

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر

للعلوم الإسلامية

- قسنطينة -



كلية الشريعة والاقتصاد

قسم: الفقه وأصوله

تخصص: مذهب مالكي

رقم التسجيل: 01/د/ش/إف/أ/14

عنوان الأطروحة

منهج صياغة الحقوق في المذهب المالكي

واستثماره في صيغ الحقوق المحاصرة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص: مذهب مالكي

إشراف الأستاذ:

أ.د. سمير جاب الله

إعداد الطالب:

حمزة بونعاس

الرقم	الاسم واللقب	الصفة	الدرجة	الجامعة
01	أ.د علي ميهوبي	رئيسا	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
02	أ.د سمير جاب الله	مشرفا ومقررا	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
03	د. سعاد رياح	عضوا	محاضراً	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
04	أ.د محمد رشيد بوغزالة	عضوا	أستاذ	جامعة حمزة لخضر - الوادي -
05	د. كمال الدين قاري	عضوا	محاضراً	جامعة آكلي محند أولحاج - البويرة -
06	أ.د عبد الكريم حامدي	عضوا	أستاذ	جامعة الحاج لخضر - باتنة 1 -

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأميرة

الإسلامية

العلوم

عبدالله

قال تعالى:

يَأْتِيهَا الَّذِينَ

ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

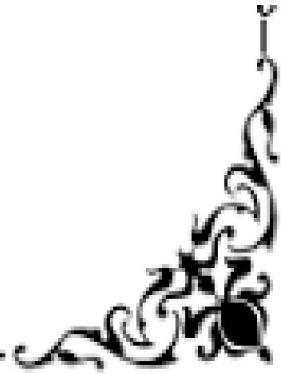
سورة المائدة



الإهداء

إلغ من ريبانغ صغيرا وحرصا علغ أن يريا هدا النتاح فجزاهما اللغ عنغ خير
الجزاء، وأسأل اللغ أن يمتعهما بالصحة والعافية وأن يمد فغ عمرهما
ويرزقنغ برهما وحسن صلبتهما..... والدغ الكريمين
إلغ من أعانتغ علغ الدراسح وإتمام العملرفيقح الدرب زوجتغ
إلغ ريبانتغ الصغيرتين بهجح الروح وأمل الغدبنتاغ أمانغ ولينح
إلغ من ساننغ من قريب أو من بعيد ولو بسؤال عائلتغ الكريمح
إلغ كل من علمنغ حرقا مخلصا فغ كل مراحل التعلم.....أساتتغ ومرشائنغ
إلغ طلبنح المجد والعلم ... طلبنح العلم الشرعغ عموما والمذهب المالكنغ خصوصا
أهدغ هدا العمل المتواضع وما توفيقغ إلا باللغ العلق العظيم

حمزة



الشكر والتقدير

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، الحمد لله المنان، الملائك القنوس السلام، مدير الليالي والأيام، مصرف الشهور والأعوام، قدر الأمور فأجرها على أحسن نظام، ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن، الحمد لله على ما أنعم به علينا من هذه الخبير الكثير، والعلم الوفير، وأعاننا على إنجاز هذا العمل الذي نعتبه عبادة من العبادات، جعلها الله خاصة لوجه الكريم.

وبعد حمد المستحود بالحمد، وشكر المستحود بالشكر، نتقدم بخالص الشكر وتقييم الامتنان لأستاذنا الفاضل أ.د. سمير جاب الله حفظه الله، الطيب الأصيل، الزكي الفرح، فقد كان لي أستاذًا وهديقًا وحبيبًا، غمرنا بخلقه، ومائة تعاملاته، نشكره على قبوله للإشراف علينا خلال هذه المرحلة، وعلى ما قدمه لنا من علمٍ رشاهٍ مستمّرٍ نافعٍ، وهناءٍ متميزٍ، وعلى ما بذله من جهده متواصلٍ ونضع وتوجيه من بداية مرحلة البحث حتى التمام.

كما نتقدم باسمي عبالان للشكر والتقدير لكل من ساعدنا بتوجيه أو نقد أو تصريدٍ من الأساتيد الكرام، والزملاء الأفاضل، الذين ما تجلوا علينا يسهحونا ويسرحونا ويقومونا حتى استوى البحث على عروه، وعلى رأسهم هيلة الأستاذ الدكتور حاتم باي حفظه الله، ونتوجه بالشكر الكثير لأعضاء لجنة المناقشة لقبولهم تقويم هذه الصفحات، وتكبيدهم مراجعة المکتوبات، فأسأل الله أن يجعلها في ميزان حسناتهم.

فجزى الله الجميع الجزاء الوفير، وأمد الله في عمر الجميع كله المذكور وغير المذكور



ملخص المذكرة بالعربية

تناولنا في هذه الدراسة البحث عن آليات الصياغة الفقهية للعقود من أجل استقراء منهج صياغة محكم ليكون قابلاً للتنفيذ في الصياغات المعاصرة للنظم التعاقدية، ولعل الهدف الأهم لهذا البحث هو لفت النظر إلى استخراج منظومة تعاقدية محكمة من التراث الفقهي المالكي الذي نظم حياة الأفراد بالمغرب العربي لقرون متتالية دون غالب له، ننوه باستحداث منظومة تعاقدية فقهية محكمة من أجل مزاحمة المنظومة التعاقدية المعاصرة المبنية على الفكر النفعي البراغماتي الرأسمالي .

وقد قدمنا هذه الأطروحة في أبواب ثلاثة نظنها أتت على الغرض منها، وعبرت عن عنوان الأطروحة بنسبة أكبر؛ فالباب الأول خصصناه للصياغة الفقهية وعلاقتها بتنظيم العقد، حيث تطرقنا فيه إلى بيان مفهوم الصياغة الفقهية وأساليبها وأهميتها، ثم عرجنا على الفلسفات القديمة لفكرة التعاقد وذلك بغرض فهم مبدء تشريع التعاقد في كل فلسفة وفكر، وخصصنا فصلا من هذا الباب لتقنيات وأدوات الصياغة الفقهية للعقود مثل: تخطيط وثيقة التعاقد ومفردات الصياغة وتراكيب جمل العقد وغيرها.

أما الباب الثاني فقد جعلناه للعقد ومنهج صياغته في المذهب المالكي حيث أدرجنا فيه فصلا أولا عن مفهوم العقد وحرية تكوينه؛ حيث وضحنا مبدأ حرية التعاقد وأهليته بين النظر الشرعي والفلسفة الوضعية، ثم أتبعناه فصلا ثانيا حول آليات حفظ العقد وصياغته في المذهب المالكي، حيث دققنا البحث في آليات تكوين العقد وتفسيره وحفظه من جانبي الوجود والعدم، ثم أدرجنا فصلا ثالثا عن دفتر الشروط في العقود وتكييفه الفقهي، وعلاقته بأحكام العقود.

وفي الباب الثالث بعد استبانة آلية الصياغة الفقهية للعقود في المذهب المالكي خصصناه لكيفية استثمار هذه النظرة الفقهية في تحسين المنظومة التعاقدية المعاصرة، أو بالأحرى لكيفية تنزيل النظر الفقهي في العقود واستحداث منظومة تعاقدية فقهية محكمة، فجعلنا لذلك فصولا ثلاثة؛ الأول عن مفهوم العقود المعاصرة ومناهج صياغتها؛ حيث أبنا فيه عن استحداث العقود وضوابطه في هذا العصر، ثم حصرنا مجموع العقود الممكن إبرامها في مؤسسات الدولة، وفي فصل ثانٍ تطرقنا إلى آليات تطوير المنظومة التعاقدية من النظر الفقهي؛ حيث نبهنا على أهمية بعث القضاء الشرعي ودوره في ضبط العقود من النظر الفقهي، وعلى دور المؤسسات الشرعية في ضبط السوق وبعث نظام المحاسبة، وفي فصل ثالث ختمنا البحث ببيان عوامل ضبط المنظومة التعاقدية وفق المذهب المالكي؛

حيث وضحنا أهمية ودور الإرادة السياسية في ضبط النظم التشريعية المبينة على الفقه المالكي، ودور الحوكمة الشرعية في ضبط وتحسين دور المؤسسات الشرعية والتشريعية.

ثم ختمنا هذا البحث بخاتمة أبنّا فيها عن النتائج المتوصل لها خلال البحث، كما ألحقنا البحث بملاحق مبيّنة لبعض نماذج العقود في الفقه المالكي من خلال كتب الوثائق والشروط الشهيرة في المذهب، ثم حلّينا البحث بفهارس فنية تسهل الرجوع للمحتوى المبحوث.

الكلمات المفتاحية: منهج ، صياغة، العقود، مذهب مالكي، عقود معاصرة.

عبد القادر للعطوم الإسلامية

Abstract الملخص بالانجليزية

In this study we dealt with the search for the mechanisms of the jurisprudential drafting of contracts in order to extrapolate an approach of elaborate formulation to be feasible in contemporary contract formulations. Ghalib him, we note the creation of an elaborate doctrinal contractual system in order to compete with the contemporary contractual system based on pragmatic capitalist utilitarian thought.

We have presented this thesis in three chapters that we think fulfilled its purpose, and expressed the title of the thesis in a greater proportion. The first chapter we devoted to the jurisprudential drafting and its relationship to the organization of the contract, where we dealt with explaining the concept of jurisprudential drafting, its methods and its importance, then we referred to the ancient philosophies of the idea of contracting with the aim of understanding the principle of contracting legislation in every philosophy and thought, and we devoted a chapter of this chapter to the techniques and tools of the jurisprudential drafting of contracts, such as: Planning the contract document, wording vocabulary, contract sentence structures, and others.

As for the second chapter, we made it for the contract and the methodology for its formulation in the Maliki school of thought, where we included a chapter first on the concept of the contract and the freedom to form it. Where we clarified the principle of freedom of contract and its eligibility between legal consideration and positivist philosophy, then we followed it with a second chapter on the mechanisms of contract preservation and drafting in the Maliki school of thought, where we carefully researched the mechanisms of contract formation, interpretation and preservation in terms of existence and non-existence, then we included a third chapter on the book of conditions in contracts and its jurisprudential adaptation , And its relationship to the provisions of contracts.

In Chapter Three, after identifying the jurisprudential drafting mechanism of contracts in the Maliki school of thought, we devoted it to how to invest this jurisprudential view in improving the contemporary

contractual system, or rather to how to lower the jurisprudential consideration of contracts and to create an elaborate doctrinal contractual system, so we made three chapters for that. The first on the concept of contemporary contracts and methods of formulating them; Where we built in it about the introduction of contracts and its controls in this era, then we enumerated the total number of contracts that can be concluded in state institutions, and in a second chapter we dealt with the mechanisms of developing the contractual system from jurisprudential consideration. Where we have warned us about the importance of the revival of the Sharia judiciary and its role in controlling contracts from jurisprudential consideration, and the role of legitimate institutions in controlling the market and resurrecting the accounting system, and in a third chapter we concluded the research with a statement of the factors controlling the contractual system according to the Maliki school of thought. Where we explained the importance and role of political will in controlling legislative systems based on Maliki jurisprudence, and the role of legitimate governance in controlling and improving the role of legitimate and legislative institutions.

Then we concluded this research with a conclusion in which we based on the results obtained during the research, and we also attached the search to appendices indicating some models of contracts in Maliki jurisprudence through books of documents and famous conditions in the doctrine, then we analyzed the search with technical indexes that facilitate reference to the researched content.

Key words: Methodology, formulation, contracts, Maliki school, contemporary contracts

الوقت حبة



جامعة الأمير عبد الله الثاني للعلوم الإسلامية

المقدمة

مقدمة :

الحمد لله حمد الشاكرين، وأشكره شكر الحامدين، وأحمده أن خلق الإنسان وكرمه، وعلمه ما لم يعلم وأرشدته، وجعله وريث أرضه، ولم يتركه سدى.

أحمدك ربي إذ وفقتنا لما فيه الخير والفلاح، وأتممت لنا النعمة وأرشدتنا للفلاح، وأعنتنا على فهم ما ورثناه عن الصالحين الأقياس.

وأصلي وأسلم على من بعثته رحمة للعالمين، فأنازل العقول وشرح الصدور، سيد الأولين والآخرين، محمد بن عبد الله البشير النذير وعلى آله الغر الميامين وأصحابه أجمعين، وبعد:

يُعَدُّ التعامل والتبادل والتعاقد من النشاطات الحتمية بين الناس ولا يُستغنى عنها بحال من الأحوال، ولا تزال هذه الأنشطة تتخذ أشكالاً وصوراً وصيغاً بسيطة منذ العصور الأولى إلى عصر الناس هذا حيث اتخذت أشكالاً مركبة وصوراً معقدة، ولا تزال في كل عصر صفة المجتمع تضبط هذه التعاملات في صيغ تهدف إلى تنظيم حياة المجتمع وعلاقاتهم حتى تُكفل الحقوق لأصحابها.

ومع مرور الزمن وكثرة النسل واختلاطه، وتعدد حاجيات الأفراد من بعضهم، وتطور فطرة التملك، وظهور فكرة الحقوق والالتزامات والخصومات، احتاج الناس منذ العهد الأول إلى وضع قوانين تضبط معاملاتهم، وحاجياتهم، وعلاقاتهم، يحتكم الأفراد لها. ولا غرو أن وضعت كل الحضارات منظومات لها تحكم بها تعاملات الأفراد، حفظاً لحقوقهم والتزاماتهم، ودفعاً للجهل والنزاع والتحاييل الذي يلحقها من البشر، وقد أنبأنا كتب تاريخ التشريع أن كل الحضارات سهرت على تحديد نُظْم التعاقد ومحاوله إحكامها، وربطها بركن وثيق، بُغية تنظيم العلاقات، ومن هذه الحضارات حضارة الإسلام، إذ نصّت نصوصه على قواعد جمة لها علاقة بعملية التعاقد

تنظيماً له، وحفظاً للحقوق، كقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

المائدة 01، وكقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ

وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبًا بِالْعَدْلِ ﴿ البقرة 282

وقد حام حول هذه القواعد أئمة الدين قاطبة وفقهاؤه المالكية خاصة استنباطا واستقراءً وتقريراً وجمعاً وشرحاً وتأليفاً لفقهاء التعاقد، حتى انبثق من هذه القواعد علم التوثيق، أو فقه الوثائق والشروط، فقد زحرت الرقعة الإسلامية خاصة بخزانة ثرية من الصنعة التوثيقية لتعاملات الناس، وظلت هذه القواعد الشرعية حاکمة لتعاقدات المسلمين لقرون متتالية، تُحفظ بها الحقوق، وتُصان بها الأعراض، وتُستثمر بها الأموال، ويُحَلَّ بها النزاع والخصام، ويُزجر بها المعتدي على حقوق الغير، فكان علم التوثيق الشرعي بحق كالقانون الحاكم للعقود والمنظم لها في البقاع الإسلامية، وهذا استجابة من الفقهاء والحكام لنداء الشارع السابق.

ثم استمر هذا التحكيم لعلم التوثيق في تعاقدات الناس قروناً متتالية إلى أن جاء زمن الاستعمار حيث أدخل على المسلمين شيئاً فشيئاً وتحت ذرائع عدّة منظومة مغايرة لما ورثوه عن الشرع، فنشأ معه التدافع بين التشريعات المستمدة من الشرع والتشريعات الوضعية.

ولا غرو أن نجد لفقهاء المالكية -خاصة المغاربة منهم- إسهامات جمة في فنّ التوثيق والصياغة والشروط، والسجلات، فتأليفهم اتّسمت بمواءمتها لطبيعة النوازل التي تتجدد بتجدد البشر، مما رسّخ التجديد في هيكله وصياغة المنظومة التعاقدية في كل عصر مع الحفاظ على أصل الاستنباط ومورده.

كما أنه لا شك أن الفلسفات التشريعية الوضعية -خاصة بعد عصر جستينيان- أسهمت بما تحويه من مبادئ في تطوير نظام التعاقد، وحماية حق حرية التعاقد، فقد ظهرت فلسفات تشريعية قانونية كثيرة تُحاول ضبط التعاقد لتضمن الاستقرار الاجتماعي، والاستثمار المالي المربح، وتوازن الأسواق، فحكمت نظام تعاقدتها السوق المالية خاصة لفترة معتبرة من الزمن، حتى بسطت النظم التشريعية القانونية سلطتها على النظم الشرعية، ولا شك أن هذا البسط ناجم عن تطور في آليات ومناهج صياغة العقود، وطريقة حفظها، لكنها كثيراً ما تتعارض مع النظر الشرعي في بعض المحال، مما استوجب الوقوف على ثغراتها وتقديم البديل الفقهي الشرعي لها.

وإنه من المسائل التي استجدت في عصرنا هذا، وكثر التنبيه على خدمتها والعناية بها قضية أساليب صياغة العقود وتوثيقها، وتركيبها، وتنظيمها، وحفظها، وتشريعها بحيث تضمن استقرار المنظومة التعاقدية في المجتمع ومؤسساته، كما تضمن حقوق الأفراد في ممتلكاتهم، وتضمن الثقة في التعاملات بين الأفراد والمؤسسات، حيث كثر التدافع فيها بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي عموماً.

وإن هذه الأساليب الجديدة بالبحث العلمي المنهجي، استخراجاً لها من خزانة الوثائق والسجلات المالكية حتى يستبين منهج صياغة العقود في المذهب المالكي، وتستبين صلاحيته في ضبط أشكال التعاقد المعاصرة.

وليس اعتمادنا على المذهب المالكي دون الفقهاء الإسلامي عامة تعصبا أو نبذا لغيره، بل الفقه كله له الحق بالبحث والنظر لاستحداث منظومة تعاقدية شاملة محكمة، وإنما التزمنا بالمذهب المالكي لأمرين؛ الأول لكثرة الآراء الزاعمة أن القانون المدني الغربي له علاقة وطيدة بالفقه المالكي، مما حتم علينا التأكد من هذا الطرح، ومعرفة لماذا العثرة إذن في القانون، والثاني: لأن المذهب المالكي يُعدّ أكثر المذاهب الفقهية المعمرة في الغرب الإسلامي، إذ حافظ على الاستقرار والتوازن العقدي للمغاربة رغم مجاورته لمعقل الفلسفة التشريعية الوضعية المعاصرة.

عنوان البحث:

بناء على ما سبق بيانه فإن عنوان الرسالة هو: "منهج صياغة العقود في المذهب المالكي واستثماره في صيغ العقود المعاصرة".

إشكالية البحث:

من المعلوم أن العقود الموثقة هي باب من أبواب حفظ حقوق الناس وصيانتها من الضياع والتحريف والتزوير، فهي بذلك تساهم في التطبيق الفعلي لمقاصد الشارع في دفع الهرج بين الخلق في تعاملاتهم، ولا شك أن أي مجتمع يصبو إلى رفع النزاع، والشك، والهرج، والخلاف في معاملاته إذ لا تلحقه الخسائر ولا المهانة، ولذلك ظلّت جهات اقتصادية كالبنوك والمؤسسات المالية وهيئاتها، أو مدنية كالقوانين التشريعية تحاول صياغة عقودها بما يُثبت حقوق زبائنها وكذا استقرارها منذ القدم، وظل الفقهاء الإسلامي مصدر تنظيم العقود في البلاد الإسلامية قروناً متتالية،

يحتكم إليه الناس في بيان عقودهم لا يجيدون عنه، ثم شيئاً فشيئاً بعد دخول المستعمر للبلاد الإسلامية تباينت هذه الصياغات والتشريعات عما بيّنه فقهاؤنا من فقه يستند إلى دليل شرعي، حتى صار البون شاسعاً بين كثير من المسائل القانونية وبين الفقه الإسلامي عموماً، وذاع بين الناس أن القوانين المتعامل بها مدنية غير شرعية فتساهلوا في التحايل على هذه الصياغات وتزويرها وعدم المبالاة بها بل ودفعها بشتى أنواع الدفع!، فأفرز هذا التصور إشكالا واقعياً في آلية حماية وثيقة العقد وبيان حكمها.

وإنّ فقهاء المالكية -خاصة المغاربة منهم- عُرفوا عبر الزمن بكثرة تأليفهم وبراعتهم في توثيق العقود وصياغتها، وبإحكامهم لهذه الصنعة الفقهية العملية التنظيمية، ومن هذا التراث الفقهي هل يمكن استحداث منظومة تعاقدية شاملة تكون بديلاً عن النظم الوضعية وقابلة للتطبيق؟ فما هي إذن الأساليب والتراكيب الدالة على منهج إحكام صياغة العقود وحفظها عند المالكية؟ وما السبيل إلى الاستفادة منه في ضبط صياغة المنظومة التعاقدية المعاصرة؟

ولهيكله البحث وصولاً إلى إمكانية استخراج منهج يُساعد على استحداث منظومة تعاقدية مُحكمة وشاملة يُمكن تحكيمها وتنفيذها انبثقت تساؤلات عن الإشكالية السابقة، في النقاط التالية:

- ما مفهوم الصياغة الفقهية للعقود من حيث طبيعتها وآلياتها التي يقوم عليها هذا المفهوم؟ وما الطرق التي اتخذتها المجتمعات قديماً وحديثاً في ضبط التعاقد بين أفرادها ومؤسساته؟
- إلى أي مدى يمكن تجديد صياغة العقود في الفقه؟ وما هي أشكال الصياغة التي اعتمدها فقهاء المالكية؟ وهل يمكن الدمج بين الصياغات الوضعية والنظر الشرعي المالكي؟
- ما مدى إسهام فقهاء المالكية في ضبط المنظومة التعاقدية؟ ونقصد به البحث عن النظر المالكي للعقود ومثارات التأثير فيه، وآليات توثيقه، وكذا كيفية ضبط وتوثيق العقود وحفظها لدى موثقي الفقهاء المالكية.
- إلى أي حد يعكس الفقه المالكي قدرته على احتواء متغيرات العصر المعيش، وتخرجه

منظومة تعاقدية محكمة بديلة عما توارثته الدول من منظومة تعاقدية وضعية، أو
تعالج عثرات النظم الوضعية؟.

- ما مدى نفعية نقل تجارب فقهاء المالكية في إحكام صياغة العقود إلى واقعنا المعاصر
وأجيالنا القادمة؟ وهل استطاعت مؤسسات البحث في المذهب المالكي أن تقوم
بهذه المهمة؟ وما هي الإكراهات التي تحدُّ من ذلك؟
- ما هي آفاق المنظومة التعاقدية في ظل بعث خدمة الفقه المالكي في الجزائر
خصوصاً؟
- ما الآليات الممكنة الاستفادة منها من الفلسفة الوضعية في استثمار المنظومة
التعاقدية الفقهية في العقود المعاصرة؟
- من المعلوم أن المنظومة القانونية التشريعية التي تحكم المجتمع الجزائري اليوم والتي
عمّرت طويلاً حتى اشتكى الناس منها، أصبحت تبغي تطويراً جذرياً مع ما يتوالم
ومعتقدات المجتمع. فما مدى ظهور أحكام الصياغة الفقهية في تشريعات عقود
المعاملات المعاصرة؟ وهل يمكن دسترة الصياغة الفقهية للعقود ضمن منظومة
التشريع؟

أهداف البحث :

يهدف البحث إلى بيان النقاط التالية:

1. الإسهام في نشر الوعي الوثائقي في المجتمع مع بيان أهميته وقيّمته في تماسك المجتمع ؛
وذلك ببيان أحكامه ومقاصده ومصالحه .
 2. تعدّد هذه الدراسة خاصة بمنهج وطريقة إعداد العقود في صيغة فقهية منتقاة من الفقه
الإسلامي عموماً ومذهب السادة المالكية خصوصاً - حيث بدأ الناس يرجعون له - تتوالم
مع ما تعارف عليه الناس من صيغ في العصر الحديث، وكيفية تفعيل هذا المنهج في
العقود المعاصرة، وبذلك يكون للفقه المالكي النظر التطبيقي والأثر العملي.
- واخترنا المذهب المالكي لأنه القانون - إن صح التعبير - الحاكم للمغرب العربي لقرون
متتالية دون حصول تباين أو صدع بين ساكني الدار المغربية في تعاقداتهم وتعاملاتهم.

3. بيان كيفية الاستفادة من التراث الفقهي المالكي في ضبط المنظومة الوثائقية المعاصرة .
 4. بيان أثر المذهب المالكي في تماسك المجتمع باستحداث هذا الفن .
 5. بيان سبق المالكية في إحكام صياغة العقود من النظر الفقهي تنظيما لحياة الأفراد.
 6. بيان أن المذهب المالكي كان ولا يزال صامدا أمام المستجدات في كل عصر.
 7. الموازنة بين التشريع الفقهي المالكي في الصياغة والتشريعات الوضعية من أجل البحث عن الطريق الأصوب في ضبط المنظومة التعاقدية المعاصرة.
 8. تسليط الضوء على مثرات الغلط في النظم الوضعية الحديثة في ضبط المنظومة التعاقدية، وبيان البديل لها من الفقه المالكي.
- والجديد في هذه الدراسة أنها دعوة عملية إلى إظهار صلاحية الأحكام الفقهية في المذهب المالكي للتطبيق، وإمكانية إصلاح المنظومة التعاقدية الوضعية بمنظومة تعاقدية ربانية المصدر، حكمت المغرب العربي لقرون متتالية في جانب التنظيم التعاقدية.

أسباب اختيار البحث :

لكل بحث سبب من أجله وجد ، وسبب اختياري لهذا الموضوع هو :

1. الصلة الوثيقة لعلم التوثيق وصياغة العقود بعلم المقاصد المبني على جلب المنفعة ودفع المفسدة ، المنظم لحياة الناس في عاجلهم وآجلهم، والذي لا شك فيه أن العلم بأحكام التوثيق من الفقه الإسلامي يعين على تحقيق هذه المقاصد .
2. تصورات بعض الناس في واقعنا المعيش حول التوثيق والوثائق المبنية على التحايل والتزوير، الذي أظهر مشكلة اجتماعية انتشرت بسببه الرشاوى والمحسوية، هذا الواقع كان سببا من الأسباب التي جعلتني أختار البحث في هذا الجانب من فقهاء الإسلام المالكي محاولا بذلك بيان صلاحية التشريع تطبيقا لكل زمان ومكان .
3. كثرة مؤلفات الوثائق والشروط عند مالكية الغرب التي عانت التهميش والطمس كثيرا، أثارت الرغبة في معرفة محتواها، وطريقة تأليفها والمقصد منه، ومعرفة كُتَّابها وسيرهم وفقههم، فألفيناها مجالا خصبا يُمكننا من خلاله استنباط فقهٍ عملي يُحْكِمُ إصلاح النظم التعاقدية المعاصرة، هذه الجهود كانت سببا في البحث عن آلية الاستفادة منها من جهة، وكانت سببا في إظهارها للعناية بها من جهة أخرى.

ففي كتب التراجم والطبقات فقهاء كثير وُصِفُوا بمعرفة الشروط وضبطها، كما عُرفوا بالمهارة في عقدها والتصرف فيها وُقِّمًا لأحكام الشرع، وقد صُنِّفَت مؤلفات ودواوين أصبحت من المراجع الرئيسة في هذا الفن. وقد نجد هذه المصنفات تقدم نماذج من الوثائق والسجلات تشمل جميع أنواع العقود في مختلف فروع الفقه الإسلامي، مما أضفى على هذه المصنفات قيمة علمية قد نستفيد منها في ضبط معاملاتنا المعاصرة إلى جانب أهميتها التاريخية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية.

أهمية البحث :

تكمن أهمية البحث في النقاط التالية :

1. اهتمام القرآن والسنة وعمل الأمة بعلم التوثيق؛ ففي القرآن آية المدائنة أصلت لعلم التوثيق ، وفي السنة العملية للنبي صلى الله عليه وسلم شواهد على اهتمامه بعلم التوثيق ، وفي عمل بعض أمصار المسلمين دلائل لذلك ، فكان البحث في هذا العلم ذا أهمية .
2. أهمية البحث كأهمية علم الوثائق والشروط في كتابة التاريخ، إذ التاريخ وثائق وشروط، وتواريخ وشهود، وصنعة توثيق العقود وصياغتها جزء من كتابة التاريخ وتوثيقه حفظًا لحقوق الخلق وملكياتهم.
3. معرفة أحكام صياغة العقود وتوثيقها حري بأن يفصل في قضايا الخصومات بين الناس، وأن يساعد القضاة على فض المنازعات .
4. معرفة حكم التوثيق ونشر ذلك يرفع الجهل عن الناس المتمثل في فوضى التحايل والتزوير.
5. كون التوثيق هو العمود الفقري لكل نظام اقتصادي ، وكونه الضامن الأساسي للمتعاقدين ، وهو أحد أهم أمارات الاستقرار الاجتماعي ودلائله ؛ فهو يحفظ لأفراد المجتمع الأموال والأعراض والدماء والأبضاع، مما يجعل البحث في أحكامه ذا أهمية بالغة .
6. كون التوثيق في شريعة الإسلام الرقيب عليه والوكيل عليه هو الوازع الديني للمسلم؛ أي أن المسلم ملزم بما يوثق ديانة، مما يستوجب البحث عن أحكامه ومقاصده.
7. كون تنظيم العقود من حيث الشكل والمضمون يسهل على الناس معرفتها، إذ عند صياغة العقد وإحكامه في قوالب تنظيمية شاملة للأحكام الشرعية للعقود، يجعل الناس تعي ما تُقبل عليه من عقود، مما يُسهل في التقليل من التزوير في الوثائق.

الدراسات السابقة في البحث وكيفية الاستفادة منها :

لما اخترت هذا الموضوع للبحث سعيت جاهدا في البحث عن الدراسات الشرعية في هذا الجانب لعلها تصوّر لي الموضوع جيدا، وتضعني في حيز البحث المجدي الذي لا يُكرّر ما ذكره السابقون، والحقيقة التي نُنوّه إليها أن هذا السعي أخذ منّي معظم الوقت في البحث حتى كدت أن أستسلم بأن الموضوع صعب التصور وصعب البحث فيه، إلى أن فتح الله لنا رحمةً منه وله الحمد سبحانه بعد تذللّ وخضوع ودعاء، بأنّ لقاء طلبة علم متخصصين في فقه العقود، وآخرين متخصصين في الصياغات القانونية للعقود، وآخرين في ميدان مراقبة النشاطات التجارية، وطرح إشكال الموضوع محل البحث.

فكلّ أبدأ نظرت في العقود وما يجب أن تكون عليه الصياغة المعاصرة لها؛ الفقهاء من وجهة نظرهم، والموثقون والقانونيون من وجهة نظرهم، وهيئات الرقابة وجمعية حماية المستهلك من وجهة نظرهم، مع مراجعة وتوجيه الأستاذ المشرف علي عندها استبان لنا الموضوع محل البحث، وتجددت الهمة فيه من أجل إخراج عمل علمي عملي قابل للتطوير والنضج لحد التطبيق والتنفيذ، وذلك مبتغانا وعلى الله التكلان ولم ندع فيه الكمال، فهو الله وحده.

ولذلك لم نجد دراسةً علمية أكاديمية تناولت الموضوع من النظر الشرعي المالكي سواء في جامعات الوطن أو خارجه في حدود علمنا واستطاعتنا، لكن توجد بعض الدراسات التي ذكرت بعض الجوانب في بحثنا بالدراسة، وقد اعتمدنا عليها في بعض مباحث البحث وهي التي سنذكرها هنا، وسنعمد في ترتيبها على تاريخ مناقشتها حتى يتسنى للقارئ رصد فكرة البحث في هذا المجال، ويسهل تتبعها التاريخي، مع التذكير على ما تناولته هذه الدراسات وأهمية ذلك في بحثنا، وما سيضيفه هذا البحث:

1. التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي بإفريقية والأندلس من الفتح الإسلامي إلى القرن الرابع عشر الهجري، للباحث: عبد اللطيف الشيخ، وهي رسالة دكتوراه من جامعة الزيتونة بتونس، نوقشت سنة 1995م، وقد طبعت في جزئين سنة 2004م.

تطرق فيها الباحث إلى تاريخ التوثيق وحفظ الوثائق وتدوينها عند المالكية عبر قرون منذ الفتح الإسلامي إلى القرن 14 هجري، ولاشك أن هذا العمل جليل يُشكر عليه صاحبه، فلقد قرأتُ كتابه أكثر من مرة وسُررت به فقد أحاط بموضوع بحثه. وقد استفدنا منه في بيان الوثيقة وصانعها وآدابه، ومصادر الوثائق والشروط في المذهب المالكي محل البحث .

وما أضافه بحثنا على بحثه تخصيص العقود بالبحث والمدارسة على مذهب مالك، فبحثه وصفي تاريخي للتوثيق عامة، وبحثنا تنظير عملي لصياغة العقود وتوثيقها خاصة، بحيث نستقرئ أساليب صياغة العقود في المذهب المالكي من مؤلفات الوثائق والشروط التي بين أيدينا ومن جملة مصادر المذهب المالكي، حتى يستبين لنا منهج الصياغة المحكمة، ثم نوضح آلية استثماره في منظومة تعاقدية معاصرة. وهو ما لم يذكره الباحث.

2. صيغ العقود في الفقه الإسلامي دراسة تأصيلية تفصيلية، رسالة دكتوراه للباحث: صالح بن عبد العزيز الغليقة، بكلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1421هـ.

والباحث أحاط بجوانب الصيغة خاصة؛ وهي الإيجاب والقبول، حيث بينها وذكر خصائصها وأنواعها الصريحة والكنائية، وذكر مبطلاتها، وإجراءاتها بوسائل الاتصال الحديثة.

والبحث في الجانب التأصيلي للصيغة جيد استفدنا منه في معرفة بعض أحكام الصيغة كالاقتران والتراخي بين الإيجاب والقبول، ومعرفة الصيغة الصريحة من غيرها.

أما ما نختلف فيه في البحث فهو أكثر بكثير مما استفدنا منه؛ فموضوعنا يتطرق إلى الصياغة الفقهية للعقود وهو بحث عام حول آلية تركيب العقود في قوالب تنسجم مع التقنين المعاصر، وبحثه في صيغ العقود بين الإيجاب والقبول، إذ لم يتطرق الباحث إلى فلسفة التعاقد، ولا إلى توثيق العقود وحفظها، ولا إلى أهمية علم الوثائق والشروط في حُبك العقد، ولا إلى آلية استثمار النظر الفقهي في جانب الصياغة الفقهية من أجل استحداث منظومة تعاقدية محكمة قابلة للتنفيذ.

3. الصياغة الفقهية في العصر الحديث، دراسة تأصيلية، للباحث: هيثم بن فهد الرومي، الدار التدمرية، ط1، 2012م، وهي رسالة دكتوراه.

والباحث ركز فيها على أمور منها:

- إشكالية تحديد الصياغة الفقهية في العصر المعيش.
- أنه يقصد بالصياغة الفقهية تقنين الفقه على شكل مدونات، وبالتالي لب عمله على مفهوم التقنين الفقهي واختلاف الفقهاء فيه.
- تاريخ التدوين الفقهي وتطوره.

وهي نقاط مهمة في بحثه، لكن الأمر الذي اعتمدنا عليه من رسالته كان في مفهوم الصياغة الفقهية لا غير، إذ موضوعه في تأصيل الصياغة بشكل عام، وموضوعنا في الصياغة الفقهية للعقود خاصة، فما نلتقي فيه في البحث هو تقرير مفهوم الصياغة الفقهية، وافتراق العمل بين الموضوعين فالأول عام، والثاني خاص بالعقود وآلية صياغتها من الفقه المالكي.

4. التوثيق وإجراءات كتابة العقد بين الشريعة والقانون الجزائري، دكتوراه علوم في الحقوق - قانون خاص - للباحث (ة): زازون أكلي، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، نوقشت سنة 2015م.

وهو بحث جيد في مضمونه، تطرق فيه إلى منهج المقارنة بين الشريعة عامة والقانون في معنى التوثيق والتوثيق بالشهادة، كما تطرق إلى العقد ومفهومه وأركانه. وقد استفدنا منها في ضبط حدود البحث من النظر القانوني.

غير أن دراستنا خصصت البحث في الفقه المالكي وآليات استثمار الصنعة المالكية في التوثيق في صياغة العقود المعاصرة وهذا ما لم يذكره الباحث (ة)، إضافة إلى آلية استثمار منهج الصياغة الفقهية في تطوير المنظومة التعاقدية المعاصرة، فلم يُشر إليه الباحث (ة) إطلاقاً إلا نذراً عند مقارنته الفقه بالقانون.

5. نظرية التوثيق -دراسة تأصيلية وتطبيقية في المذهب المالكي-، للباحثة: سعاد رباح، وهي أطروحة دكتوراه علوم، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2016م.

والباحثة ركزت فيها على أمور منها:

- أنه يُقصد بالتوثيق وسائل تقييد الحقوق وتقويتها، وحفظها من الجحود والنكران وقت استفاء الحق.

- استقراء وحصر وسائل حفظ الحقوق في الفقه المالكي وقسمتها إلى قسمين؛ توثق بغير العقد، وتوثق بالعقود، مع بيان أحكام ما يتعلق بكل وسيلة من وسائل التوثيق.
 - جعلت الباحثة أهمية التوثق وتاريخه وأسبابه ومقوماته كالتأصيل لمبدأ التوثق.
 - ذكرت وسائل التوثق ومنها: التوثق بالكتابة، التوثق بالشهادة، التوثق بالسفحة، التوثق بيمين القضاء، التوثق بالحر والحبس، وأطلقت عليها التوثق بغير العقد.
 - ذكرت وسائل أخرى منها: التوثق بالرهن، التوثق بالكفالة، التوثق بالحوالة، وأطلقت عليها التوثق بالعقود، وجعلت هذه الوسائل التطبيق للتوثق.
- وهي نقاط مهمة في بحثها، وما استفدنا منه في بحثنا هو:
- ما ذكرته في الفصل الثاني وهو مقومات التوثق؛ خاصة بيان من هو الموثق، وما شروطه، ومفهوم الوثيقة وشروط الاحتجاج بها.
 - التوثق بالكتابة؛ خاصة المفهوم والمصطلحات ذات الصلة بالتوثيق.
- وما اختلف فيه البحثان أمور منها:
- الصياغة الفقهية للعقود وآلياتها، وأساليبها، ومنهج إعداد وثيقة العقد في المذهب المالكي مثل تقنيات وأدوات الصياغة، فهذا ما ركزنا عليه بالتأصيل والبيان لأنه من صميم البحث، ولم تتطرق له الباحثة لأنه ليس من صميم بحثها.
 - فلسفة العقد وبنائه وحفظه من التزوير بين الفقه المالكي والمذاهب الوضعية، وكذا الشروط وأثرها في وثيقة العقد، فهذا ما ركز عليه البحث لأنه خاص بالعقود، ولم تتطرق إليه الباحثة لأن القصد من بحثها حصر وسائل التوثق.
 - آلية استثمار النظر الفقهي المالكي في إعداد وثائق العقود وإحكامها، وحفظها، في تحسين المنظومة التعاقدية المعاصرة، وهي دعوة لكيفية تجسيد التجربة الفقهية في ضبط التعاقد، وهو ما لم تتطرق له الباحثة.
- فبحثها منظر لوسائل حفظ الحقوق عامة، وبحثنا ركز على وسيلة العقد وكيفية إعداده وتكوينه وحفظه، لذلك فالعلاقة بين البحثين علاقة تكامل.

وهناك مصادر ومراجع أخرى لها علاقة ببعض جزئيات الموضوع اعتمدنا عليها في حجب الموضوع وصياغته، وهي مُدرجة في هوامش البحث، أما رسالة تتحدث عن محور الموضوع بالأساس فلم نجد.

منهج البحث :

تم الاعتماد في هذا البحث المناهج التالية :

- 1 . المنهج التاريخي، وذلك بالرجوع إلى النظم التشريعية القديمة في تنظيم التعاقد، قصد معرفة منشأ النظريات المعاصرة في الصياغة وتوثيق العقود، والفروق بينها وبين الفلسفة الفقهية في التشريع.
- 2 المنهج الاستقرائي، وذلك باستقراء أنواع أحكام العقود المدنية في المذهب المالكي وبيان أثرها في العقود المعاصرة.
- 3 المنهج التحليلي، من خلال تفسير بعض الصيغ، وذلك بتحليل هذه العقود وبيان أنواعها، واستنباط أصول توثيقها، وكيفية تكيفها في توثيق المعاملات المعاصرة.
- 4 المنهج الوصفي، وذلك بنقل نماذج لبعض صيغ العقود الموثقة فقها مالكيًا بغرض استنباط أثرها في تحديد المنظومة التعاقدية المعاصرة.

منهجية البحث:

نلتزم في هذا البحث بالمنهجية التالية :

- الالتزام التام بعزو الآيات القرآنية الواردة ببيان اسم السُّورة ورقم الآية، بجانب الآية في المتن، والتزمنا بمصحف ورش.
- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في المذكرة، وحسبنا في ذلك الصّحّاحين والموطأ إن وجد الحديث فيها وإلا خرّجته من كتب الحديث المشهورة بعد ذلك.
- نسبة الأقوال إلى أصحابها وتحرّي الأمانة العلمية في ذلك، بالرجوع إلى المصادر المعتمدة لنقل قول كلّ قائل من كتابه وتوثيق ذلك في الهامش، وفق المنهجية العلمية المتداولة.
- عند التهميش في المتن نُثبِتُ عنوان الكتاب أو المقال ثم فاصلة ثم اسم المؤلف ثم فاصلة ثم الجزء والصفحة، ولا نذكر معلومات الكتاب إلا في فهرس المصادر والمراجع، تجنبًا لتطويل الهوامش،

خلا المقالات والمراجع النادرة في المكتبات المتاحة على الدوام فإننا نُثبت معلوماتها في الهامش عند أول اقتباس.

- في فهرس ثبت المصادر والمراجع نذكر معلومات الكتاب تفصيلاً، وقد رتبناها بمجموعة كلها ترتيباً ألفبائياً من غير اعتبار لـ (ال) التعريف، ثم وضعناها في رزم حرفية.
- إذا لم نجد لكتاب ما طبعته أو تاريخ إصداره نرسم له بـ: (د، ط، ت).
- إذا قيل في الهامش: انظر فإن النص المقتبس بتصريف لا يخل بالمعنى الأصلي.
- إذا قيل في الهامش: راجع، فإن القصد منها الإحالة إلى المراجع من أجل الاطلاع والتوسع في الفكرة المذكورة.

- إذا لم نذكر أي مصطلح في الهامش قبل عنوان الكتاب فإن النص منقول بحرفه منه.
- رجعنا إلى أمهات المصادر المعتمدة في الفقه المالكي من كتب تفسير، وحديث، وفقه، وأصول، كما اعتمدنا على مصادر ومراجع لغوية وكتب التراجم، كما رجعنا إلى طائفة من كتب القانون، وطائفة أخرى من كتب الاقتصاد، طائفة من الكتب الحديثة ومواقع الإنترنت.
- تم تذييل البحث بمجموعة من الملاحق التي تكمل البحث، وتحقق المقصود منه.
- وضعنا فهرس علمية في آخر الرسالة بغية تيسير العسي، وتسهيل الوصول إلى المراد وهي على النحو الآتي:

- أ- فهرس الآيات القرآنية، وقد رتبنا الآيات حسب ورودها في البحث، وإن تكررت الاستفادة منها نكرر ذكرها.
- ب- فهرس الأحاديث النبوية، وقد رتبنا حسب ورودها في البحث مع إثبات راوي الحديث.
- ج- فهرس المصادر والمراجع، وهي منظمة في رزم حسب ترتيب الحرف العربي.
- د- فهرس المحتويات.

صعوبات البحث

كأي باحثٍ اختار سبيل البحث عن المعلومة الفقهية القابلة للتنفيذ العملي لها واقعا، وكذا ترتيبها وتبويبها حتى تكون بديلا فقهيا قابلا للتنفيذ، فمن سار في هذا السبيل يلاقي إثر ذلك صعوبات، ومن العقبات التي اعترضتنا في سبيل تحقيق ذلك:

- جِدَّةُ الموضوع محل البحث صَعَّبَتْ عِنا فهم طريقة تناول جزئياته، مما أخذ منا الوقت الكثير في البحث عن تصور مبدئي للموضوع، لولا لطف الله ونصح المشايخ، وفي ذلك أعجبنا كلمة عبد السلام همال وهو يقوم بتحضير موضوعه للدكتوراه في التاريخ الإسلامي بعنوان: "علم الوثائق من الفتح الإسلامي إلى سقوط غرناطة" وقد نقلها عنه الباحث (ة) زازون أكلي، حيث قال: واجهتني صعوبات جمة من كل حذب وصبوب، فالموضوع غير مطروق، ولم يسبق لأي باحث دراسته، ومن هنا صعب علي الشروع فيه وبلورة خطة للبحث واضحة المعالم خالية من الشوائب... فكان من الطبيعي أن أحس بثقل الحمل على كتفي، وأدركت أنني أقدمت على مغامرة لم أعد العدة لخوض غمارها، ولت نفسي كثيرا عن هذه الورطة التي ورطت نفسي فيها...، واعتراي الإحباط واليأس وكاد أن يقضي علي هذا المشروع العلمي في المهده، فقد فكرت أكثر من مرة في التخلي عنه وتغيير موضوعه على الأقل، وبعد تردد طويل قررت بيني وبين نفسي أن أشرع في البحث فيه مهما كانت النتائج.....
- تناثر جزئيات الموضوع في ثنايا كتب التوثيق خاصة من دون تنظير ولا بيان لمنهج الصياغة والتوثيق، وتناثرها في كتب التشريع الوضعي من جهة أخرى صَعَّبَ جمعها وتنسيقها.
- قلة المراجع والمصادر في الصنعة التوثيقية العملية في الجامعات الجزائرية مما اضطر الباحث للبحث عن المكتبات والبحوث ذات العلاقة بالموضوع خاصة بالمغرب الشقيق، حتى حانت الفرصة السانحة لذلك في الأعوام المتأخرة للبحث.
- ظروف شخصية وعائلية حالت دون إكمال العمل في وقته أو قبله.

خطة البحث:

تنقسم هذه الخطة إلى مقدمة وثلاثة أبواب وخاتمة

المقدمة : وفيها تذكر فيها النقاط التالية

- عنوان البحث
- الإشكالية
- أهداف البحث

- أهمية البحث
- الدراسات السابقة
- منهج البحث
- منهجية البحث
- صعوبات البحث
- الخطة

الباب الأول: الصياغة الفقهية وعلاقتها بتنظيم العقد.

الفصل الأول: الصياغة الفقهية مفهومها وأساليبها

المبحث الأول: مفهوم الصياغة الفقهية

المبحث الثاني: أساليب الصياغة الفقهية.

المبحث الثالث: أهمية الصياغة الفقهية للعقود.

الفصل الثاني: التصورات السائدة لصياغة العقود قديما وحديثا.

المبحث الأول: التدرج الزمني لمصطلح العقد في الشرائع الوضعية القديمة.

المبحث الثاني: التدرج الدلالي لمصطلح العقد وصياغته من منظور الشرع السماوي.

الفصل الثالث : تقنيات وأدوات الصياغة الفقهية للعقود

المبحث الأول: تخطيط وثيقة العقد وأنماط كتابتها.

المبحث الثاني: مفردات صياغة العقد.

المبحث الثالث: تراكيب جمل الصياغة الفقهية للعقود.

الباب الثاني: العقد توثيقه ومنهج صياغته في المذهب المالكي

الفصل الأول : العقد مفهومه وحرية تكوينه.

المبحث الأول: العقد مفهومه وضوابط تنظيمه

المبحث الثاني: أهلية التعاقد وحرية.

الفصل الثاني: آليات حفظ تكوين العقد وصياغته في المذهب المالكي.

المبحث الأول: مصادر صياغة العقود في المذهب المالكي.

المبحث الثاني: آليات تفسير العقد وتأويله قضاءً.

المبحث الثالث: تزوير العقود وتحريفها.

المبحث الرابع: حفظ العقود وتوثيقها في المذهب المالكي.

الفصل الثالث: الشروط وأثرها في العقود

المبحث الأول: الشروط المقتضية للعقد والمنافية له وطريقة إثباتها.

المبحث الثاني: الشروط الجعلية المسكوت عنها وأثرها في العقد.

المبحث الثالث: الشرط الجزائي وعلاقته بالشرط الجعلي وأثره في العقد.

الباب الثالث: مدى استثمار الصياغة الفقهية للعقود في صياغة العقود المعاصرة

الفصل الأول: العقود المعاصرة ومناهج صياغتها.

المبحث الأول: العقود المستحدثة أقسامها وقواعدها.

المبحث الثاني: الجهات المخولة بصياغة العقود المدنية وقوة وثيقته.

الفصل الثاني: آليات تطوير المنظومة التعاقدية من الناحية الفقهية.

المبحث الأول: القضاء الشرعي ودوره في ضبط العقود من الناحية الفقهية.

المبحث الثاني: واقع وآفاق دور المؤسسات الشرعية في ضبط السوق.

الفصل الثالث: عوامل ضبط المنظومة التعاقدية وفق النظر الفقهي.

المبحث الأول: الإرادة السياسية في ضبط النظم القانونية المبنية على الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: الحوكمة الشرعية ودورها في تحسين دور المؤسسات والمصارف المالية.

وختمتُ هذه الأبواب بالنتائج المتوصل لها في خاتمة النتائج والتوصيات.

الباب الأول

الصياغة الفقهية وعلاقتها بتنظيم

العقد.

وفي هذا الباب ثلاثة فصول؛ وهي :

الفصل الأول : الصياغة الفقهية مفهومها وأساليبها.

الفصل الثاني : التصورات السائدة لصياغة العقود قديما وحديثا.

الفصل الثالث : تقنيات وأدوات الصياغة الفقهية للعقود.





إن الدراسات الفقهية المعاصرة تغلب عليها نزعة المقارنة مع الدراسات الموازية لها؛ القانونية والاقتصادية والاجتماعية والنفسية وغيرها، وتُعدُّ هذه المقارنة من باب بعث التجديد في الموروث الفقهي الإسلامي، ومن تلك الدراسات الصياغة الفقهية للموروث الفقهي عامة ولللقه المالكي خاصة التي نحن بصددنا في هذا البحث.

والهدف من بيان الصياغة الفقهية هو التعرف على المناهج والأساليب التي اتكأ عليها الفقهاء المالكية في ضبط وتنظيم معاملات المجتمع أفرادا كانوا أم هيئات، حيث تكون هذه المناهج قادرة على احتواء حاجيات المجتمع وتضع الحلول المناسبة لما يستجد من نوازل تتعلق بالعقود.

ومن أجل تحقيق هذا الهدف نحاول في هذا الباب أن نؤسس لمفهوم الصياغة الفقهية وعلاقتها بتنظيم وثيقة التعاقد.

القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الأول:

الصياغة الفقهية مفهومها وأساليبها وأهميتها

وفيه ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: مفهوم الصياغة الفقهية

المبحث الثاني: أساليب الصياغة الفقهية.

المبحث الثالث: أهمية الصياغة الفقهية للعقود.

توطئة:

تعدُّ الصياغة الفقهية من أكد المسائل المطروحة في العصر الحديث حيث لها علاقة مباشرة بمنهجة الفقه الإسلامي، وكذا الدعوة إلى تجديد الفقه وسيورته مع مستجدات العلوم، في خضم التطورات الرهيبة التي تشهدها الحياة المدنية للأفراد وتسيير المؤسسات وكثُر التعقيد في المعاملات المالية.

والهدف من بلورة الصياغة الفقهية تقصي التقنيات والعوامل والظروف لضبط النص الفقهي عموماً وجعل الصياغة الفقهية للعقود خصوصاً أكثر انضباطاً، ولاستخلاص الأسس والمناهج الكفيلة بتحقيق عقود مصاغة صياغة جيدة، تنأى عن التفسيرات الوضيعة والسيئة للعقود وشروطها.

ولذلك سنجيب في هذا الفصل عن التساؤلات التالية:

ما مفهوم الصياغة الفقهية ؟ وما علاقتها بالصياغة القانونية؟ ومن الصائغ؟ وما هي أساليبها؟ وأهميتها في ضبط التعاقد؟

المبحث الأول: مفهوم الصياغة الفقهية.

إنَّ إعطاء مفهوم للصياغة الفقهية متوقف على تبسيط كل مفرداتها، تبرز فيه حقيقة كل مصطلح، مع بيان حدودها عند الفقهاء والباحثين الذين تطرقوا لها، وهذا ما سندرجه في هذا المبحث.

ولا يُعدُّ هذا المبحث مجردَ اعتناءٍ بالجانب الشكلي لصياغة أحكام فقهية ما، بقدر كونه يُوصِلنا إلى آلية تطبيق الأحكام الفقهية الشرعية بصيغةٍ عصرية، وإخراجها من حيز الرفوف والمكتبات إلى حيز العمل والمؤسسات، وذلك من خلال التحكم في تقنيات الصياغة الفقهية.

المطلب الأول: التعريف الإفرادي.

الفرع الأول: الصياغة

لغة⁽¹⁾:

قال ابن فارس: (صوغ) الصاد والواو والغين أصلٌ صحيح، وهو تهيئة شيءٍ على مثالٍ مستقيم.

والصياغة من صاعٍ يَصُوعُ بمعنى: رَسَبَ نقول: صاع الماء أي: رسب في الأرض، وتأتي بمعنى خلق، صاعَ اللهُ تعالى فُلاناً صِيغَةً حَسَنَةً: خَلَقَهُ، وتأتي بمعنى هيا، نقول: صاعَ الشيءَ: هَيَّأَهُ على مِثَالٍ مُسْتَقِيمٍ فأنصاعَ، وهو صَوَّاعٌ وصَائِعٌ وصَيَّاعٌ

صِيَاغَةٌ: حِرْفَتُهُ. ، ونقول: سَهَمَ صِيغَةً أَي: عَمَلٌ واحدٌ، ويقال: هو من صِيغَةٍ كَرِيمَةٍ: من أَصْلٍ كَرِيمٍ .

وقيل: صِيَاغَةٌ مصدر صاعٍ، وتطلق على: حِرْفَةُ الصَّائِعِ، ويقال: يُحَسِّنُ صِيَاغَةَ عِبَارَاتِهِ أَي: يحسن إنشائها، بناؤها.

وقيل: كلامٌ حَسَنُ الصِّيَاغَةِ: جيّدٌ مُحْكَمٌ .

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة، 3/321.

وتعرف لجنة الصياغة : (القانون) مجموعة يُعهد إليها وضع الصورة النهائية لما تمّ الاتفاق عليه من مقررات أو توصيات :- قامت اللجنة بصياغة محاضر الجلسات ونشرها.

ويقال: صاغ الشيء : سبكه ، أذابه وصبه في قالب

ويقال : صاغ اللحن : ألفه ، ربّبه وهيأه - : صاغ مقالاً عن الحادث ، - صاغ كذباً وزوراً ،
بدءوا صياغة عناصر الاتفاق⁽¹⁾ .

اصطلاحاً:

إن إعطاء مفهوم للصياغة يتوقف على البحث عن عرفها قديماً وحديثاً، وعند الأوائل لم نجد من أبان عن هذا المفهوم مفرداً، بل نجد كل عمّليهم مُنصباً على الصياغة دون بيان مفهومها، لذلك فحدّها مفردة اجتهاد معاصر ، وسنقف على ما أبانه المعاصرون لها؛ فقد عرّف بتعارف عدة:

قيل هي: تهيئة الألفاظ والعبارات في نسق واحد لموضوع واحد.

ويُقصد بالتهيئة هنا اختيار ما يصلح من الألفاظ عند التعبير⁽²⁾.

ويلاحظ من هذا التعريف أن للصياغة محمول وموضوع؛ أما الموضوع فهو الباب الواحد الذي يراد سبكه وصياغته، والمحمول اللفظ وتنسيقه.

وقيل هي: تهيئة الألفاظ والعبارات التي تعرب عن إرادة المتكلم ونوع تصرفه متبعة بأحكام فقهية⁽³⁾.

الفرع الثاني : الفقهية : من الفقه وهو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية⁽⁴⁾.

(1) انظر: القاموس المحيط، ص1014، لسان العرب، 442/8، تاج العروس، 519/22.

(2) لسان العرب، 188/1.

(3) الصياغة الفقهية في العصر الحديث، هيثم الرومي، ص18.

(4) الإجماع شرح المنهاج، تقي الدين السبكي وولده، 28/1.

المطلب الثاني: باعتبار التركيب

مصطلح الصياغة الفقهية من المصطلحات المعاصرة التي شاعت عند المعاصرين مع ظهور النزعة إلى التجديد الفقهي والانفتاح على التشريعات والقوانين، وكم هي عديدة تعريفات المعاصرين لها، وللوصول إلى معناها في هذا البحث نسوق تعاريف من ذكرها من المعاصرين ثم نعلق عليها ثم نتبعها بالتعريف الذي نراه يتماشى مع أبواب هذه البحث.

التعريف الأول: "الصياغة الفقهية هي تلك القوالب والمصطلحات للأحكام والأوصاف والمعاني الشرعية التي حررها علماء أصول الفقه، وتبعهم في استعمالها علماء الفقه"⁽¹⁾.

لقد ركز الباحث في تعريفه هذا على ركائز ثلاث للصياغة الفقهية هي:

- قوله القوالب؛ وهي الأشكال التي تُفرغ فيها المعادن وغيرها لتكون مثالا لما يُصاغ منها⁽²⁾، يفهم منه أن المراد بهذه الأشكال هنا المواد كما هو شأن مواد القانون، والقوالب لها ألفاظها وطرق تصنيفها .
- لذلك فقوله والمصطلحات يعتبر لفظا زائدا في التعريف، كان عليه أن يكتفي بالقوالب.
- الأحكام والأوصاف والمعاني الشرعية، وهو مرتكز مهم في الصياغة الفقهية يُخرج به الأحكام والأوصاف والمعاني العقلية والقلبية والعقدية وغير الشرعية.
- حررها علماء الأصول، والضمير هنا إن رجع على آخر مذكور يكون المراد به أن هذه الأحكام والمعاني والأوصاف الاجتهادية لا التوقيفية؛ فما كان من قبيل الاجتهاد صيغ وغيره لا يصاغ، وهذا مشكل.
- وإن رجع الضمير إلى أول مذكور وهو المصطلحات فالمراد أن المصطلحات اجتهادية قابلة للصياغة، وهذا مشكل.

وعليه يبقى هذا التعريف يحمل بين حروفه هذا الإشكال فوجب البحث عن غيره.

(1) أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي، محمد زكي عبد البر، ص 8.

(2) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، دار الدعوة، 753/2.

التعريف الثاني: "الصياغة الفقهية هي تهيئة الأحكام الفقهية على مثال الأحكام القانونية من حيث الشكل والأسلوب"⁽¹⁾.

وهذا التعريف أفضل من سابقه إذ أفصح صاحبه عن معنى الصياغة الفقهية بطريقة التشبيه؛ ويؤخذ منه أن ركز على أمرين هما:

- التهيئة؛ والمراد بها إعداد الأدوات اللازمة للصياغة وتكييفها وتصنيفها لتأدية غرض ما. ولو أضاف لها كلمة القوالب لكان التعريف أتم وأكمل.
- من حيث الشكل والأسلوب، وهذا مرتبط مهم في الصياغة الفقهية المعاصرة، إذ المراد بها إخراج الفقه في قوالب معاصرة تتماشى وفق حاجيات الواقع، وتكون حجة للعمل بها والقضاء وفقها.

غير أن قوله: مثل الأحكام القانونية أراد به تقريب المعنى لا غير، وإلا فهو لا يصح في التعاريف والحدود، فلو قال: تهيئة الأحكام الشرعية الاجتهادية في قوالب من حيث الشكل والأسلوب، لكان تعريفا جيدا جامعا مانعا.

التعريف الثالث: "الصياغة الفقهية هي تنظيم الأحكام الفقهية في فقرات موجزة، وترقيم مرتب، وفهرس مفصل، لتسهيل العثور على الحكم"⁽²⁾.

يعدُّ هذا التعريف شرحا للتعريف السابق وتبسيطا له وبيانا أكثر له، غير أنه ذكر الهدف من الصياغة وهو: سهولة العثور على الحكم، وفي نظرنا ليس هذا هو الهدف الأسمى من الصياغة، إذ الهدف منها هو مزاحمة المواد القانونية في العمل بها والقضاء وفقها.

التعريف الرابع: "العرض المرتب للأحكام والمعاني الشرعية بعد استنباطها من مصادرها بأسلوب فقهي منضبط شكلا وموضوعا"⁽³⁾.

(1) انظر : المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، 16/1.

(2) تاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطان، ص 403.

(3) الصياغة الفقهية الحديثة، هيثم الرومي، ص 29.

رغم أن الباحث تطرق للصياغة الفقهية بالبحث المباشر والتقصي، إلا أن تعريفه شرح لتعريف الشيخ الزرقا السابق بألفاظ مغايرة لما بين به الشيخ مناع القطان قبله، ويُستشكل على تعريفه هذا أمرٌ في قوله: بعد استنباطها؛ إن كان المراد به الأحكام الجديدة التي لم يسبق وإن اجتهد فيها فقط دون السابقة فهذا تحجير، وإن كان المراد بها كل الأحكام الفقهية وجب عليه تعديل التعريف بما يناسب الموضوع.

التعريف الخامس: "هي جعل الأحكام الشرعية على شكل قواعد عملية في قوالب لفظية صالحة للتطبيق الفعلي الملزم، ومبوبة بحسب الموضوعات التي تنظمها، تلبية لحاجات كثيرة تستدعي التنظيم في سلوك الأفراد والجماعات والهيئات، وذلك على نحو يحقق الغايات التي يفصح عن جوهرها ويتوخاها الشارع الحكيم"⁽¹⁾.

والتعريف على أهميته فيه طول .

والذي نستخلصه من هذه التعاريف مرتكزات مهمة هي:

1. أن أشكال الصياغة وأساليبها في قوالب حديثة هو الصنعة المراد إنجازها، وقوالب الشيء نسقه.
2. أن المراد في الصياغة هو الأحكام والأوصاف الشرعية دون غيرها.
3. أن المصطلحات الأصولية والفقهية هي ما ينبغي تنسيقه وترتيبه.

والذي يظهر لنا أنه تعريف منضبط للصياغة الفقهية هو التعريف الجامع بين ما ذكره الزرقا ومحمد مهدي فهي إذن: تهيئة الأحكام الشرعية الفقهية في قوالب من حيث الشكل والأسلوب، لتصبح قابلة للتنفيذ الفعلي لها.

(1) مقال: آليات صياغة المادة القانونية الفقهية، د. محمد مهدي لخضر، مجلة الإحياء، مجلد 18، العدد 21، جوان 2018م، ص 177، 194.

المطلب الثالث: الألفاظ ذات الصلة بها.

الفرع الأول: العبارة

وهي في اللغة من عبّرَ يعبّرُ تعبيراً أي فسّر الشيء المبهم بالحجة⁽¹⁾، وفي الاصطلاح يراد بها صيغة النص المكونة من مفردات وجمل⁽²⁾.

وهي بهذا تُشبه الصياغة لأنها نص مكون من مفردات وجمل، غير أن الصياغة لها قوالب معينة تُتبع أما العبارة فهي تبسيط الكلام وشرحه من غير بيان لقوالب خاصة عند الصياغة.

فالصياغة تعدّ التطوير الفعلي للعبارة التي استخدمت قديماً في كتب الفقهاء واللغويين على حد سواء، وقد استخدمها الأصوليون عند تقرير قواعد الاجتهاد في قولهم عبارة النص ويريدون بها: دلالة النص على المعنى أو الحكم المقصود من سؤقه أو تشريعه أصالة أو تبعاً. وهي تفيد القطع عند تجردها عن العوارض⁽³⁾.

فمصطلح العبارة نشأ أولاً وتطوّر حديثاً إلى الصياغة .

الفرع الثاني: البيان

البيان في اللغة مصدره "بان"، بمعنى "وضح"، وهو بمعنى "البلاغ"، أو التصريح أو التقرير، وعلم البيان هو: التعبير عن المعنى بعبارات موجزة⁽⁴⁾.

وقد استخدم هذا اللفظ في التعاملات المعاصرة⁽⁵⁾؛ فقول: بيان مشترك أي إعلان يصدر عن طرفين وأكثر، وقيل: بيان الدخل أي تقرير مفصل عن الإيرادات والمصروفات والفروق بينهما والأسباب الموجبة للربح والخسارة.

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة، 4/209، مختار الصحاح، ص198، تهذيب اللغة، 2/230،

(2) علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، ص136.

(3) تلخيص الأصول، حافظ ثناء الله الزاهدي، ص25.

(4) انظر: مختار الصحاح، ص43.

(5) معجم لغة الفقهاء، ص140.

وقيل: بيان وقائع وهي الحقائق والأدلة التي تقدم لدعم الادعاء، وقيل: بيان صحفي وهو تصريح إعلامي عن أمر ما.

وبين البيان وبين الصياغة بون شاسع؛ إذ الصياغة لها قوالب تسكب فيها الألفاظ الفقهية لتكون قابلة للتنفيذ، بخلاف البيان فلا قوالب له وإن كانت له قوالب فهي تختلف من مجال لآخر أو حتى من شخص لآخر، والبيان ملزم فقط فيما يصدق عليه من أفراد بخلاف الصياغة فموادها قابلة للتنفيذ على كل تصدق عليه .

الفرع الثالث: التقنين

وهو من القانون وهي كلمة يونانية معربة ، ومعناها الأصل الذي يُبنى عليه غيره، وقيل هو: كليٌ منطبق على جميع جزئياته التي يتعرف أحكامها منه⁽¹⁾.

والتقنين عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون - بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض وغموض - في مدونة واحدة، ثم إصدارها في شكل قانون تفرضه الدولة عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع⁽²⁾.

وبينه وبين الصياغة تكامل؛ فالصياغة هي العمل الأول الذي يُصبح عند الانتهاء منه في شكل قانون، فالصياغة تعني بضبط الكلمات وتنسيقها وإزالة اللبس الواقع فيها، فإن تمت الصياغة في باب ما سُمي ذلك النتاج قانوناً.

وقد لاقى تقنين الأحكام الفقهية على نسق الأحكام الوضعية خلافاً كبيراً بين الباحثين في العصر الحديث، ثم استقر الأمر كونه ضرورة ملحة لبعث الموروث الفقهي في صورة معاصرة تكون بديلاً عن مضمون القوانين الوضعية فيما يُخالف الشرع، وعلى ذلك ما سنذكره من مزايا وأساليب للصياغة الفقهية له علاقة بأساليب وصياغة القوانين المعاصرة.

(1) انظر: مفاتيح العلوم، الخوارزمي، ص80، مختار الصحاح، الرازي، ص261، التعريفات، الجرجاني، ص171، معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، السيوطي، ص117.

(2) تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي عبد البر، ص21.

المبحث الثاني: آليات الصياغة الفقهية وأساليبها.

نحاول في هذا المبحث التطرق لآليات الصياغة الفقهية، ونقصد بها الأدوات الواجب إحضارها عند الصياغة، وهي اللغة وقوالها، والصائغ المنسق لها، وكل له شروطه، ونقصد بأساليب الصياغة الفقهية أنواعها وأقسامها، وهذا ما سنبحثه في هذا المبحث.

المطلب الأول: تهيئة لغة الصياغة

تعدّ الصياغة إنشاءً لنصوص محكمة قابلة للتنفيذ دالة على المعنى المراد منها، ولصياغة النصوص لابد من التحكم في آليات الصياغة وأدواتها وأساليبها.

والذي لاشك فيه أن كل العلوم لها لغتها ومصطلحاتها، وإن اتفقت لغتها اختلفت مصطلحاتها، فالعلوم الشرعية مثلاً تختلف مصطلحاتها وإن اتفقت في لغة فهمها وهي العربية؛ فمصطلح السنة مثلاً يختلف المراد منه بين علم الفقه وعلم الحديث وعلم الأصول. وأمر الاختلاف في المصطلحات أكد بين علوم الشريعة وغيرها من العلوم، لذلك يستوجب على الصائغ أن يقف على لغة الصياغة بعناية حتى لا يقع في اللبس والتناقض، وهذا ما سنبينه في هذا المطلب.

الفرع الأول: اللغة الفقهية.

البند الأول: مصدرية لغة الفقه

لا غرو أن تكون اللغة العربية لغة الفقه، إذ الشارع نفسه عربي: ﴿ نَزَلَ بِهِ الرُّوحُ الْأَمِينُ ⁽¹⁹³⁾ عَلَى قَلْبِكَ لِتَكُونَ مِنَ الْمُنذِرِينَ ⁽¹⁹⁴⁾ بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُبِينٍ ⁽¹⁹⁵⁾ ﴾ الشعراء 195، وقد روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: "أنا أفصح العرب، بيد أي من قریش، ونشأت في بني سعد بن بكر، فأني يأتيني اللحن"⁽¹⁾، ومنذ الزمن الأول للتشريع والمجتهدون يتبحرون في علم العربية من أجل الفهم الدقيق للأحكام الفقهية، فقد روي عن الشافعي انه قال: طلبت الأدب عشرين سنة لأخدم الفقه" ولكثرة هذه الملازمة بين الاجتهاد في نصوص الشرع ومعرفة اللغة درج الفقهاء حتى فاقوا أهل

(1) انظر: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ابن حجر العسقلاني، 14/4.

الاختصاص اللغوي، فقد روي عن أبي عبيد أنه قال: كان الشافعي ممن تؤخذ عنه اللغة" وقد قبل أهل اللغة مفرداته في كتابه الأم.

ولا يزال أهل الفقه يؤلفون فيما يخدم الاجتهاد من ناحية اللغة إلى يوم الناس هذا الذي تنكر فيه العربية ظلماً؛ فقديماً ألف النووي: تهذيب الأسماء واللغات، وألف محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة رحمه الله كتاب: كتاب الأيمان، وله فيه مباحث فقهية متنوعة ناقشها في ضوء القواعد النحوية والقوانين اللغوية، وألف عبد الرحيم الأسنوي كتاب "التمهيد في تخريج الفروع على الأصول" وأدرج فيه التخريج على قواعد اللغة.

فلغة الفقه عربية ابتداءً، وهي تتكون من مصطلحات اتفق أهل الفقه على معانيها منذ الزمن الأول للتشريع حتى تتمايز عن غيرها من المصطلحات المشابهة، ولتدل على معناها المراد دلالة واضحة، ولا زال الأمر على هذا الاتفاق في كل الأزمنة إلى وقتنا هذا.

أما اللغة الفقهية فهي الألفاظ التي استعملها الفقهاء للدلالة على معنى خاص زائد عن المعنى اللغوي الأصلي، أو هو اللفظ الذي جعل لقباً لمسألة ما⁽¹⁾.

وأهم ما تحتاجه اللغة الفقهية من العربية بناء الجملة في النص الفقهي والنظام اللغوي في فهم النص الفقهي؛ فالنحو والصرف والبيان والتركيب والبلاغة كلها أدوات تُستخدم في الصنعة الفقهية وصياغة الأحكام الشرعية، فكثير من القواعد الأصولية والأحكام الفقهية لها صلة بالقواعد اللغوية وحروف المعاني. إذ لا يمكن فهم النص الشرعي واستنباط الحكم منه دون استيعاب اللغة العربية، ومن هنا قرر علماء الأصول أن من شروط الاجتهاد التمكن من اللغة العربية صرفاً ونحواً وبلاغة⁽²⁾، وقد اعتبر الشاطبي درجات الاجتهاد بحسب التمكن من العربية فقال: المبتدئ في العربية مبتدئ في فهم الشريعة، والمتوسط فيها متوسط في فهم الشريعة، فإذا انتهى إلى درجة الغاية في العربية كان له ذلك في الشريعة، فكان فيها حجة⁽³⁾.

(1) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 64/1.

(2) انظر: شرح تنقيح الفصول، القراني، ص 437.

(3) الموافقات، الشاطبي، 53/5.

فاللغة العربية ضرورية لصياغة الأحكام الفقهية صياغة تدل على المعنى المراد منها شرعاً، فإن أُهملت اللغة العربية فإن الصياغة الفقهية للأحكام الفقهية تكون أعجمية خالصة، وهذا الأمر مشاهد عياناً في هذا العصر عند الموثقين والكتاب ومحرّري العقود الرسمية والعرفية، حيث تجدهم يختارون من ألفاظ العربية ما بدر إلى الذهن يوم الصياغة دون الرجوع إلى المتخصصين في اللغة والتشارك معهم! أو تجدهم يلجؤون إلى الترجمة الحرفية من اللغة الأعجمية إلى العربية؛ إما من النت أو من القواميس دون التأكد مع خبير مترجم، فتأتي كثير من الصياغات غير محكمة في لغتها، مما يجعلها عرضة للتفسيرات والانتحال.

البند الثاني: أنواع اللغة الفقهية

إن اللغة الفقهية هي مجموعها الأحكام والشروط والموانع والأسباب المتعلقة بأفعال المكلفين المستنبطة من النص الشرعي عن طريق قواعد عامة، فهي بذلك تنقسم إلى نوعين هما:

1. لغة الأصول والقواعد العامة، حيث تُعدّ هذه اللغة الأساس الذي ينبغي أن يتم وفقه بناء لغة الفقه. وقد أبداع فيها فقهاء الشريعة تأليفاً وتنسيقاً وتقييداً وتنزيلاً وتمثيلاً منذ العصر الأول حيث شُدَّ وثاقها وأُحكمت مباحثها وبانت عن غيرها واستوت على عودها، فقد ألفوا فيها المطولات والشروح والمتون والحواشي بدءاً من رسالة الإمام الشافعي رحمه الله. وإن الناظر لهذه المؤلفات التي ضمت لغة الأصول يجدها مزيجاً بين قواعد اللغة العربية من نحو وصرف وبيان ودلالة، وقواعد المنطق من كلِّ جزء وقضية وجزئية وغيرها، ومن قواعد ضابطة للعرف. وكلها مما يتوالم مع النص الشرعي ومقاصده.
 2. لغة الفقه المباشر، وهي الأحكام والأركان والشروط والموانع والأسباب التي صاغها الفقهاء من النص الشرعي وفق لغة الأصول، حيث أنشئت فيها الدواوين الكبيرة في كل مذهب فقهي بله المذاهب كلها، وقد عرفت قديماً مؤلفاتها بكتب المسائل حيث صيغت على شكل مسائل كل مسألة لها حكمها ودليلها وشروطها وموانعها وأركانها وأسبابها، وُؤبِت على حسب ما يتعلق بأفعال المكلف وشؤون حياته.
- وقد استخدمت فيها التراكيب العربية الدالة على التنفيذ كالأمر والنهي ومباحثهما، وكذا التراكيب الدالة على النفي واللزوم كالصحة والبطلان والجواز وعدمه.

وقد استخدمت هذه اللغة في الفتيا والقضاء على حد سواء غير أنها في الفتيا غير ملزمة وفي القضاء ملزمة.

البند الثالث: خصائص لغة الفقه

تتميز اللغة الفقهية بمجموعة من الخصائص المميزة لها نذكر منها:

1. الربانية، وذلك أنها مستنبطة من الأدلة الشرعية المباشرة فالكتاب والسنة النبوية المصدران الأساسيان للتشريع، وهذه الخاصية تجعل النص الفقهي قابلاً للتطبيق ديانة وترفع الخلافات حول مصدرية النص، فكل المسلمين خاضعين للشرع ديانة، فهي ربانية المصدر وربانية الغاية، بخلاف النص القانوني فأكبر ما يشوبه مصدريته.
2. الشمولية، وذلك أنها شاملة لكل مناحي الحياة ومتعلقة بكل شؤون البشر سواء كانوا في مكان واحد أو في كل مكان، وسواء كانوا في وضع واحد أو في أوضاع مختلفة، فهي قابلة للتنفيذ.
3. الواقعية، فاللغة الفقهية تُساير الواقع وتتماشى مع مستجدات الأزمان والأعراف، فهي لغة مرنة متجددة بتجدد الوقائع والأحداث قابلة للنظر فيما يُستجد.
4. المثوبة، بمعنى أن الأحكام الشرعية مرتبة على الأجر لمن وافق الشارع قصداً أو من غير قصد، وعلى الوزر لمن خالف الشارع بقصد، وهذا ما يجعل الأحكام الفقهية ذات حدود لا ينبغي التحايل عليها أو التهرب منها بل هي مبنية على الاستسلام.

الفرع الثاني: اللغة القانونية.

البند الأول: مصدرية لغة القانون.

إنه عند تتبع صنعة القانونيين تجدها منصبية في تشكيل نص القانون وشرحه ونقده وترجمته، لكن قلما تجد من أفرد النص القانوني بمفهوم له كما حدّه اللغويون والأصوليون، بل غالب استعمالهم للنص تحت مصطلح القاعدة القانونية أو المادة القانونية. لذلك سوف نذكر هنا آليات تكوين النص القانوني في صياغة مواده أو قواعده.

ينصب غالب عمل المشرع القانوني في شكل الصياغة وإعداد القانون؛ فالمادة القانونية عندهم عبارة عن نص دلّ على حكم واحد، وقد تنقسم المادة إن تكررت أحكامها إلى فقرات كل فقرة تدل على حكم واحد، وقد تنقسم الفقرات إلى بنود إن تكررت أحكامها.

وعرّف النص القانوني بأنه: نص لغوي متخصص الغرض منه الإبلاغ والإعلام والتنفيذ⁽¹⁾

أما القاعدة القانونية فهي تتشكل من أمرين: الفرض والحكم؛ والفرض هو الواقعة أو الحادثة، والحكم هو الأثر الذي يرتبه القانوني على حدوث الواقعة، والأمر بينهما مطرد دوماً؛ إن وقع التصرف أُجري الحكم القانوني⁽²⁾.

فاللغة القانونية هي عبارات محددة بألفاظها يراد بها معنى من المعاني، وقيل هي: الألفاظ والمصطلحات المستخدمة في سنّ القوانين والدساتير وتحرير الوثائق القانونية للدلالة على معنى ما⁽³⁾، فالألفاظ إن ذُكرت مجردة لا يطلق عليها لغة، وكذلك المصطلح إن جُرّد ليس لغةً. إذ اللغة هي ترابط الألفاظ والمصطلحات للدلالة على معنى ما.

وقيل: اللغة القانونية هي عبارات محددة بألفاظها ويراد بها معنى من المعاني⁽⁴⁾.

وإن كانت اللغة الفقهية واضحة المصدرية لمصطلحاتها وألفاظها وهي العربية، فإن اللغة القانونية ليس لها مصدر واحد ترجع إليه، فقد تكون عربية وقد تكون أعجمية، ولذلك أُطلق عليها لغة الفقه، باعتبار أن القانون مستمد من الفقه، وأطلق عليها لغة علم القانون باعتبار القانون علم مستقل عن غيره له لغته وألفاظه ومصطلحاته⁽⁵⁾.

(1) الترجمة والتواصل، الديدواوي محمد، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، 2002م، ص13.

(2) لغة القانون في ضوء علم لغة النص. دراسة في التماسك النصي، سعيد أحمد بيومي، دار الكتب القانونية، مصر، ط1، 2010م، ص25.

(3) مقال: البناء اللغوي للنص القانوني ما بين العربية والفرنسية في ظل لغة الاختصاص، نجاة سعدون، جمال بوتشاشة، جامعة الجزائر2، مجلة الأثر، العدد 28، 2017م، ص37.

(4) النص بين التشريع والإخبار، دراسة منشورة على موقع الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين، طارق البشري، 2007، ص3.

(5) ترجمة العقود المدنية، محمود صبرة، 15/1.

وقد ذكر الباحث جيرارد كورني أن لغة القانون استعمال خاص للغة الوطنية⁽¹⁾؛ بمعنى أن مصدرية اللغة القانونية وطنية ترجع ألفاظها لها، فكل وطن يرغب في سنّ قوانين يتخذ من لغته الأم مصدرا للصياغة.

وأغرب ما أكدوا أن لغة القانون لغة معقدة لا يفهمها إلا أهل القانون، لذلك يعتقد غير القانونيين أن لغة القانون لغة حشو غالبا ما تكون غير مفهومة⁽²⁾، ويؤكد هذا كثير من القانونيين، ولا ندري لم تُعقد؟ وهي موجهة للعامة لتنظيم حياتهم، وأغرب منه أن تكون مصدرية لغة القانون بغير اللغة الوطنية !.

ويذكر Gémar أن لغة القانون تتكون من عناصر أربعة: المعنى والتركيب والمعجم والأسلوب، والعنصر الأول هو العنصر الغامض فيها⁽³⁾، لذلك تجدها معقدة.

البند الثاني: خصائص لغة القانون.

حاول كثير من الباحثين حصر خصائص اللغة القانونية في عدة نقاط أهمها:

- أنها لغة اختصاص، ومعنى ذلك أنها لغة لا يفهم المراد منها وتوظيفها إلا من كان منشغلا بالقانون والتشريع، لذلك لها قاموس مصطلحات خاص وربما نجدتها تختلف من قانوني لآخر، وهذه الخاصية في حقيقتها ترجع بالسلب على القانون ذاته إذ يتضارب القانونيين ذاتهم في فهم النص القانوني في قضية ما مما يؤدي إلى ضياع الحق.

على خلاف اللغة الفقهية فهي تخلو من تعارض التضاد الذي يذكره القانونيون في لغة القانون.

ومما يترتب على هذه الخاصية تقادم المصطلح الأول وقبولها لمصطلحات جديدة مما يجعل القاموس القانوني زاخرا بالمصطلحات.

(1) Linguistique juridique, Gerard Cornu, montchrestien, paris, 1990, p22.

(2) انظر: البناء اللغوي للنص القانوني، ص41.

(3) Terminologie, langue et discours. Sens et signification du langage du droit, Gémar Jean Claude, in Meta, vol.39, n°1, 1991, p. 275

● أنها لغة أمرة وملزمة، ومعنى ذلك أن نصوص القانون صيغت من أجل التنفيذ وأي خرق لها يُعرض للعقوبة، وذلك لأن النص القانوني وضع لتنظيم حياة الناس وضبط تصرفاتهم، ومما يُلاحظ أن هذه الخاصية قد تحمل في طياتها استشكال اختيار الصيغ غير الواضحة كالتّي تدل على الأمر أو النهي، خاصة عند ترجمة القانون من لغة أجنبية إلى اللغة العربية، حيث يمكن فهم النص المترجم في عدة صيغ كلها أمرة ظاهراً لكنها غير أمرة حقيقة.

● تمتاز لغة القانون بكثرة المصطلحات والتعاريف والشروح الكثيرة لها.

● أن لغة القانون لها علاقة مباشرة بالثقافة الوطنية للمجتمع، فما من قانون إلا ويعبر عن ثقافة مجتمعه الدينية والسياسية والاجتماعية والتاريخية والاقتصادية، فالخطاب القانوني حامل للبعد الثقافي ليس في الكلمات والعبارات فحسب بل حتى في طريقة التعبير عنها⁽¹⁾، فمن الجيد أن تكون لغة التقنين في الوطن العربي خصوصاً نابعة من ثقافتنا وتاريخنا وبيئتنا، بدل ترجمتها حرفياً دون الرجوع إلى انتمائنا الثقافي، مما يخلق الثقة في القانون.

والذي يدل على ذلك أن كل دولة اختارت النظام القانوني الذي يتواءم مع انتمائها الثقافي فتحت عدة قوانين: القانون الروماني الجرمانى السائد في فرنسا وغيرها من البلدان ذات الثقافة الواحدة، والقانون الإنجليزي السكسونى السائد في المملكة المتحدة وغيرها، والنظام الإسلامى الذي اعتمده الدول العربية والإسلامية منذ نشأته ثم صيغ في مجلة الأحكام العدلية وظل العمل وفقه إلى غاية زمن الاستعمار، والقانون المختلط الذي رُكّب من عدة أنظمة وهو السائد في الدول المستعمرة وخاصة إفريقيا⁽²⁾.

(1) La traduction juridique et son enseignement: aspects théoriques et pratiques , Gémar Jean Claude, in meta, vol 24,n1, 1979, p37,45.

(2) المدخل لدراسة القانون والشرية، عالية سمير، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002م، ص32-35.

البند الثالث: أنواع النص القانوني

يفيدنا معرفة أنواع النص القانوني في حصر مجال العقود التي نحن بصدد البحث فيها، لذلك ذكرنا هذه الأنواع من باب تحرير محل النزاع.

قسم الباحثون في القانون النص القانوني إلى ثلاثة أقسام هي ⁽¹⁾ :

- نصوص قانونية ذات أهمية عامة وهي التي تصدر عن الدولة عبر المحاكم والمجالس القضائية، من أجل تنظيم شؤون المجتمع وتمس كل أفراد المجتمع؛ وهي القوانين والديساتير والأحكام.
- نصوص قانونية ذات أهمية خاصة وهي النصوص التي تخص النشاطات لها علاقة بفئة من الأفراد دون سواها وهي: العقود والوصايا.
- نصوص قانونية فقهية وهي النصوص التي يكتبها الباحثون في القانون على شكل مقترحات أو مطبوعات أو منشورات.

ولكل نوع من هذه القوانين مصطلحاته وأسلوبه وطريقة إنشائه.

المطلب الثاني: تهيئة الصائغ.

نتطرق في هذا المطلب إلى معدّ النص الفقهي أو منشئ وثيقة العقد، بحكم أنه العنصر الأساس في قيام الوثيقة المتضمنة للعقد، وإن كنا سنتطرق لنظام التوثيق في الفصل الثالث من الباب الأول من هذه الأطروحة، غير أننا نُعرّف هنا فقط بالموثق وشروطه وطريقة تعيينه.

الفرع الأول: الصائغ لغة الفقه وشروطه.

يجب أن ننوه هنا بأن صائغ لغة الفقه ابتداءً هو المجتهد فهو من يحق له الاستنباط وتقرير الأحكام وإحاطها بالمسائل، ونقصد بالمجتهد هنا إما المجتهد المطلق الذي توفرت فيه شروط الاجتهاد، أو المجتهد المنتسب العارف بقواعد إمامه وأصوله وطريقة جريانها في استنباط الأحكام.

(1) La traduction juridique: art et technique d'interprétation, Gémar Jean Claude, in Meta, vol. 33, n° 2, 1998, p. 308-309

وهذا النوع من الصُّنَاع قد قرر له العلماء شروط قبول اجتهاده وليس هذا الذي نود البحث فيه، وإنما نريد أن نخص بالبحث هنا صائغ وثيقة العقود لأنها المقصودة بالبحث في هذه الرسالة. وقد أولى الفقهاء قديماً عناية بالغة لبيان صائغ الوثيقة وقبولها منه، فألفوا في ذلك التأليف المبينة لعمل الصائغ حتى تُضمن جودة ودقة الوثيقة عند التقاضي أو تَسَلَّم وتسليم الحقوق، وقد ألف في ذلك الونشريسي رحمه الله كتاب المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، حيث أبان فيه عن مفهوم الموثق أو الصائغ وشروطه نحاول هنا أن نذكرها:

البند الأول: مفهوم الصائغ

يعتبر الصائغ أو الموثق العنصر الرئيس في نظام إعداد الوثائق والسجلات والعقود والقوانين، لذلك نحاول هنا أن نعرِّف به وبألقابه في النظر الشرعي حتى نتمكن من مقارنة ذلك بما هو معيش في عصرنا الحاضر.

في الحقيقة عند بحثنا عن مفهوم محدد للموثق في كتب الوثائق والشروط التي تناولت التوثيق وأحكامه لم نجد من عرّف الصائغ أو الموثق، فغالب ما تطرق له هؤلاء وصف مهنة الموثق ولُحُوقها بالسلطة أو القضاء أو أنها مستقلة وكذا حديث عن منشئها. وأحسن من كتب في الموثق وأحكامه وآدابه وشروطه من القدامى الإمام الونشريسي في كتابه المنهج الفائق، ولم يتطرق لضبط الموثق أو الصائغ وإنما ذكر آدابه وصفته، وهو أمر مهم لكن لم يجر معنى الموثق حقيقة.

أما في بحوث المعاصرين حول التوثيق فمنهم من أحسن البحث فيه كالدكتور عبد اللطيف الشيخ في كتابه التوثيق لدى فقهاء المالكية، حيث أفرد باباً للموثق وأحكامه غير أنه لم يُبين عن مفهومه وحقيقته بل جلّ ما تطرق له منصبه وعمله، غير أنه أورد كلاماً لابن خلدون في معرض حديثه عن الخطط الدينية في دولة الخلافة فذكر خطة العدول أو العدالة وهي وظيفة الموثقين، وأحسبه أحسن ما كتب عن مفهوم الموثق حيث قال ابن خلدون: "التوثيق وظيفة دينية، وحقيقة هذه الوظيفة القيام عن إذن القاضي بالشهادة بين الناس فيما لهم وعليهم تحملاً عند الإشهاد

وأداء عند التنازع وكتبا في السجلات، تحفظ به حقوق الناس وأملاكهم وديونهم وسائر معاملاتهم⁽¹⁾.

وهو تعريف وصفي لمهنة الموثق لا غير، غير أن ابن خلدون جعل التوثيق وظيفة دينية.

وذكرت الباحثة سعاد رباح بين نوعين من الوثائق؛ كاتب القاضي وهو كاتب الحكم، وكاتب الوثائق بين الناس وهو الموثق⁽²⁾؛ غير أنها لم تسق له تعريفا جامعاً مانعاً يتماشى والقصد من نظرية التوثيق.

وعرفه عبد المنعم جيرة بقوله: قيام موظف رسمي مختص بتحرير العقد بنفسه والتوقيع عليه، بعد تأكده من توافر أركانه وشروط صحته⁽³⁾.

وهو تعريف جيد للموثق غير أن قوله (موظف) صفة للموثق عارية عن العدالة التي ننوّه باعتبارها في هذا الزمان بين الموثقين فدخل هذه الصنعة كل مدّع لها فكثير التحايل والتزوير والتحرير في العقود، وتساهل الناس معها، لذلك أفضل له لو عبّر عنه بالعدل كما عُرف قديماً عند فقهاء المغرب العربي.

ولم يذكر في تعريفه هذا قيمة عمل الموثق وهو الاحتجاج بوثيقته عند التنازع.

ولذلك عرفه عبد الرحمان الأطرم بأنه: العدل المنتصب لكتابة العقود وضبط الشروط بين المتعاقدين في الأنكحة وسائر المعاملات ونحوها على وجه يحتج به⁽⁴⁾.

وهذا التعريف الأخير أحسن ما يظهر لنا من التعاريف كلها، وعليه نختار تعريف الموثق بأنه: العدل المنتصب لصياغة العقود وضبط الشروط بين المتعاقدين في الأنكحة وسائر المعاملات على وجه يصح الاحتجاج به.

(1) انظر: مقدمة ابن خلدون، ضبط: خليل شحادة، مراجعة: سهيل زكار، دار الفكر، بيروت، 2001م، ص280.

(2) نظرية التوثيق، سعاد رباح، ص168 وما.

(3) نظام القضاء في المملكة العربية السعودية، عبد المنعم الجيزة، معهد الإدارة العامة، الرياض، 1988م، ص162، نقلا عن التوثيق وأحكامه، الحامدي، ص100.

(4) مقدمة تحقيق المنهج الفائق، للونشريسي، عبد الرحمان الأطرم، 15/1.

ونقصد هنا بالصياغة ما تم تعريفه بها سابقا وهي ذكر الأركان وأطراف العقد وشاهده ومحلّه وتاريخه والختم عليه.

البند الثاني: شروط صائغ الوثيقة

يعد هذا البند مما أكثر الوثائق الكلامَ حوله فقد أبانوا عن شروط الموثق إبانة مستفيضة، وما ذلك إلا تحرُّرٍ منهم لتعيين صائغ الوثيقة، إذ لولا هذه الشروط فيهم لدبَّ إليهم ما يرجع على مقصد التوثيق بالإبطال؛ إذ القصد من كتابة العقود حفظ أموال الناس، وصيانة المجتمع من الفوضى والتحايل والتزوير، فإن لم يُعين الصائغ وفق شروط محكمة لنقض هذا القصد، لذلك نجد في تاريخ التوثيق أن الأمراء يعزلون الوثائق ويقللون من عددهم ويعينون آخرين وفق توافر الشروط فيهم، وما ذلك إلا لضبط هذه الوظيفة واحترازاً من المهرج والمرج والتحايل والفوضى في المعاملات.

لذلك كانت الوثائق قديماً ضابطةً للمجتمع، وظل الأمراء قديماً يعنون بالوثائق تعييناً وتدريباً ونصحا من أجل هذا القصد، ويعتقد الأمراء اليوم أنهم أحرص على ضبط الوثائق وتعيينهم للقصد ذاته، لذلك سنذكر أهم الشروط التي لها علاقة حقيقية ومباشرة بالموثق إذ بها يتم تعيين الصائغ، وبها تتم المقارنة بين ما اشترطه فقهاؤنا وما يشترطه المشرع اليوم حتى تتمكن من تدارك النقص في المنظومة الوثائقية المعاصرة، ومن خلال اطلاعنا على ما كُتب من شروط للموثق يمكن أن نجملها في متعلقات ثلاث⁽¹⁾ هي:

أولاً: شروط متعلقة بجسد الموثق: ونقصد بها سلامة حواس الموثق؛ بأن يكون سمياً بصيراً متكلماً فصيحاً الكلام، متحركاً حيث يستطيع التواصل مع المتعاقدين لضبط تصرفهما ضبطاً يضمن لهما حقوقهما⁽²⁾، هذا ما ذكره القدامى والمعاصرون حول سلامة حواس الموثقين، وهو أمر محتم فيهم، غير أنه يمكن إضافة شروط أُخر لها تعلق بجسد الموثق وهي الذكاء والفتنة وسرعة

(1) وقد توسعت الباحثة سعاد رباح في أطروحتها في ذكر هذه الشروط بالبيان والتدليل لها، فانظرها هناك، وهنا حاولنا الاقتصاد على أهم الشروط مما يتماشى مع خطة البحث، وتجنباً كذلك للتكرار، انظر: نظرية التوثيق، رباح، ص 178.

(2) انظر: الوثائق المختصرة، الغرناطي، ص 13، المقنع في علم الشروط، ابن مغيث، ص 10، المنهج الفائق، الونشريسي، 68/1، التوثيق لدى فقهاء المالكية، عبد اللطيف الشيخ، 304/1.

البديهة؛ إذ توفرها في الموثق يضمن الحيلولة دون الوقوع في الغلط والإيهام الذي يصاحب عادة أحد أطراف الوثيقة.

ثانياً: شروط متعلقة بشخصية الموثق، ففي هذا الجانب نجد الكتاب يكثر من ذكر هذه الشروط والتركيز عليها، وإيراد نصوص الفقهاء لها والتدليل عليها، كل ذلك لأنها مما يعسر ضبطه ويعسر استمراره في الموثقين، وأهم هذه الشروط أربعة هي:

1. العدالة، وقد بينها ابن عرفة فقال: هي صِفَةٌ مَطْنَةٌ لِمَنْعِ مَوْصُوفِهَا الْبِدْعَةَ وَمَا يَشِينُهُ عُرْفًا وَمَعْصِيَةً غَيْرَ قَلِيلِ الصَّغَائِرِ⁽¹⁾، ويقصد بها البعد عن الصفات التي إن اتصف بها الشخص ظُنُّ به العيب سواءً شرعاً أو عرفاً، وسواء كانت هذه الصفات كبائر المعاصي أم كثرة صغائرها، والعفو عن قليل الصغائر فلا يقدر في العدالة.

وقد أوضح هذه الصفات كُتَّابِ الوثائق قديماً كلُّ بعبارته، وأحسن ما كتب فيها ما ذكره الفشتالي: أن الموثق إن اتصف بصدق اللهجة وحفظ اللسان، وعُرفَ باجتناّب الكبائر، ومحافظاً على ترك الصغائر، صائناً لمروءته، مبتعداً عن الذمائم تحققت فيه العدالة⁽²⁾.

فالفاسق فسقا ظاهراً، ومرتكب الكبائر علناً أو سرّاً، والمصرّ على الصغائر لا يليق توليته صياغة العقود والوثائق، بله الظانّ أنّها صفات تخلفٍ فحجر بها، فأولى به العزل.

2. الديانة، ويقصد بها ظهور شرائع الدين في سيرته جِلاً وترحالاً، فيكون مصلياً محافظاً على صلاته في أوقاتها، يشهد الجمعة والجماعات، صائماً لفرضه، مزكياً لماله إن كان غنياً، مضحياً بأجود ما يجد، وليكن رزقه من الحلال، في الملبس والمأكل والمسكن والمشرب، متمسكاً بشعائر الشرع ﴿ ذَٰلِكَ وَمَنْ يُعْظِمِ شَعَائِرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِنْ تَقْوَى الْقُلُوبِ ۝

الحج 32

وهذه الصفات تمنعه من الوقوع في الحرام أو الشبهة من مأكّل أو مسكّن أو ملبس، وهي مستنبطة من تراجم كثير من الموثقين المالكية.

(1) شرح حدود بن عرفة، الرصاع، ص451.

(2) انظر: التوثيق لدى فقهاء المالكية، ص301.

3. الأمانة، ويقصد بها اتصافه بحفظ ودائع الناس وهي حقوق مادية، وأخرى منه حقوقهم المعنوية، فيحفظ عقودهم حفظاً يليق بها من غير تحريف ولا تبديل، فلا يخلف العهد ولا يغير الشهادة، ولا يفضح السر، ولا يكشف مستور العقود لغير أصحابه.

وقد ركز الشارع في توثيق الرهن على هذه الصفة حيث قال: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنُ مَقْبُوضَةً فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ فَلْيُوَدِّ الَّذِي أُوتِيَ مِنْ أَمَلْتَهُ وَيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ۝۲۸۳ ﴾ البقرة 283.

ثالثاً: شروط متعلقة بالصنعة الوثائقية، وهي:

1. المهارة في عقد الوثائق، وتحقق مهارته في حسن خطه؛ لأن الخط الحسن يزيد الحق وضوحاً، ودقة عباراته، وسلاسة أسلوبه، وحسن ضبط وثيقته، عارفاً بالأسماء والأعداد والحروف التي تتغير وتبديل، عارفاً باللغة وألفاظها وقوالب صياغتها. إذ جودة الصياغة والمهارة فيها يترتب عليه حفظ حقوق المتعاقدين، وضعف المهارة يترتب عليه ضعف الاحتجاج بالوثيقة في إثبات الحقوق.
 2. أن يكون فقيهاً عالماً بأصول الحلال والحرام، وبأقوال الفقهاء وما جرى به العمل بين المفتين، ومطلعاً على أجوبة المتأخرين، لتكون له أصلاً يعتمد عليه⁽¹⁾، فقد نقل الونشريسي عن أبي الفرج المالكي التونسي أنه قال: من جهل الحكم الشرعي لم يوثق بوثاقته⁽²⁾.
- عارفاً بعلم الحساب والفلك والأيام والشهور والأعوام وتواريخ الأحداث، عالماً بالتركات وقسمتها.

(1) المقنع في علم الشروط، ابن مغيث، ص 10.

(2) المنهج الفائق، الونشريسي، 78/2.

البند الثالث: طرق تعيين الصائغ في الفقه الإسلامي.

إن المتتبع لطريقة تولية الوثائق عبر التاريخ الإسلامي والمتتبع لصنعتهم وكيف انتشرت شهرتهم بها في أوساطهم، يجد أن الأمر اتخذ أشكالا وصيغا عدة لتوليتهم، حيث نجد الأمر بدأ تعيينا لوثائق بعينهم، فقد اشتهر عدد من الوثائق في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم يكتبون عقود الناس.

وهذا ما أكده ابن بري⁽¹⁾ حيث قال: وكان الصحابة رضي الله عنهم يكتبون الوثائق على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وبعده⁽²⁾.

وذكر أن الصحابييين عبد الله بن الأرقم الزهري والعلاء بن عقبة من الموظفين على كتابة الرسائل والوثائق والمدائنات وسائر العقود في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، وكان الكاتب لعهوده صلى الله عليه وسلم إذا عاهد، وصلحه إذا صالح، علي بن أبي طالب⁽³⁾، وقد ذكرت لنا كتب التراجم ما كتبه النبي صلى الله عليه وسلم من إقطاعات وصكوك وبيوع لعدد من الصحابة وممن باع منهم أو اشترى.

والمقصود من هذا كله أن الوثائق تعينوا في زمن التشريع وفي زمن الصحابة رضي الله عنهم.

ثم انجذ الأمر حرفةً وصنعة امتنهنها جمعٌ من الوثائق عبر التاريخ، وتذكر لنا كتب التراجم والطبقات أن من الموثقين من فتح داره للتوثيق كخارجة بن زيد بن ثابت يكتب الوثائق للناس

(1) هو أبو محمد عبد الله بن أبي الوحش بري بن عبد الجبار بن بري المقدسي الأصل المصري، الإمام المشهور في علم النحو واللغة والرواية والدراية، كان علامة عصره، وكان إليه التصفح في ديوان الإنشاء، لا يصدر كتاب عن الدولة إلى ملك من ملوك النواحي إلا بعد أن يتصفحه ويصلح ما فيه من خلل خفي، توفي بمصر ليلة السبت 27 شوال 582هـ، انظر ترجمته في: وفيات الأعيان، ابن خلكان، 109/3.

(2) نقلا عن: التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي، سعد الحامدي، دار السلام، ط1، 2010م، ص77.

(3) انظر: أسد الغابة في معرفة الصحابة، ابن الأثير، ت: علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م، 168/1، الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر، ت: علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م، 447/4.

وينتهي الناس إلى قوله⁽¹⁾، ومنهم من فتح دكانا للتوثيق، وهي صنعة أكثر الأندلسيين⁽²⁾، وقد اعتمدت قديما وثائقهم في إثبات الحقوق والحجاج بها، والتقاضي وفقها.

ثم جعل التوثيق خطة من خطط الدولة، يتم فيها تعيين الموثق وتنصيبه وقبول وثيقته وكذا يتم عزله إن دعت الضرورة للعزل، فإما يعينه أو يعزله السلطان أو يعينه القاضي ويعزله، ولا يباشر الموثق مهمته إلا بعد أن يعدله القاضي ليكون أهلا لها، وفي كل زمن تُتخذ لهم أسماء يعرفون بها؛ كالعدل أو العدول أو الشاهد، وكانت لهم أمكنة خاصة للتوثيق والعقد⁽³⁾.

وبعد جعل التوثيق خطة من خطط الدولة أصبح يطلق على وثائق الموثق المنصب وثائق رسمية، ويطلق على وثائق الحربي والمتمهن لها وثائق عرفية.

المطلب الثالث: أنواع الصياغة الفقهية وأساليبها.

ونقصد بأساليب الصياغة؛ الألفاظ التي يختارها الموثق عند صياغة الوثيقة. والعناية بالألفاظ تعد عند الأصوليين من مرتكزات البحث الأصولي، فلقد تتبعوا اللفظ من أول وضعه إلى منتهى استعماله، وتحققوا من وضوحه أو إبهامه من حيث دلالة على معناه.

وقد وضعوا علم دلالات الألفاظ في أساليب متداخلة وتقسيمات متشعبة وقضايا جوهرية، فنالوا به قصب السبق في بيان الألفاظ للمعاني واستخدامها.

والتمكن من استخدام الألفاظ وفق هذه المناهج يجعل الموثق في مأمن من أي تعثر أثناء صياغته للوثيقة.

لذلك نقصد بهذا المطلب بيان الأساليب التي ينبغي على الصائغ معرفتها وبناء الوثيقة عليها، لذلك نحاول أن نبين أنواع الصياغة الفقهية وذكر خصائصها في فرعين اثنين.

(1) التاريخ الكبير، أبو خيثمة ت279هـ، ت: صلاح هلال، دار الفاروق للطباعة والنشر، القاهرة، ط1، 2006م، 163/2.

(2) انظر: تاريخ علماء الأندلس، ابن الفرضي ت403هـ، اعتنى به: عزت العطار، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط2، 1988م

(3) انظر: التوثيق لدى فقهاء المالكية، عبد اللطيف الشيخ، ص266 وما بعدها.

الفرع الأول: أنواع الصياغة وأساليبها

إنّ صناعة المعنى واستمداده من النصّ الشرعي لاقي اهتماما بالغا من علماء الأصول، بدءاً من التحقق من اللفظ وعلاقته بالمعنى، فاللفظ هو السبيل إلى البيان، ولا بيان إلا بالألفاظ المعبرة عن المعاني التي جاء عليها في اللغة⁽¹⁾.

لذلك نجد أن الأصوليين يجعلون نوعين من النصوص الدالة على المعاني؛ النص القطعي والنص الظني، وهما المقصودان بأنواع الصياغة.

البند الأول: الصياغة القطعية

أول ما يجب بيانه أن فهم النص ومعالجته وتطبيق المراد منه ينطلق من اللفظ، ومن لم يسع في الألفاظ حُجِب عنه المعنى المراد من النص، والنصوص كما سبق قطعية وظنية، وفي هذا البند نفهم الصياغة القطعية.

ولإبانة معنى الصياغة القطعية يستوجب أن نبسط معنى القطع ابتداءً؛ وهو في اللغة يدل على إبانة الشيء والغلبة بالحجة، قال تعالى " **قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُوْا أَفْتُونِ فِي أَمْرِ مَا كُنْتُمْ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّى**

تَشْهَدُونَ ﴿٣٢﴾ النمل 32.

وفي الاصطلاح عرّف القطع بتعاريف منها تعريف التفتازاني "القطع يطلق على نفي الاحتمال أصلاً، وعلى نفي الاحتمال الناشئ عن دليل"⁽²⁾

وينبغي على هذا التعريف أمور:

- أن القطع ليس معه احتمال.
- أن الاحتمال الناشئ عن دليل لا يؤثر في القطع.

أما الدلالة القطعية فقد عرفها أمير بادشاه بقوله "القطعية أي الثابتة بدليل قطعي لا شبهة فيه"⁽¹⁾

(1) انظر: التقريب لحد المنطق، ابن حزم، ص 282.

(2) التلويح على التوضيح، 35/1.

أما اليقين في اللغة هو زوال الشك. وفي الاصطلاح يعرفه ابن قدامة "اليقين ما أذعنت النفس إلى التصديق به وقطعت به"⁽²⁾

وتكاد تنحصر الأحكام القطعية في الفقه في المعلوم من الدين بالضرورة؛ الواجبات والمحرمات والحدود والمقدرات والفرائض، وقد عبّر عنها الغزالي بجليات الشرع، فهذه الأحكام الحق فيها واحد، والمصيب واحد، والمخالف لها آثم، والمنكر لها مارق⁽³⁾.

والمراد بالقطع هنا: الجزم وعدم الاحتمال، وذلك باختيار الألفاظ المحكمة التي لا يمكن تأويلها أو تبعث الشك وتدفع اليقين منها.

وبناءً على هذه المفاهيم فإن الصياغة القطعية للعقد هي: تهيئة وثيقة عقد تتضمن أحكاماً شرعية فقهية في قوالب قطعية من حيث الشكل والأسلوب، لتصبح قابلة للتنفيذ الفعلي لها.

البند الثاني: أساليب الصياغة القطعية

ونقصد بالأساليب هنا نوعي القطع الذي ذكره الأصوليون وهو القطع العقلي البديهي؛ كالكل أكثر من الجزء، وعدم اجتماع النقيضين وغيرها، والقطع اللفظي؛ وهو ما يعبر به المتكلم نطقاً أو كتابة، وهو ما يجب بيانه هنا لتكون الصياغة قطعيةً، فالصائغ عليه معرفة الألفاظ التي ينبغي أن يتخذها في بناء وثيقة العقد.

ولظهور القطع العقلي البديهي واتفاق العقلاء عليها، فإننا نذكر هنا صيغ القطع اللفظي فقط، من الناحية الشرعية، وقد عدّ الأصوليون بعض الألفاظ قطعية منها⁽⁴⁾:

(1) تيسير التحرير، 10/1.

(2) روضة الناظر، 129/1.

(3) المستصفي، الغزالي، ص 342.

(4) انظر هذه الألفاظ في: تفسير النصوص، محمد أديب صالح، 142/2. وليس الهدف من ذكر هذه الألفاظ التمايز بين منهج الفقهاء والمتكلمين في تقسيمها واعتبارها، وإنما الهدف منه معرفة الألفاظ التي عدّها الأصوليون تدل على المعنى المراد منها قطعاً.

- النص: وهو اللفظ الذي يفيد بنفسه من غير احتمال، أو هو اللفظ الذي لا يتطرق إليه الاحتمال أصلاً، وأمثله في النصوص الشرعية كثيرة؛ كالأعداد والعدد والكفارات وغيرها، فقد وردت بألفاظ خاصة قطعية غير محتملة.
- الأمر المعين، أو الواجب المعين: وهو ما طلب الشارع فعله بعينه دون تحيير.
- صيغة الأمر الدالة على الوجوب، وصيغة النهي الدالة على التحريم.
- اللفظ المفسر، وهو ما دل على المعنى دلالة واضحة لا يبقى معها احتمال التأويل، أو التخصيص.
- اللفظ المحكم، وهو اللفظ الذي دل على معناه دلالة قطعية من غير احتمال التأويل أو التخصيص أو النسخ.
- اللفظ المقيد بصفة من صفاته تحصر المعنى المراد فيها وتمنعه عن غيرها.

وعليه فالصياغة القطعية يراد بها: النصوص التي تدل على معنى واحداً بألفاظ خاصة لا تقبل الاحتمال والتغير مطلقاً.

وعندما يصاغ عقدٌ أو مسألةٌ ما صياغة قطعية تفصح عن المعنى فإنه عند التقاضي يتبَّه القاضي فقط من حصول الواقعة وأطرافها، ثم يفصل في نزاعها، ومثل ذلك أحكام الميراث التي وقع عليها الإجماع فإنه ينبغي أن تصاغ بأسلوب قطعي يرفع الخلاف والشك منها. لذلك فالصياغة القطعية تمنع القاضي من التقدير والتأخير والتأويل أثناء تطبيقها.

البند الثالث: الصياغة الظنية

يستعمل لفظ الظن في اللغة لليقين والشك؛ فهو من الأضداد إذ يُستعمل في معنى الشك وفي معنى اليقين وهما ضدان. ويُستخدم في لغة العرب في التهمة كذلك⁽¹⁾.

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، 462/3، القاموس المحيط، ص1213.

أما في الاصطلاح الأصولي الفقهي فإن العلماء ذكروه بمعنى واحد، غير أن ألفاظهم في التعريف به اختلفت، وهنا نذكر مفهومها له حتى تتمكن من فهم الصياغة الظنية للنصوص من المنظور الفقهي.

فقد عرفه الشيرازي فقال: هو تجويز أمرين أحدهما أظهر من الآخر⁽¹⁾.

وعرفه الآمدي فقال: الظن هو ترجح أحد الاحتمالين في النفس على الآخر من غير قطع⁽²⁾

وقال الجرجاني: الظن: هو الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض⁽³⁾، وقيل هو الحكم بالطرف الراجح بين معنيين⁽⁴⁾.

ونفهم من هذا البيان للظن أنّ اللفظ الظني ما كان يحتمل أكثر من معنى ولا يمكن القطع بأحد هذه المعاني وترجيح أحدها إلا بقريضة، وهذا عمل المجتهد الذي له وسع في النظر والتحري في الألفاظ واستنباط المعنى المراد منها. لذلك قرر الأصوليون أن اللفظ الظني المحتمل لا يصح العمل به محتملا إلا مع الاجتهاد في ترجيح أحد المعاني على الأخرى، فإن ترجح أحد المعاني على الآخر وجب العمل به والمصير إليه، ولا يكون هذا إلا بطريق الاجتهاد، ولذلك قرر الأصوليون قاعدة جلية من أجل حفظ اللفظ فقالوا: كل مظنون يجب العمل به⁽⁵⁾.

وعليه فالصياغة الظنية: تهيئة وثيقة عقد تتضمن أحكاما شرعية فقهية في قوالب ظنية من حيث الشكل والأسلوب، فلا تصبح قابلة للتنفيذ الفعلي لها إلا بوجود قرينة ترجح أحد معانيها.

(1) اللمع في أصول الفقه، الشيرازي، 4/1.

(2) الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي، 13/1.

(3) التعريفات، ص 144.

(4) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، الأصفهاني، 23/1.

(5) أنظرها في: نهاية السؤل شرح منهاج الأصول، الإسوي، ص 14، ونوه هنا أن ابن حزم خالف هطه القاعدة وقال بأن الظن لا يجب العمل به؛ لأن الظن غير الحق فهو باطل وهو من أكذب الحديث فلا يصار إليه، الإحكام، ابن حزم، 175/4.

وعادة ما تكون هذه الصياغات ملحقة بنود توضح المراد من اللفظ، ومثال ذلك في كتاب الوثائق المختصرة للغرناطي يذكر صيغة عقد ثم يعقبه بفقهاء العقد، وفي فقه العقد يوضح المعاني المرنة والظنية توضيحا يرفع التأويلات البعيدة عنها، وهي صنعة الإمام الفشتالي في وثائقه وهذا ما سيأتي معنا في الفصل الثالث من هذا الباب.

البند الرابع: أساليب الصياغة الظنية

والمراد بها الأساليب الكلامية التي تحمل الاحتمال بين سطورها، مما يجعل القارئ لها يتوقف في فهم المراد منها إلا بالنظر والبحث عن قرائن ترجح أحد المعاني على غيره، وقد وُجِدَت صياغات نصّ الأصوليون على وجود الاحتمال معها، ونذكرها هنا ليمكن الصائغ من اختيار الأسلوب الأمثل في الصياغة:

- الخفي وهو اللفظ الذي اشتبه معناه وخفي المراد منه بعارض في الصيغة يمنع نيل المراد بها إلا بالطلب، وقيل هو الذي لا يُفهم المراد منه إلا بقرينة⁽¹⁾.
- المشكل هو اللفظ الذي يشتبه المراد منه بدخوله في أشكاله على وجه لا يعرف المراد منه إلا بدليل يتميز به من بين سائر الأشكال⁽²⁾.
- المجمل هو اللفظ الذي يتناول مسميات كل واحد منها يجوز أن يكون مرادا للمتكلم كقوله تعالى ﴿وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾⁽¹⁴¹⁾ الأنعام 141 ، فإنه يشمل العشر ونصف العشر وربع العشر فكل واحد منها يجوز أن يكون مرادا⁽³⁾.

والفرق بين الخفي والمشكل أن الخفاء في الأول لا بسبب من ذات اللفظ، وإنما بسبب التطبيق من حيث شمول اللفظ، فالخفي يُعرف المراد منه ابتداءً، وإنما يجيء الخفاء في احتمال شموله لبعض عناصره مثل لفظ السارق هل يشمل النباش أم لا؟ وأما المشكل فالخفاء فيه يجيء من ذات اللفظ، ولا يُفهم المراد منه إلا بدليل من الخارج.

(1) أصول السرخسي، 167/1، شرح تنقيح الفصول، القرائي، 46.

(2) الوجيز في أصول الفقه، الزحيلي، 12/2.

(3) تخرج الفروع على الأصول، شهاب الدين الزنجاني، ت: محمد أديب صالح، ص 118.

والفرق بين المشكل والمحمل هو أن المراد من المشكل قائم، وإنما الحاجة في تمييزه من أشكاله، أما المراد في المحمل فغير قائم، ولا يمكن معرفة تفصيله من ذات اللفظ، ولا بمجرد الاجتهاد الفقهي في التفسير، وإنما يكون معرفة المراد منه بالبيان والتفسير، وذلك البيان دليل آخر غير متصل بهذه الصيغة⁽¹⁾.

والطريق لإزالة الإشكال في اللفظ المشكل هو اجتهاد المجتهد، لأن الإشكال في النصوص الفقهية ليس معناه إبهاماً لا يفهم منه الحكم، بل معناه احتمال في اللفظ أو في الأسلوب، يجعل المعنى لا يفهم إلا بعد التأمل والترجيح⁽²⁾.

• المتشابه وهو اللفظ غير المتضح المعنى، وقيل هو ما احتل نظمه لعدم الإفادة، وذلك لاشتماله على ما لا يفيد شيئاً ولا يفهم منه معنى، وقيل: هو غير معقول المعنى⁽³⁾، وقد يستعمل الأصوليون هذا اللفظ ويراد به المحمل⁽⁴⁾.

وهذا النوع من الألفاظ إن كان المراد به المعنى الأول فلا يصح الصياغة به لحفاء المراد منه، كالطلاسم والرموز مثلاً فهي غير متضحة المعنى ولا يفهم منها شيئاً، لذلك لا تدخل هذه الألفاظ في الصياغات الفقهية.

• المطلق هو ما دل على شائع في جنسه من غير شمول ولا تعيين⁽⁵⁾، فالحكم معه قطعي الدلالة، لكن المعنى منه غير قطعي بل يحتمل احتمالاً داخل جنسه بالتناوب.

• المجاز وهو اللفظ المستعمل في غير موضوعه الأصلي لعلاقة⁽⁶⁾.

(1) انظر: تفسير النصوص، محمد أديب صالح، 150/2.

(2) دراسات أصولية في القرآن الكريم، محمد إبراهيم الحفناوي، ص 276.

(3) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الشوكاني، 357/1.

(4) إيضاح المحصول من برهان الأصول، المازري، ت: عمار طالبي، دار الغرب، ط 1، ص 314.

(5) انظر: البحر المحيط، الزركشي، 6/5.

(6) الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها، عبد الكريم النملة، ص 183.

هذا النوع من الألفاظ إن استخدم في الصياغة دون بيان العلاقة أو القرينة الدالة على المجاز فهو من قبيل اللفظ الذي لا يفصح عن المراد فيقع فيه الإشكال والإلباس، فقد يجنح الصائغ لوثيقة العقد إلى هذا النوع من الألفاظ من أجل السجع وصلوحية شكل العقد وبنوده، ويغفل عن بيان القرائن والعلاقات بين الحقيقة التي تركها والمجاز الذي استخدمه فيكون قد أوقع القارئ والقاضي وفق هذا العقد في اللبس والإشكال والغموض، لذلك في الصياغات الفقهية المرنة إن استخدم هذا النوع من الألفاظ أن يكون بقرينة تابعة للاستخدام تظهر المراد من اللفظ المجازي.

وعليه فالصياغة الظنية يراد بها: النصوص التي تدل على معنى واحداً أو أكثر بألفاظ تقبل الاحتمال والتغير.

وعندما يصاغ عقدٌ أو مسألةٌ ما صياغةً ظنية فإنه يسمح للقاضي التأويل لألفاظها بما يسمح له النص، وعادة ما تستعمل هذه الصياغات في الفقه في باب التقديرات القضائية؛ حيث تترك الحرية للقاضي في تقدير الأضرار مثلاً أو العقوبات أو غيرها، فمثل هذه الصياغات تجعل الحكم يستجيب للظروف والملايسات التي تتغير بتغير الأعراف والأزمان والأحوال والأماكن، وهذا ما يدل على مرونة الفقه وقماشيه مع الوقائع، وبسط النظر والتأني في تقرير العدل بين المتخاصمين.

الفرع الثاني: الفروق بين الصياغة القطعية والظنية

بالنظر إلى المفاهيم السابقة للقطع والظن وأساليبهما فإننا نلاحظ وجوهاً يتفقان فيها وأخرى يختلفان فيها، وهو أمر لا بد من ذكره لتأكيد أهمية الصياغة الفقهية في التحكيم.

البند الأول: أوجه الاتفاق بينهما

1. كلاً من الصياغة القطعية والظنية يوجب التصديق لهما، وتسكن النفس لهما؛ فالظن يوجب التصديق، والقطع يوجب العلم واليقين على ما قرره علماء الأصول، لذلك ما من صياغة فقهية متخذة من هذين الأسلوبين إلا ولها القبول شرعاً وقضائياً ما لم تعارض معلوماً من الدين بالضرورة.

2. كلا الصياغتين الفقهيتين ثبتت أحكامهما من الدليل الشرعي، وهذه مزية للفقه في مصدريته، فما كان مصدره واضحاً يبعث الراحة في الأخذ به والعمل وفقه طواعية.

3. كِلا الصياغتين عمل بالراجح من القول، قال الطوفي: بين العلم والظن قدرا مشتركا من الرجحان؛ فالعلم عمل بالراجح جزما، والظن عمل بالراجح من غير جزم⁽¹⁾.
4. أن القطع والظن لا يجتمعان متناقضين في قضية واحدة؛ بمعنى لا يمكن التناقض بينهما في مسألة واحدة، فإما أن تكون قطعية وإما أن تكون ظنية، وبمعنى أدق: إذا وجدت صياغة فقهية قطعية لا يمكن دخول الظن فيها وإلا لما سُميت قطعية، والعكس صحيح، لذلك قال الإمام الغزالي: فإن قيل: هل يجتمع علم وظن؟ قلنا: لا، فإن الظن لو خالف العلم فهو محال؛ ولأن ما علم كيف يظن خلافه؟⁽²⁾.

البند الثاني: أوجه الاختلاف بينهما

بناء على ما سبق فإنه يمكننا أن نسوق أوجه الاختلاف بين الصياغتين فيما يلي:

1. الصياغة القطعية ينتفي معها الاحتمال بخلاف الصياغة الظنية، وهذا أمر يساعد على تطبيق سلطة الفقه مع الصياغة القطعية، ويساعد على مراعاة ظروف تطبيق الحكم الفقهي المصاغ صياغة ظنية، فلا جمود مطلق في الفقه ولا مرونة وانسياب مطلق كذلك.
2. الصياغة الظنية يجوز معها تجويز احتمالين فأكثر، خلاف الصياغة القطعية فلا يجوز معها إلا معنى واحد فقط.
3. لا يتصور حدوث التناقض بين الصياغات القطعية، بينما يتصور حدوث التضارب بين الصياغات الظنية، والعمل فيها على الترجيح بين المعاني والدلالات بناءً على القرائن والأحوال.
4. الصياغة الفقهية المرنة لا يدخلها الاجتهاد في بيان المراد منها، ولا يصعب تأخير تطبيقها، بخلاف الصياغة الظنية فهي مبنية على الاجتهاد في البحث عن القرائن والترجيح بين المعاني من أجل الوصول إلى المعنى الذي يحقق المقصد الشرعي منها، وهذا أمر يأخذ وقتا وبالتالي تأخير النظر في الصياغة الظنية أمر وارد ابتداءً.

(1) شرح مختصر الروضة، الطوفي، 161/1.

(2) المستصفي، الغزالي، ت: محمد عبد السلام عبد الشافي، ص 375.

الفرع الثالث: خصائص الصياغة الفقهية

لا نحاول الإكثار من سرد هذه الخصائص فقد ألفت التآليف الكثيرة التي بيّنت خصائص الفقه الإسلامي وتمييزه عن التشريع الوضعي، وإنما نذكر هنا الخصائص التي لها علاقة بالصياغة الفقهية خصوصاً، وهي مستنبطة من المراجع التي ذكرت خصائص الفقه⁽¹⁾:

1. ترجع الصياغات الفقهية في أساسها إلى الوحي، فالصائغ للأحكام الفقهية في قوالب وأشكال قابلة للتنفيذ فقيه مقيّد بمراعاة نصوص الشريعة الثابتة في الكتاب والسنة، وهذا الأمر تمتاز به الأحكام الفقهية عن غيرها من الأحكام الوضعية، حيث إنّ متكأ الصائغ للوثيقة الشرعية واضح ومتين، بخلاف صائغ الوثيقة من الناحية الوضعية فهو يستند إلى آراء فلسفية وأحكام وضعية يطرأ عليها التغيير عادة.

2. أن الصياغة الفقهية للعقود مهّدت الشريعة لقبولها ونفوذها بوازع الدين والأخلاق، وهذا الأمر يجعل بناء الوثيقة بين المتعاقدين مبنيًا على الأمانة والصدق، وهذه الخصيصة واضحة عياناً في أفعال النبي صلى الله عليه وسلم وأقواله، ونقصد بالوازع الديني تقوى الله سبحانه وتعالى ومراقبته، وقد أخبرتنا الوقائع الكثيرة في الزمن الأول للتشريع وبعده أن نتيجة هذا الوازع كانت تظهر دوماً في أشكال متعددة في حياة الناس كما في رد المظالم لأهلها، والعفو عن ظلم، والاعتراف بالخطأ، وهذا لعمرى أمر عزيز اليوم في ظل التشريعات الوضعية.

فالصياغات الفقهية لا يُعتمد في تنفيذها على السلطة فحسب بل يعتمد بشكل أكبر على الضمير الديني الذي يقيد صاحبه بفكرة الحلال والحرام.

3. أن الجزء في الصياغة الفقهية مرجعه إلى الجزء الديني من جهة، وإلى الجزء الأخرى من جهة أخرى، وهذه الازدواجية في ترتيب الجزء أمرٌ تفتقده التشريعات الوضعية، حيث يوجد في الشريعة الأمر الملزم قضاءً والأمر الملزم ديانةً.

4. قابلية الصياغة الفقهية للتطور حسب اختلاف الزمان والمكان، حسب الثابت والمتغير فيها.

(1) انظر على سبيل المثال: الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، يوسف القرضاوي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1999م، ص10 وما بعدها.

5. يتميز الفقه عموماً بالشمولية والإحاطة؛ فهو شامل لكل مناحي الحياة الفردية والشخصية والأسرية والمادية والاجتماعية والسياسية وغيرها، ومحيط بكل الأعراف والظروف والألفاظ في وسائط البشر، والصياغة الفقهية من الفقه فميزتها من ميزته.
6. يتميز الفقه بالعالمية والموضوعية؛ فالدين الإسلامي عموماً خطاب للعالمين وليس خاصاً بمجتمع دون آخر، فهو قابل للتنفيذ في كل المجتمعات بثبات واحد ومقصد واحد، وهذا أمر يعزز موضوعيته في التعامل مع الظروف الطارئة لكل مجتمع، والصياغة الفقهية جزء منه.

المبحث الثالث:

أهمية الصياغة الفقهية للعقود

كما تقرر في المبحثين السابقين فإن الصياغة الفقهية هي تلك العملية التقنية التي يتم وفقها تهيئة النص الفقهي في قوالب وأشكال تستوعب المقصد الشرعي منه، وتسهّل مهمة التقاضي وإثبات الحقوق من خلالها، خاصة في جانب التعاقد الذي يكثر فيه التأويل والتزوير والتحايل، لذلك فالصياغة الفقهية جزء مهم في ضبط منظومة تعاقدية قابلة للتنفيذ، ومؤدية لتطبيق مقاصد الشرع الحنيف.

ففي مطالب ثلاثة نذكر النقاط التي توضح أهمية الصياغة المحكمة للعقود، مع التعرّيج على بعض العثرات للصياغة الوضعية للعقود في المؤسسات المعاصرة.

المطلب الأول: الصياغة المحكمة أفضل طرق تجسيد العدل.

وبمفهوم المخالفة فإن الصياغة السيئة أسوأ أنواع الطغيان⁽¹⁾؛ بمعنى أن الصياغة إن لم تكن بلغة محكمة وعبارات سلسلة، جاءت المعاني غير واضحة وقد تكون متناقضة أو متضاربة، وتجعل لأحد طرفي التعاقد ثغرة للتحايل والتزوير، كما تجعل التقاضي وفقها في حيرة وارتباك. وهذا الأمر كفيل بزرع الفوضى واللاثقة في المجتمع.

لذلك يعدّ الاعتناء بالصياغة وإحكامها بألفاظ واضحة ونصوص جيدة كفيلا برد الاعتبار لحقوق المتعاقدين معاً من جهة، وكفيلا بتحقيق العدل وبسط الأمن التعاقدي لدى المؤسسات من جهة أخرى، حيث لا يحدث مع الصياغة المحكمة التأويل والتزوير والتعسف وأكل حقوق الناس بالباطل.

فالصياغة المحكمة تجعل حقوق كلا المتعاقدين مضمونة ابتداءً، كما تجعل كل أطراف العقد يفهمون العقد وشروطه بشكل واضح لا مرية فيه. فإحكام صياغة العقود يُعدّ قاعدة: لا عذر

(1) انظر: قواعد الصياغة التشريعية - مدونة الأسرة نموذجاً -، مولاي عبد الرحمان قاسمي، دار السلام، ط2018، ص36.

لأحد في جهل القانون⁽¹⁾، التي جاءت في التشريعات الرومانية وأصبحت هي من تتحكم في التعاقد، وبسببها تم التسلط على إرادة الناس وحقوقهم، فهي ثغرة لا بد من سدها.

والصياغة المحكمة تحاول كثير من المؤسسات التشريعية في العالم أن تصل إليها، فتجدها تُسخر الإمكانيات اللازمة لها. وفي فقهننا الإسلامي بديل لما تعانيه كثير من تلك الدول الطامعة في تحقيق العدل الاجتماعي في مجتمعاتها. إذ الأحكام الفقهية ربانية المصدر تُحقق مقاصد حسنة يطمئن لها أفراد المجتمع.

ولذلك الصياغة الفقهية المحكمة للعقود تضمن:

- التطبيق الأمثل لأحكام الشرع ومقاصده، وهي الغاية من الشريعة.
- تحقيق العدل بين المتعاقدين الذي يفضي إلى زرع الثقة بين المتعاقدين في المجتمع، وهما؛ أي العدل والثقة يؤديان إلى تحقيق التنمية في كل المجالات.
- التشجيع على الاستثمار المالي الأمثل، وخلق النشاطات الاقتصادية.

المطلب الثاني: الصياغة الفقهية المحكمة تحقق مقاصد الشريعة

إن أهمية الصياغة المحكمة للعقود تتجلى أكثر لما تكون سبيلا إلى تحقيق مقاصد الشرع في العقود وتنظيم حياة الأفراد والمجتمعات وحتى المؤسسات، على خلاف الصياغة الوضعية فإنها مبنية على مقصد الغاية؛ أي الغاية التي يطمح لتحقيقها في المجتمع بغض النظر هل هي غاية موافقة للشرع أم مخالفة له، وهو الأمر الذي وسَّع الخرق بين الفرد والصياغات التشريعية للعقود، فعدم الثقة في الغاية مُفضٍ إلى الخوف من التعامل بالصياغة الوضعية.

لذلك الصائغ يجب عليه أن يهتم بالصياغة اهتماما بالغا يفضي إلى تحقيق مقاصد الشارع في التصرفات المالية. إذ الشارع الحكيم وضع أهدافا ومقاصد خاصة لكل عقد، وإحكام صياغة

(1) يقصد بهذه القاعدة أن الفرد لا يستطيع التخلص من حكم قاعدة قانونية سائرة المفعول بحجة أن لا علم له بها، فجهله لا يعد عذرا له في عدم الخضوع للقانون. انظر: الموسوعة القانونية: <https://elawpedia.com/>

العقود كفيل بتطبيق هذه المقاصد، وعدم مراعاة هذه المقاصد يجعل هذه المواد المصاغة حمالة أوجه، تفتح باب التأويل والتهرب لها عند التطبيق.

ولا يفوتنا هنا أن ننوه لأمر بالغ الأهمية، فالصائغ للعقود صياغة فقهية عليه أن يستقرئ واقعه وعُرفه، حتى لا تكون صياغته للعقود مصادمة لما هو متعارف عليه في مجتمعه، والغريب حقا أن الصياغات الحالية للعقود اليوم لم تراعى الاتجاه العام للأفراد في المجتمع، فكانت غايتها ابتداءً غير واضحة، كما يجب عليه الاهتمام بالعلوم الأخرى المكملة لمهمته كعلم الاجتماع والقانون والنفوس والسياسة والمنطق واللغة وغيرها.

