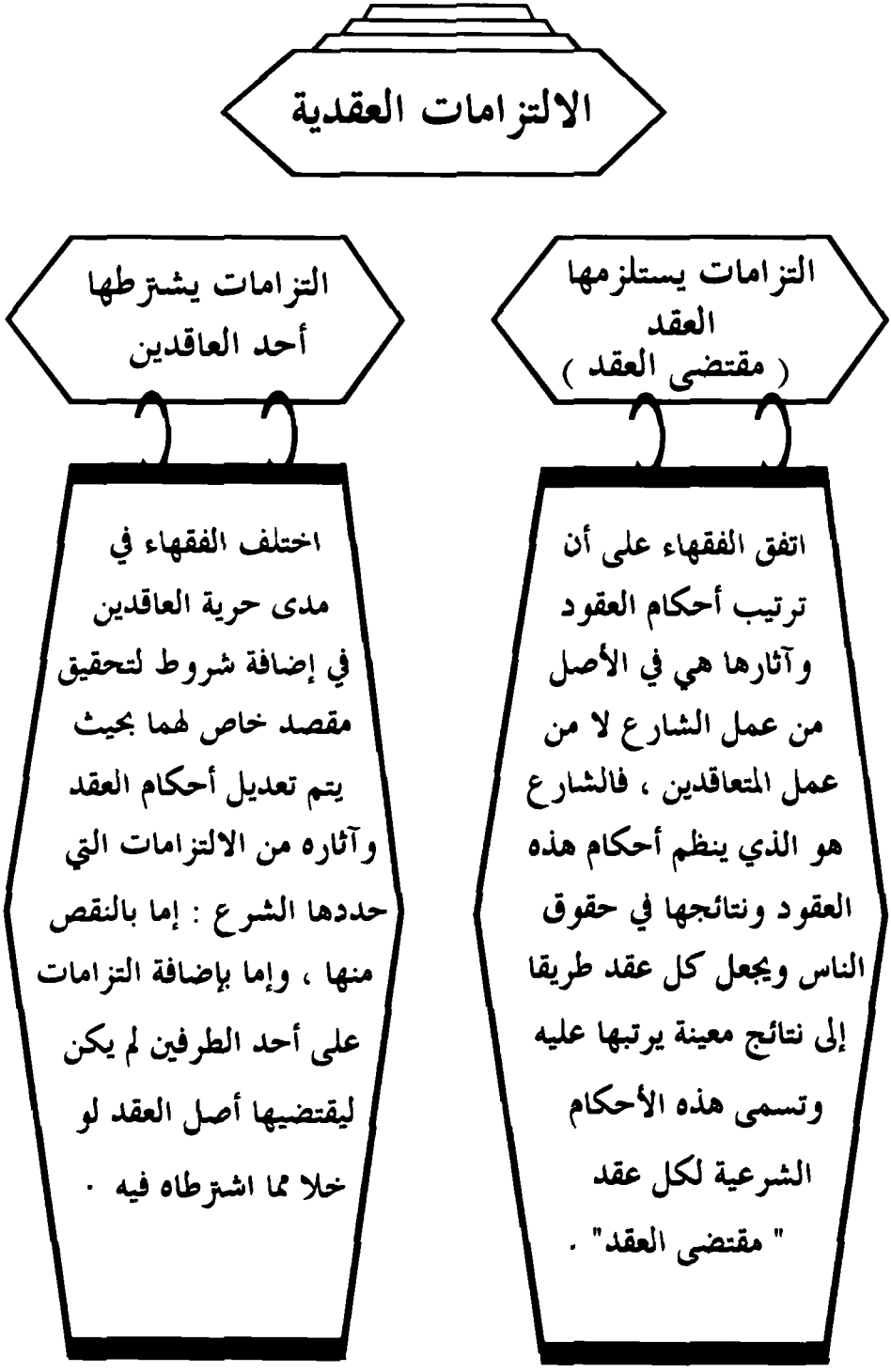
التزامات يشترطها أحد العاقدين

هذه الالتزامات هى التى يضيفها أحد العاقدين (أو كلاهما) الى نتائج العقد بحيث إنها لم تكن لتوجد لو لم يتم اشتراطها لأنها ليست من مقتضى العقد .

وهذه الالتزامات لا يعتبر العاقد مكلفا بها الا اذا تم اشتراطها عليه صراحة من قبل العاقد الآخر . ومثال ذلك :

- اشتراط البائع استعمال المبيع مدة معينة بعد التعاقد،
- اشتراط المؤجر دفع الأجرة سلفا عن مدة الاجارة كلها،
- اشتراط المعير ضمان العارية سواء أكان الهلاك بفعل المستعير المؤتمن أم بغير فعله .

وقد اتفق الفقهاء على أن ترتيب أحكام العقود وآثارها هو فى الأصل من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، فالشارع هو الذى ينظم أحكام هذه العقود ونتائجها فى حقوق الناس ويجعل كل عقد طريقا الى نتائج معينة يرتبها عليه . وهذه الأحكام الشرعية لكل عقد تسمى : مقتضى العقد .



شكل رقم ٢٤ - الالتزامات العقدية

٢٦- أنواع الشروط العقدية

قد تصدر التصرفات القولية، ومنها العقود، خالية من أي قيد أو شرط، وتسمى عقودا منجزة بمعنى أنها توجد وتترتب عليها أحكامها وآثارها من فور انشائها متى كانت مستوفية أركانها وشروطها الشرعية المعتبرة فيها .

وقد تصدر التصرفات القولية، ومنها العقود، مربوطة بقيد أو شرط، فيكون العقد غير منجز . وتنقسم هذه الشروط، بحسب هدفها الى الأنواع الثلاثة الآتية :

* الشرط الذى يعلق وجود العقد،
* الشرط الذى يؤخر ثبوت العقد وآثاره،
* الشرط الذى يقيد حكم العقد .

الشرط المعلق للعقد

هو الشرط الذى يجعل وجود العقد مرتبطا بوجود شىء آخر قد يوجد وقد لا يوجد، فيوجد العقد بوجود الشرط المعلق عليه ويترتب حكم العقد وآثاره عند وجود الشرط . ويسمى العقد المقترن بهذا الشرط العقد المعلق .

ومثال هذا الشرط أن يقول البائع للمشترى : بعتك حصتى من هذه الدار اذا رضى شريكى، أو يقول الدائن لمدينه : ان وفيتنى اليوم نصف دينى أبرأتك من الباقى . ويصاغ التعليق باحدى الأدوات الشرطية مثل : ان، واذا، ومتى ...

