أثر الجعلية في تقييد مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة ـ

بقلم
أ/ محمد بوكماش
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة خنشلة ـ الجزائر

ملخص

يهدف هذا البحث إلى إبراز أثر جعلية أحكام العقود في تقييد مبدأ سلطان الإرادة، على خلاف ما يتميز به من إطلاق في القانون الوضعي، وبعد الدراسة تبين أن للإرادة دور في ترتيب الآثار يختلف حسب طبيعة التشريع أو المذهب، وطبيعة العقد، وتأكيد دور الإرادة في تكوين العقد ضمن المبادئ العامة للشريعة، يقابله النظام العام والآداب في القانون، وعليه فمبدأ جعلية آثار العقد بهذا المفهوم، لن يقف حجر عثرة في طريق إطلاق مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي.

Résumé:

Cette recherche vise à souligner l'impact des dispositions du contrat Jalih de restreindre le principe de l'autorité, contrairement à ce qui est caractérisée par la libération du droit positif, Il s'avère que le rôle de la volonté dans l'ordre des effets varie selon la nature de la législation, la doctrin, la nature du contrat, et le rôle de la volonté dans la formation du contrat dans le cadre des principes généraux du droit islamique, qui est appelé en droit l'ordre public et les bonnes mœurs. Par conséquent, le principe de Jalih des effets du contrat ne sera pas s'opposer au principe du force de la volonté en droit islamique.

المنارة للاستشارات

مقدمة:

يهيمن على نظرية العقد مبدأ تقليدي هام هو مبدأ سلطان الإرادة، الذي يعني قدرة الإرادة المشتركة لطرفيه في إنشاء التصرفات، فهذه الإرادة هي التي تنشؤه في ذاته، وهي التي تحدد آثاره أيضا كقاعدة عامة، هذا المبدأ يتألف من شقين: أولهما الرضائية، ويقصد بها كفاية الرضا المتمثل في صيغة الإيجاب والقبول وبالشروط المعتبرة قانونا لإنشاء العقد، وثانيهما دور الإرادة في ترتيب آثار العقد وعدم نقضه أو تعديله إلا باتفاق أطرافه، وهو ما يعرف بمبدأ: "العقد شريعة المتعاقدين"، الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة:106 من القانون المدني الجزائري[1].

وإنه ولئن كان الشق الأول من مبدأ سلطان الإرادة لم يثر جدلا بين فقهاء المذاهب الإسلامية، فإن الشق الثاني المتعلق بترتيب أحكام العقد وآثاره، كان محل نظر، وذلك لاتجاه فقهاء المذاهب إلى القول بأن هذه الآثار إنما هي من فعل الشارع الذي شرع العقود ونظم آثارها، وهذا ما يعرف بالجعلية.

فهل الجعلية فعلا تقف حائلا دون الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه في الفقه الإسلامي كما هو الشأن في القانون.

في هذا البحث سأحاول الإجابة على هذا التساؤل من خلال:استعراض مفهوم سلطان الإرادة والمبادئ المتفرعة عنه، ومعنى الجعلية، ثم أراء المذاهب الفقهية فيها، وأخيرا تقدير ما إذا كانت الجعلية تقف فعلا حائلا دون تطبيق المبدأ في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة

أولا – تعريف المبدأ في القانون:

لا نجد في الكثير من الدراسات والبحوث القانونية تعريفا مباشرا لهذا المبدأ، ولكن يعمد الكثير منها إلى بيان خصائص هذا المبدأ، حيث نجد أن الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري أورد في عرض عام لهذا المبدأ بأن إرادة الشخص حرة حرية تامة في إبرام ما شاءت من العقود – باعتبار أن الإرادة هي آية الشخصية من الجانب القانوني – بشرط ألا

المنارة للاستشارات

تتعارض هذه الحرية في التعاقد سواء لاكتساب الحقوق أو للتحمّل بالواجبات مع حريات الأشخاص الآخرين دون النظر إلى فكرة الأخلاق أو توافق مصلحة الفرد مع مصالح الجماعة[2].

أما الدكتور محمد صبري السعدي حين تناوله للمقصود بمبدأ سلطان الإرادة يذهب إلى القول:" بأن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة هي التي تنشؤه في ذاته، وهي التي تحدد آثاره أيضا كقاعدة عامة، ثم يأتي القانون بعد ذلك، فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة "[3].

بالرجوع إلى هذه المفاهيم المختلفة لمبدأ سلطان الإرادة نستنتج أنه يقوم على شقين: أولهما كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية، وهو ما يعبر عنه بالرضائية، وثانيهما هو قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف القانوني، وهو ما يعبر عنه بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وعلى هذا نصت معظم القوانين: (المادة:1134 قانون مدني فرنسي، المادة: 147 قانون مدني مصري، والمادة:106 قانون مدني جزائري).[4]

ثانيا – تعريف المبدأ في الفقه الإسلامي:

لا يختلف مفهوم المبدأ في الفقه الإسلامي عن مفهومه في القانون، حيث نجد أن الإسلام حريص على رعاية حرية الإرادة، لذلك جعل الله سبحانه وتعالى حرية الإنسان أساس عبادة الله، حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿ لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾[5]. هذا الأصل الكلي المطلق الواضح فصله القرآن الكريم في أكثر من موضع، حيث أقرت الشريعة الإسلامية هذا المبدأ إقرارا كاملا منذ نشأتها، والنصوص الدالة على ذلك كثيرة، نذكر بعضها:

– قوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاء رَبُّكَ لآمَنَ مَن فِي الأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُواْ مُؤْمِنِينَ ﴾ [6]، وكذلك قوله تعالى: ﴿ نَحْنُ أَعْلَمُ بِمَا يَقُولُونَ وَمَا أَنتَ عَلَيْهِم بِجَبَّارٍ فَذَكِّرْ بِالْقُرْآنِ مَن يَخَافُ وَعِيدِ ﴾[7]، وكذلك قوله تعالى: ﴿ وَقُلِ الْحَقُّ مِن رَّبِّكُمْ فَمَن شَاء فَلْيُؤْمِن وَمَن شَاء فَلْيَكْفُرْ﴾ [8].

