دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	حرية الإشتراط فى العقود فى الفقه الإسلامى المقارن
المصدر:	مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
الناشر:	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
المؤلف الرئيسي:	باجو، مصطفى بن صالح
المجلد/العدد:	ع26
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2008
الشهر:	سبتمبر
الصفحات:	45 - 60
رقم MD:	643574
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	الفقه الإسلامى المقارن، الإشتراط فى العقود
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/643574

© 2021 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

حرية الاشتراط

في العقود في الفقه الإسلامي المقارن

الدكتور مصطفى باجو

جامعة الأمير عبد القادر- قسنطينة

شرع الله العقود لمصلحة المكلفين، تلبية لحاجاتهم وضرورات معاشهم، وتيسيرا لشؤون حياتهم إجمالا، وجعلها قائمة على أساس رضا المتعاقدين وإرادتهم، ثم رتب عليها آثارا محددة، ولكل عقد آثاره التي تختلف عن آثار غيره، فعقد الزواج تترتب عنه نتائج تختلف عن آثار عقد البيع، وكذا الرهن يختلف عن الوكالة، إلخ.

فقصد الشارع من تشريع العقود هو الحكمة من مشروعيتها، وتتلخص في تيسير أمور الحياة على الناس، وتحصيل منافعهم، وهو ما أفاض في بيانه علماء الأصول في مقاصد الشريعة الإسلامية، على اختلاف كلياتها الخمس، الدين والعقل والنفس والنسل والمال. وتنوع مراتبها من الضرورية والحاجية والتحسينية.

ولكل عقد غاية اقتضتها حكمة الشارع لوصول الناس إلى مصالحهم، ووضع لها قواعد لتحصيل تلك الغاية، فعقد البيع يقصد منه نقل الملكية، وعقد الإجارة يقصد منه تحصيل المنفعة من العين المؤجرة، وعقد النكاح يقصد منه إباحة الاستمتاع.

وقد جاء الإسلام فوجد الناس يتعاملون بأنواع عديدة من العقود، في المعاوضات المالية والأحوال الشخصية وغيرها، بيد أنها كانت مشتملة على كثير من الغرر والغبن، كبيوع الملاقيح والمضامين، والملامسة والمنابذة، والربا والميسر، فحرم الإسلام ما كان منها منافيا للعقل والعدل، وأقر ما اشتمل على تحقيق مصلحة الناس، بعد أن ضبطها بقيود تجعلها مفضية إلى تلك المصلحة بيقين، نقية من شوائب الظلم والاستغلال وأكل أموال الناس بالباطل.

ومن أهم قواعد المعاملات التي أقرها الإسلام بناؤها على التراضي التام، في قوله عز وجل: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [سورة النساء: 29].

فجعل الرضا والاختيار أساس نشأة العقود وما يترتب عليها من حقوق وواجبات.

فالعقود قائمة على الإرادة، وهي تعبير عن الرضا الذي يعد أساس العقود المالية وغير المالية. وقد جاء في القرآن الكريم: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [سورة النساء: 29].

ثم أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود وما تتضمنه من التزامات، وذلك في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة: 1].

وقد تقرر في الفقه الإسلامي أن تحديد هذه الآثار من عند الله تعالى، ولا شأن للمكلفين بها. وعليهم مراعاتها عندما تتجه إرادتهم إلى إنشاء تلك العقود.

جاء في كشف الأسرار: «إن العلل الشرعية غير موجبة بأنفسها، فإن هذه العلل كانت موجودة قبل ورود الشرع، ولم تكن موجبة لهذه الأحكام، وإنما الموجب للأحكام هو الله تعالى، إذ له ولاية الإيجاب، وهو قادر على أن يشرع الأحكام بلا علل، ولكن إيجابه لما كان غيبا عن العباد، وهم عاجزون عن دركه، شرع العلل التي يمكن لهم الوقف عليها موجبات للأحكام في حق العمل، ونسب الوجوب إليها فيما بين العباد تيسيرا، فصارت العلل موجبة في الظاهر بجعل الله تعالى إياها كذلك، أي موجبة لا بأنفسها، وفي حق صاحب الشرع هذه العلل خالصة للعباد على الإيجاب»[1].

