أثر الشروط الجعلية في العقود المالية

دراسة فقهية مقارنة

تأليف

الدكتور عبد النور فارح علي

دار العلم

أثر الشروط الجعلية في العقود المالية

دراسة فقهية مقارنة

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الطبعة الأولى ٢٠٢١م - ١٤٤٢هـ

أثر الشروط الجعلية في العقود المالية

دراسة فقهية مقارنة

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية

٢٠٢٠/٢١٠٩٦

الترقيم الدولي

978-977-6476-01-8

٣٧ ش نجيب محفوظ الحي الثامن - بجوار
مسجد بلال بن رباح - مدينة نصر - القاهرة
تليفون: 0 2 2 7 3 0 6 9 3
موبايل: 0 1 2 1 1 5 6 5 8 4 0
daartacilmiga@gmail.com
Xambali@hotmail.com

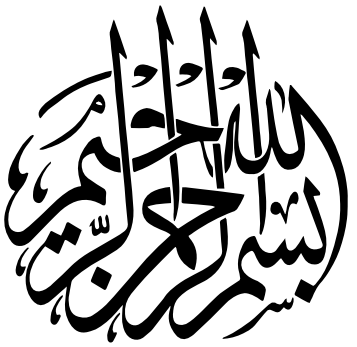
أثر الشروط الجعلية في العقود المالية

دراسة فقهية مقارنة

تأليف

الدكتور عبد النور فارح علي

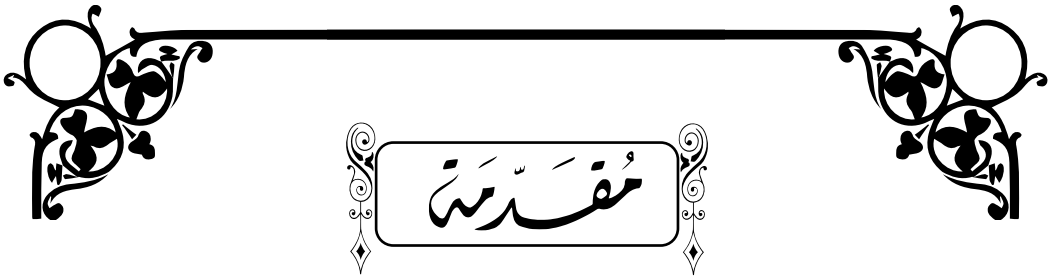
دار العلم
للنشر والتوزيع والترجمة



﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾

[المائدة:١]

أصل هذا الكتاب رسالة علمية حصل بها الباحث على درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية من كلية الدراسات الإسلامية والعربية – الجامعة الأمريكية المفتوحة فرع القاهرة وقد أجيزت الرسالة بتقدير ممتاز ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٥م.



مُقَدِّمَة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه الذين رفعوا لواء العلم والدين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد

فإن دراسة العقود المالية قد حظيت باهتمام بالغ في الفقه الإسلامي، لما لها من أثر كبير في حياة الأمة وتطورها ورقيها، إذ هي أهم الأسباب الناقلة للملكية من حيز إلى حيز.

وقد اهتمت الشريعة بمال الأمة وثرواتها كما اهتمت بمال الفرد، حيث جعلت حفظ الأموال من الكليات التي تسعى لتحقيقها والمحافظة عليها.

وقد فصلت الشريعة الإسلامية أحكام تلك المعاملات وآثارها على المتعاقدين وأمرت الوفاء بالعقود في أكثر من آية كقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[المائدة: ١]، كما تحدث القرآن الكريم عن صور من تلك العقود، كما جاء في سورة القصص: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ فَإِنۡ أَتۡمَمۡتَ عَشۡرٗا فَمِنۡ عِندِكَۖ وَمَآ أُرِيدُ أَنۡ أَشُقَّ عَلَيۡكَۚ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ﴾ [القصص: ٢٧].

مع أن الأصل في العقود اللزوم وتحقيق مقتضاها دون توقف على شيء، إلا

أن المقصود بها تحقيق مصالح العباد ودفع المشقة عنهم، وهذا يقتضى الأخذ بما يحقق للناس مصالحهم مع عدم الخروج عن خصائص العقود وضوابطها.

وقد اختلف الفقهاء في الأصول الضابطة للشروط في العقود بين موسع ومضيق.

ويحاول البحث دراسة أثر هذه الشروط بجوانبها المختلفة.

وتقوم فكرة هذه الرسالة على أن للعقد قسمين من الشروط[١]:

الأول: الشرط الشرعي: وهو الذي يفرضه الشرع، فيصبح لابد منه لتحقق العقد ولا يوجد إلا به كاشتراط أهلية العاقد لانعقاد العقد.

الثاني: الشرط الجعلي: وهو الذي يشترطه العاقد بإرادته ليحقق له مقصدًا خاصًا في العقد، مقترنًا بالعقد أو معلقًا عليه كتعليق الكفالة والطلاق بشرط ما، وكسائر القيود والإلتزامات التي يشترطها المتعاقدان على أنفسهما.

وسُمى جعليًا «لأن الشخص العاقد لا الشرع هو الذي جعله شرطًا قيد به العقد أو علق عليه في أمر كان له الخيار في تنجيزه وتعليقه»[٢].

وسوف يكون حديث هذه الرسالة منصبًا على القسم الأخير من الشروط وهو ما يترتب على الشروط الجعلية في العقود المالية من آثار.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٤/ ٣٠٧٦)، دار الفكر - دمشق.

(٢) المرجع السابق - الهامش.

أهمية البحث

تظهر أهمية بحث موضوع «**أثر الشروط الجعلية في العقود المالية**» بالأمور التالية:

أولًا: إن الشرط المقترن بالعقد بند يضعه المتعاقدان في عقد تكاملت عناصر تكوينه، ويحدد فيه صلاحيات أحد الطرفين كالشرط المانع من التصرف بالمعقود عليه خلال فترة معينة.

ومن هذه الشروط شروط تعسفية أو استغلالية يفرضها أحد المتعاقدين على الآخر نظرًا لعدم التكافؤ بينهما، ومنها شروط مخالفة لأحكام الشريعة وقواعدها، أو يكون في ذاتها ارتكاب محظور بعينه.

ثانيًا: إن الشروط الجعلية تتعدد تعددًا لا يمكن حصرها، وذلك لأن أساليب التجارة وطرق المعاملات بين الناس في هذا العصر قد تنوعت سبلها مع تقدم الحياة المدنية وتطورها، فانتشرت كثير من المعاملات المالية المعاصرة التي لم تكن معروفة في العصور السابقة، وأكثرها يقترن بشروط جعلية يتفق عليها المتعاقدان، لما يتطلب معرفة التكييف الشرعي لمثل هذه الشروط.

ثالثًا: وكذلك نظرًا لقلة الوازع الديني لدى كثير من الناس في هذا الزمان وانتشار الجشع وحب المادة بين الناس، والمماطلة عن أداء الحقوق والواجبات يلجأ الكثير من المتعاملين بوضع شروط معينة يتفق عليها

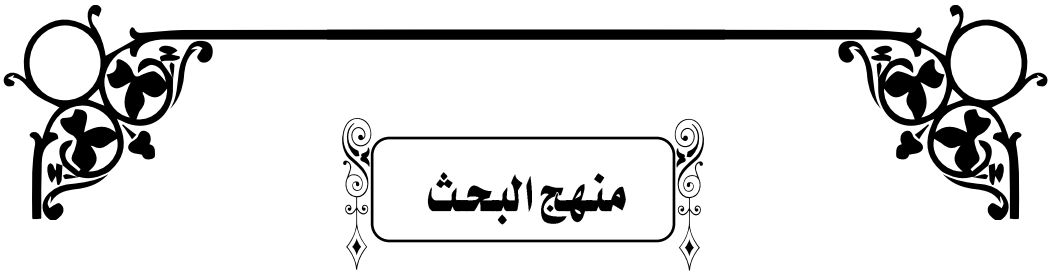
المتعاقدان، وتكون ملزمة لكلا الطرفين، فيرى فيها كل من المتعاقدين ضمانًا لحقوقه، إذ إن أكثر هذه الشروط تتمتع بحماية قانونية لها.

من هنا تظهر أهمية دراسة هذا الموضوع لمعرفة الحكم الشرعي لمثل تلك الشروط وأثرها على العقود المالية.

سبب اختيار الموضوع

نظرًا لأهمية الشروط المقترنة بالعقود وانتشارها الواسع في المعاملات المالية وتطورها مع تطور العقود المدنية، ونظرًا لأن كثيرًا من المتعاملين بها يجهلون غالبية أحكامها.

كما أن مشروعية الشروط الجعلية كانت وما تزال محل خلاف بين الفقهاء، رأى الباحث ضرورة دراسة آثار هذه الشروط وأحكامها دراسة فقهية تجمع مسائلها وصورها، وتنظم قواعدها مع التحليل والمناقشة بآراء المذاهب الأربعة المشهورة بالإضافة إلى آراء الصحابة والتابعين واجتهادات العلماء المعاصرين، مع الأخذ بعين الاعتبار بموقف المجامع الفقهية والهيئات العلمية الحديثة.



منهج البحث

أما المنهج الذي سرت عليه في هذه الرسالة فهو كالتالي:

أولًا: قمت بترقيم الآيات القرآنية وذكرت أسماء سورها.

ثانيًا: عند تخريج الأحاديث الواردة في صلب الرسالة، فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بذكرهما أو أحدهما، وذلك لثبوت صحة الحديث في هذه الحالة، وإن لم يرد فيهما أو في أحدهما عزوته إلى كتب الحديث التي أخرجته مع نقل بعض أقوال العلماء في الحكم عليه.

ثالثًا: اعتمدت في هذه الدراسة على المذاهب الفقهية الأربعة مع بيان آراء الصحابة والتابعين واجتهادات العلماء المعاصرين، وأخذت آراء كل مذهب من كتبه المعتمدة مع نقل بعض النصوص الفقهية منها.

رابعًا: عند ذكر المسائل المختلف فيها والحكم عليها حاولت أن أحصر الأقوال فيها، ثم أقوم بمناقشتها مع تحرير محل النزاع ومنشأ الخلاف بين الفقهاء مع ذكر أدلة كل مذهب مدعمة بالمناقشة والترجيح حسب قوة الدليل الذي أتوصل إليه أثناء البحث.

خامسًا: أوليت المسائل الأصولية والقواعد الفقهية عناية خاصة لبناء المسائل عليها.

سادسًا: ترجمت للأعلام الذين وردت أسماؤهم في الرسالة إذا كانوا غير مشهورين.

سابعًا: شرحت الكلمات والمصطلحات الفقهية التي تحتاج إلى توضيح.

ثامنًا: ربط المعلومات السابقة باللاحقة وبالعكس عن طريق الإحالات الهامشية.

تاسعًا: وضعت فهارس علمية في آخر الرسالة تسهل الاستفادة منها وهي (فهرس المصادر والمراجع، وفهرس الموضوعات).

الفصل التمهيدي: بيان مفهوم كل من الشرط والعقد:

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: بيان مفردات عنوان الرسالة.

المطلب الأول: معنى كلمة الأثر.

المطلب الثاني: بيان معنى كلمتي الشرط والجعلى.

المطلب الثالث: بيان معنى كلمتي العقد والمال.

المطلب الرابع: مفهوم الفقه المقارن.

المبحث الثاني: مفهوم الشرط وما يتصل به:

المطلب الأول: تعريف الشرط لغة واصطلاحًا.

المطلب الثاني: الفرق بين الشرط والركن والسبب.

المطلب الثالث: الفرق بين الشرط الجعلي وشرط تكوين العقد.

المبحث الثالث: أقسام العقود ووجوب الوفاء بها.

المطلب الأول: تقسيم العقود باعتبار الوصف الشرعي لها.

المطلب الثاني: تقسيمها باعتبار المالية وعدمها.

المطلب الثالث: تقسيمها باعتبار غاية العقد وأغراضه.

المطلب الرابع: تقسيمها باعتبار اتصال الآثر بالعقد وعدم اتصاله.

المطلب الخامس: وجوب الوفاء بالعقود.

الفصل الأول: أقسام الشروط الجعلية:

المبحث الأول: أقسام الشروط الجعلية من حيث الملاءمة لمتقضىٰ العقد وعدمها:

المطلب الأول: الشرط الجعلي الذي يقتضيه العقد، حقيقته وحكمه.

المطلب الثاني: الشرط الجعلي المنافي لمقتضى العقد وصور تطبيقية منه.

المطلب الثالث: الشرط الجعلي المنافي لمقتضى العقد وصور تطبيقه منه.

المطلب الرابع: دور العرف في تحديد وتطوير تطبيقات الشروط الجعلية.

المبحث الثاني: أقسام الشرط الجعلي من حيث الوصف الشرعي له.

المطلب الأول: الشروط الجعلية الصحيحة وأنواعها.

المطلب الثاني: الشروط الجعلية غير الصحيحة وأنواعها.

المبحث الثالث: تقسيم الشرط الجعلي إلىٰ مقيد ومعلق وخصائص كل منهما:

المطلب الأول: تعريف الشرط الجعلي المقيد وخصائصه.

المطلب الثاني: تعريف الشرط الجعلي المعلق وخصائصه.

المطلب الثالث: الفرق بين الشرط الجعلي التقييدي والتعليقي والإضافي في العقود المالية.

الفصل الثاني: حكم تقييد العقود المالية وتعليقها على الشروط الجعلية:

المبحث الأول: حكم تقييد العقود المالية بالشروط الجعلية.

المطلب الأول: مذاهب الفقهاء في تقييد العقود بالشروط الجعلية.

المطلب الثاني: الأدلة والمناقشة والترجيح.

المبحث الثاني: حكم تعليق العقود المالية علىٰ الشروط الجعلية.

المطلب الأول: العقود المالية التي لا تقبل التعليق بالشروط الجعلية.

المطلب الثاني: العقود المالية التي تقبل التعليق بالشروط الجعلية.

المبحث الثالث: حكم اقتران العقود المالية بالشرط الإضافي.

المطلب الأول: العقود المالية التي لا تقبل الإضافة إلى المستقبل.

المطلب الثاني: العقود المالية التي تقبل الإضافة إلى المستقبل.

الفصل الثالث: مدى تأثير الشروط الجعلية في العقود المالية:

المبحث الأول: أثر الشرط الجعلي الصحيح علىٰ العقد المالي.

المطلب الأول: تعريف الشرط الجعلي الصحيح.

المطلب الثاني: ضابط الشرط الجعلي الصحيح.

المطلب الثالث: أثر الشرط الجعلي الصحيح على العقد.

الفرع الأول: أثر تحقق الشرط الجعلي الصحيح على العقد.

الفرع الثاني: أثر تخلف الشرط الجعلي الصحيح على العقد.

المبحث الثاني: الشروط الفاسدة التي تفسد العقد باتفاق.

المطلب الأول: تعريف الباطل والفاسد والفرق بينهما.

المطلب الثاني: أثر اشتراط ما يؤدي إلى أمر محظور.

المطلب الثالث: أثر اشتراط ما يؤدي إلى الغرر.

المطلب الرابع: أثر الشرط المستحيل.

المبحث الثالث: الشروط الفاسدة المختلف في أثرها علىٰ العقد.

المطلب الأول: أثر اشتراط ما ينافي مقتضى العقد.

المطلب الثاني: أثر اشتراط البراءة من العيوب.

المطلب الثالث: أثر اشتراط ألا يرجع عليه بالثمن عند الاستحقاق.

المطلب الرابع: أثر اشتراط ما لا يتعلق به غرض مالي ولا منفعة فيه لأحد.

الخاتمة: وهي خلاصة لأهم نتائج البحث.

الـفـهــارس.

وفي الختام فإني أشكر الله عز وجلّ ، الذي وفقني على إنجاز هذا العمل بفضله ومنِّه، فله الحمد أولًا وآخرا.

ثم أتوجه بالشكر والدعاء إلى أستاذي العزيز الأستاذ الدكتور دياب سليم محمد عمر – أستاذ ورئيس قسم أصول الفقه السابق بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة الذي تكرم بقبول إشراف هذه الرسالة، فقد أعطاني من علمه الغزير و وقته الثمين فجزاه الله عني خير الجزاء ورحمه رحمة واسعة[1].

كما أتقدم بالشكر على كل من ساعدني وأعانني على إنجاز هذا البحث فلم في النفس منزلة وإن لم يسع المقام لذكرهم.

والله ولي التوفيق

وصلىٰ الله علىٰ نبينا محمد وعلىٰ آله وصحبه وسلم

(١) توفي بالقاهرة رحمه الله رحمة واسعة وأسكنه فسيح جناته.

الفصل التمهيدي

بيان مفهوم كل من الشرط والعقد

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

- **المبحث الأول: بيان مفردات عنوان الرسالة.**
- **المبحث الثاني: مفهوم الشرط وما يتصل به.**
- **المبحث الثالث: أقسام العقود ووجوب الوفاء بها.**

المبحث الأول
بيان مفردات عنوان الرسالة

تمهيد:

بما أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره رأيت أن استهل هذه الرسالة بمبحث تمهيدي، أبين فيه معاني مفردات عنوان الرسالة من حيث الاشتقاق اللغوي والاصطلاح الشرعي.

ولما كان الشرط يمثل هو والعقد القطب الذي يدور حوله الحديث في هذه الرسالة، اخترت أن أتناول معناه بإيجاز في هذا المبحث، على أن أخصص المبحث الثاني من هذه الرسالة للحديث عن مفهوم الشرط وما يتصل به من تمييزه عن غيره من المصطلحات المشابهة، بينما يكون المبحث الثالث مخصصًا للحديث عن أقسام العقود ووجوب الوفاء بها.

المطلب الأول

معنى كلمة الأثر

أولاً: تعريف الأثر لغة:

الأثر (محركة) بقية الشيء والجمع آثار وأُثور[1].

ويطلق الأثر على الخبر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَنَكْتُبُ مَا قَدَّمُوا۟ وَءَاثَـٰرَهُمْ﴾ [يس: ١٢]، ويأتي الأثر بمعنى الأجل، لأن الشخص إذا مات لا يبقى له أثر ولا يرى لأقدامه في الأرض أثر[2]، وجاء في الحديث «من أحب أن يبسط له في رزقه، وأن ينسأ له في أثره فليصل رحمه»[3].

والأثارة: البقية من الشيء والجمع أثارات[4]، قال تعالى: ﴿ٱئْتُونِى بِكِتَـٰبٍ مِّن قَبْلِ هَـٰذَآ أَوْ أَثَـٰرَةٍ مِّنْ عِلْمٍ﴾ [الأحقاف: ٤].

وتأتي كلمة الأثر بمعان اخرى ترجع كلها إلى ثلاثة أصول كما قال ابن فارس[5] «الهمزة والثاء والراء له ثلاثة أصول، تقديم الشيء، وذكر الشيء، ورسم

---

(١) القاموس المحيط، للفيروز آبادي (ص٣٠٨)، ط: دار الفكر، لسان العرب، لابن منظور (١/ ٥٢)، دار صادر بيروت.

(٢) لسان العرب، لابن منظور (١/ ٥٢).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب من بسط له في الرزق بصلة الرحم (١٠/ ٤٧٢) حديث رقم: (٥٩٨٥)، ومسلم في كتاب البر والصلة، باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها (١٦/ ١١٤) الحديث رقم: (٢٥٥٧).

(٤) لسان العرب (١/ ٥٥).

(٥) **ابن فارس:** أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي أبو الحسين: من أئمة اللغة والأدب قرأ

الشيء الباقي»[١].

وقال الجرجاني[٢]: «الأثر له ثلاثة معان: الأول بمعنى النتيجة، وهو الحاصل من الشيء، والثاني: بمعنى العلامة، والثالث: بمعنى الجزء»[٣].

ثانيًا: تعريف الأثر اصطلاحًا:

١ - الأثر عند المحدثين:

يستخدم علماء الحديث كلمة الأثر باصطلاحين هما:

الأول: الأثر هو كل ما روى عن رسول الله ﷺ من قول أو فعل أو تقرير فيكون بهذا المعنى مرادفًا للحديث.

الثاني: وقيل: الأثر: هو كل ما أضيف إلى الصحابي أو التابعي من قول أو فعل أو تقرير[٤].

=

عليه البديع الهمذاني والصاحب بن عباد، ولد سنة ٣٢٩هـ، أصله من قزوين، وتوفي بالري سنة ٣٩٥هـ، من مؤلفاته: معجم مقاييس اللغة، الصاحبي في علم اللغة، وجامع التأويل في تفسير القرآن، وذم الخطأ في الشعر، ينظر: الأعلام للزركلي (١/ ١٩٣).

(١) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (١/ ٥٣)، ط: مصطفى البابي الحلبي.

(٢) **الجرجاني**: هو علي بن محمد بن علي، المعروف بالشريف الجرجاني، فيلسوف من كبار العلماء بالعربية، ولد سنة ٧٤٠هـ، ودرس في شيراز، وتوفي في سمرقند سنة ٧٩٢هـ، من مصنفاته: التعريفات، وشرح مواقف الأيجي، ورسالة في فن أصول الحديث، انظر/ الفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوى (ص١٢٥) وما بعدها، دار المعرفة، الأعلام للزركلي (٥/ ٧) ط: دار الكتب العلمية.

(٣) التعريفات، للجرجاني (ص١٣)، ط: دار الكتب العلمية.

(٤) معجم مصطلحات أصول الفقه، د. قطب مصطفى سانو (ص٢٦)، ط: دار الفكر، دمشق - بيروت.

٢- الأثر عند الفقهاء:

أما تعريف الأثر في اصطلاح الفقهاء، فإنه بالاستقراء والتتبع تبين لنا أنه لا يخرج عن المعاني اللغوية السابقة.

وقد استعمل الفقهاء كلمة الأثر بمعنى بقية الشيء وبمعنى ما يترتب على الشيء[١].

أما استعمال لفظ الأثر بمعنى بقية الشيء، فقد بحثها الفقهاء في الطهارة عند الحديث عن أثر النجاسة، وفي الجنايات عند الكلام عن أثر الجناية.

وأما استعمال الأثر بمعنى ما يترتب على الشيء فبحثوها في كتب الفقه كل مسألة في بابها.

فيعتبرون أثر العقد ما شرع له والغاية الأساسية الجوهرية المقصودة من العقد، كانتقال الملكية في البيع وحل الاستمتاع في النكاح[٢].

وهذا المعنى هو المراد تقريره في هذه الرسالة، حيث سيكون الحديث منصبًا على ما يترتب على الشروط الجعلية التي تقترن بالعقود المالية من آثار.

(١) الموسوعة الفقهية (١/ ٢٤٩)، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - دولة الكويت.
(٢) المرجع السابق.

المطلب الثاني

بيان معنى كلمتي الشرط والجَعل

الفرع الأول: معنى كلمة الشرط:

الشَرْط لغة: (بسكون الراء) إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والجمع شروط[1].

والشَرَط (بالتحريك): العلامة، والجمع أشراط[2]، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا﴾ [محمد: ١٨].

الشرط اصطلاحًا: للشرط - في اصطلاح الفقهاء- معان كثيرة:

قال الجرجاني: «الشرط تعليق شيء بشيء، بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني، وقيل: الشرط ما يتوقف وجوده على وجود الشيء ويكون خارجًا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرًا في وجوده، وقيل: الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه»[3].

وعرفه القرافي[4] في الفروق بأنه: ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده

---

(١) القاموس المحيط (ص٦٠٥-٦٠٦)، ولسان اللسان تهذيب لسان العرب، لابن منظور الإفريقي (١/ ٦٦٥)، ط: دار الكتب العلمية.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) التعريفات، للجرجاني (ص١٢٩).

(٤) **القرافي**: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي، المصري، المالكي، الملقب بشهاب الدين، أبو العباس، ولد بمصر سنة ٦٢٦هـ أخذ كثيرًا من علومه من الشيخ عز الدين بن عبد السلام الشافعي ولازمه طويلًا، كان رَحِمَهُ ٱللَّهُ إمامًا عالمًا انتهت إليه رئاسة المالكية في عصر، برع في الفقه والأصول والتفسير والحديث، توفى رَحِمَهُ ٱللَّهُ بالقاهرة سنة ٦٨٤هـ ينظر: الأعلام (١/ ٩٤-٩٥).

وجود ولا عدم لذاته، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره[١].

وهناك تعريفات أخرى تأتي في حينها إن شاء الله تعالى.

الفرع الثاني: معنى كلمة الجعل:

أولاً: تعريف الجعل لغة:

تأتي كلمة الجعل في اللغة العربية على عدة معان، قال ابن منظور[٢]: جعل في الشيء، يجعله جعلا، مجعلًا واجتعله: وضعه[٣] وجعل بعضه فوق بعض: ألقاه[٤].

وتأتي كلمة الجعل بمعنى القول والحكم على الشيء[٥]، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّا جَعَلْنَاهُ قُرْءَانًا عَرَبِيًّا﴾ [الزخرف: ٣].

يظهر من هذا أن لفظ «الجعل» يأتي في اللغة العربية على معان كثيرة، قد لا يكون بينها رابط يجمعها في بعض الأحيان، مما حمل ابن فارس القول: «جعل: الجيم والعين واللام كلمات غير منقاسة لا يشبه بعضها بعضًا، فالجعل: النخل يفوت اليد، والواحدة جَعلة، والجعول: ولد النعام، والجِعال: الخرقة التي تنزل بها القدر عن الأثافي[٦]، والجُعل والجُعالة، والجَعيلة: ما يجعل للإنسان على الأمر يفعله، وجعلت الشيء صنعته.. فهذا الباب كما تراه لا يشبه بعضه بعضًا»[٧].

---

(١) الفروق، للقرافي (١/ ١٥)، ط: دار السلام- القاهرة.

(٢) **ابن منظور**: هو محمد بن مكرم بن علي بن أحمد الأنصاري جمال الدين أبو الفضل، ولد سنة ٦٣٠هـ، وكان يحب اختصار الكتب المطولة فاختصر الأغاني والدخيرة، وتوفى سنة ٧١١هـ، من مؤلفاته: لسان العرب/ وتهذيب لسان العرب، انظر: الأعلام - خير الدين الزركلي (٧/ ١٠٨).

(٣) لسان اللسان تهذيب لسان العرب (١/ ١٩٠).

(٤) القاموس المحيط (ص٨٧٩).

(٥) لسان العرب، لابن منظور (٣/ ١٥٨-١٥٩).

(٦) **الأثافي**: الأحجار الثلاثة التي توضع عليها قدر، مفردها الأُثفِية، يراجع: المعجم الوسيط (١/ ٦).

(٧) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (١/ ٤٦٠-٤٦١).

ثانيًا: تعريف الجعل اصطلاحًا

يستعمل الفقهاء كلمة الجعل في عقد الجعالة وعقد الجعالة هو: التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه[١].

أو هو: أن يجعل جائز التصرف شيئًا متمولًا معلومًا لمن يعمل له عملًا معلومًا[٢] مثل أن يقوم: من يبن لي هذا الحائط فله كذا.

والجَعل في عقد الجعالة: هو ما يجعل للعامل على عمله[٣].

وتضاف كلمة الجعل إلى الشرط فيقال «الشرط الجعلي».

تعريف الشرط الجعلي:

الشرط الجعلي: هو أمر يعتبره المكلف ويعلق عليه تصرفًا من تصرفاته، وقد سمى بذلك لأن المكلف هو الذي جعله شرطًا، وعلق عليه قيام التصرفات، كما يسمى المعلق على شرط عقدًا معلقًا[٤].

ويسمى الشرط أيضًا «شرطًا معلقًا» أو شرط التعليق، والتعليق هو: ربط مضمون جملة بحصول مضمون أخرى[٥].

فالشرط الجعلي هو: ما كان مصدر اشتراطه المكلف أو العاقد ليحقق له رغبة ومقصدًا خاصًا في العقد فيجعل العقد مقترنًا به أو معلقًا عليه[٦].

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٤٢٩)، ط: دار الفكر - بيروت، وكشاف القناع للبهوتي (٦/ ١٩٩٢)، ط: مكتبة نزار مصطفى الباز- مكة المكرمة.

(٢) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم (٢/ ٥٣١)، ط: دار الفضيلة.

(٣) التعريفات، للجرجاني (ص٨١)، ط: ار الكتب العلمية.

(٤) موسوعة الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية (١١/ ١٤٠)، وزارة الأوقاف- مصر.

(٥) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، للحموي (٤/ ٤١)، ط: دار الكتب العلمية.

(٦) ضوابط العقود، د. عبد الحميد محمود البعلي (ص٢٨٥)، ط: مكتبة وهبة.

المطلب الثالث

بيان معنى كلمتي العقد والمال

الفرع الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحًا:

أولاً: تعريف العقد لغة:

العقد لغة: مصدر من عقد يعقد – بكسر القاف في المضارع – نقيض الحل، وعقد الحبل والبيع والعقد يعقده: شدَّه[1].

قال ابن منظور: «وعقد العهد واليمين يعقدهما عقدًا وعقدهما أكدهما، والمعاقدة: المعاهدة والميثاق، وعاقده: عاهده»[2].

قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، قال الإمام القرطبي[3] رَحِمَهُ ٱللَّهُ في تفسير هذه الآية «العقود: الروابط، واحدها عقد، يقال: عقدت العهد والحبل، وعقدت العسل فهو يستعمل في المعاني والأجسام... فأمر الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ الوفاء بالعقود»[4].

---

(١) لسان اللسان تهذيب لسان العرب (٢/ ٢٠١)، والقاموس المحيط (ص٢٧٢).

(٢) لسان اللسان تهذيب لسان العرب (٢/ ٢٠١).

(٣) **القرطبي**: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري الخزرجي الأندلسي من أهل قرطبة، المفسر المالكي، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ عام ٦٧١هـ، من مؤلفاته: الجامع لأحكام القرآن، التذكرة في أحوال الموتى وأمور الآخرة، وجمع الحرص بالزهد والقناعة، الأعلام للزركلي (٥/ ٣٢٢)، نفح الطيب للمقرى (٢/ ٢١٠-٢١٢).

(٤) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي (٦/ ٤١٠-٤١١)، ط: دار الحديث القاهرة.

ثانيًا: تعريف العقد اصطلاحًا:

يطلق لفظ «العقد» عند الفقهاء على معنيين هما:

الأول: المعنى الخاص أو المعنى الشائع المشهور:

وبهذا المعنى الخاص يطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل[١].

فقد عرفه الدسوقي[٢] بقوله: «العقود ما تتوقف على الإيجاب والقبول»[٣].

وعرفه الجرجاني بأنه: «ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعًا»[٤].

وعرفه الزركشي[٥] بأنه: «العقد ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي»[٦].

وقال ابن الهمام[٧]: «المراد بالعقد مطلقًا سواء أكان نكاحًا أو غيرها

---

(١) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم (٢/ ٥١٩).

(٢) **الدسوقي**: هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، من علماء العربية من أهل دسوق (بمصر)، تعلم وأقام بالقاهرة، وتوفي فيها سنة ١٢٣٠هـ، وكان من المدرسين في الأزهر، من مصنفاته: «الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك» حاشية على مغني البيب، حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل. الأعلام (٦/ ١٧)، ط: دار العلم للملايين.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٥)، ط: دار الفكر.

(٤) التعريفات، للجرجاني (ص١٥٥).

(٥) **الزركشي**: محمد بن بهادر بن عبد الله المصري الزركشي أبو عبد الله، ولد سنة ٧٤٥هـ، وطلب الحديث من صغره، أخذ عن جمال الدين الأسنوي، وسراج الدين البلقيني، أحد الأئمة الشافعية، رحل إلى دمشق وحلب لطلب الحديث، وتوفى بالقاهرة سنة ٧٩١هـ، من مصنفاته: البحر المحيط في أصول الفقه، المنثور في القواعد، البرهان في علوم القرآن. الأعلام للزركلي (٦/ ٦٠)، شذرات الذهب لابن العماد، (٦/ ٣٣٥)، ط: دار الفكر- بيروت.

(٦) المنثور في القواعد، للزركشي (٢/ ١٢٢)، ط: دار الكتب العلمية- بيروت.

(٧) **ابن الهمام**: محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي نسبة إلى سيواس من

مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر»[١].

فالعقد بهذا المعنى يتم بارتباط إيجاب أحد الطرفين بقبول الآخر.

معنى الإيجاب والقبول:

عند الحنفية: الإيجاب هو ما صدر أولًا عن أحد العاقدين، سواء أكان من البائع أم من المشتري - معبرًا عن رضاه في إنشاء العقد، والقبول ما يصدر ثانيًا بعد الإيجاب معبرًا عن موافقته عليه[٢].

وعند الجمهور: الإيجاب: ما يدل على التمليك دلالة ظاهرة كبعتك بكذا ويكون صادرًا من البائع، أو المؤجر، أو الزوجة أو وليسها على اختلاف بين المذاهب، سواء صدر أولًا أو آخرًا لأنهم هم الذين سيملكون المشترى السلعة المبيعة، والمستأجر منفعة العين[٣].

وعلى هذا لو قال شخص لآخر «بعتك هذه الدار، بمبلغ كذا»، وأجاب الآخر بقوله «قبلت»، فقد حصل من أحدهما الإيجاب وهو الأول، وحصل من الثاني القبول، ويسمى هذا العقار بالمعقود عليه، فإذا تم هذا العقد مستوفيًا

=

بلاد الروم، من كبار فقهاء الحنفية، ولد بالاسكندرية عام ٧٩٠، وأقام في القاهرة، فقيه أصولي، محدث توفى عام ٨٦١هـ، من أشهر مصنفاته: فتح القدير في شرح الهداية، التحرير في أصول الفقه. شذرات الذهب (٧/ ٢٩٨-٢٩٩)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية (ص١٨٠)، الأعلام للزركلي (٦/ ٢٥٥)، ط: دار العلم للملايين.

(١) شرح فتح القدير، لابن الهمام (٣/ ١٨٧)، ط: دار إحياء التراث العربي- بيروت.

(٢) شرح فتح القدير (٦/ ٢٤٨-٢٤٩)، ط: مصطفى البابي الحلبي.

(٣) مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣)، ط: دار الفكر، والمغني ومعه الشرح الكبير، لابن قدامة (٤/ ٣)، ط: دار الكتاب العربي.

جميع شروطه فإنه يترتب عليه أثره، وهو انتقال ملكية العقار للمشتري، وانتقال ملكية الثمن للبائع، ومن هنا كان معنى ظهور أثر توافق الإرادتين وارتباط القبول بالإيجاب في المحل - المعقود عليه- أي إن المعقود عليه يخرج عن حالته الأولى إلى حالة جديدة، فإن كان بيعًا خرج المبيع من ملك بائعه إلى ملك المشتري، وخرج الثمن من ملك المشترى إلى ملك البائع(١).

وتأسيسا على هذا المعنى الخاص للعقد فما يتم بكلام من طرف واحد لا يكون عقدًا من العقود كالطلاق المجرد عن المال، والوقف، والإبراء(٢)، واليمين، والتنازل عن الحقوق كحق الشفعة(٣) ونحو ذلك.

وبناء على المعنى الخاص يعرف العقد بأنه: عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فيث المعقود عليه(٤).

الثاني: المعنى العام للعقد:

من الفقهاء من عرف العقد بتعريف أعم من السابق وأطلقه على معنى أوسع من التعريف الخاص فقالوا:

العقد: هو كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي سواء أكان صادرًا من طرف واحد، كالنذور والطلاق والصدقة، أم صادرًا عن طرفين متقابلين كالبيع والإجارة وغيرها(٥).

---

(١) ضوابط العقود، د. عبد الحميد البعلي (ص٤٢).

(٢) **الإبراء**: إسقاط الشخص حقًا له في ذمة آخر. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (١/ ٣٩).

(٣) **الشفعة**: لغة: الضم، وهي: حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الحادث، فيما ملك بعوض. نهاية المحتاج مع حاشية الرشيدي (٥/ ١٩٤).

(٤) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان مادة ١٦٨، (ص٢٧)، ط: المطبعة الإعلامية.

(٥) التحرير وشرحه، للشيخ زكريا الأنصاري (٢/ ٣)، ط: دار إحياء الكتب العربية- القاهرة.

وإلى هذا المعنى أشار أبو بكر الجصاص[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ حيث قال: «والعقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه، فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقودًا، لأن كل واحد من طرفي العقد قد ألزم نفسه إتمام ما عليه والوفاء به، ويسمى اليمين على المستقبل عقدًا، لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بالفعل، أو الترك، وكذلك النذور وايجاب القرب وما جرى مجرى ذلك»[٢].

وقال القاضي ابن العربي[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ عند تفسيره لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، إذا ثبت هذا فربط العقد يكون تارة مع الله، وتارة يكون من الآدمي، وتارة يكون بالقول، وتارة يكون بالفعل، فمن قال «لله عليَّ صوم»، فقد عقده بقوله مع ربه، ومن قام إلى الصلاة ونوى وكبر فقد عقدها لربه بالفعل...[٤].

---

(١) **الجصاص**: هو أبو بكر أحمد بن علي الجصاص نسبة إلى العمل بالجص، انتهت إليه رئاسة الحنفية في عصره، ولد سنة ٣٠٥هـ، وتوفي عام ٣٧٠هـ، من مؤلفاته: أحكام القرآن، وشرح مختصر الكرخي، وأصول الفقه. الفوائد البهية (ص٢٧-٢٨)، الأعلام للزركلي (١/ ١٧١).

(٢) أحكام القرآن، للجصاص، (٢/ ٢٩٤-٢٩٥)، ط: دار الكتاب العربي- بيروت.

(٣) **ابن العربي**: أبو بكر بن عبد الله بن أحمد المعافري، المعروف بابن العربي الأشبيلي، حافظ مشهور، ومفسر مالكي، ولد سنة ٤٦٨هـ، عالم فقيه قرأ القراءات، سافر إلى مصر وبغداد، توفى رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة ٥٤٣هـ، من مصنفاته: أحكام القرآن، عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي، المحصول في الفقه. وفيات الأعيان لابن خلكان (٤/ ٢٩٦-٢٩٧)، شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي (٤/ ١٤١).

(٤) أحكام القرآن، لابن العربي (٢/ ٥٢٦)، ط: مصطفى البابي الحلبي.

وهذا المعنى المتسع والذي ذكره المفسرون للعقد فهو أوثق صلة وأشد ارتباطا بالدلالة اللغوية الأولى والتي تضمنت معاني الربط والشد والإحكام والتوثيق والعهد[١].

ويرى بعض العلماء المعاصرين[٢] إلى أنه ينبغي أن يحمل قول من عرف العقد بأنه كل تصرف شرعي ينشأ عنه حكم شرعي، على أن المراد بالتصرف القولي، أما التصرف الفعلي الذي ينشأ عنه حكم شرعي كالقتل الذي يترتب عليه القصاص أو الدية، والسرقة التي يترتب عليها الحد، والإتلاف الذي يترتب عليه الضمان فإن كل واحد منها وإن كان تصرفًا ينشأ عنه حكم شرعي إلا أنه لا يسمى عقدًا، لأن المراد بالعقد عادة وعرفًا للتصرفات القولية، وعلى هذا يكون المراد بالعقد بمعناه العام، كل تصرف قولي ينشأ عنه حكم شرعي، سواء أكان هذا التصرف صادرًا من شخصين أو كان صادرًا من شخص واحد، والعقد بهذا المعنى العام يرادف اصطلاح الالتزام[٣]، ولا يزال أخص من اصطلاح التصرف[٤] لأن الأخير ينظم الالتزام وغيره كالاستهلاك والانتفاع وغيره[٥].

(١) أحكام العقد المقترن بشرط، لإبراهيم حسن الملا (ص٣٢)، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم – جامعة القاهرة.

(٢) نظرية العقد، د. محمد حسين شعبان (ص٥)، ضوابط العقود، د. البعلي (٤٣-٤٤).

(٣) **الالتزام**: عرفه الأستاذ/ مصطفى الزرقا بقوله: الالتزام هو: كون الشخص مكلفًا بفعل، أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره. المدخل الفقهي العام (٣/ ١٦)، ط: دار الفكر.

(٤) **التصرف**: هو ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه أحكامًا مختلفة، وبهذا المعنى يكون التصرف أعم من الالتزام إذ من التصرف ما ليس فيه التزام. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (١/ ٤٥٦).

(٥) أحكام المعاملات الشرعية، على الخفيف (ص٧٣)، ضوابط العقود، د. البعلي (ص٤٤).

التعريف المختار: تعريف العقد بالمعنى العام - كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي- أظهر في كتب المالكية والشافعية والحنابلة منه في كتب الحنفية[١].

فنرى جلال الدين السيوطي[٢] رَحِمَهُ ٱللَّهُ يرى أن من العقود ما لا يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظًا كالهدية والصدقة، وأن منها ما لا يفتقر إليه أصلًا بل شرطه عدم الرد كالوقف[٣].

أما الحنفية فإنهم كانوا لمفهوم العقد أكثر دقة حين لم يقصروه في عدد محدود من العقود، وحين أكدوا على انشغال الذمم بما ترتبه إرادات التعاقد في المستقبل من أمور، فعرفوه بأنه: «تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعًا على وجه يظهر أثره في المحل»[٤].

وعرفت مجلة الأحكام العدلية الانعقاد بأنه: تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما[٥].

والتقييد بكونه «وجه مشروع» لإخراج الارتباط على وجه غير مشروع

---

(١) الفروق، للقرافي (٤/ ١٣)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص٤٧٤)، ط: دار البيان العربي، شرح فتح القدير (٣/ ١٨٧)، ط: مصطفى البابي الحلبي.

(٢) **السيوطي**: عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد الأسيوطي الشافعي، أبو الفضل جلال الدين، ولد سنة ٨٤٩هـ، أجاز له أكابر علماء عصره من سائر الأمصار وبرز في جميع الفنون وفاق الأقران، واشتهر بمصنفاته القيمة، ومنها: الجامع الكبير، والجامع الصغير في الحديث، الأشباه والنظائر، الاتقان في علوم القرآن، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ بالقاهرة سنة ٩١١هـ، شذرات الذهب لابن العماد (٨/ ٥١)، ط: دار الفكر.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص٤٧٤-٤٧٥).

(٤) حاشية البابرتي على شرح فتح القدير (٦/ ٢٤٨)، مطبوع على هامش شرح فتح القدير.

(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام علي حيدر (١/ ٩٢)، ط: مكتبة النهضة -بيروت- بغداد.

كالاتفاق على قتل فلان، أو اتلاف محصوله الزراعي.

والتقييد بكونه «يثبت أثره في محله» لإخراج الارتباط بين كلامين لا أثر لهما، كالاتفاق على بيع كل شريك حصته من دار أو أرض لصاحبه بالحصة الأخرى المساوية، فهذا لا فائدة منه ولا أثر له[١].

وهذا التعريف مأخوذ من فقه الحنفية، واختار تعريف العقد بالمعنى الخاص كثير من العلماء والباحثين المعاصرين [٢]، لأن تعريف الحنفية أكثر إيضاحًا وإبرازًا لطبيعة العقود التي من أهمها انشغال الذمم بما ترتب الإرادات في المستقبل من أمور لذا يقول الإمام محمد أبو زهرة [٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «... ولا نكاد نجد فقيهًا يطلق كلمة عقد ويريد الطلاق أو الإعتاق أو اليمين من غير تنبيه، لذلك نعد الاصطلاح الشائع الأغلب إطلاق العقد في المعنى الخاص دون العام الذي يراد به ما يرادف التصرف الشرعي»[٤].

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٤/ ٢٩١٨).

(٢) منهم فضيلة الإمام محمد أبو زهرة – الملكية ونظرية العقد (ص١٧٣)، والدكتور وهبة الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٣٩١٨)، والدكتور/ إبراهيم حسن الملا في رسالته: أحكام العقد المقترن بشرط (ص٣٣) وما بعدها، والدكتور/ هاشم عبد المقصود سعد في رسالته: نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي (ص٢٤) وما بعدها.

(٣) **أبو زهرة**: هو محمد بن أحمد أبو زهرة من أبرز علماء الشريعة الإسلامية في عصره، ولد بمدينة المحلة الكبرى سنة ١٣١٦هـ بدأ اتجاهه إلى البحث العلمي في كلية أصول الدين جامعة الأزهر، وعين أستاذًا محاضرًا للدراسات العليا في الجامعة، صدر له أكثر من أربعين منصفا منها: أصول الفقه، والأحوال الشخصية، تاريخ المذاهب الإسلامية، الملكية ونظرية العقد، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة ١٣٩٤هـ. انظر: الأعلام لخير الدين الزركلي (٦/ ٢٥).

(٤) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة (ص١٧٥)، ط: دار الفكر العربي – القاهرة.

الفرع الثاني: تعريف المال لغة واصطلاحًا:

أولاً: تعريف المال لغة:

المال لغة من المول: وهو ما ملكته من كل شيء والجمع أموال[١].

قال ابن منظور: «والمال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتني ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم»[٢].

وقال ابن فارس: «الميم والواو واللام كلمة واحدة، هي تمول الرجل: اتخذ مالًا، ومال يمال: كثر ماله»[٣].

ثانيًا: تعريف المال اصطلاحًا:

اختلف العلماء في تعريف المال تبعًا لاختلافهم في مفهومه ومشتملاته، وما يصدق عليه اسمه من جهة، فمنهم من يخصه على ما يدخر، والبعض الآخر يعمم، ومنهم من يعتبر المنفعة مالًا ومنهم من لا يعتبرها وهكذا.

وكذلك نظرًا لتباين العبارات والألفاظ ومدى دقتها في التعبير عن المراد من جهة ثانية.

مذهب الحنفية: عرف فقهاء الحنفية المال بتعريفات عدة، منها أن «المراد بالمال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم»[٤].

---

(١) القاموس المحيط (ص٩٥٢)، لسان اللسان تهذيب لسان العرب (٢/ ٥٨١).

(٢) لسان اللسان تهذيب لسان العرب (٢/ ٥٨١).

(٣) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (٥/ ٢٨٥).

(٤) رد المحتار على الدر المختار (٤/ ٣) ط: دار إحياء التراث العربي - بيروت.

وعرفه في الدرر الحكام بأنه: «موجود يميل إليه الطبع، ويجري فيه البذل والمنع»[١].

نستخلص من هذين التعريفين عناصر المالية عند الحنفية، وذلك بأن يكون الشيء منتفعًا فيه عرفًا، وأن يكون قابلًا للادخار حيث يكون موجودًا في زمانين فأكثر، وهذا القيد يخرج المنفعة حيث لا تعتبر مالًا عندهم، إضافة إلى كونه ذا قيمة مادية بين الناس، وهذا ما عناه الفقهاء بقولهم «ويجري فيه الذل والمنع» إذ ما لا يجري ذلك فيه لحقارته أو لقلته فليس بمال عندهم لعدم تمول الناس له[٢].

وقد صرح السرخسي[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ إلى بعض هذه العناصر بقوله: «... إن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين ولكنها أعراض كلما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التمول»[٤].

مذهب الجمهور غير الحنفية:

أ- تعريف المالكية: عرفه الشاطبي [٥] من علماء المالكية رَحِمَهُ ٱللَّهُ «ما يقع

---

(١) درر الحكام في شرح غرر الأحكام، لملا خسرو الحنفي (٢/ ١٦٨).

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٤/ ٢٨٧٦)، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د. نزيه حماد (ص٣٠)، ط: دار القلم - دمشق.

(٣) **السرخسي**: محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، أبو بكر، شمس الأئمة، الفقيه الحنفي المجتهد، فاق أقرانه في المناظرة والعلم، من مؤلفاته: المبسوط في الفقه، أصول الفقه، المعروف بـ «أصول السرخسي»، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة ٤٩٠هـ وقيل ٤٨٣، الفوائد البهية للكنوي (ص١٥٨). الأعلام للزركلي (٥/ ٣١٥).

(٤) المبسوط، لشمس الأئمة السرخسي (١١/ ٧٩)، ط: دار المعرفة - بيروت.

(٥) **الشاطبي**: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي، العلامة المؤلف، المحقق الأصولي المفسر، توفى رَحِمَهُ ٱللَّهُ- سنة ٧٩٠هـ، من مؤلفاته: الموافقات، شرح الخلاصة في النحو، والاعتصام وغيرها، الأعلام للزركلي (١/ ٧٥).

عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره، إذا أخذه من وجهه»[١].

وعرفه القاضي ابن العربي بأنه: «ما تمتد إليه الأطماع، ويصلح عادة وشرعًا للانتفاع»[٢].

ب- **تعريف الشافعية:** عرف الزركشي من علماء الشافعية رَحِمَهُ ٱللَّهُ المال بانه «ما كان منتفعًا به أي معدًا لأن ينتفع به»[٣].

وحكى جلال الدين السيوطي عن الإمام الشافعي - رحمهما الله تعالى- بأنه قال: «لا يقع اسم المال إلا ما له قيمة يباع بها، وتلزم متلفه وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه ذلك»[٤].

ج- **تعريف الحنابلة:** عرفه البهوتي[٥] رَحِمَهُ ٱللَّهُ بأنه: «ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة»[٦].

وجاء في منتهي الإرادات: «المال شرعًا ما يباح نفعه مطلقًا أي في كل الأحوال، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة»[٧].

يتبين من استعراض تعريفات جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة للمال بأنهم قد اتفقوا على عناصر المالية وإن اختلفت عباراتهم، فكلهم اشترط في المال

---

(١) الموافقات في أصول الشريعة، للشاطبي (٢/ ٣٣٢)، ط: دار المعرفة - بيروت.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي (٢/ ٦٠٧) ط: مصطفى البابي الحلبي.

(٣)المنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٣١٠)، ط: دار الكتب العلمية.

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص٥٤٢).

(٥) **البهوتي**: هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن إدريس البهوتي، شيخ الحنابلة بمصر في عصره، ونسبته إلى بهوت غربي مصر، ولد سنة ١٠٠٠هـ، من اهم كتبه: الروض المربع شرح زاد المستقنع، وكشاف القناع، توفى سنة ١٠٥١هـ. الأعلام (٧/ ٣٠٧).

(٦) كشاف القناع عن متن الإقناع (٤/ ١٣٨٢) ط: مكتبة نزار مصطفى الباز - مكة المكرمة.

(٧) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٦٣٣) ط: مكتبة نزار مصطفى الباز- مكة المكرمة.

أن يكون فيه منفعة مقصودة مباحة شرعًا في حالة السعة والاختيار دون حالة الضرورة والحاجة، كما اشترطوا أيضًا أن يكون مما يتموله الناس عادة، بحيث يجري فيه البذل والمنع، فهذه العناصر متى توافرت في شيء صح أن يطلق عليه اسم المال عندهم[١].

تحرير محل النزاع:

يمكن من خلال التعاريف السابقة للمال أن نحدد محل الخلاف بين الفقهاء على أمرين:

الأول: لم يجعل الحنفية من عناصر المالية إباحة الانتفاع به شرعًا، فالخمر ولحم الخنزير من المال عندهم - بينما اشترط الجمهور إباحة الانتفاع لتحقق المالية - وقد حملهم ذلك على تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم [٢] ليخرجوا ما لا يحل الانتفاع به من أن يكون محلًا للعقد نظرًا لعدم تقومه.

الثاني: انفرد الحنفية باشتراط إمكان الادخار لوقت الحاجة دون سائر الفقهاء مما حداهم إلى القول بخروج المنافع عن مفهوم المال لعدم ادخارها[٣].

والراجح: هو مسلك الجمهور في تعريف المال - وإن اختلفت عباراتهم - وذلك باعتبار المنافع من الأموال، لأن هذا هو المتفق مع عرف الناس والمتسق مع أغراضهم ومعاملاتهم فهم لا يبتغون الأعيان إلا طلبًا لمنافعها، ومالا منفعة فيه لا رغبة فيه ولا طلب له.

كما ينتقد تعريف الحنفية للمال بأنه ناقص غير شامل فالخضروات والفواكه تعتبر مالًا وإن لم تدخر لتسرع الفساد إليها.

---

(١) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د. نزيه حماد (ص٣٣).

(٢) **المال المتقوم** عند الحنفية هو ما يمكن ادخاره مع إباحته شرعًا، وغير المتقوم: ما يمكن ادخاره مع عدم الإباحة، فالخمر مال لكنه غير متقوم. رد المحتار على الدر المختار (٤/ ٣).

(٣) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د. نزيه حماد (ص٣٣).

المطلب الرابع

مفهوم الفقه المقارن

الفرع الأول: تعريف الفقه لغة واصطلاحًا:

أولاً: تعريف الفقه لغة:

الفقه لغة: العلم بالشيء والفهم له والفطنة، وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر العلوم[1].

و«فقُه»: بضم القاف: تستعمل في النعوت، يقال: رجل فقهي، إذا صار فقيها وساد الفقهاء[2].

قال ابن فارس رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «الفاء والقاف والهاء» أصل واحد صحيح، يدل على إدراك الشيء والعلم به، تقول: فقهت الحديث أفقهه، وكل علم يشرع فهو فقه، يقولون لا يفقه ولا ينقه[3].

ثانيًا: تعريف الفقه اصطلاحًا:

عرف الإمام أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ الفقه بأنه: معرفة النفس مالها وما عليها[4].

وعموم هذا التعريف يتمشى مع عصر أبي حنيفة، حيث أطلق الفقه في صدر

---

(١) القاموس المحيط (ص١١٢٦)، ولسان اللسان تهذيب لسان العرب (٢/ ٣٣٠)، ومختار الصحاح، للرازي (ص٢٧٧)، ط: دار الحديث - القاهرة.

(٢) لسان اللسان تهذيب لسان العرب (٢/ ٣٣٠).

(٣) معجم مقاييس اللغة (٤/ ٤٤٢).

(٤) التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة (١/ ٦٨) المطبعة الخيرية في مصر.

الإسلام على الأحكام الشرعية سواء أكانت اعتقادية أم عملية أم أخلاقية.

وعرف الكاساني [١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ الفقه بأنه: «علم الحلال والحرام، وعلم الشرائع والأحكام»[٢].

والتعريف المختار للفقه هو: تعريف الشافعية لأنه الأشهر والأضبط عند علماء الأصول وهو: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية، أو هو مجموعة الأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية[٣].

والمقصود بالعلم في التعريف هنا: هو الإدراك الذي يتناول العلم والظن، لأن الأحكام العملية تثبت بالأدلة القطعية كما تثبت بالأدلة الظنية وتقييد الأحكام بـ «الشرعية» للدلالة على أنها منسوبة إلى الشرع ومأخوذة منه، فلا تدخل في التعريف الأحكام العقلية كالعلم بأن الكل أكبر من الجزء، والأحكام الحسية كعلمنا بأن النار محرقة، ولا الأحكام اللغوية كالعلم بأن كان وأخواتها ترفع المبتدأ وتنصب الخبر[٤].

وتقييد الأحكام بالعملية للاحتراز عن العلم بالأحكام العلمية أو الاعتقادية[٥].

---

(١) **الكاساني**: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، برع في الفقه الحنفي من أهل حلب، وتوفى فيها سنة ٥٨٧ هـ، من مصنفاته: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في الفقه، والسلطان المبين في أصول الدين، انظر: الفوائد البهية للكنوى (ص٥٣)، الأعلام للزركلي (٢/ ٧٠).

(٢) بدائع الصنائع (١/ ٢) ط: دار الكتب العلمية - بيروت.

(٣) جمع الجوامع لابن السبكي (١/ ٥٧-٥٩) ط: دار الكتب العلمية -بيروت، البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي (١/ ١٥) ط: دار الكتب العلمية، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام (ص٣) ط: دار الكتب العلمية، أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي (١/ ١٩)ط: دار الفكر - دمشق، الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان (ص٨).

(٤) أصول الفقه، د. وهبة الزحيلي (١/ ٢١)، الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان (ص٩).

(٥) المرجعان السابقان.

الفرع الثاني: تعريف الفقه المقارن:

أولاً: معنى كلمة المقارن لغة:

المقارن لغة: من قرن بمعنى وصل، وقارن الشيء الشيء قابله به، ومن ذلك يبوت قرائن أي متقابلات[١].

قال ابن منظور: «والقرن من الناس: أهل زمان واحد، وقال:

إذا ذهب القرن الذي أنت فيهم وخلفت في قرن فأنت غريب[٢]»

وقارن الشيء الشيء مقارنة وقرانًا: اقترن به وصاحبه، وقرنت الشيء بالشيء: وصلته[٣].

وفي الاصطلاح: مقارنة الرأي بالرأي، مقابلته أو موازنته به، ليعرف مدى اتفاقهما أو اختلافهما، وأيهما أقوى وأشد بالدليل، وهو لا يخرج عن أصل المعنى اللغوي[٤].

ثانيًا: تعريف الفقه المقارن اصطلاحًا:

لم أجد في كتب الفقهاء القدامى رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ من تعرض لتعريف الفقه المقارن، وإن كانت المكتبة الإسلامية قد احتوت الكثير من الكتب والموسوعات الفقهية المقارنة منذ العصور الأولى للتأليف، ومن تلك الكتب: المغنى لابن قدامة[٥]،

---

(١) القاموس المحيط (ص١١٠٢-١١٠٣)، ولسان اللسان تهذيب لسان العربي (٢/ ٣٧٧-٣٧٨).

(٢) لسان العرب، لابن منظور (١٢/ ٨٧).

(٣) لسان اللسان (٢/ ٣٧٨-٣٧٩).

(٤) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. محمد فتحي الدريني (١/ ١٧)، ط: مؤسسة الرسالة.

(٥) **ابن قدامة**: عدب الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي موفق الدين، ولد سنة ٥٤١ هـ، أحد الأئمة الأعلام، كان ثقة نبيلا حجة غزير الفضل، سمع من والده وجماعة، ولازم أبا الفتح بن المثنى، من مصنفاته: المغني، والمقنع، والكافي، وغيرها، وتوفى رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة ٦٢٠هـ، شذرات الذهب (٥/ ٨٨)، ط: دار الفكر، الأعلام للزركلي (٤/ ٦٧).

