الشكلية في العقود في الفقه الإسلامي
﴿دراسة في آراء الباحثين في الفقه الإسلامي﴾

المدرس الدكتور
حسين عبد القادر معروف
جامعة البصرة- كلية القانون

الملخص

لقد ساد الفقه الإسلامي مبدأ الرضائية في العقود ،بل إن الرضائية أو استبعاد النواحي الشكلية في العقود قد كان بمثابة القاعدة العامة التي قام عليها هذا الفقه .

إلا إن هذا لم يمنع من تبني الفقه الإسلامي لفكرة الشكلية ،على اختلاف في المذاهب لإسلامية،في بعض العقود رغبة منه في حماية مصالح المتعاقدين .وهو ما أثار الباحثين في هذا الفقه ودفعهم إلى دراسة النواحي الشكلية في العقود في الفقه الإسلامي،غير إن آرائهم قد تشتت في هذا النطاق بين موسع لهذه الشكلية وبين مضيق لها،وذلك على الرغم من إنهم قد استندوا الى الشكل بمفهومه القانوني الذي يعد صورة خاصة للتعبير عن الإرادة يفرض من قبل المشرع ويكون لازما لانعقاد العقد.

إلا إن هذه الآراء لم تكن تعبيرا صادقا عن حقيقة وجوهر الفقه الإسلامي ،إذ تجاوزت طبيعة هذا الفقه وغاياته مما أدى إلى غموض معنى الشكل في الفقه الإسلامي .

The Formalism in Contracts in Islamic Jurisprudence (A Study of Opinions of Researchers in Islamic Jurisprudence)

The Islamic Jurisprudence has been predominated by the principle consensual contracts. Moreover, consensual or the negligence of the formalistic respects of the contracts were considered as the general basis on which this Jurisprudence relies.

Nevertheless, this, in spite of the differences between the Islamic schools, did not stop the Islamic Jurisprudence from adopting the concept of formalism in some contracts to protect the contractors' interests. This is what has pushed the researchers in this jurisprudence to study the formalistic aspects in contracts in the Islamic Jurisprudence. However, their opinions varied, in that some of them generalize this formalism whereas others restrain it. This variation appeared though they depend on the form in its legal concept, which is considered as a special image of expressing the will imposed by the legislature and binding for the formulation of the contract.

These opinions were not true manifestation of the reality and core of the Islamic Jurisprudence for they overpass the nature of this jurisprudence and its goals. This, in turn leads to the ambiguity of the meaning of the form in the Islamic jurisprudence.

المقدمـــــة

يغلب على الفقه الإسلامي طابع الرضائية في العقود، بل ان الرضائية او استبعاد النواحي الشكلية في العقود قد كان بمثابة القاعدة العامة التي قام عليها هذا الفقه في جوهره من مبتدأ معين جليل هو قوله تعالى، وقوله الحق، (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)[١]. فمجرد التراضي يكفي لإنشاء العقد دون حاجة إلى أوضاع معينة أو صيغ رسمية خاصة.[٢].

ومع ذلك فقد وجدت بعض الاتجاهات الشكلية، على نطاق ضيق، في الفقه الإسلامي تمثل في عقود معينة قليلة العدد، واعتبر استثناء من الأصل العام للرضائية في هذا الفقه.

إلا أن معنى الشكل[٣] في ضوء هذه العقود لم يكن محددا بالنسبة الى الباحثين في الفقه الإسلامي إذ أنهم اختلفوا في تحديد معنى الشكل في هذا الفقه بين موسع لهذا المعنى وبين مضيق له. وسنحاول تحديد معنى الشكل في الفقه الإسلامي من خلال استعراض آراء

الباحثين وتقويمها على الصعيد في فرعين يتناول الأول منهما آراء الباحثين في شأن الشكلية في الفقه الإسلامي وينصب الثاني على تقدويم آراء الباحثين في شان الشكلية في هذا الفقه.

الفرع الأول

آراء الباحثين في شان الشكلية في الفقه الإسلامي

إن تحديد مفهوم الشكل في الفقه الإسلامي يرتبط بالعقود التي عدها الكتاب ذات طابع شكلي، وسلكوا في تحديدها سبيلين مختلفين تمخض كل منهما عن وجهة نظر خاصة، لذا كانت هناك وجهة النظر الموسعة للشكلية في الفقه الإسلامي، ووجهة النظر المضيقة لها، وان هذا ما جعل مفهوم الشكل غير واضح تماما في إطار هذا الفقه، وسنتولى دراسة هاتين الوجهتين في فقرتين تباعا.

أولاً: وجهة النظر الموسعة للشكلية في الفقه الإسلامي

لقد توسعت هذه الوجهة في تحديد مفهوم الشكل في الفقه الإسلامي لينبسط على حالات عديدة تكاد تؤدي في مضمونها ونتائجها إلى جعل الشكلية هي القاعدة العامة في الفقه الإسلامي، وسنعرض للآراء المعبرة عن هذه الوجهة فيما يأتي:

١. هناك رأي مضمونه أن الفقه الإسلامي يأخذ بالنظرية اللفظية باعتبارها ضربا من الشكلية، وانه – بالأخص الفقه الحنفي– يضفي نوعا من التقدير على الألفاظ، إذ ((يوجد في الفقه الإسلامي نوع خاص من الشكلية نسميه (اللفظية) وهو اثر من آثار ما كان يخص به اللفظ من التقدير في العصور الأولى، حيث كان الناس يعتقدون بالتأثير السحري للكلمات المتلفظ بها))[٤]. ويستند هذا الرأي، في إثباته، إلى الحجج الآتية[٥].

أ. إن الصيغة اللفظية هي دائما شرط لانعقاد العقد ولا يحيد عنها الفقهاء إلا لضرورة، وهذه الضرورة قد تمثلت في تعاقد الأخرس، كما أن الكتابة نفسها لا تكفي في الأصل الا اذا لم يتيسر النطق بالالفاظ لظروف خاصة كبعد المسافة.

ب. أن الفقهاء لم يتخلوا عن اللفظ، بوصفه وسيلة لأنشاء العقد، الا بعد استيثاقهم من وقوع فعل ظاهري يقوم مقام اللفظ كالتعاطي، فهم يعدون اللفظ فعلا كالتعاطي. ومع ذلك لم ينعقد لهم اجماع على هذا، فثمة اختلاف كبير بينهم بالنسبة إلى قيام التعاطي مقام

اللفظ، اذ اقره بعضهم في الأشياء الخسيسة، واشترط بعضهم الآخر أن يكون التنفيذ قد تم من الجانبين.

