

حكم الأصل في العقود: دراسة تحليلية فقهية

خواجه محمد العصامي

مقدمة:

في الفقه الإسلامي ومثله في القوانين الوضعية عقود وضعت وشرعت لتلبية حاجات الناس الاجتماعية والاقتصادية. وهذه العقود منظمة ومرتبطة؛ حتى إذا ما حصل اختلاف رجع المختلف فيه إلى الأصول والقواعد، وسهل عليه حسم الخلاف؛ إلا أن مصالح الناس متباينة، وتتغير بحسب الزمان والمكان، وخاصة في زماننا هذا. حيث إن الثورة الصناعية والنمو المستمر في مجالات التجارة والاتصال بين الأمم، قد أوجد عقوداً لم تكن موجودة من قبل - مثل عقود النزول في الفنادق، وعقود الإشراف على المشاريع، وعقود السمسرة^(١)، وعقود الصيانة^(٢) - لم يسبق أن بحث فقهاؤنا مثل هذه العقود لا من حيث تكوينها ولا من حيث الأركان والشروط والموانع ولا من حيث الآثار المترتبة عليها من الحقوق والالتزامات، ولكن^(٣) هذا لا يعني بأن الفقه لم يستوعب مثل هذه العقود، فالفقه وضع

١- "وكلاء بالعمولة، يقومون بالتوسط لبيع الأسهم والسندات والأوراق المالية الأخرى في أسواق البورصة وشرائها". انظر: حسن النجفي عمر الأيوبي، معجم المصطلحات التجارية والمصرفية، أكاديميا، بيروت، لبنان، ط ٢، ١٩٩٧م، ص ٣٣٥.

٢- الصيانة: عقد بين طرفين يقال للأول منها: الصائن وللثاني المصون له يرد على عمل يقتضي استدامة آلة أو عقار أو غيرهما، للثاني سلباً مثمراً ثمراثة المعتادة، ويحول بينه وبين التلف أو العيب كما يقتضي إصلاحه عند الحاجة إلى ذلك بمقابل الثاني للأول، يتفق عليه بينها في العقد مقدراً وصفة يدفع مرة واحدة أو على أقساط يتفق عليها أو ربما احتاج ذلك إلى بعض مواد الصيانة، كقطع غيار أو أدوات خاصة، فيكون ذلك على الصائن أو على المصون له أو عليهما بالتساوي أو التفاضل حسب الشروط المتفق عليها في العقد. ينظر: أحمد الحججي الكردي، بحوث وفتاوى فقهية معاصرة، دار البشائر الإسلامية، ط ١، ١٩٩٩م، ص ٢٥٠-٢٥١.

٣- انظر: المرجع السابق، ص ٢٤٧-٢٤٩.

مبادئ وأصولاً عامة أرسى قواعدها القرآن والسنة، وعلى ضوء ذلك يمكن أن تنظم العقود الجديدة وكذلك قياساً على العقود السابقة. وهذه القاعدة تقوم على قاعدتين بيّنها القرآن والسنة وهما: الرضا وانتفاء الجهالة والغرر.

قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٤) وقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٥). وقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٦) فالآية الأولى دلت على حكمين: الأول: حل البيع، والثاني: تحريم الربا، فكل ما يصدق عليه كلمة "بيع" فهو جائز بمقتضى عموم الآية. وكل معاملة داخلها الربا فهي محرمة^(٧) يقول الإمام الشافعي: "فأصل البيوع كلها مباح إذا كان برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرّم داخل في معنى المنهي عنه، وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله"^(٨) والآية الثانية: تدل على حكمين وهما: تحريم أكل المال بالباطل، وكذلك أكله بغير عوض^(٩) وفسر الزمخشري^(١٠): "الباطل بما لم تبحه الشريعة من نحو السرقة والخيانة والغصب والقمار وعقود الربا"^(١١) أما الآية الثالثة: فإنها تدل على حكم واحد وهو وجوب الوفاء بالعقود، وكلمة العقود تشمل كل ما يصدق عليه اسم عقد من بيع وإجارة وشركة وكفالة وزواج وشرط^(١٢)، وكذلك تشمل غيرها من

٤- سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

٥- سورة النساء، الآية: ٢٩.

٦- سورة المائدة، الآية: ١.

٧- الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ط ٢، ١٩٩٥ م، ص ٢٣.

٨- الإمام محمد بن إدريس الشافعي، كتاب الأم، المطبعة الأميرية ببولاق، ١٣٣١ هـ، ج ٣، ص ٢.

٩- أبو بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالخصاص، أحكام القرآن، مطبعة الأوقاف، ١٣٣٥ هـ، ج ٢، ص ٢٠٩.

١٠- هو أبو القاسم الزمخشري محمود بن عمر الخوارزمي النحوي اللغوي المفسر المعتزلي، صاحب الكشاف والمفصل. عاش إحدى وسبعين سنة، وتوفي سنة تسع وثلاثين وخمس مائة. انظر: أبو عبدالله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، العبر في خبر من غبر، تحقيق: أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٢، ص ٤٥٥. وجمال الدين عبد الرحمن السيوطي، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، ج ٢، ص ٦٤٧.

١١- انظر: محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، الكشاف، مطبعة الاستقامة، ١٣٧٣ هـ، ج ١، ص ٥٠٢.

١٢- أبو بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالخصاص، أحكام القرآن، ج ٢، ص ٣٦٠-٣٦١.

العقود التي كانت معروفة وقت نزول هذه الآية، والتي حدثت بعد ذلك، والتي ستحدث في المستقبل. وأمر الله بالوفاء بالعقود دليل على جوازها؛ لأن الله لا يأمر بالوفاء بما لا يجوز الإقدام عليه، فالحكم في هذه الآية أعم من الآيتين السابقتين، لأن كلمة العقود تشمل البيع والتجارة وغيرها^(١٣) وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج"^(١٤) وفي آثار الصحابة ما يوافق الآيات والأحاديث فقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "إن مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت"^(١٥) يقول الدكتور الضيرير: "بأن القاعدة العامة التي تستخلص من أصلي الكتاب والسنة هي: أن الأصل في العقود والشروط الإباحة إذا كانت برضا المتعاقدين إلا ما دل الدليل على منعه"^(١٦).

وتكمن أهمية الموضوع حيث إن الإسلام قد حثَّ على حفظ المال وتنميته واستثماره بأفضل وأكفأ الوسائل والأساليب المشروعة، ومن أجل ذلك فقد وضع العديد من الضوابط الشرعية التي تكفل حسن إدارة المال واستثماره، وذلك من خلال مشروعية البيع والتجارة وحرمة الربا والاحتكار وكافة أشكال المقامرات؛ وهذا الأمر لا يتأتى إلا إذا كانت هناك حرية كافية تحت مظلة الشرع في إيجاد العقود المستحدثة، وأن تكون للمتعاملين حرية تامة في اشتراط الشروط المناسبة التي تكفل لهم الحرية التجارية والاستثمارية، وأن يكون حكم الأصل في العقود هو الحل والإباحة، وسوف نحاول هذه الورقة مناقشة هذه الفكرة والخروج بنتيجة تكون مرضية شرعا وعقلا إن شاء الله.

وأما المنهج المتبع في هذه الورقة فهو المنهج الاستقرائي التحليلي حيث استقرأ أقوال أهل العلم واتباعها بالتحليل والمناقشة العلمية الهادئة.

وقد قسمت هذا البحث إلى مقدمة ومبحثين:

المبحث الأول: الأصل في العقود وآراء العلماء فيها. وفيه مطالب:

المطلب الأول: آراء العلماء في الأصل في العقود.

المطلب الثاني: ما هو الأصل في الشروط العقدية؟ وما الأسس التي ينبغي مراعاتها في العقود؟

المطلب الثالث: أقسام العقود عند الفقهاء.

١٣- الضيرير، الغرر وأثره في العقود، ص ٢٧.

١٤- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المطبعة الأميرية، ١٣١٤هـ، ج ٣، ص ١٩٠.

١٥- المصدر السابق، ج ٣، ص ١٩٠.

١٦- الضيرير، الغرر وأثره في العقود، ص ٢٩.