وجاء في فتاوى ابن تيمية: «إن الأحكام ثابتة بأفعالنا، كالملك الثابت بالبيع، وملك البضع الثابت بالنكاح، نحن أحدثنا تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا، لم يثبته ابتداء كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدأة»[2].

---

1 ـ البزدوي، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي، ج4، ص171.

2 – ابن تيمية، الفتاوى، ج3، ص235.

وتبين من خلال هذه النصوص أن دور المكلفين يقتصر على إنشاء العقود التي هي أسباب جعلية لها آثارها الشرعية، ولا دور لهم في ترتيب تلك الآثار، وإن كانوا عالمين بها سلفا، وقد أرادوها باختيارهم وقصدهم إلى إنشاء تلك العقود والتصرفات.

وواضح أن للشارع مقاصده من تشريع العقود، كما أن للمكلف مقصده من إبرام هذه العقود وإنشاء التصرفات المختلفة. وهو الحصول على نتائج تلك العقود وثمراتها. فثمرة عقد البيع تملك المشتري للمبيع، وتملك البائع للثمن. وثمرة عقد الإيجار حصول المستأجر على منفعة العين المستأجرة، وحصول المؤجر على القيمة المالية لتلك المنفعة.

ويترتب على هذا أن من تعاطى السبب بكمال شروطه وانتفاء موانعه، ثم قصد ألا يقع سببه فقد قصد محالا، وتكلف ما ليس له رفعه، ومنع ما لم يجعل له منعه.

فلابد أن يكون قصد المكلف من إنشاء هذه العقود والتصرفات موافقا لمقصد الشارع، وإلا كان مناقضا، والمناقضة تبطل التصرف. كما يقول الشاطبي: كل من ابتغى في غير ما شرع له فقد ناقض الشرع، ومن ناقض الشرع فعمله في المناقضة باطل[1].

فمن عقد نكاحا على ولم يرد به استباحة الوطء، أو عقد بيعا ولم يرد به انتقال ملك، أو إجارة ولم يرد به إباحة منفعة، كان مناقضا لإرادة الشارع، وكان قصده لغوا، وعمله في المناقضة باطل.

ويتضح جليا أن المسببات والآثار غير مقدورة للمكلف، ولا يملك التصرف فيها ابتداء، بخلاف السبب الذي يكون بإرادته واختياره.

وتترتب على المناقضة أيضا أمور:

أولها الجزاء الدنيوي ببطلان العقد عند ظهور القصد الباطل ظهورا صريحا، أو بقرائن قوية.

1– الشاطبي، **الموافقات**، ج2

ثانيها: الإثم الأخروي لمخالفته إرادة المشرع في قصده من تشريع تلك العقود.

والسؤال المشروع بعد هذا: هل يملك المكلف حرية في إنشاء ما يريد من العقود أم إنه مقيد في ذلك بما وردت به نصوص الشريعة؟

سلطان الإرادة في العقود:

يتجلى من أحكام الفقه الإسلامي أن سلطان الإرادة قاصر على إنشاء العقود والتصرفات، ولا يملك المرء ترتيب آثار تلك العقود باختياره المطلق. ذلك أن تلك الآثار من وضع الشارع. ومقصد الشارع من هذا التحديد أمور أساسية، تتجلى في:

حفظ التوازن بين أفراد المجتمع.

تحقيق المقاربة أو التساوي في الالتزامات في عقود المعاوضات، وذلك بنفي الربا والغرر.

نفي أسباب الجهالة المفضية إلى التخاصم والنزاع.

حماية الناس من سلطان الهوى والظلم، والأنانية والجشع، وبخاصة ممن يكون في مركز قوة يستغلها على حساب الطرف الضعيف.

يقول ابن رشد: «يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير فيه، وأن العدل في المعاملات إنما هو في مقاربة التساوي، ولما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات، جعل الله الدرهم والدينار لتقويمها، أعني تقديرها»[1].

ونخلص إلى أن الشارع جعل العقود أسبابا تنتج آثارها، فهي أسباب جعلية لا عقلية، وضعها الشارع منتجة لآثارها المحددة سلفا، من قِبل الشارع، ولا دخل لإرادة المتعاقدين في إحداث تلك الآثار. فالآثار ثابتة بتلك العقود، وأفعالنا أسباب. فالأسباب منا، والثمرات من الشرع.