ت. ان الدليل على ان نظرية اللفظية هي الأساس عند الفقهاء يتمثل في تلك العناية التي اولوها للصيغة باشتراطهم استيفاءها لشروط معينة كورودها بصيغة الماضي او المضارع، وقولهم بالنسبة الى صيغة الامر بان العقد لا ينعقد بها وان توفرت نية التعاقد، وهذا على العكس من صيغة الماضي حيث ينشأ العقد دون البحث في هذه النية، ولكن هذه النية تعد في صيغة المضارع شرطا لأنشاء العقد.

والى جانب ما تقدم فان مما ينطوي عليه مضمون هذا الراي هو القول بعينية بعض العقود، الامر الذي يفضي بدوره الى اعتبارها عقودا شكلية لايكتفي لانشاءها بمجرد التراضي وانما لابد، بالاضافة الى ذلك، من تسليم العين محل العقد، فهناك عقود ((لا تكون تامة إلا إذا حصل تسليم العين موضوع العقد وتسلمها، ولايكفي فيها تبادل الالفاظ وهذه العقود هي: القرض، والعارية، والوديعة، والرهن، والهبة. ويقال لذلك ان العقد لم ينعقد مادام الشيء لم يسلم))[٦].

٢. وهناك راي يذهب الى ان الفقه الإسلامي يأخذ بما يسمى (شكلية مهذبة)، وهي شكلية تختلف عن الشكلية الرمزية التي سادت في القانون الروماني، وقد وصف بعض الفقهاء[٧] هذه الشكلية بقوله ((لعل الفقه الإسلامي قد استغنى بفكرة وحدة الصفقة وامثالها، كفكرة اللفظية، وفكرة مجلس العقد عن الشكلية في العقود، التي بدات في القانون الروماني رسوما واوضاعا ساذجة، وجاءت في الفقه الإسلامي ضربا أكثر تهذيباً))، وبرر بعض الكتاب[٨] هذه الشكلية بالقول ((ونسارع إلى القول بان هذه الشكلية كانت موضع تقبل الفقهاء المسلمين وعنايتهم وذلك لانها قد وفقت توفيقا حسنا بين رضائية العقود المقررة في مصادر هذا الفقه ومتطلبات العصر الذي نشا فيه، والذي لم يستسغ بعد تقبل طفرة الفقه الإسلامي إلى الرضائية البحتة، فجاءت هذه الشكلية المهذبة حلا وسطا يوفق بين مقتضيات الشريعة ومقتضيات العصر)).

ويظهر مما سبق ان الشكلية المهذبة تشمل نظرية مجلس العقد، ونظرية وحدة الصفقة، ويضيف البعض[٩] الى ذلك اعتماد الفقه الإسلامي للإرادة الظاهرة بوصفها ضربا من ضروب الشكلية المهذبة.

أمَّا نظرية مجلس العقد فيذهب هذا الاتجاه الى عدم كفاية التعبير عن الارادة لابرام العقد، بل يجب ان يتم الاخير في وحدة مكانية وسلوكية، اذ ذكر احد الباحثين[١٠] ((ليس يكفي توافر الايجاب والقبول، لكي يتم انعقاد العقد، بل لابد من اقتران هذين الشطرين في وحدة زمانية ومكانية، أطلق عليها الفقهاء تسمية (مجلس العقد) وهي مؤسسة حقوقية إسلامية بحتة لا مثيل لها في الفقه المعاصر.

فنحن، إذا ما رجعنا الى القيود السلوكية والمكانية، التي تفرضها نظرية مجلس العقد على الرضا عند اتحاد شطريه، وجدنا فيها شكليات مهذبة، تتوضع على الرضا، وتهدده في كل حالة، لا يتحقق صدوره، وفق هذه القيود المرسومة، سلوكية كانت او مكانية)).

ويشبع بعض الكتاب[١١] هذه الوجهة تفصيلا فيذهب، فيما يتصل بوحدة الصفقة، الى القول بوجود ارتباط وثيق بين وحدة الصفقة ونظرية الشروط المقترنة بالعقد، فثمة تناسب عكسي بين حرية الارادة في تضمين العقد ماترى من شروط وبين وحدة الصفقة، فاذا كانت الارادة حرة في تضمين عقودها الشروط التي تراها كان ذلك اغفالا لمبدأ وحدة الصفقة، واذا تقيدت تلك الارادة كان ذلك اعمالا لمبدأ وحدة الصفقة، ومن هنا فان نظام وحدة الصفقة يكون قيدا واردا على الادارة، ولكن بما ان قاعدة الرضائية تفضي الى فعالية وقدرة الارادة في انشاء العقد وما يتضمنه من شروط فان نظام وحدة الصفقة يكون قيدا شكليا، كما يذهب فما يتصل بالارادة الظاهرة[١٢] إلى أنَّ الأخذ بالإرادة الظاهرة يؤدي الى قيام قرينة لاتقبل اثبات العكس في ان التعبير يمثل الارادة الباطنة وان تلاقي التعبيرين في العقد يؤدي الى نشأته بضرف النظر عن التوافق بين الارداة الباطنة والارادة الظاهرة، ويضيف قائلا ((هذا واذا رجعنا الى مفهوم الشكل نجد له معنيين، احدهما ضيق يرى انه لاشكلية الا اذا كان ثمة شكل معين يجب التقيد به، واخر واسع يرى ان الشكلية ليست تحول دون اختيار صاحب التصرف الشكلي الوسيلة التي يتحقق بها الشكل المطلوب. وغير خاف ان منع التعاقد من استعمال صيغة المضارع اذا لم

تقترن بقرينة الحال، والزامه باستعمال صيغة الماضي في التعاقد ينطوي على تقييد لحريته في اختيار الوسيلة التي يحقق بها صيغة العقد ثم ان تقييد حرية المتعاقد لاتقف عند هذا الحد، ذلك لان المتعاقد اذا استعمل صيغة الماضي، افترض انه اراد التعاقد افتراضا لايقبل اثبات العكس ولايسمع قوله اذا صرح ان ارادته الحقيقة لم تتجه الى ابرام العقد))[١٣].

والى جانب ما تقدم فان مما ينطوي عليه مضمون هذا الراي هو القول بشكلية بحتة في الفقه الإسلامي، ويتمثل ذلك بالقول بشكلية القبض في العقود العينية، وكذلك شكلية الإشهاد في عقد الزواج[١٤].