المطلب الرابع: هل العقود في الفقه الإسلامي مذكورة على سبيل الحصر؟

المبحث الثاني: الشروط الواجب توافرها في محل العقد وأنواع اختلافات العقود. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في محل العقد.

المطلب الثاني: أنواع اختلافات العقود.

المبحث الأول: الأصل في العقود وآراء العلماء فيها:

المطلب الأول: آراء العلماء في العقود:

للفقهاء في تقرير العقود آراء متباينة أوردتها هنا مختصراً كالتالي:

١- الطائفة الأولى:

الموسعون في الحل والإباحة ذهبوا إلى أن الأصل في العقود الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه. وعليه تدل نصوص الإمام أحمد وأصوله^(١٧)، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(١٨) رحمهم الله جميعاً. فقد قال شيخ الإسلام رحمه الله: "إن الأصل في العقود الصحة والجواز ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل الشرع على إبطاله وتحريمه بنص صحيح أو قياس صريح". قال: "وأصول الإمام أحمد المنصوصة عنه تجري على هذا القول، ومالك قريب منه"^(١٩).

١٧- انظر: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحى (٨١٧-٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج ٦، باب الإجارة، ص ٣١. وانظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م، ج ٤، ص ٥٥٥.

١٨- هو شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحاراني، مولده في العاشر من ربيع الأول يوم الاثنين سنة إحدى وستين وستمائة بحران، ومات في قلعة دمشق ليلة الاثنين العشرين من ذي القعدة. برع في التفسير والحديث والاختلاف والأصول. انظر: الذهبي، العبر في خبر من غبر، ج ٤، ص ٨٤. وانظر: مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، الشهادة الزكية في ثناء الأئمة على ابن تيمية، تحقيق: نجم عبد الرحمن خلف، الناشر: دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ.

١٩- شيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: عبدالسلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٤م، ص ١٨٨. وانظر: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح وتصحيح: خالد العطار، دار الفكر، بيروت، ج ٢، ص ٧.

وقد نهج هذا المنهج العلامة ابن القيم^(٢٠) رحمه الله، قال في أعلام الموقعين: "الخطأ الرابع: فساد اعتقاد من قال: أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم على البطلان حتى يقوم دليل الصحة، فإذا لم يقدم عندهم دليل على صحة عقد أو شرط أو معاملة، استصحبوا بطلانه فأفسدوا بذلك عقوداً كثيرة من معاملات الناس وشروطهم بلا برهان من الله بناء على هذا الأصل وجمهور الفقهاء على خلافه وأن الأصل في العقود والشروط الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان، وهذا القول هو الصحيح، فإنه لا حرام إلا ما حرّم الله ورسوله، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله ولا دين إلا ما شرعه الله ورسوله"^(٢١).

يقول الأستاذ الصديق محمد الأمين الضرير: "بأن ابن تيمية هو أول من اهتم بهذا الأمر وأقام الأدلة على صحته وفند أدلة الاتجاه المخالف^(٢٢) ولقد استدلل ابن تيمية على رأيه هذا بالكتاب والسنة والاعتبار، فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وبأداء الأمانة ورعاية ذلك والنهي عن الغرر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشارع لم يجز أن يؤمر بها مطلقاً ويذم من نقضها وغدر مطلقاً، وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به علم أن الأصل صحة العقود والشروط؛ إذ لا معنى للتصحيح إلا إذا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده، ومقصود العقد هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة"^(٢٣).

وأما الاعتبار فمن وجوه:

- ١- العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأمر فيها عدم التحريم، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾^(٢٤) عام في الأعيان والأفعال وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، وكانت صحيحة.

-
- ٢٠- ابن القيم هو أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي الأصل ثم الدمشقي ابن قيم الجوزية وتلميذ ابن تيمية، ولد سنة إحدى وتسعين وستمائة ومات في رجب سنة إحدى وخمسين وسبعمائة بدمشق، ومن مصنفاته: زاد المعاد في هدي خير العباد في أربعة مجلدات وكتاب سفر المهجرتين وباب السعادتين وغيره من التأليفات القيمة. انظر: الشهادة الزكية في ثناء الأئمة على ابن تيمية، ج ١، ص ٣٣.
 - ٢١- انظر: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٣٨٨هـ/ ١٩٦٨م، الجزء الأول، ص ٣٤٤.
 - ٢٢- الضرير، الغرر وأثره في العقود، ص ٣١.
 - ٢٣- شيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد الفقهية النورانية، ص ١٣٧-١٣٩.
 - ٢٤- سورة الأنعام، الآية: ١١٩.

٢- ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما لم يثبت حله بعينه، وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم، فيثبت الحل بالاستصحاب العقلي، وانتفاء الدليل الشرعي على عدم التحريم فيكون فعلها إما حلالاً وإما عفواً كالأعيان التي لم تحرم. وغالب ما يستدل به على أن الأصل في الأعيان عدم التحريم من النصوص العامة والأقيسة الصحيحة، والاستصحاب العقلي وانتفاء الحكم لانتفاء دليله فإنه يستدل به على عدم تحريم العقود والشروط فيها، فإن ما ذكره الله تعالى في القرآن من ذم الكفار على التحريم بغير شرع، منه ما سببه تحريم الأعيان ومنه ما سببه تحريم الأفعال، فإذا حرّمنا العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه الله تعالى.

٣- الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجبه على أنفسهما بالتعاقد لأن الله تعالى ذكر في كتابه العزيز: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ يَحْكِرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (٢٥) وقال تعالى: ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَّرِيئًا﴾ (٢٦) فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم، وإذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق فكذلك سائر التبرعات قياساً عليه بالعلة المنصوصة التي دل القرآن عليها وكذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ يَحْكِرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ لم يشترط في التجارة إلا التراضي وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة أو طابت نفس المتبرع ثبت حله بدلالة القرآن، إلا أن يتضمن ما حرّمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك (٢٧).

٢- الطائفة الثانية:

ذهبت إلى أن الأصل في العقود والشروط الحظر إلى أن يقوم دليل الإباحة، يقول ابن تيمية: "وكثير من أصول أبي حنيفة تنبني على هذا، وكثير من أصول الشافعي، وطائفة من أصول أصحاب مالك وأحمد، إذ يعلل بعضهم أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد فيه أثر ولا قياس، كما قال الإمام أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين في وقف الإنسان على نفسه، وبعض أصحاب الإمام أحمد يعللون فساد الشروط بأنها

٢٥- سورة النساء، الآية: ٢٩.

٢٦- سورة النساء، الآية: ٤.

٢٧- انظر: شيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، ص ١٤١.

تخالف مقتضى العقد، وأصول أبي حنيفة تصحح بعض الشروط وإن كانت مخالفة لمقتضى العقد، لورود السنة والأثر بها، كاشتراط الخيار، ويوافق الإمام الشافعي الإمام أبا حنيفة ببطلان الشرط لمخالفته مقتضى العقد، إلا أنه يستثني مواضع للدليل الخاص، كعدم جواز شرط الخيار أكثر من ثلاث^(٢٨).

وهذا هو مذهب الظاهرية، ولم يقل أحد بهذا الرأي صراحة غير ابن حزم^(٢٩) الظاهري^(٣٠) وما استدلل به ابن حزم في تأييد رأيه وتدعيمه أدلة منها:

١- إن الشريعة شاملة لكل شيء، وقد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمة، ومنها العقود، على أساس من العدل، وليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود، وإلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة^(٣١). ويمكن مناقشته بأن ما قاله صحيح؛ ولكن وضعت الشريعة الخطوط العريضة والقواعد العامة، وتركت التفاصيل والجزئيات في الأشياء ومنها العقود والشروط فيها للتراضي بين الناس، لأن الأصل في معاملات العقود والشروط الصحة والجواز، فلا يجرم شيء منها إلا بعد قيام الدليل وإتمام الحجة والبرهان.

٢- حديث: "ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله"^(٣٢). وجه الاستدلال: أن هذا الحديث قاطع بإبطال كل شرط وعهد ووعده وعقد ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقده لأن العقود والعهد والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك.

