

مبدأ سلطان الإرادة في العقود . دراسة مقارنة

**The Principle of will In contracts- A comparative study**

أحمد بورزق bourzgue ahmed

خديجة بورزق bourzgue khadidja

(

<sup>1</sup> جامعة الجلفة مخبر قانون البيئة

<sup>2</sup> جامعة الجلفة

المؤلف المرسل(باللغتين): الاسم الكامل : أحمد بورزق bourzgue ahmed

الإيميل: bourzeg17@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2019/11/28 تاريخ القبول: 2019/12/05 تاريخ النشر: 2019/12/28

**ملخص:**

يعد مبدأ سلطان الإرادة من النظم الثابتة في معظم النظم القانونية ويقصد به أنه يكفي توافق إرادتين لإنشاء الالتزام، أي لانعقاد العقد، وإن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يترتبها العقد أي أن معناه حرية الإرادة في إنشاء العقود وفي تحديد أثارها، ويهدف هذا البحث إلى بيان المقصود بهذا المبدأ في النظم القانونية المعاصرة وكذلك في الشريعة الإسلامية، ولما له من أثر على العقود.  
كلمات مفتاحية: سلطان الإرادة ، العقد، الشرط.

**Abstract:**

The principle of willpower is an established system in most legal systems and is intended to be sufficient for the compatibility of two wills to establish the obligation, i.e. to conclude a contract. To indicate the meaning of this principle in contemporary legal systems as well as in Islamic law, and its impact on contracts  
**Keywords:** Principle of will; contrat; condition.

مقدمة:

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أنه يكفي توافق إرادتين لإنشاء الالتزام، أي لانعقاد العقد، وإن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يربتها العقد أي أن معناه حرية الإرادة في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها.<sup>1</sup>

فهو يعني حرية الأفراد في إبرام العقود، وتضمينها ما يرغبون فيه من شروط وبنود، كما يعني أن هذه الإدارة هي أساس الالتزام التعاقدية وأساس عدالة التعاقد.<sup>2</sup>

**والإشكالية المطروحة هي:** ماهو موقف كل من النظم القانونية المعاصرة والشريعة الإسلامية بخصوص حرية الأطراف المتعاقدة في انشاء العقود والشروط وفي تحديد آثار العقد؟

**المحور الأول: مبدأ سلطان الإرادة في النظم القانونية الوضعية**

ويرجع الفضل في استحداث مبدأ سلطان الإرادة في إطار القانون الوضعي إلى القانون الروماني، رغم ما كان يسيطر على العقود من شكليات ومع هذا فإن القانون الروماني لم يصل إلى حد تقرير المبدأ بصورة كاملة في أي مرحلة من مراحل تطوره، بل بدأت العقود فيه شكلية تقتزن بها أوضاع معينة من كتابة وإشارات و ألفاظ وحركات وطقوس معينة حتى ينعقد، ومن ثم فإن مجرد توافق الإرادتين لا يولد التزاما ما، إلا إذا استوفى العقد الأشكال المرسومة، غير أن القانون الروماني ما لبث في مراحل تطوره المتعاقبة إلا أن يعترف لإرادة بسطانها في إنشاء العقود الرضائية...<sup>3</sup>

وقد ازدهر هذا المبدأ في القرن الثامن عشر والتاسع عشر بسبب الثورة الفرنسية وما صاحبها من تطور سياسي واقتصادي واجتماعي، من خلال وضع قانون نابليون عام 1804 على أساس تقديس حرية الفرد والإمعان في احترام إرادته.

لقد أدت الرغبة في تشجيع التجارة والصناعة في ظل انتشار النظام الرأسمالي إلى ترسيخ مبدأ سلطان الإرادة، لذلك فقد اعتبر الفقه في المجال القانوني والاقتصادي أن العقد القائم على الإرادة الفردية هو الظاهرة الأساسية التي يقوم عليها نظام المعاملات الجارية في مجتمع من المجتمعات، وهكذا فإنه من

الضروري في ظل هذا التصور أن يكون مبدأ سلطان الإرادة وما تؤدي إليه من استقرار المجتمع من أهم قوانين النظام الاقتصادي.<sup>4</sup> ولقد كان لهذا المبدأ نتائج هي:<sup>5</sup>

1- حرية التعاقد، حيث أن كل ما هو عقدي يحقق بالضرورة العدالة، وأن أساس القوة الملزمة للعقد هو ما للإرادة من سلطان ذاتي، وعليه فإنه يجب على المشرع أن يفسح لهذه الإرادة حرية واسعة في إنشاء العقود وفي تحديد مضمونها.

