

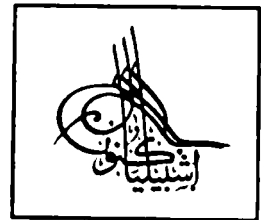
نظريّة الشرط
في الفقه الإسلاميّ

جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م

دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية ص.ب ٢٧٢٦١ الرياض ١١٤١٧
هاتف: ٤٧٤٢٤٥٨ - ٤٧٧٣٩٥٩ - ٤٧٩٤٣٥٤ فاكس: ٤٧٨٧١٤٠

E-mail: eshbelia@hotmail.com



نظريّة الشرط

في الفقه الإسلاميّ

دراسة مقارنة

في الفقه الإسلاميّ مع المقابلة
بالقوانين الوضعيّة

الأستاذ الدكتور

حسن علي الشاذلي

أستاذ الفقه المقارن

في كتيبة الشريعة والقانون بجامعة الأزهر - وفي كتيبة الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت
وفي العهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سابقاً
وعضوية القضاء والقضاء بالمشورة الفقهية بقطاع القضاء والقضاء بوزارة الأوقاف
والشؤون الإسلامية بوزارة الشؤون الإسلامية

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

* قال الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْمُعْهَدِ...﴾ (١).
* وقال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً، وأحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً» (٢).

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) رواه الترمذي في سننه بسنده عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ، حديث رقم (١٣٥٢) وقال: حديث حسن صحيح، ورواه أبو داود في سننه حديث رقم (٣٥٩٤)، وروى ابن ماجه منه اللفظ الأول في سننه الحديث رقم (٢٣٥٣) وصححه ابن حبان من حديث أبي هريرة في صحيحه حديث رقم (٥٠٩١).

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبع هداه إلى يوم الدين.

أما بعد، فقد خص الله الإنسان وميزه على غيره من المخلوقات بالعقل والتفكير وهداه وأرشده إلى ما يجلب له الخير ويبعد عنه الشر، على لسان رسله وأنبيائه صلوات الله وسلامه عليهم، الذين حملوا الأمانة وبلغوها إلى الأمم والشعوب تعليماً ودراسة وتبياناً حتى تهبأ العقل البشري لتلقي التشريع تاماً كاملاً، فكانت خاتمة الرسالات رسالة محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام، وكان خاتم الكتب «القرآن» معجزة نبيه ونور الله وهديه إلى الناس كافة.

وبكتاب الله الكريم الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، وسنة رسوله العظيم الذي لا ينطق عن الهوى نظمت علاقة الإنسان بربه، وبأخيه الإنسان وبمجتمعه الذي يعيش فيه، كما نظمت علاقة الدولة بالفرد، والفرد بالدولة، والدول بعضها ببعض في حالة السلم وفي حالة الحرب... على أساس متين من الحق والعدل والمساواة، فلا استغلال لضعيف، ولا رحمة لظالم ولا لمتجبر.

على هذه الأسس امتدت تعاليم الإسلام إلى بقاع العالم، ودخلت في رحابه شعوب ودول لها عاداتها تقاليدها، ولها مشكلاتها وأحداثها التي تتطلب حلولاً وأحكاماً، فنشط فقهاء هذه الأمة في كل مكان نشاطاً ضخماً سجلته مؤلفاتهم التي يعجز عن عددها، ويقصر عن إدراكها أفذاذ المفكرين، ووضعوا أحكاماً لكل مشكلة صادفتهم وتخطوا بعقولهم النيرة هذا المجال فوضعوا أحكاماً لمسائل افتراضية تصوروا إمكان حدوثها قريباً أو بعيداً، منارهم في استنباط هذه الأحكام كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، وبجهودهم المتواصلة شق

الفقه الإسلامي طرقة منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً قوياً متيناً فجابته مشكلات عصره، بل والعصور التي تلتها... حتى أتى على الناس حين من الدهر، تحول فيه تيار هذه الأمة لظروف خارجة عن إرادتها إلى مجرى غريب، وحضارة مدعاة، فشغل ذلك بعض من يستهويهم كل جديد، وظل على العهد أناس عرفوا الحق فأمنوا به وازدادوا هدى... فكانوا كالبذرة الساكنة التي تنتظر التربة الصالحة والري والرعاية والمناخ الملائم - استجاب الله لندائهم فاستعادت الأمة الإسلامية حرمتها في أطراف الأرض، وبدأوا في إزالة ما علق بترائهم من نسيان أو تناس، وفي تهيئته وإعداده ليتخطى القرون الماضية ويعيش مع القرون الحاضرة بأسلوب قريب، وفكر متجدد في حدود ما شرعه الله، وكانت هذه الطائفة مناراً للدارسين ونبراساً لهم، وقد شاقني مسلكهم منذ أن تخرجت من كلية الشريعة بل ورغبت في أن أرود هذا الطريق بقدر جهدي واستطاعتي وإمكانياتي المحدودة، منذ أن حصلت على دبلوم في العلوم القانونية سنة ١٩٥٥م بعد حصولي على إجازتي القضاء سنة ١٩٥٢م والتدريس سنة ١٩٥٣م مؤمناً بأن اللبنة ضعيفة بنفسها قوية مع غيرها، وأخذت منذ ذلك الحين أفكر في اختيار موضوع وكان أن هداني الله إلى هذا الموضوع - الشرط في العقد - وقد توقفت كثيراً عند اختياره، فكان أن استخرت الله تعالى فشرح صدري لتناوله وقد ازدادت رغبتني حينما تكشف لي أن موضوع الشرط في العقد بقسميه (التعليق والاقتران) لم يظفر ببحث مستقل في الفقه الإسلامي يجمع شطريه، ويبين أحكامه وآثاره، وأن الدراسات التي جرت في هذا المجال إما دراسات مذهبية، كما فعل ابن نجيم الحنفي في الأشباه والنظائر، والسيوطي الشافعي في الأشباه والنظائر، ويقرب منهما القرافي المالكي في الفروق، وإن لم يستوعب بحثه جميع العقود حيث اقتصر على ضرب أمثلة تقتصر عن بيان رأي المذهب في العقود بأنواعها - وإما دراسات قاصرة على بعض الشروط دون البعض كما فعل ابن تيمية وابن القيم ومن نهج نهجهما أو قاصرة على بعض المذاهب دون البعض، وإنه لا يزال ينقص مكتبة الفقه الإسلامي دراسة لنوعي الشرط في جميع المذاهب وفي جميع العقود، مقابلة بالقانون الوضعي.

ولقد واجهتني صعوبات كثيرة في هذا البحث، أهمها الرجوع إلى كل عقد من العقود في عدة مراجع لكل مذهب من مذاهب أهل السنة، والشيعة، والخوارج، وقد تتوافر بعض المراجع في مذهب ويسهل الوصول إليها - كما في مذاهب أهل السنة - ولكن الكثير منها لا يتوافر فيه ذلك كما في فقه الشيعة والخوارج، فضلاً عما يحتاج إليه كل مذهب من تعرف على اصطلاحاته وأساليبه، واستخلاص قاعدة عامة لنظرية الشرط في كل مذهب.

وإذا أضفنا إلى هذا أن الأمثلة التي أوردها الفقهاء للشروط - ولا سيما المقترنة بالعقد - كانت تذكر جملة دون تمييز لنوع كل شرط منها، وعند مقارنة آراء المذاهب وتفصيل كل نوع قد يختلف نوع من بين الأمثلة الواردة في المذهب مما يستدعي الباحث أن يتتبع مظانه في العقود بالمراجع المختلفة حتى يعرف رأي المذهب فيه، وفي هذا مشقة لا تخفى على باحث...

وحين بدأت السير في بحثي كان أمامي طريقان أولهما وأيسرهما، أن أجمل رأي كل مذهب في الشروط عامة، ثم أناقش الأدلة التي استند إليها فقهاء المذاهب جميعها، وأخلص بالنتيجة، وثانيهما وأشقهما: أن أتناول أنواع الشروط كما تناولها الفقهاء في كل مذهب على حدة، وأعيش مع تقسيماته لها، وأتبع أدلتهم على صحة أو فساد كل نوع منها، وأبين آثار هذا الحكم على العقد، ثم أقارن هذه الآراء في كل نوع وأناقش الأدلة، وأستخلص النتائج وأقارنها في كل نوع بما يقابلها في القانون الوضعي، ولقد سلكت الطريق الثاني إيماناً مني بأن البحث الجزئي الذي ينتهي إلى نتيجة عامة - وإن تشعبت أطرافه واتسع مداه - يكون أثبت قاعدة وأوضح إدراكاً لمعرفة صحة الحكم المستخلص أو فساده، كما يكون نواة صالحة لمن أراد أن يضيف إليه جديداً وبخاصة أنني قد أثبت في كل موضع مراجع البحث بل ونصوصه في أكثر الأحيان حيث المراجع التي يصعب الاطلاع عليها.

وفي سبيل هذا المنهج جعلت هذه الرسالة في ثلاثة أبواب: أولها يشتمل على فصلين، أولهما يوضح حقيقة الشرط في الفقه الوضعي وأنواعه، والشروط الواجب توافرها في الواقعة لكي تكون شرطاً صحيحاً، ثم بينت أحكامه وآثاره. وفي الثاني: بينت معنى العقد في الفقه الإسلامي مقارناً بالفقه

الوضعي، ثم بينت حقيقة الشرط في الفقه الإسلامي وبينت خصائص كل من شرط التعليق وشرط الاقتران وقارنت خصائص كل بالآخر، مع مقابلة ذلك بخصائص الشرط في القانون الوضعي، وفي الباب الثاني: أوضحت حكم تعليق العقود على الشروط في الفقه الإسلامي، وآثار التعليق على الشرط، مع مقابلة ذلك بالقانون الوضعي، وفي الباب الثالث: بينت حكم اقتران العقد بالشرط في الفقه الإسلامي، ثم أبرزت الشروط الصحيحة وآثارها، والشروط الفاسدة وآثارها - مع مقابلة ذلك بالقانون الوضعي.

وإني إذ أقدم هذا البحث أرجو الله تعالى أن أكون قد وفقت في علاجي لهذا الموضوع، وأن يكون هذا البحث لبنة متواضعة تضاف إلى صرح الفقه الإسلامي الشامخ تتلوها لبنات، فإن الطريق طويل والجهد الإنساني قاصر ومحدود، والغاية إذا وضحت وخلصت النيات كان الوصول إليها ممكناً بعون الله تعالى وتوفيقه.

والله يقول الحق وهو يهدي السبيل.

كـ دكتور حسن علي الشاذلي

الباب الأول

التعريف بالشرط في الفقه الإسلامي ثم في القانون الوضعي

ويشتمل هذا الباب على فصلين:

الفصل الأول: الشرط في القوانين الوضعية.

الفصل الثاني: الشرط في العقد في الفقه الإسلامي.

الفصل الأول

الشرط في القانون الوضعي^(١)

(١) قدمت التعريف به في القانون الوضعي حتى تسهل المقابلة بينه وبين الفقه الإسلامي.

الفصل الأول

الشرط في القوانين الوضعية

يلزمنا قبل أن نبدأ البحث في الشروط في العقد في الفقه الإسلامي أن نوضح حقيقتها في القانون الوضعي ونمهد لذلك بكلمة عن القانون وأقسامه.

القانون وأقسامه

أولاً - تمهيد:

القانون: هو عبارة عن مجموعة من القواعد الملزمة التي تنظم حياة الإنسان في المجتمع.

أقسامه: درج شراح القانون منذ عهد القانون الروماني على القول بانقسام القانون إلى نوعين أساسيين وهما:

القانون العام: وهو الذي ينظم علاقات الأفراد بالسلطات العامة والإدارة وعلاقات السلطات العامة الوطنية بالسلطات العامة الأجنبية ويشمل القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون الجنائي.

القانون الخاص: وهو الذي ينظم علاقات الأفراد فيما بينهم وينقسم إلى قسمين:

قسم الأحوال الشخصية: وهو الذي ينظم علاقة الفرد بأسرته.

وقسم المعاملات: وهو الذي ينظم علاقة الفرد بغيره من حيث المال.

والمال في نظر القانون يتكون من حقوق^(١) والحق في المعاملات هو مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد.

(١) «الوسيط» للدكتور السهوري (١٠٣/١٠).

ثانياً - أنواع الحقوق المالية:

وتنقسم الحقوق المالية في النظم الوضعية إلى ثلاثة أقسام: الحق العيني، والحق الشخصي، والحق الذهني، والنوع الأخير لم ينص عليه القانون المدني المصري بل نظم بقوانين خاصة كالقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩م بشأن براءات الاختراع والرسوم... والقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤م الخاص بحماية حق المؤلف.....^(١) واقتصر القانون على النوعين الأولين:

الحق العيني: وهو سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على عين بالذات، كالرهن مثلاً حيث يعطي القانون للدائن سلطة على العين المرهونة تمكنه من أخذ حقه منه وتقديمه على جميع الدائنين.

الحق الشخصي أو (الالتزام): وهو رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص يسمى المدين - بالقيام بأداء يمكن تقويمه بالمال - بقصد تحقيق مصلحة مالية أو غير مالية، لشخص آخر - معين أو قابل للتعين - ويسمى الدائن - يكون له الحق في المطالبة بالتنفيذ.

تحليل تعريف الالتزام (الحق الشخصي):

(أ) ويتبين لنا عند تحليل تعريف الالتزام أن له ناحيتين:

الأول - الناحية الشخصية: وهي أن الالتزام رابطة ما بين شخصين.

الثانية - الناحية المالية: وهي أن محل الالتزام يجب أن يكون شيئاً له

قيمة مالية يمكن للدائن أن يطالب المدين بتنفيذه سواء أكان إعطاء شيء أو امتناعاً عن عمل^(٢).

(ب) عناصر الالتزام:

كما يتضح لنا من تعريف الالتزام أن له عناصر ثلاثة^(٣):

١ - رابطة قانونية: تربط المدين بالدائن.

(١) «الوجيز في القانون المدني» للدكتور سليمان مرقص (ص ٢).

(٢) «الوسيط» للدكتور السنهوري، «نظرية الالتزام» (١/١٠٢)، و«نظرية الالتزام» للدكتور عبد الحي حجازي (١٨/٢) و(ص ٤٤).

(٣) «الوسيط» (٣/٣).

٢ - محل الالتزام: وهو الشيء الذي يلتزم المدين بأدائه .

٣ - طرفا الالتزام: وهما الدائن والمدين .

ثالثاً - أوصاف الالتزام:

ينقسم الالتزام إلى التزام بسيط والتزام موصوف، وذلك لأنه إن كانت الرابطة القانونية فيه محققة الوجود فورية النفاذ وكان محل الالتزام واحداً وكل من طرفيه واحداً غير متعدد يكون الالتزام بسيطاً، أما إن لحق أحد عناصره الثلاثة وصف يكون من شأنه أن يعدل من هذه الآثار^(١) كان الالتزام موصوفاً، فإن لحق هذا الوصف رابطة المديونية بأن علقت هذه الرابطة على شرط، وأصبح وجودها غير محقق سمي هذا الوصف بالشرط، وكذا إن تراخى نفاذ هذه الرابطة إلى أجل سمي هذا الوصف بالأجل، فلرابطة المديونية وصفان الشرط والأجل .

وهذان الوصفان هما النافذة التي يطل منها النظام القانوني على المستقبل، إذ النشاط القانوني لا يستطيع أن يقتصر على الحاضر بل لا بد أن يمتد إلى المستقبل، فإن أبسط حاجات الإنسان تقتضي منه ذلك، وتدفعه إليه دفعاً، وكثير من العلاقات القانونية لا يمكن البت فيها إلا في ظروف وملابسات غير محددة، والمستقبل وحده هو الذي يكشف عنها، ولا يصل القانون إلى تحقيق ذلك إلا عن طريق الشرط والأجل، فكلاهما أمر مستقبل يرد إليه مصير العلاقات القانونية، وعن هذا الطريق يستطيع الإنسان أن يتحكم في المستقبل^(٢) . ونعرف بكل منهما:

التعريف بالأجل:

ولقد عرف شراح القانون الأجل بأنه أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه، فإن كان نفاذ الالتزام متوقفاً على أجل،

(١) أما إذا لم يلحق الوصف أحد عناصر الالتزام - كالتزام المضمون برهن أو بكفالة أو بحق امتياز - فإنه يكون بسيطاً لا موصوفاً .

(٢) «الوسيط» للدكتور السنهوري هامش (٧/٣) .

كان «الأجل واقفاً»، كأن يبيع شيئاً ويتعهد بتسليمه للمشتري بعد شهر، وإن كان الالتزام نافذاً وكان زواله هو المترتب على حلول الأجل كان «الأجل فاسخاً»، كما لو تعهد طبيب بعلاج أفراد أسرة مدة سنة على أن يأخذ الأجر عن كل مرة يعالج فيها مريضاً.

التعريف بالشرط:

ونتناول فيما يلي الشرط في القانون الوضعي. فنستعرض أولاً نصوص القانون الواردة في الشرط في البلاد العربية، ثم نستخلص منها تعريفاً للشرط، ثم نحلل هذا التعريف، ونبين الشروط الواجب توافرها في الأمر الذي يصلح أن يكون شرطاً، ونوضح بعد ذلك أنواع الشرط وأثره.

١ - النصوص القانونية:

التقنين المدني المصري^(١):

تنص المادة ٢٦٥ على أنه: «يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع».

التقنين المدني العراقي:

تنص المادة (٢٨٥) على أن: «العقد المنجز ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى وقت مستقبل ويقع حكمه في الحال.

كما تنص المادة (٢٨٦) على أن: ١ - العقد المعلق: هو ما كان معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، ٢ - ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود، لا محققاً ولا مستحيلاً».

تقنين الموجبات والعقود اللبناني:

تنص المادة (٨١) على أن: «الشرط عارض مستقبل غير مؤكد، يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه، ويكون له مفعول رجعي إلا إذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين، أو من ماهية الموجب، وفي الحالة الأولى المشار إليها في

(١) نصوص التقنين المدني السوري - المادة: (٢٦٥ - ٢٦٧)، والليبي المادة: (٢٥٢) - (٢٥٤)، والكويتي المادة: (٣٢٣)، مطابقة للمواد: (٢٦٥ - ٢٦٧) مدني مصري.

الفقرة السابقة يقال له شرط التعليق، وفي الحالة الثانية يسمى شرط الإلغاء.
إن العارض الماضي أو الحاضر - وإن جهله الفريقان - لا يعد شرطاً
بالمعنى المقصود في هذه المادة.

٢ - تعريف الشرط:

وبعد أن استعرضنا نصوص التقنينات العربية يمكننا أن نستخلص
التعريف التالي للشرط.

الشرط: هو أمر عارض مستقبل معدوم على خطر الوجود يتوقف عليه
وجود الالتزام أو إنهاؤه.

* تحليل التعريف وبيان العناصر الأصلية في الشرط:

ولكي نحلل هذا التعريف يلزمنا أن نبين العناصر الأصلية التي تكون منها
هذا التعريف إجمالاً ثم تفصيلاً.

العناصر الأصلية التي يتكون منها الشرط:

١ - أنه أمر عارض.

٢ - مستقبل.

٣ - معدوم على خطر الوجود.

٤ - يتوقف عليه وجود الالتزام أو فسخه.

* تحليل العناصر الأصلية للشرط:

(١) الشرط أمر عارض:

سبق أن بينا أن الشرط أمر عارض يلحق الالتزام بعد استيفائه أركانه،
وأنه إنما كان أمراً عارضاً؛ لأنه يمكن أن يقوم الالتزام بدون الشرط، وفي
هذه الصورة يصبح الالتزام بسيطاً منجزاً. فالشرط أمر عارض يطرأ على الحق
بعد تكامل عناصره الجوهرية، وليس من الضروري وجود الشرط، فقد يوجد
الشرط وقد لا يوجد، فإذا لم يوجد كان الحق موجوداً ولكن يكون بسيطاً
منجزاً، وإذا وجد الشرط كان الحق موجوداً أيضاً ولكنه يكون موصوفاً.

فإذا باع شخص داره لآخر واشترط عليه أن يكون له حق استردادها إذا
استعملها المشتري طاحونة، تم البيع ووجد سواء اقترن به الشرط أم لم

يقترن؛ لأنه قد صدر مستوفياً لأركانه وعناصره الجوهرية، أما الشرط فهو أمر خارج أضيف إلى العقد بعد تمامه .

فالشرط وصف لحق أحد أركان العقد «وهو رابطة المديونية» وليس ركناً فيه، فوجوده وعدمه لا يؤثر في قيام البيع ووجوده، وإنما جل تأثيره ينحصر في تقييده لإرادة المتعاقد.

(ب) الشرط أمر مستقبلي:

سبق أن ذكرنا النصوص القانونية التي تبين أن الشرط لا يكون إلا أمراً مستقبلاً .

فإن كان أمراً ماضياً أو حاضراً فإنه لا يكون شرطاً، وهذا طبيعي؛ لأن مدلول الماضي وقوعه منذ زمن، فتعليق الالتزام عليه بمثابة تنجيذه، وذلك لأن الشرط قد تحقق قبل صدور الالتزام، فتعليق الالتزام على شرط محقق يكون بمثابة تنجيز هذا الالتزام.

ومثل هذا يقال إذا صدر الالتزام معلقاً على أمر حاضر؛ لأنه إذا عاصر حدوث الواقعة التي علق عليها الالتزام صدور هذا الالتزام، كان الالتزام المعلق عليها محقق الشرط وقت صدوره فيكون منجزاً.

فإذا وعد أب ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان، وكانت نتيجته قد ظهرت بالفعل، وتبين أنه قد رسب - ولا يعلم الأب ذلك - كان الالتزام غير موجود أصلاً منذ البداية وليس التزاماً معلقاً على شرط. وإن تبين أنه قد نجح بالفعل، فإن الالتزام يكون منجزاً غير معلق على شرط، وهو واجب الوفاء في الحال.

جهل طرفي التعاقد وقوع الشرط أو عدم وقوعه:

وكذلك لا يكون الأمر الماضي أو الحاضر شرطاً حتى لو كان طرفاً الالتزام يجهلان وقت التعامل كون الأمر الماضي أو الحاضر واقعاً أو غير واقع، كما أن اعتقادهما أو اعتقاد الملتزم أن الالتزام معلق على شرط لا يؤثر في أن الالتزام منجز لو كان هذا الأمر قد تحقق فعلاً قبل وجود الالتزام أو في أن الالتزام غير موجود أصلاً لو كان هذا الأمر لم يتحقق.

علم طرفي التعاقد بتحقق الشرط:

أما إذا علم الطرفان أن الشرط قد تحقق أو هو متحقق ومع ذلك علماً بالالتزام عليه باعتبار أنه قد يقع مرة أخرى في المستقبل، وكانا واهمين في هذا الظن إذ أن الأمر لن يقع بعد ذلك، فإن الشرط يكون في هذه الحالة أمراً مستحيلاً^(١).

الأمر المستقبل قد يكون أمراً إيجابياً أو سلبياً:

والأمر المستقبل الذي يكون شرطاً ويعلق تمليه الالتزام قد يكون أمراً إيجابياً وقد يكون أمراً سلبياً، فإذا التزم أب لابنه بأن يهبه داراً إذا تزوج، كان هذا الالتزام معلقاً على أمر إيجابي وهو زواج الابن، فإذا تحقق الشرط - وهو زواج الابن - وجد الالتزام، وإذا التزم شخص لآخر بقطعة من الأرض على شرط أن يعيش الملتزم له خارج مدينة القاهرة كان هذا الالتزام معلقاً على أمر إيجابي، وهو العيش خارج مدينة القاهرة، فإذا تحقق الشرط قام الالتزام ووجد، على أنه يمكن أن يصاغ هذا الشرط بحيث يصبح سلبياً، بأن يشترط عليه ألا يتزوج أثناء مدة دراسته - في المثال الأول أو ألا يعيش في القاهرة في المثال الثاني.

(ج) الشرط أمر معدوم على خطر الوجود:

سبق أن بينا أن الشرط لا بد أن يكون أمراً عارضاً مستقبلاً يلحق الالتزام بعد استيفائه أركانه، ولا يصح أن يكون أمراً ماضياً أو حاضراً، ونضيف إلى ذلك أنه لا بد من أن يكون الشرط أمراً محتمل الوقوع لا محققاً ولا مستحيلاً، ونفصل ذلك فيما يلي:

لا يكون الشرط أمراً محقق الوقوع:

كما بينا آنفاً أن الالتزام إذا علق على أمر محقق الوقوع كان أجلاً، ولم يكن شرطاً، فإذا باع شخص لآخر داراً واشترط عليه أن يسلمه الدار بعد شهر مثلاً، كان الالتزام مقترناً بأجل؛ لأن مضي الشهر أمر محقق الوقوع، ومعلوم

(١) «الوسيط» للدكتور السنهوري هامش (١٤/٣).

وقت تحققه، وكذا إذا أضافه إلى موسم الحصاد؛ لأن موسم الحصاد محقق الوقوع ومعروف وقته، وكذلك يكون الأمر المحقق الوقوع أجلاً إذا كان لا يعرف وقت تحققه كالموت مثلاً^(١).

ومن هذا يتبين لنا أن الشرط لا يكون أمراً محقق الوقوع.

لا يكون الشرط أمراً مستحيل الوقوع:

ونظراً إلى أن الاستحالة تتفاوت بتفاوت أنواعها، وتتفاوت تبعاً لذلك آثارها على الالتزام. فتارة يمنع اشتراط الشيء المستحيل من قيام الالتزام ووجوده، وتارة يقوم الالتزام مع وجود الشرط المستحيل. ولتوضيح ذلك نبين أنواع الاستحالة وآثارها على الالتزام.

أنواع الاستحالة:

الاستحالة نوعان: مادية وقانونية...

(١) الاستحالة المادية:

ويقصد بها تلك الاستحالة الناتجة من القوانين الطبيعية في الكون أو الضعف الطبيعي في الإنسان، والأولى هي استحالة مطلقة؛ لأن الشيء

(١) ويوضح الدكتور السنهوري ذلك في «الوسيط» (١٦/٣) فيقول: «فإذا التزم المشتري بأن يدفع للبائع ثمناً هو إيراد مرتب طول حياته، فقد جعل المشتري لالتزامه أجلاً فاسخاً هو موت البائع، والموت أمر محقق وإن كان لا يعرف متى يقع. والتزام شركة التأمين على الحياة بأن تدفع مبلغ التأمين إلى ورثة المؤمن عليه عند موته هو التزام مضاف إلى أجل واقف لا معلق على شرط واقف.

على أن الموت قد يكون شرطاً إذا اقترن بملاسات تجعله غير محقق الوقوع في نطاق هذه الملاسات، فإذا وهب شخص داراً لاثنين على التعاقب بشرط ألا تنتقل الدار إلى الثاني إلا إذا عاش بعد موت الأول، فإن الهبة الأولى تكون معلقة على شرط فاسخ هو أن يموت الموهوب له الأول قبل موت الموهوب له الثاني، وتكون الهبة الثانية معلقة على شرط واقف هو أن يعيش الموهوب له الثاني بعد موت الموهوب له الأول، فالموت في هاتين الهبتين شرط لا أجل، إذ اقترن بملاسات جعلته في كل منهما غير محقق الوقوع، هو محقق الوقوع في ذاته ولكن أن يموت أحد الموهوب لهما قبل الآخر هذا هو الأمر غير محقق الوقوع، فيصبح الموت في نطاق هذه الملاسات شرطاً لا أجلاً».

المشترط يستحيل وجوده وتحققه في ذاته حيث إن قوانين الطبيعة تقف مانعاً دون حدوثه .

فلو باع شخص لآخر داراً إذا طلعت الشمس من المغرب، كان هذا الشرط وهو طلوع الشمس من المغرب مانعاً من وجود الالتزام أصلاً؛ لأن الأمر المشترط مستحيل استحالة مطلقة .

والثانية: الاستحالة النسبية: وهي التي تنتج عن ضعف الإنسان، بمعنى أن الشيء المشترط يغلب على الظن إمكان تحققه إذا تهيأت الظروف المناسبة لذلك . فإذا تعهد شخص لشخص آخر لا يجيد السباحة بجائزة إذا عبر المانش سباحة - كان الشرط صحيحاً والالتزام قائماً؛ لأن الاستحالة نسبية؛ لأن بعض السباحين قد عبروه . وكذلك إذا تعهدت هيئة بتقديم جائزة للشخص الذي يخترع دواء معيناً لمرض مستعص لم يوجد له دواء حتى الآن .

ومثل هذه الاستحالة لا تعيب الالتزام بل يكون الالتزام معها قائماً يتوقف وجوده أو زواله على تحقق الشرط، فإذا أتاحت الظروف المناسبة، فأجاد الأول السباحة وعبر المانش، أو تفتق ذهن الشخص الثاني الموعود بالجائزة عن هذا الدواء استحق كل منهما الجائزة الموعود بها .

(ب) الاستحالة القانونية:

وهي أن يكون الشيء ممكن الحدوث في ذاته، غير أن حدوثه يصادم نصاً أو مبدأ قانونياً يمنع تحققه، فاشتراط مثل هذا الشرط يجعل الالتزام غير قائم؛ لأنه لا يهدف إلى إنشاء تصرف قانوني حقيقي ولكنه يهدف إلى إيجاد مركز قانوني يجعل من المستحيل تطبيق النصوص القانونية الخاصة أو المبادئ العامة، فبدل أن كان القانون يحافظ على هذا الشرط ويعمل على تحققه إذا بالشرط يهدد القانون ويخط لنفسه طريقاً يخالفه، فمثل هذا الشرط الناذ والخارج على القانون يبطل ويبطل الالتزام الذي علق عليه، كما لو التزم شخص ببيع قطعة أرض لشخص آخر، واشترط عليه أن يبيعه الدار التي سيرثها من والده، أو اشترط عليه أن يتزوج محرماً، فبيع التركة المستقبلية^(١) وكذا

(١) المادة: (١٣١) ق.م مصري تنص على أنه: ١٦ - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً =

التزوج بمحرم باطل؛ لأنه يصادم نصاً في القانون، فاشتراطه في الالتزام يجعل الالتزام باطلاً وغير قائم؛ لأنه علق على أمر مستحيل استحالة قانونية.

ومن هذا يتبين لنا بوضوح أن الاستحالة المطلقة وكذا الاستحالة القانونية تمنع من وجود الالتزام. أما الاستحالة النسبية فلا تضر الالتزام ولا تعيبه.

حكم الشرط المستحيل

اشتراط أمر مستحيل يؤثر في قيام الالتزام إذا كان الشرط واقفاً: وعلى ضوء ما تقدم من الأمثلة التي وضحنا بها أنواع الاستحالة يتضح لنا ما يأتي:

(أ) أن الشرط الواقف - أي: الشرط الذي يتوقف عليه وجود الالتزام - إذا كان مستحيلاً، مثل أبيعك هذا الشيء إذا طلعت الشمس من المغرب، كان كل من الشرط والالتزام باطلاً؛ لأن وجود الالتزام متوقف على طلوع الشمس من المغرب، وطلوعها من المغرب أمر مستحيل فيبطل الشرط والعقد؛ لأن الملتزم أراد أن يؤكد بكلامه هذا عدم حصول البيع باشتراطه أمراً غير ممكن الوقوع.

(ب) وأن الشرط الفاسخ إذا كان أمراً مستحيلاً لا يؤثر في قيام الالتزام:

= مستقبلاً. ٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال الاستثنائية التي نص عليها في القانون» كالوصية م(٩١٥) وقسمة المورث لأعيان التركة بمقتضى وصية م(٩٠٨، ٩١٣) مدني مصري ويطابقها المادة: (١٣٢) مدني سوري والمادة: (١٣١) مدني ليبي، والمادة (٣٢٤) مدني كويتي، والمادة: (١٢٩) مدني عراقي تنص على هذا الحكم حيث قالت: «غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل» ونص قانون الموجبات والعقود اللبناني على ذلك في المادة: (١٨٨) «ولكن لا يجوز التنازل عن إرث غير مستحق، ولا إنشاء أي عقد على هذا الإرث أو على شيء من أشيائه ولو رضي المورث، وإلا كان العمل باطلاً أصلاً».

الثاني - الشرط الفاسخ (أو شرط الإلغاء):

وهو الشرط الذي يتوقف على تحققه زوال الالتزام، فإذا كان زوال الالتزام متوقفاً على شرط بحيث إذا تحقق هذا الشرط زال الالتزام وإذا تخلف لم يزل، سمي هذا الشرط شرطاً فاسخاً، أو شرط إلغاء؛ لأنه يتوقف عليه زوال الالتزام والفاؤه.

• ومثاله: ما لو باع شخص منزلاً لشخص آخر، واشترط أن يكون له أن يسترده منه لو نقل إلى الإسكندرية، فالبيع هنا قائم في الحال ونافذ، ولكنه مقترن بشرط فاسخ هو النقل إلى الاسكندرية، فإذا تحقق النقل فسخ البيع واعتبر كأن لم يكن واسترد البائع المنزل، وإذا لم يتحقق ظل البيع قائماً^(١).

(١) والشرط الفاسخ يتضمن وجود شرط واقف، فالنقل إلى الإسكندرية عند تحققه يعتبر شرطاً فاسخاً؛ لأنه يترتب عليه فسخ البيع وعودة العين إلى مالكيها الأول، ويعتبر شرطاً واقفاً؛ لأنه يتوقف عليه وجود التزام برد المبيع إلى البائع.

وقد نبه الدكتور السنهوري: «الوسيط» (١/٦٩٤) وما بعدها و(٣/٢٨) وما بعدها إلى الفرق بين الشرط الفاسخ الصريح، وهو شرط بالمعنى الحقيقي، والشرط الفاسخ الضمني - وهو ليس في حقيقته شرطاً والذي يفترض وجوده في العقد الملزم للجانبين، فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ، فهو لا يستوجب الفسخ حتماً وإنما يخضع لتقدير القاضي، وللقاضي أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، وللمدين أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ، وفكرة الفسخ هنا ليست مبنية على وجود شرط فاسخ، وإنما هي مبنية على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر، فيبدو أمراً طبيعياً عادلاً أنه إذا لم يتم أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف من جانبه تنفيذ ما في ذمته من التزام - وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ - أو أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام وهذا هو الفسخ.

أما الشرط الفاسخ الصريح فهو موجب للفسخ حتماً فلا يملك القاضي أن يمهل المشتري المتخلف عن دفع الثمن ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه.

ومن هنا يتضح عدم دقة استعمال عبارتي «الشرط الفاسخ الصريح» و«الشرط الفاسخ الضمني» إذ أن الأول شرط حقيقة، والثاني ليس شرطاً، وإنما جاء نتيجة الإخلال بموجبيات العقد وأحكامه.

وينبه الدكتور السنهوري في الوسيط (٣/ ٣٠) إلى أن الشرط الواقف هو الذي عرفه القانون الروماني أولاً، ثم أتى الشرط الفاسخ بعد الشرط الواقف وعلى غرارهِ.

الشروط الواجب توافرها في الواقعة لكي تكون شرطاً صحيحاً:

والآن علينا أن نبين الشروط الواجب توافرها في الأمر الذي يصلح أن يكون شرطاً:

(١) يجب ألا يكون الشرط في تحققه متوقفاً على إرادة المدين وحدها، ولتوضيح هذا نقول:

إن الشرط من حيث تعلقه بإرادة طرفي الالتزام - الدائن أو المدين - أو عدم تعلقه، يتفرع إلى ثلاثة أنواع: لأنه إما أن يكون الشرط غير متعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام - الدائن أو المدين - بأن كان تحققه أو تخلفه متروكاً للصدفة وهو الشرط الاحتمالي، وإما أن يكون له تعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام - وهو الشرط الإرادي - وإما أن يكون له تعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام وبظروف أخرى كمجرد الصدفة أو إرادة الغير وهو الشرط المختلط ونوضح كلا منهم:

الأول: الشرط الاحتمالي Condition casuelle وهو الشرط الذي يكون تحققه أو تخلفه متروكاً لمجرد الصدفة، ولا تعلق له بإرادة أحد طرفي الالتزام كما لو قال: أبيعك هذا الشيء إذا ولد لي ولد، أو إذا وصلت الطائرة المقلّة لابني سليمة إلى مطار القاهرة، فإن ولادة الولد أو وصول الطائرة سليمة كلاهما أمر متروك للصدفة، ولا تعلق له بإرادة أحد المتعاقدين، وهو أمر ممكن الوقوع وليس محققاً ولا مستحيلاً فكان شرطاً صحيحاً.

الثاني: الشرط الإرادي Condition potestative وهو الشرط الذي يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام وهو نوعان:

١ - الشرط الإرادي المحض Condition Purement potestative:

وهو الشرط الذي يتعلق بمحض إرادة الدائن أو بمحض إرادة المدين.

فإن تعلق بمحض إرادة الدائن - كما لو قال: أبيعك هذا الشيء إذا

أردت - كان الالتزام قائماً معلقاً على إرادة الدائن، إن شاء طالب الدائن المدين بما التزم به وإن شاء أحله من التزامه، والواقع أننا أمام إيجاب صادر وقوله: إذا أردت - تحصيل للحاصل، أو هو اشتراط لشيء لا بد منه، فإن رضا الآخر وإرادته لا بد منها - ذكر هذا الشرط «إذا أردت» أم لم يذكره - فوجوده وعدمه سواء، فالالتزام هنا منجز وليس معلقاً على شرط.

أما إن تعلق الشرط الإرادي المحض بإرادة المدين، فلا يخلو. إما أن يكون شرطاً فاسخاً أو واقفاً.

فإن كان شرطاً فاسخاً: أي: يتوقف عليه زوال الالتزام - كما لو قال بعتك هذا الشيء على أن لي أن أفسخ هذا البيع إذا أردت - كان الالتزام قائماً والشرط صحيحاً؛ لأنه بهذا القول قد وجد الالتزام، ولم يعلق وجوده على محض إرادة المدين، وإنما المعلق هو حق الفسخ الثابت بالشرط، وبناء على هذا الشرط يكون للمدين الحق في فسخه أو إبقائه إذا أراد ذلك.

وإن كان الشرط الإرادي المحض المتعلق بمحض إرادة المدين واقفاً كان باطلاً، ويترتب عليه بطلان الالتزام، كما لو قال شخص لآخر: أبيعك هذا المنزل إذا أردت، كان الرضا غير موجود وقت صدور التعبير؛ لأنه لم يلتزم بشيء، فيكون مثل هذا الشرط باطلاً مطلقاً للالتزام.

وقد نصت المادة ٢٦٧ ق.م. مصري على أنه لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة المدين.

٢ - الشرط الإرادي البسيط Condition Simplement potestative:

وهو الذي يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام، ولكن هذه الإرادة ليست مطلقة، بل هي مقيدة بظروفها وملاساتها.

كما لو قال: أبيعك هذا المنزل إذا تزوجت (أو إذا تزوجت) أو إذا استوطنت الإسكندرية أو (استوطنت) فإن الزواج متعلق بإرادة الدائن أو المدين ولكنه ليس منوطاً بالإرادة فحسب بل بجانب الإرادة يجب أن تتوافر ظروف أخرى اجتماعية واقتصادية، وكذا اشتراط السكنى في مكان معين ليس منوطاً بالإرادة فحسب بل تحيط به ظروف أخرى، وهي وجود السكن

في المكان المعين، ومثل هذا الشرط يكون صحيحاً سواء تعلق بإرادة الدائن أو بإرادة المدين؛ لأنه أمر ممكن محتمل الوقوع وليس أمراً محققاً ولا مستحيلاً.

٣ - الشرط المختلط Condition mixte :

وهو الشرط الذي يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام وبعامل خارجي مع تلك الإرادة، كمجرد الصدفة أو إرادة الغير، كما إذا التزم شخص ببيع داره لشخص آخر إذا تزوج الشخص الملتزم أو الملتزم له من فلانة. فهذا الالتزام معلق على إرادة الزواج وإرادة الإنسانة التي اشترط الزواج منها. فالشرط هنا مختلط، وهو شرط صحيح؛ لأنه لا يتعلق بمحض إرادة تحكيمية؛ لأنه وإن تعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام، فإنه في الوقت ذاته يتعلق بأمر خارج عن هذه الإرادة يجعل وقوعه محتملاً وليس محققاً ولا مستحيلاً.

ويخلص لنا من كل ما تقدم أن الشرط يكون صحيحاً في جميع الحالات - احتمالياً كان أم إرادياً أم مختلطاً إلا في حالة واحدة وهي ما إذا كان شرطاً إرادياً محضاً متعلقاً بإرادة المدين وكان يتوقف عليه وجود الالتزام، والسبب في عدم صحته هنا أنه قضى على الالتزام فأعدمه فقضى عليهما معاً كما سبق أن أوضحنا.

(ب) ألا يكون شرطاً مخالفاً للنظام العام أو الآداب^(١):

ولكي نوضح هذا القيد يلزمنا أولاً أن نتحدث عن الشرط المخالف للنظام العام، وثانياً عن الشرط المخالف للآداب:

(١) المراجع:

- «الوسيط» للدكتور عبد الرزاق السنهوري (١/٣٩٧ - ٤١٣) (٣/٢١ - ٢٣).

- النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي (١/١٦٢ - ١٦٣) مطبعة نهضة مصر سنة ١٩٥٤.

- الشرط المستحيل والمخالف للنظام والآداب (رسالة دكتوراه) للدكتور عبد الله الجليلي (ص ١٧٠).

- محاضرات في القانون المدني للدكتور عبد المنعم فرج الصده (٢/٢٠).

١ - الشرط المخالف للنظام العام:

وتمهيداً لبيان هذا النوع من الشروط نجلو أولاً فكرة النظام العام، ثم نبين بعد ذلك حقيقة الشرط المخالف للنظام العام وحكمه، ثم نتبع ذلك بالكشف عن الفرق بين الشرط المخالف للنظام العام والشرط المستحيل استحالة قانونية.

(أ) النظام العام: معناه:

قد عُرِفَ النظام العام عند شرح القانون الوضعي بتعاريف كثيرة، ويمكننا أن نعرفه بما يلي:

«النظام العام: هو مجموعة المبادئ القانونية التي يقصد بها تحقيق المصلحة العامة، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية - والتي يلزم الجميع احترامها وطاعتها، ويكون جزاء كل تصرف يصدر مخالفاً لها البطلان».

معياره وما يشملُه:

وفكرة النظام العام ليس لها معيار محدد في جميع الأمم والشعوب؛ لأن النظام العام شيء نسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان، ولكن معياره المصلحة العامة لشعب معين في وقت ومكان معين، إذ قد يكون شيء معين مخالفاً للنظام العام في زمن معين أو دولة معينة وغير مخالف له في زمن مغاير أو دولة أخرى، وبهذا المعنى يقع على القاضي وحده تبعة تحديد ما إذا كانت المسألة ملائمة للنظام العام أم غير ملائمة - فالقاضي يكون كالمشرع في هذا النطاق، وفصل القاضي فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أو الآداب أو لا تعتبر مسألة قانون يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض.

ويلاحظ على فكرة النظام العام أنها تضيق وتتسع تبعاً للمذاهب السائدة في المجتمع، فهي تضيق في ظل المذاهب الفردية التي تقدس حرية الفرد ولا تتدخل الدولة في شؤونه، وتقدم مصلحته على مصلحة المجموع، بينما تتسع في ظل المذاهب الاشتراكية، التي تضع مصلحة المجموع في المقام الأول وتُضخّي في سبيلها بالمصلحة الفردية، حيث إن الدولة تقوم في ظل هذا النظام بشؤون كانت تتركها للأفراد كما أنها تتولى حماية الضعيف.

ودائرة النظام العام تشمل روابط القانون العام، كما تشمل روابط القانون الخاص، ففي القانون العام تشمل القواعد الدستورية والحريات العامة والنظم الإدارية والمالية والنظم القضائية، والقوانين الجنائية. وفي القانون الخاص تشمل معظم الأحوال الشخصية كما تشمل بعض المعاملات المالية.

(ب) الشرط المخالف للنظام العام:

عَرَّفَهُ كَثِيرٌ مِنْ شَرَاخِ (١) الْقَانُونِ الْوَضْعِيِّ بِتَعَارِيفٍ مُخْتَلِفَةٍ وَيُمْكِنُ أَنْ نَخْتَارَ لَهُ التَّعْرِيفَ التَّالِيَّ:

الشرط المخالف للنظام العام هو: الشرط الذي قصد به الوصول إلى أمر ممنوع بنصوص القانون بتشويه هذه النصوص أو بالاحتيال عليها.

أمثلة للشرط المخالف للنظام العام:

من القانون الخاص:

الأحوال الشخصية: كما لو التزم شخص لآخر ببيع داره إذا لم يتزوج، وكان في نيته تحريضه على عدم الزواج - فاشترطه على الملتزم له - الدائن - ألا يتزوج - هذا الشرط مخالف للنظام العام، فيكون باطلاً مطلقاً للالتزام.

ومثله كل شرط يثبت حقاً مغايراً للحقوق التي تنشأ من عقد الزواج، كالنفقة وطاعة الزوجة لزوجها، وكون نفقة الزوجة وأولادها على الزوج، وكون الأبناء يتبعون أباهم في دين الإسلام.

المعاملات المالية: كأن يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع، فإن هذا الشرط باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. المادة ٨٢٣ من القانون المدني الجديد (٢).

(١) عرفه شراح القانون الوضعي في فرنسا أمثال بارتان وبيانفو ولبتبي وأوبري ورو، وبيفو، وقد أورد هذه التعريفات الأستاذ الجليلي في رسالته (ص ١٧٣).

(٢) م (٨٢٣) ق.م.ج. ١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال. فلا يصح هذا الشرط، ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة =

من القانون العام:

القواعد الدستورية والحريات العامة: كأن يلتزم شخص لآخر بالتنازل عن حقه في عضوية مجلس الأمة في مقابل شيء ما، أو بأن يجعل صوته لرأي معين، فكل اتفاق من هذا القبيل يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام، ومثلها اشتراط كل ما يخالف ما قرره الدستور من الحريات العامة كالحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حرية الإقامة وحرية الزواج وحرمة النفس وحرية الاجتماع، وحرية العمل... إلخ.

النظم المالية والإدارية: وكذلك يقع باطلاً كل شرط يعارض ما تقرر من النظم الإدارية والمالية في الدولة، كاشتراط شخص على آخر النزول عن وظيفته ليخلو للطرف الآخر المكان فيشغلها.

النظم القضائية: وذلك كاشتراط التقاضي في قضية معينة هي من اختصاص المحكمة الابتدائية إلى المحكمة الجزئية.

القوانين الجنائية: كأن يشترط شخص على آخر ارتكاب جريمة معينة في مقابل مبلغ من المال، فمثل هذا العقد يقع باطلاً لمخالفته للنظام العام^(١).

حكم الشرط المخالف للنظام العام:

وحكم الشرط المخالف للنظام العام يختلف باختلاف نوعي الشرط، فإن كان الشرط المخالف للنظام العام واقفاً كان باطلاً مطلقاً للعقد سواء أكان هذا الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد أم لم يكن إلا شرطاً واقفاً بسيطاً، وإن كان الشرط المخالف للنظام العام فاسخاً، كان باطلاً، غير مبطل للالتزام إلا

= معقولة. ٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير. ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير.

(١) وقد نص القانون المدني العراقي في المادة: (١٣٠) على أنه: «٢ - ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية».

إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع إلى الالتزام، فإنه حينئذ يكون مبطلاً له^(١).

فقد نصت المادة ٢٦٦ م مصري والمادة ٢٥٣ م لبيبي وم (٢٦٦) سوري على أنه:

١ - لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب، أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم.

٢ - ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام.

كما نصت المادة ٢٨٧ مدني عراقي على ما يأتي:

١ - إذا علق العقد على شرط مخالف للنظام العام أو للآداب كان باطلاً إذا كان هذا الشرط واقفاً، فإن كان فاسخاً كان الشرط نفسه لغواً غير معتبر.

(١) وقد أورد الدكتور السنهوري في «الوسيط» (٣٢/٢) هامش ما اشتمل عليه التقنين الفرنسي فقال: «وقد اشتمل التقنين الفرنسي على نصين في هذا الموضوع فقضت المادة: (١١٧٢) من هذا التقنين ببطالان العقد المقترن بشرط مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب وقضت المادة: (٩٠٠) من نفس التقنين بصحة التبرعات المقترنة بشرط مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب مع سقوط الشرط وحده. فخفف القضاء الفرنسي من شدة النص الأول: إذ قضى بأن الشرط إذا لم يكن هو الدافع إلى التعاقد فإنه وحده هو الذي يسقط ويبقى العقد، وشدد من تراخي النص الثاني: إذ قضى بسقوط التبرع ذاته إذا كان الشرط هو السبب الدافع إليه.

فخلص من مجموعة ما ذهب إليه القضاء الفرنسي المبدأ الآتي: متى كان الشرط المستحيل أو المخالف للنظام العام أو الآداب هو الدافع إلى التعاقد - في كل من المعاوزات والتبرعات - فإن الشرط والعقد يسقطان معاً، أما إذا كان الشرط ليس هو الدافع إلى التعاقد فإنه وحده هو الذي يسقط ويبقى العقد.

وهذا المبدأ هو الذي قننته المادة: (١١١) من المشروع الفرنسي الإيطالي فيما يتعلق بالشرط الفاسخ مع قصر الاستثناء الخاص بالسبب الدافع إلى التعاقد على الشرط المخالف للنظام العام أو الآداب دون الشرط المستحيل.

وقد نقل التقنين المصري الجديد هذا المبدأ عن المادة: (١١١) من المشروع الفرنسي الإيطالي.

٢ - ومع ذلك يبطل العقد الذي علق على شرط فاسخ مخالف للأداب أو للنظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للتعاقد.

الشرط المخالف للنظام العام والشرط المستحيل:

سبق أن حددنا مدلول الشرط بأنه أمر عارض مستقبل معدوم على خطر الوجود، فلب الشرط كونه محتمل الوقوع، فلو كان محقق الوقوع لم يكن شرطاً - وإنما يكون أجلاً - وإن كان الشرط مستحيلاً لم يكن شرطاً؛ لأنه قد انتفى منه أحد أركان الشرط، وهو كونه محتمل الوقوع، إذ أنه غير ممكن الوقوع.

أما الشرط المخالف للنظام العام فهو شرط حقيقي؛ لأنه ممكن الوقوع في ذاته بدليل أن أمراً معيناً قد يكون مخالفاً للنظام العام في مكان ما أو زمن ما، وقد لا يكون كذلك في مكان أو زمن آخر - كالطلاق مثلاً - ويترتب على ذلك بطلان الشرط والتصرف في الحالة الأولى وصحته في الحالة الثانية، فالشرط المخالف للنظام العام شرط حقيقي؛ لأنه محتمل الوقوع.

أما الشرط المستحيل فإنه لا يكون شرطاً؛ لأنه ينقصه ركن من أركان الشرط وهو احتمال الوقوع، وهذا واضح بالنسبة للاستحالة المطلقة حيث تقف قوانين الطبيعة حائلاً دون تحقق الشرط، وكذا الاستحالة القانونية حيث تقف النصوص القانونية حائلاً دون تحقق الشرط، وفي هذا النوع من أنواع الاستحالة - أي الاستحالة القانونية - يدق بيان وجه الخلاف بين الشرط المخالف للنظام العام والشرط المستحيل استحالة قانونية.

فإذا علق الملتزم التزامه على شرط، وهو ألا يتزوج الدائن مطلقاً. كان هذا الشرط مخالفاً للنظام العام فيبطل إلا إذا رمى المشتري إلى تحقيق غرض مشروع، كأن يجعل زوجته بعد موته تتفرغ لتربية أولادها منه، فإنه في هذه الحالة يكون الشرط صحيحاً، والالتزام قائماً، وهذا الشرط ليس شرطاً مستحيلاً؛ لأنه شرط ممكن الوقوع، وذلك إذا قصد به تحقيق غرض مشروع كما ذكرنا، أما إذا لم يقصد به ذلك فإنه يكون مخالفاً للنظام العام فيكون باطلاً. أما إذا علق الملتزم التزامه على شرط وهو أن يتزوج الدائن من محرم، فإن هذا الشرط يكون مستحيلاً استحالة قانونية؛ لأنه يصادم نصاً وهو حرمة

الزواج من المحارم، فهو لذلك غير ممكن الوقوع فلا يكون شرطاً .

ومن هنا يفترق الشرط المخالف للنظام العام عن الشرط المستحيل استحالة قانونية. هذا بالإضافة إلى أن الشرط المخالف للنظام العام لا يكون شرطاً احتمالياً بل يكون شرطاً إرادياً، أما المستحيل فإنه يكون شرطاً إرادياً ويكون شرطاً احتمالياً، كما إذا علق الملتزم التزامه على شرط يجب القيام به من قبل المشتراط له أو من قبل الغير أو كان متوقفاً على حادث ما .

٢ - الشرط المخالف للآداب:

ولبيان حقيقة هذا النوع من الشروط يلزمنا أن نوضح أولاً: معنى الآداب، ثم نبين مدلول الشرط المخالف للآداب ونتبع ذلك ببيان حكمه .

معنى الآداب:

لم تحدد نصوص التقنيات المختلفة^(١) تعريفاً للآداب التي تكون معياراً لبطلان التصرفات التي صدرت من الأفراد مخالفة لها، كما أنها لم تبين مصدر هذه الآداب، وقد تناول شراح القانون الوضعي^(٢) سواء في فرنسا أو في البلاد العربية شرح ما أغفلته التقنيات المختلفة في هذا المجال وعلى ضوء ما ذكره يمكننا أن نحدد معنى الآداب بما يلي:

الآداب: هي مجموعة من القواعد غير المقننة التي تدين الجماعة باتباعها والتي تنظم واجبات الإنسان نحو ربه جل وعلا ونحو نفسه وغيره .
ومصدرها: الدين وما ينشأ في ظله من عادات وتقاليد .

ومعيارها: غير محدد، إذ يختلف باختلاف المكان والزمان، فهو في البلاد الإسلامية غيره في البلاد غير الإسلامية، وهو في عصر معين غيره في

(١) كالمواد: (١٣٥ - ١٣٦ - ٢٦٦) من التقنين المدني المصري . ومثله السوري والليبي، والمواد: (١٣٠ - ١٣٢) - عراقي، واللبناني المادة: (٨٢)، والفرنسي المادة: (١١٧٢)، والمادة: (٩٠٠) .

(٢) «الوسيط» للدكتور السنهوري (٤٠٠/١)، «محاضرات في القانون المدني» للدكتور عبد المنعم فرج الصدة (٢١/٢)، «رسالة دكتوراه» للأستاذ الجليل ج القاهرة (ص٣١١) .

عصر آخر، وخاصة في البلاد التي لا تدين بالإسلام، لأن القرآن الكريم والسنة الشريفة جعلتا معيار الأحكام والآداب ثابتاً في جميع البلدان التي تدين بالإسلام. كما أن هذا المعيار اجتماعي بمعنى أن كل شخص يرجع فيه إلى ما قضى به الدين وما تعارفه الناس في مجتمعه الذي يعيش فيه وليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص إلى نفسه وإلى تقديره الذاتي.

الشرط المخالف للآداب:

وبناء على ما تقدم يكون الشرط المخالف للآداب هو: الشرط الذي يكون غرض مشروطه الوصول إلى أمر لا يمنعه القانون وتمنعه الآداب.

حكم الشرط المخالف للآداب:

الشرط المخالف للآداب حكمه كحكم الشرط المخالف للنظام العام^(١)، أي: أنه يكون باطلاً مطلقاً للالتزام، إن كان شرطاً واقفاً، ويكون باطلاً غير مبطل للالتزام إن كان فاسخاً إلا إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد، فإنه حينئذ يكون مبطلاً للالتزام.

اثر الشرط

بعد أن بينا حقيقة الشرط وأنواعه نبين هنا أثر الشرط واقفاً كان أم فاسخاً، سواء أكان ذلك أثناء فترة التعليق والشك وهي التي يكون فيها الشرط قائماً لم يتحقق أو يتخلف. أم أثناء فترة ما بعد التعليق وهي فترة اليقين التي يتضح فيها تحقق الشرط أو تخلفه.

فنبين أولاً أثر الشرط الواقف في المرحلتين ثم نتبعه بالشرط الفاسخ فيهما أيضاً، وأخيراً نبين كيفية تحقق الشرط أو تخلفه.

أولاً - أثر الشرط الواقف أثناء مرحلتي التعليق واليقين:

جاء في «القانون المدني المصري» م ٢٦٨: «إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط، فلا

(١) سبق توضيحه، آنفاً وذكر النصوص القانونية ص ٢٩.

يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ القهري ولا التنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه^(١).

وعلى ضوء هذا النص، يمكن أن نتحدث عن أثر الشرط الواقف في فترتي التعليق واليقين.

(١) الشرط الواقف في مرحلة التعليق:

الذي يهمنا في مرحلة التعليق هو أن نعرف هل الدائن تحت شرط واقف يملك حقاً؟ وإذا كان يملك حقاً فهل هو حق كامل من جميع الوجوه؟ وهل يستطيع التصرف في هذا الحق؟ وللإجابة عن ذلك نقول:

الحق المعلق على شرط واقف حق موجود وجوداً ناقصاً.

أما أنه موجود، فلأنه إذا قال شخص لآخر أبيعك منزلي هذا إذا قدم ابني من إنجلترا فقد ثبت للدائن تحت هذا الشرط الواقف حق في المنزل وهو شراؤه عند قدوم الابن، وهذا الحق غير كامل الوجود ما دام الشرط (وهو

(١) التقنين المدني السوري م(٢٦٨) نفس النص المصري.

التقنين المدني الليبي م(٢٥٥) نفس النص المصري.

والتقنين المدني الكويتي م(٣٢٦)

التقنين المدني العراقي م(٢٨٨) العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط.

تقنين الموجبات والعقود اللبناني «المواد».

م(٩٣): إن الموجب المعقود على شرط التعليق لا يقبل التنفيذ الإجباري ولا التنفيذ الاختياري، ولا يمر عليه الزمان ما دام الشرط معلقاً، على أن الدائن يمكنه أن يقوم بأعمال احتياطية، أخصها فيه الرهن المؤمن دينه عند الاقتضاء، وطلب تطبيق الخط ووضع الأحكام وإنشاء المحاضر والجداول.

م(٩٤): إن الموجب الذي عقد على شرط التعليق وما زال الشرط فيه معلقاً يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام.

م(٩٥): إن الموجب عليه تحت شرط التعليق لا يمكنه قبل تحقق هذا الشرط أن يقوم بأي عمل من شأنه أن يمنع استعمال حقوق الدائن أو يزيده صعوبة في حالة تحقق الشرط، وبعد أن يتحقق شرط التعليق تكون الأعمال التي أجراها الموجب عليه في خلال ذلك ملغاة على قدر ما يكون فيها من الإضرار بالدائن ما عدا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية.

قدوم الابن من انجلترا) لم يتحقق، فإذا تحقق الشرط بأن قدم الابن أصبح الحق تاماً وكاملاً، أما إذا لم يتحقق بأن مات الابن مثلاً اعتبر الالتزام الذي كان معلقاً على الشرط الواقف كأن لم يكن، وأمانة وجود الحق المعلق على شرط واقف أنه ينتقل من صاحبه إلى الغير سواء أكان الانتقال بسبب عام وهو الميراث، أو بسبب خاص كأن يوصى به إلى الغير أو يتصرف فيه ببيع أو هبة أو رهن، كما أنه يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يجري الأعمال المادية اللازمة لصيانة هذا الحق من التلف، وكذلك الأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه كوضع الأختام وتحرير قوائم الجرد، ووضع الحراسة على الأعيان، وله أن يأخذ بحقه كفيلاً أو رهناً أو أي ضمان آخر، ويجوز له أن يدخل في التوزيع ويطلب أن يختص بمبلغ يقابل قيمة حقه مع حفظ هذا المبلغ في خزانة المحكمة وتعليق قبضه إياه على تحقق الشرط. ولا يجوز للمدين تحت شرط واقف أن يعمل أي شيء يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط أو يزيد هذا الاستعمال صعوبة. وكل تصرف منه يضر بحقوق الدائن عند تحقق الشرط لا يعتد به (م لبناني).

ومن هذا يتبين لنا أن الحق المعلق على شرط واقف حق موجود؛ لأنه يورث ولأنه يحق لصاحبه أن يتصرف فيه بيعاً أو هبة أو وصية كما يصح له أن ينزل عنه، وبجانب هذا له أن يتخذ من الأعمال المادية والتحفظية ما يلزم للمحافظة على هذا الحق، ويجب أن يحافظ المدين تحت شرط واقف على هذا الحق، فهو حق لأن القانون يحميه وينظمه.

وهذا يبعد قول بعض شراح القوانين^(١) إن المالك تحت شرط واقف لا

(١) ينقل إلينا الدكتور السنهوري في «الوسيط» هامش (٣/٣٨ - ٣٩) آراء بعض القائلين بأن الحق تحت شرط واقف ليس إلا مجرد أمل، ومنهم بوتبيه في «الالتزامات» (فقرة ٢١٨ و ٢٢٢) وكذلك بلانيول وريبير وبولاجيه (ج ٣ ف ١٣٥٨ ج ١ ف ٣٢٥) وإن كانوا يقولون بأن الدائن تحت شرط واقف يملك شيئاً يجب الاعتقاد به وهو الأمل في أن يكون يوماً ما دائناً وهو أمل يحميه القانون وينظمه، والقانون الروماني كان متردداً بين الرأيين فقد اعتبر في بعض نصوصه (Institutes) الحق تحت شرط واقف مجرد أمل وليس حقاً وإن اعتبر حقاً لا مجرد أمل في نصوص أخرى (Digest) وتقاليد القانون الفرنسي تأخذ بالمعنى الأول.

يملك إلا أملاً؛ لأن الأمل إذا حماه القانون ونظمه أصبح حقاً كائناً موجوداً، والحق تحت شرط واقف حماه القانون ونظمه، فهو حق موجود ولكن وجوده غير تام.

أما إن الحق المعلق على شرط واقف يكون موجوداً وجوداً غير كامل، فلأنه لا يكون قابلاً للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري في حالة التعليق؛ لأنه لا يكون مستحق الأداء إلا بعد تحقق الشرط، فليس للدائن تحت شرط واقف أن يقتضي جبراً من المدين الدين المعلق على هذا الشرط، وليس له أن يستعمل الدعوى البوليصية، وهي التي تعتبر توطئة للتنفيذ القهري، كما أنه ليس له أن يتقاضى حقه برضاء المدين عن طريق التنفيذ الاختياري، فإذا تطوع المدين بالوفاء بالدين كان هذا وفاء بغير المستحق، وحينئذٍ له استرداده وفقاً للقواعد العامة للدفع غير المستحق^(١).

(١) جاء في هامش «الوسيط» للدكتور السنهوري (٣/٣٩) ويقول اهرنج: إن الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود وجود الجنين في بطن أمه، فالحق كالإنسان يتدرج نطفة، ثم علقه إلى أن يكمل خلقاً سوياً، والحق المعلق على شرط واقف يبدأ جنينا وقت تعلق الشرط إلى أن يولد حياً عند تحققه أو ميتاً عند تخلفه. «روح القانون الروماني» (١/١٦٦ - ١٦٧) ثم يقول: (ص ١٧٤): «إن الحق ينشأ فوراً من مصدره، ولا يمكن أن يتخلل أي فراغ بين وجود المصدر ونشوء الحق، فمتى وجد الاتفاق المعلق على شرط واقف فقد وجد الحق المعلق على هذا الشرط لا يفصل بينهما أية فترة من الزمن مهما قصرت، كما لا يفصل بين الميلاد وديبب الحياة في المولود أية فترة من الزمن».

ويذهب شوس (CHausse) في مقاله في المجلة الاقتصادية، العدد: ١٩٠٠ (ص ٥٤٠ - ٥٤١): «إلى أن الرومان كانوا يميزون بين العناصر الذاتية (Eléments Subjectifs) للحق وعناصره الموضوعية (Eléments Objectifs). فالعناصر الذاتية للحق المعلق على شرط واقف يجب توافرها وقت الاتفاق على هذا الحق، فيوجد في هذا الوقت طرفا الحق، وتتوافر فيهما الأهلية اللازمة، ويجوز أن ينتقل الحق إلى غير صاحبه ولو قبل تحقق الشرط، أما العناصر الموضوعية فيجب توافرها عند تحقق الشرط، ففي هذا الوقت يتحدد محل الحق، ويصح أن يكون هذا المحل غير موجود وقت الاتفاق ما دام أنه سيوجد وقت تحقق الشرط».

(ب) الشرط الواقف في مرحلة اليقين:

إن المرحلة الأولى التي مر بها الشرط الواقف وهي مرحلة الشك أو مرحلة التعليق لا بد أن تكون لها نهاية، وهذه النهاية تكون بأحد شيئين: تحقق الشرط - أو تخلفه.

ونبين أولاً الآثار التي تترتب على تحقق الشرط الواقف، ثم نتبع ذلك بالآثار التي تترتب على تخلفه.

تحقق الشرط الواقف:

تنص المادة ٢٦٨ من القانون المدني المصري على أنه «إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط» كما تنص المادة ٢٧٠ من نفس القانون على أنه «إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي تحقق فيه العقد».

ويترتب على ذلك أنه إذا تحقق الشرط أصبح العقد المعلق على شرط واقف كامل الوجود منجزاً ونافاً، وترتبت عليه جميع آثاره، لا من وقت تحقق الشرط فقط بل من وقت نشوء العقد، وهذا هو الأثر الرجعي لتحقيق الشرط، وأصبح للدائن الحق في أن ينفذ بحقه اختياراً أو إجباراً، ولا يرد ما قبضه من المدين أثناء فترة التعليق؛ لأنه قبض حقه، وإذا كان المدين قد رتب حقوقاً للغير فإن هذه الحقوق يجب أن تزول عند تحقق الشرط الواقف، إذ يفترض أن المدين لم يكن مالكاً عند تقريره لهذه الحقوق، وأن الملكية كانت للمشتري من يوم التعاقد، وليس لأي من المتعاقدين قبل تحقق الشرط الواقف - أثناء فترة التعليق - الرجوع في تعاقدته؛ لأن الشرط إذا تحقق اعتبر العقد قد تم وترتبت عليه آثاره من وقت نشوء العقد لا من وقت تحقق الشرط^(١).

تخلف الشرط الواقف:

إذا تخلف الشرط الواقف اعتبر الالتزام الذي كان معلقاً على هذا الشرط كأن لم يكن، وزال الحق الذي كان غير كامل الوجود بأثر رجعي يمتد إلى

(١) «الوسيط» للدكتور السنهوري (٢/٥٤)، «أحكام الالتزام» للدكتور عبد الحق حجازي (١٥٦/١).

وقت نشوء هذا الحق، وتزول تبعاً بزواله كلّ التصرفات التي يكون الدائن قد باشرها على أساس ذلك الحق الضعيف، وكذلك تزول معه الإجراءات التحفظية التي اتخذها الدائن للمحافظة على هذا الحق الغير كامل الوجود. وإذا كان المدين قد وفى شيئاً فله أن يسترده.

ثانياً - أثر الشرط الفاسخ في مرحلتي التعليق واليقين:

ينص القانون المدني المصري م(٢٦٩) على أنه:

- ١ - يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام، ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه. فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه التعويض.
- ٢ - على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط^(١).

١ - الشرط الفاسخ في مرحلة التعليق:

يتبين من النصوص المتقدمة أن الحق المعلق على شرط فاسخ في مرحلة التعليق حق موجود وجوداً كاملاً، غير أن هذا الحق على خطر الزوال، وذلك عند تحقق الشرط الفاسخ.

(١) ونص القانون المدني السوري م(٢٦٩)، والليبي (٢٥٦) وكذا القانون المدني الكويتي م(٣٢٨) مطابق للنص المصري.

أما القانون المدني العراقي م(٢٨٩) فإنه ينص على أن:

- ١ - العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد، وألزم الدائن برد ما أخذه، فإذا استحال رده وجب الضمان، وإذا تخلف الشرط لزم العقد. ٢ - على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط.

وقانون الموجبات والعقود اللبناني ينص على ما يأتي:

م(٩٧): إن شرط الإلغاء لا يوقف تنفيذ الموجب، بل يقتصر على إلزام الدائن برد ما أخذه عند تحقق الشرط، وإذا لم يتمكن من رده لسبب هو مسؤول عنه لزمه بدل العطل والضرر، غير أنه لا يلزمه رد المنتجات والزيادات، وكل نص يقضي عليه برد المنتجات يعد كأنه لم يكن.

م(٩٩) إذا تحقق شرط الإلغاء فإن الأعمال التي أجزاها الدائن في خلال ذلك تصبح لغواً، ما عدا أعمال الإدارة فإنها تبقى ثابتة على كل حال.

أما أنه حق موجود فلأنه إذا باع شخص منزلاً لآخر بشرط ألا يتزوج، فإن البائع يلتزم بتسليم المشتري المنزل فوراً، والمشتري يلتزم بتسليم البائع الثمن، ويصبح مالكاً للمنزل بمجرد تمام التعاقد.

فالحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود ونافذ من وقت صدوره، وصاحب هذا الحق يملكه ملكاً فورياً، ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعاً أو كرهاً بطريق التنفيذ الاختياري أو الجبري وله أن يديره ويتصرف فيه.

وأية أنه حق موجود وجوداً كاملاً، أن المالك تحت شرط فاسخ يتحمل تبعه هلاك العين ويباشر دعاوى الملكية، ودعاوى الحيازة بالنسبة إلى العين التي يملكها تحت شرط فاسخ، ويستطيع دائنوه أن ينفذوا بحقوقهم على هذه العين، ويكون هذا التنفيذ معلقاً إلغاًؤه على تحقق الشرط. كما أن له أن يأخذ بالشفعة ويبقى حقه على العقار الذي أخذه بالشفعة قائماً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ، ولا يرد للمالك تحت شرط واقف (البائع في المثال المذكور آنفاً) عند تحقق الشرط إلا العين الأصلية دون العين المشفوع فيها^(١).

الحق المعلق على شرط فاسخ حق معرض للزوال

وذلك لأنه إذا تحقق الشرط الفاسخ «وهو الزواج في المثال السابق» وجب على المشتري أن يرد الشيء المبيع «وهو المنزل» إلى بائعه، وعلى البائع أن يرد الثمن إلى المشتري ويعتبر المشتري كأنه لم يكن مالكاً للمبيع يوماً ما؛ لأنه بتحقق الشرط الفاسخ يزول هذا الحق.

٢ - الشرط الفاسخ في مرحلة اليقين:

وهذه المرحلة تكون إما بتحقق الشرط الفاسخ أو تخلفه. فإذا تحقق الشرط الفاسخ انفسخ الالتزام المعلق عليه بحكم القانون، دون حاجة إلى حكم أو أضرار، وسقطت جميع التصرفات التي صدرت من الدائن تحت شرط فاسخ إلا أعمال الإدارة الصادرة عن حسن نية، وعدم تجاوز الحد المألوف في الإدارة؛ وذلك لأنها ضرورية ويلزم القيام بها في وقتها المناسب فلا يعقل

(١) «الوسيط» للدكتور السنهوري (٤٥/٣).

أن نفسخ عند تحقق الشرط الفاسخ ما ترتب على إدارته العقار من بيع ثمار أو قبض أجره أو تطهيره من الرهن المثقل به، أو قسمته إن كان شائعاً، أو قيد الرهن أو تسجيل العقد.

أما إذا تخلف الشرط الفاسخ، فإن الالتزام يتأكد وينقلب من التزام شرطي إلى التزام منجز.

ثالثاً - كيفية تحقق الشرط أو تخلفه:

يستخلص من نصوص التقنين الفرنسي (المواد ١١٧٥ - ١١٧٨) واللبناني (المواد ٨٨ - ٩٢)^(١) ما يأتي:

١ - إن إرادة طرفي الالتزام هي الأساس في معرفة تحقق الشرط أو تخلفه، فإذا علق شخص بيع داره على عودة ابنه الغائب، فإنه يلزم لكي نعرف حدود هذا الشرط (عودة الابن الغائب) وكيفية تحققه أو تخلفه أن نكشف عن عناصره. وذلك بالتحقق من إرادة الملتزم، هل كان يريد ابناً معيناً من أبنائه، وهل حدد لعودة الابن الغائب مدة معينة للوفاء بالتزامه أم أنه قد أطلق ولم يحدد وهل وضع قيداً لهذه العودة كبرئه من مرضه الذي سافر للعلاج منه أو حصوله على مؤهل علمي ابتعث من أجله، وهل هذا المؤهل في فرع معين يريده المشترط أم أي نوع؟

وبتعيين الإجابة على مثل هذه الاستفسارات تتبين لنا عناصر الشرط، وبالتالي نتضح لنا كيفية تحققه أو تخلفه.

فالسبيل إلى معرفة ذلك هو التعرف على نية طرفي الالتزام، وقاضي الموضوع هو الذي يعمل على معرفة هذه النية، ثم يقضي على ضوءها بتحقيق الشرط أو تخلفه ولا معقب لحكمه.

٢ - تحقق الشرط أو تخلفه بخطأ يصدر من صاحب المصلحة:

أما إذا تحقق الشرط بخطأ يصدر من صاحب المصلحة، كما إذا ارتكب

(١) لم يرد في التقنينات (المصري والسوري والليبي والعراقي) نصوص في هذا ولكن شراح القانون المصري رأوا أنه يمكن الأخذ بما تمليه نصوص القانون الفرنسي واللبناني من أحكام؛ لأنها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

صاحب المصلحة في تحقق الشرط خطأ أدى إلى تحقيق هذا الشرط، فإنه لا يترتب على تحققه أي أثر، كما إذا التزم شخص بمائة ألف جنيه لشخص آخر إذا غرقت سفينته في رحلتها إلى أسوان، ثم ارتكب الدائن خطأ أدى إلى غرقها في هذه الرحلة، فإن تحقق الشرط بهذا الطريق لا يترتب عليه أي أثر، ويعتبر الشرط متخلفاً، ولو أنه من حيث الواقع يعتبر متحققاً؛ لأن خطأه هذا يستوجب التعويض وخير تعويض، هو مجازاته بعكس قصده، وذلك باعتبار الشرط متخلفاً.

وأما إذا تخلف الشرط بخطأ يصدر من صاحب المصلحة. وذلك كما إذا ارتكب صاحب المصلحة في تخلف الشرط خطأ أدى إلى عدم تحقق الشرط، فإنه لا يترتب على تخلف هذا الشرط أي أثر، بل يعتبر الشرط متحققاً، ولو أنه من حيث الواقع يعتبر متخلفاً، وذلك مجازاة له بعكس قصده السيء أيضاً، كما إذا التزم شخص ببيع منزله لشخص آخر إذا تزوج من ابنته - المخطوبة له - خلال عام من تاريخ التزامه، ثم زوج الملتزم هذه البنت من شخص آخر قبل انقضاء هذا العام، فإن الملتزم يكون بهذا قد ارتكب عملاً أدى إلى عدم تمكن الملتزم له من الوفاء بالشرط المعلق عليه الالتزام، والشرط يكون بهذا العمل قد تحقق ووجب على الملتزم الوفاء بالتزامه مجازاة له بعكس قصده، فصاحب المصلحة في تحقق الشرط أو تخلفه، إذا ارتكب خطأ يؤدي إلى تحقيق غايته من تحقق أو تخلف للشرط، لا يكون لفعله هذا أي أثر، بل ويجازى بعكس قصده تعويضاً عن هذا الخطأ الذي ارتكبه، ومع ذلك فإن للملتزم الحق في أن يثبت أن هذا الخطأ الذي صدر منه لم يكن ليترتب عليه أي أثر، نظراً لأن الشرط كان سيتحقق - أو يتخلف - حتى ولو لم يصدر منه هذا الخطأ.

الأثر الرجعي لتحقيق الشرط

نص القانون المدني المصري في المادة ٢٧٠ على ما يأتي:

«إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين، أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط.»

وقد سارت القوانين المدنية في مصر وليبيا وسوريا والكويت والعراق في فلك القوانين اللاتينية التي تجعل للشرط أثراً رجعياً، ولم يصرح بذلك قانون الموجبات والعقود اللبناني، غير أنه أورد أهم تطبيقات واستثناءات مبدأ الأثر الرجعي للشرط^(١).

ويستخلص من نصوص المواد المشار إليها آنفاً ما يأتي:

١ - الأخذ بمبدأ الأثر الرجعي للشرط:

إذا تحقق الشرط أو تخلف امتد أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام وقد سبق أن أوضحنا الآثار التي ترتبت على تحقق الشرط أو تخلفه واقفاً كان أو فاسخاً في مبحث (أثر الشرط).

٢ - الاستثناءات من هذا المبدأ:

يستثنى من مبدأ الأثر الرجعي لتحقق الشرط الحالات الأربع الآتية:

الحالة الأولى:

إذا اتفق طرفا الالتزام - صراحة أو ضمناً - على عدم الأخذ بمبدأ الأثر الرجعي للشرط، وتبيننا أنهما أرادا استبعاد هذا الأثر، واعتبار الوقت الذي

(١) ويراجع القوانين المدنية - الليبي م(٢٥٧)، والسوري م(٢٧٠)، والكويتي م(٣٢٨)، والعراقي م(٢٩٠)، واللبناني المواد من: (٩٥ - ٩٩).

ويقابل هذا المذهب مذهب آخر حديث يأخذ به القانون الجرمانى والسويسري وبعض التقنينات الأخرى ويرى هذا المذهب أن الأصل عدم الأخذ بمبدأ الأثر الرجعي، وأن الشرط يثبت أثره من وقت تحقق الشرط أو تخلفه فقط؛ لأن إسناده إلى تاريخ سابق على ذلك أمر مخالف لطبيعة الأشياء، وإن الطبيعي هو أن ينتج الشرط أثره من وقت تحققه أو تخلفه؛ لأن تحقق الشرط أو تخلفه هو العلة لهذا الأثر، والمعلول لا يسبق العلة، ويضاف إلى ذلك أن الأثر الرجعي للشرط يعطل حرية تصرف المالك في ملكه، ويضر بالغير؛ إذ يبقى دائماً مهدداً بهذا الأثر الرجعي وبذلك تتعقد المعاملات ولا تستمر الحقوق غير أنه مع ذلك يرى الأخذون بهذا المذهب جواز أن يتفق طرفا الالتزام على أن يكون للشرط أثر رجعي، كما أنهم يستثنون من هذا المبدأ بعض الاستثناءات التي يثبتون فيها أثراً رجعياً للشرط وبهذه الاستثناءات تقارب النظريتان. «الوسيط» للدكتور السنهوري (٦٥/٣).

تحقق فيه الشرط هو وقت وجود الالتزام، أو زواله، فحينئذٍ يجب الأخذ بإرادتهما، وبخاصة أن مبدأ الأثر الرجعي يرجعه بعض الفقهاء إلى أنه تعبير عن النية المحتملة للمتعاقدين؛ لأنهما لا يعرفان وقت التعاقد أن الشرط سيتحقق أو لا يتحقق، ومن ثم أمكن تفسير نيتهما على أنهما أرادا أن يسندا أثر العقد إلى وقت التعاقد.

وبناء على هذا يتبين لنا أنه إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً على استبعاد الأثر الرجعي لتحقيق الشرط، تم لهما ما أرادا؛ لأن النية المحتملة لا تقوى على معارضة النية الحقيقية، وبهذا الاستثناء الذي نص عليه القانون لا يكون مبدأ الأثر الرجعي للشرط مبدأً آمراً لا تجوز مخالفته، بل يجوز لطرفي الالتزام الاتفاق على استبعاد هذا الأثر.

الحالة الثانية:

إذا كانت طبيعة العقد تستعصي على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط، وذلك كما في العقد الزمني، إيجاباً كان أم عقد عمل، أم عقد توريد، فإذا كان هذا العقد معلقاً على شرط فاسخ، وبقي منفذاً مدة من الزمن ثم تحقق الشرط، فإن العقد يفسخ عن المستقبل فقط، ولا يمتد أثره إلى الماضي؛ لأن ما تم لا يمكن الرجوع فيه.

الحالة الثالثة:

إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبي حدث قبل تحقق الشرط، كما لو هلكت العين المبيعة قبل تحقق الشرط بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإنها تهلك على البائع إذا كان الشرط واقفاً، وعلى المشتري إذا كان الشرط فاسخاً.

الحالة الرابعة:

نصت المادة ٢/٢٦٩ مدني مصري (على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط).

ومثل هذا النص ما ورد في التقنينات (الليبي م٢٥٦، العراقي ٢/٢٦٩، اللبناني م٩٨).

فأعمال الإدارة^(١) التي تصدر من الدائن تحت شرط فاسخ تبقى نافذة رغم تحقق الشرط ما دامت قد تمت بحسن نية، وفي الحدود المألوفة للإدارة، بحيث لا تزيد عن ثلاث سنوات - إن كانت إجارة مثلاً - ولا يبيع المشتري من المحصولات إلا الموجود، أما المحصولات المستقبلية فلا يبيعها لسنين قادمة.

(١) أعمال الإدارة كالإيجار وقبض الأجرة وقبض الثمار والمحصولات وبيعها وقيد الرهن، وتجديد القيد وتسجيل العقد وقسمة العين الشائعة وتطهير العقار من الرهن.

الفصل الثاني

الشرط في العقد في الفقه الإسلامي

بعد أن تحدثنا عن الشرط في القانون ووضعنا أمامنا صورة واضحة - إلى حد - عن حقيقته وأنواعه وآثاره، نتناول في هذا الموضع بيان حقيقة الشرط في العقد في الفقه الإسلامي.

ونجعل هذا الفصل في مبحثين:

الأول: في معنى العقد في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.
الثاني: في حقيقة الشرط في الفقه الإسلامي لغة واصطلاحاً، وأقسامه، وخصائص كل قسم.

المبحث الأول

العقد في الفقه الإسلامي

نوضح فيما يلي حقيقة العقد في الفقه الإسلامي، ثم نقابله بالعقد عند شرح القانون الوضعي.

حقيقة العقد في الفقه الإسلامي:

للعقد في الفقه الإسلامي إطلاقان:

إطلاق عام - وإطلاق خاص.

ونوضح كلا الإطلاقين فيما يلي^(١):

الإطلاق العام للعقد

يطلق العقد عند كثير من الفقهاء ويراد به:

«كل تصرف يصدر عن شخص فيلزمه - منفرداً أو مع آخر - بشيء على وجه يترتب عليه تحقق مصلحة مشروعة». أو هو «التصرف الملزم الذي يترتب عليه تحقيق مصلحة مشروعة».

تحليل هذا التعريف:

* تصرف يصدر عن شخص: سواء أكان حاكماً أم محكوماً.

* فيلزمه:

خرج بذلك التصرفات غير الملزمة كالتصرفات التي تحدث في نطاق المعاملات الاجتماعية كدعوة شخص إلى وليمة أو ركوب سيارة...

(١) نجتزئ هذا البحث من البحث الخاص بالماجستير والذي قدمته لكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر.

* فيلزمه - منفرداً أو مع آخر - بشيء:

سواء أكان هذا الالتزام تكفي فيه إرادة واحدة، أم لا بد فيه من توافق إرادتين - فهو تصرف إرادي - أوجب حقاً لله تعالى أم حقاً للعبد، كان عقد معاوضة أم عقد تبرع أم جمع بينهما، ترتب عليه إنشاء حق أو إسقاطه أو إطلاق يد في التصرف أو تقييدها إلى غير ذلك من الأغراض...

* يترتب عليه تحقق مصلحة مشروعة:

خرج بذلك التصرفات التي لا تترتب عليها مصلحة مشروعة كالجنايات المختلفة مثل القتل والسرقة، فإنها لا تدخل في مدلول العقد بهذا المعنى. ولكنها تدخل في مدلول التصرف كما نبين ذلك في الفقرة (ج) التالية.

(ب) الارتباط بين المعنى اللغوي للعقد والإطلاق الفقهي عليه:

العقد في اللغة الشد والربط، يقال عقدت الحبل فانعقد، وعقدت اليمين، أو البيع...، فإذا عقد الشخص عزمه على شيء فقد ارتبط أولاً وقبل كل شيء مع نفسه على إحداث شيء ما أو تنفيذه، فقد حدث الربط بين إرادته وعزمته لإحداث أو تنفيذ ما أراده من غاية مشروعة سواء أكان ما أراده يحتاج إلى رضا الطرف الآخر، أم لا يحتاج - مالياً كان أم غير مالي - وبهذا المعنى يرتبط المعنى الاصطلاحي للعقد بالمعنى اللغوي له، ويزيد عليه المعنى اللغوي بأنه يشمل الربط بين الأشياء المحسوسة كالحبل - مثلاً - كما سبق أن بينا، فالمعنى اللغوي أعم من المعنى الاصطلاحي المذكور.

(ج) العقد حسب الإطلاق العام والتصرف في الفقه الإسلامي:

ليس المراد بالعقد حسب هذا الإطلاق التصرف في الفقه الإسلامي. ولتوضيح هذه الحقيقة يلزمنا أن نبين أولاً معنى التصرف، ثم نتبعه بالمقارنة:

تعريف التصرف^(١):

يراد بالتصرف في الاصطلاح، ما يصدر عن الإنسان من قول أو عمل ويرتب عليه الشارع أثراً من الآثار، سواء أكان ذلك متضمناً لإرادة إنشاء حق

(١) كتاب «المدخل للفقه الإسلامي» للمرحوم فضيلة الأستاذ عيسى أحمد عيسوي (ص ٣٩١).

من الحقوق أم لا ، وسواء أكان الأثر المترتب في صالح من صدر عنه القول أو العمل أم في صالح غيره ، أو كان فيه ضرر له .

مثال ما يتضمن إنشاء حق : البيع والهبة والوقف ، ومثال ما لا يتضمن إنشاء حق : الإقرار بحق من الحقوق ، فإنه إخبار بثبوت حق وليس إنشاء له ، ومثال الأثر الذي يكون في صالح من صدر عنه التصرف : البيع والإجارة ونحوهما ، ومثال ما يكون في صالح الغير : الوقف والوصية والإبراء عن الدين ، ومثال ما يكون فيه ضرر له : السرقة والقتل ، فإن الشارع يرتب على كل منهما الجزاء الرادع لمن صدر عنه .

مقارنة للتصرف بالعقد حسب الإطلاق العام :

يتضح لنا من تعريف التصرف ما يأتي :

(أ) أن التصرف يشمل جميع التصرفات المندرجة تحت العقد حسب الإطلاق العام ، كما يشمل أيضاً الوقائع التي يترتب عليها أثر ضار يرتب الشارع عليه جزاء رادعاً لمن صدر عنه كواقعة السرقة أو القتل . . . أو بمعنى آخر يشمل التصرف بعض المسائل التي تدخل في نطاق القانون العام بجانب القانون الخاص ، فدائرة العقد حسب الإطلاق العام يدخل فيها القانون الخاص ولا يدخل فيها القانون العام ، أما التصرف فدائرته تشمل مسائل من القانون العام بجانب القانون الخاص .

(ب) أن التصرف يشتمل على شيئين أو عنصرين أساسيين هما :

١ - قول يصدر عن الإنسان يترتب عليه الشارع أثراً نافعاً أو ضاراً .

٢ - عمل يصدر عن الإنسان يترتب عليه الشارع أثراً نافعاً أو ضاراً .

(ج) وبمقارنة تعريف العقد حسب الإطلاق العام بالتصرف يتبين لنا أن

بينهما عمومياً وخصوصاً مطلقاً :

فيلتقيان في التصرف الذي يترتب عليه أثر نافع ، فكل تصرف بهذا

المعنى هو عقد ، وكل عقد بهذا المعنى هو تصرف .

ويفترق التصرف عن العقد فيما إذا ترتب عليه أثر ضار كالقتل والسرقة ،

فإنهما يدخلان تحت مدلول التصرف ولا يدخلان في العقد ، فالعقد أخص من

التصرف ، والتصرف أعم من العقد .

مقارنة العقد حسب الإطلاق العام بالالتزام أو الحق الشخصي في النظم الوضعية:
بعد أن استعرضنا تعريف الالتزام في النظم الوضعية فيما تقدم وبيننا ما
يشتمل عليه هذا التعريف يتبين لنا عنه مقارنته بالتعريف الذي وضعناه للعقد
حسب الإطلاق العام أن العقد هنا أعم من الالتزام؛ لأن العقد يشمل كل ما
ينطوي عليه الالتزام في النظم الوضعية، كما يشمل أيضاً ما يأتي:

(أ) القواعد التي تنظم علاقة الفرد بأسرته (الأحوال الشخصية) كالنكاح
والطلاق والرجعة والخلع، وهذا أحد شقي القانون الخاص كما سبق أن
ذكرنا.

(ب) بعض التصرفات التي تدخل في نطاق القانون الإداري، كتولية
القضاة وعزلهم والأوامر الصادرة منهم أو من العلماء أو الأمراء.

(ج) بعض التصرفات التي تدخل في نطاق القانون الدستوري كتولية
الأمراء.

(د) بعض الأحكام القضائية: كالحجر على العبد المأذون والتحكيم بين
اثنين.

ومن كل هذا يتبين لنا جلياً أن العقد حسب الإطلاق العام ليس هو
الالتزام في القانون، حيث إن موضوع الالتزام ومحلله فيه يكون مالياً، أو يمكن
تقويمه بالمال، وأما العقد بمعناه العام في الفقه الإسلامي فإنه يشمل بجانب
المعاملات الأحوال الشخصية، وبعض ما يدخل في نطاق القوانين الإدارية
والدستورية والأحكام القضائية، وهي وإن بدت في ظاهرها متباعدة إلا أن
تعريف العقد حسب الإطلاق العام الذي وضعناه يجمع هذه الأمور جميعها.

(هـ) الحقائق المأخوذة نتيجة هذه المقارنات:

ويمكننا الآن أن نستخلص من هذه المقارنات الحقائق التالية:

١ - الارتباط وثيق بين المعنى اللغوي للعقد والمعنى الاصطلاحي غير
أن العقد بالمعنى اللغوي أعم من العقد بالمعنى الاصطلاحي؛ لأنه كما سبق
أن ذكرنا أن العقد لغة وضع للربط بين شيئين وإنه بهذا المعنى يستعمل في
المعاني كما يستعمل في الأجسام.

٢ - العقد حسب الإطلاق العام ليس هو بعينه التصرف بالمعنى الاصطلاحي وإنما هو أخص منه، فكل عقد تصرف، وليس كل تصرف عقد.

٣ - العقد مصدره الإرادة سواء أكانت منفردة أم كان لابد من اقترافها بإرادة الطرف الآخر ورضاه. كان الشخص الصادرة منه هذه الإرادة حاكماً أم محكوماً.

فالأساس الجامع بين هذه التصرفات التي تدخل تحت مدلول العقد بمعناه العام هو التزام الإنسان بإرادته أمراً يحقق له مصلحة مشروعة، فكل إنسان يلتزم بإرادته، حتى العقود التي يحتاج فيها إلى رضا الطرف الآخر - الموجب يلتزم بإرادته، والقابل يلتزم بإرادته - فهو التزام إرادي.

٤ - العقد بمعناه الاصطلاحي العام أعم من الالتزام في القانون الوضعي، فكل التزام عقد وليس كل عقد التزاماً، نظراً لأن العقد هنا يشمل بجانب المعاملات الأحوال الشخصية، وبعض ما يدخل في نطاق القانون الدستوري والإداري، وبعض الأحكام القضائية.

٥ - يتضح لنا من كل ذلك أن منهج البحث في الفقه الإسلامي مختلف تماماً عن منهجه في الفقه الوضعي، وهذا يدلنا دلالة قاطعة على أصالة الفقه الإسلامي، وأنه مستقل في بحثه وفي اصطلاحاته، فلم يأخذ عن غيره حتى مجرد التقسيمات العامة التي يسهل نقلها والسير في رحابها.

الإطلاق الخاص للعقد

يفرق كثير من فقهاء المذاهب بدقة بين:

١ - التصرف الذي يفتقر في انعقاده وثبوت أحكامه إلى الإيجاب والقبول حيث يسمونه عقداً.

٢ - والتصرف الذي لا يحتاج في انعقاده وثبوت أحكامه إلى قبول حيث يسمونه عهداً أو إيقاعاً أو إخراجاً.

وقد تعرض بعض الفقهاء لتعريف العقد بعبارات مختلفة نوجزها فيما يلي تسهيلاً لاستخلاص النتيجة:

ابن الهمام: العقد مجموع إيجاب المكلفين مع قبول الآخر^(١).

البابرتي: البيع ينعقد بالإيجاب والقبول، والانعقاد: تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل^(٢).

الدسوقي: العقود هي ما تتوقف على إيجاب وقبول^(٣).

ابن تيمية: الأصل في العقود رضا الطرفين ونتيجتها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد^(٤).

الصيمري: العقود هي التي تفتقر في انعقادها وثبوت أحكامها إلى إيجاب وقبول^(٥).

النجفي: العقد شرعاً قول من المتعاقدين... رتب الشارع الأثر المقصود عليه^(٦).

الطبرسي: العقد... لا يكون إلا بين اثنين^(٧).

وعرفه الجرجاني والبركتي بأنه «ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً وزاد البركتي أو هو التزام المتعاقدين وتعمدها أمراً، فهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول، وجمعه العقود»^(٨).

مرشد الحيران المادة (٢٦٢): العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه (ويلتقى هذا التعريف مع تعريف مجلة الأحكام العدلية، وهما مأخوذان كما نرى من تعريف البابرتي الحنفي).

(١) «فتح القدير» (٢/٣٤١).

(٢) هامش «فتح القدير» (٥/٧٤).

(٣) «الشرح الكبير» (٣/٥).

(٤) «الفتاوى» (٣/٣٣٦).

(٥) «جواهر الكلام» مخطوط بالأزهر (ص ٢).

(٦) «العقود» (ص ٢).

(٧) «روح المعاني» للألوسي (٢/٢٣٩).

(٨) التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني (٧٤٠هـ - ٨١٦هـ) وقواعد الفقه للسيد محمد عميم الإحسان المجددي البركتي.

* ويمكننا أن نستخلص من هذه التعريفات الفقهية للعقد الحقائق التالية:

١ - العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر

- كما صرح الجميع -.

٢ - يرتب الشارع على ارتباط الإرادتين وتوافقهما الآثار المقصودة من

المتعاقدين - كما صرح النجفي -.

بالنسبة للمتعاقدين: هي الوفاء بما التزما به، وما أوجباه على أنفسهما

من فعل أو ترك أو مال أو نفع أو غير ذلك كما صرح ابن تيمية.

بالنسبة لمحل العقد: هي ظهور هذا الأثر في المحل بتغييره. من حالة

إلى حالة - كما صرح البابر تي -.

* وبناء على ذلك يمكننا أن نختار التعريف التالي للعقد ليكون جامعاً

للاتجاهات الفقهية المختلفة.

العقد: هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الطرف

الآخر على وجه مشروع يترتب عليه الأثر المقصود.

وبتحليل هذا التعريف يتضح ما يلي:

أن العقد تصرف إرادي.

وإنه يختص من بين التصرفات الإرادية بالتصرف الذي ينشأ من توافق

إرادتين.

وأن يكون هذا التصرف مشروعاً.

وأن يقصد به إحداث أثر - سواء أكان التزاماً تشغل به ذمة المتعاقدين أو

تغييراً في محل العقد.

(ب) وخرج بهذه القيود الأربعة ما يأتي:

التصرفات غير الإرادية.

وكذا التصرفات التي تنشأ بإرادة واحدة.

كما خرجت التصرفات غير المشروعة.

وكذا التصرفات التي لا يقصد بها إحداث أثر كما في التصرفات التي

تحدث في نطاق المجاملات الاجتماعية كدعوة شخص إلى ركوب سيارة فيقبل

الشخص، فمثل هذا التصرف لا يكون عقداً ولا يترتب عليه مسؤولية إذا تخلف واحد منهما .

(ج) ميزة هذا التعريف :

هذا التعريف يمتاز بأنه عام وشامل بالنسبة لآثار العقد وكذا بالنسبة للعقود التي تندرج تحت مدلول العقد في الفقه الإسلامي .

أما أنه عام وشامل بالنسبة للأثر الذي يترتب على العقد فذلك لأن الأثر المقصود من العقد يشمل ما يترتب على العقد من التزامات يجب على المتعاقدين الوفاء بها (وهذه هي النزعة الشخصية في الالتزام في النظم الوضعية)، كما يشمل أيضاً ما يترتب على العقد من تغيير في محل العقد بتحويله من حالة إلى حالة (وهذه هي النزعة الموضوعية في الالتزام في النظم الوضعية).

وأما أنه عام وشامل بالنسبة للعقود - حسب الإطلاق الخاص - فذلك لأن هذا التعريف يشمل بجانب عقود المعاملات - كالبيع والإجارة مثلاً - التي يترتب عليها التزام كل من المتعاقدين بما أوجبه على نفسه، كما يترتب عليها تغيير في محل العقد، يشمل بجانب ذلك عقد النكاح والخلع وما شابههما من العقود التي ترتب التزامات في ذمة المتعاقدين ولا يتضح فيها تغيير في محل العقد بالمعنى المفهوم في عقود المعاملات - كالبيع والإجارة والرهن وما شابه ذلك .

إن هذا التعريف يلتقى مع جميع التعاريف التي نقلناها من الفقه الإسلامي ولا يتناقض مع أي منها، فهو بهذا يشمل ما نص عليه ابن تيمية . وكذا ما نص عليه البابرقي، ويساير التعاريف الأخرى .

مقارنة تعريف العقد في الفقه الإسلامي بتعريفه في النظم الوضعية :

بعد أن وضح لنا معنى العقد في الفقه الإسلامي علينا أن نجري المقابلة بين تعريف العقد في الفقه الإسلامي - حسب الإطلاق الخاص - وبين تعريفه في النظم الوضعية، ويلزم لذلك أن نوضح تعريف العقد عندهم أولاً، ثم نحلل هذا التعريف، وأخيراً نجري المقارنة بين التعريفين .

(١) حقيقة العقد في النظم الوضعية:

عرف كثير من شراح القوانين العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء التزام أم نقله أم تعديله أم إنهاؤه. فالبيع: عبارة عن اتفاق على إنشاء التزام، حيث إنه ينشئ التزامات في جانب كل من البائع والمشتري.

والحوالة: عبارة عن اتفاق على نقل التزام؛ لأنها تنقل الحق أو الدين من دائن إلى دائن آخر، أو من مدين إلى مدين آخر.

واتفاق الدائن مع مدينه على تأجيل الدين، أو إضافة شرط له هو اتفاق على تعديل الالتزام.