موقف الفقه الإسلامي من حرية التعاقد:

1- ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 93

ليست حرية التعاقد أمرا متفقا عليه بين فقهاء الإسلام، بل هي محل خلاف طويل وقديم. ومثار الخلاف: هل يجوز للمتعاقدين إنشاء ما شاءا من العقود التي لم يرد فيها دليل خاص في الكتاب والسنة، أم إن ذلك محظور عليهما؟

الفقهاء أزاء هذه القضية على رأيين: المانعون والمجيزون.

رأي المانعين، وهم الظاهرية:

يرى هذا الفريق أن المتعاقدين ليسا أحرارا في إنشاء العقود، وكل عقد لم يرد به نص في الشرع فهو باطل.

أدلتهم: استدلوا بقوله تعالى: ﴿مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾[سورة الأنعام: 38]. فالقرآن شامل لكل ما نحتاجه، ولا حاجة لنا لاستحداث عقود لم يرد ذكرها في الوحي المنزل كتابا كان أم سنة.

استدلوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلامَ دِيناً﴾ [سورة المائدة: 3].

فإكمال الدين يقتضي تحريم كل إضافة إليه، ومن ذلك زيادة عقود لم يرد بها الكتاب والسنة. وقال أيضا: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [سورة البقرة: 229]. فكل عقد لم يرد به دليل معين من أدلة الشرع يكون تعديا لحدود الله، فلا يجب الوفاء به.

والجواب: أن هذا تضييق لواسع من رحمة الله، وفهم قاصر لنصوص الكتاب، فكمال الدين لا يعني إباحة عقود تحقق مصالح المكلفين، وهو ما يعتبر تقيدا بالكتاب وبحدود الله، ما وافقت أصوله وحققت مقاصده، وإلا لحرمنا كثيرا من التصرفات والعادات التي لم تكن معهودة زمن التنزيل.

واستدلوا من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم: «من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو ردٌّ». فدل على بطلان كل عقد لم يرد به نص من الكتاب والسنة والإجماع.

والجواب عنه مثل الجواب السابق، أن المراد ما ناقض أحكام الدين وقواعده، وليس المراد ما لم يرد به نص مباشر في الكتاب والسنة.

رأي المجيزين: وهم بقية المذاهب من الحنابلة والمالكية والإباضية والشافعية.

أن الأصل في العقود الإباحة، فإذا أنشئت وجب الالتزام بمضمونها والوفاء بها.

وقد جاء في بدائع الصنائع للكاساني في حديثه عن شركة العنان: «إن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم إلى استنماء المال متحققة، وهذا النوع طريق صالح للاستنماء، فكان مشروعا»[1].

وجاء في الموافقات للشاطبي: «إن القاعدة المستمرة بين العلماء هي التفرقة بين العبادات والعادات، فالأصل في العبادات ألا يقدم عليها إلا بإذن، إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات، ويكتفي في العاديات بعدم المنافاة، لأن الأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه»[2].

وجاء في المنهاج للبيضاوي: «الأصل في المنافع الإباحة، لقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً﴾ [سورة البقرة: 29]. وقوله ﴿أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ﴾ [سورة المائدة: 4]. وقوله: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾[سورة الأعراف: 32]. فإنكار التحريم يقتضي انتفاء التحريم، وإلا لم يجز الإنكار. وإذا انتفت الحرمة تعينت الإباحة»[3].

أدلتهم: من الكتاب قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة: 1]. فهي عامة في الوفاء بكل العقود، سواء ما ورد النص عليها في الكتاب والسنة أم ما أحدثه الناس حسب ما تقتضيه مصلحتهم، واختلاف بيناتهم ومجتمعاتهم، وتعدد مصالحهم وتشابك أمور حياتهم. ومثلها أيضا قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً﴾ [سورة الإسراء: 34].

---

1 – الكاساني، **بدائع الصنائع**؛ ج6، ص58.

2 – الشاطبي، **الموافقات**، ج1، ص285.

