الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى اله وصحبه الطيبين الطاهرين ..

اما بعد :

## مدى حرية العاقد في إنشاء العقود في الفقه الإسلامي

الرأي الصحيح في الفقه الإسلامي هو أن الأصل في المعاملات من عقود وشروط هو الإباحة والحرية لا الحظر والمنع فهي كالعادات من هذه الناحية، ونعرض فيما يلي آراء الفقهاء في هذه المسألة بادئين بالذين ذهبوا إلى أن الأصل في العقود والشروط هو الحظر وهؤلاء على درجات، فأشد الناس في هذه المسألة هم أهل الظاهر ويليهم الشافعية ثم يأتي بعد ذلك الحنفية الذين قالوا بقاعدة الحظر ولكنهم تخففوا وفتحوا باباً واسعاً للعقود والشروط عن طريق العرف، ثم يأتي بعد ذلك الموسعون في العقود والشروط وهم طائفتان المالكية والحنابلة ثم يأتي في النهاية الذين قالوا صراحة بأن الأصل هو الحرية والإباحة .

## مذهب المتشددين في قاعدة الحظر

وهم طائفتان: أهل الظاهر والشافعية والأولى أشد من الثانية.

رأي أهل الظاهر:

من المعروف أن أهل الظاهر يقفون عند ظواهر النصوص والآثار ولا يبحثون في علل الأحكام ويرفضون القياس مهاجمين الآخذين به، ولهذا لم يكن مستغرباً ألا يعترفوا إلا بالعقود والشروط التي نص عليها الشارع وما عدا ذلك فهي محرمة عندهم. ويرى ابن حزم أن كل شرط لم يذكر في العقد حين عقده لا يؤثر على العقد فالعقد صحيح والشرط

باطل وأما إذا ذكر الشرط حال العقد فالعقد باطل مفسوخ والشرط باطل مهما كان الشرط إلا سبعة شروط فقط فإنها لازمة والعقد صحيح إن اشترطت فيه لأن هذه الشروط ورد بها النص وهذه الشروط السبعة هي:

أولًا: اشتراط الرهن فيما تبايعه المتعاقدان إلى أجل مسمى والدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ثانياً: اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يحدد أجلاً والدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

ثالثاً: اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى إن كان ذهباً أو فضة والدليل قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

رابعاً: اشتراط صفة في المبيع يتراضيان عليها ويتم البيع على أساس تلك الصفة لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وقال: إن التراضي لا يكون إلا على صفات المبيع وصفات الثمن ضرورة.

خامساً: اشتراط أن لا خلابة لقوله صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ – وكان يغبن في العقود: «إذا تبايعت فقل لا خلابة ثم إنك بالخيار ثلاثة أيام».

سادساً: اشتراط المشترى لنفسه ثمر النخل المؤبر وذلك لما رواه عبد الله بن عمرو عن أبيه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع...».

سابعاً: اشتراط المشتري مال العبد المباع ودليله: قوله صلى الله عليه وسلم: «ومن ابتاع عبداً فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع».

وفيما عدا هذه الشروط السبعة فكل شرط يشترطه العاقدان فهو باطل والعقد باطل أيضاً ما دام قد اقترن به الشرط الباطل.ولما كان ابن حزم يستبعد جميع الشروط غير المنصوص عليها فهو – من باب أولى – يستبعد كل عقد مستحدث لم يرد به نص من كتاب أو سنة، وهو ما صرح به فعلاً.

**رأي الشافعية:**

الأصل عندهم هو الحظر في العقود والشروط فهم قريبون – إلى حد ما – من أهل الظاهر في هذه المسألة ولكنهم يتوسعون عن الظاهرية لأنهم يعللون الأحكام ويأخذون بالقياس على عكس أهل الظاهر. ولقد أخذ الشافعية بحديث النهي عن بيع وشرط وقالوا: إن الحديث الناهي عن بيع وشرطين يتضمن النهي عن بيع وشرط وقد تكلم الإمام الشافعي عن المقصود بالشروط التي ليست في كتاب الله في حديث بريرة وذلك في معرض حديثه عن الشروط في النكاح وأبطل الشافعي ما تشترطه المرأة على الرجل في عقد الزواج كأن لا يخرج بها من بلدها أو لا يتزوج عليها وكذلك ما يشترطه الرجل على المرأة كأن لا ينفق عليها مثلاً. فالعقد عنده صحيح والشرط باطل ويستدل الشافعي بحديث بريرة على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أبطل كل شرط ليس في كتاب الله إذا كان في كتاب الله خلافه، وبين الشافعي أن اشتراط المرأة على الرجل واشتراطه عليها في عقد الزواج فيه مخالفة للشروط الواردة بالقرآن والسنة لأن لله عز وجل أحل للرجل أن ينكح أربعاً وما ملكت يمينه فإذا اشترطت عليه أن لا ينكح غيرها أو لا يتسرى عليها فقد حظرت عليه ما وسع الله تعالى عليه، كما أن الرسول صلى الله عليه