واتفاق المؤجر والمستأجر على إنهاء الإجارة قبل أوانها اتفاق على إنهاء الالتزام.

* تحليل تعريف العقد عندهم:

يتبين لنا من هذا التعريف ما يأتي:

١ - أن العقد تصرف قانوني^(١).

٢ - أنه اتفاق إرادتين أو أكثر - خرج بذلك الإرادة المنفردة.

٣ - أن يكون بين طرفي العقد اتفاق على إحداث أثر قانوني، فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر انتفى وجود العقد بالمعنى القانوني، ويتضح ذلك من الظروف كما لو دعا شخص آخر إلى وليمة في نطاق المجاملات الاجتماعية فقبل المدعو ولم يقصد الطرفان بذلك إنشاء التزام قانوني بينهما، فإذا تخلف المدعو أو عدل الداعي لم يترتب على ذلك مسؤولية في جانب من أحل منهما بوعد، ولكن قد يكون تقديم الطعام التزاماً قانونياً إذا قصد المتعاقدان ذلك كما لو اتفقت شركة مع مستخدم عندها على تقديم الغذاء له

(١) التصرف القانوني: هو إرادة محضة تنجبه إلى إحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون، وهو يشمل العقد - كالببيع - ويشمل الإرادة المنفردة - كالوصية - ويقابله الواقعة القانونية.

والواقعة القانونية: هي عمل مادي يقع باختيار الإنسان - كالعامل غير المشروع والحيازة - أو بغير اختيار - كالميلاد والموت - يرتب القانون عليه أثراً قانونياً معيناً.

أثناء عمله، أو تعهد صاحب فندق على تقديم الطعام للنزيل، فهذا التعهد ذو أثر قانوني وهو ملزم للمتعهد.

٤ - أن يكون هذا الاتفاق - الذي يراد به إحداث أثر قانوني - في نطاق القانون الخاص^(١)، أي: باعتبار أن القانون الخاص رابطة قانونية بين الأفراد. أما لو كان هذا الاتفاق في نطاق القانون العام بفروعه: الدولي - كالمعاهدة إذ هي اتفاق بين دولة وأخرى - أو الدستوري - كالنيابة، إذ هي اتفاق بين النائب وناخبيه - أو الإداري كتولي الوظائف العامة، إذ هي اتفاق بين الحكومة والموظف، فمثل هذه الاتفاقات لا تعتبر عقوداً؛ لأنها تقع في نطاق القانون العام ولا تقع في نطاق القانون الخاص.

٥ - أن يكون هذا الاتفاق معداً لإنشاء علاقة ذات طابع مالي أو اقتصادي؛ وذلك لأنه قد اشترط في الالتزام أن يكون محله ذا قيمة مالية أو اقتصادية، والعقد الذي نتحدث عنه هو أحد مصادره فلا بد من مراعاة هذا القيد، فلو كان الاتفاق معداً لإنشاء علاقة غير مالية أو اقتصادية يجب ألا يسمى عقداً، وضربوا لذلك مثلاً بالتبني في الشرائع غير الإسلامية التي تجيزه إذ هو اتفاق بين الوالد المتبني والولد المتبني ليس له طابع مالي.

المقابلة

بين تعريف العقد في الفقه الإسلامي وتعريفه في النظم الوضعية

وبمقارنة كل من التعريفين وما تبع ذلك من تحليل لهما يتضح لنا ما يأتي:

أولاً: يتفق التعريفان فيما يلي:

(أ) كلاهما جعل العقد تصرفاً إرادياً.

(ب) وإنه لا بد فيه من اتفاق إرادتين فالإرادة الواحدة لا تكون عقداً.

(ج) وإن الإرادتين يجب أن تتفقا على إحداث أثر قانوني، أي: أن

يكون هناك قصد إلى إحداث هذا الأثر.

(١) «الوسيط» - مصادر الالتزام - (ص ١٣٩) فقرة (٣٩) (ط دار النشر للجامعات المصرية سنة

١٩٥٢) حيث جاء به: «وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقداً. بل يجب أن

يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص، وفي دائرة المعاملات المالية...».

ثانياً: يفترق العقد في الفقه الإسلامي عن العقد في النظام الوضعي

فيما يلي:

(أ) إن العقد في الفقه الإسلامي حسب الإطلاق الخاص يشمل جميع أنواع العقود، سواء أكانت معدة لإنشاء علاقة ذات طابع مالي أو اقتصادي - كعقود المعاملات - كالبيع والإجارة والشركات - أم كانت منظمة لروابط الأسرة - كعقد النكاح والخلع - أم كانت صلحاً عن جناية - مما يدخل في نطاق القانون العام في النظام الوضعي.

أما العقد في النظام الوضعي فمحوره إنشاء علاقة ذات طابع مالي أو اقتصادي كما سبق أن بينا.

إذن فالعقد في الفقه الإسلامي - حسب الإطلاق الخاص - أعم من العقد في النظام الوضعي لأنه يشمل معاوضة المال بالمال - كالبيع - والمال بالمنفعة كالإجارة، وفي هذين يتضح أن المراد إنشاء علاقة ذات طابع مالي أو اقتصادي والمال بما ليس بمال ولا منفعة كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد أو الجراحات التي فيها القصاص - وفي هذه لا توجد علاقة لها طابع مالي أو اقتصادي بل إنها تخرج عن دائرة الالتزام في النظام الوضعي الذي يعتبر العقد أحد مصادره وبعضها يخرج عن نطاق القانون الخاص كالصلح عن الجنايات الذي يعتبر في النظام الوضعي داخلاً في نطاق القانون العام.

(ب) أن الارتباط بين الإيجاب والقبول في العقد في الفقه الإسلامي لا بد أن يحكم الشرع به حتى ينتج آثاره، فكل ارتباط بينهما لم يحكم الشرع به، ولم يجزه، لا يُكُونُ في الفقه الإسلامي عقداً، ولا ينتج التزاماً، كالاتفاق في عقد الصرف على أخذ زيادة ربوية، سواء في ربا النساء أو ربا الفضل، أو الاتفاق على التعامل (بيعاً أو غيره) فيما حرمه الله تعالى. فكل ذلك لا يحكم الشرع فيه بالارتباط بين الإيجاب والقبول، وكأنهما لم يكونا، ولم يصدرا من المتعاقدين. . . . ، وذلك بخلاف ما يردده شراح القانون الوضعي من أن «العقد شريعة المتعاقدين».

ومن هذا يتبين لنا أيضاً أن الفقه الإسلامي له طابعه الخاص ومنهجه المستقل في البحث ويتجلى ذلك بوضوح كلما تعمقنا وقطعنا شوطاً أكثر في البحث في ربوع هذا الفقه.

المبحث الثاني

الشرط في العقد في الفقه الإسلامي حقيقته، وأقسامه، وخصائصه

قد وضعنا في الباب الأول أن النظام الوضعي قد جعل للشرط قسمين:
الشرط الواقف: وهو الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام.
الشرط الفاسخ: وهو الذي يتوقف على تحققه زوال الالتزام.
ويقابل هذا التقسيم في الفقه الإسلامي:
* شرط التعليق، ويطلق عليه التعليق.
* والشرط المقترن بالعقد ويطلق عليه الشرط.
ونوضح فيما يلي حقيقة الشرط لغة واصطلاحاً ثم نبين خصائص كل من
التعليق والشرط^(١) والفرق بينهما.

الشرط لغة:

جاء في: «القاموس المحيط» (ص ٦٥١ - ٦٥٢) ما يأتي:
«الشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، كالشرطية (ج) شروط
وفي المثل: الشرط أملك عليك أم لك...».
كما جاء في «لسان العرب» (٩/ص ٢٠٢ - ٢٠٣) (ط - أ) ما يأتي:
«الشرط معروف. وكذلك الشرطية، والجمع شروط وشرائط...»
والشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع
شروط...».

(١) سأسير حسب ما سار عليه الفقه الإسلامي من إطلاق لفظ «التعليق» على الشرط الذي
علق عليه العقد، و«الشرط» على الشرط الذي اقترن بالعقد.

وقد شرط له وعليه كذا يشرط شرطاً، واشترط عليه، والشريطة: كالشرط وقد شارطه وشرط له في ضيعته بشرط وشرط للأجير يشرط شرطاً.

والشَّرْطُ بالتحريك العلامة والجمع أشراط وأشراط الساعة إعلامها...».

الشرط في اللغة له معان^(١) والذي يعيننا هو:

الشرط: بمعنى إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه. ومثله الشريطة - ويجمع الشرط على شروط والشريطة على شرائط. ويقال شرط يشرط - بكسر الراء وضمها - إذا شرط على صاحبه أمراً. ويقال شارطه، إذا شرط كل واحد منهما على الآخر أمراً. فإذا باع رجل ضيعة وشرط على المشتري شرطاً، فقد ألزمه أمراً. أو شرط المشتري على البائع شرطاً فقد ألزمه أمراً، وكل منهما قد التزم للآخر بما شرط له في العقد.

والمثل: «الشرط أملك عليك أم لك» معناه أن الشرط يملك الإنسان كان له أم عليه، أي: يوضح ويقرر الحق ويبعد عن الإبهام، وقول عمر رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط» يقرر هذا المعنى.

كما أن قول العامة: «الشرط نور» يتجاوب مع ما يهدف إليه هذا المثل العربي.

فالكل يقرر أن الشرط في العقد يوضح معالم الحق ويبرزه ويبعد عنه الخفاء.

الشروط في اصطلاح الفقهاء

نوضح فيما يلي المعاني التي يطلق عليها الشرط في اصطلاح الفقهاء، ونخص منها شرط التعليق وشرط الاقتران:

(١) «القاموس المحيط» (٦٥١).

أولاً - شرط التعليق:

يطلق الشرط في اصطلاح الفقهاء^(١) على «الأمر الخارج عن الشيء، الموقوف عليه ذلك الشيء، الغير المؤثر في وجوده»، كالوضوء بالنسبة إلى الصلاة، فالوضوء أمر خارج عن الصلاة، أوجبه الله على العبد قبل الدخول في الصلاة ليهيئ نفسه للقاء ربه والمثول بين يديه. ولا يقتضي وجود الوضوء وجود الصلاة، فقد يوجد الوضوء ولا توجد الصلاة، ولكنها متوقفة عليه، فإذا لم يوجد الوضوء لم توجد الصلاة.

* أنواعه: هذا النوع من الشرط باعتبار الشارط يشمل نوعين:

الشرط الشرعي، والشرط الجعلي - أو شرط التعليق.

١ - الشرط الشرعي: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء في الواقع أو بحكم الشارع حتى لا يصح الحكم بدونه - كما في المثال المتقدم الوضوء.

وكالشهود للنكاح، فقد أراد الله تعالى أن يحوط عقد النكاح بضمانات تكفل استقراره وتضمن عدم إنكاره؛ نظراً لما لهذا العقد من أهداف كبيرة تتمثل في الحفاظ على الأنساب وكرامة الأسرة، فجعل الشارع الحكيم الشهادة شرطاً لصحة عقد النكاح، قال ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»^(٢)، فإذا لم يوجد الشهود لا يصح عقد النكاح، وهذا الارتباط بين الشهود وعقد النكاح ارتباط أوجب الشارع وأراده لمصلحة الجماعة فهو ارتباط شرعي، ومثل هذا الشرط يسمى شرطاً شرعياً.

ويجري هذا في كل ما أوجبه الشارع من شروط لصحة صلاة أو حج، أو إقامة حد، أو صحة تصرفات كبيع أو هبة أو وصية أو نكاح...

(١) «كشاف اصطلاحات الفنون» للتهانوني المجلد الثاني (ص ٧٥٢).

وراجع: «كشاف القناع» لابن إدريس الحنبلي (٣٦/٢)، و«الفروق» للقرافي (٦١/١)، و«التلويح على التوضيح لصدر الشريعة» (٣٦/٢) و(ص ١٤٥).

(٢) حديث: «لا نكاح إلا بولي...» أخرجه الطبراني في معجمه الكبير، عن أبي موسى الأشعري، بلفظ: «وشاهدين» وإسناده حسن، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن عمران بن حصين، وعن عائشة بلفظ: «وشاهدي عدل» وإسناده صحيح، المناوي في تيسيره (٥٠٢/٢).

وهذا النوع من الشرط ليس مجال بحثنا .

٢ - شرط التعليق: ويطلق عليه الشرط اللغوي؛ نظراً لما احتوى عليه من الشرط والجزاء، كما يطلق عليه الشرط الجعلي؛ لأن المكلف هو الذي جعله شرطاً وعلق قيام العقد عليه، كما يسمى العقد المعلق على شرط عقداً معلقاً.

(١) حقيقته:

وهذا الشرط هو: «أمر يعتبره المكلف ويعلق عليه تصرفاً من تصرفاته». والتعليق إما أن يكون بكلمة الشرط «كإن وإذا، وإذا ما، وكل، وكلما، ومتى، ومتى ما...» أو بدلالة كلمة الشرط.

مثال الأول: أن يقول: إن سافرت إلى الخارج فقد وكلتك في بيع داري، فقد علق المكلف في هذا المثال بفعله وإرادته الوكالة على سفره إلى الخارج، وهو أمر اعتبره وعلق على حدوثه صدور العقد الذي أراده، مستعملاً في ذلك كلمة الشرط «إن»، فإذا حدث هذا الأمر الذي اعتبره، وهو سفره إلى الخارج، تمت الوكالة للشخص في بيع هذه الدار.

والسفر 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.

ومثال الثاني: أن يكون التعليق بدلالة كلمة الشرط، وذلك بأن يدل الكلام على التعليق دلالة كلمة الشرط عليه، كقوله المكافأة التي أنالها هذا العام صدقة على الفقراء، فقد علق الحكم هنا (وهو الصدقة) على نيل المكافأة هذا العام، وتَرْتَبُ الحكم على الوصف تعليقاً له بهذا الوصف كالشرط، كأنه قال: إن نلت مكافأة في هذا العام فهي صدقة على الفقراء.

وحيثُذِ بالتعليق يكون بأداة من أدوات الشرط أو ما يقوم مقامها مما يدل على ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى.

(ب) خصائص هذا الشرط (شرط التعليق):

يتميز هذا الشرط بالخصائص التالية:

١ - أنه أمر زائد على أصل التصرف: وقد أوضحنا في المثال المتقدم أن السفر إلى الخارج في ذاته أمر خارج عن عقد الوكالة وليس له تأثير بذاته في وجود هذا العقد أو عدمه وإنما هو محض واقعة اعتبرها المكلف وعلق عليها تصرفه بإرادته، فإن تحققت وجد العقد وإلا فلا، والوكالة يمكن أن توجد بدون هذا الشرط.

٢ - أنه أمر مستقبل: وذلك لأنه إذا علق تصرفه على أمر موجود وقت التعليق كان العقد منجزاً، كما لو قال لآخر: إن كان فلان مديناً لك بألف جنيه فأنا بها كفيل، ويقبل الآخر، ثم يظهر أن فلاناً هذا كان وقتئذٍ مديناً له بهذا المبلغ، فيكون عقد الكفالة منجزاً، فلا بد أن يكون هذا الأمر الذي علق عليه التصرف مستقبلاً.

* وقد جاء في الفروق للقرافي في (٧٧/١) في هذا الشأن ما يلي:

«القاعدة الرابعة: الشرط وجوابه لا يتعلقان إلا بمعدوم مستقبل فإذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، يحمل على دخول مستقبل، وطلاقه لم يقع قبل التعليق إجماعاً...».

٣ - أنه أمر معدوم على خطر الوجود: ففي المثال المتقدم السفر إلى الخارج معدوم وقت التعليق، ولكنه محتمل الوقوع في كل لحظة فهو على خطر الوجود، قد يوجد في أي وقت في المستقبل وقد لا يوجد.

ولا يصح أن يكون أمراً محقق الوجود، ومن هنا يتميز الشرط عن الأجل، فإن الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع في وقت معين. كما لا يصح أن يكون أمراً مستحيلاً؛ لأنه إذا كان الأمر الذي علق عليه العقد مستحيل الوجود فإن العقد يكون باطلاً أصلاً، ويكون الغرض من التعليق حينئذٍ إيدان المخاطب باستحالة إنشاء هذا العقد، كما لو قال له: إن طلعت الشمس من المغرب فقد وكلتك في بيع منزلي - فيدل ذلك على أنه لا يرغب في أن يوكله في بيع منزله إطلاقاً، وإنه يرى أن ذلك من قبيل المستحيل.

وقد جاء في كتاب «الفروق» للقرافي (٧٥/١).

«القاعدة الأولى: إن من شرط الشرط إمكان اجتماعه مع المشروط؛ لأن حكمة السبب في ذاته وحكمة الشرط في غيره، فإذا لم يمكن اجتماعه معه لا تحصل فيه حكمته...».

وقد جاء في كتاب «الأشباه والنظائر» لابن نجيم الحنفي (ص ٢٠١) ما يلي: «وشرط صحة التعليق: كون الشرط معدوماً على خطر الوجود، فالتعليق بكائن تنجيز وبالمستحيل باطل، ووجود رابط حيث كان الجزاء مؤخراً وإلا يتنجز، وعدم فاصل أجنبي بين الشرط والجزاء، وركنه: أداة شرط وفعل وجزاء صالح، فلو اقتصر على الأداة لا يتعلق، واختلفوا في تنجيزه لو قدم الجزاء، والفتوى على بطلانه كما بيناه في شرح الكنز».

ثانياً - الشرط المقترن بالعقد:

(أ) حقيقته:

«الشرط هو التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة^(١) أو بعبارة أخرى: أن يقترن التصرف بالتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف وغير موجود وقت التعاقد وذلك بكلمة بشرط كذا، أو على أن يكون كذا...» أو ما شابه ذلك، ونوضح هذا التعريف أثناء حديثنا عن خصائص هذا الشرط.

(ب) خصائص هذا الشرط:

يتميز هذا الشرط بالخصائص التالية:

١ - أنه أمر زائد عن أصل التصرف: فلو قال شخص لآخر: بعث منك هذه الدار بألف جنيه إلى أجل كذا بشرط أن تعطيني رهناً أو كفيلاً معيناً 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.

(١) «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٢/٢٢٤).

٢ - أنه أمر مستقبل: ففي المثال المتقدم قد اقترن عقد البيع بشرط يلزم أحد المتعاقدين بأمر يحدث في المستقبل، وهو تقديم الرهن أو الكفالة بعد تمام العقد، فالشرط هنا التزام أمر لم يوجد في الماضي أو في الحال - أو التزام أمر سيوجد في المستقبل - في أمر وجد بالفعل.

وسياتي إيضاح أن الشرط لا يكون إلا مستقبلاً، وذلك عند بيان حكم اشتراط صفة قائمة بالمبيع وقت العقد.

فقد جاء في هذا الشأن في شرح المنهاج للرملي (٦٥/٩):

«وإن شرط وصفاً يقصد، ككون العبد، كاتباً أو الدابة حاملاً أو لبوناً - أي: ذات لبن - صح العقد مع الشرط؛ لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد، وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف بها الأغراض، ولأنه التزم موجوداً عند العقد، ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل، فلا يدخل في النهي عن بيع وشرط، وإن سُمِّي شرطاً تجوزاً، فإن الشرط لا يكون إلا مستقبلاً...»^(١).

كما جاء في المنتزع المختار مثل هذا (٦٣/٣) حيث يقول: «لأن الشرط في التحقيق مستقبل...».

٣ - أنه أمر محتمل الوقوع: يصرح الفقهاء بأنه يلزم أن يكون الشرط مقدوراً على القيام به؛ أي: ممكن الوقوع في المستقبل؛ لأن الشرط إذا كان مستحيل الوقوع كان اشتراطه دليلاً على عدم الرغبة في إتمام التصرف.

وفي هذا الشأن يقول العاملي في مفتاح الكرامة (٧٣٠/٤):

«... الإجماع على صحة اشتراط ما يمكن تسليمه...» ثم يقول: «لا خلاف في أنه يجوز أن يشترط الإنسان على البائع شيئاً من أفعاله إذا كانت مقدورة له».

كما جاء في كتاب كفاية الأحكام^(٢) (غير مرقم الصفحات) مخطوط في فقه الإمامية:

(١) راجع أيضاً الغرر البهية ٤٣٤/٢.

(٢) للسيد محمد باقر بن محمد مؤمن الخراساني السيزواري، طبع العجم، سنة ١٣٩١هـ، بدار الكتب المصرية، رقم ٧٩، فقه النحل.

«يجوز اشتراط ما هو ساينغ مقدور معلوم».

فالشرط لا بد أن يكون مقدوراً على القيام به، أما إذا كان مستحيلًا فإنه لا يتم العقد الذي اقترن به، وهذا ما تمليه قواعد الشريعة السمحة، قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦].

وستتناول هذا القيد عند تعرضنا لحكم الشرط المستحيل، أو كما يسميه الإمامية الشرط غير المقدور.

ثالثاً: مقارنة بين شرط التعليق والشرط المقترن بالعقد:

(أ) التعليق والشرط يتفقان فيما يلي:

١ - أن كلاً منهما قد شرطه المتصرف بإرادته وباختياره، ويخرج بذلك الشرط الشرعي الذي يقضي به الشارع.

٢ - أن كلاً منهما أمر زائد على أصل التصرف، ولا يتوقف وجود العقد في ذاته على وجود أي منهما، كما أن كلاً منهما لا يؤثر في وجود العقد بذاته، فقد يوجد العقد بدونهما، فالشرط أمر زائد على أصل التصرف، أو بعبارة شراح النظام الوضعي^(١) الشرط أمر عارض يطرأ على الحق بعد تكامل عناصره الجوهرية، وليس من الضروري وجود الشرط لقيام هذا الحق فقد يوجد الشرط وقد لا يوجد، فإذا لم يوجد كان الحق موجوداً، ولكنه يكون بسيطاً منجزاً، وإذا وجد الشرط كان الحق موجوداً أيضاً، ولكنه يكون موصوفاً بالشرط.

ويتبين لنا من ذلك أن النظام الوضعي يسير في التكييف مع ما يقرره الفقه الإسلامي من أن الشرط أمر زائد على أصل التصرف.

(ب) أن كلاً منهما لا يكون إلا أمراً مستقبلاً:

وقد سبق أن أوضحنا ذلك أيضاً وقلنا إنه لو علق العقد على أمر ماضٍ أو حادث فعلاً كان العقد منجزاً وليس معلقاً على شرط، وأيضاً لو اقترن العقد بشرط حادث وواقع بالفعل لما كان هذا شرطاً، ولكنه يكون تقريراً

(١) ص ١٦ من البحث.

وإخباراً عن حقيقة قائمة بالفعل يمكن معرفتها والتأكد من وجودها وقت التعاقد، ولا يسمى مثل ذلك أيضاً شرطاً إلا من قبيل التجوز - كما سبق أن صرح الرملي في شرح المنهاج وصاحب المنتزع المختار - لأن الشرط لا يكون إلا لأمر مستقبل وبذلك يتضح المعنى المقصود من الشرط والذي أشار إليه الحموي في حاشية الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي (٢/٢٢٤) من قوله: «التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد بأن أو بإحدى أخواتها.

والشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة».

فكلاهما أمر لم يوجد وقت التعاقد لا في الماضي ولا في الحال، ولكنه ممكن الوجود في المستقبل.

كما صرح بذلك الإمام جلال الدين السيوطي في الأشباه والنظائر (ص ٣٧٦) حيث يقول: «قال البلقيني: الفرق بين الشرط والتعليق: أن التعليق ما دخل على أصل الفعل فيه بأداته كإن وإذا، والشرط ما جزم فيه بالأول وشرط فيه أمر آخر». قاعدة: الشرط إنما يتعلق بالأمور المستقبلية. أما الماضية، فلا مدخل له فيها، ولهذا يصح تعليق الإقرار بالشرط؛ لأنه خبر عن ماض، ونص عليه.

ولو قال: يا زانية إن شاء الله، فهو قاذف؛ لأنه خبر عن ماض فلا يصح تعليقه بالمشيئة، ولو فعل شيئاً، ثم قال: والله ما فعلته إن شاء الله، حنث كما قال الزركشي في قواعد، وخطأ البارزي في فتواه بعدم الحنث».

ومن كل هذا يتبين لنا بوضوح أن الشرط بنوعيه لا يكون إلا مستقبلاً، ولا يكون أمراً ماضياً أو حاضراً.

كما يتبين لنا أيضاً أن شراح القانون الوضعي لم يخرجوا عما قرره الفقه الإسلامي من أن الشرط لا يكون إلا مستقبلاً.

(ج) أن كلاً منهما أمر معدوم على خطر الوجود:

يلزم لصحة الشرط بنوعيه أن يكون أمراً معدوماً وقت التعاقد وهذا معروف من لزوم كون الشرط أمراً مستقبلاً، فإن معنى اشتراطهم أن يكون أمراً مستقبلاً أن يكون معدوماً وغير موجود وقت التعاقد - كما سبق أن تبينا ذلك من النصوص الفقهية.

ولكنه يجب أن يكون محتمل الوجود في المستقبل، لا محقق الوجود ولا مستحيله؛ لأنه لو كان محقق الوجود كان أجلاً؛ لأن الأجل يقال أيضاً لأمر مستقبل لكنه يجب أن يكون محقق الوقوع وأن يحدد زمان تحققه، ومن هنا يفترق الشرط عن الأجل.

كما أنه لو كان الشرط أمراً مستحيل الوقوع فإنه يدل على أن الغرض منه إعلام المخاطب باستحالة إنشاء هذا العقد كما سبق أن أوضحنا.

ومن هذا يتبين لنا أيضاً أن شراح القانون الوضعي يسيرون حسب ما يقرره الفقه الإسلامي من أن الشرط يجب أن يكون أمراً معدوماً على خطر الوجود، وأنه لا يكون أمراً مستحيلاً.

(د) أن المشروط يجب أن يكون أمراً مشروعاً:

وهذا أمر لا شك فيه فإن الشريعة الإسلامية التي تقضي بالوفاء بالشرط لا تسمح بصحة شرط يخالف ما شرعه الله، وكيف تصون الشريعة شرطاً لا يصون تعاليمها ولا يحافظ على ما جاءت به من أحكام؟.

قال عليه الصلاة والسلام: «المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(١) فكل شرط يقضى بتحليل ما حرمه الشارع أو بتحريم ما حله الشارع لا يصح ويكون باطلاً، والعبرة في الحل والحرم بما يكون كذلك في أصل الشرع دون النظر إلى العقد على ما سيأتي إيضاحه^(٢).

والقانون الوضعي يأخذ بما قرره الفقه الإسلامي فقد سبق أن بينا أن القانون الوضعي^(٣) يجعل من بين الشروط الواجب توافرها في الواقعة لكي تكون شرطاً صحيحاً ألا يكون الشيء المشروط مستحيلاً استحالة قانونية، والاستحالة القانونية إنما تكون حيث يشترط المتصرف شرطاً يكون ممكن الحدوث في ذاته، غير أن حدوثه يصادم نصاً أو مبدأ قانونياً، فاشتراط مثل هذا الشرط يجعل الالتزام غير قائم؛ لأنه يهدف إلى إيجاد مركز قانوني يجعل من المستحيل تطبيق النصوص القانونية الخاصة أو المبادئ القانونية العامة.

(١) حديث: «المؤمنون على شروطهم...» سبق تخريجه ص ٤.

(٢) في المبحث الخاص بالشرط المستحيل من هذا المؤلف (٦٦٨).

(٣) يراجع (ص ٢٠).

* ما يفترق فيه التعليق عن الشرط:

يفترق التعليق عن الشرط بفروق:

الفرق الأول:

إن التعليق لا عمل له في آثار العقد وأحكامه، فعند تحقق الشرط الذي علق عليه العقد يصبح العقد كأنه 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 نافذاً منتجاً لآثاره وأحكامه.

أما الشرط المقيّد للعقد، فإن عمله يكون في آثار التصرف وأحكامه، فإذا صدر العقد مقيداً بشرط، فإن عمل هذا الشرط يكون في المرحلة التي تلي تمام العقد، هذه المرحلة التي تبدأ بتحقيق أحكام العقد وآثاره، ويكون عمل الشرط حينئذٍ إما تقييد هذه الأحكام والآثار بعد أن كان المالك مطلق التصرف في ملكه، كما لو شرط البائع على المشتري سكنى الدار المبيعة شهراً أو ركوب الدابة إلى مكان معلوم.

وإما توكيد وتوثيق ما يقتضيه العقد من الوفاء بالمعقود عليه، كما لو شرط البائع بضمن مؤجل رهناً أو كفيلاً بالضمن... إلى غير ذلك من أنواع الشروط مما سيأتي بيانه تفصيلاً.

الفرق الثاني:

أن 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 وترتبت عليه أحكامه وآثاره من وقت الشرط فقط، أما قبل تحقق الشرط فلا يوجد العقد.

أما العقد المقترن بشرط، فإنه يتم ويوجد وتترتب عليه أحكامه وآثاره منذ صدور صيغته مستوفية لشروطها المعتبرة شرعاً، ولا أثر للشرط الصحيح في انعقاد العقد، وإنما أثره يكون في أحكام العقد وآثاره حسبما أشرنا آنفاً - وقد أوضح الحموي في حاشية الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢/٢٢٤) ذلك

حيث يقول فرق الزركشي في قواعده بين التعليق والشرط بفرق غير هذا فقال: الفرق بين التعليق والشرط أن التعليق داخل على أصل الفعل بأداته - كإن وإذا - والشرط ما جزم فيه بالأصل، أي: أصل الفعل وشرط فيه أمر آخر، وإن شئت فقل في الفرق: إن التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد بان أو إحدى أخواتها، والشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة».

أما الشافعية فيرون أن العقد المعلق على شرط ينعقد سبباً للحكم في الحال ولكن التعليق يؤخر وجود الحكم إلى زمان وجود الشرط.

فلو قال شخص لآخر - على الرأي المرجوح عند الشافعية - إن سافرت إلى الخارج فأنت وكيلني في بيع داري، انعقد العقد ووجد، والتعليق آخر الحكم (وهو الوكالة في بيع داره) إلى زمان تحقق الشرط، وهو وقت سفره إلى الخارج كما هو رأي الشافعية.

أما الحنفية فيرون أنه لا ينعقد العقد في الحال. وإنما يتم ذلك عند تحقق السفر إلى الخارج، وسيأتي أن أوضح هذا تفصيلاً وأبين أثر الخلاف^(١).

(١) مبحث آثار تعليق العقود على الشرط في الفصل الثالث من الباب الثاني (ص ١٧٤ - ١٨٤).

الباب الثاني

تعليق العقود على الشروط في الفقه الإسلامي

ويشتمل هذا الباب على ثلاثة فصول:

الفصل الأول: حكم تعليق العقود على الشروط في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: مقارنة آراء المذاهب في حكم تعليق العقود على الشروط.

الفصل الثالث: آثار تعليق العقود على الشروط.

الفصل الأول

حكم تعليق العقود على الشروط في الفقه الإسلامي

ويشتمل هذا الفصل على سبعة مباحث:

- المبحث الأول: في حكم تعليق العقود على الشروط عند الحنفية.
- المبحث الثاني: في حكم تعليق العقود على الشروط عند المالكية.
- المبحث الثالث: في حكم تعليق العقود على الشروط عند الشافعية.
- المبحث الرابع: في حكم تعليق العقود على الشروط عند الحنابلة.
- المبحث الخامس: في حكم تعليق العقود على الشرط عند الزيدية.
- المبحث السادس: في حكم تعليق العقود على الشروط عند الإمامية.
- المبحث السابع: في حكم تعليق العقود على الشروط عند الإباضية^(١).

(١) ونحيل إلى تاريخ التشريع الإسلامي للمؤلف للتعريف بالمذاهب الفقهية، وبأئمتها، والمصادر التي اعتمد عليها كل مذهب...

المبحث الأول

تعليق العقود على الشروط في المذهب الحنفي

العقود من حيث قبولها للتعليق وعدم قبولها عند الحنفية يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: عقود لا تقبل التعليق مطلقاً.

النوع الثاني: عقود تقبل التعليق على الشرط مطلقاً.

النوع الثالث: عقود تقبل التعليق على الشرط الملائم دون غيره.

ونوضح فيما يلي هذه الأنواع الثلاثة:

النوع الأول

عقود لا تقبل التعليق على الشرط

ويشمل هذا النوع - عقود التمليكات، وهي إما عقود معاوضات، أو عقود تبرعات.

(أ) عقود المعاوضات:

وهي إما معاوضة مال بمال أو بمنفعة، أو مال بما ليس بمال ولا منفعة.

حكم تعليق ما كان مباللة مال بمال:

من هذه العقود البيع.

لا يجوز تعليق هذا العقد على الشرط عند الحنفية، سواء كان الشرط نافعاً أو ضاراً وكيفما كان كقوله: بعتك إن كان زيد حاضراً، ويستثنى من ذلك أن يقول: «بعت منك هذا إن رضي فلان فإنه يجوز أن وقته بثلاثة أيام؛

لأنه اشترط الخيار لأجنبي وهو جائز^(١).

وكذا لو «اشترى داراً على أنه إن رضي الجيران أخذها، قال الصفار: لا يجوز وقال أبو الليث: إن سمى الجيران وقال إلى ثلاثة أيام جاز. اهـ.»^(٢) على أنه شرط خيار إذا وقته.

ومنها الصلح عن مال بمال: فإنه لا يصح تعليقه:

كما لو قال: «صالحتك إن قدم زيد^(٣)؛ لأنه معاوضة مال بمال فيكون بيعاً - عيني - وفي صلح الزيلعي: إنما يكون بيعاً إذا كان البدل خلاف جنس المدعى به، فلو على جنسه فإن بأقل منه فهو حط وإبراء، وإن بمثله فقبض واستيفاء وإن بأكثر فهو فضل وربا».

ومنها القسمة:

كما لو اقتسموا داراً وشرطوا رضا فلان، (فلا يصح)؛ لأن القسمة فيها معنى المبادلة فهي كالبيع - عيني - ومر جواز تعلق البيع برضا فلان على أنه شرط خيار إذا أفته، ولكن في الولوافية: خيار الشرط والرؤية يثبت في قسمة لا يجبر الأبى عليها، وهي قسمة الأجناس المختلفة لا فيما يجبر عليها، كالمثلي من جنس واحد - بحر - ملخصاً.

وحاصله أن تعليق القسمة على رضا فلان غير مؤقت لا يصح مطلقاً، ومؤقتاً يصح في الجنس الواحد على خيار شرط لأجنبي، كما يصح في البيع، فكلام العيني محمول على غير المؤقت، أو على الأجناس المختلفة^(٤).

مبادلة مال بمنفعة:

وأيضاً كل ما كان مبادلة مال بمنفعة لا يصح تعليقه على شرط مستقبل:

*** ومنه الإجارة:**

(١) الأمثلة من «رد المحتار على الدر المختار» وحاشية ابن عابدين عليه (٣٤٦/٤)، و«جامع الفصولين» (٢/٢، ٤).

(٢) «رد المحتار على الدر المختار» (٩٦/٤).

(٣) «رد المحتار على الدر المختار» (٣٤٨/٤).

(٤) «رد المحتار على الدر المختار» (٢٤٦/٤ - ٢٤٧).

فإنه لا يصح تعليقها على الشرط؛ لأنها تمليك المنفعة والأجرة، وتعليق التمليكات لا يصح، فلو قال أجرتك داري إن قدم زيد^(١) تفسد الإجارة.
* ومثلها المزارعة والمساقاة^(٢): لا يجوز تعليقهما؛ لأنهما إجارة، فلو قال زارعتك أرضي أو ساقيتك كرمي إن قدم زيد، تفسد المزارعة والمساقاة.

عقود هي مبالغة مال بما ليس بمال ولا منفعة:

* وذلك كما في عقد النكاح، والخلع من جانب الزوجة، فإنه لا يصح تعليقها بالشروط مطلقاً؛ لأنهما من عقود التمليكات.

* والإجازة - وهي إجازة عقد من العقود التي لا يصح تعليقها على شرط - لا يصح تعليقها على الشرط أيضاً:

فقول البكر: أجزت النكاح إن رضيت أمني. مبطل للإجازة، وكذا كل ما لا يصح تعليقه بالشرط إذا انعقد موقوفاً لا يصح تعليق إجازته بالشرط^(٣).

(ب) عقود التبرعات:

عقود التبرعات، وهي إما أن تترتب آثارها عليها في حياة المتبرع كالوقف والهبة، أو بعد وفاته كالوصية، وتتناول هنا النوع الأول نظراً لصحة تعليق النوع الثاني، لأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت.

الوقف: لا يصح تعليقه بالشرط^(٤) في رواية.

فلو قال: إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين، فجاء ولده لا تصير وقفاً؛ لأن شرطه أن يكون منجزاً... ولأنه تعليق، والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر.

والهبة:

جاء في «بدائع الصنائع» (١١٨/٦) عند الكلام على شرائطها، ويشترط في الركن «ألا يكون معلقاً بما له خطر الوجود والعدم، من دخول زيد وقدم

(١) نفس المرجع السابق (٢٤٧/٤).

(٢) نفس المرجع السابق (٣٥١/٤ - ٣٥٢)، و«جامع الفصولين» السابق (٤/٢).

(٣) نفس المرجع السابق (٢٤٧/٤).

(٤) نفس المرجع السابق (٣٥٠/٤).

خالد، ورقبي ونحو ذلك... لأن الهبة تمليك العين للحال، وإنه لا يحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلى الوقت كالبيع».

النوع الثاني

عقود يصح تعليقها بالشرط مطلقاً

ويشمل هذا النوع: الوصية، والإيضاء والوكالة.

من عقود التبرع: الوصية:

جاء في «رد المحتار على الدر المختار» (٣٥٤/٤): «والوصية: كأوصيت بثلث مالي إن أجاز فلان - عيني... وفي البزازية وتعليقها بالشرط جائز؛ لأنها في الحقيقة إثبات الخلافة عند الموت، ومعنى صحة التعليق أن الشرط إن وجد كان للموصى له المال، وإلا فلا شيء له - بحر...».

ومن هذا النص يتبين لنا أنه يصح تعليق الوصية بالشرط الملائم وغيره، وذلك لأن هذا العقد لا يتم إلا بوفاة الموصي، ثم قبول الموصى له بعد ذلك للوصية^(١) وهو عقد تبرع محض لا يقابله عوض مالي أو دنيوي، لذلك جاز للموصي الرجوع عنه في أي وقت شاء، وإذا جاز له ذلك أمكن أن نتصور جواز تعليق هذا العقد على شرط ملائم أو غير ملائم؛ لأنه متبرع، فإن تحقق هذا الشرط كان للموصى له ما أوصى به من مال أو غيره، وإن لم يتحقق لم يكن له ذلك.

من الولايات: عقد الوكالة:

جاء في «بدائع الصنائع» (٢٠/٦): «ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقاً، وقد يكون معلقاً بالشرط نحو أن يقول: إن قدم زيد فأنت وكيلي في بيع هذا العبد... لأن التوكيل إطلاق تصرف، والإطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت كالطلاق والعتاق وإذن العبد في التجارة».

(١) «الاختيار شرح المختار» (١٩٧/٣).

وقد أيد صاحب فتح القدير (١٢٠/٥) إن الوكالة من قبيل الولايات وليست من قبيل التمليكات، متفقاً في هذا مع الكاساني.

* ومثلها الإيضاء:

فقد نص في رد المحتار على الدر المختار (٣٦١/٤) على جواز تعليق الإيضاء والوكالة على الشرط، ولما كانت الوكالة والإيضاء من العقود غير اللازمة أيضاً التي يصح الرجوع عنها في أي وقت أمكن أيضاً أن نتصور جواز تعليقها على الشرط مطلقاً ملائماً أو غير ملائم، وخاصة إذا لاحظنا أن النفع في هذا العقد يرجع إلى الموكل أو الموصي، فهو صاحب المصلحة، والوكيل أو الموصى له متبرع يبذل جهداً في سبيل تحقيق هذه المصلحة، فلا ضير إذن من تعليق هذا العقد على الشرط مطلقاً ملائماً أو غير ملائم أيضاً، فإن تحقق الشرط تمت الوكالة، أو الإيضاء، إن كان في الحياة وإلا فبعد وفاة الموصى وإن لم يتحقق لم يتم.

وهذان العقدان وإن كانا من عقود الولايات، إلا أن الولاية هنا خاصة وليست كالولاية العامة كتولية القضاء والإمارة، فإن الولاية الخاصة أثرها لا يتعدى المتعاقدين، أما الولاية العامة فإن أثرها يعود على المجتمع، ويبدو أن هذا هو سبب جواز تعليق الأخيرة على شرط ملائم فقط كما سيأتي إيضاحه.

النوع الثالث

تصرفات يصح تعليقها على شرط ملائم فقط

ويندرج تحت هذا النوع:

(١) الالتزامات:

* ومنها: الكفالة^(١) ومثلها الحوالة:

فإنه يصح تعليقها بشرط ملائم، والشرط الملائم هو ما يؤكد موجب العقد. كأن كان سبباً لظهور الحق أو لوجوبه، أو وسيلة إليه:

(١) «رد المحتار على الدر المختار» (٣٦٢/٤): «الكفالة من باب الالتزام» ويراجع: «الفتاوى الهندية» (١٨٩/٣).

جاء في «بدائع الصنائع» (٣/٦، ٤): «فأما إذا كانت (الكفالة) معلقة بشرط، فإن كان المذكور شرطاً سبباً لظهور الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الأداء في الجملة جاز: بأن قال: إن استحق المبيع فأنا كفيل؛ لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق، وكذا إذا قال: إذا قدم زيد فأنا كفيل؛ لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولاً عنه أو يكون مضاربه.

فإن لم يكن سبباً لظهور الحق ولا لوجوبه، ولا وسيلة إلى الأداء في الجملة لا يجوز بأن قال إذا جاء المطر، أو هبت الريح، أو أن دخل زيد الدار فأنا كفيل؛ لأن الكفالة فيها معنى التملك لما ذكرنا، والأصل ألا يجوز تعليقها بالشرط إلا شرطاً ألحق به تعلق بالظهور أو التوصل إليه في الجملة، فيكون ملائماً للعقد فيجوز؛ ولأن الكفالة جوازها بالعرف، والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره.

ولو قال: إن قتلك فلان، أو إن شجك فلان، أو إن غصبك فلان، أو إن بايعت فلاناً فأنا ضامن لذلك جاز؛ لأن هذه الأفعال سبب لوجود الضمان».

ومن هذا النص يتبين لنا جواز تعليق الكفالة على شرط ملائم، كما أنه يستفاد منه أن العرف هو الطريق إلى معرفة كون الشرط ملائماً للكفالة أو غير ملائم، وحينئذ يمكن أن نقول بصحة تعليق الكفالة على الشرط المتعارف، فإن كل ما تعارفه الناس من شروط يعلقون عليها الكفالة يكون ملائماً لها، وهذه الشروط المذكورة ملائمة للكفالة وقد تعارفها الناس فصح تعليق الكفالة عليها، كما جاء في «الهداية فتح القدير» (٥/٤٠٤ - ٤٠٦) ما يأتي:

«ويجوز تعليق الكفالة بالشروط... والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جَحْدٌ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]^(١) والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك، ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها...».

* ومنها التحريضات:

كما لو قال: «من قتل قتيلاً فله سلبه» وهذا الشرط الذي علق عليه

(١) سيأتي وجه الاستدلال بهذه الآية عند مناقشة الأدلة.

الحكم ملائم له، فإن قتل العدو في الحرب يكون شرطاً ملائماً يصح تعليق استحقاق سلب القتل عليه وفيه تحريض للمحاربين على الانتصار على أعدائهم.

(ب) الإطلاقات: كالإذن بالتجارة^(١):

فإذا علق الإذن بالتجارة بشرط ملائم جاز، كما لو قال للصبي: إن بلغ سنك خمسة عشر عاماً فقد أذنت لك في التجارة، أما لو علقه بشرط غير ملائم كما لو قال له إن هبت الريح أو نزل المطر... فإنه لا يصح التعليق.

وجاء في «جامع الفصولين» (٢/٢): «والقاضي لو قال لرجل: قد حجرت عليك إذا سفهت لم يكن حكماً بحجره، ولو قال لسفيه قد أذنت لك إذا صلحت جاز».

ففي الصورة الأولى: أراد القاضي أن يقيد حرية الرجل في التصرف عند تحقق سفهه فلم يصح؛ لأن التقييدات لا يصح تعليقها بالشرط مطلقاً.

وفي الصورة الثانية: علق القاضي إطلاق ولايته في التصرف على صلاح تصرفه، وهو تعليق على شرط ملائم، فكان صحيحاً، أما لو علقه على شرط غير ملائم، كما لو قال: إن قدم زيد، أو هبت الريح فقد أذنت لك، فإنه لا يصح.

(ج) الولايات: كالقضاء والإمارة:

كما لو قال: «إن وصلت إلى بلدة كذا فقد وليتك قضاءها أو أمارتها (فإنه يصح)... بخلاف (ما لو قال) إن هبت الريح»^(٢).

فإن الوصول إلى البلدة التي سيتولى القضاء فيها أو الإمارة شرط ملائم لها يصح تعليقها عليه؛ لأنه إنما يباشر عمله في هذا المكان بخلاف تعليقه على هبوب الريح أو نزول المطر.

(١) «الدر المختار» (٤/٣٤٥).

(٢) «الدر المختار» (٤/٣٤٥).

تعليق على آراء الحنفية في تعليق

العقود على الشرط

قد أوضحنا آنفاً آراء المذهب الحنفي في حكم تعليق العقود على الشرط، وقد تبين لنا أثناء دراسة هذا الموضوع أن هناك رأياً يقضي بصحة تعليق العقود على الشرط الملائم لمقتضى العقد أو الشرط الذي يقتضيه العقد أو الشرط المتعارف كما هو الحال في الشرط المقيّد للعقد، ولذلك رأيت أن أسير مع هذه الفكرة في المواضع التي برزت فيها في العقود والتصرفات المختلفة.

أولاً: عقود التمليكات ويختلف حكمها باختلاف الغرض منها؛ لأنها إما أن تكون عقود معاوضة أو عقود تبرع.

(١) عقود معاوضة:

فإن كانت عقود معاوضة مال بمال كالبيع أو مال بمنفعة كالإجارة، أو مال بما ليس بمال ولا منفعة كالنكاح فلا يصح تعليقها بالشرط مطلقاً؛ لأنها تمليكات تثبت آثارها في الحال، وتعليقها على الشرط يتنافى مع ما يقتضيه العقد فلا يصح لما فيه من معنى القمار، وهو كما فسره ابن عابدين في الدر المختار (٤/٤٦٢): وهو المراهنة، كما في القاموس، وفيه المراهنة، والرهان: المخاطرة، وحاصله أنه تملك على سبيل المخاطرة، ولما كانت هذه تمليكات للحال لم يصح تعليقها بالخطر لوجود معنى القمار.

فقد ترتب على تعليقها على الشرط، أن أصبح العقد الذي يقتضى التملك في الحال، لا يترتب عليه هذا الأثر في الحال، بل وليس من المقطوع به تحققه في وقت معين^(١) وإنما يصبح التملك معلقاً على أمر قد يوجد وقد لا يوجد، وهذا يشبه القمار، لما فيه من المخاطرة، فلا يصح تعليقه، إلا أنا قد وجدنا استثناءات من هذا الحكم، وهي:

(١) التمليكات لا يصح إضافتها أيضاً عند الحنفية.

صحة تعليق البيع على شرط يلائم مقتضى العقد:

سبق أن بينا أن البيع ومثله القسمة يجوز تعليقهما على رضا الغير، إذا كان التعليق مؤقتاً بمدة ثلاثة أيام كشرط الخيار.

كما أنه يجوز تعليقه على شرط يقتضيه العقد، جاء في «جامع الفصولين» (٣/٢): «وتعليق القبول في البيع بعدما أوجب الآخر، هل يصح؟ ذكر أنه لو قال: بعث إن وصلني الثمن، إن دفع الثمن إليه في المجلس جاز البيع استحساناً، ولو قال: إن أدبت ثمن هذا فقد بعث منك، صح البيع استحساناً إن دفع الثمن إليه، وقيل: هذا خلاف ظاهر الرواية، والصحيح أنه لا يجوز».

* فتعليق البيع على شرط هو وصول الثمن إلى البائع، تعليق له على شرط يقتضيه العقد؛ لأن العقد يوجب دفع الثمن إلى البائع بعد تمام البيع بدون الشرط، فذكره هنا تأكيد لما أوجبه العقد.

تعليق الإجارة: كما إنه يجوز تعليق الإجارة على شرط ملائم لها جاء في «الدر المختار» (٣٤٧/٤): «لو قال لمن غصب منه داره: فرغها وإلا فأجرتها كل شهر بكذا جاز... مع أنه تعليق بعدم التفريغ» وعلق على ذلك ابن عابدين بقوله: «ولعل وجه صحته أنه لما كان التفريغ واجباً على الغاصب في الحال فإذا لم يفرغ صار راضياً بالإجارة في الحال؛ كأنه علقه على القبول... تأمل».

والواقع أنه علق عقد الإجارة على شرط هو عدم تفريغها، وعدم التفريغ محتمل الوقوع وليس مؤكداً الوقوع؛ لأنه قد يستجيب لإفراغها، وقد لا يستجيب ويرضى بالبقاء فيها بالإجارة فهو تعليق على شرط محض، وليس تعليقاً على شرط كائن حتى يكون تنجيزاً، وهذا الشرط يلائم مقتضى عقد الإجارة؛ لأن عدم إفراغها وشغلها بأمتهته وسكناها يؤكد أنه قد قبل إجارتها.

ويختلف هذا التعليق عن التعليق على القبول، من حيث إن القبول يتم في مجلس العقد، أما التعليق على عدم تفريغها، فإنه لو قال الغاصب لصاحب الدار: «قبلت» بعد قوله: «فرغها وإلا فأجرتها كل شهر بكذا» كان هذا القبول منصباً على أحد شيئين: أن يقبل تفريغها، وهو أمر واجب عليه، والثاني أن يقبل عدم تفريغها وشغلها ودفع الأجرة المقررة.

وبناء على هذا يكون قوله: «قبلت» ليس منصباً على المعنى الثاني فقط حتى انعقد العقد في الحال، بل هو منصب على المعنيين جميعها، فإذا اتضح بعد ذلك أنه لم يفرغها يكون عقد الإجارة قد انعقد من وقت تحقق الشرط، لا من وقت قوله: «قبلت» كما هو مذهب الحنفية، وقد يكون الفارق الزمني يسيراً، ولكنه بالنسبة إلى ما قرره الحنفية في مجلس العقد من ضرورة صدور الإيجاب مطابقاً للقبول في مجلس واحد^(١) يتبين لنا أن عقد الإجارة لم ينعقد في الحال، وإنما انعقد بعد أن ظهر أن الغاصب قد اختار عدم تفرغها؛ أي: أن انعقاده قد تم بعد أن انتهى مجلس العقد بالقبول.

ومن هذا يتبين لنا - أنه يمكن القول - أن تعليق عقد هو مبادلة مال بمال أو مال بمنفعة - عند الحنفية - يصح إذا كان الشرط يقتضيه العقد أو كان ملائماً لمقتضاه، وإن كانت الصور الواردة في المذهب ضئيلة إلا أنها تتفق مع ما قرره المذهب في الشرط المقترن بالعقد من أن الشرط الذي يقتضيه العقد، والشرط الذي يلائم مقتضاه والشرط الذي قضى بصحته نص أو عرف يكون صحيحاً.

أما معاوضة مال بما ليس بمال ولا منفعة كالنكاح:

فإنه لا يصح تعليقه على شرط مطلقاً، غير أن المذهب أورد مسألتين أجاز فيهما التعليق إحداهما: ما لو قال لآخر: «زوجني بنتك فقال قد زوجتها من فلان قبل هذا، فكذبه الخاطب، فقال: إن لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك، وقبل الآخر، فظهر كذبه، ينعقد هذا، إذ التعليق بشرط كائن التحقيق».

وهذه الصورة لا تدخل معنا؛ لأن من شروط التعليق أن يكون الأمر المعلق عليه محتمل الوقوع في المستقبل، لا واقعاً؛ لأنه لو كان واقعاً لكان العقد منجزاً غير معلق.

الثانية - ونقلها عن رد المحتار على الدر المختار (٣٥٤/٤):

ما لو قالت المرأة: تزوجتك أن أجاز أبي أو رضي، فلا يصح لأنه

(١) «البدائع» (١٣٦/٥).

تعليق، والنكاح لا يحتمله، كما في الخانية... وفي الظهيرة: لو كان الأب حاضراً فقبل في المجلس جاز، قال في النهر: وهو مشكل، والحق ما في الخانية. اهـ. قلت: ما في الظهيرة ذكره في الخانية. اهـ. قلت: ما في الظهيرة أيضاً عن أمالي أبي يوسف وقال: إنه استحسان».

ومن هذه الصورة تبرز لنا مرة أخرى صورة صحة التعليق على الشرط الملائم للعقد في عقود المعاوضات مرة أخرى - على قول في المذهب.

فتعليق المرأة زواجها على رضا أبيها أو إجازته، هو شرط يلائم مقتضى العقد؛ لأنه يؤكد موجبه، فإن للأب حق الاعتراض على زواجها من غير الكفء عند الحنفية فهي بهذا الشرط تضمن استقرار العقد إذا رضي أبوها أو أجازته، وتتأكد من عدم فسخه، ولا شك أن مثل هذا الشرط يكون ملائماً لمقتضى العقد.

إلا أن المذهب قيد صحة هذا الشرط، بأن يكون الرضا أو الإجازة في مجلس العقد، أما في عقود المبادلات المالية فقد صح التعليق على رضا الغير، إذا كان التعليق مؤقتاً لمدة ثلاثة أيام كشرط الخيار كما أوضحناه آنفاً.

* والفارق بين هذه العقود وعقد النكاح واضح، فإن هذا العقد يحوطه الشارع برعاية خاصة؛ لأن عليه تبنى الأسرة، وليس مبنياً على المساومة والمماكسة بل على الألفة والمحبة.

كما أن اشتراط المذهب أن يكون رضا الأب واقعاً في مجلس العقد لا يجعل لهذا الشرط أثراً كبيراً حتى يؤثر على صحة العقد؛ لأن المجلس يعتبر كله وحدة واحدة، فإذا صدرت الصيغة معلقة على رضا الأب ووافق الأب في المجلس، كانت الفترة التي بقي فيها العقد معلقاً فترة يسيرة ولكن أثرها كبير في استقرار العقد، فاشتراط هذا الشرط يلائم مقتضى العقد ولا يترتب عليه أي خطر.

(ب) عقود التبرع:

وإن كانت عقود تبرع فإما أن يترتب عليها التملك بعد الموت كالوصية وقد قرر المذهب صحة تعليقها على الشرط مطلقاً.

وإما أن يترتب عليها التملك في الحال كما في الهبة والصدقة، ونضيف

إليهما الوقف بناء على ما يراه أبو يوسف ومحمد من أنه يترتب عليه إزالة العين عن ملك الواقف إلى ملك الله تعالى... فهذه العقود قد اختلف المذهب في حكم تعليقها على الشرط ونوضح ذلك فيما يلي:

الهبية: جاء في «رد المحتار على الدر المختار» (٤/٣٦٠):

«ويجوز تعليق هبة... بملائم» وعلق على ذلك ابن عابدين بقوله: «... لكن في البحر أيضاً عن المناقب عن الناصحي: لو قال: إن اشتريتُ جارية فقد ملكتها منك، يصح، ومعناه إذا قبضه بناء على ذلك. اهـ». أي: قبض الموهوب له الموهوب، بناء على التملك، يصح مع أنه معلق بان، وهو خلاف ما في البزازية من إطلاق بطلانه، ولعله قول آخر يجعل التعليق بالملائم صحيحاً كالقييد - تأمل».

ومن هذا النص يتبين لنا أن تعليق الهبة بالشرط الملائم صحيح على قول في المذهب - وإن القول بصحة هذا - كما أشار ابن عابدين قد يكون مبنياً على رأي في المذهب يجعل التعليق على شرط ملائم للعقد صحيحاً، كما هو الشأن في اقتران العقد بشرط ملائم، وحينئذ يرى المذهب بناء على هذا الرأي صحة العقد المعلق أو المقيد بشرط ملائم، كان هذا الشرط في عقود التبرعات أم عقود المعاوضات، وقد أوضحنا آنفاً أن تعليق عقود المبادلات المالية على شرط ملائم أو شرط يقتضيه العقد صحيح في المسائل التي أوردناها.

وبهذا الرأي تتناسق فكرة الشرط في المذهب سواء كان الشرط شرط تعليق أو شرط تقييد.

أما الصدقة فإن حكمها حكم الهبة، جاء في «الاختيار» (٢/١١٧): «والصدقة كالهبة في جميع أحكامها؛ لأنها تبرع إلا أنه لا رجوع فيها».

وأما الوقف - ففي صحة تعليقه روايتان: جاء في «رد المحتار على الدر المختار» (٤/٣٥٢): «فلو قال: إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين، فجاء ولده لا تصير وقفاً؛ لأن شرطه أن يكون منجزاً، جزم به في فتح القدير والإسعاف... لأنه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر...، وحكى في البزازية وغيرها أن عدم صحة تعليقه رواية، والظاهر ضعفها لجزم المصنف

وغيره بها - نهر - وصوابه أن يقول: والظاهر اعتمادها أو ضعف مقابلتها^(١).

* ويظهر لي أن الوقف لما كان من عقود التبرع فقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي في صحة تعليقه على الشرط كما في الهبة، فرواية بعدم صحته وذلك لأن شرطه أن يكون منجزاً والتعليق على الشرط يتنافى مع التنجيز؛ لأنه يعلقه على حدوث أمر محتمل الوقوع، قد يقع وقد لا يقع، وهذه مخاطرة والوقف لا يحتمل الخطر.

ورواية تقرر صحة تعليق الوقف ولم تبين هذه الرواية نوع الشرط الذي يصح تعليقه عليه هل الشرط الملائم فقط، أم الشرط مطلقاً، الملائم أو غير الملائم؟

ويظهر لي أن القول بجواز تعليق الوقف على الشرط مقصور على الشرط الملائم، كما هو الشأن في الهبة، فكلاهما عقد تبرع يترتب عليه خروج الملك في الحال إلى الموهوب له، أو إلى ملك الله تعالى، وبهذا يفترقان عن الوصية التي هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت حيث يصح تعليقها بالشرط مطلقاً.

ثانياً: عقود الولايات:

عقود الولايات إما أن تكون خاصة أو عامة:

فإن كانت خاصة بين شخصين، كما في الوكالة والإيصاء يصح تعليقها بالشرط مطلقاً ملائماً كان أو غير ملائم، وقد بينا آنفاً الوجه في هذا.

وإن كانت عامة كما في القضاء والإمارة جاز تعليقها بالشرط الملائم فقط، وهذا يساير ما أشرنا إليه آنفاً من قاعدة جواز تعليق العقود على شرط ملائم.

خلاصة وتعليق

على تعليق الشروط عند الحنفية

ويخلص لنا مما تقدم أن العقود في المذهب الحنفي يمكن القول بأنها تنقسم إلى قسمين:

(١) ومثله «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (ص ٢٠١).

الأول - عقود يصح تعليقها على الشرط الملائم أو المتعارف وهي :

- * عقود المعاوضات المالية، كالبيع - بأنواعه - والإجارة بأنواعها.
- * عقود التبرعات التي تترتب آثارها عليها في حياة المتبرع كالهبة والصدقة والوقف.
- * عقود الالتزامات كالكفالة والحوالة والتحريضات والإطلاقات.
- والولاية العامة كالقضاء والإمارة.

الثاني - عقود يصح تعليقها على الشرط مطلقاً وهي :

- * عقود الولايات - الخاصة - كالوكالة والإيصاء.
- * عقود التبرع التي تترتب آثارها عليها بعد موت المتبرع كالوصية.
- * ويبقى لنا بعد ذلك أن ننظر هل الشرط الملائم في التعليق يطلق على الشرط المتعارف؟

الشرط الملائم والشرط المتعارف:

سبق أن أشرنا إلى أن الكاساني في البدائع (٣/٦ - ٤) عندما قرر جواز تعليق الكفالة على الشرط الملائم لها ذكر أن العرف في مثل هذا الشرط دون غيره. وهو يشير بهذا إلى أن ما تعارف الناس تعليق العقد عليه يكون ملائماً له وما لا يتعارف الناس تعليق العقد عليه لا يكون ملائماً له.

كما أن ابن عابدين في الدر المختار (٣٦٠/٤)، نص على جواز تعليق الهبة والكفالة والحوالة والإبراء عن الكفالة بالشرط الملائم، وفي الشرح نقل عن البزازیة: «وتعليق الكفالة إن متعارفاً... يصح...».

ثم في (ص ٣٦١): «والإبراء عن الدين إذا علق بكائن أو بمتعارف» فالمذهب يجعل الشرط الملائم متعارفاً والمتعارف ملائماً، ويعبر عن أحدهما بالآخر.

والواقع أن العرف الذي يعتد به شرعاً لا يقر شرطاً إلا إذا كان هذا الشرط ملائماً لهذا العقد فلو لم يكن ملائماً له وكان منافياً للعقد فإن العرف لا يقره.

المبحث الثاني

تعليق العقود على الشرط في المذهب المالكي

يمكن تقسيم العقود من حيث قبولها للتعليق وعدم قبولها في المذهب المالكي إلى ثلاثة أنواع أيضاً:

- النوع الأول: عقود لا تقبل التعليق على الشرط.
 - النوع الثاني: عقود تقبل التعليق على الشرط مطلقاً.
 - النوع الثالث: عقود تقبل التعليق على الشرط الملائم.
- ونوضح فيما يلي هذه الأنواع:

النوع الأول

عقود لا تقبل التعليق على شرط

ويندرج تحت هذا النوع عقود المعاوضات، وهي تشمل ما كان مبادلة مال بمال، أو مال بمنفعة، أو مال بما ليس بمال ولا منفعة.

١ - مبادلة مال بمال أو مال بمنفعة: جاء في «الفروق» للقرافي (١)

: (٢٢٩)

«وأما القسم الثالث: وهو الذي يقبل الشرط دون التعليق عليه، فكالبيع والإجارة ونحوهما... لا يصح التعليق عليه بأن يقول: إن قدم زيد فقد بعتك أو أجرتك بسبب أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق، فإن شأن المعلق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول وقد يكون معلوم الحصول، كقدوم الحاج وحصاد الزرع، ولكن الاعتبار في ذلك بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده، فلوحظ المعنى العام دون خصوصيات الأنواع والأفراد».

ويتبين لنا من هذا النص أن عقود المعاوضات لا تقبل التعليق عند المالكية مطلقاً سواء كان الشرط ملائماً أو غير ملائم، معلوم الحصول - وهو الإضافة إلى أجل - أو غير معلوم الحصول - وهو حقيقة الشرط - وذلك للعلة المبينة في النص المذكور.

ويستثنى من هذا الحكم ما إذا علق البيع على رضا شخص أجنبي أو مشورته كما لو قال: بعته لك أو اشتريته منك إن رضي فلان أو بعته أو اشتريته بكذا على مشورة فلان.

فقد أجاز المذهب المالكي صحة تعليق عقد البيع على هذا الشرط بشرط أن يكون الشخص الذي علق العقد على رضاه أو مشورته غير بعيد عن موضع العقد، والمراد بالبعد ألا يعلم ما عنده إلا بعد فراغ مدة الخيار وما ألحق بها بأمد بعيد^(١).

٢ - مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة كالنكاح، جاء في «الخرشي» (١٦/٣): «... ولما كان الفور بين الإيجاب والقبول شرطاً إلا أنه لا يضر التفريق اليسير وخرج عن ذلك مسألة بالإجماع، نص عليها أصبغ: أشار لها بقوله: - وصح إن مت فقد زوجت ابنتي - فلانة - بمرض - من فلان - طال مرضه أو قصر -».

ومن هذا النص يتبين لنا أن الأب إذا أوجب نكاح ابنته من فلان معلقاً إياه على موته، وكان مريضاً (مرضاً مخوفاً أو غير مخوف) وقبل الموجب له هذا الزواج (بقرب موت الأب أي: بعد موته بقرب، أو بعد طول - على خلاف في ذلك) صح النكاح.

وليس هذا إضافة إلى أجل؛ لأن الموت وإن كان محقق الحدوث من حيث هو إلا أنه هنا أمر محتمل الوقوع وليس قطعي الحدوث، فقد يموت الأب في هذا المرض، وقد لا يموت، ويبرأ من المرض، فالتعليق هنا تعليق على شرط وليس إضافة إلى أجل، وقد أشار العدوى في حاشية الخرشي إلى هذا قائلاً:

(١) «الخرشي» (٢١/٤)، و«الشرح الصغير» (٤٥/٢)، و«الخيار في الدار مثلاً ستة وثلاثون يوماً والذي يلحق بها يومان وليلة».

«وقوله - بمرض - مفهومه لو قال ذلك في صحته لم يصح، وهو كذلك، وذلك لأن مسألة المرض خرجت عن الأصل، فلا يقاس عليها غيرها، فإن صح من مرضه بطلت وصيته» وقوله هنا: خرجت عن الأصل: «يريد بالأصل» وجوب الفور بين الإيجاب والقبول، كما وضحه الخرشي، والساوي^(١).

إلا أن هذه المسألة لا تعطينا جواز تعليق عقد النكاح مطلقاً في المذهب المالكي، بل إنها كما يظهر من النص مسألة جاز التعليق فيها للضرورة - على خلاف القاعدة - أما إن قال ذلك في صحته فإنه لا يصح لأنه لو قال ذلك في صحته لكان الموت أجلاً لا شرطاً، وقد نص المذهب على عدم صحة إضافة عقد النكاح إلى أجل، فقد جاء في «المدونة» (٤٦/٤): «في النكاح إلى أجل» ما يأتي: «قلت: رأيت إن قال: إذا مضى هذا الشهر فأنا أتزوجك ورضى بذلك وليها ورضيت قال: هذا النكاح باطل ولا يقام عليه». ويمكننا أن نأخذ من هذا النص أن تعليق عقد النكاح على شرط يبطله؛ لأنه إذا بطل العقد وقد علقه على مضي الشهر، ومضيه أمر واقع لا محالة فإن تعليقه على أمر محتمل الوقوع يكون أولى بالبطلان، كما نص المذهب على عدم صحة تعليق عقد النكاح على الإتيان بالصداق:

جاء في «الخرشي» (٣٣/٣) عند بيان ما يفسد به عقد النكاح ما يأتي:

«ص - أو بخيار لأحدهما، أو غير، أو على إن لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح، وجاء به - ش - أي: ومما يفسخ قبل الدخول وجوباً، ويثبت بعده بالمسمى، ما إذا تزوجها على خيار - يوماً أو أكثر - للزوج أو لها، أو لغيرهما ولي أو غيره، وكذلك الجواب فيمن تزوج امرأة على أنه إن لم يأت بالصداق الذي وقع به العقد أو بعضه إلى أجل كذا فلا نكاح بينهما وأتى به عند الأجل، أو قبله، وإن لم يأت به حتى انقضى الأجل فلا نكاح بينهما قولاً واحداً، قاله في التوضيح وظاهره أنه يفسخ أبداً، ومثله إن لم يأت به أصلاً».

(١) ويراجع: «الشرح الصغير» (٣٥٥/١) (ط صبيح).

وعلق العدوي على «فلا نكاح بينهما...» بقوله: «لا قبل الدخول ولا بعده؛ لأنه لم يحصل عقد بالكلية لأنه معلق ولم يحصل المعلق عليه إلا أن تعبيره بالفسخ يدل على أنه منعقد».

ومن هذا النص يتبين لنا أن تعليق عقد النكاح على خيار لأحدهما أو للغير أو على دفع الصداق في مدة كذا وإلا فلا نكاح، ثم يوفي بالشرط، يترتب عليه فساد عقد النكاح وفسخه قبل الدخول وجوباً، وإذا دخل بها ثبت العقد بالصداق المسمى - إذا كان المسمى حلالاً وإلا فصداق المثل - وهذا عند ابن القاسم وقيل: يفسخ قبل الدخول وبعده^(١).

وهذا النوع من الشرط في الصورتين هو شرط تعليق إرادي؛ لأنه يتوقف عليه وجود العقد أو زواله ظاهراً بدليل أن المذهب نص على أن العقد يصبح منعقداً بهذه الصيغة، ولكن نظراً للتعليق الذي اقترن به أصبح واجب الفسخ إلا أنه في صورة التعليق على الإتيان بالصداق إلى أجل كذا، إن لم يف بالشرط - بأن جاء بالصداق بعد الأجل أو لم يأت به أصلاً - لا يكون هناك نكاح قولاً واحداً وذلك لأن العقد قد علق على أمر ولم يتحقق هذا الأمر وفسخ العقد قبل الدخول أو بعده، أما إن أتى به في موعده أو قبله، فإن الأمر الذي علق عليه العقد قد تحقق، ولكن العقد يصبح واجب الفسخ - قبل الدخول، ويثبت بعده بالمسمى.....

فالعقد مع هذا الشرط قد انعقد وكان للتعليق أثر في حكم العقد حيث إنه إن وفى بالشرط فإن العقد لا يفسخ إذا دخل بها، وأما إن لم يف بالشرط فإن العقد يصبح كأن لم يكن، فالعقد المقترن بهذا الشرط قد صدر منعقداً ويمكن أن يترتب عليه الحكم في الجملة، وذلك إذا وفى بالشرط واتصل بذلك دخوله بالمرأة المعقود عليها^(٢).

(١) الشرح الصغير (١/٣٦٥).

(٢) والمذهب المالكي في هذا التحليل لهذه الصورة يسير مع ما سيأتي توضيحه عند بيان معنى صحة العقد وفساده في المذهب الحنفي من أن العقد الفاسد ينعقد موجباً للملك إذا اتصل به القبض.

النوع الثاني

عقود تقبل التعليق على الشرط مطلقاً

ويشمل هذا النوع عقود التبرع ومن عقود الولايات الوصاية.

(أ) عقود التبرع:

※ منها: الهبة والصدقة.

جاء في «الالتزامات للحطاب»^(١) ما يفيد صحة تعليق الهبة أو الصدقة على شرط عند الملكية، ونورد فيما يلي بعض الصور التي أوردها:

الصورة الأولى:

كقوله: إن قدمت من هذا السفر فلفلان على ألف درهم، أو إن أتممت هذه الدار أو هذا الكتاب فعلى كذا... والمقصود من التعليق حينئذٍ حصول ذلك الفعل المعلق عليه التصرف، ويكون الشيء الذي التزمه شكر الله على حصوله.

الصورة الثانية:

كما أنه «قد ذكر في باب النذور أن من علق العتق أو الهدى أو الصدقة على الملك يلزمه، مثل أن يقول: إن ملكت عبد فلان فهو حر، فإنه يلزمه العتق إذا ملكه، وفي هذا المثال يكون علق العتق أو الهدى أو الصدقة على أمر قد لا يريد وجوده إلا أنه شرط ملائم للعقد فإن الملك هو السبب الموصل لإيقاع هذا التصرف.

وفي المدينة لابن دينار فيمن شرط لامرأته إن تسرى عليها، فالسرية صدقة عليها، أن الصدقة بالشرط تلزمه، وأنه إن أعتقها بعد أن اتخذها لم ينفذ عتقها، وكانت لها صدقة بالشرط.

الصورة الثالثة:

كما جاء في نفس المرجع (١٨٧/١) من سماع ابن القاسم من كتاب

(١) «فتاوى الشيخ عليش» (١/١٨٠).

الأيمان بالطلاق في رجل قال لامرأته: إن ولدت غلاماً فلك مائة دينار، وإن ولدت جارية فأنت طالق، قد وقع عليه الطلاق، وأما المائة دينار فلا أرى أن يقضى بها؛ لأنها ليست ههنا صدقة ولا هبة ولا على وجه ذلك...».

«وعلم منه أنه لو فهم من كلامه أنه أراد إن ولدت غلاماً فلك مائة دينار في مالي، أو صرح بذلك لزمه بلا كلام...».

ويفهم من هذا النص أنه إذا قال: فلك مائة دينار في مالي أنه يلزمه المال؛ لأنه يكون هبة أو صدقة، أما بدون قوله: «من مالي» فإنه لا يلزمه شيء.

وفي نفس المرجع (ص ١٩٥): «فرع قال في رسم: أخذ يشرب خمراً - من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات في رجل قال لرجل: بلغني أنك تشتمني، فقال ما قلت، فقال: احلف لي ولك كذا وكذا هبة مني، فحلف، أترى أن له الهبة قال: نعم، ذلك يلزمه...».

فقد علق الهبة على حلف الشخص بعدم شتمه، والمطلوب منه الحلف، قد يحلف وقد لا يحلف، فهو كالتعليق على الشرط، كما لو قال: «إن حلفت فلك كذا».

الصورة الرابعة:

وفي نفس المرجع (ص ٢٠٧): «... الالتزام المعلق على الفعل الذي فيه منفعة للملتزم له - بفتح الزاي -، كقولك لشخص، إن بنيت بيتك، أو إن تزوجت فلك كذا، وحكمه حكم الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملتزم له، فهو لازم إذا وقع المعلق عليه...».

* ومن هذه المسائل يتبين لنا صحة تعليق عقود التبرع على شرط سواء كان الأمر الذي علق عليه العقد أمراً يصدر من المتبرع ويرغب في إيقاعه كالصورة الأولى أو لا يرغب في إيقاعه كالصورة الثانية - أو كان أمراً يصدر من المتبرع له - اختيارياً كان أو غير اختياري - كالصورة الثالثة، أو كان أمراً يصدر من غيرهما كالصورة الرابعة.

فعقود التبرع عند المالكية تقبل التعليق على الشرط مطلقاً، ويلزم الوفاء

بالعقد عند تحقق الشرط لقوله تعالى: ﴿بِتَأْيِيدِ الَّذِينَ ءَامَنُوا أَزْوَاجًا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

آثار تعليق عقود التبرع على الشرط:

للمذهب المالكي رأيان في أثر تعليق عقود التبرع على الشرط:

الأول: وهو رأي الإمام مالك رضي الله عنه إن تعليق هذه العقود يترتب عليه أن يصبح محل العقد غير قابل للتصرف أثناء فترة التعليق؛ أي: أنه يكون موقوفاً عن التصرف إلى أن يتبين تحقق الشرط أو تخلفه.

الثاني: أنه يجوز التصرف في محل العقد؛ نظراً لأن الالتزام قد علق على أمر غير متيقن الحصول^(٢).

* ومنها: عقد الوصية.

يجوز عند المالكية تعليق الوصية على الشرط مطلقاً، جاء في «الشرح الصغير» (٤٣١/٢): «إذا قال: أوصيت لمن سيكون من ولد فلان، فيكون لمن يولد له سواء كان موجوداً، بأن كان حاملاً حين الوصية أو غير موجود أصلاً، فيؤخر الموصى به للوضع على كل حال، فإذا وضع» و«استهل أخذ ذلك الشيء الموصى به».

فقوله: «أوصيت لمن سيكون من ولد فلان» بمثابة قوله: «إن ولد لفلان ولد فقد أوصيت له بكذا» فهو تعليق بدلالة أداة الشرط لا بأداته.

(١) سورة المائدة الآية الأولى، وانظر: «فتاوى الشيخ عليش» (١٨١/١).

(٢) جاء في «فتاوى الشيخ عليش» (٢١١/١ - ٢١٢): «فرع علم من هذه المسألة أن الملتزم إذا علق الالتزام على أجل معين كقوله بعد سنة، أو شهر أو شهرين، وكان الشيء الذي التزم إعطائه معيناً - كالعبد والدابة والثوب، فإنه يمنع من بيعه وإخراجه عن ملكه».

وهذا بخلاف ما إذا علق الالتزام على أجل مجهول، كقوله: إن جاء أبي أو فلان الغائب، فإنه لا يمنع من البيع.

قال في كتاب «العتق» من المدونة: «ومن قال: أنت حر إذا قدم أبي، فذلك يلزمه ولا يعتق عليه حتى يقدم أبوه، قال مالك: ويوقف لينظر هل يقدم أبوه أم لا يقدم وكان يعرض في بيعه (الظاهر يعارض) وأجاز ابن القاسم بيعه ووطأها إن كانت أمة، وهي في هذا كالحرّة، يقول: أنت طالق إذا قدم فلان فله ووطأها، ولا تطلق حتى يقدم فلان... وإذا جاز هذا في العتق في التزام الصدقة، فالهبة من باب أخرى وهذا بين...».

(ب) الولايات: ومنها عقد الوصاية:

كما يجوز عند المالكية تعليق الوصاية على الشرط جاء في «المدونة الكبرى» للإمام مالك (١٥/١٨): «قلت، أرأيت أن أوصي إلى رجل فقال: فلان وصيي حتى يقدم فلان، فإذا قدم فلان فلان القادم وصيي، أيجوز هذا؟ (قال): نعم هذا جائز».

فقد علق الوصاية للشخص الغائب في هذا المثال على شرط هو قدومه من سفره، وقد صح في المذهب هذا التعليق فإذا قدم هذا الشخص أصبح هو الوصي، وعزل بذلك الوصي الأول.

* وعقد الولاية العامة: فقد جاء في الذخيرة للقرافي (١٠/٢٦) ويجوز للخليفة بيعة فلان، فإن مات فلان، وتنتقل الخلافة كذلك؛ كما استخلف رسول الله ﷺ على جيش مؤتة زيد بن حارثة، وقال: «إن قتل زيد فجعفر، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة»^(١).

النوع الثالث

عقود تقبل التعليق على الشرط الملانم

من الالتزامات: الكفالة:

جاء في «الالتزامات» للحطاب^(٢): «وقال في كتاب الكفالة من المدونة، ومن قال لرجل: إن لم يوفك فلان حقك فهو عليّ، تَلَوَّمَهُ لذلك السلطان بقدر ما يرى، ثم ألزمه المال، إلا أن يكون الغريم حاضراً ملبياً، وإن قال: إن لم يوفك حقك حتى يموت فهو عليّ، فلا شيء على الكفيل حتى يموت الغريم؛ لأنه أجل ضربه لنفسه، وقال قبله، ومن تكفل لرجل بما أدركه من درك في جارية ابتاعها من رجل أو دار، أو غيرها جاز ذلك، ولزمه الثمن حين الدرك في غيبة البائع أو عدمه...».

(١) حديث: «إن قتل زيد...» أخرجه البخاري في باب غزوة مؤتة عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، حديث رقم (٤٢٦١).

(٢) «فتاوى الشيخ عليش» (١/٢١١).

ومن هذا النص يتبين لنا أنه يصح تعليق الكفالة على شرط، وهذا الشرط الذي ورد في هذه الصور شرط ملائم للكفالة، لأن عدم الوفاء من الأصل يتناسب مع قيام الكفيل بالوفاء، وكذلك استحقاق المبيع ونحوه هو السبب الذي يترتب عليه وجوب رد الثمن إلى البائع، فتعليق الكفالة عليه تعليق على شرط ملائم للعقد.

كما جاء في الخرخشي (٢٤١/٤): «... الضمان يصح في المجهول فإذا قال شخص لآخر: داین فلاناً وأنا ضامن فيما داینته به، فإنه يلزمه ما داینه به إذا ثبت بینه أو بإقرار المضمون على أحد القولین...».

«... من وجد رجلاً يدعي على رجل بحق وهو يكذبه فقال له: احلف إن لك عليه حقاً وأنا ضامن فيه، فليس له أن يرجع قبل حلفه عن مقالته، ولا ينفعه الرجوع؛ لأنه حق واجب...».

وعلق الشيخ العدوي على قوله: «حق واجب» بقوله: أي: على تقدير حلفه؛ لأنه لما قال احلف وأنا ضامن، كأنه قال: ألتزم لك الضمان إن حلفت، فهو حق وجب بالالتزام على تقدير الحلف، فإذا حلف الطالب غرم الضامن...».

ومن هذا النص يتبين لنا أن تعليق الضمان على الشرط يصح أيضاً، فإن قوله: داین فلاناً... بمنزلة «إن داینت فلاناً» وقوله: «احلف... وأنا ضامن» بمنزلة: «إن حلفت... فأنا ضامن» كما صرح العدوي.

وقد سبق أن بينا أن التعليق يكون بكلمة الشرط أو بدلالة كلمة الشرط، والتعليق هنا بدلالة كلمة الشرط، والشرط هنا ملائم لعقد الضمان؛ لأن المداینة سبب لوجوب الحق، وكذلك الحلف سبب لثبوته، وكلاهما يلائم الضمان.

خلاصة وتعليق

على آراء المالكية في تعليق العقود على الشرط

ويخلص لنا مما تقدم ما يأتي:

أولاً: إن عقود المعاوضات المالية وغير المالية لا يصح تعليقها على

الشرط بسبب أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق... إلا أن المذهب قد استثنى من هذا الحكم ما يلي:

في عقد البيع:

ما لو علق البيع على رضا شخص أجنبي، أو مشورته، وكان يمكن أن يتم ذلك خلال مدة الخيار، وهذا يتفق مع الحكم الذي قرره الحنفية فيما سبق غير أن مدة الخيار عندهم قد اقتصرت على ثلاثة أيام، وأما المالكية فإن المدة عندهم تختلف باختلاف المعقود عليه كما أشرنا آنفاً.

في عقد النكاح:

يصح في حالة مرض الأب أن يعلق زواج ابنته من شخص على موته من هذا المرض، فإن مات تم العقد بعد قبول الخاطب، وإن لم يمت لم يتم العقد لعدم تحقق الشرط، وفي غير هذه الحالة لا يصح تعليق عقد النكاح على شرط، حتى ولو كان شرطاً فيه مصلحة العقد، كخيار لأحدهما أو لغيرهما. أو على أنه إن لم يأت بالصداق في كذا فلا نكاح بينهما - كما فصلناه آنفاً -.

ثانياً - إن العقود الآتية تقبل التعليق على الشرط مطلقاً:

(أ) عقود التبرع كالهبة والصدقة والوصية.

(ب) الولايات ومنها: عقد الإمارة وعقد الوصاية:

ثالثاً - عقود تقبل التعليق على الشرط الملائم:

من الالتزامات: الكفالة وإن كان المذهب لم يصرح بعدم قبولها للشرط غير الملائم إلا أن طبيعة عقد الكفالة، توحى بذلك، وذلك لأنه لا يعقل أن يعلق هذا لعقد على هبوب الريح، أو نزول المطر وغير ذلك من الشروط التي لا علاقة لها بالحق المراد توثيقه بالكفالة بل إن توثيق هذا الحق يستدعي شرطاً ملائماً.

رابعاً: كما يتبين لنا أن التعليل الذي ذكره القرافي لمنع تعليق البيع والإجارة ونحوهما ينصب على عقود المعاوضات، أما غيرهما من التملكات التي أساسها التبرع والتفضل فإنه لا يدخل في هذا التعليل، وإنما

أشرت إلى هذا نظراً لأن قوله: «إن انتقال الأملاك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق...» يعم التمليكات سواء كان أساسها المعاوضة أو التبرع ولو قال: «إن انتقال الأملاك في عقود المعاوضة يعتمد الرضا...» لكان أوضح، ولعل مجيء هذا التعليق بعد ذكر عقود المعاوضة دعا إلى عدم النص على ذلك.

كما أن القرافي لم يتتبع التصرفات من حيث قبولها للتعليق وعدم قبولها، كما فعل فقهاء المذهب الحنفي، والشافعي كما سيأتي بيانه، ولكنه نص على بعض التصرفات وترك باقيها مع أهميتها كعقود التبرع وعقود التوثيق كالكفالة^(١).

(١) ولعل ما قاله ابن رشد في الشرط المقترن بالعقد من صعوبة استخلاص آراء المذهب المالكي ووضع قاعدة لها لا ينطبق على شرط التعليق بعد أن تعرض لجزء كبير منه الحطاب في التزاماته.

المبحث الثالث

تعليق العقود على الشروط عند الشافعية

يمكننا أن نجعل العقود من حيث قبولها للتعليق وعدم قبولها عند الشافعية في نوعين:

الأول: عقود لا تقبل التعليق على الشرط.

الثاني: عقود تقبل التعليق على الشرط.

النوع الأول

عقود لا تقبل التعليق على الشرط

ويشمل هذا النوع عقود المعاوضات، وعقود التبرعات التي تترتب آثارها عليها أثناء حياة المتبرع، وبعض عقود الولايات.

(أ) عقود المعاوضات:

وهي إما مبادلة مال بمال أو بمنفعة، أو مال بما ليس بمال ولا منفعة، ونوضح حكم كل فيما يلي:

١ - عقود هي مبادلة مال بمال أو بمنفعة:

* منها: عقد البيع.

جاء في «الأشباه والنظائر» للسيوطي (ص ٣٧٧): «لا يقبل البيع التعليق إلا في صور: الأولى: بعتك إن شئت، الثانية: إن كان ملكي فقد بعته، ومنه مسألة الوكيل والموكل، فيقول: إن كنت أمرتك بعشرين فقد بعته بها، الثالثة: البيع الضمني: كاعتق عبدك عني على مائة إذا جاء رأس الشهر» ويتبين لنا من هذا النص أنه لا يصح تعليق البيع إلا في صور ثلاث نتناولها فيما يلي:

أما الصورة الأولى: «وهي قوله: «بعتك إن شئت» فإن صحة التعليق على المشيئة ليست مطلقة - كما جاء في «الأشباه» - بل يفرق المذهب بين حائتين، الأولى إن قال المشتري: «شئت» معبراً بذلك عن قبوله لهذه الصفقة، لم يصح البيع بلا خلاف؛ لأن لفظ المشيئة ليس من ألفاظ التملك، أما إن قال: «قبلت» فالأصح صحة البيع بهذه الصيغة، لأن قبول المشتري متروك إلى مشيئته، فقوله: «إن شئت» تصريح بمقتضى الحال، وليس تعليقاً؛ ولأن العقد يكون عند قوله منجزاً وليس معلقاً؛ لأن آثاره وأحكامه تترتب عليه فور قبول الطرف الآخر فلا يوجد تعليق حقيقة.

وقيل: لا يصح البيع لأن الصيغة صيغة تعليق، جاء في «المجموع شرح المذهب» للنووي (١٧٠/٩): «فرع... لو قال: بعتك هذا بألف إن شئت، فقال: شئت لم يصح للبيع بلا خلاف وصرح به المتولي غيره، قالوا: لأن لفظ المشيئة ليس من ألفاظ التملك، وإن قال: قبلت فوجهان حكاهما المتولي وغيره (أحدهما) لا يصح لأن الصيغة صيغة تعليق ولا مدخل له في المعاوضات فصار كقوله: إن دخلت الدار (وأصحهما) الصحة؛ لأنه تصريح بمقتضى الحال فإن القبول إلى مشيئة القابل، وبهذا فارق سائر ألفاظ التعليق والله تعالى أعلم».

وبناء على هذا تكون الصورة الصحيحة من صور تعليق عقد البيع على الأصح في المذهب ليست من صور التعليق على الشرط؛ لأنها تعليق على مشيئة الطرف الآخر، والعقد بطبيعته لا ينعقد إلا بإرادته ومشيئته؛ لأن هذه المشيئة ركن من أركان العقد، فكان التعليق عليها تعليقاً على ركن من أركان العقد كقوله: بعتك هذا إن قبلت، ومثل ذلك لا يكون تعليقاً؛ لأن التعليق يكون على أمر خارج وزائد عن أصل التصرف محتمل الوقوع في المستقبل، والأمر الذي علق عليه العقد هنا غير خارج عن أصل التصرف؛ لأنه لا يتم العقد إلا به.

وأما الصورة الثانية: «إن كان ملكي فقد بعته». ومسألة الوكيل والموكل» فحقيقة الأمر أنه لا يوجد فيهما تعليق على الشرط حقيقة؛ لأنه إن ظهر أن المبيع مملوك له أو أنه أمره بعشرين... كان هذا تعليقاً على أمر

كائن وموجود، والتعليق على ذلك يكون تنجيزاً؛ لأن التعليق على شرط لا يكون إلا على أمر مستقبل محتمل الوقوع وهذا أمر موجود بالفعل، أما إن ظهر عكس ذلك فإنه يكون تعليقاً على أمر معدوم، والتعليق على أمر معدوم يجعل وجود العقد مستحيلاً، وتكون هذه الصيغة بمثابة تأكيد عدم بيع هذه الصفة لطالبتها، ففي كلتا الحالتين لا يعتبر هذا تعليقاً على شرط حقيقة.

أما الصورة الثالثة: فليست من صور التعليق أيضاً، وإنما هي من صور الإضافة إلى أجل؛ لأن التعليق يكون على أمر محتمل الوقوع، والأجل يكون على أمر محقق الوقوع، وفي قوله: «أعتق عبدك عني على مائة إذا جاء رأس الشهر» قد أضاف العقد - بهذه الصيغة - إلى مجيء رأس الشهر، ومجيئه أمر محقق الوقوع فكان أجلاً لا شرطاً.

ويخلص لنا من كل ما تقدم أن عقد البيع عند الشافعية لا يقبل التعليق على الشرط مطلقاً، شأنه في ذلك شأن عقود المعاوضات، كما صرح صاحب المجموع آنفاً.

* ومنها: الجعالة والقراض:

جاء في «مغني المحتاج شرح متن المنهاج» (٣٩٨/٢) في كتاب «الجعالة»: «ويشترط في الصيغة عدم التوقيت كالقراض، فلو قال: من رد آبقي اليوم فله كذا لم يصح؛ لأنه ربما لا يظفر به في ذلك اليوم، ويؤخذ من التشبيه بالقراض أنه لا يصح تعليقاً وهو ظاهر وإن لم أر من تعرض له».

إلا أن الإمام السيوطي في الأشباه والنظائر (ص ٣٧٧) جعل الجعالة موضع خلاف؛ لأن لها شبيهاً بالندر، والندر يصح تعليقه، وإنها يترتب عليها تملك، والتمليكات المحضة لا يصح تعليقها، ومثل الجعالة في هذا الخلع.

٢ - معاوضة مال بما ليس بمال كالنكاح ومثله الرجعة:

جاء في «مغني المحتاج على متن المنهاج» (١٣٤/٣) في كتاب «النكاح» ما يأتي: «ويشترط كون النكاح منجزاً وحيثنذ - لا يصح تعليقه - كإذا طلعت الشمس فقد زوجتك بنتي، كما في البيع ونحوه من باقي المعاوضات، بل أولى لمزيد اختصاصه بالاحتياط».

ولو قال زوجتك إن شاء الله وقصد التعليق، أو أطلق لم يصح، وإن قصد التبرك، أو أن كل شيء بمشيئة الله تعالى صح... .

- ولو بُشِّرَ - شخص - بولد فقال - لآخر - : إن كانت أنثى فقد زوجتكها إلخ، فقبل - أو قال: إن كانت بنتي طلقت... . واعتدت فقد زوجتكها، وكانت أذنت لأبيها في تزويجها، أو قال: إن ورثت هذه الجارية فقد زوجتكها - فالمذهب بطلانه - أي: النكاح في الصور المذكورة - ولو كان الواقع في نفس الأمر كذلك؛ لوجود صورة التعليق وفساد الصيغة... .»

ثم نقل الشيخ زكريا الأنصاري عن البلقيني ما يأتي:

«قال البلقيني، ومحل كون التعليق مانعاً إذا كان ليس مقتضى الإطلاق وإلا فينقصد، فلو قال الولي: زوجتك بنتي إن كانت حية، والصورة أنها كانت غائبة، وتحدث بمرضها، أو ذكر موتها، أو قتلها، ولم يثبت ذلك. فإن هذا التعليق يصح معه العقد وبسط ذلك، والظاهر أن هذا داخل في كلام الأصحاب فإنه لم يخرج عن كونه تعليقاً».

كما جاء في نفس المرجع (٣/٣١٢) في الرجعة «ولا تقبل تعليقاً ولا تأقيتاً كالنكاح، فلو قال راجعتك إن شئت لم يصح».

* ومن هذا يتبين لنا أيضاً أن عقد النكاح - ومثله الرجعة - كغيره من عقود المعاوضات لا يقبل التعليق على الشرط مطلقاً عند الشافعية، حتى ولو كان التعليق صورة لا حقيقة كما في قوله: «زوجتك بنتي إن كانت حية... .» خلافاً للبلقيني حيث يرى أن التعليق الذي يمنع صحة العقد هو التعليق على أمر لا يقتضيه واقع الحال، أما التعليق على أمر يقتضيه الواقع ككون المعقود عليها حية في هذا المثال، فإنه يصح، إلا أنه كما يظهر من النص أنه رأي مرجوح وأن الأصحاب لا يفرقون بين الأمرين.

وحتى إذا قلنا بما قرره البلقيني، فإنه لا يكون تعليقاً حقيقة، وإنما يكون تعليقاً في اللفظ والصورة، وهذا يعتبر تنجيزاً لا تعليقاً - كما أوضحناه في عقد البيع.

* ومن دراسة هذه النصوص يتبين لنا أن كل الصور التي قيل إنها من صور التعليق ليست في الواقع إلا صوراً من صور التنجيز، وإن التعليق فيها

صوري ولم أعر على صورة في عقود المعارضات عند الشافعية يصح فيها التعليق على شرط، بمعناه الاصطلاحي، وهو التعليق على أمر مستقبل محتمل الوقوع.

(ب) عقود التبرع التي تترتب آثارها عليها في حياة المتبرع:
* منها: عقد الوقف.

جاء في «مغني المحتاج شرح متن المنهاج» (٢/٢٣٧) في باب الوقف ما يأتي: «ولا يجوز تعليقه كقوله: إذا جاء زيد فقد وقفت - كذا على كذا -؛ لأنه عقد يقتضي نقل الملك في الحال لم يبن على التغليب والسراية فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع والهبة» (تنبيه) محل الخلاف فيما لا يضاهي التحرير، أما ما يضاويه كجعلته مسجداً إذا جاء رمضان، فالظاهر صحته، كما ذكره ابن الرفعة، ومحلّه أيضاً: ما لم يعلقه بالموت فإن علقه به كقوله: وقفت داري بعد موتي على الفقراء فإنه يصح، قال الشيخان، وكأنه وصية لقول القفال: إنه لو عرضها للبيع كان رجوعاً، ولو نَجَزَ الوقف وعلق الإعطاء للموقوف عليه بالموت جاز، كما نقله الزركشي عن القاضي الحسين».

* ومنها: الهبة^(١) والصدقة.

جاء في نفس المرجع (٢/٣٦٩) في باب الهبة «لا يجوز تعليق الصيغة (أي: صيغة الهبة) لا توقيتها، إلا ما استثناه بقوله ولو قال: أعمرتك هذه الدار فإذا مت فهي لورثتك فهي هبة... ولو قال فإذا مت عادت إليّ فكذا في الأصح - ويلغو ذكر الشرط».

* ومن هذا النص يتبين لنا ما يأتي:

إن عقود الوقف والهبة والصدقة، لا يقبل أي منها التعليق على الشرط؛ وذلك لأنها عقود تقتضي التملك في الحال ولم تبن على التغليب والسراية، والتعليق ينافي هذا لأنه يعلق التملك على حدوث أمر محتمل الوقوع في المستقبل، فالأمر المعلق عليه قد يحدث وقد لا يحدث، وهذا ينافي كون هذه

(١) والصدقة حكمها حكم الهبة جاء في «مغني المحتاج» (٢/٣٦٧): كتاب الهبة يقال: لما يعم الهدية والصدقة وما يقابلها.

العقود تقتضى التمليك في الحال فضلاً عما يترتب عليه من غرر^(١) وقد نص الإمام السيوطي في الأشباه (ص ٣٧٧) على خلاف في صحة تعليق الوقف، مرجعه أن للوقف شهاً سيراً بالعتق، والعتق يصح تعليقه، فجرى وجه ضعيف في صحته، والأرجح عدم صحته؛ لأنه يشبه التمليك، وما كان تمليكاً محضاً لا يصح تعليقه، وهذا هو الراجح في المذهب، ولم أعر على هذا الوجه الضعيف الذي أشار إليه السيوطي.

أما ما ورد من صحة الوقف بقوله: «جعلته مسجداً إذا جاء رمضان، فهذا إضافة إلى أجل وليس تعليقاً، ومثله وقفت داري بعد موتي على الفقراء، فإن الموت أمر محقق الوقوع فهو أجل لا شرط، ويضاف إلى هذا أن المذهب جعل هذا التصرف مشابهاً للوصية، والوصية يصح تعليقها.

أما لو نجز الوقف وعلق الإعطاء للموقوف عليه، كقوله: وقفت داري على فلان على ألا ينتفع بها إلا بعد موتي، فواضح أن هذا شرط اقترن بالعقد ترتب عليه تأخير الانتفاع بالشيء الموقوف إلى ما بعد موته، وقد أجازته المذهب.

ونحن هنا نبحت تعليق العقد نفسه على شرط، فكانت هذه الصورة خارجة عن التعليق داخلية في شرط التقييد.

(ج) الولايات: ومنها الوكالة:

جاء في «مغني المحتاج على متن المنهاج» (٢٠٧/٣) في باب الوكالة: «ولا يصح تعليقها بشرط من صفة أو وقت، كقوله: إذا قدم زيد أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك بكذا أو فانت وكيلي فيه - في الأصح - كسائر العقود، والثاني يصح كالوصية، وفرق الأول بأن الوصية تقبل الجهالة فتقبل التعليق. وعلى الأول ينفذ تصرفه في ذلك عند وجود الشرط لوجود الإذن، وينفذ أيضاً تصرف صادف الإذن حيث فسدت الوكالة إلا أن يكون الإذن فاسداً كقوله: وكلت من أراد بيع داري فلا ينفذ التصرف».

(١) يراجع: «الأشباه والنظائر» للسيوطي (ص ٣٧٨). والمثور في القواعد للزرکشي (١/٣٧٧).

ومن هذا النص يتبين لنا أن في صحة تعليق الوكالة رأيين :
أولهما : وأصحهما في المذهب - أنه لا يصح تعليق الوكالة بشرط كسائر العقود، والظاهر أن هذا الرأي يرى أنها من قبيل التمليكات، والتمليكات لا يصح تعليقها، فإن علقها بشرط فسدت فإن وجد الشرط ينفذ تصرف الوكيل عندئذ لوجود الإذن، إلا إذا كان الإذن فاسداً.

ثانيهما : إنه يصح تعليقها، قياساً على الوصية^(١) والواضح أن هذا الرأي يرى أنها من الولايات والولايات - كالإيصاء والإمارة - لا يبطلها التعليق، وهذا رأي مرجوح في المذهب، نظراً للفرق بين الوكالة والوصية من حيث إن الأخيرة تقبل الجهالة فتقبل التعليق، والأولى لا تقبلها فلا تقبله.

