hossam maghraby

شبكة المعلومات الجامعية

بسم الله الرحمن الرحيم

hossam maghraby

شبكة المعلومات الجامعية

شبكة المعلومات الجامعية

التوثيق الالكتروني والميكروفيلم

hossam maghraby

شبكة المعلومات الجامعية

جامعة عين شمس

التوثيق الإلكتروني والميكروفيلم

قسم

نقسم بالله العظيم أن المادة التي تم توثيقها وتسجيلها علي هذه الأقراص المدمجة قد أعدت دون أية تغيرات

يجب أن

تحفظ هذه الأقراص المدمجة بعيدا عن الغبار

hossam maghraby

شبكة المعلومات الجامعية

بعض الوثائق الأصلية تالفة

hossam maghraby

شبكة المعلومات الجامعية

بالرسالة صفحات لم ترد بالأصل

B١٩٢٦١

العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي

(أسبابه- آثاره)

رسالة مقدمة من

رمضان إبراهيم شحاته القليني

للحصول علي درجة دكتور في الحقوق

لجنة الحكم

الأستاذ الدكتور / احمد فراج حسين

الأستاذ بقسم الشريعة الإسلامية كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية .

(رئيساً ومشرفاً)

الأستاذ الدكتور / محمد أحمد عبد الهادي سراج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية .

(عضوا ومشرفاً)

الأستاذ الدكتور / محمد محمد فرحات

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق - جامعة عين شمس .ووكيل الكلية للدراسات العليا

(عضواً)

الأستاذ الدكتور / نبيل إبراهيم سعد

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية . **(عضواً)**

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى

" **يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات** "

(المجادلة الآية ١١)

وقال عز من قائل

" **ومن يتق الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيـــث لايحتســب ومن يتوكل على الله فهو حسبه إن الله بالغ أمره قد جعـل الله لكل شئ قدرا** "

(الطلاق الآية ٣)

وقال جل شأنـــــــــــه

" **إن ربك لبالمرصـــــاد** "

(الفجـــر الآية ١٤)

صدق الله العظيم

إهـــــــــــــــــداء

إلى زوجتى ووالدىّ رحمهم الله

وإلى ابنـــى وابنتـــــىّ حفظهـــــم الله

وإلى كل من له فضـــــل فيما بلغت

بسم الله الرحمن الرحيم

توطئـــــــــــــــــة

الأصل هو إلزام العقد ولزومه ، فلا يجوز لأى من الطرفين التحلل منه ، أو التخلـص من الإلتزامات الناشئة عنه إلا بالإتفاق أو للأسباب التى يقررها الشارع . قال تعـالى " يأيـها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " ، " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا " .

ومع ذلك فقد حدت الإعتبارات العملية واعتبارات أخرى بالفقه الإسلامى إلى الإلتجاء إلى فكرة عدم اللزوم لتحقيق غايات معينة ، وأهداف خاصة ، تتفق والوسائل الفنية لهذا الفقه .

وعلى ذلك نجد أن الفقه الإسلامى لم يقف بفكرة عدم اللزوم عند عيوب الإرادة فحسـب ، بل جعلها تشمل إلى جانب ذلك بعض أنواع العقود ، كالوكالـة ، والشـركة ، والوديعـة ، والعارية ، وغيرها من العقود غير اللازمة .

وقد اتجه الفقه الإسلامى فضلا عن ذلك إلى فكرة الخيارات ، ليوسع أكثر من نظام عـدم اللزوم ، وذلك لتحقيق مصلحة كل من المتعاقدين ، أو أحدهما ، على النحـو الـذى نبينـه تفصيلا فيما بعد ، وهو بذلك يختلف عن الفقه القانونى .

ولننظر فى روعة الصناعة الفقهية بالنسبة لنظام عدم اللزوم فى العقد غير اللازم ، فـهنا وفى هذا النظام يتجلى هذا التدرج المحكم ، كما يتجلى رد الأحكام إلى أصول منطقية ثابتـة ولنأخذ مثلا كيفية الرجوع فى العقد ، نرى أن العقد يبطل - إذا كان هناك سبب لذلـك - إذا لم تلحقه الإجازة لأن العلة فيه لم تتم ، ولكن الخيارات تلعب دورا هاما فى ذلك فتكفـى فـى ذلك الإرادة المنفردة لصاحب الخيار حتى يصبح العقد غير لازم بالنسبة له . والأمر فى نظام عدم اللزوم ، لايحتاج فى فسخه إلى تراض أو تقاض ، إلا العقد الذى فيه خيار عيب وكـان قد تم القبض ، أما قبل القبض فيكفى فى نقضه إرادة صاحب الخيار ، وإن لم ينقضى العقد ، أو يفسخ ، أصبح لازما .

