

## مقدمة عامة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .  
أما بعد :

نظراً لأهمية الدراسات الفقهية المقارنة التي تسعى لإيضاح مبادئ أحكام الشريعة الإسلامية مبينةً سبقها وتميزها على أحدث ما توصلت له النظريات القانونية المعاصرة ، فإنني لما أكملت دراستي المنهجية للماجستير بالمعهد العالي للقضاء بقسم السياسة الشرعية ، وكان من متطلبات الحصول على الدرجة العلمية إعداد بحث تكميلي ، فقد رأيت أن يكون بحثي التكميلي عن موضوع ( سلطان الإرادة في إنشاء الشروط العقدية ) "دراسة مقارنة بين الفقه والقانون".

والمقصود بسلطان الإرادة العقدية: حرية إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجه وحدود تلك الحرية ، أي مدى اعتبارها في نظر الشرع<sup>١</sup> . وتتضمن نظرية سلطان الإرادة أربعة جوانب:

١. حرية العاقد في أصل التعاقد مع غيره.
٢. وحرية في إنشاء العقود والالتزامات بمجرد التراضي ، دون تقييده بقيود شكلية.
٣. وحرية في إنشاء ما يشاء من أنواع من العقود في حدود حقوقه الشخصية مهما كان موضوعها دون تقييد بأنواع العقود المسماة التي أقرها التشريع ونظم لكل منها أحكاماً خاصة.

---

١ . المدخل الفقهي العام/ مصطفى الزرقا : (١/٥٣٧).

٤. وحرية في تحديد آثار العقد المسمى وتعديل نتائجه الأصلية بين الطرفين المتعاقدين باشتراك ما يشاءان من شروطٍ بحسب إرادتهما.<sup>١</sup>

وقد رأيت أن تقتصر دراستي على الجانب الأخير ، وهو سلطان الإرادة في إنشاء الشروط العقدية ؛ حيث إن الخلاف والجدل الفقهي الواقع في هذا الجانب ، هو الذي سبب كثيراً من الإشكالات المتعلقة بالعقود المعاصرة.

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ سلطان الإرادة في آثار العقد بحسب الاصطلاح القانوني الحديث: هو نظرية الشروط العقدية في اصطلاح فقهاءنا قديماً ، فإن طريق إرادة العاقدين إلى تعديل الآثار الأصلية للعقد المسمى بينهما ، إنما هي بالشروط التي يشترطانها في العقد ، إذ يضيف العاقدان بهذه الشروط إلى نتائج العقد حقوقاً والتزاماتٍ لم يكن ليقضيهما أصل العقد لو خلا عما اشترطاه فيه.<sup>٢</sup>

وموقف الفقه الإسلامي من هذا الجانب يختلف سعة وضيقاً باختلاف المذاهب الاجتهادية فيه ، حيث إنه قد ورد في الشريعة الإسلامية نصوص كثيرة تثبت للعقود المسماة التي أقرها الشرع آثاراً وأحكاماً والتزامات تربط الطرفين في كل عقد بحسب موضوعه ، كما أنه قد ورد نصوص عامة وخاصة مختلفة حول سلطة العاقدين في تعديل هذه الآثار التي قررتها النصوص للعقود : إما بالنقص منها أو بإضافة التزامات على أحد الطرفين المتعاقدين لا يستلزمها أصل العقد ، وذلك بشروط يشترطانها في التعاقد ، ومدى هذه السلطة.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> - المدخل الفقهي العام/ الزرقا: ٥٣٧/١.

<sup>٢</sup> - المرجع السابق: (٥٤٨/١).

<sup>٣</sup> - المرجع السابق: (٥٤٠/١).

ومن ذلك ما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)<sup>١</sup>  
وقوله صلى الله عليه وسلم (من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل)<sup>٢</sup>.

وري أيضاً عنه أنه (نهى عن بيع وشرط)<sup>٣</sup>  
وثبت في السنة العملية أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى في السفر من جابر بن عبد الله بغيراً ، وشرط جابر ظهره إلى المدينة.<sup>٤</sup>  
فهذه النصوص وأمثالها مما ورد في السنة عن مدى اعتبار الشروط العقدية تفيد ما يلي:

١. أن هناك شروطاً تعد ميداناً لإرادة العاقدين، أطلق فيه الشرع لإرادتهم سلطانها، ضمن حدود حقوقهم في أحكام والتزامات تثبت بالعقد مبدئياً ، ويعد العقد المسمى قائماً بين الطرفين على أساسها ما لم يشترط خلافها.
٢. أن هناك شروطاً ممنوعة شرعاً لا سلطان لإرادة العاقدين فيها لأنها تمس أحكاماً أساسية تعد من مقاصد الشريعة الإسلامية ونظامها العام.<sup>٥</sup>

وتوضيح ما يدخل تحت كل نوع من هذه الشروط هو موضوع بحثنا إن شاء الله .

---

<sup>١</sup> - أخرجه الترمذي (١٣٥٢) كتاب أبواب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس. وقال حديث حسن صحيح ، وأخرجه ابن حبان في صحيحه: (٥٠٩١) وقال الألباني: وجملته القول أن الحديث بمجموع طرقه يرتقي لدرجة الصحيح لغيره ، وإن كان في بعضها ضعف شديد ، فسائر ما يصلح للاستشهاد به. (إرواء الغليل: ١٤٥/٥).

<sup>٢</sup> - أخرجه البخاري (٢٧٢٩) كتاب الشروط ، باب الشروط في الولاية . ومسلم (١٥٠٤) كتاب العتق.

<sup>٣</sup> - أخرجه الطبراني في الأوسط برقم (١٥٥٤) قال ابن حجر: وهو عند أهل السنن وابن حبان والحاكم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: "لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع". (تلخيص الحبير: ٢٧/٣-٢٨) قلت: وقد حسنه الشيخ الألباني بهذا اللفظ. (إرواء الغليل: ١٤٧/٥).

<sup>٤</sup> - أخرجه البخاري (٢١٤١) كتاب الشروط ، باب إذا شرط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز.

<sup>٥</sup> - المنخل الفقهي العام/ الزرقا: ٥٤٥/١.

## أهمية الموضوع وأسباب اختياره :

إن من أعظم الأسباب التي تعين على فهم المسائل الفقهية والنظامية ، هو أن ترد المسائل الفرعية إلى الأصول الكلية والنظريات العامة الأساسية التي يشترك في العلاقة بكل منها كثير من الأبواب كنظرية الملكية ، ونظرية العقد والشروط العقدية ، ونظرية الضمان ، ونظرية العرف ، ونظرية الأهلية ، ونحو ذلك ، وقد أشار إلى ذلك القرافي<sup>١</sup> رحمه الله حيث قال " من ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات"<sup>٢</sup> وقال الزركشي<sup>٣</sup> "فإن ضبط الأمور المتناثرة المتعددة في القوانين المتحدة هو أدعى لحفظها وأدعى لضبطها"<sup>٤</sup>

وتعد نظرية " سلطان الإرادة العقدية " من أهم النظريات الفقهية ؛ لدخولها في كثير من أبواب المعاملات المعاصرة ، و لكثرة التطبيقات الواردة عليها في مجال العقود المالية.

ومما يبين أهمية هذه النظرية أن التطور الكبير الذي شمل جميع مجالات الحياة المعاصرة، أدى إلى أن باتت العقود المسماة في الفقه الإسلامي غير كافية للوفاء بحاجات الناس ومتطلباتهم ، وصارت الحاجة ملحة لتعديل آثار هذه العقود بما يتفق مع متطلبات الحياة ، لذا كان من الأهمية بمكان دراسة مدى سلطان الإرادة العقدية في تحديد آثار العقد المسمى وتعديل نتائجه الأصلية بين الطرفين المتعاقدين باشتراط ما يشاءان من شروط بحسب إرادتهما.

ولقد رأيت أن تكون هذه الدراسة مقارنةً بين الشريعة والقانون الوضعي ، وذلك ليتضح للقارئ الكريم ما في الشريعة الإسلامية من مزايا ،

<sup>١</sup> - أحمد بن إدريس القرافي ، شهاب الدين أبو العباس ، فقيه أصولي ، من علماء المالكية ، له مصنفات كثيرة منها : "الذخيرة" ، "الفروق" توفي عام: ٦٨٤هـ (الديباج المذهب: ٢٣٦/١)

<sup>٢</sup> - الفروق / للقرافي ٣/١

<sup>٣</sup> - محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي ، فقيه شافعي ، من مصنفاته "البحر المحيط" ، "المنثور" توفي عام : ٧٩٤هـ (شذرات الذهب: ٢٣٥/٦).

<sup>٤</sup> - المنثور في القواعد/ للزركشي ٦٥/١.

ومرونة منضبطة، ومبادئ خالدة ، تفوق جميع النظريات القانونية الحديثة ،  
وتؤكد كون الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان.

### مشكلة البحث:

ورد في الشريعة الإسلامية نصوص تثبت للعاقدين سلطة في اشتراط ما يشاءان من أنواع الشروط العقدية، مثاله؛ ما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال (المسلمون على شروطهم) <sup>١</sup> ، وكقصة شراء الرسول صلى الله عليه وسلم جمل جابر في السفر واشتراط جابر ظهره إلى المدينة. <sup>٢</sup>  
بينما ورد في الشريعة نصوص أخرى توضح أن هناك شروطاً ممنوعة لا يجوز للعاقدين اشتراطها لأنها تمس أحكاماً أساسية تعد من مقاصد الشريعة الإسلامية ونظامها العام.  
وقد اختلفت أنظار الفقهاء رحمهم الله في تحديد ما يدخل تحت كل نوع من هذه الشروط ، ما بين مضيق وموسع ، وبسبب هذا الاختلاف حدث الإشكال في كثير من العقود المعاصرة.  
كما اختلفت آراء القوانين المدنية وشراحها في ذلك ، ولذا سأحاول جاهداً المقارنة بين الفقه والقوانين المدنية في هذه الجزئية ، مبيناً سبق الشريعة وتميزها في تحديد آثار العقد وتعديل نتائجه ومحاولاً توضيح موقف النظام السعودي من مبدأ حرية الشروط العقدية، وذلك من خلال النظر في النصوص النظامية الواردة في هذا الشأن.

<sup>١</sup> - سبق تخريجه: ٣

<sup>٢</sup> - سبق تخريجه: ٣

## تساؤلات وإشكالات:

تتلخص أهم الإشكالات التي يعالجها هذا البحث فيما يلي :

س/ ما مدى سلطان إرادة العاقدین في إنشاء الشروط العقدية، المتضمنة لبعض التعديل في آثار العقد.

س / ما مدى سلطان إرادة العاقدین في تعديل آثار العقود المسماة وتعديل أحكامها الأصلية في حقوقهما الخاصة.

س/ ما موقف النظام السعودي من مبدأ حرية الشروط العقدية.

## الدراسات السابقة :

لم يتضح لي بعد البحث الجاد في عددٍ من المكتبات ، كمكتبة المعهد العالي للقضاء، ومكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ومكتبة معهد الإدارة العامة ، ومكتبة الملك فيصل للبحوث والدراسات ، وجود رسالة علمية تناولت هذا الموضوع بشكل مستقل ، إلا أنني وجدت بعض الكتب التي تناولت مبدأ سلطان الإرادة العقدية أثناء الكتابة عن نظرية العقد ، ومن أهمها ما يلي :

١. المدخل الفقهي العام : الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا.
- حيث تناول رحمه الله في الفصل الحادي والأربعين والثالث والأربعين من الكتاب بيان مدى سلطان الإرادة العقدية في الاجتهادات الإسلامية والفقهاء الأجانب، وهو أكثر الكتب التي استندت منها في هذا الموضوع .
٢. نظرية العقد : الأستاذ عبدالرزاق السنهوري ، فقد تناول رحمه الله في كتابه مبدأ سلطان الإرادة في القانون من حيث نشأته وتطوره وفلسفته وحدوده ونحو ذلك.
٣. الوسيط في شرح القانون المدني : الأستاذ عبدالرزاق السنهوري.
٤. المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية : الأستاذ عبدالكريم زيدان.

حيث بين الشيخ حفظه الله في الفصل السابع من الكتاب أراء الفقهاء  
في مدى سلطان الإرادة العقدية في إنشاء الشروط والعقود في الفقه  
الإسلامي.

## منهج البحث :

### إجراءات البحث :

في إعداد البحث أتبع الخطوات الآتية :

١. البدء في كل مسألة بالفقه الإسلامي مبينا آراء الفقهاء ، وأبسط الخلاف إن وجد ، وأقوم بالترجيح ، ثم أقارن المسألة بما قررته القوانين المدنية العربية وشرحها ، ثم أعقد مقارنة بين الفقه والنظام.
٢. جمع المادة العلمية من مصادرها الأصلية .
٣. صياغة البحث بأسلوب علمي دقيق واضح.
٤. العناية بالتعريف بالألفاظ الغريبة والمصطلحات العلمية الواردة في البحث.
٥. توثيق النصوص والمنقولات من مصادرها ، وتوثيق الآراء والأفكار ونسبتها إلى أصحابها.
٦. عزو الآيات القرآنية الكريمة ، وتخريج الأحاديث والآثار من دواوينها ، مع الحكم عليها.
٧. العناية بالمسائل الخلافية ، بتحرير محل الخلاف وسببه أولاً ، ثم ذكر الأقوال بأدلتها ومناقشتها ثم الترجيح .
٨. المقارنة بين الفقه والنظام.
١٠. ترجمة الأعلام غير المشهورين .
١١. التزام علامات الترقيم المتعارف عليها .
١٢. الالتزام بالخطة المعتمدة من القسم .
١٣. وضع خاتمة في نهاية البحث تتضمن نتائج البحث والتوصيات المناسبة.
١٤. عمل الفهارس اللازمة.



١٥. إخراج البحث وطباعته وفق تعليمات القسم والنموذج المعتمد .
١٦. بيان وجه الدلالة من الأدلة مع التوثيق.
١٧. إتباع التوثيق العلمي في التهميش.
١٨. الالتزام بمناهج البحث العلمي ومن ضمنها ما ذكر.

## **مخطط البحث :**

### **مقدمة:**

وتشتمل على مقدمة عامة وأهمية الموضوع وأسباب اختياره ومشكلة البحث والدراسات السابقة ومخطط البحث ومنهجه وأهم المراجع.

**التمهيد وفيه أربعة مطالب :**

- المطلب الأول: تعريف مصطلحات عنوان البحث.
- المطلب الثاني: أساس مبدأ سلطان الإرادة.
- المطلب الثالث: نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة في القانون.
- المطلب الرابع: نتائج مبدأ سلطان الإرادة العقدية.

**سلطان الإرادة في إنشاء الشروط العقدية في الفقه والقانون.**

**المبحث الأول : التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية.**

**المطلب الأول : التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية في الفقه الإسلامي.**

**المطلب الثاني: أنواع الشروط عند المضيقين من نطاق حرية الشروط العقدية.**

- الفرع الأول : أنواع الشروط عند الحنفية.
- الفرع الثاني: أنواع الشروط عند المالكية.
- الفرع الثالث: أنواع الشروط عند الشافعية.

**المطلب الثالث :** التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية في القانون.

**المطلب الرابع :** المقارنة بين الفقه والنظام في التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية.

**المبحث الثاني :** التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية.  
**المطلب الأول :** التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية في الفقه الإسلامي.

**المطلب الثاني:** أنواع الشروط عند الموسعين من نطاق حرية الشروط العقدية.

الفرع الأول : أنواع الشروط عند الحنابلة.  
**المطلب الثالث :** التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية في القانون  
**المطلب الرابع :** المقارنة بين الفقه والنظام في التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية.

**المبحث الثالث:** موقف النظام السعودي من حرية الشروط العقدية.

**المطلب الأول:** النصوص النظامية الواردة في حرية الشروط العقدية.  
**المطلب الثاني :** الأصل العام المتحصل من النظر في النصوص السابقة.  
**المطلب الثالث:** التطبيقات القضائية لمبدأ سلطان الإرادة.

**الخاتمة والتوصيات.**

**المصادر والمراجع.**

**الفهارس.**

## المبحث التمهيدي:

المطلب الأول : التعريف بمصطلحات عنوان البحث:

الفرع الأول :تعريف العنوان باعتبار مفرداته:

### أولاً سلطان الإرادة في اللغة:

السُّلْطَانُ قُدْرَةُ الْمَلِكِ ، يذكر ويؤنث . وقال الليث السُّلْطَانُ قُدْرَةُ الْمَلِكِ ، وقُدْرَةُ مَنْ جُعِلَ لَهُ ذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَلِكًا ، كَقَوْلِكَ قَدْ جُعِلْتَ لَهُ سُلْطَانًا عَلَى أَخْذِ حَقِّي مِنْ فُلَانٍ ، والنون في السلطان زائدة لأن أصل بنائه سليط.<sup>١</sup>  
والإرادة في اللغة: لغة: مصدر الفعل أراد، وأراد الشيء: شاءه، وأراده: أحبه.<sup>٢</sup>

### ثانياً الشرط:

الشَّرْطُ لغةً : إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، والجمع شروط. والشَّرْطُ بالتحريك: العلامة ، والجمع أشرط ، وأشرط الساعة: أعلامها، وهو منه ، وفي التنزيل العزيز (فقد جاء أشرطها). والاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم، ومنه سمي الشَّرْطُ ؛ لأنهم جعلوا لأنفسهم علامةً يعرفون بها<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> - لسان العرب/ ابن منظور : ٣٢٧/٦.

<sup>٢</sup> - المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، : ٣٩٤/١. دار المعارف ، ط ٣.

<sup>٣</sup> - لسان العرب/ ابن منظور : ٣٢٩/٧.

**والشرط في الاصطلاح:** هو ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.<sup>١</sup>

### **شرح التعريف:**

**ما يلزم من عدمه العدم:** أي يلزم من عدم الشرط عدم المشروط ، فخرج بذلك المانع ؛ لأنه لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم ، كالدين في الزكاة.

**ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم:** أي لا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط ، ولا عدم وجوده ، فخرج بذلك السبب ؛ لأنه يلزم من وجوده الوجود لذاته، كملك النصاب سبب لوجوب الزكاة.

**لذاته:** احتراز من مقارنة الشرط وجود السبب ، فيلزم الوجود ، أو مقارنة الشرط قيام المانع ، فيلزم العدم لكن لا لذاته.<sup>٢</sup>

### **ثالثاً: تعريف العقد:**

**العقد لغة :** نقيض الحل ، وهو من الشد والربط ، والعقد العهد.<sup>٣</sup>

**فالعقد في اللغة** يراد به أمران:

---

<sup>١</sup> - شرح الكوكب المنير/ ابن النجار : ٤٥٢/١ .

<sup>٢</sup> - المرجع السابق : ٤٥٢/١ .

<sup>٣</sup> - لسان العرب/ ابن منظور : ٣٠٩/٩ .

الأول: يفيد الجمع بين أطراف الشيء وربطها ، وضده الحل ، ومن معنى الربط الحسي بين طرفي الحبل ، أخذت الكلمة للربط المعنوي بين الكلامين.

الأمر الثاني: ويطلق بمعنى إحكام الشيء وتقويته ، ومن معنى الإحكام والتقوية الحسية ، أخذت اللفظة ، وأريد بها العهد ، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق ، والضمان ، وكل ما ينشئ التزاماً<sup>١</sup>.

### ويعرف العقد قانوناً:

هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ، سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء التزام ، أو نقله ، أو إنهاؤه<sup>٢</sup>.

مثال إنشاء التزام عقد البيع ، فهو ينشئ التزامات في جانب البائع ، وأخرى في جانب المشتري.

مثال نقل التزام الحوالة ، فهي تنقل الحق من الدائن إلى شخص آخر يحل محله.

مثال تعديل الالتزام الاتفاق على مد أجل الالتزام أو إضافة شرط له<sup>٣</sup>.

---

<sup>١</sup> - الملكية ونظرية العقد/ الشيخ محمد أبو زهرة : ١٧٣.

<sup>٢</sup> - نظرية العقد /عبدالرزاق السنهوري : ٨١/١.

<sup>٣</sup> - المرجع السابق : ٧٩/١.

**وأما تعريف العقد في الفقه الإسلامي فهو :**

ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المحل.<sup>١</sup>

**شرح التعريف:**

**ارتباط:** أي أن العقد ارتباط بين شخصين لتوافق إرادتهما ، وطريقة

التعبير عن هذه الإدارة: هو ما يسمى بالإيجاب والقبول.

**الإيجاب:** هو أول بيان يصدر من أحد المتعاقدين معبراً عن جزم إرادته في إنشاء العقد.

**القبول:** هو ما يصدر من الطرف الآخر بعد الإيجاب ، معبراً عن جزم موافقته عليه.

**على وجه مشروع:** أي أن يتطابق الإيجاب والقبول بالشروط الشرعية.

**يثبت أثره:** أي الأثر المقصود من العقد ، الذي شرع العقد من أجله.

**المحل:** هو المعقود عليه ، وهو في كل عقد بحسبه.<sup>٢</sup>

---

<sup>١</sup> - المدخل الفقهي العام / مصطفى الزرقا : ٣٨٢/١.

<sup>٢</sup> - المدخل الفقهي العام/ الزرقا: (٣٨٢/١) وما بعدها. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية / محمد أبو زهرة: (١٧٣) وما بعدها .

## الفرع الثاني تعريف العنوان باعتباره مركباً إضافياً.

يتكون عنوان البحث من جملتين مركبتين ، الجملة الأولى (سلطان الإرادة) ، والجملة الثانية (إنشاء الشروط العقدية) وسوف تناول فيما يلي توضيح معنى كلا من هاتين الجملتين.