3 – البيضاوي،**منهاج الأصول**،

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: «أربع من كن فيه كان منافقا خالص النفاق، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا خاصم فجر، وإذا عاهد غدر، وإذا اؤتمن خان». وقال أيضا: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن خاصمته خصمته، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره».

فهذه الأحاديث تفيد وجوب الوفاء بكل العقود، دون تحديد لأسمائها أو عددها. فدل على جواز استحداث ما يراه الناس محققا لمصالحهم، دون تقييد إلا بقواعد الشرع في المعاملات، ومقاصده من هذه التعاملات.

من المعقول: أن الأصل في الأشياء العادية الإباحة والحل لا الحرمة، والعقود من الأشياء العادية، وليس من العبادات، فكان مناسبة فتح الباب فيها للناس أن ينشئوا ما شاؤوا منها، موافقا للعقل والواقع. وهو ما يبدوا راجحا، ومنسجما مع أحكام الإسلام وقواعده العامة، ومقاصده من التشريع.

فلا حرام إلا ما حرمه الله بنصه أو حكمه العام، وقد قال لنا بوضوح: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم﴾[سورة الأنعام: 119]. فتحريم العقود التي تحقق مصالح الناس مناف لهذه المعاني التي تفيدها هذه الآية الكريمة، إلا ما كان من عقود لاستباحة المحرمات أو عبادة غير الله، فهذه لا غبار على تحريمها لمنافاتها لقواعد وأحكام الإسلام.

أنواع الشروط الواردة على العقود: الشروط أقسام عدة، يمكن اختصارها في قسمين رئيسين: شروط شرعية، وشروط جعلية.

الشروط الشرعية: هي ما وضعه الشارع وألزمنا بها، كاشتراط الطهارة للصلاة، والبلوغ للتكليف، والعمد للقصاص، والرضا لصحة العقود، ونحو ذلك.

الشروط الجعلية: هي ما يشترطه العاقدان أو أحدهما في العقد، دون أن يرد به الشرع.

وهذه محل بحثنا، وفيها تفصيل في أنواعها وحكم اشتراطها، وآراء الفقهاء فيها. وهي التي يسميها الدكتور الدريني: الشروط المقترنة بالعقد، ويعرفها بأنها: "التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعا"

ويحدد التعريف هذا الشرط بأنه يوجب تكليفا في تصرف قولي، سواء أكان عقدا بين طرفين في عقود المبادلات المالية أم غير المالية كالأحوال الشخصية، أم كان تصرفا انفراديا، كالهبة والوصية.

وقيد "عند تكوينه" يجعل الشرط ما كان مصاحبا للعقد عند إنشائه، وكان جزءا من بنوده، وليس لاحقا له أو سابقا عليه. وقيد "زائد عن أصل مقتضاه" يخرج ما كان يقتضيه أصل العقد، مثل الالتزام بتسليم المبيع للمشتري، وتسليم الثمن للبائع، لأنه من مقتضى عقد البيع، وزيادة النص عليها لا يغير من حقيقة عقد البيع.

وهنا تجدر الإشارة إلى الفرق بين الشرط التقييدي والشرط التعليقي، والشرط الإضافي:

الشرط التعليقي: لا يوجب تكليفا زائدا عن مقتضى العقد، بل هو شرط يفيد ربط حصول أمر بحصول أمر آخر، كقولك: إذا جاء ولدي من السفر بعتك داري. فهذا شرط تعليقي، لا ينشأ معه التصرف في الحال، بل يكون معلقا بحصول الشرط مستقبلا. وليس فيه زيادة على مقتضى العقد.

والشرط الإضافي إرجاء التصرف المنعقد إلى زمن مستقبل، كقولك: أجرتك بيتي ابتداء من شهر يناير القادم، أو العام المقبل. فالعقد حال، وتنفيذه مستقبل، فالشرط هنا مقارن لكنه لا يوجب التزاما زائدا، بل أضاف العقد إلى زمن مستقبل.

والشرط التقييدي: هو الذي يوجب التزاما زائدا عن آثار العقد الأصلية. فهو يعدّل من آثار العقد زيادة أو نقصا. وهذا الذي يسمونه الشروط الجعلية. وعليها مدار خلاف الفقهاء.