ونظام عدم اللزوم من ابتداع الفقه الإسلامى ، لأن نظام فسخ العقد لايتقرر كأصل عـام فى الفقه الإسلامى ، كما فى الفقه الغربى ، ولذلك استعيض عن هذا النظـام وغـيره مـن الأنظمة بنظام عدم اللزوم .

ونظام عدم اللزوم على درجة كبيرة من الأهمية ، ذلك أنه يتصل بعنصر الرضـا فـى العقد ، وعناصره الأخرى .

والخيار – وهو من أسباب عدم اللزوم – ماهو إلا فرع من هذا النظـــام بـــه يســـتطيع المتعاقد التحلل من العقد لعدم إكتمال رضاه ، وخيار الشرط – مثلا – أساسه كمال الرضـــا ، حيـــث يعطى المتعاقد فترة روية ، يشارك فيها غيره ، وكذلك الأمر بالنســـبة للخيـــارات الأخـــــــرى .

وعدم اللزوم – أيا كان سببه – عبارة عن قدرة تخول للمتعاقد حق التحلل من تعـــاقده بإرادته المنفردة ، وهنا يفقد العقد أهم صفاته ، وهى صفة اللزوم طبقا لقاعدة العقد شـــريعة المتعاقدين . ذلك أن التحلل من العقد بتصرف منفرد من أحد العاقدين ، يجعل العقد عاريـــا من صفة اللزوم ، ولا يخفى مافى ذلك من اثر على الرابطة العقدية حيث تصبح هذه الرابطـــة عرضة للزوال ، وتتراخى تحقق القوة الملزمة بعض الوقت – وإن كان ليس دائما – وهـــو مايجعل العلاقة العقدية المقترنة بعدم اللزوم تمر بمرحلة دقيقة وحرجة ، وهى مرحلة يكـــون فيها العقد غير لازم ، ومصير العقد يكون بين الإمضاء والفسخ ، ويكون المتعاقد الآخر فـــى حالة ترقب وشك لأن العقد حينئذ لم يستقر بعد ولذلك فيكون تقسيم العقود – فى نظرنا – يتم على أساسين : الأول : على اساس اللزوم ، والثانى : على اساس عدم اللزوم ، لأن ذلـــك يتناسب مع الأهمية العملية لهذا النظام .

وعدم اللزوم يعد – فى نظرنا – كنظام لزوم العقد ، لأنه من الجائز أن كـــل العقـــود اللازمة يمكن فى نفس الوقت أن تكون غير لازمة ، وهذا مانراه فى الوكالة ، والوديعـــــة ، والعارية ، والهبة ، والرهن ، والكفالة ، والعقود غير محددة المدة ، لأن كلا من النظامين يحقق فى المقام الأول مصلحة المتعاقدين .

ونظرا لصعوبة هذا البحث ، فقد آلينا على أنفسنا أن نتتبع نظام عـــدم اللـــزوم ونقارنـــه بالقانون ، على الرغم من أن المشرع المصرى والتشريعات الغربية لم تأخذ به صراحة كمـــا أن هذا النظام يعد – فى نظرنا – جزاء مؤقت يمر به العقد .

وعلى ضوء ماتقدم نجد أن نظام العقد غير اللازم يعد نوعا من الضمان – إن صح هـــذا التعبير – فى يد المتعاقد ، وهو يقيه من تعسف المتعاقد الآخر ، علاوة على أنه نظام ســـهل يمكن أن يطبق على جميع العقود بلا استثناء ، سواء أكانت مقترنة بخيار ، أو غير لازمـــــة بطبيعتها ، أو غير لازمة لجانب واحد .

كما أن فكرة عدم اللزوم تعد أيضا – فى نظرنا – فكرة حية متطورة لـــها وســـائلها ، واساسها ، والأدوات المستعملة فى تحقيقها ، وهذا مايغنينا فى البحث عن أنظمة أخرى لاتفى بالغاية التى يفى بها نظام عدم اللزوم لشدة تعقيدها .

