سلطان الإرادة العقدية في الفقه والقانون اليمني

أ. مُحَمَّد يحي أحمد الحداد

طالب دكتوراه بقسم الدراسات الإسلامية وعلوم القرآن – كلية الآداب – جامعة إب

Authority of contractual will in the jurisprudence and the Yemeni Law

Mr. Mohammed Yehia Ahmed Alhaddad

A Ph.D student, Department of Qur’an Sciences and Islamic Studies, Faculty of Arts, Ibb University

ملخص البحث:

يهدف هذا البحث إلى بيان معنى سلطان الإرادة العقدية، وبيان أحكام الإرادة العقدية بين الشريعة الإسلامية والقانون اليمني، وإيضاح تأثير الإرادة العقدية على العقود والمعاملات، وبيان رأي القانون اليمني في كل ذلك، من خلال استخدام المنهج الاستقرائي لجمع المادة العلمية، والمنهج الوصفي لشرح مكونات البحث والتعرف على ألفاظه الغريبة، والمنهج التحليلي لدراسة ومناقشة الأدلة وتحليل مضمون النصوص الشرعية والقانونية.

واستنتج الباحث عدة نتائج من أهمها: أن سلطان الإرادة العقدية : هو حرية إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجه، وأن هناك حريات متعلقة بالعقد كحريات إنشاء العقود والالتزامات والحرية في تحديد آثار العقد، وأن سلطان الإرادة العقدية في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني يتطابقان في الأخذ بحكم الشرع في مسائل هذا الباب، وأن القانون اليمني أخذ في نصوصه من جمهور الفقهاء بمبدأ سلطان الإرادة، وتأثر ببقية القوانين التي أخذت بهذا المبدأ، وبمبدأ الحرية في إنشاء العقود وشروطها، وبمبدأ الحرية في أصل التعاقد ما لم يخالف هذا العقد حكمَ الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال وكذا عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة الشرعيين.

الكلمات المفتاحية: سلطان الإرادة، القانون اليمني، العقود، الحرية.

Abstract:

This article aims to examine the meaning of the authority of contractual will and its provisions in the Islamic Sharia and the Yemeni Law. It also aims to clarify the impact of the contractual will on contracts and dealings, and how the Yemeni Law tackles these aspects. The researcher employs the inductive approach in collecting the data, the descriptive approach in explaining the components of the research and introducing the terms, and the analytic approach in discussing the evidence and analyzing the content of Sharia and legal texts.

The research concludes with a number of findings, the most important of which are: the authority of contractual will is the freedom of the contractor in the origin of the contract and its results. There are freedoms related to establishing the contracts and obligations, freedom of determining the effects of the contract. The authority of contractual will in the Islamic Sharia and the Yemeni Law agree in taking the provision of the Sharia in this aspect, and in the freedom of establishing the contracts, and its conditions provided that the contract does not violate the Sharia provisions.

Key words: authority will, Yemeni Law, contracts, freedom

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الأمين صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم

فقد ظهر مبدأ سلطان الإرادة العقدية حديثاً لدى فقهاء القانون ولم يكن له كمبدأ مسمىً بهذا الاسم وجود في الشريعة الإسلامية ، إذ أن الشريعة الإسلامية عالجت أركان العقد من وجهة النظر الشرعية المرتبطة بالدين ، وأن الإنسان حر في إنشاء ما أراد من العقود ، ولكن آثار تلك العقود يحددها الشارع أي أن الإرادة هي التي تنشأ العقد ثم إن الشارع هو الذي يرتب على كل عقد آثاراً معينة ، ولهذا يقول الفقهاء: أن العقود أسباب جُعلية شرعية (أي أن الشارع هو الذي جعل العقود أسباباً مفضيةً إلى آثارها)، ولولا هذا الجُعل من الشارع لما كانت هذه العقود أسبابا مفضية إلى آثارها[١].

بينما يرى أنصار هذا المبدأ من رجال القانون أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية ، وأن الإرادة حرة في إنشاء العقود واشتراط الشروط لتحديد التزامات التعاقد وآثاره المترتبة عليه ، ويعبر القانونيون عن ذلك بقاعدة مشهورة هي (العقد شريعة المتعاقدين) أي أنه قانون ملزم لكل من الطرفين المتعاقدين فيما تقضي به بنوده وشروطه[٢].

فما وجاهة هذا المبدأ، وما مدى موافقته لأحكام الشريعة الإسلامية وأقوال الفقهاء ؟

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا الموضوع فيما يلي:

١- أن موضوع الإرادة العقدية يبين الأثر العملي للإرادة في الحياة العملية سواء في المعاملات أو العقود أو التصرفات ، وكيف تبنى الأحكام الشرعية والقضائية حال وجود الإرادة وحال انعدامها.

٢- أن البحث في هذا الموضوع يقارن بين أحكام الإرادة العقدية لدى الفقهاء وبين ما أخذ به القانون اليمني ، وتكمن أهمية ذلك أن البحث يضع القانون للدراسة والتمحيص بحيث يستفيد منها الباحثون والقانونيون إن شاء الله تعالى .

٣- أن البحث في هذا الموضوع يبين أهمية الإرادة كركن من أركان العقود والتصرفات .

أسباب اختيار البحث:

١- بيان عظمة التراث الإسلامي وما اشتملت عليه المذاهب الفقهية من آراء وأقوال سبقت النظريات الحديثة في تأصيلها وتخريجها للمسائل والحوادث المستجدة .

٢ -جمع أحكام الإرادة العقدية ومقارنتها بالقانون اليمني .

٣ – اغترار بعض أبناء المسلمين بالنظريات الحديثة ومناداتهم بالأخذ بها وترك ما لديهم من تراث فقهي.

٤- صلة الإرادة الوثيقة بجميع أبواب الفقه والأحكام الفقهية والقضائية .

فهذه الأسباب وغيرها جعلتني اهتم بالموضوع محاولاً جلاء الفهم وبيان الصورة وبيان عظمة التراث الفقهي وما قدمه علمائنا الأجلاء للإسلام والمسلمين.

أهداف البحث:

١ – بيان أحكام الإرادة العقدية في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني.

٢ – بيان تأثير الإرادة العقدية على الأقوال والأفعال وأنه ركن من أركان التصرفات القولية والفعلية لا توجد إلا بتوافره فيها .

٣ – معرفة رأي القانون اليمني في باب الإرادة العقدية ومقارنته بأقوال الفقهاء والمذاهب المختلفة .

منهجية البحث:

يعتمد البحث على المناهج الآتية:

أولاً : المنهج الاستقرائي : والذي من خلاله يتم جمع المادة العلمية من مظانها الرئيسية والمعتمدة في كتب الفقه والقانون .

ثانياً : المنهج الوصفي : والذي من خلاله يتم شرح مكونات الرسالة وجزئياتها والتعرف على ألفاظها الغريبة.

ثالثاً : المنهج التحليلي : والذي من خلاله يتم دراسة ومناقشة الأدلة وتحليل مضمون النصوص الشرعية والقانونية للخروج بآراء علمية صحيحة معتمدة على الأدوات العلمية الصحيحة من أجل الخروج برأي صحيح بناءً على المنهج الاستنباطي الصحيح .

خطة البحث

يتكون من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، على النحو التالي:

المقدمة وفيها: أهمية البحث، وأسباب اختياره، وأهداف البحث ومنهجه، وخطة البحث

المبحث الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة العقدية.

المبحث الثاني: الحريات المتعلقة بالعقد، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الحرية في إنشاء العقود مهما كان موضوعها.

المطلب الثاني: الحرية في أصل التعاقد بين المتعاقد وغيره.

المطلب الثالث: الحرية في إنشاء العقود والالتزامات دون التقيد بالقيود الشكلية.

المطلب الرابع: الحرية في تحديد آثار العقد.

المبحث الثالث: مبدأ سلطان الإرادة العقدية بين الشريعة والقانون، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مبدأ سلطان الإرادة العقدية في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني : مبدأ سلطان الإرادة العقدية في القوانين الوضعية.

المطلب لثالث : الشروط العقدية في العقد بين الشريعة والقانون.

الخاتمة، وفيها أهم النتائج.

المبحث الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة العقدية.

من المعلوم أن فهم الشيء فرع عن تصوره فلا بد من تعريف المبدأ أولاً لكي يتم معرفته ، وتعريفه يتم بتعريف أفراده ثم بتعريفه كلفظ مركب .

فالإرادة : هي القوة النفسية المحركة للإنسان والحاملة له على الفعل أو الترك مع نزوع النفس وميلها إلى ذلك الفعل أو الترك .

والإرادة تنقسم الى قسمين: حقيقية وظاهرة، والإرادة الحقيقية هي الإرادة الباطنة التي لا يُطَلع عليها ، والإرادة الظاهرة هي التي تبرز بالتعبير أو ما يقوم مقامه كالتعاطي(٣).

والإرادة الباطنة وحدها لا تقوم مقام الأفعال والإنشاءات، فلا ينعقد لمجرد النية عقد ولو تصادق الطرفان على وجود نيته، والإرادة الظاهرة هي العامل في العقد دون حاجة الى البحث عن الإرادة الحقيقية الباطنة ما دامت الإرادة الحقيقية مستورة لا يوجد دليل ينفيها (٤).