وفيما يتعلق بشكلية القبض في العقود العينية يرى بعض الكتاب[١٥] ((وقد يبدو لاول وهلة ان العقود التي يشترط الفقه الحنفي القبض لتمامها وهي الهبة، والعارية، والإيداع، القرض، والرهن، وشركة المضاربة، ليست من العقود العينية في شيء، وانها ليست تبعا لذلك من العقود الشكلية، بل هي عقود رضائية، مادام القبض فيها ليس ركنا في انعقادها، وما دام ارتباط الايجاب بالقبول كافيا في هذا الانعقاد.

على أن المتفحص في شان القبض في هذه العقود التي تنعقد بمجرد الرضا وما يقتضيه من وقف لاثار هذه العقود على حصوله، ينتهي الى ان هذه العقود الخمسة هي رضائية في ظاهرها، عينية في حقيقتها وجوهرها)).

٣. ثمة راي ثالث يذهب الى ان التصرفات الشكلية في الفقه الإسلامي تبدو في عدة صور هي: الشكلية اللفظية، وشكلية القبض في العقود العينية، وشكلية الاشهاد، وشكلية الاعلام.

وفيما يتعلق بالشكلية اللفظية يرى صاحب هذا الاتجاه انها تبدو في صورتين. ففي الصورة الاولى تعني الشكلية اللفظية اشتراط الصيغة اللفظية وسيلة للتعبير عن الارادة، وعدم التعويل على غيرها ن وسائل التعبير الاخرى، مثال ذلك اجماع الفقهاء على اشتراط الصيغة اللفظية، من القادر على النطق، لانشاء عقد النكاح[١٦].

وفي الصورة الثانية، تعني الشكلية اللفظية: اشتراط الفاظ معينة مخصوصة لإنشاء بعض التصرفات، حيث لا تستطيع الارادة الافصاح عن نفسها بصورة تنتج اثرها الشرعي في انشاء التصرف الا من خلال هذه الالفاظ المعينة المخصوصة، ومنها ماذهب اليه جمهور الفقهاء من اشتراط صيغ معينة مخصوصة لانشاء عقد النكاح، وعدم جواز انعقاده بغيرها من الالفاظ[١٧].

أما فيما يتعلق بشكلية الاشهاد، فمنها ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من اشتراط الاشهاد لانشاء عقد النكاح، إذ يجب حضور شاهدين عند انشاء هذا العقد[١٨].

اما فيما يتعلق بشكلية القبض، وكنا قد اشرنا اليها سابقا، منها اجماع الفقهاء على اشتراط قبض البدلين في المجلس في عقد الصرف، ومايذهب اليه جمهور الفقهاء من اشتراط قبض الموهوب للزوم الهبة[١٩].

اما بالنسبة لشكلية الاعلام فمنها مايذهب اليه بعض الفقهاء من اشتراط علم الوكيل بالعزل لانعزاله، ونحوه ما يذهب اليه الظاهرية من اشتراط علم الزوجة بالطلاق لصحة الطلاق ولزومه[٢٠].

ويقيم صاحب هذا الرأي وجهة نظره في شكلية التصرفات السابقة في الفقه الإسلامي على أساس المفهوم القانوني للتصرف الشكلي[٢١] فيقول ((إن مصطلح التصرف الشكلي هو اصطلاح قانوني، اي انه نشا وعرف في اطار الدراسات القانونية ولا وجود لمثل هذا المصطلح في نطاق الفقه الإسلامي، غير أن غياب مثل هذا المصطلح لايعني عدم وجود حالات يمكن ان يطلق عليها تصرفات شكلية في الفقه الإسلامي وفق المفهوم (القانون للمصطلح)، فعند دراستنا للتصرفات والعقود في الفقه الإسلامي سنجد أن بعض من هذه التصرفات والعقود يستلزم الفقهاء لنشاتها او لزومها ان يتم التعبير عنها في صورة معينة، او القيام باجراء معين، ويرتبون عدم الصحة او عدم اللزوم عند تخلف الاجراء المطلوب))[٢٢].

ويبدو واضحا ان وجهة النظرهذه قد جارت الى حد بعيد الرايين السابقين في تحديد ما يعد شكليا من العقود في الفقه الإسلامي، إلا أنها لم تقسم الشكلية في الفقه الإسلامي إلى شكلية مهذبة واخرى بحتة.

٤. وثمة راي رابع يذهب الى ان الرضائية تمثل الاصل في العقود على صعيد الفقه الإسلامي، ولكن هناك ما يخرج على هذا الاصل ويتمثل في مستثنيات شكلية يمكن اجمالها فيما ياتي:

أ. ان النزعة الموضوعية قد سادت الفقه الإسلامي فكان لها اثرها المتجلي في مبادئة الجوهرية واحكامه التفصيلية بل انها هي ما حمله على الاخذ بالارادة الظاهرة في

التصرفات وليس الارادة الباطنة، فهذا الفقه لم يبالغ او يغالي في هذه النزعة وانما اتخذ فيها طريقا وسطا يكتفي بالظاهر دون الباطن الذي يقف خلفه، او بمعنى اوضح داب على الاكتفاء بدلالة ظاهر الحال، بعد الاستقراء الدقيق، ولم يعن بما وراءه من نية او ارادة باطنة الا إذا لم يكن ذلك الظاهر قاطعا في الدلالة على الارادة الباطنة، والواقع ان تبني الارادة الظاهرة في بعض التصرفات دون النية والقصد انما يعد ضربا من ضروب الشكلية، اذ ان من التصرفات ما انعقدت، في ظل الفقه الإسلامي، بصرف النظر عن الارادة وتوجهها او عدم توجهها الى احداث اثر قانوني، وتوخيا لتقديم المعنى الصحيح نقول بان ثمة تصرفات معينة تتم ويحدث اثرها الشرعي حتى لو كانت الارادة هازلة، فقد جاء في الحديث الشريف ((ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد الزواج والطلاق والرجعة)[٢٣].

فالعبرة هنا للفظ لا للمعنى وذلك لما لتلك التصرفات من اهمية وخطورة ولما يتصل بها من اعتبارات خاصة تجعل اتخاذ الشكل لابد منه لانعقادها[٢٤].

والحقيقة ان الاعتداد بالارادة الظاهرة يمثل (شكلية حديثة) في القوانين الحديثة والفقه الإسلامي على حد سواء[٢٥].

ب. ومما يتصل بالفقرة انفة الذكر ما يشترط من صيغة معينة في الايجاب والقبول بالنسبة الى احوال استثنائية معينة كالزواج والوقف ونحوهما حيث ينبغي التقيد بالفاظ معينة لتدل دون غيرها على النية والقصد، وإلا كانت الصيغة في سوى هذه الاحوال لا تتسم بالتعقيد وهي من ثم ليست من الشكل في شيء[٢٦].