**أولاً: معنى سلطان الإرادة:**

هو حرية إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجه ، وحدود تلك الحرية ، أي مدى اعتبارها في نظر الشرع.

ويتعلق هذا المبدأ بأربع نواحي:

**الأولى:** حرية العاقد في أصل العقد.

**الثانية:** حريته في إنشاء العقود والالتزامات بمجرد التراضي.

**الثالثة:** حريته في إنشاء ما يشاء من أنواع العقود في حدود حقوقه

الشخصية مهما كان موضوعها.

**الرابعة:** حريته في تحديد آثار العقد وتعديل نتائجه الأصلية بين

الطرفين المتعاقدين باشتراط ما يشاءان من أنواع الشروط بحسب إرادتهما.<sup>١</sup>

---

<sup>١</sup> - المدخل الفقهي العام / مصطفى الزرقا : ١/ ٥٣٧. ٥٣٨.



### ثالثاً: تعريف الشروط العقدية:

هو الشرط الذي ينشئه المكلف بإرادته في بعض عقودہ والتزاماته.<sup>١</sup>  
أو هو ما كان مصدر اشتراطه المكلف أو العاقد ليحقق له رغبةً وقصداً خاصاً في العقد فيجعل العقد مقترناً به أو معلقاً عليه.<sup>٢</sup>  
ويسمى هذا النوع الشرط الجعلي ، وقد سمي جعلياً لأن الأمر الذي صار شرطاً للالتزام لم تكن له هذه الصفة شرعاً ، وإنما جعله الشخص شرطاً معلقاً عليه في أمر كان له فيه حق التنجيز والتعليق.<sup>٣</sup>

---

<sup>١</sup> - المدخل الفقهي العام : ٣٩٤/١. الشروط التعويضية / عياد الغزوي : ٤٣/١.

<sup>٢</sup> - ضوابط العقود/ محمود البعلي : ٢٨٥.

<sup>٣</sup> - المدخل الفقهي العام / مصطفى الزرقا : ٣٩٤/١. الموسوعة الفقهية الكويتية: ٦/٢٦.

## المطلب الثاني :

### أساس مبدأ سلطان الإرادة في القانون.

يرى أنصار هذا المبدأ أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية.<sup>١</sup>

وذلك بسبب مغالاتهم في وجوب حماية الحرية الفردية ، فالفرد عندهم هو الدائرة التي يدور حولها القانون، فلا يجوز إغفاله أو إغفال مصالحه بحجة رعاية مصلحة المجتمع ، فالمجتمع وجد لخدمة الفرد وليس العكس. فكل ما في المجتمع يجب أن يسخر لخدمة الفرد وسعادته ، ووسيلة المجتمع في ذلك هو ما يضعه من قواعد (أي القانون) لتحقيق هذه الغاية، وبهذا الطريق وحده تتحقق مصلحة الفرد ، وتحقق أيضاً مصلحة المجتمع ؛ لأن مجموع مصالح الأفراد تساوي مصلحة المجتمع. ويجب أن يقتصر دور القانون في نظر هذا المذهب على تنظيم حريات الأفراد بحيث لا تصطدم بحريات الآخرين.<sup>٢</sup>

ويترتب على هذه النظرية إطلاق حرية الأفراد في كافة العقود والالتزامات ، وجعل الإرادة هي أساس الالتزام في العقد ، وهذا ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة.

---

<sup>١</sup> - نظرية العقد/ عبالرزاق السنهوري : ٨٦/١.  
<sup>٢</sup> - نظرات في الشريعة الإسلامية/ عبدالكريم زيدان : ١٩.

## المطلب الثالث:

### نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة في القانون.

لم يكن مبدأ سلطان الإرادة معروفاً في العصور القديمة ، بل كانت العقود شكلية محضة تحوطها أوضاع معينة من ألفاظ وإشارات وكتابة ، واستمر الوضع على ذلك أوائل القرون الوسطى ، ثم أخذ مبدأ سلطان الإرادة يظهر ويقوى شيئاً فشيئاً ، متأثراً ببعض العوامل الاقتصادية والسياسية ، ولما جاء القرن السابع عشر ، وانتشرت خلال تلك الفترة بعض النظريات الفلسفية المشبعة بالروح الفردية ، أصبح سلطان الإرادة ثابتاً مقررأ ، وصارت الإرادة الحرة للفرد هي الأساس في إنشاء العقود والالتزامات. وفي القرن التاسع عشر قامت الصناعات الكبيرة ونظمت طبقات العمال مما أدى إلى انتشار الروح الاشتراكية في وجه المذهب الفردي ، الأمر الذي ترتب عليه انتكاس مبدأ سلطان الإرادة.<sup>١</sup>

حيث هاجم رجال المذهب الاشتراكي النظرية التي بني عليها مبدأ سلطان الإرادة ، وفندوها برود متينة قوية ، لكنه لم يلبث إلا أن استعاد اعتباره على أسس جديدة . وهكذا تردد مبدأ سلطان الإرادة بين جزر ومد ، وأخذ ورد ، وانتكاس وانتعاش ، حتى استقر أخيراً على تلك النظرية التي تقضي بأن السلطان الأصلي في إنشاء العقد وفي تحديد التزاماته إنما هو لإرادة العاقدين ، ولكن في حدود معينة يحددها التشريع وفقاً للمصالح

---

١ - الوجيز في النظرية العامة للإلتزام/ للسهنوري ، ص : (٣٠) وما بعدها. نظرية العقد/ للسهنوري ، ص : (٨٧) وما بعدها.

الفردية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية. وهذه الحدود والقيود التي يقيد بها التشريع مبدأ سلطان الإرادة تختلف باختلاف أنواع الحقوق والعقود وموضوعاتها.<sup>١</sup>

وذلك على النحو الذي سأوضحه في المطلب التالي إن شاء الله.

---

<sup>١</sup> - المدخل الفقهي العام / مصطفى الزرقا ٥٨٦/١ وما بعدها.

## المطلب الرابع:

### النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة.

أذكر هنا النتائج التي انتهى إليها الباحثون في هذا الموضوع في العصر الحديث ، والتي تكاد تكون محل اتفاق بينهم.

#### أولاً : دائرة القانون العام<sup>١</sup>

ليس للإرادة سلطان في مجال القانون العام ، وذلك لأن الروابط الاجتماعية التي ينظمها هذا القانون إنما تحددها المصالح العامة لا إرادة الأفراد.<sup>٢</sup>

#### ثانياً : القانون الخاص<sup>٣</sup>

في عقود الزواج وقوانين الأسرة عموماً ينحصر دور سلطان الإرادة جداً ، بحيث يقتصر دوره على أصل التعاقد ووضع بعض الشروط التي تكون لمصلحة أحد المتعاقدين بما لا يخالف النظام العام للأسرة.<sup>٤</sup>

---

<sup>١</sup> - القانون العام : هو مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سيادة ، أي باعتبارها شخصاً معنوياً عاماً ، فهو يعرض لتنظيم الدولة وعلاقاتها بغيرها من الدول ، ويبين كيفية إدارة المرافق العامة ، والمحافظة على النظام العام والأمن داخل الدولة ( المدخل لدراسة الأنظمة / الدكتور عبدالرزاق الفحل ، ومجموعة من أعضاء هيئة التدريس بجامعة الملك عبدالعزيز بقسم الأنظمة : "٤٠").

<sup>٢</sup> - التصرف الإرادي والإرادة المنفردة / الشيخ علي الخفيف : ٥.

<sup>٣</sup> - القانون الخاص : هو مجموعة القواعد القانونية التي لا تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سيادة ، فهو يحكم علاقات الأفراد بعضهم مع بعض كما يحكم علاقات الدولة مع الأفراد باعتبارها شخصاً معنوياً خاصاً (المدخل لدراسة الأنظمة / الدكتور عبدالرزاق الفحل ، ومجموعة من أعضاء هيئة التدريس بجامعة الملك عبدالعزيز بقسم الأنظمة : "٤٠").

<sup>٤</sup> - التصرف الإرادي والإرادة المنفردة/ الشيخ علي الخفيف: ٥ . والمدخل الفقهي العام/ الزرقا : (٥٨٦/١).

أما فيما يتعلق بالأموال فإن دور سلطان الإرادة يزداد وينشط ، لكنه في مجال الحقوق العينية أضيق منه في مجال الحقوق الشخصية<sup>١</sup>، وبيان ذلك أن الإرادة العقدية لا تستطيع أن تحدث حقوقاً عينية لم يعرفها الفقه والنظام، كما أن الفقه والنظام في الغالب هو الذي يتولى تحديد آثار العقود في الحقوق العينية. وأما الحقوق الشخصية فإنها الميدان الأوسع لمبدأ سلطان الإرادة ضمن حدود الآداب العامة والنظام العام ، والنصوص النظامية الخاصة عندما تكون آمرة بحكم إلزامي<sup>٢</sup>.

---

<sup>١</sup> - الحق العيني: هو سلطة مباشرة على عين مالية معينة كحق الملكية وحق الانتفاع ونحو ذلك. والحق الشخصي: مطلب يقره الشرع لشخص على آخر كالعقد وحق النفقة ونحو ذلك (المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي/ مصطفى الزرقا: ٢٦-٢٧)

<sup>٢</sup> - التصرف الفردي والإرادة المنفردة/ الشيخ علي الخفيف: (٥. ٦) . المدخل الفقهي العام/ الزرقا : (٥٨٦/١)

## المبحث الأول:

### التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية

**المطلب الأول :التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية في  
الفقه الإسلامي.**

قد جعل الشارع العقود أسباباً مفضيةً لآثارها ، فإذا وقع العقد بإرادة  
العائد ترتب عليه أثره الذي جعله الشارع ، والشرط في العقد من شأنه أن  
يزيد أو ينقص هذه الآثار ، فما مدى سلطة العائد في تعديل هذه الآثار بما  
يشترطه من شروط؟<sup>١</sup>

#### تحرير محل النزاع

اتفق الفقهاء على جواز اشتراط كل ما دل الشرع على جوازه بالكتاب  
أو السنة أو الإجماع.

واتفقوا على تحريم كل شرط دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو  
إجماعاً ، كأن يحل حراماً أو يحرم حلالاً أو يؤدي إلى الربا أو الغرر.

واختلفوا فيما سوى ذلك من الشروط مما لم يرد النص بجوازه ولا  
تحريمه ، وهو مما يجوز فعله أو تركه بدون الشرط ،<sup>٢</sup> ، وذلك على  
التفصيل الآتي:

<sup>١</sup> - الشروط التعويضية في المعاملات المالية / د عياد الغنزي : ( ٥٣/١ )  
<sup>٢</sup> - القواعد النورانية / شيخ الإسلام ابن تيمية : ٢٦٤ وما بعدها. المحلى / ابن حزم : ٤١٢/٨ .

**القول الأول:** يرى أكثر الفقهاء من الحنفية والشافعية والظاهرية وكثير من المالكية وبعض الحنابلة بأن الأصل في الشروط العقدية الحظر ، إلا ما ورد الشرع بإجازته.<sup>١</sup>

ويرون أن لكل عقد أحكاماً أساسية تسمى (مقتضى العقد) نص عليها الشرع مباشرة أو استتبطها الاجتهاد الفقهي ، وليس للعاقدين أن يشترطاً شروطاً تخالف هذا المقتضى.<sup>٢</sup>

فسلطان الإرادة من وجهة هذه النظر مقتصر بصفة عامة على إنشاء العقد وتكوينه ، أما آثار العقد فهي من وضع الشارع الذي رتب المسببات على الأسباب ، فالعقد سبب شرعي لقيام نتائج معينة أرادها الشارع في جملة ما أراد من أجل تنظيم شؤون العباد على أساس من العدل.<sup>٣</sup>

**القول الثاني:** أن الأصل في العقود الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، نصاً أو قياساً. وأصول أحمد المنصوصة عنه : أكثرها يجري على هذا القول. ومثله مذهب شريح القاضي<sup>٤</sup> ، وعبدالله بن شبرمة الكوفي<sup>١</sup> ، وبعض فقهاء المالكية.<sup>٢</sup>

---

<sup>١</sup> - بدائع الصنائع / الكاساني : (١٦٩/٥) وما بعدها. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٦٤/٣) وما بعدها. روضة الطالبين/النووي : (٦٦/٣) وما بعدها. المغني/ ابن قدامة المقدسي: (٣٢٣/٦) وما بعدها. القواعد النورانية /شيخ الإسلام أحمد بن تيمية: ٢٦٤.  
<sup>٢</sup> - المدخل الفقهي العام/الزرقا: (٥٤٩/١).

<sup>٣</sup> - النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون/الدكتور بهاء الدين العلايلي: ٩١ / ١.  
<sup>٤</sup> - شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، يقال له صحبة ولم يصح فهو أسلم زمن النبي صل الله عليه وسلم وانتقل من اليمن زمن الصديق ، قاضي الكوفة ، توفي سنة ٧٨ (سير أعلام النبلاء : ١٠٠/٤)



ومقتضى هذا القول: حرية العقود أنواعاً وشروطاً ، ووجوب الوفاء بل ما يلتزمه العاقدان ويشترطانه ، ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط معين ، فعندئذ يمتنع بخصوصه ، على خلاف القاعدة ، ويعد الاتفاق عليه باطلاً ، كالتعاقد على الربا أو الشروط التي تحل حراماً أو تحرم حلالاً.<sup>٣</sup>

### أدلة القول الأول:

#### الدليل الأول:

حديث عائشة رضي الله عنها قالت : " جاءتني بريرة فقالت: إني كاتبته أهلي على تسع أواقٍ ، في كل عام أوقيةً ، فأعينيني ، فقالت عائشة : إن أحب أهلك أن أعدها لهم عددها ، ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها ، فقالت لهم ذلك ، فأبوا عليها ، فجاءت من عند أهلها ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس ، فقالت: إني عرضت ذلك عليهم ، فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم ، فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألها النبي فأخبرته عائشة ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: ( خذيها واشترطي لهم الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق ) ، ففعلت عائشة ، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس ، فحمد الله وأثنى عليه ، ثم

---

<sup>١</sup> - عبدالله بن شبرمة الضبي الإمام العلامة فقيه العراق قاضي الكوفة وثقة أحمد بن حنبل وابن أبي حاتم كان من أئمة الفروع ، وأما الحديث فلم يكن مكثرًا منه ، توفي سنة ١٤٤ هـ (سير أعلام النبلاء: ٣٤٧)  
<sup>٢</sup> - المغني/ابن قدامة المقدسي: ٣٢٤/٦. القواعد النورانية/ ابن تيمية: ٢٦٨  
<sup>٣</sup> - المدخل الفقهي العام/ الزرقا: ٥٥٣/١.

قال: ( أما بعد ، فما بال رجالٍ يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق )<sup>١</sup> خرجاه في الصحيحين.

وعن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما : "أن عائشة أم المؤمنين أرادت أن تشتري جارية لتعتقها ، فقال أهلها : نبيعها لك على أن ولاءها لنا ؟ فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا يمنعك ذلك فإنما الولاء لمن أعتق"<sup>٢</sup>

### وجه الدلالة:

أن كل شرط ليس في القرآن ولا في الحديث ولا في الإجماع ، فليس في كتاب الله ، بخلاف ما كان في السنة أو في الإجماع ، فإنه في كتاب الله بواسطة دلالاته على إتباع السنة والإجماع ، ومن قال بالقياس وهم الجمهور . قالوا : إذا دل على صحته القياس المدلول عليه بالسنة ، أو بالإجماع المدلول عليه بكتاب الله فهو في كتاب الله.<sup>٣</sup>

قال النووي<sup>٤</sup> "قوله : (كل شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ) صريح في إبطال كل شرطٍ ليس له أصل في كتاب الله

---

<sup>١</sup> - أخرجه البخاري (٢٧٢٩) كتاب الشروط ، باب الشروط في الولاء . ومسلم (١٥٠٤) كتاب العتق.

<sup>٢</sup> - أخرجه البخاري (٢٥٦٢) كتاب المكاتب ، باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله . ومسلم (١٥٠٤) كتاب العتق.

<sup>٣</sup> - القواعد النورانية / شيخ الإسلام ابن تيمية : ٢٦٧.

<sup>٤</sup> - يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي ، محي الدين ، أبوزكريا ، شيخ الإسلام ، أحد العلماء العباد ، له مصنفات عظيمة نافعة في الفقه والحديث منها: "المجموع شرح المذهب - لم يكتمل" و"شرح صحيح مسلم" مات سنة: ٦٧٦ هـ (طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي: ١٦٥/٥).

تعالى ومعنى قوله (وإن كان مائة شرط) أنه لو شرط مائة مرة توكيداً فهو باطل".<sup>١</sup>

### مناقشة الدليل الأول:

ويجاب عن ذلك بأن معنى قوله (ليس في كتاب الله) أي يخالف كتاب الله ، والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك "كتاب الله أحق وشرط الله أوثق" أي كتاب الله أحق من هذا الشرط ، وشرط الله أوثق منه ، وهذا إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه ، بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى. وأما إذا كان المشروط مما لم يحرمه الله ، فلم يخالف كتاب الله وشرطه ، حتى يقال "كتاب الله أحق وشرط الله أوثق".<sup>٢</sup> وهذا التفسير هو الذي رجحه الإمام البخاري رحمه الله في صحيحه، حيث ترجم لهذا الحديث بقوله (باب المكاتب ، وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله)

ثم أخرج فيه تعليقاً عن ابن عمر أو عمر (أي على سبيل على التردد) قوله : كل شرطٍ خالف كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط.<sup>٣</sup> قال في فتح الباري : "وهنا أراد تفسير قوله (ليس في كتاب الله) وأن المراد به ما خالف كتاب الله ثم استظهر على ذلك بما نقله عن عمر أو ابن عمر"<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> - شرح النووي على مسلم : ٤/١١١.١١٠.

<sup>٢</sup> - القواعد النورانية/ شيخ الإسلام ابن تيمية ، ٢٩٢.

<sup>٣</sup> - صحيح البخاري : كتاب الشروط ، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله .

<sup>٤</sup> - فتح الباري/ ابن حجر العسقلاني : ٥/٣٣.

## الدليل الثاني:

حديث عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"<sup>١</sup>

## وجه الدلالة:

أن هذا نص صريح على بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه.<sup>٢</sup>

## مناقشة الدليل الثاني:

ويجاب عنه: بأن العقود والشروط هي من باب الأفعال العادية ، والأصل فيها عدم التحريم حتى يدل دليل عليه ، كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى ( وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ) [الأنعام: ١١٩] عام في الأعيان والأفعال ، وإذا لم تكن حرماً لم تكن فاسدة ؛ لأن الفساد إنما ينشأ عن التحريم ، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة.<sup>٣</sup> ومما يؤكد كون العقود من الأفعال العادية ، أنها كانت موجودة قبل ورود الشرع ، فلما جاء الشرع أقر ما كان صالحاً منها وحرّم ما كان ضاراً ، وبين لها الحدود وفصل لها الأحكام ، فأقر كثيراً من عقود المعاوضات المالية، كالبيع ، والإجارة وغيرها ، وحرّم منها أنواعاً أخرى ، لما تحويه من

<sup>١</sup> - أخرجه مسلم : (١٧١٨) كتاب الأقضية.

<sup>٢</sup> - الإحكام في أصول الأحكام/ ابن حزم : ٦١٥/٥.

<sup>٣</sup> - القواعد النورانية / شيخ الإسلام ابن تيمية : ٢٨٤.

الخداع والغرر. ومن هذا يتبين أن العقود إنما شرعت للحاجة والمصلحة لا لمحض العبادة.<sup>١</sup>

### الدليل الثالث:

عن عبدالله بن عمرو بن عمرو بن العاص قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم تضمن ولا تبع ما ليس عندك"<sup>٢</sup>

### وجه الدلالة:

أن هذا الحديث نص على عدم جواز الجمع بين الشرط والبيع ، ويقاس على البيع سائر العقود الأخرى ، لكنهم يحملون ذلك على الشرط الذي يخالف مقتضى العقد ، لأنه ورد في نصوص أخرى جواز اشتراط بعض الشروط كقوله: "من باع عبداً وله مال فماله للبائع ألا أن يتشترط المبتاع"<sup>٣</sup> ، ويوجهون ذلك : بأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد يؤدي إلى الوقوع في الجهالة والغرر ، مثاله : لو اشترى ثوباً بعشرة دراهم ، واشترط على البائع خياطته ، فإن الثمن (عشرة دراهم) تنقسم على الثوب

---

<sup>١</sup> - أحكام المعاملات الشرعية/الشيخ علي الخفيف : ٢٢٥. ٢٢٦.

<sup>٢</sup> - أخرجه أبو داود : (٣٥٠٤) كتاب البيوع ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده . وأخرجه الترمذي : (١٢٣٤) كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده . وحسنه الشيخ الألباني (إرواء الغليل: ١٤٧/٥).

<sup>٣</sup> - أخرجه البخاري : (٢٣٧٩) كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل.