فالصياغة الفقهية المحكمة للعقود تتكفل بتطبيق المقاصد الشرعية لها وهي:

- تحقيق العدل ورفع الظلم؛ وذلك أن المعاملة المالية مبنية شرعا على هذا القصد، قال الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾⁽²⁷⁸⁾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ⁽²⁷⁹⁾
- البقرة 279 ، فالله جل قدرته نصَّ على القصد من تحليل البيع وحرمة الربا، فالظلم مرفوع شرعا في كل العقود.
- تحقيق مقصد التيسير ورفع الحرج⁽¹⁾، ويقصد التسهيل على المكلفين والتخفيف عنهم فيما خفف عنه الشارع، كالغمر اليسير الذي عفا عنه الشارع، ومراعاة الضرورة في بعض المعاملات، ومراعاة أعراف الناس وغيرها.
- منع أكل أموال الناس بالباطل، وهو قصد شرعي متعلق بكل عقد مالي، والمقصود به أكل المال بغير حق شرعي، والشارع وضع له صورا كثيرا كالربا، والرشوة، والغصب.
- منع الغرر والضرر في العقود، فهو قصد شرعي ملحوظ في تصرفات الشارع فقد نص النبي صلى الله عليه وسلم: " بأن لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾ ، ومنع الغش والخديعة والمحاباة وغيرها، لذلك أمر الشارع بتوثيق العقود حماية لها من الغرر والضرر.

(1) انظر: مقاصد الشريعة في المعاملات المالية عند ابن تيمية وأثرها في الأحكام والنوازل المالية المعاصرة، ماجد العسكر، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، 1435هـ، ص281.

- منع الاحتكار مقصد شرعي في المعاملات المالية، فالشارع يهدف إلى رواج المال وتحقيق الاكتفاء لحاجيات الأفراد، فقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ (34) التوبة 34.
 - الوفاء بالعقود مقصد شرعي، وينبغي عليه لزمها ونفوذها بين المتعاقدين إن لم يكن بينهما شرط أو سبب أو مانع، فالله تعالى قال: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (1) المائدة 1
 - الوفاء بالشروط مقصد شرعي، ويُقصد بالشروط الموافقة لمقتضى العقد لا المنافية له، والشارع أرجع هذه الشروط إلى اتفاق المتعاقدين أو إلى عرف المجتمعات، فقد قال صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو شرطاً حرم حلالاً" (2)
 - حرية التصرف مقصد شرعي راعته الشريعة في كل تصرفات المكلفين ما لم تؤدي إلى فساد في الشأن العام للأفراد، فالشارع أعطى حرية التصرف في البيع والشراء والوقف والهبة والإجارة، وأعطى خيار المجلس في العقد، فقال صلى الله عليه وسلم: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا" (3)
 - سد ذرائع الحيل مقصد شرعي، والحيل المرادة هنا التملص من الحق الشرعي بصورة شرعية، والحيل أمر يفضي إلى الفساد فقصد الشارع سدها خاصة في المعاملات المالية (4).
- وغيرها من المقاصد الكثيرة التي جاءت الشريعة لتحقيقها في عقود الأفراد والمؤسسات، فيجب اعتبارها أثناء صياغة العقود، وإننا إذ نحضُّ على هذا الأمر فإننا نجد من يواجه هذا من

(1) مالك، الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، رقم (31)، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بني في ما يضر بجاره، (2340)، وأخرجه الدارقطني، كتاب الأفضية، 228/4، رقم (86)، والحاكم، كتاب البيوع، 577/2، أنظر: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ابن حجر، 475/4.

(2) السنن الكبرى، البيهقي، كتاب البيوع، باب الشرط في الشركة وغيرها، 131/6، رقم (11430)، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، 426/3، رقم (2892)، شرح معاني الآثار، الطحاوي، باب العمري، 90/4، رقم (5849).

(3) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، 64/3، رقم (2110)، صحيح مسلم، باب الصدق في البيع والبيان، 1164/3، رقم (1532).

(4) انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، الطاهر ابن عاشور، ت: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس الأردن، ص 365.

بعض القانونيين والمرشعة بالمناداة بنأي صياغة العقود عن التوجهات الإيديولوجية⁽¹⁾، وفي حقيقة الأمر يجب التمييز والتحقيق في هذا النداء؛ إذ التوجهات الإيديولوجية إما أن تكون من الدين فهي مسندة إلى الوحي المنزه عن النقص والعيوب، وهذا لا غرابة في الامتثال له والاعتماد عليه في التشريع والصياغة. وإما أن يكون المقصود بالتوجهات الإيديولوجية تلك النابعة من الاتجاه الشخصي أو المادي أو السياسي المبني على الجشع والطمع والنهب والهوى، فهذه قطعاً يجب تجنب الصياغة منها، فلا بد من ضبط هذا المصطلح حتى لا يجعل الصياغة الفقهية عرضة للنقد الذاتي أو التشويه عليها.

وإن الذي نتج عن هذه المناداة أن مُنِعَ الفقهاء الشرعيون في المشاركة في صياغة العقود وسنّ قوانينها في الدول المعاصرة، فأوصل هذا الأمر الشريعة في عصرنا إلى حد غرابتها عن تنظيم المؤسسات والأسواق والحسبة، وهذا تعطيل لها.

كما ننوه إلى أن الصياغة الفقهية للعقود الراعي لها هو الوازع الديني لا مطرقة الوزارات والمؤسسات التي تضغط على الصائغين لتشكيل عقود محققة لغرض طرف واحد فحسب، نعم لمؤسسات الدولة تنظيم صياغة العقود من الناحية الفقهية وذلك بتوفير الظروف الملائمة لعمل الصائغين، من غير التدخل في صنعة التوثيق وتوجيهه بما يخدم مقاصد غير شرعية.

المطلب الثالث: الإسهام في تحسين النظام القانوني لمؤسسات الدولة

إن أشد نوازل هذا الزمان تمسك الأنظمة الحاكمة والمسيرة للمجتمعات الإسلامية بفكرة القانون فوق الجميع ولا يعلو عليه أحد، والدستور المرجع الوحيد في الحكم، وهي فكرة عطلت الشريعة الإسلامية في تحكيمها عامة وبين تصرفات الأفراد خاصة ورغمهم، حيث نتج عن هذا التعطيل انحصار علم الفقه عن المشاركة في حل الأزمات والمشكلات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وشيئا فشيئا وُجِّهت أصابع الاتهام للفقه بأنه تراث قديم لا يصلح لمجارات الواقع، وتطورت هذه التهم لتلحق حتى بمصادر التشريع الفقهية وأصوله.

(1) نصّ على هذا الأمر كثير ممن بحث في التشريع والتقنين، من غير فصل أو بيان لمعنى التوجه الإيديولوجي، انظر على سبيل المثال: علم الاجتماع القانوني، محمد الرضواني، دار المعارف الجديدة، الرباط، ط1، 2007م، ص05.

وما كان من أهل الفقه إلا المناداة بتطبيق الشريعة والرجوع إلى التراث وتنزيهه عن الاتهام العالق بأذهان معظم المشرعة، فألفوا التأليف الكثيرة في ذلك علماً تُخَفِّف من وطأة هذا الزعم، وغالبا ما كانت هذه التأليف محل تجاذبات إعلامية..

وإن هذه المناداة لم تصل بالفقه إلى الحد المطلوب وهو تحكيمه في وقائع المجتمعات الإسلامية بسلطة القانون، فكان لابد من التفكير في طرق أخرى نزاحم بها المدد الوضعي الحدائثي النفعي الذي يهدف إلى التسلط على إرادة الأفراد والمؤسسات، والذي أنتج التخلف في الواقع المعيش على مدار عهود من الزمن.

وإن الصياغة الفقهية المحكمة للعقود تُعدُّ نوعا من المزاحمة لهذه التشريعات، وأهميتها تكمن في ذلك بصورة أكثر إن عجزت القوانين الوضعية في تحسين الوضع الاقتصادي والاجتماعي للأفراد، ونادى المجتمع بتغييرها كما هو حاصل اليوم في معظم الدول الإسلامية، تكون الصياغة الفقهية المحكمة للعقود في شكل قوانين ملزمة واجدة وقابلة للتنفيذ، حتى تُخَلِّص المجتمع من حالة اللا استقرار التي تعاني منها معظم الشعوب الإسلامية.

ولا غرابة أن تسعى الأنظمة إلى تحسين وضعها القانوني ونبذ كل أشكال الفرقة والنزاع، وبسط الهدوء والأمن في مؤسساتها، إنما الغرابة أن يكون هذا التحسين مبني على غير تطلعات المجتمعات وقيمها وانتمائها الجغرافي والفكري من جهة، والغرابة الأشد إن أرادت الأنظمة مسايرة هذه التطلعات ومدت يدها للمنشغلين بالفقه لصوغ قوانين محكمة وضابطة للعقود مثلا فلا تجد قبولا ولا بديلا معداً لذلك، لذلك تعدد الصياغة الفقهية المحكمة للفقه عامة وللعقود خاصة من أكد الأعمال الملقاة على عاتق الفقهاء الشرعيين اليوم، ومن أجل ذلك كانت هذه الأطروحة.

الفصل الثاني:

التصورات السائدة لصياغة العقود قديما وحديثا

وفيه مبحثان هما:

المبحث الأول: التدرج الزماني لمصطلح العقد ودلالته في الشرائع الوضعية القديمة.

المبحث الثاني: رصد التطور الدلالي لمصطلح العقد وصياغته من منظور شرعي.

توطئة

إن صياغة العقود يسعى في وظيفته إلى تنظيم العمران البشري وعلاقات الأفراد داخله، وذلك من خلال التركيز على مجموعة من الآليات والمؤسسات والقواعد ذات العلاقة بموضوعه، وإن هذا الدور يملئ على الباحث في هذا الفن تحديد المفاهيم بدقة ووضوح حتى تتحقق النجاعة في أداء وظيفة الصياغة المحكمة للعقود، والعقد قبل كل شيء هو إحدى طرق ممارسة التعايش الاجتماعي وتحقيق العمران البشري بشكل مزدهر؛ فالتبادل المبني على المنفعة من جهة والريح من جهة أخرى أو تحقيق الحاجيات بصفة عامة وجد عند الإنسان القديم والحديث على حد سواء.

بل يمكن الجزم أن التعاقد بمفهوم التبادل أقدم في الظهور من فكرة تنظيم الحياة النفعية بالتشريعات والقوانين، ولا اعتبارات عدة أصبح العقد في العصور المتأخرة خاضعا للتشريع والسلطة. لذلك نحاول في هذا الفصل أن نتطرق إلى الإشكاليات التالية:

1. ما هو مفهوم العقد، وهل هو مفهوم واحد منذ اهتداء الإنسان إلى هذه الآلية إلى غاية يومنا هذا؟ أم هناك مفاهيم متعددة له؟ وكيف تناقلت الحضارات فكرة التعاقد بينها؟

2. ما الإضافات التي تميز بها الفقه الإسلامي عن غيره في ضبط التعاقد؟

3. هل العقد المصاغ صياغة محكمة يعد تطبيقا للحق الذي يملكه طرفاه أم يعد تطبيقا للقانون الذي صيغ فيه هذا العقد؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات نقدم هذا الفصل في بحثين هما:

المبحث الأول: التدرج الزمني لمصطلح العقد ودلالته في الشرائع الوضعية القديمة.

المبحث الثاني: رصد التطور الدلالي لمصطلح العقد وصياغته من منظور شرعي.

المبحث الأول: التدرج الزمني لمصطلح العقد في الشرائع الوضعية القديمة.

إن المجتمع البشري في العصر الأول لم يكن محتاجاً للمعاملات المبنية على التبادل الاختياري للفرد، فقد كانت الأسرة هي محور النظام، ورب الأسرة يملكها بما تحتويه من مال ورجال وله فقط الإذن في التصرف المالي، لقد كانت الأسرة آنذاك لها ما يكفيها من حاجات أولية بسيطة تفي بغرض العيش، فلم يكن فيها ما أحدثته المدينة من تعقيد وتنوع⁽¹⁾، كما أن الأفراد وقتها لم تكن لهم فكرة التراضي وحتى فكرة الآجال والوعود، بل كانت الحياة بسيطة مبنية على الأخذ والعطاء لتلبية حاجياتهم البسيطة.

ولا غرابة في هذا فقد كانت الحياة وقتها مقتضية لذلك، ومع مرور الزمن وتعمد الحياة وتكاثر النسل، وكثرة الاحتياجات، وتداخل الأسر مع بعضها البعض توسع الإذن في التصرفات المالية حتى تكونت فكرة الالتزام والرضا والوعد والأجل والتملك والتلفظ والعبارة والإرادة تلك العناصر التي ارتبطت بالتعاقد.

لذلك نرجع هنا على طريقة التعاقد قديماً إلى ظهور فكرة العقد في مطلبين.

المطلب الأول: تنظيم طريقة التعاقد قديماً في الشرائع الوضعية.

لقد أبانت لنا الدراسات التي بين أيدينا عن طريقة التعاقد الأولى أنها مبنية على العطاء والأخذ، وقد أخذت أشكالاً عدة في الحضارات الأولى والتصقت بها طقوس متنوعة مثقّلة بالشكليات ترجع إلى كل حضارة؛ فالوصية مثلاً عند الرومان كانت تبرم بحضور سبعة من الشهود، وأقدم عقد للقرض عند الرومان كان يعقد بحضور العاقدين وحامل للميزان وخمسة شهود، ويتلفظ

(1) للمزيد من الاطلاع راجع، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، ط2، 1998م، الجزء الأول، ص 87.

العاقدان في مجلس العقد بألفاظ لاتينية خاصة تُظهر الرغبة في إنشاء تصرف والالتزام به⁽¹⁾. وربما الهدف من هذه الشكليات أنها تأكيدات للالتزام والإبرام وإظهارها للرضا.

كما أكّدت الدراسات أن الحضارات السابقة راعت قضية التعاقد في تشريعاتها من أجل تنظيم الحياة المدنية في أقطارها من جهة، ومن أجل حماية العقد من جهة أخرى، فالذي نص عليه الباحثون أن فكرة التشريع والتقنين عامة بدأت في العراق مع (أوركاجينا) أحد سلالة ملوك لكش الأولى سنة 2355 ق.م، وبعدها قانون (أورنمو) مؤسس سلالة أور الثالثة (2095 - 2113 ق.م)⁽²⁾، غير أن هذه الدراسات لم تُشر إلى العقود خاصة وإنما ذُكر أصحابها الوصول إلى تنقيبات تدل على وجود قوانين تشريعية تنظيمية للمجتمع آنذاك.

أما فكرة تنظيم العقود خاصة والنص عليها وحماية العقد فقد تمت في قانون (لبت - عشتار) خامس ملوك سلالة آيسن (1934 - 1924 ق.م) حيث أشارت هذه القوانين إلى تنظيم عقد الإيجار - إيجار القوارب - وعقود العائلة والإرث، وعقود التبادل بين الناس، وبعده قانون (أشنونا) مطلع القرن التاسع عشر قبل الميلاد، حيث ضمت قوانين تنظيمية لعقود الأسرة والبيع والأموال المنقولة⁽³⁾.

كما جاءت شريعة حمورابي⁽⁴⁾ أشهر القوانين التنظيمية القديمة لفكرة التعاقد كالتزام لطرفي العقد، وذلك في القسم السابع منها والثامن المتعلق بالإنسان والحيوان وشؤون العائلة والإرث.

(1) نظرية العقد، عبد الرزاق السنهوري، 34/1.

(2) انظر: مشكلات التشريع، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، د. عصمت عبد المجيد بكر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971م، ص 67.

(3) المرجع السابق.

(4) حمورابي هو سادس ملوك باب، وأول ملوك الإمبراطورية البابلية من العموريين، حكم بابل بين عامي 1792-1750 ق.م، وبعد الحكم سارع إلى تنظيم حياة السكان فوضع قوانينه الشهيرة حوالي 1772 ق.م، ويبلغ عدد القوانين 282 مادة قانونية، سجلها على مسلة كبيرة من الحجر الأسود؛ وقد شملت قوانين اقتصادية وقانون الأسرة والقانون الجنائي والقانون المدني، وقد تم اكتشافها في أواخر القرن العشرين في مدينة سوسة الإيرانية، ونقلت بعدها إلى متحف اللوفر بباريس، انظر: تاريخ القانون، عباس العبودي، طبع جامعة الموصل، 1989م، ص 98، تاريخ القوانين، د. محمود عبد المجيد المغربي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ص 139.

ومن العهد الآشوري القديم (1350ق.م) تم العثور على ثلاثة زُقَمٍ طينية تضم مواد قانونية تنظيمية لأحوال المجتمع منها مواد تنظم الأحوال الشخصية والأموال والإيجار والإرث، أما في العهد البابلي الحديث (حوالي 539ق.م) تم العثور على رقيم طيني يحوي خمسة عشر مادة تنظيمية منها ما يتعلق بالأحوال الشخصية والبيع.

وفي الحضارة الهندية عرفت قانون (مانو الهندي) مكتوبا على شكل أبيات شعرية (2685 بيتا) نظمت الحياة المدنية والاجتماعية للهند ومنها عقود الأسرة والبيع والضمان والإرث والغش وغيرها.

وفي الحضارة المصرية فقد عُثِرَ على قانون (بوخوريس) أحد ملوك الأسرة الرابعة والعشرين (عام 740ق.م) فقد ضم قوانين تنظيم الأحوال الشخصية والبيع وغيرها من العقود.

وفي اليونان صدرت قوانين (دراكون) حاكم مدينة أثينا عام 620ق.م ثم أُصدر قانون (صولون) حاكم مدينة أثينا عام 594ق.م الذي نظم عقود البيع والشراء والهبات والإرث والقضاء والرهن والدين وأمور الزواج.

ثم في حضارة الرومان (452ق.م) تم تنظيم العقود في شكل قوانين ملزمة، وفي فرنسا قانون (نابوليون) الذي ركز على الحياة المدنية⁽¹⁾.

وقد وجدت في بعض المقالات والمواقع أن بعض الشعوب عبّرت عن عملية الأخذ والعطاء الدالة على العقد بمصطلحات أخرى فمثلا المعاملة المشهورة البوتلاش *le potloch* لدى هنود أمريكا الشمالية، ومعاملة (لاكولا) لدى السكان الأصليين لجزر جنوب شرق آسيا، ومعاملة (تيوسي) لدى أمازيغ المغرب الكبير، ولا ندري صحة هذا، فما كتب حول هذه القوانين المنظمة للتعاقد آنذاك لم تنص على آليات الصياغة أو مبدأ التعاقد.

(1) انظر: تاريخ القانون، عباس العبودي، طبع جامعة الموصل، 1989م، ص98، تاريخ القوانين، د. محمود عبد المجيد المغربي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ص139.

المطلب الثاني: فلسفة التعاقد في هذه الشرائع.

نقصد بفلسفة التعاقد الأسس والقواعد التي نظر إليها مشرعو تلك الحقب التاريخية، بمعنى هل كان هؤلاء المشرعة ينظرون إلى العقد أنه توافق إرادتين، أم هو تراضي طرفين، أم هو التزام، أو هو وعد على تنفيذ تبادل، وهل نص هؤلاء على أركان العقد وشروطه، ومقتضياته، وكيف يبطل ويفسخ ويترتب عليه الضمان مثلاً؟.

إن إلقاء نظرة متأنية في الدراسات التي اهتمت بتاريخ القانون في التشريعات السالف ذكرها يجزنا إلى القول بأن مصطلح العقد مصطلحٌ غامضٌ تجاه هذه الفلسفة، فلم نجد من ذكر أن شريعة حمورابي مثلاً تقصد بالعقد الإرادة المنفردة، أو مجرد اتفاق أو غير ذلك، ومثلها غيرها من الشرائع، ولعل ذلك الأمر راجع لطبيعة العقود التي صيغت آنذاك أو راجع لقلّة الوثائق عن تلك الحقب.

ويرى السنهوري والزرقا أن أبعد ما تذكره الدراسات حول هذه الفلسفة أن فكرة التعاقد بدأت من اتفاق خصمين على التحكيم بينهما، فانتقل التعاقد من التقاضي إلى المعاملات⁽¹⁾. وبالرغم من التعقيد وكثرة الشكليات والبطء في إجراء العقد الذي تميزت به تلك الشرائع، إلا أنه يمكن ملاحظة بعض الإيجابيات الشكلية في الصياغة القانونية، ومنها:

• وجود الافتراض في صياغة القوانين والعقود، ويقصد به افتراض وقوع الخطأ عند التعاقد وكيفية معالجته.

ففي قانون (أورنغو) من خلال تتبع المواد القانونية لهذا القانون، نجد أن المادة 29 منه تعالج حالة إهمال مستأجر الحقل وعدم زراعة الحقل من قبل المستأجر، وتحديد التعويض الواجب دفعه إلى مالك الحقل بكمية معينة من الشعير بالنسبة لمساحة الحقل أيضاً، ويفهم من هذه المادة الافتراض فجعل النص خطأً مفترضاً من جانب مستأجر الحقل لأنه أهمل زراعة الحقل، فإذا ثبت العكس من ذلك فيجب عليه التعويض لصاحب الحقل.

(1) نظرية العقد، السنهوري، 87/1، المدخل الفقهي العام، الزرقا، 295/1.

وتبدو فكرة الافتراض واضحة في العديد من النصوص القانونية في شريعة حمورابي، منها ما جاء في نص المادة 43 من شريعة حمورابي: والتي تنص على أنه إذا لم يكن قد زرع الحقل وإنما تركه بوراً فسوف يدفع قمحا لصاحب الحقل، بقدر ما ينتجه حقل جاره، وسوف يجرث الحقل الذي تركه بوراً ويعيده لصاحب الحقل. في هذه المادة تشير إلى أن مستأجر الحقل إن لم يتم بحراثته وتطلب الأمر حراثة الحقل وترك أرضه بحيث لم تثبت بها الزرع وتسبب فعله في تركها غير خصبة، فعلى المستأجر أن يدفع غلة تساوي ما تنتجه أرضه مجاورة، فمسؤولية المستأجر قائمة على الخطأ المفترض الذي يقبل إثبات العكس⁽¹⁾.

● أن العقد محمي بقانون يرتب العقوبات على من خالفه، وهذا الأمر نصت عليه كثير من مواد القوانين في الشرائع القديمة، ولم تُراعَ في ذلك إرادة المتعاقدين ولا التراضي أثناء التبادل ولا غيرها من المبادئ التي ترتبت على العقد فيما بعد، فكان تبادل المنافع وتملك السلع والأشخاص عنوة وإن وقع بحميه القانون.

ويظهر لنا أن هذا الأمر يرجع إلى النظام القائم آنذاك على القوة؛ حيث كانت القوة وقتها من تحدد الحقوق والواجبات بين المتعاقدين، وهي من تنشأ الالتزامات وتحميها، كما نصت كثير من الدراسات لتلك الحقب التاريخية القديمة.

فالعقد الزواج مثلاً كان مبنيًا على الخطف والغدر والأسر، فمن حاز على امرأة فهي له ويحميه القانون سواء رضيت به أم لم ترض، وزواج الشغار أي التبادل بالنساء من دون مراعاة لرضا المرأة أو اعتباراً لإرادتها، حيث كانت المرأة وقتها لا رأي لها. وكثير من الأسر وقتها منعت الزواج من غيرها، فترتب عليه زواج أولي النسب⁽²⁾، وغيرها من المظاهر التي تُبين أن الإرادة وقتها لم يكن لها اعتبار أثناء صياغة القوانين والعقود.

● يظهر أن المراد بالعقد وقتها التملك فحسب؛ إذ التملك غريزة فطرية في البشر منذ القدم كغريزة اجتماعيته، وهذا الأمر يظهر عياناً عند قراءة بعض المواد المرتبة للتعاقد في الشرائع القديمة، فمعظم المواد مقننة لهذه الغريزة وليست ضابطة لها ولا محددة لشروطها وموانعها،

(1) انظر: الافتراض القانونية في التشريعات السابقة والشرائع السماوية، إيناس مكي عبد، مقال بمجلة: العلوم الإنسانية، كلية التربية للعلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد الرابع، كانون الأول، ص 09.

(2) انظر: تاريخ القانون، منذر الفضل، دار تاراس، العراق، ط2، 2005م، ص 14.

فالمواد القانونية القديمة قننت التملك - تملك الإنسان لضروريات حياته كما كله ومشربه وأرضه وسلاحه وزوجته وخدمه - .

فمثلا كان الكاهن الأعظم والملك وحاشية الملك والكهنة لهم حق التملك قبل غيرهم لكل شيء؛ الحقوق والبساتين والعبيد والأموال والهبات وغيرها⁽¹⁾.

وقد ترتب على هذا الأمر ظهور الفوارق الطبقيّة في المجتمع، فحق التملك مطلق غير مقيد بالنسبة للطبقة الراقية ومحمي بالقانون، ومقيد للطبقة المغلوبة. وهذا أمر استمر في المجتمعات الإنسانية إلى اليوم فأقرته شرائع ودامت عليه في صياغة عقودها وقوانينها، ولم تُقره شرائع أخرى وجعلت التملك حق لكل عاقل.

• رُتبت على العجز عن الالتزام بأمر ما عقوبات أشد من العقد نفسه، فمثلا في شريعة حمورابي من عجز عن سداد الدين الذي التزم به فإنه يصبح هو وزوجته وأولاده عبيدا للدائن يعملون تحت سيطرته لمدة ثلاث سنوات، ومن عجز عن تعويض الضرر الذي ألحقه بأرض غيره فإنه يباع هو وممتلكاته في السوق لتعويض ضرره⁽²⁾.

• ربط العقود أو القوانين بالآلهة، حيث لا يجزأ أحد على مخالفة الآلهة؛ فالهنود يقولون أن قانون (مانو) أوحى به الإله (برهما)، وقانون (أورنمو) لسلالة (أور) أوحى به الآلهة، وقانون حمورابي تلقاه من إله الشمس⁽³⁾، وهكذا فمعظم تلك التشريعات القديمة نصت في مقدمة موادها أنها وحي من الآلهة المعبودة وقتها. وهذا الأمر يدلنا على أن العلاقة بين المتعاقدين قائمة على الدين لا على القانون في حد ذاته.

• إن غاية ما ضُبط به العقد في تلك الشرائع تثقيله بالشكليات، فالعبرة حينها بالشكليات لا بالقصود والنيات، والتركيز على الشكليات يُعد مبدأ سلطان الإرادة وكذا مبدأ الرضائية في العقد؛ فالعاقدان عند الرومان مثلا إن امتثلا للشكليات صح العقد منهما ولزمهما، وإن خلا من الشكليات - قد تكون ألفاظا خاصة أو هيئات أو طقوسا أو

(1) انظر: قانون حمورابي، شعيب الحمداي، ص75 وما بعدها.

(2) المرجع السابق، ص85.

(3) انظر: قانون حمورابي، مرجع سابق، ص15، تاريخ القانون، منذر فضل، ص38.

غيرها - بطل العقد ولم يكن ملزماً⁽¹⁾. فلا يُنشأ العقد إلا بالشكليات المتعارف عليها والمنصوص عليها في القوانين.

● إن المطلع لبعض القوانين في تلك التشريعات يجدها تناقض الجزئيات والمسائل الممكن وقوعها في ذلك الزمن، فتجدها تذكر صورة مسألة ما وما يترتب عليها، فمثلاً في قانون لبث عشتار الذي جاء في 37 مادة تنص على مسائل جزئية.

● مما نص عليه الدارسون لهذه القوانين أنها فتحت الباب للحيل في التعاقد، بل يمكن الجزم أن فكرة التعاقد مبنية على الحيلة في هذه القوانين⁽²⁾.

غير أن هذه الشرائع تطورت من شريعة لأخرى إما بإضافة على التي سبقت وإما بتأكيد الذي نصت عنه السابقة، ولاشك أن هذا العمل يُعدُّ تطوراً لمصطلح العقد، فمثلاً شريعة حمورابي يُستفاد منها أنها قننت توثيق العقود وضبط الشهود⁽³⁾، وهو الأمر ذاته في قوانين الفراعنة بمصر فقد انتشرت فكرة تسجيل العقود أمام موظف مختص لغرض إثبات حقوق المتعاقدين⁽⁴⁾، وفي قوانين الإغريق تطور العقد عما كان عليه سابقاً، فحلت الرضائية محل الشكلية، واستحدثت بعض العقود كعقد العمل⁽⁵⁾.

وينص الباحثون في تاريخ القانون والعقود أن أبعد زمن طوّر في فلسفة العقد وفكرة التعاقد هو زمن جمع مجموعات جستينيان⁽⁶⁾ في القرن الميلادي السادس المعتبرة من مصادر مدونة نابليون،

(1) عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، سامي منصور، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1987م، ص82.

(2) انظر: تاريخ القانون، مرجع سابق، ص43.

(3) انظر: مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، حليس لحضر، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2016م، ص22.

(4) تاريخ القانون، منذر الفضل، ص96.

(5) المرجع السابق، ص102.

(6) الإمبراطور جستينيان الأول كان إمبراطوراً رومانياً شرقياً حكم منذ أغسطس عام 527 حتى وفاته في نوفمبر 565. يشتهر بإصلاحه الرمز القانوني المسمى قانون جستينيان خلال لجنة تريبونيان، والتوسع العسكري للأرض الإمبراطورية أثناء عهده، وزواجه وشراسته مع الإمبراطورة ثيودورا. يعرف أيضاً باسم "الإمبراطور الروماني الأخير"، انظر:

<https://ar.wikipedia.org/>

فقد حاول التقليل من الشكليات في العقود، ومما ميز مدونته القانونية في جانب العقود اعتماده على العرف في صياغة العقود، وكذا طور العقد بذكر تقاسيمه العديدة، وذكر طرقا معينة للملك. غير أنه لم يبلغ حرية التعاقد المطلقة.

المبحث الثاني : التدرج الدلالي لمصطلح العقد وصياغته من منظور الشرع السماوي.

إن المجتمع البشري قديما مع ما ابتكره من قوانين تنظيمية لحياة الأفراد فإنه ظل بحاجة إلى شريعة متكاملة تنظم حياة الأفراد وتقطع الحوب والجور الذي ظل متماشيا في الأسر والقبائل والعشائر والدول القديمة، وترفع عن عقول الأفراد مصدرية التشريعات القديمة المستمدة من الآلهة المزعومة.

ولقد أخبرنا القرآن الكريم⁽¹⁾ بأن كُتِبَ نَزَلَتْ من عند الرب جل جلاله لتنظيم شؤون الخلق في فترات متفاوتة من الزمن، ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شُرْعَةً وَمِنْهَا جَا ۝ (48) ﴾ المائدة 48

يُعدُّ هذا النص القرآني أبين نص دالاً على وجود فكرة الحق والهوى في تصرفات الناس؛ ومنها البيع والشراء والنكاح والطلاق وغيرها، وأن الشرائع السماوية ناصرة لفكرة الحق رادّة لفكرة الهوى الذي هيمن في الشرائع الوضعية القديمة، وقد أنزل الله للخلق كتباً تشريعية لهذا الغرض.

ونعرض في مطلبين هذه الشرائع لنبين من خلال هذا المبحث مدى تطور فكرة العقد عن الشرائع الوضعية القديمة.

(1) نعتد على القرآن الكريم في ذلك لأنه الكتاب الذي نقطع به جزماً أنه من رب العزة جل جلاله، بخلاف غيره من الكتب فهي ظنية الثبوت عن أصحابها.

المطلب الأول: التشريعات السماوية وتنظيم تصرفات الأفراد.

إن الذي يمكن الجزم به خلال هذا التدرج التاريخي للتنظيمات التشريعية، أن الله جلت قدرته بعث أنبياء كثر في أقوام شتى، وبعث رسلا وأنزل عليهم كتباً، وأن الشرائع التي أنزلها الله على رسله كثيرة، ففي القرآن الكريم آية تدلنا على ذلك في قوله تعالى: ﴿قُلْ - أَمَّا بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلَ عَلَيْنَا وَمَا أُنزِلَ عَلَيْنَا مِن رَّبِّهِمْ لَا نَفِرُّ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْهُمْ وَلَا نَحْنُ لَهُ مُسْلِمُونَ 84﴾ آل عمران 84.

وفي قوله تعالى: ﴿قُولُوا ءَامَنَّا بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلَ إِلَيْنَا وَمَا أُنزِلَ إِلَيْنَا مِن رَّبِّهِمْ وَلَا نَحْنُ لَهُ مُسْلِمُونَ 136﴾ البقرة 136.

فهذه النصوص تبين أن الله أنزل الشرائع على أنبيائه منذ المجتمع البشري الأول، فالبشر عرفوا التشريع والتقنين والتنظيم قديماً من خلال أنبياء الله ورسله، وهذا أمر نرؤد به على من زعم أن الشرائع الوضعية القديمة سبّاقة إلى التشريع والتنظيم من الكتب السماوية، وأن الكتب السماوية ناقلة عنها⁽¹⁾ ! .

والذي يمكن الجزم به أيضاً أن هذه الكتب أنزلت من أجل بيان الحق واعتباره في رد الحقوق لأصحابها، وبيان الباطل والهوى في تصرفات الخلق وردة، والذي يؤكد هذا الأمر القرآن الكريم في آيات كثيرة فقد قال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ 25﴾ الحديد 25.

(1) إن أبسط اطلاع علمي يدلنا دلالة واضحة على أن الرسل سبقوا هذه القوانين الوضعية القديمة بآلاف السنين، والقرآن نص على أنه أنزل الكتب مع رسله.

غير أن الكتب السماوية التي اشتهر ذكرها في القرآن الكريم أربعة، ويذكر الدارسون لتاريخ الكتب السماوية أن أول هذه الكتب ظهوراً هي صحف إبراهيم عليه السلام؛ فقد ظهرت سنة 1850 ق.م⁽¹⁾ ثم بعدها جاءت التوراة لسيدنا موسى عليه السلام في القرن الرابع عشر قبل الميلاد⁽²⁾ ثم زبر داوود عليه السلام التي ظهرت سنة 971 ق.م⁽³⁾، ثم الإنجيل لسيدنا عيسى عليه السلام، مع مبدء الميلاد، ثم خاتمها القرآن لسيدنا محمد صلى الله عليه وسلم الذي ظهر في سنة 611م، حيث نظمت هذه الكتب السماوية حياة الأفراد في جانب التعاقد، وخلصته من بعض القيود الشكلية المثقلة لها.

أما غيرها من الكتب السماوية فلم يذكر لها أثر ولا عدد، إلا ما رواه أبو ذر عن النبي صلى الله عليه وسلم قَالَ: دَخَلْتُ الْمَسْجِدَ فَإِذَا رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - جَالِسٌ وَحَدَهُ... قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! كَمْ كِتَابًا أَنْزَلَهُ اللَّهُ؟ قَالَ: "مَعَهُ كِتَابٌ، وَأَرْبَعَةٌ كُتِبَ: أَنْزَلَ عَلَى شِيثَ حَمْسُونَ صَحِيفَةً، وَأَنْزَلَ عَلَى أَخْنُوخَ ثَلَاثُونَ صَحِيفَةً، وَأَنْزَلَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ عَشْرَ صَحَائِفَ، وَأَنْزَلَ عَلَى مُوسَى قَبْلَ التَّوْرَةِ عَشْرَ صَحَائِفَ، وَأَنْزَلَ التَّوْرَةَ وَالْإِنْجِيلَ وَالزَّبُورَ وَالْقُرْآنَ"⁽⁴⁾

ونحاول في المطلب الثاني أن نذكر سمات الكتب الثلاث وفي مطلب ثالث نخرج إلى العقد في شريعة محمد صلى الله عليه وسلم.

المطلب الثاني: خصائص شرائع الكتب السماوية الثلاث.

ونقصد بالكتب السماوية الثلاث صحف إبراهيم والتوراة والإنجيل، ولقد ذكرنا سابقاً أن هذه الكتب عبارة عن وصايا تنظيمية لحياة الأفراد في مجتمعاتهم.

(1) موسوعة اليهود واليهودية والصهيونية، عبد الوهاب المسيري، ط5، 2009م، دار الشرق، القاهرة، 400/1.

(2) الأسفار المقدسة قبل الإسلام، علي عبد الواحد وافي، دار نفضة مصر، القاهرة، ط7، 2006م، ص17.

(3) تاريخ الإسرائيليين، شاهين مكاربوس، دار بيلبون، بيروت، 2007م، ص139. نقلاً عن ويكيبيديا.

(4) صحيح بن حبان، رقم(361)، 76/2، والحديث ضعيف منكر، ضعفه أكثر أهل الحديث، قال ابن رجب: وقد روي من وجوه متعددة، عن أبي ذر، وكلها لا تخلو من مقال، فتح الباري، 274/3.

فشريعة سيدنا موسى عليه السلام وهي التوراة عبارة عن وصايا عشر تنظم مجتمع العبرانيين من ناحية العقائد والظلم والعدل والزواج، وقد نص القرآن الكريم على شيء من ذلك، وقد ذهب الباحثون إلى أن المجتمع العبراني بعد سيدنا موسى عليه السلام اتخذ خصيصة فرق تسد في جانب العقود والالتزامات؛ وذلك أنهم قسموا الخلق إلى طبقات ثلاث: طبقة الأحرار وهم من يعتنق اليهودية وكان نسلهم إسرائيليا خالصا، وطبقة الأجانب وهم كل من ليس يهوديا فهو عدو، وطبقة العبيد وهي الطبقة المحرومة من حق التملك وهي الأكثر في المجتمع العبراني.

على هذا الأساس بُنيت العقود في شريعة اليهود بعد سيدنا موسى عليه السلام، وخاصة عقد الزواج فقد وضعوا له قوانين ملزمة، أما غيرها من العقود فلم تتطرق شرائعهم لها بالتقنين والصياغة وإن كانت معروفة عندهم⁽¹⁾؛ ففي التلمود⁽²⁾ مثلا قسم خاص يتضمن الأحكام المتعلقة بالنساء والنكاح، ينظم الحياة الاجتماعية للمجتمع⁽³⁾

أما الإنجيل وهو الكتاب الذي أنزل على سيدنا عيسى عليه السلام فقد أخبرنا القرآن أن الإنجيل فيه أوامر ونواهي وتشريعات وقد حذر الله جل وعلا المتبعين لسيدنا عيسى عليه السلام ألا يعملوا وفقها، فقد قال الله: ﴿وَلْيَحْكُمْ أَهْلَ الْإِنجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾⁽⁴⁷⁾ المائدة 47

(1) تاريخ القانون، موجه سابق، ص 166.

(2) كلمة عبرية تعني الدراسة، وهو كتاب تعليم الديانة اليهودية، وتعريف آخر هو تدوين لنقاشات حاخامات اليهود حول الشريعة اليهودية؛ الأخلاق، الأعراف، وقصص موثقة من التراث اليهودي، وهو أيضا المصدر الأساسي لتشريع الحاخامات في الدعاوى القانونية، التلمود مركب من عنصرين، الميشناه Mishnah هي النسخة الأولى المكتوبة من الشريعة اليهودية التي كانت تتناقل شفويا، الجمارا Gemara وهذا القسم من التلمود يتناول الميشناه بالبحث والدراسة. فالجيمارا هو المبادئ الأساسية لجميع قوانين شريعة الحاخامات وهو علاوة على ذلك اقتباسات من مؤلفات أدبية لحاخامات آخرين. ويدعي اليهود أن موسى ألقى التلمود على بني إسرائيل فوق طور سيناء، وحفظه عند هارون ثم تلقاه من هارون يوشع بن نون، ثم إليعاز وهلم جرا حتى وصل الحاخام يهوذا، انظر: التلمود كتاب اليهود المقدس: أحمد إيبش، دار قتيبة، دمشق 2006، ص 25.

(3) انظر: أحكام النساء في التلمود (عقود الزواج)، د. ليلي إبراهيم أبو المجد، الدار الثقافية للنشر، ص 6.

وكان الإنجيل يعرف عندهم قديماً بالبشارة السعيدة، غير أننا عند البحث عن تاريخ نزوله ومحاوره وطريقة تنظيمه للحياة المدنية والاجتماعية للمسيحيين نلمس شيئاً من الغرابة والغموض، ذلك أن الشريعة المسيحية تعتبر الكتاب المقدس هو مصدر التشريع، غير أن من كَتَبَ في تاريخ الكتاب المقدس يذكر أنه لا يُعرف من كَتَبَ الأناجيل الموجودة اليوم، فتجدهم يقررون إنها ظهرت دون الإشارة إلى اسم المؤلف، ثم نُسبت لاحقاً إلى شخصيات بارزة في الكنيسة⁽¹⁾، ويذكر الدارسون لتاريخ الإنجيل والكتاب المقدس أنه لم تُعَنَّ العقود والالتزامات عناية واضحة في الكتاب المقدس إلا بعض البنود المتعلقة بالزواج والمحرمات فيه، وقد كانت غالب حياتهم المدنية تنتظم وفق الأعراف تارة، وما يُشَرِّعه الكهنة تارة أخرى، ثم ينسبونه إلى المسيح عليه السلام من أجل إفضاء نزعة الدين عليه. !

إلى أن جاء الإمبراطور الروماني جستينيان الذي جمع أساتذة القانون لوضع قانون للإمبراطورية، فجمعوا القوانين القديمة وتشريعات الكهنة وغيرها ووضعوا مجموعة من القوانين عرفت بمجموعة جستينيان القانونية في اثنا عشر مجموعة وظهرت سنة 529م. وتعرف هذا المجموعة بأنها الأكثر تنظيماً لفكرة التعاقد وحماتها، حيث أدخلت الفلسفة اليونانية في التعاقد⁽²⁾.

وأهم ما ركزت عليه تلك المجموعات القانونية في جانب التعاقد نظام الملكية، حيث وضحت مفهوم الملكية والأمور القابلة للتملك وطرق التملك، وفُرِّقت بين الأموال المثلية والأموال القيمية، وبيّنت الأشياء البسيطة والمركبة، وأوضحت حقوق الارتفاق، وخاتمة ما بسطته تلك القوانين الحقوق الشخصية أو الالتزامات. وهذا أمر محمود في تطور فكرة التعاقد وحماتها.

فهذه القوانين لا يمكن الجزم بنسبتها إلى الإنجيل أو التوراة، بل هي من اجتهادات القانونيين. نعم يمكن القول بأنهم اعتمدوا على هذا التشريعات لكن لم ينقلوا ذلك صراحة في كتبهم.

(1) انظر: تاريخ الكتاب المقدس، كارين أرمسترونغ، ترجمة: محمد صفار، مكتبة الشروق الدولية، ط1، 2010م، ص54.

(2) انظر: تاريخ القوانين والنظم الاجتماعية، دراسة مقارنة، غسان رباح، بيروت، ط1، 1993م، ص117.

المطلب الثالث: العقد وخصائصه في شريعة الإسلام

لا غرو أن تكون شريعة الإسلام المتمثلة في القرآن والسنة عالمية؛ أي خوطب بها الإنس كلهم وكذلك الجن، والذي لا شك فيه أنها بدأت في شبه الجزيرة العربية المليئة بالقبائل التي كانت تعيش على التنقل والتجارة والحرب والغزو والسلب والثأر والعصية والدم وغيرها، وأن الرقاب والأموال والنكاح والديات والقضاء كان مربوطا بأمر شيخ القبيلة، وأن في كل قبيلة قانونا خاصا بها، وغيرها من التصرفات التي ضمّنها كُتّاب التاريخ صفحاتهم.

فلم نجد من كتاب التاريخ من يذكر لسكان شبه الجزيرة العربية جهدا في التقنين والتنظيم للمجتمع، إلا ما يُذكر من أشعارهم حول بعض المبادئ المتجذرة فيهم حول التملك، لذلك يُمكن عدّ مجتمع شبه الجزيرة العربية قديما مجتمعا خاليا من التقنين المنظم للحياة الاجتماعية.

ولا غرو أن تكون هذه البيئة مهد الشريعة الإسلامية ومهبط القرآن الكريم، فإنه إن تنظمت حياة هذه الشعوب وفق التقنين الشرعي، فإنه يسهل تنظيم حياة الشعوب الأخرى العارفة له قديما، فالإسلام نظم حياة العرب وتصرفاتهم في كل الجوانب ومنها العقود، أو بمفهوم معاصر نظم عملية التداولية المبنية على النفع، فقد وضع الشارع له أسسا يُبنى عليها وقواعد يتنظم بها، ويخضع التعاقد لها دوما.

وهذا المطلب يجرنا للإجابة عن تساؤل مهم وهو ما مدى تطور مفهوم العقد في النظر الشرعي؟ وللإجابة عنه فإننا نتطرق إلى مراحل تطور العقد في تاريخ التشريع، من أجل النظر إلى جانب الثابت والمتغير في العقود.

واختيار هذا المطلب للبحث فيه وعرضه والتوسع فيه يرجع لكون دراسة هذه المحطات يكشف كثيرا من الأمور الحقيقية التي لها ارتباط بصياغة العقود، ومنها إمكانية تطور العقد من الناحية الشرعية في الوقت المعاصر.

الفرع الأول: مصطلح العقد في النص القرآني وتأويلات ذلك.

إن الوقوف على ظهور فكرة العقد ومكوناتها في زمن التشريع متوقف على نصوص الشرع وطريقة تناولها للعقد، وكذا كيفية تنفيذ هذه النصوص في الزمن الأول مع الصحابة والتابعين، لذلك نورد بعض الأدلة التي تطرقت للعقد ونحاول تحليلها للوصول إلى فكرة تناول الشرع للعقد.

إن جذر مصطلح العقد ورد في نصوص الشرع في مواضع عدة؛ فأورده مقيدا بالنكاح في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكَتَبُ أَجَلَهُ، وَعَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَعَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ حَلِيمٌ﴾ (235) البقرة 235 وأراد به العزم على الإبرام⁽¹⁾، وعزم العقدة أي عقدها بالإشهاد والولي، وحينئذ تسمى عقدة⁽²⁾، وعقدة النكاح ما يتوقف عليه صحة النكاح من ولي وإشهاد⁽³⁾.

ومساق الآية الكريمة فيه تعرضٌ للالتزام من الرجل لامرأة في عدتها بأن لا يعقد عليها وهي في خطبتها، والذي نلاحظه في هذا العقد أنه التزام من طرف والرضا به من الطرف الثاني، وهو الأمر نفسه نلاحظه في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصِفْ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ (237) البقرة 237. فقد أراد الإبرام وهو التزام من طرف ورضا من طرف ثانٍ.

وورد مصطلح العقد بمعنى العزم والإرادة على الفعل والالتزام به من طرف واحد في قوله تعالى:

﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ (89) المائدة 89.

فالعقد هنا عقد القلب وهو العزم على الفعل والالتزام به، ونية التوثق باليمين⁽⁴⁾.

(1) انظر: الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، الزخشري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1407هـ، 284/1.

(2) المحرر الوجيز، ابن عطية الأندلسي، ت: عبد السلام محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ، 317/1.

(3) البحر المحيط، أبو حيان الأندلسي، ت: صدقي محمد جميل، دار الفكر، بيروت، 1420هـ، 525/2.

(4) انظر: مفاتيح الغيب، الرازي، 428/6، تفسير القرطبي، 266/6.

وفي نص آخر نجد الشارع نظم التعاقد ورتب على العقد الجاري على رسم الشرع الوفاء به ديانة⁽¹⁾، وهذه مزية العقد في الشريعة، فقد قال جل وعلا: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽¹⁾ المائدة 1، فإن المراد بالعقود هنا العهود وهي الالتزامات التي يجعلها المرء على نفسه أو جعلها الله التزاما له، وقد جاء في التفاسير أن هذه العقود ست وهي: عهد الله، وعقد الحلف، وعقد الشركة، وعقد البيع، وعقد النكاح، وعقد اليمين⁽²⁾، وجاء أنها أكثر؛ فقد قال الحسن: يعني بذلك عقود الدين وهي ما عقده المرء على نفسه، من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخيير وعتق وتدبير وغير ذلك من الأمور، ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة⁽³⁾، وقيل هو لفظ عام يشمل كل العقود وهو الالتزام الواقع بين جانبيين في فعل ما.

ثم في نص آخر نجده أبين دليل على تطور مصطلح العقد بمعنى ثبوت الحقوق المالية والمعنوية لطرفي التعاقد، وحماية العقد، فهو بذلك أسس لمنظومة تعاقدية مبنية على الأحكام والتوثيق للحقوق وذلك في قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾⁽²⁸²⁾ البقرة 282، حيث تُعدّ هذه الآية كقانون واضح منظم لعملية التعاقد وفق آليات واضحة، وذلك بتوثيق العقود إما بالدين أو بالشهادة أو بالرهن أو بالكتابة.

الفرع الثاني: فلسفة التعاقد في الشرع الإسلامي.

نقصد بفلسفة التعاقد الأسس والقواعد التي نظر إليها الشارع وبنى عليها فكرة الالتزام ونقل الملك بين طرفين في الشريعة الإسلامية، وهذه المعايير تتمثل في النقاط التالية تُشكل في مجموعها المنظومة التعاقدية في الفقه الإسلامي:

(1) الخمر الوجيز، ابن عطية، 143/2.

(2) انظر: تفسير القرآن من الجامع لابن وهب، ابن وهب، ت: ميكولوش موراني، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2003م، 128/1.

(3) تفسير القرطبي، 32/6.

البند الأول: العناية بالملكية

مما ركز عليه التشريع الإسلامي في بناء منظومة التعاقد الاعتناء بالملكية الفردية أو الجماعية للأشياء، فأحكمها بالبيان، وحفظها من جانب الوجود والعدم، وما ذلك إلا لكونها النواة الحقيقية التي تُبنى عليها فكرة التعاقد؛ فمن امتلك شيئاً استعمله واستغله وتصرف فيه، وهي مرتكزات التعاقد التي تحاول النظريات الحديثة بيانها، فقد حاولت النظرية الشيوعية مثلاً ضبط الملكية فألغت ملكية الفرد وحرته في التصرف؛ إذ ليس لأحد أن يملك أرضاً أو مصنعاً أو عقاراً، أو غير ذلك من وسائل الإنتاج، بل يجب عليه أن يعمل أجيراً للدولة التي تملك كل مصادر الإنتاج وتديرها، وتُحرّم عليه أن يحوز رأس مال وإن كان حلالاً! وحاولت النظرية الرأسمالية كذلك ضبطها فألت إلى تقديس حرية التملك لدى الفرد، وإطلاق العنان له، ليمتلك ما شاء، وينمي ما ملك بما شاء، وينفقه كما شاء، دون قيود تُذكر على وسائل تملكه وتنميته وإنفاقه، ودون أي حقوق للمجتمع في ذلك⁽¹⁾.

وفي شريعة الإسلام طريق وسط ذو اعتدال يجمع بين مصلحة الفرد والجماعة؛ حيث أباح الملكية الفردية مع وضع قيود معينة لها لحماية الآخرين، وشرّع الملكية الجماعية، رعاية لحقوق البشر، ومنع التملك غير المشروع، وبين ما تصح ملكيته وما لا تصح، ثم رتب الشارع تشريعات تحفظ الملكية من الانحلال منها⁽²⁾:

● حرم اكتناز الأموال ومنعها من التداول بين الناس، وما ذلك إلا رفقا بالخلق وسد خلّاتهم وقضاء حاجاتهم الضرورية والحاجية اليومية من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن ومركب وغيرها، ومن جهة أخرى دزءً للفسح والقهر والقوة الذي يصاحب مكنتز المال؛ إذ المال ما وُضع إلا للتداول بين الخلق.

● تحريم أكل أموال الناس بالباطل، وهو أصل لم تتطرق له النظريات القديمة ولا الحديثة في ضبط منظومة المال وتملكه، والشارع إذ رتب هذا الحكم على الأموال يقصد به حفظ حقوق الأفراد في المجتمع خاصة الضعفاء منهم، فقد حرم أكل المال بالباطل في قوله: ﴿

وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ

(1) انظر: حرية التملك في الإسلام، راغب السرجاني، <https://islamstory.com/>.

(2) تاريخ القانون، منذر الفضل، ص 187.

بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿188﴾ البقرة 188 ، وفي قوله تعالى: ﴿ وَأَخَذَهُمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا ﴿161﴾ النساء 161، ثم بين طريق الباطل، وكتحريمه أكل أموال اليتامى ظلماً، ﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ حَقَّ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا ﴿6﴾ النساء 6

• تحريم تبذير الأموال، إذ الشارع أمر بصرف المال الممتلك في حدود ما تقتضيه المصلحة،

فقال تعالى: ﴿ إِنَّ الْمُبْدِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيْطَانِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا ﴿27﴾ الإسراء 27

البند الثاني: العناية بمبدأ الرضا في التعاقد

يُعَدُّ الإكراه وحمل المتعاقدين جبراً ودون اختيار منها على التبادل أحد العناصر التي تحكمت في العقود من العهد الأول؛ حيث نُسب هذا الإكراه إلى الآلهة ونُسب إلى القوة والوجاهة والسلطان في الشرائع القديمة، والإسلام جاء مخالفاً لذلك فأبطل الإكراه وأقام مقامه الرضا في التبادل والتعاقد بين الأفراد، فقال في التجارة: ﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿29﴾ النساء 29 فكل الأموال محرم تملكها وتداولها وأكلها إلا الأموال التي تملك وتداول برضا طرفي العقد على وجه شرعي.

وقال في الصداق: ﴿ وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدَقَتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَعْرٍ مِنْهُ فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴿4﴾ النساء 4

وجاء في الحديث: " لا يجل مال امرئ إلا عن طيب نفس"⁽¹⁾، وفي حديث آخر: " إنما البيع عن تراض"⁽²⁾

(1) أخرجه الحاكم في المستدرک، والبيهقي في سننه، وابن حبان في صحيحه، انظر: تلخيص الحبير، 3/112.

(2) سنن ابن ماجه، 2/737، صحيح ابن حبان، 11/341.

ورغم أن الشارع قد جعل مبدأ الرضا الأساس الذي تُبنى عليه العقود، فإننا نجد في بعض المحال يميز العقد المبني على الجبر والإكراه إذا كان فيه تحقيق العدل والقسط بين أطراف العقد، كعقود الإذعان، وعقد جبر المدين المماطل في سداد الدين على بيع ممتلكاته من أجل السداد⁽¹⁾.

البند الثالث: الوفاء بالعقود

لقد حاولت الأنظمة التشريعية قديما وحديثا تجسيد الوفاء بالعقود وذلك عن طريق وضع عدد من القوانين الردعية الزاجرة لمن لم يَفِ بتعاقداته، لكن دون جدوى معها في ضبط تصرفات الأفراد وتعاقداتهم فمع هذه القوانين الردعية زاد الناس في الحيلة والتزوير والغش والغبن وغيرها، ولذلك أولى الإسلام هذا الأمر العناية الدقيقة، إذ جعل الوفاء بالعقود يكون من جهتين؛ ديانة وقضاءً، والامتثال للعقود هو امتثال لأمر الله ونهيه في شريعته، ولذلك تنتفي مظاهر الخديعة والخلاصة والتزوير من العقود، وقد مرت معنا آية الوفاء بالعقد في الفرع السابق.

البند الرابع: تكوين العقد

لقد ذكر الشيخ مصطفى الزرقا أنه مما تميزت به الشريعة الإسلامية في نظرتها للتعاقد أنها وضعت للعقد مرتكزات يتم تكوينه وفقها، وهي: تحديد الأركان، والأسباب، والشروط، والموانع، والعلل؛ فما من عقد إلا وله أركان يتأسس عليها، وأسباب أنشئ من أجلها، وعلل دارت أحكامه عليها، وشروط يجب توفرها فيه، وموانع تمنع من نفوذه ووقوعه، وهنا نذكر هذه المرتكزات حتى نفهم تكوين العقد في الإسلام⁽²⁾.

● ركن العقد: يعتبر الركن الأمر الداخل في ماهية العقد وتكوينه؛ وقد حاول الفقهاء ضبط أركان العقود، فقال القرابي: هي العاقدان والمعقود عليه⁽³⁾، وقد تعقب الشيخ الزرقا هذا الإطلاق بأنه ليس منضويا تحت مسمى الركن، فاعتبرها من مقومات العقد لا من أركانه،

(1) انظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا، 324/1.

(2) المدخل الفقهي العام، الزرقا، 389/1.

(3) الفروق، القرابي، 83/2.

وقد جعل ركن العقد التعبير عن الإرادة والتقاء إرادتين هو الركن الأساسي للعقد⁽¹⁾، وما عليه السنهاوري في نظريته أن الرضا وحده ركن في العقد⁽²⁾.

● أسباب العقد: والسبب هو ما جعله الشارع علامة على مسببه وربط وجود المسبب بوجوده وعدمه، فيلزم من وجود السبب وجود المسبب، ومن عدمه عدمه⁽³⁾، وأسباب العقد ليست هي أركانها وإنما هي ما يترتب على وجودها حكم شرعي، مثل كون إتلاف مال الغير سببا للضمان، وأن القرابة سبب للإرث، وأن الملك سبب للتصرف، وهكذا فلكل عقد أسبابه وهو ما يبحث فيه علم الوثائق والشروط.

● شروط العقد: يعد الشرط ما يتوقف وجود الحكم على وجوده ويلزم من عدمه عدم الحكم، والمراد وجوده الشرعي الذي يترتب عليه أثره، فالشرط أمر خارج عن حقيقة المشروط يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجوده⁽⁴⁾. كأهلية العاقد، وأن يكون المال قابلا للتملك، وكون المبيع مقدورا على تسليمه، وهذه الشروط إما أن تكون شرعية مما يقتضيه الشرع، وإما أن تكون جعلية مما يشترطه المتعاقدان في العقد مما لم ينص عنه الشرع.

● موانع العقد: والمانع هو ما يلزم من وجوده عدم الحكم، أو بطلان السبب، فقد يتحقق السبب الشرعي وتتوافر جميع شروطه ولكن يوجد مانع يمنع ترتب الحكم عليه⁽⁵⁾، وهو عكس الشرط، ومثلها في العقود ما تعلق بالعيب في المعقود عليه ولم يُبين، وكقتل الوارث مورثه ثم يطلب عقد تركة وغيرها.

● علة العقد: ويقصد بالعلة هنا الحكمة والقصد من العقد، فكل عقد له مقاصد جزئية تتحقق بنفاذ العقد، وفي الفصل الموالي نذكر بعضا من هذا المقاصد التي جاءت بها الشريعة ملازمة للعقود.

(1) المرجع نفسه.

(2) نظرية العقد، 149/1.

(3) أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، ص 117.

(4) المرجع السابق.

(5) أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، ص 121.

الفصل الثالث :

تقنيات وأدوات الصياغة الفقهية للعقود

وفيه مباحث ثلاث هي :

المبحث الأول: تخطيط وثيقة العقد وأنماط كتابتها

المبحث الثاني: مفردات صياغة العقد.

المبحث الثالث: تراكيب جمل الصياغة الفقهية للعقود

توطئة

إن الغرض من هذا الفصل هو تجميع التقنيات والأدوات اللازم توفرها لصياغة وثيقة عقد، حيث يسهل على الصائغ الرجوع إليها عند الصياغة وإنتاج نص عقد في مستوى المقصد الشرعي وطموح الأفراد والمؤسسات ، ولا بد أن تكون هذه التقنيات صارمة ودقيقة ومواكبة للعصر المعيش، وفي هذه المباحث الثلاث نحاول رصد هذه التقنيات.

المبحث الأول: تخطيط وثيقة العقد وأنماط كتابتها

ونقصد بوثيقة العقد الوثيقة التي تحوي الاتفاق بين طرفي العقد من كل وجوهه وشروطه، وقد تكون هذه الوثيقة في صفحة أو أكثر. وفي مطلبين اثنين نذكر مناهج تخطيط هذه الوثيقة.

المطلب الأول: تقنية التبويب والتقسيم لوثيقة العقد

ونقصد بالتبويب فصل كل موضوع عقد لمفرده، ويوضع في وثيقة منفصلة عن غيره، فعقود البيع تكون في وثيقتها، وعقد الإجارة في وثيقته وعقد النكاح في وثيقته وعقود الهبات في وثيقتها وهكذا، ويقصد بالتقسيم جعل وثيقة العقد في فقرات متسلسلة كل فقرة ذات معنى، ولا تكون الوثيقة في نص واحد.

إنه مما مر معنا في الفصل السابق في تاريخ العقد فإن تقنية التبويب وُجدت محاولةً في قانون حمورابي، ثم تكررت محاولات الروم في ضبطها، ثم قانون جستينيان الذي يُعدّ أحكمها وأضبطها، ومع ذلك يذكر الدارسون لتاريخ التقنين أن تلك المحاولات لم تكن ممنهجة ولا منظمة.

ثم تجد الدارسين لتاريخ التبويب والتقسيم يرجعون الفضل في هذا التخطيط إلى قانون نابوليون بونابرت⁽¹⁾ وتنص هذه البحوث على أنه أول من أسس لأسلوب التبويب في وثائق العقود⁽¹⁾.

(1) وهو إمبراطور فرنسي (1769م_1821م) عمل في القطاع العسكري الفرنسي، وهو من جعل فرنسا دولة استعمارية منافسة ل إنجلترا، واختار الشرق الأوسط (مصر) حيث قام بحملته عليها، ثم رجع إلى فرنسا وتسلط على الحكم ونصب نفسه إمبراطورا على فرنسا، وقام بعدة إصلاحات في الإدارة الفرنسية منها قانونه، انظر: تاريخ نابوليون، إلياس أبو شبكة، مؤسسة هنداوي، 2020م، ص15.

ولعمري لقد سبق فقهاء الإسلام صنعة نابليون بأكثر من ثمانية قرون، ودون ذلك كتاب الوثائق والسجلات لابن العطار(330هـ/399هـ) فقد أجاد وأفاد في هذه الصنعة، فلا أدري لم أغفل الدارسون هذا السبق ويذكرونه لغيرنا....!

وفي نص واضح من الخبير والباحث في صياغة وترجمة العقود محمود علي صبرة الذي عوّل على عمله كثيرًا ممن كتبوا في الصياغة القانونية، يذكر أن التشريعات القديمة كانت تخلو من أي نمط تبويب، بل كانت الوثيقة تبدو وحدة واحدة غير مجزأة، تُكتب من الهامش إلى الهامش دون توقف، نتيجة ربط أكثر من مستند في مستند واحد، وأن محرري الوثائق في أوروبا لجؤوا إلى تبويب وتقسيم الوثائق لمواجهة حالات الفوضى والحشو القائم في المستندات والوثائق القديمة وذلك في سنة 1854م بعد أن دعا إلى ذلك جمع من القانونيين الأوروبيين، حيث ظهر التبويب والتقسيم في قوانين الشحن التجاري في السنة ذاتها⁽²⁾.

والحقيقة أن كُتَّاب الوثائق والشروط في الفقه الإسلامي أسبق في هذا التنظيم من هؤلاء المشرّعة الأوروبيين، على الأقل في جانب التبويب فمثلا في وثائق ابن العطار نجد التقسيم واضحا جليا في عقود النكاح وفي عقود البيوع والدين والوصايا والهبات وغيرها، وبعده ابن مغيث الطليطلي ت459هـ في كتابه المقنع في علم الشروط فقد بوب وقسم العقود، وهو الأمر نفسه في الوثائق المختصرة لأبي إسحاق الغرناطي ت579هـ ، حيث بوب عقود النكاح والبيوع والوصايا.

في الفترة التي كانت فيها الأندلس تعجُّ بالتشريعات القابلة للتنفيذ، والعقود المصاغة صياغة محكمة، والمكثبات المليئة بالوثائق والسجلات، ودور القضاء المضبوطة بقوانين مستقاة من الشريعة الغراء، وتعجُّ بكثرة الصائغين في دور القضاء أو في المساجد أو في الدكاكين، في ديناميكية تُظهر التطور الذي وصل إليه الفقه الإسلامي في ضبط التصرفات المالية.

(1) انظر: قواعد الصياغة التشريعي، مرجع سابق، ص45، مدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون - دار الكلدونية ، ص434.

(2) انظر: ترجمة العقود المدنية، محمود علي صبرة، ص23.

في الوقت نفسه لم تكن أمريكا ولا أوروبا تعرف طريقة الصياغة ولا تقنياتها، فإلى عصر قريب كانت تتخبط في الحشو والفوضى والتطويل الحاصل في الوثائق، ويذكر الدارسون أن أمريكا عقدت مؤتمراً قومياً للمفوضين بالقوانين الموحدة للولايات الأمريكية عام 1917م حيث نصّ المؤتمر في توصياته على مراعاة التبويب والتقسيم في صياغة الوثائق⁽¹⁾!!

والغرض من هذا التبويب هو سهولة التعامل مع وثيقة العقد وفهمها، وتسهيل مهمة القاضي في فض النزاع بين أطراف العقد، وعند تفحص كتب الوثائق والشروط في المذهب المالكي فإننا نجد لها مبنية ومقسمة على الطريقة التالية:

- ذكر عنوان العقد بصفة دقيقة؛ فمنهم من يجعل العنوان يتدئ بالوثيقة كقول ابن العطار: وثيقة مغارسة، أو وثيقة وديعة، وتارة يُجعل العنوان يتدئ بالعقد كقول الغرناطي: عقد نكاح الصغيرة، وتارة يتدئ بلفظة تسجيل كما هي صنعة أبي إسحاق الغرناطي. وهو أمر لا بد منه في وثيقة العقد حتى تتباين العقود وتظهر أكثر.
- ذكر أطراف العقد.
- ذكر تاريخ العقد.
- ذكر حكم المعاملة.
- ذكر أوجه استيفاء الحق من كلا طرفي العقد.
- ذكر الأوجه الممكنة تأويلها في العقد.
- فقه العقد، حيث يذكر في هذا القسم الأحكام الفقهية المتعلقة بالعقد وجوانبه في مذهب مالك مع ذكر الأقوال ونسبتها إلى أصحابها.

وما يمكن ملاحظته في هذه الصياغات أنها لم تراعى الأمور التقنية بشكل أدق مثل:

- ترقيم كل قسم من أقسام العقد والتنصيص على ذلك، كقول: أطراف العقد ثلاثة هم: 1) 2) 3) وهكذا، فهذا الأمر يجب مراعاته في الصياغات المحكمة للعقود.

(1) المرجع السابق، ص 24.

- العبارات ذات الطول لا بد من فصلها في فقرات ذات دلالة واحدة، وهذا أمر يجعل العقد سهل الفهم والتطبيق.
- أن يجعل فقه كل عقد من ملاحق العقود لا من أصله.
- أن تدرج الشروط التي اتفق عليها طرفا العقد في وثيقة العقد.

ولالإشارة فإن قسم التشريع في مجالس الدول يحرص على احترام هذه التقنيات في كل المواثيق والقوانين المصاغة، وهو أمر يجب استحسانه في الصياغة الفقهية للعقود، لأن الغرض منه تنظيم التشريع، وحصر ما هو قابل للتنفيذ مما هو محل التعاقد، وما يقبل التكرار وما لا يقبله، وما يقبل التعديل وما لا يقبله.

المطلب الثاني: تقنية التصنيف والتصنيف.

ويقصد بالتصنيف طريقة جمع الأحكام المتعلقة بالتعاقد من مصادرها الفقهية وطريقة تصنيفها في وثيقة العقد لتشكل وحدة متكاملة تُسمى بوثيقة العقد، فتكون بذلك قابلة للتنفيذ، وهذه التقنية في تخطيط وثيقة العقد تُجنب العقد من الأحكام المتداخلة أو المواضيع المكررة، التي تؤدي إلى الغموض والارتباك في فهم العقد.

وتتم هذه التقنية بالاعتماد على أمور منها:

1. قواعد التفسير المنصوص عليها في أصوله الفقه، كالعام يقدم على الخاص، والمطلق يقدم على المقيد، والمبين أولى من الجمل، وتوضيح العموم الذي يراد به العموم، والخاص الذي يراد به الخصوص وهكذا، فلا بد من مراعاة هذه القواعد عند تقرير مواد العقد ومضامينه تجنباً له من الغموض.
2. يجب مراعاة الاتجاهات الفقهية الكلية، ونقصد بها القواعد الفقهية التي تجمع أبواباً عدّة من الفقه؛ كالضرر يزال أو المشقة تجلب التيسير، فيمكن الاتكاء على مثل هذه القواعد في تقرير مواد العقود، وكذا الضوابط الفقهية الجامعة لمسائل عدّة في باب واحد؛ كقول

- الفقهاء: المتعدي ضامن⁽¹⁾، فإن هذه الضوابط تعين على جمع مسائل عدة في حكم واحد، وكذا يجب مراعاة قواعد الاجتهاد الكلية.
3. يجب مراعاة أن تكون الأحكام التي تُكتب في كل عقد مرتبطة في صيغتها الخطابية بالطرف الذي تعنيه هذه الأحكام، فمثلا في عقود النكاح أن تُجعل الأحكام المتعلقة بالولي مثلا تنص على أنها موجهة إليه، وكذا ما أُجه للزوجة أو الزوج أو لهما معا. لأن هذا الأمر ينأى بالعقد عن الاحتمال والغموض، ويجعل كل طرف يمكنه الرجوع إلى المواد التي تخاطبه وتلزمه.
4. يجب مراعاة التدرج في ترتيب المواد لكل عقد، وتعطى كل مادة حقها من الترتيب والبيان في بنود العقد، فيقدم الأهم على غيره دوما.
5. يجب التفرقة بين المواد التي تذكر موضوع العقد وأطرافه من المواد التي تكون إجرائية؛ بمعنى تنص على الحكم والإلزام به، ففرز هذه الأمور يجعل العقد واضحا ابتداءً لكلا المتعاقدين.
- فعدم التناسق بين مواد العقد وبنوده يُعدُّ مشكلة، والصياغة المحكمة في شكل العقد تجعله قطعاً محكماً في مضمونه، وهذا الأمر من معايير جودة العقود.

(1) أنظرها في: شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، الإمام المنجور (ت995هـ)، ت: محمد الشيخ الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، 102/1.

المبحث الثاني: مفردات صياغة العقد.

وهذا المبحث نقصد به تقسيم المفردات اللغوية والمصطلحات الفقهية والقانونية التي تبتدئ بها بنود العقد ومواده، وهذا أمر لا تخفى أهميته في الصياغة لذلك لا بد من حصر هذه المفردات لتكون على بينة لصائع وثيقة العقد.

وفي الفصل الأول تطرقنا إلى لغة الفقه وخصائصها ولغة القانون وخصائصها، وهنا سنذكر الألفاظ والمفردات التي يجب أن تكون في وثيقة العقد، وسنبين ذلك في مطلبين اثنين.

المطلب الأول: المفردات الواجب استخدامها في صياغة بنود العقد

تعتبر المفردات التي تُشكل بنود عقد من أهم الأدوات الفنية التي يتكئ عليها الصائع لبنود العقد، لأجل إيصال الغرض من التعاقد إلى طرفاه بشكل أدق، فالاعتناء بهذه المفردات له الدور المهم في تطبيق وتنفيذ العقد قضاءً. وفي العقود يجب مراعاة صنفين من المفردات، وهذا ما نذكره في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: مراعاة المفردات الدالة على الإلزام.

وصيغة هذه المفردات في اللغة العربية أوضح وأدق منها في اللغات الأخرى، وقد أبان الأصوليون عن مباحث الإلزام في مسائل متفرقة من مباحث أصول الفقه، وقد حاولنا جمعها على النحو التالي:

البند الأول: الإلزام في اللغة والاصطلاح

ففي اللغة الإلزام من لَزِمَ الشيء يلزمه لزوماً: بمعنى ثبت ودام، والإلزام من ألزم وهو المتعدّي بالهمزة، أي أثبت وأدام، وألزمته: أثبته وأدمته، ولزمه المال: وجب عليه، وألزم فلاناً الشيء: أوجبه عليه، وألزم خصمي: حججته⁽¹⁾.

(1) انظر: لسان العرب، ابن منظور، 541/12، القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ص1158، تاج العروس، الزبيدي، 418/33.

وقال الراغب : الإلزام ضربان: إلزام بالتسخير من الله تعالى أو من الإنسان ، وإلزام بالحكم والأمر .

أما في الاصطلاح فقد استعمله الفقهاء في المعنى اللغوي نفسه، إلا أنّ الإلزام قد يطلقونه على الحكم بالزوم، وتشريع حكم إلزامي، وقد يطلقونه على الإلزام مثل: إلزام الحاكم المقرّ بما أقرّ به، وإلزام الحاكم المظاهر بطلاق زوجته إذا لم يكفّر مع تمكّنه منه، وعدم جواز إلزام الزوج زوجته في الإنفاق على مؤاكلتها معه، وهكذا. وقد يأتي بمعنى إلزام الشخص نفسه بما لم يكن لازماً له في العقود والمواثيق⁽¹⁾.

البند الثاني: الألفاظ ذات الصلة

الإلزام

وهو - لغة - القهر والإكراه، والإلزام لا يكون دائماً بالقهر والغلبة، فيكون أعم منه⁽²⁾.

الإيجاب

وجب الشيء وجوباً: لزم، وأوجبه الله واستوجبه: استحقه، وأوجبه إيجاباً، أي ألزمه. وفرق بينهما بأنّ الإلزام يكون في الحقّ والباطل، يقال: ألزمته الحقّ وألزمته الباطل. والإيجاب لا يستعمل إلاّ فيما هو حقّ⁽³⁾.

الالتزام

وهو الاعتناق، يقال: التزمه، أي اعتنقه، فالإلزام سبب الالتزام بإلزام الشخص نفسه، أو بإلزام الغير له.

(1) انظر: التلخيص في أصول الفقه، الجويني، ت: عبد الله غولم، بشير أحمد العمري، دار البشائر، بيروت، 256/1، المحصول، الرازي، ت: طه العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، 1998م، 48/2، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، السبكي، ت: عادل عبد الموجود، علي معوض، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1999م، ص460، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، عياض السلمي، دار التدمرية، الرياض، ط1، 2005م، ص68.

(2) انظر: لسان العرب/ 113/4، تاج العروس، 351/10، معجم لغة الفقهاء، قلعه جي، ص43.

(3) معجم لغة الفقهاء، ص86، الفروق اللغوية، أبو هلال العسكري، ت: محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة، القاهرة، 225/1.

وهذه الألفاظ الثلاث إذا صيغ بها عقد فإنها تدل على قطعية الالتزام ببنوده إذا اختارها طرفا العقد معا وأمضيا العقد عليها.

البند الثالث: المفردات التي تدل على إباحة التصرف ومنعه.

وهذه المفردات كالتى سبقتها تتميز في اللغة العربية بالدقة وسهولة الفهم على غرار اللغات الأجنبية الأخرى، وفي العقود يمكن الاقتصار على الصيغ التالية، على حسب ما تم جمعه من صيغ العقود في مصادر الوثائق والشروط بالغرب الإسلامي⁽¹⁾:

أولاً: صيغة يجوز.

ثانياً: صيغة يصح.

ثالثاً: صيغة يُسمح.

رابعاً: صيغة له أن يفعل كذا.

خامساً: صيغة لا يجوز.

سادساً: صيغة لا يصح.

سابعاً: صيغة يُمنع.

البند الرابع: أنواع الإلزام وأحكامها

يطلق الإلزام في الفقه على معان عديدة، نشير إليها فيما يلي:

أولاً: الإلزام بمعنى جعل الحكم التشريعي ملزماً.

ويراد به الإيجاب وتشريع حكم إلزامي، وهو أعم من الوجوب أو التحريم، والإلزام التشريعي مختص بأوامر الله تعالى ونواهيه في القرآن، وكذا أوامر النبي صلى الله عليه وآله وسلم ونواهيه في سنته، فهذا الذي يجب مراعاته في صياغة العقود.

ثانياً: الإلزام بمعنى الإلزام والإكراه⁽²⁾

(1) انظر هذه الصيغ في كل مصادر الوثائق والشروط، ولم نرد هنا التمثيل لكل صيغة لأنه أمر يطول، وإنما سنذكر أمثلة لهذه الصيغ في نماذج العقود في الملاحق من هذه الأطروحة.

(2) موسوعة القواعد الفقهية، آل بورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 10، 849/2003.

ويراد به الإكراه والإكراه على فعل أو ترك أمر ما لأحد طرفي العقد أو لهما، رغما عن إرادتهما، فهذا النوع لا يحقق لأحد من الناس فيه إجبار الآخرين على فعل ما لم يريدوه، ولا ترك فعل ما لم يرغبوا في تركه، إلا إذا كان هذا الإكراه له سببه الشرعي، فعندها يصح إدراج الصيغ بهذا المعنى. وأمثلة ذلك كثيرة منها:

- للحاكم إلزام الناس وإجبارهم باحترام بنود التعاقد إذا تم وإلا لحقتهم العقوبة، كما أن للحاكم إلزام الناس بأداء حقوقهم وواجباتهم بعضهم تجاه البعض إذا ثبتت بتعاقد صحيح.
- كما يصح عند الصياغة إجبار الزوج الناشز بالإنفاق على زوجته.
- وتجوز صيغة الإكراه في ضبط السوق فيلزم المحتكر بالبيع .
- إلزام المستأجر في بنود العقد المالك بإصلاح المسكن لو اتهم مثلاً.

إلى غير ذلك من الصيغ الدالة على الإكراه والإكراه. ولو ألزم صاحب الحق من عليه الحق فلم يلتزم، فهل يجوز له إجباره وإكراهه، أم أن المتعين رفع أمره إلى الحاكم الشرعي، أم يجوز له أخذ حقه غيلة؟ فالذي ذكره الفقهاء هو الرفع إلى الحاكم أو القاضي عندما يكون الإكراه يجزئ إلى الهرج والمرج، وهو الأمر المنصوص عنه في المدونات الفقهية.

ثالثاً: الإلزام بمعنى الالتزام

قد يطلق الإلزام ويراد به الالتزام، وهو ما يلزم به الإنسان نفسه ويتعهد به تجاه الغير، كما في العقود، وقد ذكر الأصوليون أن هذا الإلزام يكون صحيحاً ولازماً، إذا لم يتعارض مع مقتضى الشرع من العقد. وقد يكون صحيحاً غير لازم، كأن يكون الإلتزام لا ينافي مقتضى العقد ولا يكون من مقتضاه، بل يكون خارجاً عن العقد، ويمكن أن يكون الإلتزام باطلاً شرعاً وذلك إذا لزم أحد طرفي العقد غيره أو نفسه بما ينافي مقتضى العقد الشرعي.

الفرع الثاني: مراعاة المفردات ذات الاصطلاح الفقهي الخالص.

وهذا الفرع يعدُّ إحدى الإشكاليات المعرفية العميقة بين الدراسات الفقهية والقانونية وحتى الاقتصادية، وقد رغبتُ أن أضعه في مبحث مستقل لما يحويه من أهمية بالغة في التقريب بين العلوم الثلاثة السالف ذكرها، لكن بعد أخذ ورد استقر أن وضعه فرعاً في هذا المطلب مناسب أكثر، لذلك إن رأى فيه القارئ لهذه الأطروحة طويلاً فليعذرنا عليه.

لقد درج القول بأن لكل علم لغته، أي مصطلحاته الخاصة به الدالة على معنى ما أراده أهل ذلك العلم في مجال مخصوص منه⁽¹⁾، وقال الشاهد البوشيخي: المصطلح عنوان المفهوم، والمفهوم أساس الرؤية، والرؤية نظارة الإبصار التي تريك الأشياء كما هي⁽²⁾.

ويذكر الدكتور رابح صرموم أن أهمية المصطلحات الفقهية تنبع من أنها الوعاء الذي تظهر من خلاله الرؤية الفقهية للأشياء، فإذا ما اضطرب هذا الوعاء أو اختلفت دلالاته التعبيرية أو تميّعت معطياته اختلف البناء الدلالي له، واهتزت قيمته في الأذهان، أو خفيت حقائقه، ولذلك عُني الفقهاء بالمصطلح عناية فائقة، لأنه يدخل في تكوين شخصية الفقيه، و تنمية الملكة الفقهية له، فلا يمكن للفقيه أن يتأهل إلى رتبة الفتيا أو القضاء ما لم يكن عارفاً بمصطلحات الفقه أو مصطلحات الناس و أعرافهم، إذ الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وعدم تحرير المصطلح الفقهي سينجم عنه لا ريب خلل في استصحاب حكمه إلى الأفراد التي ينطبق عليها، و سياترتب عنه اضطراب فقهي ناشئ عن الاضطراب في فهم المصطلح.

وذكر أن المصطلح الفقهي يتألف من نوعين:

النوع الأول: المصطلحات والأسماء التي لها أصل شرعي كالصلاة و الزكاة و الصوم والحج، ويطلق عليها اسم (الحقائق الشرعية) أو (الألفاظ الشرعية) ويقصد بها الألفاظ التي استعملت في الشريعة على غير ما كانت عليه في اللغة بحيث تستفاد دلالتها للمعنى من جهة الشرع، لا من جهة اللغة، ولا من جهة اصطلاح العلماء و الفقهاء، وإنما أدرجت هذه الألفاظ ضمن المصطلح الفقهي لأنها أصبحت ألقاباً لأبواب الفقه و مسائله، و إلا فلا يشملها اسم (المصطلح) لأنها لم تنشأ عن اصطلاح ومواضع بين الفقهاء، فإذا أريد تعريفها فلا يقال تعريفها اصطلاحاً و إنما يقال تعريفها شرعاً .

النوع الثاني: الحقائق العرفية، وهي الألفاظ التي اصطلاح عليها الفقهاء للدلالة على معان فقهية و تشمل ما يلي:

(1) انظر: التعريفات، الجرجاني، المطبعة الخيرية، مصر، ط1، ص13، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، 64/1.

(2) نحو التصور الحضاري الشامل للمسألة المصطلحية، الشاهد البوشيخي، مجلة التسامح، العدد8، ص110.

- المصطلحات والأسماء التي تواضع الفقهاء عليها كألقاب لمعانٍ جاءت بها الشريعة بعد عملية استقراء كالتعزير، والإقالة، والتخلية وغيرها.
- الألفاظ التي جاءت على ألسنة الناس من مواصفات اتفقوا عليها في معانيهم وسألوا عن حكم الشرع فيها فضمّنها الفقهاء في مدوناتهم، كبيع الوفاء، والسفتحة، والتأمين، وما شاكلها من اصطلاحات وهيئات و تراتيب ومعاملات و أحوال حادثة تكلم فيها الفقهاء
- كما يشمل الاصطلاح الفقهي المسائل الفرعية التي اصطلح الفقهاء على لقبها، كما يقال: مسألة العينة، ومسألة ضع و تعجل... أو المسائل المتشابهة التي تنتظم تحت باب واحد مثل "الطهارة" فتواضع الفقهاء على مصطلحات عنوانية تجمعها تحت مسمى الباب أو الكتاب⁽¹⁾.

والمصطلح الفقهي في المذهب المالكي خصوصا كغيره من المذاهب عرف تطورا و توسعا تبعا لتطور المذهب و توسعه، حيث جرى وضعه ابتداءً على يد الإمام مالك ثم أخذ يتشكل ويتطور على يد أصحابه و أتباع مذهبه حتى القرن العاشر، ويمكن الوقوف على مسيرة تطور المصطلح الفقهي في المذهب المالكي من خلال المؤلفات و المصنفات التي دُوّنت خلال هذه القرون، انطلاقاً من الموطأ الذي يعتبر أول كتاب ألف في المذهب المالكي، ثم المدونة والأسمعة التي تعتبر أمهات الكتب و المصادر في الفقه المالكي، ثم المختصرات التي كانت زبدة هذه الأمهات، وصولاً إلى كتب القضاء و التوثيق والقواعد التي كانت تاج التدوين والتأليف في المذهب⁽²⁾.

وهذا الذي قرره الدكتور رابح صرموم يؤكد لنا قضيتين مهمتين هما:

1. وجود اصطلاح فقهي ذي أصل شرعي قطعي في دلالاته ومعناه، وهذا ثابت في كل الأزمنة لا يمكن تغييره، وإن ادعى أو طلب ذلك غير الشرعيين، لأنه من قبيل الوحي الذي لا يمكن تغييره ولا تحريفه ولا تعطيله.

(1) انظر هذا النقل في: مقال: تطور المصطلح الفقهي في المذهب المالكي، رابح صرموم، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، العدد 7، 2018م، ص81.

(2) المرجع نفسه، ص88.

2. وجود اصطلاح فقهي اجتهادي ينضوي تحت مقاصد الشرع، لكنه غير منصوص عليه في نص شرعي، بل هو استنباطي استقرائي اجتهادي، وهو المصطلح القابل للتطور والتوالم مع متغيرات الزمن ونوازلها، فبذلك يمكننا القول بأن المصطلح الفقهي لم يبق حبيس نفسه من العهد الأول لنشأته، وقطعا لم يبق الاجتهاد في عصر ما منوطاً باصطلاح فقهي ذي دلالة متغيرة من عصر لآخر، ولم نجد من الفقهاء من ادعى التمسك بالمصطلح القابل للتغير في زمنٍ تغيّر فيه ذلك المصطلح.

ورغم هذا التطور الواسع في المصطلح الفقهي عبر قرون من الزمن في مدونات الفقه، فإنه قطعاً قابلاً للتطور في العصر الحديث ذي النظم والهيئات المستحدثة، فالمصطلح الفقهي يحتاج فقط لفت الأنظار له بوضع معايير في اعتباره تكون مستقاة من الشرع والواقع على حد سواء من أجل حل المشكلات المتجددة لأفراد المجتمع ومؤسساته، إن على مستوى علاقاتهم الاجتماعية، أو على مستوى المال والاقتصاد، أو على مستوى القضاء وفض النزاع، أو على مستوى الحكم والنظم.

لكن من الغرابة أن نجد من الباحثين في الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون من ينادي بضرورة تطوير المصطلح الفقهي حتى يتواءم مع المصطلح القانوني⁽¹⁾!

وقد بسط الدكتور فهد الرومي هذه الدعوات في أطروحته: الصياغة الفقهية في العصر الحديث، وقد ذكر أن معظم هذه الدعوات ليس الهدف منها خدمة المصطلح الفقهي، بقدر ما هي دعاوى للتغيير والتبديل والتبديد لكل ما له علاقة بالدين⁽²⁾.

ولعمري لو كانت العملية العكسية بأن يطالب الفقهاء القانونيين بتجديد مصطلحاتهم بما يخدم واقع الأفراد والمؤسسات لكان هو الحق.

ولا إشكال لدى الشرعيين إن وجدوا من المصطلحات القانونية أو الاقتصادية ما يتوافق مع الرؤى الشرعية فيتم الاتكاء عليها في صياغة بنود العقد، كما لا إشكال عند الشرعيين من المصطلحات ذات الدلالة الواحدة بين العلوم الثلاث وإن اختلفت تركيبية كل مصطلح، مثل: ما يسميه الفقهاء

(1) انظر في ذلك مثلاً: فقه الشورى والاستشارة، توفيق الشاوي، دار الوفاء، ط1، ص772.

(2) الصياغة الفقهية في العصر الحديث، فهد الرومي، ص305.

(باب المرافعات) يسميه القانونيين (قانون المرافعات) وما يسميه الفقهاء باب المعاملات يسميه القانونيين بالقانون المدني، وغيرها، فهذا لا إشكال في الاتفاق عليه وإن كان الأولى الحفاظ فيه على المصطلح الشرعي، وقد نادى بتوحيد هذه المصطلحات كثير من الباحثين⁽¹⁾.

وإنما الخلاف في تلك المصطلحات التي تحمل في طياتها معانٍ تُخالف المقصد الشرعي وحكمه، لفظا ودلالة، خاصة تلك الوافدة على المجتمع المسلم من المجتمعات الغربية، وأخص منه تلك المصطلحات التي يتم ترجمتها من اللغات الأجنبية بحسب مفهوم كل مترجم، فينجم عنها التضاد في الاستعمال.

وقد وجدت هذه المصطلحات في كثير من العقود والنظم اليوم، ولوجودها واستحكامها ونفوذها ينصح القانونيون الفقهاء بالتأني في تخريج الحكم الفقهي على إثرها، لأنه يؤدي إلى الغلط في النتائج⁽²⁾.

فلذلك نقول هنا لا بد من مراعاة المصطلح الفقهي ذي الدلالة الفقهية في صياغة بنود العقود في المنظومة التعاقدية المعاصرة حتى إذا تمت الفتوى وفقها أدت إلى نتائج مرضية للمفتي والمستفتي.

المطلب الثاني: المفردات الممنوعة من الاستخدام في صياغة بنود عقد.

لاشك أن الغرض من توثيق العقود هو إثبات الحقوق لأصحابها ومنع كل أشكال التحايل، والذي لا شك فيه كذلك أن المرافعات القانونية المتمثلة في المحاماة اليوم مُنصَّبة في تفسير تلك العقود بما يُثبت الحق للموكل، وتعرِّف هذه العملية البحث عن ثغرات القانون حتى صار من المعلوم بالضرورة في مجال المحاماة أنه ما من قانونٍ إلا وله ثغرة.

والعقد المتضمن للثغرات يؤدي قطعاً إلى هضم حقوق أصحاب الحق، والتحايل على ممتلكات الأفراد، وينتج عنه الرشوة والهرج والمرج وشراء الذمم، وهو أمر مخالف لمقصد التعاقد بله قصد الشارع.

(1) انظر: المرجع السابق، ص312.

(2) انظر مثلاً: إشكالية المصطلح الفقهي في الدراسات المقارنة، يمينة شودار، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد8، العدد5، 2019م، ص240.

لذلك من الضروري التنبيه على المفردات التي ينبغي لصائغ وثيقة التعاقد أن يحتز منها حتى لا يترك مجالاً للشغرات في بنودها، وحتى لا تكون الوثيقة الفقهية محل طمع ولعب، ومحل اتهام بضياع حقوق الأفراد والمؤسسات. وسنذكر هذه الصيغ في فروع مع التمثيل لها:

الفرع الأول: مفردات الإحالة ودورها في تأويل النص

ويقصد بالإحالة العلاقة التي تكون بين المسميات والضمائر وأسماء الإشارة والأسماء الموصولة في النص الواحد، وهذا العناصر الثلاث هي المقصودة في البحث وهي ما ينبغي تجنبه في الصياغة الفقهية للعقود، والإحالة نوعان:

الأول: إحالة داخل النص؛ وهي وجود علاقة بين العناصر الثلاث السالفة الذكر والمسميات في النص الواحد، وهي إما قبلية؛ بمعنى الإحالة على عنصر سبق اللفظ به بأحد العناصر الثلاث بضمير أو اسم إشارة أو اسم موصول، أو بعدية؛ وهي أن يتم الإحالة على عنصر هو آخر مذكور في النص بأحد العناصر ذاتها.

الثاني: إحالة خارج النص؛ وهي ما يستخدمه الكاتب من رموز وإشارات في كلمات داخل النص ترجع إلى أمر غير مذكور في النص إطلاقاً، بل يجب على القارئ للنص أن يفك تلك الرموز حتى يتمكن من قصد الكاتب لها⁽¹⁾.

والأمر الثاني قطعاً يجب تجنبه في الصياغة الفقهية المحكمة، إذ أنه يؤدي قطعاً إلى الضبابية في الفهم والتطبيق لبنود العقد.

أما الأمر الأول فلكل عنصر من عناصر الإحالة قواعد تحكمه، وهو أمر لا بد من الصائغ أن يكون على بينة من هذه القواعد. لذلك لا بد من بسط الكلام حول هذه العناصر:

(1) انظر: الإحالة ودورها في تحقيق الترابط النصي، عبد الحكيم سيد أحمد، مقال بمجلة جامعة أم درمان الإسلامية كلية اللغة العربية، العدد 7، 2017م، ص 357، 358.

البند الأول: استخدام الضمائر بدل تسمية المسميات

ما زالت الضمائر دوماً في اللغة العربية توضع لها القواعد الحاكمة لها توظيفاً وتأويلاً، إذ تعتبر من أهم وسائل الاتساق النصي وأدواته، فلا تكاد تجد نصاً تنعدم فيه، والغرض من وضع هذه القواعد هو جعل الضمائر تحقق الترابط والتماسك بين أجزاء النص واتساقه.

والضمير عند أهل اللغة هو ما دلّ على متكلم نحو: أنا، ونحن، أو مخاطب نحو: أنت، وأنتما، أو غائب نحو: هو، وهما، وإنما سمي ضميراً من قولهم (أضمرت الشيء) إذا سترته وأخفيته، ومنه قولهم (أضمرت الشيء في نفسي)، أو من الضمور وهو الهُزال؛ لأنه في الغالب قليل الحروف، ثم تلك الحروف الموضوعه له غالباً مهموسة وهي التاء والكاف والهاء، والهمس هو الصوت الخفي⁽¹⁾.

ويتفرع الضمير في اللغة العربية بحسب مدلوله فيما أن يكون للتكلم فقط، أو للخطاب فقط، وللغيبه كذلك. وينقسم بحسب ظهوره في الكلام وعدم ظهوره إلى: بارز ومستتر؛ فالبارز هو الذي له صورة ظاهرة في التركيب، نطقاً وكتابة، والمستتر ما يكون خفياً غير ظاهر في النطق والكتابة⁽²⁾، وتتفرع أيضاً عند بعضهم إلى ضمائر وجودية مثل (أنا، أنت، هو، هي...)، وإلى ضمائر ملكية مثل (كتابك، كتابهم، كتابه...).

وقد حصر المشتغلون بالدراسات النصية وظائف الضمائر في كونها تستخدم عوضاً عن الأسماء والصفات التي لا لزوم لتكرارها، فالربط بالضمير بديل لإعادة الذكر في الاستعمال وأدعى إلى الخفة والاختصار⁽³⁾.

لكن هذا الأمر في الصياغات التشريعية غير محبذ ولا مطلوب لأنه أدعى إلى التأويل والاختلاف في رد الضمير لأصله، مثل قاعدة هل الضمير يعود على أقرب مذكور أم أول مذكور؟

(1) شرح شذور الذهب في معرفة كلام العرب، ابن هشام، ت: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الطلائع، القاهرة، ط1، 2004م، ص168.

(2) النحو الوافي، عباس حسن، دار المعارف، مصر، ط3، 1984م، 1/219.

(3) الوظائف الإحالية في الضمائر الشخصية في رسالة المعاش والمعاد للجاحظ، د. مفلح بن عبد الله، مقال بمجلة مقاليد، العدد10، 2016م، ص183.

فمثلا عند صياغة بند على شكل: يدفع المستأجر إلى المؤجر في مكتبه، فالهاء في لفظة مكتبه هل تعود على أقرب مذكور وهو المؤجر أم أول مذكور وهو المستأجر؟ وهو باب الغموض والتأويل الذي ينبغي ألا يكون في وثائق العقود، إذ يمكن لأي طرف أن يستغل هذا الأمر في التحايل على صاحب الحق في العقد⁽¹⁾.

البند الثاني: استخدام أسماء الإشارة بدل الإشارة إلى المقصود

وتعد عنصرا من عناصر الإحالة في النص، وهي الوسيلة الثانية من وسائل بين مفردات الجملة النصية، وأسماء الإشارة قد تعمل عمل الضمائر فيما أن تشير إلى متقدم في النص أو إلى متأخر، وقد صنفها أهل الفن إلى أقسام أربعة⁽²⁾:

- حسب الظرفية: أي ما أشار إلى الزمان مثل(الآن، غدا ...)، وما أشار إلى المكان مثل(هنا، هناك ...)
 - حسب الحياد أو الانتقاء: أي ما أشار إلى فرد بعينه وخص من غيره، مثل (هذا، هؤلاء.....)
 - حسب البعد: أي ما أشار إلى الشيء البعيد عن مكان المتكلم مثل: (ذلك، تلك ...)
 - حسب القرب: أي ما أشار إلى أمر قريب من المتكلم مثل: (هذه، هذا...)
- وأسماء الإشارة طالما كانت سببا في اختلاف الفقهاء في تفسير النص الشرعي⁽³⁾، وهذا أمر يجعله أهل اللغة مندوحة للنص العربي، وقد أوردوا في ذلك النصوص الثرية والشعرية الكثيرة التي تدل على أهمية أسماء الإشارة في تناسق النص وترابط أجزائه.
- لكن في علم الصياغة المحكمة فقد نص محمود علي صبرة بأنه يفضل دوما أن لا تُستخدم أسماء الإشارة لأنها باب الاختلاف في تأويل النص، وثغرة تُستغل في الحجاج والمرافعات.

(1) ترجمة العقود المدنية، محمود علي صبرة، ص39.

(2) لسانيات النص، محمد حطاي، ص19.

(3) انظر: لباب التأويل في معاني التنزيل، الخازن، ت: محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 98/3.

ومثّل لذلك بنصّ: إذا وُفّق العامل إلى اختراع جديد أثناء خدمة رب العمل فلا يكون لهذا أي حق في ذلك الاختراع⁽¹⁾.

فاسم الإشارة هذا يمكن أن يشير إلى العامل أو إلى رب العمل ، ويمكن لأحد طرفي العقد إن وجد هذا الأمر أن يرافع من أجل كسب الحق له، وإن كان في قصد الصانع أنه ليس له.

البند الثالث: استخدام الاسم الموصول بدل الاسم الحقيقي

إن الاسم الموصول يعتبره أهل اللسانيات لفظاً غامضاً في ذاته، يقول عباس حسن: الموصولات الاسمية هي اسم مسمّاة ومدلوله غير واضح ، فلا ندري أهو حيوان أم إنسان أم نبات أم جماد؟⁽²⁾

ويذكر سليمان الياقوت: أن الأسماء الموصولة هي كل اسم غامض لا يتضح المراد منه، ولا يتعين مدلوله إلا بوجود جملة أو شبه جملة بعده تعرف بصلة الموصول⁽³⁾.

والاسم الموصول له أغراض إذا استخدمت في الصياغة الفقهية للعقود فإنه تنتج سوء فهم لها، وتأويلات بعيدة للمقصد من الصياغة، وقد أوضح هذه الأغراض فاضل السمراي⁽⁴⁾، ونحن نذكر هنا ما له علاقة بالصياغة من أجل النأي عنها أثناء الصياغة الفقهية المحكمة للعقود:

- الإبهام، فقد يجنح الكاتب أو المخاطب إلى الاسم الموصول من أجل إبهام ذاتٍ أو شيءٍ عن السامع أو القارئ، كأن يستعمل الاسم الموصول لإبهام طرف العقد أو المعقود عليه أو الثمن أو غير ذلك.
- الاختصار، فقد يستعمل الاسم الموصول من أجل الاختصار عن كثرة الكلام أو الطول في الخطاب، وهذا أمر تشهد به العربية، غير أنه في صيغة العقود أمر قد يؤدي إلى الغموض في المختصر.

(1) ترجمة العقود المدنية، مرجع سابق، ص38.

(2) النحو الوافي، عباس حسن، ص340.

(3) النحو التعليمي والتطبيقي في القرآن الكريم، سليمان الياقوت، دار المعرفة، بيروت، 2003م، ص204.

(4) معاني النحو، فاضل صالح السمراي، دار الفكر، الأردن، ط2، 2003م، 1/110.

- إرادة العموم، وقد يستعمل الصائغ لوثيقة العقد الاسم الموصول لإرادة أمر عام، والعموم كما هو معروف باب يشمل كل من يصلح له، وبهذا يجعل العقد الذي فيه العموم محل تجاذب بين طرفيه.

الفرع الثاني: المفردات المتضادة والمشاركة

إنه بالرجوع إلى كتب اللغة وفقهها نجد أنّ اللفظ الضد له إطلاقات متقاربة من ناحية ومتباينة من ناحية أخرى؛ فيراد به المثلُّ والنظير والشبيه، ويراد به المخالف والمغالب والنَّدُّ. ونقول: تَصَادُّ الأمران: كان أحدهما ضِدًّا للآخر، الضدُّ: المخالفُ والمنافي، ويُقال: هذا اللفظ من الأضداد: من المفردات الدّالة على معنيين متباينين؛ كالجُؤنِ للأَسود والأبيض⁽¹⁾.

ومن ذلك يتضح لنا أن التضاد إما يراد به الاشتراك في معنيين متناقضين في لفظ واحد، أو الاشتراك في معنيين متماثلين في لفظ واحد، أو معنيين متناقضين في لفظتين.

لذلك قيل: هو اللفظ الدّال على معنيين متقابلين، وقيل: هو لفظة واحدة تحمل المعنى وعكسه⁽²⁾.

لذلك الألفاظ المتضادة أو المشتركة يجب تجنبها في الصياغة الفقهية المحكمة حتى لا تكون باب الاحتمال والتأويل.

(1) المعجم الوسيط، مجموعة من المؤلفين، دار الدعوة، 536/1.

(2) السنة ومكانتها في التشريع، عبد الحلیم محمود، ص23.

المبحث الثالث: تراكيب جمل الصياغة الفقهية للعقود

تعد تراكيب جمل العقد هي القالب الذي ينبغي أن يصاغ العقد فيه، ونقصد بتراكيب الجمل العناصر المؤسّسة لوثيقة العقد، وهي عبارة عن شقين؛ شقٌّ خاص بالإثباتات وشقٌّ خاص بالالتزامات.

المطلب الأول: شق الإثبات؛ الجمل المبيّنة لحكم العقد.

ونقصد بها العبارات التي تُعبّر عن حدوث الاتفاق بين طرفي العقد، فتحمل الكلمات الدالة على أطراف العقد ومكانه ووقته، وبيان حقيقة المعقود عليه وغيرها من العبارات الواجب العناية بها عند صياغة عقد، وفي الفروع التالية نُحصر هذه العبارات من خلال الاطلاع على كتب الوثائق والشروط وملاحظة صنعة الوثائق، وبمقارنة ما وضعه القانونيون من عبارات.

الفرع الأول: مسمى العقد.

ويُقصد بمسمى العقد منحه اسماً يتفق مع طبيعته وحقيقته بنوده وشروطه، ومع ما اتجهت إليه نية أطرافه، فيتعين في مسمى العقد أن يكون هذا المسمى يعكس طبيعة العقد ويصفه الوصف الصحيح اللازم لتكليفه وتصويره.⁽¹⁾

وهذا الأمر واضح عياناً في صنعة الموثقين في المذهب المالكي، فما من مصدر من مصادر الوثائق والشروط إلا وأولى العناية الفائقة لمسمى العقد، بل قد نجدهم يدققون في هذا الأمر بشكل واضح، فمثلاً: وثيقة قرض وهو السلف، وثيقة بيع صاحب الموارث، عقد بيع دار ملك. وهكذا من الصيغ الكثيرة في الباب الواحد.

والذي ينبغي مراعاته عند صياغة العقد أنه يتعيّن على من يتولى صياغة العقد أن لا يتقيد بما قد يقترحه عليه أحد العاقدين أو غيرهما، أو ما يطلقونه عليه من أوصاف أو عبارات، وإنما على الصائغ أن يضع المسمى الذي يتلاءم مع طبيعة الالتزام والاتفاق الذي أراد طرفا العقد وقصده، بحيث لا يطرأ عليه التفسير والتأويل.

(1) الأسس العامة لمهارات صياغة العقود، عمر الخولي، جامعة الملك عبد العزيز، 2014م، ص14.

ويترتب على صحة تكييف العقد أو اختيار المسمى الصحيح له، إيضاح الغرض من إبرام العقد بما ينعكس على إجادته بناء العقد وصياغة بنوده⁽¹⁾.

وهذا الأمر مهم والعناية به ملحة؛ إذ يعد تكييف العقود راجعا إلى مسمياتها، ومن مسمى العقد يمكن لطرفيه أن يفهما بنوده على العموم، ويمكن للقاضي أن يتصور التصرف الذي نشأ بينهما، ولو تعثر هذا الأمر لكان مدعاةً للتفسير الخاطئ للعقد من طرفيه وحتى القاضي، والأمر الذي يجب توقعه مع كل تعاقد أن كل طرف يبحث عن حقوقه من التعاقد والتقاضي من أجلها، لذلك يجب الاعتناء بمسمى العقد.

ويذكر أهل الشرع أن تفسير العقد مرده إلى الربط بين مسماه وبنوده وأحكامه، والهدف منه توضيح النصوص الواردة في بنوده من أجل الوصول إلى القصد الحقيقي للمتعاقدين من جهة، ومن أجل تحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي ترد على أطرافه من جهة أخرى⁽²⁾.

الفرع الثاني: تحديد أطراف العقد.

يراد بأطراف العقد الأشخاص الذين شُغلت ذمتهم بنود العقد، فيتحمّلون تنفيذ ما ورد فيه من التزامات عليهم، ويتلقّون ما تضمنه من حقوق لهم.

ويمكن أن يكون أطراف العقد من الأشخاص الطبيعيين أصالة عن أنفسهم أو وكالة عن غيرهم، كما يمكن أن يكونا من ذوي الصفات كالولي والقيم والوصي وناظر الوقف، وهذه غالب الأطراف التي يذكرها أهل الوثائق والشروط في عقودهم.

كما يمكن أن يكونا من الأشخاص الاعتباريين كالمؤسسة والشركة والجمعية والنادي والنقابة ونحوها، وهذه الأطراف مما استحدثت في العصر الحديث، لذلك أولاهم أهل الاختصاص العناية الفائقة عند صياغة العقود⁽³⁾.

(1) الأسس العامة لمهارات صياغة العقود، مرجع سابق، ص14.

(2) انظر: سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد، حدي لالة أحمد، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013م، ص46.

(3) الأسس العامة لمهارة صياغة العقود، مرجع سابق، ص17.

ومن أجل التحقق من أطراف العقد نجد النصوص الكثيرة في كتب الوثائق والشروط تنص على ضرورة مراعاة ذلك:

فقد نص الغرناطي في الوثائق المختصرة على ذلك فقال: ويعتبر في المتعاقدين عشر خصال هي: أن يكونا عاقلين، سالمى السمع والبصر، بالغين، رشيدين، حُرَّين، عاملين بما تعاقدوا فيه، غير مكرهين على ذلك، ولا سكرانين، ولا مرتدين، ولا مفلسين⁽¹⁾.

وذكر الونشريسي قيدهما آخر لهما فقال: وينبغي أن يُقدِّم اسم المشتري على البائع استناداً بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ﴾ المائدة 111، ولكتاب النبي صلى الله عليه وسلم: " هذا ما اشترى العدا بن خالد بن هوزة من محمد رسول الله صلى الله عليه⁽²⁾، وينبغي تقديم اسم الرجل على المرأة في عقود النكاح⁽³⁾.

وقد شددوا في مسألة تحديد أطراف العقد فمن ثمَّ أُلْحُوا على ذكر اسم العاقد واسم أبيه وجده لينتفي كل التباس قد يقع بين الأشخاص بسبب تشابه أسمائهم.

قال ابن فرحون في تبصرته: وإذا كتب الموثق كتاباً بدأ بعد البسملة بذكر لقب المقرِّ واسمه واسم أبيه وجده؛ وذكر الجَدَّ استحسنه بعض المتأخرين من المالكية، ثم يذكر قبيلته وصناعته ومسكنه، ويُجَلِّيهِ إن لم يكن معروفاً؛ وهذا ابن عبد السلام عن المذهب. قال: وإن كان معروفاً كتب: وشهودُ هذا الكتاب به عارفون وله محققون⁽⁴⁾.

وقال ابن سلمون: إن بدأت العقد بكلمة اشترى فإنك تصرف بعد ذلك من ذلك اللفظ فتقول: قبض المشتري، ورضي ما اشتراه وغيرها، وإن قلت: باع فإنك تصرف الألفاظ له في بنود العقد من بيع تام وسلم المبيع وغيرها⁽⁵⁾.

(1) الوثائق المختصرة، الغرناطي، ص 81.

(2) : أخرجه البخاري في صحيحه تعليقا، كتاب البيوع، باب إذا بَيَّنَّ البيعان، 76/3، الترمذي، باب ما جاء في كتابة الشروط، 511/3، السنن الكبرى، النسائي، 270/7، سنن ابن ماجه، باب شراء الرقيق، 756/2.

(3) المنهج الفائق، الونشريسي، 89/2.

(4) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون، ص 283.

(5) العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، ابن سلمون الكنايني (741هـ)، ت: محمد الشاغول، دار الأفاق العربية، ط1، 2011م، ص 190.

وأما إن كان أحد أطراف العقد طرفاً معنوياً كشركة أو مؤسسة أو جمعية أو غير ذلك فإنه ينبغي مراعاة الحالات التالية⁽¹⁾:

أ. الطرف المتعاقد مؤسسة فردية: فإنه يتأكد من ذلك بـ:

- الإطلاع على أصل السجل التجاري والتحقق من سريانه ومن ثم الاحتفاظ بصورة منه
- الإشارة إلى اسم مالك المؤسسة ومديرها وفقاً لما ورد في السجل.
- التحقق من صفة المتعاقد وما إذا كان يمثل المؤسسة بصفته مالكاً أو مديراً أو وكيلاً عن أحدهما وأن له صلاحية إبرام العقد، مع الإطلاع على أصل الوكالة والاحتفاظ بصورة منها.
- الإشارة إلى العنوان الدائم للمؤسسة.

ب. الطرف المتعاقد شركة: فإنه يتأكد من ذلك بـ:

- الإطلاع على صورة من عقد تأسيس الشركة والسجل التجاري الخاص بها للتحقق من : اسم مدير الشركة المخول بتمثيلها أمام الغير، وما إذا كان له الصلاحيات التي تخوله التوقيع على العقد.
- في حال إذ لم يكن عقد تأسيس الشركة متضمناً ذكر اسم المدير ، يتم الإطلاع على أصل قرار الشركاء بتعيينه مديراً ومنحه صلاحيات تمثيل الشركة والتوقيع على العقد.
- الإطلاع على أصل السجل التجاري الخاص بالشركة وذلك للتحقق من سريانه ومن بيانات الشركة وما إذا كان النشاط محل التعاقد هو ضمن الأنشطة التي تراوها الشركة

ت. الطرف المتعاقد وكيلاً لورثة: يُتأكد منه بـ:

- الإطلاع على البيانات الشخصية للوكيل من واقع بطاقته الشخصية.
- الإطلاع على أصل صك حصر الوارثة والاحتفاظ بصورة منه.
- الإطلاع على أصل الوكالة مع الاحتفاظ بصورة منها.

(1) : انظرها في: الأسس العامة لمهارة صياغة العقود، مرجع سابق، ص 17.

الفرع الثالث: مكان العقد وتاريخه.

يعد لكل عقد تواريخ ثلاث يمكن أن تُدرج فيه؛ تاريخ الإبرام وهو أول ما يُذكر بعد ذكر أطراف العقد، وتاريخ التوقيع ويذكر في آخر العقد عند التوقيع والختام، وتاريخ سريان العقد ويكون في أحد بنود العقد ومواده على حسب ما اتفق عليه طرفا العقد.

يؤرخ العقد باليوم والشهر، كقولهم في وقت كذا ومن يوم كذا وشهر كذا وسنة كذا، وقد ذكر الموثقون بعض العقود الواجب ضبط تاريخ إبرامها باليوم وهي:

- عقد النكاح: فقد قال ابن راشد القفصي: ربما أتت بولد فينظر إلى تاريخ العقد، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد فلا يلحق بالزوج، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر ألحق به، وقال الونشريسي: لأنها قد تتزوج عقب يوم طلاق، فإن كان تاريخه مبهما التبس هل هو قبل عقد النكاح أو بعده؟.
- الطلاق لأجل النفقة والعدة والحمل.
- البيع لأجل العيوب.
- عقد النكاح دفعا للخصام.
- موت الميت إذ لعل له وارثا غائبا مات قبله، ولأن من شروط الميراث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث فإنه يرثه حتى لو مات بعده بلحظة، وهذا لا يمكن معرفته إلا بالساعة والوقت.
- عزل الوكيل وذلك حتى تعرف تصرفات الوكيل الصحيحة منها والباطلة⁽¹⁾.

وتبرز أهمية ذكر وتحديد مكان العقد في :

- عند ذكر قبض المعقود عليه وتسليمه، فذكر مكان التعاقد وإيفاء الحقوق أكد.
- حال عدم اتفاق الطرفين على التعاقد، وادعاء كل طرف الحقوق له، فمكان العقد يحدد الجهة القضائية التي يمكنها حل النزاع.
- أن يُجعل المكان كشرط استيفاء الحق لأحد طرفي العقد.

(1) التوثيق لدى فقهاء المالكية، عبد اللطيف الشيخ، 1/236. وما بعدها.

الفرع الرابع: العبارات الدالة على الاتفاق بين أطراف العقد

وهذه العبارات تنقسم إلى قسمين؛ ألفاظ وعبارات دالة على إرادة المتعاقدين من العقد، وعبارات دالة على مضمون مسمى العقد، وفي كليهما يجب على الصائغ التحري في اختيار الصيغ والقوالب التي تدل على ذلك ومنها:

البند الأول: قصد العاقد وشروط اعتباره في صيغة عقد

قد وقع لفظ القصد في اصطلاح العلماء من الفقهاء والأصوليين في تعاريف كثيرة كلها تصب في معنى واحد وهو عقد القلب على إيجاد الفعل جزماً⁽¹⁾، وقيل هو العزم المتجه نحو إنشاء فعل⁽²⁾.

فالقصد بهذا المعنى نوع من الإرادة تبلغ في قوتها درجة الاعتزام، والإرادة لا تكون عزمًا ما لم تكن جازمةً، والمتأمل في كلام العلماء يلحظ أنهم يذهبون إلى أن القصد أعلى درجة من العزم، فالعزم عندهم قد يكون على فعل في المستقبل، وهذا العزم قد يضعف أو يحول، أمّا القصد عندهم فلا يكون إلا إذا كانت الإرادة جازمة مقارنة للفعل أو قريبة من المقارنة⁽³⁾.

وعرّف ابن عاشور قصد المكلف فقال: "أما مقاصد الناس في تصرفاتهم فهي المعاني التي لأجلها تعاقدوا أو تعاطوا أو تغارموا أو تقاضوا أو تصالحوا"⁽⁴⁾

ومن أجل اعتبار قصد المكلف في تصرفاته شرعاً وضع الأصوليون لذلك شروطاً يجب اعتبارها في هذا الباب ومنها:

1. أن تكون مقاصد العاقد مكتسبة للمكلف؛ بمعنى أن تكون خاصة بعزمه وإرادته وقصده هو لا غيره، فلا يمكن للعاقد أن يقصد قصد غيره، إلا ما نص عنه الشرع واستثناءه.

(1) معجم لغة الفقهاء، قلعه جي ، 100/2.

(2) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، 96/3.

(3) انظر مقال: القصد والنية في الشريعة الإسلامية، د. عبود بن علي بن درع ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - العدد 48، ص90-184.

(4) مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور ، 415/1.

2. أن يكون الفعل الذي اتفقا على تنفيذه في العقد قابلاً للتنفيذ ضمن قدرة المكلف، وحقيقي الوجود، أي غير وهمي ولا محالا. فإن كان فوق قدرته أو وهميا أو محالا فلا يمكن وقوع العقد ولا التقيد به ولا إمضاؤه.

3. أن يكون عزم المكلف قطعيا قبل تنفيذ الفعل؛ أي غير متردد فيه أو مشكوك فيه بعد النظر الأول⁽¹⁾، بمعنى يجب تجنب العبارات الدالة على التردد في التعاقد وإنشاء تصرف وإلا لا عبرة بالعقد. كأن يقول: ربما يبيع الطرف الأول عقاره لفلان وعليه فهذا لا يصح أن يكون عقدا.

4. أن يكون قصده موافقا لقصده الشارع وأحكامه، فلا يرجع عليها بالإبطال، وإلا فلا عبرة بقصده شرعا، وهذا يعدّ شرطا لصحة العبارات التي ينتقها الصائغ للعقد الشرعي، فإن أراد طرفا العقد إنشاء تصرف ما يخالف قصد الشارع، كالاتفاق على القرض الربوي، أو الاتفاق على بيع معدوم، أو الاتفاق على نكاح التحليل، فهذه الاتفاقات يجب على الصائغ أن يكون على دراية منها، فالهدف من الصياغة الفقهية للعقود إعطاؤها الصبغة الشرعية.

والعبارات التي تدل على قصد المكلف هي تلك المشتقة من مسمى العقد وتكون بصيغة الماضي؛ كأن يقول في عقد بيع دار: هذا ما اشترى فلان بن فلان من البائع فلان⁽²⁾.

البند الثاني: أنماط توافق إرادة المتعاقدين

إن توافق الإرادتين من كلا طرفي الالتزام يسميه الفقهاء الإيجاب والقبول أو الصيغة، ويكون بعدة أمور :

1. **تصريح العاقد بإرادته في إنشاء التزام وتنفيذه وهو النمط المتداول في العقود، ويكون التصريح بكل ما ظهر المراد منه ظهورا بينا بكثرة الاستعمال⁽³⁾.**

(1) يقصد بالنظر الأول الزمن الأول الذي يكون فيه الآدمي مكلفا، حيث يبدأ بالتفكير .

(2) انظر هذه الصيغ الكثيرة في الوثائق والسجلات لابن العطار.

(3) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، عبد العزيز البخاري ، 102/1.

2. **المعاطاة** والمراد بها التعبير عن القصد بالأخذ والعطاء دون التلفظ أو الكتابة أو الإشارة، وهي مما يقوم مقام اللفظ في التعبير عن القصد خاصة إذا اعتبرها العرف أو فيما سكت عنه الشرع، غير أن الفقهاء يذكرون بعض الأعمال لا تصح فيها المعاطاة كالنكاح والظهار والإيلاء والطلاق.

3. **الإشارة** وقيل: هي تحريك الرأس أو أحد الجوارح للتعبير عما في الضمير⁽¹⁾، وهي من

طرق التعبير عن القصد والإرادة، وقد اعتبر القرآن ذلك في قوله: ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا﴾⁽²⁹⁾ مريم 29، فالإشارة هنا قامت مقام العبارة، فالأخرس إشارته معتبرة اتفاقاً ويترتب عليها الحكم، وفي غير الأخرس يشترط فيها:

- أن تكون إشارته مفهومة لكلا طرفي العقد.
- أن تكون مقصودة، ويعرف ذلك بالعرف.
- أن تكون صريحة للتعبير عن المراد.

وهذه الأنماط الثلاثة لا غرو أن نجدتها أكثر الصيغ استعمالاً وتداولاً في حياة الأفراد التجارية والمالية اليومية من بيع وشراء وكراء وغيرها، وهذا النمط من التوافق والالتزام تلحقه أحكام شرعية خاصة بكل تصرف، وفي الغالب لا يصل النزاع فيها إلى التقاضي إلا إذا كانت سبباً إلى مخالقات أخرى، لذلك مجال تصحيح هذه العقود أو إبطالها أو فض النزاع فيها إما إلى الصلح أو الفتوى، ولا يمكن توثيق كل هذه العقود لما فيه من المشقة والجرح الذي يلحق كل بائع أو مشتري.

4. **الخط أو الكتابة** من أنماط التعبير عن قصد العاقدين، وهي تقوم مقام اللفظ، ودليل

ذلك قول الله تعالى على لسان سيدنا سليمان: ﴿إِذْ هَبَّ بِكِنْتِ هَذَا فَالَقَهُ إِلَيْهِمْ ثُمَّ تَوَلَّى

عَنْهُمْ فَانظُرْ مَاذَا يَرْجِعُونَ﴾⁽²⁸⁾ قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُوْا إِنِّي أُلْقِيَ إِلَيْكُمُ كَرِيمٌ⁽²⁹⁾ إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ⁽³⁰⁾ أَلَا تَعْلَمُونَ عَلَىٰ وَأَتُونِي مَسْلَمِينَ⁽³¹⁾ ﴿النمل 31

فقد عبّر عليه السلام عن قصده وإرادته بالكتابة فدل على قيامها مقام اللفظ، وحتى يترتب عليها الحكم يُشترط فيها أن تكون:

(1) معجم لغة الفقهاء، 76/1.

- واضحةً ومقروءةً غير مبهمه، لكلا المتعاقدين.
- ثابتة النسبة لقائلها، ويكون ذلك بشهادة الشهود وإمضاء أطراف العقد.
- أن تكون كُتبت على محمول لها، من ورق أو ما يُشبهه، فما كُتبت في الهواء أو الماء لا عبرة به.

وهذا النمط الأخير هو المقصود به عند توثيق العقود، إذ به يصح الاحتجاج عند القاضي، ووفقه يملك الإنسان، وعلى إثره ترتبط أواصر الأسر وتُحل، وغالبا ما يكون هذا النمط في العقود الرسمية التي تتعلق بالملكية خاصةً. وقد اشترط الموثقون فيه شرطان:

- أن يتوافق كل من الإيجاب والقبول في جميع وجوهه، فإن تخالفا في وجه واحد لم يصح العقد ولا يترتب الالتزام، كقولهم: باع الطرف الأول أرضه للطرف الثاني وقبل هذا الأخير كراءها. فهذا النوع من التعابير عن الإرادة لا يمكن أن يتم التعاقد وفقه.
- أن يكون كلٌّ من الإيجاب والقبول باتا، بمعنى أن لا يكون معلقا على شرط أو مضافا إلى زمن ما، وهذا الأمر لا يمكن أن يتناقض مع الشروط الجعلية في العقد؛ إذ الإيجاب والقبول هما الصيغة التي هي ركن من أركان العقد، والشروط الجعلية لا تدخل في صلب العقد وماهيته وإنما يتوقف عليها الإبرام أو الفسخ أو الإقالة أو التعويض.

المطلب الثاني: الجمل الشارحة للمعاملة وشروطها.

ويمكن التعبير عنها هنا بمصطلحات عدة؛ إما بنود العقد ومواده، أو ما اتفق عليه طرفا العقد قبل صياغته، أو التزامات العقد، وهذه الالتزامات منها ما هو ثابت في كل العقود فيدخل في صياغة كل عقد، ومنها ما هو متغير يدخل في عقود ولا يدخل في أخرى بحسب طبيعة كل عقد، وتعدّ هذه الخطوة من أصعب الخطوات صياغة، بحيث إذا أُحكمت كان العقد منضبطا، وإن أُهملت دخل التزوير والتحايل على العقد.

وفي فرعين اثنين نبين الثابت والمتغير من مواد العقد وبنوده:

الفرع الأول: بنود ثابتة في كل عقد

بالاطلاع على العقود التي أثبتتها الوثائق في كتبهم يمكننا أن نستنبط البنود التالية كأدوات ثابتة في كل عقد، إضافة إلى ما ذكرناه في المطلب السابق، إذ يُعدُّ من صلب العقد وصميمه:

1. ذكر العقود عليه باسمه، ووصفه بما يليق بطبيعة العقد، ففي البيع مثلا يوصف المبيع من كل جوانبه؛ إن كان ممتازا أو غير ذلك، أو كان طويلا أو عريضا، وماذا يجده إن كان له حدود، ومرافقه إن كان له مرافق، ونحوها من المواصفات.
2. ذكر مقابل المبيع، وعادة ما يكون الثمن كما في عقود البيع، أو المبلغ كما في عقود العمل والإجارة، أو المهر كما في عقود النكاح، فهذا مما لا يتغير في كل العقود، أما طريقة تسديده فهو أمر متغير بحسب العقود.
3. ذكر شروط العقد، وغالب ما يذكره الموثقون هنا الشروط الشرعية؛ وهي ما رتبها الشارع على تصرف ما ترتبها تلازميا، بحيث إذا أُنقِضَ على إسقاطه بطل العقد، وإن أُنقِضَ على شرطه كان تأكيدا لمقتضى العقد، ولا يقصدون الشروط الجعلية وإنما يدرجونها تارة ويتركونها تارات أخرى.
4. ذكر شهود العقد، وهو الأمر الذي يركز عليه أصحاب الوثائق والشروط كثيرا، فما من عقد كتبوه إلا ويذكرون الشهود فيه بأسمائهم الحقيقية وصفاتهم الجسمية والعقلية وحتى المهنية، مع توقيعهم على شهادتهم.
5. ذكر انتقال الملك أو طريقة القبض، وذلك بعبارات دالة على انتقال الملك أو الحيازة أو وضع اليد أو التخلية أو غيرها من العبارات التي تعارف عليها الفقهاء في نقل الملكية.
6. نُسخُ العقد، يركز الوثائق دوما على أن العقد يُكتب في ثلاث نسخ أو أكثر، نسخة يحتفظ بها الصانع في سجل خاص، ولكل طرف من أطراف العقد نسخته.
7. ختم وثيقة العقد مما يكون ثابتا في كل وثيقة تعاقدية، والغرض منه إثبات حجيتها في إثبات الحقوق عند التقاضي، وفي كتب الوثائق والشروط تجد الوثائق اتخذوا أشكالا عدة لأختامهم حتى يفرضوا الشخصية الاعتبارية لهم وتكون وثائقهم مميزة عن وثائق غيرهم من الوثائق.

قال الشيخ جعيط: لا تعتبر الكتابة الخالية من الإمضاء، لأن العادة عندنا جارية على أن الكتابة لا تعتبر تامة إلا بالإمضاء، ومراعاة العادة من الأصول التي انبنت عليها الأحكام⁽¹⁾.

وقد كانت غالب أحتام الموثقين آيات بينات وأحاديث شريفة منقوشة بتداخل بينها، فقد كان خاتم عدول القيروان إلى غاية سقوط الأغلبة بنقش⁽²⁾: ﴿ وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا لَا مُبَدِّلَ

لِكَلِمَتِهِ ۗ وَهُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴿١١٥﴾ الأنعام 115

وكان العدل قديما يتخذ أشكالا عدة لختمه وينقشها، ويرسمها في كناشة له، ويخفيها عن غيره، ويقدم نسخة منها إلى دار القضاء، دفعا للتزوير والانتحال.

الفرع الثاني: بنود متغيرة بحسب العقود

وهي البنود التي تذكر في عقود ولا تذكر في أخرى، وهي:

1. حصص أطراف العقد من رأس المال، إن كان العقد قراضا أو شركة أو مزارعة أو مغارسة أو غيرها مما فيه الاشتراك.
2. كيفية تسديد المبلغ أو الثمن أو المهر، إما معجلا كله، أو مؤجلا كله، أو بعضه معجلا والآخر مؤجلا، وإما أن يُسدده في أول الشهر أو في وسطه، وإما أن يُسدده بعملة البلد أو بغير ملة البلد، وغيرها من الأمور المتغيرة في طريقة تسديده.
3. الضمان، وعادة ما يكون في عقود البيوع وما شاكلها، وذلك بذكر ترتب الضمان بحسب الحالات، وذكر مدة الضمان ونحوها، ودوما يذكر أصحاب الوثائق هذا الأمر في باب فقه العقود.
4. الشروط الجعلية، وهي ما يجعله أحد أطراف العقد كالترام له أو لغيره أو لهما أو لغيرهما، مما تعارف عليه الناس في معاملاتهم وأنكحتهم، وغالبا ما تكون هذه الشروط الأكثر ذكرا في العقود، ويجعل لها علماء الوثائق والشروط بعد ذكرهم للعقد باب الفقه فيه، فيذكرون

(1) التوثيق لدى فقهاء المالكية، مرجع سابق، 283/1.

(2) المرجع السابق، 283/1.

- أقوال المذهب والأحكام الداخلة في مقتضى هذا العقد، من أجل أن يكون الموثق على بينة من أمره عند صياغة العقود.
5. ذكر الحالات التي يفسخ فيها العقد، وعادة ما يتم في هذا البند صياغة الظروف المانعة من تنفيذ الاتفاق المبرم بين طرفي العقد؛ كأن تكون هناك عيوب في المعقود عليه أو وجود ظروف خارجة عن التعاقد لكنها تؤثر فيه ونحوها.
6. البراءة من تبعات العقد، كأن يقول في صياغة عقد بيع دار: والبائع بعد تسليمه للمبيع للمشتري سالماً من كل عيب بشهادة الشهود يتبرأ من العيوب الطارئة عليه، وغيرها.
7. الإحالة إلى جهة التقاضي أو جهة الإفتاء؛ كأن يقول: يلتزم الطرفان بتنفيذ العقد فإن تنازعا في بنوده توجهها إلى قاضي البلدة التي تم فيها العقد، وكأن يقول في الإفتاء: قبض المبيع من البائع يكون بالحيازة على مشهور مذهب مالك رحمه الله.
8. حق الشفعة، فهذا غالباً ما يتم ذكره في كتب الوثائق والشروط كبند من بنود البيع يوضح هذا الحق لمن.
9. ذكر ظروف تعديل العقد أو تجديده، كان يكون في صحيفة العقد خطأ ما قابل للتصحيح، أو يكون فيها بياضاً ما قابل للتنبه عنه، أو يكون فيه مانع ما لتنفيذه في الحال فيتجدد بعده.
10. يذكر بعض الوثائق تعريفات لمصطلحات ما استخدمت في العقد، فيتم شرحها وبيانها في بند من بنود العقد حتى لا تكون محلاً للتفسيرات الخاطئة.

الباب الثاني:

العقد توثيقه ومنهج صياغته في

المذهب المالكي.

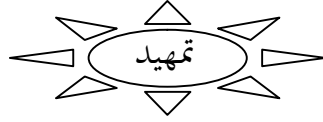
وفي هذا الباب ثلاثة فصول هي :

الفصل الأول : العقد مفهومه وحرية تكوينه.

الفصل الثاني : آليات حفظ العقد وصياغته في المذهب المالكي.

الفصل الثالث : الشروط الجعلية وأثرها في العقود.





إن العقد ليس له قيمة تذكر في ظل الأنظمة الحديثة بغير توثيق، ولا توثيق إلا بعد إقامة العقد وتكوينه، وحتى يكون للعقد وجود اعتباري شرعي وقانوني فلا بد له من التحصين بوسائل إثباتية تواكب التطور التشريعي في مختلف النظم الحديثة، فيحملُ على إثرها العقدُ الحق بين سطورهِ لمستحقِّهِ، فالعقد إن لم يوثَّق فالحقوق التي فيه لا وجود لها ولا دليل عليها يوم التقاضي.

وحتى نحمي العقد المصاغ صياغةً فقهيةً محكمة من أي تأويل أو تزوير أو تنفيذ جائر له، وحتى نحافظ على استمرارية سلطة العقد كقوة إثبات للحقوق عند التقاضي، يجب أن السعى إلى بيان طرق تكوينه، وبيان أحكام وشروط كل عقد من الناحية الفقهية المالكية، ثم نسعى إلى آليات حفظ العقود وتوثيقها من النظر الفقهي والنظم المعمول بها حديثاً.

لذلك سنتطرق في هذا الباب إلى ذلك وفق أصول ثلاثة هي:

الفصل الأول: العقد مفهومه وحرية تكوينه.

الفصل الثاني: آليات حفظ العقد وصياغته في المذهب المالكي.

الفصل الثالث: الشروط وأثرها في العقود.

الفصل الأول

العقد مفهومه وحرية تكوينه

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: العقد مفهومه وضوابط تنظيمه.

المبحث الثاني: أهلية التعاقد وحرية.

توطئة

إن الناظر في مقاصد المعاملات المالية في الشريعة ومصادرها يُدرك أن المنظومة الشرعية تتميز عن غيرها من النظم الوضعية في مبدأ حفظ كرامة الإنسان وحاكمية الله له، حيث أن العقد المصاغ صياغة فقهية محكمة وفق القواعد والمقاصد والأصول الشرعية يحفظ للفرد إرادته وحرية تصرفاته وحقوقه ومن ثمَّ كرامته، والفرد إن أحسن بكرامته حُفظت تصالح مع مجتمعه ونُظمه الحاكمة فيتخلى عن أنانيته المضرة بمصلحة غيره؛ لأنه يمثل طواعية لحكم الله، وهذا ما يطمح له كل عاقل، بل من أجل الكرامة تحركت الشعوب العربية اليوم، وإن ضاعت كرامة الفرد في مجتمعه تحكَّم فيه الهوى فيضره ويضر غيره، وما أكثر هذه المظاهر في واقعنا المعيش.

