دور الفقه الإسلامي في الموضوعات المجتمعية المعاصرة نظرية العقد انموذجا

م.د علي عبد العظيم هادي الخاقاني
وزارة التربية- تربية النجف الاشرف
ali76abdalathem@gmail.com
07813869713

مستخلص البحث:
الحديث عن نظرية العقد بوصفها إحدى النظريات المشتركة، التي تشتمل على بحوث المعاملات من البيع، والإجارة، والرهن، والشركات، والقرض، والوكالة، والكفالة، وغير ذلك من الأمور التي لها علاقة بالعقود، ويعد العقد واحداً من الأسباب الناقلة للملكية، وهو المنشئ للالتزامات والحقوق، وهو ايضاً ضابط قانوني لإنهاء النزاعات، وله من جهات الأهمية العلمية ما يجعله ذا شأن في المباحث القانونية والفقهية والاصولية، وحديثنا عن النظرية يتناول الخطوط العامة للنظرية والتزاماتها، وعدم التوسع بشكل كبير، لأن الموضوع المبحوث له جوانب عديدة ومتنوعة، واقتضت الضرورة أن يشتمل المبحث على ثلاث مطالب، تبين للقارئ مفهوماً إجمالياً عن النظرية، وماهي العناوين التي تنطوي تحت عنوان النظرية.
الكلمات المفتاحية: (النظرية الفقهية، نظرية العقد، مفهوم النظرية، الفقه الإسلامي).

المقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم
وبه تعالى نستعين

إن الدراسات الفقهية الحديثة تتجه الى شكل جديد في عملية الاستنباط الفقهي للأحكام، وهو تشكيل النظرية الفقهية، مما يعني تناول إحدى كبريات البحوث الفقهية في محاولة إعادة ترتيب البيانات فيها بما يشكل تصوراً علمياً شبه متكامل.ومن تلك النظريات: نظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية الحق، ونظرية الأهلية، ونظرية الضمان، والنظرية الاقتصادية، والنظرية الاجتماعية، وغير ذلك.

وقد اخترنا الحديث بشيء من الاختصار عن نظرية العقد، بوصفها إحدى النظريات المشتركة، التي تشتمل على بحوث المعاملات من البيع، والإجارة، والرهن، والشركات، والقرض، والوكالة، والكفالة، وغير ذلك من الأمور التي لها علاقة بالعقود.ويعد العقد واحداً من الأسباب الناقلة للملكية، وهو المنشئ للالتزامات والحقوق، وهو ايضاً ضابط قانوني لإنهاء النزاعات، وله من جهات الأهمية العلمية ما يجعله ذا شأن في المباحث القانونية والفقهية والاصولية.وحديثنا عن النظرية لا يكون بشكل تفصيلي، إذ ذلك يحتاج الى مقام غير مقام كتابة بحث يشتمل على الاختصار وعدم التوسع بشكل كبير، كون التفصيل في هذا الموضوع ينبغي له أن يشمل كل جزئياته، من حيث الأدلة، والمفاد، والتطبيقات، والاستثناءات، وغير ذلك مما يرتبط بهذه النظرية، ونحن في المقام مقيدون بعدد صفحات، ومنهج خاص بالمؤتمر، فلا يتسع لنا المقام للإلمام بجميع تلك الجوانب.

بيد أننا في هذا البحث سنتطرق الى بعض جوانب النظرية بشكل مختصر وإجمالي، لكن وبالوقت نفسه سنعرّف القارئ بنظرية العقد، تعريفا من شأنه خلق روح البحث والتوسع في معرفة النظرية بشكل تفصيلي، لعل البحث نقطة انطلاقة لمن له روح البحث، وشغف الغوص في أعماق المؤلفات، بغية انتاج مؤلف شامل وكامل لهذا الموضوع المعاصر.وهذا الموضوع من شأنه معالجة مشكلة كبيرة، وهي تفرق تطبيقات النظرية في أبواب الفقه المتعددة، بأن يلم شتات هذا التفرق، والانتشار في مكان واحد سهل التناول، ومفيد للتعرف على الاحكام الفقهية لأنواع التعاملات التي يدخل العقد عنصر أساس في اتمامها.واقتضت الضرورة أن يشتمل المبحث على ثلاث مطالب، تبين للقارئ

مفهوماً إجمالياً عن النظرية، وماهي العناوين التي تنطوي تحت عنوان النظرية، والمطالب هي كما يأتي:

المطلب الأول: مفهومي النظرية والعقد

اولاً- النظرية

1-النظرية: تُعرّف النظرية بأنها: كل مجرد من المفاهيم يتحد في سياق منطقي تقوم عليه معرفة علمية للظاهرات، والمقصود من النظرية في البحث العلمي: توضيح العلاقة بين السبب والأثر -بين المتغيرات- بهدف الشرح أو التنبؤ بظاهرات معينة، وبتعبير أوضح: النظرية أفكار مرتبطة ومنظمة تساعدنا على تفسير مجموعة من الظاهرات المعروفة أو المرصودة وتصلح أن تكون أساسا للتوقع أو التنبؤ [1].