المنارة للاستشارات

ففي هذه الآيات انتفاء صريح لما يمس الإرادة من قهر ونهي واضح عن إجبارها وإخضاعها بالقوة، ولقد كفل الإسلام هذه الحرية ليس فقط بالنسبة لعلاقة الإنسان بربه وإنما كفلها كذلك بالنسبة لعلاقة الإنسان بغيره من بني جنسه[9].

ونفس الشيء نجده في نصوص السنة المطهرة، من ذلك:

قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى؛ فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه»[10]، من هذا الحديث يتضح لنا أن الإرادة أو النية من قواعد الدين الهامة التي يدخل تحتها ما لا ينحصر من المسائل سواء في العبادات أو المعاملات، ومن هنا كان تعظيم العلماء لقدر هذا الحديث، فهو يدل على أن الأعمال لا تصح شرعا ولا تعتبر إلا بالنية أو الإرادة[11].

ومن خلال هذا العرض للأدلة الشرعية، يتضح لنا أن مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي يفيد الأمور التالية:

– الفرد حر في إبرام أي عقد يريده، مع من يريد،وكيفما يريد، وله الحق في الامتناع عن التعاقد، كل ذلك في حدود النظام العام والأصول الشرعية.

– حق الفرد في تحديد آثار العقد الذي يرضى به والشروط التي يختارها.

– حق الفرد في ابتكار أنواع العقود والمعاملات التي لا تصادم أصلا شرعيا، وذلك بناء على أن الأصل في المعاملات الإباحة، إلا إذا ورد نص صريح بالتحريم.

الفرع الثاني: خصائص المبدأ:

1- حرية الشخص في التعاقد: فالشخص له الحق في الالتزام والتحمّل بالآثار المترتّبة عن ذلك، وبالتالي فإن كل ما يرتضيه الشخص من الالتزامات إنما بُني على إرادته الحرّة، حتى ولو كان في هذه الالتزامات غبن، فيكفي أنه قد ارتضى ذلك بمحض إرادته الحرة غير المعيبة، ولا مجال هنا للحديث عن مفاهيم كالتضامن الاجتماعي، والتعسف في استعمال الحق والنظام العام، حتى لو كانت هذه المفاهيم ذات أهمية، فإن حرية الشخص في التعاقد هي

المنارة للاستشارات

الأولى بالنظر والمراعاة [12].

2- عدم تعارض حرية المتعاقد مع حريات الآخرين: وتقوم هذه الخاصية على أساس أن حرية الفرد في التعاقد والالتزام إنما هي ليست على وجه الإطلاق، وإلا كان التصادم بين الأفراد وحلّت الفوضى، ولكن هي حرية لا تتعارض مع حريات الآخرين، بحيث يتحقق التوازن بين حريات الأفراد في المجتمع الواحد فلا يمكن المساس بحريات الآخرين ولا بحقوقهم عند ممارسة الحق في التعاقد والالتزام، وهذا ما يجسد نظرية العقد الاجتماعي كما يراها الفيلسوف جون جاك روسو[13].

3- الدور الضيق للقانون في الرقابة على حرية الفرد في التعاقد والالتزام: إن الخاصية الثالثة إنما تقوم على أن القانون والقضاء ليس لهما التدخل والتضييق على الفرد وحريته في التعاقد والالتزام بدعوى إتباع قواعد العدالة أو النظام العام، أو احتراما لفكرة التضامن الاجتماعي أو إيقافا للتعسف في استعمال الحق مادامت حرية الشخص القائمة على إرادته إنما اتجهت برضاه إلى التحمل بهذه الالتزامات فهنا يكون دور القانون والقاضي محايدا، ويسهر فقط على احترام الشخص لحريات الآخرين فلا يتعدى حريته للمساس بحريات الآخرين. أما إذا ارتضى الآخرون التحمل بالالتزامات في مواجهة هذا الفرد بإرادتهم السليمة من العيوب فلا مجال لتدخل القانون والقاضي[14].

الفرع الثالث: خصوصية سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية:

إن الشريعة الإسلامية تنظر إلى الحقوق باعتبارها منحا إلهية وليست حقوقا طبيعية، كما هو الحال في القانون الوضعي، والشريعة الإسلامية لم تخول الإرادة سلطة بحيث تتصارع الإرادات بعضها في مواجهة البعض، مما يخلق عوامل الشجار والصراع بين الأفراد كما هو حال القانون الوضعي خاصة في ظل نزعته الفردية، وحتى في ظل النزعة الاجتماعية والنظم الاشتراكية لم تتحقق المساواة بين الإرادات والحقوق على ذات الدرجة التي وصلت إليها الشريعة الإسلامية خلال العصور الأولى للإسلام [15]، لذا فإن الإرادة مقيدة في الشريعة الإسلامية خاصة في النظام التعاقدي بالاعتبارات الشرعية وأحكامها على نحو لم يتحقق حتى الآن في القانون الوضعي؛ وبالرغم من أن الشريعة كرمت الإنسان

المنارة للاستشارات

في سائر أوجه الحياة ومنحته حرية الإرادة والاختيار، ولكنها حرية مقيدة بأصول الحق والعدل والمساواة والابتعاد عن الإثم والعدوان؛ لذلك لم يصل الدور الإرادي في التعاقد في الفقه الإسلامي إلى حد إنشاء العقود والشروط التي تبيح ما حرم الله، أو تلحق ضررا بالجماعة من منطلق السلطة التي خولتها القوانين الوضعية لكل فرد منعزل عن الجماعة التي يعيش فيها[16].

ومبدأ سلطان الإرادة – وإن لم يعرف بهذا الاسم في الفقه الإسلامي- إلا أن معناه ومضمونه يعتبر من المبادئ الأساسية في الفقه الإسلامي، ويقوم على شقين رئيسين:

-أولهما: كفاية الرضا لإنشاء العقد، حيث قرر الفقهاء المسلمون بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾[17]، فمجرد التراضي يولد العقد وآثاره دون اشتراط شيء من المراسيم الشكلية إلا على سبيل الاستثناء مع اختلاف الفقهاء في نطاق التصرفات التي تخضع للشكلية، كعقد الزواج الذي يخضع لشكلية الإعلان والإشهاد عليه، وهذه الحرية غير محصورة على أنواع معينة من العقود، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للناس الحرية المطلقة في إنشاء العقود مادام ذلك لا يخالف الشرع [18].

