

# طالع السعد في بيان نظرية العقد

الدكتور

محمد بن عبد العزيز بن محمد العقيل

أستاذ الفقه المقارن المساعد

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



مُقَدِّمَاتٍ

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا،  
ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له،  
وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

{يَتَّيِبُهَا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا أَتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُونَنَّ إِلَّا وَآنتُمْ

مُسْلِمُونَ} (١٠٢). (١)

{يَتَّيِبُهَا النَّاسُ أَتَقُوا رَبَّكُمْ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا

رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ؕ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ ؕ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا} (١). (٢)

{يَتَّيِبُهَا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا أَتَقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا} (٧٠) {يُصَلِّحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ

وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ؕ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا} (٧١). (٣)

أما بعد: فإن دراسة النظريات الشرعية طريقة جديدة في الدراسة  
الفقهية؛ حيث أن الفقهاء رحمهم الله تعالى لم يقرروا أحكام المسائل الفقهية  
على أساس النظريات العامة وبيان المسائل المتفرعة عنها، وإن على طالب  
علم الشريعة دراسة تلك النظريات لتنمية ملكته الفقهية.

وإن الله سبحانه وتعالى لعظيم رحمته وكرمه شرع لعباده ما يضمن لهم

(١) سورة آل عمران: ١٠٢.

(٢) سورة النساء: ١.

(٣) سورة الأحزاب: ٧٠-٧١.

سعادتهم واستقرار معاشهم، ولما كان الناس يحتاج بعضهم إلى ما في يد البعض الآخر وتبادل هذه المنافع لا يكون إلا - غالباً - إلا عن طريق العقود جاءت الشريعة بالعناية بهذه العقود بتشريع الأحكام المنظمة لها، وتحديد أركانها وشروطها، التي تضمن للناس تبادل المنافع بينهم وفق ما شرع الله تعالى، وتحميهم من الفوضى والاعتداء، بل تجعل هذه العقود عبادةً يتقربون بها إلى الله تعالى بحسن قصدهم وسلامة نيتهم، وقد قال بأبي هو وأمي ﷺ: ((إِنَّكَ لَنْ تُنْفِقَ نَفَقَةً إِلَّا أُجِرْتَ فِيهَا حَتَّى اللَّقْمَةَ تَرْفَعُهَا إِلَى فِي امْرَأَتِكَ)).<sup>(١)</sup> وضد ذلك الجهل بأحكام العقود وما يؤدي إليه هذا الجهل بها من الوقوع في الحرام وظلم الآخرين، وأكل أموال الناس بالباطل.

وكل ذلك يبين أهمية تعلم أحكام العقود وخاصةً لطالب العلم الشرعي، ومعرفة ما اشتملت عليه العقود من قواعد عامة جمعها الفقهاء في (نظرية العقد)، لا سيما مع تعدد وتجدد صور العقود، وما يطرأ عليها من تغيرات حسب تغيرات واقع الناس ومستجدات احتياجاتهم، فكان من الأهمية بمكان معرفة نظرية العقد في الفقه الإسلامي لاشتمالها على أركان العقد وشروطه وأحكامه لتعينهم على تصور المسائل المستجدة ومعرفة حكمها وفقاً للنظرية الفقهية للعقود.

وقد حرصتُ أن أضيف في هذا البحث ما استطعت إضافته مما كتب

(١) متفقٌ عليه من حديث سعد بن أبي وقاص، أخرجه البخاري مع التوضيح، كتاب: الإيمان، باب: ما جاء أن الأعمال بالنية والحسبة، ٢/٢٢٣ حديث رقم: ٥٦، ومسلم مع شرح النووي، كتاب: الوصية، باب: الوصية بالثلث ١١/٦٤، حديث رقم: ٥- (١٦٢٨).

في نظرية العقد، واشتمل على مقدمة، وخمسة مباحث، وثبت المراجع، وفهرس المحتوى.

أما المقدمة: فذكرت فيها أهمية معرفة نظرية العقد.

وفي المبحث الأول تعرضت لتعريف النظرية في اللغة والاصطلاح، وعرفت العقد في اللغة والاصطلاح والفرق بينه وبين الالتزام والتصرف، وطريقة معالجة الفقهاء لنظرية العقد، ثم تطرقت في المبحث الثاني إلى تكوين العقد وإنشاؤه وأركان العقد والشروط المتعلقة بها، وقد تكلمت في المبحث الثالث عن تقسيمات العقود باعتباراتها المختلفة، وفي المبحث الرابع فذكرت فيه أهم عيوب العقد وانتهائه. وفي المبحث الخامس تطرقت إلى العقود الناقلة للملكية، والاستيلاء على المباح. وذيلته بفهرس المحتوى. سائلاً المولى تبارك وتعالى القبول والتوفيق والسداد، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

وكتبه

د. محمد بن عبد العزيز بن محمد العقيل

الأمر التي راعيتها في البحث:

فقد قمت بفضل الله تعالى أثناء إعداد هذا البحث بمراعاة الأمور

الآتية:

- ١- عزوت الآيات القرآنية الكريمة ذكراً اسم السورة ورقم الآية.
- ٢- قمت بتخريج الأحاديث النبوية الشريفة من مصادرها الأصلية، مع الحرص على الحكم عليها - إن كان الحديث من غير الصحيحين - من خلال ما ذكره العلماء المتخصصون في هذا المجال.
- ٣- حرصت عند تخريج الحديث على ذكر اسم الكتاب والباب، إضافةً إلى رقم الجزء والصفحة، ورقم الحديث؛ ليسهل على من يرغب الرجوع إلى الحديث من خلال أي طبعة شاء.
- ٤- تجنبت ذكر الأحاديث الضعيفة لعدم صحة الاستشهاد بها.
- ٥- أحرص غالباً على الرجوع إلى التفاسير، وكتب شروح الحديث عند ذكر آية كريمة أو حديث شريف؛ للاطلاع على ما قاله أهل العلم عنهما، ونقل المناسب للاستشهاد به.
- ٦- شرحت الكلمات الغريبة، والألفاظ الغامضة؛ رغبةً في الإيضاح، وإتمام الفائدة.
- ٧- أثبت في آخر البحث المصادر والمراجع التي استقيت منها مادة البحث.

### خطة البحث:

قسّمتُ البحثُ إلى مقدمة وأربعة مباحث، وفهرس المحتوى، وهي على النحو الآتي:

المقدمة: واشتملت على أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والأمور التي روعيت في البحث إضافةً إلى خطة البحث التفصيلية.

المبحث الأول: تعريف العقد وتمييزه عن غيره من المصطلحات. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف النظرية الفقهية.

المطلب الثاني: تعريف العقد في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث: الفرق بين العقد والالتزام والتصرف.

المطلب الرابع: طريقة معالجة الفقهاء لنظرية العقد.

المبحث الثاني: أركان العقد والشروط المتعلقة بها.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الركن الأول: الصيغة.

المطلب الثاني: الركن الثاني: محل العقد.

المطلب الثالث: الركن الثالث: العاقد وأهليته.

المبحث الثالث: تقسيمات العقود باعتباراتها المختلفة.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أقسام العقد باعتبار نوع الأثر المترتب على العقد.

المطلب الثاني: أقسام العقد باعتبار ترتب الآثار على العقود وعدم ترتبها.

المطلب الثالث: أقسام العقد بالنسبة إلى الصيغة.

المبحث الرابع: عيوب العقد وانتهائه.  
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عيوب العقد.

المطلب الثاني: انتهاء العقد.

المبحث الخامس: أسباب نقل الملكية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: العقود الناقلة للملكية.

المطلب الثاني: الاستيلاء على المباح وأنواعه.

ثبت المرجع.

فهرس الموضوعات.



المبحث الأول: تعريف العقد وتمييزه عن غيره من  
المصطلحات.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف النظرية الفقهية.

المطلب الثاني: تعريف العقد في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث: الفرق بين العقد والالتزام والتصرف  
والوعد.

المطلب الرابع: طريقة معالجة الفقهاء لنظرية العقد.

المطلب الأول: تعريف النظرية الفقهية في اللغة والاصطلاح:

تعريف النظرية في اللغة:

النظرية مشتقة من النظر، ويأتي النظر في المعنى اللغوي في عدة معان، من أبرزها: وهو عبارة عن تقليب الحدقة نحو المرئي التماساً لرؤيته، ومن معاني النظر: ترتيب أمور معلومة على وجه يؤدي إلى استعلام ما ليس بمعلوم. <sup>(١)</sup>

تعريف النظرية في الاصطلاح:

عرّفها مصطفى الزرقا بقوله: "تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي تؤلف كلّ منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي". <sup>(٢)</sup>

وعرّفها الدكتور وهبة الزحيلي النظرية بأنها: "المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة؛ كنظرية الحق، ونظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية الأهلية، ونظرية الضمان، ونظرية الضرورة الشرعية، ونظرية المؤيدات الشرعية من بطلان وفساد وتوقف وتخيير ونحو ذلك مما أذكره هنا. <sup>(٣)</sup>

ومن المعروف أنّ فقهاءنا لم يقرروا أحكام المسائل الفقهية على أساس النظريات العامة وبيان المسائل المتفرعة عنها، على وفق المنهاج القانوني

(١) الكليات لأبي البقاء، ص ٩٠٤.

(٢) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا ١/٢٣٥.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ٤/٧.

الحديث، وإنما كانوا يتتبعون أحكام المسائل والجزئيات والفروع، مع ملاحظة ما تقتضيه النظرية أو المبدأ العام الذي يهيمن على تلك الفروع. ولكن بملاحظة أحكام الفروع يمكن إدراك النظرية وأصولها. من خلال هذا التعريف نجد الصلة قائمة بين النظريات الفقهية والقواعد الفقهية، وهذه الصلة هي صلة المشابهة بينهما من حيث الوحدة الموضوعية.

أما الاختلاف بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية فهو أن القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، ولا تشمل على أركان وشروط. بينما النظرية الفقهية تشمل على أركان وشروط، ولا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها.

كما أن النظرية بناء عام لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك. أما القاعدة فهي ضابط أو معيار كلي في ناحية مخصوصة من نواحي النظرية العامة.<sup>(١)</sup>

المطلب الثاني: تعريف العقد في اللغة والاصطلاح:

أولاً: تعريف العقد لغة:

قال ابن فارس: العين والقاف والذال أصل واحد يدل على شد وشدة ووثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها.<sup>(٢)</sup>

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ٧/٤؛ المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا ١/٢٣٥.

(٢) معجم مقاييس اللغة ٨٦/٤ وما بعدها.

والعقد: الضمان والعهد. والجمع بين أطراف الشيء، ويستعمل في الأجسام الصلبة؛ كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع، والعهد وغيرهما، والعقدة اسم لما يعقد من نكاح أو يمين أو غيرهما، وفي كلام الله تعالى: {لَا أَنْ يَعْقُوبَ أَوْ يَعْقُوبَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ} (١) (٢).

ويقال: عاقده على كذا، أو عقده عليه بمعنى عاهده. ومعقد الشيء مثل مجلس، موضع عقده.

ويطلق على معاني كثيرة في اللغة منها: الربط، والشد، والتوثيق، والإحكام، والقوة، والجمع بين الشئين، والعهد؛ تقول: عقدت الحبل، إذا شدته، واعتقد بينهما الإخاء، إذا صدق وثبت، وعقدَ العهد واليمين، يعقدهما عقداً وعقدَهما: أكدهما، وعقد كل شئ إبرامه. (٣)

وهذه المعاني متقاربة يجمعها معنى واحد الربط الذي هو نقيض الحل فمعنى العقد في اللغة يدور على أمرين:

(١) سورة البقرة: ٢٣٧.

(٢) ينظر: المفردات للراغب الأصفهاني، ص٣٤١؛ لسان العرب ١٠/٢٢٠ وما بعدها؛ تاج العروس ٥/١١٥؛ أحكام القرآن للشافعي ص١٥٣؛ أحكام القرآن للقرطبي ٣/١٣٦؛ أحكام القرآن لابن العربي ١/٢٩٥ وما بعدها.

(٣) ينظر: لسان العرب ١٠/٢٢٠ وما بعدها؛ تاج العروس ٥/١١٥؛ ومختار الصحاح للرازي ص٤٤٤؛ القاموس المحيط للفيروز آبادي، ص٣٨٣ وما بعدها؛ المصباح المنير للفيومي، ص٢١٨؛ المعجم الوسيط ص٦١٣ وما بعدها؛ المعجم الوجيز ص٤٢٦.

الأمر الأول: الجمع بين أطراف الشيء والربط بينهما، ومن ذلك استعير الربط الحكمي بين أقوال المتعاقدين وتعبيراتهم.

الأمر الثاني: إحكام العهد وتقويته، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق، والضمان، وكل ما يُنشئ التزاماً.<sup>(١)</sup>

وهو على نوعين:

- ١- العقد من جانب واحد كأن يربط الإنسان بين إرادته وتنفيذ ما التزم به.
  - ٢- العقد من جانبيين كالربط بين إرادتين أو كلامين لشخصين في موضوع معين كالبيع أو الإجارة أو الزواج.
- وعلى ذلك يكون عقداً في اللغة، كل ما يفيد الالتزام بشيء عملاً كان أو تركاً، من جانب واحد أو من جانبيين، لما في كل أولئك من معنى الربط والتوثيق.

ثانياً: تعريف العقد في الاصطلاح الفقهي:

إن معنى العقد الذي اصطلح عليه الفقهاء لا يبعد عن المعنى اللغوي له، بل هو حصرٌ له وتخصيصٌ لما فيه من العموم، وللعقد معنيين عندهم، ويطلق بإطلاقين:

فالمعنى العام: يطلق على كل التزام تعهد به الإنسان على نفسه، سواء كان يقابله التزام آخر كالبيع والإجارة، أو انعقد بكلام واحد كالإعتاق

---

(١) ينظر: الملكية ونظرية العقد، للشيخ محمد أبو زهرة ص١٧٣ وما بعدها.

والوصية، وسواء كان التزاماً دينياً كالنذر أو دنيوياً كالبيع ونحوه.<sup>(١)</sup>  
 أما المعنى الخاص: فيطلق العقد على كل اتفاق تم بين إرادتين أو أكثر  
 على إنشاء التزام أو نقله، فهو لا يتحقق إلا من طرفين أو أكثر، وهذا هو  
 المعنى الغالب عند إطلاق الفقهاء للعقد في الاصطلاح الفقهي.<sup>(٢)</sup>  
 ١ - ذكر البابر تي أن العقد: "تعلُّق كلام أحد العاقدين بالآخر  
 شرعاً على وجه يظهر أقره في الحل".<sup>(٣)</sup>  
 ٢ - وعرفه قدوري باشا بأنه: "ارتباط بين الإيجاب الصادر من  
 أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه".<sup>(٤)</sup>  
 فإذا قال شخصٌ لآخر: بعتك الكتاب - فهو الإيجاب - وقال الآخر:  
 اشتريت - فهو القبول - ومتى ارتبط القبول بالإيجاب، وكانا صادرين من  
 ذوي أهلية معتبرة شرعاً، ثبت أثر البيع - وهو انتقال ملكية المبيع للمشتري،  
 واستحقاق البائع الثمن في ذمة المشتري - في محله - وهو الكتاب -.<sup>(٥)</sup>  
 وهذا يتفق كل الاتفاق مع المعنى الخاص للعقد بأنه توافق إرادتين  
 على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه.

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي ١٥٩/٢٤؛ نظرية العقد لابن تيمية ص ٢١، ٢١، ١٨ في  
 كلامه رحمه الله ما يدل على استخدام العقد بهذا المعنى.  
 (٢) ينظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، للدكتور محمد عبد المنعم ٥٧١/٢ -  
 ٥٢٠؛ معجم لغة الفقهاء، للدكتور محمد رواس قلعة جي، وحامد قنبي، ص ٣١٧.  
 (٣) شرح العناية على الهداية، للبابر تي، ٧٤/٥.  
 (٤) ينظر: تهذيب الأسماء واللغات ٧٢/٢؛ المدخل الفقهي العام للزرقا ٣٩٢/١.  
 (٥) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ٨١/٤.

ولذا فإن أكثر الفقهاء لا يطلقون اسم العقد على الطلاق، والإبراء، والإعتاق وغيرها مما يتم بكلام من طرف واحد من غير كلام الطرف الثاني. في حين يطلقون اسم العقد على البيع، والهبة، والزواج، والإجارة وغيرها مما لا يتم إلا بربط كلامين من طرفين.

٣- وعرفه الجرجاني بأنه: "ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً".<sup>(١)</sup>

وفي الجملة إن كتب الفقه تذكر كلمة العقد، وتريد بها أحياناً المعنى العام، وهو المراد للتصرف، وتذكرها أحياناً وتريد بها المعنى الخاص، وهو ما لا يتم إلا من ربط كلامين يترتب عليه أثر شرعي. وهذا هو المعنى الشائع المشهور حتى يكاد ينفرد هو بالاصطلاح، وهو المعنى الذي يتبادر إلى الذهن إذا أطلقت كلمة العقد. أما المعنى الثاني فلا تدل عليه كلمة العقد، إلا بتنبيه يدل على التعميم.

وهذا المعنى هو الأساس في معنى العقود؛ لأن في التعاقد معنى ينشئ آثاراً، ويرتّب حقوقاً متقابلة؛ كاستلام العوض، والتمكين من المنفعة، وهو المعبر عنه بالقبض.

وقد استثنى بعض العلماء من هذه الأساس إبرام العقد بعاقده واحد في بعض صور العقود؛ كبيع الأب والوصي والقاضي والوكيل أو شرائهم لأنفسهم من مال الصبي؛ حيث أن الأب في هذه الحالة يمثل طرفي التعاقد.<sup>(٢)</sup>

(١) التعريفات للجرجاني ص١٩٦؛ وينظر: كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ٢٠٦/٣.

(٢) ينظر: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنيطي ٧١/١.

المطلب الثالث: الفرق بين العقد والالتزام والتصرف والوعد:

العقد يكون بتوافق إرادتين إيجاباً وقبولاً.

أما الالتزام: فهو التصرف المتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهاء حق أو إسقاطه سواء أكان التصرف الذي ينتج التزاماً هو في مقابلة التزام من جانب آخر كما في البيع والإجارة، أم كان هذا الالتزام من جانب واحد كما في الوقف.

والالتزام بهذا المعنى يكون أعم من العقد الذي يشترط فيه اجتماع إرادتين على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء. على أن البعض قد خص الالتزام عند الإطلاق بجالة التزام الشخص نفسه. ولذا فإنهم يطلقونه على أحوال الإرادة المنفردة، وهو بهذا المعنى يكون مقابلاً لمعنى العقد.

كما أن الالتزام أثر للعقد بالمعنى العام؛ حيث يترتب على العقد التزامات عديدة، وتلك الالتزامات أثر من آثار العقد؛ كالتزام نقل المبيع إلى المشتري الناتج عن عقد البيع.<sup>(١)</sup>

وأما التصرف: فهو ما يصدر من الشخص المميز بإرادته قولاً أو فعلاً ويرتّب عليه الشارع نتيجة ما. وهو يشمل الالتزام والعقد.

فالتصرف أعم من العقد؛ لأنه يتناول ما كان بإرادتين، وما كان بإرادة واحدة. كما يتناول ما كان منشئاً لحق كالنكاح، أو منهيّاً له كالطلاق، أو مسقطاً له كالإبراء، كما يتناول ما لم يكن فيه شيئاً من ذلك كما في الإخبار بدعوى أو إقرار بحق سابق أو إنكار له أو حلف على نفيه. فهو إخبار بثبوت

(١) ينظر: المدخل إلى فقه المعاملات المالية للأستاذ الدكتور محمد عثمان شبير ص ٢٠٣.



حق وليس إنشاء لالتزام أو إسقاط له. وهذه التصرفات ليس فيها معنى العقد.

وعلى هذا فإن أي عمل من أعمال الإنسان، لا يوصف بأنه تصرف شرعي، إلا حيث تكون الإرادة قد اتجهت إلى إحداث أثر شرعي، ويتم هذا الأثر نتيجة مباشرة لاتجاه الإرادة إليه.

أما إذا لم تقصد الإرادة إحداث أثر شرعي، يربط صاحبها وبقيدته أمام الشرع، فلا نكون بصدد تصرف شرعي، بل عمل من أعمال المجاملات، كدعوة صديق إلى غداء مثلاً.<sup>(١)</sup>

وعليه: فإن التصرف أعم من العقد والالتزام. والعقد بالمعنى العام والالتزام مترادفان متساويان، والالتزام أعم من العقد بالمعنى الخاص، والعقد بمعناه الخاص نوع من الالتزام، وأخص من كلمة تصرف. فكل عقد هو تصرف، وليس كل تصرف عقداً.<sup>(٢)</sup>

وأما الوعد فهو: الإخبار عن فعل أمرأ في المستقبل يتعلق بالغير. ويختلف العقد عن الوعد في أن العقد إذا وجد مستوفياً لأركانه وشروطه الشرعية ترتبت عليه آثاره في الحال، ووجب على كل من العاقدين الوفاء بالتزامه إذا قبل الآخر بموجب العقد وإلا ألزمه القاضي الوفاء به. أما الوعد فيتضمن إنشاء التزام في المستقبل.<sup>(٣)</sup>

(١) ينظر: الملكية ونظرية العقد، للشيخ محمد أبو زهرة ص١٧٤ وما بعدها؛ الفقه

الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ٨٣/٤.