2-النظرية الفقهية

وهي أن تصاغ الرؤية الإسلامية على نحو نظريات وأنظمة وقوانين وليس عل أساس مسائل شرعية مفككة، على النحو المعروف في الرسائل العملية للفقهاء، وحينئذٍ سنتعرف على النظام الاقتصادي والسياسي والاجتماعي والأخلاقي والقانوني والجنائي والدولي، وغير ذلك للإسلام ويطلق بعض على هذا التوجه عنوان (فقه النظرية) [2]، وفكرة النظرية ليست فكرة قديمة انما هي مصطلح جديد مرّ بمراحل [3].

المرحلة الأولى: مرحلة الفتوى، حيث بدأ الفقه عبارة عن إجابات منفردة عن قضايا جزئية مثل السؤال عن مسألة في الصلاة أو الطهارة.

المرحلة الثانية: مرحلة التدوين، وفي هذا المرحلة تم جمع وتدوين المسائل الفقهية، ولكن ليس على ضابطة موضوعية يصنفّ عليها، الى مطلع القرن الثالث.

المرحلة الثالثة: مرحلة التصنيف، بدأت هذه المرحلة في الربع الأول من القرن الثالث، فقد كان التصنيف الروائي والفقهي فيها على الموضوعات، وهو ما حصل في الكافي للكليني(329هـ).

المرحلة الرابعة: اتسمت هذه المرحلة بالتصنيف الموضوعي والمنهجي، فقد كتبت الموضوعات الفقهية على شكل أبواب مثل: باب أحكام الطهارة، أو الصلاة، آخذين بنظر الاعتبار هذا التقسيم ضمن حقل معرفي تقسيمي الى عبادات ومعاملات، حتى ظهور كتاب (الشرائع) للمحقق الذي جعل المتن الفقهي مقسوماً على أربعة أبواب: العبادات، المعاملات، الاحكام، الديات والجنايات.

المرحلة الخامسة: مرحلة صياغة القواعد الفقهية، الذي حصل في بدايات القرن الرابع.

المرحلة السادسة: مرحلة الموضوعات العامة المستقلة، وتُعد هذه المرحلة أكثر دقة وموضوعية من سابقتها، فقد كانت دراسة المجالات الفقهية ومعالجتها لموضوع فقهي معيّن يستوفي فيه كل احكامه واشكالاته وما يرد عليه من إشكال.

3. نظرية العقد:

التعاقد مع الآخرين وليد الحاجة إلى التعامل، والتعامل ضرورة اجتماعية قديمة ملازمة لنشوء المجتمعات، وتخطي مرحلة الانغلاق والانعزال التي كان يعيشها الإنسان البدائي، فأصبح لا غنى لكل إنسان لكونه مدنياً بالطبع من العيش المشترك مع الجماعة، لتأمين حاجياته، ولا يتم ذلك بدون التبادل والتعاون مع الآخرين. وللمبادلات صور متعددة، تخضع لما يعرف بنظرية العقد، التي تنظم حركة النشاط الاقتصادي، وتضبط أصول التعامل، وحرية التجارة، وتبادل الأعيان والمنافع، ولا تخلو الحياة اليومية لكل فرد من إبرام عقد من العقود، مما يجعل مسيرة الحياة مترعة بالعقود.

فتكون نظرية العقد :هي البناء الشرعي الذي يقوم عليه نظام التعاقد.

وقد وضع فقهاء الإسلام نظاماً على حدة لكل عقد معروف في عصرهم، ويمكن للباحث أن يستخلص نظرية عامة للعقد من جملة هذه الأنظمة، وبحوث الفقهاء حول تعريفات العقد، وأركانه وشروطه،

وأحكامه التي قرروها لكل عقد. وبه يمكن الانتقال من الطابع الاستقرائي والتحليلي للقضايا الفردية الذي سار عليه فقهاؤنا إلى المنهج التركيبي أو النظريات العامة التي يسير عليها الآن فقهاء العصر الحديث في القانون وغيره ([4]).

ثانياً- العقد في اللغة والاصطلاح

1-العقد في اللغة: العَقْد نقيض الحَلّ عَقَدَه يَعْقِدُه عَقْداً وتَعْقاداً وعَقَّده، والعُقْدَةُ حَجْمُ العَقْد والجمع عُقَد، ويقال عقدت الحبل فهو معقود وكذلك العهد ومنه عُقْدَةُ النكاح وانعقَدَ عَقْدُ الحبل انعقاداً[5]، والمُعاقَدَةُ: المعاهدَة. وتعاقَدَ القوم فيما بينهم، يعني: معناه الربط، أو الإحكام والإبرام بين أطراف الشيء، سواء أكان ربطاً حسياً أم معنوياً، من جانب واحد، أم من جانبين.

2-العقد في الاصطلاح: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله [6]، أو هو: اتفاق ارادتين على انشاء حق، أو على نقله [7]، أو هو: لفظ دال على نقل الملك من مالك الى آخر بعوض معلوم[8].