– ثانيهما: يتعلق بحرية الإرادة في تحديد آثار العقد، أي قدرة الإرادة على ترتيب آثار العقد فضلا عن القوة الملزمة للعقد، هذا ما يعرف في الفقه الإسلامي بجعلية آثار العقود.

فرضائية التصرفات في الفقه الإسلامي ليست صفة لسلطان الإرادة بل صفه للعقد [19]، والعقد ذاته يخضع لسلطان الشارع لا لسلطان إرادة الأفراد، ومن هنا تكمن القيمة الحقيقية للمساواة بين الإرادات، إذ لو مارس كل فرد سلطته على النظام التعاقدي لانتهى الأمر بسيادة فرد على آخر، لكن الجميع يخضعون لنظم وقواعد موضوعية لا تدع مجالا للتسلط والاستئثار مشفوعة بالأمر والنهي عن إتيان بعض التصرفات والعقود، ثم تأتي بعد ذلك حرية الاختيار لدى الفرد، على أن يلتزم بتلك النظم والقواعد[20].

المنارة للاستشارات

المطلب الثاني: المبادئ المتفرعة عن مبدأ سلطان الإرادة:

الفرع الأول: الالتزامات الإرادية هي الأصل

طبقا للنظرية العامة لمبدأ سلطان الإرادة والتي اكتملت بفعل البناء الفلسفي لفلاسفة أمثال كانط، جون جاك روسو، وكذا الفقيه بورتاليس، والذين يرون بأن حرية الفرد واسعة في مجال الالتزامات فلا يقوم التزام في حق شخص إلا إذا ارتضاه.

وأخلاقيا فالعقد هو من إنشاء إرادة المتعاقدين رعاية لمصالحهم ولا يمكن تصور انصراف إرادة شخص إلى ما لا مصلحة له فيه مما يحدث التوازن التلقائي بين مصالح المتعاقدين وهذا ما أورده الفيلسوف الفرنسي فوييه (Fouille) بقوله: "إن كل عدالة هي تعاقدية، وإن كل ما هو تعاقدي فهو عادل"[21].

أما إذا كانت حاجة ومصلحة المجتمع تفرض التزامات لا إرادية على الأشخاص فإن من الواجب أن تكون في أضيق الحدود.

الفرع الثاني: حرية الشخص في التعاقد (مبدأ الرضائية).

إن إحدى النتائج المترتبة عن التسليم بمبدأ سلطان الإرادة هو حرية التعاقد؛ وتعني أن إرادة الشخص الراشد قانونا تكفي لوحدها لإنشاء الالتزامات العقدية دون قيد إلا ما يتطلبه القانون من قواعد النظام العام والآداب العامة، ومنه فإن الشكلية هي عائق أمام هذه الحرية التعاقدية القائمة على الرضائية، أي أن الحرية الواسعة في التعاقد هي نتيجة آلية لإعمال مبدأ سلطان الإرادة[22].

ولقد أقرت الشريعة الإسلامية هذا المبدأ، فجعلت الإرادة وحدها كافية لإنشاء العقود، حيث نجد أن الفقه الإسلامي لم يقيد الإرادة ويكتفي عنها بأمور شكلية، بل جعل العقد مصدره إرادة الإنسان، حيث نجد الكثير من النصوص دالة على هذا المبدأ، من ذلك:

ـ قوله تعالى: ﴿لا تَأْكُلوا أَمْوالَكُم بَيْنَكُم بالباطِلِ إلاَّ أَنْ تَكونَ تِجارةً عَنْ تَراضٍ مِنكُم﴾[23]. وقول الرسول ﷺ: «إنما البيع عن تراض»[24].

ولم يخالف أحد من الفقهاء في أن الرضا وحده كاف لتحقيق الالتزامات وإنشائها، وإن

المنارة للاستشارات

كانت تشترط بجانب الإرادة شروطا خاصة في بعض العقود،كالقبض في الهبة والرهن والعارية، فإنه يلاحظ أن القبض هنا يرتبط بتنفيذ العقد أو بترتيب آثاره، أما انعقاده فيتم بمجرد التراضي وحده والقبض ليس ركنا فيه[25].

الفرع الثالث: حرية المتعاقدين في تحديد آثار العقد.

باعتبار أن الشخص له الحرية في التعاقد وفق مبدأ الرضائية يستلزم التسليم المنطقي والقانوني، فإن المتعاقدين أحرار في تضمين عقدهما ما شاءا من شروط تحقق مصالحهما وحيث إن كل طرف يسعى لتحقيق مصالحه التي هو أعلم بها، فإن التوازن بين هذه المصالح المختلفة ستجسده تلك الشروط المتضمنة في العقد؛ أي أن تحقق حرية التعاقد لدى المتعاقدين وسعي كل طرف لتحقيق مصالحه هو ما يحقق العدالة بين طرفي العقد انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة [26]، وعلى هذا النهج سار الفقه الإسلامي، حيث قرر أن الأفراد أحرار في إبرام ما يشاءون من العقود وبما يرون من شروط كل ذلك في إطار عدم مخالفة أمر نهى الشارع عنه أو حرمه، بمعنى أن للأفراد الحرية الكاملة في إنشاء العقود التي تحقق مصالحهم وتضمينها الشروط التي يرونها متى كانت لا تتعارض مع أسس الشريعة وقواعدها الكلية[27].

الفرع الرابع: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يقوم على إرادة الشخص من خلال حريته في التعاقد وفق مبدأ الرضائية وتحديد آثار العقد فإن النتيجة المنطقية لذلك هي أنه إذا كان هناك قانون يحكم المجتمع بصورة عامة، فإن المتعاقدين في نطاق محل تعاقدهما إنما يحكمهما العقد الذي ارتضياه بإرادتيهما ووضعا فيه من الشروط ما أرادا وبالتالي فهما ملزمان به كشريعة تحكم علاقتهما التعاقدية؛ فلا يمكن لأي منهما التملص من التزاماته المنصوص عليها في هذا العقد ولا تعديلها ولا إنهائها بإرادة منفردة وإنما يلزم لذلك توافق الإرادتين كما كان ذلك عند التعاقد بداية[28].

المنارة للاستشارات

المطلب الثالث: الجعلية في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: المقصود بالجعلية

يقصد بالجعلية أن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد، فدور العاقد قاصر على تكوين العقد وإنشائه فقط، فقد نص الفقهاء والأصوليون على: أن العقود أسباب شرعية وأن أحكامها وآثارها شرعية، أي أن تسبب العقود لآثارها ليس باعتبار ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط، بل لأن الشارع جعل الآثار مترتبة عليها[29].