(٢) ينظر: المدخل إلى فقه المعاملات المالية للأستاذ الدكتور محمد عثمان شبير ص٢٠٣.

(٣) ينظر: المدخل إلى فقه المعاملات المالية، للأستاذ الدكتور محمد عثمان شبير، ص٢٠٣.

المطلب الرابع: طريقة معالجة الفقهاء لنظرية العقد:

إنَّ الفقه الإسلامي قام على الكتاب والسنة بفهم سلف الأمة، واستنبط الفقهاء رحمهم الله تعالى من نصوص الكتاب والسنة أصولاً وقواعد وضوابط، إلا أنَّ الفقه نشأ مبيناً للقضايا والوقائع التي حدثت في عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وعلى هذا جرى الفقهاء رحمهم الله تعالى، فتناولوا العقود باعتبارها عقوداً مستقلة في كل كتاب أو باب بحسبها دون ربطها ببعضها، بل تناولوا كل عقدٍ على حدة من حيث أركانه، وشروطه، وأحكامه .. وهكذا.

وجاء الإسلام والناس يتعاملون بعقودٍ عدة فأقرَّ منها ما هو صحيح، وألغى غير الصحيح، وعدَّل ما يحتاج منها إلى تعديل، فأحلَّ البيع في قوله: {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا} (١).

وروى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كَانَتْ عُكَاظٌ وَمَجَنَّةٌ وَدُوَ الْمَجَازِ أَسْوَأًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَلَمَّا كَانَ الْإِسْلَامُ تَأَثَّمُوا مِنَ التَّجَارَةِ فِيهَا فَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: {لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ}. (٢) في مواسم الحج. (٣)

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) سورة البقرة: ١٩٨. أخرجه البخاري مع التوضيح ٥٠٧/١٨، كتاب: الخمس، باب: من لم يحمس الأسلاب، حديث رقم: ٣١٤٢

(٣) أخرجه البخاري مع التوضيح ٨٧/٢٢، كتاب: تفسير القرآن، باب: قوله تعالى: {لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ}. حديث رقم: ٤٥١٩.

وقد عني الفقهاء في كتبهم عامة وفي كتب (الأشباه والنظائر) خاصة بقواعد الفقه الكلية العامة التي قام عليها في أحكامه.

وعند التأمل في تلك الأحكام المقررة للعقود باختلاف أنواعها يجد أن هناك قواعد مشتركة بين تلك العقود، فيستخلص منها نظرية عامة للعقد، وهو ما فعله الفقهاء المعاصرون في مؤلفاتهم الحديثة، ومن بينهم:

- ١- الشيخ محمد أبو زهرة (الملكية ونظرية العقد).
- ٢- الشيخ محمود شوكت العدوي في كتابه (نظرية العقد).
- ٣- الشيخ محمود يوسف موسى في كتابه (الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي).
- ٤- الشيخ مصطفى الزرقاء في كتابه (المدخل إلى الفقه الإسلامي العام).
- ٥- الشيخ صالح بن عبد العزيز الغليقة في كتابه (صیغ العقود في الفقه الإسلامي).
- ٦- الشيخ محمد مصطفى الشنقيطي في كتابه (دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة).

#### حكمة العقود في الشرع:

لو تصورنا عدم وجود العقود في الشرع، كيف ستكون الحال؟ ستكون المعاملات قائمة على النهب، والسلب؛ لأنه لا غنى لأحد عما في يد أخيه، فهنا لا بد من تنظيم هذا الأمر، والإسلام ينظم ويكفل حقوق الناس عن طريق التعاقد وتقديم (العوض المالي) الذي جعل في العقود ليحقق كمال الرضى؛ لأن الإنسان لا يرضى أن يدفع ما في يده إلا

بمقابل مساوٍ للعين المعقود عليها.

وعليه فإن من أبرز حكَم العقود ما يلي:

- ١- حفظ حقوق الناس.
- ٢- دفع الخصومات والنزاع.
- ٣- تحقيق مصالح الناس الشرعية وسد حاجتهم.
- ٤- باب من أبواب النماء كالماتجة.

المبحث الثاني: أركان العقد.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الركن الأول: الصيغة.

المطلب الثاني: الركن الثاني: محل العقد.

المطلب الثالث: الركن الثالث: العاقد

وأهليته.

توطئة:

المقصود بتكون العقد وإنشائه: بيان الأمور التي يتكوّن منها العقد، وهي ما يعبر عنها بـ (أركان العقد) وإليك بيان أركان العقد:  
 أولاً: تعريف الركن في اللغة والاصطلاح:  
 الركن في اللغة: الرء والكاف والنون أصلٌ يدلُّ على تجمُّع الشيء.  
 فركن الشيء: جانبه الأقوى. وهو يأوي إلى ركن شديد أي عز ومنعة. وفلانٌ ركين، أي وقوراً ثابتاً.<sup>(١)</sup>  
 والركن: الناحية القوية وما تقوى به من ملك وجند وغيره، والجمع أركان وأركان، أنشد سيبويه لرؤبة: وزحم ركنيك شديد الأركان.  
 وركن الإنسان: قوته وشدته، وكذلك ركن الجبل والقصر، وهو جانبه.

وركن الرجل: قومه وعدده ومادته.

وقيل في قوله تعالى: {قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ

{٨٠} (٢)، إن الركن القوة. (٣)

ويقال للرجل الكثير العدد: إنه ليأوي إلى ركن شديد.

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٣٠/٢.

(٢) سورة هود: ٨٠.

(٣) ينظر: أحكام القرآن للقرطبي ٥٣/٩.

وفلان ركن من أركان قومه أي شريف من أشرفهم.<sup>(١)</sup>

والركن في اصطلاح جمهور الفقهاء:

ركن الشيء: ما لا وجود لذلك الشيء إلا به.

ما توقف عليه، سواء كان جزءاً من حقيقته أم كان خارجاً عنه.<sup>(٢)</sup>  
وخالف في هذا الحنفية إذ قصروا الركن على ما كان داخلياً في  
الماهية.<sup>(٣)</sup>

ويسبب هذا الخلاف حصل خلاف بين الجمهور والحنفية في أركان  
العقد.

القول الأول: ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(٤)</sup> إلى  
أن أركان العقد ثلاثة:

الأول: الصيغة؛ المراد بها الإيجاب والقبول.

الثاني: العاقدان اللذان يصدران الإيجاب والقبول.

الثالث: المحل؛ وهو المعقود عليه.

القول الثاني: وذهب الحنفية إلى أن للعقد ركن واحد هو الصيغة.

قال الكاساني: "الركن هو الإيجاب والقبول".<sup>(٥)</sup>

(١) ينظر: لسان العرب ٦/٢١٧ وما بعدها؛ تاج العروس ١٨/٢٤٢ وما بعدها؛ ومختار  
الصحاح للرازي ص٢٥٥ وما بعدها؛ القاموس المحيط للفيروز آبادي، ص١٥٥٠؛  
المفردات للراغب الأصفهاني ص٢٠٣؛ المصباح المنير للفيومي، ص٢١٨؛ المعجم  
الوسيط ص٣٧٠ وما بعدها؛ المعجم الوجيز ص٢٧٦ وما بعدها.

(٢) ينظر: معجم المصطلحات الفقهية، إدارة المخطوطات والمكتبات الإسلامية ١/٥٥٩؛  
معجم لغة الفقهاء ص٢٢٦.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين ١/٤٤٦؛ التعريفات للجرجاني ص١٤٩.

(٤) ينظر: مواهب الجليل ٦/٥٧؛ المجموع للنووي ٩/١٤٩؛ كشاف القناع ١/٢٥١.

(٥) بدائع الصنائع الكاساني ٥/١٣٤.

أركان العقد: (على رأي الجمهور) ثلاثة أركان:

- ١- الصيغة (الإيجاب والقبول) وهي الأصل.
- ٢- المعقود عليه (محل العقد).
- ٣- العاقد.

أما الحنفية فالصيغة هي الركن وما عداها فتابع لها وليست بأركان للعقد.

وهذا الخلاف لفظي ليس له ثمرة في الواقع، وإن كان الأولى هو تقسيم الجمهور لما فيه من تفصيل الأركان.

١- الركن الأول: الصيغة:

الأساس في وجود العقد هو رضا المتعاقدين، والرضا أمرٌ خفيٌ مستتر لا يمكن معرفته إلا بما يدلُّ عليه من لفظٍ، أو ما يقوم مقامه، وهذا الذي يدل على هذا الرضا هو ما سمَّاه الفقهاء بالصيغة، ويطلق عليها عند الفقهاء (الإيجاب والقبول) بينما تسمى عند القانونيين (التعبير عن الإرادة). ويشترط لاعتبار هذه الصيغة أن تكون واضحة الدلالة على رضا المتعاقدين، ومفهومة لذيهما، سواء كان لفظاً، أو كتابةً، أو إشارة؛ لأنَّ المنظور إليه في الصيغة أن تكون كاشفة ومظهره لرضا العاقدين دون النظر إلى وسيلة هذا الإظهار.

تعريف الصيغة:

الصيغة في اللغة: مأخوذة من الصوغ، وهي مصدر صاغ الشيء يصوغه صوغاً وصياغة.



وصيغة الأمر كذا: هيته التي بني عليها. وصيغة الكلمة: هيتهما  
الحاصلة من ترتيب حروفها وحركاتها.<sup>(١)</sup>

الصيغة في الاصطلاح: "ما دلّ على مقصود العقد من قولٍ وما في  
معناه أو فعل".<sup>(٢)</sup>

أما الإيجاب والقبول فقد عرفه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية  
والحنابلة<sup>(٣)</sup> بأن الإيجاب: "هو ما صدر ممن يكون منه التمليك أولاً كالبائع،  
والقبول: هو ما صدر ممن يصير له الملك".

وقال الحنفية<sup>(٤)</sup>: "الإيجاب هو: ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين،  
والقبول ما صدر ثانياً من المتعاقد الثاني".

ومرد الخلاف بين الأحناف والجمهور إلى اعتبار ما صدر عن المالك  
وما صدر عن غيره عند الجمهور، وما صدر أولاً وصدر ثانياً عند الأحناف.  
أساليب صيغة:

الصيغة المنشئة للعقد لها صورٌ عديدة تؤدي المعنى الذي من أجله  
كانت ركناً؛ وهو التراضي، ولهذا كان لها عدة أساليب هي:

---

(١) ينظر: لسان العرب ٣٠٧/٨؛ تاج العروس ٤٦/١٢؛ القاموس المحيط للفيروز آبادي  
ص١٠١٤ وما بعدها؛ المصباح المنير للفيومي ص١٨٣؛ المعجم الوسيط ص٥٢٩؛  
المعجم الوجيز ص٣٧٤.

(٢) ينظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، للدكتور محمود عبد المنعم ص٤٠٧.

(٣) ينظر: شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٣٣١/١؛ مغني المحتاج للشربيني ٣/٢؛ روضة  
الطالبين للنووي ٤/٣؛ كشاف القناع للبهوتي ١٤٦/٣؛ المبدع لابن مفلح ٤/٤.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ١٣٣/٥؛ حاشية الشليبي على تبين الحقائق ٣/٤.

## ١- الأسلوب الأول: اللفظ أو القول:

وهو الوسيلة الطبيعية والأصلية في التعبير عن الإرادة، وهو الأكثر استعمالاً في العقود، ولا يشترط فيه لفظ معين ولا عبارة مخصوصة، وإنما يصح بكل ما يدل على الرضا بأي لغة وبجسب العرف المتداول بين المتعاقدين، وذلك في سائر العقود.

فاللفظ هو الأصل، وهو الذي يعبر عن إرادة الشخص، ولذا يشترط في اللفظ أن يكون واضح الدلالة فاللفظ هو دليل العقد، ولا بد أن يكون باللغة التي يفهمها الطرفان، أما إذا كان أحدهما لا يفهمها فلا يتم العقد؛ لأنَّ الشرط المهم هو حصول التراضي، لقول النبي ﷺ: ((لَا يَجِلُّ مَالٌ أَمْرِي يَعْني مُسْلِمًا إِلَّا بِطَيْبٍ مِنْ نَفْسِهِ)).<sup>(١)</sup>

واختلف الفقهاء في صيغة عقد الزواج حيث أجازوه بلفظ النكاح والتزويج واختلفوا في انعقاده بألفاظ أخرى كالهبة والصدقة فأجازه بها المالكية والحنفية، ولم يجزه بها الشافعية والحنابلة.

والصحيح: هو ما ذهب إليه المالكية والحنفية، وهو اختيار شيخ

(١) أخرجه الإمام أحمد ٥/٧٢؛ والدارقطني، كتاب: البيوع، ٣/٢٦ حديث رقم: ٩١؛ والبيهقي كتاب: الغصب، باب: من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً ٦/١٦٦ حديث رقم: ١١٥٤٥ عن أبي حرة الرقاشي عن عمه مرفوعاً؛ والحديث حسنه البيهقي لطرقه كما في البدر المنير لابن الملقن ٦/٦٩٧؛ صححه الألباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ٥/٢٧٩ برقم: (١٤٥٩). شرح حدود ابن عرفة للرصاع ١/٣٣١؛

الإسلام ابن تيمية رحمه الله. (١)

فالقاعدة: أن جميع العقود تنعقد بما دلّ عليها عرفاً، سواء كانت باللفظ الوارد أو بغير اللفظ الوارد، وسواء كان ذلك في النكاح أو في غير النكاح.

وانفق الفقهاء على أن العقد يصح بلفظ الماضي؛ لأنه أدل على المراد.

مثاله: اشترت منك هذه السلعة. فقال البائع: بعثك.

كما اتفقوا على انعقاده بلفظ المضارع إذا توافرت القرينة الدالة على إنشاء العقد؛ لأنّ المضارع يفيد الحال والاستقبال، فكان لا بد من القرينة والنية لتعيين المراد في الحال.

مثاله: اشترى منك هذه السلعة. فقال البائع: أبيعك.

واختلفوا في انعقاده بفعل الأمر: كأن يقول: بعني هذا بكذا. فقال

البائع: بعثك.

فقال الجمهور: إنه ينعقد بدون حاجة للفظ ثالث من الأمر، سواء

كان بيعاً أو زواجاً؛ لأنّ أساس العقد هو التراضي، وقد جرى العرف باستعمال فعل الأمر كالمضارع والماضي.

وقال الأحناف إن ما عدا عقد النكاح لا ينعقد بلفظ الأمر، ولو نوى

ذلك؛ لأنّ فعل الأمر لا يفيد إلا الطلب والتكليف فلا يكون قبولاً ولا إيجاباً.

والصحيح: هو رأي الجمهور لما فيه من تحقيق مصالح الناس ومراعاة

---

(١) ينظر: شرح حدود ابن عرفة للرصاع ١/ ٣٣١؛ الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ

الإسلام ابن تيمية للبعلي ص٢٢٣ وما بعدها.

أعرافهم وعاداتهم دون مصادمة النصوص الشرعية.  
كما اتفقوا على عدم انعقاده بصيغة الاستقبال، وهي صيغة المضارع  
المقرون بالسين أو سوف؛ لأن ذلك يدل على المستقبل، فهو وعدٌ بالعقد  
وليس عقداً.

مثاله: سوف تبيني هذا بكذا؟ فقال البائع: سأبعيك.

كذلك لا ينعقد بصيغة الاستفهام لأنها ليست إيجاباً ولا قبولاً.<sup>(١)</sup>

مثاله: أتبعيني هذا بكذا؟ فقال البائع: بعتك.

٢- الأسلوب الثاني: التعاقد بالأفعال:

وهو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون التلفظ  
بالإيجاب والقبول، ويسمى ذلك عند الفقهاء بالمعاطاة أو التعاطي؛ وصورته  
ما يحصل عند تسعير سلعة معينة دون التلفظ بالإيجاب والقبول.

فقد اختلفوا في التعاقد بالتعاطي في العقود المالية على أقوال ثلاثة:

القول الأول: ذهب الجمهور من الحنفية وبعض الشافعية والصحيح  
عند الحنابلة<sup>(٢)</sup> إلى أن العقد ينعقد بالتعاطي فيما تعارفه الناس، سواء أكان

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٣٣/٥؛ الشرح الصغير على أقرب المسالك ١٥/٣؛ بداية  
المجتهد ٢٠٢/٢؛ مغني المحتاج ٤/٢-٥؛ المغني لابن قدامة ٦/٧-٨؛ الفقه الإسلامي  
وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ٩٧/٤؛ دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة،  
لمحمد مصطفى الشنقيطي ١٤٨/١؛ النظرية العامة للعقود للدكتور بهاء الدين  
العلايلي ٢٠٩-٢١٥.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ١٣٣/٥؛ حاشية ابن عابدين ٤/٥-١٣؛ المغني لابن قدامة  
٦/٧-٨؛ مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٥/٢٩ وما بعدها؛ الفقه=

الشيء يسيراً كالبيضة والرغيف والجريدة أم نفيساً (كثير الثمن) كالدار والأرض والسيارة؛ لأنّ تعارف الناس دليلٌ ظاهر على التراضي، سواء تمت المبادلة الفعلية من الجانبين، أو من جانب واحد ومن الآخر اللفظ، وسواء في ذلك البيع والإجارة والهبة والرجعة.

وذلك بشرط أن يكون ثمن المعقود عليه معلوماً، وألاً يصرح العاقد مع التعاطي بعدم الرضا بالعقد.

القول الثاني: ذهب مالك وأصل مذهب أحمد<sup>(١)</sup> إلى أن العقد ينعقد بالفعل أو بالتعاطي متى كان واضح الدلالة على الرضا، سواء تعارفه الناس أم لا، وهذا الرأي أوسع من سابقه وأيسر على الناس، فكل ما يدل على البيع أو الإجارة وسائر العقود الأخرى ما عدا الزواج ينعقد العقد به؛ لأنّ المعوّل عليه وجود ما يدل على إرادة المتعاقدين من إنشاء العقد وإبرامه والرضا به، وقد تعامل الناس به من عصر النبوة فما بعده، ولم ينقل عن النبي ﷺ وأصحابه الاقتصار على الإيجاب والقبول، ولا إنكار التعاطي، فكانت القرينة كافية على الدلالة على الرضا.

القول الثالث: ذهب الشافعية والظاهرية<sup>(٢)</sup> إلى أنه لا تنعقد العقود

---

=الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ٩٩/٤؛ دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنقيطي ١٤٩/١؛ النظرية العامة للعقود للدكتور بهاء الدين العلايلي ٢٢٦/١-٢٢٧.

(١) ينظر: الشرح الصغير على أقرب المسالك ١٤/٣؛ الفروق للقرافي ٣/١٨٠؛ المغني لابن قدامة ٦/٧-٨؛ كشاف القناع ٣/١٤٨.

(٢) ينظر: مغني المحتاج ٢/٣؛ روضة الطالبين للنووي ٣/٥؛ المحلى لابن حزم ٨/٣٥٠.

بالأفعال أو بالمعاطاة لعدم قوة دلالتها على التعاقد؛ لأنَّ الرضا أمر خفي، لا دليل عليه إلا باللفظ، وأما الفعل فقد يحتمل غير المراد من العقد، فلا يعقد به العقد، وإنما يشترط أن يقع العقد بالألفاظ الصريحة أو الكنائية، أو ما يقوم مقامها عند الحاجة كالإشارة المفهمة أو الكتابة.

والصحيح هو القول الأول: وهو صحة انعقاد بيع المعاطاة في كل ما يعده الناس بيعاً، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، واختاره جماعة من الشافعية منهم النووي والبعثي والمتولي؛ لأنه لم يثبت اشتراط لفظ، فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة.<sup>(١)</sup>

### ٣- الأسلوب الثالث: التعاقد بالإشارة:

لا تخلو الإشارة من حالين إما أن تكون من الناطق أو من الأخرس.  
أ - العاقد العاجز عن النطق؛ كالأخرس ومعتقل اللسان، وله إشارة مفهمة فينعقد العقد بإشارته سواء كان قادراً على الكتابة أم غير قادر عليها، فتقوم إشارته مقام النطق باللسان وهو المعتمد عند الحنفية وبه قال المالكية والراجح عند الشافعية وقول الحنابلة.