٣- وأنه لا إلزام إلا من الشارع فمن التزم بعقد أو شرط لم ينص عليه الشارع فقد خالف الشارع. ويمكن مناقشة الدليلين السابقين بأن نقول: ليس في هذين الدليلين مستمسك لابن حزم لأن المراد بالشرط في الحديث أي: الشرط الذي ليس في كتاب الله هو الشرط الذي حرمه الله تعالى، ويدل

٢٨- ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٩هـ، ص ١٨٣ - ١٨٤.

٢٩- هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم صاحب التصانيف منها: الفصل في الملل والأهواء والنحل، وإبطال القياس والرأي، والإحكام في أصول الأحكام، والإجماع، وله نحو ٤٠٠ مصنف، وتوفي سنة ٤٥٦هـ. انظر: أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ط ١، ١٩٩٤م، ج ١، ص ٣٢٥.

٣٠- انظر: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى: ٤٥٦ هـ، المحلى، دار الفكر، بيروت، ج ٨، ص ٤١٧، وانظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ٥٥٤.

٣١- المرجع السابق، ج ٨، ص ٤١٨.

٣٢- صحيح البخاري، ج ٣، ١٩٢.

لذلك قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث نفسه: "قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق" لأن كل هذا إنما يكون إذا خالف الشرط كتاب الله وشرطه: بأن يكون المشروط مما حرّمه الله تعالى بنص خاص أو عام، فالمشروط لا بد أن يكون مما أباح الشارع فعله بدون الشرط ليكون اشتراطه جائزا والوفاء به واجبا. أو يكون المراد بالحديث ما ليس في كتاب الله بإباحته، لابخصوصه ولابعوموه، لأن ما دل الكتاب على إباحته بعمومه فهو من كتاب الله (٣٣) نظير ذلك قوله تعالى: ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ (٣٤).

وورد في كتاب التحقيق في أحاديث الخلاف أنه صلى الله عليه وسلم قال: "ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة شرط شرط الله أحق وأوفق" (٣٥) وجوابه: أننا نقول به ولا نسلم أن هذا الشرط ليس في كتاب الله فإنه تعالى قال: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٣٦) وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "من شرط شرطا لزمه الوفاء به" (٣٧). وقوله تعالى: ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ (٣٨) فالقرآن لم يشتمل على بيان كل الأشياء بخصوصها وإنما اشتمل على بيان بعضها بخصوصها وعلى سائرها بعمومها" (٣٩).

وقد أجاب الأستاذ الضرير عن قول ابن حزم: "أن من التزم ما لم يوجبه نص القرآن والسنة فقد تعدى حدود الله" فهو قول مقبول بالنسبة إلى العبادات، لأن الأصل فيها التوقيف أي لا يثبت الأمر بها إلا من الشارع، وغير مقبول بالنسبة إلى العادات وهي ما يحتاجه الناس في دنياهم، لأننا لو منعنا الناس من

٣٣- انظر: ابن تيمية، القواعد النورانية، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٩هـ، ص ٢٠٨.

٣٤- سورة الأنعام، الآية: ٣٨.

٣٥- رواه البخاري في صحيحه، باب بيع العبد، رقم الحديث (٢١٥٥)، ومسلم في الصحيح عن قتبية بن سعيد، باب إنها الولاء لمن أعتق، رقم الحديث (٢٧٦٣).

٣٦- سورة المائدة، الآية: ١.

٣٧- انظر: عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي أبو الفرج، التحقيق في أحاديث الخلاف، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، تعليق: محمد فارس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٥هـ، ج ٢، باب "مسألة إذا أعتقت الأمة"، ص ٢٧٨، وانظر: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرنبوط، مكتبة الحلواني، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان، ط ١، ١٣٨٩هـ/ ١٩٦٩م، ج ١، ص ٥٢٠.

٣٨- سورة النحل، الآية: ٨٩.

٣٩- الضرير، الغرر وأثره في العقود، ص ٣٧.

العقود و الشروط إلا ما ورد به نص خاص لأوقعناهم في الحرج المرفوع شرعا إذ قد يحتاجون إلى عقد لم يرد به نص خاص" (٤٠).

يقول ابن تيمية: "إنه ليس في إلزام المرء نفسه بعقد أو شرط تغيير لما شرعه الله تعالى، إلا إذا كان ما التزم به المرء مما منعه الله و رسوله، بأن كان فيه تحليل الحرام أو تحريم للحلال، فالعقود و الشروط التي يلتزم بها المرء توجب ما كان مباحا بدونها عملا بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٤١) ولا تحرم ما كان حلالا أو تحلل ما كان حراما" (٤٢). يقول الإمام القرافي (٤٣): "وتحريم عقود الغرر من حقوق الله، فلا يجوز للعبد إسقاطه ولو رضي المتعاقدان بذلك لا يعتبر رضاهما، وفيه مع ذلك حق للعباد؛ لأن الله تعالى إنما حرّمها صوتاً لمال العبد من الضياع" (٤٤).

٣- الطائفة الثالثة:

جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية يتوسطون في الأمر فلا يجعلون الأصل هو الإباحة كما ذهب إلى ذلك ابن تيمية رحمه الله ولا يشترطون في الإباحة ورود نص كما ذهب إلى ذلك الظاهرية، وإنما ميلهم إلى أن الأصل هو الحظر، ولكنهم توسعوا في الاستثناءات وخاصة المذهب الحنفي. وهناك مسألة مهمة تبنى على هذا الأصل وهي: هل الأصل في حرية الشروط العقدية هو الإطلاق أم التقييد؟

المطلب الثاني: ما هو الأصل في الشروط العقدية؟ وما الأسس التي ينبغي مراعاتها في العقود؟

المذهب الحنفي: يرى أن الأصل في الشروط العقدية هو التقييد بمقتضى العقد الذي نص عليه

٤٠- المصدر السابق، ص ٣٧.

٤١- سورة المائدة، الآية: ١.

٤٢- انظر: ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، دار المعرفة، بيروت، ص ١٤١.

٤٣- هو أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن شهاب الدين الصنهاجي القرافي أحد أعلام فقهاء المالكية المشهورين، ينسب إلى صنهاجة وهي قبيلة بربرية، وينسب إلى قراة. ومن كتبه: الفروق، والذخيرة، والإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، والتنقيح في أصول الفقه وغيرها، توفي سنة ٦٨٤هـ. انظر: المراغي، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، الناشر: محمد أمين دمج وشركاه، ط ٢، ١٣٩٤هـ، بيروت، الجزء الثاني، ص ٨٦.

٤٤- أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق، ومعه إدرار الشروق على أنواع الفروق، ضبط وتصحيح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م، ج ١، ص ٢٥٦، الفرق (٢٢).

الشارع مباشرة أو استنبطه الاجتهاد وأثبتته حفظاً للتوازن بين العاقدین في الحقوق، ونظر جمهور فقهاء المالكية مقارن له، وكذا رأي فقهاء الشافعية، فكل هؤلاء أخذوا بنظرية مقتضى العقد، واختلفوا في التفاصيل، ونظرة فقهاء المذهب الشافعي أكثر تشدداً وتضييقاً لحرية الشروط (٤٥).

وقسم الحنفية الشروط إلى ثلاثة أقسام وهي (٤٦):

- ١- الشرط الصحيح: هو الذي يقتضيه العقد، وله صور منها:
 - أ- الذي ورد الشرع بجوازه مثل خيار الشرط في البيع ثلاثاً.
 - ب- والشرط الذي يلائم العقد كاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل.
 - ج- الشرط الذي يجري به العرف شرعاً، فالعرف يصحح الشروط التي تعتبر في الأصل مفسدة، فلو تعارف الناس في بعض الأماكن مثلاً: ببيع البضاعة بشرط حملها على حساب البائع صح ذلك، وكاشتراط الكفيل والرهن في الثمن من قبل البائع.
 - ٢- الشرط الفاسد: هو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا يتعارفه الناس، وفيه فائدة لأحد العاقدین، كمن يشتري حنطة ويشترط طحنها.
 - ٣- الشرط الباطل: هو الذي لم يرد به الشرع، ولم يجز به العرف، ولا يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدین ولا لغيرهما، كمن يشترط على مشتري الدار ألا يسكنها مدة شهر في كل سنة.
- يقول الشيخ مصطفى الزرقاء: "بأن الاجتهاد الحنفي يعتبر كل شرط متضمن لمنفعة زائدة على أصل مقتضى العقد مخالفاً ومفسداً للمعاوضة المالية، كاشتراط حمل المبيع على حساب البائع" (٤٧).
- أما المذهب الشافعي فهو مقارب في هذه المسألة للمذهب الحنفي، بل هو أكثر تشدداً كما مرّ.
- أما المذهب الحنبلي فقد قسم الشروط إلى أربعة أقسام وهي (٤٨):

- ١- ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم والرد بالعيب، فهذا لا أثر له ولا يؤثر في العقد

٤٥- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام (بتصرف)، مطابع ألف باء، الأديب، دمشق، ١٩٦٨، ج ١، ص ٤٧٦.