وبدائع الصنائع للكاساني، والمجموع شرح المهذب للنووي[١]، وبداية المجتهد لابن رشد [٢] وغيرها من الكتب والمؤلفات الفقهية المقارنة، فلذا «لم نعثر على تعريف للفقه المقارن عند الأقدمين غير أن ذلك لا يعني أنهم لم يضطلعوا بهذا النوع من البحث، فقد وجدت موسوعات في الفقه الإسلامي المقارن لكن في المسائل الجزئية غالبًا، فإذا أردنا أن نقصر «الفقه المقارن» على ذلك الذي يكون بين المذاهب الفقهية الإسلامية خاصة فيمكن تعريفه بما يأتي: «تقرير آراء المذاهب الفقهية الإسلامية في مسألة معينة بعد تحرير محل النزاع فيها، مقرونة بأدلتها، ووجوه الاستدلال بها، وما ينهض عليه الاستدلال من مناهج أصولية وخطط تشريعية وبيان منشأ الخلاف فيها، ثم مناقشة هذه الأدلة أصوليًا، والموازنة بينها، وترجيح ما هو أقوى دليلًا أو أسلم منهجًا، أو الإتيان برأي جديد مدعم بالدليل الأرجح في نظر الباحث المجتهد»[٣].

فالغاية من الفقه المقارن بالمعنى الذي ورد في التعريف يتمثل في بيان كيفية تناول كل مجتهد المسألة المعروضة للبحث وتصوره لها، أو تكييفه إياها، والدليل الذي اعتمده أساسًا في حكمها وبيان وجه استدلاله به.

---

(١) **النووي**: يحيى بن شرف محي الدين أبو زكريا الفقيه الشافعي الحافظ، ولد سنة ٦٣١هـ، تعلم في دمشق وأقام بها زمانًا، كان شديد الورع والزهد، من مصنفاته: شرح صحيح مسلم، والمجموع، والروضة، ورياض الصالحين، توفى سنة ٦٧٦هـ. شذرات الذهب (٦/ ٣٥٢).

(٢) **ابن رشد**: محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، الشهير بابن رشد الحفيد، تفقه وبرع وسمع الحديث، وأتقن الطب والفلسفة، ولد عام ٥٢٠هـ، من مؤلفاته: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الكليات، الحيوان، فلسفة ابن رشد، وتوفى عام ٥٩٥، شذرات الذهب (٤/ ٣٢٠). الأعلام للزركلي (٥/ ٣١٨).

(٣) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. محمد فتحي الدريني (ص١/ ١٧-١٨).

إضافة إلى ضرورة الموازنة الموضوعية الدقيقة بين الأدلة التي اعتمدها المجتهدون موازنة تعتمد النظر الأصولي في دليل كل منهم ليتبين مدى قوته أو صحة استدلاله به.

ناهيك عن ضرورة كون الباحث قادرًا على تحديد منشأ الخلاف أو سببه وتركيز البحث في هذا المنشأ لبيان موطن الضعف، أو القوة فيه، ليكون ذلك عونًا له كخطوة أولى أو مقدمة لترجيح الرأي الذي يستند إلى السبب القوي وبيان وجه هذا الترجيح وأدلته [1].

(١) ينظر في أهمية الدراسة المقارنة ومزاياها في: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. محمد فتحي الدريني (١/ ٢٥-٢٧).

المبحث الثاني
مفهوم الشرط وما يتصل به

المطلب الأول
تعريف الشرط لغة واصطلاحًا

أولاً: تعريف الشرط لغة:

الشرْط لغة: بسكون الراء: «إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط»[1].

والشرط «بتحريك الراء» العلامة والجمع أشراط[2]، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا﴾ [محمد: ١٨].

ومنه: الشرطة: واحدة: شرطي: ويسمى بذلك لأنه نصب نفسه على زي وهيئة معينة، وأعلم نفسه بعلامات لا تفارقه في أغلب أحواله[3].

وتأتي على شَرِط، وشرُط «بفتح الراء وكسرها وضمها إذا شرط على صاحبه أمرًا».

ويقال: «شرط كل واحد منهما على الآخر أمرًا، فإذا باع رجل ضيعته وشرط على المشترى شرطًا فقد ألزمه أمرًا أو شرط المشترى على البائع أمرًا

(١) القاموس المحيط (ص٦٠٥-٦٠٦)، ولسان العرب (١/ ١٦٥).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) القاموس المحيط (ص٦٠٦)، مختار الصحاح للرازي (ص١٩٠).

فقد ألزمه إياه، وكل منهما قد التزم للآخر بما شرط له في العقد»[١].

ثانيًا: تعريف الشرط اصطلاحًا:

يعتبر الأصوليون الشرط من الحكم الوضعي[٢] الذي هو أحد قسمي الحكم الشرعي[٣].

وللشرط في اصطلاح الأصوليين تعريفات كثيرة، لا ترجع - في الأغلب- إلى اختلاف في ماهيته، ومضمونه، وإنما كان كل مجتهد يعرفه بالتعريف الذي يراه أنه الأنسب ومن تلك التعريفات:

١- عرفه الغزالي[٤] رَحِمَهُ ٱللَّهُ بقوله: «اعلم أن الشرط عبارة عما لا يوجد المشروط مع عدمه، لكن لا يلزم أنه يوجد عند وجوده» [٥] وهذا التعريف لا يفرق بين الركن والشرط.

٢- وعرفه فخر الإسلام البزدوي [٦] بأنه: اسم لما يتعلق به الوجود دون الوجوب [١].

---

(١) لسان العرب، لابن منظور (٨/ ٥٦)، القاموس المحيط (ص٦٠٦).

(٢) **الحكم الوضعي**: هو الخطاب الذي يقتضي جعل شيء سببًا لشيء آخر، أو شرطًا، أو مانعا منه. الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان (ص٢٦).

(٣) **الحكم الشرعي**: هو الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع. إرشاد الفحول للشوكاني (١/ ٤٩)، ط: دار السلام- القاهرة.

(٤) **الغزالي**: هو الإمام حجة الإسلام محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي، أبو حامد من أبرز علماء المسلمين في ميادين الحكمة والكلام والفقه والأصول والتصوف، ولد بطوس، وتوفي فيها سنة ٥٠٥هـ، من مؤلفاته: إحياء علوم الدين، المستصفى من علم الأصول، الوسيط في المذهب، انظر: شذرات الذهب (٤/ ١٠)، ط: دار الفكر، وفيات الأعيان (٤/ ٢١٦).

(٥) المستصفى من علم الأصول (٢/ ٣٩) المكتبة التجارية.

(٦) **البزدوي**: هو علي بن محمد بن الحسين، الفقيه الأصولي، يكنى بأبي الحسن وبأبي العسر لعسر تأليفه ويلقب بفخر الإسلام، ولد في حدود سنة ٤٠٠هـ ببلدة بزدة (شمال أفغانستان)، من مصنفاته: أصول الفقه، والمبسوط، وشرح الجامع الكبير، توفي ٤٨٢هـ، ودفن بسمر قند،

٣- وذكر الجرجاني عدة تعريفات للشرط بقوله: تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني، وقيل: الشرط ما يتوقف وجوده على وجود الشيء، ويكون خارجًا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرًا في وجوده، وقيل: الشرط: ما يتوقف ثبوت الحكم عليه(٢).

٤- وعرفه القرافي بقوله: الشرط: هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره (٣).

ويمكن اعتبار هذا التعريف أشمل من التعريفات السابقة، إلا أنه لا يفرق بين الشرط والركن لذا أضاف إليه بعض الباحثين قيدًا آخرًا وهو «أن يكون خارجًا عن الماهية»(٤).

شرح التعريف:

ويشتمل هذا التعريف على عدة قيود (٥):

القيد الأول: «ما يلزم من عدمه العدم» يخرج به المانع (٦) لأنه لا يلزم من عدمه شيء.

=

ينظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية (ص١٢٤)، الأعلام (٤/ ٣٢٨-٣٢٩).

(١) كشف الأسرار عن أصول البزدوي - عبد العزيز البخاري (٤/ ١٧٣) ط: دار الكتاب العربي- بيروت.

(٢) التعريفات للجرجاني (١٢٩)، ط: دار الكتب العلمية- بيروت.

(٣) الفروق للقرافي (١/ ١٥١)، ط: دار السلام.

(٤) ينظر هذا القيد في: التعريفات لجرجاني (ص١٢٩)، أصول الفقه، د. محمد زكريا البرديسي (ص١٠٧)، ط: دار الثقافة - القاهرة، ضوابط العقود، د. عبد الحميد محمود البعلي (ص٢٨٤)، الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان (ص٥٩)، ط: مؤسسة الرسالة.

(٥) ينظر: شرح هذا التعريف في المراجع السابقة والفروق للقرافي (١/ ١٥١) وما بعدها، حاشية البناني على شرح جلال الدين المحلي على جمع الجوامع (١/ ٢١) وما بعدها.

(٦) **المانع**: هو ما يلزم من وجوده عدم الحكم رغم توفر السبب، مثل قتل الوارث لمورثه فإنه يمنع استحقاقه في الميراث. أصول الأحكام الشرعية، د. يوسف قاسم (ص٢٨٧).

القيد الثاني: «ولا يلزم من وجوده وجود» يخرج به السبب فإنه يلزم من وجوده الوجود.

القيد الثالث: «ولا عدم» أي ولا يلزم من وجوده عدم، وهذا القيد يخرج به المانع أيضًا فإنه يلزم من وجوده العدم.

القيد الرابع: «لذاته» أي لذات الشرط: والأصح أنه جيء بهذا القيد للبيان ودفع التوهم، وليس للاحتراز وهذا ما رجحه الكمال بن الهمام بقوله: «والأليق في حل هذا القيد أنه للبيان ودفع توهم لزوم الوجود من وجود الشرط إذا قارن السبب، لأن ترتب الوجود حينئذ على السبب لا على الشرط، ودفع توهم لزوم العدم من وجود الشرط إذا قارن المانع لأن ترتب العدم حينئذ على وجود المانع لا على وجود الشرط»[(١)].

القيد الخامس: «ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره» ويخرج بهذا القيد جزء العلة [(٢)] فهو وإن كان يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم إلا أنه مشتمل على جزء المناسبة [(٣)] بخلاف الشرط [(٤)].

القيد السادس: «وكان خارجًا عن الماهية»: يخرج به الركن لأنه جزء من ماهية الشيء وهو داخل فيه كما سيأتي.

---

(١) حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع (٢/ ٢)، ط: المطبعة الأزهرية المصرية.

(٢) **العلة**: هي الركن الجوهري في القياس، وهي: الوصف الظاهر المنضبط الذي يبني عليه الحكم بحيث يكون دالًا على وجوده. أصول الأحكام الشرعية، د. يوسف قاسم (ص١٨٤).

(٣) **المناسبة**: من شروط العلة أن تكون وصفًا مناسبًا للحكم، ومعنى مناسبته: أن توجد بينه وبين الحكم الشرعي ملاءمة بحيث يمكن القول بتحقق الحكمة التشريعية من الحكم المذكور. أصول الأحكام الشرعية، د. يوسف قاسم (ص١٩٢).

(٤) الفروق للقرافي (١/ ١٥١).

المطلب الثاني

الفرق بين الشرط والركن والسبب

تمهيد:

والذي يدعو إلى ضرورة التفريق بين هذه المصطلحات وقوع الخلط بينها عند بعض الباحثين، إذ أن كلًا من الشرط والركن يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، وفي هذا يقول الإمام الغزالي رَحِمَهُ ٱللَّهُ «الشرط والمحل والركن عبارات أطلقها الفقهاء وغمض مداركها على الأكثر، لأنهم يعبرون بها عن مقاصد مختلفة، ولم يتفقوا فيها على حد معلوم بالاصطلاح»[1].

الفرع الأول: تعريف الركن والفرق بينه وبين الشرط:

أولاً: تعريف الركن لغة واصطلاحًا:

الركن لغة: من رَكَنَ إلى الشيء: من باب دخل، وركن أيضًا بالكسر (ركونا) أي مال إليه وسكن [2]، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَرْكَنُوٓاْ إِلَى ٱلَّذِينَ ظَلَمُواْ فَتَمَسَّكُمُ ٱلنَّارُ﴾ [هود: ١١٣].

وركن الشيء جانبه الأقوى، قال ابن فارس: «ركن: الراء والكاف والنون

---

(١) شفاء الغليل (ص٤٩٨) ط: مطبعة الإرشاد بغداد.

(٢) القاموس المحيط (ص١٠٨٢)، ولسان اللسان تهذيب لسان العرب (١/ ٥١٠)، ومختار الصحاح (ص١٤٩).

أصل واحد يدل على قوة، فركن الشيء جانبه الأقوى، وهو يأوي إلى ركن شديد أي عز ومنعه [١] ومنه قوله تعالى في قصة لوط عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَىٰ رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾ [هود: ٨٠]".

الركن اصطلاحًا: الركن في اصطلاح الأصوليين هو: ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعدُّ جزءًا داخلًا في ماهيته[٢].

فركن الشيء: هو ما يتم به وهو داخل فيه، بخلاف شرطه وهو خارج عنه، وهو الجزء الذاتي الذي تتركب منه ومن غيره، بحيث يتوقف تقومها عليه [٣].

ثانيًا: الفرق بين الركن والشرط:

يتفق الشرط والركن من جهة أن كلًا منهما يتوقف عليه وجود الشيء وجودًا شرعيًا، وعدم كل منهما يستلزم عدم الحكم [٤].

ويختلف الركن عن الشرط بما يلي:

١ - إن الركن هو ما كان جزءًا من ماهية الشيء بمعنى إنه داخل في تركيبه أو هو عنصر من عناصر وجوده إذ لا وجود للشيء إلا بوجود أركانه، فالركوع ركن في الصلاة لأنه جزء منها، وكذلك القراءة في الصلاة ركن، لأنها جزء من حقيقة الصلاة.

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٢/ ٤٣٠).

(٢) ضوابط العقود، د. عبد الحميد محمود البعلي (ص٨٣).

(٣) التعريفات للجرجاني (ص١١٥)، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم (٢/ ١٧٥).

(٤) الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان (ص٥٩)، أصول الفقه الإسلامي د. وهبة الزحيلي (١/ ١٠٠).

وأما الشرط: فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجًا عن حقيقته فالطهارة شرط في الصلاة وهي أمر خارج عن الحقيقة، وتعيين العوضين في البيع من الشروط لأنه ليس جزءًا من ماهية العقد [١].

٢- يختلف الركن عن الشرط من حيث الحكم عند الحنفية، فإذا حصل خلل في ركن من الأركان كان خللًا في نفس العقد أو التصرف، وهذا يؤدي إلى بطلان العقد أو التصرف، أما إذا حصل خلل في شرط من شروطه فإنه يكون خللًا في وصفه - أي في أمر خارج عن حقيقة العقد- وعليه فيفسد العقد عند الحنفية لأن الخلل في الوصف ليس كالخلل في الأصل عندهم[٢].

٣- يختلف الشرط عن الركن في الصلاة فإن الشرط يتقدم عليها ويستمر فيها أما الركن فهو الذي تشتمل عليه، وفي ذلك يقول الخطيب الشربيني [٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ في مغني المحتاج «والركن كالشرط في أنه لابد منه، ويفارقه في أن الشرط هو الذي يتقدم على الصلاة ويجب استمراره فيها كالطهر والستر، والركن ما تشتمل عليه الصلاة كالركوع والسجود»[٤].

---

(١) مرأة الأصول لمنلا خسرو (ص٣٠١)، ط: شركة صحافية عثمانية، أصول الأحكام الشرعية، د. يوسف قاسم (ص٢٨٣).

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٤/ ٤٤)، ط: دار المعرفة -بيروت، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام (ص١١٠)، ط: دار الكتب العلمية.

(٣) **الخطيب الشربيني**: هو محمد بن أحمد الشربيني شمس الدين، فقيه شافعي مفسر من أهل القاهرة، له تصانيف منها: السراج المنير في تفسير القرآن، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ومغني المحتاج، توفى رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة ٩٧٧هـ. الأعلام للزركلي (٦/ ٦).

(٤) مغني المحتاج (١/ ١٤٨)، ط: دار الفكر.

الفرع الثاني: تعريف السبب والفرق بينه وبين الشرط:

أولاً: تعريف السبب لغة واصطلاحًا:

السبب لغة: هو كل شيء يتوصل به إلى غيره [(١)].

وفي التنزيل العزيز: ﴿وَءَاتَيْنَٰهُ مِن كُلِّ شَىْءٍ سَبَبًا ﴿٨٤﴾ فَأَتْبَعَ سَبَبًا﴾ [الكهف: ٨٤-٨٥].

وأسباب السماء: مراقيها أو نواحيها أو أبوابها، وقطع الله به السبب: الحياة [(٢)].

السبب اصطلاحًا:

أ- السبب عند الفقهاء:

يطلق الفقهاء مصطلح: «السبب» على عدة معان منها: ما يطلق في مقابلة المباشرة، يقال: إن حافظ البئر مع المردي فيه صاحب سبب [(٣)]، فلو حفر زيد بئرًا، ثم جاء عمرو ودفع محمدًا في البئر فتردى فيها فهلك محمد، فإن الحافر - وهو زيد- صاحب سبب، والمردي وهو عمرو - صاحب علة، لأن الهلاك بالتردية لا بالحفر فيكون مباشرًا، ولكن وقع ذلك عند وجود الحفر [(٤)].

وهناك معان أخرى للسبب عند الفقهاء [(٥)].

---

(١) لسان العرب لابن منظور (٧/ ١٠٠)، المعجم الوسيط (١/ ٤٢٧).

(٢) لسان اللسان لابن منظور (١/ ٥٦٩).

(٣) المستصفى من علم الأصو للغزالي (١/ ٩٤)، ط: المطبعة الأميرية ببولاق مصر، روضة الناظر لابن قدامة (١/ ٥٥٥)، ط: مكتبة الرشد الرياض.

(٤) اتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر،، د. عبد الكريم النملة (١/ ٥٥٥)، ط: مكتبة الرشد.

(٥) فقد ذكر الغزالي وابن قدامة أن الفقهاء يطلقون السبب على أربعة أشياء: أحدهما: ما يقابل المباشرة كالحفر مع التردية، والثاني: بإزاء علة العلة كالرمي يسمى سببا، والثالث: بإزاء العلة بدون شرطها كالنصاب بدون الحول، والرابع: بإزاء العلة نفسها، انظر: المستصفى من علم الأصول (١/ ٩٤)، روضة الناظر لابن قدامة (١/ ٥٥٤-٥٥٨) (مطبوع مع شرحه إتحاف ذوي البصائر للدكتور/ عبد الكريم النملة).

ب- السبب عند الأصوليين:

أما تعريف السبب عند الأصوليين، فقد اختلفت عباراتهم وتعددت تعريفاتهم له.

فقد عرفه الزركشي بأنه: ما يتوصل به إلى الحكم ويكون طريقًا في ثبوته كالنصاب في الزكاة والحول شرط [١].

وعرفه الشاطبي بأنه: «ما وضع شرعًا لحكم لحكمة يقتضيها ذلك الحكم»[٢] كما كان حصول النصاب سببًا في وجوب الزكاة، والزوال سببًا في وجوب الصلاة، والسرقة سببًا في وجوب القطع، والعقود أسبابًا في إباحة الانتفاع أو انتقال الأملاك وما أشبه ذلك [٣].

وعرفه صاحب كشف الأسرار بأنه: كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفًا لحكم شرعي[٤].

فقيده بكونه ظاهرًا منضبطًا: «أي غير خفي ومحددًا لا يختلف باختلاف الأشخاص»[٥].

وعرفه القرافي بأنه: «ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته»[٦].

وهو أقرب التعريفات إلى الصحة وأبعدها عن الخطأ لأنه يميز السبب عن المصطلحات المشابهة كالشرط والركن والمانع.

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي (١/ ٣٨٨)، ط: دار الكتب العلمية.

(٢) الموفقات للشاطبي (١/ ٢٣٦)، ط: دار المعرفة - بيروت.

(٣) المرجع السابق.

(٤) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي للبخاري (٤/ ١٧٠)، ط: دار الكتاب العربي.

(٥) كشف الأسرار عن أصول البزدوي (٤/ ١٧٠)، أصول الفقه، د. محمد زكريا البرديسي (ص١٠١)، ط: دار الثقافة- القاهرة.

(٦) الفروق، للقرافي (١/ ١٥١)، ط: دار السلام- القاهرة.

ومعنىٰ هذا التعريف: أن السبب هو كل أمر جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم، وعدمه علامة على عدم الحكم.

وقيده بقوله «لذاته» أي لذات السبب، وأخرج به ما لو قارن السبب فقدان شرط أو وجود مانع، فهذا لا يلزم من وجود السبب وجود الحكم ولكن لا لذاته، بل لأمر خارج عنه وهو: انتفاء الشرط أو وجود المانع [١].

ثانيًا: الفرق بين الشرط والسبب:

يتفق الشرط والسبب من جهة أن كلا منهما مرتبط بشيء آخر بحيث لا يوجد هذا الشيء بدونه، وليس أحدهما بجزء من حقيقته ويختلفان في أن وجود السبب يستلزم وجود المسبب إلا لمانع فالسبب يفضى إلى مسببه بجعل من الشارع، أما الشرط فلا يلزم من وجوده وجود المشروط فيه [٢].

فالله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ جعل زوال الشمس سببًا لوجود صلاة الظهر قال تعالى: ﴿ أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمْسِ ﴾ [الإسراء: ٧٨]،فمتى زالت الشمس وجبت صلاة الظهر.

وجعل الزنا سببا لوجود الحد فإذا انتفى الزنا انتفى الحد (العقوبة)، أما الشرط: فلا يلزم من وجوده وجود الشيء، فالوضوء شرط لوجود الصلاة الشرعية التي تترتب عليها آثارها من حيث كونها صحيحة مجزئة مبرئة للذمة، وليس الوضوء جزءًا من حقيقة الصلاة، وقد يوجد الوضوء ولا توجد الصلاة، وهذا معنى قول الأصوليين في الشرط، ما يلزم من عدمه عدم الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم ولا عدمه [٣].

---

(١) اتحاف ذوي البصائر شرح روضة الناظر، د. عبد الكريم النملة (١/ ٥٥٩).

(٢) الفروق، للقرافي (١/ ١٥٠-١٥٢).

(٣) إرشاد الفحول للشوكاني (١/ ٥٢)، ط: دار السلام - القاهرة، أصول الأحكام الشرعية، د. يوسف قاسم (ص٢٨٣)، طبعة ١٤٢٢هـ.

المطلب الثالث

الفرق بين الشرط الجعلي وشرط تكوين العقد

الفرع الأول: شرط تكوين العقد:

لكي يتم بنيان العقد على أساس سليم ومحكم وقويم، فلا بد أن تتوافر لعناصره مجموعة من الشروط ضمانًا للسلامة الشرعية له، وتسمى هذه الشروط بـ«شروط تكوين العقد» أي أنها ملزمة لقيامه.

وتسمى أيضًا بـ«الشروط الشرعية» لأن مصدر اشتراطها الشرع.

وعلى هذا فشروط تكوين العقد: هي التي أنشأتها الشريعة أي اشترطتها حتى يكون الحكم صحيحًا، وبعبارة أخرى شرط تكوين العقد: هو الذي يفرضه الشرع، ومن ثم فلابد منه لتحقق العقد كبلوغ سن الرشد في تسليم مال اليتيم إليه، وتعيين العوضين في العقد، وغير ذلك من الشروط التي اشترطها الشارع الحكم في جميع العقود والتصرفات [1].

وتُقسم شروط تكوين العقد إلى أربعة أنواع: شروط انعقاد [2] وشروط

---

(١) ضوابط العقود، د. البعلي (ص٢٨٤-٢٨٥).

(٢) **شروط انعقاد**: هي ما يشترط تحققه لجعل العقد في ذاته منعقدًا شرعًا وإلا كان باطلًا كبيع المخدرات، الفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي (٤/ ٣٠٧٧)، وشرط الصحة: هو ما يتوقف عليه صحة الحكم المرتبط به شرعًا بحيث إذا انعدم لم يصح الحكم. معجم مصطلحات أصول الفقه، د. سانو (ص٢٤٦).

=

صحة وشروط نفاذ، وشروط لزوم [١] والقصد من هذه الشروط في الجملة منع وقوع المنازعات بين الناس، وحماية مصالح العاقدين، ونفي الغرر (أي الاحتمال)، والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة [٢].

وحكم هذه الشروط وجوب الالتزام بها وعدم مخالفتها مطلقًا لأنها ملزمة من الشارع.

=

وشرط النفاذ: ما يشترط وجوده ليكون العقد نافذًا شرعًا وغير موقوف على موافقة أحد كإجازة الولي بيع الصبي المميز، فإن هذه الإجازة شرط نفاذ لبيع الصبي المميز، المرجع السابق (ص٢٤٧).

وشرط اللزوم: هو خلو العقد من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد المتعاقدين فسخ العقد، والتي تثبت إما باشتراط العاقد أو بإيجاب الشرع، الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٤/ ٣٠٨٣).

(١) رد المحتار على الدر المختار (٤/ ٥)، ط: دار إحياء التراث العربي - بيروت، سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني (٣/ ٩)، ط: مكتبة الحياة- بيروت.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٥/ ٣٣١٧).

الفرع الثاني: الشرط الجعلي:

الشرط الجعلي: هو الشرط الذي يضعه البشر لأنفسهم في عقودهم ومعاملاتهم، وبعبارة أخرى هو الشرط الذي يكون ضمن اعتبار المكلف مما يعلق عليه تصرفاته، ويكون إما بكلمة الشرط أو بما يكون بدلًا منها مما يدل على التعليق دلالة كلمة الشرط عليه [١].

يقول العلامة الحموي [٢] رَحِمَهُ ٱللَّهُ «الشرط هو التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة»[٣].

فالشرط الجعلي: هو التزام جديد ينشئه العاقد أو العاقدان زائدًا على أصل العقد، لذا يسميه بعض العلماء الشرط المقترن بالعقد، فالاقتران بالشرط هو تقييد الصيغة المنشئة للعقد بشرط يظهر أثره في أحكامه، كأن يدخل على العقد شرط ينتج مصلحة لأحد المتعاقين أو لغيرهما كأن تقول بعتك هذه الدار على أن أسكنها أو يسكنها فلان شهرًا، وقد لا ينتج الشرط مصلحة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما [٤].

وتعددت صور هذه الشروط مع تنوع العقود المالية وتشعبها، وتطور المعاملات المدنية ومنشأها إرادة الطرفين لذا يجب إثباتها في العقد بعكس الشرط الشرعي الذي له محل دون الحاجة إلى نصه في العقد [٥].

---

(١) معجم مصطلحات أصول الفقه، د. ققط مصطفى سانوا (ص٢٤٥).

(٢) **الحموي**: هو أحمد بن محمد علي أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي، من علماء الحنفية كان مدرسًا بالمدرسة السليمانية بالقاهرة، وتولى إفتاء الحنفية من مؤلفاته: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، والدر الفريد في بيان حكم التقليد، والنفحات المسكية في صناعة الفروسية وغيرها. انظر: الأعلام لخير الدين الزركلي (١/ ٢٣٩).

(٣) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي (٤/ ٢١)، ط: دار الكتب العلمية.

(٤) المدخل للفقه الإسلامي، د. محمد سلام مدكور (ص٤٤٥).

(٥) أحكام العقد المقترن بشرط – رسالة دكتوراه سبقت الإشارة إليها– (ص٤٢٠).

الفرع الثالث: الفرق بين الشرط الجعلي وشرط تكوين العقد

يظهر الفرق بين الشرط الجعلي وشرط تكوين العقد، بالأمور التالية [١]:

الأول: الشرط الجعلي المقترن بالعقد: هو بند زائد على أصل العقد يضعه الطرفان في عقد تكاملت عناصر تكوينه ليحقق له رغبة ومقصدًا خاصًا بينما تعني (شروط التكوين) أمورًا هي عناصر تتعلق بصلب العقد.

وبما أن الشروط الجعلية هي شروط زائدة على أصل العقد فإنه يتصور قيام العقد دون الكثير منها، بينما لا يتصور قيام العقد على الإطلاق فيما لو تخلفت شروط التكوين كلها أو بعضها.

الثاني: يختلف الشرط الجعلي عن شرط تكوين العقد من حيث مصدر اشتراط كل منهما، فالشرط الشرعي: هو الذي يكون اشتراطه بحكم الشارع لصحة العقود والتصرفات، أما الجعلي: فيكون اشتراطه بتصرف المكلف وإرادته ليحقق له رغبة ومقصدًا خاصًا.

الثالث: الشرط الجعلي هو أمر مستقبل في أغلب الأحيان إن لم يكن كلها غير محقق الوقوع، فيكون وجود الالتزام أو زواله معلقًا عليه، يقول القرافي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في هذا «الشرط وجوابه لا يتعلقان إلا بمعدوم مستقبل»[٢]، وقال

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٤/ ٣٠٧٦)، الشرط كوصف للتراضي، د. محمد شتا أبو سعد (ص٣٠)، وما بعدها ط: عالم الكتب – القاهرة، أحكام العقد المقترن بشرط، د. إبراهيم حسن الملا – رسالة دكتوراه– (ص٤٢٦).

(٢) الفروق، للقرافي (١/ ١٧٧)، ط: دار السلام – القاهرة.

الزركشي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «الشرط: إنما يتعلق بالأمور المستقبلية، أما الماضية فلا مدخل له فيها، ولهذا لا يصح تعليق الإقرار بالشرط لأنه خبر عن ماض»[١].

الرابع: يختلف الشرط الجعلي عن شرط تكوين العقد عن الأثر المترتب عن تخلف كل منهما فـ «الجزاء المترتب على تخلف الشرط المقترن ينطوي في كثير من الأحيان على إعطاء أحد المتعاقدين حق الخيار في إمضاء العقد أو فسخه بينما الأمر - على عكس ذلك- فيما لو تخلفت عناصر تكوين العقد كلها أو بعضها، حيث يتمثل الجزاء في الفساد والبطلان كأثر رتبه الشارع في أغلب الأحيان ولا يثبت الخيار في إمضاء العقد أو فسخه إلا في حدود ضيقة لا تجاوز في العادة شرط اللزوم»[٢].

(١) المنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٩)، ط: دار الكتب العلمية.

(٢) أحكام العقد المقترن بشرط - رسالة دكتوراه - د. إبراهيم حسن الملا (ص٤٢٧).

المبحث الثالث
أقسام العقود ووجوب الوفاء بها

تمهيد:

قبل البدء في سرد تقسيمات العقود أود أن أشير إلى عدة ملاحظات:

الأولى: إن المراد بالعقد هنا العقد بالمعنى العام، وهو التصرف الذي ينشأ عنه حكم شرعي سواء أكان بإرادة واحدة أم بإرادتين، وذلك لأن بعض الأقسام التي سأذكرها ليست من أفراد العقد بالمعنى الخاص بل هي من أفراده بالمعنى العام.

الثانية: إن المتعارف عليه في كتب الفقه الإسلامي هو تناول العقود عقدا عقدا دون تقسيم شامل لها [1]، فقد أورد الكاساني مثلا - في بدائع الصنائع - ترتيبا للعقود لا تقسيما فتحدث عن الإجارة [2]، ثم الاستصناع ثم البيع ثم الكفالة فالحوالة فالوكالة فالصلح... إلخ.

الثالثة: إذا كان هذا هو الشائع في كتب الفقهاء - لا سيما القدامى منهم - فإن بعض العلماء قد قسم العقود باعتبارات متنوعة وخاصة عند أصحاب كتب القواعد والأشباه والنظائر، فمثلا قسم الماوردي [3] رَحِمَهُ ٱللَّهُ العقد إلى عدة

---

(١) يسير على هذا الاتجاه مؤلفوا الكتب الفقهية المعتمدة كالمغني لابن قدامة والمهذب للشيرازي، وبداية المجتهد لابن رشد، وكشاف القناع، للبهوتي وغيرها من كتب الفقه.

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ١٣٧) وما بعدها.

(٣) **الماوردي**: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، ولد في البصرة ونشأ فيها، كان إماما جليلا في الفقه والأصول، وتوفي ببغداد سنة ٤٥٠ هـ، من مؤلفاته: الحاوي في الفقه، =

أقسام وعكف على دراسة كل منها [١].

والزركشي هو الآخر قسم العقود أحد عشر تقسيما على اعتبارات مختلفة[٢]، وكذلك فعل ابن رجب [٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ في القواعد [٤]، والسيوطي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الأشباه والنظائر [٥].

الرابعة: إن الهدف من هذه التقسيمات هو تسهيل دراسة العقود وتلمس المعاني المشتركة بين بعضها، ووضع الضوابط التي تناسبها، وبما أن العقود لا تقع تحت حصر لما يكتنفها من تطور دائم يساير تطور الحياة البشرية، فقد حاول الفقهاء تقسيم العقود في صورة عائلات وطوائف لا بهدف إقامة فصائل متميزة بل تبعا لوجود خصائص تنفرد بها كل طائفة، وهذا وحده بالطبع مفيد في إظهار القواعد التي تنطبق على كل منها كما أشار الدكتور/ عبد المنعم فرج الصدة [٦].

وبعد هذه المقدمة يمكننا تقسيم العقود إلى عدة تقسيمات:

=

والأحكام السلطانية والإقناع في الفقه. انظر: وفيات الأعيان، لابن خلكان (٣/ ٢٨٢- ٢٨٤)، وشذرات الذهب (٣/ ٢٨٥)، والأعلام (٤/ ٣٢٧).

(١) الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٢٨) وما بعدها، ط: دار الكتب العلمية - بيروت.

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي (ص ١٢٢) وما بعدها، ط: دار الكتب العلمية.

(٣) **ابن رجب:** هو أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي من فقهاء الحنابلة المشهورين، ولد ببغداد وارتحل إلى دمشق مع أسرته وهو صغير وتعلم فيها، وتوفي فيها سنة ٧٩٥ هـ، من مؤلفاته: القواعد، جامع العلوم والحكم، ذيل طبقات الحنابلة، انظر: شذرات الذهب (٦/ ٣٣٩)، والأعلام، للزركلي (٣/ ٣٩٥).

(٤) القواعد، لابن رجب الحنبلي (ص ٨٥) وما بعدها، ط: مكتبة نزار مصطفى الباز.

(٥) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٤٦٨) وما بعدها، ط: دار البيان القاهرة.

(٦) نظرية العقد في الشريعة والقانون الوضعي، د. عبد المنعم فرج الصدة (ص ١١١)، ط: دار النهضة العربية.

المطلب الأول

تقسيم العقود باعتبار الوصف الشرعي لها

ينقسم العقد بحسب الوصف الذي يعطيه له الشرع بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه إلى صحيح تترتب عليه آثاره، وغير صحيح لا تترتب عليه آثاره [(١)].

هذا من حيث الجملة، أما من حيث التفصيل فقد اختلف الفقهاء في تقسيم العقد بهذا الاعتبار إلى مذهبين:

المذهب الأول: تقسيمه إلى ثلاثة أقسام: صحيح، وباطل، وفاسد وهو مذهب الحنفية [(٢)].

المذهب الثاني: تقسيمه إلى قسمين، صحيح وباطل أو فاسد وهو مذهب الجمهور من المالكية [(٣)]، والشافعية [(٤)]، والحنابلة [(٥)].

فالباطل والفاسد معنيان متباينان عند الحنفية في المعاملات المالية، بينما

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٤/ ٣٠٨٦)، وأحكام المعاملات، د. كامل موسى (ص ١٧٩)، ط: مؤسسة الرسالة، وضوابط العقود، د. محمود البعلي (ص ١٠٦)، والمدخل في الفقه الإسلامي، د. شلبي (ص ٧٦٤)، ط: الدار الجامعية.

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي (٤/ ٤٤)، واللباب في شرح الكتاب، للميداني (٢/ ٢٤)، ط: دار الحديث، حمص - بيروت.

(٣) الفروق، للقرافي (٢/ ٥١٢ - ٥١٣).

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٤٨٥)، ط: دار البيان العربي - القاهرة.

(٥) شرح الكوكب المنير (٣/ ٨٤)، وما بعدها، القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام (ص ١١٠)، ط: دار الكتب العلمية.

يرى الجمهور أن معناهما واحد.

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة رحمهم الله على أن معنى العقد الصحيح هو: المشروع بأصله ووصفه، ويفيد الحكم بنفسه إذا خلا من الموانع التي لو وجدت فيه لأصبح عقدا غير صحيح [١].

فالعقد الصحيح: هو ما صدر مضافا إلى محل صالح لحكمه، وسلم من خلل في ركنه أو في أوصافه [٢].

وإنما الخلاف بينهم هو في مقابل العقد الصحيح.

فالباطل والفاسد مترادفان عند الجمهور وهو ما يقابل الصحيح، قال ابن اللحام [٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «البطلان والفساد مترادفان عندنا وعند الشافعية، وقال أبو حنيفة: إنهما متباينان» [٤].

وأما عند الحنفية فإن ما يقابل الصحيح إما أن يكون باطلا أو فاسدا، فالباطل: هو ما لم يشرع بأصله ووصفه، والفاسد: هو ما شرع بأصله دون وصفه [٥].

قال الزيلعي [٦] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «البيع أربعة أقسام؛ صحيح: وهو المشروع بأصله

---

(١) تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٤٤)، ط: دار المعرفة.

(٢) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، أبو زهرة (ص ٣٥٨)، ط: دار الفكر العربي – القاهرة.

(٣) **ابن اللحام**: هو علي بن عباس، أبو الحسن علاء الدين البعلي، فقيه حنبلي من القضاة من أهل بعلبك، له مختصر في أصول الحنابلة، والقواعد. الأعلام للزركلي (٤/ ٢٩٧ / ٢٩٨).

(٤) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام (ص ١١٠)، ط: دار الكتب العلمية.

(٥) غمز عيون البصائر، للحموي (٣/ ٤٣٩).

(٦) **الزيلعي**: هو عثمان بن علي بن محجن، فخر الدين الزيلعي «نسبة إلى زيلع في ساحل الصوما»، فقيه حنفي، قدم القاهرة سنة ٧٠٥ هـ، ودرس وأفتى ونشر الفقه، وكان مشهورا بمعرفة الفقه =

ووصفه ويفيد الحكم بنفسه إذا خلا عن الموانع، وباطل وهو غير مشروع أصلا، وفاسد وهو مشروع بأصله دون وصفه، وهو يفيد الحكم إذا اتصل به القبض، وموقوف: وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف، وامتنع تمامه لأجل غيره وهو بيع ملك الغير» [(١)].

إذ العقد الباطل هو ما لم يشرع أصلا أو ما لا يعتبره الشارع موجودا ومن ثم لا يصلح لأن يترتب عليه أي أثر من آثاره.

وأما العقد الفاسد فقد تحقق وجوده شرعا لتوافر أركانه، ومحله، وتحقق معناه، ولكن اتصل به وصف نهى عنه الشارع، فيخرج العقد عن مشروعيته، كأن يكون الثمن في عقد البيع ما لا غير متقوم شرعا، فالخلل في العقد الفاسد يرجع إلى وصف من أوصافه أو إلى شرط من شروطه [(٢)].

منشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور:

يرجع سبب الخلاف بين الحنفية والجمهور في هذه المسألة إلى قاعدة أصولية مشهورة وهي: «هل النهي يقتضي فساد المنهي عنه مطلقا أو حالات معينة دون غيرها؟، ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن

=

والنحو والفرائض، وتوفي في القاهرة، من مصنفاته: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، وبركة الكلام في أحاديث الأحكام، وشرح الجامع، انظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية (١١٥ – ١١٦)، والأعلام، للزركلي (٤/ ٢١٠).

(١) تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٤٤)، ط: دار المعرفة – بيروت.

(٢) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا (ص ٥٩ –٦٠)، مادة رقم: (٣١٢)، ط: دار الفرجاني – طرابلس.

وصف عارض للعقد لازم له أو غير لازم» [١].

فالجمهور يرون: أن نهي الشارع عن عقد من العقود يقتضي فساد المنهي عنه مطلقا، وعدم اعتباره أصلا، وإثم من يقدم عليه، ولا فرق في هذا بين النهي عن ركن من أركان العقد، أو النهي عن وصف عارض للعقد ملازم له أو مجاور [٢].

ومذهب الحنفية: أن الشارع إذا نهى عن عقد من العقود، فإنه قد يعني إثم من يعمله لا بطلانه، ويفرق بين النهي الوارد على أصل العقد حيث يقتضي البطلان، وعدم ترتب أي أثر عليه، دون النهي العائد لوصف ملازم له فيقتضي بطلان هذا الوصف فقط، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد كبيعتين في بيعة [٣]، وإذا كان النهي لا لأصل العقد ولا لأمر ملازم له وإنما لأمر مجاور له كان مقتضاه الكراهة للإقدام عليه في هذه الحال كالبيع بعد النداء لصلاة الجمعة [٤].

والراجح هو: رأي الجمهور غير الحنفية بعدم التفريق بين الشرط الفاسد والباطل، لقوة أدلته، يقول الشوكاني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «والحق أن كل نهي من غير فرق

---

(١) المدخل للفقه الإسلامي، د. محمد سلام مدكور (ص ٤٢٨) وما بعدها.

(٢) إحكام الأحكام، للآمدي (٢/ ٤٠٧)، ط: دار الكتب العلمية، وإرشاد الفحول، للشوكاني (١/ ٣٣٥)، وشرح الكوكب المنير (٣/ ٩٢)، ط: دار افكر - دمشق.

(٣) **بيعتين في بيعة**: اختلف الفقهاء في تفسيرها ومما قالوا في تفسيرها: أبيعك هذه السلعة بمائة إلى سنة، على أن أشتريها منك بثمانين حالة، أو أن يقول: بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم نقدا أو بعشرين نسيئة إلى سنة، فيقبل المشتري من غير أن يعين بأي الثمنين اشترى، ينظر: نيل الأوطار، للشوكاني (٥/ ١٨٥)، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د. نزيه حماد (ص ١٧٣ - ١٨٠).

(٤) كشف الأسرار عن أصول البزدوي، للبخاري (١/ ٢٥٨)، ط: دار الكتاب العربي - بيروت، وشرح الكوكب المنير (٣/ ٩٢)، وتبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٤٤) وما بعدها.

بين العبادات والمعاملات يقتضي تحريم المنهي عنه، وفساده المرادف للبطلان، اقتضاء شرعيا، ولا يخرج عن ذلك إلا ما قام الدليل على عدم اقتضائه لذلك... وقد أجمع العلماء مع اختلاف أعصارهم على الاستدلال بالنواهي على أن المنهي عنه ليس من الشرع، وأنه باطل لا يصح، وهذا هو المراد بكون النهي مقتضيا للفساد» [١].

ومما ينبغي ملاحظته: «أن تقسيم العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل عند الحنفية لا يسري على جميع العقود بل في طائفة منها فقط وهي العقود الناقلة للملكية، أو العقود المالية التي توجب التزامات متقابلة من العاقدين كالبيع والإجارة... وأما العقود غير المالية كالوكالة والوصايا والزواج على رأي، والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة والإيداع، ومثلها العبادات والتصرفات المنفردة كالطواف والوقف والكفالة والإقرار وما شاكلها، كل هذه لا فرق فيها بين الفاسد والباطل» [٢].

(١) إرشاد الفحول، للشوكاني (١/ ٣٣٥).

(٢) المدخل في الفقه الإسلامي، د. شلبي (ص ٧٦٨ - ٧٦٩).

المطلب الثاني

تقسيم العقود باعتبار المالية وعدمها

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى عقد مالي وعقد غير مالي، وينقسم المالي بدوره إلى عقد مالي من الطرفين ومالي من أحد الطرفين دون الآخر وذلك على النحو التالي [1]:

القسم الأول: عقد مالي من الطرفين حقيقة كالبيع، والسلم [2]، أو حكما كالإجارة فإن المنافع تنزل منزلة الأموال عند غير الحنفية.

القسم الثاني: عقد لا مال فيه لكل من الطرفين كما في عقد الهدنة والقضاء.

القسم الثالث: عقد مالي من أحد الطرفين دون الآخر كالنكاح والخلع، فالمال يعتبر شرطا وعنصرا أساسيا في عقد النكاح وإن لم يكن مقصودا بذاته لهذا يعتبر النكاح من العقود المالية عند البعض.

---

(١) المدخل في الفقه الإسلامي، د. شلبي (ص ٧٦٨).

(٢) **السلم**: هو في اللغة: التقديم والتسليم، وفي الشرع اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلا وفي المثمن آجلا، فالمبيع يسمى مسلما فيه، والثمن رأس المال والبائع يسمى مسلما إليه والمشتري رب السلم، التعريفات للجرجاني (ص ١٢٣).

المطلب الثالث

تقسيمها باعتبار غاية العقد وأغراضه

تنقسم العقود بحسب أغراضها وغاياتها إلى مجموعات سبع، وكل مجموعة منها تكون وحدة خاصة بحسب الغرض الذي يجمع بين أفراد هذه الوحدة، وهذه المجموعات هي [(١)]:

١- **عقود التمليكات**: وهي ما يقصد بها تمليك شيء، عين أو منفعة، فإن كان التمليك بعوض فهي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، وإن كان التمليك بغير عوض فهي عقود التبرعات كالهبة والصدقة والوقف [(٢)].

٢- **عقود الإسقاطات**: سميت بذلك لما فيها من إسقاط الشخص لحق من حقوقه سواء كان ببدل كالخلع والطلاق بمقابل تدفعه الزوجية، وكإسقاط حق القصاص مقابل الدية، ويسمى إسقاطا غير محض، أو كان بدون مقابل كإبراء الدائن المدين والعفو عن القصاص بدون مقابل، والطلاق المجرد عن المال، ونحو ذلك ويسمى إسقاطا محضا [(٣)].

---

(١) المدخل في الفقه الإسلامي، د. شلبي (ص ٧٨٠ - ٧٨٣)، والفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٤/ ٣٠٩٧)، والالتزامات في الشرع، للشيخ أحمد إبراهيم بك (ص ٤٨) وما بعدها، والمدخل لدراسة الفقه، د. محمد سلام مدكور (ص ٤١٩).

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٤/ ٣٠٩٧)، وأحكام العقد المقترن بشرط، د. إبراهيم حسن الملا (رسالة دكتوراه) (ص ٩٢).

(٣) ضوابط العقود، د. عبد الحميد محمود البعلي (ص ٣٠٤)، والمدخل للفقه، د. محمد سلام مدكور (ص ٤٢١).

٣- عقود الإطلاقات: وهي العقود التي يقصد منها إطلاق يد الإنسان في التصرفات والتي لم تكن ثابتة له قبل ذلك ومنها الوكالة، والقضاء والإيصاء ونحوها [١].

٤ - التقييدات: وهي العقود التي يقصد منها تقييد من كان مطلق التصرف، كعزل الوكيل أو الوصي، وحجر الشخص عن التصرف بسبب الصغر أو الجنون [٢].

٥- عقود التوثيقات: وتسمى بعقود الضمانات أو التأمينات وهي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها، وتأمين الدائن على دينه من قبل المدين، ومن هذا النوع، الكفالة والحوالة والرهن [٣].

٦-عقود الشركات: وهي التي يقصد منها المشاركة في العمل والربح مثل عقود الشركات بأنواعها، وعقود المزارعة [٤]، والمضاربة [٥]، [٦].

٧- عقود الاستحفاظات: وهي التي تتم بغية إيداع شيء من شخص عند آخر لحفظه وحراسته، كالوديعة والحراسة [٧].

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) المدخل للفقه، د. محمد سلام مدكور (ص ٤٢٠)، والفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٣٠٩٨).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) **المزارعة:** لغة: مفاعلة من الزرع، وشرعا: أن يدفع صاحب الأرض الصالحة للزراعة أرضه للعامل الذي يقوم بزرعها، ويدفع له الحب الذي يبذره أيضا، على أن يكون له جزء مشاع معلوم من المحصول، كالنصف أو الثلث، ينظر: الفقه على المذاهب الأربعة، للجزيري (٣/ ٩)، وكشاف القناع، للبهوتي (٥/ ١٧٥٩).

(٥) **المضاربة:** مفاعلة من الضرب، وهي: السير في الأرض وفي الشرع: عقد شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر، التعريفات للجرجاني (ص ٢١٦).

(٦) الالتزامات في الشرع، الشيخ أحمد إبراهيم بك (ص ٥١)، وضوابط العقود، د. عبد الحميد محمود البعلي (ص ٣٠٥)، وأحكام العقد المقترن بشرط، د. إبراهيم حسن الملا (رسالة دكتوراه) (ص ٩٣).

(٧) المراجع السابقة.

المطلب الرابع

تقسيم العقود باعتبار اتصال الأثر بالعقد وعدم اتصاله

ينقسم العقد بحسب ترتب آثره عليه بمجرد انعقاده وعدم ترتبه في الحال إلى أنواع ثلاثة هي: منجز، ومضاف، ومعلق [(١)].

١- **العقد المنجز**: هو ما كان بصيغة من شأنها أن تفيد وجود العقد وأحكامه في الحال، أي بمجرد تمامها كالبيع والنكاح، فإنهما لا ينعقدان إلا بصيغ تفيد وجود العقد وأحكامه في الحال، والأصل في العقود التنجيز في الحال أي أن آثارها تترتب عليها فور إنشائها ما عدا الوصية والإيصاء [(٢)].

٢- **العقد المضاف للمستقبل**: هو ما كان مضافا إلى وقت مستقبل، من الإضافة التي تعني: تأخير حكم التصرف القولي المنشأ إلى زمن مستقبل معين [(٣)].

٣- **العقد المعلق علىٰ شرط**: هو ما صدر معلقا وجوده على أمر آخر بأحد أدوات الشرط مثل: إن سافرت فأنت وكيلي، إذا قدم فلان من الحجاز فقد بعتك الشيء الفلاني [(٤)].

ويختلف المعلق على شرط عن المضاف للمستقبل في أن العقد المعلق لا ينعقد إلا حين وجود الشرط المعلق عليه، أما المضاف للمستقبل فهو منعقد في الحال، ولكن آثاره لا تسري إلا في المستقبل المضاف إليه [(٥)].

---

(١) الملكية ونظرية العقد: الشيخ محمد أبو زهرة (ص ٢٤٥)، والفقه الإسلامي وأدلته (٣/ ٣٠٩٩)، وضوابط العقود، د. البعلي (ص ٣٠١)، والمدخل للفقه، د. مدكور (ص ٤٣١)، والمدخل في الفقه الإسلام، د. شلبي (ص ٧٨٥ - ٧٨٨).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمد عبد الرحمن عبد المنعم (٢/ ٥١٩).

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبه الزحيلي (٤/ ٣١٠١).

(٥) المرجع السابق.

المطلب الخامس

وجوب الوفاء بالعقود

حث الإسلام على الوفاء بالعقود في كثير من الآيات الكريمة، والأحاديث النبوية الشريفة، واعتبر نقض العهود من صفات المنافقين وسماتهم.

فإذا تم العقد صحيحا مستوفيا لشروطه وأركانه، فإنه يلزم على كلا الطرفين تنفيذه، فالعقود الصحيحة إنما أبرمت لتنفذ ويظهر أثرها في الواقع في معاملات الناس.

ومن الآيات الواردة في الحث على الوفاء بالعقود قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

قال الإمام ابن جرير الطبري[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ، في تفسير هذه الآية: «أوفوا بالعقود التي عاهدتموها ربكم والعقود التي عاقدتموها إياه وأوجبتم بها على أنفسكم حقوقا وألزمتم أنفسكم بها لله فروضا، فأتموها بالوفاء والكمال والتمام منكم لله بما ألزمكم بها، ولمن عاقدتموه منها بما أوجبتموه له بها على أنفسكم ولا تنكثوها فتنقضوها بعد توكيدها»[2].

---

(١) **ابن جرير الطبري**: هو محمد بن جرير بن يزيد الطبري، المفسر المحدث، المؤرخ، الفقه، المجتهد، ولد في آمل بطبرستان سنة ٢٢٤ هـ، واستوطن بغداد وتوفي فيها سنة ٣١٠ هـ، من مؤلفاته: جامع البيان في تفسير القرآن، وأخبار الرسل والملوك، وتهذيب الآثار، انظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب (٤/ ٢٦٠). وفيات الأعيان (٣/ ١٩١).

(٢) جامع البيان في تفسير القرآن (٦/ ٤٦)، ط: دار الفكر - بيروت.

وقال: «مع أن قوله: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾، أمر منه بالوفاء بكل عقد أذن فيه فغير جائز أن يخص منه شيء حتى تقوم حجة بخصوص شيء منه يجب التسليم لها، فإذا كان الأمر في ذلك كما وصفنا فلا معنى لقول من وجه ذلك إلى معنى الأمر بالوفاء ببعض العقود التي أمر الله بالوفاء بها دون بعض» (١).

وقال القرطبي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «فأمر الله سبحانه بالوفاء بالعقود، قال الحسن (٢): يعني بذلك عقود الدين، وهي: ما عقده المرأ على نفسه من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخيير وعتق وتدبير وغير ذلك من الأمور، ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة، وكذلك ما عقده على نفسه من الطاعات، كالحج والصيام والاعتكاف والقيام والنذر وما أشبه ذلك من طاعات ملة الإسلام» (٣).

وكلمة العقود تشمل الشروط أيضا فيكون الوفاء بها واجبا بنص الآية الكريمة، قال الجصاص رَحِمَهُ ٱللَّهُ عند بيانه للأحكام التي اشتملت عليها هذه الآية «... وكذلك كل شرط شرطه إنسان في نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد» (٤).

---

(١) المصدر السابق (٦/ ٤٩).

(٢) **الحسن**: هو أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن بن يسار البصري، ولد بالمدينة لسنتين بقيتا من خلافة عمر، كان من علماء التابعين بالقرآن والفقه والأدب، وكان عابدا ورعا، وتوفى بالبصرة سنة ١٢٠ هـ، شذرات الذهب، لابن العماد (١/ ١٣٦)، ووفيات الأعيان، لابن خلكان (٢/ ٦٩).

(٣) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٦/ ٤١١)، ط: دار الحديث - القاهرة.

(٤) أحكام القرآن، للجصاص (٢/ ٢٩٥)، ط: دار الكتاب العربي - بيروت.

هذا فضلا عن أن وجوب الوفاء بالعقود - بنص الآية الكريمة - يستوجب الوفاء بما اقترن بها من شروط، لأن الوفاء بالعقد لا يكون وفاءًا كاملا إلا إذا تضمن الوفاء بما اقترن بهذا العقد من شروط تمسك بها الطرفان أو أحدهما عند التعاقد.

ويقول الرسول ﷺ حاثا المسلمين على الوفاء بشروطهم «المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» [(١)].

فهذه النصوص من الكتاب الكريم والسنة النبوية تحث المسلمين على سرعة الوفاء بما التزموا به نحو الآخرين من شروط، طالما كانت هذه الشروط في حدود ما شرع الله تعالى، ولم تتناقض مع ما تقتضيه العقود من آثار وأحكام، لأن هذه الشروط تحقق ضمانة أساسية للوفاء بالعقود، كما تسهل أمر التعاقد وترسم حدود الالتزامات على نحو لا يحتمل لبسا أو غموضا.

والله أعلم.

---

(١) رواه الترمذي، رقم: (١٣٥٢)، وابن ماجه (٢٣٥٣)، دون «المسلمون على شروطهم» وفي إسناده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، وقد ضعفوه، قال فيه الشافعي وأبو داود هو ركن من أركان الكذب، وقال النسائي: ليس بثقة، وصحح الحديث الترمذي، واعتذر له الحافظ ابن حجر فقال: وكأنه اعتبر بكثرة طرقه، وقال الشوكاني - بعد أن ذكر طرقه - ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض، فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسنا، وصححه الألباني في صحيح الترمذي (١٣٥٢)، وقال: صحيح لغيره، انظر تخرج الحديث في: نيل الأوطار، للشوكاني (٥/ ٣٠٧)، وسبل السلام، للصنعاني (٢/ ٧٠)، وإرواء الغليل، للألباني (٥/ ١٤٥ - ١٤٦).

الفصل الأول

أقسام الشروط الجعلية

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

- **المبحث الأول: أقسام الشروط الجعلية من حيث الملاءمة لمقتضى العقد وعدمها عند المذاهب الأربعة.**
- **المبحث الثاني: أقسام الشروط الجعلية من حيث الوصف الشرعي لها عند المذاهب الأربعة.**
- **المبحث الثالث: أقسام الشروط الجعلية من حيث التقييد والتعليق والإضافة.**

المبحث الأول
أقسام الشروط الجعلية من حيث الملاءمة لمقتضى العقد وعدمها عند المذاهب الأربعة

المطلب الأول
الشرط الجعلي الذي يقتضيه العقد حقيقته وحكمه

حقيقة الشرط الجعلي الذي يقتضيه العقد:

يقصد بمقتضى العقد الأحكام الأساسية التي قررها الشرع لكل عقد، سواء بالنص عليها مباشرة أو باستنباط المجتهدين بقصد تحقيق التوازن في الحقوق بين العاقدين[1].

قال ابن عابدين[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ ومعنى كون الشرط يقتضيه العقد أنه يجب بالعقد من غير شرط[3].

فمقتضى العقد هو الحكم الأصلي الذي شرع العقد من أجله، لذا نرى

---

(١) الفقه الإسلامي، د. وهبه الزحيلي (٤/ ٣٠٥٣) (الهامش).

(٢) **ابن عابدين**: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره من مؤلفاته: رد المحتار على الدر المختار، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى، ومجموعة رسائل، توفى ١٢٥٢ هـ، الأعلام للزركلي (٦/ ٤٢).

(٣) رد الحتار على الدر المختار (٤/ ١٢١).

الفقهاء المعاصرين يعرفون الشرط الجعلي الذي يقتضيه العقد بأنه ما يحقق أثرا من آثار العقد[١]، أو أنه ما يفهم من صيغته بدون ذكر الشرط [٢].

ومثال الشرط الذي يقتضيه العقد: اشتراط البائع تسليم الثمن أو حبس المبيع حتى أداء جميع الثمن، واشتراط المشتري استلام المبيع أو تملكه، أو أن يشتري دابة بشرط أن يركبها، أو ثوبا على أن يلبسه، فهذه شروط تبين مقتضى العقد أو توافق مقتضاه، لأن مضمونها واجب التحقيق شرعا حتى ولو لم يتشرطها أحد العاقدين لأن ثبوت الملك والتسليم والتسلم وحبس المبيع من مقتضيات المعاوضات، ولذا فإن الشرط في الحقيقة لم يأت بجديد، واشتراطه وعدمه سواء، لأن ما ينتجه الشرط ثابت بالعقد نفسه، حيث هو أثر من آثاره، وكل ما يحدثه هذا الشرط أنه يظهر هذا الأثر ويصرح به في العقد [٣].