فالعاقد ينشئ العقد فقط ولكنه لا يرتب آثاره، إذ أن مقتضيات العقود جميعها من أعمال الشارع، فالبيع مثلا يقتضي نقل الملكية من البائع للمشتري واستحقاق البائع للثمن؛ وبالتالي تكمن إرادة العاقدين في الدخول في العقد بإرادتهما الحرة وبالصيغة المعتبرة شرعا وقد جعل الشارع هذا العقد طريقا لثبوت هذه الآثار وتلك الأحكام، وذلك بأمرين:

أولهما إذن عام من الشارع بجعل الرضا طريقا لإنشاء العقود وانتقالها وذلك بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾[30]، وهذا النص يفيد أن انتقال الأموال من شخص لآخر لا يكون إلا بالتراضي، ثم أوجب الله الوفاء بالعقود وتنفيذ الالتزامات المترتبة عليها بقوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [31].

وثانيها أن الشارع جعل لكل عقد من العقود الشرعية أثرا يثبت به إذا توافرت عناصره وأركانه، وليس للعاقد أن يفر من هذه الأحكام أو يهرب منها؛ وهذا هو ما يعرف بمقتضى العقد الذي لا يملك العاقد أن يتخلص منه بشرط يشترطه قبل العقد أو في أثنائه ولا أن يزيد على هذا المقتضى[32]، فإذا قال شخص لآخر بعت لك داري هذه بألف فقال قبلت انتقلت على الفور ملكية الدار للمشتري وانتقلت ملكية الثمن إلى البائع، وليس لأحدهما أن يغير من هذا الأثر الذي رتبه الشارع على كل عقد من عقود البيع.

وللجعلية معنيان: معنى واسع ومعنى ضيق:

المنارة للاستشارات

أولا : المعنى الواسع

ويراد به: (أن الشارع جعل لكل عقد آثارا خاصة به،تتحقق به الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشائه، فللبيع مثلا آثارا خاصة به، وللإجارة كذلك آثارا لازمة لها وهكذا ...، وآثار كل عقد تسمى بحكمه، وعلى ذلك فحكم كل عقد هو الأثر المترتب عليه أو الغاية المقصود من إنشائه، وقد حدد الشارع للعقود مع هذا حدودا عامة أو خاصة يجب على الناس مراعاتها عند إنشائهم لها)[33].

ثانيا : المعنى الضيق

أما المعنى الضيق فهو أن الشارع يرتب الحكم الأصلي للتصرف وينفذه في الوقت نفسه، ففي عقد البيع مثلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد العقد إلى المشتري وتنتقل ملكية الثمن إلى البائع، والناقل لهما هو الشارع لا العاقد، أما الأحكام التابعة كالتزام البائع بتسليم المبيع فتنفيذها منوط بإرادة الأفراد، لا بإرادة الشارع[34].

الفرع الثاني: فكرة الجعلية في المذاهب الفقهية

يأخذ معظم فقهاء المذاهب المختلفة بفكرة الجعلية؛ حيث يرون أن ترتيب آثار العقود هو من صنع الشارع لا من عمل العاقدين، غير أنهم يتفاوتون بالأخذ بهذه الفكرة، وسأحاول فيما يلي عرض نصوص الفقهاء في الجعلية في المذاهب الأربعة:

أولا : المذهب الحنفي:

جاء في كشف الأسرار للبزدوي أن:(شرع الله سبب لاكتساب المال، وسبب اكتساب ما فيه كفاية لكل أحد وهو التجارة عن تراض)، وأورد كذلك في نفس المعنى: (علل الشرع غير موجبة بذواتها وإنما الموجب للأحكام هو الله عز وجل لكن إيجابه لما كان غيبا نسب الوجوب إلى العلل فصارت موجبة في حق العباد وبجعل صاحب الشرع إياها كذلك...) [35].

تدل هذه النصوص على أن الموجب للأحكام وآثار الأفعال بفعل الله تعالى، وبالتالي استبعاد إرادة الأثر والاكتفاء بإرادة التعبير لدى المتعاقدين؛ إلا أن الفقه الحنفي أقام تفرقة بين إرادة التعبير وإرادة الأثر وعبر عن إرادة التعبير بالاختيار، أما إرادة الأثر فعبر عنها

المنارة للاستشارات

بالرضا، ذلك أن الرضا عند الأحناف هو الرغبة في آثار العقد وهو الركن المعنوي، أما الاختيار فهو العنصر المادي المتمثل في إرادة التعبير، أي انصراف الإرادة إلى السبب، ولذلك فإن إرادة الأثر أكثر شمولا من إرادة التعبير أي أن الرضا أوسع من الاختيار، فكل رضا يتضمن اختيارا وليس كل اختيار يتضمن الرضا، ولأن الاختيار قد ينفك عن الرضا كما في حالة المريض الذي يختار بتر عضو من أعضائه وهو كاره لذلك، فقد تحقق له الاختيار دون الرضا، ولذلك قيل أن وجود الرضا بالحكم يستلزم وجود الاختيار فيه وفي مسببه والرضا بالسبب، أما وجود الاختيار فلا يستلزم وجود الرضا لأن مجرد القصد إلى شيء لا يلزم منه الرغبة فيه، وقد انبنى على ذلك أن الاختيار هو شرط للانعقاد يترتب على تخلفه البطلان في حين أن الرضا شرط صحة جزاء تخلفه الفساد – لذلك صحح الأحناف نكاح المكره وطلاقه ورجعته وعتاقه لتوافر إرادة التعبير ولأنها تصرفات تقوم فيها عباراتها مقام معناه؛ على حين حكموا بفساد بيع المكره والهازل والمخطئ لوجود الاختيار دون الرضا وحكموا ببطلان تصرفات المجنون والنائم لتخلف إرادة التعبير وإرادة الأثر[36].