لذلك يجدر بنا ونحن نبسط الكلام عن العقد أن نتطرق إلى حقيقته وضوابط تنظيمه وآلية حفظه وبيان فقهه وأحكامه حتى تظهر للفرد منّا كرامته في الصياغات الفقهية جليةً، ويظهر له أحقية الشرع في التحكيم على غيره من النظم الوضعية الحداثيّة النفعية.

ففي مبحثين نحاول إظهار جوانب تفوق المذهب المالكي في ضبط العقود وصيانتها.

المبحث الأول: العقد مفهومه وضوابط تنظيمه.

لا شك أن مفهوم العقد قد لاقى بحوثاً كثيرةً ودراساتٍ معمقةً ونظرياتٍ عدة حوله، وليس هدفنا من ذكر هذا المفهوم البسط والتطويل وحشو الصفحات في هذا العمل العلمي، وإنما رأينا من الضروري أن نتمهد لضوابط تنظيم العقد بمقدمة مفاهيمية ذات الصلة بموضوع البحث حتى نضع القارئ لها في إطار الموضوع.

المطلب الأول: العقد والوعد والعهد مفاهيم ومفارقات

الفرع الأول: مفهوم العقد.

لقد وضع الفقهاء والشراح والباحثون موسوعاتٍ عديدةً تناولت توضيح وشرح هذا المصطلح المحكم الذي يعرف باسم "العقد" لما له من أهمية في خلق معادلة متوازنة بين أطرافه، فالعقد يُعدُّ الضابط الرئيس لأصول المعاملات التي تجري في مختلف الميادين، و سنحاول قدر الإمكان في هذا الفرع بسط هذا المصطلح من خلال إعطاء مفهوم له.

وقبل بيان مفهومه الذي نسير عليه في هذا البحث، فإنه يجدر بنا أن ننطلق من الكل إلى الجزء، فنحصر المصطلحات التي لها تعلق بالعقد لنخلِّص لفظ العقد بعدها واضحاً، وتمثل هذه المصطلحات في القصد والعزم والنية والإرادة والرضا والتصرف والالتزام والإلزام، فبيانها يظهر لنا المراد بالعقد:

- القصد: هو عقد القلب على إيجاد الفعل جزماً⁽¹⁾، والقصد نوع من الإرادة، ولا يكون إلا إذا كانت الإرادة جازمة مقارنة للفعل أو قريبة من المقارنة⁽²⁾.
- الإرادة: يستعملها الفقهاء بمعنى القصد إلى الشيء والاتجاه إليه⁽³⁾، وقيل: هي قوة في النفس تمكن صاحبها من اعتماد أمر ما وتنفيذه.

(1) معجم لغة الفقهاء، قلعه جي، 100/2.

(2) مقال: القصد والنية في الشريعة الإسلامية، عبود بن علي بن درع، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 48، ص 184.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية، 5/3.

- النية: وعرفها القراني بقوله: هي قصد الإنسان بقلبه ما يريد به بفعله، وهي من باب العزم والإرادات لا من باب العلوم والاعتقادات⁽¹⁾.
- العزم: قال الطبري: أصل العزم اعتقاد القلب على الشيء⁽²⁾ وقال ابن عاشور: هو إمضاء الرأي، وعدم التردد بعد تبين السداد، والذي يفهم من قوله هذا أن العزم تنفيذ للقصد، وقد أكد هذا الهروي⁽³⁾ بقوله: العزم تحقيق القصد طوعاً أو كرهاً⁽⁴⁾.
- وهذه المصطلحات الثلاث بينها توافق وتباين، فأما التوافق فهي من مراحل تكوين الإرادة، غير أنها مراتب؛ فأولها العزم ثم النية وأقربها بالإرادة القصد.
- وأما التباين فالنية تتعلق بالمقدور عليه والمعجوز عنه، بخلاف القصد والإرادة فإنهما لا يتعلقان بالمعجوز عنه، لا من فعله ولا من فعل غيره⁽⁵⁾.
- الرضا هو الرغبة في الفعل والارتياح إليه، فلا تلازم بين الإرادة والرضا، فقد يريد المرء شيئاً مع أنه لا يرضاه⁽⁶⁾.
- التصرف: قيل: هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب عليه الشارع نتائج؛ حقوقاً وواجبات، وهو قولي وفعلي⁽⁷⁾.
- الإلزام: وقيل هو التحميم والإيجاب على فعل ما، سواء كان من الله أو من الآدمي.

(1) الذخيرة، 20/1.

(2) تفسير الطبري، الطبري، 385/12.

(3) هو أبو إسماعيل، عبد الله بن محمد بن علي بن منصور الأنصاري الهروي، صاحب كتاب: ذم الكلام وأهله، ومنازل السائرين، وهو شيخ خراسان، حنبلي المذهب، وكان بارعاً في اللغة حافظاً للحديث عارفاً بالتاريخ الأنساب مظهراً للسنة داعياً إليها، ت481هـ، انظر ترجمته في: الأعلام، الزركلي، 122/4.

(4) منازل السائرين، الهروي، 65/1.

(5) بدائع الفوائد، ابن القيم، 190/3، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، عثمان شبير، ص94.

(6) الموسوعة الفقهية الكويتية، 5/3.

(7) نظرية العقد في الفقه الإسلامي، عز الدين خوجة، ص11.

- الالتزام: قيل هو الارتباط والتعلق بالشيء من غير انفكاك عنه، وقيل: هو الإيجاب على النفس القيام بعمل أو الامتناع عن عمل⁽¹⁾.
 - الحق: قيل هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، وفي الفقه قيل: ما يستحقه الرجل جراء تصرفه، وهو إما حق شخصي وهو ما وجب لشخص معين على غيره، وإما عيني وهو ما تعلق بالعين لا بالذمة⁽²⁾.
 - العقد وهو الاقتران والربط بين طرفين، ويكون حسيا كالربط بين طرفي الحبل، ويكون معنويا كربط الكلام بعبئه ببعض، وهو من العزم على إقامة الشيء وحدوثه.
- وإضافة إلى هذه المصطلحات فإننا نجد الفقهاء قديما عبّروا عن التعاقد بصيغ متعددة، فقد قال ابن العربي: للعقد إطلاقين مطلقٌ ومقيّدٌ؛ فالعقد المطلق ما كان جامعا لكل ما يعقده الإنسان على نفسه؛ أي ما يقصد الإنسان العزم على فعله ويلزم نفسه به، والعقد المقيّد ما قيّد بباب دون آخر كعقود المعاملات⁽³⁾؛ أي ما يعزم الإنسان على فعله من بيع وشراء ونكاح وغيره ويلزم نفسه به.
- وقال ابن رشد العقد هو الإيجاب والقبول ذاته⁽⁴⁾، بمعنى ارتباط الإيجاب بالقبول يسمى عقدا. ويقع العقد في اصطلاح الفقهاء على: إنشاء تسليم أو تحمل من جانبين، فقد يكون إنشاء تسليم كالبيع بثمن ناض، وقد يكون إنشاء تحمل كالإجارة بأجر ناض، وقد يكون إنشاء تحمل من جانبين كالنكاح، إذ المهر لم يعتبر عوضا وإنما العوض هو تحمل كل من الزوجين حقوقا للآخر، والعقود كلها تحتاج إلى إيجاب وقبول⁽⁵⁾.

هذا إطلاق الفقهاء قديما لمصطلح العقد؛ فهو العزم على فعل ما والالتزام به لقصد ما، ويظهر هذا العزم في شكل ألفاظ دالة على القصد عُرفت بالإيجاب والقبول، فإذا ارتبطا قيل هذا عقد، ولم يذكر الفقهاء قديما أن من شرط العقد أن يكون مشروعا، وإنما في ثنايا كتبهم يميزون بين الفعل

(1) معجم لغة الفقهاء، ص86.

(2) انظر/ الموسوعة الكويتية، 12/18، معجم لغة الفقهاء، ص183، التعريفات الفقهية، ص80.

(3) أحكام القرآن، 11/2.

(4) بداية المجتهد، ابن رشد، 188/3.

(5) تفسير التحرير والتنوير، ابن عاشور، 74/6.

الموافق للشرع فيجيزونه ويولونه اهتماما وعناية وبحثا، وبين الفعل المنصوص على حرمة فيحرمونه ويبيّنونه عن غيره.

وظل هذا الإطلاق للعقد سائرا في مدونات الفقه إلى أن برزت المدونات الوضعية وأفرزت عقودا منها ما يوافق الشرع ومنها ما يخالفه، لذلك قيّدت مجلة الأحكام العدلية العقد بشرط أن يكون الفعل مشروعاً⁽¹⁾ من أجل تفريقه عن العقد غير المشروع، لكن الحقيقة أن العقد هو ارتباط بين إيجاب وقبول على فعل ما والالتزام به لقصد ما.

ومما يُلاحظ كذلك في كتب الفقه أن الفقهاء عندما يذكرون العقد فإنهم يقصدون المعنى الذي لأجله اقترن الإيجاب بالقبول من إرادتين عازمتين على الإلزام والالتزام، وعندما يذكرون العزم على الفعل من جهة واحدة فإنهم يضيفونه إلى العقد كذلك، فيقولون عقد الطلاق وعقد الهبة وعقد الوصية ونحوها، وهي عزم وقصود من جهة واحدة فحسب، وهذا أمر يدلنا على أن العقد في الفقه الإسلامي يُستعمل بالمعنيين السابقين معا، بمعنى ما كان بإرادة منفردة يسمى عقدا وما كان بإرادتين يسمى عقدا كذلك.

لذلك مصطلح العقد هو: العزم برضا على إنشاء تصرف ما والالتزام به فور حدوثه لقصد إثبات حق. سواء كان من طرف واحد أم من طرفين، وإن كان هذا الفعل مشروعاً فهو عقد شرعي وإن كان غير ذلك فهو غير شرعي.

والعقد في الاصطلاح المعاصر هي الوثيقة التي تثبت:

- العازم أو العاقد وأهليته في ذلك.
- الرضا بين الطرفين أو الطرف الواحد.
- الإلزام والالتزام لمستحقه بعد صدور الرضا منهما.
- القصد والمراد من هذا التعاقد، كنقل ملك أو منفعة أو وقف أو تزويج ونحوه.
- الحقوق التي يستحقها كل طرف، كالملكية والتملك والقبض والحيازة والخيار والضمان ونحوها.
- الشروط الواردة في اتفاقية التعاقد.

(1) المادة 103 و104 من مجلة الأحكام العدلية.

● شهود العقد.

وبما أن التصرفات التي ينشئها الأفراد فيما بينهم كثيرة ولا يمكن الإحاطة بها في أطروحة محددة الحجم والمدة، فإننا نقتصر في بحثنا هذا عن العقود التي يكون العوض طرفاً فيها، بحيث نضبط أحكامها على الفقه المالكي وما ينبغي لصائع العقود مراعاته وإدراجه وما لا يصح له إدراجه، معرجين على الضوابط والشروط في ذلك، وكيفية استثمار هذه الصيغ في ضبط المنظومة التعاقدية المعاصرة، فإن خلاص لنا هذا الأمر فعلى شاكلتها تكون العقود الأخرى، وعلى الله التكلان.

الفرع الثاني: مفهوم الوعد.

بعدما تحلّص لنا مفهوم العقد وجب علينا بيان ما يُشبهه في اللفظ حتى يتميز عنه من جهة، وحتى نلاحظ أثر هذه الألفاظ في العقد من الناحية الفقهية.

والوعد في اللغة ما يدل على الترجي بقول، ويستعمل في الخير حقيقة وفي الشر مجازاً⁽¹⁾.

أما في اصطلاح الفقهاء فعرفه ابن عرفة فقال: إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً مع وفاء في المستقبل⁽²⁾، ويفهم من كلامه هذا أمور:

- أن الوعد هو إخبار طرف ما أنه يُنشئ معروفاً ويفي به في المستقبل.
- الوعد ما كان فيه شرط الوفاء بتنفيذ المعروف.
- أن التنفيذ يكون مستقبلاً وليس ناجزاً.

وسكت بهذا التعريف عن أمور⁽³⁾:

- عن المعروف فقد يكون للواعد أو لغيره أو له ولغيره معاً، وقد يكون الوعد حسياً وقد يكون معنوياً، وقد يكون المعروف منفعة تُملّك وقد تكون منفعة لا تملك، فهو مطلق.
- أن المعروف لفظ مجمل؛ قد يكون الفعل الخيّ عرفاً، وقد يكون الفعل المشروع شرعاً.

(1) مقاييس اللغة، 125/6، المصباح المنير، 664/2.

(2) شرح حدود ابن عرفة، ص 428.

(3) انظر: الفروق، 25/4.

- أن الواعد قد يكون جهة واحدة كمن وعد بوقف أرضه، وقد يكون من جهتين كمن وعد غيره بأن يبيع له أرضا ووعدته الآخر بالشراء.
 - أن الوعد قد يكون بمقابل كمن وعد غيره بإجارة محله مقابل ثمن، وقد يكون من غير مقابل كمن وعد غيره بمساعدة ما.
- وقد تعقبه الخطاب فجعل المواعدة نوعا والوعد نوعا، فالوعد ما كان من جهة واحدة، والمواعدة لا تكون إلا من اثنتين⁽¹⁾.
- وعرفه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة بأنه: الصادر من الأمر أو المأمور على جهة الانفراد⁽²⁾.
- ولاشك أنه بهذا المعنى يخالف العقد من أوجه:
- العقد يثبت الالتزام بينوده وشروطه فور ظهور قصد العازم على التصرف حالا، ودوما يكون بصيغ النجوز حالا، كقولهم: أوقفتُ مالي، أو قولهم: بعثك أو زوجتك أو أنت طالق ونحوها.
 - والوعد معلق على زمن مستقبل فلا يترتب عليه أثره حالا ولا مستقبلا حتى يقع.
 - أن العقد يمكن التقاضي به شرعا، بخلاف الوعد فلا يمكن التقاضي به.
 - صحيح أن الوعد يتفق مع العقد في الرغبة في إنشاء تصرف، لكن في العقد هو العزم على إظهارها حالا، وفي الوعد القصد إلى إظهار الرغبة لاحقا.
- وعليه فالوعد بالبيع أو الكراء أو النكاح أو الوقف أو الهبة ونحوها لا تُعدُّ عقودا ابتداءً، وللمالكية تفصيل في حكم الوفاء بها:
- يجب الوفاء بهذه الوعود مطلقا سواء كانت مقترنة بسبب أم لا وهو قول ابن العربي.

(1) انظر: مواهب الجليل، 33/5.

(2) مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، القرار (3،2)، الدورة الخامسة، 1599/2.

- يستحب الوفاء بها ولا يلزم إن لم تكن مقترنة بسبب، كقولهم: سأبيعك، فالأفضل له أن يبيعه وإن لم يبيعه فلا شيء عليه، وهو قول مالكن وهو المشهور.
- يجب الوفاء بها قضاءً إن اقترنت بسبب، كقول أحدهم لغيره: اشتري السلعة وسأقرضك، فوجب عليه أن يقرضه سواء اشترى السلعة أم لان وهو قول أصبغ.
- يجب الوفاء بها قضاءً إن كانت على سبب وحل أجل السبب، كقول أحدهم لغيره: تزوج وسأعطيك مالا، فإذا تزوج لزمه أن يدفع له المال، وهو قول مالك وابن القاسم في المدونة وهو المشهور في المذهب⁽¹⁾.

وقد جُمعت في بيت:

هل يلزم الوفاء بالوعد، نعم ولا نعم بسبب أو إن لزم

أي هل يلزم الوفاء بالعدة أم لا؟ أربعة أقوال:

الأول: يلزم مطلقا وهو معنى قوله نعم، أي نعم يلزم.

الثاني: لا يلزم مطلقا، وهو معنى قوله: لا، أي لا يلزم.

الثالث: يلزم إن وقع على سبب وهو معنى قوله: نعم بسبب أي مع سبب.

الرابع: يلزم إن وقع على سبب ودخل في ذلك السبب بخلاف غير الواردة عليه، وبخلاف إن لم يدخل فيه وهو معنى قوله: "أو إن لزم"⁽²⁾

ونحن في هذا الموضوع لا نقصد البحث عن طرق وأساليب الصياغة الفقهية للوعد، وإنما أشرنا إليها حتى لا تختلط بأساليب صياغة العقود، لذلك نشير أن مسألة الوعد بالتعاقد بدأت تدخل في أهم الأساليب والصيغ التي تجريها المؤسسات المالية الإسلامية اليوم، وكثير من المعاملات المالية في الوقت الحاضر تقوم عليها، وأغلب القوانين المدنية في العالم العربي نظمت مسألة الوعد بالتعاقد تحت مسميات عدة؛ المواعدة، الوعد بالعقد، البيع الابتدائي وغيرها، وعليه

(1) انظر: تحرير الكلام في مسائل الإلزام، الخطاب، ص154، التوضيح شرح جامع الأمهات، 309/4، الفروق للقراي، 44/4.

(2) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، المنجور، 439/1.

فمن اللازم أن ينظر أهل الشرع في هذه المسألة وطرق صياغتها صياغة فقهية محكمة حتى تتواءم مع النظم الحديثة ويمكن الاستناد عليها في المؤسسات المالية المعاصرة.

الفرع الثالث: مفهوم العهد.

وهذا اللفظ كسابقه نذكره من أجل بيان أوجه اتفاهه وافتراقه عن العقد، وأفضل ما يرشدنا إلى هذا الاتفاق والافتراق مصادر التفسير، إذ ورد مصطلح العهد في آيات كثيرة من الكتاب العزيز، ومن خلال الاطلاع على كتب التفسير في الآيات التي ذكر فيها العهد تجد المفسرين يذكرون أن العهد بعدة معانٍ⁽¹⁾:

- العهد بمعنى العقد الموثق.
- العهد بمعنى العقود التي تحكم علاقة المسلمين مع غيرهم، ومنه المواثيق والمعاهدات.
- العهد بمعنى الشريعة ككل بأوامرها ونواهيها.
- العهد بمعنى الأيمان والندور التي يعقدها الإنسان على نفسه تجاه رب العالمين.

ولا شك أنه بمجرد سرد هذه الإطلاقات يتضح لنا ما اتفق فيه العقد والعهد وما افترقا فيه، فالعهد هو العقد الموثق، وهذا الذي يهمنا، وهو عنوان الشريعة فقد أضافه الله إليه وأمر بالوفاء به وتنفيذ بنوده المشروعة.

لذلك عرفه القرطبي فقال: يراد بالعهد جميع ما انعقد بين إنسانين موثقاً⁽²⁾.

وبهذه المقدمة تخلص لنا أن المراد بالعقود التي نحن بصدد دراستها هنا: الوثائق التي تُثبت العزم برضا صاحبها على إنشاء تصرف مالي شرعي مقيدا والالتزام بشروطه فور حدوثه لقصد إثبات الحق لمستحقه.

وهنا محترزات لا بد من ذكرها:

- القول (العقود هي الوثائق)، نقصد بها تلك الموثقة في وثيقة، فهي محل الدراسة، وأما العقود اليومية التي يبرمها المتعاملون فيما بينهم من بيع وشراء لقضاء حاجياتهم اليومية

(1) انظر: تفسير الطبري، 444/17، تفسير القرطبي، 137/7، المحرر الوجيز، ابن عطية، 362/2، أحكام القرآن، ابن العربي، 198/3، التحرير والتنوير، 48/10.

(2) تفسير القرطبي، 137/7.

فليست محل الدراسة وإن كان فقه العقود يشملها؛ لأنها في الغالب الأعم لا تصل إلى القضاء أثناء التنازع.

- القول (تثبت العزم برضا صاحبها)، نقصد به الصيغ الدالة على هوية المتعاقدين وأهليتهم في التعاقد وقبولهم له، فالعقود المقتطعة التي لا يُذكر فيها طرفا العقد وأهليتهم ليست محل الدراسة.
- القول (إنشاء تصرف مالي شرعي)، نقصد به صفة العقد محل الدراسة، وهو قيد احترازي تدخل به عقود في الدراسة وتخرج أخرى:
- قيد تصرف مالي: ندخل به العقود التي يكون العوض ضمن المتعاقد عليه في البحث، ونخرج به العقود التي لا عوض فيها.
- قيد شرعي: تدخل به العقود التي لها نص شرعي تستند عليه في حلقتها، أو لها حقوق بأصول الشريعة ومقاصدها، وتخرج به العقود التي لها نص على حرمتها.
- القول (مقيدا) نقصد به العقود المقيدة ببعض الأبواب كالبيع وما شاكلها والنكاح والتبرعات، ونخرج به المعاهدات والمواثيق التي تكون بين الدول، وعقود العمل والحكم.
- القول (الالتزام بشروطه)، يقصد بها البنود التي تذكر في العقد سواء كانت شروط شرعية أو شروط جعلية.
- القول (فور حدوثه) قيد نخرج به الوعد والمواعدة على التعاقد، فليس محل الدراسة.
- القول (لقصد إثبات حق)، نقصد به أساليب صياغة العقود من الناحية الفقهية المالكية تضمن حقوق أطراف التعاقد من جهة، وتضمن حماية العقد ذاته من جهة أخرى.

المطلب الثاني: ضوابط صيغة العقد.

خصصنا الصيغة بالبحث دون سواها لأنها الركن الرئيس في العقود التي ينبغي أن تُعرف ولاسيما أثناء الصياغة، والصيغة لها بعض الضوابط التي ينبغي على الموثق أن يكون على علم بها قبل صياغته لعقد ما، وما سنذكره هنا من ضوابط للصيغة فهي ضوابط عامة تجمع الأساليب والصيغ التي تصح بها صياغة صيغ العقود عامة، أما التفاصيل الخاصة بكل عقد فتأتي في حينها عند الكلام على أحكام صيغة كل عقد.

يُعدُّ الرضا الركن الركين في أي تعاقد وهو من مكونات الصدور، وعلامته اطمئنان القلب لفعلٍ تصرفٍ ما قولاً أو فعلاً وراحة القلب معه، فهو من أعمال القلوب التي لا يمكن الكشف عنها وإدراكها إلا بعلاماتٍ جعلت أمانةً على الرضا في التعاقد، وعلامات الرضا الألفاظ أو ما يقوم مقامها من إشارة أو كتابة، وأصبحت تلك الألفاظ تُعرف بالإرادة أو طرق التعبير عن الإرادة.

ومن ثمَّ يترتب على تلك الألفاظ أحكاماً لا تترتب على ما في النفوس من مكونات، فهذا مما تجاوز الله فيه عن الأمة، لذلك من الواجب أن نتعرف على الصيغة والأحكام المنوطة بها فهو مما يحتاجه الصائغ للعقود في صياغته.

الفرع الأول: مفهوم الصيغة وصورها.

الصيغة في اللغة كما مرَّ معنا في الباب الأول من معانيها تهيئة الشيء على أمر مستقيم. وفي اصطلاح الفقهاء هي: هي الألفاظ أو ما يقوم مقامها التي تصدر عن العاقد تُعبّر عن عزمه في إنشاء العقد وتدل على رضاه، وتُعرف عند الفقهاء بالإيجاب والقبول⁽¹⁾. والإيجاب والقبول الأصل فيهما أن يكونا ألفاظاً وعبارتٍ، وتجوّز الفقهاء فيما يقوم مقامهما من الكتابة والإشارة والرسالة والمعاطاة، وبما أننا نقرّر لصياغة العقود من الناحية الفقهية فالذي يعيننا في البحث التعاقد بالكتابة والصيغ التي ينبغي أن يكون الصائغ على دراية بها وبما يدل عليها، فلا نتطرق للتعبير عن الإرادة بالمعاطاة ولا بالإشارة ولا بالرسالة.

البند الأول: التعاقد بالكتابة ومجالاته

إنّ التعبير عن الرضا وإحداث تصرف ما وإثبات أثر شرعي عليه له نمطان: صريح وضمني، أما الصريح فقد قال ابن العربي: هو التنصيص على الشيء والإفصاح بذكره، وقال السنهوري:

(1) انظر: الشرح الكبير، الدردير، 3/2، مواهب الجليل، 417/3، المنتقى، 157/4، الذخيرة، 228/6، القوانين الفقهية، ص132.

الصريح هو الذي يُفصح بذاته عن الإرادة حسب المؤلف عند الناس⁽¹⁾، وتُعدُّ الكتابة من الأنماط الصريحة في التعبير عن الرضا، وهل الكتابة مظهر للتعبير عن الرضا أم طريق لإثبات الرضا؟ خلافٌ تشريعي قانوني ذكره السنهوري وغيره، لكن في مصادر الوثائق والشروط يجعل الفقهاء العقد الموثق كتابة والموقع عليه من كلا الطرفين دليلاً على الرضا وطريقاً لإثبات الأثر الشرعي عنه، بخلاف العقد المكتوب الذي لا توقيع عليه ولا شهود له ولا ختم للموثق عليه فإنه لا يُعدُّ تعبيراً عن إرادة المتعاقدين ولا يترتب عليه أثر شرعي⁽²⁾، وهو ما سنبينه في حجية العقد الموثق.

لذلك تعتبر الكتابة اليوم من أهم الوسائل لإثبات التبادلات بين الأفراد، حيث تعتبر الوسيلة الفعالة والمأمونة لعملية التبادل، أمام ضعف الثقة في شهادة الشهود، وكثرة النزاع بين المتعاقدين، فالكتابة الجيدة لصيغة عقد تضمن وجود الدليل القاطع لإثبات الحق عند شوب النزاع حوله، وبذلك تكون سر نجاعة التصرفات التبادلية والتجارية والوقفية والأسرية، لذلك تسعى النظم التنظيمية اليوم إلى العناية بصيغ كتابة العقود والحرص على إحكامها وضبطها.

والحق الذي ننوه إليه هنا أن الفقهاء لم يفرّدوا فقه الكتابة وآلياتها وحكمها وصورها وكل ما يتعلق بها في فصل مستقل، وإنما يذكرون نَزراً مما يخص الكتابة في أبواب متفرقة بحسب ما يعرض لهم من مسائل تستدعي الكلام عن الكتابة، وقد نوه إلى هذا الأمر الدكتور محمد الزحيلي⁽³⁾.

لذلك صَعُبَ علينا تنظيم هذا الركن، وممَّ جوانبه، وتفصيل تقسيماته، وذكر محترزاته بما يخدم الموضوع، وإنما اقتصرنا على ما له علاقة مباشرة بالصياغة الفقهية للعقود.

وأكثر ما يركز الفقهاء عليه من الناحية الفقهية لإبرام العقود بالكتابة وترتيب الآثار الشرعية والقضائية عليها، ذكرُ شروط العقد المكتوب، ومنها⁽⁴⁾:

(1) نظرية العقد، السنهوري، 1/152.

(2) انظر: نظرية العقد السنهوري، 1/125، التوثيق لدى فقهاء المالكية، ص 170.

(3) انظر: وسائل الإثبات، محمد الزحيلي، 1/415.

(4) انظرها في: التوثيق لدى فقهاء المالكية، عبد اللطيف الشيخ، ص 172 وما بعدها.

- حضور مجلس عقد الوثيقة، والذي لاشك فيه أن هذه المرحلة تسبقها مراحل آخر قبل توثيق العقد وكتابته؛ فمرحلة الرغبة في التعاقد، وتفقد المعقود عليه، والاستشارة في التعاقد، والوعد به، تسبق قطعاً مجلس إبرام العقد، فإن تمت تلك المراحل وعزم العاقدان على العقد وجب عليهما حضور مجلس العقد، حيث يتم التعاقد بين أطراف العقد بحضورهم مجلس التعاقد، وإظهار الإيجاب والقبول منهما أثناء التعاقد، وتحديد الإلزام والالتزام، والاتفاق على الشروط، فإن تم ذلك كتب العقد وأشهدا عليه ووثقا وختم عليه الموثق العدل.
 - وإن كان العاقدان غائبين عن مجلس التعاقد فلكل عقد أحكامه ومسائله فتلك مسألة لها تعلق بالتعاقد عن بعد وهي بذاتها دراسة مستقلة.
 - العلم بمضمون العقد وبنوده، فإن لم يعلم أحد العاقدين أو كلاهما بندا من بنود التعاقد وأخفاه الموثق أو أحدهما وشهد على ذلك الشهود، وقامت البيئة على عدم العلم بمضمون العقد فلم يتم التعاقد، ولا عبرة بالعقد الذي تبين الجهل بمضمونه.
 - تطابق الإيجاب والقبول، بمعنى أن يكونا متفقين في نوع العقد وبنوده، فإن كان أحدهما يريد البيع والآخر يقصد الإجارة لم يصح العقد، وإن كانت صيغة الإيجاب بالنكاح مثلاً وصيغة القبول بتأقيته مثلاً لم يصح، وفي مضمون العقد؛ كمن كانت صيغة البائع قبض الثمن حالاً وصيغة المشتري قبضه مقسطاً مؤجلاً فهذا مما يكثر فيه النزاع ولا تصح به الصياغة.
 - أن يكون كلاً من الإيجاب والقبول باتاً غير معلق على شرط، فإن قال: زوجتك بشرط أن قدوم فلان، لم يعقد العقد.
- فإن توفرت هذه الشروط في مجلس العقد، وأقام على ذلك الشهود جاز للموثق أن يوثق عقدهما ويختتم عليه.
- والتعاقد بالكتابة منه الواضح ومنه غير ذلك؛ فالكتابة غير الواضحة لها أشكالاً مثل: الكتابة في الهواء، أو الكتابة بالرموز والطلاسم، أو الكتابة بخط خفي غير مقروء، أو الكتابة بألفاظ لا

يفهمها طرفا العقد أو أحدهما، فهذا النوع من الكتابة مما لا يعتد به في العقود ولا تنتقل به الملكية ولا حرية التصرف، فحكمها حكم العدم.

والتعاقد بالكتابة الواضحة هو ما كان له بقاء بعد الانتهاء من خطها ويمكن قراءتها والتوقيع عليها⁽¹⁾، وقد ذكر الباحث صالح بن عبد العزيز الغليقة أن الفقهاء اختلفوا في الاعتداد بهذا النوع من الكتابة وسرد المذاهب، وقال: أنه فهم أن الملكية يعتدون بهذا النوع من الكتابة غير أنه لا يلزم العقد بها كما لا يلزم فسخ العقد بها حتى ينوي إيقاعه العاقدان، استنادا على قولهم فيمن كتب الطلاق غير أنه غير عازم عليه، وتردد في إخراجها ولم يصل إلى زوجته لم يقع⁽²⁾، وقد نقل عنه هذا الكلام بعض الباحثين وتداولوه، وظنوا أنها تدخل في كل العقود.

لكن الأمر عند المالكية بخلاف ذلك تماما، فالأصل عندهم أن الكتابة مما يدل على الرضا في كل العقود؛ فالتعاقد بالكتابة يكون ملزما وتترتب عليه الآثار الشرعية، فقد قال خليل: وينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة⁽³⁾، حيث ذكر خليل هنا ما يتم به العقد ويلزم وهو كل ما يدل على الرضا بين طرفي العقد، فينعقد العقد بصريح الدلالة على الرضا، وينعقد بأدنى دلالة على الرضا وهي المعاطاة، والكتابة الواضحة صريحة في الدلالة على الرضا.

واستثني من هذا الأصل عقود النكاح وما شاكله فاشتروا فيه التلفظ مع الكتابة تأكيدا على التراضي بين طرفيه⁽⁴⁾.

فالتعاقد بالكتابة مما يصح عند المالكية في كل العقود، وتلزم به ويترتب عليها الأثر الشرعي، ويتم وفقها التقاضي، واشتروا التلفظ بعقود النكاح حرصا على حفظ الأرحام والأعراض.

(1) صيغ العقود في الفقه الإسلامي، صالح بن عبد العزيز الغليقة، كنوز إشبيليا، الرياض، ط2، 2012م، ص211.

(2) المرجع نفسه، ص212.

(3) مختصر خليل، ص143.

(4) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 350/2، الشرح الكبير، الدردير، 3/3، التاج والإكليل، 12/6، مواهب الجليل، 228/4، شرح الزرقاني على مختصر خليل، 7/5.

البند الثاني: مقصد التعاقد بالكتابة

إن إدراك المقاصد الشرعية العامة والخاصة وحتى الجزئية أمرٌ مهمٌ جدًّا في تقرير واعتماد الصياغة الفقهية للعقود، حيث بإدراكها وتبينها للصائغ يتكئ عليها في صياغة العقود، وتكون له كالقواعد الضابطة لعمله واجتهاده، وقد ظلَّ المقاصديون بدءً من الشاطبي يرافعون من أجل جعل المقاصد الشرعية نصب عين المجتهد، بل دعا ابن عاشور أن تُجعل المقاصد كالقواعد القطعية في الاجتهاد⁽¹⁾.

والموثق للعقود يلزمه إدراك هذا العلم؛ وخاصة طرق الكشف عن مقاصد الشارع في الأحكام، ومقاصد الشارع من التوثيق، لأنه بإدراكه لها يُخلصُ العقود من البراغماتية النفعية التي تحكمت في المنظومة التعاقدية لأزمان، ويُخلصُها من المادية التي أباحت التملك بكل الوسائل، فكثر بسببهما الغش والتزوير والتحايل والخديعة واللامبالاة في التعاقد.

لذلك تميزت الشريعة الغراء عن غيرها من النظم الوضعية ببيان مقاصد الأحكام، وبتقرير رابطة الأحكام مما يجعل الموثق والعاقدان والقاضي على بينة من أمرهم في إثبات الحقوق لأصحابها، وقد جعل ابن العربي في أحكام القرآن أربعة أصول ينطلق منها المجتهد في العقود حتى ينضبط اجتهاده ولا ينتقض وذكر منها اعتبار المقاصد، وذلك عند تفسيره لآية: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ وَتُدْלוּ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽¹⁸⁸⁾ البقرة 188

فقال: من قواعد المعاملات وأسس المعاوضات أربعة هذه الآية، وآية ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ البقرة 275، وأحاديث الغرر، واعتبار المقاصد والمصالح⁽²⁾.

حيث تُلخص لنا هذه القواعد أهمية الاستناد على المقاصد في صياغة العقود، وتظهر أهمية معرفة المقاصد في كتابة العقود في النقاط التالية⁽¹⁾:

(1) انظر: مقاصد الشريعة، ابن عاشور، ص 105.

(2) أحكام القرآن، ابن العربي، 137/1.

- الاستعانة بالمقاصد في الترجيح بين الأحكام المتعارضة في فقه العقود على مذهب الإمام مالك، فلاشك أن الفقه المبني على الظن وفيه مسائل متفق عليها في المذهب، وأخرى مختلف فيها، وعند صياغة بنود الاتفاق وشروط التعاقد قد تعرض بعض الأحكام المختلف فيها في المذهب للصائغ، ومعرفته بمقاصد الشريعة في الأحكام يجعله يختار القول الجاري وفق المقاصد فيقع الاطمئنان بالعقد للمتعاقدين والموثق معاً.
- الاستعانة بقواعد الإمام مالك وأتباعه في التقصيد والتعليل والتدليل، يجعله عارفاً بالقول الجاري على أصول الإمام وقواعده الموافقة للمقاصد الشرعية، من القول الخارج عن قواعد الإمام ومقاصده، وهو أمر كفيل بإحياء المذهب المالكي والاعتماد عليه في ضبط المنظومة التعاقدية.
- الاستعانة بالمقاصد في توجيه الفتاوى، حيث تتميز الفتوى بالتغير؛ فهي تتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص والنوازل، وتتعدد النوازل تتعدد الفتاوى، وهو أمر يجعل الموثق في حيرة من أمره أي هذه الفتاوى أسلم في ضبط العقد وصياغته؟! والمعين له في ذلك إدراك مقاصد الشريعة؛ فالفتوى المحققة لمقاصد الشريعة بصفة عامة يُقدّم على الفتوى المحققة لمقاصد الشريعة بصفة خاصة، والفتوى المحققة للضروريات مقدمة للفتوى المحققة للحاجيات أو التحسينيات، وهكذا بحسب المراتب التي ذكرها الإمام الشاطبي في مقاصده.
- الاستعانة بعلّة الحكم والقصد منه معاً، وهو أمر يجعل الصائغ مدركاً لآلية تنقيح المناط وتحقيقه وتنزيله، وهو أمر يبعث على دفع آلة الاجتهاد إلى النظر وإعادة النظر في الوقائع وكيفية صياغة أحكامها في العقود.

(1) انظر مجمل هذه النقاط في: طرق الكشف عن مقاصد الشريعة، نعمان جغيم، ص43، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، جمال الدين عطية، ص131، مقاصد الشريعة، ابن عاشور، ص450، مقاصد الشريعة وقضايا العصر، محمود باندي، ص05، مقاصد المكلفين وأثرها في عقود المعاملات، صافي حبيب، ص25.

- إدراك الموثق والعاقدين أن المرجع الرئيس في معرفة معايير المصلحة والمفسدة هو الشرع، كفيلاً بأن يجعل للعقد القبول عند كل أطرافه.
- إدراك الموثق لمقاصد المكلفين وطرق اعتبارها والكشف عنها كفيلاً له بأن يضبط العقد عن قصد الفاسد للعاقدين.

فهذه النقاط مما يُبين أهمية إدراك الموثق لمقاصد الشارع ومقاصد المكلف، فقد نص ابن عاشور على ذلك فقال: يُظنُّ بالشرعية أنها جاءت لحفظ نظام الأمة وتقوية عزتها في كل مناحي الحياة ومنها نظام المال والثروة، وفي ذلك أدلة كثيرة تفيدنا يقيناً أن للمال في نظام الشرعية حظاً لا يُستهان به⁽¹⁾، وقد ذكرنا في الباب الأول بعضاً من هذه المقاصد.

البند الثالث: صيغ التعاقد بالكتابة

إن كان البند الذي سبق هذا ذكرنا فيها ضرورة إدراك الموثق لمقاصد الشارع وقصد المكلف عند صياغة العقود، فإننا في هذا البند نلفت النظر إلى الصيغ التي تدلُّ على قصد المكلف من إبرام العقود، إذ اعتبار القصد في العقود أمراً ضرورياً محدداً من محددات صحة العقد وبطلانه، وقصد المكلف نوعان قصد معتبر وقصد غير معتبر، والذي يهمنا في الصياغة المحكمة للعقود القصد المعتبر، ولا بد من بسط الكلام فيه هاهنا في نقطتين:

1. القصد المعتبر في الصياغة وطرق التعبير عنه

ونقصد بالقصد المعتبر الذي تظهر أماراته للمجتهد ويترتب عليه الحكم الفقهي عند التعاقد؛ لأن الدليل الظاهر يقوم مقام الباطن ويدل عليه، وله مسالك وطرق يُعرف بها نذكرها هنا.

أ. الصيغ الصريحة طرق لإظهار القصد

نقصد بالصيغ التصريحية الألفاظ التي تدلُّنا صراحة على وجود قصد للمكلف في تعاقدته، من غير التوقف على نيته، كنية التمليك أو القبض أو التحويل وغيرها، غير أننا أثناء البحث عن هذه الصيغ عند المقاصديين لم نجدهم يولونها كبير اعتبار، رغم دخولها في باب القصد.

(1) انظر: مقاصد الشريعة، ابن عاشور، ص450، بتصرف.

غير أننا بالرجوع إلى ما كتب حول الإرادة وطرق التعبير عنها في ثنايا فقه البيوع نجد أن الألفاظ الصريحة للتعاقد من شرطها أن تكون دالة على عنوان العقد؛ كعقد البيع يُعقد بما دلّ على البيع كـ «بعتُ واشترت»، وعقد الإجارة يعبر عنها بلفظ الإجارة، وعقد النكاح يعبر عن إرادة طرفيه بلفظ التزويج، وعقد الوقف يعبر عنه بصيغته، فيقول: «أوقفت».

فكل عقد له ألفاظه الدالة على معناه صراحة فيجب صياغته وفقها، فإن اختلفت الألفاظ بين طرفي العقد أو بين عنوان العقد ومضمونه لم تكن الصياغة محكمة، وهذه الألفاظ لها حالات تُصاغ فيها وعليها مدار الخلاف الفقهي في المذهب، وجلُّ ما تكلم عنه الفقهاء انعقاد العقد مطلقا إما بالكلام أو بغيره، ونحن إذ نبحت في مسألة الصياغة المحكمة للعقود في مذهب مالك رحمه الله نسرد هذه الصياغات هنا ثم نعرض على الصياغة التي ينبغي أن تعتمد عليها الموثق في صياغة العقد على مذهب مالك رحمه الله:

○ **صيغة الماضي:** صيغة الماضي: إنَّ ما قرره اللغويون والأصوليون أن صيغة الماضي صيغة

خبر لا إنشاء، بمعنى أن هذه الصيغة تُخبر عن وقوع أمر ما ومضى، كما يصح استعمالها عن الإخبار عن شيء سيقع حالا في الزمن المضارع، وهي من صيغ الإقرار بمعنى الاعتراف بثبوت الشيء وعدم إنكاره⁽¹⁾.

وقد ساق الخطاب نصوص أئمة المذهب المالكي بأن العقود إذ صيغت بصيغة الماضي فإنها تلزم، ومن عقد بها فقد أوجب على نفسه العقد وانتقل الملك، وإن أبي أحدهما العقد بعد انعقاده بها فلم ينفعه ذلك⁽²⁾، والعقد الذي أبرم بها لا يحتاج إلى قرائن لفهم المراد منه، فصيغة الماضي دالة على الرضا بذاتها دون الحاجة إلى قرينة⁽³⁾.

(1) انظر هذه المسألة في: بيان شرح مختصر ابن الحاجب، الأصفهاني، 630/1، تمهيد القواعد بشرح تسهيل الفوائد، محب الدين الحلبي، 180/1، المنهاج الواضح للبلاغة، حماد عوني، 110/1، النظم البلاغية بين النظرية والتطبيق، حسن الجناحي، ص 359، النحو الوافي، 414/4.

(2) انظر: مواهب الجليل، الخطاب، 232/4، وكذا: شرح مختصر خليل للخرشي، 25/4، منح الجليل، عليش، 436/4، الشرح الكبير، الدردير، 4/3.

(3) راجع: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، الخطاب، ص 160.

○ **صيغة المضارع:** وهي كذلك من الصيغ الموضوعة للإخبار والإنشاء لا للطلب، بمعنى الإخبار عن وقوع أمر ما في الحال، وتدلّ على الاستقبال إن اتصل بالفعل المضارع حرف السين وسوف، كقوله: سأبيعك وسوف أشتري منك، وتدل على وقوع الأمر في الزمن الماضي بقرينة، وجملة القرائن التي تدل على زمن وقوع الفعل المصاغ بصيغة مضارع في الحال أربعة⁽¹⁾ هي:

1. إذا اقترن باللفظ الدال على الحال كالآن، الساعة، الحين، كقوله تعالى: ﴿فَالنَّ

بَشِرُوهُنَّ﴾ البقرة 187

2. إذا اقترن الفعل بلام الابتداء، أو لام التأكيد، مثل قوله: إني لأبيعك كذا، فهي تدل على الوقوع في الحال، كما تدل على الوقوع في المستقبل إذا ذكر معها الزمن، كقوله

تعالى: ﴿وَإِنَّ رَبَّكَ لَيَحْكُمُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾ النحل 124

3. إذا اقترن بأداة نفي وهي: إن، ما، ليس، كصيغة: وإن أدري أبيعك أم لا، وصيغة: ما أبيعك، وصيغة: لست أبيعك. فهذه القرائن تدل على نفي الفعل في الحال.

4. أن يعطف الفعل على الحال أو العكس، مثل قولهم: يبيع زيد في يوم كذا، أو صيغة: في يوم كذا يبيع زيد، فهي تدل على الحال.

وجملة القرائن التي تدل على الفعل يقع مستقبلاً بصيغة المضارع هي:

1. إذا ارتبط به ظرف للاستقبال، كقولهم: أبيعك غداً.
2. إذا ارتبط به إسناد إلى فعل في المستقبل: كقولهم: أزوجهك بعد رمضان.
3. أن يقتضي الوعد، كقولهم: أبيعك إن شاء الله وقت كذا.
4. إذا اقترن بالنواصب، مثل قولهم: إذا أردت أن أشتري منك.
5. إذا اقترن بأداة ترجي مثل قولهم: لعلي أبيعك غداً.
6. إذا دخلت عليه حروف التنفيس؛ السين وسوف، مثل: سأبيعك، وسوف أزوجهك.

(1) انظر: تمهيد القواعد بشرح تسهيل الفوائد، ناظر الجيش، 1/194.

وجملة القرائن التي تدل على انصراف صيغة المضارع إلى الماضي:

1. إذا اقترن بـ: لم ولما، ولا خلاف أن المضارع المقترن بهما ماضي المعنى، مثل قولهم: لم أبعك، ولما أزوجك بعد.
2. إذا اقترنت به لفظة: ربما، مثل: ربما أزوجك.
3. إذا اقترنت به لفظة: قد، مثل: قد أبيعك.

هذا من الناحية اللغوية أما من النظر الفقهي المالكي، فإننا بعد حصر واستقراء نصوص أئمة المذهب نجدها متفرعة كثيرا في خصوص لزوم البيع وعدمه بصيغة المضارع، وكل هذه النصوص في الصيغة اللفظة بين البائع والمشتري وليست في شكل الكتابة، غير أنهم نصُّوا على القاعدة التي تمثل الأصل في التعاقد بصيغة المضارع فقال خليل: وحاصله التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي فتلزم، أو تكون بلفظ المضارع فيحلف⁽¹⁾، فالعقد الذي صيغ بصيغة المضارع إن تنازع فيه الطرفان لزم منكر العقد الحلف.

واستثني من هذا عقد النكاح ففيه حالات⁽²⁾:

– إن صيغ بالمضارع وأسند إلى زمن كقوله: أتزوج ابنتك شهرا فقال: قبلت، فهذا لا يصح لأنه نكاح متعة.

– إن صيغ بالمضارع ولم يُسند إلى زمن كقوله: زوجني ابنتك فيقول: سأزوجك، فقد نقل الخطاب كلام عن المتأخرين أن هذا وعدا وليس عقدا، والعقود إذا وقعت بصيغة المضارع لا يلزم بها حكم، وعند المتقدمين أنه عقد ولا فرق بين الماضي والمضارع بهذه الصيغة⁽³⁾. وذكر ابن رشد أن صيغة المضارع تُحمل على الوعد إلا إذا دلَّت قرينة على اللزوم فتحمل عليها⁽⁴⁾.

(1) التوضيح شرح جامع الأمهات، خليل، 5/192.

(2) انظر: ضوء الشموع شرح المجموع، محمد الأمير، 2/256.

(3) مواهب الجليل، الخطاب، 3/339.

(4) البيان والتحصيل، ابن رشد، 7/331.

○ **صيغة الأمر:** وذكروا أنها للإشياء والطلب وليست للإخبار، وأن صيغ الأمر مقترنة دوماً بمخاطب، والأمر يكون لإيقاع الفعل في المستقبل دوماً⁽¹⁾، وفي المذهب نصوص لأئمتهم أن العاقد بصيغة الأمر لا يقبل منه عدم إرادة البيع أو الشراء: وهو قول مالك وقول ابن القاسم وعيسى بن دينار، واختاره ابن المواز ورجحه أبو إسحاق، وهو ما عليه خليل في المختصر، وزاد خليل أن يحلف الراجع عن العقد فإن حلف فالقول قوله⁽²⁾.

وحاصل هذه المباحث أن الصياغة المحكمة للعقد وتوثيقه يجب أن تكون محكمة لا اضطراب فيها ولا تنازع، والصيغة الضابطة لذلك هي صيغة الماضي، خصوصاً وأن العقد الموثق ينص في بنوده على اسم العاقدين وتاريخ العقد ووقت التسليم وكيفية القبض وغيرها من الأمور التي ذكرناها سابقاً في تقنيات التعاقد، لذلك قال الصاوي: العقود تتعلق بصياغتها بالماضي دون المضارع والأمر، لأن الأصل فيهما الوعد وفي الماضي اللزوم⁽³⁾، وقال في موضع آخر: إن الماضي لما كان دالاً على الرضا من غير احتمال، انعقد البيع به من غير نزاع، ولا يقبل رجوعه ولو حلف، بخلاف المضارع والأمر فيتطرق إليهما الاحتمال، ويقبل الرجوع بالحلف⁽⁴⁾.

وهو ما أكدته النفراوي بقوله: الحاصل من هذه الصيغ الثلاث أن العقد ينعقد بلفظ الماضي أو الأمر أو المضارع، فالماضي ينعقد لزوماً ولا حلف معه، والأمر والمضارع ينعقد لزوماً مع الحلف⁽⁵⁾.

ب. الصيغ الكنائية والتعاقد وفقها

تُعرف الكناية بأنها التورية والتستر عن الحقيقة، وتدل على الإجمال والإضمار سهواً أو قصداً، ولا يعرف القصد منها إلا ممن استعملها⁽⁶⁾.

(1) تمهيد القواعد بشرح تسهيل الفوائد، ناظر الجيش، 178/1.

(2) شرح مختصر خليل، الخرشي، 7/5.

(3) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 350/2.

(4) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 16/3.

(5) الفواكه الدواني، 109/2.

(6) انظر: الكناش في فني النحو والصرف، عماد الدين بن شاهنشاه، 281/1.

وفي باب الصياغة الفقهية للعقود لا يمكن أن يكون المراد منها قصد الإجمال والتستر وإلا يكون هذا من باب التضليل والتحريف والابتزاز كما تفعله بعض المؤسسات في الدعوة إلى التعاقد وفق إشهارات مضللة، وهذا موضوع آخر.

وإنما الكناية في صياغة العقود يقصد بها استعمال اللفظ في غير المعنى الذي اشتهر استعماله فيه، كقول الولي في عقد النكاح: وهبتك ابنتي، وقول البائع: منحتك أرضي⁽¹⁾.

وفي المذهب يصح التعاقد بألفاظ الكناية سواءً في البيوع وما شاكلها، أو في النكاح وما شاكله، أو في التبرعات، بشرط ظهور النية، قال ابن الحاجب: شرط الكناية النية⁽²⁾.

وتظهر النية إما بألفاظ داخل العقد مقترنة بلفظ التعاقد أو بالعرف أو بالتصريح عنها قولاً من طرف أطراف العقد؛ فمثل الألفاظ المقترنة باللفظ الكنائي كأن يقول الولي لمريد نكاح ابنته: وهبتك ابنتي بصدق ألف دينار، فيقول الزوج قبلت، صح العقد، وكقول الواقف: أرضي هذه صدقة لا تورث ولا تباع. والتصريح عن النية أن يُنوى من عقد بلفظ الكناية ماذا أراد به.

أما العرف فقد نص الشاطبي على اعتباره في بيان قصود الناس في عاداتهم ومعاملاتهم، وأن العرف له دورٌ كبير في بيان صراحة الكنايات⁽³⁾.

واستثنى المالكية في المذهب المساقاة والطلاق؛ أما الطلاق فتدخله الكناية من لفظين: الكناية الظاهرة وهي التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو في اللغة كلفظ التسريح والفراق وكقوله: أنت بائن أو بنة وما أشبه ذلك فحكم هذا كحكم الصريح.

والكناية المحتملة كقوله: الحقي بأهلك، واذهي وابعدي عني، وما أشبه ذلك، فهذا لا يلزمه الطلاق إلا إن نواه وإن قال أنه لم ينو الطلاق قبل قوله⁽⁴⁾.

(1) صيغ العقود في الفقه الإسلامي، صالح الغليقة، ص 109.

(2) جامع الأمهات، ص 26.

(3) انظر: الموافقات، 2/284.

(4) القوانين الفقهية، ابن جزى، ص 152.

أما المساقاة فلا تصح إلا بلفظ المساقاة وإن تم العقد بلفظ آخر فإنها لا تصح⁽¹⁾.

والأصل في الصياغة الفقهية المحكمة أن تتم باللفظ الصريح ولا تتم بالقول الكناهي؛ لأن الغرض منها دفع كل اضطراب أو احتمال قد يطرأ على العقد، لذلك قال القرافي: أن الكناية لا يعدل إليها إلا عند عدم القدرة على التصريح⁽²⁾.

2. شروط صحة القصد المعبر

نجعل هذه النقطة خاتمة هذا البند لنذكر فيها القواعد التي عدّها الإمام الشاطبي حاكمة لقصد المكلف، والتي عبر عنها بالمسائل، واخترنا الشاطبي لكونه أول من أفرد مقاصد المكلف بالذكر، ولذلك نذكر هذه القواعد استنباطاً لها من كتابه الموافقات⁽³⁾.

- قبول الأعمال وصحتها بالنيات، ويُخَرَّج عليه أن قبول العقود وصحتها مبني على الصيغ التي تُظهر النية بوجه قاطع ولازم، بخلاف الصيغ المحتملة.
- المطلوب من المكلف موافقة قصده لقصد الشارع، فكل عمل قصد به غير ما قصد الشارع فهو باطل، وهو أصل ثمين في ضبط التعاقد، إذ لو راعى المتعاقدان المقصود الشرعي في العقود لأمنت العقود من التزوير والاضطراب.
- من قصد موافقة الشارع فخالفه، فإن كانا عالماً بمخالفته للشرع فهو الابتداع الذي لا يصح، وإن لم يكن عالماً بمخالفته الشرع فلا إثم عليه ويعيد، هذه القاعدة ذكرها الشاطبي في باب العبادات، غير أنه لها مدخل في كل الأبواب؛ ففي العقود إذا قصد العاقد مخالفة الشارع وقع في المعصية فيأثم على فعله ويبطل عقده، وإن قصد عدم المخالفة فخالف من غير علم فالعقود القابلة للتصحيح تصحح، والتي لا تقبل التصحيح تُفسخ، ولا إثم عليه.

(1) انظر: المنتقى، الباجي، 157/4، مواهب الجليل، 229/4، 374/5.

(2) الذخيرة، 33/2.

(3) انظر: الموافقات، الشاطبي، 276/3 وما بعدها.

- من قصد مخالفة الشارع فوافقه، فالعبرة بقصده لا بعمله، فهو عاص بقصده، ويُخَرَّج عليها في العقود أن العقد يقع صحيحا تترتب عليه الآثار الشرعية، مع لحوق الملامة على من قصد مخالفة الشارع.
- قصد المكلف الإضرار بالغير على حساب مصلحته لاغ، ويُخَرَّج عليه أن العقود التي يكون في ظلم وتعدُّ ويثبت ذلك فهي باطلة لا تصح بها الملكية ولا حرية التصرف.
- إذا قصد المكلف مجرد الامتثال لله فهي مصلحة شرعية معتبرة، وهي قاعدة جلييلة في التعاقد، إذ يجب على المتعاقدين والموثق دوما إظهار الامتثال لله في تعاقداتهم.
- إذا قصد المكلف التحايل على إسقاط حكم شرعي فالقصد مذموم، ويُعامل المكلف بنقيض قصده، وتعد هذه القاعدة في العقود الضابط لدفع التحايل والتزوير بين المتعاقدين.

الفرع الثاني: شروط الصيغة.

البند الأول : اقتران الإيجاب والقبول

والمقارنة هنا يقصد بها الجمع والارتباط أو الفورية في صدور الإيجاب والقبول أو اتحاد مجلس العقد؛ فعند صياغة عقد بيع مثلا إذا صيغ الإيجاب وكتب الموثق معلومات العاقد الموجب ثم توقف عن كتابة القبول لعارض ما وانفض المجلس به، فعند اجتماعهما مجددا هل يعيد صياغة العقد من جديد أم يُتم العقد الأول فقط؟

والذي يظهر لنا أن المذهب على أقوال ثلاثة؛ قول اتفاقي في المذهب، وقول اجتهادي، وقول مخترج:

أما الأول فيؤخذ من قول ابن رشد أن اقتران الإيجاب بالقبول في مجلس واحد من المسائل المتفق عليها في المذهب الجارية على قواعد الإمام وأصوله، فقد قال ابن رشد: لو قال: أبيعك سلعتي بعشرة فلم يقل أخذتها حتى انقضى المجلس لم يكن له شيء اتفاقا⁽¹⁾.

(1) البيان والتحصيل، 213/5

وينبني على هذا القول أن العقد لا يترتب عليه أي أثر سواءً كان بيعاً أو نكاحاً أو ما شاكلهما، فقد قال الخرشي: وإن تراخى القبول عن الإيجاب عن المجلس لم يلزمه البيع اتفاقاً، وكذا لو حصل فصل يقتضي الإعراض بحيث لا يعده العرف جواباً للكلام السابق لم ينعقد البيع⁽¹⁾.

والثاني لابن العربي حيث جَوَّزَ تأخير القبول عن الإيجاب إذا كان أحد طرفي العقد محجوراً عليه كالسفيه أو الفضولي؛ فإن تأخر القبول عن الإيجاب حتى يُقَرَّه صاحبه جاز ذلك التأخر ولا يفسد به العقد، إلا في عقد النكاح فلا يصح التأخير⁽²⁾.

والثالث للحطاب؛ فبعدما ذكر كل هذه الأقوال وما عليه الشراح خرَّج قولاً من ذلك بأن قيَّد صحة الصيغة من عدمها بزمن الإعراض عن صدور الإيجاب؛ فإن كان الزمن متباعدًا لم يصح العقد وإن كان الزمن يسيراً فإنه لا يضر إلا في الصرف، والذي يحدد الزمن الفاصل بين الإيجاب والقبول العرف⁽³⁾.

وعند المتأخرين اختيارات في صحة العقد من عدمه ذكرها بهرام بقوله: وهل يبطل إن تراخى القبول وهو الجاري على المذهب، أو لا وهو المختار، أو يبطل إن طال التراخي⁽⁴⁾.

والذي يترتب على اقتران الإيجاب والقبول أن نفس العقد يقتضي التسليم عقبيه⁽⁵⁾.

ويُستثنى من ذلك العقود التي تكون من طرف واحد؛ كعقد الوصية أو الهبة أو الوقف أو الطلاق فإنها تلزم بمجرد الإيجاب دون القبول.

(1) شرح مختصر خليل، الخرشي، 6/5، انظر كذلك/ الزرقاني على مختصر خليل، 10/5.

(2) انظر: القبس شرح موطأ مالك بن أنس، ابن العربي، ص 777.

(3) انظر: مواهب الجليل، 240/4.

(4) انظر: الشامل في فقه الإمام مالك، 517/2.

(5) مناهج التحصيل، الرجراجي، 71/7.

البند الثاني: فهم الصيغة من طرفيها

ويُعدُّ فهم الخطاب أحد شروط التكليف الشرعي، وجعل الشارع لفهم الخطاب أمارت منها: توفر الحواس ووجود العقل والبلوغ⁽¹⁾.

واشترط فهم الخطاب منصوص عليه في المذهب فقد قال الباجي: كل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود⁽²⁾، وذكر العدوي أن من أمارات فهم الخطاب السماع والرؤية واستدل بما ذكره القرافي من أن الأخرس الأعمى لا يصح عقده⁽³⁾.

لأنه من المحال أن يقال لمن لا يفهم: افهم، وأن يخاطب من لا يسمع ولا يعقل⁽⁴⁾.

والذي يظهر لنا أن هذا الشرط يُعدُّ من أدق الشروط في ضبط صياغة العقود، إذ بسبب إهماله وعدم تحقيقه يقع التحايل والخديعة في العقود، لذلك نذكر هنا بعضاً من الأحكام المتعلقة بفهم الخطاب وصحة الالتزام لعلها تكون إضافة لضبط العقود وترتب الآثار عليها.

والقاعدة التي ينبغي اعتبارها في ضبط هذا الشرط أن الشارع رتب على الالتزام بأحكامه والتكليف بها شروطاً إن وُجدت وُجِدَ الالتزام وإن لم توجد لا يكون الالتزام، ومن باب أولى اشتراطها في الالتزام والتكليف باتفاقات البشر مع بعضهم البعض، لذلك سنذكر هنا شروط التكليف والالتزام بأحكام الشرع ونعتبرها هي ذاتها شروط صحة الصيغة ونفاذها بين المتعاقدين:

1. العقل، إن الله تعالى قد وهب الإنسان عقلاً به يميز ويدرك الأفعال، وبه يقف على ما أمر به وما نهي عنه، فيستطيع إدراك أفعاله وما يترتب عليها، ويمكن له بعقله أن يعزم على فعل فعلٍ أو يعزم على ترك فعل، وهو المراد بقولهم تطبيق أوامر الشرع ونواهيه تطبيقاً يقوم عليه نظام المجتمع وصلاح أحواله واستقامة أموره، والإنسان لا يعد مكلفاً في الإسلام إلا إذا كان له عقل، فرفع الإسلام التكليف عن المجنون حتى يعقل وعن النائم حتى يستفيق

(1) انظر: الأساس في السنة وفقهها، سعيد حوى، 1/89.

(2) المنتقى شرح الموطأ، 4/157.

(3) انظر: حاشية العدوي على شرح الخرشي على مختصر خليل، 5/5.

(4) المستصفي، الغزالي، ص 67.

ويرجع لعقله وعمن أُغْلِقَ عقله بسبب ما؛ " فلا يقضي القاضي حين يقضي وهو غضبان" (1) و" لا طلاق في إغلاق" (2) و"رفع القلم عن ثلاث منها: المجنون حتى يعقل" (3) فكل أفعال الآدمي يترتب عليها التكليف إذا كان عاقلاً مُدركاً لأفعاله، وما صدر من الآدمي من غير عقل فلا يترتب عليها أثر شرعي.

2. البلوغ، في حق الذكر والأنثى، ولا يتجه التكليف وفهم الخطاب إلى الآدمي إلا إذا بلغ، فغير البالغ ليس بمكلف ومن باب أولى ليس مؤهلاً لفهم الخطاب وآثاره، والمقصود به أن جانب الإلزام والتحمل والتنفيذ للحكم الشرعي والتكليف به لا يثبت بشأن الإنسان غير البالغ، فالبالغ يصح منه الفعل ويعتد منه شرعاً ويترتب عليه أثره شرعاً إذا قصدته، أما غير البالغ فقد ذكر الفقهاء أنه يصح منه الفعل ويبقى موقوفاً على إجازة الولي، فإذا وقع غير العاقل عقداً أو أمضاه فلا يمكن أن تترتب عليه آثاره إلا إذا أجراه الولي.

قال القرابي: وفي الجواهر مَنَعَ سحنون إجازة عقد الصبي مطلقاً، وجعل البلوغ شرطاً في الصحة؛ لأن الصبي مسلوب الأهلية والعقد بغير عاقد معتبر لا يصح (4).

3. القدرة على الالتزام بالفعل وتنفيذه، فالآدمي الذي لا يقدر على فعل ما لعجز فيه ليس مكلفاً بما عجز عنه شرعاً، لذلك جاءت الشريعة بالعزيمة والرخصة بحسب قدرة المكلف، ولم نجد الشريعة كلفت بما لا يطاق (5)، فالعاجز عن الفعل لا تكليف عليه إجماعاً (6).

(1) صحيح البخاري، باب هل يقضي القاضي وهو غضبان، رقم(7158)، 65/9.

(2) السنن الكبرى، البيهقي، باب ما جاء في طلاق المكره، رقم(15097)، 585/7.

(3) سنن أبي داود، باب في المجنون يسرق أ ويصيب حداً، رقم(4398)، 139/4، سنن ابن ماجه، باب طلاق الصغير والمعتوه والنائم، رقم(2041)، 658/1.

(4) الذخيرة، 206/4.

(5) انظر: التكليف بالمحال والأحكام الشرعية المترتبة عليه، نجم الدين السبعواوي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد (1/15) المجلد الثامن، 2014م، ص 07 من المقال.

(6) شرح تنقيح الفصول، القرابي، ص 79.

4. العلم؛ الذي يقصده الأصوليون من هذا الشرط علم المكلف بأنه كُلفَ بأوامر ونواهي شرعية، فما من فعل يصدر عنه إلا وله حكم شرعي ابتداءً؛ أي قبل العزم على الفعل، وانتهاءً؛ أي بعد تنفيذ الفعل، والذي يشترط في المكلف العلم بالحكم ابتداءً لا انتهاءً؛ فقبل فعل أي فعل لا بد على المكلف أن يعرف حكم الشرع في فعله حتى يوافق قصده قصد الشارع امتثالاً أو تركاً.

قال القرابي: "يشترط في خطاب التكليف علم المخاطب"⁽¹⁾ لذلك قال الشنقيطي في مراقي السعود⁽²⁾:

والعلم والوسع على المعروف شرط يعم كل ذي تكليف

واشترط علم المكلف بالتكليف يكون من جهتين⁽³⁾:

- أن يعلم حقيقة الأمور به، حتى يتصور أنه يحصل منه قصد إليه، لأنه لا يتصور من المكلف قصد المجهول، قال الطوفي: أن يكون التكليف معلوم الحقيقة للمكلف، وإلا لم يتوجه قصده إليه"⁽⁴⁾، أن يعرف الواجب والمندوب وما يترتب على فعله وتركه حتى يقصد فعله، ويعلم الحرام والمكروه وما يترتب على تركه وفعله حتى يقصد تركه.
- أن يكون معلوماً أن بنود التعاقد مما أباحه الله، حتى يحصل للمكلف قصد الامتثال لله، فليس المراد بالأحكام الشرعية مجرد الوقوع أو الترك، وإنما المقصود منها الامتثال والاستسلام والتقرب إلى الله بتطبيق أحكامه.

(1) نفائس الأصول ، القرابي ، 220/1.

(2) مراقي السعود مع شرحه نشر البنود، الشنقيطي، 31/1.

(3) انظر ذلك في: مقال: العلم والقدرة بين خطاب التكليف وخطاب الوضع، عبد المحسن بن محمد الرئيس، مجلة العلوم الشرعية، العدد الثامن والعشرون (1434هـ) ، ص365.

(4) البلبيل في أصول الفقه، الطوفي، ص19.

البند الثالث: بقاء الإيجاب قائماً حتى يصدر القبول

ويُقصد بهذا الشرط أن لا يكون رجوع عن الإيجاب من الموجب قبل قبول القابل، وذلك بأحد المبطلات الآتي ذكرها، وصورة المسألة: إذا أصدر الموجب صيغة إيجاب ثم بدا له في مجلس العقد وقبل صدور القبول أن يتراجع عن إيجابه، فهل له ذلك؟ وإن جاز له فما هي مبطلات الإيجاب؟⁽¹⁾

أولاً: مدى جواز رجوع الموجب عن إيجابه في مجلس العقد.

فرق المالكية في هذه المسألة بين مسألتين؛ مسألة السوم والمماكسة أو مرحلة الاتفاق بين طرفي العقد، فإنَّ للموجب هنا حق الرجوع عن إيجابه طلقاً.

ومسألة إبرام العقد بعد الاتفاق على بنوده، فإن اتفقا على كل البنود وصدر الإيجاب من الموجب فإنه لا يصح له الرجوع عن إيجابه في المذهب.

قال ابن رشد: أن من أوجب البيع من المتساومين لصاحبه، لا يلزمه وله الرجوع عنه في المجلس، والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع من المتبايعين لصاحبه، لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول ولم يكن له أن يرجع عنه، قبل ذلك⁽²⁾.

وقد نصَّ غيره على التفرقة بين صيغ الإيجاب فإن كانت بصيغة الماضي فلا يصح الرجوع مطلقاً، وإن كانت بغير صيغة الماضي صحَّ الرجوع بذكر سبب الرجوع مع اليمين، قال الشيخ عليش: فإن كان رجوع البادي قبل رضا الآخر فله الردّ بلا يمين، ولا ينافي هذا قول ابن رشد؛ لأنه في صيغة الماضي التي يلزم بها الإيجاب والقبول، وقولنا في غير صيغة الماضي⁽³⁾.

(1) انظر: صيغ العقود في الفقه الإسلامي، صالح الغليقة، ص 486.

(2) المقدمات الممهدة، 98/2، انظر كذلك: المختصر الفقهي، ابن عرفة، 85/5.

(3) منح الجليل شرح مختصر خليل، عليش، 436/4.

ثانيا: مبطلات الإيجاب.

إن مذهب المالكية يحصر مبطلات الإيجاب في الأمور القاهرة الطارئة على الإيجاب قبل صدور القبول، ولا عبرة في المذهب بما يطرأ على الإيجاب من أمور غير قاهرة مثل تغير الكلام بين الموجب والقابل في غير موضوع العقد، أو تكرار الإيجاب.

وما يعدّه المالكية مبطلا للإيجاب هو:

1. وفاة أحد العاقدين بين الإيجاب والقبول، وذلك في عقود النكاح وما شاكله، وفي عقود التبرعات لمعين ولم يقبض المعين ذلك؛ ففي عقود النكاح فإن صدر الإيجاب من الزوج ثم مات قبل صدور القبول من الولي فلا تعاقدا بينهما، وإن صدر الطلاق من الزوج وقبل وصوله إلى الزوجة مات أو ماتت فلا يقع الطلاق، ومن وصّى ببعض ماله لأحد ورثته في حياته ولم يقبضه حتى مات الموصي، فلا يحق له قبضه بعد وفاته، وسيأتي التفصيل في أحكام كل عقد من هذه العقود في الفصل الثالث من هذا الباب.
- إلا عقود البيع وما شاكل البيع فإن مات الموجب أو القابل انتقل حق الإيجاب والقبول للورثة ولم يسقط⁽¹⁾.
2. هلاك المعقود عليه قبل صدور القبول، فإن هلك المعقود عليه قبل صدور القبول من القابل انفسخ العقد؛ كمن تعاقدا على بيع وشراء مسكن وقبل قبول القابل هلك المسكن بزوال مثلا فإن العقد لا يمكن إتمامه.

(1) انظر: التاج والإكليل، 26/6، مواهب الجليل، 241/4، الفروق، القراني، 277/3.

المبحث الثاني: أهلية التعاقد وحرية

في هذا المبحث نقصد إلى بيان ما يتعلق بالعقود خصوصا، إذ العاقد جزء مهم في دراسة العقود فلولاها لما انعقد عقد، ولا وقع تشريع، ولا اختلف النظار في تنظيم التعاقد، ومما له علاقة بالعقود أهليته وعوارضها، وحرية في التعاقد، حيث تعد هاتان المسألتان مما كثر فيهما الأخذ والرد والبحث والتنظير، لذلك رأينا من الضروري أن ندرجهما بالبحث هنا حتى يستكمل منهج صياغة العقود.

المطلب الأول: الأهلية في العقود وعوارضها في المذهب المالكي.

الفرع الأول: مفهوم أهلية التعاقد

إذا كانت الأهلية في اللغة هي كون الشخص صالحا لصدور الفعل منه وطلبه منه وقبوله إياه، فإنها في اصطلاح الفقهاء: صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه، وصحة التصرفات منه، وهي نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء، وقيل: هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام.

فأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان، لأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات، وهذه الخاصية هي التي سماها الفقهاء الذمة؛ فالذمة هي الصفة الفطرية الإنسانية التي بها تثبت للإنسان حقوق قبل غيره، ووجبت عليه واجبات لغيره.

أما أهلية الأداء: فهي صلاحية المكلف لأن تعتبر شرعا أقواله وأفعاله، بحيث إذا صدر منه عقد أو تصرف كان معتبرا شرعا وترتبت عليه أحكامه⁽¹⁾.

أما العوارض فهي الأمور التي لها تأثير في منع أو تغيير أحكامه الأهلية عن الثبوت كليا أو جزئيا⁽²⁾.

(1) علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، ص 136.

(2) كشف الأسرار، البزدوي، 262/4.

وهي نوعان: عوارض سماوية لا دخل للإنسان في حدوثها بل هي قاهرة عليه مثل: الجنون والنوم والنسيان والعتة والمرض والموت.

وعوارض مكتسبة وهي ما كان للإنسان دخل في حصولها مثل: الجهل والسكر والخطأ والإكراه⁽¹⁾.

وكل هذه العوارض تؤثر على أهلية الإنسان في التعاقد، لذلك سنذكر أقوال المالكية في هذه العوارض حتى تكون على دراية لدى الموثق عند صياغته للعقد، وللقاضي في إثبات الحقوق على إثر تحققها:

الفرع الثاني: العوارض السماوية.

1. الصغر، وهو الصبي الذي دون سن التمييز، فهو لا يفهم الخطاب، والمسائل المتعلقة بالصغير كثيرة لا يمكن إدراجها جميعاً في هذه الفرع، وأقوال الأئمة تتعدد بتعدد المسائل، لذلك عند جمع هذه المسائل والنظر في أقوال أئمة المذهب نجد أنها أصولاً وفروعاً؛ ففي المذهب أصل واحد جارٍ على قواعد المذهب، وفروع تتعلق بكل مسألة فيستثنى حكم الفرع من حكم الأصل، لذلك لا غرابة في تعدد الأقوال، وهذا ما لم يفهمه بعض الدارسين لمسائل الأهلية وتطبيقاتها فيقولون في المذهب المالكي أكثر من قول ويخلطون بين الأصل والفرع، وفي هذا الفرع نذكر الأصل في عقود الصغير في البيع والنكاح والتبرعات ولا نتطرق إلى الفروع:

فالأصل في عقود الصغير في البيع أنه لا يصح منه انعقاد عقد ولا يترتب عليه أثره إن وجد، ولا يلزمه العقد إن تم⁽²⁾، قال النفراوي: وشرط صحة عقد العاقد من بائع أو مشتر التمييز بأن يفهم السؤال ويرد جوابه، وشرط اللزوم التكليف بمعنى الرشد والاطوع⁽³⁾.

(1) انظر: عوارض الأهلية السماوية وأثرها في المعاملات، أحمد عبد الله الراجحي، رسالة ماجستير، ص 27.

(2) توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، الزبيدي، 4/3.

(3) الفواكه الدواني، النفراوي، 73/2.

والأصل في أنكحة الصغير وطلاقة أن نكاحه صحيح إن تمَّ وللولي حق النظر فيه قبل بلوغ الصبي إمضاءً أو فسخاً، وللصبي حق النظر فيه بعد البلوغ، وطلاقه لا يصح منه إلا بالبلوغ⁽¹⁾.

والأصل في التبرعات، أن تصرف الصغير المميّز وغير المخلط يصح في الوصايا دون غيرها من التبرعات كالهبات والوقف، قال شراح خليل: وصحت وصية الصغير المميّز⁽²⁾.

2. الجنون؛ الجنون هو فاقد العقل، وهو من لم يستقيم كلامه وأفعاله، والجنون هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً⁽³⁾.

وفي المذهب قولان؛ قول عليه الأكثر وهو أن تصرف الجنون لا أثر له شرعاً، وقول لابن عرفة: أن عقد الجنون حال جنونه ينظر له السلطان بالأصلح إتماماً أو فسخاً⁽⁴⁾.

3. المرض، قيل: هو حالة تعتري الأجسام الحية من خلل أو نقص تخرج به عن حالة الاعتدال العادية، قليلاً كان أو كثيراً⁽⁵⁾.

وقد بين صاحب المعونة المرض الذي يكون من العوارض فقال: المرض على ضربين: الأول منهما ما لا يخاف عليه منه في العادة، وذلك كالجدام والبرص والبلغم، فهذا حكمه حكم الصحة، لا يمنع صاحبه التصرف في شيء من ماله بعوض وبغير عوض، وما يهبه ويتصدق له نافذ من رأس ماله، والضرب الثاني: ما يخاف منه وهو الذي لا يؤمن ترقبه إلى الموت كالحمي الحادة والسل وذات الجنب وما أشبه ذلك فهذا هو الذي يتعلق عليه حق الحجر⁽⁶⁾.

(1) انظر: الجامع، ابن يونس، 107/9، التاج والإكليل، المواق، 635/6، منح الجليل، عليش، 309/3، النوادر والزيادات، ابن أبي زيد القيرواني، 416/4، المعونة، عبد الوهاب، ص 840، المختصر الفقهي، ابن عرفة، 247/3.

(2) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي، 294/5، التاج والإكليل، 514/8، منح الجليل، 504/9، تجبير المختصر، بهرام، 527/5، جواهر المختصر في حل ألفاظ المختصر، التتائي، 271/8، التوضيح، خليل، 469/8.

(3) التعريفات، الجرجاني، ص 79.

(4) مواهب الجليل، الخطاب، 244/4.

(5) انظر: طرق الإثبات الشرعية، أحمد إبراهيم، ص 197.

(6) المعونة، عبد الوهاب البغدادي، ص 1639.

وذكر الباجي قولاً عن مالك بيّن فيه المرض الذي يكون عارضا من عوارض الأهلية فقال: كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول، والخروج⁽¹⁾.

أما بيع المريض وشراؤه فلمالك رحمه الله فيه أصل وهو أنه جائز إلا أن تكون فيه محاباة فيكون ذلك في ثلثه، وإن كان المشتري وارثاً لم يختلفوا في فساد ذلك⁽²⁾.

أما نكاحه فقال مالك: لا يجوز نكاح المريض والمريضة، بمعنى لا يصح منها عقد النكاح⁽³⁾، أما طلاقه فإن كان في مرض الموت فلا يقع، وإن لم يكن في مرض الموت وقع الطلاق وترثه⁽⁴⁾.

أما تبرعاته فيبطل وقفه للورثة في مرض الموت وهي مسألة ولد الأعيان، وإن كان الوقف لغير ورثته نُقِدَ في ثلث ماله كالوصية⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: العوارض المكتسبة

هي التي يكون لكسب العباد مدخل فيها مباشرة الأسباب كالسكر، أو بالتقاعد عن المنزل كالجهل⁽⁶⁾.

تنقسم بدورها إلى قسمين: عوارض من ذات المكلف، وعوارض من غيره؛ أما الأولى فهي الجهل و السكر و الهزل و السفه و الخطأ، و الثانية هي: الإكراه، وسنذكرها هنا:

1. الجهل: وهي اعتقاد الشيء على خلاف ما هو عليه، أو هو انتفاء العلم بالمقصود أصلاً⁽¹⁾، وهو على أربعة أنحاء؛

(1) المنتقى، 4/85.

(2) انظر: المدونة، 3/122، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ابن عبد البر، 2/723، جامع الأمهات، ابن الحاجب، ص338.

(3) تهذيب المدونة، البراذعي، 2/206، الرسالة، ابن أبي زيد، ص93،

(4) انظر: القبس، ابن العربي، ص749.

(5) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشبي، 7/85، الشرح الكبير، الدردير، 4/82.

(6) التعريفات، الجرجاني، ص159.

جهل لا عذر معه وضابطه: كل ما لا يتعذر الاحتراز عنه⁽²⁾، فهو الجهل بقطعيات الدين لكل البشر والجهل بأحكام الدين للمسلمين.

جهل يصح معه العذر وضابطه كل ما يتعذر الاحتراز عنه عادة فهو معفو عنه⁽³⁾، مثل الجهل بنجاسة ماء الميزاب، أو الجهل بجملة طعام فلان المسلم.

ولم يذكر صاحب تهذيب الفروق بعض صور الجهل التي تحتاج إلى بيان فقهي كالجهل بأحكام الاجتهاد في النوازل في بلاد المسلمين؛ فكثيرا ما تقع النوازل وتنظر فيها الفقهاء ويخرجون بأحكام لكن كثيرا من الناس لم تلحقه تلك الفتاوى والأحكام ويستمرون في فعل ما هو محرم فهل لهم العذر أم لا؟ ومثل الجهل بأحكام النوازل في بلاد غير المسلمين، وهذان النوعان الأخيران اختلف أمعهما العذر أم لا؟

والقصد بالعذر الشرعي هو التسامح مع المكلف والعفو عنه ديانة وقضاء، وعدم العذر هو عدم التسامح معه ديانة وقضاء، ويترتب على عدم العذر بطلان التصرفات وعدم قبولها من المكلف؛ فمن وقع في المنهي عنه شرعا أثم وأدب قضاء.

وإن القاعدة الكلية عند المالكي هي أن الجاهل كالمتمعد وليس كالناسي⁽⁴⁾، لذلك تُعد عقود الجاهل عند المالكي منفسخة فاسدة⁽⁵⁾ لا يبني عليها أثر شرعي إذا تأكدنا من جهله بالحكم؛ فإن عقد عقد بيع وجهل أحكامه وأحكام بنوده وشروطه وقع العقد فاسدا إذا صادف شرطا منهيها عنه أو بندا محرما، يُفسخ عقده مطلقا، وإذا لم يُصادف شرطا منهيها عنه أو بندا محرما بل كان جاهلا بالحكم وإن كان شرعيا ثم عقد عقده على وجه جائز فالعقد صحيح تترتب عليه آثاره لمصادفته محلا شرعيا، والشارع ضامن لحقوق المكلفين.

(1) انظر: الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، زكريا الأنصاري، ص 67، التعريفات، الجرجاني، ص 80.

(2) انظر: الفروق، 163/2.

(3) انظر: الفروق، 163/2.

(4) انظر: الفروق، القرافي، 162/2.

(5) انظر: هامش الفروق (تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية)، الفروق، 164/2، شرح مختصر خليل، الخرشي، 22/5.

والمكلف إذا أراد التعاقد في أي نوع من أنواع العقود وجب عليه أن يسأل عن أحكام بنود العقد وشروطه قبل صياغة العقد وإمضائه وترتب الالتزام على ذمتهن إذ العقود مما لا يمكن الاحتراز عنها، فهي منتشرة بين الأفراد، ويتعامل بها الناس يوميا، ويسمع بها كل المكلفين، ويقصدها الناس عن رغبة ورضا، لذلك يُعد الجاهل بأحكام التعاقد كالعامد تماما، إن وقّع على عقد فيه محرم جاهلا منه الحكم فقد ارتكب الحرام ويقع عقده منفسخا فاسدا، لذلك قال ابن سهل: والبيع حكم الجاهل فيها حكم العامد في جميع الوجوه⁽¹⁾.

ثم إن ابن رشد في البيان والتحصيل كثيرا ما يعمل هذا الأصل في فروع المذهب فيجعل الجاهل كالعامد.

2. السكر، وهو غفلة تعرض على العقل، بمباشرة ما يوجبها من الأكل والشرب⁽²⁾، وقد يكون اختياريا من الإنسان، وقد يكون بإكراه من غيره، وفي مذهب مالك رحمه الله قاعدة كلية في تصرفات السكران ومنها العقود وهي: لا يجوز بيع السكران ولا ابتياعه⁽³⁾، وعلى البيع قيست كل العقود والتصرفات الأخرى، وعدم الجواز اختلف في تفسيرها فقيل: يعني أن العقد يقع منفسخا باطلا غير لازم عليه ولا يلحقه أثره، ولا تنشغل ذمته بالالتزامات، وقيل: أن العقد ينعقد لكنه غير لازم فهو موقوف عليه إلى حالة صحوه⁽⁴⁾. وقد سئل سحنون عن تصرفات السكران فقال: أرى نكاحه وبيعه وهباته وصدقاته وأعطياته بمنزلة واحدة سواء، لا يجوز منها شيء على حال من الأحوال، وإنكاحه بناته بمنزلة إنكاحه نفسه، لا يجوز ذلك، وعلى ذلك أكثر الرواة⁽⁵⁾، بشرط التثبت من السكر، أما مجرد ادعاء السكر فإنه لا يؤثر في العقود بل تقع عليه ملزمة ولا يصح له الرجوع فيها ولا فسخها بسبب ادعاء السكر.

(1) انظر: مواهب الجليل، 380/4.

(2) التعريفات، الجرجاني، ص 120.

(3) انظر: الكافي، ابن عبد البر، 732/2.

(4) انظر: مواهب الجليل، 43/4.

(5) البيان والتحصيل، ابن رشد، 257/4.

واستثنى من هذه القاعدة أمور الحدود التي تجب في بدنه، وطلاقه، وعتقه، فإنها تقع عليه.
3. الهزل: وهو هو أن لا يراد باللفظ معناه، لا الحقيقي ولا المجازي، وهو ضد الجد⁽¹⁾. وقيل هو: أن يطلق اللفظ ولا يستعمله في شيء⁽²⁾.

أغلب ما يتطرق إليه المالكية في تصرفات الهازل مسائل لثلاث الواردة في حديث: " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: الطلاق، والنكاح، والرجعة"⁽³⁾، فيقولون: الهزل في الطلاق نافذ كالجد وكذلك في النكاح والعتق⁽⁴⁾، وقولهم طلاق الهازل يقع بمعنى إذا أراد الطلاق وأوقع بالهزل فإنه يقع ويلزمه، أما إن قال لم أرد الطلاق وإنما أردت التعليم مثلا وحلف على ذلك فإنه لا يقع⁽⁵⁾.

أما البيع فبخلاف ذلك فالظاهر لا يقع مع الهزل، وذلك من قولهم: هزل النكاح جد ولو قامت قرينة على إرادة الهزل من الجانبين بخلاف البيع⁽⁶⁾، بمعنى بخلاف البيع فإنه لا يقع مع الهزل، وكذلك باقي العقود الأخرى فإنها لا تقع مع الهزل.

4. السفه، وهو عبارة عن خفة تعرض للإنسان من الفرح والغضب فتحمله على العمل، بخلاف طور العقل، وموجب الشرع⁽⁷⁾.

قال ابن جزري: ويشترط في البائع أن يكون رشيدا فإن بيع السفه والمحجور لا ينفذ وشراؤه موقوف على نظر وليه⁽⁸⁾، وكذا سائر تصرفات السفه موقوفة على البيع فهي موقوفة غير لازمة، حتى ينظر فيها الولي أو الوصي أو الوكيل أو السلطان فإن أجازوها لزم، قال في النوادر: إن ذلك مفسوخ وإن طال الزمن فيه، إذا كان العاقد مشهورا

(1) التعريفات، الجرجاني، ص 257.

(2) انظر: الذخيرة، 4/404.

(3) سنن أبو داود، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل، رقم (2194)، 2/259، قال الألباني: حديث حسن.

(4) القوانين الفقهية، ص 153.

(5) انظر: البيان والتحصيل، 6/350.

(6) الفواكه الدواني، النفراوي، 2/5.

(7) التعريفات، الجرجاني، ص 119.

(8) القوانين الفقهية، ابن جزري، ص 163.

بالسفه⁽¹⁾، وهو قول ابن القاسم في المدونة، وهناك قول آخر بأن أفعال السفه الذي لا ولاية عليه لازمة له⁽²⁾.

5. الخطأ، هو ما ليس للإنسان فيه قصد⁽³⁾، وغالب ما يذكره المالكية من الأحكام المتعلقة بالخطأ ما كان له علاقة بالجنائيات والحدود والدماء بصفة أكبر، وقليل ما يوردون أحكام العبادات مع الخطأ، وبصفة أقل العقود مع الخطأ، إلا أن القاعدة العامة للتعامل مع الخطأ ما ذكر في هامش تهذيب الفروق: وقد علم من الشريعة بالضرورة ترك المؤاخذة بالخطأ والنسيان مطلقاً⁽⁴⁾، لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "إن الله قد تجاوز عن أمي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه"⁽⁵⁾.

6. الإكراه، وهو حمل الشخص غيره على ما لا يرضاه من قول أو فعل، وقيل هو: هو إلزام الشخص شيئاً على خلاف مراده، وقيل: إجبار أحد ما على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة، ويتحقق الإكراه بقتل النفس أو بذهاب عضو من الأعضاء أو بغير ذلك⁽⁶⁾.

وفي المذهب نصوص على أن تصرفات المكره من بيع وشراء ونكاح وطلاق ووقف وغيرها لا تصح منه ولا تلزم، إلا إذا كان الإكراه بحق شرعي.

قال القرطبي: أما بيع المكره والمضغوط فله حالتان؛ الأولى: أن يبيع ماله في حق وجب عليه، فذلك ماض سائغ لا رجوع فيه عند الفقهاء، وأما بيع المكره ظلماً أو قهراً فذلك بيع لا يجوز عليه⁽⁷⁾، وقال الخطاب: أجمع أصحابنا على إبطال نكاح المكره والمكرهه وأنه لا

(1) النوادر والزيادات، 92/10.

(2) انظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل، 368/3.

(3) التعريفات، الجرجاني، صص99.

(4) انظر: تهذيب الفروق، الفروق، القراني، 301/4.

(5) سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، رقم(2043)، 659/1.

(6) انظر: نهاية السؤل، الإسنوي، صص153، التعريفات، الجرجاني، صص33.

(7) تفسير القرطبي، 184/10.

يجوز⁽¹⁾، أما طلاق المكره فهو لا يلزم ولا يقع ولا يصح، سواء أكره على إيقاع الطلاق، أو على الإقرار به، أو اليمين به، أو الحنث في يمين لزمته به، كل ذلك لا يلزمه⁽²⁾.

المطلب الثاني: حرية التعاقد بين المذاهب الوضعية والفقهاء الإسلاميين.

لقد ارتبطت حرية التعاقد بعدة علوم كالفلسفة والاقتصاد والقانون وعلم الاجتماع والفقهاء وغيرها منذ بداية إفرادها بالبحث والنظر، ثم أصبحت لصيقة علم التشريع وفلسفته، وتُعرف حرية التعاقد بإطلاق الإرادة تتصرف كما تشاء دون قيد أو تضيق، ثم تنازعت تلك العلوم في مدى تقييد حرية التعاقد وبأي قيد تُقيّد.

ففي هذا المطلب نود أن نلفت النظر إلى المذاهب التشريعية السائدة في التعامل مع حرية التعاقد ومقارنتها بما عليك موثوق العقود والشروط في المذهب المالكي محل الدراسة، ثم ننظر إلى إمكانية استفادة العلوم من بعضها البعض.

الفرع الأول: نظرة التشريع الوضعي لحرية التعاقد.

تعتبر التشريعات الوضعية المعاصرة امتدادا للمنظومات التعاقدية القديمة التي تطرقنا إليها في الباب الأول، وخاصة منظومة جستينيان و نابوليون، وقد عرفنا سابقا أن هذه المنظومات هي عبارة عن تراكمات لأفكار واجتهادات حول ضبط العقد عموما والملكية خصوصا، واستمرت هذه الأفكار تتطور وتتشكل في شكل نظريات ومذاهب عليها اعتمد مشرعو القوانين الوضعية في العصر الحديث، حتى تمخضت هذه الأفكار في مذهبين اثنين حول حرية الإرادة أو حرية التعاقد:

البند الأول: مذهب سلطان الإرادة

لقد استفحل مبدأ سلطان الإرادة في العقود الأولى تحت تأثير الفلسفة الفردية والاقتصاد الحر أو الملكية المطلقة، تبريرا لمصلحة الفرد، ويقوم تصوّر هذا المذهب على ما يتوق إليه الفرد الواعي من امتلاك لحاجياته؛ فإن تاق الفرد إلى امتلاك أمرا ما وتعاقد على ذلك بشكل من الأشكال

(1) مواهب الجليل، 453/3.

(2) الاستدكار، 201/6، التاج والإكليل، 312/5.

فإن العقد يُصبح نافذا وله سلطته، ولا يهم بعد ذلك ما يطرأ على العقد من عيوب فلا أثر لها في نفوذ العقد وبطلانه مثل الخديعة والتزوير والتلاعب وغيرها، فمذهب سلطان الإرادة قام أولاً على أمرين: رغبة الفرد في الامتلاك، وشكلية التعاقد التي تنص عليها الدولة.

ثم تطور إلى الفصل بين الأمرين؛ شكلية التعاقد وإرادة العاقد، حيث تقلصت الشكلية وأُعطي القدر الكافي للإرادة واعتبارها المحددة للآثار العقد.

وتقلّصت الشكلية وحُدِّدت في تسليم المتعاقد عليه، فلا ينفذ العقد ولا يتم إلا إذا وقع التسليم بين المتعاقدين فيما اختارا التعاقد عليه، وانبى على هذا التطور فرض مجلس التعاقد، وعليه تم إبطال التعاقد بين الغائبين، هكذا كان مذهب سلطان الإرادة قديماً حيث لم يستطع التخلي عن شكلية التعاقد فجاء غير عادلٍ بشكل تام في ضبط حقوق الأفراد وواجباتهم، حيث إن بعض الأفراد يستطيع التعاقد والامتلاك وبعضهم لا يمكنه ذلك.

وما تخلّى القانون الوضعي الغربي عن الشكلية في التعاقد إلا لما أُعطي له الصبغة الدينية من الكنيسة وذلك خلال أواخر القرن 12 للميلادي! حيث اتكأ المشرعة في إلزام المتعاقدين في احترام حرية التعاقد على تأثير السلطة الدينية، فدخل مثلاً مصطلح الخطيئة في العقود؛ كما أدخل الوفاء بالتعاقد والوعد به من باب السلطة الدينية، فمن وُفِّ بتعاقداته ووعوده كان مطيعاً، ومن أخلَّ بالوفاء حلَّت عليه الخطيئة التي تستدعي الغفران.

فمذهب سلطان الإرادة بدأ مقيداً بالشكليات ثم استقل عن الشكلية اعتماداً على السلطة الدينية، فأصبحت الإرادة هي المنوطة بالتعاقد وتنفيذه.

ففي القرن 17 ميلادي صارت مقولة: إذا تم الاتفاق بين طرفين فكل ما اتفقا عليه يقوم مقام القانون لكل المتعاقدين، وأدرجت هذه المقولة في القوانين الوضعية خاصة الفرنسي منها⁽¹⁾.

(1) انظر: نظرية العقد، السنهوري، 96/1.

ومع حلول زمن انفصال الكنائس عن الحياة المدنية للناس تخلى مذهب سلطان الإرادة عن سلطة الكنيسة واستبدالها بالنظريات الفلسفية والاقتصادية التي قدّست إرادة الفرد وأعطت لها الحق في إنشاء الالتزام وتنفيذه.

ونادى الفلاسفة بحرية الاقتصاد وترك المنافسة التجارية بين الأفراد هي من تُحدّد الملكية من عدمها، وأن العقود لا تخضع إلا لإرادة المتعاقدين؛ فالإرادة منشئة للحق ومنفذة له.

وبالتوازي مع هذه النداءات ظهرت نظرية العقد الاجتماعي في الحكم والسياسة، وأكثر النظم اعتماداً على هذه النظريات القانون الفرنسي⁽¹⁾.

والأساس الفلسفي الذي يقوم عليه هذا المذهب هو حرية الأفراد، المستمدة من القانون الطبيعي القائل بأن الإنسان حرٌّ بطبعه، حيث كثر الفلاسفة الذين كتبوا حول حرية الطبيعة كأمثال: فرانسوا كيزني (1694-1778م)، وجون لوك (1632-1704م) وآدم سميث (1723-1790م)، فالسياسة التي تُشجع على حرية الأفراد في التعاقد والتملك تُعدُّ بيئةً ملائمة لنمو العقد وازدهاره⁽²⁾.

وقد أثّرت هذه الفلسفات على المشرّعة، فمن أجل تجسيد فلسفة حرية الأفراد التجأ هؤلاء إلى الاعتماد على العقل في ضبط مصالح الأفراد من عدمها والعدل بينهم، وأصبح بهذا المفهوم كل شيء قابلاً للتملك إذا رغب فيه الفرد، فلا حدود للملكية، وكل شيء مادي يرجع ملكيته إلى حرية الأفراد؛ فالزواج يرجع إلى حرية الأفراد كيفما اتفقوا، والميراث يرجع إلى حرية الأفراد، والعمل يرجع إلى حرية الأفراد، لذلك جاءت فكرة (دعه يعمل اتركه يمر) أو بالأحرى دعه يتعاقد، وفكرة (العقد شريعة المتعاقدين) وذلك من أجل ترك العنان للنشاط الاقتصادي، وجُعّلت مهمة القانون تحقيق حرية التعاقد فحسب⁽³⁾.

(1) انظر: نظرية العقد، السنهوري، 99/1،

(2) انظر: مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، ص30.

(3) انظر: المرجع السابق، ص35.

ثم حاول مفكرو هذا المذهب الاتكاء على بعض المعاني السامية المحققة للعدل مثل:

- مبدأ الرضائية حيث نسبوا هذا المبدأ إلى مذهبهم وحاولوا ضبطه وبيانه والدفاع عنه، وبيان عيوبه، والرضا من جاب واحد ومن جانبيين وغيرها من الأبحاث ذات العلاقة به، لكن هذا المبدأ تشاركي في جميع النظم فلا يمكن نسبه إلى مذهب دون آخر.
- مبدأ هل العبرة في التعاقد بالمعاني أم بالألفاظ، وقد تميز أصحاب هذا المذهب إلى طريقتين؛ طريق قائل بأن العبرة في التعاقد بالمعاني والمقاصد، وطريق قائل بأن العبرة في ذلك للألفاظ والعبارات، وهو أمر كذلك تشاركي في كل التشريعات فلا يمكن نسبه إلى مذهب دون آخر، ولذلك نستعجب من الشيخ السنهوري لما ذكر هذه المبادئ وعند ذكر الدول التي اعتمدت عليها وصفها بأنها صفة القوانين الحديثة⁽¹⁾!

إنه من خلال هذا الوصف الموجز لمذهب سلطان الإرادة يجعلنا نسجل عليه نقطتين مهمتين هما:

1. الاعتماد على سلطة الكنسية في التأثير بعد إحدى عشر قرناً من ظهور الدين المسيحي، أمر مضحك في نسبة هذه الأحكام إلى الدين، وفي الحقيقة ما هي إلا اجتهادات بشرية بحتة لم تجد الطريق إلى تجسيدها إلا من بوابة الكنيسة، وهو أمر يُنبئنا عن ضعف النظر البشري في تنظيم التعاقد بمفرده دون اللجوء إلى الشرائع السماوية، ولما كان هذا الأمر مضحكا سرعان ما تمّ الانقلاب على الكنيسة وتغيير أحكامها ومحاولة فرض الاجتهاد العقلي البشري في تقرير النظم القانونية والاجتماعية، والذي سرعان ما سينقضي لاحقا حتماً؛ لأن تراكمات العيوب في النظر البشري تتزايد عليه وهي ما يُهدد زواله.
- ثم إن تغييب أحكام الشريعة المسيحية تلك الفترة من الزمن أمرٌ مؤسفٌ حقاً، وانبنى على هذا التغييب نصوص الكتاب المنزل للخلق لقرون متتالية حتى يتم تناسي أحكامه، وبالتالي الصيرورة في التحاكم إلى الاجتهاد البشري الذي يتلوى بحسب ظروف البيئة والأفراد في كل زمان، وهذا التغييب لأحكام الشرائع السماوية حاولت الدول الغربية التي نهجت هذا النهج أن تفرضه على كل الأديان وخاصة على العالم الإسلامي، حيث يترك

(1) انظر: نظرية العقد، 84/1.

الأفراد التحاكم والتعامل بالشريعة المحمدية، ويلتجئون إلى الاجتهادات الوضعية الغربية المبنية على الحرية المطلقة. وللأسف سار مع تلك الدول دُولٌ معتبرة من العالم الإسلامي، لكن الأمر المبهج أنهم لن يستطيعوا محو تعاليم الإسلام أو تحريفها كما فعلوا مع الشرائع الأخرى، وهذا الأمر يستوجب على الدول الإسلامية إعادة النظر في الأسس التي بُنِي عليها التشريعات، خاصة مع مناداة شعوب هذه الدول إلى تحقيق العدل وترك ما هو غربي.

2. إطلاق حرية التملك دون قيد أو حدّ في هذا المذهب فتح الباب لأفراد تلك الدول في النهيم في امتلاك كل شيء حتى ما وراء الطبيعة، وفتح لهم باب البراعة في التحايل والتزوير والخديعة من أجل الربح والتملك - طبعاً بسبب هذا النهيم والتحايل حاولوا كبح لجام أفرادهم بالقوة أولاً ثم بالقانون ثانياً - ، وحرية التعاقد والتملك فتحت باب تلك الدول في تملك دولا أخرى بأكملها؛ بخيراتها الظاهرة والباطنة وحتى تملك رقاب أفرادها، فشهد العالم في العصر الحديث أعتى أنواع الاستبداد والاستدمار، ونتج عن تركه ومنح الحرية لأفراد تلك الدول المغلوبة على أمرها إبرام تعاقدات ومعاهدات معها تقضي بهيمنة الدول الكبرى - على حد زعمهم - على أمرين: خيرات الدول المغلوبة لقرون من الزمن، وعلى تشريعات هذه الدول، وهو أمر مشين ووصمة عار في جبين هذه الدول التي اعتمدت على مذهب سلطان الإرادة في حرية التملك، وهو وصمة عار أخرى في جبين الدول القابلة للتملك والاستدمار خاصة الإسلامية منها إذ عندها البديل للنهوض من تحبطها لكنها لم تقتنع به.

البند الثاني: المذهب الاشتراكي الماركسي وعلاقته بالإرادة وحرية التعاقد

وتمخّضَ هذا المذهب كذلك من الاجتهادات البشرية الداعية إلى تطوير فكرة التملك والملكية، وذلك بعد فشل تأثير سلطة الدين الكنسي في ضبط حرية التعاقد، حيث ظهر هذا المذهب الداعي إلى ضبط حرية التملك وذلك بالاشتراك في الملكية؛ فلأفراد حرية العمل والكسب مما شاءوا لكن لا بد أن يرجع ذلك إلى جهة واحدة منظمة لتوزيع الملكيات على الأفراد، وتُعرف هذه الجهة بالدولة، فهي من تملك وتخطط وتأذن في التعاقد والتملك، وتفرض العلاوات والإتاوات

والضرائب على تصرفات الأفراد، وهي من تملك ثروات البلد وتوزعها على الأفراد، رغبةً منهم في دحض الطبقيّة المقيّنة التي أفرزها نظام الحرية المطلقة للتعاقد أو الرأسمالية.

وقد ظهر هذا المذهب أثناء الثورة البلشفية عام 1917م بتبني الأفكار الماركسية، وقد تبني أفكاراً عدة في فلسفته، ونحن هنا نذكر ما كان له علاقة مباشرة بموضوع البحث، حيث اعتمد هذا المذهب على:

- مبدأ التشارك في الملكية؛ حيث يتشارك في المنفعة كل العمال من كانت له كفاءة على الكسب ومن لم تكن له كفاءة فهم متساوون في ملكية المنفعة، والدولة هي من توزع المنافع بين مواطنيها، وهي من تأذن في التملك ومن تمنعه. هدفاً منها في القضاء على الملكية الفردية.

- مبدأ القومية، بمعنى أن الفرد يعمل ويتعاقد ويتعامل تجارياً من أجل تنمية الاقتصاد القومي وملء خزانة الدولة حتى تتكفل بمعالجة ظروف المواطنين البسطاء، فالتعاقد مبني على فلسفة القوم أو العمل من أجل تأمين استمرار الدولة وتأمين حق الأجيال القادمة في العيش.

- مبدأ التخطيط المركزي، بمعنى أن التقنين والضبط والإذن بالتصرف يكون وفق خطة شاملة لكل الأفراد والمؤسسات تضعها الدولة، ولا يجوز مخالفتها ولا الخروج عنها.

وهذا المذهب كأنه وُلِدَ ليسقط، لأنه يحمل في بنوده وموآثيقه الظلم والتحجير على إرادة الأفراد وإن ادعى فلاسفته أن الغرض منه العدل، لأن أول سقطه له كانت في العدل؛ إذ المذهب القائم على إشباع رغبات الأفراد بأي وسيلة كانت وإن كانت في قهر إرادة مواطنيه فقد وقع في ظلم أفراد، لذلك تركوه في أول امتحان له.

فإلغاء إرادة الأفراد وربط القيم السامية بالفكر البشري؛ بمعنى إعطاء قيمة لأفكار كارل ماركس مثلاً فوق قيمتها البشرية وجعلها كالمرجع الأساس في ضبط منظومة كاملة ومن حاد عنها يُعاقب، أمرٌ لا تقبله الفطرة السوية ولا العقول السوية، إذ بموت وفناء صاحب الفكرة تنتهي فكرته وتختفي، ولنا أن نتصور كيف جسّد أصحاب هذا المذهب أفكارهم وألزموا بها أفراد دولتهم. قطعاً لا يتم ذلك إلا بالبطش، فما من تقييد للحرية بقيدٍ بشري شخصي إلا ومعه

القوة المنفذة للقيود، وهذا ما وقعت فيه بعض الدول الإسلامية التي تبنت الفكر الاشتراكي الماركسي في ضبط نُظُمها الاقتصادية خاصة، فانتهت بها إلى ضياع أموال طائلة من خزintها إلى وجهات غير معروفة ولا عاملة ولا منتجة من جهة، وحرمان الطبقة الكادحة من إعطاء حقها كاملا من جهة أخرى، فأفرز التحايل والتزوير والتطويع وغيرها من التصرفات الفضيعة.

الفرع الثاني: نظرة التشريع الإسلامي لحرية التعاقد.

لقد تطرقنا في الفصل الثاني من الباب الأول إلى تصور التشريع الإسلامي لفكرة التعاقد، وليس الغرض هنا إعادة ذكر ما تم ذكره سابقا، وإنما الغرض من هذا الفرع ذكر المبادئ التي يقوم عليها التشريع الإسلامي في الدعوة إلى حرية التعاقد والمعوقات التي حالت دون ذلك، مع التعرّيج إلى أقوال السادة المالكية في ذلك، لنعرف مدى صلاحية الفكر الإسلامي في تطوير الملكية والنظم التعاقدية.

ثم إن النظام الإسلامي ما يُميزه عن غيره من الشرائع السماوية أنه تمّ حفظه وتداوله وتنفيذ مقاصده وأحكامه، والاجتهاد وفق أصوله منذ الزمن الأول للتشريع، ولم يتوقف الاجتهاد في ضبط النظام وفق مقاصد الشرع وأصوله إلى يوم الناس هذا، فبالرغم من المحاولات العديدة إلى تحييد هذه الأحكام عن التحكيم والتنفيذ بين أفراد- بدءاً من الشبهات إلى الحروب- فإنها لم تفلح في ذلك، إذ حركة الاجتهاد فرضت نفسها إن بشكل رسمي كالتقضاء أو بشكل فقهي كالفقهاء والنوازل، حيث لم يترك فقهاء الإسلام بابا من النوازل إلا وخرّجوا له مبادئه وأحكامه من الشرع.

وفي هذا العصر لما فشل المذهب الاشتراكي في إقامة العدل بين الأفراد في توزيع المنافع، وكثرت عيوب المذهب الرأسمالي في النهم وراء المال وتملكه، باتت الضرورة ملحّةً إلى البحث عن بديل عنهما، وفي الوقت الذي يتخبط فيه فلاسفة المذهبين السابقين، خرج من ينادى بالاقتصاد الإسلامي أو المال في الإسلام أو بالأحرى الملكية في الإسلام وبشكل أدق التعاقد في الإسلام، وقد كُتبت في ذلك البحوث الأكاديمية الكثيرة التي تؤسس للنظرية الاقتصادية الإسلامية، والمبادئ التي تقوم عليها، ونحن هنا نذكر هذه المبادئ حتى يتضح لنا الفرق بين النظم الوضعية والنظام الإسلامي، كل ذلك من أجل معرفة أي هذه المذاهب أحق بالاعتماد في التشريع.

لقد قام النظام المالي أو فكرة التعاقد في الإسلام على مبادئ منها:

- كرامة الفرد الإنساني، بمعنى الإنسان في النظام الإسلامي محفوظة كرامته؛ فلا يحق لأي فرد آخر أو جهة ما سلبها منه، وقد حفظ الإسلام ضروريات الكرامة وحاجياتها بل وحتى تحسينياتها؛ حفظ للإنسان نفسه فلا تُهدر ولا تُقهر، وحفظ له دينه فلا يُكره على غيره، وحفظ له عقله فلا يُتكر كما فعلت الماركسية الاشتراكية في احتكار العقل للدولة، وحفظ له عرضه فلا يتناول عليه أي أحد كما فعلت الرأسمالية والاشتراكية معا في إطلاق العنان إلى الرغبة في إشباع الشهوات، وحفظ له ماله فلا يؤخذ إلا بحق.

وكرامة الإنسان تضمن له حق ملكية الأشياء، وتضمن له حرية التعاقد والمنافسة بين التجار في الكسب والربح في إطار ما يسمح به النص الشرعي، ولا سقف للملكية في الإسلام، غير أنه شرع العقوبات لحفظ هذه الكرامة إن هي أُصيبت.

- الانتقال من كون الفرد المعزول هو مكون المجتمع إلى كون الوحدة الأسرية هي مكون المجتمع، فالفرد جزء من وحدته الأسرية، وهي جزء من النظام العام للأمم، ثم أعطى الإسلام لهذه الوحدة الأهمية البالغة في الصون والحفظ، وجعل لها نظاما منفردا في التعاقد، كالنكاح وما شاكله، والهبة والإرث والوصية والوقف وغيرها، وعلى هذا الأساس تكون الملكية بين الأفراد مردّها إلى تحسين الوضعية المعيشية للأسرة بأكملها وليس للفرد فحسب، وهذا أمر يبعث على التكافل بين الأسر، بخلاف المذهب الاشتراكي الذي جعل التكافل من الدولة - والدولة مخفية عن الأفراد فلا يثقون فيها- أو المذهب الرأسمالي الذي أطلق العنان للتملك ولو على حساب الأسرة فما بالك بالأفراد.

فالفرد في الإسلام يتحكم في سلوكه مع أمته، كما يتحكم في سلوكه مع أسرته، والأسرة وأفرادها منوطة بالحفظ في الشريعة، وهو أمر يضمن للثقة بين أفراد أن تتوطد أكثر، وهو ما غاب عند تطبيق المذهبين السابقين.

- فرض الحلول للأزمات المتوقعة، وهو المعروف بالعدالة الاجتماعية، فما من مجتمع إلا وفيه التمايز بين أفراده في الكسب، والمسكن، والصحة والمرض، والقوة والضعف، وهي صفات من طبيعتها فرض الطباقية في المجتمعات ومن ثمّ تفرض على المجتمع الأزمات كالفقر والجوع

والضعف وغيرها، فالنظام المالي الإسلامي وضع حلولاً قابلة للتنفيذ في دفع الأزمات والتخفيف منها في المجتمع المسلم، حيث شرع الزكاة والصدقات والوصايا والوقف.

- وضع أسلوب واضح للتعاقد في مختلف المجالات، وهو الذي يعرف في علم الاقتصاد اليوم بمناخ الاستثمار، أو التصرف في الملكية وتوزيعها، ففي الشريعة نصوص كثيرة ضابطة لعملية التداول بين الممتلكات في المجتمع الإسلامي، وجعل تلك النصوص متضمنةً عللاً تستوعب النوازل المالية التي تحدث في كل زمان ومكان، والفرق بين هذا الأسلوب وأساليب المذهبين السابقين، أنهما اجتهدا بشري يعتريه النقص والعيب ويتغير بتغير الزمان والمكان، أما أسلوب النظام الإسلامي فنصوصه ثابتةٌ محددة تضم قواعد تدرج تحتها جزئيات كثيرة قابلة للتخريج والتنزيل في القضايا المستجدة.

فبعد هذا البيان الموجز للمذاهب في تقرير حرية التعاقد يجد الباحث نفسه ملزماً بالدفاع عن النظر الشرعي الإسلامي في تنظيم الملكية والتعاقد على غرار المذاهب الوضعية الأخرى، وليس منطلق الدفاع هنا عاطفياً أو ذاتياً، بل هو موضوعي وذلك بالنظر إلى مخلفات وعقبات النظم الرأسمالية والاشتراكية التي تُعاني منها الشعوب في العالم أجمع منذ تأسيسها والاعتداد بها وفرض تطبيقها بقوة المنظمات الدولية إلى يوم الناس هذا الذي زادت حدتها تضيقاً على شعوب الأرض قاطبة، وما ذلك إلا بداية نهايتها بحول الله وقوته.

أما النظام التعاقدي في الإسلام أو نظام الملكية فقد أثبت نجاحته منذ تأسيسه في عهد التشريع الأول إلى سقوط الأندلس وبداية تخلي الدول الإسلامية عن الدفاع والبيان للنظام التعاقدي في الإسلام، وتغييره بالنظم الوضعية السالفة الذكر. والتاريخ قد كتب أحداثه ولا يمكن تفسيرها أو تأويلها عن حقيقتها، والنظام الذي أثبت جدارته في تجسيد الحق والعدل خير من النظام الذي نرى آثاره الوخيمة تتجسد في شكل أزمات حادة أمام أعيننا.

الفصل الثاني

آليات حفظ العقد وصياغته في المذهب

المالكي

وفيه مباحث أربع هي:

المبحث الأول: مصادر صياغة العقود في المذهب المالكي

المبحث الثاني: آليات تفسير العقد وتأويله قضاءً

المبحث الثالث: تزوير العقود وتحريفها

المبحث الرابع: حفظ العقود وتوثيقها في المذهب المالكي

توطئة

في هذا الفصل نود بيان الطرق التي تُؤمّن صياغة العقود وتضبطها من ناحية إيجاد العقد وتكوينه في صيغته النهائية، وكذا الطرق التي تحفظ العقد من ناحية تهممه وإبطاله قبل إيجاده وبعده، وذلك كحد قول الشاطبي بأن مقاصد الشريعة تُحفظ من جهة الوجود ومن جهة العدم.

وسنقدم هذا المبحث في مباحث أربعة نظنها مبينة لمنهج صياغة العقد وحفظه في المذهب المالكي.

المبحث الأول: مصادر صياغة العقود في المذهب المالكي.

ويُعدّ هذا المبحث أول آلية من آليات بناء العقد وصياغته، إذ لا بد للصائغ من مرتكزات يستمد منها صياغته للعقود حتى تكون ذات صبغة رسمية من ناحية التكوين، والصائغ للعقود على طريقة المالكيين أمامه خزانة لا بأس بها من المصادر التي تعينه في عمله، غير أنه مطالب بمعرفة المصادر المعتمدة في المذهب المالكي من غيرها، حتى لا تقع عقود تحت العقود الشيطانية الليطانية على حد تعبير النابغة الغلاوي في منظومته عن الكتب غير المعتمدة.

نحاول في هذا المبحث أن نُبين المصادر المعتمدة في تقرير العقود وصياغتها في المذهب المالكي، مع علمنا أن الحديث عن إدراج هذا المطلب لا يسلم من النقد والتوجيه، فإننا على قناعة بأنه ضروري في فن الصياغة، وما أمكننا تجاوزه، لأن مكمن الضعف الذي نراه على مستوى النظم التعاقدية يكمن في تجاهل هذه المصادر، وهي بحسب البحث والنظر مقسمة إلى قسمين رئيسيين؛ مصادر التأصيل، ومصادر التنزيل، وكل قسم تحته أقسامه.

المطلب الأول: مصادر التأصيل.

ونقصد بها المصادر المقررة للاجتهاد في المذهب المالكي، التي تنص على آليات استنباط الأحكام وتلك التي تنص على الأحكام المستنبطة في النظر المالكي الأول وخدمتها.

الفرع الأول: أصول الفقه المالكي

ونقصد بها كتب الأصول المالكية، وإن الناظر في كتب تاريخ التأليف الأصولي يجد أمامه ثروة هائلة من التأليف المالكية لعلم الأصول مشرقا ومغربا، وهذا الأمر كفيلا بدحض شبهة تخلف المالكية في التأليف الأصولي وأنهم قاصرون فيه عازفون عن التأليف فيه على غرار غيرهم من المذاهب الأخرى.

وهي شبهة وفرية لا تستحق الوقوف على قائلها وحججهم أصلا، إذ أدنى دليل ينقضها، إذ استفاضة الخزانة الأصولية بمؤلفات المالكية الأصولية منذ العصر الأول لظهور علم أصول الفقه إلى يوم الناس هذا ترد على ذلك، وقد تشرف لجمع هذه المؤلفات وتبناها للناس جمع من الباحثين

المميزين في الفقه المالكي وأصوله على غرار الأستاذ: عمر الجيدي في مقاله: إسهامات المغاربة في أصول الفقه⁽¹⁾، حيث تتبع فيه تأليف المالكية المغاربة لأصول الفقه منذ العصر الأول إلى القرن الرابع عشر للهجرة، وقد أحصى عددا لا بأس به من أصولي المالكية المؤلفين فيه، وقد ألف الشيخ بشير ضيف الجزائري تأليفا ضمنه مصادر الفقه المالكي أصولا وفروعا، وأفرد مؤلفات الأصول⁽²⁾.

ويكفي صائغ الوثيقة أن يرجع إلى هذه المصادر، فيتعرف على مباحث أصول الفقه التي لها علاقة بالصياغة، بل لا بد أن تكون له خزانة حاوية على مؤلفات أصول الفقه المالكي، بدل أن تكون له خزانة لمؤلفات القانون المدني الفرنسي والإنجليزي التي لا طائل من ورائها، ولا تبعث على الاجتهاد أصلا، مما كرس عقلية النسخ واللصق لدى كثير من الموثقين عند صياغتهم لعقود الناس، فأورثنا منظومة تعاقدية بالية، ونحن هنا لا نلج على ترك كل ما له علاقة بالقانون الوضعي، فهذا لا يمكن فهمه بتاتا هنا، بل نلج أن يقرأ الموثقون والمشرعة لأصولي المالكية كما يقرؤون لفلاسفة التشريع الفرنسي، ثم يميزون الحق من الباطل والعدل من الظلم، حتى يتكئون لنا مشرعة تكويننا أصوليا متينا.

وإن الذي لفت النظر عند البحث في البحوث القانونية التي تدور حول المسائل الفرعية في التقنين والصياغة نجد معظم البحوث تنطرق إلى النظر الشرعي عند تنظير المسائل، لكن عند النزول إلى الميدان لا تجد من يعتد بنظر الشرع، بل غالب ما يهتم به الموثق مثلا القانون المدني يجعلونه مصدرا ومرجعا في الصياغة، وهذا لعمري تقصير في البحث عن أسس الصياغة والتشريع المفضية إلى تحقيق العدل.

الفرع الثاني: كتب الفقه المعتمدة التي قررت الفقه المالكي.

إضافة إلى كتب أصول الفقه الباعثة على الاجتهاد، فإن كتب الفقه التي نظمت الأحكام الاجتهادية للمذهب المالكي في قوالب واضحة منذ عصر الإمام مالك إلى يوم الناس هذا، حيث

(1) انظر: مجلة دعوة الحق، العدد 238.

(2) مصادر الفقه المالكي أصولا وفروعا في المشرق والمغرب قديما وحديثا، بشير ضيف، ص 92.

نظمت الأبواب الفقهية وأبانت عن الأركان والشروط والموانع والأسباب لكل عقد من العقود محل الدراسة، وهذه الكتب تفنن فقهاء المالكية في تدوينها، وتعدُّ ثروة هائلة ثرية في تقرير العقود وصياغتها، وهذا النوع من الكتب على أربعة أضرب:

1. كتب الفقه وهي الدواوين الفقهية من المطولات والأسمعة والأسولة.
2. كتب القواعد الفقهية وهي خدمة جليلة لكتب الفقه تُبنى عن براعة الفقهاء في ضبط الموروث الفقهي وجزئياته.
3. المختصرات الفقهية أو المتون، وشروحها وهي خدمة عظيمة الشأن للفقه المالكي.
4. كتب المصطلحات الفقهية، وهي خدمة أخرى للفقه المالكي، حيث تُعدُّ المصطلحات الفقهية المذهبية كالمفاتيح لمعرفة الأقوال المعتمدة في المذهب من غيرها.

والخزانة المالكية مليئة بها، غير أن هذه المصادر منها ما هو معتمد في المذهب المالكي ومنها ما هو غير معتمد، وقد أبان ذلك فحول المالكية كأمثال النابغة الغلاوي في متنه البوطليحية، فالصائع للعقود على خطة المذهب المالكي لا بد أن تكون له خلفية في التعامل مع هذه المصادر وطريقة البحث فيها واستقاء الحكم الشرعي منها، فالموثق والمشرع لا بد أن ينضوي في الدرس الفقهي المالكي، ويتعرف على طريقة استنباط القول، وطريقة المقارنة والموازنة بين الأقوال في المذهب، ويطلع على الخلاف في المذهب، حتى تتكون له ملكة فقهية مالكية يتمكن وفقها من صياغة العقود وفق الخطة المالكية.

المطلب الثاني: مصادر التنزيل.

ونقصد بمصادر التنزيل تلك التي تناول فيها أصحابها النوازل، وحسدوا فيها الفقه النظري على الوقائع، وسايروا المستجدات، ويكفي الصائع أن يكون من مصادره في الصياغة نوعان من تلك المصادر:

الفرع الأول: كتب الوثائق والشروط.

وتعرف هذا المصادر بالفقه العملي، حيث يعد علم التوثيق من أجل العلوم التي يعتمد عليها الموثق في صنعته، وما من تأليف من التأليف في هذا الفن إلا ونص أصحابها على أهمية خطة

التوثيق، قال الونشريسي: اعلم أن علم الوثائق من أجل العلوم قدرًا وأعلاها إقامة وخطرًا، إذ بها تثبت الحقوق، ويتميز بها الحر والرقيق، ويتوثق بها، ولهذا سُمي الكاتب الذي يعانيتها وثاقًا⁽¹⁾.

وفي كتب الوثائق والشروط دقائق مهمة في صناعة التوثيق، وعقود كثيرة متفرعة، الهدف من تأليفها تسهيل عمل الموثقين في صياغة العقود، وتسهيل عمل القضاة في فض النزاع بين المتخاصمين، وتسهيل عمل الحكام في بسط الأمن والعدل وضبط النظام العام للمجتمع، خاصة أن غالب الموثقين ممن شغل منصب القضاء والشورى، فهم أطلع المشرعة على آليات الصياغة وفض النزاع، يقول محقق كتاب معين الحكام: إن كتاب معين الحكام يمثل بحق حلقة من حلقات التأليف في موضوعه، إذ جمعت بين دفتها المسائل الجزئية للفقهاء، ليسهل الأمر على من يأتي بعدهم⁽²⁾.

وقال ابن زمنين: هذا الكتاب جمعت فيه عيونًا من مسائل الأفضية والأحكام، استخرجتها من الأمهات، وانتخبتها حسانًا جياذا؛ أردت بذلك النصيحة لمن كان من حكام المسلمين قد شغله ما قلده وعصب به عن دُرُس كتب الفقه ومطالعتها والاستكثار من النظر فيها⁽³⁾.

فعلى الصائغ أن تكون له خزانة من هذه المصادر يرجع إليها في استقاء نماذج العقود وما فيها من البنود، فهي المرجع المباشر في صياغة العقود، بدل ما يفعله بعض من الموثقين الذين زرناهم في طريقة عملهم، بالبحث عن نسخ العقود في محركات البحث والاعتماد عليها في ملء فراغاتها، أو ترجمة العقود حرفيًا من المواقع من اللغة اللاتينية إلى العربية، ثم كتابة العقد، ولعمري فإن هذا العمل يُعدُّ أشنع من التزوير، وأفضع من الانتحال، وإن شاء الله تعالى في المبحث الآتي نتطرق في مطلبه الثاني إلى طريقة التعامل مع كتب الوثائق والشروط وما فيها من الفوائد، وإلى طريقة تأليفها وبنائها.

(1) توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، الزبيدي، 70/1.

(2) انظر: معين الحكام، ابن عبد الرفيق، 127/1.

(3) منتخب الأحكام، ابن أبي زمينين، 83/1.

الفرع الثاني: كتب الفتاوى والنوازل.

لا يخفى على باحث أهمية الاعتماد على كتب النوازل والفتاوى في فهم المسائل على صورتها يوم صدورهما، وفي فهم الأعراف السائدة في وقت الفتاوى، وفي فهم طريقة التعامل مع النازلة وتخريج الحكم الشرعي لها، فكتب النوازل لها تعلق بكل العلوم كعلم الفقه والمنطق والاجتماع والاقتصاد والسياسة والتاريخ والأمثال والصناعات وغيرها من العلوم التي تطرق لها الفقهاء بالتصوير والتخريج والإفتاء.

وكفى الصائغ حسن صنعة إن هو فقه طريقة التعامل مع هذه العلوم، إذ عند صياغته لعقد ما يعرف ما ينبغي الوقوف عليه وما لا ينبغي النظر فيها، وما يُدرجه في صلب العقد وما لا يُدرج، فكتب النوازل تعطي للصائغ الصورة الكاملة الواضحة عن الوقائع التي حدثت في السابق، وما قيل فيها من اجتهادات وفتاوى فتترسخ لديه ملكة في طريقة النظر في الوقائع المستجدة بالعقود.

ثم لا بد على الموثق أن يبقى على اتصال وثيق بالمصادر والمراجع الأصولية والفقهية المالكية يُحِين معلوماته، ويصقل ملكته، ويتعلم من تجارب من سبقه من الموثقين، لأنه على ثغرة لا تقبل الغفلة مطلقاً، على خلاف ما عليه بعض الموثقين اليوم فمنهم من يبقى حبيساً لأول نموذج عقد بدأ العمل به، ومنهم من لم يطلع على ما وصل إليه علم التوثيق أبداً، مما أفرز غبشاً في العقود.

المطلب الثالث: الثابت والمتغير في العقود.

ونقصد بذلك عند صياغة العقود ما البنود الثابتة في كل العقود تتغير ولا تتبدل، وما البنود التي يُثبَّتُها الصائغ في عقد ولا تثبت في آخر، وهو عنصر مهم في حفظ العقود وصيانتها، لذلك نصت عليه كثير من القوانين المنظمة لمهنة التوثيق، ونحن هنا نُدرج النظر الفقهي المالكي في ضبط معايير لعقود.

من أجل ضبط صياغة العقود فقهاً ضبطاً محكماً يصح الحجاج بها قضاءً، وتُزاحم الصياغة الوضعية لها، فإنه ينبغي أن تكون على شكل قوالب معترف بها في المحاكم القضائية، وهذه القوالب تتضمن عناصر ثابتة في كل العقود منها :

- موضوع العقد، وهو كالعنوان على أحكام العقد المصاغ فكل العقود لابد أن تكون ذات عناوين دالة على المضمون، وهو صنعة كل الموثقين الذين بين أيدينا مصنفاًهم
 - أطراف العقد، سواء كان طرفين أو أكثر، وسواء كانا حقيقيين أو وكيلين أو أحدهما حقيقي والآخر وكيل، فلا يخلو عقد من أطراف.
 - أهلية أطراف العقد، وهو ما تم الكلام عنه في المبحث السابق، فلا بد للموثق أن يتأكد من أهلية أطراف العقد فإن تخلفت الأهلية في أحد الأطراف توقف عن الصياغة.
 - شهود العقد، فالعقود الرسمية التي يتم فيها نقل الملكية لابد أن تكون بشهادة الشهود،
 - المعقود عليه، ما من عقد يتم إلا وبين المتعاقدين شيء تم التعاقد عليه، كالسلع والمنافع والأموال والأبضاع وغيرها، فهذا لابد من ذكره في كل عقد.
 - الموثق، وهو صائغ الوثيقة، ويمكن أن يكون موظفاً لدى الدولة تابعا للمنظومة التعاقدية الشاملة أو موظفاً لدى المؤسسات المالية باسم موثق، وسيأتي الكلام عنه لاحقاً.
 - توقيعات الأطراف والشهود والموثق.
 - ثمن التعاقد
 - تاريخ التعاقد
- كما تتضمن هذه القوالب عناصر متغيرة بحسب نوعية العقد منها:
- بنود العقد، هي الركائز الأساسية التي تم الاتفاق عليها، حيث تُظهر نية التعاقد وحقيقته لدى كل الأطراف.
 - الشروط بين المتعاقدين، وتتضمن كل الشروط الممكنة توافرها في العقود؛ الشرعية والجعلية والقانونية، بحيث لا تعارض المقصد الشرعي من التعاقد، وهي تختلف من عقد لآخر.

المبحث الثاني: آليات تفسير العقد وتأويله قضاءً.

من الوسائل الضرورية لتحديد مضمون العقد تفسيره، والتفسير عملية ذهنية يقوم بها المفسر كالقاضي مثلاً لبيان الغموض الذي تتضمنه بعض بنود العقد، من أجل بيان المعنى الحقيقي للعقد واستخراج الإرادة الحقيقية لطرفي العقد، وذلك بحسب القرائن التي تتوفر للمفسر.

وتفسير العقود لا يكون مع الصياغة الفقهية المحكمة القطعية التي ذكرناها في الباب الأول، وإنما تكون عملية التفسير مع الصياغة المرنة أو الظنية للعقود، وإنه من خلال اطلاعنا على بعض البحوث الأكاديمية والمقالات المحكمة حول تفسير العقد، سواء القانونية المقارنة أو الشرعية ببلاد المشرق، فإننا نلاحظ قصوراً في تحقيق قول المالكية وتأصيل أقوالهم في تفسير العقود، ولذلك سوف نتطرق هنا في فروع ثلاث لإزالة هذا اللبس وتبيين مذهب المالكية في ذلك.

المطلب الأول: مفهوم تفسير العقود وتحرير محل النزاع فيه

بعد الاطلاع المتكرر للبحوث القانونية المقارنة التي تحدثت على مسألة تفسير العقود، لم يظهر لنا المعنى المقصود فقهاً منها، لذلك سنذكر هنا مفهوم التفسير، ثم نحرر ما تعلق به من قضايا، لعلنا نوضح النظر الفقهي الذي أحل في الإحاطة به غير المتخصصين فيه.

الفرع الأول: مفهوم تفسير العقود

إن التفسير في اللغة كلمة تدل على بيان شيء وإيضاحه؛ والفَسْرُ: كشف المغطى، والتفسير: كشف المراد عن اللفظ المشكل، والتأويل: رد أحد المحتملين إلى ما يطابق الظاهر⁽¹⁾.

أما في الاصطلاح فقد تعددت تعريفات التفسير بعدد الفنون والعلوم التي يدخلها هذا النوع من الجهد العقلي، بل في العلم الواحد تجد الإطلاقات الكثيرة لمفهوم التفسير كل حسب مقصده وغرضه منه؛ فيعرف مرة بالهدف منه، ومرة بالأساس الذي قام عليه الكلام، ومرة بقواعد وآليات

(1) انظر: مقاييس اللغة، ابن فارس، 504/4، لسان العرب، ابن منظور، 55/5.

واضع الكلام ذاته، ومرة بقواعد المنطق والعرف وغيرها، وسوف نقتصر هنا في بيان التفسير عند علماء الشرع والقانون فحسب لما له من علاقة بالموضوع محل البحث.

ففي اصطلاح المفسرين تعريفات كثيرة تعددت بتعدد أنواع التفسير؛ كالتفسير الموضوعي والإعجازي والبياني والفقهي وغيرها، فكلٌّ عرفه بما أُلّف فيه، أهم هذه التعاريف الجامعة لكل أنواع التفسير، أن التفسير هو: بيان معاني القرآن أو هو علم يبحث فيه عن القرآن الكريم من حيث دلالاته على مراد الله بقدر الطاقة البشرية، أو هو: علم يبحث عن كيفية النطق بألفاظ القرآن، ومدلولاتها، وأحكامها الإفرادية والتركيبية، ومعانيها التي تحمل عليها حالة التركيب، وتتمت ذلك⁽¹⁾.

فقد ركز هذا التعريف على أمر مهم في التفسير وهو بيان مراد الله من كلامه.

وفي اصطلاح الأصوليين التفسير هو: الكشف والإظهار على وجه لا شبهة فيه، أو هو بيان ما فيه خفاء كاللفظ المشترك والجمل ونحوهما⁽²⁾. وقيل هو: بيان معاني الألفاظ ودلالاتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم من النص⁽³⁾.

وهذه التعريف ركزت كذلك على أمر البيان والكشف للمعنى الأقرب لحقيقة وضع اللفظ.

وعند الفقهاء يعتبر إعمال قواعد دلالات الألفاظ في نصوص الوحي تفسيراً لها⁽⁴⁾، فالتفسير عند الفقهاء نوع من الاجتهاد في بيان الحكم المراد من النص الظني الدلالة.

وهنا يركز هذا المفهوم على أمر البيان وإظهار المعنى الأقرب إلى الوضع الشرعي من خلال النص الظني.

(1) المخر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ابن عطية الأندلسي، 3/1.

(2) انظر: كشف الأسرار، البزدوي، 46/1.