وهذا التحليل لوجهة نظر كلا الرأيين من حيث إن من رآها من قبيل التمليكات لم يجز تعليقها، ومن رآها من قبيل الولايات أجاز ذلك، نستأنس في تقريره بالمذهب الحنفي حيث إن الطحاوي يرى أن الوكالة من قبيل التمليكات - فتح القدير (٢١٨/٥) - وربما نظر في هذا إلى أن عقد الوكالة يملك به الوكيل التصرف في الشيء الذي وكل بالتصرف فيه، أما كونها من قبيل الولايات فهذا أوضح؛ لأن عقد الوكالة يعطي للوكيل ولاية على التصرف في الأشياء التي حدد له الموكل التصرف فيها، إلا أن الشيخ عبد الرحمن الشربيني - هامش الفرر البهية (٣/١٨٠) - ينص على أن الوكالة من قبيل الولايات، وإن من الولايات ما يفسده التعليق ومنها ما لا يفسده حيث يقول: «التعليق في الوكالة وبقية الولايات مفسد إلا في الإيصاء والإمارات فلا يبطلها التعليق، ومن الأول النظر في الأوقاف، كما قاله السبكي لأنه ولاية».

النوع الثاني

عقود تقبل التعليق على الشروط

ويشمل هذا النوع عقد الوصية، ومن الولايات: الإيصاء والإمارة والالتزامات:

(١) الإمام السيوطي في «الأشباه والنظائر» جعل الوكالة مما لا يقبل التعليق (ص ٣٧٧) ولم يذكر خلافاً في هذا الحكم.

(أ) عقد الوصية:

من النص المتقدم^(١) تبين لنا أن عقد الوصية يقبل الجهالة - لكونه بطبيعته متوقفاً على موت الموصي، وموته غير معروف وقت تحققه - وإذا قبل الجهالة فإنه يقبل التعليق على الشرط مطلقاً، فإن تحقق الشرط وجدت الوصية وإن لم يتحقق لم توجد.

(ب) من الولايات:

الإيصال والإمارة:

جاء في «مغني المحتاج على متن المنهاج» (٧٢/٣) في «فصل الوصاية»: «ولو قال: أوصيت إليك إلى بلوغ ابني - فلان - أو - إلى قدوم زيد - مثلاً - فإذا بلغ - ابني أو قدم زيد - فهو الوصي جاز - هذا الإيصال، واغتفر فيه التأقيت في قوله: إلى بلوغ ابني أو قدوم زيد، والتعليق في قوله، فإذا بلغ أو قدم فهو الوصي... ويجوز فيه - أي: الإيصال - التوقيت... والتعليق - كإذا مت فقد أوصيت إليك - لأن الوصاية تحتل الجهالات والأخطار فكذا التوقيت والتعليق؛ ولأن الإيصال كالإمارة وقد أمر النبي ﷺ زيداً على سرية وقال: «إن أصيب زيد فجعفر وإن إصيب جعفر فعبد الله بن رواحة»^(٢).

ومن هذا النص يتبين لنا صحة تعليق الإمارة استناداً إلى هذا الحديث وهو نص في جواز تعليق الإمارة على الشرط؛ لأن الإصابة التي علق عليها الإمارة أمر محتمل الوقوع، والإمارة من عقود الولايات.

ومثل الإمارة الإيصال لأنه من قبيل الولايات أيضاً، فإذا علق الوصاية على قدوم زيد صح هذا التعليق فإذا تحقق الشرط أصبح وصياً، وإلا لا، وهذا بجانب أن الوصاية مثل الوصية تقبل الجهالات والأخطار، وإذا قبلت ذلك قبلت التعليق، والواضح من الأمثلة الواردة في الوصاية والإمارة أن الأمور التي علق عليها كل منهما أمور ملائمة، فإن تعليق وصايته على قدومه

(١) «مغني المحتاج شرح متن المنهاج» (٢٠٧/٢).

(٢) رواه البخاري سبق تخريجه آنفاً (ص ٩٣).

من السفر أمر ملائم لها، حيث لا تتحقق الرعاية المطلوبة إلا بحضوره ورعايته للموصى عليهم، وكذلك فإن تعليق الإمارة لشخص على إصابة القائد وعجزه عن القيام بمهام قيادته أمر ملائم لها، وأما تعليقها على الشرط غير الملائم، فيبدو أن المذهب يرى صحة ذلك لأن قوله: «الوصاية تحتل الجهالات والأخطار» يدل بعمومه على صحة تعليقها مطلقاً.

(ج) الالتزامات:

١ - منها الكفالة والضمان: جاء في «مغني المحتاج شرح متن المنهاج» (١٩٣/٢):

«فالأصح أنه لا يجوز تعليقهما - أي: الضمان والكفالة - بشرط - كإذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت ما على فلان أو تكفلت ببدنه؛ لأنهما عقدان فلا يقبلان التعليق كالبيع، والثاني: يجوز لأن القبول لا يشترط فيهما، فجاز تعليقهما كالطلاق، والثالث: يمتنع تعليق الضمان دون الكفالة؛ لأن الكفالة مبنية على الحاجة.

ومن هذا النص يتبين لنا أن في تعليق هذين العقدين على الشرط ثلاثة آراء:

الراي الأول:

إن الأصح في المذهب الشافعي عدم جواز تعليق الضمان والكفالة على الشرط، وحكمهما في ذلك حكم البيع.

وقد مثل صاحب مغني المحتاج لتعليق الضمان أو الكفالة بقوله: «إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت... إلخ» وهذا المثال ليس من قبيل شرط التعليق^(١)؛ لأن الشرط يقال لأمر مستقبل محتمل الوقوع، ومجيء رأس الشهر محقق الوقوع فهو من قبيل الإضافة إلى أجل، ويمكن أن يمثل له بما إذا قال: «إذا قدم ابني فقد ضمنت ما على فلان، أو تكفلت ببدن فلان»؛ لأن قدومه أمر محتمل الوقوع فيكون شرطاً لا أجلاً.

(١) أشار إلى هذا ابن القاسم في حاشيته «الغرر البهية» (١٦٠/٣).

الرأي الثاني:

إنه يجوز تعليق هذين العقدين على الشرط مطلقاً، وذلك لأن القبول لا يشترط فيهما، فجاز تعليقهما قياساً على الطلاق، ففي المقيس والمقيس عليه يستبد المتصرف بإيقاع تصرفه دون حاجة إلى قبول الطرف الآخر، وقد صح تعليق الطلاق على الشرط مطلقاً فيصح تعليق هذين العقدين عليه. والظاهر أن المراد من عدم اشتراط القبول فيهما أي: بالنسبة للمضمون له أو المكفول له (الدائن) وإلا لما استقام هذا التعليل، وذلك لأن عقد الضمان لا يشترط فيه رضا المضمون عنه (المدين) قطعاً ولا معرفته (على الأصح) قياساً على رضاه؛ لأنه يجوز للإنسان أن يتبرع بأداء دين غيره بغير إذنه ومعرفته، فالتزامه أداءه أولى بالجواز^(١). أما عقد الكفالة فإنه يشترط فيه رضا المكفول (المدين) ومعرفة الكفيل إياه - على الأصح - لأنه ليس لأحد إلزام غيره بالحضور إلى الحاكم بغير رضاه ومعرفته، أما بالنسبة للمضمون له أو المكفول له، فإنه لا يشترط قبولهما ولا رضاهما - على الأصح - لما جاء في «الصحيحين» أنه ﷺ أتى بجنابة فقال: «هل ترك شيئاً؟» قالوا: لا، قال: «هل عليه دين؟» قالوا: ثلاثة دنائير، فقال ﷺ: «صلوا على صاحبكم» قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعليّ دَيْنُهُ، فصلى عليه^(٢)، فقد صح الضمان ولم يتعرض لقبول ولا رضا في الحديث، ولكن يشترط معرفة كل منهما^(٣) - على الأصح - لتفاوت الناس في استيفاء الدين إن كان ضماناً، وفي الاستجابة للحضور إلى الحاكم إن كان كفالة.

الرأي الثالث:

ينص على أن تعليق الضمان بشرط لا يجوز، وأما الكفالة فإنه يجوز تعليقها، وقد بُني هذا الرأي هذه التفرقة على أن الكفالة مبنية على الحاجة والضمان ليس كذلك، وهذه التفرقة غير ظاهرة؛ لأن الحاجة إلى صحة تعليق الضمان قد تكون أشد فيه منها في الكفالة؛ لأن كفالة الأشخاص إنما تكون

(١) «الفرغ البهية» (١٥٦/٣)، و«مغني المحتاج» (١٨٦/٢ - ١٨٧).

(٢) حديث: «أنه ﷺ أتى بجنابة...» أخرجه أحمد (٢٩٦/٣) (١٤٢٠٥ و ١٤٢٠٦)، وأبو داود (٢٩٥٦)، والنسائي (٦٥/٤)، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

(٣) «مغني المحتاج على متن المنهاج» (١٨٥/٢ - ١٩٢).

من أجل ما عليهم من حقوق وأموال فإذا ضمن المال فقد حقق الغرض بطريق مباشر، وإذا كفل الشخص فقد قارب منه، ولا شك أن الحاجة إلى تحقيق الغرض مباشرة أشد من الحاجة إلى تحقيق ما يقربنا من تحقيقه.

صحة تعليق الضمان على شرط ملائم:

إن القول بعدم صحة تعليق الكفالة والضمان على الشرط مطلقاً وهو الأصح في المذهب وكذا القول بعدم صحة تعليق الضمان دون الكفالة لا يستقيم مع ما نص عليه المذهب من صحة تعليق الضمان على شرط ملائم، كما لو قال: إن خرج المبيع مستحقاً أو معيباً، أو ناقصاً فأنا ضامن لذلك... . جاء في «مغني المحتاج على متن المنهاج» (١٨٧/٢) ما يأتي: «وصح في القديم ضمان ما سيجب، والمذهب صحة ضمان الدرك بعد قبض الثمن، وهو أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو معيباً، أو ناقصاً لنقص الصنجة^(١) فهذا الشرط الذي علق عليه عقد الضمان ملائم لمقتضى العقد؛ لأنه علقه على أمر هو سبب لوجوب الضمان، حيث إنه يجب بأحد هذه الطرق، فتعلق الضمان عليه تعليق على أمر ملائم لمقتضى العقد فكان صحيحاً.

تعليق الكفالة:

ويمكن أن يقاس على هذا تعليق الكفالة على شرط ملائم لها، كقدوم المكفول في قوله: «إن قدم فلان من سفره فأنا به كفيل» فإن التزامه بإحضاره إلى الحاكم لا يكون ميسوراً إلا بعد قدومه من سفره؛ ولأن قدومه يكون وسيلة إلى الأداء فكان ملائماً لمقتضى العقد، وهذا بالإضافة إلى الرأيين اللذين يقضيان بصحة تعليق الكفالة على الشرط مطلقاً.

* ويخلص لنا مما تقدم أن تعليق الضمان على شرط ملائم يجوز عند الشافعية كما يجوز عند الحنفية، وكما هو ظاهر مذهب المالكية، وكذلك يمكن القول بجواز تعليق الكفالة على شرط ملائم - قياساً على الضمان، كما سبق أن بينا جوازه عند الحنفية والمالكية.

(١) «الغرر البهية» (١٥٢/٣). والصَّنْجَةُ: صَنْجَةُ الميزان ما يوزن به، مُعَرَّبٌ، ولا تقل: سَنْجَةٌ. الصحاح.

وأما تعليق الضمان والكفالة على شرط غير ملائم فيمكن أن تجري فيه الآراء الثلاثة الواردة في المذهب والمبينة آنفاً، حيث لم يصرح فقهاء الشافعية - فيما اطلعت عليه من كتب - بصور لهذا الشرط، غير الصورة الواردة «إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت... أو تكفلت... إلخ» وهي صورة للإضافة إلى أجل وليست لشرط التعليق، كما بينا آنفاً، وهي بهذه الكيفية لا تلائم العقد.

تعليق على آراء الشافعية في حكم تعليق

العقود على الشروط

ويخلص لنا مما تقدم النتائج التالية:

(أ) أن التمليكات الخالصة لا تقبل التعليق على الشرط في المذهب الشافعي، كان الشرط ملائماً أو غير ملائم، كان العقد معاوضة مال بمال أو مال بمنفعة أو مال بما ليس بمال ولا منفعة أو كان عقد تبرع عدا الوصية.

وأما التمليكات التي يشوبها معنى آخر كما في الوكالة فإنها لا تقبل التعليق أيضاً على الشرط على الأصح في المذهب ترجيحاً لجانب التملك على جانب الولاية؛ أي: ترجيحاً للمانع على المبيح.

وقد بني المذهب عدم صحة تعليق التمليكات على الشرط على أن هذه العقود تقتضي نقل الملك في الحال وأنها ليست مبنية على التغليب والسراية، كما أن التعليق يؤدي إلى الغرر، وواضح من الشق الأول من هذا التعليق أن المذهب الشافعي يرى أن التعليق على الشرط يناقض مقتضى العقد؛ لأن العقد يقتضى نقل الملك في الحال، والتعليق يؤخره إلى حين تحقق الشرط - إن تحقق - وهذا يناقض مقصود العقد، بخلاف ما إذا كان العقد لا يترتب عليه نقل الملك في الحال كالوصية، فإنه حينئذٍ يصح تعليقه، كما أنه يرى أن التصرفات المبنية على التغليب والسراية كالعق، أمور تخرج عن هذا التعليل، وذلك لأنها تصرفات يتشوف الشارع إلى وقوعها فكان تعليقها على الشرط مطلقاً صحيحاً تحقيقاً لرغبة الشارع في إيقاعها^(١).

(١) وستناول مناقشة هذه الأدلة عند مقارنة آراء المذاهب.

(ب) علة منع التعليق عند الشافعية:

مما تقدم يتبين لنا أن علة منع التعليق عند الشافعية «بجانب كونه يؤدي إلى الغرر» تدور حول شيئين:

١ - منافاة التعليق لمقصود العقد، فإذا وجدت هذه العلة لم يصح التعليق كما في عقود التمليكات (عدا الوصية والإيصاء لعدم المنافاة نظراً لطبيعة العقد).

٢ - احتياج العقد إلى قبول من الطرف الآخر، فإذا كان متوقفاً على القبول لم يصح كما في عقود التمليكات، والوكالة على الأصح.

أما إذا لم يتوقف على قبول من الطرف الآخر ولم يناف تعليقه مقصود العقد فإنه يصح تعليقه كما في الإسقاطات^(١) والالتزامات، والتقييدات.

أما التصرفات التي تتأرجح بين كون التعليق ينافي المقصود منها، أو لا ينافي باعتبار تكييفها: هل هي تمليك يترتب عليه نقل الملك في الحال أو ولاية أو إسقاط مما لا يترتب عليه ذلك؟ فقد اختلف المذهب في صحة تعليقها كالوكالة (هل هي تمليك أم ولاية؟) والإبراء - هل هو تمليك أم إسقاط؟.

أما الإمارة فقد جاز تعليقها بنص الحديث، فلم يجر فيها الخلاف الذي جرى في الوكالة إلا أنها تفرق عنها من حيث إن الوكالة ولاية خاصة، تتعلق بشخص أو بشيء معين، والإمارة ولاية عامة.

(ج) وأخيراً قد رأينا أن بعض فقهاء المذهب لا يفرق بين التعليق والإضافة، ويعبر بالتعليق عن الأمرين معاً.

ولعل مرد هذا إلى أن كلاهما يترتب عليه حكم واحد في المذهب الشافعي، وهو تأخير الحكم إلى حين تحقق الشرط في التعليق، ومجيء الوقت في الإضافة، أما العقد فإنه ينعقد بصيغة التعليق سبباً للحكم في الحال كما سبق إن أوضحناه.

(١) «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٣٧٦ - ٣٧٨).

المبحث الرابع

تعليق العقود على الشرط في مذهب الحنابلة

ونجعل العقود من حيث قبولها للتعليق على شرط مستقبل وعدم قبولها في نوعين:

النوع الأول: عقود لا تقبل التعليق على الشرط.

النوع الثاني: عقود تقبل التعليق على الشرط.

ونوضح كلا النوعين فيما يأتي:

النوع الأول

عقود لا تقبل التعليق على الشرط

ويندرج تحت هذا النوع عقود المعاوضات، وعقود التبرعات التي يترتب عليها نقل الملك في حياة المتبرع.

(أ) عقود المعاوضات:

١ - منها عقود المبادلات المالية:

مثل عقد البيع، وفي صحة تعليقه روايتان.

الرواية الأولى: عدم صحة تعليقه: جاء في «الشرح الكبير» (٤/٦٦) (١)

عند بيانه لأنواع الشروط الفاسدة ما يأتي:

«الثالث أن يشترط شرطاً يعلق البيع كقوله: بعتك إن جثتني بكذا أو إن

رضي فلان، فلا يصح البيع؛ لأنه علق البيع على شرط مستقبل فلم يصح كما

لو قال بعتك إذا جاء رأس الشهر».

(١) ويراجع: «كشاف القناع» (٤١/٢).

ومن هذا النص يتبين لنا أن تعليق البيع على شرط مستقبل يفسد البيع عند الحنابلة سواء كان هذا التعليق على رضا الغير، أو على أمر آخر وذلك لأنه عقد معاوضة وهو يقتضي نقل الملك حال العقد والشرط يمنعه .

أما لو علقه على أمر ماض أو أمر حاضر فإنه يصح العقد؛ لأن تعليقه على ذلك يكون تنجيزاً، وكذلك لو علقه على مشيئة الله تعالى كقوله: «بعت إن شاء الله أو قبلت إن شاء الله» وذلك لأن القصد منه التبرك لا التردد غالباً^(١) وهذا الرأي هو السائد في كتب المذهب .

الرواية الثانية: صحة تعليق البيع على شرط مستقبل:

جاء في بعض كتب المذهب أنه قد روي عن الإمام أحمد القول بصحة تعليق البيع على شرط مستقبل .

ففي كتاب الفروع وتصحيحه (٤٨٤/٢): «القسم الثاني فاسد يحرم اشتراطه كتعليقه بشرط نحو: بعتك إن حبوتني بكذا، أو رضي زيد، فلا يصحان، وعنه صحة عقده، وحُكي عنه صحتهما...». ومثله ما جاء في معونة أولي النهى .

* وقد نفى ابن تيمية ما روي عن الإمام أحمد من القول بعدم صحة تعليق البيع قائلاً في كتاب العقود (ص ٢٢٧): «وذكرنا عن أحمد نفسه جواز تعليق البيع بشرط ولم أجد عنه ولا عن قدماء أصحابه نصاً بخلاف ذلك بل ذكر من ذكر من المتأخرين: أن هذا لا يجوز، كما ذكر ذلك أصحاب الشافعي واحتجت الطائفتان على ذلك بأن هذا غرر...» ثم أخذ يفند أدلة المانعين^(٢) .

ومنها عقد الإجارة: فقد صرح صاحب كشف القناع (٢/٢٩٠): بأنه لا يصح تعليق الإجارة على الشرط، ومثلها من عقود المعاوضات: المساقاة والمزارعة .

(١) منتهى الإرادات هامش «كشف القناع» (٢/٣٧)، ومعونة أولي النهى (٤/٩٢).

(٢) سنتناول هذا عند مناقشة الأدلة .

٢ - عقود هي مبادلة مال بما ليس بمال:

منها عقد النكاح:

نص المذهب الحنبلي على عدم صحة تعليقه على شرط مستقبل وجواز تعليقه على شرط ماضٍ أو حاضر، أو على مشيئة الله تعالى كما أوضحنا ذلك في عقد البيع.

جاء في «كشاف القناع»^(١) (٥٦/٣) عند بيان الشروط الفاسدة التي تفسد عقد النكاح ما يأتي: «أو علق ابتداءه - أي: النكاح - على شرط - مستقبل - غير مشيئة الله، كقوله: زوجتك - ابنتي أو نحوها - إذا جاء رأس الشهر أو إذا رضيت أمها أو - إذا - رضي فلان أو - زوجتكها على - ألا يكره فلان، فسد العقد - لأنه عقد معاوضة فلا يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع؛ ولأن ذلك وقف للنكاح على شرط ولا يجوز وقفه على شرط ويصح زوجت وقبلت إن شاء الله وتعليقه على شرط ماضٍ أو حاضر».

ولم أعثر على خلاف في هذا الحكم، ولعل مرد هذا هو الحيطة اللازمة في عقد له خطورته وآثاره البعيدة المدى وهو عقد النكاح.

(ب) عقود التبرعات:

ونتناول فيما يلي عقود التبرعات التي تقتضي نقل الملك أثناء حياة المتبرع كالوقف والهبة والصدقة.

عقد الوقف: للمذهب الحنبلي في صحة تعليق الوقف على شرط

روايتان:

الرواية الأولى: وهي الراجحة في المذهب أنه لا يصح تعليق الوقف على شرط مستقبل، وقد نص على ذلك ابن قدامة في الشرح الكبير^(٢) (٦/١٦٨) حديث يقول: «لا يصح تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فداري وقف أو فرسي حبيس أو إذا ولد لي ولد، أو إذا قدم غائب ونحو ذلك ولا نعلم في هذا خلافاً؛ لأنه نقل للملك فيما لم

(١) «المغني» (٤٥١/٧).

(٢) ومثله «المغني» (٢٢١/٦).

بين على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه على شرط في الحياة كالهبة».

(فصل) فأما إذا قال: هو وقف بعد موتي فظاهر كلام الخرقى أنه يصح ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا وهو ظاهر كلام أحمد وقال القاضي: لا يصح هذا لأنه تعليق للوقف على شرط فلم يصح كما لو علقه على شرط في حياته...».

* ومن هذا النص يتبين لنا أن الخلاف في صحة تعليق الوقف على شرط مستقبل إنما هو فيما إذا علقه على موته، ونظراً إلى أن التعليق على الموت لا يعتبر تعليقاً على شرط، وإنما يعتبر إضافة إلى أجل لأنه محقق الوقوع، فإننا لا نتعرض لما ورد في هذه الصورة من خلاف.

أما إذا علقه على شرط في الحياة - كقدوم غائب أو ولادة ولد - وهذا هو الشرط حقيقة، فإن المذهب يقرر عدم صحة تعليقه على ذلك؛ لأن الوقف نقل للملك فيما لم بين على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه كالهبة.

الرواية الثانية: الظاهر من نصوص المذهب أن الخرقى وبعض المتأخرين من الحنابلة يقولون بصحة تعليق الوقف على شرط في الحياة كما في صحة إضافته إلى الموت، فقد جاء في «المغني» (٦/٢٢٠): «وقال أبو الخطاب قول الخرقى هذا يدل على جواز تعليق الوقف على شرط».

كما جاء في (ص ٢٢١) من نفس المرجع: «وسوى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت، وتعليقه بشرط في الحياة، ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا». وهو يشير بهذا إلى ما جاء في (ص ٢٢٠) عند استدلاله على صحة تعليق الوقف على الموت من قوله: «ولأن هذا تبرع معلق بالموت فصح كالهبة والصدقة المطلقة، أو نقول صدقة معلقة بالموت، فأشبهت غير الوقف، ويفارق هذا التعليق على شرط في الحياة، بدليل الهبة المطلقة والصدقة وغيرهما؛ وذلك لأن هذا وصية والوصية أوسع من التصرف في الحياة بدليل جوازها بالمجهول، والمعدوم، وللمجهول، وللحمل وغير ذلك وبهذا يتبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط».

فالراجح في المذهب هو عدم صحة تعليق الوقف على شرط في الحياة، أما قياس ذلك على صحة إضافته إلى أجل هو الموت، فإن المذهب يوضح أن إضافة الوقف إلى الموت تجعله كالوصية، والوصية أوسع من التصرفات

التي ترتب عليها أحكامها في الحياة حيث تصح الوصية بالمجهول والمعدوم وللمجهول وللحمّل فيكون صحيحاً دونه، ويمكن أن نضيف إلى ذلك فارقاً آخر، وهو أن إضافة الوقف إلى الموت إضافة إلى أمر محقق الوقوع فيكون هذا أجلاً، أما تعليقه على شرط في الحياة محتمل الوقوع فإنه يكون تعليقاً على شرط، فقياس هذا على ذلك لا يصح للزوم أن يكون المقيس مطابقاً للمقيس عليه حتى ينتقل حكمه إليه.

ومنها الهبة^(١): وقد تبين لنا مما تقدم في عقد الوقف أن الهبة لا يصح تعليقها على شرط مستقبل - لأنها تملك لمعين في الحياة كالبيع، أما تعليقها على أمر حاضر أو ماضٍ فإنه يكون صحيحاً؛ لأنه تنجيز وليس تعليقاً، وقد حمل المذهب قوله عليه الصلاة والسلام لأُم سلمة: «إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك»^(٢) على أنه وعد وليس تعليقاً للهبة على شرط.

النوع الثاني

تصرفات يصح تعليقها على الشرط

ويتناول هذا النوع عقد الوصية، والالتزامات، ثم الولايات، ونوضح ذلك فيما يلي:

(أ) عقد الوصية:

يصح في المذهب الحنبلي تعليق الوصية على شرط مستقبل؛ لأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت، ولا يترتب عليها تملك في الحال،

(١) جاء في «كشاف القناع» (٧٤/٢): «أنواع الهبة صدقة وهدية ونحلة وهي العطية ومعانيها متقاربة وكلها تملك في الحياة بلا عوض».

(٢) نفس المرجع (٤٧٩/٢): «ولا يصح تعليقها - أي: الهبة - على شرط مستقبل كإذا جاء رأس الشهر أو قدم فلان فقد وهبتك كذا، قياساً على البيع وقوله ﷺ لأُم سلمة في الحلة المهداة إلى النجاشي: «إن رجعت إلينا فهي لك» قال التعليق على معنى العدة، وخرج بالمستقبل الماضي والحال فلا يمنع التعليق عليه الصحة، وإن كانت ملكي ونحوه فقد وهبتكها فتصح - غير الموت فيصح تعليق العطية به وتكون وصية أيضاً. ويراجع: «المغني» (٢٥٢/٦)، و«منتهى الإرادات» (٥٣١/٢)، هامش «كشاف القناع».

فتعليقها على الشرط لا ينافي حقيقة العقد. جاء في «المغني»^(١):

«وتصح الوصية مطلقة ومقيدة، فالمطلقة أن يقول: إن مت فثلثي للمساكين أو لزيد، والمقيدة أن يقول: إن مت من مرضى هذا أو في هذه البلدة، أو في سفري هذا فثلثي للمساكين، فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة، ثم مات بطلت الوصية المقيدة وبقيت المطلقة».

وواضح من هذا النص أن بطلان الوصية المقيدة في هذه الأمثلة إنما هو لعدم تحقق الشرط. والموت من هذا المرض، أو في هذه البلدة، أو في هذا السفر ليس أمراً محقق الوقوع، وإنما هو أمر محتمل الوقوع لذا كان هذا تعليقاً للوصية على شرط، والوصية وإن كانت مضافة إلى ما بعد الموت بحقيقتها إلا أن تقييد الموت بوصف معين جعله شرطاً، إن تحقق هذا الوصف صحت الوصية وإن لم يتحقق لم تتحقق الوصية، وكذلك لو علق الوصية لشخص على قدومه، فإنه يصح هذا التعليق وتكون له الوصية إذا تحقق الشرط وإن لم يتحقق بطلت الوصية.

(ب) الالتزامات منها الضمان والكفالة:

نص المذهب الحنبلي على أن تعليق الضمان والكفالة على الشرط صحيح، ولكن يتبين من الصور الواردة للشرط الذي صح تعليقهما عليه أن هذا الشرط يكون ملائماً للعقد، أي: أن الأمر الذي علق عليه العقد كان سبباً لظهور الحق أو وجوبه - إن كان ضماناً - أو وسيلة إلى الأداء إن كان كفالة،

(١) «المغني» (٢٨/٦) وجاء في «الشرح الكبير» (٦٠/٦):

مسألة: وإن أوصى لرجل بشيء ثم قال: إن قدم فلان فهو له، فقدم في حياة الموصي له فهو له؛ لأنه جعله له بشرط قدومه وقد وجد الشرط وإن قدم بعد موت الموصي فهو للأول في أحد الوجهين؛ لأنه لما مات قبل قدومه انتقل إلى الأول لعدم الشرط في الثاني وقدم الثاني بعد ملك الأول له وانقطاع حق الموصي منه فيبقى للأول، ذكره القاضي وفي الوجه الثاني هو للقادم؛ لأنه مشروط له بقدومه فأشبه ما لو قال: إن حملت نخلتني بعد موتي فهو لفلان فحملت بعد موته فإنه يستحق حملها بعد ملك الورثة لأصلها».

ومن أمثلة تعليق الضمان أن يقول: متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمنت لك الثمن أو متى خرج معيباً فقد ضمنت لك أرش العيب، وعكس هذا ما لو ضمن الثمن الواجب قبل تسليمه إن استحق أو ظهر به عيب، ومثل ضمان العهدة ما لو خاف المشتري فساد البيع بغير استحقاق المبيع كدعوى البائع صغراً أو إكراهاً...، أو شك في كمال الوزن أو المكيال فضمن ذلك فإنه يصح. وقد بين المذهب أن صحة هذا الضمان دعت إليه الحاجة إلى التعامل مع من لا يعرف حاله، وإن لم يصح ذلك لامتنتت المعاملات مع هؤلاء، وفي هذا ضرر عظيم رافع لأصل الحكمة التي شرع البيع من أجلها^(١).

ومن أمثلة تعليق عقد الكفالة على شرط ما أورده صاحب كشف القناع (١٨١/٢): «أو كفل بإنسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بآخر - وعينه - أو - فهو - ضامن ما عليه - من المال صحت الكفالة؛ لأن تعليق الكفالة والضامن على شرط صحيح يصح كضمان العهدة».

(١) «ويصح ضمان عهدة بائع لمشتري بأن يضمن - الضامن - عنه - أي: عن البائع - الثمن متى خرج المبيع مستحقاً، أو رد - المبيع - بعيب أو - يضمن - أرش العيب. ويصح ضمان العهدة عن مشتري لبائع بأن يضمن الثمن الواجب قبل تسليمه أو - يضمن الثمن - إن ظهر به عيب، أو استحق، فضمان العهدة في الموضوعين ضمان الثمن - كله - أو بعضه عن أحدهما للآخر - وهو صحيح عند جماهير العلماء؛ لأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة وهي ثلاثة، الشهادة والرهن والضمان.

فالأولى لا يستوفي منها الحق، والثانية ممنوعة؛ لأنه يلزمه حبس الرهن إلى أن يؤدي وهو غير معلوم - فيؤدي إلى حبسه أبداً فلم يبق غير الضمان؛ ولأنه لو لم يصح لامتنتت المعاملات مع من لا يعرف، وفيه ضرر عظيم رافع لأصل الحكمة التي شرع البيع لأجلها، وألفاظ ضمان العهدة: ضمنت عهدة، أو ثمنه أو دركه، أو يقول الضامن لمشتريه ضمنت خلاصك منه أو متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمنت لك الثمن...

ولو خاف المشتري فساد البيع بغير استحقاق المبيع كدعوى البائع صغراً أو إكراهاً أو نحوهما - أو خاف أحدهما - كون العوض معيباً، أو شك المشتري - في كمال الصنعة التي تسلم بها المبيع، وكذا المكيال - أو شك البائع في جودة جنس الثمن فضمن الضامن ذلك صريحاً صح - ضمان له - كضمان العهدة؛ لأنه يرجع إليه.

وفي (ص ١٧٨) من نفس المرجع: «ويصح ضمان الجعل في الجعالة و - الجعل - في المسابقة و - الجعل - في المفاضلة - ولو قبل العمل - لأنه - أي: الجعل - يؤول إلى اللازم إذا عمل العمل».

فتعليق الكفالة أو الضمان في هذا المثال على عدم الوفاء بإحضار الشخص المكفول به تعليق على شرط صحيح كما عبر عنه النص، وهذا التعبير يفيد أنه قد يكون الشرط غير صحيح وحينئذ فلا يصح تعليقهما عليه، وبتتبع الأمثلة الواردة للشرط الصحيح نجد أن هناك ارتباطاً بين الشرط والعقد الذي علق عليه عقد الضمان أو عقد الكفالة سواء كان استحقاقاً للمبيع أو الثمن أو ما يشبههما، أو كان عدم الوفاء بإحضار المكفول به، وكل ذلك مما يلائم العقد ويناسبه فكان صحيحاً.

ويمكننا أن نقول بناء على ذلك أن الشرط غير الصحيح هو الذي لا يتصل بالحق المضمون أو الشخص المكفول به، بأن لم يكن سبباً لظهور الحق أو وجوبه أو وسيلة إلى الأداء - كما نص عليه الحنفية.

(ج) الولايات: ومنها الإمارة والوصاية والوكالة والمضاربة:

جاء في «الشرح الكبير» (٥٨٢/٦) ما يأتي: «فصل» إذا قال: أوصيت إلى زيد فإن مات فقد أوصيت إلى عمرو صح ذلك رواية واحدة، ويكون كل واحد منهما وصياً إلا أن عمراً وصي بعد زيد؛ لأن النبي ﷺ قال في جيش مؤتة: «أميركم زيد فإن قتل فأميركم جعفر فإن قتل فأميركم عبد الله بن رواحة»^(١) والوصية في معنى التأمير، وكذلك إن قال: أوصيت إليك فإذا كبر ابني كان وصي صح لذلك، وإذا كبر ابنه صار وصيه، ومثله لو قال: أوصيت إليك فإذا تاب ابني من فسقه أو قدم من غيبته أو صح من مرضه أو اشتغل بالعلم أو صالح أمه أو رشد فهو وصي، صحت الوصية إليه، ويصير وصياً عند وجود هذه الشروط.

١ - صحة تعليق الإمارة على شرط:

حديث رسول الله عليه الصلاة والسلام هنا نص في جواز تعليق الإمارة على شرط مستقبل، وقد سبق أن بينا أن تعليق إمارة جعفر على قتل زيد في هذه المعركة وتعليق إمارة عبد الله بن رواحة على قتل جعفر في هذه المعركة

(١) حديث «أميركم زيد...» سبق تخريجه (ص ٩٣).

تعليق على شرط، وليس إضافة إلى أجل - كالموت - لأنه مقيد بالقتل في هذه المعركة وقد يقتل فيها فيتولى الآخر الإمارة وقد لا يقتل ويظل قائداً وأميراً حتى يعود الجيش، فلبُّ الشرط وهو كونه أمراً محتمل الوقوع موجود في هذا الأمر.

ولما صح تعليق الإمارة على شرط وهي ولاية قاس المذهب عليها عقود الولايات كالوصاية والوكالة والمضاربة؛ لأن هذه العقود يترتب عليها ثبوت الولاية على الغير والإذن له بالتصرف في شؤونه، إلا أنها في الإمارة ولاية عامة وفي الآخرين ولاية خاصة.

٢ - صحة تعليق الوصاية على شرط:

قد أوضح النص المتقدم أن تعليق الوصاية على الشرط صحيح؛ لأنها في معنى التأمير فلو قال: أوصيت إليك فإذا كبر ابني كان وصيي صح ذلك... إلى آخر الأمثلة المذكورة آنفاً والتي نأخذ منها ثلاثة أحكام:

الحكم الأول: صحة تعليق عزل الوصي عن الوصاية على شرط فإن الشرط إذا تحقق وهو كبر الابن، أو توبته أو قدومه من غيبته أو برؤه من مرضه أو اشتغاله بالعلم أو مصالحته لأمه... انعزل الوصي، وإذا لم يتحقق الشرط لم ينعزل وظل وصياً.

الحكم الثاني: صحة تعليق الوصاية على شرط مستقبل؛ لأن الأمر الذي علق عليه عزل الوصي هو في نفس الوقت الأمر الذي علق عليه تولية الابن وصياً، فإذا تحقق الشرط أصبح وصياً وإذا لم يتحقق لم يتول الوصاية وظل الأول وصياً على حاله.

الحكم الثالث: صحة تعليقهما على أمر ملائم أو غير ملائم.

كما يتضح من هذه الأمثلة أن الشرط الذي علقت عليه الوصاية أو عزل الوصي يصح أن يكون أمراً ملائماً لها ككبر الابن المراد توليه الوصاية أو رشده أو قدومه من غيبته...، ويصح أن يكون أمراً غير ملائم لها كاشتغاله بالعلم فإن الاشتغال به أمر خارج عن حقيقة عقد الوصاية، حيث يتولاها العالم وغيره، وهذا بخلاف كبره أو رشده حيث لا يتولاها صغير أو سفيه -

أو قدومه من سفره حيث إن غيبته تتعارض مع ما يوجبها العقد من رعاية شؤون القاصر.

٣ - صحة تعليق الوكالة:

جاء في «أعلام الموقعين» لابن القيم (٢٨٤/٣): «المثال الرابع والخمسون: «يصح تعليق الوكالة بالشرط كما يصح تعليق الولاية بالشرط كما صحت به السنة، بل تعليق الوكالة أولى بالجواز، فإن الولي وكيل وكالة عامة، فإنه إنما يتصرف نيابة على الولي فوكالته أعم من وكالة الوكيل في الشيء المعين، فإذا صح تعليقا فتعلق الوكالة الخاصة أولى بالصحة.

كما جاء في «كشاف القناع» (٣٢/٢): «وتصح (أي: الوكالة) أيضاً - معلقة بشرط نحو إذا قدم الحاج فافعل كذا أو إذا جاء الشتاء فاشتر لنا كذا، أو إذا طلب أهلي منك شيئاً فادفعه إليهم أو إذا دخل رمضان فقد وكلتك في كذا أو فأنت وكيلني ونحوه - كوصية وإباحة أكل وقضاء وإمارة».

وواضح من هذين النصين أن تعليق الوكالة على الشرط صحيح عند الحنابلة قياساً على صحة تعليق الإمارة، والقضاء والوصية وإباحة الأكل.

غير أن الأمثلة التي أوردتها كتب المذهب تندرج تحت الإضافة إلى أجل ولا يدخل منها تحت التعليق إلا قوله: «إذا طلب أهلي منك شيئاً فادفعه إليهم» فإن طلبهم أمر محتمل الوقوع فكان شرطاً، أما قدوم الحاج فله تاريخ معروف محقق الوقوع وكذلك مجيء الشتاء أو دخول رمضان فكان لذلك أجلاً^(١) لا شرطاً.

٤ - صحة تعليق المضاربة:

أجاز الحنابلة أيضاً تعليق عقد المضاربة قياساً على عقد الوكالة بجامع أن في كل منهما إذناً في التصرف في ماله.

جاء في «كشاف القناع» (٢٦٢/٢ - ٢٦٣):

(١) ويتبين من هذا أن كثيراً من الفقهاء لا يفرقون بين الأجل والشرط كما رأينا في مذهب الشافعية حيث إن البعض لم يفرق بينهما والبعض الآخر لاحظ هذا وقد أشرنا إلى هذا في موضعه.

«ويصح تعليقها - أي: المضاربة، ولو على شرط مستقبل كإذا جاء رأس الشهر فضارب بهذا على كذا؛ لأنه أذن في التصرف فجاز تعليقه كالوكالة والمنصوص عن الإمام - و - يصح - بع - هذا العرض وما حصل من ثمنه فقد ضاربتك به؛ لأنه وكيل في بيع العرض فإذا باعه صار الثمن في يده أمانة أشبه ما لو كان المال عنده وديعة، أو قال رب الوديعة قبض وديتي من زيد أو منك وضارب بها - أو قال رب الدين. قبض - ديني - من فلان - وضارب به صح؛ لأنه وكله في قبض الدين أو الوديعة، وعلق المضاربة على القبض وتعليقها صحيح».

وواضح من هذا النص أنه لو علق المضاربة على قبض ثمن ما وكله ببيعه أو على قبض الوديعة من شخص معين، أو على قبض دين معين، فإنه يصح هذا التعليق؛ لأن المضاربة يصح تعليقها على الشرط كالوكالة. والتعليق في هذه الصور الواردة في النص من صور التعليق دلالة حيث لم يصرح فيه بأداة الشرط، ولكنه مفهوم من مدلول الكلام، كأنه قال: إن بعث هذه السلعة فقد ضاربتك بثمنها - أو إن قبضت وديعتي أو ديني فضارب به وقد صرح النص باعتباره تعليقاً.

خلاصة وتعليق

على رأي الحنابلة في حكم تعليق العقود بشرط

ويمكننا أن نستخلص مما تقدم النتائج التالية:

(أ) للمذهب في صحة تعليق التمليكات على شرط مستقبل رأيان:

الرأي الأول: وهو الراجح - أن الحنابلة لا يجيزون تعليق العقود التي يترتب عليها التملك في الحال على شرط مستقبل سواء أكانت عقود معاوضة أم عقود تبرع، وسبب عدم صحة تعليق هذه التصرفات أنها وضعت لإفادة الملك في الحال، فإذا صدرت معلقة على شرط كانت هناك منافاة بين ما تقتضيه من نقل الملك في الحال من المتصرف إلى المتصرف إليه وبين ما يترتب على تعليقها من تعليق هذا الحكم على حدوث أمر في المستقبل محتمل الوقوع قد يقع وقد لا يقع. فبعد أن كان الحكم وهو نقل الملك ناجزاً،

أصبح غير ناجز بل أصبح متردداً بين الوجود وبين العدم فيكون غرراً^(١) والغرر منهى عنه فيكون التعليق مفسداً لهذه التصرفات.

الرأي الثاني: يصح تعليق بعض التمليكات على شرط على رأي في المذهب كما في البيع، وقد سبق أن بينا ما روي عن الإمام أحمد من صحة تعليق عقد البيع على شرط وأن ابن تيمية نفى^(٢) أن لأحمد ولقدمات أصحابه رأياً يخالف هذا. وفي الوقف: أوضحنا أن الخرقى وبعض المتأخرين من علماء الحنابلة يقول بجواز تعليق الوقف على شرط في الحياة.

وهذا الرأي الذي يقضى بجواز تعليق بعض عقود التمليكات يجعل العلة التي بني المذهب عليها قوله بعدم صحة تعليق هذه العقود غير مطردة ويؤثر في التمسك بها.

(ب) أجاز المذهب تعليق الالتزامات، والولايات، والوصية على الشرط على التفصيل الذي أوردناه آنفاً.

(١) كتاب «العقود» لابن تيمية (ص ٢٢٧).

(٢) المرجع السابق.

تعليق العقود على الشرط في المذهب الزيدي

نضع فيما يلي العقود من حيث قبولها للتعليق وعدم قبولها في نوعين أيضاً، عقود لا تقبل التعليق على الشرط، وعقود تقبله:
النوع الأول: العقود التي لا تقبل التعليق:
وينحصر هذا النوع في عقود المعاوضات وبعض عقود التبرعات (الهبة).

(أ) عقود المعاوضات:

وهي إما معاوضات مالية، أو غير مالية.

الأولى: عقود المعاوضات المالية:

ومنها عقد البيع: نص المذهب الزيدي^(١) على أن تعليق عقد البيع على شرط مستقبل على جهة الدوام يفسده مثل أن يقول: بعت منك كذا إن جاء زيد أو إذا جاء أو متى جاء أو إذا أعطيتني الثمن فقد بعت منك.

أما إذا علق العقد على أمر ماض أو حال فإنه يصح معه العقد، كما لو قال: بعت منك هذا إن كان في ملكي، أو إن كنت ابن فلان، أو إذا كان قد حصل كذا» فإن انكشف حصول ذلك الشرط ثبت البيع، وإلا بطل العقد، وإن التبس فالبينة على المشتري، وإلا حلف البائع على القطع ما يعلم أنه ابن فلان مثلاً، وإلا بطل العقد حيث لا بينة ولا يمين.

(١) «التاج المذهب» (٢/٣٦٥ - ٣٦٦) (ط - أ - م الحلبي) مع ملاحظة أن المذهب أيضاً يدرج أمثلة الأجل الواقف ضمن أمثلة شرط التعليق، الشرط الواقف - راجع: «المتزعة المختارة» (٧/٣).

التعليق على علم الله تعالى :

والتعليق على علم الله يعتبر تعليقاً على أمر حال، كما لو قال: إن علم الله أنه يقدم زيد يوم كذا فقد بعث منك، فإذا قدم زيد في ذلك اليوم انكشف صحة البيع؛ لأن علم الله سابق لا لاحق، ولا يتوهم حصوله في الاستقبال.

التعليق على مشيئة الله تعالى :

لو علق البيع على مشيئة الله تعالى - كما لو قال: بعث منك هذا بكذا إن شاء الله - لم يصح البيع إلا إذا كان مضطراً؛ لأن الله تعالى يشاؤه في حالة الاضطرار، فيكون حينئذٍ تعليقاً على أمر حاصل وموجود، بخلافه في غير حالة الاضطرار.

ومنها عقد الإجارة: تعليق الإجارة على شرط مستقبل لا يصح عند الزيدية، وذلك لأن التعليق يؤدي إلى الغرر فأشبهه بيع الطير في الهواء^(١)، أما تعليق الأجرة فإنه يصح كأن يستأجر شخصاً لعرض سلعة للمؤجر مدة كذا، فإن باعها كان له كذا، وإلا فلا شيء له، صح ذلك، فإن تحقق الشرط استحق الأجرة وإلا لم يأخذ شيئاً.

والواضح في هذه الصورة أن عقد الإجارة قد صدر ناجزاً - صحيحاً أو فاسداً - وإن المعلق هو الأجرة - وهذا يغاير موضوعنا، لأننا نبحت تعليق العقد نفسه على شرط في المستقبل، وهذا ليس منه؛ لأنه يعتبر شرطاً مقترناً بالعقد، كأنه قال استأجرك لعرض هذه السلعة في السوق مدة كذا بأجر هو كذا بشرط ألا تستحق الأجرة إلا بعد بيعها، وقبل الطرف الآخر.

والثانية: عقود المعاوضات غير المالية:

ومنها عقد النكاح: ينص المذهب الزيدي على أن تعليق عقد النكاح على شرط مستقبل مقارن يفسده، وذلك كما لو قال: زوجتك إن جاء فلان غداً، أو إن شفى الله مريضى أو نحو ذلك، أو إن طلقت فلانة أو إن لم (يحصل) كذا، فقد زوجتك...».

(١) «البحر الزخار» (٣٤/٤)، و«التاج المذهب» (٧٤/٣).. كما ذكر في (ص ١٣٤): إن المزارعة والمغارسة والمساقاة والمباذرة نوع من الإجارة.

فأما إذا علقه على أمر ماضٍ أو حال: مثل أن يقول، زوجتك إن كنت قرشياً، أو إذا كان قد حصل كذا ونحو ذلك^(١) فإن هذا التعليق لا يفسد به العقد ولا ينفذ إلا إذا انكشف حصول الشرط، وقد بينا فيما سبق أن مثل هذا يكون تنجيزاً لا تعليقاً.

(ب) من عقود التبرعات:

عقد الهبة، لا يصح عند الزيدية تعليق عقد الهبة على شرط مستقبل قياساً له على البيع [البحر الزخار (٤/١٣٢)] والظاهر أن وجه القياس هو أن كلاهما يترتب عليه نقل الملك في الحال، إلا أن هذه العلة لم تشمل الوقف - حيث يجوز تعليقه على الشرط عندهم كما سيأتي - مع أنه من هذا القبيل.

النوع الثاني

عقود تقبل التعليق على الشرط

وقد شمل هذا النوع بعض عقود التبرعات كما شمل الولايات والالتزامات.

أولاً - بعض عقود التبرعات:

وهي إما أن يترتب عليها نقل الملك في الحال كما في الوقف، أو بعد موت المتبرع كما في الوصية.

ونوضح حكمهما فيما يلي:

عقد الوقف:

يصح في المذهب الزيدي تعليق الوقف على شرط مستقبل، كما لو قال: (وقفت كذا إن شفى الله مريضاً أو إن جاء زيد) فإن تحقق الشرط، وهو شفاء مريضه أو قدوم زيد صح الوقف، وإن لم يتحقق لم يقع لعدم حصول شرطه، وكذلك لو قال: وقفت هذا إن كان في علم الله أن أولادي يكونون

(١) «التاج المذهب» (٢/٣٠).

صالحين أو نحو ذلك، أو لا يحتاجون - أو أنا - إلى بيعه، فإن تعليقه على هذا الشرط صحيح ويتوقف نفوذ الوقف على ذلك الشرط.
حكم تعليقه على مشيئة الله تعالى:

إذا علق الوقف على مشيئة الله تعالى، وكان عليه دين مطالب به، أو كان مضطراً إلى بيعه لأمر هام، كالإنفاق له ولعائلته أو للتزويج الذي يخشى من تركه الوقوع في معصية، فلا يصح الوقف لعدم حصول شرطه وهي مشيئة الله تعالى، وفي غير هذا يكون التعليق على مشيئة الله صحيحاً، فيقع الوقف لحصول شرطه؛ لأنه تعالى يشاء القربة.
التعليق على أمر محظور:

إذا علق الوقف على أمر محظور كأن يقول: إن شربت الخمر فقد وقفت داري، فلا يتقيد الوقف بحصول هذا الشرط، ولا يصح الوقف لأن ذلك يدل على عدم القربة^(١).

عقد الوصية:

يجوز تعليق الوصية على شرط مستقبل، فعلاً كان أم تركاً، فإذا تحقق الشرط ثبتت الوصية وإن لم يتحقق بطلت.

جاء في «التاج المذهب» (٣٧٨/٤): «و - إذا أوصى لفلان من ماله - إذا ثبت على كذا - نحو أن يقول: إذا ثبت فلان على الإسلام، أو طلب العلم أو تدريسه أو على ترك طلاق فلانة، أو على طاعة فلان أو نحو ذلك، فأعطوه كذا، فإن عرف قصد الموصي أنه أراد الاستمرار على ذلك، أو جرى عرف به، لم يستحق الموصي، له الموصى به إلا إذا استمر على ذلك إلى موته، ويسلم له بعد موت الموصي، والعبرة بالانكشاف، فإن لم يثبت ضمن ويعود إن عاد في المنافع، فإن لم يعرف للموصي قصد ولا جرى عرف في موضع الثبوت على الاستمرار، فالوضع اللغوي يقتضى استحقاق الموصى له ذلك الشيء - لثبوته عليه ولو - لم يثبت إلا - ساعة - بعد موت الموصي فإن ذلك كاف في استحقاق الوصية».

(١) «التاج المذهب» (٣/٣٠١، ٣٠٢ - ٣٣٢).

ثانياً - عقود الولايات :

ومنها: الوكالة والوصاية:

أجاز الزيدية تعليق الوكالة على شرط مستقبل كما لو قال: إذا جاء زيد فقد وكلتك^(١) كما يجوز عندهم تعليق الوصاية، جاء في «التاج المذهب» (٤/٣٨٦): «وتصح الوصاية مؤقتة بمجهول ومعلوم ومشروطة ومطلقة؛ كالوكالة.

فالمجهول (كما لو) قال: أوصيت إليك إلى أن يبلغ ابني فلان أو يقدم من سفره، فإذا بلغ أو قدم من سفره فهو الوصي، والمعلوم كأن يقول: أوصيت إليك سنة، وبعدها وصيي فلان صحت الوصاية في ذلك كله لصحة دخول الجهالة فيها، وتصح أيضاً مستقبلة ومسلولة كأوصيت إلى فلان فإن فسق فإلى فلان».

ومن هذا النص نستخلص ما يأتي:

- صحة تعليق عزل الوصي على شرط مستقبل.

- صحة تعليق الوصاية على شرط مستقبل.

- إن حكم الوصاية في هذا كحكم الوكالة؛ لأنهما من عقود الولايات حيث يثبت بمقتضى كل منهما للشخص الآخر - الوصي أو الوكيل - الحق في التصرف في شؤون - الموكل أو الموصي - أو بعضها إلا أنه بالنسبة للوكالة يكون هذا الحق حال حياة الموكل، وبالنسبة للوصاية يكون بعد موت الموصى، ومن هذا الفارق جاء التعليل الثاني، وهو إن الوصاية يصح تعليقها على الشرط لصحة دخول الجهالة فيها... إذ أنها بطبيعتها مضافة إلى الموت^(٢) والموت لا يعرف وقت تحققه.

ومنها المضاربة:

كما أجاز الزيدية تعليق المضاربة على شرط مستقبل كما لو قال: «إذا جاء زيد فقد ضاربتك» صحت المضاربة، ويعتبر قبض المال عند حصول الشرط^(٣).

(١) «التاج المذهب» (٤/١٢٠).

(٢) «التاج المذهب» (٤/٣٥٧).

(٣) «التاج المذهب» (٣/١٥٢).

ثالثاً - الالتزامات : ومنها الكفالة :

يصح تعليق الكفالة^(١) على الشرط مطلقاً عند الزيدية كأن يقول : إذا جاء زيد فقد كفلت لك بدينك الذي على عمرو، فينعقد بحصول الشرط، ولو قيد الضمان في الشرط بمجهول كهبوب الريح ووقوع المطر، ومجيء زيد يتقيد بذلك، وسواء تعلق به غرض كالدياس ومجيء القافلة أم لا فإنها تقيد به على كل حال.

خلاصة وتعليق

على آراء الزيدية في تعليق العقود على الشرط

يتبين لنا مما تقدم الأمور التالية :

الأول : أن تعليق عقود المعاوضات مالية أو غير مالية على الشرط غير صحيح لما يؤدي إليه التعليق من الغرر.

الثاني : أن عقود التبرعات لم تأخذ حكماً واحداً، فبينما صح تعليق الوقف على شرط، لم يصح تعليق الهبة، مع أن كلاهما عقد يترتب عليه نقل الملك في الحال؛ إلا أنه في الهبة تكون العين للموهوب له، وفي الوقف تكون لله تعالى^(٢) أما الوصية - ويترتب عليها نقل الملك بعد موت الموصى - فإنها تقبل التعليق.

الثالث : إن الولايات والالتزامات يصح تعليقها على الشرط عند الزيدية، ويقارب مذهب الزيدية في هذه الأحكام مذهب المالكية باستثناء فارق واحد هو صحة تعليق الهبة عند المالكية وعدم صحة ذلك عند الزيدية.

(١) «التاج المذهب» (٤/٤٨).

(٢) «التاج المذهب» (٣/٣٠١).

تعليق العقود على الشروط عند الإمامية

تنقسم العقود في مذهب الإمامية من حيث قبولها للتعليق على شرط مستقبل وعدم قبولها إلى نوعين:

النوع الأول: عقود لا تقبل التعليق على الشرط.

النوع الثاني: عقود تقبل التعليق على الشرط.

ونوضح ذلك فيما يلي:

النوع الأول

عقود لا يصح تعليقها على شرط مستقبل

ونذكر من هذه العقود عقود المعاوضات والتبرعات والالتزامات:

(أ) عقود المعاوضات:

ومنها: عقد البيع:

ومثله القسمة على الأصح.

لا يجوز عند الإمامية تعليق عقد البيع على شرط مستقبل، كما صرح بذلك صاحب تذكرة الفقهاء: (٤١/٧ - ٤٢) عند تقريره لبطلان بيع الملامسة والمناذة.

ومنها: عقد النكاح:

كما لا يجوز أيضاً عندهم تعليق عقد النكاح على شرط مستقبل، حيث يشترط المذهب في صيغة هذا العقد أن تكون منجزة.

جاء في كتاب «قواعد الأحكام للحلي» (٤/٢) في باب النكاح:

«ويشترط التنجيز - قطعاً لانتفاء الجزم بدونه - فلو علقه لم يصح».

(ب) عقود التبرع:

ومنها: الوقف:

كما لا يصح تعليق الوقف على شرط مستقبل، أما لو كان شرطاً واقعاً بالفعل فإنه يصح إذا كان الواقف عالماً بوقوعه وإلا لم يصح، جاء في «الروضة البهية» (٢/٢٦١): «وإذا تم - الوقف - لم يجز الرجوع فيه - لأنه من العقود اللازمة - وشرطه - مضافاً إلى ما سلف - التنجيز - فلو علقه على شرط أو صفة بطل إلا أن يكون واقعاً، والواقف عالم بوقوعه، كقوله: وقفت إن كان يوم الجمعة، وكذا في غيره من العقود».

ومنها: الهبة.

وكذلك لا يجوز عندهم تعليق الهبة على شرط مستقبل، كما صرح بذلك الحلبي في كتابه «قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام» (١/٣٤٧).

(ج) عقود الالتزامات، وتشمل:

الكفالة والضمان والحوالة.

لا يجوز عند الإمامية أيضاً تعليق هذه العقود على شرط مستقبل، ولكن يصح في المذهب اشتراط ضمان الدرك.

جاء في «الروضة البهية» (١/٣١٩): «ولو علق الكفالة - بشرط متوقع أو صفة مترتبة - بطلت - الكفالة - وكذا الضمان والحوالة - كغيرها من العقود اللازمة - نعم لو قال: إن لم أحضره إلى كذا كان عليّ كذا، صحت الكفالة أبداً، ولا يلزمه المال المشروط، ولو قال: عليّ كذا إن لم أحضره، لزمه ما شرط من المال إن لم يحضره - على المشهور».

ومستند الحكمين رواية داود بن الحصين عن أبي العباسي عن الصادق عليه السلام وفي الفرق بين الصيغتين من حيث التركيب العربي نظر، ولكن المصنف والجماعة عملوا بمضمون الرواية جامدين على النص مع ضعف سنده، وربما تكلف متكلف للفرق بما لا يسمن ولا يغني من جوع».

* ومن هذا النص يتبين لنا:

أن الشهيد الأول يرى التفرقة في الحكم بين قوله: - إن لم أحضره إلى

كذا كان على كذا، وبين قوله: على كذا إن لم أحضره - حيث يلزمه المال المشروط في الصيغة الثانية ولا يلزمه في الأولى، ولم يوافق الشهيد الثاني على هذه التفرقة لضعف سند الخبر المروي عن الصادق، وعدم وضوح الفرق بين الصيغتين من حيث التركيب العربي.

* حكم اشتراط ضمان الدرك عند الإمامية:

يجوز عندهم اشتراط^(١) ضمان استحقاق المبيع، وضمان أرش العيب إن ظهر بالمبيع عيب، كما يصح ضمان الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع رأساً، كاستحقاق المبيع، أو حدوث خلل في عقد البيع اقتضى فساد، كما لو تخلف شرط يلزم الوفاء به، أو اقترن بشرط فاسد... ويصح بسبب تقايل «أي الإقالة» أو خيار لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه وقت الضمان على تقدير طرؤ الانفساخ بخلاف الباطل في نفسه.

(د) عقود الولايات:

منها عقد الوكالة، لا يصح عند الإمامية تعليق الوكالة على شرط متوقع، أو صفة مترقبة، كما لو قال: إن قدم فلان من السفر فقد وكلتك، أو إن طلعت الشمس... وذلك لأنه يشترط فيها التنجيز.

أما لو علقها على صفة واقعة، كما لو قال: وكلتك إن طلعت الشمس هذا اليوم، وقد طلعت حين العقد فإنه يصح العقد، وواضح أن القول بالصحة هذا راجع إلى أن التعليق على أمر كائن تنجيز، كما أن المراد بطلوع الشمس هو ظهورها، كما لو كان اليوم غائماً فعلق الوكالة على طلوعها وطلعت عند العقد.

حكم التصرف بعد حصول الشرط:

إذا تصرف الشخص المراد توكيله بعد حصول الشرط - أو الصفة - الذي علق عليه عقد الوكالة بناء على الإذن الضمني، ففي المذهب قولان في صحة هذا التصرف منشؤهما كون الفاسد يمثل ذلك إنما هو العقد، أما الإذن الذي

(١) «الروضة البهية» (١/٣٦٤).

هو مجرد إباحة تصرف فلا يفسد، كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً فقال: بع كذا على أن لك العشر من ثمنه، فتفسد الوكالة دون الإذن؛ ولأن الوكالة أخص من مطلق الإذن، وعدم الأخص أعم من عدم الأعم، وأن الوكالة ليست أمراً زائداً على الإذن، وما يزيد عنه من مثل الجعل أمر زائد عليهما؛ لصحتهما بدونه، فلا يعقل فسادها مع صحته؛ لأن العقد حينئذٍ فاسد قطعاً فلا يترتب عليه أثره.

النوع الثاني

عقود يصح تعليقها على شرط مستقبل

ويندرج تحت هذا النوع عقد الوصية.

جاء في «الروضة البهية» (٤٤/٢): «وتصح - الوصية - مطلقة - غير مقيدة بزمان أو وصف - مثل ما تقدم - من قوله: أوصيت، أو افعلوا كذا بعد وفاتي، أو لفلان بعد وفاتي - ومقيدة مثل - افعلوا - بعد وفاتي في سنة كذا، أو في سفر كذا، فيتخصص - بما خصصه به من السنة، والسفر ونحوهما، فلو مات في غيرها أو غيره بطلت الوصية لاختصاصها بمحل القيد، فلا وصية بدونه.

وقد سبق أن أوضحنا أن تعليق الوصية على الموت المقترن بوصف أو زمان معين يجعله شرطاً - لا أجلاً - لأنه قد يموت في هذا السفر وقد لا يموت، فكان الموت محتمل الوقوع في هذه الصور، فإن تحقق الشرط صحت الوصية وإلا بطلت.

تقرير مذهب الإمامية في تعليق العقود على الشروط

مما سبق يتبين لنا ما يأتي:

أولاً: إن العقود اللازمة لا يصح تعليقها على شرط مستقبل عند الإمامية، وهذه القاعدة تندرج تحتها العقود التالية:

(أ) عقود المعاوضات المالية: كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة، وغير المالية كالنكاح.

(ب) عقود التبرعات: كالوقف والصدقة والسكنى والهبة ويستثنى منها عقد الوصية كما بينا آنفاً.

(ج) عقود الالتزامات: كالضمان والكفالة والحوالة، غير أنه يجوز في المذهب اشتراط ضمان الدرك.

ثانياً - إنه لا يصح تعليق عقود الولايات على شرط مستقبل:

الخلاصة: ومن كل هذا يتبين لنا أن مذهب الإمامية يرى أن الأصل هو عدم صحة تعليق العقود والتصرفات على شرط مستقبل سواء كانت هذه العقود عقود معاوضات أو تبرعات أو التزامات أو ولايات، ولم يستثن من ذلك إلا الوصية من عقود التبرعات والضمان من عقود الالتزامات.

تعليق العقود على الشروط في مذهب الإباضية

ونضع العقود من حيث قبولها للتعليق على الشرط وعدم قبولها في نوعين:

النوع الأول: عقود لا تقبل التعليق على الشرط:

ويندرج تحت هذا النوع عقود المعاوضات، سواء أكانت مبادلة مال بمال، وهو البيع، أم مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة وهو عقد النكاح.

(١) الأولى مبادلة مال بمال: ومنها عقد البيع:

للمذهب الإباضي قولان في صحة تعليق البيع على شرط مستقل:

١ - القول الأول: وهو الراجح في المذهب، أنه لا يجوز تعليق البيع على شرط؛ وذلك لأنه لا يدري هل يتحقق الشرط أو لا يتحقق، فيفسد البيع للجهالة.

جاء في «شرح النيل» (٤/١٢٠)، وينعقد من بائع بالفاظ تدل عليه ومن مشتر باشتريته... ومن مشتر أيضاً: ببيارك الله لي فيه بكذا، أو بما قلت، أو بذلك، وبقبلت إن شاء الله، أو أن أصبت المعونة على خلاف في ذلك كله منعه الشيخ؛ لأنه بيع وشرط غير معلوم...»^(١).

٢ - القول الثاني: أنه يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل، كما أشار إليه النص السابق حيث نص على الخلاف في صحة تعليقه على مشيئة الله تعالى أو إصابة المعونة، كما أشار إلى هذا الخلاف أيضاً صاحب شرح

(١) يراجع: (٤/٧٧) من نفس المرجع (شرح النيل).

النيل^(١)، فيما لو علق البيع أو الشراء على رضا شخص أجنبي عن العقد، أو على رضا مجنون بعد إفاقة، ومنه يتبين لنا أنه - على القول المرجوح في المذهب - يصح تعليق البيع على المشيئة، ونحوها أو على رضا شخص أجنبي. ولعل القول بصحة تعليقه على المشيئة مبني على أنها تذكر تبركاً في الصيغة، وأنه إن اشترى أو باع فتلك مشيئة الله، ومشيئته سابقة على الصيغة، فهو تعليق على أمر موجود وكائن فهو تنجيز.

وأما قوله: بعث أو اشترت إن أصبت المعونة، فالظاهر أن المراد بها معونة الله ومساعدته وهي تقارب المشيئة في ذلك.

أما التعليق على رضا الغير فهو التعليق حقيقة؛ لأنه تعليق على أمر مستقبل قد يتحقق، وذلك بقبول هذا الغير لهذا البيع، وقد لا يتحقق إذا لم يقبل الغير هذه الصفقة.

والتعليق على رضا فلان، هو تعليق على أمر ملائم ومتعارف بين الناس وخاصة إذا كانت له به صلة قوية كقراءة أو جوار.

أما التعليق على أمر غير ملائم كهبوب الريح أو نزول المطر فلم أجد نصاً في المذهب يجيز ذلك على القول المرجوح، فالظاهر منع تعليق البيع على مثله مطلقاً في كلا القولين^(٢).

الثانية: مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة، وهو: عقد النكاح:

وللمذهب الإباضي في تعليق عقد النكاح تفصيلات تدور حول الشرط الذي علق عليه العقد، فقد اختلف الحكم تبعاً لاختلاف الشرط؛ لأن الأمر

(١) أشار إلى هذا «صاحب شرح النيل» (٣٨٨/٦) في باب الوصية فيما لو أوصى بشيء، ثم تصرف فيه معلقاً إلى شرط حيث يقول:

«وإن فعل فيه - معلقاً - كبيع علقه إلى رضا فلان أو شراء كذلك، شرط ذلك البائع أو المشتري، أو بيع أو شراء إلى وقت كذا، أو بيع لغائب أو طفل أو مجنون بلا نائب تكفي نيابته على القول بأنه يعلق إلى رضا النائب أو المجنون بعد الإفاقة، أو الطفل بعد البلوغ، وتزوج به تزوجاً معلقاً كذلك...».

(٢) والقول المرجوح يتلاقى إلى حد كبير مع القول المرجوح في المذهب الحنفي الذي سبق إيضاحه.

الذي علق عليه العقد إما أن يكون رضا الغير، أو فعلاً يصدر من أحد المتعاقدين أو من الغير أو يكون تعليقاً على مشيئة الله تعالى ونوضح الحكم فيما يلي:

تعليق النكاح على الرضا:

إذا علق عقد النكاح على الرضا، فإما أن يعلق على رضا من يمكن منه الرضا، أو يعلق على رضا طفل أو مجنون، أو يعلق على رضا من لا يمكن صدور الرضا منه إطلاقاً.

(أ) فإن علقه على رضا شخص يمكن أن يصدر منه الرضا حالاً ويعتد برضاه شرعاً كما لو علقه على رضا والديه، أو رضا شخص أجنبي، فإنه يصح التعليق، ولا يلزم العقد حتى يرضى الشخص الذي علق العقد على رضاه، وقيل: لا يلزمه.

(ب) أما إن علق إلى رضا طفل أو مجنون فإنه يصح تعليقه، ويكون معلقاً إلى بلوغ الطفل أو إفاقة المجنون؛ لأن الرضا لا يكون صحيحاً إلا عند البلوغ والإفاقة.

(ج) تعليق النكاح على رضا من لا يمكن منه الرضا:

«وإن علق (عقد النكاح) إلى رضا من لا يمكن منه الرضا، كميت وبهيمة وجماد، جاز في حينه» «شرح النيل» (٣/١٦٤)، وواضح أن التعليق على هذا تعليق على أمر مستحيل؛ لأن صدور الرضا من هذه الأشياء مستحيل، والظاهر من قوله: «جاز في حينه» أن المذهب يرى صحة العقد ناجزاً مع أبطال الشرط.

تعليق النكاح على حدوث فعل من الأفعال:

جاء في «شرح النيل» (٣/١٦٤): «وإن قال: قبلت إن فعلت كذا، أو فعلت كذا، أو كان كذا لم يجز، وقيل: جاز وبطل الشرط».

وواضح من هذا النص أن التعليق على أمر آخر غير الرضا فيه قولان:

قول بعدم صحة هذا التعليق وهو الراجح، وقول بجواز العقد وإبطال الشرط، يعني أن العقد يكون ناجزاً لا معلقاً، سواء كان الشرط أمراً مستقبلاً - كما في قبلت إن فعلت كذا - أو أمراً ماضياً كما في - قبلت إن كان كذا -.

تعليق النكاح على مشيئة الله تعالى:

وذلك كما لو قال: «قبلت إن شاء الله أو إن أصبت المعونة أو نحو ذلك قدم أو آخر فقولان» والظاهر أن أحد القولين هو عدم صحة العقد مع هذا التعليق والآخر هو إبطال الشرط وصحة العقد ناجزاً غير معلق كما في تعليق النكاح على حدوث فعل^(١).

الخلاصة: ونخلص من هذا إلى أن الراجع عند الإباضية صحة تعليق عقد النكاح على رضا من يمكن صدور الرضا منه - أما إن علقه على رضا من لا يمكن منه الرضا فإن الشرط يبطل ويصح العقد ناجزاً ويتوقف العقد على صدور الرضا من الشخص الذي اشترط رضاه فإن كان صغيراً أو مجنوناً انتظرنا حتى البلوغ أو الإفاقة.

أما إن علقه على أمر آخر غير الرضا، فالراجع عدم صحة تعليقه، وقيل: يبطل الشرط ويصح العقد ناجزاً، ومثله التعليق على مشيئة الله تعالى كما هو الظاهر.

(١) جاء في «شرح النيل» (٣/١٦٤): «ولزمه ولو شرط رضي والديه عند قبوله، وبالأولى أن يلزمه إن اشترط رضي غيرهما، وإن قدم الشرط لم يلزمه حتى يرضى المعلق إليه، وقيل: لا يلزمه ولو آخر الشرط، وعليه الديوان، وقيل: إن علقه ولو برضى أجنبي علق إليه، ويفرقان إن مس قبل رضاه، وإن زوجها أجنبي على رضا وليها فرجع الزوج قبل علم الولي، فلا رجوع له، وتم النكاح إن أتمه الولي.

والتحقيق عندي أنه إن قال: رضيت إن رضى فلان أو إن كان كذا أو رضيت على شرط رضى فلان، أو رضيت بشرط أن يرضى فلان أو نحو ذلك من أدوات التعليق والاتصال لم يلزم، وأما إن قال: رضيت وأشاور فلاناً فإنه لازم، وإذا حدث له الشرط في قلبه بعد التكلم بالقبول لم يجز اشتراطه، ولو نطق به متصلاً وكان بأداة تعليق واتصال فيلزم فيما بينه وبين الله. وإن فصل أو كان على كيفية لا يلزم بها وكان ذلك في قلبه من أول قبل التكلم بالقبول لزمه فمما بينه وبين الله، وإن علق إلى من لا يمكن منه الرضا كميته وبهيمة وجماد جاز في حينه، وكذا في الولي والمرأة.

وإن قال: قبلت إن فعلت كذا وفعلت كذا، أو كان كذا لم يجز، وقيل: جاز وبطل الشرط وكذا فيهما، وإن علق لرضى طفل أو مجنون علق لبلوغ أو أفاقة، وإن قال: إن شاء الله أو إن أصبت المعونة أو نحو ذلك قدم أو آخر فقولان».

النوع الثاني

عقود تقبل التعليق على الشرط

ويمكننا أن ندرج تحت هذا النوع عقود التبرعات، والولايات ونوضح ذلك فيما يلي:

(أ) عقود التبرعات:

ومنها الهبة، الظاهر أنه يجوز عند الإباضية تعليق الهبة على شرط مستقبل ويمكننا أن نأخذ هذا الحكم مما جاء في «شرح النيل» (٦/١٠): «وإن علقت (أي: الهبة) لغائب أو مجنون أو طفل - هي معلقة - إلى قبولهم في وقت يصح - القبول - منهم - وهو وقت القدوم والإفاقة والبلوغ، وإن ماتوا قبل ذلك بطلت»، وعموم ما جاء في (٦/٦٢) من شرح النيل: «وما علق (أي: من الهبة) إلى شرط أو سبب أو وقت السبب ف - هو - إلى ما علق إليه».

فقد أجاز المذهب أن تعلق الهبة للغائب أو المجنون أو الطفل على قبولهم، وقبولهم هذا إنما يكون بعد حضور الغائب وإفاقة المجنون وبلوغ الطفل، ومنه يؤخذ صحة تعليق الهبة على شرط مستقبل، وذلك لأن هذه الصيغة هي كقوله: إن قبل فلان - وكان غائباً أو مجنوناً أو طفلاً - هذا الشيء هبة فهو له، فقد علقت الهبة على شرط مستقبل محتمل الوقوع؛ لأنه يقدم من سفره في زمن قريب أو بعيد ويقبل أو لا يقبل، وقد يموت في سفره، وكذا قد يفيق المجنون عن قرب أو بعد ويقبل الهبة أو لا يقبلها، وقد يموت قبل إفاقة، وفي كل هذا الهبة معلقة على شرط مستقبل غير محقق الوقوع وقد نص المذهب على صحة تعليقها على ذلك، وأنه إذا لم يتحقق الشرط بطلت الهبة^(١).

(١) أما عقد الوقف فإن المذهب يرى أن الوقف منسوخ بآيات المواريث استناداً إلى قول ابن عباس بنسخه. جاء في «النيل» (٢/٢٨٣ - ٢٨٥): «باب لا يجوز حبس ما حبسه في سبيل الله عندنا، وأجازه ابن عبد العزيز - في العروض والأصول بين وجه الأجر أو لم يبينه - كسلاح يتقوى به المجاهدون للروم والبغاة والناقضين عهداً والهاككين حرماً» وخالف صاحب «شرح النيل» رأي مذهبه في هذا الحكم.

(ب) الولايات :

ومنها الوصاية، يجوز تعليق الوصاية على شرط عند الإباضية، جاء في «شرح النيل» (٦/٤٤١): «وجاز تعليق استخلافه لـ شيء معلوم أو مجهول - ك سنة أو مطر أو - بلوغ أحد أو أفاقته - من جنون - أو قدومه - من سفر مثلاً - أو إسلامه - من شرك أو توبته من نفاق - أو عتقه - من رق - ويزال - بالبناء للمجهول - أي: يدفع عنها - بحصول ذلك - المتعلق إليه، سواء صرح بأنه يزول بعد حصول ذلك أو لا، مثل أن يقول^(١): إذا كان ذلك فأخرج من وصيتي، أو فهو خروجك من خلافتي، أو برئت منها، فإن وقع ذلك في حياته فقد زال، وإن وقع بعد موته فقد زال أيضاً، ولو أنفذ بعضها ويكف عما بقي، فيبقى بلا خليفة، فيجب الإنفاذ على الوارث إلا إن قال: إذا وقع ذلك ففلان خليفتي أو ففرض إليه وصيتي، أو نحو ذلك فإن الخلافة تكون للثاني إن قبلها، وإن قال استخلفتك على وصيتي حتى تصل بلد كذا، أو مادمت في بلد كذا، أو إن مت في موضع كذا، أو في موضعي هذا أو في سفري جاز على ما اشترط».

ويراجع (٦/٤٤٨ - ٤٤٩) حيث نص المذهب على جواز تعليقها على مشيئة فلان، وإن كان الذي علق إليه المشيئة ليس هو ممن تتوهم منه المشيئة فهي لازمة للخليفة، وكذا إن كان ممن تتوهم منه ولكن لا يقدر على الوصول إلى مشيئته لزمته الخليفة أيضاً، وكذا إن علق المشيئة أو القبول إلى من يوهم منه ذلك، أو لا يوهم، أو يوهم ولا يقدر على الوصول إليه. وإن قال استخلفتك إن شاء الله فقبل أو قال: قبلت إن شاء الله، فهي لازمة له، وقولهما إن شاء الله تبرك أو جوابه محذوف أي: إن شاء الله تم الأمر».

= أما عقد الوصية فلم أظفر فيه بنص صريح يجيز تعليقه أو يمنعه، ولكن القول بصحة تعليق عقول المعاوضات - على قول - على رضا شخص أجنبي، وما يفهم مما تقدم من جواز تعليق الهبة، وحقيقة الوصية وهي أنها بطبيعتها معلقة على الموت، كل هذا يشجع على القول بجواز تعليقها على الشرط عندهم، ويكون مثلها في ذلك مثل عقد الوصاية، وسيأتي جواز تعليق الوصاية على الشرط مطلقاً في الفقرة التالية.

(١) ويراجع: نفس المرجع (٦/٤٧٠): «باب جاز اشتراط خروج من الخلافة بوقت معلوم أو متى أراد أو لقدم غائب أو بلوغ طفل أو نحوه...».

خلاصة وتعليق

على آراء الإباضية في تعليق العقود على الشرط

نستطيع أن نستخلص مما تقدم ما يأتي :

أولاً: عدم صحة تعليق عقود المعاوضات على الشرط، ويستثنى من ذلك تعليقها على الرضا، فقد بينا أن عقود المعاوضات غير المالية، وكذا المالية على رأي مرجوح يصح تعليقها على شرط مستقبل هو رضا الغير الذي يتأتى منه الرضا شرعاً، أو على مشيئة الله تعالى ونحوها.

وإن صحة التعليق على رضا الغير، وعدم صحته فيما عدا ذلك من الأعمال يدلنا على أن المذهب ينحو نحو ما استظهرناه في مذهب الحنفية من أن التعليق على شرط ملائم أو متعارف يصح، وعلى غيره لا يصح، ولذا لم يجز المذهب الإباضي صحة تعليق عقد النكاح على غير ذلك من الأفعال كإن فعلت كذا، أو إن كان كذا.

ثانياً: خص المذهب عقد النكاح بأحكام قد لا تكون ظاهرة في غيره من العقود، فقد أبطل شرط التعليق وأجاز العقد ناجزاً، فيما لو صدر عقد النكاح معلقاً على رضا مَيِّتَةٍ أو جماد أو بهيمة - وهو تعليق على أمر مستحيل وكذا (على قول) فيما لو صدر معلقاً على «إن فعل كذا» أو «إن كان كذا» ولعله في هذا يتسامى بعقد النكاح عن العبث واللغو فألزم المتعاقد العقد في مثل هذه الحالات وأبطل التعليق صيانة لهذا العقد وترفعاً به.

ولعل المذهب لا يرى هذا الرأي في غير عقد النكاح؛ لأن التعليق على أمر مستحيل يدل على عدم نشوء العقد، كما أن التعليق على أمر كائن وموجود يدل على قيام العقد ووجوده ناجزاً لا معلقاً.

ثالثاً: صحة تعليق عقود التبرعات، وعقود الولايات، على التفصيل الذي أوردناه فيما تقدم.

الفصل الثاني

مقارنة آراء المذاهب

في حكم تعليق العقود على الشروط

وبعد أن فصلنا آراء المذاهب في حكم تعليق العقود على الشروط نوجز فيما يلي آراءهم، وناقش أدلتهم، ويستدعي ذلك منا أن نتناول العقود بالترتيب الآتي: المعاوضات فالتبرعات فالالتزامات ثم الولايات، في أربعة مباحث:

- المبحث الأول: تعليق عقود المعاوضات المالية وغير المالية.
- المبحث الثاني: تعليق عقود التبرعات.
- المبحث الثالث: تعليق عقود الالتزامات.
- المبحث الرابع: تعليق عقود الولايات.

المبحث الأول

تعليق عقود المعاوضات

(أ) حكم تعليقها على الشرط:

للفقهاء ثلاثة آراء في حكم تعليق عقود المعاوضات على شرط مستقبل.

الرأي الأول: إن عقود المعاوضات لا تقبل التعليق على شرط مستقبل وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية، والأرجح عند الحنابلة والزيدية والإمامية والأرجح عند الإباضية.

الرأي الثاني: إنها تقبل التعليق، ففي رأي عند الحنابلة يصح تعليق البيع على الشرط دون النكاح.

الرأي الثالث: وهو ما يؤخذ من المسائل الواردة في كتب الحنفية والمالكية في عقود المعاوضات من أنهم يجيزون تعلق عقود المعاوضات مالية أو غير مالية على شرط رضا الغير أو مشورته.

والإباضية أيضاً يقتربون من هذين المذهبين في هذا الحكم في عقد البيع، أما عقد النكاح فإنهم يرون جواز تعليقه على رضا من يصح منه الرضا كما تقدم تفصيله ونخلص من هذا الرأي إلى ما يأتي:

إن عقود المعاوضات المالية يصح تعليقها على الشرط الملائم عند الحنفية والمالكية والإباضية.

وإن عقود المعاوضات غير المالية كالنكاح يصح تعليقها على الشرط الملائم فقط عند الحنفية والإباضية، كما صح تعليقها على الشرط الملائم عند المالكية في حالة الضرورة فقط.

(ب) الأدلة التي استند إليها القائلون بعدم صحة تعليق عقود المعاوضات ومناقشتها والترجيح:

استدل المانعون لصحة تعليق هذه العقود على الشروط بثلاثة أدلة:

١ - هذه العقود عقود «تمليكات» تثبت آثارها في الحال فتعليقها على الشرط يتنافى مع ما يقتضيه العقد، فلا يصح لما فيه من معنى القمار «وهو المراهنة كما في القاموس وفيه المراهنة والرهان المخاطرة» وحاصله أنه تملك على سبيل المخاطرة، ولما كانت هذه تمليكات للحال لم يصح تعليقها بالخطر لوجود معنى القمار.

وقد استدل بهذا الحنفية كما أخذ بهذا التحليل الشافعية، والحنابلة والزيدية ونصوا على أن التعليق يؤدي إلى الغرر، والغرر منهي عنه.

٢ - كما استدل المالكية على عدم صحة تعليق عقود المعاوضات على الشرط بقولهم: «إن انتقال الملك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق، فإن شأن المعلق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول» وقد استدل بهذا أيضاً الإمامية:

٣ - كما نقل عن الشافعية أنهم استدلوا بحديث «النهي عن الملامسة والمنازة في البيع» على عدم صحة تعليق البيع^(١).

(ج) مناقشة هذه الأدلة:

الرد على الدليل الأول، أما القول بأن «عقود التمليكات تثبت آثارها في الحال فتعليقها على الشرط يتنافى مع ما يقتضيه العقد، فلا يصح لما فيه من معنى القمار...» فلنا في الرد عليه طريقان:

أولهما: نفي للمقدمة «وهي أن عقود التمليكات تثبت آثارها في الحال» حيث يمكننا أن نمنع هذه المقدمة لعدم وجود دليل من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس يقرر هذه القاعدة، حيث إن الأصل في العقد هو ما تراضى عليه المتعاقدان وما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد، فكل ما تراضوا عليه مما لا

(١) «كتاب العقود» لابن تيمية (ص ٢٢٧).

يحل حراماً ولا يحرم حلالاً يلزمهما الوفاء به، أخذاً بعموم الآيات التي منها قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١) وقوله: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا آوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وقوله: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ آوْفُوا﴾ [الأنعام: ١٥٢] وقوله: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: ٣٤] والأحاديث التي منها: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(٢) فإذا علق العقد على وصف بحيث إذا تحقق الوصف تم العقد أو أصبح لازماً، وإذا تخلف لم يتم، أو لم يلزم، كان الوفاء بالعقد المقترن بهذه الصفة داخلاً في عموم الآيات والأحاديث التي تأمر بالوفاء بالعقود والعهود والشروط، وعلى من يمنع ذلك الإتيان بدليل يستند إليه ليخصص عموم هذه الآيات والأحاديث، ويستتبع هذا أن نقول إن ما ينافي مقتضى العقد هو ما ينافي ما شرع العقد لأجله كاشتراط الطلاق في النكاح وعدم انتقال العوضين في المعاوضات مما يؤثر على وجود الرضا نفسه الذي هو أساس التعاقد كما سيأتي إيضاحه في الشرط المقترن بالعقد.

أما تراضي المتعاقدين على تعليق العقد على شرط مستقبل فليس فيه منافاة لمقتضى العقد؛ لأن مقتضى العقد هو ما تراضي عليه المتعاقدان في العقد في حدود ما رسمه الشارع، فإن تراضيا على أن يكون العقد منجزاً كان لهما ذلك وإن تراضيا على أن يكون معلقاً على شرط كان لهما ذلك ولا ضرر على الغير من هذا، بل ما دام فيه منفعتهما فإن الشرع لا ياباه طالما كانت هذه المنفعة مشروعة ولا يترتب على تصرفهما تحليل حرام أو تحريم حلال.

ثانيهما: قوله: إنه لا يصح لما فيه من معنى القمار وهو أنه تملك على سبيل المخاطرة أو بعبارة أخرى إن التعليق يؤدي إلى الغرر والغرر منهي عنه.

(١) الآية ٢٩ من سورة النساء.

(٢) سبق تخريجه في أول الكتاب، سيأتي سند الحديث في الشروط المقترنة بالعقد.

ويلزمنا للرد على ذلك أولاً أن نبين معنى الغرر، ثم نبين الغرر المنهي عنه، وأخيراً ننظر هل التعليق على شرط يدخل في الغرر المنهي عنه.

١ - معنى الغرر:

جاء في «مختار الصحاح» (ص ٤٧١): «والغرر بفتح الحين الخطر، ونهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وهو مثل بيع السمك في الماء والطير في الهواء» ومن هذا يتبين لنا أن الغرر لغة: هو المخاطرة، والمخاطرة كما هو معروف هي الإقدام على أمر قد يصيب الإنسان من ورائه نفعاً فإن لم يصبه النفع أصابه ضرر محقق وإلا لم تكن مخاطرة.

وقد تعرض ابن تيمية في كتابه «العقود» (ص ٢٢٤) لتفسير معنى الغرر مؤكداً هذا المعنى حيث يقول: إن الغرر قد قيل في معناه: إنه ما خفيت عاقبته، وطويت مغبته^(١) أو انطوى أمره.

وقيل: ما تردد بين السلامة والعطل.

ومعنى هذا: ما كان متردداً بين أن يسلم للمشتري فيحصل المقصود بالعقد وبين أن يعطب فلا يحصل المقصود بالعقد.

وهذا التفسير أبين وأوضح من الأول، فإن الغرر من التغرير، والمغرر بالشيء المخاطر والمخاطر المتردد بين السلامة والعطب وهذا هو الذي خفيت عاقبته فهذا كله يعود إلى سلامة المبيع للمشتري وحصوله له.

فالمخاطرة بالنسبة لتعليق العقد على شرط مستقبل إنما تكون حيث يسلم لأحد المتعاقدين أحد العوضين ويكون العوض الآخر متردداً بين السلامة

(١) أورد هذا التعريف الإمام النووي في «المجموع شرح المذهب» (٢٥٧/٩) حيث قال: نهى عن بيع الغرر، والغرر ما انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته.

وجاء في مغني المحتاج (١٢/٢) «قال الماوردي: الغرر ما تردد بين متضادين أغلبهما أخوفهما. وقيل ما انطوت عنا عاقبته» وقال الكمال بن الهمام «الغرر: الخطر، وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه» فتح القدير (١٩٢/٥)، وقال البابرتي الحنفي في العناية «الغرر الخطر الذي لا يدرى أيكون أم لا يكون، كبيع السمك في الماء» أو هو «ما انطوى عنك علمه» هامش فتح القدير (١٩٢/٥).

والعطب أو بين أن يحصل عليه وبين ألا يحصل، فإذا لم يحصل عليه كان ما سلم للطرف الآخر غير مقابل بشيء، فكان أكلاً للمال بالباطل، وذلك كما في بيع السمك في الماء، والطيور في الهواء، فقد يحصل المشتري على السمك وقد لا يحصل، وقد يصطاد الطير، وقد لا يتمكن من ذلك، فإذا حصل عليه كان قد حصل على العوض، وإذا لم يحصل كان ما أخذه البائع أكلاً لمال الناس بالباطل، وهذا منهي عنه بنص الآية الكريمة: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

أما تعليق العقد على شرط مستقبل فإنه لا يتحقق فيه هذا المعنى وذلك لأنه إن تحقق الشرط تم العقد - أو لزم - وأصبح العقد حينئذٍ ناجزاً وتم تبادل العوضين، وإن لم يتحقق الشرط لم يتم العقد أو لم تترتب عليه أحكامه وآثاره وبقي العوضان كل عند صاحبه كأنه لم يحصل تعاقد أصلاً.

فالتعليق لا يترتب عليه أكل المال بالباطل وتبعاً لذلك لا توجد فيه مخاطرة ولا غرر.

حديث النهي عن بيع الغرر:

ويجمل بنا أن نقف عند حديث النهي عن بيع الغرر لنعرف هل يندرج تحته التعليق على شرط أو لا يندرج؟

١ - عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر» [رواه الجماعة إلا البخاري] (١).

٢ - وعن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر» (٢).

وعلق عليه الشوكاني (١٤٧/٥ - ١٤٨) بقوله - حديث ابن مسعود في

(١) أخرجه أحمد، ومسلم حديث رقم (٩٣٩) والمختصر، وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، واليسير للمناوي (٤٧٢/٢).

(٢) رواه أحمد، والبيهقي عن ابن مسعود، وفيه انقطاع، والصحيح وقفه. اليسير للمناوي (٤٩٤/٢).

إسناده يزيد بن أبي زياد عن المسيب بن رافع عن ابن مسعود قال البيهقي: فيه إرسال بين المسيب وعبد الله والصحيح وقفه، وقال الدارقطني في العلل. اختلف فيه والموقوف أصح، وكذلك قال الخطيب وابن الجوزي، وقد روى أبو بكر بن أبي عاصم عن عمران بن حصين حديثاً مرفوعاً وفيه النهي عن بيع السمك في الماء فهو شاهد لهذا».

قوله: (وعن بيع الغرر) بفتح المعجمة وبراءين مهملتين، وقد ثبت النهي عنه في أحاديث. منها المذكور في الباب، ومنها عن ابن عمر عند أحمد وابن حبان، ومنها عن ابن عباس عند ابن ماجه، ومنها عن سهل بن سعد عند الطبراني.

ومن هذا يتبين لنا أنه قد ثبت عن الرسول عليه الصلاة والسلام النهي عن بيع الغرر ولكن ما المراد بالمنهي عنه.

المراد بالغرر المنهي عنه في الحديث:

قال الشوكاني (١٤٨/٥): «ومن جملة بيع الغرر بيع السمك في الماء» كما في حديث ابن مسعود، ومن جملة بيع الطير في الهواء، وهو مجمع على ذلك والمعدوم والمجهول والآبق وكل ما دخل فيه الغرر بوجه من الوجوه.

وقال النووي^(١): النهي عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيرة جداً، ويستثنى من بيع الغرر أمران: أحدهما: ما يدخل في المبيع تبعاً بحيث لو أفرد لم يصح بيعه، والثاني: ما يتسامح بمثله إما لحقارته أو للمشقة في تمييزه أو تعيينه، ومن جملة ما يدخل تحت هذين الأمرين: بيع أساس البناء، واللبن في ضرع الدابة، والحمل في بطنها، والقطن المحشو في الجبة».

ومن هذا يتبين لنا أن تفسير الغرر إنما هو منصب على محل العقد، فالغرر إنما يكون في محل العقد حيث يكون محل العقد معدوماً أو مجهولاً

(١) يراجع: «المجموع شرح المذهب» (٢٥٨/٩).

أو غير متيقن الحصول عليه - كما في الآبق، ويدل على ذلك صريح الفقرة الأولى من الحديث، وأيضاً الاستثناءات الواردة على بيع الغرر، فكلها منسوبة على محل العقد، كما يدل عليه إضافة البيع إلى الغرر أي: إنه ﷺ نهى عن بيع الشيء الذي يكون غرراً.

وهذا أمر مغاير تماماً للتعليق على شرط مستقبل، حيث إن محل العقد في التعليق معلوم وواضح ومحدد ولا غرر فيه، وإنما التعليق أثر في انعقاد العقد أو في لزمه، حيث آخر ذلك إلى وقت تحقق الشرط، فإن تحقق الشرط تم تبادل العوضين وأصبح العقد من هذا الوقت منجزاً، وإلا لم يتم وبقى لكل شخص منهما ما عاوض عليه الطرف الآخر، فلم يخسر واحد منهما شيئاً ولم يأكل مال أخيه بالباطل.

وتعليق العقد كما سبق أن قلنا تم بإرادتهما ورضاهما وقصدهما وهما أصحاب المصلحة الحقيقية في هذا، وما دامت هذه المصلحة غير مشوبة بأمر غير مشروع ولم تتضمن تحريم ما أحل الله ولا تحليل ما حرم الله، فهي مصلحة يعتد بها شرعاً؛ لأن كل ما ينفع الناس ولم يحرمه الله ورسوله هو من الحلال الذي ليس لأحد تحريمه.

وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية في كتابه «العقود» (ص ٢٧٧):

وأما قول القائل: إن هذا غرر فيقال: إن النبي ﷺ نهى أن يكون الغرر مبيعاً^(١) ونهى عن أن يباع ما هو غرر كبيع السنين وحبل الحبله وبيع الثمرة

(١) جاء في «فتح القدير» (١١٠/٥) عند مناقشته لأثر شرط الخيار على العقد: «ولقائل أن يقول: القمار ما حرم لمعنى الحظر، بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سبباً للملك، فإن الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلاً سبباً للملك. والحظر طرد في ذلك لا أثر له، نعم يتجه أن يقال: اعتبرناه في حق الحكم قليلاً، بخلاف الأصل، وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر، فذلك الغرر في المبيع، وهذا في أن الملك هل يثبت أو لا؟». وجاء في شرح التلويح للفتاواني الشافعي، على التوضيح لصدر الشريعة الحنفي «بخلاف البيع فإنه لا يحتمل الحظر، أي الشرط، لكونه من الإثباتات، فيصير بالشرط قماراً، وهو حرام محض...» (١٤٨/١).

قبل بدو صلاحها، وعلل ذلك بما فيه من المخاطر التي تتضمن أكل المال بالباطل كما قال: «أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأكل أحدكم مال أخيه بغير حق» وهذا هو القمار، وهو المخاطرة التي تتضمن أكل المال بالباطل فإنه متردد بين أن يحصل مقصوده بالبيع وبين ألا يحصل مع أن ماله يؤخذ على التقديرين، فإذا لم يحصل كان قد أكل ماله بالباطل، وأما البيع نفسه فليس هو غرراً، بل هو عقد واقع لا يسمى غرراً، سواء كان منجزاً أو معلقاً بشرط، فإن النذر المعلق بالشرط لا يسمى غرراً، وتعليق العتق بشرط لا يسمى غرراً وأمثال ذلك.

وذلك إن هذا عقد على صفة معينة لا يتناول غير تلك الصفة فإن حصلت تلك الصفة حصل العقد، وإن لم تحصل لم يكن هناك عقد، فهذا ليس بتغيير.

وإنما التغيير أن يعقد له عقداً يأخذ فيه ماله ويبقى في العوض الذي يطلبه على مخاطرة، فإن لم يحصل كان قد أكل ماله بالباطل فهذا هو الغرر الذي يدخل بيعه في معنى القمار والميسر الذي حرمه الله ورسوله ﷺ.

فأما كون العقد جائزاً: يجوز أن يلزم إن وجد شرط لزومه، ويجوز ألا يلزم، أو كونه يجوز أن ينعقد إن وجد شرط انعقاده، ويجوز ألا ينعقد، فليس هذا مما دخل في نهيه ﷺ وليس هذا من القمار؛ لأن العقد إن حصل أو لم يحصل المقصود بحصوله ولزومه وإن لم يحصل أو لم يلزم: لم يحصل المقصود بحصوله ولزومه.

فعلى كلا التقديرين: لا يكون أحد المتعاقدين قد أكل مال الآخر بالباطل أصلاً، ولا قمر أحدهما الآخر.

الرد على الدليل الثاني:

إن قول المالكية والإمامية إن انتقال الملك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق فإن شأن المعلق عليه أن يكون يعترضه عدم حصول هذا التعليق غير مسلم به لما يلي:

(أ) لأن الملكية أجازوا تعليق عقود التبرعات على الشرط، وهي عقود ناقله للملكية، وانتقال الملك فيها مبني على الرضا، وقد وجد الرضا مع وجود التعليق.

وبهذا يتبين لنا أن هذا التعليق غير مطرد في جميع العقود الناقله للملكية؛ لأنه قد طبق على عقود المعاوضات عندهم دون التبرعات، مع أن آثار العقد واحده، وهي نقل الملك في كلا النوعين، فإن كان نقل الملك يحتاج إلى الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق، لزم القول بعدم صحة تعليق عقود التبرعات أيضاً وهو ما لم يأخذ به المذهب المالكي^(١).

(ب) ولأن العقد المعلق على شرط مستقبل هو عقد مبني على الرضا؛ لأن أساسه (الإيجاب والقبول) وهما دلالة على الرضا، وطيب النفس، غير أن هذا العقد قد اشتمل على صفة معينة، تم التراضي عليها، إن وجدت هذه الصفة وجد العقد أو لزم، وإن لم توجد لم يوجد العقد أو لم يلزم، وفي كلا الجانبين تم بتراضيهما، فالرضا له جانبان، إيجابي في الحالة الأولى، وسلب في الحالة الثانية، وكلا الجانبين تم بتراضيهما، فقصر وجود الرضا على حالة ما إذا كان العقد ناجزاً وإعدامه في حالة ما إذا كان العقد معلقاً تحكم ليس له ما يبرره، وبخاصة أنه قد صح تعليق النذر والكفالة على شرط ملائم والوضعية بإجماع الأئمة وكذا العتق عند غير الإمامية.

فهل يمكن القول بأن الرضا غير موجود في هذه التصرفات المعلقة على شرط والتي يترتب عليها نقل الملك أو الالتزام بمال معين لشخص آخر؟ وهو نقل للملك أيضاً؟ واضح أنه لا يمكن القول بهذا، فالرضا موجود في العقد الناجز وهو موجود في العقد المعلق على الشرط، فبالرضا أصبح ناجزاً وبه أصبح معلقاً، وبالرضا استتبع أحكامه وآثاره الآن، وبه استتبعها بعد حين أو لم يستتبعها.

(١) أما الإمامية، فقد منعوا تعليق عقود المعاوضات وكذا التبرعات، فلا يرد عليهم هذا الرد.

الرد على الدليل الثالث:

وهو: النهي عن المنابذة والملامسة.

نص الحديث:

عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الملامسة والمنابذة في البيع، والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه، والمنابذة إن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض» [متفق عليه]^(١).

