مجلة كلية
الدعوة الإسلامية

العدد
السابع عشر
2000

مجلة إسلامية - ثقافية - جامعة - محكمة - تصدر سنويا

1430 من ميلاد الرسول ﷺ الموافق 2000 افرنجي

العقود
ومعنى تكييفها الشرعي

الدكتور علاء الدين زعتري

نشأة العقود:

إن العقود لم تظهر إلا بعد الحاجة إليها، فالإنسان في القديم لم يحتج إلى العقود، لكون جميع احتياجاته متوفرة أمامه ـ لقلتها ـ لا يمنعه منها أحد.

وقد كان يقوم شخصياً بإشباع حاجاته عن طريق إنتاج ما يلزمه ويحتاج إليه؛ من الطعام واللباس والسكن.

ولما كثر عدد الأفراد، وتزايدت احتياجات الفرد، شعر الإنسان أنه بحاجة إلى مَن يستطيع تلبية رغبته من الاحتياجات التي كثرت وتعدد وتنوعت، ولم

يكن بوسعه إشباعها كلها بمفرده؛ إما لعدم قدرته على ذلك، أو لعدم رغبته في إنتاجها بنفسه.

فاندمج الفرد في إطار الجماعة الضيقة، وبدأت هذه الجماعة تتقاسم العمل فيما بينها، وصار لكل فرد منها عمل يختص به.

وبعد أن تعددت الجماعات، وكثرت الاحتياجات، وتزايدت المنتجات؛ وذلك باستقرار الإنسان وترك حياة التنقل، واشتغاله بالزراعة، حيث ارتبط بالأرض، وانخرط في سلك الجماعة الواسعة، عند ذلك صار الإنسان يفكر في الأخذ والعطاء وتبادل الحاجات[1].

فكان من الضروري التزام كل طرف بتقديم الفائض لديه وأخذ ما يلزمه، هذا الالتزام هو التعاقد بين الطرفين لتنفيذ الإرادة والرغبة في التبادل.

وتنوعت صور المبادلات، وهي في الجملة تخضع لنظرية العقد [التي تنظم حركة النشاط الاقتصادي، وتضبط أصول التعامل، وحرية التجارة، وتبادل الأعيان والمنافع][2] أي ما يسميه الاقتصاديون السلع والخدمات.

[والعقود بند أساسي في جميع الأعمال المالية، ولا سيما الأعمال المصرفية؛ لأنها تحدد الاشتراطات، ومسؤوليات كل طرف من أطراف العملية][3]، لذا، لا بد من وقفة من العقود من حيث: التعريف، والصيغة، والمحل، والأنواع، ولا سيما ما يتصل منها بالعمليات المصرفية.

---

(1) يُنْظَر: ـ النقود، وظائفها الأساسية وأحكامها الشرعية، علاء الدين زعتري، دار قتيبة، دمشق سورية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1417هـ/ 1996م، ص133 ـ 134.

ـ ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، د. عبد الحميد محمود البعلي، مؤسسة الشرق الدولية قطر، عمان الأردن، الطبعة الأولى 1985م، ص 9 ـ 10.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سورية، تصوير 1987م عن الطبعة الثانية 1405هـ/ 1985م، 4/ 78.

(3) المصرف الإسلامي علمياً وعملياً، عبد السميع المصري، دار التضامن للطباعة، مكتبة وهبة، الطبعة الأولى 1408هـ/ 1988م، ص73.

موقف التشريع الإسلامي من العقود:

قبل الحديث عن التعريف والصيغة والأنواع، أعرض لموقف القرآن والسنة من العقود عموماً.

● لقد اشتمل القرآن الكريم على آيات تثبت مشروعية العقد، وتأمر بالوفاء به والالتزام بما اتفق عليه العاقدان.

ـ قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[4].

ـ وقال الله عز وجل: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾[5].

وأضاف اللّهُ تبارك وتعالى العهدَ إلى نفسه دلالة على أهمية الوفاء به[6]، فقال عزَّ وجلَّ: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا وَقَدۡ جَعَلۡتُمُ ٱللَّهَ عَلَيۡكُمۡ كَفِيلًاۚ﴾[7].

* والعقود أمانة، والأمانة واجبة الأداء، يحرم جحودها وإنكارها، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾[8].

* والعقد ارتباط، وإذا التزم الإنسان بالقول فلا بُدَّ من الالتزام بالعمل والتنفيذ، وإلا وقع في غضب الله ومقته.

ـ قال عزَّ وجلَّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ۝٢ كَبُرَ مَقۡتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفۡعَلُونَ﴾[9].

● وفي أحاديث رسول الله ﷺ توجيهٌ للالتزام بالعقود، والحرص على تنفيذها، إذ إنَّ خُلْفَ الوعدِ من النفاق.

---

(4) سورة المائدة، الآية: 1.

(5) سورة الإسراء، الآية: 34.

(6) ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، د. عبد الحميد محمود البعلي، ص11.

(7) سورة النحل، الآية: 91.

(8) سورة النساء، الآية: 58.

(9) سورة الصف، الآيتان: 2 ـ 3.

ـ قال رسول الله ﷺ: «آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا اؤتمن خان»[10].

ـ وقال رسول الله ﷺ: «لاَ إِيمَانَ لِمَنْ لاَ أَمَانَةَ لَهُ وَلاَ دِينَ لِمَنْ لاَ عَهْدَ لَهُ»[11].

تعريف العقد

ـ العقد في اللغة[12]: نقيض الحَلّ، ويأتي بمعنى: العهد، ويأتي بمعنى الربط بين أطراف الشيء، وهو: اتفاق بين طرفين يلتزمُ بمقتضاه كلٌّ منهما تنفيذ ما اتفقا عليه. ويدخل المعنى اللغوي لكلمة العقد في المعنى الاصطلاحي عند الفقهاء.

ـ وللعقد عند الفقهاء معنيان[13]: عام وخاص.

أما المعنى العام فهو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة، أم احتاج إلى إرادتين، فهو بهذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً.

---

(10) صحيح البخاري، ضبط وترقيم د. مصطفى البغا، مؤسسة علوم القرآن عجمان، اليمامة، دمشق، دار ابن كثير، دمشق، الطبعة الخامسة 1414هـ/ 1993م، في كتاب الإيمان (2) باب: علامة المنافق (23)، حديث رقم (33)، 1/ 21.

ـ صحيح مسلم بشرح النووي، بتحقيق وضبط عصام الصبابطي، حازم محمد، عماد عامر، دار الحديث القاهرة، الطبعة الأولى 1415هـ/ 1994م، في كتاب الإيمان (1) باب بيان خصال المنافق (25)، حديث رقم (0107 ـ 59)، 1/ 322.

(11) مسند الإمام أحمد، عن أنس بن مالك، حديث رقم (11975)، 3/ 135، وفي الطبعة الحديثة 3/ 594.

ـ صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، حديث رقم (194)، 1/ 422.

ـ صحيح ابن خزيمة، محمد ابن إسحاق، مراجعة د. محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1390/ هـ/ 1970م، حديث رقم (2335)، 4/ 51.

ـ سنن البيهقي الكبرى، حديث رقم (12470)، 6/ 288.

(12) يُنْظَر: لسان العرب، ابن منظور، دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1413هـ/ 1993م، باب العين، 9/ 309 وما بعدها.

(13) يُنْظَر: ـ الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، 4/ 80.

ـ ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، د. عبد الحميد محمود البعلي، 27.

أما المعنى الخاص، فهو: [ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله][14]، أو هو: [تعلُّق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يَظهر أثرهُ في المحل][15].

ومن اللافت للنظر في تعريف العقد عند الفقهاء قولهم: «شرعاً» لإخراج الارتباط بين المتعاقدين على وجه غير مشروع، كارتباط المتعاقدين بعقد ـ ربا ـ أخذ زيادة بدون عوض، ولا بُدَّ من التأكد في العقود المالية المصرفية أن تكون مشروعة.

ـ والعقد عند رجال القانون، هو: [توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه][16].

و[يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد][17].

* والفارق بين التعريفين الفقهي والقانوني: أن التعريف الفقهي يؤكد الارتباط الذي يعتد الشارع به وليس مجرد اتفاق الإرادتين، إذ قد يحصل اتفاق بين إرادتين على شيء يحرمه الشارع، وبذلك يكون تعريف العقد عند القانونيين غير مانع من دخول العقد الباطل فيه[18].

---

(14) المادة رقم (103 و104) من مجلة الأحكام العدلية، مطبعة شعاركو، الطبعة الخامسة، 1388هـ/ 1968م.

(15) شرح العناية على الهداية، أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، بهامش فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، الناشر دار صادر بيروت، الطبعة الأولى 1316هـ، 5/ 74.

(16) الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، د. عبد الرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية 1964م، الفقرة 36، 1/ 149.

(17) المادة رقم (92). القانون المدني ـ السوري ـ، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18/ أيار/ 1949م، وتعديلاته، معدلاً ومضبوطاً على الأصل، إعداد وتنسيق ممدوح عطري، مساعد قضائي سابقاً، مؤسسة النوري، 1997م، ص22.

(18) ينظر: المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مصطفى أحمد الزرقا، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، الناشر دار الفكر، الطبعة التاسعة، 1967م، 1968م، الفقرة رقم (134)، 1/ 294 ـ 295.