(3) تفسير النصوص، أديب صالح، 59/1.

(4) المرجع السابق، 60/1.

وعند فقهاء الوثائق والشروط لم نجد من عرّف تفسير العقد أو تكلم عنه في فصل مستقل من كتابه، رغم المؤلفات الكثيرة لعلم الشروط، ولا ندري لم أغفل هؤلاء الفقهاء هذا الأمر رغم أهميته في القضاء! فهل يرجع ذلك إلى وضوح العمل القضائي في تفسير العقد، أم يرجع إلى ذكرهم وبسطهم القول في طرق إثبات الحق ويقصدون بها التفسير، كل ذلك ممكن، والذي ظهر لنا أن معنى تفسير العقد يُنخّص من مجموع المسائل التي ذكرها الوثائقيون وتعلّقت بالعقد كالاخلاف فيه بين المتعاقدين وكيفية عمل القاضي في ذلك، وطرق الصياغة الفقهية للعقود وشروط الصائغ والمهدف من الصياغة الفقهية للعقود وغيرها من المسائل؛ إذ نص فقهاء الوثائق والشروط على أن العبرة في ذلك إثبات الحقوق لأصحابها بناءً على القرائن التي تظهر للقاضي في عبارات العقد أو الظروف التي لها تعلق بالعقد، وهو معنى تفسير العقود.

فيظهر لنا أن الأمر الذي ركز عليه الوثائقيون هنا في التفسير هو إثبات الحق وليس إظهار نية الأطراف فقط.

وعند القانونيين عرّف التفسير بأنه: أن يقف القاضي على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وقيل: هو الوصول إلى إرادة المتعاقدين وكشف الغموض الوارد في عبارات العقد⁽¹⁾.

فهذه التعاريف تتفق في أمر واحد وهو بيان وتوضيح ما استشكل من الألفاظ، واختلفوا في القصد منه إذ عدّه الفقهاء إثبات حق، وعدّه القانونيون إظهار قصد المتعاقدين، وبينهما فروق واضحة؛ إذ إثبات الحق أبلغ في تجسيد العدل بخلاف إثبات القصد فلا يمكن أن يُجسد العدل فقد يكون القصد ابتداءً سيئاً ولا معنى لكشفه دون إثبات الحقوق لأصحابها.

وكل فن من الفنون له آليات البيان والتوضيح بحسب ما تعارف عليه أهل التخصص، وعلى ذلك فتفسير العقود في الجانب القضائي الفقهي هو: القواعد التي يتبعها القاضي في بيان غموض صياغة عقد ما، من أجل فض النزاع والقضاء بين المتعاقدين وإثبات الحقوق.

(1) انظر: تفسير العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، عامر رحمون، جامعة وهران، مقال بمجلة: الحقوق والعلوم الإنسانية، ص 157.

فالقاضي إذا رُفعت له دعوى تنازع بين متعاقدين لم يُنفذ أحدهما بنود العقد وشروطه، وجب عليه النظر في العقد وبنوده ليُفسر للمتعاقدين البنود بحسب القرائن التي أعمل التفسير وفقها، فيبين لكل طرف ما له وما عليه، ويُظهر لهما قصدهما من التعاقد بناءً على الصيغة التي صيغ فيها هذا العقد؛ إذ قد يشوب صيغة العقد النقص والغموض والإجمال في أحد بنوده بغض النظر عن المتسبب فيه، أكان من الصائغ بقصد الغموض أو بغير قصد، وهو ما يجعل القاضي يبحث عن آليات تفسير بنود العقد.

الفرع الثاني: تحرير محل الاستشكال في تفسير العقد

ما سبق بيانه من إطلاقات لمعنى تفسير العقد، فإن القانونيين يحصرون تفسير العقد في آليات إظهار إرادة المتعاقدين باعتبار أن العقد إرادة، وعمل القاضي في تفسير العقد إظهار هذه الإرادة، ويتقيد بها.

وقد نص على هذا المعنى كثير من الباحثين، فقد نص عبد الحكم فوده بأن تفسير العقد هو العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب الغموض الذي اعترى العقد، للوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به⁽¹⁾.

ويظهر هذا الصنيع عند القانونيين - أقصد التركيز على فهم الإرادة في عملية التفسير - لاعتمادهم على القواعد القانونية التي وُضعت في زمن مضى كقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وكقاعدة سلطان الإرادة أو حرية التعاقد، فقد يُفسر القاضي عقدا ما ويعمل جاهدا في إظهار إرادة المتعاقدين ولكن ما الهدف من هذا الجهد؟

هذا التساؤل الذي ظل قائما من عملية تفسير العقد منذ عهود، حتى استدرك المتأخرون من القانونيين الأمر وأدرجوا الغرض الأسمى في التفسير وهو العدالة، فقد نقل الباحث مقني بن عمار

(1) انظر: تفسير العقد في القانون المدني المصري، عبد الحكم فوده، دار المعارف، 2002م، ص18.

قولاً عن أحد القانونيين المعاصرين الغربيين قوله: لا بد من توسعة الهدف من تفسير العقد، وهو تحول في المبدأ ليكون أساس البحث عن حقيقة العقد مرتبطاً بالوصول إلى العدل⁽¹⁾.

بينما يحصر الفقهاء تفسير العقد في إثبات الحقوق لأصحابها منذ الزمن الأول للتشريع إلى يوم الناس هذا، فتفسير النصوص لدى القاضي الغرض منها إقامة العدل ابتداءً، بمعنى أن كلا طرفي العقد يُدرك أن القاضي لن ينحاز إلى إرادة أحدهما أو إلى قوّته على حساب إرادة الطرف الآخر أو ضعفه، وإنما ينحاز القاضي إلى العدل ابتداءً، فقد تكون عملية تبيان الإرادة من اللفظ مؤيدة للعدل فيعتمد عليها القاضي، وقد يكون غير الإرادة هو المؤدي للعدل فيتمسك به القاضي في التفسير، قال تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ النساء 58، وقال: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾ النحل 90 وقال: ﴿فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾⁽⁹⁾ الحجرات 9.

فهذه المسألة هي محل الاستشكال بين القانون والفقهاء الشرعي في نظرهم إلى تفسير العقد، وهناك نقطة أخرى وهي آليات التفسير وطرائقه ففيها الخلاف بين التشريعيين:

ف عند الوضعيين آليات التفسير مبنية على الإرادة، فجاءت فلسفة التفسير منقسمة إلى مذهبين⁽²⁾:

- مذهب الآخذين بالإرادة الظاهرة، ويُعرف أصحابه بالفقهاء الاجتماعيين، ويعرف كذلك بالمذهب المادي أو الموضوعي، ويقوم هذا المبدأ بالأخذ بالإرادة المعلنة كما تظهر من صيغة العقد، والقاضي يبني تفسيره للألفاظ على المعايير الموضوعية المادية التي يتحصل عليها وليس مكلفاً بالبحث عن مكامن النفس والقصد البعيدة، وقد أخذ به القانون الألماني، واعتمد أصحاب هذا المذهب على الطرائق النحوية لتفسير النصوص، كالنحو والصرف والإملاء دون التقيد بالمعنى المتخفي وراء فكرة النص.

(1) انظر: القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي - دراسة مقارنة - ، مقني بن عمار، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، 2009م، ص22.

(2) انظر: القواعد العامة للتفسير، المرجع السابق، ص64، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، حدي لالة أحمد، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2013م، ص55.

- مذهب الآخذين بالإرادة الباطنة، ويعرف بالمذهب الشخصي أو الذاتي، ويقوم على الأخذ بالإرادة الباطنة المشتركة التي من أجلها قام التعاقد بين طرفي العقد، ويرتبط هذا المذهب بمبدأ سلطان الإرادة وحماية حرية التعاقد، وقد أخذ به القانون الفرنسي، واعتمد أصحابه على طريق المنطق في التفسير؛ وذلك بالبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين بغض النظر عن اللفظ.

أما عند فقهاء الشريعة فقد أخذت منا هذه المسألة وافر البحث وذلك أياما معدودات من أجل الوقف على ما ينسبه بعض الأكاديميين في الدراسات المقارنة لتفسير العقود إلى الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا، إذ ذكروا أن المذاهب الوضعية السابقة في تفسير العقد هي ذاتها في الفقه الإسلامي ففيها الخلف بين الفقهاء بين الآخذ بالإرادة الظاهرة والآخذ بالإرادة الباطنة، وذكروا أن المذهب المالكي مع الإرادة الظاهرة.

غير أننا عند البحث والنظر لم نقتنع بهذه الرؤية في تفسير العقد المنسوبة إلى الفقه الإسلامي وخصوصا الفقه المالكي، فما ركز عليه الوثائقيون والفقهاء في طرق إثبات الحق لم يذكرها هؤلاء الأكاديميون، وما ذكره الفقهاء من قواعد عامة في التعاقد كقاعدة العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني اعتمدوا عليها وجعلوها كالأساس في تفسير العقد.

وهو أمر يظهر لنا أنه بجانب للصواب، حيث أن الفقهاء ركزوا على تحديد وحصر طرق إثبات الحق التي يعتمد عليها القاضي في التفسير وهو ما لم يظهره القانونيون، أو فتحوا المجال للقاضي بأن يعتد على ما يظهر له من القواعد التفسيرية.

وهذه القواعد العملية هي التي تفيد القاضي في عملية التفسير في نظر الفقهاء، وهي التي تقيم العدل وتُظهر حقيقة التعاقد، أما ما ذكروه من قواعد فقهية متعلقة بالعقود فيجب أن تُفهم في سياقها الذي ذكرت فيه ولا تُحمّل غيره، وإن شاء الله في الفرعين الآتين نوضح هذه الآليات في إثبات الحق، كما نذكر القواعد الفقهية الضابطة لعملية تفسير العقد وفيها يظهر الخلاف بين ما تُسبب للفقهاء من مذاهب تفسيرية وما هم عليه حقيقة.

المطلب الثاني: طرق الإثبات المتعلقة بتفسير العقد عند المالكية.

يقصد بطرق الإثبات تلك البيّنات والأمارات التي يقيمها أحد أطراف النزاع أو القاضي من أجل إثبات حق لأحدهما أو نزع باطل منهما أو من أحدهما، وإن المتتبع لكتب الفروع الفقهية يجد الفقهاء قديماً يحصرون البيّنة في الشهادة دون غيرها لورود النصوص الكثيرة الدالة على ذلك، غير أن هذه النصوص سكنت عن غير الشهادة أن تكون من البيّنة في الدعاوى، مما فتح الباب لاجتهاد الفقهاء في إدراج طرق أخرى للإثبات في معنى البيّنة، قال ابن فرحون: اعلم أن البيّنة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره⁽¹⁾، وقد أدرج ابن فرحون الأدلة الكثيرة في اعتبار الأمارات والقرائن من البيّنات، ونقل كلام الأئمة في ذلك، كل ذلك محاولة منه لتوسيع العمل بالقرائن في فض النزاع، ثم إن الفقهاء حصروا الإثبات في طرق ست، لا يصح تجاوزها؛ حماية منهم للحق، وعدم الاعتداد بالرأي والهوى؛ إذ لو لم يحصر الفقهاء طرق الإثبات لتوسع القضاء والحكام في الاعتداد بالظن والتخمين والحدس، وهي مثار الغلط وزعزعة الثقة في القضاء وبالتالي اضطراب المنظومة القضائية؛ لأن حاكماً ظالماً لا يعدم أن يقول ثبت عندي كذا بأمانة كذا فأقضي بكذا، لذلك وجب حصر طرق الإثبات وعدم التوسع فيها⁽²⁾ حتى يكون الحكم على بيّنة للمتنازعين.

ويمكن جعل نظرية التوثق التي أصلت لها ومثّلت لها الباحثة سعاد رباح في أطروحة الدكتوراه بعنوان: نظرية التوثق في الفقه المالكي، حيث حصرت وسائل حفظ الحقوق وتأمينها عند طلب استفتاء الحق في وسائل ثمان هي: التوثق بالكتابة، والشهادة، والسفّحة، ويمين القضاء، والحبس والحجر، والرهن والكفالة، والحوالة⁽³⁾، كوسائل لحفظ الحقوق وإثباتها عند التناقض.

وجملة الطرق التي يمكن الاعتداد بها في تفسير العقد ما يلي:

(1) تبصرة الحكام، ابن فرحون، 1/172.

(2) انظر: مسائل فقهية معاصرة، عارف علي عارف القره داغي، IIUM Press، ماليزيا، ط1، 2011م، ص24.

(3) انظر هذه الوسائل تفصيلاً في: نظرية التوثق، دراسة تأصيلية تطبيقية في المذهب المالكي، سعاد رباح، أطروحة دكتوراه، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2016م، ص254 وما.

الفرع الأول: الشهادة

وحُدِّثها الإخبار عن حالة معين⁽¹⁾، وقال المازري أن الشهادة هي الخبر المتعلق بجزئي⁽²⁾، وقيل هي: إخبار شخص عن حق شخص عند شخص آخر⁽³⁾، وهي نوعان شهادة تحمل وشهادة أداء، أما شهادة التحمل فهي أن يُطلب من الشاهد أن يشهد ويستحفظ بشهادته، والأداء أن يُدعى ليشهد بما علمه واستحفظه، وكلاهما من الضروريات التي تُحفظ بها أموال الناس، فقد قال تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ البقرة 282

فالقاضي إذا ترفع عنده متعاقدان تنازعا في حق من الحقوق كلٌ يدعيه له وصيغته في العقد ظنية الإثبات فإنه يلجأ أولاً إلى الشهود الذين شهدوا هذا العقد ووقعوا على ذلك، حيث يستدعيهم القاضي ويسمع منهما ما شهدا عليه يوم التعاقد، ومذهب المالكية لا يشترط صيغة معلومة في أداء الشهادة بل المدار على حصول العلم كرايت كذا وكذا، وسمعت أو نحو ذلك، فكل ذلك شهادة فلا يشترط لفظ أشهد⁽⁴⁾، فإن شهدا واتفقا في الشهادة على أمر واحد أثبت القاضي الحق لمن له البينة بالشهادة وفسر العقد بما شهدا به.

وإن نكل أحدهما الشهادة فقد ذكر الفقهاء طرق أدائها وتفسير العقود وإثبات الحقوق بما يعزز شهادة الواحد، كالقضاء بشاهد ويمين، أو القضاء بشهادة امرأتين ويمين، وغيرها من الاحتمالات القائمة على الشهادة، وقد ذكر تلك الاحتمالات ابن فرحون في تبصرته لمن أراد التوسع والاطلاع.

وقد نص القرآن الكريم على اعتبار الشهادة في الأموال والأبضاع فقال تعالى في البيع: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ البقرة 282 ، وقال في التداين: ﴿وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ

(1) تبصرة الحكام، 1/175.

(2) الخرشبي على مختصر خليل، 7/175.

(3) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر أفندي، 4/84.

(4) انظر الخرشبي على مختصر خليل، 7/175.

رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴿ البقرة 282، وقال في الطلاق: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ كُم يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿٢﴾ ﴿ الطلاق 2.

وقد فصل الفقهاء شروط الشهادة وموانعها في كتب كثيرة ليس هذا موضع إيرادها، وإنما الغرض بيان المستندات التي يستند عليها القاضي في تفسير العقد.

الفرع الثاني: الكتابة

لم يتطرق الفقهاء لأحكام الكتابة في أبواب الفقه ويفردوا لها بابا خاصا بأحكامها على الرغم من زخم المسائل ذات العلاقة بها، وإنما ذُكرت أحكام الكتابة في مصادر الفقه العملي أكثر، وكذلك في كتب التفسير بل وحتى في مصادر التراجم والطبقات، وذكر نزر يسير من أحكامها في باب القضاء.

وقد أجاد من المعاصرين الدكتور محمد الزحيلي في جمع شتاتها وتنظيمه في صورة متكاملة ثم ضمنه كتابه الرائع وسائل الإثبات، ونحن هنا نذكر بعضها مما له علاقة بتفسير العقد من طريق الكتابة منه.

فالكتابة عند الموثقين كانت تعرف بالوثيقة أو الصك أو المحاضر أو السجل أو العقد، وتفسير العقد وفق الكتابة مبني على حصر مفهوم هذه الكتابات، لبيان ما له علاقة بالتفسير.

فالصك بفتح الصاد من صك، ج صكوك وصكاك، وهو كتاب الإقرار بالمال⁽¹⁾ قيل هو: الوثيقة التي فيها الحق⁽²⁾، أو الوثيقة الشاهدة له بحقه⁽³⁾، وقيل: الصك هو الورقة التي تُثبت

(1) معجم لغة الفقهاء، قعلجي، ص 275.

(2) الشرح الكبير، الددير، 315/3، منح الجليل، عlish، 151/6،

(3) جواهر الدرر في ألفاظ المختصر، التتائي، 77/6.

الدَّين، وقيل: هو الوثيقة التي يكتب السلطان فيها رزق مستحقه؛ فيُكتب فيها لفلان كذا وكذا من مال الخزينة⁽¹⁾، وقيل: كتاب الإقرار بالمال وملك البائع⁽²⁾

فمن خلال هذه التعاريف نجد أن الصك انتقل مفهومه من العموم إلى الخصوص؛ حيث كان يُطلق في مقابل الوثيقة المكتوبة في أول الإطلاق ثم صار لقباً على السندات المالية والشيكات، ولا تُطلق على العقود ذاتها، بل الصكوك من قواعد إثبات الحق عند تفسير العقود المتنازع فيها، فالقاضي له الحق في طلب الصك ليتحقق مما يُساعده على فض النزاع، ولمن بيده الصك أن يتقدم به إلى القاضي ليثبت حقه به، قال القرافي: وجود الصك كوجود بينة⁽³⁾.

أما **المحاضر** فهي مشتقة من الحضور، ومفردها محضرة، وهو إطلاق على ما يُكتب بين يدي القاضي من كلام الخصوم، وهي مأخوذة من حضور الخصمين بين يدي القاضي⁽⁴⁾، قال محمد بن حارث بن أسد الخشني: سميت فصول المقالات المنعقدة عند القضاة قبل السجلات وهي التي يفتتح بها الخصومات محاضر⁽⁵⁾.

وهذه الوثائق يمكن للقاضي أن يعتمد عليها في تفسير بنود العقد، فيمكن أن تظهر الحقائق من كلام الخصمين أو الشهود يوم المحاكمة من خلال من يدلون به من أقوال ووقائع وحوادث، تُظهر الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فيقضي القاضي وفقها في إحقاق الحق.

و**السجلات** مفردها سجل، وهو الكتاب الذي يُقيد فيه حكم القاضي⁽⁶⁾. وهو تعريف المشاركة لها، ويظهر أن مفهومها عند المغاربة أنها ديوان القضاء، أو خطة القضاء، أو مواد

(1) انظر هامش القبس شرح موطأ مالك بن أنس، ابن العربي، ص228.

(2) دستور العلماء، ابن عبد الرسول، 177/2، كشف اصطلاحات الفنون والعلوم، التهانوي، 1488/2.

(3) الذخيرة، 355/5.

(4) انظر: تاريخ قضاة الأندلس، النبهاني، ص194.

(5) ديوان الأحكام الكبرى، ابن سهل، ص34.

(6) التعريفات الفقهية، محمد عميم، ص112.

القضاء، التي توضح للقاضي طريقة العمل، حيث قال الباجي: كان في سجلات قرطبة - ولا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدته⁽¹⁾.

أما **العقد** فهو الوثيقة التي تثبت تصرفاً مالياً بين طرفين على وجه مشروع، ومنه العقد الرسمي الذي نحدد بصدد البحث عن منهج صياغته، ومنه العقد العرفي أي غير الرسمي وهو ما يوثقه أي متعاقدان مما تعاقدوا عليه في سفر أو حضر، وقد حثَّ الله على تدوين وكتابة التصرفات المالية بين المتعاقدين في آية المدائنة، وتُعرف عند الفقهاء بالحجة⁽²⁾، مثل سجلات التجار مع الزبائن أو سندات الشركات أو وصل البيع الذي تكتبه المحال التجارية لزبائنهم، أو العقود العرفية التي يُدونها الكتاب العامون بين الناس.

وفي الفقه يمكن عدّ العقود الرسمية حجة في الإثبات، والعقود العرفية منها ما يكون حجة في إثبات الحق ومنها ما ليس حجة، وللقاضي الاعتماد عليها في تفسير بنود عقد آخر.

الفرع الثالث: المعاينة

المعاينة لغة من العين أو من اللحظ، يقال عاين فلان كذا أي لحظه ورآه بعينه عياناً، ورأيت فانا عياناً أي مواجهة.

أما اصطلاحاً فالفقهاء قديماً لم يتطرقوا إلى المعاينة بالبيان والتفصيل، ولم يفرّدوا لها باباً مستقلاً، وإنما تطرقوا إلى الأحكام المتعلقة بها، ففي باب القضاء في مسائل متناثرة، لذلك يصعب نسبة تعريف ما لفلان أو لعلان من الفقهاء، أما الفقهاء المعاصرون الذين انفردوا بالبحث والتأصيل لنظرية الحق أو التعاقد أو الالتزام فإنهم ذكروا المعاينة وأبانوا عن مفهومها في القضاء الشرعي العملي استناداً مما ذكره القدامى من المسائل.

(1) جامع الأمهات، ابن الحاجب، ص462.

(2) وسائل الإثبات، الزحيلي، ص437.

فعرها محمد الزحيلي فقال: المعاينة هي أن يُشاهد القاضي بنفسه أو بواسطة أمينه محل النزاع بين المتخاصمين لمعرفة حقيقة الأمر فيه⁽¹⁾.

فركن المعاينة "المشاهدة" والهدف منها معرفة حقيقة النزاع، ولو قال الزحيلي: لمعرفة حقيقة الحق فيه أو العدل فيه لكان أفضل، لأن المقصد من تشريع الإثبات رفع الظلم وبسط الحق والعدل.

وفي مجال العقود يصح للقاضي أن يتخذ المعاينة طريقاً لتفسير العقد، فيخرج لرؤية محل النزاع بين طرفي العقد إذا كان الخلاف في تفسير بنود العقد المتعلقة بأمر يستحق المعاينة؛ كعدم تسليم المبيع أو وقع الخلاف في تحديد الأرض محل الكراء أو غيرها من الأمور التي لا يمكن تفسير العقد إلا بمعاينتها.

وتتحقق معاينة ما اختلف فيها المتعاقدان أمام القاضي في مجلس القضاء، أو يخرج القاضي إلى المحل المتنازع فيه مما لا يقبل النقل؛ كانتقال الزوجة إلى مجلس القاضي للنظر في أمرها أو انتقال الزوج إلى مجلس القضاء إذا لم ينفذ أمراً ما من بنود العقد.

وقد ثبتت المعاينة في عمل القضاة قديماً، ففي قضاة قرطبة للخشني في ترجمة القاضي الأسوار بن عقبة النصرى: "قال أحمد بن محمد بن أيمن: رأيت للأسوار بن عقبة حكماً في حدود مقبرة الريض ومنتهى أقطارها، وشهدت أحمد بن بقمي، وهو على القضاء يومئذ، وقد ركب إلى الموضع مع الفقهاء، وذلك الحكم معه، حتى امتحن الحدود، واحتمل على ما وجد في الحكم⁽²⁾."

وفي أخبار الولاة والقضاة للكندي: "حدثنا محمد بن يوسف قال: حدثنا أبو دجانة أحمد بن الحكم قال: حدثنا محمد بن ربح قال: كان بيني وبين جار لي مشاجرة في حائط، فقالت لي أمي امض إلى القاضي المفضل بن فضالة فاسأله أن يأتي ينظر إلى هذا الحائط، فمضيت إليه وأخبرته فقال: اجلس لي بعد العصر حتى أوافيك، فأتى، فدخل إلى دارنا فنظر إلى الحائط ثم دخل إلى دار جارنا فنظر إليه، فقال: الحائط لجاركم، وانصرف⁽³⁾."

(1) وسائل الإثبات الزحيلي، ص 590.

(2) قضاة قرطبة، الخشني القروي، ت: إبراهيم الأبياري، ص 110.

(3) كتاب الولاة وكتاب القضاة، الكندي، ت: محمد حسن إسماعيل، أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2002م، ص 279.

فما يثبت للقاضي بالمعينة يُعدّ دليلاً في تفسير العقد وبيان وجه الغموض فيه، ومما ينبغي التنبيه عليه أن المعينة حق للقاضي في اتخاذها طريقاً لتفسير عقد ما فإن طلبها فلا يصح رفضها من طرفي العقد، وإن طلبها أحدهما فللقاضي النظر فيها، بحسب الأدلة التي بين يديه في تفسير العقد.

الفرع الرابع: الإقرار

وهو في اللغة الاعتراف وإظهار الحق لفظاً أو إشارة أو كتابة⁽¹⁾.

وعرفه ابن عرفة المالكي بقوله: خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه⁽²⁾، فالإقرار هو ما يقتصر حكمه على قائله فقط، فيقرُّ العاقد بالحق لغيره.

وهو أوضح الطرق في تفسير العقد وإثبات الحق لأصحابه، إذ يكاد الفقهاء أن يتفقوا على أن الإقرار تثبت به جميع الحقوق، سواء كان النزاع في المال أو البدن، فيدخل البيوع وما شاكلها والديون والأنكحة والطلاق والوقف والوصية وجميع ما يصح فيه التعاقد يصح تفسير العقد بالإقرار.

الفرع الخامس: اليمين

ويُقصد بها الحلف أو القسم، وهي مأخوذة من اليمين الذي هو العضو لأنهم كانوا إذا حلفوا وضع أحدهم يمينه في يمين صاحبه فسمي الحلف يميناً لذلك⁽³⁾، واليمين هو الحلف بمعظم تأكيدا لدعواه أو لما عزم على فعله أو تركه⁽⁴⁾.

(1) انظر: مختار الصحاح، الرازي، ص 206، مقاييس اللغة، 8/5.

(2) المختصر الفقهي، ابن عرفة، 115/7.

(3) الذخيرة، القرافي، 5/4.

(4) مواهب الجليل، الخطاب، 260/3.

واليمين يمنح إليها القاضي في حالات كثيرة؛ مثل تولي المناصب السيادية فيحلف أمام القاضي، والمراد بها هنا هي اليمين الخصومة التي يستدعيها القاضي لتفسير العقد والإقرار بالشهادة أو بالتصرف أو بالملك أو غيرها مما يحتاجه القاضي في فهم العقد وتفسيره.

لذلك عرفها الزحيلي بقوله: هي تأكيد ثبوت الحق أو نفيه أمام القاضي باستشهاد الله تعالى⁽¹⁾.

وقد أثبتت الأحاديث الكثيرة صحة اعتماد القاضي على اليمين في بيان الحق، ومثله في تفسير العقد للقاضي الاعتماد على يمين طرفي العقد أو على يمين الشهود من أجل إيضاح إرادة أطراف التعاقد.

الفرع السادس: القرائن.

تعد القرائن من المسائل المهمة في القضاء وفض النزاع وإثبات الحقوق لأصحابها، فلقد جرى العمل بها قضاءً في كل المجالات، ومن المجالات التي يقضي فيها القاضي بالقرائن التعاقد بين الأفراد، وترجع أهمية الاعتماد على القرائن في بيان العقود وتوضيحها لالتصاق العقود بتصرفات الناس ومقاصدهم وأموالهم وأملآكهم.

والقرينة لغة مأخوذة من المقارنة بمعنى المصاحبة، والملازمة، وقرن الشيء بالشيء الاعتماد على ما يُقرَّب بينهما⁽²⁾.

واصطلاحاً تُعدُّ القرينة من المسائل التي درجت في اجتهاد الفقهاء قديماً لكنهم لم يتطرقوا إلى بيان مفهومها، وقد يرجع هذا الأمر لعدم تشعب العلوم وكثرتها، أو لبيانها ووضوحها فما احتاجوا إلى بيان المبين أكثر، لكن الفقهاء المتأخرين وضعوا لها تعريفات كثيرة، وأحسن هذه التعاريف التي لها علاقة بموضوع البحث ما ذكره الشيخ الزرقا بقوله: كل أمانة تقارن أمراً خفياً وتدل عليه⁽³⁾.

(1) وسائل الإثبات الزحيلي، ص 319.

(2) لسان العرب، ابن منظور، 331/13، معجم مقاييس اللغة، 76/5.

(3) المدخل الفقهي العام، الزرقا، 918/2.

ومنها القرينة الظاهرة⁽¹⁾ والقرينة الضعيفة⁽²⁾ والقرينة الكاذبة⁽³⁾، ومنها النصية⁽⁴⁾ ومنها الفقهية⁽⁵⁾ ومنها القضائية⁽⁶⁾.

ومذهب مالك رحمه الله على جواز الاعتماد على القرائن في إثبات الحق، وكذلك في باب العقود يصح الاعتماد عليها في تفسير العقد وبيان بنوده، قال القرافي: سائر صيغ العقود المحتملة ينصرف لاستحداث المعاني منها بالقرائن أو النقل العُرْبِي⁽⁷⁾.

المطلب الثالث: دور القواعد الفقهية في تفسير العقد

مما سبق لنا بيانه من مفهوم تفسير العقد، فإن القاضي يمكن له الاستعانة بجملة من القواعد الفقهية التي ذكرها الفقهاء في ثنايا كتبهم لضبط المعاملات المالية عامة، ولضبط المقاصد والنيات في العقود خصوصاً، فيجعلها كالأساس في تفسير غموض العقد محل النزاع، وهذه القواعد منها ما هو مؤصل للقصد وطريقة بناء الأحكام عليه، ومنها ما هو كاشف عن القصد بما يدل عليه من صيغ وألفاظ، ومنها ما هو موجّه للفظ إلى معناه المراد منه، وكلها تساعد القاضي على تفسير العقد، وتكفيه عناء البحث عن أقوال الفقهاء المتناثرة في ثنايا مراجع الفقه الكثيرة، وتضمن له الموضوعية في التفسير عند بنائه وفق هذه القواعد.

(1) هي الأمانة البالغة حد اليقين، أو الأمانة الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به، مجلة الأحكام العدلية، مادة 1741.

(2) وهي ما دنت إلى مرتبة الاحتمال، فلا يمكن للقاضي أن يعتمد عليها في إحقاق الحق، انظر: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، إبراهيم الفائر، ص 62.

(3) وهي القرينة الوهمية، وهي ما لا تنفيذ علماً ولا ظناً ولا يترتب عليها حكم، المرجع السابق.

(4) وهي الإشارات الواردة في النصوص والألفاظ الدالة على ارتباط الحكم بها.

(5) وهي القواعد التي وضعها الفقهاء في ضبط مسألة ما، يتخذها القاضي في معرفة الحكم وتفسير العقد.

(6) وهي ما يضعه القاضي من دلائل وأمارات حول القضية محل النظر، انظر المرجع السابق.

(7) الفروق، القرافي، 179/3.

والصياغة الفقهية كما مرّ معنا سابقا نوعان؛ صياغة قطعية وصياغة ظنية، أما الصياغة القطعية المحكمة للعقود فهي لا تُفضي إلى النزاع غالبا، وإن رُفعت دعوى إلى القاضي حول تنفيذ عقد أو تفسيره، فالقاضي لا يُكلف نفسه إلا بالحث على لزوم العقد وتنفيذه لكلا طرفيه، معتمدا في ذلك على قاعدة: الأصل في العقود اللزوم⁽¹⁾، ولا يصح التأخير فيها أو التعليق بل يُنفذ العقد الصحيح الصياغة مطلقا، وعند الشافعية قاعدة جليلة في ذلك وهي الأصل مُضي العقد على السلامة⁽²⁾؛ بمعنى الأخذ بالظاهر ما لم تدل القرائن على خلاف ذلك.

أما الصياغة الظنية للعقود فهي ما يؤدي إلى النزاع بين أطرافه، فيستوجب على القاضي الوقوف عند قصد المتعاقدين ابتداءً وذلك من خلال العبارات التي تضمنها العقد، فالألفاظ الغامضة للعقد ليست ناقلة لإرادة طرفي العقد بشكل قطعي، والصياغة غير المحكمة للعقد توقع اللبس في تنفيذه، فيكون بين اللفظ والقصد تباين، يجب على القاضي إزالته وتوضيحه، واللبس الذي يقع في العقود يكون على أنواع ثلاث⁽³⁾؛ تعارض بين عبارات العقد وشروطه، وتنافر معاني الألفاظ المستعملة في الصياغة، وغموض العبارات ذاتها في الدلالة على المعنى المراد، في كل حالة من حالات الغموض يجد القاضي قواعد فقهية تساعد في رد الغموض إليها فتتكشف له المعاني الحقيقية للعقد.

ففي النوع الأول مثلا يُمكن أن يوجد أكثر من شرط في العقد فيقع بينها تعارض، أو يمكن أن تكون شروط كل طرف لمفرده واضحة لا لبس فيها فإذا اقترنت بشروط الطرف الآخر حل الغموض، كأن يشترط البائع مثلا تحمل العيوب الظاهرة في المبيع قبل حيازته وقبضه، وفي بند آخر: يشترط المشتري على البائع تحمل عيوب المبيع، ولم يذكر لفظ الظاهرة⁽⁴⁾.

(1) الفروق، القراني، 269/3.

(2) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية، علي الندوي، 270/1.

(3) القواعد القانونية في تفسير العقد، سهير حسن هادي، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل، ص 125.

(4) المرجع السابق.

فيقع اللبس والغموض في المعنى المراد من كلا طرفي العقد فيجرح القاضي إلى التفسير، ومن القواعد التي تعينه على فك الغموض هاهنا: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني⁽¹⁾؛ فمعلوم أن الألفاظ ما جاءت إلا لتعبر عن المعاني المرادة، فلا خلاف في أن اللفظ يعبر عن معناه الأصلي، إلا أن بعض الألفاظ تُذكر أحيانا ويراد بها غير ما وضعت له، أو يكون لها أكثر من معنى، أو يخطئ من أراد التعبير، فيذكر لفظا بخلاف ما قصد، أو بمعنى آخر غير الذي أراد سهوا أو نسيانا أو غير ذلك، لكن إذا تعارض اللفظ مع القصد و تعذر الجمع بينهما، فظهرت الحاجة للترجيح بينهما، جاءت هذه القاعدة لتقلل من أثر الخلاف الحاصل في ذلك.

فالمقصود بقاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)؛ هو الاعتداد بالمقاصد التي عينتها القرائن التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر، غير العقود التي وضعت لها هذه الألفاظ أصلاً، إذا قصد العاقدان هذا المعنى⁽²⁾، فالقصد أجدر بالاعتبار من لفظ لا يفيد قصد العاقد، واللفظ لا يصير مؤثراً على العقود والتصرفات إلا إذا اقترن بمعناه وإن بقرينة، فالعبرة للمعنى الذي دليله اللفظ، فإذا لم يفهم من اللفظ معناه، صرنا إلى غيره لتعذره⁽³⁾، وهذا الأمر الأخير يُعرف بتحول العقد، إذ يعتمد القاضي على القرائن في إثبات ما يصح أن يكون مراداً للمتعاقدين ونفي ما يظهر أنه غير مقصود بالتعاقد، فيعتمد بالتفسير الأكثر دلالة على قصدهما معاً، عملاً بقاعدة دليل الرضا كصريح الرضا⁽⁴⁾.

وصحيح مذهب المالكية في ذلك أنه لا تترتب الأحكام الشرعية في العبادات والمعاملات إلا على النيات والقصود، وما ليس بمنوي ولا مقصود فهو غير معتد به⁽⁵⁾، والإمام مالك كثيراً ما يجرح إلى مراعاة القصود دون الألفاظ في حل النزاع⁽⁶⁾، وعبر عنها المازري بقوله: القُصُود معتبرة في

(1) انظر: مقاصد الشريعة، ابن عاشور، 467/2.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 135/1.

(3) إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية، 119/3.

(4) انظر هذه القاعدة في: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية، 316/1.

(5) الفروق، القرافي، 180/1، منح الجليل، عليش، 43/3، شرح الزرقاني على مختصر خليل، 114/3.

(6) انظر: شرح التلقين، المازري، 1122/2.

العقود، وعبر عنها الونشريسي بتكامل العقد، حيث قال: الفساد إذا نقض بعض العقد شمل جميع العقد⁽¹⁾.

ومن تطبيقات هذه القاعدة إذا كانت نية المتعاقدين متوافقة غير أن الصائغ للعقد اختار في الصياغة بعض الألفاظ التي لا تدل على القصد، فينتج عن ذلك تناقض بين اللفظ والمعنى المراد من التعاقد، فيجرح القاضي إلى الاعتماد على قاعدة القصد مؤثرة في العقود.

وقد يتكلف الصائغ ويختار عبارات مبهمة في صياغة بنود العقد؛ كأن تكون العبارات من الشعر الجاهلي القديم، أو تكون من الترجمة الحرفية للألفاظ، فلا يُعرف عندها المعنى الحقيقي من اللفظ ودلالته على قصد المتعاقدين، فالقاضي يستند على قاعدة: إعمال الكلام أولى من إهماله في تفسير الكلمات المبهمة وتوضيحها وذلك بردها إلى أصلها في الوضع الأولى لها، كما يستند إلى قاعدة العادة محكمة؛ إذ يمكنه الرجوع إلى العرف في تفسير الألفاظ السوقية أو العرفية.

فالمقصود من هذا كله أن للقاضي مجموعة من القواعد التي تعينه على تفسير العقود وإظهار القصد الحقيقي من التعاقد بين طرفي العقد، ففي كل جزئية من الجزئيات بنود العقد قاعدة فقهية تضبط أحكامها، ورجوع القاضي إلى هذه القواعد كفيلاً يجعل تفسير العقود محققة لمقصد العدل.

المبحث الثالث: تزوير العقود وتحريفها.

يُعدُّ هذا المبحث سبيلاً من سبل حفظ تكوين العقود من جهة الهدم أو العدم، فبعد إيجاد العقد وصياغته وتكوينه فإنه يستوجب أن يُحفظ هذا العقد من العدم والإبطال المفضي إلى التهاجر والفساد، لأن الغرض من إحكام الصياغة الفقهية للعقود إحقاق الحق وإبطال الباطل وإثبات الحقوق لأصحابها.

والتزوير مما يُعدّ حارماً من خوارم العقود، وطريقاً لإبطال الحق والتعدي على حقوق الغير، ومن أجل بيان أثر التزوير في العقود وكيفية تأثيره عليها، نحاول أن نتعرف على حقيقة التزوير والتطويع

(1) المعيار، الونشريسي، 457/6.

وطرقه بين الشرع والقانون، ونوع الوثائق التي يلحقها التزوير ومن يقوم بالتزوير، والعقوبات التي تلحق المزور، وذلك في فروع ثلاث .

المطلب الأول: مفهوم التزوير وطرقه

الفرع الأول: حقيقة التزوير

التزوير في اللغة مشتق من الفعل زَوَّرَ، وله معانٍ كثيرة منها: الميل عن الأصل، قال ابن فارس: الزاي والواو والراء أصل واحد يدل على الميل والعدول، ومنها: إصلاح الكلام وتهيته، ومنها التزوير معناه التشبيه، ومنها التزويق والتحسين، ومنها تهية الكلام وتقديره، ومنها فعل الباطل قول الكذب⁽¹⁾.

وفي اصطلاح أهل الشرع لم نجد من عرفه تعريفا واضحا ومباشرا، وإنما يذكره بعض الفقهاء عند تعريفهم للشهادة والقضاء وعند ذكر أحكام التدليس والخديعة في البيوع، كما يذكره المفسرون، ومن خلال تتبعنا لمسائل شهادة الزور والكذب والتدليس في مصادر الفقه المالكي ومصادر التفسير نجدهم يذكرون التزوير بالمفاهيم التالية:

- التزوير هو: تغيير وتحريف في خط المحررات الرسمية كالأقضية⁽²⁾ وهو مستخرج مما نسبه الشيخ خليل للقاضي عبد الوهاب.

ويؤخذ من هذا المفهوم أمرين؛ الأول أن التزوير يتعلق هنا بالخط والكتابة والنصوص، فالخط هو المعنى بالتغيير والتحريف، والثاني: أن التزوير يكون في المحررات الرسمية وسجلات القضاء فحسب، وبذلك خرجت المحررات الرسمية الأخرى كعقود الموثق، وخرجت المحررات العرفية، وهذا أمر فيه نظر إذ التزوير يدخل في كل شيء، وربما القاضي عبد الوهاب تكلم فقط عن تزوير خط القاضي لأنه بقصد عرض أحكامه، لذلك لا يمكننا أن ننسب له الاكتفاء بهذا النوع من التزوير، ولا يمكن الجزم بذلك.

(1) مقاييس اللغة، 63/3، لسان العرب، 4337، مختار الصحاح، 139.

(2) التوضيح شرح جامع الأمهات، خليل، 433/7.

- وذكره ابن عطية في تفسيره بمعنيين فقال: التزوير من الزور وهو تحسين الباطل أو تقبيح الحسن⁽¹⁾، وقيل هو بمعنى: التحريف وهو إما بتغيير اللفظ، وإما بتغيير التأويل⁽²⁾.

وتعريف ابن عطية الأول له يظهر انه عام شامل لكل تغيير سواء كان بالقول أو الفعل أو الخط أو غير ذلك، وتعريفه الثاني التزوير بأنه تحريف تخصيص منه لمعنى التزوير المراد في المحررات والسجلات، ويؤخذ منه أن التزوير يكون في الخط بالتغيير والتحريف حتى يتغير المعنى، ويكون في تفسير العقد على غير الحق والعدل، وعليه بالتزوير يكون من كاتب العقد أو العاقد ويكون من القاضي مفسر العقد.

- وذكر ابن عاشور التحريف فقال: التحريف مشقا من الحرف وهو الكلمة أو الكتابة، فيكون مرادا به تغيير كلمات النصوص وتبديلها بكلمات أخرى، لتوافق الأهواء في تأييد فاسد الأعمال⁽³⁾.

لقد أكد ابن عاشور هنا على معنى التزوير أنه يكون في الكتابة والخطوط وتبديلها حتى ترفع العدل وتقيم الظلم بين المتعاقدين، أو لأحدهما، وسكت عن تحريف التأويل.

- وعرف القرطبي التحريف فقال: هو العدول عن القصد والعدل⁽⁴⁾، وقيل: التحريف هو تأويل النص على غير القصد المراد منه، وقيل: هو تغيير حروف النص ليتغير معناه⁽⁵⁾.

أضاف الإمام القرطبي في تعريفه معنى آخر للتحريف والتزوير وهو العدول عن الحق والعدل، وهو في حقيقته هدف المزور، وقد يكون هدف المزور غير العدل وقد يكون هدفه العدل، ولكن في كلتا الحالتين يُعدّ تغيير المحرر والعقد والسجل عن أصله الذي كتب أول مرة تزويرا، لذلك

(1) المحرر الوجيز، ابن عطية، 200/4.

(2) المحرر الوجيز، 62/2.

(3) التحرير والتنوير، ابن عاشور، 75/5.

(4) تفسير القرطبي، 121/4.

(5) نفسير القرطبي/ 115/6

استدرك الأمر في العريف الثاني له بأن التزوير تغيير حروف النص من أجل تغيير معناه، وهو أسلم من الأول.

● وذكره ابن بطلال بمعنى تغيير الخط فقال: قال الأصمعي: التزوير: إصلاح الكلام وتهيته. وقال أبو زيد: المزور من الكلام والمزوق واحد، وهو المصلح المحسن، وكذلك الخط إذا قوم أيضاً⁽¹⁾.

وابن بطلال هنا أطلق مفهوم التزوير على تقويم الخط مطلقاً سواء كان أثناء الكتابة أو بعدها وسواء كان في محرر رسمي أو غير رسمي، بل كل تقويم للخط يُعدّ تزويراً. ويظهر لنا بعد البحث عن معنى التقويم بأنه تعديل الشيء المعوج أن ابن بطلال يريد ذكر المعنى الآخر للتزوير وهو تحسين الخط وتزويقه وتقويم ما فيه من اعوجاج، وذلك من أجل حرزه عن الخط القبيح والكتابة الغامضة. وإننا لم نلاحظ الفقهاء الذين عرّفوا التزوير يذكرون أمور منها: الإرادة في فعل التزوير؛ ونقصد بذلك قصد وتعمد أحد الأطراف التزوير من عدمه، فيمكن أن يتغير خط الوثيقة نسياناً أو تأويلاً أو خطأ، ويمكن أن يكون تغيير خط الوثيقة عمداً وهو المعنى بجريمة التزوير هنا، كما لم يذكروا مضمون الوثيقة، وهي في أصلها حافظة لحقوق الأفراد من الضياع والتحريف.

فانطلاقاً مما سبق يمكن أن نسوق تعريفاً للتزوير فنقول: هو العمد في تغيير حروف أو شكل الوثيقة التي تثبت فيها الحقوق للأفراد أو العمد في التفسير الخطأ لها بقصد الظلم.

فقولنا العمد؛ قيد نخرج به النسيان والخطأ والسهو إذا حدث من الموثق أو كاتب الوثيقة، وهذا الأمر يقف عليه القاضي عند تفسير العقد، فالخطأ والنسيان والسهو لا يترتب عليه أثر إلا إصلاح الخطأ وجبر السهو والنسيان لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "رُفِعَ عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁽²⁾.

(1) شرح صحيح البخاري، ابن بطلال، 466/8.

(2) سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، رقم(2043)، 659/1.

وقولنا تغيير حروف الوثيقة؛ نقصد به زيادة حرف أو إنقاص حرف ويكون ذلك بآليات تقنية توهم القارئ للعقد أنه من أساس العقد وصلبه، غير أنه حرف متغير، وقد بما كان تغيير الحرف يظهر بأبسط نظر أو تحقيق للقاضي، أما في هذا العصر فالتزوير الإلكتروني مُحكَّم ولا يمكن القطع فيه إلا بتقنيات يجب أن تتوفر لدى القاضي مفسر العقود، وهو ما سنذكره لاحقاً.

وقولنا تغيير شكل الوثيقة؛ نقصد به التغيير الواقع على ختم الموثق أو إمضاءه، أو إمضاء الشهود، أو ترقيم صفحات العقد، أو غيرها من التغييرات التي يمكن إدراجها في الوثيقة.

وقولنا الوثيقة التي تثبت فيها الحقوق؛ نقصد بالحقوق ما يترتب على التعاقد من انتقال ملك أو حرية تصرفٍ أو حفظ دين أو رهن أو غيرها من الحقوق التي من أجلها يتم التعاقد.

وقولنا أو العمد في التفسير الخطأ، ونقصد به وقوع التزوير من القاضي مفسر العقد، وذلك إذا أراد الوقوف مع أحد أطراف العقد إما لقراءة أو رشوة أو غيرها، فيعمد القاضي إلى التفسير الخطأ من أجل سلب حق أحد العاقدين وإثباته للطرف الآخر، فهذا من التزوير الحاصل في تفسير العقود.

الفرع الثاني: طرق التزوير.

لقد عرفت البشرية التزوير منذ القدم عند المصريين القدامى وكذا في روما وأثينا، وعند الآشوريين وفي بابل، وعند المسلمين، حيث مارس الأفراد التزوير وسلخوا سبيله، فتنوعت طرقه وتناهد دقته؛ إما بالإضافة على المحررات أو بتقليد الأختام أو بتنفيذ بنود المحررات⁽¹⁾، وفي العصر المعيش عصر الرقمنة تطور التزوير ليشمل انتحال شخصيات الأفراد؛ فتجد من يدعى أنه موثق معتمد وهو بخلاف ذلك، ومن يدعي أنه وكيل أحد أطراف العقد والحقيقة بخلاف ذلك، وكثر تقليد الأختام والوظائف، كما شمل التزوير العقود المرقمنة في وسائط معلوماتية الكترونية. وعلى ذلك فطرق التزوير تختلف باختلاف الأزمان، فمنها ما هو تقليدي بمعنى ظهوره منذ القدم وتوالى عليه المزورين، ومنها ما هو تقني معلوماتي حديث ظهر بظهور الوسائط الرقمية المعاصرة.

(1) التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي، سعد الحامدي، ص 241.

البند الأول: التزوير التقليدي.

- وهو ما كان على الوثيقة مباشرة، بمعنى أن يتغير خط الوثيقة بإضافة أو حذف لبعض البنود والكلمات، أو بتغير في ختم الوثيقة أو التوقيع أو أسماء المتعاقدين والأرقام المعرفة بهم، لذلك عُرف التزوير التقليدي بأنه مادي ملموس، إذ يترك أثراً على الوثيقة يمكن إدراكه في حينه⁽¹⁾ من طرف قاضي التحقيق في المحررات والسندات، ويتم وفق الأساليب التالية عادة:
- وضع إمضاءات أو أختام أو بصمات مزورة، أو انتحال شخصيات معينة.
 - إضافة كلمات في مكان فراغات تُركت في صلب العقد على بياض.
 - حذف رقم أو عدد أو حرف أو كلمة من بنود العقد.
 - تعديل كلمة أو أكثر من العقد وذلك بمحو كلمة وإضافة أخرى.
 - استخدام أحد العاقدين وثائق غير صحيحة مثل: شهادة ميلاد مزورة أو ليست له أو عقد ملكية مزور.

البند الثاني: التزوير التقني أو الرقمي.

الذي لا شك فيه أن معظم القطاعات في هذا العصر إن لم تكن كلها نحت منحى العمل التقني أو المعلوماتي أو الرقمنة، وبذلك بالاعتماد على الحاسوب والنت والبرامج المصممة للتحليل والإنشاء، والاعتماد على المنصات الرقمية في حفظ المستندات والمحررات، وصناعة التوثيق ليست في منأى عن ذلك، فمعظم الموثقين يتم عملهم وفق نظام معلوماتي مرقمن ومشفر، يُحرر وفقه الموثق العقود ويحفظ فيه النسخ الكثيرة من العقود التي صاغها من قبل.

ويحدث أن ينال التغيير والتزوير هذه البرامج والمنصات، وقد عُرِف التزوير المعلوماتي بأنه: تغيير البيانات والمعلومات في المستندات المعالجة آلياً باستخدام أجهزة وبرمجيات اختراق للحصول على مستندات تحاكي الأصل، بُغية استخدامها في مصلحة ما⁽²⁾.

ويعد هذا النوع من التزوير من الجرائم العابرة للقارات، وانه لا يعتمد على العنف الجسدي وإنما على الدراية والإتقان في كيفية الوصول والدخول إلى البرامج والمنصات التي يستخدمها الموثقين أو

(1) انظر: جرائم تزوير المحررات، أحمد محمود خليل، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008م، ص105.

(2) فاعلية الأساليب المستخدمة في إثبات التزوير الإلكتروني، عبد الله بن سعود السراي، ص23.

الكُتَّاب العامون أو المؤسسات الاقتصادية، كما تعدّ هذه الجرائم من أصعب الجرائم القابلة للفك والمخارية وإسقاط الموزرين، لما يتميزون به من الانتحال والدقة.

وذلك أن هناك وسائل رقمية متعددة يستخدمها الموزرون منها: استخدام أدوات كسر كلمات السر، أو برامج فك التشفير التي تعمل على الدخول إلى النظام المعلوماتي واستخدامه بواسطة الدوال اللوغاريتمية، ومن أكثر طرق التزوير التقني انتشارا في كل المؤسسات إفشاء كلمة السر من طرف أحد الموظفين لغيره إما بحسن نية أو عمدا، وكذلك باستخدام أدوات التجسس خاصة إذا كان النظام الذي يستخدمه الصائغ محمل من الانترنت إذ معظم هذه البرامج تحتوى على ثغرات والثقوب المتروكة عمدا لهذا الغرض.

فمن الواجب التفطن إلى هذه الأساليب ومعالجة الثغرات التي تلحق بها من حين لآخر بقصد جعل نظام حفظ وتحرير العقود مصون من التلاعبات التقنية الدقيقة التي تعمل على إخفاء الحقائق وإفشاء الفساد.

وقد رصد بعض الباحثين⁽¹⁾ في مجال التزوير المعلوماتي بعض الهفوات التي يُقدم عليها محرر الوثائق والسندات فتوقعه في شباك التزوير والانتحال، ونحن نذكرها هنا من اجل أن يكون الصائغ على بينة من أمره في استخدام البرامج والأنظمة:

- كثرة الاعتماد على البرامج المعروضة على النت، إذ معظمها صُمم لغرض الاطلاع على مستندات الشركات والمؤسسات والأفراد، فالصائغ إذا أراد العمل وفق نظام معلوماتي مرقم عليه أن يختار الأنظمة الموثوقة أو يُصمم نظاما خاصا به محميا بشفرات معقدة.
- الانخداع بالعروض التجارية الوهمية والإشهار المزيف وقبول الدخول إلى مواقعها، يُعرض النظام المعلوماتي إلى القرصنة والتزوير.
- قلة الخبرة في استخدام الشبكة من طرف الموثقين، يُعرض النظام المعلوماتي للتعري والكشف لأجهزة الرصد الكثيرة المنتشرة عبر النت.
- التنقل بين صفحات النت دون هدف واضح يعرض النظام إلى القرصنة والابتزاز حتى وإن كانت صفحات اللهو واللعب والأخبار.
- ترك النظام المستعمل في الصياغة مفتوحا لفترات طويلة من الوقت دون الحاجة إلى العمل به يُعرضه إلى القرصنة من طرف المواقع الأخرى مثل موقع الشبح.

(1) المرجع السابق، ص 235،

المطلب الثاني: العقود القابلة للتزوير

الفرع الأول: العقود الرسمية

ويُقصد بالعقود الرسمية الوثائق التي يُرمها الموثق المعين من الدولة أو من القضاء، حيث يُعطى له ختم الدولة والإذن في استعماله عند صياغة عقد ما، فيكتسب العقد صفة الرسمية بأن يتم اعتماده في القضاء وبناء آثار التعاقد وفقّه من انتقال الملك أو التزويج أو القبض أو النسب وغيرها، وهي غالب الوثائق التي شُدّد على من أوقع التزوير عليها.

وغالبا ما يكون الموثق الموظف من الدولة هو المتسبب في تزوير العقد، وقد يكون غيره ممن استعمل خاتمه كنائبه أو مساعده أو سُرق منه أو أُكره على التزوير هو المتسبب فيه.

وقد وقع مثل هذا التزوير في زمن هشام بن عبد الملك قبل توليه الخلافة، حيث أُقطع لهشام أرضا يقال لها (دروين) فلما تبين له أنها خراب اتفق مع الكاتب على تزوير وثيقة الإقطاع، فقال لذويد كاتبُ كان بالشام: ويحك! كيف الحيلة؟ قال: ما تجعل لي؟ قال: أربعمائة دينار، فقام الكاتب بإضافة كلمة (وقراها) إلى كلمة دروين فأصبحت (دروين وقراها) فأخذ بموجب ذلك العقد أو الوثيقة أموالا كثيرة، فلما ولي هشام دخل عليه ذويد، فقال له هشام: دورين وقراها! لا والله لا تلي لي ولاية أبدا، وأخرجه من الشام⁽¹⁾.

وقد ربّبت كل الدول والمحاكم العقاب الشديد على تزوير هذه الوثائق، إذ من أكد الواجبات للموثق الحفاظ على أختام الدولة وحرمتها، فمن زوّر به فقد أضر بالدولة والقضاء.

الفرع الثاني: العقود العرفية

إن تعاقدات الأفراد فيما بينهم لا تحتاج دوما إلى العقود الرسمية فقط، بل الحياة المدنية لكل الأفراد تحتاج إلى أشكال أخرى لضبط حقوق المتعاقدين، وقد تبدو في نظر الأفراد أنها أقل شأنًا من العقود الرسمية؛ فهي في نظرهم عنوانا للحقيقة المطلقة، فمن تعاقد ووثق عقده موثق رسمي فإنه يطمئن على حقوقه أكثر من تعاقداته العرفية، لكن العقود العرفية تُعد أكثر استعمالا في واقع

(1) تاريخ الطبري، 205/7.

الناس، سواءً في بيوعهم أو أنكحتهم أو أوقافهم، وقد ساعد هذا الانتشار على كثرة التزوير فيها، وهو ما يستدعي ضرورة حمايتها من هذه الجريمة.

ويُقصد بالعقود العرفية تلك الوثائق التي صاغها غير الموثق المعين من طرف الدولة أو القاضي، وإنما صاغها أحد أطراف العقد أو غيرها كأن يوَكِّلا كاتباً حاذقاً لكتابة عقدهما، أو يلجأ إلى الكتاب العامين والعدول المنتشرين في كل المحال، إذ منهم من أُعطي له صبغة توثيق الوثائق من أجل الاستئناس بها في القضاء، ومنهم من امتنن توثيق العقود دون رخصة من المحكمة.

وهو أمر معمول به في كل الأنظمة والشرائع، قال تعالى: ﴿وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ البقرة 282.

ولما كان تزوير هذه الوثائق يُلحق الضرر المحض بأحد الأطراف أو بكليهما فإن التشريع الإسلامي مبني على رفع الضرر والظلم سواءً كان في العقد الرسمي أو العرفي لقوله عليه الصلاة والسلام: " لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾

المطلب الثالث: الأثر المترتب على التزوير.

لا تزال جرائم التزوير من أفضح جرائم الفساد على الإطلاق في كل دولة، بل من الغريب أن تلقى هذه الجرائم قبولا ودفاعا عنها وحتى انتشارا من المشرعين أنفسهم، ويظهر أن انتشار التزوير وكثرته في الحياة المدنية في المجتمع راجع لأمر ثلاث:

- قلة الوازع الديني لدى الأفراد

- ضعف تنفيذ المنظومة التشريعية والعقابية

- كثرة المال الفاسد والرشوة

وهذه الدعائم الثلاث إذا تكاملت فيما بينها كوّنت العصابات الحامية للفساد، وهذه الآفة المستفحلة تترك آثارا اقتصادية واجتماعية خطيرة ما لم يتم الوقوف على مسبباتها، والإسراع في وضع الحلول والخطط لمعالجتها، وهو أمر مرهون إما بتطوير المنظومات التشريعية الوضعية وفق

(1) الموطأ، باب القضاء في المرفق، رقم(32)، 745/2.

مبادئ عادلة، أو استحداث منظومة تشريعية مستمدة من الشريعة الإسلامية وذلك للاعتبارات التي ذكرناها في الباب الأول، كما أنه مرهون بتحديد الخطاب الديني والمنهج التعليمي في المجتمع من أجل تخريج طاقات ذات كفاءة ووطنية في خدمة التشريع وتنفيذه.

ولا غرو أن التزوير إن استفحل في العقود فإنه يتوسع إلى غيرها من المحررات والسجلات القضائية والإدارية وكذا المستندات المالية والتجارية بل وحتى الوثائق التعليمية، وهذا أمر مؤذن بخراب الدولة ومؤسساتها، وقد ذكر أن التزوير والضرب على الخطوط وغيرها من الموبقات والمفاسد انتشرت في الأندلس⁽¹⁾ قبل سقوطها فكانت سببا محو حضارتها.

كما لا غرابة أن تُبادر الدولة في سن تشريعات عقابية لكلل ممن زور المحررات والوثائق والعقود من أجل ردع كل شكل من أشكال الفساد.

ونذكر هنا العقوبات المسلطة على مرتكب جريمة التزوير إن ثبتت عنه من نقول الفقه المالكي، وذلك بقصد معرفة الاجتهاد الفقهي المالكي في ردع التزوير ومحاربه والاستفادة منه في تشريع العقوبات المتعلقة بتزوير العقود، فالعقوبات بين الضرب والجلد والوسم والسجن والطواف به في الشوارع والتأديب

إن ما أفره فقهاء المالكية أن النظر في عقوبة المزور مبنية على اجتهاد ولي الأمر أو من ينوب عنه كالقاضي، وذلك ضمن اندراج هذه الجريمة في مرتبة الكبائر، ولهذا غالب كتب الفقه تُدرج عقوبة التزوير في باب التعزير⁽²⁾، حيث يُسلط القاضي على المزور العقوبة اللائقة به، وقد نص فقهاء المالكية على بعض العقوبات لمن شهد شهادة زور، وعلى إثرها تم التخريج لعقوبات مزور الوثائق والعقود:

(1) انظر: المنهج الفائق والمنهل الرائق، الونشريسي، 52/2.

(2) وهو التأديب على الذنب لا حد فيه ولا كفارة، ويصدق على المخاذير التي لا نص على عقوبتها، انظر: التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي، سعد الحامدي، ص 276.

قال القرافي: يضرب شاهد الزور بالاجتهاد⁽¹⁾، قال مالك: وإذا ظهر الإمام على شاهد الزور ضربه بقدر رأيه وطاف به في المجالس، قال ابن القاسم: يريد بقوله في المجالس: المسجد الجامع، ولا تقبل له شهادة أبداً وإن تاب وحسنت حاله⁽²⁾.

وروى ابن وهب، عن مالك: أنه يجلد ويطاف به ويشنع به. وقال ابن القاسم: بلغني عن مالك أنه قال: لا تقبل شهادته أبداً وإن تاب وحسنت توبته إتباعاً لعمر بن الخطاب⁽³⁾.

قال علماؤنا إن شاهد الزور يؤدب الأدب الوجيع ويشهر حتى يكون ذلك ردعاً لغيره ولا تحلق له لحية فإن الله لم يشرع في الحدود تغيير الهيئة والخلقة⁽⁴⁾.

إذا عثر على شاهد الزور عوقب بالسجن والضرب⁽⁵⁾.

قال ابن العربي: "كان الوسم في الوجه لذي المعصية قديماً عند الناس، ومن الوسم الصحيح في الوجه: ما رأى العلماء من تسويد وجه شاهد الزور، فقد كان عزيزاً بقول الحق وقد صار مهيناً بالمعصية. وأعظم الإهانة إهانة الوجه⁽⁶⁾."

ويجب على القاضي أن يعزر شاهد الزور ويأمر بالنداء عليه بذلك في الملاء بين الناس ليرتدع غيره، ولا يحلق له رأساً ولا لحية ولا يستحم له وجهها، ويسجله بأن يكتب كتاباً في شأنه ويضعه عند الثقات ليعلموا أوصافه⁽⁷⁾.

(1) الذخيرة، القرافي، 229/10.

(2) تهذيب المدونة، البراذعي، 616/3.

(3) شرح صحيح البخاري، ابن بطال، 32/8.

(4) القبس شرح موطأ مالك بن أنس، ص 888.

(5) القوانين الفقهية، ابن جزى، ص 203.

(6) أحكام القرآن، 307/4.

(7) الفواكه الدواني، النفاوي، 278/2.

فقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يجلد شاهد الزور أربعين جلدة، ويسخم وجهه، ويحلق رأسه، ويطوف به في السوق⁽¹⁾.

ورواية أخرى عن عمر أنه أمر أن يسخم وجهه وتلقى عمامته في عنقه، ويطاق به في القبائل ويقال: شاهد زور، ولا تقبل شهادته أبداً⁽²⁾.

وكان شُرِّح القاضي إذا أخذ شاهد الزور إنَّ كان سُوقِيًّا بعث به إلى السُّوق، ف قيل: إنَّ هذا شاهد زور، وإن لم يكن سُوقِيًّا بعث به إلى قومه، وقيل: إنَّ هذا شاهد زور، وكان بعضهم يذهب به إلى الجامع، وإلى حلق الذكر، يقول: هذا شاهد زور فلا تستشهدوه واحذروه. وقال مالك: أرى أن يُفَضَّحَ ويشَهَّرَ ويُلعَنَ⁽³⁾

أما مزور العقود والسجلات فقد نقلت بعض العقوبات التي اجتهد فيها القضاة الشرعيون وقتها، ومنها ما روى عن ابن عرفة أنه قال: وكانت القضاة يبلدنا ينفون من ظهر عليه الضرب على الخطوط بعد تأديبه بحسب اجتهادهم إلى بلاد المشرق، فبعث فقهاء المشرق إليهم بالتعقب ليهم في ذلك، وقالوا: أنتم في فعلكم هذا كمن أراح نفسه من معتدٍ في محله بإرساله على غيره من المسلمين، فأجابوهم بأن النفي لا قدرة له على الضرب على خطوط من وصل إليهم؛ لعدم ممارسته خطوطهم⁽⁴⁾.

(1) مصنف ابن أبي شيبة، باب من رخص في حلقه وجزه، رقم (28613)، 526/5.

(2) شرح صحيح البخاري، ابن بطل، 32/8، نصب الراية، الزيلعي، 88/4.

(3) المسالك شرح موطأ الإمام املك، ابن العربي، 262/6.

(4) المختصر الفقهي، ابن عرفة، 342/9.

المبحث الرابع: حفظ العقود وتوثيقها في المذهب المالكي.

بعد استعراضنا في المباحث السابقة المسائل المتعلقة بالعقد وضوابط تنظيمه، ومسائل حول آليات حفظ تكوين العقد من جانب الوجود والعدم، نعرض في هذا المبحث لأهم ما يُكْمَلُ الصياغة الفقهية للعقود من جانب حفظها وصيانتها، وجعل العقود من الوثائق التي يُعتمد عليها في إثبات الحقوق، وهو موضوع توثيق العقود وطريقة حفظها، ومدى حجيتها في التقاضي، وكيفية فسخها إن تطلب الأمر ذلك، وسنقدم هذا المبحث في مطالب أربعة؛ الأول في مفهوم توثيق العقود، والثاني في طرق وآليات حفظ العقد، والثالث في مدى حجية العقد التوثيقي في التقاضي، والرابع حول فسخ العقود وأسبابه، ونحسب أن هذه المطالب الأربعة ضرورية في مسألة صياغة العقود من النظر الفقهي.

المطلب الأول: مفهوم توثيق العقود وأهميته.

الفرع الأول: التوثيق ومفهومه وإشكالية نشأته

التوثيق في لغة العرب من وثق الشيء أي أحكمه وأتقنه⁽¹⁾.

والتوثيق لفظ شامل عام متعدد المعاني يصح استخدامه في عدة مجالات؛ فالتوثيق عند أهل الحديث هو تخريج الحديث من مظانه، والتوثيق عند الفقهاء هو التقييد للفقه، وفي علم الإدارة هو حفظ الوثائق وأرشفتها، وهكذا.

والذي نعنيه هنا ونقصده بالبحث والذكر هو حفظ وثائق العقود وصيانتها وأرشفتها، لما له من أهمية بالغة في حفظ العقود المصاغة صياغة فقهية محكمة من جهة، وإلى أهمية الوثيقة في الحجاج والتقاضي من جهة أخرى. وقد كنا تطرقنا في الباب الأول حول التوثيق بمعنى الصياغة فلينظر هنالك.

قال ابن العربي: وسميت وثائق من الوثيقة، وهي ربط الشيء لئلا ينفلت ويذهب، وسميت عقوداً لأنها رُبطت كتابةً كما رُبطت قولاً⁽¹⁾.

(1) انظر: مقاييس اللغة، 85/6، مختار الصحاح، ص332، لسان العرب، 371/10.

وقال الأستاذ محمد زريقي: فالتوثيق في مجال الدواوين والإدارة يعني: حفظ الوثائق والرسائل والسجلات والمعلومات الإحصائية وتبويبها وتنظيمها، بحيث يسهل الرجوع إليها والاستفادة منها⁽²⁾، هذا الذي نقصده هنا في هذا المبحث.

وعلى ذلك يكون معنى التوثيق في أحد معانيه مطابقا لمعنى الأرشيف باللفظ المعاصر، ولبیان مفهوم التوثيق عند فقهاء الإسلام ووُثاقِهم، واجهتنا إشكالية تاريخية وجب الوقوف عليها أولا ثم نسوق ما وجدنا من تعاريف للتوثيق، وذلك أن بعض الباحثين في الدراسات المكتبية والأرشيفية ذكروا أن العرب لم يعرفوا الأرشفة قبل الإسلام ولم يكن في اللغة مصطلح الأرشيف إطلاقا رغم أن المنطقة كانت مجاورة لحضارات عدة، وبالمقابل نجد أن التوثيق والأرشيف تمكنت منه أوروبا في القرنين الخامس والسادس قبل الميلاد.

أما في الحضارة الإسلامية فقد تعرفوا فقط على التدوين والدواوين التي لم تلحقنا النصوص عن طريقة بنائها، وبقي بذلك العرب لا يعرفون الأرشفة دهرًا من الزمن في الوقت الذي تطورت فيه الأرشفة في أوروبا، إلا في العصر الحديث لما استُعمرت الدول العربية حيث تعرّفت وقتها على طرق حفظ وصيانة الوثائق⁽³⁾.

هذا الطرح شكّل لنا إشكالا تاريخيا للمبحث عن صدقه وحقيقته، فحتم علينا النظر والبحث فيه، وإنه مما يجب التنويه له أن ما ذكره من سبق الحضارات الأخرى للعرب في مجال الأرشفة لا يُسلم له بإطلاق؛ فما ذكره أرشفة لتلك الحضارات ما هو إلا تقنين وصياغة للقوانين، ذكر معها توثيق بعض المعاملات والأحداث المهمة الجارية وقتها، وهذا النوع من الأرشفة شهدته كل الحضارات.

(1) عارضة الأحوذى، 220/5.

(2) نظام الشهر العقاري في الشريعة الإسلامية، ص12، نقلا عن: الوثائق والأحكام بالمغرب والأندلس، إدريس السفياي، 204/1.

(3) انظر: علم التوثيق والتقنية الحديثة، محمد قبيسي، ص35، الأرشيف مفهومه وتاريخه وأصنافه وإدارته، مدونة أبحاث، 2014م: <http://ab7aath.blogspot.com/2014/03/blog-post.html>

أما العرب قبل الإسلام فصحيح لم تعرف التقنين مدونا مكتوبا محتوما موثقا في نُظْمٍ، ولكنهم تعارفوا على المبادئ والقيم في أشعارهم ومعلقاتهم، فهي بالنسبة لهم كالقانون الذي لا يصح مخالفته، أما التوثيق بمعنى الأرشفة فنعم لم يكن لهم نظاما يحفظ الوثائق ويؤرشفها، لكن ثبتت كثير من الأحداث والعقود للعرب مؤرشفة في وثائق محفوظة، وقد عثر عليها فيما بعد، ومنها ما تم تداوله ونقله في أشعارهم.

أما حضارة الإسلام فمن المعيب أن نتغاضى عنها ونلحقها بما قبل الإسلام، وأن يكون ذكر الأرشفة عنهم مقتضبا محصورا في تدوين الدواوين فحسب، دون بيان لنظام محكم للأرشفة، هذا أمر معيب في البحث العلمي مفتقر للموضوعية؛ إذ الدواوين التي أمر بها عمر رضي الله عنه لها مستندات تستند عليها وهي:

- فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اتخذ خاتما يختم به على الوثائق، فقد قيل له أن الملوك لا يقبلون الكتب غير المختمة فاتخذ خاتما نقشه (محمد رسول الله).
- اتخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم عددا من الصحابة لتوثيق العقود وصيانتها، فقد أكد ذلك ابن بري فقال: وقد كان الصحابة يكتبون في عهد رسول الله الوثائق وبعده⁽¹⁾ وذكروا منهم: عبد الله بن الأرقم بن عبد يغوث الزهري، والعلاء بن عقبة كانا يكتبان المدائيات بين الناس وسائر العقود والمعاملات⁽²⁾.
- ووثائقه صلى الله عليه وسلم وصلت إلينا اليوم محفوظة مبينة لما تعاقد عليه صلى الله عليه وسلم مع بعض الصحابة.
- اهتمام الصحابة الكرام بتوثيق كثير من التصرفات؛ كالوصايا والإقطاعات والأوقاف وغيرها، وقد أحسن الباحث: سعد الحامدي في جمع هذه الوثائق في كتابه: التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي.

(1) التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي، الحامدي، ص 77.

(2) المرجع السابق.

ثم يرجع الفضل إلى عمر رضي الله عنه في اعتماد الدواوين كأمر رسمي مصكوك محتوم بختم أمير المؤمنين، وجعل لها دارا مستقلة معروفة، ووظّف لها عددا من الصحابة الكرام. ولا يمكن الظن أو الاعتقاد أن هذه الدواوين توقفت في زمن عمر في منطقة الحجاز أو إن شئت قلت في منطقة الشام والعراق بشكل أدق فحسب، لا يمكن قول هذا أبدا، لأن الحضارة الإسلامية ممتدة من المحيط إلى المحيط؛ وقد كانت دار الدواوين في الشام وأخرى في مصر وأخرى في المدينة في زمن عمر، ثم انتشر علم الشروط وصياغتها وحفظها في العراق مع المذهب الحنفي فقد ألف فيه هلال بن يحيى البصري الحنفي ت 245هـ كتاب: تفسير الشروط، وألف أبو زيد الشروطي ت 200هـ كتاب الوثائق وكتاب الشروط الكبير والصغير، وألف أبو جعفر الطحاوي 321هـ كتابه: الجامع الكبير في الشروط، وذكر أنه اعتمد على عمل فقهاء شروطين قبله.

أما في الغرب الإسلامي وفي الأندلس فلا تكاد تجد منطقة من المناطق إلا ولها عدد من الوثائق البارعين في كتابة الوثائق وحفظها، بل نكاد نجزم أن علم الوثائق نضج وتطور في الغرب الإسلامي والأندلس، وقطعا ما بين الشرق والغرب ليس بمعزل عنهما⁽¹⁾.

ثم اتسعت دائرة الاعتماد على الأرشفة والحفظ في الرقعة الإسلامية بعد الدواوين إلى غاية سنة 87هـ حيث أصبحت الأرشفة والتدوين والحفظ مكتملة البناء معتمدة رسميا⁽²⁾، وإن نظرة في تاريخ التوثيق في مشرق المسلمين ومغربهم كافية لإثبات نظام حفظ الوثائق وأرشفتها، بل يمكن القول بأن الحضارة الأوروبية بنت مجدها على وثائق المسلمين المؤرشفة بعد نقلها وترجمتها.

نعم يوجد كثير من النقص في مجال الأرشفة عند المسلمين، كما يوجد كثيرا من الغموض حولها، لكن مبدأ التوثيق والأرشفة معروف عندهم منذ عهد التشريع الأول وظهر أكثر تنظيما مع الدواوين العمرية.

(1) انظر هذه المؤلفات في: الوثائق والأحكام بالمغرب والأندلس، إدريس السفياني، ماهية علم الوثائق ومرجعياته في تراث الغرب الإسلامي، مقال ل:فؤاد طوهارة، مجلة كان التاريخية.

(2) أصالة الدواوين والنقود العربية، عبد المتعال محمد الجبري، مكتبة وهبة، القاهرة، ص 11.

وفي مقال محمد خضر محمد خضر بعنوان: علم الشروط عند المسلمين وصلته بعلم الوثائق العربية، ذكر هذا الزعم بأن دولة الإسلام لم تعرف نظام الأرشفة، وأدرج جهود كثير المستشرقين حول البحث في أسس ومنهج وقواعد التوثيق، لكنهم انْتَقَدُوا لاعتمادهم على مصادر محدودة محصورة⁽¹⁾، وباطلاعنا على هذه المقالات وقراءتها أكثر من مرة تأكد لنا أمران:

1. إما أن النقص الذي ذكره خاص بالوثائق محل الدراسة الخاصة بكل باحث فحسب، وعليه لا يمكن تعميمه على باقي الوثائق، وهذا أمر نقبله فليس كل ما كُتِبَ ووُثِّقَ كاملاً.
2. أنه لا يمكن الاعتماد إطلاقاً على هؤلاء المستشرقين في ضبط نظام التوثيق والأرشفة الإسلامية، فمبدأ التشكيك في كل ما له صلة بتاريخ الإسلام ومشكاة النبوة الطاهرة، الذي أصاب الديانات السابقة فانقطعت عن الأصل الشرعي، هو المقصود وذلك من أجل تصدير نظام للحفظ والتوثيق والأرشفة للمسلمين بعيد عما توارثوه من الحضرة النبوية الطاهرة.

الفرع الثاني: أهمية التوثيق

إن الذي لا شك فيه أن لتوثيق العقود والسجلات أهمية بالغة في الحفاظ على ممتلكات الأفراد، ومن مجموع هذه الوثائق لأي مجتمع يتكوّن الموروث الحضاري؛ فالوثائق كنز من كنوز الماضي، تعكس صورة أصحابها في حياتهم وماضي تاريخهم، وطبيعة تعاقداتهم، وكيفية انتقال ملكية الأراضي والعقارات والمنقولات فيما بينهم، وعن آلية ترابطهم العائلي وأنسابهم وذرياتهم. تقوم مسألة التوثيق على أصل أمن الوثائق من حفظها، وحسن تخزينها، وتأمينها من السرقة، وترميمها وصيانتها، فما من دولة أو مؤسسة إلا ولها نظاماً وثائقياً مصوناً كالدرع الحامي للدولة والمؤسسة والأفراد من ضياع حقوقها، ولا تزال الدول تسعى إلى ضبط نظام التوثيق والأرشفة وإحكامه خوفاً من سرقة وتزويره وتسريبه.

وقد عانت الدول العربية من ويلات كثيرة كان سببها نهب وسرقة وثائقها، سواء السياسية أو العسكرية أو الجغرافية أو التاريخية أو المدنية منذ العهد الأول للحروب على دولة الإسلام، وقد زادت حدة هذا النهب والتشويه والسرقة للوثائق مع عصر الاستعمار الغاشم الذي لم يترك وثيقة

(1) انظر: علم الشروط عند المسلمين وصلته بعلم الوثائق العربية، محمد خضر، ص 154.

إلا وصادرها، فامتألت بذلك دور الأرشيف عندهم، وبعض الوثائق أصبح مالکها شخص غربي لا علاقة له بالتاريخ الإسلامي من قريب ولا من بعيد مثل: وثائق النبي صلى الله عليه وسلم ورسائله للنجاشي أصبح مالکها الأستاذ دنلوب! ورسالة الرسول صلى الله عليه وسلم إلى هرقل عظيم الروم، محتومة بختم رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهي من مقتنيات الملك حسين ملك الأردن! ورسالة الرسول صلى الله عليه وسلم إلى كسرى مالکها هنري فرعون لبنان، ورسالة الرسول إلى المنذر بن ساوى بمتحف طوب قابي تركيا!!! . وغيرها من الوثائق المنهوبة.

وقد راجت سرقة الوثائق وتجارها أواخر القرن التاسع عشر للميلاد، والنصف الأول من القرن العشرين، وعلى سبيل المثال، فالبرديات المصرية⁽¹⁾ - التي اكتشفت أواخر القرن التاسع عشر للميلاد ومطلع القرن العشرين - سُرق منها الآلاف من الأوراق واللفائف البردية، التي تعود لعصور مصر الفرعونية، وكذلك الإسلامية التي تعود لعصور الإسلام الأولى في حكم مصر، وخاصة منها وثائق (قرة بن شريك العبسي)، حاكم مصر من قبل بني أمية سنة (95هـ)⁽²⁾.

والهدف من نهب الوثائق العربية هو الضغط على الدول والأفراد بقبول الأطماع الغربية المادية، ونهب عقاراتها وممتلكاتها، وجعلها تقبل الإملاءات لتسيير النظام العام وموارد البلدان والمؤسسات، ومن ثمّ اللعب على وتر اختلاط الأنساب وتداخلها وتفكك الأسر جراء نهب وثائق الأنساب والأنكحة، لذلك كانت المأساة الاستعمارية عميقة، وإننا أثناء البحث تعرفنا على بعض الموثقين حيث أخبرونا أن الكثير من وثائق العقود المنهوبة في زمن الاستعمار لعقارات وبنيات كانت موثقة بعقود ملكية لأصحابها الأصليين ثم تمّ التسلط عليها لأن لا وثيقة تثبت الملكية!، أما عن أرشيف الأنساب والأنكحة فما زال يُؤلم كثيرا من الأسر؛ حيث طُمت الأصول الشريفة لبعض الأسر ظلما، ومُنحت أسر أخرى الشرف زورا، ودُست أسرا أخرى في مجتمعنا كراهية⁽³⁾.

إن تنظيم التوثيق له أهمية قصوى يجعلنا نحصل على معلومات في وقت قصير ومن غير تعب، ثم إن إحياء التراث يظل ضرورة علمية وقومية وحضارية وإنسانية لكل أمة تُقدّر ما يستحق

(1) البرديات المصرية: هي عبارة نصوص مصرية قديمة مكتوبة على ورق البردي، وهي تعطي لمحة عن الإجراءات الطبية والممارسات في مصر القديمة، وتعطي تفاصيل عن الأمراض والتشخيص والعلاج وغيرها.

(2) انظر: الوثائق ومكانتها في التاريخ الإسلامي، عبد الكريم السمك، مجلة أحوال المعرفة، العدد 72 س 17، 2013م.

(3) انظر على سبيل المثال: إعلان مجلس المحاسبة الفرنسي في تقريره أن أربعين ألف صندوق يعود إلى أرشيف الجزائر المدني لم يتم فتحه، العربي الجديد، 13 يناير 2018م.

التقدير تراثها وتحاول أن تفيد منه في حاضرها ومستقبلها وتقدمه للإنسانية هدايا تنم عن مقدار مهديها، فلاهتمام بالوثائق ليس عملا تاريخيا ماضويا بقدر ما هو عمل حياتي مستقبلي، والأمر لا يمكن أن يبقى كما هو الآن في حدود الوفاء النظري له والإشادة العاطفية به، وإنما هو كذلك أو قبل ذلك في الانتفاع بهذا التراث الوثائقي والوفاء لأنفسنا من خلاله⁽¹⁾.

أمام هذا القصد الدميم لنهب الوثائق من الواجب علينا تنظيم وثائقنا تنظيما علميا متقنا ووضع نظام توثيقي متين يُسهل الرجوع إلى الوثيقة والاستفادة منها.

ثم إن الاعتماد في البلاد العربية على تنمية الوعي الوثائقي لبعث الحياة والحضارة من جديد من بطون أطنان الورق والمستندات والمراجع المهمة أمر ضروري، لكي تتضح بذلك حقائق دورة الحياة بين الأجيال الحاضرة والأجيال الماضية، ويتم الترابط بين الماضي والحاضر.

المطلب الثاني: آليات حفظ العقود من النظر الشرعي.

في هذا المطلب نسرد الطرق الشرعية لحفظ العقود من النظر الشرعي، وذلك من أجل بيان طريقة الفقه في تأمين ملكية الأفراد على العقارات والمنقولات وكل المبيعات، وكذا حفظ الأعراس والأنساب.

وجملة ما سطره الفقه الإسلامي من آليات حفظ العقود ثلاثة؛ التسجيل، الشهر العقاري، توثيق العقود.

الفرع الأول: تسجيل العقود.

من خلال البحث عن آلية التسجيل ونشأته، نجد جل من تطرق لبحثه الدراسات القانونية فهي مستفيضة، بخلاف الدراسات الشرعية فهي قليلة مع صعوبة الوصول إليها، ومع استفاضة الدراسات القانونية لتسجيل الملكيات أو العقود فإن بعض البحوث تطرق أصحابها إلى التسجيل في الشريعة الإسلامية، وتكاد هذه الدراسات أن تجزم بأن الشريعة الإسلامية لم تعرف نظام التسجيل في أول مبدئه، وإنما أرجعت الملكية وإثباتها إلى الوازع الديني للأفراد، ثم يُسقطون هذا الأمر على نظام الدولة في الشريعة على مر العصور، فالفقه الإسلامي بالنسبة لهم لم يعرف

(1) العناية بالوثائق مظهر من مظاهر الحضارة، مبارك الريسوني، مجلة دعوة الحق، العدد 240، سنة 1984م.

التسجيل خلال تاريخه وتشريعه ! وهذه مغالطة تاريخية، وهل يُعذرون في ذلك لعدم تخصصهم في الفقه وتاريخ التشريع أم لا؟ خلاف.

نعم إننا نقر هنا أن الدراسات الشرعية حول نظام تسجيل العقود قليلة، لكن النظام موجود وإن لم يكن بتسمية التسجيل، لذلك نحاول هنا أن نسوق بعض الأحداث المؤكدة على وجود نظام تسجيل العقود في الفقه الإسلامي.

وقبل البدء في ذلك نسوق مفهوم التسجيل في اللغة لنخلص لمفهوم له في الاصطلاح الفقهي؛ التسجيل لغة مشتق من سجل؛ قال ابن فارس: السين والجيم واللام أصل واحد يدل على انصباب شيء بعد امتلائه، والسَّجَل كتاب يجمع كتباً ومعاني، وكتب السجل، أو السجلات هي كتاب العهد ونحوه⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح قيل: التسجيل هو تدوين الشيء في السجلات (الدواوين) الرسمية⁽²⁾.

من هذين المفهومين نخلص إلى مفردتين هما السجل والدوان، ويزعم بعض الباحثين أن العرب لم يعرفوا حضارة التسجيلات وإنما عرفوها من الفرس والروم في تنظيم الجند وناظم الدولة، ومن ثمة تم تعريب هذا النظام وعُرف بعدها بنظام الدواوين⁽³⁾.

ولا غرابة أن يأخذ النظام الإسلامي نظام الدواوين عن غيره من النظم الأخرى، فهذا التنافع بين الحضارات والأمم معروف منذ القدم، لكن الذي يهمنا هو وجود نظام التسجيل والدواوين في النظام الإسلامي، وتمييزه عن غيره من أنظمة الدواوين الأخرى بمعايير ذات طابع شرعي سيأتي ذكرها.

وأول من اتخذ السجل والكتابة من أجل حفظ حقوق الناس في دولة الإسلام هو رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ كان له كتاب وموثقين يُسجلون العقود في قراطيس تُحفظ بها ملكية الأفراد، والأمثلة في ذلك كثيرة.

(1) مقاييس اللغة، 136/3، القاموس المحيط، ص1013.

(2) معجم لغة الفقهاء، ص130.

(3) انظر: أصالة الدواوين والنقود العربية، عبد المتعال محمد الجبري، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1989م، ص9.

ثم تتابع هذا النظام في التوسع والانتشار والإحكام بعد عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، حتى أظهره عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حيث قسم هذا النظام إلى عدة دواوين تُسجل ما يحتاج إليه الخليفة في تسيير الدولة ومواردها؛ فمنه ديوان الجند، وديوان الخراج، وديوان المستغلات، وديوان المال، ديوان الديون والمعاملات، وغيرها من الدواوين التي أخذت في الظهور في كل عصر من عصور الإسلام الأولى، ثم لا شك أن هذا النظام اتبع وتبنته معظم الدول الحاكمة للأقطار الإسلامية عبر الزمن إلى غاية عصر الاستدمار، ففي مصر عرف الديوان وفي العراق أصله، والمغرب العربي لهم ديوان، وفي الأندلس ديوان، وفي كل رقعة إسلامية ديوان، تُحفظ فيه الحقوق، وتُسَيَّر وفقه شؤون الدولة.

والتسجيل يُقصد به إحصاء الدولة للأموال، وتوثيقها في سجل خاص، ولا تُعرف الأملاك إلا بالعقود الرسمية الموثقة، وعليه تكون عملية تسجيل العقود في سجل خاص وقيام موظف عليها، وحمايتها، خطوة أولى في نظام ديوان الخراج خصوصاً، فتوثيق عقود الملكية على العقارات خاصة وتسجيلها يُمكن الدولة من معرفة أملاك الأفراد وتمييزها عن أملاك الدولة، وعن العقار المشاع، وحفظ حقوق الأفراد، كما يُمكنها من فرض نظام الحماية على الأملاك، لذلك أحسن الإمام الماوردي إذ عرّف نظام الخراج بأنه: ما وضع على رقاب الأرض من حقوق تؤدي عنها⁽¹⁾، أو هو الضريبة والجزية التي فرضها المسلمون على الأرض بعد فتحها⁽²⁾.

غير أن الضريبة على الأرض خاصة بأراضي الذايمن فحسب دون المسلمين ساكني الذاار، وهذا خلافا لما عليه التشريع الوضعي إذ الذاار منه فرض الضريبة على الأرض المسجلة مطلقا.

أما تسجيل عقود القسمة والميراث فقد جعل لها ديوان خاص تسجل به، وأول من وضع هذا الذايان قاضي مصر في زمن معاوية أبو سلمة سليم بن عتر التجيبي المصري⁽³⁾، فحفظ بهذا التسجيل حقوق الأفراد وحق الذاولة من الميراث⁽¹⁾.

(1) الأحكام السلطانية، الماوردي، ص 227.

(2) نشأة الذاواوين وتطورها في صدر الإسلام، زريف مرزوق المعايطية، مركز زايد للتراث والتاريخ، 2000م، ص 190.

(3) أبو سلمة سليم بن عتر ابن سلمة بن مالك بن عتر بن وهب بن عون بن معاوية بن الحارث بن أيدعان بن سعد بن تجيب بن الأشرس بن شبيب بن السكون بن الأشرس بن كندة، من أهل مصر، روى عن عمر، وعلي، وأبي الذارداء،

وفي ديوان الحبوس والأوقاف تسجل عقود الهبات والأوقاف، وفي ديوان الأسرة تسجل عقود الأنكحة والطلاق، وفي ديوان القاضي وحسبته كانت تسجل باقي العقود.

ومما نلاحظه هنا أن التشريع الوضعي يعد التسجيل خاصا فقط بالأموال العقارية، ولا يذكر تسجيل العقود الأخرى في هذا المعنى للتسجيل، بخلاف التسجيل والتدوين في الشريعة فهو شامل لكل وثيقة أو عقد تثبت حقوق الرعايا في الدولة، بما فيها العقود.

ومما يستفاد هنا في التشريع المعاصر أن التسجيل صفة رسمية، فهو لا يُعطي الصفة الرسمية للعقود العرفية، بل دوره يقتصر فقط بإعطاء تاريخ ثابت للتصرف في الملكية⁽²⁾.

وطريقة تسجيل العقود كانت تتم في دواوين متعددة كما أسلفنا، لكننا نرى هنا أن يُجعل ديوان واحد لتسجيل العقود ويكون تابعا للمنظومة التعاقدية، يُعطي الصبغة الرسمية للعقود، كما يقوم بأرشفتها وتصنيفها وتصنيفها قصد توظيفها في التحاكم والإحصاء والبحث العلمي وغيرها من الدراسات الاستشرافية للواقع.

الفرع الثاني: شهر الأملاك

يعرف نظام الشهر العقاري بأنه نظام إعلاني وإعلامي لممتلكات الأفراد الموثقة بعقود رسمية، حيث يساعد أصحاب الممتلكات في الترافع عند التقاضي وحوز الحق له⁽³⁾، والغرض منه حماية حق الأفراد في ملكية العقارات والمنقولات ذات العقود الرسمية من جهة، وتمكين الدولة من الجباية على الممتلكات المسجلة والمشهرة من جهة ثانية، وكذا تنظيم العقار من جهة ثالثة، وقد ألحق

وعمر بن العاص، وحفصة، كان قاصا يقصّ وهو قائم، وكان رجلا صالحا، من المئة الثانية، ولاه معاوية قضاء مصر، انظر ترجمته في: تاريخ دمشق، ابن عساكر، 271/72.

(1) انظر: أصالة الدواوين والنقود العربية، مرجع سابق، ص 27.

(2) انظر: إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، جميلة زايدي، رسالة ماجستير، جامعة أم البواقي، 2012م، ص 58.

(3) المرجع السابق، ص 92.

التشريع الوضعي بصاحب الملكية والحائز على العقد الرسمي صفة الشهر العقاري لدى المحافظة العقارية في آجال محددة، وإلا فلا حماية له لعقاره قضائياً. غير أنه بهذا الصفة أرهق كاهل الملاك. أما في النظام الفقهي فإن للعقار صفة خاصة تُعرف بالتوثيق العقاري، وهو: الأحكام والإجراءات التي تكفل إحكام وإثبات العقار على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به عند التنازع⁽¹⁾، ويتم توثيق العقار كتوثيق غيره من العقود الأخرى بالرهن أو بالكتابة أو بالإشهاد. فقد وردت أمثلة عن ذلك في السنة الفعلية لرسول الله صلى الله عليه وسلم يمكن عدّها أصولاً للشهر العقاري فيما بعد، منها:

1. حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما، قال: سألت أمي أبي بعض الموهبة لي من ماله، ثم بدا له فوهبها لي، فقالت: لا أرضى حتى تشهد النبي صلى الله عليه وسلم، فأخذ بيدي وأنا غلام، فأتى بي النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: إن أمه بنت رواحة سألتني بعض الموهبة لهذا، قال: "ألك ولد سواه؟"، قال: نعم، قال: فأراه، قال: "لا تشهدني على جور"⁽²⁾.

ففي الحديث أمارات دالة على توثيق ملكية العقار بالشهادة، فإن تم ذلك كان العقار مشهوراً بين الخلق انه لفلان بن فلان، لكن مع توسع العمران وكثرة الأفراد داخل الدولة، وتغير الطباع والأخلاق في النفوس، احتاجت النظم الحاكمة إلى آليات أخرى لتوثيق العقار وإثبات حق الملكية لصاحبه وفق نظام الشهر العقاري.

2. عن راشد بن سعد، قال: قام تميم الداري وهو تميم بن أوس رجل من لحم، فقال: يا رسول الله، إن لي جيرة من الروم بفلسطين لهم قرية يقال لها حبرى وأخرى يقال لها بيت عينون، فإن الله فتح عليك الشام فهبهما لي، فقال: "هما لك" قال: فكتب لي بذلك كتاباً، فكتب: "بسم الله الرحمن الرحيم هذا كتاب من محمد رسول الله، لتميم بن أوس الداري، أن له قرية حبرى وبيت عينون، قريتها كلها سهلها وجبلها وماءها وحرثها

(1) تعريف الشيخ يوسف الفراج في بحثه (تنظيم العقار وتوثيقه)، نقلها عنها: نوال العقار، أحمد بن عبد العزيز العميرة، ص 237.

(2) صحيح البخاري، كتاب الشهادة، باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد، رقم (2650)، 171/3.

وأنباطها وبقرها ، ولعقبه من بعده، لا يحاقه فيها أحد، ولا يلججه عليهم أحد بظلم فمن ظلمهم أو أخذ من أحد منهم شيئاً، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين"⁽¹⁾.

وفي هذا النص دليل على اتخاذ الكتابة وصياغة العقد وختمه شهراً له، لذلك كل الخلفاء الذي جاءوا بعد النبي صلى الله عليه وسلم أثبتوا هذا العقد بناء على شهره له بالكتابة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، وقد اتخذ شكل الشهر العقاري بالكتابة شكلاً رسمياً في زمن أبي بكر وأكثر منه في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، فكثير من الأراضي تم إقطاعها وإشهار ذلك بوثائق وعقود على مسمع الخلق.

وقد اعتنى الأندلسيون في كل الدول المتعاقبة عليها بنظام التوثيق من حيث إعداد الموثيقين والعدول، وإصلاح القضاء، وقد أوكلت لهم مهمة توثيق العقارات وتنظيمها، وتم إدخال هذه المهمة في سلك الحسبة الدينية، فالعقار في الأندلس أو بالأحرى في المغرب العربي عموماً كانت له قيمته القصوى إذ يعتبر المورد الرئيسي للأفراد فلاحاً وزراعة، لذلك أخذ تنظيم العقار الحيز الأكبر من العناية به توثيقاً وإشهاراً وحفظاً وتنظيماً، ولا يتم لهم ذلك إلا بالاعتماد على العقود الموثقة. وقد نقلت لنا ذلك كثير من الكتب، خاصة منها المتعلقة بالوثائق والشروط مثل: وثائق المرابطين والموحدين لعبد الواحد المراكشي، بتحقيق: حسين مؤنس، الذي نشرته مكتبة الثقافة الدينية بالقاهرة سنة 1997م، فهو مليء بصناعة توثيق العقارات في عهد الدولتين، ومنبه لكثير من طرائق الشهر العقاري.

الفرع الثالث: سجلات الوثائق.

لا غرو أن تعد هذه الآلية حافظة للعقود الموثقة، فما من عدل من العدول الذين تمت ترجمتهم في سجلات التراجم والطبقات إلا وذكّرت لهم سجلات ودواوين احتفظوا فيها بما أثبتوه ووثقوه من عقود؛ وغالبا ما كانت تُعرف دواوينهم بالمحاضر أو بالسجلات أو الدفاتر، وغالبا ما كانت هذه السجلات تودع لدى القاضي وتضم إلى ديوانه، يحفظ بها الحقوق لأصحابها. إن تسجيل العقود وتوثيقها في سجلات ومحاضر قد شهد تطوراً تدريجياً في المغرب العربي عموماً والأندلس خصوصاً، يُلاحظ هذا التطور كل من تصفح كتب التراجم والطبقات وجمع عدداً من الوثائق ومصنفاتهم ودراستها عبر التدرج الزمني، وهذا ما قام به الدكتور عبد اللطيف الشيخ في

(1) الأموال، ابن زنجويه، كتاب الإقطاع، رقم (1016)، 2/614.

أطروحتة حيث قسمه إلى أقسام أربعة: طور النشأة ثم النهضة والازدهار، ثم عصر الركود والانحصر قبيل سقوط الأندلس، وأضاف قسما رابعا للمغرب العربي دون الأندلس حيث تنوعت أساليب التوثيق بحسبه عند المغاربة⁽¹⁾.

وعند التصفح لبعض مصادر الوثائق والشروط التي ذكرها والتي تمكنا من تحصيلها نجد أن غالب ما تطورت فيه الصنعة التوثيقية طريقة الصياغة وآلية حفظها؛ فكأنها كالقوانين الصارمة المنظمة لعملية التوثيق العدلي، وعليها استمر العمل في المغرب العربي إلى مجيء الدولة العثمانية التي نزعت نزعة مغايرة في تنظيم العقود والسجلات، ومن بعدها الاستعمار الذي محا التوثيق العدلي وصنعتة وسجلات الموثقين من الحياة المدنية لسكان المغرب عموما والمغرب الأوسط بالخصوص.

المطلب الثالث: فسخ العقود وأسبابه

يعد هذا العنصر -فسخ العقود- مما يجب لفت النظر إليه بالبحث والبيان من الناحية الشرعية، إذ تعتري العقد حالات كثيرة قبل إتمامه وأثناء انعقاده وبعد انعقاده قد تؤدي إلى انحلال الرابطة التعاقدية بين طرفيه، لذلك تجنح معظم الفلاسفات والتشريعات الصياغية إلى بسط الكلام في كيفية فسخ العقود، وأسباب الفسخ.

وكثيرا ما تختلط بعض المصطلحات ذات العلاقة بالفسخ والمتداولة في كتب الفقهاء، إذ إن كل مصطلح فيها يختلف عن الآخر، فهناك انحلال العقد، وانقضاءه، وبطلانه، وإنهاؤه⁽²⁾، لذلك لا بد من بيان هذه الاصطلاحات في فرع أول، ثم نشفع حالات فسخ العقود في فرع ثانٍ، ونختمه بذكر أسباب الفسخ في فرع ثالث.

وقبل ذلك ننوه أن القاعدة الأساس في العقود أنها لازمة⁽³⁾، بمعنى أنه إذا تم العقد بالإيجاب والقبول فهو لازم لنقل الملك والعوض وتبادلتهما بين طرفي التعاقد، والفسخ استثناء من هذه القاعدة حماية لحقوق الأفراد عند توفر الظروف والأسباب المانعة من إتمام التعاقد.

(1) انظر: التوثيق لدى فقهاء المالكية، عبد اللطيف الشيخ، ص 327.

(2) انظر: الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين، دراسة مقارنة، إبراهيم أنيس محمد يحيى، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، 2010م، ص 14.

(3) الفروق، القراني، 269/3.

الفرع الأول: مصطلحات فسخ العقود فقها.

قبل التطرق إلى طرق فسخ العقود في الفقه الإسلامي لابد من لفت النظر إلى مسألة ضمان حرية فسخ العقود من عدمها في الفقه الإسلامي، بمعنى هل يصح للعاقد أو لهما فسخ العقد مطلقاً أم يصح له أو لهما في حالات دون أخرى؟ ومتى يأذن الشارع في استعمال حق العاقد في الفسخ؟

كثيراً ما تذكر الدراسات القانونية تقنين حق فسخ العقد من طرف العاقد، وأن هذا مكسب لحرية الإرادة، لكنها تغفل عن التمييز بين كونه حقاً قانونياً مطلقاً في كل الحالات أو كونه حقاً مشفوعاً بأعذار وأسباب، ثم تجنح بعدها كثير من الدراسات إلى شفع موضوع فسخ العقود قانونياً بمسألة التعسف في استعمال الحق في فسخ العقود. وبهذا تكون هذا الدراسات تزيد الأتعاب وتكثر منها.

على غرار الفقه الإسلامي فقد حوى أصولاً كلية لفسخ العقد، مبينة لأحقية الفسخ مع توفر أسبابه، في نصوص شرعية محصورة، أهمها تشريع حق الخيار في العقود، ثم توسع الفقهاء في بيان وضبط هذه النصوص واستنباط مصطلحات الفسخ وآلياته وأسبابه، بل توصل بعضهم إلى وضع أو استنباط نظرية متكاملة للفسخ من النظر الفقهي، وهو أمر جيد محمود.

لذلك جدير بالبحث أن نذكر المصطلحات التي درج الفقهاء على استعمالها بمعنى فسخ العقود، والتمييز بينها وبين الفسخ. ومن هذه المصطلحات؛ خيار الشرط، الرجوع عن التعاقد، الإقالة، انقضاء العقد، بطلان العقد، فساد العقد، انفساخ العقد، التفريق بين العاقدين.

أولاً: فسخ العقود؛ يُطلق الفسخ في اللغة على أنه مرادف لكلمة نقض الشيء، فيقال: انفسخ العقد أي انتقض، وتأني بمعنى التفريق؛ فيقال: فسخ عقد الحبل أي فرق بين طرفيها⁽¹⁾، وفي اصطلاح الفقهاء فسخ العقد هو حل ارتباط العقد، أو هو رفع جميع أحكام العقد وآثاره واعتباره كأن لم يكن⁽²⁾، ويكون هذا الرفع بعد التعاقد إذ لا يمكن اعتبار الفسخ على شيء لم يحدث بعد، وسواء تمت الحياة والقبض والتسليم والتخلية بين العاقد والمعقود عليه، أو الدخول في النكاح أو لم تتم، فإن الفسخ يطرأ على العقود المبرمة فعلياً، ويلحقها الفسخ لأسباب شرعية

(1) مقاييس اللغة، 503/4، لسان العرب، 44/3.

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية، 26/7، 324/5.

سيأتي ذكرها في فرع أسباب الفسخ، فإذا تم الفسخ بين المتعاقدين فإن الملكية ترجع لصاحبها الأول قبل التعاقد، وكذا حرية التصرف.

ثانياً: الرجوع عن التعاقد؛ وكلمة الرجوع في اللغة لها عدة معان منها أنها تدل على العودة إلى الأصل، إذ رجعت المرأة بعد عدتها أي عادت إلى بيت أهلها، ورجعت المرأة في عدتها أي عادت لبيت زوجها⁽¹⁾؛ فبيت زوجها أصل مع قيام الزوجية، وبيت أهلها أصل مع ارتفاع الزوجية.

فالرجوع في العقود هو ترك إتمام التعاقد بعد الدخول فيه، ودائماً يذكره الفقهاء بين الإيجاب والقبول؛ فإذا صدر الإيجاب ولم يصدر القبول -أو العكس باعتبار أيهما يُقدم على الآخر- للموجب أن يرجع عن إيجابه ويعدل عنه، وكذلك للقابل أن يعدل عن القبول، فالرجوع في العقود يكمن أساساً في هذا الموضوع، أما بعد التعاقد وانقضاء مجلس العقد وتفرق المتعاقدين فلا يمكن رده ولا الرجوع عنه إلا بنكول أو يمين أو سبب أو قضاء.

ثالثاً: الإقالة؛ وهي من أقالته بمعنى صفح عنه وعفا عنه وتجاوز عنه، ويقال: استقاله أي طلب منه العفو عن التصرف.

وفي الاصطلاح الفقهي فقد عرفها ابن عرفة بقوله: ترك المبيع لبائعه بثمنه⁽²⁾، وهو تعريف مقيد لها في عقود البيع دون سواه؛ فلا يمكن بمفهومه هذا جعل الإقالة في النكاح أو الوقف أو الوصية أو غيرها من عقود التبرعات، ثم إن قوله ترك يُفهم منه أن مرتكز الإقالة التخلي عن المبيع، وليس التخلي عن العقد فالعقد مضي ولزم لهما، فإذا أراد التخلي عن المبيع للبائع الأول بعد العقد مقابل ثمنه الأول كانت إقالة، ولم يُشر ابن عرفة في حده هذا هل الإقالة تكون بعد التفرق بالأبدان أم قبله؟ كما لم يُشر هل الإقالة هي فسخ للعقد بالتراضي أم هي عقد ثان؟ وذلك لأن المالكية يعتبرون الإقالة عقد ثان⁽³⁾، غير أن الإقالة لها أحكامها في كل باب من أبواب البيوع؛ كالسلم والقرض والشركة وغيرها ولها أسبابها المجيزة لها والمانعة لها، وإنما القصد هنا بيان أن الإقالة في العقود هي نوع من فسخ العقد الأول برضا الطرفين.

(1) مقاييس اللغة، 490/2.

(2) شرح حدود ابن عرفة، الرضاع، ص 279.

(3) انظر: البيان والتحصيل، 437/2.

رابعاً: انقضاء العقد؛ فكلمة انقضاء تدل لغة على الانتهاء، وهو المعنى ذاته الذي استعمله الفقهاء عند الحديث عن انتهاء الالتزام في العقود، فانقضاء العقد أي انتهت مدة الالتزام بنوده وشروطه، ولا يكون ذلك إلا في العقود اللازمة أو المؤقتة؛ مثل اشتراط الخيار ثلاثة أيام في عقد بيع فإن انتهت مدة الثلاثة أيام انقضى التزام البائع مثلاً، وقد يكون انقضاء العقد بسبب الموت، فموت الزوجة مثلاً ينقضي به التزام الزوج بشروط النكاح.

لكن لا يمكن القول في انقضاء العقد أنه فسخ لأنه كما ذكرنا آنفاً أن الفسخ رجوع طرفا العقد إلى أصلهما الأول في الملكية وحرية التصرف، وفي انقضاء العقد لا يمكن أن يرجع المعقود عليه إلى أصله أو العاقد الأول، ولا ترجع له حرية التصرف فيه؛ ففي البيع ينقضي العقد ويبقى المعقود عليه في يد المشتري. فالفسخ وانقضاء العقد يختلفان من حيث طبيعة العقد والسبب الموجب للفسخ أو الانقضاء.

خامساً: انفساخ العقد؛ فقولهم انفسخ الشيء أي تفكك، وانتقض، وفي اصطلاح الفقهاء قرأني بقوله: الانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه⁽¹⁾، ثم شرح القرأني الفرق بين الفسخ والانفساخ في العقود إذ الفسخ متعلق بالعاقدين أو القاضي إذا وجد أحدهما أو كلاهما إخلالاً بشروط العقد والتزاماته، فله حق الفسخ، أما الانفساخ فهو متعلق بالمعقود عليه؛ السلعة والثلث أو الزوجة والمهر، فنقول العقد انفسخ أي تفكك ورجعت السلعة لمالكها الأول والثلث لمالكه الأول، ولا يكون الانفساخ في العقود إلا إذا توفر السبب الشرعي لها؛ كمثل من نكح أخته من الرضاع ولم يعلم بذلك إلا بعد الدخول ففور علمه بذلك وتيقنه انفسخ العقد ولها مهر المثل، ويظهر أن هناك فرق آخر بين الفسخ والانفساخ أن الفسخ يتعلق بالعقود الفاسدة، أما الانفساخ فيتعلق بالعقود الباطلة؛ فكل عقد فاسد يُفسخ، وكل عقد باطل يفسخ.

سادساً: خيار الشرط أو خيار المجلس، وهما رخصتان شرعيتان أقرتهما الشريعة كنوع من أنواع فسخ العقود، إذ يعتبر الخيار حقاً لكلا طرفي العقد، خيار الشرط يثبت حقاً له إذا اشترطه أحدهما ورضي به الآخر، وخيار المجلس حق أثبتته الشريعة للعاقدين في مجلس العقد على خلاف فقهي فرعي بين الفقهاء.

(1) الفروق، القرأني، 269/3.

سابعاً: التفريق بين العاقدان؛ وهو نوع من أنواع فسخ العقود يحصل خاصة في عقود النكاح إذ يقال مثلاً: تزوجت دون ولي أو زوجت نفسها بنفسها أو زوجتها امرأة أخرى فقال مالك: يُفترق بينهما⁽¹⁾، فالتفريق في العقود يرجع إلى القاضي دون غيره.

ثامناً: بطلان العقود وفسادها؛ وهما اصطلاحان ورد استعمالهما في كل المذاهب الفقهية، لكن وقع فيهما الخلاف كثيراً في تحديد مفهومهما، وفي مذهب مالك رحمه الله، بطلان العقد هو كل عقد وقع على منهي عنه، وهو مرادف للفساد، فكل عقد وقع على منهي عنه شرعاً فهو فاسد وكل فاسد باطل⁽²⁾.

الفرع الثاني: أسباب فسخ العقود.

في هذا الفرع نحصّر الأسباب التي تؤدي غالباً إلى فسخ العقود، وسنذكر ما عده الدكتور حوران محمد سليمان في رسالته للدكتوراه (نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة) بجامعة دمشق، إذ تطرق إلى فسخ العقود وفصلها تفصيلاً شافياً واضحاً، ومثّل لها في تطبيقات فقهية، وبعد اطلاعنا على الفسخ في دراسات أخرى لم نجد من دقق في الموضوع مثله، لذلك نقتفي أثره ونورد أسباب فسخ العقود.

وهو قد فرق بين الفسخ والانسفاخ جعل للفسخ أسبابه وللانسفاخ أسبابه، وقد عدّ أسباب الفسخ سبعة هي⁽³⁾:

- الفسخ بسبب الخيار؛ يمكن تعريفه عند ابن عرفة بأنه: عقد وقف بته أولاً على إمضاء يتوقع⁽⁴⁾، أو هو حق العاقدين أو أحدهما في فسخ العقد أو إمضائه نتيجة اتفاق عقدي بينهما أو لظهور مسوف شرعي يقتضيه⁽⁵⁾، وهو أكثر المصطلحات تقسيماً وتنوعاً في الفقه الإسلامي عموماً إذ يُقسمه كل فقيه أو باحث إلى تفرّعات ومسميات بحسب ما

(1) انظر: البيان والتحصيل، 379/4.

(2) انظر: الشرح الكبير، الدردير، 340/3.

(3) انظر: نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، حوران محمد سليمان، ص66 وما.

(4) انظر: شرح حدود ابن عرفة، الرصاع، ص266.

(5) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 3104/4.

يتعلق به الخيار في العقد، إلا أنه في العموم ينقسم إلى نوعين هما خيار مجلس، وخيار شرط؛ فخيار المجلس هو أن يكون لأحد العاقدين خيار فسخ العقد بعد إتمامه إيجاباً وقبولاً وتسليماً وتسليماً قبل أن يتفرقا عن مجلس العقد، وهذا مما أجازته الشافعية والحنابلة ومنعه الحنفية والمالكية. وخيار الشرط هو أن يضع احد طرفي العقد أو كلاهما شرطاً في التعاقد بأن لها الخيار في إمضاء العقد وفسخه إلى مدة كذا، فإن لم يرجع بالفسخ فالعقد ماضٍ، وكل أنواع الخيار الأخرى المسماة في الفقه فهي داخلة تحت مسمى خيار الشرط؛ مثل خيار العيب وخيار الرؤية وخيار التجربة وغيرها إذا اشترطت في العقد ورضي بها المتعاقدان ولم تخالف نصاً شرعياً أو قاعدة كلية فهي حق لمن اشترطها في مدة الاشتراط.

- الفسخ بسبب الإقالة؛ وهي كما مر آنفا اتفاق طرفي العقد على حل العقد السابق منهما بالتراضي، ففي عقود المعاوضات يُسمى إقالة، وفي عقود الأنكحة يُسمى طلاق بالتراضي وليس إقالة، وهي عند المالكية يبيع جديد يأخذ حكم العقد الجديد، وتُسميت فسخاً تجوزان وعند صياغة العقود إذا أثبت طرفا العقد حق الإقالة ورضيا به فإن لهما ذلك.
- الفسخ بسبب عدم لزوم العقد بطبيعته؛ ومعنى ذلك انه توجد بعض العقود التي تقتضي عدم اللزوم بطبيعتها، كاستثناء من أصل اللزوم السابق، مثل عقد الوديعة والعارية والوكالة وغيرها، فهي غير لازمة لطبيعة عقدها؛ فالوديعة جائزة غير لازمة ما لم تكن بأجرة، بمعنى يصح للمودع أو الوديع أن يفسخ عقده مطلقاً دون رضا الطرف الآخر، وكذا عقد الإعارة فهو جائز يصح لأحدهما فسخه دون التوقف على رضا الآخر ما لم تكن الإعارة مشروطة بوقت معين أو تترتب عليها مستحقات أخرى، وغيرها من العقود غير اللازمة بطبيعتها الأصلية.

- الفسخ بسبب الأعذار الطارئة؛ إن المقصود بالعدر الطرف أو الحادث الطارئ وهو كل حادث عام، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بيّن في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديداً، يتهدهده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة وارتفاع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألوف ولا متوقع⁽¹⁾، والمالكية يجيزون فسخ العقود

(1) الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري، 631/1.

بمجرد حصول العذر، أو لعذر طارئ لمدة قصيرة ثم يرتفع، بل يجيزون الفسخ بعد تحقق العذر واستحالة استمرار العقد معه طول الزمن.

- الفسخ بسبب الإفلاس والإعسار؛ يعرف الإفلاس بأنه خلو المدين من المال، أو كثرة الديون على المدين ولا مال له لسدادها⁽¹⁾، فالمفلس هو ما لا دينار له ولا درهم لسداد دين عليه عاجلاً أو آجلاً، أما المعسر فهو عدم قدرة الرجل على نفقة أهلها لإفلاسه، فالمالكية إذا حكم القاضي بإفلاس شخص ما بحكم قضائي فإنه يصح لكل من تعاقد معه أن يفسخ عقده؛ حيث يصح للزوجة أم تطلب فسخ العقد بسبب الإعسار بالنفقة، ويجوز لمن باعه أو دابنه أن يفسخ عقده بسبب الإفلاس.
- الفسخ بسبب الشرط الجعلي؛ فإذا اشترط أحد طرفي العقد أو كلاهما شرطاً في العقد بأن له حق الفسخ إذا توفر له داعي الفسخ، أو له حق الفسخ في مدة كذا بعد العقد وقبل تنفيذ بنوده ن فهذا مما يصح اشتراطه ما لم يتعارض مع نص شرعي أو شرط يقتضيه العقد ابتداءً، كأن يجعل أحدهما شرط الخبرة أو شرط الصفة أو غيرها.

وعدّ أسباب انفساخ العقود هي:

- الانفساخ بسبب موت أحد العاقدين؛ يعتبر الموت حداً فاصلاً لكل تصرفات الآدميين، فإن حل بأحد المتعاقدين أو كلاهما فإنه يؤثر على استمرار الالتزام بالتعاقد خاصة في العقود الدائمة مثل النكاح، أما العقود المؤقتة مثل الإجارة والقراض وغيرها فإن الموت لا يؤثر في فسخها مباشرة بل تستمر إلى مدتها وينتقل الحق إلى الورثة، أما عقود التبرعات والأوقاف والهبات فإنها لا تنفسخ بالموت⁽²⁾.
- الانفساخ بسبب استحالة التنفيذ لعارض سماوي؛ إذ قد تطرأ على المعقود عليه عوارض قاهرة لا دخل للعاقدين فيها فتتلف المعقود عليه أو تجعله غير قابل للتعاقد عليه، مثل الجوائح التي تصيب الزروع أو الحرائق أو الزلازل أو الفيضانات وغيرها مما لا دخل للعاقدين فيها ولا قدرة له على دفعها، فإن أصاب العقود عليه جائحة مثلها فإننا ننظر إلى المعقود عليه هل تم قبضه أو حيازته أو تسليمه بعد العقد سالماً من كل عيب ثم طرأ عليه العيب

(1) بداية المجتهد، 67/4.

(2) انظر: التاج والإكليل، المواق، 415/4.

بعارض سماوي، أو لم يتم تسليمه لصاحبه وطراً عليه العيب للعارض نفسه؟ ففي الحالة الأولى لا يُفسخ لأنه تم العقد وانتقل الملك وحرية التصرف، وفي الحالة الثانية للعائد حق الفسخ.

● الانفساخ بسبب استحالة التنفيذ لعارض بشري، إذا تسبب أحد العاقدين في إتلاف المعقود عليه ففي عقود المعاوضات المالية لا يفسخ العقد وإنما للعائد حق التعويض أو الضمان إلا إذا رضي بالفسخ، والقاعدة في ذلك أن من بيده المعقود عليه هو الضامن له، أما في عقد النكاح إذا هلك أحد الطرفين نفسه أو أي جزء من جسمه فإن للطرف الآخر حق الفسخ.

● الانفساخ بسبب الفساد المنهي عنه، إذا وقع العقد مخالفاً للحكم الشرعي ونصه فإن القاضي يقضى بفساد العقد ويحكم بفسخه بعد العقد سواء قبل القبض أو بعده، حفاظاً على حرمة النص الشرعي من جهة، وحفاظاً على امتلاك الممنوع من جهة أخرى، فكل ما ورد النص الشرعي بالمنهي عنه في العقود من الجهالة والغرر والضرر والغش والخديعة والربا والشرط المنافي للعقد وغيرها تقع عقودها فاسدة منفسخة فور انعقادها.

● الانفساخ بسبب الاستحقاق؛ ويراد بالاستحقاق هنا ثبوت حق الغير في العين المعقود عليه بعقد ثانٍ؛ كأن يكون على شخص رهن عقاره لطرف ما أقرضه، ثم قام هذا الشخص ببيع عقاره المرهون إلى شخص آخر، فهنا تعلق حق الطرف المقرض في العين المرهونة، فالعقد يقع منفسخ، لأن المرتهن أولى من غيره في استفاء دينه، وكذلك من باع حق الورثة قبل قسمة الميراث فإن العقد يقع منفسخ.

الفصل الثالث

الشروط وأثرها في العقود

وفيه مباحث ثلاثة:

المبحث الأول: الشروط المقتضية للعقد والمنافية له وطريقة إثباتها.

المبحث الثاني: الشروط الجعلية المسكوت عنها وأثرها في العقد.

المبحث الثالث: الشرط الجزائي وعلاقته بالشرط الجعلي.

توطئة

في نظري يُعدُّ هذا الفصل أحد أهم المتغيرات التي سببت الضعف واللاثقة في المنظومة التعاقدية، فمنذ القدم والشروط تتعلق بالعقود إما وضعاً بينهما أو وضعاً من غيرها لتنفيذ التزام ما، ثم جُعِلت هذا الشروط في دفتر خاص لكل عقد يذكر ما يتعلق به من التزامات لكلا طرفيه، ثم كَثُرَ التلاعب بهذه الشروط زيادة ونقصاناً، وتحريفاً ومحواً وتزويراً تبعاً للفلسفات المتبعة في التشريع الوضعي سواء المذهب المادي أو الاشتراكي، حتى هزّلت العقود في نظر المتعاملين الاقتصاديين حيث تسلّط على المشاريع واكتساب العقود أصحاب المال الفاسد بمعية واضعي دفتر شروط العقود، لذلك كان لزاماً علينا أن نتطرق بالبحث والبيان لمكمن الضعف في فلسفة وضع دفتر الشروط من جهة، وبيان مكمن العدل والإنصاف فيها من جهة أخرى، وتوضيح ما يصح منها وما لا يصح من النظر الفقهي المالكي، لذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة نظنها جامعة لمعنى الشرط في العقد؛ الشروط المقتضية للعقد والمنافية له وطريقة إثباتها، ثم الشروط الجعلية المسكوت عنها وأثرها في العقد، ثم الشرط الجزائي وعلاقته بالشرط الجعلي وأثره في العقد.

المبحث الأول: الشروط المقتضية للعقد والمنافية له وأثر إثباتها في العقد.

المطلب الأول: مفهوم الشرط في العقد

الشروط جمع شرط، وهو في اللغة: العلامة، قال ابن فارس: الشين والراء والطاء أصلٌ يدلُّ على عَلمٍ وعلامة، وما قارب ذلك من عَلمٍ. من ذلك الشَّرْطُ العَلامَةُ، وجاء في القاموس المحيط: الشرط: إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه⁽¹⁾.

ومنه فالشرط في باب العقود، هو علامة يجعلها المتعاقدان على ما يراه كل منهما هامًا في العقد الذي يُجريانه، وتطلق الشروط على الصكوك لأنها علامات دالة على التوثيق⁽²⁾.

أما مفهوم الشرط فيختلف باختلاف المجال الذي نقصد إدراج الأمانة والعلامة فيه؛ ففي علم الأصول الشرط هو: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته⁽³⁾، بمعنى أن الأمانة والعلامة التي جعلت سببًا لترتب الحكم عليها، إذا انعدمت انعدم الحكم وما تعلق به من تصرف؛ أي يصبح الفعل في نظر الشرع منعدما وباطلا ولاغيا، وإذا وُجدت العلامة فلا يترتب عليها وجود التصرف أو الحكم لزوماً شرعياً، فقد توجد الأمانات ولا يوجد التصرف، وقولهم: ولا عدم لذاته بمعنى أن الأمانة والعلامة لا يمكن في آن واحد أن تكون موجودة ومنعدمة⁽⁴⁾.

فنأخذ من هذا المفهوم أن الشرط خارج عن ماهية الشيء، ولكنه ضروري لوجودها الشرعي؛ فالشروط في العقود خارجة عن حقيقة العقد لكنها ضرورية لترتب الأحكام الشرعية عليها.

أما الشرط عند الفقهاء فلم نجد له تعريفاً منفرداً في كتب الفقه، غير أنه يمكن أن نقول: الشرط هو العلامة الدالة على صحة الفعل أو بطلانه شرعاً، سواء في العبادات أو في المعاملات؛ ففي

(1) معجم مقاييس اللغة، 260/3، القاموس المحيط، الفيروز أبادي، ص 673.

(2) نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، جواد محمود أحمد بحر، ص 62.

(3) شرح تنقيح الفصول، القراني، ص 259.

(4) انظر: نشر البنود على مراقي السعود، الشنقيطي، 256/2.

العبادات الطهارة شرط في صحة الصلاة، وفي المعاملات طهارة المبيع شرط في صحة البيع، وفي الأنكحة المحرمية شرط في بطلان النكاح.

والشروط في العقود قد يضعها الشارع أو أحد العاقدان أو كلاهما أو غيرهما، وقد تكون معلقة لتنفيذ العقد، وقد تكون تعويضية وقد تكون إضافية وغالبا ما تكون مقترنة، وقد ذكر هذه الاعتبارات كثير من الباحثين في مجال العقود ونظرية العقد، وقد أخذ كل باحث يُعرّف الشرط على حسب ما فهم، وبعد اطلاعنا على هذه التعاريف فإن أحسن ما يظهر لنا تعريفا للشرط في العقد هو تعريف الدكتور فتحي الدريني للشروط في العقود بقوله: هو كل التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعا⁽¹⁾.

فالشروط في العقود شرعا من باب الالتزامات، إما أن يكون الالتزام مشترطا من أحد العاقدين أو من كليهما أو من غيرهما، وإما أن يكون هذا الشرط معلقا أو إضافيا أو مقترنا أو تعويضيا، وبين هذه الأنواع من الشروط بعض الفروق؛ فالشرط التعليقي ما عُلق حدوث أثر العقد على حدوث أمر ما في الزمن المستقبل، فلا تترتب آثاره إلا بحدوثه، كقول أحد طرفي العقد: زوجتك عندما يأتي فلان من السفر.

والشرط الإضافي ما أُضيف إلى وقت معين وإرجاء التعاقد إليه، كقول أحدهما: بعثك هذا المنزل لكن تسليمه يكون في شهر رمضان مثلا. فلا يتم التسليم إلا في هذا الوقت. والشرط المقترن هو ما يترتب شرعا بمجرد التعاقد، ولكل عقد شروطه المقترنة به عقلا وشرعا وعرفا، فمثلا تسليم المبيع شرط مقترن بالعقد دون أن يشترطه أحدهما، لكن يمكن تأجيله بشرط آخر ولكن لا يمكن إلغاؤه.

ثم إن الشيخ الدريني قد أضاف قيدها في مفهوم الشرط في العقد وهو الاقتران به بمعنى أن لا عبرة بالشرط الذي يكون سابقا للعقد أو لاحقا له بعد وقت انعقاده.

وعرّف الشرط في العقد كذلك بأنه: ما يتفق عليه العاقدان من أمور تتعلق بالعقد، مما يخرج عن ماهيته، ولا يتنافى مع مقتضاه، ويؤثر في أحكامه⁽²⁾. وهو واضح في معناه.

ثم مع تطور النظر إلى التعاقد وأخذه طابع الرسمية أصبحت العقود تلحقها مجموعة من الشروط والقوانين والمواد تُعرف بدفتر الشروط؛ فما من عقد إلا وله دفتر شروطه.

(1) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، فتحي الدريني، 372/2.

(2) انظر: نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، جواد محمود أحمد بحر، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، ص 68.

وقد عُرِّف دفتر الشروط بأنه الكراسة التي تضعها الجهة الصائغة للعقد تتضمن الشروط العامة والخاصة للعقد، وكذا بيان الحقوق والالتزامات المترتبة على طرفي العقد⁽¹⁾.

فهذا التعريف يوضح أن الشروط أو دفتر الشروط وثيقة موضحة للعقد وحافطة له، وهي خارجة عن ماهية التعاقد.

وعند وثائقي المذهب المالكي تُعرف هذه الوثيقة بفقهاء العقود، فابن العطار مثلاً أو غيره بعد ذكر صيغة العقد يُلحقونه بفقهاء العقود، يوضحون فيها ما يترتب من أحكام والتزامات وحقوق للعقد.

وبعد هذا البيان لمفهوم الشروط ووثيقته فإن الذي يهمنا معرفته هنا من يضع الشروط؟ ومن يضمن تنفيذها؟، وما نوع الشروط الممكن إدراجها في وثيقة العقد من النظر الفقهي الإسلامي؟. حيث نذكر بعد هذا الشرط الشرعي وفلسفة وجوده في العقد.

المطلب الثاني: الشرط الشرعي وحجته

الفرع الأول: مفهومه.

إنه باستقراء مجموع النصوص الشرعية الواردة في باب التعاقد، وكذا باستقراء أحكام الفقه المستنبطة منها، ومما سبق بيانه أنفاً للشروط في العقود يتضح مفهوم الشرط الشرعي بأنه: كل التزام أو إلزام ملازم للتعاقد رتبته الشارع عليه حتماً أو تخييراً.

ونقصد بقولنا ملازماً للتعاقد أي أنه مقترن به فور انعقاد العقد، وصفة الاقتران به معلومة لكلا المتعاقدين ابتداءً، فعندما تقترن إرادتان من أجل إنشاء تصرف تقترن الشروط الشرعية بالعقد آلياً، وهو قيد نُخرج به ادعاء أحدهما الجهل بشروط العقد وقت التعاقد.

ونقصد بقولنا رتبته الشارع عليه؛ أي على العقد، وترتيب الشارع يكون إما بالنص صراحة للشرط، أو أنه داخل في مقاصد الشريعة وقواعدها، وهو قيد نُخرج به كل شرط يُرتبه الوضّاع مما يُبطل ما رتبته الشارع.

ونقصد بقولنا حتماً أو تخييراً أن هذه الشروط منها ما هو قطعي الثبوت مع العقد لا يمكن إلغاؤه ولا تعطيله، مثل: ثبوت النفقة للزوجة، فإنه يثبت لها شرعاً لزوماً من دون اشتراطه عند التعاقد،

(1) انظر: عقود مقاولات الأعمال، حسن عبد الله حسن، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2015، ص81.

ومنها ما هو في مرتبة الجائز، بمعنى يصح اشتراطه ابتداءً من العاقدين أو غيرهما، كما يصح السكوت عنه وإحاقه بفض النزاع وتفسير العقد عند التنازع، مثل: اشتراط الخيار في العقد فهذا شرط شرعي جائز يصح اشتراطه أثناء التعاقد كما يصح عدم اشتراطه، وإن حصل بسبب عدم اشتراطه نزاع بين المتعاقدين فإن للقاضي اشتراطه أو إلغاؤه.

وعلى ذلك فإن الشروط الشرعية اقترانية تترتب آثارها فور انعقاد العقد، وأنها تثبت ديانة ابتداءً أو قضاءً؛ بمعنى أنه منها ما يثبت شرعاً ولا يصح اشتراطها أثناء التعاقد ويجب الالتزام والإلزام بها شرعاً، وإن لم يلتزم بها من وجبت عليه صح الإلزام بها قضاءً.

هذه أول جهة شرعية واطعة للشروط مرتبة لآثار التعاقد؛ لأن الإرادة ناشئة للتصرف، أما ترتب الآثار فهو من الشرع، والشارع إنما يُرتَّب الآثار على العقود لمقاصد منها: من أجل توازن الحقوق والواجبات بين المتعاقدين وهو من مباني تحقيق العدل، ومنها نفي الجهالة والغرر في العقد.

فالعقود وشروطها شُرِّعت شرعاً لتكون مفضية إلى نتائجها عند تنفيذها، فصوصاً للتصرفات من أن تُصبح نتائجها رهناً بالإرادة الإنسانية المطلقة التي كثيراً ما تطغى، وتتنكب جادة الحق في التعامل، بدافع الأنانية والهوى، ولا سيما إذا كانت في مركز الأقوى، لذلك تولى الشارع بنفسه ترتيب هذه الحقوق التي يُطلق عليها أحكام العقد أو فقه العقود أو شروط العقد⁽¹⁾، ثم إن الذي يظهر لنا أن الشارع الحكيم رتب أهم الشروط على العقود وسكت عن شروط أخرى قد تفرزها ظروف التعاقد أو العرف أو نوازل العرف أو تداخل العقود، لذلك فالشروط الشرعية في الصياغة الفقهية للعقود ضرورة البيان وضرورة التحكيم، فلا يمكن إلغاؤها ولا اتهامها، ثم تجدر الإشارة أنه في الصياغة الفقهية يُستحب نسبة الشروط إلى أصولها الشرعية ومصادرها، وفي ملاحق هذه الأطروحة نضرب أمثلة لذلك عند ذكر الصياغة النموذجية للعقود.

الفرع الثاني: حجية الشرط الشرعي

إنه مما اتفق عليه الفقهاء أن الشرط المقترن بالعقد حتماً، والذي يثبت بنص الشرع لا يمكن إطلاقاً حذفه أو إسقاطه، وأنه حجة في إثبات الحقوق باتفاق الفقهاء سواء تم ذكره أثناء التعاقد أم لم يتم ذكره، مثل حرية التصرف عند انتقال الملك بالعقد الصحيح، فكل من ملك شيئاً ملكاً

(1) انظر: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، فتحي الدريني، 370/2 وما.

تاما صح له أن يتصرف فيه بالوجه الذي أراد، ومثل: حلية الوطاء والاستمتاع بالزوجة فإنه يثبت بمجرد التعاقد، وكذا حق النفقة والسكنى والمعاشرة بالمعروف والنسب وغيرها من الشروط الثابتة بالنص المقترنة بالعقد، فهي حجة مطلقا سواءً ذكرت في وثيقة العقد أم لم تُذكر.