وسلم نهى المرأة عن صيام يوم التطوع وزوجها شاهد إلا بإذنه فجعل للزوج منعها مما يقربها إلى الله تعالى إذا لم يكن فرضاً عليها لعظيم حقه عليها، فإذا اشترطت عليه أن لا يخرجها من بلدها فقد شرطت عليه إبطال ما له عليها. ورد الشافعي على ما قد يحتج به عليه من أن النبي ﷺ قال: «إن أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج» فرد الشافعي على ذلك بأنه أتباعاً للسنة إنما يوفى من الشروط ما يبين أنه جائز، ولم تدل السنة على أنه غير جائز، وأن حديث: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» يخصص بطبيعة الحال الحديث السابق فلا يصح إلا الشروط التي لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً ويفهم من كلام الشافعي أن الشروط الزائدة في عقد الزواج إما تحل حراماً أو تحرم حلالاً ولذلك فهي كلها تعتبر باطلة وقد بين ذلك بالنسبة إلى الشرط الخاص بعدم خروج المرأة من بلدها وهذا الحكم ينسحب عند الشافعي على سائر العقود فهي تبطل بالشروط الزائدة إذا وقع الشرط في صلب العقد أو بعده وقبل لزومه بخلاف ما لو تقدم عليه فإنه لا يؤثر في العقد ورفض الشافعية الأخذ بظاهر حديث جابر الثابت بالصحيح وهو الخاص باستثناء منفعة المبيع مدة معينة، فكروا أنها قضية تتطرق إليها الاحتمالات وذكروا أن النبي صلى الله عليه وسلم أراد أن يعطي جابراً الثمن ولم يرد حقيقة البيع وقالوا أيضاً إنه من المحتمل أن الشرط لم يكن في العقد نفسه فلا يضر ولا يؤثر واحتجوا هنا بحديث النهي عن بيع وشرط وحديث النهي عن الثنيا

## مذهب المتخففين في قاعدة الحظر

رأي الحنفية في العقود والشروط:

اتجه الحنفية إلى قاعدة أن الأصل في العقود والشروط هو الحظر وقد روى الإمام أبو حنفية حديث النهي عن بيع وشرط وقد صح هذا الحديث عند أبي حنيفة فهو أساس قاعدة الحظر عند الحنفية، وقد رفض الحنفية الأخذ بظاهر حديث جابر الخاص باستثناء منفعة المبيع وتأولوه بما تأوله الشافعية.

ولكن الحنفية – مع ذلك – توسعوا كثيراً عن الشافعية عن طريق الأخذ بالعرف ففتحوا باباً واسعاً للعقود والشروط المستحدثة عن طريق العرف ويستند الحنفية في هذا إلى الحديث الذي رواه ابن مسعود قال: «إن الله نظر في قلوب العباد فاختار محمداً  فبعثه الله برسالته ثم نظر في قلوب العباد فاختار له أصحاباً فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح».

وجاء في المبسوط: [تعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول كبير لقوله عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» وقال عليه الصلاة والسلام: «لا تجمع أمتي على ضلالة» وهو (أي عقد الاستصناع) نظير دخول الحمام فأنه جائز لتعامل الناس وإن كان مقدار المكث فيه وما يصيب من الماء مجهولاً]. وجاء في حاشية ابن عابدين: [وجاز إجارة الحمام لأنه عليه والصلاة والسلام دخل حمام الجحفة وللعرف وقال عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حسناًفهو عند الله حسن» وعلى هذا فإن العرف عند الحنفية طبقاً للدليل الذي استندوا إليه – هو ما اعتاده الناس وألفوه فعلاً كان أو قولاً دون معارضة لنص ومن أجل ذلك فإن الحنفية يصححون بالعرف عقوداً مسكوتاً عنها كعقدي الاستصناع والحمام.