وهذا ما لا ينبغي الوقوف عنده، إذ لا بد أن يكون التعريف جامعاً مانعاً، وهو تعريف الفقهاء للعقد، فالعقد المعتبر في الإسلام هو العقد المشروع الذي ينضم للنظام العام الذي وضعه الشارع ليسير عليه الناس، وما على الأفراد إلا التقيد التام بأحكام الشرع الذي نظّم لهم العقود[19].

* في تعريف العقد مرّ قول الفقهاء: [إرادة منفردة]، و[إرادتين]، وهذا يعني: أن الإرادة الواحدة قد تستقل بإنشاء التزام وعقد، ولا يقتصر هذا على النية فحسب، بل قد يكون هذا الالتزام مالياً، ومن أمثلة الالتزام بإرادة واحدة في الفقه الإسلامي: الجعالة[20] والوقف[21] والإبراء[22]، والوصية[23]، واليمين[24]، والكفالة[25] غير أن الأصل في العقود أن يكون العاقد متعدداً، أي ينشأ العقد بإيجاب وقبول يُعَبِّر كل واحد من الموجِب والقابل عن إرادته في تنفيذ مقتضيات العقد.

---

(19) يُنْظَر: الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، 4/ 82.

(20) هي: التزام عوض متقوم على معين أو مجهول عَسُر عمله. يُنْظَر: النقود، وظائفها الأساسية وأحكامها الشرعية، علاء الدين زعتري، ص155 ـ 256.

(21) هو: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته، على مصرف مباح. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق سورية، الطبعة الثانية 408هـ/ 1988م، ص386.

(22) هو: إسقاط الحق عن الذمة. القاموس الفقهي، سعدي أبو جيب، ص35.

(23) هي: عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده، يلزم بموته. القاموس الفقهي، سعدي أبو جيب، ص382.

(24) هو: عقد قوي به عزم الحالف على الفعل، أو الترك. القاموس الفقهي، سعدي أبو جيب، ص395.

(25) هي: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً: بنفس، أو دين، أو بعين. القاموس الفقهي، سعدي أبو جيب، ص322.

* والكفالة أحد العقود التي تجريها المصارف في إصدارها خطاب الضمان لتكفل أحد المتعاملين معها، وهي على قول جمهور الفقهاء تكون مطلقة، وقال فقهاء الحنفية: الكفالة لا تكون إلا في المطالبة بالدين. ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، 4/ 87.

هل الوعد عقد أو لا؟

قد يحصل بين الناس شيء من الالتزام الأدبي في إنشاء عقد في المستقبل، فهل هذا العهد والالتزام الضمني يجب الوفاء به أو لا؟.

يشير الفقهاء[26] إلى أن العقد يلزم الوفاء به ديانةً وقضاءً[27]، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[28]، وقوله عزَّ وجلَّ ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾[29].

أما الوعد فلا يلزم الوفاء به قضاء، بل الوفاءبه مندوب إليه ديانة، هذا مذهب جمهور الفقهاء ـ خلافاً لفقهاء المالكية.

دليل جمهور الفقهاء: أنّ الالتزام بالعهد من مكارم الأخلاق، وإن الخُلف بالعهد من صفات المنافقين، قال رسول الله ﷺ: «**آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ وَإِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ**»[30].

وحذَّر القرآن الكريم المؤمنين من الوقوع في الخلف بالعهد، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ۝٢ كَبُرَ مَقۡتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفۡعَلُونَ﴾[31].

---

(26) يمكن معرفة رأي رجال القانون بقراءة:

ـ نظرية العقد، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، دكتوراه في العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، نشر المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، الفقرة 259 ـ 266، ص262 ـ 270.

ـ الوسيط، نظرية الالتزام، د. عبد الرزاق السنهوري، الفقرة 132 ـ 139، 1/ 266 ـ 276.

(27) يُنظَر: العقود المسماة، البيع، المقايضة، الإيجار، القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي، أ.د. محمد الزحيلي، الأستاذ بكلية الشريعة، جامعة دمشق، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الرابعة، 1414هـ ـ 1415هـ/ 1993م ـ 1994م، ص13.

(28) سورة المائدة، الآية: 1.

(29) سورة الإسراء، الآية: 34.

(30) سبق تخريجه في ص3 من هذا البحث.

(31) سورة الصف، الآيتان: 2 ـ 3.

غير أن الالتزام الأدبي بالعقد، صار لزاماً أن يأخذ قوة في الوفاء به، وبخاصة في المعاملات المالية المعاصرة، ومن الواجب أن يعمل الفقهاء على اختيار الفتوى القاضية بجعل الوفاء بالعهد لازماً قضاءً وديانةً؛ حفاظاً على أموال الناس ومحافظة على القيم الإسلامية النبيلة.

وهذا الذي أرى الفتوى به، قد أشار إليه بعض الفقهاء في السابق، حتى في عهد التابعين، فهذا ابن شبرمة[32] يشير إلى إلزام الواعد وإجباره على الوفاء بوعده قضاءً، وذكر ابن حزم[33] والقرافي[34] أن فقهاء المالكية يُلزِمون الواعد بوعده إذا أدخل الموعود له بكلفة، أو كان الوعد مقروناً بذكر السبب[35].

واختار فقهاء الحنفية هذا القول إذا كان الوعد مُعَلَّقاً، فالقاعدة الفقهية لديهم: [المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة][36].

---

(32) هو عبد الله بن شبرمة الضبي القاضي، الفقيه، كان عفيفاً، صارماً، عاقلاً، شاعراً جواداً، توفي سنة 144هـ. شذرات الذهب في أخبار مَن ذهب، أبو الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي، دار المسيرة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1399هـ/ 1979م، 1/ 215 ـ 216.

(33) علي بن أحمد، أبو محمد، عالم الأندلس في عصره، أحد أئمة الإسلام، ولد بقرطبة سنة (384هـ = 994م)، وتوفي في بادية لبلة ـ من بلاد الأندلس ـ سنة (456هـ = 1064م). يُنظَر: الأعلام، الزركلي، 4/ 254.

(34) أحمد بن إدريس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي: من علماء المالكية، مصري المولد والمنشأ والوفاة، توفي في جمادى الآخرة سنة 684هـ، له مصنفات جليلة في الفقه والأصول. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد بن محمد مخلوف، دار الفكر، د.ت، رقم الترجمة (627)، ص188 ـ 189.

(35) يُنظَر: ـ المحلى بالآثار، الإمام علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، مسألة رقم 1126، 6/ 278.

ـ أنوار البروق في أنواء الفروق، أحمد بن إدريس الصنهاجي المشهور بالقرافي، المطبعة الأميرية ببولاق مصر، 1345هـ، 4/ 24 ـ 25.

(36) المادة (84) من مجلة الأحكام العدلية. درر الحُكَّام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، الرئيس الأول لمحكمة التمييز وأمين الفتيا ووزير العدلية في الدولة العثمانية ومدرّس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالأستانة، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1411هـ/ 1991م، ص87.

ويُلاحظ أن القوانين الوضعية تتفق مع القول بإلزام الواعد بالوفاء، بالعقد أو بالعلم[37].

صيغة العقد

هي: التعبير الدَّال على إرادة المتعاقدين لإنشاء العقد وإبرامه، ويسمى هذه التعبير: إيجاباً وقبولاً[38].

والأصل[39] في العقود اتفاق الإرادتين، وتراضي المتعاقدين، وليست الألفاظ إلا ترجمة عن ذلك الاتفاق والتراضي، وقد أوجب الفقه الإسلامي ظهور الإرادتين بشكل واضح بيِّن، لا شك فيه؛ حفاظاً على الأموال والأعمال.

ولا بد من أن تتوفر في الإيجاب والقبول ثلاثة أمور أساسية:

- وضوح المعنى.
- توافق الإيجاب والقبول.
- جزم الإرادتين.

وسأكتفي بتفصيل الأمر الأول - وضوح المعنى -؛ لكون الأمرين الأخيرين مما لا شك فيهما في العقود حتى تستقيم، أما وضوح المعنى فكيف يكون؟

إن التعبير عن إرادة المتعاقدين، يكون أصلاً باللفظ أو بالقول، يقول الشاعر:

إن الكلام لفي الفؤاد وإنما جعل اللسان على الفؤاد دليلا

---

(37) يُنْظَر: الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، 4/ 91.

(38) يُنْظَر: - المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، 1/ 1292، الفقرة رقم (133).

- نظرية العقد، د. عبد الرزاق السنهوري، ص237.

(39) ينظر: - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، محمد مصطفى شلبي، رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعتي الإسكندرية وبيروت العربية، دار النهضة العربية، 1401هـ/ 1981م، ص440.

- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، 1/ 318، الفقرة رقم (151).

ويمكن أن يقوم مقام اللفظ ـ اللسان ـ، أي تصرف يدل على الإرادة، سواء كان بالعمل أو بالإشارة أو بالكتابة.

أما بدون صيغة للعقد أو دلالة على الإرادة فلا يتم العقد، وقد نصت مجلة الأحكام العدلية (المادتان 173 ـ 174)[40]، والقانون المدني السوري المادة رقم (93/ 1) على انعقاد العقد بأي صيغة تدل عرفاً أو لغة على إنشاء العقد، سواء بالقول أو بالفعل أو بالإشارة أو بالكتابة[41].