وكذا من كان خرسه طارئاً فيصح عقده بالإشارة على الصحيح من أقوال أهل العلم سواء كان زوال خرسه مرجوياً أم كان غير مرجو.<sup>(٢)</sup>  
ب - العاقد القادر على النطق، فلا ينعقد بإشارته، بل عليه أن يعبر

(١) ينظر: روضة الطالبين للنووي ٥/٣؛ الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام

ابن تيمية للبعلي ص ١٣٩.

(٢) ينظر: صيغ العقود في الفقه، للدكتور صالح الغليقة ص ٢٤٨.

عن إرادته بلسانه لفظاً أو كتابة؛ لأنَّ الإشارة وإن دلت على الإرادة لا تفيد اليقين المستفاد من اللفظ أو الكتابة، فلا بد من العبارة، وإلا لم ينشأ العقد عند الحنفية والشافعية. (١)

وقال المالكية وقولاً للشافعية ووجه عند الحنابلة واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية (٢) بانعقاده بالإشارة المفهمة؛ لأنها أولى في الدلالة من الفعل.

وهذا القول هو الراجح؛ لأنَّ المطلوب لصحة العقد أن يوجد ما يدل على الرضا من العاقدين، وإذا كانت الإشارة المفهمة تدل على الرضا فما المانع من صحة العقد بها؟!.

والألفاظ لم تقصد لذواتها، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه، ومن ذلك الإشارة. بشرط أن تكون الإشارة مفهومة.

٤- الأسلوب الرابع: التعاقد بالكتابة:

لا يخلو التعاقد بالكتابة من حالتين:

الأولى: التعاقد بين حاضرين بالمكاتبة:

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٣٥/٥؛ حاشية ابن عابدين ٩/٤؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣١٢؛ مغني المحتاج ٣/٢-٤؛ المجموع للنووي ١٧١/٩؛ المغني لابن قدامة ١٤/٦؛ كشاف القناع ٣٩/٥.

(٢) ينظر: مغني المحتاج ٣/٢-٤؛ المجموع للنووي ١٧١/٩؛ المغني لابن قدامة ١٤/٦؛ كشاف القناع ٣٩/٥؛ الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية للبعلي ص٢٢٤؛ صيغ العقود في الفقه، للدكتور صالح الغليقة ص٢٥٤.

ذهب الجمهور إلى صحة التعاقد بالكتابة بين طرفين ناطقين أو عاجزين عن النطق حاضرين في مجلس واحد.

وقد استثنى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على الصحيح من مذهبهم عقد النكاح، فقالوا لا ينعقد بالكتابة بين غائبين؛ لعظم خطر عقد النكاح، والشيء إذا عظم قدره شُدِّدَ فيه، واحتيط له ما لا يجتاط لغيره؛ لذا فلا ينعقد النكاح بالكتابة بين غائبين.<sup>(١)</sup>

الثانية: التعاقد بين غائبين بالمكاتبة:

ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية ووجهٌ عند الشافعية وهو مذهب الحنابلة<sup>(٢)</sup> إلى صحة التعاقد بالمكاتبة بين الغائبين. فالكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنى؛ فإنَّ الكتاب له حروفٌ ومفهوم يؤدي عن معنى معلوم فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر.

وقد استثنى المالكية والشافعية في قول والحنابلة في رواية عقد النكاح، فقالوا لا ينعقد بالكتابة بين غائبين.

والراجح: أنه لا فرق بين التعاقد بالكتابة بين حاضرين وغائبين لعدم الفرق المؤثر في الحكم، فما كان راجحاً هناك فهو الراجح هنا، ولكن ينبغي التأمل والوقوف بالنسبة لعقد النكاح، وعدم إغفال خطورة هذا العقد

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٣٨/٥؛ الفتاوى الهندية ٩/٣؛ مغني المحتاج ٥/٢؛ المجموع للنووي ١٦٧/٩؛ كشاف القناع ٣٩/٥؛ الإنصاف للمرداوي ٥٠/٨.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ١٣٨/٥؛ الفتاوى الهندية ٩/٣؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ١٤/٣؛ والفواكه الدواني ١١٠/٢؛ مغني المحتاج ٥/٢؛ المجموع للنووي ١٦٧/٩؛ كشاف القناع ٣٩/٥؛ الإنصاف للمرداوي ٥٠/٨.



واحتماء الشارع له، لذا فالراجع في عقد النكاح بين غائبين بالكتابة التفصيل التالي:

منع إجراء عقد النكاح بين غائبين بالكتابة في حالة تمكنهما من الاجتماع في مجلس واحد، وسماع الشهود لصيغتهما. وأما إذا عسر اجتماعهما وخشي من الضرر في تأخير عقد النكاح فإن القاعدة الشرعية ناطقة بأن (الأمر إذا ضاق اتسع). ولكن مع العناية والتأكد من صحة الكتاب المرسل وأنه صادر من العاقد فعلاً وذلك بتصديقه من جهة رسمية ونحو ذلك من وسائل الاحتياط.

واشترط الفقهاء للتعاقد بالكتابة شروطاً أهمها:

١- أن تكون الكتابة واضحة مقروءة تبقى صورتها بعد الانتهاء منها وإلا لم ينعقد بها العقد كالكتابة في الهواء أو على الماء تقول القاعدة الفقهية: "الكتاب كالخطاب".

٢- أن يكون الكتاب الذي ينعقد به العقد مذكوراً فيه اسم المرسل وتوقيعه واسم المرسل إليه.

مجلس العقد عند التعاقد بالمكاتبة:

إن بداية المجلس ونهايته عند التعاقد بالكتابة بين حاضرين يعد أمرًا سهلاً؛ لأن العاقدين حاضران في مجلس العقد. أما تصور بداية المجلس ونهايته عند التعاقد بالمكاتبة بين غائبين ففيه شيء من الغموض والصعوبة.

فقد نص الحنفية والشافعية وكذا في المفهوم من كلام المالكية والحنابلة إلى أن مجلس العقد يبدأ - عند التعاقد بين غائبين بالكتابة - وقت وصول

الكتاب إلى المجلس الذي يكون فيه القبول وقراءته، فالعبرة بمجلس القراءة لا الكتابة.

أما انتهاء مجلس العقد - عند التعاقد بين غائبين بالكتابة - فهو محل خلاف بين الفقهاء والراجح من أقوالهم رحمهم الله تعالى هو أنه ينتهي بانفضاض المجلس الذي بلغ القابل فيه الإيجاب.

كما أن الراجح من أقوال الفقهاء عدم تجدد الإيجاب بقراءة الكتاب في مجلس آخر. <sup>(١)</sup>

الأسلوب الخامس: التعاقد عن طريق المراسلة:

المقصود بالتعاقد عن طريق المراسلة: أن يرسل أحد المتعاقدين من يحمل إيجابه أو قبوله مشافهةً للطرف الآخر الغائب.

والفقهاء - عادةً - يذكرون أحكام التعاقد عن طريق المراسلة والتعاقد بالكتابة بين غائبين معاً بصفة عامة دون أن يفرقوا بينهما من جهة الحكم، لذلك فلا يوجد فرق بينهما فأحكامهما واحدة فما ثبت لطريقة التعاقد بالمراسلة من الأحكام ثبت لطريقة التعاقد بالكتابة بين غائبين، وما لم يثبت لإحدهما لم يثبت للأخرى.

وإن مهمة المرسل تنتهي بتبليغ الإيجاب في المجلس الأول، فهو ليس

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥/١٣٨؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣/١٤؛ مغني المحتاج ٢/٥؛ المجموع للنووي ٩/١٦٨؛ روضة الطالبين ٣/٣٣٩؛ المقنع مع شرحه المبدع ٤/٥؛ صيغ العقود في الفقه، للدكتور صالح الغليقة ص-٢٢٣.

بنائب ولا وكيل عن المرسل إنما هو مبلغ عنه فقط. (١)

٥- الأسلوب السادس: التعاقد بالوسائل الحديثة:

ومنها: الهاتف - البرقية - الشبكة الإلكترونية - البريد الإلكتروني -

الفاكس

أما بالنسبة للهاتف فقد جاءت في نصوص الفقهاء ما يدل على صحة

التعاقد في الهاتف، فقد قال النووي في المهذب: "لو تناديا وهما متباعداً صح

البيع بلا خلاف". والهاتف يقرب البعيد؛

إذن فالتعاقد بالهاتف صحيح، وعليه العمل الآن في واقع الناس،

ولكن يشترط في هذا شروط وهي:

١- أن يكون الصوت معروفاً أنه لفلان.

٢- أن يسمع كل منهما الآخر.

٣- زوال جميع الاحتمالات والحيل.

٤- أن تكون دالة على الإرادة والرضا.

ومجلس العقد في الهاتف هو: مدة انشغال العاقدین بالمكالمة، ويكون

التفرق في الهاتف بقطع الاتصال.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٣٨/٥؛ حاشية رد المحتار ١٤/٣؛ الهداية للمرغيناني ٢١/٣؛

البنية شرح الهداية للعينى ٧/٨؛ مغني المحتاج ٥/٢؛ كشاف القناع ١٤٨/٣؛ صيغ

العقود في الفقه، للدكتور صالح الغليقة ص٢٣٤-٢٣٨.

شبهات حول التعاقد بالهاتف وهي:  
 الشبهة الأولى: أنه معرض لتقليد الأصوات.  
 الرد عليه: أن هذا مجرد احتمال، والأصل على خلافه، ولا يترك  
 الأصل وهو عدم تقليد الصوت بمجرد الاحتمال فالنادر لا حكم له، ومثله  
 مثل التزوير في الكتابة فلا يترك التعاقد بالكتابة لأجل احتمال التزوير فيها.  
 الشبهة الثانية: لا يمكن فيه إحضار الشهود.  
 الرد عليها: إن الإشهاد ليس واجباً بل هو مستحب، قال تعالى:  
 {وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ} (١) وصرف الإشهاد هنا عن الوجوب قوله تعالى:  
 {فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم فْلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ} (٢) كما أنه يمكن الإشهاد  
 بالوسائل الحديثة كالمكالمة الجماعية.  
 ويقال في البرقية (وهي رسالة صغيرة من شخص لآخر) والفاكس  
 وغيرهما من الوسائل ما يقال في الهاتف فيصح التعاقد بهما بشرط: التحقق  
 من هوية المرسل، وزوال الشبه، والتحقق من الإرادة والرضا.  
 ومنع استخدام مثل هذه الوسائل واشتراط كونه في محل واحد يوقع  
 الحرج والمشقة لكثير من الناس.  
 قاعدة: (العبرة ليست بنوع الوسيلة وإنما العبرة بما تحققه هذه  
 الوسيلة) فإن حققت الرضا والإرادة صح التعاقد بها وإن لم تحقق ذلك لم  
 يصح التعاقد بها. (٣)

(١) سورة البقرة: ٢٨٢.

(٢) سورة البقرة: ٢٨٣.

(٣) ينظر: صيغ العقود في الفقه، للدكتور صالح الغليقة ص ٢٣٤-٢٣٨.

### شروط الإيجاب والقبول: وهي أربعة:

الشرط: ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون جزءاً خارجاً عن حقيقته. كالوضوء أو الطهارة للعبادات، لا تصح الصلاة بدون الطهارة، لكنها غير داخلية في تكوين الصلاة. وكالقدرة على التسليم في المعاملات لا بد منها لانعقاد العقد، لكنها ليست جزءاً داخلياً في تكوين العقد. وبذلك يظهر أن الركن والشرط يتوقف عليهما وجود الشيء. إلا أن الركن داخل في حقيقة الشيء وجزء منه، أما الشرط فخارج عن الحقيقة ولا يعد جزءاً منها.

الشرط الأول: وضوح دلالة الإيجاب والقبول، أي أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين، بأن تكون مادة اللفظ المستعمل لهما في كل عقد تدل لغةً أو عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين؛ لأن الإرادة الباطنة خفية، ولأن العقود يختلف بعضها عن بعض في موضوعها وأحكامها، فإذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قصداً عقداً بعينه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به.

ولا يشترط هذه الدلالة لفظ أو شكل معين؛ لأن العبرة في العقود للمعاني، لا للألفاظ والمباني، فيصح البيع بلفظ الهبة بعوض، وينعقد الزواج بلفظ الهبة إذا اقترن بالمهر.<sup>(١)</sup>

الشرط الثاني: توافق الإيجاب مع القبول، أي اتخاذ وضع العقد بأن يريد كل منهما العقد نفسه؛ أي على كل محل العقد، ومقدار العوض في عقود

---

(١) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ٤/١٠٤ - ١٠٥؛ دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنقيطي ١/١٥٤.

المعاوضات، سواء أكانت الموافقة حقيقية، كما لو قال البائع: بعتك الشيء بعشرة، فيقول المشتري: اشتريته بعشرة، أو ضمنية، كما لو قال المشتري في المثال السابق: اشتريته بخمس عشرة. أو أن تقول المرأة: زوجتك نفسي بمئة، فيقول الزوج: قبلت الزواج بمئة وخمسين، فالتوافق متحقق ضمناً، وهذه المخالفة خير للموجب. لكن العقد لا يلزم إلا بالمقدار الذي وجهه الموجب أي مئة في المثال الأخير، وأما الزيادة فموقوفة على قبول الموجب في مجلس العقد، فإن قبل به الموجب لزم القابل؛ لأن المال لا يدخل في ملك إنسان بغير اختياره إلا في الميراث.<sup>(١)</sup>

فإن لم يتوافق القبول مع الإيجاب، وحدثت مخالفة بينهما، لا ينعقد العقد؛ كأن خالف القابل في محل العقد، فقبل غيره، أو بعضه، مثل قول البائع: بعتك الأرض الفلانية، فيقول المشتري: قبلت شراء الأرض المجاورة لها، أو قبلت شراء نصفها بنصف الثمن المتفق عليه، فلا ينعقد العقد لمخالفته محل العقد، أو لتفرق الصفقة على البائع، والمشتري لا يملك تفريقها أي تجزئتها.

وإذا خالف في مقدار الثمن، فقبل بأقل مما ذكر البائع، لا ينعقد العقد أيضاً، وكذا لو خالف في وصف الثمن، كأن أوجب البائع بثمن حال نقدي، فقبل المشتري بثمن مؤجل، أو أوجب بأجل إلى شهر معين، فقبل المشتري بأجل أبعد منه، لم ينعقد البيع في الحالتين، لعدم تطابق القبول مع الإيجاب،

(١) ينظر: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنيطي

١/١٥٤؛ الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ٤/١٠٤-١٠٥.

وحيث لا بد من إيجاب جديد. (١)

الشرط الثالث: اتصال القبول بالإيجاب؛ بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد إن كان الطرفان حاضرين معاً، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب.

ويتحقق الاتصال بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر عن الآخر بأن يسمع الإيجاب ويفهمه، وبألا يصدر منه ما يدل على إعراضه عن العقد، سواء من الموجب أو من القابل.

ومجلس العقد: هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد. وبعبارة أخرى: اتحاد الكلام في موضوع التعاقد.

مسألة: المراد باتصال القبول بالإيجاب:

اختلف الفقهاء في المراد باتصال القبول بالإيجاب هل المقصود به تحديد ذلك بزمن معين أو المقصود عدم التفرق؟

مذهب الشافعية يرى أن المقصود والغاية هو عدم التفرق ولو طال الزمن ما دام في مجلس العقد، فالقبول على التراخي مادام المجلس قائماً. وأما الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة فيشترطون الفورية في الاتصال، واختلفوا في تحديد هذه الفورية:

فالحنابلة: يحددونها بالعرف فإن تشاغلا بما يقطع القبول بالإيجاب وجب إعادته.

والحنفية والمالكية يحددونها بانتهاء الموجب من إيجابه فإذا انتهى كان

---

(١) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ٤/ ١٠٤-١٠٥.

لابد أن يترتب عليه القبول مباشرة.

ثمرة الخلاف في هذه المسألة: فمن جوز التراخي وهم الشافعية لم يحتج فيها إلى إعادة وتجديد الإيجاب والقبول. أمّا القائلون بالفورية فإذا انقطعت الفورية كان لابد من تجديد الإيجاب والقبول.

الشرط الرابع: ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل:

لا بد لانعقاد العقد من استمرار الموجب على إيجابه الذي وجهه للقابل، فإن عدل عن إيجابه، لم يصح القبول.

وهل يصح العدول عن الإيجاب في مجلس العقد؟

أجاب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>(١)</sup> بأنه للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر، ويبطل الإيجاب حيثئذ؛ لأن الالتزام بالعقد لم ينشأ بعد، ولا ينشأ إلا بارتباط القبول بالإيجاب، ولأنّ الموجب حر التصرف بملكه وحقوقه، وبإيجابه أثبت للطرف الآخر حق التملك، وحق الملك أقوى من حق التملك، فيقدم عليه عند التعارض؛ لأنّ الأول ثابت لصاحبه أصالة والثاني لا يثبت إلا برضا الطرف الأول، والتراضي بين الجانبين أساسي لصحة العقود.

وقال أكثر المالكية<sup>(٢)</sup>: ليس للموجب الرجوع عن إيجابه، وإنما يلتزم بالبقاء على إيجابه حتى يعرض الطرف الآخر عنه، أو ينتهي المجلس؛ لأنّ الموجب قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك، فله استعماله وله

(١) ينظر: البدائع ٥/١٣٤؛ مغني المحتاج ٢/٤٣.

(٢) ينظر: مواهب الجليل ٦/١٣.



رفضه، فإذا قبل ثبت العقد، وإذا أعرض عن الإيجاب لم ينشأ العقد. وعليه لا يكون الرجوع مبطلاً للإيجاب.

تعيين مدة للقبول: إذا حدد الموجب للطرف الآخر مدة للقبول، فيلتزم بها عند فقهاء المالكية؛ لأنهم قالوا كما تقدم: ليس للموجب الرجوع عن إيجابه قبل قبول الآخر، فيكون من باب أولى ملتزماً بالبقاء على إيجابه إذا عين ميعاداً للقبول؛ كأن يقول: أنا على إيجابي مدة يومين مثلاً، فيلزمه هذا التقييد ولو انتهى المجلس. وهذا يتفق مع المبدأ العام في الشريعة وهو قوله ﷺ: ((الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ))<sup>(١)</sup>، ومثل هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد.

العقود التي لا يشترط فيها اتحاد المجلس:

اتحاد المجلس شرط في جميع العقود ما عدا ثلاثة: الوصية، والإيضاء،

والوكالة.

أما الوصية (وهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت): فيستحيل فيها تحقق اتحاد المجلس؛ لأنَّ القبول لا يصح من الموصى له في حال حياة الموصي، وإنما يكون بعد وفاته مصراً على الوصية.

وأما الإيضاء (وهو جعل الغير وصياً على أولاده ليرعى شؤونهم بعد وفاته): فلا يلزم صدور القبول في حياة الموصي، وإنما يصح بعد وفاته، وعلى كل حال لا يصبح وصياً إلا بعد وفاة الموصي، وإن قبل في حياته.

---

(١) أخرجه الترمذي عن عمرو بن عوف، وقال: هذا حديث حسن صحيح، صحيح الترمذي للالباني ٤١/٢، أبواب الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، حديث رقم: ١٠٨٩.

وأما الوكالة (وهي تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل في أثناء الحياة) فمبنية على التوسعة واليسر والسماحة، فلا يشترط فيها اتحاد المجلس؛ لأن قبولها قد يكون باللفظ (القول)، أو بالفعل بأن يشرع الوكيل في فعل ما وكل فيه، ويصح فيها توكيل الغائب (أي غير الموجود في مجلس العقد)، فبمجرد علمه بالتوكيل له القيام بالعمل الموكل فيه.<sup>(١)</sup>  
مبطلات الإيجاب (والقبول وكذلك الصيغة):

١ - رجوع الموجب عن إيجابه في مجلس العقد قبل قبول الآخر، فلو قبل الآخر بعد رجوع الموجب فلا أثر لقبوله؛ لأنه لم يصادف محلاً، إلا أن بعض المالكية بناءً على نفيهم لخيار المجلس وأن العقود تلزم بمجرد اللفظ خالفوا في ذلك فقالوا بالإيجاب وحده ملزم للعقد ولو لم يصادف قبولاً فليس للموجب الرجوع عن إيجابه ويبقى الخيار للمشتري؛ لأن البائع حين قال بعتك فقد أثبت حق المشتري بالقبول، وليس من حق البائع إسقاط حق المشتري.

وفي قولهم نظر إذ العقد بين اثنين لا ينعقد من جهة واحدة لا سيما وأن الراجح ثبوت خيار المجلس ولذا فالصحيح من مذهب المالكية جواز الرجوع قبل القبول؛ ولأن قولهم يترتب عليه بقاء الإيجاب معلقاً ولا مصلحة في ذلك.

فالراجح: قول الجمهور؛ لأنه إذا جاز الرجوع بعد القبول فمن باب

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٢٠ وما بعدها؛ القوانين الفقهية: ص ٣٢٨؛ مغني المحتاج

أولى جوازه قبل القبول.

ولأن المبيع من حق البائع فالعين في يده وموقفه أقوى.

