

جامعة الكويت
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

مبدأ
سلطان الإدارة ومداه
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

للدكتور
إسماعيل عبد النبي شاهين
الأستاذ في جامعتي الكويت والأزهر الشريف

تكمن العلة في اهتمام الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية بالإرادة، وفي هذا المجال تبرز أهمية الحرية في مجال تكوين العقود وأهمية الإرادة في إنشاء العقود أو إجراء التصرفات الشرعية والقانونية، وهو ما يعبر عنه "بمبدأ سلطان الإرادة" الذي يعني أن الإرادة وحدها قادرة على إنشاء ما تريد من العقود والتصرفات مادامت تلتزم الضوابط الشرعية الصحيحة وقواعد النظام العام والآداب.

ومن هنا تبرز أهمية بحث "مبدأ سلطان الإرادة" ومداه في الفقه الإسلامي والنظم القانونية المعاصرة" الذي نأمل أن نعالج فيه أبرز مقومات المبدأ في كل من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية المعاصرة داعين الله بالتوفيق والسداد.

أ.د. إسماعيل عبد النبي شاهين

* خطة البحث :

سنعالج - بعون الله - موضوع "مبدأ سلطان الإرادة ومداه في الفقه الإسلامي والنظم القانونية المعاصرة - بإيجاز - في المباحث الآتية.

المبحث الأول : مقومات مبدأ سلطان الإرادة ومداه في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني : القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في نطاق إبرام العقود في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث : مبدأ سلطان الإرادة في النظم القانونية الوضعية.

المبحث الرابع : الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مبدأ سلطان الإرادة ومداه.

المبحث الأول

مقومات مبدأ سلطان الإرادة ومداه في الفقه الإسلامي

١- بيان وتوضيح :

من المسلم به أن الشريعة الإسلامية كانت أقدم الشرائع في تقرير مبدأ سلطان الإرادة وتنظيمه وتنظيماً بلغ من الدقة ما لم تستطع أكثر القوانين الوضعية تطورا أن تباريه وتواكبه.

فالشريعة الإسلامية حينما قررت هذا المبدأ لم تطلق العنان للإرادة بغير ضابط في تكوين العقد وترتيب آثاره، ولكنها رعاية لمصالح العباد واستقرار المعاملات وتحقيق العدالة وضعت كثيرا من القيود والضوابط نحو استعماله تحقيقا للتوازن المطلوب بين حق الإرادة في اكتساب ما تشاء من الحقوق وما ينبغي أن تتحمله من التزامات.

ومبدأ سلطان الإرادة يعني قدرة الإرادة وكفايتها الذاتية لإنشاء العقود والتصرفات الشرعية دون أن يكون لها دخل في ترتيب آثار هذه العقود أو التصرفات.

وعلى ذلك فإن "مبدأ سلطان الإرادة ينطوي تحت لوائه قواعد ثلاث هي:

١- مبدأ الرضا.

٢- الشكالية وموقف الفقه الإسلامي منها.

٣- آثار العقد في الفقه الإسلامي.

٢- أولا : مبدأ الرضا في الفقه الإسلامي:

من المتفق عليه أن مبدأ الرضا وقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" هما جناحي مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي.

وقد أطلق الفقه الإسلامي العنان لمبدأ سلطان الإرادة إلى أقصى حد ممكن إذ تتعدّد فيه جميع التصرفات القولية بمحض إرادة الطرفين وبمجرد توافق الإيجاب والقبول على أحداث أثر شرعي معين دون اتباع شكل معين، اللهم إلا في بعض العقود النادرة لتعلقها بأمر جل كما هو الشأن في عقدي الزواج والهبة حيث لا ينعقد أولهما إلا بشكل معين وصيغة خاصة (عند الشافعية ومن وافقهم)^(١) لتعلقه بالإبضاع، وثانيهما يشترط فيه القبض على خلاف بين الفقهاء فيه هل هو ركن فيها أم شرط لانعقاده؟ ليس هذا مجال بيانه، وما سوى ذلك من العقود فأساسها الرضا حيث ينعقد العقد بالارتباط بين الإرادتين على إحداث أثر شرعي معين. ولقد وردت أدلة عديدة على قيام العقود والتصرفات على مبدأ الرضا من الكتاب والسنة والمعقول:

فمن الكتاب قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"^(٢)، ووجه الاستدلال من الآية: أنها قررت أن أكل أموال الناس يعتبر حراما واستثنت منه حالة واحدة وهي الأكل بالتراضي فجعلته حلالا.

وقوله تعالى "فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا"^(٣)، ووجه الاستدلال من الآية: أن الشرع الحكيم علق حل الأكل على طيب النفس وهو تعليق الحكم بشرطه وهو يؤذن بتعليل حل الأكل بطيب النفس.

١- انظر المذهب للشيرازي ج ٢ ص ٤٣ ، ط ١٣٧٩هـ.

٢- سورة النساء آية رقم ٢٩.

٣- سورة النساء - آية رقم ٤.

وقوله تعالى " ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم" (١) ووجه الاستدلال من الآية: أن هذا من باب الضمان والكفالة والجعالة وكلها لا تثبت إلا بالرضا (٢). إلى غير ذلك من الآيات الكثيرة الدالة على قيام التصرفات الشرعية على مبدأ الرضا.

ومن السنة: أحاديث كثيرة نجتزئ منها : ماروي عن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيبة نفس منه" رواه الحاكم وابن حبان في صحيحهما (٣) ، وأخرج أبو داود والترمذي والبيهقي من حديث عبد الله السائب بن يزيد عن أبيه عن جده بلفظ " لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لآعبا ولا جادا" (٤)، ووجه الدلالة من هذه الأحاديث - وغيرها - أنها حثت على الرضا في كل التصرفات الشرعية وأهمها العقود ونهت عن الغصب والغدر والخيانة مما يدل على أن الأصل في العقود الرضا إذا لا معنى له إلا إذا ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده (٥).

وأما المعقول فإن الأصل في العقود : رضا المتعاقدين، ونتيجتها هو ملأ أوجباه على أنفسهما بالتعاقد فلو لم يكن رضا المتعاقدين قائما - في حدود أحكام الشرع الحنيف - لانتفى سبب الحكم ولا يتصور وجود حكم دون سبق وجود سببه وهو العقد القائم على الرضا.

١- سورة يوسف - آية رقم ٧٢

٢ - أنظر تفسير ابن كثير ج٢ ص ٤٨٥ - ٤٩٠ هـ - ١٩٨٠ م

٣ - سبل السلام ج٣ ص ٦٠ - ٦١ الطبعة الرابعة ١٣٧٩ هـ - ١٩٦٠ م.