قال جلال الدين السيوطي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ولو شرط مقتضى العقد لم يضره ولم ينفعه، ومقتضى العقد مستفاد منه بجعل الشارع لا من الشرط» [٤].

والحقيقة: «... أن لكل عقد حكما أصليا شرع من أجله، هو المقصود الأصلي من شرعية العقد، ويطلق عليه مقتضى العقد أو غايته النوعية كانتقال مالية المبيع إلى المشتري تلقائيا فور إنشاء عقد البيع وثبوت حق احتباس

---

(١) المدخل للفقه الإسلامي، د. مدكور (ص ٤٥١)، وضوابط العقود، د. البعلي (ص ٢٩٣).

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة، الجزيري (٢/ ١٧٢)، وأحكام المعاملات، د. كامل موسى (ص ١٢٠).

(٣) رد المحتار (٤/ ١٢٠ - ١٢١)، والوسيط في المذهب، للغزالي (٣/ ٧٣)، ط: دار السلام، المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٣)، وشرح فتح القدير (٦/ ٤٤٢)، وفقه البيع والاستيثاق، د. علي السالوس (ص ٢٦٥)، وضوابط العقود، د. البعلي (ص ٢٩٣)، والمدخل للفقه، د. مدكور (ص ٤٥١ - ٤٥٢).

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٢٧٧).

المرهون للمرتهن في عقد الرهن توثيقا لدينه واستيفائه من ماليته، إذا عجز المدين عن الوفاء عند بلوغ الدين محله أو حلول أجله، وثبوت ملكية منفعة العقار للمستأجر في عقد الإجارة، وحقه في استيفائها وغير ذلك من المقتضيات الأصلية للعقود التي تتنوع بحسب طبيعة كل عقد» [١].

حكمه:

يجوز باتفاق فقهاء المذاهب الأربعة اقتران العقد بالشرط الذي هو من مقتضاه ويجب على الطرفين تنفيذ هذا الشرط لأنه هو الحكم الأصلي الذي شرع العقد من أجله، حيث يجب الالتزام به ولو لم ينص عليه في العقد، وتصريحه بالعقد ما هو إلا تأكيد لمقتضى العقد [٢].

لذا يجب تنفيذ هذا الشرط والالتزام به، إذ أن العقد لا ينتج أثره بذاته بل بجعل الشارع له منتجا تلك الآثار عند إنشائه، لأن الشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا كما نقل الدكتور محمد فتحي الدريني [٣]، عن شيخ الإسلام ابن تيمية [٤]،

---

(١) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (٢/ ٤١٣).

(٢) تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٥٧)، وشرح فتح القدير، لابن الهمام (٦/ ٤٢٤)، ورد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٤/ ١٢١)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٦٥)، والمجموع شرح المهذب، للنووي (٩/ ٣٦٤)، والوسيط في المذهب، للغزالي (٣/ ٧٣)، والمغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٣)، وفيه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، د. علي السالوس (ص ٥٦٥)، والفقه على المذاهب الأربعة (٢/ ١٧٢ - ١٧٤)، ودراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، د. محمد مصطفى أبو الشنقيطي (٢/ ٤١٣).

(٣) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. الدريني (٢/ ٤١٣).

(٤) **ابن تيمية**: شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي تقي الدين

وقرره ابن قيم الجوزية [١]، في أكثر من موضع [٢].

لأن الشارع كما حرص على تحديد مقتضى العقد لتحقيق التعادل بين الالتزامات المتقابلة بين طرفي العقد في العقود المالية التبادلية نفيا للربا أو الغرر، فقد قصد بذلك التحديد أيضا نفي أسباب الجهالة المفضية إلى النزاع فجعل من مقتضى كل من تلك العقود نظاما شرعيا أساسيا لا يجوز المساس به أو مناقضته بالإرادة التعاقدية [٣].

=

الحنبلي، الإمام العلامة الحافظ المجتهد صاحب المؤلفات القيمة ولد سنة ٦٦٢ هـ، وتوفي بدمشق سنة ٧٢٨ هـ، من كتبه: الفتاوى الكبرى، الجواب الصحيح لمن بدل الدين المسيح. ينظر: التاج المكلل السيد أبي الطيب (ص ٤٢٠)، والبدر الطالع، للشوكاني (١/ ٦٣).

(١) **ابن القيم**: محمد بن أبي بكر بن أيوب الدرعي الدمشقي، الفقيه الأصولي والنحوي المفسر، لازم ابن تيمية وأخذ عنه، وحبس معه توفي ٧٥١ هـ، من كتبه: زاد المعاد وأعلام الموقعين. التاج المكلل السيد أبي الطيب (ص ٤١٦).

(٢) أعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية (٣/ ١٠٥)، (٣/ ١٠٩).

(٣) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. الدريني (٢/ ٤١٢).

المطلب الثاني

الشرط الجعلي الملائم لمقتضي العقد وصور تطبيقية منه

مفهوم الشرط الملائم لمقتضى العقد:

الملاءمة في اللغة: من الفعل «لأم» لاءم وملاءمة أي اتفق، وقد تلاءم القوم والتأموا: اجتمعوا واتفقوا، وتلاءم الشيئان إذا اجتمعا واتصلا، وهذا طعام يلائمني: أي يوافقني [(١)].

الشرط الملائم في عرف الفقهاء: هو شرط لا يقتضيه العقد، لكنه يلائمه إذ هو من حيث المعنى إنما يقرر الحكم فهو مؤكد لمقتضى العقد كاشتراط تقديم رهن بالثمن، فالثمن يقتضيه العقد ويوجبه، والرهن إنما يكون للتوثيق، ومثله أيضا أن يشترط البائع على المشتري بثمن مؤجل أن يحضر له كفيلا بالثمن [(٢)].

قال ابن عابدين رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «معنى كون الشرط يقتضيه العقد أن يجب بالعقد من غير شرط ومعنى كونه ملائما أن يؤكد موجب العقد» [(٣)].

فالشرط الملائم لمقتضى العقد هو ما يفيد توكيا أو توثيقا لمقتضى العقد كاشتراط رهن بالثمن أو كفالة [(٤)].

---

(١) لسان اللسان تهذيب لسان العرب (٢/ ٤٩٠).

(٢) رد المحتار (٤/ ١٢١)، والوسيط في المذهب، للغزالي (٣/ ٧٤ - ٧٥)، والموافقات (١/ ٢٥٢)، وأحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٢٣٠)، ط: دار الفكر العربي، والفقه على المذاهب الأربعة (٢/ ١٧٣)، والشرط في العقد، د. حسن علي الشاذلي، رسالة دكتوراه غير منشور كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر (ص ١٥٧).

(٣) رد المحتار (٤/ ١٢١).

(٤) ضوابط العقود، د. البعلي (ص ٢٩٣)، وأحكام المعاملات، د. كامل موسى (ص ١٢٠)، والملكية ونظرية العقد، الإمام محمد أبو زهرة (ص ٢٣٧).

حكمه:

يجوز هذا الشرط ويصح العقد معه، فهو شرط صحيح يجب الوفاء به لأنه مؤكد لمقتضى العقد فليحق به [١].

ومما قاله الفقهاء في هذا الشرط: ما جاء في الخرشي: «ولما أنهى الكلام [٢]، علي الشرط المناقض، وترك المؤلف ذكر ما يقتضيه العقد لوضوحه أخذ بذكر ما لا يقتضيه ولا ينافيه، وهو من مصلحته بقوله مشبها له بالحكم قبله وهو الصحة: «كشرط رهن وحميل وأجل» يعني: أن البيع يصح معه اشتراط هذه الأمور مثل أن يبيعه السلعة على رهن أو كفيل، أو إلى أجل معلوم، أو على خيار أو نحوه، وليس في ذلك فساد أو كراهية، لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحة ولا معارض له من جهة الشرع» [٣].

وقال الشاطبي رَحِمَهُ ٱللَّهُ وهو يتحدث عن أنواع الشروط: «أن يكون مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال... واشتراط الرهن والحميل والنقد أو النسيئة في الثمن في البيع... فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعا لأنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضي حكما» [٤].

---

(١) المجموع شرح المهذب (٩/ ٣٦٣)، وكشاف القناع عن متن الإقناع (٤/ ١٤٢٢)، ورد المحتار (٤/ ١٢٠)، والموافقات (١/ ٢٥٢)، وشرح فتح القدير (٦/ ٤٤٣)، والوسيط في المذهب (٣/ ٧٦)، المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٣)، وأحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، د. محمد زكي عبد البر (ص ١٣٨)، الخرشي على مختصر خليل (٣/ ٨٢).

(٢) يعني مؤلف متن «مختصر خليل».

(٣) الخرشي على مختصر خليل (٣/ ٨٢).

(٤) الموافقات، للشاطبي (١/ ٢٥٢).

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «الثاني (أي: من أنواع الشروط): تتعلق به مصلحة العاقدين كالأجل والخيار والرهن والضمين، والشهادة أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع، كالصناعة والكتابة ونحوها، فهذا الشرط جائز يلزم الوفاء به، ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافا» (١).

ومن صور هذا الشرط اشتراط الرهن والكفيل:

أ- اشتراط الرهن:

الرهن في اللغة: هو ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه، وكل شيء يحتبس به لشيء فهو رهينه ومرتهنه (٢).

والرهن اصطلاحا هو: احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفي الحق من ثمنها أو من ثمن منافعها عند تعذر أخذه من الغريم (٣).

يجوز للمتعاقد أن يشترط في العقد رهنا لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وأيضا لحاجة الناس إلى صحة مثل هذا الشرط ولا سيما في معاملة من لا يعرف حاله (٤).

---

(١) المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٣).

(٢) لسان اللسان تهذيب لسان العرب (١/ ٥٢١).

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته (٦/ ٤٢٠٧ - ٤٢٠٨).

(٤) الوسيط في المذهب، للغزالي (٣/ ٧٤)، والمغني (٦/ ٣٢٣)، والموافقات (١/ ٢٥٢)، ونهاية المحتاج (٣/ ٤٥٣)، وأحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، د. محمد زكي عبد البر (ص ١٣٨).

ويشترط لصحة اشتراط الرهن شيئان [١]:

أولهما: أن يكون الرهن معينا، وتعيينه يكون إما بمشاهدة الشيء المرهون أو بوصفه.

ثانيهما: أن يكون المرهون شيئا غير المعقود عليه - عند الشافعية [٢].

فإن شرط المشتري رهن السلعة المبيعة لا يصح لأنه قد رهن ما لم يملكه بعد.

وأجاز الحنابلة رهن المبيع [٣].

وجواز اشتراط الرهن في العقد محل اتفاق بين المالكية والشافعية والحنابلة [٤].

أما عند الحنفية فيجوز العقد والشرط استحسانا وهو مذهب جمهور الحنفية والقياس عدم الجواز وهو قول زفر، لأنه شرط يخالف مقتضى العقد، وكل شرط يخالف مقتضى العقد يفسد العقد [٥].

وهو قول مرجوح لأن الرهن والكفالة عقود شرعت توثيقا للثمن فهي توجب تأكيد ما وجب بالبيع - وهو الثمن - وتوثيقه فكان اشتراطها في العقد

---

(١) نهاية المحتاج شرح المنهاج (٣/ ٤٥٣).

(٢) نهاية المحتاج (٣/ ٦٢).

(٣) كشاف القناع (٤/ ١٤٢٢)، والفروع، لابن مفلح (٤/ ٦١)، ط: دار مصر للطباعة، وللفقهاء أقوال في حكم رهن المبيع، وأجاز مجمع الفقه الإسلامي، بجدة رهن المبيع، وذلك في دورة مؤتمره السادس بجدة، حيث قرر ما يلي: أثناء الحديث عن أحكام البيع بالتقسيط: «... لا يحق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشري رهن المبيع».

ينظر: بيع التقسيط تحليل فقهي واقتصادي، د. رفيق يونس المصري (ص ٨٠)، ط: دار القلم - دمشق.

(٤) المجموع شرح المهذب (٩/ ٣٦٤)، والمغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٣)، والشرح الصغير، للدردير (٣/ ١٠٥).

(٥) شرح فتح القدير (٦/ ٤٤٣)، وأحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، د. محمد زكي عبد البر (ص ١٣٨).

تأكيدا لموجب العقد وتقريرا لما يقتضيه العقد معنى فأشبه ذلك اشتراط صفة الجودة في الثمن، فكان هذا الشرط ملائما للعقد بحكمه فيصح العقد معه [١].

ب- اشتراط الكفيل:

الكفالة في اللغة من كفله يكفله، وكفله إياه: أي ضمه والكافل: العائل [٢].

واصطلاحا: ضم ذمه إلى ذمه في المطالبة مطلقا، أي: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل [٣].

يجوز باتفاق الفقهاء - للمتعاقدين أن يشترطا في العقد كفيلا بالثمن أو بالمثمن، وذلك للحاجة إليه [٤].

ويشترط عند الجمهور - الحنفية والشافعية والحنابلة - أن يكون الكفيل معينا، فإذا كان مجهولا لا تصح الكفالة عندهم لأنه شرط شرع لتوكيد وتوثيق موجب العقد، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان الكفيل معينا للتفاوت الكبير بين الأشخاص من حيث المسارعة إلى الوفاء بالحقوق والمماطلة عنها [٥].

وأجاز المالكية أن يكون الكفيل مجهولا، لأن العقد مبني على التراضي، وقد رضي المتعاقدان أن يشتمل العقد على اشتراط كفيل غير معين [٦].

---

(١) الشروط في العقد، د. حسن علي الشاذلي (ص ١٥٨).

(٢) القاموس المحيط (ص ٩٤٩)، ولسان اللسان (٢/ ٤٦٨).

(٣) أحكام المعاملات، د. كامل موسى (ص ١٩٦).

(٤) الوسيط في المذهب (٤/ ٧٥)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٢)، وكشاف القناع (٤/ ١٤١٩)، والموافقات (١/ ٢٥٢)، وأحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي (ص ٢٠٧).

(٥) المراجع السابقة.

(٦) مواهب الجليل (٤/ ٣٧٥).

المطلب الثالث

الشرط الجعلي المنافي لمقتضى العقد وصور تطبيقية منه

مفهوم الشرط المنافي لمقتضى العقد:

المنافاة في اللغة: من نفاه؛ ينفيه: نحاه والسيل ينفي الغثاء: يحمله ويدفعه، ونفت الريح التراب: أطارته [(١)].

والشرط المنافي لمقتضىٰ العقد في الفقه الإسلامي: هو الشرط الذي لا يتم معه المقصود من العقد، إذ أن للعقد أحكاما وآثارا تترتب عليه بمجرد انعقاده صحيحا، فإذا شرط أحد المتعاقدين على الآخر شرطا يحول دون ترتب هذه الأحكام والآثار على العقد كان هذا الشرط مناقضا للمقصود من العقد [(٢)].

وقد مثل له الفقهاء بما يلي [(٣)]:

أن يبيع دارا ويشترط على المشتري أن لا يبيعها، أو أن لا يسكنها، أو باع دابة بشرط أن لا يركبها، ومثله أن يشترط الراهن ألا يباع الشيء المرهون عند الحاجة، أو شرط المرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون.

---

(١) القاموس المحيط (ص ١٢٠٥)، ومختار الصحاح، للرازي (ص ٣٦١).

(٢) المدخل للفقه الإسلامي، د. مدكور (ص ٤٥٤)، والمعاملات المالية المعاصرة، سعد الدين الكبي (ص ٦٥)، وأحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٢٣٤)، والمالكية ونظرية العقد، الإمام محمد أبو زهرة (ص ٢٤٠ - ٢٤١).

(٣) المجموع شرح المهذب، للنووي (٩/ ٣٦٧)، والعناية شرح الهداية (٦/ ٤٤٣)، ط: مصطفى البابي الحلبي، والموافقات، للشاطبي (١/ ٢٥٢)، والشرح الصغير، للدردير (٣/ ١٠٢)، والمعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، سعد الدين الكبي (ص ٦٥).

حكمه:

لا خلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة على بطلان هذا الشرط وعدم جوازه [١].

ووجه عدم جواز هذا الشرط أنه يناقض المقصود من العقد، وهو الغاية النوعية المقصودة من العقد شرعا، أي: الحكم الأصلي الذي وضع العقد طريقا مشروعا للوصول إليه، قال الإمام الشاطبي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في هذا: «... أو شرط في البيع ألا ينتفع بالمبيع أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض، أو شرط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجر عليه إن تلف، وأن يصدقه في دعوى التلف، وما أشبه ذلك، فهذا القسم أيضا لا إشكال في إبطاله لأنه مناف لحكمة السبب فلا يصح أن يجتمع معه» [٢].

وذلك لأن الأصل أن: «ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط» [٣].

أي: عند التعارض، قال جلال الدين السيوطي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ولو قال: طلقتك بألف على أن لي الرجعة، سقط قوله بألف ويقع رجعيا، لأن المال ثبت بالشرط والرجعة بالشرع فكان أقوى» [٤].

فعلى هذا يبطل كل شرط مناقض لمقتضى العقد لأنه لابد للتصرف من رضا المتعاقدين وموافقة الشرع [٥].

أي موافقة التصرف للشرع أركانا وشروطا ومقتضى، وقواعد ومقاصد، فالتراضي مقيد بالشرع لا مطلق [٦].

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) الموافقات، للشاطبي (١/ ٢٥٢).

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٢٧٦).

(٤) المرجع السابق (ص ٢٧٧).

(٥) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٣/ ٢٧٠).

(٦) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. محمد فتحي الدريني (٢/ ٤١٧ - ٤١٨).

المطلب الرابع

دور العرف في تحديد وتطوير تطبيقات الشروط الجعلية

الفرع الأول: مفهوم العرف وأهميته:

تعريف العرف:

يأتي العرف في اللغة العربية على عدة معان: فالمعروف ضد المنكر، والعرف: ضد النكر، والعرف: المألوف المستحسن، ويأتي بمعنى: أعلى الشيء وبمعنى التابع [(١)].

والعرف اصطلاحا هو: ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول [(٢)].

وعرفه الجرجاني بأنه: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول [(٣)].

وعرفه الدكتور/ وهبة الزحيلي بأنه: ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه، وهذا يشمل العرف العملي والعرف القولي [(٤)].

---

(١) مختار الصحاح (ص ٢٣٦)، والقاموس المحيط (ص ٧٥٢ – ٧٥٣)

(٢) مجموعة رسائل ابن عابدين (رسالة: نشر العرف) (١/ ١١٤)، وأصول الأحكام الشرعية (ص ٢٣٨).

(٣) التعريفات، للجرجاني (ص ١٥٢).

(٤) أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي (٣/ ٨٢٩).

وينقسم العرف – باعتبار شموله – إلى عرف عام وعرف خاص [١].

العرف العام: هو الشائع بين الناس في أغلب البلاد أو كلها على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم كعقد الاستصناع [٢]، وبيع المعاطاة [٣].

العرف الخاص: هو الذي يختص ببلدة معينة أو فئة من الناس كأهل حرفة ما دون غيرها، وهذا يتجدد بتجدد الأزمة كعرف التجار فيما يعد عيبا يجيز الفسخ، وتقسيط ثمن بضاعة معينة أقساطا معلومة، ومنه الاصطلاحات الخاصة بكل فن أو علم من العلوم.

حجية العرف:

اعتبر الفقهاء العرف أصلا من أصول الاستنباط تبني عليه الأحكام، وتوسع الحنفية والمالكية في العمل به أكثر من غيرهم، واعتمدوه مستندا في كثير من الأحكام العملية [٤].

---

(١) أصول الفقه، د. البرديسي (ص ٣٣٢ – ٣٣٥)، وأصول الأحكام الشرعية، د. يوسف قاسم (ص ٢٤٠ – ٢٤١)، والوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان (ص ٢٥٣).

(٢) **عقد الاستصناع**: طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من طرف الصانع، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم (١/ ١٤٢).

(٣) **بيع المعاطاة**: وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظ، وهو يفيد أنه لا بد من الإعطاء من الجانبين لأنه من المعاطاة. ينظر: المعاملات المالية المعاصرة، سعد الدين الكبي (ص ٥٢).

(٤) رسائل ابن عابدين – رسالة بعنوان: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف (٢/ ١١٥)، غمز عيون البصائر، للحموي (١/ ٢٩٥)، والموافقات، للشاطبي (٢/ ٥٧٣)، والوجيز في أصوله الفقه، د. زيدان (ص ٢٥٤)، وأصول الفقه، د. الزحيلي (٢/ ٨٣٥).

ومن القواعد التي قرروها في هذا: «العادة محكمة» [(١)]، و «المعروف عرفا كالمشروط شرطا» [(٢)]، «والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم» [(٣)].

ودليل حجية العرف: لأننا نجد أن الشارع الحكيم يراعي الأعراف الصالحة، من ذلك أن الله تعالى رد مقدار نفقة المرضعة والزوجة ومقدار كفارة اليمين بالإطعام إلى العرف في الآيات التالية [(٤)].

فنفقة المرضعة في آية: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ونفقة الزوجة في آية: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ومقدار كفارة اليمين في آية: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩].

ومن أدلة مراعاة الشرع للعرف، قول النبي ﷺ لهند امرأة أبي سفيان حينما شكت إليه بخله بالنفقة: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» [(٥)].

والمراد بالمعروف: القدر الذي عرف بالعادة أنه الكفاية [(٦)].

قال الشاطبي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية، أي: سواء كانت مقررة بالدليل شرعا أمرا أو

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ١٨٢)، والأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٢٩٥).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر (١/ ٤٦).

(٣) المرجع السابق.

(٤) أصول الفقه الإسلامي، د. وهبه الزحيلي (٢/ ٨٣٧).

(٥) رواه البخاري في كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ ما يكفيها وولدها بالمعروف (٩/ ٤٨٦)، ومسلم في الأقضية باب قضية هند (١٢/ ١٠)، مطبوع مع فتح الباري.

(٦) نيل الأوطار، للشوكاني (٦/ ٣٧٧)، ط: مكتبة الإيمان - المنصورة.

نهيا أو إذنا أم لا» [١].

واستدل على اعتبار العرف -أيضًا- بإجماع العلماء على أن الشريعة الإسلامية إنما جاءت لتراعي مصالح الناس، وإذا كان كذلك فوجب اعتبار عوائدهم لأن في عوائدهم ما يحقق مصالحهم، فإذا كان أصل التشريع سبب المصالح فوجب اعتبار ما يحقق هذه المصالح ولا معنى لاعتبار العوائد إلا هذا [٢].

وذهب الكمال بن الهمام رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إلي أبعد من ذلك وقال: إن العرف بمنزلة الإجماع شرعا عند عدم النص [٣].

الفرع الثاني: أثر الشرط الجعلي العرفي في العقود المالية:

الشرط العرفي هو: شرط لا يقتضيه العقد ولكنه يلائمه وجرى التعامل به بين الناس، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين [٤].

قبل الحديث عن أثر الشرط الجعلي العرفي في المعاملات المالية لابد من الإشارة إلى أثر العرف في المعاملات المالية.

أثر العرف في المعاملات المالية:

إن للعرف اعتبارا كبيرا ونفوذا عظيما في تقييد كثير من الأحكام المطلقة المتعلقة بالمعاملات المالية [٥]، وقد أشار إلى هذه الحقيقة كثير من الفقهاء

---

(١) الموافقات في أصول الشريعة، للشاطبي (٢/ ٥٧٣).

(٢) المرجع السابق (٢/ ٥٧٤ - ٥٧٥).

(٣) شرح فتح القدير (٦/ ١٥٧).

(٤) شرح فتح القدير (٦/ ٤٤٢ - ٤٤٣)، وأحكام المعاملات في المذهب الحنفي (ص ١٤١).

(٥) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، علي أحمد الندوي (١/ ٢٠٠)، طبعة ١٩٩٩ م، بدون مكان طبع.

القدامى والمعاصرين، من ذلك ما قاله الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «العرف إنما يعتبر في معاملات الناس فيكون دلالة على غرضهم» [١].

وقال الزركشي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يحكم فيه العرف، ومثلوه بالحرز في السرقة والتفرق في البيع والقبض... وهذه الأشياء لا تكاد تنضبط، وكل موضع في كل شيء من ذلك يرجع إلى ناحيته» [٢].

وقال ابن قيم الجوزية رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «المطلق من العقود ينصرف إلى العرف والعادة عند المتعاقدين، كما في النقد، والسكة [٣]، والصفة، والوزن» [٤].

وقال ابن فرحون [٥] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «إذا اختلف المتبايعان في قبض السلعة أو الثمن فالأصل بقاء الثمن بيد المبتاع، وبقاء المبيع بيد البائع، ولا ينتقل ذلك إلا ببينة أو عرف، كالسلع التي جرت العادة فيها أن المشتري يدفع ثمنها قبل أن يبين بها - أي يبتعد - كاللحم والخضر، ونحو ذلك، فيحكم في ذلك بالعرف والعادة» [٦].

فهذه الأقوال تدل على الاعتبار الكبير للعرف ومدى تأثيره في المعاملات

---

(١) بدائع الصنائع (١/ ٢٦٢ - ٢٦٣).

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي (٢/ ١١٨ - ١١٩).

(٣) **السكة**: سكة الدراهم هي المنقوشة، والسكة: بالكسر حديدة منقوشة يضرب عليها الدراهم، القاموس المحيط (ص ٨٤٨).

(٤) أعلام الموقعين (٣/ ٨٢).

(٥) **ابن فرحون**: إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون المالكي، ولد بالمدينة ونشأ فيها، وتوفي سنة ٧٩٩ هـ، من كتبه: شرح مختصر ابن الحاجب، تسهيل المهمات في شرح جامع الأمهات ينظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (ص ٢٢٢).

(٦) تبصرة الحكام، لابن فرحون (٢/ ٦٠)، ط: مصطفى البابي الحلبي.

المالية، لذلك قرر الفقهاء أن: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» [١].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «العادات الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرمه الشرع، وهذه قاعدة عظيمة نافعة، وإذا كان كذلك فنقول: البيع والإجارة وغيرهما هي من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم: كالأكل والشرب واللباس، فإن الشريعة قد جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة فحرمت منها ما فيه فساد، وأوجبت ما لابد منه، وكرهت ما لا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات وتقاديرها، وصفاتها» [٢].

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٦).

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/ ١٧ - ١٩).

آراء فقهاء المذاهب الأربعة في الشرط العرفي

أولا: المذهب الحنفي:

يرى فقهاء المذهب الحنفي أن من أنواع الشرط الصحيح: الشرط الذي جرى به العرف، ويعتبر الفقه الحنفي من أكثر المذاهب الأربعة توسعا في الأخذ بالشرط العرفي، فيجوز للمتعاقدين أن يشترطا في العقد ما جرى التعامل به بين الناس، كشراء النعل على أن يحذوها البائع، أو يشترط عليه أن يضمن إصلاح السلعة مدة كذا، أو يشترط المشتري على البائع أن يحمل له السلعة إلى منزله أو أن يقوم بتركيبها، فهذه الشروط جائزة في المذهب الحنفي [1].

وحجة الحنفية في اعتبار الشرط العرفي الاستحسان، وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه، والقياس عدم جواز هذا الشرط وهو قول زفر [2].

ووجه القياس هو أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين، كما أن فيه اشتراط عقد الإجارة في عقد البيع فهو شرط فاسد كما إذا اشترى ثوبا بشرط أن يخيطه البائع له قميصا، ونحو ذلك وهذا قول زفر من تلاميذ الإمام أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ [3].

---

(١) تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٥٧)، وشرح فتح القدير (٦/ ٤٤٣)، ورد المحتار على الدر المختار (٣/ ١٢٣)، وشرح العناية على الهداية، للبابرتي (٦/ ٤٥١)، وفقه البيع والاستيثاق، د. علي أحمد السالوس (ص ٥٨٣)، وأحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، د. محمد زكي عبد البر (ص ١٤١).

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٧٢)، وشرح العناية على الهداية (٦/ ٤٥١).

(٣) رد المحتار على الدر المختار (٣/ ١٢٣)، وأحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي (ص ١٤١).

ووجه الاستحسان [١]، - وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه - أن الناس تعاملوا بهذا الشرط في البيع، كما تعاملوا بعقد الاستصناع - مع أنه بيع معدوم - فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع والثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا [٢].

ومقتضى هذا أن العرف يمكن أن يعارض قياسا عاما فيستثنى من عموم هذا القياس الشرط الذي جرى به العرف فيصح ولو كان من مقتضى العقد عدم جوازه وهذا ما يطلق عليه الاستحسان الذي سنده العرف أو الاستحسان العرفي [٣].

وقد ذكر الحنفية كثيرا من الشروط المتعارف عليها ونصوا على جوازها، يقول الدكتور حسن الشاذلي: «وقد أورد المذهب - أي الحنفي- صورا لهذا الشرط المتعارف قد يكون لها من الأهمية في وقتها ما يفوق أهميتها في الوقت الحاضر ولكن بكل زمان ومكان أعرافه، فيمكن في ظل هذا المبدأ تصحيح كثير من الشروط التي تعارفها الناس في وقتنا الحاضر ما دامت تسير في كنف الشريعة الإسلامية، وتحقق منافع لهم، وبهذا تتسع دائرة الشروط الصحيحة في المذهب الحنفي إلى حد كبير» [٤].

---

(١) **الاستحسان**: العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه، أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه. ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (٤/ ٣٩١ - ٣٩٢).

(٢) أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، د. محمد زكي عبد البر (ص ١٤٢).

(٣) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. محمد فتحي الدريني (٢/ ٤٢٢).

(٤) الشرط في العقد، د. حسن الشاذلي (ص ١٦٤).

ثانيا: المذهب المالكي:

يعتبر العرف أصلا من الأصول الشرعية التي يبنى عليها فقهاء المذهب المالكي اجتهاداتهم [١]، وذلك لأن اعتبار المصالح يأخذ دورا كبيرا في أصول المذهب المالكي، وعدم اعتبار العرف يتصادم مع هذا إذ يؤدي إلى حرج ومشقة غير محتملة، لذا قال الشاطبي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «... لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بأنه لابد من اعتباره العوائد، لأنه إذا كان التشريع على وازن واحد، دل على جريان المصالح على ذلك، لأن أصل التشريع سبب المصالح، والتشريع دائم كما تقدم، فالمصالح كذلك وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع... إن العوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق وهو غير جائز أو غير واقع» [٢].

فعلى هذا يكون الشرط الذي جري به العرف والتعامل شرطا صحيحا في الفقه المالكي، وإن لم ينصوا بذلك، ويعتبرو العرف أساسا لتصحيح الشرط كما فعل الحنفية إلا أن اعتبار الشرط العرفي يظهر بشكل واضح في فروع الفقه المالكي [٣].

ثالثا: المذهب الشافعي:

لا يعتبر الشافعية العرف أصلا تبني عليه الشروط الجعلية صحة وإلزاما [٤]،

---

(١) الموافقات (٣/ ٥٧٢ - ٥٧٣).

(٢) الموافقات (٢/ ٥٧٥)، ط: دار المعرفة - بيروت.

(٣) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرازق السنهوري (٣/ ١٥٦)، ط: بيروت.

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٧٠٣)، وبحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. الدريني (٢/ ٤٢٦).

إلا أن للعرف تأثيرا كبيرا في الفقه الشافعي، حسب القواعد العامة للفقه الإسلامي التي منها «العادة محكمة» [١]، و «إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا» [٢].

جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: - في شرح فروع هذه القاعدة - «منها: باع شيئا بدراهم وأطلق، نزل على النقد الغالب فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان، وإلا يبطل البيع.

ومنها: غلبت المعاملة بجنس من العروض أو نوع منه، انصرف الثمن إليه عند الإطلاق في الأصح كالنقد» [٣].

رابعا: المذهب الحنبلي:

يعتبر الفقه الحنبلي أكثر المذاهب تصحيحا للشروط الجعلية، إذ يرون أن الأصل فيها الإباحة والمنع استثناء فيجوز تقييد العقد بجميع الشروط الجعلية إلا الشرط المنافي لمقتضى العقد أو الذي ورد النهي عنه [٤].

قال ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وهاهنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع الذي بعث الله به رسوله:

إحداهما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائنا ما كان.

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ١٨٢).

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ١٨٥).

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ١٨٦).

(٤) المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢١)، وكشاف القناع (٤/ ١٤١٩) وما بعدها، منار السبيل شرح الدليل (٢/ ٥٢٠) وما بعدها، ط: المكتبة التجارية - مكة المكرمة، وفقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، د. علي أحمد السالوس(ص ٥٦٥).

والثانية: أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه - وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط - فهو لا زم بالشرط» [١].

ولما أن الحنابلة لم يمنعوا من الشروط إلا الشروط المنافية لمقتضى العقد أو التي ورد النهي عنها، فإنه من الجائز عندهم - بطبيعة الحال - الشرط العرفي الذي جرى به التعامل بين التجار ما لم يكن منافيا لمقتضى العقد ولم يرد نهي صريح عنه من الشارع.

مقارنة آراء المذاهب في الشرط العرفي:

يظهر من استعراض مذاهب الفقهاء في الشرط العرفي أن الحنفية نصوا عليه وجعلوه أساسا لتصحيح العقد، بينما ذكره المالكية في الفروع الفقهية وتوسعوا به باعتبار أن الأخذ بالشرط العرفي يؤدي إلى تحقيق مصالح العباد، أما المذهب الشافعي فيعتبر أشد المذاهب تضييقا للأخذ بالشرط العرفي، بينما نرى الفقه الحنبلي يوسع في الأخذ بحرية الاشتراط حيث لم يمنع من الشروط إلا ما خالف حكم الله وناقض كتابه.

والراجح عند الباحث مسلك المذهبين الحنفي والحنبلي في الشرط العرفي، لأن للعرف اعتبارا في الشرع إذ العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا كما قال الشاطبي [٢].

كما أن عدم الاعتبار بالعرف يؤدي إلى وقوع الناس في الحرج والمشقة، والشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد ودفع المشقة عنهم.

---

(١) أعلام الموقعين عن رب العالمين (٣/ ٣٢٣).

(٢) الموافقات (٢/ ٥٧٢).

يقول الله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

وقال جل شأنه: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

ولهذا يساهم العرف في الشريعة الإسلامية «بدور فعال في التطوير الشامل للعقد والشرط بإنشاء صور جديدة لهما كما أدى ويؤدي دورا إيجابيا في تطوير مكونات العقود والشروط وعوامل قيامها، دعما لحرية التعاقد والاشتراط في هذه الشريعة، وتأكيدا لخاصية المرونة فيها، ولمبادئ الصلاحية الزمانية والمكانية على مستوى الإنسانية»[(١)].

لذا يمكن القول بجواز الشرط المتعارف بين التجار شريطة ألا يكون هذا العرف مصادما لأصل شرعي أو نص ورد في موضوع العرف.

والله أعلم.

(١) نظرية حرية الشروط والعقود في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، د. هاشم عبد المقصود سعد (ص ١٠١)، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة القاهرة.

المبحث الثاني
أقسام الشروط الجعلية من حيث الوصف الشرعي لها عند المذاهب الأربعة

تمهيد:

يكاد فقهاء المذاهب الأربعة يجمعون على أن الشرط الصحيح هو الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه أو الذي ورد النص بجوازه، أو الشرط الذي جري به العرف عند غير الشافعية، حيث لم يجعلوا العرف أساسا لتصحيح الشروط [1].

أما الشرط الباطل فهو المنافي لمقتضى العقد أو الذي ورد النص بتحريمه أو النهي عنه.

إلا أن الفقهاء اختلفوا في تصنيف الشروط الصحيحة والباطلة ما بين موسع ومضيق، وذلك تبعا لاختلافهم في تحديد مقتضى العقد من جهة، ومدى اختلافهم في الحرية التي يتمتع بها الفرد في إنشاء الشروط الجعلية من جهة ثانية، واختلافهم في الحكم على الأحاديث الواردة في الموضع تصحيحا أو تضعيفا من جهة ثالثة، مما يدعونا إلى القول بأن أغلب الشروط الواردة في هذا المبحث هي شروط مختلف فيها بين الفقهاء، إذ أنه لن يتم تكرار ما تقدم الحديث عنه في المبحث الأول من الشروط التي يقتضيها العقد، أو التي تلائمه، أو تنافيه أو جري العرف باشتراطها.

---

(١) يراجع المبحث الأول من هذا الفصل.

المطلب الأول

الشروط الجعلية الصحيحة وأنواعها

أولا: الشرط الذي ورد النص بجوازه:

من الشروط الجعلية الجائزة في الفقه الإسلامي الشرط الذي ورد الشرع بجوازه كشرط الخيار والأجل [(١)]، قال الشيخ / علي الخفيف - أثناء الحديث عن الشروط الجائزة في العقود -: «واشتراط ما ورد به الشرع كاشتراط خيار شرط مدة معلومة واشتراط تأجيل الثمن وتقسيطه وهو شرط صحيح لورود الشرع به وإن كان مخالفا لمقتضى العقد» [(٢)].

ومن أدلة جواز شرط الخيار:

١ - ما رواه عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حيث قال: ذكر رجل [(٣)]، لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع، فقال: «إذا بايعت فقل: لا خلابة» [(٤)]، متفق عليه [(٥)].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار (٣/ ١٢١)، وضوابط العقود، د. البعلي (ص ٢٩٣)، والمدخل للفقه، د. مدكور (ص ٤٥٢).

(٢) أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ / علي الخفيف (ص ٢٣٠)، ط: دار الفكر العربي - القاهرة.

(٣) اسمه: حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري، وقيل: بل هو والده منقذ بن عمرو، ينظر: عون المعبود (٦/ ٣٥٣).

(٤) **خلابة**: بكسر المعجمة وتخفيف اللام: أي: لا خديعة، نيل الأوطار (٥/ ٢٢٢).

(٥) أخرجه البخاري: في البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع (٤/ ٤٢٠)، الحديث رقم: (٢١١٧)، ومسلم في البيوع، باب من يخدع في البيع (١٠/ ١٧٢)، الحديث رقم: (١٥٣٣).

٢- وعن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رجلا على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وكان في عقدته - يعني في عقله - ضعف فأتى أهل النبي ﷺ، فقالوا: يا رسول الله أحجر على فلان فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف، فدعاه ونهاه، فقال: يا نبي الله إني لا أصبر عن البيع، فقال: «إن كنت غير تارك للبيع، فقل: هاء وهاء [(١)]، ولا خلابة» [(٢)].

هذا الحديث دليل على مشروعية الخيار الذي يكون سببه الشرط (خيار الشرط)، يقول الدكتور/ كامل موسى: «خيار الشرط حق مشروع لكل من البائع والمشتري عند كل من الحنفية وجمهور العلماء، وعلى هذا عموم النصوص الواردة في شأن شرط الخيار، وأن هذا ليس حقا فقط لجهة المشتري، بل هو حق للطرفين.

ولأن الحكمة من مشروعيته هو ما يحتاج الناس إليه من التروي والاستشارة والاستفسار، حتى يكون المرء على بينة من مصلحته في الصفقة التي يبيعها أو يشتريها، وهذه الحكمة تستدعي أن يكون مشروعا لكل من المتعاقدين»[(٣)].

ثانيا: استثناء بعض منافع المعقود عليه:

من صور الشرط الذي يترتب عليه استثناء بعض منافع المعقود عليه [(٤)].

---

(١) هاء وهاء: بالمد وفتح الهمزة، وقيل بالكسر وقيل: بالسكون، ومعناه: هاك وهات: أي خذ وأعط، عون المعبود (٦/ ٣٠٥٥).

(٢) أخرجه أبو داود، في كتاب الإجارة، باب في الرجل يقول في البيع لا خلابة (٦/ ٣٥٤)، والترمذي في كتاب البيع، باب ما جاء فيمن يخدع في البيع (٣/ ٥٤٣)، والنسائي في كتاب البيع، باب الخديعة في البيع (٧/ ٢٥٢)، وهو حديث صحيح، صحيح سنن أبي داود، للألباني (٣/ ٢٥٨).

(٣) أحكام المعاملات، د. كامل موسى (ص ١٣٩).

(٤) شرح فتح القدير (٦/ ٤٤٦)، وكشاف القناع (٤/ ١٤٢٠)، وفقه البيع والاستيثاق، د. السالوس (ص ٥٧٠)، ودراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، د. الشنقيطي (١/ ١١٥ - ١١٦).

- باع داره بشرط أن يسكنها مدة معلومة.

أو شرط حملان البعير أو نحوه إلى موضع معلوم.

أو شرط البائع لغيره الانتفاع بالمبيع مدة معلومة.

حكم هذا الشرط:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية إلى بطلان العقد الذي اقترن بهذا الشرط، لأن الشرط المذكور ينافي مقتضى العقد [١].

وذهب الأوزاعي [٢]، وأحمد وطائفة إلى صحة البيع وهو قول في المذهب الشافعي، وقالوا: لأن المشروط إذا كان قدره معلوما، صار كما لو باعه بألف إلا خمسين درهما مثلا، ووافقهم مالك في الزمن اليسير دون الكثير وقيل: حده عنده ثلاثة أيام [٣].

أدلة القائلين بعدم جواز هذا الشرط:

تتلخص أدلة المانعين لهذا الشرط بما في شرح فتح القدير مع الهداية، حيث جاء فيه: وهو يتحدث عن الشروط الفاسدة: «وكذلك لو باع عبدا على أن

---

(١) شرح فتح القدير (٦/ ٤٤٦)، والمجموع (٩/ ٣٦٩)، ونهاية المحتاج شرح المنهاج (٣/ ٤٥١)، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل، للحطاب (٤/ ٣٧٣)، ط: طرابلس ليبيا.

(٢) **الأوزاعي**: هو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الدمشقي الحافظ المجتهد ولد، سنة ٨٨ هـ، ببعلبك، وربي يتيما، وكان ورعا زاهدا، ينظر: تذكرة الحفاظ، للذهبي (١/ ١٨٧ هـ).

(٣) المجموع (٩/ ٣٦٩)، وشرح فتح القدير (٦/ ٤٤٦)، ورد المحتار (٣/ ١٢١)، وكشاف القناع (٤/ ١٤٢٠ - ١٤٢١)، وسبل السلام شرح بلوغ المرام (٢/ ١١)، والقواعد، لابن رجب (ص ٤٥).

يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري دراهم أو على أن يهدي له هدية،... فهو فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، وقد ورد في عين بعضها نهي خاص، وهو نهيه ﷺ بيع وسلف» [١]، أي: قرض، ثم خص شرطي الاستخدام والسكنى بوجه معنوي».

فقال: ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن بأن يعتبر المسمى ثمنا بإزاء المبيع وبإزاء أجرة الخدمة والسكنى يكون إجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع، وقد نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفة [٢].

هذه أدلة مانعي هذا الشرط وهي أن هذا الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لأحد العاقدين فيكون فاسدا.

كما أن فيه اشتراط عقد في عقد: (إجارة في بيع أو إعارة في بيع) وقد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة [٣].

واستدل القائلون بجواز استثناء بعض منافع المعقود عليه بما يلي:

١- حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنه باع النبي ﷺ جملا واشترط ظهره إلى المدينة» متفق عليه [٤].

وبهذا استدل الإمام أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ أنه يجوز للإنسان نقل الملك في شيء، واستثناء نفعه المعلوم مدة معلومة وهذا يعم كل شيء من إجارة وهبة ووقف ووصية [٥].

---

(١) سيأتي تخريجه في (ص ١٣١).

(٢) سيأتي تخريج الحديث في (ص ١٣٦).

(٣) شرح فتح القدير (٦/ ٤٤٦).

(٤) سيأتي بتمامه في (ص ١٩٩).

(٥) تيسير العلام شرح عمدة الأحكام، عبد الله بن عبد الرحمن آل بسام (٢/ ٧٧)، ط: دار أم القرى - القاهرة.

قال الشوكاني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وهو - أي الحديث - يدل على جواز البيع مع استثناء الركوب وبه قال الجمهور وجوزه مالك إذا كانت مسافة السفر قريبة وحدها بثلاثة أيام» [١].

٢- ما رواه جابر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ نهى: «عن المحاقلة[٢]، والمزابنة[٣]، والمخابرة[٤]، وعن الثنيا إلا أن تعلم[٥]».

والحديث دليل على جواز الاستثناء إذا كان معلوما[٦]:

والرأي القائل بجواز استثناء بعض منافع المعقود عليه أرجح من القائل بعدم جوازه لأنه أقوى دليلًا.

قال الصنعاني[٧] رَحِمَهُ ٱللَّهُ بعد مقارنته لآراء المذاهب في الموضوع: «وأظهر

---

(١) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار (٥/ ٢١٧).

(٢) **المحاقلة**: فسرها أبو عبيد بأنها: بيع الطعام في سنبله، والحقل: الحرث وموضع الزرع، وفسر بغير ذلك، ينظر: نيل الأوطار، للشوكاني (٥/ ٢١٣).

(٣) **المزابنة**: أن يبيع ثمر حائطه إن كانت نخلا بتمر كيلا، وإن كان كرما أن يبيعه بزبيب كيلا، وإن كان زرعا أن يبيعه بكيل طعام، ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم (١٠ / ١٨٢).

(٤) **المخابرة**: المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها من الزرع كالثلث والربع وغير ذلك من الأجزاء المعلومة، ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم (١٠ / ١٨٩).

(٥) رواه أبو داود في كتاب البيوع، باب في المخابرة (٦/ ٢٧٦)، الحديث رقم: (٣٤٠٢)، والترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثنيا (٣/ ٥٨٥)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه، والنسائي في كتاب البيع، باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم (٧/ ٢٩٦)، وأخرجه مسلم بدون لفظ: «إلا أن تعلم» (١٠/ ١٨٩).

(٦) عون المعبود شرح سنن أبي داود (٦/ ٢٧٦).

(٧) **الصنعاني**: محمد بن إسماعيل بن صالح الحسني الكحلاني ثم الصنعاني أبو إبراهيم المعروف بالأمير، عالم مجتهد، له نحو مائة مؤلف منها: توضيح الأفكار شرح تنقيح الأنظار، وسبل السلام شرح بلوغ المرام، ولد سنة ١٠٥٩، وتوفي سنة ١٤٨٢ هـ، ينظر: الأعلام، للزركلي (٦/ ٣٨).

الأقوال الأول؛ وهو صحة مثل هذا الشرط، وكل شرط يصح إفراده بالعقد كإيصال المبيع إلى المنزل وخياطة الثوب وسكنى الدار وقد روي عن عثمان أنه باع دارا واستثنى سكناها شهرا» [١]، ولكن يلزم لصحة هذا الشرط أمران [٢]:

الأول: أن تكون المنفعة المستثناة مباحة، أما إذا كانت هذه المنفعة محرمة فإنه لا يجوز، لقول الرسول ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» [٣].

الثاني: أن تكون المنفعة المستثناة معلومة إن كان العقد من عقود المبادلات المالية أما إذا كان من عقود التبرعات فلا يشترط فيه ذلك، لأن الأولى لا يصح فيها الغرر بخلاف الثانية.

ثالثا: اشتراط القيام بعمل في المعقود عليه أو في غيره:

إذا اشترط أحد المتعاقدين على الطرف الآخر القيام بعمل فلا يخلوا إما أن يكون العمل المشترط في محل العقد أو في غيره [٤].

فإن كان في محل العقد كما لو اشترى فلنسوة بشرط أن يبطنها البائع من عنده أو حنطة بشرط أن يطحنها، أو ثوبا بشرط أن يخيطه، أو بضاعة بشرط أن يحملها إلى موضع معلوم، أو قطعة حديد على أن يضربها سيفا... فإن جمهور

---

(١) سبل السلام شرح بلوغ المرام (٢/ ١١).

(٢) كشاف القناع (٤/ ١٤٢٠)، والمعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، سعد الدين الكبي (ص ٦١).

(٣) تقدم تخريجه (ص ٧٦).

(٤) الشرط في العقد، للشاذلي (ص ٤٢١).

الفقهاء من المالكية، والحنفية في وجه، والحنابلة وقول مرجح عند الشافعية يقولون: بجواز هذا الشرط [١].

وخالف في هذا الحكم الشافعية - في الراجح عندهم والحنفية في وجه وقالوا بعدم جوازه [٢].

وإن كان هذا الشرط في غير محل العقد: كما لو اشترى ثوبا وشرط على البائع أن يخيط له ثوبا آخر غير الثوب المبيع، أو اشترى قطعة فضة على أن يسوغ له البائع قطعة فضة أخرى، فقد أجاز هذا الشرط المالكية [٣].

الرأي القائل بعدم صحة هذا الشرط وحجته:

ذهب الحنفية والشافعية في قول إلى عدم جواز هذا الشرط.

جاء في الهداية في شرح البداية - من كتب الحنفية -: «ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد، ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع أو قال يشركها فالبيع فاسد» [٤].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار (٣/ ١٢١)، وشرح فتح القدير (٦/ ٤٥١)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٦٥)، ومواهب الجليل (٤/ ٥٣٩)، والفتاوى الكبرى لابن تيمية (٣/ ٣٤٧ - ٣٤٩)، وعارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي (٥/ ٢٤٦)، ط: دار الوحي المحمدي - القاهرة.

(٢) شرح فت القدير (٦/ ٤٥١)، ورد المحتار على الدر المختار (٣/ ١٢٣)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٣٦٧)، والبيان في فقه الإمام الشافعي، للعمراني (٥/ ١١٩)، ط: دار الكتب العلمية.

(٣) بداية المجتهد، لابن رشد (٢/ ٢٥٨).

(٤) الهداية مع شرح فتح القدير وحاشية البابرتي (٦/ ٤٥١).

ثم قال العلامة البابرتي [١] في شرح ذلك: «ومن اشترى نعلا...» فمن اشترى صرما [٢]، واشترط أن يحذوه أو نعلا على أن يشركه البائع فالبيع فاسد في القياس. ووجهه ما بيناه أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل، والتعامل قاض على القياس لكونه إجماعا فعليا [٣].

فقول البابرتي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «والتعامل قاض على القياس لكونه إجماعا فعليا»، يشير إلى أنه يرجح الرأي القائل بصحة هذا الشرط [٤].

إلا أن بعض الحنفية يرجحون القياس على الاستحسان - في هذه المسألة - فيرجحون عدم صحة هذا الشرط من ذلك ما قاله الدكتور محمد زكي عبد البر في كتابه: «أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي»، قال: «... اشترى ثوبا على أن يخيطه البائع قميصا، أو حنطة على أن يطحنها أو ثمرة على أن يجذها أو رطبة قائمة على الأرض على أن يجذها، أو شيئا له حمل ومؤمنة على

---

(١) **البابرتي**: محمد بن محمود البابرتي الملقب بأكمل الدين، الفقيه الحنفي الأصولي المفسر، توفي بالقاهرة ٧٨٦ هـ، من مؤلفاته: العناية شرح الهداية، العقيدة، شرح أصول البزدوي، قال المراغي: «البايرثي: ولد بيارثا من نواحي بغداد»، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، للشيخ عبد الله مصطفى المراغي (٢/ ٢٠١).
وخالفه السيوطي، وقال البابرتي نسبة إلى بابرتا من نواحي بغداد، في بغية الوعاة (١/ ٢٣٩)، ووافقه ابن حجر في الدرر الكامنة (٥/ ١٨)، واللكنوي في الفوائد البهية (ص ١٩٧)، والزركلي في الأعلام (٧/ ٤٢).

(٢) **الصرم**: بفتح المهملة وسكون الراء، الجلد، وهو لفظ فارسي معرب، القاموس المحيط (ص١٠١٨).

(٣) العناية في شرح الهداية، للبابرتي (٦/ ٤٥١- ٤٥٢).

(٤) وسار بهذا الاتجاه محمد ابن عابدين من الحنفية في حاشيته رد المحتار على الدر المختار (٣/ ٢٢٣).

أن يحمله البائع إلى منزله، ونحو ذلك، فالبيع في هذا كله فاسد، لأنه زيادة منفعة مشروطة في البيع، فتكون ربا لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وأنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا على ما سيأتي إن شاء الله» [١].

ومثل هذا قال الشافعية لأن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد ويؤدي إلى الجهالة في الثمن والمثمن إن كان بيعا فلا يجوز [٢].

جاء في مغني المحتاج: «ولو اشترى زرعا بشرط أن يحصده البائع أو ثوبا بشرط أن يخيطه البائع فالأصل من طرق ثلاثة بطلانه، أي الشراء، لاشتماله على شرط عمل فيما لم يملك المشتري الآن لأنه لم يدخل في ملك المشتري إلا بعد الشروط وذلك فاسد» [٣].

وحجة القائلين بعدم صحة اشتراط هذا الشرط تتلخص كما يظهر من تلك الأقوال:

١- إنه شرط لا يقتضيه العقد بل ينافيه إذ أن فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين.

٢- إن فيه اشتراط عقد في عقد (إجارة في بيع).

٣- إن فيه حقيقة الربا أو شبهتها لأن فيه زيادة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض.

الرأي القائل بصحة هذا الشرط وحجته:

القائلون بصحة هذا الشرط هم: المالكية والحنفية - في قول - والحنابلة [٤].

---

(١) أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي (ص ١٣٤ - ١٣٥).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٣١)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٣٦٧).

(٣) مغني المحتاج شرح المنهاج، للشربيني (٢/ ٣١).

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٦٥)، ومواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٥٣٩)، ورد المحتار على الدر المختار (٣/ ١٢٣)، ومنار السبيل في شرح الدليل (٢/ ٥٢١).

ويجوز عند الحنفية - استحسانا - اشتراط القيام بعمل في المعقود عليه، كم اشترى نعلا على أنه يحذوه البائع، وحجة ذلك التعامل، والقياس عندهم عدم الجواز لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ورجح العلامة ابن عابدين والبابرتي رحمهما الله تعالى جواز هذا الشرط لأن العرف قاض على القياس [١].

وأما عند المالكية فيصح الشرط ما لم يكن مناقضا لمقتضى العقد، جاء في الشرح الكبير: «اعلم أن الشرط الذي يحصل عند البيع إما أن لا يقتضيه العقد وينافي المقصود منه أو يخل بالثمن، أو يقتضيه العقد أو لا يقتضيه فالمضر الأولان دون الأخيرين» [٢].

أدلة القائلين بصحة هذا الشرط:

استدل القائلون بصحة هذا الشرط بما يلي [٣]:

١- عموم الآيات والأحاديث الواردة بالوفاء بالشرط، وخصوصا قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما» [٤].

٢- حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وقد ثبت فيه اشتراط جابر ركوب الجمل المبيع إلى المدينة.

---

(١) رد المحتار على الدر المختار (٣/ ١٢٣)، والعناية شرح الهداية (٦/ ٤٥٢)، والاختيار لتعليل المختار (٢/ ٢٤)، ويقصد بالقياس هنا: القياس على الأصول العامة في المذهب، وليس قياسا على النص حسب اصطلاح علماء الأصول.

(٢) الشرح الكبير، للدردير (٣/ ٦٥).

(٣) عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي (٥/ ٢٤٦)، ومنار السبيل في شرح الدليل (٢/ ٥٢٠)، وشرح العناية على الهداية (٦/ ٤٥١- ٤٥٢).

(٤) تقدم تخريجه (ص ٧٦).

٣- العرف وقد استند إليه الحنفية للقول بجواز هذا الشرط لأنه إجماع عملي [١].

القواعد العامة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي إذ ليس فيها ما يمنع من اشتراط مثل هذا الشرط بل ثبت التعامل به من وقت السلف الصالح إلى يومنا هذا فقد ذكر الإمام أحمد أن محمد بن مسلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ اشترى من قبطي حزمة حطب واشترط عليه حملها إلى قصر سعد [٢].

ولأن هذا الشرط غايته أنه جمع بين بيع وإجارة وكل واحد منهما يصح إفراده بالعقد، ويجوز عند المالكية والحنابلة اجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة كشراء الثوب بشرط خياطته، ويكون الثمن المسمى بعضه في مقابلة الثوب وذلك بيع، وبعضه في مقابلة الخياطة وذلك إجارة [٣].

يجوز هذا الشرط عند المالكية لأنه لا يشتمل على غرر فاحش، أو جهالة تفضي إلى النزاع، ولا يناقض مقتضى العقد مناقضة ظاهرة، وهذه الصفات ضرورية لإبطال الشروط عندهم [٤].

ويجوز هذا عند الحنابلة لأنهم يقولون بصحة جميع الشروط إلا ما ورد النهي عنه من الشارع أو خالف حكما ثابتا بالشرع [٥].

والرأي القائل بصحة هذا الشرط وجوازه هو الراجح لأن أدلته أقوى من

---

(١) العناية على الهداية، للبابرتي (٦/ ٤٥١ - ٤٥٢)، وتبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٥٩).
(٢) أعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٣٢٣).
(٣) بداية المجتهد، لابن رشد (٢/ ٢٥٨)، أعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٣٢٣).
(٤) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. الدريني (ص ٤٢٨).
(٥) أعلام الموقعين (٣/ ٣٢٣).

أدلة المانعين إذ أن هذا الشرط لم يرد عنه نهى من الشارع، ولا يشتمل على جهالة تفضي إلى النزاع ولا يخل بالتزامات الطرفين، والله أعلم.

وبعد تقرير هذا يمكننا القول بجواز: «الشراء بشرط التوصيل» إلى مكان معين، وهو تعامل شائع، حيث تقدم كثير من المحلات لعملائها خدمة توصيل البضاعة إلى المنازل مجانا وبعضها بعملة، ولا مانع من كلا الأمرين – إذا كانت تلك العمولة معلومة –، سواء تم شرطه في العقد أو جري به التعامل بين الناس، لأن القاعدة الشرعية «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» [(١)].

جاء في منار السبيل في شرح الدليل من كتب الحنابلة: «ويصح أن يشترط المشتري على البائع حمل ما باعه إلى موضع معلوم، فإن لم يكن معلوما لم يصح الشرط، فلو شرط الحمل إلى منزله والبائع لا يعرفه لم يصح الشرط» [(٢)].