ثانيا المذهب المالكي:

يقول القرافي: (... إن الله تعالى تفضل على عباده فجعل ما هو حق لهم بتسويغه وتملكه وتفضله لا ينقل فيه إلا برضاهم) [37]، ويقول أيضا: (فالأسباب القولية كالبيع والهبة والصدقة والقراض وما هو في الشرع من الأقوال سبب انتقال الملك ...والسبب التام إذا أذن فيه من قبل صاحب الشرع وجب أن يترتب عليه مسببه، لأن وجود السبب المأذون فيه دون المسبب خلاف القواعد) [38]. وفي نفس المعنى أورد الإمام الشاطبي في الموافقات:(إن السبب غير فاعل بنفسه بل إنما وقع المسبب عنده لا به، فإذا تسبب المكلف فالله خالق السبب والعبد مكتسب له وإيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب قصد ذلك المسبب أولا، لأنه لما جعل مسببا عنه في مجرى العادات عد كأنه فاعل له مباشرة) [39].

وقد استخلص الشاطبي من كون إنشاء التصرف راجعا إلى العاقد، وكون توليد الآثار راجعا إلى الشارع، عدم جدوى اتجاه إرادة العاقد وقصده إلى الآثار، مادامت هذه الآثار

المنارة للاستشارات

ليست في مقدوره وليس بمرجع لها، ومادام الأمر كذلك فاتجاه قصد العاقد إلى الآثار هو تزييد لا لزوم له[40].

نستنتج مما سبق أن المذهب المالكي ربط بين السبب والمسبب، وأن المسببات جعلية بإرادة الشارع وما على المكلف إلا الإتيان بالسبب حتى يقع المسبب الذي لا يستطيع أن يتنصل من الأثر.

ثالثا: المذهب الشافعي:

يقول الإمام الغزالي في المستصفى:(وأما قسم المعاملات فلحل الأموال والأبضاع وحرمتها أسباب ظاهرة من نكاح وبيع وطلاق وغيره وهذا ظاهر، وإنما المقصود نصب الأسباب أسبابا للأحكام أيضا بحكم الشرع) [41]؛ ثم ذكر الغزالي أن الآثار الشرعية تحصل عند تحقق السبب لا به بل بأمر من الشارع، حيث يقول:(فإن السبب في الوضع عبارة عما يحصل الحكم عنده لا به ولكن هذا يحسن في العلل الشرعية لأنها لا توجب الحكم لذاتها، بل بإيجاب الله تعالى، ولنصبه هذه الأسباب علامات لإظهار الحكم، فالعلل الشرعية في معنى العلامات المظهرة فشابهت ما يحصل الحكم عنده)[42].

دلت هذه النصوص على أن المذهب الشافعي ربط آثار العقد بإرادة الشارع نظرا لنزوع المذهب إلى النزعة الموضوعية، وجعل إرادة التعبير وحدها هي المهيمن الوحيد على مصير العقد والتصرف وجودا وعدما، وبالتالي فإن آثار العقد لا تترتب إعمالا للإرادة بحيث تكون هي المنشئة لهذه الآثار والمرتبة لها، وإنما ذلك كله منوط بإرادة الشارع الذي رتبها وما العقد إلا السبب المحرك لهذه الآثار، وكل ما تملكه الإرادة هو تشغيل هذا المحرك ثم تقف منه موقف المتفرج.

رابعا: المذهب الحنبلي:

يقول الإمام ابن تيمية: (...وَأَيْضًا فَإِنَّ الْأَصْلَ فِي الْعُقُودِ رضا الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَنَتِيجَتُهَا هُوَ مَا أَوْجَبَاهُ عَلَى أَنْفُسِهِمَا بِالتَّعَاقُدِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[43].

نستنتج من هذا أن الإمام ابن تيمية يقرر أن الرضا وإرادة المتعاقد هي أساس نشوء

المنارة للاستشارات

العقود ابتداء وهي مصدر أثارها، وهذا ما ينطبق تماما على ما ذهب إليه فقهاء القانون في تقرير مبدأ سلطان الإرادة، ويؤكد هذا ما ذهب إليه الدكتور وحيد الدين سوار بقوله: " إن المذهب الحنبلي هو من أكثر المذاهب إخلاصا لمبدأ سلطان الإرادة يدل على ذلك الشعار الذهبي الذي قرره ابن تيمية في فتواه (النص السابق) "[44]، بالرغم من هذا نلحظ بروز فكرة الجعلية في هذا المذهب أسوة بباقي المذاهب الفقهية، حيث نجد الإمام ابن تيمية نفسه يقرر هذه الفكرة في نصوص أخرى، حيث نجده يقول:(أَنَّ الْأَحْكَامَ الثَّابِتَةَ بِأَفْعَالِنَا كَالْمِلْكِ الثَّابِتِ بِالْبَيْعِ وَمِلْكِ الْبُضْعِ الثَّابِتِ بِالنِّكَاحِ نَحْنُ أَحْدَثْنَا أَسْبَابَ تِلْكَ الْأَحْكَامِ، وَالشَّارِعُ أَثْبَتَ الْحُكْمَ لِثُبُوتِ سَبَبِهِ مِنَّا لَمْ نُثْبِتْهُ ابْتِدَاءً) [45]، ويقول الإمام في موضع آخر (وعلم الله بالأشياء وآثارها لا ينافي ما علقها عليه من الأسباب)[46].

وعلى هذا يمكن الجمع بين هذه الأقوال بأن الآثار من جعل الشارع والأسباب للمكلف وفي النهاية الأسباب والمسببات بقدر الله ومشيئته.

بعد هذا العرض الموجز لأقوال الفقهاء في مبدأ الجعلية، يتبين لنا إجماعهم على أن الناس أحرار في إنشاء العقود، أما الآثار فالأصل فيها أنها من صنع الشارع وجعله، أي أن العقود أسباب جعلية وضعها الشارع ليتوصل بها إلى مسبباتها التي أوجبها وجعلها آثارا لها، وليست بأسباب طبيعية، بمعنى أنه متى اتجهت الإرادة إلى إنشاء العقد نشأ ذلك العقد، ولكن آثاره مرجعها إلى صنع الشارع سواء أراد العاقد هذه الآثار أم لم يردها.

خامسا: الاتجاهات الفقهية المعاصرة لفكرة الجعلية

تعرض بعض الفقهاء المحدثون لفكرة الجعلية، وتعرضوا لها بمناسبة تناولهم لمواضيع متعلقة بالأساس بنظرية العقد، ويمكن أن نصوغ هذه الأفكار في اتجاهات ثلاثة على الوجه التالي: [47]

الاتجاه الأول: وجوب التفرقة بين العقود لإعمال فكرة الجعلية:

حدد أصحاب هذا الاتجاه نطاق فكرة الجعلية في العقود حسب خطورتها وقسموها من هذا الوجه إلى عقود الزواج وغيرها من العقود المالية ويرون أن فكرة الجعلية يجب الأخذ بها دون تردد في نطاق عقود الزواج، أما بالنسبة للعقود المالية الأخرى، فإنه يسمح لإرادة الإفراد بتحديد آثارها.