٤ - سبل السلام ج٣ ص ٦١.

٥ - فتاوى ابن تيمية ج٣ ص ٣٣١ ط ١٣٢٩ هـ.

٣- ثانيا: الشكلية وموقف الفقه الإسلامي منها:

نستطيع أن نقرر في إيجاز أن الشريعة الإسلامية لا تعرف من العقود الشكلية شيئا غير عقدي الزواج والهبة، حيث يشترط في الأول منهما الأشهاد عند جمهور الفقهاء والصبغة (التلفظ بصيغة النكاح أو الزواج) عند الشافعية^(١) وذلك لخطورة هذا العقد وتعلقه بالأبضاع والأعراض، ومن ثم كانت الشكلية - عند من ذكرنا - ضرورة فيه.

لأن القاعدة أن الشيء إذا عظم شأنه وقدره شدد فيه تعظيما لشأنه وإعلاء لقدره كما أن الأصل في العروض والأموال الإباحة وفي النساء والأبضاع التحريم، ومن ثم كانت القاعدة التخفيف فيما يعم ويكثر - العقود والتصرفات - والتشديد فيما سواه^(٢) (النساء والأبضاع).

أما عقد الهبة فإن ثمة شكلية طفيفة قد تلحقه حينما اشترط الفقهاء فيه ضرورة قبض الشيء الموهوب، على خلاف بينهم هل هو ركن فيه أم شرط لتمامه؟

وعلى وجه الإجمال - لخروج ذلك عن نطاق بحثنا - فإن أبا حنيفة وأصحابه والشافعي والثوري يرون أن القبض شرط من شروط صحة الهبة وأن الملك لا يثبت في الهبة قبل القبض.^(٣)

بينما ذهب الإمام مالك رضي الله عنه إلى أن القبض في الهبة شرط لتمامها وليس من شروط صحتها أي أن القبض ركن فيها^(٤).

١ - انظر المذهب للشيرازي ج٢ ص٤٣

٢ - تهذيب الفروق بهامش الفروق للقرافي ج٣ ص١٨١ ط ١٣٤١ هـ.

٣ - انظر بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣٦٨٨ ط ١٩٧١م، والمذهب للشيرازي ج١ ص٤٥٤ - الطبعة الثانية ١٣٧٩ هـ.

٤ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج٢ ص٣٧٩ ط ١٩٧٥م.

وذهب الإمام أحمد وأهل الظاهر وأبو ثور^(١) إلى أن الهبة لا يشترط فيها القبض أصلاً، ومن ثم فهو ليس شرطاً لصحتها ولا لتمامها.

وخلاصة القول: إن الشريعة الإسلامية تقرر أن مبدأ الرضا في الفقه الإسلامي هو الذي يظل العقود جميعها، وأن الشريعة الإسلامية لا تعرف الشكلية إلا في عقود خاصة ولأمور قدرها الشرع الحنيف على النحو السابق بيانه.

٥ - ثالثاً: آثار العقد في الفقه الإسلامي:

سبق أن ذكرنا أن مبدأ سلطان الإرادة ذو عنصرين أحدهما مبدأ الرضائية وثانيهما هو عنصر "العقد شريعة المتعاقدين".

فما مدى دور الإرادة في ترتيب آثار العقد من حيث تعديله أو الحد منه بكل ما يعدل هذه الآثار أو ينهيها؟ وما مدى إلزام العقد لعاقديه في الفقه الإسلامي؟

للإجابة على هذه التساؤلات نقول:

من المسلم به أن دور الإرادة يقف عند حد إنشاء العقود وتكوينها في حدود ما قرره الشرع الحنيف، ولا تستطيع الإرادة أن تتجاوز هذا الحد إلى ترتيب آثار العقد، فآثار العقد في الشريعة الإسلامية مقررة من الشارع، أي أن آثار العقد أو آثار التصرفات الشرعية إنما تترتب في الشريعة الإسلامية بإرادة الشارع ولا تتوقف على إرادة طرفي العقد، فالإرادة يقف سلطانها عند حد إنشاء العقود فقط ولا تتعداه إلى مجال الآثار والنتائج^(٢)، فالعقود أسباب جعلية يرتب عليها الشارع آثارها، ففي

١ - أنظر المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٢٤٦ ط ١٣٤٧ هـ.

٢ - أنظر د/ محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد ص ٤١١ ط ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢ م، د/ محمد سلام مذكور - الفقه الإسلامي ص ١٩؛ الطبعة الثانية ١٩٥٥ هـ.

عقد البيع مثلا نجد أن نقل ملكية المبيع إلى المشتري، ونقد الثمن إلى البائع هو حكم رتبة الشارع على العقد (الإيجاب والقبول) ، ولا يرجع هذا الحكم إلى إرادة طرفي العقد، إذ العقود في الفقه الإسلامي تنتج آثارها سواء رضى بذلك العاقدان أم لا، ولا يحد من هذه الآثار سوى الشروط والخيارات التي يقررها الشارع الحكيم - أو يقررها طرفا العقد في إطار أحكام قواعد الفقه الإسلامي ذاته.

ودليل ما ذهبنا إليه نصوص كثيرة لا يحصيها عد أو حصر وردت في أمهات الكتب نجتزئ منها ما قرره ابن إلهام من أن "المتحقق من الشرع ليس إلا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكية عند وجود الفعلين القائمين مقام الإيجاب والقبول بوصفهما سببا له شرعا" (١) ، وما ورد في كشف الأسرار للبزدوي من أن " علل الشارع غير موجبة بذواتها وإنما الموجب للأحكام هو الله عز وجل، ولكن إيجابه لما كان عينيا نسب الوجود إلى العلل فصارت موجبة في حق العباد بجعل صاحب الشرع إياها كذلك" (٢) ، وجاء في الموافقات للشاطبي " إن للمكلف تعاطي الأسباب وإنما المسببات من فعل الله وحكمه لا كسب فيه للمكلف" (٣) ، ويقول ابن تيمية "إن الأحكام الثابتة بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع وملك البضع الثابت بالنكاح، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه" (٤).

١ - فتح القدير للكمال بن الهمام ج٥ ص ١٩٧٤ ط ١٣٥٦ هـ .

٢ - كشف الأسرار للبزدوي ج٤ ص ١٧٠ ط ١٣١٠ هـ وأنظر المستصفي للغزالي ج١ ص ٩٣ طبعة مطبعة بولاق ١٣٢٣ هـ .