رابعا: شرط إيقاع تصرف فيه معنى من معاني البر:

قد يشترط أحد المتعاقدين على الآخر إيقاع تصرف فيه معنى من معاني البر والخير، مثل أن يبيعه عبدا بشرط أن يعتقه، أو باع دارا بشرط وقفها أو التصدق بها، أو أجره بيتا بشرط أن يستضيف ذوي السبيل والمحتاجين.

فما حكم مثل هذه الشروط؟

حقيقة هذا الشرط تدل على أنه شرط ينافي مقتضى العقد، لأن مقتضى العقد ثبوت

---

(١) المادة (٤٤)، من مجلة الأحكام العدلية، ويراجع أيضا: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٦).

(٢) منار السبيل في شرح الدليل، لابن ضويان (٢/ ٥٢١)، ط: المكتبة التجارية – مكة المكرمة.

ملك البائع على المعقود عليه وتصرفه فيه كما يشاء واشتراط هبة المبيع أو التصدق به، أو تنجيز عتق العبد يترتب عليه خروج المبيع من ملكه وإلزامه بهذا التصرف، فكان منافيا لمقتضى العقد والشرط المنافي لمقتضى العقد يَفسد ويُفسد العقد [١].

استثنى بعض الفقهاء من هذه القاعدة الشروط التي تحمل معنى من معاني البر والخير كعتق العبد، ووقف الدار وهبتها وإن اختلفوا في تفصيل ذلك على النحو التالي:

- ذهب الحنفية إلى عدم جواز هذا الشرط لأنه ينافي مقتضى العقد [٢]، جاء في كتاب الهداية في شرح بداية المبتدي: «ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد، لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط» [٣].

والحجة الثانية عند الحنفية في فساد هذا الشرط هو: أن شرط العتق شرط لا يلائم العقد، لأن العقد يقتضي الملك، والملك يقتضي إطلاق التصرف في المملوك تحصيلا وتركا وشرط الاعتاق يقتضي الاستحقاق واللزوم لا محالة، فلا يلائمه بل يضاده [٤].

---

(١) الشرط في العقد، د. حسن الشاذلي (ص ١٩٧).

(٢) المبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٥ - ١٦)، بدائع الصنائع (٥/ ١٧٠)، وشرح فتح القدير (٦/ ٤٤١)، وأحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي (ص ١٣٥).

(٣) الهداية، للمرغيناني، مطبوع مع شرح فتح القدير (٦/ ٤٤١).

(٤) أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، د. محمد زكي عبد البر (هامش ٢)، (ص ١٣٥)، تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٥٧).

مذهب الشافعية والحنابلة وأدلتهم:

ذهب الشافعية والحنابلة وهو رواية عن أبي حنيفة إلى أن شرط العتق - دون غيره من الشروط التي يكون فيها معنى من معاني البر والإحسان - يصح استثناء من الشروط التي تنافي مقتضى العقد [١].

جاء في مغني المحتاج: «ولو باع عبدا بشرط إعتاقه فالمشهور صحة البيع والشرط» [٢].

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «اشتراط ما ينافي مقتضى البيع مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد، فهل يصح؟ على روايتين:

إحداهما: يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي، لأن عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا اشترت بريرة وشرط أهلها عليها عتقها وولاءها، فأنكر النبي ﷺ شرط الولاء دون العتق».

والثانية: الشرط فاسد، وهو مذهب أبي حنيفة لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، أشبه إذا شرط أن لا يبيعه، لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه [٣].

فدليل الشافعية والحنابلة - إلى جواز هذا الشرط هو حديث عائشة المشهور في قصة بريرة [٤]، حيث أقر النبي ﷺ فيه شرط العتق دون شرط الولاء.

---

(١) المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٤)، كشاف القناع (٤/ ١٤٢٤)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٣٦٦)، نهاية المحتاج شرح المنهاج (٣/ ٤٥٦)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٣)، ط: مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٧ هـ، أحكام المعاملات المالية في الفقه الحنفي (ص ١٣٥).

(٢) مغني المحتاج شرح المنهاج (٢/ ٣٣)، ط: مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م.

(٣) المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٤).

(٤) أخرجه البخاري ومسلم وأصحاب السنن وسيأتي تخريجه في (ص ١٩٠).

مذهب المالكية وحجته:

ذهب المالكية إلى جواز شرط العتق وذلك لورود النص عليه في حديث بريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لأن النبي ﷺ قد أجاز شرط العتق وأبطل شرط الولاء [١].

والحكمة من ذلك أنه لما كان الشارع يتشوف إلى حرية الأرقاء ويرغب فيها أجاز هذا الشرط لمعنى الخير الذي قصد منه فكان صحيحا، ومثله شرط التحبيس أو الهبة أو الصدقة وذلك لما في هذه التصرفات من معاني البر والخير [٢].

فالمالكية يجيزون بيع الدار أو العقار بشرط وقفه، أو بيع الشيء بشرط هبته أو التصدق به، قياسا على جواز البيع بشرط الإعتاق الذي ورد به النص، ولأن هذه الشروط لا تؤدي إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد حيث إنه لا يترتب عليها غرر ولا جهالة في العقد، أو في الثمن أو في المثمن كما أنها لا تؤدي إل تحجير السلعة [٣].

مقارنة بين آراء المذاهب في حكم هذا الشرط:

يتفق جمهور فقهاء المذاهب الأربعة من المالكية والشافعية والحنابلة على جواز البيع بشرط الإعتاق، وذلك لثبوت جواز هذا الشرط في حديث بريرة.

أما الحنفية فيرون فساد هذا الشرط لأمرين:

الأول: إن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط.

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٦٥ - ٦٦)، والمدونة الكبرى (٧/ ٦٣)، ط: الإمارات، والتاج والإكليل شرح مختصر خليل، للمواق (٤/ ٣٧٥)، ط: طرابلس ليبيا.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) الشرط في العقد، د. حسن علي الشاذلي (ص ١٩٨)، رسالة دكتوراه.

الثاني: إن هذا الشرط ينافي الغاية الأساسية من العقد التي تقتضي إعطاء حرية التصرف للمالك في ملكه وعدم منعه من ذلك.

ويرد على ذلك:

أولا: إن الحديث ضعيف كما سيأتي بيانه [١].

ثانيا: أما القول بأن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد فصحيح حسب القواعد العامة للعقود - إلا أنه قد ورد النص بجوازه في حديث بريرة فيكون هذا استثناء من الأصل العام.

وهذا ما قاله الشافعية والحنابلة ولم يجيزوا اشتراط شرط فيه معنى من معاني البر والخير إلا شرط الإعتاق لثبوته بالحديث السابق، ولم يلحقوا به غيره من الشروط لأنه ورد استثناء من الأصل العام فلا يقاس عليه غيره.

وأما المالكية فأجازوا البيع بشرط الوقف أو الهبة أو الصدقة لما في هذه التصرفات من معاني البر والخير، إذ أن هذا يتفق مع الحكمة من تشريع شرط الإعتاق، بل إن بعض أنواع التبرعات أفضل منه فإن صلة ذي الرحم المحتاج أفضل من العتق، ونص عليه أحمد ورجحه ابن تيمية [٢].

والراجح لدى الباحث عدم جواز البيع بشرط هبة المبيع أو وقفه، لأن هذا يتنافى مع الغاية الأساسية من عقد البيع، حيث يقتضي نقل ملكية المبيع للمشتري مما يخوله الحق في التصرف فيه حسب ما يراه مناسبا لمصالحه.

---

(١) (ص ١٨٨).

(٢) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٣/ ٣٦٣).

المطلب الثاني

الشروط الجعلية غير الصحيحة وأنواعها

تمهيد:

ذكر الفقهاء في مصنفاتهم كثيرا من الشروط الجعلية غير الصحيحة التي لا يجوز تقييدها بالعقود المالية، وتتعدد هذه الشروط وتختلف من مذهب لآخر، حتى إنها قد تختلف في كتب المذهب الواحد، كما أن الحكم على تلك الشروط بالصحة أو البطلان لم يكن محل اتفاق بين فقهاء المذاهب إلا أنه يمكن تقسيم هذه الشروط إلى مجموعتين:

المجموعة الأولىٰ: تجمع الشروط الجعلية غير الصحيحة لورود النهي عنها من الشارع.

المجموعة الثانية: تجمع الشروط الجعلية غير الصحيحة لمنافاتها لمقتضى الشارع.

مما يستدعي تقسيم هذا المطلب إلىٰ فرعين:

الفرع الأول: الشروط الجعلية غير الصحيحة لورود النهي عنها:

ويشتمل على الأنواع التالية من الشروط:

أولا: الشرط الذي يؤدي إلى أمر محظور.

ثانيا: شرط العربون.

ثالثا: الشرط الذي يؤدي إلى الالتزام بعقد آخر.

رابعا: اشتراط شرطين في عقد.

الفرع الثاني: الشروط الجعلية غير الصحيحة لمنافاتها مقتضىٰ العقد:

ويشتمل علىٰ الأنواع التالية من الشروط:

أولا: شرط يؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد، وهو أنواع:

١- شرط البراءة من العيوب.

٢- شرط الاحتفاظ بالملكية.

٣- اشتراط أن لا يرجع عليه بالثمن عند الاستحقاق.

ثانيا: الشرط الجزائي.

ثالثا: اشتراط ما لا غرض فيه ولا منفعة.

الفرع الأول: الشروط الجعلية غير الصحيحة لورود النهي عنها:

ويدخل تحت هذا القسم الشروط التالية:

أولا: الشرط الذي يؤدي إلى أمر محظور.

حقيقته: هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يؤكد موجبه، ولم يرد بجوازه نص شرعي، ولا جرى به العرف ولكنه شرط يترتب علي القيام به الوقوع في أمر نهي عنه الشارع أو الوقوع في أمر محرم [(١)]، كمن أجر دارا واشترط على المستأجر اتخاذها مجمعا لأهل الفساد، أو مقرا لممارسة أعمال الدعارة، وكما لو اشترط عليه أن يجعل في الإناء خمرا أو أن يقطع بالسيف الطريق، أو اشترى جارية على أنها مغنية [(٢)].

---

(١) أحكام العقد المقترن بشرط (ص ٢٠٢).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٦٩)، والبهجة شرح التحفة (٢/ ٨ - ٩)، ط: مصطفى البابي الحلبي.

حكمه:

هذا شرط باطل لأنه يؤدي إلى محرَّم فهو باطل لقوله ﷺ: «ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل شرط الله أحق وأوثق» [١].

وذلك أن المراد بكتاب الله في الحديث المرفوع حكمه، وهو أعم من أن يكون نصا أو مستنبطا وكل ما كان ليس من ذلك فهو مخالف لما في كتاب الله [٢].

ومن الشروط المحظورة: اشتراط فائدة ربوية على عقد القرض، أو اشتراط زيادة الثمن إذا تأخر المشتري بالتقسيط سداد الأقساط المتفق عليها في موعدها المحدد، لأن الفائدة الربوية أمر يخالف ما تقرر في الشرع من تحريم الربا، إذ من صور ربا الجاهلية التي نهى الشرع عنها أن «يكون للرجل فضل دين فيأتيه إذا حل الأجل فيقول له تقضيني أو تزيدني» [٣].

ويدخل في هذا ما ينتشر من حمل المدين المماطل بالغرامة المالية [٤]، حيث عرض على المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي سؤال من الشيخ عبد الحميد السائح المستشار الشرعي للبنك الإسلامي الأردني هذا

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب المكاتب، باب المكاتب ونجومه في كل سنة نجم (٥/ ٢٢٣)، ومسلم في كتاب البيوع، باب إنما الولاء لمن أعتق (١٠ / ١٣٥).

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري (٥/ ٢٢٧).

(٣) تفسير الطبري (٧/ ٢٠٥).

(٤) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د. نزيه حماد (ص ٣٥١)، وبيع التقسيط تحليل فقهي واقتصادي، د. رفيق يونس المصري (ص ١٣٦ - ١٣٧)، ط: دار القلم - دمشق.

نصه: «إذا تأخر المدين عن سداد الدين في المدة المحددة، فهل له - أي البنك - الحق بأن يفرض علي المدين غرامة مالية جزائية بنسبة معينة بسبب التأخير عن السداد في الموعد المحدد بينهما؟».

فقرر المجمع الفقهي بالإجماع أن هذا «شرط أو قرض باطل ولا يجب الوفاء به بل ولا يحل سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه» (١).

وقرر مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ما يلي:

«يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعويض في حالة التأخير عن الأداء» (٢).

وفي هذا يقول الدكتور/ نزيه حماد: «... أما اتجاه بعض الباحثين المعاصرين إلى القول بمشروعية الحكم على المدين المماطل بالغرامة المالية جزاء مطله، لجبر الضرر الذي لحق بالدائن على أساس سعر الفائدة في المدة التي تأخر فيها عن وفاء الحق، أو بمعيار عائد الاستثمار في تلك الفترة لدى المصرف الإسلامي أو بمقدار ما فات الدائن من ربح معتاد في طرق التجارة العامة بأدنى حدوده العادية لو أنه قبض دينه في موعده، واستثمره بالطرق المشروعة المتاحة على أساس المضاربة أو المزارعة أو نحو ذلك... فليس ذلك بسديد، وما التعويض المالي للدائن في هذا الرأي إلا فائدة ربوية، مهما اختلفت التسميات وتنوعت مقاييس تقديره» (٣)، والله تعالى أعلم.

---

(١) بيع التقسيط تحليل فهي واقتصادي (ص ١٤٢).

(٢) المرجع السابق.

(٣) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د. نزيه حماد (ص ٣٥١).

ثانيا: شرط العربون:

مفهومه:

العربون: بفتح العين والراء، أو ضم العين وإسكان الراء من الفعل الرباعي: عربن، تقول: عربنته إذا أعطيته ذلك، وأصله التسليف والتقديم، والعربان: أول الشيء [١].

وبيع العربون هو: أن يشتري السلعة ويدفع للبائع مبلغا من المال، على أنه أن أخذ السلعة احتسب به من الثمن وإن لم يأخذها فهو للبائع [٢].

وعرفه الإمام مالك: «أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة أو يتكارى الدابة ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه: أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل، على أني إن أخذت السلعة أو تكاريت منك فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة - أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة، فما أعطيتك لك باطل بغير شيء» [٣].

فالإمام مالك يجعل ما يدفعه المشتري للبائع إذا عدل عن البيع باطلا لا يقابله شيء، ويجري مجرى البيع الإجارة لأنها بيع المنافع [٤].

وعرفه في غاية المنتهي بـ: «أن يشتري الرجل شيئا ويدفع للبائع من ثمن المبيع درهما أو غيره مثلا على أنه إن نفذ البيع بينهما احتسب المدفوع من

---

(١) القاموس المحيط (ص ١٠٩٥)، ولسان اللسان تهذيب لسان العرب (٢/ ١٥٤)، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم (٢/ ٤٩٠).

(٢) المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٣١)، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٢/ ٤٩٠)، وعون المعبود شرح سنن أبي داود (٦/ ٣٥٥).

(٣) موطأ الإمام مالك (ص ٤٣٨).

(٤) غاية المنتهى (٢/ ٢٦)، و الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٧/ ٥٢١٨).

الثمن، وإن لم ينفذ يجعل هبة من المشتري للبائع» [١].

فهذا التعريف يكيف ما يأخذه البائع من المشتري إذا عدل عن البيع على أنه هبة من المشتري للبائع.

حكم شرط العربون:

اختلف الفقهاء على جواز البيع أو الإجارة بشرط العربون على قولين:

القول الأول: جواز بيع العربون: وبه قال الحنابلة [٢]، قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «قال أحمد: لا بأس به، وفعله عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، وعن ابن عمر أنه أجازه وقال ابن سيرين، لا بأس به» [٣].

القول الثاني: عدم جواز بيع العربون: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية على عدم جواز بيع العربون، فهو ممنوع غير صحيح فاسد عند الحنفية باطل عند الجمهور، وهو قول ابن عباس والحسن البصري [٤].

قال ابن جزي المالكي [٥] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «النوع الثالث: (من البيوعات الفاسدة)

---

(١) غاية المنتهى (٢/ ٢٦).

(٢) المغني لابن قدامة (٦/ ٣٣١)، والمدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا (١/ ٤٩٥)، وفقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعصار، د. علي أحمد السالوس (ص ٢٦٨ - ٢٦٩).

(٣) المغني لابن قدامة (٦/ ٣٣١).

(٤) التاج والإكليل شرح مختصر خليل (٤/ ٣٦٩)، والقوانين الفقهية (ص ٢٢٢)، والشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير (٣/ ١٠٠)، ط: الإمارات، ونهاية المحتاج (٢/ ٣١)، والمجموع (٩/ ٣٦٨)، والفقه الإسلامي وأدلته د. الزحيلي (٥/ ٣٤٣٤ - ٣٤٣٥).

(٥) **ابن جزي**: محمد بن محمد بن أحمد بن جزي المالكي الغرناطي فقيه شاعر، ولد في غرناطة سنة ٧٢١، وتوفي بالمغرب ٧٥٧ هـ، من مؤلفاته: تاريخ غرناطة، انظر: الأعلام، خير الدين الزركلي (٧/ ٣٧).

بيع العربان، وهو ممنوع إن كان على أن لا يرد البائع العربان إلى المشتري إذا لم يتم البيع بينهما فإن كان أن يرده إليه إذا لم يتم البيع فهو جائز» [١].

الأدلـة:

أدلة القائلين بجواز بيع العربون:

استدل القائلون بجواز البيع أو الإجارة بشرط العربون بالأدلة التالية [٢]:

١- عن زيد بن أسلم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع فاحله» [٣].

وهذا الحديث صريح في جواز بيع العربان.

٢- ما روي عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى لعمر دارًا للسجن من صفوان ابن أمية بأربعة آلاف درهم، فإن رضي عمر كان البيع نافذا، وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم [٤].

٣- استدل القائلون بجوازه أيضا العرف حيث جرت العادة بالتعامل بالعربون.

ورجح هذا القول الشيخ عبد العزيز بن باز رَحِمَهُ اللَّهُ فأفتى بجواز بيع العربان [٥].

---

(١) القوانين الفقهية، لابن جزي (ص ٢٢٢).

(٢) المغني لابن قدامة (٦/ ٣٣١)، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. السنهوري (٢/ ٩٢ - ٩٣)، والفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٥/ ٣٤٣٥).

(٣) قال الحافظ ابن حجر: أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، وهو ضعيف مع إرساله. التلخيص الحبير (٣/ ٣٩).

(٤) أعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٣٢٢ - ٣٢٣)، والمغني لابن قدامة (٦/ ٣٣١).

(٥) فقه وفتاوى البيع لمجموعة من العلماء جمع وترتيب أبو محمد أشرف بن عبد المقصود (ص ٢٩١).

ورجحه أيضا الدكتور/ وهبة الزحيلي استنادا على العرف إذ أصبحت طريقة البيع بالعربون في عصرنا الحاضر أساسا للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار [١].

وأخذ بهذا القول أيضا مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورة مؤتمره الثامن ببروناي حيث قرر ما يلي:

١- المراد ببيع العربون: بيع السلعة مع دفع المشتري مبلغا من المال إلى البائع على أنه إن أخذ السلعة احتسب المبلغ من الثمن وإن تركها فالمبلغ للبائع.

ويجري مجري البيع الإجارة لأنها بيع المنافع ويستثنى من البيوع كل ما يشترط لصحته قبض أحد البدلين في مجلس العقد (السلم) أو قبض البدلين (مبادلة الأموال الربوية والصرف)، ولا يجري في المرابحة للآمر بالشراء [٢]، في مرحلة المواعدة ولكن يجري في مرحلة البيع التالية للمواعدة.

٢- يجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمن محدود ويحتسب العربون جزءا من الثمن إذا تم الشراء ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء [٣].

أدلة القائلين بعدم جواز شرط العربون:

استدل القائلون بعدم جواز البيع أو الإجارة بشرط العربون بالأدلة التالية:

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٥/ ٣٤٣٥).

(٢) **المرابحة للآمر بالشراء**: أن يتواعد العميل مع المصرف بأن يشتري هذا الأخير سلعة موصوفة (يصفها العميل) بثمن معجل، ثم يبيعها إليه بثمن مؤجل أعلى. تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية د. سامي حمود ص ٤٣٠ (بتصرف).

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي (٧/ ٥٢١٨).

١- ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العربان [١].

٢- إن هذا البيع يشتمل على غرر وأكل أموال الناس بالباطل لأن فيه أخذ المال بغير عوض [٢].

٣- ولان فيه شرطين فاسدين أحدهما: شرط الهبة، والثاني: شرط الرد على تقدير أن لا يرضى [٣].

وهذا القول ترجحه الأمور التالية:

الأول: إن الأحاديث الواردة في النهي عن بيع العربان والمجوزة له لم يصح منها شيء، لذا يكون المعول على الحكم على هذا الشرط هو تكييفه بالنظر إلى مدى ملاءمته للقواعد العامة في المعاملات المالية.

الثاني: إن هذا الشرط يشتمل على غرر وأكل أموال الناس بالباطل لوجود فضل خال عن عوض شرط لأحدج العاقدين، لأن البيع الشرعي الصحيح هو الذي يقع بعد معرفة الثمن والمثمن، ويكون الثمن في مقابلة المثمن - السعلة -

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الإجارة باب في العربان (٦/ ٣٥٥)، الحديث رقم: (٣٤٩٩)، وابن ماجه في كتاب التجارات، باب بيع العربان (٢/ ٣٨)، حديث رقم: (٢١٩٢)، ومالك في الموطأ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العربان (ص ٤٣٨)، وقال ابن حجر: وفيه راو لم يسم وسمي في رواية لابن ماجه ضعيفة: عبد الله بن عامر الأسلمي، وقيل هو ابن لهيعة هما ضعيفان، التلخيص الحبير (٣/ ٣٩).

(٢) المغني (٦/ ٣٣١)، وعون المعبود (٦/ ٣٥٦)، وأحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، محمد سكال المجاجي (ص ٢٠٣).

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٥/ ٣٤٣٥).

فالعربون الذي يدفعه المشتري أو المستأجر لا يقع في مقابلة شيء إذا لم ينفذ البيع، لذا قال الإمام مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وأما من اشترى شيئا وأعطى عربانا على أنه إن رضيه أخذه وإن سخطه رده وأخذ عربانه فلا بأس به» (١).

٣- إذا قلنا إن المدفوع يكون هبة من المشتري للبائع إذا لم يتم البيع - كما ورد في بعض التعريفات لبيع العربون - تشتمل هذه الصورة على إدخال التبرعات على عقود المعاوضات، وقد ورد النهي عن ذلك في قوله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع» (٢)، والسلف: القرض وهو من عقود الإرفاق فنهى ﷺ أن يجمع مع البيع عقد إرفاق، والهبة تبرع وهي من عقود الإرفاق، لذا قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «فجماع معنى الحديث: أن لا يجمع بين معاوضة وتبرع، لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة لا تبرعا مطلقا، فيصير جزءا من العوض» (٣).

والله أعلم.

---

(١) التاج والإكليل شرح مختصر خليل (٤/ ٣٦٩).

(٢) ينظر تخريجه في (ص ١٣١).

(٣) مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٦٢ - ٦٣).

ثالثا: الشرط الذي يؤدي إلى الالتزام بعقد آخر:

حقيقته:

هو شرط لا يقتضيه العقد، وليس فيه مصلحة العقد، لكن يحقق غرضا مقصودا لأحد المتعاقدين، مثل أن يبيع شخص لآخر سيارته بشرط أن يبيعه المشتري منزله، أو باعه بضاعة واشترط عليه عقدا آخر كالسلم أو القرض أو البيع أو الإجارة أو الشركة أو صرف الثمن [١].

ويتم إبرام هذه العقود على سبيل الجمع أو التقابل.

فالعقود المجتمعة: مثل أن يقول له بعتك هذه السيارة وآجرتك هذه الدار سنة.

أما المتقابلة: فمثل أن يقول له: بعتك هذه السيارة بألف على أن تشتري مني هذه السلعة بخمسمائة، أو على أن تقرضني كذا، أو على أن تشاركني في كذا [٢].

وتعتبر سائر موجبات تلك العقود المجتمعة أو المتقابلة، وجميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها جملة واحدة لا تقبل التفريق والتجزئه، بمثابة آثار العقد الواحد [٣].

حكم هذا الشرط:

وردت ثلاثة أحاديث تنهي عن الجمع بين بعض أنواع من العقود في معاقدة واحدة، وهي نهية ﷺ عن سلف وبيع، وعن بيعتين في بيعة، وعن صفقتين في صفة.

---

(١) تبيين الحقائق (٤/ ٥٩)، وأحكام العقد المقترن بشرط (ص ٢٠٣)، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د. نزيه حماد (ص ٢٤٩).

(٢) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (ص ٢٤٩).

(٣) المرجع السابق.

الحديث الأول: عن عمرو بن شعيب [١]، قال: حدثني أبي عن أبيه حتى ذكر عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن ولا بيع ما ليس عندك» أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي: حديث حسن صحيح [٢].

ومحل الشاهد من الحديث: «لا يحل سلف وبيع»، والسلف هو: القرض، وذلك مثل أن يقول: أبيعك داري هذه بألف على أن تسلفني كذا أو كذا، ففي الحديث النهي عن الجمع بين القرض والبيع [٣].

قال الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وذلك أن من سننه ﷺ أن تكون الأثمان معلومة والمبيع معلوما فلما كنت إذا اشتريت منك دارا بمائة على أن أسلفك مائة، كنت لم أشترها بمائة مفردة ولا بمئتين، والمائة السلف عارية له بها منفعة مجهولة، وصار الثمن غير معلوم» [٤].

وقال الماوردي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ومحل النهي البيع الذي شرط فيه قرض، أما

---

(١) **عمرو بن شعيب**: بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي السهمي، روى عن أبيه وجل روايته عنه، ولد سنة ١١٨ هـ، واختلف في تصحيحه وتضعيفه لأن جده الأدنى لم يدرك النبي ﷺ فإذا صرح وقال عن جده عبد الله تقبل روايته، ينظر: تهذيب التهذيب، لابن حجر (٨/ ٤٦).

(٢) أخرجه أبو داود في الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٦/ ٣٥٧)، والنسائي في كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع (٧/ ٢٨٨)، والترمذي في كتاب البيوع، باب كراهية بيع مال ليس عندك (٧/ ٥٢٢ - ٥٢٣)، وقال حديث حسن صحيح، وحسنه الألباني في إرواء الغليل، حديث رقم: (١٣٠٥).

(٣) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار (٥/ ٢١٨)، وعون المعبود شرح سنن أبي داود (٦/ ٣٥٧).

(٤) مختصر المزني بهامش الأم (٢/ ٢٠٥).

اجتماعهما معا من غير شرط فجائز» [١].

ولا خلاف بين الفقهاء في حرمة اجتماع القرض مع البيع في صفقة واحدة، وأن ذلك الحكم منسحب على الجمع بين القرض والسلم وبين القرض والصرف، وبين القرض والإجارة لأنها كلها بيوع مع قرض [٢].

وأما الجمع بين القرض وبين ما سوى ذلك من العقود فقد اختلفت اجتهادات الفقهاء فيه، فأجاز الحنفية مثلا الجمع بين القرض والشركة [٣]، ومنع ابن تيمية الجمع بين البيع وعقود التبرعات [٤].

ومنشأ الخلاف في هذا هو الاختلاف في معنى الحديثين التاليين، والحكم عليهما من حيث الصحة والضعف.

الحديث الثاني: عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: نهى رسول الله ﷺ: «عن بيعتين في بيعة» رواه الترمذي والنسائي [٥].

---

(١) الحاوي، للماوردي (٥/ ٣٥١).

(٢) الحاوي، للماوردي (٥/ ٣٥١)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٥٨)، والمغني لابن قدامة (٦/ ٣٣٤)، والمبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٦)، وعون المعبود (٦/ ٣٥٧)، ومنار السبيل (٢/ ٥٢٢)، ونهاية المحتاج (٣/ ٤٥١)، والفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي (٥/ ٣٥٠٩)، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د. نزيه حماد (ص ٣٥٤).

(٣) المبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٦).

(٤) مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٦٢).

(٥) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، وقال: حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم (٣/ ٥٢٤)، والنسائي في كتاب البيوع، باب بيعتين في بيعة (٧/ ٢٩٥)، قال الألباني: إسناده حسن وصححه عبد الحق في أحكامه، إرواء الغليل (٥/ ١٤٥).

وفي رواية لأبي داود عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال رسول الله ﷺ: «من باع بيعتين في بيعة فله أو كسهما أو الربا» [(١)].

اتفق الفقهاء على عدم مشروعية البيعتين في بيعة، إلا أنهم اختلفوا في معناها على عدة أقوال أشهرها:

التفسير الأول: أن يقول البائع للمشتري: بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم نقدا أو بعشرين نسيئة إلى سنة، فيقبل المشتري من غير أن يعين من أي الثمنين اشترى، والعلة في تحريم هذه الصورة عدم استقرار الثمن في صورة بيع الشيء الواحد بثمنين [(٢)].

وفسر الحديث بهذا المعنى مالك وأبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه [(٣)].

وقد انتقد هذا التفسير للبيعتين في بيعة لعدم دخول الربا في هذه الصورة، والحديث نص على: «فله أو كسهما أو الربا»، ولأنه ليس فيها بيعتين وإنما هي بيعة واحدة بأحد الثمنين [(٤)].

التفسير الثاني: أن يقول الرجل لآخر: بعتك بستاني هذا بكذا على أن تبيعني دارك بكذا، أي: فإذا وجب لك عندي وجب لي عندك، وهو تفسير الحنابلة

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الإجارات، باب فيمن باع بيعتين في بيعة (٦/ ٣١٥)، وقال الحاكم صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي، وصححه الألباني، إرواء الغليل (٥/ ١٥٠).

(٢) عون المعبود شرح سنن أبي داود (٦/ ٢١٦)، وعارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي (٥/ ٢٣٩)، والمغني (٦/ ٣٣٣)، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (ص ٢٥٥).

(٣) الموطأ (ص ٧٤٣)، والمغني (٦/ ٣٣٣)، ونيل الأوطار (٥/ ١٨٥ - ١٨٦)، والفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٥/ ٣٤٥٩).

(٤) عون المعبود (٦/ ٣١٦).

والحنفية والشافعي في قول آخر له [١].

وعلة منع هذه الصورة أن الثمن في كل من البيعتين مجهول لأنه لو أفرد كل مبيع في عقد بيع مستقل لم يتفقا في ثمنه على ما اتفقا عليه في البيعتين في عقد واحد [٢].

وأجاز البيع بهذا الشرط المالكية وبعض الحنابلة منهم ابن تيمية وابن قيم الجوزية إذ أنهم لا يسلمون تفسير الحديث بهذا المعنى [٣].

قال القاضي ابن العربي – من فقهاء المالكية –: «إذا قال له أبيعك عبدي هذا بألف على أن تبيعني دارك بألف فهذا جائز لا دخل فيه» [٤].

وقال ابن تيمية: «ويجوز البيع والإجارة في عقد واحد في أظهر قول العلماء» [٥].

ويرى ابن تيمية أن قول القائل: بعتك ثوبي بمائة على أن تبيعني ثوبك بمائة، إن أراد أن يبيع كل واحد منهما ثوبه انعقد بهذا الكلام، فهو نظير نكاح الشغار [٦]، ولم يرد عنه نهي من الشارع كما ورد في نكاح الشغار، وكذلك لو قال أجرتك داري على أن تصير دارك مؤجرة لي بمئة، فعوض كل من الإجارتين مائة واستئجار

---

(١) الأم، للإمام الشافعي (٣/ ٧٧)، والمغني (٦/ ٣٣٢)، ونهاية المحتاج (٣/ ٤٥٠)، ونيل الأوطار (٥/ ١٨٥)، وفقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، د. السالوس (ص ٢٧٠).

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد (٢/ ١٥٣).

(٣) عون المعبود (٦/ ٣١٦)، وتهذيب مختصر سنن أبي داود، لابن قيم الجوزي (٥/ ١٠٦)، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د. نزيه حماد (ص ١٧٦).

(٤) عارضة الأحوذي، لابن العربي (٥/ ٢٤٠)، ط: دار الوحي المحمدي القاهرة.

(٥) الاختيارات الفقهية، لابن تيمية (ص ٢٥٧).

(٦) **نكاح الشغار**: أن يزوج الرجل ابنته أو أخته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته وليس بينهما صداق، فتح الباري (٩/ ٧٤ – ٧٦)، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم (٢/ ٣٣٩).

الأخرى، كما أنه في البيع عوض كل منهما مائة وبيع الآخر، وتحريم هذا يحتاج فيه إلى نص أو إجماع ليصح القياس عليه [١].

التفسير الثالث: أن يقول: أبيعك هذه السلعة بمئة إلى سنة على أن اشتريها منك بمثانين حالة، وهي نفس بيع العينة [٢]، وهو تفسير ابن تيمية وابن القيم للبيعتين في بيعة [٣].

قال ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وهذا هو معنى الحديث الذي لا معنى له غيره، وهو مطابق لقوله ﷺ: «فله أو كسهما أو الربا» فإما أن يأخذ الثمن الزائد فيربي، أو الثمن الأول فيكون هو أو كسهما، فإنه جمع صفقتي النقد والنسيئة في صفقة واحدة ومبيع واحد» [٤].

ومما يشهد لهذا التفسير ما روي الإمام أحمد عن ابن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، أن النبي ﷺ نهي عن بيعتين في بيعة وعن سلف وبيع [٥].

فجمعه بين هذين العقدين في النهي لأن كلا منهما يؤول إلى الربا لأنهما في الظاهر بيع وفي الحقيقة ربا [٦].

---

(١) نظرية العقد، لابن تيمية (ص ١٨٩).

(٢) **بيع العينة**: بكسر العين، وهو أن يبيع سلعة بنسيئة ثم يشتريها البائع نفسه بثمن حال أقل منه. أعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ١٦١).

(٣) أعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ١٦١)، وعون المعبود (٦/ ٣٦٠)، وتهذيب مختصر سنن أبي داود، لابن القيم (٥/ ١٠٠).

(٤) تهذيب مختصر سنن أبي داود (٥/ ١٠٦).

(٥) مسند الإمام أحمد (١/ ١٩٨).

(٦) تهذيب مختصر سنن أبي داود (٥/ ١٠٦)، وعون المعبود (٦/ ٣٦٠).

ويتضح هذا المعنى أكثر عند شرح الحديث الثالث الوارد في نفس الموضوع.

الحديث الثالث: عن عبد الله بن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة» رواه أحمد [١].

الصفقة: اسم المرة من الصفق، وهو الضرب الذي يسمع له صوت أو الضرب باليد على يد شخص آخر عند البيع [٢].

ثم استعملت الصفقة في عقد البيع نفسه إذا كان لازما لا خيار فيه، وسبب التسمية لأنهم كانوا إذا تبايعوا تصافقوا بالأيدي [٣].

قال الماوردي رَحِمَهُ اللَّهُ: «أما الصفقة» «فإنها عبارة عن العقد لأن العادة من المتعاقدين جارية أن يصفق كل واحد منهما على يد صاحبه عند تمام العقد وإبرامه» [٤].

تفسير الصفقتين في صفقة:

اختلف الفقهاء في تفسير الصفقتين في صفقة، هل هي مرادفة للبيعتين في بيعة أو هي مختلفة عنها؟

القول الأول: إن الصفقتين في صفقة هي: أن يبيع الرجل المبيع فيقول: هو بنساء كذا وكذا وبنقد كذا وكذا أي ويقترفان على ذلك وهو تفسير أحد رواة الحديث [٥].

---

(١) في المسند (١/ ١٩٨)، وقال الهيثمي: رجال أحمد ثقات. ومجمع الزوائد، للهيثمي (٤/ ٨٢).

(٢) لسان اللسان تهذيب لسان العرب (٢/ ٢٦).

(٣) لسان اللسان تهذيب لسان العرب (٢/ ٢٦)، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم (٢/ ٣٧٢ - ٣٧٣).

(٤) الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٢٩٣).

(٥) نيل الأوطار، للشوكاني (٦/ ١٨٥).

وأخذ بهذا التفسير أبو حنيفة ومالك والشافعي وهو نفس تفسير البيعتين في بيعة [١].

القول الثاني: وذهب الكمال بن الهمام من فقهاء الحنفية رَحِمَهُ ٱللَّهُ على أن الصفقتين في صفقة أعم مطلقا من البيعتين في بيعة لخصوصهما في نوع من الصفقات وهو البيع، فلو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا، أو دارا على أن يسكنها كذلك فالشرط فاسد، لأنه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلهما شيء يكون إعارة في بيع، وقد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين [٢].

ويضعف هذا القول إن الأمثلة التي ذكرها تعتبر من استثناء بعض منافع المبيع، وهو أمر جائز إذا كانت المنفعة معلومة، وورد في جوازها حديثان صحيحان، وتقدم الحديث عن ذلك.

القول الثالث: إن معنى الصفقتين في صفقة مطابق للبيعتين في بيعة، وهو أن يبيعه السلعة بمئة إلى سنة على أن يشتريها منه بثمانين حالة، ورجح هذا التفسير ابن قيم الجوزية، وصاحب عون المعبود [٣]، وهو أقرب المعاني إلى مطابقة معنى الحديث فإنه: «إذا كان مقصوده الدراهم العاجلة بالآجلة فهو لا يستحق إلا رأس ماله، وهو أوكس الثمنين، فإن أخذه أخذ أوكسهما، وإن أخذ الثمن الأكثر فقد أخذ الربا، فلا محيد له عن أوكس الثمنين أو الربا» [٤].

---

(١) يراجع شرح الحديث السابق.

(٢) شرح فتح القدير، للكمال بن الهمام (٦/ ٤٤٦).

(٣) تهذيب مختصر سنن أبي داود، لابن القيم (٥/ ١٠٠)، وعون المعبود محمد شمس الحق العظيم آبادي (٦/ ٣٦٠).

(٤) المراجع السابقة.

فلذا أرى إن هذا التفسير هو أرجح المعاني لتفسير الحديثين السابقين للتعليل السابق.

خلاصة القول في اشتراط عقد في عقد:

بعد بيان معاني الأحاديث الواردة في هذا الموضوع، يمكن القول بأنه ليس فيها نهي صريح عن اجتماع عقدين بعوض واحد إلا نهيه ﷺ عن سلف وبيع، لذلك نص الفقهاء على جواز اجتماع عقدين بعوض واحد.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وإذا أجمع بين عقدين مختلفي القيمة بعوض واحد كالصرف وبيع ما جاز التفرق فيه قبل القبض، والبيع والنكاح أو الإجارة، نحو أن يقول: بعتك هذه الدار وهذا الثوب بعشرين درهما أو بعتك هذه الدار وأجرتك الأخرى بألف... صح العقد فيهما لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعين...» [(١)]، وهذا أصح القولين عند الشافعية أيضا [(٢)].

وقال ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «لا محذور في الجمع بين عقدين كل منهما جائز بمفرده كما لو باعه سلعة وأجره داره شهرا بمئة درهم» [(٣)].

ولكن بشرط أن لا يكون العقدان متضادين وضعا ومتناقضين حكما، وهذا

---

(١) المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٣٥).

(٢) المرجع السابق، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٣٨٨).

(٣) أعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٣٥٤).

الشرط نص عليه المالكية [١]، وهو شرط دقيق جدير بالتعويل عليه، ويؤيده ما ورد عن النبي ﷺ أنه نهى عن سلف وبيع، قال ابن العربي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ويتركب عليها – أي على صحيفة عمرو ابن شعيب التي ورد فيها هذا الحديث – أصل بديع من أصول المالكية، وهو أن كل عقدين، يتضادان وضعا ويتناقضان حكما، فإنه لا يجوز اجتماعهما أصله البيع والسلف» [٢].

وذلك لـ «أن العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمتها في مسبباتها بطريق المناسبة، والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين، فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد... وما لا تضاد فيه يجوز جمعه مع البيع» [٣].

والله أعلم.

(١) الفروق، للقرافي (٣/ ٩٢٧).

(٢) القبس شرح الموطأ، لابن العربي ٤/ ٨٤٣ دار الغرب الإسلامي – بيروت.

(٣) الفروق، للقرافي (٣/ ٩٢٧).

رابعا: اشتراط شرطين في عقد:

ثبت عن النبي ﷺ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع...» الحديث [١].

واختلف الفقهاء في تفسير قوله ﷺ: «ولا شرطان في بيع»، وقبل ذكر أقوال الفقهاء في تفسيره، ينبغي الإشارة إلى أن الحنفية والشافعية يرون أن الأصل في الشروط الحظر [٢]، لذلك لا فرق عندهم بين اقتران العقد بشرط واحد واقترانه بشرطين، كما أخذوا بحديث أن النبي ﷺ «نهي عن بيع وشرط».

لذلك فسروا هذا الحديث بمعنى البيعتين في بيعة [٣].

أما الحنابلة وهم القائلون بأن الأصل في الشروط الجعلية الصحة أو الإباحة [٤]، ولم يصح عندهم حديث النهي عن بيع وشرط، فقد أخذوا بهذا الحديث وجعلوه دليلا على بطلان العقد إذا اشتمل على شرطين.

واختلفوا في تفسير المراد من الشرطين في عقد على عدة أقوال:

القول الأول: الأخذ بظاهر الحديث لأن الحديث نص على تحريم شرطين في بيع واحد وهو يفيد بمفهومه أن الشرط الواحد لا ضير فيه وبه قال أحمد [٥]، جاء في المغني: «... ويبطل البيع إذا كان فيه شرطان ولا يبطله شرط واحد، ثبت عن أحمد

---

(١) تقدم تخريجه في (ص ١٣١).

(٢) رد المحتار على الدر المختار (٤/ ١٢١)، والمجموع (٩/ ٣٦٨).

(٣) المجموع (٩/ ٣٧٧)، ونيل الأوطار (٥/ ٢١٨)، وأحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي (ص ٢٠٥)، والفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي (٥/ ٣٤٥٩).

(٤) أعلام الموقعين (٣/ ٣٢٣)، وسبل السلام (٢/ ٢١).

(٥) المغني (٦/ ٣٢١)، وأحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي (ص ٢٠٥).

رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه قال: الشرط الواحد لا بأس به إنما نهى عن الشرطين في البيع» [١].

وقد رجح هذا القول الشيخ عبد العزيز بن باز رَحِمَهُ ٱللَّهُ حيث قال: «وأما هذه الرواية - ولا شرطان في بيع - فقد فسرت بأن يذكر شرطين غير فاسدين، كأن يقول: بعتك هذا الحطب على أن تحمله إلى الدار وعلى أن تكسره، وفسره بعضهم بشرطين فاسدين والنهي عن شرطين فاسدين أولى، لكن الحديث عام سواء كان بشرطين فاسدين أو غير فاسدين وذلك يوجب النزاع، ولا حاجة إليه بخلاف الشرط الواحد فقد تدعوا الحاجة إليه» [٢].

القول الثاني: الشرطان المنهي عنهما هما الشرطان الفاسدان أو ما كانا منافيين لمقتضى العقد، أما الشروط الصحيحة كالتي تكون من مقتضى العقد أو من مصلحته أو فيها منفعة، فإن اشتراط شرطين منها أو أكثر يصح ولا يفسد العقد لأنه لما كانت هذه الشروط لا تؤثر في العقد وهي منفردة فيلزم ألا تؤثر فيه وهي مجتمعة [٣].

وبناء على هذا التفسير يفسد العقد إذا اشترط فيه شرطين فاسدين ولا يفسد إذا كان الشرطان صحيحين ويكون الفرق بين اشتراط شرط فاسد واحد وشرطين فاسدين هو عدم فساد العقد في الأول، وفساده في الثاني [٤].

---

(١) المغني (٦/ ٣٢١).

(٢) الجامع لأحاديث البيوع - مع تعليقات الشيخ ابن باز - جمع وتحقيق سامي بن محمد الخليل (ص ٥٤)، ط: دار ابن الجوزي - الرياض.

(٣) الشرط في العقد، د. حسن على الشاذلي (ص ٢٦٤).

(٤) المرجع السابق.

القول الثالث: وهو أن يقول خذ السعلة بعشرة نقدا وآخذها منك بعشرين نسيئة، وهي نفس البيعتين في بيعة، واختاره ابن القيم [١].

وهذا المعنى هو الراجح، واختاره صاحب عون المعبود [٢]، لأن «الشرط يطلق على العقد نفسه، لانهما تشارطا على الوفاء به فهو مشروط، والشرط يطلق على المشروط كثيرا، كالضرب يطلق على المضروب، والحلف على المحلوف، والنسخ على المنسوخ، فالشرطان كالصفقتين سواء.

فشرطان في بيع كصفقتين في صفقة، وإذا أردت أن يتضح لك هذا المعنى فتأمل نهيه ﷺ في حديث ابن عمر عن «بيعتين في بيعة، وعن سلف وبيع»، رواه أحمد، ونهيه في الحديث: «عن شرطين في بيع وعن سلف في بيع»، فجمع السلف والبيع مع الشرطين في البيع، ومع البيعتين في البيعة، وسر ذلك أن كلا الأمرين يؤول إلى الربا، وهو ذريعة إليه.

أما البيعتان في بيعة: فظاهر، فإنه إذا باعه السلعة إلى شهر ثم اشتراها منه بما شرطه له، كان قد باع بما شرطه بعشرة نسيئة، ولهذا المعنى حرم الله ورسوله العينة، وأما السلف والبيع: فلأنه إذا أقرضه مائة إلى سنة ثم باعه ما يساوي خمسين بمائة فقد جعل هذا البيع ذريعة إلى الزيادة في القرض الذي موجبه رد المثل، ولولا هذا البيع لما أقرضه ولولا عقد القرض لما اشترى ذلك» [٣].

---

(١) تهذيب مختصر سنن أبي داود (٥/ ١٠٦).
(٢) عون المعبود (٦/ ٣٦٠).
(٣) المرجع السابق.

الفرع الثاني: الشروط الجعلية غير الصحيحة لمنافاتها مقتضى العقد:

أولا: شرط يؤدي إلىٰ إسقاط حق من حقوق العقد:

حقيقته:

هو شرط لا يقتضيه العقد بل ينافيه إذ يترتب عليه إسقاط حق من الحقوق التي تثبت للمتعاقد بعد صدور العقد مستوفيا لأركانه وشروطه [١].

وذلك كمن باع دارا أو سيارة واشترط ألا عهدة عليه في عيب أو استحقاق، أو باع بستانا واشترط ألا جائحة [٢]، عليه في ثمار ونحوها أو باع سلعة بثمن مؤجل وشرط على المشتري أن يحتفظ البائع بملكية المبيع إلى حين استيفائه تمام الثمن، أو اشترى شيئا وشرط أن يكون التلف على البائع متى تلف، أو إن غصبه غاصب رجع على البائع بالثمن [٣].

وغير ذلك من الشروط الجعلية التي تسقط حقا من الحقوق والآثار التي تترتب على العقد بعد صدوره، وأهم صور هذه الشروط الأنواع التالية:

النوع الأول: شرط البراءة من العيوب:

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط البائع على المشتري البراءة من كل عيب يظهر في المبيع بعد العقد على ثلاثة أقوال [٤]:

---

(١) الشرط في العقد، د. حسن الشاذلي (ص٢١٠-٢١١).

(٢) **الجائحة**: هي الآفة التي تهلك الثمار والأموال وتستأصلها، أو هي كل شيء لا يستطاع دفعه لو علم به كالبرد والحر والجراد والمطر، ينظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٢/ ٥١٥).

(٣) الشرط في العقد، د. حسن الشاذلي (ص٢١٠).

(٤) شرح السنة، للبغوي (١٣/ ١٩-٢٠)، وتبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٤٣)، وأعلام الموقعين (٣/ ٣٢٤ - ٣٢٥)، وأحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٣٩٠).

القول الأول: ذهب الحنفية إلى صحة البيع بشرط البراءة من العيوب، وهذا الشرط يسقط حق المشتري في الرد بخيار العيب، سواء أكان البائع جاهلا بوجود العيب أم كان عالما به وكتمه عن المشتري [(١)].

وهو قول عند الحنابلة أيضا [(٢)].

ومستند هذا القول أمران [(٣)]:

الأول: إن الإبراء إسقاط لا تمليك والإسقاط لا تفضي الجهالة فيه إلى المنازعة لعدم الحاجة إلى التسليم.

الثاني: إن مناط صحة المعاملات المالية في الفقه الإسلامي هو الرضا مع عدم النهي كما قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩]، ووجود هذا الشرط دليل على تحقق الرضا مع العيب، وما شرع الخيار إلا لعدم الرضا، فإذا تحقق لم يثبت الخيار (أي: خيار العيب).

القول الثاني: ذهب المالكية وهو الأصح عند الحنابلة إلى التفريق بين حالة علم البائع بوجود العيب في المبيع وكتمه عن المشتري، حيث لا يصح اشتراط البراءة من العيوب لوجود التدليس في ذلك، أما إذا كان البائع لا يعلم بوجود العيب في المبيع فالشرط حينئذ يكون صحيحا ولا يحق للمشتري الرد بما يظهر من العيب [(٤)].

---

(١) بدائع الصنائع (٣/ ٢٧٦ – ٢٧٧)، وأحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٣٩٠ – ٣٩١).

(٢) أعلام الموقعين (٣/ ٣٢٦).

(٣) أحكام المعاملات في المذهب الحنفي (ص ١٤٥)، وأحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٣٩١).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ٢٨٧)، وأعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٣٢٦)، وضوابط العقود، د. محمود البعلي (ص ٢٩٢)، وأحكام المعاملات، د. كامل موسى (ص ١٥٨).

واستدل المالكية في ذلك ما جاء عن أن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ باع عبدالله من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد به عيبا فترافعا إلى عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فقال عثمان لابن عمر: أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال: لا، فرده عليه [١].

القول الثالث: وذهب الشافعية إلى أنه لو باع بشرط براءته من العيوب أنه يبرأ عن كل عيب باطن بالحيوان خاصة، إذا لم يعلمه البائع ولا يبرأ عن عيب بغير الحيوان، كالثياب، والعقار مطلقا، ولا عن عيب ظاهر بالحيوان علمه أم لم يعلم، ولا عن عيب باطن بالحيوان كان قد علمه، والمراد بالباطن: ما لا يطلع عليه غالبا [٢].

واستدل الشافعية لذلك بقضاء عثمان الذي استدل به المالكية إلا أنهم ألحقوا حكم العبد بالحيوان فقط لأن الأصل في الشروط عندهم الحظر [٣].

الترجيح: ومذهب المالكية هو الذي يترجح عندي لأن المشتري لما قبل هذا الشرط تبين أن السلامة لم تكن أساسا لرضاه من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا يجب أن لا يؤدي إلى الغش والتدليس وسوء النية، لذا نقول إنه إذا كان البائع عالما بالعيب وكتمه عن المشتري وشرط عليه أن لا عهدة إليه في عيب كان هذا الشرط غير صحيح لوجود التدليس في ذلك.

والله أعلم.

---

(١) أخرجه مالك في البيوع، باب العيب في الرقيق، الموطأ (ص ٤٤٠).

(٢) الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٢٧٢)، وشرح السنة، للبغوي (٤/ ٣٠٩)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٢)، والفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي (٥/ ٣٥٧٧)، وأحكام المعاملات، د. كامل موسى (ص ١٥٨).

(٣) شرح السنة، للبغوي (٤/ ٣٠٩- ٣١٠).

النوع الثاني: شرط الاحتفاظ بالملكية:

قد يشترط البائع في عقد البيع - إذا كان مؤجل الثمن - الاحتفاظ بملكية المبيع لحين الوفاء بكامل الثمن، خشية تخلف أو تأخر المشتري عن سداد الأقساط المترتبة عليه، وقد انتشر هذا في عقد البيع بالتقسيط [١]، ومستند البائع في ذلك بعض القوانين الوضعية [٢].

أما الشريعة الإسلامية فقواعدها العامة في عقد البيع تقضي بأن نقل ملكية المبيع إلى المشتري تتم بحكم العقد، وإن شرط الاحتفاظ بالملك حتى أداء القسط الأخير من الثمن يعد شرطا مخالفا ومنافيا لمقتضيات العقد [٣]، فـ: «حكم العقد الأصلي يتحقق آليًّا بتقدير الشرع بمجرد انعقاد العقد صحيحا، فلا يحتاج إلى تنفيذ، فبمجرد انعقاد البيع صحيحا تنتقل الملكية للمشتري، وهكذا سائر أحكام العقود» [٤].

وقد نص على عدم جواز هذا الشرط قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، حيث جاء فيه:

---

(١) جواهر التبسيط في قواعد البيع بالتقسيط، د. محمد أحمد الزرقا (ص ١٤٨)، دار النهضة العربية، وبيع التقسيط تحليل فقهي واقتصادي، د. رفيق يونس المصري (ص ١١٧)، ط: دار القلم - دمشق.

(٢) تنص المادة (٤٣٠)، من التقنين المدين المصري على ما يأتي: «إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية موقوفا على استيفاء الثمن كله، ولو تم تسليم المبيع»، جواهر التبسيط (ص ١٤٨)، ومثل هذا نصت المادة (٤٢٧)، من القانون المدني الصومالي - قانون رقم: (٣٧)، لسنة ١٩٧٣ م (ص ١٠٦)، مطابع الحكومة.

(٣) جواهر التبسيط في قواعد البيع بالتقسيط (ص ١٥١).

(٤) الفقه الإسلامية وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٤/ ٣٠٨٤).

«لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده، لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة» [١].

النوع الثالث: اشتراط ألا يرجع عليه بالثمن عند الاستحقاق:

الاستحقاق في اللغة هو: طلب الحق، فالسين والتاء للطلب، جاء في المصباح المنير: استحق فلان الأمر استوجبه، ومنه خرج المبيع مستحقا [٢].

واصطلاحا: أن يدعي شخص مالية شيء، وتثبت دعواه، ويقضي له القاضي بملكيته، وانتزاعه من يد حائزه [٣].

أو هو: رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله [٤].

وبموجب قواعد الفقه الإسلامي يرجع المشتري على البائع بالثمن إذا ثبت الاستحقاق ببينة المستحق وحكم القاضي على ذلك، ومثل البيع في هذا الإجارة والرهن وغير ذلك من عقود المبادلات المالية [٥].

ولكن لو باع دارا أو أجرها واشترط على المشتري أو المستأجر ألا عهدة عليه في عيب أو استحقاق فماذا يكون الحكم؟

لا شك أن هذا الشرط ينافي المقصود من العقد ويتعارض مع مبادئ العدالة وتحقيق التوازن بين التزامات الطرفين، لذلك نص الفقهاء على عدم

---

(١) بيع التقسيط - تحليل فقهي واقتصادي - د. رفيق يونس المصري (ص ١١٨).
(٢) المصباح المنير (١/ ٢٢٤).
(٣) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٦/ ٤٣٩٢).
(٤) البهجة في شرح التحفة، للتسولي (٢/ ٢٦٣).
(٥) الشرح الكبير، للدسوقي (٣/ ١٧٦ - ١٧٧).

جواز هذا الشرط [١].

جاء في الفتاوى الهندية: «لو قال أبيعك على أن لا ترجع علي الثمن عند الاستحقاق كان البيع فاسدا» [٢].

يقول الدكتور/ حسن الشاذلي: «إن هذا الشرط يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، لأن المشتري قد دفع الثمن ولم يأخذ المثمن، عن طريق عقد المعاوضة، وعقود المعاوضة مبنية على المساواة وقد أدى الشرط إلى عدم وجود المساواة بأي صورة من صورها.

بل إنه قد أبطلها باعتبار مآله منذ صدور العقد، فكان العقد معاوضة ولا معاوضة، ومثل هذا الشرط يلغوا ويسقط حتى لا يؤدي إلى ما نهي عنه من أكل أموال الناس بالباطل» [٣].

ويأخذ هذا الحكم – أيضا – كل شرط يؤدي إلى تحمل الناقل للملكية نتائج مما سيحدث لما خرج عن ملكه، كمن اشترى بضاعة واشترط على البائع أنه يرجع عليه بالثمن متى تلف أو غصبه غاصب لأن هذا يناقض مقصود العقد [٤]، لما رواه سمرة بن جندب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» [٥].

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ١٠٦)، والشرط في العقد، د. حسن الشاذلي (ص ٥١٧).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ١٠٦).

(٣) الشرط في العقد، د. حسن الشاذلي (ص ٥١٧).

(٤) نيل الأوطار (٥/ ٣٦٢)، والفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبه الزحيلي (٤/ ٣١٩٤).

(٥) أخرجه أبو داود في كتاب الإجارة، باب في تضمين العقود (٦/ ٤٠٣)، الحديث رقم: (٣٥٥٨)، والترمذي في البيوع، باب أن العارية مؤداة (٣/ ٥٥٧)، الحديث رقم: (١٢٦٦)، =

قال الشوكاني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وفيه دليل على أنه يجب على الإنسان رد ما أخذت يده من مال غيره بإعارة أو إجارة أو غيرها حتى يرده إلى مالكه» [١].

ثانيا: الشرط الجزائي:

تعريف الشرط الجزائي:

قبل تعريف الشرط الجزائي باعتباره مصطلحا فقهيا، لابد من تعريفه باعتباره مركبا إضافيا من كلمتي الشرط والجزاء.

والجزائي: نسبة إلى الجزاء وهو المكافأة على الشيء، والجزاء يكون ثوابا ويكون عقابا [٢].

قال الفراء: لا يكون جزيته إلا في الخير، وجازيته يكون في الخير والشر [٣].

تعريف الشرط الجزائي اصطلاحا:

عرفه الصديق الضرير بأنه: اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الآخر ما التزم به أو تأخر في تنفيذه [٤].

=

وابن ماجه في الصدقات باب العارية (٢/ ٨٠٢)، الحديث رقم: (٢٤٠٠)، والحديث من رواية الحسن البصري عن سمرة بن جندب وفي سماعه عنه خلاف بين المحدثين، عون المعبود (٦/ ٤٠٤)، وضعفه الألباني في الإرواء، الحديث رقم: (١٥١٦).

(١) نيل الأوطار (٥/ ٣٦٢).

(٢) لسان اللسان تهذيب لسان العرب (١/ ١٨٥).