والعقد في اللغة : نقيض الحل وهو من الشد والربط ، وعقد النكاح والبيع وجوبها، وعقدة كل شيء إبرامه، وتطلق على الجمع بين أطراف الشيء وربطه ، ويطلق بمعني إحكام الشيء وتقويته(٥).

والعقد في الاصطلاح: هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله(٦)، ويعرفه القانونيون : بأنه اتفاق إرادتين على إنشاء حق أو على نقله أو على إنهائه(٧).

والمقصود بسلطان الإرادة العقدية :

هو حرية إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجه(٨)، فالسلطان الأصلي في إنشاء العقد وفي تحديد التزاماته إنما هو لإرادة العاقدين، بيد أن فقهاء القانون يجعلون المبدأ على إطلاقه في أصل العقد ونتائجه، وفقهاء الشريعة يقيدون ذلك في حدود معينه يحددها الشرع وفقاً للمصالح الفردية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية.

ويتنازع هذا المبدأ قاعدتان هما:

القاعدة الأولى: العقد هو قانون في حق المتعاقدين (العقد شريعة المتعاقدين) [٩]

بمعنى أن ما تضمنه العقد من إجراءات وقيود وشروط وغير ذلك يجب التقيد به حرفياً فهو القانون والشريعة التي يلزم بها العاقدان بموجب تراضيهما واتفاقهما على العقد. فنصوص العقد بالنسبة إلى العاقدين كنصوص الشرع يجب تقيدهما بها مهما كانت ، وعند التنازع بينهما فإن القاضي يقضي بلزوم تنفيذ ما حواه العقد مهما كان ذلك المحتوى ، فتراضي العاقدان عليه صيره أمراً لازماً بالنسبة لهما[١٠].

القاعدة الثانية: إلزام المتعاقدين بما تضمنه عقدهما مقيد بما تقتضيه العدالة والعرف وبما يقرره القانون من أحكام وفقاً لطبيعة الالتزام .

هذه القاعدة تناقض القاعدة السابقة، فهذه القاعدة ترى أن العقد ملزم للعاقدين في الحدود المأذون بها شرعا والتي لا تخالف نصاً شرعياً ، وأنه يجب تفسير نصوص العقد وإجراء أحكامه وفقاً لمقتضيات العدالة والعرف ، فقد يكون أحد العاقدين أخرقاً أو سيئ الفهم فيطوقه الطرف الآخر بنصوصٍ آمرةٍ في العقد تحرمه من بعض حقوقه أو تلزمه بأكثر مما يلزمه الشرع ، فيتدخل الشرع هنا ويصحح من الشروط والالتزامات ما تقتضيه العدالة وما يوافق نصوص الشرع ، ويبطل ما خالف ذلك رحمة بالعاقدين كليهما، فمن ألزم بأكثر مما يلزمه فالرحمة به إزالة وإبطال الزائد عليه ، وأما من زاد على غيره التزامات لا تلزمه فالرحمة بأن يردع وأن يوقف عند حده حتى لا يظلم ولا يتحمل في ذمته أموال الناس فهي رحمة بالطرفين[١١].

رأي القانون اليمني :

جاء في القانون المدني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ م المواد التالية:

مادة (١٢) : الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيتها ما أقره الشرع ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه ما لم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال.

مادة (١٣) : العقد ملزم للمتعاقدين والأصل في العقود والشروط الصحة حتى يثبت ما يقتضي بطلانها.

مادة (١٣٨) : العقد ايجاب من أحد المتعاقدين يتعلق به قبول من الآخر أو ما يدل عليهما على وجه يترتب أثره في المعقود عليه (المحل) ويترتب على العقد التزام كل من المتعاقدين بما وجب به للآخر ولا يشترط التقيد بصورة معينة، بل المعتبر ما يدل على التراضي .

مادة (٢١١) : العقد ملزم للمتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون الشرعي .

مادة (٢١٢) : يجب تنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه .

فهذه النصوص تدل على أخذ القانون اليمني بمبدأ سلطان الإرادة وتأثره ببقية القوانين التي أخذت بهذا المبدأ .

المبحث الثاني: الحريات المتعلقة بالعقد

إن مبدأ سلطان الإرادة العقدية أساساً يقوم على حرية العاقد في التعاقد مع غيره ، وهذه الحرية تتجلى في أربع نواحي عقدية، هي:

- الحرية في إنشاء العقود مهما كان موضوعها.
- الحرية في أصل التعاقد بين المتعاقد وغيره .
- الحرية في إنشاء العقود والالتزامات دون التقيد بالقيود الشكلية.
- الحرية في تحديد آثار العقد [١٢].

هذه هي الحريات الأساسية التي يتعلق بها المبدأ وبيانها في أربعة مطالب كما يلي.

المطلب الأول: لحرية في إنشاء العقود مهما كان موضوعها.

والمقصود بهذه الحرية هو حرية العاقدين في إنشاء أي عقد مهما كان موضوعه ، فللناس الحرية في أن يعقدوا من العقود ما يرون وبالشروط التي يشترطونها غير مقيدين إلا بقيد واحد وهو ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع وحرمها ، كأن يشتمل العقد على ربا أو نحوه مما حرمه الشرع الإسلامي ، فإن لم تشتمل تلك العقود على أمر محرم بنص أو بمقتضى القواعد العامة المقررة التي ترتفع إلى درجة القطع واليقين فإن الوفاء بها لازم والعاقد مأخوذ بما تعهد به .

وليس هذا الأمر من الأمور المتفق عليها بين الفقهاء، بل إنهم قد اختلفوا : فمنهم المقيدون الذين يرون أنه لا يباح من العقود إلا ما جاء النص على إباحته ، ومنهم الموسعون الذين يرون أن الأصل في العقود الإباحة ومن يرى بالمنع فعليه بالدليل ، ومنهم المتوسطون الذين بين هؤلاء وأولئك ، وتفصيل ذلك بما يلي :

رأي المضيقين :

وهو رأي الظاهرية[١٣] الذين يرون أن الأصل تحريم كل عقد أو شرط إلا ما ورد الشرع بإجازته ، وقالوا : أن العقود التي أمر الله بالوفاء بها إنما هي العقود المنصوص عليها بأسمائها وأن كل ما عداها حرام

عقده ، وهؤلاء قيدوا إرادة الإنسان وضيقوا عليها المجال فلم يصححوا عقداً ولا شرطاً إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه ، وقد استدلوا بأدلة منها :

– أن إنشاء العقود والشروط التي لم يشرعها الإسلام تكون من باب التعدي لحدود الله والزيادة في دينه، وهذا لا يجوز لقوله تعالى: (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) (البقرة:٢٢٩) وقوله تعالى: (الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا) (المائدة:٣).

–حديث: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد) [١٤] .

–حديث: (ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى)[١٥] .

رأي الموسعين:

وهم الحنابلة[١٦] الذين يطلقون إرادة الإنسان في العقود والشروط ويعطونه حرية واسعة في هذا الباب ولا يقيدونه ولا يضيقون عليه المجال ، ذلك أن الأصل عندهم في العقود والشروط الصحة والجواز ، فلا يحرم ولا يبطل منها إلا ما دل الدليل على تحريمه وإبطاله، وما لم يوجد نص بتحريم العقد كان للإنسان مطلق الحرية في إنشاء ما يريد من العقود .

وقد استدلوا بأدلة منها :

–قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (المائدة:١) .

وقوله تعالى: (وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا) (الإسراء ٣٤).

وقوله تعالى: (وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا)(النحل:٩١).

وحديث: (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم الفروج) [١٧].

وحديث: (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً وأكل عنه، ورجل أستأجر أجراً فاستوفي منه ولم يعطه أجره)[١٨].

حديث: (المسلمون على شروطهم) [١٩].

التفريق بين المعاملات والعبادات وأن المعاملات من العادات التي يفعلها المسلم وغير المسلم ولا تحتاج إلى نص خاص بخلاف العبادات التي تحتاج إلى شرع خاص بها [٢٠].

رأي المتوسطين :

وهم المالكية[٢١] وبعض الشافعية الذين يرون أنه لا يشترط لإباحة العقد والشرط نص خاص بالإباحة كما أنهم لا يجعلون الأصل في العقود والشروط الإباحة بل يميلون إلى أن الأصل فيها التحريم واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا في الاستثناء . وليس في الشرع الإسلامي ما يدل على أي حصر لأنواع

العقود وتقييد الناس بها فكل موضوع لم يمنعه الشرع بالنص الصريح ولا تقتضي القواعد والأصول الشرعية منعه يجوز أن يتعاقد عليه الناس ويلزمون فيه بعقودهم وحينئذ يخضع التعاقد فيه للقواعد العامة والشرائط العامة في العقود(٢٢).

والحدود والقيود التي يقيد بها التشريع مبدأ سلطان الإرادة تختلف باختلاف أنواع الحقوق والعقود وموضوعاتها كما يلي :

ففي الحقوق العامة والالتزامات الناشئة عنها لا سلطان لإرادة الملتزم أصلاً بل للقانون وحده .

وفي عقد الزواج ونتائجه ينحصر سلطان إرادة العاقدين في أصل العقد أي في قبول التعاقد أو رفضه بمحض حريتهما ، أما القيود الشكلية في عقد الزواج وكذا آثاره والتزاماته بين الزوجين فيرتبها القانون على وفق ما يقتضيه تنظيم شئون الأسرة والمصالح الاجتماعية التي مرجع تقديرها إلى الشرع .