٤٦- انظر: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٢، ص ٤٩-٥٠.

٤٧- انظر: مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٤٧٧.

٤٨- انظر: أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد

ابن حنبل، تقديم: محمد عبدالرحمن المرعشلي، اعتناء: مكتب تحقيق، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١،

١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م، ج ٤، ص ٢٤٥-٢٤٨.

فوجوده كعدمه.

- ٢- ما يتعلق به مصلحة العاقدين كالأجل والخيار والرهن، فهذا شرط صحيح لازم ورد به الشرع.
- ٣- الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، وهذا على قسمين:
- أ- اشتراط ما بُني على التغليب والسراية، كاشتراط البائع على المشتري ألا يتصرف في المبيع، أو إن عتق العبد فالولاء له، فهذا باطل وذلك لقصة بريرة(٤٩). حيث إنه صلى الله عليه وسلم قال: "ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن شرط مائة شرط شرط الله أحق وأوفق" أخرجاه في الصحيحين.

وما حكم البيع في هذه الصورة؟

- قيل: بصحة البيع، حيث إن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل الشرط ولم يبطل البيع، كما هو في قصة بريرة رضي الله عنها.

- وقيل: يفسد البيع، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد.

- ب- أن يشترط غير العتق، مثل: ألا يبيع المبيع ولا يهبه، فهذا شرط فاسد.

وما حكم البيع في هذه الصورة؟

- قيل: بصحته وهو المنصوص عن الإمام أحمد لحديث بريرة.

- وقيل: فاسد لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط.

ما ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته، ولا ينافي مقتضاه. وهذا على قسمين(٥٠):

أ- اشتراط منفعة البائع.

- ب- أن يشترط عقداً في عقد، كأن يبيعه بشرط أن يزوجه، فهذا شرط فاسد يفسد البيع.

والخلاصة: إن الحنابلة يجيزون كل شرط يشترطه أحد العاقدين في العقد. إلا في حالتين:

- ١- أن يشترط في العقد ما ينافي مقتضاه. كأن لا يبيع المبيع ولا يهبه ولا يعتقه.

- ٢- أن يشترط أحدهما على صاحبه عقداً آخر. كسلف أو قرض أو بيع أو إجارة.

٤٩- مولاة عائشة رضي الله عنها كانت لعتبة بن أبي لهب وقيل: لبعض بني هلال فكاتبوها، ثم باعوها فاشترتها عائشة،

وجاء الحديث في شأنها بأن الولاء لمن أعتق. انظر: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، معجم محدثي
الذهبي، تحقيق: روحية عبد الرحمن السويفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م، ج ١، ص ٥٥.

٥٠- انظر: أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج ٤، ص ٢٥٢.

أما المذهب المالكي فهو مقارب في هذه المسألة للمذهب الحنبلي رحمهم الله جميعاً (٥١).
وقد روعي في الأحكام الاجتهادية التي لا نص صحيح صريح فيها - وخاصة في المعاملات -
تحكيم قواعد الشريعة العامة مثل: تحقيق العدل في المعاوضات المالية، والإحسان في التعامل، وتحريم
الظلم والغش، والتراضي بين المتعاملين، والابتعاد عن الغرر والتدليس، والغبن، وتحريم الربا، وغيرها من
القواعد والضوابط التي تحكم التعامل في السوق.

إضافة إلى تحكيم القواعد سالفه الذكر في التعامل، يأتي العرف ودوره في تشكيل الكثير من صيغ
التعامل. فقد أشار شيخ الإسلام ابن تيمية في معرض تحليله لاجتهاد الفقهاء ونظرتهم إلى العقود أن
الأمر التي اعتبرها الشارع في الكتاب والسنة والآثار، مثل: الولي، والإشهاد، والصداق في عقد النكاح،
والتراضي في عقود المعاوضات حكمتها بينة، أما التزام لفظ مخصوص بها فليس فيه أثر ولا نظر (٥٢) ثم
يقرر بأن هذه القاعدة الجامعة التي ذكرها وهي: أن العقود تصح بكل ما دل على مقصدها من قول أو فعل
هي التي تدل عليها أصول الشريعة، فإن الشارع قد اكتفى بالتراضي في البيع وجنس المعاوضات، وبطيب
النفس في جنس التبرعات، ولم يشترط لفظاً ولا فعلاً معينين، يدلان على التراضي وعلى طيب النفس، وهما
يعلمان بطرق متعددة من الأقوال والأفعال. ثم يقرر أن صيغ البيع، والإجارة، والهبة ونحوها لم يجد
الشارع لها حداً، لا في كتاب ولا سنة، ولا نقل عن أحد من الصحابة والتابعين أنه عين للعقود صفة معينة
الألفاظ، أو قال ما يدل على ذلك من أنها لا تنعقد إلا بالصيغ الخاصة، بل قيل: إن هذا القول مما يخالف
الإجماع القديم، وأنه من البدع (٥٣) "والشرط بين الناس ما عدوه شرطاً، كما أن البيع بينهم ما عدوه بيعاً،
والإجارة بينهم ما عدوه إجارة..." (٥٤).

بل إن القرآن الكريم حث المؤمنين على ما كلفهم به وما التزموا به من عقود ومواثيق وعاهدوا الله
على أدائها وأشهدوا الخلق على ذلك ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٥٥). ومعنى كلمة أوفى

-
- ٥١ - انظر للمزيد في هذه المسألة: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ٥٥٦-٥٥٧.
٥٢ - انظر: تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الندوة
الجديدة، بيروت، ص ١٣١-١٣٢.
٥٣ - تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، ص ١٣١-١٣٢، ومجموع الفتاوى، جمع
وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مطبوعات الرئاسة العامة لشؤون الحرمين، ١٤٠٤هـ، ج ٢٩، ص ٤٤٨.
٥٤ - المرجع السابق، ص ٤٤٧-٤٤٨.
٥٥ - سورة المائدة، الآية: ١.

ووفى بالعقد إذا أتمه ولم ينقض حفظه، وأدى ما التزم به^(٥٦) تجاه من عاهده. وقد فسّر ابن عباس وغيره العقود بالعهود كما ذكر ذلك الإمام البخاري^(٥٧). ونقل بعض المفسرين بأن المراد بالعقود هي التي عقدها الله على عباده وألزمهم بها من الأحكام، أي ما أحل الله وما حرم، وقال آخرون: المراد بالعقود التي يعقدها الناس بينهم من عقود المعاملات، والأولى شمول الآية للأمرين جميعاً، ولا وجه لتخصيص بعضها دون بعض^(٥٨).

يقول الدكتور وهبة الزحيلي: "يؤخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط للعاقدين في العقود المالية، تحقيقاً لحاجات الناس ومصالحهم ومراعاة لما يطرأ من تطورات وأعراف في إبرام عقود لأغراض مشروعة، وإلا لثلت حركة التجارة والنشاط الاقتصادي الذي اتسع ميدانه في العقود والشروط على نحو لم يكن معروفاً لدى الفقهاء، ويؤخذ برأي غير الحنابلة في عقود الزواج حرصاً على ما له من حرمة وقداسة ولما فيه من جانب العبادة ولما تتطلبه الأسرة من استقرار ودوام، ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحرية الاشتراط التي تتأثر بالأهواء، وتعصف بأغراض الزواج السامية. وقد قال الفقهاء: "الأصل في الأبضاع التحريم^(٥٩)".