وبمعنى آخر: العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه، لأن العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان والعقود عقود المبايعات ونحوها، فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه، وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظرا مراعى في المستقبل من الأوقات، فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا، لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقدا، لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك، والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضا عقودا، لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه على كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه، وكذلك العهد والأمان لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها، وكذلك كل شرط شرطه انسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك ([9]).

فالعقد في الفقه الإسلامي نوعين:

أولاً- عقد بإرادتين، والتي يشترط فيها الإيجاب والقبول، مثل: عقود البيع، وعقود الإجارة، وما شاكلهما.

ثانياً- عقد بإرادة واحدة، ويتم بمجرد الإيجاب، ولا يحتاج الى قبول، مثل: اليمين، والنذر، والوقف، والطلاق، وما شاكلهم.

يعني: للعقد معنيان [10]: عام وخاص: **المعنى العام:** هو الأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فهو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن، أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً، سواء من شخص واحد أو من شخصين، ويشمل حينئذ ما يسمى في المعنى الضيق أو الخاص عقداً، كما يشمل ما يسمى تصرفاً أو التزاماً. فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام.

أما المعنى الخاص: الذي يراد هنا حين الكلام عن نظرية العقد فهو: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله، أو بعبارة أخرى: تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل، وهذا التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء.

المطلب الثاني: عناصر العقد وشروطه وأنواعه وصيغته

أولاً- عناصر العقد:

1. صيغة التعاقد (الألفاظ والإشارات والأفعال والكتابة).
2. العاقدان.
3. المحل المعقود عليه (شروطه وآثارها في العقد).

4. موضوع العقد (أو المقصد الأصلي للعقد) نظرية السبب أو (الباعث على العقد) ـ الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في العقود.

ثانياً- اركان العقد:

إن للعقد أركاناً ثلاثة هي:

1. عاقد.
2. معقود عليه.
3. صيغة.

فالعاقد في البيع هو البائع والمشتري، والمعقود عليه هو الثمن والمثمن، والصيغة هي الإيجاب والقبول، باعتبار أن الركن عند الجمهور: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً داخلاً في حقيقته[11].

وقد ورد في الفقه الغربي: أنّ أركان العقد ثلاثة[12]:

1. الإرادة أو التراضي أو قُل توافق الإرادتين.
2. المحلّ.
3. السبب.

ثالثاً- أنواع التعاقد:

ان العقود التي أشار اليها القرآن الكريم بقوله: {اوفوا بالعقود} [13] هل تختص بالعقود التي كانت موجودة في زمن الشارع المقدس وحينئذٍ يكون كل عقد غيرها محكوماً بالبطلان، أو أن المراد من الآية كل عقد كان موجوداً في زمن النص، أو سيوجد فيما بعد مما ينطبق عليه عنوان العقد فهو محكوم بالصحة، ويجب الوفاء به؟

وبعبارة أخرى: هل المراد من الآية القرآنية العقود الخارجية، التي كانت موجودة في الخارج ويتعامل بها في زمن النص. أو المراد منها العقود الحقيقية، التي متى توافرت شروطها وأركانها، وفي أي زمن في المستقبل، وجب الوفاء بها.

بمعنى: هل أُخذ العقد على نحو القضية الخارجية، أو على نحو القضية الحقيقية؟

والمعروف في الجواب على هذا التساؤل هو: أن خطابات الشارع لو خُلي وطبعها تكون قد أُخذت على نحو القضية الحقيقية، بمعنى أن الشارع أوجد حكمه على موضوع معين، فمتى وجد هذا الموضوع وجد حكم الشارع، فتكون خطابات الشارع ومنها {اوفوا بالعقود} [14] قد أُخذت على نحو القضية الحقيقية.وعلى هذا فسوف يكون كل عقد عرفي- ولوكان جديداً- يجب الوفاء به إذا كان مشتملاً على الشروط التي اشترطها الشارع في الثمنين، أو المتعاقدين، أو العقد، ككون الثمنين معلومين، وبلوغ، وعقل المتعاقدين، وأمثالهما [15].ابتدأ البيع قديماً بين الأشخاص بطريقة المعاوضة بالأعيان، فكانت المعاملة قائمة على تبديل السلع بعضها بالبعض الآخر، وهي طريقة معروفة ومعتادة عند الناس وليس فيها نظر في تأخير المعاملة، بل بمجرد إرادة أحدهم شراء سلعة ما، يتعامل مع صاحب السلعة على أن يكون الثمن ما يوجد عند المشتري من سلعة أخرى، لتكون المقابل المادي والعيني لسلعة البائع، إذن البيع كان أولاً وبالأصل بالأعيان.