وفي الحقوق العينية العقارية يتسع مجال سلطان إرادة المتعاقدين في آثار العقد أما تكوينه فيخضع لمراسم شكلية في التسجيل يفرضها القانون .

أما الحقوق الشخصية والالتزامات فهي الميدان الأوسع لمبدأ سلطان الإرادة العقدية ضمن حدود الآداب العامة والنظام العام والنصوص القانونية الخاصة(٢٣).

رأي القانون اليمني :

نصت المادة (١٣٨) من القانون المدني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ م :

العقد إيجاب من أحد المتعاقدين يتعلق به قبول من الآخر أو ما يدل عليهما على وجه يترتب أثره في المعقود عليه (المحل) ويترتب على العقد التزام كل من المتعاقدين بما وجب به للآخر ولا يشترط التقيد بصورة معينة بل المعتبر ما يدل على التراضي .

وهذا النص يدل على أخذ القانون بمبدأ الحرية في إنشاء العقود وأن العقد متى تم صحيحاً مستوفياً لشروطه وأركانه ألزم المتعاقدان بما ورد فيه ما يخالف نصاً شرعياً.

المطلب الثاني: الحرية في أصل التعاقد بين المتعاقد وغيره:

لا توجد شريعة على وجه الأرض تحمي الحريات وتدافع عنها كالشريعة الإسلامية ، فهي قائمة أساساً على الحرية المطلقة المعتبرة شرعاً ، فحتى في الإسلام والكفر للكافر الحرية المطلقة في اتباع الإسلام من عدمه قال تعالى: (لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ) (البقرة:٢٦٥) وقال تعالى: (لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ) (الكافرون:٦) فإن كان هذا في باب العقائد والتدين فإن حماية الحرية وصونها في غيره من باب أولى ، ففي البيوع والمعاملات حرصت الشريعة المطهرة على حماية حرية الفرد في إنشاء ما يريد من التصرفات والعقود فقال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ

بِّجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) (النساء:٢٩) وقال المصطفى صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم: (إنما البيع عن تراض)[٢٤]، فالقرآن والسنة قد جعلا رضا الإنسان أساساً دستورياً في كل عقد سيلزمه ، ولم يقر الشرع الإسلامي عقداً يلزم شخصاً بتكليفٍ لم يرض به رضاً بيناً إلا فيما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة مما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة لإحقاق الحق .

ففي عقود المعاوضات وعقود التبرعات والهبات لا بد من توافر إرادة العاقد الحرة التي لا يشوبها شيء من العيوب ، وهي الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام[٢٥]

ويترتب على هذا بداهةً أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معدوم الإرادة كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعي لسكرٍ أو مرض ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء ونحو ذلك ، ولا عبرة بالإرادة التي لم تتجه لإحداث أثر قانوني كما في المجاملات الاجتماعية والتبرع بتقديم خدمات مجانية، وكذلك لا يعتد بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني ، فإن الإرادة في جميع الأحوال المذكورة لم تتجه اتجاهاً جدياً لإحداث أثر قانوني ، إذ لا بد في العاقد المتصرف أن يكون مميزاً يعقل معنى التصرف ويقصده .

ويخرج عن هذا المبدأ (أي الحرية في أصل التعاقد) العقودُ الجبرية : وهي العقود التي يجريها الحاكم إما مباشرة نيابة عمن يجب عليه إجراؤها إذا امتنع عنها أو يجبر هو على إجرائها.

ويذكر الفقهاء أمثلة للجبر المشروع على البيع منها :

١-إجبار المدين على بيع ماله :

فيجبر المدين على بيع ماله لإيفاء دين حال إذا امتنع عن أدائه وله مال ظاهر ، ويكون الإجبار بالتعزير بالحبس أو الضرب ، فإن أصر على الامتناع قضى الحاكم الدين من ماله جبراً عليه إذا كان له مال ظاهر من جنس الدين وهذا محل اتفاق بين الفقهاء ، أما إذا كان ماله من غير جنس الدين كالعقار والعروض فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإمام يبيع ماله عليه جبراً نيابة عنه ، وعند أبي حنيفة لا يبيع الحاكم ماله عليه بل يحبسه حتى يقوم بإيفاء الدين وقد خالفه صاحباه في ذلك فأجازا بيع الحاكم ماله لوفاء دينه بيعا جبريا .[٢٦]

٢-بيع أموال المحتكر :

إذا كان عند إنسان طعام فاضل عن حاجته يحتاج إليه الناس وامتنع عن بيعه لهم أجبره الحاكم على بيعه دفعاً للضرر وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[٢٧]، وهو ما يسميه القانونيون اليوم بعقود الإذعان وهو العقد الذي يكون موضوعه سلعة أو خدمة لا غنى عنها ينفرد الموجب بوضع الشروط فيقبل

الموجب له لا عن مشيئة كاملة وإنما تحت ضغط الحاجة، وللقاضي عند التنازع أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف الملتزم بها إذا ثبت لديه أنها شروط تعسفية مرهقة [٢٨].

رأي القانون اليمني في الحرية في أصل التعاقد :

جاء في القانون المدني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م المواد التالية :

مادة (١٢) : الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيتها ما أقره الشرع ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه ما لم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال.

فهذا النص صريح في أخذ القانون اليمني بمبدأ الحرية في أصل التعاقد ما لم يخالف هذا العقد حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال ، فإن خالف العقد حكم الشرع فأحل حراماً أو حرم حلالاً فإنه يبطل لأجل ذلك ، وهذا هو الانصاف فالعقود يجب أن تكون مقيدة بحكم الشرع وإذا غرر بعاقد أو تعمد آخر مخالفة الشرع ابطل العقد تقيداً بحكم الشرع وحماية للعاقدين من أن يقعا في المخالفة .

المطلب الثالث: الحرية في إنشاء العقود والالتزامات دون التقيد بالقيود الشكلية:

يقوم مبدأ سلطان الإرادة العقدية على حرية العاقد في إنشاء ما يشاء من العقود ، ومن أهم صوره إطلاق الحرية لإرادة العاقد دون التقيد بالقيود الشكلية التي تتقدم العقد ، وقد جاءت الشريعة الإسلامية بهذا المبدأ قبل أن يعرفه العالم ، فجعلت مجرد التراضي يولد عقداً ملزماً والتزامات ، دون أن تمر بصور وأنواع مختلفة من المراسيم الشكلية ، ولقد كانت العقود في أوربا قبل القرن الثالث عشر الميلادي شكلية في جملتها فلا يعتمد العقد في وجوده على إرادة العاقدين ورضائهما بل عماد وجود العقد رسوم وأشكال يلزم القانون بها ليكون للعقد قوة الإلزام ولينشأ به الالتزام [٢٩]، فإذا وجدت تلك الرسوم والأشكال وجد العقد من غير نظر إلى إرادة العاقدين ورضائهما ، فلما جاء القرن الثالث عشر نهضت الإرادة لتفرض وجودها في العقد وتكون هي العنصر المكون له ، ثم أخذت العقود في التحول والانتقال من عقود شكلية إلى عقود رضائية ، حتى صارت الإرادة هي الأساس الأول لتكوين العقد والعلة المنشئة له والمناط الذي يرتبط به العقد وجوداً وعدماً ، فان وجدت وجد وإن لم توجد لا يكون للعقد وجود ، وإن لحقها عيب لحق العيبُ ذلك العقد.[٣٠]

إلا أنه قد توجد بعض العقود التي لا بد فيها من الشكلية ولابد من أن تقيد بالشكل الذي رسمه الشرع والقانون لاعتبار نفاذها وصحتها ومن أمثلة ذلك :

١ –عقد الزواج:

فقد اتفق الفقهاء على أن الرضا في عقد الزواج لا يكفي لصحة الانعقاد، بل لا بد من الإعلام لكي يكون العقد صحيحاً ، واكتفى بعض الأئمة بشهادة شاهدين لهذا الإعلام ، ولم يكتف بعضهم بالشهادة إذا لم يتوفر معها الإعلام ، وذلك لأن الإعلام غرض مقصود في الزواج إذ قد وردت الآثار متضافرة مقررة أن الفرق ما بين الحلال والحرام هو الإعلام(٣١) ، وقد جاء في فتاوى شيخ الإسلام ابن تيميه(٣٢) ما نصه: (أمر بالولي والشهود ونحو ذلك في النكاح مبالغة في تمييزه عن السفاح وصيانة للنساء عن الشبه بالبغايا حتى شرع الضرب بالدف والوليمة الموجبة للشهرة)، وعلى ذلك يصح أن نقول إن عقد الزواج عقد شكلي لأنه لا يكتفي في تكوينه برضا العاقدين بل لابد مع هذا الرضا من الإعلام والشهرة وشهادة الشهود ، وأن شكلية عقد الزواج واضحة كل الوضوح على مذهب جمهور الفقهاء ، ومن المعلوم أن الشكلية في عقد الزواج ليست تقليلاً من قيمته، بل هي دليل على عظيم رعاية الشرع للعلاقة الزوجية، وقدسية هذا العقد الذي ينبني عليه الكثير من المسائل الهامة، كحل المرأة للرجل واثبات النسب للأولاد والتوارث والحرمات بين الرجل وأقارب المرأة وبين المرأة وأقارب الرجل ، لأجل كل ذلك وغيره قيد عقد الزواج بقيود شكلية لا بد منها.