وعلى أجرة الخياطة ، ولا يدري حينئذ كم حصة الثوب من حصة الإجارة ،  
فصار الثمن مجهولاً.<sup>١</sup>

### مناقشة الدليل الثالث:

ويجاب ذلك بأن العلماء قد اختلفوا في تفسير هذا الحديث خلافاً  
واسعاً، ولعل الأقرب في تفسيره: أن المراد بالشرطين في البيع ، هو  
البيعتان في بيعة ، فإنه إذا باعه السلعة بمائة مؤجلة ، ثم اشتراها منه  
بثمانية حالة ، فقد باع بيعتين في بيعة ، وهي مسألة العينة.<sup>٢</sup>

وهذا التفسير هو الذي رجحه ابن القيم رحمه الله حيث قال  
:الشرطان في بيع فُسِّرَ بقول البائع: خذ هذه السلعة بعشرة نقداً وأخذها  
منك بعشرين نسيئة ، وهي مسألة العينة بعينها ، وهذا هو المعنى المطابق  
للحديث ، وإذا أدركت أن يتضح لك المعنى فتأمل نهيه عن: بيعتين في بيعة  
، وعن سلف وبيع ، وعن شرطين في بيع. فكلا الأمرين يتوصل به إلى  
الربا " انتهى كلامه مختصراً<sup>٣</sup>

### الدليل الرابع :

قياس جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء ،  
لأن العلة فيه كونه مخالفاً لمقتضى العقد ، وذلك لأن العقود توجب  
مقتضياتها بالشرع ، فيعتبر تغييرها تغييراً لما أوجبه الشرع بمنزلة تغيير

<sup>١</sup> - معالم السنن شرح سنن أبي داود/ الخطابي : (١٢٢ . ١٢١/٣).

<sup>٢</sup> - حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع/ عبدالرحمن بن قاسم : (٤٠١/٤)

<sup>٣</sup> - تهذيب السنن/ ابن القيم : (١٧٠٧/٤ . ١٧٠٨)

العبادات . وهذا نكتة القاعدة ، وهي أن العقود مشروعة على وجه ،  
فاشترط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع.<sup>١</sup>

وهذا ما يسميه بعض المعاصرين بمبدأ جعلية آثار العقود ؛ أي آثار  
العقود جعلية شرعية محددة من قبل الشارع، بحيث يقتصر دور إدارة  
العاقدين على إنشاء العقد فحسب ، وهذه هي القاعدة العامة التي يقرها  
أغلب الفقهاء في هذا الباب في كتبهم، وأن مقتضيات العقود هي من وضع  
الشارع لا من وضع المتعاقد.<sup>٢</sup>

كما أن هذه القضية قد بينتها كتب الأصول ، فقد ذكر في كشف  
الأسرار: أن العلل الشرعية غير موجبة لمقتضياتها بنفسها ، لأنها كانت  
موجودة قبل ورود الشرع ، ولم تكن موجبة لهذه الأحكام ، وإنما صارت  
موجبة لهذه الأحكام بجعل الشارع إياها كذلك.<sup>٣</sup>

وتدخل العقود في عموم العلل الشرعية ، يفهم ذلك من سياق الكلام؛  
لأنه مثل للعلل الشرعية بالبيع علةً لثبوت الملك ، والنكاح علةً لحل  
الاستمتاع.<sup>٤</sup>

### مناقشة الدليل الرابع:

ويجاب عنه بأن يقال: إن العقد له حالان:

١. حال إطلاق

٢. حال تقييد.

---

<sup>١</sup> - القواعد النورانية/ ابن تيمية : (٢٦٨).

<sup>٢</sup> - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية / محمد أبو زهرة : (٢١٧). أحكام المعاملات الشرعية/ الشيخ علي الخفيف: ٢٢٧.

<sup>٣</sup> - كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام/ البزدوي : ٣/ ٣٦٧.

<sup>٤</sup> - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية / محمد أبو زهرة : ٢١٨-٢١٩.

ففرق بين العقد المطلق وبين المعنى المطلق من العقد ، فإذا قيل: هذا شرط ينافي مقتضى العقد ، فإن أُريد به ينافي مقتضى العقد المطلق فكذلك كل شرط زائد ، وهذا لا يضره ، وإن أُريد ينافي مقتضى العقد المطلق والمقيد ، فإنما يصح هذا إذا نافي الشرط مقصود العقد. فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره ، وشرط في العقد ما ينافي ذلك المقصود ، فقد جمع بين المتناقضين بين إثبات المقصود ونفيه ، فلا يحصل شيء ، ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق.<sup>١</sup>

فالشرط إنما يكون منافياً لمقتضى العقد . على الصحيح . إذا كان في النواحي الأساسية التي إذا شرط خلافها تعطلت الغاية الشرعية من العقد كما لو اشترطت المرأة على زوجها في عقد النكاح أنه لا تحل له المتعة بها ، فهنا يبطل العقد والشرط ، إذ لا يبقى للزواج معنى ، بل يكون العقد صورياً.<sup>٢</sup>

---

<sup>١</sup> - القواعد النورانية/ شيخ الإسلام ابن تيمية : ٢٨٨.

<sup>٢</sup> - المدخل الفقهي العام/ مصطفى الزرقا : (١/٥٥٥)



أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

قال تعالى (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحْذَتْ لَكُمْ بِهِمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرُ مُحْطَى الصِّدِّ وَأَنْتُمْ حَرَمٌ إِنَّ اللَّهَ يُحْكِمُ مَا يُرِيدُ) [مائدة: ١]

وجه الدلالة :

قال أبو بكر الجصاص<sup>١</sup>: "واقترضى قوله تعالى "أوفوا بالعقود" الوفاء بعقود المبيعات والإجارات والنكاحات وجميع ما يتناولها اسم العقد ، فمتى اختلفنا في جواز عقد أو فساده صح الاحتجاج بقوله "أوفوا بالعقود" لاقتضاء عموم جواز جميعها من الكفالات والإجارات والبيوع وغيرها".<sup>٢</sup>  
قال في تفسير المنار: "وأساس العقود الثابت في الإسلام هو هذه الجملة البليغة المختصرة المفيدة (أوفوا بالعقود) وهي تفيد أنه يجب على كل مؤمن أن يفي بما عقده وارتبط به ، وليس لأحد أن يقيد ما أطلقه الشارع إلا ببيينة منه"<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> - أحمد بن علي الرازي ، أبو بكر الجصاص ، الفقيه الأصولي ، المفسر ، انتهت إليه رئاسة الحنفية في عصره ، له مصنفات كثيرة منها: "أحكام القرآن" ومختصر اختلاف العلماء" مات سنة: ٣٧٠هـ. (شذرات الذهب : ٧١/٣).

<sup>٢</sup> - أحكام القرآن/ للجصاص : (٣٦٢/٢).

<sup>٣</sup> -تفسير المنار/ محمد رشيد رضا : (١٢٠/٦)

الدليل الثاني: قوله تعالى ( وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبَعْدَ اللَّهِ أَوْفُوا ) [الأنعام: ١٥٢]

#### وجه الدلالة:

قال القرطبي<sup>١</sup>: " (وبعهد الله أفوا) عام في جميع ما عهد الله إلى عباده ، ويحتمل أن يراد به جميع ما انعقد بين إنسانين. وأضيف ذلك العهد إلى الله ، من حيث أمر بحفظه والوفاء به.<sup>٢</sup>

الدليل الثالث: ( وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ) [الإسراء: ٣٤]

#### وجه الدلالة:

قال ابن كثير<sup>٣</sup>: "وقوله (وأوفوا بالعهد) أي الذي تعاهدون عليه الناس ، والعقود التي تعاملونهم بها ، فإن العهد والعقد كل منهما يسأل صاحبه عنه.<sup>٤</sup>

الدليل الرابع: قوله تعالى (وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَظِيمًا رَقِيبًا) [النساء: ١]

#### وجه الدلالة:

<sup>١</sup> - محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري الخزرجي الأندلسي ، أبو عبد الله القرطبي ، من كبار المفسرين ، صالح متعبد ، من مصنفاته: "الجامع لأحكام القرآن" و"التذكرة بأحوال الموتى وأحوال الآخرة" مات سنة: ٦٧١ هـ . (الأعلام للزركلي: ٣٢٢/٥).

<sup>٢</sup> - الجامع لأحكام القرآن/القرطبي: ١١٥/٩.

<sup>٣</sup> - إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي ، أبو الفداء ، عماد الدين ، حافظ مؤرخ فقيه ، من مصنفاته: "تفسير القرآن الكريم" و "البداية والنهاية" و "جامع المسانيد" و "اختصار علوم الحديث" مات سنة ٧٧٤ هـ (الأعلام للزركلي: ٣٢٠/١).

<sup>٤</sup> - تفسير القرآن العظيم/ ابن كثير: ٥٦/٣.

قال ابن تيمية "قال المفسرون كالضحاك وغيره . : تتساءلون به :  
تتعاهدون وتتعاقدون. وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر  
ما أوجبه العقد من فعل أو ترك أو مال أو نفع ونحو ذلك."<sup>١</sup>

**الدليل الخامس:** قوله تعالى (وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ  
رَاعُونَ) [المؤمنون: ٨]  
**وجه الدلالة:**

قال ابن كثير : "أي إذا أؤتمنوا لم يخونوا بل يؤدنها إلى أهلها وإذا  
عاهدوا أو عاقدوا أوفوا بذلك لا كصفات المنافقين الذين قال فيهم رسول الله  
صلى الله عليه وسلم "آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف  
وإذا أؤتمن خان"<sup>٢</sup>

**الدليل السادس :**

عن جابر رضي الله عنه قال : أنه كان يسير على جمل قد أعيا،  
فأراد أن يسيّبه، قال : فلحقني النبي صلى الله عليه وسلم فدعا لي  
وضربه فسار سيرا لم يسر مثله ، ثم قال : "بعنيه بأوقية" قلت : لا ، قال :  
"بعنيه " فبعته بأوقية واشترطت حملانه إلى أهلي ، فلما بلغت آتيته بالجمل  
، فنقدني ثمنه ، ثم رجعت فأرسل على أثري ، قال : "أتراني ما كسنتك لآخذ  
جملك ، خذ جملك ودراهمك فهو لك"<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> - القواعد النورانية/ ابن تيمية ص: ٢٧٤.

<sup>٢</sup> - تفسير القرآن العظيم/ ابن كثير ٣/ ٣١٩.

<sup>٣</sup> - أخرجه البخاري (٢١٤١) كتاب الشروط ، باب إذا شرط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز.

## وجه الدلالة:

وترجم البخاري<sup>١</sup> على هذا الحديث بقوله: "باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز".

قال في فتح الباري: "هكذا جزم بهذا الحكم لصحة دليله عنده"<sup>٢</sup>  
إذن فحديث جابر يدل بنصه دلالة تامة على صحة اشتراط بعض منافع المبيع المعلوم لمدة معلومة أو مكان معلوم ، كما يدل بمفهومه على جواز الشرط المعلوم الحلال عامة.<sup>٣</sup>

## اعتراض أصحاب القول الأول على حديث جابر:

قالوا بأن هذا الحديث مضطرب<sup>٤</sup> ، لأن ألفاظه قد اختلفت ، فبعض الرواة ذكر لفظ الشرط ، وبعضهم ذكر ما يدل على أنه كان على سبيل الهبة ، وبعضهم ذكر الإعارة ، معنى ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم أعار جابر أو وهبه ظهر البعير إلى المدينة بعد أن تم البيع بينهما ، ولم يكن ذلك على سبيل الشرط.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> - محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخاري ، أبو عبدالله ، الحافظ ، إمام أهل الحديث في زمانه ، صاحب صحيح البخاري أصبح كتاب تحت أديم السماء بعد كتاب الله عز وجل ، من أشهر مصنفاته: " الجامع الصحيح " و "تاريخ بغداد" و "الأدب المفرد" وغيرها. توفي رحمه الله سنة: ٢٥٦هـ (البداية والنهاية لابن كثير: ٤/٥٢٦ وما بعدها).

<sup>٢</sup> - فتح الباري شرح صحيح البخاري/ ابن حجر العسقلاني: ٥/٣٨٦.

<sup>٣</sup> - نظرية الشرط في الفقه الإسلامي/ الدكتور حسن الشاذلي: ٥٢٨.

<sup>٤</sup> - الحديث المضطرب: هو ما رُوي على أوجه مختلفة متساوية في القوة، فإن رُجحت إحدى الروايات كانت الراجعة صحيحة والمرجوحة شاذة أو منكرة ، وإن امتنع الترجيح كان الحديث مضطرباً. انظر الباحث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث/ أحمد شاكر: ١/٢٢١. وتيسير مصطلح الحديث/ محمود الطحان: ١١٢.

<sup>٥</sup> - المحلى/ ابن حزم: ٨/٤١٢ وما بعدها.

وأجيب عن ذلك بأن الرواية التي جاء فيها ذكر الشرط أصح من الروايات الأخرى التي جاء فيها ذكر الهبة أو الإعارة أو غير ذلك ، كما قال الإمام البخاري رحمه الله: "الاشتراط أكثر وأصح عندي"<sup>١</sup>

قال ابن حجر<sup>٢</sup> رحمه الله في فتح الباري: "وما جنح إليه المصنف من ترجيح رواية الاشتراط هو الجاري على طريقة المحققين من أهل الحديث ، لأنهم لا يتوقفون عن تصحيح المتن إذا وقع فيه الاختلاف إلا إذا تكافأت الروايات وهو شرط الاضطراب الذي يُرد به الخبر ، وهو مفقود هنا مع إمكان الترجيح"<sup>٣</sup>

**الدليل السابع:** عن عقبة بن عامر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"<sup>٤</sup>

### وجه الدلالة:

فدل الحديث على استحقاق الشروط بالوفاء، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها.<sup>٥</sup>

**الدليل الثامن:** روى أبو داود من حديث سليمان عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الصلح جائز بين

<sup>١</sup> - فتح الباري شرح صحيح البخاري/ ابن حجر العسقلاني : ٣٨٦/٥.

<sup>٢</sup> - أحمد بن علي بن محمد الكناي العسقلاني ، أبو الفضل ، شهاب الدين ، ابن حجر ، من أئمة العلم والتاريخ ، حافظ الإسلام في عصره ، اشتهرت مصنفاته في حياته وبعد مماته ومن أشهرها: "فتح الباري شرح صحيح البخاري" و "لسان الميزان" و "تهذيب التهذيب" و "الإصابة في تمييز أسماء الصحابة" وغيرها كثير ، مات سنة: ٨٥٢ (الأعلام للزركلي: ١/١٧٨).

<sup>٣</sup> - فتح الباري شرح صحيح البخاري/ ابن حجر العسقلاني : ٣٨٧/٥.

<sup>٤</sup> - أخرجه البخاري (٢٧٢١) كتاب الشروط ، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح .

<sup>٥</sup> - القواعد النورانية/ شيخ الإسلام ابن تيمية : ٢٨٠.

المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، والمسلمون على شروطهم"<sup>١</sup>  
**وجه الدلالة:**

فدل الحديث على أنه يجوز للمشتراط أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه ، لكن ليس له أن يبيح ما حرم الله أو يحرم ما أحل الله .<sup>٢</sup>

**الدليل التاسع:** عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى عليه وسلم قال: "من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع"<sup>٣</sup>

**وجه الدلالة:**

قال في سبل السلام : "دل الحديث على أن الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد لا يفسد البيع ."<sup>٤</sup>

واستدل شيخ الإسلام بجملة من النصوص الدالة على وجوب الوفاء بالعهود وأداء الأمانة والنهي عن الغدر ، كقوله صلى الله عليه وسلم "قال الله تعالى : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً ثم أكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره"<sup>٥</sup>

---

<sup>١</sup> - أخرجه أبو داود : (٣٥٩٤) كتاب القضاء ، باب في الصلح. وصححه ابن حبان : (٥٠٩١) وصححه الألباني في إرواء الغليل: ١٣٠٣.

<sup>٢</sup> - القواعد النورانية/ شيخ الإسلام ابن تيمية : ٢٨٢.

<sup>٣</sup> - أخرجه البخاري : (٢٣٧٩) كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل.

<sup>٤</sup> - سبل السلام شرح بلوغ المرام / محمد بن إسماعيل الصنعاني : (١١٢/٣)

<sup>٥</sup> - أخرجه البخاري : (٢٢٢٧) كتاب البيوع ، باب إثم من باع حراً .

وقوله صلى الله عليه وسلم :أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً  
ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق ، حتى يدعها: إذا  
حدث ، وإذا وعد أخلف ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر"<sup>١</sup>  
وقوله "ينصب لكل غادر لواء يوم القيامة"<sup>٢</sup>

ثم قال بعد ذلك "فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود  
والشروط و الموائيق والعقود ، وبإداء الأمانة ورعاية ذلك، والنهي عن الغدر  
ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك. ولو كان الأصل فيها  
الحظر والفساد ، إلا ما أباحه الشرع ، لم يجز أن يؤمر مطلقاً ويذم من  
نقضها وغدر مطلقاً ، كما أن قتل النفس لما كان الأصل فيه الحظر إلا ما  
أباحه الشرع أو أوجبه ، لم يجز أن يؤمر بقتل النفس ويحمل على القدر  
المباح ، بخلاف ما كان جنسه واجباً ، كالصلاة والزكاة ، فإنه يؤمر به  
مطلقاً"<sup>٣</sup>

وبذلك فإنه يتضح لنا رجحان القول الثاني ، الذي يقضي بأن الأصل  
في العقود و الشروط الحل والإباحة ، ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل  
الشرع على تحريمه أو إبطاله.

قال شيخ الإسلام : "الأصل في العقود رضى المتعاقدين ، وموجبها هو ما  
أوجباه على أنفسهما بالتعاقد ؛ لأن الله تعالى قال في كتابه العزيز (إلا أن

---

<sup>١</sup> - أخرجه البخاري : (٢٤٥٩) كتاب المظالم ،باب إذا خاصم فجر .

<sup>٢</sup> - أخرجه البخاري : (٣١٨٨) كتاب الجزية والموادعة ، باب إثم الغادر للبر والفاجر .ومسلم : (١٧٣٥) كتاب الجهاد والسير .

<sup>٣</sup> - القواعد النورانية/ ابن تيمية : ٢٨٠.

تكون تجارة عن تراض منكم)[النساء:٢٩] وقال : ( فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً)[النساء:٤] ، 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 ، فذلك سائر التبرعات ، قياساً عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن ، وكذلك قوله (إلا أن تكون تجارةً عن تراض منكم)[النساء:٢٩] ، لم يشترط في التجارة إلا التراضي ، فإن تراضى المتعاقدان بتجارة ، أو طابت نفس المتبرع بترع ، ثبت حله بدلالة القرآن ، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك.<sup>١</sup>

قال في إعلام الموقعين: "وأما العقود والشروط والمعاملات فهو عفو حتى يحرمها الله ؛ ولهذا نعى الله سبحانه على المشركين مخالفة هذين الأصلين ، وهما تحريم ما لم يحرمه الله ، والتقرب إليه بما لم يشرعه ، وهو سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفواً لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله ، فإن الحلال ما أحله الله ، والحرام ما حرمه ، وما سكت عنه فهو عفو ، فكل شرط وعقد و معاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها ؛ فإنه سكت عنها رحمة منه غير نسيان وإهمال ، فكيف وقد صرحت النصوص على الإباحة فيما عدا ما حرمه"<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> - القواعد النورانية/ ابن تيمية : ٢٨٨.

<sup>٢</sup> - إعلام الموقعين /ابن القيم الجوزية : ٣٢٣/١.



## المطلب الثاني:

### أنواع الشروط عند المضيقين من نطاق حرية الشروط العقدية.

#### الفرع الأول : أنواع الشروط العقدية عند الحنفية.

يقسم فقهاء الحنفية الشروط العقدية إلى ثلاثة أقسام :

١. شرط صحيح

٢. شرط فاسد

٣. شرط باطل.

وسوف نتناول بيان مرادهم من كل قسم من هذه الأقسام

#### أولاً: الشرط الصحيح.

فالشرط الصحيح عند الحنفية هو الشرط الذي يقتضيه العقد ، أو الذي يلئم مقصود العقد أو الذي جرى به التعامل بين الناس.<sup>١</sup>  
أ . الشرط الذي يقتضيه العقد.

وهو الشرط الذي يجب بمجرد العقد ، وذكره في العقد إنما زيادة تأكيد فقط ، مثاله: كما لو اشترط المشتري في عقد البيع أن يمتلك المبيع ، فهذا الشرط واجب بمقتضى العقد ولا حاجة لاشتراطه ، وإنما نكر زيادة تأكيد فقط.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> - أحكام المعاملات الشرعية/ الشيخ علي الخفيف: ٢٣٠.  
<sup>٢</sup> - بدائع الصنائع / للكاساني: ١٧١/٥.

وصحة هذا الشرط أمر بدهي ، إذ هو محض تقرير لمقتضى العقد ، ومقتضى العقد لازم دون شرط ، فشرطه تأكيد وبيان.<sup>١</sup>

### ب . الشرط الذي يلزم العقد .

وهو الشرط الذي لا يجب بمقتضى العقد ، لكنه يؤكد ويقرر ما يجب بمقتضى العقد ، مثاله : كاشتراط البائع على المشتري أن يعطيه رهناً بالثمن المؤجل ، فالرهن لا يجب بمقتضى العقد لكنه يؤكد الثمن والثلث الواجب بمقتضى العقد.<sup>٢</sup>

فهذا الشرط يجيزه الحنفية على سبيل الاستحسان ، ملحقينه من حيث المعنى بالشرط الذي يقتضيه العقد.<sup>٣</sup>

### ج . الشرط الذي جرى به التعامل .

وهو الشرط الذي جرى به عرف ظاهر بين الناس ؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ؛ ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيئاً.<sup>٤</sup>

ولا يزال الشرط الذي يجري به التعامل إنما تثبت له الصحة في المذهب الحنفي على سبيل الاستحسان ، أما في القياس فلا يجوز.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> - مصادر الحق في الفقه الإسلامي / عبدالرزاق السنهوري: (١٠٧/٣).

<sup>٢</sup> - بدائع الصنائع ، للكاساني : ١٧١/٥ . والمبسوط / السرخسي : ١٩/١٣ .

<sup>٣</sup> - مصادر الحق في الفقه الإسلامي / عبدالرزاق السنهوري: ١١٦/٣ .

<sup>٤</sup> - المبسوط : ١٥ . ١٤/١٣ .