والغرض من هذا البحث هو بناء نظرية متكاملة بالنسبة لعدم اللزوم تطبق على العقود .

ونظام عدم اللزوم يعد ظاهرة نحاول رصدها ، وتحليلها ، وتأصيلها فى الفقه الإسلامى ونقارنها بالوضع فى القانون الوضعى ثم نحاول فى النهاية استخلاص قواعد مشتركة لهذا النظام .

ومن جانبنا سوف نرصد أساليب عدم اللزوم ، وآثاره من حيث الموضوع ، أو الأشخاص ، ثم ندلى بدلونا فى النهاية بالمقترحات التى قمنا ببلورتها فى هذا البحث وآمل من الله أن يوفقنى فإن وفقنى فهذا فضل منه ورحمة ، وإن كانت الثانية فعذرى أننى بشر أخطئ وأصيب ، وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب .

الباب التمهيـــــدى

التعريف بالعقد غير اللازم وتحديد نطاقــة

تقسيـــــم

مسألتان نعرض لهما فى هذ الباب التعريف بالعقد غير اللازم ، وموقع العقد غير الـــلازم من تقسيمات العقود ، ونعالج كل مسألة فى فصل على حده

الفصل الأول

التعريف بالعقد غير اللازم

نعرض لتعريف العقد غير اللازم فى الفقه الإسلامى ، ثم نقارنة بالتعريف به فى القانون، وبعد ذلك نحدد طبيعة العقد غير اللازم .

العقد فى لغة العرب معناه الربط والاحكام والإبرام بين أطراف الشئ سواء أكان ربطا حسياً أم معنوياً من جانب واحد أومن جانبين جاء فى المصباح المنير وغيره عقد الحبل أو البيع أو العهد فأنعقد ويقال عقد النية على شئ معين ، وعقد اليمين أى ربط بين الإرادة وتنفيذ ما إلتزم به، وعقد البيع والزواج والإجارة أى أرتبط مع شخص أخر[1]

وهذا المعنى اللغوى داخل فى المعنى الإصطلاحى الفقهى لكلمة العقد وللعقد عند الفقهاء له معنيان عام - خاص .

الأول أما المعنى العام : فهو الأقرب إلى المعنى اللغوى والشائع عند فقهاء المالكية

---

١ - فى لغة العرب يقال أحكم الشئ فتقوى أى عقد ، والجمع بين أطراف الخيط بالربط عقد فكلمة عقد تطلق على معانى كثيرة منها الشد والربط والتوثيق والقوة " يقال عقد الحبل أو شد وتقوى" أنظر الفيومى ــ المصباح المنير ج ٢ باب العين مع القاف وأنظر لمجد الدين الفيروز أبادى القاموس المحيط ج ١ باب الدال فصل العين ص ٣١٢ وما بعدها وأنظر أحكام القرأن للرازى الحصاص الحنفى ج٢ مطبعة الأوقاف الإسلامية فى دار الخلافة ص ٢٩٤ وما بعدها ، وأنظر أيضا للشيخ محمد بن أبى بكر عبد القادر الرازى ــ مختار الصحاح ١٣٦٩ هـ ــ ١٩٥٠ م ص ٤٦٩ .وبعد ذلك إستعمل هذا العقد فى الربط المعنوى بين كلامين ، أو متعاقدين ، أو معاهدين ، فقيل عقد البيع والعهد ، وأستعمل أيضا فى كل مايعقده العاقد على نفسه فيلزم بها ، وأيضا أستعمل من فعل يأتيه الشخص فى المستقبل أو يتركه لفعل ومن ذلك سمى اليمين عقدا ، فالحالف لزم نفسة بما حلف وكذلك العهد فهو أيضا طريق من طرق الإلزام وأيضا مايشرطه الإنسان على نفسه فى المستقبل : أنظر فى ذلك بن عابدين ــ رد المختار ج ٢ ص ٣٥٥ والمرغينانى : الهداية شرح بداية المبتدى مع فتح القدير ط ١ ١٢١٦ هـ ج٥ ص ٧٤ وأنظر الخرشى على مختصر خليل ج ٥ ط ٢ ١٣١٧ هـ المطبعة الأميرية ص ٥ وأنظر ابن قدامة المفتى والشرح الكبير ج٤ ط ٢ ١٣٤٧ هـ ص ٣ ، والنووى : المجموع شرح المهذب ج٩ كتاب البيوع ص ١٦٢ ، وأنظر لفقهاء الزبديه المرتضى ــ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ــ مؤسسة الرسالة بدون تاريخ ج ٣ ص ٢٩٧ . وأنظر فى الفقه الإسلامى الحديث كل من أحمد بك إبراهيم : العقود والشروط والخيارات : مقال منشور بمجلة القانون والإقتصاد س ٢ عدد ٦ ــ ١٩٣٤ ص ٦٤٤ وما بعدها والشيخ على الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية ط ٣ ، ١٣٦٦ هـ ــ ١٩٤٧ م ص ٢٠٠ ، ود / محمد سلام مدكور : المدخل فى الفقه الإسلامى ط ٢ ــ ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٢ م ص ٥٠٦ : ٥٠٨ .