واللفظ، هو الأداة الطبيعية الأصلية في التعبير عن الإرادة الخفية؛ لسهولته وقوة دلالته ووضوحه، ولا يشترط فيه لغة معينة، إذ إن أي لغة يفهمها المتعاقدان تكون كافية لإتمام العقد، كذا لا يشترط فيه عبارة خاصة، ولا لفظ معين[42].

وقد ينعقد العقد بدون قول أو لفظ، وإنما بفعل يرصد من أحد المتعاقدين، أو من كليهما، ويسمى هذا في الفقه: العقد بالمعاطاة[43] وهو جائز عند جمهور الفقهاء[44] .....

(40) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، 1/ 141 وما بعدها.

(41) القانون المدني، إعداد ممدوح عطري، ص22.

(42) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، أ. د. وهبة الزحيلي، 4/ 95.

وقد نصت المادة (168) من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتي [الإيجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلدة]. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، 1/ 137.

(43) نصت المادة (175) من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتي: [حيث إن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين، فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، ويسمى هذا بيع التعاطي]. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، 1/ 143.

(44) ينظر: ـ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1402هـ/ 1982م، 5/ 134.

ـ شرح فتح القدير، مع شرح العناية على الهداية، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، الطبعة الأولى 1316هـ، الناشر دار صادر، 5/ 77.

ـ رد المحتار على الدر المختار، (حاشية ابن عابدين)، علاء الدين أمين بن عمر بن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، 4/ 11. =

غير فقهاء الشافعية[45]، وقد اتفق القانون المدني السوري المادة رقم (93/ 1)[46] مع رأي جمهور الفقهاء.

والتعاقد بالإشارة فيه تفصيل[47]، فالإشارة إما أن تكون من ناطق أو من أخرس، فإذا كان العاقد قادراً على النطق فلا ينعقد العقد بإشارته، فالإشارة لا تكون مفيدة لليقين قطعاً ولا يلجأ إليها إلا عند الضرورة، مع أن فقهاء المالكية[48] وفقهاء الحنابلة[49] أجازوا التعبير عن الإرادة العقدية من الناطق بالإشارة المفهمة، ووافق القانون المدني السوري المادي رقم (93/ 1)[50] على انعقاد العقد بالإشارة المتداولة عرفاً، ولو كانت من الناطق.

وإذا كان العاقد عاجزاً عن النطق كالأخرس ومعتقل اللسان، فإن كان يحسن الكتابة فلا بد منها؛ لأن الكتابة أبلغ في الدلالة على الإرادة، وأبعد عن الاحتمال من الإشارة، فيلجأ إليها، أما إذا كان لا يحسن الكتابة، وله إشارة مفهمة فتقوم إشارته مقام النطق باللسان باتفاق الفقهاء للضرورة، وفي مجلة

= ـ ـ حاشية الدسوقي الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، د.ت، 3/ 3.

ـ ـ المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي الشيرازي، طبع بمطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر، 1/ 257.

ـ ـ المغني على مختصر أبي القاسم الخرقي، أبو محمد بن قدامة المقدسي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، 1401هـ/ 1981م، 3/ 561.

(45) هذا في الأصل، واختار النووي وجماعة من الشافعية [منهم المتولي والبغوي الانعقاد بالمعاطاة في كل ما يعده الناس بيعاً، لأنه لم يثبت اشتراط لفظ، فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة، وبعضهم كابن سريج والروياني خصص جواز بيع المعاطاة بالمحقرات]. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، د.ت، 2/ 3.

(46) القانون المدني، إعداد ممدوح عطري، ص22.

(47) ينظر: ـ موسوعة الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مصر، الجزء العاشر، 1393هـ، مادة: إشارة، بحث: إشارة في البيع 48 ـ 53.

ـ ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، د. عبد الحميد محمود البعلي، 58 وما بعدها.

(48) ينظر؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/ 3.

(49) ينظر: المغني، ابن قدامة 3/ 561 ـ 562.

(50) القانون المدني، إعداد ممدوح عطري، ص22.

الأحكام العدلية: (الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان)[51].

والتعاقد بالكتابة جائز، سواء كان العاقدان ناطقين أو عاجزين عن النطق، وسواء كانا حاضرين في مجلس العقد أو غائبين، وبأي لغة كانت ما دامت الكتابة مفهومة لدى الطرفين.

واشترط الفقهاء أن تكون الكتابة مستبينة باقية الصورة بعد الانتهاء منها، مرسومة، مسطرة بالطريقة المعتادة بين الناس؛ بذكر المرسل إليه وتوقيع المرسل.

وفي صحة العقد بالكتابة جاء في مجلة الأحكام العدلية: (الكتاب كالخطاب)[52]، وهذا رأي فقهاء الحنفية[53] وفقهاء المالكية[54].

واشترط فقهاء الشافعية[55] وفقهاء الحنابلة[56] لصحة العقد بالكتابة: أن يكون العاقدان غائبين.

التعاقد بواسطة آلات الاتصال الحديثة

مع تطور الحياة وتقدم التقنية وتوفر وسائل الاتصالات الآلية المباشرة، ظهرت مسألة البحث عن فتوى في جواز أم عدم جواز، وكيفية إيجاد المخرج الشرعي المناسب لإجراء العقود بواسطة آلات الاتصال الحديثة، مثل: إجراء العقود عبر الهاتف، وإجراء العقود عبر المراسلات الآلية؛ كالبرقيات أو بواسطة التلكس أو الفاكس [البريد المصور] أو عبر الشبكة العالمية (الإنترنت) مثلاً.

---

(51) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، المادة رقم (70)، 1/ 70.

(52) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، المادة رقم (69)، 1/ 69.

(53) ينظر: ـ بدائع الصنائع، الكاساني، 5/ 137.

ـ شرح فتح القدير، الكمال بن الهمام، 5/ 79.

(54) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/ 3.

(55) ينظر: ـ المهذب، الشيرازي، 1/ 257.

(56) ينظر: ـ كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، فرغ من تأليفه سنة 1046هـ، راجعه وعلق عليه هلال مصيلحي مصطفى هلال، أستاذ الفقه والتوحيد بالأزهر الشريف، دار الفكر، لبنان 1402هـ/ 1982م، 3/ 148.

وقد درس فقهاء العصر هذه المسألة؛ أفراداً وجماعات، من خلال أبحاث وكتب الفقه الإسلامي بثوبه الجديد، وكتاباته المعاصرة، وكان من جملة من تداول هذا الأمر أعضاء مجمع الفقه الإسلامي بجدة، ووصلوا إلى نتيجة مفادها جواز إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، لكون تلك الآلات تشبه المرسل سابقاً.

ثم إن اتحاد المجلس المطلوب في كل عقد لا يشترط فيه كون المتعاقدين يضمهما مكان واحد، بل يمكن تفسير اتحاد المجلس باتحاد الزمن أو الوقت الذي يكون فيه المتعاقدان مشتغلين بالعقد.

ففي المراسلات التجارية يكون مجلس العقد هو زمن وصول الرسالة من الموجب إلى الراغب بالقبول، وعليه أن يظهر قبوله وموافقته للإيجاب ليتم العقد صحيحاً، فإن تأخر القبول إلى مجلس ثان لم ينعقد العقد.

وفي الاتصال عبر وسائل الاتصالات الحديثة (الهاتف، والبريد المصور) يعد مجلس العقد هو زمن الاتصال عبر هذه الوسائل، ما دام الكلام مرتبطاً ومتعلقاً بشأن العقد دون سواه، فإن انتقل المتحدثان (المتخاطبان) إلى حديث آخر انقطع مجلس العقد، ويكون الالتزام الواجب تنفيذه هو الاتفاق الذي تم خلال مجرى الحديث.

وقد أجمع الفقهاء على أن العقد يتم وينعقد بين الغائبين ـ كما في آلات الاتصال الحديثة ـ بمجرد إعلان القبول، ولا يشترط العلم بالقبول بالنسبة للطرف الموجب[57].

---

(57) ينظر: ـ المستدرك على الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الأولى 1417هـ/ 1996م، 9/ 244 وما بعدها.

ـ العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والقانون المدني الأردني، أ.د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الأولى 1407هـ/ 1987م، ص21.

ـ وقد نصت المادتان (142) و(143) من القانون الإماراتي، وكذلك المادتان (101) و(102) م على جواز التعاقد بآلات الاتصال الحديثة.

* وقد قدم الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي بحثاً للمجمع الفقهي الإسلامي بجدة التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، بهذا الخصوص. =

لكن إبعاداً لكل لبس أو غموض، وتمكيناً من إثبات العقد، وتأكيداً لإبرامه، جرى العرف الحاضر على إرسال العرض أولاً، ثم إرسال القبول، ثم إتمام العقد.

محل العقد(58)

هو ما يقع عليه العقد، أي هو المعقود عليه، الذي تظهر فيه أحكام العقد وآثاره، فهو: كل شيء طاهر منتفع به شرعاً، سواء كان عيناً أم منفعة؛ سلعة أم خدمة، ويشترط أن يكون معلوم الوجود، والصفة، والقدر، والأجل إن أجل، ويشترط أن يكون مقدوراً على تسليمه، وأن يكون سالماً من الغرر والربا، ومن كل شرط مفسد.