<sup>٥</sup> - مصادر الحق في الفقه الإسلامي / السنهوري: (١٢٠/٣).

## ثانياً :الشرط الفاسد

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، ولا يلائمه ، ولم يجر العرف بجوازه ، ويكون فيه منفعة، لها صاحبٌ يطالب بها ، سواءً كانت هذه المنفعة لأحد المتعاقدين أو لأجنبي غيرهما أو للمعقود عليه إذا كان أهل الاستحقاق (أي أدمياً)، فهذا النوع من الشروط فاسد ويؤدي إلى فساد العقد.<sup>١</sup>

## ثالثاً: الشرط الباطل .

والشرط الباطل عند الحنفية هو ما ليس موافقاً لمقتضى العقد ، ولا مؤكداً له ، ولم يرد به أثرٌ ، ولم يجر به عرفٌ ، وليس فيه نفعٌ لأحد العاقدين ولا لغيرهما ممن هو من أهل الانتفاع.<sup>٢</sup>

---

<sup>١</sup> - المبسوط / السرخسي : (١٥/٣). وبدائع الصنائع/ الكاساني : (١٦٩/٥). وفتح القدير / لابن الهمام : (٢١٥/٥). مصادر الحق في الفقه الإسلامي / السنهوري : (١٢٦/٣)

<sup>٢</sup> - المبسوط / السرخسي : (١٥/١٣). الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية/محمد أبو زهرة : (٢٤٠).

## الفرع الثاني : أنواع الشروط العقدية في المذهب المالكي.

ذكرتُ مذهب المالكية ضمن المذاهب المضيق لنطاق حرية الشروط العقدية تبعاً لما ذكره بعض الفقهاء المعاصرين<sup>١</sup> ، مع أن المتأمل لنصوص المالكية في هذا الباب يجدهم إلى التوسيع أقرب منهم إلى التضيق ، لذلك تجدهم لا يتخذون من حديث نهى عن بيع وشرط أصلاً في إبطال الشروط كما يفعله غيرهم ، بل إنهم يحملون معناه على الشرط الذي يناقض مقصود العقد ، والمناقض لمقصود العقد عندهم ليس هو المخالف لمقتضى العقد كما يقوله الحنفية ، بل المراد به ما لا يتم معه المقصود من العقد ، كما لو شرط البائع على المشتري ألا يبيع السلعة ولا يهبها ونحو ذلك من الشروط التي لا يتم معها مقصود عقد البيع ، وهو الملك التام للسلعة<sup>٢</sup>.

وقد قسم المالكية الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أقسام: شروط صحيحة ، وشروط باطلة ويبطل معها العقد ، وشروط تبطل ويصح معها العقد.

### أولاً: الشرط الصحيح

الشرط الصحيح عند المالكية: هو الشرط الذي يحقق مصلحة العقد أو أحد المتعاقدين<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> - الملكية ونظرية العقد / أبو زهرة : ٢٤٣. المدخل الفقهي العام/ الزرقا: ١/٥٥٠).

<sup>٢</sup> - حاشية الخرشي على مختصر خليل: ٤٠١/٥. أحكام المعاملات الشرعية/ الشيخ علي الخفيف: ٢٣٢. الشروط التعويضية / الدكتور عياد الغزوي : ١١٠/١.

<sup>٣</sup> - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٦٥/٣). نظرية الشرط في الفقه الإسلامي/ حسن الشاذلي: (٢٤٩).

ويشمل ذلك ما يلي:

### ١. الشرط الذي يكون ملائماً للعقد .

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ، وهو من مصلحته كشرط الرهن على الثمن وشرط الكفيل ونحو ذلك.<sup>١</sup>

### ٢. اشتراط منفعة في المعقود عليه.

أن يتشترط أحد العاقدين منفعةً معلومةً في المعقود عليه كما لو باع شخص داره لآخر واشترط سكنها أشهر معلومة أو سنة أو باع دابته واشترط ركوبها ثلاثة أيام ونحو ذلك.<sup>٢</sup>

### ٣. اشتراط معنى من معاني البر .(بشرط التعجيل)

كأن يبيع عقاراً ، ويشترط على المشتري وقفه مسجداً تقام فيه الصلوات فإن كان التنفيذ مشروطاً فيه التعجيل جاز وصح العقد والشرط، وإن لم يكن التعجيل مشروطاً فيه لم يصح ، للغرر الذي يفضي إلى التنازع في الزمن الذي يجب فيه إنشاء الوقف أو البر.<sup>٣</sup>

## ثانياً : الشروط الباطلة.

تنقسم الشروط الباطلة في المذهب المالكي إلى قسمين :

### ١. شروط باطلة تبطل العقد إلا إذا أسقطها المشتري.

### ٢. شروط باطلة لا تبطل العقد

<sup>١</sup> - حاشية الخرشني على مختصر خليل ٤٠٤/٥ . ٤٠٥ .

<sup>٢</sup> - بداية المجتهد ونهاية المقتصد/ ابن رشد : ٥٢٥ .

<sup>٣</sup> - الشرح الكبير/ أحمد الدردير : (٦٦/٣) . بداية المجتهد ونهاية المقتصد/ ابن رشد : ٥٢٥ . الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية/ محمد أبو زهرة : ٢٤٢ .

## القسم الأول: شروط باطلة تبطل العقد إلا إذا أسقطها المشتري.

وهي الشروط التي تناقض مقتضى العقد ، أو الشروط التي تخل بالثمن.<sup>١</sup>

وقد وضع المذهب المالكي بأن الشرط المناقض لمقتضى العقد هو الشرط الذي لا يتم معه المقصود من العقد ، فمن المعلوم أن العقد له أحكام وآثار ترتب عليه عند صدوره، مستوفياً لأركانه وشرائطه المعتبرة شرعاً ، فإذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطاً يحول دون ترتب هذه الأحكام والآثار، كان هذا الشرط مناقضاً للمقصود من العقد ، فكان باطلاً.<sup>٢</sup>

وحكم هذه الأنواع من الشروط أنها تبطل العقد ، إلا إذا أسقط المشتري شرطه.<sup>٣</sup>

قال أبو زهرة : "وقد انفرد مالك من بين الفقهاء برأي في الشروط التي تفسد العقود ، وهو أن الشرط الذي يفسد العقد وإن لم يتمسك به مشروطه ينقلب العقد صحيحاً ، لزوال سبب الفساد ، وقد خالفه في ذلك جمهور الفقهاء ، ووجهة نظره في ذلك: أن الفساد جاء بسبب الشرط لمعنى معقول فيه معلل به ، وهو وجود الشرط المنافي لمعنى العقد ومقتضاه ، فإذا زالت تلك العلة التي أوجدت الفساد زال معها."<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> - مواهب الجليل شرح مختصر العلامة خليل / للحطاب : ٢٤١/٦.

<sup>٢</sup> - حاشية الخرشي على مختصر خليل : (٤٠١/٥). وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٦٦/٣). نظرية الشرط / حسن الشاذلي : ٢٢٦. والملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية/ محمد أبو زهرة : (٢٤١).

<sup>٣</sup> - حاشية الخرشي على مختصر خليل : ٤٠٤/٥.

<sup>٤</sup> - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية/ أبو زهرة : ٢٤٢.

## القسم الثاني : شروط باطلة لا تبطل العقد.

وهو الشرط الذي يؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد، كما لو باع سلعة بثمن مؤجل وشرط على المشتري إن لم يأت بالثمن إلى الأجل المحدود فلا بيع بينهما.<sup>١</sup>

أو الشرط الذي يخالف النص ، مثاله: أن يبيع أمة أو عبداً ، ويتشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري، فمثل هذا قالوا يصح العقد ويبطل الشرط ، لحديث بريرة.<sup>٢</sup>

---

<sup>١</sup> - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (١٧٦/٣). نظرية الشرط في الفقه الإسلامي/ حسن الشاذلي: (٢٧٦).

<sup>٢</sup> - بداية المجتهد ونهاية المقتصد/ ابن رشد ٥٢٥.

## الفرع الثالث: أنواع الشروط العقدية عند الشافعية

تقسيم الشروط عند الشافعية يتقارب مع التقسيم الذي يذكره الحنفية.

### القسم الأول: الشروط الصحيحة:

وهي الشروط التي توافق مقتضى العقد كشرط تسليم الثمن أو الرد بالعيب ، فهذه الشروط هي بيان لما يقتضيه العقد.<sup>١</sup>  
وكذلك الشروط التي من مصلحة العقد ، أي أن العقد لا يقتضيها لكن فيها مصلحة له ، كشرط الخيار والأجل والكفيل، فهذه الشروط صحيحة عندهم ؛ لأن الشرع ورد بها والحاجة تدعو إليها.<sup>٢</sup>

### القسم الثاني : الشروط الباطلة التي تبطل العقد.

وهو الشرط الذي ليس في مصلحة العقد ويورث غرراً يؤدي إلى التنازع ، أو فيه منع لمقتضى العقد الذي أقره الشارع ، كشرط قرض مع بيع ، وكشرط ألا يتصرف المشتري في المبيع ببيع.<sup>٣</sup>

---

<sup>١</sup> - المذهب: ٥٠/٣.

<sup>٢</sup> - المرجع السابق: ٥١. روضة الطالبين للنووي: (٦٨/٣).

<sup>٣</sup> - مغني المحتاج/ للشربيني: ٣١/٢. المذهب/ الشيرازي: ٥٢/٣. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية/ محمد أبوزهرة: ٢٤٣.



### القسم الثالث: شروط باطلة لا تبطل العقد.

وهو الشرط الذي ليس فيه نفع لأحد يستحق الانتفاع ، فهذا حكمه أنه شرط لاغ لا يضير العقد ، ولا يفسده ، ولا يجب الوفاء به. كما لو باع عبداً وشرط على المشتري ألا يأكل إلا الهريسة أو باعه بشرط ألا يلبس إلا الخبز أو الكتان.<sup>١</sup>

---

<sup>١</sup> - مغني المحتاج/ الخطيب الشربيني: ٣٤/٢. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية/ محمد أبو زهرة: ٢٤٣.

## المطلب الثالث :

### التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية في القانون

يرى أنصار المذهب الاجتماعي أن القوة الملزمة للعقد تجد مصدرها الرئيسي في إرادة المشرع الذي يجبر على الوفاء بالعهود ، وأن إرادة المتعاقدين لا تولد الآثار القانونية للعقد ، إنما يقتصر دورها على تحريك القانون الموضوعي وجعله يرتب الآثار القانونية للعقد. فالقانون من وجهة نظرهم هو الذي يرسم حدود المشروعية للعقود ، فيقرر ما يراه مناسباً من القيود على الإرادة لإعادة التوازن إلى العقد وحماية أطرافه كما أن حرية التعاقد إذا أطلقت ، تؤدي إلى الفوضى الاجتماعية ، وما يستتبع ذلك من أضرار على الصعيدين : الاقتصادي ، والمالي ، وهو أمر يتعارض من المصلحة العامة.<sup>١</sup>

### أساس المذهب الاجتماعي:

ينظر المذهب الاجتماعي إلى الإنسان على اعتبار أنه كائن اجتماعي مرتبط بغيره من الناس داخل المجتمع ومتضامن معهم في سبيل تحقيق مصلحة الجماعة التي تضمهم، ولا ينظر إليه على أساس أنه فرد منعزل مستقل عن الجماعة التي يعيش فيها ، فالمجتمع في نظر هذا المذهب ليس جمعاً من الأفراد المستقلين المنعزلين ، لكنه وحدة متجانسة ،

---

<sup>١</sup> - النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون / د بهاء الدين العلايلي : ٧٥-٧٤/١.

يجب أن يوجه أفرادها إلى غاية مشتركة ، هي مصلحة المجموع. فالجماعة أو المجتمع . في ظل المذهب الاجتماعي . هي محل نظر القانون ورعاية مصلحته ، ويتحقق مصلحته تتحقق مصلحة الأفراد.<sup>١</sup>

كما أن المذهب الاجتماعي ينظر بعين الاعتبار إلى الفروق الواقعية بين الأفراد من حيث القوة والضعف ، خلافاً للمذهب الفردي الذي يغفل هذه الفروق تماماً وينظر إلى الفرد باعتباره فرداً مجرداً من أي وصفٍ آخر.<sup>٢</sup>

وعلى هذا الأساس فإنه يجب عدم إطلاق العنان للإرادة الفردية تنشئ ما تشاء من الروابط القانونية ، وترتب عليها ما تشاء من الآثار والالتزامات ، بدعوى أن الإرادة هي صاحبة السلطان ، ويجب على القانون الذي تضعه الجماعة ، أن يتولى بنفسه تنظيم جميع الروابط القانونية ، على نحو يمنع استغلال بعض الأفراد لبعض ؛ ولتحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة الفعلية في المجتمع.<sup>٣</sup>

وترتب على ذلك أن اتسعت دائرة النظام العام في ظل القوانين التي تأخذ بهذا المذهب ، وتعددت أسباب بطلان الشروط العقدية ، ولم يعد لمبدأ سلطان الإرادة من نفوذ فعلي إلا في مجال محدود<sup>٤</sup>:

وتبدت هذه القيود في بعض النواحي التالية:

١. تنظيم بعض العقود من قبل المنظم.

---

<sup>١</sup> - المدخل إلى القانون/ حسن كبره : ١٧١.

<sup>٢</sup> - المرجع السابق : ١٧٢.

<sup>٣</sup> - نظرات في الشريعة الإسلامية/ عبدالكريم زيدان : ٢٤.

<sup>٤</sup> - النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون / بهاء الدين العلالي : ٧٨.

مثل تسعير المواد الغذائية والمستلزمات الطبية ومواد البناء ، وعلى ذلك لم تعد الإرادة العقدية للمتعاقدين هي المحددة لكافة آثار العقد ، بل إن إرادة الدولة أصبحت هي المحددة لأكثر آثار هذه العقود.<sup>١</sup>

٢. تعديل القاضي للشروط التعسفية في عقود الإذعان.

عقد الإذعان: هو العقد الذي يكون القبول فيه مجرد إذعان لما يمليه الموجب. أي أن الرضا والقبول المعبر عنه في عقد الإذعان لا يصدر بعد مناقشة ومفاوضة مع الموجب كما يحصل في العقود الأخرى.<sup>٢</sup>

والقبول في هذه العقود لا يعدو كونه نوعاً من الرضوخ والتسليم والإذعان ، ويرجع ذلك في الغالب إلى التفاوت الاقتصادي والاجتماعي في مركز المتعاقدين ، الأمر الذي يؤدي إلى اختلال التوازن في العقد ويستدعي تدخل المنظم لإعادة التعادل قدر الإمكان بين الالتزامات حماية للطرف المذعن. لذا رأى المنظم في كثير من الدول أن يخوّل القاضي هذه الحماية، كما يكون للقاضي . خلافاً للمبدأ العام الذي يقضي بتفسير الشك لمصلحة المدين . أن يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائماً أو مديناً.<sup>٣</sup>

٣. إلزام المتعاقدين بالتزامات لم ترد في العقد.

مثل التزام توفير السلامة في عقود النقل وعقود العمل.

٤. إنقاص التزامات المغبون.

<sup>١</sup> - النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون/ بهاء الدين العلالي : ٧٩/١.

<sup>٢</sup> - نظرية العقد/ السنهاوري: ٢٧٩/١.

<sup>٣</sup> - النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون/ بهاء الدين العلالي: ٧٩/١.

الغبين: هو عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه.<sup>١</sup>  
في ظل المذهب الاجتماعي يجب على القانون أن يتدخل لمنع الغبن في العقود ، ولا يترك المتعاقدان يتصارعان ، حتى لا يغلب القوي الضعيف ، بل على القانون أن يتقدم لحماية الضعيف: بأن يضع جزاءً على الغبن.<sup>٢</sup>  
وبسبب تأثير بعض من الأنظمة العربية بالمذهب الاجتماعي ، فقد نصت هذه الأنظمة على أنه يجوز للمغبون من القاضي تعديل العقد بالصورة التي يزول معها الغبن في حقه.<sup>٣</sup>  
٥. تعديل التزامات العقد.

قد يتدخل المشرع في بعض الأحوال لتعديل التزامات العقد في غير عقود الإذعان بغية حفظ التوازن بين التزامات المتعاقدين كما في حالة الظروف الطارئة<sup>٤</sup> أو من أجل إبطال شرط يرى أنه مخالف للنظام العام.<sup>٥</sup>

---

<sup>١</sup> - نظرية العقد / السنيهوري : ٤٤٦/١ .

<sup>٢</sup> - نظرية العقد/ السنيهوري : ٤٤٧/١ .

<sup>٣</sup> - النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون/ بهاء الدين العلايلي: ٤١٤/١ .

<sup>٤</sup> - تعريف نظرية الظروف الطارئة : هي أنه إذا طرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري حوادث استثنائية عامة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقاً للمدين ومهدداً له بخسارة فادحة ، فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل ليوازن بين مصالح الطرفين ويرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.(ينظر الأسس العامة للعقود الإدارية/ سليمان الطماوي: ٦٣٧-٦٣٨).

<sup>٥</sup> - النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي / د بهاء الدين العلايلي : ٧٨/١ وما بعدها.

## المطلب الرابع:

### المقارنة بين الفقه والنظام في التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية.

إذا نظرنا إلى المبدأ الذي تمسك به المضيّقون من نطاق حرية الشروط العقدية في الفقه الإسلامي، وهو: أن لكل عقد في الشرع أحكاماً أساسية تسمى (مقتضى العقد) نص عليها الشرع مباشرة أو استنبطها الاجتهاد وأثبتها حفظاً للتوازن بين العاقدین في الحقوق، وأنه ليس للعاقدین أن يشترطوا من الشروط ما يخالف مقتضى العقد .

نجد أنه يتفق في الفكرة إلى حد كبير مع ما قرره المضيّقون في من نطاق الشروط العقدية في القانون الوضعي، وذلك في قولهم إن القانون هو الذي يحدد الآثار القانونية للعقد، وإنما يقتصر دور إرادة العاقدین على تحريك القانون الموضوعي وجعله يترتب الآثار القانونية.

وبتدقيق النظر في نصوص الفقهاء المضيّقين لنطاق حرية الشروط العقدية في كافة المذاهب نجد أن علة فساد الشروط عندهم . المستتبطة من النصوص الشرعية الواردة في هذا الباب . هي الجهالة والغرر المفضيان إلى النزاع.

ونص على ذلك صراحةً الخطابي<sup>١</sup> رحمه الله حيث قال: "وأما ما يفسد البيع من الشروط فهو كل شرط يدخل الثمن في حد الجهالة، أو

<sup>١</sup> -حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي، أبو سليمان، أحد المشاهير الأعيان والفقهاء المحدثين المكثرين، له من المصنفات: "معالم السنن"، "شرح صحيح البخاري" توفي عام: ٣٨٨هـ (البداية والنهاية: ١٥/٤٧٩)

يوقع في العقد أو في تسليم الثمن غرراً ، أو يمنع المشتري من اقتضاء حق الملك من المبيع"<sup>١</sup>

وأما المضيّقون لنطاق حرية الشروط العقدية من شراح القانون ، فهم يعلّلون ذلك بحماية الصالح العام ، وإعادة التوازن الاقتصادي ووجوب تنظيم الروابط القانونية لتحقيق العدالة الاجتماعية بين الأفراد.

وهذا التعليل قريب من حيث المعنى من التعليل الذي ذكره الفقهاء لفساد الشروط العقدية ؛ لأن منع وجود الجهالة والغرر في العقود هو في الحقيقة لأجل تحقيق العدالة الاجتماعية وإعادة التوازن الاقتصادي ، الأمر الذي يؤكد سبق الفقه الإسلامي للقوانين الوضعية في تقرير هذه المبادئ ، فمن المعلوم اتفاق جميع فقهاء المذاهب على تحريم الغرر الفاحش في العقود ، وإنما اختلفت أنظارهم في مقدار الغرر الذي تسمح الحاجة بوجوده ، واختلافهم في نطاق حرية الشروط العقدية هو فرع عن اختلافهم في ذلك ، وقد أشار شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله إلى ذلك حينما ذكر أن أشد المذاهب قولاً في الغرر هو مذهب أبي حنيفة والشافعي وأعدل المذاهب في ذلك هو مذهب أحمد ومالك.<sup>٢</sup>

وما ذكره الشيخ رحمه الله يفسر لنا ضيق دائرة حرية الشروط العقدية في مذهب أبي حنيفة والشافعي واتساعها في مذهب مالك وأحمد.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> - معالم السنن شرح سنن أبي داود/ الخطابي: ١٢١/٣.

<sup>٢</sup> - مجموع الفتاوى/ ابن تيمية: (٣٠/٢٩) - ٣١.

<sup>٣</sup> - راجع ص : (٤٥) فقد ذكرت فيها سبب إيراد مذهب المالكية ضمن المذاهب المضيق لنطاق حرية الشروط العقدية مع أن مذهب مالك قريب جداً من مذهب أحمد في هذا الباب.

و يختلف فيها الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي في هذا الباب:  
في أن الفقه الإسلامي قد قضى ببطلان العقد إذا لحقه بعض أنواع  
الشروط الباطلة ، لذا فهم يقسمون الشروط الباطلة إلى: ١- شروط باطلة  
تبطل العقد. ٢. وشروط باطلة لا تبطل العقد. على اختلاف واسع بينهم في  
تحديد ما يدخل تحت كل قسم من هذين القسمين على النحو الذي فصلته  
سابقاً.