والشافعية والحنابلة . ومن هذا الرأى أبو بكر الرازى الحصاص فى كتاب أحكام القـــرأن[1] فهو كل ماعزم على المرء فعله سواء صدربإرادة منفردة كالوقف أو الإبراء والطلاق واليميـن أم إحتاج إلى إرادتين فى إنشائة كالبيع والإجارة والرهن ويشمل حينئذ مايسمى فـــى المعنـى الخاص أوالضيق عقداً كما يشمل ما يسمى تصرفا أو إلتزاما فالعقد بالمعنى العام ينظم جميـــع الالتزامات الشرعية وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الإلتزام فى القانون .

أما المعنى الخاص الثانى وهو المشهور الشائع فى كتب الفقه " الربط بين كلامين أومـــا يقـــوم مقامها على وجه يترتب عليه حكم شرعى بإلزام لأحد الطرفين أو كليهما" أو ارتبـاط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره فى المحـل أو هو تعلق كـــلام أحـد العقديـن بالأخر شرعاً على وجه يظهر أثره فى المحـل . ويراد به " ما تم الإرتباط بينهما سواء أكانـا كلامين أم فعلين أم إشارتين [2] وعرفه البعض بأنه " قول يكون له حكم المستقبل ، فلا عقـد فى صورة التعاطى" [3] وعرفه صاحب مرشد الحيران بأنه " العقد عبارة عن إرتباط الإيجـلب الصادر من أحد العاقدين بقبول الأخر على وجه يظهر أثـــره فـى المعقـود عليـه " م٢٦٢ وتعريف صاحب مرشد الحيران يستخلص منه أن العقد يقوم على إرادتين متطـابقتين لا إرادة واحدة ، وأن هذه الأخيرة ليست بعقد ويقول أحد فقهاء المالكية أن " العقود هى ما تتوقف علـى إيجاب وقبول ، وأما غيرها من الطلاق وما بعده فهى إخراجات ولا تتوقـف علـى إيجـاب وقبول" [4] كما أن هذا التعريف للعقد ينم عن النزعة الموضوعية التى تسود الفقه الإســلامى ، بمعنى أن العقد هو إرتباط الإيجاب بالقبول لا أنه ينشى إلتزامات شخصية على عاتق طرفيـة، بل يثبت أثره فى المعقود عليه أى يغير محل العقد من حالة إلى أخرى [5] .

والعقد إذا ما توافرت أركانه وشروطه ، انعقد صحيحاً ، منتجاً لأثاره ، فلا يجوز الرجـوع فيه إلا بإتفاق الطرفين ، أو بناء على هذا الإتفاق طبقاً للأية الكريمة " يا أيها الذين آمنوا أوفـوا بالعقود " [6] والأصل فى العقود أن تكون لازمـة ، معنى ذلك إنه إذا توافرت للعقد عنـــاصر

---

١ - راجع ابن تيمية - نظرية العقد ص ١٨ى - ٢١ - ٧٨ - أبو بكر الرازى الحصاص - أحكام القرأن ح ٢/٩٤ ٢

٢ - أنظر سعدى جلبى - حاشية شرح العناية على الهداية ج ٥ ص ١٧٢ ، وهذا الفقيه مشهور بسعدى جلبى - وبسعدى أفنـدى ــ وهو سعد الله بن عيسى المفتى المتوفى عام ٩٤٥ هـــ .