ولأنه لا بد من ارتباط الإيجاب بالقبول؛ لأن اللفظين فيهما كاللفظ الواحد فلا عبرة لأحدهما دون الآخر فإذا لم يصادف الإيجاب قبولا فلا أثر له وعلى هذا يحق للموجب الرجوع قبل القبول؛ لأن اللفظين كاللفظ الواحد

٢- إذا صدر من الموجب ما يدل على عدم الرضا، سواء كان صراحة أو حكما قبل قبول الآخر.

مثال عدم الرضا الحكمي: أن يقول البائع: بعتك. ثم يقول: أنا نادم على البيع، أو متأسف. فهنا يبطل الإيجاب بشرط كونه قبل قبول المشتري.

٣- إذا طال الفصل بينهما عرفاً.

٤- زوال الأهلية، فلو جن الموجب أو مات أو أغمي عليه قبل قبول المشتري فهنا يبطل الإيجاب.

فهنا لو أفاق وأراد إمضاء البيع فيلزمه إعادة الإيجاب.

والأهلية لا بد من استمرارها إلى انتهاء مجلس العقد ولا يكفي صدور الإيجاب والقبول لأنهما ما زالا في مجلس الخيار الذي هو حق لهما، فلو وجد عارض من عوارض الأهلية بعد صدور الإيجاب والقبول فإن العقد لا ينعقد ما دام في مجلس العقد.

٥- هلاك المعقود عليه قبل قبول المشتري، فلو أتى البائع بسلعة أخرى بدل الهالكة كان لا بد من إعادة الإيجاب، وهلاكه على البائع لأنه من ضمانه.

فإذا هلك بعد القبول وقبل التفرق هلك على المشتري؛ لأنه من ضمانه.

- ٦- إذا لم يوافق القبول الإيجاب.
  - ٧- انتهاء المجلس بالتفرق أو التخاير قبل التعاقد.
  - ٨- الاتفاق على إبطال العقد.
  - ٩- عدم وضوح الإرادة.
- ملاحظة: الإبطال قد يكون بإرادة خارجة عن مقدور العاقدين كزوال الأهلية وهلاك المقدور عليه، وقد تكون بإرادة العاقدين.
- مجلس الخيار غير ملزم فللمتعاقدين اللجوء إلى التخاير إذا طال المجلس أي: اختر إما إمضاء البيع أو فسخه. فإذا اختار أحدهما إمضاء البيع فقد سقط خياره، ويبقى الآخر في خياره.

٢- الركن الثاني: محل العقد (المعقود عليه):

محل العقد أو المعقود عليه: هو ما وقع عليه التعاقد، وظهرت فيه أحكامه وآثاره. وهو قد يكون عيناً مالية كالمبيع والمرهون والموهوب، وقد يكون عيناً غير مالية كالمرأة في عقد الزواج، وقد يكون منفعة كمنفعة الشيء المجاور في إجارة الأشياء من الدور والعقارات ومنفعة الشخص في إجارة الأعمال كخبرة الطبيب والمهندس.

وليس كل شيء صالحاً ليكون معقوداً عليه، فقد يمتنع إبرام العقد على شيء شرعاً أو عرفاً، كالخمر لا تصلح أن تكون معقوداً عليها بين المسلمين، والمرأة المحرم بسب رابطة النسب أو الرضاع، لا تصلح أن تكون زوجة لقريبها.

لذا اشترط الفقهاء خمسة شروط في محل العقد، وهي كالآتي:

١- أن يكون موجوداً وقت التعاقد:

اتفق الفقهاء على أنه لا يصح التعاقد على مستحيل الوجود في المستقبل، كالتعاقد مع طبيب على علاج مريض توفي، فإن الميت لا يصلح محلاً للعلاج، وكالتعاقد مع عامل على حصاد زرع احترق. كما اتفقوا على أنه لا يشترط وجود المحل عند التعاقد إذا كان المعقود عليه منفعة؛ لأن المنافع لا توجد دفعة واحدة، وإنما تحدث شيئاً فشيئاً. ولكن إذا كان العقد عيناً مالية فقد اختلف الفقهاء في شرط وجودها عند التعاقد.

فذهب الحنفية والشافعية<sup>(١)</sup> إلى اشتراط وجود العين عند التعاقد، سواء أكان التصرف من عقود المعاوضات أم عقود التبرعات، فالتصرف بالمعدوم فيها باطل، سواء بالبيع أو الهبة أو الرهن، بدليل نهى النبي ﷺ عن بيع جبل الحبلية<sup>(٢)</sup> ونهيه عن بيع ما ليس عند الإنسان<sup>(٣)</sup>؛ لأن المبيع فيها وقت التعاقد معدوم.

واستثنى هؤلاء الفقهاء من هذه القاعدة العامة في منع التصرف

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٢٠ وما بعدها؛ المبسوط: ١٢/١٩٤ وما بعدها، فتح القدير ١٩٢/٥؛ مغني المحتاج ٢/٣٠.

(٢) أي بيع ولد ولد الناقة، أو بيع ولد الناقة. والحديث أخرجه مسلم مع شرح النووي ١٠/١٣٤، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع جبل الحبلية، حديث رقم: ١٥١٤.

(٣) أخرجه الترمذي، صحيح سنن الترمذي للألباني ٢/٩، كتاب: أبواب البيوع، باب: في كراهية بيع ما ليس عنده، حديث رقم: ٩٨٦. ((لَا يُبْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)).

بالمعدوم عقود السلم والإجارة والمساقاة والاستصناع<sup>(١)</sup> مع عدم وجود المحل المعقود عليه حين إنشاء العقد، استحساناً مراعاة لحاجة الناس إليها، وتعارفهم عليها، وإقرار الشرع صحة السلم والإجارة، والمساقاة ونحوها. واكتفى المالكية<sup>(٢)</sup> باشتراط هذا الشرط في المعاوضات المالية، أما في عقود التبرعات كالهبة والوقف والرهن فأجازوا ألا يكون محل العقد موجوداً حين التعاقد، وإنما يكفي أن يكون محتمل الوجود في المستقبل. وأما الحنابلة<sup>(٣)</sup> فلم يشترطوا هذا الشرط، واكتفوا بمنع البيع المشتمل

(١) السلم: بيع السلعة الأجلة الموصوفة في الذمة بثمن مقبوض في مجلس العقد.

والإجارة: تمليك منفعة بعوض بشروط.

والاستصناع: طلب عمل شي خاص على وجه مخصوص مادته من طرف الصانع، كما نفعل مع الخياطين.

المساقاة: أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من الثمرة.

ينظر: التعريفات للجرجاني ص١٦٠؛ إتحاف البرية بالتعريفات الفقهية والأصولية للدكتور يحيى مراد ص٩٩، ١١٤، ١١٨؛ دستور العلماء ص٤٨٣؛ معجم المصطلحات الفقهية، إدارة المخطوطات والمكتبات الإسلامية ١/٣٦، ٦٠٨؛ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية للدكتور محمد عبد المنعم ١/٦٢، ١٤٢، ٢٨٨، ٤٠٠؛ معجم لغة الفقهاء ص٤٢، ٦٢، ٢٤٩، ٤٢٥.

(٢) ينظر: الشرح الصغير ٣/٣٠٥؛ بداية المجتهد ٢/٣٢٤.

(٣) ينظر: أعلام الموقعين: ٢/٨ وما بعدها، نظرية العقد لابن تيمية: ص٢٢٤.

على الغرر<sup>(١)</sup> الذي نهى عنه الشرع، مثل بيع الحَمَل في البطن دون الأم، وبيع اللبن في الضرع، وأجازوا ما عدا ذلك - كما قرر ابن تيمية وابن القيم - بيع المعدوم عند العقد إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة، كبيع الدار على الهيكل أو الخريطة؛ لأنه لم يثبت النهي عن بيع المعدوم لا في الكتاب ولا في السنة ولا في كلام الصحابة، وإنما ورد في السنة النهي عن بيع الغرر: وهو ما لا يقدر على تسليمه، سواء أكان موجوداً أم معدوماً كبيع الفرس والجمل الشارد، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، فبيع المعدوم إذا كان مجهول الوجود في المستقبل باطل للغرر، لا للعدم.

بل إنَّ الشرع صحَّح بيع المعدوم في بعض المواضع، فإِنَّه أجاز بيع الثمر بعد بدء صلاحه، والحب بعد اشتداده، والعقد في هذه الحالة ورد على الموجود والمعدوم الذي لم يخلق بعد.

وأما حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان فالسبب فيه: هو الغرر لعدم القدرة على التسليم، لا أنه معدوم.<sup>(٢)</sup>

٢- أن يكون المعقود عليه مشروعاً:

---

(١) روى الترمذي عن أبي هريرة ((نهى النبي ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ))، صحيح سنن الترمذي للألباني ٨/٢، كتاب: أبواب البيوع، باب: في كراهية بيع الغرر، حديث رقم: ٩٨٤؛ وأبو داود، صحيح سنن أبي داود للألباني ٦٤٩/٢، كتاب: البيوع، باب: في بيع الغرر، حديث رقم ٢٨٨٧؛ والنسائي صحيح سنن النسائي للألباني، ٩٣٩/٣، كتاب: البيوع، باب: بيع الحصاة، حديث رقم: ٤٢٠٩.

(٢) ينظر: نيل الأوطار للشوكاني ١٧٤/٥.

يشترط أن يكون محل العقد قابلاً لحكمه شرعاً، باتفاق الفقهاء<sup>(١)</sup>، بأن يكون مالا مملوكاً متقوماً، فإن لم يكن كذلك، كان العقد عليه باطلاً، فبيع غير المال باطل؛ لأن غير المال لا يقبل التمليك أصلاً.

وعليه فالتصرف بغير المتقوم باطل: وهو ما لا يمكن ادخاره ولا الانتفاع به شرعاً، كالخمر والخنزير بين المسلمين.

وكذا آلات الملاهي كأدوات الموسيقى المختلفة فلا ينعقد بيعها عند الجمهور؛ لأنها معدة للفساد واللغو. وبناءً عليه لا يضمن قيمتها من يتلف شيئاً منها.

ويبطل التصرف بكل شيء، لا يقبل بطبيعته حكم العقد الوارد عليه، فالأموال التي يتسارع إليها الفساد كالخضروات والفواكه لا تصلح محلاً للرهن؛ لأن حكم الرهن هو حبس المرهون لإمكان استيفاء الدين منه عند عدم الأداء في وقته، لا تقبله هذه الأموال.

### ٣- أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد:

يشترط باتفاق الفقهاء توافر القدرة على التسليم وقت التعاقد، فلا ينعقد العقد إذا لم يكن العاقد قادراً على تسليم المعقود عليه، وإن كان موجوداً ومملوكاً للعاقد. ويكون العقد باطلاً.

وهذا الشرط مطلوب في المعاوضات المالية باتفاق العلماء وفي التبرعات عند غير الإمام مالك<sup>(٢)</sup>، فلا يصح بيع الحيوان الشارد ولا إجارته

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥/١٤٠؛ حاشية ابن عابدين ٤/٣؛ الشرح الصغير ٣/٢٢.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٤/١٨٧، ٥/١٤٠؛ بداية المجتهد ٢/١٥٦؛ الشرح الصغير

٣/٢٢؛ مغني المحتاج ٢/١٢؛ المغني ٤/٢٠٠.



ورهنه وهبته ووقفه ونحوها، ولا يصح التعاقد بيعاً أو إجازة أو هبة على الطير في الهواء والسماك في البحر والصيد بعد فراره والمغصوب في يد الغاصب والدار في الأرض المحتلة من العدو، لعدم القدرة على التسليم. وأجاز الإمام مالك أن يكون معجوز التسليم حال التعاقد محلاً لعقد الهبة وغيره من التبرعات. <sup>(١)</sup> فيصح عنده هبة الحيوان الفارّ وإعارته والوصية به؛ لأنه في التبرع لا يثور شيء من النزاع حول تسليم المعقود عليه؛ لأنّ المتبرع فاعل خير ومحسن، والمتبرع له لا يلحقه ضرر من عدم التنفيذ، لأنه لم يبذل قليلاً ولا كثيراً، فلا يكون هناك ما يؤدي إلى النزاع والخصام الذي يوجد في المعاوضات المالية.

٤- أن يكون معيناً معروفاً للعاقدين:

لابد عند الفقهاء أن يكون محل العقد معلوماً علماً يمنع من النزاع؛ للنهي الوارد في السنة عن بيع الغرر وعن بيع المجهول. <sup>(٢)</sup> والعلم يتحقق إما بالإشارة إليه إذا كان موجوداً، أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يمتثل تغيره فيه، ورؤية بعضه كافية إذا كانت أجزاءه متماثلة، أو بالوصف المانع للجهالة الفاحشة، وذلك ببيان الجنس والنوع والمقدار؛ كأن يكون المبيع حديداً من الصلب أو الفولاذ من حجم معين. فلا يصح التصرف بالمجهول جهالة فاحشة: وهي التي تفضي إلى المنازعة، ويكون العقد فاسداً عند الحنفية، باطلاً عند الجمهور، وتغتفر الجهالة

(١) ينظر: الشرح الصغير ٢٢/٣.

(٢) للحديث: ((نهى النبي ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر)) أي نهى عن بيع المبيع المشتمل على غرر، فالمبيع نفسه لا البيع هو الغرر. سبق تحريمه ص٣٤.

اليسيرة، وهي التي لا تؤدي إلى المنازعة ويتسامح الناس فيها عادة. كما لا يصح التصرف بما يشتمل على الغرر. ويلاحظ أن الغرر أعم من الجهالة فكل مجهول غرر، وليس كل غرر مجهولاً، فقد يوجد الغرر بدون الجهالة كما في شراء الشيء الهارب المعلوم الصفة، ولكن لا توجد الجهالة بدون الغرر.<sup>(١)</sup>

وهذا الشرط مطلوب في المعاوضات المالية كالبيع والإيجار باتفاق الفقهاء، أما اشتراطه في غيرها فمحل اختلاف:

فالشافعية والحنابلة<sup>(٢)</sup> يشترطونه في عقود المعاوضات المالية وفي غير المالية كعقد الزواج، وفي عقود التبرعات كالهبة والوصية والوقف. وقصره الحنفية<sup>(٣)</sup> على المعاوضات المالية وغير المالية، ولا يشترطونه في عقود التبرعات كالوصية والكفالة، فيصح التبرع مع جهالة المحل؛ لأنَّ الجهالة فيه لا تؤدي إلى النزاع، كأن يقول الكفيل: أنا ضامن ما على فلان من مال.

واكتفى المالكية<sup>(٣)</sup> باشتراطه في عقود المعاوضات المالية فقط، فأبطلوا كل عقد بيع اشتمل على جهالة المبيع أو الثمن. ولم يشترطوا هذا الشرط في عقود المعاوضات غير المالية، وفي عقود التبرعات، فأجازوا الزواج المشتمل على غرر قليل لا كثير كأثاث بيت، لا على شيء شارد أو ضائع؛ لأنَّ القصد من المهر هو المودة والألفة فأشبهه التبرع فاغتفرت فيه الجهالة اليسيرة، لا

(١) ينظر: الفروق للقرافي المالكي ٣/ ٢٦٥؛ تهذيب الفروق بهامشه ٣/ ١٧٠ وما بعدها.

(٢) ينظر: مغني المحتاج ٢/ ١٦.

(٣) ينظر: الشرح الصغير ٣/ ٣٠؛ الفواكه الدواني ٢/ ٨٧؛ مواهب الجليل ٦/ ٥٨.

الفاحشة؛ لأن في الزواج شبهاً بالمعاوضات، وصححوا التبرع بالمجهول جهالة فاحشة؛ لأن القصد منه الإحسان بالصرف والتوسعة على الناس، ولا يترتب على ذلك نزاع.

٥- أن يكون طاهراً لا نجساً:

وهذا شرط عند جمهور الفقهاء<sup>(١)</sup> ما عدا الحنفية؛ لأن جواز البيع يتبع الطهارة، فكل ما كان طاهراً أي ما يباح الانتفاع به شرعاً يجوز بيعه عندهم. وأما النجس فيبطل بيعه، والنجس: مثل الكلب ولو كان معلماً للنهي عن بيعه، والخنزير والميتة والدم، لكن أجاز هؤلاء الفقهاء بيع المختلف في نجاسته كالبغل والحمار، وبيع الهر وطيور الصيد كالصقر والعقاب المعلم، وبيع من كانت نجاسته طارئة.

ولم يشترط الحنفية<sup>(٢)</sup> هذا الشرط، فأجازوا بيع النجاسات كشعر الخنزير وجلد الميتة للانتفاع بها إلا ما ورد النهي عن بيعه منها كالخمر والخنزير والميتة والدم، كما أجازوا بيع الحيوانات المتوحشة، والمنتجس الذي يمكن الانتفاع به في غير الأكل. والضابط عندهم: أن كل ما فيه منفعة تحل شرعاً، فإن بيعه يجوز، لأن الأعيان خلقت لمنفعة الإنسان بدليل قوله تعالى:

{هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا}.<sup>(٣)</sup>

(١) ينظر: مواهب الجليل ٥٧/٦ وما بعدها؛ بداية المجتهد ١٥٠/٢ وما بعدها؛ الشرح

الصغير ٢٢/٣؛ مغني المحتاج ١١/٢؛ المغنى لابن قدامة ٣٥٨/٦ وما بعدها.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ١٤٢/٥ وما بعدها.

(٣) سورة البقرة: ٢٩.

### ٣- الركن الثالث: العاقدان:

الإيجاب والقبول اللذان يكونان ركن العقد كما تقدم، لا يتصور وجودهما من غير عاقد، فالعاقد ركنية التعاقد الأصلية.

والعاقدان: هما طرفا التعاقد، سواءً كانا اثنين أو أكثر.

لكن ليس كل واحد صالحاً لإبرام العقود، فبعض الناس لا يصلح لأي عقد، وبعضهم يصلح لإنشاء بعض العقود، وآخرون صالحون لكل عقد. وهذا يعني أن العاقد لا بد له من أهلية للتعاقد بالأصالة عن نفسه، أو ولاية أو وكالة شرعية للتعاقد بالنيابة عن غيره. وهذا يستلزم بحث الأهلية لكن بصورة إجمالية، وأما تفصيل أحكام الأهلية فمتروك لكتب الفقه والأصول<sup>(١)</sup> المطولة.

والذي يهمنا من بحث الأهلية أن العاقد يشترط فيه عند شروط،

منها:

#### ١- الشرط الأول: الأهلية:

وهي صفة يقدرها الشارع في الشخص، تجعله محلاً صالحاً للخطاب

التشريعي.

وهي نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء.

#### ١- أهلية الوجوب: هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق

(١) دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنتيبي ١/١٦١.

تراجع: كتب أصول الفقه فقد تكلم الأصوليون عن الأهلية بصورة تفصيلية

فلتراجع مباحث الأهلية في مظانها.

المشروعة له وعليه. فهي الصلاحية التي تجعل الشخص أهلاً لثبوت الحقوق المشروعة له كاستحقاق قيمة المتلف من ماله، أو وجوبها عليه كالتزامه بضمن المبيع، وتثبت هذه الأهلية للإنسان بناءً على ثبوت الذمة<sup>(١)</sup>، والذمة تثبت لكل إنسان حي، فما من مولد يولد إلا وله الحق في إثبات الحقوق له أو عليه، ويغرم ما يثبت في ماله، وتنتهي بالموت.

٢- أهلية الأداء: وهي صلاحية الإنسان لأن يطالب بماله أو ما عليه من الحقوق، وأن تعتبر عبارته في إنشاء العقود وتترتب عليه آثارها الشرعية. وأساس هذه الأهلية العقل والتمييز لا الحياة كما في أهلية الوجوب.<sup>(٢)</sup>

#### الأهلية الكاملة والأهلية الناقصة:

كل من أهلية الوجوب وأهلية الأداء تكون ناقصة، وكاملة، حسب الأدوار التي يمر بها الإنسان في حياته من مبدأ تكوينه إلى كمال عقله، وهذه الأدوار هي:

#### ١- الدور الأول: دور الجنين:

يبدأ من بدء الحمل وينتهي بالولادة، وينظر إليه من جهة كونه جزءاً من أمه فنحكم له بعدم ثبوت الذمة، وبالتالي تنفي عنه أهلية الوجوب، ونظر

---

(١) الذمة: وصفٌ يصير به الشخص أهلاً للإيجاب له وعليه. ينظر: التعريفات

للجرجاني ص١٤٣؛ معجم المصطلحات الفقهية، إدارة المخطوطات والمكتبات

الإسلامية ١/ ٥٣٠؛ معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعة جي ص٢١٤.

(٢) ينظر: الفروق للقرافي ٣/ ٢٣١؛ دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد

مصطفى الشنقيطي ١/ ١٦١.