وعن أنس قال: «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخاضرة، والملامسة، والمنابذة، والمزابنة» [رواه البخاري]^(٢).

فالحديث من حيث الرواية هو حديث صحيح، أما من حيث حقيقة الملامسة والمنابذة المنهى عنهما، فقد اختلف العلماء في ذلك ولهم ثلاثة تفسيرات:

التفسير الأول للملامسة والمنابذة:

(أ) تفسير الملامسة: فسرها أبو سعيد راوي الحديث بقوله: «الملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه».
كما فسرها أبو هريرة من رواية مسلم ورجح الحافظ هذا التفسير بقوله:

(١) حديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الملامسة أخرجه البخاري حديث رقم (٢١٤٤)، (٢١٤٧) عن أبي سعيد الخدري و(٢١٤٥، ٢١٤٦) عن أبي هريرة، انظر: فتح الباري (٣٢٨/٤)، وصحيح مسلم كتاب البيوع، شرح النووي (١٥٤/١).

(٢) حديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة... أخرجه البخاري حديث رقم (٢٢٠٧)، فتح الباري (٤٠٤/٤). والمحاقلة هي: بيع الحنطة في سنبلها بحنطة صافية من التبن، مأخوذ من الحقل.. وفيه تفسيرات أخرى قال ابن حجر: والمشهور أنها كراء الأرض ببعض ما تنبت. والمخاضرة هي: بيع الثمرة خضراء قبل بدو صلاحها. والمزابنة هي: (بيع الرطب على النخل بتمر وبيع النخل بأوساق من التمر، وبيع العنب بالزبيب). انظر: فتح الباري (٤٠٤/٤)، ونيل الأوطار للشوكاني (١٥٠/٥) - (١٧٦)، ونهاية المحتاج (١٩٨/٣ - ١٩٩).

«أبيعك ثوبي بثوبك، ولا ينظر أحد منهما إلى ثوب الآخر، ولكن يلمسا لهما».

وفسرها أيضاً أبو هريرة كما رواه مسلم ورجح هذا التفسير الحافظ «أن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل».

(ب) تفسير المنابذة: فسرها أيضاً: أبو سعيد الخدري، راوي الحديث بقوله: «المنابذة: أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه، وينبذ الآخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض».

وفسرها الزهري رواه ابن ماجه من طريق سفيان عن الزهري بقوله: «المنابذة: أن يقول ألقى إلى ما معك وألقي إليك ما معي».

وفسرها أبو هريرة من رواية النسائي بقوله، المنابذة أن يقول: «أنبذ ما معي وتنبذ ما معك فيشتري كل واحد منهما من الآخر ولا يدري كم مع الآخر» كما فسره أبو هريرة - من رواية مسلم ورجح الحافظ هذا التفسير - بقوله: «المنابذة أن ينبذ كل واحد منهم ثوبه إلى الآخر لم ينظر واحد منهما إلى ثوب صاحبه».

* وتفسيرات الملامسة والمنابذة التي وردت عن رواة هذا الحديث والمبينة آنفاً ليس فيها ما يدل على بطلان تعليق البيع على شرط وذلك لما يأتي:

إن جميع هذه التفسيرات تدل على أن البيع إنما بطل للجهالة التي اكتنفت المبيع حيث ترتب على الشراء بهذه الصفة أن يدفع المشتري ثمناً لشيء لا يعلم حقيقته ولا قيمته الحقيقية مما يجعله نوعاً من المخاطرة والمقامرة، جاء في «نيل الأوطار» (٥/١٥٠): «قال في الفتح: «في معرض تفسير الملامسة والمنابذة» لأبي عوانة عن يونس أن يتبايع القوم السلع لا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها أو يتنابد القوم السلع كذلك فهذا من أبواب القمار».

كما أن تفسير أبي سعيد وقوله: «من غير نظر ولا تراض» يشير إلى أن هذا العقد إنما بطل للجهالة ولأمر آخر وهو عدم وجود التراضي الذي هو أساس صحة التجارة ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَكْرَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

* فبطلان البيع في الملامسة والمنابذة هو لغرر في المبيع نفسه وليس في العقد وهذا أمر خارج عن تعليق العقد على الشرط؛ لأن محل العقد في حالة التعليق يكون معلوماً ومحددًا ولا تكتفه جهالة. وبهذا المعنى لا يكون الحديث دليلاً على عدم صحة التعليق.

التفسير الثاني:

روى أحمد عن عمر^(١) أنه فسر «المنابذة بأن يقول: إذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع، والملامسة أن يلمس بيده ولا ينشره ولا يقلبه إذا مسه وجب البيع».

فإن هذ التفسير لا يدل على عدم صحة التعليق بل يدل على أنه إذا اقترن البيع بشرط يقطع خيار المجلس فإن البيع يكون باطلاً لاقرانه بهذا الشرط جاء في «مغني المحتاج شرح المنهاج» (٢/٣٠ - ٣١) ما يأتي:

«أو يقول بعثك هذا بكذا على أنى إذا نبذته إليك لزم البيع وانقطع الخيار، ووجه البطلان في ذلك وجود الشرط الفاسد».

وهذا فضلاً عن أن هذا التفسير يبعده كما يضعفه أن الملامسة والمنابذة مفاعلة، وهي تستدعى وجود الفعل من الجانبين، ولذلك رجح الحافظ التفسير الذي في حديث أبي هريرة والذي ذكرناه آنفاً من رواية مسلم؛ لأنه لا يتمشى مع المعنى اللغوي للفظ.

وبهذا يتبين لنا أنه حتى على التسليم بصحة هذا التفسير، فإنه لا يدل على بطلان العقد إذا صدر معلقاً على شرط.

التفسير الثالث:

بقي تفسير ثالث أشار إليه في «نيل الأوطار» (٥/١٥٠ - ١٥١) وتذكرة الفقهاء للحلي (٧/٤١) ونسب إلى الشافعية، بالإضافة إلى التفسيرين السابقين، كما نص في «مغني المحتاج شرح المنهاج» (٢/٣٠ - ٣١) على ذلك حيث يقول:

(١) فتح الباري (٤/٣٥٩)، و«نيل الأوطار» (٥/١٥٠).

«أو يقول: إذا لمستَه فقد بعته» اكتفاءً بلمسه عن الصيغة، وبطلان البيع في ذلك... عدم الصيغة...، والنهي عن بيع (المنابذة) بالمعجمة. [رواه الشيخان]، والنبد الطرح والإلقاء قال تعالى: ﴿فَنَبِّدُوهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ﴾ [آل عمران: ١٨٧] (بأن يجعل النبد بيعاً) اكتفاءً به عن الصيغة فيقول أحدهما: أنبذ إليك ثوبي بعشرة، فأخذه الآخر، ووجه البطلان فقد الصيغة، ويجيء فيه الخلاف المذكور في المعاطاة فإن المنابذة مع قرينة البيع هي المعاطاة بعينها هكذا نقله الرافعي عن الأئمة، حتى قيل: إن النص على المنع هنا نص على إبطال المعاطاة.

ومن هذا النص يتضح لنا أن بطلان البيع بناءً على هذا ليس لوجود التعليق وإنما هو لعدم وجود الصيغة، وإن البطلان هنا متفرع عن القول ببطلان العقد بالمعاطاة...»^(١).

إذن فهذا التفسير أيضاً لا يدل على عدم صحة تعليق العقد على الشرط ولقد نقل ابن تيمية في كتابه «العقود» (ص ٢٢٧): «إن الشافعية جعلوا هذا الحديث دليلاً على بطلان التعليق، وهو ما لم أوفق في العثور عليه في كتبهم حتى الآن حيث يقول:

وجعل من جعل من أصحاب الشافعي وأحمد «نهيه ﷺ عن الملامسة والمنابذة معللاً بأنه تعليق للبيع على شرط مع العلة الأخرى وهي الجهالة وهذه حجج ضعيفة».

ثم رد على فهم معنى الغرر في الحديث كما سبق أن أوضحنا، ثم تناول في (ص ٢٨) الرد على النهي عن بيع الملامسة والمنابذة حيث يقول:

«ألا ترى أنه في بيع الملامسة والمنابذة إذا أوجبنا البيع قبل رؤية المشتري للمبيع كان هذا مخاطرة وقماراً، فإنه قد يكون جيداً يرضاه، وقد لا

(١) المعاطاة هي: أخذ وإعطاء يقوم مقام الإيجاب والقبول، ولقد اعتد بها الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية (على الرأي المختار في المذهب أما المشهور فإنه لا يصح) قائلين بصحة انعقاد العقد بها وقد رجحنا هذا الرأي في بحث الماجستير (ص ١٢١ - ١٤٨).

يكون، فإذا التزم به قبل معرفته به كان قماراً، وهذا لا يجوزه أحد من الأئمة، والرواية التي تحكى عن أحمد في لزوم بيع الفائت قبل الرؤية: قد عرف أنها خلاف مذهبه المتواتر عنه، وعرف الخطأ والاضطراب الذي في نقل ناقلها، وأما إذا اشترى الثوب المطوي على أنه بالخيار إذا رآه، فهذه مسألة النزاع بين العلماء، وليس هذا هو الذي كان يفعله أهل الجاهلية، ونهاهم عنه رسول الله ﷺ.

«وأما إذا رأيا الثوب وقال: «إذا نبذته إليك فقد بعته هذا» فهذا تعليق للبيع على إقباضه له، وهو من جنس بيع المعاطاة، فإنه ينعقد بالإعطاء، ولا فرق بين قوله: «أخذ هذا الثوب بدرهم» وبين قوله: «إن أخذته فهو عليك بدرهم» ولا فرق بين قوله: «انبذ إليّ هذا الثوب أو ألقه إليّ أو اطرحه إليّ أو سلمه إليّ أو أعطنيه بدرهم» وبين قوله: «إن نبذته، أو ألقيته أو طرحته إليّ فهو علي بدرهم فإذا كان قد نشر الثوب وعلماه، لم يكن في هذا من المقامرة شيء».

والذي نهى عنه رسول الله ﷺ من بيع الغرر هو داخل في معنى القمار والميسر، والله تعالى حرم أكل المال بالباطل في كتابه، وحرم نوعيه، وهما الربا والميسر، والسنة تفسر كلام الله وتبينه وتدل عليه وتعبر عنه، ففسرت الكلمة الجامعة من كتاب الله، والعلماء يفسرون الكلم الجوامع من كتاب الله وسنة رسوله والله أعلم».

النتيجة: وبعد مناقشة هذه الأدلة التي استند إليها المانعون لصحة تعليق عقود المعاوضات على شرط مستقبل، يتبين لنا أنها لا تقوى على معارضة ما يمليه عموم الآيات والأحاديث التي تأمر بالوفاء بالعقود والشروط، ويظل الأصل وهو صحة مثل هذه التصرفات معمولاً به ومطبّقاً ما دام لا يترتب عليه أكل مال الناس بالباطل، ولا تحريم ما أحل الله ولا حل ما حرمه الله، ولكن علينا بعد هذا أن ننظر إلى عقود المعاوضات نظرة تفصيلية على ضوء المصلحة الحقيقية التي تحقق غرضاً مشروعاً لكل من المتعاقدين، وهذا يستدعي النظر إلى عقود المعاوضات المالية ثم عقود المعاوضات غير المالية.

(أ) عقود المعاوضات المالية:

أما عقود المعاوضات المالية فإننا نؤيد صحة تعليقها على الشرط الذي يحقق غرضاً مشروعاً.

أخذاً بما روي عن الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه في إحدى الروايات عنه والتي رجحها رأياً له ابن تيمية في كتابه «العقود» (ص ٢٢٧) حيث يقول: «وذكرنا عن أحمد نفسه جواز تعليق البيع بشرط ولم أجد عنه ولا عن قدماء أصحابه نصاً بخلاف ذلك».

واستناداً إلى ما انتهينا إليه في مذهب الحنفية من جواز تعليق عقود المعاوضات المالية على الشرط الملائم، أو المتعارف، أو الذي يحقق غرضاً عرفياً.

وأخذاً بما ذهب إليه المالكية، والإباضية من جواز تعليق هذه العقود على رضا شخص أجنبي أو مشورته.

فالشرط الذي يحقق غرضاً، ويكون ممكن الحصول، ولا يخالف المشروع يصح تعليق عقود المعاوضات عليه سواء كان هذا الشرط احتمالياً، أو إرادياً أو مختلطاً على التفصيل الذي فصله فقهاء القانون الوضعي^(١).

وهذا الرأي يتفق مع ما قرره فقهاء القانون الوضعي من صحة الشرط الواقف إلا إذا خالف النظام العام أو الآداب أو كان مستحيلًا...

وبناء على هذا القول يكون ما ذهب إليه الفقه الوضعي من صحة الشرط الواقف ما لم يكن مستحيلًا أو مخالفًا للنظام العام أو الآداب متفقاً مع ما قرره بعض فقهاء الفقه الإسلامي والذي رجحنا الأخذ به.

(ب) عقود المعاوضات غير المالية:

أما عقود المعاوضات غير المالية كالنكاح، فإننا نؤيد ما أجمع عليه الفقهاء من القول بعدم صحة تعليق هذا العقد على الشرط لما يلي:
أولاً: لأن الشارع قد أباح الزواج لأغراض سامية كريمة ليحافظ على

(١) وقد سبق بيانه (ص ٢٤).

الفرد ويصون الأسرة ويقوي روابط الوطن، وأحاط عقد النكاح برعاية خاصة نظراً لآثاره البعيدة المدى، ومثل هذا العقد يلزم أن يكون باتاً ناجزاً منذ صدوره؛ لأنه يمس أهم جانب من جوانب الحياة الشخصية في المجتمع عامة وفي الأسرة خاصة.

ثانياً: لأن الرابطة فيه بعد تمام العقد تكون بين آدميين^(١) يتأثران - كرهاً وحباً، وإقبالاً ورفضاً - بما يكتنف العقد من ظروف حسنة أو سيئة وما يحيط بهما من ملاسبات كذلك - تقوى وتضعف - قد تؤثر على الرغبة في التعاقد، وما يمر عليها من زمن أثناء فترة التعليق قد يبدل الرغبات ويؤثر على الرضا والرغبة في دوام العشرة التي رغب الشارع في بنائها على أساس سليم. فقد ورد عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال: خطبت امرأة، فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أَنْظَرْتِ إِلَيْهَا» قلت: لا، قال: «فانظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»^(٢) ولهذا آثار بعيدة المدى فكان القول بعدم صحة تعليق هذا العقد موافقاً للحكمة التي شرع من أجلها.

فإذا كان التعاقد يحقق هذه الحكمة جاز، وإذا ترتب على الصورة التي صدر بها هذا العقد ما يتنافى مع حكمته لم يصح العقد.

ثالثاً: أن تعليق النكاح على أمر محتمل الوقوع، قد يحصل فيتحقق العقد أو يلزم، وقد لا يتحقق فلا يوجد العقد أو لا يلزم، لا يرضى عنه المجتمع، إذ أنه يعتبر ماساً بكرامة المرأة حيث إنها خلال هذه المدة تكون معلقة لا تعرف مصيرها هل ستكون زوجة له، أو لا تكون؟ وهذا الاضطراب في مصير هذه العلاقة أمر له خطورته على المجتمع، فالقول بعدم صحة تعليق هذا العقد يصون كرامة الزوجة ويمكننا من أن نبني هذه التفرقة في الحكم بين عقود المعاوضات المالية وعقد النكاح على أساس المصلحة؛ لأن الأحكام شرعت تحقيقاً لمصالح العباد، فإذا كان الحكم

(١) بخلاف العقود المالية فالعلاقة فيها بعد العقد بين المالك والشيء المملوك.

(٢) حديث: «انظر إليها فإنه أحرى...» أخرجه ابن ماجه (٦٠٠/١)، ط الحلبي، وأحمد (٢٦٤/٤)، وقال البوصيري في (مصباح الزجاجة) وإسناده صحيح، (٣٢٨/١).

محققاً لمصلحة راجحة للعباد كان هذا متفقاً مع النصوص، وإذا تحقق من ورائه في بعض العقود ضرر واضح، فلا ضرر ولا ضرار؛ لأن الله قد شرع الأحكام تحقيقاً لنفع العباد.

وقد قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١).

وتعليق عقد النكاح يترتب عليه ضرر بالمتعاقدين، وبالأسرة، والضرر يزال.

إلا أن شرطاً يقتضيه العقد أو يلائم مقتضاه كما لو قبلت المرأة الزواج بشرط رضا أبيها يعتبر شرطاً صحيحاً، كما نص عليه الحنفية والإباضية ما دام الأب يمكن الوقوف على رأيه في مدة معقولة لا تدع الزوجة معلقة وقد تكون مدة الخيار وهي ثلاثة أيام أقصى حد لذلك.

(١) رواه أحمد في مسنده وابن ماجه والدارقطني وغيرهم - «الجامع الصغير» للسيوطي (٤٥٢/٢).

المبحث الثاني

تعليق عقود التبرعات

أما بالنسبة لعقود التبرعات فإنه يلزم لمناقشة حكم تعليقها أن نفرق بين عقود التبرعات التي تترتب آثارها عليها بعد وفاة المتبرع، كالوصية، وعقود التبرعات التي تترتب آثارها عليها في حياة المتبرع، كالهبة والوقف.

أما الأولى - وهي الوصية - فلا خلاف بين الفقهاء في جواز تعليقها على الشرط، وذلك لأنها عقد بطبيعته معلق على موت المتبرع، أي: أنه - كما يقول الفقهاء: عقد معلق على الخطر، وإذا كان كذلك فإنه يقبل التعليق.

وأما الثانية: وهي «عقود التبرعات التي تترتب آثارها عليها في حياة المتبرع - كالهبة بأنواعها والوقف - فقد اختلف الفقهاء - كما رأينا فيما تقدم - في حكم تعليقها على الشرط المستقبلي.

فيرى جمهور الفقهاء عدم صحة تعليقها على الشرط، وخالف في هذا الحكم بعض الفقهاء.

أما بالنسبة إلى الهبة فقد أجاز تعليقها المالكية والإباضية، وكذلك قال بعض الحنفية بجواز تعليقها على الشرط الملائم أو المتعارف.

وأما الوقف، فقد أجاز تعليقه أيضاً الحنفية والشافعية والحنابلة على رواية في كل مذهب من المذاهب الثلاثة، كما قال بجواز تعليقه على الشرط مطلقاً الزيدية.

الأدلة التي استند إليها المانعون لصحة تعليق عقود التبرعات والرد عليها:

لقد استند المانعون لصحة تعليق عقود التبرعات إلى نفس الأدلة التي استندوا إليها في القول بعدم صحة تعليق عقود المعاوضات على الشرط؛ لأن الجميع عقود تملكيات، والتملكيات لا تحتل التعليق على الخطر،

وقد سبق أن بينا أن هذه الأدلة لا تقوى على معارضة الآيات والأحاديث الدالة على لزوم الوفاء بالعقود والشروط، فضلاً عن أن فكرة الغرر أو الربا إن جاز تصورهما في عقود المعاوضات، فإنه لا يمكن تصورهما في عقود التبرعات وهذا يضعف موقف المانعين لصحة تعليقها، وإذا أضفنا إلى ذلك:

١ - أن المتبرع متفضل، والمتفضل يقبل تبرعه على الصورة التي أرادها، ما دام هذا لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، لقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١]؛ ولأننا إن منعنا ذلك كان هذا الحكم رداً لأوجه الخير والبر التي يحث الشارع على تقديمها ويرغب في الإتيان بها، وكان في هذا الحكم ضرر بمصلحة المنتفعين بمثل هذه التبرعات وضرر بالمجتمع، والضرر يزال، وإزالته تكون بصحة تعليق هذه العقود.

٢ - أن تعليق عقود التبرعات لا يترتب عليه ضرر بالمجتمع ولا بالأفراد، بل إنه يحقق نفعاً وهو نفع مشروع، وإذا كان التصرف محققاً لنفع ومصلحة مشروعة ولا يترتب عليه ضرر فإن الشرع لا يأباه.

٣ - أن حديث أم سلمة رضي الله عنها دليل واضح على صحة تعليق عقود التبرعات^(١) ونص هذا الحديث عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: لما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها: «إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقِي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة، فإن ردت علي فهي لك»، قالت: وكان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ورددت عليه هديته، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة». [رواه أحمد والطبراني وابن حبان في صحيحه].

ولنا في تحقيق هذا الحديث مسلكان: الأول: من ناحية سنده، والثاني: من ناحية ما يستفاد منه.

(١) وإذا نظرنا إلى أن عقود التبرعات هي من عقود التمليكات كان الحديث أيضاً دليلاً على صحة تعليق عقود المعاوضات يضاف إلى ما تقدم من أدلة؛ لأن الكل يترتب عليه تملك في الحياة.

سند هذا الحديث :

روى هذا الحديث الإمام أحمد عن أم كلثوم بنت أبي سلمة^(١) وسنده حدثنا يزيد بن هارون قال: حدثنا مسلم بن خالد عن موسى بن عقبة عن أبيه عن أم كلثوم قال أبي وحدثنا حسين بن محمد قال مسلم فذكره، وقال عن أم كلثوم بنت أبي سلمة... إلخ».

وأخرجه أيضاً: الطبراني وفي إسناده مسلم بن خالد الزنجي، وثقه ابن معين وغيره، وضعفه جماعة، وفي إسناده أيضاً أم موسى بنت عقبة، قال في «مجمع الزوائد»: لا أعرفها، وبقيّة رجاله رجال الصحيح.

كما جاء في كتاب «الإصابة» لابن حجر (٢٧٣/٨ - ٢٧٤): «أم كلثوم بنت أبي سلمة بن عبد الأسد بن عبد العزى المخزومية - ربيبة رسول الله ﷺ - روت عن أم سلمة زوج النبي ﷺ، روت عنها أم موسى بنت عقبة قال أبو عمر: حديثها عند موسى بن عقبة عن أمه، عن أم كلثوم بنت أبي سلمة، قلت: أخرجه ابن أبي عاصم في الوجدان، حدثنا الصلت بن مسعود، حدثنا مسلم بن خالد، عن موسى بن عقبة، عن أمه، عن أم كلثوم بنت أبي سلمة، قالت: الحديث».

ورواه مسعود عن مسلم بن خالد لكن لم ينسبها، أخرجه ابن منده من طريقه فقال: أم كلثوم غير منسوبة.

ورواه هشام بن عمار، عن مسلم بن خالد فقال: في روايته عن أم كلثوم، عن أم سلمة.

وأخرجه ابن حبان في «صحيحه» من طريقه عن أم سلمة نفسها.

كما أفاد الهيثمي في زوائد ابن حبان - «مورد الظمان»: حيث يقول:

(١) «الفتح الرباني» لترتيب مسند الإمام أحمد للساعاتي (١٧١/٥)، انظر: فتح الباري (٢٢٢/٥). فقد روى عن علي بن عبد الله، حدثنا سفيان حدثنا ابن المنكر سمعت جابراً رضي الله عنه قال: «قال لي النبي ﷺ: لو جاء مال البحرين أعطيتك هكذا (ثلاثاً)، فلم يقدّم حتى توفي النبي ﷺ، فأمر أبو بكر منادياً فنادى: من كان له عند النبي ﷺ عدة أو دين فليأتنا، فأتيته فقلت: إن النبي ﷺ وعدني، فحسني لي ثلاثاً» صحيح البخاري رقم (٢٥٩٨)، باب إذا وهب هبة أو وعد، ثم مات قبل أن تصل إليه أي الهدية.

ورواه ابن حبان بإسناده عن أم سلمة نفسها قال: أخبرنا الحسين بن عبد الله بن يزيد القطان بالرقعة، حدثنا هشام بن عمار، حدثنا مسلم بن خالد، عن موسى بن عقبة، عن أمه، عن أم كلثوم، عن أم سلمة قالت: الحديث.

* ولعلماء الحديث على سند هذا الحديث مأخذان:

أولهما: أن هذا الحديث في إسناده مسلم بن خالد الزنجي.

ثانيهما: أن في إسناده أم موسى بنت عقبة، وقد قال عنها في «مجمع الزوائد»: «لا أعرفها».

أما بالنسبة إلى المأخذ الأول، فقد وثق ابن معين وغيره مسلم بن خالد الزنجي، كما أن هذا الحديث قد جاء من طريق أحمد والطبراني، وقد نقل الشوكاني عن «مجمع الزوائد»: «أن رجال أحمد والطبراني رجال الصحيح»، وهذا يقوي سند هذا الحديث وينفي عنه ضعف السند.

وأما بالنسبة إلى المأخذ الثاني: فقد وجدنا أن هذا الحديث قد روي من غير طريق أم موسى بنت عقبة، حيث رواه الإمام أحمد عن مسلم بن خالد، عن موسى بن عقبة، عن أبيه، عن أم كلثوم - كما تقدم ذكره - ولم يروه عنها. فالحديث من ناحية السند حديث لا يقل مرتبة عن الحسن؛ لأن رجاله رجال الصحيح.

ما يستفاد من الحديث:

ومن ناحية معناه: للعلماء في تفسير هذا الحديث طريقان:

الأول: إن قول النبي ﷺ: «فإن ردت علي فهي لك» يعتبر وعداً من رسول الله ﷺ، كما قال الحنابلة، والوعد عندهم لا يلزم الوفاء به، وبهذا يمكن تفسير كونه عليه الصلاة والسلام وزع المسك على نسائه، وأعطى أم سلمة الحلة وبقيّة المسك ولو كان هذا الوعد ملزماً لأعطاهما كل الهدية «المسك والحلة».

إلا أنه يترتب على هذا التفسير أن النبي ﷺ لم يف بما وعد، وهذا إن جاز على غيره فلا يجوز عليه، عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام.

الثاني: إن قوله: «فهي لك» المقصود به الحلة لا الهدية، وقد استند

العلماء في هذا إلى رواية ابن حبان التي توضح أن المراد به ذلك، ونصه من رواية ابن حبان:

.... عن أم كلثوم عن أم سلمة قالت: لما تزوجني رسول الله ﷺ قال: إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي مسك، ولا أراه إلا قد مات، وسترده الهدية، فإن كان كذلك فهي لك، قالت: فكان كما قال النبي ﷺ، مات النجاشي وردت الهدية، فدفعت النبي ﷺ إلى كل امرأة من نسائه أوقية مسك، ودفعت الحلة وسائر المسك إلى أم سلمة.

وقد نص على هذا التخريج في الإصابة حيث قال: وأخرجه ابن حبان في «صحيحه» من طريقه وهو المحفوظ، وفي سياقه ما يدل على أن المراد بقوله: «هي لك» هي الحلة - لا الهدية، وبذلك يجاب من استشكل قوله: «فهي لك» ثم قسم المسك بين النساء.

* ومن هذا يتبين لنا أن الحديث دليل على جواز تعليق الهبة على شرط مستقبل، فقد علق الرسول عليه الصلاة والسلام إهداء الحلة إلى زوجته أم سلمة على رجوع الهدية عند موت النجاشي، وقد مات النجاشي، وأخذت أم سلمة ﷺ الحلة، وإذا جاز تعليقها وهي عقد تبرع أمكن القول بجواز تعليق عقود التبرعات جميعها على شرط مستقبل بطريق القياس.

المبحث الثالث

تعليق عقود الالتزامات

ويندرج تحتها: عقد الكفالة والضمان والحوالة.

هذه العقود إما أن تعلق على شرط ملائم، أو على شرط غير ملائم: أما تعليقها على شرط ملائم فقد أجمع الفقهاء على جواز تعليق عقد الضمان والكفالة ومثلهما الحوالة على الشرط الملائم.

ومن أمثله: ما لو قال: شخص لآخر، إن استحق المبيع فأنا ضامن، فإنه يصح الضمان؛ لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق، أو إذا بايعت فلاناً فأنا ضامن؛ لأن المبايع سبب لوجوب الضمان، أو إذا قدم زيد فأنا كفيل؛ لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولاً عنه، أو يكون مضاربه، أو إن غاب فلان عن البلد، أو هرب أو مات ولم يدع شيئاً فأنا كفيل، فإن هذه الحالات تكون سبباً لتعذر الاستيفاء.

* وأما تعليقهما على الشرط غير الملائم - كما لو قال إن هبت الريح أو جاء المطر، أو إن دخل زيد الدار فأنا كفيل، فإنه لا يجوز عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية - على الأرجح - والحنابلة، والإمامية.

* وخالف في هذا الحكم الشافعية على رأي مرجوح، كما خالف الزيدية.

أما الشافعية على الرأي المرجوح فقد أجازوا ذلك قياساً على الطلاق، حيث إنه لا يشترط في هذه العقود قبول المضمون له أو المكفول له، كما لا يشترط في الطلاق قبول الزوجة.

وأما الزيدية فقد أجازوا تعليق الكفالة على الشرط غير الملائم مطلقاً، سواء تعلق به غرض كالدياس، ومجيء القافلة، أو لم يتعلق به غرض، وقالوا: إن هذا العقد يتقيد بالشرط الذي علق عليه على كل حال.

الأدلة:

استند الفقهاء القائلون بصحة تعليق عقود الالتزامات على الشرط الملازم إلى ما يأتي:

أولاً: استدل الحنفية بقوله تعالى؛ ﴿وَلَمَن جَاءَ يَدُهُ جِمْلٌ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] على صحة تعليق الكفالة على الشرط الملازم؛ وذلك لأن الآية قد اشتملت على أمرين:

الأول: ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له.

والثاني: تعليق الكفالة على شرط هو سبب لوجوب الحق.

فالآية دليل على صحة تعليق الكفالة على الشرط الملازم؛ لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ، وفي هذا المعنى يقول البابرتي في العناية هامش «فتح القدير» (٥/ ٤٠٤ - ٤٠٥): «ويجوز تعليق الكفالة بشرط ملازم - ولا يجوز بشرط مجرد عن الملاءمة، كقوله: إن هبت الريح أو جاء المطر»، واستدل بقوله: ﴿وَلَمَن جَاءَ يَدُهُ جِمْلٌ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٣]^(١) فإن منادي يوسف ﷺ علق الالتزام بالكفالة بسبب وجود المال وهو المجيء. بـ ﴿صَوَاعَ الْمَلِكِ﴾ [يوسف: ٧٢] وكان نداؤه بأمر يوسف ﷺ، وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا قصها الله ورسوله من غير إنكار.

وفيه بحث من وجهين:

أحدهما: ما قاله بعض الشافعية من أن هذه الآية محمولة على بيان العمالة (الجعل) أن يأتي به، لا لبيان لكفالة، فهو كقول من أبق عبده (من جاء به فله عشرة) فلا يكون كفالة؛ لأن الكفالة إنما تكون إذا التزم عن غيره، وههنا قد التزم عن نفسه.

والثاني: إن الآية متروكة الظاهر؛ لأنها تشتمل على جهالة المفكول له وهي تبطل الكفالة.

(١) وقد جاء في «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي (٩/ ٢٣١) في تفسير هذه الآية: «البعير هنا الجمل في قول أكثر المفسرين، وقيل: إنه الحمار، وهي لغة بعض العرب قاله مجاهد واختاره، وقال مجاهد: الزعيم هو المؤذن الذي قال: «أيتها العير»، والزعيم الكفيل والحميل والضمين والقبيل سواء والزعيم الرئيس».

والجواب عن الأول: إن الزعيمَ حقيقةً في الكفالة، والعمل بها مهما أمكن واجب، فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادي للبير: إن الملك يقول: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ يَهُ بِهٖ جِمْ لُ بِعِيرٍ وَأَنَا يَهُ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٣] بذلك، فيكون ضامناً عن الملك، لا عن نفسه فتتحقق حقيقة الكفالة^(١).

والجواب عن الثاني: بأن في الآية أمرين: ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له، وإضافتها إلى سبب الوجوب، وعدم جواز أحدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر.

* فإن قلت: ما الفرق بين جهالة المكفول به، وجهالة المكفول عنه، وجهالة المكفول له؟ فإن الأولى لا تمنع الجواز أصلاً، والثانية تمنعه إذا كانت الكفالة مضافة كقوله: تكفلت بما بايعت أحداً من الناس، والثالثة تمنعه مطلقاً.

فالجواب أن الأولى منصوص على جوازها، لأن الله تعالى قال: «حمل بعير» وهو غير معلوم؛ لأنه يختلف باختلاف البعير فلم تمنعه مطلقاً، والثانية إنما تمنعه لأجل الإضافة لا للجهالة، فإن الكفالة المضافة إلى المستقبل يأبى القياس جوازها على ما يأتي. وإنما جوزت استحساناً للتعامل، والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه معلوماً، فالمجهول باق على أصل القياس، والثالثة إنما تمنعه (أي الجواز) مطلقاً؛ لأن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع، حتى لا تصح من غير قبول الطالب، وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق، حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول أصلاً، وإذا كانت بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة من جوازها كما أن جهالة المشتري مانعة من البيع، بخلاف جانب المطلوب فإن جهالته لا تمنع، كما أن جهالة المُعْتَقِ لا تمنع جواز العتق^(٢).

(١) وروى هذا التفسير القرطبي (٣٣٣/٩) الدليل الثاني: «الماخوذ من الآية» جواز الكفالة على الرجل؛ لأن المؤذن الضامن هو غير يوسف ﷺ.

(٢) أما الشافعية فلم يستدلوا بهذه الآية؛ لأنه شرع من قبلنا وهو كما يقولون: ليس بشرع لنا، جاء في «مغني المحتاج شرح متن المنهاج» (١٨٥/٢): «وإنما لم استدل بقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ يَهُ بِهٖ جِمْ لُ بِعِيرٍ وَأَنَا يَهُ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]؛ لأنه شرع من قبلنا، وهو ليس بشرع لنا على الصحيح، وإن ورد في شرعنا ما يقرره خلافاً لبعض المتأخرين».

ثانياً: نص الإمام مالك على أن الالتزام بالكفالة أو بالحوالة هو من قبيل المعروف والمعروف من أوجهه على نفسه فقد لزمه .

فقد جاء في «فتاوى الشيخ عليش» (١/١٥٢) الالتزامات للحطاب ما يأتي:

«قال مالك في كتاب «الحمالة من المدونة»، وإن أشهد رجل على نفسه أنه ضامن بما قضى به لفلان على فلان، إن قال: أنا كفيل بما لفلان، وهما حاضران أو غائبان أو أحدهما غائب لزمه ما أوجهه على نفسه من الكفالة والضمان؛ لأن ذلك معروف والمعروف من أوجهه على نفسه لزمه .

وقال في كتاب «المديان»: ومن ضمن لرجل ماله على ميت، ثم بدا له، فقد لزمه ذلك؛ لأن المعروف إذا أشهد به على نفسه لزمه . اهـ. قلت: وذكر الإشهاد هنا ليس شرطاً في اللزوم، وإنما خرج مخرج الغالب...» .

ثالثاً: قال الحنابلة: إن الحاجة تدعو إلى صحة تعليق هذه العقود على الشرط؛ لأن في القول بذلك ضماناً لحقوق الناس وحفظها من الضياع، ودفماً لضرر عظيم يهدد الحكمة التي من أجلها شرعت العقود جاء في «كشاف

= وقد قرر الإمام صدر الشريعة خلاف الفقهاء في لزوم شرع من قبلنا لنا أو عدم لزومه فقال في «التلويح على التوضيح» (١٦/٢ - ١٧) .

«شرائع من قبلنا وهي تلزمنا حتى يقوم الدليل على النسخ عند البعض لقوله تعالى: ﴿فِيهِدْتُهُمْ أَقْسَدَهُ﴾ [الأحقاف: ٣٣] وقوله تعالى: ﴿مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ﴾ [الأنعام: ٩٠] وعند البعض: لا، لقوله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَمَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾؛ ولأن الأصل في الشرائع الماضية الخصوص إلا بدليل كما كان في المكان، أي: كان في القرون الأولى لكل قوم نبي ويتبع كل واحد منهم نبيهم دون الآخر وكل من الأنبياء مخصوص لمعين، (وما ذكروا) وهو قوله تعالى: ﴿فِيهِدْتُهُمْ أَقْسَدَهُ﴾ وقوله تعالى: ﴿مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ﴾ (فذلك في أصول الدين).

وعند البعض تلزمنا على أنها شريعة لنا؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَوْرَثْنَا الْكِتَابَ الَّذِينَ اصْطَفَيْنَا مِنْ عِبَادِنَا...﴾ [فاطر: ٣٢] الآية والإرث يصير ملكاً للوارث مخصوصاً به، فنعمل به على أنه شريعة لنبينا محمد عليه الصلاة والسلام، ولقوله ﷺ: «لو كان موسى حياً لما وسعه إلا اتباعي»، وما ذكروا غير مختص بالأصول بل في الجميع». والحديث أخرجه الطبراني في الكبير، وأخرجه الهروي عن عبد الرزاق...

القناع» (١٧٧/٢): «ويصح ضمان العهدة...» وهو صحيح عند جماهير العلماء؛ لأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة وهي ثلاثة: الشهادة والرهن والضمان، فالأولى لا يستوفى منها الحق، والثانية ممنوعة؛ لأنه يلزم حبس الرهن إلى أن يؤدي، وهو غير معلوم، فيؤدي إلى حبسه أبداً، فلم يبق غير الضمان؛ ولأنه لو لم يصح لامتنعت المعاملات مع من لم يعرف، وفيه ضرر عظيم رافع لأصل الحكمة التي شرع البيع من أجلها».

تفسير الشرط الملائم:

الشرط الملائم هو الشرط المتعارف:

يفسر الحنفية - كما أشرنا فيما تقدم - الشرط الملائم بالشرط المتعارف. حيث جاء في «بدائع الصنائع» (٣/٦): «... والمعروف في مثل هذا الشرط دون غيره» أي: أن الناس قد تعارفوا تعليق الكفالة على شرط يكون سبباً لظهور الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الأداء في الجملة...»^(١) فكان هذا الشرط ملائماً لهذا العقد.

وبناء على ذلك يمكن أن نقول: إن الناس إذا تعارفوا تعليق هذه العقود على شرط كان هذا الشرط ملائماً لها وصح، أما تعليق هذه العقود على شرط لا يحقق غرضاً عرفياً، فإننا لا نرى الأخذ به؛ لأن تصرفات الناس يجب أن تكون بعيدة عن العبث، فإذا تبين لنا أن هذا الشرط لا يحقق غرضاً مشروعاً كان هذا التعليق غير صحيح، كما أننا نرى أن العرف المراد به العرف الخاص لا العرف العام، وقد أخذ بهذا الحنفية، فاعتبروا الشرط المقيد للعقد الذي تعارفه الناس في بلد معين أو في زمان معين صحيحاً للتعامل به، كما سيأتي في مقارنة آراء المذاهب في الشروط المقترنة بالعقد.

(١) انظر: في ضوابط العمل بالعرف والعادة: الأشباه والنظائر، لابن نجيم، في القاعدة السادسة: العادة محكمة، (ص ١٠١ - ١١٤)، وللسيوطي أيضاً في الأشباه (ص ٨٩) والمتثور في القواعد للزركشي (٣٥٦/٢).

المبحث الرابع

تعليق عقود الولايات على الشرط

ويندرج تحت الولايات: عقود الوكالة والمضاربة والوصاية والإمارة.

حكم تعليقها على الشرط - الأدلة ومناقشتها - النتائج:

وقد اتضح لنا مما تقدم أن جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإباضية) يرون صحة تعليق عقود الولايات على الشرط مطلقاً، ولم يخالف في هذا الحكم بالنسبة لجميع العقود سوى الإمامية، وبالنسبة للوكالة الشافعية على الراجح في المذهب، حيث جعلوا حكمها كحكم سائر عقود التمليكات.

الأدلة ومناقشتها:

وقد استدل الشافعية في القول بعدم صحة تعليق الوكالة إلى أن حكمها كحكم سائر العقود، وقد استظهرنا فيما تقدم أنهم يريدون قياسها على عقود التمليكات؛ لأن خلافاً جرى في حقيقة الوكالة، هل هي عقد تملك أم عقد ولاية؟ فمن رآها عقد تملك جعل حكمها في التعليق حكم عقود التمليكات، ومن جعلها من قبيل الولاية جعل حكمها في التعليق حكم عقود الولايات، وقد سبق أن رجحنا صحة تعليق عقود التمليكات بعد أن ناقشنا أدلة المانعين.

* وقد استند جمهور الفقهاء في القول بصحة تعليق عقود الولايات على الشرط مطلقاً إلى حديث صحيح رواه البخاري عن ابن عمر يدل على صحة تعليق الإمارة على الشرط ونصه:

عن ابن عمر قال: «أمر^(١) رسول الله ﷺ في غزوة مؤتة زيد بن حارثة، وقال: إن قتل زيد فجعفر وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة»^(٢). [رواه البخاري ولأحمد من حديث أبي قتادة، وعبد الله بن جعفر نحوه].

وعلق عليه الشوكاني بقوله: «حديث ابن عمر هو طرف من حديث طويل في ذكر غزوة مؤتة وكذلك حدثنا أبي قتادة وعبد الله بن جعفر هما في وصف الغزوة المذكورة، وقد اشتمل على جميع ذلك كتب الحديث والسير فلا نطول بذكره».

فالحديث نص في جواز تعليق الأمانة على شرط مستقبل، والإمارة عقد ولاية، وقد قاسوا على هذا العقد غيره من عقود الولايات، كالوكالة والمضاربة والوصاية، وإن كان الحديث وارد في ولاية عامة فإن هذه الولاية أخطر وأدق من الولاية الخاصة، فإن أثر الثانية لا يتعدى شخصين، أما الأولى فإن أثرها يعم الدولة، وإذا جاز تعليق ما كان هذا شأنه، فإنه يجوز بطريق الأولى تعليق ما كان أثره أقل خطورة، ولذلك نجد أن الشوكاني (٢٢٦/٨ - ٢٦٧) يقول بشأن هذا الحديث: «وقد استدل المصنف ﷺ بالحديث على جواز تعليق الولايات بالشرط المستقبل، كما في ولاية جعفر، فإنها مشروطة بقتل زيد وكذلك ولاية عبد الله بن رواحة فإنها مشروطة بقتل جعفر، ولا أعرف الآن دليلاً يدل على المنع من تعليق الولاية بالشرط، فلعل من خالف في ذلك مستند إلى قاعدة فقهية، كما يقع ذلك في كثير من المسائل».

وأي قاعدة فقهية يمكن أن تقوى على معارضة حديث رسول الله ﷺ؟ إن القواعد الفقهية تتقرر وفق ما رسمته لها الأدلة الشرعية... فقد خط هذا الحديث الشريف القاعدة الفقهية وهي صحة تعليق عقود الولايات على الشرط

(١) أمر: بتشديد الميم مع فتحها.

(٢) سبق تخريجه (٩٣).

المستقبل، وهذه القاعدة تتفق مع الآيات والأحاديث التي تأمر بالوفاء بالعقود والشروط.

فكان قول جمهور الفقهاء بصحة تعليق عقود الولايات على الشرط مطلقاً، هو القول الراجح الذي نؤيده استناداً إلى هذه الأدلة، العام منها والخاص.

الفصل الثالث

مقابلة الفقه الإسلامي بالقانون الوضعي
في تعليق العقود على الشرط

الفصل الثالث

مقابلة الفقه الإسلامي بالقانون الوضعي في تعليق العقود على الشرط

أولاً - آثار التعليق على الشرط:

حقيقة التعليق في الفقه الإسلامي^(١):

الأصل أن العقود إذا استوفت أركانها استتبع آثارها وأحكامها فور استيفاء هذه الأركان دون ما تراخ أو تأخير، ولكن يحدث أحياناً أن تتأخر هذه الآثار وذلك بسبب إضافة الإيجاب إلى زمن مستقبل، أو بسبب تعليق العقد على حدوث أمر محتمل الوقوع في المستقبل ويسمى العقد في الحالة الأولى منجزاً، وفي الثانية مضافاً، وفي الثالثة معلقاً.

ونوضح فيما يلي كل نوع منها:

(أ) العقد المنجز:

حقيقته: هو ما صدر على وجه تترتب عليه آثاره في الحال، وذلك بأن تكون صيغته غير مضافة إلى المستقبل، أو معلقة على شرط.

(١) المراجع:

شرح التلويح على التوضيح لسعد الدين مسعود الفتازاني الشافعي المتوفى سنة ٧٩٢هـ على تنقيح الأصول للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي المتوفى سنة ٧٤٧هـ (١٣٧/٢).

- الأموال ونظرية العقد للمرحوم الدكتور محمد يوسف موسى (ص ٤٤٨)، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٢ (دار الكتاب العربي).

- مختصر أحكام المعاملات الشرعية لفضيلة الشيخ علي الخفيف - مطبعة السنة المحمدية سنة ١٩٥٤.

- المدخل للفقه الإسلامي للمرحوم الشيخ عيسوي أحمد عيسوي - مطبعة دار الكتاب العربي سنة ١٩٦٣.

فإذا قال البائع: بعت لك هذه الدار بألف وقبل المشتري، انتقلت فوراً ملكية الدار إلى المشتري وملكية الثمن إلى البائع دون ما تأخير، فالعقد هنا يسمى منجزاً سواء اقترن بشرط أم لم يقترن، ففي المثال المذكور آنفاً كان غير مقترن بشرط، ومثاله فيما إذا كان مقترناً بشرط ما لو قال شخص لآخر: اشترت منك هذه الدار بألف على أن أدفع لك الثمن بعد شهرين، وقبل الآخر، فإن العقد يتم بهذه الصيغة من وقت صدوره وتترتب عليه آثاره من هذا الوقت، فتنقل ملكية الدار إلى المشتري، وملكية الثمن إلى البائع، غير أن اقتضاء الثمن يتأخر إلى الوقت المحدد بالشرط.

وجميع العقود سواء أكانت عقود تملكيات أم غيرها يصح أن تكون منجزة، وهو الأصل فيها؛ لأن الأصل فيمن يريد التعاقد أن يقصد إلى وجود العقد ووجود أحكامه وآثاره في الحال ولم يخرج عن هذا سوى عقد الوصية والإيصاء، إذ الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، والإيصاء تفويض التصرف في مصالح أطفاله إلى غيره بعد موته، فأحكام هذين العقدين لا توجد إلا بعد وفاة الموصي، ولذلك لا يقبلان التنجيز أصلاً.

حكمه: حكم العقد المنجز: أنه تترتب عليه آثاره بمجرد تمامه ولا تتأخر عنه.

(ب) العقد المضاف:

حقيقته: هو ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل، سواء أكانت مطلقة أم مقترنة بشرط، مثاله في حال الإطلاق، أن يقول شخص لآخر: أجرتك داري هذه مدة سنة بكذا ابتداء من أول الشهر المقبل، ويقبل الآخر، ومثاله في حال الاقتران بالشرط: أن يقول له: أجرتك داري هذه مدة سنة بكذا ابتداء من أول الشهر المقبل بشرط أن تدفع أجرتها عند ابتداء المدة، فيقول الآخر قبلت.

حكمه:

ينعقد هذا العقد علة لحكمه في الحال، ولكن لا يترتب عليه حكمه إلا عند مجيء الوقت الذي أضيف إليه، فلا يبتدئ عقد الإجارة إلا عند ابتداء

(ج) العقد المعلق على شرط:

حقيقته: هو ما علق وجوده على حصول أمر مستقبل محتمل الوقوع بأداة من أدوات الشرط أو ما في معناها، سواء أكان مقيداً بشرط أم مطلقاً، ومثاله في حال الإطلاق أن يقول شخص لآخر: إن سافرت إلى الخارج فأنت وكيلتي في بيع داري هذه، فإنه قد علق وجود الوكالة على حصول السفر إلى الخارج، والسفر إلى الخارج أمر محتمل الوقوع.

ومثاله في حال الاقتران: أن يقول شخص لآخر: إن أقرضت فلاناً ألف دينار فأنا كفيل بشرط أن يكون ذلك خلال عام من الآن، فقبل الآخر، فإذا تم الإقراض في خلال العام وجد العقد، وترتب آثاره عليه من هذا الوقت، وإلا لم يوجد العقد.

وإذا كان الأمر الذي علق عليه العقد موجوداً وقت التعليق كان العقد منجزاً كما سبق أن أوضحنا، ومثل هذا النوع التعليق بمشيئة العاقد الآخر. أما إذا كان الأمر الذي علق عليه العقد مستحيل الوجود، فإن العقد لا ينعقد أصلاً، ويكون الغرض من التعليق هو إيذان المخاطب باستحالة إنشاء هذا العقد كما لو قال له: إن طلعت الشمس من المغرب فقد وكلتك في بيع

(١) الفرق بين العقد المضاف والعقد الموقوف في المذهب الحنفي. العقد المضاف يشبه العقد الموقوف عند الحنفية من حيث أن كلاهما يوجد ويتحقق بوجود الصيغة مع تخلف ظهور الحكم فيهما إلى زمن آخر، ويفترقان من وجوه:
الأول: أن تراخي الحكم عن الصيغة في العقد المضاف نشأ من الصيغة نفسها؛ لأن الإيجاب فيها مضاف إلى زمن مستقبل، أما تخلف الحكم في العقد الموقوف فليس مرجعه الصيغة؛ لأنها منجزة، وإنما مرجعه عدم الإجازة ممن له ولاية العقد.
الثاني: أن العقد المضاف لا يتحقق فيه الحكم قبل مجيء الزمن المضاف إليه، أما العقد الموقوف فإن الإجازة اللاحقة تكون كالإذن السابق، ويكون للحكم بها أثر رجعي من وقت انعقاد العقد في العقود التي لا تقبل التعليق، أما في العقود التي تقبل التعليق فإن الحكم يترتب فيها من وقت الإجازة بدون أثر رجعي.
الثالث: أن العقد الموقوف قد ينقلب باطلاً، وذلك إذا لم يجزه صاحب الولاية، أما المضاف فإنه يترتب عليه حكمه في الزمن الذي أضيف إليه الإيجاب ما دام صحيحاً.

منزلي هذا^(١).

حكمه:

نظراً إلى أن التعليق على الشرط يختلف في مذهب الحنفية عنه في مذهب الشافعية نورد أولاً حكمه في المذهب الحنفي، ثم نورد حكمه في المذهب الشافعي.

حكمه في المذهب الحنفي:

يترتب على التعليق - عند علماء الحنفية - ألا يوجد العقد إلا بعد تحقق الأمر الذي علق عليه هذا العقد، فإذا تحقق هذا الأمر المعلق عليه العقد وجد العقد وترتبت عليه أحكامه وآثاره من وقت تحقق الشرط فقط. أما قبل تحقق الشرط فلا يوجد العقد وتعتبر صيغة التعليق الموجودة سبباً مجازياً، أو علة اسماً كما يعتبر الشرط الذي علق عليه العقد علة حكماً فقط^(٢).

-
- (١) «التلويح على التوضيح وتنقيح الأصول» (١/١٤٨) للإمامين: الفتازاني، وصدر الشريعة.
(٢) ونوضح فيما يلي معنى السبب. وأقسامه والعلة وأقسامها، وذلك ليتسنى لنا أن نبين منزلة العقد المعلق والشرط الذي علق عليه العقد في كل منهما فنقول:

* التعريف بالسبب:

- السبب لغة: ما يتوصل به إلى الشيء، واصطلاحاً: ما يكون طريقاً إلى الحكم من غير تأثير.

وينقسم السبب إلى ثلاثة أقسام:

(أ) سبب في معنى العلة ويكون هذا القسم عند إضافة العلة إلى السبب، فيضاف حيثئذ الحكم إليه أيضاً، فإذا شهد الشهود على رجل بقتله لشخص آخر فاقص منه، ثم رجع الشهود تجب الدية عليهم، وكذا تجب الدية بسوق الدابة وقودها، وذلك لأن سوق الدابة (ومثلها الشهادة) لم يوضع للتلف، ولم يؤثر فيه، فليس علة، وإنما هو طريق للوصول إلى التلف، والعلة هي وطء الدابة بقوائمها هذا الشخص، والوطء مضاف إلى السوق وحادث به، فيكون السبب (وهو السوق) له حكم العلة.

(ب) سبب حقيقي: ويكون هذا القسم إذا لم تكن العلة مضافة إلى السبب، كما إذا دل شخص رجلاً على مال مسلم فسرقه هذا الرجل، أو دله على حصن في دار الحرب فدخل الحصن، وحصل منه على غنيمة - لا يضمن الشخص الدال على السرقة، وكذا لا يشترك في الغنيمة الدال على الحصن؛ لأنه توسط بين السبب (الدلالة والإرشاد) والعلة (السرقة والغزو) فعل فاعل مختار وهو السارق والغازي.

= (ج) سبب مجازاً: وهو ما يفضي إلى الحكم في الجملة، كالتعليق على الشرط، فلو قال شخص لآخر: إن أقرضت فلاناً ألف دينار فأنا بها كفيل، كانت هذه الصيغة (صيغة التعليق) سبباً مجازياً نظراً لما يترتب عليها من الجزاء - وهو الكفالة عند تحقق الشرط - لأنها تفضي إليه في الجملة، وليست سبباً حقيقياً؛ لأنها ربما لا تفضي إليه وذلك عند عدم تحقق الشرط (وهو الإقراض) ولذلك كان التعليق على الشرط سبباً مجازاً.

التعريف بالعلة:

٢ - العلة (أ) في اصطلاح الأصوليين:

هي وصف خارج مؤثر يبنى عليه الحكم ويعرف به هذا الحكم في الفرع، فالإسكار وصف في الخمر بني عليه تحريمه، ويعرف به وجود التحريم في كل مسكر، وقد وضع الأصوليون لهذه العلة شروطاً بأن تكون وصفاً ظاهراً محسوساً، منضبطاً مناسباً، وألا يكون هذا الوصف قاصراً على الأصل وأن يكون مع ظهوره وانضباطه قد اعتبره الشارع علة بأي نوع من أنواع الاعتبار.

(ب) أقسامها:

تنقسم العلة من حيث إضافة الحكم إليها وتأثيرها فيه وحصوله معها في الزمان إلى سبعة أقسام، وهي بالاعتبار الأول علة اسماً، وبالثاني علة معنى، وبالثالث علة حكماً، وإليك هذه الأقسام:

١ - علة اسماً ومعنى، وحكماً، أي: يضاف الحكم إليها، وهي مؤثرة فيه، ولا يتراخى الحكم عنها، كالبيع المطلق للملك والنكاح للحل، والقتل للقصاص.

٢ - علة اسماً ومعنى فقط: أي: يضاف الحكم إليها وهي مؤثرة فيه، ويتراخى الحكم عنها، كالبيع الموقوف والبيع بالخيار، فمن حيث إن الملك يضاف إليه علة اسماً، ومن حيث إنه مؤثر في الملك علة معنى ولكن الملك يتراخى عنه فلا يكون علة حكماً.

٣ - علة معنى وحكماً: لا يضاف الحكم إليها ولكنها تؤثر فيه، وتتصل بالحكم، وذلك عندما تكون العلة مركبة من جزءين كالقربة والملك بالنسبة للعتق - فالجزء الأخير من العلة (وهو الملك) يعتبر علة معنى وحكماً، فإذا تأخر الملك عن القربة أثر في العتق واتصل به، وليست (القربة) علة اسماً؛ لأن الحكم يضاف إلى جزأي العلة لا إلى أحدهما.

٤ - علة اسماً وحكماً: أي: يضاف الحكم إليها وتتصل به ولا تؤثر بذاتها فيه، كالسفر والمرض أقيماً مقام المشقة في الترخيص بالفطر في رمضان، وكالمس والنكاح يقومان مقام الوطء في ثبوت النسب وحرمة المصاهرة، فإن الحكم يضاف =

حكم العقد المعلق في المذهب الشافعي:

يرى علماء الشافعية أن العقد المعلق ينعقد سبباً للحكم في الحال، ولكن التعليق يؤخر وجود الحكم إلى زمان وجود الشرط. فالعقد المعلق على شرط موجود، ولكن حكمه تأخر إلى وقت تحقق الشرط الذي علق عليه.

- = إليهما ويتصل بهما ولكن لا يؤثران بذاتهما فيه؛ لأن المؤثر الحقيقي هو المشقة في الأول والوطء في الثاني، ولكنهما أقيما مقامهما وذلك من إقامة السبب الداعي مقام المدعو إليه؛ لأن السفر والمرض هما سبب المشقة والمس والنكاح سبب الوطء.
- ٥ - علة اسماً فقط: أي: يضاف الحكم إليها من غير تأثير، ويتراخى الحكم عنها كالمعلق على شرط، مثاله ما لو قال شخص لآخر: إن أقرضت فلاناً ألف دينار فأنا كفيل.. الشرط (هو الإقراض) والعلة (أنا بها كفيل) فالشرط في صيغة التعليق يمنع العلة من الانعقاد والتأثير، ويترتب على هذا المنع أن يتراخى الحكم (وهو الكفالة) إلى وقت تحقيق الشرط وهو الإقراض، فإذا زال المانع، وذلك بأن يتحقق الشرط صار الإيجاب السابق (الصيغة) علة حقيقية (اسماً ومعنى وحكماً) لتأثيرهما في وقوع الحكم مع الإضافة إليهما والاتصال بها فتصبح بمنزلة البيع للملك، أو بمثابة العقد المنجز، فالعقد المعلق على شرط لا يوجد ولا يترتب عليه حكمه إلا بعد وجود الأمر المعلق عليه، إذ بوجوده ينشأ العقد وتترتب عليه آثاره ابداء من الوقت الذي تحقق فيه الشرط، وإذا لم يوجد الشرط لم يوجد العقد المعلق عليه.
- ٦ - علة معنى فقط: أي: تؤثر في الحكم من غير إضافة ولا اتصال، وذلك كالجاء الأول من العلة المركبة - القرابة والملك - كما سبق أن أوضحنا في العلة معنى وحكماً - فالقرابة إذا تقدمت على الملك كانت مؤثرة، ولكن لا يضاف الحكم إليها ولا يتصل بها، إذ يضاف الحكم إلى جزأي العلة هما «القرابة والملك» وكل منهما مؤثر في الحكم وهو العتق.
- فإذا كانت العلة ذات وصفين مؤثرين فالمتقدم علة معنى فقط، والمتأخر وجوداً علة معنى وحكماً لوجود التأثير والاتصال، لا اسماً لعدم الإضافة إليه بدون واسطة حيث إن الإضافة تكون بمجموع الوصفين.
- ٧ - علة حكماً فقط: أي: يتصل بها الحكم من غير إضافة ولا تأثير، كالشرط الذي علق عليه العقد فإن قال شخص لآخر إن أقرضت فلاناً ألف دينار فأنا بها كفيل، فالشرط وهو الإقراض إذا تحقق اتصل به الحكم وهو «الكفالة» من غير تأثير ولا إضافة؛ لأن التأثير يكون للعلة وهي الصيغة التي كان الشرط مانعاً من انعقادها، فلما تحقق الشرط زال المانع فأصبحت علة حقيقية كما سبق أن أوضحنا.
- النتيجة: وبهذا التحليل رأينا أن الشرط الذي علق عليه العقد يكون علة حكماً فقط؛ وأن العقد المعلق هو سبب مجازاً أو علة اسماً.

فإذا قال شخص لآخر: «أوصيت إليك إلى قدوم زيد من السفر، فإن قدم من السفر كان زيد هو الوصي» انعقد عقد الإيضاء لزيد بهذه الصيغة سبباً للحكم في الحال، ولكن التعليق قد أخرج الحكم (الإيضاء) إلى الوقت الذي يتحقق فيه الشرط، وهو وقت قدومه من السفر.

فالتعليق عند الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بمنزلة الإضافة في أن كلاً منهما لا يمنع السبب عن الانعقاد وإنما يؤخر الحكم فقط، فالعقد موجود في حالة التعليق وفي حالة الإضافة، والتعليق يؤخر الحكم إلى حين تحقق الشرط المعلق عليه، كما أن الإضافة تؤخر الحكم إلى أن يجيء الوقت المضاف إليه^(١).

صحة تعليق العقود على الشروط في الفقه الإسلامي:

وبناء على ما تقدم يمكننا أن نقول إنه يصح في الفقه الإسلامي تعليق عقود المعاوضات المالية وعقود التبرعات وعقود الولايات، وعقود الالتزامات على الشرط ما دام الشرط يحق غرضاً مقصوداً أو تتوافر فيه الشروط التي سبق أن أوضحناها^(٢) سواء كان الشرط «احتمالياً» - وهو ما يكون تحققه أو تخلفه متروكاً للصدفة ولا تعلق له بإرادة أحد طرفي الالتزام، أو كان الشرط إرادياً

(١) وقد أرجع صاحب «التلويح على التوضيح» (١٤٦/١) سبب الخلاف إلى خلاف نحوي في الجملة الشرطية بقوله:

«التحقيق في الجملة الشرطية عند أهل العربية: أن الحكم هو الجزاء وحده، والشرط قيد له - بمنزلة الظرف والحال.. (حتى أن الجزاء إن كان خبراً فالشرطية خبرية، وإن كان إنشاءً فإنشائية) وعند أهل النظر: أن مجموع الشرط والجزاء كلام واحد دال على ربط شيء بشيء، وثبوته على تقدير ثبوته من غير دلالة على الانتفاء عند الانتفاء، فكل من الشرط والجزاء جزء من الكلام، بمنزلة المبتدأ والخبر، فمال الشافعي إلى الأول، وجعل التعليق إيجاباً للحكم على تقدير وجود الشرط وإعداماً له على تقدير عدمه، فصار كل من الثبوت والانتفاء حكماً شرعياً ثابتاً باللفظ منطوقاً ومفهوماً، وصار الشرط عنده تخصيصاً وقصراً لعموم التقادير على بعضها، ومال أبو حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى الثاني فجعل الكلام موجباً للحكم على تقدير وجود الشرط، ساكتاً عن النفي والإثبات على تقدير عدمه، فصار انتفاء الحكم عدماً أصلياً مبنياً على عدم دليل الثبوت، لا حكماً شرعياً مستفاداً من النظم، ولم يكن الشرط تخصيصاً، إذ لا دلالة على عموم التقادير حتى يقصر على البعض».

(٢) سبق توضيح هذا في المبحث الثاني من الفصل الأول (ص ٦٠ - ٦٨).

«أي: يتعلق بإرادة أحد طرفي العقد، بسيطاً كان أو محضاً، إلا إذا علق على إرادة المدين فإنه لا يصح - كما لو قال أبيعك هذا إذا أردت بضم التاء؛ لأن هذه الصيغة لا تصلح إيجاباً - أو كان الشرط «مختلطاً» أي يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام وبعامل خارجي، كمجرد الصدفة أو إرادة الغير، وهذا ما أخذ به الفقه الوضعي^(١).

أثر شرط التعليق:

قد بينا في الباب الأول أثر الشرط الواقف في مرحلتي التعليق واليقين في القانون الوضعي^(٢) ولا يخرج ما ذهب إليه هذا القانون عما قرره فقهاء الفقه الإسلامي.

فقد ذهب الحنفية ومن نهج نهجهم إلى أن التعليق يترتب عليه ألا يوجد العقد ولا تترتب عليه أحكامه إلا بعد تحقق الأمر الذي علق عليه هذا العقد، فإذا تحقق هذا الأمر وجد العقد وترتبت عليه أحكامه وآثاره من وقت تحقق الشرط فقط، أما قبل تحقق الشرط فلا يوجد العقد، وتعتبر صيغة التعليق الموجودة سبباً مجازاً، أو علة اسماً...

وبهذا أخذت طائفة من شراح القانون الوضعي حيث قالوا: إن الحق تحت شرط واقف هو مجرد أمل وليس حقاً، وقد سبق أن أوضحنا^(٣) هذا الرأي وبيننا أن كثيراً منهم لا يأخذون بهذا الرأي.

وذهب الشافعية ومن نهج نهجهم إلى أن التعليق يترتب عليه انعقاد العقد سبباً لحكمه في الحال والتعليق آخر وجود حكم هذا العقد وآثاره إلى زمان تحقق الشرط.

وبناء على هذا الرأي يكون الحق المعلق على شرط واقف حقاً موجوداً وكائناً ولكن وجوده غير كامل.

والدليل على وجوده أنه إذا قام المدين تحت شرط واقف بالوفاء بالتزامه

(١) سبق توضيح هذه الشروط عند شرح القانون الوضعي في الفصل الأول (ص ٢٤).

(٢) سبق توضيحه في الفصل الأول (ص ٣٣).

(٣) سبق الإشارة إلى هذا الرأي في الفصل الأول (ص ٣٤).

المعلق على شرط قبل تحقق الشرط، ثم تحقق الشرط، فإن الوفاء السابق بهذا الالتزام يجزيه بعد تحقق الشرط؛ لأنه حينما وفى بالتزامه كان الالتزام موجوداً، وتعجيل الأداء بعد وجود السبب وقبل وجوب الأداء صحيح باتفاق الفقهاء في الفقه الإسلامي - كتعجيل الزكاة قبل الحول إذا وجد السبب وهو النصاب، وقد مثلوا لذلك بما لو نذر شخص أن يتصدق بمبلغ من المال إن قدم ابنه من السفر، ثم تصدق قبل حضور ابنه وبعد ذلك حضر هذا الابن، فإنه لا يجب عليه التصديق مرة أخرى عند الشافعي رحمته الله وبهذا أخذ القانون الوضعي، أما عند أبي حنيفة رحمته الله فإنه يلزمه أن يتصدق مرة أخرى عند تحقق الشرط؛ لأنه حينما تصدق كان الالتزام غير موجود، وتعجيل الأداء قبل وجود السبب لا يجوز بالاتفاق؛ لأن العقد المعلق لا يصير سبباً إلا عند تحقق الشرط.

وأما أن وجوده غير كامل فلأن أحكام هذا العقد وآثاره أثناء فترة التعليق غير مؤكدة الحصول أو محتملة؛ لأنها تتأخر إلى زمان تحقق الشرط، فإذا تحقق الشرط أصبح العقد منجزاً وناظراً وترتبت عليه جميع آثاره، وإذا لم يتحقق اعتبر العقد كأن لم يكن ولم يترتب عليه شيء، لذلك كان هذا الحق غير كامل الوجود، فقول الشافعية إن صيغة التعليق تنعقد سبباً في الحال دال على وجود هذا الحق، وقولهم إن أحكامه وآثاره تتأخر إلى وقت تحقق الشرط دل على أن هذا الحق غير كامل الوجود، فإن تحقق هذا الشرط تكامل وجوده وأصبح خلقاً سوياً وإن لم يتحقق ولد هذا الحق ميتاً.

وبرأي الشافعية أخذ القانون المدني المصري والسوري والعراقي واللبناني.

الحق المعلق على شرط لا يجوز التصرف فيه:

سبق أن نقلنا رأياً عن الإمام مالك رحمته الله ^(١) يصرح فيه بأنه إذا علق عقد تبرع على شرط مستقبل فإنه لا يجوز للمتصرف التصرف في محل العقد أثناء فترة التعليق؛ أي: أنه يوقف عن التصرف إلى أن تبين حقيقة الأمر بتحقق

(١) (ص ٩٢) من البحث.

الشرط أو بتخلفه، وبناء على هذا الرأي يكون الحق المعلق على شرط حقاً موجوداً.

الحق المعلق على شرط حق لازم لا يجوز الرجوع عنه:

وقد صرح بهذا الخرشي (٢٤١/٤) حيث قال: «ومن وجد رجلاً يدعي على رجل بحق وهو يكذبه فقال له: احلف أن لك عليه حقاً وأنا ضامن فيه، فليس له أن يرجع قبل حلفه عن مقالته، ولا ينفعه؛ لأنه حق واجب» وعلق العدوى على قوله: «حق واجب» بقوله: «أي: على تقدير حلفه لأنه لما قال: احلف وأنا ضامن كأنه قال التزم لك الضمان إن حلفت، فهو حق واجب بالالتزام على تقدير الحلف، فإذا حلف الطالب غرم الضمان»^(١).

الانتفاع بمحل العقد أثناء فترة التعليق:

يكون للمتصرف تحت شرط التعليق الحق في الانتفاع بمحل العقد الانتفاع المعتاد خلال فترة التعليق بشرط ألا يضر بمصلحة المتصرف إليه وذلك؛ لأنه لا زال على ملكه.

وإذا كان للمتصرف حق الانتفاع بهذه الكيفية كانت عليه نفقة محل العقد خلال فترة التعليق، وإدارته الإدارة المتعارفة، ويمكننا أن نقيس هذا الحكم على حكم استثناء المتصرف بعض منافع محل العقد لمدة معينة، كما سيأتي في الشروط المقترنة بالعقد.

كيفية تحقق الشرط أو تخلفه:

قواعد العقد في الفقه الإسلامي لا تأبى ما قرره القانون الوضعي من أن إرادة طرفي الالتزام هي الأساس في معرفة تحقق الشرط وتخلفه؛ لأن العقود أساسها الرضا وما تراضى عليه المتعاقدان بكمه وكيفه لزمهما الوفاء به ما دام هذا في حدود المشروع.

(١) كما صرح الإباضية بذلك: جاء في «شرح النيل» (١٦٤/٣): «إن زوجها أجنبي على رضا وليها، فرجع الزوج قبل علم الولي، فلا رجوع له، وتم النكاح إن أمته الولي».

الأثر الرجعي للشرط :

كما أنه بناء على ما ذهب إليه الشافعية من أن صيغة التعليق تنعقد سبباً للحكم في الحال، والتعليق أخر الحكم إلى وقت تحقق الشرط، يمكن القول بأنه إذا تحقق الشرط امتد أثره إلى الوقت الذي انعقد فيه العقد، ولذلك صحح المذهب الأداء السابق على تحقق الشرط لتحقيق سبب الالتزام.

والاستثناءات الواردة في القانون لا تأبأها قواعد الفقه الإسلامي؛ لأنه إذا اتفق الطرفان على عدم الأخذ بمبدأ الأثر الرجعي للشرط، بأن جعلوا الوقت الذي تحقق فيه الشرط هو وقت وجود الالتزام أو زواله كان لهما ما أرادوا أخذاً بما ذهب إليه الحنفية وليس هناك مانع شرعي من هذا، كما أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبي حدث قبل تحقق الشرط، كما لو هلكت العين المبيعة قبل تحقق الشرط بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإنها تهلك على البائع إذا كان الشرط واقفاً وينتهي بانتهائها الالتزام».

الباب الثالث

حكم الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي

بيننا فيما سبق حقيقة الشرط المقترن بالعقد في الفقه الإسلامي ونظراً لاختلاف الفقهاء في حكم هذا الشرط وحكم العقد المقترن به اختلافاً كبيراً نجعل هذا الباب في ثلاثة فصول:

الفصل الأول: يتناول بعض الشروط التي أطلق عليها الفقهاء اسم الشرط مجازاً.

الفصل الثاني: ويشتمل على عرض لآراء الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد^(١).

الفصل الثالث: مقارنة آراء الفقهاء في حكم الشروط المقترنة بالعقد، مع مقارنتها بما يقابلها في القانون الوضعي.

الفصل الرابع: تحليل ومناقشة لقاعدة «إبطال الشروط المنافية لمقتضى العقد».

الفصل الخامس: الشرط الفاسخ، وموقف الفقه الإسلامي منه.

الفصل السادس: حكم الشروط غير المقترنة بالعقد، وهي «السابقة عليه أو اللاحقة له، أو المتواطأ عليها».

(١) ملاحظة رأيت عند عرض آراء المذاهب أن أقدم فقه أهل السنة ثم أتبعه بفقه الشيعة والخوارج، وألتزم في التقديم والتأخير الترتيب التاريخي بين فقهاء أهل السنة أولاً، ثم فقهاء الشيعة والخوارج.

الفصل الأول

شروط يصدق عليها

أنها شروط مجازاً لا حقيقة

وهذا القسم من الشروط يتناول نوعين:
النوع الأول: اشتراط صفة قائمة بالمعقود عليه وقت التعاقد.
النوع الثاني: اشتراط ما يقتضيه العقد.
ونورد فيما يلي آراء الفقهاء في كل نوع منهما.

النوع الأول

اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت التعاقد

ونعرض فيما يلي آراء المذاهب المختلفة في هذا النوع من الشرط مشفوعة بمقارنة هذه الآراء.

أولاً - عرض آراء المذاهب الفقهية:

(١) المذهب الحنفي:

أجاز الحنفية اشتراط صفة قائمة بمحل العقد^(١) وذلك إذا تحقق في الصفة المشترطة ما يلي:

١ - أن تكون صفة محضة لا يتصور انقلابها أصلاً؛ لأنها بهذه الكيفية لا يكون لها حصة من الثمن؛ ولأنها لو كانت موجودة عند العقد تدخل فيه من غير تسمية، وذلك كما لو اشترى جارية على أنها بكر أو طباحة أو خبازة، أو غلاماً على أنه كاتب أو خياط، أو باع دابة بألف على أنها صحاح، أو على أنها جواد نقد بيت المال...

فلو أمكن انقلابها أصلاً، كما لو شرط كون الدابة المبيعة حاملاً، يفسد البيع - في ظاهر الرواية - نظراً لما يؤدي إليه من الغرر والجهالة^(٢)، فلربما كان انتفاخ بطنها مرضاً عارضاً لا حملاً، وقد روى عن رسول الله ﷺ أنه: «نهى عن بيع وغرر»^(٢).

(١) «البدائع» (١٧٢/٥).

وقد جاء في حاشية «الدر» لابن عابدين (٩٦/٤): «والضابط للأوصاف أن كل وصف لا غرر فيه فاشتراطه جائز لا ما فيه غرر إلا ألا يرغب فيه، وفي الخانية في فصل الشروط المفسدة متى عاين ما يعرف بالعيان انتفى الغرر».

(٢) حديث النهي عن بيع الغرر... تقدم تخريجه (ص١٤٧).

وعند أبي حنيفة لا يفسد، كما لو شرط كون العبد كاتباً أو خياطاً ونحو ذلك^(١).

٢ - أن تكون صفة مرغوباً فيها لا على وجه التلهي، فإن كان المقصود من الصفة التلهي كما لو شرط كون الكبش المبيع نطاحاً أو الديك مقاتلاً فسد العقد؛ لأنها أمور محظورة^(٢) ومنهي عنها لما يترتب عليها من صرف الناس عن واجباتهم الدينية والدنيوية، وسيأتي إيضاح حكم الشرط المحظور.

٣ - ألا يترتب على اشتراطها غرر وجهالة كاشتراط حمل الدابة كما سبق أن أوضحنا.

فإذا تحققت هذه الشروط في الصفة المشترطة كان اشتراطها صحيحاً والعقد صحيحاً؛ لأنها تكون بمثابة اشتراط ما يقتضيه العقد، واشتراط ما يقتضيه العقد جائز فتكون جائزة.

(ب) المذهب المالكي:

إذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر^(٣) صفة قائمة بالمعقود عليه فيها عرض مشروع للمشترط ولا يؤدي الشرط إلى غرر فإنه يكون صحيحاً يجب الوفاء به، فإن لم يتحقق الشرط كان للمشتري الخيار^(٤) بل إن المذهب يقرر ما هو أبعد من ذلك وهو أنه لو اشترى الجارية وقد وصفها البائع بأنها عذراء أو رقامة أو خبازة... فوجدها على خلاف ذلك كان له الخيار أيضاً، وأبعد منه أن يشتري الجارية وتزعم هي أنها كذلك - كان كل ذلك كالشرط، إن لم يتحقق يكن للمشتري الخيار.

أما إذا اشترط شرطاً لا غرض فيه ولا مالية، كما لو شرط أنها أمية، فوجدها كاتبة، أو جاهلة، فبانت عالمة، ولا غرض له في ذلك، لغا الشرط

(١) «البدائع» (١٦٨/٥) وسيأتي بيانه في الشروط الباطلة.

(٢) «البدائع» (١٦٩/٥).

(٣) المراجع: «مواهب الجليل» للحطاب (٤/٤٢٨)، و«التزامات الحطاب» (١/٢٣٦)، «فتاوى الشيخ عليش»، و«الشرح الكبير» للدسوقي (٣/٥٩).

(٤) وهو خيار النقيصة وهو خيار ثبت بسبب نقص يخالف ما التزم البائع شرطاً أو عرفاً في زمان ضمانه، «مواهب الجليل» للحطاب (٤/٤٢٧).

ولم يثبت له خيار وضح العقد، وقيل: يلزم الوفاء بالشروط^(١).

أما إذا أدى الشرط إلى غرر أو بعبارة المذهب الحنفي كانت الصفة المشترطة يتصور انقلابها أصلاً - كشرط الحمل، فإن المذهب يقضى بما يأتي:

إذا اشترط البائع حمل الدابة: فإما أن يقصد به استزادة الثمن، أو التبري من العيب، أو لا يصرح، فإن قصد به استزادة الثمن - بأن كان مثلها غير حامل تباع بأقل مما بيعت به - فإن هذا الشرط يفسد العقد.

أما إن قصد به التبري من العيب، فإنه يجوز مع أن كون حمل الدابة عيباً فيه خفاء.

وإن لم يصرح بما قصد حمل على استزادة الثمن فيفسد به العقد.

وقد علل المذهب القول بفساد العقد المقترن بهذا الشرط بأنه منهي

عنه؛

وذلك لأنه غرر إذ يحتمل حصول الحمل وعدم حصوله، وعلى تقدير حصوله فهل تسلم أمه عند الولادة أو تموت؟ فيفسد العقد بهذا الشرط للغرر والجهالة.

فإن فات المبيع بشرط الحمل مضى بالثمن إذا تبين أنها حامل، وإن تبين عدم الحمل فإنه يمضي بالقيمة؛ وذلك لأن الحامل يزداد في ثمنها، فأخذ ما زيد من الثمن أكل أموال الناس بالباطل، وقيل: يمضي بالثمن مطلقاً، وقد صوب الرأي الأول^(٢).

(ج) المذهب الشافعي:

كما أجاز الشافعية^(٣) هذا النوع من الشرط، وقد وضحوا شروط صحته، ودليل جوازه، والحكم عند تخلفه.

(١) «الالتزامات» للحطاب (٢٥١/١)، و«مواهب الجليل له» (٤٢٧/٤).

(٢) «الدسوقي على الشرح الكبير» (٥٩/٣، ٦).

(٣) المراجع: «شرح المنهاج» للرملي (٦٥/٣)، و«البهجة» (٤٣٤/٢)، و«فتح العزيز شرح الوجيز» للرافعي (٢٠٥/٨).

١ - شروط صحة هذا النوع من الشرط:

يشترط لصحة هذا النوع من الشرط أن يكون الوصف المشروط منضبطاً وموجوداً في المعقود عليه عند التعاقد، كما لو اشترط كون الدابة سريعة أو حاملاً أو البقرة لبوناً...

فإن كان الوصف المشروط غير منضبط، كما لو شرط كون البقرة المبيعة تحلب في كل يوم كذا رطلاً... بطل العقد بهذا الشرط؛ لأنه لا يمكن الوقوف على حقيقته. فكان جهالة.

٢ - ما يستند عليه المذهب في القول بصحة هذا الشرط:

علل المذهب صحة هذا الشرط بما يلي:

(أ) إنه شرط يتعلق بمصلحة العقد، وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف فيها الأغراض، والمشرط قد أراد وقصد وصفاً معيناً في المعقود عليه من أجله أقدم على التعاقد، فلا بد من مراعاة قصده.

(ب) إن هذا ليس شرطاً حقيقة فلا يدخل في حديث «النهي عن بيع وشرط» وذلك لأن اشتراط هذا الوصف في المعقود عليه لا يتوقف على إنشاء أمر مستقبل، بل هو التزام صفة ناجزة قائمة بالمعقود عليه وقت التعاقد، فليس بشرط حقيقة؛ لأن الشرط لا يكون إلا أمراً مستقبلاً، وإنما سمي هذا النوع من الالتزام شرطاً تجوزاً لا حقيقة.

(ج) هذا الشرط لا يؤدي إلى نزاع؛ لأنه يمكن التحقق من وجود الصفة المشترطة بالاختبار، لمعرفة سرعة الدابة، وحلب البقرة، كما يمكن الاستعانة بأهل الخبرة لمعرفة كون الدابة حاملاً^(١) كم صرح الرملي في شرح المنهاج (٦٦/٣): «ويأتي في الوصية أنه يرجع في حمل البهيمة لأهل الخبرة فيكون هذا كذلك فيما يظهر...».

(١) جاء في «شرح المنهاج» للرملي (٦٧/٣) وفي قول بطل العقد في الدابة إذا شرط فيها ما ذكر (الحمل) لأنه مجهول، ويرد بأنهم أعطوه حكم المعلوم على أنه تابع، إذ القصد الوصف بذلك، لا إدخاله في العقد؛ لأنه داخل فيه عند الإطلاق.

٣ - مقدار تحقق الوصف المشروط:

يقرر المذهب الشافعي أنه يكفي أن يوجد من الوصف المشروط القدر الذي يجعل المعقود عليه متصفاً بهذا الوصف - لبوناً - سريعاً . . . إلخ .
فإن شرط حسن الصفة ككونها تدر لبناً حسناً، فإن المرجع في معرفة تحقق صفة الحسن في الصفة المشترطة هو العرف^(١).

٤ - ما يترتب على عدم تحقق الوصف المشروط:

إذا لم يتحقق الوصف المشروط في المعقود عليه يكون لمشرطه الخيار؛ لأنه قد تضرر بفقد هذه الصفة التي قصدتها في المعقود عليه، وهذا إذا تخلف الشرط إلى ما هو أنقص، أما لو تخلف إلى ما هو أعلى فلا خيار له ولا أثر لفوات غرضه .

والعبرة في الأعلى وضده بالمعروف (العرف) لا بغيره، وإن تعذر رد المبيع الذي لم يتحقق فيه الشرط بسبب إتلافه أو حدوث عيب به فللمشترط الأرش، وهو ما بين قيمة المعقود عليه وفيه الصفة وقيمته بدون هذه الصفة^(٢).

ويتضح لنا من تحليل المذهب الشافعي لهذا النوع من الشرط أنه يقرر في وضوح أن الشرط إنما يكون أمراً مستقبلاً، وإن إطلاق الشرط على اشتراط صفة قائمة بالمبيع وقت التعاقد إطلاق مجازي لأن اشتراط ذلك تقرير أمر حال موجود عند العقد وليس أمراً مستقبلاً.

كما أنه يقرر صحة اشتراط صفة قائمة بالمعقود عليه مطلقاً إلا إذا ترتب على هذا الشرط جهالة كما سبق أن أوضحنا.

(د) المذهب الحنبلي:

كما نص الحنابلة على صحة هذا الشرط وبينوا شروط صحته ودليل صحته والحكم عند تخلفه.

(١) نفس المرجع المتقدم (٦٧/٣).

(٢) يراجع: «حاشية الشيخ علي الشبراملسي على نهاية المحتاج شرح المنهاج» (٦٦/٣).

١ - شروط صحة هذا النوع من الشرط:

يشترط لصحة اشتراط وصف قائم بالمعقود عليه وقت التعاقد ما يأتي:

(أ) أن يكون وصفاً مرغوباً فيه ومقصوداً قصداً صحيحاً.

(ب) أن يكون مقدوراً على الوفاء به - سواء أكان صفة محضة لا يتصور انقلابها أصلاً، أم كان صفة يمكن انقلابها أصلاً كحمل الدابة، فإن اشترط المشتري أن الطير يوقظه للصلاة، أو أن الدابة تحلب كل يوم كذا، أو أنها تضع حملها في وقت كذا، أو شرط أنها لا تحمل، لا يصح لأنه لا يمكن الوفاء به^(١).

(ج) ألا يكون الوصف المشروط محرماً، كما لو شرط الكبش مناطحاً، أو شرط الديك مناقراً، أو اشترط الغناء أو الزنا في الرقيق لا يصح؛ لأنه محرم^(٢).

٢ - الدليل الذي استند عليه المذهب في صحة هذا الشرط:

(أ) إن هذا الشرط يتناسب مع الحكمة التي من أجلها شرع البيع، فإنه قد شرع لتحقيق رغبات العباد في الوصول إلى ما في أيدي غيرهم مما يفي بحاجاتهم ورغباتهم المشروعة، والرغبات تختلف من شخص لآخر، فكان القول بصحة هذا الشرط محققاً للحكمة من شرعية البيع.

(ب) ويؤيد هذا قوله عليه الصلاة والسلام: «المؤمنون عند شروطهم».

(ج) إن اشتراط الصفة التي يتصور انقلابها أصلاً كحمل الدابة صحيح؛ لأنها صفة مقصودة يمكن الوفاء بها.

وقد أورد ابن قدامة في «الشرح الكبير» خلافاً في هذا الحكم، وفند أدلة المخالفين فقال:

«وقال القاضي قياس المذهب ألا يصح؛ لأن الحمل لا حكم له، ولهذا لا يصح اللعان على الحمل، ويحتمل أنه ربح، ولنا: أنه صفة مقصودة يمكن

(١) «الشرح الكبير» (٤/٥٥ - ٥٦).

(٢) «كشاف القناع» (٢/٣٧).

الوفاء بها، فصح شرطه، كالصنعة، وكونها لبوناً، وقوله: إن الحمل لا حكم له، لا يصح فإن النبي ﷺ قد حكم في الدية بأربعين خلفه في بطونها أولادها، ومنع أخذ الحوامل في الزكاة... وأرخص للحامل في الفطر في رمضان إذا خافت على ولدها، ومنع من إقامة الحد عليها من أجل حملها، ظاهر الحديث المروي في اللعان يدل على أنه لا عنها حال حملها فانتهى عنه ولدها»^(١).

٣ - ما يترتب على عدم الوفاء بالشرط:

هذا الشرط يلزم الوفاء به؛ لأنه شرط صحيح - كما سبق أن أوضحنا - فإن تحقق الشرط لزم البيع، وإن لم يتحقق فللمشترط الخيار بين فسخ العقد لفوات الشرط أو التمسك بالمبيع مع أخذ أرش فقد الصفة التي شرطها، فإن تعذر الرد تعين أخذ أرش فقد الصفة من المشروط عليه^(٢).

هذا إذا كان تخلف الشرط إلى أنقص، أما إذا اشترط صفة فبان له أحسن مما شرط فلا فسخ له؛ لأنه زاده خيراً.

(هـ) المذهب الزيدي:

يتضح لنا من النصوص الواردة في هذا النوع من الشرط في المذهب الزيدي^(٣) ما يلي:

١ - أنه يشترط لصحة اشتراط صفة قائمة بالمعقود عليه وقت التعاقد ما يلي:

(أ) أن يكون وصفاً مقصوداً يحقق له غرضاً.

(ب) ألا يترتب على هذا الوصف جهالة فإن شرط كون البقرة المباعة تحلب كذا - قدرأ معلوماً - أو تغل الأرض كذا، صح إن أراد به كونه صفة

(١) «الشرح الكبير» (٥٦/٤).

(٢) «كشاف القناع» (٣٧/٢).

(٣) المراجع: «المنتزع المختار» (٦٥/٣)، و«التاج المذهب» (٣٧٢/٢ - ٢٧٤)، و«التذكرة الفاخرة» مخطوط بدار الكتب «غير مرقم» رقم ١ فقه النحل.

ثابتة في الماضي (وتعرف إرادته ذلك إما بكونه بلفظ الماضي، وقيل: بشاهد الحال سواء أكان بلفظ الماضي أو المستقبل). أما لو أراد به كونه صفة ثابتة في المستقبل، فلا يصح.

٢ - الوقت الذي يعرف فيه تحقق الوصف: للمذهب في ذلك رأيان:

الأول: (وهو الصحيح في المذهب: أنه يعرف حصول الوصف في أول المستقبل، بأن تحلب أو تغل مثل القدر المشروط في أول المدة المستقبلية، بشرط سلامة حال المعقود عليه وانتفاء الضار في تلك المدة، وحصول ما يحتاج إليه مما يعتاده.

فأما لو عرض للبقرة ما يضرها فنقص لبنها لم يكن له الفسخ بفقد الصفة، وكذا لو لم يحصل لها ما كانت تعتاده مما تحتاج إليه من علف أو عمل.

الثاني: وقد حكى ب: قيل: إنه يعتبر حصول الوصف في الماضي، فإن قامت الشهادة على أنها تغل هذا فلا خيار، وإن شهدوا أنها تغل أقل منه، فله الخيار، وإن عدت فيعرف ذلك بالمستقبل.

٣ - حكم تخلف الوصف المشروط:

إذا لم يتحقق الوصف المشروط بأن ظهر له أعلى مما كان يقصد، كأن اشترى أناً فوجدها فحولاً - وكان يقصد من شرائها اللحم - فلا خيار له بذلك؛ لأنه زاده خيراً.

أما إذا تخلف الشرط نهائياً أو إلى أنقص فإنه يكون للمشتري الخيار لفقد الصفة التي قصدتها في المعقود عليه.

(و) مذهب الإمامية:

جاء في «مفتاح الكرامة» للعاملي (٧٢٩/٤) ما يلي:

«في باب الشروط في المبيع... وإما ألا يقتضيها، فإما أن يتعلق بمصلحة المتعاقدين، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة، وصفة مقصودة في السلعة كالصبغة والكتابة وهو جائز إجماعاً».

وجاء في نفس المرجع (٧٤٢/٤) ما يلي:

«ولو شرط أن الأمة حامل أو الدابة كذلك صح، أما لو باع الدابة وحملها، والجارية وحبلها بطل، لأنه كما لا يصح بيعه منفرداً لا يصح جزءاً من المقصود ويصح تابعاً».

الخلاصة: ويتضح من هذه النصوص أن المذهب الإمامي يقضي بصحة اشتراط الصفة المقصودة القائمة بمحل العقد وقت التعاقد مطلقاً، سواء أكانت مما يتصور انقلابها أصلاً كحمل الدابة فإنه يصح اشتراطها تبعاً للمعقود عليه ولا يصح التعاقد عليها أصلاً، ولا جزءاً من المعقود عليه، أو لا يتصور كالكتابة والصبغة.

(ز) المذهب الإباضي:

يتضح لنا من النصوص الواردة في هذا النوع من الشرط^(١) ما يلي:

١ - أن اشتراط وصف قائم بالمعقود عليه وقت التعاقد صحيح.

٢ - أما شرط الحمل ففيه أربعة أقوال:

الأول: أنه يجوز شرط الحمل مطلقاً، والغالب أن يولد سالماً - كان ذلك في الأمة أو الدابة.

الثاني: يصح شرط الحمل فيهما أيضاً إن قصد به البراءة من العيب، فإن لم يقصد به ذلك ولكن قصد به الزيادة في الثمن فإنه لا يصح.

الثالث: المنع مطلقاً في الأمة والدابة.

الرابع: يصح اشتراط البراءة من الحمل في الجارية الوخشاء^(٢)، وفي غير الوخشاء يصح إن كان الحمل ظاهراً، وذلك لأن الحمل يضع من ثمنها.

٣ - حكم تخلف الشرط:

إذا تخلف الشرط بأن اشترط أن يكون التمر المبيع أو غيره من نوع كذا، فخرج خلافه كلاً أو بعضاً، خير بين أن يمسك المبيع بالثمن الأول أو يرده لبائعه ويأخذ رأس ماله منه، فإن أكل منه - إن كان مأكولاً - أو شرب... أو أتلف... رد مثل ما نقص، وقيل: يرد قيمته.

(١) المراجع: «شرح النيل» (٨٢/٤)، (ص ٧٥١ - ٧٥٢).

(٢) الوخش لغة: الدنيء، وقال الأزهري: الوخش من الناس أرادلهم وصغارهم. ويقابل الوخش الرفيع المكانة.

(ح) الظاهرية:

جاء في المحلى لابن حزم الظاهري (٤/٤١٢) ضمن الشروط الصحيحة عندهم ما يأتي:

«واشترط صفات المبيع التي يتراضيانها معاً، ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة».

واستندوا في صحة هذا الشرط إلى قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] والتراضي لا يكون إلا على صفات المبيع وصفات الثمن ضرورة.

وسياتي إيضاح ذلك في المبحث الثامن من الفصل الثاني المعقود للشروط المقترنة بالعقد.

ثانياً - مقارنة آراء المذاهب في حكم اشتراط صفة قائمة بالمعقود عليه وقت التعاقد:

حقيقة هذا الشرط - شروط صحته - الترجيح:

(أ) حقيقة هذا الشرط:

انفرد المذهب الشافعي بتحليل هذا النوع من الشرط - كما سبق أن أوضحنا - حيث نص على:

أن اشتراط وصف قائم بالمبيع وقت التعاقد ليس شرطاً حقيقة، وذلك لأن الشرط لا يكون إلا أمراً مستقبلاً، واشترط هذه الصفة اشتراط لأمر ناجز قائم بالمعقود عليه وقت التعاقد فلا يكون شرطاً حقيقة، وإنما يطلق عليه أنه شرط تجوزاً.

(ب) شروط صحة هذا الشرط:

١ - يمكننا بعد أن استعرضنا آراء المذاهب المختلفة في هذا النوع من الشرط أن نقول إنه قد اتفق على أنه يلزم لصحة اشتراط صفة قائمة بالمعقود عليه وقت التعاقد ما يلي:

(أ) أن تكون هذه الصفة المشترطة مقصودة ومرغوباً فيها.

- (ب) أن تكون صفة منضبطة يمكن الوفاء بها .
 (ج) ألا تكون صفة محرمة أو ممنوعة شرعاً .

٢ - تطبيق هذه الشروط :

وهذه الشروط الثلاثة ليس هناك من يخالف في إقرارها، وهي بعينها ما سبق أن قيدنا بها الشرط، وقلنا: إنه يجب أن يكون الشرط بحيث يمكن الوفاء به وألا يكون مخالفاً لما شرعه الله، وأن يكون الوصف المشترك مقصوداً مرغوباً في الحصول عليه في المعقود عليه، وإلا كان لغواً^(١) ولذلك فقد اتفق الفقهاء على صحة اشتراط وصف قائم بالمعقود عليه وقت التعاقد بحيث لا يؤدي إلى غرر فإن أدى إلى غرر لم يصح .

* وقد برز شرط الحمل كمثال لهذا النوع من الشرط .

فبينما الحنفية والمالكية، والإباضية (في قول) يرون في غير شرط البراءة من العيب أن اشتراط الحمل يؤدي إلى الجهالة؛ لأنه ربما يكون كبير بطن البهيمة لعارض مرض لا لحمل، كما أن ابن قدامة يروى لنا عن القاضي أنه قال: «أن قياس مذهب الحنابلة عدم صحة اشتراط الحمل لأن الحمل لا حكم عليه...» كما سبق أن أوضحنا .

نجد أن فقهاء (الحنابلة والشافعية والإمامية والإباضية)... يرون صحة اشتراطه؛ لأنه لا جهالة فيه ولا غرر بدليل أن النبي ﷺ قد حكم في الدية بأربعين خلقه في بطونها أولادها، ومنع أخذ الحوامل في الزكاة... (كما صرح ابن قدامة)^(٢) وهذا يدلنا على أنه من الممكن الوقوف على الحمل والتأكد من وجوده بطريقة أو بأخرى، وذلك بالاستعانة بأهل الخبرة (كما صرح الرملي من علماء الشافعية)^(٣) .

(١) وقد أورد الحطاب في «التزاماته»: «أن اشتراط ما لا يفيد قد يجري الخلاف على وجوب الوفاء به (٢٥١/١) من «فتاوى الشيخ عليش» وسيأتي إيضاحه في المبحث الثاني من الفصل الثاني من الشرط المقترن بالعقد .

(٢) «الشرح الكبير» (٥٦/٤) .

(٣) «شرح المنهاج» للرملي (٦٦/٣) .

وهذا ما نراه راجحاً لأن اشتراط الحمل لا يؤدي إلى الجهالة؛ لأنه شرط يمكن الوقوف عليه، وكلنا يعلم أن العمل يجري في الأسواق على هذا، وأن هناك من أهل الخبرة من يقوم بالتعرف على وجود الحمل في البهيمة أثناء شرائها في الشهور التي يظهر فيها الحمل، أما في الشهور التي لا يظهر فيها فليس هناك من يعول على وجوده أو يشترطه، وإن اشترط فليس له قيمة مالية، وإنما يكون من قبيل الإخبار بحال المعقود عليه وشرح صدر المتعاقدين.

فالقول بأن الصفة إن كانت صفة محضة لا يتصور انقلابها أصلاً يجوز اشتراطها وإن كان يتصور انقلابها أصلاً كشرط الحمل لا يجوز، والتفريق في الحكم بينهما قول لا يسنده الواقع العملي، ولا يلائم ما جرى عليه العرف، فقد جرى العمل والعرف على اشتراط مثل ذلك وقد تراضى الناس عليه.

ولو ترتب على مثل هذا الشرط جهالة أو نزاع للمسئنا ذلك في حياتنا العملية وهذا ما لم نلمسه فالقول بعدم صحته فيه تشديد على المتعاملين في معاملاتهم.

وبجانب ذلك فقد روي أن النبي ﷺ: (كما أوردنا أنفاً): «قد حكم في الدية بأربعين خلفه في بطونها أولادها ومنع أخذ الحوامل في الزكاة...» والطريق إلى الوفاء بما أمر به الرسول ﷺ هو الاستعانة بأهل الخبرة للتعرف على وجود الحمل أو عدم وجوده، وهذا يدلنا على أن الشارع قد اعتد بهذا المسلك واعتبره مؤدياً إلى تنفيذ الحكم الشرعي، وإذا كان الأمر كذلك أمكن اعتباره دليلاً على إمكان الوفاء بهذا الشرط، وما دام الشرط قد أمكن الوفاء به فإنه يكون صحيحاً لازماً يجب الوفاء به وهذا ما ذهب إليه فقهاء الشافعية والحنابلة والإمامية والإباضية...».

فالتفريق بين الصفة التي يتصور انقلابها أصلاً والتي لا يتصور والقول بعدم صحة اشتراط الأولى وصحة اشتراط الثانية لا ينهض عليه دليل، والأولى أن يكون الشرط العام في الصفتين هو إمكان الوفاء بالشرط، بجانب كون الشرط حلالاً مقصوداً.

وقد يكون للتطور الفكري العلمي كما يكون للتجربة والعرف أثر بعيد في تحديد مدى إمكان الوفاء بالشرط في مختلف الأزمنة والأمكنة.

(ج) الأدلة على صحة هذا الشرط:

وجماع الأدلة التي استند إليها الفقهاء في صحة هذا الشرط هي:

١ - عموم قوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون على شروطهم» (الحنابلة).

٢ - أنه لا يدخل في حديث النهي عن بيع وشرط^(١) لأنه ليس بشرط حقيقة (الشافعية).