وهذه الشروط ينبغي التنبه إليها في كل عقد يجريه المصرف ليصار إلى معرفة حكم هذا العقد إن كان موافقاً للشرع ينفذ، وإلا وجب إبطاله.

= مقابلة معه في المحطة الفضائية السورية، بتاريخ 3/ 10/ 1997م، والمقابلة من إعداد وتقديم الأستاذ عدنان شيخو، وإخراج هشام مالك، ضمن برنامج حديث الروح.

(58) ينظر: ـ ـ بدائع الصنائع، الكاساني، 5/ 138 ـ 152.

ـ فتح القدير، الكمال بن الهمام، 5/ 186 ـ 203.

ـ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، راجعه عبد الحليم محمد عبد الحكيم، دار الكتب الإسلامية، مصر، الطبعة الثانية 1403هـ/ 1983م، 2/ 204.

ـ بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، حاشية لأحمد بن محمد الصاوي، والشرح هو الشرح الصغير لأحمد بن محمد الدردير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1372هـ = 1952م، 2/ 156.

ـ ـ المجموع شرح المهذب، يحيى بن شرف النووي، مطبعة التضامن الأخوي، المكتبة السلفية المدينة المنورة، د.ت، 9/ 149 و226 و261 و284.

ـ مغني المحتاج، الشربيني، 2/ 10 ـ 20.

ـ ـ الشرح الكبير على متن المقنع، ابن قدامة، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، 1403هـ/ 1983م، 4/ 7 ـ 39.

ـ الروض المربع شرح زاد المستقنع مختصر المقنع، المتن لموسى بن أحمد الحجاوي، والشرح لمنصور بن يونس البهوتي، دار الفكر، الطبعة السادسة، د.ت، 2/ 165.

موضوع العقد[59]

هو المقصد الأصلي الذي شرع العقد من أجله، والشرع الحنيف هو الذي يحدد مقصد كل عقد، ومع أن موضوع العقد واحد ثابت في كل فئة أو نوع من أنواع العقود، لكنه يختلف باختلاف فئات العقود أو أنواعها، فهو في عقود البيع واحد: هو نقل ملكية المبيع للمشتري بعوض، وفي الإجارات: هو تمليك المنفعة بعوض، وفي الهبات: هو تمليك العين الموهوبة بلا عوض، وفي الإعارات: هو تمليك المنفعة بلا عوض، وهكذا. . .

الإرادة العقدية

هي القوة المولدة للعقد، ولها شعبتان:

1 ـ الإرادة الباطنة، وهي النية.

2 ـ الإرادة الظاهرة، وهي الألفاظ المعبرة عن النية.

والإرادة الباطنة لها عنصران لا تتحقق بدونهما، وهما: الاختيار والرضا، والاختيار هو القصد، والرضا هو الارتياح إلى العقد والرغبة فيه، وهو ركن جوهري في العقد[60].

هذا، وقد عول فقهاء الحنفية[61] على الاختيار فجعلوه شرطاً من شروط الانعقاد، أما الرضا، فهو شرط صحة عندهم وليس شرط انعقاد.

فإذا وجد الاختيار والرضا كان العقد صحيحاً منعقداً.

---

(59) ينظر: ـ الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، 4/ 182.

ـ المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، الفقرة رقم (148) و(149)، 1/ 314 وما بعدها.

(60) ينظر (لمزيد من التفصيل):

ـ النظرية العامة للالتزام، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، محمد وحيد الدين سوار، جامعة دمشق، 1402 ـ 1403هـ/ 1982 ـ 1983م، ص62.

(61) ينظر: ـ ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، د. عبد الحميد محمود البعلي، 129 ـ 130.

ـ الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، 4/ 189.

وإذا وجد الاختيار دون الرضا كان العقد منعقداً فاسداً، حتى يتم الرضا.

وأما عند جمهور الفقهاء[62]، فالاختيار والرضا متلازمان، بمعنى أنه لا يوجد أحدهما بدون الآخر، فالاختيار هو القصد إلى العبارات المنشئة للعقود، بحيث تكون ترجمة عما في النفس ودليلاً على الرغبة في العقد وآثاره، وهذا هو معنى الرضا.

موقف الفقهاء من الإرادة الباطنة والظاهرة

إذا تطابقت الإرادتان كان العقد صحيحاً شرعياً، ولكن في الواقع العملي قد توجد الإرادة الظاهرة وحدها، ولا توجد معها إرادة باطنة، فما حكم العقد؟

ولن يتم تفصيل صورية العقد كلها، ولا الشك الذي قد يقع في وجود الإرادة، وإنما سيكون الحديث حول ما يخص المعاملات المالية في صورية العقد فيها أحياناً، إذ إن العاقد قد يتخذ شكلاً مباحاً وسيلة لتحقق غرض غير مباح شرعاً[63]، وهذا ما يسأل عنه كثير من الناس: إن العقد في ظاهره أتم الشروط والأركان، إلا أن الغرض والإرادة الباطنة فيها تحايل على الحرام، ويتخذون الرضا ذريعة لإتمام هذا العقد.

وعلى سبيل المثال: المستقرض من المصارف ينظر إلى عقده من باب الرضا، سواء أكان قرضاً حسناً أم قرضاً ربوياً بفائدة، والمتبايع بالعينة يتحايل على الربا وفي ظاهر العقد تمام للشروط والأركان المعتبرة في البيوع.

في الأسطر الآتية بيان لرأي الفقهاء[64] في هذه المسألة:

---

(62) ينظر: ـ ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، د. عبد الحميد محمود البعلي، 130.
ـ الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، 4/ 189.

(63) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، 4/ 196.

(64) يمكن معرفة رأي رجال القانون في المسألة بمراجعة:
ـ نظرية العقد، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الفقرة 167 ـ 178، ص167 ـ 182.
ـ الوسيط، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الفقرة 77 ـ 79، 1/ 191 ـ 193.

يندرج رأي الفقهاء في هذه المسألة تحت ما يسمى ـ نظرية السبب في العقود ـ، وللفقهاء اتجاهان في هذه القضية[65]:

ـ اتجاه تغلب فيه النظرة الموضوعية، والشكل الظاهر للعقد، (الإرادة الظاهرة).

ـ واتجاه تلاحَظ فيه النيات والبواعث الذاتية، الداخلية، (الإرادة الباطنة).

ـ أما الاتجاه الأول: فهو مذهب فقهاء الحنفية[66] وفقهاء الشافعية[67]، وقد عولوا على الإرادة الظاهرة في العقود، وتعليلهم بأن هذا يجعل المعاملات المالية في استقرار، أما البواعث الداخلية فهي تهدد المعاملات بالقلق.

ولا تأثير للسبب أو الباعث على العقد إلا إذا كان مصرحاً به في صيغة التعاقد، فإن لم يصرح به فالعقد صحيح لاشتماله على أركان العقد الأساسية، لكنه مكروه تحريماً عند فقهاء الحنفية حرام عند فقهاء الشافعية، بسبب النية غير المشروعة.

وأقرب مثال وأوضحه هو بيع العنب لعاصره خمراً، فهو صحيح من حيث العقد، حرام من حيث النية.

ـ وأما الاتجاه الآخر، فهو مذهب فقهاء المالكية[68] وفقهاء الحنابلة[69]، الذين

---

(65) ينظر: ـ الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، 4/ 185 ـ 188.

ـ ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، د. عبد الحميد محمود البعلي، 131 ـ 132.

(66) ينظر: ـ بدائع الصنائع، الكاساني، 4/ 189.

ـ نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي [تكملة فتح القدير للكمال ابن الهمام]، 8/ 127.

ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، الطبعة الأولى، 1315هـ، 5/ 125.

(67) ينظر: ـ المجموع، النووي، 9/ 353. ـ مغني المحتاج، الشربيني، 2/ 37 ـ 38.

(68) ينظر: ـ بداية المجتهد، ابن رشد، 2/ 150.

ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/ 90 ـ 91.

ـ القوانين الفقهية، ابن جزي، دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى، شباط (فبراير)، 1977م، ص163.

(69) ينظر: ـ المغني، ابن قدامة، 4/ 237. =

ينظرون إلى القصد والنية والباعث، فيبطلون التصرف المشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يكون الطرف الآخر عالماً بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك من خلال الظروف والقرائن.

فإذا كان الباعث مشروعاً فالعقد صحيح، وإذا كان الباعث غير مشروع فالعقد باطل حرام؛ لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان، فيبطل عقد بيع العنب لعاصره خمراً، ويبطل عقد فيه تحايل على الربا ـ كبيع العينة ـ، وإن كان من حيث الظاهر تام الأركان والشروط.

سلطان الإرادة العقدية[70]

اشتهرت على الألسنة قاعدة قانونية هي: [العقد شريعة المتعاقدين] أي إن القانون ملزم لكل من الطرفين المتعاقدين فيما تقضيه بنوده وشروطه[71].

وهذا يعني: إعطاء الحرية للمتعاقدين في إنشاء العقد وآثاره المترتبة عليه، دون قيد، إلا بما يسمى: النظام العام[72]، كما يسمح هذا السلطان للإدارة بإنشاء عقود جديدة بحسب ما تقتضيه المصالح الاقتصادية والتطورات الزمنية.