(٣) لسان اللسان تهذيب لسان العرب (١/ ١٨٥).

(٤) الشرط الجزائي في الديون، د. علي محمد الحسين الصوا (ص ٢٢٩)، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية – جامعة الكويت، العدد (٥٨)، رجب ١٤٢٥ هـ.

إن للشرط الجزائي وظيفتان [١]:

الأولى: تعويض الدائن عند عدم وفاء المدين بالتزامه أو تأخيره عنه وهذا ما يطلق بالوظيفة التعويضية.

الثانية: عقاب المدين بدفع مبلغ من المال جزاءًا لعدم وفائه للاتفاق (الوظيفة العامة).

لذا اختار الباحث عبد المحسن الرويشد - بعد مقارنته لعدة تعريفات - التعريف التالي للشرط الجزائي: اتفاق مقارن، أو تابع يحدد بموجبه الطرفان مسبقا التعويض أو العقوبة عند عدم التنفيذ أو التأخر فيه [٢].

لأن هذا التعريف يبرز الطبيعة التعويضية والعقابية للشرط الجزائي.

أنواع الشرط الجزائي:

ينقسم الشرط الجزائي إلى نوعين [٣]:

النوع الأول: الشرط الجزائي المترتب على عدم تنفيذ الأعمال أو التأخر فيه كالاتفاق على دفع مبلغ مالي إذا لم ينفذ المقاول العمل الذي تم التعاقد عليه، أو إذا تأخر في تنفيذه عن الوقت المحدد، أو اشتراط اقتطاع مبلغ معين من أجرة العامل وراتب الموظف إذا أخل بعمله.

---

(١) المرجع السابق (ص ٢٢٧) وما بعدها.

(٢) الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، إعداد الباحث عبد المحسين الرويشد (ص ٥٢)، كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٨٣ هـ.

(٣) صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر، د. محمد عثمان شبير (٢/ ٨٥٧)، طبع ضمن كتاب: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ط: دار النفائس - بيروت، الشرط الجزائي في الديون، مرجع سابق (ص ٢٢٩ - ٢٣٠).

حكمه:

ظهر الشرط الجزائي في العصر الحديث بشكل بارز، حتى أصبح قرين كل عقد، وذلك لأن تقلبات السوق السريعة والحادة جعلت الوفاء بالالتزامات والعقود في مواعيدها المحددة لها ذات قيمة كبيرة للمتعاقدين لما يترتب على ذلك من ربح أو خسارة، إلا أن الفقهاء القدامي قد تحدثوا عن أحكام بعض صور الشرط الجزائي، وإن لم يكن بالشكل الذي بحثه الفقهاء المعاصرون، ومن ذلك:

١- ما رواه البخاري عن ابن سيرين قال: قال رجل لكريه [(١)]: أرحل ركابك؛ فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه [(٢)].

قال الحافظ ابن حجر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «... ووجهه بعضهم بأن العادة أن صاحب الجمال يرسلها إلى المرعى، فإذا اتفق مع التاجر على يوم بعينه فأحضر له الإبل فلم يتهيأ للتاجر السفر أضر ذلك بحال الجمال لما يحتاج إليه من العلف، فوقع بينهم التعارف على مال معين يشترطه التاجر على نفسه إذا أخلف ليستعين به الجمال على العلف وقال الجمهور: هي عدة فلا يلزم الوفاء بها، والله أعلم» [(٣)].

فهذا التابعي الجليل يحكم في هذه المسألة - وهي صريحة في أنها من أنواع الشروط الجزائية - بالصحة ووجوب النفاذ.

---

(١) **لكريه**: الكري بتشديد الياء كغني: هو المكاري، وهو الذي يؤجر دابته للسفر، ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٨١٧).

(٢) رواه البخاري في كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار (٥/ ٤٣٠).

(٣) فتح الباري شرح صحيح البخاري (٥/ ٤٣١).

٢- جاء في كتاب الإنصاف - في فقه الحنابلة: «وإن إكراه دابة، وقال إن رددتها اليوم فكراؤها خمسة، وإن ردتها غدا فكراؤها عشرة، فقال أحمد في رواية عبد الله لا بأس به» (١).

٣- وجاء في الإنصاف أيضا: «... وإن قال: إن خطت هذا الثوب فلك درهم، وإن خطته غدا فلك نصف درهم، فهل يصح؟ على روايتين:

إحداهما: لا يصح وهو المذهب.

والثانية: يصح» (٢).

نستدل من رأي القائلين بصحة العقد في المسألتين السابقتين على مشروعية الشرط الجزائي لأنهم قد صححوا اقتطاع جزء من كامل الأجرة جزاء التأخير، وهذا يشبه الشرط الجزائي من حيث إن كلا منهما يوجب على المكتسب في الإخلال بالالتزام غرامة مالية يجري تقديرها في مبدأ العقد.

وقد أفاض الباحث عبد المحن الرويشد بسرد الأدلة النقلية والعقلية التي تنهض بصحة الشرط الجزائي (٣)، وخلص إلى القول بأنه بناء على القواعد العامة للعقود في الفقه الإسلامي فقد «أجمعت المذاهب الفقهية على صحة الشرط الذي يشكل مصلحة العقد ويؤكد موجبه، والشرط الجزائي تؤدي مهمته

---

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٦/ ١٩)، ط: السنة المحمدية - القاهرة.

(٢) المرجع السابق (٦/ ١٨).

(٣) الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة (ص ٥٨٦ - ٦٢٨)، وكذلك فعل الدكتور/ محمد عثمان شبير في بحثه: صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي (٢/ ٨٦٠ - ٨٦٢)، طبع ضمن كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة لمجموعة من العلماء.

الرئيسية هذا الدور كالكفالة والرهن والشهادة وعلى هذا الأساس يمكننا القول بأن الشرط الجزائي شرط مجمع عليه لأن اشتراطه من مصلحة العقد ومؤكد لموجبه... وهذا ما أخذت به اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية عندما قالت: «يمكن أن يقال إن الشرط الجزائي من مصلحة العقد لأنه حافز لمن شرط عليه أن ينجز لصاحب الشرط حقه، وساعد له على الوفاء بشرطه فكان شبيها باشتراط الرهن والكفيل في الوفاء لصاحب الشرط بشطره، وإذن يضح الشرط ويزلم الوفاء به» [١].

النوع الثاني: وهو الشرط الجزائي المترتب على تأخير الوفاء بالديون المالية عن آجلها كليا أو جزئيا، كاشتراط مبلغ مالي مقترن بعقد بيع الثمن فيه آجل، أو عقد قرض يدفعه المدين عن كل يوم تأخير أو عن كل شهر أو عن كل سنة [٢].

ويختلف هذا النوع عن النوع الأول لأن الشرط الجزائي هنا ينطوي على زيادة يلتزم المدين دفعها إذا تأخر في سداد دينه، وهذه الزيادة مشروطة في أصل العقد، ولا يقابلها شيء من العوض، فهي عوض عن الأجل، أو غرامة مرتبة على تأخير سداد الدين عن وقته تدفع للدائن بدليل اقتران العقد بها، فهي بهذا الاعتبار من ربا النسيئة [٣]، والربا حرام باتفاق العلماء خاصة ربا النسيئة وربا القرض [٤].

---

(١) الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، د. عبد المحسن سعيد الرويشد، رسالة دكتوراه (ص ٦٠١ - ٦٠٢).

(٢) الشرط الجزائي في الديون، د. علي محمد الحسين الصوا، مرجع سابق (ص ٢٣٠)، وفيه البيع والاسيتثاق، د. علي السالوس (ص ٧٤٧).

(٣) **ربا النسيئة**: هي الزيادة المشروطة التي يأخذها الدائن من المدين نظير التأجيل، الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، د. عبد العزيز عبد العظيم بدوي (ص ٣٤٧).

(٤) الشرط الجزائي في الديون، مرجع سابق (ص ٢٤٣).

قال ابن عبد البر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «أجمع العلماء من السلف والخلف على أن الربا الذي نزل بالقرآن تحريمه هو: أن يأخذ الدائن لتأخير دينه بعد حلوله عوضا عينيا أو عرضا، وهو معنى قول العرب: إما أن تقضي وإما أن تربي» (١).

وقال الجصاص رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ولا خلاف أنه لو كان عليه ألف درهم حالة، فقال: أجلني أزيدك فيها مائة درهم لا يجوز لأن المسألة عوض عن الأجل» (٢).

وقد أخذ بها أيضا المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي حيث قرر على ما يلي بالإجماع: «إن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليه أن يدفع مبلغا من المال غرامة مالية جزائية محددة، وبنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما فهو شرط أو فرض باطل ولا يجب الوفاء به بل ولا يحل سواء أكان الشارط هو المصرف أو غيره لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه» (٣).

وبالنظر في النصوص الفقهية السابقة وقرار المجمع الفقهي نجد أن الزيادة المشروطة في أصل عقد الدين تعد ربا، لذا يكون الشرط الجزائي في الدين ممنوعا لأنه زيادة مشروطة في أصل العقد لا يقابلها عوض.

ثالثا: اشتراط ما لا غرض فيه ولا مالية:

لابد لكل شرط أن يكون محققا لنفع أو مصلحة معينة، ويعتد الشارع بهذا

---

(١) الاستذكار، لابن عبد البر (٦/ ٤٨٨)، ط: دار الكتب العلمية.

(٢) أحكام القرآن، للجصاص (١/ ٤٦٧).

(٣) الشرط الجزائي في الديون، مرجع سابق (ص ٢٤٤).

الشرط ما دام يسير في كنف الشريعة، ويحقق مقصدا ولا يناقض مقصود العقد، إلا أن أحد المتعاقدين قد يشترط شرطا لا غرض فيه ولا مالية، كأن يبيع طعاما ويشترط على المشتري أن يأكله أو يطحنه، أو يبيع ثوبا ويشترط على المشتري أن يلبسه [١].

ومن هذا النوع أن يشترط صفة فوجد أحسن منها، كأن يشتري سمن غنم فوجده سمن بقر - وكان سمن البقر أجود عندهم - فإن هذا الشرط يلغوا ولا يثبت للمشتري الخيار، وليس له رد المبيع لأنه شرط لا يقابله شيء من الثمن، وليس فيه غرض مقصود، بل إنه اشترط صفة غير مرغوب فيها، واشتراط مثل هذه الصفة يحط من الثمن وينقصه، وقد تحقق له ما هو أفضل مما اشتراطه [٢].

قال ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وكل شرط لا يرضي الرب ولا ينتفع به المخلوق فهو باطل» [٣].

(١) بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٧٠)، ورد المحتار على الدر المختار (٢/ ١٨٨)، ومواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٤٢٧).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٤٢٧)، والشرح الكبير (٣/ ١٠٩)، والتاج والإكليل على مختصر خليل (٤/ ٤٢٧)، والشرط في العقد، د. حسن الشاذلي (ص ٢١٣).

(٣) نظرية العقد، لابن تيمية (ص ٢٥).

المبحث الثالث
أقسام الشروط الجعلية
من حيث التقييد والتعليق والإضافة

المطلب الأول
تعريف الشرط الجعلي المقيد وخصائصه

الفرع الأول: تعريف الشرط الجعلي المقيد:

التقييد: مصدر قيد، ومن معانيه في اللغة: جعل القيد ف يالرجل، وقيد العلم بالكتابة: ضبطه [1].

قال ابن فارس: «قيد: القاف والياء والدال كلمة واحدة، وهي القيد، وهو معروف، ثم يستعار في كل شيء يحبس، يقال: قيدته أقيده تقييدا، ويقال: فرس قيد الأوابد، أي فكأن الوحش من سرعة إدراكه لها مقيدة، قال:

وقد اغتذي والطير في وكناتها بمنجرد قيد الأواب هيكل

والمقيد موضع القيد من الفرس» [2].

---

(١) لسان العرب (١٢/ ٢٣٣)، والقاموس المحيط (ص ٢٨٤).

(٢) معجم مقاييس اللغة (٥/ ٤٤)، والبيت لامرئ القيس، وكنات: جمع وكنه: وكر الطائر، منجرد: القصير الشعر، هيكل: العظيم الخلق، لسان العرب (١٢/ ٢٣٣)، شرح المعلقات السبع، للتبريزي (ص ٤٣)، مكتبة المعارف - بيروت.

تعريف الشرط التقييدي اصطلاحا:

عرف الحموي رَحِمَهُ ٱللَّهُ شرط التقييد بأنه: «التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة» (١).

وعرفه الدكتور/ محمد فتحي الدريني بأنه: «التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعا» (٢).

فهذا التعريف يشتمل الشروط التي تقترن بالتصرفات القولية سواء كان من عقود المبادلات المالية أم غير المالية، وكذلك فهو شرط ز ائد يخرج به الشرط الذي يتضمن التزاما هو من مقتضى العقد، لأن مثل هذا الالتزام يثبت بمطلق العقد قبل الاشتراط، فلا يفيد التزاما زائدا عما يقرره العقد من حقوق وواجبات، بل يؤكدها، فوجوده وعدمه سواء، في حين أن مجال بحثنا إنما هو في الشروط التي تعدل من آثار العقد وليست من مقتضاه (٣).

ويتضح هذا فيما جاء في موسوعة الفقه الإسلامي حيث عرفت شرط التقييد بأنه: «أن يقترن التصرف بالتزام أحد الطرفين أو كليهما الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف، وغير موجود وقت التعاقد، وذلك بكلمة بشرط كذا، أو على أن يكون كذا أو ما أشبه ذلك مما يدل على الاشتراط» (٤).

فإذا اشترط في البيع رهن بالثمن المؤجل، فإن هذا الاشتراط أدى إلى التزام أمر لم يوجد وقت التعاقد – وهو الرهن – في عقد وجود بصيغة مخصوصة وهو عقد البيع (٥).

---

(١) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، لابن نجيم (٤/ ٤١).
(٢) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. محمد فتحي الدريني (٢/ ٤١٤).
(٣) المرجع السابق (٢/ ٤١٤- ٤١٥).
(٤) موسوعة الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – القاهرة (١١/ ١٤١).
(٥) المرجع السابق.

الفرع الثاني: خصائص شرط التقييد:

يتميز شرط التقييد بالخصائص التالية [١]:

أولا: إنه أمر زائد عن أصل التصرف: قال الزركشي في قواعده «الشرط ما جزم فيه بالأصل - أي أصل الفعل - وشرط فيه أمر آخر» [٢].

فلو قال شخص لآخر: بعت منك هذه الدار بألف دولار إلى أجل كذا بشرط أن تعطيني رهنا أو كفيلا معينا بالثمن، فقبل الآخر، فقد اقترن عقد البيع بالتزام المشتري بتقديم رهن أو كفيل بالثمن، والرهن أو الكفيل أمر زائد عن عقد البيع لأنه ينعقد بدون هذا الشرط، ولا يتوقف وجوده في ذاته على هذا الشرط فالشرط أمر زائد عن أصل التصرف.

ثانيا: إنه أمر مستقبل: ويتضح هذا مما أورده الحموي في تعريف الشرط بقوله إنه: «التزام أمر لم يوجد في أمر وجد».

ويقول القرافي: «الشرط وجوابه لا يتعلقان إلا بمعدوم مستقبل» [٣].

ففي المثال المتقدم قد اقترن عقد البيع بشرط يلزم أحد المتعاقدين بأمر يحدث في المستقبل وهو تقديم الرهن أو الكفالة بعد تمام العقد.

ثالثا: إنه أمر محتمل الوقوع: لابد للشرط أن يكون مقدورا على القيام به، أي ممكن الوقوع في المستقبل لأن الشرط إذا كان مستحيل الوقوع كان اشتراطه دليلا على عدم الرغبة في إتمام التصرف.

---

(١) موسوعة الفقه الإسلام، المجلى الأعلى للشئون الإسلامية - القاهرة (١١/ ١٤٤)، والفروق للقرافي (١/ ١٧٧)، وكتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، د. أحمد أبو الفتوح (١/ ١٩٥ - ١٩٧)، ط: مطبعة البوسفور - القاهرة، الشرط كوصف للتراخي، د. محمد شتا أبو سعيد (ص ٣٠ - ٣١)، والشرط في العقد، د. حسن علي الشاذلي (ص ٤٦).

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي (١/ ٢٢٦).

(٣) الفروق، للقرافي (١/ ١٧٧)، ط، دار السلام.

المطلب الثاني

تعريف الشرط الجعلي المعلق وخصائصه

الفرع الأول: تعريف شرط التعليق:

التعليق لغة: مصدر علق الشيء بالشيء، ومنه، وعليه تعليقا: ناطه به، وتعليق الباب: نصبه وتركيبه [(١)].

شرط التعليق اصطلاحًا:

عرف ابن نجيم الحنفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ التعليق بأنه: «ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون أخرى» [(٢)].

مثل أن يقول شخص لآخر إن لم يؤد فلان ذلك الدين الذي عليه في يوم كذا فأنا كفيل به فقبل الآخر.

ويسمى العقد الذي قترن به هذا الشرط بالعقد المعلق.

فالعقد المعلق: هو ما رتب وجوده على وجود أمر آخر [(٣)]، كالمثال السابق.

وعرفه ابن عابدين بأنه: الشرط الذي يتضمن ربط حصول مضمون العقد بتحقق أمر في المستقبل [(٤)].

---

(١) لسان العرب (١٠/ ٢٥٣).

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم (٤/ ٤١)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٧٢).

(٣) الالتزامات في الشرع، أحمد إبراهيم بك (ص ١٧٢)، وكتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، د. أحمد أبو الفتوح (١/ ١٩٦).

(٤) رد المحتار على الدرر المختار، لابن عابدين (٢/ ٢٢٢).

فالعاقد يجعل تحقق العقد معلقا على تحقق الشرط الذي اشترطه مثل تعليق الكفالة على عجز المدين عن الوفاء [١].

والتعليق إما أن يكون بكلمة الشرط كـ «إن، وإذا، وإذا ما، وكل، وكلما، ومتى، ومتى ما...» أو بدلالة كلمة الشرط [٢].

مثال الأول: أن يقول: إن سافرت إلى جدة فقد وكلتك في بيع داري هناك، فقد علق حصول الوكالة على سفر الآخر إلى جدة، مستعملا في ذلك كلمة الشرط «إن» فإذا حدث هذا الأمر الذي اعتبره، وهو سفره إلى جدة تمت الوكالة للشخص في بيع هذه الدار.

والسفر إلى جدة أو إلى الخارج في ذاته أمر خارج عن عقد الوكالة، ليس له تأثير بذاته في وجود هذا العقد أو عدمه، وإنما هو محض واقعة اعتبرها المتصرف وعلق عليها تصرفه بإرادته واختياره فإن تحققت هذه الواقعة وجد العقد المعلق عليها وإلا لم يوجد إذ أن الوكالة يمكن أن توجد بدون هذا الشرط [٣].

ومثال الثاني: أن يكون التعليق بدلالة كلمة الشرط، وذلك بأن يدل الكلام على التعليق دلالة كلمة الشرط عليه، كقوله: المكافأة التي أنالُها هذا العام صدقة على الفقراء، وهذا يدل على معنى الشرط.

فكأنه قال: إن نلت مكافأة في هذا العام فهي صدقة على الفقراء.

---

(١) الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان (ص ٦١).
(٢) الشرط في العقد، حسن علي الشاذلي (ص ٤٤).
(٣) المرجع السابق.

وحينئذ فالتعليق يكون بأداة من أدوات الشرط أو ما يقوم مقامها مما يدل على ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى [١].

الفرع الثاني: خصائص شرط التعليق:

يتميز شرط التعليق بالخصائص التالية [٢]:

أولا: إنه أمر زائد على أصل التصرف: لأن الشرط هو الأمر الخارج عن الشيء فهو محض واقعة اعتبرها المكلف، وعلق عليها تصرفه بإرادته، وليس للشرط تأثير في وجود التصرف وعدمه، كما أوضحت في المثال السابق تعليق عقد الوكالة بالسفر إلى جدة.

ثانيا: إنه أمر مستقبل: وذلك لأن الشرط وجوابه لا يتعلقان إلا بأمر يوجد مستقبلا، قال الزركشي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «الشرط إنما يتعلق بالأمور المستقبلية أما الماضية فلا مدخل له فيها، ولهذا لا يصح تعليق الإقرار بالشرط لأنه خبر عن ماض» [٣].

ثالثا: إنه أمر معدوم على خطر الوجود: أما كونه معدوما: وذلك بأن لا يكون أمرا واقعا بالفعل وإلا كان التصرف منجزا، مثل أن يقول: إن كانت الشمس طالعة فأنا كفيل بالثمن، وكانت الشمس طالعة فعلا.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (٤/ ٤١)، والالتزامات في الشرع، أحمد إبراهيم بك (ص ١٧٢)، وكتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، د. أحمد أبو الفتوح (١/ ١٩٦ - ١٩٧)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٧٢ - ٧٣)، وموسوعة الفقه الإسلامية (١١/ ١٤٢).

(٣) المنثور في القواعد، للزركشي (٢/ ٩)، ط، درا الكتب العلمية.

أما كونه على خطر الوجود: وذلك بأن لا يكون مستحيلا، فإذا كان المعلق عليه مستحيل الوقوع عقلا أو عادة كان العقد باطلا، وذلك لأن الغرض من التعليق على المستحيل إنما هو لتأكيد نفي العقد المعلق [١].

قال ابن نجيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وشرط صحة التعليق: كون الشرط معدوما على خطر الوجود، فالتعليق بكائن تنجيز وبالمستحيل باطل» [٢].

الفرق بين التعليق والشرط المقيد:

إن التعليق هو ربط وجود الشيء بوجود غيره، فهو مانع لانعقاد العقد ما لم يحصل الشرط.

وقد جاءت بعض الصور المتشابهة بينه وبين شرط التقييد مع اختلاف حكمهما بسبب اعتبارهما تعليقا أو تقييدا للتجوز في تسميتهما على الحالين تعليقا لوجود الشرط فيهما [٣]، ويجتمع شرط التعليق مع شرط التقييد بأن كلا منهما زائد عن أصل التصرف، قد شرط المتصرف بإرادته واختياره، وأن كلا منهما لا يكون إلا أمرا مستقبلا، ومعدوما على خطر الوجود.

ضابط التمييز بين التقييد والتعليق:

أورد البابرتي من الحنفية – ضابطا للتمييز بين ما هو تقييد بالشرط عما فيه

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٧٢)، وكتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية (١/ ١٩٧)، والالتزامات في الشرح، أحمد إبراهيم بك (ص ١٧٢).

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم (٤/ ٤١).

(٣) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف الكويت (١/ ١٦٤).

تعليق عليه، من جهة اللفظ والمعنى، أما اللفظ فهو أن التقييد بالشرط لا تظهر فيه صورة الشرط (على ما ينبئ عنه اسمه)، فلا تأتي فيه أداة الشرط، ومثاله أن يقول: ابرأتك على أن تفعل كذا..

أما التعليق على الشرط فتستعمل فيه أداة شرط، كقوله: إن فعلت كذا فأنت برئ.

وأما من حيث المعنى: ففي التقييد بالشرط الحكم ثابت في الحال علي عرضية الزوال إن لم يوجد الشرط، وفي التعليق: الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرض أن يثبت عند وجود الشرط [١].

وقال الزركشي في التفريق بينهما: «والفرق بين التعليق والشرط أن التعليق ما دخل على أصل الفعل بأداته كإن وإذا، والشرط ما جزم فيه بالأصل وشرط فيه أمرًا آخر» [٢].

كما ذكر الدكتور حسن الشاذلي أن شرط التعليق يختلف عن شرط التقييد بأمرين [٣]:

الأول: إن التعليق لا عمل له في آثار العقد وأحكامه، فعند تحقق الشرط الذي عليه العقد يصح العقد كأن لم يكن به شرط وينتج جميع آثاره وأحكامه، فعمل شرط التعليق إنما هو في المرحلة التي تبدأ بصيغة العقد وتنتهي بتحقق الشرط، وبعد أن يتحقق الشرط يكون العقد قد تخلص من أثر شرط التعليق وأصبح نافذا منتجا لآثاره وأحكامه.

---

(١) العناية شرح الهداية (٧/ ٤٤)، الموسوعة الفقهية، الكويت (١/ ١٦٥).

(٢) المنثور في القواعد (١/ ٢٢٦).

(٣) الشرط في العقد، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، د. حسن الشاذلي (ص ٥٠ -٥١).

أما الشرط المقيد للعقد: فإن عمله يكون في آثار التصرف وأحكامه، فإذا صدر العقد مقيدا بشرط، فإن هذا الشرط يكون في المرحلة التي تلي تمام العقد، هذه المرحلة التي تبدأ بتحقيق أحكام العقد وآثاره، ويكون عمل الشرط حينئذ إما تقييد هذه الأحكام والآثار بعد أن كان المالك مطلق التصرف في ملكه، كما لو شرط البائع على المشتري سكنى الدار المبيعة شهرًا أو ركوب الدابة إلى مكان معلوم.

وإما توكيد وتوثيق ما يقتضيه العقد من الوفاء بالمعقود عليه كما لو شرط البائع بثمن مؤجل رهنا أو كفيلا بالثمن.

الثاني: إن التعليق يترتب عليه عند علماء الحنفية ألا يوجد العقد ولا تترتب عليه أحكامه إلا بعد تحقق الأمر الذي علق عليه هذا العقد، فإذا تحقق هذا الأمر وجد العقد وتترتب عليه أحكامه وآثاره من وقت الشرط فقط، أما قبل تحقق الشرط فلا يوجد العقد.

أما العقد المقيد بشرط فإنه يتم وجوده وتترتب عليه أحكامه وآثاره منذ صدور صيغته مستوفية لشروطها المعتبرة شرعا ولا أثر للشرط الصحيح وإنما أثره يكون في أحكام العقد وآثاره.

أما الشافعية فيرون أن العقد المعلق على شرط ينعقد سببا للحكم في الحال ولكن التعليق يؤخر وجود الحكم إلى زمان وجود الشرط [(١)].

وهذا تفريق دقيق يبرز بوضوح طبيعة الاختلاف بين شرطي التعليق والتقييد.

---

(١) سيأتي تفصيل ذلك – بمشيئة الله تعالى – أثناء الحديث عن حكم تعليق العقود المالية على الشروط الجعلية (ص ١٨٢).

المطلب الثالث

تعريف الشرط الجعلي الإضافي وخصائصه

تعريف الشرط الجعلي الإضافي:

الإضافة في اللغة: مصدر فعله أضاف على وزن أفعل، فهو ثلاثي مزيد بالهمزة من أوله وأصل مادته ضيف، وضفت الرجل ضيفا وضيافة نزلت به ضيفا، والمضاف: الملزق بالقوم الممال إليهم وليس منهم، وكل ما أميل إلى شيء وأسند إليه فقد أضيف، وأضفت الشيء إلى الشيء، أي: أملته [(١)].

أما الإضافة في اصطلاح الفقهاء: فلا تخرج في معناها عن المعاني اللغوية السابقة، وهي الإسناد والنسبة، وضم الشيء إلى الشيء [(٢)].

والشرط الجعلي الإضافي هو: إرجاء أثر التصرف المنعقد إلى زمن مستقبل معين [(٣)].

كقولك: «أجرتك هذه الدار اعتبارًا من أول الشهر القادم»، فالعقد منعقد ولكن آثاره لا يبدأ سريانه إلا بدءا من الزمن المستقبل المعلوم الذي أضيف التصرف إليه [(٤)].

فالمقصد من إضافة الحكم إلى الزمن المستقبل إرجاء آثار العقد إلى الزمن المستقبل الذي حدده العاقد فالإضافة تؤخر ترتب الحكم على السبب إلى الوقت الذي أضيف إليه السبب [(٥)].

---

(١) القاموس المحيط (ص ٧٤٧)، ولسان اللسان تهذيب لسان العرب (٢/ ٧٦ – ٧٧)، ومختار الصحاح.

(٢) الموسوعة الفقهية، الكويت (٥/ ٦٦).

(٣) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (٢/ ٤١٥).

(٤) المرجع السابق.

(٥) الموسوعة الفقهية، الكويت (٥/ ٦٦).

والعقد المضاف: هو ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن في المستقبل [١].

مقارنة بين الشرط الإضافي وكل من الشرط التعليقي والتقييدي:

يمكن إجمال الفرق بين الشرط الإضافي وغيره ما يلي [٢]:

أولا: إن الشرط الإضافي يشبه الشرط التقييدي من حيث إن الزمن المضاف إليه محقق القدوم ولا خطر فيها، أما في حالة الشرط التعليقي فالعقد على خطر الوجود والعدم.

ثانيا: إن الشرط الإضافي يشبه الشرط التقييدي في أن المؤخر فيه ليس أصل العقد، وإنما حكمه فقط، بخلاف الشرط التعليقي، حيث إن المؤخر فيه أصل العقد، وهذا معنى قول ابن نجيم الحنفي [٣] «المعلق بالشرط لا ينعقد سببا للحال، والمضاف منعقد» [٤].

ثالثا: إن الشرط التقييدي يعدل من آثار العقد زيادة أو نقصانا بخلاف شرطي التعليقي والإضافي فليس لهما علاقة بآثار العقد.

---

(١) الالتزامات في الشرع (ص ١٧٢)، والفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٤/ ٣١٠).

(٢) الملكية ونظرية العقد، الإمام محمد أبو زهرة (ص ٢٤٧)، والفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي (٥/ ٣٤٤٧)، والمدخل الفقهي العام، للأستاذ / مصطفى الزرقا (١/ ٥٠٨)، والالتزامات في الشرع الإسلامي، أحمد إبراهيم بك (ص ١٧٣)، وبحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. محمد فتحي الدريني (٢/ ٤١٥).

(٣) **ابن نجيم**: زين العابدين ابن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم الحنفي، عالم فقيه، محقق أصولي، توفي سنة ٩٧٠ هـ، من مؤلفاته: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الأشباه والنظائر، يراجع الفتح المبين في طبقات الأصوليين (٣/ ٧٨)، شذارات الذهب (٨/ ٣٥٨).

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم (مطبوع مع شرحه غمز عيون البصائر) (٤/ ٤١).

الفصل الثاني

حكم تقييد العقود المالية وتعليقها على الشروط الجعلية

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

- **المبحث الأول: حكم تقييد العقود المالية بالشروط الجعلية.**
- **المبحث الثاني: حكم تعليق العقود المالية على الشروط الجعلية.**
- **المبحث الثالث: حكم اقتران العقود المالية بالشرط الإضافي.**

المبحث الأول
حكم تقييد العقود المالية بالشروط الجعلية.

المطلب الأول
مذاهب الفقهاء في حكم تقييد العقود المالية بالشروط الجعلية

قبل ذكر مذاهب الفقهاء في حكم تقييد العقود المالية بالشروط الجعلية، ينبغي تحديد محل النزاع وذلك بذكر مواطن الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء في هذا.

لا خلاف بين الفقهاء في أن العاقد ليس له مطلق الحرية في اشتراط الشروط إذ لا يجوز شرعًا اشتراط شروط تخالف الشرع أو مقتضى العقد، فكل شرط أحل حراما أو حرم حلالا فهو باطل بالإجماع، لأن «ما يثبت بالشرع مقدم على ما يثبت بالشرط»، كما يقول جلال الدين السيوطي [1].

ولا خلاف بين الفقهاء أيضا في أن الشرط الذي يقتضيه العقد جائز كأن يشترط المشتري أن يتصرف في المبيع بيعا أو إجارة أو رهنا لأن هذا يثبت بمطلق العقد فاشتراطه وعدمه سواء.

ولا خلاف بين الفقهاء أيضا في شرعية الشروط التي ورد بها الكتاب والسنة كاشتراط الخيار والتوثيق من رهن وكفالة وكتابة وإشهاد [2].

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٢٧٦).

(٢) يراجع تفصيل ذلك في: المبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٤)، والاختيار لتعليل المختار،

وقد اختلف الفقهاء على ما عدا ذلك من الشروط تبعا لاختلافهم في ضابط الشروط الصحيحة وغير الصحيحة لأنه لم يرد عن الشارع معيار محدد لمشروعية الشرط، بل استخلص الفقهاء ذلك اجتهادا من نصوص الشريعة وقواعدها ومقاصدها، فمنشؤ الخلاف إذن هو ضابط الشرط المشروع وغير المشروع [(١)].

ونتج سبب الاختلاف عن أمرين:

الأول: الاختلاف في: هل الأصل في الشروط الحظر أو الإباحة؟

وعمدة القائلين بأن الأصل في الشروط الحظر ما روي أن النبي ﷺ نهي عن بيع وشرط.

الثاني: الاختلاف في: الحكم على الأحاديث الواردة في موضوع الشروط تصحيحا أو تضعيفا، وكذلك الاختلاف في دلالاتها.

وقبل ذكر آراء فقهاء المذاهب الأربعة أود بيان اجتهاد المذهب الظاهري في الشروط، لذا سيتم الحديث عن بيان مذاهب الفقهاء في حكم تقييد العقود المالية بالشروط الجعلية على النحو التالي:

أولا: مذهب الظاهرية.

ثانيا: مذهب الحنفية.

=

للموصلي (٢/ ٢٤)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٣٦٣)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٥٣)، والمغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٣)، وضوابط العقود، د. البعلي (ص ٢٩٢)، وبحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. محمد فتحي الدريني (٢/ ٤١٦).

(١) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. محمد فتحي الدريني (٢/ ٤١٨)، وضوابط العقود، د. البعلي (ص ٢٩٣).

ثالثا: مذهب المالكية.

رابعا: مذهب الشافعية.

خامسا: مذهب الحنابلة.

أولا: مذهب الظاهرية:

قسم الظاهرية الشروط إلىٰ قسمين: شروط صحيحة وشروط باطلة [(١)].

١- **الشرط الصحيح**: وضابطه عند الظاهرية هو: ما ورد النص بجوازه بعينه أو انعقد عليه الإجماع، فالأصل في الشروط عندهم الحظر إلا ما ورد النص بجوازه أو أجمع عليه فقهاء المسلمين.

٢- **الشرط الباطل**: هو كل شرط لم يرد به نص ولو يؤيده إجماع، وهذا الشرط باطل ومبطل للعقد إذا اقترن به، أما إذا كان الشرط سابقا على العقد أو لاحقا بعد إبرام العقد، فإن العقد يبقى صحيحا ولا يبطل سوى الشرط.

ولم يجز الظاهرية من الشروط سوى سبعة وردت نصوص بصحتها وهي [(٢)]:

١- شرط الرهن في البيع: لقوله تعالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

٢- شرط الثمن إلى أجل مسمى لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

٣- شرط أداء الثمن إلى الميسرة لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ

---

(١) المحلى، لابن حزم (٨/ ٤١٢)، ط: المكتب التجاري بيروت، والإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم (٥/ ٥٩٨).

(٢) المحلى، لابن حزم (٨/ ٤١٢).

مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

٤- اشتراط صفات للمبيع يتراضيان عليه لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

٥- اشتراط أن لا خلابة، لحديث منقذ أن النبي ﷺ قال له: «بايع وقل لا خلابة ثم أنت بالخيار» (١).

٦، ٧- اشتراط مال العبد أو الأمة في بيع العبد أو الأمة، واشتراط ثمر النخل المؤبر، لحديث عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع ومن ابتاع عبدا فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع» (٢).

أدلة الظاهرية:

استدل الظاهرية لمذهبهم بالأدلة الآتية:

١- قوله ﷺ: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» (٣).

ووجه استدلاله كما جاء في الإحكام: «فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بالتزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه» (٤).

---

(١) تقدم تخريجه في (ص ١٠٣).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب إذا باع نخلا قد أبرت (دون قوله: ومن ابتاع عبدا...إلخ) (٥/ ٣٨٠)، حديث رقم: (٢٧٦١)، ومسلم واللفظ له في كتاب البيوع، باب من باع نخلا عليها ثمر (١٠/ ١٨٦).

(٣) رواه مسلم، كتبا الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور (١٢/ ١٩).

(٤) الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم (٥/ ٨٠٣).

٢- ما ورد في الصحيحين أن النبي ﷺ، قال: «أما بعد، فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله ﷻ فهو باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق» (١).

ووجه الاستدلال أن كل عقد أو شرط لم يرد بمشروعيته بعينه نص في كتاب الله أو السنة أو الإجماع باطل فإذا اقترن بالعقد بطل كذلك (٢).

نستخلص مما سبق؛ أن ضابط الشرط الصحيح عند الظاهرية هو ما ورد به نص من كتاب، أو سنة، أو أيده إجماع، وهذا الموقف نتيجة لوقوفهم عند ظواهر النصوص وعدم اعتبارهم للتعليل والمصالح كأصل من أصول الاجتهاد.

وهذا يؤدي إلى تضييق الناس في معاملاتهم ويوقعهم في الحرج والمشقة، يقول الشيخ/ علي الخفيف: «وهذا الراي لا يصلح عليه أمر الناس فقد حصرو الشروط التي يجوز اشتراطها في عقد البيع في سبعة وهيهات أن يفي ذلك بحاجات الناس» (٣).

ويقول الدكتور/ محمد فتحي الدريني: «ولا ريب أن هذا الموقف من مبدأ سلطان الإرادة العقدية، أو حرية التعاقد والاشتراط يضيق على الناس في معاملاتهم تضييقا شديدا، بل يوقعهم في الحرج، ومعلوم أن أصل مشروعية التعامل لرفع الحرج لتستقيم أمور الناس، وتتحقق مصالحهم المشروعة في نشاطهم الاقتصادي

---

(١) أخرجه البخاري، في كتاب المكاتب، باب ما يجوز من شروط المكاتب (٥/ ٢٢٦)، حديث رقم: (٣٥٦١)، ومسلم، واللفظ له، في كتاب العتق باب إنما الولاء لمن أعتق (١٠/ ١٣٦).

(٢) المحلى (٨/ ٤١٢).

(٣) أحكام المعاملات الشرعية، للشيخ / علي الخفيف (ص ٢٢٩).

والاجتماعي، فكان هذا الموقف عائدا على أصل مشروعية المعاملات بالنقض، وهو ما لا يصح التسليم به» (١).

ثانيا: مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية إلى قسمة الشرط الذي يقترن بالعقد إلى ثلاثة أقسام:

١- شرط صحيح.

٢- وشرط فاسد

٣- وشرط باطل (٢).

١- **الشرط الصحيح**: وضابطه عند الحنفية: أن يكون موافقا لمقتضى العقد، أو مؤكدا لهذا المقتضى أو ورد به نص رغم مخالفته لمقتضى العقد أو جرى به العرف (٣).

جاء في شرح فتح القدير لابن الهمام الحنفي: «قوله ثم جملة الأمر فيه أي في الشرط: أنه إما أن يقتضيه العقد كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه فيجوز، لأنه مؤكد لموجب العقد، أو لا يقتضيه لكن ثبت تصحيحه شرعا بما لا مرد له كشرط الأجل في الثمن والمثمن في السلم، وشرط في الخيار فكذلك هو صحيح للإجماع على ثبوته شرعا رخصة، أو لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشراء نعل على أن يحذوها البائع أو يشركها فهو

(١) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. محمد فتيح الدريني (٢/ ٤٢٠).

(٢) المبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٤)، ورد المحتار على الدر المختار (٣/ ١٢٠ - ١٢١)، وشرح فتح القدير (٦/ ٤٤٢)، وأحكام المعاملات الشرعية، للشيخ علي الخفيف (ص ٢٢٩).

(٣) المراجع السابقة.

جائز أيضا مما سيأتي، وكذلك إذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثيق بالثمن كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة، أو بأن يرهنه به رهنا معلوما بالإشارة أو التسمية فهو جائز أيضا على الصحيح خلافا لزفر» [١].

٢- **الشرط الفاسد**: هو ما لا يتوفر فيه ما تقدم من الأوصاف في الشرط الصحيح ولكنه يحقق منفعة لأحد العاقدين أو لإنسان آخر غيرهما كمن يبيع دابة ويشترط لنفسه أن تحمله إلى داره أو يبيع داره ويشترط لنفسه ألا يسلمها إلا بعد شهر يسكنها فيه، أو يبيع أرضا لإنسان على أن يؤجرها فلان مدة كل سنة بكذا، وهكذا كل شرط يخالف مقتضى العقد ويحقق منفعة لأحد العاقدين فهو فاسد [٢].

قال الزيلعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «والأصل فيه أن كل شرط لا يقتضيه العقد، وهو غير ملائم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجر التعامل فيه، وفيه منفعة لأهل الاستحقاق، مفسد لما روينا أي نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط» [٣]، وقال في موضع آخر: «وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه» [٤].

٣- **الشرط الباطل**: وضابطه أنه شرط ليس مقتضى للعقد، ولا مؤكدا له ولمن يجئ به شرع ولم يجر به عرف، وليس فيه منفعة لأحد واشتراطه كعدمه

---

(١) شرح فتح القدير (٦/ ٤٤٢- ٤٤٣).

(٢) المبسوط (١٣/ ١٥)، وأحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٢٣٠ - ٢٣١)، والملكية ونظرية العقد، للإمام محمد أبو زهرة (ص ٢٣٩).

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي (٤/ ٥٧).

(٤) تبيين الحقائق (٤/ ١٣١).

إذ لا غرض فيه ولا مطالب به فيبطل ولا يؤثر اشتراطه في صحة العقد [١].

قال السرخسي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والعقد صحيح، نحو إذا ما اشترى دابة أو ثوبا بشرط أن لا يبيع، لأنه لا مطالب بهذا الشرط فإنه لا منفعة فيه لأحد وكان لغوا والبيع صحيح» [٢].

نستنتج مما سبق؛ من ضوابط الشروط الصحيحة والفاسدة والباطلة أن الأصل في الاشتراط عندهم هو الحظر، غير أنهم يختلفون عن الظاهرية من حيث إن أصول التشريع عندهم التي يجوز الاشتراط على أساسها لا تقف عند حد النص والإجماع بل تشمل - إلى ذلك - القياس والمصالح المرسلة والاستحسان والعرف فاتحدا في الأصل، واختلفا في مدى حرية الاشتراط [٣].

ثالثا: مذهب المالكية:

قسم المالكية الشروط إلى قسمين صحيحة وباطلة [٤].

١- الشرط الصحيح: ذكر الإمام ابن رشد ضابط الشرط عند المالكية حيث قال: «وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام:

- شروط تبطل هي والبيع معا.

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٢٣٢).

(٢) المبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٥).

(٣) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. محمد فتحي الدريني (٢/ ٤٢١).

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٦٥)، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل (٤/ ٣٧٥)، والخرشي على مختصر خليل (٥/ ٨٠ - ٨١)، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. السنهوري (٣/ ١٥٥).

وشروط تجوز هي والبيع معا.

شروط تبطل ويثبت البيع.

وقد يظن أن عنده قسما رابعا: وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع، وإن تركه جاز البيع» [١].

ثم يشير إلى مرونة ضابط الإمام مالك، بقوله: «وإعطاء فروق بينه في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشرط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما: الربا والغرر، وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك، أو إلى ما يفيد نقصا في الملك، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله - أي الإمام مالك - وأبطل الشرط، وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط فيهما، وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع» [٢].

فالمالكية يستخلصون ضابط الشرط الصحيح على ضوء من مدى اشتماله على معنى الغرر أو الربا، أو الجهالة كثرة وقلة، أو المنافاة والمناقضة لمقتضى العقد.

فما لم يشتمل هذه الصفات أو كان اشتماله فيه ضئلا يتسامح فيه ويصح معه العقد كما ذكر ابن رشد، وذلك تغليبا للصالح العام في تصحيح المعاملات وعملا على استقرارها.

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد (٢/ ٢٥٣).

(٢) المرجع السابق.

وعلىٰ ذلك فالشروط الصحيحة عند المالكية هي ما كان علىٰ النحو التالي [(١)]:

أ- الشرط الذي يقتضيه العقد.

ب- الشرط الملائم لمقتضى العقد.

جـ- الشرط الذي جرى به العرف والتعامل غير أن العرف ليس أساسا لتصحيح الشرط عندهم.

د- ولا يصح في مذهب مالك كل شرط يتقضيه العقد فحسب، بل يصح أيضا كل شرط لا يناقض مقتضى العقد، وفي هذا يتسع مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة، وهذا الضابط أعطي الفقه المالكي سعة ومرونة، وجعله من أكثر المذاهب تصحيحا للشروط الجعلية التقييدية.

٢- الشرط الباطل: ويكون الشرط باطلا عند مالك في الأحوال الثلاثة:

أ- إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد وينافيه.

ب- إذا كان الشرط يخل بالثمن بأن يورث جهالة، جاء في الخرشي على مختصر سيدي خليل - وهو يتحدث عن الشروط الباطلة... « أو يخل بالثمن كبيع وسلف... ومعنى إخلاله بالثمن بأن يعود جهله في المثمن إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري أو نقص إن كان من البائع، كبيع وسلف من أحدهما لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثمن وهو مجهول... وصح البيع إن

---

(١) الخرشي على مختصر خليل (٥/ ٨٠ - ٨١)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٦٥- ٦٧)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرازق السنهوري (٣/ ١٥٥)، وأحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي (ص ٢٠٦).

حذف شرط السلف مع قيام السلعة على المشهور لزوال المانع» [١].

جـ- إذا كان الشرط مما ورد النهي عنه من الشارع بأن يحرم حلالا أو يحل حراما.

هذه ضوابط الشروط الصحيحة والباطلة في المذهب المالكي ويظهر منه أن المالكية قد توسعوا في تصحيح الشروط أكثر من الحنفية، إذ أخذوا بضوابط مرنة، فيها مجال واسع للاجتهاد كما أن فيها تيسيرا للتعامل، وينتج عن ذلك سؤال هو: هل الأصل في الشروط عند المالكية الحظر أو الإباحة؟

قبل الإجابة عن هذا السؤال أرى من المناسب نقل بعض النصوص - في هذا الموضوع - من أمهات كتب المالكية لمقارنتها ومناقشتها واستخراج الإجابة عنها.

جاء في الخرشي: «وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط، وحمل أهل المذهب النهي على شرط يناقض أو يخل بالثمن...» [٢].

وجاء في مواهب الجليل للحطاب[٣]: «إن من البيوع المنهي عنها البيع والشرط... نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط.. وحمله أهل المذهب على وجهين: أحدهما: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، والثاني: الشرط الذي يعود

---

(١) الخرشي على مختصر خليل (٥/ ٨٠ - ٨١).

(٢) الخرشي على مختصر خليل (٥/ ٨١).

(٣) **الحطاب**: محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب فقيه مالكي من المتصوفين أصله من المغرب ولد سنة ٩٠٢، وتوفي ٩٥٤، من كتبه: مواهب الجليل على شرح مختصر خليل، تفريح القلوب بالخصال المكفرة لما تقدم وما تأخر من الذنوب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، الأعلام للزركلي (٧/ ٥٨).

بخلل في الثمن» [١].

فهذان النصان من كتب المالكية يدلان على أن النهي عن الشرط الوارد في الحديث يحمل على الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، أو يخل بالثمن ويورث جهالة فيه، مما يجعل المذهب المالكي أقرب إلى الاتجاه القائل بأن الأصل في الاشتراط الإذن والإباحة وصرح بذلك بعض علماء المالكية، إذ جاء في الاستذكار: «الأصل في البيوع أنها حلال إذا كانت تجارة عن تراض، إلا ما حرمها الله ﷻ على لسان رسول الله ﷺ نصا، أو كان في معنى النص فإن ذلك حرام، وإن تراضى به المتبايعان» [٢].

وجاء في الموافقات للشاطبي: «الشروط مع مشروطاتها على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال... كاشتراط الرهن والحميل والنقد أو النسيئة في الثمن في البيع... فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعا لأنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضي حكما...

والثاني: أن يكون غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته بل هو على الضد من الأول... كما لو شرط في البيع ألا ينتفع بالمبيع... أو شرط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجر عليه إن تلف... فهذا القسم لا إشكال أيضا في إبطاله.

والثالث: أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة. وهو محل نظر:

---

(١) مواهب الجليل، للحطاب (ص ٣٧٣ - ٣٧٤).

(٢) الاستذكار لما في الموطأ من المعاني والآثار، لابن عبد البر (٢٠/ ٩٠).

هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة؟ أم بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهرا؟

والقاعدة المستمرة في أمثال هذا، التفرقة بين العبادات والمعاملات فما كان من العبادات لا يكتفي فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني.

وما كان من العادات يكتفي فيه بعدم المنافاة لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه، والله أعلم» [(١)].

نستنتج مما سبق؛ على اعتبار أن المالكية ذهبوا إلى أن الأصل في الاشتراط المنع والحظر إلا أن الواقع يثبت أنهم قد توسعوا من دائرة الشروط كثيرا، بكثرة الاستثناءات التي يقوم عليها الشرط الصحيح، ومن ذلك أنهم لم يشترطوا لصحة الشرط أن يكون مما يقتضيه العقد بل اكتفوا بعدم المنافاة لمقتضى العقد.

لذا يقول الدكتور/ محمد فتحي الدريني: «وعلى فرض أن المالكية يذهبون إلى أن الأصل هو الحظر، فلا يصح الشرط إلا بدليل، لكنهم يتوسعون في هذا الدليل، فقد يكون استحسانا أو مصلحة مرسلة، ومن باب أولى إذا جرى به العرف... فرجع الأصل إلى الإباحة عملا كما أسلفنا وبذلك يستجيب فقه المالكية لكل ما يقتضيه التعامل، مهما تطور به الزمن، ويقترب إلى اتجاه متأخري الحنابلة زلفى» [(٢)].

---

(١) الموافقات في أصول الشريعة، للشاطبي (١/ ٢٥١ - ٢٥٣).

(٢) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. الدريني (٢/ ٤٣٤).

رابعا: مذهب الشافعية:

الأصل في الشروط عند الشافعية الحظر ولكنهم يعمدون إلى الاستثناء من هذا الأصل على نطاق ضيق، وقسموا الشروط إلى صحيح وباطل [١].

جاء في المنهاج للنووي: «نهى رسول الله ﷺ عن عسب [٢]، الفحل... وعن بيع وشرط» [٣].

وجاء في مغني المحتاج: «ويستثنى من النهي عن بيع وشرط صور تصح كما سيأتي كالبيع بشرط الخيار أو البراءة من العيب وبشرط قطع الثمر...» [٤].

١ - الشرط الصحيح:

يكون الشرط صحيحا عند الشافعية إذا توافرت فيه أحد الصفات التالية [٥]:

أ- أن يكون من مقتضى العقد مثل أن يبيعه بشرط خيار المجلس أو تسليم المبيع أو الرد بالعيب.

ب- أن يشترط ما لا يقتضيه إطلاق العقد لكن فيه مصلحة للعاقد كالأجل

---

(١) نهاية المحتاج، للرملي (٣/ ٤٥٠)، والمجموع (٩/ ٣٦٣)، وما بعدها، ومغني المحتاج (٢/ ٣٨١)، شرح السنة للبغوي (٨/ ١٤٧ - ١٤٨)، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، د. الدريني (٢/ ٤٢٦ - ٤٢٧).

(٢) **عسب الفحل**: لغة: ضراب الفحل، أي طروق الفحل للأنثى، أو ماؤه أو نسله وإعطاء الكراء على الضراب. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم (٢/ ٥٠٠).

(٣) المنهاج مع شرحه مغني المحتاج (٢/ ٣٧٨ - ٣٨١).

(٤) مغني المحتاج (٢/ ٣٨٢).

(٥) المجموع (٩/ ٣٦٤)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٨١) وما بعدها، ونهاية المحتاج، للرملي (٣/ ٤٥٢).

والرهن والضمين.

جـ- الشرط الذي ورد النص بجوازه كالخيار ثلاثا.

د- شرط وصف خاص للمعقود عليه ككون الدابة حاملا أو لبونا، جاء في مغني المحتاج: «ولو شرط وصفا يقصد ككون العبد كاتبا أو الأمة أو الدابة حاملا، أو الدابة لبونا أي: ذات لبن صح العقد مع الشرط لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف بها الأغراض» [١].

هـ- أن يبيعه عبدا أو أمة بشرط أن يعتقه المشتري والصحيح المشهور عند الشافعية أن البيع صحيح والشرط لازم.

٢- الشرط الباطل:

وما سوى ذلك من الشروط فهو باطل [٢].

جاء في المهذب: «فإن شرط ما سوي ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى البيع بأن باع عبدا بشرط أن لا يبيعه أو لا يعتقه أو باع دارا بشرط أن يسكنها مدة أو ثوبا بشرط أن يخيطه له... بطل البيع» [٣].

ومن الشروط الباطلة عندهم أيضا أن يشترط ما لا يتعلق به غرض يورث تنازعا ليس فيه نفع لأحد يستحق الانتفاع، وهذا شرط لاغ لا يضر العقد، ولا يفسده ولا يجب الوفاء به [٤].

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٣٨٥).

(٢) الأم، للإمام الشافعي (٣/ ٨٧)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٣٧٦).

(٣) المهذب، للشيرازي «مطبوع مع المجموع» (٩/ ٣٦٧).

(٤) المجموع شرح المهذب (٩/ ٣٦٢)، وأحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٢٤٣).

يبدوا من هذا أن مذهب الشافعية يتقارب جدا مع المذهب الحنفي في تقسيمه للشروط إلا أنه يختلف عنه أمران:

الأول: الشروط عند الحنفية ثلاثا أقسام: صحيحة وفاسدة وباطلة، بينما هي عند الشافعية قسمان: صحيحة وباطلة ولا واسطة بينهما.

الثاني: لم يعتبر الشافعية العرف أصلا تبني عليه الشروط الجعلية صحة وإلزاما على النحو الذي سبق في المذهب الحنفي، مما يجعل مذهب الشافعية أشد تضييقا مقارنة مع نظيره الحنفي الذي أكسبه مبدأ العرف سعة ومرونة.

خامسا: مذهب الحنابلة:

مذهب الحنابلة وعلى التخصيص ابن تيمية وابن القيم أوسع المذاهب في الأخذ بحرية الاشتراط، فقد ذهبوا إلى أن الأصل في الشروط الإذن والإباحة، ولا يمنع منها ويحرم إلا ما نهى عنه الشارع [(١)].

قال الإمام أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «الشرط الواحد لا بأس به في البيع، إنما نهى رسول الله ﷺ عن شرطين» [(٢)].

وقال ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وهاهنا قضيتان من قضايا الشرع الذي بعث الله به رسوله.

إحداهما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائنا ما كان.

---

(١) كشاف القناع (٤/ ١٤١٩ - ١٥٢٠)، الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٣/ ٣٤٧)، والملكية ونظرية العقد، للإمام محمد أبو زهرة (ص ٢٣٥)، والفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٤/ ٣٠٥٥- ٣٠٥٦).

(٢) الغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٢).

والثانية: أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه - وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط - فهو لازم بالشرط»[١].

وقسم الحنابلة الشروط إلى صحيح وباطل[٢]:

١- الشرط الصحيح: عند الحنابلة هو[٣]:

أ- الشرط الذي يقتضيه العقد وهو صحيح بإجماع المذاهب.

ب- الشرط الذي يلائم العقد ويكون من مصلحته فتتعلق به مصلحة العاقدين كالرهن والكفالة.

جـ- الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد وإن لم يكن من مقتضاه ولا من مصلحته فما دام الشرط لا ينافي مقتضى العقد فهو في الأصل صحيح سواء كان العقد يقتضيه أم لا يقتضيه، وسواء لاءم مقتضى العقد أم لم يلائمه.

٢- الشرط الباطل:

ويكون الشرط باطلا في الموضعين التاليين[٤]:

أ- إذا كان الشرط ينافي مقتضى العقد مثل أن يشترط المشتري إن غصبه

---

(١) أعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٣٢٣).

(٢) المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٣ - ٣٢٤)، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري (٣/ ١٦١).

(٣) كشاف القناع عن متن الإقناع (٤/ ١٤١٩ - ١٤٢٠)، والملكية ونظرية العقد، للإمام محمد أبو زهرة (ص ٢٣٥).

(٤) المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٤)، وكشاف القناع (٤/ ١٤٢٣)، والفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي (٤/ ٣٠٥٦)، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. السنهوري (٣/ ١٦٣).

غاصب أن يرجع البائع بالثمن.

ب- إذا كان الشرط منهيا عنه أو مخالفا لحكم الله ورسوله، كاجتماع صفقتين في صفقة، لذا قال بعض الحنابلة عدم جواز اشتراط شرطين في عقد واحد لورود النهي عن ذلك [١].

هذه ضوابط الشروط الصحيحة والباطلة في المذهب الحنبلي، ويقول فيها الدكتور/ نزيه حماد: «وتتجه أصول أحمد المنصوصة منه إلى أن الأصل الشرعي بمقتضى دلائل نصوص الكتاب والسنة هو حرية العقود أنواعا وشروطا، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه المتعاقدان ويشترطانه، ما لم يكن هناك نص أو قياس يمنع من عقد معين أو شرط محدد، فعندئذ يمتنع بخصوصه على خلاف القاعدة، ويعتبر الاتفاق عليه باطلا، كالتعاقد على الربا أو الغرر ونحو ذلك» [٢].

وأضاف بعض الحنابلة شرطا ثالثا وهو: أن يشترط أحدهما على صاحبه عقدا آخر كسلف أو قرض أو بيع أو إجارة أو شكرة لأن هذا من البيعتين في بيعة [٣].

خلاصة آراء المذاهب في حكم تقييد العقود المالية بالشروط:

هذا وإن اختلف الفقهاء في الأصول الضابطة للشروط مع العقود إلا أنه يجمعهم دوائر ثلاثة، دائرة تتميز بالتضييق والتشديد، وهي للظاهرية، ودائرة تتميز بالتوسعة لكن بتحفظ وهي للجمهور، ودائرة تتميز بالتوسعة أكثر سوى ما

---

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٤/ ٣٤٨).

(٢) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د. نزيه حماد (ص ٣٩٢).

(٣) كشاف القناع (٤/ ١٤٢٣).

استثناه الشرع وهي للحنابلة [١].