فالعقد كان على أنحاء:

1- التعاقد بالصيغة (الايجاب والقبول)

وهو الانتقال من البيع بالأعيان على سبيل المشاهدة والمعاينة الى البيع بإجراء صيغة معينة، كأن يقول المشتري: بعني سيارتك، ويجيب البائع بلفظ أو ما يعوضه بالقبول، وهذا العقد يجري على البيع بالأعيان وبالنقد، ولكن بسبب المشاكل التي رافقت البيع بالأعيان، تحول البيع بالنقدين ثم الى البيع بالعملة الورقية، لأن من مشاكل البيع بالأعيان: عدم تكافؤ السلع المتبادلة، وكذلك المشقة في نقل

الأعيان الثقيلة والتي تحتاج الى وسائل نقل مكلفة، وكذلك عدم توفر الأعيان لغرض المبادلة بها في بعض الأحيان.فصار العقد يجري على السلعة مقابل بعض مما يحمله من المال، وهذا السلوك يسميه الفقهاء بالبيع، فهو متقوم بقصد العوضية والمعوضية، وباذل المعوض هو البائع، وباذل العوض هو المشتري، ومن ذلك يتضح معنى الشراء، وأما المعاوضة بين المالين من دون قصد العوضية والمعوضية فهي معاملة مستقلة صحيحة ولازمة سواء أكان من الأمتعة أم من النقود، ولا يترتب عليها الأحكام المختصة بالبيع، كخياري المجلس والحيوان دون ما يشمل مطلق المعاوضات كحرمة الربا [16].

2- التعاقد بالمعاطاة (بالأفعال)

وتُعرّف المعاطاة أنها تبادل العوضين بين شخصين بلا لفظ معتبر ايجاباً وقبولاً [17] ويقع البيع بالمعاطاة بأن ينشئ البائع البيع بإعطائه المبيع الى المشتري، وينشئ المشتري القبول بإعطاء الثمن الى البائع ولا فرق في صحتها بين المال الخطير والحقير [18].

وهذا البيع يجري في سائر المعاملات، ويشمل الإيقاعات أيضاً، واستثنى السيد السيستاني من ذلك النكاح، والطلاق والنذر واليمين [19].

3- التعاقد بالإشارة

فالإشارة تقوم مقام اللفظ في التعاقد، فلا يحتاج الى إجراء العقد بالصيغة واللفظ، بل بمجرد التفاهم بإشارة معينة تُفهم من الطرفين صح العقد.

لكن اختلف الفقهاء في الاكتفاء بالإشارة في حالة العجز عن اللفظ، أم تجزي الإشارة حتى في حالة القدرة على اللفظ على قولين: أحدهما الجواز في كلتا الحالتين [20].

4- التعاقد بالفعل

يعني يتم العقد بدون لفظ أو معاملة، كما هو الحال في بعض الأسواق الكبيرة، فيضع البائع القيمة أو السعر على السلعة المعروضة للبيع، ويأتي المشتري ويقرأ السعر، فإن شاء أخذها وإن شاء تركها، فإن قرر أخذها وضمها اليه فهو بهذا الفعل يكشف عن عملية عقدية حصلت بين المشتري والبائع، لم يحتج الطرفين لا الى اللفظ ولا الى الإشارة، وهذا معنى آخر -حديث- للبيع المعاطاتي ([21]).

5- التعاقد بالكتابة بالوسائل الإلكترونية

وهذا التعاقد موجود فعلاً، ومعمول به وقد ألفه الناس، ويجري التعاقد عن طريق الكتابة، فالبائع يكتب اسم السلعة ويضع لها السعر المحدد، وبإرادة الشراء من أحدهم يكتب طالباً بذلك، فيوافق البائع ويتم البيع.

ومثاله في الفقه: ان يكتب على قرطاس أو لوح أو أرض أو حائط كتابة مستبينة لكن لا على وجه المخاطبة، امرأته طالق فيُسأل عن نيته فان قال نويت به الطلاق وقع ([22]).

6- **التعاقد على الأعيان النجسة:** يحرم التعامل بالأعيان النجسة، وتبطل المعاملة عليها، ويُستثنى من هذا التحريم ما يلي[23]:

أ- حالة الضرورة القصوى التي تبيح المحظورات، كما لو انحصر التداوي من مرض عضال في مادة مسكرة، أو مخدرة، فيجوز التعامل عليها بقدر الضرورة، ولكن الاحوط في هذه الحالة أن يقع التعاقد عليها باعتبار القنينة أو الظرف الذي يحتويها، أو بإزاء خدمة يقدمها الطرف الآخر.

ب- حالة وجود مصلحة غير محرمة، كاقتناء الميتة لعمل اختبارات علمية عليها في المراكز العلمية للتوصل إلى نتائج مفيدة للمجتمع.

ج- الأجزاء التي لا تحلها الحياة من الميتة، كالشعر والصوف والوبر والريش، وما شابه إن كانت فيها منافع محللة ومقصودة.