إليه من جهة كونه نفساً مستقلة، ومنفرداً عن أمه بالحياة فنحكم له بثبوت الذمة، وبالتالي تثبت له أهلية الوجوب، ولهذين النظيرين المتعارضين أثبت له العلماء أهلية وجوب ناقصة صالح لاكتساب بعض الحقوق، وهي التي لا يحتاج في ثبوتها إلى القبول؛ كالميراث، والوصية، والوقف (أي التي تثبت بعقد واحد)، أما أهلية الأداء فلا تتصور منه لقيامها بالتمييز والعقل وهما منتفیان عن الجنين.

## ٢- الدور الثاني: دور الطفولة: (من الولادة إلى سن التمييز)

ويبدأ من وقت الولادة ويستمر إلى وقت التمييز وهو بلوغ السابعة من العمر. وفيه تثبت للطفل غير المميز أهلية وجوب كاملة، وكان ينبغي أن تجب عليه الحقوق كلها لكمال أهلية الوجوب فيه، ولكن لما كان وجوب الحق على الإنسان ليس مقصوداً لذاته الوجوب، بل المقصود حكمه وهو الأداء، فكل حق يمكن أدائه عن الصبي يجب عليه، كحقوق العباد المالية وضمنان المتلفات، وما لا يمكن أدائه عنه لا يجب عليه.

وليست له أهلية أداء، فتكون أقواله كلها هدرًا، وعقوده باطلة، حتى ولو كانت نافعة نفعاً محضاً له كقبول الهبة أو الوصية، وينوب عنه فيها وليه الشرعي أو وصيه. كذلك تكون أفعاله هدرًا سواء أكانت دينية كالصلاة والصيام فلا تصح منه، أو مدنية كقبض المبيع أو الوديعة أو القرض، فلا تصح.

وأما جناياته كالقتل والقطع فلا تستوجب العقوبة البدنية، كالتقصاص والحبس، ولا يحرم من الميراث بقتل مورثه لسقوط المؤاخذه عنه، وإنما يلزم في ماله بدفع التعويض أو ضمان ما أتلّفه من الأنفس والأموال حفاظاً

عليها.<sup>(١)</sup>

٣- الدور الثالث: دور التمييز: (من التمييز إلى البلوغ)

يبدأ بعد سن السابعة ويستمر إلى البلوغ عاقلاً. وهذا التقدير الغرض منه ضبط الأحكام وأساس ذلك قوله ﷺ: ((مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعِ سِنِينَ، وَأَضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا، وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرٍ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ)).<sup>(٢)</sup>

ومعنى التمييز: أن يصبح الولد بجالة يعرف فيها معاني الألفاظ التي تنشأ عنها العقود، وإدراك الغبن فيها، فيدرك أن البيع مثلاً سالب للمال وأن الشراء جالب للملك.

وفيه تثبت للمميز أهلية أداء ناقصة لنقصان عقله، ويترتب على هذه الأهلية صحة تصرفاته النافعة نفعاً محضاً؛ كقبول الهبة أو الصدقة .

ولا تعتبر تصرفاته الضارة ضرراً محضاً وهي التي يترتب عليها خروج شي من ملكه كالهبة وإن أجازها الولي.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء فإنها تنعقد من الصغير باعتبار تمتعه بأصل أهلية الأداء ، ولكن لا تعتبر نافذة لنقصان هذه الأهلية إلا إذا أجازها الولي، وتبطل إذا لم يجزها.

(١) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ٤/١٢٤؛ دراسة شرعية لأهم

العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنقيطي ١/١٦٣.

(٢) أخرجه أبو داود من حديث عبد الله بن عمرو، صحيح أبي داود للألباني ١/٩٧،

كتاب: الصلاة، باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث رقم: ٤٦٦.

#### ٤- الدور الرابع: دور البلوغ:

يبدأ من البلوغ إلى وقت الرشد. وقد اتفق الفقهاء عملاً بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية على أن البالغ يصبح مكلفاً بجميع التكاليف الشرعية. وتكتمل لديه أهلية الأداء الدينية، فيطالب بالإيمان بأركانه الستة وبالإسلام بأركانه الخمسة. وبتطبيق أحكام الشريعة من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والجهاد في سبيل الله، واحترام الأموال والأنفس والأعراض، واجتناب المحظورات الشرعية والمعاصي والمنكرات التي تضر بمصلحة الفرد والجماعة.

وأما أهلية الأداء المدنية: فتكتمل عند الفقهاء، بسن البلوغ إذا بلغ الولد راشداً، فتنفذ تصرفاته المالية وتسلم إليه أمواله.

فإن لم يؤنس منه الرشد، فلا تنفذ تصرفاته، ولا تسلم إليه أمواله؛ لأنَّ الشرع جعل البلوغ أمانة على كمال العقل، فإن ثبت العكس عمل به.<sup>(١)</sup>

#### الدور الخامس: دور الرشد:

الرشد أكمل مراحل الأهلية، ومعناه عند الفقهاء: حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية، ولو كان فاسقاً من الوجهة الدينية ويتوافر بتحقيق الخبرة المالية بتدبير الأموال وحسن استثمارها. وهو أمر يختلف باختلاف الأشخاص والبيئة والثقافة.

فقد يرافق البلوغ، وقد يتأخر عنه قليلاً أو كثيراً، وقد يتقدمه، لكن لا

(١) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ٤/١٢٤؛ دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنتيبي ١/١٦٣.



اعتبار له قبل البلوغ، ومرجعه إلى الاختبار والتجربة عملاً بالآية القرآنية:

{وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ} (١)

وبناءً عليه: إذا بلغ الشخص رشيداً كملت أهليته، وارتفعت الولاية عنه، وسلمت إليه أمواله، ونفذت تصرفاته وإقراراته.

وإن بلغ غير رشيد بقي ناقص أهلية الأداء، واستمرت الولاية المالية عليه عند جمهور الفقهاء، فلا تنفذ تصرفاته، ولا تسلم إليه أمواله. أما الولاية على النفس كالتأديب والتطبيب والتعليم والتزويج فترتفع عنه بمجرد بلوغه عاقلاً، أي أن اشتراط الرشد محصور في التصرفات المالية، وأما غير ذلك كالزواج والطلاق فإنها نافذة منه بمجرد البلوغ عاقلاً.

وليس للرشد سن معينة عند جمهور الفقهاء، وإنما متروك لاستعداد الشخص وتربيته وبيئته، وليس في النصوص الشرعية تحديد له.

ورفع سن الرشد إلى هذا الحد يتفق مع ظروف الحياة الحديثة، التي تعقدت فيها المعاملات، ولا مانع في الشريعة من ذلك عملاً بما تقتضيه المصلحة في حماية الناشئة وصيانة أموالهم.

الخلاصة: أن الأفعال من جهة اشتراط الأهلية تنقسم إلى ما يلي:

١- أفعال لا يشترط لها أهلية بل يرتبط الأثر بمجرد الفعل. وهو ما يعبر عنه الأصوليون بخطاب الوضع. وهذه يلزم لها أهلية الوجوب، وهي موجودة منذ الولادة.

٢- أفعال يشترط فيها العقل لأن نتائجها ارتباطاً بالقصد إلى

الفعل ولا يعتبر ذلك إلا بوجود العقل. ولذا يشترط أهلية الأداء في العقود. ثم إن هذه الأفعال تحتاج درجات متفاوتة من الأهلية فمنها ما يشترط فيه الرشد كالتصرفات التي فيها خسارة كالهبة. ومنها ما يكفي فيه أهلية أداء ناقصة كبعض العقود النافعة.<sup>(١)</sup>

عوارض الأهلية<sup>(٢)</sup>:

أهلية الأداء هي أساس التعامل والتعاقد، إلا أن هذه الأهلية قد يعترضها بعض العوارض فتؤثر فيها، والعوارض: هي ما يطرأ على الإنسان فيزيل أهليته أو ينقصها أو يغير بعض أحكامها. وهي نوعان:

- ١ - عوارض كونية: وهي التي لا دخل للإنسان في إيجادها، ولا يستطيع التأثير فيها، وهي أشد تأثيراً؛ مثل: الجنون، النوم، الإغماء، العته.
- ٢ - عوارض اختيارية: وهي التي يكون للشخص دخل واختيار في تحصيلها؛ مثل: السكر.

وسأقتصر هنا على بعض هذه العوارض باختصار:

- ١ - الجنون: اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان. وحكمه أنه سواء أكان مُطبّقاً (مستمراً) أم غير مطبق (متقطع) معدم للأهلية حال وجوده، فتكون تصرفات المجنون القولية والفعلية كغير المميز

(١) ينظر: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنقيطي

(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ١٢٦/٤ وما بعدها؛ دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنقيطي ١٦٦/١ وما بعدها.

لاغية باطللة لا أثر لها. ولكنّه يطالب بضمان أفعاله الجنائية على النفس أو المال.

٢- العته: ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك، يصير به عليل الفهم، مختلط الكلام، فيشبه مرة كلام العقلاء، ومرة كلام المجانين.

وحكمه حكم الصبي المميز كما سبق، أي أنّ لصاحبه أهلية أداء ناقصة.

٣- الإغماء: تعطل القوى المدركة المحركة حركة إرادية بسبب مرض يعرض للدماغ أو القلب. وهو يشبه النوم في تعطيل العقل، إلا أن النوم عارض طبيعي، والإغماء غير طبيعي، فيكون حكمهما واحداً في التصرفات، وهو إلغاؤها وبطلانها لانعدام القصد عند المغمى عليه.

٤- النوم: فتور طبيعي يعتري الإنسان في فترات منتظمة أو غير منتظمة لا يزيل العقل، بل يمنعه عن العمل، ولا يزيل الحواس الظاهرة، بل يمنعها أيضاً عن العمل. وعبارات النائم كالمغمى عليه لا اعتبار لها إطلاقاً.

٥- السكر: وهو يعطل العقل فترةً من الزمن، ويزيل الإرادة والقصد.

وهو نوعان:

١- سكر بطريق مباح كالحاصل من الدواء أو البنج، أو حالة الاضطراب أو الإكراه.

٢- سكر بطريق حرام كالحاصل من الخمر أو أي مسكر آخر

حتى البيرة.

وحكمه على المشهور عند المالكية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة: أنه يبطل العبارة ولا يترتب عليها التزام، فتبطل عقودهم وتصرفاتهم لعدم سلامة القصد أو الإرادة، سواء أكان بطريق مباح أو محظور، فلا يصح يمينه وطلاقه وإقراره ولا بيعه وهبته ولا سائر أقواله، إلا أن المالكية قالوا في الطلاق: لو سكر سكرًا حراماً صح طلاقه، إلا أن لا يميز فلا طلاق عليه لأنه صار كالمجنون.

وقال جمهور الفقهاء بالفرق بين السكر بمباح فليس لعبارة أي اعتبار، وبين السكر بمحرم، فتقبل عبارته زجرًا له وعقاباً على تسببه في تعطيل عقله، فتعد تصرفاته من قول أو فعل صحيحة نافذة، عقاباً وزجرًا له ولأمثاله، سواء في ذلك الزواج والطلاق والبيع والشراء والإجارة، والرهن والكفالة ونحوها.

٦- السفه: خفة تعتري الإنسان، فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة، والمراد به هنا ما يقابل الرشده: وهو تبذير المال وإنفاقه في غير حكمة. والسفه لا يؤثر في الأهلية، فيظل السفه كامل الأهلية، لكنه يمنع من بعض التصرفات.

٧- الدين أو المديونية:

قال أبو حنيفة لا يحجر على المدين، وإن استغرق دينه ماله؛ لأنه كامل الأهلية بالعقل.

وقال الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد: يحجر القاضي على المدين

الذي ترتبت عليه ديون حالة الأجل، وكانت ديونه مستغرقةً لماله وطلب الغرماء الحجر عليه وهو المفلس.<sup>(١)</sup>

٢- الشرط الثاني: العدد:

أي أنه لا بد أن يكون هناك موجب وقابل، غير أن العلماء صرحوا بأنه قد ينشئ العاقد الواحد التزاماً، كما قد تنشئ عقوداً من العقود. ومن أمثلة الالتزام الناشئ بعاقِدٍ واحد ما يلي:

١- الجعالة: هي التزام جعل أو أجرة لمن يقوم بعملٍ معين بدون تحديدٍ محدّدٍ معين، وهي من العقود الجائزة غير اللازمة؛ كتقديم مكافأة لمن يرد متاعاً ضائعاً، أو يحقق المركز الأول على المستوى السابع في قسم الشريعة. وهذا العقد أجازهُ الجمهور عملاً بمجديث ((مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيْتَةٌ فَلَهُ سَلْبُهُ)).<sup>(٢)</sup>

ولم يجوزها الحنفية للجهالة والغرر.

٢- الكفالة: هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت الدين في ذمتها معاً.

وهي توجد بمجرد التزام الكفيل بالدين ، ورضاه به عند الأئمة

(١) ينظر: تبيين الحقائق ٥/١٩٩؛ رد المحتار ٥/١٠٢ وما بعدها، مغنى المحتاج ٢/١٤٦.

(٢) متفقٌ عليه من حديث أبي قتادة، أخرجه البخاري مع التوضيح ١٨/٥٠٧، كتاب: الخمس، باب: من لم يَحْمُسْ الأسلاب، حديث رقم: ٣١٤٢؛ ومع الفتح ٦/٢٨٤، كتاب: فرض الخمس، باب: من لم يَحْمُسْ الأسلاب، حديث رقم: ٣١٤٢؛ ومسلم مع شرح النووي ١٢/٥٧، كتاب: الجهاد والسير، باب: استحقات القاتل سلب القتيل، حديث رقم: ٤١ (١٧٥١).

الثلاثة وأبي يوسف، أي أن ركنها هو الإيجاب فقط من الكفيل.  
 وذهب أبو حنيفة إلى أن ركنها هو الإيجاب من الكفيل، والقبول من  
 الدائن.

ويجوز البيع بعاقدهِ واحد عند الحنفية في بعض الحالات؛ كالأب،  
 والقاضي، والرسول من الجانبين كما أجازته الحنابلة في حالاتٍ أخرى.<sup>(١)</sup>  
 الشخصية الاعتبارية:

وما يتصل بهذا الركن أن العاقد ربما كان هيئة عامة، أو خاصة، بمعنى  
 أن الشخص الذي يقوم بالتعاقد لا يقدم على ذلك لمصلحة نفسه، ولا وكيلاً  
 عن شخصٍ آخر مثله، وإنما يتولى ذلك عن مؤسسة أو هيئة قد تكون ذات  
 ملكية عامة، أو ملكية خاصة، وأثار العقد تظهر على أملاك هذه الهيئة دون  
 المتعاقد نفسه. وهو ما يعبر عنه بـ (الشخصية الاعتبارية).

وهي لا تقتصر على جماعة المسلمين بل توجد هذه الفكرة في  
 المؤسسات العامة لبيت المال، والوقف، والمسجد، وهي تشبه شخصية الأفراد  
 الأحرار في أهلية الملك، وثبوت الحقوق، والالتزام بالواجبات، واقتراض  
 وجود ذمة مستقلة للجهة العامة، بقطع النظر عن ذمم الأفراد التابعين لها أو  
 المكونين لها، ودليل ذلك قوله ﷺ: ((ذِمَّةُ الْمُسْلِمِينَ وَاحِدَةٌ يَسْعَى بِهَا  
 أَذْنَاهُمْ)).<sup>(٢)</sup> أي أن الأمان الصادر للعدو من أحدهم يسري على جماعة  
 المسلمين.<sup>(٣)</sup>

(١) ينظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام ٢/٤٢٨؛ حاشية ابن عابدين ٤/١٨.

(٢) متفقٌ عليه من حديث علي بن أبي طالب، أخرجه البخاري، كتاب: الجهاد، باب:  
 ذمة المسلمين واحدة وجواهرهم واحدة ١/٤٥٠، ومسلم، كتاب: الحج، باب: فضائل  
 المدينة ١/٤٤٢.

(٣) ينظر: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنقيطي  
 ١/١٦٩؛ الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ٤/١١.

### المبحث الثالث: تقسيمات العقود باعتباراتها المختلفة.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: أقسام العقد من حيث النص عليها من  
عدمه.

المطلب الثاني: أقسام العقد باعتبار غاية العقد وأهدافه.  
المطلب الثالث: أقسام العقد من حيث اشتراط القبض  
أو عدمه.

المطلب الرابع: أقسام العقد من حيث الصحة والفساد.

المطلب الخامس: أقسام العقد من حيث الوقف والنفاذ.

المطلب السادس: أقسام العقد من حيث اللزوم.

المطلب السابع: من حيث الزمن الذي يقع فيه العقد.

توطئة:

تجمع بين كثير من العقود روابط وأحكام مشتركة، ويختلف بعضها عن بعض في الأحكام والآثار والشروط. مثال ذلك: الإجارة والشركة والإيداع، يجمع بينها كونها من عقود الأمانات، أي أن محل العقد يكون أمانة غير مضمونة بدون تعدٍ أو تقصير في حفظها.

والبيع والقرض يعتبران من عقود الضمانات، أي أن محل العقد يكون مضموناً.

وفي الوقت نفسه تختلف فيه المجموعتان السابقتان عن بعضهما في الضمان، ونلاحظ أنهما قد تشتركان في أحكام أخرى؛ فمثلاً الإيداع والقرض يشتركان في كونهما من العقود التي لا تنعقد إلا بعد القبض.

وهذا التباين والتوافق في بعض العقود ناتج عن اختلافهما أو تشابههما في الأهداف التي ترمي إليها أو الآثار التي تؤدي إليها.<sup>(١)</sup> والمقصود في هذا المبحث هو تلمس المعاني المشتركة بين بعض العقود، وقد يكون الاشتراك بعض الأحكام دون بعض ومن ثم قد يرد العقد في جملة التقسيمات حسب الاعتبار الذي أخذ به.

وقد أشار الفقهاء إلى بعض هذه المعاني بوصفهم العقد باعتبار ما يكون له من وصف يرجع إلى ماله من وجود معين تترتب آثاره عليه أو لا

(١) ينظر: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنيطي

١٦٩/١؛ الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ١١/٤.



تترتب أو قوة ملزمة أو غير ملزمة، فيقولون: حكم العقد باطل، أي لا تترتب آثاره عليه، أو صحيح أي تترتب آثاره عليه، وحكم عقد الإجارة لازم، وحكم عقد الفضولي أنه موقوف على إجازة من له الشأن فيه فإن أجازته نفذ وإن لم يجزه بطل. ومثل هذا كثير في كتب القواعد والأشباه والنظائر، ويمكن تلمس السمات المشتركة بين مختلف العقود كما يلي:

المطلب الأول: أقسام العقد من حيث النص عليها، أو عدمه. ويقصد بذلك التفريق بين ورود اسمها أو صفتها وأحكامها في أصول الشريعة كالبيع، والإجارة، أو لم ينص عليها وإنما استحدثها الناس عند الحاجة إليها، وهي لا تكاد تقف عند حد فلا زال الناس يستحدثون صيغ جديدة بما تجدهم من وقائع وتحدث لهم من حاجات؛ كالاستصناع، والتأمين، وأنواع الشركات ومعاملات البنوك والأسواق المالية التي لم ينص على مثلها. ويسمي بعض العلماء هذا التقسيم من العقود، بالعقود المسماة وهي ما نص عليها، والعقود غير المسماة وهي ما لم ينص عليها.

المطلب الثاني: أقسام العقد بالنظر إلى غاية العقد وأهدافه، ويتضمن  
الغايات التالية:

- ١- عقود التمليكات: ويُقصدُ بها ما كان الهدف منه التمليك؛ كالبيع، والهبة، والإجارة، فإذا كان التمليك بعوض فهي عقود المعاوضات مثل البيع، وإن كانت بدون عوض فهي تبرع مثل الهبة.
- ٢- عقود الإسقاطات: ويُقصدُ بها إسقاط حقٍ من الحقوق، ويسمى إسقاط المعاوضة سواء كان ببدلٍ أو بغير بدل؛ كالتنازل عن الشفعة.
- ٣- عقود الإطلاقات: وهي إطلاق شخص يد غيره في العمل؛ كالوكالة، والإذن للمحجور عليه بالتصرف.
- ٤- عقود التقييدات: وهي منع الشخص من التصرفات؛ كعزل الوكيل، أو الحجر بسبب الجنون، والسفه، والصغر.
- ٥- عقود التوثيقات: وهي عقود الضمان، أي ضمان الديون لأصحابها، وتأمين الدائن على دينه وهي الكفالة، والحوالة، والرهن.
- ٦- عقود الإشتراك: وهي التي يُقصدُ منها المشاركة في العمل والربح؛ كالشركات.
- ٧- عقود الحفظ: وهي العقود التي يُقصدُ بها حفظ المال لصاحبه؛ كالوديعة.<sup>(١)</sup>

---

(١) ينظر: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنتيبي ٧٦/١.

المطلب الثالث: أقسام العقد من حيث اشتراط القبض أو عدم اشتراطه.