٣ - أنه شرط مرغوب فيه تتعلق به مصلحة العقد، وهو العلم بصفات المعقود عليه التي تختلف فيها الأغراض، والمشترط إنما أقدم على العقد ليحقق رغبته التي من أجلها أقدم على التعاقد فلا بد من مراعاة قصده^(٢) وذلك لكي تتحقق الحكمة التي من أجلها شرع البيع، فإنه قد شرع لتحقيق رغبات العباد في الوصول إلى ما في أيدي غيرهم مما يفي بحاجاتهم ورغباتهم المشروعة، والرغبات تختلف من شخص إلى شخص فكان القول باعتبار قصده وتصحيح شرطه متسقاً مع حكمة مشروعية البيع^(٣).

٤ - أنه شرط لا يؤدي إلى النزاع؛ لأنه يمكن التحقق من وجود الصفة المشترطة بالاختبار لمعرفة سرعة الدابة، وحلب البقرة، كما يمكن الاستعانة بأهل الخبرة لمعرفة كون الدابة حاملاً، كما صرح الشافعية.

(د) مقدار تحقق الوصف المشترط في المعقود عليه:

سبق أن أوضحنا أن المذهب الشافعي يقرر أنه يكفي لتحقيق الوصف المشترط أن يوجد منه القدر الذي يجعل المعقود عليه متصفاً بهذا الوصف.

فإن شرط الحسن ككون البقرة تدر لبناً حسناً، فإن المرجع في معرفة تحقق صفة الحسن في الصفة المشترطة هو العرف.

(١) سيأتي دراسة هذه الأحاديث من ناحية سندها، ومفهوماً عند مقارنة آراء الفقهاء في الفصل الثالث.

(٢) كما هو ظاهر تعليل الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية.

(٣) تعليل الحنابلة.

ونستطيع أن نقول بناء على هذا أن المرجع في معرفة مقدار تحقق الوصف المشروط أو تحقق صفة الحسن أو الجودة في الصفة المشترطة هو العرف، فإن العرف هو الذي يقضي بأن هذه البقرة غزيرة اللبن، أو هذه الدابة سريعة الجري، وذلك لاختلاف البهائم تبعاً لاختلاف المرعى واختلاف أنواعها وأجناسها، وما تعارف عليه الناس ودرجوا عليه في معاملاتهم هو الذي يحدد مقدار تحقق الصفة المشترطة، أو مقدار حسنها أو جودتها وقد صرح بذلك الرملي في «شرح المنهاج» (٦٧/٣) بقوله: «العبرة في الأعلى وضده بالعرف لا بغيره».

(هـ) الوقت الذي يعرف فيه تحقق الوصف المشروط:

قد رأينا فيما سبق أن في المذهب الزيدي رأيين:

الأول: أن الوقت الذي يعرف فيه حصول الوصف المشروط هو أول المستقبل، بأن تحلب إن كانت بقرة أو تغل إن كانت أرضاً، القدر المشروط في أول المدة المستقبلية. وقد وضع المذهب لذلك شروطاً لضمان أن تكون حالة المعقود عليه خلال هذه الفترة عادية، فقرر أنه يلزم لذلك:

١ - سلامة حال المعقود عليه.

٢ - انتفاء الضار.

٣ - حصول ما يحتاج إليه مما يعتاده.

فأما لو عرض للبقرة ما يضرها - من مرض أو غيره - أو لم يحصل لها ما كانت تعتاده مما تحتاج إليه من علف أو عمل أو غيرها - فنقص لبنها لم يكن للمشروط الفسخ بفقد الصفة؛ لأن فقدانها كان بسبب عدم توافر الظروف المعتادة للمعقود عليه ولم يكن بسبب عدم توافر الصفة أصلاً فيه.

الرأي الثاني: أنه يعتبر حصول الوصف في الماضي، فإن قامت الشهادة على أنها تغل أو تحلب هذا القدر فلا خيار، وإن شهدوا على أنها تغل أقل منه، فله الخيار، وإن عدت البينة فيعرف بأول المستقبل.

الترجيح: أرى أن الرأي الأول وهو الصحيح في المذهب الزيدي هو

الراجح لما يلي:

١ - أن الرجوع إلى الشهود لمعرفة تحقق الوصف المشترك أمر فيه عسر ومشقة، وذلك لأن الناس في معاملاتهم يتوخون معرفة الحقيقة من أبسط طرقها وأقربها وأعدلها، ولا شك أن الثقة في الشهود - وخاصة في هذا العصر وفي الأسواق بالذات واتساع نطاق المعاملات حتى أصبح من العسير أن يعرف المتعاقد المتعاقد الآخر - بله الشاهد - كل ذلك يجعل الرجوع إلى الشهود لمعرفة تحقق الوصف المشترك أمراً عسيراً، ومضيقاً للوقت ومثيراً للنزاع.

وما دامت الظروف قد أتاحت لنا التعرف على الحقيقة من مصدرها فليكن سبيلنا في معرفة الوصف هو المعقود عليه بالذات، وفي أول المستقبل (حيث ينتقل المبيع إلى ذمة المشتري) بشرط أن تتوافر الظروف العادية للمعقود عليه التي كانت تتوافر له قبل التعاقد - والتي سبق أن أوضحناها - خاصة وأن الرأي الثاني ينتهي إلى هذا الرأي عند انعدام البيئة.

(و) أثر عدم تحقق الشرط:

بعد أن تعرفنا على آراء المذاهب والتي تقضي بصحة هذا النوع من الشرط ولزوم الوفاء به نبين هنا الآثار التي تترتب على عدم تحقق الشرط كلاً أو بعضاً، إلى أعلى أو إلى أنقص، ويمكننا أن نقول إن الفقهاء قد اتفقوا على أنه:

١ - إذا تخلف الشرط إلى أعلى بأن اشترط كون الدابة ذات لبن فإذا بها كثيرة اللبن فلا خيار للمشتري ولا أثر لتخلف الشرط؛ لأنه قد تخلف إلى ما هو أعلى فقد زاده خيراً.

٢ - أما إذا تخلف الشرط مطلقاً أو إلى أنقص فللمشتري الخيار بين الفسخ وبين التمسك بالمبيع.

ويختلف الفقهاء في رجوع المشتري بأرش فقد الصفه:

فإذا اختار المشتري التمسك بالمبيع بعد فقد الصفه هل يرجع بأرش فقد الصفه، أم لا يرجع؟

يرى الحنابلة أنه في حالة ما إذا اختار التمسك بالمبيع فله أخذ أرش فقد الصفه التي شرطها، وكذلك إذا تعذر رد المبيع بأن تلف كله أو بعضه فإنه

يتعين أن يأخذ المشتري أرش فقد الصفة من المشتري عليه، وهذا قول الشافعية أيضاً كما سبق أن أوضحنا.

أما جمهور الفقهاء فيرون أن للمشتري الخيار بين الفسخ وبين التمسك بالمبيع دون الرجوع بأرش فقد الصفة.

الترجيح: والرأي الأول عندي هو الذي يتناسب مع ما سبق أن قرره الفقهاء من أن هذا الشرط شرط مقصود، وأنه يحقق غرضاً مشروعاً، من أجله أقدم المشتري على التعاقد، وأن هذا يتناسب مع الحكمة التي من أجلها شرع الشارع البيع، وأن له قيمة مالية.

وكلنا يعلم أن السلعة يختلف ثمنها باختلاف الشرط مما يقطع بأن الشرط له قيمة مالية وإذا كان للشرط قيمة مالية، فمن الطبيعي أنه إذا لم يتحقق الشرط يرجع المشتري على المشتري عليه بأرش فقد الصفة التي اشترطها.

والقول بهذا يحمل المتعاقدين مسؤولية كل ما يصدر منهم من شروط، ويجعلهم يراعون الدقة التامة والحيلة البالغة في اشتراطاتهم حتى تصدر مطابقة، للحقيقة، وإلا رجع عليهم الآخرون بما ترتب على الإخلال بهذا الشرط.

وفي ذلك اعتداد بإرادة الإنسان ورغبته ما دامت تسير في ظلال ما شرعه الله ﷻ.

النوع الثاني

الشرط الذي يقتضيه العقد

ونظراً إلى أن صحة هذا الشرط أمر بدهي؛ لأنه شرط يجب بنفس العقد فاشتراطه وعدم اشتراطه لا يفيد شيئاً، نورد فيما يلي النصوص من المذاهب المختلفة جملة، ثم نتبعها بالدراسة والتحليل لحقيقة هذا الشرط.

١ - النصوص: من المذهب الحنفي:

جاء في «المحيط البرهاني» للإمام برهان الأئمة^(١):

«يجب أن يعلم بأن الشرط الذي يشترط في البيع لا يخلو: إما إن كان شرطاً يقتضيه العقد، ومعناه أن يجب بالعقد من غير شرط، وإنه لا يوجب فساد العقد، كشرط تسليم المبيع على البائع، وشرط تسليم الثمن على المشتري، وهذا لأن اشتراط ما يجب بالعقد من غير شرط لغو، لا يفيد شيئاً فصار وجوده كعدمه، وكأنه لم يشترط شيئاً فيجوز البيع^(٢).

٢ - المذهب المالكي:

جاء في «الخرشي» (٤٣٦/٣):

«وبقي شرط يقتضيه العقد، وهو واضح الصحة، كشرط تسليم المبيع والقيام بالعيب ورد العوض عند انتقاص البيع، وهو لازم دون شرطه، فشرطه تأكيد». كما جاء في «الالتزامات» للحطاب «فتاوى الشيخ عليش» (٢٢/١):

(١) برهان الأئمة هو محمود بن عبد العزيز بن مازة البخاري المرغيناني والمحيط البرهاني مخطوط رقم ٤٨١ (٢/ ح ق ص ٧٠٨) بدار الكتب المصرية ويراجع: ما ورد في «حاشية رد المحتار على الدر المختار» لابن عابدين (٤/١٨٧)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٥/١٧١).

(٢) يراجع: «الإتقان والأحكام شرح تحفة الأحكام» لابن عاصم (١/٢٨٠).

«الشروط المتعلقة بالنكاح ثلاثة أقسام: القسم الأول شرط يقتضيه العقد كشرطه أن ينفق على الزوجة أو يكسوها أو يبيت عندها، أو يقسم لها أو لا يؤثر عليها أو لا يضربها في نفقة ولا كسوة ولا في عشرة، وذلك جائز لا يوقع في العقد خللاً ولا يكره اشتراطه ويحكم به سواء شرط أو ترك فوجوده وعدمه سواء»^(١).

٣ - المذهب الشافعي:

جاء في «المجموع شرح المهذب» للنوري (٣٦٤/٩) في معرض حديثه عن الشروط:

أحدها: ما هو من مقتضى العقد: بأن باعه بشرط خيار المجلس، أو تسليم المبيع أو الرد بالعيب، أو الرجوع بالعهد، أو انتفاع المشتري به كيف يشاء وشبه ذلك، فهذا لا يفسد العقد بلا خلاف... ويكون شرطه توكيداً، وبياناً لمقتضاه»^(٢).

٤ - المذهب الحنبلي:

جاء في «كشاف القناع عن متن الإقناع» لابن إدريس الحنبلي في نفس الموضوع (٣٦/٢):

«أحدها: شرط مقتضى عقد البيع، بأن يشترط شيئاً يطلبه البيع بحكم الشرع (كالتقايض وحلول الثمن وتصرف كل واحد منهما) أي: من المتبايعين (فيما يصير إليه) من ثمن أو مثن (ونحوه) كرد المبيع بعيب قديم (فلا يؤثر ذكره) أي ذكر هذا النوع، وهو ما يقتضيه العقد (فيه) أي: في العقد، فوجوده كعدمه؛ لأنه بيان وتأكيده لمقتضى العقد»^(٣).

(١) الالتزامات للحطاب «فتاوى الشيخ عليش» (٢٢/١).

(٢) يراجع: «نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي (٦٤/٣)، و«الفرغ البهية» (٤٢٧/٢).

(٣) يراجع أيضاً: «منتهى الإرادات» للبهوتي الحنبلي (٢٢/٢)، و«الشرح الكبير» (٤/٤٨)، و«المغني» (٢٨٥/٤).

٥ - مذهب الإمامية:

جاء في «مفتاح الكرامة» للعاملي (٧٢٨/٤ - ٧٢٩):

«الفصل الثالث في الشرط» عقد البيع قابل للشروط التي لا تنافيه، وهي ما أن يقتضيها العقد: كالتسليم وخيار المجلس والتقابض وخيار الحيوان ووجود هذه الشروط كعدمها (متن)

والمراد بالشروط التي يقتضيها العقد ما كان مفيداً لها في نظر الشارع كالملك، فإنه المطلب الأعظم الأصلي، وكالتسليم الذي لا يتم الغرض، وهو الانتفاع، إلا به، وكخيار المجلس والحيوان مما جعله الشارع من كمال الارتفاق (والمراد بالعقد) العقد المطلق فإن مقتضاه لوازمه التي لا تنفك عنه

(أ) تحليل هذه النصوص:

بعد أن استعرضنا النصوص للمذاهب المختلفة نبين فيما يأتي بعضاً من الأمثلة لهذا النوع من الشرط ثم حقيقة هذا الشرط وحكمه .

١ - بعض من الأمثلة للشرط الذي يقتضيه العقد:

كما لو اشترى سلعة بشرط أن يملك المبيع، أو باع بشرط أن يملك الثمن، وكما لو شرط تسليم المبيع على البائع، أو تسليم الثمن على المشتري، أو شرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن^(١) .
* أو اشترى دابة على أن يركبها، أو ثوباً على أن يلبسه .
* أو شرط في عقد النكاح أن ينفق على الزوجة أو يكسوها، أو يبيت عندها أو يقسم لها، أو لا يضربها في نفقة ولا في كسوة ولا في عشرة
* أو شرط في عقد الرهن أن يباع في الدين أو يتقدم به على الغرماء

٢ - حقيقة هذا الشرط، وحكمه:

(أ) الشرط الذي يقتضيه العقد، هو الشرط الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد، أو الذي يجب بنفس العقد من غير شرط، أو الذي يقرر موجب

(١) يوجد خلاف فقهي هل يلزم تسليم المبيع أولاً، أو الثمن أولاً؟ .

العقد، فالعقد بعد صدوره مستوفياً لأركانه وشرائطه المعتبرة شرعاً يرتب الشارع عليه أحكاماً وآثاراً، يلزم الوفاء بها بمقتضى هذا العقد، فإذا شرط أحد المتعاقدين على الآخر شرطاً يلزمه فيه بالوفاء بشيء ثابت وواجب الوفاء بنفس العقد، كان هذا الشرط لغواً؛ لأن وجوده كعدمه، فقد أوجب الشارع الوفاء به بنفس العقد.

(ب) هل هذا الشرط شرط حقيقة؟

سبق أن أوضحنا أن الشرط يقال لأمر زائد عن العقد مستقبل معدوم على خطر الوجود... فهل اشتراط ما يقتضيه العقد، ينطبق عليه هذا التعريف؟

أقول: إن إطلاق الشرط على اشتراط ما يقتضيه العقد أمر بعيد؛ لأن العقد المنجز - كما سبق أن أوضحنا - إذا تم مستوفياً لأركانه، وشرائطه المعتبرة شرعاً ترتب عليه أحكامه وآثاره فوراً دون شرط، أو بعبارة أخرى إن العقد إذا تم أثبت هذه الأحكام والآثار، فهذه الأحكام والآثار، تثبت بمطلق العقد بحكم الشرع وليس هناك حاجة إلى اشتراط إثباتها.

فاشتراطها اشتراط لأمر ثابت ومقرر وواجب الوفاء، وهذا ما يبعد إطلاق لفظ الشرط على اشتراط ما يقتضيه العقد، إذ الشرط يقتضي التزاماً بأمر جديد زائد عما يقتضيه العقد، وهذا ليس كذلك.

ولقد رأينا البابرتي من علماء الحنفية^(١) يقول في تقرير هذه الحقيقة:

«الشرط ينقسم أولاً إلى ما يقتضيه العقد، وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد، كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن أو المبيع... جاز البيع والشرط يزيده وكادة، لا يقال: نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط، وهو بإطلاقه يقتضي عدم جوازه؛ لأنه في الحقيقة ليس بشرط حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق».

* ومن هذا يتبين لنا أن اشتراط ما يقتضيه العقد ليس شرطاً حقيقة؛ لأنه لا يفيد أمراً جديداً زائداً عن مقتضى العقد، بل إن ما أفاده هو ما أفاده العقد المطلق. ولذلك جعلناه شرطاً مجازاً وفصلناه مع سابقه عن الشروط الحقيقية.

(١) العناية هامش «فتح القدير» (٥/٢١٤).

الفصل الثاني

الشروط المقترنة بالعقد

ونظراً إلى أن المذاهب الفقهية قد اختلفت آراؤها في القول بصحة الشروط المقترنة بالعقد - أو فسادها - فإنني أعرض فيما يلي آراء جميع المذاهب في هذه الشروط، ثم أتبع ذلك بمقارنة هذه الآراء مشفوعة بمقابلتها بالقانون الوضعي.

الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي

ويشتمل هذا الفصل على ثمانية مباحث:

- المبحث الأول: الشروط في المذهب الحنفي.
- المبحث الثاني: الشروط في المذهب المالكي.
- المبحث الثالث: الشروط في المذهب الشافعي.
- المبحث الرابع: الشروط في المذهب الحنبلي.
- المبحث الخامس: الشروط في المذهب الظاهري.
- المبحث السادس: الشروط في المذهب الزيدي.
- المبحث السابع: الشروط في المذهب الإمامي.
- المبحث الثامن: الشروط في المذهب الإباضي.

المبحث الأول

الشروط المقرنة بالعقد في المذهب الحنفي

قبل أن نبدأ في بحث الشرط المقرن بالعقد نبين الأقسام المختلفة للشرط حسب ما سار عليه المذهب الحنفي في تحليله للشرط المقرن بالعقد وذلك لتقديم صورة واضحة عن تحليلهم للشرط.

ويمكننا أن نقول: إن الشرط إما أن يكون في ذاته حلالاً أو حراماً (فإذا كان حراماً فلا سبيل إلى القول بصحته، وسيأتي ذلك في الشروط الفاسدة). وإن كان شرطاً حلالاً، فإما أن يقتضيه العقد، «وقد بينا حكمه» وإما ألا يقتضيه.

فإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد، فإما أن يترتب على اشتراطه تحقق منفعة أو مضرة أو لا منفعة ولا مضرة من اشتراطه.

فإن ترتب على الشرط تحقق منفعة: فإما أن يكون ملائماً للعقد أو يكون قد ورد به نص أو قضي به عرف، فإن لم يكن كذلك فإما أن تكون المنفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه، أو لأجنبي عن العقد، كانت المنفعة المشترطة يمكن الوقوف عليها والتحقق منها أو لا يمكن، بأن كان اشتراطها يؤدي إلى غرر.

والمذهب الحنفي قد أجاز اشتراط ثلاثة أنواع من هذه الشروط التي لا يقتضيه العقد وهي:

النوع الأول: الشرط الذي يلائم العقد.

النوع الثاني: الشرط الذي ثبتت صحته بالنص.

النوع الثالث: الشرط الذي يقضي به العرف.

كما منع اشتراط سبعة أنواع من هذه الشروط، ثلاثة منها تفسد العقد وأربعة منها تسقط ويصح العقد.

شروط فاسدة تفسد العقد وهي ثلاثة:

النوع الأول: شرط يؤدي إلى الغرر.

النوع الثاني: شرط محظور.

النوع الثالث: شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه الآدمي.

شروط باطلة تسقط ويصح العقد وهي أربعة:

النوع الأول: شرط قد يترتب عليه منفعة للمعقود عليه غير الآدمي.

النوع الثاني: شرط فيه مضرة.

النوع الثالث: شرط يوجب منفعة لغير المتعاقدين والمبيع (لأجنبي).

النوع الرابع: شرط ليس فيه منفعة ولا مضرة لأحد.

وسأتناول بمشيئة الله وعونه بيان هذه الأنواع بالتفصيل فيما يأتي:

* المطلب الأول *

الشروط الصحيحة في المذهب الحنفي

ويشتمل هذا المطلب على ثلاثة أنواع من الشروط، شرط يلانم العقد،

شرط ثبتت صحته بالنص، شرط متعارف.

النوع الأول

شرط يلانم العقد

(أ) حقيقة هذا الشرط:

هذا الشرط هو شرط لا يقتضيه العقد، ولكنه يؤكد موجب العقد، ويقرر

ما يقتضيه العقد معنى، فكان لذلك ملائماً له بحكمه، فألحق بالشرط الذي يقتضيه العقد فكان صحيحاً.

(ب) الأمثلة:

كما لو شرط البائع على المشتري أن يرهنه بالثمن رهناً وسماه، أو

يعطيه به كفيلاً وسماه والكفيل حاضر وقبل، وكذلك لو شرط الحوالة، أو شرط الشهادة على العقد.

(ج) حكمه:

جواز العقد والشرط استحساناً^(١). والقياس عدم الجواز وهو قول زفر؛ نظراً. لأن شرط الرهن والكفالة والحوالة والشهارة شرط يخالف مقتضى العقد وكل شرط يخالف مقتضى العقد يفسد العقد.

وجه الاستحسان أن الرهن والكفالة والحوالة - وكذا الشهادة - عقود شرعت توثيقاً للثمن، فهي توجب تأكيد ما وجب بالبيع - وهو الثمن - وتوثيقه، فكان اشتراطها في العقد تأكيداً لموجب العقد وتقريراً لما يقتضيه العقد معنى، فأشبه ذلك الشرط صفة الجودة في الثمن - فكانت هذه الشروط ملائمة للعقد بحكمها، فيصح العقد معها ولا يفسد.

ونوضح فيما يلي الأمر بالنسبة لكل عقد من هذه العقود الثلاثة التي اشترطت في العقد في المذهب الحنفي.

اشتراط الرهن في العقد:

إذا اشترط الرهن في العقد فلا بد من أن يكون الرهن معلوماً بالإشارة أو التسمية، لكي يكون العقد صحيحاً، وصحة العقد مع شرط الرهن إنما تثبت بطريق الاستحسان؛ لأن هذا الشرط وإن كان مخالفاً للعقد صورة إلا أنه موافق له في المعنى؛ لأن به يحصل التوثيق بالثمن، وهذا المعنى يلائم مقتضى العقد، ولا يحصل التوثيق بالثمن إلا إذا كان الرهن معلوماً ليتسنى تسليمه.

أما إذا كان الرهن مجهولاً، فلا يكون تسليمه محققاً، ولذلك لا يصح العقد بشرط رهن مجهول، فإن اتفقا في مجلس العقد على تعيينه جاز البيع لزوال الجهالة، وإن افرقا عن المجلس تقرر الفساد.

(١) الاستحسان في اصطلاح الأصوليين يطلق على أمرين: أولهما: عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي. وثانيهما: هو عدول المجتهد عن حكم كلي إلى حكم استثنائي للدليل (من نص أو إجماع أو ضرورة أو مصلحة) «انقذح في ذهن المجتهد رجح لديه هذا العدول» أي اقتضى استثناء هذه المسألة الجزئية من الحكم العام الثابت لنظائرها، والحكم عليها بحكم آخر. راجع لنا المدخل للفقهاء الإسلاميين (ص ٤٧٦ - ٤٨٢).

ولو قبل المشتري المبيع بشرط الرهن، ثم امتنع عن تسليم الرهن لا يجبر على التسليم في المذهب الحنفي؛ لأن الرهن عقد تبرع في الأصل، واشتراطه في البيع لا يخرج عن كونه تبرعاً، والجبر على التبرع ليس بمشروع، لكن يقال له: إما أن تدفع الرهن أو قيمته، أو تؤدي ثمن المبيع، وإلا فللبائع الحق في أن يفسخ البيع؛ لأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه إلا بوثيقة الرهن، أو بقيمته (لأن قيمته تقوم مقامه ولأن الدين يستوفي من مالية الرهن وهي قيمته) وإذا أدى الثمن فقد حصل المقصود فلا معنى للفسخ، ولو امتنع المشتري من هذه الوجوه فللبائع أن يفسخ البيع لفوات الشرط والغرض.

وقد جاء في «البدائع» (١٧١/٥) و«المحيط البرهاني» (٥٠) أن الإمام زفر قال بإجبار المشتري على تسليم الرهن؛ لأن الرهن إذا شرط في البيع فقد صار حقاً من حقوقه، والجبر على التسليم من حقوق البيع فيجبر عليه^(١).

* أما «المبسوط» للسرخسي (١٩/١٣) فقد فرع ذلك على قول ابن أبي ليلى الذي يقضي بجواز البيع والشرط.

(١) وبالنظر إلى الكتب الأخرى في المذهب «المبسوط» للسرخسي، و«فتح القدير»، و«الدر المختار»، و«الفتاوى الهندية» (نجد أن زفر قال بفساد العقد المشتمل على شرط الرهن أو الكفالة أو الحوالة أخذاً بالقياس وهو أن هذه العقود تخالف مقتضى العقد وكل شرط مخالف لمقتضى العقد يفسد العقد، ولم يرد في هذه الكتب خلاف في المذهب في عدم الإجبار على تسليم الرهن ولعل صاحب «البدائع» ثبت عنده رأي لزفر يوافق ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة من جواز البيع بشرط الرهن أو الكفالة أو الحوالة، أخذاً بالاستحسان، ويتفرع عن هذه الرواية عن زفر قوله بالإجبار على تسليم الرهن المشترط في عقد البيع، كما أورد صاحب «المحيط البرهاني» مخطوط ٧٧٤ (ص ٥٠) خلاف زفر في صحة العقد بشرط الرهن أو الكفالة أو الحوالة أخذاً بالقياس، ثم أورد قول زفر بإجبار المشتري على تسليم الرهن، فهناك اضطراب في تحديد موقف زفر من صحة الشرط الملازم للعقد. إلا أنه يمكن حمل ما ورد عنه بشأن الإجبار على تسليم الرهن. . على أنه تخريج على رأي فقهاء المذهب، لا على رأيه هو.

اشتراط الكفالة^(١) في العقد:

لا بد لصحة العقد مع شرط الكفالة من أن يكون الكفيل حاضراً في المجلس ويقبل الكفالة، أو يكون معيناً غائباً، ثم يحضر ويقبل الكفالة في مجلس العقد. أما فيما عدا ذلك فإنه لا يصح العقد بشرط الكفالة ولذلك أربع صور:

الأولى: أن يحضر الكفيل مجلس العقد ولا يقبل الكفالة.

الثانية: أن يكون الكفيل معيناً غائباً، ثم يحضر بعد انتهاء مجلس العقد.

الثالثة: أن يكون الكفيل معيناً غائباً ولا يحضر مجلس العقد.

الرابعة: أن يكون الكفيل مجهولاً.

ومما تقدم يتضح لنا أنه يشترط لجواز العقد بشرط الكفالة حضور الكفيل مجلس العقد وقبوله الكفالة، ويعلل علماء الحنفية ذلك بأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل مضاف إلى عقد البيع، (إذا كانت الكفالة مشروطة في عقد البيع) فيصير الكفيل كالمشتري، وحضور المشتري في المجلس شرط لصحة الإيجاب، فكذلك حضور الكفيل، وبعبارة أخرى: يجب أن يتم عقد الكفالة مع عقد البيع في مجلس واحد.

فإذا لم يحضر الكفيل مجلس العقد ويقبل الكفالة يفسد العقد؛ لأن القياس أن شرط الكفالة يخالف مقتضى العقد، وكل شرط يخالف مقتضى العقد يفسد العقد، ولكن يصح اشتراط الكفالة في العقد استحساناً، نظراً لأن عقد الكفالة عقد يقرر موجب العقد ويؤكدده، فهو لذلك ملائم لمقتضى العقد، فإذا صح عقد الكفالة، وذلك بقبول الكفيل الكفالة في مجلس العقد، صح العقد الذي شرطت فيه الكفالة، أما إذا لم يصح عقد الكفالة (كما في الصور الأربع المذكورة آنفاً) فإن المعنى الذي تركنا به القياس، وهو توثيق موجب العقد وتوكيده لم يتحقق، فبقي الحكم على ما يقتضيه القياس وهو فساد العقد.

(١) الكفالة: هي ضم ذمة إلى ذمة في التزام المطالبة بالدين.

ومن هنا يفترق الكفيل عن الرهن، حيث إنه يشترط كما ذكرنا لصحة العقد الذي شرطت فيه الكفالة حضور الكفيل في مجلس العقد وقبوله للكفالة، أما اشتراط الرهن في العقد، فإنه لا يلزم فيه حضور الرهن لجواز العقد، إنما يشترط فيه أن يكون معيناً؛ حتى لا يفضى إلى المنازعة، حيث إنه إذا كان غير معين، فإن البائع قد يطالب برهن شيء معين، والمشتري يقدم شيئاً آخر، فتثور المنازعة، وهذه المنازعة تفضى إلى منع التسليم والتسلم.

اشتراط الحوالة^(١) في العقد:

للمذهب الحنفي في شرط الحوالة في عقد البيع ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يقضي بفساد العقد إذا اقترن به شرط الحوالة وهو ما

أورده صاحب «البدائع» (١٧٢/٥) حيث قال: «ولو شرط المشتري على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه، أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع، فالبيع فاسد؛ لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد، والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الأصل، إلا إذا كان فيه تقرير موجب العقد وتأكيده، والحوالة إبراء عن الثمن وإسقاط له فلم يكن ملائماً للعقد بخلاف الكفالة والرهن» وفي هذا النص مسألتان:

الأولى: أحال المشتري البائع بالثمن على شخص آخر «غريم من غرمائه»^(٢) ففي هذه الصورة حق المطالبة بالثمن ثابت للبائع على المحال عليه (وهو غريم المشتري).

الثانية: شرط المشتري على البائع أن يضمن الثمن لشخص آخر «وهو

غريم من غرماء البائع» فحق المطالبة بالثمن يصبح لغريم البائع وليس للبائع. وينص الكاساني على فساد البيع في كلتا صورتين، نظراً لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد، وليس فيه تأكيد لموجب العقد، لأن الحوالة إبراء عن الثمن وإسقاط له، فلم يكن ملائماً للعقد، بخلاف الكفالة والرهن.

(١) الحوالة: هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة.

(٢) الغريم لغة: هو الذي عليه الدين، (وهو المقصود هنا)، وقد يكون الغريم أيضاً الذي له الدين، قال كثير:

قضى كل ذي دين فوفى غريمه وعزة مطول معنى غريمها

الرأي الثاني: يقضي بصحة العقد بشرط الحوالة في بعض صورها وهو ما أورده صاحب «الفتاوى الهندية» (١٠٢/٣)^(١) حيث يقول: «ولو باع على أن يحيل البائع رجلاً بالثمن على المشتري فسد العقد، قياساً واستحساناً، ولو باع على أن يحيل المشتري البائع على غيره بالثمن فسد قياساً، وجاز استحساناً، كذا في الظهيرة، وقيل في الحوالة: إن باع بشرط أن يحيل المشتري بجميع الثمن على غيره فسد البيع، ولو شرط أن يحيله بنصف الثمن على غيره جاز، ذكر الحاكم في مختصره أنه يجوز مطلقاً وهو الصحيح، كذا في «المحيط».

ومن هذا النص نرى أن المذهب يفرق بين مسألتين:

الأولى: باع بشرط أن يحيل - البائع - رجلاً بالثمن على المشتري، فحق المطالبة بالثمن هنا يصبح من حق هذا الرجل الذي أحيل على المشتري، وليس من حق البائع فالبيع فاسد قياساً واستحساناً.

الثانية: باع بشرط أن يحيل المشتري البائع على غيره بالثمن، فحق المطالبة هنا لا زال في يد البائع، ولكن المطالب بالأداء هو هذا الغير الذي حل محل المشتري في الأداء، وفي هذه الصورة يصح البيع استحساناً، لا قياساً، كشرط الرهن والكفالة في البيع.

الرأي الثالث: يقضى بصحة البيع مع شرط الحوالة مطلقاً.

جاء في «المبسوط» للسرخسي (١٨/١٣): «وشرط الحوالة في هذا كشرط الكفالة؛ لأنه لا ينافى وجود أصل الثمن في ذمة المشتري، فإن الحوالة تحويل، ولا يكون ذلك إلا بعد وجود الثمن في ذمة المشتري، بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداء على غير المشتري بالعقد، فإن ذلك ينافى وجود العقد فكان مفسداً للعقد.

كما جاء في «فتح القدير» (٢١٥/٥): «وشرط الحوالة كالكفالة» ومثله في «البحر الرائق» لابن نجيم (٨٥/٦): «واشترط الحوالة كالكفالة».

(١) ومثله جاء في «رد المحتار على الدر المختار» (١٨٩/٤)، و«المحيط البرهاني» المجلد الثاني (ص ٥٠) مخطوط.

ويتضح من هذه النصوص أن شرط الحوالة في البيع صحيح كشرط الكفالة سواء أكانت في صورتها الأولى أم في صورتها الثانية الموضحتين آنفاً.

الترجيح:

وهذا الرأي هو الراجح عندي لما يأتي:

وذلك لأن حجة صاحب «البدائع» في فساد البيع بهذا الشرط في المسألتين تركز على أن شرط الحوالة في العقد شرط لا يقتضيه العقد فيترتب عليه فساد البيع قياساً، ولا يجوز أيضاً عن طريق الاستحسان، نظراً إلى أن الحوالة إبراء من الثمن وإسقاط له، فليس فيها توثيق لموجب العقد ولا ملاءمة حتى يمكن أن يترك القياس ويقال بجوازها استحساناً ولذا فاشتراط الحوالة في العقد يفسده.

ولكننا إذا وضعنا هذا الدليل تحت البحث فإننا إذا سلمنا بالقضية الأولى لا يمكن أن نسلم بالثانية؛ لأن اشتراط الحوالة، لا يوجب الثمن على غير المشتري ابتداء حتى يكون إسقاطاً أو إبراء، بل هو يقتضى وجوبه أولاً في ذمة المشتري، ثم يتحول إلى ذمة المحال عليه بشرط السلامة، فيكون توثيقاً للثمن، وبخاصة أن البائع لا يقبل شرط الحوالة إلا إذا عرف أن الشخص المحال عليه مليء وموسر ومن ثم يقبل هذا الشرط؛ لأنه يرى فيه استيثاقاً واطمئناناً لوصول الثمن إليه.

وهذا واضح بالنسبة إلى الحالة التي يحيل فيها المشتري البائع على غريمه بالثمن، وهو واضح أيضاً بالنسبة إلى الحالة الثانية التي يحيل فيها البائع غريماً له على المشتري بالثمن الذي وجب في ذمته، فالثمن قد وجب في ذمة المشتري بصورة مؤكدة ابتداء، ثم هو واجب في ذمته انتهاء، حيث إنه سيؤدي ثمن السلعة المباعة على أي حال، إما إلى البائع - إن لم يحل غريمه عليه - وإما إلى غريم البائع إذا اشترط ذلك، وفي هذا توكيد للثمن وتقرير لموجب العقد، فإن المشتري بقبوله شرط الحوالة قد أوجب على نفسه أداء الثمن الذي وجب في ذمته إلى غريم البائع بدلاً من البائع، وهذا استعداد طيب منه، ودليل واضح على إرادته الصادقة في الوفاء بالثمن، فليس في اشتراطه أيضاً إسقاط أو إبراء.

ويضاف إلى ذلك أنه قد تكون هناك ظروف تساعد على سرعة وفاء الثمن إلى غريم البائع بدلاً من البائع في الحوالة استيثاق بالثمن وتوكيد لموجب العقد.

ولذا نرجح القول بأن شرط الحوالة كشرط الكفالة والرهن، وأن هذه العقود ملائمة لمقتضى العقد؛ لأن فيها تقريراً لموجب العقد وتوكيداً له.

النوع الثاني

شرط ثبت جوازه بالشرع

الشرط الذي ثبت بالشرع هو شرط لا يقتضيه العقد^(١) ولا يلائم مقتضاه ولكن ثبت جوازه بنص شرعي على خلاف القياس.

وذلك كشرط الأجل، وشرط الخيار:

أما شرط الأجل فإن القياس يأبى جواز التأجيل أصلاً؛ لأن التأجيل فيه تغيير لمقتضى العقد، إذ العقد يقضى تملك المبيع في مقابل تملك الثمن، وتسليم الثمن في مقابل تسليم المبيع، والتأجيل ينفي وجوب التسليم في الحال، فكان مغيراً لمقتضى العقد، فيكون حينئذ مفسداً للعقد، وهذا ما قضى به القياس، إلا أنه نظراً لأن صاحب الأجل يعاني من عدم وجود الثمن ويحتاج إلى ما يسد به حاجته، أبيح التأجيل مراعاة لضرورة عدم ترفيهاً له وتمكيناً له من اكتساب الثمن في المدة المضروبة، وقد كانت إباحته بالنص: قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وكذلك بالنسبة للخيار، فإن اشتراط الخيار يترتب عليه منع انعقاد العقد في حق الحكم للحال؛ لأنه ينفي ثبوت الملك خلال مدة الخيار، فكان اشتراطه مغيراً لمقتضى العقد، واشتراط ما يترتب عليه تغيير موجب العقد يفسد العقد، فالقياس عدم جواز اشتراط الخيار، إلا أن الاستحسان يجوز اشتراطه، وذلك لما روي أن حبان بن منقذ كان يغيب في التجارات فشكا أهله إلى

(١) «فتح القدير» (٥/٢١٥)، و«المحيط البرهاني» المجلد الثاني (ق ٧٠٩ مخطوط ٧٧٤).

رسول الله ﷺ فقال له: «إذا ابتعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام»^(١).
فقد ثبت صحة اشتراط الأجل والخيار استحساناً استناداً إلى هذه الأدلة
المذكورة وذلك على خلاف القياس الذي يقضى بعدم جواز ذلك.
فيكون النص هنا مخصصاً لحديث النهي عن بيع وشرط.

النوع الثالث

شرط متعارف

الشرط المتعارف: هو شرط تعامل الناس به ولا يقتضيه العقد ولا
يلائمه وفيه منفعة لأحد المتعاقدين^(٢):

الأمثلة: وقد أورد الحنفية له نوعاً من الشروط السائدة في زمنهم مثل:
أن يبيع نعلًا مع شرط التشريك^(٣). أو يشتري نعلًا على أن يحذوه
البائع. أو جراباً على أن يخززه له خفًا أو ينعل خفه. أو قبقاباً على أن يسمر
له سيراً^(٤). أو قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع من عنده^(٥). أو خفًا به خرق
على أن يخززه البائع. أو ثوباً من خلقاني^(٦) وبه خرق على أن يخيطه ويجعل
عليه الرقعة.

حكمه: يرى الحنفية أن الشرط المتعارف إذا اقترن بعقد جاز استحساناً،
والقياس عدم جوازه وهو قول زفر.
وجه القياس: إن هذا شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقين
وكل شرط يكون كذلك يفسد العقد.

(١) «البدائع» (٥/١٧٤)، و«الاختيار شرح المختار» للمرغيناني (١/١٨٥). والخلافة هي:
الخدعة، وقد ورد الحديث بالفاظ أخرى في كتب الحديث ومنها البخاري في ٣٤ - كتاب
البيوع، ٤٨ - باب ما يكره من الخداع، ومسلم حديث رقم (٩٤٦) (المختصر) كلاهما
عن عبد الله بن عمر ويراجع: باب السلامة من الغبن في «نيل الأوطار» (٥/١٨٢).

(٢) «البدائع» للكاساني (٥/١٨٢).

(٣) التشريك هو وضع الشراك على النعل، والشراك هو السير.

(٤) «فتح القدير» (٥/٢٥١).

(٥) راجع: «الفتاوى الهندية» (٣/١٠٣).

(٦) الخلقاني هو الذي يبيع ويشترى الملابس الخلقة أي: البالية.

ووجه الاستحسان: أن الناس قد تعارفوا هذا النوع من الشروط، وتعاملوا به فيجوز استحساناً للتعامل به، والتعامل قاض على القياس؛ لأن التعامل إجماع فعلي، والثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، والعرف يترك به القياس ويخص به الأثر^(١). فيسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في عقد الاستصناع، ويضيف صاحب العناية^(٢) إلى ذلك تحليلاً آخر يبين فيه صحة هذا النوع من الشرط فيقول: ما كان متعارفاً كبيع النعل مع شرط التشريك كذلك «أي جاز البيع والشرط»؛ لأن الثابت بالعرف قاض على القياس، لا يقال: فساد البيع والشرط ثابت بالحديث^(٣) والعرف ليس بقاضٍ عليه؛ لأنه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به، وهو قطع المنازعة، والعرف ينفي النزاع، فكان موافقاً لمعنى الحديث، فلم يبق من الموانع إلا القياس على ما لا عرف فيه بجامع كونه شرطاً، والعرف قاضٍ عليه. أي قاض بأنه لا يقاس عليه، لأن العرف خص نوعاً من الشروط دون النوع الآخر.

فالمذهب الحنفي يصحح العقد الذي يقترن به شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لأحد المتعاقدين بشرط أن يكون قد جرى به العرف؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي.

وقد أورد المذهب صوراً لهذا الشرط المتعارف قد يكون لها من الأهمية في وقتها ما يفوق أهميتها في الوقت الحاضر، ولكن لكل 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) «المحيط البرهاني» (٧٠٩) مخطوط (٧٧٤).

(٢) «هامش فتح القدير» (٢١٥/٥).

(٣) المذهب أخذ بحديث «نهى عن بيع وشرط».

(٤) وسيأتي إيضاح أن المراد بالعرف عند الحنفية العرف الخاص راجع: «فتح القدير» (٢٢١/٥).

* المطلوب الثاني *

الشروط الفاسدة

هذا النوع من الشروط نجعله في قسمين :

الأول: للشروط الفاسدة التي يترتب عليها فساد العقد.

الثاني: للشروط الباطلة التي لا يترتب عليها فساد العقد.

القسم الأول

الشروط الفاسدة التي تفسد عقود المعاوضات المالية

وهذا القسم يضم ثلاثة أنواع من الشروط الفاسدة التي يترتب على اشتراطها فساد عقود المعاوضات المالية، (أما العقود التي ليس الغرض منها المعاوضة المالية فإن الشرط يفسد ويصح العقد وسيأتي إيضاحه) وهذه الشروط هي:

النوع الأول: شرط يؤدي إلى الغرر.

النوع الثاني: شرط محظور.

النوع الثالث: شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه من أهل

الاستحقاق.

النوع الأول

شرط يؤدي إلى الغرر

ونورد فيما يلي بعض الأمثلة لهذا الشرط، ثم نبين حقيقته وحكمه:

(أ) الأمثلة:

أورد الحنفية^(١): لهذا النوع من الشرط الذي يوجد غرراً عدة أمثلة، منها أن يشتري ناقة على أنها حامل. أو بقرة على أنها حلوب أو لبون. أو

(١) يراجع: «فتح القدير» (٢٢٢/٥)، و«الفتاوى الهندية» (٣/١٠٥)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (١٦٨/٥).

بقرة على أنها تحلب كذا. أو اشترى سمسمًا أو زيتوناً أو حنطة على أن فيها كذا دهناً، أو تخرج كذا دقيقاً، أو اشترى ناقة وهي حامل، على أنها تضع بعد شهرين.

(ب) تحديد مدلول الشرط الذي يوجد غرراً:

باستعراض هذه الأمثلة التي أوردها الفقهاء تظهر لنا الخصائص الآتية لهذا النوع من الشرط:

أولاً: المشروط في المبيع وقت العقد شيء لا يمكن الوقوف على وجوده أو عدمه في الحال.

ثانياً: المشروط عين في المعقود عليه يمكن تصور انفصالها عنه وانقلابها أصلاً، وليس صفة في المعقود عليه لا يتصور انقلابها أصلاً.

ثالثاً: المشروط تارة يكون محدد القدر - كأن تحلب كذا رطلاً - وتارة يكون غير محدد كاشتراط كونها حلوباً أو لبوناً فقط.

(ج) حكم هذا النوع من الشرط:

يقرر المذهب أن اشتراط مثل هذا النوع من الشرط في المعقود عليه، يترتب عليه وجود جهالة وغرر، وذلك لأن المشروط لا يمكن الوقوف عليه للحال؛ لأن عظم البطن والتحرك في الحمل قد يكون لعارض داء أو غيره، وكذلك قد يكون كبر الضرع في الماشية لمرض، فكان في وجود الحمل أو اللبن غرر، وكذا لو اشترط أن يكون وضع حمل الناقة بعد مدة معينة، فإن هذا الشرط يؤدي إلى الغرر؛ لأنه لا يمكن معرفة وقت الوضع، وإذا ترتب على الشرط غرر، فإن هذا الغرر يؤدي إلى النزاع، والشرط الذي يؤدي إلى النزاع لا يجوز، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع وغرر^(١)، والمنهي عنه فاسد فكان العقد المقترن بهذا الشرط فاسداً.

ولكن الإمام أبا حنيفة (فيما روى عنه) يفرق في الحكم بين شيئين تبعاً لوجود الغرر أو ابتعاده:

(١) حديث «نهى عن بيع الغرر» سبق تخريجه (ص ١٤٦).

الشيء الأول: أن يكون المشروط معين القدر، كاشتراط أن تحلب البقرة كذا رطلاً من اللبن، أو يخرج السمسم كذا رطلاً من الدهن، أو القمح كذا من الدقيق، فإن مثل هذا الشرط يبطل ويفسد العقد، وذلك لأنه ليس في وسع البائع إيجاده ولا طريق إلى معرفته، فكان الغرر موجوداً والجهالة بهذا الشرط متجسمة فيكون النزاع واقعاً ويفسد العقد.

الشيء الثاني: أن يكون المشروط غير معين القدر، كأن يشترط كون الناقة حاملاً، أو البقرة حلوباً، فإن هذا النوع من الشرط جائز؛ لأنه شرط زيادة صفة في المعقود عليه، فأشبهه اشتراط صفة في المعقود عليه لا يتصور انقلابها أصلاً، كاشتراط كون الفرس هملاً (سريعاً) أو كون الكلب صائداً، أو اشتراط أن تكون الجارية طباحة أو خبازة أو العبد كاتباً... وقد جاز هذا الشرط وصح العقد المقترن به، فيجوز هذا النوع الشبيه به من الشروط، وهو اشتراط صفة هي عين في المعقود عليه محتملة الوجود، وغير محددة المقدار.

الترجيح:

والرأي الذي أراه راجحاً هو ما ذهب إليه أبو حنيفة؛ لأن الطريق إلى معرفة كونها حاملاً أو حلوباً يمكن الوصول إليه بمعونة ذوي الخبرة في مثل هذه الشؤون، وأما الدهن في الزيتون أو السمسم، والدقيق في الحنطة فهو موجود، قطعاً، إلا إذا اشترط قدراً معيناً فإن اشتراط قدر معين لا يمكن معرفته يؤدي إلى الغرر المفضي إلى النزاع، ومثل ذلك يندرج تحت مدلول الحديث الشريف من: أنه - عليه الصلاة والسلام - «نهى عن بيع وغرر».

والغرر ميدانه يتسع ويضيق تبعاً لتطور نظم الحياة واتساع المعرفة عند بني الإنسان ونمو الخبرات، وعرف الناس وتعاملهم، فكلما تقدمت الخبرات واتسعت ميادين العلم كاشفة عن أسرار الحياة، واستقرت أعراف الناس رأينا الغرر يضيق وينكمش. وكلما تقلصت هذه المعاني جميعاً رأينا الغرر يتسع ميدانه.

ومن الواضح بعد هذا التحليل لهذا النوع من الشرط أن العقد إنما فسد

به، لا لأنه شرط اقترن بالعقد، بل لما يؤدي إليه هذا الشرط من الغرر والجهالة المفضية إلى النزاع.

النوع الثاني

شرط محذور

ونورد فيما يلي بعض الأمثلة له ثم نوضح حقيقته وحكمه:

(أ) الأمثلة: أورد الحنفية لهذا النوع^(١) من الشرط عدة أمثلة منها:

ما إذا اشترى قمرية على أنها تصوت. أو اشترى طيراً على إنه يجيء من مكان بعيد. أو كبشاً على أنه نطاح. أو ديكاً على أنه مقاتل^(٢). أو جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها^(٣).

(ب) خصائص هذه الشروط:

إذا نظرنا إلى هذه الشروط وجدنا أن لها خاصيتين:

الخاصية الأولى: إنها صفات محظورة ومنهي عنها؛ لأنها تصرف الناس عن واجباتهم الدينية والدنيوية.

الخاصية الثانية: إن اشتراط بعض هذه الصفات - عدا شرط الغناء في الجارية - يؤدي إلى الغرر؛ لأنه لا يمكن الوقوف عليها في الحال، ولا يمكن الجبر عليها فتكون فاسدة نظراً لهذا الغرر.

(ج) حكم العقد المقترن بهذا النوع من الشرط:

سبق أن أوضحنا إن كل شرط يؤدي إلى الغرر يفسد العقد به نظراً لما يترتب عليه من وجود النزاع.

وهنا يقرر المذهب أيضاً أن كل شرط يؤدي إلى تحقيق أمر محذور

(١) «البدائع» (١٦٩/٥).

(٢) فقد روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه «نهى عن التحريش بين البهائم» رواه أبو داود والترمذي عن ابن عباس رضي الله عنه، وقال الترمذي حديث حسن صحيح. والمعنى أنه نهى عن الإغراء بين البهائم، وتهيج بعضها على بعض، ومثله مناطق الثيران، والكباش، ومناقرة الديوك ونحو ذلك، التيسير للمناوي (٤٧٨/٢).

(٣) أما لو اشترها بهذا الشرط على سبيل البراءة من العيب فإنه يجوز.

يكون فاسداً؛ لأن الشرط بهذه الصفة يهدف إلى تحقيق غرض غير مشروع، وكل ما يهدف إلى ذلك يفسد ويفسد العقد.

وهذا منطقي؛ لأن التشريع يحمي هذا العقد، ويعمل على تحقق أغراضه بمجرد صدوره، فلا يعقل أن يحمي هذا التشريع التصرفات التي تهدمه، والتي تعمل على مخالفته.

* ما يقابل هذا الشرط في القانون الوضعي: هذا النوع من الشرط يقابل الشرط المخالف للنظام العام في القانون الوضعي؛ لأن هدف الشرط المخالف للنظام العام هو الوصول إلى أمر ممنوع بنصوص القانون، بتشويه هذه النصوص أو بالاحتيايل عليها - كما سبق أن أوضحنا^(١)، وهذا الشرط هدفه الوصول إلى أمر ممنوع شرعاً.

كما أنه ليس شرطاً مستحيلاً استحالة قانونية؛ لأن الشرط المستحيل استحالة قانونية يصادم نصاً قانونياً - كاشتراط الزواج من محرم - فهو شرط غير ممكن الوقوع.

أما هذا النوع من الشرط فإنه يمكن أن يقصد به تحقيق غرض مشروع، فإتيان الطائر من مكان بعيد قد يقصد به صاحبه إلى استخدامه في نقل الرسائل أو نحوها.

(د) علة فسادة:

وقد تبين لنا مما تقدم أن هذا الشرط فاسد؛ لأنه يؤدي إلى وقوع أمر منهي عنه، أو وجود غرر وجهالة في المبيع، وكل ما يؤدي إلى هذا يفسد العقد باشتراطه، فالفساد لم يترتب على اقتران العقد بالشرط، وإنما ترتب على ما أدى إليه هذا الشرط^(٢).

(١) راجع: (ص ٢٧).

(٢) لذلك لم يورد هذين النوعين من الشرط (شرط في وجوده غرر وشرط محظور) صاحب «فتح القدير» و«العناية» و«المحيط البرهاني» ضمن الشروط المقترنة بالعقد في تقسيمه الذي أورده لها.

النوع الثالث

شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه

إن كان من أهل الاستحقاق

ونستعرض فيما يلي بعض صور هذا النوع من الشرط ثم نبين حقيقته وحكمه^(١) والأدلة التي استند إليها المذهب في تقرير هذا الحكم، ثم العقود التي تفسدها الشروط الفاسدة:

أولاً - نماذج من الصور المختلفة لهذا النوع من الشرط:

(أ) اشتراط ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين:

إذا اشترط في العقد شرط يحقق منفعة لأحد المتعاقدين، فإما أن تعود المنفعة من اشتراطه على البائع أو على المشتري - إن كان العقد بيعاً - ونوضح أمثلة كل.

١ - «شرط يعود نفعه على البائع»:

فإن كانت المنفعة المشترطة تعود على البائع، فإما أن يعطي الشرط للبائع الحق في الانتفاع بالمبيع مدة من الزمن، أو يوجب على المشتري عقداً آخر:

* شرط يعطي للبائع الحق في الانتفاع بالمبيع مدة من الزمن ثم يسلمه إلى المشتري:

أمثلة: وذلك كما لو باع داراً واشترط على المشتري أن يسكنها شهراً، ثم يسلمها إليه، أو باع أرضاً على أن يزرعها سنة، أو دابة على أن يركبها شهراً، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً.

* شرط يلزم المشتري بعقد آخر من العقود:

أمثلة: كما لو باع شيئاً بشرط أن يقرضه المشتري قرضاً، أو على أن يهب له هبة أو يزوج ابنته منه، أو يبيع منه كذا.

(١) المراجع: «البدائع» (٥/١٦٩ - ١٧٠، ١٧٣)، «حاشية رد المحتار على الدر المختار» لابن عابدين (٤/٩٤ - ٩٦، ١٨٨)، و«الفتاوى الهندية» (٣/١٠٣)، و«المبسوط» للسرخسي (١٣/١٥).

٢ - شرط يعود نفعه على المشتري:

وإن كان الشرط يعود نفعه على المشتري فلا يخلو إما أن يكون ملزماً للبائع بالقيام بعمل في المبيع ذاته، أو ملزماً له بعقد آخر:

* شرط يلزم البائع بالقيام بعمل في المبيع ذاته ويعود نفعه على

المشتري:

أمثلة: كما لو اشترى ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً، أو حنطة على أن يطحنها، أو ثمرة على أن يجدها، أو ثمرة بعد ظهورها بشرط الترك على الشجرة، أو رطبة قائمة على الأرض على أن يجدها، أو شيئاً له حمل ومؤونة على أن يحمله البائع إلى منزله.

* شرط يلزم البائع بعقد آخر يعود نفعه على المشتري:

أمثلة: كما لو اشترى شيئاً على أن يقرض البائع له قرضاً، أو يهب له هبة، أو يتصدق عليه بصدقة، أو على أن يبيعه كذا بكذا من الثمن.

(ب) اشتراط ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق:

أما إن كان الشرط فيه منفعة للآدمي المعقود عليه، فإما أن يقتضى الشرط إلزام المشتري بتصرف يخرج المعقود عليه (الآدمي) عن ملكه، أو يقتضي منعه من تصرف من التصرفات التي يقضيتها العقد:

١ - شرط يقتضى إلزام المشتري بتصرف يخرج العبد المبيع عن ملكه حالاً أو مآلاً:

أمثلة: كما إذا باع عبداً واشترط على المشتري أن يعتقه^(١).

(١) وروى الحسن عن أبي حنيفة أن البيع جائز بشرط العتق، لحديث بريرة رضي الله عنها؛ ولأن البيع بشرط العتق متعارف بين الناس، لأنه شرط يلائم العقد.

ونوضح فيما يلي هذه الأدلة كما أوردها السرخسي في «المبسوط» (١٣/١٥):

«أما حديث بريرة فإنها جاءت إلى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتب، «قالت» إن شئت عدتها لأهلك وأعتقتك، فرضيت بذلك، فاشتريتها وأعتقتها، وإنما اشتريتها بشرط العتق، وقد أجاز ذلك رسول الله ﷺ لها. وأما أنه متعارف؛ فلأن الشراء بشرط العتق متعارف بين الناس؛ لأن بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغيره، (ومعنى يبيعه نسمة: يبيعه بشرط العتق).

وأما أنه ملائم لمقتضى العقد فلأن العتق في المبيع قبض، حتى إذا أعتق المشتري =

أو باع جارية واشترط على المشتري أن يستولدها أو أن يدبرها .

٢ - شرط يقتضى منع المشتري من التصرف في المعقود عليه (الآدمي):

أمثلة: كما لو باع جارية أو عبداً بشرط ألا يبيعه، أو ألا يهبه أو ألا يخرجها عن ملكه .

ثانياً - خصائص هذا النوع من الشرط وحكمه:

يتبين من استعراض الأمثلة المتقدمة أن هذا النوع من الشرط تتوافر فيه الخصائص الآتية:

- شرط لا يقتضيه العقد - أي: لا يجب بنفس العقد .

- شرط لا يلائم العقد - أي: لا يؤكد ولا يوثق موجب العقد .

- شرط لم يرد شرع بجوازه .

- شرط غير متعارف - أي: لم يجز التعامل به .

- شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه من أهل

الاستحقاق .

= المبيع قبل القبض صار قابضاً، والقبض من أحكام العقد فاشترطه في العقد يلائم العقد ولا يفسده .

وقد استدل المذهب على فساد هذا الشرط وفساد العقد بأن النبي ﷺ «نهى عن بيع وشرط»، ولأن في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه، والعقد لا يقتضيه، فيفسد به العقد، كما لو شرط ألا يبيع، يوضحه أنه لو شرط في الجارية أن يستولدها، أو في العبد أن يدبره، كان العقد فاسداً، فإذا كان اشتراط حق العتق لها يفسد البيع، فاشترط حقيقة العتق أولى، ودعواه (أي ما روى عن أبي حنيفة) أن هذا الشرط يلائم العقد لا معنى له، فإن البيع موجب للملك، والعتق مبطل له، فكيف يكون بينهما ملاءمة، ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك، فيكون ضد ما هو المقصود بالعقد، وبيع العبد نسمة لا يكون بشرط العتق، بل يكون ذلك وعداً من المشتري، ثم البيع بعقد مطلقاً، وهو تأويل حديث عائشة رضي الله عنها فإنها اشترت بريرة رضي الله عنها مطلقاً، ووعدت لها أن تعتقها، لترضى هي بذلك، فإن بيع المكاتب لا يجوز بغير رضاها، وستناول هذه الأدلة عند مقارنة آراء المذاهب .

الحديث: «أنها جاءت إلى عائشة رضي الله عنها تستعينها في كتابتها» كما هو نص البخاري (٧٧/٢) حاشية السندي .

حكم هذا الشرط:

حكمه في المذهب الحنفي هو الفساد وفساد العقد الذي اقترن به .

ثالثاً - الأدلة التي استند عليها المذهب في هذا الحكم:

استند المذهب في القول ببطلان هذا النوع من الشرط على الأدلة

الآتية:

١ - قال أبو حنيفة لعبد الوارث بن سعيد... حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ أنه: «نهى عن بيع وشرط». وهذا الحديث عام وشامل لكل بيع وشرط وقد أخذ المذهب به إلا أنه قد خصصه بما يأتي:

- اشتراط ما يقتضيه العقد؛ لأن اشتراطه وعدمه سواء، فكان كلا شرط.
- اشتراط ما يؤكد موجب العقد؛ لأن كل ما يؤكد موجب العقد ويوثقه يكون ملائماً للعقد فيكون بمنزلة ما يقتضيه العقد.
- اشتراط ما ورد الشرع بجوازه وهذا واضح؛ لأن النص هو الذي خصصه.

- اشتراط ما يقضى العرف به، وما جرى عليه التعامل، وذلك لأن العرف يقضي على القياس ويخص به الأثر - كما سبق أن أوضحنا في الشرط المتعارف.

٢ - ما روي أنه عليه الصلاة والسلام: «نهى عن بيع وسلف» - أي: قرض^(١).

٣ - روى أحمد عن أسود بن عامر عن شريك، عن سماك، عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة» وهذا الشرط إن كان يقابله جزء من الثمن يكون إجارة في بيع، وإن لم يقابله جزء من الثمن يكون إعارة في بيع، وعلى كلا التقديرين

(١) «فتح القدير» (٢١٨/٥)، و«المبسوط» للسرخسي (١٦/١٣). تخريج الأحاديث سيأتي في الفصل الثالث المعقود لمقارنة آراء الفقهاء.

يؤدي الشرط إلى اجتماع صفتين في صفقة، وهو منهي عنه بهذا الحديث .

٤ - هذا الشرط لا يقتضيه العقد وتتمكن فيه المطالبة فيترتب عليه نزاع يؤدي إلى فساد العقد:

أما أنه شرط لا يقتضيه العقد: فذلك لأن العقد يقتضي الإطلاق في التصرف والتخيير فيه، والشرط يقتضي الإلزام بهذا الشرط، فبين الشرط، والعقد تنافر وتناقض .

وأما أنه تتمكن فيه المطالبة ويؤدي إلى النزاع^(١) فذلك لأن المنتفع بهذا الشرط يطالب بتنفيذ الشرط ولا يرضى بدون الشرط والطرف الآخر يمتنع عن تنفيذ الشرط بحكم أن الشرع نهى عن بيع وشرط، وهذه المطالبة تؤدي إلى المنازعة، وكل ما يؤدي إلى ذلك يفسد ويفسد العقد، فإذا انعدمت المطالبة كما لو كان الشرط فيه منفعة للمعقود عليه غير الآدمي، كالحيوانات والثياب، فإنه يصح العقد؛ لأنه لا يمكن للحيوان أو الجماد أن يطالب بتحقيق هذا الشرط، وكما لو اشترط بيع العبد مطلقاً، فإنه يجوز نظراً؛ لأنه لا توجد المطالبة، بخلاف ما لو اشترط بيعه من فلان، فإنه لا يجوز لوجود المطالبة . . .

٥ - وهو شرط فيه شبهة الربا:

وهذا التعليل أورده صاحب «فتح القدير» (٢١٦/٥) و«صاحب البدائع»^(٢) (١٧٠/٥) و«رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين (٣٤٥/٤) حيث يقولون:

إن اشتراط مثل هذا الشرط الذي يحقق منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه الآدمي، يعتبر زيادة منفعة مشروطة في العقد وهي زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وكل زيادة لا يقابلها عوض تكون ربا، والربا يفسد العقد، أو فيها شبهة الربا، وشبهة الربا تفسد البيع كالربا.

(١) «المبسوط» للسرخسي (١٤/١٣).

(٢) أما «المبسوط» للسرخسي فلم يوضح فكرة الربا بل اعتبر أن الأساس هو اجتماع صفتين في صفقة.

رد المذهب الحنفي على المخالفين:

ونظراً إلى أنه قد وردت أحاديث أخرى استدل بها بعض علماء المذاهب على جواز اشتراط بعض الشروط فإننا نورد فيما يلي نص ما جاء في المبسوط للسرخسي (١٣/١٣ - ١٥) حيث أورد الحكاية التي تناقلتها كتب الفقه^(١) عن عبد الوارث بن سعيد، والتي اشتملت على ثلاثة آراء: أي: بجواز البيع والشرط، وآخر ببطلان الشرط وصحة البيع، وثالث بفسادهما، وكل رأي يستند إلى حديث - وقد تولى الرد على المخالفين مبيناً أن الأصل هو فساد كل بيع وشرط عدا الشروط التي يقتضيها القعد أو التي تلائمه أو ورد الشرع بجوازها أو جرى التعامل بها.

النص: جاء في المبسوط:

«قال: إذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه، ولا يهبه، ولا يتصدق به، فالبيع فاسد عندنا.

وقال ابن أبي ليلي: البيع جائز والشرط باطل.

وقال ابن شبرمة: البيع جائز والشرط صحيح.

وحكي عن عبد الوارث بن سعيد قال: حججت فدخلت بمكة على أبي حنيفة وسألته عن البيع بالشرط؟ فقال: البيع جائز والشرط باطل، فدخلت على ابن أبي ليلي، وسألته عن ذلك، فقال: البيع جائز والشرط باطل، فدخلت على ابن شبرمة، وسألته عن ذلك، فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت: هؤلاء من فقهاء الكوفة، وقد اختلفوا علي في هذه المسألة كل الاختلاف، فعجزني أن أسأل كل واحد منهم عن حجته.

فدخلت على أبي حنيفة فأعدت السؤال فأعاد جوابه فقلت: إن صحابيك يخالفانك، فقال: لا أدري ما قالوا، حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط.

(١) ومنها: «المبسوط» (١٣/١٥)، و«المحلى» لابن حزم الظاهري (٨/٤١٥)، و«المواق على الخطاب» (٤/٢٧٢).

فدخلت على ابن أبي ليلى: فقلت له مثل ذلك فقال: لا أدري ما قالا
 حدثني هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة رضي الله عنها أنها لما أرادت أن تشتري
 بريرة رضي الله عنها أبى مواليتها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم، فذكرت ذلك
 لرسول الله ﷺ فقال: صلوات الله عليه وسلامه: «اشترى واشترطي لهم
 الولاء، فإن الولاء لمن أعتق» ثم خطب رسول الله ﷺ فقال: «ما بال أقوام
 يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل،
 كتاب الله أحق وشرط الله أوثق والولاء لمن أعتق».

فدخلت على ابن شبرمة، وقلت له مثل ذلك، فقال: لا أدري ما قالا
 حدثني محارب بن دثار، عن أبي اليزيد، عن جابر بن عبد الله الأنصاري
 رضي الله تعالى عنهم أن النبي ﷺ اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط
 له ظهرها إلى المدينة، ثم يصحح السرخسي ما ذهب إليه أبو حنيفة فيقول:
 (ص ١٤):

والصحيح ما استدل به أبو حنيفة فإنه حديث مشهور ومطلق النهي يوجب
 فساد المنهي عنه، فأما حديث هشام بن عروة فقال: قال أبو يوسف: أوهم
 هشام بن عروة، ما قال رسول الله ﷺ اشترطي لهم الولاء؛ لأن هذا أمر
 بالغرور، ولا يظن برسول الله ﷺ ذلك، ولو صح فتأويله: «اشترطي الولاء
 عليهم» واللام تذكر بمعنى على، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ
 مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِمْ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ
 سُوءُ الْعَذَابِ ﴿٢٥﴾ [الرعد: ٢٥] أو معناه: «أعلميهم معنى الولاء» فلاشترط في
 اللغة الأعلام؛ ومنه أشرط الساعة...

وتأويل حديث جابر رضي الله عنه أن ذلك لم يكن شرطاً في البيع، على أن ما
 جرى بينهما لم يكن بيعاً حقيقة وإنما كان ذلك من حسن العشرة والصحبة في
 السفر، والدليل عليه قصة الحديث. فإن جابراً رضي الله تعالى عنه قال:
 كانت لي ناقة ثغال^(١)، فقامت علي في بعض الطريق، فأدركني رسول الله ﷺ

(١) الثغال هي ذات الصوت المرتفع، من ثغت الدابة تشغو، ثغاء، مثل صراخ لفظاً
 ومعنى، فهي ثاغية. المصباح المنير.

فقال: فقلت: جرى ألا يكون لي إلا ناقة ثغال، فنزل رسول الله ﷺ عن راحلته، فدعا بماء ورشه في وجه ناقتي ثم قال: «اركبها» فركبتها فجعلت تسبق كل راحلة (الحديث) إلى أن قال: «أتبعيني ناقتك بأربعمائة درهم» فقلت: هي لك يا رسول الله، ولكن من لي بالحمل إلى المدينة؟ فقال ﷺ: «لك ظهرها إلى المدينة»، فاشتراها رسول الله ﷺ بأربعمائة درهم، فلما قدمت المدينة جئت بالناقة إلى باب المسجد، ودخلت المسجد، فقال رسول الله ﷺ: «أين الناقة؟» قلت بالباب، فقال صلوات الله عليه: «جئت لطلب الثمن» فسكت، فأمر بلالاً رضي الله عنه، فأعطاني أربعمائة درهم، فقال ﷺ: «خذها مع الناقة فيما لك بارك الله لك فيهما» وبهذا يتبين أنه لم يكن بينهما بيع، ومثله ما جاء في «فتح القدير» (٥/٢١٤) للاستدلال على صحة ما ذهب إليه المذهب الحنفي، وسناقش بمشيئة الله تعالى هذه الأدلة عند مقارنة آراء المذاهب المختلفة بعد الانتهاء من عرضها.

رابعاً - العقود التي تفسد بالشروط الفاسدة والتي لا تفسد:

وضح المذهب الحنفي حكم العقود المختلفة إذا اقترنت بشرط فاسد، فبين أن كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشروط الفاسد وما ليس كذلك لا يفسد به^(١).

وعقود المعاوضات المالية منها: البيع، والقسمة، والإجارة، والصلح عن مال، والمزارعة، والمساقاة، والإجازة، وهي إجازة عقد هو مبادلة مال بمال، كما لو باع فضولي داره، فقال أجزته بشرط أن تقرضني أو تهدي إلي. أما العقود التي ليس الغرض منها المعاوضة المالية^(٢) فيندرج تحتها

(١) المراجع: «فتح القدير» (٥/٢١٨)، و«حاشية الدر المختار» لابن عابدين (٤/٣٤٣) وما بعدها و«جامع الفصولين» (٢/٢).

(٢) تنقسم العقود من حيث الغرض المقصود منها إلى عدة أقسام نجملها فيما يأتي:
(أ) عقود التمليكات وهي تشمل:

١ - عقود المعاوضة، وهي التي تقوم على أساس الالتزامات المتقابلة بين المتعاقدين سواء أكانت: مبادلة مال بمال: كالبيع والقسمة، أو مبادلة مال بمنفعة كالإجارة والاستصناع والمساقاة والمزارعة، أو مبادلة مال بمال ليس بمال ولا منفعة كالنكاح والخلع. . =

عقود المعاوضات غير المالية، كالنكاح، وعقود التبرعات كالهبة، وعقود الولايات كالوكالة والمضاربة والإيضاء، وعقود الشركات، وعقود التوثيق كالكفالة والحوالة والرهن

وهذه العقود لا يبطلها الشرط الفاسد.

فلو شرطت المرأة لزوجها ألا يكون عليه نفقتها، أو أن تهبه كذا، أو تقرضه كذا، أو شرط الواهب على الموهوب له أن يتصدق بالعين الموهوبة أو أن يهبها لفلان، أو يقضي بها ديناً عليه لشخص معين، أو قال الكفيل للمكفول عنه: أكفلك بشرط أن تهبني كذا، أو قال المحتال عليه للمحيل: أقبل الحوالة بشرط أن تقرضني كذا. . فإن هذه الشروط جميعها شروط لا يقتضيها العقد، ولا تلائم مقتضاه ولم يرد نص ولا جرى عرف بجوازها، وفيها منفعة لأحد المتعاقدين، فتكون باطلة ويصح العقد.

وقد فسر ابن عابدين في حاشيته على «الدر المختار» (٤/٣٤٤ - ٣٤٥) سر هذه التفرقة بقوله: «إن الشروط الفاسدة من باب الربا، وهي في

٢ - عقود التبرع، وهي التي يكون فيها التملك من أحد الطرفين من غير مقابل من الطرف الآخر، وهي إما أن تترتب عليها آثارها في حال حياة المتبرع كالهبة بغير عوض والإعارة والصدقة. . . أو بعد وفاته كالوصية والتدبير.

٣ - عقود جمعت بين المعاوضة والتبرع، حيث تبدأ تبرعاً وتنتهي معاوضة كالهبة بعوض، والإقراض. .

(ب) عقود الإسقاطات: وهي التي يكون المقصود منها إسقاط حق، كالطلاق والعتق والإقرار والإبراء من الدين.

(ج) عقود الولايات: والمقصود منها إطلاق يد إنسان في تصرف لم يكن ثابتاً له قبل ذلك، كالوكالة والمضاربة والأمانة والقضاء والأذن للصبي في التجارة.

(د) عقود التقييدات: وهي التي يقصد منها الشخص تقييد غيره ومنعه من تصرف كان مباحاً له، كعزل الوكيل وناظر الوقف. . والحجر على الصبي.

(هـ) عقود الشركات: وهي التي يقصد منها الاشتراك في نماء الأموال أو ما يخرج من العمل، كالمزارعة والمساقاة والمضاربة وشركة المفاوضة والعنان والوجوه.

(و) عقود التوثيقات: وهي التي يقصد منها ضمان الديون لأصحابها كعقود الكفالة والحوالة والرهن.

(ز) عقود الحفظ: وهي التي يقصد منها حفظ المال فقط، كعقد الإيداع.

المعاوضات المالية لا غير؛ لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض، وحقيقة الشروط الفاسدة: - كما مر - هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، فيكون فيها فضل خال عن العوض، وهو الربا، ولا يتصور ذلك في المعاوضات الغير مالية ولا في التبرعات بل يفسد الشرط ويصح التصرف...»^(١).

(١) وقد حرر ابن عابدين في «حاشيته على الدر» (٤/٢٣٨ ط. ث) العقود والتصرفات التي لا تفسد بالشروط الفاسدة لعدم المعاوضة المالية في خمسة وثلاثين عقداً.. أرى ضرورة ذكرها لأهميتها واستيعابها.. وهذه العقود والتصرفات هي: «القرض: كأقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني سنة، وفي البزازية: وتعليق القرض حرام، والشرط لا يلزم، والذي في الخلاصة عن كفالة الأصل: والقرض بالشرط حرام. اهـ. نهر، فالمراد بالتعليق الشرط، وفي البزازية: أقرضه على أن يوفيه بالعراق فسد.. الشرط. والهبة والصدقة: كوهبتك هذه المائة أو تصدقت عليك بها على أن تخدمني سنة (نهر) فتصح الهبة والصدقة ويبطل الشرط؛ لأنه فاسد. والنكاح: كتزوجتك على ألا يكون لك مهر، فيصح النكاح ويبطل الشرط ويجب مهر المثل، ومن هذا القبيل ما في الخانية: تزوجتك على أني بالخيار، يجوز النكاح ولا يصلح الخيار؛ لأنه ما علق النكاح بالشرط، بل باشر النكاح وشرط الخيار. اهـ. والطلاق: كطلقتك على ألا تتزوجي غيري (بحر) والظاهر أنه إذا قال: إن لم تتزوجي غيري فكذلك. والخلع: كخالعتك على لي الخيار مدة يراها، بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال، وأما اشتراط الخيار لها فصحيح عند الإمام كما مضى، والعتق: بأن قال: أعتقتك على أني بالخيار (بحر) وقدمنا آنفاً لو أعتق أمة على ألا تتزوج عتقت، تزوجت أو لا. والرهن: بأن قال: رهنتك عبدي بشرط أن أستخذه، أو على أن الرهن إن ضاع بلا شيء، أو إن لم أوف متاعك لك إلى كذا فالرهن لك بما لك، بطل الشرط وصح الرهن (بحر) والإيصاء: كجعلتك وصياً على أن تتزوج بنتي، صحت الوصية ويبطل الشرط، والوصية: كما لو أوصى بثلث ماله لأم ولده إن لم تتزوج فقبلت ذلك، ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان، فلها الثلث بحكم الوصية. اهـ. مع أن الشرط لم يوجد... والشركة: ... وفي البزازية: الشركة تبطل ببعض الشروط الفاسدة دون بعض، حتى لو شرط التفاضل في الوضعية لا تبطل، وتبطل باشتراط عشرة لأحدهما، وفيها لو شرط صاحب الألف العمل على صاحب الألفين، والربح نصفين، لم يجز الشرط، والربح أثلاثاً. والمضاربة: كما لو شرط نفقة السفر على المضارب بطل الشرط وجازت (بزازية).. ولو دفع إليه ألفاً على أن يدفع رب المال للمضارب أرضاً يزرعها سنة، أو داراً للسكنى، بطل الشرط وجازت، ولو شرط ذلك على المضارب لرب المال فسدت؛ لأنه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وأجرة =

الدار. اه. وبه علم أنها تفسد ببعض الشروط كالشركة. والقضاء والأمانة كولينك بلدة كذا مؤبداً، فقوله مؤبدا شرط فاسد؛ لأن التولية لا تقتضى ذلك.. وصحت امرته بهذا. وله عزله بلا جنحة. والكفالة والحوالة: بأن قال كفلت غريمك على أن تقرضني كذا، أو أحلتك على فلان بشرط ألا ترجع على عند التوى.. فتصح وببطل الشرط.. والوكالة: كوكلتك على أن تبرئني مما لك علي. والإقالة: حتى لو تقابلا على أن يكون الثمن أكثر من الأول أو أقل صحت ولغا الشرط.. والكتابة: بأن كاتبه على ألف بشرط ألا يخرج من البلد، أو ألا يعامل فلاناً، أو على أن يعمل في نوع من التجارة فتصح وببطل الشرط؛ لأنه غير داخل في صلب العقد، ويقصد بصلب العقد ما يقوم به، وقيام البيع بأحد العوضين، فكل فساد يكون في أحدهما يكون فساداً في صلب العقد. كما لو كاتبه على خمر فتفسد به. وإذن العبد في التجارة: كأذنت لك في التجارة على أن تتجر إلى شهر كذا، أو على أن تتجر في كذا، فيكون عاماً في التجارة والأوقات، وببطل الشرط.. ودعوة الولد: كهذا الولد مني بشرط رضا زوجتي، وكما لو ادعى نسب التوأمين بشرط ألا تكون نسبة الآخر منه، أو ادعى نسب ولد بشرط ألا يرث منه، يثبت نسب كل واحد من التوأمين، ويرث، وبطل الشرط؛ لأنهم من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت الآخر لما عرف. وشرط الأثر شرط فاسد لمخالفة الشرع، والنسب لا يفسد به. والصلح عن دم العمد: بأن صالح ولي المقتول عمداً القاتل على شيء بشرط أن يقرضه أو يهدى إليه شيئاً، فالصلح صحيح والشرط فاسد، ويسقط الدم؛ لأنه من الإسقاطات فلا يحتمل الشرط. وكذا الإبراء عن دم العمد: فإذا قال الولي: أبرأت ذمتك على ألا تقيم في هذا البلد مثلاً، أو صالح معه عليه صح الإبراء والصلح ولا يعتبر الشرط. وكذلك عن الجراحة التي فيها القود، وعن جنابة غصب ووديعة وهاربة إذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة، ثم يقول ابن عابدين ولعل صورة المسألة لو أتلف ما غصبه، أو أتلف وديعة، أو أتلف عارية عنده، وأراد المالك أن يضمه فصالحه على شيء وضمن رجل موجب الصلح بشرط أن يحيله به على آخر، أو يكفل به آخر، صح الضمان وبطل الشرط، لكن الضمان كفالة وقد مرت، ثم يقول ابن عابدين ولم أر من أوضح ذلك فتأمل». والنسب: وقد تقدم تصويره في دعوى الولد، والحجر على المأذون: فلا يبطل به وببطل الشرط، والغصب.. لأن الغصب فعل لا يقيد بشرط. وأمان القن: أو أمان النفس. وعقد الذمة: فإن الإمام إذا فتح بلدة وأقر أهلها على أملاكهم، وشرطوا معه في عقد الذمة ألا يعطوا الجزية بطريق الإهانة كما هو المشروع فالعقد صحيح والشرط باطل (درر). وتقييد الرد بالعيب بخيار الشرط.. كأن يقول من له خيار الشرط: رددت البيع أو أسقطت خياره إن =

حكم العقد الفاسد عند الحنفية:

وسياتي بيان أن العقد الفاسد في المذهب الحنفي^(١) هو ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه، فبالنظر إلى حقيقته وذاته كان مشروعاً، وبالنظر إلى عروض الشرط المنهى عنه كان غير مشروع فكان فاسداً، كما سنبين: إنه يفيد الملك إذا اتصل به القبض بإذن بائعه أو في مجلس العقد. وإن لكل من المتعاقدين الحق في فسخ العقد رفعاً للفساد ودرءاً للمعصية، إذا كان المعقود عليه باقياً على حاله التي كان عليها وقت التعاقد.

القسم الثاني

شروط باطلة تسقط ويصح العقد

سبق أن أوضحنا حكم الشروط التي لا يقتضيها العقد، ولا تلائم موجهه ولم يرد نص بجوازها، ولم يجز التعامل بها، وفيها منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه من أهل الاستحقاق، وقلنا إنها فاسدة ويترتب على اشتراطها فساد العقد إذا كان من عقود المعاوضات المالية.

ويبقى لنا من التقسيم العقلي لهذا الشرط الذي لا يقتضيه العقد الشروط الآتية:

- ١ - شرط فيه منفعة للمعقود عليه من غير أهل الاستحقاق.
- ٢ - شرط فيه منفعة لأجنبي عن العقد.
- ٣ - شرط فيه ضرر.
- ٤ - شرط لا منفعة فيه ولا ضرر.

وهذه التقسيمات الباقية نجعلها كما أجعلها صاحب المحيط البرهاني في ثلاثة أنواع.

= شاء فلان فإنه يصح ويبطل الشرط... وعزل القاضي: كعزلتك إن شاء فلان فينزل ويبطل الشرط. لما ذكرنا أنها كلها ليست بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة. «رد المحتار على الدر المختار» لابن عابدين (بتصرف).

(١) سياتي تقسيم العقد إلى صحيح وغير صحيح عند الجمهور، وإلى صحيح وفاسد وباطل عند الحنفية والزيدية.

النوع الأول: شرط فيه منفعة للمعقود عليه من غير أهل الاستحقاق.
وشرط فيه مضرة مطلقاً.

النوع الثاني: شرط فيه منفعة للأجنبي.

النوع الثالث: شرط لا منفعة فيه ولا ضرر.
ونوضح فيما يلي هذه الأنواع:

النوع الأول

شرط قد يترتب عليه منفعة للمعقود عليه غير الآدمي أو يترتب عليه
مضرة.

ونورد فيما يلي بعض الأمثلة له، ثم حقيقة هذا الشرط، وحكمه مشفوعاً
بالدليل.

(أ) عرض لبعض الصور التي أوردها الحنفية^(١) لهذا النوع من الشرط:

١ - شرط قد تترتب عليه منفعة للمعقود عليه غير الآدمي:

باع دابة بشرط ألا يبيعه المشتري ولا يهبها.

باع ثوباً بشرط ألا يبيعه المشتري ولا يهبه.

باع طعاماً بشرط أن يأكله ولا يبيعه.

اشترى دابة على ألا يبيعه من فلان.

اشترى أحد المزارعين على الآخر ألا يبيع الآخر نصيبه أو لا يهبه^(٢).

٢ - شرط فيه مضرة:

باع ثوباً بشرط أن يحرقه المشتري.

باع داراً بشرط أن يخربها المشتري.

(١) «الفتاوى الهندية» (٣/١٠٤)، و«البدائع» (٥/١٧٠)، و«المحيط البرهاني» المجلد الثاني (ص ٥٣)، مخطوط رقم (٧٧٤) بدار الكتب.

(٢) المزارعة لغة مفاعلة من الزرع، وشرعاً هي: عقد على الزرع يبيع الخارج (حاشية ابن عابدين (٥/١٧٤)) أو هي: «عمل على أرض يبيع ما يخرج منها، والبذر من المالك» (مغني المحتاج (٢/٣٢٤)) أو هي: «دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه» منتهى الإرادات (١/٤٧١).

(ب) حقيقة هذا النوع من الشروط:

إذا استعرضنا هذه الشروط وجدنا أن المذهب ينص على أنها شروط لا يقتضيها العقد، ولا تلائم موجهه ولم يرد شرع بجوازها، ولم يجر التعامل بها. وفي الطائفة الأولى^(١) من هذه الصور يتبين لنا ما يأتي:

١ - أن مثل هذه الشروط قد يكون فيها نفع للمعقود عليه (غير الآدمي) لأنه إذا كان المعقود عليه حيواناً، فإن الناس يتفاوتون في الإحسان إلى دوابهم^(٢) فاشتراط ألا يبيعه، أو ألا يهبه ربما يحقق للمعقود عليه منفعة قد تفوت إذا بيع إلى شخص آخر أو وهب.

٢ - كما أنها في الوقت نفسه قد تكون هذه الشروط فيها ضرر^(٣) بالنسبة للمشتري من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في ملكه ببعض التصرفات التي تترتب على ملكية الشيء المبيع.

أما إذا نظرنا إلى الطائفة الثانية من الصور المتقدمة لهذا النوع من الشرط فإنه يتبين لنا أن مثل هذه الشروط فيها ضرر بالمشتري؛ لأن اشتراط البائع على المشتري إهلاك المبيع كلاً أو بعضاً فيه ضرر واضح به^(٤). فضلاً عن كونه غير مشروع فقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحب الله إضاعة المال، ولا كثرة السؤال ولا قيل وقال» رواه الطبراني وقال: رواه أبو يعلى ورجال رجال الصحيح.

(ج) حكم هذه الشروط وحكم العقد معها:

إذا اقترن العقد بشرط من هذه الشروط فإن الشرط يكون باطلاً ويسقط ويصح العقد في ظاهر المذهب.

(١) نفس المرجع السابقة.

(٢) «المحيط البرهاني» مخطوط (٤٨١) (ص ٧٠٩ - ٧١٠).

(٣) «المبسوط» للسرخسي (١٣/١٥).

(٤) وقد يتصور وجود نفع منه أيضاً، كما لو اخترع شخص مادة رخيصة الثمن تكون بديلة لمادة أخرى موجودة في السوق وكان ثمن هذه المادة مرتفعاً، فإن شراء هذه المادة الرخيصة بشرط إهلاكها يحقق ربحاً بالنسبة للمنتفع من المادة الأولى حيث يتيسر له بيعها بالثمن الذي يحبه.

أما أنها شروط باطلة: فلأنها شروط لا يقتضيها العقد، ولا تلائم موجهه ولم يرد نص بجوازها ولم يجز التعامل بها وتتنافى مع ما يوجبها العقد من أحكام وآثار، فإن اشتراط عدم التصرف في المبيع أو إهلاكه لا يتفق مع ما يقتضيه العقد من إطلاق يدي المشتري في التصرف وتخيره فيه، وكذا لا يتفق اشتراط إهلاكه مع ما يقصد بالعقد من الحصول على المنفعة من المعقود عليه.

وأما أنها تسقط ويصح العقد: فقد ذكر فقهاء المذهب أن هذه الشروط لا يستحقها أحد فلا تترتب عليها مطالبة، وذلك لأنه ليس فيها منفعة مالية، واشتراط ما ليس فيه منفعة مالية، بل فيه مضرة لا يستحقه أحد، فليغو ذكره لخلوه عن الفائدة، ولأن المطالبة بهذه الشروط معدومة فاشتراطها لا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة، وما دامت لا تؤدي إلى الربا والمنازعة فإنها تفرق عن الشروط التي تحقق منفعة للمعقود عليه من أهل الاستحقاق، فلا تؤثر في العقد، فيصح العقد وتسقط هذه الشروط؛ لأنها فاسدة في نفسها.

«الفرق بين اشتراط ما فيه منفعة للمعقود عليه من أهل الاستحقاق وبين غيره ممن لا يستحق حقاً على الغير»:

ونظراً إلى أن هذا النوع من الشرط قد تترتب عليه منفعة للمعقود عليه غير الآدمي فكان مقتضى كونه أحد الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا تلائم موجهه، ولم يرد بها نص ولا جرى بها التعامل أنها تفسد ويفسد العقد، وهذا ما ذهب إليه أبو يوسف رحمه الله تعالى في شرط المزارعة، أما الوجه الصحيح في المذهب فهو صحة العقد وبطلان الشرط وسقوطه كما سبق أن أوضحنا ولقد أوضح صاحب «المحيط» البرهاني^(١) الفرق بين الشرطين حيث يقول:

«وإنما جاء الفرق لأن المعقود عليه إذا كان من أهل الاستحقاق فالشرط يفيد وجوب المشروط في حقه لو صح، والشرط متى أفاد وجوباً يجب اعتباره، فالمشروط له يطالب بحكم الشرط والمشروط عليه يمتنع بحكم الشرع، فإن الشرع نهى عن بيع وشرط مطلقاً إلا شرطاً يقتضيه العقد أو يلائم

(١) المحيط البرهاني مخطوط رقم (٤٨١) (ص ٧٠٩ - ٧١٠).

موجب العقد، أو ورد الشرع بجوازه، أو كان متعارفاً صار مخصوصاً عن قضية النهي، فبقي من وراءه داخلاً تحت النهي، فتقع المنازعة بينهما في إيفاء المشروط، وكل عقد يفضى إلى المنازعة يحكم بفساده.

وأما إذا لم يكن المعقود عليه من أهل أن يستحق حقاً على الغير فالشرط لا يفيد وجوب المشروط في حقه فيجعل وجوده والعدم بمنزلة، وكان البيع حاصلًا من غير شرط معنى".

النوع الثاني

شرط يوجب منفعة لأجنبي عن العقد

بعض الأمثلة لهذا الشرط، حقيقته، حكمه.

(أ) الأمثلة:

ونظراً إلى أن الأجنبي الذي يحقق الشرط منفعة له تارة يكون معيناً، وأخرى غير معين، فنجعل الأمثلة في مجموعتين:

١ - اشتراط منفعة لأجنبي معين في المعقود عليه أو في غيره:

باع داراً بشرط أن يسكنها فلان الأجنبي.

اشترى داراً بشرط أن يقرض البائع فلاناً الأجنبي كذا^(١) من الدراهم.

باع داراً على أن يقرض المشتري فلاناً الأجنبي كذا من الدراهم.

٢ - اشتراط منفعة لأجنبي عن العقد غير معين:

باع ساحة على أن يبني بها مسجداً.

باع طعاماً على أن يتصدق به المشتري على الفقراء.

باع أرضاً على أن يجعلها ساقية أو مقبرة للمسلمين.

(ب) تحليل لهذا النوع من الشروط:

إذا استعرضنا هذا النوع من الشرط تبينا - من النصوص الفقهية في

المذهب - أنها شروط لا يقتضيها العقد ولا تلائم موجب، ولم يرد نص

بجوازها، ولم يجر التعامل عليها، وفيها منفعة لأجنبي معين أو غير معين،

كما أن فيها ضرراً على أحد المتعاقدين.

(١) «فتح القدير» (٢١٨/٥)، و«المحيط البرهاني» (مخطوط) المجلد الثاني ص ٥٢.

وفي الطائفة الأولى من الصور المتقدمة التي اشترط فيها منفعة لأجنبي معين يتبين لنا أن الشرط لو صح يترتب عليه اجتماع عقدين في عقد - عقد إجارة أو قرض - مع عقد البيع .

وفي الطائفة الثانية منها والتي اشترط فيها منفعة لأجنبي عن العقد غير معين نجد أنه يترتب على هذا الشرط لو صح خروج المبيع عن ملك المشتري - لا إلى ملك أحد - بل إلى ملك الله تعالى إن كان الشرط جعله مسجداً أو ساقية أو مقبرة للمسلمين - أي: منفعة عامة - أو إلى الفقراء إن كان طعاماً اشترط التصدق به . فهنا الشرط يحقق منفعة ولكنها منفعة لعامة المسلمين فيكون المشروط له غير معين، إلا إذا اعتبرنا أن المراد باشتراط ذلك التقرب إلى الله تعالى فيصبح المشروط له معيناً بهذا الاعتبار .

٣ - حكم هذا النوع من الشرط :

في المذهب قولان: قول بصحة العقد وبطلان الشرط - وهو الأرجح في المذهب - وذلك لأن العقد إنما يوجب حقاً للمتعاقدين، أما الأجنبي فلا يوجب العقد له حقاً، فيصبح الشرط لاغياً ويصح العقد .

والقول الآخر يقضى بفساد العقد المقترن بهذا الشرط: وذلك لأنه شرط - لو صح - يحقق منفعة للأجنبي فيبطل ويفسد العقد قياساً على الشرط الذي يحقق منفعة لأحد العاقدين .

النوع الثالث

شرط ليس فيه منفعة ولا مضره
صور لهذا الشرط - حقيقته - حكمه

١ - عرض الصور الواردة لهذا الشرط^(١) :

باع طعاماً وشرط على المشتري أن يأكله أو يطحنه .
باع ثوباً وشرط على المشتري أن يلبسه .

(١) راجع: «البدائع» (١٧٠ - ١٧١)، و«رد المحتار على الدر المختار» (١٨٨/٤).

باع جارية وشرط على المشتري أن يطأها، أو لا يطأها^(١).

٢ - تحليل هذه الصور:

يتضح لنا من استعراض هذه الصور ما يأتي:

إن هذا النوع من الشرط لا يقتضيه العقد؛ لأن العقد يقتضى إباحة أكل الطعام وطحن القمح ولبس الثوب ووطء الجارية، دون أن يجب ذلك على المشتري، أما إذا اشترط ذلك في العقد فإن الشرط لو صح يوجب على المشتري ما هو مباح له بالعقد، لذلك كان شرطاً لا يقتضيه العقد. وأنه شرط لا منفعة فيه ولا مضرة لأحد.

٣ - الحكم:

إذا اقترن العقد بهذا النوع من الشرط يبطل الشرط ويصح العقد وذلك لأن العقد يقتضى إباحة الانتفاع بالمعقود عليه للمشتري - إن كان العقد بيعاً - كما يشاء، أكلاً إن كان المبيع طعاماً، أو لبساً إن كان ثوباً، ولا يوجب العقد عليه شيئاً من ضرورب الانتفاع التي يقتضيها ثبوت الملك له على المعقود عليه بهذا العقد، ولكن الشرط لو صح لأدى إلى أنه يجب على المشتري هذا الانتفاع الذي كان مباحاً له، وهذا الانتفاع لا يجب للمشتري على نفسه؛ لأن الإنسان لا يستحق حقاً على نفسه لنفسه فيلغو هذا الشرط، ويصح العقد.

الأسس العامة

لمعالجة الشروط المقترنة بالعقد في المذهب الحنفي

يتضح لنا من معالجة المذهب الحنفي للشروط المقترنة بالعقد أنه يرى:
أولاً: أن الأصل في الشروط هو الفساد وذلك كان واضحاً من استناد المذهب إلى عدة أحاديث أوردناه أثناء ذكر أدلته، وهي:

(١) لو شرط أن يطأ كان فيه منفعة للبائع؛ لأنه يمتنع به الرد بالعيب «المختار» (١٩٧/٢) إلا أن «الفتاوى الهندية» (٣/١٠٤)، أوردت «شرط أن يطأ أو لا يطأ، في الشروط التي ليس فيها منفعة ولا مضرة.

«نهى عن بيع وشرط».

«نهى عن صفتين في صفقة».

«نهى عن بيعتين في بيعة».

«نهى عن بيع وسلف».

فكل هذه الأحاديث جعلت المذهب الحنفي يقرر فساد كل بيع وشرط، ومثله كل ما كان مبادلة مال بمال، إلا أن شرطاً يقتضيه العقد تكون صحته أمراً بدهياً، ومثله الشرط الذي يلائم مقتضى العقد؛ لأنه يوثق موجبه ويقرره، وكذلك الشرط الذي ورد به نص؛ لأنه يكون مخصصاً للنهي الوارد في هذه الأحاديث، وكذا الشرط الذي جرى عليه التعامل بين الناس؛ لأن العرف إجماع فعلي قضى على القياس ويخص به الأثر.

ثانياً: جعل المذهب العلة في فساد البيع ببعض الشروط «المطالبة» فحيث تتأتى المطالبة بموجب الشرط يفسد العقد، وحيث لا يتأتى ذلك لا يفسد.

وتطبيقاً لهذا كان كل شرط يترتب عليه تحقيق منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه من أهل الاستحقاق (ولم يرد نص ولا قضى عرف بجوازه وليس ملائماً لمقتضى العقد) يكون فاسداً مفسداً للعقد، وذلك لأن صاحب المنفعة من هذا الشرط يمكنه المطالبة بالوفاء بموجبه والمطالبة تؤدي إلى النزاع، وكل ما يؤدي إلى النزاع يفسد العقد^(١).

فقد بين البابر تي أن حديث النهي عن بيع وشرط، معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة^(٢).

أي أن الشرط في البيع يؤدي إلى هدم الحكمة من مشروعيته؛ لأن العقد شرع لقطع المنازعة، والشرط يؤدي إليه، فالمشترط يطالب بحكم الشرط والمشروط عليه يمتنع بحكم الشرع - استناداً إلى هذا الحديث - وهنا يثور النزاع، وكل ما يؤدي إليه يكون فاسداً.

أما الشروط الباطلة التي تسقط ولا يفسد العقد (وهي ما عدا ذلك من

(١) أما الشرط المحظور، وكذلك الشرط الذي يؤدي إلى غرر، فإن فسادهما لأمر خارج عن الشرط ذاته.

(٢) العناية هامش «فتح القدير» (٥/٢١٥).

الشروط، كأن يترتب على الشرط منفعة لأجنبي، أو للمعقود عليه غير الآدمي، أو يترتب عليه مضرة، أو لا منفعة فيه ولا مضرة، ولا يقتضيها العقد، ولا تلائم مقتضاه ولم يرد نص ولا عرف بجوازها).

فإنها شروط لا يترتب عليها مطالبة من أحد المتعاقدين أو المعقود عليه أي: للذين يمكنهم المطالبة بالشرط بمقتضى العقد، وما دام الأمر كذلك فإن الشرط فيها لا يفضى إلى نزاع، وإذا انتفى النزاع لا يفسد العقد؛ لأن الحكمة من مشروعية العقد متحققة.

ومن هنا يتبين لنا أن المذهب الحنفي يجعل فساد العقد يدور مع المطالبة، فكلما وجدت المطالبة بالشرط فسد العقد، وكلما ابتعدت المطالبة به لم يفسد العقد، والمطالبة إنما تكون لمن ارتبطوا بالعقد، وهم المتعاقدان والمعقود عليه الذي هو من أهل الاستحقاق، أما الأجنبي عن العقد فلا يثبت له العقد حق المطالبة؛ لأن العقد إنما يثبتها للمتعاقدين أو للمعقود عليه من أهل الاستحقاق.

كما يتبين لنا أن القول بأن الشرط إذا ترتب عليه اجتماع صفتين في صفقة فإنه يفسد العقد، لا يتمشى مع ما قرره المذهب الحنفي بالنسبة لآثار الشروط الفاسدة على العقد، فإن الشرط الفاسد قد يترتب عليه اجتماع صفتين في صفقة ولا يفسد العقد، كما لو اشترط منفعة لأجنبي في المعقود عليه أو غيره، مثل أن يشترط البائع على المشتري أن يسكن فلان الدار المبيعة شهراً، أو يشترط أحدهما على الآخر أن يقرض فلاناً كذا من الدراهم، أو يشترط عليه أن يتصدق به... على ما سبق بيانه - فإن الشرط يسقط ويصح العقد.

وكذلك قد يؤدي الشرط إلى اجتماع صفتين في صفقة ويكون الشرط والعقد صحيحين، كما لو اشترط ما جرى به العرف - حقاً إن المذهب أجاز هذا الشرط على سبيل الاستحسان، ولكن الاستحسان - كما عرفه علماء المذهب الحنفي - هو العدول عن قياس إلى قياس أقوى، أو تخصيص القياس بدليل أقوى منه، فيرجع إلى تخصيص العلة. وقال الكرخي رحمته الله: هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه بوجه هو أقوى... (١).