أقسام الشروط: عرفنا الشروط الجعلية بأنها ما يشترطه العاقدان أو أحدهما لتحقيق بعض المصالح الخاصة، مما لم يرد به نص في الشرع، وقد يكون هذا الشرط مترونا بالعقد وقد يكون معلقا عليه.

لا خلاف بين الفقهاء في أن الشرط الذي يقتضيه العقد جائز، كاشتراط الزوجة على زوجها النفقة، ودفع المهر لها، وأن يعاشرها بالمعروف، واشتراط البائع على المشتري أن يتصرف في المبيع. فهذه الشروط وجودها وعدمها سواء.

كما اتفقوا على جواز الشروط التكميلية التحسينية للعقود، لأنها من جنسها، وتؤكد مضمونها، كاشتراط المشتري على البائع أن يكون المبيع من النوع الممتاز، أو يكون القماش مما لا يتغير لونه بالغسيل أو الآلة لا تصدأ بسرعة أو نحو ذلك.

كما لا خلاف بين الفقهاء أيضا في بطلان الشروط المنافية لمقتضى العقد، كاشتراط البائع على المشتري أن لا يتصرف في المبيع، أو اشتراط الزوج على الزوجة أن لا ينفق عليها، أو تشترط عليه أن لا يطأها، لأن هذه الشروط تنافي الحكمة من مشروعية هذه العقود.

ولأن ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط، وما ثبت بالشرع من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه، ومنافاته، ومن ناقض إرادة الشارع في ذلك كان عمله في المناقضة باطل. ويبقى النوع الثالث وسطا بين طرفين، وهو الذي فيه اختلاف الفقهاء.

اختلاف الفقهاء في حرية الاشتراط: كان للفقهاء مواقف متباينة حول جواز هذه الشروط أو عدمها، ولكل فريق أدلته التي استند إليها.

وقد سبق بيان أن آثار العقد جعلية، وهي وإن كانت من وضع الشارع، فإنها تكون في الأساس الغالب مقصودة للمتعاقدين.

ولكن قد يبدو لأحدهما أوكليهما العدول عن تلك الآثار، بتعديله زيادة أو نقصا. وهنا يرد خلاف الفقهاء في جواز هذا التعديل بما يرد على العقد من شروط.

وسبب اختلافهم فيه يعود إلى ضابط الشروط المشروعة وغير المشروعة، فالشرع لم ينص عليها تحديدا، فاختلف الفقهاء في تحديد تلك الضوابط وتطبيقاتها، حسب اجتهادهم في نصوص الشارع ومقاصد التشريع.

وأرجع ابن رشد سبب الخلاف فيها إلى تعارض الأدلة المتعلقة بالبيع والشرط[1].

ويمكن ترتيب المذاهب في هذا الباب من أكثرها تضييقا إلى أكثرها عملا بجواز الشروط الجعلية كالآتي:

المانعون لهذه الشروط جملة وتفصيلا، وهم الظاهرية.

المجيزون المضيقون، وهم الشافعية والحنفية.

المجيزون المتوسطون، وهم المالكية.

المجيزون المتوسعون، وهم الحنابلة والإباضية.

موقف المانعين: الظاهرية:

الأصل عند الظاهرية أنه لا يجوز اشتراط شيء في العقود إلا ما ورد به نص من الكتاب أو السنة، لأن الشرع هو الذي شرعها ورتب عليها آثارها، ولا يجوز للمكلف أن يتدخل في إرادة الشارع.

ولم يستثنوا إلا ما ورد ذكره من شروط في الكتاب والسنة، وذلك في مواطن محدودة، هي: اشتراط الرهن في بيع الأجل، لقوله تعالى: «وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة» .

اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى: «إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه».

اشتراط أداء الثمن إلى حال اليسر، لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [سورة البقرة: 280].

اشتراط صفة في المبيع بتراضي المتبايعين، كاشتراط أن تكون الشاة المبيعة حلوبا، «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »

---

1 – ابن رشد، المصدر السابق.

اشتراط خيار الشرط في البيع، كقول المشتري: أشتري هذا الجهاز على أن لي الخيار ثلاثة أيام. لحديث: إذا بايعت فقل لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام.