في حين أنني لم أجد مثل هذا التقسيم عند شراح القوانين الوضعية ،  
كما أنهم لا يذكرون ضمن أسباب بطلان العقد: وجود شرط باطل في العقد  
؛ بل إن أسباب بطلان العقد في القانون الوضعي محصورة في الأمور  
التي تؤدي إلى وقوع خلل في أركان العقد الأساسية (الرضا ، والمحل ،  
والسبب).<sup>١</sup>

لذا فإن الذي يظهر لي أن بطلان الشرط العقدي في القانون  
الوضعي ليس له أثر على صحة أصل العقد من عدمها ، وإنما يقتصر  
أثره على عدم الالتزام بهذا الشرط وإمكانية إلغائه عن طريق القضاء.

---

<sup>١</sup> - نظرية العقد/ السنهوري: ٦٠٨/٢.



## **المبحث الثاني :**

### **التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية.**

#### **المطلب الأول :**

### **أنواع الشروط عند الموسعين من نطاق حرية الشروط العقدية في الفقه الإسلامي.**

مر معنا فيما سبق أن المذاهب الثلاثة الحنفية والمالكية والشافعية تتفق على أن الأصل في الشروط هو الفساد ، إلا أن المذهب المالكي قد أخذ بحديث النهي عن بيع وشرط ، وحديث بريرة ، وحديث جابر ، ومن هنا كان الميدان أمامه فسيحاً في القول بصحة كثير من الشروط. وأما الحنابلة فهم أكثر الفقهاء تصحيحاً للشروط ، حيث يرون أن الأصل الإباحة لا الحظر ، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الدليل على تحريمه وإبطاله بنص أو قياس .

## الفرع الأول

### أقسام الشروط عند المذهب الحنبلي:

أولاً الشروط الصحيحة:

١. شرطٌ يقتضيه العقد.

كالبيع بشرط التقابض ، أو بشرط التصرف في المبيع ، أو يشترط الخيار في المجلس ، فهذا لا يفيد حكماً ، ولا يؤثر في العقد ، لأنه بيان وتأكيـد لمقتضى العقد، ووجوده كعدمه.<sup>١</sup>

٢. الشرط الذي من مصلحة العقد ، كاشتراط تأجيل الثمن في البيع ونحوه إلى أجلٍ معلومٍ أو الخيار ، وكاشتراط الرهن أو الضمين بالثمن المؤجل على المشتري، وكاشتراط الإشهاد على العقد، وكاشتراط المشتري صفةً مقصودةً في المبيع ، ككون العبد كاتباً أو صانعاً أو الدابة حلوباً.<sup>٢</sup>

٣. الشرط الذي ليس من مقتضى العقد ، ولا من مصلحته ، ولكن لا ينافي مقتضاه ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولم يرد في الشرع النهي عنه ، كاشتراط البائع نفعاً معلوماً في المبيع ، مثل أن يبيع الدار ويستثني سكانها شهراً ، أو يبيع جملاً ويشترط ركوبه إلى مكان معلوم ، أو عبد ويشترط خدمته مدة معلومة.<sup>٣</sup>

٤- شرطٌ ينافي مقتضى العقد لكن ورد في الشرع جوازه ، مثل أن يتشرط البائع على المشتري عتق العبد.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> - المغني/ ابن قدامة المقدسي: ٣٢٣/٦. وكشاف القناع/ منصور البهوتي : ٢١٨/٣.

<sup>٢</sup> - المغني /ابن قدامة: ٣٢٣/٦.

<sup>٣</sup> - كشاف القناع /منصور البهوتي : ٢١٩/٣ . ٢٢٠.

<sup>٤</sup> - المغني/ ابن قدامة المقدسي : ٣٢٤/٦.

## ثانياً: الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد:

الشروط المنافية لمقتضى العقد ولكنها لا تلغي المقصود منه ، مثل الشروط التي تؤدي إلى منع تصرف عام أو خاص في المعقود عليه ، كما لو باع شيئاً وشرط على المشتري أن لا يهبه أو لا يعتقه أو لا يبيعه إلا على فلان.

أو الشروط التي تؤدي إلى إيقاع تصرف معين في محل العقد ، كما لو باع شيئاً وشرط على المشتري أن يبيعه أو يهبه.

أو الشروط التي تؤدي إلى مخالفة أحكام النصوص الشرعية المترتبة على الملك ، كما لو باع رقيقاً وشرط على المشتري إن اعتقه فالولاء له ، أو اشترى شيئاً وشرط على المشتري أن لا خسارة عليه ، أو أنه متى نفق المبيع وإلا رده.<sup>١</sup>

وأورد ابن تيمية رواية عن الإمام أحمد تجيز الشرط الذي يؤدي إلى تقييد بعض أنواع التصرف في المبيع فقال : "وعلى أكثر نصوصه يجوز أن يشترط على المشتري فعلاً أو تركاً في المبيع مما هو مقصود للبائع ، أو للمبيع نفسه ، وإن كان أكثر متأخري أصحابه لا يجوزون من ذلك إلا العتق ، وقد يروى ذلك عنه لكن الأول في كلامه أكثر."<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> - المغني: ٣٢٥/٦. كشف القناع/ البهوتي: ٢٢٣/٣. نظرية الشرط في الفقه الإسلامي / حسن الشاذلي : ٣٢٥.

<sup>٢</sup> - القواعد النورانية/ ابن تيمية : ٢٧٢. ٢٧٣.

### القسم الثالث: الشروط الباطلة التي تبطل العقد.

#### ١. اشتراط عقد في عقد.

كأن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر، أو يشتري منه أو يؤجره ، أو يقرضه ، أو نحو ذلك ، فهذا الشرط باطل يبطل به العقد على المشهور من المذهب ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يحل سلفٌ وبيعٌ ولا شرطان في بيع".<sup>١</sup> قال في المغني: "الثاني ، أن يشترط عقداً في عقد ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر ، أو يشتري منه أو يؤجره ، أو يسلفه ، أو يصرف له الثمن أو غيره ، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع"<sup>٢</sup>

#### ٢. اشتراط ما ينافي مقصود العقد.

كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يملك المبيع أو لا يتصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرف.<sup>٣</sup>

---

<sup>١</sup> - سبق تخريجه: ٢٩

<sup>٢</sup> - المغني/ ابن قدامة : ٣٢٥/٦.

<sup>٣</sup> - مجموع الفتاوى/ ابن تيمية : ١٥٦/٢٩.

## المطلب الثاني :

### التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية في القانون.

يرى أنصار المذهب الفردي أن الإرادة هي التي ترتب آثار العقود ، فمنشأ الالتزامات يرجع إلى الإرادة الحرة ، وكذلك الأثر الذي يترتب على الالتزام هو خاضع للإرادة أيضاً ، ولهذا الأصل ناحيتين:

**الناحية الأولى:** أن كل ما ارتضاه الملتزم ديناً في ذمته يكون صحيحاً ، وينتج أثره ، لأن التزامه إنما بني على إرادته ، فلا يصح أن تقيد من أثر العقد بدعوى أن هناك غبناً لحق أحد المتعاقدين ، مادام من وقع عليه الغبن قد ارتضاه ، وليس المهم في العقد أن يكون هناك تعادل بين الشئيين المتبادلين ، بل يكفي أن يكون التعادل بين الشخصين المتعاقدين وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة.

**الناحية الثانية:** أن العقد ، قد تم بتوافق إرادتين مستقلتين لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين ، فلا يستقل أحد المتعاقدين بتعديله ، ولا يجوز للقاضي بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يعدله أو يضيف إليه ما ليس منه.<sup>١</sup>

هذه النتيجة التي توصل إليها مبدأ سلطان الإرادة في باب الشروط العقدية بعد وصوله للقمة. ولا شك أن فلسفة المذهب الفردي السالف ذكرها هي سبب وصول مبدأ سلطان الإرادة لهذه النتائج في باب الشروط العقدية.

---

<sup>١</sup> - نظرية العقد/ عبدالرزاق السنهوري : ١٠٠. ١٠١.

و مر معنا سابقاً أن مبدأ سلطان الإرادة بعد وصوله لهذه النتائج انتكص بسبب بعض العوامل الاقتصادية والسياسية التي أدت إلى انتشار روح الاشتراكية ، ثم إنه استعاد بعد ذلك وجوده لكن على أسس جديدة .<sup>١</sup> حتى استقر أخيراً على النظرية التي تقضي بأن: السلطان الأصلي في إنشاء العقد وفي تحديد التزاماته إنما هو لإرادة العاقدين ، ولكن في حدود معينة يحددها التشريع وفقاً للمصالح الفردية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية. وهذه الحدود والقيود التي يقيد بها التشريع مبدأ سلطان الإرادة تختلف باختلاف أنواع الحقوق والعقود وموضوعاتها: ففي الحقوق العامة والالتزامات الناشئة عنها لا سلطان لإرادة الملتزم أصلاً ، بل للقانون وحده.

وفي عقد الزواج ونتائجه ينحصر سلطان إرادة العاقدين في أصل العقد ، أي في قبول التعاقد أو رفضه بمحض حريتهما. وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال ، فإن الإرادة فيها تنشط تدرجاً .

ففي الحقوق العينية يتسع مجال سلطان إرادة العاقدين في تحديد آثار العقد ، أما في تكوينه فيخضع لمراسم شكلية في التسجيل يفرضها القانون . وأما في الحقوق الشخصية والالتزامات فهي الميدان الأوسع لمبدأ سلطان الإرادة العقدية ضمن حدود الآداب العامة والنظام العام والنصوص القانونية الخاصة عندما تكون أمرة بحكم إلزامي.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> - الوجيز في النظرية العامة للإلتزام/ عبدالرزاق السنهوري : ٣٢

<sup>٢</sup> - المدخل الفقهي العام/ الزرقا : ٥٨٧/١ . ٥٨٨ .



### المطلب الثالث:

## المقارنة بين الفقه والنظام في التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية.

يعد رأي الموسعين لنطاق حرية الشروط العقدية في ميزان المقارنة بين الشريعة والقانون ، من الآراء الجديرة بالاعتبار ، فهو من ناحية يعد مذهباً وسطاً بين الاتجاه المقيّد من حرية الشروط العقدية . في الشرع والقانون . وبين القائلين بسلطان الإرادة بإنشاء الآثار العقدية وترتيبها في الفقه العربي والغربي الحديث.

وهو من ناحية أخرى ، يعد أقرب الاجتهادات الشرعية إلى الاتجاهات القانونية المعاصرة التي ظهرت في الآونة الأخيرة من هذا العصر ونادت بتدخل الدولة في تكوين العقد وتحديد مضمونه لإعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين وحماية الطرف الضعيف في التعاقد والحد من الاستغلال. فإرادة الطرفين لم تعد في الفقه القانوني الحديث هي المصدر الوحيد للالتزامات والحقوق ، بل يشاركها في ذلك القانون و العرف والعدالة.<sup>١</sup>

ويختلف رأي الموسعين في الفقه الإسلامي عن رأي الموسعين في القانون الوضعي في النواحي التالية:

**الناحية الأولى: مبدأ جعلية آثار العقود.**

---

<sup>١</sup> - النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون/ د. بهاء الدين العلالي: ٩٩/١. ١٠٠.



القاعدة المستقرة عند عامة فقهاء المسلمين . حتى الموسعين . أن آثار العقود وأحكامها تكون من ترتيب الشارع لا من العاقد. إلا أن الفقهاء الموسعين ، قد توسعوا في الشروط التي لا تعد مخالفة لمقتضى العقد في الشرع من خلال التضييق على معنى مقتضى العقد الذي قرره الشارع ، فقالوا بأن مقتضى العقد الذي لا تجوز مخالفته هو ما جاء به النص ، فكل شرط خالف ذلك المقتضى الضيق في معناه فهو باطل ، وما عداه فهو صحيح. بل إن تنفيذ الشرط الغير مخالف لمقتضى العقد إنما يكون بحكم الشارع الذي أمر بالوفاء بالعهود.<sup>١</sup>

أما في نظر القوانين الوضعية الموسعة من نطاق حرية الشروط العقدية ، فإن آثار العقد تكون من وضع المتعاقدين ، بناءً على القاعدة القانونية القائلة: العقد شريعة المتعاقدين.

### الناحية الثانية: في القيود الواردة على الشروط العقدية.

قاعدة أن الأصل في العقود والشروط الحل والإباحة مخصوصة بكل ما حرمه الله ورسوله من أنواع الشروط والعقود.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : "قلا ينتفع بهذه القاعدة في أنواع المسائل إلا مع العلم بالحجج الخاصة في ذلك النوع ، فهي بأصول الفقه . التي هي الأدلة العامة . أشبه منها بقواعد الفقه التي هي الأحكام العامة.

---

<sup>١</sup> - أصول الفقه/ محمد أبو زهرة: ٥٨.

نعم من غلب على ظنه من الفقهاء انتفاء المعارض في مسألة خلافة أو  
حادثة انتفع بها.<sup>١</sup>

وأساس فساد العقود المالية في الفقه الإسلامي راجع إلى أمرين هما:  
الربا وما يؤدي إليه ، والميسر وما يؤدي إليه، وما في معناه كالغرر  
الفاحش.<sup>٢</sup>

وأما في عقود النكاح ونحوها فيحرم من الشروط ما جاء النهي عنه  
من الشارع ، أو ما ينافي مقصود العقد ، كما لو اشترطت المرأة على  
زوجها ألا يستمتع بها ونحو ذلك.<sup>٣</sup>

وأما في القوانين الوضعية فإن حرية الشروط العقدية في العقود  
المالية وغيرها محدودة بالقيود التي يفرضها النظام العام والآداب العامة.  
واختلف شراح القوانين اختلافاً طويلاً في تعريف النظام العام ؛ لأن  
النظام العام فكرة مرنة ومفهومها يختلف من مجتمع لآخر، بل ويختلف  
داخل المجتمع الواحد من زمن إلى زمن ، ويتحدد مفهومه في ضوء ما هو  
قائم في المجتمع من نظام سياسي أو اقتصادي أو اجتماعي، وفي ضوء  
الفلسفة ونوع الأفكار السائدة فيه. ولذلك كان من الصعب إعطاؤه تعريفاً  
دقيقاً ، وإن خير ما يقال فيه: إن النظام العام قوام فكرته المصلحة العامة  
سواء كانت المصلحة سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية. ولما كانت هذه  
المصلحة قابلة للتغير من مجتمع إلى مجتمع ومن زمن إلى زمن وفي نفس

<sup>١</sup> - القواعد النورانية/ ابن تيمية : ٢٩٨.

<sup>٢</sup> - مجموع الفتاوى/ ابن تيمية: ٣٨٥/٢٨. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي/ محمد عثمان شبير : ٢٠.

<sup>٣</sup> - المدخل الفقهي العام/ الزرقا: ٥٥٩/١.

الدولة ، فإن فكرة النظام العام تبعاً لها تكون فكرة متغيرةً أو نسبيةً ينظر إليها في مجتمع معين وزمن معين<sup>١</sup>.

والآداب العامة كالنظام العام يصعب إعطاء معنى دقيق لها أو تعريفها بتعريف جامع مانع . ومع ذلك يمكن أن يقال إن قوام فكرة الآداب أو مفهومها هو الرأي العام وما يتأثر به من عوامل أخلاقية واجتماعية يثيرها الدين والعرف والتقاليد بالنسبة لما يطلق عليه اسم "الآداب". وهذا يعني أن فكرة الآداب أو مفهومها مثل فكرة النظام العام أي أنها فكرة متغيرة ونسبية تختلف باختلاف الأزمنة وباختلاف المجتمعات إلا أنها على كل حال تتعلق بالأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليماً من الانحلال<sup>٢</sup>.

وترتب على هذا الغموض لمفهوم هذين المصطلحين أن ارتبط تفسيرهما في كل مجتمع بما يتواءم مع مصالح الطبقة الرأسمالية والمتنفذين في تلك المجتمعات.

الأمر الذي يوضح لنا الميزة التي تميز بها الفقه الإسلامي عن القوانين الوضعية في هذا الباب (الشروط العقدية) وغيره ، من الثبات والوضوح والاستقرار والموضوعية التي تكفل تحقيق العدالة بين كافة طبقات المجتمع.

---

<sup>١</sup> - نظرات في الشريعة الإسلامية/ عبدالكريم زيدان : ٥٥. المدخل إلى القانون/ حسن كيره: ٤٧ وما بعدها.

<sup>٢</sup> - نظرات في الشريعة الإسلامية/ عبدالكريم زيدان: ٥٥.

## المبحث الثالث:

# موقف النظام السعودي من حرية الشروط العقدية

تطبق المملكة العربية السعودية أحكام الشريعة الإسلامية في جميع القضايا والشؤون ، ولا شك أن هذا من أعظم نعم الله على أهل هذه البلاد قال تعالى (قل بفضل الله وبرحمته فبذلك فليفرحوا هو خير مما يجمعون) [يونس: ٥٨] ، ولم يقم المنظم السعودي بوضع تنظيم خاص للمعاملات والعقود ، اكتفاءً بأحكام الفقه الإسلامي التي قررها الفقهاء في مختلف العصور دون التقيد بمذهب معين، وإيماناً بما تتمتع به أحكام الشريعة من مرونة تجعلها قادرة على استيعاب جميع الحوادث والنوازل والمستجدات. ولكن استثناءً من هذه القاعدة العامة ، قام المنظم السعودي بوضع تنظيم لبعض أنواع العقود ، مريداً بذلك أفراد هذه العقود ببعض الأحكام الخاصة بها ، مع مراعاة عدم مخالفة هذه الأحكام للشريعة الإسلامية. ومن خلال هذه التنظيمات الخاصة سنحاول في هذا المبحث إن شاء الله معرفة مدى الحرية التي منحها النظام السعودي لإرادة المتعاقدين في إنشاء الشروط العقدية.

و تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: النصوص النظامية الواردة في الشروط العقدية.

وسأذكر فيه بعض أنواع الشروط التي نص النظام على إباحتها أو المنع منها.

المطلب الثاني: الأصل العام المتحصل من النظر في النصوص السابقة.

المطلب الثالث تطبيقات قضائية.

## المطلب الأول: النصوص النظامية الواردة في الشروط العقدية.

أولاً: نظام الشركات التجارية<sup>١</sup>:

١. تنص المادة الثانية من النظام على أنه "تسري أحكام هذا النظام  
وما لا يتعارض معها من شروط الشركاء وقواعد العرف على الشركات  
الآتية : أ) ١ - شركة التضامن ، ٢ - شركة التوصية البسيطة ، ٣ -  
شركة المحاصة ، ٤ - شركة المساهمة ، ٥ - شركة التوصية بالأسهم ،  
٦ - الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، ٧ - الشركة ذات رأس المال القابل  
للتغيير ، ٨ - الشركة التعاونية .  
ومع عدم المساس بالشركات المعروفة في الفقه الإسلامي تكون باطلة كل  
شركة لا تتخذ أحد الأشكال المذكورة ويكون الأشخاص الذين تعاقدوا  
باسمها مسئولين شخصياً وبالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن هذا  
التعاقد"

تنص هذه المادة على أنه يجوز للشركاء أن يضعوا من الشروط ما  
يشاءون مادام أنها لا تتعارض مع أحكام هذا النظام.

<sup>١</sup> - نظام الشركات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي م/٦ وتاريخ ١٣٨٥/٣/٢٢ هـ.

### موقف الفقه الإسلامي:

وحيث إن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً، فإنه يجوز للشركاء أن يضعوا في عقد الشركة من الشروط ما يشاءون إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً أو كان يؤدي إلى الربا أو الغرر أو يتنافى مع قواعد الشريعة وأصولها العامة.

٢- نصت المادة الثانية على أنه "ينقسم جميع الشركاء الأرباح والخسائر فإذا اتفق على حرمان أحد الشركاء من الربح أو إعفائه من الخسارة كان هذا الشرط باطلاً وتطبق في هذه الحالة المادة (٩) . ومع ذلك يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسارة بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر عن عمله"

تنص المادة السابقة على أن تحديد نصيب كل شريك من الأرباح وتحديد ما يتحمله من الخسارة يكون وفقاً لشروط الشركاء ، و لا يجوز وضع شرط يقضي بحرمان أحد الشركاء من الربح أو إعفائه من الخسارة (شرط الأسد) ؛ لأن هذا الشرط يتنافى مع مقصود عقد الشركة ، ومع ذلك أجاز النظام الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسارة بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر على عمله.

**موقف الفقه الإسلامي من توزيع الأرباح والخسائر حسب الاتفاق.**

ويتفق موقف الفقه الإسلامي . على القول الراجح . مع النظام في مسألة توزيع الأرباح وأنه يتم وفقاً لشروط الشركاء لقول النبي صل الله عليه

وسلم (المسلمون على شروطهم) <sup>١</sup> ، وكذلك يتفق الفقه والنظام في مسألة بطلان شرط الأسد <sup>٢</sup>

ويخالف الفقه الإسلامي النظام في مسألة توزيع الخسائر ؛ لأن الفقه يجعل تحمل الخسارة بحسب نصيب كل شريك في رأس مال الشركة قال في المغني : "لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم" <sup>٣</sup>

٣. نصت المادة (٣٥) على أنه "تتقضي شركة التضامن بوفاء أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بشهر إفلاسه أو إيساره أو بانسحابه من الشركة إذا كانت مدتها غير معينة ومع ذلك يجوز النص في عقد الشركة على أنه إذا توفي أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قسراً". تعد الشركات التضامنية من الشركات القائمة على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء ، ومن ثم تتحل هذه الفئة من الشركات متى حل بأحد الشركاء الذين كانت شخصيتهم محل اعتبار عند قيام الشركة حادث من شأنه زوال الاعتبار الشخصي ، كما لو توفي أحد الشركاء ، فإن الورثة لا يحلون محل مورثهم كشركاء في الشركة ؛ لأن الشركة قامت على الثقة الشخصية ، ولا يجوز إجبار بقية الشركاء على الاستمرار في الشركة مع ورثة قد لا يثقون فيهم. وعندها فإن الشركة تتقضي بقوة القانون. لكن هذه القاعدة ليست من النظام العام ، ولهذا يجوز

---

<sup>١</sup> - سبق تخريجه صفحة (٣) .  
<sup>٢</sup> - الشركات في الفقه الإسلامي / علي الخفيف : ٣٠.  
<sup>٣</sup> - المغني : (١٤٥/٧).