رابعاً- صيغة العقد: هي ما صدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه. وتعرف تلك الإرادة الباطنة بواسطة اللفظ أو القول أو ما يقوم مقامه من الفعل (المعاطاة) أو الإشارة أو الكتابة. وهذه الصيغة هي الإيجاب والقبول الدالان على تراضي الجانبين بإنشاء التزام بينهما، وتسمى الصيغة عند القانونيين التعبير عن الإرادة.والتعبير عن الإرادة العقدية الجازمة يكون بأي صيغة تدل عرفاً أو لغة على إنشاء العقد، سواء بالقول أو بالفعل أو بالإشارة أو بالكتابة [24].

وقد أشكل السيد السيستاني على المعاملة بالكتابة والأظهر عنده الصحة إن لم ينصرف البائع عن بيعه حتى قبل المشتري [25].

وتشتمل صيغة العقد على:

1-**الايجاب والقبول:** الإيجاب: هو ما صدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً.

والقبول: هو ما صدر ممن يصير له الملك، وإن صدر أولاً. ففي عقد البيع: إذا قال المشتري: اشتريت منك هذه البضاعة بكذا، وقال البائع: بعته لك بهذا الثمن، انعقد البيع، وكان الإيجاب ما صدر عن البائع، لأنه المملك، والقبول: ما صدر من المشتري، وإن صدر أولاً [26].

والواقع أن تسمية إحدى عبارتي العاقدين إيجاباً، والأخرى قبولاً هي تسمية اصطلاحية، ليس لها أثر يذكر، والأصل العام في الإيجاب أن يقع من البائع أولاً، ويقع القبول من المشتري ثانياً.

2- **شروط الإيجاب والقبول ([27]):**

أ. وضوح دلالة الإيجاب والقبول، أي أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين.

ب. تطابق القبول والإيجاب: بأن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يرد على كل ما أوجبه الموجب وبما أوجبه، أي على كل محل العقد، ومقدار العوض في عقود المعاوضات، سواء أكانت الموافقة حقيقية، كما لو قال البائع: بعتك الشيء بعشرة، فيقول المشتري: اشتريته بعشرة، أو ضمنية، كما لو قال المشتري في المثال السابق: اشتريته بخمس عشرة.

ج. اتصال القبول بالإيجاب: بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد إن كان الطرفان حاضرين معاً.

المطلب الثالث: مصطلحات ومصاحبات العقد

اولاً- مصطلحات لها علاقة بالعقد [28]:

1-العقد والالتزام:

الالتزام: هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهاءه سواء أكان صادراً من شخص واحد كالوقف والإبراء والطلاق على غير مال، أم من شخصين كالبيع والإجارة والطلاق على مال.

فالالتزام يرادف كلمة العقد بالمعنى العام الذي ذكر، ويختلف عن كلمة العقد بالمعنى الخاص، فالعقد مقصور على نوع خاص من الالتزام وهو ما كان صادراً من شخصين كالبيع والإيجار والرهن ونحوه، والالتزام من ذلك فيشمل ما صدر من شخص واحد كالوقف والنذر واليمين ونحوه، كما يشمل ما صدر من شخصين أو وجد بإرادتين مزدوجتين كالبيع والإجارة.

2-العقد والتصرف:

التصرف: هو كل ما صدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل، يرتب عليه الشرع أثراً من الآثار، سواء أكان في صالح ذلك الشخص أم لا. فيشمل الأقوال الصادرة عن الشخص كالبيع والهبة والوقف والإقرار بحق، والأفعال كإحراز المباحات والاستهلاك والانتفاع، سواء أكان القول أو الفعل لصالح الشخص كالبيع والاصطياد، أم لغير صالحه كالوقف والوصية، والسرقة والقتل. وبه يتبين أن التصرف نوعان: فعلي وقولي.

أما التصرف الفعلي: فهو الواقعة المادية الصادرة عن الشخص كالغصب والإتلاف وقبض الدين وتسلم المبيع.

أما التصرف القولي فهو نوعان: عقدي وغير عقدي. أما العقدي فهو اتفاق إرادتين كالشركة والبيع، وغير العقدي قد يكون مجرد إخبار بحق كالدعوى والإقرار، وقد يقصد به إنشاء حق أو إنهاءه كالوقف والطلاق والإبراء.

وعلى هذا فإن التصرف أعم من العقد والالتزام إذ أنه يشمل الأقوال والأفعال، وينتظم الالتزام وغير الالتزام، وقد يكون التصرف القولي غير داخل في معنى العقد ولو بمعناه الواسع أو العام كالدعوى والإقرار.

والخلاصة: أن التصرف أعم من العقد والالتزام. والعقد بالمعنى العام والالتزام مترادفان متساويان، والالتزام أعم من العقد بالمعنى الخاص، والعقد بمعناه الخاص نوع من الالتزام، وأخص من كلمة تصرف. فكل عقد هو تصرف، وليس كل تصرف عقداً.

3-العقد والإرادة المنفردة:

قد تستقل الإرادة الواحدة بإنشاء التزام، كما قد تنشئ أحياناً عقداً من العقود في أحوال استثنائية، عملاً بالنزعة الموضوعية للالتزام أو بالمذهب المادي الذي نلاحظه في الفقه الإسلامي، والذي يعد الالتزام فيه علاقة مالية أكثر منه علاقة شخصية بين طرفين: دائن ومدين.