ج. لا تكتفي بعض المذاهب بالتراضي في عقود التبرع وانما تشترط الى جانب ذلك ان يتم القبض، كما يشترط القبض في بعض العقود الاخرى من مثل الرهن فاذا لم يقع القبض جار للرهن، قبل التسليم ان يرجع عن الرهن[٢٧]. فالقبض في مثل هذه العقود يعد نوعا من الشكلية.

ثانيا: وجهة النظر المضيقة للشكلية في الفقه الإسلامي.

يذهب أنصار هذه الوجهة إلى تضييق نطاق الشكلية في الفقه الإسلامي إلى حد كبير، بحيث تنحصر في عقد الزواج من خلال اشتراط الإشهاد فيه، والعقود العينية اذ اعتبروا القبض ركنا من أركان العقد، ولذلك يكون عنصرا شكليا لازما لانعقاده[٢٨].

ويذهب بعض الباحثين الى القول بان الفقه الإسلامي لم ينظر الى الالتزام نظرة شخصية وانما ينزع في في اغلب الاحوال نزعة موضوعية تنظر الى الارادة الظاهرة ولاتقوم على الشكلية، ولذا فاذا صرفنا النظر عما يختلف فيه من القبض في العقود العينية وما يشترط من صيغة محددة في بعض العقود الاخرى فانه ((يمكن القول، بوجه عام، ان الفقه الإسلامي لم يعن بالشكلية عموما كجزء اساسي في العقد، وانما عني بها للاثبات في بعض الصور))[٢٩].

الفرع الثاني

تقويم آراء الباحثين في شان الشكلية في الفقه الإسلامي

بدءا يجب أن نسجل هنا اننا لانتفق الى هذا الحد او ذلك مع ما ذهب اليه اصحاب وجهتي النظر السابقتين، فهما، فيما نرى، لا تعبران بدقة عن حقيقة موقف الفقه الإسلامي، لذلك سنحاول على قدر المستطاع اثبات ما نرى من خلال نقد وجهتي النظر السابقتين وبيان راينا في شان الشكلية في الفقه الإسلامي في النقطتين الاتيتين:

اولا: نقد وجهتي النظر السابقتين

ففيما يتصل بالشكلية اللفظية، نجد ان القول بها لم يكن موفقا تماما، وحقيقة الامر ان اصحاب هذه الفكرة قد وقعوا في تناقض اذ قرر بعضهم[٣٠] ابتداء ان لا شكلية في الفقه الإسلامي، الأمر الذي أوحى انه قد قرر مبدأ عاما مفاده ان الفقه الإسلامي يقر مبدأ الرضائية بوصفه قاعدة عامة، وهذا يعني ان الارداة كافية وحدها في الفقه الإسلامي لإنشاء العقود، ويمكن ان نتصور وجود استثناءات على هذه القاعدة في مواضع معينة أو في عقود معينة. ولكنه يعود ليفجأنا، وقد وقع في التناقض، بكلام يفيد تبني الفقه الإسلامي للشكلية اللفظية، ولو جاريناه في القول بان اللفظ هو الشكل الذي يجب ان تنصب فيه العقود لانتهينا الى نتيجة مفادها ان غالبية العقود شكلية، فهي تتم في الغالب عن طريق اللفظ اما وسائل التعبير الاخرىفلا يلجأ اليها، على حد قوله، الا في حالات استثنائية، ولتحصل لدينا من ثم ان الشكلية هي المبدأ العام وان الرضائية هي استثناء من هذا المبدأ وهذا ما لا يمكن قبوله، فهو بعيد كل البعد عن حقيقة وجوهر الفقه الإسلامي، ولعل سبب وقوع

صاحب هذا الرأي في التناقض لدى القول بشكلية الفقه الإسلامي إنَّما قد تسلط عليه، كما يرى البعض[٣١] بتأثير من مصادر أجنبية لم تدرس الفقه الإسلامي في منابعه الاصلية.

أما البعض الآخر[٣٢] ممن قال بالشكلية اللفظية في الفقه الإسلامي، فبعد ان سعى جاهدا لاثبات هذه الشكلية في الفقه الإسلامي مستندا في ذلك إلى مفهوم القانوني للشكل بوصفه صورة خاصة للتعبير عن الارادة يفرض من قبل المشرع، عاد ليقول بالدور الاساسي للإرادة في العقود وان الشكل في هذه العقود ليس له قيمة ذاتية، حيث يقول((ان الشكل في تلك التصرفات لم يحظ بمكانة خاصة تحترمه لذاته))[٣٣].

وهو بذلك يكون قد ناقض المفهوم القانوني للشكل الذي استند اليه في تقرير الشكلية اللفظية في الفقه الإسلامي، وذلك لأنَّه على الرغم من ان الشكل هو انعكاس للارداة فانه ذو قيمة ذاتية مستقلة عنها، فعندما يقرر المشرع شكلا للتصرف القانوني فانه يهدف بذلك الى حماية مصلحة معينة راى ان فرض هذا الشكل هو السبيل الوحيد لحمايتها، لذلك نجده يحدد وسائل التعبير عن الارادة في صورة معينة ولايمنح الأفراد حرية اللجوء الى وسائل اخرى، حتى ولو كان من شان هذه الوسيلة ان تؤدي الى تحقيق الغاية ذاتها التي سعى المشرع الى تحقيقها من خلال فرض الشكل، ومن هنا فان المشرع لايقيم وزن للتعبير عن الارادة في غير الشكل المطلوب بل لايكون للتصرف في هذه الحالة وجود في نظره، فليس هناك اجراء اخر يحل محل الشكل الذي حدده المشرع لنشأة التصرف[٣٤].

هذا إلى جانب إن اللفظية لا تعني بتاتا الشكلية[٣٥] وان الفقهاء لم يهتموا باللفظ الا بسبب ما يمثل من اداة طبيعية للتعبير عن الارادة، والتفاهم بين الناس، بل لانه الطريق الاوضح الاقوم في التعبير عن ارادة جازمة في التعاقد، وان هذا هو ما حدا بالفقهاء الى تمييز وسيلة اللفظ وتفضيلها على ما سواها من الوسائل. ولكن هذا لايعني انها الطريق الوحيد في انشاء العقد، إذ يمكن التعاقد بالاشارة اضطرارا في حالة الاخرس[٣٦]، بل إن بعض الفقهاء قد عدها طريقا للتعبير عن الارادة في حالة الاخرس وغيره على حد سواء[٣٧]. ويصح هذا ايضا فيما يتصل بالتعاطي كوسيلة لانشاء العقود، بل ان فكرة التعاطي هذه قد حظيت باقرار المذاهب الإسلامية جمعاء[٣٨]. كما يصح بالنسبة الى الكتابة، فقد كانت وسيلة للتعاقد لدى الفقهاء مع تمكن المتعاقدين من استعمال اللفظ، بل ان

منهم من اجازها في حالة التعاقد بين حاضرين مادامت واضحة ومفهومه[٣٩]. ولئن لم تكن للكتابة عند الفقهاء اهمية ترقى الى ماللفظ منها فان مرد ذلك هو طبيعة الاوضاع السائدة في المجتمعات قبل اليوم، فضلا عن ان التعاقد بطريق الكتابة من شانه التضييق والعنت على الناس في معاملاتهم وبالاخص ما يتعلق منها بحاجاتهم اليومية، فاللفظ كان ولايزال الوسيلة الاساسية التي يتم بها التعاقد. بل ان ما يؤيد ابتعاد الفقه الإسلامي عن نطاق الشكلية هو اقراره التعاقد باي وسيلة لاتدع ظروف الحال شكا في دلالتها على التراضي[٤٠].