(١) «التلويح على التوضيح» لسعد الدين التفتازاني (٨١/٢).

والدليل الذي اعتمد عليه المذهب هو العرف، وهو دليل شرعي يقضى على القياس ويخص به الأثر.

ومن هذا يتبين لنا أن الشرط الذي يؤدي إلى اجتماع صفتين في صفقة تارة يبطل، ويبطل العقد، وأخرى يبطل ويصح العقد، وثالثة يصح ويصح معه العقد. فقول بعض الباحثين إن فساد العقد المقترن بالشرط إنما هو لما أدى إليه الشرط من اجتماع صفتين في صفقة، ثم مقارنة هذا بالفقه الغربي، بناء على أن الصناعة القانونية في بداية أمرها تنفر من التعقيد وتلجأ إلى التبسيط، وأول مراحل التبسيط هو وحدة العقد، وعدم تعدد الحقوق فيه، قول قد أثبتنا أنه لا يطرد في المذهب الحنفي، كما أن المشرب والمنبع في الفقه الإسلامي وفي الفقه الوضعي مختلف اختلافاً تاماً مما يجعل مجال المقارنة غير ميسور ونسب ذلك قليلاً في الفقرة التالية.

اختلاف الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي:

إن الفقه الإسلامي يختلف اختلافاً تاماً عن القانون الوضعي وخاصة من حيث مصدره فمصدر الفقه الإسلامي كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام، وما انبثق عنهما من أدلة كالإجماع، والقياس وغيرهما... فحيث وجد الدليل الشرعي كان هذا الدليل هو الطريق لمعرفة الحكم الشرعي، وحيث تعددت الأدلة وتعارضت فهنا أتى دور الفقهاء في بيان الناسخ والمنسوخ أو المطلق والمقيد، أو العام والخاص... للتعرف على حكم الله في هذه المسألة. وفي موضوعنا هذا قد صحت لدى المذهب الحنفي عدة نصوص تقضى بالنهي عن بيع وشرط، وعن صفتين في صفقة، وعن بيعتين في بيعة، وعن بيع وسلف، جعلته يقرر أن الأصل هو فساد كل بيع وشرط وإن ما يخالف ذلك يعتبر استثناء من هذا الأصل، وتخصيصاً لهذا العموم لدليل قد اعتبره يصلح مخصصاً له.

إذن فليس فساد العقد المقترن بالشرط راجعاً إلى الصناعة الفقهية التي أشار إليها أستاذنا الدكتور السنهوري في مصادر الحق في «الفقه الإسلامي» (١٥٤/٣ - ١٦٦) مؤيداً ما ذهب إليه اهرنج في نظريته في وحدة الدعوى والعقد من أن الصناعة القانونية المهذبة في كل نظام قانوني محكم تقتضي في

مراحلها الأولى تبسيط الفكرة القانونية عن طريق التقسيم والتحليل، وإن أول مبادئ هذا التبسيط هو الوحدة في الدعوى وفي العقد... فالعقد (في الصناعة القانونية القديمة: في القانون الروماني) كان لا يشتمل إلا على صفقة واحدة، ولا ينشئ إلا حقاً واحداً وبقدر تعدد الصفقات والحقوق كان من الواجب أن تتعدد العقود، وكان لا يجوز أن يجتمع حقان من طبيعة مختلفة: حق عيني، وحق شخصي، في عقد واحد، بل كان لا يجوز أن يجتمع حقان من طبيعة واحدة في عقد واحد، سواء كانا حقين عينيين أو حقين شخصيين...).

ليس فساد العقد في الفقه الإسلامي راجعاً إلى هذا التفسير المنطقي للنظم القانونية النابعة من الفكر الإنساني؛ لأن مثل هذه النظم تنمو وتتكامل كمنمو الإنسان وتكامله.

أما الفقه الإسلامي فإن منبعه كتاب الله تعالى وسنة رسوله وقد جاء متكاملًا ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي﴾ [المائدة: ٣]، فإن ورد نص صريح في مسألة كان هذا النص هو حكم الله في هذه المسألة ولم يختلف الفقهاء في شيء منه، أما إن تعددت النصوص في المسألة وتعددت الأحكام ولم يعرف الناسخ من المنسوخ، كما هو الحال بالنسبة للنصوص الواردة في الشروط، فحينئذ يكون مجال الترجيح ومجال الاجتهاد... ومن هنا كان اختلاف الفقهاء في بعض المسائل، ومنها مسألة الشروط المقترنة بالعقد، حتى إن بعض المذاهب قضى من أول الأمر بصحة كل بيع وشرط، والبعض الآخر قضى بإبطال الشرط وصحة العقد، وآخرين بفسادهما، وكل يعتمد على نصوص صحت عنده، مع مراعاة أنهم جميعاً قد قالوا بذلك وهم في زمن واحد، وفي مكان واحد كما سبق أن نقلنا عن عبد الوارث بن سعيد حيث استفتى أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة في البيع والشرط، وكانوا جميعاً من فقهاء الكوفة، فأفتى كل بما ثبت لديه من النصوص مخالفاً ما أفتى به الآخرون، فليس هناك تطور في الصناعة القانونية وإنما هناك نصوص توجه وتملى وترسم الطريق إلى الصناعة الفقهية في الفقه الإسلامي، إذن فصناعة الفقه الإسلامي تختلف اختلافاً تاماً عن كل صناعة قانونية أخرى.

ومن هنا كان مجال المقارنة غير ميسور.

ثالثاً - أثر الشرط الفاسد على العقود:

كما تبين لنا أن شرطاً واحداً^(١) هو الذي يترتب عليه فساد نوع معين من العقود - لا العقود كلها - وهذا النوع هو العقود التي فيها معاوضة مالية من الجانبين، وهذا الشرط هو ما يترتب عليه تحقق منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه الأدمي (بشرط ألا يكون ملائماً للعقد أو ورد به نص، أو جرى به التعامل) أما بقية العقود الأخرى تملكاً كانت أم تبرعاً، أم إطلاق ولاية أم تقيدها... إلخ فإنها لا تبطل بهذا الشرط بل يسقط الشرط ويصح العقد. وكذلك بقية الشروط الفاسدة فإنها لا أثر لها على صحة جميع العقود، بل تسقط الشروط الفاسدة ويصح العقد.

رابعاً - مرونة المذهب الحنفي وعدم جموده:

كما يتضح لنا مرونة المذهب الحنفي ومسايرته للأزمة المختلفة، وعدم جموده، من قوله بجواز الشروط التي جرى بها التعامل بين الناس؛ لأن العرف إجماع فعلي يقضي على القياس ويخص به الأثر. ومعلوم لنا أن ما تعارف الناس عليه في المجتمع الإسلامي لا يصادم نصاً في كتاب الله تعالى ولا سنة رسوله ﷺ، إذ هو العرف الناشئ في ظل شريعة الله تعالى. ولا شك أن هذا الباب قضى على ما يتوهم من ضيق في المذهب الحنفي فإن الناس إذا تعارفوا شرطاً من الشروط في حدود الضوابط المتقدمة، وكان هذا الشرط مشروعاً صح الشرط والعقد.

(١) عدا الشرط الذي يؤدي إلى غرر، والشرط المحظور.

المبحث الثاني

الشروط المقترنة بالعقد في المذهب المالكي

ويشتمل هذا المبحث على مطلبين:
الأول: الشروط الصحيحة. الثاني: الشروط الباطلة.

* المطلب الأول *

الشروط الصحيحة

لقد أجمل المذهب المالكي الشروط الصحيحة تحت عنوان واحد وهو «الشرط الذي يحقق مصلحة العقد أو أحد المتعاقدين» ويشمل ذلك خمسة أنواع:

- الأول: الشرط الذي يكون ملائماً للعقد.
 - الثاني: اشتراط البائع بعض منافع المبيع.
 - الثالث: اشتراط عمل في المعقود عليه أو في غيره.
 - الرابع: اشتراط منع المشتري من تصرف يسيّر في المعقود عليه.
 - الخامس: شرط فيه معنى من معاني البر.
- ونورد فيما يلي توضيح كل نوع من هذه الأنواع.

شرط فيه مصلحة العقد أو أحد المتعاقدين:

جاء في «الخرشي» (٤٣٨/٣)^(١):

(١) المراجع: «الشرح الكبير» للدسوقي (٦٥/٣)، و«مواهب الجليل» للحطاب (٣٧٦/٤)، و«التاج والإكليل» هامش المواهب (٣٧٥/٣ - ٣٧٦)، و«المدونة الكبرى» للإمام مالك (١٦٣/٩) وما بعدها. و«الإتقان والأحكام» (٢٨٠/١) وما بعدها. و«البهجة شرح التحفة» (٨/٢).

«ولما أنهى الكلام على الشرط المناقض، وترك المؤلف ذكر ما يقتضيه العقد لوضوحه، أخذ يذكر ما لا يقتضيه ولا ينافيه، وهو من مصلحته بقوله مشبهاً له بالحكم قبله، وهو الصحة - ص - كشرط رهن وحميل وأجل - ش - يعني أن البيع يصح مع 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 بمصلحته، ولا معارض له من جهة الشرع.

«... فأما شرط الرهن الغائب ففيها أنه جائز، كما لو بعته برهن، وتوقف السلعة الحاضرة حتى يقبض الرهن الغائب، وأما على شرط حميل غائب ففيها أنه جائز إن كان قريب الغيبة، ولم ينقد من ثمن السلعة شيئاً - ابن يونس - وفرق بين بعد الغيبة في الرهن والحميل انتهى. والفرق أن الحميل قد يرضى بالحمالة وقد لا يرضى فلذلك اشترط فيه القرب.

كما جاء في «فتاوى الشيخ عليش» (٢٣٦/١) ما يأتي:

«القسم الأول من أقسام الشروط المتعلقة بالبيع شرط ما يقتضيه العقد كتسليم المبيع... أو ما لا يقتضيه ولا ينافيه لكونه لا يؤول إلى غرر وفساد في الثمن والمثمن، ولا إلى إخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع، وفيه مصلحة لأحد المتبايعين كالأجل والخيار والرهن والحميل، وبيع الدار واستثناء سكنائها أشهراً معلومة أو سنة، وكبيع الدابة واستثناء ركوبها ثلاثة أيام ونحو ذلك، أو إلى مكان قريب، فهذا القسم من الشروط صحيح لازم يقضى به مع الشرط ولا يقضى به بدون شرط «فرع» قال البرزلي - في مسائل الضرر عن ابن رشد - فيمن له داران باع إحداهما وشرط على المشتري ألا يرفع على الحائط الفاصل بينهما شيئاً مخافة أن يظلم عليه داره، ويمنعه من دخول الشمس فيها، فالتزمه، أن البيع جائز والشرط لازم. اهـ. وانظر كلام ابن سهل فإنه ذكر في ذلك خلافاً^(١)...».

(١) يراجع: «الإتقان والأحكام» لابن ميارة الفاسي (٢٨١/١) فإنه قد أورد هذه المسألة ولم يشر إلى خلاف.

عرض لأنواع هذا الشرط :

بعد أن استعرضنا النصوص الفقهية لمذهب الإمام مالك في الشرط الذي يحقق مصلحة العقد أو أحد المتعاقدين يمكننا أن نجعله في خمسة أنواع :

النوع الأول

شرط يحقق مصلحة العقد

(أ) أمثلة:

أورد المذهب المالكي عدة أمثلة لهذا النوع من الشرط... ومنها أن يبيع شخص لآخر سلعة بأجل معلوم، أو خيار صحيح. أو يبيعه سلعة أو يقرضه قرضاً بشرط أن يعطيه فلاناً حميلاً يعينه بأن كان حاضراً، أو غائباً غيبة غير بعيدة. أو يبيعه سلعة أو يقرضه قرضاً بشرط أن يعطيه رهناً مسمى - غائباً أو حاضراً - أو غير مسمى.

ومثل ما لو باعه السلعة بشرط ألا يتصرف ببيع ولا هبة ولا عتق حتى يعطى الثمن - فهذا بمنزلة الرهن.

(ب) حقيقة هذا الشرط وحكمه:

هذا النوع من الشرط لا يقتضيه العقد؛ لأنه لا يجب بنفس العقد، ولكنه يجب بالشرط، فهو ثابت بالشرط ساقط بدونه، فليس من مقتضيات العقد. وهو شرط لا ينافي مقتضى العقد؛ لأنه يوثق موجب العقد ويؤكدده، وما كان كذلك لا يكون منافياً لمقتضى العقد بل ملائماً له وموافقاً، فهو شرط فيه مصلحة للعقد، ولا معارض له من جهة الشرع، لذلك كان شرطاً صحيحاً يلزم الوفاء به.

(ج) الأدلة:

وقد استند المذهب في القول بصحة هذا الشرط إلى نصوص من الكتاب والسنة، ومنها في الأجل: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وفي الرهن: قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. وفي الكفالة: قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧]، وقوله: ﴿وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٣].

جاء في «الاتفاق والأحكام على تحفة الحكام» لابن عاصم (١/٢٨٠):
«مثال الشرط الحلال الذي لا يؤثر في الثمن اشتراط كون الثمن إلى أجل
معين غير بعيد جداً، أو اشتراط البائع في الثمن المؤجل - أو المعجل - أن
يعطيه فيه رهناً أو حميلاً، فإن ذلك كله جائز بنص الكتاب العزيز» ولم يذكر
النصوص.

كما جاء في «المدونة الكبرى» للإمام مالك (٩/١٦٥): «... أخبرني
حفص بن ميسرة، عن زيد بن أسلم أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ يتقاضاه
فأغلظ، فقال له رجل من القوم ألا أراك تقول لرسول الله ما تقول!! قال:
«دعه، فإنه طالب حق»، ثم قال للرجل: «انطلق إلى فلان فليبعنا طعاماً إلى
أن يأتينا شيء»، فأتى اليهودي فقال: لا أبيع إلا بالرهن، فقال رسول الله ﷺ:
«اذهب إليه بدرعي، أما والله إنني لأمين في السماء وأمين في الأرض».

(د) عدم اشتراط تعيين الكفيل والرهن:

بالنسبة للكفيل: يرى المذهب المالكي أن الكفيل المشترط في العقد
يصح أن يكون مسمى أو غير مسمى، فإن كان مسمى فإنه لا يلزم أن يكون
حاضراً بل يصح اشتراط كفيل غائب غيبة قريبة لا بعيدة؛ لأنه قد يرضى
بالكفالة وقد لا يرضى، فإذا اشترط حميلاً غائباً فإنه يجوز إن كان قريب الغيبة
ولم ينقد من ثمن السلعة شيئاً.

بالنسبة للرهن: وكذلك بالنسبة لاشتراط الرهن، فإنه يجوز أن يكون
الشيء المرهون مسمى أم غير مسمى، حاضراً كان أم غائباً، غيبة قريبة أو بعيدة.
وإنما جازت هنا الغيبة البعيدة؛ لأنه بالنسبة للكفيل نحتاج إلى
رضاه بالكفالة، وقد يرضى وقد لا يرضى، أما بالنسبة للرهن فلا يوجد هذا
المعنى.

وإن كان الرهن غائباً توقف السلعة الحاضرة حتى يقبض الرهن الغائب
وإذا اشترط رهن غير معين كان على المشترط أن يقدم الصنف المعتاد
رهناً^(١).

(١) جاء في «مواهب الجليل» للحطاب (٤/٣٧٦) ما يأتي:

(هـ) أثر اشتراط الرهن والحميل:

إذا اشترط في العقد رهن أو حميل فإنه يجبر البائع على الوفاء بالشرط إن امتنع عنه .

عدم وجود الرهن:

فإن لم يجد المشتري رهنًا عند المشتري عليه، فللمشتري - بائعاً أو شبهه كالوارث - نقض العقد وأخذ السلعة، أو تركه بلا رهن .

ادعاء العجز عن تقديم الرهن والحميل:

وإذا ادعى المشتري عليه العجز عن تقديم الرهن أو الحميل، قيل: يسجن إن رأى أنه يقدر عليهما، وإن رأى أنه عاجز لم يسجن، وقيل: يسجن في الرهن لا في الحميل، وقيل: يسجن فيهما، والرأي الأول أعدل؛ لأن مناط الوفاء بالشرط القدرة، فإذا لم يكن قادراً لا نفي شيئاً من سجنه، فضلاً عما توقعه به من أضرار .

استحقاق الرهن المعين:

وإذا استحق الرهن المعين، فمذهب ابن القاسم أنه إن كان المشتري قد غر البائع فللبائع الخيار في إمضاء البيع، أو رده وأخذ سلعته إن كانت قائمة أو قيمتها إن فاتت، سواء قبض المرتهن الرهن أم لا، وسواء طاع المشتري برهن آخر أم لا . وإن لم يغر المشتري البائع فإن لم يقبض البائع الرهن فله (للبائع) الخيار كما تقدم . وإن كان البائع قد قبض الرهن فلا خيار له .

استحقاق الرهن غير المعين:

إذا كان الرهن غير معين، فقدم الراهن رهنًا ورضيه المرتهن، ثم استحق هذا الرهن . فإن استحق قبل القبض أجبر الراهن على أن يأتي بغيره، أما إن

= «والعادة في الخواص أن يرهن ما يغاب عليه كالثياب والحلي، وما لا يغاب عليه كالدرور وما أشبهها، وليس العادة العبيد والدواب، وليس على المرتهن قبول ذلك، وإن كان مصدقاً في تلفه؛ لأن في حفظه مشقة وكلفة...» .

استحق بعد القبض فقد اختلف فيه، فقال سحنون: عليه أن يخلفه برهن آخر - وقيل: لا يخلفه - وقد رجح المذهب الرأي الأول؛ لأن المرتهن رهن في الذمة، فإذا أعطاه مال غيره بقي الرهن على حاله في الذمة. سواء غر الراهن المرتهن أم لم يغره.

استحقاق بعض الرهن:

وإذا استحق نصف الرهن (مثلاً) بقي الباقي رهناً بالجميع.

هلاك الرهن المعين:

أما إذا هلك الرهن المعين، فإما أن يكون الهلاك بعد قبضه أو قبله:

فإن هلك بعد قبضه فلا يكون له سواه، ولا يكون له رد البيع، ولا استعجال الثمن؛ لأن هذا البيع بيع قديم عقده قبل هلاك الرهن.

أما إن هلك قبل قبضه فإما أن يكون قد أمكنه من الرهن أو لم يمكنه منه: فإن كان قد أمكنه منه ثم هلك الرهن فحكمه حكم هلاك الرهن المعين بعد قبضه. أما إن كان الهلاك قبل أن يمكنه منه فقد اختلف فيه، وهذا الخلاف متفرع على الخلاف في البيع، فعلى القول بأن مصيبته من البائع يكون للبائع ألا يسلم سلعته إلا أن يشاء أو يتراضيا على رهن آخر، ويكون بمنزلة ما لو قبضه.

هلاك الرهن في غيبته:

أما إن هلك الرهن في غيبته، فليس للمشتري أن يرهن البائع سواه من أجل لزوم البيع، وللبائع الخيار بين رد المبيع أو إبقائه.

تغيير الرهن المعين:

وليس للمشتري أن يبدل الرهن المعين بغيره؛ لأن البائع إنما باع السلعة بشرط أن يسلم إليه رهن بعينه، فإذا لم يصل إليه الرهن المعين لم يكن رهناً، ويثبت الخيار للبائع في رد المبيع أو إبقائه^(١).

(١) «مواهب الجليل» للحطاب (٤/٣٧٦ - ٣٧٧) (ط - أ).

النوع الثاني اشتراط منفعة في المعقود عليه

(أ) أمثله:

لقد ذكر المذهب المالكي الأمثلة التالية لهذا النوع من الشرط:
كما لو باع شخص داره لآخر واشترط سكنها أشهراً معلومة أو سنة أو
باع دابته واشترط ركوبها ثلاثة أيام ونحو ذلك، أو إلى مكان قريب.

(ب) حقيقته وحكمته:

وهذا النوع من الشرط يترتب عليه اشتراط منفعة المبيع لمدة معلومة،
وهو شرط لا ينافي مقتضى العقد منافاة تامة، نظراً لأنه لا يمنع المشتري من
التصرف في ملكه مطلقاً، فلا يؤدي إلى تحجير المعقود عليه، كما أنه لا تأثير
له في الثمن؛ لأنه منع جزئي ولا أثر له فيصح الشرط.

(ج) الأدلة:

وقد استدل المذهب بما يروى «من أن جابراً باع ناقة لرسول الله ﷺ
واشترط حلابها وظهرها إلى المدينة»^(١) على صحة اشتراط أن ينتفع البائع
بالمبيع انتفاعاً يسيراً معلوماً^(٢).

كما أن أقصى تفسير لهذا الشرط هو: أنه يترتب عليه اجتماع عقد
البيع مع عقد الإجارة، واجتماعهما صحيح في المذهب المالكي؛ لأنهما
من باب واحد، ومثل عقد الإجارة عقد الكراء فإنه يصح اجتماعه أيضاً مع
عقد البيع؛ لأن الإجارة والكراء متساويان، ولا يجوز اجتماع عقد البيع مع
الشركة والصرف والجعل والنكاح والمساقاة والقراض - خلافاً لأشهب^(٣)
حيث قال بجواز اجتماع هذه العقود مع عقد البيع - وكذا لا يجوز اجتماع

(١) وحديث جابر رضي الله عنه سيأتي تخريجه في الفصل الخاص بمقارنة آراء الفقهاء. وقد
أخرجه مسلم في صحيحه، حديث رقم (٩٦٠) (المختصر).

(٢) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٣/٦٥)، و«المواق على الخطاب» (٣/٣٧٢).

(٣) «الإتقان والأحكام» لابن ميارة الفاسي «شرح تحفة الحكام» لابن عاصم (١/٢٨٢)،
و«البهجة شرح التحفة» لأبي الحسن الستولي (٢/١٠ - ١١).

عقد البيع مع عقد السلف وسيأتي توضيحه في الشرط الذي يخل بالثمن .
فإذا صح اجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة أو الكراء في المذهب
المالكي، فإن اشتراط البائع - في عقد البيع - بعض منافع المبيع لمدة معلومة
يكون بمثابة الإجارة. واجتماع البيع والإجارة صحيح فيكون اشتراط ذلك
صحيحاً .

النوع الثالث

اشتراط عمل في المعقود عليه أو غيره

جاء في «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للرددير (٥ / ٤) في باب
الإجارة:

«بخلاف الإجارة» لا مع (بيع) صفقة واحدة فلا تفسد؛ لعدم منافاتهما،
سواء كانت الإجارة في نفس المبيع - كشرائه ثوباً بدراهم معلومة على أن
يخيطه البائع، أو جلدأ على أن يخرزه - أو في غيره كشرائه ثوباً بدراهم
معلومة على أن ينسج له آخر.

ويشترط في الصورة الأولى شروعه، أو ضرب أجل الإجارة، ومعرفة
خروجه حين عامله أم لا، أو إمكان إعادته، كالتحاس على أن يصنعه قدحاً،
كما قدمه في السلم. فإن انتفى الأمران كالزيتون على أن يعصره فلا .
وأما إن كانت الإجارة في غير نفس المبيع فتجوز من غير شرط.

وقوله: (بخلاف الإجارة) أي: فإنها تلزم بالعقد، ويجوز فيها الأجل
ولا يجوز فيها الغرر.

قوله: (فلا تفسد) أي: الإجارة ولا يفسد البيع أيضاً، إذ لا يمكن أن
يكون العقد الواحد صحيحاً في شيء وفسداً في شيء آخر.

قوله: (بدراهم معلومة) أي: واقعة بعضها في مقابلة الثوب وذلك بيع،
وبعضها في مقابلة الخياطة، وذلك إجارة.

قوله: (على أن يخرزه) أي: نعلاً أو غيرها .

قوله: (في الصورة الأولى) أي: وهي ما إذا كانت الإجارة في نفس
المبيع .

قوله: (شروعه) أي: في العمل كالخياطة والخرز.
قوله: (أو ضرب أجل الإجارة) - قال شيخنا صوابه الواو، إذ لا بد من الأمرين الشروع ولو حكماً - كتأخيره ثلاثة أيام - وضرب الأجل...
قوله: (ومعرفة خروجه) أي: على أي وجه كان من كونه رديئاً أو جيداً، بأن كان ذلك الرجل متقناً في صنعته فيخرج جيداً أو لا فيخرج رديئاً.
قوله: (أو إمكان إعادته) أي: أو لم يعرف وجه خروجه؛ لكن يمكن إعادته كالتحاس.

قوله: (فإن انتفى الأمران) أي: معرفة وجه خروجه، وإمكان إعادته إن لم يعجبه، (كالزيتون) أي: كشرء الزيتون على أن يعصره البائع. (فلا) أي: فلا يجوز.

بقي شيء وهو أن ظاهره أن الزيتون يمتنع بيعه والاستنجار على عصره مطلقاً، وليس كذلك، بل يقال: إن كان ذلك العامل متقناً للصنعة لا يختلف عصره جاز، وإلا فلا، وحينئذ فالزيتون مثل غيره. اهـ. عدوى^(١).

التحليل: ويشمل أمثلة هذا الشرط وحكمه:

(١) الامثلة:

ونظراً إلى أن اشتراط قيام البائع بعمل تارة يكون في المبيع وأخرى يكون في غيره، فإننا نورد صور كل فيما يلي:

- صور لاشتراط قيام البائع بعمل في المبيع:
- اشترى ثوباً بدراهم معلومة على أن يخطه البائع.
- اشترى جلدأ بدراهم معلومة على أن يخرزه البائع نعالاً أو غيرها.
- اشترى قمحاً بدراهم معلومة على أن يطحنه.
- اشترى طعاماً بعينه بالاسكندرية بشرط أن يحمله له إلى الفسطاط (أي بالقاهرة) ويوصله إلى منزله، وهو يستوفيه بالإسكندرية^(٢).

(١) ويراجع أيضاً: «مواهب الجليل» للحطاب (٤/٥٣٩)، و«الشرح الصغير» (٢/٩٧)، و«الشرح الكبير» (٣/٢١٩): «الاستصناع في نهاية باب السلم» و«الخرشي» (٤/١٣٤).

(٢) هذا المثال نص عليه في «المدونة الكبرى» للإمام مالك (٩/٩٨) وقال: «لا بأس به =

- صور لاشتراط قيام البائع بعمل في غير نفس المبيع :
- اشترى ثوباً بدراهم معلومة على أن ينسج له ثوباً آخر وما أشبه ذلك^(١).

«أو قال أخذ منك هذا المقطع، وانسج لي هذا الغزل مقطعاً آخر بهذين الدينارين»^(٢).

(ب) حقيقة هذا الشرط وحكمه:

يتضح لنا من هذه الصور أن هذا الشرط شرط لا يقتضيه العقد، وأنه يترتب عليه اجتماع صفتين في صفقة واحدة، وهما عقد البيع وعقد الإجارة، والمذهب المالكي كما سبق أن أوضحنا لا يمنع اجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة، ويكون الثمن المسمى بعضه في مقابلة الثوب - وذلك بيع - وبعضه في مقابلة الخياطة وما شابهها - وذلك إجارة.

ما يشترط لصحة هذا الشرط: يختلف الحكم هنا تبعاً لكون الشرط في نفس المبيع أو في غيره:

أما الأول: وهو ما إذا كان الشرط في نفس المبيع فإنه يشترط لصحته أمران:

(أ) شروعه في العمل ولو حكماً (كتأخيره ثلاثة أيام)، وضرب أجل الإجارة.

(ب) معرفة صفة العمل من كونه جيداً أو رديئاً (عين العامل أم لم يعين) ويعرف ذلك من معرفة كون العامل متقناً لصنعتة، فيصنع صنعة جيدة، أو غير متفق لها فيصنع صنعة رديئة.

فإن لم تعرف صفة العمل، فيشترط أن يكون الشيء المشتري صنعه مما

= عند مالك؛ لأن هذا اشترى هذا الطعام وكري حملانه من الاسكندرية إلى الفسطاط في صفقة واحدة ولا بأس أن تجتمع الصفقة الواحدة شراء سلعة وكراء، وكذلك قال لي مالك.

(١) «الخرشي» (٤/٥).

(٢) «الشرح الصغير» للدردير (٢/٢٤٨).

يمكن إعادته كالححاس ونحوه، حتى يتيسر إعادته إلى أصله إذا لم تعجب المشتري صناعته.

فإن انتفى معرفة صفة العمل، وإمكان إعادته، فلا يجوز.
وأما الثاني وهو ما إذا كان الشرط في غير نفس المبيع: فإنه يصح من غير شرط^(١).

النوع الرابع

اشتراط البائع منع المشتري

من تصرف يسير في المعقود عليه

(أ) أمثلته:

ومن أمثلة هذا النوع من الشرط عند المالكية ما لو باع داراً وشرط على المشتري ألا يبيعه من نفر قليل، كقوله: بعه لمن شئت إلا من فلان، أو إلا لبني فلان، وهم قليلون جداً بالنسبة لغيرهم^(٢). أو باع أحد داريه واشترط على المشتري ألا يرفع على الحائط الفاصل بينهما شيئاً، مخافة أن يظلم عليه داره، ويمنع دخول الشمس فيها، ويلتزم المشتري بهذا الشرط.

(ب) حقيقته وحكمه:

هذا النوع من الشرط يترتب عليه منع المشتري من تصرف جزئي يسير يحقق نفعاً للبائع ويزيل عنه ضرراً.

ومثل هذا الشرط أيضاً لا ينافي مقتضى العقد منفاة تامة؛ لأنه لا يمنع المشتري من التصرف في ملكه منعاً تاماً، وإنما يمنعه منعاً جزئياً يسيراً، فلا يترتب عليه تحجير السلعة، كما أنه لا يترتب عليه تأثير في الثمن، وإذا لم يترتب عليه شيء من ذلك صح اشتراطه.

(١) جاء في «الخرشي» (٥/٥): «قوله بغير شرط» أي من غير معرفة خروجه وإمكان إعادته، زاد بعض الشراح قائلاً، ومحل الصحة إذا ضرباً للإجارة أجلاً، وإلا فكا اجتماع البيع والجعل، وظاهره ولو وقع تعيين الإجارة بالعمل».

(٢) «الإتقان والأحكام على تحفة الحكام» لابن ميارة (١/٢٨١).

والقول بصحة هذا النوع من الشرط يضيف به المذهب المالكي إلى الشروط الصحيحة لبنة جديدة تدعم الرغبة الجادة بين المتعاقدين في جلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم، فلا شك أن كثيراً من الناس قد لا يستريح البائع إلى جوارهم إن كان المبيع بيتاً أو عقاراً، أو لا يرغب في أن يذهب ملكه إليهم لاعتبارات سليمة في نظره، أو أنه يرى أن رفع الحائط الذي بين الدارين سيترتب عليه ضرر بالغ به، فيشترط عليه المنع من هذا التصرف اليسير الذي يدفع الضرر عنه، ولا يضر بالمشتري. فلا شك أن الاعتداد بهذه الرغبة، والقول بصحة اشتراط هذه الشروط اعتداد بالإرادة واحترام لحرية الناس، وتمكين لهم من الانتفاع بأموالهم على الوجه الذي يرونه محققاً لأغراضهم المشروعة مما لا يتنافى مع ما يطلبه الآخرون من نفع مشروع فيما يملكونه - وستتناول هذا الموضوع فيما بعد أثناء مقارنة آراء المذاهب.

النوع الخامس

اشتراط معنى من معاني البر

أمثله:

ومن أمثلة هذا النوع من الشرط في المذهب المالكي ما لو باعه رقيقاً بشرط تنجيز العتق. أو باعه شيئاً بشرط حبسه (وقفه) أو هبته أو التصدق به.

حقيقته وحكمه:

هذا الشرط ينافي مقتضى العقد؛ لأن مقتضى العقد ثبوت ملك البائع على المعقود عليه وتصرفه فيه كما يشاء، واشتراط تنجيز عتقه يترتب عليه خروج المبيع من ملكه، وإلزامه بهذا التصرف، فكان منافياً لمقتضى العقد، والشرط المنافي لمقتضى العقد يفسد ويفسد العقد... إلا أنه لما كان الشارع يتشوف إلى حرية الأرقاء ويرغب فيها استثنى هذا الشرط من هذا الحكم لمعنى الخبر الذي قصد منه فكان صحيحاً، ومثله شرط التحبيس (الوقف) أو الهبة أو الصدقة^(١) وذلك لما في هذه التصرفات من معاني البر والخير الذي يرغب الشارع ويحث ويحرص على إيقاعها.

(١) «الدسوقي على الشرح الكبير» (٣/٦٥ - ٦٦).

أثر هذا الشرط:

إذا اشترط البائع عتق المبيع فإنه يصح إذا كان منجزاً، أما إذا كان مضافاً إلى الغد ونحوه، أو كان تدبيراً، أو كتابة^(١)، فلا يصح لما يترتب عليه من الغرر والمخاطرة؛ لأنه إن مات قبل مجيء الأجل مات عبداً، والمدبر إذا مات قبل^(٢) مولاه مات عبداً، ولعل الدين يلحقه بعد موت سيده فيرق... فهذا يدل على المخاطرة والغرر.

ولتنجيز العتق أربع صور يختلف أثر الشرط فيها تبعاً لاختلافها:

الصورة الأولى: وجوب العتق بنفس الشراء، فيعتق بنفس صيغة البيع ولا يحتاج إلى صيغة أخرى، كما لو قال له: أبيعك هذا العبد بعشرة على أنه حر بمجرد الشراء، فإن البيع صحيح، ولا يتوقف العتق على صيغة أخرى لحصوله بمجرد الشراء.

الثانية: الشراء بشرط إيجاب العتق: كما لو قال: أبيعك هذا بكذا بشرط أن تعتقه لزوماً لا تخلف لك عنه، فرضي المشتري بذلك، فإنه يجبر على العتق، فإن أبي أعتقه الحاكم عليه.

الثالثة: الشراء بشرط التخيير:

كما لو قال أبيعك هذا بكذا بشرط أن تعتقه أو ترده.

فلا يجبر المشتري على العتق إذا امتنع منه، وللبيع الخيار - عند الامتناع - بين إمضائه ورده.

الرابعة: الإبهام: لو أبهم البائع في شرط العتق على المشتري فلم يقيده بإيجاب ولا خيار، كما لو قال أبيعك هذا بكذا بشرط العتق، فلا يجبر المشتري على العتق إذا امتنع منه، ويكون للبايع الخيار عند امتناعه بين إمضائه ورده.

وفي هذه الصور الثلاث الأخيرة يتوقف العتق على صيغة جديدة تصدر من المشتري.

(١) التدبير هو: أن يقول السيد لعبده: أنت حر بعد موتي، فإذا مات السيد أصبح العبد حراً. والكتابة هي أن يقول السيد لعبده: إن أديت إلي ألف دينار فأنت حر، فإذا أدى إليه الألف أصبح حراً.

(٢) «المدونة الكبرى» للإمام مالك (١٥٢/٩).

مميزات الشروط

التي تحقق مصلحة العقد أو أحد المتعاقدين

تتميز هذه الشروط بما يلي:

(أ) أنها شروط لا يقتضيها العقد، أي: أنها لا تجب بنفس العقد؛ ولكنها تجب بالشروط.

(ب) أنها شروط لا تنافي مقتضى العقد منافاة تامة، بل إن منها ما يؤكد موجب العقد كاشتراط الرهن والكفيل.

(ج) أنها شروط تحقق مصلحة العقد أو أحد المتعاقدين.

(د) أنها شروط لا تؤدي إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد، حيث إنه لا يترتب عليها غرر، ولا جهالة في العقد، أو في الثمن أو في المثل، كما أنها لا تؤدي إلى تحجير السلعة.

(هـ) إن بعض هذه الشروط ثبتت صحته بالنص، والبعض الآخر يتمشى مع القواعد الشرعية المقررة، ولا يصادم نصاً شرعياً.

الخلاصة: ونخلص من ذلك إلى أن المذهب المالكي يقرر صحة اشتراط ما يأتي:

(أ) كل شرط حلال يترتب عليه توثيق موجب العقد.

(ب) كل شرط حلال يترتب عليه اشتراط منفعة يسيرة لمدة معلومة.

(ج) كل شرط حلال يترتب عليه قيام أحد المتعاقدين بعمل في المعقود عليه أو في غيره.

(د) كل شرط حلال يترتب عليه المنع من تصرف يسير دفعاً لضرر عن أحد المتعاقبين وجلباً لمنفعة له.

(هـ) كل شرط يترتب عليه تحقيق معنى ناجز من معاني البر.

* والجامع بين هذه الشروط جميعها المصلحة، سواء أكانت للعقد أم لأحد المتعاقدين.

* المطلوب الثاني *

الشروط الباطلة في المذهب المالكي

تنقسم الشروط الباطلة في المذهب المالكي - بالنظر إلى أثرها على العقد - إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الشروط الباطلة التي تبطل العقد.

القسم الثاني: الشروط الباطلة التي تبطل العقد إلا إذا أسقطها

المشترط.

القسم الثالث: الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد.

ونورد فيما يلي شرحنا تفصيلاً لهذه الأقسام الثلاثة:

القسم الأول

شروط باطلة تبطل العقد

وهذا القسم يضم نوعين من الشروط: الأول الشرط المحظور، والثاني الشرط الذي يؤدي إلى الغرر.

وفي كلا النوعين كان البطلان لا بسبب اقتران العقد بالشرط، بل لمعنى خارج عن الشرط، وهو ما أدى إليه الشرط لو صح من تحقيق أمر محظور، أو أدى إلى غرر.

النوع الأول

شرط محظور

أمثلة لهذا النوع^(١) من الشرط: ضرب المذهب المالكي عدة أمثلة لهذا الشرط منها ما إذا:

- باع أمة رفيعة^(٢) واشترط على المشتري ألا يمنعها الدخول والخروج.

(١) «الإتقان والأحكام شرح تحفة الحكام» لابن عاصم (١/٢٨٠)، و«البهجة شرح التحفة» (٩/٢).

(٢) يقابلها: الدنيئة.

- باع داراً واشترط على المشتري اتخاذها مجمعاً لأهل الفساد.
- باع جارية واشترط على المشتري كونها مغنية.

حقيقة هذا الشرط وحكمه:

وواضح من هذه الأمثلة أن هذا النوع من الشرط الذي اقترن بالعقد هو شرط يفضى إلى محرم، فهو شرط حرام، وكل شرط حرام يبطل العقد مطلقاً، سواء أكان له أثر في الثمن - كالمثال الأول والثاني - أم لم يكن له أثر - كالمثال الثالث -.

النوع الثاني

شرط يؤدي إلى الغرر

أمثلة لهذا النوع من الشرط^(١): ومن أمثلته ما إذا:

- باع شيئاً أو أجره واشترط على المشتري أن ينفق عليه (أي على البائع) مدة حياته.
- باع أمة - أو غيرها من الحيوان - لم يظهر حملها بشرط الحمل، وكان الشرط لزيادة الثمن.
- استأجر الفحل ليضرب الأنثى حتى تحمل.
- اشترى ثمراً لم يبد صلاحه، أو زرعاً أخضر مع أصله وشرط أن تكون الزكاة على البائع.

حقيقة هذا الشرط وحكمه وأثره:

جميع هذه الأمثلة يترتب على الشرط فيها جهالة أو غرر، وإذا أدى الشرط إلى ذلك كان فاسداً مفسداً للعقد.

أما في المثال الأول: فلأنه لا يدري كم يعيش البائع من الزمان، وإذا كان أجل حياته مجهولاً فيكون غرراً^(٢)؛ لأنه لا يدري كم ينفق المشتري عليه خلال مدة حياته في مقابل هذه السلعة التي اشتراها، فأصبح الثمن مجهولاً، ومثل هذا العقد إذا وقع يجب فسخه، ويرجع المشتري على المالك بقيمة ما

(١) «الخرشي» (٣/٤٢٧ - ٤٣٠).

(٢) «التاج والإكليل» (٣/٣٦٣).

أنفق إن كان قيمياً، أو مثلياً مجهول القدر، كما إذا كان ينفق ضمن عيال المشتري، كما يرجع بمثل ما أنفق إن كان مثلياً معلوماً، كأن أعطاه قدراً معلوماً من طعام أو دنانير أو دراهم . . .

ويرد المشتري المبيع ذاتاً أو منفعة، إلا أن يفوت بهدم أو بناء، فيغرم المشتري القيمة يوم قبضه، ويقاصصه بما أنفق، فمن له فضل أخذه.

* أما إذا كان الشرط أن ينفق عليه مدة معلومة بشرط أنه إن مات البائع قبل تمامها رجع ما بقي للوارث أو لبيت المال جاز البيع والشرط، وهذا بخلاف ما لو جعله بعد موته هبة للمشتري فإنه لا يجوز^(١).

أما المثال الثاني: وهو اشتراط الحمل بقصد استزادة الثمن، وكانت ممن يزيد الحمل في ثمنها، فإنه لا يجوز، لأنه شرط يؤدي إلى غرر؛ لأنه إن كان الحمل غير ظاهر فقد لا يكون هناك حمل، وإن كان ظاهراً يكون من بيع الأجنة، وهو غير جائز ويفسخ . . .

أما في المثال الثالث: فإن استتجار الفحل ليضرب الأنثى حتى تحمل، يؤدي إلى الجهالة؛ لأنها قد لا تحمل. أما إذا عين زماناً كأن يضربها يوماً أو يومين، أو حدد مرات الضرب كمرتين أو ثلاث بكذا، صح، فإن استوفى عدد المرات فيها ونعمت، وإلا بأن حملت قبل نهاية المرات فعليه بحساب ما انتفع.

أما المثال الرابع: فقد اختلف أهل المذهب في حكمه، ففي قول يبطل الشرط ويصح العقد وتكون الزكاة على المشتري لا على البائع؛ لأن اشتراط ذلك على البائع يؤدي إلى الغرر حيث لا يعلم قدر الزكاة، وقد اعترض الحطاب قائلاً: إنه لم ير صحة البيع وبطلان الشرط لغير المصنف في مختصره (مختصر خليل) وتوضيحه، وإن الذي في كلام أهل المذهب فساد البيع؛ لأنه يؤدي إلى جهل الثمن، إذ لا يدري ما يفضل من الثمن لو أدى البائع الزكاة - فالمسألة فيها قولان^(٢).

(١) «الشرح الكبير» للدسوقي (٥٧/٣). واضح أنه لا يجوز لأن الثمن غير معلوم حينئذ،

إذ لا يعرف وقت موته، حتى نميز بين الثمن وبين ما وهبه.

(٢) «الخرشي» (٩٤/٤)، و«الشرح الكبير» للدسوقي (١٧٥/٣ - ١٧٦) وهو الذي أورد الخلاف.

القسم الثاني

شروط باطلة تبطل العقد إلا إذا أسقط المشتري شرطه

ويشمل هذا القسم نوعين من الشروط أيضاً: الشرط الذي يناقض المقصود من العقد، والشرط الذي يخل بالثمن، ونوضح كلاً منهما فيما يلي:

النوع الأول

شرط يناقض المقصود من العقد

حقيقة هذا الشرط:

وضح المذهب أن الشرط المناقض لمقتضى العقد هو الشرط الذي لا يتم معه المقصود من العقد، فمن المعلوم أن للعقد أحكاماً وآثاراً تترتب عليه عند صدوره مستوفياً لأركانه وشرائطه المعتبرة شرعاً، فإذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطاً يحول دون ترتب هذه الأحكام والآثار على العقد كان هذا الشرط مناقضاً للمقصود من العقد، فكان شرطاً باطلاً.

أمثله:

أورد المذهب لهذا النوع من الشرط عدة أمثلة بعضها يترتب عليه منع المشتري عليه من التصرف في محل العقد، والبعض الآخر يترتب عليه إيقاع تصرف معين فيه، وجميعها شروط تؤدي إلى منع المشتري عليه من الحصول على حق أثبت له العقد في محل العقد، ونورد فيما يلي أمثلة لهذا النوع من الشرط في بعض العقود:

في عقد البيع^(١): ومن أمثله في عقد البيع:

ما لو باع داراً واشترط على المشتري ألا يبيعهها أو إلا من نفر قليل أو ألا يسكنها، أو ألا يؤجرها، أو لا يهبها.

أو باع دابة بشرط ألا يركبها، أو ثوباً بشرط ألا يلبسه، أو جارية بشرط ألا يتخذها أم ولد، أو ألا يجيزها البحر.

(١) «الشرح الكبير» للدسوقي (٦٥/٣)، و«الخرشي» (٤٣٦/٣)، و«مواهب الجليل» للحطاب (٣٧٢/٤).

أو اشترى جارية بشرط أن يدبرها أو يكاتبها أو يعتقها إلى أجل .
أو باع داراً بشرط أنه إن باعها فهو - أي: البائع - أحق بها بالثمن -
وهو بيع الثنيا^(١) .

وفي عقد النكاح: «جاء في «الالتزامات» للحطاب (١/٢٣٢):

«والقسم الثاني: ما يكون مناقضاً لمقتضى العقد، كشرطه على المرأة ألا يقسم لها، أو أن يؤثر عليها، أو ألا ينفق عليها أو لا يكسوها أو ألا يعطيها ولدها. أو لا يأتيها إلا ليلاً أو لا يطأها نهاراً، أو لا يرث بينهما، أو على إن لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح بينهما، أو على أن أمرها بيدها متى شاءت، أو على أن الطلاق بيد غير الزوج، فهذا القسم لا يجوز اشتراطه في عقد النكاح ويفسد به النكاح إن شرط فيه، ثم اختلف في ذلك، فقيل: بفسخ النكاح قبل الدخول وبعده، وقيل: بفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويسقط الشرط وهذا هو المشهور، وقيل: إن أسقط مشترط الشرط شرطه صح النكاح وإن تمسك به فسخ».

وفي عقد الرهن: ما لو شرط الراهن أن يبقى الرهن في يده، أو أنه لا يعاد عليه، أو أنه لا يباع في الدين المرهون فيه أو أنه إن مضت مدة خرج من الرهن، فإن الرهن يبطل بذلك كله، [نفس المرجع (ص ٢٥٣)].

وفي عقد القراض: ما لو اشترط رب المال على العامل أن يكون المال بيده، أو أن يراجعه، أو أن يجعل عليه أميناً، أو أن يعمل العامل بيده من خياطة أو خرازة، وغير ذلك، وكاشتراط رب المال على العامل ضمان المال، فهذه الشروط كلها مفسدة للقراض.

(١) قال أبو الحسن: هذا الذي يسمى بيع الثنيا، «فقد نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والثنيا إلا أن تعلم» رواه النسائي والترمذي وصححه. عن جابر رضي الله عنه، وللمذهب المالكي قولان في بيع الثنيا - أحدهما وهو المشهور بطلان الشرط والبيع والثاني أن البيع جائز إذا أسقط المشتري شرطه ورضى المشتري «مواهب الجليل» للحطاب (٤/٣٧٣).

حكم هذا الشرط وأثره:

للمذهب المالكي في حكم الشرط الذي ينافي المقصود من العقد ثلاثة

أقوال:

الأول: وهو المشهور في المذهب: بطلان الشرط وكذا يبطل العقد إلا إذا أسقط المشتري شرطه^(١) وكانت السلعة قائمة فإنه يصح العقد.

فإن فاتت - أسقط شرطه أم لا^(٢) - فللبائع الأكثر من قيمة السلعة - يوم القبض - والتمن - لوقوع البيع بأنقص من الثمن المعتاد لأجل الشرط، هذا إذا كان قيمياً، فإن كان مثلياً ففيه المثل؛ لأنه بمثابة ما لو كان قائماً فرده.

وقيل: يرجع البائع على المشتري إذا فاتت السلعة بمقدار ما نقصه من الثمن بسبب الشرط، وذلك بأن تقوم السلعة بالشرط وبغير الشرط فما كان بين القيمتين من الأجزاء يرجع البائع بذلك الجزء من الثمن.

الثاني: قيل: إن حكم هذه البيوع حكم البيع الفاسد يفسخ على كل حال في قيام السلعة، وتكون فيه القيمة بالغة ما بلغت عند فوات السلعة - «فتاوى الشيخ عليش» (١/٢٤٠).

الثالث: نص عليه ابن رشد في «بداية المجتهد» (٢/١٦٠) بقوله:

«وقيل: يبطل الشرط فقط».

والمشهور في المذهب هو الأول كما ذكرنا.

وقد رأينا أنفاً أن أثر هذا الشرط هو إبطال عقد الرهن وعقد القراض.

أما النكاح فقيل: يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده كالرأي الثاني،

(١) «الخرشي» (٣/٤٣٧)، و«الشرح الكبير» للدسوقي (٣/٦٧)، وقد حكى ابن رشد في «بداية المجتهد» (٣/١٦٠) خلافاً في هذا الحكم حيث قال: إن اشترط معنى في المبيع ليس ببر مثل ألا يبيعهها، فذلك لا يجوز عند مالك وقيل: عنه البيع مفسوخ، وقيل: بل يبطل الشرط فقط».

(٢) «مواهب الجليل» للحطاب (٤/٣٧٥) ينص على أن المازري يذكر حول إسقاط شرط السلف: إن ظاهر المذهب أنه لا يؤثر الإسقاط بعد فوات السلعة في يد مشتريها؛ لأن القيمة حينئذ قد وجبت عليه فلا يؤثر الإسقاط بعده، وذكر الرازي أن بعض الأشياخ قال بالصحة مع إسقاط الشرط ولو مع الفوات، واعترضه...».

وقيل: يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده ويسقط الشرط وهذا هو المشهور وهو يقارب القول الثالث، وقيل: إن أسقط مشروط الشرط شرطه صح العقد، وإن تمسك به فسخ كالرأي الأول.

الأدلة التي استند إليها المذهب:

للمذهب المالكي في تعليل بطلان هذا النوع من الشرط وبطلان العقد دليلان: أحدهما: نقلي، والآخر: عقلي:

أما الدليل النقلي: فقد نص على ذلك الحطاب (٣٧/٤) حيث يقول «ص» وكبيع وشرط يناقض المقصود - ش - يعني من البيوع المنهي عنها البيع والشرط، فقد روى عبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط» قال ابن عرفة: لا أعرفه إلا من طريق عبد الحق، وحمله أهل المذهب على وجهين: أحدهما: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، والثاني: الشرط الذي يعود بخلل في الثمن».

كما ورد في «بداية المجتهد» (١٥٨/٢، ١٦٠): «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص في العرايا»^(١)، فبيع الثنيا منهي عنه بالحديث، وهو شرط يناقض مقتضى العقد أيضاً فيشملة عموم الحديث المتقدم.

(١) يراجع في فهم هذا الحديث «فتح الباري»، لابن حجر العسقلاني (٣٥٨/٤، ٣٦١، ٣٨٣، ٣٨٤)، و«نيل الأوطار»، للشوكاني (١٧٥/٥)، وقد بين أن العلماء اختلفوا في فهم بعضها، والمحاقلة هي: بيع الحقل بكيل من الطعام معلوم، أو بيع الطعام في سنبله.. والمزابنة هي: بيع النخل بأوساق من التمر، أو بيع العنب بالزبيب. والمخابرة هي: العمل على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل.. والمعاومة هي: بيع الشجر أعواماً كثيرة، وقيل: اكتراء الأرض سنين، والثنيا هي: أن يبيع شيئاً ويستثنى منه قدرأ مجهولاً، ورخص في العرايا، ففي حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ أرخص لصاحب العريّة أن يبيعهما بخرصها» قال يحيى: العريّة بأن يشتري الرجل تمر النخلات بطعام أهله رطباً بخرصها (كيلاً) تمرأ «فتح الباري» (٣٨٦/٤).

ومن هنا يتبين لنا أن المذهب المالكي يأخذ بحديث النهي عن بيع
وشرط ولكنه يحمله على الشرط المناقض لمقصود العقد، والشرط الذي يخل
بالثمن.

وأما الدليل العقلي: فهو أن العقد يقتضي إطلاق يد المشتري 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.

كما أن صاحب «الإتقان والأحكام»^(١) أضاف إلى هذه العلة علة
أخرى وهي أن مثل هذا الشرط يترتب عليه جهالة في الثمن^(٢) وأوضح
ذلك بقوله: إن هذا النوع من الشرط في ذاته حلال غير ممنوع؛ لأن كون
المشتري يتمسك بالمبيع ولا يفرض فيه بيع ولا هبة... إلخ. حلال جائز،
أما اشتراط ذلك على المشتري فممنوع؛ لأنه يؤثر في الثمن ويوجد فيه
جهلاً، إذ أن البيع المقترن بهذا الشرط لا يخلو من نقص في الثمن غالباً،
وهذا النقص غير معلوم، فترتب على هذا الشرط جهل في الثمن فلا
يصح.

والعلة الأولى: هي الواضحة - والتي سارت عليها كتب المذهب عدا
الإتقان والأحكام - أما القول بأن هذا الشرط يؤدي إلى الجهالة في الثمن فإن
كل شرط من حيث هو في الحقيقة لا يخلو عن تأثير؛ لأنه إن كان من البائع
أثر الزيادة وإن كان من المشتري أثر النقصان، ولا يقصد المتبايعان في
الغالب إلى اشتراط ما لا يترتب عليه نقص أو زيادة^(٣).

فيجب أن نفرق بين التأثير القوي الذي يورث خللاً في الثمن وبين
غيره، ولذلك فقد فرق الإمام خليل بينهما، فأطلق على هذا الشرط: أنه شرط

(١) «الإتقان والأحكام شرح تحفة الحكام» (١/٢٠٠).

(٢) «البهجة شرح التحفة» (٢/٩).

(٣) «البهجة شرح التحفة» (٢/٩).

يناقض المقصود من العقد، وجعل الشرط الذي يؤدي إلى الخلل في الثمن قسماً ثانياً، وسيأتي شرحه.

الاستثناءات من هذه القاعدة:

لم يقف المذهب المالكي عند هذه القاعدة التي تقضي ببطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد وبطلان العقد إلا إذا أسقط المشتري شرطه - كما هو المشهور - بل إنه قد استثنى منها بعض الحالات التي لا تنافي المقصود من العقد منافاة تامة كما سبق أن أشرنا في الشروط الصحيحة في المذهب.

(أ) كاشتراط بعض منافع المعقود عليه لمدة يسيرة.

(ب) اشتراط قيام البائع بعمل في المعقود عليه أو في غيره.

(ج) اشتراط إيقاع تصرف منجز بالمعقود عليه فيه معنى من معاني البر، كاشتراط تنجيز العتق، ومثله اشتراط الوقف أو الهبة أو الصدقة^(١).

(د) في الإقالة لو طلب البائع الإقالة، فقال له المشتري: على شرط أن بعثها لغيري فأنا أحق بها بالثمن، يجوز؛ لأنه يغتفر في الإقالة ما لا يغتفر في غيرها بشرط أن يقع البيع في مدة قريبة وإلا لم يجز - كما صرح الشيخ عليش^(٢). وهذا مبني على أن الإقالة فسخ، أما لو كانت بيعاً فإنه يفسخها ما يفسخ البيع^(٣).

(هـ) إذا قصد بالشرط المنافي ضمان الوفاء بحكم العقد:

كما لو اشترط البائع على المشتري ألا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطي الثمن جاز الشرط؛ لأنه بمنزلة الرهن، إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى^(٤).

(١) «الإتقان والأحكام» لمحمد بن أحمد بن ميارة الفاسي (١/٢٨١).

(٢) «الخرشي» (٣/٤٣٦).

(٣) وبناء على ذلك أورد صاحب بداية المجتهد أن في المذهب خلافاً في حكمها بناء على اعتبار الإقالة فسخاً أو بيعاً جديداً (٢/١٦٠).

(٤) «الخرشي» (٣/٤٣٦)، و«الخطاب» (٤/٣٧٢) وقد سبق إيضاح هذه الاستثناءات في الشروط الصحيحة في المذهب المالكي.

النوع الثاني شرط يخل بالثمن

أمثلة لهذا النوع من الشرط:

مثل الملكية^(١) لهذا النوع بما لو اشترط السلف في البيع صراحة أو ضمناً:
أما اشتراط السلف صراحة: فكما إذا اشترط أحد المتبايعين على الآخر
أن يسلفه دراهم أو طعاماً أو غيرهما.

وأما اشتراط السلف ضمناً: فكما إذا باع شخص داراً لمن له عليه دين
حل أجله على شرط أن ينقده ثمن الدار حالاً ولا يقاصه بالدين. وكما إذا
كان لرجل على آخر دين مؤجل، فلما حل الأجل أخذ منه سلعة ببعض الثمن
على أن يؤخره ببقية الثمن إلى أجل.

حقيقة هذا الشرط وحكمه وأثره:

ويتضح لنا من صور هذا النوع من الشرط أنه اشتراط لأمر مباح في
ذاته؛ لأن السلف في ذاته حلال مشروع، وأن الفساد نتج عن اجتماعه مع
عقد البيع، وذلك لأنه أدى إلى جهالة في ثمن السلعة المباعة، إما بزيادة إن
كان المقرض هو المشتري، أو نقص إن كان المقرض هو البائع^(٢).

وإذا ترتب على الشرط جهالة كان باطلاً مبطلاً للعقد - إلا أنه إذا أسقط
مشرط السلف شرطه وقام برد السلف إلى صاحبه والسلعة قائمة يصح العقد،
ولو كان ذلك بعد غيبة المتسلف على السلف غيبة يمكنه فيها الانتفاع
بالسلف^(٣) وليس في السلعة المباعة إلا الثمن الذي وقع عليه العقد.

(١) المراجع: «الخرشي» (٤٣٧/٣)، و«الشرح الكبير» للدسوقي (٦٦/٣)، و«البهجة شرح
التحفة» (٧/٢)، و«مواهب الجليل» للحطاب (٣٧٥/٣)، و«المدونة الكبرى» للإمام
مالك (١٣٢/٩).

(٢) وجاء في «بداية المجتهد» لابن رشد (١٦٠/٢): «ومن المسموع في هذا الباب
نهيه ﷺ عن بيع وسلف».

(٣) وجاء في «الخرشي» (٤٣٨/٣): «وقيل إن البيع ينقض مع الغيبة على السلف ولو
أسقط شرط السلف لتمام الربا بينهما» وهو قول سحنون وابن حبيب ومثله «الشرح
الكبير» للدسوقي (٦٧/٣).

أما إن فاتت السلعة - أسقط المشترط شرطه أم لا :-
فإن كانت من المثليات، ففيها المثل؛ لأنه يكون بمثابة ما إذا كانت قائمة فردها .

أما إن كانت من ذوات القيم: فلا يخلو إما أن يكون المسلف هو المشتري أو البائع: فإن كان المسلف هو المشتري، ففيها الأكثر من الثمن والقيمة - يوم القبض - فإن اشتراها بعشرين والقيمة ثلاثون أو بالعكس لزمه ثلاثون؛ لأنه لما أسلف أخذها بالنقص فعومل بنقيض قصده. وإن كان المسلف هو البائع، فعلى المشتري للبائع الأقل من الثمن والقيمة؛ لأنه أسلف ليزداد فيكون له في المثال المذكور عشرون - وهذا مذهب المدونة - .

وقيل: إن محل ذلك إذا لم يغب المشتري على السلف مدة يرى أنها القدر الذي أراد الانتفاع بالسلف فيها، فإن وجد ذلك كانت فيه القيمة بالغة ما بلغت - وهو رأي ثان^(١) .

وهناك رأي ثالث يرى وجوب القيمة بالغة ما بلغت كان السلف من البائع أو المشتري .

والمشهور في المذهب هو الرأي الأول وهو مذهب المدونة .

الأدلة التي استند عليها المذهب المالكي في حكم الشرط الذي يخل بالثمن:

يرى المذهب المالكي أن اشتراط السلف في عقد البيع باطل ويبطل العقد إلا إذا أسقطه المشترط، وذلك استناداً إلى ما روي عن النبي ﷺ من أنه «نهى عن بيع وشرط»، وقد حمل المذهب هذا النهي على نوعين من الشروط، أحدهما: الشرط الذي يناقض المقصود من العقد (وقد تقدم شرحه) والثاني: الشرط الذي يعود بخلل في الثمن^(٢) كبيع وسلف، وإلى ما روي عن النبي ﷺ من أنه «نهى عن سلف وبيع» وهو نص في الموضوع .

* كما علل المذهب بطلان هذا النوع من الشرط تارة بأنه يؤدي إلى جهالة في الثمن وتارة باعتباره أن هذا الشرط يؤدي إلى الربا:

(١) «الشرح الكبير» للدسوقي (٦٧/٣) .

(٢) «مواهب الجليل» للحطاب (٣٧٣/٤) .

أما أنه يترتب عليه جهالة في الثمن، فذلك لأنه إن كان السلف من البائع فإنما يبيع غالباً سلعته بأكثر من قيمتها لأجل السلف، وإن كان السلف من المشتري فإنما يشتري السلعة غالباً بثمن أقل لأجل السلف أيضاً، ومقدار الزيادة في الثمن أو النقص بسبب الشرط مجهولة، والجهالة في الثمن تفسد البيع.

أو يقال في تفسير الجهالة إن السلف صار بسبب اشتراطه في البيع من جملة الثمن، والانتفاع به مجهول فأورث جهالة في الثمن^(١).

وأما أنه يؤدي إلى الربا فلأنه سلف جر نفعاً^(٢) وكل سلف جر نفعاً يكون ربا^(٣) وقد صرح بذلك صاحب البهجة شرح تحفة الحكام لابن عاصم (٩/١) حيث يقول: «وأما مسألة اشتراط السلف في البيع ولو ضمنا... فالمنع فيهما ليس لخصوص التأثير في الثمن، بل لما فيهما من الربا؛ لأن المسلف ينتفع على سلفه بنقص الثمن أو زيادته، وذلك عين الربا، ولذا يظهر لنا نقص في قول - خ - (خليل) أو يخل بالثمن كبيع وسلف، وإن حقه أن يقول: أو يخل بالثمن وفيه ربا كبيع وسلف».

ملاحظات على القسم الثاني من الشروط الباطلة في المذهب المالكي:

يتبين لنا من دراسة هذين النوعين من الشروط :

(أ) أن الأصل في بطلان هذين النوعين من الشروط حديثان: أولاً:

حديث النهي عن بيع وشرط، حيث حمله المذهب على الشرط المناقض لمقصود العقد والشرط الذي يخل بالثمن، وما عدا هذين النوعين من الشروط أخذ المذهب فيها بأحاديث أخرى كحديث جابر، وحديث بريرة رضي الله عنهما.

وثانياً: حديث النهي عن سلف وبيع بالنسبة للنوع الثاني، ولم يصرح

بهذا الدليل غير ابن رشد في بداية المجتهد.

(ب) أن المذهب المالكي يرى أن اشتراط ما يناقض المقصود من العقد

(١) «الإتقان والأحكام، شرح تحفة الحكام» (١/٢٨٠).

(٢) «الشرح الكبير» للدسوقي (٣/٦٦).

(٣) «سبل السلام» للصنعاني (٢/٣٣٤) طبعة (١٣٥٧هـ).

أو ما يعود بخلل في الثمن، وإن كان حلالاً من ذاته، إلا أنه يؤدي إلى منع المتعاقد من التصرف المشروع له في المعقود عليه، ويحجر السلعة ويمنعها من التداول كما في النوع الأول. أو يؤدي إلى اجتماع سلف وبيع وهو منهي عنه، كما أنه يؤدي إلى جهالة في الثمن كما في النوع الثاني وهو الشرط الذي يخل بالثمن.

لذلك كان الشرط باطلاً.

(ج) إنه نظراً إلى أن المشروط في ذاته أمر حلال فإن كون المشتري يتمسك بما اشتراه ولا يبيعه ولا يهبه حلال مشروع، وكذا السلف في ذاته حلال مشروع وإذا كان المشروط في ذاته حلالاً مشروعاً، وكانت الحرمة والمنع ناتجة عن اشتراطه في العقد، فقد اختلف حكم هذا النوع من الشرط عن حكم اشتراط ما كان حراماً في ذاته، كاشتراط أن تتخذ الدار المبيعة للفساد ونحوه، فاشتراط ما كان حراماً في ذاته باطل مبطل للعقد كما تقدم شرحه، أما اشتراط ما كان حلالاً في ذاته مما يؤدي إلى الجهالة فإنه يكون باطلاً مبطلاً للعقد إلا إذا أسقط المشتري شرطه - فحينئذ يصح العقد - لأن التحريم هنا لم يكن لاشتراط شيء محرم لعينه في العقد، بل لاقترانته بالشرط، فالفساد هنا يمكن رفعه بإسقاط الشرط الذي أدى إلى الفساد^(١).

ويمكن أن يكون هذا التعليل مرجحاً للقول بإبطال الشرط فقط، أما العقد فيكون صحيحاً استناداً إلى ما جاء في حديث بريرة رضي الله عنها وسنتناول هذا في مقارنة آراء المذاهب بالتفصيل.

القسم الثالث

شروط باطلة تسقط ويصح العقد

ويمكننا أن نضع هذا القسم في ثلاثة أنواع: النوع الأول: شرط يؤدي إلى إسقاط حق ثبت بالعقد، والنوع الثاني: شرط يخالف النص، والنوع الثالث: اشتراط ما لا غرض فيه ولا مالية.

(١) «بداية المجتهد» لابن رشد (١٦١/٢).

النوع الأول

شرط يؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد

ونورد فيما يلي الأمثلة التي نص عليها المالكية لهذا النوع من الشرط^(١) مستبعدين اشتراط كون زكاة ما لم يطب على البائع، نظراً لأننا سبق أن أدرجناه تحت الشرط الذي يؤدي إلى غرر^(٢) حيث لا يعلم مقدار ما يدفعه البائع زكاة لو صح الشرط (وقد بينا ما وقع في هذه المسألة من خلاف فنحيل إليها) ونذكر هنا ما عداها من الأمثلة والتي من بينها:

باع جارية أو عبداً واشترط كونهما عريانين من غير ثوب أصلاً.

باع داراً واشترط ألا عهدة عليه في عيب أو استحراق.

اشترى داراً وأسقط حقه من القيام بالعيب.

باع جارية فيها مواضعة^(٣) واشترط ألا مواضعة فيها.

باع بستاناً واشترط ألا جائحة عليه في ثمار ونحوها.

باع سلعة بشمن مؤجل وشرط على المشتري إن لم يأت بالشمن إلى الأجل المحدد فلا يبيع بينهما^(٤).

حقيقة هذا الشرط:

يتضح لنا من هذه الصور أن هذا النوع من الشرط يتميز بما يلي:

أنه شرط لا يقتضيه العقد.

أنه شرط ينافي مقتضى العقد؛ لأن للعقد حقوقاً وآثاراً تثبت للمتعاقد بعد صدور العقد مستوفياً لأركانه وشرائطه المعتبرة شرعاً، وهذا الشرط يترتب عليه إسقاط حق من هذه الحقوق.

(١) «البهجة شرح التحفة» (٩/٢).

(٢) راجع: (ص ٢٥٣، ٢٥٤).

(٣) المواضعة هي متاركة البيع - والمواضعة تكون في الجارية غير الوخشاء، والمواضعة حق لله تعالى - وحقوق الله تعالى لا يجوز إسقاطها.

(٤) يراجع: «الشرح الكبير» للدسوقي (٣/١٧٦ - ١٧٧).

فالعقد على العبد يتناول ثياب مهنته أو الثياب الخلقة^(١)، فلو شرط البائع أن تكون ثياب المهنة له يكون الشرط باطلاً والعقد صحيحاً؛ لأن ثيابه أصبحت جزءاً من المعقود عليه - كما لو باع داراً فإنه يدخل السلم فيها - وحقاً ثبت للمشتري بالعقد، فضلاً عما في اشتراط كون العبد عرياناً من مجافاة لروح الشريعة التي توجب ستر العورة..

كما أن العقد بعد صدوره يترتب عليه شرعاً الرجوع بالعيب، وبالثمن عند الاستحقاق، وبالجائحة، أو بالمواضعة في الجارية التي فيها المواضعة، فاشتراط نفي ذلك عند التعاقد يكون إسقاطاً لحق قبل وجوبه، حيث لا تثبت له هذه الحقوق إلا بعد تمام العقد، وإسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح، فيكون لغواً ويصح العقد.

وكذا أيضاً إذا باع سلعة بثمن مؤجل واشتراط نقض البيع عند عدم الوفاء بالثمن، فإن البيع بثمن مؤجل بيع تام نافذ، فإذا حل الأجل وجب الوفاء بالثمن، أما اشتراط نقض البيع عند عدم الوفاء بالثمن فهو اشتراط يخالف حكم العقد المضاف فيه الثمن إلى أجل؛ لأن مقتضى البيع بثمن مؤجل، المطالبة بالثمن عند حلول الأجل، ووجوب الوفاء بالثمن عندئذ، فاشتراط نقض البيع عند عدم الوفاء اشتراط يناقض المقصود من العقد، إلا أن تأثير الشرط على الثمن معدوم، فيلغو الشرط ويصح العقد، ويجب الوفاء بالثمن عند حول الأجل.

حكم هذا الشرط وأثره: وعلى ضوء ما جاء في كتب المذهب يتضح لنا أن الرأي الراجح عند المالكية هو أن الشرط الذي ينافي المقصود من العقد، والذي يكون تأثيره على الثمن محدوداً أو معدوماً يكون لغواً ويصح العقد الذي اقترن به:

فنظراً إلى أنه ينافي المقصود من العقد كان الشرط باطلاً، ونظراً إلى انعدام تأثيره في الثمن كان العقد صحيحاً؛ لأن فساد الشرط لم يتغلغل في صلب العقد، حيث لم يمنع المتعاقد من مباشرة حق جوهرى يقصد بالعقد،

(١) «أما ثياب الزينة فلا تدخل في العقد إلا بشرط أو عرف» «الخرشي» (٩٣/٤ - ٩٤).

وهو أن يتصرف في ملكه كما يشاء في حدود المشروع، كما أنه لم يحدث خللاً في الثمن، حيث لم يترتب على الشرط حدوث جهالة في الثمن، ولذلك قالوا بإسقاط الشرط وصحة العقد^(١) وأيضاً فإن هذا الشرط يترتب عليه إسقاط الثمن قبل وجوبه، وإسقاط الشيء قبل وجوبه لا يصح، فيكون هذا الشرط لغواً ويصح العقد المقترن به... أما لو أسقط حقه بعد وجوبه فإنه يصح كما لو أسقط حقه في الرجوع بالعيب بعد الشراء «ففي التزامات (الحطاب) عن أبي الحسن: وإذا أسقط المشتري حقه من القيام بالعيب بعد العقد وقبل ظهور العيب، فإنه يلزمه سواء كان مما يجوز فيه البراءة أم لا» [الشرح الكبير للدسوقي (١٧٦/٣)].

(١) وهذا الرأي هو الراجح في المذهب المالكي، وهناك آراء أخرى تختلف باختلاف المسائل المذكورة.

- ففي اشتراط كون العبد عرباناً أصلاً يروي عيسى بن دينار، عن ابن القاسم أنه يلزم الوفاء بالشرط، وذلك لا يستلزم بيعه مكشوف العورة، بل يأخذه المشتري بثيابه، ثم يلبسه ثياباً من عنده ويرد ثياب المهنة «الشرح الكبير» للدسوقي (١٧٥/٣).

- وفي اشتراط ألا عهدة عليه في عيب أو استحقاق: قيل أيضاً بلزوم الوفاء بالشرط وصحة القعد، كما قيل: بفساد البيع «مواهب الجليل» (٤/٤٩٩).

- وفي اشتراط ألا مواضعة في الجارية التي فيها المواضعة: قيل: بصحة إسقاطها، كما قيل: يبطلان الشرط والبيع، ورابعها: يبطلان إن شرط نقد الثمن، وخامسها: يبطلان أن تمسك بالشرط. «المواهب» للحطاب (٤/٤٩٩).

- وفي اشتراط ألاجائحة: قيل بفساد البيع بهذا الشرط مطلقاً، سواء فيما عاداته أن يجاح، أو فيما يندر أن يجاح، والقول الثاني: وهو أنه يسقط الشرط ويصح البيع فيما يندر أن يجاح، أما فيما عاداته أن يجاح فإنه يفسد لكثرة الغرر، «الدسوقي على الشرح الكبير» (١٧٦/٣) وقال ابن شهاب البيهقي جازئ والشرط جائز، ويرى اللخمي أن يخير البائع بين أن يسقط شرطه وتكون المصيبة منه، أو يرد البيع ويكون له بعد الفوات الأكثر من القيمة أو الثمن... «الالتزامات» للحطاب (١/٢٤٧).

- وفي اشتراط إن لم يأت بالثمن لكذا فلا بيع - جاء في «الشرح الكبير» للدسوقي (١٧٦/٣): «ذكر ابن لبابة عن مالك في هذه المسألة ثلاثة أقوال: صحة البيع وبطلان الشرط، وصحتهما، وفسخ البيع والذي اقتصر عليه مالك في المدونة الأولى... وقد أورد الحطاب في التزاماته سبعة أقوال في هذه المسألة (١/٢٤٦).

النوع الثاني

اشتراط ما لا غرض فيه ولا مالية

أمثلة هذا النوع من الشرط^(١) وحكمه:

إذا اشترط المتعاقد في العقد ما لا غرض فيه ولا مالية - كما لو شرط كون العبد أمياً، فوجده كاتباً، أو اشترى سمن غنم فوجده سمن بقر^(٢) - وكان سمن البقر أجود عندهم - فإن هذا الشرط يلفو، ولا يثبت للمشتري الخيار، وليس له رد المبيع - على الأرجح -؛ 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 اشترطه.

* أما إذا كان لهذا الشرط الذي تحقق لمشترطه ما هو أفضل منه غرض كما لو اشترى جارية بشرط كونها نصرانية لأجل زواجها من عبده النصراني ثم ظهر أنها مسلمة، أو سمن غنم لأجل حالة صحية عنده ثم ظهر أنه سمن بقر، فإنه يكون للمشتري الحق في رد المبيع، لعدم تحقق الشرط^(٣).

ويتضح لنا من الأمثلة التي أوردها المذهب لهذا النوع من الشرط، أن المتعاقد يشترط صفة قائمة بالمبيع وقت التعاقد، لا يتصور انفصالها وانقلابها أصلاً، فاشتراطها اشتراط لأمر موجود وقت التعاقد، وليس اشتراطاً لأمر يحدث في المستقبل - وقد سبق أن أوضحنا أن إطلاق الشرط على مثل هذا يعتبر من قبيل المجاز؛ لأن الشرط يقال لأمر يحدث في المستقبل.

ومن الواضح أن هذا الحكم الذي وضعه المذهب المالكي لكل شرط ليس فيه غرض ولا مالية لا ينحصر في الدائرة التي تحيط بهذه الأمثلة التي ضربت له، بل تتعداه إلى كل شرط يقال لأمر يحدث في المستقبل ويكون لا

(١) «فتاوى الشيخ عيش»، و«التزامات» الحطاب (٢٥١/١).

(٢) «مواهب الجليل» للحطاب (٤٢٧/٤).

(٣) «الشرح الكبير» للدسوقي (١٠٩/٣).

«وقيل: ليس له أن يرد وإن كان لا اشتراطه وجه، وقيل: له الرد وإن لم يكن لا اشتراطه وجه» «مواهب الجليل» للحطاب (٤٢٧/٤).

غرض فيه ولا مالية بدليل أن المذهب قد خصص له فرعاً مستقلاً في كتبه المختلفة التي سبق أن أشرنا إليها.

النوع الثالث

شرط يخالف النص

أمثله وحكمه:

إذا اشترط المتعاقد في العقد شرطاً يخالف نصاً في كتاب الله تعالى أو سنة رسوله ﷺ، وذلك كما لو باع شخص جارية واشترط على المشتري أن يكون الولاء له (دون المشتري) عند عتقها، فإن هذا الشرط يبطل ويصح العقد، وذلك استناداً إلى حديث بريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا حيث إن أهلها باعوها للسيدة عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا بشرط أن يكون الولاء لهم، فأبطل الرسول ﷺ شرط الولاء وقال: «الولاء لمن أعتق» ولم يبطل البيع^(١).

الأسس العامة لمعالجة الشروط

المقترنة بالعقد في المذهب المالكي

بعد أن استعرضنا المذهب المالكي يتضح لنا ما يأتي:

أولاً - الأظهر أن الأصل في الشروط في المذهب المالكي هو الفساد: يظهر لنا من معالجة المذهب المالكي للشروط المقترنة بالعقد أنه يتجه إلى القول بأن الأصل في الشروط الفساد، أكثر من اتجاهه إلى أن الأصل فيها هو الصحة، وإن كان المذهب قد وسع دائرة الشروط الصحيحة أكثر من المذهبيين الحنفي والشافعي.

ويتضح لنا ذلك من إبراز كتب المذهب المالكي للأحاديث الآتية التي كانت أساساً لاختلاف آراء الفقهاء في حكم الشرط المقترن بالعقد:

١ - حديث نهى عن بيع وشرط - والذي قضى بموجبه الإمام أبو حنيفة بتحريم البيع مع الشرط.

(١) «بداية المجتهد» (١٥٩/٢). وقد سبق نص الحديث (ص ٢٢٧ - ٢٢٨).

٢ - وحديث جابر حيث باع ناقته لرسول الله عليه الصلاة والسلام واشترط حلابها وظهرها إلى المدينة - والذي قضى بموجبه ابن شبرمة بجواز البيع مع الشرط مطلقاً .

٣ - وحديث عائشة رضي الله عنها أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اشتري بريرة وأعتقها، وإن اشترط أهلها الولاء، فإن الولاء لمن أعتق - فأجاز البيع وأبطل الشرط، وقد قضى ابن أبي ليلى بموجب هذا الحديث إلى بطلان الشرط وصحة البيع مطلقاً .

فقد صرحت كتب المذهب^(١) بأن الإمام مالكا قد عرف هذه الأحاديث كلها فاستعملها في مواضعها، وتأولها على وجوهها، ولم يمعن غيره النظر، ولا أحسن التأويل، قاله ابن رشد، فقسم الشروط إلى أربعة أقسام: قسم يصح فيه الشرط والعقد، وقسم يبطل فيه الشرط والعقد، وقسم يبطل فيه الشرط والعقد إلا إذا أسقط المشتري شرطه، وقسم يبطل فيه الشرط ويصح العقد .

ومن هذا يتبين لنا أن المذهب المالكي قد أخذ يحدث النهي عن بيع وشرط وحمله على الشرط الذي ينافي المقصود من العقد والشرط الذي يخل بالثمن رغم ما فيه من مقال صرحت به كتب المذهب^(٢) فكل شرط يكون كذلك يكون باطلاً .

ونظراً إلى أن الشرط الذي ينافي المقصود من العقد هو أهم الشروط؛ لأن الشرط الذي يقتضيه العقد لا خلاف على صحته؛ لأنه بدهي، والشرط الذي لا يقتضيه العقد، إما أن يكون ملائماً لمقتضى العقد - وهذا أيضاً لا خلاف على صحته؛ لأنه يوثق موجب العقد فهو كالشرط الذي يقتضيه العقد - أو لا يكون ملائماً بل يكون منافياً لمقتضى العقد، وهذا النوع من الشرط هو ميدان اختلاف الفقهاء، فإذا كان المذهب المالكي قد جعل أن الأصل في الحكم على هذا النوع من الشرط هو حديث النهي عن بيع وشرط، أمكن أن

(١) «الشرح الكبير» للدسوقي (٣/٦٥) . وقد تقدمت الأحاديث (ص ٢٢٧ - ٢٢٩ ، ٢٥٥ ، ٢٦٩ ، ٢٧٣) .

(٢) «مواهب الجليل» للحطاب (٤/٣٧٢) ، و«المواق بهامشه» (٤/٣٧٢) .

نقول إن المذهب يرى أن الأصل في الشروط في العقود هو الفساد، فإذا جاء دليل خاص يفيد صحة نوع من أنواع الشروط عمل بهذا الدليل، وذلك كحديث جابر وحديث بريرة، حيث استند إليهما المذهب في القول بصحة اشتراط منفعة يسيرة في المعقود عليه، أو اشتراط القيام بعمل في المعقود عليه أو في غيره، أو اشتراط معنى ناجز من معاني البر، أو اشتراط عدم التصرف في المعقود عليه بالنسبة لنفر قليل، أو اشتراط منع المشتري من التصرف في المعقود عليه حتى يؤدي الثمن (على التفصيل الذي أوردناه آنفاً) فهذه الأنواع من الشروط الصحيحة في المذهب المالكي كان أساس القول بصحتها الأخذ بحديث جابر وحديث بريرة بل إن الشروط التي تلائم مقتضى العقد أو بحسب تعبير المذهب المالكي: فيها مصلحة العقد، كاشتراط رهن أو كفيل في العقد، نجد أن المذهب قد استند في صحتها إلى نصوص من القرآن الكريم والحديث الشريف^(١).

وهذا يؤيد أن المذهب يسير على أن الأصل في الشروط هو الفساد^(٢) ولا يصح منها إلا ما ورد به نص.

وقد أيد هذا ما صرح به الحطاب في «التزاماته» (١/٢٤٠) بعد أن ذكر الشروط التي تنافي مقتضى العقد بأنه يستثنى من هذا القسم بيع العبد بشرط تنجيز العتق فإن ذلك جائز...». فصحة هذا الشرط إنما كانت استثناء من الأصل وهو عدم الصحة لحديث بريرة رضي الله عنه.

وعلى كل فلا شك أن المذهب المالكي قد ضيق دائرة الاستدلال بحديث «نهى عن بيع وشرط»، كما حمل الآثار التي رويت في النهي عن بيع وشرط على ما حمل عليه هذا الحديث.

فقد جاء في «الموطأ شرح الزرقاني» (٣/١٠١) في باب ما يفعل في

(١) الشرط الذي في مصلحة العقد من المبحث الثاني في المذهب المالكي.

(٢) وقد أشار إلى هذا ابن تيمية في «الفتاوى» (٣/٣٢٣) وإن كان في صفحة (٣٢٦) أشار إلى أن مالكا قريب من الإمام أحمد في أن أصوله المنصوص عنها أكثرها تجري على هذا القول وهو أن الأصل في الشروط الصحة.

الوليدة إذا بيعت والشرط فيها... إن عبد الله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية، واشترطت عليه أنك إن بعتهما فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فسأل عبد الله بن مسعود عمر بن الخطاب فقال (عمر) لا تقربها وفيها شرط لأحد (ش) مناقض لمقتضى العقد...».

فحمل هذا الأثر الذي يدل على النهي عن بيع وشرط عندهم على الشرط المناقض لمقتضى العقد...

ثانياً - اتساع دائرة الشروط الصحيحة في المذهب المالكي عنها في المذهب الحنفي:

بمقارنة المذهب الحنفي بالمالكي في الشروط المقترنة بالعقد يتضح لنا اتساع دائرة الشروط الصحيحة في المذهب المالكي عنها في المذهب الحنفي. فكلا المذهبين يقضي بصحة اشتراط ما يأتي:

- كل شرط يقتضيه العقد.

- كل شرط لا يقتضيه العقد، وفيه مصلحة العقد (شرط ملائم للعقد).

- كل شرط يترتب عليه قيام أحد المتعاقدين بعمل في المعقود عليه - غير

أن المذهب الحنفي جعل دليل القول بصحته العرف - وأورد الصدر المتعارفة في زمانهم، أما المذهب المالكي فقد كان أوسع من هذا حيث نص على صور أبطلها المذهب الحنفي لعدم جريان العرف بها كخياطة الثوب...

ويضيف المذهب المالكي إلى الشروط الصحيحة - دون المذهب الحنفي

- الشروط الآتية التي تحقق مصلحة لأحد المتعاقدين.

- كل شرط يترتب عليه قيام أحد المتعاقدين بعمل في غير المعقود عليه.

- اشتراط البائع منفعة المبيع مدة يسيرة.

- اشتراط منع المشتري من تصرف يسير في المعقود عليه.

- اشتراط منع المشتري من التصرف مطلقاً في المعقود عليه حتى يؤدي

الثمن.

- اشتراط إيقاع تصرف ناجز (بالمعقود عليه) فيه معنى من معاني

البر.

وإذا أضفنا إلى ذلك الآراء المرجوحة في المذهب المالكي والتي تقضي بصحة الشروط الآتية:

- اشتراط إسقاط حق من حقوق العقد (النوع الأول من القسم الثالث من الشروط الباطلة).

- اشتراط ما لا غرض فيه ولا مالية (النوع الثاني من القسم الثالث من الشروط الباطلة).

لاتسعت دائرة الشروط الصحيحة في المذهب المالكي اتساعاً كبيراً، حيث تشمل بذلك ما يحقق غرضاً وله قيمة مالية، وكذا ما لا غرض فيه ولا مالية، وفي هذا اعتداد بالشرط إلى أقصى حد؛ لأنه يعبر عن إرادة صاحبه.

ولا يبقى من الشروط الباطلة بعد هذا إلا بعض أنواع الشرط المنافي لمقتضى العقد والشرط الذي يخل بالثمن، والشرط الذي يخالف النص.

* أما المذهب الحنفي فإنه قد أبطل الشروط التي فيها منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه أو لغيرهما، أو فيها مضرة، أو لا منفعة فيها ولا مضرة، وجعل العقد فاسداً إذا ترتب على الشرط منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه الآدمي - منفعة لها مطالب بموجب العقد.

ومن هنا يتضح لنا الفرق بين المذهبين، المذهب المالكي يقر مباشرة مبدأ صحة الشرط إذا كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين، أما المذهب الحنفي فإنه لا يقرها إلا بدليل خاص كالنص أو العرف.

والسبب واضح وهو أن المذهب الحنفي قد أخذ بحديث النهي عن بيع وشرط، وجعله عاماً في جميع الشروط، ولم يستثن من حكمه إلا ما جاء به نص أو عرف كما أنه تأول حديث جابر وحديث بريرة، على أن الشرط لم يكن في العقد.

أما المذهب المالكي، فكما صرح فقهاء المذهب «عرف مالك الأحاديث كلها فاستعملها في مواضعها وتأولها على وجوهها»^(١) وأعمل كلاً منها في نوع معين من الشروط - كما رأينا فيما تقدم.

(١) «الشرح الكبير» للدسوقي (٦٥/٣).

ملاحظات على تقسيم الشروط في كلا المذهبين (الحنفي والمالكي):
قد وضح لنا أثناء تقسيم الشروط في المذهب المالكي أن هناك صعوبة
في تمييز وتبويب الشروط الصحيحة والشروط الباطلة، وقد أشار إلى هذا ابن
رشد في «بداية المجتهد» (١٥٩/٢):

وقد رأينا أن المسألة الواحدة فيها عدة آراء يتباعد بعضها عن بعض،
وفي بعض الأحيان لا يكون الرأي مقترناً بدليل.

أما المذهب الحنفي فقد كان في تقسيمه للشروط صحيحها وفاسدها
متناسكاً تمام التماسك، ومنطقياً في تقسيماته، فلم نجد صعوبة في فهم
الحكم في كل نوع من أنواع الشرط، كما أن الآراء فيه كانت محدودة ومقترنة
بأدلة واضحة، وغالباً ما يكون الاختلاف في الحكم أساسه العمل بالقياس
عند البعض، والاستحسان عند آخرين.

ثالثاً - المذهب المالكي لم يطبق قاعدة النهي عن صفتين في صفقة
تطبيقاً مطلقاً بإجازته الشروط الواردة آنفاً:

- شرط قيام البائع بعمل في المعقود عليه أو في غيره.
 - أو شرط البائع بعض منافع المبيع لمدة يسيرة.
 - أو شرط إيقاع تصرف في المعقود عليه فيه معنى من معاني البر.
- وستتناول هذا الموضوع تفصيلاً عند مقارنة آراء المذاهب.

المبحث الثالث

الشروط المقترنة بالعقد في المذهب الشافعي

ونجعل هذا المبحث في مطلبين:
المطلب الأول: الشروط الصحيحة.
المطلب الثاني: الشروط الباطلة.

* المطلب الأول *

الشروط الصحيحة

ويشتمل هذا المطلب على نوعين من الشروط:
النوع الأول: شرط فيه مصلحة العقد.
النوع الثاني: شرط يؤدي إلى إيقاع تصرف فيه معنى من معاني البر.

النوع الأول

شرط فيه مصلحة العقد

لقد أورد المذهب الشافعي^(١) عدة صور للشرط الذي يحقق مصلحة العقد نوضحها فيما يلي، ثم نبين حقيقته وأثره على العقد.

الأمثلة من عقد البيع:

يجوز اشتراط الأمور التالية:

(١) أن يشترط الخيار ثلاثة أيام.

(١) المراجع: «المجموع شرح المهذب» للنووي (٣٦٤/٩)، و«نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي (٦٠/٩)، و«الفرر البهية على متن البهجة» للشيخ زكريا الأنصاري (٤٢٨/٢).

(ب) ان يشترط لاجلاً، ولا بد أن يكون الأجل معلوماً، لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُوبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والأجل المسمى هو المعين، فإن كان الأجل مجهولاً لا يصح ويبطل العقد.

(ج) ان يشترط رهناً: يجوز للمتعاقد أن يشترط في العقد رهناً لقوله تعالى: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وأيضاً لحاجة الناس إلى صحة مثل هذا الشرط، ولا سيما في معاملة من لا يعرف حاله.

ويشترط لصحة اشتراط الرهن شيان:

أولهما: أن يكون الرهن معيناً، وتعيينه إما بمشاهدة الشيء المرهون أو بوصفه بوصف السلم^(١) - وذلك بأن تكون أوصافه معروفة للمتعاقدين مع عدلين على الأصح ليرجع إليهما عند التنازع - وأن يكون الشيء المشترط رهنه يمكن ضبط مقصوده، فإن كان لا ينضبط مقصوده، كما في الأشياء المختلطة - كالهريسة مثلاً - لا يصح - اشتراطه، فإن لم يكن المرهون معروف الأوصاف كما ذكرنا أو كان مجهولاً لا يصح.

ثانيهما: أن يكون المرهون شيئاً غير المعقود عليه^(٢).

فإن شرط المشتري رهن السلعة المباعة لا يصح؛ لأنه قد رهن ما لم يملكه بعد؛ ولأن مقتضى العقد تمكن المشتري من التصرف في ملكه، فلو شرط رهن السلعة المعقود عليها، كان هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد، سواء شرط أن يرهنه إياه بعد قبضه أم قبله.

أما إن رهنه بعد قبضه بلا شرط فإنه يصح^(٣).

(د) أن يشترط كفيلاً بالثمن أو بالثمن:

يجوز لأحد المتعاقدين أن يشترط في العقد كفيلاً بالثمن أو بالثمن؛ وذلك للحاجة إليه في التعامل.

(١) «نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي (٣/٢٢٨ - ٢٢٩، ٢٣٩).

(٢) «نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي (٣/٦٠).

(٣) «الفرر البهية» (٢/٤٢٨).

* ويشترط لصحة هذا الشرط أن يكون الكفيل معيناً^(١) وتعيينه يكون بأحد طريقين:

أولهما: أن يكون تعيينه بالاسم والنسب، وهذا قاطع في تحديد شخصية الكفيل وتعيينه.

ثانيهما: أن يكون تعيينه بالمشاهدة، وذلك لأن المشاهدة تعتبر طريقاً إلى البحث والمعرفة عن شخصية الكفيل، وترك البحث بعد المشاهدة يكون تقصيراً من المتعاقد، كما أن المظهر الخارجي للكفيل قد يكون عنواناً للباطن ولذا كانت المشاهدة طريقاً إلى تعيينه.

أما إذا كان تعيين الكفيل بوصفه بأنه موسر ثقة^(٢) فلا يكفي، ولا يصح الشرط، ويبطل العقد. وبالأولى إذا كان الكفيل مجهولاً.

* فإن شرط أحد المتعاقدين كفيلاً بدين آخر - غير الثمن والمثمن - بطل الشرط والعقد؛ لأنه قد شرط شرطاً مقصوداً لا يوجبه العقد وليس فيه مصلحة العقد فلا يصح.

(هـ) أن يشترط الشهادة:

وإنما جاز اشتراطها لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وكذلك لأن الحاجة تدعو إليها أيضاً توثيقاً للحقوق، وبعكس ما تقدم في اشتراط الرهن والكفيل يرى المذهب على الأصح^(٣) أنه لا يشترط تعيين الشهود؛ لأن الغرض من الشهادة ثبوت الحق، وثبوته يحصل بأي شهود عدول، وكذلك لا يشترط كون العوض في الذمة - خلافاً لاشتراط الرهن والكفالة كما سيأتي - بل يصح الإشهاد سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً؛ لأن الشهادة إنما تقع على الإقرار بالعقد بعد تمامه.

(١) خلافاً لابن «كج» الذي لا يشترط تعيين الكفيل، فإذا أطلق أقام من شاء كفيلاً، ورد عليه صاحب المجموع بأن هذا قول شاذ مردود؛ لأن الغرض يختلف به اختلافاً ظاهراً، «المجموع شرح المذهب» (٣٦٤/٩).

(٢) كما جاء في «شرح المنهاج» للرملي (٦٠/٣) في هذا الشأن «خلافاً للرافعي الذي يرى أن الوصف «بموسر ثقة - أولى من مشاهدة من لا يعرف حاله».

(٣) «فتح العزيز شرح الوجيز» (١٩٨/٨).

بعض الأحكام الأخرى التي يقرها المذهب بالنسبة لهذا النوع من الشرط:

ما يلزم لصحة اشتراط الاجل والرهن والكفالة:

يجب أن يكون الثمن أو المثلن - الذي شرط فيه التأجيل، أو اشترط أخذ رهن به أو كفيل - ديناً ثابتاً في الذمة، كما في الصرف: فلو صارفه دراهم بدراهم، أو دنانير بدنانير، كان كل منهما ثمناً ومثماً. فلو كان عيناً لا يصح؛ لأن الأعيان لا تقبل التأجيل ثمناً ولا مثماً ولا يرتهن بها، ولا تضمن أصالة، فلو قال المشتري: اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها لك في وقت كذا، أو أرهن بها كذا، أو يكفلني بها زيد، لم يصح، وكذا لو قال البائع: بعتك بهذه الدراهم على أن تسلمها لي في وقت كذا، أو على أن يكفلك بها فلان، أو ترهن بها كذا، فإن العقد باطل - لأن اشتراط مثل هذه الشروط إنما شرع لتحصيل ما في الذمة، والثمن أو المثلن إذا كان معيناً كان حاصلًا وموجوداً^(١).

حقيقة هذا النوع من الشرط:

يقرر المذهب الشافعي أن هذا النوع من الشرط:

- هو شرط لا يقتضيه العقد؛ لأنه لا يجب بنفس العقد.

- ولكنه شرط فيه مصلحة للعقد؛ لأنه يوثق موجب العقد إن كان المشروط

رهناً أو كفالة أو شهادة، ثم هو في مصلحة العاقد إن كان خياراً أو أجلاً.

الأدلة على صحته:

سبق أن أوضحنا أن هذا الشرط ثبتت صحته بالنص سواء كان خياراً أم

أجلاً، أم رهناً.

وقد يستدل للكفالة أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧]

وقوله: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ جِدُلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] وقوله ﷺ:

«الزعيم غارم».

(١) «نهاية المحتاج شرح المنهاج» (٦٠/٣)، و«الفرر البهية» (٤٢٨/٢).

ويضيف المذهب إلى كون هذه الشروط ثابتة بالنص، أنها تدعو إليها الحاجة، ولا شك أن حاجة الناس ماسة إلى مثل هذه الشروط، وخاصة إذا عرف عن أحد المتعاقدين المماثلة وعدم الوفاء بالحقوق، أو كان حديث عهد بالمعاملات ويخشى منه، فصحت مثل هذه الشروط تحقيقاً لمصلحة المتعاقدين وتوثيقاً لموجب العقد.

وبهذه الأدلة يرى المذهب تخصيص حديث النهي عن بيع وشرط - الذي يأخذ به - والذي يرى أيضاً أنه معلول بوقوع النزاع^(١)؛ لأن الشرط في العقد يترتب عليه المطالبة بالوفاء بهذا الشرط، وهذه المطالبة قد تؤدي إلى المنازعة التي تثور بعد العقد، وهذه المنازعة هي العلة التي من أجلها نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط.

وهذا الشرط الذي يحقق مصلحة العقد ويوثق موجبه لا يؤدي إلى النزاع، وإذا كان كذلك فإنه لا يكون منهيماً عنه.

أثر هذا الشرط:

هذا الشرط صحيح يلزم الوفاء به، فإذا تعذر ذلك كان لمشرطه الخيار: كما إذا لم يرهن المشتري ما شرط عليه رهنه - لتلفه، أو فواته، أو تصرفه فيه - أو قدم رهناً آخر غير الذي عينه في العقد ولو كان أعلى قيمة من المشروط. وكذا إذا لم يتكفل الشخص المعين الذي اشترط كفالاته، بأن امتنع عن الكفالة، أو مات قبل الكفالة، حتى ولو أقام المشتري للبايع ضامناً غيره موسراً ثقة.

وأيضاً إذا تعذر الإشهاد كأن مات المشتري قبل الإشهاد، أو امتنع من الإشهاد.

ففي جميع هذه الحالات متى تعذر تقديم الرهن أو الكفيل أو الشهادة للبايع أو للمشتري الخيار لفوات شرطه، والخيار على الفور؛ لأنه خيار نقص، ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بالمشروط والوفاء به، لزوال الضرر بالفسخ، فإن اختار الفسخ فذاك، وإن أجاز لزم البيع ولا خيار.

(١) «الغرر البهية» (٢/٤٢٧).

النوع الثاني

شرط إيقاع تصرف في المعقود عليه فيه معنى من معاني البر

الصور التي أوردها المذهب لهذا النوع^(١) من الشرط:

ونعرض هذه الصور في ثلاث مجموعات باعتبار حكم الشرط في كل

صورة منها:

(أ) شرط صحيح على الأصح في المذهب:

كما لو باع عبداً واشترط على المشتري عتقه فوراً - مطلقاً أو عن

المشتري - .

(ب) شرط قيل بصحته:

١ - باع عبداً واشترط على المشتري أن يعتقه غداً أو نحوه.

٢ - باع عبداً واشترط على المشتري أن يدبره أو يكاتبه أو يقفه.

٣ - باع عبداً واشترط على المشتري العتق وكان العبد قريباً للمشتري.

٤ - باع عبداً واشترط على المشتري أن يعتق بعضه وكان القدر معيناً -

نصفه أو ربعه . . (وقيل لا يشترط)^(٢).

٥ - اشترى داراً بشرط أن يقفها^(٣).

(ج) شرط باطل:

١ - باع عبداً بشرط أن يعتقه عن البائع أو عن أجنبي عن العقد.

٢ - باع عبداً بشرط أن يعتق عبداً آخر.