الشرط المضيف للعقد

هو الشرط الذى يقصد منه تأخير ترتب حكم العقد الى زمن مستقبل معين، ولولا هذه الاضافة لترتب الحكم من وقت العقد . فيوجد العقد بوجود الصيغة منذ انشائه، ويترتب حكم العقد وآثاره فى الزمن المعين .ويسمى هذا العقد المقترن بهذا الشرط العقد المضاف .

ومثال هذه الشروط أن يقول المؤجر : آجرتك دارى هذه سنة بكذا اعتبارا من أول الشهر القادم . وتصاغ الاضافة بذكر الزمن، مثل : من أول يوم كذا، ومنذ أول سنة كذا..

الشرط المقيد للعقد

الشروط المقيدة للعقد هى الالتزامات التى يشترطها أحد العاقدين أى ما يزيده أحدهما او كلاهما الى نتائج العقد، بحيث انها لم تكن لتوجد لو لم يتم اشتراطها، لأنها ليست من مقتضى العقد .

هذه الالتزامات لا يعتبر العاقد مطالبا بها الا اذا تم اشتراطها عليه صراحة من قبل العاقد الآخر، فهي لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقا عن أي شرط . وفى هذه الحالة يوجد العقد بوجود الصيغة منذ انشائه، ويترتب حكم العقد وآثاره من فور انشائه .

ومثال هذه الشروط اشتراط البائع استعمال المبيع مدة معينة بعد التعاقد، واشتراط المؤجر دفع الأجرة سلفا عن مدة الاجارة كلها، واشتراط المعير ضمان العارية سواء أكان الهلاك بفعل المستعير المؤتمن أم بغير فعله .

وتسمى هذه الشروط المقيدة أيضا (الشروط المقترنة بالعقد) أو (الشروط الجعلية) أو (الشروط الوضعية) . ويصاغ التقييد بعبارة : على أن، أو على شرط أن، أو بشرط أن ونحوها ...

شكل رقم ٢٥ - أنواع الشروط العقدية

٢٧- حرية الشروط العقدية

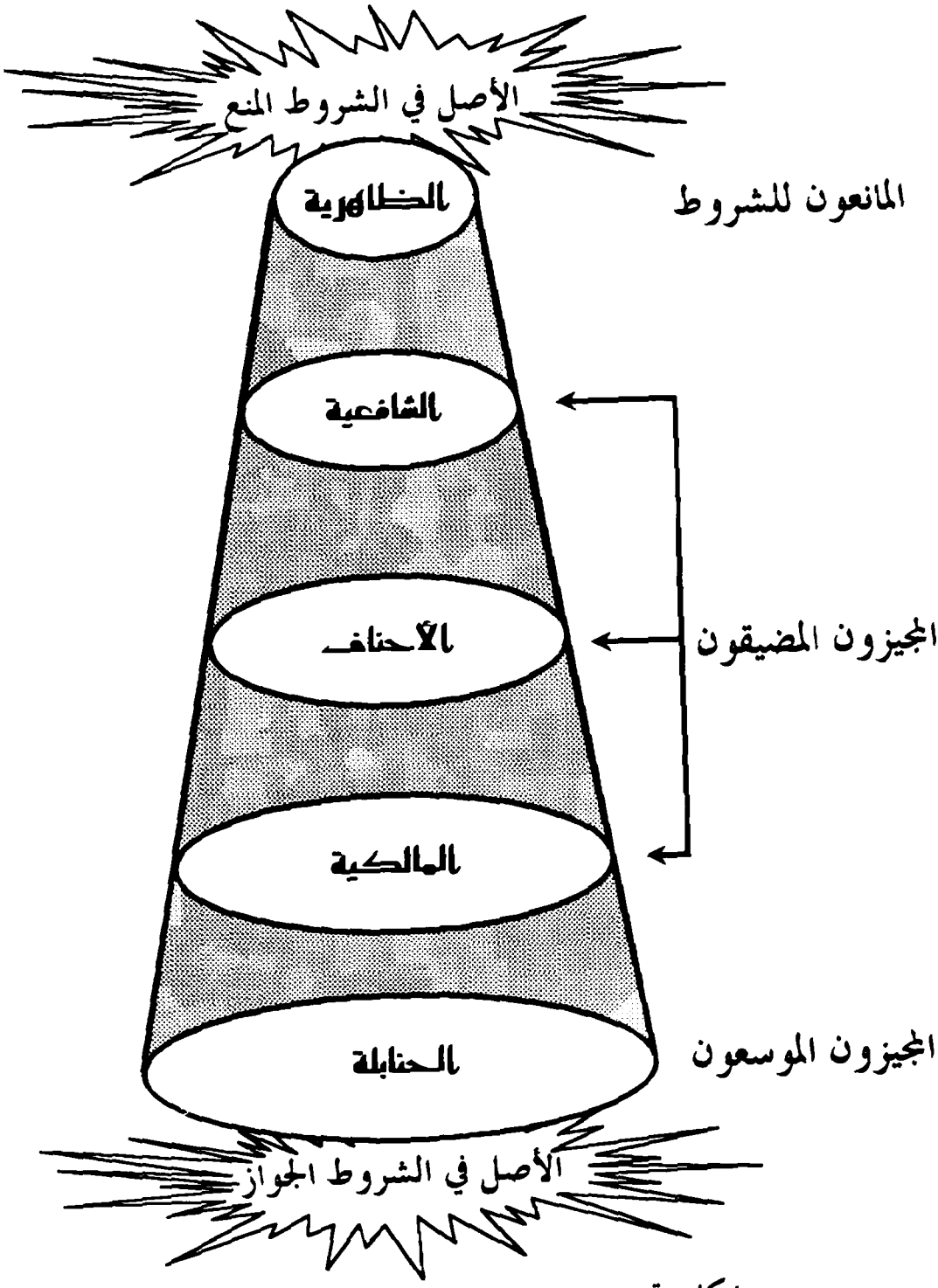
اختلف الفقهاء فى مدى حرية العاقدين فى اضافة شرط لتحقيق مقصد خاص لهما، بحيث يتم تعديل أحكام العقد وآثاره من الالتزامات التى حددها الشرع، اما بالنقص منها، واما باضافة التزامات على أحد الطرفين لم يكن ليقتضيها أصل العقد لو خلا مما اشترطاه فيه :

- فبعض الفقهاء ضيقوا واعتبروا الأصل فى الشروط المنع،
- وبعضهم اعتبروا الأصل فى الشروط الجواز،
- وبعضهم توسط بين الفريقين .