وفيما يتصل بوجود شكلية مهذبة في الفقه الإسلامي، يلزم القول باننا نعترض على هذه التسمية كما ننفي فكرتها من حيث الاصل اذ ليس في الفقه الإسلامي وجود لشكلية مهذبة واخرى بحتة كما في القانون الروماني، فالشكل هو نفسه في المجتمعات، ولكن حيث انه يعبر عن طبيعة الافكار السائدة في مجتمع معين فانه ياتي منسجما مع هذا المجتمع، ومن هنا نجد الشكلية في القانون الروماني منسجمة مع مظاهر الواقع الاجتماعي والفكر القانوني يومذاك، كما نجد الامر نفسه في الوقت الحاضر حيث تتلائم الشكليات السائدة مع التفكير القانوي الحديث.

ويبدو لنا إن إلصاق الشكلية بالفقه الإسلامي ليس سوى تعبير عن فهم غير صحيح لطبيعة هذا الفقه الذي اعتنق الرضائية بوصفها مبدأ عاما، وان الحالات التي ذكرت ليست من الشكلية في شيء.

فبالنسبة إلى نظرية وحدة الصفقة نرى ان هذا الموضوع لايمت الى فكرة الشكلية بصلة، وذلك لان الشكل على وفق المفهوم القانوي له، ليس سوى قيد على الارداة عند ابرام العقد يكون من شانه تكبيلها بوجوب اتخاذ مسلك معين حتى تنتج اثرها في انشاء العقد، كما نرى ان بحث مسالة الشروط المقترنة بالعقد انما يتعلق بسلطان الارداة في تحديد اثار العقد لاسلطانها في الانشاء، فالقيود التي تفرض على الارادة، على في اختلاف المذاهب الإسلامية، تكون متعلقة بتحديد الاثار التي يمكن ان تترتب على العقد، ومدى قدرة الارادة في تعديل تلك الاثار، ومن هنا فلا نجد علاقة لهذا الامر بالشكلية التي تفرض على الارداة عند انشاء العقد.

وفيما يتعلق بنظرية مجلس العقد، نرى ان القول بان هذه النظرية تمثل قيدا شكليا على الارادة انما هو قول يجانب الصواب، وذلك لان الشكل، كما ذكرنا سابقا، يمثل صورة خاصة للتعبير عن الارادة، أي إن الشكل يتعلق بالتعبير ويفرض على الارادة اتخاذ صورة معينة عند التعبير عن ذاتها. في حين ان نظرية مجلس العقد تتعلق بالارداة وليس بالتعبير، اذ ان من غايات هذه النظرية التركيز على الارادة الحقيقة بوصفها الاساس في تريب الاحكام، وان قيام الفقهاء بتفصيل الاحكام في نظرية مجلس العقد قد كان بدافع التيقن مما عليه ارادة الاطراف من جزم وجدية من جهة الرغبة في التعاقد، او بعبارة الفقه الحديث من جهة اتجاه الارادة الى احداث اثر قانوني. وهي لا تكون كذلك مالم يكن المتعاقدان منصرفين الى التعاقد ولايوجد ما يدل على الاعراض عنه. وليس في هذاالامر قيد على الارادة في التعبير، بل على انه يصب في مجرى مبدأ سلطان الارادة، اذ ان هذه الاحكام تسعى الى حماية الارادة وعدم تقيدها بالالتزام الا اذا كانت قد اتجهت اليه فعلا.

وفيما يخص الشكلية الناشئة عن الاخذ بالارادة الظاهرة فانه يلزم ان بين ان هذا الاتجاه قد ابتعد في تصويره للشكل كل البعد عن المعنى القانوني الصحيح الدقيق، ونرى الى جانب ذلك انه ليس من الصواب في شيء ان يقال: (بالطبيعة الشكلية للارادة)[٤١]، وذلك لان الارادة مسألة ذهنية نفسية، ومن ثم فهي حالة معنوية لاتتعدى ضمير الشخص مالم يعبر عنها وبعبارة اكثر دقة ان الارادة ذات طبيعة معنوية.

وإذا كانت الإرادة بهذا التصوير فلا يصح وصفها بانها ذات طبيعة شكلية، فالشكل يمكن ان يلحق التعبير عن الارادة وليس الارادة ذاتها. وهذا هو ما يتحصل من عبارات انصارمذهب الارادة الظاهرة فهم يقررون ان الارادة لايعتد بها الا في مظهرها الاجتماعي الملموس[٤٢]. ومن ثم فهي ظاهرة نفسية، ولذلك لايمكن ان تكون محل اعتبار في نظر المشرع، ويضاف الى هذا ان موضوع الارادة الظاهرة لا يمت بصلة لموضوع الشكلية، وذلك لان الشكل يعد في الواقع تعبيرا عن الإرادة في صورة اجراء فني لايكون للارادة في حالة تخلفه اثر قانوني، فهو قيد يرد على قدرة الارادة في اختيار وسيلة التعبير عن ذاتها. في حين ان موضوع الإرادة الظاهرة لا يثار عموما إلا في حالات الاختلاف بين الارادة الظاهرة والارادة الباطنة، اما في حالة التوافق بين الارادتين فان

انصار مذهب الإرادة الباطنة يصلون مع انصار الارادة الظاهرة الى النتيجة ذاتها. ولو وقفنا على حالة الاختلاف لتبين لنا ان الموضوع يتعلق بالارادة ذاتها لا بالتعبير عنها، فالإرادة تتولد في نفس الشخص على صورة عزيمة فيحاول التعبير عنها الا ان ذلك التعبير لايجيء مطابقا لها.