والالتزام بإرادة واحدة: معناه التعهد بشيء يصبح به المتعهد مديناً لآخر غير موجود حين إنشاء الالتزام كالوعد بالمكافأة أو بالجائزة للمتفوقين من الناجحين، أو لمن يصنع دواء لعلاج مرض معين مثلاً.

وأمثلة الالتزام بإرادة واحدة في الفقه الإسلامي كثيرة منها: الجعالة، والوقف، والوصية، والابراء، واليمين....

فالأصل العام في العقود أن يكون العاقد متعدداً، أي أن العقد ينشأ بإيجاب وقبول يعبر كل واحد منهما عن إرادة صاحبه؛ لأن العقد ينشئ آثاراً متعارضة وحقوقاً أو التزاماتٍ متضادة، مثل تسليم المبيع وتسلمه، والمطالبة بتسليم المبيع وقبض الثمن، ورد المبيع بالعيب، وفسخ العقد بالخيارات، ويستحيل أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلِّماً ومتسلماً، طالباً ومطالباً، مملكاً ومتملكاً، مما يوجب أن يكون العقد من طرفين، لكل منهما إرادته وعبارته والتزامه، لا من شخص واحد ليس له إلا إرادة واحدة، لكن استثناء من هذا الأصل يجوز عند بعض الفقهاء إبرام العقد بعاقد واحد في بعض حالات البيع والزواج. والصيغة التي يترتب أثرها بإرادة واحدة يسمى إيقاع [29]، وهو المعبر عنه بالإرادة المنفردة عند القانونيين [30].

ثانياً- الأمور المصاحبة للعقد:

1- الخيارات في العقد:

الخيار هو حق يقتضي السلطنة على فسخ العقد برفع مضمونه، وهو حق من الحقوق، فإذا مات من له الخيار، انتقل الى وارثه، ويحرم منه من يحرم من إرث المال بالقتل أو الكفر، أو الرق، ويحجب عنه ما يحجب عن إرث المال، وهو على أقسام[31]:

1. خيار المجلس: أي مجلس البيع، فانه إذا وقع البيع كان لكل من البائع والمشتري الخيار في المجلس ما لم يفترقا، فإذا افترقا- عرفاً- لزم البيع وانتفى الخيار.
2. خيار الحيوان: أي كل من اشترى حيواناً ثبت له الخيار ثلاثة أيام مبدؤها زمان العقد.
3. خيار الشرط: والمراد به الخيار المجعول باشتراطه في العقد.

4. خيار الغبن: إذا باع بأقل من قيمة المثل، ثبت له الخيار، وكذا إذا اشترى بأكثر من قيمة المثل، وتعتبر الأقلية والأكثرية مع ملاحظة ما انضم اليه الشرط، ولا يثبت هذا الخيار للمغبون إذا كان عالماً بالحال، أو مقدماً على المعاملة من غير اكتراث، بأن لا يكون ما انتقل اليه أقل قيمة مما انتقل عنه.
5. خيار التأخير: إطلاق العقد يقتضي أن يكون تسليم كل من العوضين فعلياً، فلو امتنع أحد الطرفين عنه أُجبر عليه، فان لم يسلم كان للطرف الآخر فسخ العقد، بل لا يبعد جواز الفسخ عند الامتناع قبل الإجبار ايضاً.
6. خيار الرؤية: ويتحقق فيما إذا اعتقد المشتري وجدان العين الغائبة حين البيع لبعض الاوصاف، ثم ينكشف انها غير واجدة لها، فان للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء.
7. خيار العيب: وهو فيما لو اشترى شيئاً فوجد فيه عيباً، فان له الخيار بين الفسخ برد المعيب وإمضاء البيع، فان لم يمكن الرد جاز له الإمساك والمطالبة بالأرش، ولا فرق في ذلك بين المشتري والبائع.

2-خيار المجلس

من الأمور التي تصاحب العقد هي خيار المجلس- كما قلنا سابقاً- وفي ثبوته للمتعاقدين رأيين[32]:
الأول- جواز خيار المجلس، واستدل القائلين بذلك بدليلين:
1. ثبوت الخيار عن طريق الاخبار، وهذه الاخبار قوية من حيث السند والدلالة، وحاصل هذه الاخبار: (البيعان بالخيار ما لم يفترقا)، وهذا الافتراق عرفي، وبناء على ذلك يختلف شكل المجلس والافتراق عنه، حسب الزمان والمكان، والحاكم في ذلك هو العرف في تسمية المجلس وتحقق الا فتراق.
2. دليل التسهيل الواقع في الشريعة الإسلامية، فان هذا الخيار يمنح فرصة للمتعاقدين على حد سواء لفسخ العقد من دون ترتيب شيء على هذا الفسخ.