وفيما يلى بيان هذه الاتجاهات الثلاثة من خلال المذاهب :

مذهب الظاهرية

يذهب الظاهرية الى أن الأصل فى الشروط المنع، فكل شرط لم يأت فى الكتاب والسنة فهو شرط باطل، لأن أحكام العقود وآثارها وما يترتب عليها هي من عمل الشارع لا من عمل العاقد .

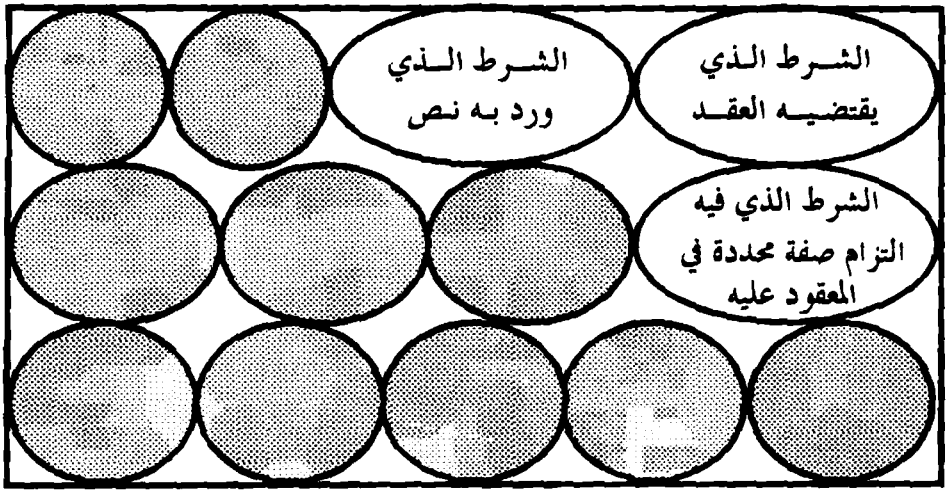


شكل رقم ٢٦ - حرية الشروط العقدية

يعتبر المذهب الشافعى أقرب المذاهب الى الظاهرية فى مسألة حرية الشروط، ولكنهم يتوسعون فيما لا يتوسع فيه الظاهرية لأنهم يعللون الأحكام ويأخذون بالقياس .

ويقول الشافعية ان كل شرط باطل الا :

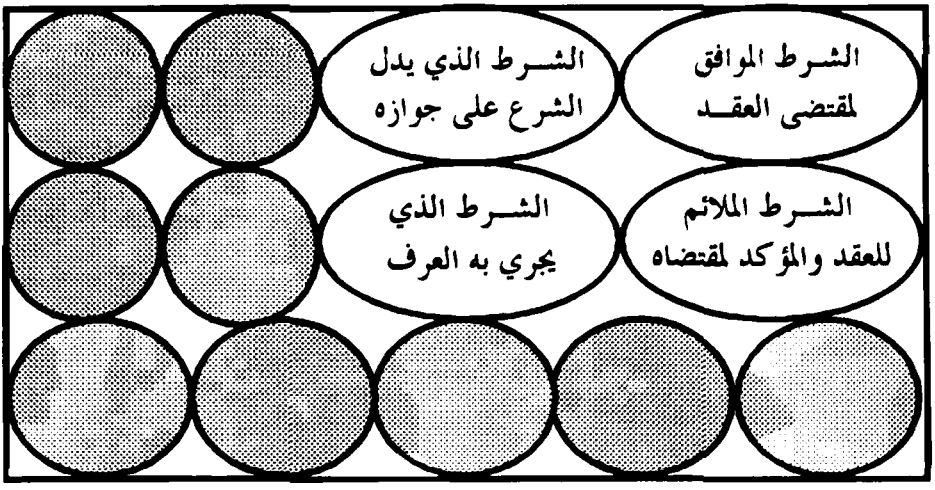
* الشرط الذى يقتضيه العقد،
* أو الشرط الذى ورد به نص كالبيع بشرط الخيار أو بشرط تأجيل الثمن أو اشتراط كفيل أو رهن،
* أو الشرط الذى فيه التزام صفة محددة فى المعقود عليه كاشتراط البائع أن تكون الأرض صالحة للزراعة أو أن تكون الدابة حلوبا او حاملا .



شكل رقم٢٧- حرية الشروط العقدية عند الشافعية

توسع الحنفية كثيرا عن أهل الظاهر والشافعية بالرغم من أخذهم بقاعدة الأصل فى الشروط التقييد، ذلك أن الشروط الصحيحة عندهم هي :

* الشرط الموافق لمقتضى العقد كاشتراط تسليم الثمن والمبيع واشتراط الرد بالعيب،
* الشرط الملائم للعقد والمؤكد لمقتضاه كاشتراط الرهن أو الكفالة أو الحوالة،
* الشرط الذى ورد الشرع بجوازه كاشتراط الخيار أو تأجيل الثمن فى المبيع،
* الشرط الذى يجرى به العرف وان كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد النص به كاشتراط اصلاح البائع المبيع مدة معلومة من تاريخ الشراء .



شكل رقم٢٨ - حرية الشروط العقدية عند الحنفية

ومنع الحنفية ما سوى الأنواع الأربعة السابقة اذا كان فيه اشتراط منفعة زائدة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما كاشتراط البائع استخدام المبيع مدة معينة بعد البيع، أو اشتراط عدم اخراج مشترى الدار مستأجريها .

ويلاحظ هنا أن اعتبار العرف عند الحنفية يوسع باب الشروط ويصحح الكثير من الممنوع منها ما لم يوجد نص بتحريمها، وبذلك تصح جميع الشروط التى تعارف الناس عليها فى عصر من العصور استحسانا ولو كانت مخالفة لمقتضى العقد لأن العرف يزيل عن الشرط الفاسد صفة الافضاء الى النزاع وهى العلة فى منع الاشتراط فى العقد .