وقد درج الفقهاء بقولهم أن هذا النوع من الشروط ينبغي ألا يوثق مع العقد، قال ابن جزري: ما يقتضيه العقد فلا يؤثر ذكره فيه⁽¹⁾، لذلك لا تكاد تجد في فقه العقود عند الوثائقين ذكرا للشروط التي يقتضيها العقد أصالةً لأنها مما هي معلومة بالضرورة أثناء التعاقد، لكن ذلك كان في وقت أن كلا طرفي العقد عارف بآثاره وموجباته الشرعية، قاصدا لها وراضٍ بها، وأن جهة التقاضي ناصبة العدل والحق أمامها، وموثقو العقود لهم من الأهلية الشرعية والدينية ما يمنع من تغيير القصد من العقد، أما وقد تغيرت الأزمان وقلَّ الوازع الديني في النفوس، وكثر التحايل والجهل بأحكام الشرع، وتغيرت القصود من العقود فإننا نرى أن تُثبت هذه الحقوق والالتزامات في وثيقة العقد تأكيدا لها، كما تكون حجة على الخلق في معرفة أحكام الشرع.

أما الشرط الجائز اشتراطه فهو حجة عند توثيقه إثباتا أو نفيا، ويصح للقاضي أثناء النزاع اشتراطه، مثال ذلك: البراءة من العيب الأصلي في المبيع، يصح اشتراطه من أحدهما بعد معاينة المبيع وقت التعاقد ويصح ألا يُشترط، فإذا ثبت العيب في المبيع أنه أصلي بعد العقد وتنازعا فيه فإن للقاضي اشتراطه عند تفسير العقد؛ لأنه ثابت في أحكام الشرع.

وإن كنا نرى توثيق الشرط الشرعي الحتمي في وثيقة العقد، فإن الشرط الجائز أكد في التوثيق والبيان، فإن وُثِّقَ ووُقِّعَا عليه وختَمَ العدلُ وثيقة التعاقد كانت هذه الشروط حجة أثناء التقاضي وتنفيذ العقد.

وإن لم يتم توثيق أحد هذه الشروط الشرعية في وثيقة العقد، ثم تنازعا في أمر مرده إليها فإن للقاضي عند تفسير العقد إثباتها من الأدلة الشرعية النصية أو من نصوص فقهاء المذاهب، بمعنى أن للقاضي الرجوع إلى الموروث الفقهي لإثبات الشروط على طرفي العقد.

(1) القوانين الفقهية، ص 145.

قال مالك: ولولا أن الناس اشتروا هذه الشروط في عقد البيع، على أنهم لا يريدون بذلك الخلاص إنما كتبوه على وجه التوثقة والتشديد، لنقضت به البيع⁽¹⁾، أي أنهم لم يعقدوا بيعهم ابتداءً على القيام والمطالبة بهذه الشروط، وإنما يكتبها الموثقون تشديداً وتوثقا، فلذلك لم ينقض بها البيع إن وُجدت، ولو كان الشرط على المطالبة بها أو بنفيها وإلا فلا عقد، فإنه ينقض بها العقد.

وتوثيق هذه الاشتراطات يُحتم على العاقدين والقضاء والموثقين معرفة أحكام العقود في الفقه.

المطلب الثالث: الشرط المنافي للعقد وأثره.

أما الشرط المنافي للعقد فإنه يُقصد به: كل شرط يُسقط الإلزام والالتزام الشرعي أثناء التعاقد، مثال ذلك في البيوع: اشتراط الربا، فهو شرط منافي للشرع؛ فالشرع موجب في عقود البيوع ألا تكون فيها الربا، فإن اشترط أحد العاقدين الربا في بنود عقد ما فإن هذا الشرع يُعدّ منافيا للعقد.

ومثاله في أبواب الأنكحة: اشتراط أحدهما أثناء التعاقد ألا وطء أو ألا نسب فهذا الشرط منافي لمقتضى العقد شرعا، ومثاله في باب الوصية: اشتراط الموصي في عقد الوصية أن يكون جزء من الميراث لأحد الورثة فهذا الشرط منافي للشرع في قوله صلى الله عليه وسلم: " لا وصية لوارث"⁽²⁾

فهذا النوع من الشروط منافي لمقتضى العقد شرعا وكل ما كان منافيا للشرع قطعاً فإنه باطل مُبطل للعقد.

قال الشاطبي: من اشترط في النكاح أن لا ينفق عليها أو أن لا يطأها وليس به عيب كجِبِّ أو عِنَّة، أو شرط البائع على المشتري في البيع أن لا ينتفع بالمبيع، أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض، أو شرط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجر عليه إن تلف، أو أن يصدقه في دعوى التلف، وما أشبه ذلك؛ فهذا القسم أيضا لا إشكال في إبطاله وإبطال أصله؛ لأنه منافي لحكمة السبب؛ فلا يصح أن يجتمع معه⁽³⁾.

(1) انظر: المدونة، 270/5.

(2) سنن الترمذي، باب لا وصية لوارث، رقم(2120)، 433/4.

(3) الموافقات، 439/1.

فمن باب أولى أنه لا يصح لكلا العاقدين اشتراط هذه الشروط كما لا يصح للعدل أن يوثقها في وثيقة العقد، وأولى من ذلك أن يزجر القاضي من فعل ذلك ويؤدب الموثق، ويمنع حدوثه في العقود، لأنه مما يخالف الشرع الصريح، وهذا الأمر يُحتم على الوثاق والعدول والقضاة أن تكون لهم دراية بالفقه حتى يتمكنوا من إثبات المخالفات الشرعية في صياغة العقود، وهذا مكمن اللوم والتدافع مع المنظومة الوثائقية المعاصرة؛ إذ أصبح إدراج الشرط المناهض للعقود وتوثيقه وصياغته مما يظهر في الصياغات المعاصرة للعقود، إن لم يكن من باب المؤكدات أو الضرورات عند بعض المشرعة والوثاق العصريين، ولعمري فإن منهم من يدافع عنه قصد منافاة الشرع !

ولقد ورد النص في أدلة الشرع الزاجرة لمثل هذه العقود التوثيقية كقول علي: " لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة: آكل الربا، وموكله، وكاتبه، وشاهديه، والحال، والمحلل له، ومانع الصدقة، والواشمة والمستوشمة"⁽¹⁾، فقد نص على حرمة هذه العقود.

قال ابن بطلال: أجمع العلماء على أنه من اشترط في البيع شروطاً لا تحل أنه لا يجوز شيء منها⁽²⁾، لقوله صلى الله عليه وسلم: " من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل"⁽³⁾.

(1) مسند الإمام أحمد، مسند علي بن أبي طالب، رقم(635)، 67/2.

(2) انظر: شرح صحيح البخاري، ابن بطلال، 293/6.

(3) صحيح البخاري، باب البيع والشراء مع النساء، رقم(2155)، 71/3.

المبحث الثاني: الشروط الجعلية المسكوت عنها وأثرها في العقد.

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجعلي

إن قراءة هذا المصطلح أول ما نقرأه يظهر لنا أن أمره واضحٌ وحقيقته بيّنة، لكنه أخذ منا الوقت في البحث عن معنى مصطلح (الجعلي)، وساقنا البحث إلى مسألتين مهمتين؛ الأولى عن تأثير جعل الله وجعل العبد في الأشياء، والثانية عن ترتيب اللزوم على كلا الجعلين.

وإنه بتصفح واستقراء مصطلحات الفقهاء لا تكاد تجد أحدا منهم يستخدم هذا المصطلح (الشرط الجعلي) وإنما جُلّ من يعبر عنه يذكره بمصطلح الشرط أو الاشتراط في أول الإطلاق، ثم اصطلح عليه بالشرط التقييدي والشرط الإضافي، ولذلك فإن تسميته بالشرط الجعلي اصطلاح حادث عصري، ولكن لا مشاحة في الاصطلاح كما قرره العارفون، وإنما ورد هذا الاصطلاح عند علماء الأصول في عدة مباحث؛ في الموجبات الشرعية وفي الحدود والتعريفات، وفي وضع الألفاظ، وفي ترتب اللزوم والالتزام على الألفاظ وغيرها من المباحث.

ومن أجل إدراج هذا الاصطلاح في قاموس العقود الفقهي كان لزاما علينا أن نعرّف معنى الجعلي والفرق بينه وبين الشرعي ومدى تأثير جعل العبد في إرادته غيره وتصرفاته.

يذكر الأصوليون مصطلح الجعل عند تعرضهم للتمييز بين الحقائق الشرعية والماهيات الجعلية؛ إذ الحقائق الشرعية هي كل لفظ وُضع لمعنى في اللغة، ثم استعمل في الشرع لمعنى آخر مع هجران الاسم اللغوي عن المسمى كليا أو غالبا، بحيث لا يسبق إلى أفهام السامعين الوضع الأول بل الثاني.

والمراد بالماهيات الجعلية: الحقائق التي صدرت عن المكلف قولاً أو فعلاً⁽¹⁾، سواء وافقت الحقيقة الشرعية أو كملت أو أضافت عليها ولم تخالفها أو خالفتها، كالحلف واليمين الذي يصدره المكلف فهو جعلي إرادي بشري؛ قد يوافق ما شرّع الشارع وقد يخالفه؛ فإن قال مثلاً: والله سأجعل أرضي كذا وقفاً، فهذا تصرف جعلي محمول على لفظ شرعي، بخلاف قوله: واللات سأجعل أرضي كذا وقفاً، فهذا تصرف جعلي مخالف ومناقض للشرع.

(1) انظر: موسوعة القواعد الفقهية، آل بورنو، 141/3.

ثم إن التصرفات الجعلية منها ما يترتب عليه الالتزام شرعا وعرفا، ومنها ما لا يترتب عليه الإلزام والالتزام الشرعي، ومنها ما يقبل التصحيح ومنها ما يقبل الفساد، ومثال ذلك: من قرر بيع داره فباعها، فهذا تصرف جعلي فإن كان وفق ما أباحه الشارع وبينه فإنه يجب عليه الالتزام بالبيع شرعا وعرفا، ويقع فعله صحيحا شرعا، وإن لم يكن وفق بيان الشرع فإن فعله يقع فاسدا يلزمه التصحيح الشرعي.

وإذا قرر بيع داره ثم تراجع قبل إكمال بيعها وتسليمها للمشتري، فإن تصرفه هذا لا يترتب عليه إلزام أو التزام شرعي.

ومنهم من يجعل الماهيات الجعلية كل لفظ لغوي جعله الشارع لقباً شرعياً، فكانت له الحقيقة الشرعية⁽¹⁾، ويظهر لنا أن الإطلاق الأول أوضح، لذلك قال العطار: وأما الأمور الجعلية فهي أمور اعتبارية يعتبرها العقل، فإذا جعل لها العقل جنساً وفضلاً وعرفها بذلك فهي جعلية تقع بحسب الحد والرسم العقلي لها⁽²⁾.

أما جعل الله فهو جريان إرادة الله ومشيئته في التصرفات وآثارها؛ فمثلاً يقول الأصوليون العلة مؤثرة بجعل الله لا بذاتها؛ بمعنى أن الله هو من رتب على هذا الوصف الحكم، ويقول الفقهاء أن الوقت مؤثر في العبادات بجعل الله وليس بذاته ولا بجعل المكلف⁽³⁾، فالزوال جعله الله أمانة على دخول الوقت فهو بجعل الله، فالله فعال لما يريد، وأمره سبحانه نافذ فيما شرع وأراد.

وعلى ذلك فجعل الله منه ما لا دخل للمكلف فيه تأثيراً أو إلغاءً، بل هو باقٍ على جعل الله دوماً، وهو باب الأسباب والمسببات. ومنه ما للمكلف دخل فيه بالقول أو بالفعل وهو باب الشروط، فالنكاح مثلاً يتم حلالاً بين رجل وامرأة بجعل الله ذلك وفق شروط شرعها، وللمكلف أن يتصرف بإرادته وفق ما شرعه الشارع، فإن خرج عما شرعه الشارع كان فعله وقوله لغواً شرعياً⁽⁴⁾.

(1) انظر: الإبهام شرح المنهاج، السبكي، 739/3.

(2) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي لجمع الجوامع، حسن العطار، 121/1.

(3) انظر: شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين التفتزاني، 390/1.

(4) انظر: ترتيب الفروق، البقوري، 310/1، بتصرف.

وكذا البيع، فالشارع من جعل انتقال الملك وحرية التصرف وفق عقده، وللمكلف دخل فيه حيث يبيع ما يملك ويتصرف بما يملك، ويبيع لمن أحب ويشترى ما أحب.

فإذا تقرر هذا تقرر لنا أن المراد بالجعلي إما جعل الشارع أو جعل المكلف، وأن جعل الشارع منه ما لا دخل للمكلف فيه، ومنه ما له دخل فيه.

ومما يترتب على جعل الشارع وجعل المكلف هو الالتزام والإلزام؛ فالشارع رتب على كثير من الألفاظ إن استُخدمت الإلزام بها والالتزام بها، فمثلاً لفظ التزويج إن وقع بين طرفين مؤهلين فإنه يترتب عليه الإلزام، ولفظ البيع والشراء إن وقع بين طرفين على شروطه ومضى فإنه يترتب عليه الإلزام والالتزام وهكذا، وهذا ما يسميه الفقهاء بالعقد الوارد على الذمة، وعند المالكية يُعرف بيع الخيار بالضمان ببيع العهدة لأن فيه الإلزام والالتزام⁽¹⁾.

أما جعل المكلف فلا يترتب عليه الإلزام والالتزام له أو لغيره إلا إذا كان معروف المعنى لغة أو شرعاً أو عرفاً، فالكلام غير المعروف لا يترتب عليه إلزام والتزام لقائله ولغيره، والكلام المعروف للقائل دون غيره فإنه لا يترتب عليه إلزام والتزام إلا إذا عرفاه.

ونحن هنا من أجل التفرقة وإيضاح المعنى المقصود بالشروط الجعلية فإننا نقصد به تصرفات المكلفين وإراداتهم في بيوعهم وأنكحتهم وتبرعاتهم، فما جعله المكلف في ذلك فهو شرط جعلي، وما جعله الشارع في ذلك شرط شرعي.

ثم إن الشارع رتب على العقود شروطاً حتمية بمعنى يجب توفرها في العقد ولا يصح نقضها وإبطالها من المكلف، وشروطاً جائزة بمعنى يصح تخلفها عند التعاقد ويصح إثباتها وقته، وسكت عن شروط أخرى، وللمكلف دخل في إثباتها في تعاقداته، فما سكت عنه الشارع هو المراد بالشرط الجعلي، وإنما يشترطها المكلف من أجل غرضٍ ما له فيه.

لذلك وقفتُ على تعريفات للفقهاء المعاصرين للشرط الجعلي بأنه: ما كان مصدر اشتراطه المكلف⁽²⁾، لكنه لم يذكر الالتزام ولا الإلزام، ولم يربطه بالعقود بل جعله في كل التصرفات، لذلك

(1) انظر: الفروق، القرافي، 33/3، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، الونشريسي، 168/1.

(2) المهذب في أصول الفقه المقارن، عبد الكريم النملة، 438/1.

فهو لا يصلح تعريفاً للشروط الجعلية في العقود، وإنما يُستفاد منه معرفة مصدر الشرط الجعلي فحسب، ولم يذكر مدى الالتزام به من المكلف سواء لنفسه أو لغيره.

وعرفه الزرقا بقوله: التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة الإطلاق⁽¹⁾، ويُؤخذ منه أن الشرط الجعلي خارج عن ماهية العقد، وإلا فيظهر أنه تعريف غير جامع ولا مانع حيث لم يُبين من يُحدد الالتزام وعلى من يقع ومتى يصح اشتراطه وما نوع هذا الالتزام؟

لذلك نرى أن مفهوم الشرط الجعلي في العقود: هو كل ما سكت عن اشتراطه الشارع في العقود فجعله أحد العاقدين أو كلاهما أو غيرهما ملزماً عند العقد له أو لهما أو لغيرهما، مقترباً أو معلقاً.

فقولنا: جعله أحد العاقدين أو كلاهما أو غيرهما، فنقصد بغيرهما إما طرف ثالث كاتب بينهما أو شاهد أو سلطة معنوية كالدولة مثلاً فلها الحق على تشريع العرائض المنظمة للتعاقد.

وقولنا: ملزماً عند العقد: بمعنى أن الاشتراط يكون وقت إبرام العقد فما كان قبله أو بعده فلا عبره به.

وقولنا: أو لغيرهما نقصد به أن الالتزام بالعقد قد يكون لغير العاقدين الوارث أو الوكيل أو الوصي، فيصح أن يضع أحد طرفي العقد شرطاً ملزماً لإتمام العقد يتعلق بغير العاقدين.

وقولنا: مقترباً، قيد نوضح به نوع الشرط الجعلي فمنه ما يقترب بالعقد فيضمن الالتزامات ويقويها، مثل: اشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل عن الثمن، فهو شرط يزيد في ضمان الالتزام بتسديد الثمن.

وقولنا: معلقاً، فهو قيد نوضح به نوع الشرط الجعلي الثاني وهو ما عُلّق على وقوع حادثة فيما يُستقبل من الزمن، مثل اشتراط أن يكون شطر مهر الزوجة بعد الدخول، أو اشتراط المشتري أن يكون نصف ثمن المبيع عند الجذاذ أ وعند قبض المبيع وبراءته من العيوب.

وحتى تتمكن من التفرقة بين الشرط الجعلي والشرط الشرعي في العقود يمكننا وضع القواعد التالية⁽¹⁾:

(1) المدخل الفقهي العام، الزرقا، 506/1.

- اصطلاح شروط العقد يُراد بها الشروط الشرعية، واصطلاح الشروط في العقد يراد به الشروط الجعلية.
- شروط العقد يترتب عليها صحة العقد وعدمها، والشروط في العقد يترتب عليها الالتزام فحسب.
- شروط العقد لا يمكن إسقاطها ولا إبطالها، والشروط في العقد يمكن التنازل عنها ممن وضعها أو إسقاطها من القاضي.
- شروط العقد لا يمكن حرزها صحيحة وفسادة، بل إما صحيحة وإما باطلة، والشروط في العقد يمكن تقسيمها إلى صحيحة وفسادة، بحسب الاتفاق.

المطلب الثاني: العلاقة بين الاشتراط في العقد وحرية الإرادة

قال الشيخ أبو زهرة: الشروط المقترنة بالعقود جزء من حرية التعاقد ومتمم لبحثها⁽²⁾، لذلك فإن الحديث عن الاشتراط يترتب عليه الحديث عن حرية التعاقد، وذلك أن الشرط إما أن يكون مقيدا لإرادة كلا العاقدين، أو مقيد لإحدهما دون الأخرى، وهذا الأخير - التقييد - يعد خارما من خوارم حرية التعاقد، لذلك وجب ذكر ذلك هنا.

إن الحديث عن حرية التصرف وجعلها مقصدا من مقاصد الإنسانية وحقا من حقوقها بإطلاق أمر لا تستسيغه العقول السوية، فلا يمكن تقرير الحرية المطلقة في كل شيء وإلا صار المجتمع الإنساني مجتمعا حيوانيا لا تُحترم فيه حدود الصلة بين أفراد المجتمع، ولله در الشيخ ابن عاشور عندما أصل لمقصد الحرية من النظر الشرعي فكل من جاء بعده من بحوث عالية عليه، حيث أبان أن حرية التصرف إنما تكون في المباحات فقد قال: إن الإباحة أوسع ميدان لجولان حرية التصرف، ونقصد بالمباح هنا المؤذون فيه⁽³⁾، وليس غرضنا هنا أن نتكلم عن الحرية وجعلها مقصدا عاما أو حقا عاما للبشر فهذا مجال آخر تكلم فيه كثير من الباحثين، وإن كانت الكتابات بعد ابن عاشور فيه من جهة بعض الشرعيين هزيلة، وإنما نودُّ أن نركز على علاقة حرية

(1) انظر مثلها في عقد النكاح في مذكرة ماجستير بعنوان: الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون، للطالب: سي ناصر بوعلام، جامعة وهران السانبا، ص28.

(2) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، أبو زهرة، ص235.

(3) مقاصد الشريعة الإسلامية، ابن عاشور، ص398.

الإرادة بالاشتراط في العقد، هل بينهما تكامل أم تباين؟ وذلك من أجل وضع ما يُنادي به المشرعة والحقوقيون الوضعيون في ميزان الاعتدال.

وإن أول ما يجب لفت النظر له أن حرية تصرف الفرد في التعاقد مقيدة ابتداءً، فالمكلف شرع له حرية التعاقد في مجالات كثيرة، ومُنوع في مجالات محصورة وسكت له الشارع عن التعاقد في مجالات أخرى، وبذلك فهي حالات ثلاثة لحرية التصرف:

حالة ما أباحه الشارع، فحرية الإرادة يُقصد بها كون المكلف مخيراً في التعاقد بها من عدمه، وليس مجبراً على التعاقد بها وإن لم يُرد، فإن دخل إلى التعاقد وأبرم عقداً بإرادته وفق حدود الشرع فإنه مجبرٌ على تنفيذ التزاماته.

حالة ما منعه الشارع، فالمكلف مقيد بالألا يتعاقد فيما منعه الشارع، وإن تعاقد به كان ذلك مناقضاً لمقصد الحرية، باعتبار أن الإنسان مجبر لطاعة خالق الكون ومسيره.

حالة ما سكت عنه الشارع، فالمكلف حرٌّ في تصرفه ما لم يخرم نصاً شرعياً أو مبدأ عاماً للشريعة، أو يتعدى بتصرفه على حقوق غيره.

فالشروط الجعلية تُفهم في إطار هذه الحالات، فلا يمكن القول بأن حرية التصرف مهيمنة على اشتراط كل ما من شأنه تحقيق النفع، ولا بطلان كل اشتراط من شأنه تقييد حرية الإرادة، فحرية الاشتراط في العقود منها ما هو واجب الاشتراط؛ وهو شرط العقد، ومنها ما هو مخير ومباح؛ وهو ما سكت عنه الشارع، ومنها ما هو واجب الترك، وهو المنافي لشرط العقد.

لذلك فالعلاقة بين الاشتراط وحرية الإرادة في العقود تبادلية؛ فتوثيق الشروط ووضعها في العقد يعني تقييد الإرادة لكن الإرادة الحرة هي من وضعتها، فالإرادة ابتداءً هي من تقبل التعاقد أو تتركه، فإذا تم الاتفاق والتعاقد وجب الالتزام بالشرط فيه وهو من صميم حرية الإرادة.

وفي النظر الشرعي يمكن أن نجعل الشروط الجعلية اختيارية، بمعنى ترجع لحرية المتعاقدين وتراضيهما معاً، ولا يمكن أن تكون جبرية من طرف، وقصرية من الطرف الآخر كما تفعله كثير من المؤسسات اليوم، حيث تضع شروطاً وتجعل قبول العقد وفقها جبرياً، مما لا يُتيح للطرف الآخر التفاوض والمماكسة في دفتر الشروط فيقع في ورطة تقييد تصرفاته وإرادته، وكذلك هو الأمر ذاته ما نلمسه في دفتر شروط الصفقات العمومية، فجل ما فيها من الشروط إجبارية

يتحمل مشتقتها طرف دون آخر، ناهيك عن الثغرات الجالبة للتزوير والتحايل المنتشرة بين سطور دفتر الشروط وطريقة الرقابة عليه وتنفيذه.

فالاشتراط في العقود مكملٌ لحرية التعاقد وليس بينهما تباين بل تكامل في احترام الإرادة وتقرير حريتها وصورها من الزيف والتزوير، وعليه فالتشريع الفقهي يفتح الباب للاشتراط في العقود ما لم تمس هذه الشروط شروط الشرع.

المطلب الثالث: تحقيق مذهب المالكية في الاشتراط في العقود

إن معظم ما تم بحثه وما يتطرق إليه الباحثون في موضوع الاشتراط في العقود مذاهب الفقهاء، ثم يُقرر هؤلاء من الفقهاء توسع في العقود وفي الشروط ومن منهم من ضيق فيهما، ومن منهم من وسع في العقود وضيق في الشروط والعكس، حتى قال الشيخ أبو زهرة: من وسع في العقود وسع في الشروط، ومن ضيق في العقود ضيق في الشروط⁽¹⁾، ويجعل جلُّ الباحثين الخلاف فيها إلى مذهبين: مضيق لها وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية، وموسع فيها وهو مذهب الحنابلة.

ومنهم من يجعلها مذاهب ثلاثة: مضيق وهم الحنفية والشافعية، ومتوسط في فتحها وتضييقها وهم المالكية وموسع فيها وهم الحنابلة.

وعلى كلٍ ترجع هذه التقارير والتقسيمات إلى اجتهادات بحسب زاوية نظر كل باحث إلى العقود وأصول اعتبارها في المذاهب.

ومنشأ هذا الاهتمام بها أنها تُعدّ من المسائل الآخذة حيزاً مهماً في فروع مسائل العقود، فلا يكاد باب من أبواب العقود لم تُدرج فيه الشروط الجعلية، وهذا يدلنا على تأثيرها الكبير على الإرادة وانتقال الملك. ومن الصعوبة بمكان أن نتطرق إلى حصر وذكر هذه المسائل جميعاً لكل باب من الأبواب التي يدخلها الاشتراط، لذلك سنحاول ذكر حالات تأثير الشرط في عقود البيع وعقود النكاح، حتى يستبين لنا الأصل الذي تُبنى عليه وثيقة الشروط في العقود في المذهب المالكي لأنه المقصود بالدراسة.

(1) الملكية ونظرية العقد في الشريعة، أبو زهرة، ص 243.

ثم إننا سنجد بعد هذا التحقيق أن المسألة لا تُبنى على أن الأصل في الشروط والعقود الحظر أو الإباحة كما قرر ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية، فوقع في هذا الأصل الجدل والنقاش⁽¹⁾، لأن الفقهاء يجتهدون وفق النصوص التي بين أيديهم والقواعد الاجتهادية المقررة عندهم، وليس على النص فقط دون النظر والاجتهاد، وإنما تقررت أقوالهم وفق القواعد المذهبية التي بُني عليها الاجتهاد وهذا ما نود إظهاره في مذهب مالك رحمه الله.

وصورة المسألة محل التحقيق: إذا شرط أحد طرفي العقد أو كلاهما أو غيرها التزاما ما في العقد وصيغ في وثيقة العقد ووقعه الموثق، فهل يجب الالتزام والوفاء بهذا الشرط مطلقا أم يُردُّ مطلقا أم له حالات يُقبل وحالات يُرد؟

أولا في عقود البيع:

نعلم أن أكثر المسائل تشابكا وتفريعا هي مسائل البيوع، وذلك لكثرة القياس فيها ولكثرة النوازل فيها، وتعدد ما يقبل العوض والتبادل، ولو أخذنا نتبع هذه التفاريع ونبحث عن حقيقة الشرط الجعلي فيها لطلال بنا المقام، وليس هذا من صميم البحث وإن كان يستحق أطروحة أخرى لأهميته ولهزالة دفاتر الشروط المعاصرة من الرّد إلى الأصول الشرعية، لذلك سنذكر الحالات التي تجعل الشرط يؤثر في العقد من عدمه، لتكون كالقواعد الكبرى عند قراءة دفتر شروط ما أو عقد ما.

قال ابن بطال: وللشروط في العقود عند مالك أحكام مختلفة، في حالات ثلاثة:

الحالة الأولى: يجوز العقد والشرط معا، وذلك في موضعين الأول: فيما لا يدخله الغرر والجهالة أصلا أو مما يكون فيه الغرر يسيرا، مثل: بيع الدار واشترط سكنها لمدة يسيرة، فمالك يرى أن هذا لا يُعدّ غررا.

والثاني: الشرط المكمل للعقد ولا يرجع عليه بالإبطال، مثل: بيع الدار واشترط كتابتها، فهذا النوع من الشروط يصح إدراجه في وثيقة العقد، ويكون ملزما لكلا طرفيه.

(1) انظرها في: مجموع الفتاوى، ابن تيمية، 77/29، القواعد النورانية، ابن تيمية، ص128، إعلام الموقعين، ابن القيم، 344/1، الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم، ص631، مبدأ الرضا في العقود، علي قره داغي، 1151/2، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، زكي الدين شعبان، ص20.

الحالة الثانية: العقد جائز والشرط باطل، وهو على ضربين الأول: إما ورد به النص مثل: شراء العبد واشترط الولاء للبائع، فقد ورد فيه النص: "بأن الولاء لمن أعتق"

والثاني: أن يكون الشرط متعلقا بالتأقيت مثل: اشتراط البائع على المشتري انتظاره في السلعة ليوم أو يومين أو ثلاثة وإلا فالبيع تام، فهذا العقد صحيح والشرط باطل، وخالفه في ذلك ابن الماجشون فقد حمّله على بيع الخيار.

الحالة الثالثة: ما يبطل العقد والشرط معا، وهو على ضربين الأول: إما أن يتعلق الشرط بنفي شرط شرعي إلزامي، مثل: بيع الدار واشترط عدم سكنها أو عدم بيعها مرة أخرى، أو اشتراط المشتري أن لا يتصرف البائع في الثمن، فهذا الشرط يُبطل العقد والشرط معان وفسر مالك حديث النهي عن بيع وشرط بهذا.

والثاني: أن يتعلق الشرط باستثناء شيء مجهول من المبيع، مثل: بيع المواشي واستثناء ما في بطونها؛ لأنه من بيوع الغرر⁽¹⁾.

وذكر ابن رشد الحفيد قاعدة الشروط الممنوعة في العقود فقال: وما لا يجوز من الشروط هي ما أدى إلى غرر أو إلى جهالة زائدة⁽²⁾، وأضاف في موضع آخر ما أدى إلى الربا فقال: الشروط في العقود راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفى الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا، والغرر، وإلى قلته، وإلى التوسط بين ذلك، أو إلى ما يفيد نقصا في الملك، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط، وما كان قليلا أجاز الشرط فيها، وما كان متوسطا أبطل الشرط، وأجاز البيع، إلا الربا فهو دوما باطلا، ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها، والجمع أحسن من الترجيح⁽³⁾.

ولابن رشد الجدل كلام نفيس في اعتبار الشروط ولزومها في العقود إذ قال: الشروط المشترطة في البيوع على مذهب مالك تنقسم على أربعة أقسام: قسم يبطل فيه البيع والشرط، وهو ما آل البيع به إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع؛ ومنها ما يفسخ به البيع ما دام

(1) انظر: شرح صحيح البخاري، ابن بطال، 294/6 وما بعدها.

(2) بداية المجتهد، 22/4 .

(3) بداية المجتهد، 179/3.

مشترط الشرط متمسكا بشرطه؛ وقسم يجوز فيه البيع والشرط، وهو ما كان الشرط فيه جائزا لا يؤول إلى فساد ولا يجر إلى حرام، وقسم يجوز فيه البيع ويفسخ الشرط وهو ما كان الشرط فيه حراما إلا أنه خفيف فلم يقع عليه حصة من جملة الثمن⁽¹⁾، ثم جعل القاعدة الأعم في الشروط فقال: كل شرط ليس فيه غرر، ولا فساد، ولا إبطال واجب، ولا إيجاب باطل، ولا تحليل حرام ولا تحريم حلال؛ ما كان سبيل هذا من الشروط، فهو الذي قال فيه رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "المسلمون على شروطهم"⁽²⁾.

فالقاعدة المذهبية التي بُني عليها الاشتراط في عقود البيع هنا يمكن حصرها في ثلاث أمور: الغرر والجهالة والنص؛ فما ورد النص بإبطاله فهو باطل، وما كثر فيه الغرر والجهالة فهو باطل وغير ذلك جائز، فهل بعد ذلك ننسب لمالك التضييق أو التوسيع في تجويز الاشتراط؟! لا يظهر لنا ذلك.

وقد استقرأ الشيخ أبو زهرة القواعد التي بُني عليها الشروط في العقود في المذاهب الأربعة، وذكر أن المالكية اعتبروا في ذلك: الاستحسان والمصالح المرسلّة والعرف⁽³⁾، فما كان جاريا على هذه الأصول صح اشتراطه وما لم يكن جاريا وفقها منعه.

ثانيا: في عقود النكاح

وقد عبر عنها ابن العربي بأن الشروط فيها معضلة، وقع فيها الخلاف قديما، لتعارض نصاب عظيمان فيها، هما: "أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحلتتم به الفروج" وقوله صلى الله عليه وسلم: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مئة شرط"

فبحسب قول ابن العربي فإن سبب الخلاف فيها يرجع إلى تعارض هذين النصين فحسب، لكننا عند جمع أقوال فقهاء المذهب ظهر لنا أن هذه الشروط تكون في حالات ثلاثة تُبنى عليها:

(1) البيان والتحصيل، ابن رشد، 289/8.

(2) البيان والتحصيل، 371/14.

(3) انظر: الملكية ونظرية العقد في الشريعة، أبو زهرة، ص228.

الحالة الأولى: أن تكون الشروط من المباحات، مثل أن تشترط ألا يخرج بها من بلدها، فمذهب مالك أنه لا يلزمه شيء من هذه الشروط، فالنكاح جائز والشرط باطل⁽¹⁾، غير أنه يُستحب الوفاء بها حفظاً للعقد، وعُبر عنه بالقول المشهور⁽²⁾، واستدل على ذلك بأدلة منها:

1. ما روى ابن وهب عن ابن السباق، أن رجلاً تزوج امرأة على عهد عمر، وشرط لها ألا يخرجها من دارها، فوضع عنه عمر بن الخطاب الشرط، وقال: المرأة مع زوجها. وعن علي بن أبي طالب مثله، وقال: شرط الله قبل شروطهم، ولم يره شيئاً.

2. قوله صلى الله عليه وسلم: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط"، فأجاز البيع وأبطل الشرط، فلما أبطل رسول الله (صلى الله عليه وسلم) من الشروط ما ليس في كتاب الله، كان من اشترط شروطاً خلاف كتاب الله أولى أن تبطل. من ذلك أن الله أباح للرجال أن ينكحوا أربعاً، وأباح للرجل وطء ما ملكت يمينه، فإذا شرطت عليه الزوجة تحريم ما أحل الله له بطل الشرط وثبت النكاح. ولما كان للمرء إذا عقد نكاح امرأة أن ينقلها حيث يصلح أن تنقل إليه مثلها، ويسافر بها، كان اشتراطها عليه كارهاً غير أحكام المسلمين في أزواجهم، وذلك غير لازم للزوج.

3. فأما معنى قوله عليه السلام: (أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج) ، فيحتمل أن تكون المهور التي أجمع أهل العلم أن على للزوج الوفاء بها، ويحتمل أن يكون ما شرط على الناكح في عقد النكاح مما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وإذا احتتمل الحديث معان كان ما وافق ظاهر كتاب الله وسنن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أولى، وقد أبطل رسول الله (صلى الله عليه وسلم) كل شرط ليس في كتاب الله، وهذا أولى معنييه.

قال مالك: الأمر عندنا أنه إذا شرط الرجل للمرأة وكان ذلك عند عقدة النكاح: أن لا أنكح عليك ولا أتسرى، إن ذلك ليس بشيء⁽³⁾

(1) انظر: المدونة، 2/160.

(2) انظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، الخطاب، ص 179.

(3) الاستنكار، 5/441.

الحالة الثانية: أن يُعلق عقد النكاح على شرط الطلاق، فهذا الشرط مما يقع ويجب الوفاء به عند مالك رحمه الله، مثل: أن يشترط إذا خرجت من بيته دون علمه فهي طالق، فإذا تحقق الشرط وقع الطلاق.

ويسميتها الفقهاء شروط اليمين⁽¹⁾، كاليمين بطلاق أو عتق أو غير ذلك، فهذه الشروط مما يكرهها مالك، فإذا وقع النكاح عليها مضى ولم يفسخ قبل الدخول ولا بعده، ولزم الشرط، ووجه الكراهية في ذلك، أن المرأة قد حطت من صداقها بسبب الشروط، ولا تدري هل يفعل الزوج ذلك أم لا؟ فأشبه ذلك الصداق الفاسد⁽²⁾.

الحالة الثالثة: ما يُكره من الشروط في العقد، وهذه الشروط منها ما يؤثر على العقد فيسقطا معا، ومنها ما لا يؤثر فيه فيسقط الشرط ويبقى العقد، ومما لا يؤثر فيه: اشتراط المرأة طلاق أختها، فقد كره مالك أن تشترط المرأة طلاق أختها حتى ينكحها؛ فإن قالت أتزوجك بشرط أن تُطلق الأولى وقبِلَ ذلك، فهو مما يكره عند مالك، وإن نقذ الشرط فله ذلك، وإن لم يقب به فلا شيء عليه إلا مهر الثانية المسمى⁽³⁾، ومثله الشروط التي في الحالة الأولى، أما الشروط التي تؤثر في العقد فهي ما يرجع إلى أصل من أصوله المنصوص عليها بالإبطال؛ كمن تشترط عليه أثناء التعاقد ألا يطأها أو أن يطأها كذا من الوقت فقط أو تشترط أن يكون مهرها كل شهر نفقة معينة مدى الحياة، فهذه الشروط تؤثر في مقتضى العقد وأصله فهي باطلة مفسدة للعقد، قال ابن العربي: فهذا كله يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده، ويسقط الشرط⁽⁴⁾.

وجملة الشروط عند مالك رحمه الله أنها مكروهة الإثبات عند التعاقد مطلقا، فقد روى الإمام العتي أن مالكا قال: وأشرت على قاض منذُ دهرٍ أن أنه الناس ألا يتزوجوا بالشروط، ولا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته وأنه كتب في ذلك كتاباً وصيح به في الأسواق، وعابها عيباً شديداً⁽⁵⁾.

(1) القوانين الفقهية، ص 145.

(2) البيان والتحصيل، 160/17.

(3) انظر: شرح صحيح البخاري، ابن بطال، 271/7 وما.

(4) المسالك شرح موطأ مالك، 480/5.

(5) البيان والتحصيل، 160/17.

فبعد هذا البسط لحالات الاشتراط في عقد النكاح نجد أن المالكية لم يوجهوا نظرهم إلى الدليلين السابقين فحسب وقرروا مذهبهم، بل كانت نظرهم أشمل واعتبارهم للأدلة الأخرى الدارجة للاشتراط من الناحية الشرعية، فوسعوا فيما أباحه الشرع نصاً أو سكوتاً، ومنعوا ما ينقض أصل العقد أو ما ينقض اشتراط الشرع.

وعلى ذلك فإن الشروط الجعلية لها ضوابط ومحتزات إذا سلمت منها صح اشتراطها في العقود منها⁽¹⁾:

- ألا يخالف مما نص عليه شرعا.
 - أن لا يُفضي إلى جهالة أو غرر معتبر.
 - ألا ترجع الشروط بالإبطال لمبدأ عام أو مقصد خاص بالعقود.
 - ألا تؤدي الشروط إلى التحجير على أحد طرفي العقد وإلا كانت لاغية.
- وعلى ذلك يمكننا أن نسوق هذه المحتزات في شكل قواعد ضابطة للاشتراط فنقول مثلاً:
- _ كل شرط ناقض ما شرطه الشارع فهو باطل
 - _ كل شرط باطل لم يجز الوفاء به.
 - _ النكاح يصح بالشرط الفاسد ويبطل بالمناقض.
 - _ كل شرط أفضى إلى جهالة محققة أو غرر بيّن فهو لاغٍ.
 - _ كل نكاح تعلق بشرط اليمين بطلاق وقع.
 - _ كل قرض دخله الشرط فقد أبطله.
 - _ يصح تعدد الشروط الجعلية ما لم تُفضي إلى تحجير.
 - _ كل شرط منع من التصرف في الملك فهو باطل.
 - _ كل شرط جعلي يصح إسقاطه بعد العقد.
 - _ الأصل ألا شرط إلا ما شرطه الشارع.

(1) انظر مثلها في: نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، جواد محمود أحمد بحر، ص 120.

المطلب الرابع: التحقيق في الأحاديث المانعة للاشتراط والمجيزة له

يُعدّ هذا المطلب لصيقاً لبيان أصول المذاهب في الاشتراط، إذ بتحقيق هذه الأحاديث وبيان وجه استدلال المالكية بها يُمكن للقاضي وللموثق وحتى المفتي قراءة دفتر الشروط وتكييفه من النظر الفقهي المالكي، فهذه الأدلة كالقواعد في ذلك، وسنذكر ذلك في فرعين اثنين. ونقصد بالتحقيق فيها بيان النظر المالكي في فهمها والتخريج عليها، وليس القصد منه بيان درجتها ومدى صحتها.

الفرع الأول: الأحاديث المانعة للاشتراط في العقود

وجملة هذه الأحاديث أربعة عليها مدار الخلاف في الاستدلال على الشروط في العقود.

1. روى مالك في الموطأ أنه بلغه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع وسلف"⁽¹⁾

فيمكن أن يدخل السلف كشرط من شروط التبايع، لذلك فسر مالك ذلك بقوله: وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فإن عقداً يبيعهما على هذا الوجه فهو غير جائز فإن ترك الذي اشترط السلف ما اشترط منه كان ذلك البيع جائزاً⁽²⁾، فلننظر إلى الشرط الداخل في صلب عقد البيع فهو بيع مع شرط القرض، قال اللخمي: فالسلف المقارن للبيع بالشرط على ستة أوجه:

أحدها: أن يكون عيناً. والثاني: أن يكون طعاماً يحرم التفاضل فيه. والثالث: أن يكون مما يجوز فيه التفاضل. والرابع: أن يكون سلعة أو عبداً، أو ما يكال أو ما يوزن، وليس بطعام. والخامس: أن تكون جارية. والسادس: أن يكون عقاراً، دياراً أو أرضين.

(1) الموطأ، كتاب البيوع، باب السلف وبيع العروض بعضها ببعض، رقم(69)، 657/2، قال الباجي: لا نعلم له إسناداً صحيحاً ومثله ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، غير أن تلقي الأمة له بالقبول والعمل به يدل على صحة معناه، وهذا يقوم مقام الإسناد، انظر: المنتقى، 29/5، لكن الحديث أوصله أبو داود والترمذي والنسائي من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، يُنظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ابن حجر، 171/2، نصب الراية، الزيلعي، 18/4.

(2) انظر: الموطأ، 657/2.

وكل ذلك فاسد، إلا أن وجه الفساد فيه يختلف؛ فإن كان السلف والثلث من العين دخلته الربا وكذا إذا كان طعاما يحرم التفاضل فيه، وإن كان الثلث عينا والسلف طعام مما لا تفاضل فيه أو مما يُكال ويوزن من غير الطعام أو سلعة أو عبدا فمنعه مالك لعموم الحديث، وإن كان الثلث عينا والسلف جارية؛ فإما للامتلاك فهي كالعبد، وإما للاستمتاع فهي إجارة مجهولة، وإن كان الثلث عينا والسلف عقارا فهو من بيع الغرر⁽¹⁾.

ويصح العقد إن حذف شرط السلف قبل الفوات العقد وإمضائه⁽²⁾.

2. عبد الله بن عمرو بن العاص قال: يا رسول الله، إنا نسمع منك أحاديث أفتأذن لي فأكتبها؟ قال: نعم قال: فكان أول ما كتب به النبي صلى الله عليه وسلم إلى أهل مكة كتابا: "لا يجوز شرطان في بيع واحد، وبيع وسلف جميعا، وبيع ما لم يضمن"⁽³⁾

ذكر ابن العربي أن جملة ما نهي عنه النبي صلى الله عليه وسلم سبعة وثلاثين بيعة، منها شرطان في بيع، ثم أخذ يفسر هذه الأحاديث، فقال في معنى شرطان في بيع بأنه بيعتان في بيعة⁽⁴⁾، وتفسيره في المذهب على ما حكاه الباجي عن عيسى قال سألت ابن القاسم عن تفسير بيعتين في بيعة فقال: بيعتان في بيعة أكثر من أن يبلغ ذلك بتفسير وأصل بيني عليه، ومما يعرف به مكروههما أن يتبايعا بأمرين إن فسخت أحدهما في الآخر كان حراما، وإن فسخت أحدهما في الآخر كان غررا، قال عيسى: فالأول أن يبيعه سلعة بدينار نقدا أو بدينارين إلى أجل ولم يُبين، فهذا إن فسخت أحدهما في الآخر كان حراما، والثاني أن يبيعه سلعة بثوب أو شاة فهذا إن فسخت أحدهما في الآخر كان غررا فإن وقع ذلك فسخ إلا أن يفوت عند المتاع فتجب فيه القيمة⁽⁵⁾.

(1) انظر: التبصرة، اللخمي، 4197/9.

(2) لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، محمد بن سالم الشنقيطي، 321/8.

(3) ذكره ابن وهب في جامعه، وأخرجه بهذا اللفظ: المصنف، عبد الرزاق، باب النهي عن بيع الطعام حتى يُستوفى، رقم (14222) 41/8، مسند الإمام أحمد، رقم (6671) 253/11، سنن الترمذي، باب كراهية بيع ما ليس عندك، رقم (1234)، 526/2، انظر: نصب الراية، 19/4، تلخيص الحبير، ابن حجر، 32/3.

(4) انظر المسالك شرح موطأ مالك، 37/6.

(5) انظر: المنتقى، 39/5.

قال ابن الحاجب: ومحملة عند مالك: العقد على سلعة بثمانين مختلفين، أو سلعتين مختلفتين بثمان واحد على شرط اللزوم لهما أو لأحدهما⁽¹⁾.

فعلى ذلك ففي المذهب فسرت لفظة الشرطين في بيع بيعتات في بيعة، وليس القصد من ذلك كثرة الشروط وتعددتها كما قرره فقهاء الحنابلة الأوائل⁽²⁾، فيجوز تعدد الشرط في عقد واحد في المذهب.

3. عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم "نهى عن بيع وشرط، البيع باطل، والشرط باطل"⁽³⁾.

قال ابن جزي: وهو الذي يسميه الفقهاء بيع الثنيا⁽⁴⁾، ووقع الفقهاء في الخلاف في تفسيره، وفي المذهب حملة أهل المذهب على وجهين، أحدهما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، والثاني الشرط الذي يعود بخلل في الثمن؛ فأما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد فهو الذي لا يتم معه المقصود من البيع مثل أن يشترط عليه أن لا يبيع ولا يهب⁽⁵⁾.

فعرف مالك - رحمه الله - الأحاديث كلها فاستعملها في مواضعها وتأولها على وجوهها ولم يعن غيره النظر ولا أحسن تأويل الأثر⁽⁶⁾.

4. حديث بريرة رضي الله عنها أن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءني بريرة فقالت: كاتب أهلي على تسع أواق، في كل عام أوقية، فأعنيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدا لهم، ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم، فأبوا ذلك عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله جالس فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبي ذلك، فأخبرت عائشة النبي فقال: "خذيها واشترطي

(1) جامع الأمهات، ص 349.

(2) انظر مذهب الحنابلة في ذلك في: المغني لابن قدامة، 4/284.

(3) المعجم الأوسط، الطبراني، 4/335، وقيل عنه ضعيف، انظر: نصب الراية، 4/17.

(4) القوانين الفقهية، ص 172.

(5) انظر: التاج والإكليل شرح مختصر خليل، 6/241، مواهب الجليل، 4/373، التوضيح شرح جامع الأمهات، خليل، 5/352، تحبير المختصر، بجرام، 3/551، عقد الجواهر الثمينة، ابن شاس، 2/672.

(6) المقدمات الممهدة، ابن رشد، 2/68.

لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق"، ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: "أما بعد، ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق"⁽¹⁾

قال القرطبي: بين هذا الحديث أن الشرط أو العقد الذي يجب الوفاء به ما وافق كتاب الله أي دين الله، فإن ظهر فيها ما يخالف كتاب الله أو ينقضه فهو رد⁽²⁾، ومثله لابن العربي: وعلى المسلمين أن يلتزموا الوفاء بعهودهم وشروطهم إلا أن يظهر فيها ما يخالف كتاب الله، فيسقط⁽³⁾. فما كان من الشروط من كتاب الله وتشريعه فهو مقبول وما كان ناقضا ومعارضاً لما في كتاب الله فهو مردود، وما سكت عنه الشارع فهو عفو.

الفرع الثاني: الأحاديث المجيزة للاشتراط في العقود.

1. عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، وأحل حراماً"⁽⁴⁾

دل هذا الحديث على أن المسلمين في عقودهم ملتزمون بالوفاء بما تم الاتفاق عليه أثناء العقد من شروط؛ سواء كانت هذه الشروط مما اشترطه الشارع فهي واجبة الالتزام، أو كانت مما سكت عنه الشارع وألزمها القاضي أو الحاكم فهي واجبة الالتزام، أو مما وُثِّق من الشروط أثناء التعاقد وكتب ذلك العدول وأمضاه وشهد عليه الشهود، فإن الوثيقة بعدها تكون ملزمة لكلا العاقدان. وإن كانت الشروط في العقد مما اتفق عليه العاقدان فيما أباحه الشرع ولم يوثقها هذه الشروط ولم يشهد عليها الشهود، فإن الالتزام بها يكون ديانة لا قضاء، وإن كانت هذه الشروط قبل العقد أو بعده فلا عبرة بها، وليس محلاً للوفاء بها لا ديانة ولا قضاء.

(1) صحيح البخاري، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، رقم(456)، 98/1، الموطأ، باب مصير الولاء لمن أعتق، رقم(17)، 780/2.

(2) تفسير القرطبي، 33/6.

(3) أحكام القرآن، 9/2.

(4) المعجم الكبير، الطبراني، معجم عمرو بن عوف المزني، رقم(30)، 22/17.

وقوله إلا شرطاً حرم حلالاً، فهي الشروط التي تُبطل ما أباحه الشرع، فلا يصح اشتراطها في العقود، وإن اشترطت وصيغ بها العقد فإن للقاضي النظر في هذا العقود بين تصحيحها وفسخها. وقوله إلا شرطاً أحل حراماً، فهي الشروط المنافية للشروط الشرعية، وهذه قد تكلمنا عن حكمها في بداية هذا الفصل.

فهذا الحديث وسع دائرة الشروط بالإطلاق الأول (المسلمون على شروطهم) ثم استثنى الشروط غير الجائزة، فدل على أن ما بعد الاستثناء محصور من عموم، فيبقى العموم على عمومته بعد الاستثناء، وعليه يصح الاشتراط في العقود بحسب ما يراه المتعاقدان ما لم يكن مخالفاً لما شرعه الله

2. عن جابر بن عبد الله، قال: كنت أسير على جمل لي فأعيا، فأردت أن أسويه، قال: فلحقني رسول الله صلى الله عليه وسلم: فضربه برجله، ودعا له، فسار سيرا لم يسر مثله، وقال: "بعنيه بوقية"، فكرهت أن أبيعته، قال: "بعنيه"، فبعته منه، واشترطت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيت به بالجمل، فقال: "ظننت حين ماكستك أن أذهب بجملك، خذ جملك، وثمنه هما لك"⁽¹⁾.

وفي رواية أخرى قال جابر: فبعته على أن لي فقار ظهره حتى أبلغ المدينة، وهذه الرواية ظاهرة في الاشتراط من البائع على المشتري، وسكوته صلى الله عليه وسلم وقبوله للشروط دلالة واضحة على صح الاشتراط في العقود بما تعارف عليه الناس.

ولابن رشد الحفيد استنباط جيد من الحديث حيث قال: ينقسم الشرط في البيع إلى ثلاثة أقسام: إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه، وإما أن يشترط على المشتري منعا من تصرف عام أو خاص، وإما أن يشترط إيقاع معنى في المبيع، وهذا أيضا ينقسم إلى قسمين: أحدهما أن يكون معنى من معاني البر. والثاني أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء. فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع، مثل أن يبيع بعيه ويشترط السير بها مدة يسيرة، فذلك جائز على حديث جابر.

(1) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان، رقم (2718)، 189/3، مسند أحمد، رقم (14198)، 106/22، واللفظ له.

وأما إن اشترط البائع منعا من تصرف خاص أو عام في المبيع، فذلك لا يجوز لأنه من الشياء، مثل أن يعيره على أن لا يركبه أو لا يبيعه.

وإما أن يشترط معنى من معاني البر مثل الرحمة بالبعير، فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده، وإن تأخر لم يجز لعظم الضرر فيه.

وعلى الروايات المتعددة لحديث جابر بين البيع والشروط أو الإعارة فرأى مالك هذا من باب الضرر اليسير فأجاز في المدة القليلة ولم يجزه في الكثيرة⁽¹⁾.

قال ابن حبيب: قال مطرف: ويجوز من ذلك ما كان مسيرة اليوم واليومين، ما لم يبعد السفر، ويتغير الحال، ورواه أشهب، عن مالك في كتاب ابن المواز⁽²⁾.

لكن قال ابن عبد البر: وهذا حديث اختلف في ألفاظه اختلافا لا تقوم معه حجة؛ لأن منها ألفاظا تدل على أن الخطاب الذي جرى بين جابر وبين النبي ليس فيه بيان أن الشرط كان في نص العقد، ومنها ما يدل على أنه لم يكن بيعا، ومنها ما يدل على أن البيع وقع على ذلك الشرط، ومع هذا الاختلاف لا تقوم معه حجة⁽³⁾، وقد ذكر هذه الروايات جميعا ابن بطال في شرحه على صحيح البخاري وقال: اختلف العلماء في تأويل هذا الحديث لاختلاف ألفاظه، فمرة روى بلفظ الهبة والإفقار، ومرة روى بلفظ الاستثناء والاشتراط، واختلاف اللفظ يوجب اختلاف المعاني عند الفقهاء، وقال مالك: إن كان الاشتراط للركوب إلى مكان قريب مثل اليوم واليومين والثلاثة فلا بأس بذلك⁽⁴⁾.

3. عن عقبه بن عامر رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"⁽⁵⁾

(1) انظر: بداية المجتهد، 3/179.

(2) النوادر والزيادات، ابن أبي زيد، 6/332.

(3) الاستذكار، 6/296.

(4) شرح صحيح البخاري، ابن بطال، 8/110.

(5) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، رقم(2721)، 3/190.

يظهر هذا الحديث أنه خاص بالشروط في عقود النكاح ومالك رحمه الله على أصله في كراهة الشروط في النكاح، لذلك كان النظر المالكي في هذا الحديث أنه إطلاق عام يحتمل عدة أوجه مقصودة بالوفاء؛ فيحتمل أن تكون المهور التي أجمع أهل العلم أن على للزوج الوفاء بها، ويحتمل أن يكون ما شرط على النكاح في عقد النكاح مما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وإذا احتتمل الحديث معان كان ما وافق ظاهر كتاب الله وسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى⁽¹⁾.

قال الباجي: قال ابن حبيب يكره أهل العلم الشروط في النكاح وإيقاع شهادتهم عليها، وروى أشهب عن مالك في كتاب محمد والعتبي: إني لأكره أن ينكح على مثل هذا أحد: لا يخرجها من بلدها، ولا يمنعها من داخل يدخل عليها، ولا يمنعها من حج ولا عمرة، قال: فإذا كان هكذا فهو لا يملكها إذا ملكا تاما، ولا يستباح البضع إلا بملك تام، ويكره أن يشترط في تملكه هذه الشروط التي تمنع تمام ملكه⁽²⁾.

المبحث الثالث: الشرط الجزائي وعلاقته بالشرط الجعلي وأثره في

العقد.

(1) انظر: شرح صحيح البخاري، 271/7.

(2) المنتقى، 296/3.

في الحقيقة إن مصطلح الشرط الجزائي لم يتطرق له الفقهاء ولا كتاب الوثائق والشروط، وإنما أكثر من عُني به هم القانونيون أو الوضعيون، وسبب إدراجنا له في هذا الفصل هو لبيان حقيقته وإمكانية تكييفه الفقهي، لأنه أصبح من الضروريات في دفاتر شروط العقود المعاصرة، لذلك سنبحثه في نقاط ثلاث؛ مفهومه، وحكمه، وآلية الرقابة على دفتر الشروط عامة.

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي

بما أن هذا المصطلح قانوني فإننا سنعرف الشرط الجزائي في القانون لمعرفة صورته ثم نسوق ما يُشبهه من حدود ومصطلحات في الفقه الإسلامي على وجه التكييف له، ونذكر قرار المجمع الفقهية في تكييفه، وذلك في فرعين:

الفرع الأول: الشرط الجزائي قانونيا

في بحث للدكتور صديق الضير أكد فيه أن الشرط الجزائي اصطلاح غربي استخدمه القانون الفرنسي والإنجليزي ونقله عن القانون الفرنسي الدكتور السنهوري وعبر عنه بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، ومن ثم أدخل القانون المصري ومنه عُمِّمَ في القوانين العربية، وبعد ذكره للقانون المصري عرف الشرط الجزائي بقوله: يفهم من هذه المواد أن الشرط الجزائي هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض، الذي يستحقه الدائن على المدين، إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو إذا تأخر في تنفيذ التزامه، وهذا الاتفاق قد يكون عند العقد، وقد يكون بعده، وقبل حدوث الضرر.⁽¹⁾

يكاد يتفق أهل القانون على هذه الصورة للشرط الجزائي؛ فهو اشتراط جعلي في العقد بتعويض مالي جراء وقوع ضرر على الدائن، فهو اشتراط مالي في العقد.

وعُرِّفَ بأنه اتفاق يُقَدَّر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في التنفيذ.⁽²⁾

(1) انظر: كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مجموعة من المؤلفين، 191/12 وما بعدها.

(2) التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، منير قزمان، دار الفكر الجامعي، 2002م، ص 105.

وأدرجت مفهومه اتفاقية بيوتلكس بلاهاي في 1973/11/26م حول الشرط الجزائي في مادتها الأولى بأن: كل شرط يلتزم بموجبه المدين بدفع مبلغ من المال، أو القيام بأي عمل قانوني آخر، بصفة جزاء أو تعويض إذا لم يف بالتزامه⁽¹⁾.

وقيل هو: التزام زائد، يتفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الشرعي الذي يُستحق عند الإخلال الاختياري المضر بالمشترط⁽²⁾.

وقد جعل السنهوري أن هذا الشرط يمكن أن يكون مع العقد أو قبله أو بعده، لذلك عُرِف بأنه: اتفاق سابق وتابع، على مقدار التعويض الذي يستحقه أحد الطرفين المتعاقدين، عند عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه، أو تأخره فيه⁽³⁾.

ومع الاطلاع على هذه التعاريف في مصادرها وشروحاتها فإننا نتوقف هنا لذكر بعض المرتكزات في مفهوم الشرط الجزائي، مع سوق بعض التساؤلات حوله.

تكاد تُجمع هذه التعاريف أن للشرط الجزائي مرتكزات منها:

- أنه اتفاق بين المتعاقدين؛ والاتفاق هو رضاهما معا، وتسبقه مرحلة التفاوض والمماكسة، وهي ذاتها تسبق مرحلة التعاقد، وهنا استشكل عرض لنا لما ذكر القانونيون بأن الشرط الجزائي يصح كونه بعد العقد، فهل يكون تابعا للعقد الأصلي أم هو عقد جديد مستأنف؟، ثم إن قولهم بين المتعاقدين فهو حصر للجهة المشرعة له، واحتراز غير المتعاقدين في فرض التعويض المالي عند الضرر؛ فلا دخل حسب التعريف للموثق قولاً للقاضي في ذلك.

- قولهم هو تعيين أو تقدير أو فرض من المتعاقدين؛ إن هذه التعابير منهم في بيان صفة الشرط الجزائي غير دقيقة حسب نظري، لأنها توحي بالتحديد سلفاً قيمة الضرر، كأن تكون مثلاً ألف دينار، ونستشكل على ذلك بأمرين؛ الأول أن هذا التحديد يُفضي إلى

(1) نقلا عن: الشرط الجزائي في الديون، علي محمد الصوا، ص 07.

(2) الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد بن عبد العزيز اليمني، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، 1426هـ، ص 65.

(3) نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، جواد محمود أحمد بحر، ص 131.

الجهالة والغرر، فقد يكون الضرر أكثر من القيمة أو أقل أو مساويا لها، واستحقاقه من الدائن بهذا الإطلاق يُؤدي إلى النزاع والشجار بين المتعاقدين، ثم قد يفضي هذا التحديد إلى الدين بالنفع عند فسخ العقد، فمثلا في عقد القراض إذا شرط عليه ألف دينار مقابل تأخير الانطلاق في العمل أو تأخير انتهاء أجل القراض، فإنه يكون كالقرض جر نفعاً وهذا مما لا يصح.

والثاني إذا جعلنا المحدد لقيمة الضرر ابتداءً هو المتعاقدان فهذا من الحوب، فقد يكون أحدهما لا خبرة له في تقييم الأضرار أو توقعها، وهذا ضرر بأحدهما.

- قولهم الذي يستحقه الدائن، إن هذا القيد يُستشكل عليه في كلمته؛ الاستحقاق والدائن؛ فإن كلمة الدائن حمالة أوجه؛ فقد توحى بأن الشرط الجعلي يكون في القرض أو السلف أو الدين وهذا يجعل العقد عقدا ربويا فكل قرض جر نفعاً فهو ربا، وتوحى بأنه ما تبقى من الثمن في ذمة المشتري فهو مدين، وما بقي للبائع من الثمن فهو دائن، وكلمة الاستحقاق تفيد ثبوت الحق وإن لم تُضبط هذه الكلمة تجعل كل مدين مدعياً للضرر ولاستحقاق تعويضه، لذلك بادر كل باحث لحصر شروط الاستحقاق بحسب ما ظهر له، وجعلوا للمحكمة التدخل لفض النزاع حول تحديد العوض.

- قوله إذا لم يُنفذ الطرف الآخر التزاماته أو تأخر في التنفيذ، إن هذا الإقرار المطلق للتعويض في هذه التعاريف مجحف في نظري، فقد يتأخر المدين في تنفيذ الالتزام لظروف طارئة عليه، وقد يمتنع عن تنفيذ الالتزام إذا تغيرت حالة العقد، فمثلا إذا كان العقد عقد شركة مضاربة في أدوية معينة سلفاً ثم بعد العقد رُفعت هذه الأدوية من السوق ولم يعد التداولي بها فامتنع المدين عن تنفيذ التزاماته، فكيف يُفرض عليه شرط جزائي يعرض به الدائن؟ وهو من يعرضه عن ضرره؟! نعم إذا تعمد عدم التنفيذ أو تأخر فيه عمدا فترتب على ذلك ضرر للدائن فإن للقاضي الحكم بتحديد الضرر وقيمته ثم يفرضه على متسببه.

- قول بعضهم أن الشرط الجزائي تعويض مالي، إن هذا القيد يُعدّ تكييفاً للشرط الجزائي بأنه تعويض عن الضرر المترتب جراء الإخلال بالتزامات التعاقد، وهو قيد يُخرج الشرط الجزائي كونه عقوبة بالمال أو ضماناً أو عربوناً أو تأميناً أو تهديداً مالياً أو ضريبة مالية، فماذا لو اجتمعت هذه الشروط في عقد واحد؟ كشرط جزائي مع العربون أو مع فائدة ربوية كما تفعله البنوك الربوية، أو شرط جزائي والضمان، لا شك أن هذا الأمر فيه من الإجحاف في أكل أموال الناس بالباطل.

لذلك اختلفت تعاريف القانونيين في المصطلح الدال على صفة الشرط الجزائي، وكلما استعمل مصطلح ما كلما احترز به عن غيره.

- ثم إن الغرض من جعل الشرط الجزائي في العقود مبهما، فهل هو تحذير من التلاعب بتنفيذ بنود التعاقد، أم هو حماية الطرف المتضرر، أم هما معا، أم هو تقييد ذمة الأفراد المالية، أم إلزام بتنفيذ العقد، كل ذلك مبهم من التعاريف.

فبعد حصر هذه القيود واحترازاتها يظهر أن مفهوم الشرط الجزائي من الناحية القانونية لا زال هزيلا، لأن التكييف الفقهي له بهذه المفاهيم يجعله كذلك مبهما غير واضح، ثم إن السؤال الأهم لماذا تجعل المؤسسات المالية أو الحكومية الشرط الجزائي في عقودها متسترا غير واضح؟ فكثير من المتعاملين الاقتصاديين يشتكون من ذلك، وأكثر من ذلك أن جل المؤسسات تُخفي حقيقة دفتر الشروط كاملا عن المتعاقدين معها! ولا ندري لم؟. لذلك كان حقيقا علينا ونحن نحاول المساهمة في تصحيح المنظومة التعاقدية المعاصرة أن نُبين الشرط الجزائي في العقود بصورة أوضح وهذا ما سندكره بعد بيان الشرط الجزائي عند الفقهاء المعاصرين.

الفرع الثاني: تكييف الشرط الجزائي في النظريات القانونية

لقد مضى معنا في الباب الأول التطرق إلى تاريخ التشريعات التعاقدية وتعرفنا خلالها على أثر السلطة الحاكمة على الملكية وحق التصرف والتعاقد، كما تعرفنا على فلسفات المذهب المادي البراغماتي النفعي الذي أطلق العنان لحرية التملك، وتعرفنا في بداية هذا الفصل على أن معظم القوانين التي قننت الشرط الجزائي إنما نقلتها عن القانون الفرنسي.

بهذه المقدمات يسهل علينا معرفة الأصل الذي انبنى عليه الشرط الجزائي، وقد حاول الشيخ علي قره داغي تكييف الشرط الجزائي من الناحية القانونية فأرجع ذلك إلى أصلين اثنين هما: أصل العقوبة الذي تأسس عند الرومانيين في تشريعاتهم، فقد شرعوا العقوبة المالية على المدين إذا تماطل عن سداد دينه.

ولكن هذه النظرية الرومانية قد نالها قسط كبير من الانتقادات، لأن الشرط الجزائي مبني على حرية الإرادة، ولا يمكن أن يضاف على هذه الحرية صفة العقوبة.

والأصل الثاني هو التعويض الاحتمالي الذي أسسه القانون الفرنسي القديم؛ وهي تعني تقدير التعويض المسبق للضرر المحتمل وقوعه من العاقد⁽¹⁾، ولا يخفى على ناظر أن هذه الفلسفة عرجاء؛ لأن أقل ما فيها دخول المتعاقدين على التعاقد بنية الخديعة والضرر، فابتداءً العاقد ينظر لغيره بأنه ضارٌّ به، وهذا يُخالف الحرية الذي أسسها فلاسفة هذا التشريع!، وناهيك عن الاحتمال الضرر فحسب الذي بنوا عليه استحقاق المال.

لذلك عند استظهار البحوث المقارنة للقوانين العربية في باب الشرط الجزائري تجد كثيرا من الخلل في القوانين بين المفاهيم والتنفيذ؛ فمع كل قانون تُدرج مواد أخرى تتقالب مع ثغرات الفلسفات الأصلية سدا لها.

الفرع الثالث: الشرط الجزائري في الفقه الإسلامي.

إن جل من تطرق إلى الشرط الجزائري بالبحث المقارن بين الشريعة والقانون يذكر أن هذا الشرط لم يعرفه الفقه الإسلامي قديماً، بل هو اصطلاح قانوني غربي، وفي الحقيقة هذا الإطلاق لا يصح، نعم مصطلح الشرط الجزائري لم يتم تداوله عند الفقهاء القدامى، لكن هناك مصطلحات أخرى كثيرة عرفها الفقه الإسلامي منذ زمن التشريع تفي بالغرض من وضع الشرط الجزائري وأكثر وستأتي معنا هذه المصطلحات عند تكييف الشرط الجزائري.

ثم إننا لسنا هنا لنقرر أن الشرط الجزائري لا يمكن إثباته في العقود مطلقاً، وإنما نبحت عن مدى أثر الشرط الجزائري في توازن العقود وبسط العدل بين المتعاقدين وفض النزاع بينهما، وتنفيذ العقود دفعا لعجلة الاقتصاد واضحة.

في حقيقة الأمر صعب علي تحديد الجهة الشرعية في بيان مفهوم الشرط الجزائري، لكون معظم الباحثين فيه من التخصصات القانونية ومنها من يُلحق التعريف القانوني بتعريف فقهي يختاره، وقليلة هي التخصصات الشرعية الدارسة له، ومن غير الممكن أن ننسب التعريف الشرعي لمن هو غير متخصص في الشريعة وضبط حدودها.

(1) انظر: الشرط الجزائري في العقود، عبد المحسن الرويشد، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1983م ص93، وقد نقل هذه المذاهب عنهم الشيخ الدكتور علي قره داغي، انظر بحثه حول تكييف الشرط الجزائري في موقعه على النت.

ثم إننا لم نستطع جعل الشيخ السنهوري تابعا لفقهاء الشريعة لأنه لم يُبين في كتابه نظرية العقد أن قصده بيان النظر الشرعي في العقود، بل تكلم عن العقود بين كل المذاهب، أما الشيخ الزرقا ففي مدخله لم يذكر الشرط الجزائي في الشروط المقترنة بالعقود من النظر الشرعي.

لذلك رجعنا في بيان مفهوم الشرط الجزائي إلى دورات الجامع الفقهي لكونها المؤسسات الناظرة في النوازل وبحثها، وإن الشرط الجزائي تناوله مجمع الفقه الإسلامي الدولي في الدورة الثانية عشر في القرار 109(12/3) بتاريخ 25 جمادى الآخرة 1421هـ إلى غرة رجب 1421هـ.

ونحن هنا نجعل تعاريف الباحثين والمتدخلين كتعاريف فقهيية للشرط الجزائي، ثم نجعل ما اختاره المجمع الفقهي كالتعريف الفقهي المعتمد في تكييف الشرط الجزائي.

تناول الشرط الجزائي بالبيان الدكتور حمداتي ماء العينين وذكر مفهومه مبعثرا دون جمع فهو عنده: التزام تبعي يُقدَّر من خلاله التعويض بمبلغ معين جراء خطأ من المدين، ثم ذكر بأن هذا التعويض اتفق عليه المتعاقدان عند إبرام العقد⁽¹⁾.

وعرفه الشيخ محمد علي التسخيري بأنه التعويض الذي يحدده المتعاقدان مقدما في العقد جزاء على إخلال أحدهما بما تعاقد عليه أو التزم به أو تعهده في ضمن العقد⁽²⁾.

واختار ناجي شفيق عجم تعريفه بأنه شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر⁽³⁾.

ثم تناوله الدكتور الصديق الضيرير واكتفى بما عرفه به القانون المصري، وقد سبق ذكر تعريفه آنفا وما استقر عليه المجمع الفقهي هو ما عليه القانونيون ذاتهم رغم وجود تعاريف لها نظر شرعي واضح يميز الشرط الجزائي من النظر القانوني والشرعي.

ففي قرار المجمع قيل: الشرط الجزائي في القانون هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شُرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم يُنْفَذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه⁽¹⁾.

(1) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 462/12.

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 574/12.

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 588/12.

وعلى ذلك يبقى الشرط الجزائي من النظر الفقهي هو ذاته الشرط الجزائي من النظر القانوني، فإن كان كذلك فكل الاستشكالات السابقة لاحقة بهذا هنا، لذلك وقع الخلاف في جوازه من عدمه عند الفقهاء المعاصرين.

وإن بقي بهذه الصفة القانونية دون تمحيص ولا تفریق ففي بحثنا هذا ننصر قول المانعين له في غير الديون وهذا ما اتجه إليه السنهوري، وعلي الخفيف، و شفيق شحاتة وغيرهم⁽²⁾

وإن تغير مفهومه وأصبح واضحاً ليس فيه ما يشوبه فإننا على قول المجيزين له وهو قول غالبية قرارات المجامع الفقهية ودور الإفتاء كمجمع الفقه الإسلامي الدولي، وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، ودار الإفتاء بجمهورية مصر العربية، وغير ذلك من الهيئات والمنظمات الإسلامية⁽³⁾.

والذي يظهر لنا تعريفاً لائقاً بالنظر الفقهي للشرط الجزائي هو: **اشتراط جعلي جزائي رسمي في العقود يُحتم على مُوقع الضرر دفعه لمستحقه بعد وقوعه وتقييمه قضاءً، ما لم يؤدي إلى ممنوع شرعي.**

فقولنا: اشتراط جعلي: نقصد به أن هذا الشرط يكون ضمن الشروط الجعلية المأذون فيها والمسكوت عنها شرعاً، ويكون بنداً من بنود العقد يُصاغ يوم صياغته، أو هو كالبنود الواجب ذكرها في كل عقد، لا تتغير بتغير العقود.

وقولنا: جزائي، قيد نقصد به أنه قيمة مالية، لأنه المال به تُقوم الأضرار، ونُخرج به غير المال فلا يمكن اشتراط رهن البيت مثلاً شرطاً جزائياً أو تسليم عقار شرط جزائي.

(1) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد 12، 91/2.

(2) انظر هذه الأقوال في بحوث المتدخلين في ندوة الشرط الجزائي في مجمع الفقه الإسلامي الدولي من خلال مجلة المجمع العدد 12، وقد جمعت في: التعامل بالشرط الجزائي بين الشريعة والقانون، ناصر أحمد إبراهيم النشوي، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، 2013، ص701.

(3) انظر جمع هذه الأقوال في بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، التعامل بالشرط الجزائي، مرجع سابق، ص701 وما، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد عبد العزيز اليميني، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، 1426هـ، ص226.

وقولنا: رسمي، قيد نقصد به أن واضع هذا الشرط في العقود هو جهة رسمية كالقضاء الشرعي، وصفة الرسمية تجعل كلا طرفي العقد محتما عليه الالتزام ببوده وعدم الإخلال بها، بخلاف أن يكون واضعه أحد المتعاقدين أو كلاهما فهذا لا يُثبت له صفة الرسمية.

وقولنا: في العقود، نقصد به العقود الرسمية التي يوثقها الوثائق، كعقود البيوع وما شاكلها وعقود التبرعات وما شاكلها وعقود النكاح، ولا نحتز به العقود العرفية فإن وُجد فيها هذا الشرط فهو مقبول غير مردود إلا إذا رده القاضي، وقد يستشكل علينا أحد ما بكيفية دخول الشرط الجزائي في عقود النكاح؟ فنقول: نعم إن عقود النكاح لها خصوصية مخالفة للعقود المالية الأخرى، ومع ذلك فإن الشرط الجزائي إذا أُثبت فيها فهو من باب حفظها وصيانتها من التلاعب والفسخ المتسبب في الضرر الذي كثر فيها في هذا العصر، فلو أُدرج الشرط الجزائي فيها ابتداءً لكان الناس على بينة من أمرهم أثناء تعاقداتهم، فكم من متضرر أو متضررة من فسخ عقود النكاح دون جزاء؟ كم من متحمل للضرر بل واستمر معه الضرر طول حياته، وكم من عداوة أو نزاع استمر بسبب وقوع الضرر من فسخ عقد النكاح ولا تعويض له. لذلك نرى من الضروري جعل هذا الشرط في بنود العقود.

وقولنا: يُحتم على موقع الضرر دفعه، قيد نقصد به إلزام من تسبب في الضرر بعدم التزامه ببود التعاقد قصداً بدفع هذه القيمة الجزائية، فكلا المتعاقدين يعرفان ابتداءً أن فيه تعويض عن الضرر إن تسبب فيه، وهذا يرفع الجهالة عنه، والضرر يجب أن يُقدر بقدره ويكون متحققاً بالوقوع لا مجرد التخمين بوقوعه.

وقولنا: دفعه لمستحقه بعد وقوعه وتقييمه قضاءً، قيد نقصد به أن القيمة الجزائية تثبت لمن وقع عليه الضرر بعد وقوع الضرر وتقييمه من طرف القاضي، وبهذا نحفظ للعقد وثاقته، ونحفظ للعاقدين ملكيته وأمواله، وللقضاء دوره في حماية العقد وتوازنه، فتسجيل الشرط الجزائي في بنود العقد، وإثبات الضرر والمتضرر وموقع الضرر، وتقييم الضرر وتنفيذ الشرط الجزائي كلها من خصائص القضاء، ولا دخل لإرادة المتعاقدين فيها.

وقد يرد علينا بأن إصاق الشرط الجزائي بالقضاء يزيد من المتاعب المالية والزمنية الكثيرة على المتعاقدين، نقول له إن الخطأ هاهنا في المحاكم وفي القضاء لا في العقد وببوده، ولو كان القضاء الشرعي متجسداً بين الناس لاطمأن الأفراد على عقودهم وعلى حقوقهم.

وقولنا: ما لم يؤدي إلى ممنوع شرعي، قيد نقصد به منع الشرط الجزائي إذا أفضى إلى ما منع منه الشرع كالربا في عقد القرض والسلف، أو إذا تداخلت العقود وتركب منها عقد واحد تُفضي بتداخلها إلى ممنوع شرعي باشتراط الشرط الجزائي.

وعلى ذلك يمكن أن يكون بند الشرط الجزائي الثابت في العقود التي يصح إدراجه فيها بصيغة: كل من تسبب من غير سبب شرعي في إيقاع الضرر بأحد طرفي العقد جراء الإخلال بالتزامات العقد فإنه تترتب عليه قيمة مالية جزائية يُحدددها القاضي ويُنفذها بعد وقوع الضرر.

وفيما يلي نص قرار المحمق الفقهى الدال على القيود الواجب اتباعها في إثبات الشرط الجزائي:

ثانيًا : يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في قراره في السلم رقم 85 (9/2)، ونصه: (لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه ؛ لأنه عبارة عن دين ، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الدين عند التأخير)، وقراره في الاستصناع رقم 65 (7/3) . ونصه : (يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطًا جزائيًا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة)، وقراره في البيع بالتقسيط رقم 51 (6/2) ونصه : (إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط ، لأن ذلك ربا محرم).

ثالثًا : يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترنًا بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.

رابعًا : يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينًا ؛ فإن هذا من الربا الصريح.

وبناء على هذا ، فيجوز هذا الشرط مثلاً في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول ، وعقد التوريد بالنسبة للمورد ، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

ولا يجوز مثلاً في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء كان بسبب الإعسار ، أو المماطلة ، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه.

خامساً : الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية ، وما فاته من كسب مؤكد ، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

سادساً : لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته ، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

سابعاً : يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك ، أو كان مبالغاً فيه.

الفرع الثالث: التكييف الفقهي للشرط الجزائي.

إن هذا الفرع يُعدّ متمماً لما تم تقريره في الفرع السابق فحسب، فليس الغرض منه دراسة المسألة من كل جوانبها وتكييفها بكل نص أو قول، وإنما هو شيء من النقل الفقهي نتكئ عليه فيما ذهبنا إليها آنفاً.

وقد سبق القول بأن معظم الباحثين للشرط الجزائي يُقررون بأنه اصطلاح قانوني غربي حادث لم يعرف الفقه الإسلامي قديماً، ومن ثم يلتجئون إلى تكييفه فقهاً؛ ومعنى التكييف إلحاقه بنص شرعي أو تشبيهه بمعاملة شرعية، وهو نوع من أنواع التخريج الفقهي.

ونحن هنا نساير هؤلاء في المفهوم ونذكر بعض النصوص الشرعية أو اجتهادات الفقهاء التي نتشبت بها لرد الادعاء بأن الفقه الإسلامي لم يعرف هذا النوع من الشروط إلا من القوانين الغربية، فتبقى مسألة السبق في اعتماد المصطلح، فلا مشاحة في الاصطلاح .

ويعرف التكييف الفقهي بأنه تحديد لحقيقة الواقعة المستجدة لإحاقها بأصل فقهي، خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة⁽¹⁾.

من التعريف السابق يتضح أن عناصر التكييف الفقهي تتكون من: الواقعة المستجدة، والأصل، وأوصاف الأصل الفقهية، والحقيقة، والإحاق⁽²⁾.

أما صورة الواقعة المستجدة فقد مضت في الفرعين السابقين في بيان مفهوم الشرط الجزائي، حيث أن الشرط الجزائي في عقود القرض أو البيع بالتقسيط وكل ما يؤدي إلى الربا فهو لا يجوز فلا حاجة لتكييفه الفقهي، وهذا عمل جل من بحث في تكييف الشرط الجزائي، ويبقى الشرط الجزائي في غير ما يؤدي إلى الممنوع شرعاً، وهو أن يفرض القاضي توثيق بند شرطي في كل العقود الأخرى يقضي بإجبار موقع الضرر عمداً على دفع جزاء لمستحقه بعد تقييمه قضاءً.

والأصل الشرعي الذي يرجع له الشرط الجزائي هو التعويض عن الضرر بالمال؛ إذ التعويض عن الضرر هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في مال أو في نفس⁽³⁾، وقيل هو دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إحاق ضرر بالغير⁽⁴⁾.

فالشرط الجزائي يلحق بأصل التعويض منه بأصل الضمان أو العيوب؛ لأن الضمان هو مطلق الالتزام بالتعويض، سواء حدث الضرر أم توقع حدوثه فحسب، وربما تعريف القانونيين ومن سار معهم من الفقهاء الآخرين يصح أن يُخرج الشرط الجزائي على الضمان، أما التعويض فهو لا يجب إلا إذا حدث الضرر فعلاً⁽⁵⁾، وأما العيوب فعلى فرض جوازه فهو قيمة جزافية يُسلمها المشتري للبائع كدليل على قبوله شراء السلعة، ويبقى تسليم السلعة إلى غاية استلام كل الثمن فإن جاء وسلم ثمنه فإن جزء العيوب يُحسب من الثمن، وإن لم يأت فقد تخلّى عن الثمن، فهو

(1) التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، محمد عثمان شبير، دار القلم، دمشق، 2004، ص 30.

(2) التكييف الفقهي للوقائع المستجدة، مرجع سابق، ص 30.

(3) التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، مدني بوساق، ص 156.

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية، 35/13.

(5) التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، مدني بوساق، ص 155.

جزاء الإقالة التي تسبب فيها المشتري، بخلاف الشرط الجزائي فإنه لا يكون بسبب الإقالة فقط بل بسبب الضرر ولو بترك بند من بنود العقد.

أما شروط التعويض عن الضرر الفقهية فقد أحسن الدكتور مدني بوساق في ضبطها وهي⁽¹⁾:

- أن يكون الواقع عليه الضرر مالا؛ بمعنى مما له قيمة شرعا، وما ليس بمال في نظر الشرع فلا تعويض فيه.
- أن يكون المال متقوما مملوكا للمتلف عليه، بمعنى مما يجوز امتلاكه، فإن تعاقد على ما لا يحل كسبه وامتلاكه ثم أحل بالالتزام به فلا تعويض عن الضرر؛ لأنه كالتوبة من الذنب.
- أن يكون في إيجاب التعويض فائدة، بمعنى أن يكون في الإمكان الوصول إلى الحق ودفع الضرر، حتى لا يكون إيجابه عبثا لعدم الوصول إلى الحق، وذلك مثل حدوث فوضى في بعض الأقاليم فيتعذر تطبيق القوانين فيها.
- أن يكون المتلف من أهل الضمان، فلا تعويض لمن فقد الأهلية بعد التعاقد وأحل بالتزامات العقد بسبب فقدان أهليته.
- أن يكون الضرر متحقق الوقوع ولا يمكن التعافي منه، فإن وقع الضرر لكنه مؤقتا غير دائم، وأمکن موقعه من استدراك الالتزام بالعقد، فلا تعويض بالشرط الجزائي.

وقد ذكر الدكتور مدني بوساق مجموعة من الأدلة المشرعة لأصل التعويض عن الضرر، وهو أمر لا مغمز فيه إذا كان في غير العقود، لكن الذي نعينه هنا هو التعويض عن الضرر المترتب عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وهو جزء من التعويض العام للأضرار.

والشرط الجزائي يُمكن اندراجه تحت قاعدة الجوابر التي ذكرها القراني في فروقه حيث قال: والغرض من الجوابر جبر ما فات من مصالح حقوق الله أو حقوق عباده، وشُرِّع الجبر مع العمد والخطأ والجهل والعلم والذكر والنسيان، وهو يقع في الأموال والنفوس والأعضاء ومنافع الأعضاء والجراح والعبادات⁽²⁾، والشرط الجزائي جبرٌ قيمي للضرر الواقع على طرف العقد جراء عدم التزامه بينوده.

(1) التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 177 وما.

(2) الفروق، القراني، 289/8.

ومما يظهر أنه أشبه بالشرط الجزائي في المذهب المالكي هو اشتراط هبة الثواب؛ وهبة الثواب عطية قصد بها عوض مالي⁽¹⁾. وصورتها: أن يقول له أهب لك هذا الثوب مثلاً لأجل أن تثيبني عليه؛ أي أن تعطيني ما لا عوضاً عن هذه الهبة، والثواب هو العوض ويصح اشتراطه في العقد⁽²⁾، ومثاله ما يحدث في وقتنا كمن يدلل ببيع سيارته فيشتريها منه شخص بشرط البراءة من عيوب محددة، وبهبه مع العقد عطية بشرط الإثابة إن وجد فيها العيب.

ومثاله: أن يتبايعا بينهما بشرط أن يقدم المشتري هبة للبائع من أجل أن يُعطيه قيمة مالية مقابل هذه الهبة، قال الشيخ عليش: كقوله في العقد وهبتك أو أعطيتك أو منحتك أو نخلتك هذا الشيء على أن تثيبني أو تعوضني أو ترد علي أو تكافئني⁽³⁾.

وقال الحطاب في مسائل الالتزام: فصل في الالتزام المعلق الذي فيه منفعة للملتزم، وهو على أربعة أوجه:

الأول: أن يكون الفعل المعلق عليه إعطاء الملتزم له للملتزم أو لغيره شيئاً وتمليكه إياه، نحو إن أعطيتني عبدك، أو دارك أو فرسك فقد التزمت لك بكذا، أو فلنك على كذا، أو فلنك عندي كذا، الشيء يسميه، فهذا من باب هبة الثواب⁽⁴⁾.

قال صاحب المقدمات هبة الثواب مباحة خلافاً للأئمة⁽⁵⁾، واشتراطها في عقد البيع مما يصح، لذلك قال خليل في المختصر: وجاز شرط الثواب.

قال ابن العربي: هبة الثواب جائزة فهي استثناء من الممنوع الداخل في عموم التحريم⁽⁶⁾؛ فهي نوع من الربا الحلال أهب لك شيئاً بشرط أن آخذ منك عوضاً عنه، وهي مبنية على المكارمة لا على المشاحة كما قال الباجي وابن رشد أن مقتضى هبة الثواب الإستسلام وترك المشاحة⁽¹⁾.

(1) المختصر الفقهي، ابن عرفة، 33/9.

(2) شرح مختصر خليل، الحرشي، 117/7.

(3) منح الجليل، عليش، 214/8.

(4) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، الحطاب، ص 199.

(5) انظر: الذخيرة، 271/6.

(6) أحكام القرآن، 324/1.

فقول ابن العربي السابق يُمكن الاتكاء عليه في تشبيه الشرط الجزائي على هبة الثواب، بأنه استثناء من ممنوع.

والنص الشرعي الذي يجعل الشرط الجزائي نافذا هو قوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار"⁽²⁾، قال الباجي : ويحتمل عندي أن يكون معنى الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره، والضرار أن يضر كل واحد منهما بصاحبه⁽³⁾، وقال عبد الباقي الزرقاني: هذا خبر بمعنى النهي، أي لا يضر الإنسان أخاه فينقصه شيئاً من حقه، (ولا ضرار) أي لا يجازي من ضره بإدخال الضرر عليه بل يعفو، فالضرر فعل واحد، والضرار فعل اثنين؛ الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، والضرار: إلحاقها به على وجه المقابل، أي كلٌّ منهما يقصد ضرر صاحبه⁽⁴⁾.

فهذا النص كالقاعدة الكلية أن الضرر ابتداء لا يجوز، وإن وجد فهو مرفوع شرعاً.

المطلب الثاني: آلية الرقابة على دفتر الشروط

يُعد هذا المطلب كخاتمة وقائية للعقد ودفتر شروطه من الاضطراب الذي يشوبه جراء التلاعبات الكثيرة التي تجذرت في المنظومة التعاقدية في المجالات الاقتصادية والتجارية، إن من جهة المشرع أو من جهة المتعاقد ذاته.

فكم من شرط تعسفي وُضع في دفاتر الشروط فُيِّدت به ذمم المتعاملين الاقتصاديين، وجُلِبَت به الثروات للمؤسسات وللأشخاص من غير وجه حق، لذلك كان لزاماً بسط الرقابة على دفاتر الشروط، وسنصرف النظر إلى ذلك في فرعين:

(1) انظر: المنتقى شرح الموطأ، 6/113، المقدمات الممهدة، 1/480.

(2) الموطأ، كتاب القضاء، باب القضاء في المرفق، رقم (2758)، 4/1078.

(3) المنتقى، الباجي، 6/40.

(4) شرح الزرقاني على الموطأ، 4/66.

الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية

التعسف لغة معناه الظلم، لذلك قال ابن فارس: العين والسين والفاء كلمات تتقارب ليست تدل على خير⁽¹⁾، ومنه قيل: رجل عسوف إذا لم يقصد قصد الحق⁽²⁾.

وعُرف التعسف بأنه: التصرف الذي لا مبرر له، ومنه تسريح الموظف تسريحا "تعسفيا"، أي دون سبب معقول⁽³⁾، ولا يكون ذلك إلا من جهة نافذة.

وهذا المفهوم نأخذ منه المرتكز الأول لوجود الشروط التعسفية في العقود وهو استخدام النفوذ في اشتراط الشروط في العقود دون وجه حق.

وعرف الدكتور فتحي الدريني التعسف بقوله: هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل. ثم قال ومعنى هذا أن يمارس الشخص فعلا مشروعاً في الأصل على وجه يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير أو مخالفة الشرع أصلاً⁽⁴⁾.

وهذا المفهوم نأخذ منه الغرض من الاشتراط التعسفي فهو قصد مخالفة الشارع ابتداءً، وهو الذي نعبر عنه لاحقاً بالظلم، وأضاف بعضهم أنه لغرض الحصول على منفعة للطرف الأقوى في العقد⁽⁵⁾، وهو الذي نعبر عنه في التعريف بإيقاع الضرر.

وعُرف الشرط التعسفي بأنها الشروط المحررة مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة تتمثل في التسلط الاقتصادي على الطرف الآخر⁽⁶⁾.

ويمكن تعريف الشروط التعسفية في العقود بأنه ما وُثق في وثيقة العقد من أحد طرفيه قصد الظلم وإيقاع الضرر بالمتعاقد، يلزم من قبوله قبول التعاقد ومن عدم قبوله عدم قبول التعاقد من واضعه.

(1) معجم مقاييس اللغة، 311/4.

(2) لسان العرب، ابن منظور، 245/9.

(3) معجم لغة الفقهاء، قلعي وآخرون، ص 136.

(4) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، الدريني، ط1، مطبعة جامعة دمشق، 1967م، ص 315.

(5) انظر: مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، حليس لحضر، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، ص 192.

(6) انظر: حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير المشروعة، زيري بن قويدر، رسالة ماجستير، تلمسان، 2005م، ص 93.

ومن الضروري أن تخلو العقود من هذه الشروط، وأن يعمل القضاء على تصفية دفاتر الشروط منها، ومحاسبة من تُخول له نفسه ذلك، وهو الأمر المأمول في المنظومة التعاقدية الفقهية، فقد عان الكثير من المتعاقدين من تشريعات بسطت المجال للإدارة في التعسف في استعمال الحق من جهة، وشرّعت للأقوياء التسلط على أموال الضعفاء من جهة أخرى، فتسبب ذلك في اضطراب السوق التجارية والاقتصادية.

الفرع الثاني: طرفا العقد وأثرهما في الاشتراط

مما لا شك فيه أنه من المبادئ الأساسية للتعاقد من النظر الشرعي أن طرفي العقد متساويان في حرية التعاقد المشروعة، فليس هناك طرف أقوى وطرف أضعف فقها إلا في عقود الإذعان فلها حكمها الخاص، وبناءً على هذا التساوي يصح لطرفي العقد التعاقد على ما يتراضيا عليه مسبقاً ما لم يكن مخالفاً للشرع أو مما فيه ضرر لهما أو لغيرهما، ويصح لهما الاشتراط في العقد بما يضمن انتقال الملك لهما بصفة أسلم.

وبما أن غرض التعسف في الاشتراط مبني على مخالفة الشرع أو الطمع في المنفعة غير المشروعة، فهذا مما لم تأت به الشريعة الغراء، بل جاءت لتنهيه عنه وترفعه من عادات الناس وأفعالهم.

فيبقى منشئ الشرط التعسفي فهو أحد طرفين إما السلطان أو ما ينوب عنه في تشريع الأحكام للأفراد وتنفيذها، أو الطرف الأقوى في العقد، كالمؤسسات المالية والمحال التجارية والمؤسسات الإعلامية والإشهارية.

أما تدخل السلطان في الاشتراط التعسفي فليست في الشرع رقابة تعسفية على عقود الأفراد تتسلط على ذمهم وأموالهم باسم الشرع، فلم نعهد من الشارع تقييداً لحرية الأفراد في التصرف في ممتلكاتهم بيعاً وشراءً وهبةً ووقفاً، وكذلك في شؤونهم الأسرية، فغاية ما يُقدمه السلطان في الشريعة في باب العقود تنظيمها وحمايتها من الاضطراب بما يُحقق مقصد الشارع منها، ولم نعهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه تدخل في عقود الخلق فمنعها تعسفاً أو زاد فيها قيوداً تعسفياً ولا من أحد من خلفائه.

بل عهدنا أنه قال صلى الله عليه وسلم: "إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فلا يأخذ منه شيئاً. فإنما أقطع له قطعة من النار"⁽¹⁾.

فهو هنا صلى الله عليه وسلم مُبين للحقوق بناء على ما قدمه المتخاصمان فحسب، فإن كان بينهما لحن أو تأويل بخلاف الحق فما أخذه من فض النزاع إلا قطعة من النار، والحديث إشارة منه صلى الله عليه وسلم أنه لا يتدخل في شؤون الناس الخاصة ولا يتدخل فيها إلا إذا تنازعا فله النظر في رفع النزاع ورد الحقوق لمستحقيها.

ولنا فعله صلى الله عليه وسلم مع بيوع الناس وقتها وأنكحتهم فلم يكن متدخلًا فيها بالتعسف، وإنما ترك الناس على ما هم عليه من العقود، وصحح ما يجب تصحيحه وفق النظر الشرعي، وكذا فعله مع مسؤولي إدارته فقد روي عن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه، قال: استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً من الأزد، يقال له ابن الأتبية على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي لي، قال: "فهل جلس في بيت أبيه أو بيت أمه، فينظر يهدى له أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منه شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتة، إن كان بعيراً له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر" ثم رفع بيده حتى رأينا عفرة إبطيه: "اللهم هل بلغت، اللهم هل بلغت"⁽²⁾.

كما لم يُؤثر أن خلفاء المسلمين تدخلوا في عقود الناس تعسفاً، بل تُرك الخلق إلى وازعهم الديني ورقابتهم الدينية، فإن تعدوا الحدود تدخل القضاء لرد الحقوق لأصحابها.

وإنما عرف الناس اليوم هذا التعسف من وقت تغير الإدارات ونظام الحكم من النظام التشريعي المحمدي النبوي إلى النظم الغربية المادية، التي زادت حدتها في هذا العصر على كل ما له صلة بالمرور الشرعي، والغريب أن هذه النظم قننت منع التعسف في الاشتراط وتسكت عن ممارسه، فإذا نظرنا إلى الشروط التي تضعها البنوك والشركات والمؤسسات اليوم لربائنها في العقود تجد منها ما يخالف المشروع قطعاً، ومنها هو نصب واحتيال، دون رقابة لذلك، وهو واجب جمعيات حماية المستهلك في المدافعة على حماية العقد من الافتئات والاشتراط التعسفي، لذلك نأمل في المنظومة التعاقدية الفقهية إذا رافقها القضاء الشرعي في رد الاعتبار إلى الفلسفة الشرعية

(1) الموطأ، كتاب القضاء، باب الترغيب في القضاء بالحق، رقم(2662)، 1040/4.

(2) صحيح البخاري، كتاب الهبة وفضلها، باب من لم يقبل الهدية لعلة، رقم(2597)، 159/3.

في حفظ العقود، وضمان توازنها بما يُفضي إلى المساهمة في تطور السوق التجارية والاقتصادية، وإلى استقرار عقود الأسرة وحلها من الفكك والضرار.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الباب الثالث :

مدى استثمار الصياغة الفقهية

للحقوق في صياغة العقود المعاصرة

وفيه ثلاثة فصول هي :

الفصل الأول: العقود المعاصرة ومناهج صياغتها.

الفصل الثاني: آليات تطوير المنظومة التعاقدية من الناحية الفقهية.

الفصل الثالث: عوامل ضبط المنظومة التعاقدية وفق المذهب المالكي





إن لفظ الاستثمار في اللغة مشتق من الثمر فنقول ثمر الشجر أي فاكهتها، واستثمار الشجر استغلالها من أجل طلب الثمرة وإنتاج أفضل⁽¹⁾، وفي علم الاقتصاد والمال الاستثمار هو التفكير في وضع آليات استغلال المادة الخام من أجل طلب الربح وتحسين الوضع المعيش.

وهو ما نقصده من هذا الباب إذ نقصد به إبراز آلية تطبيق ما تنطوي عليه الصياغة الفقهية المحكمة في المذهب المالكي من قيمة علمية في ضبط المنظومة التعاقدية المعاصرة؛ فبعد تجلية جذور الصياغة الفقهية المحكمة في البابين السابقين نحاول هنا أن نتهدي إلى آلية تطبيق هذه النظرة الشرعية من أجل ضبط العقود المعاصرة ضبطاً يرفع عنها اللاتقة والخوف والتحايل الذي التصق بها، ومن أجل المساهمة في بعث الموروث الفقهي لخدمة الواقع المعيش.

وقد أصبحت عملية تجلية الأصول الفقهية وبيانها في مقابل الفلسفات التشريعية الغربية أمراً واجباً لكثرة ما تحمله هذه الفلسفات التشريعية من إشكالات جوهرية، لذلك نقدم هنا إمكانية توظيف الصياغة الفقهية للعقود، وكيفية تنفيذها، من أجل استحداث منظومة تعاقدية فقهية شاملة قابلة للتنفيذ المعاصر.

لذلك سنقدم هذا الباب في ثلاثة فصول نحسبها مُلمّة باستثمار صيغ العقود الفقهية في المنظومة التعاقدية المعاصرة، وهي:

الفصل الأول: العقود المعاصرة ومناهج صياغتها.

الفصل الثاني: آليات تطوير المنظومة التعاقدية من الناحية الفقهية.

الفصل الثالث: عوامل ضبط المنظومة التعاقدية وفق المذهب المالكي.

(1) انظر: مختار الصحاح، ص50، القاموس المحيط، ص359.

الفصل الأول

العقود المعاصرة ومناهج صياغتها.

وفيه مبحثان هما:

المبحث الأول: العقود المستحدثة أقسامها وقواعدها

المبحث الثاني: الجهات المخولة بصياغة العقود وقوة وثقتها.

توطئة

إن أول ما يجب بيانه وضبطه عند طلب النظر الفقهي في تحسين النظم التعاقدية المعاصرة هو التعرف على هذه العقود من ناحية المفهوم ومن ناحية جهة الإصدار، إذا لا يمكن استغلال الصياغة الفقهية ما لم نتعرف على أهم العقود الواسعة الانتشار في الواقع، لذلك سنقدم هذا الفصل في مبحثين.

المبحث الأول: العقود المستحدثة أقسامها وقواعدها

المطلب الأول: استحداث العقود وشروطه

إن الحركة التداولية للأموال والأموال والأمنافس كان مبدؤها البساطة والشكلية مع الإنسان الأول، ولاشك أنه بتطور حياة الإنسان وتوسع شبكته الاجتماعية تتطور معه العملية التداولية فتفرز أشكالاً وأنواعاً من العقود، وهو أمر مطرد؛ بمعنى كلما توسعت الحياة كلما أفرزت عقوداً، ومع مجيء الشريعة المحمدية تم ضبط المنظومة التعاقدية وفق نصوص شرعية، فهل يمكن استحداث بعض الصور والأشكال من العقود؟ أم يجب الاكتفاء بما سماه الشارع والفقهاء فحسب؟ وسنبين هذا في الفرعين التاليين، من أجل رفع إشكال الجمود عن الفقه في ناحية التعاقد.

الفرع الأول: استحداث العقود.

إن كلمة استحداث لاشك أنها مشتقة من الحدث والإحداث ومحدثات الأمور⁽¹⁾، وهي كلمة استعملت في النص العربي والشرعي كثيراً للدلالة على معانٍ معينة، وقد دار حولها اختلاف وجهات النظر بين فقهاء الشريعة؛ ففي نصوص كثيرة يحذر النبي صلى الله عليه وسلم مما هو محدث، فهل هو نهي عام عن ترك والابتعاد عن كل ما هو محدث؟ وعليه فالشريعة حبيسة لشكل حياة واحد ونمط عيش واحد لا يمكن تجديده ولا مسايرة واقع الناس!، أم هو نهي خاص بمحدثات خاصة لها مؤثراتها وضوابطها، لا يجوز تعديدها، وما لم تتوفر فيها الشروط جاز إحداثه وتكييفه شرعاً، فالشريعة إذن حيوية مع أنماط حياة الإنسان.

(1) انظر: مختار الصحاح، ص 68، لسان العرب، 2/131.

فالحدث لغة قال ابن فارس: الحاء والذال والطاء أصل واحد، وهو كون الشيء لم يكن، وقال ابن منظور: الحديث: نقيض القديم، فهو الجديد؛ حدث الشيء يحدث حدوثاً وحادثة، وأحدثه هو، فهو محدث وحديث، وكذلك استحدثته⁽¹⁾، فهي بمعنى كل جديد.

وانطلاقاً من معنى الاستحداث تكون العقود المستحدثة هي العقود التي تظهر في زمن ما لم تكن في الزمن الذي قبله، واستحداث العقود هي العزم على وضع عقود جديدة لم تكن معروفة من قبل، ويُمكن أن نفرق بين هذين الاصطلاحين من أجل حصر مفهوم العقود المعاصرة، فنقول: المراد بالعقود المستحدثة كل عقد لم يُبَيَّنْ على نظر شرعي ولم يكن من قبل.

واستحداث العقود يُقصد بها هنا كل عقد يُبَيَّنْ على نظر شرعي ولم يكن من قبل.

ولا مشاحة في الاصطلاح إن أراد باحث آخر أن يعتبر أن كلا المصطلحين سيان بالمعنى الأول أو الثاني، وإنما أردنا هنا أن نميز بينهما للقصد الذي قطعناه في هذه الأطروحة وهو استخراج أمودج العقود من التراث الفقهي.

وعلى ذلك فلا يُمكن بحال من الأحوال إدراج العقود المستحدثة أي الجديدة ضمن باب البدع⁽²⁾ وهي محدثات الأمور التي نهى عنها النبي صلى الله عليه وسلم، إذ هي ليست للتعبد بل غاية التعاقد التعامل، ولذلك فالعقود المستحدثة هي من قبيل النوازل والوقائع التي تقع في الأزمنة ويطلب الناس لها الحكم الشرعي.

وعند استقراء نصوص العقود في الكتاب والسنة تجد الشارع وسع في التعاقد المالي والوقفي، ونص على عقد واحد في باب الأحوال الشخصية؛ فباب استحداث العقود المالية في الشرع مفتوح وسيبقى مفتوحاً، انطلاقاً من قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ البقرة 275.

(1) انظر: مقاييس اللغة، 36/2، لسان العرب، 131/2.

(2) البدعة عرفها الشاطبي حيث قال: هي طريقة في الدين مخترة، تضاهي الشرعية يقصد بالسلوك عليها المبالغة في التعبد لله سبحانه، وعُرفت بأثما: كل ما أحدث بقصد التعبد لله - عز وجل -، ولم يتم عليه دليل أصلاً، أو وصفاً، انظر: الاعتصام، الشاطبي، 50/1، البدعة الشرعية، المنيوي، المكتبة الشاملة، مصر، ط1، 2011م، ص23.

قال القرطبي: هذا من عموم القرآن، والألف واللام للجنس لا للعهد إذ لم يتقدم بيع مذكور يرجع إليه، فالبيوع كلها حلال، إلا ما استثناه الشرع ونص عليه⁽¹⁾.

وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽¹⁾ المائدة 1، فهو أمرٌ بالوفاء في كل العقود، إلا ما نص على حرمة في نصوص أخرى، والعقود المستحدثة من هذا القبيل، يجب الوفاء بها ما لم يكن منصوصاً على حرمتها، أو تناقض أصلاً شرعياً.

وفي حديث عبادة بن الصامت، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد"⁽²⁾ فيه دلالة واضحة على جواز استحداث العقود ما لم تناقض أصلاً شرعياً في قوله: فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد.

وقال ابن عبد البر: الأصل في البيوع أنها حلال إذا كانت تجارة عن تراض، إلا ما حرمه الله عز وجل على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم نصاً، أو كان في معنى النص، فإن ذلك حرام وإن تراضى به المتبايعان⁽³⁾.

وقد وضع الفقهاء لهذا الأصل قاعدة: الأصل في العقود الإباحة⁽⁴⁾، وكثرت التعابير عليها في قوالب كثيرة، سنذكرها في فرع قواعد العقود.

أما عقود الأحوال الشخصية فقد اعتمد الشرع نموذج عقد واحد وأبطل كل العقود الأخرى، ودليل ذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء: منها نكاح الناس اليوم، ونكاح الاستبضاع، ونكاح الرهط، ونكاح القافة، ثم قالت: فلما بعث محمد صلى الله عليه وسلم بالحق، هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم⁽⁵⁾، والأمر نفسه في الطلاق والرجعة وغيرها من عقود الأحوال الشخصية.

(1) انظر: أحكام القرآن، 3/356.

(2) صحيح مسلم، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، رقم(1587)، 3/1211.

(3) الاستذكار، 6/419.

(4) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الزحيلي، 2/815.

(5) صحيح البخاري، باب من قال لا ناكح إلا بولي، رقم(5127)، 7/15.

واستحداث العقود في كل عصر وليد أسباب خاصة بذلك العصر، وفي هذا العصر ظهرت عقود جديدة هي وليدة التطورات التقنية وثورة الاتصالات والمعلومات والرقمنة التي هي من سمات هذا العصر، مثلاً: عقود الاشتراك في المجالات والجرائد؛ وهو عقد يتقدم فيه دفع الثمن ويتأخر قبض المبيع؛ فلا هو عقد سلم لأنه غير موصوف في الذمة، ولا عقد استصناع لأن صفات المصنوع وهي المجلة يُجدها الصانع لا المستصنع، فهذا العقد من العقود الجديدة المستحدثة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: ضوابط استحداث العقود وشروطه

بعد تحديد معنى استحداث العقود والإشارة لحليته في باب الأموال ومنعه في باب الأبخاع، يمكن أن نذكر بعض الضوابط والشروط التي تجعل المعنى الصحيح لاستحداث العقود لا يلتبس بالمعاني الخاطئة التي قد يلصقها بعضهم بمفهوم التحديد في الدين عامة، ثم نرجع على شروط استحداث العقود حتى نتمكن من فهم العقود المستحدثة.

البند الأول: ضوابط استحداث العقود

بناء على الهدف الذي تم وضعه في مقدمة هذه الأطروحة، وهو وضع قالب شرعي لصياغة العقود من أجل استحداث منظومة تعاقدية معاصرة مستمدة من التراث الفقهي المالكي، فإننا نقدم هنا بعض الضوابط الواجب مراعاتها عند العزم على استحداث عقود جديدة بديلة عن العقود القديمة وعن العقود المستحدثة غريباً، وهي خمسة ضوابط:

1. الاعتماد في استحداث العقود على النصوص الشرعية الموثقة، لأن الاعتماد على النص الشرعي الموثق يقي عملية الاستحداث التصادم مع النص، ونقصد بالنص الشرعي الموثق القرآن الكريم، والسنة النبوية الصحيحة.

2. اتباع المناهج الفقهية للاجتهاد في فهم النصوص وتنزيلها، إذ المنهج الفقهي الاجتهادي أثبت نجاعته في احتواء النوازل وتكييفها منذ الزمن الأول إلى قبيل عصر الاستعمار للديار الإسلامية، والتخلي عن هذا المنهج في فهم النص الشرعي والاعتماد على الواقع أو النظريات المالية الغربية لا يفرز لنا عقوداً شرعية، وإنما يفرز لنا عقوداً معاصرة مستحدثة،

(1) انظر: العقود المستحدثة ضوابطها ونماذج منها، محمد علي القري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص 8.

- ونحن ميّزنا بين استحداث العقود والعقود المستحدثة سابقا، واعتبار المنهج الفقهي يجعلنا نفهم المصطلحات المركبة لصيغة العقد ودلالاتها الفقهية بسلاسة.
3. ألا يُنافي استحداث العقود مناقضة للشرع، وهو من الضوابط الاحترازية التي يضعها مستخرجي العقود من الناحية الشرعية نصب أعينهم، والعمل على إبعاد كل شبهة في صيغة العقد تُبعده عن انتسابه للشرع.
4. أن يتفرغ لاستحداث العقود من النظر الشرعي من هم أهلٌ لذلك، كالفقهاء والاقتصاديين والقانونيين والاجتماعيين وغيرهم، فلا يمكن لأي إنسان ادعاء استحداث عقود من الفقه الإسلامي إلا إذا كان أهلا لذلك.
5. العناية بالمقاصد الشرعية والأعراف في استحداث العقود.

البند الثاني: شروط العقود المستحدثة

ونقصد بها تلك الشروط الواجب توفرها في كل عقد، وهذه الشروط بعضها يعود إلى صيغة العقد، وبعضها يرجع إلى محل العقد وبعضها إلى العاقد، وهي في الجملة:

1. موافقة القبول للإيجاب، فكل عقد مستحدث لا يتطابق فيه القبول للإيجاب فهو لاغٍ.
 2. مجلس التعاقد، وهو شرط يُكَيَّف على حسب أنواع العقود والنصوص الواردة فيها، وإنما يجب للتعاقد أن يكون له مجلسا يتم فيه، فالعقود الوهمية أو الابتزازية لاغية.
 3. أن يكون المعقود عليه قابلا للتعاقد، فكل عقد على أمر محظور شرعا يُعد من العقود المحظورة.
 4. أن يكون المعقود عليه موجودا عند التعاقد، فلا يصح إبرام عقد أو استحداث عقد على معقود منعدم.
 5. أن يكون المعقود عليه مقدورا على تسليمه وقبضه.
 6. أن يكون المعقود عليه معلوما أو موصوفا.
 7. أن يكون العاقدان ذا أهلية تمكنهما من التعاقد والترافع عند إيقاع الضرر.
 8. ألا يؤدي العقد إلى الربا أو الغرر أو الضرر أو الجهالة أو الفساد.
- فمعظم هذه الشروط عامة في كل العقود تشترك فيها، لكن هناك شروط خاصة لبعض العقود، لا يمكن استحداثها إلا إذا توفرت هذه الشروط فيها، ونذكر منها على سبيل الذكر دون الحصر:
1. اشتراط الولي الشهادة والمهر في عقود النكاح.

2. اشتراط التسليم في العقود العينية ، وكعدم تعليق العقد على شرط في المعاوضات والتعليقات، لأن الشرط يُطلها.

3. اشتراط الأجل المعلوم في عقود الآجال⁽¹⁾.

المطلب الثاني: أقسام العقود ومسمياتها وقواعدها.

الفرع الأول : أقسام العقود ومسمياتها

إن الغرض من إدراج هذا المطلب في بداية هذا الفصل هو بيان أصول العقود في الفقه الإسلامية المالكي من جهة، وبيان التقسيمات الفقهية للعقود من جهة أخرى، حتى نوضح مدى استحداث العقود في الفقه الإسلامي عامة والمالكي خاصة، وحتى تتمكن بعد ذلك من إثبات إمكانية استحداث منظومة تعاقدية فقهية شاملة لمعالجة المنظومة التعاقدية المعاصرة المتناثرة.

ثم إن الناظر في البحوث المتعلقة بأقسام العقود خاصة عند السنهوري والشيخ الزرقا يجد أنهم قسموا العقود إلى تقسيمات عدة باعتبار عدة، وهذا الأمر محمود مشكور يُبين لنا أهمية العقود في الاجتهاد الفقهي عامة، ويُشجع على لفت النظر إلى استخراج منظومة تعاقدية فقهية شاملة، ونحن هنا لا نكرر ذات العمل ، وإنما نستقرئ قسما من هذه الأقسام لحاجتنا إليه في هذه الأطروحة، وهو العقود المسماة أو العقود المعينة؛ وهي العقود التي أقر لها الشارع اسما في نص من نصوصه يدل على موضوعها الخاص، وأحكاما أصلية تترتب عند انعقادها⁽²⁾.

ودرج الفقهاء في كتبهم على تمحيصها وبيان شروطها وموانعها وآثارها ومحتزاتها وقواعدها، وقد نجد بعض الاختلاف في مسميات بعض العقود بين المذاهب الفقهية الإسلامية، وهنا سنذكر مسميات هذه العقود في الفقه المالكي وذلك بالرجوع إلى مصادره، وجملة ما تم إحصاؤه من كتب الوثائق والشروط المالكية ثلاثة وثلاثون عقدا مُعيَّنًا في الفقه المالكي وهي:

(1) انظر هذه الشروط في كتاب: أقسام العقود في الفقه الإسلامي، حنان بنت محمد جستنيه، مرجع سابق، ص 84.

(2) انظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا، 540/1.

1. عقد النكاح، ويُعرف عند كتاب الوثائق والشروط بعقد الصداق، وهو بدوره فيه حالات عدة بحسب ما يطرأ على العقد من شروط، وقد أحسن ابن مغيث في وثائقه إذ عرَّج على معظم العقود المتعلقة بعقد النكاح، مثل عقد نفي الحمل، وعقد الحضانة...
2. عقود البيوع، ويُسميها كتاب الوثائق المالكية بوثائق العقود، وتدرج ضمنها أشكالاً كثيرة، وأقساماً عدة من العقود، منها: عقود بيع العقارات والمنقولات وغيرها.
3. عقود الإجارة، وفيها أكثر من عقد؛ مثل: عقد إجارة الحيوان، وعقد إجارة الوسائل، وعقد إجارة المركوبات.....
4. عقود الكراء، وهي تختلف عند المالكية عن عقود الإجارة.
5. عقود الشركة. 6. عقود المزارعة. 7. عقود المزارعة. 8. عقود المغارسة. 9. عقود المساقاة.
10. عقود السلف والقرض والدين. 11. عقد الرهن. 12. عقد السلم.
13. عقد المضاربة. 14. عقد الضمان. 15. عقود العرايا. 16. عقود الودائع.
17. عقد الحوالة. 18. عقد الوكالة. 19. عقد الكفالة. 20. عقد الشفعة.
21. عقود الوصايا. 22. عقود القسمة. 23. عقود القسمة. 24. عقد البراءة من العيوب. 25. عقود الجوائح.
26. عقود الوقف أو التحبيس. 27. عقد الهبة. 28. عقد العمرى.
29. عقد الودائع. 30. عقد العتق. 31. عقود التدمية والجراح.
32. عقود الصلح. 33. عقود التسجيلات⁽¹⁾.

إن هذا التنوع في العقود، والحصر لها من فقهاء المالكية، وبيانها وآلية صياغتها، وطريقة تسجيلها، وكيفية القضاء فيها، والشهادة عليها، والرقابة والمحاسبة عليها، حرَّيُّ بأن يُلتفت إلى هذه المنظومة التعاقدية الفقهية بالتحقيق والتدقيق والبيان من أجل تقنينها تقنياً معاصراً يتماشى مع مقتضيات العصر المعيش.

(1) تم استقراء هذه العقود من كتب الوثائق والشروط المالكية، وقد أثبتناها في الملاحق بعد خاتمة هذه الأطروحة.

الفرع الثاني: القواعد الفقهية العامة المرعية في العقود

لا شك أن القواعد الفقهية دالة على عبقرية النظر الفقهي في جمع المسائل الفقهية المتناثرة في ثنايا الكتب ومجالات الفقه تحت أصل واحد، يُمكن الفقيه بعدها من رد الفرع لأصله، كما تمكنه من بسط الأصل على فروع، وفي باب العقود قواعد كثيرة تُحكم صلافة العقود، وتجمع المسائل المتفرعة، وتضبط العقود من انفلاتها عن النظر الشرعي.

والمدقق في صياغات هذه القواعد يدركها واجبة الانصياع، وملزمة الاتباع لها، وهي كالدليل للفقيه عند النظر في مسائل العقود المعاصرة، لذلك نحاول هنا أن ندرج بعضاً من هذه القواعد والضوابط من أجل التسهيل على المختصين في استحداث العقود، وتتنوع هذه القواعد فمنها ما يتعلق بالقصد والإرادة في التعاقد، ومنها ما يتعلق بالصيغة، ومنها ما يتعلق بالمعقود عليه، ومنها ما يتعلق بالعاقدين، ومنها ما يتعلق بالمسائل في كل باب وهكذا، ونحن هنا لكثرة هذه القواعد والضوابط لا يمكننا أن نسوقها جميعاً، فليس هي المقصودة بالبحث والتنظير، وإنما الغرض أن نبين النظر الفقهي الشرعي في وضع القواعد الحاكمة للعقود من أجل اتخاذ طرائق معاصرة محكمة في استحداث العقود من التراث الفقهي.

البند الأول: القواعد الفقهية الكبرى وعلاقتها باستحداث العقود

إن صناعة القاعدة الفقهية والاعتناء ببيان مصدرها ومنبعها وما يندرج تحت حكمها من فروع، وما تضمه من مسائل، صناعة فقهية خالصة انفرد بها الفقه الإسلامي عن غيره من الفلسفات التشريعية الأخرى، وهذا يعني أن على الفقيه الناظر في مسائل العقود المعاصرة أن يحصل علم القواعد ابتداءً حتى يضبط اجتهاده، وعلم التعقيد الفقهي غني بأساليب ومناهج تركيب القاعدة وصياغتها، وهو الأمر الذي يساعد الفقيه في صياغة بنود التعاقد.

وجل القواعد التي بين أيدينا هي جهود الفقهاء عند إعمالهم النظر في النصوص الشرعية صاغوها بتعبيرهم وأسلوبهم الفقهي الخاضع لضوابط التعقيد الفقهي وعناصره، ومن ثم بُني الحكم الشرعي على ضوء ذلك.

ومما صاغه الفقهاء كثير حتى عُدد من كليات قواعد الفقه، القواعد الفقهية الكلية الخمس، وسميت بذلك لدخولها في كل مجالات الفقه، ولحاكمتها لمعظم مسائل النوازل ومنها العقود.

1. قاعدة الأمور بمقاصدها، إذ القصد من الإرادة والعزم المكون الأساسي لحرية التعاقد، فالقاعدة تشمل مختلف فروع المعاملات فهي تجري في كثير من الأبواب الفقهية مثل المعاوضات والتمليكات المالية والإبراء، وهي الفاصلة في كنايات العقود مثل : كنايات البيع والهبة والوقف والقرض والضمان والحوالة والوكالة والإقالة، وتجري في الوكالات، والضمانات، والأمانات والعقوبات⁽¹⁾، فكثير من المعاملات والعقود المصرفية اليوم يمكن ردها لهذه القاعدة، خاصة تلك العقود التي يختلف مقصودها عن شكلها الظاهري، مثل: عقد الودائع المصرفية، فهي سُميت ودائع شكلا تقربا من الربا وحقيقتها أو القصد منها أنها قرض، والأمر نفسه مع عقود التورق، ففي حقيقته ومقصوده قرض ربوي، لأن البيع لا يكون مقصودا للبنك، والشراء لا يكون مقصودا للعميل، وإنما قصد العميل الحصول على النقد أو تسديد دينه لدى البنك ، وقصد البنك الاسترباح من وراء حاجة العميل أو تحصيل دين ه الذي على العميل، وإنما ألبست العملية شكل التورق للفرار من الحكم الشرعي، ولذلك لا يجري فيها قبض فهو بعينه بيع العينة المحرم⁽²⁾. لذلك استنبطت منها قاعدة خاصة بالعقود في قولهم: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.
2. قاعدة المشقة تجلب التيسير، فكثيرا ما تلحق المشقة معاملات الناس وتصرفاتهم، ومن غير المعقول جعل المكلفين في مشقتين؛ المشقة ذاتها والفتوى أو الحكم الشاق على المكلف في عقودهم وتصرفاتهم، لذلك وضعت الشريعة هذه القاعدة تخفيفا على الأفراد من خوفهم من انتهاك الحرام الشرعي جراء تعاملاتهم بالمشقة، فمثلا في عقود البيع بالجزاف خفف الشرع فيه وأجازه رغم ما يتضمنه من غرر وجهالة، وقد أدرج الفقهاء تحت هذه القاعدة الكبرى ضوابط كثيرة حاکمة للمعاملات المالية والأحوال الشخصية على حد سواء مثل قولهم: ما أبيع للضرورة يُقدر بقدرها، إذا تعذر الأصل يُصار إلى البدل، ما لا يمكن التحرز منه فهو عفو، الغرر اليسير معفو عنه، ... وغيرها من القواعد والضوابط⁽³⁾.

(1) انظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، تع: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق 1989، ص 47.

(2) انظر: الضوابط والقواعد الشرعية للمعاملات المالية الإسلامية، إسماعيل خالدي، ص 8.

(3) انظر: القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، عمر عبد الله كامل، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ص 128.

3. قاعدة الضرر يُزال، وهي مشتقة من الحديث النبوي الشريف لا ضرر ولا ضرار، ولا شك أن الضرر بالمتعاقد أو بهما غالبا ما يكون مقصودا من جهة ما، فمثلا الربا والزيادة والفائدة كلها من الضرر اللاحق بالمتعاقد، والعيوب المانعة من النكاح إذا لم يُفصح عنها وقت التعاقد أو قبله فهي ضرر بالعاقد، وغيرها، ولهذا تعد هذه القاعدة حامية وحافضة للمتعاقد من الضرر المحتمل وقوعه أثناء تعاقد وبعده، وليس بين هذه القاعدة والتي قبلها تناقض وإنما بينهما تكامل، فالشرع راعى الضرر والمشقة من جهتي اليسر والكثرة، فما كان يسيرا خفف فيه، وما كان كثيرا منعه، ومن فروع هذه القاعدة في تفسير العقود: الضرر لا يزال بضرر مثله أو أشد منه، الأفضل اختيار أخف الضررين إن تحتم⁽¹⁾.
4. قاعدة العادة محكمة، لقد ذكرنا سابقا في ضوابط استحداث العقود مراعاة العرف، إذ الأعراف المنضبطة على عموم الأفراد والمناطق إذا لم تخالف نصا شرعيا فهي بذاتها حاکمة للتصرفات والمعاملات من الزيغ والوقوع فيما حرمه الله، لذلك من حكمة الشارع أن اعتبر هذه الأعراف في التحكيم وفصل النزاع في مسائل العقود، وأفضل ما يتم التحكيم إلى العرف عند تفسير العقود، فالقاضي عند تفسيره للعقود يجب عليه مراعاة الأعراف، فمثلا من القواعد المفسرة للعقد من العرف: يُعتبر العرف إذا لم يوجد تصريح، المعترف في جميع الأشياء أثناء التحاكم العرف⁽²⁾.
5. قاعدة اليقين لا يزول بالشك، قد قدمنا سابقا، وسنذكر لاحقا أن الأصل في منظومة العقود الوضوح والشفافية والمصادقية، والذي يضبط هذه الميزة الفقهية هي هذه القاعدة، إذ يُفترض أن تتأسس المعاملات والتصرفات بين الأفراد على اليقين الصادق، فإن تمت بقين فإن الشكوك بعدها لا يمكن لها أن تُفسد العقود، لذلك وُضعت ضوابط مندرجة ضمن هذه القاعدة فقيل: الأصل براءة الذمة، وقيل: لا عبرة في التوهم، ولا يُنسب لساكت قول وغيرها من الضوابط التي يحتاجها القاضي عند تفسير العقود، وتحتاجها الهيئات الشرعية في البنوك لصياغة عقود محكمة.

(1) انظر المرجع السابق، ص152.

(2) انظر المرجع السابق، ص161 وما.

ولاشك أن لكل قاعدة من هذه القواعد شروط تنفيذ، وموانع، واستثناءات، ويعرف ذلك كله في باب القواعد الفقهية، كما انه لا شك أن هذه القواعد لها علاقة بالعقود وصياغتها واستحداثها ومعالجة بنودها، وهو الأمر الذي يقى العقود المستحدثة فقها من الزيغ عن الشرع الذي وقعت فيه كثير من العقود المعاصرة.

البند الثاني: قواعد الشروط في العقود

لاشك أن الاشتراط في العقود أصبح لب التعاقد، وعليه يتم إبرام العقود، لذلك نسوق هنا مجموعة من القواعد والضوابط الفقهية ذات العلاقة بالاشتراط في العقود، وذلك من أجل بيان المحترزات الواجب اتخاذها عند استحداث العقود، ويلاحظ أن معظم هذه القواعد مستنبطة من النصوص النبوية الشريفة، وتمثل هنا بعض الضوابط والقواعد في الاشتراط في العقود فحسب، ونحيل إلى بعض الدراسات الأكاديمية التي بسطت البحث في الموضوع⁽¹⁾:

1. قاعدة: كل شرط مناقض للشرط الشرعي فهو باطل، فالاشتراط في العقود كما مرّ

معنا سابقا إما أن يكون اشتراطا شرعيا موافقا لمقتضى العقد، وإما أن يكون اشتراطا جعليا إما موافقا للشرعي أو مناقضا له، وهذا الضابط يجعل الشرط الجعلي المناقض للمقصود الشرعي باطلا، فمثلا في عقود القراض أو المضاربة إذا اشترط رب المال على المضارب ضمان المال أو اشتراط جزء من الربح معلوما وثابتا، أو اشتراط الزوج على الزوجة ألا نفقة عليها. فكل هذه الشروط باطلة.

2. الشرط الباطل في بنود العقد لا يجب الوفاء به شرعا، كثير من العقود المستحدثة في

هذا العصر تجعل في بنودها ودفتري شروطها بنودا تعسفية، مدعنة، وقاهرة للمتعاقدين، مثل اشتراط الرهن في عقود الدين من البنوك على المقترض واشتراط عدم التصرف في الرهن إلا بإذن البنك، فهذا شرط تعسفي على أملاك الأفراد والاستحواذ عليها، ومثل اشتراط البراءة من العيوب في المبيع من طرف الشركات المصنعة، ومثل اشتراط دفع قيمة الضمان

(1) انظر هذه الشروط في: القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الفاسدة وتطبيقها في العقود، محمد بن سعد العبدلي، رسالة

ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1429هـ، ص74 وما.

من الزبون للشركة حتى تتمكن من ضمان التلف، ومثل اشتراط الخيار في عقد الصرف، وغيرها من الشروط التعسفية.

3. اشتراط ما ورد النص بحرمته مبطل للعقود، وما أكثر هذا في العقود المستحدثة، مثل اشتراط الربا في العقد، أو مثل عقد نكاح التحليل، أو عقد المتعة، أو بيع العينة، وغيرها، فأياً عقد حوى هذه الشروط فإنه يُعد باطلاً في نظر الشرع ولا تترتب عليه آثاره شرعاً.

المطلب الثالث: تركيب العقود وجمعها

إن جل ما توجهت له الحضارة المعاصرة من الناحية العقدية هو تركيب العقود وجمعها في صيغة واحدة، وهذا لا يعني عدم استحداث عقود جديدة معاصرة، بل هي موجودة، لكن تركيب العقود وجمعها تظهر لنا الصفة الغالبة على العقود المعاصرة، لذلك نحاول هنا أن نوضح معنى التركيب في العقود، وضوابط تركيب العقود من النظر الشرعي.

الفرع الأول: معنى تركيب العقود والمصطلحات ذات الصلة به.

لقد عرف كثير من الباحثين الذي تطرقوا للعقود المركبة بالبيان الفقهي بعدة تعريفات منها التعريف العام الشامل لكل العقود؛ فهو كالفلسفة النظرية للعقود المركبة، ومنها التعريف الخاص بمجال واحد كالبيوع مثلاً.

ومن التعاريف العامة تعريف نزيه حماد حيث قال: العقود المركبة هي اتفاق إرادة الطرفين في المداولة التمهيدية التي تسبق إبرام الاتفاقية المركبة من مجموعة عقود ووعود متتابعة مترابطة وفقاً لشروط تحكمها كمنظومة واحدة تهدف إلى أداء وظيفة محددة⁽¹⁾.
فهذا التعريف كالتنظير للعقود المركبة، فهو وصف لها منذ بدئها والتشاور بين الطرفين عليها، إلى الاشتراط والتنفيذ، فيدخل فيه عقود الأموال والأنكحة والأوقاف؛ فمثلاً عقد النكاح إذا سبقته وعود ولحقته شروط ما فهو عقد مركب حسب هذا التعريف.

(1) فقه المعاملات المالية المعاصرة، حماد، نزيه، دار القلم، دمشق، ط 1، 2007 م، ص 60.

وما يمكن أن يُنقد به هذا التعريف أن يدخل العقد الواحد في جملة العقود المركبة بأبسط بند دخيل عليه كالاشرط، وعليه تُصبح جل العقود مركبة، وهذا لم يقل به أحد، لذلك لو حذف المعرف كلمة الوعود والشروط في التعريف لكان أفضل.

وعرفه عبد الله العمراني بتعريف أخص من الأول فقال: هي أن يشتمل العقد على عقدين أو أكثر، على سبيل الجمع أو التقابل، بحيث تعتبر جميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها جملة واحدة لا تقبل التفريق والتجزئة بمثابة العقد الواحد⁽¹⁾.

فهذا التعريف يُظهر العقود المركبة بأنها صفقة واحدة تشمل أكثر من عقد لا بدّ من الالتزام بها وتنفيذها جملة واحدة، ويستفاد من التعريف وجود أكثر من عقد، وبالتالي يمكن تسمية العقود المركبة بالعقود المجتمعة؛ كأن يجتمع عقد البيع والرهن والحالة والضمان في صفقة واحدة، أو يجتمع عقد القرض والبيع في صفقة واحدة، لذلك هذا التعريف أفضل من سابقه.

غير أنه عام في العقود المشروعة شرعا وغير المشروعة، وبناءً على ذلك فإن العقود عند تركيبها لها حالات أربع يمكن أن تحصل وهي:

1. التقابل، حيث يمكن في العقد المركب أن تتقابل عدة عقود؛ والتقابل في العقود يُشبهه المنابذة، بمعنى أعقد لك على هذا مقابل أن تعقد لي على هذا، أبيعك منزلا بشرط أن تبيع لي ضيعتك، ففي مذهب مالك رحمه الله اتفق الفقهاء على عدم صحة هذه الصورة إذا كان البيع مع ستة عقود من عقود المعاوضات وهي الجعالة والصرف والمساقاة والشركة والنكاح والقرض؛ لتضاد أحكامها، وقد جمعت في جملة (حص مشنق)، فإن خلا التقابل هذه العقود الستة صح عند المالكية التركيب به⁽²⁾.

2. الاجتماع، حيث يمكن أن يجتمع في صيغة عقد عقدان فأكثر يلتزم بهما طرف واحد من أطراف التعاقد، والاجتماع لا يلزم منه التناقض والتضاد، أو الائتنام والتمازج، كما لا يلزم أن تكون العقود متجانسة أو غير متجانسة، فقد يكون في عقد واحد ثلاثة عقود كل عقد له أحكامه التي لا تتنافى أو تتلاحم مع غيره، مثل اجتماع عقد بيع سيارة وعقد بيع لوازمها واكسسواراتها في صيغة واحدة، حيث يجب على الزبون أن يلتزم بهما معا، ومثل:

(1) العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، عبد الله العمراني، دار كنوز إشبيلية، الرياض، ط 2، ص 33.