2- وجوب احترام مشيئة المتعاقدين، طالما أن العقد هو وليد إرادة الطرفين، لذلك يجب احترام هذه الإرادة، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاقهما، وليس للمشرع أو القاضي أن يتدخل في العقد.

3- مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، إن الأثر القانوني الذي يترتب على قيام العقد يقتصر على المتعاقدين، ولا يمتد إلى الغير، إذ لا يجوز أن يتحمل الغير التزامات أو يكتسب حقوقا لم يكن طرفا فيها.

كما يترتب على هذا المبدأ أنه لا يجوز إجبار أحد على التعاقد، فلكل إنسان الحرية في أن يتعاقد أو أن يمتنع عن التعاقد، فلا يجوز إجبار أحد على بيع أمواله أو تأجيرها، كما أنه حر في اختيار من يتعاقد معهم ومن لا يتعاقد معهم، ويجب كذلك تفسير العقد وفقا للنية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بما انصرفت إليه إرادتهما حقيقة.

ولقد أدى مغالاة المذهب الفردي في تمجيد الإرادة وتطرفه في تقديسها إلى ظهور أفكار نادت بالتخفيف من غلوائه، كما أن التطورات التي طرأت لاحقا على الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسة وبرز المذهب الاشتراكي الذي تقوم فلسفته على مصلحة الجماعة لا الأفراد مما أدى ذلك إلى ظهور عقود لا يعتد بها بالإرادة الفردية كالعقود المشتركة وعقد العمل المشترك، كما أن المشرع تدخل في طائفة أخرى من العقود حماية للطرف الضعيف فيها كعقد الإذعان وعقد العمل الفردي، كل ذلك أدى إلى انكماش مبدأ سلطان الإرادة وضاعت دائرته ولم يعد كما كان في القرن التاسع عشر تحت تأثير المذهب الفردي.<sup>6</sup>

بيد أن اليوم، يعاني مبدأ الحرية في التعاقد من اعتداءات تنخر في صلبه وتحد من تطبيقه، وكان من نتاجه أن تدخل المشرع في بعض المواضع ليضع بنفسه ما يتعين أن يشتمل عليه العقد، وذلك حفاظا

على موازنة مصالح الأطراف المتنازعة وحتى لا يطغى طرف على طرف نتيجة إلى عدم التكافؤ في المقدرة التفاوضية.<sup>7</sup>

وهو ما أدى إلى تقييد الإرادة والحد من دورها، وذلك مما أدى إلى تدخل المشرع وبمحدود معينة من أجل حماية الطرف الضعيف من الإكراه الاقتصادي الذي يسلطه عليه الطرف القوي، وكذلك من أجل حماية الطرف الضعيف من ضعفه، وقبوله شروطا تعاقدية جائرة ومجحفة في حقه تحت وباسم سلطان الإرادة، كما كان للتقلبات الاقتصادية دور يفرض على المشرع ومن خلال القاضي التدخل لإعادة التوازن الاقتصادي للعقود...

كما نرى في تشريع العمال وفي عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال وهي نظرية تتوسع تدرجا في القوانين الحديثة حتى تتناول كل العقود، ثم إن الإرادة وهي في دائرة كل هذه القيود لا تزال خاضعة أيضا لشكلية تتطلبها بعض العقود حماية للمتعاقد الذي يقدم على أمر خطير كما في الهبة والرهن الرسمي. وهي تخضع كذلك لقواعد الشهر حماية للغير حسن النية، وتخضع أحيانا لقواعد الإثبات وهي قواعد من شأنها أن تقيّد سلطان الإرادة من الناحية العملية.<sup>8</sup>

ولم يقتصر الأمر على الحد من دور الإرادة بل وصل إلى حد إلغائها أحيانا، وذلك بظهور أنماط جديدة للتعاقد كالتعاقد الجبري.<sup>9</sup>

#### - موقف القانون الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة

أما موقف القانون الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة فقد أخذ بمبدأ الرضاية من جهة، ومفادها أن المتعاقدين يتمتعان بحرية كاملة فما يخص الكيفية التي يتم التعبير عن إرادتهما أثناء تكوين العقد، فتتص المادة 60 ق م ج : (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداوله عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا).