٢–العقود العينية :

وهي خمسة عقود الرهن والقرض والإعارة والإيداع والهبة ، وسميت عينية لأنه لا بد من تسليم العقد محل العقد ، والإرادة في هذه العقود لا تظهر بمجرد الإيجاب والقبول بل لا بد من التسليم ، فلا يتم العقد إلا بالتسليم الفعلي للعين(٣٣).

٣–اشتراط التسجيل في عقود نقل الملكية:

اشترطت بعض القوانين الحديثة كالقانون المصري(٣٤) أنه لا يتم نقل ملكية العين المباعة من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل ذلك العقد في مكتب الشهر العقاري ، وأنه يترتب على عدم التسجيل عدم حجية العقد في مقابل عقد آخر مسجل بالشهر العقاري(٣٥).

المطلب الرابع: الحرية في تحديد آثار العقد:

يرى فقهاء القانون أن للإرادة التأثير الأول في إيجاد مجموع الالتزامات التي تنشأ عن العقد ، فالعقد قانوناً شريعة المتعاقدين يلزما بآثاره وكل ما اشتمل عليه ما لم يكن مشتملاً على شيء يخالف النظام العام، فكل ما ارتضاه العاقدان من أحكام يكون صحيحاً واجب الوفاء ، ولو كان فيه غبن فاحش عليه، ولا عبره بالتعادل بين العاقدين فيما يغنمانه ويغرمانه بسبب العقد ، إنما العبرة بكون الالتزامات نشأت عن إرادة حرة لم يلبس عليها بغش أو تدليس فإذا توافرت تلك الإرادة تثبت الآثار التي ارتضاها العاقدان(٣٦) .

أما في الشريعة الإسلامية فالإرادة تنشئ العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد، فالعاقد ينشئ العقد فقط، ولكن لا ينشئ آثاره ، وتأثير إرادته إنما يكون في تكوين العقد وإيجاده لا في إعطاء أحكامه وآثاره ، وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلها من أعمال الشارع، لا من أعمال العاقد[٣٧].

ولا يصح القول أن أحكام العقود وآثارها إنما توجبها إرادة العاقد لا إرادة الشارع، بل في ظل كل تشريع يجب أن تعتبر من عمل الشارع لا من عمل العاقد ، لأن ترتيب حكم العقد وأثره على العقد وإلزام العاقد به كشريعة له إنما هو اعتبار تشريعي صرف ، وكل إلزام للعاقد بنتيجة عقده لا يكون لولا إيجاب الشارع وإرادته الملزمة[٣٨].

وليس الفارق بين القولين في هذا الموضوع إلا مدى ما فوضه الشارع إلى العاقدين من سلطان على تعديل الأحكام التي قررها التشريع مبدئياً في كل عقد ، وهذا يعني مدى حرية الشروط العقدية المعدلة لتلك الأحكام، وليس معناه أن العاقدين هما اللذان يشرعان آثار العقد ويوجبانها بينهما ، فقد يخلو العقد من كل شرط، وعندئذ لاشك في أن الأحكام التي تثبت إنما هي ما قدره الشرع من آثار لهذا العقد.

ويمكن القول أن هناك من العلماء والفقهاء من يرى وجوب الأخذ بمقتضى العقد ومن الفقهاء من يرى إطلاق حرية العاقد وبيان ذلك فيما يلي:

١-مذهب الحنفية[٣٩] الذين يرون بضرورة الأخذ بمقتضى العقد :

معنى مقتضى العقد هو الأحكام الأساسية التي حددها الشرع لكل عقد ونص عليها الشرع مباشرة أو استنبطها الاجتهاد وأثبتها؛ حفظاً للتوازن بين العاقدين في الحقوق ، فليس للعاقدين أن يخالفا هذا المقتضى ، فإن اشتراط شرطاً مخالفاً له يفسد العقد ، كما لو اشترط الأجير العام (كصباغ أو خياط مثلاً) أن لا يضمن ما يتلف بصنعه فهذا الشرط مفسد للعقد لأنه مناقض للشرع الذي أوجب عليه الضمان فيما تلف بسبب منه.

ويقارب الأحناف في ذلك جمهور فقهاء المالكية ثم الشافعية الذين يرون أن مقتضيات العقود كلها إنما تثبت بدليل شرعي، وليس للعاقد أن يخالفها أو يضيف إليها شيئاً أو أن يقيدها بقيد إلا إذا قام دليل شرعي يجيز التزامه ويوجب الوفاء به ، كاشتراط تأجيل الثمن في البيع وتأجيل المهر في النكاح .

٢-مذهب الحنابلة[٤٠] الذين يرون أن الأصل في الشروط العقدية هو الإطلاق :

ويرى هؤلاء أن الأصل الشرعي الذي تدل عليه نصوص الكتاب والسنة هو حرية العقود أنواعاً وشروطاً ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان ويشترطانه ما لم يكن في نصوص الشريعة وقواعدها

ما يمنع من عقد أو شرط معين فعندئذ يمتنع بخصوصه ، على خلاف القاعدة ويعتبر الاتفاق باطلاً كالتعاقد على الربا أو الشروط التي تحل حراماً أو تحرم حلالاً . وهذا هو أوسع المذاهب في هذا الباب وأرحبها صدراً بمبدأ سلطان الإرادة ويتفق في جوهرة مع النظريات القانونية الحديثة.

كما يجدر القول بأن الحنابلة لم يهملوا نظرية مقتضى العقد التي تمسك بها الجمهور ، فكثيراً ما يمنع الحنابلة بعض الشروط في بعض العقود ويعللون بمخالفة ذلك الشرط لمقتضى العقد ، ولكنهم أوسع نظراً في تفسير مقتضى العقد وحدوده فهم لا يعتبرون كل مصلحة يشترطها أحد المتعاقدين مما لا يوجبها العقد تكون منافية لمقتضاه بل يعتبرون مصلحة العاقد من مصلحة العقد نفسه مادامت مشروعه(٤١).

رأي القانون اليمني :

نصت المادة (١٨٦) من القانون المدني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ م :

لا يصح التعاقد على عين محرمة شرعاً ولا فعل محرم شرعاً أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة اللذين لا يخالفان أصول الشريعة الإسلامية.

ونصت المادة (١٩٥) من القانون المدني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ م :

إذا تبين من العقد أن محله أو قصد المتعاقدين منه حرام شرعاً أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة الشرعيين كان العقد غير صحيح.

ونصت المادة (١٩٦) من القانون المدني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ م :

إذا تم العقد مستوفياً لأركانه وشروط صحته كان صحيحاً ومنتجاً لآثاره.

وهذه النصوص تدل على أخذ القانون اليمني برأي جمهور الفقهاء كما هو الغالب عليه فجعل حرية العاقدين في إنشاء العقود واشتراط الشروط مقيدة بعدم مخالفة الشرع وكذا عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة الشرعيين ، وهنا لفتة حسنة من القانون اليمني في أن النظام العام والآداب العامة لا بد أن تكون شرعية أي مقبولة شرعاً فإن لم تكن كذلك فلا عبرة بها.

المبحث الثالث: مبدأ سلطان الإرادة العقدية بين الشريعة والقانون.

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة العقدية في الشريعة الإسلامية

لم يرد في الشريعة الإسلامية نص مسمى بهذا الاسم (سلطان الإرادة) إلا أن نصوص الشرع مليئة بمبدأ الرضائية في العقود والحرية في انشاء ما يريد الإنسان من معاملات وعقود ، وبهذا تكون الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الحديثة في إرساء هذا المبدأ وإن لم تسمه باسمه . ومن المعلوم أن الفقه الإسلامي يعتمد على نصوص الكتاب والسنة في الحكم على الوقائع والأحداث ومعرفة أحكام العقود

وغيرها وقد جاءت نصوص الكتاب العزيز والسنة المطهرة على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التسليم جاءت تلك النصوص متضمنة لمبدأ سلطان الإرادة العقدية بشكل عام .

ومن النصوص الواردة في الكتاب والسنة والتي تشير إلى ذلك :

١- قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) (النساء:٢٩)

٢- قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (المائدة:١) .

٣- قوله تعالى: (وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا) (الإسراء:٣٤).

٤- وقوله تعالى: (فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا) (النساء:٤) .

ومن الأحاديث النبوية التي تشير إلى مبدأ سلطان الإرادة :

١-حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: (من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل)[٤٢] بمعنى أن غير ذلك من الشروط صحيح .

٢-حديث أبي هريرة رضي الله عنه -وغيره- عن النبي ﷺ: (المسلمون عند شروطهم)[٤٣] .

٣-حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ :(نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط)[٤٤]

٤-حديث جابر رضي الله عنه في بيع جمله للنبي ﷺ واشتراطه حملانه إلى المدينة[٤٥].

فهذه الآيات والأحاديث تعتبر أصولاً عامة لمبدأ سلطان الإرادة العقدية تشمل جميع أنواع العقود وما يستجد منها دون تقييد بالعقود المعروفة النصوص عليها .