(2) انظر: الذخيرة، القرائي، 392/4، القوانين الفقهية، ابن جزري، ص 172.

عقد الفندقة حيث تجتمع فيه عدة عقود؛ كقعد إجارة غرفة للسكن، وعقد بيع الطعام، وعقد حفظ الودائع في صندوق الضمان في الفندق وغيرها من العقود.

3. التناقض، حيث تجمع الصفقة الواحدة عقدين أو أكثر بينهما تناقض وتضاد؛ كأن يكون أحدهما مثبتا والآخر منفيًا، أو أحدهما جائز والآخر محرم....

4. الاختلاف، حيث تتركب صيغة العقد من عدة عقود تختلف أحكامها في بعض الشروط أو كلها، مثل عقد النكاح المركب بين أقوال المذاهب الفقهية؛ يُثبت الولي على قول الجمهور في بند وفي بند آخر يُسقطه إذا رشّدت الزوجة، وفي بند يجيز الاشتراط على مذهب الحنابلة وفي آخر يمنع بعض الشروط على قول الجمهور.

والجنوح نحو استحداث العقود المركبة في هذا العصر له مسوغاته وأسبابه، قد تكون هذه الأسباب مشروعة شرعًا، وقد تكون ممنوعة شرعًا، لذلك المفتي في العقود المركبة لا بد أن يكون على دراية بأسباب التركيب في العقود.

وبالمقابل نجد القانونيين يُدرجون العقود المركبة ضمن العقود المستحدثة فالعقد المركب هو ما يسمح بجمع عمليتين قانونيتين خاصتين في عقد واحد، كما هو الحال في عقد الفندقة، الذي يتضمن إجارة بالنسبة للغرفة، وبيعا بالنسبة للأكل، ووديعة بالنسبة لأغراض النزول، ويسمى هذا النوع من العقود بالعقود المندجمة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: ضوابط تركيب العقود من النظر الشرعي.

إن تطور الحياة المعاصرة في كل المجالات، وتعقدتها، وتداخل مصالح الأفراد مع بعضها في جميع أنحاء المعمورة لاشك أفرز صيغا جديدة من العقود التي تُلبّي لهم رغباتهم ومصالحهم، والذي لا شك فيه أيضا أن هذه العقود ليس وليدة اللحظة بل هي تراكمات وتطورات كثيرة في فلسفة التعاقد أنتجت أنواعا من العقود صارت حاكمة للمنظومة التعاقدية خاصة في باب البيوع وما شاكلها، بحيث لا تقدر المؤسسات المالية اليوم انتهاج غير هذه العقود، ولا يمكنها الاعتماد على العقود الأحادية القديمة فحسب، لذلك فالرهان على نجاعة العقود المعاصرة في ضبط السوق

(1) انظر: العقود المركبة حقيقة قانونية فرضها الواقع الاقتصادي، عمر عمور، مقال بمجلة: الدراسات القانونية المقارنة، العدد2، المجلد4، 2018م، ص169.

وخلق توازن فيه لا زال قائما، ونرجو أن يُحقق هذا الهدف باستحداث منظومة تعاقدية مبنية على الصياغة الفقهية المحكمة.

وقد أحسن الدكتور محمد علي القري⁽¹⁾ في جمع الأسباب المؤدية إلى ثورة التعاقدات المالية خاصة المركبة منها، ونذكر هنا ثلاثة منها:

1. هو انفصال وظيفة التمويل عن وظيفة البيع في المعاملات المعاصرة وظهور ما يُسمى بالائتمان⁽²⁾، فهذا الانفصال بين التمويل والبيع الغرض منه هو البحث عن آليات التمويل بغض الطرف عن البيع ذاته، وبذلك أفرز عقودا كثيرة تُشبه تلك العقود القديمة من جهة، وتناقضها من جهات أخرى، وقد تجتمع عدة عقود في صيغة واحدة، وهكذا.
2. ظهور الشخصيات الاعتبارية في عملية التعاقد وإعطائها الحقوق والالتزامات وبراءة الذمة وشغلها، وغالبا ما تتمثل هذه الشخصيات الاعتبارية في المؤسسات، مما جعل التعاقد بين الشخصية الطبيعية والشخصية الاعتبارية، أو بين الشخصيتين الاعتباريتين دوما مبنيا على الاشتراط والتركيب، من أجل ضمان الربح.
3. هيمنة الفلسفة الغربية على ثقافة الشعوب عامة، مما انبنى عليه الهيمنة على العقارات والبنوك العالمية والمؤسسات المالية، إذ الغرض من ذلك استنزاف ثروات الشعوب المغلوبة، والاستحواذ عليها، مما فتح لها الباب في إيجاد صيغ تعاقدية إذعانية جديدة ذات شروط تعسفية، غالبا ما تكون مركبة ومعقدة حتى لا تتمكن الشعوب من الخروج من الهيمنة الغربية، والغريب في الأمر أن هذا الاستحواذ تعدى من التعاقدات المالية إلى التعاقدات الاجتماعية خاصة الزواج منها، إذ معظم الدول الغربية اليوم تفرض على الدول الضعيفة التي ملكت ذمتها المالية وفق التعاقد المالي بأن تُغير من عقودها المدنية الاجتماعية بما يتواءم مع الفلسفة المادية البراغماتية الغربية!

(1) انظر: العقود المستحدثة ضوابطها ونماذج منها، محمد علي القري، ص15، بتصرف.

(2) يعرف الائتمان المصرفي على أنه عملية يرتضي بمقتضاها البنك، مقابل فائدة أو عمولة معينة ومحددة، كأن يمنح عميلا (فردا أو شركة أعمال) بناءً على طلبه سواء حالا، أو بعد وقت معين، تسهيلات في صورة أموال نقدية، أو أي صورة أخرى، وذلك لتغطية العجز في السيولة، ليتمكن من مواصلة نشاطه المعتاد، أو إقراض العميل لأغراض استثمارية، أو تكون في شكل تعهد متمثلة في كفالة البنك للعميل أو تعهد البنك نيابة عن العميل لدى الغير، انظر: إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني، حمزة محمود الزبيدي، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص18.

إنه أمام هذه الأسباب المفضية لعقود مستحدثة جديدة، يتحتم على الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية والاقتصادية النظر في استحداث منظومة تعاقدية مضبوطة بقيم العدل والرحمة التي جاء بها الشرع، وقررها الفقهاء في كتبهم، كما يتحتم على الفقهاء خاصة وضع ضوابط دقيقة من أجل استحداث العقود المركبة، وهنا أفضل ما وجدناه ممن نبه لوضع هذه الضوابط الدكتور محمد علي القري، حيث نذكر ما ذكره ونزيد عليه ما نراه ضابطا للعقود المركبة، وهي:

1. أن يكون العقد المركب الغرض منه سد حاجة مشروعة وملحة للمجتمع، وتُحقق مصلحة معتبرة شرعا لأطراف التعاقد.
2. أن تخلو العقود المركبة من المنهيات المنصوص عنها شرعا؛ مثل الربا والغرر والغش والجهالة والتدليس، واكل المال بالباطل.
3. أن لا تخالف العقود المركبة نصا سواء في مضمون العقد على الجملة، أو على مستوى البنود والشروط والإفراد.
4. أن لا يكون التركيب في العقود من باب التحايل على الشرع للتوصل إلى ما لا يجوز.
5. أن تكون خالية من الشروط التعسفية المستنزفة لذمة الزبائن والمتعاملين، حيث قد تُفضي هذه الشروط إلى خلق مشكلات تعاقدية جديدة مثل المديونية.
6. أن تكون العقود المركبة غير عقود إذعان وقهر، حتى لا تتقيد الإرادة في التعاقد بما يلحق الضرر بالمتعاقد، وهذا يفرز لا محالة بونا شاسعا بين المؤسسات والمتعاملين معها وزبائنها، مما يُكثر من المشاكل التعاقدية كالتزوير والانتحال والتحايل وغيرها من التصرفات⁽¹⁾.

(1) العقود المستحدثة ضوابطها ونماذج منها، مرجع سابق، ص20 وما.

المبحث الثاني: الجهات المخولة بصياغة العقود المدنية وقوة

وثيقتها.

إن افتقار النظام الإداري للدولة اليوم إلى منظومة تعاقدية مستقلة ذات سيادة في تنظيم علاقات أفراد الشعب الاجتماعية والمالية، يجعل الباحث يحكم ابتداءً على ضعف القانون المدني المنظم للعقود والصفقات العمومية بالخصوص، ودليل ذلك كثرة الفساد المالي والاجتماعي المستشري على مستوى المؤسسات المالية والإدارية وحتى على مستوى العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع، مما خلق تخبطاً مستعصياً في عملية محاربة هذا الفساد، ومن أجل بيان ذلك أكثر، نذكر هنا بعضاً من العقود الإدارية والبنكية والعرفية التي أفرزت هذا الوضع، وذلك من أجل تصوير وضع النظم المعاصرة ذات العلاقة بالتعاقد ومن ثم البحث عن آلية استبدالها بمنظومة تعاقدية فقهية محكمة.

المطلب الأول: العقود المدنية والإدارية وحجية وثيقتها.

يجب أن ننوه في بداية هذا المطلب أن معظم هذه النقاط المدرجة في البحث هي بذاتها تحتاج إلى بحوث أكاديمية معمقة من أجل بيان أوجه الضعف والامتنياز في القانون المدني وقانون الصفقات العمومية، ولاشك أنها توجد مثل هذه الدراسات، غير أننا هنا نقصد استقراء العقود المعاصرة وجهات إصدارها بقصد النظر في وضع منظومة تعاقدية بديلة عن الوضع الحالي للعقود، إذ لا تكاد تجمعها منظومة متكاملة، لذلك لسنا في حاجة هنا أن ندرج جميع الإجراءات المتعلقة بالعقود الإدارية من الناحية القانونية.

الفرع الأول: مفهوم العقود الإدارية وأنواعها وجهة صياغتها

البند الأول: مفهوم العقود الإدارية

إن الإدارة في كل دولة مبنية على اتخاذ القرارات الملزمة لأفراد الدولة، كما يمكنها أن تتصرف في أملاك الدولة العقارية بالاستثمار ولو مع الأجنبي، بغرض التنظيم والتسيير والحفاظ على أملاك الدولة، وكذا بغرض توفير السيولة للخزينة العمومية، ولا يمكن للإدارة أن تُعطي قرارات ملزمة لغير أفرادها، أو تتصرف في أملاك غير أملاكها بالاستثمار، ويُطلق على هذه القرارات والتصرفات بالعقود الإدارية.

وعلى ذلك عُرِّفَ العقد الإداري بأنه اتفاق بين الإدارة وأحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين بغرض تنظيم وتسيير المرافق العامة للدولة، تنشأ عنه حقوق والتزامات لكلا الطرفين⁽¹⁾.

ولا شك أن العقود الإدارية تخضع لقوانين الدولة، من حيث الاشتراط في العقد، والتحاكم عند النزاع، وصياغة العقود، وكيفية إبرامها، ومدة الإنجاز، وغيرها من الشروط في العقود، وهذا أمر طبيعي في كل دولة من الدول، غير أن الأمر غير الطبيعي أن يُترك التحايل سهلاً لموظفي الدول على قانون التعاقد في الإدارات العامة، ويتم التصرف بخلاف ما يقصده المشرع من القانون، فيفرز ذلك أشكالاً وأنواعاً من الفساد المالي الإداري، والتجاوزات المختلفة للإدارة في التعاقد.

لذلك وضعت مرتكزات دالة على مفهوم العقود الإدارية وهي:

1. أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد، ويخول لها ذلك القانون العام للدولة.
2. أن يكون للعقد علاقة بمرفق عام بقصد تنظيمه، واستثماره ليعود على خزينة الدولة بالسيولة.
3. أن يحتوي العقد الإداري على دفتر شروط تضعه الإدارة يوضح التزامات أطراف التعاقد.
4. أن تختص الدولة أو الإدارة ببعض الامتيازات في التعاقد.

البند الثاني: أنواع العقود الإدارية

في هذا البند نتطرق لأنواع العقود الإدارية، تطرقاً مختزلاً جداً؛ حيث نحصر هذه العقود ونوضح معناها، من أجل بيان حجم المنظومة التعاقدية الإدارية في الواقع ومدى تطويرها وإحكامها من النظر الشرعي، وإن كانت هذا العقود تحتاج إلى نظرٍ بحثيٍّ متأنٍ ينظر في طبيعتها وفي بنودها وتشريعها وآراء الإداريين فيها، وآراء القضاة فيها، وهو أمر يتطلب جهداً وإماماً كبيرين، ولعلها تصلح أطروحة أخرى في باب الموازنة والمقارنة بين الشريعة والقانون، لذلك نحصر أهم العقود الإدارية، وجلّ من تطرق إليها بالحصر والبيان من الباحثين في القانون الوضعي يُقسمونها باعتبارين؛ العقود المسماة، والعقود غير المسماة، ويرجع هذا التقسيم إلى جهة إصدار العقد

(1) انظر: العقود الإدارية، محمد الشافعي أبو راس، (د، ط، ت)، ص 18.

وتحديد طبيعته، فالعقود التي حددها المشرع مسماة، والعقود التي تنظر فيها القاضي جراء الفراغ التشريعي، وحكم عليها تعرف بالعقود غير المسماة.

أولا العقود المسماة: إن جل القوانين الوضعية المدنية والإدارية تجعل العقود المسماة أهمها ثلاثة عقود هي:

1. عقود الامتياز: وهي عبارة عن عقد بين طرفين؛ الطرف الأول هو الإدارة (سواء كانت البلدية أو الولاية أو الوزارة والحكومة)، والطرف الثاني هو المستثمر (سواء كان مؤسسة أو شركة أو شخص)، ومحل التعاقد هو استثمار في مرفق عمومي (مثل الأسواق أو الغابات أو الملاعب...)، وموضوع العقد منح المرفق العمومي للمستثمر من أجل استغلاله بأمواله مقابل جزء مالي يأخذه من رواد المرفق والمنتفعين به، مع رقابة السلطة المحلية له، هكذا هي عقود الامتياز، لذلك عُرِّف عقد الامتياز بأنه: إسناد الإدارة (سلطة مانحة) لفرد أو لشركة (صاحب الامتياز) مهمة إدارة واستغلال مرفق عمومي لمدة معينة بأمواله وعماله وتحت مسؤوليته في مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع الخضوع لمراقبة السلطة المانحة⁽¹⁾.

2. عقود الأشغال العامة: وهو عقد بين طرفين؛ الأول الإدارة، والثاني العامل (قد يكون مؤسسة أو شركة أو شخص)، ومحل العقد مرفق عمومي، والغرض من العقد إنجاز مرفق عمومي كبنائه أو ترميمه أو تجهيزه أو صيانته، مثل عقود المقاول، لذلك عرف عقد الأشغال العمومية بأنه:

عرف المشرع الجزائري الصفقة العمومية في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم: 15 -- 247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015. المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بأن: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط

(1) انظر: العقد الإداري، عبد الله حجاج، ص 13 نقلا عن: نظام العقود الإدارية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، د: محمد الأعرج، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، ص: 38.

المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات والدراسات⁽¹⁾.

وعرف بمقابل عقد المقاولة بأنه: اتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير - بمقابل - ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة، تحقيقا لمنفعة عامة⁽²⁾.

3. عقود التوريد، وهو بين طرفين؛ الإدارة والمورد (مؤسسة أو شركة أو شخص)، ومحل العقد هو الخدمات والسلع والحاجيات المتفق عليها، والغرض من العقد توريد مرفق عمومي آخر ذي الخدمات مقابل ثمن محدد مسبقا، لذلك عرق عقد التوريد بأنه: اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام (الإدارة) وبين فرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين⁽³⁾.

ثانيا: **العقود غير المسماة**، وهي كل العقود التي تبرمها الإدارة العامة ولا تشبه العقود السابقة في الصياغة، وعند الترافع للقضاء من أجل حل النزاع بين أطراف العقد، فإن القاضي يجتهد في تكييف هذه العقود ويُعطي لها أسماء على حسب ما تشبهها من عقود، مثل: عقد الامتياز التجاري⁽⁴⁾، وهو عقد بين طرفين صاحب شركة أو علامة أو مؤسسة والطرف الثاني قد يكون شركة أو مؤسسة أو شخص، ومحل التعاقد هو محل التعاقد في عقد الامتياز الإداري السابق، والغرض من عقد الامتياز التجاري أن يتم التعامل الأول بمنح المتعامل الثاني عقده مقابل جزء من المال مع قبول المتعامل الثاني لكافة دفتر شروط الصفقة، وهو على عدة أنواع، مثل: امتياز

(1) المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015. المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 50، ص5.

(2) النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم)، فتيحة حابي، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، جامعة مولود معمور - تيزي وزو، الجزائر، 2013. ص 11

(3) انظر : عقد التوريد وأثر الغش فيه، هيلة اليابس، ص9.

(4) انظر في ذلك: عقد الفرنشيز في القانون الجزائري، نسيمه انوجال، مذكرة ماجستير، تخصص قانون المؤسسات، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، بن عكنون، الجزائر، 2004، ص 21، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، ياسر سيد الحديدي، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 2006 ص 24.

التصنيع؛ كأن تمنح شركة لمعامل ما عقد يهدف لتصنيع مكاتب وعمارات عمومية وفق شروط معينة مسبقا مع الجهة العمومية، مع إضافة شرط وجوب وضع المتعامل الثاني العلامة التجارية المتفق عليها.

وامتياز التوزيع، وهو منح شركة أو مؤسسة ما توزيع الخدمات على الزبائن بمقابل مع ضرورة الالتزام التام بدفتر شروط سلطة إصدار العقد، مثل عقد توزيع شبكة الاتصال والهاتف النقال والانترنت وغيرها.

وامتياز التشكيل، والامتياز الخدماتي، وكلها عقود الغرض منها إشهار العلامات التجارية الكبرى بمقابل، مع مراعاة دفتر الشروط الذي تضعه الإدارة العامة.

البند الثالث: جهة صياغة العقود الإدارية

إن جل الدراسات الأكاديمية والبحوث التي تطرقت للعقود الإدارية تنص في كل بنودها أن العقود الإدارية ترجع في صياغتها وتقنينها إلى المشرع، والمشرع في هذا الحالة هو البرلمان حيث ينظر في الاقتراحات المقدمة من طرف الحكومات، وتتم دراستها وبيان ما يصلح من هكذا عقود لتسيير المرافق العامة وما لا يصلح، ثم يتم التصويت على ذلك بالقبول وعدمه، ثم يُصدر التشريع بشأن هذه العقود والتنصيب على مسمياتها في اللوائح الرسمية. إن هذه الطريقة هي الطريقة الوحيدة التي ينص عليها الباحثون في أطاريحهم ومذكراتهم، لذلك من الضروري البحث مرة أخرى في حقيقة كل عقد من الناحية الفقهية الشرعية واستحداث من العقود ما يتوالم مع هذه العقود وما لا يتعارض مع الشرع، وفق تشريع محكم، وهو الأمر الذي ننوه له دوماً، وسنذكر ذلك في الفصل القادم بحول الله.

وإن قراءة بسيطة لجهة صياغة العقود الإدارية مثلاً في الجزائر، تدلنا على وجوب تحيين المنظومة التعاقدية في قوالب محكمة بدل ما هي عليه من تناثر، لأن المنظومة التعاقدية لا بد أن تُحَيَّن في كل مرة، ولا بد من إحكام الصياغة للعقود والرقابة عليه باستمرار من أجل سد كل الثغرات الممكن حدوثها في قانون العقود، والتي بسببها نرى الفساد المالي في الإدارة الجزائرية، والغريب أنه

عندما نزلنا لإحدى البلديات نرافق التعاقد العمومي في الصفقات والعقود، نجد أن النسخة التي يعتمد عليها القائمون على الصفقات والعقود هي نسخة قديمة بالية ترجع للتشريع الأول ! وهذا الأمر يؤكد ضرورة إصلاح التشريع، وإصلاح النظم التعاقدية بما يتواءم مع مقتضيات العصر، ويتواءم مع متطلبات الشعوب، ويتواءم مع أحكام الشرع ومقاصده، لذلك نرى من الضرورة بمكان الإسراع في استحداث منظومة تعاقدية فقهية محكمة نابعة من الفقه الإسلامي على العموم والفقه المالكي على الخصوص من أجل تقديمها للمشروع حالة بحث الإرادة السياسية على البدائل عن النظم القانونية الغربية المفسدة، أو حتى حالة رضوخ الإرادة السياسية للإرادة الشعبية النابعة من الانتماء الديني والثقافي للمجتمع.

فالمشروع إذن هو من يقوم بصياغة العقود الإدارية، وهو من ينص على تسميتها، وهو من يقوم بوضع دفتر الشروط لكل هذه العقود، أما تنفيذ هذه العقود فيرجع للإدارات المحلية بدءاً من الحكومة والوزارات التابعة لها، ثم الولاية ثم البلدية، ثم المؤسسات العمومية ذات الصبغة العمومية مثل الجامعات.

البند الرابع: عيوب ومزايا العقود الإدارية

إن هذه النوع من العقود في فقه الدولة الحديثة لا بد من وجوده، إذ لا يمكن أن تترك المرافق العمومية بلا شغل ولا إدارة ولا استثمار، ولا يمكن لأي دولة أن تحصل على بنية تحتية، أو منشآت تعليمية، أو منشآت صحية وثقافية ورياضية ودينية إلا بوجود هذا النوع من العقود، التي تحقق المصلحة العامة لأفراد الشعب من جهة، وتحقق الربح والسيولة للخزينة العمومية من جهة أخرى، فهكذا عقود ضرورية لإدارة المرافق العامة، وضرورية للاقتصاد الوطني، ومن أجل هذه الضرورة نضيف ضرورة أخرى، وهي ضرورة إصلاح النظم التسييرية المعاصرة للدولة، وخاصة إصلاح المنظومة التعاقدية، ونحن في هذه المذكرة نلح على النموذج الفقهي في التسيير والصياغة واستحداث منظومة تعاقدية.

وذلك من أجل النأي عن العيوب التي كرسها النظم المتبعة حالياً وسابقاً في تسيير المرافق العامة، حيث أنتجت فساداً مالياً مستشرياً في العقود الإدارية، ونضرب هنا بعض الأمثلة الواردة في العقود الإدارية والتي تعد عيوباً لها:

1. تعسف الإدارة في استعمال صلاحية تعديل العقد الإداري⁽¹⁾.
2. منازعات العقود الإدارية.
3. أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون، حق الإدارة في فسخ العقد دون الالتجاء للقضاء، مع عدم دفع المقابل لطرف العقد إذا ما أحل ببعض التزاماته.
4. عدم وضوح سلطة القاضي على العقود الإدارية بصفة متكاملة.

الفرع الثاني: العقود المدنية حجيتها وجهة توثيقها

البند الأول: مفهوم العقود المدنية

تعد العقود المدنية تلك التعاقدات التي تتم بشكل متكرر بين الأفراد خاصة، أو بين المؤسسات والشركات والأفراد عامة، من أجل نقل ملكية أو تأجيرها أو تشغيلها، وهي أكثر الأنواع تداولاً في واقع الناس، وهي أكثر العقود تقسيماً، ولا يمكن الإحاطة بدراساتها مجتمعة دراسة وافية لكثرتها، لذلك نرى الأطارح الكثيرة والرسائل والمذكرات الجامعية، بل وحتى البحوث والمقررات الدراسية والندوات والملتقيات تُعقد من أجل مناقشة نوع من أنواع هذه العقود، حيث تعد هذه العقود أكثر مادة معرفية بحثية تناولتها الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون بالبحث والبيان، والتأصيل والتخريج، مما لا يعد كثرة، وهنا يظهر العمل البار الذي قام به الأستاذان الكبيران الشيخ عبد الرزاق السنهوري، والشيخ مصطفى الزرقا في سوق نظريات للعقود المدنية.

مع هذا التوسع والانتشار للعقود المدنية فإنه يمكن وصفها بالعقود الولادة؛ فكلما انقسمت أظهرت أنواعاً جديدة من التعاقد، فجّلّ العقود المستحدثة مدنية.

لذلك عُرِفَت العقود المدنية بأنها العقود التي لا يكون أي من أطرافها ممثلاً للدولة باعتبارها صاحبة السيادة، بل يمكن للدولة أن تكون منظمة لتلك العقود فحسب.

وقد أحسن الدكتور عبد الرزاق السنهوري إذ أخرج موسوعته في شرح القانون المدني في اثني عشر جزءاً، أبان فيها عن أحكام العقود المدنية، ممزوجة بالقانون والفقهاء، وفي هذه الأطروحة نوصي بأن

(1) انظر: تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل القانون الإداري، دراسة مقارنة، ثامر المطيري، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011م.

تتبع المؤسسات الشرعية هذا العمل في شكل مشاريع خادمة للتراث الفقهي قابلة للتنفيذ كالقوانين الوضعية، فإن جل البحوث الأكاديمية اليوم باحثة عن تصوير وحكم عقد من العقود ومقارنته بين الفقه والقانون، وليس هذا ما ندعو إليه، وإنما ندعو لوضع منظومة تعاقدية محكمة ومتكاملة مستمدة من التراث الفقهي.

البند لثاني: أنواع العقود المدنية وجهة صياغتها

لقد أحسن الشيخ مصطفى الزرقا في تصنيف العقود وتقسيمها، وأحسب أن كل باحث جاء بعده لدراسة ما يتعلق بالعقود إلا وهو مقتف أثره في تقسيمات العقود، نعم يمكن استحداث تقسيمات جديدة أخرى للعقود، بحسب استحداث العقود، لكن تقسيماته في الغالب جامعة مانعة لكل العقود المدنية، فما من نوع من أنواع العقود المدنية إلا وله دخل في هذه التصنيفات، لذلك سنذكر هذه الأنواع هنا بقصد بيان العقود التي ينبغي أن تصاغ صياغة فقهية محكمة ومقننة في قوالب قابلة للتنفيذ الفعلي لها.

وقد قسمها إلى اثني عشر أصناف بعدة اعتبارات هي:

1. باعتبار التسمية إلى عقود مسماة وغير مسماة.
2. باعتبار مشروعيتها إلى عقود جائزة وغير جائزة.
3. باعتبار صحة العقد وعدمه إلى عقود صحيحة وعقود باطلة أو فاسدة.
4. باعتبار الصفة العينية إلى عقود عينية وغير عينية.
5. باعتبار الشكلية إلى عقود شكلية ورضائية.
6. باعتبار النفاذ إلى عقود نافذة وعقود موقوفة.
7. باعتبار اللزوم إلى عقود لازمة وعقود قابلة للفسخ.
8. باعتبار تبادل الحقوق إلى عقود معاوضات وتبرعات.
9. باعتبار الضمان وعدمه إلى عقود ضمان وعقود أمانة وعقود مزدوجة الأثر.
10. باعتبار الغاية من العقد إلى عقود تمليكات وتوثيقات واشتراكات وتفويضات وعقود حفظ.
11. باعتبار الفورية والاستمرار إلى عقود فورية ومستمرة.
12. باعتبار الأصلية والتبعية إلى عقود أصلية وتبعية.

المطلب الثاني: العقود البنكية وتكييفها

يُعدّ هذا النوع من العقود مما عمت به البلوى في عصرنا هذا؛ فما من فرد أو أسرة أو شركة أو مؤسسة إلا وتتعامل مع البنوك وفق عقود، وكثيرا ما يقع الأفراد أو الأسر أو الشركات في ورطات مالية تُشغل ذمهم، وترهن ممتلكاتهم جراء انعدام الصياغة المحكمة للعقود البنكية من جهة، وجراء تحكم البنوك في العقد، لذلك ونحن ننظر للصياغة الفقهية للعقود لابد من التعرّيج على هذا النوع من العقود الواجب تحسين صياغتها بما يتواءم مع متطلعات الشعوب، وإننا في هذا المطلب لا نهدف إلى بحث جميع الصيغ، وإنما نقصد إلى لفت النظر إلى عدد من العقود البنكية المتداولة اليوم بين الزبائن هي محل صياغة فقهية محكمة من المنظومة التعاقدية الفقهية المالكية، لذلك نقدم هذا المطلب في فرعين اثنين؛ الأول عن مفهوم العمليات المصرفية وحصريها، والثاني عن علاقة العقود البنكية بعقود الإذعان والتصرفات التعسفية.

الفرع الأول: مفهوم العقود البنكية وحصريها.

إن لفظة أو تسمية (بنك) التي يتم تداولها اليوم أُخذت من استعمال تجارة الصيرافة حوالي القرن الثاني عشر الميلادي في إيطاليا، وذلك بالعمل المتعلق بالصرف وقبول الصكوك والأوراق التجارية على منضدة خشبية في الأسواق، و تعد لفظة (مصرف) كلمة مرادفة لللفظة (بنك)، ومقتضاها مبادلة نقد بنقد سواء كان محليا بخارجي أو العكس، أو محليا بمحلي، أو خارجيا بخارجي⁽¹⁾.

وكان الغرض الأول للبنوك عند نشأتها هو حفظ النقود عند أصحاب المنضدات الخشبية خوفا من ضياعها وسرقتها في الأسواق، ومن بدأت عملية الإيداع بشرط الفائدة، وعملية إقراض البنوك للزائن الآخرين في آجال محددة بفائدة، وقد أقبل الزبائن على البنوك وقتها لسببين؛ لكون البنك غنيا والزبون فقيرا فالفقير يلجأ إلى الغني للقرض، ولكون البنك الجهة القوية في السوق، والزبون

(1) انظر: العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، محمد لفروجي، مجلة العلوم القانونية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط2، 2001م، ص5.

الجهة الضعيفة فيه فالضعيف يحتمي بالقوي، وغرض البنوك توفير السيولة وإدارتها، ولا زال هذا الغرض ساريا مع البنوك إلى يوم الناس هذا.

وشيئا فشيئا بدأ ظهور البنوك وتأسيسها في واقع الناس، كما بدأت العمليات البنكية -وهي العقود طبعا- تنضج وتتمايز، وذلك بعد استحداث النقود واعتمادها، واستحداث الحوالات والإيصالات البنكية، فكان لزاما على كل دولة أن يكون لها مجموعة من البنوك تتولى عملية القرض والإقراض والإيداع والتمويل وغيرها.

حتى أصبحت للبنوك وظيفتين هما⁽¹⁾:

الوظيفة النقدية: وتمثل في تزويد الزبائن بالنقود (القرض)، واستقبال الودائع من الزبائن، وتنظيمها بينهم.

الوظيفة التمويلية: وتمثل في المساهمة في تمويل المشاريع.

وعليه فإن العقود البنكية هي ذاتها العمليات المصرفية وكلها مبنية أساسا على عقد القرض والمضاربة في المال. أما مفهومها فإن كل من تكلم عن العمليات المصرفية يعمد إلى عدّها وحصرها، كما يعمد إلى عد وظائف البنوك سواء المركزية أو التجارية أو الخاصة، فكل وظيفة يقوم بها البنك تُحسب من العمليات المصرفية قديما أو حديثا.

من خلال ما سبق ومن خلال اطلاعنا على بعض الرسائل والمصادر والمقالات حول العمليات المصرفية والعقود البنكية يمكن القول بأن العقود البنكية هي كل عقد تبرمه البنوك مع زبائنها الطبيعيين والاعتباريين مما يتعلق بالنقد.

فالبنوك في أساسها ليست مؤسسة أو شركة تجارية في السلع والخدمات، أو مالكة للسلع، أو أن تجارتها مبنية على المبدالة، بل أساس البنوك النقد فحسب؛ فهي تدير النقود بين الأفراد، أما ما يتعلق بالنقود هنا يُقصد به العمليات المصرفية مثل: تلقي المال من الزبائن كودائع وقروض، وإقراض الزبائن، واستبدال العملة، وتمويل المشاريع، والاحتياط والتوفير.

(1) انظر: النقود والمصارف، ناظم الشمري، دار زهران، الأردن، ط4، 1998م، ص123.

وجل العمليات المصرفية التي يقوم بها البنك هي:

- الوسائط المالية: وهي "تلك الهيئات التي تسمح بتحويل علاقة التمويل المباشرة بين المقرضين والمقرضين المحتملين إلى علاقة غير مباشرة، فهي تخلق قناة جديدة تمر عبرها الأموال من أصحاب الفائض المالي إلى أصحاب العجز المالي، وهي وظيفة البنك⁽¹⁾، وهو الأمر الذي فرض خلق أسواق مالية ونقدية وتمويلية والبورصة وغيرها.
- الحساب المصرفي: هو ترجمة أو بيان ما للشخص وما عليه لدى البنك وهو المعنى العام، أما بلغة القانون فهو اتفاق شخصين؛ الزبون و البنك -البنك شخص معنوي- يأمر على أن كل ما يسلمه كل منهم للآخر من مال يسجل لمصلحة الدافع وعلى ذمة القابض⁽²⁾، مثل الحساب الجاري، وحساب الودائع، والعمليات البنكية التي تُجرى بالحساب المصرفي ثلاثة هي: الإيداع والسحب والتحويل. وكلها عقود بنكية.
- جمع الودائع: وهي عبارة عن نقود يقوم شخص (طبيعي أو معنوي) بإيداعها لدى البنوك على أن يلتزم هذا الأخير بردها إليه لدى الطلب أو وفقا للشروط المتفق عليها⁽³⁾، فهي ودائع عند الطلب، وودائع للأجل، وودائع ادخارية.
- قبول إيداع الصكوك: الصك يخالف النقد؛ فالصك عبارة عن اتفاق يتسلم البنك بموجبه صكوكا مالية من العميل للمحافظة عليها والقيام بالواجبات التي تلزمها وردها إلى العميل بذاتها عند طلبه، وذلك مقابل إيصال إيداع يسلم إلى العميل متضمنا كافة البيانات المتعلقة بالصك المودع من حيث نوعه ورقمه وكافة الوثائق الملحقة به، ولا يجوز للبنك استعمال الحقوق الناشئة عن الصك المودع إلا بموافقة العميل⁽⁴⁾.

(1) انظر: تقنيات البنوك، الطاهر لطرش، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط7، 2010م، ص7.

(2) انظر: محاضرات في اقتصاد البنوك، شاعر القزويني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص7.

(3) المسؤولية الجنائية عن الأعمال البنكية -دراسة مقارنة بين التشريع المصري والجزائري-، زينب سالم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010م، ص15.

(4) المرجع السابق، ص17.

- إصدار الأوراق التجارية: وهي عبارة عن صكوك شكلية تمثل حقا نقديا، قابلة للتداول بالطرق التجارية، كما أنها تكون مستحقة لدى الإطلاع أو بعد فترة قصيرة من الإطلاع وأخيرا فإن العرف يسمح بقبولها كأداة للائتمان أو الوفاء⁽¹⁾.
- منح عمليات القروض بكل أنواعها؛ ومعظمها عقود ربوية.
- إصدار نظام دفع مصرفي، مثل السفتجة؛ إذ هي عبارة عن محرر مكتوب وفقا لأوضاع مكتوبة في القانون، تتضمن أمرا صادرا من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه بالدفع لأمر شخص آخر هو المستفيد، مبلغا من النقود بمجرد الإطلاع أو خلال ميعاد معين أو قابل للتعيين. تعد السفتجة أهم الأوراق التجارية لأنها تتضمن جميع العمليات التي يدور حولها قانون الصرف⁽²⁾.
- ومثل الشيك، فهو صك يتضمن أمرا من شخص يدعى الساحب إلى شخص آخر يدعى المسحوب عليه، بأن يدفع لإذن شخص ثالث هو المستفيد مبلغا من النقود، وذلك بمجرد الإطلاع وفي العادة ما يكون المسحوب عليه في الشيك أحد البنوك.
- إيجار الصناديق الحديدية: يعرف عقد إيجار الصناديق الحديدية بأنه عقد بمقتضاه يلتزم البنك بوضع تحت تصرف عميله المودع خزانة حديدية، مقابل أجر يتناسب مع حجم الخزانة ومدة الانتفاع بها.⁽³⁾
- الاعتماد المستندي والاعتماد الإيجاري.
- الصرف.
- الحوالة المصرفية.
- بطاقات الائتمان المصرفي.
- الائتمان التجاري.

(1) انظر: تقنيات البنوك، مرجع سابق، ص 15.

(2) انظر: الأوراق التجارية في القانون التجاري الجزائري، نادية فوضيل، دار هومة، الجزائر، 2006 م، ص 7.

(3) انظر: المسؤولية الجنائية، عن الأعمال البنكية، مرجع سابق، ص 18.

- الفارنت (Warrant)؛ وهو دفتر رهن مرفق بإيداع يسمح للمودعين بالحصول على سلفيات من البنك مقابل رهن البضاعة المودعة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: علاقة العقود البنكية بعقود الإذعان.

يُقصد بها العقود التي يفرض محتواها مسبقاً من قبل أحد الطرفين على الآخر الذي يكتفي بإعطاء انضمامه للعقد فحسب، وقيل هو: محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، و تملّي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة و تفرضها مسبقاً⁽²⁾.

وتتميز عقود الإذعان بميزتين أساسيتين هما:

- شروطها غير قابلة للتفاوض.

- شروطها محددة مسبقاً.

لذلك تعدّ العقود البنكية من عقود الإذعان، إذ ينفرد البنك بوضع شروطها و يتمتع بسلطة تعديل أو إلغاء هذه الشروط، بالمقابل الزبون المتعاقد معه ليس له سوى قبول أو رفض هذه الشروط، دون إمكانية مناقشتها التفاوض بشأنها، وغالباً ما تتسم هذه العقود باختلال التوازن العقدي بين البنك والزبون، وهي البيئة الخصبّة لانتشار وفرض الشروط التعسفية⁽³⁾.

وغالباً ما تكون العقود البنكية معدة مسبقاً من طرف البنك بينودها وشروطها، ومحددة للالتزامات بين أطراف العقد، وما على الزبون إن رغب في التعاقد إلا الموافقة على الشروط دون أخذ أو رد أو مناقشة، أو حتى فهم الشروط أو الاطلاع عليها بَلّة الاشتراط، وهذه ميزة غالبية عقود البنوك، فكم سعينا جاهدين إلى استخراج العقود من البنوك في إطار دراستها من جانب الصياغة الفقهية غير أننا في كل مرة نصطدم بعراقيل بيروقراطية أو أن الصيغ المتداولة على اللوائح الإشهارية هي صيغ العقود، والحقيقة بخلاف ذلك بكثير، ولا ندري لم تُخفِ البنوك العقود الحقيقية عن الزبائن!

(1) انظر: العمليات المصرفية وإدارة المخاطر، شعبان فرج، جامعة البويرة، 2014م، ص52.

(2) انظر: عقود الإذعان وحماية المستهلك، يمينة بليمان، مقال بمجلة العلوم الإنسانية، العدد 51، جوان 2019، ص537.

(3) انظر: الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية، تدريست كريمة، مقال بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 1، 2017م، ص237.

إن الذي أمكننا استخلاصه هو أن البنوك تمتنع عن إظهار وإعلام صيغ عقودها بالطريقة التي يفهمها الزبائن من أجل الخوف من التهرب البنكي جراء الاشتراطات التعسفية الكثيرة في بنود العقد، وجراء التعاملات المتداخلة والمتشبكة التي يقوم بها البنك مع المؤسسات الأخرى والتي إن اطلع عليها الزبون لم يُبدِ رغبته في التعاقد، وإن هذا الإخفاء العمدي لحقيقة العقد وصفته يُعدّ تجنيا على الرضا وحرية الإرادة الركيزتين الأساسيتين لبناء أي تعاقد.

ولا ندري لم لم تتحرك جمعية حماية المستهلك لمنع هذا التعسف!، ولم لم يتحرك القضاء لردع هكذا تصرفات حماية للأفراد، وحماية لحق الملكية وبراءة الذمة من الديون!.

غير أننا ندرك جيدا أن رفع هذا التعسف والإذعان من صياغة العقود في البنوك لا يكون إلا من طريقين اثنين، وهما ما سنبينه في الفصلين الآتيين:

- إصلاح التشريع الخاص بالعمل البنكي مع تقنين البنوك والمصارف الإسلامية الحققة والسماح لها بالنشاط البنكي.
- بعث القضاء الشرعي وهيئة المحاسبة على الأعمال المصرفية، إذ بإمكانهما فسخ العقود الباطلة والمدعنة للأفراد، كما بإمكانهما تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها.

الفصل الثاني

آليات ضبط المنظومة التعاقدية من الناحية

الفقهية.

وفيه مبحثان هما:

المبحث الأول: القضاء الشرعي ودوره في ضبط العقود من الناحية الفقهية.

المبحث الثاني: واقع وآفاق دور المؤسسات الشرعية في ضبط السوق.

إن الذي لاشك فيه أن تطوير أي منظومة تشريعية وإصلاحها يمر عبر القضاء، إذ هو السلطة التي تقع عليها الثقة في تشريعات تتوالم مع تطلعات الشعوب، وقبل أن يصل الأمر إلى القضاء لا بد من تحرك الإرادة السياسية لتحريك المؤسسات التشريعية وضبطها عن الفساد والدخيل، من أجل استحداث منظومة قانونية محكمة، يُمكن بها من معالجة العثرات الموروثة عن القوانين السابقة، ولذلك سنقدم في هذا الفصل آليات تطوير المنظومة التعاقدية من النظر الفقهي في مبحثين اثنين.

المبحث الأول: القضاء الشرعي ودوره في ضبط العقود من الناحية الفقهية.

يتضمن هذا المبحث تحديد مفهوم القضاء الشرعي، وذكر أهم مقاصده، مع بيان واقع القضاء الشرعي وآفاقه ودوره في ضبط المنظومة التعاقدية وذلك من خلال ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: القضاء الشرعي ومقاصده.

الفرع الأول: مفهوم القضاء الشرعي.

القضاء لغة: الحكم، والجمع أفضية، ومن معانيه لغة الفراغ من الشيء، أو الأداء والإنهاء⁽¹⁾ والقضاء في اللغة يرد على وجوه كثيرة منها: إحكام الأمر، وإتقانه وإنفاذ جهته، والفراغ من الشيء، ويدل على الإلزام، ويدل على الأداء والإنهاء⁽²⁾.

واصطلاحاً: هو الفصل في الخصومات⁽³⁾.

وعُرف القضاء الشرعي بتعريفات عديدة في الفقه، وكلها تصب في معنى واحد، وسنقتصر هنا على تعريف المالكية له.

(1) الصحاح، الجوهري، 2463/6.

(2) مقاييس اللغة، 99/5، القاموس المحيط، 378/4.

(3) معجم لغة الفقهاء، قلعجي، 440/1.

فقد عرفه ابن عرفة فقال: صفة حكومية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين⁽¹⁾.

معنى قوله أن القضاء صفة حكومية أي أنها صفة راجعة إلى الحكم الشرعي، فالشارع هو من أعطى لحكم القاضي صفة الشرعية، وهذه الصفة الشرعية تجعل الحكم الشرعي نافذاً في التطبيق لمن تعلقت به، وهذه الصفة توجب إيجاباً شرعياً إمضاء ما حكم به الموصوف بها أي القاضي.

وقوله حكمه الشرعي قيد أخرج به الحكم المناقض للشرع فإنه غير لازم بل يجب رجوعه عنه، فكل حكم شرعي نطق به القاضي فهو نافذ ولو كان في تجريح الشهود أو تعديلهم.

وقوله لا في عموم مصالح المسلمين بمعنى أن القاضي لا يصح له التدخل فيما خُوّل به الحاكم الأعلى للبلاد مثل: الحدود وقسمة الغنائم وقتل البغاة وترتيب الجيوش، فهذه من مصالح المسلمين عامة فإنها ليست من متعلق نظر القاضي بل من نظر الإمام الأعظم ونظره أعم من نظر القاضي. ويؤخذ من كلامه أن للقضاء زكيتين هما: الصفة الشرعية وأن يكون الحكم شرعياً.

وعرفه ابن خلدون فقال: القضاء الشرعي هو الفصل بين الناس في خصوماتهم عن طريق الأحكام الشرعية، المتلقاة من الكتاب والسنة، حسماً لذريعة التداعي، وقطعاً لمادة النزاع⁽²⁾.

وابن خلدون عرفه بكونه خطة من خطط الدولة، لذلك لم يذكر بأنه ملزم أو غير ملزم، وإنما ركز في تعريفه هذا على القصد من تشريع القضاء الشرعي وهو رفع الخصومات.

وعرفه ابن فرحون بقوله: هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام⁽³⁾.

والذي يظهر لنا من خلال هذه التعاريف أن للقضاء الشرعي مرتكزات هي:

1. أن الحكم القضائي ملزم لمن صدر في حقهم دياناً.

2. أن القضاء وجد لحل النزاع بين المتخاصمين.

3. أن القضاء الشرعي يستمد أحكامه من الشريعة.

(1) شرح حدود ابن عرفة، الرصاع، 381/2.

(2) ابن خلدون: المقدمة، 275/1.

(3) ابن فرحون: تبصرة الحكام، 11/1.

4. أن لا قضاء قبل الترافع بل القضاء بعد رفع القضية للقاضي.

5. أن القاضي له إصدار الأحكام في كل المجالات سوى ما اختص به الحاكم.

لذلك فمفهوم القضاء الشرعي: هو كل حكم مستمد من الشرع صدر عن القاضي ملزماً فيما ترافع فيه الخصوم.

فقولنا: كل حكم مستمد من الشرع، قيد نخرج به كل حكم مناقض للشرع أو غير مستند إلى أصوله، فإن كان ذلك فلا يُنسب الحكم إلى القضاء الشرعي.

وقولنا: وقولنا صدر عن القاضي، وهو بعد النظر في القضايا وسماع الشهود وتحقيق المسائل ثم يجمع الخصوم وينطق بالحكم، أما ما نطق به أثناء التحقيق فلا يسمى قضاء شرعياً، ثم نقصد بالقاضي من حوّل هذه الصفة وتوفرت فيه شروط القضاء الشرعي، فإن لم تتوفر فيه شروط القضاة الشرعيين فلا يمكن عده قاضياً شرعياً.

وقولنا: ملزماً، فهي صفة ترجع إلى الحكم الشرعي بأنه ملزم إن صدر من القاضي، وترجع إلى قرار القاضي بأن يجب أن يكون إلزامياً؛ بمعنى ينص في الحكم بأنه ملزم للخصوم.

وقولنا: فيما ترافع فيه الخصوم، قيد نخرج به الأحكام الاجتهادية للقاضي خارج صفة القضاء، كتصرفاته في بيته فلا يمكن عدّ أقواله قرارات ملزمة، إلا إذا ترافع فيها الخصوم.

ومن هذا التعريف نجد أن النظر في العقود وتفسيرها والتحقيق في القضايا المتعلقة بها من صميم عمل القضاء الشرعي، لذلك ألف كثير من المالكية كتباً في الوثائق والشروط وأناطوها بعمل القضاة كابن سلمون وابن فرحون وغيرهم.

وقد نص ابن فرحون على ذلك في قوله: وينبغي للقاضي أن يكون متيقظاً كثير التحرز من الحيل، وأن يكون عالماً بالشروط عارفاً بما لا بد منه من العربية واختلاف معاني العبارات، فإن الأحكام تختلف باختلاف العبارات في الدعاوى والإقرار والشهادات وغير ذلك؛ ولأن كتاب الشروط هو

الذي يتضمن حقوق المحكوم له وعليه والشهادة تسمع بما فيه، فقد يكون العقد واقعا على وجه يصح أو لا يصح، فيجب أن يكون فيه علم بتفصيل ذلك وبمجمله⁽¹⁾.

الفرع الثاني: دعائم القضاء الشرعي.

نحاول هنا ذكر أهم الدعائم الشرعية التي يُبنى عليها القضاء الشرعي، وذلك من أجل لفت النظر إلى أهمية الرجوع إلى القضاء الشرعي في التحكيم والنظر وفض النزاع.

وإننا ننوه هنا أن الأستاذين حاتم بوسمة ومحمد بن عبد الله السحيم قد أحسنا البيان والتنظير لمقاصد القضاء في الإسلام، وإننا نستفيد من تأصيلهما مع شيء من الإضافة والترتيب إن اقتضى الأمر.

البند الأول: أصل العدل

الذي لا شك فيه أن كل الأنظمة القضائية مدعية للعدل، وأنها قائمة به، وناشرة لهذا المبدأ في دساتيرها وتشريعاتها، لكن العبرة ليست في الشعارات بقدر ما هي في التطبيقات الميدانية للقرارات، وفي رفع الظلم عن المظلومين وإعطاء الحق لمستحقه ومعاقبة المعتدين فعلا لا قولاً. كما أن العبرة في أصول الحكم القضائي واستمداده، وطريقة بنائه.

وهذا ما جعل العدل في القضاء الشرعي يختلف عن العدل في غيره من الأفضية الوضعية؛ فإن كانت الأفضية الوضعية تستمد عدلها من المذاهب الوضعية والفلسفات التشريعية التي تتغير وتتحدد وتتبدل في كل حين، كونها من العمل البشري الذي يعتريه النقص، فإن القضاء الشرعي يستمد العدل ممن له الأمر من قبل ومن بعد، فصفة الحاكمية لصيقة به، ونسبة القضاء الشرعي إلى الشرع تجعل المتخاصمين ملزمين بالامتثال له ديانة وطواعية.

فالحكم القضائي الشرعي يوصف بالعدل؛ فهو عادل في حقيقته لأنه من الشارع، ويُجسد العدل بين المتخاصمين عند تطبيقه، بأن تُعطى الحقوق لمستحقها ويرتفع به النزاع، وهي صفة تختل في الحكم المستمد من غير جهة الشرع.

(1) تبصرة الحكام، ابن فرحون، 29/1.

ولقد كان العدل سمة القضاء الشرعي في دولة الإسلام في الأندلس، ذلك تعتبر خطة القضاء بالأندلس من أعظم الخطط عند الخاصة والعامة وذلك لتعلقها بأمور الدين، مع احترام ولاة الأمر فيها لهذه الخطة وتطبيقها على أنفسهم وحاشيتهم إذا اقتضى الأمر ذلك⁽¹⁾.

والعدل يتم وفق طرق وآليات تُفضي إلى إعطاء الحقوق لأصحابها، ومنها:

1. الاهتمام بالبيّنات؛ مثل: الشهادة والإقرار واليمين والقرينة والقسامة وعلم القاضي وقد أوصلها القراني إلى سبعة عشر نوعاً من البيّنات⁽²⁾، وكلها طرق موصلة إلى مقصد العدل محققة له.
2. الاهتمام بتعيين أصحاب الحقوق، وقد أبدع ابن عاشور في جمعهم وعدهم، فقد فصلهم إلى تسعة مراتب⁽³⁾، وقال: مقصد الشريعة تعيين أنواع الحقوق لأنواع مستحقّيها، فإن تعيين أصول الاستحقاق أعظم أساس وأثبته للتشريع في معاملات الأمة بعضها مع بعض، فإنه يُحصّل غرضين عظيمين هما أساس إيصال الحقوق إلى أربابها، لأن تعيينها ينوّرها في نفوس الحكام، ويقرّرها في قلوب المتحاكمين، فلا يجدوا عند القضاء عليهم بحسبها حرجاً⁽⁴⁾.
3. كفالة الحرية في استعمال الحقوق وفق ما تقتضيه الشريعة والعادات، فالشريعة حامية لحقوق العباد، مؤنّنة لهم حرية استعمال ما يملكون في غير ضرر ولا ضرار، فمثلاً شرعت الحجر على السفية حفاظاً على حقوق الخلق⁽⁵⁾.
4. إيصال الحقوق لأصحابها من مهمة القضاء الشرعي، وهو أمر مفضي إلى تحقيق مبدأ العدل، وهو أجلى الطرق المفضية إلى العدل، فبعد النظر في الدعاوى والتحقيق في المرافعات، وسماع الشهود، والتحري في البيّنات ينبغي عندها إصدار الحكم وتنفيذه وإيصال الحق لأهله، وزجر المعتدين، فإن في تأخير القضاء أو تعليقه أو تعجيله دون

(1) انظر: تاريخ العرب وحضارتهم في الأندلس، خليل إبراهيم السمراي وآخرون، ص438.

(2) انظر: الفروق، 83/4.

(3) انظر: تحقيق محمد الحبيب الخوجة لمقاصد الشريعة لابن عاشور، 333/2.

(4) انظر: مقاصد الشريعة، ابن عاشور، 410/3.

(5) انظر: مقاصد القضاء في الإسلام، حاتم بوسمة، 67/2.

النظر والتثبت مما يُعطل العدل، وفي ذلك كانت رسالة ابن خلدون للقضاة بأن يترثوا في التثبت والتحقق فإذا ما تقرر لهم الحق حكموا به وزجروا من يستحق الزجر، وأوصلوا الحق لصاحب الحق⁽¹⁾.

5. لزوم الحق وتنفيذه، بمعنى أن يُجعل الأحكام القضائية ملزمة عند إصدارها، وتُنفذ على الخصوم جبراً، فقد شهد القضاء الشرعي الوقائع الكثيرة التي أثبتت قوة وصلابة القضاء في إحقاق الحق ولو على حساب الوجهاء والأمراء، وبهذا النوع من القضاء يُقمع الظلم، ويُضرب على يد المعتدي، وتُرد الحقوق لأصحابها مهما كانت مكانتهم الاجتماعية والوظيفية⁽²⁾، إذ لا يُمكن لصاحب الجاه أو النفوذ في دواليب الحكم أو الإدارة أن يتسلط على الناس في أموالهم وممتلكاتهم وعقودهم، ولا لأصحاب المال الفاسد التحكم في العقود بالارتشاء والحبوب، ولا للموثقين التزوير والتلاعب بالوثائق والعقود، لأن أمامهم القضاء الذي لا يُجاي في الحق إلا أهل الحق، بخلاف ما نراه اليوم من محاباة لأهل السلطان أو المال أو النفوذ والتستر على أفعالهم وجرائمهم.

البند الثاني: من دعائم القضاء الشرعي حصانته

قال ابن فارس: الحاء والصاد والنون أصل واحد منقاس، وهو الحفظ والحياطة والحرز⁽³⁾.

وحصانة القضاء الشرعي تكون من جانبي الوجود والعدم؛ فأما جانب الوجود فإن الشارع لما شرّع القضاء بشرعه وأمر به أمر بحماية القاضي والحكم معاً، لأن حماية القضاء حماية للحق الذي جاء به الشرع، فالحاكم المسلم مأمور شرعاً بحماية الحق وأهله، وكل ما يكمل حفظ القضاء الشرعي فهو مطلوب شرعاً.

أما حفظ القضاء من جانب العدم فهو النهي عن زحزحته من التحاكم في وقائع الناس، أو انحصاره في مجالات ضيقة كمجال الأسرة فحسب كما هو معمول به في معظم الدول العربية،

(1) انظر: ابن خلدون ورسائله للقضاة، ابن خلدون، ت: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الوطن، الرياض، ط1، 1417هـ، ص111 وما.

(2) انظر: مقاصد القضاء في الإسلام، مرجع سابق، 2/118.

(3) معجم مقاييس اللغة، 2/69.

فالقضاء الشرعي اليوم كالمعدوم أو له حكم المعدوم في كثير من البلدان العربية، وهذا خلاف للشرع الذي أمر بإيجاد القضاء وحفظه.

فالقضاء الشرعي إذن محصنٌ شرعاً ووضعا، ولا تعني حصانة القضاة عدم محاسبتهم على سوء أفعالهم، بل إن القضاة يُعزلون شرعا إذا ثبتت فيهم الجروح الصغيرة، بل وبلا جرح يُعزل القاضي، فما بالك بالقاضي الذي يُصّر على مخالفة الشرع أو اتباع الهوى أو تعمد مداراة السلطان على حساب الحق أو ظهر فيه عيب في تصرفاته فإن جمهور المالكية يُثبتون عزله، إذ وقائع عزل القضاة عبر التاريخ الإسلامي عموما وفي المدرسة المغربية خصوصا لا تعد كثيرة.

كما يترتب على التقصير في المسؤولية القضائية التأديب للقاضي المقصر بما يراه الحاكم، وإن أدين القاضي الشرعي في مسألة ما سقطت عدالته القضائية، ذلك قال ابن فرحون: وفي واضحة ابن حبيب: وعلى القاضي إذا أقر بأنه حكم بالجور أو ثبت ذلك عليه بالبينة العقوبة الموجعة، ويعزل ويشهر ويفضح، ولا يجوز ولايته أبدا، ولا شهادته، إلا أن يتوب توبة نصوحا⁽¹⁾.

لذلك فحصانة القضاء الشرعي إنما لصالح المجتمع، وحفاظا على مكانة القضاء في نفوس الخلق، إقرار للأمن والحرية، ورفعاً للجور والهرج⁽²⁾.

أما حصانة الحكم القضائي فإنها ترجع إلى حصانة الحكم الشرعي إذا ثبت دليله وبان، وقد انبنت على هذه المسألة قضية رجوع القاضي عن حكمه هل يصح له الرجوع أم لا؟ وإن رجع فهل ينقض قوله الثاني قوله الأول أم لا؟ وقد تكلم فيه الفقهاء كثيرا، كل ذلك يبين لنا أن الحكم الشرعي البين له حصانته في القضاء به إذ لا يجوز مخالفته إلا بسبب شرعي.

البند الثالث: من دعائم القضاء الشرعي النزاهة

قال ابن فارس: النون والنزاهة والهاء أصل يدل على البعد، ورجل نزيه الخلق: بعيد عن المطامع الدنية، ونزه الرجل: باعده عن القبيح. والنزاهة: البعد عن السوء⁽³⁾.

(1) انظر: تبصرة الحكام، ابن فرحون، 88/1.

(2) انظر: مقاصد القضاء في الإسلام، مرجع سابق، 137/2.

(3) انظر: مقاييس اللغة، 417/5، لسان العرب، 548/13.

وكل من تلکم عن النزاهة في القضاء الشرعي يجعلها لصيقة بالقاضي، وهي أن يتعد عن كل ما يُجرّحه من التصرفات المشينة كالطمع والسفہ والخسة وغيرها، لكن الذي يظهر لنا أن النزاهة في القضاء الشرعي يُقصد بها كذلك بُعد عملية القضاء ككل من المرافعات إلى التحقيقات إلى سماع الشهود والبيّنات إلى النطق بالحكم، بُعد هذه العملية عن الجور والظلم والسوء، إذ القضاء الشرعي كما مرّ آنفاً شديد الوطء على المارقين والمخالفين للشرع وللعادات، ونزاهة القضاء في عدم التسامح مع كل من تعمد الإخلال بحقوق الغير أو التعدي على الخلق، فإن طأطأ القاضي الشرعي وتسامح مع الجناة فقد حاد بالقضاء عن أصل النزاهة، لذلك نجد كثيراً ما يكتب الفقهاء والعلماء والصُّلّاح الرسائل إلى القضاة، يُرشدونهم إلى الصلابة في الحق والنزاهة في الحكم، ويُخوفونهم من الظلم والجور والمحاباة فمثلاً: ألف أبو الفرج المالكي ت225هـ رسالة في آداب القضاء، ومثله لابن عبد الحكم المالكي ت282هـ، والاستغناء في آداب القضاء لابن عبد الغفور المالكي ت440هـ، وأدب القضاء لابن الغرس الغرناطي المالكي ت599هـ، وتبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام لابن فرحون ت799هـ، وتنبيه الحكام لابن المناصف القرطبي المالكي ت620هـ.

فكل هذه التأليف فيها من الشيء الكثير حول نزاهة القضاء، والحكم بالحق، وعدم مجارة أهل الجور والسلطان، وكل ذلك من باب نزاهة عملية القضاء، لذلك يُعدّ هذا المقصد الشرعي للقضاء من أجل وأهم المقاصد إذ يجتمع فيه الخلق والعلم معاً.

البند الرابع: من دعائم القضاء الشرعي استقلاليته

وهذا الأصل كأصل العدل كل الأنظمة تدعي استقلالية القضاء في دساتيرها وقوانينها، لكنه في الواقع بخلاف ذلك، لذلك استقلالية القضاء في الشرع يُقصد بها أن يكون القاضي بعيداً عن تدخل أصحاب النفوذ والسلطان في شؤون عمله، حراً في البحث والتحقيق في القضايا والاجتهاد في بيان الحق، لا تلومه لومة لائم ولو كان الحق عليه أو على السلطان نفسه.

وقد عرف الدكتور السحيم استقلالية القضاء الشرعي بقوله: انفراد القاضي بإصدار الأحكام في الوقائع بالطرق الشرعية وفق اجتهاده، دون تدخل من غيره أو تأثير عليه⁽¹⁾.

(1) استقلالية القضاء في الإسلام، عبد الله السحيم، ص123.

والقضاء المستقل له السيادة والريادة في فض النزاع، وله القبول المطلق عند الخلق؛ لأن الضعيف والمظلوم، وكذا الظالم والمعتدي يثق في نزاهة الحكم القضائي ابتداءً، فكل من رفع دعوى في المحاكم الشرعية فإنه يدخلها على أصل أنها مع الحق، وأنها مستقلة في بيانه.

الفرع الثالث: مقاصد القضاء الشرعي.

وهنا نورد بعض المقاصد الشرعية لتشريع القضاء الشرعي، وقد ذكرها الفقهاء في معرض كلامهم عن القضاء، وتعد الدعائم السالف ذكرها ضمن المقاصد الكلية للقضاء، وما سنذكره هنا كالمقاصد الجزئية المباشرة للقضاء الشرعي.

1. نصرته المظلوم وردع الظالم، قال القرطبي القاضي ينصر المظلوم على الظالم، وقال ابن العربي: يؤخذ من الظالم حق المظلوم، وقال ابن عبد السلام: القاضي يرفع النزاع الواقع بين الناس وينصف المظلوم من الظالم، وقال خليل: وإن إنصاف المظلوم من الظالم واجب⁽¹⁾.

2. رفع التشاجر ورد الثواب وقمع الظالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر⁽²⁾.

3. الإصلاح بين الناس، قال ابن بطال: الإصلاح بين الناس واجب على الأئمة وعلى من ولاه الله أمور المسلمين كالسلطان والقضاة، وقال اللخمي: قد تضمنت آيات وأحاديث كثيرة الإصلاح بين الناس في الأموال والفروج وهي ألصق بالقضاء⁽³⁾.

4. الذب عن الدين وشرائعه، وهذه الشيمة كانت في القضاة قديماً بدولة الإسلام في المشرق والمغرب، فلقد كان قضاة الأندلس مثلاً يذبون عن الدين وشرائعه، ويُحاكمون من طعن في الدين، أو استهزأ بشرائعه، ترفع لهم الشكاوى من العامة أو الخاصة كالفقهاء فينظرون في ذلك ويطلبون الشهادة على ذلك، ويتحققون فإذا ثبت لهم أمر الطعن في الدين أو في شرائعه كتبوا إلى السلطان بأن ينظر حكمهم فيه، كما فعل قاضي الجماعة منذر بن

(1) انظر: تفسير القرطبي، 4/2، أحكام القرآن، 541/1، مواهب الجليل، 101/6، التوضيح شرح جامع الأمهات، 390/7.

(2) انظر: توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، الزبيدي، 17/1.

(3) انظر: شرح صحيح البخاري، 78/8، التبصرة، 4664/10.

سعيد⁽¹⁾ في قرطبة مع أبي الخير الزنديق حيث سب أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أبا بكر وعمر وغيرهما، وكان يقول: إن علي بن أبي طالب كان أحق بالنبوة من محمد النبي صلى الله عليه وسلم، ويرى الخروج على الأئمة العدول، وسمعه يقول أيضاً: إن الخمر حلال، والزنا حلال واللواط حلال، وأنه كان يُنادي في الأسواق أن هذا الخلق السيف أحق به، وكان يُعطل الجمعة على الناس. فحقق في هذه الدعاوي واستمع لأكثر من تسعة عشر شاهدا عدلا من الفقهاء والصلاح ومن يعرفون أبا الخير هذا، فكتب إلى الحاكم بأن يستتبه وإلا يضرب عنقه ذبا عن الدين والملة، فكان ذلك في محفل عظيم، رحب به الخاصة والعامة⁽²⁾.

5. النظر في أحكام القَصْر والولاية عليهم، وذلك برعاية مصالحهم والنظر في شؤونهم، في الكسب أو التجارة أو الميراث أو العقود أو التزويج أو غيرها.

المطلب الثاني: واقع القضاء الشرعي وآفاقه.

الفرع الأول: مدى تأثير القضاء الشرعي في التشريع.

يُعدّ مصطلح التشريع في الاستخدام المعاصر مرادفاً لمعنى التقنين؛ وهو الاجتهاد في وضع أحكام عامة تنظيمية لأفراد المجتمع بقصد ضبطه وتنظيمه، والمعنى الذي يقابله في الشريعة هو الاجتهاد الفقهي، فهو بذل الوسع في استنباط حكم شرعي من أدلته التفصيلية؛ فالقرارات الفقهية والأصول الاجتهادية المذهبية، والفتاوى في النوازل، والتخريجات الفقهية للأحكام، والنظر في المستجدات كله من باب التشريع.

ولئن كان التشريع في هذا العصر يختص بمؤسسات كالبرلمان وغيره، فإنه في الفقه الإسلامي قديماً يختص بالفقهاء المجتهدين المتمكنين من النظر في النوازل، واستنباط أحكامها وفق القواعد

(1) هو مُنذِر بن سعيد بن عبد الله بن عبد الرحمن بن قاسم بن عبد الله البلوطي ثم الكزبي، من أهل قُرطبة؛ يُكَنَّى: أبا الحكم، وينسب في البرزخ في فخذ منهم يُقال لهم: كزنة. وكان: عالماً باختلاف العلماء، وولى: قضاء مدينة ماردة وما والاها من مدن الجوف، ثم ولى: قضاء النغور الشرقية، ثم قُدِّم إلى قضاء الجماعة بقُرطبة بعد محمد بن أبي عيسى. وذلك يوم الخميس لحمسٍ خلَّون من ربيع الآخر سنة 339هـ، فلم يزل قاضياً إلى أن تُوفِّي؛ ولم تحفظ له قضية جَوْر، ولا جُرِيَتْ عليه في أحكامه زَلَّة، انظر: تاريخ علماء الأندلس، ابن الفرضي، 142/2

(2) انظر: ديوان الأحكام الكبرى، ابن سهل، ص714 وما.

المذهبية، فكل منطقة من المناطق اختارت مذهباً فقهياً تشريعياً تُنظَرُ وفق أصوله، وتشجع الفقهاء والمفتين بالعمل بقواعده وأقواله، والقضاة بالعمل بالأحكام المستنبطة وفق قواعد المذهب، ثم في هذا العصر أصبحت الحاجة ملحة للاجتهاد الجماعي عبر مؤسسات رسمية تنظر في النوازل وتقرر لها الأحكام وفق قواعد الشريعة عموماً، لتكون سهلة البيان والقضاء وفقها.

وقد أحاط الفقهاء الفتوى بجملة من الأحكام والشروط من أجل حفظها من التساهل والتطفل عليها، فلا تصح إلا لمن هو أهل لها، وفق شروطها وقواعدها.

وقديماً يندرج القضاء ضمن المجتهدين في النظر والتخريج من أصول المذاهب وقواعده، فالقاضي والمفتي في درجة الاجتهاد سواء، والفرق الذي بينهما هو إلزامية قول القاضي في التنفيذ لمن ترفع إليه، دون قول المفتي، لذلك كانت للقضاة مجالس فقهية، وتآليف وتفرعات في الفقه والنوازل، وطلبة وأتباع، فلقد كان السائل يأتي القاضي المجتهد فيسأله فيقول: فتوى أم قضاء؟ فيقول بل فتوى فيفتيه، وإذا قال: قضاء، أخذ قوله كالدعوى وتحقق منه في ديوان القضاء ونظر فيه.

ولقد استمر الأمر على هذه الحال إلى مجيء الاستعمار ودخول الفلسفات التشريعية الوضعية إلى البلاد العربية، فلقد ساهم الاستعمار في انحصار القضاء الشرعي من نظرتة الشمولية للدعوى ونوازل الخصومات إلى مجال الأسرة، وسبب هذا الانحصار تدخل الاستعمار في القضاء الشرعي ومنعه، فقد أخبر عن ذلك شيخ المؤرخين في الجزائر مثلاً بأن قال: لقد ترك الفرنسيون في بادئ الأمر المحاكم الإسلامية تعمل؛ ولكن تحت نفوذهم فلها النظر في كل المنازعات والأحكام غير الجنائية بين المسلمين⁽¹⁾، ولكن استمرار وضع المحاكم الإسلامية على هذا النحو لم يعد يرضي الفرنسيين بعد التوسع في الاحتلال وإقرارهم البقاء في الجزائر، فأخذوا يغيرون في مناهج المحاكم، ويتدخلون في شؤونها بالتدرج⁽²⁾.

ثم إن أول ما بدأت به الأجهزة الاستعمارية في محاربة القضاء الشرعي هو إضعاف اللسان العربي، وتحييد الفقه عن الدروس والمساجد، وإدخال الشعب في بوتقة اللائقة بالمرورث الفقهي، وشيئاً

(1) تاريخ الجزائر الثقافي، أبو القاسم سعد الله، 226/4

(2) المرجع نفسه: 227/4.

فشيئاً أبعد الفقهاء عن التشريع والاجتهاد والإفتاء والنظر في النوازل، وأبعد القضاة الشرعيون من النظر في خصومات الناس والدفاع عنها، وشاهد ذلك ما أشار إليه شيخ المؤرخين الجزائريين أبو القاسم سعد الله في تأكيده على أن منهج التدرج في إقصاء المحاكم الإسلامية، كان بداية بالتدخل في شؤونها عن طريق النقد والتشويش دون إجبار القضاة المسلمين بالحكم بما يخالف الشريعة الإسلامية، لكن بدأ التذمر من أحكام المحاكم الإسلامية يكبر، وأخذ النقد يتوالى، والتهم المعلبة تتتابع، ومنها صعوبة فهم اللغة العربية، وتساهل القضاة المسلمين في الأحكام⁽¹⁾.

حتى أصبح القضاء الشرعي اليوم معدوماً في نظر النخبة فما بالكم في نظر العامة.

الفرع الثاني: آفاق القضاء الشرعي

يصعب على الباحث أن يتحدث عن هذا الموضوع، لطبيعة كلمة الآفاق لما فيها من الغموض في آلية البحث في المستقبل، لذلك سنحاول تبسيط هذه الكلمة وشرح معانيها من أجل إعطاء رؤية واضحة للمراد ببحثه هنا، لذلك قسمنا هذا الفرع لبند أربيع: مفهوم الآفاق، ومقومات القضاء الشرعي، وما يمكن أن يكون عليه، ومستقبله.

البند الأول: معنى آفاق القضاء الشرعي

إن كلمة الآفاق في اللغة تعني ما يستطيع العقل أن يحيط به من المعرفة والاطلاع يقال في المثل: (كثرة القراءة توسع أفق الإنسان) ويقال: فلان ضيق الأفق أو فلان محدود الأفق: أي قليل الاطلاع والمعرفة، ويقال: فلان واسع الأفق أو فلان رحب الأفق: أي واسع الاطلاع-، ويقال: كشف البحث آفاقاً جديدة: وضح إمكانات ومجالات جديدة⁽²⁾.

وأقرب مصطلح يمكن الاستئناس به في معرفة معنى الآفاق هو الاستشراف، وهو: علم جديد يحاول وضع احتمالات محتملة الحدوث، كما يهتم بدراسة المتغيرات التي تؤدي إلى حدوث هذه

(1) تاريخ الجزائر الثقافي، مرجع سابق، 428/4.

(2) انظر: العربية المعاصرة، أحمد مختار عمر وآخرين، عالم الكتب، ط1، 2008م، 103/1.

الاحتمالات وتحقيقها، فعلم المستقبل يهدف إلى رسم صور تقريبية محتملة للمستقبل بقدر المستطاع⁽¹⁾.

قياساً على ذلك فآفاق القضاء الشرعي هي الفرضيات المتعلقة به الممكن حصولها فيما يستقبل من الزمن، بناءً على معطيات مؤسسات الحكم ورجاله في البلد المراد دراسته، أو هي رسم صورة القضاء الشرعي التقريبية قدر المستطاع.

ونفهم من ذلك أن لآفاق القضاء الشرعي مرتكزات ثلاث هي:

- مقوماته؛ ونعني بها القواعد والآليات الأولى التي ينبغي أن تُنشأ لينبني عليها القضاء الشرعي.
- الرؤية المستقبلية للقضاء الشرعي بناءً على ما هو موجود من قدرات ومؤهلات ومؤسسات وقوانين، وعلى وضعية مؤسسات الحكم والتشريع.
- الصورة التي ينبغي أن يكون عليه القضاء الشرعي.

البند الثاني: مقومات القضاء الشرعي

ونقصد بها كما سبق القواعد والآليات الأولى التي يبنى عليها القضاء الشرعي، ونحسبها تكمن في تجديد الإنتاج الفقهي على كل المستويات سواءً في مناهج البحث فيه أو تطوير الاجتهاد الفقهي، لذلك سوف نركز على نقطتين أساسيتين نراهما من تجديد الإنتاج الفقهي المالكي وهما:

1. تجديد الفقه المالكي بصياغة أحكامه صياغة قانونية، وفي ذلك يقول السنهوري: "القانون الحديث الذي يشتق منه الفقه الإسلامي يجب أن يكون في منطقه وصياغته وفي أسلوبه فقها إسلامياً خالصاً، لا مجرد محاكاة للقوانين الغربية"⁽²⁾، وقد نص جمع من الفقهاء المعاصرين على جواز اعتماد هذه الصياغة، فقد قال الزحيلي: "لا مانع إطلاقاً من صياغة الفقه الإسلامي صياغة في صورة مواد تُسهّل على القاضي والمحامي الرجوع إلى أحكامه

(1) الدراسات المستقبلية (نشأتها - مفهوماً - أهميتها)، محمد نصحي إبراهيم، مقال نشر يوم 31 مايو 2011 بموقع:

<https://kenanaonline.com/users/drnoshy/posts/269417>

(2) إسلاميات السنهوري باشا، جمع وتقديم: محمد عمارة، 552/2.

مادة مادة، وفقرة فقرة، وقد أصبح ذلك من الضروريات الماسة في هذا العصر، فمادة الفقه أصبحت بحاجة إلى تنظيم وتبويب يواكب ما أُلّف في الوقت الحالي⁽¹⁾.

2. تجديد الفقه المالكي بإنشاء مؤسسات الاجتهاد الجماعي، ويتم وفق صور عديدة نذكر منها:

- إنشاء دور الإفتاء الجماعي: حيث تتكون الدار من عدد معتبر من أهل الاختصاص والكفاءة والخبرة في تخصص الشريعة والفقه، لتعرض عليهم الفتوى وتدرس جماعيا، ثم إصدارها للمستفتي، هذه الدور اليوم منتشرة في معظم الدول الإسلامية والعربية، غير أنها في بلادنا لم تعرف النور بعد.
- إنشاء هيئات الاستشارة والرقابة الشرعية على المؤسسات المالية والتشريعية .
- إنشاء مجامع فقهية للاجتهاد الفقهي المعاصر المبني على الشورى الفقهية، بعد استشارة أهل الاختصاص للوصول إلى أحكام أقرب للصواب.

فإذا تم إنشاء هذه المؤسسات الفقهية إلى جانب الجامعات والمعاهد العلمية فإنه يمكن تغطية العجز حيال القضايا المعاصرة، وتصبح بذلك قضية طرح القضاء الشرعي كبديل للقضاء الوضعي مستندة لواقع ملموس، ومنتكئة على أصل راسخ.

البند الثالث: الرؤية المستقبلية للقضاء الشرعي.

مما سبق لفت النظر له من انحصار القضاء الشرعي نجد أن القضاء الوضعي مهيمن وغالب على القضاء الشرعي، بل يمكن القول بأن القضاء الشرعي غير موجود إطلاقا على أرض الواقع في معظم الدول العربية، ولا يمكن له أن يكون في ظل دسترة الأحكام الوضعية واعتمادها من طرف مؤسسات التشريع.

غير أننا نأمل أن يُبعث القضاء الشرعي من جديد في وسط القضاء الوضعي، كما حدث مع المالية الإسلامية مقابل المالية الوضعية، باعتماد المقاربة التشاركية، ويمكن ذلك في النقاط التالية:

(1) جهود تقنين الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ص 29.

1. الاعتماد على خريجي الجامعات الإسلامية في تخصص الفقه وأصوله واختصاص الشريعة والقانون، كمستشارين شرعيين في المحاكم الوضعية، واعتماد ذلك في قوانين تحول لهم صلاحيات الاستشارة واعتمادها.
2. إبرام اتفاقيات بين القضاء والجامعات الإسلامية في فتح تخصص القضاء الشرعي، من أجل الاستعانة بالبحوث العلمية الأكاديمية في صياغة الأحكام الفقهية في شكل قوانين قضائية بالصيغ المعاصرة.
3. تكوين المحامين في المحاماة الشرعية، من أجل رد الاعتبار لمهنة المحاماة في نظر المواطنين.
4. إعطاء صبغة الشرعية لقضاة مسائل الأحوال الشخصية وتكوينهم في معاهد مزدوجة بين الشريعة والقانون.
5. التنصيب قانونياً في البرلمان بغرفتيه على إبرام اتفاقية بين القضاء والجامعات الإسلامية من أجل إدراج خريجي الجامعات الإسلامية ضمن هيئات الصلح بين الأطراف المتنازعة.

البند الرابع: ما يمكن أن يكون عليه القضاء الشرعي.

نقدم هنا رؤيةً لمحاكم القضاء الشرعي في الواقع المعاصر، استناداً إلى محاكم القضاء الشرعي التي وجدت في الدولة العربية الأخرى التي لها السبق في تطوير القضاء الشرعي على غرار المحاكم الشرعية بفلسطين والمملكة الأردنية والمملكة المغربية وغيرها.

ويكون ذلك في نقطتين أساسيتين:

أولاً: مجالس القضاء الشرعي

ونقصد بمجالس القضاء المحال التي يتم فيها تداول القضايا والبت فيها، ويكون ذلك بتجسيد النقاط التالية:

1. إنشاء محكمة عليا للقضاء الشرعي وفق الخطوات التالية:

- دستورها بسند قانوني من رئيس البلاد.
- التنصيب على مهامها، وإعطاء كامل الصلاحيات لها، في أبواب الأحوال الشخصية والدييات والموارث والتركات والصلح.
- تعيين مدير عام لها؛ ذو كفاءة علمية واجتماعية ووطنية.
- تعيين أعضاء المكتب الفني للمحكمة العليا للقضاء الشرعي.

- تعيين قضاة شرعيين.
- تكوين مفتشي القضاء الشرعي، الذين يقومون بتفتيش المحاضر القضائية وطريقة تعامل المحامين والقضاة مع الملفات والدعاوى، من أجل تصحيح الأخطاء وردع المتورط في زعزعة القضاء الشرعي.
- 2. إنشاء مجالس للقضاء الشرعي في الولايات الكبرى في شرق البلاد وغربه وشماله وجنوبه، وفق الخطوات التالية:

- دسترة المجالس الشرعية من رئيس البلاد.
- التنصيب على مهامها، وتحديد القوانين المعمول بها .
- تعيين مدراء على المجالس القضائية الشرعية ونوابهم.
- تعيين قضاة شرعيين مختصين.
- تعيين أعضاء المكتب الفني للمجالس القضائية الشرعية.
- 3. إنشاء محاكم شرعية فرعية في كل ولاية من ولايات الوطن، وفق الخطوات التالية:
- ربطها بالمجالس القضاء الشرعي والمحكمة العليا للقضاء الشرعي.
- تعيين قضاة شرعيين متحصلون على شهادات القضاء الشرعي من المعاهد والجامعات الإسلامية.
- إنشاء مكاتب تنفيذ الأحكام القضائية الشرعية.
- مكاتب الإصلاح الأسري، ويرأسها جمع من الخبراء النفسانيين والاجتماعيين والشرعيين والتربويين، مع الاستعانة بالأئمة وشيوخ العشائر.
- تعيين قضاة شرعيين ينظرون في الدعاوى.
- تحديد مهام المحاكم الشرعية.
- تقسيم القضايا بحسب الأبواب المخولة للنظر القضائي:
 - أحوال شخصية.
 - الديات.
 - الموارث والتركات.
 - الصلح.

ثانيا: مجالس القضاة الشرعيين

ونقصد بها المحال التي يتخرج منها القضاة الشرعيون، ويمكن أن نجسدها الخطوات التالية:

- إنشاء المعهد العالي للقضاء الشرعي .
- إنشاء دورات تدريب للقضاة الشرعيين.
- توقيع مقاربات تعاونية مع محاكم القضاء الشرعي في الدول ذات السبق في المجال.

إنه باعتماد هذه الصورة للقضاء الشرعي يمكن أن نعيد له هيئته ومكانته في حل الخصومات والنزاعات بين أفراد المجتمع، حيث يمكن للمتخصصين الالتجاء لمحاكم القضاء الشرعي والرضى بها، وتخفيف العبء على المحاكم الوضعية .

المطلب الثالث: دور القضاء في ضبط المنظومة التعاقدية

ونقصد بذلك مدى تدخل القضاء الشرعي في تنظيم العقود والسجلات، بمعنى هل له التدخل في ذلك أم لا؟ من النظر الفقهي المالكي، وإذا جاز له التدخل في العقود فكيف يتم ذلك؟ وسنذكر ذلك في فرعين هما:

الفرع الأول: القضاة وفض نزاع العقود.

إنه بالنظر إلى المسائل التي ذكرها كتاب الوثائق والشروط في المذهب المالكي نجد أن النظر في العقود والسجلات قديماً كان من اختصاص القضاة الشرعيين.

قال ابن فرحون: واختلف في الأمي فقول: إنه لا يجوز أن يتولى القضاء، وقيل إن ذلك جائز ولا يلزمه قراءة العقود والمقالات، وله أن يستنيب في ذلك غيره، والأصح أنه يجب عليه قراءة العقود.

وقال: وإذا رفع إلى القاضي عقد كتب على رجل غائب وشهد فيه الشهود الذين أشهدهم الغائب فلا يسمع الحاكم شهادة الشهود حتى ينصوا على معاني الشهادة من حفظهم، ولا يكتفي في إثبات العقد بقول الشاهد: هذا خطي وهذه شهادتي أشهد بها عندك؛ لأن الموثقين جرت لهم عوائد في كتابة العقود فرمما كان في ألفاظهم ما لو سمعه الغائب لم يوافق على ذكره في العقد، وقد تقدم ذلك في التنبيهات المتعلقة بالتسجيل.

وشارح تحفة الحكام يقول: سماه تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، لأن العقود والخصومة فيها مما تعم به البلوى بين الناس، وهي منشأ الخصومات في عقود المعاملات، وبيانها واجب من أجل القضاء فيها.

وتحفة الحكام ذاتها عبارة عن توضيح للأحكام المتعلقة بالعقود وكيفية القضاء وفقها.

فإذا ثبت هذا فإن عمل القضاة الشرعيين قديماً معظمه في فض النزاع بين الخصوم بسبب العقود، وتفسير العقود وسماع الشهود، وتبنيه الوثائق، بل إن القضاة قديماً كتبوا وألفوا في علم الشروط والعقود والوثائق كالقاضي أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الرحمان الغرناطي المالكي ت 579 هـ فقد ألف كتاب الوثائق المختصرة، وكله في العقود

الفرع الثاني: الرقابة القضائية للعقود من النظر الفقهي.

ونقصد بها الرقابة القضائية للمنظومة التعاقدية ككل؛ من العدول والعقود والوثائق والشهود وغيرها، ويكفي في إثبات الرقابة القضائية على المنظومة التعاقدية في القضاء الشرعي أن نرجع إلى تاريخ القضاة ومواقفهم وما نُقل عنهم في ذلك، فهي المرجع الوحيد في معرفة مدى تطبيق الرقابة القضائية على العقود من الناحية الفقهية، وجعلنا هذه المراجع هي المصدر في ضبط المنظومة التعاقدية من النظر الفقهي لأنه في تلك الأزمان كانت الدولة إسلامية خالصة في نظامها ومنه القضاء فهو شرعي بلا شك، ومن أجل الأزمنة التي اشتهر فيها نجاعة القضاء الشرعي المالكي فترة الإسلام في الأندلس، لذلك نجد أكثر المؤرخين أروحا للأحداث القضائية لهذه الحقبة، ومن خلال تتبعنا لنقول من اهتم بخطة القضاء والعدالة من العلماء نجد منهم من يُصرح بأن المنظومة التعاقدية داخلية ضمن خطة القضاء، فالموثقون خاضعون للقضاء، يقول ابن خلدون: إن وظيفة العدالة داخلية ضمن ولاية القضاء، فلا يعمل بها إلا عن إذن القاضي، وتكون خاضعة لتصرفه⁽¹⁾.

لذلك نذكر هنا بعض ما يقوم به القضاة الشرعيون في مراقبة المنظومة التعاقدية

1. تشريع قانون يقضي بعقوبة الموثق الذي يُدلس في العقود والسجلات عقوبة صارمة، وذلك كون كتابة الوثائق من بين المهام الرئيسية للعدول، فطبيعي أن يترتب عليها أحكام قاطعة، فهي مجال واسع لأكل الأموال بالباطل من قبل ضعاف الإيمان، ولذا فقد كان جزاء من يدلس في الوثيقة صارماً، يصل في بعض الأحيان إلى قطع يد ذلك المدلس، وهذا ما فعله قاضي الجماعة محمد بن بشير برجل اشتهر أمره بالتدليس في الوثائق⁽¹⁾

(1) المقدمة ، ابن خلدون، ص636.

(1) تاريخ قضاة الأندلس، النباهي، ص48.

ثم إن العقوبة على المدلس في الوثائق تتوقف على حجم الضرر الذي أحدثه تدليسه، حيث يدلنا على ذلك أحداث رويت منها: أن أبا محمد عبد الله بن محمد الأنصاري المعروف بابن واقزان، كان حافظاً للمسائل والرأي ومن المتقدمين في عقد الوثائق، لكنه اشتهر بالتدليس في العقود، ورغم ذلك اكتفى قاضي الجماعة أسلم بن عبد العزيز بأن أمر ابن واقزان بترك كتابة الوثائق، وعدم التعرض لما يتعلق بها والتزام بيته، فظل على هذه الحال إلى أن توفي سنة 320هـ⁽¹⁾.

2. مراسلات الوثائق، فقد كان القضاة قديماً يوجهون الرسائل للموثقين، ويكتبون لهم عن المؤهلات الواجب توفرها في الموثق والوثيقة ومن ذلك: رسالة ابن عبدون في القضاء والحسبة، فقد حدد ابن عبدون كاتب العقود فقال: "لا يجب أن يكتب الوثائق إلا من شهد له في ذلك بحسن الخط وترتيب اللفظ، واتساع في العلم، من رجل خير عالم ورع، ليكفي القاضي والحاكم عند رؤية خطه ولفظه البحث والتعب فيهما من براءة التدليس والتلبيس"⁽²⁾.

3. تحديد مكان للعدول يُعرفون به، فلقد كانت للعدول أماكن خاصة بهم، حددها لهم القضاة، اعتادوا الجلوس بها، فيأتي إليهم كل من كانت له قضية تحتاج للإشهاد والتقييد في الكتاب⁽³⁾.

4. تعديل الوثائق وتحريرهم من اختصاص القضاء الشرعي، فقد قال ابن عبد الرفيق: وللقاضي التجريح والتعديل بعلمه سواء علم ذلك قبل استلامه القضاء أو بعده⁽¹⁾، وهو ما فعله قاضي الجماعة محمد بن سلمة الكلابي عندما حضر عنده الفقيهان ابن لبابه

(1) انظر: تاريخ العلماء والرواة للعلم في الأندلس، ابن الفرضي، نشر: عزت العطار الحسيني، مكتبة الخانجي، القاهرة، 1408هـ، ترجمة رقم 675.

(2) انظر: رسالة ابن عبدون في القضاء والحسبة، (مجموعة ثلاث رسائل في الحسبة)، ت: ليفي برونفسال، القاهرة، 1955م، ص13.

(3) انظر: مقدمة ابن خلدون، ص636.

(1) معين الحكام على القضايا والاحكام، ابن عبد الرفيق، ت: محمد قاسم بن عياد، دار الغرب، بيروت، 1989م، 643/2.

والحبيب بن زياد لتعديل ابن شراحيل المعروف بالعجيزه، والقاضي ابن سلمة عندما رفض تعديل الفقيهين لابن شراحيل ذلك لمعرفته بباطنه أكثر منهما، ولذا قال ابن لبابه للقاضي: نحن قد عدلناه بمبلغ علمنا، ومن عرف الباطن فهو أحق ممن عرف الظاهر⁽¹⁾. وذكر الخشني أن لقاضي الجماعة محمد بن بشير طريقة خاصة في قبول تعديل من لا يعرفه يقول قاسم بن هلال: دخلنا على محمد بن بشير لنعدل عنده رجلاً، فقال: احلفوا بالله الذي لا إله إلا هو أنه عدل رضا، فقالوا: يمين أصلحك الله، فقال: والله لا كتبتها حتى تحلفوا⁽²⁾.

والقاضي يعمل دائماً على الكشف عن عدوله، ويبدو أن له عيوناً تأتيه بأخبارهم، من ذلك أن رجلاً من أصحاب قاضي الجماعة محمد بن عبد الله بن أبي عيسى أتاه في الليل وأخفى إليه أن اثنين من الفقهاء العدول الملازمين له، قد اتفقا فيما بينهما على الإدلاء بشهادة مزورة، وأنهما سيحضران عنده غداً لأجل هذا الغرض، فجلس القاضي في الغد وقد أخذ حذره، فتقدم إليه أحدهما، فعبس القاضي في وجهه عله يفهم المراد، فينصرف من تلقاء نفسه، لكنه تهادى، فعندها ألقى القاضي في حجره - دون أن يشعر ذلك العدل - بطاقة مطوية، كتب فيها بيتين من الشعر هما:

أتتني عنك أخبار ... لها في القلب آثار

فدع ما قد أتيت له ... ففيه العار والنار

فعندما انتبه الرجل لها وقرأ ما فيها، انطلق مسرعاً، ولقي صاحبه في الخارج وطلب منه الانصراف معه، وأخبره أن القاضي قد عرف بأمرهما⁽³⁾.

ومما يُذكر للقضاء الشرعي تدخله في العدول والموثقين أن من ثبتت عليه التهمة منهم بالتدليس أو بالتزوير أو بشهادة الباطل أو غير ذلك فإنهم يُجرحونه ويُشهرن به في الأسواق حتى يعرفه العامة فيكرهونه، ويكون عبرة لغيره من العدول، لذلك نقرأ في كتب تاريخ العدول أن كثيراً

(1) قضاة قرطبة، ص 97.

(2) قضاة قرطبة، ص 35.

(3) انظر: نُظم حكم الأمويين ورسومهم في الأندلس، سالم الخلف، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، ط 1، 2003م، 688/2.

من الفقهاء الصالحين كانوا يصفون العدول بأبشع الصفات مثل ما قال سفيان الثوري يقول "الناس عدول إلا العدول" ويقول عنهم عبد الله بن المبارك "هم السفلة"، بل لقد ألف محمد بن الخطيب السليمانى مثلى الطريقة في ذم الوثيقة. كل ذلك في العدول المارقين الذين يسارعون في كتابة الوثائق وتحمل الشهادات ويؤدونها مقابل أجر معلومة كرشوة يتقاسمونها فيما بينهم في حوائثهم، فهؤلاء هم من يستحق التشهير بهم ويجب عدم السكوت عن أفعالهم قضاء أو عرفاً. وينبغي للقاضي إن لم يكن من أهل البلد أن يبدأ بالتعرف على عدول وثقات البلد الذي كلف القيام بأعباء القضاء به، وإن استطاع أن يفعل ذلك قبل أن يصل البلد فهو الأفضل، فإذا عرفهم يكتب اسم كل واحد منهم في ثبت لديه، ثم لا يكتفي بذلك، بل إن عليه أن يعتمد إلى السؤال عنهم سراً كل منهم على حده، وذلك بعد استقراره في البلد⁽¹⁾.

5. منعهم من المجاملة للسلطان أو لأهل النفوذ، مثل من جامل الوزير هاشم بن عبد العزيز في قضية قومس بن أنتينان⁽²⁾.

6. منعهم من قبول الهدايا خوفاً من تلبسهم بالشبهات، من ذلك أن أحد كبار عدول قرطبة قد أخذ هدية هي عبارة عن جبة خضراء، فشرع بأمرها خصم المهدي، فبلغ قاضي الجماعة سليمان بن أسود بحقيقة الوضع، فأراد القاضي تأديب ذلك العدل، الذي كان من سلامة قلبه يداوم على لبس تلك الجبة في المحافل، ولذا قال القاضي لخصم المهدي: "إذا رأيت الشيخ وعليه الجبة، وأفتى عليك فقل: يا قاضي: ليس الشيخ يكلمك إنما تكلمك الجبة التي عليه ... ففعل الخصم ما أمره به القاضي، فاستحيا الشيخ وانقلب خجلاً"⁽³⁾.

إنه من خلال هذه النقول ندرك أن القضاء الشرعي قديماً كانت له رقابة مستمرة ووثيقة بالمنظومة التعاقدية التوثيقية، إذ القاضي بحاجة ماسة ومستمرة لأقوال العدول وكتابتهم وعقودهم طالما أن هناك قضايا تعرض عليه منهم، لذلك فالرقابة القضائية على العدول من صميم عمل القضاة في دولة الإسلام.

(1) المرجع السابق، 689/2.

(2) انظر: قضاة قرطبة، ص 75 وما.

(3) انظر: قضاة قرطبة، ص 80 وما.

المبحث الثاني: واقع وآفاق دور المؤسسات الشرعية في ضبط السوق.

في هذا المبحث نقدم آلية أخرى نحسبها من آليات تطوير المنظومة التعاقدية وفق المذهب المالكي، وذلك ببيان واقع وآفاق دور المؤسسات الشرعية في ضبط السوق؛ لأن السوق هو البيئة الخصبية لتنفيذ العقود وإنشائها، وهو البيئة الخصبية للتحايل والتزوير والغش في العقود، مما يستدعي الرقابة على الأسواق والعقود من الناحية الشرعية.

وسنقدم هذا المبحث في مطالب ثلاث؛ الأول في الحسبة ودورها في مراقبة السوق، والثاني دور الصياغة الفقهية المحكمة للعقود في توازن الأسواق، والثالث المؤسسات الشرعية ودورها في ضبط السوق.

المطلب الأول: الحسبة نشأتها ومقاصدها

الفرع الأول: مفهوم الحسبة وتعيين المحتسب.

أولاً: مفهوم الحسبة

الحسبة في اللغة من حسب وتحسب؛ وتحسب أي تعرف على الأشياء وتحرى عنها، واحتسب عليه أي أنكر منه ومنها يشتق المحتسب فيقال محتسب البلد، واحتسب فلان عليه أي أنكر عليه قبيح عمله⁽¹⁾

وفي الاصطلاح فإننا عند تتبع نشأة مصطلح الحسبة ومدلوله نجد أنه بدأ استعماله عاماً لكل أمرٍ بالمعروف ونهي عن المنكر، ثم أخذ يتخصص ويتقيد أكثر فأكثر، ولذلك يعرفها كل من له فيها مصلحة في مجاله بالحد الذي يناسب المجال، ولعل أول من عرّفه هو الماوردي في الأحكام السلطانية بالتعريف العام، ولعل أول من عرفها بتعريف مقيد لها بأنه خطة من خطط الدولة هو ابن خلدون حيث قال: أما الحسبة فهي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بأمر المسلمين يعين لذلك من يراه أهلاً له فيتعين فرضه عليه⁽¹⁾.

(1) القاموس المحيط، ص74، تاج العروس، 278/2

(1) المقدمة، 225/1.

فابن خلدون يجعل الحسبة وظيفة من وظائف الدولة، يقوم بها السلطان أو يُكلف من يقوم بها نيابة عنه، لكن ابن خلدون جعلها عامة في كل مناحي الحياة ولم يُخصصها بسوق أو متاجر أو غيرها، بل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مطلقاً.

ثم أخذ تعريف هذا المصطلح يتقيد شيئاً فشيئاً تارة بمراقبة السوق وتارة بعلم الاجتماع وتارة بعلم الفقه وتارة بعلم التاريخ وتارة أخرى بعلم العقوبات، والحسبة بمعنى مراقبة السوق هي المقصودة هنا، لذلك الحسبة عند المشاركة هي مراقبة السوق مما فيه من منكرات والنهي عنها، والأمر بالمعروف.

أما عند المغاربة فلم يكن هذا المصطلح معروفاً عندهم إلا في القرن الخامس الهجري⁽¹⁾، ففي الأندلس كانت تعرف باسم (خطة السوق) ويطلق على من يتولاها: صاحب السوق، وهذا هو الاسم الذي استخدمه كثير من المؤلفين في هذا الفن كيحيى بن عمر، والقاضي ابن سهل عند تعديده للخطة التي من حق أصحابها إصدار الأحكام.

وبعد القرن الخامس الهجري أصبح مصطلح الحسبة جارياً على ألسنة الخلق في المغرب والأندلس، وله مدلول أحكام السوق.

والغريب في الأمر أن كل من كتب في الحسبة في الأندلس من البحوث المعاصرة والمقالات التي كانت بين يدي لم أجد منهم من نسب تعريف أحكام السوق لأهل الأندلس، بل يُعرفون الحسبة عند المشاركة بالمفهوم العام، ثم يذكرون تعريف الحسبة في الدواوين المعاصرة، وهذا الأمر لم يجعل الحسبة صحيحة التصور من النظر الفقهي المالكي قديماً، بحيث يمكننا من خلاله بعث هذه الخطة.

ونحاول هنا أن نذكر بعض التعاريف لها من خلال مؤلفات النوازل عند المالكية، فقد ذكرها ابن سهل في نوازله وذكر معناها فقال: النظر فيما يجري في الأسواق من غش وخديعة ودين وتفقد مكيال وميزان وشبهه، من صاحب السوق⁽¹⁾.

فقد ربطها بمراقبة السوق وما يجري فيه من أعمال، وهو الأمر الذي خالف فيه من عرفها من المشاركة.

(1) انظر: نظم حكم الأمويين ورسومهم في الأندلس، سالم الخلف، 843/2.

(1) الأحكام الكبرى، ابن سهل، ص 28.

ومن المعاصرين من عرفها بأنها: سلطة تخول صاحبها حق مباشرة الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، بتفويض من الشارع، أو تولية من الإمام، وتوقيع العقاب على المخالفين بمقتضى أحكام الشريعة في حدود اختصاصه⁽¹⁾.

وبحسب الدكتور موسى لقبال فإن الحسبة لها إطلاقات متعددة آلت إلى الشرطة في نهاية الأمر فقد قال: أما في العرف الإداري فالحسبة كانت تُطلق على حسابات الدولة، وعلى دار المحاسبة والموارث، وعلى ديوان مراقبة الموازين والمكايل، أي أنها مصطلحا إداريا عاما، ثم خُصت لمعنى الشرطة، وبنوع أخص بشرطة الأسواق⁽²⁾.

نعم إن تقييد معنى الحسبة من معناها العام إلى المعاني الخاصة أمر مشاهد على مر التاريخ، لكننا لا نسلم له أن المحتسب هو شرطي السوق فقط، لأن المحتسب له النظر ومراقبة السوق في أمور كثيرة، منها ما له علاقة بالسلع ومنه ما له علاقة بالتجار ومنه ما له علاقة بمحل السوق وهكذا. ونحن هنا إذ نعرفها فإننا لا نقصد بالتعريف تقييد وحصر الحسبة في السوق فحسب، بل تعريف الحسبة يتعدد بتعدد المجال المراد مراقبته، إنما نعَرّف الحسبة التي لها علاقة بضبط السوق من الناحية العقدية.

فالحسبة المقصود ببحثها هنا وبعثها في هيئات الدولة من النظر الشرعي هي: تكليف القضاء أو السلطان كفاء للقيام بمراقبة العقود ودفاتر الشروط من الناحية الشرعية ومدى الالتزام بها في الأسواق.

ويمكن لآخر أن يضيف للتعريف قيودا أخرى تهمه، مثل مراقبة النظافة في الأسواق فهو من الحسبة، أو مراقبة المكايل والموازين، مراقبة الجودة، مراقبة النقود، وغيرها من القيود فكلها من الحسبة.

لذلك نرى أن نظام الحسبة اليوم من الأحسن أن يكون متكونا من مجموعة من الأعضاء منهم من يتخصص في مراقبة العقود ودفاتر الشروط من الناحية الشرعية، ومنهم من يختص في مراقبة العقود من الناحية القانونية، ومنهم من يتخصص في مراقبة النظافة، ومنهم من يراقب الجودة، حتى يكون لهذه الهيئات الدور الفعال في ضبط السوق ومراقبتها.

(1) ولاية الحسبة في الإسلام، عبد الله عبد الله، دار العلم، ط1، 1996م، ص60.

(2) الحسبة المذهبية في بلاد المغرب العربي، موسى لقبال، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 1971م، ص20.

والمحتسب قديما كان يُوقع العقاب على التجار ومرتادي السوق، لكنه في هذا العصر لا يوقع العقوبات وإنما يُراقب العقود ودفاتر الشروط ومدى التزام الأفراد ببندوها، ثم يرفع القضايا للقضاء فيمن خالف البنود أو زورها.

ثانيا: تعيين المحتسب

المحتسب هو قديما عند مالكية الغرب صاحب السوق أو القائم على أعمال السوق، ويتم تعيينه من قبل الأمير أو السلطان، وذلك بعد استشارة القضاء الأعلى بالنسبة لمن يلي السوق الكبيرة، وقضاة باقي المدن لمن يلي الأسواق بها⁽¹⁾.

وأما ابن عبدون فيرى أن القاضي هو الذي يعين صاحب السوق، شريطة أن يستشير ولي الأمر، فقد قال: الاحتساب أخو القضاء؛ إذ المحتسب هو لسان القاضي وحجته وحاجبه ووزيره وخليفته، ويجب على القاضي ألا يُقدم محتسبا للسوق إلا أن يُعلم الرئيس بذلك⁽²⁾.

وأكثر ما يميز المحتسب وتعيينه في الشريعة عن القانون الوضعي هو صفات وشروط المحتسب، فإننا إن قارنا بينها وبين ما نراه اليوم في واقعنا نجد البون شاسعا، حيث لا يمكن المقارنة، وهو باب الداء في الأسواق الذي فُتح على الناس، فلم يعد أحد يثق في لجنة المراقبة، ولا لجنة المراقبة قائمة بأعمالها بنزاهة، لذلك ننوه هنا ببعض الشروط الواجب توفرها في المحتسب الشرعي لعلها تُقدم طرحا جديدا لبعث المنظومة التعاقدية المحكمة.

فمن الشروط الواجب توفرها في المحتسب التي وصى بها ابن عبدون في رسالته الحسبة:

- يجب أن يكون المحتسب رجلا عفيفا، خيرا، ورعا، عالما، غنيا، نبیلا، عارفا بالأمر، محنكا، فطنا، لا يميل ولا يرتشي فتسقط هيئته ويُستخف به ولا يُعبأ به، ولا يستعمل لذلك حساس الناس، ولا من يريد أن يأكل أموال الناس بالباطل والمهونة، لأنه لا يخاف إلا من كان له مال أو حسب⁽¹⁾، وعلى قول ابن عبدون فإن من لم تكن هذه الصفات فيه فلا يجوز توليته الحسبة على السوق من النظر الشرعي، وإن عُين فإنه يجب عزله، وإن عُين وفيه هذه الصفات ثم تغير إلى ضدها وجب عزله.

(1) انظر: تاريخ القضاء في الأندلس، ص 383.

(2) انظر: الحسبة، ابن عبدون، ص 19.

(1) الحسبة، ابن عبدون، ص 20.

- أن يكون فقيها عالما بالوثائق والشروط والسجلات والبيوع، وما يجري بين التجار، وهذا أمر مشاهد معروف فيمن ولأهم الأمراء والقضاة أحكام السوق، ففي كتب تراجم وطبقات المالكية نجد الخلق الكثير ممن كُلفوا بالسوق كأمثال: الفقيه محمد بن خالد بن مرتنيل، المعروف بالأشج، المتوفى سنة 224هـ (839م) تولى عدة خطط في عهد الأمير عبد الرحمن الأوسط، من بينها السوق، والفقيه أبو إسحاق إبراهيم بن حسين بن خالد بن مرتنيل، المتوفى في شهر رمضان سنة 249هـ، والفقيه أبو إسحاق إبراهيم بن حسين بن عاصم، المتوفى شهر رجب سنة 256هـ، وغيرهم كثير⁽¹⁾.

لأن الفقيه يعرف الأحكام الفقهية وما يجري عليها من فروع ومسائل، ويعرف تكييف العقود وتفسيرها، ويفهم البنود وأحكامها الفقهية، فكل من تعامل بعقد غير شرعي فإنه يزجره، ويُبين للتجار أحكام البيع، وآداب السوق، ويبين لهم الحقوق الشرعية في الأموال، ويذكرهم بفريضة الزكاة وكيفية إخراجها، فهذه من المهام التي يقدر عليها الفقيه وليس غيره، فقد جاء في آداب الحسبة: يجب أن يكون من ولي النظر في الحسبة فقيها في الدين⁽²⁾.

- أن يكون ثقة في دينه وعمله، يعرف التجار وعملهم وتحاييلهم وأعرافهم، يُخالط الخلق ويعرف عاداتهم في البيع والشراء والمكايل والموازن، عارف باللسان والكلام والمعاني.

- أن يكون صلبا في الحق، شديدا على من خالف بنود التعاقد، أو زور عقدا، لا تأخذه في ذلك لومة لائم، فالمحتسبون قديما تنوعت أساليب زجرهم لكل من خالف القوانين والأعراف بين التوبيخ والزجر أولا، وبالسجن والإندار ثانيا، وبالضرب والتشهير ثالثا، وبالتنكيل والنفي من السوق أو البلد رابعا، وهي أقصى درجات العقاب⁽¹⁾، فإن سبب اضطراب السوق وكثرة المنكرات والمخالفات بها يرجع إلى ضعف المحتسبين في المراقبة، فقد

(1) انظر في: ترتيب المدارك، 117/4، قضاة قرطبة، ص56، تاريخ قضاة الأندلس،

(2) آداب الحسبة، السقطي المالقي، ص5.

(1) ينظر في ذلك: التيسير في أحكام التسعير، الجليدي، ت: موسى لقبال، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981م، ص66 إلى 105.

ذكر العقباني أن بعض محتسبي الدولة الزيانية كانوا يتغاضون على الكثير من المنكرات مقابل رشوة يُقدمها البائع أو الصائغ⁽¹⁾. وهو الحالة عندنا في هذا الزمن مثلاً بمثل.

الفرع الثاني: نشأة الحسبة في المغرب الأوسط.

لقد أشار الدكتور موسى لقبال إلى أن نظام مراقبة السوق قدسّم النشأة بدأ مع الإغريق فقد كانت في وظائفهم الإدارية وظيفة أجورانوموس (Agoranomos) ومهمته مراقبة المكابيل والموازين والسلع، وأن هذه الحسبة نُقلت إلى بلاد الشرق في العصر الهلنستي، ثم نُقلت إلى بلاد الرومان وكان يُسمى النظام القائم بوظيفة الحسبة بنظام الكنسورة (Censurat)، مهمته رقابة الأسواق وسلامتها، ولما وصل العرب والمسلمون إلى الحكم وتأسيس الدول احتفظوا بخطة الحسبة، ونالها التطوير حتى صارت نظاماً إسلامياً خالصاً من كل ما يشوبه من الضعف والجزور⁽²⁾.

وإن البحث في نشأة الحسبة في بلاد الغرب الإسلامي كهيئة مستقلة لها صلاحياتها فإنه يصعب عليه تحديد نشأتها، فقد كان الوالي والقاضي لهما حق النظر في كل الأمور والأحوال، خاصة مع بداية الفتح الإسلامي لشمال إفريقيا والأندلس، إذ لم تكن البيئة موالية لاستقرار الأوضاع واستتباب الحكم حتى تظهر الخطط الشرعية أو تظهر حتى النظم الأخرى، فالصراعات السياسية حالت دون ظهور هذه الخطط، لكن بالرجوع إلى كتب الحسبة نجد أكثرهم يذكر نشأة الحسبة بتصرفات القضاة في كثير من الأحداث بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فيقولون القاضي فلان نهي عن المنكر الفلاني في عهد كذا من سنة كذا، والأمير فلان كاتب القاضي بأن يرفع كل منكر وييسط مل معروف، وغيرها من الاستدلالات في نشأة الحسبة.

غير أنه يظهر لنا أنه لا يمكن التعويل عليها في معرفة نشأة الحسبة بالمفهوم السابق ذكره، نعم صحيح أنه يمكن جعل هذه الأحداث كانطلاقة للحسبة بمفهومها العام بأنها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لكن لا يمكن جعلها مجال بداية لظهور الحسبة لهيئة شرعية خاصة بمراقبة والسوق والعقود، لذلك يظهر لنا البحث عن أحداث تأريخ نشأة نظام الحسبة في الغرب

(1) تحفة الناظر وغنية الذاكر في حفظ الشعائر وتغيير المناكر، العقباني، ص 227.

(2) انظر: الحسبة المذهبية، ص 22.

الإسلامي وخاصة المغرب الأوسط - الجزائر - بمفهومها السابق يمكن أن يستند على أمرين اثنين:

1. الرجوع إلى كتب التراجم والطبقات من أجل استقراء أعمال أصحاب السوق المتعلقة بالعقود والمكاييل والموازين، وهو الأمر الذي يدلنا لمبدأ نشأة الحسبة، إذ كل كتب التراجم التي بين أيدينا تدلنا على أن نظام الحسبة كان في يد الأمراء إلى زمن الإمام سحنون بن سعيد التنوخي فإنه لما تقلد القضاء نظر في الأسواق وراقب الغش وعاقب عليه، وراقب الموازين والمكاييل، فقد قال عياض: أول ما نظر سحنون في الأسواق، وإنما كان ينظر فيها الولاية دون القضاة، فنظر فيما يصلح من المعاش، وما يغش من السلع، ويجعل الأمناء على ذلك، ويؤدب على الغش، وينفي من الأسواق من يستحق ذلك، وهو أول من نظر في الحسبة من القضاة⁽¹⁾، هذا في القيروان، أما في المغرب الأوسط فتكاد تكون المصادر شحيحة في ذكر النظم الإدارية ومقلدي هذه النظم في كتب التراجم على غرار دول الجوار، فكيف لحاضرة بونة مثلا أو قسنطينة أو غيرها لم يُذكر أهل الحسبة منهم في مصادر التراجم، إننا نستغرب هذا الأمر في الحقيقة!

ولا نستطيع الجزم بأن لا يوجد محتسب في هذه الرقعة فهذا محال، لكن لم نجد لهم كثير ذكر في كتب الطبقات، إلا ما ذكر عن بعض موثقي بجاية في كتاب تعريف الخلف برجال السلف للحفناوي، أو كتاب الغبريني السالف الذكر، أما تلمسان فقد كتب عنها العقباني في تحفة الناظر وذكر بعضا من النظم والخطط السلطانية، وبعض أهل الحسبة فيها، أما مصادر التراجم القديمة فتذكر فقط تيهرت وما فيها من تنظيم دون ذكر من اختص بالحسبة منهم.

2. البحث عن مراكز الأسواق الكبرى فإنه يُحتمل أن لا تُترك سُدى من قبل الولاية والقضاة، فعادة ما يكون عمل المحتسب لصيقا بهذه الأسواق؛ ويقصد بمصطلح السوق المكان الذي تتم فيه عملية البيع والشراء، وتجلب إليه التجارة من جميع الأصقاع، وهي تذكر وتؤنث والجمع أسواق، وأصل اشتقاق السوق من سوق الناس بضائعهم إليها⁽¹⁾، وإننا نجد أن

(1) ترتيب المدارك، عياض، 60/4.

(1) انظر: أحكام السوق في الإسلام وأثرها في الاقتصاد الإسلامي، أحمد الدرويش، عالم الكتب، 1989م، دط، ص21.

هذه المحطة الاقتصادية الهامة في نظام الدول والشعوب لم تحض بالدراسات التاريخية والفقهية الأكاديمية اللائقة بها باستثناء بعض الإشارات هنا وهناك في بعض البحوث التاريخية، وبالمقابل نجد الدراسات المغربية قد تطرقت للسوق ومواقع الأسواق ونظام الحسبة في كل ربوع المغرب الأقصى وهو الأمر ذاته في الأندلس وبنفس أوسع وأدق، أما في إفريقية - تونس - فقد ذُكرت الأسواق والحسبة ومهنة التوثيق والقضاء بشكل أوسع من المغرب الأوسط الذي قَلَّتْ البحوث فيه.

لذلك نحاول هنا أن نذكر بعض الأسواق الكبرى الهامة في الحياة الاقتصادية لدى سكان المغرب الأوسط، ثم ننظر إلى نظام الحسبة فيها لعلنا نقرر نشأة نظام الحسبة ومراقبة العقود والموازن والمكاييل في هذه الرقعة.

إننا بالرجوع إلى كتب التاريخ السياسي والديني والإداري لشمال إفريقية لم نجد من ذكر نظام الحسبة أو ذكر النظم في تسيير السوق قبل الفتح الإسلامي، وإنما يذكرون النظم الإدارية في زمن حسان بن النعمان الغساني الذي دخل القيروان سنة 78هـ⁽¹⁾ بعد أن سيطر على شمال إفريقية من المغرب الأقصى والأوسط والقيروان، ورجع إلى القيروان واستتب له الأمن فوجه همه إلى الإدارة والحربية؛ فدَوَّن الدواوين، وكتب الخراج، وضرب الجزية على من أقام على المسيحية، ثم أنشأ بتونس داراً لصناعة المراكب البحرية والآلات الحربية⁽¹⁾، فلعل هذا التاريخ هو مبدأ دخول الحسبة الشرعية إلى بلاد المغرب العربي عموماً. أما الدكتور موسى لقبال فيرى أن مبدأ ظهور نظام الحسبة مع ظهور الدول الأربع في شمال إفريقية والأندلس؛ الأغالبة في إفريقية والرستميون في تهمرت والأدارسة في فاس والأمويون في قرطبة، حيث قال: إلى هذا العصر ترجع معظم الخطط الدينية منها القضاء والحسبة⁽²⁾. ولعل ما ذكره لقبال هنا هو استقلال الحسبة عن القضاء والدواوين.

(1) انظر: كتاب الولاة وكتاب القضاة، الكتدي، ت: محمد حسن إسماعيل، أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003م، ص42.

(1) انظر: تاريخ الجزائر في القديم والحديث، مبارك الميلي، 34/2.

(2) انظر: الحسبة المذهبية، موسى لقبال، ص29.

أما المغرب الأوسط بالخصوص فلم نجد الدراسات التاريخية ذكرت نظام الحسبة والمحتسبين في المغرب الأوسط مع الدول السالف ذكرها، وإنما جلّ ما تم ذكره هو ازدهار الأسواق والحركة التجارية بين الدول برا وبحرا، حيث ذكر الشيخ مبارك الميلي في تاريخ الجزائر عدة أسواق في تيهرت وتلمسان وقسنطينة وسطيف وذكر تأمين القوافل التجارية وتنظيم الأسواق والحفاظ عليها، وذكر المبادلات التجارية بين الرستميين والأمويين في الأندلس وبين الأغالبة في القيروان وبلاد السودان في الصحراء⁽¹⁾، ولعل كل هذه الحركة الاقتصادية المنتعشة كانت تحت مظلة نظام الحسبة، إذ لولا النظم الإدارية المحكمة لما انتعشت الأسواق وتحركت المبادلات التجارية، وكلها مبنية على العقود، والذي لا شك فيه أن القائمين على الحسبة والإفتاء في الأسواق يومها الفقهاء، فلا يمكن أن تخرج دول المغرب الأوسط عن جيرانها كالقيروان وفاس والأندلس، ولا شك كذلك أن غالبية الفقهاء مالكية، وليس معنى ذلك أنهم انفردوا بخطة الحسبة، بل للإباضية والحنفية فقهاء وأسواق نظمها.

واستمر الحال بالعناية بالأسواق في كل الدول المتعاقبة على حكم المغرب الأوسط وأكثر ما بلغ الاهتمام بالنظم الإدارية ومنها الحسبة في المغرب الأوسط كان في زمن الزيانيين في عهد السلطان أبو حمو موسى الزياني الثاني (760هـ-791هـ) الذي أبدى عناية خاصة بالأسواق والحسبة والمحتسبين، فقد ترك وصية لابن أبي تاشفين (791هـ-795هـ) أكد عليه بأن يعتني بهذه الخطة وبأصحابها، وقد حرص السلاطين الزيانيون على وضع مكايل وموازين نموذجية في الأسواق حتى يلتزم بها التجار في معاملاتهم⁽¹⁾، وأكثر من ذكر وقائع الحسبة في العهد الزياني الإمام العقباني (ت811هـ) في كتابه تحفة الناظر وغنية الذاكر في حفظ الشعائر وتغيير المناكر.

(1) انظر: تاريخ الجزائر في القديم والحديث، مبارك الميلي، 125/2.

(1) الأسواق في المغرب الأوسط خلال العهد الزياني، خالد بلعربي، مقال بدورية كان التاريخية، العدد6، 2009م، ص34.

الفرع الثالث: مقاصد تشريع الحسبة.

ونقصد هنا ذكر الهدف من تشريع نظام الحسبة وجعله هيئة رقابية على الأسواق ومراقبة العقود وبندود العقود، والمكاييل والموازن والسلع وغيرها مما له علاقة بالعقد، ويظهر لنا أن مقاصد الحسبة متعددة منها:

- ضبط السوق من الجشع والطمع الذي يمارسه التجار خاصة عند المحن والشدائد والأزمات، وعندما حدثت المجاعة الشديدة في عهد الأمير محمد بن عبد الرحمن، وحاول بعض الأشرار الاستفادة من هذا الظرف الطارئ لمصلحتهم، على حساب أمن الآخرين وحرقاتهم، وعندما كثرت الشكاوى من ذلك، لجأ الأمير محمد للقضاء على ذلك العبث، إلى تولية إبراهيم بن حسين بن عاصم، المتوفى سنة 256هـ (870م) خطة السوق، ومنحه صلاحيات واسعة، بحيث أذن له بالتنفيذ في القطع والصلب بلا مؤامرة منه ولا استئذان.

- منع المعاملات المنكرة المحرمة شرعاً، وهي كل ما نص الشارع على حرمة كالربا والغش والخديعة والعينة وغيرها، فهذه من مهام المحتسب، حيث يراقب السوق ويردع من تعامل بها⁽¹⁾، فالمحتسب يراقب عقود البيع ويمنع ما فيها من فساد ويتأكد من التراضي بين الأطراف؛ فمن حيث التعاقد يجب أن يتأكد من كونه مؤهلاً شرعاً للقيام بالتعامل فيمنع بالبيع للصبي والمجنون، ويمنع بيع السلاح، ومن حيث العقود عليه فيجب أن يتفقد المحتسب البضائع ويتأكد من حلها شرعاً فيمنع بيع النجاسات كالكلب والخنزير وغيره، ويمنع ما هو محرم أصلاً كبيع الخمر، ويتأكد من طهارة المبيعات كالدهن والسمن⁽¹⁾.

- محاربة المضاربة؛ كتلقي الركبان والاحتكار ورفع الأسعار وتغيير الموازين وغيرها من الأشكال الضارة بالسوق، فهي من صميم عمل المحتسب.

(1) قد نص الإمام الماوردي على ذلك في كتابه الأحكام السلطانية، ص 350 وما.

(1) ولاية الحسبة في العهد العباسي ودورها في الحياة الاقتصادية والحياة العامة، عبد الرحمن التتر، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة، 2015م، ص 66.

- نشر محامد الأخلاق بين التجار، وردع الرذائل والسلوكيات المشينة المعطلة لعملية تداول الأموال بين التجار بطريقة ائتمانية، وحث التجار على التكافل الاجتماعي وإغاثة الملهوف ونصرة المظلوم.
- تنظيم الأسواق بما يضمن سلاسة العملية التبادلية بين الزبائن والباعة.
- عقد الاستشارات الشرعية في المعاملات المشبوهة لدى التجار والزبائن.
- تأمين إخراج الفروض الشرعية على الأموال كالزكاة.
- وضع شروط ومواصفات السلع القابلة للتداول، ومراقبة دفاتر الشروط والعقود التي تخل من هذه البنود.
- مراقبة العملية الإنتاجية على مستوى الشركات الكبرى والمصانع والموانئ وغيرها من المراكز ذات التعامل المكثف بالعقود ودفاتر الشروط، حيث يعمل المحتسب الشرعي إيجابيا على العملية الإنتاجية، فيمنع كل عقد أو سلعة أو تصرف أو شرط يضر بالإنتاج، ويُشجع كل ما ينشط الإنتاج ويُثريه.
- حماية المستهلك ومراقبة الأسعار وجودة السلع من أجل الحفاظ على التوازن الاقتصادي للسوق.
- مراقبة جودة المنتجات والخدمات وأثمانها، ومحاربة الغلاء وزجر الغش والتزوير والتدليس والاحتكار.

المطلب الثاني: دور الصياغة الشرعية في ضبط السوق

الفرع الأول: القواعد الشرعية لضبط السوق.

لم يعد السوق ذلك المكان الذي يجتمع فيه التجار والباعة معاً لمدة من الزمن ثم تنفض العملية التداولية والتعاقدية إلى إشعار لاحق، صحيح أن هذه الصورة للسوق مازالت ولا تزال مستمرة في المجتمعات، لكن مع التطور الاقتصادي والرقمي والتكنولوجي أخذ السوق صوراً أخرى، فعدت في نظر الاقتصاديين كل عملية تداولية بين طرفين يظهر فيها التراضي والإرادة فهي جزء من السوق، لذلك يعتبر السوق من المجالات المهمة في الحياة الاقتصادية لما يلعبه من وظائف ذات أهمية في استمرار واستقرار النشاط الاقتصادي.

لذلك تسعى كل التشريعات والفلسفات التشريعية والنظم الحاكمة إلى ضبط السوق من أجل ضمان استقرارها وضمان رواج الأموال فيها، وإن قواعد ضبط السوق في التشريعات كثيرة منها ما يتعلق بالسعر ومنها ما يتعلق بالمنتج ومنها ما يتعلق بالتجار ومنها ما يتعلق بنوعية التجارة أو الصناعة، ويجب أن تكون هذه البنود محل نظر وبحث ومقارنة من أجل ضبط السوق وحرزها من الفساد والركود، وإنما إن تطرقنا إلى كل هذه النقاط في هذه المذكرة فإن الوقت يطول بنا لما في منهج المقارنة من بسط وتمثيل، لكن يظهر أن كل هذه القواعد تجمعها قاعدتان؛ ضبط دفتر الشروط أو ضبط القانون التجاري والاقتصادي - وقد تكلمنا عن دفتر الشروط سابقا - وقاعدة توازن السوق، والقاعدة المقرر إدراجها هنا في البحث هي قاعدة توازن السوق.

البند الأول: توازن السوق في الفلسفات الوضعية.

إن فكرة توازن السوق التي يُنادي بها القانونيون والاقتصاديون اليوم هي ذاتها فكرة توازن العقد؛ لأن السوق في حقيقته عقد بين طرفين أو أكثر مبني على شروط تعاقدية بينهما، وتوزن العقد يُقصد به حماية العقد من كل ما يضر بطرفيه، خاصة الطرف الأضعف فيه، فإنه مع التطور المتسارع للنظام الاقتصادي والتجاري والاجتماعي والإعلامي في هذا العصر أنتج في واقع الناس مؤسسات وشركات كبرى، وتجارا على أعلى مستوى ورجال المال والأعمال المتحكمين في السوق، فتباينت أطراف العقد وظهرت للعيان؛ طرف قوي وهو المنتج أو التاجر الكبير أو الشركة وطرف ضعيف وهو التاجر البسيط أو المستهلك وهو أضعف الحلقات، هذا التباين أنتج في الواقع أشكالا عدة من الجشع والطمع والاحتكار من طرف الطرف الأقوى في العقد انبنى عليه الفساد المالي والاقتصادي، والأزمات الخانقة للشركات والدول، لذلك تعالت الأصوات بضبط العقد بين هذه الأطراف، حفاظا على حقوق كل الأطراف خاصة الطرف الأضعف.

وبالمقابل تعالت أصوات أخرى تطالب بالحرية الاقتصادية داخل السوق، وألا توازن بين طرفي العقد، ويقصدون به المساواة بين أطرافه، ويعتقد أصحاب هذا الرأي أن التباين بين الأشخاص معروف منذ القدم؛ فالكهنة لا يتساوون مع العبيد، والسادة لا يتساوون من العمال، ففكرة التوازن مثالية غير واقعية!⁽¹⁾، وهذه الفكرة وليدة فكرة مبدأ سلطان الإرادة الذي أطلق له العنان في التعاقد بحسب ما يستطيعه أي طرف، وهي رأس مال الرأسمالية.

(1) انظر هذه المذاهب في: قانون السوق وفكرة توازن مصالح المنتج وحقوق المستهلك، دراسة مقارنة، طویل مریم، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2018م، ص41.

والغريب في الأمر أن هذه المذاهب تم استصحابها حتى في مجال الأحوال الشخصية، فأطلق العنان للإرادة في عقود الزواج بحسب ما يترضى به طرفاه وإن كان مثليا! فعقود الزواج نالها نصيب من هذه الفلسفات الوضعية تقييدا وإطلاقا.

البند الثاني: توازن السوق في الفقه الإسلامي.

إن من معاني التوازن التقارب والتكافؤ، فتوازن العقد يُقصد به التقارب بين المتعاقدين وتطابق إرادتهما، وتكافؤ أهليتهما في التعاقد، ولا يُقصد به المساواة بينهما في النواتج والأرباح، على ما يروج له كثير من الدارسين للتوازن العقدي، لذلك فعند استقراء فكرة التوازن في العقود من النظر الفقهي الشرعي نجد أنه يُقرر مبدأ التوازن العقدي في نصوص كثيرة، كما نجد أنه يُقرر مبدأ اللاتوازن في بعض العقود، فالنظر الشرعي لفكرة توازن العقد ليست بالنفي المطلق ولا بالقبول الأعمى لها، وإنما تُعامل كل عقد على حدى، والمحتسب عند اطلاعه على النظر الشرعي للعقود يُمكنه بعدها ضبط الممارسات التبادلية والعقدية في الأسواق وتكييف العقود، ومما يُلاحظ أن التوازن العقدي في النص الشرعي يتكى على مرتكزات ثلاث هي:

1. المساواة أمام الأحكام الفقهية والقضائية لكل أطراف العقد، وذلك بقصد تفسير العقد وحمايته من التلاعبات والتزوير، فالمنتج والتاجر وصاحب الشركة ورجل الأعمال والمستهلك كلهم سواء أمام القضاء الشرعي، وأمام أحكام الفقه، فكثير من النصوص الشرعية تدل على أن الخلق أمام أحكام الشرع والقضاء متساوون، فعن زيد بن أسلم، عن ابن عمر قال: اختصم رجلان إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: "إنما أنا بشر، أقضي بينكم بما أسمع منكم، ولعل أحدكم ألحن بحجته من أخيه، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار"⁽¹⁾، وهذه الخاصية في النظام الإسلامي تضمنت للأسواق الحرية الأكبر في التعامل دون خوف من ضياع حق أو تعدٍ عليه، بخلاف الفلسفات الوضعية التي تجعل الطرف الأقوى مالا أو نفوذا هو الحلقة الأضعف أمام القانون في غالبية الحالات.

2. كفالة حرية التعاقد، وقد مرت معنا حرية التعاقد في الباب الأول من هذه المذكرة، ويُقصد بها أن العاقد حرٌّ في اختيار المعقود عليه أو مع من يتعاقد أو متى يتعاقد وفق

(1) المعجم الأوسط، الطبراني، باب من اسمه عيسى، رقم(4890)، 138/5.

ضوابط الشرع ومبادئه، فإن خالف مبادئ الشرع عُدد ذلك خلاف حرية التعاقد، والشارع ضمن للمتعاقد كون بنود العقد، وطرفاه، ومخرجاته، والمعقود عليه، والتمن، وتوثيق العقد، وصياغته، وشروطه معروفة مسبقاً لكلا طرفي العقد، فحرم الغرر، والغش، والخديعة، والربا، والقمار، وتطفيف الميزان، وغيرها من المحرمات صيانة لمبدأ حرية التعاقد، وتحقيقاً لاستقرار السوق، فأما عقد أو تعامل تضمن ما نهي عنه الشارع عُدد ذلك منافياً لمبدأ حرية التعاقد، ومن هنا يأتي دور الحسبة في بسط هذه المفاهيم في شكل قوانين توضح للتجار وللمستهلكين على حد سواء حدود حرية التعاقد من النظر الفقهي الشرعي، بل وتبسطها بنوداً في دفاتر الشروط يلتزم بها كل تاجر، وأما سوق وُضعت لها قوانين موضحة ودفاتر شروط منضبطة فإنها تنتظم وتتن من كل طمع أو فساد.

3. الضمان، سواء ديانة أم قضاء، يعد هذا المبدأ الشرعي كالحارس على أموال الناس وسلعهم وحقوقهم إذا تعدى أي طرف عليها، أو ثبت الغلط أو التعدي أو الطيش من أي طرف كان، فكل من يدخل السوق ويتعامل ويتعاقد فهو يعلم مسبقاً أنه إن تعدى على غيره ضمن، وإن تعدى عليه الغير ضمنوه، وهي حقيقة عمل المحتسب، فمبدأ الضمان حافظ لحقوق مرتادي السوق.

فبهذه المرتكزات الثلاث تكون فكرة التوازن العقدي أو توازن السوق أخذت بُعداً يوافق بعض النقاط في الفلسفات الوضعية السابقة ويخالفها في أخرى.

وتندرج ضمن هذه المرتكزات الثلاث مجموعة من القواعد المعززة لضبط السوق وتوازنها ومنها:

- مكافحة الشروط التعسفية لتحقيق التوازن في العملية التداولية، فإن تشريع مثل هذه القوانين ومراقبة المحتسب لها في الأسواق تضمن حرية التعاقد، وتُقرر مبدأ الضمان لمن مورس عليه الشرط التعسفي.

- إيجاد مناخ ملائم في السوق لتحقيق توازن السوق، مثل: الدفع إلى ترسيخ أخلاق التاجر المسلم، الحث على النزاهة بين التاجر والزبون، وعلى التضامن بين مرتادي السوق، وهي من الأعمال التي تضمن استقرار الوازع الديني في نفوس مرتادي السوق.

- ضرورة إشهار ومكاشفة السلع والمنتجات من طرف التجار حماية للمستهلك من الضرر، فمعظم البيوع في الأسواق اليوم بيوع أمانة، يستدعي من التاجر أن يُظهر للمستهلك كل مواصفات المبيع بما لا يترك له تردد في التعاقد، بخلاف ما نعيشه في واقعنا اليوم من

- ممارسات كارثية في الغش والخديعة في السلع على حساب جمع المال وعلى حساب صحة المستهلكين، وهو أمر لا بد من معالجته ببعث دور الحسبة الشرعية على الأسواق.
- تكييف العقود المعاملاتية الجديدة وفق النظر الشرعي في أقرب وقت لتحقيق الثقة في العقد بين الزبون والتاجر، وهو عمل دور الإفتاء والمؤسسات الشرعية والجامع الفقهية، والقضاء الشرعي، وذلك من أجل تيسير عمل المحتسب وبعث الثقة في السوق.
- التسعير ومراقبة الأسعار والربح وكشف الزوائد الربحية في السلع من مهام المحتسب، وهو غالب مدخل الجشع والطمع والخلابة والتزوير وغيرها من الممارسات التجارية المضرة بالسوق، وبعث النظر الشرعي فيها من خلال الحسبة ضامن لتحقيق التوازن في السوق.
- ترسيخ مبدأ الخيار في العقود وتكييفه الفقهي من أجل الحفاظ على الإرادة وحماية للمستهلك تحقيقاً لقاعدة ضبط السوق.