فكأن أمر العقود مرده إلى العرف، لا إلى حدود الشرع الذي وضع قواعد العقد، ونظم أحكامها وحدد التزاماتها، وهذا لا يعني أن العقود التي مرجعها

= ـ إعلام الموقعين عن رب العالمين، أبو عبد الله بن أبي بكر بن قيم الجوزية، تحقيق محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 1407هـ، 1987م، 1/ 106 ـ 108 و121 ـ 122.

(70) لمزيد من التفصيل عن مبدأ سلطان الإرادة يمكن قراءة:
ـ نظرية العقد، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الفقرة 86 ـ 113، ص85 ـ 111.
ـ الوسيط، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الفقرة 41 ـ 45، 1/ 153 ـ 162.

(71) وقد نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة (148/ 1). القانون المدني، إعداد ممدوح عطري، ص30.

(72) هو [الحدود التي يضعها التشريع الوضعي وفقاً لمصالح الفرد والمجتمع ومقتضيات السياسة والاقتصادية]. الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، 4/ 196.

العرف مرفوضة، بل إن العرف مقبول إذا لم يخالف النصوص الشرعية[73].

ومما يلاحظ أن عمليات المصارف هي من العقود الجديدة ـ غالباً ـ، وليست من العقود المسماة ـ وإن كان الأمر نسبياً ـ، وفي هذا البحث سيكون الحديث عن تكييف تلك الأعمال المصرفية والعمليات التعاقدية بين المصرف وعملائه ضمن حدود العقود المسماة[74]، فالحرية في التعاقد لا ينبغي أن تكون مطلقة، ورضائية المتعاقدين لا ينبغي أن تكون هي الأساس فقط، بل إن هذه الرضائية والحرية ضمن حدود ما أنزل الله في كتابه وما بيَّن رسولُه ﷺ، وما يقال عن أصل العقد يقال على الشروط والآثار المترتبة عليه، وفي الأسطر الآتية بيان لهذا الموضوع.

حرية التعاقد ورضائيته

الرضا هو أساس العقود[75]، ودليل ذلك:

ـ قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾[76].

ـ وقول رسول الله ﷺ: «**إنما البيع عن تراض**»[77]، وقوله ﷺ: «**لا يحل**

---

(73) ينظر: بحث موقف الشريعة من العرف ص26 وما بعدها من هذا البحث.

(74) هي العقود التي عرفت بأسماء معينة، واحتواها القانون في مواده، وبين أحكامها الخاصة التي تميزها عن غيرها من العقود في فترة زمنية معينة، إذ إنها تختلف من زمن إلى زمن، ومن مكان إلى مكان.
ولمعرفة المزيد عن مفهوم العقود المسماة واتفاق معناها في الفقه الإسلامي مع المعنى القانوني؛ من حيث اتفاق النتيجة واختلاف المبدأ، ومعرفة الحكمة من تنظيم العقود المسماة، يراجع كتاب: العقود المسماة، أ.د. محمد الزحيلي، ص17 وما بعدها.

(75) ينظر: ـ المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، (1/ 499. الفقرة رقم (237).
ـ العقود المسماة، أ.د. محمد الزحيلي، ص15.
ـ ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، د. عبد الحميد محمود البعلي، ص14.

(76) سورة النساء، الآية: 29.

(77) سنن ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار =

للمرء من مال أخيه شيء إلا بطيب نفس منه»[78].

مما سبق يعلم أن مجرد التراضي هو الذي يولِّد العقد والتزاماته، دون الحاجة لممارسة شكلية معينة، وأن الإرادة حرة في إبرام العقود دون خضوع لإكراه، إلا في بعض الحالات الاستثنائية[79].

* والعقود المصرفية تبرم وتنعقد برضا المصرف، ورضا العميل غالباً، إذ العميل يوافق على الشروط التي يضعها المصرف، وعلى النموذج الذي يحرره المصرف، وربما لا يكون ذلك بكامل الرضا عند العميل، لذا يرى شراح القانون أن العقود المصرفية تتسم بالإذعان والرضوخ لرأي المصرف، فأدرجوها ضمن عقود الإذعان ـ في الغالب ـ نظراً لتعذر مناقشة الشروط الجوهرية والشكلية أيضاً في العقد المبرم[80].

= إحياء التراث العربي، د.ت، في كتاب التجارات (12)، باب بيع الخيار (18)، حديث رقم (2185)، 2/ 736 ـ 737.

ـ صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، حديث رقم (4967)، 11/ 340.

ـ مسند أبي يعلى الموصلي، حديث رقم (1354)، 2/ 506.

(78) سنن الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن البغدادي، مراجعة عبد الله هاشم يماني، دار المعرفة، بيروت، 1386هـ/ 1966م، حديث رقم (91)، 3/ 26.

ـ سنن البيهقي الكبرى، حديث رقم (11325)، 6/ 100.

ـ موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان، الحافظ نور الدين علي بن أحمد أبو بكر الهيثمي، تحقيق محمد عبد الرزاق حمزة، دار الكتاب العلمية بيروت لبنان، د.ت، في كتاب البيوع، باب ما جاء في الغضب (45)، حديث رقم (1166)، ص283.

ـ مسند الإمام أحمد، في مسند البصريين، عن عمرو بن يثربي، حديث رقم (15527)، 3/ 423.

ـ شرح معاني الآثار، أحمد بن محمد أبو جعفر الطحاوي، حققه وضبطه، ونسقه وصححه محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1399هـ/ 1979م، 4/ 241.

ـ صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، حديث رقم (5978)، 13/ 316.

(79) مثل أن يبيع القاضي أموال المدين المماطل جبراً عنه بقصد إيفاء ديونه، وبيع القاضي للأموال المحتكرة جبراً عن أصحابها لصالح الجماعة.

(80) ينظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية، طبعة مكبرة، 1989م، د. علي جمال الدين عوض، ص25.

والذي يذكره القانونيون يسترعي الانتباه إلى أن العقود المالية بخاصة ينبغي أن تكون بدون إذعان؛ بل برضائية الطرفين وبكامل حريتهما، وهذا ما يؤكد ضرورة أن تكون العقود المصرفية شرعية، متوافقة مع أصول الشرع وقواعد الدين، إذ إن العقود عندما تكون مستندة إلى أحكام الشريعة فإنها تحقق المصالح للناس، وما يحقق المصالح ليس فيه استغلال ولا ظلم، بل هو تعاون وتضامن.

وإذا كان الرضا هو الأساس، فهل هناك حرية في التعاقد واختيار النظام المناسب لإنشاء العقود أو هناك قيود؟ وبمعنى آخر: الأصل في العقود الحظر والمنع، أم الإباحة والفسح؟.

للفقهاء رأيان[81]:

الرأي الأول: لفقهاء الظاهرية، القائلين بأن الأصل في العقود المنع حتى يقوم دليل على الإباحة، بمعنى أن كل عقد لم يثبت جوازه بنص شرعي، فهو باطل ممنوع، ودليلهم:

1 ـ أن الشريعة شاملة لكل شيء، وقد بينت ما يحقق مصالح الأمة، ومنها العقود، وإقامتها على العدل، وليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود، وما يشاؤون من تصرفات، وإلا هدمت الشريعة.

2 ـ قول رسول الله ﷺ: **«من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد»**[82]،

---

(81) ينظر: ـ الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، 4/ 198 ـ 199.

ـ ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، د. عبد الحميد محمود البعلي، ص16 وما بعدها.

(82) الجامع الصحيح المختصر، البخاري، في كتاب الصلح (57)، باب: إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود (5)، حديث رقم (2550)، 2/ 959.

ـ صحيح مسلم بشرح النووي، في كتاب الأقضية (30)، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور (8)، حديث رقم (18) (1718)، 6/ 257.

ـ سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، ومعه معالم السنن، الخطابي، إعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس، وعادل السيد، دار الحديث، حمص، سورية، الطبعة الأولى (1393هـ/ 1973)، في كتاب السنة (34)، باب في لزوم السنة (6)، حديث رقم (4606)، 5/ 12. =

وإذا تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة فقد أحلوا أو حرموا غير ما شرع الله.

والرأي الآخر: لبقية الفقهاء، القائلين بأن الأصل في العقود الإباحة ما لم يمنعها الشرع أو تخالف نصوص الشريعة، ودليلهم:

1 ـ أن الآيات الكريمة(83)، والأحاديث الشريفة(84) التي ذكرت العقود والتجارة والتبادل لم تشترط لصحة العقد إلا الرضا والاختيار.

2 ـ قول الله تبارك وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾(85)، فقد أوجبت هذه الآية الوفاء بكل عقد دون استثناء.

3 ـ يكفي في المعاملات ألا تحرمها الشريعة؛ استصحاباً للمبدأ الأصولي، وهو: [الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء هو الإباحة](86)؛ لأن القصد

= ـ سنن ابن ماجه، في المقدمة، باب تعظيم حديث رسول الله ﷺ والتغليظ على ما عارضه (2)، حديث رقم (14)، 1/ 7.

ـ مسند الإمام أحمد، عن عائشة، حديث رقم (25502)، 6/ 240، والطبعة الحديثة 7/ 342.

ـ صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، حديث رقم (27)، 1/ 209.

ـ سنن البيهقي الكبرى، حديث رقم (20985)، 10/ 251.

ـ مسند أبي يعلى الموصلي، حديث رقم (4594)، 8/ 70.

(83) منها: قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ النساء: 4/ 29.