اشتراط المشتري أخذ ثمر النخل، لحديث: من باع نخلا مؤبرة فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع. اشتراط المشتري أخذ ما العبد أالمبيع أو بعضه من البائع، لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ابتاع عبدا وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع».

موقف المضيقين: الشافعية والحنفية: الأصل في الشروط عندهم المنع، كالظاهرية، إلا أنهم أضافوا على ما ذكره الظاهرية صورا أخرى، لاختلافهم عن الظاهرية في اعتماد القياس وتعليل الأحكام.

ومن الصور التي أضافها الشافعية:

التزام صفة محدودة في المعقود عليه، كاشتراط البائع أن يكون الأرض صالحة للزارعة، أو تكون الدابة حلوبا أو حاملا أو ركوبا.

اشتراط ما يتضمن معنى من معاني البر، كاشتراط البائع على المشتري عتق العبد الذي اشتراه، أو التصدق بجزء من السلعة المشتراة لصالح الفقراء ونحو ذلك.

كما أضاف الحنفية على ما ذكره الشافعية: الشروط التي اقتضتها أعراف الناس، وإن لم ينص عليها الشرع، ولم يقتضها العقد، ومن ذلك:

اشتراط المشتري على البائع إصلاح ما اشتراه منه مدة معلومة.

اشتراط حمل البضاعة إلى مكان معين. فهذه الأمور مما تعارف عليه الناس، فتجوز عندهم استحسانا، خلافا لزفر الذي منعها.

موقف المالكية: ذهب المالكية مذهبا وسطا بين المضيقين والموسعين؛ فأجازوا كل الشروط إلا ما كان منافيا لمقتضى العقد أو ما أدى إلى الإخلال بأحد الشروط المعتبرة شرعا، لصحة العقد، ومدار ذلك على الغرر والربا. قلة وكثرة.

فالكثير يبطل الشرط والعقد، واليسير يجيز الشرط والعقد والمتوسط يبطل الشرط ويصحح العقد. ومنهم من اعتبر الشروط أربعة أقسام. وهي:

يفسخ العقد مطلقا، فإن كانت قائمة ردت، وإن فاتت ردت قيمتها بالغة ما بلغت. كالإخلال بشرط من شروط الصحلة لعدم الربا والغرر. يفسخ ما دام متمسكا بشرطه كبيع الثنيا.

جواز البيع والشرط إذا كان الشرط صحيحا ولم يؤل البيع إلى غرر أو فساد في الثمن أو المثمن، كأن يبيع الدار ويشترط سكناها شهرا، أو يشترط ركوب الدابة أياما يسيرة، أو إلى مكان قريب.

جواز البيع وفساد الشرط، كأن يكون الشرط غير صحيح ولكنه خفيف، كأن يبيع سلعة ويشترط عليه إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام ونحوها فلا بيع بينهما.

موقف الحنابلة والإباضية:

يعتبر هذا الفريق من أكثر المذاهب توسعا في إجازة الشروط الجعلية، والأصل فيها عندهم إباحتها إلا ما ورد النهي عنه في الشرع، أو كان منافيا لمقتضى العقد وعائدا على مقصوده الأصلي بالإبطال[1].

ومثال ما نهى الشرع عنه اجتماع بيع وشرط، كأن يقول البائع: بعتك هذه السيارة على أن تقرضني مبلغا من المال، أو أن تهب لي مالا. وقد ورد النهي عن بيعتين في بيعة.

ومثال ما عاد على أصل العقد بالإبطال، قول البائع: بعتك داري على أن لا تسكنها، أو أن لا تبيعها. فهذا مناف لمقصد البيع في الإسلام، وما تعارف الناس عليه من إباحة المبيع للمشتري يفعل به ما يشاء.

أما إن كان الشرط مقيدا الانتفاع بالمبيع تقييدا جزئيا، فلا يعد ذلك مناقضة لمقتضى العقد، وذلك مثل: احتفاظ البائع بمنفعة المبيع مدة محددة من الزمن، كاستعماله الدار لبضعة أيام والانتقال بالسيارة إلى مكان معين، وما أشبه ذلك.