ومن جهة أخرى فإن آثار العقد تخضع إلى مبدئين هما: إلزامية العقد، ونسبية آثار العقد، فجاء في نص المادة 106 ق م ج : (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون). فالإدارة الحرة الواعية هي التي تكسب العقد إلزاميته، أما المبدأ الثاني فمفاده أن آثار العقد لا تنصرف إلى غير المتعاقدين.

لكن تطور المجتمع أظهر نقائص المذهب الفردي وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد، ويتجلى هذا التطور في أمرين على وجه الخصوص، وهما تطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه من جهة، وتكفلها بحماية الفئة الضعيفة اجتماعيا واقتصاديا وثقافيا، من جهة أخرى.<sup>10</sup>

فتقلصت الحرية العقدية في مجال الالتزامات العقدية، ولم يبق الأمر كما كان، فقد قيد ظهور المذاهب الاجتماعية التي ترحح مصلحة الجماعة على المصلحة الفردية من نتائج المذهب الفردي، ونتيجة لسيادة هذه المذاهب صار المشرع يتدخل في معاملات الأطراف واتفاقاتهم وهو ما جعله يتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد، وذلك بتقييد إرادتهم من عدة جوانب، وقد عبر الفقه عن هذه الظاهرة الجديدة بـ **العقد ( Publicisation du contrat )**، ويقصد بهذه العبارة أن العقد الخاص الذي كان من قبل مقصورا على الإرادة الفردية قد تدخلت الإرادة العامة (إرادة الدولة) فيه فأصبحت تشارك إرادة الطرفين في تكوينه، وتحديد مضمونه.<sup>11</sup>

ومن جهة أخرى تقضي المعطيات الجديدة لأجل حماية الفئات الضعيفة تعاقديا، وهو ما يعد مجالا آخر يجد فيه من دور الإرادة.

حيث أصبح العقد الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين دون غيرهم، يهم المجتمع، فالعقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الجماعية، وأداة لتحقيق النفع العام وعبر الفقهاء عن هذه الظاهرة بـ **بجمعية العقد (Socialisation du contrat)**،<sup>12</sup>

و قد زاد اتساع مجال القواعد الآمرة، مما أدى إلى أن تنحصر تلك الحرية في حدود ضيقة، إذ أن هذه القواعد الآمرة والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها تحمي النظام العام والآداب العامة، ومن ثم فهي

تخرج عن الدائرة التي تتوسع فيها حرية الإرادة، فليس للإرادة أن تنشئ تصرفا يخالف سببه أو محله النظام العام والآداب، فإذا تجاوز المتعاقدان هذه الحدود التي رسمها النظام العام والآداب يكونا قد عرضا عقدهما للبطلان، حسب نص المادة 93 ق م ج، التي نصت على أنه: ( إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ).

ومما أدى إلى تقلص الحرية العقدية كذلك تنظيم القانون لبعض العقود عن طريق قواعد أمره، ومن صور ذلك الإيجار على التعاقد ومثاله: ضرورة الحصول على إذن مسبق من السلطة العامة قبل التعاقد، وكذلك تدخل الدولة بتحديد أسعار السلع والأجور، وكذلك اعتبار الامتناع عن التعاقد جريمة يعاقب عليها القانون إذا تعلق الأمر ببيع السلع الأساسية. ويمنع كذلك رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة (المادة 15 من القانون 02-04).<sup>13</sup>

وقد يجبر الشخص على التعاقد مع شخص معين كما هو الحال في حالة الاحتكار بالنسبة للمحتكر.

وصورته الثانية تتمثل في المنع من التعاقد ويرجع هذا المنع والحظر من التعاقد لخطورة محل العقد أو لأسباب ذات أهمية، أو لاحتكار الدولة استيراد بعض المواد والسلع التي تمنع الأشخاص التعامل بخصوصها.