المنارة للاستشارات

وهذا ما ذهب إليه الإمام أبو زهرة حيث يقول: (... وفرق بين النكاح والعقود المالية فإن الأبضاع الأصل فيها الحرمة، وتحليلها يكون بتحليل الشارع الصريح، فكان لابد أن يكون السلطان في آثار النكاح للشارع نفسه، أما المعاملات المالية فهي من الأمور العادية الأصل فيها الإباحة ما لم يقم دليل على حرمتها وأن الإرادة في الأمور التي تكون من هذا القبيل لها الشأن الأول بمقتضى الإذن العام من الشارع في جعل الرضا أساسا لإنشاء ونقل الحقوق وإسقاطها)[48]، والخلاصة بحسب هذا الاتجاه أن جعلية الآثار تتوقف على طبيعة العقد ذاته فبالنسبة لعقود الزواج وما لها من آثار خطيرة فإنها متروكة لتنظيم الشارع، أما العقود المالية فإنها لا تتسم بهذه الخطورة وبالتالي يكون للإفراد حرية تكوين آثارها.

الاتجاه الثاني: التفرقة بين المعنى الواسع والمعنى الضيق للجعلية:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن للجعلية معنى واسع وآخر ضيق، فالأول مؤداه أن الشارع جعل لكل عقد آثاره التي تتعلق به وتتحقق به الأغراض التي قصدها العاقدان من إنشائه ويتعين على الناس مراعاة الحدود العامة أو الخاصة التي حددها الشارع للعقود. والثاني مفاده أن الشارع يرتب الحكم الأصلي للتصرف وينفذه في الوقت نفسه بمجرد العقد ففي البيع ينتقل ملكية الثمن إلى البائع بمجرد العقد الذي باشره العاقدان باتصال الإيجاب بالقبول والناقل لهما هو الشارع لا العقد، وتفريعا على ذلك فإن المعنى الواسع للجعلية هو الذي يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة دون المعنى الضيق لها، فهي في المعنى الواسع تضيق من حرية العاقدين في آثار العقد التي وضعها الشارع للعقود فهي إذن من صنع الشارع ولا شأن للأفراد بها، في حين أن المعنى الضيق يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة، لأنه يستند إلى إرادة المتعاقدين في تنفيذ الحكم الأصلي الذي قام الشارع بترتيبه.

الاتجاه الثالث: التفرقة بين السبب البعيد للالتزام العقدي والسبب المباشر له، وأن إرادة العقد تتضمن إرادة الأثر:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مبدأ جعلية الآثار في الفقه الإسلامي يستهدف ويلحق بالسبب البعيد للالتزام العقدي، أو كما يسميه الدكتور وحيد الدين سوار المقصد الأصلي، وهو الغاية النوعية، أي الحكم الأصلي الذي جعل العقد طريقا مشروعا للوصول إليه[49]،

المنارة للاستشارات

في حين أن السبب المباشر لنشأته هو إرادة الأطراف، فأثار العقد ترجع أساسا إلى الله سبحانه وتعالى لكونه مشرعا لها، ولكنها ترجع أيضا لإرادة المتعاقدين باعتبارهم المعنيين مباشرة بهذا التعاقد والمتحملين لآثاره.

ولذلك صارت العقود والتصرفات أسبابا لأحكام وأثار تترتب عليها وتنشأ عنها بحكم الشرع وجعله، وانحصر الرضا والاختيار في إيقاع الأسباب، وهو إبرام العقود، أما الآثار فهي بجعل الشارع، وبحكم معلومية هذه الآثار والأحكام كانت بالتالي هي الدافع إلى التعاقد، وهي مراد العاقد ومطلبه من العقد، فجعلت إرادة العقد إرادة لها بالضرورة(50).

الفرع الثالث: تقدير الجعلية

بعد هذا العرض الموجز لأراء فقهاء المذاهب الفقهية، وبعض الاتجاهات الفقهية المعاصرة يتبين لنا إجماع الفقه الإسلامي على مبدأ جعلية آثار العقود، أي أن العقود أسباب ظاهرة تترتب عند وجودها الآثار التي حكم الشارع بوجودها عند وجود أسبابها، لكن يثور التساؤل حول كيفية التوفيق بين كون العقود رضائية في الفقه الإسلامي مع أن آثارها جعلية، وهل فعلا مبدأ الجعلية يقف حائلا في وجه مبدأ سلطان الإرادة، سنحاول الإجابة عن هذين التساؤلين فيما يلي:

أولا: أنه لا يمكن التسليم بهذا المبدأ على إطلاقه بمعنى تجاهل إرادة الأفراد في ترتيب الآثار بصفة مطلقة، إذ الواقع يدل على أن لهذه الإرادة دور في ترتيب الآثار إلى جانب الشارع، وإسهام الإرادة في ترتيب الآثار يختلف حسب طبيعة التشريع أو المذهب، وطبيعة العقد:

1- فالشرائع التي تقوم على أساس من المذاهب الفردية يغلب فيها دور الإرادة في ترتيب الأثر، في حين يتضاءل دور الإرادة في الشرائع التي تقوم على أساس المذاهب الاجتماعية، وذلك بسبب اتساع دائرة النظام العام، ولما كانت الشريعة الإسلامية ذات صبغة اجتماعية، كان طبيعيا أن يعظم فيها دور الشارع في ترتيب الأثر، وهو ما جعل نظرية الجعلية تطغى في الفقه الإسلامي.