(84) منها: قوله ﷺ: «**إنما البيع عن تراض**»، وقد سبق تخريجه في ص70.

(85) سورة المائدة، الآية: 1.

(86) هكذا ذكره الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي في كتاب: الفقه الإسلامي وأدلته، 4/ 200.

والمعروف أن الفقهاء يذكرون هذا المبدأ بقولهم: [الأصل في الأشياء الإباحة].

ـ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق وتعليق محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة 1417هـ/ 1996م، ص133.

ـ الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1400هـ/ 1980م، ص66.

ـ حاشية ابن عابدين، 1/ 71، وفي أول باب استيلاء الكفار 2(3/ 244، وفي أول باب الربا 4/ 176.

ـ الدرر المباحة في الحظر والإباحة، خليل بن عبد القادر الشيباني النحلاوي، رتبها ونقحها=

في المعاملات رعاية مصالح الناس، فكل ما يحقق مصالحهم يكون مباحاً.

وبإنعام النظر في هذين الرأيين، يمكن القول:

إنه يصح التعامل بعقود جديدة لم تعرف سابقاً، وذلك إما عن طريق قياسها على ما سبق، أو عن طريق الاستحسان، أو بالأخذ بمبدأ العرف الذي لا يصادم أصول الشريعة، ولا يخالف مبادىء الإسلام.

فالالتزام بالشريعة ـ وبخاصة في مجال المعاملات ـ يكون في الأهداف والغايات والمقاصد، أما الوسائل وشكليات العقود، فيمكن أن تتغير إذا كانت تحقق مصالح العباد في المعاش والحياة، وترفع الحرج عنهم؛ بعيداً عن الباطل والحرام[87].

إذاً، فالأصل الفقهي في المعاملات هو: الحل، وليس الحرمة، ولا تحرم معاملة إلا إذا بانت مخالفتها للنص الشرعي، ولا يبطل عقد إلا إذا اتضح ضرره[88]، فالشريعة لم تحصر التعاقد في موضوعات يمنع تجاوزها إلى موضوعات أخرى[89]، وكل ما قيدته الشريعة هو منع الضرر والظلم والاستغلال.

= وعلق عليها محمد سعيد البرهاني، مطبعة الآداب والعلوم، دمشق، سورية، الطبعة الثانية، 1386هـ/ 1966م، ص196.

ـ الفوائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية، مفتي دمشق الشام محمود حمزة 1236هـ ـ 1305هـ، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الأولى 1406هـ/ 1986م، في مسائل الحظر والإباحة، الفقرة رقم (277)، ص193.

ـ المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، الفقرة رقم (689)، 2/ 1082.

(87) ينظر: النظام الاقتصادي في الإسلام، خصائصه وأركانه ونظرته لبعض المشكلات الاقتصادية، دراسة مقارنة، د. محمود بن إبراهيم الخطيب، أستاذ الاقتصاد الإسلامي بكلية إعداد المعلمين بالرياض، عضو الجمعية العالمية للاقتصاد الإسلامي، إسلام آباد، مكتبة الحرمين، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى 1409هـ/ 1989م، ص103.

(88) ينظر: الإسلام في حل مشاكل المجتمعات الإسلامية المعاصرة، د. محمد البهي، دار غريب للطباعة، الناشر مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية 1398هـ/ 1978م، ص193.

(89) ينظر: المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، 1/ 298، الفقرة رقم (136) و1/ 571، الفقرة رقم (295).

ومن الواضح أن المعاملات المصرفية ليس فيها ما يعوق أو يحول دون تقبلها في إطار الفقه الإسمي؛ من ناحية كونها عقوداً أو معاملات جديدة غير معروفة عند الفقهاء الأقدمين، وكل ما يجب مراعاته هو التأكد من كون هذه العقود الجديدة لا تنطوي على مخالفة، أو تعارض مع مقاصد الشريعة[90] وأهدافها.

فالشريعة جاءت بكل ما فيه خير العباد، وليس في شيء من أحكامها تضييق ولا حرج على الأمة، إذ إن أحد أسس التشريع الإسلامي[91]: عدم الحرج وعدم التضييق.

يشهد لذلك القرآن والسنة النبوية:

* أما القرآن فقول الله تبارك وتعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[92].

وقوله عز وجل: ﴿مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ﴾[93].

وقوله جل ذكره: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[94].

وقد جاءت هذه المعاني السامية ضمن أحاديث رسول الله ﷺ.

فعن عائشة[95] رضي الله عنها أنها قالت: ما خيِّر رسول الله ﷺ بين

---

(90) هي [المعاني والأهداف الملحوظة للشرع في جميع أحكامه أو معظمها، أو هي الغاية من الشريعة، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها]. أصول الفقه الإسلامي، أ.د. وهبة الزحيلي، أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله بجامعة دمشق، كلية الشريعة، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الأولى 1406هـ/ 1986م، 2/ 1017.

(91) ينظر: تاريخ التشريع الإسلامي، السايس، السبكي، البربري، مراجعة علاء الدين زعتري، ص68.

(92) سورة البقرة، الآية: 185.

(93) سورة المائدة، الآية: 6.

(94) سورة الحج، الآية: 78.

(95) أم المؤمنين زوج النبي ﷺ، بنت أبي بكر الصديق، أفقه النساء وأعلمهن بالدين، تزوجها النبي ﷺ في السنة الثانية للهجرة، روت عنه (2210) حديثاً، توفيت في المدينة سنة (58هـ/ 678م). ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار إحياء =

أمرين إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثماً، فإن كان إثماً كان أبعد الناس منه، وما انتقم رسول الله ﷺ لنفسه إلا أن تنتهك حرمة الله فينتقم لله بها»[96].

وعن أبي موسى الأشعري[97] قال: كان رسول الله ﷺ إذا بعث أحداً من

= التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1328هـ، كتاب النساء وكناهن، رقم الترجمة (704)، 4/ 359 ـ 361. والأعلام، الزركلي، 3/ 340.

(96) عمدة القاري، شرح صحيح البخاري، بدر الدين محمود بن أحمد العيني، إدارة الطباعة المنيرية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.ت، في كتاب المناقب، باب صفة النبي ﷺ، حديث رقم (67)، 16/ 112، وفي كتاب الحدود، باب إقامة الحدود والانتقام لحرمات الله، حديث رقم (15)، 23/ 275، وفي كتاب الأدب، باب قول النبي ﷺ: «**يسروا ولا تعسروا**» وكان يحب التخفيف واليسر على الناس، حديث رقم (150)، 22/ 168.

ـ صحيح مسلم بشرح النووي، في كتاب الفضائل (43)، باب مباعدته ﷺ للآثام واختياره من المباح أسهله (20)، حديث رقم (77 ـ 2327)، 8/ 91.

ـ سنن أبي داود في كتاب الأدب (35)، باب في التجاوز في الأمر (5)، حديث رقم (4785)، 5/ 142.

ـ الموطأ، الإمام مالك بن أنس، اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، د.ت، في كتاب حسن الخلق (47)، باب ما جاء في حسن الخلق (1)، حديث رقم (2)، 2/ 902 ـ 903.

ـ مسند الإمام أحمد عن عائشة، حديث رقم (24593)، 6/ 85.

ـ سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين، حديث رقم (13012)، 7/ 41.

ـ مسند أبي يعلى الموصلي، حديث رقم (4382)، 7/ 345.

ـ مسند إسحاق بن راهوية، حديث رقم (813)، 2/ 294.

ـ المنتقى من السنن المسندة، عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري، مراجعة عبد الله عمر البارودي، مؤسسة الكتاب الثقافية، بيروت، 1408هـ/ 1988م، حديث رقم (807)، ص204.

(97) عبد الله بن قيس: صحابي، من الولاة الفاتحين، ولد في زبيد باليمن، وقدم مكة عند ظهور الإسلام فأسلم، وهاجر إلى أرض الحبشة، استعمله النبي ﷺ على زبيد وعدن، وولاه عمر بن الخطاب البصرة، له (355) حديثاً، توفي بالكوفة سنة (44هـ/ 665م) ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني، رقم الترجمة (4898)، 2/ 359 ـ 360، والأعلام، الزركلي، 4/ 114.

(98) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، في كتاب الأدب، باب قول النبي ﷺ: «**يسروا ولا تعسروا**» وكان يحب التخفيف واليسر على الناس، حديث رقم (148) 22/ 167.

ـ مسند الإمام أحمد، عن أبي موسى الأشعري، حديث رقم (19757)، 4/ 417.

ـ صحيح مسلم بشرح النووي، في كتاب الجهاد والسِّير (32)، باب في الأمر بالتيسير وترك التنفير (3)، حديث رقم (6) (1732)، 6/ 283. =

أصحابه في بعض أمره قال: «**بشروا ولا تنفروا ويسروا ولا تعسروا**»[98].

وفي بيان سهولة تعاليم الإسلام، ويسر التشريع، ورفع الحرج، وعدم التضييق، يقول ابن القيم[99]: [إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد، في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل؛ فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه، وعلى صدق رسوله ﷺ أتم دلالة وأصدقها][100].