فالشخص على هذا الصعيد يمتلك ارادة حرة في اختيار وسيلة التعبير عنها، الا ان هذه الوسيلة تاتي في حالة التوافق متطابقة مع مضمون الإرادة، وتأتي في حالة الاختلاف غير متطابقة مع هذا المضمون، ولكن لو بحثنا في دائرة الشكلية، حسب مفهومها القانوني، لالفينا الارادة في الاصل، غير حرة في اختيار مسلكها في الظهور الى الواقع.

ولكل ذلك نرى ان الاخذ بالارادة الظاهرة لايمثل شكلية في العقد في الفقه الإسلامي، بل ان العقد هنا يظل في نطاق الرضائية.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد ان بعض الباحثين[٤٣] ممن قال بالارادة الظاهرة قد ناقض في هذا الشان ما سبق ان طرحه هو نفسه في موضع أخر، فهو قد انتقد الراي القائل بالشكلية اللفظية في الفقه الإسلامي، ثم عاد ليقول بوجود شكلية مهذبة في الفقه الإسلامي تتمثل في ماضوية صيغة العقد في الفقه الإسلامي، وهذا لا يخرج في الواقع عما انتقده لدى الراي السابق الذي استدل على ما ذهب اليه من وجهة لفظية من تركيز الفقهاء المسلمين على شروط الصيغة واعتدادهم بصيغة الماضي بغض النظر عن اتجاه الارادة، فهذا الباحث يرى ان استعمال صيغة الماضي يمثل قيدا شكليا في الفقه الإسلامي، وصيغة الماضي لاتكون الا اذا استعملنا وسيلة اللفظ للتعبير عن الارادة، فيكون كل لفظ مستعمل في صيغة الماضي كافيا في ذاته لانشاء العقد من دون البحث في ارادة العاقد، ويتحصل لدينا من ثم ان اللفظ في صيغة الماضي يمثل شكلية في الفقه الإسلامي تقترب إلى حد بعيد من الشكلية الرمزية في القانون الروماني، وهذا في الحقيقة ليس من منهج الفقه الإسلامي، فاللجوء إلى صيغة الماضي لم يكن امرا واجبا على المتعاقدين بل امرا جوازيا، اذ يستطيع المتعاقدان استعمال صيغة المضارع بل وحتى الامر.

اما بالنسبة إلى ما ذهب إليه البعض[٤٤] بشان تصرفات الهازل فهو، فيما نرى، لا يعد من الشكلية في شيء وذلك لانه لايتعلق بتقييد الارادة بوجوب استعمال وسيلة معينة

لانشاء العقد، بل انه يتعلق بتصرفات الهازل، اي بالارادة غير المتجهة الى احداث اثر شرعي، وبعبارة اكثر دقة، بالخلاف بين الارادة والتعبير، فالحديث الشريف القائل ((ثلاثة جدهن جد، وهزلهن جد: الزواج والطلاق والرجعة)) إنما يقرر إن آثار العقد تترتب بغض النظر عن الارادة الحقيقة الباطنة، ومن ثم لم يحدد وسيلة تعبير معينة. بل انه يفصح ان هذه العقود يمكن ان تتم باي وسيلة من الوسائل التي تقبلها الفقه، وان الشارع يرتب الاثر هنا بصرف النظر عن جدية الشخص في الاقدام على تلك التصرفات، هذا الى جانب ان الحكم الذي ساقه هذا الاباحث لم يكن موضع اتفاق الفقهاء كما يشير الى ذلك هو نفسه[٤٥].

وفيما يتعلق بشكلية القبض في العقود العينية فاننا نرجح ماذهب اليه بعض الكتاب[٤٦] من القول بان هذه العقود ليست عينية أصلا، فالقبض ليس ركنا في العقد بل هو شرط نفاذ، ومن ثم فان هذه العقود هي عقود رضائية وليست شكلية، وذلك لان الشكل الذي يهمنا في هذه الدراسة هو ما يعد ركنا في العقد، وان العقد الذي يوصف بالعيني هو عقد موجود وله كيانه القانوني او الشرعي ولو لم يتحقق القبض ومن ثم فان الشكل –اي القبض– لايدخل في ماهية العقد ولكن نفاذ العقد يتوقف عليه. ومن هنا فان العقود العينية هي عقود رضائية وليست شكلية.

ثانيا: راينا في شان الشكلية في الفقه الإسلامي

في البدء لابد ان نشير الى ان السبب الذي دعى الباحثين الى الصاق الشكلية بالفقه الإسلامي، بصورها السابقة، هو محاولة تطبيق المفهوم القانوني للشكل على الفقه الإسلامي، أو بعبارة أكثر دقة، إن الباحثين قد استندوا الى هذا المفهوم لتقرير شكلية بعض العقود في الفقه الإسلامي، وهو منهج، على ما نرى، غير سليم اذ لم يراع الباحثين الاختلاف في طبيعة وادوات كل من الفقه الإسلامي والفقه القانوني، وكان الاولى ان يرجع الى الفقه الإسلامي نفسه من اجل استنباط مفهوم للشكل اولا، على الرغم من ان هذا الفقه لم يعرف هذا المصطلح، ومن ثم دراسة التصرفات التي يمكن ان تعد شكلية على ضوء هذا المفهوم.

لذلك فإننا، ومن خلال استقراء احكام الفقه الإسلامي وغاياتها، يمكن ان نضع مفهوما للشكل في الفقه الإسلامي يتمثل في الاجراءالذي يكون خارجا عن صيغة العقد ويكون

لازما لانعقاده، فكل لفظ يكون داخل او جزء من صيغة العقد لايعد شكلا ومن ثم لاينقل العقد من دائرة الرضائية الى نطاق الشكلية،وذلك لان التعبير عن الإيجاب و القبول لا يخضع في هذا الفقه لاية شكلية متى كان باتا في اظهار الرضا.

وبناء على ذلك نصل الى نتيجة مفادها ان الرضائية مبدأ عام ساد الفقه الإسلامي، وان الشكلية هي استثناء على هذا المبدأ لاينهض الا في عقد الزواج من خلال اشتراط الاشهاد عليه وهو ما يذهب اليه جمهور الفقهاء كما بينا من قبل، اما فيما عدا ذلك من المسائل التي عدها بعض الكتاب شكلية مهذبة او شكلية حديثة فهي ليست الا احكاما اراد منها هذا الفقه صيانة مبدأ سلطان الارادة وتنظيمه على نحو يحقق استقرار التعامل. وهذا، فيما نرى، يترجم نظرة واقعية في صياغة الاحكام الشرعية، ويعبر عن فهم عميق لغايات تلك الاحكام، وهو ولاشك يكشف عما بلغه الفقه الإسلامي من درجة عالية في الرقي وعما اتسمت به احكامه من غنى ومكانة وطابع عملي، والحقيقة انه يمكن القول بان هذا الفقه قد عني بالشكلية، في الاساس، للاثبات في بعض الصور ولم يعن بها، في الاصل، كركن او جزء اساسي في العقد.