٣ - الموافقات للشاطبي ج١ ص ١٣١ ط ١٣٤١ هـ .

٤ - فتاوى ابن تيمية ج٣ ص ٣٣٥ هـ .

نخلص مما سبق إلى أن آثار العقود في الفقه الإسلامي شرعية وأن هذا المنهج كان لحكمة سامية وغرض نبيل من الشارع الحكيم وهي رعاية مصلحة العباد واستقرار المعاملات بينهم على أسس ثابتة من الحق والعدل، حتى لا ينتشر بينهم الجور والظلم والعدوان وتقلب عليهم الأهواء والشبهات مثلما كان سائدا بينهم في الجاهلية من عقود تواضعوا على ترتيب آثارها بارادتهم، ولا يخفى ما كانت تشمل عليه من غرر وجهالة فاحشة وتباغض وتشاحن من أباحتهم الربا ولعب الميسر وإجلزة بيع الملامسة والمنابذة والحصاة .. الخ مثل هذه البيوعات الفاسدة. ولعل غاية آثار العقد في الفقه الإسلامي أنه رسم للناس الحدود ووضع القواعد العامة في معاملاتهم وتصرفاتهم وألزمهم ألا يخرجوا عليها حتى تسود بينهم المودة والطمأنينة، وآية ذلك أنه ترك العقود والتصرفات في عدد غير محصور حسبما يظهر من مصالح العباد ولم يحدد آثار كل عقد على حده، وإنما ترك ذلك لمقتضيات الحال وحسبما يتفق عليه الطرفان في مجال إنشاء العقود والتصرفات (١).

١ - انظر في هذا المعنى د/ محمد شوكت العدوي في رسالته: نظرية العقد ص ١٢٠، ١١ على الآلة الضاربة. (بدون تاريخ للطبع).

المبحث الثاني

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في نطاق إبرام العقود

القيود الواردة في الفقه الإسلامي على مبدأ سلطان الإرادة في نطاق إبرام العقود تتمثل فيما يلي:

- ١- صغر السن
 - ٢- عوارض الأهلية
 - ٣- تصرفات المريض مرض الموت
 - ٤- التعاقد للمصلحة العامة جبرا
 - ٥- الشفعة
 - ٦- المنع من التصرف لمصلحة الدائنين
- وسوف نقوم ببحث هذه القيود كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول صغر السن

٦- صغر السن كقيد على مبدأ سلطان الإرادة في نطاق إبرام العقود:
يعتبر صغر السن من الأمور الطبيعية المؤثرة على إرادة التصرف،
لاستلزامها أهلية مناطها العقل والقدرة على التمييز.
ويميز الفقهاء بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء ويعرف علماء أصول الفقه
الإسلامي أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق
المشروعة له أو عليه^(١)، أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص
لاستعمال الحق ويمكن أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية
الأداء فيكون مستمتعا بالحق (وهذه هي أهلية الوجوب) دون أن يستطيع
استعماله بنفسه (وهذه هي أهلية الأداء)، والذي يعنينا هنا هو أهلية
الأداء، فإذا أطلقنا الأهلية كانت هي المقصورة.
والأهلية مناطها التمييز، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز، فمن كان
كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة،
ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته^(٢).
ولما كان العقل والقدرة على التمييز تتعدمان منذ المولد، فالفقهاء
مجمعون على بطلان تصرفات الصغير الذي لا تمييز له .
ويظهر حكم الحجر لصغر السن عند الحنفية في المال وفي التصرفات:
فأما حكم المال : فلتحاشي إتلافه يمنع الصبي الذي لا يعقل والذي يعقل

١ - أهلية الوجوب بهذا التعريف هي في الواقع الشخص ذاته منظورا إليه من الناحية القانونية فالشخص
سواء كان شخصا طبيعيا إعتباريا إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه
واجبات فكل شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده بل وقبل ذلك من
بعض الوجوه عندما يكون جنينا إلى وقت موته بل وبعد ذلك إلى حين تصفيه تركته وسداد ديونه - في
تفصيلات ذلك دكتور / عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية
الالتزام بوجه عام - مصادر الألتزام - المجلد الأول - ص ٢٦٥ وما بعدها ط ١٩٦٦م.

٢ - أنظر تفصيلات ذلك الموضوع دكتور/ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني
الجديد - نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام - المجلد الأول - ص ٢٦٥ وما بعدها.

إلى أن يؤنس رشده، إلا أن يؤذن له بالاتجار للإختبار، وأما حكم التصرفات فالصبي الذي لا يعقل لا يصح منه التصرفات القولية كلها حتى ولو كان قبول الهبة والصدقة، وأما الصبي الذي يعقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف، ولا تصح الضارة ضررا محضا بالإجماع، أما الدائرة بينهما كالبيع فتتعد موقوفة على إجازة الولي^(١).

وفي المذهب الشافعي، يحجر على الصبي في ماله ويتصرف فيه الأب ثم الجد في الوصي في السلطان، ولا يتصرف فيه الناظر في ماله إلا على الاحتياط وفيما فيه حظ وإغتباط، ولا يفك الحجر عنه حتى بلوغه وحتى يؤنس رشده صلاحا في الدين فلا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة، وصلاحا في المال فيكون محافظا عليه غير مبذر^(٢).

أما المذهب الحنبلي ففي مدى جواز تصرف الصبي المميز بإذن الولي قولان: أحدهما: أنه لا يصح لأنه غير مكاف ولأن العقل الذي يمكن الوقوف به على صحة التصرف خفي ضابطه، البلوغ، والقول الثاني أنه يصح لأنه عاقل محجور عليه فصح تصرفه بإذن وليه^(٣).

والحقيقة أن التفرقة التي قال بها الحنفية بشأن تصرفات الصبي المميز النافعة والضارة والدائرة بينهما فيها كثير من الوجاهة، لما فيها من توسعة تتوافق مع الطبيعة الإنسانية ومراحل النمو العقلي ودرجة التمييز بين الأشياء وتوسيع نطاق دائرة تحقيق المصالح وتلافي الأضرار والمفاسد وتجنب عنصر المفاجأة في التعامل حين يجد المرء نفسه لحظة البلوغ أمام ألوان شتى من المعاملات لا عهد له بها^(٤).

١ - بدائع الصنائع - ج ٧ - ص ١٧١، ١٧٠ - طبعة الجمالية بمصر سنة ١٣٢٨ هـ / ١٩١٠ م.