فأكثر المذاهب الأربعة توسعة للشروط الجعلية المذاهب الحنبلي، فالمالكي يليهم المذهب الحنفي ثم الشافعي.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ في هذا: «القاعدة الثالثة: في العقود والشروط فيها فيما يحل منها ويحرم، وما يصح منها ويفسد، ومسائل هذه القاعدة كثيرة جدا، والذي يمكن ضبطه منها قولان:

أحدهما: أن يقال الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته، فهذا قول أهل الظاهر وكثير من أصول أبي حنيفة تبني على هذا، وكثير من أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد، فإن أحمد قد يعلل أحيانا بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس...

القول الثاني: إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به، وأصول أحمد رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ المنصوص عنه أكثرها تجري على هذا القول ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه» [٢].

---

(١) أحكام المعاملات، د. كامل موسى (ص ١١٩).

(٢) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٣/ ٣٤٤ - ٣٤٧).

المطلب الثاني

الأدلــة

أدلة الرأي القائل بأن الأصل في الشروط الحظر والمنع:

استدل لهذا القول بالكتاب والسنة والمعقول:

أولا: الكتاب:

أما الكتاب: فاستدلوا بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

والشرط عقد فالإلزام بالشرط التقييدي واجب شرعا بمقتضى عموم الآية الكريمة لكن هذا الإلزام بالعقود عامة قد يؤدي إلى إحلال محرم أو تحريم ما أحل الله، إذا لم يكن صحيحا ثابتا بدليل من مصادر الشريعة ابتداء نصا أو دلالة، لذا قالوا: الأصل المنع حتى ينهض بالشرط الدليل المبيح [1].

ثانيا: السنة: أما السنة فاستدلوا منها:

الحديث الاول:

ما حكي عن عبد الوارث بن سعيد، قال: قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال: البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى، فسألته فقال:

---

(١) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. محمد فتحي الدريني (٢/ ٤٤٤).

البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت: يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة؟ فأتيت أبا حنيفة فأخبرته، فقال: لا أدري ما قالا: حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع وشرط»[١] البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال: ما أدري ما قالا، حدثني هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قالت: أمرني النبي ﷺ أن اشتري بريرة فأعتقها»[٢]، البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال: ما ادري ما قالا، حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: «بعت من النبي ﷺ ناقة وشرط لي حملانها إلى المدينة»[٣] البيع جائز والشرط جائز[٤].

وجه الاستدلال من الحديث: أنه ﷺ نهى عن بيع وشرط، فقد ورد النهي في الحديث بصيغة من صيغ العموم، وذلك أن كلمة «شرط» وكلمة «بيع» نكرتان في سياق النهي، وهو في معنى النفي فيفيد أن كل شرط مقترن ببيع يكون منهيا عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي، فيدل على فساد كل بيع وشرط[٥].

---

(١) قال الحافظ ابن حجر: بيض له الرافعي في التذنيب واستغربه النووي، وقد رواه ابن حزم في المحلى والخطابي في المعالم، والطبراني في الأوسط، والحاكم في علوم الحديث، والتلخيص الجبير (٤/ ١٥٢)، وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط وفي عبد الله بن عمرو مقال - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (٤/ ١٥٢)، قال ابن تيمية: قد ذكره جماعة من المصنفين في الفقه ولا يوجد شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء وذكروا أنه لا يعرف وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه، مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٣٢).

(٢) رواه البخاري ومسلم، وسيأتي تخريجه (ص ١٩٠).

(٣)رواه البخاري ومسلم، وسيأتي تخريجه (ص ١٩٩).

(٤) عمدة القاري شرح صحيح البخاري (١١/ ٤١٣).

(٥) أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي (ص ١٦٠).

وأما حديث بريرة فهو حديث خاص بالعتق فيخصص بعموم هذا النص، فيجوز البيع بشرط العتق عند الشافعية [١].

وأما الحنفية فإنهم لم يخصصوه به لأن العام عندهم يعارض الخاص، ويطلب أسباب الترجيح، والمرجح هنا للعام، وهو نهيه ﷺ عن بيع وشرط وهو كونه مانعا، وحديث بريرة مبيح فيحمل على ما قبل النهي لأن القاعدة الأصولية أن ما فيه الإباحة منسوخ بما فيه النهي [٢].

وأما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فقالوا: إن الشرط وهو استثناء حملانه لم يقع في صلب العقد [٣].

الحديث الثاني:

ما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: «دخلت علي بريرة، فقالت: إن أهلي كاتبوني [٤] على تسع أواق [٥] في تسع سنين، في كل سنة أوقية

---

(١) شرح فتح القدير (٦/ ٤٤١)، البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٥/ ١٢٢).

(٢) شرح فتح القدير (٦/ ٤٤٢)، وقاعدة النسخ هذه ليست مسلمة لأن من شروط النسخ العلم بأن النص الناسخ متأخر زمنيا عن النص المنسوخ، وهذا ما لم يتوافر هنا، يراجع: شروط النسخ في: أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي (٢/ ٩٨٢ - ٩٨٥).

(٣) شرح فتح القدير (٦/ ٤٤٢).

(٤) **المكاتبة**: لفظة وضعت للعتق على مال منجم إلى أوقات معلومة يحل كل نجم لوقته المعلوم، وأصلها من الكتب، وهو الجمع، لأنها تجمع نجوما، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم (٣/ ٣٤٠).

(٥) **أواق**: والأوقية: زنة سبعة مثاقيل، وزنة أربعين درهما، وتختلف باختلاف اصطلاح البلاد، وجمعها أواقي، لسان اللسان تهذيب لسان العرب، لابن منظور (٢/ ٧٥٦ - ٧٥٧).

فأعينيني، فقلت لها: إن شاء أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة وأعتقك، ويكون الولاء لي فعلت، فذكرت ذلك لأهلها فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فأتتني فذكرت ذلك قالت: فانتهرتها، فقالت: لا ها الله إذا [١] قالت، فسمع رسول الله ﷺ، فسألني، فأخبرته، فقال: «اشتريها وأعتقيها، واشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق»، ففعلت، قالت: ثم خطب رسول الله ﷺ عشية، فحمد الله، وأثنى عليه بما هو أهله، ثم قال: «أما بعد، فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله ﷻ فهو باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقول أحدهم: أعتق فلانا والولاء لي، إنما الولاء لمن أعتق» [٢].

قال الإمام النووي في وجه استدلال الحديث: إن قوله ﷺ: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط» صريح في إبطال كل شرط ليس له أصل في كتاب الله تعالى، ومعنى قوله: «وإن كان مائة شرط» إنه لو شرطه مائة مرة توكيدا فهو باطل [٣].

فهذا الحديث صريح في بطلان كل شرط ليس له أصل في كتاب الله تعالى أو سنة رسوله ﷺ.

---

(١) لا ها الله إذا: أي: لا والله هذا ما أقسم به، فادخل اسم الله تعالى بين «ها» و «ذا»، شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٤٣).

(٢) أخرجه البخاري، في كتاب المكاتب، باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس (٥/ ٢٢٩)، الحديث رقم: (٢٥٦٣)، ومسلم – واللفظ له – في كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق (١٠/ ١٣٦).

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٤٠).

أما قوله ﷺ: «اشتريها وأعتقيها واشترطي لهم الولاء» فاختلف العلماء في تفسيرها ومما قالوا فيها: إن المراد الزجر والتوبيخ لهم لأنه ﷺ كان بين لهم حكم الولاء وأن هذا الشرط لا يحل فلما ألحوا في اشتراطه ومخالفة الأمر قال لعائشة هذا، بمعنى لا تبالي سواء شرطته أم لا فإنه شرط باطل مردود لأنه قد سبق بيان ذلك لهم [١].

الحديث الثالث:

ما رواه مسلم من حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ نهى عن الثنيا [٢].

والمراد عن الثنيا: الاستثناء في البيع، فيدل على عدم جواز استثناء ما باعه مدة معلومة، كسكني الدار شهرا وما شابهه من الشروط [٣].

ثالثا: الاستدلال بالمعقول:

١- إن الشريعة الإسلامية قد رسمت حدودا وأقامت معالم لرفع الحق، ولتسود المعاملة العادلة بين الناس بلا شطط، ولم تترك أمر الناس فرطا بلا ضوابط ولا حدود ولا قيود تمنع الظلم والغرر والجهالة المفضية إلى النزاع، وكل عقد أو شرط لم يرد به دليل مثبت له من الشرع، أو لا يعتمد على أصوله

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٣٩)، وفتح الباري (٥/ ٢٣٠ - ٢٣١).

(٢) في كتاب البيوع باب النهي عن المحاقلة (١٠/ ١٨٩).

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٩١)، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، سعد الدين الكبي (ص ٦١)، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، د. علي أحمد السالوس (ص ٦١٥).

الثابتة بلا ريب في ثبوتها فهو تعد لحدود الشريعة، وما يكون فيه تعد لحدودها لا تقره، ولا توجب الوفاء به [١].

٢- إن لكل عقد غاية نوعية قد شرع هو وسيلة لتحقيقها كنقل الملكية في البيع وملك المنفعة في الإجارة، وحق الاحتباس في المرهون، وما إلى ذلك، فلو أطلقت للإرادة حريتها في الاشتراط لجاوزت حدود الحق، ولأتت على تلك الغاية بالنقض والإلغاء، وبذلك يصبح العقد بلا معنى من جهة، ويتحقق التعدي على حدود الله فيما أقام سبحانه من مبنى للعدل من جهة أخرى، وما فيه تعد على حدود الله فهو غير مشروع لأنه ظلم، ومن ثم لا يباح شرط إلا إذا ثبتت صحته أولا بدليل مستمد من مصادر الشريعة [٢].

٣- لا ريب أن أقوال المتعاقدين وإرادتهم ليس لها بذاتها قوة الإلزام شرعا بل إنما تستمد هذه القوة من الشارع، إذ هو الذي يرتب الآثار وما لا يقره الشارع بدليل من عنده لا يترتب عليه أي أثر فثبت ما قلنا من أن الأصل المنع حتى تثبت صحة الشرط بالدليل المسوغ [٣].

مناقشة أدلة هذا الرأي:

أولا: يناقش استدلالهم بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، بقولهم: إنه لو جاز الالتزام بالوفاء بكل شرط، بناء على أن الأصل

(١) الملكية ونظرية العقد، الإمام محمد أبو زهرة (ص ٢٢٤).
(٢) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (٢/ ٤٤٧ - ٤٤٨).
(٣) المرجع السابق.

الإباحة، لتضمن هذا النص بعمومه الإلزام بالشرط الباطل الذي يوجب ما حرم الله، وهو ما لا يقول به أحد.

يرد هذا الاستدلال بالآية الكريمة من ناحيتين:

فمن ناحية أولى: إن هذا الدليل حجة عليهم لا لهم، لأن من المقرر أصوليا أن العام يدل على معناه قطعا أو ظنا غالبا، ومن المتفق عليه بين الأصوليين، إن الأصل وجوب العمل بالعام حتى يرد دليل التخصيص، فلو لم يكن الأصل في الشروط الإباحة لما أورد المشرع نص الآية الكريمة بصيغة العموم، ويوجب الوفاء بالشروط عامة، مما يبطل استدلالهم بالآية الكريمة على إثبات أصلهم وهو الحظر [١].

ومن ناحية ثانية: فإن الاتجاه القائل بأن الأصل في الشروط الإباحة والجواز لم يقولوا بوجوب الوفاء بجميع الشروط، بل يستثنون منها ما يخالف شرع الله ويناقض حكمه، فكل شرط يناقض ما هو ثابت بالشرع، أو يتصادم مع نص قطعي يكون مردودا وباطلا، لأن المصلحة التي ينطوي عليها مثل هذا الشرط، ويراد تحقيقها عن طريقه ليست مصلحة معتبرة في نظر الشارع بدليل تصادمها والمصالح الثابتة شرعا، فالنظام الشرعي العام هو الفقه الثابت الذي لا يتغير بتغير الأزمان والمصالح، ما يفرض على المتعاقدين التقيد به وعدم اشتراط أي شرط يتصادم معه [٢].

---

(١) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. محمد فتحي الدريني (٢/ ٤٤٨).
(٢) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (٢/ ٤٥٩).

ثانيا: يناقش استدلالهم بحديث: «أن النبي ﷺ نهي عن بيع وشرط».

بأن هذا الحديث الذي يمكن القول بأنه المستند الرئيسي للاتجاه القائل بأن الأصل في الشروط الحظر والمنع، فقد ضعفه كثير من الفقهاء والمحدثين بل منهم من أنكره أو استغربه [١]، قال البهوتي: أنكره أحمد وقال لا نعرفه مرويا في مسند [٢].

وقال ابن قدامة: بعد أن ذكر الرأي القائل بعدم جواز الاشتراط في العقود واستدلاله بهذا الحديث، قال: «وحديثهم لم يصح، وليس له أصل، وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مرويا في مسند فلا يعول عليه» [٣].

ثالثا: يناقش استدلالهم بقوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل»، بأن الأصل في الشروط الحظر.

يرد علىٰ هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: في بيان معنى الحديث، حيث اختلفت عبارات العلماء وشراح كتب الحديث في بيان معنى الشرط الذي ليس في كتاب الله لكنها تتقارب، وهو أن كل شرط ليس في كتاب الله أو ليس في شرع الله ودينه، وهو كل شرط خالف حكم الله وأمره، أو كان منافيا لقواعد الشريعة ومقاصدها - فهو بالط وليس المراد كل شرط لم يذكر في كتاب الله نصا [٤].

---

(١) التلخيص الحبير، لابن حجر (٤/ ١٥٢).

(٢) كشاف القناع (٤/ ١٤٢١).

(٣) المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٣).

(٤) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٤٠)، وعون المعبود (٧/ ٧١).

جاء في معالم السنن «وقوله: ما بال قوم يشترطون شروطا ليست في كتاب الله «يريد: أنها ليست من حكم الله، وعلى موجب قضاياه، ولم يرد أنها ليست في كتاب الله مذكورة نصا» [١].

ويؤيد على أن المراد كل شرط خالف كتاب الله ما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «والدليل على ذلك قوله ﷺ: «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 حرم الله تعالى، وأما إذا لم يكن المشروط مما حرمه الله فلم يخالف كتاب الله وشرطه حتى يقال كتاب الله أحق وشرط الله أوثق، فيكون المعنى من اشتراط أمرا ليس في حكم الله أو في كتابه بواسطة أو بغير واسطة فهو باطل، لأنه لابد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط» [٢].

الوجه الثاني: سبب ورود هذا الحديث: وذلك أن أهل بريرة باعوها لعائشة بشرط أن يكون ولاؤها لهم، وهذا شرط مخالف لمقصود الشارع وأمره، إذ قد ورد على لسان رسول الله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»، فيحمل قول الرسول ﷺ: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»، على الشرط المخالف لشرع الله والمنافي لحكمه والمناقض لمقصود الشارع [٣].

---

(١) معالم السنن، للخطابي (٤/ ٦٦).
(٢) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٣/ ٣٥٧).
(٣) أعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٣٢٣).

رابعا: يناقش استدلالهم بأن النبي ﷺ نهي عن الثنيا، والمراد بها النهي عن الاستثناء في البيع.

يرد على هذا الاستدلال بأن الاستثناء المنهي عنه هو الاستثناء المجهول كأن يقول: بعتك هذه الأشجار والأغنام والثياب ونحوها إلا بعضها فلا يصح البيع لأن الاستثناء مجهول، وأما إذا كان الاستثناء معلوما كأن يقول: بعتك هذه الأشجار إلا هذه الشجرة فهذا جائز باتفاق العلماء [(١)]، لما رواه جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة وعن الثنيا إلا أن تعلم» [(٢)].

خامسا: إن استدلالهم بالمعقول: بأن الشريعة أقامت معالم لرفع الحق لتحقيق التوازن العادل بين الطرفين وإن أي تغيير لهذه الحدود والمعالم يعتبر تعد لحدود الشارع ومنافاة لمقصود العقد، وبذا تنتفي الحكمة المعقولة من ترتيب الشارع آثار العقد عند إنشائه.

يجاب عن هذا بأن القائلين بأن الأصل في الشروط الإباحة لم يقولوا بجواز جميع الشروط، بل وضعوا ضوابط للشرط الصحيح وأوجبوا النظر في الأدلة الشرعية قبل الحكم على الشرط والعمل به، حتى يتبين لنا وجه صحته أولا، حتى إذا انتفى الدليل المحرم حكمنا بصحته ووجوب الوفاء بموجبه [(٣)].

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٩١)، وعون المعبود شرح سنن أبي داود (٦/ ٢٧٥ - ٢٧٦).

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب في المخابرة (٦/ ٢٧٦)، الحديث رقم: (٣٤٠٢)، والترمذي في البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثنيا (٣/ ٥٨٥)، قال الألباني: صحيح، صحيح سنن أبي داود (٣/ ٢٦٢).

(٣) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، د. محمد فتحي الدريني (٢/ ٤٦٢).

أدلة الرأي القائل بأن الأصل في الشروط الإباحة:

استدلوا بالقرآن والسنة والآثار والقياس والمعقول:

أولا: القرآن الكريم: استدلوا بالآيات التالية:

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، فهذه الآية الكريمة أوجبت الوفاء بكل عقد دون استثناء، أي: أنها نصت على مبدأ القوة الإلزامية للعقد، وأوجبت على الإنسان الوفاء بعقده الذي باشره بإرادته الحرة، فيصبح العقد ملزما له بنتائجه ومقيدا لإرادته حفظا على مبدأ استقرار التعامل، والشرط عقد.

وهذا يدل على أن تحريم شيء من العقود أو الشروط التي يتعامل بها الناس تحقيقا لمصالحهم بغير دليل شرعي، تحريم لما لم يحرمه الله، فيكون الأصل في العقود والشروط هو الإباحة [(١)].

٢- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩].

نصت الآية الكريم على أن كل تجارة يوجد فيها الرضا فهي مباحة تثبت لكلا المتعقدين حقوقا مالية، لأنه لم يشترط في التجارة إلا التراضي، إذ هو حكم معلق على مشتق مناسب، فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، فكل ما يطلق عليه اسم التجارة من العقود يجب الوفاء بما يشتمل عليه من التزام بالنص، وكل ما يشبه التجارة واجب الوفاء أيضا بمقتضى القياس عليه ما دام قد تحقق مناط الجواز وهو الرضا [(٢)].

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٤/ ٣٠٤٩).

(٢) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٣/ ٣٥٥)، الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة (ص ٢٢٥).

ثانيا: الحديث: استدلوا من الأحاديث بما يلي:

الحديث الأول:

عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، والمسلمون على شروطهم أو عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» [١].

ففي هذا الحديث إخبار عن النبي ﷺ بأن المسلمين وافقون عند شروطهم وملتزمون بها، وهذا يعني أن الوفاء بما يشترطونه من شرط واجب عليهم ما لم يكن يحرم حلالا أو يحل حراما [٢]، مما يدل على أن الأصل في الشروط الجعلية الصحة والجواز.

الحديث الثاني:

عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فأراد أن يسيبه، قال: فلحقني النبي ﷺ فدعا لي، وضربه، فسار سيرا لم يسر مثله، قال: «بعنيه بوقية»، قلت: لا، ثم قال: «بعنيه»، فبعته بوقية، واستثنيت عليه حملانه [٣] إلى أهلي، فلما بلغت أتيته بالجمل، فنقدني ثمنه، ثم رجعت، فأرسل في أثري، فقال: «أتراني ماكستك [٤] لآخذ جملك، خذ جملك، ودراهمك فهو لك» [٥].

---

(١) تقدم تخريجه في (ص ٧٦).

(٢) نيل الأوطار، للشوكاني (٥/ ٣٠٨)، وسبل السلام، للصنعاني (٢/ ٧١).

(٣) **حملانه**: الحملان: بضم المهملة: الحمل، أي: استثنيت حمله إياي، فتح الباري (٥/ ٣٨٤).

(٤) **ماكستك**: المماسكة: هي المكالمة في النقص من الثمن، وأصلها النقص، ومنه «مكس الظالم»، وهو ما ينقصه ويأخذه من أموال الناس، شرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٣٦).

(٥) أخرجه البخاري، في كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز

وفي رواية عن جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنه شرط ظهره إلى المدينة» [١].

فهذا الحديث دليل على جواز بيع الدابة مع اشتراط البائع لنفسه ركوبها [٢].

الحديث الثالث:

عن عقبة بن عامر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» [٣].

دل الحديث على استحقاق الشروط كلها للوفاء بها، وأن الشروط المقترنة بعقد النكاح أحق بالوفاء بها من غيرها من الشروط التي تقترن بالبيع أو الإجارة أو غيرهما لأن أمر النكاح أحوط وبابه أضيق [٤].

ثالثا: الآثار:

استدل هذا الاتجاه بآثار عن الصحابة والتابعين، ومن تلك الآثار:

١- ما جاء في فتح الباري أن رجلا جاء إلى عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فقال: يا أمير المؤمنين تزوجت هذه وشرطت لها دارها، وإني أجمع لأمري - أو لشأني - أن أنتقل إلى أرض كذا وكذا، فقال: «لها شرطها»، فقال الرجل:

=

(٥/ ٣٨١)، الحديث رقم: (٢٧١٨)، ومسلم - واللفظ له - في المساقاة، باب بيع العبير واستثناء ركوبه (١١/ ٣٣).

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٣٨١).

(٢) فتح الباري (٥/ ٣٨٢)، وشرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٣٥)، وعون المعبود شرح سنن أبي داود (٥/ ٣٦٣).

(٣) أخرجه البخاري في النكاح، باب الشروط في النكاح (٩/ ١٤٠)، الحديث رقم (٥١٥١)، ومسلم في النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح (٩/ ٢٠١).

(٤) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٣/ ٣٥١)، فتح الباري (٩/ ١٤١).

هلك الرجل إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت، فقال عمر: «المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم» [١]، وفي رواية: «إن مقاطع الحقوق عند الشروط، ولها ما اشترطت» [٢].

٢- عن نافع بن عبد الحارث عامل عمر على مكة أنه اشترى من صفوان بن أمية دارا لعمر بن الخطاب بأربعة آلاف درهم، واشترط عليه نافع إن رضي عمر فالبيع له، وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم [٣].

٣- ذكر الإمام أحمد أن محمد بن مسلمة الأنصاري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ اشترى من نبطي [٤]، حزمة حطب، واشترط عليه حملها إلى قصر سعد [٥].

٤- عن محمد بن سيرين رَحِمَهُ اللَّهُ، قال: قال رجل لكريه: أرحل ركابك، فإن لم ارحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: «من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه» [٦].

ووجه الاستدلال: إن في هذه الآثار دلالة على جواز الشروط الجعلية، وإن

---

(١) أخرجه البخاري معلقا، وذكره ابن حجر موصولا، فتح الباري (٩/ ١٤١).

(٢) أخرجه البخاري معلقا في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر، صحيح البخاري مع فتح الباري (٥/ ٣٩٢).

(٣) أعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٣٢٢ - ٣٢٣).

(٤) نبطي: النبط: ظهور الشيء بعد خفائه، والنبطي: وجمعه أنباط يطلق على غير العرب وعلى المشتغلين بالزراعة، المعجم الوسيط (٢/ ٩٣٣).

(٥) أعلام الموقعين (٣/ ٣٢٣).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الشروط باب ما يجوز من الاشتراط والثليا في الإقرار، صحيح البخاري، مع فتح الباري (٥/ ٤٣).

جواز الشروط المقترنة بالعقود كان شائعا بين فقهاء الصحابة والتابعين، ولم ينقل عنهم فتاوى تخالف ذلك.

بل إن قول عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إن مقاطع الحقوق عند الشروط»، وقول شريح القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه»، فيهما دلالة واضحة على أن الأصل في الشروط الصحة، ولزوم الوفاء بها، ما دام لا تخالف كتاب الله ولا تنقاض أحكامه.

رابعا: القياس:

قاس ابن قيم الجوزية رَحِمَهُ اللَّهُ: الشرط على النذر، فقرر على أن الشروط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب العالمين لا يحرم منها ويبطل إلا ما خالف كتاب الله وناقض حكمه، ومما قاله في ذلك: «إن الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر، والنذر لا يبطل منه إلا ما خالف حكم الله وكتابه، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله، والالتزام به أوفى من الالتزام بالنذر» (١).

وقال أيضا: «وهاهنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع الذي بعث الله به رسوله:

إحداهما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائنا ما كان.

والثانية: أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه - وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط - فهو لازم بالشرط، ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء، وقد دل عليهما كتاب الله وسنة رسوله ﷺ واتفاق الصحابة، ولا تعبأ بالنقض بالمسائل المذهبية والأقوال الآرائية فإنها لا تهدم قاعدة من قواعد

(١) أعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٣٢٣).

الشرع، فالشروط في حق الملكفين كالنذر في حقوق رب العالمين، فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر، وكذلك كل شرط قد جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط فمقاطع الحقوق عند الشروط، وإذا كان من علامات النفاق إخلاف الوعد وليس بمشروط فكيف الوعد المؤكد بالشرط؟، بل ترك الوفاء بالشرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر» [(١)]، والله أعلم.

خامسا: المعقول:

استدلوا بالمعقول بما يلي [(٢)]:

١- إن العقود والشروط الجعلية التي تقترن بها هي من الأفعال التي تسمى في لسان الفقهاء بالعادات، وليست من العبادات، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، لأنه ينظر إلى عللها ومعانيها لا إلى النصوص والآثار، لأن أحكامها معللة بمصالح الناس وإقامة العدل بينهم ودفع الفساد ورفع الحرج والمشقة عنهم، ومن هنا كان للأعراف مدخل في بناء الأحكام لاستنادها في الأصل إلى المصالح شريطة أن لا يصادم نصا خاصا في موضوعه.

٢- إن مما يدل على أن الأصل العام في المعاملات - عقودا وشروطا -

---

(١) المرجع السابق (٣/ ٣٢٣ - ٣٢٤).

(٢) الموافقات، للشاطبي (٢/ ٥٨٥) وما بعدها، والفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٣/ ٣٥٣) وما بعدها، والملكية ونظرية العقد، أبو زهرة (ص ٢٢٥- ٢٢٧)، وبحوث مقارنة في الفقه الإسلامية وأصوله، د. محمد فتحي الدريني (٢/ ٤٥٤)، وموسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية (١/ ٢٢١) وما بعدها.

الإباحة هو وجودها قبل ورود الشرع، فيحكم على كل عقد مستحدث أو شرط يقترن به بالإباحة استصحابا للأصل، حتى يرد الدليل المغير فالأصل في المعاملات إذن هو الحال العام والمنع استثناء بالدليل.

٣- إذا حرمنا العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي، كنا محرمين ما لم يحرمه الله، فإن الله قد حرم أن يشرع من الدين ما لم يأذن به، فلا يشرع عادة إلا بشرع ولا يحرم عادة إلا بتحريم الله، والعقود في المعاملات والشروط التي تقترن بها هي من العادات يفعلها المسلم والكافر، وإن كانت فيها قربة من وجه آخر فليست من العبادات التي يفتقر فيها إلى شرع، يرشد إلى هذا أن الله تعالى قد بين ما حرمه تفصيلا، لقوله سبحانه: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩]، فبقي ما عداه على أصل الإباحة دون تفصيل، لأن المباح لا حصر له، فبانتقاء التحريم يصح الشرط لأن التحريم هو آية الفساد ومناطه.

مناقشة أدلة هذا الاتجاه:

أولا: يناقش استدلالهم بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، بأن الوفاء بجميع العقود ليس على عمومه ولا على ظاهره، فمن عقد عقدًا على معصية فحرام عليه الوفاء بها، وما دام لا شك في هذا فإن كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل والباطل محرم، وكل محرم لا يحل الوفاء به [(١)]، وإن تراضي

(١) الاشتراط في وثيقة الزواج، د. رشدي شحاته أبو زيد (ص ١٢٦)، ط: دار الفكر العربي.

به المتعاقدان لأن الرضا وحده ليس مناط التحليل والتحريم.

ويمكن الرد على ذلك بأن الآية الكريمة ليست على عمومها وإنما هي مخصصة بالعقود والشروط التي نهى الله تعالى عنها فقط، وفيما عدا ذلك فإن العام يبقى على عمومه وهو وجوب الوفاء بجميع العقود والشروط أيا كان نوعها، ما دام لم يرد نص خاص بشأن العقد المبرم أو الشرط المشروط، يؤكد هذا المعنى قوله ﷺ: «إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما» أي: إلا شرطا خالف نصا محللا أو نصا محرما [١].

ثانيا: يناقش استدلالهم بقوله ﷺ: «المسلمون علىٰ شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما» من ناحيتين:

أ- من ناحية السند: هذا الحديث لا يقوى على الاستدلال به، لأنه من رواية كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، قال عنه الشافعي هو ركن من أركان الكذب [٢].

ويرد على هذا بأن الحديث ورد بعدة طرق يقوي بعضها بعضا، لذا صححه كثير من المحدثين [٣].

ب- من ناحية المتن: لو فرضنا جدلا صحة سند هذا الحديث فليس فيه ما يدل على أن الأصل في الشروط الإباحة، لأن شروط المسلمين هي الشروط التي أباحها الله لهم لا التي نهاهم عنها، وأن الرسول ﷺ نص على أن كل شرط

---

(١) المرجع السابق.

(٢) سبل السلام شرح بلوغ المرام، للصنعاني (٢/ ٧٠).

(٣) يراجع تخريج الحديث في (ص ٧٦).

ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل، ولذا فهو ليس من شروط المسلمين [١].

ثالثا: يناقش الاستدلال بحديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ اشترىٰ منه بعيرًا وشرط جابر ظهره إلىٰ المدينة.

يناقش هذا الاستدلال بعدة تأويلات [٢]:

الأول: لم يكن استثناء ظهره في البيع شرطا بل أعاره النبي ﷺ بعد البيع، كما جاء في بعض الروايات عن جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: بعت النبي ﷺ جملا وافقرني ظهره إلى المدينة [٣].

قال الإمام البغوي [٤] رَحِمَهُ اللَّهُ: «والإفقار في كلام العرب: إعارة الظهر للركوب ومنه اشتق فقار الظهر.. ويشبه أن يكون إنما رواه من رواه بلفظ الشرط لأنه إذا وعده الإفقار والإعارة كان ذلك أمرا لا يشك في الوفاء به، فعبر عنه بالشرط الذي لا خلف فيه» [٥].

وصرحت رواية للنسائي الإعارة من طريق ابن عيينة عن أيوب قال: «قد أخذته بكذا وكذا وقد أعرتك ظهره إلى المدينة» [٦].

---

(١) الاشتراط في وثيقة الزواج، د. رشدي شحاته أبو زيد (ص ١٢٦).

(٢) شرح السنة، للبغوي (٤/ ٣١٨)، وشرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٣٦)، والبيان في فقه الإمام الشافعي، للعمراني (٥/ ١٢٦).

(٣) شرح السنة، للبغوي (٤/ ٣١٨).

(٤) **البغوي**: هو الحسين بن مسعود بن محمد محي السنة البغوي، فقيه محدث مفسر، ولد سنة ٤٣٦ هـ، وتوفي ٥١٠ هـ، من كتبه: التهذيب، وشرح السنة، ولباب التأويل في معالم التنزيل، الأعلام، للزركلي (٢/ ٢٥٣).

(٥) شرح السنة، للبغوي (٤/ ٣١٨).

(٦) أخرجه النسائي في كتاب البيوع، باب البيع يكون فيه الشرط (٤/ ٢٨٠)، ط: دار الحديث =

الثاني: إنه لم يجر بينهما بيع حقيقة، فإنه لم يوجد هناك تسليم ولا قبض، وإنما أراد النبي ﷺ أن ينفعه بشيء فاتخذ بيع الجمل ذريعة إلى ذلك، بدليل أنه قال له حين أعطاه الثمن «خذ جملك» مما يدل على أن الجمل كان ملكا له لم يزل عنه.

الثالث: قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ويحتمل أن الشرط لم يكن في نفس العقد وإنما يضر الشرط إذا كان في نفس العقد، ولعل الشرط كان سابقا فلم يؤثر، ثم تبرع النبي ﷺ بإركابه» (١).

فلهذه الاحتمالات ذهب الحنفية والشافعية إلى أن هذا الحديث لا يصح الاحتجاج به بجواز بيع الدابة مع اشتراط البائع لنفسه ركوبها، فضلا عن استدلاله على أن الأصل في الشروط الإباحة.

ويمكن رد هذه المناقشة بأمرين:

الأول: إن القول بأن البيع لم يتم غير صحيح لأن جابرًا رضي الله شرط ظهره إلى المدينة فلما وصلوا المدينة وأتاه إلى النبي ﷺ أخذ منه الجمل ونقده ثمنه وانصرف جابر بحيث لا يستطيع النبي ﷺ أن ينادي عليه بدليل ما جاء برواية البخاري «ثم انصرفت فأرسل على أثري» (٢)، فالبيع قد تم فعلا بعد ذلك ثم وهب النبي ﷺ الجمل لجابر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ (٣).

=

وهي رواية ضعيفة فيها أبو الزبير وهو مدلس وقد عنعن سنن النسائي بشرح الإمامين السندي والسيوطي مع تحقيق جماعة من العلماء (٤/ ٢٧٩)، ط: دار الحديث.

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٣٦).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز (٥/ ٣٨١).

(٣) الاشتراط في وثيقة الزواج، د. رشدي شحاته أبو زيد (ص ١٣٢).

الثاني: أما اختلاف روايات الحديث حيث ذكرت بعضها الاشتراط، وبعضها الآخر الإعارة فيقول الإمام البخاري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «الاشتراط أكثر وأصح عندي» [(١)].

قال الحافظ ابن حجر العسقلاني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «أي أكثر طرقا وأصح مخرجا، وأشار بذلك إلى أن الرواة اختلفوا عن جابر في هذه الواقعة هل وقع الشرط في العقد عند البيع أو كان ركوبه للجمل بعد بيعه إباحة من النبي ﷺ بعد شرائه على طريق العارية، وأصح ما وقع في ذلك رواية النسائي المذكورة، لكن اختلف فيها حماد بن زيد وسفيان بن عيينة، وحماد أعرف بحديث أيوب من سفيان، والحاصل أن الذين ذكروه بصيغة الاشتراط أكثر عددا من الذين خالفوهم، وهذا وجه من وجوه الترجيح فيكون أصح، ويترجح أيضا بأن الذين رووه بصيغة الاشتراط عندهم زيادة وهم حفاظ فتكون حجة وليس رواية من لم يذكر الاشتراط منافية لرواية من ذكره، لأن قوله: «لك ظهره»، و «أفقرناك ظهره» و «يبلغ عليه» لا يمنع وقوع الاشتراط قبل ذلك» [(٢)].

رابعا: يناقش استدلالهم بحديث: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» بأنه اتباعا للسنة إنما يوفي من الشروط ما يتبين أنه جائز، ولم تدخل السنة على أنه جائز فلا يجب الوفاء به [(٣)].

ويناقش القائلون بأن الأصل في الشروط الحظر استدلال هذا الرأي من الآثار والمعقول بنفس الأدلة التي سبقت لهم، حيث يرون أن التراضي وحده غير كاف من حيث اعتباره مناطا للحل والمشروعية في العقود والشروط لتنتج آثارها الملزمة بل لا بد مع ذلك أن يكون لها دليل مع الشرع.

---

(١) صحيح البخاري مع فتح الباري (٥/ ٣٨٢).

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري (٥/ ٣٨٦ - ٣٨٧).

(٣) الاشتراط في وثيقة الزواج، د. رشدي شحاتة أبو زيد (ص ١٢٩).

الترجيح

بعد مناقشة أدلة الفريقين يرى الباحث: أن المذهب الراجح هو القائل بأن الأصل في الشروط الجعلية الإباحة، وذلك لقوة أدلته كما سبق تفصيلها، لأن أدلة الرأي القائل: بأن الأصل في الشروط الحظر والفساد لم تثبت أمام النقاش الصحيح المبني على القواعد والضوابط العلمية، فلم يسلم منها دليل يصلح للتمسك به، يضاف إلى ذلك الأسباب التالية:

١- إن القرآن الكريم صرح بأن المحرم - في المعاملات - هو الذي فصلت أحكامه، لا المباح أو المشروع، بقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩]، لأن المباح لا حصر له.

٢- ورد عن النبي ﷺ، أنه قال: «إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدودا فلا تعتدوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة لكم من غير نسيان فلا تبحثوا عنها» [(١)].

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ١٢٢)، والدار قطني (٤/ ٨٣)، قال ابن رجب الحنبلي: «هذا الحديث من رواية مكحول عن أبي ثعلبة الحسني، وله علتان: إحداهما: أن مكحولا لم يصح له السماع عن أبي ثعلبة.. والثانية: أنه اختلف في رفعه ووقفه على أبي ثعلبة، قال الدراقطني: الأشبه بالصواب المرفوع؛ وقد حسنه الشيخ - أي النووي - وكذلك حسن قبله الحافظ أبو بكر السمعاني في أماليه» جامع العلوم والحكم (ص ٣٤٨).

فالحديث دليل على أن ما يوجبه الشرع ولم يحرمه فإنه معفو عنه، جاء في جامع العلوم والحكم: «وقوله في الأشياء التي سكت عنها: «وسكت عن أشياء رحمة لكم من غير نسيان» يعني أنه سكت عن ذكرها رحمة بعباده ورفقا حيث لم يحرمها عليهم حتى يعاقبهم على فعلها ولم يوجبها عليهم حتى يعاقبهم على تركها بل جعلها عفوا، فإن فعلوها فلا حرج عليهم وإن تركوها فكذلك» [(١)].

فعلى هذا الأساس يكون القول بأن الأصل في الشروط الحظر مخالفا لنص الحديث.

٣- إن القول بأن الأصل في الشروط الإباحة يساير الزمن الذي نعيشه، والذي اتسعت فيه ضروب المعاملات، وتشعبت أنواعها، ووجدت الاشتراطات فيها التي لم تكن موجودة في الأزمنة السابقة، حتى أصبحت الشروط الجعلية قرين كل عقد، إذ تفنن الناس في الشروط والعقود تفننا باعد بين العقود وأصولها المذكورة في الكتب الفقهية، وهذا يلزمنا القول بجواز الشروط الجعلية التي تدعوا إليها المصلحة ما لم تكن منافية لمقتضى العقد أو النظام الشرعي العام في قواعده ومقاصده، حيث تؤدي هذه الشروط دورا مهما في تنفيذ العقود وحفظ الحقوق والحيلولة دون التلاعب بالالتزامات المتقابلة.

وقد رجح هذا القول كثير من العلماء والباحثين المعاصرين [(٢)].

---

(١) جامع العلوم والحكم، لابن رجب الحنبلي (ص ٣٦٠)، ط: دار التوزيع والنشر الإسلامية – القاهرة.

(٢) منهم: العلامة محمد أبو زهرة في: الملكية ونظرية العقد (ص ٢٢٨)، والشيخ علي الخفيف في: أحكام المعاملات الشرعية (ص ٢٣٥)، والدكتور/ وهبة الزحيلي في: الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٣٠٤٩)، والدكتور/ محمد فتحي الدريني في: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (٢/ ٤٦٣)، والدكتور/ نزيه حماد في: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (ص ٣٩٤)، والدكتور/ =

المبحث الثاني
حكم تعليق العقود المالية على الشروط الجعلية

تمهيد

إن التعليق كما يفيده تعريف الفقهاء هو: ربط حصول أمر بحصول أمر آخر [1].

فهو يقتضي وقوع الأمر المعلق عند تحقق الشرط المعلق عليه، كما يقتضي دوام انتفائه ما دام الشرط معدوما: أي إن المشروط مرتبط بالشرط وجودا وعدما [2].

وهناك مسألة ينبغي بيانها قبل التعرض لأنواع العقود القابلة للتعليق وغير القابلة للتعليق وهي طبيعة العقد المعلق على شرط ومدى انعقاده قبل تحقق الشرط المعلق عليه.

يمكن القول إن هناك نظريتين رئيسيتين في الفقه الإسلامي بالنسبة للمركز القانوني للمتعاقدين قبل تحقق الشرط.

أما النظرية الأولى فتذهب إلى أن العقد المعلق على شرط غير موجود قبل تحقق الشرط، فلذا لا حق للمتعاقدين قبل تحقق هذا الشرط.

=

عبد الحميد محمود البعلي في: ضوابط العقود (ص ٢٩٨)، والدكتور/ علي أحمد السالوس في: فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر (ص ٦٢٦)، والدكتور / محمد مصطفى أبوه الشنقيطي في: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (١/ ١٢٨ - ١٢٩)، وغيرهم.

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم مع شرح الحموي (٤/ ٤٠).

(٢) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا (١/ ٥٠٥).

وأما الثانية فترى أن العقد المعلق هو عقد قائم وموجود منذ لحظة إبرامه [١].

أولا: العقد المعلق غير موجود قبل تحقق الشرط:

ذهب الحنفية إلى أن العقد المعلق على شرط هو عقد لا وجود له قبل تحقق الشرط، لذلك يقولون، «المعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط» [٢].

ويقولون: «الشرط يدل على ثبوت الحكم عند وجوده فقط» [٣].

ولذلك يمكن القول إن العقد المعلق يعتبر غير موجود قبل تحقق الشرط في الفقه الحنفي [٤].

ثانيا: العقد المعلق موجود ولكن حكمه يتأخر:

يرى المالكية والشافعية إلى أن العقد المعلق موجود ولكن حكمه يتأخر إلى حين حدوث واقعة مستقبلة محتملة [٥].

وهذا هو معنى تنزيل الشافعية التعليق منزلة الإضافة إذ يقصد به أن الصيغة المضافة أو المعلقة في كليهما تنعقد سببا في الحال ولكن أثرها يرجأ بسبب

---

(١) الالتزامات في الشرع، أحمد إبراهيم بك (ص ١٧٣)، والشرط كوصف للتراضي، د. محمد شتا أبو سعيد (ص ٣٢٢).

(٢) كشف الأسرار عن أصول البزدودي، للبخاري (٢/ ٢٧١).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق، والالتزامات في الشرع، أحمد بك إبراهيم (ص ١٧٣)، والمدخل للفقه، د. مدكور (ص ٤٤١).

(٥) حاشية القليوبي على شرح المنهاج (٣/ ٣٥٠)، وأحكام المعاملات الشرعية على الخفيف (ص ٢٤٢)، والشرط كوصف للتراضي، د. محمد شتا أبو سعد (ص ٣٢٥)، والالتزامات في الشرع، أحمد إبراهيم بك (ص ١٧٣ - ١٧٤).

التعليق لحين حلول الأجل أو تحقق الشرط [١].

وتظهر ثمرة الخلاف في الأثر الرجعي [٢]، لتحقق الشرط.

فعند المالكية والشافعية يعتبر العقد المعلق عقدا قائما من وقت إبرامه غاية ما في الأمر أنه لا يمكن تنفيذه قبل تحقق الشرط.

بينما يرى الحنفية أن العقد المعلق لا ينعقد ولا يكون له وجود منذ صدور الصيغة وإلى أن يتحقق الشرط فإذا تحقق الشرط انعقد العقد وترتبت عليه آثاره من وقت تحقق الشرط فقط بمعنى أن تحقق الشرط ليس له أثر رجعي في الفقه الحنفي [٣].

وقد رجح الشيخ على الخفيف مذهب الشافعية وقال: «وذهب الشافعي إلى أنه لا فارق بين التعليق والإضافة، وأن كلا من العقد المضاف والعقد المعلق سبب في الحال وإنما يتأخر حكمه بسبب الإضافة في المضاف وبسبب التعليق في المعلق ورأيه وجيه فإن ترتب الآثار على العقود كما بينا ترتب شرعي والشارع قد أخرها في الحالين فالتفريق بينهما ليس له دليل سليم» [٤].

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية (ص ٢٤٢- ٢٤٣).

(٢) **الأثر الرجعي**: هو في القانون: سريان القانون الجديد على المدة التي سبقت صدوره، المعجم الوسيط (١/ ٥).

(٣) أحكام المعاملات الشرعية (ص ٢٤٢)، والمدخل للفقه، د. مدكور (ص ٤٤١) وما بعدها، والشرط كوصف للتراضي، د. محمد شتا أبو سعد (ص ٣٢٣).

(٤) أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٢٤٣).

المطلب الأول

العقود المالية التي لا تقبل التعليق بالشروط الجعلية

تنقسم العقود المالية التي لا تقبل التعليق بالشروط الجعلية إلى قسمين [1]:

الأول: ما لا يصح تعلقه بالشرط مطلقا، ويشمل ما يأتي:

١ - عقود التمليكات:

كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والهبة.

فالقاعدة عند الشافعية أنه: «ما كان تمليكا محضا لا مدخل للتعليق فيه قطعا كالبيع» [2].

وقال القرافي: «ولا يصح التعليق عليه - أي البيع - بأن يقول: إن قدم زيد فقد بعتك ولا آجرتك، بسبب أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق» [3].

وقال البهوتي - من فقهاء الحنابلة -: «النوع الثالث من الشروط الفاسدة: أن يشترط البائع شرطا يعلق البيع عليه، كقوله: بعتك إن جئتني بكذا، أو بعتك إن رضي فلان... أو يقول الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك محله - بكسر الحاء

---

(١) غمز عيون البصائر، للحموي (٤/ ٤١)، والأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٠٧)، والفروق، للقرافي (١/ ٣٨٣)، والالتزامات في الشرع أحمد إبراهيم بك (ص ١٧٧)، والمدخل للفقه، د. مدكور (ص ٤٣٧ - ٤٣٨)، والملكية ونظرية العقد، محمد أبو زهرة (ص ٢٥١ - ٢٥٢).

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٠٦).

(٣) الفروق، للقرافي (١/ ٣٨٣ - ٣٨٤).

أي أجله - وإلا فالرهن لك مبيعا بمالك من الدين فلا يصح البيع» [١].

ويقول في تعليل ذلك: «لأن مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع والشرط هنا: يمنعه» [٢].

يتبين من هذه النصوص الفقهية أن الشائع في كتب فقهاء المذاهب الأربعة عدم جواز تعليق عقود التمليكات بالشرط إلا أنهم يستثنون من ذلك بعض الأحوال.

٢- التقييدات: كعزل الكيل والحجر على الصبي المأذون له بالتجارة فلا يجوز تعليقها بالشرط مثل: إن قدم فلان فقد عزلتك، أو إن جاء وكيلي فقد حجرت عليك [٣].

٣- التبرعات كالهبة والقرض: فلا يجوز تعليقها على شرط أيضا كقوله: وهبت لك داري إن نجحت في الامتحان، أو إذا بعت لي دارك بألف جنيه أقرضتك ألف جنيه أخرى [٤].

وأجاز المالكية تعليق الهبات بالشرط حيث نصوا على أنه إن قال: «إن شفاني الله من مرضي فلك ألف درهم فهذا يقضى عليه لأنها بر وما كان على هذا الوجه يقضى به على قائله، وكذا الذي يقول: إن قدمت فلك ألف دينار لأن هذه عطية محضة غير متعلقة بيمين ولا معاوضة» [٥].

---

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع (٤/ ١٤٢٥).

(٢) المصدر السابق.

(٣) جامع الفصولين، لابن قاضي سماوه (٢/ ٢)، الالتزامات في الشرع، أحمد إبراهيم بك (ص ١٧٨).

(٤) الالتزامات في الشرع، أحمد إبراهيم بك (ص ١٧٨).

(٥) تذكرة الحكام في البحث في الوعد والالتزام، للمرحوم عبد السلام السميج (ص ٦٩)، ط: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - المغرب.

ويستثنى بعض الفقهاء من الحظر السابق بعض الحالات منها:

١- يستثنى الحنفية من الحظر حالة تعليق البيع على شرط رضا الغير الموقوت بمدة معينة لا تزيد عن ثلاثة أيام، جاء في حاشية ابن عابدين: إن تعليق البيع لا يجوز «إلا في صورة واحدة وهي أن يقول: بعت منك هذا إن رضي فلان، فإنه يجوز إن وقته بثلاثة أيام لأنه اشتراط الخيار لأجنبي وهو جائز» [(١)].

٢- يجيز المالكية تعليق البيع على مشاورة شخص غير بعيد بعدا يفضي إلى الجهل، جاء في شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: «إن البيع إذا وقع على شرط مشاورة شخص بعيد عن موضع العقد فإنه فاسد للجهل بالمدة، والمراد بالبعد أن لا يعلم ما عنده إلا بعد فراغ مدة الخيار» [(٢)].

٣- ويستثنى الشافعية من حظر تعليق البيع على شرط حالة التعليق على مشيئة المشتري أو على ثبوت ملكية البائع للمبيع، أو حالة البيع الضمني، مثل أن يقول: أعتق عبدك عن على مائة إذا جاء رأس الشهر [(٣)].

الثاني: ما لا يصح تعليقه إلا بالشرط الملائم: وهذا عند الحنفية إذ أن من العقود ما لا يصح تعليقها على مطلق الشرط بل على الشرط الذي يتناسب مع مقتضى العقد شرعا أو عرفا بأن كان أساسا لوجود العقد نفسه أو كان سببا لثبوت الحق وذلك في عقود الالتزامات التي يكون متبرعا بها غير ملزم عند

---

(١) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٤/ ٢٣٣).

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل (٤/ ٢١).

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٠٧).

إنشائها وهي تشمل الكفالة والحوالة والإذن للصبي بالتجارة فيصح أن يقول إن أقرضت فلانا كذا فأنا كفيل، ويصح أن يقول البائع للمشتري: إن استحق أحد المبيع فأنا كفيل بالثمن، ويصح أن يقول شخص لآخر: إن لم يدفع المدين لك ما عليه من دين فأنا قابل للحوالة علي به، ويصح أن يقول الوصي للصبي المميز إن أظهرت حسن تصرف وخبرة في الأعمال فقد أذنت لك في التجارة، أما التعليق على ما لا يتلاءم مع طبيعة العقد فلا يصح ولا تتم معه هذه العقود [1].

(١) رد المحتار على الدر المختار (٤/ ٢٢٨)، وأحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٢٤٦ - ٢٤٧)، والالتزامات في الشرع، أحمد إبراهيم بك (ص ١٧٩)، والمدخل للفقه، د. مدكور (ص ٤٣٨)، وضوابط العقود، د. عبد الحميد محمود البعلي (ص ٣٠٢ - ٣٠٣).

المطلب الثاني

العقود المالية التي تقبل التعليق بالشروط الجعلية

المفروض أن ما ليس محظورًا تعليقه فهو مما يقبل التعليق، ومع ذلك نجد عند بعض الفقهاء تحديدا لكثير من التصرفات التي تقبل التعليق وإن اختلفوا في تحديد هذه العقود بين موسع ومضيق [(١)].

ومن العقود المالية التي تقبل التعليق بالشرط مطلقا، الوكالة مثل أن يقول: إن سافرت فأنت وكيل عني، وكالوصية مثل: إن مت فلك ثلث مالي وصية، والإيصاء مثل: إن مت فأنت وصيي على أولادي، وهذا الحكم عند كل من فقهاء الحنفية وبعض الحنابلة [(٢)].

ونص المالكية والشافعية على جواز تعليق الوصية بالشرط [(٣)].

والسبب في جواز تعليق الشرط على هذه العقود هو لانتفاء الغرر الذي هو علة منع تعليق غيرها من العقود بالشرط، أو لأنها غير ملزمة، أو أن طبيعتها لا تمنع ذلك [(٤)].

---

(١) رد المحتار (٤/ ٢٣٣)، وأعلام الموقعين (٣/ ٣٢٠)، والالتزامات في الشرع، د. أحمد إبراهيم بك (ص ١٧٩)، والمدخل للفقه، د. مدكور (ص ٤٣٧ – ٤٣٨).

(٢) رد المحتار (٤/ ٢٣٣)، والالتزامات في الشرع، د. أحمد إبراهيم بك (ص ١٧٩)، والمدخل للفقه، د. مدكور (ص ٤٣٧ – ٤٣٨).

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٠٧)، والشرح الصغير، للدردير (٢/ ٢٣٢).

(٤) المدخل للفقه، د. محمد سلام مدكور (ص ٤٣٧ – ٤٣٨).

وأجاز بعض الفقهاء تعليق جميع العقود بالشرط دون استثناء [(١)]، ورجح هذا القول ابن قيم الجوزية رَحِمَهُ ٱللَّهُ مستندا على آثار من الصحابة والتابعين.

حيث قال: «وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغنى عنه المكلف... ونص الإمام أحمد على جواز تعليق البيع بالشرط في قوله: إن بعت هذه الجارية فأنا أحق بها بالثمن، واحتج بأنه قول ابن مسعود» [(٢)].

(١) أعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٣٢٠- ٣٢١)، ونظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي - رسالة دكتوراه للباحث، هشام عبد المقصود سعد (ص ٢٧٦).

(٢) أعلام الموقعين (٣/ ٣٢٠- ٣٢١).

الأدلة والمناقشة

أ- تعليل الجمهور لما قالوه في تعليق العقود وعدمه:

استند الجمهور لمذهبهم بحظر تعليق كثير من العقود المالية إلى حجج يمكن تلخيصها فيما يلي [1]:

أولا: منافاة التعليق مع مقتضىٰ عقود التمليك.

ثانيا: انطواء التعليق علىٰ غرر أو قمار.

ثالثا: منافاة التعليق مع الرضا.

أولا: هل يتنافى التعليق مع عقود التمليك؟

يقال عادة إن عقود المعاوضات بكافة ضروبها إنما هي تمليكات للحال فلا تقبل التعليق، كما جاء في كشاف القناع: «لأن مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع والشرط هنا يمنعه» [2]، وجاء في حاشية ابن عابدين «ولما كانت هذه العقود تمليكات للحال لم يصح تعليقها» [3].

ويناقش هذا القول: بأن الأصل هو أن عقود التمليك يجب أن تكون ناقلة

---

(١) المدخل للفقه، د. مدكور (ص ٤٣٩)، وأحكام المعاملات الشرعية، للشيخ علي الخفيف (ص ٢٤٥)، والشرط كوصف للتراضي (ص ٢٤٥).

(٢) كشاف القناع، للبهوتي (٤/ ١٤٢٥).

(٣) حاشية ابن عابدين المسماة: رد المحتار على الدر المختار (٤/ ٢٤٤).

للملكية في الحال، وليس أساس ذلك هو طبيعة العقد في حد ذاته بقدر ما هو التماس تحقيق مصلحة المتعاقدين، الذين لم يتعاقدا إلا سعيا وراء مصلحة معينة [١].

وإذا رجعنا إلى كتاب الله تعالى أو السنة المطهرة لم نجد فيهما نصا يحول دون تعليق العقود كما أنه ليس ثمة إجماع ينفي تعليق العقود على شرط [٢].

ومعنى ذلك أنه إذا كان أساس العقود التنجيز، فإن القاعدة - كما يقول جلال الدين السيوطي رَحِمَهُ ٱللَّهُ - إن من ملك التنجيز ملك التعليق [٣].

وعلى هذا فرضاء المتصرف على تعليق تصرفه على شرط لا يتنافى مع مقتضى التصرف لأن مقتضى التصرف المنجز هو ثبوت أثره حالا ومقتضى التصرف المعلق هو إمكان ثبوت أثره مآلا إن تحققت واقعة مستقبلة محتملة [٤].

ثانيا: إن التعليق ينطوي على قمار أو غرر:

يرى بعض الفقهاء أنه لا يصح تعليق التمليكات وغيرها من العقود التي سبق ذكرها لما في التعليق من معنى القمار [٥].

لأن الشرط قد يوجد وقد لا يوجد، فلا يكون العاقدان على بينة من أمرهما، وإذا وجد فإنما يوجد في زمن ليس يدري فيه المعلق من أمره شيئا فقد

---

(١) الشرط كوصف للتراضي، د. محمد شتا أبو سعد (ص ٢٧٠).

(٢) المدخل للفقه، د. محمد سلام مدكور (ص ٤٣٩)، ونظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي، د. هاشم عبد المقصود سعد (ص ٢٧٦).

(٣) الأشباه والنظائر له (ص ٦٠٧).

(٤) الشرط كوصف للتراضي (ص ٢٧٢).

(٥) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٤/ ٢٣٣).

تتغير نفسه وإرادته فيه بسبب من الأسباب فيصبح نفاذ هذا أبغض شيء إليه في الوقت الذي أراد فيه نفاذه، وليس مع هذا يتحقق الرضا ولا عليه تبنى العقود [١].

وترد هذه الحجة على أنها حجة غير جدية لأن القمار ينطوي على ربح دون خسارة أو خسارة دون ربح وهو بالجملة أكل أموال الناس بالباطل، وإن ذلك ليس شأن العقد المعلق الذي يلتزم بمقتضاه الطرفان على بينة واختيار تماما كما هو الشأن في العقد المنجز [٢].

ويقول الشيخ علي الخفيف: «إن التعليل الذي سيق لدحض التعليق هو تعليل يعم كل عقد» [٣]، وبالتالي لا يختص به العقد المعلق وحده، بمعنى إن المقامرة قد توجد في العقد المنجز، وقد توجد في العقد المعلق، ويضيف: «وقد لا تتحقق بالتعليق ضرب من ضروب المقامرة، كما إذا علق المراجعة على مجرد زمن مستقبل، وقد لا تكون المقامرة ضارة كما إذا علقت عزل الوكيل على حضور وكيل آخر، ومن هذا نرى أن التعليل غير سليم، ولم نعثر لهم على تعليل مقنع يعم هذه العقود ولا يتحقق في غيرها مما أجيز تعليقه» [٤].

ثالثا: منافاة التعليق مع الرضا:

يرى المالكية أن هناك بعض العقود التي لا تقبل التعليق كالبيع ويعللون ذلك بـ «أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم

(١) أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخفيف (ص ٢٤٥).
(٢) الشرط كوصف للتراضي (ص ٢٧٤).
(٣) أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخفيف (ص ٢٤٥).
(٤) المرجع السابق.

مع التعليق» [١].

وهذا التعليل يجب أن يكون مطردا في كل العقود التي تعتمد الرضا في انتقال الأملاك، أما إن المالكية وقد أباحوا تعليق الهبات [٢]، فإنهم يكونون قد قصروا تعليلهم على بعض العقود الناقلة للملك دون البعض الآخر، دون مسوغ معقول، فإن التعليق إن كان يحول دون الرضا في أحدهما دون سبب واضح يجعل هذا الاستدلال محل نظر.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الرضا موجود في العقد المنجز والعقد المعلق، غاية ما في الأمر أن رضا المتعاقدين في الأول غير موصوف، وفي الثاني موصوف ويترتب على ذلك أنه يجب إعمال ما تراضي عليه المتعاقدان في العقدين، طالما أنه بالرضا أصبح العقد منجزا وبنفس الرضا كان العقد معلقا [٣].