خاتمـــــــــة

وإذ نصل إلى نهاية المطاف من دراستنا لموضوع ((الشكلية في العقود في الفقه الاسلامي)) لابد لنا في ما يلي من تسطير ابرز النتائج التي تمخضت عنها:

أولاً: ان الرضائية هي المبدأ العام في الفقه الاسلامي و ان الشكلية هي استثناء من هذا المبدأ يرد في نطاق ضيق جداً، ومن ثمَّ فلا وجود للشكلية اللفظية في الفقه الاسلامي سواء كانت في صورة وجوب استعمال اللفظ وسيلة للتعاقد او وجوب استعمال معينات الالفاظ. وكذلك لا وجود لشكلية مهذبة او بحتة، فنظرية مجلس العقد، ونظرية الارادة الظاهرة، ومبدأ وحدة الصفقة، وتصرفات الهازل لايمكن اعتبارها من صور الشكلية في الفقه الاسلامي، وذلك لأن تلك النظريات تتعلق بالارادة وليس بالتعبير عنها، إذ ان الشكل يتعلق بالتعبير عن الارادة بوجوب اتخاذ مسلك معين.

ثانياً: إن اراء الباحثين قد بنيت، في ما يتعلق بالشكل في الفقه الإسلامي، بالاستناد إلى المفهوم القانوني للشكل، وحاولوا تطبيق هذا المفهوم على العقود في هذا الفقه دون

الالتفات الى الاختلاف الكبير في طبيعة كل من الفقه الاسلامي والفقه القانوني من حيث ادوات وغايات كل منهما.

ثالثاً: إن تحديد مفهوم الشكل في الفقه الاسلامي يجب ان يستوحى من هذا الفقه ذاته، وذلك لأن التعبير عن الايجاب و القبول في هذا الفقه لايخضع لاية شكلية متى كان باتاً في اظهار الرضا، لأن أسلوب التعبير غير مقصود بذاته في الفقه الاسلامي.

رابعاً: يمكننا أن نعرف الشكل في العقود في الفقه الاسلامي بأنه اجراء خارج نطاق صيغة العقد يكون لازماً لانعقاده، وعليه لايكون الشكل متطلباً إلا في عقد الزواج من خلال الاشهاد على مذهب القائلين باعتبار الاشهاد ركناً في عقد الزواج.

الهوامـــــش

١. النساء الآية (٢٩)

٢. والحقيقة انه ((لامماراة في إن العوامل التي مهدت للفقه الإسلامي سبيل بلوغ الحلول السليمة و أصبحت من سماته المميزة هو اعتماده مبدأ الرضائية في العقود في انعقاد التصرفات وهذا على خلاف القانون الروماني الذي اعتمد الشكليات فرزح تحت ككللها الثقيل حقبا طويلة... فمقتضى المبدأ السائد في الفقه الإسلامي هو الرضائية والبساطة وعدم التعقيد) (أستاذ د. جاسم العبودي، النيابة عن الغير في التصرفات القانونية، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠، ص٦٤.

٣. ومما تجدر الاشارة اليه ان الشكل على وفق مفهومه القانوني هو اسلوب محدد للتعبير عن الارادة يفرض بصورة الزامية من قبل المشرع ويكون عنصرا اساسيا في انشاء العقد. انظر: د.جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، فقرة (١٠٩)، ص٣١٠.

٤. وهو ما يقول به د.شفيق شحاته في مؤلفه، نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية، ج١، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ١٩٣٦، ص- ص ١٣٠و ١٣١.

٥. المرجع نفسه، ص ص ١٣١، ١٣٢.

٦. د. شفيق شحاته، المرجع السابق، ص- ص ١٣٢- ١٣٣.

٧. د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٣، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ١٣٨.

٨. د. محمود وحيد الدين سواد، الشكل في الفقه الإسلامي، ط١، معهد الادارة العامة، الامارات، ١٩٨٥، ص١٣٢.

٩. د. محمود وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص- ص ١٣٠-١٣٢.

١٠. د. محمود وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص ١٣٨.

١١. د. محمود وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص- ص ١٧٧-١٧٨ وكذلك ص١٣٢.

١٢. المرجع نفسه، ص١٣٢.

١٣. المرجع نفسه، ص٧٠ ومابعدها.

١٤. المرجع نفسه، ص- ص ٧٨-٨٨.

١٥. د. عبد الرشيد عبد الحافظ: التصرف الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٨٠ ومابعدها.

١٦. د.عبد الرشيد عبد الحافظ، المرجع نفسه، ص٢١٧ وما بعدها.

١٧. المرجع نفسه، ص٣٢٣ ومابعدها.

١٨. المرجع نفسه، ص٢٦٥ ومابعدها.

١٩. المرجع نفسه، ص ٣٤٨ ومابعدها.

٢٠. فالتصرف الشكلي في الفقه القانوني الحديث هو التصرف الذي لايكفي لانشائه مجرد ابداء الرضائية. بل يلزم ان يتم التعبير عن الارادة في شكل مخصص يعينه القانون، انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت،لبنان ، غير مؤرخ، ص١٨٨. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، في الالتزامات، المجلد الاول، نظرية العقد – الارادة المنفردة، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٨٧، ص٨٣. ومما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد ان كل الباحثين في نطاق الشكلية في الفقه الإسلامي قد استندوا في ذلك الى المفهوم القانوني للشكلية.

٢١. د. عبد الرشيد عبد الحافظ، المرجع السابق، ص٧٥.

٢٢. رواه أبو داود (سليمان السجستاني) في سننه، ج١، رقم ٢١٩٤، مطبعة مصطفى محمد، وكذلك السيوطي، الجامع الصغير من حديث البشير النذير، ج١، رقم ٣٤٥١، مطبعة مصطفى محمد، ١٣٥٢هـ.

٢٣. انظر د.صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، الجزء الثاني، بيروت ١٩٤٨، ص ٣١ وما بعدها. د.محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، ١٩٩٣ص ٢٥٦ وما بعدها.