وتنقسم إلى قسمين:

١- العقود التي يُشترط فيها القبض بعد تمام العقد ويشمل: الهبة، والإعارة، والإيداع، والرهن، والقرض.

٢- العقود التي تتم بمجرد الصيغة ويترتب عليها آثارها دون الحاجة إلى القبض، وهي بقية العقود.

ويسمي بعض العلماء هذا التقسيم من العقود، بالعقود المسماة وهي ما نص عليها، والعقود غير المسماة وهي ما لم ينص عليها.

المطلب الرابع: أقسام العقد من حيث الصحة والفساد.  
الجمهور على أن الفاسد يرادف الباطل، أما الحنفية فقد جعلوا  
الفساد قسماً ثالثاً.

وسبب الخلاف بين الجمهور والحنفية سببٌ أصولي؛ وهو هل النهي  
يقتضي فساد المنهي عنه، أي عدم الاعتبار، والوقوع في الإثم معاً، أم يقتصر  
على الإثم وحده، مع اعتباره أحياناً؟

ثم هل يستوي النهي عن ركنٍ من أركان العقد مع النهي عن وصفٍ  
عارضٍ للعقد لازم له أو غير لازم؟

قال الجمهور: إنَّ النهي عن عقد يعني عدم اعتباره أصلاً، وإثم من  
يقدم عليه، سواء كان النهي عن الأركان أو عن وصفٍ عارضٍ؛ لحديث  
(«مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»).<sup>(١)</sup> فلا يترتب عليه أي أثر؛ لأنَّ  
نهي الشرع عن الفعل يجعل هذا الفعل غير مشروع، وإذا كان نهي الشارع  
جاء منصباً على وصفٍ من الأوصاف فإنَّ النهي يسري إلى الموصوف،  
فيجعله باطلاً، والباطل حرام، والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الحكم؛ كما أنَّ  
الملك نعمة والحرام لا يصلح أن يكون سبباً للنعمة.<sup>(٢)</sup>

فالعقد الصحيح: عند الجمهور هو الذي استكمل أركانه (الصيغة،  
المحل، العاقدان) وشروطه الشرعية، فيكون صالحاً لترتب حكمه وآثاره عليه؛

(١) متفقٌ عليه أخرجه البخاري مع السندي ٧٥/٢؛ ومسلم في مختصر صحيح مسلم  
٩٥/٢.

(٢) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١/١١٨، ١٣١، ١٨٩٨/٢ وما بعدها؛  
بداية المجتهد ١٥٠/٢.

لأنه تمت أركانه وشروطه ولم يقترن به ما يفسده.  
 وعند الحنفية: ما كان مشروعاً بأصله- أي أركانه-، ووصفه - أي ما  
 كان خارجاً عن الركن والمحل كالشرط المخالف لمقتضى العقد-، وحكم العقد  
 الصحيح ثبوت أثره في الحال.  
 والعقد غير الصحيح: هو ما اختل فيه ركن أركانه، أو شرط من  
 شروطه، وحكمه أنه لا يترتب عليه آثاره، كبيع الخمر والميتة والباطل والفاسد  
 بمعنى واحد عند الجمهور.  
 أمّا عند الحنفية فيتفقون مع الجمهور في العقود غير المالية كالزواج أو  
 التي ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة فهذه لا فرق فيها بين الفاسد  
 والباطل. أمّا في العقود المالية كالبيع والإجارة، فلكل واحدٍ منهما معنى.  
 فالباطل عندهم: ما اختل ركنه؛ كأنّ تكون الصيغة معيبة؛ كأن لا  
 يتطابق الإيجاب مع القبول، أو يكون المحل غير قابل للتعاقد شرعاً؛ كبيع  
 الخمر أو بيع المعدوم، أو أن يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية.  
 وحكم الباطل أنه لا ينعقد أصلاً، ولا يترتب عليه أي أثر شرعي.  
 والفاسد: ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، أي كانت أركانه سليمة  
 ولكن صاحب ذلك وصف منهيّ عنه شرعاً؛ كالجهاالة الفاحشة.  
 وحكم الفاسد واجب الفسخ شرعاً، إمّا من أحد العاقدين، وإمّا من  
 القاضي. (١)

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥/٢٩٩.

المطلب الخامس: أقسام العقد من حيث الوقف والنفاذ.

النافذ: هو العقد الصحيح، الصادر من كامل الأهلية، والولاية لنفسه أو لغيره كالنيابة، وكان ما عقده في حدود هذه النيابة. فهو ما خلص من حق الغير أو أي مانع يقضي بوقفه كالإكراه.  
فمثلاً: إذا قلنا عقد البيع نافذ فإن ذلك يعني انتقال ملكية العوضين بمجرد الانعقاد.

الموقوف: هو العقد الصادر عن كامل الأهلية، ولكن لا يملك إصدار هذا العقد؛ كعقد الفضولي، والصبي؛ حيث إن العقد موقوف على إجازة الولي، فالعقد الذي فيه تجاوز على حق الغير يوجب رده إلى إجازته له.

المطلب السادس: أقسام العقد من حيث اللزوم.

العقد النافذ ينقسم إلى قسمين:

١- عقدٌ لازم: وهو الذي لا يملك أحد العاقدين فسخه دون رضی الطرف الآخر، وتنشأ عنه التزامات متقابلة من العاقدين. وهذا أثرٌ عام لجميع العقود فما من عقدٍ إلا وينشئ التزاماً ما. وأحياناً يكون الالتزام من طرفٍ واحد؛ كما في الوعد بالجائزة أو الهبة.

والمقصود بالالتزام الناشئ عن عقد: هو تكليف بفعل أو امتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد من أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر؛ كتسليم المبيع وضممان العيب.

٢- عقدٌ جائز أو غير اللازم: وهو ما يكون لأحد العاقدين فيه حقُّ الفسخ؛ كالإعارة، والوديعة، والوصية.

وتنقسم العقود من حيث اللزوم وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

أ- عقدٌ لازمٌ من الطرفين قطعاً؛ كالبيع والصرف والسلم وعضو الخلع.

ب- عقدٌ جائزٌ من الطرفين قطعاً؛ كالشركة والوكالة والوصية والعارية والوديعة والقرض.

ج- عقدٌ لازمٌ من أحد المتعاقدين جائزٌ من الآخر؛ كالرهن فهو لازم من جهة الراهن جائزٌ من جهة المرتهن، وعقد الأمان.<sup>(١)</sup>

(١) ينظر: المغنى لابن قدامة ٤٩/٦؛ المشور في القواعد للزركشي ٤٠٠/٢؛ الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٧٥، ٢٧٦؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٦.



المطلب السابع: أقسام العقد من حيث الزمن الذي يقع فيه العقد.

ينقسم بهذا الاعتبار إلى خمسة أقسام:

١- العقد المنجز: وهو ما لم يعلّق على شرط، أو هو ما تترتب عليه آثاره بعد الصيغة. ويستثنى من ذلك ما سبق ذكره من العقود التي يشترط فيها القبض كالهبة ونحوها من عقود التبرعات، وكذا العقود التي لا تصح إلا بالقبض كالسلم والصرف.

وحكمه: ترتب الآثار عليه في الحال ما دام مستوفياً لأركانه وشروطه، بشرط خلوّه من أي نوع من أنواع الخيار التي تسوّغ لأحد المتعاقدين الفسخ. وهذا هو الأصل في العقود، أي أنّ آثارها تترتب عليها فور إنشائها، ما عدا الوصية والإيضاء، فإنّهما لا يكونان ناجزين طبعاً.

٢- العقد المضاف للمستقبل: وهو ما كان الإيجاب فيه مضافاً إلى المستقبل. وهو منعقد في الحال. بيد أنّ الأثر لا يكون إلا في الوقت الذي حدّدته العقد. (١)

وتنقسم العقود من حيث قابليتها للإضافة إلى المستقبل إلى ثلاثة

أقسام:

- أ- عقود لا تنعقد إلا مضافة للمستقبل؛ كالإيضاء.
- ب- عقود لا تقبل الإضافة؛ كعقود التمليكات.
- ج- عقود تقبل الإضافة؛ كالكفالة.

(١) ينظر: تبين الحقائق للزليعي ٤/ ١٣٤.

٣- العقد المعلق على شرط: أي ما عُلِّق على أمرٍ آخر. وهو منعقدٌ في الحال، ولكن آثاره لا تسري إلا في المستقبل عند وقوع الشرط المعلق عليه.

ويُشترط أن يكون المعلق عليه معدوماً وقت العقد، وأن يكون ممكن الوجود، فإن كان الشرط موجوداً وقت التعاقد فإنه يكون منجزاً، وإن كان مستحيل الوقوع فالعقد باطل.

والعقود من جهة قابليتها للتعليق تنقسم إلى الأقسام التالية:

- أ- عقود لا تقبل التعليق؛ كعقود التمليكات، وأجاز بعضهم تعليقها.
- ب- عقود تقبل التعليق؛ كالوكالة.
- ج- عقود تقبل التعليق بشرط أن يكون المعلق عليه مناسباً للعقد؛ كالكفالة، والحوالة.

٤- عقود فورية: أي لا يحتاج تنفيذها إلى زمنٍ ممتد، بل يتم تنفيذها دفعةً واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان؛ كالبيع ولو بثمنٍ مؤجل، والصلح، والهبة.

٥- عقود مستمرة: وهي التي يستغرق تنفيذها مدة بحيث يكون الزمن عنصراً أساسياً فيها؛ كالإجارة، والإعارة، والشركة، والوكالة.<sup>(١)</sup>

(١) ينظر: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنيطي

١/٧٣-٨٩؛ الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ٤/١١.

المبحث الرابع: عيوب العقد وانتهائه.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عيوب العقد.

المطلب الثاني: انتهاء العقد.

### المطلب الأول: عيوب العقد.

عيوب الرضا: هي الأمور التي تحدث خللاً في الإرادة أو تزيل الرضا الكامل في إجراء العقد. وتسمى قانوناً عيوب الرضا. وهي أربعة أنواع: الإكراه، الغلط، التدليس (أو التغيرير)، الغبن مع التغيرير.

ويختلف تأثيرها على العقد، فقد تجعل العقد باطلاً، كالغلط في محل العقد، وقد تجعله فاسداً أو موقوفاً كالإكراه، وقد تجعله غير لازم كالغلط في الوصف، والتدليس، والغبن مع التغيرير.

#### ١- الإكراه:

الإكراه المقصود هنا هو: حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته، لو ترك ونفسه.

والإكراه نوعان: ملجئ أو كامل، وغير ملجئ أو ناقص.<sup>(١)</sup>

والإكراه الملجئ أو التام: هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار، بأن يهدده بالقتل، أو بإتلاف بعض الأعضاء، أو بالضرب الشديد الذي يخشى منه القتل أو تلف العضو، أو تلف جميع المال.

وحكمه: أنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار.

والإكراه الناقص أو غير الملجئ: هو التهديد بما لا يضر النفس أو

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٧/١٧٥؛ تبين الحقائق: ٥/١٨١؛ درر الحكام ٢/٢٦٩ وما بعدها.

العضو، كالتهديد بالضرب اليسير أو بالحبس، أو بإتلاف بعض المال، أو بإلحاق الظلم كمنع الترقية أو إنزال درجة الوظيفة.

وحكمه: أنه يعدم الرضا، ولا يفسد الاختيار.

ويرى الشافعي أن الإكراه نوع واحد، وهو الإكراه الملجئ، وأما غير

الملجئ فلا يسمى إكراهاً.

والإكراه بأنواعه لا يزيل الأهلية، وإنما يزيل الرضا، وقد يزيل

الاختيار وهو الملجئ عند الحنفية، ويزيل الرضا والاختيار معاً عند الجمهور.<sup>(١)</sup>

شروط الإكراه:

يشترط لتحقيق الإكراه شروط وهي ما يأتي:

١ - أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به، سواء أكان من

الحكام أم من غيرهم، فإن لم يكن قادراً على تنفيذ ما هدد به لعجزه أو

لتمكن المستكره من الهرب، فلا يتحقق الإكراه.

٢ - أن يغلب على ظن المستكره إيقاع المكره ما هدد به في الحال إذا

لم يمثل، فإن لم يغلب على ظنه وقوع ما هدد به لا يتحقق الإكراه.

٣ - أن يكون الشيء المهدد به مما يشق على النفس تحمله. وهذا

يختلف باختلاف الأشخاص، فيجب أن يبحث تأثيره في كل شخص على

حدة.

٤ - أن يكون المهدد به عاجلاً، فلو كان آجلاً في المستقبل لم يتحقق

(١) ينظر: الملكية ونظرية العقد، للشيخ محمد أبو زهرة ص٣٨٧ وما بعدها.

الإكراه؛ لأنَّ بالتأجيل يتمكن المستكره من الاحتماء بالسلطات العامة. وهذا شرط عند الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة. وقال المالكية: لا يشترط أن يكون المهدد عاجلاً، وإنما الشرط أن يكون الخوف حالاً. ٥ - أن يكون الإكراه بغير حق، أي لا يكون مشروعاً: وهو ما يقصد منه الوصول إلى غرض غير مشروع.

فإن كان الإكراه بحق: وهو الذي يقصد منه تحقيق غرض مشروع، فلا تأثير له على التصرفات أصلاً، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه، واستملاك الأراضي جبراً عن أصحابها للصالح العام كتوسيع مسجد أو طريق ونحوه.<sup>(١)</sup>

أثر الإكراه على التصرفات:

إذا وقع الإكراه على القيام بتصرف من التصرفات كالبيع والإيجار والزواج فما أثر الإكراه عليه؟

ذهب جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية<sup>(٢)</sup> إلى إنَّ الإكراه يؤثر في التصرفات فيجعلها باطلة، سواء أكانت قابلة للفسخ كالبيع والإجارة والهبة ونحوها، أم غير قابلة للفسخ كالزواج والطلاق واليمين والرجعة، فلا يصح البيع أو الإيجار الصادر من المستكره، ولا يقع طلاق المكره، ولا يثبت عقد الزواج بالإكراه؛ لأنَّ الإكراه يزيل الرضا، والرضا أساس التصرفات.

(١) ينظر: الملكية ونظرية العقد، للشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٨٨.

(٢) ينظر: الشرح الكبير للدردير ٢/٣٦٧؛ مغني المحتاج ٣/٢٨٩؛ المغني ٧/١١٨، المحلى

٨/٣٨٠، ٣٨٣ وما بعدها.

## ٢- الغلط:

المراد به هنا هو الغلط الواقع في المعقود عليه، في جنسه أو في وصفه. والغلط في ذات أو جنس المعقود عليه: هو أن يظن العاقد أن المعقود عليه من جنس معين، فإذا به من جنس آخر، كأن يشتري شخص حلياً على أنها ذهب أو ماس، ثم يتبين أنها من النحاس، أو الزجاج. أو يشتري حنطة فإذا هو شعير، أو صوفاً فإذا هو قطن، أو يشتري داراً على أنها مبنية بالإسمنت المسلح، فإذا هي مبنية باللبن.

وحكم هذا العقد المشتمل على غلط في جنس المعقود عليه: أنه باطل من أساسه، لفوات محل العقد الذي يريده المشتري، فيكون عقداً على معدوم، والعقد على المعدوم باطل.<sup>(١)</sup>

ويلحق به حالة اتحاد الجنس مع الاختلاف الكبير أو الفاحش في القيمة كشراء سيارة من جنس معين ومصنوع في عام معين، فإذا هي صنع أعوام غابرة.

وأما الغلط في وصف مرغوب فيه: فهو أن يظهر المعقود عليه كالوصف الذي أراده العاقد، ثم يتبين أنه مخالف للوصف المشروط صراحة أو دلالة. كأن يشتري شيئاً بلون أسود، فإذا هو كحلي أو رمادي، أو شاة على أنها حلوب، فإذا هي غير حلوب، أو كتاباً لمؤلف معين فإذا هو لمؤلف آخر، أو حقيبة على أنها من جلد فإذا هي من الكرتون المضغوط أو غيره. وحكم العقد المشتمل على غلط في الوصف: هو أنه غير لازم بالنسبة

(١) ينظر: تبين الحقائق ٤/ ٥٢ وما بعدها.

لمن وقع الغلط في جانبه، أي أن له الخيار بين إمضاء العقد وبين فسخه، لفوات الوصف المرغوب فيه المؤدي إلى اختلال الرضا. وهذا إذا كان العقد قابلاً للفسخ كعقود المعاوضات المالية ونحوها.<sup>(١)</sup> ويلحق به الغلط في شخص العاقد، كالتعاقد مع طبيب مشهور فإذا هو غيره، يجعل العقد غير لازم.

أما العقود التي لا تقبل الفسخ كالزواج، فإنه يقع العقد منها عند الحنفية لازماً، أي لا يجوز نقضه بسبب فوات الوصف المرغوب. وقال الإمام أحمد<sup>(٢)</sup> يثبت خيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب في عقد الزواج أيضاً، كمن يتزوج امرأة جميلة فيظهر أنها دميمة، أو على أنها متعلمة فإذا هي جاهلة، أو على أنها بكر فإذا هي ثيب فيثبت للزوج حق الفسخ، ولا مهر للمرأة إن حدث الفسخ قبل الدخول، أو بعد الدخول وكان التغرير من المرأة نفسها. فإن كان التغرير من غيرها رجع الزوج على ذلك الغير بما دفعه للمرأة.

### ٣- التدليس أو التغرير:

التدليس أو التغرير: هو إغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك. وهو أنواع كثيرة منها: التدليس الفعلي، والتدليس القولي، والتدليس بكتمان الحقيقة. أما التدليس الفعلي: فهو إحداث فعل في المعقود عليه ليظهر بصورة،

(١) ينظر: الملكية ونظرية العقد، للشيخ محمد أبو زهرة ص ٩٢٨.

(٢) ينظر: المغني ٦ / ٥٢٦ وما بعدها.



غير ما هو عليه في الواقع، أي أنه تزوير الوصف في المعقود عليه أو تغييره بقصد الإيهام، كتوجيه البضاعة المعروضة للبيع، بوضع الجيد في الأعلى، وطلاء الأثاث والمفروشات القديمة، والسيارات، لتظهر أنها حديثة، والتلاعب بعداد السيارة، لتظهر بأنها قليلة الاستعمال.

ومن أشهر أمثله الشاة المصرة: وهي التي يجبس اللبن في ضرعها بربط الثدي، مدة يومين أو ثلاثة ليجتمع لبنها ويمتلئ، إيهاماً للمشتري بكبر ضرعها وغزارة لبنها. وحكم التصرية عند الجمهور<sup>(١)</sup> ثبوت الخيار للمدلس عليه بين أمرين: إمساك المبيع دون طلب تعويض عن النقص أو الغبن، أو رده لصاحبه، لقوله ﷺ: ((لَا تُصْرُوا<sup>(٢)</sup> الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ فَإِنَّهُ يَخِيرُ النَّظْرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعَ تُمْرٍ)).<sup>(٣)</sup> وهذا هو الرأي الراجح.

وقال الحنفية<sup>(٤)</sup>: ليس للمشتري الحق في فسخ عقد البيع، بل له فقط

(١) ينظر: بداية المجتهد ١٧٤/٢؛ مغني المحتاج ٦٣/٢ وما بعدها.

(٢) التصرية: حبس اللبن في الثدي مدة معينة لإيهام المشتري بأن الشاة ونحوها غزيرة اللبن.

(٣) متفق عليه من حديث أبي هريرة، أخرجه البخاري مع التوضيح ٣٧٤/١٤، كتاب: البيوع، باب: النهي للبائع ألا يحفل الإبل والغنم والبقر وكل محفلة، حديث رقم: ٢١٤٨، وأخرجه مسلم مع شرح النووي ١٣٧/١٠، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه وتحرم النجس وتحريم التصرية، حديث رقم: ١١ (١٥١٥).

(٤) ينظر: الدر المختار ورد المختار ١٠١/٤.

أن يرجع بالنقصان الذي أصاب ما اشترى. ولم يأخذوا بالحديث السابق لمخالفته القياس: وهو أن ضمان العدوان يكون إما بالمثل أو القيمة، والتمر ليس منهما.

وأما التدليس القولي: فهو الكذب الصادر من أحد العاقدين أو ممن يعمل لحسابه حتى يحمل العاقد الآخر على التعاقد ولو بغبن، كأن يقول البائع أو المؤجر للمشتري أو للمستأجر: هذا الشيء يساوي أكثر، ولا مثل له في السوق، أو دفع لي فيه سعر كذا فلم أقبل. ونحو ذلك من المغريات الكاذبة.

وحكم هذا النوع: أنه منهي عنه شرعاً؛ لأنه غش وخداع، ولكن لا يؤثر في العقد إلا إذا صحبه غبن فاحش لأحد المتعاقدين، فيجوز حينئذ للمغبون إبطال العقد، دفعاً للضرر عنه، أي أنه يثبت له خيار الفسخ بسبب الغبن مع التفرير، كما سألين في عيب الغبن.