تحليل لهذه الصور على ضوء ما ورد في كتب المذهب:

إذا استعرضنا هذه الصور التي أوردها المذهب لهذا النوع من الشرط

يتبين لنا منها ما يلي:

(١) «الغرر البهية» (٢/٤٣٢).

(٢) «نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي (٣/٦٩).

(٣) «المجموع شرح المذهب» للنووي (٩/٣٦٦).

أولاً: أنها شروط تخالف مقتضى العقد: لأن مقتضى العقد أن يمتلك المشتري محل العقد، وأن يكون حراً في تصرفه فيه بما يشاء من التصرفات، وكذلك الأمر بالنسبة للبائع في الثمن، فإذا اشترط البائع على المشتري إيقاع تصرف معين في المبيع يترتب عليه إخراجه من ملكه (سواء أكان ذلك باسئراط عتقه أو تدبيره أو كتابته. أو وقفه...) كان هذا الشرط مخالفاً لمقتضى العقد.

ثانياً: أن الهدف من اشئراط إيقاع هذه التصرفات هو تحقيق معنى من معاني البر؛ لأنها تؤدي إلى تحرير الأرقاء - حالاً أو مالاً - كما في العتق أو التدبير أو الكتابة، أو نفع فقراء المسلمين - حالاً أو مالاً - كما في الوقف. وهذا المعنى يرغب الشارع في وقوعه.

ثالثاً: إن صحة هذا النوع من الشرط ثبتت استثناء من الشروط المنافية لمقتضى العقد - التي سيأتي بيان حكمها - وذلك بحديث بريرة رضي الله عنه فقد جاء في «الصحيحين» أن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة، وشرط مواليها أن تعتقها ويكون ولاؤها لهم، فلم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم إلا شرط الولاء لهم بقوله: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله صلى الله عليه وسلم، ما كان من شرط ليس في كتاب الله صلى الله عليه وسلم فهل باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقول أحدهم: أعتق فلاناً والولاء لي، إنما الولاء لمن أعتق...»^(١).

فمن هذا الحديث عرفنا بطلان شرط الولاء، كما عرفنا صحة شرط العتق إلا أن مورد النص كان عتقاً كاملاً (غير مبعوض) ناجزاً (غير مضاف إلى المستقبل) عتقاً مطلقاً (أو عن المشتري) (لا عن البائع أو عن أجنبي) عتق المبيع (لا عتق عبد آخر) عتقاً يمكن الوفاء به (لأن القريب يعتق بالشراء ولا يحتاج إلى الإعتاق).

ومن هنا كان الخلاف في حكم هذا الشرط في الصور المخالفة لمورد النص.

(١) أخرجه مسلم «صحيح مسلم شرح النووي» (١٠/١٣٩) - ط الأولى.

رابعاً: الخلاف في حكم اشتراط العتق الناجز: وردت في المذهب قوال في حكم هذا الشرط:

الأول: وهو الصحيح المشهور، والذي نص عليه الشافعي في^(١) معظم كتبه، أن البيع صحيح والشرط لازم يجب الوفاء به.
والثاني: يصح البيع ويبطل الشرط فلا يلزمه عتقه.
والثالث: يبطل الشرط والبيع جميعاً كغيره من الشروط المنافية لمقتضى العقد كما لو شرط بيعه أو هبته.

ويرجع سبب هذا الخلاف إلى أن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد والشروط المنافية لمقتضى العقد باطلة في المذهب.

فالقائل بعدم صحة هذا الشرط يسير مع القاعدة التي تقضي ببطلان الشروط المنافية لمقتضى العقد استناداً إلى حديث النهي عن بيع وشرط.

فإن قيس عقد البيع المقترن بهذا الشرط على عقد النكاح بطل الشرط وصح العقد؛ لأن عقد النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة.

وإن لم يقس عليه كان شرطاً منافياً لمقتضى العقد مثله كمثل من شرط على المشتري أن يبيع المبيع أو يهبه، فيبطل البيع والشرط^(٢).

أما القائل بصحة هذا الشرط فإنه يجعل صحته استثناء (من حكم الشروط المنافية لمقتضى العقد) ثبت بحديث بريرة رضي الله عنها - كما صرح بذلك صاحب الغرر البهية - ولأن الشارع يتشوف إلى حرية الأرقاء؛ ولأن هذا الشرط فيه منفعة للمشتري في الدنيا - بثبوت الولاء له - وفي الآخرة - بنيله الثواب - كما أن فيه منفعة للرفيق وذلك بتحريره من الرق، وفيه منفعة للبائع - حيث لا يحرم ثواب تسببه في وقوع هذا الخير. فهذا الشرط فيه مصلحة للمتعاقدين والمعقود عليه وللمجتمع. وهذا الرأي هو الصحيح المشهور في المذهب، إلا أنه لا يشمل جميع صور العتق الناجز، بل هناك صور تخرج عن

(١) «المجموع شرح المذهب» للنووي (٣٦٤/٩).

(٢) «نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي (٦٢/٩)، ويراجع: «فتح العزيز شرح الوجيز» (٢٠١/٨).

هذا الحكم. إن صور العتق الناجز تشمل أيضاً بجانب الصور التي ذكرناها ما لو باعه بشرط عتق المبيع - فوراً - عن البائع أو عن شخص أجنبي عن العقد، فإن شرط ذلك يبطل البيع؛ لأنه ليس في معنى ما ورد به الخبر عن بريرة رضي الله عنها. وكذلك الحكم لو شرط إعتاق غير المبيع، لانتفاء كون هذا الشرط من مصلحة العقد.

خامساً: حكم اشتراط العتق غير الناجز، وغيره من أعمال البر
قد بينا آنفاً حكم اشتراط العتق الناجز، ونبين هنا حكم اشتراط العتق غير الناجز، أو اشتراط تصرف آخر من التصرفات التي تتميز بالبر - كما في الأمثلة (ب). وللمذهب الشافعي رأيان في هذا الشرط:

أولهما: وهو الأصح في المذهب: عدم صحة البيع والشرط: وذلك لعدم حصول ما يتشوف الشارع إليه من العتق الناجز؛ ولأنها شروط تنافي موجب العقد، كما أن في صورة اشتراط عتق قريبه، لم يصح البيع لتعذر الوفاء بالشرط، لكونه يعتق عليه قبل إعتاقه.

والثاني: أنه قد قيل بصحة هذه الشروط:

فقد جاء في «المجموع شرح المهذب» للنووي (٣٦٦/٩): «لو اشتراه بشرط أن يدبره أو يكاتبه أو يعتقه بعد شهر أو سنة أو يعلق عتقه أو اشترى داراً بشرط أن يقفها فطريقان: أصحهما: القطع ببطلان البيع، والثاني: أنه على الخلاف في شرط الإعتاق».

ومن هذا يتبين لنا أن بعض فقهاء المذهب يرى أن يسوي في الحكم بين شرط العتق الناجز، وشرط إيقاع تصرف بمحل العقد فيه معنى من معاني البر سواء أكان عتقاً مؤجلاً، أم تدبيراً أم كتابة أم وقف دار، فالمشروط في الجميع عمل من أعمال الخير فيكون الحكم واحداً.

وكذا قيل بصحة الشرط والعقد، إذا كان البائع قد اشترط على المشتري عتق العبد المبيع، وكان قريباً للمشتري؛ لأن القول بصحة البيع والشرط يحقق العتق للعبد القريب له، وفي هذا تحقيق لرغبة الشارع.

أما لو قلنا بعدم صحة البيع بهذا الشرط متعللين بأنه يتعذر على المشتري الوفاء بالشرط؛ لأن العتق يتم بمجرد الشراء، فإن هذا الحكم يؤدي إلى أن

يظل القريب رقيقاً، في الوقت الذي تمتع غيره فيه بالحرية لو اشترى بشرط الإعتاق.

ويمكن أن يعتبر الإقدام على شراء العبد - وهو يعلم أنه قريب له - بمنزلة قوله - أنت حر، ويكون شرطه توكيداً للمعنى^(١).

أثر هذا الشرط:

يثبت للبائع إن كان حياً، ولوارثه إن كان ميتاً مطالبة المشتري بالإعتاق إذا لم يقم بالوفاء بالشرط، وذلك لأنه إن كان الإعتاق حقاً له فظاهر أنه يطالب بحقه، وإن كان حقاً لله تعالى فالبائع يثاب على هذا الشرط، وله غرض في تحصيله، ولذلك قد يسامح في الثمن في مقابل هذا الشرط.

ويجبر القاضي المشتري على الإعتاق إن امتنع عنه، ولا يثبت الخيار للبائع بناء على أن الحق فيه لله تعالى، فإن أصر على الامتناع أعتق عليه القاضي^(٢).

ويمكن أن يطبق هذا الحكم على بقية الشروط التي يقال بصحتها.

*** المطلوب الثاني ***

الشروط الباطلة في المذهب الشافعي

ونجعل هذا المطلوب في قسمين:

القسم الأول: الشروط الباطلة التي تبطل العقد.

القسم الثاني: الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد.

القسم الأول

شروط باطلة تبطل العقد

وهذا القسم يشتمل على نوعين من الشروط: شروط تؤدي إلى مخالفة الشرع، وشروط تنافي مقتضى العقد، ونورد فيما يلي تفصيل كل من النوعين:

(١) «نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي (٣/٦٣).

(٢) «الفرر البهية» (٢/٤٣٢).

النوع الأول

شرط يؤدي إلى مخالفة الشرع

ونحاول أن نجعل صور هذا النوع من الشرط في مجموعات ثلاث:

الأولى: للشرط الذي يخالف النص.

الثانية: للشرط الذي يؤدي إلى محذور.

الثالثة: للشرط الذي يؤدي إلى إيجاب ما ليس بواجب.

وذلك تيسيراً للبحث والمقارنة إذ الجميع يتفق في أنه يؤدي إلى مخالفة المشروع، وإن كان كل نوع منها يخالف الآخر في تكييفه الفقهي.

المجموعة الأولى - شرط خالف النص:

جاء في «الغرر البهية» للشيخ زكريا الأنصاري (٤٣٣/٢) في هذا الشأن:

ولو شرط مع العتق الولاء له، لم يصح البيع؛ لمخالفته ما تقرر في الشرع من أن الولاء لمن أعتق، وأما قوله ﷺ في خبر بريرة لعائشة: «واشترطي لهم الولاء» فأجاب عنه الأقل بأن راويه «هشاماً» تفرد به، فيحتمل على وهم وقع فيه؛ لأنه ﷺ لا يأذن فيما لا يجوز، والأكثر بأن الشرط لم يقع في العقد، وبأنه خاص بقصة عائشة لمصلحة قطع عادتهم، كما خص فسخ الحج إلى العمرة بالصحابة لمصلحة في جوازها في أشهره، وبأن «لهم» بمعنى «عليهم» في «وإن أسأتم فلها»^(١).

الحكم الذي يستفاد من النص:

يتبين لنا من هذا النص أن المذهب الشافعي يرى أن اشتراط ما يخالف ما تقرر في الشرع - كاشتراط أن يكون الولاء لغير المعتق - باطل استناداً إلى ما جاء في خبر بريرة، حيث أجاز الرسول عليه الصلاة والسلام شرط العتق، وأبطل شرط الولاء، وقال: «الولاء لمن أعتق» ونظراً إلى أن وقوع شرط الولاء في خبر بريرة لم يبطل البيع، بل صح البيع وبطل الشرط، والشافعية

(١) أي في قوله تعالى: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء: ٧].

يرون أن اشتراط هذا الشرط يبطل العقد فقد أجابوا عن عدم بطلان البيع في هذا الخبر بما يأتي:

أولاً - من حيث السند: قالوا إن الرواية التي ورد فيها «واشترطي لهم الولاء» قد انفرد بها هشام، فيحتمل أن يكون قد وقع في وهم؛ لأنه ﷺ لا يأذن فيما لا يجوز - وبهذا أجاب الأقل.

ثانياً: نفى أن هذا الشرط قد وقع في العقد بل كان سابقاً على العقد أو متأخراً عنه.

ثالثاً: التسليم بوقوع الشرط في العقد، ولكن هذا الحكم كان خاصاً بقصة السيدة عائشة مع بريرة رضي الله عنها وذلك ليقطع العادة التي كانوا عليها من جواز اشتراط أن يكون الولاء لغير المعتق، وذلك كما خص الشارع فسخ الحج إلى العمرة بالصحابة لبيان أنها جائزة في أشهر الحج.

رابعاً - تفسير لغوي: وهو أن يقال: إن لهم في «واشترطي لهم الولاء» بمعنى عليهم كما في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧] وهذا التفسير عن الشافعي رضي الله عنه والمزني وغيرهما.

المجموعة الثانية - شرط يؤدي إلى محذور:

(أ) إذا اشترط المتعاقد على الآخر أمراً يؤدي قطعاً إلى الوقوع في معصية أو ارتكاب أمر غير مشروع، كما لو اشترط عليه أن يجعل في الإناء محرماً كخمر مثلاً، أو أن يقطع بالسيف الطريق، أو يعاقب العبد بما لا يجوز فإنه لا يصح الشرط ويفسد العقد^(١).

(ب) فإن كان تحقق الشرط غير قاطع في اقتراف المعصية، لجوازه بوجه من الوجوه، كما لو باع ثوب حرير، وشرط على المشتري أن يلبسه من غير زيادة على ذلك، فإنه لا يفسد العقد؛ لأنه لم تتحقق المعصية فيه لجوازه في الجملة بسبب عذر كمرض أو حرب^(٢).

(١) «نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي (٦٥/٣).

(٢) «نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي (٦٥/٣).

فإن شرط عليه أن يلبس الثوب الحرير في غير مرض ولا حاجة^(١)، كان الشرط قاطعاً في أنه يؤدي إلى محرم، فلا يصح العقد.

وطبيعي أنه إذا كان الشرط متفقاً مع ما تقرر في الشرع فإنه يكون صحيحاً جاء في «نهاية المحتاج شرح المنهاج» (٦٥/٣) ولو باعه إناء بشرط ألا يجعل فيه محرماً، أو سيفاً بشرط ألا يقطع به الطريق أو عبداً بشرط ألا يعاقبه بما لا يجوز صح البيع ويقاس به ما في معناه.

المجموعة الثالثة - شرط يؤدي إلى الإلزام بما ليس بلازم شرعاً:

الأمثلة:

إذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر أمراً يؤدي - لو صح - إلى إيجاب ما ليس بواجب كما لو:

١ - باعه عبداً بشرط أن ينفق عليه كذا وكذا (قدرأ معيناً) أو يجمع بين آدمين^(٢) أو نوعين من الأطعمة.

٢ - أو باعه بشرط أن يصلي النوافل، أو يصوم غير رمضان، أو يصلي الفرائض في أول أوقاتها.

فإن هذا الشرط يبطل ويبطل العقد في المذهب الشافعي.

تحليل لصور هذا الشرط:

ففي المثال الأول: الواجب على المشتري شرعاً إطعام العبد بالقدر الذي يكفي، في حدود مقدرة المشتري، أما إذا كان الشرط يحدد قدرأ معيناً لإطعام العبد، كما لو شرط عليه أن ينفق عليه كذا وكذا أو يقدم له آدمين، أو نوعين من الطعام، فقد أوجب على السيد ما ليس بواجب عليه، وما قد يعجز المشتري عن الوفاء به في مستقبل حياته، لذلك كان الشرط باطلاً مبطلاً للعقد، وهذا بخلاف ما لو شرط عليه ألا يأكل إلا كذا، أو لا يلبس إلا كذا، فإن المشروط من جنس

(١) «حاشية الشبراملسي» على نفس المرجع (٦٥/٣).

(٢) «الآدم» و«الآدام» ما يؤتدم به، تقول منه. آدم الخبز باللحم من باب ضرب، مختار الصحاح.

ما يجب عليه في الجملة فلا يكون مخالفاً له، إذ الواجب عليه أن يتفق على العبد من جنس ما يجب عليه بالقدر الذي يكفيه، وقد شرط على المشتري أداء النفقة الواجبة من أحد الأنواع التي تتأدى النفقة ببعضها، فيصح العقد، ولا يلزم الوفاء بالشرط؛ لأن الواجب أحدها لا على طريق التعيين، فأشبهه خصال الكفارة، حيث لا يتعين أحدهما بالتعيين^(١) وأيضاً فهو شرط لا يتعلق به غرض عرفاً، لانتفاء غرض البائع بعد خروجه عن ملكه في تعيين غداء له، مع أنه يحصل الواجب عليه من إطعامه، وكل شرط لا يتعلق به غرض عرفاً يبطل ولا يبطل العقد - وسيأتي إيضاح هذا النوع في القسم الثالث من الشروط في المذهب.

وأيضاً في المثال الثاني يتضح لنا أن الأمر المشروط من الأمور غير الواجبة شرعاً، إذ أن الشارع قد جعل هذه الأمور مندوبة، وليست واجبة والشرط - لو صح - لحولها من عدم الوجوب إلى الوجوب، فأوجب الشرط على المشتري ما ليس بواجب عليه شرعاً، وكل ما كان كذلك يبطل العقد.

مقارنة بين المثالين: الفرق بين المثال الأول والمثال الثاني، أن اشتراط النفقة مطلقاً - في المثال الأول - اشتراط لأمر واجب شرعاً، فالشرط لا يغير من الواقع شيئاً كاشتراط ما يقتضيه العقد، أما اشتراط قدر معين من النفقة فإنه إلزام بما ليس بلازم، فيكون باطلاً مبطلاً للعقد، بخلاف ما لو اشترط نوعاً معيناً كالأكل إلا الهريسة، فإنه يبطل ويصح العقد؛ لأنه شرط لا يتعلق به غرض عرفاً، وفي المثال الثاني: صلاة النوافل، وصوم غير رمضان، والصلاة في أول الوقت، أمر مندوب إليه أصلاً وليس واجباً على المكلف، فاشتراطه إلزام بما ليس بلازم شرعاً فكان باطلاً مبطلاً للعقد.

نتائج دراسته صور المجموعات الثلاث:

اتضح لنا مما تقدم أن صور هذه المجموعات الثلاث (شرط خالف النص، أو يؤدي إلى محذور، أو إلى الإلزام بما لا يلزم) جمع بينها أساس واحد، وهو: أنها شروط تؤدي إلى مخالفة ما تقرر شرعاً. وإن كل شرط يؤدي إلى هذا يكون باطلاً مبطلاً للعقد في المذهب الشافعي.

(١) «الفرع البهية» (٤٢٧/٢) (حاشية).

النوع الثاني

شرط ينافي مقتضى العقد

صور هذا الشرط، وحقيقته، وحكمه، وأثره:

الصور المختلفة للشرط المنافي لمقتضى العقد^(١):

ونضع الصور التي أوردها المذهب لهذا النوع من الشرط في مجموعات ثلاث، وذلك لأن هذا الشرط إما أن يترتب عليه منع من تصرف أو منع من انتفاع عام أو خاص، أو يترتب عليه القيام بعمل في محل العقد أو في غيره أو يؤدي إلى إيجاب تصرف في محل العقد أو في غيره. وهذا النوع من الشرط يظهر في عقود البيع والإجارة، والنكاح، والرهن، والحوالة، والضمان، والكفالة، والشركة، والمساقاة، والقراض، والعارية، والوقف، والهبة، ونورد فيما يلي بعضاً من صورته:

المجموعة الأولى: شرط يؤدي إلى المنع من التصرف، أو من الانتفاع بمحل العقد مطلقاً أو لمدة أو فترة معينة وذلك يشمل:

١ - كل شرط يؤدي إلى المنع من الانتفاع بمحل العقد مطلقاً، وذلك كما لو باعه بشرط ألا ينتفع بمحل العقد، أو ألا يقبضه، أو ألا يسلمه إليه حتى يستوفي الثمن، وكان الثمن مؤجلاً. أو بشرط ألا يسافر به، أو بشرط ألا يطأها.

- وكما لو شرطت الزوجة على الزوج في عقد النكاح ألا تسلم نفسها، أو ألا يطأها، أو أن يطأها مرة واحدة، أو شرطت أن يطلقها^(٢).

(١) يراجع: «المجموع شرح المذهب» (٣٦٧/٩)، و«نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي (٥٩/٣)، و«الفرر البهية» (٤٢٦/٢).

(٢) بحوث في الفقه المقارن لفضيلة الشيخ مصطفى مجاهد (ص ١٨٦) حيث يترتب على هذا الشرط في عقد النكاح بطلان الشرط والعقد؛ لأنها شروط تنافي المقصود الأصلي للعقد.

أما لو شرط لها ألا يخرجها من دارها، أو بلدها، أو لا يسافر بها أو لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى بها، فإن الشرط يبطل ويصح العقد؛ لأن هذه الشروط تنافي مقتضى العقد، ولا تنافي المقصود الأصلي للعقد يراجع: كتاب «الأم» للشافعي (٦٥/٥) (ط - أ).

. - وكما لو شرط المرتهن ألا يباع الشيء المرهون عند الحاجة، أو شرط المرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون أو شرط في القراض (المضاربة) ألا يبيع إلا من زيد، أو لا يشتري إلا من فلان، أو شراء نوع يندر وجوده^(١) أو شرط في الشركة ألا يتصرف أحدهما في نصيب نفسه.

٢ - كل شرط يؤدي إلى استثناء بعض منافع محل العقد لمدة معينة:

وذلك كما إذا باع دابة واشترط ظهرها مدة. أو باع داراً واشترط سكنها مدة.

٣ - كل شرط يؤدي إلى المنع من التصرف في محل العقد، وذلك ما لو باعه شيئاً بشرط ألا يتصرف فيه، أو ألا يبيعه، أو على ألا يبيعه من فلان^(٢) أو لا يؤجره، أو لا يعتقه.

المجموعة الثانية: شرط يؤدي إلى قيام أحد المتعاقدين، أو غيرهما^(٣) بعمل في محل العقد أو في غيره. ومن أمثله:

١ - اشتراط القيام بعمل في محل العقد، كما لو باع ثوباً بشرط أن يخيطه له، أو اشترى حطباً على دابة بشرط إيصاله إلى منزله، أو اشترى فلعة (جلدة نعل) بشرط أن يحذوها البائع له (يجعلها حذاء) أو اشترى زرعاً بشرط أن يحصد البائع الزرع.

٢ - اشتراط القيام بعمل في غير محل العقد، كما لو اشترى ثوباً بشرط أن يبنى له حائطه.

المجموعة الثالثة: شرط يؤدي إلى إيجاب تصرف في محل العقد أو في غيره. وذلك يشمل:

(أ) كل شرط يؤدي إلى إيجاب تصرف معين في محل العقد لمصلحة أحد المتعاقدين، أو لمصلحة الغير:

(١) «مغني المحتاج» (٢/٢٨٨)، ويراجع: في «الحوالة» (ص١٨٢) أيضاً، وفي «الشركة» (ص٢٠١).

(٢) «الغرر البهية» (٢/٤٢٧).

(٣) «حاشية العلامة الشبراملسي» هامش «نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي (٣/٥٨).

أما اشتراط ما يحقق مصلحة أحد المتعاقدين، فهو: كما لو باعه عبداً بشرط أن يبيعه منه^(١). أو باع عبداً بشرط أن يعتقه المشتري عن البائع أو اشتراه بشرط أن يدبره أو يكاتبه أو يعتقه بعد شهر أو سنة^(٢) أو اشترى داراً بشرط أن يقفها.

وأما اشتراط ما يحقق مصلحة الغير: فهو كما لو باع عبداً بشرط أن يعتقه عن أجنبي عن العقد.

(ب) شرط يؤدي إلى إيجاب تصرف في غير محل العقد، وهو إما أن يكون لمصلحة أحد المتعاقدين أو للغير.

أما اشتراط ما فيه مصلحة لأحد المتعاقدين: فهو كما إذا باع داراً بشرط أن يبيع له شيئاً آخر، أو يشتري منه، أو بشرط أن يقرضه مائة درهم، أو يؤجره كذا، أو يعيره كذا. أو باع عبداً بشرط إعتاق عبد آخر غير المبيع. أو أعاره فرسه بشرط أن يعيره فرسه، أو اشترط في عقد المساقاة أن يقوم العامل بحفر بئر^(٣).

وأما اشتراط تصرف يحقق مصلحة للأجنبي عن العقد: فهو كما إذا باعه بشرط أن يبيع فلاناً داره بكذا. أو اشترى سلعة بشرط أن يشتري من فلان كذا بكذا^(٤)، أو اشترط في المساقاة أن يكون بعض الثمر لغيرهما. أو اشترط في القراض أن يكون المال في يد غير العامل.

حقيقة هذا النوع من الشرط: يتبين لنا من هذه الصور جميعها أنها تتفق في:

(أ) أنها شروط لا يقتضيها العقد لأنها لا تجب بنفس العقد.

(ب) أنها شروط تنافي مقتضى العقد، وذلك لأن العقد يقتضي التصرف

(١) «الفرر البهية» (٤٢٧/٢).

(٢) «المجموع شرح المذهب» للنووي (٣٦٦/٩) وقد سبق أن بينا حكم الشرط الذي فيه معنى من معاني البر في الشروط الصحيحة من البحث.

(٣) «مغني المحتاج» (٢٤٧/٢)، (ص ٣٠٣).

(٤) «نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي (٥٨/٩).

المطلق في محل العقد، واشتراط منع المتعاقد من التصرف أو الانتفاع بمحل العقد منعاً تاماً، أو لمدة، أو إلزامه بعمل آخر في محل العقد، أو في غيره، أو تصرف جديد فيه أو في غيره، كل هذه الشروط لا يقتضيها العقد، وتنافي مقتضى العقد.

(ج) أنها شروط ليس فيها مصلحة العقد، وقد سبق أن أوضح المذهب أن الشرط الذي فيه مصلحة العقد، هو الذي يوثق موجب العقد كاشتراط رهن بالثمن أو المثمن أو كفالة أو شهادة.

أما هذه الشروط فإنها لا توثق موجب العقد.

(د) أنها شروط فيها غرض مقصود لأحد المتعاقدين أو كليهما، وهذا الغرض لا يوجب العقد ولا يقتضيه.

حكم الشرط المنافي لمقتضى العقد: قد اختلفت آراء الشافعية في حكم هذا النوع من الشرط إلى ثلاثة آراء، رأى بطلان العقد والشرط، وآخر يبطلان الشرط وصحة العقد، وثالث بصحة بعض الشروط وصحة العقد:

بطلان الشرط والعقد:

الأصح في المذهب الشافعي بطلان الشروط المنافية لمقتضى العقد وبطلان العقد^(١) الذي اقترنت به - سواء أكان الشرط في نفس العقد أم بعده وقبل لزومه - بخلاف ما لو تقدم عليه ولو في مجلسه - حتى ولو حذف العاقدان الشرط المفسد للعقد، ولو في مجلس الخيار، فإن العقد لا ينقلب بذلك صحيحاً حيث لا عبرة بالعقد الفاسد.

* وقيل: ببطلان الشرط وصحة العقد في رواية عن الإمام الشافعي:

(١) ويستثنى شرط العمري والرقبي، حيث يلفو الشرط وتكون العين للمعمر - بفتح الميم - والمرقب - بفتح القاف - باسم المفعول فيهما - ولورثتهما من بعدهما، ويقول الباجوري في «حاشيته على شرح ابن القاسم» (ص ١٨٨ - ط المعاهد الأزهرية ١٩٦٥) وليس لنا موضع يصح فيه العقد ويلغو فيه الشرط الفاسد المنافي لمقتضاه إلا هذا، كما قاله الحلبي. وهذا القول بإطلاقه يعترضه عقد النكاح، حيث يبطل الشرط المنافي لمقتضى العقد ويصح العقد - كما أشرنا آنفاً - ومثل ما ذكره الباجوري ما جاء في «مغني المحتاج على متن المنهاج» (٢/ ٣٧٠) في باب الهبة نقلاً عن البلقيني.

جاء في «المجموع شرح المذهب» (٣٦٨/٩) حكى أمام الحرمين والرافعي وغيرهما قولاً غريباً حكاه أبو ثور عن الشافعي: أن البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة بحال، بل يلغو الشرط ويصح البيع، لقصة بريرة رضي الله عنها وهذا ضعيف...». وهذا الاتجاه ظهر في عقود الرهن، والكفالة، والحوالة إذا اشترط فيها ما ينافي مقتضاها.

* قول بصحة استثناء بعض منافع المبيع مدة معلومة: حكى القاضي أبو الطيب عن ابن خزيمة وابن المنذر «المجموع شرح المذهب» (٣٦٩/٩) القول بصحة الشرط الذي يوجب انتفاع البائع بالمبيع مدة معلومة، كركوب الدابة وسكنى الدار المبيعة، وذلك عملاً بحديث جابر رضي الله عنه: أنه باع جملًا وشرط ظهوره إلى المدينة.

ولكن المشهور في المذهب بطلان الشرط والعقد.

* قول بصحة اشتراط القيام بعمل في محل العقد: وذلك كمن اشترط أن يقوم البائع بعمل في المبيع، كخياطة الثوب، أو حصد الزرع، وإنما وقع الخلاف في صحة هذا الشرط، نظراً لأن العمل في المبيع وقع تابعاً له، فاغتفر فيه ما لم يغتفر في غيره.

والأصح في المذهب بطلانه؛ لأن العقد قد اشتمل على شرط عمل فيما لم يملكه المشتري، حيث إن الملك لا يتم إلا بعد تمام العقد، والعقد وقت الشرط لم يتم إبرامه، فكان الشرط واقعاً على شيء غير مملوك للمشتري. [شرح المنهاج للرملي (٥٨/٣)].

أثر هذا الشرط:

وبناء على الرأي الأصح في المذهب وهو بطلان الشرط والعقد، فإنه يترتب على ذلك - في عقد البيع - أنه إن قبض المشتري المبيع لم يملكه؛ لأنه قبض في عقد فاسد... فإن كان باقياً رده، وعليه مؤنة رده، وإن هلك ضمنه بالمثل إن كان مثلياً، وبأقصى القيم في المتقوم من وقت القبض إلى وقت التلف. ولا يجوز حبسه لاسترداد الثمن، ولا يتقدم به على سائر الغرماء، ولا يرجع بما أنفق عليه، وإن لم يعلم بالفساد^(١).

(١) «الفرغ البهية» (٤٣٥/٢)، و«نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي (٥٨/٣ - ٥٩).

وقيل: يضمن قيمته يوم التلف؛ لأنه مأذون في إمساكه، فضمن قيمته يوم التلف كالعارية. وقد ضعف هذا الرأي، نظراً لأنه قبض مضمون في عين يجب ردها.

وقيل: يضمن قيمته يوم القبض - وقد قيل: عن هذا الرأي إنه غريب^(١).

الأدلة التي ساقها المذهب لبطلان هذا الشرط وبطلان العقد:

استدل المذهب على بطلان هذا النوع من الشرط بما يأتي:

(أ) من الأحاديث:

١ - أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط، رواه عبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

٢ - وروى أبو داود بهذا السند «لا يحل سلف وبيع، ولا شرط وبيع» وظهرها امتناع كل شرط^(٢).

(ب) من الآثار:

١ - أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه «اشتري جارية من امرأته: زينب الثقفية. وشرطت عليه أنك إن بعته فهي لي بالثمن، فاستفتى عبد الله عمر رضي الله عنه، فقال: لا تقربها وفيها شرط لأحد»^(٣).

٢ - أن عبد الله (بن مسعود) اشترى جارية واشترط خدمتها، فقال له عمر رضي الله عنه: «لا تقربها وفيها مشوية».

ومن هذه الأحاديث والآثار يتبين لنا فساد كل الشروط التي تقترن بالعقد، إلا أن العلة في النهي عن بيع وشرط هي ما يؤدي إليه الشرط من المطالبة - بعد تمام العقد - بما أوجبه الشرط؛ لأنه قد يترتب على هذه المطالبة أن يثور النزاع بين المتعاقدين، وقد يفضى هذا إلى فوات المقصود من العقد، وهو استقرار التعامل، وإذا أفضى الشرط إلى عدم استقرار

(١) راجع: «المجموع شرح المذهب» للنووي (٣٦٩/٩ - ٣٧٠).

(٢) «الفرر البهية» (٤٢٦/٢ - ٤٢٧)، وسيأتي تحقيق هذه الأحاديث عند المقارنة.

(٣) «المجموع شرح المذهب» (٣٦٧/٩).

التعامل، كان فاسداً، فحيثما وجدت المطالبة بالشرط بعد العقد لم يصح العقد، وإذا انتفت صح العقد.

ولذا فإن الشرط الذي لا غرض منه لاغ لا يفسد العقد (وسياتي بيانه)؛ لأنه لا تترتب عليه مطالبة، وأما الشرط الذي يقتضيه العقد فهو صحيح؛ لأن اشتراطه وعدمه سواء، وكذا الشرط الذي فيه مصلحة العقد صحيح؛ لأنه ثبت بالنص، ولحاجة الناس إليه في التعامل؛ ولأنه يؤكد موجب العقد ويوثقه، فخصص به حديث النهي عن بيع وشرط.

(ج) كما أنه شرط لم يبين على التغليب، وليس من مصلحة العقد ولا يقتضيه العقد، وأنه شرط ينافي مقتضى العقد، وفيه غرض مقصود لأحد المتعاقدين، وهذا الغرض لا يوجب العقد ولا يقتضيه، فكان باطلاً مبطلاً للعقد.

القسم الثاني

الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد

وهذا القسم يضم نوعاً واحداً من الشروط وهو الشرط الذي لا غرض فيه :

شرط لا غرض فيه

أمثله - حقيقته - حكمه:

أمثلة للشرط الذي لا غرض فيه^(١):

ومن أمثلة هذا النوع من الشرط ما إذا باعه عبداً بشرط ألا يأكل إلا الهريسة، أو لا يأكل إلا كذا، أو باعه بشرط ألا يلبس إلا الخنز أو الكتان أو

(١) المراجع: «نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي (٦٥/٩).

- «فتح العزيز شرح الوجيز» (٢٠٥/٨)، و«مغني المحتاج» (٣٣/٢)، و(ص ١١٥)، (٢١٢/٣).

- «الأشباه والنظائر للسيوطي» (ص ٤٥٣)، «الفرر البهية» (٤٢٧/٢)، و«المجموع شرح المذهب» للنووي (٣٦٤/٩).

الحرير، أو شرط في عقد النكاح ألا تأكل الزوجة إلا كذا، أو شرط الراهن ألا يأكل المرهون إلا كذا، أمثال ذلك مما لا يتعلق به غرض.

حقيقته:

سبق أن بينا أثناء شرحنا للشرط الذي يترتب عليه الإلزام بما ليس بلازم الفرق بين أن يشترط البائع على المشتري مجرد الإنفاق أو اللبس... وبين أن يشترط عليه أن ينفق عليه أو يطعمه قدرأ معيناً، وبين أن يشترط عليه أن يأكل كذا، أو يلبس كذا، قلنا إن الأول هو من قبيل ما يقتضيه العقد؛ لأنه لم يأت بجديد لأن الإنفاق واجب عليه شرعاً، وإن النوع الثاني هو إلزام بما ليس بلازم، وإن النوع الثالث وهو موضوعنا في هذا القسم يتميز بما يلي:

١ - إن هذا الشرط لا يقتضيه العقد - لأنه إذا أوجب العقد على المالك إنفاقاً على المبيع في المأكل والملبس وغيرهما بمقتضى دخوله في ملكه، أو بقاءه تحت يده، فإنه لا يوجب عليه نوعاً معيناً من الأكل واللبس، فهو شرط لا يقتضيه العقد.

٢ - وإنه شرط لا ينافي مقتضى العقد؛ لأنه لو التزم المشتري ألا يلبسه إلا الكتان، لما ترتب عليه نقض لأحكام العقد وآثاره.

٣ - وإنه شرط غير مقصود، أي: لا يتعلق به غرض متعارف بين الناس، ذلك لانتفاء غرض البائع بعد خروج المبيع من ملكه في تعيين غذاء له، مع أن الواجب على المشتري يحصل من إطعامه من جنس ما يجب عليه بالقدر الذي يكفيه، وما دام الشرط لا يتعلق به غرض عرفاً، فإنه لا يؤدي إلى المطالبة، وإذا انعدمت المطالبة لم يوجد تنازع بين المتعاقدين فيكون وجود هذا الشرط وعدمه سواء.

حكم اشتراطه:

ونظراً إلى أن هذا الشرط لا فائدة منه، وليس له غرض مقصود، وإن وجوده كعدمه، فقد قضى المذهب بجعل الشرط لاغياً والعقد صحيحاً.

* وقيل: إن مثل هذا الشرط يترتب عليه بطلان العقد، مثله كمثل

اشتراط ما ليس بلازم، كما لو باعه بشرط أن يصلي النوافل، فإن العقد يفسد بمثل هذا الشرط؛ لأنه أوجب ما ليس بلازم، والأصح في المذهب أن الشرط الذي ليس فيه غرض متعارف يكون لغواً والعقد صحيحاً.

ويلحق بهذا القسم ما إذا حقق الشرط مصلحة ولم يترتب عليه ضرر، وذلك كما لو أقرضه وشرط عليه أن يرد مكسراً عن صحيح، أو رديئاً عن جيد، أو أن يقرضه غيره أو شيئاً آخر، فإن الشرط يلغو، والأصح أن العقد لا يفسد؛ لأنه وعد بإحسان الأجر منفعة للمقرض، بل للمقترض، والعقد عقد إرفاق فكأنه زاد في الإرفاق به. والقول الثاني: يفسد العقد لمنافاة الشرط مقتضى العقد [مغني المحتاج (٢/٢١٣)].

الأسس العامة لمعالجة

الشروط المقترنة بالعقد في المذهب الشافعي

يتبين لنا من دراسة ما جاء في كتب المذهب الشافعي حول حكم الشروط المقترنة بالعقد:

(أ) أن الأصل في المذهب هو امتناع الشروط وفسادها، وذلك عملاً بحديث النهي عن بيع وشرط، وحديث النهي عن شرطين وبيع، وعملاً بالأثرين المرويين عن عمر رضي الله عنه (وقد سبق ذكرهما).

(ب) العلة في صحة بعض الشروط: قرر المذهب الشافعي صحة بعض الشروط - كاشتراط صفة قائمة بالمعقود عليه، واشتراط ما يقتضيه العقد، واشتراط ما فيه مصلحة العقد. واشتراط إيقاع تصرف بمحل العقد فيه معنى من معاني البر. وكل هذه الشروط تتنافى صحتها مع القول بالنهي عن بيع وشرط وباقي الأدلة.

ولذلك رأينا المذهب الشافعي يفسر لنا في أكثر من موضع السبب الذي من أجله قال بصحتها. ومن بين هذه التفسيرات:

أولاً: أوضح أن النهي عن بيع وشرط معلول بوقوع النزاع الذي يفضي إلى عدم استقرار التعامل. فحيث انتفت العلة انتفى المعلول - وهو الفساد - وحيث وجدت وجد الفساد.

فقد جاء في «الفرع البهية» (٤٢٧/٢) في شأن حديثي النهي عن بيع وشرط، وعن شرطين في بيع:

«وظاهرهما امتناع كل شرط، لكن فهم منهما أن المعنى في ذلك تأديته إلى بقاء علة بعد العقد، قد يثور بسببها نزاع بين المتعاقدين، وقد يفضي إلى فوات مقصود العقد، فحيث انتفى هذا المعنى صح الشرط^(١) وقد ورد في بعض الشروط نصوص بصحتها وستأتي» ثم أتى بعد ذلك بالشروط الصحيحة.

ثانياً - أوضح المذهب أن ما صح من الشروط خلافاً لهذا الأصل كان استثناء استند فيه إلى دليل، فبين أن:

١ - اشتراط ما يقتضيه العقد هو اشتراط لما هو ثابت وموجود فاشتراطه وعدمه سواء.

٢ - واشتراط صفة قائمة بالمبيع وقت العقد ليس بشرط؛ لأنه أمر ناجز، والشرط يقال لأمر يحصل في المستقبل.

٣ - واشتراط ما فيه مصلحة العقد (كالرهن والكفيل والشهادة...) ثبتت صحته بالنص كما سبق أن أوضحنا... فكانت هذه النصوص مخصصة لحديث النهي عن بيع وشرط... فصحة هذا النوع من الشرط ثبتت بالنص، ولمسيس الحاجة إليها في التعامل؛ لأنها توثق موجب العقد وتؤكد فلا يترتب عليها نزاع يفضي إلى عدم استقرار التعامل فكانت غير منهي عنها.

٤ - كما أن اشتراط العتق المنجز... ثبتت صحته بحديث بريرة رضي الله عنها حيث لم ينكر الرسول عليه الصلاة والسلام على السيدة عائشة رضي الله عنها شرط العتق، وإنما أنكر شرط الولاء، وحيث تبتعد الصور المختلفة لشرط العتق عن مورد النص نجد خلافاً في صحة الشرط، كما لو شرط تدبيره أو كتابته، أو شرط أن تكون الدار وقفاً، كما سبق أن أوضحنا.

ومن هذ يتبين لنا أن الأصل في الشروط هو الفساد وأن صحة الشرط تثبت استثناءً بدليل يخرجها من هذه القاعدة.

(١) وقد أشار «فتح العزيز شرح الوجيز» (٢٠٨/٨) إلى هذا أيضاً.

(ج) ما يلاحظ على المذهب الشافعي من خروج على هذا الأصل:

قد لاحظنا أثناء عرض الشروط الباطلة في المذهب الشافعي أنها مقصورة على الشروط التي تنافي مقتضى العقد؛ لأن الشروط التي تخالف ما قرره الشرع إنما كان فسادها لا من أجل الشرط بل لما أدى إليه من الوصول إلى أمر غير مشروع - وقد رأينا كيف أن المذهب يروي عن الإمام الشافعي قولاً ببطان الشرط المنافي لمقتضى العقد وصحة العقد.

ثم رأينا بعد ذلك قولاً يقرر أن الشرط الذي يترتب عليه استثناء منفعة المعقود عليه لمدة معينة - كاشتراط البائع ركوب الجمل المبيع لمدة معينة - صحيح عملاً بحديث جابر رضي الله عنه حيث باع جملة للرسول عليه الصلاة والسلام وشرط ظهره إلى المدينة، فالمذهب لم يأخذ بهذا الحديث، وقالوا إن هذا البيع لم يكن مقصوداً، وإنما أراد الرسول عليه الصلاة والسلام بره والإحسان إليه بالثمن . . . أو أن الشرط لم يكن في نفس العقد . . . ولكن بعض علماء الشافعية صح عنده هذا الحديث فقال بذلك: «فقد حكى القاضي أبو الطيب هذا الوجه عن ابن خزيمة من أصحابنا (أصحاب المذهب الشافعي) وبه قال ابن المنذر»^(١).

كما رأينا قولاً يقرر صحة اشتراط أن يقوم البائع بعمل في المبيع كخياطة الثوب - أو حصد الزرع، وهو أيضاً شرط مناف لمقتضى العقد، إلا أن بعض علماء المذهب رأى أن اشتراط العمل في المبيع يقع تابعاً له فيغتفر فيه ما لا يغتفر في غيره.

وإن كانت هذه الأقوال جميعها ضعيفة إلا أنها تمثل اتجاهات أخرى يعمل على فتح الباب أمام بعض الشروط المنافية لمقتضى العقد، لتنضم بدورها إلى الشروط الصحيحة حيث تسهم في تحقيق رغبات المتعاقدين ما دامت هذه الشروط في حدود المشروع، وبذا تتسع دائرة هذه الشروط في المذهب الشافعي. ويتقارب هذا المذهب مع المذاهب التي تتجه هذا الاتجاه كما سيتبين لنا ذلك عند المقارنة.

(١) «المجموع شرح المذهب» للنووي (٦٩/٩)، وسيأتي مناقشة الأدلة عند مقارنة آراء المذاهب.

مقارنة

بين الشروط في المذهب الحنفي والمذهب الشافعي

يتفق المذهبان في أن الأصل في الشروط الفساد، وأن النهي عن بيع وشرط معلول بوقوع النزاع الذي يؤدي إليه الشرط بسبب المطالبة بما أوجبه، وهذا النزاع يؤدي إلى عدم استقرار التعامل، وكل شرط يؤدي إلى ذلك يكون فاسداً، وأن ما يصح من الشروط إنما هو استثناء من الأصل ثبت بدليل شرعي، فالمذهبان يجيزان اشتراط ما يقتضيه العقد وما يكون فيه مصلحة العقد، ويبطلان الشروط التي تنافي مقتضى العقد على تفصيل سبق إيضاحه .

إلا أن المذهب الشافعي يضيف إلى الشروط الصحيحة اشتراط معنى من معاني البر - وإن كان هناك رواية عن أبي حنيفة بصحة شرط العتق تتفق في هذا مع المذهب الشافعي - كما يضاف إليها ما سبق أن أوردناه من روايات ضعيفة بالقول بصحة بعض الشروط المنافية لمقتضى العقد في المذهب الشافعي .

ويضيف المذهب الحنفي إلى الشروط الصحيحة باباً تتسع منه دائرة الشروط على مر العصور وهو اشتراط ما تعارف الناس اشتراطه في معاملاتهم مما لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً .

كما أن العقد الفاسد عند الحنفية يفيد الملك إذا اتصل به القبض . . . حسب ما بيناه فيما سبق، وأما في المذهب الشافعي فإنه لا يفيد الملك، بل يجب رد المبيع في كل بيع فاسد إن كان قائماً أو قيمته، أكثر ما كانت من يوم القبض إلى حين الهلاك، إن كان هالكاً، أو مثله إن كان مثلياً .

مقارنة

بين المذهبين الحنفي والشافعي والمذهب المالكي

ونظراً إلى أن التفاوت يسير بين المذهب الحنفي والشافعي، فإن ما أوردناه من مناقشة في المذهب المالكي يكفي لبيان موقف المذهب الشافعي من المذهب المالكي، ولا يزال المذهب المالكي هو المذهب الذي اتسعت

فيه دائرة الشروط الصحيحة أكثر من المذهبيين الآخرين، رغم أن المذاهب الثلاثة تتفق على أن الأصل في الشروط هو الفساد، غير أن المذهب المالكي قد أخذ بحديث النهي عن «بيع وشرط» وحديث بريرة، وحديث جابر، ومن هنا كان الميدان أمامه فسيحاً في القول بصحة كثير من الشروط.

ونسجل هنا أن المذهب الشافعي كان كالمذهب الحنفي دقيقاً في تقسيماته لأنواع الشروط، فلم نجد مشقة في التعرف على أحكامها فيه كما وجدناها في المذهب المالكي.

المبحث الرابع

الشروط المقرنة بالعقد في المذهب الحنبلي

ونجعل هذا المبحث في مطلبين، ثم نتبعهما بمطلب ثالث نجمل فيه آراء ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله.
المطلب الأول: الشروط الصحيحة.
المطلب الثاني: الشروط الباطلة.
المطلب الثالث: رأى ابن تيمية وابن القيم في الشروط.

* المطلب الأول *

الشروط الصحيحة في المذهب الحنبلي

ويشتمل هذا المطلب على ثلاثة أنواع من الشروط، وهي جميعها شروط لا يقتضيه العقد. وقد سبق إيضاح حقيقة الشرط الذي يقتضيه العقد في المذاهب - وهذه الأنواع هي:
النوع الأول: شرط فيه مصلحة العقد.
النوع الثاني: شرط فيه منفعة، استثناء بعض منافع محل العقد مدة معلومة.
والنوع الثالث: اشتراط القيام بعمل في محل العقد.
والنوع الرابع: شرط يترتب عليه إيقاع تصرف فيه معنى من معاني البر.

النوع الأول

شرط فيه مصلحة العقد

نورد فيما يلي الصور المختلفة له، ثم نبين حكم اشتراطها في العقد ودليله، وأثر هذا الشرط^(١).

(١) المراجع: «كشاف القناع» لابن إدريس الحنبلي (٣٧/٢) (ط - أ)، و«المغني» لابن =

أمثلة: للشرط الذي فيه مصلحة العقد:

من أمثلة هذا النوع من الشرط: إذا اشترى داراً واشترط تأجيل الثمن، أو تأجيل بعضه إلى وقت معلوم^(١)، أو باع سلعة واشترط رهن شيء معين بالثمن أو ببعضه، أو باع سلعة واشترط ضمناً معيناً بالثمن أو ببعضه، وكذا لو شرط كفيلاً، أو باع سلعة واشترط الشهادة^(٢) أو أقرض واشترط في القرض الرهن والضمين، أو رضي المحتال عليه بالحوالة، واشترط في المحال عليه اليسار.

حقيقة هذا الشرط:

يتبين لنا من استعراض هذه الشروط جميعاً:

أنها شروط لا يقتضيها العقد. كما أنها شروط لا تنافي مقتضى العقد؛ لأنها توثق موجب العقد وتؤكد، ففي اشتراطها تحقيق مصلحة العقد. كما أنها شروط تحقق منفعة للمشترط، حيث يطمئن إلى الوصول إلى حقه.

ما يلزم لصحة هذا الشرط:

إن ما يلزم لصحة هذا الشرط يختلف باختلاف كل شرط من هذه الشروط.

- ففي شرط الأجل، يلزم لصحة الأجل أن يكون الأجل معلوماً محددًا، فإن كان مجهولاً لم يصح.

- وفي شرط الرهن: يشترط أن يكون الرهن معيناً وأن يكون حلالاً، فلو شرط رهن خمر أو خنزير يلغو الشرط ويصح العقد، ويلزم بتقديم رهن^(٣) فإن

= قدامة المتوفى سنة (٦٢٠هـ) (٣٢٣/٤)، و«الشرح الكبير» لابن قدامة المقدسي المتوفى سنة (٦٨٢هـ) (٥٥/٤) (ط - أ).

(١) «منتهى الإرادات» هامش «كشاف القناع» (٢٢/٢).

(٢) يجوز اشتراط الشهادة، وهي مندوب إليها (بدون شرط) فيما له خطر لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ وإنما كان الأمر للندب لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَيْنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِنَ أَمْتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] أما ما ليس فيه خطر فلا يندب إليها لما فيها من مشقة «كشاف القناع» (٣٦/٢)، و«الشرح الكبير» (٥٤/٤) (ط - أ).

(٣) «كشاف القناع» (٤١/٢).

امتنع عن تقديم الرهن كان للمشترط الخيار، ولا يرجع بشيء^(١)، ولا يشترط أن يكون الرهن شيئاً آخر غير المبيع، بل يجوز رهن المبيع في ثمنه، كما يجوز أن يكون الرهن شيئاً آخر غير المبيع.

- وفي الكفالة: يشترط أن يكون الضمين معيناً، فإن امتنع الضمين عن القبول كان المشترط^(٢) بالخيار ولا يرجع بشيء.

حكم هذا النوع من الشرط واثره:

هذا الشرط صحيح يجب الوفاء به، وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: «المؤمنون عند شروطهم».

فإن لم يوف المشروط عليه بهذا الشرط كان للطرف الآخر الحق في الفسخ؛ لفوات الشرط، والرجوع بالثمن، أو الإمضاء ولا يرجع بشيء.

النوع الثاني

استثناء بعض منافع محل العقد

أورد المذهب الحنبلي تحت «الشرط الذي فيه منفعة» نوعين من الشروط أحدهما: استثناء بعض منفعة محل العقد، والثاني: اشتراط قيام البائع بعمل في محل العقد، ونورد فيما يلي تفصيل كل من النوعين:

صور الشرط الذي يترتب عليه استثناء بعض منفعة محل العقد:

نورد فيما يلي صور هذا الشرط، وحكمه والدليل على صحته ثم أثره:

- في البيع:^(٣) كما لو شرط سكنى الدار المبيعة شهراً أو أكثر أو أقل. أو شرط حملان البعير أو نحوه إلى موضع معلوم، أو شرط البائع لغيره الانتفاع بالمبيع مدة معلومة.

في العقود الأخرى:

جاء في «الفتاوى» لابن تيمية (٣/٣٢٧) ويجوز أحمد استثناء بعض منفعة

(١) «الشرح الكبير» لابن قدامة (٤/٦٣) (ط - أ).

(٢) نفس المرجع.

(٣) «كشاف القناع» (٢/٣٨).

الخارج من ملكه في جميع العقود، واشتراط قدر زائد على مقتضاها عند الإطلاق...

- فيجوز للبائع أن يستثنى بعض منفعة المبيع... إذا كانت المنفعة مما يجوز استيفاؤها في ملك الغير اتباعاً لحديث جابر.

- ويجوز للمعتق أن يستثنى خدمة العبد مدة حياته، أو حياة السيد أو غيرهما اتباعاً لحديث سفينة.

- ويجوز للواقف إذا وقف شيئاً أن يستثنى منفعته عليه جميعها لنفسه مدة حياته كما روي عن الصحابة أنهم فعلوا ذلك وفيه روي حديث مرسل عن النبي ﷺ^(١).

- ويجوز على قياس قول أحمد استثناء المنفعة في العين المرهونة والصداق والخلع والصلح عن القصاص، ونحو ذلك من أنواع إخراج الملك سواء كان بإسقاط كالعق أو بإملاك بعوض كالبيع، أو بغير عوض كالهبة^(٢).

كما جاء في القواعد لابن رجب (ص ٤١) القاعدة الثانية والثلاثون في صحة استثناء منفعة العين المنتقل ملكها من ناقلها مدة معلومة.

وفي الهبة: يصح أن يهبه شيئاً ويستثنى نفعه مدة معلومة.

وفي الوصية: يصح أن يوصى برقبة عين لشخص وبنفعها لآخر مطلقاً، أو مدة معلومة، أو نفعها للورثة.

حقيقة هذا النوع من الشرط:

هذا الشرط هو شرط لا يقتضيه العقد، كما أنه ليس من مصلحة العقد، إلا أنه شرط يحقق منفعة لأحد المتعاقدين، ويجوز أن تكون هذه المنفعة مشترطة للغير.

(١) أو وقف على نحو مسجد واستثنى الغلة لولده، أو غيره مدة حياته، أو مدة معلومة، أو استثنى الأكل مما وقفه، أو شرط أن يطعم صديقه سواء قَدَّرَ ما يأكله هو أو عياله أو صديقه.. أو أطلقه لقول عمر رضي الله عنه: لما وقف «لا جناح على من وليها أن يأكل منها أو يطعمه صديقاً غير متمول فيه»؛ وكان الوقف في يده إلى أن مات.

(٢) «كشاف القناع» (٢/٤٧٥)، و«المغني» (٦/٢٥٦) (ط - أ): «وفيه أن الهبة أنواعها: الصدقة، الهدية، النحلة، وهي العطية».

ما يلزم لصحة هذا الشرط:

يلزم لصحة هذا النوع من الشرط أمران:

أولهما: أن يحقق نفعاً مباحاً شرعاً لأحد المتعاقدين أو لغيرهما، أما لو كانت هذه المنفعة محرمة، فإنه لا يجوز، كما لو باع أمة وشرط وطأها - أو دواعيه - مدة لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾ (٥) إِلَّا عَلَّجَ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (٧) [المؤمنون: ٥ - ٧] (١).

الثاني: أن تكون المنفعة المستثناة معلومة إن كان العقد من عقود المبادلات المالية، أما إن كان من عقود التبرعات فلا يشترط فيه ذلك؛ لأن العقود الأولى لا يصح فيها الغرر للنهي عن بيع الغرر: بخلاف الثانية، حيث تحتمله، وتحتمل الجهالة كما جاء في «الفتوى لابن تيمية» (٢/٣٤٢ - ٣٤٣).

حكم هذا النوع من الشرط:

هذا الشرط صحيح يلزم الوفاء به، والعقد معه صحيح، بشرط أن تكون المنفعة المستثناة معلومة في عقود المعاوضات المالية ولا يشترط ذلك في التبرعات. أما إذا كانت مجهولة فإن الشرط لا يصح ويسقط، ويصح البيع، ويثبت الخيار للمشترط.

الأدلة التي ساقها المذهب على صحة هذا النوع من الشرط:

قبل نبدأ في ذكر الأدلة يجمل بنا أن نبين أن الإمام أحمد قد أنكر خبر النهي عن بيع وشرط وقال: لا نعرفه مروياً في مسند، ثم استند في صحة هذا الشرط إلى:

(أ) حديث جابر: «روى جابر أنه كان يسير على جمل قد أعيأ، فضربه النبي ﷺ فسار سيراً لم يسر مثله، فقال «بعنيه» فبعته واستثنيت حملانه إلى أهلي». [متفق عليه].

(ب) وأيضاً حديث «أنه ﷺ نهى عن الشيا إلا أن تعلم» وهذه المنفعة المستثناة معلومة.

(١) «كشاف القناع عن متن الإقناع» (٢/٣٨).

(ج) واستدل أيضاً على صحة اشتراط منفعة المبيع للغير بخبر عن أم سلمة أنها أعتقت سفينة، وشرطت عليه أن يخدم النبي ﷺ ما عاش^(١)، واستثناء خدمة عبده في العتق كاستثنائها في البيع^(٢).

(د) يضيف المذهب إلى الأدلة المتقدمة دليلاً آخر وهو القياس، حيث يقال: إن الشرط الذي يترتب عليه تأخير تسليم المبيع مدة معلومة ينتفع فيها البائع بالمبيع يصح قياساً على صحة بيع الأمة المزوجة أو الدار المؤجرة والأرض المزروعة والنخل المؤبرة، فإن المنفعة في هذه قد وقعت مستثناة بالشرع على المشتري، فيجوز للبائع أن يستثنىها، كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير^(٣).

أثر هذا النوع من الشرط:

للشرط الذي يترتب عليه استثناء بعض منفعة محل العقد آثار مختلفة سواء من حيث تحمل نفقته خلال فترة الانتفاع، أو التصرف في المنفعة المشترطة، وكذا في العين المستثنى بعض نفعها، أو تقديم بدل عن العين، أو عن المنفعة، والآثار المترتبة على تلف العين قبل استيفاء نفعها. ونوضح ذلك فيما يلي:

(١) نفقة المبيع خلال فترة انتفاع البائع به:

إذا اشترط البائع منفعة المبيع لنفسه مدة معلومة، كانت عليه نفقة المبيع خلال هذه المدة؛ لأنه هو المالك للمنفعة، ولم يكن ملكه لها من جهة المشتري.

(١) ونصه: «عن سفينة أبي عبد الرحمن قال: أعتقتني أم سلمة وشرطت على أن أخدم النبي ﷺ ما عاش. رواه أحمد وابن ماجه وفي لفظ: كنت مملوكاً لأم سلمة، فقالت: أعتقك وأشترط عليك أن تخدم رسول الله ﷺ ما عشت، فقلت: لو لم تشترطي على ما فارقت رسول الله ﷺ ما عشت، فأعتقتني واشترطت علي». رواه أبو داود. قال الشوكاني: «الحديث أخرجه أيضاً النسائي وقال: لا بأس بإسناده وثقه وأخرجه أيضاً الحاكم وفي إسناده سعيد بن جهمان أبو حفص الأسلمي وثقه يحيى بن معين، وأبو داود والسجستاني، وقال أبو حاتم الرازي: شيخ يكتب حديثه ولا يحتج به» يراجع نيل الأوطار (٨١/٦).

(٢) «كشاف الفناع» (٣٨/٢)، (ص ٦٤٦).

(٣) «الشرح الكبير» (٥٧/٤) طبعة أولى.

(ب) التصرف في المنفعة المشترطة:

يجوز للبائع الذي اشترط منفعة المبيع مدة معلومة إيجارها أو إيجارها خلال المدة المشترطة لمن يقوم مقامه، وذلك لأنها منافع مستحقة له، فيملك التصرف فيها - كالعين المؤجرة يكون لمستأجرها الحق في إيجارها أو إيجارها، ولكن يجب أن يكون الشخص الذي يقوم مقامه مماثلاً له في الانتفاع، فإن كان شخصاً يضر انتفاعه بالعين لم يجز ذلك.

(ج) التصرف في العين المشترط منفعتها مدة معلومة:

لمالك العين التي اشترطت منفعتها الحق في التصرف فيها، فإذا باع المشتري هذه العين صح البيع، وتكون في يد المشتري الثاني مستثناة النفع أيضاً - كالدار المؤجرة إذا بيعت - فإن كان المشتري الثاني عالماً باستثناء منفعتها فلا خيار له وإلا ثبت له الخيار.

(د) تقديم بدل عن العين المشترط نفعها أو عوض عن المنفعة:

إذا أراد المشتري أن يعطي البائع ما يقوم مقام المبيع المشترط منفعته في مقابل هذه المنفعة، أو أراد أن يعوضه عنها، لم يلزم البائع قبول ذلك، وله استيفاء المنفعة من عين المبيع لتعلق حقه به؛ لأن البائع قد يكون له غرض معين في استيفاء منافع هذه العين، فلا يجبر على قبول عوضها. فإن تراضيا على البدل أو العوض جاز ذلك لأن الحق لهما.

(هـ) تلف العين قبل استيفاء منفعتها:

إذا تلفت العين المشترط منفعتها قبل استيفاء البائع لهذه المنفعة، فإن كان بفعل المشتري وتفريطه لزمه أجره المثل فيما بقي من المدة؛ لأنه بفعله أو بتفريطه فوت المنفعة المستحقة على مستحقها، فكان جزاؤه أن يغرم أجره المثل بالإضافة إلى ثمن المبيع.

أما إن كان التلف بغير فعل المشتري وتفريطه فلا يلزمه عوض هذه المنفعة؛ لأن البائع لم يملك هذه المنفعة من جهة المشتري، فلا يلزم المشتري عوضها للبائع.

النوع الثالث

اشتراط القيام بعمل في محل العقد

ونورد فيما يلي أمثلة لهذا الشرط^(١) ثم نوضح حقيقته، وحكمه، والدليل على صحته، وأثره.

الأمثلة التي أوردتها المذهب الحنبلي:

أورد المذهب عدة أمثلة لذلك منها:

- ما إذا اشترى حطباً وشرط على البائع حمله إلى موضع معلوم، أو تكسيره.
- اشترى ثوباً وشرط على البائع خياطته أو تفصيله.
- اشترى زرعاً وشرط على البائع حصاده.
- اشترى رطبة وشرط على البائع جزها.
- اشترى قطعة حديد وشرط على البائع ضربها سيفاً ونحو ذلك.
- أو شرط في المزارعة أو المساقاة^(٢) أن يكون الجذاذ على العامل^(٣).

حقيقة هذا الشرط:

هذا النوع من الشرط هو شرط لا يقتضيه العقد، كما أنه شرط ليس فيه مصلحة العقد، ولكنه شرط يوجب عملاً في محل العقد، وهذا العمل يحقق نفعاً مباحاً لأحد المتعاقدين.

حكم هذا الشرط:

هو شرط صحيح يلزم الوفاء به، وذلك إذا كان العمل المشروط معلوماً، فإن كان مجهولاً لم يصح، كما لو اشترط على البائع حمل المبيع إلى منزله والبائع لا يعرف منزله، لم يصح الشرط، كما لو استأجره لذلك ابتداءً، ويصح البيع ويثبت الخيار للمشتري.

(١) «كشاف القناع» (٢/٣٨ - ٣٩).

(٢) سبق تعريف المزارعة (ص ٢٣٨) وأما المساقاة فهي: «دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره».

(٣) «كشاف القناع» (٢/٢٢٩)، و«منتهى الإرادات» (٢/٢٤٠)، وفيه خلاف في كون الجذاذ على العامل أو عليهما بقدر حصتهما، وضربه مثلاً لما نحن فيه قد يجري على اعتبار أنه عليهما، والشرط قصره على العامل، فيكون اشتراط عمل في محل العقد.

الأدلة التي استند إليها المذهب في القول بصحة هذا الشرط:

أورد صاحب «الشرح الكبير» (٤/٥٨) (ط - أ) أن الإمام أحمد قد احتج على صحة اشتراط المشتري نفع البائع في المبيع بما روي أن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي^(١) حزمة حطب، وشارطه على حملها - وبه قال إسحاق وأبو عبيدة.

وأيضاً لأن هذا الشرط غايته أنه جمع بين بيع وإجارة، وكل واحد منهما يصح إفراده بالعقد - واجتماع هذين العقدين صحيح، فيقاس عليه اشتراط قيام البائع بعمل في المبيع فيكون صحيحاً متى كان هذا العمل معلوماً^(٢).

أثر اشتراط عمل البائع في المبيع:

لهذا الشرط آثار مختلفة سواء من حيث إقامة شخص آخر بالعمل المشتري أو تقديم عوض عن العمل، أو تعذر القيام بهذا العمل، ونورد فيما يلي توضيح هذه الآثار.

(أ) يجوز للبائع إقامة شخص آخر بالعمل المشتري عليه في المبيع:

إذا أراد البائع أن يقيم شخصاً آخر بالعمل المشتري عليه فله ذلك؛ لأنه بمنزلة الأجير المشترك، حيث يجوز له أن يعمل العمل بنفسه وبمن يقوم مقامه^(٣).

(ب) تقديم عوض عن العمل المشتري في المبيع:

إذا رغب البائع في بذل العوض عن ذلك العمل الذي اشترط قيامه به في المبيع لم يلزم المشتري قبوله، وكذا إذا أراد المشتري أن يأخذ العوض

(١) النبط والنبيط: قوم ينزلون بالبطائح بين العراقيين «مختار الصحاح». والصحابي

محمد بن مسلمة - بدري - مات سنة أربعين من الهجرة، معين المحدثين ص ٢٦.

(٢) «كشاف القناع» (٢/٣٨)، و«الشرح الكبير» (٣/٥٩) (ط - أ).

(٣) لم يتعرض المذهب لما إذا كان العمل فنياً يستدعى موهبة معينة قد لا تتوافر في غير هذا الشخص المشتري عمله مما يتعذر معه أن يقوم غيره مقامه في هذا العمل، ولكن إذا نظرنا إلى ما تقدم من إباحة المذهب التصرف في المنفعة المشترطة بإجارتها للغير أو إعارتها بشرط أن يكون الغير مماثلاً له في الانتفاع أمكن أن يقاس عليه ذلك بأن نقول: إنه يلزم لإقامة شخص آخر بالعمل المشتري أن يكون هذا الشخص مماثلاً للمشتري عليه في القدرة والكفاءة على القيام بهذا العمل، وإلا لم يجز.

عن ذلك العمل من البائع، لم يلزم البائع بذل هذا العوض؛ لأن المعاوضة عقد أساسه التراضي فلا يجبر عليه أحد، فإن تراضيا على ذلك جاز^(١).

(ج) تعذر القيام بالعمل المشروط:

فإن تعذر قيام البائع بالعمل المشروط في المبيع: فإن كان ذلك لموت البائع أو تلف المبيع أو استحقاقه رجوع المشتري على البائع بعوض ذلك النفع المشروط عليه في المبيع؛ لأن عقد البيع مع الشرط المذكور قد جمع بيعاً وإجارة، وقد فات ما ورد عليه عقد الإجارة فانفسخت، كما لو استأجر أجيراً خاصاً فمات، وإذا انفسخت الإجارة بعد قبض عوضها رجوع المستأجر بعوض المنفعة، أما إن كان تعذر القيام بالعمل ناتجاً عن مرض ألم بالبائع فإنه يقام مقامه من يقوم بالعمل المشروط والأجرة على البائع.

النوع الرابع

شرط إيقاع تصرف فيه معنى من معاني البر

ونورد فيما يلي ما جاء في «كشاف القناع» (٤٠/٢) عن أمثلة هذا النوع من الشرط وحكمه، ثم نبين أثره:

«النوع الثاني من الشروط الفاسدة - شَرَطَ في العقد ما ينافي مقتضاه... فهذا الشرط لا يبطل البيع لحديث عائشة قالت: جاءتني بريرة... (الحديث)... والشرط باطل في نفسه - إلا العتق فيصح أن يشترطه البائع على المشتري لحديث بريرة - ويجبر المشتري عليه - أي:

(١) «كشاف القناع» (٣٩/٢) وجاء في «الشرح الكبير» (٥١/٤): «أنه يحتمل الجواز؛ لأنها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها، فإذا ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها كما لو استأجرها، وكما يجوز أن تؤجر المنافع الموصي بها من ورثة الموصي، ويحتمل ألا يجوز؛ لأنه مشروط بحكم العادة والاستحسان لأجل الحاجة فلم يجر أخذ العوض عنه كالقرض فإنه يجوز أن يرد في الخبز والخمير قل أو كثر، ولو أراد أن يأخذ بقدر خبزه وكسره بقدر الزيادة لم يجر؛ لأنه أخذ عوضاً عن مرفق معتاد جرت العادة بالعمو عنه دون أخذ العوض، فأشبه المنافع المستثناة شرعاً وهو ما إذا باع أرضاً فيها زرع للبائع واستحق تبقيته إلى حين الحصاد، فلو أخذ قصبلاً ليتنفع بالأرض إلى وقت الحصاد لم يكن له ذلك.

على العتق - إن أباه لأنه حق لله تعالى كالنذر، فإن امتنع - المشتري من عتقه - أعتقه الحاكم عليه؛ لأنه عتق مستحق عليه لكونه قربة التزامها كالنذر، وكما يطلق على المولى، وإن باعه المشتري بشرط العتق لم يصح، صححه الأزجي في نهايته؛ لأنه يتسلسل، ولأن تعلق حق العتق الواجب عليه يمنع الصحة، كما لو نذر عتق عبد فإنه لا يصح بيعه، وافقه ابن رجب في قواعده إن قلنا الحق في العتق لله كالمنذور عتقه، وهذا هو الذي جزم به المصنف.

يتضح لنا من هذا النص أن شرط العتق يصح استثناء من الشروط التي تنافي مقتضى العقد، وذلك لحديث بريرة رضي الله عنها، فإن النبي عليه الصلاة والسلام قد أجاز شرط العتق وأبطل شرط الولاء.

* وقيل: إنه لا يصح كغيره من الشروط المنافية لمقتضى العقد وقد نص على هذا الخلاف ابن قدامة في «الشرح الكبير»^(١).

* أما لو اشترط وقف المبيع؛ فإنه لا يصح الشرط ويصح العقد؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد - وسيأتي إيضاحه في الشروط الفاسدة بمشيئة الله تعالى.

آثار هذا الشرط:

إذا اشترط البائع على المشتري عتق العبد المبيع، وجب على المشتري الوفاء بالشرط، فإن امتنع أجبر عليه؛ لأنه حق الله تعالى كالنذر، فإن لم يمكن أعتقه الحاكم عليه.

عدم نفاذ تصرفه في محل العقد:

إذا باع المشتري العبد المبيع بشرط العتق لشخص آخر بشرط العتق أيضاً لم يصح؛ لأنه يؤدي إلى التسلسل مما يؤدي إلى عدم الوفاء بالشرط، فالأول يبيع للثاني والثاني للثالث وهكذا، وأيضاً فإن وجوب حق العتق على المشتري وإجباره على الوفاء يقف حائلاً دون صحة هذا البيع.

(١) (٦٢/٤) طبعة أولى.

تعيب محل العقد المشتراط عتقه:

إذا تعيب المبيع كأن كان أمة فأجلها أعتقه وأجزاه؛ لأن الرق باق فيه .

منافعه قبل الإعتاق:

إذا استغل المشتري المعقود عليه قبل وقوع الشرط، أو أخذ شيئاً من كسبه فهو له؛ لأنه يعتبر مملوكاً له في خلال هذه الفترة.

هلاكه قبل الوفاء بالشرط:

إذا مات المبيع قبل الوفاء بالشرط رجع البائع على المشتري بما نقصه الشرط، فيقال: كم قيمته لو بيع بدون شرط، وكم قيمته إذا بيع بالشرط؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه كالأرش، وفي وجه آخر يضمن ما نقص من قيمته^(١).

* المطلب الثاني *

الشروط الباطلة في المذهب الحنبلي

ويشتمل هذا المطلب على قسمين من الشروط:

القسم الأول: الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد.

القسم الثاني: الشروط الباطلة التي تبطل العقد.

القسم الأول

الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد

ويشمل هذا القسم الشروط المنافية لمقتضى العقد ونوضحها فيما يلي:

الشروط المنافية لمقتضى العقد^(٢)

أمثلة لهذا الشرط - حقيقته - حكمه - أثره:

الأمثلة من عقد البيع:

ونورد فيما يلي صور هذا الشرط في عقد البيع في ثلاث مجموعات:

(١) «المغني» لابن قدامة و«الشرح الكبير» لابن قدامة (٣٢٤/٤) طبعة أولى.

(٢) «كشاف القناع» (٤/٢).

المجموعة الأولى: وتشتمل على صور للشرط الذي يؤدي إلى منع من تصرف عام أو خاص في المعقود عليه. وذلك كما لو باع شيئاً وشرط على المشتري ألا يبيعه أو لا يهبه أو لا يعتقه أو لا يبطأ أو شرط عليه ألا يبيعه إلا من فلان، أو باع جارية وشرط على المشتري أنه إن باعها فهو - أي: البائع - أحق بها بالثمن الأول - على خلاف في هذه الصورة سيأتي إيضاحه.

المجموعة الثانية: صور للشرط الذي يؤدي - لو صح - إلى إيقاع تصرف معين في محل العقد: وذلك كما لو باعه شيئاً وشرط على المشتري أن يبيعه أو يهبه أو يقفه.

المجموعة الثالثة: صور للشرط الذي يؤدي - لو صح - إلى مخالفة النصوص أو الأحكام الشرعية المترتبة على الملك. وذلك كما لو باع رقيقاً وشرط على المشتري أنه إن أعتقه فالولاء له (للبيع) أو اشترى شيئاً واشترط ألا خسارة عليه، أو أنه متى نفق^(١) المبيع وإلا رده، أو اشترى شيئاً وشرط على البائع أنه إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن^(٢).

(١) جاء في «مختار الصحاح»: «نفقت الدابة: ماتت، و(نفق) البيع (ينفق) بالضم (نفاقاً) راج».

(٢) ونضيف إلى هذه الأمثلة صوراً أخرى للشرط الذي ينافي مقتضى العقد في بعض العقود الأخرى.

في عقد النكاح: كما لو شرط الزوجان أو أحدهما عدم الوطء، أو شرط إن أصدقها رجع عليها بما أصدقها لها أو يبعثه أو بأكثر منه، أو شرطت عليه ألا يكون عندها إلا ليلة في الجمعة، أو لا تسلم نفسها إليه إلا بعد مدة معينة، أو شرطت ألا يسافر بها إذا أرادت انتقالاً، أو شرطت أن يسكن بها حيث شاءت، فإنه يبطل الشرط ويصح العقد «كشاف القناع» (٣/٥٦ - ٥٧).

في عقد الرهن: وكما لو شرط في عقد الرهن ألا يباع الرهن عند حلول الحق، أو لا يستوفى الدين من ثمنه، أو لا يباع ما خيف تلفه، أو يبيع الرهن بأي ثمن كان، أو ألا يبيعه إلا بما يرضيه.

فإنه يبطل الشرط ويصح العقد ويحتمل فساد بناء على الوجهين في الشروط الفاسدة في البيع، «الشرح الكبير» (٤/٤٧٩) (ط - أ).

في عقد الهبة: كما لو شرط في الهبة على الموهوب له ألا يهبها أو لا يبيعهها أو يشترط أن تهبه أو تبيعه، أو بشرط أن تهب فلاناً شيئاً، لم يصح الشرط، وفي صحة =

حقيقة هذا الشرط:

يتبين لنا من استعراض هذه الصور ما يأتي:

١ - أنها شروط لا يقتضيها العقد.

٢ - أنها شروط تنافي مقتضى العقد؛ لأن العقد إذا تم ترتب عليه أحكام وآثار منها في عقد البيع ثبوت ملكية المبيع للمشتري والتمن للبائع، وحرية التصرف المشروع في الشيء المملوك، وتحمل نتيجة هذا التصرف خسارة أم ربحاً، والرجوع على الغاصب بما غصب إن وجدته وإلا فبقيته.

فإذا اشترط أحد المتعاقدين ما يخالف هذه لأحكام والآثار كان شرطه منافياً لمقتضى العقد.

وقد رأينا في صور المجموعة الأولى أنه قد ترتب على الشرط منع المشتري من التصرف في المعقود عليه، وفي الثانية أدى الشرط إلى إلزام المشتري بتصرف

= الهبة وجهان، بناء على الشروط الفاسدة في البيع «المغني» (٢٥٦/٦) (ط - أ).
في عقد الوقف: كما لو شرط في الوقف أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه، بطل الوقف والشرط؛ لأنه ينافي مقتضى الوقف، ويحتمل أن يبطل الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في عقد البيع - «المغني» (١٩٥/٦)، و«الشرح الكبير» (١٩٦/٦) (ط - أ).

وهناك عقود إذا اشترط ما ينافيها تفسد، منها:

عقد القرض، كما لو اشترط فيه تأجيل أو نقص في وفاء، فإنه لا يجوز لأنه شرط ينافي مقتضى العقد «منتهى الإرادات» (٨٩/٢).

ومنها: عقد المضاربة، كما لو قال: خذ هذا المال مضاربة بشرط أن يكون الربح كله لك، أو قال خذ مضاربة والربح كله لي، فإنها تفسد لأنها تقتضي كون الربح بينهما، فإذا اشترط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد..

ومنها: عقد المزارعة والمساقاة والمناسبة: كما إذا اشترط في العقد ما ينافي مقتضاه كم لو دفع أرضه لمن يفرسها على أن الأرض والغراس بينهما فسد العقد، قال في «المغني»: ولا نعلم فيه خلافاً لأنه شرط اشتراكهما في الأصل... أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما، فلا يصحان، لما تقدم. وكذا المضاربة.

فإن شرط في المزارعة أو المساقاة على أحدهما المالك أو العامل ما يلزم الآخر أو بعضه فسد الشرط والعقد؛ لأنه شرط يخالف مقتضى العقد، فأفسده كالمضاربة إذا اشترط العمل فيها على رب المال «كشاف القناع» (٢٨١/٢).

معين في المعقود عليه يخرج عن ملكه، وفي الثالثة أدى الشرط إلى مخالفة نص أو حكم شرعي يترتب على ثبوت الملك في المعقود عليه.

حكم هذا النوع من الشرط:

يرجح الحنابلة: أن كل شرط ينافي مقتضى العقد يكون باطلاً غير مبطل للعقد، وذلك اعتماداً على ما جاء في خبر بريرة رضي الله عنها حيث جاء في «كشاف القناع» (٢/٤٠):

«حديث^(١) عائشة قالت: جاءني بريرة، فقالت: كاتب أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية، فأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم، فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس، فقالت: إني عرضت عليهم ذلك فأبوا إلا أن يكون لهم الولاء، فسمع النبي ﷺ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ، فقال: «خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق» ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد: ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، ودين الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق». [متفق عليه]. فأبطل الشرط، ولم يبطل العقد، وقوله ﷺ: «واشترطي لهم الولاء» لا يصح حمله على «واشترطي عليهم الولاء» بدليل أمرها به، ولا يأمرها بفاسد؛ لأن الولاء لها بإعتاقها، فلا حاجة إلى اشتراطه؛ ولأنهم أبوا البيع إلا أن تشترط لهم الولاء فكيف يأمرها بما علم أنهم لا يقبلونه، وأما أمرها بذلك فليس على الحقيقة وإنما هو صيغة أمر بمعنى التسوية كقوله تعالى: ﴿فَأَصْبِرُوا أَوْ لَا تَصْبِرُوا﴾ [الطور: ١٦] التقدير «اشترطي لهم الولاء أو لا تشترطي» ولهذا قال عقبه، فإنما الولاء لمن أعتق».

استثناءات من هذا الحكم:

أوردت كتب الحنابلة بعض الاستثناءات من حكم الشروط المنافية لمقتضى العقد:

(١) «المغني» (٤/٣٢٤ - ٣٢٥)، و«الشرح الكبير» (٤/٦٢) (ط - أ).

١ - منها شرط العتق، وقد سبق إيضاحه .

٢ - ما لو شرط البائع على مشتري الجارية أنه إذا أراد بيعها فإنه (أي: البائع) أحق بها بالثمن الأول .

وصحة العقد والشرط هنا فيها خلاف في المذهب، وهذا الخلاف مبني على اختلاف الحكم المروي عن الإمام أحمد في هذه المسألة، فرواية أن هذا الشرط يفسد العقد، والأخرى يجوز العقد ويبطل الشرط .

وقد أورد ابن قدامة في «الشرح الكبير»^(١) هذا الخلاف، حيث جاء فيه أن المروزي روى عن أحمد أنه قال: هو في معنى حديث النبي ﷺ: «ولا شرطان في بيع» يعني أنه فاسد؛ لأنه شرط أن يبيعه إياه وأن يبيعه بالثمن الأول، فهما شرطان في بيع نهي عنهما؛ ولأنه ينافي مقتضى العقد؛ لأنه شرط ألا يبيعه من غيره إذا أعطاه ثمنه، فهو كما لو شرط ألا يبيعه إلا من فلان .

وروى عنه إسماعيل بن سعيد البيهقي جازئ؛ لما روى عن ابن مسعود أنه قال: ابتعت من امرأتي زينب الثقفية جارية وشرطت لها إن بعتها فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به، فذكرت ذلك لعمر، فقال: «لا تقربها ولأحد فيها شرط»، قال إسماعيل فذكرت لأحمد الحديث، قال: البيهقي جازئ ولا تقربها؛ لأنه كان فيها شرط واحد للمرأة، ولم يقل عمر في ذلك «البيع فاسد»، فحمل الحديث على ظاهره، وأخذ به، وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته، والقياس يقتضي فساد، قال شيخنا: ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروزي على فساد الشرط، وفي رواية إسماعيل على جواز البيع - فيكون البيع صحيحاً والشرط فاسداً، كما لو اشتراها بشرط ألا يبيعه .

وقول أحمد: «لا تقربها» قد روي مثله فيمن اشترط في الأمة ألا يبيعه ولا يهبها، أو شرط عليه ولاءها، لا يقربها والمبيع جازئ لحديث عمر المذكور .

وقال القاضي وهذا يدل على الكراهة لا على التحريم، قال ابن عقيل:

(١) «الشرح الكبير» (٤/٦٣ - ٦٤) (ط - أ)، و«المغني» (٤/٢٤٢).

عندي أنه إنما منع من الوطاء لمكان الخلاف في العقد لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب».

ومن هذا النص يتبين لنا ما يأتي:

(أ) أن محور الخلاف هو فساد العقد بهذا الشرط أو عدم فساده، أما

الشرط فهو فاسد.

(ب) أن العقد إن قلنا بفساده (كما روي عن الإمام أحمد) يكون ذلك

بسبب أن هذا الشرط هو في معنى شرطين في بيع - وذلك منهي عنه - لأنه شرط أن يبيعه إياه، وشرط أن يكون البيع المشروط بالثمن الأول، وأيضاً لأنه شرط ينافي مقتضى العقد.

(ج) وإن قلنا بصحة العقد وفساد الشرط - كما هي الرواية الثانية - كان

ذلك أخذاً بما اتفق عليه عمر وابن مسعود من صحة العقد، وكان هذا الحكم مخالفاً للقياس؛ لأن شرطين في بيع يفسدان العقد، وعلى هذا الحكم يكره له أن يطاء الأمة المشتراة.

(د) إلا أن ابن تيمية في «الفتاوى» (٣/٣٢٨)، أورد رواية ثالثة عن

أحمد تجيز البيع والشرط حيث قال:

«... وقال مرثد سألت أبا عبد الله عن رجل اشترى من رجل جارية

فقال له: إذا أردت بيعها فأنا أحق بها بالثمن الذي تأخذها به مني، قال: لا بأس به ولكن لا يطاها ولا يقربها وله فيها شرط... ثم يقول: بعد أن أورد الآثار عن عمر وابن مسعود: «فقد نص في غير موضع على أنه إذا أراد البائع^(١) بيعها لم يملك إلا ردها إلى البائع بالثمن الأول كالمقابلة، وأكثر المتأخرين من أصحابه على القول المبطل لهذا الشرط، وربما تأولوا قوله جائز أي: العقد جائز، وبقية نصوصه تصرح: أن مراده الشرط أيضاً...».

والخلاصة: من هذا يتبين لنا أن الروايات عن الإمام أحمد مختلفة،

وليس هناك ما يرجح رواية على أخرى، غير قول ابن تيمية: «إن بقية نصوصه تصرح بأن مراده الشرط أيضاً...» ولذلك يلزم أن يكون البحث

(١) الظاهر أنه المشتري، أو هو البائع باعتبار الحاضر لا الماضي.

في مدلول الأثر المروي عن عمر، هل يدل على صحة الشرط والعقد أم لا؟.

وحين يرجع إلى قول عمر: «لا تقربها وفيها شرط» وفي رواية: «لا تنكحها وفيها شرط» لا نجد فيه ما يدل على صحة الشرط الذي اشترط على المشتري.

كما أن القول بصحة الشرط يعارض حديث النهي عن شرطين في بيع - إن فسرناه بشرطين - والأثر لا يقوى على معارضة النص، وإن فسرناه بشرط واحد كان شرطاً منافياً لمقتضى العقد، كما لو شرط ألا يبيعه إلا من فلان، ومثل هذا الشرط يبطل ويصح العقد قياساً على شرط الولاء للبائع في حديث بريرة رضي الله عنها.

ونرى ترجيح التفسير الأخير (أي أنه شرط واحد)؛ لأن قوله على أن يبيعه له بالثمن الأول - هو بمنزلة قوله: «على أن تبيعه لي بكذا» وهذا شرط واحد «بيع بثمان معين» وهو شرط مناف لمقتضى العقد فيبطل ويصح العقد. وسنتناول هذا الموضوع عند مقارنة آراء المذاهب في الفصل الثالث المعقود لذلك.

٣ - الشرط الذي ينافي المقصود من العقد يبطل العقد. وذلك كما لو شرط في البيع الفسخ، أو شرط في عقد النكاح الطلاق، أو ألا تحل له... (ج) أثر هذا النوع من الشرط:

يثبت لكل من اشترط في عقد البيع شرطاً ينافي مقتضى العقد سواء علم بفساد الشرط أم لم يعلم، الخيار بين شيئين: فسخ البيع^(١) - أو أخذ الأرش. أما فسخ البيع: فلأنه قد رضي بالبيع مقترناً بهذا الشرط، فإذا لم يسلم له ما دخل عليه من الشرط، كان له الحق في فسخ العقد لعدم تحقق الرضا. وأما أخذ الأرش: فلأنه لما لم يتحقق له الشرط الذي شرطه، وهذا الشرط يقابله جزء من الثمن، فإما أن يكون المشتري هو البائع أو المشتري:

(١) «كشاف القناع» (ص ٤١)، و«الشرح الكبير» (٤/٦٣) (ط - أ).

فإذا كان المشتري هو البائع فله أن يأخذ أرش ما نقص من الثمن بسبب إلغاء الشرط؛ لأنه إذا باع بنقص في مقابل ما شرطه فذلك لما يحصل عليه من الغرض بتحقق الشرط، فإذا لم يتحقق غرضه - فله الخيار بين الفسخ والرجوع على المشتري بما نقص من الثمن.

أما إذا كان المشتري هو المشتري فله أخذ ما زاد عن الثمن في مقابل الشرط؛ لأنه إذا اشترى بزيادة على الثمن في مقابل ما شرطه فإذا لم يسلم له ما شرطه يكون له الخيار بين الفسخ وأخذ ما زاد على الثمن.

القسم الثاني

الشروط الباطلة التي تبطل العقد

- ويشتمل هذا القسم على ثلاثة أنواع:
- النوع الأول: اشتراط عقد في عقد.
- النوع الثاني: اشتراط شرطين فاسدين في العقد.
- النوع الثالث: اشتراط ما ينافي مقصود العقد.
- ونوضح هذه الأنواع فيما يلي:

النوع الأول

اشتراط عقد في عقد

أمثلة لهذا الشرط - حقيقته - حكمه وأثره:

الأمثلة:

ومن الأمثلة التي أوردها المذهب الحنبلي لهذا النوع من الشرط: ما لو باعه شيئاً واشترط عليه عقداً آخر كالسلم، أو القرض، أو البيع أو الإجارة أو الشركة، أو صرف الثمن، أو صرف غير الثمن. أو باعه شيئاً وقال له: بشرط أن تزوجني ابنتك أو على أن أزوجك ابنتي أو على أن تنفق على عبدي، أو داري، أو على حصتي من ذلك، قرضاً أو مجاناً، أو أقرضه قرضاً وشرط عليه أن يعمل له عملاً أو ينتفع بالرهن، أو أن يساقيه على نخل، أو أن يزارعه على ضيعة، أو أن يسكنه المقرض عقاراً بزيادة على أجرته، أو أن

يبعه شيئاً بأكثر من قيمته . . . ، أو يهبه شيئاً بشرط أن يهب فلاناً شيئاً^(١) .

حقيقة هذا الشرط:

يتبين لنا من صور هذا الشرط أنه شرط لا يقتضيه العقد. وأنه شرط ترتب عليه اجتماع عقدين في عقد، أو صفقتين في صفقة، وأن العقد المشروط يتساوى فيه أن يكون عقد معاوضة (مال بمال - كالبيع - أو مال بمنفعة كالإجارة - أو مال بغير مال ولا منفعة كالزواج) أو يكون عقد تبرع كالقرض - تبرع ابتداء معاوضة انتهاء - أو كان تبرعاً ابتداء وانتهاء كما في الهبة وكما في الإنفاق على عبده أو داره مجاناً. وواضح من اشتراط عقد آخر مع العقد أن المذهب يرى أنه لا ينافي مقتضى العقد؛ لأنه لا يعارض حكماً من أحكامه ولا أثراً من آثاره، ولذلك لم يدرجه المذهب الحنبلي ضمن الشروط التي تنافي مقتضى العقد.

حكم هذا الشرط:

هذا الشرط فاسد، ويحرم اشتراطه، والمشهور في المذهب الحنبلي أنه يبطل البيع، وقيل يبطل الشرط ويصح البيع^(٢).

الدليل الذي استند عليه المذهب في هذا الحكم:

(١) الدليل على بطلان الشرط والعقد:

استند المذهب الحنبلي في القول ببطلان هذا الشرط وبطلان العقد - وهو الرأي المشهور في المذهب -:

١ - أن النبي ﷺ قال: «لا يحل بيع وسلف، ولا شرطان في بيع» قال الترمذي هذا حديث صحيح.

٢ - ولأن النبي ﷺ: «نهى عن بيعتين في بيعة» حديث صحيح.

٣ - وأن ابن مسعود قال: «صفقتان في صفقة ربا».

فهذان الحديثان الصحيحان ينصان على النهي عن بيع وسلف، وعن

(١) «كشاف القناع» (٢/٣٩ - ٤٠) و(ص٤٧٩)، و«الشرح الكبير» (٤/٦١) وما بعدها. و(ص٢٥٦).

(٢) «الشرح الكبير» (٤/٦١) الطبعة الأولى و«المغني» (٤/٣٢٩).

بيعتين في بيعة، والنهي يقتضى الفساد، كما أن قول ابن مسعود صريح في أن الصفقتين في الصفقة ربا، وإذا وجد الربا بطل العقد.

ويضاف إلى ذلك أن العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة، فيسقط، فيفسد العقد؛ لأن البائع لم يرض بالعقد إلا مقترناً بالشرط، فإذا فات هذا الشرط فات الرضا به.

٤ - وكذلك لا يصح هذا العقد قياساً على نكاح الشغار^(١)؛ لأن في كليهما اشتراط عقد في عقد ونكاح الشغار غير صحيح فيكون هذا غير صحيح أيضاً.

(ب) ما يستدل به القائل ببطلان الشرط وصحة العقد:

قال ابن قدامة: «المغني» (٣٢٩/٤): «ويتخرج أن يصح البيع ويفسد الشرط بناء على ما لو شرط ما ينافي مقتضى العقد». وقد عبر صاحب الشرح الكبير عن هذا الرأي (٦٢/٤) بقوله: «ويحتمل أن يصح البيع ويبطل الشرط بناء على ما إذا شرط ما ينافي مقتضى العقد».

ومن هذا يتبين لنا أن اشتراط هذا الشرط يمكن أن يقاس في الحكم على الشروط المنافية لمقتضى العقد، فيبطل الشرط ويصح العقد - وهو قول - كما نرى من النصوص - ضعيف في المذهب.

حكم العقد الفاسد في المذهب الحنبلي:

إذا سرنا على الرأي المشهور في المذهب وهو فساد الشرط والعقد، فإنه يترتب على اشتراط هذا الشرط في عقد البيع ما يلي:

(١) من حيث الملك:

المقبوض بعقد فاسد لا يثبت به ملك سواء اتصل به القبض أو لم يتصل، فكما أنه لو كان ثمن المبيع ميتة أو دماً لا يثبت به ملك، فكذلك المقبوض بعقد فاسد.

(١) جاء في «العقود» لابن تيمية (ص ١٧٤): وفي صحيح مسلم والمسند عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الشغار، والشغار أن يقول الرجل: «زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي، أو زوجني أختك وأزوجك أختي».

(ب) من حيث التصرف:

لا ينفذ تصرف المشتري في المقبوض بعقد فاسد بيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره.

فإذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح بيعه؛ لأنه باع ملك غيره بغير إذنه، ويجب على المشتري رد المبيع على البائع الأول لأنه مالكة، ويثبت لبائعه الحق في تتبع المبيع وأخذه حيث وجدته. فإن أخذه رجوع المشتري الثاني بالثمن على الذي باعه، ويرجع المشتري الأول على بائعه.

(ج) من حيث زيادات المبيع الفاسد أو نقصه:

يضمن المشتري المقبوض ببيع فاسد، كالغصب، فيلزم المشتري رد النماء المنفصل والمتصل، وأجرة مثله مدة بقائه في يده، وإن نقص ضمن نقصه؛ لأن المبيع كله مضمون فأجزاؤه تكون مضمونة أيضاً.

(د) تلف المبيع بالبيع الفاسد:

إن تلف المبيع بيعاً فاسداً في يد المشتري أو أتلف فعليه ضمانه بقيمته - يوم تلف بالبلد الذي قبضه فيه - إن كان متقوماً، وإلا فبمثله إن كان مثلياً، وذلك لأنه قبضه بإذن مالكة فأشبهه العارية.

وإن تلف في يد المشتري الثاني فللبائع مطالبة من شاء منهما؛ لأن الأول ضامن، والثاني قبضه من يد ضامنه بغير إذن صاحبه فكان ضامناً، فإن كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن المشتري الثاني لم يرجع بالفضل على الأول؛ لأن التلف في يده فاستقر الضمان عليه^(١).

وإن أتلف البائع ثمن المبيع بيعاً فاسداً، ثم أفلس، فله الحق في الرجوع في المبيع، والمشتري أسوة الغرماء^(٢) وذلك لأنه لم يقبضه وثيقة بحقه - كالرهن - فلم يكن أحق به من غيره، فهو كالوديعة عنده، بخلاف المرتهن، فإنه قبض الرهن على أنه وثيقة بحقه.

(١) «كشاف القناع عن متن الإقناع» (٤٣/٢ - ٤٤).

(٢) «المغني» و«الشرح الكبير» (٥٧/٤) خلافاً لأبي حنيفة الذي يقول: «المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء، لأنه في يده فكان أحق به كالمرتهن».

النوع الثاني

اشتراط شرطين في العقد

نورد فيما يلي الصور المختلفة لاشتراط شرطين في العقد ثم نتبعها ببيان حكم اشتراطهما .

(١) الصور المختلفة لاشتراط شرطين في العقد:

ونظراً إلى أن الشرطين المشترطين في العقد تارة يكونان صحيحين وأخرى فاسدين فإننا نورد الصور المختلفة للحالتين .

أولاً: اشتراط شرطين أو أكثر من الشروط الصحيحة: قد سبق أن بينا أن الشروط الصحيحة هي التي يقتضيها العقد، والشروط التي فيها مصلحة العقد، والشروط التي تحقق منفعة مباحة .

١ - اشتراط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو من مصلحته: ومن أمثلة هذا النوع ما إذا باعه داراً بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين، أو بشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن .

٢ - اشتراط شرطين يحقان منفعة: ومن أمثلة هذا النوع ما إذا اشترى ثوباً واشترى على البائع خياطته وقصارته . أو اشترى طعاماً واشترى على البائع طحنه وحمله .

ثانياً: اشتراط شرطين أو أكثر من الشروط الفاسدة (منافية لمقتضى العقد). ومن أمثلة هذا النوع ما إذا اشترى جارية بشرط ألا يبيعه من أحد، وألا يطأها . أو باعه جارية وشرط أنه إذا باعها فهو أحق بها بالثمن، وأن تخدمه سنة .

حكم اشتراط شرطين في العقد:

قبل أن نبدأ في بيان الحكم نورد فيما يلي نص ما جاء في كتابي «المغني» و«الشرح الكبير» (٤/١٨٥) حول بيان أصل النهي عن شرطين في بيع، ثم نتبعه ببيان حكم اشتراطهما .

١ - النهي عن شرطين:

«مسألة»: قال ويبطل البيع إذا كان فيه شرطان، ولا يبطله شرط واحد،

ثبت عن أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «الشرط الواحد لا بأس به، إنما نهى عن الشرطين في البيع، ذهب أحمد إلى ما روى عبد الله بن عمرو، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما لبس عندك»... قال الأثرم قيل لأبي عبد الله: «إن هؤلاء يكرهون الشرط في البيع، فنفض يده وقال: الشرط الواحد لا بأس به في البيع، إنما نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن شرطين في البيع، وحديث جابر يدل على إباحة الشرط حين باعه جملة وشرط ظهره إلى المدينة».

٢ - تفسير الشرطين المنهي عنهما وحكم اشتراطهما:

اختلف في تفسير الشرطين المنهي عنهما نظراً لاختلاف ما روي عن الإمام أحمد، والأرجح في المذهب أن الشرطين المنهي عنهما هما الشرطان الفاسدان أي: ما كانا منافيين لمقتضى العقد، أما الشروط الصحيحة كالتى تكون من مقتضى العقد، أو من مصلحته، أو فيها منفعة فإن اشتراط شرطين أو أكثر منها صحيح لا يفسد العقد؛ لأنه لما كانت هذه الشروط لا تؤثر في العقد وهي منفردة فيلزم ألا تؤثر فيه وهي مجتمعة.

وبناء على هذا التفسير يفسد العقد إذا اشترط فيه شرطان فاسدان ولا يفسد إذا كان الشرطان صحيحين، ويكون الفرق بين اشتراط شرط فاسد واحد وشرطين فاسدين هو عدم فساد العقد في الأول، وفساده في الثاني.

أما الرأي المرجوح وهو ما قاله القاضي في المجرد من أن ظاهر كلام أحمد أنه متى شرط في العقد شرطين بطل سواء كانا صحيحين أو فاسدين لمصلحة العقد، أو لغير مصلحته، أخذاً من ظاهر الحديث وعملاً بعمومه.