### المحور الثاني: مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية

إن نصوص الكتاب والسنة التي هي أصل الاجتهادات الفقهية في الشريعة الإسلامية قد بلغت في شأن سلطان الإرادة العقدية غاية العموم والمرونة،<sup>14</sup> ويتمثل ذلك في:

1- الرضائية: وقد جاء في ذلك قوله تعالى: (( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ))<sup>15</sup>.

قال بعضهم: التراضي هو التخابير بعد عقد البيع قبل الافتراق من المجلس.<sup>16</sup>

(( بِالْبَاطِلِ )) أي يعبر حق.<sup>17</sup>

وقوله تعالى: (( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ))<sup>18</sup>.

يعني بذلك عقود الدين، وهي ما عقده المرء على نفسه من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك... وغير ذلك من الأمور، وكذلك ما عقده لنفسه لله في الطاعات كالحج والصيام...<sup>19</sup>

فهذه النصوص وأمثالها تفيد أن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضا صاحبه، إما على سبيل التجارة والتبادل، أو على سبيل المنحة والتنازل، عن طيب نفس واختيار.<sup>20</sup>

وقد ساق ابن تيمية رحمه الله ثلاثة أقوال في مسألة صفة العقود، والقول الثاني الذي يرى: ( أن الأصل في العقود هو التراضي - المذكور في الآيتين السابقتين-، والمعاني التي في النفس لا تنضبط إلا بالألفاظ التي جعلت لإبانة ما في القلب، إذ الأفعال من المعاطاة ونحوها تحمل وجوها كثيرة، ولأن العقود هي من جنس الأقوال، فهي في المعاملات كالذكر والدعاء في العبادات).<sup>21</sup> وهو القول المختار عنده.

ثم يتبع كلامه ويقول: (البيع والهبة والإجارة وغيرها هي من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم، كالأكل والشرب واللباس، فإن الشريعة جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة فحرمت منها ما فيه فساد وأوجبت ما لا بد منه وكرهت ما لا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات ومقاديرها وصفاتها).<sup>22</sup>

فالقاعدة عنده رحمه الله هي أن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، وهي التي تدل عليها أصول الشريعة.

وقد خالف رحمه الله جمهور الفقهاء بحيث اشترطوا أن يكون النكاح بألفاظ معينة.

فيرى الظاهرية أنه لا يجوز النكاح إلا باسم الزواج أو الإنكاح، أو التملك أو الإمكان ، ولا يجوز بلفظ الهبة أو غيرها.<sup>23</sup>

ويرى الحنابلة أن النكاح ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج، وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب، ولا ينعقد بهما.<sup>24</sup>

ويرى الشافعية أن النكاح لا يصح إلا بلفظ التزويج، أو الإنكاح، لأن ما سواهما من الألفاظ كالتملك والهبة، لا يأتي على معنى النكاح.<sup>25</sup>

أما الحنفية فيرون أن النكاح ينعقد بلفظ الهبة، ولا يشترط أن يكون بلفظ التزويج أو الإنكاح، لأن الهبة تفيد التملك وهو سبب للاستمتاع بالحل بواسطة ملك الرقبة ، وكذلك ينعقد بلفظ البيع.<sup>26</sup>

أما المالكية فإن الإيجاب إما أن يكون بلفظ صريح أو غير صريح، فالإيجاب الصريح مثلاً: أنكحت وزوجت، أما لو قال: وهبتك، فإنه لفظ غير صريح، ولا بد عند ذلك من تسمية صداق حقيقة أو حكماً، وقد اختلف في كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة، كبعث أو ملكت أو أحللت أو أعطيت أو منحت، أما مالا ينعقد به مطلقاً اتفاقاً، هو كل لفظ لا يقتضي البقاء مدة الحياة.<sup>27</sup>

ويرد ابن تيمية قائلاً: ( فهذه الأمور التي اعتبرها الشارع من الكتاب والسنة والآثار حكمتها بينة، فأما التزام لفظ مخصوص فليس له أثر ولا نظر).<sup>28</sup>