وأما التدليس بكتمان الحقيقة، وهو الصورة المشهورة في الفقه باسم (التدليس): فهو إخفاء عيب في أحد العوضين، كأن يكتم البائع عيباً في المبيع، كتصدع في جدران الدار وطلائها بالدهان أو الجص، وكسر في محرك السيارة، ومرض في الدابة المبيعة، أو يكتم المشتري عيباً في النقود ككون الورقة النقدية باطلة التعامل، أو زائلة الرقم النقدي المسجل عليها، أو ذهب أكثر من خمسها.

وحكم هذا النوع: أنه حرام شرعاً باتفاق الفقهاء، لقول النبي ﷺ: ((الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا، وَفِيهِ عَيْبٌ، إِلَّا بَيْنَهُ

لَهُ)).<sup>(١)</sup> وقوله ﷺ: ((مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنَّا)).<sup>(٢)</sup> ويثبت فيه للمدلس عليه ما يعرف بخيار العيب.

ولا فرق في التدليس الموجب للخيار بين أن يصدر من أحد العاقدين، أو من شخص آخر أجني عنهما كالدلال ونحوه إذا كان بتواطؤ مع أحد العاقدين.<sup>(٣)</sup>

#### ٤- الغبن مع التغيرير:

الغبن: أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر، بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منها. والتغيرير: إيهام خلاف الواقع بوسائل مغرية. والغبن نوعان: يسير وفاحش.

أما الغبن اليسير: فهو ما يدخل تحت تقويم المقومين أي ما يتناوله تقدير الخبراء كشراء شيء بعشرة، ثم يقدره خبير بثمانية أو تسعة أو عشرة مثلاً، فهذا غبن يسير.

وأما الغبن الفاحش: فهو مالا يدخل تحت تقويم المقومين أو تقدير الخبراء العارفين بأسعار الأشياء، كما لو وقع البيع بعشرة مثلاً، ثم إن بعض

---

(١) أخرجه ابن ماجة صحيح ابن ماجة للألباني ٢/٢٢، كتاب: البيوع، باب: من باع عيباً فليبينه، حديث رقم: ١٨٢٣.

(٢) أخرجه الترمذي صحيح الترمذي للألباني ٢/٣٣، كتاب: البيوع، باب: كراهية الغش في البيوع، حديث رقم: ١٠٦٠؛ أخرج ابن حبان في صحيحه ٢/٣٢٦ بلفظ ((مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنَّا))، كتاب: البر والإحسان، باب: الصحبة والمجالسة، حديث رقم: ٥٦٧.

(٣) ينظر: الدر المختار ورد المختار ٤/١٠١.

المقومين يقول: إنه يساوي خمسة، وبعضهم ستة وبعضهم سبعة، فهذا غبن فاحش، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد.<sup>(١)</sup>

أثر الغبن في العقد:

الغبن اليسير: لا أثر له على العقد فلا يميز الفسخ؛ لأنه يصعب الاحتراز عنه، ويكثر وقوعه في الحياة العملية، ويتسامح الناس فيه عادة.

وأما الغبن الفاحش: فيؤثر في رضا العاقد فيزيله، ولكن هل له الحق

في فسخ العقد؟ للفقهاء في ذلك آراء ثلاثة:

القول الأول ذهب الحنفية إلى أنه ليس للغبن الفاحش وحده في ظاهر الرواية أثر على العقد، فلا يميز رد المعقود عليه أو فسخ العقد إلا إذا انضم إليه تغير (أي وصف المبيع بغير حقيقته) من أحد العاقدين أو من شخص آخر كالدلال ونحوه؛ لأن الغبن المجرد عن كل خديعة يدل على تقصير المغبون وعدم ترويه وسؤاله أهل الخبرة ولا يدل على مكر العاقد الآخر، ولكل إنسان طلب المنفعة ما لم يضر الجماعة، كما في حالة الاحتكار. فإذا انضم إليه تغير كان المغبون معدوراً؛ لأن الرضا بالعقد كان على أساس عدم الغبن، فإذا ظهر الغبن لم يتوافر الرضا.

القول الثاني: ذهب الحنابلة إلى أن يؤثر الغبن الفاحش في العقد فيجعله غير لازم، سواء أكان بتغير أم بغير تغير، ويعطى للمغبون حق فسخ العقد في حالات ثلاث هي:

أ - تلقي الركبان: وهو أن يتلقى شخص طائفة من الناس يحملون

(١) ينظر: الملكية ونظرية العقد، للشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٩٣.

متاعاً إلى بلد، فيشتره منهم، قبل قدومهم البلد ومعرفتهم بالسعر. وهو حرام ومعصية، ويثبت لهم حق الفسخ إذا غبنوا غبناً فاحشاً، لقوله ﷺ: ((لَا تَلْقُوا الرُّكْبَانَ)).<sup>(١)</sup> وهذا رأي الشافعية أيضاً، لثبوت الخيار فيه بنص الحديث.

ب - النجش: وهو زيادة ثمن السلعة المعروضة للبيع، لا لرغبة في شرائها، بل ليخدع غيره. فيثبت الخيار للمشتري إذا لم يعلم بأن الذي يزيد لا يريد الشراء. وليس له الخيار في الأصح عند الشافعية.

ج - المسترسل: وهو الشخص الجاهل بقيمة الأشياء، ولا يحسن المساومة والفصال ويشترى مطمئناً إلى أمانة البائع، ثم يتبين أنه غبن غبناً فاحشاً، فيثبت له الخيار بفسخ البيع.

وقال المالكية: هذه البيوع الثلاثة صحيحة ولكنها حرام للنهي الثابت في السنة عنها شرعاً، ويعطى الخيار بالفسخ للمشتري في حالة بيع النجش دون غيره.

القول الثالث: ذهب الشافعية إلى أنه لا أثر للغبن الفاحش في التصرفات سواء رافقه تغرير أم لا؛ لأن الغبن لا يقع إلا بتقصير من المغبون غالباً، فلو سأل أهل الخبرة، لما وقع في الغبن.

---

(١) متفق عليه من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ١٣٣/٢، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية، حديث رقم: ٩٦٩.

## المطلب الثاني: انتهاء العقد:

يتتهي العقد إما بالفسخ، أو بالموت، أو بعدم الإجازة في العقد الموقوف، وانتهاء العقد بالفسخ له حالات. وأما الموت فقد تنتهي به بعض العقود.

## أولاً: انتهاء العقد بالفسخ:

فسخ العقد: قد يكون برفعه من أصله كما في حالة الخيارات وهو الإلغاء، وقد يكون بوضع نهاية له بالنسبة للمستقبل كما في الإعارة والإجارة، وهو الفسخ بالمعنى الشائع.

والفسخ في العقود غير اللازمة واضح، تقرره طبيعة العقد ذاته، سواء في العقود غير اللازمة من الجانبين كالإيداع والإعارة والشركة والوكالة، فلكل من الطرفين الفسخ متى أراد، ما لم يتعلق بالوكالة حق الغير، أم في العقود اللازمة من جانب، وغير اللازمة من الجانب الآخر، كالرهن والكفالة، فللمرتهن فسخ الرهن دون رضا الراهن. وللمكفول له وهو الدائن فسخ الكفالة دون رضا المدين.

## وأما الفسخ في العقود اللازمة فله حالات وهي:

- ١- الفسخ بسبب فساد العقد: إذا وقع العقد فاسداً كبيع المجهول أو البيع المؤقت بمدة، وجب فسخه إما من طريق العاقدين، أو من طريق القاضي، إلا إذا وجد مانع من الفسخ كأن يبيع المشتري ما اشتراه أو يهبه. وحيث يجب على المشتري دفع قيمة المبيع يوم قبضه، لا الثمن المتفق عليه.
- ٢- بسبب الخيار: يجوز لصاحب الخيار في خيار الشرط أو العيب أو الرؤية ونحوها فسخ العقد بمحض إرادته، إلا في خيار العيب بعد القبض

عند الحنفية لا يجوز الفسخ فيه إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي.

٣- بالإقالة: الإقالة هي فسخ العقد بتراضي الطرفين، إذا ندم

أحدهما وأراد الرجوع عن العقد. وهي مندوبة لقوله ﷺ: ((مَنْ أَقَالَ نَادِمًا يَبْعَثُهُ أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ)).<sup>(١)</sup>

٤- لعدم التنفيذ: يجوز الفسخ لعدم تنفيذ الطرف الآخر التزامه

في حالة خيار النقد، كما تقدم. ويجوز الفسخ بسبب استحالة التنفيذ لأفة سماوية، وذلك في عقد البيع في حالة هلاك المبيع قبل التسليم. أي في يد البائع قبل أن يتسلمه المشتري.

٥- لانتهاؤ مدة العقد أو تحقيق غرضه: يفسخ العقد من نفسه

وينتهي بانتهاء مدته أو بتحقيق الغرض المقصود من العقد، وذلك كانهاء مدة عقد الإيجار المعينة، وسداد الدين في عقدي الرهن والكفالة، وتنفيذ الوكيل المهمة الموكل بها.

ثانياً: انتهاء العقد بالموت:

تنتهي طائفة من العقود بموت أحد العاقدين، منها نماذج مما يأتي:

١- الإجارة: تنتهي الإجارة عند الحنفية بموت أحد العاقدين،

بالرغم من أنها عقد لازم من الطرفين، أي أن العقد يفسخ من نفسه بالموت.

(١) أخرج ابن حبان في صحيحه ٤٠٤/١١، كتاب: البيوع، باب: الإقالة، حديث رقم:

٥٠٢٩، وأخرجه الزيلعي في نصب الراية ٦١/٤؛ وأخرجه أبو داود بلفظ ((مَنْ

أَقَالَ مُسْلِمًا أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتَهُ)) صحيح أبي داود للألباني ٦٦٢/٢، كتاب: البيوع،

باب: في فضل الإقالة، حديث رقم: ٢٩٥٤. وأخرجه ابن حبان بهذا اللفظ وقال

شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح على شرط الشيخين.

وقال الجمهور: لا تنتهي الإجارة أو لا تنفسخ بموت أحد العاقدين.

وسبب الخلاف: راجعٌ لتصور كيفية انعقاد الإجارة:

ف عند الحنفية تنعقد الإجارة في المنافع بحسب حدوثها شيئاً فشيئاً، أي أن المستأجر يملك المنفعة تدريجياً مع مضي المدة، فما يحدث من منفعة بعد موت المالك لا يكون مملوكاً له، فلا يصح بقاء العقد عليه.

وعند الجمهور تعتبر المنفعة كأنها موجودة حال العقد، ويتملك المستأجر المنافع بالعقد دفعة واحدة ملكاً لازماً، فيورث عنه، كما يورث الشيء المبيع، فتكون الإجارة كالبيع لا يبطل بموت أحد العاقدين.

٢- الرهن والكفالة: هما من العقود اللازمة من جانب واحد هو الدائن المرتهن أو المكفول له. فإذا مات الرهن يبيع الرهن بواسطة وصيه وقضي منه دينه إن كان ورثته صغاراً. فإن كانوا كباراً خلفوا الميت في المال، وكان عليهم تخليص الرهن بقضاء الدين.<sup>(١)</sup>

وأما الكفالة: فإذا كانت كفالة بالدين فلا تنتهي بموت المدين الأصيل، وإنما تنتهي بأحد أمرين: أداء الدين إلى الدائن، أو الإبراء من الدين. وإذا مات الكفيل يؤخذ الدين من تركته. وإن كانت كفالة بالنفس فتنتهي بموت الأصيل المكفول بنفسه، وبموت الكفيل، للعجز عن إحضار المكفول عنه.<sup>(٢)</sup>

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١١/٦؛ رد المحتار ٤/٢٦١؛ الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٤/٢٧٦.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠١، ٢٢٢؛ تبين الحقائق ٥/١١٤؛ الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٤/٢٧٦.



٣- الشركة والوكالة: هما من العقود غير اللازمة من الجانبين. ويتتهيان بالموت، فالشركة تنفسخ بموت أحد الشريكين، سواء علم الآخر بالموت أم لم يعلم. وكذلك الوكالة تنفسخ بموت الوكيل أو الموكل، سواء علم الطرف الآخر بموت صاحبه أم لم يعلم.

٤- المزارعة والمساقاة: عقدان غير لازمين من الجانبين، لم يجزهما أبو حنيفة، وأجاز الشافعية المساقاة، والمزارعة تبعاً للمساقاة، وأجازهما المالكية بشروط منها المساواة بين المالك والعامل في الربح. وأجازهما الحنابلة مطلقاً.

وعلى هذا الرأي ينفسخ العقد بموت صاحب الأرض أو العامل (المزارع أو المساقى)، سواء قبل العمل والزراعة أم بعدهما، وسواء أكان الزرع أو الثمر قد آن حصاده وجنيه أم لا. لكن إذا مات صاحب الأرض قبل نضج الزرع تترك الأرض بيد المزارع إلى الحصاد مراعاة لمصلحة الطرفين. وإذا مات العامل فلورثته المضي في العمل إلى الحصاد.<sup>(١)</sup>

ثالثاً: انتهاء العقد بعدم إجازة الموقوف:

ينتهي العقد الموقوف إذا لم يجزه صاحب الشأن، كما بان في بحث عقد الفضولي ولا تصح الإجازة كما عرفنا إذا مات الفضولي أو من تعاقد معه، فينتهي العقد حينئذ قبل الإجازة. وللفضولي نفسه فسخ العقد قبل الإجازة دفعاً للعهد عن نفسه.<sup>(٢)</sup>

(١) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٤/٢٧٦.

(٢) ينظر: المرجع السابق ٤/٢٧٩.

المبحث الخامس: أسباب نقل الملكية.  
وفيه مطلبان:  
المطلب الأول: العقود الناقلة للملكية.  
المطلب الثاني: الاستيلاء على المباح  
وأنواعه.

### المطلب الأول: العقود الناقلة للملكية:

١- العقود: كالبيع والهبة والوصية ونحوها من أهم مصادر الملكية وأعمها وأكثرها وقوعاً في الحياة المدنية؛ لأنها تمثل النشاط الاقتصادي الذي يحقق حاجات الناس من طريق التعامل.

أما الأسباب الأخرى للملكية فهي قليلة الوقوع في الحياة.

ويدخل في العقود التي هي سبب مباشر للملكية حالتان:

الأولى: العقود الجبرية التي تجريها السلطة القضائية مباشرة، بالنيابة عن المالك الحقيقي، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه، وبيع الأموال المحتكرة. فالمتملك يملك عن طريق عقد بيع صريح بإرادة القضاء.

الثانية: نزع الملكية الجبري: وله صورتان:

أ- الشفعة: وهي عند الحنفية حق الشريك أو الجار الملاصق بتملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما بذل من ثمن ونفقات. وقصرها الجمهور على الشريك.

ب- الاستملاك للصالح العام: وهو استملاك الأرض بسعرها العادل جبراً عن صاحبها للضرورة أو المصلحة العامة، كتوسيع مسجد، أو طريق ونحو ذلك.

والمتملك من هذا الطريق يملك بناء على عقد شراء جبري مقدر بإرادة السلطة. وعلى هذا فالعقد المسبب للملكية إما أن يكون رضائياً أو جبرياً، والجبري: إما صريح كما في بيع مال المدين، أو مفترض كما في الشفعة ونزع الملكية.

## ٢- نقل الملكية بطريق الخلافة:

وهي أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه، أو يحل شيء محل شيء آخر، فهي نوعان:  
خلفية شخص عن شخص وهي الإرث. وخلفية شيء عن شيء وهي التضمين.

أ- الإرث: سبب جبري للتملك يتلقى به الوارث بحكم الشرع ما يتركه المورث من أموال التركة.  
ب- التضمين:

هو إيجاب الضمان أو التعويض على من أتلف شيئاً لغيره، أو غصب منه شيئاً فهلك أو فقد، أو ألحق ضرراً بغيره بجناية أو تسبب. ويدخل فيه الديات وأروش الجنايات أي الأعياض المالية المقدرة شرعاً الواجبة على الجاني في الجراحات.

## ٣- التولد من المملوك :

معناه أن ما يتولد من شيء مملوك يكون مملوكاً لصاحب الأصل؛ لأن مالك الأصل هو مالك الفرع، سواء أكان ذلك بفعل مالك الأصل، أم بالخلقة. فغاصب الأرض الذي زرعها يملك الزرع عند الجمهور غير الحنابلة؛ لأنه نماء البذر وهو ملكه، وعليه كراء الأرض، ويضمن لصاحب الأرض نقصانها بسبب الزرع. وثمره الشجر وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها لمالك الأصل.

وقال الحنابلة: الزرع لمالك الأرض، لقوله ﷺ: ((مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضٍ قَوْمٍ يَغَيِّرُ إِذْنَهُمْ فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ وَلَهُ نَفَقَتُهُ)).<sup>(١)</sup>

(١) أخرجه أبو داود، صحيح سنن أبي داود للألباني، حديث رقم: ٢٩٠٤.

المطلب الثاني: الاستيلاء على المباح وأنواعه:

إن أسباب أو مصادر الملكية التامة في الشريعة أربعة هي:

الاستيلاء على المباح، والعقود، والخلفية، والتولد من الشيء المملوك.

١ - الاستيلاء على المباح:

المباح: هو المال الذي لم يدخل في ملك شخص معين، ولم يوجد مانع

شرعي من تملكه كالماء في منبعه، والكلا والحطب والشجر في البراري، وصيد

البر والبحر. ويتميز هذا النوع بما يأتي:

أ- أنه سبب منشئ للملكية على شيء لم يكن مملوكاً لأحد. أما

بقية أسباب الملكية الأخرى (العقد، الميراث ونحوهما) فإن الملكية الحادثة

مسيبوقة بملكية أخرى.

ب- أنه سبب فعلي لا قولي: يتحقق بالفعل أو وضع اليد، فيصح

من كل شخص ولو كان ناقص الأهلية كالصبي والمجنون والمحجور عليه. أما

العقد فقد لا يصح من هؤلاء أو يكون موقوفاً على إرادة أخرى، وهو سبب

قولي.

ويشترط للتملك بهذا الطريق أي إحراز المباح شرطان:

أولهما: ألا يسبق إلى إحرازه شخص آخر؛ لأن (من سبق إلى ما لم

يسبقه إليه مسلم فهو له) كما قال النبي عليه السلام.

ثانيهما: قصد التملك: فلو دخل الشيء في ملك إنسان دون قصد منه

لا يملكه، كما إذا وقع في حجر إنسان، لا يملكه. ومن نشر شبكته، فإن

كان للاصطياد تملك ما يقع فيها، وإن كان للتجفيف لم يملك ما يقع فيها؛

لأن (الأمور بمقاصدها).

والاستيلاء على المباح له أنواع أربعة:

أولاً: إحياء الموات: أي استصلاح الأراضي البور. والموات: ما ليس مملوكاً من الأرضين: ولا ينتفع بها بأي وجه انتفاع، وتكون خارجة عن البلد. فلا يكون مواتاً: ما كان ملكاً لأحد الناس، أو ما كان داخل البلد، أو خارجاً عنها، ولكنه مرفق لها كمحتطب لأهلها أو مرعى لأنعامهم.

والإحياء يفيد الملك لقول النبي ﷺ: ((مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ)).

(١) سواء أكان الإحياء بإذن الحاكم أم لا عند جمهور الفقهاء.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا بد من إذن الحاكم. وإحياء الأرض الموات يكون يجعلها صالحة للانتفاع بها كالبناء والغرس والزراعة والحرق وحفر البئر.

ثانياً: الاصطياد: الصيد: هو وضع اليد على شيء مباح غير مملوك لأحد. ويتم إما بالاستيلاء الفعلي على المصيد، أو بالاستيلاء الحكمي: وهو اتخاذ فعل يعجز الطير أو الحيوان أو السمك عن الفرار، كاتخاذ الحياض لصيد الأسماك، أو الشباك، أو الحيوانات المدربة على الصيد كالكلاب والفهود والجوارح المعلمة.

والصيد حلال للإنسان إلا إذا كان محرماً بالحج أو العمرة، أو كان

المصيد في حرم مكة المكرمة أو المدينة المنورة، قال تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ

الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ، مَتَعًا لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا وَأَتَّقُوا اللَّهَ

(١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في العمارة، حديث

الَّذِي إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ ﴿١٦﴾. (١)

والصيد من أسباب الملكية، لكن يشترط في الاستيلاء الحكمي لا الاستيلاء الحقيقي قصد التملك عملاً بقاعدة (الأمر بمقاصدها). فمن نصب شبكة فتعلق بها صيد، فإن كان قد نصبها للجفاف، فالصيد لمن سبقت يده إليه؛ لأن نية لم تتجه إليه. وإن كان قد نصبها للصيد، ملكه صاحبها، وإن أخذه غيره كان متعدياً غاصباً. ولو أفرخ طائر في أرض إنسان كان لمن سبقت إليه يده إلا إذا كان صاحب الأرض هيأها لذلك.