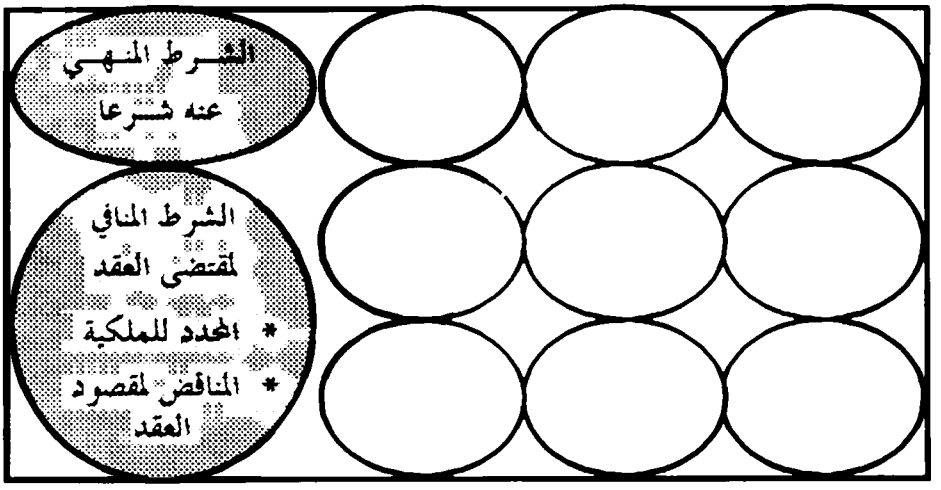
مذهب المالكية

يقترب المالكية من الحنابلة في توسعتهم لدائرة الشروط الصحيحة، فقد أجازوا الكثير من الشروط ولو كانت غير موافقة لمقتضى العقد، واكتفوا بأن لا تظهر منافاتها لمقتضاه، وذلك كاشتراط استثناء منفعة معينة من منافع المبيع، واشتراط عمل من البائع كحمل المبيع الى مكان كذا.

ولم يمنع المالكية من الشروط الا :

* الشرط المنافى لمقتضى العقد مما يتسبب عنه الحجر على أحد العاقدين فيما يملك بمقتضى العقد أى فيه قيد على ملكيته، كاشتراط ألا يبيع المبيع مدة من الزمن، أو ألا يبيعه لفلان خاصة اذا أراد بيعه،

* والشرط الذى يؤدى الى الاخلال بأحد الشروط المعتبرة شرعا لصحة العقد كاشتراط ما يؤدى الى الجهالة أو الغرر فى المبيع أو الثمن .



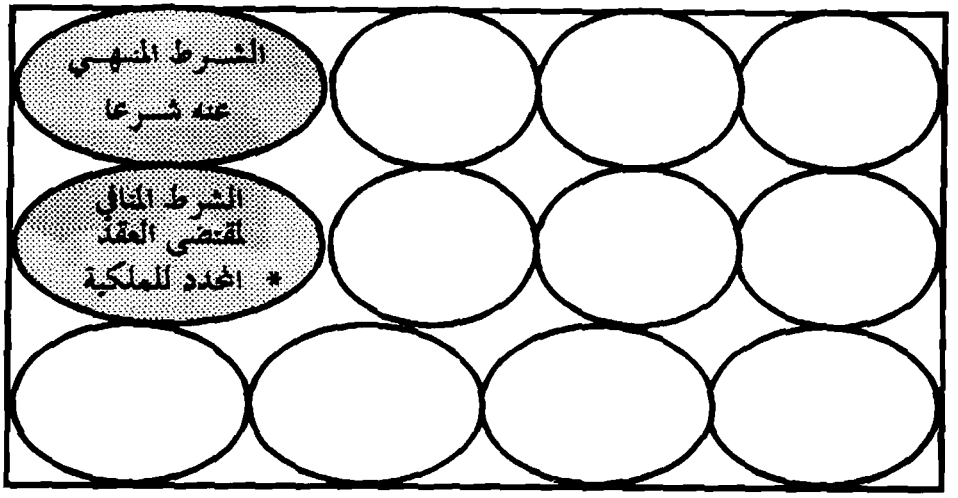
الشروط المقبولة ○ ○ الشروط الممنوعة

شكل رقم٢٩- حرية الشروط العقدية عند المالكية

يعد مذهب الحنابلة - وخصوصا ابن تيمية وابن القيم - أوسع المذاهب فى الأخذ بحرية الاشتراط، فالأصل عندهم فى الشروط الاباحة والاطلاق، فيصح عندهم كل شرط باستثناء :

* الشرط المنافى لمقتضى العقد مما فيه الغاء لمقصوده وحكمه الأصلى كاشتراط البائع على المشترى ألا يبيع الشيء المشترى مطلقا أو ألا يؤجره لأحد أو لا يهبه لأي جهة، لأن فى هذا الشرط منعا لأحد المتعاقدين من استعمال ما يثبته العقد له من حقوق .

* الشرط المنهى عنه أو المخالف لحكم الله كاجتماع صفقتين فى عقد واحد، مثل اشتراط أحد العاقدين فى البيع على صاحبه عقدا آخر، كأن يبيع له شيئا بشرط أن يسلفه مبلغا من المال أو بشرط أن يبيعه أو يهبه شيئا آخر .



الشروط المقبولة ○ ◔ الشروط الممنوعة

شكل رقم ٣٠ - حرية الشروط العقدية عند الحنابلة

ويلاحظ أن الحنابلة – خلافا لجمهور الفقهاء – حصروا الشرط المنافى فى المناقضة لمقصود العقد الأصلى :

* فيعتبر الشرط منافيا لمقصود العقد اذا أدى الى تعطيل الغاية الشرعية من العقد، مثل سلب حق المشترى فى التصرف بالشىء المملوك بعقد البيع،

* ولا يعتبر الشرط منافيا لمقصود العقد ومقتضاه اذا كان فيه مجرد تقييد الملك المطلق بشروط تحفظية لأن تلك الشروط تعتبر عندهم صحيحة، ومثال ذلك :

– تقييد طرق الانتفاع كاشتراط احتفاظ البائع بمنفعة المبيع مدة معلومة،

– استثناء بعض الحقوق، كاشتراط البائع أحقيته بشراء المبيع اذا أراد المشترى بيعه،

– ايجاب بعض الواجبات على المالك، كاشتراط توصيل المبيع لدار المشترى أو اشتراط أن يقف المشترى أو يتصدق به .

٣٨- قابلية عقود التمليك لأنواع الشروط

التعليق

ذهب الحنفية والشافعية الى أنه لا يجوز تعليق عقود التمليكات، سواء أكانت واردة على الأعيان أم على المنافع، وسواء أكانت من المعاوضات أم التبرعات - ما عدا عقد الوصية - ذلك ان تعليق هذه العقود يجعلها مترددة بين الوجود والعدم، فقد يوجد الشرط وقد لا يوجد فهو أشبه بالمغامرة والمخاطرة .

وخالف المالكية فى عقود التبرعات فذهبوا الى جواز التعليق لعدم الضرر من ذلك، اذ ليس على المتبرع من سبيل اذا عدل عن التبرع ولا ضرر اذا لم يتحقق الشرط المعلق عليه .