وهذا هو الرأي المختار لدى الباحث في هذه المسألة، لأن الناس بحاجة إلى التوسعة في المعاملات المالية، ولأن الأصل هو الحل في هذه المعاملات فلا تحرم منها إلا ما دل الدليل عليه بنص صريح أو قياس صحيح معتبر لدى أهل العلم الموثوق بعلمهم والمشهود لهم بالتبحر في العلوم الشرعية. وهناك شروط وآداب ينبغي مراعاتها في العقود، وهي على النحو التالي:

٥٦- أبو القاسم الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، ص ٥٢٨. وأحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ٦٦٧.

٥٧- أبو عبد الله محمد بن إساعيل البخاري، صحيح البخاري، ضبطه: مصطفى ديب البغا، دمشق، دار القلم، ط ١، ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م، كتاب الذبائح والصيد، الباب الأول. وانظر: محمد بن عبد الهادي السندي المدني الحنفي، أبو الحسن، حاشية السندي على صحيح البخاري، دار الفكر، ج ٣، ص ١١٧.

٥٨- انظر: محمد بن محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير، دار المعرفة، بيروت، بدون ذكر المطبعة، ج ٢، ص ٤.

٥٩- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ٥٥٧. وانظر: زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، شرح الأشباه والنظائر، المسمى بـ: غمز عيون البصائر لأحمد بن محمد الحموي، اعتناء وإخراج: نعيم أشرف نور أحمد، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط ٢، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م، ج ١، ص ٢١٠-٢١١.

الأساس الأول: لزوم الرضا قال الله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ قَرَابٍ مِّنْكُمْ﴾^(٦٠) وفي الحديث: "إنما البيع عن تراض"^(٦١) فدلّت هذه الأدلة على لزوم الرضا بين المتعاقدين، غير أن الشريعة ألغت لزوم الرضا في بعض الحالات مثل: أخذ الزكاة جبراً ممن يرفض أداءها، وأخذ الدين من المدين المليء الماطل؛ فقد تصير الشريعة إلى إيجاب المعاوضة في حالة الضرورة، والحاجة الشديدة.

الأساس الثاني: منعت الشريعة الغش والخداع والتدليس لإخلالها بالرضا، ولما فيها من أكل للأموال بالباطل.

الأساس الثالث: العرف أساس لتحديد العقود والالتزامات في كل ما سكت نص العقد، ما لم يصادم نصاً شرعياً خاصاً في موضوعه كالتعارف على الالتزام بديون الربا والقمار.

الأساس الرابع: لزوم موافقة المكلف من العمل - ومنه العقود - لقصد الشارع من التشريع فالعمل مطلقاً عبادة، فناحية التعبد ملحوظة في كل حكم ومنها المعاملات المالية والعقود سواء أكانت معقولة المعنى أو غير معقولة المعنى، ولهذا كانت العقود قائمة على أساس افتراض الصدق والأمانة بين المتعاقدين في إنشاء العقد. الأساس الخامس: تقوم العقود على الاستقرار وعدم التذبذب، فالعقد يفيد التزاماً باحترام النتائج، والالتزام بالآثار المترتبة عليها، ويستوي في ذلك العقود الواجبة والجائزة.

الأساس السادس: يلزم أن يكون العقد محققاً فائدة تعود على المتعاقدين، أو أحدهما وإلا كان العقد عبثاً. الأساس السابع: إن العقود باعتبارها - جزءاً من الفقه - ذات مرونة واسعة وقابلية للتفريع والاستيعاب، فكل العقود المستحدثة يمكن تخريج أحكامها من النصوص والقواعد الشرعية العامة سلباً كان الحكم أو

٦٠- سورة النساء، الآية: ٢٩.

٦١- انظر: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري، المحقق: عبد العزيز بن عبد الله ابن باز ومحب الدين الخطيب، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وذكر أطرافها: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، (د.ت)، ج ٤، باب ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ﴾، ص ٢٨٩. وانظر: علامة محمد عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، ضبطه وصححه: أحمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، ج ١، ص ٦٨. وانظر: الحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبه إبراهيم بن عثمان ابن أبي بسكر بن أبي شيبه الكوفي العسبي المتوفى سنة ٢٣٥ هـ، المصنف في الأحاديث والآثار، ضبطه وعلق عليه: الأستاذ سعيد اللحام، مدير مكتب الدراسات والبحوث، الناشر: دار الفكر، (د.ت)، ج ٥، ص ٥.

إيجاباً (٦٢). والأصل (٦٣) في العقود التنجيز إلا عقدي الوصية والإيصاء (٦٤)، فإنها مضافان دائماً إلى ما بعد الموت وأن العقد المنجز تترتب عليه آثاره الشرعية بمجرد انعقاده إلا عقود البرع فلا تلزم إلا بالقبض، وأن الأثر الشرعي الذي يترتب عليه عقد البيع هو انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وانتقال ملكية الثمن إلى البائع.

المطلب الثالث: أقسام العقود عند الفقهاء:

جرى تقسيم الفقهاء للعقود من حيث انعقادها أو عدم انعقادها إلى ثلاثة أقسام (٦٥):

- (أ) عقود لا تكون إلا مضافة: وهي عقود الوصية والإيصاء، فإنها تكون دائماً مضافة إلى ما بعد الموت ولا يمكن أن تتصل أحكامها بإنشائها.
- (ب) عقود لا تنعقد بصيغة مضافة: وهي العقود التي تفيد تملك الأعيان في الحال كعقد البيع والزواج.
- (ج) عقود يصح أن تكون منجزة ويصح أن تكون مضافة إلى المستقبل: وهي عقود التمليكات التي لا يمكن تحقيق مقتضاها متصلة بصيغتها كالإجارة والإعارة والمزاعة، لأنها لتمليك المنافع ولا تملك دفعة واحدة (٦٦).
- ولما كانت العقود التي تفيد تملك الأعيان في الحال كعقود البيع لا تنفذ بصيغة مضافة إلى أجل، لأن هذه العقود إنما وضعت شرعاً لإفادة التملك والتملك في الحال، فإذا كانت الصيغة غير مؤدية لذلك كانت غير محققة لهذا المعنى فلا تدل على العقد فلا ينعقد بها (٦٧).

-
- ٦٢- انظر: محمد الأمين الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (بتصرف)، الناشر: مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، دار الحرمين للطباعة، ١٩٩٢م، ص ٤٦-٥٩.
- ٦٣- انظر: سمير عبد الحميد رضوان، أسواق الأوراق المالية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، (د. ت)، ص ٤٣٥.
- ٦٤- الإيصاء يعم الوصية والوصاية لغة، والتفرقة بينهما من اصطلاح الفقهاء، وهي تخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت، والوصاية بالعهد إلى من يقوم على من بعده. انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف الكويتية، ١٤٢٧هـ، ج ٤٣، ص ٢٢١.
- ٦٥- انظر: بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية وتاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، ١٩٨٦م، ص ٤٩٣-٤٩٤.
- ٦٦- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، ط ٣، ١٩٩٢م، ص ٢٦١-٢٦٢.
- ٦٧- المرجع السابق، ص ٢٦٢.