---

1 – انظر: **الكافي** لابن قدامة، ج2، ص34، **شرح النيل** لمحمد اطفيش، ج11، ص135.

استثناء بعض الحقوق، كأحقية البائع بالشراء إذا أراد المشتري بيع ذلك الشيء مستقبلا.

إيجاب بعض الواجبات على المشتري، كتوصيل المبيع إلى منزله أو إلى مكان معين, وتبرع المشتري بجزء منه أو وقفه لجهة معينة، ليس فيها مصلحة خاصة للبائع.

مستند المانعين: استند المانعون من الشروط الجعلية إلى عدة أدلة، نجملها في:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة: 1]. فعموم الآية يقضي بوجوب الوفاء بكل العقود، وقد بينت الشريعة هذه العود بيانا شافيا، وما لم يرد به الشرع فهو باطل مردود[1]. قول النبي ﷺ "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو ردٌ". وقد وجه ابن حزم هذا الحديث بقوله: فصح بهذا النص بطلان كل عقد شرطه الإنسان.

جاء في الصحيحين أن النبي ﷺ قال: "أما بعد، فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط. قضاء الله أحق، وشرطه أوثق"[2].

فهذا الحديث نص على أن كل شرط لم يرد به الكتاب والسنة باطل. بناء على هذا يرى الظاهرية أن الأصل في الشروط المنع إلا أن يرد نص بالإباحة

مستند المضيقين[3]: يتفق الشافعية مع الظاهرية في اعتبار المنع أصلا في الشروط، بناء على حديث: نهى رسول الله ﷺ عن كل بيع وشرط[4].

---

1 – ابن حزم، **المحلى**، ج9، ص404، الإحكام ج5، ص815.

2 – البخاري، باب إذا اشترط شرطا في البيع، حديث 2023.

3 – انظر تفصيل الأدلة: **المجموع** للنووي، 9: 358؛ مغني المحتاج، 2: 31، روضة الطالبين، 3: 403

4 – رواه أبو داود، كتاب **الإجارة**، باب الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث 3504.

أما الحنفية فعتبرون ما زاد على مقتضى العقد من منافع خالية من عوض ربا، والربا حرام.

وأما ما استثناه الاستحسان بالعرف فقد أجازوه، لأن الاستحسان عندهم معتبر، وهو العدول بحكم المسألة عن نظائرها تحقيقا للعدل، ورعاية للعرف، ورفقا بالناس.

أدلة الموسعين[1]: استندوا إلى عموم آية المائدة، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة: 1]. فتشمل كل عقد، سواء كان مطلقا أم مرتبطا بشرط، ولا مخصص لهذا العموم فيبقى عل عمومه.

وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾ [سورة المؤمنون: 8]. والشرط عهد، لأنه يتضمن تعهدا بالوفاء بما أوجبه الإنسان على نفسه من التزام لمصلحة العاقد الآخر.

وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾[سورة الأنعام: 119]. فما لم يفصل تحريمه بنص فهو حلال. واللفظ عام يشمل العقود والشروط جميعا. قوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حراما"[2]. فهو دال على وجوب الالتزام بالشروط المتفق عليها، إلا ما حرم الحلال أو أسقط الواجب.

الأحاديث التي تنهى عن الغرر.

1. ثبوت بعض الشروط في السنة، ومنها: حديث جابر بن عبد الله أنه باع من النبي ﷺ بعيرا واستثنى ظهره إلى المدينة[3].

2. قول عمر رضي الله عنه: مقاطع الحقوق بالشروط"[4]. وهو ظاهر في أن الحقوق تتحدد وتلزم من كان عليه بالشروط.

---

1 – انظر تفصيل الأدلة: كشاف القناع، 3: 189، الكافي لابن قدامة، 2: 34.
2 – سنن الترمذي، حديث 1272.
3 – صحيح مسلم، حديث3787.
4 – صحيح البخاري، كتاب الشروط في المهر عند عقد النكاح.

3. الأصل في المعاملات الالتفات إلى المعاني والحِكَم، والأصل في العبادات الالتزام بحرفية النصوص. وقال الفقهاء في هذا: الأصل في المعاملات الإباحة حتى يرد الحظر، والأصل في العبادات الحظر حتى يرد الأمر.