**2- القوة الإلزامية للعقد:** قال تعالى: [ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ].<sup>29</sup>

ومن الواضح أن العقد يتضمن تعهداً ضمناً باحترام نتائجه والالتزام بها.<sup>30</sup>

**3- حرية التعاقد (حرية إنشاء العقود):** اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة استحداث العقود

التي لم يرد بتحريمها دليل على قولين:

**القول الأول:** أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبتل إلا ما دل الشرع

على تحريمه وإبطاله . نصاً أو قياساً . عند من يقول به، فذهب جماهير العلماء من الحنفية<sup>31</sup>

والمالكية<sup>32</sup> والشافعية<sup>33</sup> والحنابلة<sup>34</sup> إلى جواز استحداث العقود التي لم يرد دليل بتحريمها.

واستدلوا بأدلة منها:

من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: [ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ]<sup>35</sup>.

- وقوله تعالى: [ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ]<sup>36</sup>.

- وقوله تعالى: [ وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُولُونَ الأدْبَارَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا ]<sup>37</sup>.

- وقوله تعالى: [ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكَمِمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ]<sup>38</sup>.

فقد أمر سبحانه بالوفاء بالعقود، وهذا عام، وكذلك أمر بالوفاء بعهد الله وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه، بدليل قوله: [ وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ.. ] فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه، وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه من قبل العهد، كالنذر والبيع، إنما أمر بالوفاء به.<sup>39</sup>

ومن السنة:

1. عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه  $\tau$  : أن النبي صلى اله عليه وسلم قال: « أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا ائتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر ».<sup>40</sup>

وعن أبي هريرة أن  $\tau$  رسول الله  $\rho$  قال: « آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان ».<sup>41</sup>

ووجه الاستدلال أن الحديث عام في النهي عن الغدر ومنه نقض العقود والتشديد على من يفعل ذلك، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يؤمر بالوفاء مطلقاً ويذم من نقضها وغدر مطلقاً.<sup>42</sup>

2. وفي الصحيحين عن عبد الله بن عمر  $\tau$  قال: قال رسول الله  $\rho$  : « لكل غادر لواء يوم القيامة يقال هذه غدره فلان ».<sup>43</sup>

3. وفي الصحيحين أن رسول الله  $\rho$  قال: « إن أحق الشروط أن توفوا به: ما استحللتم به الفروج ».<sup>44</sup>

فدل على استحقاق الشروط بالوفاء وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها.<sup>45</sup>

4- وكان رسول الله  $\rho$  إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله تعالى ومن معه من المسلمين خيراً ثم قال:

« اغزوا باسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا و لا تغلوا و لا تغدروا و لا تمثلوا و لا تقتلوا وليداً ».<sup>46</sup>

5- وفي الحديث أيضاً: أن رجلاً بعثته قريش إلى رسول الله  $\rho$ ، قال: فلما رأيت النبي  $\rho$  وقع في قلبي الإسلام فقلت يا رسول الله لا أرجع إليهم قال: « إنني لا أخيس بالعهد ولا أخيس البر ، وارجع إليهم فإن كان في قلبك الذي فيه الآن فارجع ».<sup>47</sup>

وذلك لقوله تعالى: [ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ]<sup>48</sup> وهذا عام في الأعيان والأفعال وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة. فانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم فثبت بالاستصحاب العقلي، وانتفاء الدليل الشرعي عدم تحريم العقود والشروط.<sup>49</sup>

فالعقد والشرط يرفع الاستصحاب، لكن لا يرفع ما أوجبه كلام الشارع، وآثار الصحابة توافق ذلك، كما قال عمر رضي الله عن: (مقاطع الحقوق عند الشروط).<sup>50</sup>

وأما المعقول فالعقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى دل دليل على التحريم. كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم، وأيضاً، فليس من الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط، إلا ما ثبت حله بعينه.<sup>51</sup>

إن تحريم العقود والشروط التي تحري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي تحريم لما لم يجرمه الله بخلاف العقود التي تتضمن شرع دين لم يأذن به الله. فإن الله قد حرم أن يشرع من الدين ما لم يأذن به. فلا تشرع عبادة إلا بشرع الله، ولا تحرم عادة إلا بتحريم الله والعقود في المعاملات هي من العادات يفعلها المسلم والكافر، وإن كان فيها قرينة من وجه آخر فليست من العبادات التي يفتقر فيها إلى شرع كالعتق والصدقة.