٢ - المهذب - ج ١ - ص ٣٢٨، ٣٣٠، ٣٣١ - طبعة الآداب والمؤيد بمصر - سنة ١٣١٧ هـ.

٣ - المغني - ج ٣ - ٢٧٢

٤ - أنظر فيما سبق: د/ السيد عبد الحميد فودة - مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقهاء الإسلامي ص ٥٠١-٥٠٤ بدون تاريخ.

المطلب الثاني عوارض الأهلية

٧- نقص الأهلية أو انعدامها كقيد على مبدأ سلطان الإرادة:

إذا صار الصغير بالغاً عاقلاً رشيداً أصبح كاملة الأهلية، ودفع إليه ماله وصحت جميع تصرفاته إلا أن تصيبه عاهة عقلية.

فتصرف المجنون يكون باطلاً ولو أجازه الولي لانعدام العقل والتمييز، أما إذا كان يحن تارة ويفيق تارة أخرى، فقد قال الأحناف بأنه يكون كالعقل حال إفاقته كما تعتبر تصرفات المعتوه عندهم (وهو المختلط الكلام الفاسد التدبير الذي ليس بضرار ولا بشتام على أحسن الأقوال عند الأحناف) كنظيرتها عند الصبي العاقل^(١).

وإذا بلغ الصبي ولم يعلم رشده من سفهه ففيه قولان عن الإمام مالك، الأول أنه محمول على السفه حتى يتبين رشده، وهو المشهور والثاني أنه محمول على رشده حتى يتبين سفهه، وعنه في رواية أن الولاية غير معتبر ثبوتها إذا علم الرشد ولا سقوطها إذا علم السفه^(٢).

ولا يرى الإمام أبو حنيفة الحجر على البالغ العاقل بسبب السفه أو الدين أو الغفلة أو الفسق^(٣)، وحتى وإن كان في تلك الأسباب إتلاف للمال، كما أنه يرى ألا يدفع إلى من بلغ سفيهاً ماله حتى يبلغ سن الخامسة والعشرين لقول أهل الطبائع أن من بلغها فقد بلغ رشده لأنها السن

١ - تبين الحقائق - ج ٥ - ص ١٩١ ط ١٣١٣ هـ.

٢ - بداية المجتهد ج ٢ - ص ٢٥١

٣ - وفي المذهب الشافعي يستديم الحجر على الفاسق في الدين وإن بلغ مصلحاً للمال ولقوله سبحانه * فإن أنستم منهم رشداً .. والفاسق لا يؤمن منه الرشد ولأن حفظة للمال لا يوثق به مع الفسق لأن الأخير قد يدعوا إلى التبذير. (المذهب-ج ١- ص ٣٣١) ط الحلبي.

المتصور بعده أن يصير جدا، وأن ينقطع بعده وجاء التأديب الذي يكون منع المال بسببه، وسنده قول الله سبحانه وتعالى (وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب) ^(١)، ومراده بعد البلوغ، وسمى السفه يتيما لقربه منه، ولأن أول أحوال البلوغ قد لا يفارقها السفه. وعند الصاحبين لا يدفع إلى السفه ماله، و يتصرف فيه، حتى يؤنس منه الرشد لقوله سبحانه (فإن أنستم منهم رشدا) ^(٢) ، ولأن منع ماله لعله السفه، فيبقى المنع ما بقيت العلة ^(٣). والرأي الأولي بالقبول لدينا هو رأي الصاحبين لأن فيه الكثير من الوجاهة، إذ أن مقتضى السفه ضياع المال الذي جاء الإسلام حريصا عليه محافظا عاملا على تميمته.

١ - سورة النساء - الآية رقم ٢.

٢ - سورة النساء - الآية رقم ٦

٣ - تبين الحقائق - ج ٥ - ص ١٩٤، ١٩٥.

المطلب الثالث

تصرفات المريض مرض الموت

٨- الحماية الشرعية لتصرفات المريض مرض الموت:

إذا ما انتاب الشخص أحد أمراض الموت، فخشى منه الهلاك، وإنهارت معه حالته الصحية والنفسية، أصبح في وضع غير طبيعي لأن تتعلق بزمته حقوق الآخرين وديونهم^(١).

واقضى الأمر والحال كذلك، أن تحمي الشريعة الإسلامية هذه الحقوق وتلك الديون، فعلمت حقوق ورثته بتلثي تركته لما رواه البخاري ومسلم عن سعد بن أبي وقاص أنه قال : قلت يا رسول الله أنا ذو مال وفي رواية (كثيراً) ولا يرثني إلا إينة لي واحدة أفأتصدق بتلثي مالي؟ قال: لا. قلت : أفأتصدق بشطره؟ قال: لا قلت أفأتصدق بتلثه؟ قال: الثلث، والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس^(٢).

ولهذا فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن التبرعات المنجزة التي تصدر عن المريض مرض الموت، كالعتق والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والإبراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال، تعتبر من ثلث المال الجائز التصرف فيه^(٣).

١ - دكتور/ هاشم عبد المقصود سعد - نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع المصري - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ص ١٦٨.

٢ - سبل السلام - ج ٣ - ١٠٤، ١٠٥.

٣ - المغني - ج ٦ - ص ١٧١.

وتقييد تصرفات المريض مرض الموت على هذا النحو، أو اعتبارها غير نافذة أمر تدعو إليه مصلحة دائني هذا المريض وورثته، وربما أقدم خلال هذه الفترة الحرجة من حياته على تصرفات ضارة بدائنيه أو ورثته، تلبية لهوى جامع أو نزوة عابرة^(١). ولا شك في أن حماية مصلحة الدائنين والورثة أمر يفرضه منطق التفكير السليم والرأي السديد في مثل هذه الحالة^(٢).

١ - دكتور/ أنور محمود يوسف - مرض الموت - ص ٥ - دار الثقافة العربية - ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م.
وقد أخذ القانون المصري عن الشريعة الإسلامية حكم تصرفات المريض مرض الموت فاعتبر كل تصرف يصدر منه مقصود به المحاباة أو التبرع وصية يسرى في شأنها أحكامها - أنظر المادتان ٩١٥، ٩١٦، وكذلك دكتور/ عبد الودود يحيى - دروس في العقود المسماة - ص ٢٠١ - طبعة ١٩٧٦/١٩٧٧.
٢ - أنظر فيما سبق د/ سيد فودة - السابق ص ٥١٠، ٥٠٩.