الأدلة الأخرى :

أضف إلى ذلك أن من الأدلة الشرعية الأخرى غير الكتاب والسنة كالعرف والاستحسان والمصالح المرسلة ما يعتبر مجالاً واسعاً لسلطان الإرادة العقدية، فهذه الأصول عند مطالعتها نجد أن أكثر الفقهاء قد فتحوا الباب فيها واسعاً ولم يضيقوا على الناس ، وتتقارب أقوالهم في أن الأصل في العقود الإباحة حتى يقوم الدليل على المنع ، وبيان ذلك فيما يلي :

١-العرف: يعتبر العرف من الأدلة الشرعية اعتماداً على قوله تعالى (خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ) (الأعراف ١٩٩) وعلى الأثر المروي فيه (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)[٤٦] ، وقد ذكر الفقهاء العرف كدليل فيما لم يأت فيه نص ، فأثبتوا صحة عقد الاستصناع لأن التعامل جرى به بين الناس ، كما أثبتوا صحة كل شرط ليس من مقتضى العقد ولم يرد به أثر وفيه منفعة لأحد العاقدين وجرى به عرف ، وجعلوا سبب الحكم بصحته جريان العرف[٤٧].

٢-الاستحسان : أخذ بالاستحسان أبو حنيفة ومالك ومن وافقهم وجعلوه أصلاً من أصول الفقه

الإسلامي ، وقال الإمام مالك: (تسعة أعشار العلم الاستحسان)[٤٨] فلو طبقنا هذا الأمر وحذونا حذو السابقين وفتحنا أبوابه في العقود لوسع كل ما تقتضيه المعاملات المعاصرة من العقود التي لم يرد نص صريح قاطع بتحريمها.

٣-المصالح المرسلة : وهذا الأصل هو الأصل الثالث الذي يوسع باب شرعية العقود ووجوب احترامها ويسمى في عرف بعض الأصوليين الاستصلاح، وهو مرادف للاستحسان وقريب منه في مراده وأوسع شمولاً، ومعناه الأخذ بكل أمر فيه مصلحة يتلقاها العقل بالقبول ولا يشهد أصل خاص من الشريعة بإلغائها أو اعتبارها. وهذا الأصل موضع خلاف بين الفقهاء ولم يأخذ به من الأئمة الأربعة سوى الإمام مالك ﷺ، وفي الأخذ بهذا الأصل فتح لباب التعاقد واحترامه إذا تحققت فيه مصلحة مهما كانت متلائمة مع مقاصد الشارع وغير منافية لمرماه.[٤٩]

هذه مجموعة من الأدلة التي تدل على مبدأ سلطان الإرادة وتدعمه وتفتح الباب على مصراعيه أمام ما جاء في هذا المبدأ ، ولكن بالقدر المسموح به شرعاً في إنشاء ما يشاء المرء من العقود والشروط الموافقة للشرع .

المطلب الثاني: مبدأ سلطان الإرادة العقدية في القوانين الوضعية:

يأخذ فقهاء القانون الحديث بمبدأ سلطان الإرادة العقدية فيقولون إن الإرادة حرة في انشاء العقود واشتراط الشروط لتحديد التزامات التعاقد والآثار المترتبة عليه ، وإن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية. فهم يرون أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد فهو الغاية ولخدمته يسخر المجموع ، والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية بل إن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة ، ورجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية[٥٠]. فلا يخضع الفرد لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً ، وكل التزام أساسه الرضا والاختيار فإنه يتمشى مع القانون الطبيعي، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها فالإرادة الحرة هي مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها .

وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين ، وهذا التوازن ما بين الحريات جميعاً هو ما يجب على المشرع أن يعنى به. ولقد تدرج هذا المبدأ فبدأ بالفردية المطلقة والحرص على مصلحة الفرد سواء توافقت مع مصلحة الجمهور أم لا، ثم ظهرت الفكرة الاشتراكية التي نبذته تماماً ، ثم ظهر بعد ذلك المعتدلون الذين أعادوا الأمر إلى نصابه الصحيح في التوسط بين الطرفين [٥١].

والمتأمل في القانون يجد أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام(٥٢)، فالروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الفرد (٥٣).

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص(٥٤) فإن ما يتعلق منه بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود، فعقد الزواج وهو الأساس الذي ترتكز عليه الأسرة مصدره إرادة المتعاقدين ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع وكذلك بقية روابط الأسرة لا شأن للإرادة فيها(٥٥) .

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدريجاً ، وهي في الحقوق العينية أضعف نشاطاً منها في الحقوق الشخصية(٥٦) ، فإن الحقوق العينية وإن كانت الإرادة مصدراً لكثير منها هي حقوق محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق شيئاً جديداً فيها ، ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً بل إن القانون هو الذي يتولى في الغالب تحديد مداها ، ولكن الإرادة في الحقوق الشخصية لها مجال واسع فهي مصدر لكثير من هذه الحقوق وهي التي ترتب آثارها(٥٧) . وإذا خلصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول في هذا الميدان أوسع ما تكون خطى وأبعد ما تكون مدى . فهذه هي الحدود التي يرسمها القانون ميداناً لسلطان الإرادة ، فهو يعترف بهذا السلطان ولكن يحصره في دائرة معقولة تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام(٥٨).

رأي القانون اليمني :

جاءت نصوص القانون اليمني تؤكد أخذه بمبدأ سلطان الإرادة العقدية وأن للعاقد إنشاء ما يريد من العقود واشتراط ما يريد من الشروط شريطة ألا تخالف نصاً شرعياً ولا نظاماً عاماً ، ومن تلك النصوص ما جاء في القانون المدني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ م المواد التالية:

مادة (١٢) : الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيتها ما أقره الشرع ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه ما لم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال.

مادة (١٣) : العقد ملزم للمتعاقدين والأصل في العقود والشروط الصحة حتى يثبت ما يقتضي بطلانها.

مادة (١٣٨) : العقد إيجاب من أحد المتعاقدين يتعلق به قبول من الآخر أو ما يدل عليهما على وجه يترتب أثره في المعقود عليه (المحل) ويترتب على العقد التزام كل من المتعاقدين بما وجب به للآخر ولا يشترط التقيد بصورة معينة بل المعتبر ما يدل على التراضي .

مادة (٢١١): العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون الشرعي..مادة (٢١٢) : يجب تنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه .

فهذه النصوص تدل على أخذ القانون اليمني بمبدأ سلطان الإرادة وتأثره ببقية القوانين التي أخذت بهذا المبدأ .

المطلب الثالث: الشروط العقدية في العقد بين الشريعة والقانون:

من المعلوم أن العاقدين قد يتفقان على أن يكون العقد بينهما منجزاً منتجاً لآثاره منذ انعقاده ، فتسري آثار العقد مباشرة من انتقال الملكية في عقد البيع من البائع إلى المشتري وملك البائع للثمن بمجرد انعقاد العقد ، وكذا ملكية الأجير للمنفعة وتملك المؤجر للأجرة على الفور ، وهذا لا غبار عليه بيد أنه في بعض الأحيان قد يشترط العاقدان أو أحدهما شروطاً لإتمام العقد أو توكيده أو تقييده أو تأخير مفعوله، فهل تلك الشروط يجب الوفاء بها ، أم لا يجب الوفاء بها ، أم فيها تفصيل ؟ إن الناظر في الشرع يجده إنما يحمي من الشروط ما يوافق العقد ويلائمه ويمنع من الشروط ما خالف العقد ، وكذلك الحال في القوانين الحديثة في معاملتها للشروط المخالفة للنظام العام فهي لا تمنحها الحماية ولا تجيز للحاكم رعايتها [٥٩].

فما هي الشروط الجائزة السائغة ، وما هي الشروط غير الجائزة وغير السائغة؟

اختلف الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد على ثلاثة مذاهب :

أولاً: مذهب جمهور الفقهاء أن كل شرط يخالف الشرع أو يزيد على مقتضى العقد الذي اشترط فيه من غير ورود أثر به فهو شرط لا يقره الشرع ولا يرعاه ، كأن تشترط المرأة على الزوج أثناء العقد ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من بلدها ، فهذا الشرط لا يقتضيه عقد الزواج بل هو زائد على ما يوجبه ذلك العقد من التزام فلا يُقر ولا يلتفت إليه[٦٠] .

ثانياً : مذهب الحنابلة أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على النهي عنه ولا على عدم اعتباره فهو ملزم يجب الوفاء به من غير تقييد بمقتضى العقد ، وذلك لأن الناس عند شروطهم وعليهم رعاية عهودهم وإن نكثوا وحاولوا التحلل من قيودها حملهم القضاء على الوفاء بها ، فأجاز الحنابلة اشتراط البائع سكن الدار المبيعة سنة ونحو ذلك ، ففتح الحنابلة باب الشروط في العقود من غير قيد ولا شرط إلا شيئاً واحداً هو ألا يخالف الشرط نصاً في الكتاب أو في السنه أو ما ثبت في قواعد الشريعة العامة المنع منه[٦١] .

ثالثاً : مذهب الظاهرية أنه لا يعتبر من الشروط إلا ما ورد النص بإثباته وقام الدليل على وجوب الوفاء به ، لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإرادتهما ولكن مما يرتبه الشرع على أقوالهم ويحكم عليه بأنه أثر لتصرفاتهم ، ومهما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها

العاقدان فلا يلتفت إلى تلك الشروط ولا يحكم لها بأثر ولا تنال قوة التنفيذ[٦٢]...وقد قسم الإمام الشاطبي الشروط إلى ثلاثة أقسام[٦٣] : -

١- أن يكون مكملاً لحكمة المشروط وعاضداً لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال كاشتراط الصيام في الاعتكاف عند من يشترطه واشتراط الكفء والإمساك بالمعروف والتسريح بإحسان في النكاح فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعاً فإنه مكمل لحكمة كل سببٍ يقتضي حكماً .