يقول الشاطبي في الموافقات: ( والقاعدة المستمرة التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم الملاءمة، لأن الأصل فيها العبادات التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن، إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات، فكذلك ما يتعلق بها من الشروط. وما كان من العاديات يكتفى فيها بعدم المنافاة، لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه).<sup>52</sup>

فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود، وبأداء الأمانة ورعاية ذلك، والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك.

فالإرادة هي التي تنشأ العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع وليس العاقد،<sup>53</sup> ويفسر الشيخ أبو زهرة<sup>54</sup> ذلك بقوله: (أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع حفظاً للعدل بين الخلق وصوناً للمعاملات عن دواعي الفساد ومنعا للغرر في الصفقات، وحسماً لمادة الخلاف بين الناس).<sup>55</sup>

بمعنى أن العاقد بإرادته يكون العقد، أم الحكم المتعلق به كنقل الملكية من حيز إلى حيز فهو من جعل الشارع وترتيبه، وليس نتيجة حتمية لإرادة المتعاقدين.<sup>56</sup>

**القول الثاني:** ذهب أصحاب هذا الرأي وهم الظاهرية وعلى رأسه ابن حزم إلى تقييد الحرية في إنشاء العقود واستحداثها بما نص عليه فلا يجوز استحداث ما لم يدل الدليل على إباحته، فالأصل في العقود المنع والحظر إلا ما ورد به الدليل على الإباحة، حيث لم يثبت جوازها بنص شرعي أو إجماع.<sup>57</sup> واستدلوا بما يلي:

- قوله تعالى: [..الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا..].<sup>58</sup>

-قوله تعالى: [تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ].<sup>59</sup>

- وقوله تعالى: [ وَمَنْ يَعِصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ].<sup>60</sup>

إن الشريعة شاملة لكل شيء، وقد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمة، ومنها العقود، على أساس من العدل، وليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود، وإلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة.<sup>61</sup>

فدلت الآيات على أن من أحدث عقداً، أو شرطاً لم ينص على جوازه فقد طعن في كمال الدين، وزاد فيه، وتعد حدود الله.<sup>62</sup>

#### ومن السنة

1. عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله  $\rho$  قال : « ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق».<sup>63</sup>

أي أن الشرط غير المنصوص عليه باطل، فيقاس عليه العقد، غير المنصوص عليه.

وهو دليل على إبطال كل شرط ومثله كل عقد مستحدث لم يدل على جوازه دليل من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع يقول ابن حزم في بيان وجه الاستدلال من الحديث والآيات قبله: ( فهذه الآيات، وهذا الخبر براهين قاطعة في إبطال كل عهد، وكل عقد، وكل وعد، وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به، أو النص على إباحتها عقده، لأن العقود والعهود والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك).<sup>64</sup>

2. وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله  $\rho$  قال: « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد».<sup>65</sup>

فكل عقد أو شرط لم يشرعه الشرع بنص أو إجماع يكون باطلاً، لأنه إذا تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة وأصولها يكونون قد أحلوا أو حرموا غير ما شرع الله، يقول ابن حزم: ( فصح بهذا النص

بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه، أو بإباحة التزامه بعينه).<sup>66</sup>

### ومن المعقول

أن العقود والشروط التي لم ينص على إجبارها ونفاذها لا تنفك من أربعة أوجه لا خامس لها

أصلاً:

- 1- إما أن يكون فيه إباحة ما حرم الله تعالى في القرآن أو على لسان رسوله فهذا عظيم لا يحل .
- 2- وإما أن يكون التزام فيه تحريم ما أباحه الله تعالى في القرآن، أو على فهذا عظيم لا يحل . لسان رسوله.
- 3- وإما أن يكون التزام إسقاط ما أوجبه الله تعالى في القرآن، أو على لسان رسوله فهذا عظيم لا يحل .
- 4- وإما أن يكون أوجب على نفسه ما لم يوجبه الله تعالى عليه فهذا عظيم لا يحل، وضح أن كل هذه الوجوه تعد لحدود الله وخروج عن الدين والمفروق. بين شيء من ذلك قائل في الدين بالباطل ...<sup>67</sup>

### الترجيح:

والراجح والله أعلم هو القول الأول قول الجمهور بأن الإنسان حر في إنشاء العقود واستحداثها

والإلزام بها ما لم يدل الدليل على تحريمها وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وثباتها أمام الاعتراض.