والحنابلة - خصوصا ابن تيمية وابن القيم - يجيزون حرية الاشتراط فى العقود بوجه عام، ولا يمنع الا الشرط المنهى عنه شرعا .

الاضافة

لا تجوز اضافة العقود التى تفيد تمليك الأعيان، كالبيع والهبة والابراء لأن الأصل فى هذه العقود أن يتصل حكمها وأثرها بصيغتها، والاضافة تستلزم ارجاء ذلك الأثر.

وتجوز اضافة العقود التى تفيد تمليك المنافع، كالاجارة والعارية، لأن المنفعة لا توجد دفعة واحدة ولكنها توجد وتتجدد مع الزمن، فمعنى الاضافة ملحوظ فى تشريعها ووضعها ومن ثم صحت اضافتها . ويلحق بذلك عقود التوثيقات كالكفالة والحوالة، وكذلك عقد الوكالة، لوجود المعنى المذكور .

أثر القبض فى العقود

- تعريف القبض، وكيفيته
- عقود يشترط القبض فى صحتها
- عقود يشترط القبض فيها لانتقال الملكية
- عقود يشترط القبض فى لزومها
- أثر القبض في العقد على الضمان

٢٩- تعريف القبض، وأهميته

تعريف القبض

اتفقت كلمة الفقهاء على أن القبض هو حيازة الشيء والتمكن منه، سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لم يمكن .

المقصود من القبض

القبض هو مقصود العاقدين وغايتهما لأن الثمرة المرجوة من كل عقد هى التسليم والتسلم . وبترتب القبض على العقد تحصل الثقة والطمأنينة للعاقد بتمكينه من حيازة الشيء المتعاقد عليه واثبات يده عليه حتى يستوفى حقه .

كيفية قبض الأشياء

اختلف الفقهاء فى كيفية قبض بعض الأشياء، ومنشأ إختلافهم هذا انما هو اختلاف العرف وعادات الناس فيما يكون قبضا أو لا يكون، لأن الشارع أطلق القبض وناط به أحكاما ولم يبينه، ولا حد له فى اللغة، فيرجع فيه الى العرف .

فيصح أن يقوم مقام القبض كل وسيلة تؤدى الى تأمين المتعاقد،كقبض الشيك يقوم مقام قبض العملة، والرهن الرسمى يقوم مقام قبض المرهون ..

اشتراط القبض شرعا فى العقود

لم يشترط القبض في بعض العقود كالبيع، والاجارة، والوكالة، والوصية، والحوالة،،،، فهذه كلها لا تتوقف على قبض أحد البدلين .

ولكن يشترط القبض فى بعض العقود الأخرى كالصرف والسلم والمضاربة وغيرها،،، واشتراط القبض هذا يختلف فى مداه بين عقد وآخر وبين مذهب وآخر، كما أنه قد تتوقف عليه صحة العقد، أو انتقال ملكية محل العقد أو لزوم العقد .

أنواع العقود باعتبار القبض

لقد دلت النصوص والقواعد العامة في الشريعة على اشتراط القبض في كثير من العقود . ويمكن تقسيم هذه العقود باعتبار اشتراط القبض الى :

* عقود يشترط القبض فى صحتها بحيث يبطل العقد بدونه،
* عقود يشترط القبض فى انتقال ملكية محل العقد،
* عقود يشترط القبض فى لزومها بحيث تكون جائزة قبله .

٣٠- عقود يشترط القبض فى صحتها

الصرف

اتفق الفقهاء على أن المتصارفين اذا افترقا قبل أن يتقابضا يكون الصرف غير صحيح، لتحريم النسيئة فى الصرف، لقوله صلى الله عليه وسلم : ولا بأس ببيع الذهب بالفضة، والفضة بالذهب يدا بيد ،،، وأما النسيئة فلا .

الأموال الربوية

يشترط جمهور الفقهاء القبض فى الأموال الربوية لقوله صلى الله عليه وسلم : فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم على أن يكون يدا بيد . وهذا الحكم يشمل جميع الأموال الربوية وهى ما توافرت فيه علة الربا على الاختلاف فيها هل هى الأصناف الستة فقط : القمح والشعير والتمر والملح والذهب والفضة، أو الجنس مع القدر، أو الاقتيات والادخار، أو الطعم.

وخالف فى هذا الشمول الحنفية، فبالرغم من اتفاقهم مع الجمهور على تحريم النسيئة فى بيع الأموال الربوية الا أنه يكفى عندهم فيما عدا الذهب والفضة (الصرف) التعيين دون التقابض، لأن البدل فى الصرف لا يتعين البدل بدون القبض، ويتعين فى غير الصرف بمجرد التعيين قبل القبض .

السلم

يشترط جمهور الفقهاء قبض رأس مال السلم لصحة العقد، ولكن ذهب المالكية الى أنه يجوز أن يتأخر قبضه مدة يسيرة كاليومين والثلاثة لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه، فيكون حكمه حكم المقبوض قبل التفرق . أما إن تأخر قبضه أكثر من ذلك فيبطل العقد .

المضاربة

يشترط عند جمهور الفقهاء قبض رأس مال المضاربة، لأن ذلك هو مقتضى العمل فى المال، وفى رواية أخرى للحنابلة لا يشترط ويمكنه تسليمه بالتدريج، لأن المضاربة لا تقتضى عندهم تسليم المال الى العامل وانما تقتضى اطلاق يده فى التصرف .

	الحنفية	الشافعية	المالكية	الحنابلة
الصرف	☯	☯	☯	☯
بيع الأموال الربوية		☯	☯	☯
السلم	☯	☯		☯
المضاربة	☯	☯	☯	

☯ يشترط القبض في المذهب

شكل رقم٣١- عقود يشترط القبض في صحتها

٣١- عقود يشترط القبض فيها لانتقال الملكية

الهبة

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط القبض فى الهبة لانتقال الملكية الى الموهوب له لأن الهبة تبرع فلا تملك الا بالقبض عندهم . وخالف فى ذلك المالكية، فتثبت ملكية الهبة عندهم بمجرد العقد .

القرض

ذهب الجمهور إلى ان المقترض يملك المال المقرض بالقبض لأن جانب التبرع فى القرض أرجح من جانب المعاوضة، والتبرع لا تنتقل الملكية فيه الا بالقبض وليس بالعقد . وخالف فى ذلك المالكية، فيملك المقترض القرض بالعقد ملكا تاما وان لم يقبضه ويصير مالا من أمواله .