٢-أن يكون الشرط غير ملائم لمقصود العقد ولا مكمل لحكمته بل هو على الضد من الأول كما إذا اشترط في البيع أن لا ينتفع بالمبيع أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض وهذا القسم لا إشكال في إبطاله لأنه مناف لحكمة السبب فلا يصح أن يجتمع معه .

٣-ألا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة ، وهو محل نظر هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهرا ، والقاعدة المستمرة في أمثال هذا التفرقة بين العبادات والمعاملات فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة لأن الأصل فيها التعبد وما كان من العبادات يكتفي فيه بعدم المنافاة لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه[٦٤].

أنواع الشروط العقدية :

تقسم الشروط في العقود بناء على موضوعها إلى عدة أقسام فمن حيث الحكم عليها تقسم إلى صحيحة وباطلة ومن حيث الأثر المترتب عليها تقسم ثلاثة أنواع شروط تفيد التعليق وشروط تفيد التقييد وشروط تفيد الإضافة ومن الناحية القانونية إلى شرط موقف وشرط فاسخ وبيان ذلك:

أولاً : من حيث الحكم على الشرط : قسمان:

١- شرط صحيح : وهو ما وافق أمر الشارع أي ما كملت فيه الشروط التي اعتبرها الشارع كالصلوات بشرائطها من الطهارة وستر العورة وغيرهما وهذا رسمه باعتبار العبادة وأما باعتبار المعاملة فالصحة فيها ترتب الأثر المطلوب منها عليها وموافقة الفعل ذي الوجهين للشرع وقيل في العبادة إسقاط القضاء وفي العقود ترتب أثره عليه وهو ما شرع العقد له كحل الانتفاع في البيع ، وهو إما أن يكون مطلوباً شرعاً أو لا، فالأول كالمهر في عقد النكاح، والثاني كشراء بيت للزوجة عند عقد النكاح، وضابطه أن لا يخالف أصلاً شرعياً، أو دليلاً صحيحاً.

٢- شرط باطل : وهو نقيض الصحيح ويجري في العبادات والمعاملات أيضا فهو فيهما عدم ترتب الأثر المقصود من الفعل عليه ففي العبادة عدم موافقة أمر الشارع أو عدم سقوط القضاء وفي المعاملة عدم حل الانتفاع بالمبيع ، فهو كل شرط خالف الشرع ، وهذا الشرط إما أن يكون مبطلا للشرط نفسه

أو مبطلا له وللعقد، فأما إبطاله للشرط نفسه؛ فكأن يشترط في عقد النكاح عدم الدخول على الزوجة، وأما الشرط المبطل للعقد؛ فمثاله الاشتراط في عقد النكاح أن الزوجة لا تحل لزوجها، أو أن يشترط البائع على المشتري في عقد البيع أن لا يتمَلَّك السلعة، وإنما كان ذلك الشرط الباطل مبطلا للعقد؛ لأنه يناقض ركنه ومقصده الذي لأجله شُرع العقد(٦٥).

ثانياً : من حيث الأثر المترتب على الشرط : وهو ثلاثة:

١-التعليق على شرط : وهو ربط حصول أمر بحصول أمر آخر ، ومعنى ذلك أن العقد المعلق على شرط مهما كان نوعه هو عدم قبل وقوع الشرط المعلق عليه ، كما أن التعليق يقتضي وقوع الأمر المعلق عليه عند تحقق الشرط ، فإن قال الدائن للمدين : إن وفيتني اليوم نصف ديني فقد أبرأتك من الباقي ، فإن هذا التعليق يقتضي عدم براءة المدين عن الدين قبل دفع القدر المشروط في الموعد المحدد(٦٦) .

٢-التقييد بالشرط : وهو التزام في التصرف لا يستلزمه ذلك التصرف في حاله إطلاقه ، ومقتضاه أن يعتبر المقيد بالشرط موجوداً مبتوتاً فيه بين الطرفين وإنما حوى في ضمنه حكماً زائداً معدلاً لموجبه الأصلي ، كمن اشترى سيارة واشترط على البائع أن يعلمه القيادة ورضي البائع ، فإن الطرفين يكونان متبايعين فعلاً بهذا العقد المقيد ويعتبر البيع منجزاً ويلزم البائع بتنفيذ التزامه .

٣-الإضافة إلى المستقبل: وهي تأخير حكم التصرف المنشأ إلى زمن مستقبل معين كما لو قال آجرتك هذا الدار سنة بكذا من أول الشهر القادم، وقد يكون الزمن المستقبل ملحوظاً فيكون التصرف مضافاً دون تصريح بالإضافة ، كما في الوصية إذ هي تفيد معنى الإضافة إلى ما بعد الموت. والإضافة تشبه التعليق من وجه لأن حكم العقد المضاف مؤخر الظهور فلا يبدأ إلا في المستقبل المعين ، وتشبه التقييد من وجه آخر لأن الزمن المضاف إليه محقق القدوم وليس على خطر الوجود والعدم كما في التعليق (٦٧).

ثالثاً : من الناحية القانونية في الحكم على الشرط : قسمان:

١-الشرط الموقف : وهو الذي يعلق نشوء الالتزام ويجعله متوقفاً على أمرٍ مستقبل محتمل ، مثل قول الموظف أجرتك داري هذه سنة بكذا إن نقلت وظيفتي إلى بلد آخر، فتكون الإجارة بين الطرفين معدومة قبل وقوع شرط النقل .

٢-الشرط الفاسخ : وهو الذي يترتب على وقوعه زوال الالتزام القائم، مثل استأجرت دارك على شرط أنني إذا نقلت وظيفتي إلى بلد آخر انفسخت الإجارة ، فتكون الإجارة قائمة بين الطرفين ولكن إذا وقع النقل انفسخت .(٦٨)

رأي القانون اليمني :

جاء في القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني المواد التالية :

مادة (٢٥٨): يكون العقد منجزاً إذا كان بصيغة غير معلقة بشرط ولا مضافة إلى مستقبل فيقع حكمه في الحال، ويكون العقد غير منجز إذا كان بصيغة معلقة بشرط فيتأخر نفوذه إلى ورود الشرط فإذا وجد الشرط نفذ العقد ووقع حكمه، أما قبل تحقق الشرط فلا يكون العقد قابلاً للتنفيذ اختياراً أو قهراً، ولا يجوز للدائن بمقتضاه أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه، وكذلك الشأن إذا كان العقد بشرط مجهول المدة في العقود التي تقبل الجهالة.

ذكرت هذه المادة الشرط المعلق والشرط المقيد والإضافة إلى المستقبل وحكمها مما يدل على أن القانون اليمني أخذ بمذهب الجمهور في باب الشروط .

مادة (٢٥٩): الشرط في العقد هو ما يتوقف وجود الحكم عليه ويكون التزاماً مستقبلاً في أمر غير محقق الوقوع يضاف الحكم إليه عند وجوده.

مادة(٢٦٠): يجوز تعليق زوال العقد على شرط إذا وجد انفسخ العقد وترتب على الفسخ حكمه المبين في المادة (٢١٩) [٦٩].

هذه المادة بينت الشرط الفاسخ حسب رأي القانونيين ، وأن العقد ينفسخ بوجود ذلك الشرط .

مادة (٢٦٣): يصح اقتران العقد بالشرط الذي يقتضيه أو يلائمه ويؤكد موجبه كما يصح اقتران العقد بالشرط المتعارف عليه الذي جرت به عادة البلد أو تقرر في المعاملات بين التجار وأرباب الصنائع بما لا يخالف الشرع.

مادة (٢٦٤): يبطل الشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجبه ولا جرى به العرف وكذا الشرط الذي لا نفع فيه لأحد العاقدين أو لغيرهما والعقد المقرون به صحيح.... وهذه المواد تؤكد ما سبق بأن القانون اليمني يأخذ بمذهب الجمهور في الغالب فقد نص على اعتبار الشروط التي يقتضيها العقد وتلائمه وما تعارف عليه الناس .

مادة (٢٦٥): إذا تحقق الشرط رجع أثره إلى وقت التعاقد إلا إذا تبين من إرادة العاقدين أو من لازم العقد أن وجوده أو زواله إنما يكون في الوقت الذي يتحقق فيه الشرط ولا يكون للشرط أثره إذا أصبح تنفيذ العقد قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للملتزم له (المشروط عليه) فيه... وهذه المادة أكدت ما سبق من أخذ القانون اليمني بمذهب جمهور الفقهاء في باب الشروط.

الخاتمة:

من كل ما سبق يتضح الآتي:

١- سلطان الإرادة العقدية : هو حرية إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجه.

٢- الحريات المتعلقة بالعقد هي :

-الحرية في إنشاء العقود مهما كان موضوعها.

-الحرية في أصل التعاقد بين المتعاقد وغيره .

-الحرية في إنشاء العقود والالتزامات دون التقيد بالقيود الشكلية.

-الحرية في تحديد آثار العقد.

٣- سلطان الإرادة العقدية في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني يتطابقان في الأخذ بحكم الشرع في مسائل هذا الباب.

٤- القانون اليمني أخذ في نصوصه بالآتي:

-أخذ القانون اليمني بمبدأ سلطان الإرادة وتأثر ببقية القوانين التي أخذت بهذا المبدأ .