للمشركاء أن يتفقوا في عقد الشركة على استمرار الشركة رغم وفاة أحد الشركاء ، كما هو نصت على ذلك المادة السابقة.<sup>١</sup>

### موقف الفقه الإسلامي من شرط استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى:

يتفق موقف الفقه الإسلامي مع النظام في كون عقد الشركة يفسخ بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إفلاسه<sup>٢</sup>

وكذلك يجوز في الفقه الإسلامي أن يحل الوارث محل مورثة في عقد الشركة قال في المغني: "فإن مات أحد الشريكين وله وراث رشيد ، فله أن يُقيم على الشركة ، ويأذن له الشريك في التصرف".<sup>٣</sup>

وعلى ذلك فإن اشتراط استمرار الشركة مع ورثة الشريك في حال وفاة أحد الشركاء يعد من الشروط الجائزة في الفقه الإسلامي.

٤. المادة (١٠١) "يجوز أن ينص في نظام الشركة على قيود تتعلق بتداول الأسهم بشرط إلا يكون من شأنها تحريم هذا التداول"

يجوز وفقاً للمادة السابقة أن يتضمن عقد الشركة المساهمة قيوداً اتفاقية على تداول الأسهم بشرط ألا يكون من شأن هذه القيود تحريم التداول، ومن أمثلة هذه القيود النص على عدم جواز التنازل لأشخاص معينين كالأشخاص الذين يزاولون أعمالاً منافسة للشركة، أو اشتراط عرض الأسهم المراد بيعها على بقية المنافسين قبل بيعها على الغير.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> - القانون التجاري السعودي/ محمد بن حسن الجبر : ٢٢٥.

<sup>٢</sup> - المغني/ ابن قدامه : (١٣١/٧) وشركات الأشخاص بين الشريعة والقانون/ محمد الموسى: ٣٤٤ وما بعدها.

<sup>٣</sup> - المغني : (١٣٢/٧).

<sup>٤</sup> - المرجع السابق : ٣١٦.

فالقيد الذي يكون من شأنه تحريم التداول يتنافي مع مقصود عقد الشركة المساهمة. ولذلك منع منه نظام الشركات السعودي.

### موقف الفقه الإسلامي من القيود الاتفاقية على تداول الأسهم.

وحيث إن هذه القيود لا تنافي مقتضى العقد منافاة تامة ؛ لكونها لا تمنع المساهم من التصرف في أسهمه منعاً تلماً ، وإنما هو قيد جزئي يسير ، لأن الشركة ملزمة قانوناً بشراء الأسهم في حال الاعتراض على بيعها على شخص معين ، أو توفير مشترٍ آخر لها ، ويتم تحديد سعر السهم على أساس عادل، وعلى ذلك فإنه لا يترتب على هذه القيود إضرار بالمساهم من حيث سعر السهم.<sup>١</sup>

وبناءً على ذلك ، فالظاهر . والله أعلم . هو جواز هذه القيود ، لقوله صلى الله عليه وسلم " المسلمون على شروطهم " <sup>٢</sup> وقد أجاز بعض المالكية للبائع أن يشترط على المشتري ما يؤدي إلى منعه من التصرف في جزء يسير من المعقود عليه ، كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع السلعة على فلان أو نفر قليل.<sup>٣</sup>

وقد ذكر شيخ الإسلام أن الإمام أحمد يجيز الشرط الذي يؤدي إلى تقييد بعض أنواع التصرف في المبيع فقال: "وعلى أكثر نصوصه يجوز أن يشترط على المشتري فعلاً أو تركاً في المبيع مما هو مقصود للبائع أو

<sup>١</sup> - القيود الواردة على حرية تداول الأسهم في الشركة المساهمة/ سليمان السعوي: ١٧٧.

<sup>٢</sup> - سبق تخريجه ص: ٣.

<sup>٣</sup> - منح الجليل على مختصر خليل/ محمد عيش: (٥٢/٥).

المبيع نفسه ، وإن كان متأخري أصحابه لا يجوزون من ذلك إلا العتق ،  
وقد يروى ذلك عنه لكن الأول في كلامه أكثر"<sup>١</sup>

## ثانياً: نظام الأوراق التجارية<sup>٢</sup>.

١. عدم جواز اشتراط الفائدة:

تنص المادة (٦) على أنه " اشتراط فائدة الكمبيالة يعتبر كأن لم يكن." .  
فهذه المادة تنص على أن الشرط المشتمل على فائدة ربوية يعد  
باطلاً.

فالنظام منع من هذا الشرط لكونه يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

## ٢. الشروط الاختيارية للكمبيالة:

أ. شرط عدم ضمان القبول.

نصت المادة (٢١) على أنه " يجوز لحامل الكمبيالة أو لأي حائز  
لها ، حتى ميعاد استحقاقها أن يقدمها إلى المسحوب عليه في موطنه

---

<sup>١</sup> - القواعد النورانية/ ابن تيمية: ٢٧٢- ٢٧٣.

<sup>٢</sup> - نظام الأوراق التجارية: الصادر بالمرسوم الملكي م/٣٧ وتاريخ ١٠/١١/١٣٨٣هـ.

لقبولها. ويجوز لساحب الكمبيالة أن يضمنها شرط تقديمها للقبول في ميعاد معين أو بغير ميعاد وله أن يضمنها شرط عدم تقديمها للقبول"

أي أنه يجوز للساحب أن يشترط عدم تقديم الكمبيالة للقبول، وذلك ما لم تكن الورقة مستحقة الدفع خلال مدة معينة من الاطلاع ، وفي هذه الحال يمتنع على الحامل أن يقدم الورقة للمسحوب عليه بقصد الحصول على القبول.<sup>١</sup>

ب . شرط عدم ضمان الوفاء.

نصت المادة (١٥) على أنه "يضمن المظهر قبول الكمبيالة ووفائها ما لم يشترط غير ذلك . ويجوز له حظر تظهيرها من جديد . وفي هذه الحالة لا يكون ملزماً بالضمان لمن تؤول إليهم الكمبيالة بتظهير لاحق ."

أي أنه يجوز وضع شرط عدم ضمان الوفاء على الورقة من قبل أي من الموقعين عليها ما عدا الساحب ؛ لأن وضعه من قبل الساحب يعد إفراغاً للورقة من أي قيمة؛ حيث إنه هو الملتزم الأساسي في الكمبيالة.<sup>٢</sup>

ج . شرط الرجوع بلا مصاريف.

نصت المادة (٥٧) على أنه " يجوز للساحب ولأي مظهر احتياطي أن يعفي حامل الكمبيالة من عمل احتجاج عدم القبول أو عدم الوفاء عند

<sup>١</sup> - الأوراق التجارية في النظام السعودي/ عبدالله العمران :٥٩.

<sup>٢</sup> - المرجع السابق:٥٩.

مباشرة حقه في الرجوع ، إذا ضمن الكمبيالة وذيل بتوقيعه شرط الرجوع بلا مصروفات أو بدون احتجاج أو أية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى .<sup>١</sup>

يشترط النظام لإمكانية استفادة الحامل من الرجوع الصرفي ، أن يتم إثبات امتناع المسحوب عليه عن القبول أو الوفاء في وثيقة رسمية يتم تحريرها بواسطة موظف حكومي وتسمى (احتجاج عدم القبول أو عدم الوفاء) ، وتحرير هذا الاحتجاج يستلزم دفع مصاريف قد لا تتناسب مع قيمة الورقة ، كما أنه يستلزم إتباع إجراءات معينة ، ولذلك أجاز النظام للساحب أو أي مظهر احتياطي أن يعفي الحامل من عمل احتجاج عدم الوفاء أو عدم القبول عند مباشرة حقه في الرجوع الصرفي ،<sup>١</sup> من خلال وضع شرط على الورقة التجارية يتضمن ذلك.

د . شرط عدم إعادة التظهير .

نصت المادة (١٥) "يضمن المظهر قبول الكمبيالة ووفائها ما لم يشترط غير ذلك . ويجوز له حظر تظهيرها من جديد . وفي هذه الحالة لا يكون ملزماً بالضمان لمن تؤول إليهم الكمبيالة بتظهير لاحق ."

يجوز لأي من المظهرين على الورقة أن يقوم بإيقاف تداول الكمبيالة ، وذلك بوضع شرط يحظر إعادة تظهيرها .

هـ . شرط التدخل في القبول أو الوفاء .

---

<sup>١</sup> - الأوراق التجارية في النظام السعودي/ عبدالله العمران: ٥٩-٦٠.

نصت المادة (٦٨) على أنه "لساحب الكمبيالة ومظهرها وضامنها الاحتياطي أن يعين من يقبلها أو يدفعها عند الاقتضاء . ويجوز قبول الكمبيالة أو وفاؤها من أي شخص متدخل لمصلحة أي مدين بها يكون مستهدفاً للرجوع عليه"

وفقاً للنص السابق يجوز لأي ملتزم صرفياً سواء كان الساحب أو المظهر أو الضامن الاحتياطي ، أن يعين شخصاً يقوم بقبول الكمبيالة أو بالوفاء بقيمتها في حالة امتناع المسحوب عليه عن ذلك.<sup>١</sup>

و . شرط توطين الكمبيالة.

نصت المادة (٤) من النظام على أنه "يجوز اشتراط وفاء الكمبيالة في موطن شخص آخر غير المسحوب عليه ، سواء كان هذا المواطن في الجهة التي فيها موطن المسحوب عليه أو في جهة أخرى".  
أي أنه يجوز أن تشتمل الكمبيالة على مكان للوفاء ، غير موطن المسحوب عليه.<sup>٢</sup>

---

<sup>١</sup> - الأوراق التجارية في النظام السعودي/عبدالله العمران : ٦٠.

<sup>٢</sup> - الأوراق التجارية في النظام السعودي : د . عبدالله العمران : ٥٨ وما بعدها.

## موقف الفقه الإسلامي من الشروط الاختيارية للكمبيالة:

بناءً على القول الراجح في التخرج الفقهي للكمبيالة وأنها: عقد مركب من عدة عقود.<sup>١</sup> فإن قاعدة حرية الشروط العقدية يمكن أن تسري على كافة الشروط الاختيارية السابقة.

### ثالثاً : نظام البيع بالتقسيط<sup>٢</sup> .

١. اشتراط رهن أو كفالة غرم.

نصت المادة (٤) من النظام على أنه "يجوز للبائع أن يشترط في عقد البيع بالتقسيط رهناً ، أو كفالة غرم وأداء يقدمها المشتري حتى أداء أقساط الثمن كلها."

فقد أجاز النظام . بموجب النص السابق . للبائع أن يشترط رهناً أو كفالة غرم ، حيث إن هذا الشرط من مصلحة العقد ولا يتنافى مع مقصوده ولا يعارض نصاً أو قاعدة شرعية.

## موقف الفقه الإسلامي من شرط الرهن أو الكفالة.

وهذا الشرط جائز في الفقه الإسلامي عند جميع المذاهب قال في المغني: "القسم الثاني من الشروط: ما تتعلق به مصلحة العاقلين كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة .. فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً".<sup>٣</sup>

٢. تحديد محل لسداد الأقساط غير محل البائع.

<sup>١</sup> - أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي/د سعد الخثلان: ١٤٢.

<sup>٢</sup> - نظام البيع بالتقسيط: الصادر بالمرسوم الملكي (٥٧) وتاريخ ١٤٢٦/٣/٢هـ.

<sup>٣</sup> - المغني /ابن قدامة: (٣٢٣/٦).

نصت المادة رقم (٦) على أنه "تؤدي الأقساط في محل إقامة البائع المبين في عقد البيع ، ما لم يتفق على غير ذلك". وفي حالة القيام بتحصيل الأقساط في محل إقامة المشتري لا يجوز للبائع تقاضي مصروفات إضافية. وتعد المخالصة عن القسط مخالصة عن الأقساط السابقة عليه ما لم يتفق على خلاف ذلك."

الأصل أن الأقساط الشهرية تؤدي في محل إقامة البائع ، لكن أجاز النظام للطرفين على أن يتفقا على تحديد محل غير محل البائع ، وفي هذه الحال فإن هذا الاتفاق يكون صحيحاً و ملزماً.

#### **موقف الفقه الإسلامي من شرط تحديد محل للسداد:**

والذي يظهر لي جواز هذا في الفقه الإسلامي ؛ لكونه ضمن الشروط التي تشتمل على مصلحة المتعاقدين وليس فيه محذور شرعي ، ولقوله صلى الله عليه وسلم (المسلمون على شروطهم)<sup>١</sup>.

٣. حلول باقي الثمن عند تخلف المشتري عن سداد الأقساط.

نصت المادة رقم (٨) على أنه "لا يكون الاتفاق على حلول باقي الثمن نافذاً ، إلا إذا تخلف المشتري عن دفع قسطين متتالين على الأقل". يقضي النص السابق بأنه في حال اتفاق الطرفين على حلول باقي الثمن عند تخلف المشتري عن سداد الأقساط ، فإن هذا الاتفاق لا يكون نافذاً إلا إذا تخلف المشتري عن سداد قسطين متتاليين على الأقل.

---

<sup>١</sup> - سبق تخريجه ص: (٣).



## موقف الفقه الإسلامي من شرط حلول باقي الأقساط عند التخلف عن السداد.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة ما يلي: "يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط".<sup>١</sup> إلا أنه ينبغي الاقتصار في تطبيق ذلك على المدين الموسر لقوله صلى الله عليه وسلم (مطل الغني ظلم)<sup>٢</sup> ، وأما المعسر فإنه يجب إنظاره ، لقوله تعالى (إِنْ كَانَ ثَوِيْ عُسْرَةٍ قَهْرَةٍ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ) [البقرة: ٢٨٠].

## رابعاً : نظام المحكمة التجارية.<sup>٣</sup>

١. شرط إعفاء الناقل من المسؤولية (الضمان).  
نصت المادة رقم (٢٥) من النظام على أن "يضمن الوكيل والأمين كل ماضع أو تلف من الأشياء المرسلة بعد وصولها إليه ما لم يكن في قائمة الإرسالية يدفع عنه الضمان".  
يعد التزام الناقل وفقاً لنظام المحكمة التجارية . التزاماً بتحقيق نتيجة<sup>٤</sup> ، وهي وصول البضاعة سالمة في الميعاد المحدد ، ومن ثم فإنه

<sup>١</sup> -مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس (٤٤٨/١).

<sup>٢</sup> - صحيح البخاري رقم: ٢٤٠٠. كتاب في الاستقراض والحجر وأداء الديون ، باب مطل الغني.

<sup>٣</sup> - نظام المحكمة التجارية: الصادر بالمرسوم الملكي ن: ٣٢/ وتاريخ ١٥/١/١٣٥٠ هـ .

<sup>٤</sup> - الالتزام بتحقيق نتيجة: هو الالتزام الذي لا يتم تنفيذه إلا بتحقيق غاية معينة كالالتزام بنقل أو تسليم عين . ويقابله الالتزام ببذل عناية: وهو الالتزام الذي يتم ببذل الجهد في سبيل تحقيق الغرض سواء تحقق الغرض أو لم يتحقق كالتزام المودع ببذل عناية الرجل المعتاد في سبيل حفظ العين المودعة( الوجيز في النظرية العامة للالتزام - السنهوري : ٢٩٥- ٢٦٠).

يكون مسئولاً عن الهلاك أو التأخير أو التلف الذي يلحق البضاعة ، ومع ذلك أجاز النظام للناقل أن يدرأ عن نفسه هذه المسؤولية بوضع شرط يعفيه من هذه المسؤولية في عقد النقل.<sup>١</sup>

### موقف الفقه الإسلامي من شرط إعفاء الناقل من المسؤولية

ويتطلب ذلك أولاً تحديد طبيعة التزام الناقل، فقد ذكر بعض الشراح أن هناك اضطراباً واضحاً وشبه تناقض بين نصوص المحكمة التجارية ، فالمادة (٢٤) الخاصة بالمسؤولية عن التأخير والمادة (٢٥) المتعلقة بالمسؤولية عن الهلاك والتلف تتصان صراحة على أن الناقل مسئول إلا إذا تمكن من إثبات أن التأخير أو الهلاك أو التلف يرجع لسبب يعجز عن دفعه ، وعلى ذلك فإن التزام الناقل وفقاً لهذه النصوص هو التزام ببذل عناية ، في حين تنص المادة (٢٦) على أن الناقل يضمن التلف الحاصل في البضاعة إذا كان بتعد منه أو إهمال وإلا فلا ضمان عليه ، الأمر الذي يفهم منه أن المسؤولية لا تقوم إلا إذا أثبت المرسل خطأ الناقل ، فيكون التزام الناقل . بناءً على ذلك . التزاماً ببذل عناية.

ويرى هؤلاء الشراح أن التزام الناقل هو التزام بتحقيق نتيجة لصريح نص المادتين (٢٤) و (٢٥) من نظام المحكمة التجارية على ما يفهم من نص المادة (٢٦) كما هو الوضع في كافة الأنظمة اللاتينية، ولعدم وجود دليل على أن النظام السعودي قد أراد مخالفة القانون الفرنسي في ذلك وقانون التجارة العثماني.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> - العقود التجارية وعمليات البنوك/ محمد بن حسن الجبر: ١٧٣.

<sup>٢</sup> - العقود التجارية وعمليات البنوك / محمد الجبر: ١٦٨.

وبناءً على ذلك فإن أثر شرط الإعفاء من المسؤولية يقتصر فقط على المسؤولية التعاقدية ، ويترتب عليه نقل عبء إثبات من على عاتق الناقل إلى عاتق الطرف الآخر المدعي بالضرر (المرسل أو المرسل إليه). فالأصل أن الناقل مسئول بمجرد وقوع الضرر ، فإذا أدرج شرط الإعفاء من المسؤولية في العقد ، ترتب على ذلك تعديل الأصل المتقدم ، فيكون الأصل أن الناقل غير مسئول ، ما لم يثبت الطرف الآخر (المرسل أو المرسل إليه) وقوع خطأ من الناقل أو تابعيه والضرر وعلاقة السببية ، فيكون مسئولاً وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.<sup>١</sup>

وجمهور الفقهاء على عدم صحة نفي الضمان في المسؤولية التعاقدية ، والقول الثاني . وهو رواية عن الإمام أحمد . جواز نفي الضمان بالشرط. قال في المغني : "وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه. وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: المسلمون على شروطهم ، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه".<sup>٢</sup>

و مما تجدر الإشارة إليه أن الأنظمة الحديثة توجهت لمنع هذا الشرط وتحريمه ، وذلك نظراً لصعوبة إثبات خطأ الناقل ، لأن البضاعة تكون في حيازته أثناء النقل ولا يرافقها المرسل أو المرسل إليه ، ومن ثم يتعذر على أي منهما معرفة سبب الحادث وإقامة الدليل على خطأ الناقل أو تابعيه.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> - العقود التجارية وعمليات البنوك/ د محمد الجبر: ١٧٧. والمسؤولية التقصيرية هي: المسؤولية التي تقوم على الإخلال بالالتزام القانوني العام الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير ، وأما المسؤولية العقدية: فهي التي تقوم بسبب عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد. (الوجيز في النظرية العامة للالتزام / عبدالرزاق السنهوري: ٣٠٩)

<sup>٢</sup> - المغني/ ابن قدامة المقدسي: (١١٥/٨).

<sup>٣</sup> -العقود التجارية وعمليات البنوك / د محمد الجبر: ١٧٤.

٢. شرط تحديد مسؤولية الناقل.

ويعنى بذلك وضع شرط يحدد به الناقل مسؤوليته بمبلغ معين مهما بلغت قيمة الضرر المترتب على هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخر في وصولها.<sup>١</sup>

نصت المادة (٢٣) من نظام المحكمة التجارية على أنه "يوضح في قائمة الإرسالية مقدار وجنس البضائع المنقولة ونوع الطرود ومهلة إيصالها ..... وكيفية التضمينات اللازمة على فرض عدم إيصالها في المهلة المعينة".

ومقتضى ذلك أنه يجوز للناقل أن يحدد مسؤوليته بمبلغ معين مهما بلغت قيمة الضرر المترتب على تأخر وصول البضاعة في الموعد المحدد.<sup>٢</sup>

### موقف الفقه الإسلامي من شرط تحديد المسؤولية.

وهذا المبدأ مخالف لقواعد التضمين عن التلف في الشريعة الإسلامية ، والتي تقضي بأن المتلف يغرم مثل ما أتلفه أو قيمته مطلقاً (لِأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَلْبَسُوا أَلْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا) [النساء: ٢٩] ، وقوله صلى الله

<sup>١</sup> - العقود التجارية وعمليات البنوك/ د محمد الجبر: ١٧٧.

<sup>٢</sup> - العقود التجارية وعمليات البنوك/ د محمد الجبر: ١٧٧.

عليه وسلم (سباب المسلم فسوق وقتاله كفر وحرمة دمه كحرمة ماله)<sup>١</sup>، وقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)<sup>٢</sup>، ووجه الدلالة من هذه الأدلة أنها جاءت عامة فلم تستثن الإعفاء من الضرر أو بعضه لأي سبب كان، وعلى هذا فإن مبدأ تحديد المسؤولية فيه مخالفة صريحة لهذه الأدلة لما فيه من إجحاف وظلم بني، فالعوض لم يتناسب مع الضرر، لأن هذا المبدأ يقوم على إزالة بعض الضرر لا كله.<sup>٣</sup>

#### خامساً: نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.<sup>٤</sup>

١. زيادة التزامات المتعاقد مع الحكومة وتخفيضها.