المطلب الرابع

الإجبار على التعاقد للمصلحة العامة

نزع الملكية للمنفعة العامة ومنع الاحتكار بمعرفة ولي الأمر

٩- نزع الملكية للمنفعة العامة :

لئن كانت الشريعة الإسلامية قد أقرت الملكية الفردية وشجعته وكفلت لها الحماية والحرية، إلا أن الفقهاء المسلمين أجازوا لولي الأمر أو للحاكم أن ينتزع ملكية بعض الأفراد بالقيمة العادلة كرها عنهم، إذا كانت هناك مصلحة عامة مشروعة تقتضي ذلك فقد ورد في كتب الفقه الإسلامي (إذا بنى مسجدا واحتاجوا إلى مكان ليتسع فأدخلوا شيئا من الطريق في المسجد وكان ذلك لا يضر بصاحب الطريق جاز ذلك، وكذا إذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها لما روي عن الصحابة (رضي الله عنهم) أنهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام (١).

ويرى رأي في الفقه أن الانتزاع بالقيمة العادلة لإقامة المستشفيات لمعالجة المرضى أو لافتتاح المدارس والمعاهد للتعليم ومحو الأمية والتفقه في الدين، لا تقل أهمية أو قيمة عن الانتزاع للممرات والطرق العامة ويؤيد رأيه بقوله بان الفقيه الشلبي في حاشيته على هذا الشرح وعلى المتن في قوله تعليقا على شرح الزيلعي " بأنه يوهم التخصيص بهذه الصورة - أي أن يجعل في المسجد ممر - وعبارة المصنف شاملة لها ولغيرها) وقد أقر الانتزاع لما ذكرت من أغراض (٢).

والأمر عينه في حق ولي الأمر في التدخل لمنع الاحتكار وإنهائه على تفصيل في ذلك ليس هذا مجاله.

١ - تبيين الحقائق - ج ٣ - ص ٣٣١، ٣٣٢.

٢ - دكتور/ همام عبد المقصود سعد - نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع المصري - رسالة الدكتوراه - ص ١٦٣، وأنظر فودة - السابق ص ٥١٢

المطلب الخامس

الشفعة

١٠ - تملك الشفيع للعقار جبرا قيد على مبدأ سلطان الإرادة:

أخذت الشريعة الإسلامية بنظام الشفعة، الذي أقرت به أحقية تملك الشفيع جبرا الملك المشفوع عليه، شريكا كان أم جارا، بذات قيمة التصرف لغيره، دفعا لما قد ينجم من أضرار المشاركة أو الجوار في العقار، وللأولوية في أن تؤول حصة الشريك في المنقول إلى شريكه.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في أمر الشفعة، فقال الحنفية بثبوتها في العقار للشريك والجار في حالة الشراء^(١)، وقال الشافعية بثبوتها في العقار أيضا ولكنهم قصروها على الشريك دون الجار^(٢)، وقد قال أنصار رأي آخر بأن الشفعة تثبت للاشتراك في كل شيء عقارا كان أم منقولاً^(٣).

وقد استند من قال بجواز الشفعة للشريك دون الجار والمقاسم إلى ما روى عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مال يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)، وكذلك إلى ما في دخول الشريك الجديد من ضرر وإيذاء ينقصان من قيمة الملك لما قد يحدثه الشريك الجديد من المرافق.

١ - الدر المختار - ج ٥ - ص ١٣٧، رد المحتار - ص ١٣٨ ط ١٢٧٢ هـ

٢ - المهذب - ج ١ - ص ٣٧٦، ٣٧٧.

٣ - الدراري المضيئة - ج ٢ - ص ١١٥ ط ١٣٤٧ هـ

وقد استند من قال بجوازها للجار، بالإضافة إلى جوازها للشريك، إلى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أحاديث في هذا الشأن، فقد روى النسائي وإبن أبي يعلى في مسنده وابن حبان في صحيحه عن أنس ورواه أحمد وأبو داود والترمذي عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (الجار أحق بدار الجار) وهو حديث صحيح^(١).

وقد استند من قال بقصر الشفعة على العقار دون المنقول، إلى أن الضرر في العقار يتأبد، وكذلك إلى الحديث السابق.

واستند من قال بجواز الشفعة للإشتراك في كل شيء ولو كان منقولا، إلى عموم الأحاديث الواردة في ذلك ومنها ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (الشريك شفيع والشفعة في كل شيء) ^(٢).

ومهما يكن من أمر الخلاف الفقهي - في الفقه الإسلامي - في موضوع الشفعة، فإنه قيد يرد على مبدأ سلطان الإرادة وحرية إبرام العقود بالتدخل في أطراف الرابطة التعاقدية^(٣).

١ الجامع الصغير - ج١ - ص ١٢٠ ط ١٣١٢ هـ

٢ - الجامع الصغير - ج٢ ص ٢٥ .

٣ - انظر د/ فودة - السابق ص ٥١٦ .

المطلب السادس

المنع من التصرف لمصلحة الدائنين

١١- منع المدين من التصرف في ماله كقيد على مبدأ سلطان الإرادة:

يعتبر الفقه الإسلامي دين المفلس من أسباب الحجر عليه، ومن مقتضى هذا الحجر تعلق حقوق الدائنين بماله ومنعه من التصرف فيه، وتخويل الحاكم الحق في بيعه وفاء لحقوقهم، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في مدى جواز الحبس بسبب الدين، فكان لهم في هذا مذهبان: المذهب الأول: يجوز حبس الدين - وهو قول الشافعية والحنفية - وذلك إن لم يظهر له من المال ما يبلغ به حقوق الدائنين عند الشافعية^(١)، أو إذا أدي الفجر عند الحنفية وبرهن غريمه على غناه، على ألا يكون ممن غير المعروف عنهم الإعسار ولم يكن الدين مؤجلاً^(٢).

المذهب الثاني: لا يجوز حبس المدين بسبب دينه - وهو ما رآه الإمام مالك - ولكنه قال، إن للحاكم أن يبيع ماله إن كان يفي بدينه، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يكن يفي، ويحجر عليه في تصرفاته^(٣).

ونحن نؤيد الرأي القائل بجواز الحجر على تصرفات المدين المفلس الذي ثبت أنه لا مال له، أو أنه ليس له من المال ما يدفع به حاجته، لما رواه البخاري عن الحسن من أنه قال: (إذا أفلس وتبين لم يجز عتقه ولا بيعه ولا شراؤه^(٤))، فإذا ثبت مطله جاز لولي الأمر حبسه وإيذاؤه لإكراهه على الوفاء لأنه ظالم بمطله^(٥).