ويحسن أن أختم هذا الجزء من البحث بإيراد قاعدة تحكم العقود، وتضبط العمليات المالية والأعمال المصرفية لتكون منهاجاً لدراسة التطبيقات القادمة، وقد ذكرت هذه القاعدة الذهبية في كلام ابن القيم: [الأصل في العقود كلها إنما هو العدل الذي بعثت به الرسل وأنزلت الكتب][101]، قال الله تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾[102].

= ـ سنن أبي داود، في كتاب الأدب (35)، باب في كراهية المراء (20)، حديث رقم (4835)، 5/ 170.

ـ صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، حديث رقم (5376)، 12/ 196.

ـ سنن البيهقي الكبرى، حديث رقم (16376)، 8/ 154.

ـ مسند أبي يعلى الموصلي، حديث رقم (7319)، 13/ 306.

ـ مسند الحافظ سليمان بن داود الشهير بأبي داود الطيالسي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ت، حديث رقم (496)، ص67.

ـ المعجم الصغير، الطبراني، حديث رقم (1048)، 2/ 212.

(99) محمد بن أبي بكر (691 ـ 751هـ): من أركان الإصلاح الإسلامي، مولده ووفاته في دمشق، تتلمذ لشيخ الإسلام ابن تيمية، وهو الذي هذب ونشر علمه، وسجن معه في قلعة دمشق. ينظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ابن العماد الحنبلي، 6/ 168 ـ 170، والأعلام، الزركلي، 6/ 56.

(100) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، 3/ 14 ـ 15.

(101) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، 1/ 387.

(102) سورة الحديد، الآية: 25.

تصنيف العقود

بعد بيان تعريف العقد وموضوعه، والقاعدة الحاكمة له، فيما يلي بيان لتصنيف العقود، الذي يتبع لاعتبارات مختلفة[103]، حاول الباحث تجميعها في أربعة عشر تقسيماً:

ـ التقسيم الأول: أنواع العقود عموماً ثلاثة[104]:

1 ـ **عقد فطري**: موثق بين العباد ورب العباد ـ الخالق جل جلاله ـ، كما في قوله تعالى: ﴿كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَىٰ نَفْسِهِ ٱلرَّحْمَةَ﴾[105].

2 ـ **عقد تكليفي**: وهو الذي يرد بصيغة الأمر والنهي، قال الله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴿٥٦﴾﴾[106].

3 ـ **عقد عرفي**: وهو ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم بصرف النظر عن التوثيق لدى موظف مختص ليكون رسمياً، وإنما يكتب في الوقت الحاضر لدى الدوائر الحكومية درءاً للمفاسد.

ـ التقسيم الثاني: أنواع العقود بالنظر إلى مشروعيتها وعدمها صنفان عند الجمهور[107]:

1 ـ **عقود مشروعة**، وهي ما أجازها الشرع الإسلامي وأذن بها، كالبيع، والرهن، والهبة...

2 ـ **عقود ممنوعة**، وهي التي منعها الشرع الإسلامي ونهى عنها؛ كبيع الأجنة في بطون أمهاتها، والبيع الربوي وغيرهما، والعقود الممنوعة تعد باطلة

---

(103) ينظر: نظرية العقد، د. عبد الرزاق السنهوري، الفقرة 114 ـ 151، ص111 ـ 144.

(104) ينظر: النظام الاقتصادي في الإسلام، محمود الخطيب، ص102.

(105) سورة الأنعام، الآية: 54.

(106) سورة النور، الآية: 56.

(107) ينظر: ـ المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، الفقرة رقم (296)، 1/ 573.
ـ أصول الفقه الإسلامي، أ.د. وهبة الزحيلي، ص103 وما بعدها.

غير منعقدة أصلاً عند جمهور الفقهاء، والتصنيف نفسه عند فقهاء الحنفية ثلاثة أقسام[108]:

1 ـ **عقود مشروعة**: وهي ما شرعت بأصلها ووصفها.

2 ـ **عقود باطلة**: وهي ما لم تشرع بأصلها ولا بوصفها.

3 ـ **عقود فاسدة**: وهي ما شرعت بأصلها دون وصفها.

ـ التقسيم الثالث: بالنظر إلى صحة العقد وعدمها صنفان[109]:

1 ـ **عقود صحيحة**: وهي ما توافرت فيها جميع شرائطها الشرعية العامة والخاصة، في أصلها وفي نواحيها الفرعية ـ في أصلها ووصفها ـ كبيع المال المتقوم بثمن معلوم نقداً أو نسيئة.

2 ـ **عقود فاسدة**: وهي التي اختلت بفقدان بعض شرائطها المتعلقة ببعض نواحيها الفرعية ـ فهي مشروعة بأصلها دون وصفها ـ؛ كبيع الشيء بثمن مجهول.

التقسيم الرابع: أنواع العقود بالنظر إلى تسميتها وعدمها صنفان[110]:

1 ـ **عقود مسماة**: وهي التي أقر التشريع لها اسماً يدل على موضوعها الخاص، وأحكاماً أصلية تترتب على انعقادها؛ كالبيع والهبة والإجارة والشركة...

2 ـ **عقود غير مسماة**: وهي التي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها، ولم يرتب التشريع لها أحكاماً تخصها، وهي كثيرة لا تنحصر، وتتنوع بحسب حاجة العاقد والموضوع المتفق عليه ضمن الغايات المشروعة[111].

---

(108) ينظر: ـ رد المحتار، ابن عابدين، 4/ 104.
ـ الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص337.

(109) المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، الفقرة رقم (297)، 1/ 574.

(110) ينظر: ـ نظرية العقد، د. عبد الرزاق السنهوري، الفقرة 127 ـ 128، ص122 ـ 125.
ـ المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، 1/ 569، الفقرة رقم (295).
ـ العقود المسماة، أ.د. محمد الزحيلي، ص18.

(111) العقود المسماة، أ.د. محمد الزحيلي، ص18.

وقد نشأت في الفقه الإسلامي عقود جديدة في عصور مختلفة، وأطلق عليها الفقهاء أسماء خاصة، وقرروا أحكامها، فأصبحت عقوداً مسماة، وقد تبقى بعض العقود زمناً بلا أسماء إلى أن يصطلح لها على اسم خاص.

وثمرة تسمية العقود تسهيلية محضة، بحيث تسهِّل على الناس تعاملهم، إذ إن العقد المسمى كثير الشيوع بين الناس في معاملاتهم، فيكون له في التشريع نصوص تفصل أحكامه؛ ليسهل الرجوع إليه.

التقسيم الخامس: أنواع العقود بالنظر إلى محلها ـ المعقود عليه ـ خمسة أصناف تبعاً للقانون المدني السوري والمصري، وقد جاراهما القانون المدني الأردني[112]:

1 ـ **العقود التي تقع على الملكية**، وتشمل: البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح[113].

2 ـ **العقود الواردة على الانتفاع بالشيء**، وتشمل: عقد الإيجار، بما فيه المزارعة، والوقف، والعارية[114].

3 ـ **العقود الواردة على العمل**، وتشمل: عقد المقاولة، وعقد العمل، والوكالة، والوديعة، والحراسة[115].

4 ـ **عقود الغرر**، وتشمل: المقامرة، والرهان، والمرتب مدى الحياة، وعقد التأمين[116].

5 ـ **عقود الكفالة**[117].

---

(112) ينظر: العقود المسماة، أ.د. محمد الزحيلي، ص27 وما بعدها.

(113) ينظر: القانون المدني السوري، المواد رقم (395 ـ 525).

(114) ينظر: القانون المدني السوري، المواد رقم (526 ـ 611).

(115) ينظر: القانون المدني السوري، المواد رقم (612 ـ 704).

(116) ينظر: القانون المدني السوري، المواد رقم (705 ـ 737).

(117) ينظر: القانون المدني السوري، المواد رقم (738 ـ 767).

ويضاف إلى هذه الأقسام الخمسة أمران[118]:

1 ـ **عقد الحوالة**[119].

2 ـ **عقد الرهن**[120].

ويذكر أن ترتيب العقود في الفقه الإسلامي كان ترتيباً كيفياً في كتب الفقه، تبعاً لرغبة المصنف، ويكاد الفقهاء يجمعون على البدء بعقد البيع؛ نظراً لأهميته، وكثرة استعماله، وشيوع انتشاره، ومزيد الحاجة إليه[121].

ـ التقسيم السادس: أنواع العقود من حيث التكوين صنفان[122]:

1 ـ **عقود شكلية**: تخضع في عقدها لشيء من الشرائط الشكلية، وتعد الأعمال المصرفية والمعاملات والعقود فيها لها أشكال معينة ونماذج خاصة، وإجراءات محددة.

2 ـ **عقود رضائية غير شكلية**: وهي التي لا تخضع في انعقادها إلا لمجرد التراضي، وهي عقود كثيرة يستعملها الناس، وغالباً ما تكون في المسائل المالية العادية ذات الأثمان المتوسطة وما دون.

ـ التقسيم السابع: أنواع العقود بالنظر إلى النفاذ صنفان[123]:

1 ـ **عقود نافذة**: وهي العقود التي صدرت من كامل الأهلية، وخالية من كل حق لغير العاقدين يوجب توقفها على إرادته.

2 ـ **عقود موقوفة**: وهي التي تصدر من ناقص الأهلية، وتحوي حقاً لغير العاقدين يوجب توقفها على إرادة الآخر وإجازته.

---

(118) ينظر: العقود المسماة، أ.د. محمد الزحيلي، ص29 وما بعدها.