ولابد من الإشارة هنا انه إذا كان الزواج لا يصح إلا بالإشهاد إذ قال بعض الفقهاء يصح بشهادة رجلين ولا تقبل شهادة النساء، وقال فريق ثاني يصح بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وقال فريق ثالث يصح بإعلان عام أو بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو أربع نسوة عدول، فان ثمة فريقا رابعا من الفقهاء قد قال بأنَّ الإشهاد ليس شرطا لانعقاد الزواج وإنَّما يكون الإعلان فيه مستحبا من باب الندب لا الاشتراط، بل روي عن بعض الفقهاء قولهم بان الإشهاد غير لازم لصحة الزواج، وكذا الأمر بالنسبة إلى الهزل، والهازل هو من يقول الكلام على سبيل اللعب أو المزاح أو غيره ولا يعنيه، أي لا يقصد حقيقة كلامه وأثره، فإذا كان الأصل إن الهزل مما يتعارض مع القصد وتوجه الإرادة إلى إحداث اثر شرعي وانه بهذا لا قيمة له باستثناء أن يكون في الزواج والعتاق والطلاق والرجعة حيث يعتبر الهزل هنا كما لو كان جدا فيترتب على ذلك صحة التصرف ولزومه فان بعض الفقهاء قد خرج مع ذلك على رأي الجمهور في النكاح والطلاق فقال بان الهزل يمنع من الانعقاد فيها.

أنظر د. صبحي محمصاني، الرجع السابق، ص- ص ٣٢-٣٣.

٢٤. د. محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢٧٢. وقد خصص هذا الباحث مطلبا لما سماه (الطبيعة الشكلية للإرادة في الفقه الإسلامي).

٢٥. د. صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص- ص ٣٣-٣٤.

٢٦. انظر المادة (٧٠٦) من مجلة الأحكام العدلية.د محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢٥٧ وما بعدها.

٢٧. د. محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، الاردن، ٢٠٠٠، ص ٥٧٦، د. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج١، الطبعة الثانية، مطبعة الحياة، دمشق، ١٩٦٤، ص ٣٢٠.

٢٨. أستاذنا د. جاسم العبودي، المرجع السابق،ص- ص ٣٥-٦٦. وكذلك ص ٦٥. حيث يبين هذا الباحث إن المبدأ الذي ساد الفقه الإسلامي هو ليس الشكلية بل الرضائية والبساطة وعدم التعقيد، ولكن إذا قيل ((إن في هذا تفريطا في حماية مصلحة صاحب الشأن فيمكن مدافعة ذلك ومن ثم التماس العذر للفقه الإسلامي بالقول بان من يطلع على نصوص الدين الإسلامي قرانا

كريما واحاديثا نبوية شريفة يجدها تمنع الإضرار والفساد وتدعو إلى العدل في التعامل بين الناس والى الوفاء بالالتزامات حتى ولو لم يوجد هناك ما يثبتها، كما تدعو إلى التقيد بالعهود في التعامل والى الابتعاد عن الهوى والطيش، وتحث على التشاور والعزم قبل الإقدام على التصرف فالشخص لا يسير لطيته إلا بعد أن يعقد العزم والنية وذلك تسديدا للخطوة وتجنبا للضرر والندم، وان من مقتضى النهي والتذكير والهداية والوعيد في هذه النصوص الكريمة أن تصبح لدى من يعمل بها أصولا تكفي لحمايته عند تعامله مع الغير سواء كانت الحماية من نفسه أو من الغير أو من كلتيهما، لاسيما إن الأحكام تكون مرهونة بالظروف والضرورات الاجتماعية ومرتبطة بالمفاهيم الأخلاقية والدينية السائدة في حينها، وقد كانت ذمم الناس وضمائرهم، على أيام تألق الفقه الإسلامي، مازالت على قدر كبير من السلامة والفطرة، كما كانت سمة الحياة هي البساطة والقلة لا التعقيد والكثرة بها)).

٢٩. فهو الأستاذ شفيق شحاته قد قال ((في الاصل لا شكلية في التشريع الإسلامي، والعقد ينعقد وتنشأ الالتزامات دون حاجة الى طقوس خاصة من حركات او اشارات او مراسم ويعتبر هذا من المميزات الاساسية للتشريع الإسلامي))، انظر، المرجع السابق، نبذة ١٢٣، ص١٣٠.

٣٠. وهذا ما قرره الأستاذ الزرقاء عندما عرض لهذا الراي (انظر. مصطفى الزرقاء المرجع السابق، ص٣٦١.

٣١. د. عبد الرشيد حافظ، المرجع السابق، ص٣٧.

٣٢. د. عبد الرشيد عبد الحافظ، المرجع السابق، ص ٣٧.

٣٣. انظر جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط١، المؤسسة الجامعية، بيروت، ٢٠٠٠، فقرة (٤٣٢)، ص٤٤.

٣٤. انظر د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج١، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة، بلا سنة طبع، ص٨٨.

٣٥. انظر د.مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص٣٦١، د.محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٥٤٦، د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج١، مرجع سابق، ص- ص ١٠٥- ١٠٦.

٣٦. وهم فقهاء المالكية انظر، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، للامام ابي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، المتوفي ٩٥٤هـ، ج٤. دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ. ١٩٩٢م. ص ٢٢٩.

٣٧. انظر في ذلك مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص ٣٦١. هشام معروف الحسيني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، مطابع دار الغد، بيروت، غير مؤرخ، ص١٥٨.

حيث ذهب الأستاذ الزرقاء الى ان المتأخرين من الشافعية قد اقروا فكرة التعاطي كذلك ذهب الأستاذ هشام معروف الحسيني إلى إن بعض فقهاء الإمامية قد اقروا التعاقد بطريق التعاطي.((انظر المراجع السابقة)). وذلك على خلاف ما ذهب إليه الأستاذ سوار، والأستاذ مدكور بان الشافعية والامامية لم يأخذوا مطلقا بفكرة التعاطي، (انظر، د. محمود وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص١١٥، د. محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص٥٤٩).

٣٨. انظر د. محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص- ص ٥٤٥-٤٥٦.

٣٩. د. السنهوري، مصادر الحق، ج١،مرجع سابق، ص ١٢٣، وكذلك مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص ١٥٨.

٤٠. وهو ما قال به د. محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

٤١. انظر، د.عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، لبنان، غير مؤرخ، ص١٧١، د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، ط١، المطبعة التجارية، القاهرة، ١٩٥٥، ص٨.

٤٢. د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي مع الموازنة والمقارنة بالفقه الإسلامي، ج١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص٥٤.

٤٣. د. محمود وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص- ص ١١٥-١١٨.

٤٤. د. صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص ٣١.

٤٥. د. صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص ٣٣.

٤٦. أستاذنا د. مصطفى الزلمي، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية، ج١، جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠١، ص ص ٣١٤-٣١٥.