١ - الأم - ج٣ - ص ١١٢ ط ١٣٨١ هـ

٢ - الدر المختار - ج٤ - هامش ص ٣١٨ من رد المحتار عليه - طبعة دار الطباعة المصرية ببولاق مصر سنة ١٢٧١ هـ.

٣ - بداية المجتهد - ج٢ - ص ٢٥٥

٤ - البخاري - ج٣ - ص ١٥٥

٥ - دكتور/ هاشم عبد المقصود سعد - نظرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي والتشريع، وأنظر د/ فودة - السابق ص ٥١٩

المبحث الثالث

"مبدأ سلطان الإرادة ومداه في القانون المدني"

١٢- التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني:

يرجع الفضل في استحداث مبدأ سلطان الإرادة - في إطار القانون الوضعي - إلى القانون الروماني - رغم ما كان يسيطر على العقود من شكليات، ومع هذا فإن القانون الروماني لم يصل إلى حد تقرير المبدأ بصورة كاملة في أي مرحلة من مراحل تطوره، بل بدأت العقود فيه شكلية تقترن بها أوضاع معينة من كتابة وإشارات وألفاظ وحركات وطقوس معينة حتى ينعقد العقد، ومن ثم فإن مجرد توافق الإرادتين لا يولد التزاما ما إلا إذا استوفى العقد الأشكال المرسومة، غير أن القانون الروماني ما لبث في مراحل تطوره المتعاقبة إلا أن يعترف للإرادة بسلطانها في إنشاء العقود الرضائية الأربعة المعروفة كاستثناء من القاعدة العامة فيه وهي شكلية العقود واقتصر المبدأ بعد ذلك فيما كان يسمى عندهم بالعقود "البريتورية" *pactes pretorie's* والعقود الشرعية *pactes legitimes* ، ولكن هذا كله لم يكن إلا استثناء وظل العقد الشكلي أو اللفظي هو القالب الذي يصبون فيه التزاماتهم^(١) حتى ولو كان سبب الالتزام غير موجود أو غير مشروع.

ويجمع الفقه القانوني على أن الفضل في تقرير مبدأ سلطان الإرادة "هو التشريع الكنسي" المتمثل في المبادئ الدينية وقانون الكنيسة وهو تشريع يقوم على الديانة المسيحية واستقرت هذه التعاليم حتى أصبح الوعد ملزما

١- د/ حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام ص ٤١ بند ٣٨ ط ١٩٥٤ م ، والسنهوري - الوسط ج١ ص ١٤١

للمواعد والإخلال به خطيئة ونكوث العهد هو إخلال بواجب ديني ما لبث أن أصبح إخلالاً بواجب قانوني^(١) وبذلك ظهر مبدأ سلطان الإرادة وازدهر في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر وذلك بفضل التطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي أحدثته الثورة الفرنسية حيث وضع قانون "نابليون" عام ١٨٠٤ على أساس تقديس حرية الفرد والإمعان في احترام إرادته وقد مهد لذلك الفيلسوف "روسو" Rousseau في كتابه المعروف "العقد الاجتماعي" بما فيه من نظريات فلسفية واقتصادية مبناها في أن العقود لا تخضع في تكوينها والآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين وحدهما.

١٣- تحليل مبدأ سلطان الإرادة :

يبين لنا من خلال عرض المبدأ على النحو السالف أن للإرادة سلطانها الأكبر في إنشاء العقود وترتيب آثارها من ناحيتين :

الأولى : ناحية الشكل وما يمكن أن يسمى بالرضائية :

فالإرادة بذاتها كافية لإنشاء التصرفات والالتزامات بأي طريقة من الطرق^(٢) ولا عبرة بالشكليات التي كان يستلزمها القانون الروماني في العقود من حيث اللفظ أو الكتابة أو الإشارات أو الطقوس الدينية الخ، وذلك نتيجة للتطور الذي طرأ على المبدأ فخفف من أحماله الثقيلة بالشكليات وإن كانت هذه الشكليات لازالت معتبرة حتى الآن في بعض العقود والتصرفات النادرة ومرجع ذلك إلى اعتبارات تقتضيها مصلحة

١- د/ أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام ط دار المعارف ١٩٦٢م ص ٣٨، د/ حشمت أبو ستيت - المرجع السابق ص ٤١ بند ٣٨.

٢- د/ عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ٤٢ ط ١٩٥٨، د/ حشمت أبو ستيت - المرجع السابق ص ٤١، د/ جمال زكي - دروس في النظرية العامة للالتزامات ص ٣٠ ط ١٩٦٦، د/ السنهوري - الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص ٣٠ ط ١٩٣٨ م .

الدولة كما في اشتراط القانون لتواجد السند الكتابي للإثبات فيما يزيد على مائة جنيه حتى تستقر المعاملات واعتبارات تقتضيها مصلحة المتعاقدين أنفسهما كما في الهبة والرهن الرسمي باشتراط القانون شهرهما أو اعتبارات تقتضيها مصلحة الغير حتى لا يضر من لا علم له بها كما في القيد والتسجيل.

الثانية : من حيث الموضوع كان من نتيجة مبدأ تطور سلطان الإرادة أن أصبحت الإرادة هي التي تحدد شروط العقد وآثاره فهي قادرة على إنشاء عقد لا يعرفه القانون (العقود غير المسماة) وتحد من أحكام العقود المسماة، وتغير من طبيعة وأحكام العقود التي يقرها القانون، فتجعل من العقد الرضائي عقدا شكليا أو عينيا أو تخلي أحد الطرفين من التزامه.. الخ. ولا يحد من سلطان الإرادة إلا الصالح العام وهي أن تكون الإرادة غير مخالفة لنص قانوني أمر أو مخالفة للنظام العام والآداب حماية لمصالح المجتمع الأساسية، ومن ثم "فقانون العقد" هو القانون الذي يجب احترامه مالم ينص القانون على غير ذلك، ومن ثم ظهر مبدأ سلطان الإرادة بشقيه وهما مبدأ الرضائية ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين^(١).