ب- أدلة القائلين بجواز تعليق جميع العقود المالية:

استدلوا بما يلي:

١- قوله تعالى في قصة موسى مع صالح عليهما السلام: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ﴾ [القصص: ٢٧].

قال ابن قيم الجوزية رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وتعليق النكاح بالشرط في تزويج موسى عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ ابنة صاحب مدين، وهو أصح نكاح على وجه الأرض، ولم يأت في

(١) الفروق، للقرافي (١/ ٣٨٤).
(٢) تذكرة الحكام في البحث في الوعد والالتزام (ص ١٤٨).
(٣) الشرط كوصف للتراضي، د. محمد شتا أبو سعد (ص ٢٧٥ - ٢٧٧).

شريعتنا ما ينسخه، بل أتت مقررة كقوله ﷺ: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» [(١)].

ويمكن الرد على هذا الاستدلال بما قاله القرطبي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «قوله تعالى ﴿إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَٰتَيْنِ﴾، يدل على أنه عرض لا عقد لأنه لو كان عقدا لعين المعقود عليها له» [(٢)].

٢- بما روته أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: لما تزوج النبي ﷺ أم سلمة قال لها: «إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي من مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي إلا مردودة فإن ردت علي فهي لك»، قالت: وكان كما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة» رواه أحمد [(٣)].

ووجه استدلال الحديث بأن المعاملات المالية لو كانت لا تقبل التعليق لما أقدم الرسول ﷺ على تعليق الهبة، ولما صح تعليق الوصية والإيصاء والتفريق بين الوصية والبيع تفريق لا مبرر له، بل إن في إطلاق النصوص ما لا يمنع التعليق [(٤)].

ولكن يرد على ذلك بأن هذه الرواية ضعيفة، ويؤكد ضعفها أيضا ما ثبت في الصحيحين [(٥)]، من أن النبي ﷺ أعلم أصحابه بموت النجاشي على جهة

---

(١) أعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية (٣/ ٣٢١)، وتقدم تخريج الحديث في صفحة (٢١٠).
(٢) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٣/ ٢٤٣).
(٣) رواه أحمد (٦/ ٤٠٤)، وهو حديث ضعيف، ينظر: إرواء الغليل، حديث رقم: (١٦٢٠).
(٤) المدخل للفقه، د. محمد سلام مدكور (ص ٤٤٠).
(٥) في صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب الرجل ينعي إلى أهل الميت بنفسه (٣/ ١٤٣)، ومسلم في الجنائز، باب في التكبير على الجنازة (٧/ ٢٦).

الجزم في اليوم الذي مات فيه وصلى عليه هو وأصحابه، وذلك يخالف ما وقع من تظننه ﷺ في هذه الرواية [١].

٣- استدل ابن قيم الجوزية على جواز تعليق العقود المالية بكثير من الآثار الثابتة عن بعض الصحابة والتابعين [٢].

ومن تلك الآثار ما رواه البخاري معلقا عن ابن سيرين رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن رجلا باع طعاما فقال: إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع فلم يجيء فقال شريح: أنت أخلفت فقضي عليه [٣].

وعن شريح أنه قال: «من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه» [٤].

٤- استدل هذا المذهب أيضا - إضافة إلى الأدلة السابقة - بأنه لم يرد نص شرعي يمنع تعليق العقود المالية على الشروط الجعلية، يقول الدكتور/ محمد سلام مدكور في الرد على المذهب الأول:

«وفي الواقع أنا لم نجد نصا يؤيدهم ولم أقف في كتبهم مع كثرتها على نص يستدلون به أو يؤيد مدعاهم، ولو كان هناك نص يؤيدهم ما تركوا دعواهم من غير استدلال به لأن أحكامهم دائما تستند إلى النص» [٥].

ويقول الدكتور/ هاشم عبد المقصود سعد: «وقد اعترض البعض على

---

(١) نيل الأوطار، للشوكاني (٥/ ٤٢٣).

(٢) أعلام الموقعين (٣/ ٣٢١ - ٣٢٣)، وتقدمت أكثرها أثناء الحديث عن حكم تقييد العقود المالية بالشروط الجعلية.

(٣) أخرجه البخاري، معلقا في كتاب الشروط (٥/ ٤٣٠).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المدخل للفقه، د. محمد سلام مدكور (ص ٤٣٩).

مذهبهم هذا لعدم وجود نصوص شرعية تؤيدهم ولأن النصوص على خلاف ما هم عليه، تجيز تعليق المعاملات المالية دون تفرقة» [١].

ثم قال: «وأرى أن للأفراد حرية تعليق العقود على الشروط، ما لم يرد دليل التحريم أو البطلان، وأن القول بعدم جواز تعليق عقود التمليكات، قول لا سند له من الشرع، لأنه ليس في الشرع ما يمنع من تعليق عقود التمليكات بيوعا كانت أو تبرعا باستثناء الأشياء الربوية، وبيع النقد بالنقد صرفا، لعدم مشروعية بيع الغائب المؤجل منها بالحاضر الناجز، ولان قبض البدلين مستحق فيها قبل الافتراق...» [٢].

والراجح - لدى الباحث - المذهب الأخير القائل بجواز تعليق العقود المالية على الشروط الجعلية ما دام الشرط ارتضاه المتعاقدان وعلقا العقد عليه، ما لم يكن الشرط مصادما لنص شرعي أو مناقض لحكمه لعموم قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» [٣].

والله أعلم

(١) نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي له (ص ٢٧٦).
(٢) المرجع السابق (ص ٢٧٧ - ٢٧٨).
(٣) تقدم تخريجه في (ص ٧٦).

المبحث الثالث
حكم اقتران العقود المالية بالشرط الإضافي بالشرط الإضافي

تمهيد:

يقصد باقتران العقد بالشرط الإضافي: تأخير حكم العقد المنشأ إلى زمن مستقبل معين، حيث ينفذ العقد لحظة مجيء هذا الزمن أو لحظة انقضائه، كما لو قال المؤجر: «آجرتك هذه الدار سنة بكذا من أول الشهر القادم، أو قال البائع بعتك هذا المنزل أول العام القادم، أو وكلتك في شؤوني منذ أول السنة الآتية» [(١)].

فالعقود والتصرفات المضافة إلى الزمن المستقبل هي التي لم يقصد حصول حكمها في الحال بل قصد حصوله عند مجيء الزمن المضاف إليه [(٢)].

فإذا أضيفت الإضافة بطريق التعليق على مجيء الزمن، واستعملت فيها بعض أدوات التعليق الشرطية السالفة البيان اعتبرت تعليقا محضا لا إضافة، كما لو قيل: إذا جاء الشهر الفلاني فقد آجرتك داري سنة بكذا، فعندئذ تأخذ أحكام التعليق لا أحكام الإضافة [(٣)].

---

(١) الملكية ونظرية العقد، الإمام محمد أبو زهرة (ص ٢٤٥)، والمدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا (١/ ٥٠٧)، والمعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، أحمد أبو الفتوح (ص ٢٠٠).

(٢) المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية (ص ٢٠٠).

(٣) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا (١/ ٥٠٨).

المطلب الأول

العقود المالية التي لا تقبل الإضافة إلى المستقبل

ذهب أكثر فقهاء المذاهب الأربعة على أن العقود التي تفيد تمليك الأعيان في الحال كالبيع والهبة والصلح على مال لا تنعقد بصيغة مضافة [(١)].

جاء في المهذب للشيرازي: «ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجيء الشهر وقدوم الحاج لأنه بيع غرر من غير حاجة فلم يجز» [(٢)].

وجاء في مرشد الحيران: «كل ما كان تمليكا في الحال فلا تصح إضافته إلى الزمان المستقبل وذلك كالبيع وإجازته وفسخه» [(٣)].

ويعلل الفقهاء ذلك بأن هذه العقود تتطلب شرعا ثبوت آثارها في الحال فإذا أضيفت للمستقبل تأخرت آثارها عنها، وذلك ينافي أصل وضعها الشرعي [(٤)].

يقول فضيلة الإمام محمد أبو زهرة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ولأن هذه العقود وضعت شرعا لإفادة التمليك أو ما يشبهه في الحال، فإذا كانت الصيغة غير مؤدية لذلك في

---

(١) تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ١٣٢)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٣٤٠)، وأحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٢٤٧)، والالتزامات في الشرع أحمد إبراهيم بك (ص ١٨٠)، وضوابط العقود، د. البعلي (ص ٣٠٢).

(٢) المذهب مع المجموع (٩/ ٣٤٠).

(٣) مرشد الحيران (ص ٦٣)، المادة: (٣٢٨).

(٤) أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٢٤٧ – ٢٤٨)، والفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٤/ ٣١٠١).

الحال كانت غير محققة لهذا المقتضى فلا تدل على العقد، فلا ينعقد العقد بها» [١].

ويقول الشيخ علي الخفيف: «وذلك لأن هذه العقود تفيد أثرها في الحال، وإضافتها تستلزم إرجاء ذلك الأثر، وفي ذلك إبقاء لها مدة من الزمن من غير أثر، وليس لهذا وضعت شرعا، ولأنها إذا صحت مع الإضافة فلابد أن يبقى المملك على ملكه إلى الوقت الذي أضيفت إليه لإرجاء أثرها إلى ذلك الوقت، وعندئذ إما أن يصح تصرفه فيما يملكه من الأعيان التي جعلها محلا لهذه العقود، وذلك يقتضي استبداده بفسخ العقد المضاف للزومه، وإما أن لا يصح تصرفه فيه، وذلك يتنافى مع ثبوت ملكه، فلكل هذا لا تصح مع الإضافة» [٢].

(١) الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة (ص ٢٥٠).

(٢) أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٢٤٨).

المطلب الثاني

العقود المالية التي تقبل الإضافة إلى المستقبل

لم يتفق الفقهاء على قاعدة عامة في العقود المالية التي تقبل الإضافة، وإنما اختلفوا في بعضها كما اتفقوا في بعضها الآخر على النحو التالي:

١- **إضافة الإجارة إلىٰ الوقت**: ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى جواز إضافة الإجارة إلى الزمن المستقبل [(١)].

جاء في تبيين الحقائق للزيلعي: أنه تصح الإجارة وفسخها مضافا إلى الزمان المستقبل لأن الإجارة تتضمن تمليك المنافع والمنافع لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة [(٢)].

ويجوز أيضا إضافة المعاملة (المساقاة)، والمزارعة والاستصناع إلى الزمن المستقبل، لأن المعاملة والمزراعة في معنى الإجارة والإجارة تصح إضافتها إلى الوقت [(٣)].

وعلة قبول هذه العقود للإضافة، لأنها وإن كانت تفيد التمليك حقا إلا أن هذا التمليك لا يكون دفعة واحدة كما في البيع وإنما هو يتجدد ساعة فساعة

---

(١) تبيين الحقائق (٥/ ١٢٨)، ومواهب الجليل (٣/ ٣٣٧)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٣٤)، وكشاف القناع (٥/ ١٧٨٧)، وموسوعة الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية (١٣/ ١٩٧)، والموسوعة الفقهية - دولة الكويت (٥/ ٧٠).

(٢) تبيين الحقائق (٥/ ١٢٨).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٣)، ومواهب الجليل (٥/ ١٠١)، وشرح منتهى الإرادات (٣/ ٨١٧)، والموسوعة الفقهية - الكويت (٥/ ٧٠).

فالزمن عنصر أساسي في العقد فناسب طبيعتها أن تقبل الإضافة لأن التمليك فيها يستحيل أن يكون جميعه في الحال [١].

٢- إضافة المضاربة إلىٰ وقت: أجاز الحنفية إضافة المضاربة إلى الوقت وهو الصحيح عند الحنابلة [٢]، وذهب المالكية والشافعية إلى عدم الجواز [٣].

جاء في بدائع الصنائع: «إن رب المال إذا قال خذ هذا المال مضاربة إلى سنة جازت المضاربة عندنا لأن المضاربة توكيل، والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دو وقت» [٤].

وجاء في كشاف القناع: «يصح تأقيت المضاربة بأن يقول رب المال ضاربتك على هذه الدراهم أو الدنانير سنة فإذا مضت السنة فلا تبع ولا تشتر، لأنه تصرف يتوقف بنوع من المتاع فجاز توقيته بالزمان كالوكالة» [٥].

ويمنع المالكية والشافعية هذا الشرط لأنه ليس للربح زمن معلوم [٦].

٣- إضافة الوكالة إلىٰ وقت:

أجاز الحنفية والمالكية إضافة الكفالة سواء أكانت في المال أم في البدن [٧]،

---

(١) المدخل للفقه، د. مدكور (ص ٤٣٤).

(٢) تبيين الحقائق (٥/ ١٤٨)، وبدائع الصنائع (٦/ ٦٩)، وكشاف القناع (٥/ ١٧٤٠).

(٣) نهاية المحتاج شرح المنهاج (٥/ ٢٢٥)، والتاج والإكليل شرح مختصر خليل (٥/ ٢٦٠)، والموسوعة الفقهية - الكويت (٥/ ٧٠).

(٤) بدائع الصنائع (٦/ ٦٩).

(٥) كشاف القناع (٥/ ١٧٤٠).

(٦) نهاية المحتاج (٥/ ٢٥)، والتاج والإكليل (٥/ ٢٦٠).

(٧) رد المحتار على الدر المختار (٤/ ٢٥٥)، وبدائع الصنائع (٦/ ٣)، ومواهب الجليل (٥/ ١٠١)، وشرح منتهى الإرادات (٣/ ٨١١).

لأنها تبرع من غير عوض، وضرب أجل لها لا يخل بالمقصود فصحت كالنذر [١].

وعند الشافعية لا تجوز إضافتها أو تعليقها إن كانت في المال اتفاقا، وكذلك في البدن على الأصح ومقابل الأصح عندهم أنها تجوز [٢].

جاء في نهاية المحتاج: «إن الأصح أنه لا يجوز توقيت الكفالة كأنا كفيل بزيد إلى شهر وبعده أنا برئ، والقول الثاني المقابل للأصح يجوز لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة بخلاف المال فإن المقصود منه الأداء فلهذا امتنع تأقيت الضمان قطعا...» [٣].

يظهر مما سبق من أقوال الفقهاء أن حجتهم لمنع إضافة بعض العقود المالية هو نفس حجتهم لمنع تعليقها بالشروط الجعلية، وقد سبق تفصيل ذلك في المبحث السابق.

ونختم هذا المبحث بجزء مما قاله فضيلة الشيخ علي الخفيف: «وإضافة العقود وتعليقها نوع من الاشتراط فيها... والواقع أن الأنظار في هذا الموضوع مختلفة، وأن خير الآراء ما ذهب إليه ابن القيم وابن تيمية من الجواز إلا ما ورد بالنهي عنه نص من الشارع لما بينا» [٤].

والله أعلم.

---

(١) الموسوعة الفقهية - الكويت (٥/ ٧٠).

(٢) نهاية المحتاج (٤/ ٤٥٦).

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٤/ ٤٥٦).

(٤) أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٢٤٩).

الفصل الثالث

مدى تأثير الشروط الجعلية في العقود المالية

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: أثر الشرط الجعلي الصحيح على العقد.
- المبحث الثاني: الشروط الفاسدة التي تفسد العقد باتفاق.
- المبحث الثالث: الشروط الفاسدة المختلف في أثرها على العقد.

تمهيد:

يتناول هذا الفصل الآثار المترتبة على اقتران العقود المالية بالشروط الجعلية، ومفهوم الأثر في هذا المبحث «يقصد به بيان الوصف الشرعي للعقد بعد اقتران الشرط به، فالوصف الشرعي: الاسم الشرعي الذي يكون اتصاف العقد به نتيجة، كأثر اقتران الشرط به، وبقول آخر: فالنتيجة المترتبة على اقتران الشرط بالعقد لاعتبار تأثيره فيه صحة وفسادا هي ما يسمى بالأثر» [(١)].

واتفق الفقهاء على أن العقد المستكمل لأركانه وشرائطه يتمتع بالقوة الإلزامية، أي أن كل عقد باشره الإنسان وهو ذو أهلية ملزم له بنتائجه، ومقيد لتصرفه [(٢)]، ولا شك أن الشروط الجعلية جزء لا يتجزأ من هذا العقد.

واتفقوا أيضا على أن ترتب آثار العقود في الأصل هي من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، لذلك يقول الفقهاء: «إن العقود أسباب شرعية لآثارها»، فإرادة الإنسان مقصورة على إنشاء العقد فقط، فعقد البيع - مثلا - للإنسان أن يتحكم في مبدأ إنشائه ولكن لا يستطيع أن يتحكم في آثاره، كنقل ملكية المبيع أو استحقاق الثمن فذلك متروك لتقدير الشارع ويستمد العاقدان سلطانهما من الحدود التي حدها الشارع، فقد تكون محققة لحاجة العاقدين فلا يحتاجان إلى اشتراط شروط تنقص أو تزيد من آثار العقد المشروعة، ولكن قد يرغبان أو يرغب أحدهما في الزيادة على الآثار الأصلية للعقد أو النقصان منها عن طريق

---

(١) أحكام العقد المقترن بشرط، د. إبراهيم حسن الملا (ص ٤٤٠ - ٤٤١).

(٢) دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، د. محمد مصطفى أبو الشنقيطي (١/ ١١٣).

اشتراط الشروط [١].

وتختلف الآثار المترتبة على اقتران العقود المالية بالشروط، وذلك نظرا لكون الشرط صحيحا أو فاسدا ومدى تأثيره على حكم العقد، كما أن الشرط الصحيح الواجب التنفيذ قد لا يتحقق فيكون لتخلفه آثار على العقد، مما سيتم تفصيله في هذا الفصل بمشيئة الله تعالى.

(١) المرجع السابق (١/ ١١٣ - ١١٤).

المبحث الأول

أثر الشرط الجعلي الصحيح على العقد

المطلب الأول

تعريف الشرط الصحيح

الصحة لغة: ضد السقم [(١)].

قال ابن فارس: «الصاد والحاء أصل يدل على البراءة من المرض والعيب وعلى الاستواء، ومن ذلك الصحة وهي: ذهاب المرض والسقم والبراءة من كل عيب... ثم استعيرت للمعاني، فقيل: صحت الصلاة: إذا أسقطت القضاء، وصح العقد: إذا ترتب عليه أثره» [(٢)].

معنى الصحة اصطلاحا:

ومعنى صحة العقد والشرط ترتب الثمرة المطلوبة منه [(٣)].

يقول الدكتور مصطفى الخن: «والصحة في المعاملات: كون العقد سببا لترتب ثمراته المطلوبة عليه شرعا، وهذا هو المراد من قولهم: الصحيح ما يستتبع غايته، وذلك كالبيع الصحيح، فإنه يترتب عليه ملك السعلة للمشتري، وملك الثمن للبائع، وحل الانتفاع لكل بما ملك» [(٤)].

والمقصود بالشرط الصحيح هنا ما يترتب عليه أثره شرعا من حصول الملك وحل الانتفاع، ووجوب تنفيذ العقد المقترن به وغير ذلك من الآثار.

---

(١) مختار الصحاح (ص ٢٠١).

(٢) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (٣/ ٢٨١).

(٣) الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (١/ ١١٢).

(٤) أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء (ص ٣٤٤).

المطلب الثاني

ضابط الشرط الجعلي الصحيح

اختلف الفقهاء في ضابط الشرط الصحيح، وأكثر فقهاء المذاهب الأربعة تضييفا المذهب الشافعي فالحنفي ثم المالكي ثم الحنبلي.

أولا: ضابط الشرط الصحيح عند الشافعية:

الشرط الصحيح عند الشافعية هو: الشرط الذي يقتضيه العقد، أو يكون من مصلحته، أو ورد النص بجوازه، أو يكون فيه وصف مقصود للمعقود عليه [(١)].

ثانيا: ضابط الشرط الصحيح عند الحنفية:

الشرط الصحيح عند الحنفية هو: ما يكون موافقا لمقتضى العقد، أو مؤكدا لهذا المقتضى أو ورد به نص رغم مخالفته لمقتضى العقد أو جرى به العرف [(٢)].

فالحنفية أضافوا الشرط العرفي على الشروط التي أجازها الشافعية.

ثالثا: ضابط الشرط الصحيح عند المالكية:

الشرط الصحيح عند المالكية هو: الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه، كما يصح عندهم أيضا كل شرط لا يناقض مقتضى العقد ولا يعود بخلل في الثمن [(٣)].

---

(١) نهاية المحتاج (٣/ ٤٥٠)، والبيان في فقه الإمام الشافعي، للعمراني (٥/ ١١٩).

(٢) شرح فتح القدير (٦/ ٤٤٢- ٤٤٣)، والاختيار لتعليل المختار، للموصلي (٢/ ٢٥).

(٣) مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٣٧٢)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبر (٣/ ٦٥ - ٦٧)، وتذكرة الحكام في البحث في الوعد والالتزام (ص ١٣٤ - ١٣٥).

وهذا الضابط: «جواز كل شرط لا يناقض مقتضى العقد ولا يعود بخلل في الثمن»، أعطى الفقه المالكي سعة ومرونة وجعله من أكثر المذاهب تصحيحا للشروط الجعلية.

رابعا: ضابط الشرط الصحيح عند الحنابلة:

الشرط الصحيح عندهم هو: الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه، ويكون من مصلحته، وكذلك الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد، ولم يرد عنه نهي من الشارع، فما دام الشرط لا ينافي مقتضى العقد فهو في الأصل صحيح، سواء أكان العقد يقتضيه أم لا يقتضيه، وسواء لاءم مقتضى العقد أم لم يلائمه [(١)].

وقد سبق تفصيل آراء الفقهاء في ذلك وحجة كل مذهب، كما تقدم ترجيح مذهب الحنابلة - وقريب منهم المالكية - القائل بأن الأصل في الشروط الجعلية الإذن والإباحة.

فالمراد من الشرط الصحيح هنا: كل شرط لا يناقض مقتضى العقد ولم يرد من الشارع نهي عنه.

(١) كشاف القناع (٤/ ١٤١٩ - ١٤٢٠)، ومنار السبيل في شرح الدليل (٢/ ٥٢٠).

المطلب الثالث

أثر الشرط الجعلي الصحيح على العقد

إن الشرط الجعلي الصحيح الذي يقترن بالعقد قد يتحقق، إذا أدى المشترط عليه ما يفرضه ذلك الشرط عليه من التزامات، كما أن ذلك الشرط قد يتخلف إذا امتنع المشرط عليه أو ما طل من تنفيذ ذلك المشروط.

وفكرة تحقق الشرط أو تخلفه هي من الأفكار الأساسية في بناء نظرية الشرط، ومن خلالها يستبين مآل الشرط ومصير العقد [1].

ولما أن الشرط قد يتحقق أو يتخلف فإن معالجة ذلك تقتضي التعرض لها في فرعين يقتسمان هاتين المسألتين.

(١) الشرط كوصف للتراضي، د. محمد شتا أبو سعد (ص ٤١٦).

الفرع الأول: أثر تحقق الشرط الجعلي الصحيح على العقد:

إذا اتفق الطرفان على إبرام عقد معين وضمنا فيه شرطا صحيحا، فإنه ليس لأحدها أن يتراجع ويتنصل من ذلك بإرادته المنفردة لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، فيجب الوفاء بجميع العقود بنص الآية الكريمة، ويؤكد هذا المعنى أيضا قوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [الإسراء: ٣٤].

فإذا كان الشرط الجعلي الصحيح في عقود المعاوضات المالية فهو لازم، ويلزم الوفاء به في حق من اشترط عليه، كما يكون العقد لازما بالوفاء به، ويترتب عليه ما يترتب على العقد الصحيح من آثار [(١)].

يقول الدكتور/ إبراهيم حسن الملا: «إن ترتب أثر شرعي على عقد ما لا يتم إلا إذا كان انعقاده صحيحا، فشرط صحته تكفل له السلامة من أي خلل يعتريه أو نقص يحتويه، أو شائبة تشينه، أو عائبة تدينه، ويكون كذلك متى ما توافرت له أسباب أركانه، واجتمعت فيه شرائط تكوين بنيانه، مع اقترانه بشروط صحيحة، وفق الضوابط المعروفة شرعا...» [(٢)].

هذا وإن كان لكل عقد غاية تخصه، وتختلف مع أخرى في عقد آخر وفق نوع العقد وما يبرر انعقاده من حاجة أو علة، إلا أنه يمكن القول بأنه مع صحة

---

(١) شرح فتح القدير (٦/ ٤٤٣)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٣٦٤)، وكشاف القناع عن متن الإقناع (٤/ ١٤١٩)، وأحكام المعاملات، د. كامل موسى (ص ١٢٥)، وأحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، محمد سكحال (ص ١٤٣).

(٢) أحكام العقد المقترن بشرط، د. الملا (ص ٤٤٣).

العقد هو والشرط المقترن به، وتحقق هذا الشرط تترتب على العقد آثاره الأصلية، أو الغاية الجوهرية من انعقاده، والتي منها – على سبيل المثال – انتقال الملكية في عقد البيع، وتملك المنفعة في عقد الإيجار، وحق الاحتباس في عقد الرهن [١].

الفرع الثاني: أثر تخلف الشرط الجعلي الصحيح على العقد:

إذا كان الواجب على كلا المتعاقدين تنفيذ التزاماته، وعدم التراجع والتنصل منها، فإنه يجوز لكل منهما أيضا مناشدة الآخر أن يقيله ويفسخ العقد فيما إذا ندم ورأى أنه لا يستطيع تنفيذ التزاماته، وهذا ما يسمى في الفقه الإسلامي بالإقالة [٢].

والإقالة في اللغة: من أقال البيع أو العهد: فسخه [٣].

واصطلاحا: فسخ للعقد الصحيح اللازم بتراضي المتعاقدين [٤].

وقد ورد فيها الترغيب النبوي بما رواه أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ قال: «من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته» [٥]، زاد ابن ماجه: «يوم القيامة» [٦].

وصورة إقالة البيع: «إذا اشترى أحد شيئا من رجل ثم ندم على اشترائه إما لظهور الغبن فيه، أو لزوال حاجته إليه، أو لانعدام الثمن، فرد المبيع على البائع

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي (٤/ ٣٠٨٣)، وأحكام العقد المقترن بشرط (ص ٤٤٣).
(٢) الأم، للإمام الشافعي (٣/ ٧٧)، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي (ص ٢٣٤).
(٣) المعجم الوسيط (٢/ ٨٠١).
(٤) أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، محمد سكحال المجاجي (ص ٢٣٤).
(٥) أخرجه أبو داود في كتاب الإجارات باب في فضل الإقالة (٦/ ٣١٥)، وصححه الحاكم على شرط الشيخين ووافقه الذهبي، وأقره المنذري في الترغيب والترهيب (٣/ ٢٠)، والألباني في إرواء الغليل، حديث رقم: (١٣٣٤).
(٦) في التجارات باب الإقالة، حديث رقم: (٢١٩٩).

وقبل البائع رده، أزال الله مشقته وعثرته يوم القيامة، لأنه إحسان منه على المشتري، لأن البيع كان قد بت فلا يستطيع المشتري فسخه» [١].

هذا إذا كان الفسخ باتفاق الطرفين، أما إذا امتنع أحدهما عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، فماذا يكون الأمر؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ثبوت خيار فسخ العقد للطرف الآخر:

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يجبر المشروط عليه على الوفاء بالشروط الجعلية، ولكن يكون للمشترط له الخيار في الفسخ نظرا لعدم وفاء الطرف الآخر بالشرط، فإن أجاز المشروط عليه العقد بدون الشرط لزم العقد ولا خيار له في الفسخ [٢].

قال الكمال بن الهمام رَحِمَهُ ٱللَّهُ عن شرط الرهن: «فإن سلم - أي الرهن - مضى العقد على ما عقد وإن امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن فإن لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في الفسخ» [٣].

وجاء في المجموع شرح المهذب: «فلو لم يرهن المشتري ما شرطه أو لم يشهد أو لم يقم كفيلا أو لم يتكفل الذي عينه لم يجبر على شيء من ذلك بل

---

(١) عون المعبود شرح سنن أبي داود (٦/ ٣١٥).

(٢) نهاية المحتاج (٣/ ٤٥٥)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٣٧٦)، وشرح فتح القدير (٦/ ٤٤٣)، والشرح الكبير، لابن قدامة (٤/ ٤٨)، وكشاف القناع (٤/ ١٤٢٠).

(٣) شرح فتح القدير (٦/ ٤٤٣).

للبائع الخيار في فسخ البيع ولا يقوم رهن آخر ولا كفيل آخر مقام المعين، فإن فسخ فذاك، وإن أجاز لزم البيع ولا خيار للمشتري» [١].

وذهب بهذا القول من المعاصرين الدكتور/ كامل موسى حيث قال: «وإن كان الشرط في عقود المعاوضات المالية كالبيع فإن كان صحيحا فهو لازم، ويلزم الوفاء به في حق من اشترط عليه، ويكون البيع لازما بالوفاء به، وإلا لصاحب الشرط حق فسخ العقد» [٢].

وحجة هذا القول ما يلي:

١- إن الضرر المترتب على عدم تنفيذ المشترط عليه التزاماته يزول بالفسخ، فلا داعي لإجبار الآخر على التنفيذ [٣].

قال الرملي [٤] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «فإن لم يرهن المشتري ما شرط عليه رهنه أو لم يتكفل العين بأن امتنع أو مات قبله، فللبائع الخيار إن شرط له، وإن شرط للمشتري فله عند فوات المشروط من جهة البائع وهو على الفور لأنه خيار نقص [٥]، ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بالمشروط لزوال الضرر بالفسخ» [٦].

---

(١) المجموع شرح المهذب (٩/ ٣٧٦).

(٢) أحكام المعاملات، د. كامل موسى (ص ١٢٥).

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٣/ ٤٥٥).

(٤) **الرملي**: هو محمد بن محمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، المنوفي المصري، المشهور بالشافعي الصغير مفسر، فقيه، نحوي، من مصنفاته: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، وشرح البهجة الوردية، ولد سنة ٩١٩ هـ وتوفي ١٠٠٤ هـ ينظر: الفتح المبين في طبقات الأصوليين (٣/ ٨٤).

(٥) **خيار النقص**: هو الخيار الذي يثبت للمشتري بسبب نقص مخالف لما التزمه البائع، شرطا أو عرفا في زمان ضمانه، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي (ص ٢٦٠).

(٦) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٣/ ٤٥٥).

٢- علل الحنفية بعدم وجوب الإجبار على شرط الرهن: بأن الرهن عقد تبرع في الأصل [١]، واشتراطه في البيع لا يخرجه عن كونه تبرعا، والجبر على التبرع ليس بمشروع، لكن يقال له: إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تؤدي ثمن المبيع، فإذا امتنع من هذه الوجوه فللبائع أن يفسخ لفوات الشرط والغرض [٢].

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بأمرين:

١- إن القول بأن الضرر يزول بفسخ العقد غير صحيح لأن المصلحة التي أقدم بها المتعاقد على إبرام هذا العقد لا تزال قائمة، فالضرر قد يزول بفسخ العقد وقد لا يزول به، فليس هذا تعليل مطرد.

٢- إن القول بأن الرهن عقد تبرع فاشتراطه في عقد البيع لا يخرجه عن كونه تبرعا غير دقيق، وذلك لأن الرهن إذا شرط في البيع فقد أصبح حقا من حقوقه، والجبر على التسليم من حقوق البيع.

القول الثاني: إجبار تنفيذ الشرط على المشترط عليه:

ذهب المالكية على إجبار تنفيذ الشرط على المشترط عليه إذا امتنع عنه، كمن يمتنع عن دفع الرهن أو خياطة الثوب أو توصيل المبيع إلى المكان المتفق عليه [٣].

وذكر السرخسي [٤]، بأن هذا قول ابن أبي ليلى [٥].

---

(١) بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٣٧١).

(٢) الشرط في العقد، د. حسن الشاذلي (ص ١٥٨).

(٣) مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٣٧٦).

(٤) المبسوط (١٣/ ١٩).

(٥) ابن أبي ليلى: هو عبد الرحمن بن أبي ليلى بن بلال الأنصاري الكوفي ولد سنة ٧٤ هـ، وكان مجتهدا فقيها ومن أصحاب الرأي، تولى القضاء والفتيا بالكوفة، توفي سنة ١٤٨ هـ، بالكوفة، ينظر: الفتح المبين في طبقات الأصوليين (١/ ٩٩).

وبناء على هذا القول لا يجيز الفقه الإسلامي للعاقد أن يطلب الفسخ إذا لم ينفذ العاقد الآخر التزامه، فإذا أخل المرتهن بالتزامه لم يملك الراهن فسخ الرهن، بل يقتصر على مطالبة المرتهن بتنفيذ التزامه ما دام ممكنا، لأن مهمة القاضي هي إيصال ذوي الحقوق إلى حقوقهم، فلا موجب للفسخ [١].

وحجة هذا القول ما يلي:

١- إن الشرط بعد أن تم الاتفاق عليه قد أصبح حقا من حقوق العقد، والجبر على التنفيذ من حقوق العقد، فكما أنه يجبر البائع على تسليم المبيع، والمؤجر على تسليم العين، والمشتري على تسليم الثمن، كذلك يجبر المشروط عليه على تسليم الرهن وغيره من الشروط [٢].

٢- إن الاتفاق على تقييد العقد بالشرط قد تم بإرادة المتعاقدين ورضاهما، وتقدير كامل منهما لموقفهما من العقد، وهذا التقدير هو الذي يصدر العقد على أثره مستتبعا أحكامه وآثاره المشروعة، ففي القول بإجباره على تنفيذ ما التزم به اعتدادا بإرادة المتعاقدين، وحفظا لحرمة العقد، فإن المراحل التي تسبق صدور العقد كفيلة بأن تبعد المتردد عن هذا العقد وعن الشرط، وتجعل الجميع يتريث قبل مباشرة العقد وإتمامه [٣].

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي (٤/ ٣١٦٩)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. السنهوري (٦/ ٢٣٠)، والمدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا (١/ ٢٣٩ - ٢٤٠).

(٢) المبسوط (١٣/ ١٩)، والشرط في العقد، د. الشاذلي (ص ٣٩٩).

(٣) الشرط في العقد (ص ٤٣١).

٣- إن القول على الوفاء بالشرط بالإجبار «هو الذي يتناسب مع ما اكتنف المعاملات في عصرنا الحاضر من تلاعب بعض المتعاملين - وما أكثرهم - من ذوي النفوس الضعيفة، ومماطلتهم في أداء الحقوق إلى أصحابها وتفننهم في التخلص من حقوق الآخرين، وخاصة إذا بدا للمتعاقد فرصة أخرى أكثر ربحا وفائدة فإنهم حينئذ يلجئون إلى عدم الوفاء بشروطهم للتخلص من هذا التعاقد غير مبالين بالضرر الذي يقع على غيرهم، فالقول بالإجبار على الوفاء بالشرط هو الأسلوب العملي لرد هؤلاء وإعادتهم إلى احترام العقود والوفاء بحقوقها» [1].

لهذه الاعتبارات يرى الباحث ترجيح الرأي الأخير.

(١) المرجع السابق (ص ٣٩٩).

المبحث الثاني
الشروط التي تفسد العقد باتفاق

المطلب الأول
تعريف الباطل والفاسد والفرق بينهما

أولا: تعريف الباطل:

الباطل لغة: من بطل الشيء بطلا، وبطولا، وبطلانا: ذهب ضياعا [(١)].

قال ابن فارس: «الباء والطاء واللام: أصل واحد، وهو: ذهاب الشيء وقلة مكثه ولبثه، من ذلك البطلان والباطل» [(٢)].

الباطل اصطلاحا: البطلان في العقود المالية هو: تخلف الأحكام عن العقود وخروجها عن كونها أسبابا مفيدة للأحكام [(٣)]، كبيع المجهول أو المقترن بشرط محظور.

أو هو: وقوع العقد على وجه لا يوافق حكم الشرع، فالباطل ما لا يوافق حكم الشرع [(٤)]، فالباطل هو نقيض الصحيح بكل اعتباراته وهو مرادف للشرط

---

(١) المعجم الوسيط (١/ ٦٣).

(٢) معجم مقاييس اللغة (١/ ٢٥٨).

(٣) المستصفى، للغزالي (٢/ ٥٢)، وأثر الاختلاف في القواعد الأصولية، د. الخن (ص ٣٤٥).

(٤) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام (ص ١١٠).

الفاسد عند الجمهور من المالكية والشافعية، والحنابلة [١].

والباطل في العقود المالية عند الحنفية هو: ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه [٢].

ثانيا: تعريف الفاسد:

الفساد لغة: من فسد اللحم أو اللبن: فسادا انتن أو عطب، والرجل: جاوز الصواب والحكمة، والعقد: بطل [٣].

الفساد اصطلاحا: لا فرق عند جمهور الفقهاء بين الفاسد والباطل.

أما عند الحنفية فالفاسد من العقود هو: ما كان مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه [٤]، وذلك كعقد الربا، فإن البيع مشروع بأصله، لكن رافقه وصف الربا الذي هو غير مشروع [٥].

جار في كتاب اللباب في شرح الكتاب «فالباطل ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه، والفاسد ما يكون مشروعا بأصله دون وصفه، والمكروه مشروع بأصله ووصفه لكن جاوره شيء آخر منهي عنه» [٦].

---

(١) الفروق (٢/ ٥١٢)، والإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (١/ ١١٣)، والقواعد والفوائد الأصولية، لابن للحام (ص ١١٠).

(٢) اللباب في شرح الكاب، للميداني (٢/ ٢٤)، وغمز عيون البصائر (٣/ ٤٣٩).

(٣) المعجم الوسيط (٢/ ٧١٣).

(٤) غمز عيون البصائر (٣/ ٤٣٩).

(٥) أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، د. مصطفى الخن (ص ٣٤٥).

(٦) اللباب في شرح الكتاب، للميداني (٢/ ٢٤).

وهذا التعريف كما هو ظاهر لا يوضح حقيقة معنى الفساد وإنما يبين سببه فقط، لذا اختار الأستاذ مصطفى الزرقا تعريفا آخر له وهو: اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقا للفسخ [١].

وأساس التفريق بين العقد الباطل والفاسد عند الحنفية هو انه إذا وجدت أركان العقد سالمة عن النهي يكون النهي متعلقا بأمر خارج عن ماهيته فيكون العقد فاسدا يثبت به الملك بعد القبض.

أما إذا كان النهي في ركن من أركانه أو في جميع أركانه، فالنهي في ماهية العقد فيكون باطلا [٢].

ثالثا: الأدلة:

أ- أدلة الحنفية فيما ذهبوا إليه:

١- بما رواه عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنه قال: «طلق ابن عمر امرأته وهي حائض، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال له رسول الله ﷺ: «مره فليراجعها، ثم ليتركها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله عَزَّ وَجَلَّ أن يطلق لها النساء» [٣].

قال الكمال بن الهمام في وجه استدلال الحديث: «ما وضعه الشارع سببا لحكم إذا نهى عنه على وضع خاص رأينا من الشرع أنه أثبت حكمه وأتمه،

---

(١) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا (٢/ ٦٨٧)، ف (٣٧).

(٢) الفروق، للقرافي (٢/ ٥١٢ - ٥١٣).

(٣) أخرجه مسلم، في كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها (١٠/ ٦٣).

أصله الطلاق، وضعه لإزالة العصمة، ونهى عنه بوضع خاص، وهو: ما إذا كانت المرأة حائضا، ثم رأيناه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة، حتى أمر ابن عمر بالمراجعة رفعا للمعصية بالقدر الممكن، وإثم المطلق، فصار هذا أصلا في كل سبب شرعي نهى عن مباشرته على الوجه الفلاني إذا بوشر معه يثبت حكمه ويعصي به» (١).

ويرد على هذا الاستدلال بأن النهي هنا ليس راجعا إلى ذات الطلاق ولا إلى وصف ملازم له، وإنما هو راجع إلى وصف مجاور له، ينفك عنه غير لازم وليس ذلك محل الشاهد هنا.

٢- عرض الإمام القرافي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تعليل الحنفية للتفريق بين البطلان والفساد فقال: «قال أبو حنيفة: أصل الماهية سالم عن المفسدة، والنهي إنما هو في الخارج عنها، فلو قلنا بالفساد مطلقا لسوينا بين الماهية المتضمنة للفساد وبين السالمة عن الفساد، ولو قلنا بالصحة مطلقا لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها، وبين المتضمنة للفساد في صفاتها، وذلك غير جائز، فإن التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد» (٢).

ويناقش هذا التعليل: بأن الوصف إذا نهي عنه سرى النهي إلى الموصوف، لأن الوصف لا وجود له مفارقا للموصوف، فيؤول الأمر إلى أن النهي يتسلط على الماهية الموصوفة بذلك الوصف، فتكون الماهية على ضربين: عار عن ذلك

(١) شرح فتح القدير (٥/ ٥٢٨).
(٢) الفروق، للقرافي (٢/ ٥١٣).

الوصف فلا يتسلط النهي عليه، ومتصف بذلك الوصف فيتسلط النهي عليه [١].

وعلى هذا يفرق الحنفية بين الشروط الباطلة والفاسدة، إذ تعتبر الشروط غير الصحيحة المقترنة بالعقود المالية، المستوفية لأركانها شروطا فاسدة إذا كانت تحقق منفعة معينة.

أما الشروط التي لا يكون فيها غرض لأحد فتسمى شروطا باطلة عندهم، وحكمها أنها تكون لاغية لا تؤثر في صحة العقد إذ يكون اشتراطها كعدمه [٢].

وقد تقدم تفصيل ذلك [٣].

ب- أدلة الجمهور فيما ذهبوا إليه:

١- قوله ﷺ: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد» ، وفي رواية «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» [٤].

ووجه الاستدلال بأن المنهي عنه هو على غير أمر الشارع قطعا، إذ المنهي عنه ليس مأمورا به، ولذلك يكون مردودا بنص الحديث، أي: يكون باطلا لا حكم له، فهو معدوم المشروعية أصلا، فلا يترتب عليه أي أثر من آثار العمل المشروع [٥].

قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وفي هذا الحديث دليل لمن يقول من الأصوليين إن النهي يقتضي الفساد، ومن قال لا يقتضي الفساد يقول هذا خبر واحد ولا يكفي في إثبات هذه القاعدة المهمة وهذا جواب فاسد، وهذا الحديث مما

(١) تعليقات ابن الشاط على الفروق (بهامش الفروق) (٢/ ٥١٤).
(٢) المبسوط (١٣/ ١٥)، وتبيين الحقائق (٤/ ٥٧).
(٣) في صفحة (١٥٥).
(٤) أخرجه مسلم في كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور (١٢/ ١٩).
(٥) أثر الاختلاف في القواعد الأصولية، د. مصطفى الخن (ص ٣٤٦).

ينبغي حفظه واستعماله في إبطال المنكرات وإشاعة الاستدلال به» [(١)].

٢- إن الصحابة ومن بعدهم كانوا يستدلون على بطلان الأفعال والعقود بنهي الشارع عنها من غير نكير من أحد منهم، كاستدلالهم على بطلان نكاح المشركات بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]، واستدلالهم على بطلان الربا بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟ أَضْعَٰفًا مُّضَٰعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠]، وغير ذلك من الأدلة [(٢)].

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (١٢/ ١٩).

(٢) أثر الاختلاف في القواعد الأصولية، د. الخن (ص ٣٤٦ - ٣٤٧).

الترجيح

يرى الباحث ترجيح رأي الجمهور وعدم التفريق بين الشرط الفاسد والباطل، لقوة أدلة الجمهور، يقول الشوكاني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «والحق أن كل نهي من غير فرق بين العبادات والمعاملات يقتضي تحريم المنهي عنه، وفساده المرادف للبطلان، اقتضاء شرعيا، ولا يخرج عن ذلك إلا ما قام الدليل على عدم اقتضائه لذلك... ومما يستدل به على هذا ما ورد في الحديث المتفق عليه وهو قوله ﷺ: «كل أمر ليس عليه أمرنا فهو رد» [1]، والمنهي عنه ليس عليه أمرنا فهو رد، وما كان ردا أي مردودا كان باطلا، وقد أجمع العلماء مع اختلاف أعصارهم على الاستدلال بالنواهي على أن المنهي عنه ليس من الشرع، وأنه باطل لا يصح، وهذا هو المراد بكون النهي مقتضيا للفساد» [2].

(١) أخرجه البخاري معلقا، صحيح البخاري مع الفتح (١٣/ ٣١٧).
(٢) إرشاد الفحول، للشوكاني (١/ ٣٣٥).

المطلب الثاني

أثر اشتراط ما يؤدي إلى أمر محظور

إذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر أمرا يؤدي قطعا إلى وقوع أو ارتكاب أمر غير مشروع كما لو أجره دارا على أن يجعلها مجمعا للفساد، أو باعه عنبا على أن يعصره خمرا، أو باعه إناءا على أن يجعل فيه الخمر أو سيفا على أن يقطع به الطريق، فقد اتفقت كلمة فقهاء المذاهب الأربعة على أن هذا الشرط يفسد العقد [1]، وكذلك الشرط الذي يؤدي إلى الوقوع في الربا واستدلوا على ذلك بأن اشتراط اتخذا الدار مجمعا للفساد، وقطع الطريق بالسيف، ودفع الفوائد الربوية شروط محظورة محرمة شرعا فتوجب فساد العقد [2].

جاء في مجموع الفتاوى لابن تيمية: «سئل رَحِمَهُ ٱللَّهُ عن رجل مسلم اشترى جارية كتابية وشرط له البائع أنها طباخة جيدة وأنها تصنع الخمر والنبيذ فهل يصح؟».

فأجاب: اشتراط كونها تصنع الخمر والنبيذ شرط باطل باتفاق المسلمين والعقد مع ذلك فاسد.

أما على قول من يقول: إن الشرط الفاسد يفسد العقد كما هو المشهور من

---

(١) بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٦٩)، ونهاية المحتاج شرح المنهاج (٣/ ٥٥)، والبهجة شرح التحفة (٢/ ٨- ٩)، والشرح الكبير مع المغني (٤/ ٤٩)، وتذكر الحكام في البحث في الوعد والالتزام (ص ١٣٥).

(٢) البهجة شرح التحفة (٢/ ٨)، ومجموع الفتاوى (٢٩ / ٣٣٢).

مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين فظاهر.

وأما على القول الآخر فإنه لو باعها بدون شرط لم يجز أن يشتري الجارية لأجل كونها تصنع الخمر، كما لا يجوز أن يشتري عينا ليعصي الله بها، مثل أن يشتري عصيرا ليعمله خمرا، ويشتري سلاحا ليقاتل المسلمين في أصح قولي العلماء كما هو مذهب مالك وأحمد وغيرهما [1]، كما قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢].

(١) مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩ / ٣٣٢).

المطلب الثالث

أثر اشتراط ما يؤدي إلى الغرر

تعريف الغرر وحكمه:

الغرر لغة: (بفتحتين) الخطر، والغرور - بالفتح - الشيطان، وبالضم ما اغتر به من متاع الدنيا، واغتر الرجل بالشيء: خدع به [(١)].

والغرر اصطلاحا: هو ما يتردد بين الوجود والعدم، أو ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا [(٢)].

وأخرج مسلم في صحيحه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر [(٣)].

قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وأما النهي عن بيع الغرر: فهو أصل عظيم من أصول كتاب البيوع ولهذا قدمه مسلم، ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة كبيع الآبق والمعدوم والمجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يترك ملك البائع عليه... ونظائر ذلك وكل هذا بيعه باطل لأنه غرر من غير حاجة» [(٤)].

ولكن أجمع الفقهاء على جواز البيع إذا كان الغرر يسيرا كبيع الشاة الحامل التي يكون في ضرعها لبن، ومثل ذلك إجارة الدار والداب والثوب

---

(١) مختار الصحاح، للرازي (ص ٢٥٩).

(٢) التعريفات، للجرجاني (ص ١٦٤)، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٣/ ٩).

(٣) في كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر (١٠/ ١٥١).

(٤) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٥١ - ١٥٢).

ونحو ذلك شهرا، والضابط في ذلك أنه إذا دعت حاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة وكان الغرر حقيرا جاز البيع وإلا فلا [١].

أثر اشتراط ما يؤدي إلى الغرر:

أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على أن الشرط الذي يؤدي إلى غرر يكون باطلا كما أجمعوا على إبطال العقد المقترن بهذا الشرط [٢].

ومثلوا لذلك: اشترى دابة على أنها تحلب قدرا معلوما من اللبن، أو أنها تضع في وقت بعينه، أو بعتك شاة من هذا القطيع بدون تعيينها، وكذلك اشترى دابة إلا حملها لم يصح [٣].

قال البهوتي - في شروط البيع - «أن يكون المبيع معلوما لهما أي للبائع والمشتري لأن جهالة المبيع غرر فيكون منهيا عنه فلا يصح» [٤].

وعلة منع هذا الشرط لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر والمنهي عنه فاسد، ولأن من هذه الشروط ما لا يمكن ضبطه ولا الوقوف على حقيقته ولا يقدر على الوفاء به فكان فاسدا مفسدا للعقد، كما أن منه ما لا يمكن للبائع إيجاده ولا طريق إلى معرفته فكان شرطا باطلا فيفسد به العقد [٥]، كما لو اشترى دابة

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٥٢).

(٢) المبسوط، للسرخسي (١٣/ ٢٠)، وشرح فتح القدير (٦/ ٤٢٨)، وكشاف القناع (٤/ ١٣٩٢)، والتاج والإكليل شرح مختصر خليل (٤/ ٣٧٢)، وتذكرة الحكام في البحث في الوعد والالتزام (ص ١٣٥).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) كشاف القناع عن متن الإقناع (٤/ ١٣٩٢).

(٥) المراجع السابقة، والشروط الفاسدة المقترنة بعقد البيع وآثارها، رسالة ماجستير، للباحث/ أنيس الرحمن منظور الحق (ص ٣١٤)، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر.

إلا حملها لم يصح لأن الأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد ابتداءا فلا يصح استثناؤه من العقد [١].

قال ابن رشد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام: شروط تبطل هي والبيع معا، وشروط تجوز هي والبيع معا، وشروط تبطل ويثبت البيع، ثم يذكر ضوابط التفريق بين هذه الأصناف فيقول: «وإنما هي راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفي الفساد والذي يخل بصحة البيوع وهما: الربا والغرر، وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك أو إلى ما يفيد نقصا في الملك، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط، وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط فيهما، وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع» [٢].

يقول الدكتور/ حسن الشاذلي في إبطال العقد بسبب الشرط الذي يؤدي إلى الغرر «إن السبب في إبطال الشرط هو ما أدى إليه من غرر، وذلك لأن الغرر يؤدي إلى النزاع، والنزاع يترتب عليه عدم استقرار العقد وكل ما يؤدي إلى ذلك يكون باطلا، أما إذا لم يؤد إليه فإنه يكون صحيحا سواء أكان تأديته إلى الغرر ناشئا من كون الشرط معلوما أو كون العرف قد قضى على الجهالة الناتجة عن هذا الشرط» [٣].

(١) شرح فتح القدير (٦/ ٤٤٨).
(٢) بداية المجتهد ونهاية المقصد (٢/ ٢٥٣).
(٣) الشرط في العقد (ص ٥٣٢).

المطلب الرابع

أثر الشرط المستحيل

من الشروط التي تفسد العقد في الفقه الإسلامي اشتراط ما لا يقدر المتعاقد على الوفاء به كمن اشترى حاملا بشرط أنها تضع في وقت بعينه، كرأس الشهر مثلا أو بقرة بشرط أنها تحلب كذا من اللبن، ومعنى عدم مقدرته على الوفاء بالشرط أنه يستحيل عليه الوفاء به لأن قدرته البشرية لا تمكنه من القيام به فكان شرطا مستحيلا استحالة عقلية فكان باطلا [١].

وصرح الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن هذا الشرط يفسد العقد [٢].

وعمدتهم في هذا بأن هذا النوع من الشرط غير مقدور على الوفاء به، إذ ليس في وسع العاقد إيجاده، ولا طريق إلى معرفته لأنه خارج عن القدرة البشرية، فكان مستحيل الوفاء به فيبطل العقد [٣].

جاء في كشاف القناع: «من شروط البيع أن يكون المبيع ومثله الثمن مقدورا على تسليمه حال العقد، لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، والمعدوم لا يصح بيعه فكذا ما أشبه» [٤].

---

(١) الشرط في العقد، د. حسن الشاذلي (ص ٥٢٩)، والشرط كوصف للتراضي (ص ١٨٧)، والشروط الفاسدة المقترنة بعقد البيع وآثارها لأنيس الرحمن (ص ٣١٨).

(٢) المبسوط (١٣/ ٢٠)، وكشاف القناع (٤/ ١٣٩٢)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٣/ ٣٩٨ – ٣٩٩)، ولم أر في كتب المالكية ذكرا لهذا الشرط وربما جعلوه نوعا من شروط الغرر.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) كشاف القناع (٤/ ١٣٩٢).

المبحث الثالث
الشروط الفاسدة المختلف في أثرها على العقد

المطلب الأول: أثر اشتراط ما ينافي مقتضى العقد

الشرط المنافي لمقتضىٰ العقد هو: الشرط الذي لا يتم معه المقصود من العقد إذ أن لكل عقد أحكاما وآثارا تترتب عليه بمجرد انعقاده صحيحا، كحق الانتفاع في الإجارة، وحق الاحتباس في الرهن، وحق الملكية في عقد البيع، فإذا شرط أحد المتعاقدين على الآخر شرطا يحول دون ترتب هذه الأحكام الآثار على العقد كان هذا الشرط مناقضا للمقصود من العقد، ومنافيا لمقتضاه فكان فاسدا [1].

أثر هذا الشرط علىٰ العقد:

اختلف الفقهاء على أثر هذا النوع من الشرط على العقد على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب المالكية والشافعية إلى أن الشرط المنافي لمقتضى العقد يفسد العقد [2]، وهو قول أبي يوسف من تلاميذ الإمام أبي حنيفة [3].

---

(١) الملكية ونظرية العقد، محمد أبو زهرة (ص ٢٤٠ – ٢٤١)، والمدخل للفقه، د. مدكور (ص ٤٥٤)، وأحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (ص ٢٣٤)، والمعاملات المالية المعاصرة، سعد الدين الكبي (ص ٦٥).

(٢) التاج والإكليل شرح مختصر خليل (٤/ ٣٧٢)، والبهجة شرح التحفة (٢/ ٧)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٣/ ٤٥١).

(٣) المبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٥).

جاء في كتاب البيان في فقه الإمام الشافعي: «... أن يبيعه عبدا بشرط أن لا يعتقه أو أن لا يبيع أو أن لا خسارة عليه فيه، أي متى خسر في ثمنه فضمانه على البائع، فالشرط باطل والبيع باطل هذا هو المنصوص للشافعي» (١).

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى التفريق بين نوعين من الشروط المنقاضة لمقتضى العقد (٢).

الأول: هو الشرط المنافي لمقتضى العقد الذي يكون فيه منفعة لها صاحب يطالبها، وهذا النوع من الشرط يفسد العقد، مثل أن يشتري عبدا على أن لا يبيعه أو يهبه، أو يخرجه من ملكه بحال، أو يبيع ثوبا بشرط أن يلبسه أسبوعا أو يشترط البائع على المشتري أن يقرضه قرضا أو أن يهب له أو لغيره هبة أو يشترط أحد المزارعين على المزارع الآخر ألا يبيع أو ألا يهب نصيبه من المزارعة.

قال السرخسي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وإن كان شرطا لا يقتضيه العقد، وليس فيه عرف ظاهر، فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد، لأن الشرط باطل في نفسه، والمنتفع به غير راض بدونه، فتتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط فلهذا فسد به البيع، وكذلك إن كان فيه منفعة للمعقود عليه...» (٣).

الثاني: هو الشرط المناقض لمقتضى العقد الذي لا منفعة فيه لأحد، وهذا الشرط يبطل ويصح العقد، مثل أن يبيع ثوبا أو دابة بشرط أن لا يبيع، أو طعاما

---

(١) البيان في فقه الإمام الشافعي، للعمراني (٥/ ١٢٤).

(٢) المبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٥) وما بعدها، ورد المحتار (٤/ ١٢١)، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. السنهوري (١/ ١٣١) وما بعدها.

(٣) المبسوط (١٣/ ١٨).

بشرط أن لا يأكله، أو ثوبا على أن يحرقه.

قال السرخسي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «... وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والعقد صحيح، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوبا بشرط ألا يبيع، لأنه لا مطالب بهذا الشرط فإنه لا منفعة فيه لأحد، وكان لغوا والبيع صحيح» (١).

القول الثالث: وذهب الحنابلة إلى أن الشرط المناقض لمقتضى العقد إذا اقترن بالعقد بطل وصح العقد (٢).

الأدلـة:

أ- أدلة الرأي الأول القائل بفساد العقد:

استدلوا فيما ذهبوا إليه بالسنة والمعقول:

وأما السنة فاستدلوا منها:

١- حديث عائشة في قصة بريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا أن النبي ﷺ خطب فقال: «ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل...» (٣)، الحديث.

ووجه الدلالة: أن كل شرط ليس في القرآن ولا في السنة ولم يثبت بإجماع

---

(١) المبسوط (١٣/ ١٥).

(٢) الشرح الكبير، للمقدسي (٤/ ٥٤)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٦٣٦)، وكشاف القناع (٤/ ١٤٢٣).

(٣) تقدم تخريجه (ص ١٩٠).

ولا بقياس فليس في كتاب الله فهو فاسد، وكل شرط فاسد يفسد به العقد [١].

٢- حديث إن النبي ﷺ نهي عن بيع وشرط [٢].

ووجه الدلالة منه: هذا النهي يقتضي فساد المنهي عنه [٣].

وأما المعقول فقالوا:

١- إن البائع إنما رضي بزوال ملكه عن البيع بشرط، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له، فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه، والبيع من شرطه التراضي [٤].