المطلب الرابع: هل العقود في الفقه الإسلامي مذكورة على سبيل الحصر؟

هذا السؤال طرحه الدكتور عبدالرزاق السنهوري في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي وأجاب عليه قائلاً: "يبدو لأول وهلة أنها كذلك، ففي كتب الفقه لا تجد نظرية عامة للعقد، بل على النقيض من ذلك عقوداً مسماة تأتي عقداً بعد عقد على ترتيب غير منطقي ويختلف هذا الترتيب في كتاب عنه في كتاب آخر. حتى ليظن الباحث أن الفقه الإسلامي لا يعرف إلا هذه العقود المسماة، وأن أي عقد أو اتفاق لا يدخل تحت عقد من هذه العقود لا يكون مشروعاً؛ ولكن هذه النظرة إلى الفقه الإسلامي نظرة سطحية فإن الباحث يلمح من الأحكام التي قررها الفقهاء في صدد هذه العقود المسماة أنهم يسلّمون بإمكان أن يمتزج عقدان أو أكثر من هذه العقود في عقد واحد يجمع بين خصائص العقود التي امتزجت فيه؛ بل يلمح أن هناك قاعدة فقهية مسلمة هي: أن المسلمين عند شروطهم، وأن كل اتفاق تتوافر فيه الشروط التي يقرها الفقه الإسلامي يكون أمراً مشروعاً، ويكفي أن نشير إلى مجيء في بدائع الصنائع للكاساني (٦٨): "وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "المسلمون عند شروطهم" (٦٩) فظاهره يقتضي الوفاء بكل شرط إلا ما خصّ بدليل لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به، وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلاً للتصرف، والمحل قابلاً وله ولاية عليه، ومن ثم فما ذكره الفقهاء من العقود المسماة، إنما هي العقود التي يغلب أن يقع بها التعامل في زمنهم، فإذا استحدثت الحضارة عقوداً أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقها، كانت عقوداً مشروعاً. وعلى هذه السياسة الشرعية جرى التقنين المدني العراقي الجديد، فقد عدت المادة ٧٤ من أنواع العقود تبعاً لمحلها، ثم أعقب ذلك نص عام هو المادة ٧٥ وقد جرت على الوجه الآتي: "يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب" على أن دائرة النظام العام في الفقه الإسلامي أوسع منها في الفقه الغربي، فتحريم العقود الربوية والغرر يوسع كثيراً من هذه الدائرة في الفقه الإسلامي، كذلك نظرية الشرط المقترن بالعقد تزيد في توسيع الدائرة إلى حد بعيد. فالأصل إذن: في الفقه الإسلامي هو حرية التعاقد في حدود النظام العام؛ إلا أن كثرة

٦٨- هو أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني من فقهاء الحنفية الأعلام، صاحب البدائع وهو شرح تحفة الفقهاء لأستاذه وشيخه السمرقندي، ولذا تزوج ابنته وشرح تحفته، توفي سنة ٥٨٧هـ. انظر: المراغي، الفتوح المبين في طبقات الأصوليين، ج ٣، ص ٥٣.

٦٩- رواه البخاري في الجامع المسند الصحيح، باب أجر السمسة، رقم الحديث: ٢٢٧٣.

القواعد التي تعتبر من النظام العام تضيق هذه الدائرة" (٧٠).

ولقد أخذ الدكتور محمد الأمين الشنقيطي على الدكتور السنهوري قوله: "ولم يحاول فقهاء المسلمين وضع نظرية عامة للعقد بل تناولوا العقود المساءة، وبحثوا كل عقد في أركانه وأحكامه". وأجاب على هذا الكلام "بأن الواقع غير هذا فكتب القواعد والأشباه والنظائر وسواها مليئة بهذه القواعد منها ما يكون خاصا بتنظيم العقود ومنها ما هو قواعد عامة تنطبق على كليات تدخل العقود في جملتها، وهذه سمة من سمات التشريع لأنه عام في الزمان والمكان، ولذا فإن كثيراً من الأحكام تقوم على معانٍ كلية مستفادة من الأدلة التفصيلية" (٧١).

وعندما رجعت إلى كتاب الدكتور السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي وجدت أنه ذكر هذا الكلام كاعتراض من الخصم بدليل أنه قال بعد ذلك وأجاب: "ولكن هذه النظرة إلى الفقه الإسلامي نظرة سطحية فإن الباحث يلمح من الأحكام التي قررها الفقهاء في صدد هذه العقود المساءة أنهم يسلمون بإمكان أن يمتزج عقدان أو أكثر من هذه العقود في عقد واحد يجمع بين خصائص العقود التي امتزجت فيه، بل يلمح أن هناك قاعدة فقهية مسلمة هي: أن المسلمين عند شروطهم، وأن كل اتفاق تتوافر فيه الشروط التي يقرها الفقه الإسلامي يكون أمراً مشروعاً، ويكفي أن نشير إلى ماجاء في بدائع الصنائع للكاساني: "وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "المسلمون عند شروطهم" فظاهره يقتضي الوفاء بكل شرط إلا ما حُصّ بدليل لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به، وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلاً للتصرف، والمحل قابلاً وله ولاية عليه" (٧٢).

المبحث الثاني: الشروط الواجب توافرها في محل العقد وأنواع اختلالات العقود.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في محل العقد هي:

١- وجوده حين العقد (أي أن يكون المحل موجوداً) فالمعدوم لا يصح أن يكون محلاً للعقد، وهذا عند الأحناف، فتراهم يجعلون عقود السلم والإجارة والاستصناع مستثناة من القاعدة العامة

٧٠- انظر: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مطابع دار المعارف بمصر، ١٩٦٧م، ص ٨٠-٨١.

٧١- انظر: محمد الأمين الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، ص ٤٦-٥٩.

٧٢- انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص ٨١.

الأصلية^(٧٣)، على أن هذا الشرط ليس متفقاً عليه بين الفقهاء، فذهب الإمام مالك: فيما يختص بعقود التبرعات كالهبة والوقف إلى جواز أن يكون محل العقد محتمل الوجود في المستقبل. ورأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم: "المعدوم يصح أن يكون محلاً للعقد ما دام لا غرر فيه، ومثل للغرر بالبعير الشارد وإن كان موجوداً لوجود الغرر فيه"^(٧٤).

٢- قابليته لحكم العقد: وذلك بأن يكون مالا متقوماً مملوكاً لمالكه بخلاف الخمر والخنزير والميتة، لأنه وإن كان متقوماً فإنه لا يجوز أن يكون محلاً للعقد وذلك للنصوص الشرعية الواردة في النهي عن ذلك.

٣- تعيينه ومعرفته: يجب أن يكون محل العقد معروفاً لطرفيه ومعيناً بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى الغرر والنزاع بين المتعاقدين.

٤- القدرة على التسليم: أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد وهذا الشرط محل اتفاق الفقهاء جميعاً^(٧٥).

والعقود من المسائل المهمة التي ينبغي للعلماء والفقهاء أن يبحثوا في كیفياتها وحقائقها، وخاصة العقود المالية المستحدثة؛ لأن الناس بحاجة ماسة إلى معرفة حكم الشرع فيها، فمن قائل بحلها - ممن لاخلاق له من العلم الشرعي - فهو يکیف هذه العقود كیفماً شاء، وآخر عنده حظ وافر من العلوم الشرعية والفقہ وأصوله؛ ولكنه بعيد كل البعد من الإلمام بحقائق العقود التي تجري في الأسواق المالية المعاصرة، قال العز بن عبد السلام^(٧٦): "لو عمّ الحرام أهل الأرض بحيث لا يوجد حلال جاز

٧٣- انظر: محمد يوسف، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، القاهرة، ط ١، ١٩٥٢م، ص ٣٠٦-٣٠٧.

٧٤- انظر: ابن تيمية، القواعد الفقهية النورانية، تحقيق: محمد حامد الفقي، ط ١، ١٩٨٢م، إدارة ترجمان القرآن، لاهور، باكستان، ص ١٤٤-١٤٥.

٧٥- انظر: الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، ص ٣١٠-٣١٤، وانظر: مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٤٤٢.

٧٦- هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي، ولد في دمشق سنة ٥٧٧هـ من كبار فقهاء الشافعية إمام عصره، لقبه ابن دقيق العيد بسلطان العلماء، ومن مصنفاته: قواعد الأحكام، والغاية في اختصار النهاية، ومختصر صحيح مسلم، والإمام في أدلة الأحكام في أصول الفقه، توفي سنة ٦٦٠هـ. انظر: المراغي، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، جزء ٢، ص ٧٢.

أن يستعمل ما تدعو إليه الحاجات، ولا يقف ذلك على الضروريات لأنه لو توقف عليها لأدى إلى ضعف العباد، واستيلاء العدو على بلاد الإسلام، ولانقطع الناس عن الحرف والصنائع التي تقوم بالمصالح" (٧٧).

وقال سفيان الثوري (٧٨): "إنما العلم عندنا الرخصة من ثقة أما التشديد فيحسنه كل واحد" (٧٩).