الفرع الثاني: مكانة العقد في السوق.

يُعدّ ضبط القطاع الاقتصادي - السوق - إيجاد توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهي مهمة تشريعية تقنينية من سلطة التشريع، وتنفيذية لهيئات المراقبة والحسبة على أرض الواقع، فالسوق بحاجة ماسة إلى تشريع وصياغات قانونية جديدة محكمة تنبع من مقومات الشعب وتعمل على بعث الثقة بين أطرافه في العملية التداولية.

والعقود مما يجب إصلاحه بإعادة صياغتها وضبط بنودها ودفتر شروطها، مما يُسائر متطلبات العصر، ولا يخل بأحكام الشرع، ذلك أن معظم الاقتصاديات اليوم تتجه نحو الاقتصاد الحر؛ بمعنى أنه لم تعد الدولة تُحتكر القطاعات الاقتصادية والشركات - الدولة التاجرة -، ولم يعد لها دور في السوق ولا دخل لها فيه، بل دورها في التنظيم والتنظيف دون التدخل في العملية التداولية، هذا الاتجاه يُحتم على الدولة أن تضبط وثيقة العقد ودفاتر الشروط، وتسن قوانين العملية التداولية، وتُنصب هيئات الحسبة والرقابة على السوق من أجل منع كل محاولات الغش أو التزوير أو الانتحال.

وهذا كفيل يجعل العقد ذي مكانة أساسية في السوق، فهو وسيلة للدخول إلى السوق وخلق بيئة تنافسية حرة تتسم بالاستقرار والتوازن والوضوح؛ فالسوق التنافسية الحرة تشترط أن يكون هناك عقد، ومهمة الدولة وهيئاتها في صياغة العقود وإحكامها، ونحن هنا نقدم لهذه الهيئات منهج صياغة العقود المحكمة من وجهة نظر الفقه المالكي الذي ساد المنطقة نظيراً وتطبيقاً لأكثر

من عشرة قرون وأثبت نجاعته في حل المشكلات الاقتصادية، وخلق أسواق تنافسية على المستوى الإقليمي.

وقد يتدخل أحدهم بالقول أن إقرار هذه القوانين والعقود يُعدّ تقييداً للحرية التعاقدية، مما يرجع بالسلب على النشاط الاقتصادي⁽¹⁾، ومما يُفند ذلك أن الحرية التعاقدية المطلقة المزعومة أثبتت فشلها في الأنظمة الوضعية الليبرالية المادية، إذ إطلاق العنان لحب التملك والاستيلاء على أملاك الغير أنتج الاستدمار والاستيلاء على أوطان الغير، فالإرادة متشعبة بالهوى والطيش وحب المال، وكلها مقومات خلق العصابات في القطاعات الاقتصادية، وهو ما عانت منه معظم دول العالم الثالث.

وهنا فإنه لا سبيل للاقتصاد نحو الاستقرار والنمو إلا بضبط السوق وحمايتها بوضع منظومة تعاقدية محكمة نابعة من مقومات الشعوب.

والذي ننوه له هنا أن المنظومة التعاقدية يجب أن تكون محكمة غير قابلة للتزوير والتمويه والشعبوية، فالمنظومة الهشة تخلق بذاتها العصابات، فبالرغم من أهمية العقد في ضبط السوق من الاضطراب والتزعزع فإنه يمكن أن يتحول العقد المزور إلى ورقة ضغط على صاحب السوق من أجل الإضرار به والوشاية به، كما حدث مع الفقيه ابن عتاب فقد نبه متحسباً على سوء عمل الخرازين في السوق، فتألبوا عليه بعد ذلك، وأرادوا إخراجهم من سوقهم ومنعه من التصرف فيه، وأظهروا عقداً وهما بأنه إضرار بهم وتسلبت عليهم، وأنه يجب أن يخرج من السوق. وشاور الوزير صاحب الأحكام ابن الليث الفقهاء هل يباح لهم ذلك ويسمح بهم منهم فيه؟

فأفتى ابن عتاب: أنه لا سبيل لهم إليه، ولا يباح لهم القيام عليه ولا يسمع منهم فيه، والمعتز له أولى منه بالإخراج من السوق، وأن تحرق أعمالهم الفاسدة لغشهم بها واستحلالهم أموال المسلمون فيها⁽¹⁾.

(1) انظر: العقد كوسيلة لضبط السوق، عيساوي عز الدين، مقال، مجلة المفكر، بسكرة، العدد الثالث، ص213.

(1) انظر: ديوان الأحكام الكبرى، ابن سهل، ص600.

المطلب الثالث: المؤسسات الشرعية ودورها في ضبط السوق

الفرع الأول: أسباب انحصار دور المؤسسات الشرعية.

إن المؤسسات الشرعية التابعة لكل دولة تتمثل في: المساجد، دور الفتوى والقضاء، الجامع الفقهية، الزوايا، المعاهد الشرعية، الجامعات الشرعية والكليات، المجالس العليا للفتوى والاستشارات الشرعية، أما غير المؤسسات الحكومية فهناك طرائق شتى تمثل الفقه والفتوى في أي مجتمع بدءاً من الشخصيات الشرعية إلى الجمعيات الشرعية إلى المعاهد الخاصة وهلم جر.

وكل هذه الجهات واجب عليها حماية الدين والذب عنه، وتقديم البدائل الشرعية للحلحلة المشكلات المعيشية، وأي تقصير منها أو تفريط أو تهاون ينتج عنه تقهقر الفقه في حكم تصرفات الخلق، مما يفتح الباب للحكام والتيارات المعادية للدين بالزعم أن الموروث الديني لم يعد قادراً على مواجهة مشكلات العصر، ومن ثمَّ إبعاد الدين عن التحكيم والتشريع، وهو عين تعطيل الشريعة، بل والأدهى من ذلك والأمرُّ إدخال هذه المؤسسات في صراعات داخلية ومناوشات وتفضيلات زادت الطينة بلة، وأضعفت الفقه من الداخل، فلم تعد هذه المؤسسات قادرة على فرض البديل الفقهي في ثوب المعاصرة.

ولعل من أسباب انحصار دور المؤسسات الشرعية في عملية التشريع وتقديم البدائل الشرعية للمؤسسات الاقتصادية ما يلي:

1. الإعلام
2. العولة
3. الهيمنة الاقتصادية والسياسة
4. العقوبات والزجر لكل من يخالف القرارات الحاكمة
5. فزاعة المرجعية الفقهية

الفرع الثاني: آفاق المؤسسات الشرعية في تقديم البديل الفقهي.

ونقصد بالآفاق الأهداف المنشودة من المؤسسات الشرعية في خدمة الفقه وتقديم البدائل للقطاع الاقتصادي والإداري والاجتماعي وحتى القضائي، وإننا بالنظر إلى تاريخ الفتوى والقضاء وتطور مؤسسات الإفتاء نجد أن هذا العصر أكثر المحطات التي تمهكت فيها الفتوى في مؤسسات

ذات نظام داخلي وغطاء مالي، على غرار الفتوى والاجتهاد قديما فلقد كان الفقه يؤخذ من المجتهدين من حلقات تدريسيهم في المساجد أو من مؤلفاتهم ومنشوراتهم ثم يُطبق على واقع الناس بالقضاء والحكم.

أما في هذا العصر فمؤسسات تضم خيرة الباحثين في العلوم الشرعية لكن إما أنها عاجزة عن التأثير في الواقع بذاتها، أو لم يُؤبه لها من طرف المشرعة والحكام على حد سواء.

إننا على يقين أن المجتمعات الدولية على العموم والإسلامية بالخصوص سوف ترجع إلى النظام الإسلامي رغبة منها أو تحميما عليها فرضته الظروف المعيشية، وفرضه ضعف وقصور الأنظمة الوضعية الاقتصادية فهي من أزمة لأخرى، وعند ذلك الوقت فحسب يحتاج المجتمع والدولة إلى من يفهم الدين ويُقدم البدائل الشرعية الحالية من المحرمات الموقعة في الأزمات، وأخوف ما نخافه أن لا نجد وقتها البدائل الفقهية، فتعود جرة أقلام الحاقدين على الفقه إلى الطعن فيه وفي علمائه، لذلك من الضروري والأكيد أن تتفطن المؤسسات الشرعية إلى هذه المشاريع، فتطور نفسها وتخدم فقهها بما يتواءم مع ضرورات العصر، ومما يُخدم به الاقتصاد والعلاقات الأسرية الصياغة الفقهية المحكمة للعقود.

ثم إننا نرى أن كل هذه المؤسسات الشرعية الحكومية وغير الحكومية حامية للدين، فليس فيها الممثل الرسمي أو غير الرسمي للفقه، وإنما على الدولة أن تُنشئ مجمعا فقهيا يتعامل مع كل هذه الأطراف في القضايا الوطنية والمشاريع الهامة التي تخص النظم الإدارية والاقتصادية، فلها الحق في إبداء الرأي المستند من التراث الفقهي، ولا يكون عمل المجمع الفقهي جزئيا ينظر في جزئيات القضايا بين الحل والحرمة فحسب، بل لا بد أن يكون الهدف من المجمع الفقهي تقديم مشاريع ذات قابلية للتنفيذ في المؤسسات الأخرى للدولة، وإن عصر تقزيم الفقه وأهله ينبغي أن يغير ولا يظهر مرة أخرى.

فالمجمع الفقهي لا شك أن له أثرا بالغا في الفقه المعاصر، والقضايا المستجدة في دنيا الناس، سواء على مستوى الفتاوى، أو على مستوى الأبحاث، أو تقديم البدائل الفقهية القابلة للتجسيد، أو على مستوى التشريع، تقديمها منه الحلول للمشكلات المستجدة.

لكن هذه النظرة للمؤسسات الممثلة للفقه الإسلامي لا يمكن لها أن تتجسد على أرض الواقع إلا بالإرادة السياسية والشعبية على حد سواء. وهو ما سنتعرف عليه في الفصل الثالث من هذا الباب.

الفصل الثالث

عوامل ضبط المنظومة التعاقدية وفق النظر

الفقهي.

وفيه مبحثان هما:

المبحث الأول: دور الإرادة السياسية في ضبط النظم القانونية المبنية على الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: الحوكمة الشرعية ودورها في تحسين دور المؤسسات والمصارف المالية.

المبحث الأول: دور الإرادة السياسية في ضبط النظم القانونية المبنية على الفقه الإسلامي

نعمد في هذا المبحث إلى العمل على آلية استثمار التجربة الفقهية المالكية في قانون العقود والالتزامات، وتعزيز دور السلطة في ضبط النظم التشريعية ذات العلاقة بالعقود من خلال التجربة الفقهية المالكية، وسيأتي هذا المبحث في مطالب ثلاث؛ الأول في بيان الإرادة السياسية وعلاقتها بالتشريع، والثاني في بيان ازدواجية التشريع والسياسة، والثالث عن المرجعية الفقهية المالكية ودورها في التشريع ومراجعته العقود.

المطلب الأول: مفهوم الإرادة السياسية وعلاقتها بالتشريع

الفرع الأول: دلالة مصطلح الإرادة السياسية.

كثيرا ما يتكلم الساسة ومحللو السياسة وحتى الباحثين في العلوم السياسية عن الإرادة السياسية، وأنها حجر العثرة في الإصلاحات والتنمية في البلدان، فيها تُحل النزاعات والعثرات، وبها تزيد الطينة بلة والوضع تأزما، غير أننا لم نجد من يُعرف الإرادة السياسية تعريفا يحصرها في معنى واحد تتفق عليه أنظار الباحثين في العلوم السياسية وحتى الممارسين لها في أرض الواقع! وهي عثرة لا تُغتفر؛ فليدبر ما مكنم النزاع بين الأفكار يبدأ من المصطلحات والمفاهيم، ومع ذلك ربما لم يتطرقوا لهذا المصطلح بمفهوم خاص به لظهور المراد منه في العلوم القانونية خاصة؛ إذ الإرادة هي المشيئة.

وجل من يربط الإرادة بالسياسة هم فلاسفة الغرب، على غرار ديكارت⁽¹⁾ فإنه يربط الإرادة بالحرية المطلقة حيث يقول: ... تكمن الإرادة فقط في كوننا نتصرف بحيث لا نشعر البتة بأي قوة خارجية تكهرنا على تصرفنا⁽²⁾.

(1) هو رينيه ديكارت فيلسوف فرنسي له اكتشافات رياضية وفزيائية هامة، يدعو إلى التحرر من الأفكار التقليدية، من أقواله: أنا أفكر إذن أنا موجود، له كتب منا: مبادئ الفلسفة، أهواء النفس، عاش بين (1590م و1650م)، انظر ترجمته في: قصة الحضارة، ويليام جيمس، تر: زكي محمود وآخرون، دار الجليل، بيروت، 1988م، 320/30.

(2) انظر: التعبير عن الإرادة السياسية في الفقه الإسلامي . الانتخابات نموذجاً . أحمد ولاد سعيد، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008م، ص10.

ثم إن من الباحثين من تطرق إلى الإرادة بين الفقه والفلسفات الأخرى، وما بينهما من اتفاقات واختلافات، ليست هي مجال بحثنا هنا، إنما نريد فقط ضبط هذا المصطلح لنُقدم رؤيا واضحة لتدخل الحاكم في التشريع والتنظيم.

ولقد ظل الساسة ومحللو السياسة يتنادون بالإرادة السياسية والإصلاح السياسي وفق رغبات يُعبّر عنها في خطابات متكررة، ولا ندري ما المانع الذي يقف حائلا أمام تجسيد هذه الرغبات؟ ولماذا لم تتحرك هذه الإرادة وتتجسد على أرض الواقع؟ فهل الأنظمة مخترقة من الداخل أو الخارج؟! أم أنه لا يوجد البديل الحقيقي للسياسات المعاصرة؟

غير أننا بالرجوع إلى تاريخ السياسة الشرعية وحتى غير الشرعية، نجد أن التغيير في تسيير الأوضاع والنظم مع بعض الساسة والحكام، يتمشى فيه القول مع الفعل ولربما يتغلب الفعل والتحرك إلى التغيير على القول به دون تنفيذ.

وإنه من المنظور الشرعي تُعدُّ السياسة الشرعية تصرف ولي الأمر في مصالح الرعية بما يوافق الشرع، وعليه فإن الإرادة السياسية هي تحرك ولي الأمر في تنظيم مصالح الرعية فيما أوجبه الشرع ورخص فيه.

فقولنا تحرك ولي الأمر: فإننا نقصد بالتحرك إعطاء ولي الأمر الأوامر، وإمضاء المراسيم، وختم السجلات، وولي الأمر هو كل من اعترفت به الشعوب ومؤسسات الدولة والمؤسسات الدولية في تمثيل شعب دولة ما.

وقولنا في تنظيم مصالح الرعية: نقصد بالتنظيم هنا التشريع وسن القوانين والحرص على تطبيقها، والسهر على تنفيذها، والرعية هم الشعب ومصالحه قد تتفق وكثيرا ما تختلف، ومهمة ولي الأمر حمل الرعية على المصالح المشتركة.

وقولنا: فيما أوجبه الشرع ورخص فيه: أي أن عمله يكون محصورا بين ما هو معلوم من الدين بالضرورة، فيجب الحرص على تنفيذه والسهر على حمايته، ويكون بين المباحات أو المسكوت عنه شرعا، وولي الأمر مطالب بتنظيم هذه المصالح وفق المبادئ العادلة المحققة لمقاصد الشرع.

أما في علم السياسة الوضعية فإن معظم من يبحث عن مفهوم الإرادة السياسية يتطرق إلى الإرادة الشعبية ويجعل بينهما التلازم؛ وكأن الحاكم أو ولي الأمر يتحرك إلى تنظيم مصالح رعيته وفقا لما

تختاره الإرادة الشعبية أو غالبية الشعب، وقد اصطلح على هذه العلاقة بين الحاكم والمحكوم بنظرية العقد الاجتماعي⁽¹⁾.

ولسنا في حاجة للدخول إلى الصراعات الإيديولوجية حول هذا العقد، فمن الواضح أن تاريخ الحكم عامة أو تاريخ الحكم الشرعي خاصة، يمكننا أن نرصد منه نماذج من هذه الإيرادات والنظريات، كما يمكن رصد نماذج تنقض هذا أيضا.

لكن على العموم يوجد حاكم ومحكوم، وسياسة من الحاكم لتنظيم مصالح الرعية باستشارة أهل الرأي أو المحكومين في ذلك.

ومنه يظهر لنا أن الإرادة السياسية تنفذ على أمرين:

1. رأي أهل الحل والعقد؛ وهو مصطلح دال على الاعتماد على كل من له رأي حصيف في المسائل محل النظر والتشريع، فالمستشارون من أهل الحل والعقد، ومجالس الدولة من أهل الحل والعقد، وعلماء الشرع من أهل الحل والعقد، وعلماء القانون منهم، وعلماء الاقتصاد منهم، وعلماء الاجتماع منهم، وهلم جر.
2. رأي غالبية الشعب بما فيهم أهل الحل والعقد، وهذا المسار جعلت له التعبير عنه وفق الانتخابات؛ فالحاكم إذا أراد أن يتصرف في مصالح الرعية الكبرى شاور الشعب، وطلب منهم التصويت، والإدلاء بأرائهم، وعلى إثر ما يختاره الأغلبية يسير في تنظيم مصالح الشعب.

ومن هنا ندرك أن تنظيم الحكام لشؤون الرعية منوط بمرتكزات ثلاث:

(1) لقد مرت هذه النظرية بمراحل ثلاث؛ الأولى مع الفيلسوف توماس هوبز (1588هـ/1676م) بأن الشعوب يمكن أن يربطها عقد يوثق مصالحها وأهدافها، دون تدخل الحاكم في ذلك، والثانية مع جون لوك (1632م/1704م) بأن العقد الذي بين الشعوب والحكام مبني على الحرية فإن تعدها الحاكم وجب الخروج عليه، واستقرت في المرحلة الثالثة على ما ألف جون جاك روسو (1712م/1778م) في كتابه: (العقد الاجتماعي) والغرض منها أن العلاقة بين الحاكم والمحكوم لا بد أن ترتبط بوثيقة توضح مصالح الجماعة، ولا يُتنازل عنها إلا برأي الجماعة، انظر: التعبير عن الإرادة السياسية في الفقه الإسلامي - الانتخابات نموذجاً، أحمد ولاد سعيد، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، كلية الشريعة، 2008م، ص 13 بالهامش.

1. المبادئ العامة للتشريعة، سواء ما نص عنه مباشرة أو ما سكت عنه الشارع لكنه ينطوي تحت أصوله ومقاصده ومبادئه، فهذا الخط الواضح الواسع الذي ينبغي مراعاة الحاكم المسلم له في سياسته، فلا يخرج عن الشرع الواضح، وليس له تأويله تأويلاً مناقضاً لقصد الشارع أو نسخه أو إلغائه.
 2. مشاوراة أهل الاختصاص في كل المجالات، مشاوراة موسعة، ونقصد بها ألا تقتصر على أفراد معينين دون غيرهم.
 3. مشاوراة عموم الشعب، وهي مرحلة يُلتجأ لها في تقرير القضايا الكبرى للدولة، وليس للمسائل الجزئية، أو المصالح الثانوية، وذلك بعد إعداد وثيقة توضح المسألة محل المشاورة.
- فما من مسألة من مسائل التشريع أو التنظيم السياسي إلا وتمر على هذه المراحل الثلاث في فقه الدولة المعاصرة، ومن المسائل المراد بيان سيرورة الإرادة السياسية فيها مسألة صياغة العقود ودفاتر الشروط فهل هي مسألة كبرى تحتاج المشاورة الشعبية أم هي مسألة جزئية تحتاج مشاورة أهل الاختصاص فحسب؟.

إنه مما يظهر لنا أن التشريعات وسن القوانين في النظم المعاصرة تتم عن طريق البرلمانات، ومنها القوانين المدنية والتوثيقات، والبرلمان لا يمكن الدخول فيه وتقلد صفة التشريع إلا بالدخول في لعبة الانتخابات - حيث جعلت وسيلة للوصول إلى المناصب السامية في الدولة، فقدّر لها المال الفاسد والأعضاء الأكثر فساداً، وذلك لضعف التشريع المسير لها -، ومع كثرة الأحزاب اليسارية والعلمانية واليمينية والقومية وتشجيعها من طرف دواليب الحكم لأن منها المعادي للتجربة الفقهية، ومنها المدافع عنها، ومنها الساكت الصامت، ولا يمكن للبرلمان بمكذا تشكيلاً أن يُشرع وفق النظر الفقهي أو يتبنى التشريع المبني على أساس الشرع، فيبقى الحل في أمرين اثنين من أجل تبني تشريع مستمد من الفقه الإسلامي:

الأول: في إصلاح قانون الانتخاب يسمح بدخول النخبة إلى غرفة التشريع؛ وإصلاح قانون الانتخاب أمر يطول ليس هذا محل بسطه، بل هناك أطروحات كثيرة تناولته بالبيان والتحليل والمقارنة.

الثاني: في التشريع بأوامر ولي الأمر، وهو الأمر الذي نعرّج له؛ لأن له علاقة بالإرادة السياسية المعنون بها هذا المبحث.

إنه بالنظر إلى واقع الدولة المعاصر نجد أن اختيارها للنظم القانونية والاقتصادية الغربية منذ عهود لم تفلح فيه، ولم تُحقق متطلبات العيش الكريم للشعوب، ودليل ذلك الثورات الشعبية الكثيرة التي تقوم على الحكام بين الفينة والأخرى، وهذا يتطلب النظر في هذه التشريعات وتحسينها وتغييرها بما تتطلب له الشعوب.

صحيح أن التجربة الفقهية في تنظيم وتسيير المصالح العامة للشعب تعطلت منذ عهود أو قرون، وظلمت فيها هذه التجربة الحكيمة المحكمة، وصحيح أن بعض الدول رجعت إلى تبني الاقتصاديات الإسلامية - بعدما ذاقت الويلات والنكبات والأزمات من الاقتصاديات الوضعية- ، لكن هذا الأمر لا يدلنا صراحة على الإرادة السياسية الجادة في إصلاح النظم والتشريعات جذريا وفق النظر الشرعي وهو ما ندعو إليه ونطالب به.

إن فتح المجال لنوع من التجربة الفقهية في تسيير المال وتداوله أمر مُسرّ ومشجع -مثل الصيرفة الإسلامية- ، لكنه ليس الإصلاح الجذري الذي ينبغي اتخاذه.

فما لم تُصلح سياسة الانتخابات وفق نظم واضحة تمنع كل متطفل على التشريع من الولوج إلى البرلمان، وتُعطي الصلاحية لكل كفاء النظر في إعادة صياغة التشريعات، فإننا نبقي نراود مكاننا وتبقى التشريعات تُستورد من غيرنا فحسب، ومع ذلك فإن للحاكم المسلم إذا أراد التسيير وفق السياسة الشرعية أن ينجح إلى التشريع بالأوامر.

الفرع الثاني: التشريع بالأوامر

الأصل في التشريع أنه من صلاحيات البرلمان؛ لأن نوابه ممثلون عن الشعب، فلهم الحق في تشريع ما يخدم الشعب، وهي أكبر فرية رُوجت للعالم العربي الديمقراطي، لأن قانون الانتخاب يفوضُ النائب الجاهل في الكتابة والاقتصاد والفقهاء والاجتماع والسياسة والإدارة أن يُشرع للاقتصاديين قانونا، وللفقهاء قانونا، وللاجتماعيين قانونا، وللسياسيين قانونا وهلم جر ! وهذا أمر ينبني عليه قطعاً إما قوانين فاشلة أو مستنسخة من غيرنا غير منبثقة من الانتماء الحضاري والثقافي للدولة، أو تهرب السلطة التشريعية من جلسات التشريع تحت ذرائع واهية، فتُمرر الأقلية الحاكمة رأياً في النظم والتشريعات عند غياب الأغلبية المشرعة. وهذا واقع مؤسف جدا !

لذلك تسعى الدول المعاصرة أن تكون الدولة دستورية؛ بمعنى أنها تجعل من الدستور الأصل الأساسي الواجب الإتيان لكل مؤسسات الدولة حكاما و محكومين على السواء، فمنه تستمد

السلطات سندها الشرعي في الحكم، كما تتحدد في ضوءه النظرية العامة للتشريع التي تنظم كافة علاقات المحكومين السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وتتحدد بالتالي مسؤوليات السلطات الثلاث للدولة، وتتحدد وظيفة الدولة عندها في العمل على تحقيق القانون المنبثق عن الدستور. بهذه النظرة تختص كل سلطة من السلطات الثلاث بمجال ما، ولا يحق التداخل بين هذه الاختصاصات نظرياً.

لكن الأمر الواقعي الحقيقي أنه لا يوجد فصل تام بين السلطات، بل هو ادعاء نظري لفلسفات الحكم الغربية التي استوردتها الأنظمة العربية، في الواقع نجد التداخل بين السلطات الثلاث ظاهراً عياناً.

والسلطة التشريعية تعد من أهم مؤسسات الدولة، لأنها تضم في الأصل المجتهدين في كل المجالات من أجل التعبير عن الإرادة الشعبية في التنمية والاقتصاد والعلاقات الأسرية وغيرها، لكن لأسباب واضحة تضاءل دور السلطة التشريعية، وهو الأمر الذي فتح المجال للتسلط الحكومي على التشريع، بل أضحي التشريع بيد الرئيس وحكومته، ولاشك أنه جعل لهذا التدخل السند القانوني؛ حيث يُشرع رئيس الجمهورية بالأوامر في حالة شغور البرلمان، أو في الحالات الاستثنائية⁽¹⁾.

لكن هذا التدخل في المجال التشريعي لم يعد قاصراً على الظروف الاستثنائية بل تعدى إلى الحالة العادية، فظهر الدور التشريعي للسلطة التنفيذية كمكمل لدور البرلمان و كبديل عنه أحياناً أخرى، و بذلك تعاضد دور السلطة التنفيذية في العمل التشريعي بصفة عام، بل لقد تبنته معظم الدول المعاصرة⁽²⁾.

ويقصد بالأوامر تلك الأداة الدستورية التي يملكها رئيس الجمهورية لممارسة الوظيفة التشريعية التي تعود أصلاً للبرلمان، وفي نفس المجالات المحددة دستورياً له؛ أي أنه بواسطتها يتقاسم رئيس الجمهورية التشريع بآتم معنى الكلمة مع البرلمان، و الثابت أن هذه السلطة إما أن تكون مفوضة

(1) انظر: المادة 124 من دستور 1996م، والمادة 142 من دستور 2016م.

(2) انظر: التشريع عن طريق الأوامر وأثره على السلطة التشريعية في ظل دستور 1996م، رداة نور الدين، رسالة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة، 2006م، ص 11.

من البرلمان مثلما هو الحال في معظم دساتير العالم وخاصة الأنظمة الغربية، وإما أن تكون سلطة أصلية يستمدّها من الدستور مباشرة دون الحاجة إلى تفويض⁽¹⁾.

وهذا الإقرار للسلطة التنفيذية سلاح ذو حدين لا يُمكن الجزم بنجاعته كما لا يُمكن الجزم بفضاعته؛ فإن كان البرلمان مخترقا وفاشلا فإن تدخل السلطة التنفيذية في حماية الشعب ودينه وماله وعرضه وفكره وحرّيته بما تتطلع له الشعوب أمر محمود مطلوب، وإلا تبقى الدولة في صراع كبير مع الفشل!

وإن كان البرلمان ممثلا حقيقيا للشعب ويضم خيرة المجتهدين في شتى المجالات، وممثلا حقيقيا للشعب، فإن تدخل السلطة التنفيذية في كسر طموحات الشعب الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدينية أمر منبوذ مندد به.

وقد منح الدستور الجزائري لرئيس الجمهورية الحق في التشريع بالأوامر تحت عدة مبررات علمية وعملية وسياسية، والسبب الرئيس في نظري لهذا التوجه هو اختلاط نظام الحكم بين الرئاسي والشبه رئاسي والبرلماني مع مؤثرات حقوق الإنسان والإرادة الشعبية على نظام الحكم، أفرز هذا النوع من التشريع.

وهنا في مجال صياغة العقود فقد أثبتنا سلفا أن العقود تُعدّ الرباط الوثيق بين أفراد الشعب ومؤسساته؛ وبه تنضبط السوق ويأمن الأفراد على ممتلكاتهم وعلى أعراضهم، فقد أثبتنا سلفا فشل المنظومة التعاقدية - وهذا على المستوى العالمي ودليل ذلك الأزمات الاقتصادية - في تحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي للشعب، وأثبتنا فشل البرلمان في التشريع العادل المبني على مصادر انتماء الأفراد.

لذلك بقي المنفذ الوحيد في رد الاعتبار للعقود وإعادة صياغتها صياغة محكمة تضمن الاستقرار والنمو الاقتصادي، كما تضمن الاستقرار الاجتماعي بين الأسر، هو التشريع بالأوامر من رئيس الجمهورية أو من الحكومة.

نعم لقد ظهرت في هذا العام (جويلية 2020) أوامر بالسماح للصيرفة الإسلامية بالعمل والانتشار حتى في البنوك التقليدية التابعة للدولة، وهو أمر مشجع. لكنه أمر ناقص لا يكتمل إلا بأمرين:

(1) انظر المرجع السابق نقلا عن: خصائص التطور الدستوري في الجزائر، الأمين شريط، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، ص453.

1. دسترة مصدر التشريع في نص واضح وملزم للمشرع، حيث لا يمكن لنصوص الدساتير الفارطة أن تجعل الشريعة مصدرا أساسيا وملزما للتشريع، بل تركت الأمر للاختيار، وكونت مُشرعة غالبيتهم من التوجه الغربي، مما أفضى على التشريعات الصبغة الغربية المحضة، وعطل الصبغة الفقهية الشرعية في واقع الناس، وهو ما أفرز ضغطا بين الشعب والسلطة التشريعية، حيث كَبَلت السلطة حرية الأفراد في اختيار التعاملات الاقتصادية والاجتماعية التي تتوالم مع انتمائهم العرقي والإيديولوجي، نتج عن هذا الاحتقان ثوران الشعب على السلطة، وإفراز سلطة جديدة.

لذلك وجب على هذه السلطة الجديدة أن تُدستر الشريعة الإسلامية مصدرا ملزما للتشريع فيما نص عليه الشرع وفيما ينضوي تحت المقاصد الشرعية والمبادئ العامة للشريعة، ولها أن تجتهد فيما سكت عنه الشرع، هذا هو المسار الوحيد الذي نراه منعرج انفراج لأزمة العقود ولالأزمة المالية والاقتصادية والاجتماعية الخانقة، خاصة وأن معظم الدول تبحث عن المخرج من هذه الأزمات بالالتجاء إلى الحل الشرعي الذي أثبت نجاعته في تأمين تسيير المال وكذا العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع.

ولسنا هنا لنسرد النصوص الملحة على تطبيق الشريعة في التشريع لوضوحها.

2. مراقبة التشريعات وإحالتها على مؤسسات الكفاءة من أجل مناقشتها، كلٌّ حسب اختصاصه؛ المؤسسة الدينية والقانونية والاقتصادية والفلسفية والاجتماعية وغيرها، لأن ضبط التشريعات وطرحها للنقد والمناقشة يجعلها تستقيم وتتصلب، كما يجعلها مقبولة لدى الشعب وقابلة للتنفيذ، ولأن الارتجال في التشريع وفرضه يولد الضغط المعاكس له، ولا يمكن الاستمرار بهكذا تشريع بل ستبقى التيارات والمؤسسات والشخصيات تتعارك حول هذا التشريع مما يقف حاجزا منيعا أمام التنفيذ والتطبيق.

المطلب الثاني: ازدواجية العلاقة بين التشريع والسياسة.

إن المقصود بالازدواجية هنا العمل على وَتَرَيْنِ متناقضين، أحدهما مثبتٌ والآخر ينفي، أو أحدهما إنساني والآخر لا إنساني، أو أحدهما يُساند انتماء الشعب والآخر يُعاكسه، وغالبية الازدواجية بين السياسية والقانون تكمن في العمل على وتر الدين والوطن واللغة والتاريخ سياسيا، وبعد التمكن تنعكس الخطابات السياسية إلى التشريع بالعكس عند سن القوانين.

وقد ملّت الشعوب من هذه التصرفات فأفرز هذا الأسلوب عدم الثقة بين الحاكم والمحكوم، أو بين الشعب ومؤسسات الدولة، فالثالوث المتكون من السياسة والتشريع والشعب خلّف صراعات كثيرة أرهقت كاهل الدولة، ولا شك أن هذا الوضع المتأزم بين السياسة والتشريع والحكم أثرت فيه عمداً بعض المظاهر الفلسفية الفكرية في الحكم والإدارة، لذلك سنتطرق لها في هذا الفرع الأول من هذا المطلب، وفي الفرع الثاني نورد حق الاعتراض على التشريع الجائر في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: مظاهر تأثير السياسة في التشريع

لقد ظهرت عدة نظريات وفلسفات غربية تُنظر للحكم والسلطة، ثم تغلغت في دواليب الحكم والإدارة كانت حاجزا منيعا لتحقيق العدالة الشرعية بين أفراد الشعب المسلم في الدولة الواحدة، وذلك أنها أثرت على السلطة التنفيذية والتشريعية والأمر من ذلك تأثيرها على السلطة القضائية، فأصبحت النظرية الفقهية الشرعية غير مطروحة أصلا في الحكم والسلطة والإدارة، بل كل الفلسفات الآتي ذكرها تعمل من أجل إجهاد التجربة الفقهية الشرعية في الحكم، بل من أجل هذا الغرض وُجدت.

ونحن هنا نذكر هذه النظريات الغربية المؤثرة سلبا في التشريع وتطبيق التشريعات، ونركز على أهمها وعلى شاكلتها تعمل سائر الفلسفات الأخرى.

البند الأول: البيروقراطية وتأثيرها في التوثيق والتشريع وتنفيذه.

هناك من يُعرّف البيروقراطية بكونها من أصل إغريقي تتكون من كلمتين (بيرو) ويقصد به المكاتب، و(قراطي) وتعني القوة أو الحكم، وبذلك فإنّ مصطلح البيروقراطية يعني : حكم المكاتب وسلطتها⁽¹⁾.

وقد أجمع العديد من الدارسين للبيروقراطية على أن أول من استعمل هذا المصطلح هو (فانسون دي جورني) الذي كان وزيرا للتجارة الفرنسية عام 1745م في أحد مؤلفاته، حين استعملها للدلالة على فئة العاملين في المكاتب الحكومية لتصبح فيما بعد كلمة رائجة واسعة الاستعمال

(1) انظر: الإصلاح الإداري والبيروقراطية في الجزائر بين النظرية والتطبيق، بلرب منصور، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد العلوم السياسية والعلاقات الدولية، ص 59.

ولالإشارة ليس فقط لفئة العاملين في المكاتب بل كطبقة اجتماعية أو صنف حاكم، وكظاهرة أو مرض خطير يصيب المكاتب الإدارية⁽¹⁾.

وإن نظام البيروقراطية لما وُضع أول مرة وُضع على أساس المثالية في التسيير الإداري، وأنه النموذج الأفضل في التسيير، حتى اعتبر (ماكس فيبر)⁽²⁾ بأن البيروقراطية نموذجاً مثالياً للحكم والإدارة⁽³⁾.

والبيروقراطية ظاهرة واسعة الانتشار لأن كل إدارة مهما كانت طبيعة نشاطها و إيديولوجية البلد الذي تنتمي إليه تعاني من مساوئها و مخاطرها و تزداد آثارها السلبية حدة في الدول النامية بسبب وجود المركزية الشديدة و عدم مرونة القوانين و مطابقتها للواقع ؛ بالإضافة إلى جانب ندرة الإطارات الإدارية الكفأة مما يشجع على انتشار الروتين الإداري ، والرشوة ، الوساطة ، المحسوبية ، وإساءة استعمال السلطة وفي الأخير عدم تحقيق الصالح العام الذي هو الهدف الأساسي لتواجد المرافق العامة و بصفة أشمل الإدارات العمومية⁽⁴⁾.

لكنه منذ ذلك الزمن والبيروقراطية تلقى النقد والاعتراض من كثير من المفكرين والفلاسفة، لما تحمله من عيوب، وهو ما دارت حوله البحوث الأكاديمية والفلسفية، وليس هذا المجال للإحاطة بكل ما له علاقة بالبيروقراطية و عيوبها، وإنما ننوه للعب الذي ألحقته بالقوانين والتشريعات وذلك من أجل التأكيد على أن فلسفة البيروقراطية في الإدارة قد أفرغت القوانين والتشريعات من قوتها ونفوذها والوقوف عندها.

(1) التسيير الحديث والإدارة العمومية في الجزائر، سليمة مراح، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2001م، ص12.

(2) (21 أبريل 1864 - 14 يونيو 1920) عالم اجتماع ألماني، فيلسوف، فقيه قانوني ، متخصص في الاقتصاد السياسي، وقد أثرت أفكاره تأثيراً عميقاً على النظرية الاجتماعية والبحوث الاجتماعية، كان مهتم بدراسة الإدارة العامة في مؤسسات الدولة، وله نظرية من أشهر النظريات في البيروقراطية، و كتابه الأكثر شهرة هو كتاب الأخلاق البروتستانتية وروح الرأسمالية وكتاب "السياسة كمهنة"، أصيب بالأنفلونزا الإسبانية، توفي بسبب الالتهاب الرئوي في عام 1920، وعمره 56 عاماً. انظر ترجمته في: <https://ar.wikipedia.org/>

(3) انظر: التنظيم البيروقراطي إزاء الفكر الإداري المعاصر - إطار نظري -، عبد الستار إبراهيم دهام، مقال بمجلة جامعة الأنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، العدد2، 2008م، ص1.

(4) انظر: التسيير الحديث والإدارة العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص20.

فالنموذج البيروقراطي الذي تُحتمُّ على الدول النامية عن طريق الاستعمار خلق تنظيمًا إداريًا مبهمًا، لا يكاد الموظف فيه أن يعرف حقيقة عمله، إلا بالنظر إلى من هو نافذ في القرار منه، وانبئ عنه تخلي الإدارة عن فهم القوانين وتطبيقها، والالتجاء إلى التهرب الإداري، والرشوة، والمحسوبية، والتزوير، والفساد، وغيرها من الجرائم المدمرة للإدارة، والمضعفة للتشريعات والقوانين، ومنها التوثيق والعقود، فكم عانى الموثقون من البيروقراطية في التسيير والتسجيل والشهر العقاري، واستخراج الوثائق الإدارية، وتنفيذ التشريعات المتعلقة بالتوثيق، وكم عانى الأفراد من البيروقراطية الظالمة لحقوقهم داخل مؤسسات الدولة أو داخل المؤسسات المالية والبنوك، فقد تعطل مصالح الفرد جربًا بين مصلحة وأخرى دهرًا من الزمن ثم يضيع حقه الثابت في العقد بسبب البيروقراطية المقيتة⁽¹⁾.

البند الثاني: العلمانية وأثرها في التشريع

إنه من الصعوبة بمكان حصر مفهوم واحد للعلمانية، فهو من المصطلحات الأكثر إثارة للفرقة والاختلاف كما يذكر عبد الوهاب المسيري في كتابه (العلمانية الجزئية والعلمانية الشاملة)، حيث أرجع فيه أسباب الاختلاف في مفهوم العلمانية إلى⁽²⁾:

1. شيوع تعريف العلمانية باعتبارها فصل الدين عن الدولة (فقط).
 2. شيوع التصور بأن العلمانية فكرة ثابتة، بينما هي فكرة متطورة ومتغيرة عبر الزمن.
 3. إخفاق علم الاجتماع الغربي في تطوير نموذج مركب وشامل للعلمانية مما أدى إلى عدم وضوح الرؤية العامة لها.
 4. تصور أن العلمانية مجموعة أفكار وممارسات واضحة، وهي على عكس ذلك تمامًا.
- ويرى المسيري أن هناك تعريفان لعلمانية في دائرتين متداخلتين:
- الأولى: العلمانية الجزئية وهي فصل الدين عن الدولة.

(1) انظر على سبيل المثال البيروقراطية في مهنة التوثيق في: برهان القاضي والمتقاضي، بطيمي حسين، مجلة الموثق، العدد 5، مارس 2002 م، ص 10.

(2) العلمانية الجزئية والعلمانية الشاملة، عبد الوهاب المسيري، دار الشروق، القاهرة، 2002 م، 1/15.

الثانية: فصل الدين عن الدولة وعن حياة الإنسان في كل جوانبها بحيث تُنزع القداسة، وللإنسان التمتع بمباهج الحياة كما يريد.

وعرفت دائرة المعارف البريطانية بأنها هي حركة اجتماعية تهدف إلى صرف الناس وتوجيههم من الاهتمام بالآخرة إلى الاهتمام بهذه الدنيا وحدها⁽¹⁾.

فمن خلال هذا المفهوم دون التخطي لسواه يظهر أن فلسفة العلمانية الماكرة مبنية على إبعاد الدين؛ عقيدة وشريعة وأخلاقاً عن الدولة ابتداءً، ثم عن حياة الأفراد انتهاءً؛ وإبعاد الدين عن الدولة مبني عنه أن لا تكون الشريعة وأحكامها وأصولها ومقاصدها مصدراً للتشريع، ولا تُستقى منها التنظيمات الاقتصادية أو الاجتماعية أو المدنية أو التربوية ولا القوانين الضابطة لها، ولعمري إن هذا هو لب التجبر والتسلط والقهر والإرهاب الذي يُنددُ به العلمانيون أنفسهم من الدين.

والغريب أن بعض علمانيي العالم العربي أولوا لها تعريفات أخرى نأياً لها عن التجاذبات والصدامات مع الشعوب الإسلامية، فقد أورد عبد الوهاب المسيري جل هذه التعاريف والآراء في كتابه السالف الذكر، وسردها هنا ليس محل البحث، إنما محل البحث في كون العلمانية مبنية على أن الدين لا يمكنه أن يُنظم الحياة المدنية والاجتماعية للأفراد، ولا يمكن استقاء القوانين والتشريعات منه، لأنها تحمل معها القداسة، والرقابة الإلهية على الأعمال المستمرة مع المؤمنين، والعلمانية إنما قامت من أجل كسر حاجز القداسة والكهنوت الذي فرضته الكنيسة على حياة أتباعها، وهو أمر مقبول مع باقي الديانات والتشريعات لكونها محرفة عن أصلها، دخلها التطرف والكهنوت، بخلاف الدين الإسلامي فالأمة تكاد تُجمع على أصوله وتتقارب في أكثر فروعها، وإن أرادت طائفة إدخال الكهنوت في الإسلام والقهر والتجبر فإن الإسلام ذاته يرفض ذلك وبمجه.

لذلك فالعلمانية تُعدّ الحاجز الأكبر اليوم أمام تجسيد التجربة الفقهية في تنظيم الحياة الاقتصادية والاجتماعية والمدنية والتربوية للأفراد، فالعلمانيون كثير منهم منذ فترة وهم يقومون بحملة واسعة بكل ما أوتوا من وسائل ضد تحكيم الشريعة أو اعتبارها مصدراً من مصادر التشريع، وقد يعجب

(1) انظر: العلمانية: نشأتها وتطورها وآثارها في الحياة الإسلامية المعاصرة، سفر الحوالي، ص 12.

المرء من هذا الصنيع من بني جلدة الإسلام ! لكن سرعان ما يرتفع عجبه أو يقلّ عندما يجد من يُصرح أن هذه الشراسة ضد تطبيق الشريعة إنما هي ضد الشريعة أساساً⁽¹⁾.

لذلك لا غرو أن تكون العلمانية مظهر تأثير على السلطة إن كانت لها الإرادة السياسية نحو تطبيق التجربة الفقهية الشرعية في تنظيم الحياة العامة للأفراد.

وعلى شاكلة هذين البندين تسير باقي المعوقات الفلسفية والفكرية للإرادة السياسية في تطبيق التجربة الفقهية الشرعية في تنظيم حياة عامة، مثل: الديكتاتورية، الليبرالية، الفاشية، وغيرها لذلك لا داعي للإكثار من السرد حولها.

المطلب الثالث: المرجعية الفقهية المالكية ودورها في التشريع.

إن المرجعية الفقهية لاقت في الآونة الأخيرة الكثير من البحث والاهتمام لدى الدارسين والباحثين، كلٌّ حسب المذهب العقائدي والفقهي والأخلاقي المتبع في بلده؛ فالمغاربة مثلاً يقولون مرجعيتنا مالكية، والمصريون يقولون مرجعيتنا شافعية، والحجازيون يقولون مرجعيتنا حنبلية، والآسيويون مرجعيتهم حنفية، ولا غرو أن تجد في هذه البقاع المذكورة أنفاً مرجعيات أخرى غير المرجعية الغالبة عليها مثلاً في المغرب العربي توجد أقليات حنفية وأخرى شافعية وطائفة إباضية، وظهرت في العقود الأخيرة أقليات حنبلية وأخرى ظاهرية، وهذا ما جعل المرجعية الفقهية تتشابك مع بعضها البعض في صراعات البقاء والاستحواذ على التوجيه والتعليم والإرشاد، وهو أمر عادي لا إشكال فيه إن احترمت هذه الأقليات العادات والأعراف المعروفة في هذه البقاع، غير أن هذه الصراعات أضعفت الفقه الإسلامي عموماً والفقه المالكي خصوصاً في ضبط الحياة العامة للأفراد وتنظيمها على ما كانت عليه في القرون السابقة منذ دخول مذهب مالك إلى المغرب العربي إلى قرن الاستعمار الأخير، ولقد أثبت للفقه المالكي جدارته في توازن المجتمع، واستقرار السلطة، ونمو الاقتصاد، ورفاهية التجارة، وتطور العلوم خلال هذه الفترة، حيث اعتمد في التشريع والقضاء، حتى أذعن له العامة والخاصة، فكان المغرب العربي والأندلس رقعة مالكية بامتياز، لا تكاد تُخالطها مرجعيات أخرى، مما خلق بيئة حاضنة للعلوم والاقتصاد والتجارة والاجتماع على مدى

(1) انظر: العلمانيون والإسلام، محمد قطب، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1994م، ص6.

قرون، فما مدى إمكانية المرجعية الفقهية المالكية في إعادة الحضارة إلى دول المغرب العربي ومنها الجزائر؟

للجواب عن هذا السؤال فإننا نسوق أمثلة حقيقة في تأثير الفقه المالكي في القوانين المدنية الغربية على العموم، والعقود على الخصوص وذلك في الفرع الأول، ثم نقرر مدى تقدم البدائل الفقهية المالكية في باب العقود من أجل استثمار الفقه المالكي في التشريعات المعاصرة والمعاملات المالية المعاصرة.

الفرع الأول: مدى اعتبار المرجعية الفقهية المالكية مصدرا لصياغة المنظومة التشريعية والتعاقدية.

إن القصد من هذا الفرع هو بيان هل أثر الفقه المالكي في تنظيم المجتمع ومؤسساته منذ دخوله المغرب العربي إلى عهد الاستعمار؟ وكيف أثر في ذلك؟

إن بحث هذه الجزئية وإقرارها يرجع بنا إلى سرد الوقائع والأحداث والقرارات الرسمية لاتخاذ المذهب المالكي أصلا يُرجع إليه في كل المجالات، وهنا نجد أمامنا فترتين من الزمن، فترة قبل التقنين المدني وحكم القانون، وفترة التقنين وحكم القانون، والذي يفصل بين هذين الفترتين عند أغلب الباحثين هو قانون نابليون بونابرت؛ فقبله فترة تختلف عما بعد قانون بونابرت.

فقبل قانون بونابرت كانت دول المغرب العربي مدينة للفقه المالكي، فقد قُسم المغرب العربي إلى رقع ثلاث أدنى وأقصى وأوسط ثم الأندلس، ثم تعاقبت على هذه الرقع الدول تلو الدول، إلا أنها جميعا حافظت على الاعتماد على الفقه المالكي في تنظيم شؤون المجتمع، وكان للفقهاء الدور البارز في حل مشكلات الناس الاجتماعية والاقتصادية، وذلك واضح عيانا في كتب النوازل والمستجدات، فلقد حافظ المغرب العربي على مرجعيته الفقهية المالكية خلال قرون من الزمن، في الوقت الذي كانت فيه أوروبا تعيش الانحطاط الفكري والثقافي والعلمي بل وحتى التنظيمي التنظيمي!، وظلت الدول والشعوب المغاربية وفيه للفقه المالكي إلى أن تمايزت السياسة والسلطة والتشريع عن الفقه والشرع، بعد ثورات عدة من الخارج وخيانات وضعف من الداخل.

ويزعم كثير من المؤرخين أن ثورة نابليون بونابرت هي منعرج الحضارة في أوروبا، ومنعرج الضعف عند المسلمين سقوط الأندلس.

ويكاد يُجزم كثير من الدارسين أن قوة ثورة نابليون تكمن في قانونه المدني الذي ضبط حياة الأفراد في أوروبا عامة وفرنسا خاصة، لذلك لسنا بحاجة إلى سرد الوقائع الدالة على الاعتماد على مذهب المالكية في تنظيم حياة شعوب المغرب العربي والأندلس قبل سقوطها وقبل ثورة بونابرت لأن التاريخ ووقائعه كلها شاهدة على نجاح التجربة المالكية الفقهية في الرقي بالمنطقة في كافة المجالات.

غير أننا نورد تأثير الفقه المالكي في التشريعات الأوروبية حتى لا نعتقد أن القوانين الغربية وليدة الفكر والفلسفة الغربية المحضة، وأن الفقه الإسلامي والفلسفة الإسلامية أصولية رجعية لا يمكنها أن تُنتج للمجتمع نُظماً صالحة! فهذه المغالطة يجب دحضها وردّها، بل يجب فضح السرقات الكثيرة للحضارة الغربية من الحضارة الإسلامية عامة والفقه المالكي خاصة.

يذكر المؤرخ الفرنسي جوستاف لوبون في كتابه : (حضارة العرب) أن الجنرال الفرنسي نابليون بونابرت عند عودته إلى بلاده فرنسا راجعاً من مصر سنة 1801م أخذ معه كتاباً فقهياً من مذهب الإمام مالك بن أنس اسمه (شرح الدردير على متن خليل)، ومن جهته يذهب المؤرخ الفرنسي لويس سيديو في كتاب (ملخص تاريخ العرب) إلى أكثر من ذلك، حين يذكر أن هذا الكتاب الفقهي الذي أخذه بونابرت معه، بنى عليه القانون الفرنسي الذي كان أحد أهم أسباب نهضة الدولة، خاصة في مادة الأحكام والعقود والالتزامات، ليكون للفقه الإسلامي، وخاصة المالكي، أثراً كبيراً في التشريع الفرنسي، خاصة مدونة الفقه المدني المعروفة بمدونة نابليون⁽¹⁾.

وقد كانت الكنائس قبل عهد بونابرت تبعث الباباوات إلى الأندلس وشمال إفريقيا يتعلمون العلم في كل مجالاته، ومنهم البابا سلفستر الثاني جربرت (pope Sylvestrit) الفرنسي (930م/1003م) الذي رحل إلى الأندلس والمغرب للتعلم، ومكث فيها فترة من الزمن اكتسب منها معرفة واسعة في شتى العلوم؛ الرياضيات والفيزياء والحساب وغيرها، وأهم ما قدمه هذا البابا لأوروبا الفقه المالكي الذي كان من أهم الإنجازات في وقته، ومنه انتشر الفقه المالكي على شكل

(1) راجع: حضارة العرب، غوستاف لوبون، تر: عادل زعيتر، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مصر، 2012م، ص605 وما بعدها، خلاصة تاريخ العرب، لويس سيديو، تر: محمد أحمد عبد الرزاق، مؤسسة هنداوي، مصر، 2017م، ص270 وما.

قوانين في أوروبا، فقد مكث سلفستر هذا بقرطبة يدرس الفقه المالكي سنوات عديدة، ولما رجع إلى فرنسا رجع بالاسطرلاب وعلوم الآلة والتجربة في كف والفقه المالكي في كف أخرى، فعندها تفتن الأوروبيون إلى التنظيم في البيوعات والتعويضات والشروط والإجازات والشركات وغيرها، حيث قدم لهم قانونا متكاملًا ومدونة متزنة تُنظم حياتهم، وتُنقذهم من تيه القانون الروماني⁽¹⁾.

وقد أحسن الدكتور حمزة بن خدة في أطروحة الدكتوراه إذ حاول المقارنة بين الفقه المالكي والقانون الفرنسي المدني في العقود وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما⁽²⁾.

ولإعطاء أمثلة على المسائل التي أخذ بها القانون الأوروبي عن الفقه الإسلامي المالكي:

- الرضائية في العقود أي أن العقد ينشأ بإيجاب وقبول.
- سن البلوغ القانوني 18 سنة.
- الأوراق التجارية لا سيما الشيك.
- عقد الرهن.
- عقد المزارعة.
- الشركة المحدودة المسؤولة.

لقد كانت مصر أول بلد عربي طبقت فيه نظرية القانون وإبعاد الشريعة عن التقنين وذلك في زمن نابليون، ثم رُوّجت إلى غيرها من الدول، والغريب أن السلاطين الذين جاؤوا بعد نابليون ساروا على نهجه مثل محمد علي باشا (1769م/1849م) والخديوي إسماعيل (1830م/1895م) اللذان جلبا القانون الفرنسي في العقوبات والمعاملات والعقود والالتزامات، وما يلاحظ أن واضعي القوانين العربية نجد منهم في غالب الأحيان أجنب أو فقهاء قانون غربيين مثل: القانون المصري المدني المختلط الذي صدر سنة 1875م كان ضمن لجنته المحامي الفرنسي مانوري (Manoury)، ومجلة العقود والالتزامات التونسية التي صدرت سنة 1906م

(1) انظر: موسوعة المستشرقين للدكتور عبد الرحمن بدوي، 1992م، ص 102، جامعة القرويين ودورها في التواصل بين الشعبين المغربي والمصري، يوسف الكتاني، مقال بمجلة دعوة الحق، العدد 293، 1992م، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط.

(2) انظر: أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي، حمزة بن خدة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، قسم الحقوق، 2017م.

ضمن لجنة صياغتها الإيطالي سنتيلانا (Santillana)، وكذلك قانون العقود اللباني⁽¹⁾، ولا تختلف عن ذلك قوانين باقي الدول العربية مشرقا ومغربا.

ومما يُلاحظ كذلك أن هذه المرحلة الأولى لوضع القانون الحاكم للبلاد العربية كانت فيه معاهدات بين الحكام العرب الجدد وغيرهم ممن تركوا لهم الوطن من الأجنب بأن يلتزم الحكام باستبدال القوانين الشرعية بالقوانين الوضعية النابوليونية؛ ففي مصر أُزِمَ الحكام بتطبيق القوانين الوضعية، كما أُزِموا بإقصاء القوانين الشرعية⁽²⁾، فإبعاد المقاصد الحقيقية للشرعة ونسبتها لنابليون ولللسفة الغربية هي السمة التي عمل عليها السلاطين والحكام الذين جاؤوا بعد بونايرت.

ثم رُوِّجت هذه القوانين بالعالم العربي شرقا وغربا، ومنها الجزائر، فقد أُلزمت بتنفيذ القانون الفرنسي فور احتلالها سنة 1830م، وظل الاستعمار الفرنسي يُحارب الشرعة ويمحيها من الحياة المدنية، ويُضيق على الفقهاء، ويُشوِّهها في نظر الجزائريين منذ دخوله إليها إلى يوم الناس هذا⁽³⁾.

وبعد استرجاع الجزائر للسيادة الوطنية عام 1962م تَغَيَّ الحكام كثيرا باسترجاع الشرعة مصدرا من مصادر التشريع الملزم، غير أنه مرَّ معنا سابقا فإن الإرادة السياسية والخطابات السياسية بينهما بونا شاسعا، فقد جاء القانون الجزائري نسخةً من القانون المصري والفرنسي في عمومته.

نعم لقد لاحظ الباحثون والأكاديميون أن القانون الجزائري له في بعض المواد ارتباط بمبادئ الشرعة وأحكامها، مثل قانون الالتزامات، في مادة نظرية التعسف في استعمال الحق، أو مادة مجلس العقد، أو مادة هلاك المبيع، والبيع في مرض الموت، وغيرها مما له الشبه بأحكام الفقه الإسلامي⁽⁴⁾.

(1) انظر: الشرعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني شعر دون أثر قانوني - الالتزامات نموذجاً -، شوقي بناسي، مقال بجوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، 306/2.

(2) الشرعة الإلهية، عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، الأردن، ط3، 1991م، ص97.

(3) التاريخ الجزائري الثقافي، أبو القاسم سعد الله، 429/4.

(4) الشرعة الإسلامية ومبادئها، شوقي بناسي، مرجع سابق، ص308.

غير أنه أمر ناقص لا يُمكن نسبته للشرعية ككل، ولا يمكن نسبته إلى الفقه المالكي خاصة، فالمشروع الجزائري دوماً يستشهد بالمرجعية الوضعية في التشريع دون المرجعية الشرعية، لذلك لو كانت الإرادة السياسية حقيقية في استرجاع الفقه الإسلامي عامة والمالكي خاصة في التشريع، لكان الاستشهاد من مصادر الفقه المالكي، وكان الفقهاء ضمن لجنة الصياغة، ولعُرض القانون على الفقهاء ومناقشته.

إن استئثار الإرادة السياسية العليا للبلاد بمشرعين ليس لهم الباع الكبير في الفقه المالكي وأصوله، والحرص على مشرعة قانونيين فقط، والاستعانة بمشرعة أجنبية أمرٌ يدل دلالة واضحة على أن لا رغبة في التجربة الفقهية في التشريع.

الفرع الثاني: البدائل الفقهية وهيئات الرقابة في المؤسسات.

كان يُفترض على مؤسسات الدولة الشرعية مثل الجامعات الإسلامية والمعاهد والزوايا والمجلس الإسلامي الأعلى أن تسعى إلى تقديم البديل الشرعي للقانون من الفقه الإسلامي عموماً والفقه المالكي خصوصاً، وتزاحم به القانون الوضعي، حتى إذا سنحت الفرصة في إرادة سياسية جادة في الاعتماد على المرجعية الفقهية في تسيير وتنظيم الحياة العامة للأفراد يكون البديل الفقهي جاهزاً للتنفيذ والتطبيق.

إن هذه السقطة التي وقعت فيها المؤسسات الممثلة للشرعية لا يغفرها لها التاريخ ولا الأجيال اللاحقة خصوصاً مع تغول الأطماع العرقية والفتن الطائفية.

إنه بالنظر إلى التجربة المغربية مثلاً في التشريع، نجدتها على نظام المدونات، ونصت على مصدر التشريع الملزم في كل مدونة، فمثلاً مدونة الأسرة أو مدونة الالتزامات نصت الإرادة السياسية على أن الفقه المالكي والشرعية الإسلامية هما المصدر الأساسي للتشريع فيها⁽¹⁾.

فماذا لو سمحت الإرادة السياسية أو أمرت المؤسسات الشرعية والشخصيات الفقهية الوطنية، خاصة منها الجامعات إلى العمل على استخراج قانون الأسرة والعقود من الفقه المالكي خاصة أو الإسلامي عامة في شكل مشروع قابل للتنفيذ، وأن ترفع كل العقبات أمام هذه المؤسسات، أليس

(1) انظر: قواعد الصياغة التشريعية - مدونة الأسرة نموذجاً - مولاي عبد الرحمان قاسمي، مرجع سابق، ص 95.

هذا من الإرادة السياسية الجادة في تحقيق تطلعات الشعب، وتحقيقا للتنمية، ورفعاً لكل أشكال الفساد، أم أن المؤسسات الشرعية غير قادرة على هذا؟! .

إننا في هذه الأطروحة نلح ونؤكد على سرعة تبني البدائل الشرعية، وصياغتها صياغة فقهية محكمة، فإن الوفاء للأصول الفقهية المالكية خاصة والإسلامية عامة مهم في الارتقاء بالتشريع وصياغته، خاصة وأن الفقه المالكي أثبت نجاعته في تنظيم الرقعة المغاربية والأندلسية لأكثر من عشرة قرون خالصة له دون غيره، فكيف لا يكون هذا الفقه قادراً على احتواء الصياغات المعاصرة؟! .

إن تجربة مجلة الأحكام العدلية في تقنين الفقه الحنفي لاقت استحساناً من كثير من الفقهاء، كما لاقت نقداً كذلك، وأن الأوان إلى استرجاع تقنين الفقه وفق صياغات محكمة تتواءم مع العصر، وتزاحم التشريعات الوضعية المقيتة، وقد ذكرنا في الباب الأول من هذه الأطروحة مقاصد التشريع بين الفقه والوضع.

فقه البدائل الفقهية بمعنى توقع حدوث نوازل مستعصية بناء على معطيات معيشية ثم النظر في الحكم الفقهي لها، وإعطاء البديل الشرعي عن الوقوع فيها، أو هي النظر في المسائل العملية التشريعية محل الخلاف والإشكال في حياة الناس والبحث عن البديل لها في الشريعة الإسلامية، خاصة في فقه المال والاقتصاد فكثير من المسائل استعصت على المؤسسات والزبائن على حد سواء، يتطلب على فقهاء الشريعة إعطاء البديل الشرعي لها عن طريق الاجتهاد الفقهي، وهي مهمة ملقاة على عاتقهم لا يصح لهم الهروب عن الواقع أو كف السمع عنها، وإلا فهم مقصرين في البيان والدفاع عن الشرع.

ولاشك أن هذا الفقه يتطلب كفاءة فقهية وعلمية كبيرة، لكنه يُصبح من الموطآت إذا تكاثفت فيه جهود مجمع فقهي متكامل.

وقد لُفتَ النَّظْرُ إلى علم البدائل الفقهية في كثير من الدراسات الأكاديمية، سواء عند المستشرقين فكثير منهم اعتمد على التراث الفقهي لاستخراج البدائل في شتى المجالات عن الفلسفات الغربية وذلك في مطلع القرن الماضي وزادت العناية به في منتصفه ونهايته، فقد ذكر الدكتور علاوة عمارة كثيراً من هذه الدراسات الدالة على التفكير في البدائل من التراث الإسلامي والفقهي بالخصوص، حيث ذكر أن أوتو سبيس (Otto Spies 1901 - 1981) أقدم على نشر أول دراسة

تاريخية تعتمد الفقه الشافعي مصدرا لها، كان بخصوص حق الجوار في الإسلام انطلاقا من الحديث النبوي: "لا ضرر ولا ضرار"، ثم قام المؤرخ وعالم الإسلاميات روبر برونشفيك (Robert Brunschvig 1990 1901) الذي ناقش رسالة دكتوراه بجامعة السوربون في سنة 1938 ونشرها في السنتين الموالتين تحت عنوان (بلاد البربر الشرقية في عهد الحفصيين) في هذه الرسالة العميقة، استغل برونشفيك لأول مرة النصوص الفقهية المالكية في الدراسات التاريخية، وذلك بتوظيف معلومات كثيرة ومتنوعة استقاها من جامعي النوازل (المعيار للونشريسي) و (مسائل الأحكام للبرزلي)، وبالإضافة إلى عدد من النصوص الفقهية وكتب الحسبة.

وعمل روبر برونشفيك على نقل تجربته إلى تلامذته بينهم الهادي روجي إدريس Hady (Roger Idris 1912- 1978)، التونسي الأب والفرنسي الأم، أعدّ هذا الأخير رسالة دكتوراه بجامعة السوربون وناقشها في سنة 1958 تحت عنوان (بلاد البربر الشرقية في عهد الزيريين)، حيث وظّف في دراسته عددا كبيرا من النوازل والنصوص الفقهية والوثائق القضائية المالكية ونصوص الحسبة.

بعد نشر هذه الدراسة العميقة لأول مرة في سنة 1959 ثم لثاني مرة في سنة 1962، لم يعد توظيف النصوص الفقهية المالكية في الدراسات التاريخية حكرا على برونشفيك وتلامذته، لأنّ الدائرة توسعت خصوصا بعد الرواج الكبير لدراسة الهادي روجي إدريس بعد نشره لفكرة (الكارثة الهلالية)، اعتمادا على ظاهرة (الغضب) الواردة في الفقه المالكي المغربي المعاصر للهجرة الهلالية، كان للهادي روجي إدريس تاريخ طويل مع النوازل وكتب الفقه التي واصل التنقيب فيها ونشر عدة دراسات متتالية عن عقود القرض ودورها في التجارة البحرية، والزواج في الغرب الإسلامي من خلال المعيار للونشريسي⁽¹⁾.

ويمكن عدّ كثيرا من الدراسات المقارنة اليوم في الجامعات الإسلامية من فقه البدائل، رغم أن الدراسات المقارنة أكبر همها بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، لذلك تجد كثيرا من الدراسات المقارنة لا تزيد عن كونها مراجعا لدراسات مقارنة أخرى،

(1) انظر: الإستشراق والفقه الإسلامي، الفقه المالكي أمودجا، علاوة عمارة، مقال قُدم للملتقى الدولي حول: محمد بن أبي شنب والإستشراق، المدينة، 2014م، وقد طبعت الأعمال في شكل كتاب برعاية مديرية الثقافة لولاية المدية بدعم من الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، 2015م، ص161.

وتنتج عن هذا العمل كم هائل من الدراسات المتشابهة غثها وسمينها، ليس لها أي تأثير على القانون ذاته فما بالك على المشرع، ومع ذلك فهو عمل أكاديمي نُشجعه إلا أنه لا يفي بالقصد من فقه البدائل.

إننا نقصد بالبدائل الفقهية تلك المشاريع المؤسساتية ذات الصبغة الجماعية والطابع الرسمي الذي تُنتجه الجامعات أو المعاهد الإسلامية أو المجامع الفقهية على شكل مشاريع مقترحة مصاغة صياغة فقهية محكمة قابلة للتنفيذ، حيث إن احتاج المشرع إلى البديل عن القانون الوضعي كانت أمامه، وإن احتاجها النائب البرلماني لعرضها على البرلمان المشرع كانت أمامه، وهذا من باب انفتاح المؤسسات العلمية على المؤسسات ذات الصلة بها، وتأثيرها فيه، وهو ما توصي به البرامج الحكومية طيلة عقد من الزمن، فما على المؤسسات الأكاديمية الشرعية إلا أن تسعى إلى العمل بجد في إنتاج مشاريع قانونية واقتصادية وفقهية وتاريخية واجتماعية وفلسفية وإعلامية جادة تتسم بالصياغات العصرية المحكمة ثم تسعى إلى مد جسر التعاون مع مؤسسات القضاء والمؤسسة التشريعية والمؤسسات المالية وغيرها من المؤسسات بقصد تقديم البديل عن عما هو متوارث عن المؤسسات الغربية، ومنها المنظومة التعاقدية.

المطلب الرابع: مدى قدرة المذهب المالكي في احتواء النوازل التعاقدية.

إن كان فقه البدائل الفقهية عملاً استشرافياً لما سيقع في قادم الزمان من وقائع وأحداث، ثم تقديم النظر الفقهي لها، فإن علم النوازل والفتاوى هو المعالجة الآنية للوقائع والنوازل فور وقوعها وانتشارها، وقد شهد الفقه المالكي هذا العلم في وقت مبكر مع انتشار المذهب المالكي في الغرب الإسلامي، بل عُرف به المذهب في البقاع المغربية وتفوق فقهاؤه فيه.

وهنا نريد أن نبين قدرة المذهب المالكي -الذي نلح على اعتماده مصدراً للتشريع والصياغة الفقهية للعقود- على احتواء نوازل العقود، وكيفية التعامل معها وردها إلى أصولها، وهذا في فرعين.

الفرع الأول: نوازل العقود، تصويرها وتكييفها.

والنازلة من الناحية اللغوية، كما وردت في معجم لسان العرب: هي الشديدة التي تنزل بالقوم، وهي من شدائد الدهر تنزل بالناس⁽¹⁾، أما من الناحية الفقهية، فتعني المشكلات اليومية التي

(1) انظر: لسان العرب، 6/4401.

تحدث للناس وتستدعي حلا حسبما تقتضيه الشريعة الإسلامية وبما يتلاءم وقيم المجتمع، وهي أيضاً الأحكام الصادرة عن الفقهاء في الوقائع الجزئية⁽¹⁾.

والحاصل أن النازلة الفقهية تعكس صورة المجتمع الإسلامي في خصوصياته وفي مشاكله وتعاملاته، الاقتصادية والزراعية والصناعية والاجتماعية، فكتب النوازل تُمثل المصدر الحقيقي لتشكيل نمط التعايش في الغرب الإسلامي في ظل الفقه المالكي، ونوازل العقود جزء من هذا النسيج، إذ عرف المجتمع المغربي حركة اقتصادية وتجارية، وترابطا اجتماعيا بين الأسر، وسخاءً واسعاً متمثلاً في الأوقاف، أفرزت هذه الوضعية الكثير من العقود النازلة في كل عصر، وقد لاقت هذه العقود النازلة بالناس فقهاء أفذاذ ينظرون فيها ويرفعون اللبس والإشكال عن حقيقتها للمجتمع المغربي. ومما يُلاحظ من خلال الاطلاع على كتب النوازل والفتوى المغربية يُجزم أن المتصدر للإفتاء في النوازل المالية أو الأسرية ليس كل فقيه بل يتصدر لها الفقهاء الكبار على شاكلة ابن الحاج وابن رشد والشاطبي وابن لب وغيرهم، إذا الفقيه المتمكن من أصول الاجتهاد المذهبي والعارف بالوقائع والأعراف، يتمكن من تصوير العقود النازلة وردها إلى أصولها الفقهية المنصوص عليها في المذهب. إذ تصوير النوازل هي اللبنة الأولى التي يُقام عليها الاجتهاد واستنباط الحكم للعقد؛ وهو الإدراك الحقيقي والتام للواقعة قبل إلحاقها بأصلها المعبر⁽²⁾، وهذا الإدراك لا يتأتى إلا للمجتهد العارف بقواعد الإمام وأصوله، والمتمكن منها.

ثم بعد تصوير النازلة يعمل الفقيه إلى إلحاقها بالأصل الأقرب لها، وهو الذي يُعرف بالتكييف الفقهي.

وفي كتب النوازل والوثائق التي بين أيدينا كم هائل من نوازل العقود تُقابلها فتاوى محكمة من فقهاء أفذاذ، يُصوّرون المسائل ويُكيّفونها إلحاقاً بأصلها، وهي مادة خام يُمكن من خلالها استخراج عدد كبير من صيغ العقود وشروطها وبنودها، وقد جعلناها في عملنا هذا كالأصل في استنباط منهج صياغة العقود.

(1) محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي، عمر الجيدي، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 1987م، ص94.

(2) انظر: أهمية التصوير الفقهي وأثره في أحكام النوازل، أحسن زقور، بومدين ديداني، مقال، المجلة الجزائرية للمخطوطات، العدد14، 2016، ص249.

فمثلا في نوازل ابن الحاج يعرض كثيرا من العقود المبينة لنمط عيش الأفراد؛ مثل المزارعة والمساقاة والشركة؛ فمثلا في مسألة عُرضت على الفقيه ابن الحاج تُظهر الشروط التي يتعاقد عليها صاحب الأرض والمزارع، وغالباً ما كانت هذه الشروط تحدد مسبقاً، كما تبين أن بعض الملاكين العقاريين كانوا ينيون عنهم وكلاء لتحصيل حصصهم من الإنتاج المتفق عليه، وهذه الحصص تكون حصة عينية وليست نقدية كما يتجلى من خلال نص النازلة التالية: سئل ابن الحاج عمّن ازرع رجلاً في أرضه على جزء معلوم وشرط المزارع أن يعطي لوكيل رب الأرض ستة أفضرة عن الزوج⁽¹⁾.

وفي كتب الوثائق نوازل لا تُعدّ ولا تُحصى في باب الأنكحة والبيوع والأوقاف، كما في وثائق ابن العطار الذي يُعتبر الأول في بابه في دراسة العقود وفقهاها.

إن هذه المصادر الفقهية تُثبتنا جزماً أن الفقه المالكي وفقهاء المالكية كانت لهم القدرة الكافية لاحتواء المستجدات، كما تُثبتنا أن المجتمع المغربي لم يعيش الفراغ الرهيب في انتظار معرفة الحكم الفقهي في نوازل عقودهم، بل جل المراسلات من سكان المغرب العربي تُرسل لفقهاء بالمغرب العربي، ولم نعرف في كتب النوازل أن عامة الأفراد وقعوا في فراغ رهيب فيمن يفتيهم في نازلة أو يُبين لهم حكم واقعة، ولم نعرف كذلك من كتب النوازل والفتاوى والوثائق والسجلات تسلط الحكام على المفتين، والضغط عليهم، بل لقد كان الفقهاء هم ركن الالتجاء في معرفة ما ينبغي على الفقه الإسلامي عموماً والمالكي خصوصاً من الحُكَّام والمحكومين على حد سواء.

على غرار ما تعيشه شعوب المغرب العربي عموماً والمغرب الأوسط خصوصاً في هذا الوقت، من فوضى في الفتوى؛ فقد تطلّ عليها كل غريب! وقيدتها يد الإدارة والسياسة في كل مقال! ونهشتها يد الخارج - وإن كان عربياً أو إسلامياً - في كل موقف أو معاملة؛ إذ جل هيئات الرقابة بالبنوك والمصارف الإسلامية مثلاً من خارج فقهاء هذا الوطن. وهو وضع يجب أن يُصلح من أجل استقرار التعاملات المالية بين الأفراد والمؤسسات، ومن أجل تنمية اقتصادية مبنية على رؤية شرعية مالكية.

(1) انظر: المعيار المغربي، الونشريسي، 166/8.

الفرع الثاني: التخريج الفقهي المالكي وعلاقته باحتواء النوازل.

لسنا هنا بصدد البحث في معنى التخريج الفقهي أو أقسامه أو نقده فلذلك أطروحات أخرى ومذكرات ومقالات، وإنما القصد منه لفتُ النظر إلى علم ذي أهمية بالغة والتصاق وثيق بالاجتهاد يُعنى باستثمار الأصول الفقهية والأحكام الفقهية فيما يُستجد من وقائع.

والتخريج الفقهي حركة اجتهادية ظهرت مع ظهور الفقه في الزمن الأول، ثم تطورت وضُبطت في عصر المذاهب الفقهية، فصار التخريج الفقهي لصيقاً بالفقه المذهبي حتى عُرف بالقياس المذهبي، والمراد منه التجاء الفقيه في مذهب ما إلى أصول المذهب وأقوال أئمته من أجل تحصيل حكم فقهي لنازلة مستجدة لا نص فيها، بالإلحاق الشبهى.

ثم تمايز هذا العلم وانقسم إلى نوعين؛ تخريج الفروع على الأصول، وتخريج الفروع على الفروع، وقد لاقى اهتماماً كبيراً من قبل الدارسين والباحثين في العلوم الشرعية في العصر الحديث وأصبح أوسع من ذي قبل، حيث إن جل عمل الجامع الفقهية مبني عليه.

وقد أُلحقت بالتخريج الفقهي بعض الأقوال من الفقهاء الأوائل جعلته محل نقد عند المعاصرين، على غرار ما ذكره الزركشي: وأما أرباب المذاهب فأقوال مقلديهم وإن كانت فروعاً فإنها تُنزل منزلة أقوال الشرع عند المجتهدين⁽¹⁾.

فأُهم التخريج الفقهي بأنه تخلي الفقهاء عن الأدلة الشرعية إلى أقوال الفقهاء الأوائل، كما أُهم بالجمود والتعصب، ولعمري إن هذا من بعيد التأويل، ومن سقيم الفهم، لكل من لم يعرف الفقه وحركته الاجتهادية، إذ إن الفقيه الناظر في المستجدات التي لا نص فيه يُحاول سبواً وتقسيماً إلحاقها بما يُشبهها من الصور المنصوص عنها، ولعمري إن هذا أكبر خدمة للنص الشرعي، فمما تعارف عليه الأصوليون والفقهاء كابر عن كابر أن النصوص الشرعية محدودة والوقائع والنوازل غير محدودة، ثم انظر تجد كل الفقهاء الكبار على غرار اللخمي وابن رشد وابن لب مخرجة في المذهب.

(1) انظر: البحر المحيط، الزركشي، 108/7.

فمن خلال هذه المقدمة يمكن القول بأنه لولا التخريج الفقهي لتوقف الاجتهاد، وتعطل الفقه، ولم نر التراث زاخرا بتأليف فقهية متنوعة، ولم يعد للفقه مواكبة مع الواقع، وهذا الذي أُريد من التشويه على هذا النوع من الاجتهاد الفقهي.

غير أنه ينبغي ضبط هذا الفن من الاجتهاد في احتواء النوازل والمستجدات ومنها العقود بضوابط تقيه التُّهم والضعف من جهة، وتحفظ الفقه من تراكم الأقوال الشاذة والضعيفة من جهة أخرى، وتمثل ببعض الضوابط فنقول:

1. يجب الاعتماد على أقوال الإمام وأصوله أولاً في التخريج حتى يُنسب القول للمذهب، فقد اعتبر الشريف التلمساني أنه ما كان جارياً على قواعد الإمام وأصوله من أقوال أتباعه فهو من المذهب بلا خلاف⁽¹⁾، وإن لم يجد يُخرج على أقوال أئمة المذهب ومجتهديه المعترف لهم بالعلم والفقه في المذهب، وإلا توقف عن التخريج.
2. يجب أن يتمكن الفقيه من أدوات التخريج، ويستجمع شروطه، وهو ما أكد عليه الإمام القراني في أيما موضع من كتابه الفروق، وقد نص بأن المجتهد إذا لم يستوفِ شروط الاجتهاد لا يصح منه، وأن المقلد لإمامه إذا لم يستوفِ شروط التخريج لا يصح منه⁽²⁾، لذلك تراه يُردُّ كثيراً من التخريجات وينقدها في كتابه الفروق.
3. يجب على المخرج مراعاة مقاصد الشرع ومقاصد المكلفين وأعرافهم عند النظر في النازلة، فمن غير المعقول أن تتم عملية التخريج في كل خطواتها دون أن تُحقق مقصداً شرعياً، أو تُحقق مقصد المكلف أو توجهه، أو تُناقض عرفاً أو عملاً جارياً، إذ إن الفقه وُضِعَ لحل مشكلات الخلق وربطها بالشرع، وتهذيب الأعراف ومراعاتها، وهذا ما تقع فيه كثير من الفتاوى المعاصرة اليوم، فقد بُجِري آلة التخريج دون مراعاة للمقاصد فتكون جافيةً، وقد تُخالف الأعراف فتجيب الأحكام والفتاوى غير مصادفة لحل شرعي، فيقال الفقه نظري فلسفي غير واقعي!

والعقود من قبيل هذه النوازل التي ينبغي النظر في صياغتها وبنودها، وتخريج الأحكام الفقهية لها بما يتواءم مع نصوص الشارع ومقاصده وكذا أعراف الشعوب، فغير منطقي أن

(1) انظر فتواه في ذلك في: المعيار المعرب، الونشريسي، 364/11.

(2) الفروق، القراني، 109/2.

يُطلب من الفقيه الفتوى في بنود أو صيغة عقد دون اطلاعه على صيغة العقد الحقيقية، أو فهمه لبنود التعاقد، أو مراعاته للواقع، فمما لاحظناه أثناء تتبعنا للفتاوى المتعلقة بالعقود المالية والصيرفة الإسلامية أنها على أصناف ثلاثة:

- فتاوى لجنة الفتوى التابعة للمصرف أو البنك، وغالبا ما تكون بالحل والجواز فقط دون بيان لعملية التخريج أو الإفتاء؛ فلا تُذكر صورة المسألة، ولا يُحرر محل النزاع فيها، ولا تُذكر الأقوال، ولا الأدلة، ولا المقاصد، ولا الأعراف والقوانين الضابطة لعملية التداول والتعاقد، ولم تُبين آلية التخريج وطريقته في النازلة، وهذا أمرٌ يُضعفُ هيبة الفتوى والثقة بها لدى الزبون.
- فتاوى مؤسسات الاجتهاد الجماعي، ودور الإفتاء المحلية، وهذه المؤسسات تأسست لمرافقة المؤسسات التشريعية والاقتصادية في بيان أحكام الشرع وتحكيمه، وقد عملت عملا كبيرا في تخريج الأحكام للمعاملات المصرفية والعقود المستحدثة، ثم تراجع دورها في السنين الأخيرة، لوقوع فتنة التفرقة بين الدول الإسلامية تم على إثرها تسييس كل المؤسسات الشرعية، فلم تعد فتاواها تتلقً بالقبول.
- فتاوى المشايخ سواءً على الهواء أو على مستوى المساجد والمواقع الالكترونية التي عُرفت بهم، وهذه أقل ما يُقال عنها أنها فوضى إفتاء في عصر الاعتراف بالمؤسسات دون غيرها.

المبحث الثاني: الحوكمة الشرعية ودورها في تحسين دور المؤسسات والمصارف المالية

يعدّ هذا المبحث تكميلياً لعوامل ضبط المنظومة التعاقدية وفق التجربة الفقهية المالكية في عصر المؤسسات وحاكمتها للتنمية الاقتصادية والاستقرار الاجتماعي، وقد ظهرت المطالبة بالحوكمة جزاءً الفشل الذريع والفضائح المستمرة في الجانب المالي والاجتماعي للنظريات التشريعية المطبقة قصراً على دول العالم أجمع، لذلك جاء هذا المبحث في مطالب ثلاث؛ الأول عن مفهوم حوكمة المؤسسات وضرورتها، والثاني عن حوكمة المؤسسات المالية خاصة، والثالث عن ضرورة حوكمة المؤسسات التوثيقية

المطلب الأول: حوكمة المؤسسات مفهومها وضرورتها

الفرع الأول: مفهوم حوكمة المؤسسات ومستندها الشرعي.

يؤكد جل الباحثين في الحوكمة على أن هذا المصطلح دخيل على الاصطلاح العربي، فهو حديث الاستعمال إذ ظهر استخدامه بداية في اللغة الإنجليزية تحت اسم (Governance) سنة 2000م، وذلك بعدما ظهر هذا المصطلح في اللغة اليونانية في القرن الثالث عشر للميلاد، ثم تُرك، ثم ظهر في الفرنسية في القرن الخامس عشر مرادفاً لمعنى الحكومة، ثم أصبح لغةً قديمة، ثم استعمل في اللغة الإنجليزية في منتصف التسعينات، واعتمد اللفظ في سنة 2000م⁽¹⁾، ثم ظهرت الترجمات العربية له ولمعناه انطلاقاً من الأبحاث والتقارير الرسمية العالمية حوله، وتجدد الإشارة إلى أنه على المستوى العالمي لا يوجد تعريف موحد متفق عليه بين كافة الاقتصاديين والقانونيين والمحللين والكتاب والباحثين لمفهوم الحوكمة، وهذا ما تؤكد عليه موسوعة

(1) انظر: الحوكمة دراسة في المفهوم، سليمة بن حسين، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، العدد 10، 2015م، ص 182.

Corporate Governance Encyclopedia من حيث الافتقار إلى تعريف موحد لهذا المفهوم، ولكن قد يرجع ذلك إلى تداخله في العديد من الأمور التنظيمية والاقتصادية والمالية والاجتماعية للمؤسسات وهو الأمر الذي يؤثر على المجتمع والاقتصاد ككل⁽¹⁾. ولذلك حاول كثير من الدارسين لها إعطاء مفهوم تقريبي لها فقيل هي نظام متكامل للرقابة المالية وغير المالية الذي عن طريقه يتم إدارة المؤسسة والرقابة عليها⁽²⁾، وقيل هي: نظام تدار به المؤسسات وتراقب.

ويذكر كثير من الباحثين أن القصد من الحوكمة يكمن في نقطة مهمة وهي كونها مجموعة من الأنظمة والمعايير الخاصة بالرقابة على أداء الشركات والمؤسسات.

ويبدو لنا أن هذا المصطلح كغيره من المصطلحات السالف ذكرها والتي ظهرت عند الغربيين مثل البيروقراطية والعمولة والديمقراطية وغيرها من المصطلحات النابعة من الفلسفات الغربية، والتي ظهرت في أزمنة من أجل التنظير لحكم راشد يُحقق التنمية الاقتصادية للدول، فكل هذه المصطلحات بدأت في ثوب المشفق على الإنسان في إيجاد سبيل أمثل لتحقيق التوازنات الاقتصادية والاجتماعية على مستوى دول العالم والعالم الثالث أخص، لكنها سرعان ما تحولت إلى غصة التنمية، وعقبات التحضر، فأفرغت من محتواها الحقيقي، لتظهر بوجه مكرّس للعدوان المالي والاجتماعي، حيث ظهرت نتائجها السلبية في العقود الأخيرة، وأخشى ما نخشاه أن تكون الحوكمة من هذا القبيل؛ إذ يُعنى بها اليوم وتُدعى إليها المؤسسات المالية والاجتماعية الإسلامية، ويُنظر لها من الشرع، ويُعنى بها الباحثون، حتى إذا استُنْفَذَ فيها البحث تحولت كسابقتها غصة للتنمية! إنَّ هذا التخوف مبني على الدراسة التاريخية للمصطلحات الأخرى ذات الصلة بالحكم والتسيير إذ لاقت الفشل والنقد الذريع بعد طول مدة من تحكّمها في المؤسسات، وسيبقى هذا الخوف قائما ما لم تتكاثف جهود الأكفاء والغيورين على الأمة الإسلامية وتراثها العريق في الحضارة من وضع نظام فقهي محكم لتسيير المؤسسات وتحقيق التنمية.

(1) إطار نظري مقترح لحوكمة الجامعات ومؤسسات تطبيقها في ضوء متطلبات الجودة الشاملة، د. يعقوب عادل ناصر الدين، مقال بمجلة تطوير الأداء الجامعي، 2012 ISSN: 2090-5890، Vol.1 No.2، fep، ص85.

(2) انظر: دور حوكمة الشركات في محاربة الفساد المالي والإداري، دراسة مقارنة، مصطفى سليمان، الدار الجامعية، مصر، ط1، 2009م، ص18.

وعلى كل فإن نظرية الحوكمة اليوم ما زلت في بُنيات الطريق، وإنها تُظهر الرشادة في التسيير، لذلك فإننا سنجعلها الآلية الحالية الأحسن في ترشيد الحكم ومراقبة عمل المؤسسات، فإذا تغيرت عن خطها وهدفها نَقَدْنَا ذلك ووضحناه.

وسارع كثير من الباحثين إلى أسلمت الحوكمة وبيان مفهومها من وجهة نظر إسلامية فقيل هي: مجموع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تضبط وتنظم العلاقات بين المساهمين وبين إدارة المؤسسة بما يحقق كفاءة الأداء، وحفظ الحقوق، وتسمح للمساهمين بالرقابة وتقييم الأداء⁽¹⁾. بل قد زعم آخرون⁽²⁾ أن الحوكمة الرشيدة بدأت في زمن النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة المنورة، بدءاً من صحيفة المدينة، والآيات العملية الكثيرة التي نزلت في المدينة، ثم الأحاديث النبوية المرشدة للرشادة والعدل، إلى الممارسات التسييرية للنبي صلى الله عليه وسلم في دولته، وتشريعه للشركات والمزارعات والصناعات، وأحكام الوقف والصدقات والفيء، وكذا ممارسات أصحابه ووزرائه عند تكليفهم بالمهام المالية في مجتمع المدينة.

كما تم تأصيل الحوكمة من النظر الشرعي وذلك بردها إلى أصول عدة في الشريعة منها:

1. الوفاء بالعقود، في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۗ﴾ المائدة 1،

وفي قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ۗ﴾ الإسراء 34.

2. إقامة العدل والإحسان في الحكم، فكل آيات إقامة القسط بين الناس من هذا القبيل،

كما في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بَدِينِ الْإِنِّ أَجَلِ مُسَمًّى فَاسْتَبُوهُ

وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۗ﴾ البقرة 282، وفي قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ

تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۗ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ

كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ۗ﴾ النساء 58.

(1) انظر: الحوكمة في المؤسسات المالية الإسلامية ودور هيئات الرقابة الشرعية في تعزيزها، عاطف محمد أبو هريدي، المؤتمر الثالث للعلم المالية والمصرفية حول (حاکمية الشركات والمسؤوليات الاجتماعية – تجربة الأسواق الناشئة-)، جامعة اليرموك، 2013م، ص 4.

(2) انظر: الحوكمة الرشيدة في النظام السياسي الإسلامي لدولة المدينة الأولى، محمود عبابنة، مقال بمجلة الحجاز العالمية المحكمة للدراسات الإسلامية، العدد 10، 2015م، ص 53 وما.

3. الأمانة في العمل، كما في قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ

وَتَخُونُوا ءَمَنَتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (27) الأنفال: 27.

4. المسؤولية في التحمل، كما في حديث ابن عُمر، أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "كلكم راعٍ وكلكم مسئول عن رعيته، فالأمير الذي على الناس راعٍ عليهم وهو مسئول عنهم.." (1).

وعلى كلٍّ فمعظم مبادئ الحوكمة يُمكن أن نجد لها مستندا شرعيا تستند إليه، ومع ذلك فهي نتاج غربي؛ إن استقاهها الغرب من التراث الفقهي فله السبق في ذلك، وإن كانت وليدة الانفتاح على الغير، أو الرجوع إلى الفطرة فهي سبق غربي، إنه كان على فقهاء الأمة ومفكريها أن يكون لهم قصب السبق في وضع نظريات للتسيير استقراءً من التراث الفقهي الذي تحكّم في الإدارة قرونا متتالية.

الفرع الثاني: أهمية الحوكمة الشرعية وضرورة تجسيدها.

الحوكمة بمعنى وضع نظام رقابي تسييري مستمد من الفقه الإسلامي عموماً أو من الفقه المالكي خصوصاً، تتسير به المؤسسات بدءاً من القانون التأسيسي للمؤسسة إلى القانون التنفيذي لها؛ حيث يضمن هذا النظام تحقيق الشفافية والعدل والتنمية في المجتمع، ويخلق التوازن بين الأفراد والمؤسسات ويعطي الحقوق لأصحابها.

وإننا نعتقد أن الصياغة الفقهية المحكمة للعقود جزء أصيل، وأصل رئيسي في نظام الحوكمة الشرعية؛ إذ العقد هو شريعة المتعاقدين، وهو الرابطة الوثيق بين المؤسسات والأفراد، وبين الأفراد من جهة أخرى، وبين المؤسسات والمؤسسات من جهة ثالثة، فالعقود الفقهية المحكمة في صياغتها تنفي عن تسيير المؤسسات كل أشكال الفساد الإداري مثل التزوير والانتحال والرشوة والمحسوبية والابتزاز والتعسف في استعمال الحق أو في إعطائه.

لذلك نظام الحوكمة الشرعية بالمعنى السابق له يُعدّ ضرورة ملحة في الوقت الذي تغولت فيه الممارسات الشنيعة للفساد في المؤسسات، وأهمية الحوكمة الشرعية تكمن عدة نقاط نذكر منها:

(1) موطأ مالك برواية أبي مصعب الزهري، باب ما يكره من الصدقة، رقم(2121)، 2/182.

- محاربة الفساد المالي والإداري، إذ هما سبب البلاء في معظم الدول، ولم يكن للفساد سبيل إلى مؤسسات الحكم إلا من الفلسفات الغربية، إذ أكثر من عشرة قرون وحاكمية الفقه الإسلامي لها لم يثبت الفشل الذريع في التسيير بهذه الحالة التي تنفضح بها النظريات الغربية، والصياغة الفقهية المحكمة التي هي جزء من نظام الحوكمة الشرعية تعدّ الحاجز المنيع أمام هذا الفساد.
- تجنب الأخطاء أو الانحرافات المتعمدة من طرف موظفي الإدارات والمؤسسات المالية عند التعاقد، ومنع استمرارها والعمل على تقليلها إلى أدنى المستويات، عبر استخدام نظم رقابية متطورة، فالحسبة الإسلامية التي ذكرناها سابقا ومراقبتها المستمرة للعقود تعمل على التقليل من الأخطاء في التنفيذ.
- الاستفادة من نظام المحاسبة والمراقبة الداخلية.
- اعتماد أعلى قدر من الإفصاح والشفافية في التقارير المالية والإدارية السنوية بما يضمن مصالح كافة المتعاقدين على المستوى المالي والاجتماعي.
- تضمن الحوكمة الشرعية قدرا كافيا من الفاعلية لمراقبي المؤسسات، والتأكد من كونهم على درجة عالية من الاستقلالية وعدم خضوعهم لأية ضغوط من الدولة أو من مجلس إدارة المؤسسة أو من المديرين التنفيذيين، أو من أية سلطة عليا أخرى.

المطلب الثاني: الحوكمة في المؤسسات المالية.

إن الحوكمة السليمة والصحيحة في جوانبها الشرعية والإدارية هي بمثابة صمام الأمان الذي يحفظ المؤسسات المالية الإسلامية من الهزات ويحفظ عليها قدرتها على المنافسة في سوق الصيرفة العالمي، وقدرتها كذلك على استدراج أموال المودعين واستقطابها من أجل أن تقوم بدورها المأمول في التنمية الاقتصادية في المجتمعات الإسلامية⁽¹⁾.

والمؤسسات المالية اليوم ليست كمؤسسات أمس، تتحكم فيها الإرادة الواحدة، ويديرها مجلس واحد بما يظهر له من التسيير، فالمؤسسات المالية اليوم لها هيئات ذات اختصاصات

(1) انظر: الحوكمة في المؤسسات المالية الإسلامية، عبد الحميد الصالحين، ورقة مقدمة لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني، ص2.

متعددة غير أنها تشترك في هدف واحد وهو تحقيق التنمية، وهذه الهيئات كلها خاضعة لنظام الحوكمة الشرعية، فما مدى فاعلية هيئات الرقابة في المصارف الإسلامية؟ وكيف السبيل إلى تطوير الصياغة الفقهية للعقود وحوكمتها؟ نبحت ذلك في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: هيئات الرقابة في المؤسسات المالية ودورها في مراقبة صياغة العقود

لقد مر معنا آنفاً أن الحسبة أو هيئات الرقابة هي الهيئة التي تُنصبها الدولة، وتسهر على حمايتها، وفعاليتها في العمل، إذ بناءً على تقارير هيئة الرقابة الشرعية تتدخل الدولة تشجيعاً للاقتصاديين ومساعدتهم، أو منعا للاقتصاد الفاشل ومعاقبتهم، فإنه لا يمكن بحال من الأحوال أن تترك الدولة السوق المالية بحالها تنظيمياً ومراقبة.

وعُرفت الرقابة الشرعية بأنها: التأكد من مدى مطابقة أعمال المؤسسة المالية لأحكام الشريعة الإسلامية حسب الفتاوى الصادرة والقرارات المعتمدة من لجنة الفتوى⁽¹⁾.

وتتكون هيئة الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية بشكل عام مما يلي:

- هيئة الفتوى، وتُعنى بإصدار الفتاوى والأحكام الشرعية في نوازل المالية والمالية الإسلامية، وفق ما يظهر لها بعد البحث والنظر والاجتهاد.
- هيئة التدقيق الشرعي، وتُعنى بالناحية النظرية لصياغة العقود وفق الشريعة الإسلامية، وتهتم بمتابعة وتنفيذ قرارات هيئة الفتوى في بنود العقد.
- هيئة عليا للبند المركزي، وتكون بمثابة المحكمة العليا، ترجع إليها التقارير المالية والأدبية الخاصة بالمؤسسة المالية، ولها واسع النظر في مراقبة أعمال البنوك، والاطلاع على معاملاته.
- هيئة التدقيق الشرعي الخارجي، وهي هيئة مستقلة عن إدارة المؤسسة المالية، حيث تتم عن طريق التعاون بين المؤسسة المالية وهذه الهيئات ذات الطابع الرسمي المعتمد دولياً في الصياغة والتدقيق، تلجأ لها المؤسسات المالية من أجل إحكام الصياغة بشكل أدق وأعدل، ومن أجل إعطاء طابع العالمية في الرقابة والتسيير.

(1) الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، حمزة عبد الكريم حماد، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2004م، ص20.

وكل هذه الهيئات معنية بالبحث هنا، وأكثر ما نركز عليه هيئة التدقيق الشرعي الداخلية والخارجية، فهذه الفتوى يُشترط في أعضائها شروط الاجتهاد حتى يصح لهم النظر في العقود والنوازل والتمييز بينها⁽¹⁾، وأضافت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامي في دفتر المعايير الشرعية شرط التمكّن من فقه المعاملات المالية والعقود المصرفية لعضو هيئة لجنة الفتوى بالمصارف الإسلامية، وذلك في المعيار 29، إضافة إلى معايير الأخلاق والمروءة، والواقعية، والوسطية، وغيرها مما توصي به هيئات الرقابة والجامع الفقهيّة، مع اطلاعه على العلوم اللصيقة بالمعاملات المالية كالقانون والاقتصاد وعلم الاجتماع وغيرها، فهي علوم ضرورية للفتوى حتى نضمن التوازن بين الفتوى والواقع، وتُجنب الفتوى الأخطاء، والآثار السلبية، ونجعلها أقرب للقبول ومعالجة نوازل العقود المالية⁽²⁾.

ويُضاف عمل تظمين الجمهور أو الزبائن بمدى التزام المؤسسة بالعقود الشرعية على عاتق لجنة الفتوى.

أما هيئة التدقيق الشرعي فعملها تنظيري تنفيذي، وهو أمر أشق وأخطر من عمل لجنة الفتوى، لأن المفتي تُعرض له النازلة فيفتي فيها بناءً على تصورهما وتكييفها، أما المدقق الشرعي الذي يُعني بضبط العقود وصياغتها وفق ما نصت عليه هيئة الفتوى صياغة محكمة، ومع ما تحمله المعاملات المصرفية والبنكية من مخاطر جمة؛ منها (مخاطر القرض، مخاطر فقدان السيولة، مخاطر تغير الأسعار، مخاطر التمويل، مخاطر الصرف، مخاطر السوق، مخاطر فقدان الذمة، مخاطر المعلوماتية، مخاطر تغير العملة....)⁽³⁾، فهذه التدقيق الشرعي هي المسؤولة عن تجنب هذه المخاطر في صياغات العقود ودفاتر الشروط، والعمل على مراقبتها وتحيينها في كل حين.

فإجراءات التدقيق الشرعي في صياغة العقود واعتمادها أدق وأخطر من أي عمل آخر، إذ المدقق مطالب بمجانبة الثغرات عند الصياغة ومطالب بالبحث عن الثغرات بعد الصياغة من أجل

(1) انظر: صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، أحمد الحرابي، ص4، الفتوى والرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، محمد زعير، ص4.

(2) انظر: هيئات الرقابة الشرعية، عجيل النشمي، المؤتمر الأول للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، 2001م، ص10.

(3) انظر: أثر التدقيق الشرعي في تعزيز بيئة الحوكمة الشرعية، سمير الشاعر، مرجع سابق، ص12.

التقليل من المخاطر السالفة الذكر، وفريق عمل هذه الهيئة لا يُشترط فيه بلوغ درجة الاجتهاد الفقهي، وإنما يشترط فيه المعرفة الدقيقة لفن الصياغة القانونية والاقتصادية والشرعية، لذلك معظم فرق هيئة التدقيق الشرعي للعقود تضم مجموعة من القانونيين والاقتصاديين والفقهاء.

ويكمن عملها في مساعدة المؤسسات على التنفيذ الفعلي للعقود والمقاصد الشرعية في التعاقدات اليومية، كما تقدم الخدمة الشرعية لمختلف الأطراف داخل المؤسسة وخارجها وأوضاعها المختلفة والمستجدة، وتضمن التغطية القانونية للمؤسسة.

الفرع الثاني: ضرورة إعداد معايير فقهية إلزامية للمؤسسات المالية.

تجنح كل المؤسسات المالية الكبرى إلى وضع معايير جودة وتسيير من أجل تسيير المؤسسة، ثم تعمل على رفع مستوى المعايير، وترقب مدى توفرها في المؤسسات المالية التابعة لها، على غرار معايير لجنة بازل للرقابة المصرفية العالمية (Basel Committee)، وهو ما جعل المؤسسات التابعة لهذه الهيئات تحظى بالشفافية والوضوح مما انبى عليه خلق فرص للتنمية الاقتصادية والاستثمارات المالية.

ثم أخذت هذه المؤسسات تنحو منحى الجودة في المعاملات المؤسساتية، ومنها السعي نحو تحسين العقود من الناحية الشرعية بما يتواءم مع الصياغات المعاصرة حتى تضمن للصيرفة الشرعية النجاح في تحقيق التنمية، فعمدت إلى وضع مجموعة من المعايير الواجب الرجوع إليه في التعاملات المالية الشرعية؛ ونقصد⁽¹⁾ بالمعيار الميزان الذي توزن وفقه الأشياء، حتى إذا كان ثمة خلاف على تحديد طبيعة معاملة ما، رجعنا إلى ذلك المعيار وتحاكمنا إليه، لمعرفة مدى انطباق أو اختلاف هذه المعاملة لهذا المعيار فيمكننا الحكم عليه شرعا.

على غرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI) التي تم اعتمادها حتى صفر 1437، ديسمبر 2015م، التي تأسست بتاريخ 01 صفر 1410هـ، الموافق لـ 26 فبراير 1990م بالجزائر، وتم تسجيلها في 11 رمضان 1411هـ، الموافق لـ 27 مارس 1991م في دولة البحرين بصفتها هيئة عالمية مستقلة غير ربحية⁽²⁾.

(1) انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات الإسلامية، دراسة وتحليل، أسامة علي الفقير الربابعة، ص4.

(2) انظر: المعايير الشرعية للهيئة، معيار التعريف بالهيئة، ص21.

ومعظم ما تناولته الهيئة من معايير ذو علاقة بالعقود وتكييف التعاملات المالية المعاصرة، وهو أمر نشجع على تطويره والعناية به، غير أننا نضيف في هذه الأطروحة بعض الجوانب التي ينبغي مراعاتها في دفتر المعايير الشرعية للمعاملات المالية في الصيرفة الإسلامية، وذلك في جانب الصياغة المحكمة للعقود، وهو الأمر الذي لم يح له الأمين العام للمنظمة في كلمته، غير أن دفتر المعايير لم يتطرق له بمعيار مستقل وواضح يُبين آليات الصياغة الفقهية المحكمة للعقود من الناحية الشرعية، حتى يُسهّل على المؤسسات المصرفية الأخرى إنجاز العقود وفق النظر الشرعي، ونقدم هنا بعض النقاط التي ينبغي على الهيئة إفرادها بمعيار خاص ومنها:

- ضبط قواعد العرض والطلب.
- ضبط المقابل في العقود.
- التنصيص على الأهلية الشرعية لأطراف العقد وما ينبني عليها.
- التنصيص ببيان شكل العقد.
- ضبط حقوق الغير في العقد.
- ضبط الالتزامات التعاقدية لأطراف العقد.
- بيان حقيقة عقود الإذعان ومدى اشتراطها في بنود العقود
- تقنين عقود التجارة وفق المعايير الدولية والصور الشرعية.
- التنصيص على وحدة الشكل لوثيقة العقود في كل المؤسسات المالية.
- التنصيص على تنظيم الوثيقة.
- التنصيص على ضرورة ارتباط الشكل بالمضمون.
- التنصيص على شفافية وثيقة التعاقد وخلوها من البنود المفسدة لعملية التعاقد.
- ضرورة استعمال الصيغ الفقهية في العقود؛ كصيغ الأمر والإلزام والإباحة والاشتراط....
- ضرورة صياغة العقود النموذجية من طرف الهيئة وإلزامية المؤسسات المالية الإسلامية بالسير وفقها.
- ضرورة جعل للهيئة شعار تُعرف به عالمياً، والتنصيص على إدراجه في وثائق العقود الشرعية.

- ضرورة وضع معجم مصطلحي يضم المصطلحات الشرعية وتفسيرها، ويتم توزيعه على كافة المؤسسات المالية الشرعية، وذلك من أجل قراءة أحسن لبنود التعاقد من طرف المفتين والمحللين.

فهذه النقاط من الضرورة بمكان إدراجها في معيار خاص من أجل العناية أكثر بجانب الصياغة الفقهية للعقود، إذ هو مكمّن الخطأ ومكمّن الثقة في التعاملات المالية الإسلامية.

المطلب الثالث: الحوكمة في المؤسسات التوثيقية.

لا يُقصد هنا بالمؤسسات التوثيقية جملة الموثقين فحسب، وإنما يُقصد بالمؤسسات التوثيقية كل الإدارات المحلية الرسمية - خلا المؤسسات المالية - التي تجعل من صلب أعمالها التعاقد، سواء بينها وبين الزبائن أو الشركاء، أو تكون طرفا في صياغة عقد بين الأفراد فقط، أو تكون طرفا في صياغة وإبرام عقد بين الأفراد والمؤسسات الأخرى، على غرار الإدارات المحلية مثل البلديات التي تُبرم عقود البيع والشراء للمركبات، ونبرم عقود الزواج، والإدارات العمومية التي تُبرم العقود المقاولاتية، وتُبرم السجلات التجارية، وعلى غرار الموثقين الذين يُبرمون عقود البيع والشراء للعقارات والأموال...

وهذه الإدارات هي مكمّن الاستقرار الاجتماعي، ومكمّن الفساد المالي، إذ بإصلاحها وحوكمتها يتحقق القصد من إيجادها، وتتحقق معه العدالة الاجتماعية ويقل الفساد المالي، وأشكال البيروقراطية في الإدارات المحلية، لذلك سنُقدم هذا المطلب في فرعين؛ الأول عن تحسين مهنة التوثيق، والثاني دور الرقابة القضائية على المنظومة التعاقدية.

الفرع الأول: تحسين مهنة التوثيق وصياغة العقود.

لقد ذكرنا التوثيق وأهميته في الباب الثاني من هذه الأطروحة، ولا حاجة لإعادة بيان مفهومه هنا، فقط ننوه بأن القصد من مهنة التوثيق هنا المنظومة المتكاملة لإعداد العقود وصياغتها؛ بدءاً من القانون الحاكم لها، وكيفية توظيف العاملين بها، وشروط كفاءتهم المهنة، ومصادر الصياغة.

وإننا عند النظر في المنظومة التعاقدية بهذه الشمولية لا نجد لها نظاما واحدا مُحكما لها في التسيير والإشراف والرقابة والتدقيق والقضاء، بل كل إدارة تسعى إلى ضبط عقودها بما تراه،

وهذا ما سبب الضعف في المنظومة التعاقدية، وفتح الباب أمام التزوير والغش والبيروقراطية والتخلف.

إن هذا الوضع الفوضوي للتعاقد الذي ساد لعقود متتالية يجب أن يُراجع ويُصحح منه الخطأ، بل إننا نرجو أن يُستبدل بمنظومة تعاقدية شاملة لكل العقود في جميع المؤسسات التوثيقية السالف ذكرها مبنية على الأسس الشرعية العادلة ومصاغة صياغات عصرية، حتى تتمكن بسط التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وإعادة التوازن والثقة في مؤسسات الدولة.

ويرجع تأزم وضعية منظومة التوثيق الشامل بالجزائر إلى المنظومة التشريعية بالأساس، وذلك لأمر منها:

1. إذ غالب ما عُتيت به المنظومة التشريعية هو ضبط قانون الموثق، ويقصدون به مهنة

الموثق للملكية على العقارات فحسب، ومع ما فيه من خلل، وعدم مسايرة للتطورات التي تعيشها مهنة التوثيق والصياغة على المستوى العالمي، حيث أصبحت العديد من الصياغات والتوثيقات في حاجة ماسة إلى مراجعة شاملة وعميقة تستهدف توفير ضمانات الاستقلالية والنزاهة والتجرد والمراقبة والشفافية في التوثيق، وفي لقاءات متعددة لعدد من الموثقين في مكاتبهم نكاد نُجزم أنهم مجمعون على إعادة النظر في النظام التوثيقي ومهنته.

2. تجاهل تنظيم التوثيق والصياغة في المؤسسات الإدارية والمالية الأخرى والرقابة عليها من

طرف المنظومة التشريعية، جعل الإدارات والمؤسسات هي من تُباشر عملية الصياغة والتوثيق دون الالتزام بمرجعيات الشعب وتطلعاته، مما خلق جوا من البيروقراطية الإدارية، والفساد المالي.

إننا من خلال ما قررناه وتوصلنا له خلال هذه فصول هذه الأطروحة فإن عملية النهوض بالمنظومة التعاقدية أمر ضروري، وذلك بإعادة النظر في المنظومة التعاقدية ومهنة التوثيق الحالية، بنظرة شاملة وفق نظام الحوكمة لشرعية، فيجب إعداد حوكمة المنظومة التعاقدية وفق نظام محكم ومتزن يدخل في جميع المؤسسات والإدارات من النظر الشرعي، حتى نضمن للصياغة الفقهية المحكمة للعقود التنفيذ الأسلم لها، حيث تُعدّ الحوكمة مفتاح الوصول إلى منظومة تعاقدية محكمة رفيعة القيمة في المضمون والتنفيذ والمستوى.

إن من الواجب على السلطة التشريعية أن تأخذ حوكمة المنظومة التعاقدية الشمولية بعين الاعتبار في جداول أعمالها، ونقدم هنا نظرة لحوكمة المنظومة التعاقدية ومهنة التوثيق وصياغة العقود في النقط التالية:

1. يجب وضع معايير دقيقة في التوظيف والتعيين لمهنة التوثيق وصياغة العقود وأرشفتها، حيث تُعطى الأولوية لأولي الخبرة والكفاءة العلمية والميدانية، ولأولي التخصصات؛ القانونية والفقهية والاقتصادية والتاريخ والأرشفة واللغويين، فالغريب في الأمر أن مهنة التوثيق والصياغة اليوم هي حكر على خريجي كليات القانون فقط، وهذا ما أفرغها من محتواها، وألبسها لبوس التعقيد والغموض الذي يكتسي جل التشريعات والقوانين، ومما نوه له أن تعقد الجامعات الشرعية اتفاقيات بشأن تخريج دفعات تُعنى بالصياغة الفقهية ذات المرجعية الفقهية المالكية من أجل اخذ زمام التدقيق والفتوى والمراقبة والقضاء الشرعي في المنظومة التعاقدية المعاصرة، وعلى غرارها تحذو الكليات الأخرى، ويتنظم التوظيف فيها وفق الحوكمة والرشادة دون الاحتكار.

2. يجب إعطاء الغلاف المالي للمنظومة التعاقدية، وتبيان أجرة الموظفين وحقوقهم كاملة.

3. يجب إعطاء شعار موحد للمنظومة التعاقدية تُعرف به، ويندرج ضمن جميع العقود التي تُبرمها الفروع المنضوية تحته، كما يُعطى لها ختما عاما معترفا به عند القضاء، وأختاما تحت مسميات الفروع المنضوية للمنظومة.

4. تُقسم المنظومة التعاقدية إلى عدة فروع على رأس كل فرع مدير له، وتنقسم هذه الفروع بحسب تقسيمات الإدارات اليوم، مثل:

- فرع توثيق وصياغة العقود المدنية؛ ويضم: عقود بيع المنقولات، وعقود الزواج، وعقود الطلاق، وعقود التبرعات، وعقود التركات والموارث، حيث يسهر هذا الفرع على إبرام هذه العقود وفق صياغات ومعايير المنظومة التعاقدية الشاملة، ويكون لهذا الفرع موظفون في الإدارات العامة ويخضعون لنظام المنظومة المأمولة.

- فرع عقود الأشغال العمومية والصفقات، ويكون لهذا الفرع موظفون في الإدارة ذات العلاقة بالنشاط، يسهرون على وضع عقود ودفاتر شروط محكمة الصياغة، ويخضعون لنظام المنظومة التعاقدية الشاملة في التسيير والمراقبة والتدقيق.

- فرع عقود التجارة والأرباح، ويكون لهذا الفرع موظفون في مديريات التجارة، يسهرون على صياغة عقود ودفاتر الشروط للسجلات التجارية وتسجيلها، وأرشفتها، ومراقبة مدى تطبيقها لبنود التعاقد، ومحاربة الاستبداد والمخالفات، ويخضع هذا الفرع لنظام المنظومة التعاقدية الشاملة.

- فرع عقود التمليك العقارية ومسح الأراضي والوكالات العقارية، ويسعى هذا الفرع إلى إبرام عقود التملك في العقارات، والسكنات، والشركات، ومسح الأراضي، ويُشرف على عقود المقيمين العقاريين ومراقبتها وصياغتها، ويخض هذا الفرع إلى نظام المنظومة التعاقدية الشاملة.

- فرع المحاسبة والتدقيق الشرعي، ويسهر هذا الفرع على الصياغة الفقهية للعقود وإصدار المعايير الفقهية والقانونية للعقود، ويكون هذا الفرع أكثر الفروع للموظفين المنتسبين له، ويمثل هذا الفرع العمود الفقري والفكري للمنظومة، إذ به يتم إصدار العقود القابلة للتنفيذ، وبه تتم المراقبة الدورية لمدى الالتزام بهذه المعايير في كامل المؤسسات.

- فرع الأرشفة والتسجيل والشهر العقاري والمعلوماتية والرقمنة، ويسهر هذا الفرع على أرشفة العمليات التعاقدية المهمة، وتسجيل العقود في نظام معلوماتي مرقم يُسهل الرجوع إليها، إن احتاجها القضاء والقضاء الشرعي عند إعداد التقارير السنوية ومحاسبة الجناة، ويخضع في تسييره إلى النظام ذاته.

- فرع الشكايات والعقوبات والتأديب، ويهتم هذا الفرع بتلقي وتسجيل الشكايات وتصنيفها، من أجل سهولة معالجة أسبابها من طرف لجنة المراقبة والمحاسبة، ومن أجل تيسير النظر القضائي فيها، كما يُصدر العقوبات بالموظفين الخاضعين للمنظومة؛ مثل الإنذار والإحالة، أو بالعقوبات المالية، وذلك من أجل الحد من مظاهر البيروقراطية.

ثم تخضع هذه الفروع جميعاً أثناء النزاعات والمحاسبات إلى اختصاص القضاء والقضاء الشرعي.

وتكون للمنظومة التعاقدية الشاملة ثلاث مراكز لإدارتها وهي:

1. الجمعية العامة، وتضم رئيساً للمنظومة ورؤساء مكاتب مركزية، تُدير المنظومة، وتسهر

على إعطاء القرارات والتوصيات والتعليمات للمراكز الجهوية.

2. المكاتب الجهوية، وتسهر على مدى التطبيق والتنفيذ لنظام ومعايير المنظومة على مستوى الفروع الجهوية، وتعمل على فتح مناصب الشغل والتوظيف في المنظومة وتُشرف عليها، تعمل كذلك على إدارة ممتلكات المنظومة الجهوية.

3. أكاديمية التأهيل للمنظومة التعاقدية المركزية والجهوية، حيث تسهر على:

- تأهيل الموظفين بالمنظومة من الناحية المهنية، والعمل على رفع مستوى المهني في أداء مهامه وفق معايير عالمية.
- بعث العمل المشترك بين المنظومة التعاقدية الوطنية الشاملة والهيئات الخارجية من أجل تحسين مردود الموظف والمنظومة معا.
- العمل على برمجة المؤتمرات والندوات الداخلية والخارجية، وورشات العمل من أجل الرقي بالمنظومة من حيث الصياغة والجودة.
- وضع الشروط المحكمة للالتحاق بالمنظومة التعاقدية.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على المنظومة التعاقدية.

إن المنظومة التعاقدية المعاصرة المأمولة المنبثقة من الفقه الإسلامي عموما والمالكي خصوصا والتي خصصنا لبعثها هذه الأطروحة، لا يمكن أن تُثبت نجاعتها التنموية والاقتصادية والاجتماعية وتستمر في ضبط السوق، وخلق توازن اجتماعي وهي نائية عن الرقابة القضائية عموما والرقابة القضائية الشرعية خصوصا.

وقد ذكرنا آنفا ضرورة بعث القضاء الشرعي كمؤسسة حامية للعدالة، وحاكمة لتعاملات الأفراد المالية والأسرية والتبرعية، لذلك من الضروري جعل مراقب شرعي بصفة قاضي العقود، الذي يقوم بدور الرقابة القضائية للمنظومة التعاقدية.

وقد يستشكل على هذا الطرح باحث بأن تجسيد القضاء الشرعي في الواقع محال حاليا، أو هو بعيد الوقوع، لذلك نقدم في هذا الفرع وجهة نظرنا في استحداث منصب قاضي العقود في المحاكم الوضعية بقوانين نابعة من الشريعة الغراء عموما والفقه المالكي خصوصا، تُسهّل عليه تفسير العقود، وفض النزاع، وإثبات التصرف ونفيه، وغيرها من القضايا محل الخلاف والنزاع في العقود، كما تحوّل له الرقابة على العقود، فالرقابة القضائية تُجسد دولة القانون والعدالة التي يتغنى بها الجميع.

وقد كان القضاء الجزائري بعد الاستقلال قضاءً موحدًا، ثم عمد المشرع الدستوري بأن جعل القضاء شقين؛ قضاء إداري وقضاء عادي، وهو ما جاء به دستور 1996 لاسيما المادة 152 منه، التي أنشأ بموجبها مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، ليكون بذلك قد تبنى نظام الازدواجية القضائية⁽¹⁾.

ولعدم وجود منظومة تعاقدية واضحة المعالم في النظام الإداري الجزائري فإن المشرع اضطرب في إدراج كل ما ينتج عن الإدارات من قضايا تحت رقابة القضاء الإداري، وذلك بعد تكييف النشاط الاقتصادي المبني على التعاقد أساسا عملا إداريا، فقد أدرج الصفقات العمومية وهي عقود إدارية تحت رقابة القضاء العام⁽²⁾.

ونعرض هنا عمل القاضي الإداري في الرقابة على الإدارات التي يصدر عنها النشاط التجاري، ثم نختتم بإمكانية وضع نظام ثالث للقضاء العام والإداري وهو القضاء الشرعي، ويعمل عمل القضاء الإداري والعام لكن في حدود ما يتدخل في النظر الشرعي.

البند الأول: رقابة القاضي الإداري للأنشطة الاقتصادية

يُحدد المشرع القضائي عمل القاضي الإداري، ويذكر أن رقابته تشمل دعاوى المشروعية، ودعاوى المسؤولية؛ إذ يُقصد بدعاوى المشروعية النظر في مدى مشروعية القرارات التي يتخذها مسيرو المؤسسات الإدارية بما فيها العقود من عدم المشروعية، القاضي الإداري يراقب القرارات فيما يحميها لكونها مشروعة، أو يلغيها لعدم مشروعيتها⁽³⁾.

وهو ما صرح به دستور 1996 الذي منح مجلس الدولة كأعلى درجة في هرم النظام القضائي الإداري اختصاص الرقابة على قرارات السلطات الإدارية⁽⁴⁾.

(1) انظر: الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، عيساوي عز الدين، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 27.

(2) انظر: منازعات الصفقات العمومية، حضري حمزة، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2005م، ص 37.

(3) انظر: الرقابة القضائية على نشاط سلطات الضبط الاقتصادي بين ازدواجية الاختصاص القضائي والمشروعية القانونية، تقار مختار، مقال بمجلة آفاق علمية، المجلد 88: العدد 18: السنة 2019م، ص 85.

(4) انظر: المادة 152 من دستور 1996 ..

تكمن الرقابة القضائية على الإدارات الاقتصادية بمراجعة ومراقبة القرارات التنظيمية التي تصدرها سلطات الضبط الاقتصادي مثل الأنظمة واللوائح وغيرها، والقرارات التي تُتخذ ضد المتعاملين الاقتصاديين أو العاملين في المؤسسات مثل العقوبات والتأديب، والأخطاء الوظيفية وغيرها. ولعدم وجود منظومة تعاقدية واضحة مستقلة فإن معظم اللوائح والقرارات التنظيمية التي تتخذها المؤسسات المالية والإدارية تقديرية ترجع إلى اجتهاد إداري محلي، أو إلى نص قانوني تغيّر، فتكون الرقابة القضائية في غالب الأحيان محدودة.

وزاد تشعب صفة المؤسسات في الدولة وطبيعتها القانونية إلى صعوبة الرقابة القضائية وتكييفها من الناحية القانونية، لذلك جاءت مواد المشرع متضاربة في كثير من القوانين المنظمة لعمل الرقابة القضائية على النشاطات الاقتصادية.

ويُتصد بدعاوى المسؤولية تلك الدعاوى التي يرفعها المتعاملون الاقتصاديون ضد المؤسسات جراء ضرر وقع بحقوقهم المالية، مثل الخطأ في الفواتير، أو العمد في تغيير العقد أو تزويره، فيرفع هؤلاء دعاوى تعويض أو دعاوى مسؤولية، مما يُحوّل للقاضي الإداري مراقبة هذه الدعاوى والتحقيق فيها.

ومع عدم تكريس المشرع الجزائري لدعوى التعويض ضمن اختصاصات القضاء الإداري، ولا أشارت النصوص المنظمة لسلطات الضبط الاقتصادي لهذه المسؤولية، تبقى إشكالية تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في دعوى التعويض ومراقبتها⁽¹⁾.

البند الثاني: المراقب الشرعي للعقود.

إنه مع تقديم الإطار العام للمنظومة التعاقدية الفقهية المالكية والمتمثل في الصياغة الفقهية للعقود -وهي لب المنظومة التعاقدية- من الضروري جعل مراقب شرعي بصفة قاضي العقود، الذي يقوم بمراقبة مدى التزام إدارة هذه المنظومة بأحكام الفقه الإسلامي المالكي في كل فروعها. فلقد عرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في الرقابة الشرعية بأنها عبارة عن فحص مدى التزام المؤسسة بالشرعية في جميع أنشطتها؛ ويشمل فحص العقود، والاتفاقيات،

(1) انظر: الرقابة القضائية على نشاط سلطات الضبط، مرجع سابق، ص 88.

والسياسات، والمنتجات، والمعاملات، وعقود التأسيس، والنظم الأساسية، والقوائم المالية والتقارير... الخ⁽¹⁾.

أما المراقب الشرعي للعقود أو قاضي العقود فهو الطرف الممارس للرقابة الشرعية التعاقدية داخل المؤسسة القضائية، من جهة الالتزام بالصياغة الفقهية المحكمة للعقود ودفاتر الشروط، خلال إدارة المنظومة التعاقدية.

فليس صعباً أن يُجعل مادة قانونية في الدستور تُشرع منصب قاضي العقود، وتمنح له صلاحيات مراقبة العقود في كل المؤسسات المالية والإدارية، وتُحول له النظر في الدعاوى المشروعية والمسؤولية من النظر الشرعي، كما تُحول له النظر في مدى تطابق العقود من النموذج الشرعي المعتمد، وبناءً عليه تتم مراقبة العقود وحمايتها من التزوير والإذعان والإجحاف والتعطيل والتفسير الخاطيء وغيرها من الممارسات السلبية التي أهلكت النظام التعاقدية في الواقع.

ومما يجب أن يختص به قاضي العقود:

1. إعطاء الحق الكامل للقضاء الشرعي النظر في فض النزاع في العقود المدنية، والحق الكامل للقضاء في فض النزاع في العقود الأخرى.
2. للقضاء الحق المطلق في تفسير العقود، والأمر بفسخها أو تنفيذها، وإثبات الملكية لذوي الحقوق.
3. للقضاء الحق المطلق للنظر في الشروط التعسفية والجزائية في العقود بين الفسخ والضمان والتعويض.
4. النظر في جرائم تزوير العقود والمعاقبة عليها.

(1) انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معايير المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار الضبط للمؤسسات المالية والإسلامية رقم 2، المنامة البحرين، 1421 هـ / 2000 م، ص 15

الخاتمة

الخاتمة

في ختام هذا البحث الذي أخذ منا أثنى الأوقات، وأفضل الأيام؛ إذ عزفنا خلاله عن الواجبات الأسرية، وفرطنا أياما في حقوق أهل البيت، حيث ألزمتنا البحث السهر والسمر لأيام طوال، كان فيها البحث والتقميش والتفتيش والتحليل والتركيب هو أنيس وحشة الليالي، وكم واجهتنا خلاله شواغل، وعقبات، وملهيات، وخواطر بالركون إلى الدعة إلا أن لذة الطلب، ونشوة الاستنباط والاستخراج، ومتعة العيش في زمن الفقهاء كانت بمثابة تسلية عن القلب، فكم من قضايا قصّت المضجع ليالٍ ثم تُثمر فرحا بالبحث.

وكم رافقني خلال البحث استشعار القارئ لهذا الموضوع في كل بند منه، بل وفي كل فكرة؛ أستشكر ما يمكن أن يكون استشكالا من القارئ ثم أجيب عنه، أتساءل عما يمكن أن يتساءل عنه القارئ ثم أتقدم في البحث، أتصور حجم طلب إحكام المنظومة التعاقدية الذي يسعى إليه كلّ غيور على أحكام الشريعة، وكلّ حريص على طعمة ماله ثم أقرّر، أتفكّر مليا فيما تسعى إليه الشعوب العربية النائرة ثم أحمل ذلك على أحسن المحامل وهو الرجوع إلى العزة الإسلامية والحكم الإسلامي الراشد فأحاول ضبط محاور البحث وبنوده على الموضوعية في إظهار التراث الفقهي كما قرره السادة الفقهاء وحكّموا به واقعهم قرونا متتالية، ومن ثمّ أطمح ليكون هذا الجهد تأسيسا لآلية إيجاد مدونات قانونية ذات صبغة فقهية، وكان في ذلك كله الاعتماد والتوكل على الله، وحسن الدعاء له، وطلبه من الوالدين والصلحاء بإكمال البحث على الوجه الذي يُرضي الله أولا والقارئ لها ثانيا، فالحمد لله على إتمام المنّة، وكمال النعمة على ما نحسب.

وبعد هذه السطور الدّالة على الختام، نسوق بعض النتائج المهمة التي توصل إليها البحث في تلك الليالي السالفة، وإننا ننبّه هنا إلى أن النتائج المستخلصة كثيرة وآفاقه عظيمة، لكننا سنقتصر على ما تقتضيه الخواتم من عموم وإيجاز، ونقدمها في النقاط التالية:

1. إن إحكام أحكام الفقه وصياغته وفق طرق مزاحمة للقوانين الوضعية هو لب الصياغة الفقهية التي ظهر الطلب عليها في هذا العصر من كثير من الباحثين والمشايخ لأهميتها في فرض منهج الشرع تطبيقا - ويعرف بشكل عام التقنين الفقهي -، وقد صاغ كثير من الداعين لإحكام الفقه وتقنينه مفهوم الصياغة الفقهية في تعاريف متعددة منها الموجز ومنها المطول، والذي ظهر لنا أنه تعريف جامع هو: تهيئة الأحكام الشرعية الفقهية في قوالب من حيث

الشكل والأسلوب، لتصبح قابلة للتنفيذ الفعلي له، هذا بشكل عام للصياغة الفقهية، أما الصياغة الفقهية للعقود فهي: تهيئة وثيقة عقد تتضمن أحكاماً شرعية فقهية في قوالب من حيث الشكل والأسلوب، لتصبح قابلة للتنفيذ الفعلي لها.

2. أن العلاقة بين القانون وتقنين الفقه علاقة تكامل؛ فما حقق فيه الفقه من أحكام ومبادئ في فقه العقود، ومناهج وطرق في تهيئة وثيقتها، يُكَمِّل ما تعثر فيه القانون، وما تطور فيه القانون من حيث قوالب الصياغة وتخلّف فيه الفقه، يُكَمِّل هذا التخلف، وإننا ننوه بوجود الاستفادة من تجربة الصياغة القانونية على شكل مدونات مستمدة من الفقه المالكي مع التنبيه على الخلاف الفقهي في المسألة في الفقه الإسلامي، مع العناية بمدونة العقود لأنها كالرابط الوثيق لعلاقات الأفراد مع بعضهم البعض.

3. أن أهم ما يُثْرَق بين الصياغة الفقهية والصياغة القانونية أمران؛ مصدرية لغة الصياغة: ففي الصياغة الفقهية لغة الصياغة عربية، وفي الصياغة القانونية غالباً ما تتم الصياغة بالترجمة من اللغة اللاتينية، وهو ما أفقد للصياغة المحكمة القيمة المرجوة منها في نفي التأويل عن بنودها وموادها، والثاني: مصدر التشريع ومبادئه: ففي الصياغة الفقهية المصدر رباني ذو مقاصد ربانية، يدل عليها منهج أصول الفقه عامة ودلالات الألفاظ خاصة فهو يمثل الأسلوب الأمثل لإعداد النص الفقهي المحكم، وهو ما يضمن الثقة بها، والارتياح لها، والتسليم لما ظهر منها، أما الصياغة القانونية فمصدرها النظر والاجتهاد الوضعي، لذلك فهو متغير من فكر لآخر، ومن عصر لآخر، مرة يفرض لزوم العمل وفقه، ومرة تبتثق منه الخلافات بين فلاسفة التشريع، لذلك تعددت فلسفات التشريع في القانون الوضعي إلى مذهب شيوعي وآخر رأسمالي؛ حاولت النظرية الشيوعية مثلاً ضبط الملكية فألغت ملكية الفرد وحرته في التصرف؛ إذ ليس لأحد أن يمتلك أرضاً أو مصنعاً أو عقاراً، أو غير ذلك من وسائل الإنتاج، بل يجب عليه أن يعمل أجيراً للدولة التي تملك كل مصادر الإنتاج وتديرها، وتُحَرِّم عليه أن يحوز رأس مال وإن كان حلالاً!