٢- إن العقد يقتضي إطلاق يد المشتري أو المستأجر في التصرف، وهذا الشرط يمنعه من التصرف أو يلزمه بتصرف معين، ومثل هذا الشرط يناقض وينافي المقصود من العقد فيبطل ويبطل العقد إلا إذا أسقط المشترط شرطه [٥].

جاء في كتاب البهجة في شرح التحفة من هذا الشرط: «... وفيه علة أخرى للمنع وهي كون ذلك المؤثر من باب اشتراط ما يوجب الحكم خلافه، لأن الحكم يوجب جواز تصرف المشتري في مشتراه على أي وجه شاء، فالتحجير عليه بأن لا يبيع ولا يهب شرط مناقض لمقتضى عقد البيع فيفسد البيع به» [٦].

---

(١) مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ١٣٠ - ١٣١)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٣٧٦ - ٣٧٧).
(٢) تقدم تخريجه (ص ١٦١).
(٣) الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٣١٤).
(٤) الشرح الكبير، للمقدسي (٤/ ٥٤)، والمغني (٦/ ٣٢٥).
(٥) الشرط في العقد، د. الشاذلي (ص ٢٠٥).
(٦) البهجة في شرح التحفة (٢/ ٧).

مناقشة أدلة هذا القول:

أولا: يناقش استدلالهم بحديث عائشة في قصة بريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا بأن الشرط الذي ليس في كتاب الله، ليس المراد منه الشرط الذي لم يذكر في كتاب الله نصا، بل المراد منه الشرط الذي لم يأذن الله فيه، ولا رسوله، بأن يكون مخالفا لحكمه وشرعه، وهذا إنما يكون إذا كان المشروط مما نهى عنه الشارع، وحرمه قبل اشتراطه، بدليل ما جاء في نفس الحديث: «كتاب الله أحق وشرط الله أوثق» [(١)].

ثانيا: نوقش استدلالهم بحديث النهي عن بيع وشرط بأنه حديث ضعيف كما سبق [(٢)].

ثالثا: نوقش استدلالهم بالمعقول وهو إن القول: بصحة البيع بدون الشرط يؤدي إلى زوال ملك البائع بغير رضاه، والبيع من شرطه التراضي.

يجاب عن هذا: بأن الرضا ليس وحده مناط مشروعية المعاملات المالية بل لابد للرضا أن يكون موافقا للشرع وغير متعارض مع نصوصه، لأنه لابد لكل عقد من رضا المتعاقدين وموافقة الشرع [(٣)].

رابعا: نوقش قولهم بأن هذا الشرط يؤدي إلى تحجير السلعة عن مالكها، ويمنعه من التصرف فيها، ويجاب عن هذا بأن هذا الشرط يبطل ولا يجب الوفاء به، وإذا بطل الشرط لم يكن هناك تحجير للسلعة لأن القاعدة أنه إذا زال المانع عاد الممنوع.

---

(١) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٣/ ٣٥٧)، والشروط الفاسدة المقترنة بعقد البيع وآثارها، رسالة ماجستير للباحث: أنيس الرحمن منظور الحق (ص ٣٦٨).

(٢) في صفحة (ص ١٩٠).

(٣) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٣/ ٢٧٠).

ب- أدلة الحنفية فيما ذهبوا إليه:

يعلل الحنفية بالتفريق بين الحالتين بأن الشرط الفاسد إذا اقترن بعقد هو مبادلة مال بمال تغلغل في صلبه فأفسده معه، وذلك إذا كان فيه منفعة لأحد يطالبها، والسبب في ذلك أن الشرط لما كان فاسدا فقد سقط، ولما كان العاقد قد رضي بمبادلة ماله بمال المتعاقد الآخر على هذا الشرط وقد فات عليه فيكون غير راض بالمبادلة فيفسد العقد.

وأما الشرط الفاسد الذي لا منفعة فيه لأحد، فإنه لما لم يكن له مطالب لانعدام منفعته والمطالبة إنما تتوجه بالمنفعة، فهو شرط لم يتمكن في صلب العقد حتى يسري فساده إلى العقد، ومن ثم يبقى العقد صحيحا بالرغم من سقوط الشرط، فالشرط من حيث إنه فاسد يسقط، ومن حيث إنه لا منفعة فيه لأحد يبقى العقد صحيحا [(١)].

واستدل الحنفية على ذلك بما يلي:

١- إن في هذا الشرط زيادة منفعة مشروطة في البيع فتكون ربا لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وهو تفسير الربا، أو البيع الذي فيه الربا فاسد، أو فيه شبهة الربا وهي مفسدة للبيع كحقيقة الربا [(٢)].

٢- إذا أمكنت المطابة بهذا الشرط يؤدي إلى النزاع، وذلك لأن المنتفع بهذا الشرط يطالب بتنفيذ الشرط ولا يرضى بدون الشرط، والطرف الآخر يمتنع من تنفيذ الشرط، بحكم إن الشرع نهي عن بيع وشرط، وهذه المطالبة تؤدي إلى

(١) المبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٥-١٨)، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي (١/ ١٣٠ - ١٣٤).
(٢) أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، د. محمد زكي عبد البر (ص ١٣٥).

المنازعة، وكل ما يؤدي إلى ذلك يفسد ويفسد العقد [١].

٣- أما إذا انعدمت المطالبة كما لو كان الشرط فيه منفعة للمعقود عليه غير الآدمي كالحيوانات والثياب، فإنه يلغو ويصح العقد لأنه ليس فيه منفعة مالية إذ لا يمكن للحيوان أو الجماد أن يطالب بتحقيق هذا الشرط.

ولما أن المطالبة بهذه الشروط معدومة فاشتراطها لا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة وما دامت لا تؤدي إلى الربا والمنازعة فإنها تفترق عن الشروط التي تحقق منفعة للمعقود عليه من أهل الاستحقاق فلا تؤثر في العقد، فيصح العقد وتسقط هذه الشروط لأنها فاسدة في نفسها [٢].

مناقشة مذهب الحنفية:

إن اتجاه الحنفية إلى التفريق بين هذين النوعين من الشروط لم يسلم من النقد لأن المصلحة قد تتحقق في كلا الحالين، يقول الدكتور عبد الرازق السنهوري: «إننا نرى خلافا لما يذهب إليه الفقه الحنفي، أن هذه المنفعة قد تتحقق في بعض الأحوال، فقد يشترط البائع على المشتري أن يبيع أو يهب الشيء الذي اشتراه لمصلحة راعاها للمشتري في ذلك، كأن يخشى منه السرف ويخاف أن يسرع إلى إضاعة ما اشتراه فشرط عليه ما فيه مصلحة له، فيكون في الشرط منفعة للمشتري، وقد يشترط أحد المزارعين على الآخر ألا يبيع أو ألا يهب نصيبه، لأنه لا يريد أجنبيا يشاركه فيما تنتجه المزارعة، والمزارعة كما هو

(١) المبسوط، للسرخسي (١٣ / ١٤)، والشرط في العقد، د. الشاذلي (ص ١٧٢).
(٢) الشرط في العقد، د. الشاذلي (ص ١٧٩).

معروف تقوم في الغالب على اعتبارات شخصية فيما بين المزارعين، والعادة أن العاقد لا يشترط شرطا إلا إذا كان له غرض معقول يسعى إلى تحقيقه من نحو ما قدمناه، ولا يتصور أن يشترط شرطا لا منفعة فيه لأحد إلا في فروض غير مألوفة، كأن يبيع الثوب ويشترط على المشتري أن يحرقه أو يبيع الدار ويشترط على المشتري أن يخربها» [١].

جـ- أدلة الحنابلة بالقول بصحة العقد وبطلان الشرط:

استدلوا فيما ذهبوا إليه من أن البيع صحيح إلى السنة وذلك بحديث عائشة في قصة بريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

ووجه الدلالة منه: صحح النبي ﷺ البيع وأبطل شرط الولاء، بقوله إنما الولاء لمن أعتق [٢].

فالقول بفساد البيع يتناقض مع هذا الحديث، حيث إن الرسول ﷺ أجاز العقد مع إبطاله الشرط [٣].

والراجح لدى الباحث: صحة العقد وبطلان الشرط، لأنه لم يرد دليل من الشارع ينص على فساد العقد بفساد الشرط، بل إن حديث بريرة ينص على صحة العقد مع بطلان الشرط، وهو حديث صحيح متفق على صحته.

---

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. السنهوري (١/ ١٣٢).

(٢) الشرح الكبير، للمقدسي (٤/ ٥٤)، وكشاف القناع (٤/ ١٤٢٤)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٦٣٦).

(٣) الشروط الفاسدة المقترنة بعقد البيع وآثارها، لأنيس الرحمن منظرو الحق (ص ٣٧٠).

المطلب الثاني: أثر اشتراط البراءة من العيوب:

يصح البيع بشرط البراءة من العيوب عند الحنفية ويسقط هذا الشرط حق المشتري في الرد بخيار العيب، سواء كان البائع جاهلا بوجود العيب أم عالما به [١]، وهو قول عند الحنابلة أيضا [٢].

وذهب المالكية - وهو الراجح عن الحنابلة - إلى التفريق بين حالة علم البائع بوجود العيب في المبيع وكتمانه عن المشتري، حيث لا يصح اشتراط البراءة من العيوب في هذه الحالة لوجود التدليس في ذلك، أما إذا كان البائع غير عالم بوجود العيب، فيصح الشرط ولا يحق للمشتري الرد إذا ظهر عيب بالمبيع [٣].

ولا يصح هذا الشرط عند الشافعية مطلقا إلا في العيب الباطن في الحيوان فقط [٤].

أثر هذا الشرط على العقد:

اختلف الفقهاء القائلون بفساد هذا النوع من الشرط في تأثيره على العقد على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية في قول راجح، والشافعية في قول أصح والحنابلة في الراجح عندهم إلى أن هذا النوع من الشرط غير مؤثر في العقد فهو صحيح [٥].

القول الثاني: إن هذا الشرط يفسد العقد وهو قول مرجوح عند كل من المالكية والشافعية والحنابلة [٦].

---

(١) تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٤٣)، بدائع الصنائع، للكاساني (٣/ ٢٧٦ - ٢٧٧).

(٢) أعلام الموقعين (٣/ ٣٢٦).

(٣) الخرشي على مختصر خليل (٤/ ٩٣ - ٩٤).

(٤) الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٢٧٢).

(٥) المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٥)، والتاج والإكليل شرح مختصر خليل (٤/ ٤٩٩)، والبهجة في شرح التحفة (٢/ ٨)، والمهذب مع تكملة المجموع (١٢/ ٣٩٨)، وشرح السنة للبغوي (١٣/ ١٩ - ٢٠).

(٦) المراجع السابقة.

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بصحة البيع مع فاسد شرط البراءة من العيوب بما يلي:

١- حديث عائشة في قصة بريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حيث إن النبي ﷺ أبطل الشرط ولم يبطل العقد [١].

٢- ما ثبت أن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا باع من زيد بن ثابت عبدا بشرط البراءة بثمانمائة درهم، فأصاب زيد به عيبا، فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله، فترافعا إلى عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فقال لابن عمر: «أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب»؟ فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد [٢].

وجه الدلالة منه: إن هؤلاء الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ اتفقوا على صحة البيع، وأجمعوا على جوازه، مع اختلافهم في صحة الشرط، وأن هذه القصة اشتهرت بينهم، ولم ينكرها أحد منهم، ففيها دلالة واضحة على صحة البيع وجوازه [٣].

٢- إن هذا الشرط يترتب عليه إسقاط الشيء قبل وجوبه، وإسقاط الشيء قبل وجوبه لا يصح، فيكون هذا الشرط لغوا ويصح العقد المقترن به، أما لو أسقط حقه بعد وجوبه فإنه يصح كما لو أسقط حقه في الرجوع بالعيب بعد الشراء [٤].

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بفساد العقد بهذا النوع من الشرط ما يلي:

١- إنه شرط فاسد فيفسد به العقد [٥].

---

(١) المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٦).

(٢) أخرج هذه القصة مالك في الموطأ في كتاب العيوب، باب العيب في الرقيق (ص ٤٤٠ - ٤٤١).

(٣) المبسوط، للسرخسي (١٣/ ٩٢)، وأثر الشروط الفاسدة المقترنة بعقد البيع (ص ٣٣٣).

(٤) الشرط في العقد، د. الشاذلي (ص ٢١٢).

(٥) المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٥).

ويناقش على هذا الدليل: «بأنه استدلال على مختلف فيه بمختلف فيه، فإن كون الشروط الفاسدة تفسد العقود ليس محل اتفاق، بل مختلف فيه، إذ ليس كل شرط فاسد يؤثر في العقد، بل منها ما يلغوا ويصح العقد، فالاستدلال به على فساد العقد غير صحيح» [١].

٢- إن هذا الشرط يقتص جزءا من الثمن تركه البائع لأجل الشرط فإذا سقط وجب أن يرد الجزء الذي تركه بسبب الشرط، وذلك مجهول، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولا، فيصير الثمن مجهولا فيفسد العقد [٢].

٣- إن البائع إنما رضي بهذا الثمن عوضا عنه بهذا الشرط، فإذا فسد الشرط فات الرضي به، فيفسد البيع لعدم وجود التراضي [٣].

ويظهر من الدليلين الأخيرين بأنهما مبنيان على القول بوجوب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن، وذلك غير مسلم، لأن النبي ﷺ لم يحكم لأرباب بريرة بشيء مع فساد الشرط [٤].

والراجح لدى الباحث: القول الأول وهو: صحة العقد مع شرط البراءة من العيوب، لأن القول بفساد البيع في مقابل نص، وهو أن النبي ﷺ صحح البيع مع فساد الشرط في قصة بريرة، ولأن الشرط لم يحدث خللا في الثمن حيث لم يترتب عليه جهالة في الثمن ولم يؤد إلى ارتكاب محظور شرعي، كما أنه لم يمنع المتعاقد من مباشرة حق جوهري يقصد بالعقد، وهو أن يتصرف في ملكه كما يشاء في حدود المشروع.

والله أعلم.

---

(١) الشروط الفاسدة المقترنة بعد البيع وآثارها، أنيس الرحمن منظور الحق (ص ٣٣٤).

(٢) المهذب، للشيرازي مع تكملة المجموع، للسبكي (١٢/ ٣٩٨)، المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٥).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) المبسوط (١٣/ ٩٢)، وتكملة المجموع للسبكي (١٢/ ٤١٣)، والشرح الكبير، للمقدسي (٤/ ٦٠).

المطلب الثالث: أثر اشتراط أن لا يرجع عليه بالثمن عند الاستحقاق:

اختلف فقهاء المذاهب الأربعة القائلون بفساد هذا الشرط في أثره على العقد على قولين:

القول الأول: إنه يفسد العقد، وبه قال الحنفية، وهو قول ضعيف عند المالكية، وهو ما تدل عليه قواعد الشروط المنافية لمقتضى العقد في المذهب الشافعي [(١)].

جاء في الفتاوى الهندية: «لو قال: أبيعك على أن لا ترجع علي بالثمن عند الاستحقاق كان البيع فاسدا» [(٢)].

وجاء في نهاية المحتاج «والحاصل من كلامهم أن كل شرط مناف لمقتضى العقد إنما يبطله إذا وقع في صلبه أو بعده وقبل لزومه» [(٣)].

القول الثاني: إن هذا الشرط لا يؤثر العقد، فيبطل الشرط ويصح العقد، وهو مذهب المالكية [(٤)].

ويصح العقد بناء على قواعد المذهب الحنبلي الذي يرى أن كل شرط ينافي مقتضى العقد يكون باطلا غير مبطل للعقد، وذلك اعتمادا على ما جاء في خبر بريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا [(٥)].

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ١٠٦)، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل (٤/ ٤٩٩)، والتاج والإكليل، للمواق (٤/ ٤٩٩)، ونهاية المحتاج، للرملي (٣/ ٤٥١).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ١٠٦).

(٣) نهاية المحتاج (٣/ ٤٥١).

(٤) مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٤٩٩)، والتاج والإكليل، للمواق (٤/ ٤٩٩)، والبهجة شرح التحفة (٢/ ٨).

(٥) الشرح الكبير، للمقدسي (٤/ ٥٤)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٦٣٥)، وكشاف القناع (٤/ ١٤٢٩)، والمغني، لابن قدامة (٦/ ٣٢٥).

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم صحة العقد بأن هذا الشرط فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد، وهو سلامة المبيع للمشتري، وسلامة الثمن للبائع، فيفسد به العقد [(١)].

وهذه حجة القائلين بفساد العقود المالية بالشروط الفاسدة المنافية لمقتضى العقد، وقد سبقت مناقشتها.

أدلة القول الثاني:

احتج القائلون بصحة العقد بقصة بريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا حيث أبطل النبي ﷺ الشرط المنافي لمقتضى العقد ولم يبطل العقد، إضافة إلى ذلك فإن هذا النوع من الشرط إسقاط للشيء قبل وجوبه فلا يلزم ويسقط، ولا يؤثر في العقد فسادا، لأنه لاحظ له من الثمن إذ لم يقع في مقابلة حصة من الثمن [(٢)].

وهذا القول هو الراجح لقوة حجته، لأنه ليس لهذا الشرط تأثير في العقد، إذ لا يترتب عليه خلل بالثمن، ولا يؤدي إلى الغرر والجهالة في المبيع، كما لا يمنع المشتري من التصرف في ملكه.

---

(١) الفتاوى الهندية مع فتاوى قاضيخان (٢/ ١٠٦).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ١٧٥)، والشروط الفاسدة المقترنة بعقد البيع وآثارها (ص ٣٣٨).

المطلب الرابع: أثر اشتراط ما لا يتعلق به غرض مالي ولا منفعة فيه لأحد:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على عدم جواز أن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطا لا يحقق نفعا معينا ولا مصلحة فيه لأحد، كأن يبيع طعاما ويشترط على المشتري أن يطحنه، أو ثوبا على أن يلبسه، أو باعه دارا على أن يحرقها [١].

ولكنهم اختلفوا على أثر هذا الشرط على العقد على قولين:

القول الأول: إن هذا الشرط لا يؤثر في العقد فيلغوا ويصح العقد، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية -وهو الظاهر في المذهب- والمالكية والشافعية والحنابلة [٢].

جاء في المبسوط - عن الشروط الجعلية -: «... وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والعقد صحيح» [٣].

وجاء في مغني المحتاج: «إن شرط ما لا غرض فيه أي عرفا فلا عبرة بغرض العاقدين أو أحدها... وصح العقد ولغي الشرط» [٤].

القول الثاني: إن هذا النوع من الشرط يفسد العقد، وبه قال أبو يوسف من الحنفية [٥]، وهو قول بعض الشافعية كالرافعي [٦]، وغيرهم كما نقل الإمام النووي [٧].

---

(١) بدائع الصناع، للكاساني (٥/ ١٧٠)، ومواهب الجليل (٤/ ٤٢٧)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٣٦٤)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٣/ ٤٥٩)، ونظرية العقد، لابن تيمية (ص ٢٥).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٥).

(٤) مغني المحتاج (٣/ ٤٥٩).

(٥) المبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٥).

(٦) **الرافعي**: هو الإمام العلامة المفسر المحدث الفقيه أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن الفضل القزويني، من فقهاء الشافعية، صاحب كتاب «فتح العزيز شرح الوجيز» وهو منسوب إلى رافع بن خديج رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة ٢٦٤ هـ، ينظر ترجمته في: شذرات الذهب في أخبار من ذهب (٥/ ١٠٨).

(٧) المجموع شرح المهذب (٩/ ٣٦٤).

وحجة هذا القول بأن في هذا الشرط ضررا على المشتري من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في ملكه، كما أن فيه إلزاما ما ليس بلازم فيكون مفسدا للعقد [١].

ويرد على هذه الحجة: بأنه ليس فيه ضرر للمشتري لأنه ليس فيه مصلحة لأحد فيطالب بتنفيذ هذا الشرط والالتزام به، فلا يكون مؤثرا في العقد.

واستدل الجمهور القائلون بإلغاء الشرط وصحة العقد بما يلي:

أولًا: تطبيقا لأحكام الشروط المنافية لمقتضى العقد في المذهب المالكي فإنها لا تبطل العقد إلا إذا كانت تؤثر في الثمن خللا، أو تؤدي إلى جهالة في المبيع، أو الغرر أو كان فيها ارتكاب لأمر محظور [٢]، وهذا لم يتوافر في هذا النوع من الشروط فيصح العقد معها.

ثانيًا: استدل الشافعية لصحة العقد مع الشرط، لأنه لا أحد يطالبه إذ ليس فيه منفعة لأحد فيلغوا ويصح العقد [٣].

ثالثًا: أما عند الحنابلة فلا يبطل العقد عندهم باقترانه بالشروط الفاسدة لقصة بريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا حيث أبطل النبي ﷺ الشرط ولم يبطل العقد [٤].

رابعا: أما عند الحنفية فيصح العقد مع هذا الشرط لعلتين [٥]:

العلة الأولى: إن الشرط الذي يفسد العقد إنما أفسده لأن فيه زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض، إذ هو شرط فيه منفعة على النحو الذي

---

(١) المبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٥)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٣٦٤).

(٢) البهجة في شرح التحفة (٢/ ٨).

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٣/ ٤٥٩).

(٤) الشرح الكبير (٤/ ٥٤)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٦٣٦).

(٥) المبسوط (١٣/ ١٥)، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. السنهوري (١/ ١٣٣).

بيناه، فكان في ذلك ربا أو شبهة الربا، والربا وشبهته يفسدان العقود.

أما الشرط الذي نحن بصدده فليس فيه منفعة لأحد ولا مطالب له، فلم يوجد فيه معنى الزيادة التي لا يقابلها عوض، فانعدمت فيه شبهة الربا، فلم يعد هناك مبرر لفساد العقد، فيبقى العقد صحيحا مع سقوط الشرط لفساده.

العلة الثانية: إن الشرط الذي يفسد العقد إنما أفسده – من جهة أخرى – لأن فيه منفعة لها مطالب، فكان صفقة في صفقة أو عقدا تضمنه عقد آخر وهذا لا يجوز، أما الشرط الذي لا منفعة فيه لأحد وليس له مطالب، فهو ليس بصفقة أو عقد، فلم يتضمن البيع باقترانه به صفقة في صفقة أو عقدا في عقد، فارتفع سبب الفساد عن البيع فبقي على صحته، مع سقوط الشرط لفساده.

والراجح مذهب الجمهور القائل: بصحة العقد وإبطال الشرط لقوة أدلته، إضافة إلى أن هذا الشرط لا يتعلق به غرض ولا يؤدي إلى المنازعة، فكان لغوا في نفسه، لكنه لا يؤثر في العقد.

والله أعلم.

الخاتمة

وفي نهاية المطاف وبعد أن انتهيت - بعون الله وتوفيقه - من بحث موضوع **(أثر الشروط الجعلية في العقود المالية)** أود أن أختمه بخلاصة تبين أهم ما توصلت إليه من نتائج، ويمكن إجمالها فيما يلي:

١- إن الشريعة الإسلامية نظمت أحكام العقود وما يقترن بها من شروط، وبينت قواعد التحريم والتحليل فيها، ولم يترك الشارع أمرها يسير حسب أهواء المتعاقدين ورغباتهما الشخصية، بل وضع لذلك ضوابط وقيودا بما يحقق مصالحهم ويرفع الحرج عنهم.

٢- إذا تم العقد صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه فإنه يجب على كلا المتعاقدين الوفاء به، وعدم التهرب والتنصل عن تحمل التزاماته، ووجوب الوفاء بالعقود يستوجب الوفاء بما اقترن بها من شروط، فالوفاء بالعقد لا يكون وفاءا كاملا إلا إذا تضمن الوفاء بما اقترن بهذا العقد من شروط، وضعها المتعاقدان أو أحدهما لتحقيق مصالح مشروعة.

٣- إن الشروط - في العقود المالية - تنقسم إلى قسمين:

أ- **شرط شرعي**: وهو ما يتطلبه الشارع لانعقاد العقد أو لصحته أو لنفاذه ولزومه، ويجب عدم مخالفة هذه الشروط حتى يكون العقد قائما على أساس سليم.

ب- **شرط جعلي**: وهو ما يشترطه المتعاقد ليحقق له رغبة ومصلحة معينة

ويختلف حكمه من شرط لآخر.

٤- اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه أو الذي ورد نص خاص بجوازه، أو ما جرى به العرف والتعامل بين التجار عند غير الشافعية في الشرط المتعارف.

٥- واتفق الفقهاء أيضا على عدم جواز الشروط المنافية لمقتضى العقد أو التي ورد النص بتحريمها أو النهي عنها.

٦- اختلف الفقهاء فيما عدا ذلك من الشروط بين موسع ومضيق، نظرا لاختلافهم في أن الأصل في اقتران العقود بالشروط أو تعليقها عليه هل هو الإباحة أو المنع؟

ورجح الباحث الاتجاه القائل بأن الأصل في الشروط الإباحة للاعتبارات التي سبق تفصيلها.

وبناء على ذلك يكون الشرط صحيحا ما لم يرد من الشارع نهي خاص عنه، ولا يتنافى مع دين الله وشرعه، سواء قام الدليل المعين على اعتباره أم لم يقم، وسواء وافق مقتضى العقد أم لم يوافق فالأصل في الاعتداد بالشرط من عدمه هو الجواز والصحة.

٧- تقسم الشروط - أيضا - إلى شروط تقييدية وتعليقية وإضافية:

فالشرط التقييدي: هو التزام زائد عن أصل مقتضى العقد ويعدل من آثاره.

وشرط التعليق: فهو ربط حصول العقد بحصول أمر مستقبل متوقع الحدوث، أما **الشرط الإضافي**: فهو إرجاء أثر العقد إلى زمن مستقبل معين.

وتعليق العقد وإضافته نوع من الاشتراط فيه، والأصل فيه الصحة والجواز إلا ما ورد عنه هي من الشارع أو كان مناقضا لمقتضى العقد.

٨- اختلف الفقهاء في الفرق بين العقد الفاسد والباطل، واختار الباحث مذهب الجمهور القائل بأنهما مترادفان.

٩- إذا كان الشرط صحيحا واقترن في عقود المعاوضات المالية فهو لازم ويلزم الوفاء به، فإذا امتنع من اشترط عليه على تنفيذه، فإنه يجبر عليه لأن هذا الشرط أصبح حقا من حقوق العقد.

١٠- إذا كان الشرط فاسدا فإنه يفسد العقد في الأحوال التالية:

أ- إذا كان الشرط يؤدي إلى أمر محظور.

ب- إذا كان فيه غرر.

جـ- إذا كان غير مقدور على الوفاء به.

١١- ويبطل الشرط ولا يؤثر العقد في الأحوال التالية:

أ- إذا كان منافيا لمقتضى العقد.

ب- إذا اشترط أحد المتعاقدين البراءة من العيوب.

جـ- إذا اشترط البائع على المشتري ألا يرجع عليه بالثمن، إذ ثبت استحقاق المبيع لشخص لآخر.

د- إذ لم يتعلق بالشرط غرض مالي وليس فيه منفعة لأحد.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

المراجع والمصادر

١- القرآن الكريم.

٢- إتحاف ذوي البصائر بشر روضة الناظر في أصول الفقه د. عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، مكتبة الرشد الرياض.

٣- أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، الدكتور مصطفى سعيد الخن الطبعة الثانية ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠ مؤسسة الرسالة- بيروت.

٤- أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، محمد سكحال المجاجي، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م دار ابن حزم – بيروت.

٥- أحكام العقد المقترن بشرط د. إبراهيم حسن الملا، رسالة دكتوراه غير منشورة تقدم بها الباحث إلى كلية دار العلوم – جامعة القاهرة ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م.

٦- الإحكام في أصول الأحكام، سيف الدين الآمدي، طبعة دار الكتب العلمية- بيروت.

٧- الإحكام في أصول الأحكام لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهري، دار الآفاق الجديدة بيروت.

٨- أحكام القرآن أحمد بن علي بن أبي بكر الجصاص، طبعة دار الكتاب العربي سنة ١٣٣٥هـ- بيروت.

٩- أحكام القرآن محمد بن عبد الله المعافري، المعروف بابن العربي طبعة عيسى البابي الحلبي.

١٠- أحكام المعاملات الدكتور/ كامل موسى، الطبعة الثانية ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م مؤسسة الرسالة بيروت.

١١- أحكام المعاملات الشرعية الشيخ علي الخفيف، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م دار الفكر العربي- القاهرة.

١٢- أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي د/ محمد ذكي عبد البر، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ- ١٩٨٦م دار الثقافة – الدوحة.
١٣- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية طبعة دار الفكر- بيروت.
١٤- الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي، طبعة ١٣٨٦هـ -١٩٩٦م دار مطابع الشعب- القاهرة.
١٥- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول محمد بن علي الشوكاني، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ- ١٩٩٨م، دار السلام القاهرة.
١٦- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م، المكتبة الإسلامي – بيروت.
١٧- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله المعروف بابن عبد البر، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ، دار الوعي ومكتبة الثقافة الدينية- القاهرة.
١٨- الأشباه والنظائر زين الدين بن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية بيروت.
١٩- الأشباه والنظائر في فروع وقواعد الشافعية، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المكتبة التوفيقية- القاهرة.
٢٠- الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية د/ رشدي شحاتة أبو زيد، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ- ٢٠٠١م دار الفكر العربي – القاهرة.
٢١- أصول الأحكام الشرعية د/ يوسف قاسم، طبعة ٢٠٠١، دار النهضة العربية – القاهرة.
٢٢- أصول الفقه د/ محمد زكريا البرديسي، الطبعة الأولى ١٩٨٣م، دار الثقافة- القاهرة.
٢٣- أصول الفقه الإسلامي د/ وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر- بيروت، ودار الفكر- دمكشق الطبعة الثانية ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

٢٤- الأعلام، خير الدين الزركلي، الطبعة السادسة ١٩٨٤م، دار العلم للملايين-بيروت.
٢٥- أعلام الموقعين عن رب العالمين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، المنصورة.
٢٦- الالتزامات في الشرع، الشيخ أحمد إبراهيم بك، دار الأنصار، القاهرة.
٢٧- الأم، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، طبعة دار المعرفة، بيروت.
٢٨- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لأبي الحسن المرداوي، طبعة ١٣٧٦هـ- ١٩٧٥م، مطبعة السنة المحمدية- القاهرة.
٢٩- البحر المحيط في أصول الفقه للإمام بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الاولى سنة ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.
٣٠- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله د/ محمد فتي الدريني الطبعة الأولى ١٤١٤هـ-١٩٩٤م مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان.
٣١- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة د/ محمد سليمان الأشقر، ود/ ماجد محمد أبو رخية، ود/ محمد عثمان شبير، ود/ عمر سليمان الأشقر، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ-١٩٩٨م دار النفائس، الأردن.
٣٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، الطبعة الثالثة ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.
٣٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن رشد، دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الثالثة ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٣٤- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع الهجري للقاضي محمد ابن علي الشوكاني، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٨هـ، دار المعرفة بيروت.
٣٥- البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي الطبعة الثانية ١٩٥١م مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

٣٦- بيع التقسيط تحليل فقهي واقتصادي د/ رفيق يونس المصري، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، دار القلم، دمشق.
٣٧- البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسن يحيى بن أبي الخير العمراني الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م دار الكتب العلمية بيروت.
٣٨- التاج المكلل من جوهر مآثر الطراز الآخر والأول للسيد أبي الطيب القنوجي المطبعة الهندية العربية ١٣٨٣هـ- ١٩٦٣م.
٣٩- التاج والإكليل شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف العدوى «المواق» طبعة دار الكتاب العربي – بيروت.
٤٠- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومنهج الأحكام لأبي عبد الله محمد ابن فرحون الطبعة الأولى ١٤١٦هـ-١٩٩٥م دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.
٤١- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي طبعة دار المعرفة- بيروت.
٤٢- التحرير وشرحه لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري مع حاشية الشرقاوي طبعة دار إحياء الكتب العربية القاهرة.
٤٣- تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي للإمام أبي العلي محمد بن عبد الرحمن المباركفوري الطبعة مؤسسة قرطبة.
٤٤- تذكرة الحفاظ للإمام شمس الدين الذهبي، الطبعة دار إحياء التراث العربي القاهرة.
٤٥- تذكرة الحكام في البحث في الوعد والالتزام للمرحوم عبد السلام السميج طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية- المغرب، سنة ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م.
٤٦- التعريفات السيد الشريف أبي الحسن علي بن علي الجرجاني، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م دار الكتب العلمية – بيروت.
٤٧- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير الحافظ ابن حجر العسقلاني- الطبعة الأولى ١٤١٦هـ- مؤسسة قرطبة – جدة.

٤٨- التنقيح على التوضيح لصدر الشريعة عبد الله بن مسعود المطبعة الخيرية بمصر.
٤٩- تهذيب التهذيب للإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ- ١٩٨٤م دار الفكر العربي.
٥٠- تهذيب مختصر سنن أبي داود لابن قيم الجوزية طبعة ١٣٩١هـالسنة المحمدية –القاهرة.
٥١- تيسير العلام شرح عمدة الأحكام عبد الله بن عبد الرحمن آل بسام طبعة أم القرى- القاهرة.
٥٢- جامع البيان في تفسير القرآن للإمام محمد بن يزيد بن جرير الطبري-طبعة دار الفكر –بيروت.
٥٣- الجامع لأحاديث البيوع أعده وحققه سامي بن محمد الخليل وعلق عليه الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ- دار ابن الجوزي- الرياض.
٥٤- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، طبعة دار الحديث ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م القاهرة.
٥٥- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثًا من جوامع الكلام لابن رجب الحنبلي طبعة دار التوزيع والنشر الإسلامية سنة ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
٥٦- جامع الفصوليين للإمام محمد بن إسماعيل المعروف بابن قاضي سماوة، الطبعة الأولى ١٣٠٠هـ المطبعة الأزهرية.
٥٧- جمع الجوامع لابن السبكي ومعه حاشية العطار، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.
٥٨- جواهر التبسيط في قواعد البيع بالتقسيط دراسة مقارنة في الشريعة والقانون ومدعمة بالفتاوى الشرعية والأحكام القضائية، د/ محمد أحمد عبد الرحمن الزرقا - الطبعة الأولى ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م دار النهضة العربية –القاهرة.
٥٩- حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع- الطبعة الأولى- ١٣٣١هـ- ١٩١٣م المطبعة الأزهرية.
٦٠- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي طبعة دار الفكر.

٦١- حاشية القليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للإمام شهاب الدين أحمد بن أحمد القليوبي الطبعة الأولى ١٣٢١هـ- ١٩٢٣م دار إحياء الكتب العربية مصر.
٦٢- الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، طبعة دار الكتب العلمية سنة ١٤١٩هـ-١٩٩٩م بيروت.
٦٣- الخرشي على مختصر الخليل وبهامشه حاشية العدوى طبعة دار صادر بيروت.
٦٤- درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، طبعة مكتبة النهضة بيروت-بغداد.
٦٥- الدرر الحكام في شرح غرر الحكام لملا خسرو الحنفي طبعة ١٣٢٩هـ.
٦٦- دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة د/ محمد مصطفى أبوه الشنقيطي الطبعة الثانية ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م مكتبة العلوم والحكم -المدينة المنورة.
٦٧- رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر بن عابدين طبعة دار إحياء التراث سنة ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
٦٨- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي مطبوع مع اتحاف ذوي البصائر الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م مكتبة الرشد-الرياض.
٦٩- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، للإمام محمد ابن إسماعيل الصنعاني طبعة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة بيروت.
٧٠- سنن ابن ماجه لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني طبعة دار الكتب العلمية-بيروت.
٧١- سنن الدار قطني للإمام علي بن عمر الدارقطني طبعة دار المحاسن للطباعة -القاهرة.
٧٢- سنن النسائي بشرح الإمامين السيوطي والسندي الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م دار الحديث.
٧٣- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية محمد بن محمد مخلوف طبعة دار الكتاب العربي - بيروت.

٧٤- شذرات الذهب في أخبار من ذهب أو الفلاح عبد الحيّ بن أحمد المعروف بابن العماد طبعة دار الفكر – بيروت.
٧٥- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، للعلامة محمد بن عبد الباقي الزرقاني الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م مكتبة الثقافة الدينية- القاهرة.
٧٦- شرح السنة لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م دار الكتب العلمية- بيروت.
٧٧- شرح النووي على صحيح مسلم، الإمام محي الدين أبو زكريا النووي الطبعة الأولى ٢٠٠١م، المكتب الثقافي – القاهرة.
٧٨- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، لأبي البركات أحمد بن محمد الدردير، طبعة ١٤١٠هـ- ١٩٨٩م، وزارة العدل والشئون الإسلامية والأوقاف- الإمارات.
٧٩- شرح العناية على الهداية – أكمل الدين أحمد بن محمد البابرثي، الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ- ١٩٧٠م مصطفى البابي الحلبي- القاهرة.
٨٠- شرح فتح القدير على الهداية كمال الدين بن الهمام الحنفي الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ- ١٩٧٠م مصطفى البابي الحلبي- بيروت.
٨١- الشرح الكبير ومعه المغني، شمس الدين عبد الرحمن بن قدامة المقدسي طبعة ١٤٠٣هـ، دار الكتاب العربي- بيروت.
٨٢- شرح الكوكب المنير، لابن النجار الحنبلي دار الفكر –دمشق ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.
٨٣- شرح منتهى الإرادات للإمام منصور بن يونس البهوتي طبعة ١٩٩٧م مكتبة مصطفى الباز مكة المكرمة.
٨٤- الشرط الجزائي في الديون- دراسة فقهية مقارنة- د/ على محمد الحسين الصوا بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية- جامعة الكويت عدد ٥٨ رجب ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م.

٨٥- الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه للباحث عبد المحسن سعد الرويشد، كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م.
٨٦- الشرط في العقد - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون - د/ حسن علي الشاذلي، رسالة دكتوراه - كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر ١٩٦٨م.
٨٧- الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، د/ محمد شتا أبو سعد، طبعة ١٩٨٠م عالم الكتب - القاهرة.
٨٨- الشروط الفاسدة المقترنة بعقد البيع وآثارها، أنيس الرحمن منظور الحق رسالة ماجستير - كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٨٩- شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، للشيخ أبي حامد الغزالي الطبعة الأول ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م مكتبة الإرشاد - بغداد.
٩٠- صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل البخاري مطبوع مع فتح الباري طبعة دار التقوى - القاهرة.
٩١- صحيح سنن أبي داود، للإمام محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت.
٩٢- صحيح سنن الترمذي، للإمام محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي بيروت.
٩٣- صحيح مسلم للإمام مسلم بن الحجاج مطبوع مع شرح النووي الطبعة الأولى ٢٠٠١م المكتب الثقافي - الأزهر - القاهرة.
٩٤- ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه د/ عبد الحميد محمود البعلي الطبعة الأولى مكتبة وهبة - القاهرة.
٩٥- عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي للإمام محمد بن عبد الله المعافري المعروف بابن العربي طبعة دار الوحي المحمدي القاهرة.
٩٦- عون المعبود شرح سنن أبي داود للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي طبعة دار الحديث - القاهرة سنة ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

٩٧- غاية المنتهي في الجمع بين الإقناع والمنتهى، للشيخ مرعي بن يوسف بن أبي بكر الكرمي.
٩٨- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر أحمد بن محمد الحنفي الحموي طبعة دار الكتب العلمية- بيروت.
٩٩- الفتاوى الكبرى، لأحمد بن عبد الحليم بن تيمية الطبعة الثالثة ١٩٩١م المكتبة القيمة.
١٠٠- الفتاوى الهندية في فقه الحنفية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند طبعة دار المعرفة بيروت.
١٠١- فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن حجر العسقلاني طبعة دار القتوى للتراث – القاهرة.
١٠٢- الفتح المبين في طبقات الأصوليين للشيخ عبد الله مصطفى المراغي الطبعة الثانية ١٣٩٤هـ-١٩٧٢م، الناشر محمد أمين وشركاه- بيروت.
١٠٣- الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي الطبعة الأولى ١٤٢١هـ- ٢٠٠١م دار السلام – القاهرة.
١٠٤- الفقه الإسلامي وأدلته الدكتور وهبة الزحيلي الطبعة الرابعة ١٤٢٢هـ- ٢٠٠٢ دار الفكر دمشق.
١٠٥- فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر د/ على أحمد السالوس الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م الناشر مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا.
١٠٦- فقه وفتاوى البيوع اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء جمع وترتيب أبو محمد أشرف بن عبد المقصود، الطبعة الثانية ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م مكتبة أضواء السلف- الرياض.
١٠٧- الفوائد البهية في تراجم الحنفية لأبي الحسن محمد بن عبد الحي اللكنوي دار المعرفة – بيروت.
١٠٨- القاموس المحيط للإمام محمد بن يعقوب الفيروز آبادي طبعة دار الفكر سنة ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م.

١٠٩- قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد د/ نزيه حماد الطبعة الأولى ١٤٢١هـ-٢٠٠١م دار القلم دمشق.
١١٠- القواعد للإمام أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة- الرياض.
١١١- القواعد والفوائد الأصولية لأبي الحسن علاء الدين المشهور بابن اللحام تحقيق محمد حامد الفقي الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م دار الكتب العلمية – بيروت.
١١٢- القوانين الفقهية، للإمام محمد بن أحمد بن جزي، بدون مكان الطبع وتاريخه.
١١٣- كتاب الفقه على المذاهب الأربعة عبد الرحمن بن محمد الجزائري الطبعة الأولى ٢٠٠١م مؤسسة المختار- القاهرة.
١١٤- كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية أحمد ابو الفتوح الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢هـ- ١٩١٣م مطبعة البوسفور- القاهرة.
١١٥- كشف الأسرار عن أصول البزدوي للإمام عبد العزيز أحمد البخاري – طبعة دار الكتاب العربي سنة ١٣٦٤هـ- ١٩٧٤م بيروت.
١١٦- كشاف القناع عن متن الإقناع منصور بن يونس البهوتي مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة.
١١٧- اللباب في شرح الكتاب عبد الغني الغنيمي الميداني طبعة دار الحديث –حمص- بيروت.
١١٨- لسان العرب للإمام أبي الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم بن منظور الطبعة الأولى دار صادر – بيروت.
١١٩- لسان اللسان تهذيب لسان العرب، لابن منظور الإفريقي، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ- ١٩٩٣م دار الكتب العلمية – بيروت.
١٢٠- المبسوط للعلامة شمس الدين السرخسي الطبعة الثانية دار المعرفة –بيروت.
١٢١- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين على بن أبي بكر الهيثمي طبعة ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م مؤسسة المعارف – بيروت.

١٢٢- المجموع شرح المذهب للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، طبعة دار الفكر- بيروت.

١٢٣- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن ببن قاسم، مطبعة الحكومة- مكة المكرمة.

١٢٤- مجموعة رسائل ابن عابدين، محمد أمين بن عابدين، طبعة مؤسسة فوائد سنة ١٢٣٧هـ.

١٢٥- المحلى بالآثار لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلس، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت.

١٢٦- مختار الصحاح للشيخ محمد بن أبي بكر الرازي، طبعة دار الحديث –القاهرة.

١٢٧- المدخل الفقهي العام، الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا طبعة ١٩٦٧م، الأدب دمشق.

١٢٨- المدخل في الفقه الإسلامي، د. محمد مصطفى شلبي، الطبعة العاشرة ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م الدار الجامعية- القاهرة.

١٢٩- المدخل للفقه الإسلامي الدكتور/ محمد سلام مدكور.

١٣٠- المدونة الكبرى لسحنون بن سعيد التنوخي، تصوير دار صادر- بيروت.

١٣١- مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول لقاسم بن محمد بن على المشهور بـ «ملا خسرو»، طبع شركة صحافية عثمانية.

١٣٢- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا طبعة ١٣٠٧هـ، المطبعة الإعلامية.

١٣٣- المستصفى من علم الأصول للإمام أبي حامد الغزالي طبعة ١٣٢٢هـ- المطبعة الأميرية ببولاق مصر.

١٣٤- مسند الإمام أحمد بن حنبل – المكتب الإسلامي – بيروت.

١٣٥- مصادر الحق في الفقه الإسلامي د/ عبد الرازق السنهوري، المجمع العلمي العربي –بيروت.

١٣٦- المصباح المنير، لأبي العباس أحمد الفيومي –المطبعة الأميرية ١٣٢٠هـ- ١٩١٢م.

١٣٧- معالم السنن، للإمام أبي سليمان أحمد بن محمد الخطابي، الطبعة الثانية ١٤٠١هـ- ١٩٨١م المكتبة العلمية- بيروت.
١٣٨- المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، الأستاذ سعد الدين الكبي، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م المكتب الإسلامي بيروت.
١٣٩- معجم مصطلحات أصول الفقه د/ مصطفى قطب سانوا، طبعة ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م دار الفكر المعاصر – بيروت، دار الفكر دمشق.
١٤٠- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم طبع دار الفضيلة، القاهرة.
١٤١- معجم مقاييس اللغة لأبي الحسنين أحمد بن فارس، الطبعة الثانية ١٣٩٠هـ- ١٩٧٠م مصطفى البابي الحلبي- القاهرة.
١٤٢- المعجم الوسيط لجنة من مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة الثانية لمجمع اللغة العربية.
١٤٣- المغني، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م مطبعة هجر القاهرة.
١٤٤- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني الطبعة الأولى ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.
١٤٥- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، للإمام محمد أبو زهرة طبعة ١٤١٦هـ- ١٩٩٦م دار الفكر العربي- القاهرة.
١٤٦- منار السبيل في شرح الدليل، الشيخ إبراهيم بن محمد ضويان، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ- ١٩٩٦م، المكتبة التجارية – مكة المكرمة، ومكتبة نزار مصطفى الباز – الرياض.
١٤٧- المنثور في القواعد، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي دار الكتب العلمية – بيروت.
١٤٨- الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي الطبعة الخامسة ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م دار المعرفة – بيروت.
١٤٩- مواهب الجليل شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب مكتبة النجاح- طرابلس – ليبيا.

١٥٠ – موسوعة الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية في مصر طبعة ١٣٩٥م القاهرة.
١٥١ – الموسوعة الفقهية، الطبعة ١٤١٣هـ–١٩٩٣م إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية– الكويت.
١٥٢ – موسوعة الضوابط والقواعد الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية د/ علي أحمد الندوي طبعة ١٤١٩هـ– ١٩٩٩م دون مكان النشر.
١٥٣ – الموطأ، الإمام مالك بن أنس طبعة ١٤٢١هـ–٢٠٠١م دار الحديث–القاهرة.
١٥٤ – المهذب، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي طبعة دار الفكر –بيروت.
١٥٥ – نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي هاشم عبد المقصود سعد، رسالة دكتوراة غير منشورة كلية الحقوق جامعة القاهرة.
١٥٦ – نظرية العقد، لأحمد بن عبد الحليم بن تيمية، دار المعرفة– بيروت.
١٥٧ – نظر العقد د/ محمد حسين شعبان.
١٥٨ – نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن العباس الرملي طبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٨٦هـ–١٩٦٧م.
١٥٩ – نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، للقاضي محمد بنم علي الشوكاني الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ–١٩٩٩م مكتبة الإيمان – المنصورة.
١٦٠ – الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م دار التوزيع والنشر الإسلامية.
١٦١ – الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، عبد العظيم بن بدوي، الطبعة الثالثة ١٤٢١هـ – ٢٠٠١م دار ابن رجب– المنصورة.
١٦٢ – الوسيط في المذهب للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطبعة الأولى ١٤١٧هـ– ١٩٩٧م دار السلام – القاهرة.
١٦٣ – وفيات الأعيان، لابن خلكان طبعة دار صادر– بيروت.

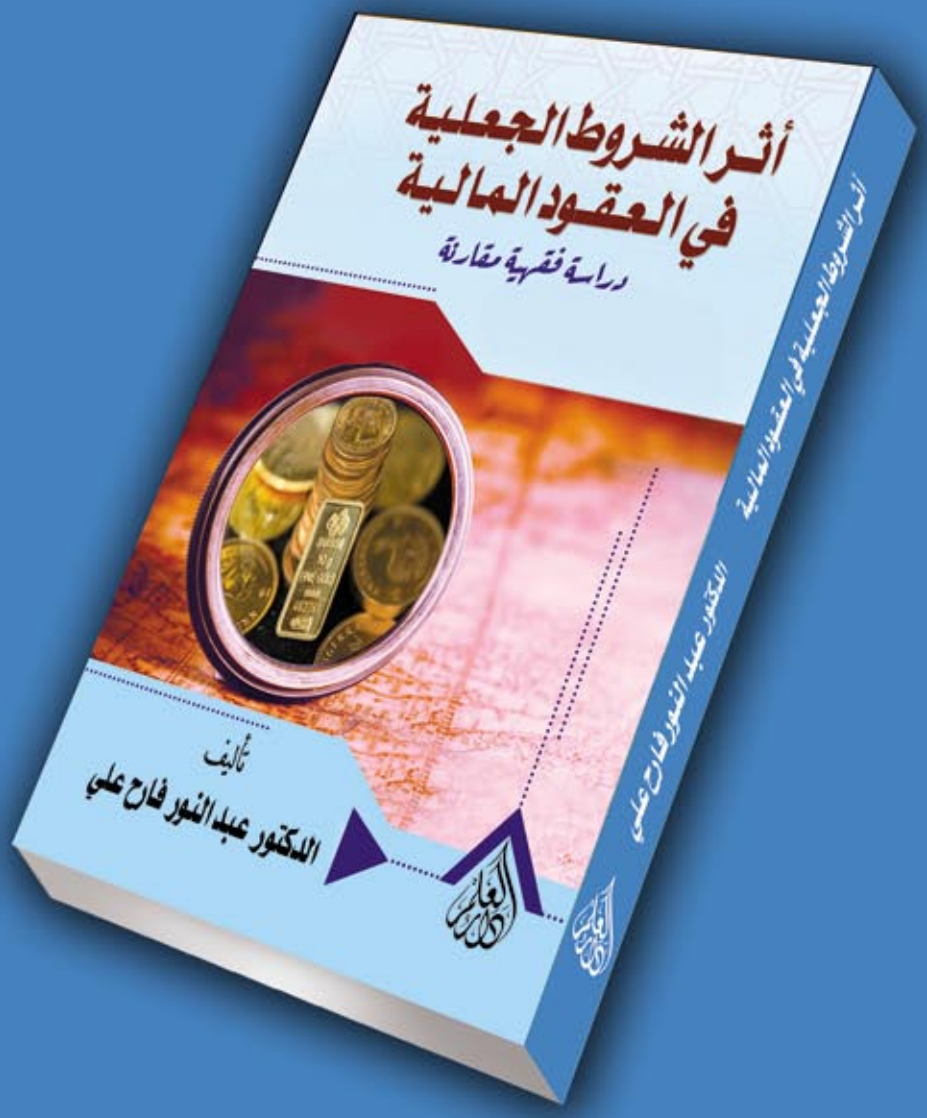
الفهرس

أهمية البحث ٧
سبب اختيار الموضوع ٨
منهج البحث ٩
خطة البحث ١٠
الفصل التمهيدي: بيان مفهوم كل من الشرط والعقد ١٥
المبحث الأول: بيان مفردات عنوان الرسالة ١٧
المطلب الأول: معنىٰ كلمة الأثر ١٨
المطلب الثاني: بيان معنىٰ كلمتي الشرط والجَعل ٢١
الفرع الأول: معنىٰ كلمة الشرط: ٢١
الفرع الثاني: معنىٰ كلمة الجعل: ٢٢
المطلب الثالث: بيان معنىٰ كلمتي العقد والمال ٢٤
الفرع الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحًا ٢٤
الفرع الثاني: تعريف المال لغة واصطلاحًا ٣٢
المطلب الرابع: مفهوم الفقه المقارن ٣٦
الفرع الأول: تعريف الفقه لغة واصطلاحًا ٣٦
الفرع الثاني: تعريف الفقه المقارن ٣٨
المبحث الثاني: مفهوم الشرط وما يتصل به ٤١
المطلب الأول: تعريف الشرط لغة واصطلاحًا ٤١
المطلب الثاني: الفرق بين الشرط والركن والسبب ٤٥

الفرع الأول: تعريف الركن والفرق بينه وبين الشرط: ٤٥
الفرع الثاني : تعريف السبب والفرق بينه وبين الشرط:..... ٤٨
المطلب الثالث: الفرق بين الشرط الجعلي وشرط تكوين العقد..... ٥١
الفرع الأول: شرط تكوين العقد..... ٥١
الفرع الثاني: الشرط الجعلي: ٥٣
الفرع الثالث: الفرق بين الشرط الجعلي وشرط تكوين العقد..... ٥٤
المبحث الثالث: أقسام العقود ووجوب الوفاء بها ٥٦
المطلب الأول: تقسيم العقود باعتبار الوصف الشرعي لها..... ٥٨
المطلب الثاني: تقسيم العقود باعتبار المالية وعدمها ٦٣
المطلب الثالث: تقسيمها باعتبار غاية العقد وأغراضه..... ٦٤
المطلب الرابع: تقسيم العقود باعتبار اتصال الأثر بالعقد وعدم اتصاله ٦٦
المطلب الخامس: وجوب الوفاء بالعقود..... ٦٧
الفصل الأول: أقسام الشروط الجعلية ٧١
المبحث الأول: أقسام الشروط الجعلية من حيث الملاءمة..... ٧٣
المطلب الأول: الشرط الجعلي الذي يقتضيه العقد حقيقته وحكمه ٧٣
المطلب الثاني: الشرط الجعلي الملائم لمقتضي العقد وصور تطبيقية منه ٧٧
المطلب الثالث: الشرط الجعلي المنافي لمقتضىٰ العقد وصور تطبيقية منه..... ٨٢
المطلب الرابع: دور العرف في تحديد وتطوير تطبيقات الشروط الجعلية ٨٤
الفرع الأول: مفهوم العرف وأهميته: ٨٤
الفرع الثاني: أثر الشرط الجعلي العرفي في العقود المالية: ٨٧
المبحث الثاني: أقسام الشروط الجعلية من حيث الوصف الشرعي لها عند المذاهب الأربعة..... ٩٦

المطلب الأول: الشروط الجعلية الصحيحة وأنواعها ٩٧
المطلب الثاني: الشروط الجعلية غير الصحيحة وأنواعها ١١٣
الفرع الأول: الشروط الجعلية غير الصحيحة لورود النهي عنها: ١١٤
الفرع الثاني: الشروط الجعلية غير الصيحة لمنافاتها مقتضىٰ العقد: ١٣٦
المبحث الثالث: أقسام الشروط الجعلية من حيث التقييد والتعليق والإضافة ... ١٤٩
المطلب الأول: تعريف الشرط الجعلي المقيد وخصائصه ١٤٩
الفرع الأول: تعريف الشرط الجعلي المقيد: ١٤٩
الفرع الثاني: خصائص شرط التقييد: ١٥١
المطلب الثاني: تعريف الشرط الجعلي المعلق وخصائصه ١٥٢
الفرع الأول: تعريف شرط التعليق: ١٥٢
الفرع الثاني: خصائص شرط التعليق: ١٥٤
المطلب الثالث: تعريف الشرط الجعلي الإضافي وخصائصه ١٥٨
الفصل الثاني: حكم تقييد العقود المالية وتعليقها على الشروط الجعلية ١٦١
المبحث الأول: حكم تقييد العقود المالية بالشروط الجعلية ١٦٣
المطلب الأول: مذاهب الفقهاء في حكم تقييد العقود المالية بالشروط الجعلية ١٦٣
المطلب الثاني: الأدلـــــة ١٨٢
المبحث الثاني: حكم تعليق العقود المالية علىٰ الشروط الجعلية ٢٠٥
المطلب الأول: العقود المالية التي لا تقبل التعليق بالشروط الجعلية ٢٠٨
المطلب الثاني: العقود المالية التي تقبل التعليق بالشروط الجعلية ٢١٢
المبحث الثالث: حكم اقتران العقود المالية بالشرط ٢٢١
المطلب الأول: العقود المالية التي لا تقبل الإضافة إلىٰ المستقبل ٢٢٢
المطلب الثاني: العقود المالية التي تقبل الإضافة إلىٰ المستقبل ٢٢٤

الفصل الثالث: مدى تأثير الشروط الجعلية في العقود المالية ٢٢٧
المبحث الأول: أثر الشرط الجعلي الصحيح على العقد ٢٣١
المطلب الأول: تعريف الشرط الصحيح ٢٣١
المطلب الثاني: ضابط الشرط الجعلي الصحيح ٢٣٢
المطلب الثالث: أثر الشرط الجعلي الصحيح على العقد ٢٣٤
الفرع الأول: أثر تحقق الشرط الجعلي الصحيح على العقد: ٢٣٥
الفرع الثاني: أثر تخلف الشرط الجعلي الصحيح على العقد: ٢٣٦
المبحث الثاني: الشروط التي تفسد العقد باتفاق ٢٤٢
المطلب الأول: تعريف الباطل والفاسد والفرق بينهما ٢٤٢
المطلب الثاني: أثر اشتراط ما يؤدي إلى أمر محظور ٢٤٩
المطلب الثالث: أثر اشتراط ما يؤدي إلى الغرر ٢٥١
المطلب الرابع: أثر الشرط المستحيل ٢٥٤
المبحث الثالث: الشروط الفاسدة المختلف في أثرها على العقد ٢٥٥
المطلب الأول: أثر اشتراط ما ينافي مقتضى العقد ٢٥٥
المطلب الثاني: أثر اشتراط البراءة من العيوب: ٢٦٣
المطلب الثالث: أثر اشتراط أن لا يرجع عليه بالثمن عند الاستحقاق: ٢٦٦
المطلب الرابع: أثر اشتراط ما لا يتعلق به غرض مالي ولا منفعة فيه لأحد: ٢٦٨
الخاتمة ٢٧١
المراجع والمصادر ٢٨٠
الفهرس ٢٨٧


أثر الشروط الجعلية في العقود المالية
دراسة فقهية مقارنة
تأليف
الدكتور عبد النور فاح علي
دار العلم
أثر الشروط الجعلية في العقود المالية
الدكتور عبد النور فاح علي
دار العلم