تنص المادة (٣٦) على أنه "يجوز للجهة الحكومية زيادة التزامات المتعاقد ضمن نطاق العقد بما لا يتجاوز (١٠%) عشرة في المائة من القيمة الإجمالية للعقد، أو تخفيض هذه الالتزامات بما لا يتجاوز (٢٠%) عشرين في المائة".

الأصل أنه لا يجوز إجراء أي تعديل على العقد إلا باتفاق المتعاقدين، لكن المنظم أجاز للجهة الحكومية زيادة التزامات المتعاقد ضمن نطاق العقد، أو تخفيضها بالنسبة المحددة في المادة، لأن المتعاقد وافق على هذا الشرط عند إبرام العقد مع الجهة الحكومية.

<sup>١</sup> - صحيح البخاري رقم الحديث: ٤٨. كتاب الإيمان، باب خوف المؤمن من أن يحبط عمله وهو لا يشعر.  
<sup>٢</sup> - سنن ابن ماجه رقم الحديث: (٢٣٤١) كُتِبَ الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره. قال النووي رحمه الله: "حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً"، ورواه مالك مرسلاً، وله طرق يقوي بعضها بعضاً" (شرح الأربعين: ١٦٦) قال الحافظ ابن رجب "وهو كما قال" (جامع العلوم والحكم: ٢/٢١٠).  
<sup>٣</sup> - أشخاص الملاحة البحرية ومسؤولياتهم في الفقه الإسلامي والنظام / د عارف العلي: (١٥٥/١).  
<sup>٤</sup> - نظام المنافسات والمشتريات الحكومية: الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ.

## موقف الفقه الإسلامي من حق جهة الإدارة في تعديل العقد.

تأتي سلطة الإدارة في زيادة التزامات المتعاقد أو تخفيضها في العقد الإداري على خلاف الأصل العام في العقود ، لكن الظاهر جواز ذلك ؛ نظراً لحاجة المرفق العام ، وتقديماً لمصلحة الجماعة على مصلحة الفرد ، وانطلاقاً من القاعدة الفقهية (الضرر الأعم ينفي بالضرر الأخص) و (المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة). وقاعدة (تصرف الراعي في الرعية منوط بالمصلحة) . ومادام أن الأساس الذي جعل الجهة الإدارية هذه السلطة هو احتياج المرفق العام فإنه يجب أن تقدر الضرورة بقدرها ولا يتوسع في هذه السلطة.<sup>١</sup>

### ٢. الشرط الجزائي.<sup>٢</sup>

تنص المادة (٤٨) على أنه "إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الموحد المحدد تفرض عليه غرامة تأخير لا تتجاوز (٦%) ستة في المائة من قيمة عقود التوريد ، ولا تتجاوز (١٠%) عشرة بالمائة من قيمة العقود الأخرى".

وتنص المادة (٤٩) على أنه "إذا قصر المتعاقد في عقود الصيانة والتشغيل والعقود ذات التنفيذ المستمر في تنفيذ التزاماته ، تفرض عليه

<sup>١</sup> - سلطات الإدارة تجاه المتعاقد / د حجاب النياي: ٢٣٨.

<sup>٢</sup> - الشرط الجزائي: هو اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه.(أبحاث هيئة كبار العلماء :١٠٣/١).

غرامة لا تتجاوز ( ١٠% ) عشرة في المائة من قيمة العقد ، مع حسم قيمة الأعمال التي لم تنفذ".

فهذه النصوص نصت على فرض شروط جزائية على المتعاقد مع الحكومة في حال تأخره في تنفيذ التزامه.

### موقف الفقه الإسلامي من الشرط الجزائي.

جاء في قرار هيئة كبار العلماء ما يلي: " فإن المجلس يقرر بالإجماع: أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول".<sup>١</sup>

على أنه لا يجوز وضع الشرط الجزائي في العقد المالي الذي يكون فيه الالتزام الأصلي ديناً ، لأنه يكون من الربا.

و جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ١٠٩ (١٢/٣). مايلي:

"يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً ؛ فإن هذا من الربا الصريح".<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> - بحوث هيئة كبار العلماء : (٢١٤/١).  
<sup>٢</sup> - مجلة المجمع العدد الثاني عشر : ٩١/٢.

## المطلب الثاني:

### الأصل العام المتحصل من النظر في النصوص السابقة.

بالنظر إلى النصوص السابقة فإننا نجد أن النظام السعودي قد نص على جواز وإبطال جملة من الشروط العقدية ، وبتدقيق النظر فيما أجازته النظام من الشروط وما منعه ، فإنه يمكن الخلوص إلى النتيجة التالية:

**أن الأصل في النظام السعودي هو جواز الشروط العقدية التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا تخالف مقصود العقد ، ولا تتعارض مع نصوص نظامية خاصة.**

فمن الشروط التي نص النظام على بطلانها لكونها تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، هو الشرط المشتمل على فائدة ربوية في الأوراق التجارية ، حيث نصت المادة السادسة على أن " اشترط فائدة الكمبيالة يعتبر كأن لم يكن "

ومن الشروط التي أبطلها النظام لكونها تخالف مقصود العقد ما نص عليه المادة الثانية من نظام الشركات التجارية: " يتقاسم جميع الشركاء الأرباح والخسائر فإذا اتفق على حرمان أحد الشركاء من الربح أو إعفائه من الخسارة كان هذا الشرط باطلاً "

فقد أبطل النظام كل شرط يؤدي إلى حرمان أحد الشركاء من الربح أو إعفائه من الخسارة ، وذلك لكون هذا الشرط يخالف مقصود عقد الشركة، فافتسام الأرباح والخسائر يعد من مقتضيات عقد الشركة، فقد جاء



في تعريف عقد الشركة في المادة الأولى من النظام أنه: " الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كلا منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة."

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (١٠١) من نظام الشركات "يجوز أن ينص في نظام الشركة على قيود تتعلق بتداول الأسهم بشرط إلا يكون من شأنها تحريم هذا التداول"

فهو نص على جواز أي قيد اتفاقي على تداول الأسهم إلا إذا كان من شأن هذا القيد تحريم التداول ، لأن تحريم التداول يعد منافياً لمقصود العقد ومقتضاه ، فمن أهم مقتضيات عقد الشركة المساهمة قابلية أسهمها للتداول.

كما أننا نجد أن المنظم قد نص على بطلان الشروط المخالفة لنصوص نظامية خاصة ، فمن ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من نظام الشركات التجارية " تسري أحكام هذا النظام ومالا يتعارض معها من شروط الشركاء"

فقد نصت المادة على جواز أي شرط لا يتعارض مع أحكام النظام والمقصود الأحكام الآمرة التي لا يجوز للطرفين الاتفاق على مخالفتها.

## المطلب الثالث:

### تطبيقات قضائية على مبدأ سلطان الإرادة.

يشتمل هذا المطلب على جملة من التطبيقات القضائية يتضح من خلالها موقف القضاء السعودي من مبدأ سلطان الإرادة العقدية.

#### تطبيق قضائي رقم (١)

##### شرط عدم تأجير العقار من الباطن إلا بإذن خطي.

حكم ديوان المظالم رقم ٩٤/د/١/١٥ لعام ١٤٢٥هـ بقبول طلب المدعي بفسخ عقد الإيجار وتسليم الأرض له بسبب قيام المستأجر بتأجير العقد من الباطن بدون إذن خطي من المؤجر ، مع وجود نص شرط صريح في العقد يحظر ذلك، ويجيز للمؤجر طلب فسخ العقد وإعادة تسليم العقار له عند وقوع ذلك.

وقد نص الحكم القضائي على اعتبار هذا الشرط ، الذي تم وضعه باتفاق الطرفين ، نظراً لعدم مخالفته للشريعة ، وعدم منافاته لمقصود العقد. نص الحكم: "وقد اتفق الطرفان في المادة السادسة من ذلك العقد على أنه (لا يجوز للطرف الثاني أن يتصرف في هذه الأرض أو منشآت المشروع المقامة عليها بأي وجه من وجوه التصرف إلى طرف آخر كبيعها أو هبتها أو تأجيرها أو استغلالها أو التنازل عنها كلياً أو جزئياً إلا بعد الحصول على موافقة الطرف الأول الخطية) فإرادة الطرفين قد التقت على

قصر الانتفاع من الأرض محل العقد على العاقد نفسه ، وأنه لا يحقه له تمكين غيره من ذلك الانتفاع إلا بعد صدور موافقة خطية من المؤجر ، وهذا اتفاق فيه إسقاط حق المستأجر في إعادة التأجير وقد رضي به ، فيسقط حقه في ذلك ، ولا يملكه إلا بالطريقة المحددة في ذلك الاتفاق ، لكونه إنما ملك انتفاعاً محدداً لا مطلق الانتفاع ، والمستأجر إنما يأتيه التخويل بالانتفاع من طرف المؤجر ، والمؤجر لم يرض إلا بانتفاع معين وهو ما كان واقعاً من المستأجر نفسه ، فلا يملك المستأجر بما عداه ، ومن ثم فإن اشتراط المؤجر ألا يتم انتفاع غير المستأجر من الأرض محل الدعوى إلا بإذنه اشتراط له اعتباره شرعاً ، إذ ليس في تحريم لحلال ولا تحليل لحرام ، وقد قال صلى الله عليه وسلم (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حراماً حلالاً)<sup>١</sup> ، كما أنه ليس مناقضاً لمقصود العقد حتى نقول بإبطاله ، وإنما هو مقيد للحقوق التي يملكها العاقد بمجرد عقد الإجارة وذلك بموافقة العاقد نفسه ، فيكون قد تنازل عن تلك الحقوق المستثناة ، وبالتالي فإن قيام المدعى عليها بالتأجير من الباطن والذي أقرت به في ترافعها أمام الدائرة الخاصة مخالفة صريحة للعقد ، وقد اتفق الطرفان على عقوبة مخالفة العقد بأن نصا في المادية الحادية عشرة منه على أن (يلتزم الطرف الثاني بتنفيذ بنود هذا العقد ، ويحق للطرف الأول فسخ العقد واستعادة الأرض متى أخل الطرف الثاني بأي شرط من شروط العقد ، ولا يحق للطرف الثاني المطالبة بأي تعويضات عن الفسخ) فالطرفان متفقان على أن للمؤجر الحق في فسخ العقد متى أخل المستأجر

---

<sup>١</sup> - سبق تخريجه: ٣

بأي شرط من شروط العقد ، وما من ريب في أن التأجير من الباطن إخلال بشروط العقد ، ومن ثم فإن الدائرة تستجيب لطلب المدعية بإخلاء الأرض وتسليمها إليها إعمالاً للشرط الفاسخ الذي أحدثته إرادة الطرفين عن إبرام العقد ، والذي يجب إعماله متى ما طلب صاحب المصلحة ذلك إعمالاً لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) [المائدة: ١] وقوله صلى الله عليه وسلم (المسلمون على شروطهم)<sup>١</sup> وقد نقل في الأثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (مقاطع الحقوق عند الشروط) وقال شريح رحمه الله: (الشرط أملك) ، وبالتالي فإن على المدعى عليها إخلاء الأرض فوراً وتسليمها للمدعية إلا أن يتفق الطرفان على خلاف ذلك فالأمر إليهما.

## تطبيق قضائي رقم (٢)

### اشتراط عقد في عقد

حكم ديوان المظالم ٥٢/ت/٣ لعام ١٤٢٥ هـ القاضي بعدم جواز اشتراط عقد في عقد لكونه يؤدي إلى وقوع غرر في العقد ، وإعادة تكيف هذا العقد المشتمل على شروط باطلة إلى ما يماثله من العقود الصحيحة وهي عقود بيع بالتقسيط.

---

<sup>١</sup> سبق تخريجه: ٣

نص الحكم: "فتوضح الهيئة أنه من غير الجائز شرعاً تضمين العقد الواحد عقدين في آن واحد كما هو الحال عليه في هذا العقد (محل الدعوى) لأن عقد الإجارة يقع على المنفعة فقط بمعنى انتقال المنافع إلى المستأجر دون أصل العين أما البيع فيقع على أصل العين مع منافعها حيث تنتقل إلى المشتري ولذا عرف الفقهاء الإجارة: "بأنها تمليك منفعة بعوض" وعرفوا البيع بأنه: "مبادلة مال أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأبيد" كما أن البيع مضمون على المشتري بعد قبض السلعة خلافاً للإجارة إذ لا ضمان على المستأجر إن لم يقع منه تعد أو تقريط بل الضمان على المؤجر وعلى فرض صحة مثل هذا العقد فإنه لم يتوافر فيه شرط هام ، وهو كون الثمن والأجرة معلومين مع استحالة ذلك لتأرجح أي من العقدين ومن المعلوم أن معرفة الثمن أو الأجرة شرط لصحة الإجارة أو البيع ، هو محل اتفاق بين أهل العلم والأصل في ذلك ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الغرر)<sup>١</sup> ، فاشتراط معرفة الثمن ومعرفة المثل يحول دون وقوع الغرر .....

والواقع في العقد محل الدعوى أن الثمن والأجرة مجهولان ثم إن الأجرة التي تقدر سنوياً أو شهرياً بمقدار مقسط تكون أضعافاً من أجل استيفاء قيمة المعقود عليه فلا يصح أن تكون قيمة إيجارية خالصة فهو قسط تضمن إجارة وبيعاً في آن واحد وفي حالة الإقالة فلا تصح الزيادة لأن مقتضى الإقالة رد الأمر إلى ما كان عليه واحتساب القيمة كاملة يعد ضرباً من ضروب أكل الناس بالباطل وينطوي على غرر ومجازفة إذ قد يعسر

<sup>١</sup> - أخرجه مسلم: ١٥١٤. كتاب البيوع.

المشتري في آخر قسط فيخسر الثمن والمثمن ، وهذا خلاف القاعدة الفقهية وهي الأصل ألا يجتمع العوضان لشخص واحد فحقيقة ما يسمى عقد الإيجار المنتهي بالتمليك عقد بيع بالتقسيط ألبس ثوب الإيجار المنتهي بالتمليك وما اقترن عقد الإجارة بعقد البيع في نهاية المدة مع الأجرة المرتفعة ارتفاعاً فاحشاً عن أجرة المثل إلا دليل أكيد على ذلك. ومثل هذا العقد لا يخلو من حالين:

أولاهما: أن يكون لم يدخل مرحلة التنفيذ فيجب إبطاله لأن في ذلك إحقاق للحق ورجوع إليه ، وذلك خير من التماذي من أعماله.....

ثانياً: أن يكون قد دخل مرحلة التنفيذ فينتج عنه ضرر بأحد المتعاقدين أو كليهما وفي هذه الحالة يتعين أعمال القواعد الشرعية لحديث (لا ضرر ولا ضرار) وذلك أن الشريعة بمرونة أحكامها وسعتها لحوادث الزمان قد أو جدت حلولاً كثيرة ينتفي معه العكس وقد قال تعالى (ومن يتق الله يجعل له مخرجاً) لذا فإنه يتعين تكييف هذا العقد إلى ما يماثله من العقود الصحيحة وهي عقود البيع بالتقسيط.

### تطبيق قضائي رقم (٣).

#### شرط جزائي.

حكم ديوان المظالم رقم ١٥١/د/ت/ج/٣ لعام ١٤٣١ هـ القاضي بإلزام المورد (المدعى عليه) بدفع غرامة التأخير المنصوص عليها في العقد لكونه قد أخل بتنفيذ التزاماته العقدية

نص الحكم: "فبناءً على ما تقدم ولقول الله تعالى في سورة (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) [المائدة ١] ولقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار). أخرج ابن ماجه<sup>١</sup>. فإن المدعية تستحق ما يلي:

١. ....

٢. ....

٣. .... مبلغ وقدره (٤٤,٥٣٥,٧٠) مقابل تعويض المدعية عن الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد بسبب إخلال المدعى عليه بالعقد وطلب الشراء والاتفاقية لقوله صلى الله عليه وسلم (المسلمون على شروطهم)<sup>٢</sup> ولما ورد في صحيح البخاري عن ابن سيرين عن القاضي شريح أنه قال (من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه) واستناداً لما نصت عليه المادة الخامسة من العقد المؤرخ في تاريخ ١٥/١/١٤٢٩ هـ على ما يلي (يتعهد الطرف الأول بتسليم الأنابيب خلال فترة أقصاها (١١) يوماً من تاريخ استلام الطرف الأول لإشعار فتح خطاب الاعتماد المستندي مع مراعاة أحكام المادة (٨) فإنه في حالة إخلال الطرف الأول بتعهد الوارد بعاليه فإن الطرف الثاني يكون ملزماً بقبول تأخير التسليم مقابل تحمل الطرف الأول لغرامة تأخيرية قدره ٠,٠٠٥ % (خمسة من ألف بالمائة) من سعر العقد عن كل يوم تأخير على ألا يتجاوز مجموع غرامات التأخير ما مقداره ٥% (خمسة بالمائة) من سعر العقد كما لا ينبغي أن تتجاوز فترات التأخير في التسليم ما يعادل ٥% (خمسة بالمائة) من سعر

<sup>١</sup> - سبق تخريجه: ٨٥.

<sup>٢</sup> - سبق تخريجه: ٤.

العقد) ، وبناءً على ما جاء في قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم ٢٥ وتاريخ ١٣٩٤/٨/٢١هـ المتضمن أن المجلس يقرر بالإجماع على ما يلي: (أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر ، يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر معتبر في الإخلال بالالتزام الموجب له ، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول ، وإذا كان الشرط كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية ، فيجب الرجوع في ذلك للعدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة ، ويرجع في تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر)..... لذا فإن المدعية تستحق التعويض من المدعى عليه جراء إخلاله بالعقد لعدم تنفيذه وما نفذ سابقاً كان بخلاف المتفق عليه.

#### تطبيق قضائي (٤)

##### شرط عقدي "عدم جواز تجديد عقد الإجارة إلا بعقد جديد"

حكم ديوان المظالم الحكم رقم ٧٤/د/ف ٢٨ لعام ١٤٢٦هـ برفض دعوى المدعي إلزام المستأجر بدفع أجرة العقار لمدة سنة كاملة ، بسبب تأخرها في إخلاء المبنى بعد انتهاء مدة العقد الأولى ، وذلك نظراً لتضمن العقد شرطاً يقضي بعدم جواز تجديد العقد مرة أخرى إلا بعقد جديد ، خلافاً لما جرى عليه العرف من كون العقد يتجدد تلقائياً بمجرد انقضاء مدة العقد الأول إذا لم يشعر أحد الطرفين الآخر بعدم رغبته في التجديد. والحكم بموجب هذا الشرط دليل على اعتباره في نظر القضاء السعودي.



نص الحكم " فإن الثابت من النظر الجلي في العقد المبرم بين الطرفين عدم النص على استحقاق المدعي لأجرة سنة كاملة في حالة تأخر المدعى عليها في إخلاء المبنى ، بل نص صراحة على أنه لا يجوز تجديد العقد مرة أخرى إلا بعقد آخر ، وهذا النص هو الفيصل في قطع النزاع مما يفضي إلى عدم استحقاق المدعي لأجرة سنة كاملة ، ويكون له أجرة المثل التي يستحقها عقاره من مستأجر في صفة المدعى عليها"

### تطبيق قضائي(٥)

شرط عقدي "أداء مستحقات المقاول في مواعيد محددة "

حكم ديوان المظالم رقم (١٥٨/د/٤/١ لعام ١٤٢٦هـ) بإلزام جهة الإدارة بإعادة غرامة التأخير وتكاليف الإشراف التي تم حسمها على المدعي ، نظراً لأن تأخر المدعي عن إنجاز المشروع في الوقت المحدد كان بسبب مخالفة جهة الإدارة لشروط العقد القاضية بدفع مستحقات المدعي في المواعيد المقررة في العقد.

والحكم بموجب هذا الشرط الاتفاقي دليل على اعتباره في نظر القضاء السعودي إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة.

نص الحكم: "وحيث نصت المادة (٥٠/ب) من الشروط العامة للعقد على أن تصرف استحقاقات المقاول وفق ما يتم إنجازه من عمل وحسب المستخلصات التي يوافق عليها الاستشاري أو الجهة الفنية المشرفة على المشروع ، وبصفة دورية ، وبمعدل مستخلص واحد كل شهر على الأقل ، كما تضمنت المادة (٥٩) من تلك الشروط على أن صاحب العمل ينفذ شروط العقد بحسن نية وأن يدفع للمقاول الأقساط المستحقة دون تأخير وإذا

أخل بأي شرط أو قصر عن الدفع فى الميعاد المحدد فيحق للمقاول أن يطالب بالتعويض عن الخسائر المترتبة على ذلك وقد قال (يا أيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود) وقال صلى الله عليه وسلم (المسلمون عند شروطهم) ومن الوفاء بالعقد تنفيذ الشروط المتفق عليها ومن أهمها صرف مستحقات المدعية فى مواعيدها.....