الثاني- بطلان خيار المجلس، واستدل القائلون بذلك بالأدلة التالية:
1. أن عقود المعاوضات بمجرد أن تتم باللفظ مع تحقق أركانها، تصبح لازمة ولا يمكن الفسخ.
2. أن خيار المجلس لم يكن في زمن الصحابة والتابعين، والقول به يُعد تشريع واجتهاد.
3. أن خيار المجلس معارض بالقرآن الكريم، لقوله تعالى: {...الا أن تكون تجارة عن تراض منكم...} واعتبار التراض حاصل بمجرد صدور الايجاب والقبول، وكذلك قوله تعالى: {اوفوا بالعقود} فالوفاء بالعقد يمنع من فسخه.
4. أن خيار المجلس ثابت للمتعاقدين قبل إبرام العقد، أما بعده فلا يثبت الخيار.
5. أن العمل بهذا الخيار سوف يكون مدعاة لعدم استقرار المعاملات، وبالتالي يؤدي ذلك الى تزلزل المعاملات وحدوث المشاكل التي تتبع ذلك.

3- الإكراه

وهو أن يُكره الانسان على فعل أو تصرف، قد يصاحب الإكراه عملية التعاقد، والإكراه نوعان، الاول مبطل للعقد، والآخر غير مبطل للعقد، أما المبطل للعقد يتوفر على شروط، منها[33]:
1. أن يكون المُكرِه ذو غلبة واقتدار، وإمكانية تنفيذ ما يهدد به.
2. أن يغلب على ظن المُكرَه تنفيذ المُكرِه لتهديده.
3. أن يكون التهديد من شأنه أن يضر بالمُكرَه.
4. وجود الاكراه فعلاً، غير ما يكون متوهماً.
5. عدم التمكن من الخروج من سلطة المُكرِه، حتى لو بالهروب.

ومن الأدلة على بطلان عقد المُكرَه:

1. قوله تعالى: {**يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**} ([34]) والرضا معناه عدم الإكراه.
2. قوله صلى الله عليه وآله: (لا يحل مال أمرؤ مسلم إلا بطيب نفسه)([35]).

أما الإكراه غير المبطل له صور، منها:

1. ولاية الحاكم على الأموال والافراد، وما يصدر من هذه الولاية من عقود.
2. حكم القاضي ببيع مال الغريم لإيفاء حقوق الدائنين.
3. إلزام المُحتكر ببيع ما احتكره من الطعام والاجناس، وكل ما فيه قوام الناس.
4. إلزام الممتنع من النفقة على بيع بعض املاكه الزائدة للإنفاق على من يعولهم.

الخاتمة:

وفي الختام نقول إن الفقه الإسلامي كامل متكامل يفي بجميع مفاصل الحياة، فلا يوجد واقعة الا ولها حكم، وسواء كان الفقه الإسلامي فقه فردي على مستوى المسائل الفردية، أم كان نظريات فقهية على مستوى فقه النظرية.

لكن الحاجة تقتضي أن يكون الفقه فقه النظرية وذلك للحاجة الماسة للتوسع في المسائل الفقهية، نتيجة تطور الحياة وتجدد المواضيع وتبدل شرائطها الزمنية والمكانية.

ومن هذه النظريات التي تفرض نفسها في جميع المعاملات والالتزامات نظرية العقد، فهي تشتمل على جميع الالتزامات والتعهدات التي تدخل في أغلب جوانب حياة الانسان، وقد أحطنا في هذا المبحث المختصر بشيء من التفصيل المختصر، نظراً لضيق المقام، وفي المدونات والموسوعات الفقهية ما يفي بمراد من أراد التوسع التفصيل أكثر في نظرية العقد، وكمثال على ذلك:

1. نظرية العقد- علي الخفيف.
2. نظرية العقد- محمد سلامة.
3. نظرية العقد- عبد الرزاق السنهوري.
4. نظرية العقد- عبد الفتاح عبد الباقي.
5. نظرية العقد والملكية- احمد فراج حسين. وغير ذلك من المؤلفات الكثيرة.

المصادر:

اول ما نبتدأ به القرآن الكريم

1. ابن منظور: جمال الدين بن مكرم (ت711ه)، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ط 1، 1408ه-1988م.
2. بدوي، عبد الرحمن، مناهج البحث، العلمين، ط3، 1677م.
3. البهادلي، جواد احمد(معاصر)، دروس في الفقه الاجتماعي، نشر: مكتبة الابرار، طبع: إيران- قم، ط1، 2021م.
4. الجصاص: أبو بكر احمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط 1، 1415ه/ 1994م.
5. الجواهري، حسن (معاصر)، بحوث في الفقه المعاصر، نشر: مجمع الذخائر الإسلامية، طبع: معراج- قم، ط1، 1422هـ.
6. الحلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المشهور بالمحقق الحلي (ت676هـ)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، تعليق السيد صادق الشيرازي، مطبعة أمير، قم، نشر انتشارات استقلال، طهران، ط2، (1409هـ).
7. الحنبلي، منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع / دار الفكر.

8. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير / شمس الدين محمد عرفه الدسوقي / دار إحياء الكتب العربية.
9. الشهيد الأول، محمد بن جمال الدين مكي العاملي (ت786هـ)، ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة، تحقيق مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، مطبعة ستارة، قم، ط1، (1419هـ).
10. الرافعي، الشرح الكبير: الرافعي، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم القزويني (ت 624) - بيروت: دار الفكر (د. ت).
11. زاهد، عبد الأمير كاظم(معاصر)، دراسات في الفقه الإسلامي، العارف للمطبوعات، ط 1، 2012م.
12. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 4، د.ت.
13. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مطبعة ونشر منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3، (2000م).
14. السيستاني، علي الحسيني(معاصر)، منهاج الصالحين، دار المؤرخ العربي، بيروت، ط 19، 1434هـ - 2013م.
15. الشربيني، محمد بن محمد الخطيب (ت: 977)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت: دار الفكر (د. ت).
16. الشرح الكبير على سيدي خليل / أحمد الدردير / دار إحياء الكتب العربية.
17. الكاشاني: أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المكتبة الحبيبية، ط 1، 1409ه-1989م.
18. الكلبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن جُزى، القوانين الفقهية: - بيروت: دار الكتاب العربي، 1409هـ - 1989.
19. مجلة الاحكام العدلية العثمانية.
20. السيوطي: مصطفى بن سعيد بن عبده، مطالب اولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط: مطبعة دار السلام بدمشق.

الهوامش:

(1) دويدري: رجاء وحيد، البحث العلمي اساسياته النظرية وممارسته العملية:118.
(2) لقاء للشيخ اليعقوبي مع مجلة الفقه والمجتمع، نقله البهادلي: احمد جواد، دروس في الفقه الاجتماعي: 174.
(3) ظ: زاهد: عبد الأمير كاظم، دراسات في الفقه الإسلامي: 164.
(4) الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته: 2915/4.
(5) ابن منظور: لسان العرب: 296/3.
(6) مجلة الاحكام العدلية: المادة 103.
(7) السنهوري: نظرية العقد: الفقرة 77.
(8) الحلي: المحقق، شرائع الإسلام:47/2.
(9) الجصاص: أبو بكر احمد بن علي الرازي، أحكام القرآن: 370/2.
(10) الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته: 432/4.
(11) ظ: الشرح الكبير للدردير: 3/2، مغني المحتاج: 2/3، غاية المنتهى: 2/3، القوانين الفقهية: ص 245.
(12) السنهوري: الوسيط: 1 /182، الفقرة 68.
(13) سورة المائدة: 1.
(14) سورة المائدة: 1.
(15) الجواهري: حسن، بحوث في الفقه المعاصر: 67-68.

[16]السيستاني: علي الحسيني، منهاج الصالحين: 21/2.
[17]زاهد: عبد الأمير كاظم، دراسات في الفه المقارن: 242.
[18]السيستاني: علي الحسيني، منهاج الصالحين: 23/2.
[19]ظ: السيستاني: علي الحسيني، منهاج الصالحين: 23/2.
[20]ظ: المصدر نفسه.
([21]) السيستاني: علي الحسيني، منهاج الصالحين: 23/2.
([22]) الكاشاني: أبو بكر، بدائع الصنائع: 109/3.
[23]المدرسي، السيد محمد تقي، الوجيز في الفقه الإسلامي (فقه العقود):98/1.
[24]مجلة الأحكام العدلية (م 173، 174).
[25]السيستاني: علي الحسيني، منهاج الصالحين: 22/2.
[26]ظ: كشاف القناع: 2/3، غاية المنتهى: 2/3، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه: 3/3.
([27]) وهبة: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: 2943/4.
[28]ظ: الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته: 437/4-440.
[29]ظ: الشهيد الأول، ذكرى الشيعة: 63/1.
[30]البهادلي: جواد احمد، دروس في الفقه الاجتماعي: 81.
[31]السيستاني: علي الحسيني، منهاج الصالحين: 40/2.
[32]المنصوري: محاضرات ألقاها الدكتور صلاح المنصوري على طلبة الدكتوراه، للعام الدراسي (2020-2021م).
[33]المنصوري: محاضرات ألقاها الدكتور صلاح المنصوري على طلبة الدكتوراه، للعام الدراسي (2020-2021م).
([34]) سورة النساء: 29.
([35]) وسائل الشيعة: 423/3.

Abstract:
Discussion of the contract theory as one of the common theories, which includes research on transactions such as sale, lease, mortgage, companies, loans, agency, guarantee, and other matters related to contracts. The contract is one of the reasons for transferring ownership, and it is the creator of obligations and rights. It is also a legal officer for ending disputes. It has scientific importance that makes it important in legal, jurisprudential and fundamentalist discussions. Our discussion of the theory deals with the general lines of the theory and its obligations, and does not expand greatly, because the topic under study has many and varied aspects. It was necessary for the discussion to include three demands, which show the reader a general concept of the theory, and what are the titles that fall under the title of the theory.
Keywords: (jurisprudential theory, contract theory, concept of theory, Islamic jurisprudence).