العارية

يشترط الحنفية القبض لانتقال منافع العين المعارة الى ملك المستعير، لأن الاعارة تبرع بتمليك منافع الشىء المعار، فلا تملك الا بالقبض كالهبة .

وأما غير الحنفية فلا تنتقل منافع العين المعارة الى ملك المستعير لا بالقبض ولا بغيره، لأن العارية عندهم من قبيل الاباحة لا التمليك .

العقد الفاسد عند الحنفية هو واجب الفسخ، فلا تنتقل الملكية فيه بمجرد الانعقاد لأن فى نقل الملكية تقريرا للفساد والأولى إزالة الفساد وفسخ العقد . ولكن تنتقل الملكية فى العقد الفاسد بتنفيذ العقد وتمام القبض، ويكون هذا الملك خبيثا حراما لوجوب فسخ العقد .

أما جمهور الفقهاء غير الحنفية فإنهم لا يفرقون بين العقد الفاسد والباطل، وكلاهما لا ينقل الملكية سواء تم القبض أو لم يتم .

	الحنفية	الشافعية	المالكية	الحنابلة
الهبة	☯	☯		☯
القرض	☯	☯		☯
العارية	☯			
العقد الفاسد	☯			

☯ يشترط القبض في المذهب

شكل رقم ٣٢ - عقود يشترط القبض لنقل الملكية

٣٣- عقود يشترط القبض للزومها

يشترط القبض للزوم الهبة والاعارة والقرض والوديعة والرهن على القول باشتراط القبض لانتقال الملكية فيها، فان هذه العقود غير لازمة، ولكل من الواهب أو المعير او المقرض أو الوديع أو المرتهن أن يرجع عن العقد وخالف المالكية فى غير الوديعة، فأثر العقد يترتب عندهم على صدور الصيغة ويلزم العقد، وللموهوب له أو المستعير أو المقترض أو المرتهن المطالبة بالتسليم، للاجبار على ذلك .

	الحنفية	الشافعية	المالكية	الحنابلة
الهبة	☯	☯		☯
الإعارة	☯			
الوديعة	☯	☯	☯	☯
القرض	☯	☯		☯
الرهن	☯	☯		☯

☯ يشترط القبض في المذهب

شكل رقم٣٣- عقود يشترط القبض في لزومها

٣٣- أثر القبض فى العقد على الضمان

صفة الضمان فى العقد

كثير من العقود ينتقل ضمان الأعيان فيها من أحد العاقدين الى الآخر بالقبض، فتكون يد القابض للعين يد ضمان .

فاذا تلفت العين فى يد القابض استوجب عليه ضمانها، والواجب رد المثل ان كان مثليا والقيمة ان كان قيميا .
ومثال ذلك يد الغاصب عند الجمهور، ويد المستعير عند الحنابلة، ويد المرتهن عند الحنفية .

صفة الأمانة فى العقد

هناك عقود لا يؤثر القبض فيها على صفة العين فتظل يد قابضها يد أمانة .

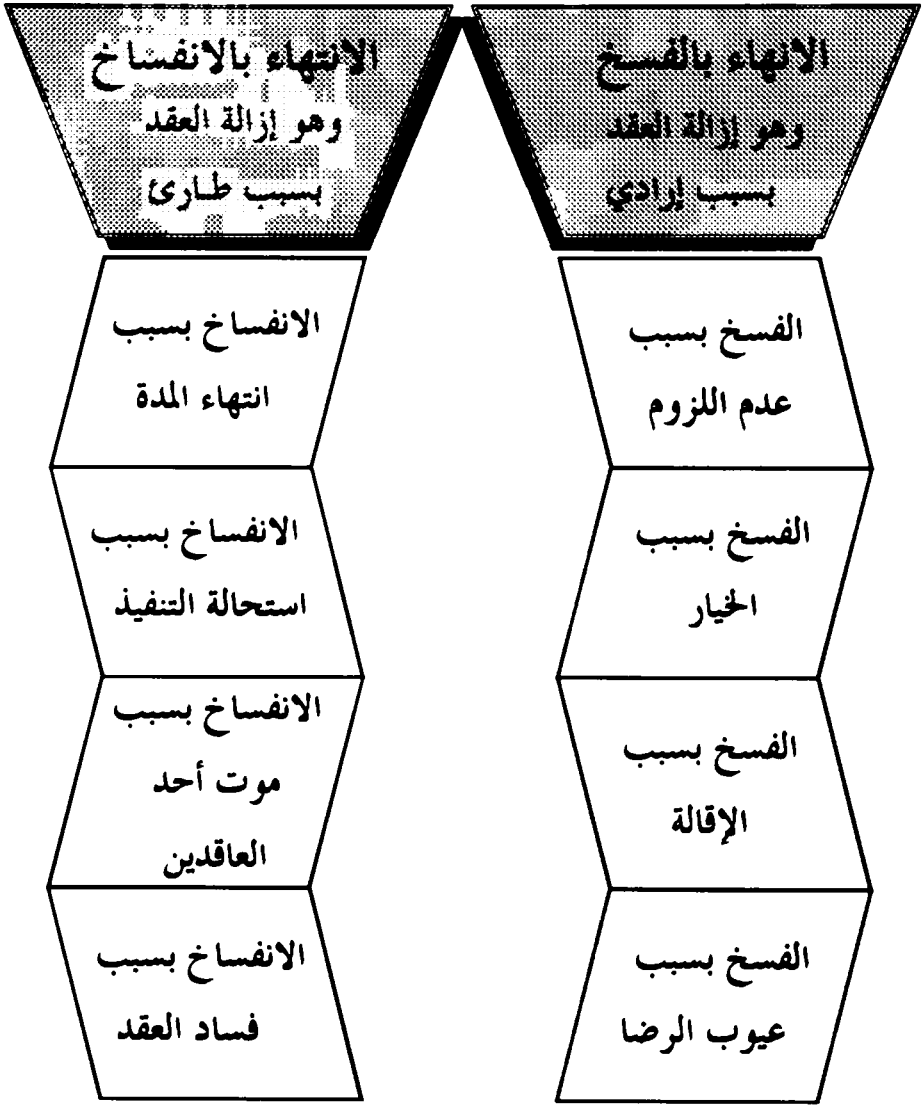
فاذا تلفت العين فى يد القابض من غير تعديه أو تفريطه فلا ضمان عليه، ولكنه يضمن فى حالة التعدى أو التفريط .
ومثال ذلك رأس مال المضاربة عند الجمهور، والرهن عند الشافعية والحنابلة، والعارية عند الحنفية .