فهذا الرأي هو الأصح، إذ لم نجد في الشرع ما يدل على أي حصر لأنواع العقود وتقييد الناس

بها، فكل موضوع لم يمنعه الشرع ولا تقتضي قواعد الشريعة وأصولها منعه جاز التعاقد عليه، على أن تراعى

شرائط انعقاد العقود كالأهلية والصيغة وقابلية المحل لحكم العقد.<sup>68</sup>

### خاتمة

إن الموقف الذي سجله الإمام أحمد وبعض المالكية وابن تيمية وابن القيم في أن الأصل في التعاقد الصحة

والإباحة يسائر الاتجاه السائد في النظريات القانونية الحديثة ويتوافق مع مبدأ سلطان الإرادة المعمول به في

نطاق القوانين المدنية الحالية.

### الهوامش:

- 1 سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، د ط، 1998م، ص13.
- 2 حسن عبد الباسط جمبجي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 1996، ص 9.
- 3 إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد 16 ، 2003، (678/2).
- 4 حسن عبد الباسط جمبجي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 10، 11.
- 5 الدليمي محمد عبد الله، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، د ط، 1998م، ص 32.
- 6 سلطان أنور، المرجع السابق، ص 14.
- 7 أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المححفة فيها، مجلة الحقوق، السنة السادسة عشرة، العدد الأول والثاني، مارس- يونيو 1992/ شعبان- ذو القعدة، 1412 هـ، ص 242.
- 8 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1998، (161/1).
- 9 كإجبارية التأمين الذي فرضته مقتضيات ظهرت على الساحة في الجزائر مثل: الزلازل والفيضانات ..
- 10 علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص51.
- 11 علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص52. ولخضر حليس، تقييد الإرادة في مفهومها. مذكرة ماجستير، بن عكون، الجزائر، 2010، ص 48، 49.
- 12 علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص53.
- 13 القانون 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، ل 72 يونيو سنة 2004 ، ص 03.
- 14 مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في توبه الجديد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة التاسعة، د ت ط، (466/1).
- 15 سورة النساء ، الآية 29.
- 16 ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق علي مجد اليجاوي، دار الخليل، بيروت، لبنان، د ت ط، (409/01). الشوكاني، فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية من علم التفسير، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى، 1996م، (576/1).
- 17 القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الخامسة ، 1996م ، (99/05).

- 18 سورة المائدة، الآية 01.
- 19 القرطبي، المرجع السابق، (23/06).
- 20 مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، (467/1).
- 21 ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، الطبعة الثالثة، 1426 هـ / 2005 م، (7/29).
- 22 ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، المرجع السابق، (13/29).
- 23 بن حزم ، **المحلى**، تقدم الأستاذ أحمد محمد شاكر، دار الجيل ، بيروت ، لبنان، د ت ط، (446/9).
- 24 ابن قدامة ، **المغني**، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1417 هـ/1997 م، (460/9).
- 25 الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى، 1412 هـ/1992 م، (141/4).
- 26 الشوكاني، **فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية من علم التفسير**، المرجع السابق، (3/3).
- 27 الحبيب بن طاهر، **الفقه المالكي وأدلته**، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1426 هـ/2005 م، (204/3).
- 28 ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، المرجع السابق، (13/29).
- 29 سورة النساء ، الآية 29.
- 30 مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، (468/1).
- 31 السرخسي، **المبسوط**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414 هـ / 1993 م، (92/23).
- 32 الشاطبي، **الموافقات في أصول الشريعة**، شرحه عبد الله دزاز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د ت ط، (211/1).
- 33 السيوطي، **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية**، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419 هـ/1998 م، (320/1).
- 34 انظر ابن القيم، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 1417 هـ/1996 م، (300/3).
- 35 سورة المائدة، الآية 01.
- 36 سورة الإسراء، الآية 34.
- 37 سورة الأحزاب، الآية 15.
- 38 سورة الأنعام، الآية 152.