وإذا دخل طائر في دار إنسان، فأغلق صاحبها الباب لأخذه، ملكه. وإن أغلقه صدفة، لم يملكه. وهكذا لو وقع الصيد في حفرة أو ساقية، المعول في تملكه على نية صيده، وإلا فلن سبقت إليه يده.

ثالثاً: الاستيلاء على الكلاً والآجام:

الكلاً: هو الحشيش الذي ينبت في الأرض بغير زرع، لرعي البهائم.

والآجام: الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة.

وحكم الكلاً: ألا يملك، وإن نبت في أرض مملوكة، بل هو مباح للناس جميعاً، لهم أخذه ورعيه، وليس لصاحب الأرض منعهم من ذلك؛ لأنه باق على الإباحة الأصلية، وهو الراجح في المذاهب الأربعة، لعموم قول النبي ﷺ: ((الناس شركاء في ثلاثٍ في الماء والكلاً والنار)).

وأما الآجام فهي من الأموال المباحة إن كانت في أرض غير مملوكة. فلكل واحد حق الاستيلاء عليها، وأخذ ما يحتاجه منها، وليس لأحد منع

الناس منها، وإذا استولى شخص على شيء منها وأحرزه صار ملكاً له. لكن للدولة تقييد المباح بمنع قطع الأشجار، رعاية للمصلحة العامة، وإبقاء على الثروة الشجرية المفيدة.

أما إن كانت في أرض مملوكة فلا تكون مالاً مباحاً، بل هي ملك لصاحب الأرض، فليس لأحد أن يأخذ منها شيئاً إلا بإذنه؛ لأن الأرض تقصد لأجامها، بخلاف الكلا، لا تقصد الأرض لما فيها من الكلا.

رابعاً: الاستيلاء على المعادن والكنوز:

المعادن: ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلق والطبيعة، كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص ونحوها. والكنز: ما دفنه الناس وأودعوه في باطن الأرض من الأموال، سواء في الجاهلية أو في الإسلام.

والمعدن والكنز يشملها عند الحنفية كلمة (الركاز): وهو ما ركز في باطن الأرض، سواء أكان خلق الله كفلزات الحديد والنحاس وغيرها، أم كان بصنع الناس كالأموال التي يدفنها الناس فيها. وحكمها واحد في الحديث النبوي: ((وَفِي الرُّكَّازِ الْخُمْسُ)).<sup>(١)</sup>

وقال المالكية والشافعية: الركاز: دفين الجاهلية. والمعدن: دفين أهل

الإسلام.

حكم المعادن:

(١) أخرجه البخاري، مع التوضيح، كتاب: الزكاة، باب: في الركاز الخمس، حديث رقم:



اختلف الفقهاء في تملك المعادن بالاستيلاء عليها، وفي إيجاب حق فيها للدولة إذا وجدت في أرض ليست مملوكة.

أما تملك المعادن فللفقهاء فيه رأيان:

قال المالكية في أشهر أقوالهم: جميع أنواع المعادن لا تملك بالاستيلاء عليها، كما لا تملك تبعاً للملكية الأرض، بل هي للدولة يتصرف فيها الحاكم حسبما تقضي المصلحة؛ لأن الأرض مملوكة بالفتح الإسلامي للدولة، ولأن هذا الحكم مما تدعو إليه المصلحة.

وقال الحنفية والشافعية والحنابلة في أرجح الروايتين عندهم: المعادن تملك بملك الأرض؛ لأن الأرض إذا ملكت بجميع أجزائها، فإن كانت مملوكة لشخص كانت ملكاً له، وإن كانت في أرض للدولة فهي للدولة، وإن كانت في أرض غير مملوكة فهي للواجد؛ لأنها مباحة تبعاً للأرض.

وأما حق الدولة في المعادن فيه رأيان أيضاً:

قال الحنفية: في المعادن الخمس؛ لأن الركاز عندهم يشمل المعادن والكنوز بمقتضى اللغة، والباقي للواجد نفسه. وذلك في المعادن الصلبة القابلة للطرق والسحب كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص. أما المعادن الصلبة التي لا تقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت والفحم الحجري، والمعادن السائلة كالزئبق والنفط، فلا يجب فيها شيء للدولة؛ لأن الأولى تشبه الحجر والتراب، والثانية تشبه الماء، ولا يجب في ذلك شيء للدولة.

وقال غير الحنفية: لا يجب في المعادن شيء للدولة، لا الخمس وغيره، وإنما يجب فيها الزكاة، لقول النبي ﷺ: ((الْعَجْمَاءُ جُبَارٌ وَالْبَيْتْرُ جُبَارٌ وَالْمَعْدِنُ

جَبَّارٌ وَفِي الرُّكَازِ الخُمْسُ)).<sup>(١)</sup> فأوجب الخمس في الركاز: وهو دفن أهل الجاهلية، ولم يوجب في المعدن شيئاً؛ لأنَّ (الجبار) معناه: لا شيء فيه. وإيجاب الزكاة عندهم هو بعموم أدلة الزكاة.

حكم الكنز:

وأما الكنز فهو ما دفنه الناس، سواء في الجاهلية أم في الإسلام. فهو نوعان: إسلامي وجاهلي:

فالإسلامي: ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام مثل كلمة الشهادة أو المصحف، أو آية قرآنية أو اسم خليفة مسلم. والجاهلي: ما وجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنه دفن قبل الإسلام كتنقش صورة صنم أو وثن، أو اسم ملك جاهلي ونحو ذلك. والمشتبه فيه: وهو ما لم يتبين بالدليل أنه إسلامي أو جاهلي، قال فيه متقدمو الحنفية: إنه جاهلي. وقال متأخروهم: إنه إسلامي لتقدم العهد. وإن وجد كنز مختلط فيه علامات الإسلام والجاهلية فهو إسلامي؛ لأنَّ الظاهر أنه ملك مسلم، ولم يعلم زوال ملكه.

والكنز الإسلامي: يبقى على ملك صاحبه، فلا يملكه واجده، بل يعد كاللقطة، فيجب تعريفه والإعلان عنه. فإن وجد صاحبه سلم إليه وإلا تصدق به على الفقراء، ويحل للفقير الانتفاع به. هذا رأي الحنفية. وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة تملكه والانتفاع به، ولكن إن ظهر

(١) أخرجه البخاري مع التوضيح، كتاب: الزكاة، باب: في الركاز الخمس، حديث رقم:

صاحبه بعدئذ وجب ضمانه.

وأما الكنز الجاهلي: فاتفق أئمة المذاهب على أن خمسة لبيت المال (خزانة الدولة) وأما باقيه وهو الأربعة الأخماس ففيها اختلاف: فقيل: إنها للواجد مطلقاً سواء وجدها في أرض مملوكة أم لا. وقيل: إنها للواجد في أرض غير مملوكة أو في أرض ملكها بالإحياء. فإن كان في أرض مملوكة فهي لأول مالك لها أو لورثته إن عرفوا، وإلا فهي لبيت المال.

ثبت المراجع

اسم المرجع	٢
أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي - راجع أصوله محمد عبد القادر عطا - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى.	١
أحكام القرآن للإمام الشافعي جمعه أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي - قدم له وحققه عبد الغني عبد الخالق راجعه وعلق عليه محمد شريف شكر - دار إحياء العلوم - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٠هـ.	٢
الإحكام في أصول الأحكام لعلي بن محمد الأمدي - تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي - المكتب الإسلامي - الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ.	٣
الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، اختاره العلامة الشيخ علاء الدين أبو الحسن البعلي الدمشقي، وعليه تعليقات فضيلة الشيخ محمد حامد الفقي، دار الاستقامة - القاهرة- الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ.	٤
إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل تأليف المحدث ناصر الدين الألباني - المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م.	٥
الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان تأليف الشيخ	٦

رقم	اسم المرجع
	زين العابدين إبراهيم ابن نجيم - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ ١٩٩٣ م.
٧	الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تأليف الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ.
٨	إعلام الموقعين عن رب العالمين لمحمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية تحقيق عبد الرحمن الوكيل رئيس جماعة أنصار السنة المحمدية - مكتبة ابن تيمية - القاهرة -.
٩	إعلام الموقعين عن رب العالمين، لشمس الدين أبي بكر ابن القيم الجوزية، تحقيق الشيخ عبد الرحمن الوكيل، مكتبة ابن تيمية.
١٠	الإنصاف لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي - دار إحياء التراث العربي -.
١١	بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، الشهير بـ (ابن رشد الحفيد) دار الكتب الإسلامية - الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ.
١٢	بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ م.
١٣	البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح

اسم المرجع	م
الكبير لسراج الدين عمر بن علي الأنصاري المعروف بابن الملقن تحقيق أحمد بن سليمان بن أيوب - دار الهجرة - الرياض - الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م.	
البنية في شرح الهداية لمحمود بن أحمد العيني - دار الفكر - بيروت - الطبعة الثانية ١٤١١هـ ١٩٩٠م.	١٤
تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد مرتضى الزبيدي - مطبعة حكومة الكويت - ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.	١٥
تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي الزيلعي - دار الكتاب الإسلامي - الطبعة الثانية.	١٦
التعريفات لعلي بن محمد الجرجاني - دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ.	١٧
التوضيح لشرح الجامع الصحيح، لسراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف بـ ابن الملقن، تحقيق دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، بإشراف خالد الرباط، جمعة فتحي، تقديم الأستاذ الدكتور أحمد معبد عبد الكريم، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر.	١٨
الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م.	١٩
حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشليبي، مع تبين الحقائق	٢٠

اسم المرجع	ر
شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي الزيلعي - دار الكتاب الإسلامي - الطبعة الثانية.	
الدر المختار لعلاء الدين محمد الحصكفي مع حاشية ابن عابدين - دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م.	٢١
دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنتيبي، مكتبة العلوم والمعارفة - المدينة المنورة - الطبعة الثانية ١٤٢٢هـ.	٢٢
روضة الطالبين لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ومعه المنهاج السوي في ترجمة الإمام النووي، ومنتقى الينبوع في ما زاد على الروضة من الفروع للحافظ السيوطي - تحقيق الشيخ/ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض - دار الكتب العلمية - بيروت .	٢٣
سلسلة الأحاديث الصحيحة للألباني وشي من فقها وفوائدها، للإمام محمد ناصر الدين الألباني - مكتبة المعارف - الرياض - الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ.	٢٤
الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير وبالهامش محمد بن أحمد الصاوي - أخرجه ونسقه الدكتور/ محمد كمال وصفي - دار	٢٥

اسم المرجع	م
المعارف - القاهرة.	
شرح العناية على الهداية، للبارتي، طبعة الميمنية، القاهرة.	٢٦
شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرف الوافية لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع - تحقيق محمد أبو الأجنان - الطاهر المعموري - دار الغرب الإسلامي - بيروت - الطبعة الأولى ١٩٩٣م.	٢٧
صحيح ابن حبان لمحمد بن حبان بن أحمد البستي - بترتيب ابن بلبان - تحقيق شعيب الأرنؤوط - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الثالثة ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.	٢٨
صحيح سنن ابن ماجة باختصار السند تأليف المحدث محمد ناصر الدين الألباني - مكتب التربية العربي لدول الخليج - الرياض - الطبعة الثالثة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.	٢٩
صحيح سنن أبي داود باختصار السند تأليف المحدث محمد ناصر الدين الألباني - مكتب التربية العربي لدول الخليج - الرياض - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.	٣٠
صحيح سنن الترمذي باختصار السند تأليف المحدث محمد ناصر الدين الألباني - مكتب التربية العربي لدول الخليج - الرياض - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.	٣١
صحيح سنن النسائي باختصار السند تأليف المحدث محمد	٣٢



اسم المرجع	٢
ناصر الدين الألباني - مكتب التربية العربي لدول الخليج - الرياض - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.	
صحيح مسلم للإمام مسلم بن الحجاج النيسابوري مع شرح النوي - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٥هـ ١٩٩٥م.	٣٣
صيغ العقود في الفقه الإسلامي، للدكتور صالح بن عبد العزیز الغليقة، كنور أشبيليا للنشر والتوزيع - الرياض - الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.	٣٤
الفتاوي الهندية تأليف الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند بهامشه فتاوى قاضي خان والفتاوى البزازية - دار صادر - بيروت - ١٤١١هـ ١٩٩١م.	٣٥
فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي - دار الفكر -.	٣٦
الفروق للإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن أدریس بن عبد الرحمن الصنهاجي، المشهور بالقرافي، عالم الكتب - بيروت -.	٣٧
الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر - الطبعة الثالثة - ١٤٠٩هـ	٣٨

رقم	اسم المرجع
٣٩	الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تأليف العلامة الشيخ أحمد بن غنيم النفاضي المالكي، دار الفكر - بيروت - .
٤٠	القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
٤١	كشّاف اصطلاحات الفنون لمحمد علي بن علي التهانوي وضع حواشيه أحمد حسن بسج - دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ ١٩٩٨م.
٤٢	الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية لأبي البقاء الحسيني قابله ووضع فهارسه عدنان درويش و محمد المصري - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.
٤٣	لسان العرب لابن منظور - دار صادر - بيروت - الطبعة الثالثة ٢٠٠٤م.
٤٤	لسان العرب لابن منظور - دار صادر - بيروت - الطبعة الثالثة ٢٠٠٤م.
٤٥	اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان وضع محمد فؤاد عبد الباقي - دار الريان للتراث - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م.
٤٦	المبسوط لشمس الدين محمد بن أحمد السرخسي - دار المعرفة - بيروت - ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م.

رقم	اسم المرجع
٤٧	المبسوط للإمام شمس الدين السرخسي، مطبعة السعادة، مصر.
٤٨	مجموع الفتاوى، لشيخ الإسلام أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ابن تیمیة، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر- الرياض - ١٤١٢هـ.
٤٩	المجموع شرح المهذب لأبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي - دار الفكر - بيروت.
٥٠	مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تیمیة، جمع وترتيب الفقير إلى الله عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، دار عالم الكتب - الرياض - ١٤١٢هـ.
٥١	مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي - مؤسسة علوم القرآن - ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
٥٢	المدخل الفقهي العام، للدكتور مصطفى أحمد الرزقاء، دار الفكر - الطبعة الأولى ١٩٦٧-١٩٦٨م
٥٣	المدخل إلى فقه المعاملات المالية، للأستاذ الدكتور محمد عثمان شبير، دار النفائس - الأردن - الطبعة الثانية ١٤٣٠هـ.
٥٤	مذكرة شيخنا الشيخ حمود بن يحيى عوضة حفظه الله تعالى.
٥٥	المصباح المنير لأحمد بن محمد الفيومي أعتنى به الأستاذ يوسف

اسم المرجع	٢
الشيخ محمد - المكتبة العصرية- بيروت- الطبعة الثانية ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م.	
معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، للدكتور محمد عبد المنعم، دار الفضيلة - القاهرة-	٥٦
المعجم الوجيز مجمع اللغة العربية - ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.	٥٧
المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية - الطبعة الثانية - مطابع دار المعارف - مصر ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.	٥٨
معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون - دار الجيل - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.	٥٩
مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شرح الشيخ محمد الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا بن شرف النووي، دار الفكر.	٦٠
المغني لابن قدامة - تحقيق الدكتور/ عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور/ عبد الفتاح محمد الحلو - هجر للطباعة - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤١٠هـ.	٦١
المفردات في غريب القرآن، لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، تحقيق وضبط محمد سيد كيلاني - دار المعرفة -.	٦٢

رقم	اسم المرجع
٦٣	الملكية ونظرية العقد، للشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦م.
٦٤	المثور في القواعد لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي - حققه الدكتور/ تيسير فائق أحمد محمود - راجعه الدكتور/ عبد الفتاح أبو غدة - من مطبوعات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية في دولة الكويت - الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ ١٩٨٥م.
٦٥	مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالحطاب الرعيبي، ضبطه وخرَّج آياته وأحاديثه الشيخ: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الثانية ٢٠٠٧م.
٦٦	الموطأ لإمام دار الهجرة مالك بن أنس رواية أبي مصعب الزهري المدني، حققه وعلّق عليه الدكتور بشّار عواد معروف، محمود محمد خليل، مؤسسة الرسالة-بيروت- الطبعة الثالثة ١٤١٨هـ.
٦٧	النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، تأليف الدكتور بهاء الدين العلايلي، دار الشواف- الرياض - ١٤٢٦هـ.
٦٨	نظرية العقد، لشيخ الإسلام ابن تيمية، دار المعرفة - بيروت -.
٦٩	نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تأليف الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، خرَّج أحاديثه وعلّق عليه عصام الدين صبابطي، دار الحديث - القاهرة - الطبعة الأولى

اسم المرجع	م
	٥١٤١٣ هـ.
الهداية شرح بداية المبتدي تأليف شيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني - المكتبة الإسلامية -	٧٠

## فهرس

٦٧١	.....	مقدمة
٦٧٤	.....	الأمور التي راعيتها في كتابة البحث
٦٧٥	.....	خطة البحث
٦٧٧	.....	المبحث الأول: تعريف العقد وتمييزه عن غيره من المصطلحات
٦٧٨	.....	المطلب الأول: تعريف النظرية الفقهية في اللغة والاصطلاح
٦٧٩	.....	المطلب الثاني: تعريف العقد في اللغة والاصطلاح
٦٨٤	.....	المطلب الثالث: الفرق بين العقد والالتزام والتصرف والوعد
٦٨٦	.....	المطلب الرابع: طريقة معالجة الفقهاء لنظرية العقد
٦٨٧	.....	حكمة العقود في الشرع
٦٨٩	.....	المبحث الثاني: أركان العقد
٦٩٠	.....	تعريف الركن في اللغة والاصطلاح
٦٩١	.....	أركان العقد
٦٩٢	.....	المطلب الأول: الصيغة
٦٩٣	.....	أساليب الصيغة
٦٩٤	.....	الأسلوب الأول: اللفظ أو القول
٦٩٦	.....	الأسلوب الثاني: التعاقد بالأفعال
٦٩٨	.....	الأسلوب الثالث: التعاقد بالإشارة
٦٩٩	.....	الأسلوب الرابع: التعاقد بالكتابة
٧٠٢	.....	الأسلوب الخامس: التعاقد عن طريق المراسلة

- الأسلوب السادس: التعاقد بالوسائل الحديثة ..... ٧٠٣
- شروط الإيجاب والقبول ..... ٧٠٥
- الشرط الأول: وضوح دلالة الإيجاب والقبول ..... ٧٠٥
- الشرط الثاني: توافق الإيجاب مع القبول ..... ٧٠٦
- الشرط الثالث: اتصال القبول بالإيجاب ..... ٧٠٧
- الشرط الرابع: ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل ..... ٧٠٨
- العقود التي لا يشترط فيها اتحاد المجلس ..... ٧٠٩
- مبطلات الإيجاب (والقبول وكذلك الصيغة) ..... ٧١٠
- الركن الثاني: محل العقد (المعقود عليه) ..... ٧١٢
- الركن الثالث: العاقدان ..... ٧٢٠
- الشرط الأول: الأهلية ..... ٧٢٠
- الأهلية الكاملة والناقصة ..... ٧٢١
- عوارض الأهلية ..... ٧٢٦
- الشرط الثاني: العدد ..... ٧٢٩
- الشخصية الاعتبارية ..... ٧٣٠
- المبحث الثالث: تقسيمات العقود باعتباراتها المختلفة ... ٧٣١
- المطلب الأول: أقسام العقد من حيث النص عليها من عدمه ٧٣٤
- المطلب الثاني: أقسام العقد باعتبار غاية العقد وأهدافه ..... ٧٣٥
- المطلب الثالث: أقسام العقد من حيث اشتراط القبض أو عدمه ٧٣٦
- المطلب الرابع: أقسام العقد من حيث الصحة والفساد... ٧٣٧
- المطلب الخامس: أقسام العقد من حيث الوقف والنفاذ... ٧٣٩



- ٧٤٠ ..... المطلب السادس: أقسام العقد من حيث اللزوم
- ٧٤١ ..... المطلب السابع: من حيث الزمن الذي يقع فيه العقد.
- ٧٤٣ ..... المبحث الرابع: عيوب الرضا وانتهاز العقد
- ٧٤٤ ..... المطلب الأول: عيوب الرضا
- ٧٥٤ ..... المطلب الثاني: انتهاء العقد
- ٧٥٨ ..... المبحث الخامس: أسباب نقل الملكية
- ٧٥٩ ..... المطلب الأول: العقود الناقلة للملكية
- ٧٦١ ..... المطلب الثاني: الاستيلاء على المباح
- ٧٦٨ ..... ثبت المراجع
- ٧٧٩ ..... فهرس المحتويات