انتهاء العقد

- انهاء العقد بالفسخ
- انتهاء العقد بالانفساخ

انتهاء العقد

ينتهي العقد اما بالفسخ ، وهو إزالة العقد بسبب إرادي ،وهو انهاء للعقد . واما بالانفساخ ، وهو إزالته بسبب طارئ ، وهو انتهاء للعقد



شكل رقم ٣٤ ـ انتهاء العقد

٣٤- انهاء العقد بالفسخ

أ- عدم اللزوم :

العقود غير اللازمة بحق كلا الطرفين، كالوديعة والعارية والشركة والوكالة تفسخ بارادة أى من الطرفين، ما لم يتعلق ببقائها حق للغير . وتفسخ العقود اللازمة بحق طرف دون آخر كالرهن والكفالة، بارادة من ليس العقد لازما فى حقه .

ب- الخيار :

العقود اللازمة، كالبيع والاجارة، تفسخ بمقتضى حق الخيار الذى يتمتع به العاقد، سواء ثبت هذا الخيار بايجاب الشرع أو باشتراط أحد العاقدين أو كليهما، فيكون لمن اشترط له الحق فى امضاء العقد أو فسخه .

ج- الاقالة :

العقود اللازمة اذا لم يكن فيها خيار تفسخ باتفاق الطرفين، لأن العقد نشأ عن تراض منهما معا، فلا يرتفع ولا ينفسخ الا برضاهما معا .

د- عيوب الرضا :

تفسخ العقود اذا ثبت فوات رضا أحد العاقدين لتحقق عيب من عيوب الرضا، كالتدليس والغبن والغلط، ويكون للمتعاقد المتضرر حق فسخ العقد أو امضائه بمقتضى ما ثبت له من خيار العيب أو الغبن أو فوات الوصف .

٣٥- انتهاء العقد بالانفساخ

أ- انتهاء المدة :

ينتهى العقد بانتهاء مدته ان كان من عقود المدة كالاجارة، أو بتحقيق الغرض المقصود من العقد، وذلك كسداد الدين فى عقدى الرهن والكفالة وتنفيذ الوكيل المهمة الموكل بها .

ب- استحالة التنفيذ :

ينفسخ العقد بسبب استحالة التنفيذ، وذلك كهلاك المبيع فى يد البائع قبل أن يتسلمه المشترى، وطروء الأعذار فى عقد الاجارة سواء من جانب المؤجر أم المستاجر (أم العين المؤجرة عند الحنفية) كاحتياج المؤجر لبيع المأجور لوفاء دين، أو افلاس المستأجر أو انتقاله من حرفة الى اخرى، وكخراب الدار المؤجرة .

ج- موت أحد العاقدين :

وذلك فى العقود التى تنشىء التزامات عملية ذات آثار متجددة فيها استمرار بحيث يعتمد بقاء العقد على بقاء

المحل ومن ذلك عقود الشركة والمضاربة والوكالة والمزارعة والمساقاة .

د- فساد العقد :

يجب فسخ العقد الفاسد، وذلك عن طريق العاقدين أو عن طريق القضاء، وذلك رفعا للفساد قبل أن يتقرر، أما اذا تعذر ذلك بأن باع المشترى ما اشتراه أو وهبه مثلا فيكون الفسخ غير ممكن فعلا وحينئذ يجب على المشترى دفع قيمة المبيع يوم قبضه، لا الثمن المتفق عليه لعدم صحة تعيين الثمن بسبب فساد العقد والثمن المسمى فيه .

قائمة المراجع

مصادر الحق فى الفقه الاسلامى
د٠عبد الرزاق السنهورى (دار احياء التراث العربى ١٩٥٤)

المدخل الفقهى العام (نظرية العقد)
الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء (الطبعة ٩ - دمشق ١٩٦٨)

الملكية ونظرية العقد
الشيخ محمد أبو زهرة

المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى
د٠ محمد مصطفى شلبى (دار النهضة العربية ١٩٦٩)

تاريخ الفقه الاسلامى ونظرية الملكية والعقود
د. بدران أبو العينين بدران (دار النهضة العربية - لبنان)

الاموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى
د٠ محمد يوسف موسى (دار الفكر العربى ١٩٨٧)

ضوابط العقد فى الفقه الاسلامى
د.عدنان خالد التركمانى (دار الشروق ١٩٨١)

ضوابط العقود فى الفقه الاسلامى
د. عبد الحميد البعلى (الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية)

الفقه الاسلامى وأدلته
د. وهبة الزحيلى (دار الفكر)

أحكام المعاملات الاسلامية
الشيخ على الخفيف (بنك البركة الاسلامى - البحرين)

الخيار وأثره فى العقود
د. عبدالستار أبو غدة (مقهوي-الكويت ١٩٨٥)

القبض والحيازة فى العقود
د. نزيه حماد

الاشتراط لمصلحة الغير فى الفقه الاسلامى والقانون المقارن
د. عباس حسنى محمد

فهرس الأشكال

معلومات تمهيدية عن العقد

كل رقم ١ - أنواع التصرف ١٢
شكل رقم ٢ - الفرق بين التصرف والعقد ١٤
شكل رقم ٣ - مشروعية حرّية التعاقد ١٩

مقومات وعناصر العقد

شكل رقم ٤ - أركان العقد ٢٥
شكل رقم ٥ - شروط الايجاب والقبول ٢٨
شكل رقم ٦ - أنواع الأهلية ٢٩
شكل رقم ٧ - أنواع أهلية الوجوب ٣٢
شكل رقم ٨ - أنواع أهلية الآداء ٣٣
شكل رقم ٩ - عوارض الأهلية التى تؤثر فى العقل..... ٣٦
شكل رقم ١٠- عوارض الأهلية التى لا تؤثر فى العقل ٣٨
شكل رقم ١١- شروط المعقود عليه ٤١
شكل رقم ١٢- موضوع العقد وأقسامه ٤٨

الارادة العقدية

شكل رقم ١٣- مدى توافق أو تعارض الارادتين ٥٢
شكل رقم ١٤- تعارض الارادتين بصورية العقود ٥٤
شكل رقم ١٥- تعارض الارادتين بعيوب الرضا..... ٥٧
شكل رقم ١٦- موقف الفقهاء من صورية العقد ٥٩
شكل رقم ١٧- موقف الفقهاء من عيوب الرضا ٦٢

حكم العقد

شكل رقم ١٨- تقسيم العقد حسب الحكم الشرعى ٦٩
شكل رقم ١٩- العقد المنعقد والعقد الباطل ٧٠
شكل رقم ٢٠- العقد الصحيح والعقد الفاسد ٧٢
شكل رقم ٢١- العقد النافذ، والعقد الموقوف ٧٥
شكل رقم ٢٢- العقد اللازم، والعقد الجائز ٧٩