4.مستند المتوسطين: وهم المالكية: الذين استدلوا بالنصوص ذاتها التي استند إليها المجيزون، وبالنصوص التي استند إليها المانعون، ورأوا أن المسألة تتعاورها جهتا المنع والإباحة، فجمعوا بين الأحاديث، واعتبروا أحاديث النهي في الغرر الكثير، وأحاديث الإباحة في الغرر اليسير، أما حديث بريرة الذي صحح البيع وأبطل الشرط فهو في الغرر المتوسط.

5. خلاصة القضية والترجيح: بالنسبة لموقف الظاهرية، فهو قائم على أدلة صحيحة لكن توجيهها غير مسلم به، وهم قد وقفوا عند ظاهر النصوص، فعمدوا إلى منع الشروط كلها، وهذا ما لا يتسق ومنطق التشريع الإسلامي القائم على التعليل، وعلى تفصيل المحرمات لأنها معدودة، والسكوت عن المباحات لأن دائرتها واسعة لا تكاد تنحصر.

6. وآية المائدة التي استندوا إليها "أوفوا بالعقود" دليل عليهم لا دليل لهم، لأنها تفيد عموم الوفاء بكل العقود، ولا وجه لتخصيصها ومنع الشروط بها، ما دامت الشروط عهودا وعقودا يجب الوفاء بها. وما حرم الله علينا قد فصله، وما سواه تركه مجملا، فلا يمكن تحريمه بعموم هذه الآية.

7. وحديث "كل شرط في كتاب الله فهو باطل" ليس المقصود به ما ليس في القرآن بل يشمل مصادر التشريع الإسلامي، من الكتاب والسنة والإجماع والمصادر الأخرى، لأنها مستمدة كلها من كتاب الله. وقد قال ﷺ: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو ردٌّ" وأمرنا يعني ديننا، والدين ما جاء في الكتاب والسنة وما تفرع عنهما من مصادر تشريعية اعتمدها الأئمة الأعلام.

8. وبالنسبة لموقف الشافعية، فيجاب عن استدلالهم بحديث "النهي عن بيع وشرط" أن المراد منه الشرط الفاسد المنافي للأصول أو لمقتضى العقد.

9. وأما الحنفية فقد استثنوا من الشروط ما اتفق عليه الناس وتعارفوه. والواقع أن الأعراف تختلف من عصر ومصر لآخر، وهذا يجعل ضبط هذه الشروط أمرا عسيرا، وقد يخضعها للمصالح والأهواء فتضيع أحكام الشرع وتضيع مصالح المكلفين جراء ذلك.

10. أما الموسعون من الحنابلة والإباضية فيجاب عنهم بأن حديث "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حلالا" أن بعض الشروط التي أباحوها استنادا إلى هذا الحديث تتعارض معه أصلاً، فعلى سبيل المثال: إباحتهم للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يسافر بها، وألاّ يتزوج عليها، والحال أن السفر والتعدد حلال. وقد أصبحا حراما بهذا الشرط.

11. وقد يجاب بأنه المحظور اشتراط إباحة الحرام، أما الامتناع عن المباح فهو نتيجة منطقية لكل العقود والشروط التي تكون بين الناس.

12. كما أن التوسعة على الناس في وضع الشروط تفضي إلى الشطط والاستغلال، وقد تبلغ حد الغبن الفاحش أو الربا، لأن ما زاد على مقتضى العقد من منافع خالية عن عوض يعتبر ربا.

13. أخيرا: فلعل موقف المتوسطين يكون أقرب إلى العدل لمراعاته مقاصد الشارع من تشريع العقود، وتحقيقه مقاصد المكلفين من منع الشطط والغلو في وضع الشروط. فاعتبروا مطلق المنافاة لمقتضى العقد سببا لإبطال الشرط، وضبطوا ذلك بمقدار الغرر، فإن كان كبيرا أبطلوا العقد والشرط معا، وإن كان يسيرا أجازوه، وإن كان متوسطا أجازوا العقد وأبطلوا الشرط وحده. وهذا ما يقضي به عدل الإسلام ووسطيته وواقعيته، ويحقق مقاصده من تشريع العقود، في تيسير المصالح والرحمة بالمكلفين.