وحاولت النظرية الرأسمالية كذلك ضبطها فألت إلى تقديس حرية التملك لدى الفرد، وإطلاق العنان له، ليملك ما شاء، وينمي ما ملك بما شاء، وينفقه كما شاء، دون قيود تُذكر على وسائل تملكه وتنميته وإنفاقه، ودون أي حقوق للمجتمع في ذلك، وفي شريعة الإسلام طريق وسط ذو اعتدال يجمع بين مصلحة الفرد والجماعة؛ حيث أباح الملكية الفردية مع وضع قيود

- معينة لها لحماية الآخرين، وشرع الملكية الجماعية، رعاية لحقوق البشر، ومنع التملك غير المشروع، وبين ما تصح ملكيته وما لا تصح، ثم رتب الشارع تشريعات تحفظ الملكية.
4. أن الصياغة الفقهية نوعان؛ قطعية وظنية، وكلاهما يصح التقنين بهما، مع تقديم الصياغة الفقهية المحكمة لأنه أقطع للظن، وأشمل للعدل، بخلاف الصياغة الظنية فإنها مفضية للتفسير، مما يُجتم على صائغ الوثيقة بالصياغة الظنية أن يُدرج بنودا شارحة لما هو ظني من مصطلحات، غير أن الصياغة الظنية غير مؤدية للتناقض.
5. ينص فلاسفة القانون أن لغة التقنين استعمال خاص للغة الوطنية، ولغتنا الوطنية عربية، ويعمّد المشرع في غالب الدول العربية ومنها الجزائر إلى استعمال اللغة الأجنبية ابتداءً أو ترجمة قوانينها من اللغات الأجنبية عن اللغة الوطنية.
6. أن صنعة توثيق العقود وصياغتها صنعة جليلة القدر، حريّة بالحفظ، لذلك يُجتم على القائمين بالتشريع تشريع من يستحق التعيين والتدريب عليها من ذوي الكفاءات العلمية الوطنية، ولا يمكن مجال من الأحوال فتح المجال للتوثيق وصياغة العقود لكل ممتهن لها كالكتاب العامين، أو المستشارين القانونيين، أو مكاتب المحاماة، بله خريجي الكليات القانونية أو الشرعية دون تدريب أو تعيين.
7. أن من تبوأ منصب الاجتهاد الفقهي، وهو كل من يحق له الاستنباط وتقرير الأحكام وإلحاقها بالمسائل، ونقصد بالاجتهاد هنا إما الاجتهاد المطلق الذي توفرت فيه شروط الاجتهاد، أو الاجتهاد المنتسب العارف بقواعد إمامه وأصوله وطريقة جريانها في استنباط الأحكام؛ كأعضاء المجمع الفقهية ودور الفتوى، أو هيئات مؤسسات الإفتاء في المصارف والبنوك، أو الباحثين في العلوم الشرعية أو هيئات التدريس والبحوث في الجامعات الإسلامية، فكل من تحمّل مسؤولية الاجتهاد يتحمّل مسؤولية ضبط الحكم الفقهي في نص مفهوم محكم قابل للتنفيذ، لذلك كانت الصياغة الفقهية المحكمة محتمة عليه، يتحملها بمنصب الاجتهاد، وهو مسؤول عنها. فالصائغ للأحكام الفقهية في قوالب وأشكال قابلة للتنفيذ فقيه مقيّد بمراعاة نصوص الشريعة الثابتة في الكتاب والسنة، وهذا الأمر تمتاز به الأحكام الفقهية عن غيرها من الأحكام الوضعية حيث أن متكأ الصائغ للوثيقة الشرعية واضح ومتمين، بخلاف صائغ الوثيقة من الناحية الوضعية فهو يستند إلى آراء فلسفية وأحكام وضعية يطرأ عليها التغيير عادة.

8. كل المحاضرات تسعى إلى ضبط النظم القانونية لها، ومنها نظام التعاقد بما يُتيح لها فرصة الاستثمار المالي المريح من جهة، ويضمن لها الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي من جهة أخرى.

9. للصياغة الفقهية المحكمة للعقود تقنيات وأدوات لا بد من مراعاتها، وقد استخدمها كُتّاب الوثائق والسجلات المالكية في دواوين التوثيق، مثل: تقنية تخطيط وثيقة العقد وتقسيمها، وتبويبها؛ مقدمة العقد وفيها الافتتاح بالبسملة، ثم ذكر أطراف العقد، ثم عنوان العقد، وطريقة كتابة التعاقد بين طرفيه، ومنها: اختيار ألفاظ التعاقد كأفعال اللزوم والإلزام، والوجوب والمنع، ومنها: الابتعاد عن الألفاظ الموهمة كألفاظ أسماء الإشارة أو الأسماء الموصولة، أو أسماء الأضداد، ومنها تراكيب جملة العقود مثل استخدام الألفاظ الدالة على التعاقد وعلى موضوع العقد، والألفاظ المبينة لقصد المتعاقدين، وغيرها من الأساليب الواجب اتباعها في الصياغة الفقهية المحكمة للعقود.

10. أننا نقصد بالمنظومة التعاقدية الفقهية الشاملة المنشودة أن يتم استقراء أحكام الفقه الإسلامي ذات العلاقة بالعقود، ثم توضع أصول التعاقد ومبادئه، وشروطه، ولوازمه، وموانعه في قوالب لتكون كأصول الفقه في الاجتهاد، ثم يتم فرز العقود وتقسيمها إلى مدونات؛ كعقود الأسرة، ومدونة العقود الإدارية، ومدونة العقود المدنية، ومدونة العقود الصيرفة والتعامل البنكي، ثم تُصاغ صياغة فقهاية محكمة وفق القواعد المتوصل لها في هذه الأطروحة، ثم تُصاغ لها قوانين توضح كيفية العمل بها، وآلية تفسيرها، وطريقة التقاضي عليها، بعد دسترة وإنشاء القضاء الشرعي، ودسترة وإنشاء هيئة العقود والحسبة السالف ذكرها في الباب الثالث من هذه الأطروحة.

11. أن فكرة التعاقد هي القضية الكبرى التي تنبني عليها أصول التعاقد وأحكامه، وقد راعت كل فلسفات التشريع القديمة والحديثة بما فيها الفقه الإسلامي قضية أهلية التعاقد وحرية، كل ذلك حرصاً منها على حرية الإنسان وحقوقه؛ أما نظرة الفقه الإسلامي للأهلية فهي أشمل وأحكم من غيره؛ فالأهلية في الفقه أهليتين أهلية وجوب وهي صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق وتجب عليه التزامات، وهي الذمة فقهاً، وأهلية الأداء وهي صلاحية المكلف لأن تعتبر أقواله وأفعاله ويترتب عليها أثر.

كما راعت فلسفات التشريع قضية الإرادة وحرية التعاقد، وأخذت هذه القضية تبلور منذ الزمن الأول للتشريع فقد كانت بين شكلية التعاقد وحرية، حيث تغلبت

الشكلية على حرية الإرادة، ثم تطورت القضية أكثر وتم التخلي عن الشكلية وحل محلها الدين؛ بمعنى أن ضمان قيام العقد كان مبينا على شكليات متعددة، ثم أصبح مبينا على ديانة الفرد، ثم تم التخلي عن الديانة إلى القانون أو الاقتصاد، حتى قيل العقد شريعة المتعاقدين، عندها تمايزت مذاهب ثلاث في رعاية حرية التعاقد، لكن مراتب المراعاة تختلف من تشريع لآخر:

✓ مذهب إطلاق العنان لحرية التعاقد وحرية الإرادة، ثم أباحت هذه الفلسفة التملك في كل شيء فلا حدود للملكية؛ فالزواج يرجع لحرية الإنسان، والميراث يرجع لحرية التعاقد، والعمل يرجع لحرية التعاقد....، ثم نتجت فكرة دعه يعمل اتركه يمر، وهي ألصق بالتعاقد والتملك منها بالعمل، ثم اتكأ فلاسفة هذا الفكر على مستندات عادلة مثل: الرضائية، وهل العبرة في العقود بالمعاني أو بالألفاظ، وقد سجلنا على هذا المذهب نقطتان:

- اعتمدت هذه الفلسفة في تمرير فكرة حرية التعاقد على سلطة الكنيسة، لكنها في الحقيقة اجتهادات بشرية، ثم تحلّت عن الكنسية لكثرة الخلاف بين الاجتهادات، وسينهار هذا الاجتهاد لاحقا كما انهار سابقا، لأن تراكمات العيوب في النظر البشري تتزايد عليه وهي ما يهدد زواله.

- الاعتماد على حرية التملك فتح الباب أمام الدول المتبينة لهذا التشريع بأن تُشرّع لنفسها حرية تملك كل شيء قابل للتملك بناءً على عقود؛ فاستباحوا ثروات بلدان واحتلوها، ثم خيروا سكانها بالخروج من بلدانهم مقابل عقود هيمنة على الثروات لقرون من الزمن.

✓ مذهب التشارك في الملكية، الذي ظهر بعد فشل سلطة التشريع الكنسي في ضبط حرية التملك، فادعى واضعوه وضع فكرة التشارك في الملكية، وتقوم الدولة بتوزيع منافع الأملاك على الأفراد، واعتمد هذا المذهب على عدة مبادئ مثل القومية، ومبدأ التشارك في الملكية، ومبدأ التخطيط المركزي، لكننا من خلال بحث تاريخ هذا المذهب وفلسفته وآثاره تبين أن هذا المذهب وُلِدَ ليسقط، لأنه يحمل في بنوده التحجير على الحرية، والتسلط على رقاب الخلق.

✓ مذهب فقهي وسطي في حرية الإرادة والتملك، مبني على المصلحة، فللفرد حرية التعاقد لكن في حدود ملكيته وقدرته، فإن تعدى إلى حقوق الغير حُجر عليه

ومنع، وللأفراد حق التشارك في الملكية بما يرجع عليهم من نفع ومصلحة دون تسلط أو تحجير، فإن خالف أحدهم حق التملك المشترك حجر عليه، وقد اتكأ هذا المذهب على نقط منها:

- كرامة الفرد الإنساني، إذ لا يحق الدوس عليها، ولا إهانتها، ولا انتزاعها منه، فأقر الشارع المقاصد الخمسة الحافظة للإنسان، فهي بذلك تصمن له حق التعاقد والتملك، وتمنعه من حق غيره دون وجه حق.

- الانتقال من كون الفرد الواحد هو مكون المجتمع فيباح له التملك ولو على حساب أقاربه، على كون الوحدة الأسرية هي مكون المجتمع، ثم أعطى الأهمية البالغة لهذه الوحدة من الحفظ، وجعل لها نظاما فريدا للتعاقد كالنكاح والوصية والهبة والإرث والوقف، وهو أمر يعزز روابط الأسر فتتكافل مع بعضها، وهذا ما يُخالف النظام الاشتراكي في الاشتراك في التملك.

- فرض الحلول للأزمات المتوقعة، أو الاعتماد على نظام العدالة الاجتماعية. - وضع أصول التعاقد والنص عليها، ثم ترك للاجتهاد مسؤوليته في ردّ كل عقد إليها.

12. أن توثيق العقود وصياغتها عند مالكية الغرب خاصة الأندلسيين منهم لاق اهتماما كبيرا من طرف الفقهاء والولاة معا، فالإرادة السياسية في الغرب الإسلامي نابعة من الانتماء الثقافي للدولة، ومن هويتها الإسلامية المالكية، فلم يتخلل الحكام عن الحكم بأحكام الشرع في تنظيم العقود، ولم يتخلل الفقهاء عن مهمتهم والقيام بها، فلم تر هروبا أو عزوفا أو تركا من الفقهاء لهكذا مسؤوليات رغم صعوبة المهمة، كونها عملا يوميا داخل الأسواق والمتاجر وهي أماكن فَرّ وكرّ ونبذ، لكنهم قاموا بمهمتهم التي حفظت الشريعة دهرًا من الزمن، وها نحن اليوم نقر بهذا الجهد ونشكرهم عليه، ونطلب من الحكام أن تحذو إرادتهم السياسية حذو من سبق، ونطلب من الفقهاء أن يمدوا يد التكامل المعرفي والاستفادة مع غيرهم من التخصصات الأخرى، ليقوموا بذات المهمة ليشكرهم التاريخ والأجيال.

13. أن العقود بعد وجودها وتحريرها تعترضها نقطتان أساسيتان: تفسيرها، وتزويرها؛ أما تفسير العقود فقد أغفل كتاب الوثائق والشروط بيانه أو ذكره باسم التفسير، لكنهم ركزوا

كثيرا على طرق إثبات الحق فكأنها تقوم مقام تفسير العقود في القانون الوضعي، غير أن القانون الوضعي يجعل تفسير العقد مهمته في إظهار نية المتعاقدين والوصول إلى إرادة المتعاقدين من خلال صيغة العقد ومواطن إبرامه، وعليه فتفسير العقود من النظر الشرعي هو: القواعد التي يتبعها القاضي في بيان غموض صياغة عقد ما، من أجل فض النزاع والقضاء بين المتعاقدين وإثبات الحقوق.

والغرض من التفسير في كلا النظريّين هو إقامة العدل، غير أن تفسير العقود من النظر الشرعي الفقهي نراه أبلغ من التفسير من النظر القانوني؛ إذ أن التفسير من النظر القانوني يقوم على مذهبين في الإرادة الظاهرة والباطنة وكيفية الكشف عنها، والتفسير الفقهي للعقود يقوم على طرق إثبات الحق وهي: الشهادة، والكتابة، والإقرار، المعاينة، اليمين، القرائن.

أما تزوير العقود، فبعد سوق عدة مفاهيم للتزوير توصلنا إلى أن التزوير هو العمد في تغيير حروف أو شكل الوثيقة التي تثبت فيها الحقوق للأفراد أو العمد في التفسير الخطأ لها بقصد الظلم، وهو نوعان: تزوير تقليدي، وتزوير تقني أو رقمي، وإن استشرى النوع الأول في كثير من المحررات والعقود في دنيا الناس قديما وحديثا، فإن الأخير أشد وأنكى من الأول، إذ لا حدود جغرافية تحده مع التطور المعقد لنظام الاتصالات والتسابق إلى تعقيده من طرف الدول العظمى، إذ يعتمد على الدراية والإتقان في عالم البرمجيات، فلا يتدخل فيه الجسد، وأي دولة تعنتي بهذا العلم وتعرف طريقة صده فقد أمنت نظامها الرقمي وأي دولة تخلت عن ذلك فهي عرضة للتزوير.

وأن التزوير ينتشر لأمر منها: قلة الوازع الديني في المجتمع والعمل على عدم تقويته إعلاميا وتعليميا، ضعف السلطة القضائية والعقابية، كثرة المال الفاسد، وقد كان المزور للمحركات الرسمية والعقود قديما في التجربة الفقهية يوسم بوسام على وجهه أو رأسه كأن يُحلق رأسه ويُطاف به في الأسواق، أو تسود وجهه ويُطاف به مع الجلد.

14. أن التجربة الفقهية اتخذت أشكالا عدة لحفظ العقود هي: تسجيل العقود، وشهر الأملك، وثبتها في سجلات الوثائق.

15. لقد أعطى الوثائق أهمية بالغة للشروط في العقود، وبينوا ما اشترطه الشرع وإن لم يتم اشتراطه من قبل المتعاقدين، كما وضحوا ما يجوز للمتعاقدين اشتراطه وما لا يجوز، بل بينوا أغلب الشروط الممكن دخولها في كل عقد على حدا، وأبلغ من ذلك أنهم منعوا

التعسف في الاشتراط بما يرجع على أهلية الإنسان وكرامته بالقهر والضعف، ومما لاحظناه أن كثيرا ما يسوق ككتاب الوثائق الخلاف الفقهي عند المالكية حول الشروط الجعلية في العقود.

16. أن استحداث العقود وظهور عقود جديدة عملية مستمرة باستمرار البشر، فكلما كثر البشر، وتعددت علاقاتهم، وتطورت سبل التواصل مع بعضهم البعض كلما نتجت عقود، واستحدثت أخرى، وواجب المختصين في علم الشريعة والتشريع التماسي مع متطلبات العصر، ومحاولة التفريق بين العقود المستحدثة واستحداث العقود، وذلك بالعناية بأمرين؛ الأول: فقه التوقع والاستشراف، حيث يتمكن من خلاله إلى وضع قواعد وأسس للاجتهاد الفقهي في حالة نزول النوازل التعاقدية، وتقديم النظر الشرعي والبديل الفقهي لها، مما يُثبت قدرة الفقه على احتواء المستجدات، وهي صنعة الاستحداث، حيث لا تبقى الأمة تنتظر العقود من تجارب فلسفات التشريع الغربية الاشتراكية والرأسمالية، بل لابد من الاجتهاد في استحداث عقود تتواءم مع متطلبات العصر والنظر الفقهي. والثاني: العناية بفقه النوازل والاجتهاد فيه وفق ضوابط تضمن الاستفادة منه، والاعتماد عليه، وهي صنعة توجيه الحكم الشرعي للعقود المستحدثة.

وترجع الثورة التعاقدية المعاصرة إلى ثلاثة أسباب هي:

✓ تغير فكرة عقد البيع بين النظر القديم والنظر المعاصر؛ فقدما قد البيع هو سلعة مقابل ثمن والغرض منه تلبية حاجيات من طرف وريح من الطرف الآخر، أما في النظر المعاصر فإن فكرة التمويل طغت على فكرة البيع، مما فتح الباب أما ظهور عقود كثيرة.

✓ ظهور الشخصيات الاعتبارية في عملية التعاقد وإعطائها الحقوق والالتزامات وبراءة الذمة وشغلها، وغالبا ما تتمثل هذه الشخصيات الاعتبارية في المؤسسات، مما جعل التعاقد بين الشخصية الطبيعية والشخصية الاعتبارية، أو بين الشخصيتين الاعتباريتين دوما مبنيا على الاشتراط والتركيب، من أجل ضمان الريح، فتعدد أشكال التعاقد.

✓ هيمنة الفلسفة الغربية على ثقافة الشعوب عامة، مما انبنى عليه الهيمنة على العقارات والبنوك العالمية والمؤسسات المالية، إذ الغرض من ذلك استنزاف ثروات الشعوب المغلوبة، والاستحواذ عليها، مما فتح لها الباب في إيجاد صيغ تعاقدية إذعانية جديدة

ذات شروط تعسفية، غالبا ما تكون مركبة ومعقدة حتى لا تتمكن الشعوب من الخروج من الهيمنة الغربية، والغريب في الأمر أن تقدم هذا الاستحواذ من التعاقدات المالية إلى التعاقدات الاجتماعية خاصة الزواج منها، إذ معظم الدول الغربية اليوم تفرض على الدول الضعيفة التي ملكت ذمتها المالية وفق التعاقد المالي بأن تُغير من عقودها المدنية الاجتماعية بما يتواءم مع الفلسفة المادية البراغماتية الغربية !

17. إن إحصاء عدد العقود واستقراءها من التراث الفقهي المالكي يدلنا على ثراء التجربة الفقهية المالكية في العقود، وهذا التنوع في العقود، والحصر لها من فقهاء المالكية، وبيان آلية صياغتها، وطريقة تسجيلها، وكيفية القضاء فيها، والشهادة عليها، والرقابة والمحاسبة عليها، حُرِّيَّ بأن نلتفت إلى هذه المنظومة التعاقدية الفقهية بالتحقيق والتدقيق والبيان من أجل تقنينها تقنيننا معاصرا يتماشى مع مقتضيات العصر المعيش، فما بالك بالفقه الإسلامي عامة.

18. أن أكبر العَوْر للعقود المعاصرة أنها متناثرة، ولا تكاد تجتمع في منظومة تعاقدية واحدة، تُنظّمها قوانين واحدة؛ فالعقود الإدارية مبعثرة، والمدنية أشد تبعثرا، وعقود البنوك منفصلة تماما عن العقود الأخرى، وهذا التناثر يرجع قطعاً بالسلب على العقود فلا يمكن بسط الاستقرار الاجتماعي معه، ولا بسط توازن المال والسوق معه، لذلك من أكد المقاصد بسط الأمن التعاقدي باستحداث منظومة تعاقدية محكمة وشاملة، تُنظّمها قوانين واحدة، ويسهر على مراقبتها، وتنفيذها جهاز العدالة والمحاسبة على حد سواء، وإننا ننوه بالتجربة الفقهية التعاقدية المالكية فإنها ثرية بعوامل ضمان الاستقرار التعاقدي وحمائته، فإن انضم لها الفقه الإسلامي عموماً فإنها تزيد حَكامة ومتانة.

19. لا بد من رد الاعتبار للقضاء الشرعي وتجيده على أرض الواقع، وإعطاء صلاحيات كاملة للقاضي الشرعي في مراقبة ومحاسبة العقود والتقاضي لها، فمن غير المعقول أن يُهمش القضاء الشرعي الذي عمَّر قرونا متتالية في فض النزاع، وتقويم العلاقات، ومحاسبة المجرمين، وتقويم المخطئين، محافظاً بذلك على الاستقرار الأمني في كل ربوع الأمة الإسلامية ومنها الغرب الإسلامي وبالخصوص المغرب الأوسط، ثم يُتخلى عنه لغيره !

20. لا بد من ردّ الاعتبار للكفاءات الفقهية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية على حد سواء في عملية التشريع، فمن غير الممكن أن يبقى التشريع والتقنين في الجزائر بالصفة التي عليها الآن؛ فكيف لبرلمان يدخل من هب ودب، ويتنافس على دخوله الغث والسمين، وربما

تحكم المال الفاسد في رقاب المشرعة؟ كيف لهذا البرلمان تشريع منظومات قانونية ومدونات نابعة مما يتطلبه الشعب؟! ، لا بد من وضع قانون دستوري محكم يوضح صفات القائمين بالتشريع ومؤهلاتهم وطريقة عملهم، وأصول التشريع، دون إهمال لمن سبق ذكره أعلاه.

21. إن المؤسسات الشرعية التابعة لكل دولة تتمثل في: المساجد، دور الفتوى والقضاء، الجامعات الفقهية، الزوايا، المعاهد الشرعية، الجامعات الشرعية والكليات، المجالس العليا للفتوى والاستشارات الشرعية، أما غير المؤسسات الحكومية كالشخصيات الشرعية والجمعيات الشرعية والمعاهد الخاصة، كل هذه الجهات واجب عليها حماية الدين والذب عنه، وتقديم البدائل الشرعية للحلحلة المشكلات المعيشية، وأي تقصير منها أو تفريط أو تهاون ينتج عنه تقهقر الفقه في حكم تصرفات الخلق، مما يفتح الباب للحكام والتيارات المعادية للدين بالزعم أن الموروث الديني لم يعد قادرا على مواجهة مشكلات العصر، ومن ثمَّ إبعاد الدين عن التحكيم والتشريع، وهو عين تعطيل الشريعة، بل والأدهى من ذلك والأمرُّ إدخال هذه المؤسسات في صراعات داخلية ومناوشات وتفضيلات زادت الطينة بلة، وأضعفت الفقه من الداخل، فلم تعد هذه المؤسسات قادرة على فرض البديل الفقهي في ثوب المعاصرة.

22. أن النظام التعاقدى المعاصر لصيق بالنظام السياسية والاقتصادي والاجتماعي، فلا يمكن فرض الاستقرار في هذه المجالات إلا بصياغة محكمة لمنظومة تعاقدية شاملة منظمة لعلاقات الأفراد، ومنظمة للملكية والتمويل، ثم إن هذا النظام التعاقدى المعاصر له كثير من الإيجابيات في جانب شكلية العقود، وطريقة حفظها، وصياغتها، وتنفيذها، وكل الدول المتطورة يرجع تطورها لأسباب عدة منها ضبط العقود وحمايتها، وإن التجربة الفقهية لجديرة بلفت النظر لها تأصيلا وتفريعا وتبويبا، مع الاستفادة من تجارب التشريعات المتقدمة فيما له كبير فائدة على المنظومة التعاقدية.

لذلك فإننا لا نسلم بأن الصيغ الأولى للعقود في بداية التشريع الفقهي كافية اليوم في عصر التطور الرقمي لتلبية حاجيات الأفراد والمؤسسات، إذ لو كانت كافية لما زيد عليها، ولما انتقدت، غير أن النصوص الأولى للتشريع التعاقدى أبانت عن أصول التعاقد فهي التي يجب تمحيصها وتدوينها، أما أشكال التعاقد وصيغته وكيفية التقاضي عليها، فهي قابلة للتغيير والإضافة من عصر لآخر حيث لا تتعارض مع أصول الشرع.

23. إنه لا يمكن الحديث عن استثمار التجربة الفقهية التعاقدية في الواقع المعاصر إلا بوجود ركائز أربع:

- ✓ قضاء شرعي له الصلاحيات الكاملة.
- ✓ هيئة محاسبة لها صلاحيات موسعة في مراقبة العقود ومدى تنفيذها، دون إقصاء للمؤسسات الشرعية في مراقبة العقود وضبط السوق.
- ✓ إرادة سياسية حقيقية نابعة من الانتماء الفكري والعقدي الحضاري للشعب.
- ✓ الاعتماد على الحوكمة الشرعية في تسيير المنظومة التعاقدية؛ ويُقصد بالحوكمة وضع نظام رقابي تسييري مستمد من الفقه الإسلامي عموماً أو من الفقه المالكي خصوصاً، تتسير به المؤسسات بدءاً من القانون التأسيسي للمؤسسة إلى القانون التنفيذي لها؛ حيث يضمن هذا النظام تحقيق الشفافية والعدل والتنمية في المجتمع، ويخلق التوازن بين الأفراد والمؤسسات ويعطي الحقوق لأصحابها.
- وإننا نعتقد أن الصياغة الفقهية المحكمة للعقود جزء أصيل، وأصل رئيسي في نظام الحوكمة الشرعية؛ إذ العقد هو شريعة المتعاقدين، وهو الرابطة الوثيق بين المؤسسات والأفراد، وبين الأفراد من جهة أخرى، وبين المؤسسات والمؤسسات من جهة ثالثة، فالعقود الفقهية المحكمة في صياغتها تنفي عن تسيير المؤسسات كل أشكال الفساد الإداري مثل التزوير والانتحال والرشوة والمحسوبية والابتزاز والتعسف في استعمال الحق أو في إعطائه.

وبعد هذا النتائج فإننا نوصي الباحثين في الدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية بعد أمور منها:

1. الاتفاق على أصل التشريع والاستنباط، والتفريع، والتقنين، والاستحداث، والاستشراف وهو الفقه الإسلامي، مع إمكانية الاعتماد على غيره إذا أفضى ذلك إلى مصلحة قطعية كلية عامة، لأن الاتفاق على أرضية الاجتهاد يُمكن من فرز منظومة قانونية متقاربة ومتجانسة، ويُرجع الثقة لها، وهو أمر لا نقصد به الإعراض عن كل ما فيه مصلحة من التشريعات الوضعية، أو التشريع عليها، بل نقصد به وجوي خدمة التجربة الفقهية والارتقاء بها جنباً إلى جنب مع التجارب التشريعية الوضعية التي تحكمت دهرها في التشريع العربي؛ حيث تُعالج ثغراتها، وتصوّب عثراتها، ويُستفاد من إيجابياتها، وإننا نؤكد أن التجربة الفقهية لغنية بأصول وقواعد قابلة لاحتواء المستجدات وتخرج حكمها بما لا يتعارض مع أحكام الشرع من جهة، ولا يتعارض مع متطلبات الشعوب من جهة أخرى.

2. أن العقود التي نص عليها كتاب الوثائق والشروط كثيرة، وهي كفيلة بالاستقراء والتنظيم والتصنيف وفق منهج صياغة محكم، مع استنباط أصول العقود وشروطها وموانعها وكيفية التحاكم وفقها، ثم تُقارن مع العقود المعاصرة مقارنة موضوعية، ثم تُجمل في مدونات تقنية لتكون قابلة للتنفيذ الفعلي لها، وهو عمل علمي ذو أهمية بالغة، نعتقد ضرورته في هذا الوقت الذي يُطالب فيه المجتمع الدولي بضرورة إيجاد حلول للأزمات الاقتصادية المتتالية، ومُحاول الكثير من الدول والمؤسسات الاستفادة من النظام الإسلامي المالي في ضبط السوق وحماتها، وقد كان هذا العمل في مشروعه الأول الذي قُدّم للجنة العلمية هذا المقصود منه، لكن لطوله ارتأت اللجنة العلمية الاكتفاء بالتأصيل والتنظير لصياغة العقود وآلية استثمار التجربة الفقهية في المنظومة التعاقدية المعاصرة، على أمل أن توّرع المقارنة المباشرة بين العقود في شكل مشروع بحثي مكمل ومبني على منهج الصياغة الذي أسست له هذه الأطروحة.

نؤكد أن بحثنا هذا دعوة إلى صلاحية التجربة الفقهية المالكية للتأسيس لمنظومة تعاقدية شاملة ومحكمة، وقابلة للتنفيذ الفعلي لها، مع إمكانية استثمارها في تصحيح أو استبدال النظم التعاقدية المعاصرة.

ملاحق

ملحق لنماذج من العقود الشرعية في مذهب المالكية

إتماماً لمنهج صياغة العقود، نُدرج هنا بعض الملاحق من نماذج العقود الشرعية في المذهب المالكي، والتي تم استحداثها وفق منهج الصياغة المبسوط في هذه الأطروحة، وكذا اعتماداً على كتب الوثائق والشروط المالكية، وإننا نضرب هنا بعض الأمثلة للعقود فحسب إذ أن صياغة كل العقود التي ذكرها الوثائق المالكية والتي عددناها سابقاً في ثلاث وثلاثين عقداً ومدارستها ومقارنتها مع العقود الوضعية المعاصرة هي أمنية بحثية أخرى مكملة لهذا البحث التنظيري لمنهج الصياغة، وإن شاء الله سنكملها في باقي البحوث.

لذلك سنسوق بعض النماذج من صياغة العقود؛ بعض عقود النكاح وما شاكله، وبعض عقود البيع وما شاكله، وبعض عقود التبرعات وما شاكلها.

وقد اعتمدنا في تركيب هذه العقود على بعض مصادر الوثائق والسجلات منها:

- كتاب الوثائق والسجلات ، ابن العطار.
- كتاب الوثائق المختصرة، أبي إسحاق الغرناطي.
- المقنع في علم الشروط، ابن مغيث الطليطلي.
- العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، ابن سلمون.
- وثائق الموحدين والمرابطين، عبد الواحد المراكشي.
- التدريب على تحرير الوثائق العدلية، لأبي الشتاء الحسيني.
- وثائق الفشتالي.

نموذج لصياغة عقود النكاح وما شاكلها

عقد الصداق⁽¹⁾

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى آله وصحابته أجمعين، وبعد: هذه وثيقة عقد نكاح طرفاها:

الأول: فلان ابن فلان الزوج، وهو صحيح العقل والجسم من كل ما يخل بقصد النكاح مما يثبتته الطب، وأنه من غير محارمها.

الثاني: فلان ابن فلان عن ابنته البكر في حجره فلانة، وهي صحيحة العقل والجسم من الجذام والبرص والجنون وداء الفرج⁽²⁾، وكل مرض يخل بقصد النكاح طيبا.

في شهر كذا من سنة كذا.

اتفق طرفا العقد بالتراضي من غير إكراه قبولا وإيجابا على إنكاح فلانة (الزوجة) من فلان (الزوج)، على أن يكون صداقها كذا، المعجل منه كذا والمؤجل منه كذا.

تزوجها بكلمة الله عز وجل وإذنه وعلى سنة نبيه محمد صلى الله عليه وسلم⁽³⁾، وأنه دخل بها (أو سيدخل بها) في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا.

وشهد على كتب هذا الكتاب حضوريا شاهدان هما: فلان ابن فلان وفلان ابن فلان.

كما اتفقا على الالتزام بكل شرط شرعي في العقد؛ فلها النفقة من نفقته، والسكنى من سكناه، وحسن المعاشرة بالمعروف، وألا يظلمها أو يخذلها، وألا يمنعها عن أهلها، وله حسن الطاعة والمعاشرة، وألا تمنعه من نفسها إلا بعذر شرعي في حيض أو نفاس، وعليه إرضاع ولده، وله يُنسب النسب، وله القوامة بالنظر الشرعي.

(1) هكذا سماه كل من ابن مغيث الطليطلي في المقنع، ص16، وأبو إسحاق الغرناطي في الوثائق المختصرة، ص94، وسماه ابن العطار في سجلاته في ص7، وابن سلمون في العقد المنظم، ص5، باسم: إنكاح الأب ابنته البكر في حجره.

(2) انظر: الوثائق المختصرة، الغرناطي، ص101.

(3) المقنع في علم الشروط، ابن مغيث.

كما رضيا بالاحتكام عند النزاع إلى القضاء الشرعي، والفتوى على مذهب الإمام مالك رحمه الله.

وقد كتب هذا الكتاب فلان بن فلان الموثق المعتمد، وعرض الكتاب على الأطراف والشهود فاطلعوا عليه ورضوا بما فيه، فختمه ووقع عليه وسجله في شهر كذا وسنة كذا.

كما وقع عليه كل من الزوج، وولي الزوجة، والشاهدان، في التاريخ نفسه.

وإن أرادوا الاشتراط أكثر في العقد على شروط أخرى، فإن مبدأ مذهب مالك رحمه الله أن الاشتراط في عقد النكاح لا يصح ولا يلزم، وإن تم الاشتراط فالعقد صحيح والالتزام به مستحب، صيانة لعقد النكاح من الانفلات.

ومما ذكره كتاب الوثائق والسجلات من الاشتراط في العقد:

1. يلتزم الزوج لزوجته بما يلي، وإن فعل فأمرها بيدها⁽¹⁾:

- ألا يتزوج عليها.
- ألا يتسرى عليها.
- ألا يتخذ معها أم ولد.
- ألا يغيب عنها غيبة أكثر من ستة أشهر، إلا لحج الفريضة قصده وأعد له، فله غيبة ذلك، تاركاً لها نفقتها وكسوتها وسكنائها، فمتى زاد على هذا الحد من الغيبة فأمرها بيدها، بعد أن تُثبت الغيبة بشاهدي عدل يُعرفانها بالله، تحلف أمامهما في بيتها لقد غاب أكثر مما اشترط لها.
- ألا يرحلها من دارها بمدينة كذا إلا برضاها، فإن رحلها مكرهة فأمرها بيدها، وإن رضيت بالرحيل فلها ذلك.
- ألا يمنعها من زيارة جميع أهلها من النساء، والمحارم من الرجال، فإن فعل شيئاً فأمرها بيدها.
- أن تكون عنده بأمانة الله، ويؤاخذها بما في كتاب الله وسنة رسول الله.

(1) انظر الوثائق والسجلات، ابن العطار، لكن يظهر أن هذه الشروط مبنية على مذهب الحنابلة إذ يُجيزون الاشتراط في عقد النكاح، ويجعلونه ملزماً وإلا لها الخيار، أما مذهب مالك فإنه يمنع الاشتراط في عقد النكاح، وإن وجد الاشتراط فَيُستحب الوفاء به ولا يلزم، وإن لم يُوفَّ به أحدهما فلا يُفسخ العقد.

2. تلتزم الزوجة للزوج بما يلي:

- حسن الصحبة وجميل العشرة.
- الطاعة بالمعروف في معروف.
- ألا تمنعه من نفسها.

عقد الطلاق (1)

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى آله وصحابته أجمعين، وبعد: هذه وثيقة تسجيل طلاق طرفاها:

الأول: فلان ابن فلان (الزوج)، أثبت نفسه بوثيقة كذا.

الثاني: فلانة بنت فلان (الزوجة)، أثبتتها بوثيقة كذا.

وقد أثبتت زواجهما بعقد كُتب ووثق في يوم كذا وشهر كذا وسنة كذا.

وقد أقر الزوج في غير إكراه منا أمامنا نحن قاضي العقود فلان بن فلان أنه طلق زوجته المذكورة بعد العقد عليه و(قبل الدخول بها، أو بعد الدخول بها) في طهر لم يمسه فيه، طلقة واحدة رجعية، أو طلقة ثانية رجعية مثبتة بوثيقة كذا، وأنه تلفظ بطلاقها في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا.

وقد سجل هذا العقد من أجل فض النزاع بينهما قضاء، وصيانة لحقوق الزوجة في العدة.

ويُلزم الزوج المطلق بناء على هذا التسجيل بما يلي (2):

- النفقة على زوجته المطلقة وكسوتها طول العدة.
- ألا يخرجها من بيتها طول مدة العدة.
- وإن مات أحدهما ورثه الآخر.

(1) واختلفوا هل الطلاق عقد بين طرفين أو هو تسجيل وقعة بين انفصال بين زوجين من اجل بيان أثر شرعي، ولذلك اختلف كتاب الوثائق والشروط في تسمية عقد الطلاق فقيل: عقد طلاق، وقيل: الطلاق وما يتعلق به، وقيل فصل في الطلاق.

(2) العقد المنظم، ابن سلمون، ص 99.

- يصح له مراجعتها أثناء العدة، بما أثبتته الشرع من طرق الرجعة.
 - أن يتحاكما إلى القضاء عند الإخلال بالحقوق، وإلى الفتوى على مذهب مالك في إجراء العدة.
 - يُسجل هذا الطلاق للنظر في الدعاوى قضاء، وإثباتا للحقوق.
- وقد كتب هذا العقد موثق عقود الطلاق فلان بن فلان المفوض من قاضي العقود فلان بن فلان، وأطلع الزوج المطلق على ما كتب فأقره، ثم وقع الموثق العقد وختمه في يوم كذا من شهر كذا في سنة كذا.
- كما وقعه المطلق في التاريخ نفسه.
- وإن كان طلاق الثلاث أو الطلقة الثالثة فإنه يقول بعد ذكر أطراف العقود:
- وقد أثبت زواجهما بعقد كُتب ووثق في يوم كذا وشهر كذا وسنة كذا، كما أثبت طلاقه الأول بوثيقة طلاق في وقت كذا، وطلاقه الثاني بوثيقة طلاق في وقت كذا.
- وقد أقر الزوج في غير إكراه منا أمامنا نحن قاضي العقود فلان بن فلان أنه طلق زوجته المذكورة في طهر لم يمسهما فيه، طلقة ثالثة بائمة بينونة كبرى، وأنه تلفظ بطلاقها في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا.
- وقد سجل هذا العقد من أجل فض النزاع بينهما قضاءً، وصيانة لحقوق الزوجة في العدة.
- ويُلزم الزوج المطلق بناء على هذا التسجيل بما يلي:
- النفقة على زوجته المطلقة وكسوتها طول العدة.
 - ألا يخرجها من بيتها طول مدة العدة.
 - وإن مات أحدهما لم يرثه الآخر.
 - لا يصح له مراجعتها أثناء العدة.
 - لا يصح له العقد عليها بعد العدة حتى تنكح زوجا غيره في غير تحليل.
 - أن يتحاكما إلى القضاء عند الإخلال بالحقوق، وإلى الفتوى على مذهب مالك في إجراء العدة.
 - يُسجل هذا الطلاق للنظر في الدعاوى قضاء، وإثباتا للحقوق.

وقد كتب هذا العقد موثق عقود الطلاق فلان بن فلان المفوض من قاضي العقود فلان بن فلان، وأطلع الزوج المطلق على ما كتب فأقره، ثم وقع الموثق العقد وختمه وسجله في يوم كذا من شهر كذا في سنة كذا.

كما وقع المطلق في التاريخ نفسه.

نموذج لصياغة عقود البيع وما شاكله

عقد ابتياع ملك

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى آله وصحابه أجمعين، وبعد: هذه وثيقة عقد ابتاع ملك طرفاها:

الأول: فلان بن فلان بصفة بائع وهو صحيح العقل قادر على التصرف.

الثاني: فلان بن فلان بصفة مشتري وهو صحيح العقل قادر على التصرف.

موضوع العقد: بيع كذا من ملك البائع فلان بن فلان بوصف كذا.

شهود العقد: شهد على هذا العقد فلان ابن فلان، وفلان ابن فلان سماعا لبنود العقد وشروطه، غير مكرهين ولا مضطرين.

بنود العقد:

- اتفق الطرفان على بيع كذا من ملك فلان بن فلان لفلان ابن فلان على الوصف السابق بيعا صحيحا جائزا.
- اتفقا على تحديد ثمن البيع بكذا، المؤجل منه كذا والمعجل منه كذا.
- يتم قبض الثمن من البائع، وتسليم المبيع للمشتري وتخليته له بعد كتب هذا العقد.
- يُعد المشتري بهذا العقد صاحب ملك تام للمبيع الموصوف أعلاه يتصرف فيه بما يشاء.

شروط العقد:

- معاينة المبيع؛ تقول: أقر المشتري أنه عاين المبيع قبل كتابة هذا العقد ورضي به.
- جاهزية المبيع للبيع؛ إذ يقر البائع أن هذا المبيع خالٍ من كل تبعات أخرى كالرهن والإرث أو حقوق أخرى للغير فيه.

- البراءة من العيوب في المبيع؛ فلكل عقد طريقة صياغة هذا الشرط، فمثلا في بيع دار إذ يقول في صياغة هذا الشرط: إن البائع أطلع المشتري على عيوب الدار وهي:.....وذلك بحضور خبير، وتبرأ البائع من كل عيب سماه أثناء التعاقد، ومن كل عيب يحصل للمبيع بعد العقد والتخلية بين المشتري والمبيع.
 - الخيار؛ فلكل عقد وبيع طريقة صياغة هذا الشرط، فمثلا في بيع بستان يقول عند صياغة هذا الشرط: اشترط المشتري على البائع الخيار لمدة كذا اتفقا عليها، فإن تمت المدة ولم يعد يُعدّ البيع ناجزا.
 - الاحتراز عن الثنبا، فكل بيع وله طريقة صياغة هذا الشرط؛ يقول مثلا في عقد بيع حيوان: لا يصح من البائع اشتراط استثناء جزء من المبيع يبقى تحت ملكه إذا كان المبيع.
 - الضمان، فلكل عقد طريقة صياغة هذا الشرط، فمثلا في بيع الدار تقول: اشترط المشتري على البائع ضمان قيمة عيب قديم في المبيع ولم يُسمّه له أثناء التعاقد.
 - فسخ العقد، إذ تقول: يصح للبائع أن يفسخ القد إذا أحل المشتري بأحد بنود العقد وشروطه، ويصح للمشتري فسخ العقد إذ أحل البائع بأحد بنود العقد وشروطه.
 - طرفا العقد ملزمين بالاحتكام عند النزاع إلى القضاء، وفيما فيه الفتوى الفتوى على مذهب الإمام مالك رحمه الله.
 - تم تحرير هذا العقد في ثلاث نسخ؛ إحداهن للبائع والأخرى للمشتري والثالثة تُحفظ في سجل خاص بالعقود.
- وكتب هذا الكتاب فلان بن فلان الموثق المعتمد، وعرض الكتاب على الأطراف والشهود فاطلعوا عليه ورضوا بما فيه، فختمه ووقع عليه وسجله في شهر كذا وسنة كذا.
- كما وقع عليه كل من البائع، والمشتري، والشاهدان، في التاريخ نفسه.

عقد الدين

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى آله وصحابته أجمعين، وبعد: هذه وثيقة عقد الدين طرفاها:

الأول: فلان بن فلان المثبت لنفسه بوثيقة كذا، وهو بصفة مقرض.

الثاني: فلان ابن فلان المثبت نفسه بوثيقة كذا، وهو بصفة مقترض.

موضوع العقد: تقديم قرض حسن في الذمة إلى أجل.

شهود العقد: شهد على هذا القرض فلان وفلان سمعا لهذا العقد ووقعا عليه.

بنود العقد:

- قام الطرف الأول (المقرض) بإقراض الطرف الثاني (المقترض) مبلغا من المال قدره كذا من عملة كذا (يكتبها بالأرقام والحروف).
- يبدأ تاريخ سريان القرض من تاريخ كذا؛ يوم كذا وشهر كذا وسنة كذا، وهو التاريخ الذي قبض فيه المقترض القرض المذكور.
- حُدد تاريخ إرجاع القرض في تاريخ كذا، فإن حل الأجل وجب سداد الدين من المقترض للمقرض.
- إن هذا القرض من المعاملة الجائزة شرعا، لا زيادة فيه ولا نقصان.

شروط العقد:

- الضمان؛ إن ضمن أحد في المقترض تقول: وعلى فلان بن فلان المثبت نفسه بوثيقة كذا ضمان القرض كاملا ضمانا لازما في ماله وذمته إن أحل المقترض فلان بنود العقد وشروطه من دون إكراه عليه.
- الرهن؛ إن كان هذا القرض مقابل رهن تقول: رهن فلان المقرض من المقترض فلان (كذا ملكه بوصفه التام)، رهنا محوزا مقبوضا على يد المقرض فلان إلى أجل الدين.
- لا يتصرف المقرض في الرهن بأي وجه إلا بما أثبتته الشارع.
- إن لم يوفَّ المقترض بالدين في أجله يصح للمقرض أن يبيع العين المرهونة ويستوفي مبلغ القرض منها.

- يصح للمقترض إرجاع القرض دفعة واحدة، أو مقسما على دفعات بحسب ما يتفق عليه الطرفان.

وكتب هذا الكتاب فلان بن فلان الموثق المعتمد (وإن كان القرض من بنك قال الموثق المعتمد بالبنك)، وعرض الكتاب على الأطراف والشهود فاطلعوا عليه ورضوا بما فيه، فختمه ووقع عليه وسجله في شهر كذا وسنة كذا.

كما وقع عليه كل المقرض والمقترض والشهود.

عقد فراض

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى آله وصحابه أجمعين، وبعد: هذه وثيقة عقد مضاربة طرفاها:

الأول: فلان بن فلان المثبت لنفسه بوثيقة كذا، وهو بصفة رب المال.

الثاني: فلان بن فلان المثبت لنفسه بوثيقة كذا، وهو بصفة مضارب.

موضوع العقد: مضاربة في تجارة كذا

بنود العقد:

- يدفع رب المال فلان للمضارب فلان كذا مبلغا ماليا (يذكره بالأرقام والحروف والعملة) على وجه القراض وسنته، ليتاجر بها فيما يراه ويتفقا عليه من أنواع التجارات.
- يبدأ القراض من تاريخ كذا، وهو تاريخ قبض المضارب المال.
- يتاجر المضارب في التجارة المتفق عليها سلفا.
- تمتد فترة المحاسبة بين الطرفين سنتين بعد تاريخ إمضاء هذا العقد.
- لرب المال جزء من الربح محدد مسبقا، ولرب المال جزء محدد، مثل النصف والربع والثالث وغيرها.

شروط العقد:

- يصح لكل منها فسخ العقد قبل الشروع في العمل.

- لا يتدخل رب المال في العمل بعد الشروع فيه، وإن تدخل أمراً ونهياً للمضارب فسد القراض.
- لا يصح لرب المال أن يكون زبونا.
- المضارب ليس ضامناً لرأس المال حال فشل التجارة من غير سبب منه، وإن تسبب في ضياع المال فهو ضامن.
- لا يصح المضارب أن يتعامل بالدين في تجارته إلا أن يأذن له رب المال.
- إن كان المضارب في سفر فله النفقة من مال القراض والكسوة منه بالمعروف.
- يُصدق المضارب في ادعائه الخسارة أو ضياع المال، إلا إذا أقام رب المال البينة.
- يد المضارب يد أمانة.
- يتحاكم الطرفان عند النزاع إلى القضاء الشرعي، وفي الفتوى على مذهب مالك.
- أحكام هذا العقد مستمدة من فقه الإمام مالك، وتستمد منه تفسيرات العقد وفض النزاع.

وكتب هذا الكتاب فلان بن فلان الموثق المعتمد (وإن كان القراض من بنك قال الموثق المعتمد بالبنك)، وعرض الكتاب على الأطراف فاطلعوا عليه ورضوا بما فيه، فختمه ووقع عليه وسجله في شهر كذا وسنة كذا.

كما وقع عليه كل من رب المال والمضارب، وأخذ كل منهما نسخته.

عقد مزارعة⁽¹⁾

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى آله وصحابه أجمعين، وبعد: هذه وثيقة عقد مزارعة طرفاها:

الأول: فلان بن فلان المثبت لنفسه بوثيقة كذا، وهو بصفة صاحب الأرض.

الثاني: فلان بن فلان المثبت لنفسه بوثيقة كذا، وهو بصفة مزارع.

موضوع العقد: الشركة في زراعة أرض كذا بنوع كذا.

شهود العقد: فلان بن فلان وفلان بن فلان أثبتا نفسيهما بوثيقة كذا.

بنود العقد:

- دفع صاحب الأرض فلان للمزارع فلان أرضه (يذكر اسمهما) بموضع كذا، من إقليم كذا، يحدها كذا وكذا (يذكر حدود الأرض كلها)، على وجه المزارعة وستنها، ليزرعها فيما يرياه ويتفقا عليه من أنواع الزراعات المذكورة في بنود هذا العقد.
- يقدم رب الأرض شطر حب الزريعة من حر ماله، ويقدم المزارع الشطر الآخر من حر ماله.
- يكون العمل التعارف عليه في المزارعة على المزارع مثل: آلة الحرث والزرع والسقي والحصاد والنقل والتذرية والتصفية.
- لا تعتبر المزارعة كراء الأرض بجزء مما يخرج منها.
- تبدأ المزارعة من تاريخ كذا، وهو تاريخ قبض المزارع الأرض.
- يزارع المزارع في الزراعة المتفق عليها وهي كذا (يذكرها؛ قمحا أو شعيرا أو بطاطا أو غيرها).
- تمتد فترة المزارعة بين الطرفين أربع سنوات بعد تاريخ إمضاء هذا العقد.
- يتحاسبان في قسمة الغلة في الوقت الذي يتفقان عليه بعد إخراج البذر وتصفيته، ولا يصح لأحدهما محاسبة الآخر قبل هذا الوقت إلا بفسخ العقد بما يقره الشرع.

(1) انظر: الوثائق والسجلات، ابن العطار، ص66، الوثائق المختصرة، ص194، المقنع في علم الشروط، ص172، العقد المنظم للحكام، ابن سلمون، ص354، وثائق المرابطين والموحدين، ص533.

● لرب المال الشطر من الغلة، وللعامل الشطر الآخر، بعد تصفية الحب وإخراج البذر والمؤن.

● مؤن المزارعة هي كل ما لم يرد به النص، وتعارف عليه المزارعون؛ مثل: الأدوية.

شروط العقد:

● يصح لكل منها فسخ العقد قبل الشروع في العمل، أو بعد الشروع فيه بما يرخص فيه الشرع والقضاء.

● يصح أن يتدخل صاحب الأرض في العمل بعد الشروع فيه أمراً ونهياً للمزارع بما يُصلح المزارعة.

● يتولى المزارع العمل في الأرض بجرثها وعمارتها بآلاته وخدمه، بالعمل الجيد المتقن الذي يتعارف عليه المزارعون، ويتق الله في ذلك.

● التبن أو ما يتبقى بعد حصد الحب فهو بينهما أو على ما يشترطانه في العقد.

● يد المزارع يد أمانة على سنة المسلمين في شركاتهم ومزارعتهم الجائزة بينهم.

● يتحاكم الطرفان عند النزاع إلى القضاء الشرعي، وفي الفتوى على مذهب مالك.

● أحكام هذا العقد مستمدة من فقه الإمام مالك، وتستمد منه تفسيرات العقد وفض النزاع.

وكتب هذا الكتاب فلان بن فلان الموثق المعتمد، وعرض الكتاب على الأطراف فاطلعوا عليه، وقرأه عليهم فسمعوه، ورضوا بما فيه دون ريبة أو شك، فختمه ووقع عليه وسجله في يوم كذا من شهر كذا وسنة كذا.

كما وقع عليه كل من صاحب الأرض والمزارع والشهود، وأخذ كل من طرفا العقد نسخته.

نموذج لصياغة عقد وقف وما شاكله

عقد تلبيس (1)

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى آله وصحابته أجمعين، وبعد: هذه وثيقة عقد وقف أرض طرفاها:

الأول: فلان بن فلان المثبت لنفسه بوثيقة كذا، وهو بصفة موقوف الأرض.

الثاني: فلان بن فلان المثبت لنفسه بوثيقة كذا، وهو بصفة الموقوف عليه.

موضوع العقد: وقف أرض كذا .

شهود العقد: فلان بن فلان وفلان بن فلان أثبتا نفسيهما بوثيقة كذا.

بنود العقد:

- أوقف صاحب الأرض ومالكها فلان للمسمى فلان (يذكره بأصله وفرعه) أرضه (يذكر اسمهما) بموضع كذا، من إقليم كذا، يحدها كذا وكذا (يذكر حدود الأرض كلها)، بحقوقها كلها ومنافعها ومرافقها الداخلة فيها والخارجة منها (يصف كل ما في الأرض من أشجار وطرق وأنهار وآبار....) على وجه الوقف وسنته.
- يجوز فلان بن فلان الأرض الموقوفة عليه بعد إمضاء هذا العقد في حياة الموقوف، وإن مات ولم يجوزها وقع العقد باطلا.
- استمرار الوقف؛ إن كان هذا الوقف مؤبدا نقول: وهو وقف مؤبد إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها على فلان وذريته الذكور والإناث بحسب ما ينص عليه الموقف، وإن انقطع نسل فلان بن فلان المسمى آنفا ترجع الأرض وقفا على كذا وكذا (مسجد أو سبيل أو غيرها من المشاريع).
- لا يُباع الوقف ولا يُقسم بين الورثة بل ينتفعون به بالتساوي.
- لا يعتبر الوقف كراء أرض أو بيعها أو تملكها لفلان بن فلان.

(1) انظر: الوثائق والسجلات، ص171، الوثائق المختصرة، ص220، المقنع في علم الشروط، ص207، العقد المنظم، ص456.

- يبدأ الوقف من تاريخ كذا أو بعد موت فلان الموقوف لأرضه.

وكتب هذا الكتاب فلان بن فلان الموثق المعتمد، وعرض الكتاب على الأطراف فاطلعوا عليه، وقرأه عليهم فسمعوه، ورضوا بما فيه دون ريبة أو شك، فختمه ووقع عليه وسجله في يوم كذا من شهر كذا وسنة كذا.

كما وقع عليه كل من صاحب الأرض الموقوفة عليه والشهود، وأخذ كل من طرفا العقد نسخته.

عقد هبة (1)

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى آله وصحابه أجمعين، وبعد: هذه وثيقة عقد هبة دار طرفاها:

الأول: فلان بن فلان المثبت لنفسه بوثيقة كذا، وهو بصفة مالك الدار.

الثاني: فلان بن فلان المثبت لنفسه بوثيقة كذا، وهو بصفة الموهوبة له الدار.

موضوع العقد: هبة دار كذا .

شهود العقد: فلان بن فلان وفلان بن فلان أثبتا نفسيهما بوثيقة كذا.

بنود العقد:

- وهب صاحب الدار ومالكها فلان للمسمى فلان (يذكره بأصله وفرعه) داره (يذكر اسمهما) بموضع كذا، من إقليم كذا، يحدها كذا وكذا (يذكر حدود الدار كلها)، بحقوقها كلها ومنافعها ومرافقها الداخلة فيها والخارجة منها (يصف كل ما في الدار) على وجه الهبة وسنتها.
- يجوز فلان بن فلان مالك الدار الموهوبة للواهب بعد إمضاء هذا العقد في حياة المواهب، وإن مات ولم يجوزها وقع العقد باطلا.

(1) انظر: الوثائق والسجلات، ص211، الوثائق المختصرة، ص262، المقنع في علم الشروط، ص211، العقد المنظم، ص480.

- استمرار الهبة؛ إن كانت هذه الهبة مؤبدة نقول: وهي هبة مؤبد له حالاً عليه إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وإن كانت مؤقتة نقول: وهي هبة مؤقتة بحياة الواهب فإن مات الواهب رجعت ميراثاً للورثة.
- لا تُباع الهبة المؤقتة إلا بإذن الواهب.
- تعتبر الهبة تخلية المالك عن الدار للموهوبة له.
- تبدأ الهبة من تاريخ هذا العقد.

وكتب هذا الكتاب فلان بن فلان الموثق المعتمد، وعرض الكتاب على الأطراف فاطلعوا عليه، وقرأه عليهم فسمعوه، ورضوا بما فيه دون ريبة أو شك، فختمه ووقع عليه وسجله في يوم كذا من شهر كذا وسنة كذا.

كما وقع عليه كل من صاحب الدار والموهوبة له والشهود، وأخذ الموهوب له نسخته من العقد واحتفظ الموثق بأخرى.

الفهارس

وفيه فهارس أربع هي:

- ✓ فهرس الآيات القرآنية
- ✓ فهرس الأحاديث النبوية
- ✓ فهرس المصادر والمراجع
- ✓ فهرس المحتويات

فهرس الآيات القرآنية

الرقم	الآية	اسم السورة	رقم الصفحة
01	﴿ نَزَلَ بِهِ الرُّوحُ الْأَمِينُ ﴿١٩٣﴾ عَلَى قَلْبِكَ لِتَكُونَ مِنَ الْمُنذِرِينَ ﴿١٩٤﴾ بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُبِينٍ ﴿١٩٥﴾ ﴾	الشعراء 195	12
02	﴿ ذَلِكَ وَمَنْ يُعْظَمَ شَعِيرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِنْ تَقْوَى الْقُلُوبِ ﴿٣٢﴾ ﴾	الحج 32	23
03	﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنِمْ مَقْبُوضَةً ﴿٢٨٣﴾ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٢٨٣﴾ ﴾	البقرة 283	24
04	﴿ قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُوْا أَفْتُونِ فِيهِ أَمْرِ مَا كُنْتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّى تَشْهَدُونِ ﴿٣٢﴾ ﴾	النمل 32	27
05	﴿ وَءَاتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ ﴿١٤١﴾ ﴾	الأنعام 141	31
06	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾ ﴾	البقرة 279	38
07	﴿ وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴿٣٤﴾ ﴾	التوبة 34	39

39	المائدة 1	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴿١﴾﴾	08
53	المائدة 48	﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ﴿٤٨﴾﴾	09
54	آل عمران 84	﴿قُلْ - اٰمَنَّا بِاللّٰهِ وَمَا اُنزِلَ عَلَيْنَا وَمَا اُنزِلَ عَلَيَّ اِبْرٰهِيْمَ وَاِسْمٰعِيْلَ وَاِسْحٰقَ وَيَعْقُوْبَ وَاِلْسَبٰطِ وَمَا اُوْتِيَ مُوسٰى وَعِيسٰى وَالنَّبِيُّوْنَ مِنْ رَبِّهِمْ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ اَحَدٍ مِنْهُمْ وَنَحْنُ لَهُ مُسْلِمُوْنَ ﴿٨٤﴾﴾	10
54	البقرة 136	﴿قُولُوا ءَامَنَّا بِاللّٰهِ وَمَا اُنزِلَ اِلَيْنَا وَمَا اُنزِلَ اِلَيَّ اِبْرٰهِيْمَ وَاِسْمٰعِيْلَ وَاِسْحٰقَ وَيَعْقُوْبَ وَاِلْسَبٰطِ وَمَا اُوْتِيَ مُوسٰى وَعِيسٰى وَمَا اُوْتِيَ النَّبِيُّوْنَ مِنْ رَبِّهِمْ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ اَحَدٍ مِنْهُمْ وَنَحْنُ لَهُ مُسْلِمُوْنَ ﴿١٣٦﴾﴾	11
54	الحديد 25	﴿لَقَدْ اَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنٰتِ وَاَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتٰبَ وَالْمِيزٰنَ لِيَقُوْمَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَاَنْزَلْنَا الْحَدِيْدَ فِيْهِ بَاسٌ شَدِيْدٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللّٰهُ مَن يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ اِنَّ اللّٰهَ قَوِيٌّ عَزِيْزٌ ﴿٢٥﴾﴾	12
56	المائدة 47	﴿وَلِيَحْكُمَ اَهْلُ الْاِنْجِيْلِ بِمَا اُنزَلَ اللّٰهُ فِيْهِ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا اُنزَلَ اللّٰهُ فَاُولٰٓئِكَ هُمُ الْفٰسِقُوْنَ ﴿٤٧﴾﴾	13

58	البقرة 235	﴿ وَلَا تَعَزِّمُوا عُقَدَةَ التِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ۚ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ ۚ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ حَلِيمٌ ﴿235﴾ ۝ ﴾	14
59	البقرة 237	﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فِرْصَةً فِرْصَةً مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ أُوْعَفُوا الَّذِينَ بِيَدِهِ عُقَدَةُ التِّكَاحِ ﴿237﴾ ۝ ﴾	15
59	المائدة 89.	﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْإِيْمَانَ ﴿89﴾ ۝ ﴾	16
59	المائدة 1	﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴿1﴾ ۝ ﴾	17
60	البقرة 282	﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَأَكْتَسَبُوهُ ﴿282﴾ ۝ ﴾	18
61	البقرة 188	﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَىٰ الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿188﴾ ۝ ﴾	19
61	النساء 161	﴿ وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا ﴿161﴾ ۝ ﴾	20
61	النساء 6	﴿ وَابْتُلُوا الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ مُّؤْمِنُونَ بِالْحَدِيثِ فِي رُشْدًا فَاذْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْفُرُوا ﴿6﴾ ۝ ﴾	21

61	الإسراء 27	﴿ إِنَّ الْمُبْدِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيْطَانِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا ﴿٢٧﴾ ﴾	22
62	النساء 29	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ ﴾	23
62	النساء 4	﴿ وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ فَسَافِكُوهُ هُنَّ آمَنَ يَا ﴿٤﴾ ﴾	24
86	المائدة 111	﴿ إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ ﴾	25
91	مريم 29	﴿ فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا ﴿٢٩﴾ ﴾	26
91	النمل 31	﴿ إِذْ هَبْ بِنُكْتَيْهِ هَذَا فَالَفَهُ إِلَيْهِمْ ثُمَّ تَوَلَّى عَنْهُمْ فَانظَرَ مَاذَا يَرْجِعُونَ ﴿٢٨﴾ قَالَتْ يَتَأْتِيَ الْاَلْمَلُؤُاِ اِنِّي اَلْقَى اِلَى كِنْتِ كَرِيمٍ ﴿٢٩﴾ اِنْتَهُ مِنْ سُلَيْمَنَ وَاِنْتَهُ بِسْمِ اَللّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴿٣٠﴾ اَلَا تَعْلُوْا عَلَيَّ وَاَتُوْنِي مُسْلِمِيْنَ ﴿٣١﴾ ﴾	27
94	الأنعام 115	﴿ وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا لَا مُبَدِّلَ لِكَلِمَتِهِ وَهُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴿١١٥﴾ ﴾	28
115	البقرة 188	﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَىٰ ﴾	29

		الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٨﴾	
114	البقرة 275	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾	30
117	البقرة 187	﴿فَالنَّ بَشْرُوهُنَّ﴾	31
117	النحل 124	﴿وَإِنَّ رَبَّكَ لَيَحْكُمُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾	32
158	النساء 58	﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾	33
158	النحل 90	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾	34
158	الحجرات 9	﴿فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ ﴿٩﴾	35
160	البقرة 282	﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾	36
161	البقرة 282	﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾	37
161	البقرة 282	﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾	38
161	الطلاق 2	﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوَعِّظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾	39

		﴿ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿٢﴾ ﴾	
178	البقرة 282.	﴿ وَلِيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كِتَابًا بِالْعَدْلِ ﴾	40
255 352	المائدة 1	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴿١﴾ ﴾	41
352	الإسراء 34	﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴿٣٤﴾ ﴾	42
352	البقرة 282	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَآكْتَسِبُوهُ وَلِيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كِتَابًا بِالْعَدْلِ ﴾	43
352	النساء 58	﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا أَلَامَنَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾ ﴾	44
254	البقرة 275	﴿ وَاحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾	45
353	الأنفال 27	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمْنَتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٧﴾ ﴾	46

فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	طرف الحديث	الراوي	الصفحة
01	أنا أفصح العرب، بيد أني من قريش، ونشأت في بني سعد بن بكر، فأني يأتيني اللحن		12
02	لا ضرر ولا ضرار	عمرو بن يحيى المازني عن أبيه	38
03	المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو شرطا حرم حلالا	كثير بن عبد الله المزني عن أبيه عن جده	39
04	البيعان بالخيار ما لم يتفرقا	حكيم بن حزام	39
05	دَخَلْتُ الْمَسْجِدَ فَإِذَا رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - جَالِسٌ وَحْدَهُ... قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! كَمْ كِتَابًا أَنْزَلَهُ اللَّهُ؟ قَالَ: "مِئَةٌ كِتَابٍ، وَأَرْبَعَةٌ كُتِبَ: أَنْزَلَ عَلَيَّ شَيْثَ خَمْسُونَ صَحِيفَةً، وَأَنْزَلَ عَلَيَّ أَخْنُوخَ ثَلَاثُونَ صَحِيفَةً، وَأَنْزَلَ عَلَيَّ إِبْرَاهِيمَ عَشْرَ صَحَائِفَ، وَأَنْزَلَ عَلَيَّ مُوسَى قَبْلَ التَّوْرَةِ عَشْرَ صَحَائِفَ، وَأَنْزَلَ التَّوْرَةَ وَالْإِنْجِيلَ وَالزَّبُورَ وَالْفُرْقَانَ	أبو ذر	55
06	لا يجل مال امرئ إلا عن طيب نفس	أنس بن مالك	62
07	إنما البيع عن تراض	أبو سعيد الخدري	62
08	هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه	العداء بن خالد بن هوذة	86
09	فلا يقضي القاضي حين يقضي وهو غضبان	عبد الرحمن بن أبي بكرة، عن أبيه	125
10	لا طلاق في إغلاق	عائشة	125

11	رُفِعَ القلم عن ثلاث منها: المجنون حتى يعقل	علي رضي الله عنه	125
12	لا وصية لوارث	أنس بن مالك	210
13	أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج	عقبة بن عامر الجهني	221
14	نهي عن بيع وسلف	مالك بلاغا	225
15	يا رسول الله، إنا نسمع منك أحاديث أفتأذن لي فأكتبها؟ قال: نعم قال: فكان أول ما كتب به النبي صلى الله عليه وسلم إلى أهل مكة كتابا: "لا يجوز شرطان في بيع واحد، وبيع وسلف جميعا، وبيع ما لم يضمن	عبد الله بن عمرو بن العاص	226
16	نهي عن بيع وشرط، البيع باطل، والشرط باطل	عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده	227
17	جاءتني بريرة فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق، في كل عام أوقية، فأعينني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم، ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم، فأبوا ذلك عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله جالس فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبي ذلك، فأخبرت عائشة النبي فقال: "خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق"، ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: "أما بعد، ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق	عائشة	227
18	المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حالالا، وأحل حراما	كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني	228
19	كنت أسير على جمل لي فأعيا، فأردت أن أسبيه، قال: فلحقني رسول الله صلى الله عليه وسلم: فضربه برجله، ودعا	جابر ابن عبد الله	229

		له، فسار سيرا لم يسر مثله، وقال: "بعنيه بوقية"، فكرهت أن أبيعه، قال: "بعنيه"، فبعته منه، واشترطت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيته بالجمل، فقال: "ظننت حين ماكسك أن أذهب بجملك، خذ جملك، وثمنه هما لك	
230	عقبة بن عامر	أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج	20
248	أم سلمة	إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فلا يأخذ منه شيئا. فإنما أقطع له قطعة من النار	21
248	أبو حميد الساعدي	استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد، يقال له ابن الأتبية على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي لي، قال: "فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه، فينظر يهدى له أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منه شيئا إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتة، إن كان بعيرا له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر" ثم رفع بيده حتى رأينا عفرة إبطيه: "اللهم هل بلغت، اللهم هل بلغت	22
353	ابن عمر	كلكم راعٍ وكلكم مسئول عن رعيته، فالأمير الذي على الناس راعٍ عليهم وهو مسئول عنهم	23
193	النعمان بن بشير	سألت أمة أبي بعض الموهبة لي من ماله، ثم بدا له فوهبها لي، فقالت: لا أرضى حتى تشهد النبي صلى الله عليه وسلم، فأخذ بيدي وأنا غلام، فأتى بي النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: إن أمه بنت رواحة سألتني بعض الموهبة لهذا، قال: "ألك ولد سواه؟"، قال: نعم، قال: فأراه، قال: "لا تشهدني على جور".	24
135	أبو هريرة	ثلاث جدهن جد وهزهن جد: الطلاق، والنكاح، والرجعة	25
136	أبو ذر الغفاري	إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه	26
193	راشد بن سعد	قام تميم الداري وهو تميم بن أوس رجل من لحم، فقال: يا	27

		<p>رسول الله، إن لي حيرة من الروم بفلسطين لهم قرية يقال لها حبرى وأخرى يقال لها بيت عينون، فإن الله فتح عليك الشام فهبهما لي ، فقال: "هما لك" قال: فاكتب لي بذلك كتابا ، فكتب: "بسم الله الرحمن الرحيم هذا كتاب من محمد رسول الله، لتميم بن أوس الداري ، أن له قرية حبرى وبيت عينون، قريتها كلها سهلها وجبلها وماءها وحرثها وأنباطها وبقرها ، ولعقبه من بعده، لا يحاقه فيها أحد، ولا يلحج عليهم أحد بظلم فمن ظلمهم أو أخذ من أحد منهم شيئا، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين</p>	
--	--	---	--

عبد القادر للعطوم الإسلامية

فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم

الألف

1. الإبهاج شرح المنهاج، تقي الدين السبكي وولده تاج الدين، دار الكتب العلمية، 1995م.
2. الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، إبراهيم الفانز، المكتب الإسلامي، بيروت، مكتبة أسامة، الرياض، ط2، 1983م.
3. أثر التدقيق الشرعي في تعزيز بيئة الحوكمة الشرعية، سمير الشاعر، بحث مقدم للمؤتمر الخامس للتدقيق الشرعي، شركة شوري للاستشارات الشرعية، البحرين، 2015م.
4. أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي، حمزة بن خدة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، قسم الحقوق، 2017م.
5. الإحالة ودورها في تحقيق الترابط النصي، عبد الحكيم سيد أحمد، مقال بمجلة جامعة أم درمان الإسلامية كلية اللغة العربية، العدد7، 2017م.
6. أحكام القرآن، ابن العربي، راجعه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003م.
7. أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي، محمد زكي عبد البر،
8. أحكام النساء في التلموذ (عقود الزواج)، د. ليلي إبراهيم أبو المجد، الدار الثقافية للنشر.
9. الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت450هـ)، دار الحديث، القاهرة، (د، ط، ت).
10. الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم، ت: أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
11. الإحكام في أصول الأحكام، الأمدي، ت: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق.
12. إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، جميلة زايد، رسالة ماجستير، جامعة أم البواقي، 2012م.
13. إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني، حمزة محمود الزبيدي، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، 2002.

14. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الشوكاني، ت: أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، دمشق، ط1، 1999م.
15. الأرشيف مفهومه وتاريخه وأصنافه وإدارته، مدونة أبحاث، 2014م: <http://ab7aath.blogspot.com/2014/03/blog-post.html>
16. الأساس في السنة وفقهها، سعيد حوى، دار السلام، ط2، 1992م.
17. الاستذكار، ابن عبد البر، ت: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، ط1، 2000م.
18. الإستشراق والفقہ الإسلامي، الفقه المالكي نموذجاً، علاوة عمارة، مقال قُدم للملتقى الدولي حول: محمد بن أبي شنب والإستشراق، المدينة، 2014م، وقد طبعت الأعمال في شكل كتاب برعاية مديرية الثقافة لولاية المدية بدعم من الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، 2015م.
19. أسد الغابة في معرفة الصحابة، ابن الأثير، ت: علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م.
20. الأسس العامة لمهارات صياغة العقود، عمر الخولي، جامعة الملك عبد العزيز، 2014م.
21. الأسفار المقدسة قبل الإسلام، علي عبد الواحد وافي، دار نهضة مصر، القاهرة، ط7، 2006م.
22. الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون، للطالب: سي ناصر بوعلام، جامعة وهران السانیا.
23. إشكالية المصطلح الفقهي في الدراسات المقارنة، يمينة شودار، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد8، العدد5، 2019م.
24. الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر، ت: علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م.
25. أصالة الدواوين والنقود العربية، عبد المتعال محمد الجبري، مكتبة وهبة، القاهرة.
26. الإصلاح الإداري والبيروقراطية في الجزائر بين النظرية والتطبيق، بلزب منصور، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد العلوم السياسية والعلاقات الدولية.
27. أصول السرخسي، دار المعرفة، بيروت.

28. أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، عياض السلمي، دار التدمرية، الرياض، ط1، 2005م.
29. أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، مكتبة الدعوة، شباب مصدر عن دار القلم، ط8.
30. إطار نظري مقترح لحوكمة الجامعات ومؤشرات تطبيقها في ضوء متطلبات الجودة الشاملة، د. يعقوب عادل ناصر الدين، مقال بمجلة تطوير الأداء الجامعي، Vol.1 No.2, .fep, 2012 ISSN: 2090-5890
31. الاعتصام، الشاطبي ت(790هـ)، ت: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1992م.
32. الأعلام، الزركلي، دار العلم للملايين، ط15، 2002م.
33. إعلام الموقعين، ابن القيم، تعليق: أبو عبيدة مشهور آل سلمان، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423هـ.
34. الافتراض القانونية في التشريعات السابقة والشرائع السماوية، إيناس مكّي عبد، مقال بمجلة: العلوم الإنسانية، كلية التربية للعلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد الرابع، كانون الأول.
35. أقسام العقود في الفقه الإسلامي، حنان بنت محمد جستنيه، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، 1998م.
36. الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين، دراسة مقارنة، إبراهيم أنيس محمد يحيى، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، 2010م.
37. آليات صياغة المادة القانونية الفقهية، د. محمد مهدي لخضر، مجلة الإحياء، مجلد18، العدد21، جوان2018م.
38. الأموال، أبو أحمد حميد بن مخلد بن قتيبة بن عبد الله الخرساني المعروف بابن زنجويه (ت251هـ)، تحقيق: شاعر ذيب فياض، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، السعودية، ط1، 1406 هـ - 1986 م.
39. أهمية التصوير الفقهي وأثره في أحكام النوازل، أحسن زقور، بومدين ديداني، مقال، المجلة الجزائرية للمخطوطات، العدد14، 2016.
40. الأوراق التجارية في القانون التجاري الجزائري، نادية فوضيل، دار هومة، الجزائر، 2006 م .
41. إيضاح المحصول من برهان الأصول، المازري، ت: عمار طالبي، دار الغرب، ط1.

42. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، الونشريسي، ت: الصادق بين عبد الرحمان الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2006م.

الباء

43. البحر المحيط في التفسير، أبو حيان الأندلسي ت(745هـ)، ت: صدقي محمد جميل، دار الفكر، بيروت، 1420هـ.

44. البحر المحيط في أصول الفقه، الزركشي ت(794هـ)، دار الكتبي، ط1، 1994م.

45. بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 2008م.

46. بداية المجتهد، ابن رشد، دار الحديث القاهرة، دط، 2004م.

47. بدائع الفوائد، ابن القيم، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

48. البدعة الشرعية، المياوي، المكتبة الشاملة، مصر، ط1، 2011م.

49. البلبل في أصول الفقه، الطوفي، مكتبة الإمام الشافعي، الرياض، ط2، 1410هـ.

50. البناء اللغوي للنص القانوني ما بين العربية والفرنسية في ظل لغة الاختصاص، نجاة سعدون، جمال بوتشاشة، جامعة الجزائر2، مجلة الأثر، العدد 28، 2017م.

51. بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، الأصفهاني ت(749هـ)، ت: محمد مظهر بقاء، دار المدني، السعودية، ط1، 1986م.

52. البيان والتحصيل، ابن رشد ت(520هـ)، ت: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1988م.

53. البيروقراطية في مهنة التوثيق، برهان القاضي والمتقاضي، بطيمي حسين، مجلة الموثق، العدد 5، مارس 2002م.

الفاء

54. تاج العروس، الزبيدي، مجموعة من المحققين، دار الهداية.

55. التاج والإكليل شرح مختصر خليل، المواق ت(897هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م.

56. تاريخ الإسرائيليين، شاهين مكاريوس، دار بيليون، بيروت، 2007م.

57. تاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطان، مكتبة وهبة، ط5، 2001م.

58. التاريخ الجزائري الثقافي، أبو القاسم سعد الله، دار البصائر، الجزائر، 2007م.
59. تاريخ الطبري، أبو جعفر الطبري (ت310هـ)، دار التراث، بيروت، ط2، 1387هـ.
60. تاريخ القانون، عباس العبودي، طبع جامعة الموصل، 1989م.
61. تاريخ القانون، منذر الفضل، دار ئاراس، العراق، ط2، 2005م.
62. تاريخ القوانين ، د. محمود عبد المجيد المغربي، المؤسسة الحديثة للكتاب ،لبنان .
63. تاريخ القوانين والنظم الاجتماعية، دراسة مقارنة، غسان رباح، بيروت، ط1، 1993م.
64. التاريخ الكبير، أبو خيشمة (ت279هـ)، ت: صلاح هلال، دار الفاروق للطباعة والنشر، القاهرة، ط1، 2006م.
65. تاريخ الكتاب المقدس، كارين أرمسترونغ، ترجمة: محمد صفار، مكتبة الشروق الدولية، ط1، 2010م.
66. تاريخ علماء الأندلس، ابن الفرضي (ت403هـ)، اعتنى به: عزت العطار، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط2، 1988م.
67. تاريخ قضاة الأندلس، النبهاي (ت نحو792هـ)، لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط5، 1983م.
68. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون (ت799هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1986م.
69. التبصرة، اللخمي (ت478هـ)، ت: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 2011م.
70. التدريب على تحرير الوثائق العدلية، أبي الشتاء الحسيني، تعليق: أحمد الغازي الحسيني، مطبعة الأمنية، الرباط، ط2، 1995م.
71. تحرير المختصر، بهرام (ت803هـ)، ت: احمد بن عبد الكريم نجيب، حافظ خير، مركز ميحيوبيه للمخطوطات وتحقيق التراث، ط1، 2013م.
72. تحرير الكلام في مسائل الإلزام، الخطاب (ت945هـ)، ت: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب، بيروت، ط1، 1984م.
73. التحرير والتنوير، ابن عاشور (ت1393هـ)، الدار التونسية للنشر، تونس، دط، 1984م.

74. تخريج الفروع على الأصول، شهاب الدين الزنجاني(ت656هـ)، ت: محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1398هـ.
75. ترتيب الفروق، البقوري(ت707هـ)، ت: عمر بن عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، دط، 1994م.
76. ترجمة العقود المدنية، محمود محمد علي صبرة، القاهرة، 2003م.
77. الترجمة والتواصل، الديدواوي محمد، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، 2002م.
78. التسيير الحديث والإدارة العمومية في الجزائر، سليمة مراح، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2001م.
79. التشريع عن طريق الأوامر وأثره على السلطة التشريعية في ظل دستور 1996م، رداة نور الدين، رسالة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة، 2006م.
80. تطور المصطلح الفقهي في المذهب المالكي، رابح صرموم، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، العدد7، 2018م.
81. التعامل بالشرط الجزائي بين الشريعة والقانون، ناصر أحمد إبراهيم النشوي، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، 2013م.
82. التعبير عن الإرادة السياسية في الفقه الإسلامي - الانتخابات نموذجاً-، أحمد ولاد سعيد، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008م.
83. التعريفات، الجرجاني، المطبعة الخيرية، مصر، ط1.
84. التعريفات الفقهية، محمد عميم إحسان، دار الكتب العلمية، ط1، 2003م.
85. تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل القانون الإداري، دراسة مقارنة، ثامر المطيري، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011م.
86. التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، منير قزمان، دار الفكر الجامعي، 2002م.
87. التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، مدني بوساق، داراشييلية، ط1، 1999م.
88. تفسير الطبري، أبو جعفر الطبري(ت310هـ)، أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000م.
89. تفسير العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، عامر رحمون، جامعة وهران، مقال بمجلة: الحقوق والعلوم الإنسانية.

90. تفسير العقد في القانون المدني المصري، عبد الحكم فوده، دار المعارف، 2002م.
91. تفسير القرآن من الجامع لابن وهب، ابن وهب ت(197هـ)، ت: ميكلوش موراني، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2003م.
92. تفسير القرطبي، شمس الدين القرطبي(ت671هـ)، ت: أحمد البردوني، إبراهيم اطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1964م.
93. تفسير النصوص، أديب صالح، المكتب الإسلامي، بيروت، ط4، 1993م.
94. التقريب لحد المنطق، ابن حزم(ت456هـ)، ت: إحسان عباس، دار مكتبة الحياة، بيروت، ط1.
95. تقنيات البنوك، الطاهر لطرش، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط7، 2010م.
96. تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي عبد البر، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط2، 1986م.
97. التكليف بالمحال والأحكام الشرعية المترتبة عليه، نجم الدين السباعوي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد (1/15) المجلد الثامن، 2014م.
98. التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، محمد عثمان شبير، دار القلم، دمشق، 2004.
99. تلخيص الأصول، حافظ ثناء الله الزاهدي، مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، ط1، 1994م.
100. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ابن حجر العسقلاني(ت852هـ)، ت: أبو عاصم بن قطب، مؤسسة قرطبة، مصر، ط1، 1995م.
101. التلخيص في أصول الفقه، الجويني ت(478هـ)، ت: عبد الله غولم، بشير أحمد العمري، دار البشائر، بيروت.
102. التلمود كتاب اليهود المقدس: أحمد إيش، دار قتيبة، دمشق 2006.
103. التلويح على التوضيح، التفتازاني(ت793هـ)، مكتبة صبيح، مصر، (ط،ت).
104. تمهيد القواعد بشرح تسهيل الفوائد، ناظر الجيش(ت778هـ)، ت: علي محمد فاخر وآخرون، دار السلام، القاهرة، ط1، 1428هـ.

105. التنظيم البيروقراطي إزاء الفكر الإداري المعاصر - إطار نظري -، عبد الستار إبراهيم دهام، مقال بمجلة جامعة الأنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، العدد2، 2008م.
106. التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي بإفريقية والأندلس، عبد اللطيف الشيخ، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، 2004م.
107. التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي، سعد الحامدي، دار السلام، ط1، 2010م.
108. توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، التوزري الزبيدي، المطبعة التونسية، ط1، 1339هـ.
109. التوضيح شرح جامع الأمهات، خليل بن إسحاق(ت776هـ)، ت: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نيحيوييه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 2008م.
110. تيسير التحرير، أمير بادشاه الحنفي البخاري (ت972هـ)، الناشر: مصطفى البايي الحلبي، تصوير دار الكتب العلمية، 1983م، ودار الفكر، 1996م.

البي

111. جامع الأمهات، ابن الحاجب المالكي(ت646هـ)، ت: الأخضر الأخضر، دار اليمامة، ط2، 2000م.
112. الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها، عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 2000م.
113. الجامع لمسائل المدونة، ابن يونس الصقلي(ت451هـ)، ت: مجموعة من الباحثين في رسائل دكتوراه، الناشر: معهد البحوث العلمية إحياء التراث، توزيع: دار الفكر، ط1، 2013.
114. جامعة القرويين ودورها في التواصل بين الشعبين المغربي والمصري، يوسف الكتاني، مقال بمجلة دعوة الحق، العدد293، 1992م، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط.
115. جرائم تزوير المحررات، أحمد محمود خليل، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008م.
116. جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر، التتائي(ت942هـ)، ت: أبو الحسن، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2014م.

البا

117. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ابن عرفة الدسوقي(ت1230هـ)، دار الفكر.

118. حاشية الصاوي على الشرح الصغير، احمد الصاوي، ت: مجموعة من الباحثين برئاسة أحمد سعد علي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1952م.
119. حاشية العطار على شرح الجلال المحلي لجمع الجوامع، حسن العطار(ت1250هـ)، دار الكتب العلمية، (د،ط،ت).
120. حرية التملك في الإسلام، راغب السرجاني، <https://islamstory.com/>.
121. حضارة العرب، غوستاف لوبون، ترجمة: عادل زعير، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مصر، 2012م.
122. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، الدريني، ط1، مطبعة جامعة دمشق، 1967م.
123. حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير المشروعة، زيري بن قويدر، رسالة ماجستير، تلمسان، 2005م.
124. الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية، تدرست كريمة، مقال بالجلد الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد15، العدد1، 2017م.
125. الحوكمة الرشيدة في النظام السياسي الإسلامي لدولة المدينة الأولى، محمود عبابنة، مقال بمجلة الحجاز العالمية المحكمة للدراسات الإسلامية، العدد10، 2015م.
126. الحوكمة دراسة في المفهوم، سليمة بن حسين، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، العدد10، 2015م.
127. الحوكمة في المؤسسات المالية الإسلامية ودور هيئات الرقابة الشرعية في تعزيزها، عاطف محمد أبو هريدي، المؤتمر الثالث للعلم المالية والمصرفية حول (حكمة الشركات والمسؤوليات الاجتماعية - تجربة الأسواق الناشئة-)، جامعة اليرموك، 2013م.
128. الحوكمة في المؤسسات المالية الإسلامية، عبد المجيد الصالحين، ورقة مقدمة لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني.

الفهارة

129. خصائص التطور الدستوري في الجزائر، الأمين شريط، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة.
130. خلاصة تاريخ العرب، لويس سيديو، ترجمة: محمد أحمد عبد الرزاق، مؤسسة هنداوي، مصر، 2017م.

الحال

131. دراسات أصولية في القرآن الكريم، محمد إبراهيم الحفناوي، مكتبة الإشعاع الفنية، القاهرة، 2002م.
132. الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ابن حجر(ت852هـ)، ت: عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة بيروت.
133. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر أفندي، ت: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، 1991م.
134. دستور العلماء، ابن عبد الرسول(ت ق12هـ)، تعريب: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000م.
135. دور حوكمة الشركات في محاربة الفساد المالي والإداري، دراسة مقارنة، مصطفى سليمان، الدار الجامعية، مصر، ط1، 2009م.
136. ديوان الأحكام الكبرى، ابن سهل(ت486هـ)، ت: يحيى مراد، دار الحديث ، القاهرة، 2007م.

الخال

137. الذخيرة، القراني(ت684هـ)، ت: محمد حجي، سعيد اعراب، محمد بوخيزة، دار الغرب، بيروت، ط1، 1994م.

الراء

138. رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، السبكي(ت771هـ)، ت: عادل عبد الموجود، علي معوض، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1999م.
139. الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، حمزة عبد الكريم حماد، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2004م.
140. الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، عيساوي عز الدين، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015 م.
141. الرقابة القضائية على نشاط سلطات الضبط الاقتصادي بين ازدواجية الاختصاص القضائي والمشروعية القانونية، تقار مختار، مقال بمجلة آفاق علمية ، المجلد 88 :العدد 18 :السنة 2019م.

142. روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهل الإمام أحمد، ابن قدامى (ت620هـ)، مؤسسة الريان، ط2، 2002م.

السين

143. سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدى وتطويع العقد، حدى لالة أحمد، رسالة ماجستير، جامعة أبى بكر بلقايد، تلمسان، 2013م.

144. السنة ومكانتها في التشريع الإسلامى، عبد الحليم محمود، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، 2002م.

145. سنن ابن ماجه، ابن ماجه القزوينى (ت273هـ)، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.

146. سنن الترمذى، محمد بن عيسى الترمذى (ت279هـ)، ت: احمد شاكرا، محمد فؤاد عبد الباقي، إبراهيم طوة، مكتبة مصطفى البابى الحلى، مصر، ط2، 1975م.

147. سنن الدارقطنى، أبو الحسن الدارقطنى (ت385هـ)، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2004م.

148. السنن الكبرى، أبو بكر بن على البيهقى (ت458هـ)، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركى، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية، ط1، 2011م.

الشين

149. الشامل في فقه الإمام مالك، بهرام الدمياطى المالكى (ت805هـ)، ت: أحمد بن عبد الكرىم نجيب، مركز نيحيويوه، ط1، 2008م.

150. شرح التلويع على التوضيح، سعد الدين التفتزاني (ت793هـ)، مكتبة صبيح مصر.

151. شرح الخرشى على مختصر خليل، الخرشى (ت1101هـ)، دار الفكر، بيروت، د(ط،ت).

152. شرح الزرقانى على الموطأ، محمد بن عبد الباقي الزرقانى، ت: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 2003م.

153. شرح الزرقانى على مختصر خليل، عبد الباقي الزرقانى (ت1099هـ)، ت: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2002م.

154. شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، تع: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق 1989 .
155. شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، الإمام المنجور(ت995هـ)، ت:محمد الشيخ الأمين، دار عبد الله الشنقيطي.
156. شرح تنقيح الفصول، القراني(ت684هـ)، ت: طه عبد الرؤوف سعد، شركة طباعة الفنية المتحدة، ط1، 1973م.
157. شرح حدود ابن عرفة، الرصاع التونسي المالكي(894هـ)، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ.
158. شرح شذور الذهب في معرفة كلام العرب، ابن هشام، ت: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الطلائع، القاهرة، ط1، 2004م.
159. شرح صحيح البخاري، ابن بطلال(ت449هـ)، ت: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 2003م.
160. شرح مختصر الروضة، نجم الدين الطوفي(ت716هـ)، بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1987م.
161. شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشبي(ت1101هـ)، دار الفكر، بيروت.
162. شرح معاني الآثار، أبو جعفر الطحاوي(ت321هـ)، ت: جاد الحق، محمد زهري النجار، عالم الكتب، ط1، 1994م.
163. الشرط الجزائي في الديون، علي محمد الصوا، (ت،ط).
164. الشرط الجزائي في العقود، عبد المحسن الرويشد، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1983م .
165. الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد بن عبد العزيز اليميني، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، 1426هـ.
166. الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني شعر دون أثر قانوني - الالتزامات نموذجاً- ، شوقي بناسي، مقال بحوليات جامعة الجزائر1، العدد31.
167. الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني، شعار دون أثر قانوني-الالتزامات نموذجاً-، شوقي بناسي، حوليات جامعة الجزائر1. العدد31ن ج2.
168. الشريعة الإلهية، عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، الأردن، ط3، 1991م.

الصاد

169. صحيح ابن حبان، محمد بن حبان الدارمي (ت354هـ)، ت: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1988م.
170. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل الجعفي البخاري (ت256هـ)، ت: محمد زهير بن ناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.
171. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسبوري (ت261هـ)، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
172. صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، أحمد الحراني الحنبلي (ت695هـ)، ت: الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1397هـ.
173. الصياغة الفقهية في العصر الحديث، فهد الرومي، دار التدمرية، الرياض، ط1، 2012م.
174. صيغ العقود في الفقه الإسلامي، صالح بن عبد العزيز العليقة، كنوز إشبيليا، الرياض، ط2، 2012م.

الضاد

175. ضوء الشموع شرح المجموع، محمد الأمير المالكي، ت: محمد محمود ولد محمد الأمين الموسوي، دار يوسف بن تاشفين، مكتبة الإمام مالك، نواكشط، ط1، 2005م.
176. الضوابط والقواعد الشرعية للمعاملات المالية الإسلامية، إسماعيل خالدي، (د، ط، ت).

الطاء

177. طرق الكشف عن مقاصد الشريعة، نعمان جعيم، دار النفائس، الأردن، ط1، 2002م.
178. طرق الإثبات الشرعية، أحمد إبراهيم، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، ط4، 2003م.

العين

179. عارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذي، أبو بكر ابن العربي المالكي (ت543هـ)، توضيح: جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997م.
180. عقود الإذعان وحماية المستهلك، يمينة بليمان، مقال بمجلة العلوم الإنسانية، العدد 51، جوان 2019.

181. العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، محمد لفروجي، مجلة العلوم القانونية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط2، 2001م.
182. عقد التوريد وأثر الغش فيه، هيلة اليابس، شبكة الألوكة، د(ط،ت).
183. عقد الجواهر الثمينة، جلال الدين ابن شاس الجذامي المالكي (ت616هـ)، ت: حميد لحمري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2003م.
184. عقد الفرنشيز في القانون الجزائري، نسيمه انوجال، مذكرة ماجستير، تخصص قانون المؤسسات، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، بن عكنون، الجزائر، 2004.
185. العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، ابن سلمون الكناني (ت741هـ)، ت: محمد الشاغول، دار الأفاق العربية، ط1، 2011م.
186. العقود المركبة حقيقة قانونية فرضها الواقع الاقتصادي، عمر عمور، مقال بمجلة: الدراسات القانونية المقارنة، العدد2، المجلد4، 2018م.
187. العقود الإدارية، محمد الشافعي أبو راس، د(ط،ت).
188. العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، عبد الله العمراني، دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط2.
189. العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها، محمد علي القرني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
190. عقود مقاولات الأعمال، حسن عبد الله حسن، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2015.
191. علم الاجتماع القانوني، محمد الرضواني، دار المعارف الجديدة، الرباط، ط1، 2007م.
192. علم التوثيق والتقنية الحديثة، محمد قبيسي، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط2، 1991م.
193. علم الشروط عند المسلمين وصلاته بعلم الوثائق العربية، محمد خضر، د(ط،ت).
194. العلم والقدرة بين خطاب التكليف وخطاب الوضع، عبد المحسن بن محمد الريس، مجلة العلوم الشرعية، العدد الثامن والعشرون (1434هـ) ..
195. العلمانية الجزئية والعلمانية الشاملة، عبد الوهاب المسيري، دار الشروق، القاهرة، 2002م.
196. العلمانية: نشأتها وتطورها وآثارها في الحياة الإسلامية المعاصرة، سفر الحوالي، د(ط،ت)
197. العلمانيون والإسلام، محمد قطب، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1994م.

198. العمليات المصرفية وإدارة المخاطر، شعبان فرج، جامعة البويرة، 2014م.
199. العناية بالوثائق مظهر من مظاهر الحضارة، مبارك الريسوني، مجلة دعوة الحق، العدد 240، سنة 1984م.
200. عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، سامي منصور، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1987م.
201. عوارض الأهلية السماوية وأثرها في المعاملات، أحمد عبد الله الراجحي، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 2013م.

الفـ

202. فاعلية الأساليب المستخدمة في إثبات التزوير الإلكتروني، عبد الله بن سعود السراني،
203. فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
204. الفتوى والرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، محمد زعير.
205. الفروق اللغوية، أبو هلال العسكري، ت: محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة، القاهرة.
206. الفروق للقرافي، أبو العباس شهاب الدين القرافي (ت684هـ)، عالم الكتب، (د، ط، ت).
207. الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، يوسف القرضاوي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1999م.
208. فقه الشورى والاستشارة، توفيق الشاوي، دار الوفاء، ط1.
209. فقه المعاملات المالية المعاصرة، حماد، نزيه، دار القلم، دمشق، ط1، 2007م.
210. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم النفراوي المالكي (ت1126هـ)، دار الفكر، 1995م.

الفـ

211. القاموس المحيط، الفيروزآبادي (ت817هـ)، ت: مكتب تحقيق التراث بإشراف: نعيم عرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 2005م.
212. قانون حمورابي، شعيب الحمداني، المكتبة الوطنية ببغداد، رقم الإيداع 1191، سنة 1989م.

213. القبس شرح موطأ مالك بن أنس، ابن العربي(ت543هـ)، ت: محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب، ط1، 1992م.
214. قصة الحضارة، ويليام جيمس، تر: زكي محمود وآخرون، دار الجيل، بيروت، 1988م.
215. القصد والنية في الشريعة الإسلامية، د. عبود بن علي بن درع، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - العدد 48.
216. القصد والنية في الشريعة الإسلامية، عبود بن علي بن درع، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 48.
217. قضاة قرطبة، الحشني القروي(ت361هـ)، ت: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب المصري، دار الكتاب اللبناني، القاهرة، بيروت، ط2، 1989م.
218. قواعد الصياغة التشريعية - مدونة الأسرة نموذجاً -، مولاي عبد الرحمان قاسمي، دار السلام، ط1، 2018م.
219. القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي - دراسة مقارنة -، مقني بن عمار، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، 2009م.
220. القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، عمر عبد الله كامل، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر.
221. القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الفاسدة وتطبيقاتها في العقود، محمد بن سعد العبدلي، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1429هـ.
222. القواعد القانونية في تفسير العقد، سهير حسن هادي، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل.
223. القواعد الكلية والضوابط الفقهية، عثمان شبير، دار النفائس، الأردن، ط2، 2007م.
224. القواعد النورانية، تقي الدين ابن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي(ت728هـ)، تعليق: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1422هـ.
225. القوانين الفقهية، أبو القاسم محمد بن جزى الكلبي الغرناطي المالكي(ت741هـ)، (د، ط، ت).

الكاف

226. كتاب الولاية وكتاب القضاة، الكندي، ت: محمد حسن إسماعيل، أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2002م.

227. كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مجموعة من المؤلفين.
228. كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي التهانوي الحنفي (ت1158هـ)، ت: علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط1، 1996م.
229. الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، الزمخشري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1407هـ.
230. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، عبد العزيز البخاري الحنفي (ت730هـ)، دار الكتاب الإسلامي، (د، ط، ت).
231. الكناش في فني النحو والصرف، عماد الدين بن شاهنشاه (ت732هـ)، ت: رياض الخوام، المكتبة العصرية، بيروت، 2000م.

اللغة

232. لباب التأويل في معاني التنزيل، الخازن، ت: محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
233. لسان العرب، محمد بن جمال الدين بن منظور الرويفعي الإفريقي (ت711هـ)، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ.
234. لسانيات النص مدخل إلى انسجام الخطاب، محمد خطابي، المركز الثقافي العربي، ن ط1، 1991م.
235. لغة القانون في ضوء علم لغة النص . دراسة في التماسك النصي ، سعيد أحمد بيومي، دار الكتب القانونية، مصر، ط1، 2010م.
236. اللمع في أصول الفقه، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (ت476هـ)، دار الكتب العلمية، ط2، 2003م.
237. لوايح الدرر في هتك أستار المختصر، محمد بن سالم الشنقيطي، دار الرضوان، موريتانيا، ط1، 2015م.

المير

238. مبدأ الرضا في العقود، علي قره داغي،
239. مجلة دعوة الحق، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، المغرب، العدد 238.

240. مجلة كان التاريخية، السنة السابعة، العدد24، 2014م.
241. مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العدد12.
242. مجموع الفتاوى، ابن تيمية(ت728هـ)، ت: عبد الرحمان بن قاسم، مجمع الملك فهد، 1995م.
243. محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي، عمر الجيدي، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 1987م.
244. محاضرات في اقتصاد البنوك، شاعر القزويني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.
245. المحرر الوجيز، ابن عطية الأندلسي، ت: عبد السلام محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ.
246. المحصول، الرازي، ت: طه العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، 1998م.
247. مختار الصحاح، الرازي(ت666هـ)، ت: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، ط5، 1999م.
248. المختصر الفقهي، ابن عرفة(ت803هـ)، ت: حافظ عبد الرحمان محمد خير، مؤسسة خلف الخيرية، ط1، 2014م.
249. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار القلمن دمشق، ط1، 1998م.
250. المدخل لدراسة القانون والشريعة، عالية سمير، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002م.
251. المدونة، مالك(ت179هـ)، دار الكتب العلمية، 1994م.
252. مراقبي السعود مع شرحه نشر البنود، الشنقيطي، (د، ط، ت).
253. المسؤولية الجنائية عن الأعمال البنكية - دراسة مقارنة بين التشريع المصري والجزائري-، زينب سالم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010م.
254. المسالك شرح موطأ الإمام مالك، ابن العربي(ت543هـ)، ت: محمد وعائشة ابنا الحسين السليماني، دار الغرب، ط1، 2007م.
255. مسائل فقهية معاصرة، عارف علي عارف القره داغي، IIUM Press، ماليزيا، ط1، 2011م..

256. المستصفي، الغزالي (ت505هـ)، ت: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية ط1، 1993م.
257. مسند أحمد، احمد بن حنبل (ت241هـ)، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 2001م.
258. مشكلات التشريع، دراسية نظرية وتطبيقية مقارنة، د. عصمت عبد المجيد بكر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971م.
259. مصادر الفقه المالكي أصولاً وفروعاً في المشرق والمغرب قديماً وحديثاً، بشير ضيف، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2008م.
260. المصنف في الأحاديث والآثار، ابن أبي شيبة (ت235هـ)، ت: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ.
261. المصنف، عبد الرزاق الصنعاني (ت211هـ)، ت: حبيب الرحمان الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، ط2، 14.3هـ.
262. معاني النحو، فاضل صالح السمرائي، دار الفكر، الأردن، ط2، 2003م.
263. المعايير الشرعية للمؤشرات الإسلامية، دراسة وتحليل، أسامة علي الفقير الرابعة.
264. المعجم الأوسط، أبو القاسم الطبراني (ت360هـ)، ت: طارق بن عوض الله، بن عبد المحسن الحسيني، دار الحرمين، القاهرة.
265. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمان عبد المنعم، دار الفضيلة، (د، ط، ت).
266. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، دار الدعوة، (د، ط، ت).
267. معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، دار النفائس، ط2، 1988م.
268. معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، جلال الدين السيوطي (ت911هـ)، تحقيق: محمد إبراهيم عبادة، مكتبة الآداب، القاهرة، مصر، ط1، 2004م.
269. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس الرازي (ت395هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1979م.
270. المعونة على مذهب عالم المدينة، عبد الوهاب بن نصر البغدادي (ت422هـ)، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، (د، ط، ت).

271. المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والمغرب، أبو العباس
الونشريسي (ت914هـ)، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف د. محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون
الإسلامية، الرباط، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1981م.
272. معين الحكام على القضايا والأحكام، أبي إسحاق بن عبد الرفيح (ت733هـ)، تحقيق ابن
قاسم بن عياد، دار الغرب، بيروت، 1989م.
273. المغني، موفق الدين ابن قدامة المقدسي الحنبلي (ت620هـ)، مكتبة القاهرة، دط، 1968م.
274. مفاتيح العلوم، محمد بن احمد البلخي الخوارزمي (ت387هـ)، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار
الكتاب العربي، ط2، دت.
275. مفاتيح الغيب، فخر الدين الرازي (ت606هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2،
1420هـ.
276. مقاصد الشريعة الإسلامية، الطاهر ابن عاشور، ت: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس
الأردن.
277. مقاصد الشريعة في المعاملات المالية عند ابن تيمية وأثرها في الأحكام والنوازل المالية
المعاصرة، ماجد العسكري، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، 1435هـ.
278. مقاصد الشريعة وقضايا العصر، محمود باندي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، بوركينافاسو،
أبحاث ووقائع مؤتمر العام الثاني والعشرين.
279. مقاصد المكلفين وأثرها في عقود المعاملات، صافي حبيب، رسالة دكتوراه، جامعة وهران،
دت.
280. المقدمات الممهديات، أبو الوليد ابن رشد الجد (ت520هـ)، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب،
بيروت، ط1، 1988م.
281. مقدمة ابن خلدون، ضبط: خليل شحادة، مراجعة: سهيل زكار، دار الفكر، بيروت، 2001م.
282. المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، أبو العباس أحمد
بن يحيى للونشريسي (ت914هـ)، تحقيق: عبد الرحمان الأطرم، دار البحوث والدراسات الإسلامية
وإحياء التراث، دبي، ط1، 2005م.
283. المقنع في علم الشروط، أحمد بن مغيث الطليطلي (ت459هـ)، توضيح: ضحى الخطيب،
دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000م.

284. مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، حليس لخضر، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2016م.
285. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، أبو زهرة، دار الفكر العربي، دط، 1996م.
286. منازعات الصفقات العمومية، خضري حمزة، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2005م.
287. منازل السائرين، أبو إسماعيل عبد الله الأنصاري الهروي (ت481هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط، ت).
288. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، أبو الحسن علي بن سعيد الرجرجي (ت633هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي، أحمد بن علي، دار ابن حزم، ط1، 2007م.
289. منتخب الأحكام، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن أبي زمينين (ت399هـ)، تحقيق: عبد بن عطية الرداد الغامدي، المكتبة المكية، مؤسسة الريان، ط1، 1998م.
290. المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي (ت474هـ)، مطبعة السعادة، مصر، ط1. 1332هـ.
291. منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد عليش المالكي (ت1299هـ)، دار الفكر، بيروت، دط، 1989م.
292. المنهاج الواضح للبلاغة، حماد عوني، المكتبة الأزهرية للتراث، (دط، ت).
293. المهذب في أصول الفقه المقارن، عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد، الرياض، 1999م.
294. الموافقات، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشاطبي (ت790هـ)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1997م.
295. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين محمد بن محمد الطرابلسي المغربي الحطاب الرعيبي (ت954هـ)، دار الفكر، ط3، 1992م.
296. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.
297. الموسوعة القانونية: <https://elawpedia.com/>
298. موسوعة القواعد الفقهية، آل بورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 10، 2003م.

299. موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي ، علي الندوي، تقريرض: عبد الله بن عبد العزيز بن عقيل، دط، 1999م.

300. موسوعة المستشرقين، عبد الرحمان بديوي، 1992م.

301. موسوعة اليهود واليهودية والصهيونية، عبد الوهاب المسيري، دار الشرق، القاهرة، ط5، 2009م.

302. الموطأ، الإمام مالك بن أنس (ت179هـ)، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، اعتنى به: عادل خضر، مؤسسة المعارف، بيروت، ط1، 2004م.

النور

303. نحو التصور الحضاري الشامل للمسألة المصطلحية، الشاهد البوشيخي، مجلة التسامح، العدد8.

304. النحو التعليمي والتطبيقي في القرآن الكريم، سليمان الياقوت، دار المعرفة، بيروت، 2003م، ص204.

305. النحو الوافي، عباس حسن، دار المعارف، مصر، ط3، 1984م.

306. نحو تفعيل مقاصد الشريعة، جمال الدين عطية، دار الفكر، دمشق، دط، 2003م.

307. نشر البنود على مراقبي السعود، عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، د(ط،ت).

308. نشأة الدواوين وتطورها في صدر الإسلام، زريف مرزوق المعايطية، مركز زايد للتراث والتاريخ، 2000م.

309. النص بين التشريع والإخبار، دراسة منشورة على موقع الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين، طارق البشري، 2007م.

310. نصب الراية لأحاديث الهداية، جمال الدين الزيلعي (762هـ)، تقديم: محمد يوسف البنوري، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، ط1، 1997م.

311. نظام العقود الإدارية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، د: محمد الأعرج، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، د(ط،ت).

312. النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية(في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم)، فتيحة حابي، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، جامعة مولود معمّر- تيزي وزو، الجزائر، 2013 .

313. النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري ، ياسر سيد الحديدي، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 2006 .
314. نظام القضاء في المملكة العربية السعودية، عبد المنعم الجيزة، معهد الإدارة العامة، الرياض، دط، 1988م.
315. نظرية التوثق -دراسة تأصيلية تطبيقية في المذهب المالكي-، سعاد رباح، أطروحة دكتوراه، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2015م/2016م.
316. نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، جواد محمود أحمد بحر، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، دت.
317. نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، زكي الدين شعبان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م.
318. نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، حوران محمد سليمان، أطروحة دكتوراه، جامعة دمشق، دت.
319. نظرية العقد في الفقه الإسلامي، عز الدين خوجة، مراجعة: عبد الستار أبو غدة، مجموعة دلة البركة، ط1، 1993م.
320. نظرية العقد، عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، ط2، 1998م.
321. النظم البلاغية بين النظرية والتطبيق، حسن الجناحي، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، ط1، 1983م.
322. نفائس الأصول في شرح المحصول ، شهاب الدين القرافي(ت684هـ)، تحقيق وتعليق: عادل احمد عبد الموجود، علي محمد معوض، تقريض: عبد الفتاح أبو سنة، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، ط1، 1995م.
323. النقود والمصارف، ناظم الشمري، دار زهران ، الأردن، ط4، 1998م.
324. نهاية السؤل شرح منهاج الأصول، عبد الرحيم الإسنوي (ت772هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999م.
325. النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ابن أبي زيد القيرواني (ت386هـ)، تحقيق محمد حجي وآخرون، دار الغرب، بيروت، ط1، 1999م.

326. نوازل العقار، دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة، أحمد بن عبد العزيز العميرة، دار الميمان، الرياض، ط1، 2011م.

الهـاء

327. هيئات الرقابة الشرعية، عجيل النشمي، المؤتمر الأول للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، 2001م.

328. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معايير المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار الضبط للمؤسسات المالية والإسلامية رقم2، المنامة البحرين، 1421 هـ / 2000م.

الواو

329. وثائق الفشتالي، محمد بن أحمد الفشتالي (ت779هـ)، تحقيق: أبو الفضل الدمياطي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2015م.

330. الوثائق المختصرة، أبو إسحاق الغرناطي (ت579هـ)، تحقيق: إبراهيم بن محمد السهلي، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط1، 2011م.

331. وثائق المرابطين والموحدين، عبد الواحد المراكشي، تحقيق: حسين مؤنس، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 1997م.

332. الوثائق والأحكام بالمغرب والأندلس في القرنين الرابع والخامس الهجريين، إدريس السفياي، مركز البحوث والدراسات في الفقه المالكي، الرابطة المحمدية للعلماء، الرباط، ط1، 2012م.

333. الوثائق والسجلات، محمد بن أحمد الأموي المعروف بابن العطار (ت399هـ)، تحقيق: شالميتا، كورنيطي، مجمع الوثائق الجريبي، المعهد الإسباني العربي للثقافة، 1983م.

334. الوثائق ومكانتها في التاريخ الإسلامي، عبد الكريم السمك، مجلة أحوال المعرفة، العدد72 س17، 2013م.

335. الوجيز في أصول الفقه، وهبة الزحيلي، دار الخير، دمشق، ط2، 2006م.

336. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية والأحوال الشخصية، محمد الزحيلي، مكتبة دار البيان، دمشق، ط1، 1983م.

337. الوظائف الإحالية في الضمائر الشخصية في رسالة المعاش والمعاد للجاحظ، د. مفلح بن عبد الله، مقال بمجلة مقاليد، العدد 10، 2016م.
338. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أبو العباس شمس الدين بن خلكان (ت681)، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ط1، 1994م.

مصادر أجنبية

339. La traduction juridique et son enseignement: aspects théoriques et pratiques , Gémar Jean Claude, in meta, vol 24,n1, 1979.
340. La traduction juridique: art et technique d'interprétation, Gémar Jean Claude, in Meta, vol. 33, n° 2, 1998.
341. Linguistique juridique, Gerard Cornu, montchrestien, paris, 1990.
342. Terminologie, langue et discours. Sens et signification du langage du droit, Gémar Jean Claude, in Meta, vol.39, n°1, 1991.

فهرس المحتويات

الإهداء.....	
الشكر.....	
ملخص المذكرة بالعربية	
الملخص بالانجليزية Abstract	
المقدمة	أ
الباب الأول: الصياغة الفقهية وعلاقتها بتنظيم العقد	1 -
الفصل الأول: الصياغة الفقهية مفهومها وأساليبها	3 -
المبحث الأول: مفهوم الصياغة الفقهية.	5 -
المطلب الأول: التعريف الإفرادي.....	5 -
الفرع الأول: الصياغة	5 -
الفرع الثاني : الفقهية.....	6 -
المطلب الثاني: باعتبار التركيب	7 -
المطلب الثالث: الألفاظ ذات الصلة بها.....	10 -
الفرع الأول: العبارة	10 -
الفرع الثاني: البيان	10 -
الفرع الثالث: التقنين	11 -
المبحث الثاني: آليات الصياغة الفقهية وأساليبها.....	12 -
المطلب الأول: تهيئة لغة الصياغة.....	12 -
الفرع الأول: اللغة الفقهية.....	12 -
البند الأول: مصدرية لغة الفقه.....	12 -
البند الثاني: أنواع اللغة الفقهية.....	14 -
البند الثالث: خصائص لغة الفقه.....	15 -
الفرع الثاني: اللغة القانونية.....	15 -
البند الأول: مصدرية لغة القانون.....	15 -
البند الثاني: خصائص لغة القانون.....	17 -
البند الثالث: أنواع النص القانوني	19 -

- المطلب الثاني: تهيئة الصائغ. - 19 -
- الفرع الأول: الصائغ لُغَة الفقه وشروطه. - 19 -
- البند الأول: مفهوم الصائغ. - 20 -
- البند الثاني: شروط صائغ الوثيقة. - 22 -
- البند الثالث: طرق تعيين الصائغ في الفقه الإسلامي. - 25 -
- المطلب الثالث: أنواع الصياغة الفقهية وأساليبها. - 26 -
- الفرع الأول: أنواع الصياغات وأساليبها. - 27 -
- البند الأول: الصياغة القطعية. - 27 -
- البند الثاني: أساليب الصياغة القطعية. - 28 -
- البند الثالث: الصياغة الظنية. - 29 -
- البند الرابع: أساليب الصياغة الظنية. - 31 -
- الفرع الثاني: الفروق بين الصياغة القطعية والظنية. - 33 -
- البند الأول: أوجه الاتفاق بينهما. - 33 -
- البند الثاني: أوجه الاختلاف بينهما. - 34 -
- الفرع الثالث: خصائص الصياغة الفقهية. - 35 -
- المبحث الثالث: أهمية الصياغة الفقهية للعقود. - 37 -
- المطلب الأول: الصياغة المحكمة أفضل طرق تجسيد العدل. - 37 -
- المطلب الثاني: الصياغة الفقهية المحكمة تحقق مقاصد الشريعة. - 38 -
- المطلب الثالث: المساهمة في تحسين النظام القانوني لمؤسسات الدولة. - 41 -
- الفصل الثاني: التصورات السائدة لصياغة العقود قديما وحديثا. - 43 -**
- المبحث الأول: التدرج الزماني لمصطلح العقد ودلالته في الشرائع الوضعية القديمة. - 45 -
- المطلب الأول: تنظيم طريقة التعاقد قديما في الشرائع الوضعية. - 45 -
- المطلب الثاني: فلسفة التعاقد في هذه الشرائع. - 48 -
- المبحث الثاني: التدرج الدلالي لمصطلح العقد وصياغته من منظور الشرع السماوي. - 52 -
- المطلب الأول: التشريعات السماوية وتنظيم تصرفات الأفراد. - 53 -
- المطلب الثاني: خصائص شرائع الكتب السماوية الثلاث. - 54 -
- المطلب الثالث: العقد وخصائصه في شريعة الإسلام. - 57 -
- الفرع الأول: مصطلح العقد في النص القرآني وتويلات ذلك. - 58 -
- الفرع الثاني: فلسفة التعاقد في الشرع الإسلامي. - 59 -

- 60 - البند الأول: العناية بالملكية.
- 61 - البند الثاني: العناية بمبدأ الرضا في التعاقد.
- 62 - البند الثالث: الوفاء بالعقود.
- 62 - البند الرابع: تكوين العقد.
- 65 - **الفصل الثالث : تقنيات وأدوات الصياغة الفقهية للعقود**
- 66 - المبحث الأول: تخطيط وثيقة العقد وأنماط كتابتها.
- 66 - المطلب الأول: تقنية التبويب والتقسيم لوثيقة العقد.
- 69 - المطلب الثاني: تقنية التصنيف والتصنيف.
- 71 - المبحث الثاني: مفردات صياغة العقد.
- 71 - المطلب الأول: المفردات الواجب استخدامها في صياغة بنود العقد.
- 71 - الفرع الأول: مراعاة المفردات الدالة على الإلزام.
- 71 - البند الأول: الإلزام في اللغة والاصطلاح.
- 72 - البند الثاني: الألفاظ ذات الصلة.
- 73 - البند الثالث: المفردات التي تدل على إباحة التصرف ومنعه.
- 73 - البند الرابع: أنواع الإلزام وأحكامها.
- 74 - الفرع الثاني: مراعاة المفردات ذات الاصطلاح الفقهي الخالص.
- 78 - المطلب الثاني: المفردات الممنوعة من الاستخدام في صياغة بنود عقد.
- 79 - الفرع الأول: مفردات الإحالة ودورها في تأويل النص.
- 80 - البند الأول: استخدام الضمائر بدل تسمية المسميات.
- 81 - البند الثاني: استخدام أسماء الإشارة بدل الإشارة إلى المقصود.
- 82 - البند الثالث: استخدام الاسم الموصول بدل الاسم الحقيقي.
- 83 - الفرع الثاني: المفردات المتضادة والمشاركة.
- 84 - المبحث الثالث: تراكيب جمل الصياغة الفقهية للعقود.
- 84 - المطلب الأول: شق الإثبات؛ الحمل المبيّنة لحكم العقد.
- 84 - الفرع الأول: مسمى العقد.
- 85 - الفرع الثاني: تحديد أطراف العقد.
- 88 - الفرع الثالث: مكان العقد وتاريخه.
- 89 - الفرع الرابع: العبارات الدالة على الاتفاق بين أطراف العقد.
- 89 - البند الأول: قصد العاقدين وشروط اعتباره في صيغة عقد.

- البند الثاني: أنماط توافق إرادة المتعاقدين - 90 -
- المطلب الثاني: الحمل الشارحة للمعاملة وشروطها. - 92 -
- الفرع الأول: بنود ثابتة في كل عقد - 93 -
- الفرع الثاني: بنود متغيرة بحسب العقود - 94 -
- الباب الثاني: العقد توثيقه ومنهج صياغته في المذهب المالكي - 96 -**
- الفصل الأول: العقد مفهومه وحرية تكوينه. - 98 -**
- المبحث الأول: العقد مفهومه وضوابط تنظيمه. - 100 -
- المطلب الأول: العقد والوعد والعهد مفاهيم ومفارقات. - 100 -
- الفرع الأول: مفهوم العقد. - 100 -
- الفرع الثاني: مفهوم الوعد. - 104 -
- الفرع الثالث: مفهوم العهد. - 107 -
- المطلب الثاني: ضوابط صيغة العقد. - 108 -
- الفرع الأول: مفهوم الصيغة وصورها. - 109 -
- البند الأول: التعاقد بالكتابة ومجالاته - 109 -
- البند الثاني: مقصد التعاقد بالكتابة - 113 -
- البند الثالث: صيغ التعاقد بالكتابة - 115 -
- الفرع الثاني: شروط الصيغة. - 122 -
- البند الأول : اقتران الإيجاب والقبول - 122 -
- البند الثاني: فهم الصيغة من طرفها - 124 -
- البند الثالث: بقاء الإيجاب قائما حتى يصدر القبول - 127 -
- المبحث الثاني: أهلية التعاقد وحرية - 129 -
- المطلب الأول: الأهلية في العقود وعوارضها في المذهب المالكي - 129 -
- الفرع الأول: مفهوم أهلية التعاقد - 129 -
- الفرع الثاني: العوارض السماوية. - 130 -
- الفرع الثالث: العوارض المكتسبة - 133 -
- المطلب الثاني: حرية التعاقد بين المذاهب الوضعية والفقهاء الإسلاميين - 137 -
- الفرع الأول: نظرة التشريع الوضعي لحرية التعاقد. - 138 -
- البند الأول: مذهب سلطان الإرادة - 138 -
- البند الثاني: المذهب الاشتراكي الماركسي وعلاقته بالإرادة وحرية التعاقد - 143 -

- 144 - الفرع الثاني: نظرة التشريع الإسلامي لحرية التعاقد.
- 146 - الفصل الثاني: آليات حفظ تكوين العقد وصياغته في المذهب المالكي
- 148 - المبحث الأول: مصادر صياغة العقود في المذهب المالكي.
- 148 - المطلب الأول: مصادر التأصيل.
- 148 - الفرع الأول: أصول الفقه المالكي
- 149 - الفرع الثاني: كتب الفقه المعتمدة التي قررت الفقه المالكي.
- 150 - المطلب الثاني: مصادر التنزيل.
- 150 - الفرع الأول: كتب الوثائق والشروط.
- 152 - الفرع الثاني: كتب الفتاوى والنوازل.
- 152 - المطلب الثالث: الثابت والمتغير في العقود.
- 154 - المبحث الثاني: آليات تفسير العقد وتأويله قضاءً.
- 154 - المطلب الأول: مفهوم تفسير العقود وتحرير محل النزاع فيه.
- 154 - الفرع الأول: مفهوم تفسير العقود
- 157 - الفرع الثاني: تحرير محل الاستشكال في تفسير العقد
- 160 - المطلب الثاني: طرق الإثبات المتعلقة بتفسير العقد عند المالكية.
- 161 - الفرع الأول: الشهادة
- 162 - الفرع الثاني: الكتابة
- 164 - الفرع الثالث: المعاينة
- 166 - الفرع الرابع: الإقرار
- 166 - الفرع الخامس: اليمين
- 167 - الفرع السادس: القرائن.
- 168 - المطلب الثالث: دور القواعد الفقهية في تفسير العقد
- 171 - المبحث الثالث: تزوير العقود وتحريفها.
- 172 - المطلب الأول: مفهوم التزوير وطرقه
- 172 - الفرع الأول: حقيقة التزوير
- 175 - الفرع الثاني: طرق التزوير.
- 176 - البند الأول: التزوير التقليدي.
- 176 - البند الثاني: التزوير التقني أو الرقمي.
- 178 - المطلب الثاني: العقود القابلة للتزوير

- 178 - الفرع الأول: العقود الرسمية
- 178 - الفرع الثاني: العقود العرفية
- 179 - المطلب الثالث: الأثر المترتب على التزوير.
- 183 - المبحث الرابع: حفظ العقود وتوثيقها في المذهب المالكي
- 183 - المطلب الأول: مفهوم توثيق العقود وأهميته.
- 183 - الفرع الأول: التوثيق ومفهومه وإشكالية نشأته
- 187 - الفرع الثاني: أهمية التوثيق
- 189 - المطلب الثاني: آليات حفظ العقود من النظر الشرعي
- 189 - الفرع الأول: تسجيل العقود
- 192 - الفرع الثاني: شهر الأملاك
- 194 - الفرع الثالث: سجلات الوثائق
- 195 - المطلب الثالث: فسخ العقود وأسبابه
- 196 - الفرع الأول: مصطلحات فسخ العقود فقها.
- 199 - الفرع الثاني: أسباب فسخ العقود.
- 203 - **الفصل الثالث: الشروط وأثرها في العقود**
- 205 - المبحث الأول: الشروط المقتضية للعقد والمنافية له وأثر إثباتها في العقد.
- 205 - المطلب الأول: مفهوم الشرط في العقد
- 207 - المطلب الثاني: الشرط الشرعي وحجيته
- 207 - الفرع الأول: مفهومه.
- 208 - الفرع الثاني: حجية الشرط الشرعي
- 210 - المطلب الثالث: الشرط المنافي للعقد وأثره.
- 212 - المبحث الثاني: الشروط الجعلية المسكوت عنها وأثرها في العقد.
- 212 - المطلب الأول: مفهوم الشرط الجعلي
- 216 - المطلب الثاني: العلاقة بين الاشتراط في العقد وحرية الإرادة
- 218 - المطلب الثالث: تحقيق مذهب المالكية في الاشتراط في العقود.
- 225 - المطلب الرابع: التحقيق في الأحاديث المانعة للاشتراط والمجيزة له
- 225 - الفرع الأول: الأحاديث المانعة للاشتراط في العقود
- 228 - الفرع الثاني: الأحاديث المجيزة للاشتراط في العقود.
- 231 - المبحث الثالث: الشرط الجزائي وعلاقته بالشرط الجعلي وأثره في العقد.

- 232 - المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي
- 232 - الفرع الأول: الشرط الجزائي قانونيا
- 235 - الفرع الثاني: تكييف الشرط الجزائي في النظريات القانونية
- 236 - الفرع الثالث: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي
- 241 - الفرع الثالث: التكييف الفقهي للشرط الجزائي
- 245 - المطلب الثاني: آلية الرقابة على دفتر الشروط
- 246 - الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية
- 247 - الفرع الثاني: طرفا العقد وأثرهما في الاشتراط
- 250 - الباب الثالث : مدى استثمار الصياغة الفقهية للعقود في صياغة العقود المعاصرة**
- 252 - الفصل الأول: العقود المعاصرة ومناهج صياغتها**
- 253 - المبحث الأول: العقود المستحدثة أقسامها وقواعدها
- 253 - المطلب الأول: استحداث العقود وشروطه
- 253 - الفرع الأول: استحداث العقود
- 256 - الفرع الثاني: ضوابط استحداث العقود وشروطه
- 256 - البند الأول: ضوابط استحداث العقود
- 257 - البند الثاني: شروط العقود المستحدثة
- 258 - المطلب الثاني: أقسام العقود مسمياتها وقواعدها
- 258 - الفرع الأول : أقسام العقود ومسمياتها
- 260 - الفرع الثاني: القواعد الفقهية العامة المراعاة في العقود
- 260 - البند الأول: القواعد الفقهية الكبرى وعلاقتها باستحداث العقود
- 263 - البند الثاني: قواعد الشروط في العقود
- 264 - المطلب الثالث: تركيب العقود وجمعها
- 264 - الفرع الأول: معنى تركيب العقود والمصطلحات ذات الصلة به
- 266 - الفرع الثاني: ضوابط تركيب العقود من النظر الشرعي
- 269 - المبحث الثاني: الجهات المخولة بصياغة العقود المدنية وقوة وثيقته
- 269 - المطلب الأول: العقود المدنية والإدارية وحجية وثيقته
- 269 - الفرع الأول: مفهوم العقود الإدارية وأنواعها وجهة صياغتها
- 269 - البند الأول: مفهوم العقود الإدارية
- 270 - البند الثاني: أنواع العقود الإدارية

- 273 - البند الثالث: جهة صياغة العقود الإدارية
- 274 - البند الرابع: عيوب ومزايا العقود الإدارية
- 275 - الفرع الثاني: العقود المدنية حجيتها وجهة توثيقها
- 275 - البند الأول: مفهوم العقود المدنية
- 276 - البند لثاني: أنواع العقود المدنية وجهة صياغتها
- 277 - المطلب الثاني: العقود البنكية وتكييفها
- 277 - الفرع الأول: مفهوم العقود البنكية وحصرها.
- 281 - الفرع الثاني: علاقة العقود البنكية بعقود الإذعان
- 283 - **الفصل الثاني: آليات تطوير المنظومة التعاقدية من الناحية الفقهية**
- 284 - المبحث الأول: القضاء الشرعي ودوره في ضبط العقود من الناحية الفقهية.
- 284 - المطلب الأول: القضاء الشرعي ومقاصده.
- 284 - الفرع الأول: مفهوم القضاء الشرعي.
- 287 - الفرع الثاني: دعائم القضاء الشرعي.
- 287 - البند الأول: أصل العدل
- 289 - البند الثاني: من دعائم القضاء الشرعي حصانته
- 290 - البند الثالث: من دعائم القضاء الشرعي النزاهة
- 291 - البند الرابع: من دعائم القضاء الشرعي استقلاليته
- 292 - الفرع الثالث: مقاصد القضاء الشرعي.
- 293 - المطلب الثاني: واقع القضاء الشرعي وآفاقه.
- 293 - الفرع الأول: مدى تأثير القضاء الشرعي في التشريع.
- 295 - الفرع الثاني: آفاق القضاء الشرعي
- 295 - البند الأول: معنى آفاق القضاء الشرعي
- 296 - البند الثاني: مقومات القضاء الشرعي
- 297 - البند الثالث: الرؤية المستقبلية للقضاء الشرعي.
- 298 - البند الرابع: ما يمكن أن يكون عليه القضاء الشرعي.
- 300 - المطلب الثالث: دور القضاء في ضبط المنظومة التعاقدية.
- 300 - الفرع الأول: القضاة وفض نزاع العقود.
- 301 - الفرع الثاني: الرقابة القضائية للعقود من النظر الفقهي.
- 305 - المبحث الثاني: واقع وآفاق دور المؤسسات الشرعية في ضبط السوق.

- المطلب الأول: الحسبة نشأتها ومقاصدها - 305 -
- الفرع الأول: مفهوم الحسبة وتعيين المحتسب. - 305 -
- الفرع الثاني: نشأة الحسبة في المغرب الأوسط. - 310 -
- الفرع الثالث: مقاصد تشريع الحسبة. - 314 -
- المطلب الثاني: دور الصياغة الشرعية في ضبط السوق. - 316 -
- الفرع الأول: القواعد الشرعية لضبط السوق. - 316 -
- البند الأول: توازن السوق في الفلسفات الوضعية. - 316 -
- البند الثاني: توازن السوق في الفقه الإسلامي. - 317 -
- الفرع الثاني: مكانة العقد في السوق. - 319 -
- المطلب الثالث: المؤسسات الشرعية ودورها في ضبط السوق. - 321 -
- الفرع الأول: أسباب انحصار دور المؤسسات الشرعية. - 321 -
- الفرع الثاني: آفاق المؤسسات الشرعية في تقديم البديل الفقهي. - 322 -
- الفصل الثالث: عوامل ضبط المنظومة التعاقدية وفق النظر الفقهي** - 323 -
- المبحث الأول: دور الإرادة السياسية في ضبط النظم القانونية المبنية على الفقه الإسلامي - 324 -
-
- المطلب الأول: مفهوم الإرادة السياسية وعلاقتها بالتشريع - 324 -
- الفرع الأول: دلالة مصطلح الإرادة السياسية. - 324 -
- الفرع الثاني: التشريع بالأوامر - 328 -
- المطلب الثاني: ازدواجية العلاقة بين التشريع والسياسة - 331 -
- الفرع الأول: مظاهر تأثير السياسة في التشريع - 332 -
- البند الأول: البيروقراطية وتأثيرها في التوثيق والتشريع وتنفيذه. - 332 -
- البند الثاني: العلمانية وأثرها في التشريع - 334 -
- المطلب الثالث: المرجعية الفقهية المالكية ودورها في التشريع - 336 -
- الفرع الأول: مدى اعتبار المرجعية الفقهية المالكية مصدرا لصياغة المنظومة التشريعية
والتعاقدية. - 337 -
- الفرع الثاني: البدائل الفقهية وهيئات الرقابة في المؤسسات. - 341 -
- المطلب الرابع: مدى قدرة المذهب المالكي في احتواء النوازل التعاقدية - 344 -
- الفرع الأول: نوازل العقود، تصويرها وتكييفها. - 344 -
- الفرع الثاني: التخريج الفقهي المالكي وعلاقته باحتواء النوازل. - 347 -

- 350 - المبحث الثاني: الحوكمة الشرعية ودورها في تحسين دور المؤسسات والمصارف المالية ..
- 350 - المطلب الأول: حوكمة المؤسسات مفهومها وضرورتها
- 350 - الفرع الأول: مفهوم حوكمة المؤسسات ومستنداتها الشرعي
- 353 - الفرع الثاني: أهمية الحوكمة الشرعية وضرورة تجسيدها
- 354 - المطلب الثاني: الحوكمة في المؤسسات المالية
- 355 - الفرع الأول: هيئات الرقابة في المؤسسات المالية ودورها في مراقبة صياغة العقود
- 357 - الفرع الثاني: ضرورة إعداد معايير فقهية إلزامية للمؤسسات المالية
- 359 - المطلب الثالث: الحوكمة في المؤسسات التوثيقية
- 359 - الفرع الأول: تحسين مهنة التوثيق وصياغة العقود
- 363 - الفرع الثاني: الرقابة القضائية على المنظومة التعاقدية
- 364 - البند الأول: رقابة القاضي الإداري للأنشطة الاقتصادية
- 365 - البند الثاني: المراقب الشرعي للعقود
- 368 - الخاتمة
- 381 - ملحق لنماذج من العقود الشرعية في مذهب المالكية
- 396 - الفهارس
- 397 - فهرس الآيات القرآنية
- 403 - فهرس الأحاديث النبوية
- 407 - فهرس المصادر والمراجع
- 432 - فهرس المحتويات



The People's Democratic Republic of Algeria
Ministry of Higher Education and Scientific Research
Prince Abdul Qadir University for Islamic Sciences - Constantine -

Faculty of Sharia and Economics

Department: Jurisprudence and its fundamentals

Specialty: Maliki Doctrine



Thesis title

**Methodology of drafting contracts in the
Maliki school of thought
And its investment in contemporary contract
formulas**

PhD thesis submitted for a doctorate degree in specialization sciences: the Maliki school

Student preparation:

Hamza Bounaas

Professor supervision:

Prof. Samir Jab Allah

	Name and Surname	adjective	degree	University
01	Prof. Dr. Ali Mihoubi	As president	Prince	Abdul Qadir University for Islamic Sciences
02	Prof. Dr. Samir Jab Allah	the supervisor and rapporteur	Prince	Abdul Qadir University for Islamic Sciences
03	Dr. Souad Rebbah	Member	MEMBER	Abdul Qadir University for Islamic Sciences
04	Prof. Dr. Mohamed Rachid Boughazala	Member	Prince	University of Wadi Suf
05	Dr. Kamel Edin Qari	Member	MEMBER	University of Bouira
06	Prof. Dr. Abdelkarim hamedi	Member	Prince	University of Batna

Academic Year 1441-1442 H / 2020-2021 AD