ينبغي أن نعرف شيئاً مهماً جداً وهو موجبات اختلال العقود؛ لأن الحكم الشرعي لا يتأتى إلا بمعرفة هذه الاختلالات، لأن الحكم على شيء فرع عن تصوره، لأن تصور الخلل في عقد من العقود وتحديد ماهيته يجعل العالم أو الفقيه يقدم على إصدار الحكم فيه عن بينة ودليل: "فسبب الخلل في العقود هو مخالفة العقد لنظامه الشرعي. وهذا السبب قد يكون عاما وقد يكون خاصا، فيرجع في معرفته إلى شرائط الصحة في كل عقد على حدة، ومن الأسباب العامة التي تؤثر على جميع العقود إلا ما استثناه الدليل كالغرر مثلا، فإنه يؤثر على كل عقود المعاوضة" (٨٠).

المطلب الثاني: أنواع الاختلالات في العقود:

- ١- الاختلالات العائدة إلى الرضا، وهذا النوع من الاختلالات ليس له كبير أهمية بالنسبة إلى الموضوع الذي أتكلم عنه، لأن المتعاقدين في بيوع الخيارات قد رضيا بالبيع.
- ٢- الاختلالات العائدة إلى المحل وهذا النوع من الاختلالات مهمة بالنسبة إلى الموضوع الذي الباحث بصدد الكلام عنه بحيث إن معظم الذين يجرمون هذا النوع من البيوع - بيوع الخيارات - يستدلون بأن هناك اختلال في محل هذه البيوع حيث إن فيه من الغرر الفاحش، والتدليس، والغبن مع التغيرير، وفيه بيع ما لم يقبض بعد.

٧٧- انظر: العز بن عبدالسلام أبو محمد، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: محمود بن التلاميذ الشنقيطي، دار المعارف، بيروت، الجزء الثاني، ص ١٥٩.

٧٨- هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، من بني ثور بن عبد مناة، من مضر، أبو عبد الله، أمير المؤمنين في الحديث. ولد سنة ٩٧ وتوفي سنة ١٦١ هـ، له من الكتب الجامع الكبير والجامع الصغير كلاهما في الحديث، وكتاب في الفرائض، انظر: وابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، ج ٢، ص ١٢٧.

٧٩- انظر: أبو الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٨٢ هـ، ص ٢٨٥.

٨٠- انظر: الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية، ص ١٨٧.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه ما هو ضابط الغرر المؤثر في العقود؟

"النهي عن الغرر أصل من أصول الشرع ويدخل تحته مسائل كثيرة، ويستثنى من ذلك ما يدخل في العقد تبعا بحيث لو أفرد لم يصح بيعه، كبيع أساس البناء تبعا للبناء، وما يتسامح بمثله عادة لحقارته، أو للمشقة في تمييزه، كدخول الحمام، والشرب من الماء ونحو ذلك من الغرر اليسير، وأجمع الفقهاء على أن الغرر المؤثر في العقد هو الغرر الكثير، أما الغرر اليسير فغير مؤثر، وضابط الغرر الكثير والقليل:

* فالغرر اليسير هو ما لا يكاد يخلو منه عقد، والغرر الكثير هو ما كان غالبا في العقد حتى صار العقد يوصف به^(٨١).

* وأن الغرر اليسير هو ما من شأنه التسامح فيه بين الناس، فإجماع العلماء قائم على أن الغرر الكثير مؤثر في جنس العقود التي يقصد منها المعاوضة، لكن المقدار الذي يطلق عليه الغرر الكثير ليس موضع اتفاق بين العلماء، فيتساهل بعض الأئمة في ذلك ويتشدد بعضهم، وأشد الناس فيه قولاً أبو حنيفة^(٨٢) والشافعي، أما الشافعي فإنه يدخل في هذا الاسم من الأنواع ما لا يدخله غيره^(٨٣)، وأكثر العلماء تساهلاً في باب الغرر مالك: فيجوز جميع ما تدعو إليه الحاجة، أو يقل غرره بحيث يحتمل في العقود^(٨٤)، ومذهب أحمد بن حنبل قريب منه، ومن الغرر: العقد على بيع المعلوم، والمعجوز عن تسليمه، والمجهول جهالةً يفضي إلى الغرر والمنازعة، كأن تكون الجهالة في المبيع أو الثمن^(٨٥).

ومن الاختلالات الواردة على محل البيع التدليس وهو فعلي: كإظهار المعقود عليه بصورة غير ما هو عليه في الواقع، ومن أمثلته مسألة المصرة: وهي الشاة التي يجبس لبنها في ضرعها مدة من الزمن

٨١- انظر: المرجع السابق، ص ٢٠٧-٢١٦. وانظر: ياسين أحمد إبراهيم درادكة، نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية:

دراسة مقارنة، وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، عمان، ص ١٠١.

٨٢- انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار يعرف ب: حاشية ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م، ج ٤، ص ١٧٠.

٨٣- انظر: أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج ١٢، ص ٩٥.

٨٤- انظر: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، الناشر: دار الغرب، بيروت، ١٩٩٤م، ج ٥، ص ٦٢.

٨٥- انظر: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، ص ٢٠٧-٢١٦.

ليمتلئ فيظن مشتريها بأنها حلوبة وهي ليست كذلك^(٨٦). والتدليس القولي: وهو الكذب الصادر من أحد العاقدين، حتى يحمل الآخر على التعاقد ولو بغبن، وهو حرام باتفاق الفقهاء^(٨٧). لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "المسلم أخو المسلم، لا يجل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه"^(٨٨).
 الغبن مع التغيرير: أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر، بأن يكون أقل منه أو أكثر^(٨٩).
 والتغيرير: إيهام خلاف الواقع بوسائل مغرية، أو هو وصف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية، فإذا انضم إلى الغبن التغيرير أثر على محل العقد لأنه يعتبر خديعة ومكرا من أحد العاقدين^(٩٠).
 بيع ما لم يقبض: خلاصة القول فيه: أن الطعام لا يجوز بيعه حتى يستوفيه صاحبه وذلك قطعا للنزاع، وغير الطعام يجوز بيعه قبل استيفائه كما هو قول المالكية^(٩١)، استدلالا بحديث "من ابتاع طعاما

- ٨٦- انظر: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني (٩٠٢-٩٥٤هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ، ج ٤، ص ٤٣٧-٤٣٨، وانظر: أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، فتح العزيز شرح الوجيز وهو الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، ج ٨، ص ٣٣٣، وانظر: أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج ١٢، ص ٩٥، وانظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تحقيق وتعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ١، شرح مادة (٥٩٠) ص ٢٤٢-٢٤٣، وانظر: أبو البركات سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، مع تقارير: للعلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عليش شيخ السادة المالكية رحمه الله، روجعت هذه الطبعة على النسخة الأميرية وعدة نسخ أخرى، طبع: إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، ج ٣، ص ١١٥، وانظر: محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ، ج ٤، ص ٤٣٧، وانظر: العلامة محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ج ١، ص ١٩٩.
- ٨٧- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٣١٢، والزرقاء، المدخل الفقهي، ج ١، ص ٣٧٩-٣٨٠.
- ٨٨- هذا الحديث ذكره البخاري في صحيحه موقوفا على عقبة، فقال: وقال عقبة بن عامر "لا يجل لامرئ يبيع سلعة يعلم أن بها داء إلا أخبر"، ورواه مرفوعا الأئمة أحمد وابن ماجه والحاكم. انظر: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: ٨٠٤هـ)، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبدالله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط ١، ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
- ٨٩- انظر: صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٤٢٣هـ، ج ٢، ص ٢٥.
- ٩٠- انظر: أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدري، التنف في الفتاوى، تحقيق: المحامي صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، عمان، الأردن/ مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م، ج ٢، ص ٥٦٠. وانظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١، شرح مادة (١٦٤)، ص ١١٢.
- ٩١- انظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٢، ١٤٢.

فلا يبعه حتى يقبضه" (٩٢). وقال الحنفية: لا يجوز بيع المنقول قبل قبضه ، وما لا ينقل فيجوز عند
الصاحبين استحسانا ، لأن تلفه غير محتمل (٩٣). وقال الشافعية: لا يجوز بيع شيء قبل قبضه منقولا أو
غير منقول (٩٤) واستدلوا بما يلي:

أ- أن علة النهي عن بيع الطعام قبل قبضه تتحقق في غيره، سواء قلنا بأن العلة (كما هي عند الجمهور)
الغرر أي: غرر انفساخ العقد على تقدير الهلاك قبل القبض. قال ابن تيمية وتلميذه ابن القيم: "علة النهي عن
البيع قبل القبض عجز المشتري عن تسلمه لأن البائع قد يسلمه وقد لا يسلمه، لا سيما إذا كان المشتري قد ربح
فإنه يسعى في رد المبيع إما بجحد أو احتيال في الفسخ" (٩٥)، أو قلنا كما قال المالكية: "علة لثلا يتخذ ذريعة
للتوصل إلى الربا فيتوصل به إلى بيع العينة ، فكل هذه العلل موجود في غير الطعام" (٩٦).