(119) ينظر: القانون المدني السوري، المواد رقم (303 ـ 321).

(120) ينظر: القانون المدني السوري، المواد رقم (1028 ـ 1071).

(121) ينظر: العقود المسماة، أ.د. محمد الزحيلي، ص31.

(122) ينظر: ـ نظرية العقد، د. عبد الرزاق السنهوري، الفقرة 115 ـ 119، ص112 ـ 115.
ـ المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، 1/ 575، الفقرة رقم (299).

(123) ـ المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، 1/ 577، الفقرة رقم (300).
ـ الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، 4/ 240.

ـ التقسيم الثامن: أنواع العقود بالنظر إلى اللزوم وقابلية الفسخ أربعة أصناف[124]:

1 ـ **عقد لازم بحق الطرفين، ولا يقبل الفسخ** بطريق الإقالة، وهو عقد الزواج.

2 ـ **عقود لازمة بحق الطرفين، ولكنها تقبل الفسخ** والإلغاء بطريق الإقالة أي باتفاق العاقدين، كالبيع والإجارة...

3 ـ **عقود لازمة بحق أحد الطرفين فقط**، كالرهن والكفالة؛ فإنهما لازمان بالنسبة إلى الراهن والكفيل، وغير لازمين بالنسبة إلى الدائن المرتهن والمكفول له.

4 ـ **عقود غير لازمة أصلاً** بحق كلا الطرفين، وهي التي يملك كل منهما فيها حق الرجوع والإلغاء، كالإيداع والإعارة والوكالة.

ـ التقسيم التاسع: بالنظر إلى تبادل الحقوق ثلاث أصناف[125]:

1 ـ **عقود المعاوضات**: وهي التي تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدين، يأخذ فيها كل من الطرفين شيئاً ويعطي في مقابله شيئاً؛ وذلك كالبيع والإجارة.

2 ـ **عقود التبرعات**: وهي التي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر؛ كالهبة والإعارة.

3 ـ **عقود تحوي معنى التبرع ابتداء، والمعاوضة انتهاء**؛ كالقرض، والكفالة بأمر المدين...

ـ التقسيم العاشر: بالنظر إلى الضمان وعدمه ثلاثة أصناف[126]:

---

(124) ينظر: ـ المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، 1/ 577، الفقرة رقم (301).
ـ الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، 4/ 241 ـ 242.
ـ نظرية العقد، د. عبد الرزاق السنهوري، الفقرة 134 ـ 135، ص129 ـ 130.

(125) ينظر: المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، 1/ 578، الفقرة رقم (302).

(126) ينظر: المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، 1/ 579 ـ 580، الفقرة رقم (303).

1 ـ **عقود ضمان**: وهي التي يعتبر المال المنتقل، بناء على تنفيذها، من يد إلى يد مضموناً على الطرف القابض له، فمهما يصبه من تلف فما دونه، ولو بآفة سماوية، يكن على مسؤوليته وحسابه، ومن هذه العقود: البيع، والقرض...

2 ـ **عقود أمانة**: وهي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد قابضه لحساب صاحبه، فلا يكون القابض مسؤولاً عما يصيبه من تلف فما دونه إلا إذا تعدى عليه أو قصر في حفظه، من هذه العقود: الإيداع، والإعارة، والوكالة، والشركة...

3 ـ **عقود مزدوجة الأثر**: إذ تنشىء الضمان من وجه، والأمانة من وجه، من هذه العقود: الإجارة، والرهن.

ـ التقسيم الحادي عشر: بالنظر إلى غاية العقد سبعة أصناف[127]:

1 ـ **التمليكات**: وهي ما يقصد بها تمليك شيء، عين أو منفعة، فإن كان التمليك بعوض فهي عقود المعاوضات؛ كالبيع والإجارة...، وإن كان التمليك مجاناً بغير عوض فهي عقود التبرعات؛ كالهبة والوقف...

2 ـ **الإسقاطات**: وهي ما يقصد بها إسقاط حق من الحقوق، فإن كان الإسقاط بدون بدل من الطرف الآخر فهو الإسقاط المحض؛ كالإبراء عن الدين، والتنازل عن حق الشفعة.

ـ وإن كان الإسقاط ببدل أو عوض من الطرف الآخر، فهو إسقاط المعاوضة؛ كالصلح في الدين والعفو عن القصاص بالدية.

---

(127) ينظر: ـ الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزوحيلي، 4/ 244 ـ 245.

ـ التجارة في الإسلام، عبد السميع المصري، ص62.

ـ بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، د. عبد الستار أبو غدة، الناشر بيت التمويل الكويتي، 1993م، 1413هـ، ص151 ـ 155.

ـ المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، 1/ 583، الفقرة رقم (304).

3 ـ **الإطلاقات**، هي إطلاق الشخص يد غيره في العمل؛ كالوكالة والإذن للصغير المميز بالتجارة.

4 ـ **التقييدات**، هي منع الشخص من التصرف؛ كعزل الوكيل، والحجر على المأذون بالتجارة؛ بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الصغر.

5 ـ **التوثيقات**، وهي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها، وتأمين الدائن على دينه، وهي الكفالة والحوالة والرهن، وتسمى هذه العقود (التأمينات أو عقود الضمان).

6 ـ **الاشتراك**، وهي التي يقصد بها المشاركة في المال والعمل والربح؛ كعقود الشركات بأنواعها، ومنها المضاربة والمزارعة والمساقاة.

7 ـ **الحفظ**، وهي التي يراد منها حفظ المال لصاحبه؛ كعقد الإيداع، وبعض خصائص الوكالة.

ـ التقسيم الثاني عشر: بالنظر إلى الفورية والاستمرار صنفان[128]:

1 ـ **عقود فورية**، وهي التي لا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد يشغله باستمرار؛ بل يتم تنفيذها فوراً دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان؛ كالبيع ولو بثمن مؤجل، والقرض، والهبة.

2 ـ **عقود مستمرة**، وهي التي يستغرق تنفيذها مدة ممتدة من الزمن، بحيث يكون الزمن عنصراً أساسياً في تنفيذها؛ كالإجارة، والإعارة، والوكالة، وعقود التوريد، ويمكن تسميتها عقوداً زمنية.

ـ التقسيم الثالث عشر: بالنظر إلى الأصلية والتبعية صنفان[129]:

1 ـ **عقود أصلية**، وهي كل عقد يكون مستقلاً في وجوده غير مرتبط بأمر آخر

---

(128) ينظر: ـ نظرية العقد، د. عبد الرزاق السنهوري، الفقرة 147 ـ 148، ص142.
ـ المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، 1/ 583 وما بعدها، الفقرة رقم (305).

(129) ينظر: ـ نظرية العقد، د. عبد الرزاق السنهوري، الفقرة 150، ص143.
ـ المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، 1/ 586، الفقرة رقم (306).

على سبيل التبعية له في الوجود والزوال، وذلك كالبيع، والإجارة، والإيداع...

2 ـ **عقود تبعية**، وهي كل عقد يكون تابعاً لحق آخر ومرتبطاً به في وجوده وزواله كاتصال الفرع بأصله، وذلك كالرهن والكفالة.

ـ التقسيم الرابع عشر: أنواع العقود من حيث الموضوع صنفان[130]:

1 ـ **العقد البسيط**: وهو الذي يشتمل على عقد واحد فقط؛ كعقد البيع، والإجارة، والقرض، والوكالة، ونحوها.

2 ـ **العقد المختلط**: وهو الذي يشتمل على أكثر من عقد واحد؛ كما في العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه، فهو مزيج من عقد إيجار ـ بالنسبة للمسكن، وبيع ـ بالنسبة للمأكل ـ، وعمل ـ بالنسبة للخدمة ـ، ووديعة ـ بالنسبة للأمتعة ـ.

قبل اختتام هذا المطلب تحسن الإشارة إلى توضيح مفهوم مصطلح سيتكرر في طيات البحث، وهو: (التكييف القانونيّ أو التكييف الشرعي للمسألة)، فما المقصود بهذا المصطلح؟ الجواب آت:

تكييف العقد

تكييف العقد، هو: إعطاء الوصف القانوني أو الشرعي للعقد؛ من أجل معرفة موقف التشريع من العقد الذي يُدْرس.

وتكييف العقد أمر مهم وأساسي، يفيد العاقدين؛ ليستقيم عقدهما، كما يفيد المحكِّم ـ القاضي أو المفتي ـ؛ لإعطاء القرار الصائب عند المنازعة أو الاختلاف بين العاقدين.

فتكييف العقد هو البحث في أركان العقد، وشروطه، والأوصاف المقترنة

---

(130) ينظر: نظرية العقد، د. عبد الرزاق السنهوري، الفقرة 130، ص125.

به، والتدقيق في الآثار والالتزامات التي يتفق عليها العاقدان، والنظر في الغاية التي يقصدها المتعاقدان.

والتكييف الشرعي للعقود في الفقه الإسلامي، يشمل دراسة العقد من ناحيتين[131].

الأولى: من حيث مشروعية العقد، واتفاقه مع مقاصد الشريعة، وقبوله ضمن قواعد العقود العامة وأحكام التعامل الشرعية.

الثانية: من حيث إعطاء الوصف الحقيقي للعقد.

(131) ينظر: العقود المسماة، أ.د. محمد الزحيلي، ص36.