-أخذ القانون بمبدأ الحرية في إنشاء العقود وأن العقد متى تم صحيحاً مستوفياً لشروطه وأركانه ألزم المتعاقدان بما ورد فيه ما يخالف نصاً شرعياً.

-أخذ القانون اليمني بمبدأ الحرية في أصل التعاقد ما لم يخالف هذا العقد حكمَ الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال.

-أخذ القانون اليمني برأي جمهور الفقهاء، فجعل حرية العاقدين في انشاء العقود واشتراط الشروط مقيدة بعدم مخالفة الشرع، وكذا عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة الشرعيين.

- أخذ القانون اليمني برأي الجمهور في باب الشروط .

هوامش البحث:

(١) المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية لعبد الكريم زيدان ص ٣٧٤.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني د عبدالرزاق السنهوري (١٤١/١) والفقه الاسلامي وأدلته د وهبة الزحيلي (٥٥٢/٤).

(٣) ينظر المدخل الفقهي العام للزرقاء (٤٣٥/١) والوسيط في شرح القانون المدني د عبدالرزاق السنهوري (١٧٩/١) والفقه الإسلامي وأدلته د وهبة الزحيلي (١٨٩/٤).

(٤) ينظر المدخل الفقهي العام للزرقاء (٤٣٥/١) وتاريخ الفقه الاسلامي د بدران أبو العنيين ص ٣٩٠ والتعبير عن الإرادة د وحيد الدين سوار ص ٢٨١.

(٥)لسان العرب لابن منظور (٢٩٦/٣) وشرح الكوكب المنير لابن النجار (٤٥٢/١).

(٦)حاشية ابن عابدين (٣٥٥/٢) ومجلة الأحكام العدلية لسليم رستم مادة (١٠٣ ، ١٠٤).

(٧)الوسيط للسنهوري (١/١٣٧) ونظرية العقد لأبي زهرة ص ١٩٩ والمدخل الفقهي العام للزرقاء (١/٣٨٢) والنظرية العامة للالتزامات د مُحَّد الشامي (١/٣٥) ونظرية الملكية والعقود د بدران أبو العنيين ط دار النهضة ص ٣٦٤ .

(٨) ينظر المراجع السابقة .

(٩) ينظر شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١/٣٠٠) ومجلة الأحكام العدلية لسليم رستم مادة (١٤٧٧).

(١٠) نظرية العقد د عبدالرزاق السنهوري (١/٨٦).

(١١) المدخل الفقهي العام للزرقاء (١/٥٣٧).

(١٢)المدخل الفقهي العام للزرقاء (١/٥٣٧) والنظريات الفقهية د فتحي الدريني ط منشورات جامعة دمشق الطبعة الرابعة ص ٢٦٩ .

(١٣)المحلى لابن حزم (٨/٢٠٤) والاحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٨/٤١٢).

(١٤)رواه البخاري كتاب الصلح باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود رقم ٢٥٥٠ ، ومسلم كتاب الأقضية باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور رقم ١٧١٨.

(١٥)رواه أبو داود كتاب العتق باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة رقم(٣٩٢٩) قال الشيخ الألباني في صحيح وضعيف سنن أبي داود رقم٣٩٢٩: صحيح.

(١٦) شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي الناشر عالم الكتب ١٩٩٦ بيروت(٢/٥٦) والفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية ط دار المعرفة بيروت ١٣٨٦هـ (٤/٩٠).

(١٧)رواه البخاري كتاب الشروط باب الشُّرُوطِ فِي الْمَهْرِ عِنْدَ عُقْدَةِ النِّكَاحِ رقم ٢٧٢١.

(١٨) رواه البخاري كتاب البيوع باب إِثْمِ مَنْ بَاعَ حُرًّا رقم ٢٢٢٧.

(١٩) رواه أبو داود كتاب الأَقضية باب في الصُّلْحِ رقم (٣٥٩٦) قال الشيخ الألباني في الإرواء (٥/١٤٢) رقم١٣٠٣: صحيح .

(٢٠) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية (٤/٩٠).

(٢١) بداية المجتهد لابن رشد (٢/٢٦٣).

(٢٢)المدخل الفقهي العام للزرقاء (١ / ٥٤٠) والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لزيدان ص ٣٧٦.

(٢٣)المدخل الفقهي العام للزرقاء (١ / ٥٨٧).والنظريات الفقهية د فتحي الدريني ص ٢٨٣.

(٢٤)أخرجه ابن ماجه كتاب التجارات باب بيع الخيار رقم (٢١٨٥) وصححه الألباني في الإرواء رقم (١٢٨٣).

(٢٥) الوسيط للسنهوري (١/١٧٢) ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٣٤ والمدخل الفقهي العام للزرقاء (١/٤٣٥) والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لزيدان ص ٢٨٤ والنظريات الفقهية للدريني ص ٢٦٩.

(٢٦) ينظر روضة الطالبين للنووي (٤/١٣٧) وبداية المجتهد لابن رشد (٢/٣٠٧) وحاشية الدسوقي (٣/٢٩٦) والمغني لابن قدامة (٤/٤٨٤).

(٢٧) حاشية ابن عابدين (٥/٢٥٦).

(٢٨) النظرية العامة للالتزامات د الشامي(١/١٢٠).

(٢٩) الوسيط في شرح القانون المدني د السنهوري (١٤٣/١)

(٣٠)ينظر بداية المجتهد لابن رشد (٦٨٣/١) والمجموع للنووي (٢٠٠/١٦) والوسيط في شرح القانون المدني د السنهوري (١٤٣/١)

(٣١) ينظر مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٧٠/٣)ونظرية العقد لابي زهرة ص٢٣٠

(٣٢)مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٧٠/٣) .

(٣٣) النظريات الفقهية د فتحي الدريني ص ٢٧٣.

(٣٤) جاء في القانون المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م بتنظيم الشهر العقاري المادة (١) : ينشأ في المديريات والمحافظات مكاتب للشهر العقاري تتولى شهر المحررات التي تقضي القوانين بتسجيلها أو بقيدها ، المادة (٩) : جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل .... الخ.

(٣٥) المدخل الفقهي العام للزرقاء (٥٣٨/١) ونظرية العقد لابي زهرة ص٢٢٩.

(٣٦) ينظر المدخل الفقهي العام للزرقاء (١ / ٥٣٧) النظريات الفقهية د فتحي الدريني ص ٢٦٩.

(٣٧) ينظر حاشية ابن عابدين (١٢٣/٤) وبداية المجتهد لابن رشد (١٣٥/٢).

(٣٨) ينظر المدخل الفقهي العام للزرقاء (١ / ٥٧١) ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٧٢.

(٣٩) ينظر حاشية ابن عابدين (١٢٣/٤) وبداية المجتهد لابن رشد (١٣٥/٢) .

(٤٠) ينظر المغني لابن قدامه (٤٢٩/٤) والشرح الكبير للدردير (٣٦٦/٤) ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٥٨ والمدخل الفقهي العام للزرقاء (١/ ٥٤٩) والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان ص ٣٧٥ .

(٤١) ينظر حاشية ابن عابدين (١٢٣/٤) وبداية المجتهد لابن رشد (١٣٥/٢) والشرح الكبير للدردير (٣٦٦/٤) والمغني لابن قدامة (٤٢٩/٤) .

(٤٢) رواه البخاري كتاب البيوع باب البيع والشراء مع النساء رقم ٢١٥٥ومسلم كتاب العتق باب إنما الولاء لمن أعتق رقم٣٨٥٢.

(٤٣) رواه البخاري معلقاً في كتاب الإجارة باب أجر السمسرة رقم ٢١٥٥ ورواه البهقي كتاب الشركة باب الشرط في الشركة وغيرها رقم ١١٧٦٢والدار قطني كتاب البيوع رقم٢٩٣١ ، وقال الألباني :حديث صحيح بمجموع طرقه إرواء الغليل (١٤٢/٥- ١٤٦).

(٤٤) رواه الطبراني في المعجم الأوسط باب العين من اسمه عبدالله رقم٤٥١٢ ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد(١٥٢/٤): رواه الطبراني في الأوسط وفي طريق عبد الله بن عمرو مقال ، وقال الزيلعي في نصب الراية(٢٥/٤): ورواه الحاكم أبو عبد الله النيسابوري في "كتاب علوم الحديث في باب الأحاديث المتعارضة " حدثنا أبو بكر بن إسحاق ثنا عبد الله بن أيوب بن زاذان الضرير ثنا مُحَمَّد بن سليمان الذهلي به ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في " أحكامه " وسكت عنه قال ابن القطان : وعلته ضعف أبي حنيفة في الحديث انتهى.

(٤٥) رواه النسائي كتاب البيوع باب البيع يكون فيه الشرط يصح البيع والشرط رقم٤٦٥٤ ، وقال الألباني في صحيح وضعيف سنن النسائي (٤٦٣٧): صحيح .

(٤٦) رواه أحمد في المسند موقوفاً على ابن مسعود رقم ٣٦٦٧ ، وقال الألباني في شرح العقيدة الطحاوية ط المكتب الإسلامي بيروت ١٤١٤هـ ص ٥٣٠: حسن موقوف.

(٤٧) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١ / ٩٦) والأشباه والنظائر للسيوطي (١ / ٩٣) وشرح تنقيح الفصول للقرافي (١٩٤/٢) ومجلة البحوث الإسلامية (٥ / ١٣٦) ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٦٥.

(٤٨) الموافقات للشاطبي (٢٠٩/٤) والاحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٧٥٧/٦).