المنارة للاستشارات

وحتى في ظل الفقه الإسلامي نفسه يختلف دور الشارع بين مذهب وآخر، فنلاحظ ضمور ومحدودية هذا المبدأ في الفقه الحنبلي الذي أعطى للإرادة دورا وسلطانا واسعا في إنشاء العقد وترتيب آثاره، بينما يعظم دور الشارع في تحديد الآثار في المذاهب الأخرى التي قيدت من سلطان الإرادة؛ وغاية هيمنة الشارع في الفقه الإسلامي هي تحقيق مقصد مهم وهو الإشراف المباشر على روح التوازن العقدي وذلك بالحفاظ على جوهر العدالة وطغيان حق على حق آخر في نطاق الحقوق والالتزامات الناشئة في العقد بين المتعاقدين، وفي هذا الشأن يقول الشيخ علي الخفيف:

(وقد حدد الشارع للعقود حدودا حتى لا تؤدي بهم إلى نزاع ولا ينالهم منها غبن ولا يلحقهم بسببها غرر ولا يلزم بها على غير رضا منهم واختيار، وحتى لا يتخذوها وسيلة وطريقة إلى ما نهى الله عنه) (51).

2- ويختلف دور الإرادة كذلك في ترتيب الأثر بحسب طبيعة العقد، ففي عقود الزواج، ونظرا لأهميتها البالغة وآثارها الخطيرة، فنرى هيمنة النظام العام على أحكام الأسرة، بحيث يكاد الشرع ينفرد في ترتيب آثار العقد دون إرادة المتعاقدين؛ أما بالنسبة للعقود المالية فإنها لا تتسم بهذه الخطورة، وبالتالي يكون للأفراد حرية تكوين أثارها. وإلى هذا الرأي مال الإمام أبو زهرة (52).

ولا يبتعد هذا الرأي كثيرا عن القانون الوضعي، حيث يقول الدكتور السنهوري:

(وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود، فعقد الزواج، وهو الأساس الذي ترتكز عليه الأسرة، مصدره إرادة المتعاقدين، ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة، بل ينظمها القانون طبقا لمصلحة الأسرة والمجتمع) (53).

ثانيا: لا يمكن القول بأن أحكام العقود وآثارها توجبها إرادة المتعاقدين لوحدها، دون إرادة الشارع، وذلك في أي ظل أي تشريع، إنما تعتبر هذه الآثار من عمل الشارع لا من عمل العاقد، لأن ترتيب حكم العقد وأثره عليه وإلزام عاقده به هو اعتبار تشريعي

المنارة للاستشارات

صرف لدى أي مشرع وكل إلزام للعاقد بنتيجة عقده لا يكون لولا إيجاب الشارع وإرادته الملزمة، وليس ثمة فارق بين التشريعين الإسلامي والوضعي في هذا الشأن إلا في مدى ما فوضه الشارع للعاقدين من سلطان على تعديل الأحكام والآثار التي قررها التشريع مبدئيا في كل عقد مسمى، ويكاد يتفق كل منها أيضا على حرية العاقد في إنشاء غير المسمى من العقود؛ إذ أنها مسألة تحكمها الأسس العامة للتشريع نفسه، وهذا يعني بالضبط مدى حرية الشروط العقدية المعدلة لآثار وأحكام العقود، وليس معناه أن العاقدين هما المشرعان لآثار العقد وموجباته [54].

ثالثا: نقر بأن مبدأ الجعلية كمبدأ عام يهيمن على كل التصرفات والعقود لاعتبار عقائدي وهو: أن الله سبحانه وتعالى هو المسيطر على حركة الكون، العالم بتصرفات الإنسان في الوجود وأن كل الأسباب والمسببات من عند الله تعالى خلقا وتقديرا، فالإنسان له الحرية الكاملة في تكوين العقد وترتيب آثاره في الفقه الإسلامي في حدود الضوابط والأصول المقررة في الشرع الإسلامي[55]، وهو نفس ما ذهب القانون الوضعي إليه في هذا الأمر، إذ نجد أن سلطان الإرادة وإن كان له النطاق الواسع في ترتيب الالتزامات العقدية في نطاق النظام العام والآداب، حيث يقول الدكتور السنهوري:(وإذا خلصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول في هذا الميدان أوسع ما تكون خطى وأبعد ما تكون مدى؛ ولكن في هذا الميدان، إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث إنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية وجدنا أنها محدودة في ذلك بقيود النظام العام والآداب)[56].

إلا أنه إذا أمعنا النظر نلحظ أن السلطان الأكبر للإرادة إنما يتصور في مرحلة إنشاء العقد: يتعاقد الشخص أو لا يتعاقد، يختار مع من يتعاقد في المكان والزمان – مع مراعاة القواعد الآمرة وقواعد النظام العام والآداب –، أما في مرحلة تحديد آثار العقد إذا أبرم فالإرادة أكثر تقييدا؛ فلكل عقد من العقود آثاره الجوهرية المرتبطة به لا تنفك عنه ومن أجلها يقدم عليه الأطراف دون غيره من العقود، فالذي يقدم على إبرام عقد بيع لا يمكن أن يتوقع أن تتحقق له آثار عقد إيجار أو مقاولة، فإذا توافقت إرادة الطرفين على إبرام عقد بيع رتب العقد آثاره المعروفة[57]، ولا نجد سببا يدعونا إلى التردد في القول إن آثار العقود

المنارة للاستشارات

هي من ترتيب المشرع وليس من ترتيب الإرادة.

خاتمة:

نخلص أن مبدأ الجعلية بهذا المفهوم، وإن لم يكن معروفا بهذا الاسم عند أهل الفقه الوضعي إلا أنه في معناه ومدلوله وغايته لا يبتعد كثيرا عن معناه في الفقه الإسلامي، انطلاقا من هذا نرى أن فكرة الجعلية لا تقف حجر عثرة في طريق إطلاق مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، ونؤكد بأن هذا المبدأ مقرر في الفقه الإسلامي ويعتمد على الأسس التالية:

1- تأكيد دور الإرادة في تكوين العقد ضمن المبادئ العامة للشريعة، يقابله النظام العام والآداب في القانون.

2- تقييد هذه الإرادة لمبدأ العدل المطلق حفاظا على التوازن العقدي بين الأطراف عن طريق جعل الآثار العقدية من تقرير الشارع عز وجل، وكذا منح القاضي سلطة مراقبة هذه الإرادة في نطاق تحديد الآثار، حيث يباشر سلطته في التعديل والإلغاء لبعض هذه الآثار التي تتعارض مع المرجعية الشرعية، وهي سلطة أصلية، وليست استثنائية كما هو عليه الحال في القانون الوضعي.

3- ترسيخ الشعور بالثقة على نتائج التصرفات، بحيث يترتب على مبدأ شرعية الآثار بالضرورة مبدأ استقرار المعاملات، إذ لا عبث في أحكام الشريعة.