١٤ - مجال سلطان الإرادة ومداه في القانون المدني:

سبق أن ذكرنا أن مبدأ سلطان الإرادة شاع وازدهر في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بفضل ظهور النظريات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي تدعو إلى تقديس الفرد وإطلاق حريته إلى أقصى مدى

١- د/ حشمت أبو ستيت - المرجع السابق ص ٤٢، ٤٣، بند ٤٠، والسنهوري الوسيط ج ١ ص ١٤٥، ١٤٦ بند ٤٣، د/ عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق ص ٤٣، د/ عبد المنعم البدر اوي - النظرية العامة للالتزامات ط ١٩٧٥ ص ٨٩، د/ حلمي بهجت بدوي - أصول الالتزامات ص ٦٠ ط ١٩٤٣ م .

ممکن وغالی أنصار المبدأ وهم أنصار المذهب الفردي إلى حد أن جعلوا الإرادة مصدراً لكل الحقوق فهي تنشئ الالتزامات الإرادية وغير الإرادية بعقود تستند إلى الإرادة الحقيقية، وأما الجريمة وشبه الجريمة فالإرادة هي التي تنشئها أيضاً، والملكية مبنية على الإرادة أيضاً وخاصة في العالم المادي الحر، والحقوق العائلية وليدة الزواج هي أيضاً وليدة العقد وهي عمل إرادي، وكذلك الشأن في الميراث والوصية وليدة الإرادة، بل ذهبوا إلى ما هو أبعد من ذلك حيث قرروا أن العقوبة الجنائية مرجعها الإرادة المفترضة إذ يفترض أن الجاني قد ارتضى مقدماً توقيع العقاب عليه. (١) وأمام هذا الغلو الذي جافى الحقيقة انتكس المبدأ، فمن قال أن الوصية والميراث مفترضة؟ أن الميراث سابق على الوصية على الأقل من الناحية التاريخية.

ومن قال أن الجريمة وشبه الجريمة تستند إلى عقد مفترض بارتضاء توقيع الجزاء على الجاني؟ والحقيقة تقول أنهما لا يستندان إلى عقد وإنما هي وقائع يرتب القانون على وقوعها التزامات معينة، تتمثل في توقيع الجزاء المناسب، ومن قال: إن نظام الملكية يخضع للإرادة البحتة؟ إن المشرع كثيراً ما يتدخل للحد من حرية التملك لاعتبارات عامة، ومن قال إن الإرادة لها كل الشأن في عقود الزواج، بل أن القانون هو الذي تكفل بتنظيم أحكامه ولا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود (٢).

وأمام هذه الانتكاسات وتفنيد حجج أنصار المغالين في المبدأ ظهر اتجاه معارض يرى أن ظهور وتطور العوامل السياسية والاجتماعية

١- انظر د/ حشمت أبو ستيت، المرجع السابق ص ٤٤ والسهنوري - نظرية العقد - ص ٣٠ - ٣٢، د/ حلمي

بدوي - المرجع السابق ص ٦٦، د/ جمال زكي - دروس في نظرية الالتزام هامش ص ٣٢ ط ١٩٦٦ م .

٢- انظر د/ أنور سلطان - المرجع السابق ص ٣٩، د/ عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ٤٥ - ٤٦،

والسهنوري - المرجع السابق ص ٣٢.

والصناعية وظهور المبادئ الاشتراكية التي تفضل مصلحة المجموع على مصلحة الفرد وظهور هذا الاتجاه يعارض مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه باعتباره تطبيقاً للأساس الذي يقوم عليه المذهب الفردي خاصة وأن أصحاب هذا الاتجاه يؤيدون المذاهب الاشتراكية التي تقيم القانون على فكرة التضامن الاجتماعي، وقد غالى أصحاب هذا الاتجاه أيضاً إلى الحد الذي جعلهم ينفون المبدأ من أساسه حتى من دائرة العقود، فالعقد عندهم لا تستند قوته الملزمة إلى سلطان الإرادة وإنما تستند هذه القوة إلى اعتبارات اجتماعية مرجعها الثبات واستقرار المعاملات، والعقد يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي فحسب (١).

وإزاء مبالغة وتطرف الاتجاهين السالفين ظهر رأي وسط معتدل يحدد مجال سلطان الإرادة ومداه، حيث جعل للإرادة سلطاناً تستطيع بمقتضاه أن تعقد ما تشاء من التصرفات في حدود القيود التي يفرضها المشرع وأن ترتب الآثار التي يعترف القانون لها بالقدرة على ترتيبها فقط، وعلى ذلك فمجال سلطان الإرادة ينحصر في دائرة القانون الخاص وعلى درجات متفاوتة ولا مجال لها في دائرة القانون العام، ففي دائرة القانون الخاص نجد أن دور الإرادة ضئيل فيما يتعلق بالأحوال الشخصية لأن القانون هو الذي يحدد آثار عقد الزواج ولا دخل للإرادة في ترتيب هذه الآثار، وأما في دائرة المعاملات المالية فهي أكثر الدوائر التي للإرادة فيها الدور الأكبر في نطاق القانون الخاص وإن كان يجب أن نشير في هذا الصدد أن الإرادة تلعب دوراً أكبر في مجال الحقوق الشخصية منها فالحقوق العينية .

١- انظر د/ حشمت أبو ستيت - المرجع السابق ص ٤٤، ٤٦، والسنهوري - النظري العامة للالتزام ص ٣٢،

وحتى في مجال التصرفات القانونية يراعى أن المشرع حد من سلطان الإرادة بقيود شكلية وموضوعية في بعضها كما هو الشأن في عقدي الهبة والرهن الرسمي، وقیود النظام العام والآداب حماية للصالح العام ولا اعتبارات اجتماعية كثيرة (١).

نخلص مما سبق إلى أن مبدأ سلطان الإرادة بشقيه وهما الرضائية وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين هو مبدأ عام بل أصبح دعامة تبنى عليها جماع القواعد القانونية التي تتحكم في العقد في مختلف أدواره وأنه لا غنى عنه في ظل أي نظام قانوني يعترف بالملكية الفردية وحرية العمل، وقد نص عليه المشرع الفرنسي في المادة ١١٣٤ من التقنين الفرنسي بقوله "الاتفاقات التي تتم وفق القانون تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها". ونص عليه المشرع المصري في المادة ١٤٧/١ من التقنين الحالي بقوله "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون" وإذا كان هذا المبدأ قد حد من إطلاقه في العصر الحالي لأسباب سياسية واجتماعية، إلا أن العقد لازال يكتسب قوته الملزمة من إرادة طرفيه، فمصلحة المجتمع لا سلطان الإرادة تقتضيه، فضرورات الإنتاج والتوزيع واستقرار المعاملات وما يولده من ثقة في نفوس المتعاقدين تقتضي أن يلتزم المتعاقد بتعاقدته سواء بين الأفراد وبعضهم أو في مجال القطاع العام، ولذلك أصبح هذا المبدأ أساسيا حتى في النظم التي يقوم اقتصادها على التخطيط الشامل (٢).