(٤٩) نظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٧٠ وبحوث مقارنة في الفقه الإسلامي د فتحي الدريني ط مؤسسة الرسالة ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م ص ٣٦٩.

(٥٠)ينظر الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري (١٤١/١) والفقه الإسلامي وأدلته د وهبة الزحيلي (١٩٦/٤) والمدخل الفقهي العام للزرقاء (٥٨٦/١) والنظرية العامة للالتزامات د مُحَّد الشامي (١٤١/١).

(٥١)ينظر الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري (١٤١/١) والفقه الإسلامي وأدلته د وهبة الزحيلي (١٩٦/٤) والمدخل الفقهي العام للزرقاء (٥٨٦/١) والنظرية العامة للالتزامات د مُحَّد الشامي (١٤١/١).

(٥٢) القانون العام : هو مجموع القواعد القانونية التي تدرس تنظيم الدولة والهيئات العامة ، كما يدرس العلاقات بين الدول بحيث تتدخل الدولة في هذه العلاقات بصفتها صاحبة السلطة والسيادة. المدخل لدراسة العلوم القانونية خالد المالكي ص١٠.

(٥٣) المدخل الفقهي العام للزرقاء (٥٨٧/١) .

(٥٤) القانون الخاص : هو مجموع القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص فيما بينهم أو في علاقتهم بالدولة، لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطان، بل كشخص معنوي عادي، وكطرف خاضع للقانون الخاص. المدخل لدراسة العلوم القانونية خالد المالكي ص١٠.

(٥٥)ينظر المدخل الفقهي العام للزرقاء (٥٨٧/١) والتصرف الإرادي والإرادة المنفردة للشيخ علي الخفيف ص٥

(٥٦) الحق العيني هو : سلطة مباشرة على عين مالية معينة كحق الملكية وحق الانتفاع ونحو ذلك ، والحق الشخصي هو : مطلب يقره الشرع للشخص كحق النفقة ونحوه . المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي لمصطفى الزرقاء ص٢٦.

(٥٧) المدخل الفقهي العام للزرقاء (٥٨٧/١) .

(٥٨)ينظر الوسيط في شرح قانون المدني للسنهوري (١ / ١٤١) النظرية العامة للالتزامات للشامي (١ / ٣٣٧).

(٥٩)ينظر الشرح الكبير للدردير (٣٦٦/٤)والمغني لابن قدامة (٤٢٩/٤) واعلام الموقعين لابن القيم (٤١٠/٣) ونظرية العقد لأبي زهرة ص٢٧٢.

(٦٠) ينظر بدائع الصنائع للكاساني (١٦٨/٥) وحاشية ابن عابدين (١٢٦/٤) وحاشية الدسوقي (٦٥/٢) وبداية المجتهد لابن رشد (١٣٣/٢) والمهذب للشيرازي (٢٢/٢) وأحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ٢١٣.

(٦١) ينظر المغني لابن قدامة (٤٢٩/٤) وكشاف القناع للبهوتي (٤٠/٢) واعلام الموقعين لابن القيم (٣٣٨/٣).

(٦٢) ينظر المحلى لابن حزم (٤١٢/٨) والإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٥٩٣/٥) .

(٦٣) الموافقات للشاطبي (٢٨٣/١).

(٦٤)الموافقات للشاطبي (٢٨٣/١).

(٦٥)ينظر إجابة السائل شرح بغية الآمل لابن الأمير الصنعاني ط مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٦م ص٤٠ وإعلام الموقعين لابن القيم (٤٣٠/١) ومجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية لصالح بن مُحَّد بن حسن الأسمري الطبعة الأولى١٤٢٠ هـ. ٢٠٠٠ م ص١١٥ والفقه الإسلامي وأدلته د وهبة الزحيلي (٢٣٤/٤).

(٦٦) ينظر تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه ت ٩٧٢هـ ط دار الفكر (١٤٥/١) وشرح القواعد الفقهية للزرقاء ص٦٠ .

(٦٧) ينظر المدخل الفقهي العام للزرقاء (٥٧١/١) ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٧٢، شرح القواعد الفقهية ـ للزرقاء ص٦٠ والفقه الإسلامي وأدلته د وهبة الزحيلي (٢٤٦/٤).

(٦٨) المدخل الفقهي العام للزرقاء (٥٨٩/١) والفقه الإسلامي وأدلته د وهبة الزحيلي (٢٤٠/٤).

(٦٩) مادة (٢١٩) مدني: يجوز فسخ العقد بخيار من الخيارات أو بسبب من الأسباب الموجبة للفسخ طبقاً للقانون ويترتب على الفسخ إعادة العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض من غرم.

أهم المراجع :

١. الاحكام في أصول الأحكام لعلي بن أحمد بن حزم الأندلسي أبو مُحَّد دار الحديث – القاهرة الطبعة الأولى ، ١٤٠٤هـ.

٢. الأشباه والنظائر عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ت ٩١١ ط. دار الكتب العلمية ١٤٠٣

٣. الأشباه والنظائر للشَّيْخ زَيْنُ الْعَابِدِيْنَ بْنِ إِبْرَاهِيْمِ بْنِ نُجَيْمٍ (٩٢٦-٩٧٠هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان الطبعة : ١٤٠٠هـ=١٩٨٠م .

٤. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد مُحَّد بن أحمد بن مُحَّد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى : ٥٩٥هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر الطبعة : الرابعة، ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م.

٥. تاريخ الفقه الاسلامي د بدران أبو العنيين بدران ط دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت

٦. التعبير عن الإرادة د مُحَّد وحيد الدين سوار ط مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الطبعة الثانية ١٩٩٨م.

٧. الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ط. دار الجيل بيروت و دار الأفاق الجديدة . بيروت.
٨. حاشية رد المحتار على الدر المختار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين ط دار الفكر بيروت ١٤١٥-١٩٩٥مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم.
٩. روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي الناشر المكتب الإسلامي الناشر المكتب الإسلامي بيروت .
١٠. سنن ابن ماجه لمحمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني ط. دار الفكر - بيروت تحقيق : مُحَمَّد فؤاد عبد الباقي.
١١. سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ط دار الكتاب العربي . بيروت.
١٢. سنن البيهقي لأحمد بن الحسين بن علي البيهقي أبو بكر تحقيق د. مُحَمَّد ضياء الرحمن الأعظمي ط. مكتبة الدار، المدينة المنورة، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.
١٣. سنن الدار قطني لعلي بن عمر أبو الحسن الدار قطني البغدادي ط. دار المعرفة - بيروت ، ١٣٨٦ - ١٩٦٦م.
١٤. سنن النسائي لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي ط. دار الكتب العلمية — بيروت الطبعة الأولى ، ١٤١١ — ١٩٩١م.
١٥. شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد بن الشيخ مُحَمَّد الزرقا . المتوفى ١٣٥٧ هـ ط. دار القلم.
١٦. شرح الكوكب المنير لابن النجار تقي الدين أبو البقاء مُحَمَّد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي (المتوفى : ٩٧٢هـ) مكتبة العبيكان الطبعة الثانية ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
١٧. شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي الناشر عالم الكتب ١٩٩٦م .
١٨. صحيح البخاري الجامع الصحيح المختصر لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت الطبعة الثالثة ، ١٤٠٧هـ — ١٩٨٧م
١٩. الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام احمد بن عبدالحليم بن تيمية ط دار المعرفة بيروت ١٣٨٦هـ
٢٠. الفقه الاسلامي وأدلته د وهبة الزحيلي ط دار الفكر دمشق الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م.
٢١. القانون اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني.

٢٢. لسان العرب لابن منظور مُحَمَّد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري دار صادر – بيروت الطبعة الأولى.
٢٣. مجلة البحوث الإسلامية – مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد – معها ملحق بتراجم الأعلام والأمكنة: الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد .
٢٤. مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ، أبو العباس ط. دار الوفاء الطبعة : الثالثة ، ١٤٢٦ هـ – ٢٠٠٥م.
٢٥. المحلى لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو مُحَمَّد تحقيق لجنة إحياء التراث العربي الناشر دار الآفاق الجديدة.
٢٦. المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء ط دار القلم دمشق الطبعة الثانية ١٤٢٥هـ –٢٠٠٤م
٢٧. المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية د عبد الكريم زيدان ط مؤسسة الرسالة ناشرون دمشق الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ –٢٠١٣م.
٢٨. مسند أحمد للإمام أحمد بن حنبل أبي عبدالله الشيباني ط. مؤسسة قرطبة — القاهرة
٢٩. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو مُحَمَّد ط. دار الفكر — بيروت الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ.
٣٠. الملكية ونظرية العقد للإمام مُحَمَّد أبي زهرة ط دار الفكر العربي .
٣١. الموافقات لإبراهيم بن موسى بن مُحَمَّد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى : ٧٩٠هـ) ط : دار ابن عفان الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.
٣٢. النظرية العامة للالتزامات د مُحَمَّد حسين الشامي ط مكتبة الجيل الجديد صنعاء الطبعة الرابعة ١٤١٨هـ –١٩٩٧م.
٣٣. نظرية الملكية والعقود د بدران أبو العنيين بدران ط دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت
٣٤. الوسيط في شرح القانون المدني د عبدالرزاق السنهوري ط دار احياء التراث العربي، بيروت .