الالتزام والشروط العقدية

شكل رقم ٢٣- اللالتزامات العقدية ٩٩
شكل رقم ٢٤- أنواع الشروط العقدية ١٠٣
شكل رقم ٢٥- حرية الشروط العقدية عند الفقهاء ١٠٥
شكل رقم ٢٦- الشروط العقدية عند الشافعية ١٠٦
شكل رقم ٢٧- الشروط العقدية عند الحنفيـة ١٠٧
شكل رقم ٢٨- الشروط العقدية عند المالكيـة ١٠٩
شكل رقم ٢٩- الشروط العقدية عند الحنابلـة ١١٠

أثر القبض فى العقود

شكل رقم ٣٠- عقود يشترط القبض فى صحتها ١٢٠
شكل رقم ٣١- عقود يشترط القبض لنقل الملكية ١٢٢
شكل رقم ٣٢- عقود بشرط القبض فى لزومها ١٢٣

المحتوى

تقديم ٥
مقدمة ٧

معلومات تمهيدية عن العقد

١ - تعريف التصرف وأنواعه ١١
٢ - تعريف العقد ١٣
٣ - الفرق بين التصرف والعقد ١٤
٤ - الفرق بين التصرف والعقد ١٥
٥ - مشروعية العقد وحرية التعاقد ١٦

مقومات وعناصر العقد

٦ - أركان العقد ٢٣
٧ - شروط الصيغة ٢٥
٨ - شروط العاقدان ٢٩
٩ - شروط المعقود عليه ٤١
١٠- موضوع العقد وأقسامه ٤٥

الإرادة العقدية

١١- تعريف الإرادة العقدية وأقسامها ٥١
١٢- حالات تعارض الإرادتين ٥٣
١٣- موقف الفقهاء من صورية العقود ٥٨
١٤- موقف الفقهاء من عيوب الرضا ٦١

حكم العقد

١٥- تقسيم العقد بحسب الحكم ٦٥
١٦- العقد المنعقد والعقد الباطل ٧٠
١٧- العقد الصحيح والعقد الفاسد ٧٢
١٨- العقد النافذ والعقد الموقوف ٧٥
١٩- العقد اللازم والعقد الجائز ٧٨

الخيارات في العقود

٢٠- تعريف الخيارات ٨٣
٢١- خيار الرؤية ٨٥
٢٢- خيار العيب ٨٧
٢٣- خيار الشرط ٨٩
٢٤- خيار التعيين ٩٢

الالتزامات والشروط العقدية

٢٥- تعريف الالتزامات العقدية ٩٧
٢٦- أنواع الشروط العقدية ١٠٠
٢٧- حرية الشروط العقدية ١٠٤
٢٨- قابلية العقود لأنواع الشروط ١١٢

أثر القبض فى العقود

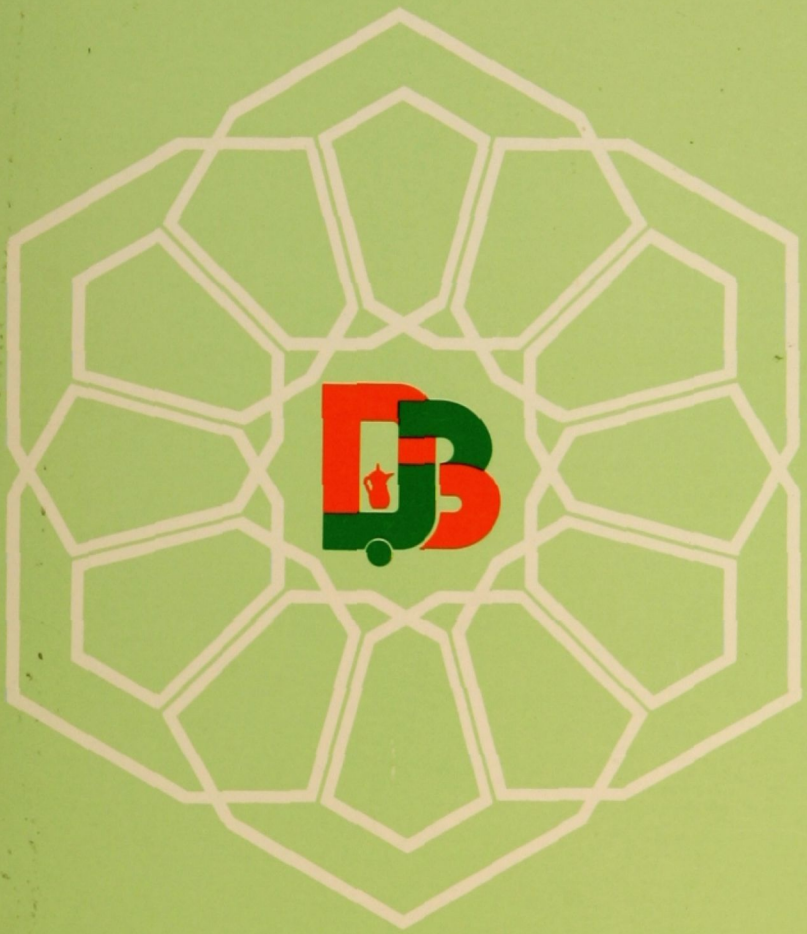
٢٩ - تعريف القبض وكيفيته ١١٧
٣٠ - عقود يشترط القبض فى صحتها ١١٩
٣١ - عقود يشترط القبض فيها لانتقال الملكية ١٢١
٣٢ - عقود يشترط القبض للزومها ١٢٣
٣٣- أثر القبض فى العقد على الضمان ١٢٤

انتهاء العقد

٣٤- انهاء العقد بالفسخ ١٢٨
٣٥- انتهاء العقد بالانفساخ..... ١٣٠

قائمة المراجع ١٣٢
فهرس الأشكال ١٣٤

مجموعة دله البركة - ادارة التطوير والبحوث
جدة ص.ب : ٢٦١٨ الرمز ٢١٤٦١
تلفون : ٦٧١٠٠٠٠ - فاكس ٦٦٩٤٦٨٠



دلـــه البركـــة

إدارة التطوير والبحوث
جدة ص. ب: ٢٦١٨ الرمز ٢١٤٦١
تليفون: ٦٧١٠٠٠٠/ ٦٦٩٤١٠٠ فاكس: ٦٦٩٤٣٢٤