- <sup>39</sup> ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (75/29).
- <sup>40</sup> البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، (27/1، 28). مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، (56/1).
- <sup>41</sup> مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، (56/1).
- <sup>42</sup> ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (13/29).
- <sup>43</sup> مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب تحريم الغدر، (142/5). والبخاري، الجامع الصحيح، كتاب الأدب، باب ما يدعى الناس بأبائهم، (276/2). مع اختلاف بسيط في اللفظ.
- <sup>44</sup> البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، (276/2). ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، (140/4)، أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف، كتاب النكاح، باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح، رقم الحديث: 1127، (420/2، 421). أبو داود، كتاب النكاح، باب في الرجل يشترط لها دارها، رقم الحديث: 2139، (417/2).
- <sup>45</sup> ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، (79/29).
- <sup>46</sup> صحيح مسلم : كتاب الجهاد والسير ، باب جواز الإغارة على الكفار الذين بلغتهم دعوة الإسلام، من غير تقدم الإعلام بالإغارة، رقم: 1731، ( 31 / 12 )، وموطأ الإمام مالك : كتاب الجهاد ، باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو، رقم: 974، ص 267. والمعجم الأوسط للطبراني: رقم: 1453 ، ( 2 / 225). ومسند الإمام أحمد رقم: 23039 ، ( 9 / 16). ومسند الهيثمي : ( 5 / 317 ).. جامع الأصول، كتاب في الجهاد وما يختص به، رقم: 1087 ، ( 2 / 596). و سنن أبي داود: كتاب الجهاد ، باب في دعاء المشركين رقم: 2613 ، ( 3 / 38).
- <sup>47</sup> وهو بكير بن عبد الله ، والحديث في السنن الكبرى البيهقي، ( 9 / 145). وفي مسند أحمد رقم الحديث: 23918، (227/9)، و أبو داود، كتاب الجهاد، باب في الإمام يستجئ به في العهود ، رقم الحديث: 2758 ، ( 3 / 83 )، وصحيح ابن حبان: رقم الحديث: 4077 ، ( 11 / 223).
- <sup>48</sup> سورة المائدة، الآية 119.
- <sup>49</sup> ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع نفسه، ( 29 / 82).
- <sup>50</sup> البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ، (276/2).
- <sup>51</sup> ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ( 29 / 82).
- <sup>52</sup> الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة، المرجع السابق، (211/1).
- <sup>53</sup> إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثلاثون، ديسمبر 2006م، ص 335.

- 54 محمد بن أحمد بن مصطفى بن عبد الله، المولود 29 مارس 1316/1898هـ، في المحلة الكبرى إحدى مدن محافظة الغربية، له عدة تأليف منها: خاتم النبيين ρ، المعجزة الكبرى، تاريخ المذاهب الإسلامية، محاضرات في الوقف، ...
- 55 محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، د ط، د ت ط، ص 251.
- 56 محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلاميين (تاريخه ومصادره ونظرياته العامة)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1425هـ/2005م. ص 652.
- 57 ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق محمود حامد عثمان، دار الحديث، القاهرة، مصر، د ط، 1426هـ/2005، (593/5).
- 58 سورة المائدة، الآية 03.
- 59 سورة البقرة، الآية 229.
- 60 سورة النساء، الآية 14.
- 61 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سورية، الطبعة الثانية، 1405هـ/1985م، (4/198).
- 62 ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، (593/5).
- 63 البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشروط، باب الشروط في الولاية، (278/2). ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، (213/4)، أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت، رقم الحديث: 2124، (624/3). أبو داود، كتاب العتق، باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة، رقم الحديث 3929، (4/159، 160).
- 64 ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، (637/5).
- 65 البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب النجش، (100/2). ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، (132/5)،
- 66 ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع نفسه، (615/5).
- 67 ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، (5/15، 16).
- 68 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (4/200).