ـ الهوامش:

1. الأمر رقم: 75–58 المؤرخ في:20 رمضان 1395هـ، الموافق:26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.
2. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، ط 3 الجديدة، سنة 2000، المجلد1، ج1، ص:153.
3. محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري – النظرية العامة للالتزامات –، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ط1 ،1992 – 1993 ج:1، ص:43.
4. محمد صبري السعدي، نفس المرجع، ص: 43،44.

المنارة للاستشارات

5. سورة البقرة /256.
6. سورة يونس /99.
7. سورة ق /45.
8. سورة الكهف /29.
9. حمدي محمد إسماعيل سلطح: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي –، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2006 ص:14.
10. أخرجه الإمام البخاري: في الصحيح، باب بدء الوحي، حديث رقم: 01.
11. حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص: 15.
12. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 153.
13- بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر د ط، سنة 2007، ص:10.
14- العربي بلحاج: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، سنة 2000، ج1، ص:43.
15- رضوان السيد راشد: الإجبار على التعاقد (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص:190 .
16- نفس المرجع والصفحة.
17- النساء/29.
18- يجب التمييز هنا بين الشكلية المطلوبة لإثبات العقد كوسيلة لإثبات التصرفات بوجه عام، وتعتمد على الشهادة بصفه عامة في الفقه الإسلامي في مجال الإثبات، وبين الشكلية المفروضة لتكوين العقد وانعقاده سواء كانت لفظية، أو أفعال لابد من انضمامها إلى التراضي كما هو الشأن بالنسبة للإشهاد في عقد الزواج، انظر: السيد عبد الحميد علي فودة: مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دط، دس، ص:34-35 وكذلك: وحيد الدين سوار: الشكل في الفقه الإسلامي، مطبعة معهد الإدارة، الرياض، طبعة 1985، ص:36 وما بعدها.
19- الشيخ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1، 1996 ص:113.
20- نفس المرجع والصفحة.
21- بودالي محمد: المرجع السابق، ص10.
22- محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 47.

المنارة للاستشارات

23- سورة النساء/29.

24- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، حديث رقم /10365، وكذلك ابن ماجه في سننه، حديث رقم/ 2182 .

25- حمدي المغاوري محمد عرفة: إجازة العقد القابل للإبطال – دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي – رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 2008 ص:43.

26- بودالي محمد: المرجع السابق، ص 10.

27- إن هذه المسألة محل خلاف فقهي تنازعها اتجاهان: اتجاه ذهب أن الأصل في العقود والشروط هو البطلان والحظر والمنع ولا يجوز شيء منها إلا ما ورد دليل بإباحته من كتاب أو سنة أو إجماع ؛ أما الاتجاه الثاني يرى أن الأفراد أحرار في إبرام ما يشاؤون من العقود وبما يرون من شروط، فالأصل الصحة والجواز ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه . انظر:هاشم عبد المقصود سعد:نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة .

28- انظر عند: عبد الرزاق أحمد السنهوري ص 149-161، وبودالي محمد ص9، والعربي بلحاج ص42، ومحمد صبري السعدي ص47، مراجع سبق ذكرها، وانظر كذلك مضمون المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

29- الإمام محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط،سنة 1996، ص:217 . وكذلك: علي محي الدين علي القره داغي: مبدأ الرضا في العقود- دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي)، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 2002، ج2، ص:1144. وكذلك: وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي- الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر ط2، 1979، ص 577 وما بعدها. وكذلك: حمدي المغاوري محمد عرفة: إجازة العقد القابل للإبطال – دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي-، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، مصر، 2008، ص:58 وما بعدها. وكذلك: أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص:186 وما بعدها.

30- سورة البقرة، الآية 29.

31- سورة المائدة، الآية 1.

32- الإمام محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص: 252.

33- الشيخ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص: 227.

34- نفس المرجع، ص: 227 ،228. وكذلك: وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص: 577 ،578.

المنارة للاستشارات

وكذلك: حمدي المغاوري محمد عرفة: المرجع السابق، ص: 59.

35- عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط1، 1997م، ج4، ص:244.

36- انظر: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، د. ط، 1991م، ج:5، ص:35 . وكذلك: وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص: 443 وما بعدها. وكذلك: فؤاد محمود معوض: دور القاضي في تعديل العقد -دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2004، ص:101-102

37- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي: أنوار البروق في أنواء الفروق، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، ج1، ص: 195.

38- نفس المرجع، ص: 203، 204 .

39- إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1،1997، ج1، ص: 314.

40- انظر: نفس المرجع . وكذلك: وحيد الدين سوار: المرجع السابق: ص: 580.

41- محمد بن محمد الغزالي أبو حامد: المستصفى في علم الأصول، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ، ج1، ص:75.

42- نفس المرجع والصفحة.

43- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني: الفتاوى الكبرى،تحقيق: محمد عبد القادر عطا - مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ - 1987م، ج4، ص:93.

44- وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص:456. وكذلك: فؤاد محمود معوض: المرجع السابق، ص:106-107.

45- ابن تيمية: المرجع السابق، ج4 ص:91-92.

46- بدر الدين أبو عبد الله الحنبلي: مختصر فتاوى ابن تيمية، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، دس، ص:259.

47- انظر: فؤاد محمود معوض: المرجع السابق، ص:119 وما بعدها. وكذلك: وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص:584 وما بعدها. وكذلك: علي محي الدين علي القره داغي: المرجع السابق، ج 2، ص:1145 وما بعدها.

48- محمد أبو زهرة: المرجع السابق ص:223.

المنارة للاستشارات

49- انظر: وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص:500 وما بعدها.

50- زكي الدين شعبان: الشروط المقترنة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1968 ص:14 وما بعدها.

51- الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق، ص:242.

52- محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص:222-223.

53- السنهوري: الوسيط، المجلد الأول، ج1، ص:160.

54- عبد المحسن سعد الرويشد: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1983، ص: 349-350.

55- فؤاد محمود معوض: المرجع السابق، ص: 132.

56- السنهوري: الوسيط، المجلد الأول، ج1، ص:161.

57- رضوان السيد راشد: المرجع السابق، ص:197.

المنارة للاستشارات