٣ - وعرفه أحد فقهاء الشريعه بأنه " العقد شراعا قول من المتعاقدين أو قول من أحدهما وقبل من الأخر رتب الشـارع الأثـر المقصود عليه راجع النجفى فى العقود ص ٢

٤ - راجع الدسوقى شمس الدين محمد عرفة - حاشيته على الشرح الكبير ج ٢ وما بعدها

٥ - أما الفقه المصرى والغربى بصفة عامة فالنزعة الذاتية هى التى تسوده فهى تنشىء إلتزامات شخصية فى جانب المتعاقدين

٦- أول سوره المائدة

الإنعقاد ، والصحة واللزوم ، فصدر العقد من أهله ، فى محل قابل لحكمه وكان العاقد له الولاية على محل العقد ، والأهلية الواجبة للتصرف الذى يباشره ، كان العقد صحيحاً نافذاً لازماً ، والأصل فى العقد النافذ أنه يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة [١]

ولكن هناك عقوداً تقتضى طبيعتها أن يرجع فيها أحد العاقدين دون توقف على إرادة الطرف الآخر ، كالوكالة ، والشركة ، والهبة ، والوديعة ، والعارية ، والرهن ، كما توجد عقود يكون لأحد العاقدين فيها خيارالرجوع ، وهى العقود المقترنة بأحد الخيارات [٢]

فإذا كان العقد قابلا لرجوع أحد العاقدين عنه بإرادته وحده ، دون توقف على رضاء العاقد الآخر إما لأن طبيعة العقد تقتضى ذلك ، أو لأنه مقترن بأحد الخيارات فهو عقد نافذ غير لازم ، نافذ لأنه إنعقد صحيحاً منتجاً لجميع آثاره ، ثم هو عقد غير لازم لأن أحد العاقدين يستطيع وحده أن يستقل بإنهائه أو التخلص أو التحلل منه .

وبعض فقهاء الشريعة الإسلامية أطلقوا على العقد غير اللازم ، أنه العقد الجائز وذلك لأن كل واحد من طرفيه أو كلاهما،يستطيع أن يتحلل منه ، ويفسخه ، بدون توقف على رضاء الأخر [٣]

وقبل أن نعرف العقد الصحيح النافذ غير اللازم يتعين علينا أن نفرق بين الإلزام واللزوم.

معنى الإلزام واللزوم:

فالإلزام معناه – فى العقد – إنشاء الالتزامات ، بمعنى أن أياً من المتعاقدين عليه إلتزام لم ينشأه العقد [٤]

---

١ – راجع وقرب الى ذلك د . عبد الرزاق السنهورى ــ مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ٤ ط ١ ص ١٣٠ المجمع العربى الإسلامى ــ منشورات محمد الداية ــ بيروت .

٢ – ويلاحظ أن خيار التعيين ليس فيه رجوع .

٣ – أنظر فى ذلك د . مصطفى شلبى " المدخل فى الفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود ١٣٧٩ هـ ــ ١٩٥٩ م ــ مطبعة دار التأليف ص ٤٤٤ وما بعدها .

٤ – يأخذ الفقه الإسلامى فى التفرقة بين معنيين مصدرهما مادة (لزم) الأول بمعنى الثبوت والوجوب ، والثانى بمعنى إرادة شغل الذمة بشى ، فيقال لزم الشئ يلزم لزوماً يثبت دوام ، ولزوم المال أى وجب ، ويتعدى بالهمزة فيقال ألزمته أى أثبته ولزمة الطلاق أى وجب حكمه – المصباح المنير ج ٢ ص ١٢٦ : ١٢٧ .

ويظهر هذا بوضوح من تعرض الفقهاء لتعريف الذمة والتفريق بينها وبين الأهلية ففى الأشياء والنظائر لابن نجيم ١٢٩٠ هـ ، ص ٢١١ " أن الذمة أمر شرعى مقدرة فى المحل يقبل الإلزام والإلتزام " وفى قواعد الأحكام عند الشافعية هامش قواعد الأحكام لأبن عبد السلام ج ٢ ص ١٠٩ ط ١٣٥٣ هـ " أن الذمم هى تقريرمن الإنسان يصلح للإلتزام أو الإلزام من غير تحقق له " وعند الحنابلة فى كشاف القناع للبهوتى ط ١٣٥٩ هـ ج٢ ص ١١٧ أن " الذمة وصف يصير المكلف أهلاً للإلتزام و الإلزام وفى= =