ومما تقدم يتبين أن الوزارة خالف النصوص الشرعية والعقدية ، ولما كان التأخير في صرف استحقاقات المدعية يؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد وقلة السيولة النقدية لدى المقاول مما نتج عنه آثار سلبية على المشروع أقلها الإخلال بالبرنامج الزمني لتنفيذ الأعمال مما أدى إلى التأخر في إنجاز المشروع في أوقاته المحددة ، وحيث ثبت إخلال المدعى عليها بالتزاماتها حيث لم تدفع للمدعية مستحقاتها في مواعيدها كما ثبت من بيان حركة سير المستخلصات المقدمة من الوزارة أن مدة تأخير صرف المستحقات تزيد على مدة تأخر المدعية بفارق كبير كما أن بعض المستخلصات أعطت المدعية عنها سندات على الخزينة ، فإن ذلك يبرر تأخر المدعية ، ويؤكد أنه بسبب خارج عن إرادتها بل بسبب تقصير المدعى عليها في دفع مستحقات المدعية حسب شروط العقد ، وبذا في تأخر المدعية في إنجاز المشروع ليس مرده إليها وحدها ، بل إلى المدعى عليها لتأخرها في دفع مستحقات المدعية في مواعيدها ، وبذا فإن الوزارة غير محقة في حسم غرامة التأخير وتكاليف الإشراف ، مما تنتهي معه الدائرة إلى إلزام المدعى عليها بإعادة غرامة التأخير وتكاليف الإشراف المحسومة"

## تطبيق قضائي (٦)

### شرط التحكيم.

حكم ديوان المظالم رقم ١٤٧/د/ت/ج/٣ لعام ١٤٣١ هـ ، بعدم جواز النظر في القضية المرفوعة لوجود شرط التحكيم في العقد المبرم بين الطرفين. والحكم بموجب هذا الشرط دليل على اعتباره شرعاً في نظر القضاء السعودي.

نص الحكم: "بما أن المدعي يهدف من إقامة دعواه إلى إلزام المدعى عليها بسداد قيمة ما تم تنفيذه وتمسك وكيل المدعى عليها بشرط التحكيم المنصوص عليه في العقد المبرم بين الطرفين المؤرخ ١٤٢٤/١٢/٢٥ هـ في البند رقم (٤/١٥) ، وبما أن نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ في تاريخ ١٤٠٣/٧/١٢ هـ نص في مادته السابعة على أنه : "إذا كان الخصوم قد اتفقوا على التحكيم قبل قيام النزاع إلا وفقاً لأحكام هذا النظام"..... ولذلك بعد الدراسة والتأمل حكمت الدائرة: بعدم جواز نظر الدعوى لوجود شرط التحكيم."

## تطبيق قضائي (٧)

### شرط إنجاز العمل خلال فترة معينة.

حكم ديوان المظالم رقم ٩٨/د/ت/ج/٣ لعام ١٤٣١ هـ القاضي باستحقاق المدعي لقيمة ما أنجزه من عمل (استخراج تأشيرات)، والعفو عن التأخر

اليسير ما دام أنه لم يترتب عليه إلحاق ضرر بالمدعى عليه. وفي هذا دليل ظاهر على أن القضاء السعودي لا يلتزم حرفياً بما جاء في الشروط العقدية ، بل إنه يلجأ لإعمال قواعد العدالة والإنصاف ، فالتأخير اليسير الذي لا يضر لا يؤدي إلى عدم استحقاق المتعاقد لقيمة ما أنجزه ، وإن نص العقد على ذلك.

نص الحكم: "وبما أن الثابت أن المدعية استخرجت للمدعى عليها (٤٤١) تأشيرة عمل وذلك وفق تذكرة المراجعة رقم (....) وتاريخ (.....) وقيمة كل تأشيرة ١٥٠٠ ريال حسب العقد وعليه فيكون المستحق عن ذلك: ٦٦١,٥٠٠. وأما ما ذكرته المدعى عليها من تأخر المدعية وعدم تنفيذ النسبة المبتغاة ، فإن ذلك أمر يسير ويغتر في مثل هذه الحالات إضافة أن المدعى عليها لم تقدم ما يثبت حصول الضرر وتعطل مصالحها من جراء ذلك. فإن الدائرة تنتهي إلى استحقاق المدعية لمبلغ (٦٦١,٥٠٠) ريال قيمة استخراج (٤٤١) تأشيرة عمل."

## الخاتمة

يتضح لنا من خلال ما سبق النتائج التالية:

أ . أن سلطان الإرادة هو: هو حرية إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجه ، وحدود تلك الحرية ، أي مدى اعتبارها في نظر الشرع. وأن الشروط العقدية فهي: الشرط الذي ينشئه المكلف بإرادته في بعض عقود والتزاماته.

ب . ظل مبدأ سلطان الإرادة طوال العصور القديمة مقيداً بأوضاع شكلية ، لكنه بدأ يتحرر شيئاً فشيئاً في أواخر القرون الوسطى ، ثم ما لبث أن صارت له السيادة الكاملة في عصر الثورة الفرنسية وما بعدها حيث اعتبرت الإرادة هي المصدر الوحيد لكل الالتزامات والحقوق.

ج . انتكص مبدأ سلطان الإرادة بعد ذلك بسبب انتشار المذاهب الاجتماعية ، ثم عاود الظهور مرة أخرى على أسس جديدة ، واستقر على النظرية التي تقول: "السلطان الأصلي في إنشاء العقد وفي تحديد التزاماته إنما هو لإرادة العاقين ، ولكن في حدود معينة يحددها التشريع وفقاً للمصالح الفردية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية."

د . القيود التي يقيد بها مبدأ سلطان الإرادة تختلف باختلاف أنواع الحقوق والعقود.

أولاً : في الحقوق العامة والالتزامات الناشئة عنها لا سلطان لإرادة الملتزم أصلاً ، بل للقانون وحده.

ثانياً: أما عقد الزواج ونتائجه ينحصر سلطان إرادة العاقين في أصل العقد ، أي في قبول التعاقد أو رفضه بمحض حريتهما.

ثالثاً: أما ما يتعلق بدائرة القانون الخاص من الأموال ، فإن الإرادة فيها تنشط تدرجاً ، ففي الحقوق العينية يتسع مجال سلطان إرادة العاقدين في تحديد آثار العقد ، أما في تكوينه فيخضع لمراسم شكلية في التسجيل يفرضها القانون .وأما في الحقوق الشخصية والالتزامات فهي الميدان الأوسع لمبدأ سلطان الإرادة العقدية ضمن حدود الآداب العامة والنظام العام والنصوص القانونية الخاصة عندما تكون آمرة بحكم إلزامي.

هـ . يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والظاهرية وكثير من المالكية وبعض الحنابلة أن الأصل في الشروط العقدية هو الحظر ، فلا يباح إلا ما دل الشرع على إباحته بالنص أو الإجماع أو القياس عند من يقول به . ويستدلون على ذلك ببعض النصوص كقوله (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) وقوله (نهى عن بيع سلف وبيع ولا شرطان في بيع)

و. يرى أصحاب المذهب الاجتماعي أن القانون هو الذي يحدد آثار العقد ونتائجه ، وأن إرادة العاقدين يقتصر دورها على إنشاء العقد. فالقانون من وجهة نظرهم هو الذي يرسم حدود المشروعية للعقود ، فيقرر ما يراه مناسباً من القيود على الإرادة لإعادة التوازن إلى العقد وحماية أطرافه كما أن حرية التعاقد إذا أطلقت ، تؤدي إلى الفوضى الاجتماعية ، وما يستتبع ذلك من أضرار على الصعيدين : الاقتصادي ، والمالي ، وهو أمر يتعارض من المصلحة العامة.

ح . يتفق رأي جمهور الفقهاء المضيقين من حرية الشروط العقدية مع رأي أصحاب المذهب الاجتماعي من حيث المبدأ العام ، وهو أن الإرادة ليس لها أي سلطان تجاه تحديد آثار العقد.

لكن ليس لبطلان الشرط العقدي في نظر القوانين المضيق من نطاق حرية الشروط العقدية أي أثر على صحة العقد ، وأما الفقهاء المضيقون فهم يقسمون الشروط الباطلة إلى : ١- شروط باطلة تبطل العقد. ٢- وشروط باطلة لا تبطل العقد. وذلك حسب حجم الخلل الذي يصيب أركان العقد الأساسية نتيجة هذه الشروط

ط . يرى بعض المالكية وكثير من الحنابلة أن الأصل في الشروط العقدية الجواز والإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه.

ويستدلون بالنصوص الواردة في الأمر بوفاء العهود و العقود ، وبعض النصوص الخاصة كحديث جابر لما باع جملة على النبي صلى الله عليه وسلم واشترط حملانه إلى المدينة.

ك . يرى أصحاب المذهب الفردي أن الإرادة هي التي تحدد آثار العقد ونتائجه الأصلية ، منطلقين من قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين).

ل . يعد رأي الموسعين من حرية الشروط العقدية هو أقرب الاجتهادات الشرعية إلى الاتجاهات القانونية المعاصرة . لكنهم يختلفون في مبدأ جعلية آثار العقود ، وفي الضوابط والقيود الواردة على العقود.

م . الأصل في النظام السعودي هو أن جواز كل شرط لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ولا يخالف مقصود العقد ، ولا يعارض نصاً نظامياً خاصاً





## التوصيات:

أولاً: الاستفادة من النظريات القانونية والصيغ النظامية المعاصرة أياً كان مصدرها بعد تخليصها من قواعدها الفلسفية ومؤثرات هذه القواعد في عناصرها، على أن تكون الشريعة الإسلامية هي قاعدة البناء لهذه النظريات والصيغ النظامية ، وهي الضابطة لتركيب هذا البناء من خلال مبادئها وقيمها الخلقية وأحكامها الشرعية وقواعدها العامة.<sup>١</sup>

ثانياً: إعادة صياغة هذه النظريات بحيث تكون قابلة للتطبيق في المجتمع الإسلامي.

ثالثاً: إن كثرة النوازل والمستجدات في هذا الزمان خصوصاً في أبواب المعاملات المالية ، وعجز كثير من العقود المسماة . التي قرر الفقهاء أحكامها . عن الوفاء بمتطلبات وحاجات العصر ، تستلزم إعادة فتح باب الاجتهاد بضوابطه الشرعية ، وإعادة دراسة أحكام هذه العقود ، والنظر في مدى موافقتها لدلالة نصوص الكتاب والسنة، وأقوال السلف الصالح ، ومقاصد الشريعة ومبادئها العامة.

---

<sup>١</sup> - العولمة الغربية والصحة الإسلامية/ عبدالرحمن الزبيدي: ٩٥.

## المراجع والمصادر:

### التفسير:

١. أحكام القرآن ، أبو بكر أحمد بن علي بن رازي الجصاص ، دار إحياء التراث العربي ، ومؤسسة التاريخ العربي ، بيروت: ١٤١٢ هـ.
٢. الجامع لأحكام القرآن: محمد بن أحمد القرطبي ، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤٢٧ هـ.
٣. تفسير القرآن الحكيم المشتهر بتفسير المنار ، محمد رشيد رضا، دار المنار ، القاهرة: ١٣٦٦ هـ.
٤. تفسير القرآن العظيم ، عماد الدين ، إسماعيل بن كثير القرشي ، مؤسسة الريان ، الرياض ، الطبعة الرابعة: ١٤١٨ هـ.
٥. نيل المرام من تفسير آيات الأحكام ، صديق بن حسن بن علي الفتوجي ، المكتبة العصرية ، بيروت ، الطبعة الأولى: ١٤٢٨ هـ.

### كتب الحديث وشروح الأحاديث:

١. إرواء الغليل تخريج أحاديث منار السبيل : الشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي ، الطبعة الأولى: ١٣٩٩ هـ.
٢. سبل السلام شرح بلوغ المرام، محمد بن إسماعيل الصنعاني ، دار العاصمة ، الرياض ، الطبعة الأولى: ١٤٢١ هـ.
٣. شرح صحيح مسلم ، محي الدين أبو زكريا النووي ، المكتبة العصرية ، بيروت: ١٤٢٦ هـ.
٤. فتح الباري شرح صحيح البخاري: الشيخ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، دار السلام ، الرياض ، الطبعة الثالثة: ١٤٢١ هـ.
٥. معالم السنن شرح سنن أبي داود: الشيخ حمد بن محمد الخطابي البستي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى: ١٤١١ هـ.

## كتب الفقه:

١. أحكام المعاملات الشرعية: الشيخ علي الخفيف ، دار الفكر العربي ، القاهرة : ١٤٢٩هـ.
٢. إعلام الموقعين: شمس الدين محمد بن قيم الجوزرية ، مكتبة دار البيان، دمشق ، الطبعة الأولى : ١٤٢١هـ.
٣. بدائع الصنائع وترتيب الشرائع: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية: ١٤٠٦هـ.
٤. حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل: محمد بن عبدالله بن علي الخرشي المالكي ، دار الكتب العلمية ، بيروت.
٥. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : محمد بن عرفة الدسوقي ، على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
٦. روضة الطالبين وعمدة المفتين: محي الدين ، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، : ١٤٢٣هـ.
٧. شرح فتح القدير : كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام الحنفي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٤هـ.
٨. الشركات في الفقه الإسلامي: الشيخ علي الخفيف، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨م.
٩. الشروط التعويضية في المعاملات المالية: الدكتور عياد العنزي ، دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، الطبعة الأولى: ١٤٣٠هـ.

١٠. القواعد النورانية: لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، دار ابن الجوزي ، الرياض ، الطبعة الثانية: ١٤٢٨هـ.
١١. كشف القناع عن متن الإقناع: الشيخ منصور بن يونس البهوتي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ.
١٢. المبسوط: شمس الدين السرخسي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت : ١٤٠٩هـ.
١٣. المحلى: لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم ، إدارة الطباعة المنيرية، عام: ١٣٤٧هـ.
١٤. مجموع الفتاوى: لشيخ الإسلام أحمد بن عبدالحليم بن تيمية ، در العربية ، بيروت.
١٥. المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ.
١٦. مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، عبدالرزاق السنهوري ، دار إحياء التراث العربي ، ومؤسسة التاريخ العربي ، بيروت.
١٧. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، الدكتور: محمد عثمان شبير ، دار النفائس للنشر والتوزيع .
١٨. المغني ، الشيخ موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، دار هجر ، القاهرة ، الطبعة الثانية : ١٤١٢هـ.
١٩. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، الشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي ، مدينة نصر ، القاهرة.

٢٠. المذهب في فقه الإمام الشافعي ، لأبي إسحاق الشيرازي ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى : ١٤١٢هـ .
٢١. مواهب الجليل شرح مختصر العلامة خليل ، أبو عبدالله محمد بن محمد المغربي ، المعروف بالحطاب ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع .
٢٢. نظرات في الشريعة الإسلامية ، عبدالكريم زيدان ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى : ١٤٢١هـ .
٢٣. نظرية الشرط في الفقه الإسلامي ، الدكتور : حسن بن علي الشاذلي ، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع ، الرياض ، الطبعة الأولى : ١٤٣٠هـ .

### كتب أصول الفقه:

١. شرح الكوكب المنير ، محمد بن أحمد الفتوحي المعروف بابن النجار ، مكتبة العبيكان عام : ١٤١٨هـ .
٢. كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام: الشيخ علي بن محمد بن الحسين البزدوي، شركة الصحافة العثمانية ، عام: ١٣٠٨هـ .
٣. المستقصى من علم الأصول ، أبو حامد محمد بن أحمد الغزالي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الأولى .

### كتب اللغة:

- ١- لسان العرب ، العلامة ابن منظور ، دار إحياء التراث ، ومؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، الطبعة الثالثة .
- ٢- المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، : ٣٩٤/١ . دار المعارف ، الطبعة الثالثة .

## كتب القانون:

- ١- أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي: الدكتور سعد الخثلان، الطبعة الثانية ، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع ، ١٤٣١ هـ.
- ٢- أشخاص الملاحة البحرية ومسؤولياتهم في الفقه والنظام: الدكتور عارف العلي ، المعهد العالي للقضاء، ١٤٢٢ هـ.
- ٣- التصرف الفردي والإرادة المنفردة : الشيخ علي الخفيف ، دار الفكر العربي ، مدينة نصر القاهرة.
- ٤- شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون: محمد بن إبراهيم موسى، دار التدمرية ، الطبعة الثالثة ، ١٤٣٢ هـ
- ٥- ضوابط العقود: الدكتور عبدالحميد محمود البعلي ، مكتبة وهب ، القاهرة ، الطبعة الأولى.
- ٦- القانون التجاري السعودي: الدكتور: محمد بن حسن الجبر ، الطبعة الخامسة : ١٤٢١ هـ.
- ٧- النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون: الدكتور بهاء الدين العلايلي، دار الشواف ، الرياض: ١٤٢٦ هـ
- ٨- نظرية العقد ، عبدالرزاق السنهوري: منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٨ م.
- ٩- الوجيز في النظرية العامة للإلتزام : عبدالرزاق السنهوري ، منشأة المعارف ، الأسكندرية : ٢٠٠٤ م.

١٠. الأوراق التجارية في النظام السعودي: الدكتور :عبدالله بن محمد العمران ، معهد الإدارة العامة ، الطبعة الثانية: ١٤١٦هـ.

### بحوث تكميلية:

١- القيود الواردة على حرية تداول الأسهم في الشركة المساهمة : سليمان بن عبدالمحسن السعوي ، المعهد العالي للقضاء ، ١٤٢٩ - ١٤٣٠ .

### الأنظمة:

١. نظام الشركات التجارية: الصادر بالمرسوم الملكي م/٦ وتاريخ ١٣٨٥/٣/٢٢هـ.

٢. نظام المحكمة التجارية: الصادر بالمرسوم الملكي م/٣٢ وتاريخ ١٣٥٠/١/١٥ هـ .

٣. نظام الأوراق التجارية: الصادر بالمرسوم الملكي م/٣٧ وتاريخ ١٣٨٣/١٠/١١هـ.

٤. نظام البيع بالتقسيط: الصادر بالمرسوم الملكي (٥٧) وتاريخ ١٤٢٦/٣/٢هـ.

٥. نظام المنافسات والمشتريات الحكومية: الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ.

## فهرس الآيات

رقم الصفحة	طرف الآية
٣٩	فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا
١٢	فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا
٦٨	قُلْ بِفَضْلِ اللَّهِ وَبِرَحْمَتِهِ فَبِذَلِكَ فَلْيَفْرَحُوا
٣٤	وَاللَّهُ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ
٣٣	ذَا قُلْتُمْ فَاعْدُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا
٨١	وَإِنْ كَانَ ثَوْ عُسْرَةٍ قِطْرَةً لَّي مَيْسَرَةٍ
٣٥	وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ
٣٤	وَوَفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا
٢٨	وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ
٣٣	يَهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
٣٩	يَهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْباطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ



## فهرس الأحاديث

رقم الصفحة	طرف الحديث
٣٨	أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً
٣	اشترى في السفر من جابر بن عبد الله بغيراً
٣	المسلمون على شروطهم
٣٧	الصلح جائز بين المسلمين
٣٧	إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج
٢٥	أن عائشة أم المؤمنين أرادت أن تشتري
٣٨	ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة
٢٥	جاءتني بريرة
٣٨	سباب المسلم فسوق وقتاله
٨٥	لا ضرر ولا ضرار
٨١	مطل الغني ظلم
٣٨	من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع
٢٧	من عمل عملاً ليس عليه

٩٣	نهى عن بيع الغرر
٣	نهى عن بيع وشرط
٣٩	ينصب لكل غادر لواء يوم القيامة

## فهرس التراجم

رقم الصفحة	اسم صاحب الترجمة
٤	أحمد بن إدريس القرافي
٣٦	أحمد بن حجر العسقلاني
٣٣	أحمد بن علي الرزاي أبو بكر الجصاص.
٣٤	إسماعيل بن كثير
٥٤	حمد بن محمد الخطابي
٣٢	شريح بن الحارث الكندي
٣٢	عبدالله بن شبرمة
٣٤	محمد بن أحمد القرطبي
٤	محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي
٢٦	يحيى النووي

## فهرس الموضوعات

العنوان	رقم الصفحة
مقدمة عامة	١
أهمية الموضوع وأسباب اختياره	٤
مشكلة البحث	٥
تساؤلات وإشكالات	٦
الدراسات السابقة	٦
منهج البحث	٨
مخطط البحث	١٠
المبحث التمهيدي	١٢
المطلب الأول: التعريف بمصطلحات عنوان البحث	١٢
الفرع الأول: تعريف العنوان باعتبار مفرداته	١٢
الفرع الثاني: تعريف العنوان باعتباره مركباً إضافياً.	١٦
المطلب الثاني: أساس مبدأ سلطان الإرادة	١٨
المطلب الثالث: نشأة وتطور مبدأ سلطانا الإرادة في القانون.	١٩
المطلب الرابع: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة.	٢١
المبحث الأول: التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية.	٢٣
المطلب الثاني: التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية في الفقه الإسلامي.	٢٣

٤١	المطلب الثاني: أنواع الشروط العقدية عند المضيقيين.
٤١	الفرع الأول: أنواع الشروط العقدية عن الحنفية.
٤٤	الفرع الثاني: أنواع الشروط العقدية عن المالكية.
٤٨	الفرع الثالث: أنواع الشروط العقدية عند الشافعية.
٥٠	المطلب الثالث: التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية في القانون.
٥٤	المطلب الرابع: المقارنة بين الفقه والنظام في التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية.
٥٧	المبحث الثاني: التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية.
٥٧	المطلب الأول: أنواع الشروط عن الموسعين من نطاق حرية الشروط العقدية في الفقه الإسلامي.
٥٨	الفرع الأول: أقسام الشروط العقدية عند الحنابلة.
٦١	المطلب الثالث: التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية في القانون.
٦٤	المطلب الرابع: المقارنة بين الفقه والنظام في التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية.
٦٨	المبحث الثالث: موقف النظام السعودي من حرية الشروط العقدية.
٧٠	المطلب الأول: النصوص النظامية الواردة في الشروط العقدية

٨٨	المطلب الثاني:الأصل العام المتحصل من النظر في النصوص السابقة.
٩٠	المطلب الثالث: تطبيقات قضائية.
١٠١	الخاتمة
١٠٥	التوصيات
١٠٦	المراجع