ب- ولقول ابن عباس رضي الله عنهما وهو راوي الحديث: ولا أحسب كل شيء إلا مثله. ولحديث
حكيم بن حزام رضي الله عنه: "إذا اشتريت بيعة فلا تبعه حتى تقبضه" (٩٧). وحديث زيد بن ثابت في
النهي عن بيع السلع حتى يجوزها التجار إلى رحالهم (٩٨)، وهما عامان وإن كان فيهما مقال، لكن يشهد لهما
القياس وهو صحيح.

وقال الحنابلة: وهو قول عند المالكية فيما بيع جزافا: لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه ويجوز بيع ما
عداه (٩٩) واستدلوا بما يلي:

-
- ٩٢- انظر: أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع
المبيع قبل القبض، دار الجيل، بيروت، الجزء الخامس، ص ٧.
- ٩٣- انظر: الحصكفي، الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ١٣٨٧هـ، ج ٥، ص ١٤٨.
- ٩٤- انظر: الإمام الشافعي، الأم، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٩٨٣م، ج ٧، ص ٢٥٨.
- ٩٥- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، دار العاصمة، الرياض، ط ١، ١٤٢٣هـ، ج ٢، ص ٣٠.
- ٩٦- انظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١١٨.
- ٩٧- مسند أحمد بن حنبل، تحقيق: السيد أبو المعاطي النوري، عالم الكتب، بيروت، ط ١، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م برقم
(١٥٣١٦)، ٤٠٢/٣. قال الشوكاني في إسناده هذا الحديث: العلاء بن خالد الواسطي وقد اختلف فيه. وقال
ابن حزم: فيه عبدالله بن عصمة متروك لكنه رواه من طريق آخر وقال: إنه سند صحيح.
- ٩٨- انظر: عمر بن علي بن أحمد الشافعي، البدر المنير في تحريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق:
مصطفى أبو الغيط، وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة، الرياض، ط ١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م،
رقم الحديث (٥) ج ٦، ص ٤٥٠.
- ٩٩- انظر: ابن قدامة، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، (د.ت) ج ٤، ص ١١٦.

حديث ابن عباس رضي الله عنه: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع الرجل طعاما حتى يستوفيه قلت لابن عباس: كيف ذلك؟ قال: ذلك دراهم بدراهم والطعام مرجأ^(١٠٠). وعن عبدالله بن دينار قال: سمعت ابن عمر رضي الله عنهما يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه"^(١٠١). وعن ابن عمر مرفوعا: "من اشترى طعاما بكيل أو وزن فلا يبعه حتى يقبضه" رواه أحمد^(١٠٢). وعن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعا: "من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكتاله"^(١٠٣). وعن ابن عمر رضي الله عنه قال: "رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله حتى يؤوه إلى رحالمهم"^(١٠٤).

ووجه الاستدلال أن النهي خاص بالطعام لمفهوم الأحاديث السابقة. واستدل المالكية للجواز فيما بيع جزافا بأنه يدخل في ملك المشتري بمجرد العقد^(١٠٥).

يقول الدكتور الشنقيطي: "والراجح أن الأصل في ترتيب أحكام العقود إنما هو من عمل الشارع، لا من عمل المتعاقدين فالشارع هو الذي ينظم العقود ونتائجها، لأن العقود أسباب شرعية يرسمه الشارع ليصل بسالكها إلى الآثار المرجوة من كل عقد، والشارع هو الذي يحدد هذه الآثار حماية للنظام وتحقيقا للمقصد العام؛ لأن الشارع كفيل بتنظيم الحقوق بين الناس بناء على مباشرتهم لأسبابها"^(١٠٦).

فيجوز لكل من العاقدين أن يشترط شروطا لا تخالف مقتضى العقد والمقصود منه، وهذا يؤدي إلى أن هناك نوعين من الشروط:

١ - شروط أطلق للعاقدين فيها كامل الحرية ويعتبر العقد قائما على أساسها ما لم يشترط خلافها.

-
- ١٠٠ - رواه البخاري برقم (١٩٨٨) باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة.
- ١٠١ - رواه البخاري، برقم (٢١٢٦)، ٥/٣٣٠.
- ١٠٢ - مسند أحمد بن حنبل، رقم الحديث (٥٩٠٠)، ج ٢، ص ١١١.
- ١٠٣ - رواه مسلم، برقم (٢٨١٧) باب بطلان المبيع قبل القبض.
- ١٠٤ - رواه البخاري، برقم (٢١٣١) باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة.
- ١٠٥ - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالخطاب الرعيني الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٤، ص ٢٨٥.
- ١٠٦ - انظر: محمد الأمين الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، ص ١٢٨-١٢٩، وانظر: ياسين أحمد إبراهيم درادكة، نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، ص ١٨.

٢- شروط ممنوعة لأنها تمس أحكاماً أساسية تعتبر من مقاصد الشريعة، وذلك كشرط يتضمن معنى ربويًا أو فيه ظلم لأحد المتعاقدين كشرط تتضمن معنى القمار والرهان (١٠٧).

ولا يجوز تحريم أي نوع من أنواع العقود إلا بعد النظر في خصوص المسألة وما ورد فيها من الأدلة الشرعية، لأن في ذلك تحقيقاً لحاجة الناس ومصالحهم، ومراعاة لما يطرأ من تطورات في إبرام العقود لأغراض مشروعة لثلاث تشل حركة التجارة والاقتصاد الذي يتوسع ميدانه يوماً بعد يوم مع أن الناس في حاجة إلى استحداث عقود كثيرة لم تكن موجودة من قبل، والأصل في الأقوال والأفعال المتعلقة بالمعاملات الإباحة (١٠٨).

نتيجة البحث:

من خلال الدراسة التحليلية الفقهية لحكم الأصل في العقود توصل الباحث إلى: أن الأصل في العقود الإباحة، والأخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط للعاقدين في العقود المالية هو الأوفق والأنسب نظراً للتطور الهائل والسريع الذي يشهده العالم في النواحي الاقتصادية؛ لأن الناس بحاجة إلى التوسعة عليهم في المعاملات المالية؛ ولأن الأصل هو الحل في هذه المعاملات فلا تحرم منها إلا ما دل الدليل عليه بنص صريح أو قياس صحيح معتبر لدى أهل العلم الموثوق بعلمهم والمشهود لهم بالتبحر في العلوم الشرعية. ويؤخذ برأي غير الحنابلة في عقود الزواج حرصاً على ما له من حرمة وقداسة ولما فيه من جانب العبادة ولما تتطلبه الأسرة من استقرار ودوام، ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحرية الاشتراط التي تتأثر بالأهواء، وتعصف بأغراض الزواج السامية، وقد قال الفقهاء: الأصل في الأبضاع التحريم. وقوة أدلة القائلين بالحل النقلية منها والعقلية؛ وضعف أدلة القائلين بالخطر وإمكانية الإجابة عليها ومناقشتها، وأن القول بالحل والجواز هو الموافق لقواعد الشريعة ومقاصدها مثل: قاعدة المشقة تجلب التيسير ورفع الحرج عن المكلفين، ومثل قاعدة المصالح إذ الشريعة جاءت لتحصيل المصالح للعباد وتكميلها وتعطيل المفسد وتقليلها. وثمره الخلاف في المسألة تظهر في إباحة العقود والمعاملات المستحدثة التي لم يرد فيها نص بالتحريم عند القائلين بالإباحة، وتحريم هذه العقود عند من يقول بالتحريم.

١٠٧- انظر: مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ص ٥١٠.

١٠٨- انظر: محمد الأمين الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، ص ١٢٩-١٣٠.