١- انظر عرضا لهذه الآراء بإسهاب للسنهوري - الوسيط ج ١ ص ١٤٧ : ١٤٩ بند ٤٥، وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ٤٦ : ٤٨ بند ٤٥ والصدّة المرجع السابق ص ٤٢ بند ٣٥، وجميل الشرقاوي بند ١١ - المرجع السابق .

٢- د/ إسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - ط ١٩٦٨ ص ٣١٥ بند ١٥٤ مكرر .

المبحث الرابع

الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مبدأ سلطان الإرادة ومداه

١٥- اختلاف منهج الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي في مقومات المبدأ ومداه:

يبين لنا من العرض السابق لمبدأ سلطان الإرادة وتطوره التاريخي في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: أن كلاهما يتفق على أن أساس العقود جميعها من حيث تكوينها وإنشاءها هو الرضا، غير أن الفقه الإسلامي لا يعرف الشكلية المفروضة على الإرادة في معظم التقنيات الوضعية كاتباع الرسمية والتوثيق واتباع أشكال ومراسم وإجراءات معينة في بعض العقود والتصرفات كما هو الشأن في اشتراط إفراغ الهبة في شكل معين حتى تنتج آثارها القانونية، واشتراط القيد والتسجيل في بعض التصرفات حتى تكون منتجة لآثارها كما هو الشأن في ضرورة ذلك لانتقال الملكية العقارية، وضرورة إثبات المداينات التي تزيد قيمتها على مائة جنيه في محرر كتابي حتى يمكن إثباتها أمام جهات القضاء. والفقه الإسلامي يطلق العنان للإرادة في تكوين العقود وإنشائها في حدود ما رسمه المشرع الحكيم ولا يحد منها إلا ما قرره هذا الشرع في بعض القيود على بعض التصرفات بنص خاص وذلك لخطورة التصرف ذاته كما هو الشأن في ضرورة الإشهاد والصيغة في عقد الزواج والقبض في الهبة - على النحو الذي بينا - وما أشبه ذلك.

ويختلف القانون الوضعي اختلافاً بينا مع الفقه الإسلامي في مجال آثار العقد، وهو بهذا الاختلاف يناهز عن جادة الصواب، حيث أن معظم آثار

العقد فيه تخضع لإرادة المتعاقدين مالم يكن مخالفا للنظام العام أو الآداب أو لنص أمر، إذ هو يكون (العقد) باطلا تكويننا وآثارا.

أما في الفقه الإسلامي فإن آثار العقد شرعية قررها المشرع الحكيم، والعقود أسباب جعلية شرعية لها، وليس أسبابا طبيعية، وسواء أراد المتعاقدان ترتيب هذه النتائج أم لا، وليس للمتعاقدين أن يتخلصا من مقتضيات العقد بأي شرط يشترطه أيهما أو كلاهما مالم يأذن الشارع في ذلك، أي أن القاعدة في الفقه الإسلامي هي شرعية الآثار، والاستثناء هو ما يقرره المتعاقدان بإذن خاص من الشارع، والقانون الوضعي عكس ذلك تماما، إذ القاعدة فيه أن العقد شريعة المتعاقدين نشوءا وآثارا والاستثناء ما يقرره القانون للاعتبارات التي تتعلق بحماية نظام المجتمع. وحتى حينما اتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مجال سلطان الإرادة في نطاق تكوين العقود إلا أن هناك تغاير في المنهج والأسلوب والمعالجة جعل الفقه الإسلامي يفوق الفقه الوضعي بكثير من حيث دقة الصياغة والأحكام والمنهج الذي اتبعه في تناول مبدأ سلطان الإرادة على النحو الذي بيناه في حينه.

خاتمة البحث

ربما كانت هذه الخاتمة التي أبين فيها مقومات البحث ونتائجه خطوة على الطريق في سبيل الوصول بموضوع البحث "مبدأ سلطان الإرادة ومداه في الفقه الإسلامي والنظم القانونية المعاصرة" إلى إبراز الشريعة الإسلامية في صورتها الأصيلة والفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ليصح مسار النظم القانونية والاجتماعية للدول المعاصرة.

فقد تبين من البحث :

- ١- أن منهج الفقه الإسلامي يغير منهج الفقه الوضعي في كثير من الجزئيات التي تناولها البحث، وهذا يؤكد مدى أصالة الفقه الإسلامي، وأنه ذو نزعة استقلالية في اصطلاحاته وأحكامه.
- ٢- تعتبر الشريعة الإسلامية بطبيعتها شريعة رضائية سمحة، وإذا كانت تستلزم أحيانا إجراء معيناً، فالغرض منه سهولة الإثبات، وليس تقييد حرية الإرادة في إبرام العقود، فقد قررت الشريعة الإسلامية مبدأ سلطان الإرادة كأصل عام في كثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، وأقوال الفقهاء، سواء بالنسبة لكفاية الإرادة لإبرام العقد أو بالنسبة لقدرتها على تحديد شروط التصرف، وهنا يمكن القول أن الشريعة الإسلامية قد تفوقت على النظم القانونية المعاصرة، فهي تحوي من القواعد الكلية ما يجعلها صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان.
- ٣- الشريعة الإسلامية لا تعرف الشكلية - إلا نادرا - والإرادة وحدها كافية لنشأة الالتزام التعاقدية، بخلاف النظم القانونية المعاصرة

التي تشترط الشكالية في كثير من التصرفات كعقد الرهن الرسمي والهبة.. الخ.

4- تختلف الفلسفة التي يقوم عليها نظام الفقه الإسلامي عن الفلسفة التي يقوم عليها أي نظام قانوني وضعي، حيث يكون اهتمام النظام الأخير هو تنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض أو بالدولة، بينما يقوم النظام الفلسفي الإسلامي على فكرة توازن العلاقات الدينية والدينية على أسس من الحق والعدل ومصالح العباد بمقتضى حرية الإرادة الصحيحة للأفراد في إطار الضوابط والتكاليف الشرعية الإسلامية.

"ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير"

صدق الله العظيم

تم البحث بعون الله وتوفيقه ،

في 22 من رمضان 1420هـ إعداد : الأستاذ الدكتور
الموافق : 31 من ديسمبر 1999 إسماعيل عبد النبي شاهين
الأستاذ في جامعة الكويت والأزهر الشريف