فقد علق صاحب «الشرح الكبير» (٢٨٥/٤) على ذلك بقوله: «وقول القاضي إن النهي يبقى على عمومه في كل شرطين بعيد أيضاً، فإن شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف، وشرط ما هو من مصلحة العقد كالأجل والخيار والرهن والضمين، وشرط صفة في المبيع كالكتابة والصناعة، فيه مصلحة العقد، فلا ينبغي أن تؤثر في بطلانه، قلت أو كثرت، ولم يذكر أحمد في هذه المسألة شيئاً من هذا القسم فالظاهر أنه غير مراد له».

أثر هذا الشرط:

سبق أن بينا أن أثر هذا النوع من الشرط هو فساد العقد، وقد سبق أن بينا حكم العقد الفاسد «في اشتراط عقد في عقد».

النوع الثالث

اشتراط ما ينافي مقصود العقد

ينص المذهب الحنبلي على أن اشتراط ما ينافي المقصود الأصلي للعقد يكون فاسداً مفسداً للعقد، كما لو شرط في البيع الفسخ، وفي النكاح الطلاق، أو شرط ألا تحل له^(١)، أو تزوج المطلقة ثلاثاً بشرط أنه متى أحلها للأول طلقها... أو وقف داراً وشرط بيعها متى شاء، أو هبتها...^(٢).

مقارنة

جزئية لآراء مذاهب أهل السنة

يتبين لنا من دراسة آراء المذاهب الأربعة في حكم الشروط المقترنة

بالعقد:

(أ) أن المذاهب الثلاثة الأولى: الحنفية، والمالكية، والشافعية، يأخذون بحديث: «النهي عن بيع وشرط» ولذلك أمكن القول بأن الأصل في الشروط عندهم الفساد لا الصحة، وأن ما يصح من الشروط إنما يكون استثناء بنص من كتاب الله تعالى أو سنة رسوله عليه الصلاة والسلام، أو عرف، وقد سبق أن أوضحنا هذا.

أما المذهب الحنبلي فلم يأخذ بحديث: «النهي عن بيع وشرط» لعدم ثبوت صحته عند الإمام أحمد حتى أنه ضرب عليه وقال: لا أعرفه مروياً في مسند، ومن ثم لم يقف هذا الحديث حائلاً دون القول بأن الأصل في الشروط عنده الصحة ولا يبطل منها إلا ما دل على إبطاله نص، كاشتراط عقد في عقد للنهي عن صفقتين في صفقة أو شرطين في عقد للنهي عن ذلك أيضاً،

(١) «كشاف القناع» (٣/٥٦)، و«متهى الإرادات» (٣/٧١).

(٢) «كشاف القناع» (٢/٤٥١، ٥٣).

أو اشتراط ما ينافي مقتضى العقد قياساً على ما جاء بحديث بريرة حيث أبطل عليه الصلاة والسلام الشرط، ولم يبطل العقد.

(ب) اتساع دائرة الشروط الصحيحة في المذهب الحنبلي (مع الاحتفاظ بآراء ابن تيمية وابن القيم لحين عرضها في مبحث منفصل في المطلب الثالث).

لقد قال المذهب الحنبلي بصحة الشروط التي قال بصحتها فقهاء المذاهب الثلاثة الحنفي والشافعي والمالكي، أو بعضهم^(١) حيث أجاز الحنابلة اشتراط:

١ - ما يقتضيه العقد: وقد أجمع على صحته.

٢- وما يلائم مقتضى العقد: وقد اتفق على صحته، كما اتفق المذهبان المالكي والحنبلي على صحة رهن المبيع في ثمنه.

(ج) بعض منافع المعقود عليه: اتفق المالكية والحنابلة على صحته، ورواية ضعيفة في المذهب الشافعي.

٣ - عمل في المعقود عليه: وهو يدخل ضمن الشرط المتعارف في المذهب الحنفي وجاز في رواية ضعيفة عند الشافعية ويجوز عند المالكية وقد أجاز المالكية أيضاً صحة اشتراط قيام البائع بعمل في غير المعقود عليه.

٤ - معنى من معاني البر: وقد قال بصحته أبو حنيفة في رواية وكذا الشافعية والمالكية - على تفصيل وخلاف في اشتراط معاني البر الأخرى غير العتق.

٥ - أجاز المذهب المالكي دون المذاهب الثلاثة (الحنفية، والشافعية، والحنابلة) اشتراط البائع منع المشتري من تصرف يسير يحقق له نفعاً ويدفع عنه ضرراً، كاشتراط ألا يبيع من نفر قليل، أو ألا يرفع الحائط الفاصل بين داره المبيعة وداره الأخرى، مخافة إظلامها، وعدم دخول الشمس إليها^(٢).

(١) المقارنة التفصيلية ستكون في نهاية عرض آراء المذهب بمشيئة الله تعالى.

(٢) هذه الصورة يصح الشرط فيها على الرواية التي نقلها ابن تيمية رأياً للإمام أحمد، وقد سبق النص عليها في الشروط المنافية لمقتضى العقد عند الحنابلة.

٦ - كما أجاز المذهب الحنبلي دون المذاهب الثلاثة أيضاً: أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع السلعة المبيعة، وإن أراد بيعها كان البائع أحق بها بالثمن الأول - وقد سبق بيان أن المالكية يقولون بجواز ذلك في الإقالة؛ لأنه يغتفر فيها ما لا يغتفر في غيرها^(١).

٧ - كما أجاز الحنابلة استثناء بعض منافع المعقود عليه لمصلحة أجنبي عن العقد.

(ج) الشروط الفاسدة في المذهب الحنبلي:

انحصرت دائرة الشروط الفاسدة في نوعين:

الأول: شروط فاسدة لا تفسد العقد وهي: الشروط التي تنافي مقتضى العقد: ويندرج تحتها: اشتراط المنع من التصرف في محل العقد، أو إيجاب تصرف ليس فيه بر، أو اشتراط ما يخالف نصاً، أو ما يخالف ما قرره الشريعة من قواعد، كأن يتحمل المتصرف نتيجة تصرفه، وأن يرجع على الغاصب بما غصب، وقد بطل هذا الشرط ولم يبطل العقد، قياساً على ما جاء بحديث بريرة رضي الله عنها.

أما المذهب الحنفي فإنه يقضي بفساد العقد المقترن بهذا الشرط، وكذا المذهب الشافعي عدا قول ضعيف روي عن الإمام الشافعي بصحة العقد وبطلان الشرط، وعند المالكية إذا أسقط المشتري شرطه صح العقد وإلا لم يصح.

الثاني: شروط فاسدة تفسد العقد وتشمل:

١ - اشتراط ما ينافي المقصود الأصلي من العقد.

٢ - اشتراط عقد في عقد، استناداً إلى نهيه عليه السلام عن بيع وسلف «وعن بيعتين في بيعة».

ولا خلاف بين المذاهب في هذا، غير أن المالكية والشافعية يدرجانه تحت الشرط المنافي لمقتضى العقد، فيأخذ حكمه الذي أشرنا إليه آنفاً،

(١) راجع: الشرط الذي يحقق مصلحة وهو النوع الرابع من الشروط الصحيحة في المذهب المالكي.

والحنفية يدرجونه تحت الشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين، وهو يفسد العقد.

وقد أوردت كتب المذهب الحنبلي احتمال إبطال الشرط وصحة العقد قياساً على الشرط المنافي لمقتضى العقد وكذلك رواية ضعيفة عن الإمام الشافعي.

٣ - اشتراط شرطين في العقد، استناداً إلى قوله ﷺ: «ولا شرطان في بيع» والرأي الراجح في المذهب أنهما الشرطان الفاسدان - فيكون الشرط الفاسد لا يفسد العقد، والشرطان يفسدانه وآراء المذاهب الثلاثة لا تخرج عن هذا^(١).

(د) ضيق دائرة الشروط المنافية لمقتضى العقد في المذهب الحنبلي والمذهب المالكي:

لاحظنا في المذهب الحنبلي ضيق دائرة الشرط الذي ينافي مقتضى العقد حيث قصره على:

- الشرط الذي يترتب عليه المنع من التصرف في محل العقد.
 - والشرط الذي يترتب عليه إيقاع تصرف ليس برأ في محل العقد.
 - والشرط الذي يترتب عليه مخالفة نص أو حكم مقرر شرعاً.
- أما اشتراط عقد في عقد - كشرط سلف في بيع - فقد جعله الحنابلة شرطاً فاسداً محرماً يفسد العقد.
- أما المذاهب الثلاثة فقد سلكت طريقاً يختلف - إلى حد ما - عن الطريق الذي سلكه الحنابلة ويتضح ذلك مما يلي:

عند الحنفية:

سبق أن رأينا أن المذهب الحنفي قد شق لنفسه طريقاً آخر في البحث حيث جعل الشرط الفاسد الذي يفسد العقد هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه، ولم يرد نص ولا عرف بجوازه، وفيه منفعة لأحد

(١) «المبسوط» للسرخسي (٢٨/١٣) (للحنفية) و«المجموع شرح المهذب» (٣٦٨/٩) (للشافعية) و«المدونة الكبرى» للإمام مالك (١٥١/٩) (للمالكية).

المتعاقدين أو للمعقود عليه من أهل الاستحقاق، وقد اشتمل هذا النوع من الشرط على:

- ١ - الشرط الذي يترتب عليه المنع من التصرف في محل العقد.
- ٢ - الشرط الذي يترتب عليه إيقاع تصرف في محل العقد ولو كان معنى من معاني البر، «غير رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه بصحة شرط العتق لحديث بريرة رضي الله عنها...».
- ٣ - الشرط الذي يترتب عليه الالتزام بتصرف في غير محل العقد (وهو ما يؤدي إلى اجتماع عقدين في عقد).

٤ - الشرط الذي يترتب عليه استثناء بعض منافع محل العقد لمدة معلومة.

٥ - الشرط الذي يترتب عليه التزام البائع بعمل في محل العقد.

هذه الشروط جميعها تفسد العقد في المذهب الحنفي، ولم يتفق المذهبان (الحنفي والحنبلي) إلا في حكم اشتراط عقد في عقد، أما باقي الشروط فقد قضى فيها المذهب الحنبلي: إما بإبطال الشرط مع صحة العقد، كاشتراط المنع من التصرف، أو إيقاع تصرف في محل العقد - أو بصحة الشرط والعقد - كاشتراط استثناء بعض المنافع، أو القيام بعمل في محل العقد، وكذا الشرط الذي يترتب عليه إيقاع تصرف فيه معنى من معاني البر.

مع مراعاة أن المذهب الحنفي يجعل العقد الفاسد مفيداً للملك إذا اتصل به القبض بخلاف المذاهب الثلاثة وسيأتي بيانه.

عند المالكية:

كما أوضحنا أن المذهب المالكي جعل للشرط الذي يخالف نصاً أو حكماً مقررأً شرعاً حكماً يخالف حكم الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، حيث جعل الأول يبطل ولا يبطل العقد - متفقاً في هذا مع المذهب الحنبلي.

والثاني (الشرط المنافي) يبطل ويبطل العقد إلا إذا أسقط المشتري شرطه، ومثله في الحكم - لا التكييف الفقهي - ما لو اشترط عقداً في عقدٍ حيث جعله شرطاً يخل بالثمن - لا منافعاً لمقتضى العقد - فأبطل به العقد، لما أدى إليه من الجهالة، إلا إذا أسقط المشتري شرطه.

ومن هنا اختلف المذهبين: لأن المذهب المالكي أعطاهما حكماً واحداً، والحنبلي فرق بينهما، ومع هذا فقد التقى المذهبان إلى حد كبير في تحديد دائرة الشروط لمنافية لمقتضى العقد...

عند الشافعية:

كما رأينا أن المذهب الشافعي قد اعتبر الشروط المذكورة آنفاً عند الحنابلة منافية لمقتضى العقد وزاد عليها:

١ - والشروط الذي يترتب عليه استثناء بعض منافع محل العقد لمدة معلومة.

٢ - والشروط الذي يترتب عليه التزام البائع بعمل في محل العقد أو في غيره.

٣ - والشروط الذي يترتب عليه إيجاب تصرف في محل العقد (ليس برأ)، أو في غير محل العقد، كاشتراط عقد في عقد - لمصلحة أحد المتعاقدين، أو غيرهما، ومن هذا يتضح لنا أن المذهب الشافعي قد وسع دائرة الشروط المنافية لمقتضى العقد.

ويتبين لنا من هذه المقارنة أن أقرب المذاهب إلى المذهب الحنبلي هو المذهب المالكي سواء من حيث صحة الشروط، أو من حيث تحديد مدلول الشرط المنافي لمقتضى العقد.

* المطلوب الثالث *

خلاصة آراء الإمامين ابن تيمية وابن القيم^(١)

خلاصة آراء ابن تيمية:

خصص شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية الحراني المتوفى سنة ٧٢٨هـ في كتابه المسمى: «مجموعة الفتاوى» بالجزء الثالث مبحثاً في العقود والشروط (من ص ٣٢٣ - ٣٤٩) ونوجز فيما يلي ما احتوى عليه هذا المبحث.

(١) ونورد آراء الإمامين هنا نظراً؛ لأنهما يعتبران من مجتهدي المذهب الحنبلي وإن كان ترتيبهما التاريخي يضعهما في نهاية المذاهب جميعها إلا أننا سنلاحظ ذلك عند المقارنة النهائية.

مقدمة للمبحث

يمكننا أن نقول إن المبحث قد أثبت ما يأتي:

أولاً: أن الأصل في العقود والشروط فيها الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به. وقد استدل على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع والاعتبار. وأثناء عرض هذه الأدلة أثبت ما يأتي:

(أ) المقصود من الشروط هو وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً بدونها.

(ب) العقود لا تغير ما كان مشروعاً؛ لأن الأحكام الجزئية لم يشرعها الشارع شرعاً جزئياً، وإنما شرعها شرعاً كلياً، وفعل العبد هو سبب إثبات الحكم الجزئي، فإذا رفعه العبد فإنما رفع ما أثبتته هو بفعله لا ما أثبتته الله من الحكم الكلي.

(ج) الوفاء بالعقود واجب لإيجاب الشرع وكذا الإيجاب العقلي.

(د) الشرط الذي يجب الوفاء به هو:

١ - الشرط الذي لا ينافي المقصود من العقد - كأن يثبت العقد مقصوداً يراد في جميع صورته، والشرط ينافي ذلك المقصود، كاشتراط الطلاق في النكاح، أو اشتراط الفسخ في العقد، فإن كلا منهما ينافي المقصود الأصلي من العقد.

٢ - والشرط الذي لا ينافي مقصود الشارع، كاشتراط الولاء لغير المعتقد. فإنه ينافي مقصود الشارع.

(هـ) الرد على أدلة القائلين بأن الأصل في العقود والشروط فيها الفساد والحظر.

ثانياً: وجوب التأكد من كون الشرط مباحاً، وليس محرماً قبل تطبيق قاعدة أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة.

ثالثاً: انتهى ابن تيمية إلى القول بجواز شرط كل تصرف فيه مقصود صحيح وإن كان فيه منع من غيره.

موجز المبحث

ونورد فيما يلي موجز هذا المبحث وهو يشتمل على مقدمة، ثم ثلاث نقاط، أثبت في الأولى: أن الأصل في الشروط الصحة ولا يبطل منها إلا ما نهى عنه الشارع أو كان منافياً للمقصود من العقد، وفي الثانية: بين الطريق إلى معرفة كون الشرط حلالاً، وفي الثالثة: أجاز اشتراط كل تصرف فيه مقصود صحيح، وإن كان فيه منع من غيره.

المقدمة:

بين ابن تيمية في مقدمة المبحث أن هناك قولين في مسألة العقود والشروط فيها، فيما يحل منها، وما يحرم، وما يصح منها، وما يفسد: 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 تنبني على هذا، وكثير من أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد...^(١). القول الثاني^(٢): 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 رضي الله عنه (و) المنصوص عنه، أكثرها تجري على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه، وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها تنبيهه بدليل خاص من أثر أو قياس... .

أولاً - الدليل على أن الأصل في العقود والشروط فيها الجواز والصحة:

لقد استدل ابن تيمية على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع^(٣) والاعتبار مع الاستصحاب والدليل النافي.

(١) «الفتاوى» (٣/٣٢٣).

(٢) نفس المرجع (٣/٣٢٦).

(٣) «الفتاوى» لابن تيمية (٣/٣٢٩ - ٣٣٢).

أما الكتاب . . فقد ساق آيات كثيرة تأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وبإداء الأمانة ورعاية ذلك، منها:

قوله تعالى: ﴿يَتَّيِبُهَا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] والعقود هي العهود، وقال: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَتْ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: ٣٤].

فقد أمر الله سبحانه بالوفاء بالعقود - وهذا عام - وكذلك أمرنا بالوفاء بعهد الله وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا عَاهِدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُؤَلُّوهُمُ الْأَدْبَرُ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا﴾ [الأحزاب: ١٥] فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه، وإن لم يكن الله قد أمر بذلك المعهود قبل العهد، كالنذر والبيع، إنما أمر بالوفاء به، ولهذا قرنه بالصدق في قوله: ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾ [الأنعام: ١٥٢]؛ لأن العدل في القول خبر يتعلق بالماضي والحاضر، والوفاء بالعهد يكون في القول بالمستقبل . . .

وقوله تعالى ﴿يَتَّيِبُهَا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ [١] كِبْرٌ مَقْنَا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ [الصف: ٢، ٣].

وقوله: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتِنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾ [٨] [المؤمنون: ٨] وهذه صفة من صفات المستثنيين من الهلوع المذموم بقوله: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا﴾ [المعارج: ١٩] وهذا يقتضي وجوب رعاية العهد؛ لأنه لم يذكر في هذه الصفات إلا ما هو واجب، ورعاية العهد الوفاء به.

وأما الحديث: فقد أورد أحاديث كثيرة تصف من لم يوف بالعهد بالنفاق وتذم الغادر، وتدل على استحقاق الشروط بالوفاء، ومنها:

- ما ورد في «الصحيحين» عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر...».

- وفي «الصحيحين» عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج».

فقد دل هذا الحديث على استحقاق الشرط والوفاء، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها.

- وروى الترمذي والبخاري من حديث كثير بن عبد الله بن عمر، وعمرو ابن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً، وأحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً».

وقال الترمذي حديث حسن صحيح، وروى ابن ماجه منه اللفظ الأول. وقد روى هذا الحديث بأسانيد علق عليها ابن تيمية بقوله: «هذه الأسانيد وإن كان الواحد منها ضعيفاً فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً، وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة وهو حقيقة المذهب...»^(١).

ثم يستخلص ابن تيمية من هذه الأدلة النتائج التالية^(٢):

١ - الأصل في العقود والشروط فيها الجواز والصحة حيث يقول:

«فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وبإداء الأمانة ورعاية ذلك، والنهي عن الغدر، ونقض العهود، والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقاً، ويذم من نقضها وغدر مطلقاً، كما أن قتل النفس لما كان الأصل فيه الحظر إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لم يجز أن يؤمر بقتل النفوس ويحمل فيه الحظر على القدر المباح... وإذا كان حسن الوفاء ورعاية العهد مأموراً به علم أن الأصل صحة العقود والشروط إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره، وحصل به مقصوده، ومقصوده هو الوفاء به، وإذا كان الشرع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة»^(٣).

٢ - المقصود من الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً بدونها

حيث يقول:

(١) «الفتاوى» (٣/٣٣٣).

(٢) «الفتاوى» (٣/٣٣٢ - ٣٣٣).

(٣) «أعلام الموقعين» لابن القيم (٢/٣٤).

«فإن المشروط ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شرطه يكون حينئذٍ إبطالاً لحكم الله. وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله.

وإنما المشروط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه. فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجاب ليس نفيّاً للإيجاب، حتى يكون المشروط مناقضاً للشرع.

وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً، ويبيح أيضاً لكل منهما^(١) ما لم يكن مباحاً، ويحرم على كل منهما ما لم يكن حراماً. وكذلك كل من المتاجرين والمتناكحين، وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع أو رهناً، أو شرطت المرأة زيادة على مهر مثلها، فإنه يجب، ويحرم، ويباح، بهذا الشرط ما لم يكن كذلك.

ثم يرد على القائلين بأن الأصل فساد الشروط؛ لأنها إما أن تبيح حراماً أو تحرم حلالاً أو توجب ساقطاً أو تسقط واجباً^(٢) وذلك لا يجوز إلا بإذن من الشارع (ص ٣٣٣) بقوله:

(١) أي: لكل من المتعاقدين.

(٢) كما جاء في «أعلام الموقعين» لابن القيم للرد على ذلك قوله (٣٩/٢): «وأما ما ذكرتم من تضمن الشرط لأحد تلك الأمور الأربعة ففاتكم قسم خامس وهو الحق، وهو ما أباحه الله سبحانه للمكلف، تنويع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها، فيباشر من الأسباب ما يحل له بعد أن كان حراماً عليه، أو يحرمه عليه بعد أن كان حلالاً له، أو يوجب به بعد إن لم يكن واجباً، أو يسقطه بعد وجوبه، وليس في ذلك تغيير لأحكامه، بل كل ذلك من أحكامه سبحانه فهو الذي أحل وحرم وأوجب وأسقط، وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا، فكما أن شراء الأمة ونكاح المرأة يحل له ما كان حراماً عليه قبله، وطلاقها وبيعها بالعكس يحرمها عليه ويسقط عنه ما كان واجباً عليه من حقوقها كذلك التزامه بالعقد والعهد والنذر والشرط فإذا ملك تغيير الحكم بالعقد ملكه بالشرط الذي هو تابع له...».

كما جاء في «العقود» لابن تيمية طبعة (١٩٤٩) (ص ٢٤ - ٢٥) ما يأتي: «فإن قيل: فقد ذكرتم في العقود التي بين الناس - كالبيع، والإجارة، والنكاح إنه إذا شرط ما كان مباحاً له أن يفعله بدون العقد فقد لزم بالشرط، وذلك الشرط تضمن تحريم ما كان مباحاً له قبل ذلك، يلزم إذا كان للمشروط فيه غرض صحيح، مثل اشتراط البائع انتفاع بالمبيع مدة واشتراط المرأة دارها.

«وقد وردت شبه عند بعض الناس حتى توهم أن هذا الحديث (المسلمون على شروطهم) متناقض وليس كذلك، بل كل ما كان حراماً بدون الشرط، فالشرط لا يبيحه، كالزنا، وكالوطء في ملك الغير، وكثبوت الولاء لغير المعتق، فإن الله حرم الوطء إلا بملك نكاح أو بملك يمين، فلو أراد رجل أن يُعير أمته للوطء لم يجز له ذلك، بخلاف إعارتها للخدمة فإنه جائز...»، وأما ما كان مباحاً بدون الشرط فالشرط يوجبه، كالزيادة في المهر، والثلث والثلثين، والرهن، وتأخير الاستيفاء، فإن الرجل له أن يعطي المرأة، وله أن يتبرع بالرهن وبالإستيفاء ونحو ذلك، فإذا شرطه صار واجباً...» ثم يتبع الأدلة من الكتاب والسنة التي تؤيد ما ذهب إليه بأدلة أخرى وهي الآثار والقياس.

* أما الآثار فيقول: «وآثار الصحابة توافق ذلك، كما قال عمر رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط».

* وأما الاعتبار^(١) فمن وجوه:

أحدها: إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم.

كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم. وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ

= أيضاً فالمشتري إنما كان يستحق أن ينتفع بالمبيع، والزوج أن يسافر بالمرأة إذا كان العقد مطلقاً؛ لأن العقد تضمن ذلك، فأما إذا شرط عليه أنه لا يفعل ذلك فلم يعد له البائع والمرأة على ذلك فلم يملكه، فلم يكن ذلك مباحاً له، فلم يتضمن الشرط تحريم حلال في هذا العقد.

ولكن ما كان حلالاً له بدون العقد، وهو ترك السفر وإعارة المنافع - فقد يجب العقد، فإن جميع ما يشترطه المتعاقدان هو من هذا الباب.

وأما تحريم ما أحله الله له فهو أمر لا يقربه إلى الله، ولا ينتفع هو به في دينه ولا دنياه، فلا للرب فيه رضا، ولا للمخلوق به منفعة، فلماذا لم يصح اشتراطه، وكل شرط لا يرضى الرب ولا ينتفع به المخلوق فهو باطل في جميع العقود كما أبطلنا - على الصحيح - في الوقف والوصية الشروط التي لا ينتفع بها المخلوق ولا تقرب إلى الله تعالى.

(١) «الفتاوى» (٣/ ٣٣٤ - ٣٣٥).

لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴿ [الأنعام: ١١٩] عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة.

وأيضاً فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت حله بعينه... وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم، فثبت بالاستصحاب العقلي، وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم...».

ثم يقول بعد ذلك:

«إذا حرمتنا العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه الله، بخلاف العقود التي تتضمن شرع دين لم يأذن به 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 هي من العادات يفعلها المسلم والكافر، وإن كان فيها قرابة من وجه آخر، فليست من العبادات التي يفتقر فيها إلى شرع كالعتق والصدقة...».

العقود لا تغير ما كان مشروعاً: وقد تناول هنا قضيتين وأخذ يشبهما بالأدلة، وهما:

- أن الله قد شرع الأحكام شرعاً كلياً.

- وأن فعل العبد هو سبب إثبات الملك المعين في العين.

ثم يقول في إثبات ذلك ما يأتي^(١):

«الأحكام الجزئية لم يشرعها الشارع شرعاً جزئياً، وإنما شرعها شرعاً كلياً، بمثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ﴿وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَهُ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنًا وَتِلْكَ وَرِثَةٌ﴾ [النساء: ٣] وهذا الحكم الكلي ثابت سواء وجد هذا البيع المعين أو لم يوجد.

(١) «الفتاوى» (٣/٣٣٦).

فإذا وجد بيع معين أثبت ملكاً معيناً فهذا المعين سببه فعل العبد، فإذا رفعه فإنما رفع ما أثبته هو بفعله لا ما أثبته الحكم الكلي، إذ ما أثبته الله من الحكم الجزئي إنما هو تابع لفعل العبد فقط؛ لأن الشارع أثبته ابتداء... والشارع لم يحكم عليه في المعين بحكم أبدأ، مثل أن يقول هذا الثوب بعه، أو لا تبعه، أو هبه أو لا تهبه، وإنما حكم على المطلق الذي إذا دخل فيه المعين حكم على المعين.

النتيجة: وإذا ظهر^(١) أن العقود لا يحرم فيها إلا ما حرمه الشارع فإنما وجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقاً إلا ما خصه الدليل، على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت الملل بل والعقلاء جميعهم وأدخلها في الواجبات العقلية من قال بالوجوب العقلي.

ففعلها ابتداء لا يحرم إلا بتحريم الشارع، والوفاء بها واجب لإيجاب الشارع وكذا الإيجاب العقلي أيضاً.

استدلال آخر: ثم أورد استدلالاً آخر غير الكتاب والسنة والآثار والاعتبار، وهو أن «الأصل في العقود رضا الطرفين...» فيقول:

«وأيضاً فإن الأصل في العقود رضا الطرفين ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد؛ لأن الله تعالى قال في كتابه العزيز: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وقال: ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء: ٤] فعلق جواز الأكل بطيب النفس، تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم، وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصداق، فكذلك سائر التبرعات قياساً بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن.

وكذلك قوله: «إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم» لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضى أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان، أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله، كالتجارة في الخمر، ونحو

(١) «الفتاوى» (٣/٢٣٦)، و«العقود» لابن تيمية (ص ١٥٣).

ذلك... (١).

الشرط الذي يجب الوفاء به: ثم بين أن الشرط الذي يجب الوفاء به هو ما ليس منافياً للمقصود من العقد ولا منافياً لمقصود الشارع.

ولتوضيح ذلك أخذ بين الإمام ابن تيمية^(٢) معنى منافاة الشرط لمقتضى العقد، ثم منافاته لمقصود الشارع، وأخيراً حكم الشرط الذي لا ينافيهما، ونورد توضيحه تحت عناوين من عندنا.

حكم الشرط الذي ينافي مقتضى العقد:

«وأيضاً فإن العقد له حالان: حال إطلاق، وحال تقييد، ففرق بين العقد المطلق، وبين المعنى المطلق من العقود.

فإذا قيل هذا شرط ينافي مقتضى العقد، إن أريد به تنافي العقد المطلق، فذلك كل شرط زائد، وهذا لا يضره، وإن أريد تنافي مقتضى العقد المطلق والمقيد، احتاج إلى دليل على ذلك.

وإنما يصح هذا إذا أتى في مقصود العقد، فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صورته، وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود، فقد جمع بين المتناقضين - بين إثبات المقصود ونفيه - فلا يحصل شيء، ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق، بل هو مبطل للعقد عندنا».

حكم الشرط الذي ينافي مقصود الشارع:

«والشروط الفاسدة قد تبطل لكونها قد تنافي مقصود الشارع مثل اشتراط الولاء لغير المعتق، فإن هذا لا ينافي مقتضى العقد ولا مقصوده، فإن مقصوده الملك، والعقد قد يكون مقصوداً للعقد، فإن اشتراء العبد لعنته يقصد كثيراً،

(١) وجاء في «أعلام الموقعين» لابن القيم (٤٠/٢) في هذا ما يأتي:

«وقد قال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحِكْمَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ فأباح التجارة التي تراضى بها المتبايعان، فإذا تراضيا عن شرط لا يخالف حكم الله جاز لهما ذلك، ولا يجوز إلغاؤه، وإلزامهما بما لم يلتزماء، ولا ألزمهما الله ولا رسوله به، ولا يجوز إلزامهما بما لم يلزمهما الله ورسوله به، ولا هما التزماء، ولا إبطال ما شرطاه مما لم يحرم الله ورسوله عليهما شرطه...».

(٢) «الفتاوى» لابن تيمية (٣٣٧/٣).

فثبوت الولاء لا ينافي مقصوده العقد، وإنما ينافي كتاب الله وشرطه، كما بينه النبي ﷺ بقوله: «كتاب الله أحق وشرط الله أوثق».

حكم الشرط الذي لا ينافي المقصود من العقد ولا ينافي مقصود الشارع:

فإذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد كان لغواً، وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله. فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما... فلا وجه لتحريمه، بل الواجب حله؛ لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه، ولم يثبت تحريمه، فيباح لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج.

الرد على أدلة القائلين بأن الأصل الفساد^(١): ثم تولى ابن تيمية الرد على المخالفين لما ذهب إليه، فقال:

«وأما قوله ﷺ: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق».

فالشرط يراد به المصدر تارة والمفعول أخرى، وكذلك الوعد والخلف، ومنه قولهم درهم ضرب الأمير، والمراد به هنا والله أعلم: المشروط لا نفس التكلم، ولهذا قال: وإن كان مائة شرط، أي: وإن كان مائة مشروط.

وليس المراد تحديد المتكلم بالشرط، وإنما المراد تحديد المشروط، والدليل على ذلك قوله: «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 حرم الله فلم يخالف كتاب الله وشرطه، حتى يقال: كتاب الله أحق وشرط الله أوثق.

فيكون المعنى: من اشترط أمراً ليس في حكم الله، أو في كتابه -

(١) «الفتاوى» (٣/٣٣٩)، و«أعلام الموقعين» لابن القيم (٢/٣٩).

بواسطة أو بغير واسطة - فهو باطل؛ لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط، حتى يصح اشتراطه، ويجب بالشرط.

ولما لم يكن في كتاب الله أن الولاء لغير المعتقد أبداً كان هذا المشروط - وهو ثبوت الولاء لغير المعتقد - شرطاً ليس في كتاب الله.

فانظر إلى المشروط إن كان فعلاً أو حكماً، فإن كان الله قد أباحه جاز اشتراطه ووجب، وإن كان الله تعالى لم يبيحه لم يجز اشتراطه.

فإذا اشترط الرجل ألا يسافر بزوجه، فهذا المشروط في كتاب الله؛ لأن كتاب الله يبيح ألا يسافر بها، فإذا شرط عدم السفر، فقد شرط مشروطاً مباحاً في كتاب الله...».

ثانياً - الطريق إلى معرفة كون الشرط حلالاً على ضوء هذا الأصل:

بعد أن بين أن الأصل في العقود والشروط فيها الجواز والصحة أخذ يبين ابن تيمية الطريق إلى معرفة حل الشرط وكونه غير محرم على ضوء قاعدة أن الأصل في الشروط الجواز والصحة فقال:

«وإذا ظهر أن لعدم تحريم العقود والشروط وصحتها أصليين^(١) الأدلة الشرعية العامة والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب وانتفاء المحرم فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع أو المسألة، هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضى التحريم؟ أما إذا كان المدرك الاستصحاب ونفي الدليل الشرعي فقد أجمع المسلمون وعلم بالاضطرار من دين الإسلام أنه لا يجوز لأحد أن يعتقد ويفتي بموجب هذا الاستصحاب والنفي إلا بعد البحث عن الأدلة الخاصة إذا كان من أهل ذلك، فإن جميع ما أوجبه الله ورسوله، وحرمه الله ورسوله مغير لهذا الاستصحاب، فلا يوثق به إلا بعد النظر في أدلة الشرع لمن هو من أهل ذلك.

وأما إذا كان المدرك هو النصوص العامة، فالعام الذي كثرت

(١) «الفتاوى» (٣/٣٤١ - ٣٤٢) وفي النص «أصلاً».

تخصيصاته المنتشرة أيضاً لا يجوز التمسك به إلا بعد البحث عن تلك المسألة، هل هي من المستخرج أو المستبقى؟ وهذا أيضاً لا خلاف فيه، وإنما الخلاف بين العلماء في العموم الذي لم يعلم تخصيصه، أو علم تخصيص صور معينة منه، هل يجوز استعماله فيما عدا ذلك قبل البحث عن المخصص المعارض له؟

فقد اختلف في ذلك أصحاب الشافعي وأحمد وغيرهما وذكروا عن أحمد فيه روايتين وأكثر نصوصه على أنه لا يجوز لأهل زمانهم ونحوهم استعمال ظواهر الكتاب قبل البحث عما يفسرها من السنة، وأقوال الصحابة، والتابعين وغيرهم، وهذا هو الصحيح الذي اختاره أبو الخطاب وغيره...».

ثم يتابع قوله إلى أن يقول في نفس الصفحة (٣٤٢):

«إذا كان كذلك فالأدلة النافية لتحريم العقود والشروط، والمثبتة لحلها، مخصوصة بجميع ما حرمه الله ورسوله من العقود والشروط، فلا ينتفع بهذه القاعدة في أنواع المسائل إلا مع العلم والحجج الخاصة في ذلك النوع، فهي بأصول الفقه «التي هي الأدلة العامة» أشبه منها بقواعد الفقه «التي هي الأحكام العامة».

نعم من غلب على ظنه من الفقهاء انتفاء المعارض في مسألة خلافة أو حادثة انتفع بهذه القاعدة، فيذكر من أنواعها قواعد حكمية مطلقة، من ذلك ما ذكرناه من أنه يجوز لكل من أخرج عيناً عن ملكه بمعاوضة كالبيع والخلع، أو تبرع كالوقف والعتق أن يستثني بعض منافعها، فإن كان مما لا يصح فيه الغرر - كالبيع - فلا بُدَّ أن يكون المستثنى معلوماً، لما روى جابر، وإن لم يكن كذلك كالعتق والوقف فله أن يستثني خدمة العبد ما عاش عبده، أو عاش فلان، أو يستثني غلة الوقف ما عاش الواقف، ومن ذلك أن البائع إذا اشترط على المشتري أن يعتق العبد صح ذلك في ظاهر مذهب الشافعي وأحمد وغيرهما، لحديث بريرة، وإن كان عنهما قول بخلافه...».

ثالثاً - جواز اشتراط كل تصرف فيه مقصود صحيح وإن كان فيه منع من غيره^(١) :

ثم أخذ ابن تيمية يوضح ذلك قائلاً :

وأصول أحمد ونصوصه تقتضي جواز شرط كل تصرف فيه مقصود صحيح، وإن كان فيه منع من غيره، قال أحمد بن القاسم: قيل لأحمد الرجل يبيع الجارية على أن يعتقها فأجازه...

واستدل على جوازه باشتراط النبي ﷺ ظهر بعير جابر، وحديث بريرة، وإن النبي ﷺ إنما نهى عن شرطين في بيع... وهذا شرط واحد، والنهي إنما هو عن شرطين.

- كما أنه جوز (أحمد) اشتراط التدبير كالعق.

- وكذلك جوز اشتراط التسري لما فيه من المقصود الصحيح.

- وكذلك جوز أن يشترط المشتري أنه لا يبيعها لغير البائع، وإن البائع يأخذها إذا أراد المشتري بيعها بالثمن الأول، كما روي عن عمر وابن مسعود وامرأته زينب.

جواز اشتراط الزيادة على مطلق العقد والنقص منه ما لم يمنع الشرع:

أخذ ابن تيمية يقيم الدليل على صحة هذه القاعدة^(٢) بشقيها، وضرب لذلك أمثلة في عقد البيع، والإجارة والنكاح، فقال:

(١) في اشتراط الزيادة في المبيع:

«وجماع ذلك أن المبيع الذي يدخل في مطلق العقد بأجزائه ومنافعه يملك الزيادة عليه، كما قال ﷺ: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» فجوز للمشتري اشتراط الزيادة على موجب العقد المطلق، وهو جائز بالإجماع».

وقال في اشتراط النقص منه: «ويملك اشتراط النقص منه بالاستثناء،

(١) «الفتاوى» (٣/٣٤٣ - ٣٤٤).

(٢) «الفتاوى» (٣/٣٤٤).

كما «نهى النبي ﷺ عن الثياب إلا أن تعلم» فدل على جوازها إذا علمت .
- وكما استثنى جابر ظهر بعيره إلى المدينة .

- وأجمع المسلمون على جواز استثناء الجزء الشائع - مثل أن يبيعه الدار إلا ربعا . . . واستثناء الجزء المعين، إذا أمكن فصله بغير ضرر، مثل أن يبيعه ثمر البستان إلا نخلات بعينها، أو الثياب أو العبيد أو الماشية التي قدر إياها إلا شيئاً منها قد عيناه .

- واختلفوا في استثناء بعض المنفعة: كسكنى الدار شهراً، مع اتفاق الفقهاء المشهورين وأتباعهم وجمهور الصحابة على أن ذلك ينفع إذا اشترى أمة مزوجة، فإن منفعة بضعها التي يملكها الزوج لم يدخل في العقد، كما اشترت عائشة بريرة وكانت مزوجة

- وكذلك فقهاء الحديث وأهل الحجاز متفقون على أنه إذا باع شجراً قد بدأ ثمره، كالنخل المنورة، فثمره للبائع مستحق الإبقاء إلى كمال صلاحه، فيكون البائع قد استثنى منفعة الشجر إلى كمال الصلاح .

- وكذلك بيع العين المؤجرة، كالدار والعبد، عامتهم يجوز، ويملكه المشتري دون المنفعة التي للمستأجر .

- وكذلك فقهاء الحديث: كأحمد وغيره، يجوزون استثناء بعض منفعة العقد، كاستثناء بعض أجزائه، معيناً ومشاعاً، وكذلك يجوز استثناء بعض أجزائه معيناً إذا كانت العادة جارية بفصله، كبيع الشاة واستثناء شيء منها سوى الرأس والجلد والأكارع .

(ب) وكذلك الإجارة: ^(١) فإن العقد المطلق يقتضى نوعاً من الانتفاع في الإجازات المقدرة بالزمان، كما لو استأجر أرضاً للزرع، أو حانوتاً للتجارة فيه، أو صناعة، أو أجيراً لخياطة، أو بناء، ونحو ذلك .

فإنه لو زاد على موجب العقد المطلق أو نقص منه فإنه يجوز بغير خلاف أعلمه .

(ج) وفي النكاح: فإن العقد المطلق يقتضى ملكه الاستمتاع المطلق

(١) «الفتاوى» (٣/٣٤٥) .

الذي يقتضيه العرف - حيث ثبت ومتى ثبت فيملكه - لكن حيث ثبت إذا لم يكن فيه ضرر، إلا ما استثنى من الاستمتاع المحرم، أو كان فيه ضرر، فإن العرف لا يقتضيه ويقتضي ملكاً للمهر الذي هو مهر المثل، وملكها الاستمتاع في الجملة، فإنه لو كان مجبوراً أو عيناً ثبت لها الفسخ عند السلف... .
وكذلك يوجب العقد المطلق سلامة الزوج من الجب والعدة عند الفقهاء وكذلك سلامتها من الجنون والجذام والبرص... .
وموجه كفاءة الرجل أيضاً دون ما زاد على ذلك.

ثم لو شرط أحد الزوجين على الآخر صفة مقصودة، كالجمال والبكارة ونحو ذلك، صح ذلك، وملك بالشرط الفسخ عند فوته في أصح روايتي أحمد، وأصح وجهي أصحاب الشافعي، وظاهر مذهب مالك، والرواية الأخرى لا يملك الفسخ إلا في شرط الحرية والدين، وفي شرط النسب على هذه الرواية وجهان، وسواء كان المشترط هو المرأة في الرجل، أو الرجل في المرأة... .

وكذلك لو اشترط بعض الصفة المستحقة بمطلق العقد، مثل أن يشترط الزوج أنه محبوب أو عنين، أو المرأة أنها رتقاء أو مجبوبة، صح هذا الشرط باتفاق الفقهاء، فقد اتفقوا على صحة شرط النقص عن موجب العقد، واختلفوا في شرط الزيادة عليه في هذا الموضوع كما ذكرته لك.

جواز اشتراط الزيادة في الملك المستحق بالعقد والنقص منه:

ثم يستدل على ذلك بالقياس على اشتراط الزيادة على مطلق العقد والنقص منه فيقول (٣/٣٤٧) «الفتاوى»: «والقياس المستقيم في هذا الكتاب الذي عليه أصول أحمد، وغيره من فقهاء الحديث، أن اشتراط زيادة على مطلق العقد، واشترط النقص، جائز ما لم يمنع منه الشرع.

فإذا كانت الزيادة في العين والمنفعة المعقود عليها والنقص من ذلك على ما ذكرته، فالزيادة في الملك المستحق بالعقد والنقص منه كذلك.

فإن اشترط على المشتري أن يعتق العبد، أو يقف العين على البائع أو غيره، أو يقضى بالعين ديناً عليه لمعين، أو غير معين، أو أن يصل به رحمه أو نحو ذلك، هو اشتراط تصرف مقصود، ومثله التبرع والمفروض والتطوع.

وأما التفريق بين العتق وغيره بما في العتق من الفضل الذي تشوفه الشارع
فضعيف، فإن بعض أنواع التبرعات أفضل منه، فإن صلة ذي الرحم المحتاج
أفضل من العتق، كما نص عليه أحمد، فإن ميمونة زوج النبي ﷺ أعتقت جارية
لها، فقال النبي ﷺ: «لو تركتها لأخوالك لكان خيراً لك...» فإذا كان بعض
التبرعات أفضل لم يصح تعليقه باختصاصه بمزيد^(١) الفضيلة... .

وبعد أن عرض ابن تيمية الدليل على صحة اشتراط كل تصرف فيه
مقصود صحيح، وإن كان فيه منع من غيره، أضاف إلى ذلك دليلاً آخر نوجزه
فيما يلي:

«وأصل ذلك أن: الملك هو القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة
بمنزلة القدرة الحسية، فيمكن أن تثبت القدرة على تصرف دون تصرف شرعاً،
كما يثبت ذلك حساً. ولهذا جاء الملك في الشرع أنواعاً:

فالمملك التام: يملك فيه التصرف في الرقبة بالبيع والهبة ويورث عنه:

- وفي منافعه: بالإعارة والإجارة والانتفاع وغير ذلك.

- ثم قد يملك لأمة المجوسية أو المحرمات عليه بالرضاع، فلا يملك
منهن الاستمتاع، ويملك المعاوضة عليه بالتزويج، بأن يزوج المجوسية من
مجوسي مثلاً، وقد يملك أم الولد ولا يملك بيعها ولا هبتها ولا يورث عنه
عند جماهير المسلمين، ويملك وطأها واستخدامها باتفاقهم... .

- ويملك المرهون ويجب عليه مؤنته ولا يملك من التصرف ما يزيل حق
المرتهن لا بيعاً ولا هبة... .

- فإذا كان الملك يتنوع أنواعاً، وفيه من الإطلاق والتقييد ما وصفته وما
لم أصفه لم يمتنع أن يكون ثبوت ذلك مفوضاً إلى الإنسان يثبت منه ما رأى
فيه مصلحة، ويمتنع من إثبات ما لا مصلحة فيه، والشارع لا يحظر على
الإنسان إلا ما فيه فساد راجح أو محض، فإذا لم يكن فيه فساد، أو كان
فساده مغموراً بالمصلحة لم يحظره أبداً^(٢).

(١) «الفتاوى» (٣/٣٤٧ - ٣٤٩) ويراجع العقود لابن تيمية أيضاً (ص ١٨٥).

(٢) «الفتاوى» (٣/٣٤٩).

موجز مبحث الإمام ابن القيم

جاء في «أعلام الموقعين» لابن القيم^(١) (٢/٣٤ - ٣٥):

«الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه. وهذا القول هو الصحيح، فإن الحكم يبطلانها حكم بالتحريم والتأثم، وعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا تأثم إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله، ولا حرام إلا ما حرمه الله، ولا دين إلا بما شرعه.

* فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر.

* والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم.

* والفرق بينهما أن الله سبحانه لا يعبد إلا بما شرعه على السنة رسله، فإن العبادة حقه على عباده، وحقه الذي أحقه هو ورضي به وشرعه.

وأما العقود والشروط والمعاملات: فهي عفو حتى يحرمها، ولهذا نعى الله سبحانه على المشركين مخالفة هذين الأصلين، وهو تحريم ما لم يحرمه، والتقرب إليه بما لم يشرعه، وهو سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفواً لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله، فإن الحلال ما أحله الله، والحرام ما حرمه، وما سكت عنه فهو عفو.

فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها، فإنه سكت عنها رحمة منه من غير نسيان وإهمال، فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه، وقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود والعهود... «ثم أورد الأدلة من الآيات والأحاديث»، وقد سبق أن أشرنا إلى بعض جوانب من استدلاله على صحة هذا الأصل أثناء عرض مبحث الإمام ابن تيمية.

(١) الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة (٧٥١هـ).

تعليق على مبحثي الإمامين

ابن تيمية وابن القيم

سبق أن أوضحنا أن الإمام ابن تيمية يرجح أن الأصل في الشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل دليل على تحريمه وإبطاله، وأنه يرى أن اشتراط كل تصرف فيه مقصود صحيح، وإن كان فيه منع من غيره، جائز وصحيح، إلا شرطاً ينافي المقصود من العقد، أو يخالف الشرع.

حكم اجتماع بيعتين في بيعة، أو بيع سلف:

* لم يتعرض ابن تيمية لبيان حكم اشتراط عقد في عقد^(١)، واشتراط شرطين في عقد، وبيع وسلف تعرضاً مباشراً، في هذا المبحث ولكنه بين حكم ذلك في إجابته على عدة أسئلة استفتي فيها^(٢)، منها:

أنه سئل عن رجل طلب من إنسان ألف درهم إلى سنة بألف ومائتي درهم، فباعه فرساً أو قماشاً بألف درهم، واشتراه منه بألف ومائتي درهم إلى أجل معلوم، فهل يجوز ذلك؟

فأجاب: لا يحل له ذلك، بل هو ربا باتفاق الصحابة وجمهور العلماء، كما دلت على ذلك سنة رسول الله ﷺ. سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن رجل باع حريرة، ثم ابتاعها لأجل زيادة درهم، فقال: دراهم بدراهم، دخلت بينهما حريرة. وسئل عن ذلك أنس بن مالك، فقال: هذا مما حرم الله ورسوله. وقالت عائشة لأم ولد زيد بن أرقم في نحو ذلك: بشس ما شريت وبشس ما اشتريت، أخبرني زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ، إلا أن يتوب.

(١) وواضح مما تقدم أن اشتراط عقد في عقد، هو اشتراط عقد جديد لا تعلق له بالمعقود عليه، أما اشتراط عقد جديد يتعلق بالمعقود عليه، كما لو اشترط على المشتري أن يعتق العبد أو أن يقف العين على البائع أو غيره، أو يقضي بالعين ديناً عليه لمعين أو غير معين، أو أن يصل به رحمه، أو نحو ذلك، وهو اشتراط تصرف مقصود، ومثله التبرع والمفروض والتطوع، فقد سبق أن بين ابن تيمية صحة هذا الشرط (٣/٣٤٧) «الفتاوى»: لأن التفريق بين العتق وغيره ضعيف؛ ولأن بعض التصرفات أفضل من العتق كصلة ذي الرحم المحتاج.

(٢) الفتاوى (٢٩/٢٣٦ - ٢٤٠).

فمتى كان مقصود المتعامل دراهم بدراهم إلى أجل - فإنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى - فسواء باع المعطى الأجل، أو باع الأجل المعطى، ثم استعاد السلعة. وفي السنن عن النبي ﷺ أنه قال: «من باع بيعتين في بيعة، فله أو كسهما أو الربا»^(١). وفيه أيضاً عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا تبايعتم بالعينة؛ واتبعتم أذناب البقر، وتركتم الجهاد في سبيل الله، أرسل الله عليكم ذلاً لا يرفعه عنكم حتى ترجعوا إلى دينكم»^(٢) وهذا كله في بيع العينة، وهو بيعتان في بيعة.

وقال ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»^(٣). قال الترمذي: حديث صحيح. فحرم النبي ﷺ أن يبيع الرجل شيئاً، ويقرضه مع ذلك؛ فإنه يحاييه في البيع لأجل القرض، حتى ينفعه، فهو ربا.

وهذه الأحاديث وغيرها تبين أن ما تواطأ عليه الرجلان، بما يقصدان به دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل، فإنه ربا، سواء كان يبيع ثم يبتاع، أو يبيع ويقرض، وما أشبه ذلك. والله أعلم.

وسئل رسول الله ﷺ عن رجل يداين الناس كل مائة بمائة وأربعين، ويجعل سلفاً على حرير، فإذا جاء الأجل، وأعسر المديون عن وفائه قال له: عاملني، فيأخذ رب الحرير من عنده، ويقول للمديون: اشترت مني هذا الحرير بمائة وتسعين، إلا أنه يأتيه على حساب كل مائة بمائة وأربعين. وإذا قبضه المديون منه قال: أوفني هذا الحرير عن السلف الذي لي عندك. وإذا جاءت السنة الثانية طالبه بالدراهم المذكورة، فأعسرت عليه، أو بعضها. قال: عاملني، فيحسب المتبقي والأصل، ويجعل ذلك سلفاً على حرير. فما يجب على هذا الرجل؟

فأجاب: هذا هو عين الربا الذي أنزل فيه القرآن؛ فإنه كان يكون للرجل على الرجل الدين، فيأتي إليه عند محل الأجل، فيقول: إما أن تقضي، وإما أن تربني، فإن وفاه وإلا زاده المدين في الدين، وزاده الغريم في الأجل، حتى يتضاعف المال. فأنزل الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن

(١) أبو داود في البيوع (٣٤٦١) عن أبي هريرة.

(٢) أبو داود في البيوع (٣٤٦١) عن ابن عمر.

(٣) أخرجه في البيوع: أبو داود (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٤٦٣٠) كلهم

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ زُجُورٌ
أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾ وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ
تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾ [البقرة: ٢٧٨ - ٢٨٠].

وهذه المعاملة التي يفعلها مثل هذا المرابي، مقصودها مقصود أولئك
المشركين المرابين، لكن هذا أظهر صورة المعاملة، وهذا لا ينفعه باتفاق
أصحاب محمد ﷺ؛ فإن هذا المرابي يبيعه ذلك الحرير إلى أجل؛ ليوفيه إياه
عن دينه، فهو بمنزلة أن يبيعه إياه إلى أجل ليشتريه بأقل من ذلك، وقد سئل ابن
عباس عن مثل هذا، فقال: هذا حرام، حرمة الله ورسوله، وسألت أم ولد
زيد بن أرقم عائشة أم المؤمنين عن مثل هذا، فقالت: إني بعت من زيد غلاماً
إلى العطاء بثمانمائة درهم، ثم ابتعته بستمائة، فقالت لها عائشة: بشس ما
اشتريت، وبشس ما بعت، أخبرني زيداً أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ، إلا
أن يتوب، قالت: يا أم المؤمنين، أرايت إن لم أجد إلا رأس مالي، فقالت لها
عائشة: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وفي السنن
عن النبي ﷺ أنه قال: «من باع بيعتين في بيعة، فله أوكسهما أو الربا»^(١).

وقد قال النبي ﷺ: «لا يحل سلف وبيع»^(٢)، فنهى أن يبيع ويقرض
ليحاييه في البيع؛ لأجل القرض. وثبت عنه في الصحيح أنه قال: «إنما الأعمال
بالنيات»^(٣)، فهذان المتعاملان إن كان قصدهما أخذ دراهم بدراهم إلى أجل،
فبأي طريق توصل إلى ذلك كان حراماً؛ لأن المقصود حرام لا يحل قصده، بل
قد نهى السلف عن كثير من ذلك سدا للذرائع؛ لئلا يفضي إلى هذا المقصود.

وهذا المرابي لا يستحق في ذم الناس إلا ما أعطاهم أو نظيره، فأما الزيادات
فلا يستحق شيئاً منها، لكن ما قبضه قبل ذلك بتأويل، فإنه يعفى عنه، وأما ما بقي له
في الذم فهو ساقط؛ لقوله: ﴿وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٨]، والله أعلم.

فما دام الشرط منهيّاً عنه، فإنه لا يدخل في القاعدة التي وضعها ابن
تيمية للشروط الصحيحة، بل هو خارج منها، لورود نص دال على تحريمه،

(١) سبق تخريجه (ص ٣٦١).

(٢) سبق تخريجه (ص ٣٦١).

(٣) أخرجه البخاري في ٨٣ - كتاب الأيمان والنذور: ٢٣ - باب النية في الأيمان، ومسلم في
الأقضية حديث رقم (١٠٨٠) (المختصر) و(٤٨/٦٢) كلاهما عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

فإذا ثبت الدليل الذي يقضي بالتحريم كان ذلك حراماً وإلا لم يحرم.
وهذا أيضاً يتفق مع ما ذكره ابن القيم من «أن الأصل في الشروط
الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه».

كما أن اشتراط شرطين في العقد منهي عنه بنص الحديث المتقدم «ولا
شرطان في بيع» وقد سبق أن رأينا أن ابن تيمية بين أن الإمام أحمد استدل
بهذا الحديث على صحة اشتراط شرط في العقد، بجانب كونه دليلاً على عدم
صحة اشتراط شرطين في العقد؛ للنهي عنه بنص الحديث، فقد صح الحديث
لدى المذهب وعمل به.

ومن هذا يتبين لنا أن الإمام ابن تيمية لم يخرج عما ذهب إليه المذهب
الحنبلي من حكم في هاتين المسألتين؛ لأن حكمهما ثابت بالنص الشرعي.
أما الشرط الذي ينافي المقصود من العقد: فقد سبق أن بينا أن ابن تيمية
يرى أن المراد بهذه المنافاة هي أن يثبت العقد مقصوداً وينفي الشرط هذا
المقصود، كاشتراط الطلاق في النكاح والفسخ في العقد.

وهذا النوع من الشرط بعيد التصور جداً؛ لأنه لا يعقل أن يريد العقد
ولا يريده في آن واحد، وإذا وجد فهو باطل مبطل للعقد.

ولم يتعرض الإمام ابن القيم لهذا الشرط في مبحثه الخاص بالشروط
التي أوردناها آنفاً، ولكنه عمل بموجب هذه الأحاديث، انظر: تهذيب الإمام
ابن القيم على مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري، ومعالم السنن لأبي
سليمان الخطابي (٩٧/٥) حديث رقم (٣٣١٦).

وأما الشرط الذي يخالف الشرع:

فقد صرح ابن تيمية بأن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ومقصوده يكون
باطلاً مبطلاً للعقد، أما الشرط الذي يخالف الشرع فلم يصرح إلا بأنه شرط
خالف حكم الله ورسوله، وواضح أن مثل هذا يكون باطلاً، إلا أنه يلزمنا أن
نتبين حكم العقد المقترن بهذا الشرط، والذي يظهر لي أن الإمام ابن تيمية -
بسكوته عن هذا الحكم - يوافق على ما ذهب إليه المذهب الحنبلي من إبطال
الشرط المخالف للشرع، وصحة العقد استناداً إلى حديث بريرة رضي الله عنها حيث
أبطل ﷺ شرط الولاء ولم يبطل العقد.

الشروط المقرنة بالعقد عند الظاهرية

لقد نص المذهب الظاهري على أن الشروط جميعها باطلة، وأما العقد، فإنه يكون صحيحاً تاماً إن عقد الشرط قبله، أو بعده، ويكون العقد باطلاً مفسوخاً إن عقد الشرط حال العقد، ولم يستثن المذهب من ذلك سوى سبعة شروط، وردت نصوص بصحتها.

ونورد فيما يلي ما جاء في كتاب «المحلى» لابن حزم الظاهري (٤٢/٨ - ٤١٤) حيث يقول: «مسألة: وكل شرط وقع في بيع منهما، أو من أحدهما برضى الآخر، فإنهما إن عقدها قبل عقد البيع، أو بعد تمام البيع بالتفرق بالأبدان، أو بالتخيير، أو في أحد الوقتين - يعني قبل العقد، أو بعده - ولم يذكره في حين عقد البيع، فالبيع صحيح تام، والشرط باطل لا يلزم. فإن ذكرا ذلك الشرط في حال عقد البيع فالبيع مفسوخ، والشرط باطل، أي شرط لا تحاشى شيئاً إلا سبعة شروط فقط، فإنها لازمة، والبيع صحيح إن اشترطت في البيع، وهي:

- ١ - «اشترط الرهن فيما تبايعان إلى أجل مسمى».
- ٢ - «اشترط تأخير الثمن إن كان دنائير، أو دراهم إلى أجل مسمى».
- ٣ - «اشترط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكر أجلاً».
- ٤ - «اشترط صفات المبيع التي يتراضيانها معاً، ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة».
- ٥ - «اشترط ألا خلافة».
- ٦ - «بيع العبد، أو الأمة فيشترط المشتري مالهما، أو بعضه مسمى معيناً، أو جزءاً منسوباً مشاعاً في جميعه، سواء كان مالهما مجهولاً كله، أو معلوماً كله، أو معلوماً بعضه مجهولاً بعضه».

٧ - «بيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب، أو بعده، فيشترط المشتري الثمرة لنفسه، أو جزءاً معيناً منها، أو مسمى مشاعاً في جميعها».

ثم يتبع ذلك بقوله: «فهذه، ولا مزيد، وسائرهما باطل كما قدمنا كمن باع مملوكاً بشرط العتق، أو أمة بشرط الإيلاد، أو دابة واشترط ركوبها مدة مسماة قلت أو كثرت، أو إلى مكان مسمى قريب، أو بعيد، أو داراً واشترط سكنها ساعة فما فوقها، أو غير ذلك من الشروط.

الأدلة التي ساقها المذهب على صحة رأيه:

(أ) الدليل على أن الشروط التي ليست في كتاب الله لا تصح:

استند المذهب إلى خبر بريرة رضي الله عنها حيث قال في نفس المرجع (٤١٢/٨ - ٤١٣): «برهان ذلك ما روينا من طريق مسلم بن الحجاج، حدثنا أبو كريب محمد بن العلاء الهمداني - نا - أبو أسامة - هو حماد بن أسامة - نا - هشام بن عروة، عن أبيه قال: «أخبرتني عائشة أم المؤمنين فذكرت حديثاً قالت فيه: إن رسول الله ﷺ خطب الناس فحمد الله وأثنى عليه (بما هو أهله) ثم قال: «أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطاً 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» وذكر باقي الخبر... فهذا الأثر كالشمس صحة، وبياناً يرفع الأشكال كله، فلما كانت الشروط كلها باطلة غير ما ذكرنا كان كل عقد من بيع، أو غيره، عقد على شرط باطل باطلاً، ولا بد، لأنه عقد على أنه لا يصح إلا بصحة الشرط، والشرط لا صحة له، فلا صحة لما عقد بالأصحة له إلا بصحة ما لا يصح».

(ب) الدليل على صحة الشروط السبعة المذكورة آنفاً:

«قال^(١) أبو محمد «وأما تصحيحنا الشروط السبعة التي ذكرنا، فإنها منصوص على صحتها، وكل ما نص رسول الله ﷺ عليه فهو في كتاب الله ﷻ، قال تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤] وقال

(١) نفس المرجع (٤١٣/٤).

تعالى: ﴿وَمَا يَطِّقُ عَنِ الْمَوْتِ ﴿٢﴾ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى ﴿١﴾﴾ [النجم: ٣، ٤] وقال
تعالى: ﴿مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ﴾ [النساء: ٨٠].

١ - صحة اشتراط الرهن:

«فأما اشتراط الرهن في البيع إلى أجل مسمى فلقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ
عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

٢ - اشتراط الأجل:

«وأما اشتراط الثمن إلى أجل مسمى فلقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى
أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

٣ - واشتراط الخيار:

«وأما اشتراط ألا خلافة فقد ذكرنا الخبر في ذلك قبل هذا المكان بنحو
أربع مسائل (وحدیث حبان ابن منقذ إذا ابتعت فقل لا خلافة، ولي
الخيار... معروف).

٤ - اشتراط الصفات:

«وأما اشتراط الصفات التي يتبايعان عليها من السلامة، أو من أن لا
خديعة، ومن صناعة العبد، أو الأمة، أو سائر صفات المبيع؛ فلقوله تعالى:
﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾
[النساء: ٢٩] فنص تعالى على التراضي منهما، والتراضي لا يكون إلا على
صفات المبيع، وصفات الثمن ضرورة».

٥ - اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة:

«وأما اشتراط الثمن إلى الميسرة فلقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرٍ
فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] وروينا من طريق شعبة أخبرني عمارة بن
أبي حفصة عن عكرمة، عن عائشة أم المؤمنين «أن رسول الله ﷺ بعث
إلى يهودي - قدمت عليه ثياب - ابعث إلى بثوبين إلى ميسرة» وذكر باقي
الخبر».

٦ ، ٧ - اشتراط مال العبد، أو الأمة، واشتراط ثمر النخل المؤبر:

«وأما مال العبد، أو الأمة، واشتراطه، واشتراط ثمر النخل المؤبر، فلما روينا من طريق عبد الرزاق - نا - معمر عن الزهري، عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه: أن رسول الله ﷺ قال: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، ومن باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع».

ثم أتبع ذلك بقوله: «قال أبو محمد: ولو وجدنا خبراً يصح في غير هذه الشروط باقياً غير منسوخ لقلنا به، ولم نخالفه... وقد ذكرنا رواية عبد الرزاق عن ابن جريج، عن عطاء قال: «كل بيع فيه شرط فليس بيعاً».

ثم أخذ يرد على أدلة المعارضين، ونجمل هذه الردود فيما يلي، ونرجئ الرد عليها إلى حين الاستدلال بها في مواقعها من الشروط أثناء المقارنة، كما أن ابن تيمية، وابن القيم قد ردا بإسهاب على أدلتهم، وقد أشرنا إلى هذا في المطلب الخاص برأيهما^(١).

الرد على أدلة المجيزين للشروط:

أما قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْمُعْذِرَةِ﴾ [المائدة: ١] فليس على عمومه؛ لأنه يحرم الوفاء بالمعصية، وأما حديث: «المسلمون عند شروطهم» فضعيف السند... ولو صح لكان حجة لنا؛ لأن شروط المسلمين هي التي أباحها الله لهم. وأما حديث: «لا يحل بيع وسلف ولا شرطان في بيع» فليس فيه دليل على حل الشرط الواحد، بل حكمه مسكوت عنه في هذا الخبر فيجب طلبه في غيره، فوجدناه في قوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» فيبطل الشرط الواحد، وكل ما لم يعقد إلا به.

وأما حديث بريرة رضي الله عنها فقد كان اشتراط الولاء مباحاً قبل ذلك، ثم فسخ وأبطل، وليس في القصة ما يفيد شرط العتق، فلا يصح.

وأما حديث جابر رضي الله عنه فلا نسلم أنه كان يحتوى على شرط - وأنه كان

(١) راجع: المطلب الثالث من هذا الباب (ص ٣٤٢ - ٣٥٩).

هناك أخذان (أحدهما فعله الرسول ﷺ)، والثاني لم يفعله، بدليل قوله ﷺ: «أثر أني ماكستك لأخذ جملك، ما كنت لأخذ جملك، خذ جملك فهو لك» فإنما اشترط جابر ركوب جمل نفسه. وأما الآثار المروية عن الصحابة بصحة الشرط، فلا حجة لنا إلا في رسول الله ﷺ فقط.

الشروط المقرنة بالعقد في المذهب الزيدي

لقد سار المذهب الزيدي على نفس التقسيمات المعهودة للشرط المقرن بالعقد في المذاهب الأخرى فجعلها تدرج تحت الأنواع الآتية:

(أ) شروط يقتضيها العقد.

(ب) شروط لا يقتضيها العقد، ولا تنافي مقتضاه، وهي إما ملائمة للعقد، أو لا تلائمه ولكن فيها منفعة يصح أفرادها بالعقد.

(ج) شروط تنافي مقتضى العقد، وهي إما أن يترتب عليها منع من تصرف عام أو خاص في المعقود عليه أو غيره، أو يترتب عليها تعليق نفوذ البيع على عقد يحصل في المستقبل.

(د) ما عدا ذلك من الشروط.

ونتناول هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: للشروط الصحيحة.

المطلب الثاني: للشروط الباطلة.

* المطلب الأول *

الشروط الصحيحة في المذهب الزيدي

ونجعل الشروط الصحيحة في المذهب الزيدي في نوعين: وهي كلها شروط لا يقتضيها العقد - أما الشرط الذي يقتضيه العقد فقد سبق أن بينا آراء الفقهاء في الشرط الذي يقتضيه العقد^(١):

(١) راجع: النوع الثاني من الفصل الأول من الشروط المجازية.

النوع الأول: الشرط الملائم للعقد.
النوع الثاني: الشرط الذي يحقق منفعة يصح إفرادها بالعقد.

النوع الأول

شرط يلائم العقد

ونبين فيما يلي الصورة الواردة لهذا النوع^(١) من الشرط، ثم نبين حكم هذا الشرط وأثره.

صور لهذا الشرط: ومن الأمثلة التي أوردها المذهب لهذا النوع من الشرط ما إذا باعه شيئاً وشرط على المشتري أن يعطيه كفيلاً أو رهناً في الثمن أو في المبيع.

- أو اشترى شيئاً وشرط على البائع كفيلاً في الثمن إن استحق المبيع.

حكم هذا الشرط وأثره:

هذا الشرط صحيح يلزم الوفاء به. إلا أنه يلزم للقول بذلك توافر بعض

(١) جاء في «المنتزع المختار» (٦٢/٣):

تنبيه: «أما لو شرط (أ) في المبيع كفيلاً أو رهناً (ب) فقال في شرح أبي مضر، وص بالله (المنصور بالله) يصح إذا كان معيناً لا إن لم يكن معيناً، قال (ص) بالله: فإن امتنع من تسليم الرهن أجبر عليه (ج) وإن امتنع الكفيل فللبائع الفسخ، وفي الوافي يصح سواء كان معيناً أم لا (د) وأطلق في الزيادات أنه لا يصح (ه).

الحاشية:

(أ) يعني البائع.

(ب) يعني في الثمن أو في المبيع - قرز - أو شرط كفيلاً في الثمن إن استحق المبيع.
(ج) الصحيح لا يجبر، لأن من شرط الرهن التراضي، لكن للبائع الفسخ وقرز قال في البحر: والأولى أن يسترده حتى يسلم الرهن.

(د) قال الإمام في الغيث وهو الأقرب وسيأتي في الفصل الثاني.

(ه) وهو القياس لأن تعليق البيع بالمستقبل يفسد كما يأتي. اهـ. ح فتح تنبيه أما لو شرط البائع كفيلاً أو رهناً في الثمن أو في المبيع، أو شرط المشتري كفيلاً في الثمن إن استحق البيع، فإنه يصح سواء كان الكفيل أو الرهن معيناً أم لا، وسواء كان العقد أم شرطاً، فلو امتنع من تسليم الرهن. أو امتنع الكفيل، فللبائع الفسخ، ولا إيجاب في تسليم الرهن؛ لأن من شرط الرهن التراضي.

الشروط في الرهن، أو الكفالة، ونوضح فيما يلي بعض الشروط الواجب توافرها لصحة هذا الشرط مصحوبة بآثاره.

(أ) أما بالنسبة لشرط الرهن:

فقد أثير أمران: أولهما: تعيين الرهن، وثانيهما: أن يكون المرهون غير محل العقد:

- أما تعيين الرهن: فإنه يصح في المذهب الزيدي اشتراط الرهن مطلقاً - معيناً كان أم غير معين -.

وقال البعض من فقهاءهم لا يصح شرط الرهن إلا إذا كان الرهن معيناً. وأما رهن غير محل العقد: فإنه لا بد لصحة شرط الرهن من أن يكون الشيء المرهون شيئاً آخر غير المبيع، فلا يصح أن يشترط البائع رهن المبيع في الثمن، حتى يؤدي المشتري هذا الثمن^(١) فإن شرطه فسد العقد، لاختلاف الضمان، حيث يكون مضموناً على البائع ضمان المبيع بالثمن، وضمنان الرهن بالقيمة.

ويستثني من ذلك ما لو شرط البائع رده إليه رهنأ بعد أن يقبضه المشتري، فإن هذا الشرط يصح ويصح العقد معه؛ لأن المشتري لا يصح رهنه قبل قبضه، لا من البائع، ولا من غيره، فإذا قبضه صح.

أثر شرط الرهن:

ذكرنا آنفاً أن هذا الشرط صحيح يلزم الوفاء به، فإذا امتنع المشتري من تقديم الرهن هل يجبر على تقديمه؟ رأيان في المذهب:

قيل: يجبر على تسليمه، والصحيح في المذهب أنه لا يجبر المشتري على تقديم هذا الرهن؛ لأن من شرط الرهن التراضي، والتراضي لا يتفق مع الإيجابار، ولكن يكون للبائع الحق في أن يفسخ العقد إذا لم يقدم له هذا الرهن.

(ب) بالنسبة لشرط الكفالة:

يصح اشتراط الكفالة في الثمن أو في المبيع، سواء عين الكفيل أم لم

(١) «المتزغ المختار» (٣/٦١ - ٦٢)، و«التاج المذهب» (٢/٣٧٠).

يعينه، فإذا كان الكفيل معيناً، أو عين فيما بعد، وامتنع عن قبول الكفالة، فللبائع الحق في فسخ العقد.

الدليل على صحة شرط الرهن والكفالة:

ثبتت صحة هذين الشرطين على خلاف القياس: وذلك لأن القياس يقتضي أنه لا يصح هذا الشرط؛ لأنه يترتب عليه تعليق نفوذ العقد بأمر يحصل في المستقبل، ولا تعلق له بالعقد؛ لأنه اشتراط لأمر خارج عنه، وكل ما كان كذلك يفسد العقد في المذهب، كما سيأتي إيضاحه.

ولكن هذا الشرط - شرط الرهن والكفالة في العقد - يوثق موجب العقد؛ لأن من موجبات العقد لزوم الوفاء به، وهذا الشرط يؤكد الوفاء بالثمن، وتسليم المبيع. وكل ما كان كذلك يصح اشتراطه.

النوع الثاني

شرط يحقق منفعة يصح أفرادها بالعقد

وهذا الإطلاق يشمل في المذهب الزيدي صورتين من الشروط^(١)

(١) جاء في «المنتزع المختار» (٣/٦٦ - ٦٧):

«النوع الثاني مما يصح فيه العقد والشرط قوله (أو) شرط شرطاً (يصح أفرادها بالعقد).
(أ) كإيصال المنزل.

(ب) وذلك نحو أن يشتري طعاماً أو نحوه على أن يوصله البائع إلى منزل المشتري، فإن ذلك يصح، كما لو استأجره على أن يوصل الطعام المنزل من دون بيع، وهكذا ما أشبه ذلك.

(ج) قال عليلم: وهذا ما لم يكن من تمام العقد، فلو اشترى منه زرعاً على أن يحصله لم يصح.

(د) ذلك إذ الحصاد من تمام العقد.

(هـ) (ومنه) أي: من هذا الشرط الذي يصح أفرادها بالعقد أن يشتري شجرة ويشترط المشتري:

(و) على البائع (بقاء) تلك «الشجرة».

(ز) في قرارها «مدة معلومة».

(ح) فإن هذا يصح كما لو استأجر مكان تلك الشجرة.

(أ) وله تعلق بالبيع، فأما إذا كان الشرط لا يصح أفرادها بالعقد كأن يشتري فصيلاً =

الأولى: الشرط الذي يترتب عليه استثناء بعض منافع محل العقد مدة معلومة،
والثانية شرط يترتب عليه قيام البائع بعمل في محل العقد، ونوضح كلاً منهما
فيما يلي:

الصورة الأولى

شروط تؤدي إلى استثناء بعض منافع محل العقد

أمثلة لهذا النوع من الشرط:

ومن أمثلة هذا النوع من الشرط ما إذا:

- باع دابة واشترط البائع ركوبها إلى موضع معلوم.
- باع بهيمة واشترط البائع أن ترضع فصيلها مدة معلومة.
- اشترى شجرة - أو زرعاً - وشرط على البائع بقاء تلك الشجرة - أو
الزرع - في قرارها مدة معلومة.

= ويشترط على البائع إرضاعه، فإن الشرط لا يصح ويفسد العقد؛ لأن إرضاع الفصيل
لا يصح إفراده بالعقد لعدم صحة الاستنجاز على نفس الرضاع، لتضمنه بيع
المعدوم. اهـ. شرح أثمار.

وأما لو باع البهيمة وشرط البائع أن ترضع فصيلها مدة معلومة، فإنه يصح؛ لأنه بيع
واستثناء لا بيع وشرط، وكذا لو شرط البائع الركوب إلى موضع معلوم صح. اهـ.
غيث. وأما إذا لم يف البائع بما شرط عليه أجبر إن أمكن، وإلا كان للمشتري
الخيار، فإن اختار تمام البيع قسط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل. قرز.
(ب) كلام البيان إلى محل معلوم.

(ج) نحو أن يشتري دقيقاً على أن يعجنه البائع أو ثوباً على أن يخيطه.

(د) يعني الشرط بل يلفو.

(هـ) ولعل الإمام يوجب الحصاد على البائع، وعند أصحابنا أنه على المشتري، فذلك
صحيح، ويكون بيعاً وإجارة. اهـ.

(و) وكذا لو كان الشارط البائع لمصلحة في بقائها، وذكر له مدة معلومة صح البيع
ذكره الفقيه في (أبو يوسف). اهـ. بيان، وإن لم يكن له منفعة فلا يصح لأنه رفع
موجه. اهـ. زهور وقرز.

(ز) أو الزرع.

(ح) إلى هنا انتهى كلام ابن شبرمة.

ويراجع أيضاً «التاج المذهب» (٢/٣٧٤)، و«التذكرة الفاخرة» (مخطوط غير مرقم في
دار الكتب) فقه النحل للعلامة الحسن بن محمد النحوي.

- باع شجرة - أو زرعاً - وشرط على المشتري بقاء تلك الشجرة - أو الزرع - في قرارها مدة معلومة، وكان له مصلحة في بقائها، كمد الأثواب عليها للشمس^(١).

حقيقة هذا الشرط:

تميز هذا النوع من الشرط بما يأتي:

- أنه شرط لا يقتضيه العقد، ولكنه يحقق منفعة لأحد المتعاقدين فإن لم يكن فيه منفعة فإنه لا يصح؛ لأنه يكون حينئذ رافعاً لموجب العقد، كما لو اشترط البائع بقاء الشجرة في قرارها مدة معلومة ولم يكن له مصلحة في ذلك.

- أنه شرط يصح أفراده بالعقد، فإن ركوب الدابة المبيعة يصح أن يكون محلاً لعقد إجارة، كما لو استأجر الدابة ليركبها بدون بيع، فحيث جاز أفراد الشرط بعقد جاز اشتراطه في العقد؛ ولأنه بيع واستثناء، وذلك جائز؛ لأنه ليس بيعاً وشرطاً.

وإذا لم يصح أفراده بعقد لم يصح الشرط، (ويفسد العقد على الأصح) كما لو اشترى فصيلاً وشرط على البائع إرضاعه؛ لأن إرضاع الفصيل لا يصح أفراده بعقد، لعدم صحة الاستئجار على نفس الرضاع، لما تضمنه من بيع المعدوم، بخلاف ما لو باع بهيمة وشرط البائع أن ترضع فصيلها مدة معلومة، فإنه يصح؛ لأنه بيع واستثناء، لا بيع وشرط.

- وأنه شرط له تعلق بالعقد، فإن الشيء المستثنى بالشرط إنما هو بعض منفعة محل العقد، لا منفعة غيره، لذا كان للشرط هنا تعلق بالعقد.

- كما أن المستثنى بالشرط معلوم، فلا بد أن تكون المنفعة المستثناة بالشرط لمدة محددة، فإن كانت المدة مجهولة، كما لو شرط البائع أو المشتري - بقاء الشجرة المبيعة في قرارها مدتها - فسد العقد؛ لأنه بيع وإجارة مجهولة^(٢)؛ ولأنه يرفع موجب العقد.

(١) «التاج المذهب» (٣٧٤/٢)، وفي نفس المرجع (٣٠/٢): «لو استثنى البضع من المرأة لمدة معلومة، كالأ يطأها سنة، صح العقد، ويلغو الشرط».

(٢) «المنتزع المختار» (٦١/٣).

- وأنه شرط مباح، فلو كانت المنفعة المستثناة من المعقود عليه محرمة فسد العقد، كما لو استثنى البائع وطء الأمة المبيعة لمدة معلومة، أو مطلقة، فسد العقد^(١) وهذا واضح؛ لأن الوطاء لا يكون إلا بملك يمين أو نكاح.

الصورة الثانية

شروط تؤدي إلى التزام البائع بالقيام بعمل في محل العقد أمثلة لهذا الشرط: ومن الصور التي أوردها المذهب لهذا الشرط ما إذا:

- اشترى طعاماً - أو نحوه - على أن يوصله البائع إلى منزل المشتري.
- أو اشترى دقيقاً على أن يعجنه البائع، أو ثوباً على أن يخيطه له، أو حنطة على أن يطحنها.

حقيقة هذا الشرط:

هذا النوع من الشرط يتميز بما يلي:

- أنه شرط لا يقتضيه العقد، ولكنه يحقق مصلحة لأحد المتعاقدين.
- وأنه شرط يصح أفراده بالعقد، فإن حمل الطعام إلى المنزل يصح أن يكون محلاً لعقد إجارة يوجب على البائع القيام بهذا العمل، وإذا جاز أفراد الشرط بعقد، جاز اشتراطه في العقد، ويكون الثمن المسمى حينئذ ثمناً للمبيع، وأجرة للعمل المشترط.

وأنه شرط له تعلق بالعقد: فإن اشتراط حمل الطعام المبيع إلى المنزل في الصورة المذكورة آنفاً إنما هو حمل محل العقد، لا حمل شيء غيره، فهو شرط له تعلق بالعقد.

أما لو كان شرطاً لا تعلق له بالعقد، كما لو باعه دابة على أن يؤجره داره بكذا، فسنوضح في الشروط الفاسدة في المذهب الزيدي أنه شرط يعلق نفوذ البيع على حصول تصرف يحصل في المستقبل، وهذا

(١) نفس المرجع والصفحة.

يفسد العقد، وسنبين أنه يجوز ذلك إذا اجتمع العقدان معا بصيغة واحدة كبعثك هذه الدابة على إجارة دارك منى - أو من فلان - بألف - وتكون الألف ثمناً وأجرة.

- وأنه شرط معلوم؛ لأن هذا الشرط قد أوجب على البائع عملاً معيناً في محل العقد كتوصيلة، أو خياطته، أما إذا كان العمل المشترط مجهولاً فإنه لا يصح.

- وأنه شرط ليس من تمام العقد؛ لأنه إذا كان الشرط من تمام العقد، فإنه يجب بنفس العقد ولا يجب بالشرط، فإذا اشترى زرعاً على أن يحصده البائع، كان الشرط لاغياً؛ لأن الحصاد من تمام العقد، وهذا إذا قيل بأن الحصاد على البائع، أما إذا قيل بأن الحصاد على المشتري فإن الشرط يكون صحيحاً، ويكون بيعاً وإجارة.

الدليل على صحة هذين النوعين من الشرط:

لقد رأينا من النصوص المتقدمة عدم التصريح بدليل على صحة هذين النوعين، ولكن المذهب الزيدي قد صرح بأنه قد صح عنه حديث جابر رضي الله عنه وهو أصل في صحة اشتراط بعض منافع محل العقد، فقد جاء في حاشية المنتزع المختار (٥٧/٣) تعليلاً لتقسيم الشروط في المذهب الزيدي إلى شروط صحيحة، وأخرى فاسدة تفسد العقد، وثالثة غير لازمة لا تفسد العقد ما يأتي:

«... عن عبد الوارث بن سعيد قال: دخلت الكوفة فوجدت ثلاثة من فقهاءها، وهم ح (أبو حنيفة) وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، فسألت ح (أبا حنيفة) عن بيع وشرط فقال: يبطلان، ثم سألت ابن أبي ليلى عن ذلك، فقال: يصح البيع ويبطل الشرط، ثم سألت ابن شبرمة، فقال يصحان، فعدت إلى ح (أبي حنيفة) فأخبرته بما قال فقال: لا علم لي بما قال، ولكنه رضي الله عنه نهي عن بيع وشرط، ثم دخلت على ابن أبي ليلى فأخبرته بما قال، فقال: لا علم لي بما قال، ولكنه رضي الله عنه أجاز البيع وأبطل الشرط في خبر بريرة، ثم دخلت على ابن شبرمة فأخبرته بما قال، فقال: لا علم لي بما قال ولكنه رضي الله عنه

اشترى من جابر بن عبد الله بغيراً واشترط ظهره إلى المدينة، فصح البيع والشرط، وأهل المذهب صححوا هذه الأخبار وقسموا الشروط إلى هذه الأقسام. اهـ. (١).

ومن هذا النص يتبين لنا أن المذهب قد أخذ بحديث جابر فقال بصحة اشتراط بعض منافع محل العقد لمدة معلومة.

وأما صحة اشتراط قيام البائع بعمل في محل العقد، فإن المذهب يرى صحته قياساً على صحة اجتماع عقد الإجارة مع عقد البيع، فحيث صح أفراد الشيء المشتراط بعقد صح اشتراطه في العقد، بشرط أن يكون معلوماً، ويكون الثمن المسمى ثمناً وأجرة.

أثر الشرط الذي صح أفراده بالعقد:

وتبين لنا مما تقدم أن هذا الشرط صحيح يلزم الوفاء به، وأنه إذا لم يف البائع بما شرط عليه أجبر على الوفاء به إن أمكن ذلك، وإلا كان للمشتري الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه، فإن اختار تمام البيع قسط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل، ويسقط من الثمن أجرة المثل، وكذلك الحكم إذا تعذر الوفاء بالشرط^(٢) بوجه من الوجوه.

(١) هذا القول يتفق مع قول المالكية «عرف مالك الأحاديث كلها فاستعملها في مواضعها» وقد تقدم النص في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الباب.

(٢) جاء في «التاج المذهب» (٢/٣٥٩ - ٣٧٤).

ومهما جرى عرف بذلك (بتسليم المبيع إلى منزل المشتري) أو شرط، فقد صار بيعاً وإجارة إن كان لمثله أجرة، فلو امتنع من الإيصال، ولم يتمكن من إجباره، أو تعذر بوجه من الوجوه، كان للمشتري الفسخ إن أحب، أو يسقط من الثمن أجرة المثل لإيصاله بعد تقسيط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل - مثاله: لو كان الثمن اثني عشر، والقيمة ستة دراهم، وكانت أجرة المثل درهيمين، فإن أضفت الدرهمين إلى الستة صارت ثمانية، وبعد ذلك تسقط بقدر الدرهمين من الثمانية الربع منسوباً من الثمن فتسقط من الاثني عشر ثلاثة، إذ هي ربع الثمن، وعلى هذا فقس، فإن استويا أي: كانت أجرة المثل لإيصاله مثل القيمة سقط من الثمن نصفه... ويراجع أيضاً (ص ٣٧٤) نفس المرجع.

* المطلب الثاني *

الشروط الفاسدة التي تفسد العقد

ويشتمل هذا المطلب على ثلاثة أنواع من الشروط:

النوع الأول: شروط تؤدي إلى الجهالة. النوع الثاني: شروط تنافي مقتضى العقد. النوع الثالث: شروط يترتب عليها تعليق نفوذ العقد على شرط يحصل في المستقبل (واشترط عقد في عقد). ونورد فيما يلي تفصيل هذه الأنواع:

النوع الأول

شرط يؤدي إلى الجهالة

يقرر المذهب الزيدي^(١) أنه إذا ترتب على الشرط وجود جهالة في العقد، أو في المبيع أو في الثمن، لم يصح العقد، وذلك نظراً لما تؤدي إليه الجهالة من نزاع بين المتعاقدين يترتب عليه عدم استقرار العقد. أما إذا كان هناك عرف يقضي على الجهالة المترتبة على الشرط؛ فإنه يصح العقد.

أمثلة للشرط الذي يؤدي إلى الجهالة التي تفسد العقد:

ولما كانت هذه الجهالة قد تكون في العقد، أو في محل العقد، فإننا نورد بعضاً من الأمثلة له في هاتين الحالتين:

جهالة في العقد: ومن أمثلتها:

ما لو اشترط خياراً مجهولاً، أو اشترط خياراً لشخص مجهول.

جهالة في محل العقد:

وهي إما في البيع، أو في الثمن إذا كان العقد بيعاً: ومن أمثلة ذلك في المبيع: اشترى موزوناً واشترط إرجاح وزنه، ولم يذكر قدراً معلوماً، ولم يكن متعارفاً قدر أرجاح الميزان، وإلا صح البيع.

(١) «المنتزع المختار» (٣/٥٧ - ٦١)، و«التذكرة الفاخرة» .

أو اشترى مكيالاً واشترط الرزم^(١) في الكيل؛ فإنه لا يصح إلا أن يكون التفاوت يسيراً يتسامح به، مثل كيل الذرة والبر ونحوهما، لا في الزبيب والحناء، فلا بد من رسل الكيل، وذلك إذا تقدم البيع وتأخر الوزن والكيل، أما إن تقدما على لفظ البيع، صح البيع بلا إشكال؛ لأن المبيع أصبح محدداً معلوماً فلا يترتب عليه نزاع.

ومن أمثله في الثمن:

اشترى صبرة من موزون أو مكيل واشترط على المشتري حط قيمة كذا أرتالاً من تلك الصبرة، أو كذا مكيالاً أو نحو ذلك، فإن ذلك يقتضي الجهالة في الثمن؛ لأن القيمة مجهولة غير مقدرة؛ لأنه يرجع فيها إلى المقومين. أو باع أرضاً وشرط البائع الإنفاق من غلة المبيع عليه بقية عمره، أو على شخص أو أكثر غيره ولو كانوا معلومين، لم يصح؛ لأنه يقتضي جهالة في الثمن، فإن جعل الطعام قدراً معلوماً وجنساً معلوماً صح البيع إذا لم يعينه من غلتها.

* وكشطين في بيع مثل أن يقول: بعتك هذه السلعة على أنها بالنقد بكذا وبالنسيئة، أو على لأنها لأجل كذا بكذا^(٢).

وكبيعتين في بيعة: جاء في المجموع الفقهي أو مسند الإمام زيد بن علي (ص ٦٩)^(٣) (حاشية): «في النهاية ما لفظه نهى عن بيعتين في بيعة، هو يقول: بعتك هذا الثوب نقداً بعشرة، نسيئة بخمسة عشر، فلا يجوز؛ ولأنه لا يدري أيهما الثمن الذي يختاره ليقع عليه العقد، ومن صورته أن يقول: بعتك هذا بعشرين على أن تبيعني ثوبك بعشرة، فلا يصح للشرط الذي فيه؛ ولأنه يسقط بسقوط بعض الثمن، فيصير الباقي مجهولاً، وقد نهى عن بيعتين وشرط

(١) جاء في «مختار الصحاح» (ص ٢٤) رزم الشيء جمعه وبابه نصر والرزمة بكسر الراء الكارة من الثياب، وقد رزمها ترزيماً إذا شدتها رزماً، فالظاهر أن المراد برزم الكيل هو هز المكيال هزاً يشد المكيل إلى بعضه، وعكسه رسل الكيل أي: عدم هزه.

(٢) «المجموع الفقهي» للإمام زيد بن علي فقرة (٥٥٦) (ص ١٤٨) (ج) مطبوع رقم (١٧٢) - بدار الكتب.

(٣) مخطوط رقم (١٥) بدار الكتب.

وبيع وسلف^(١) وهما هذان الوجهان انتهى».

ومن أمثلتها في الإجارة ما إذا اشترط فيها أن تكون نفقة العين المؤجرة على المستأجر، فإن علق الإجارة يفسد لجهالة الأجرة؛ لأن نفقة العين تكون من الأجرة، ونفقتها مجهولة، ويلزم المستأجر أجرة ما انتفع به، وله ما أنفق، ألا أن يكون الإنفاق معلوماً جنساً ونوعاً وقدرأً، فيصح في المثلية لا في القيمة». [التاج المذهب (٣/٧٨، ٨٠)].

الخلاصة: ومن هذا يتبين لنا ما يأتي:

أولاً: أن المذهب يقضي بفساد العقد إذا اقترن به شرط أدى إلى جهالة.

ثانياً: أنه إذا كان هناك عرف يقضي على الجهالة صح العقد، لانتفاء

الزراع.

ثالثاً: أن المذهب يفسر النهي عن شرطين في بيع تفسيراً خاصاً يجعل

هذا النهي إنما هو عن صدور صيغة إيجاب تحمل صفقة ناجزة، وأخرى مؤجلة، وقد أدى هذا إلى جهالة الثمن؛ لأنه لا يدري أيهما الذي يقع عليه العقد^(٢) فالمذهب يرى أن هذا النهي إنما هو للجهالة التي أدت إليها هذه الصيغة التي لم توجب صفقة واحدة.

وبالنظر إلى هذا التفسير يتضح لنا أن ذلك ليس بشرط حقيقة؛ لأن

الشرط يقال لأمر زائد عن العقد يحدث في المستقبل. وهذه الصيغة إنما هي أحد أركان العقد.

فالمذهب الزيدي حمل حديث النهي عن شرطين في بيع على أمر يخرج

عن مبحث الشرط.

كما أنه أيضاً حمل حديث النهي عن بيعتين في بيعة على مثل ما حمل

عليه حديث النهي عن شرطين في بيع^(٣) وجاء في «الكواكب النيرة» هامش «التذكرة الفاخرة» رقم: ٣٠٣ (مخطوط) بدار الكتب تعليقاً على قوله: «وعن

(١) يبدو أنه خطأ خطي في هذا المخطوط وقد يكون الصواب «نهي عن بيعتين في بيعة،

وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف».

(٢) «المنتزع المختار» (٣/٦٤).

(٣) نفس المرجع «المنتزع المختار» (٣/٦٤).

شرطين في بيع: بكذا نقداً أو بكذا نسيئة، أو إلى أجل كذا بكذا، وإلى أجل كذا بكذا» قوله: بكذا نقداً أو بكذا نسيئة... إلخ. سمي هذا شرطين في بيع وهو يسمى أيضاً بيعتين في بيع».

قوله: «إلى أجل كذا بكذا، وهكذا لو قال: بعثك بكذا إن كنت ابن فلان، أو إن كنت معسراً، وإن كنت حاملاً وإن لم هكذا^(١) فهذا كله لا يصح؛ لأن استقرار العقد فيه غير معلوم لوقت معلوم».

كما أن المذهب حين أتى بصورة أخرى لبيعتين في بيعة «بعثك هذا بعشرين على أن تبعني ثوبك بعشرة» قال بعده: «فلا يصح للشرط الذي فيه؛ لأنه يسقط بسقوط بعض الثمن، فيصير الباقي مجهولاً».

ومن هذه العبارة يتبين لنا أن عدم الصحة في هذا المثال إنما هو للنهي عن بيع وشرط، أولاً، والمذهب قد أخذ بهذا الحديث - كما سبق أن بينا ذلك - وثانياً: لما أدى إليه الشرط من جهالة.

النوع الثاني

شروط ترفع موجب العقد

بعد استعراض نصوص المذهب الزيدي^(٢) في هذا النوع من الشرط

(١) هكذا في الأصل - والظاهر: «وإن لم يكن هكذا».

(٢) جاء في «المتزح المختار» (٦١/٣) ما يأتي:

«أو» شرط في العقد شرطاً «رفع موجب» فإنه يفسد «غالباً كعلى» ألا ينتفع.

(أ) نحو أن يبيع منه السلعة على ألا ينتفع بها: فإن هذا الشرط يرفع موجب العقد.

(ب) لأن العقد يوجب أن المشتري ينتفع بالمبيع، فلو شرط ألا يبيع أو لا يهب أو لا يعتق أو لا يدخل المبيع ثلاثة أيام أو أكثر أو مطلقاً أو لا يلبس الثوب، أو شرط بقاء الثمرة المشتراة بعد صلاحها وليس العرف بقاءها.

(ج) أو باع نصف دابته.

(د) على ألا يركبها المشتري إلى وقت إنزال الفحل عليها، فسد العقد؛ لأن هذه كلها

ترفع موجب العقد، قيل ح (أبو حنيفة) فأما لو لم تكون صالحة للركوب، وشرط ألا

يركبها حتى تصلح، صح ذلك، لأنه لا يرفع موجب العقد، قوله (غالباً) احتراز من

صورتين: إحداهما: أن يبيع الجارية على ألا يطأها المشتري، فإن البيع يصح

والشرط يلغو.

الذي يخالف مقتضى العقد نوضح فيما يلي صورته المختلفة، ثم نحلل هذه الصور ونبين حكم اشتراطها في العقد، والدليل الذي استند عليه المذهب في هذا الحكم.

صور للشروط الذي يرفع موجب العقد:

هذه الصور يمكننا أن نقسمها إلى مجموعتين، مجموعة يترتب على

= والثانية: أن يبيع الجارية على أن يكون (ولاؤها) للبائع، فإن هذا الشرط يلغو ويصح البيع، وقال أبو حنيفة (أبو حنيفة) وش (الشافعي): لا يصح البيع في هاتين الصورتين. (هـ) «ومنه» أي: من الشرط الذي يرفع موجب العقد أن يشرط البائع (بقاء المبيع) في يده (ولو قصد أن يبقى في يده رهناً) حتى يؤدي المشتري الثمن، فإن ذلك يفسد به البيع (لا) لو شرط رده إليه رهناً بعد أن يقبضه المشتري، فإن هذا الشرط يصح ويصح العقد معه.. (ولو) اشترى.

(و) (على) شرط (أن يفسخ) العقد «إن شفع».

(ز) في المبيع فإن العقد يفسد بذلك؛ لأنه رفع موجب ثبوت الشفعة.

حاشية:

(أ) قيل ف (أبو يوسف) ولقائل أن يقول: ما رفع موجب العقد - في المبيع وكذا في الثمن - أفسد فلو قال: اشترت منك هذه الدار بمائة على أنك لا تهب الدراهم أو لا تباعها أو لا تصرف فيها فسد. اهـ. زهور.

(ب) وكذا إذا شرط البائع على المشتري أنه لا يرجع عليه بالثمن عند الاستحقاق؛ لأنه رفع موجب. اهـ. كواكب وقرز.

(ج) إذ لو كان العرف بقاءها فهو كالشرط فيأتي فيه كلام الفقيه ع (أبو العباس) أنه يصح إذا كانت المدة معلومة. اهـ. وقال ابن مرغم: لا فائدة فيه سواء كان العرف جارياً ببقائها أم لا؛ لأنه رفع موجب. اهـ. قال في كب (الكواكب النيرة) هذا لا حاجة إليه إذ لا معنى للعرف مع الشرط لأنه لا حكم له إلا مع السكوت. اهـ. قرز. هذا على تلفيق الأستاذ كما تقدم.

(د) أو كلها قرز.

(هـ) وقواه الإمامان.

(و) أو باع.

(ز) إن كانت تستحق فيه، وإن لم تستحق فيه الشفعة لغا. اهـ. ع (أبو العباسي) وظاهر الأمر مطلقاً ولو لم يكن ثم شفع؛ لأنه رفع موجب العقد في الجملة، وإلا لزم في وطء الأمة ألا يصح العقد إلا حيث هي محرمة حقيقة، ولأجل النهي عن بيع وشرط، وسواء كان الشارط البائع أو المشتري.

الشرط فيها منع من انتفاع، أو تصرف عام، أو خاص، في محل العقد، أو في غيره، وأخرى يترتب عليها رفع بعض ما يترتب على العقد من حقوق.

المجموعة الأولى:

شرط يترتب عليه منع من انتفاع أو تصرف عام أو خاص في محل العقد، أو في غيره.

- مثاله في محل العقد: فإن كان العقد بيعاً، كان محله الثمن والمثمن، ومن أمثلة في: (المثمن) ما لو باع شيئاً وشرط على المشتري ألا يبيع ولا يهب، أو لا يعتق، أو لا يدخل المبيع بيته ثلاثة أيام أو أكثر أو مطلقاً أو لا ينتفع بالمبيع، أو لا يلبس الثوب أو لا يركب الدابة الصالحة للركوب^(١) مطلقاً، أو إلى وقت إنزال الفحل عليها، أو شرط البائع بقاء المبيع في يده بعد قبض الثمن^(٢).

- مثاله في محل العقد (الثمن): ما لو اشترى داراً بمائة درهم على أن البائع لا يهب الدراهم أو لا يبيعهها أو لا يتصرف فيها^(٣).

(١) أما إن كانت غير صالحة للركوب فإنه يصح العقد والشرط؛ لأن الشرط لا يرفع موجب العقد.

(٢) أما لو شرط البائع أو المشتري بقاء المبيع في يد البائع رهناً حتى يؤدي المشتري الثمن فإن البيع يفسد؛ لأنه ليس حكمه في يد البائع - حيث حبسه - حكم الرهن، بل إذا تلف تلف من مال البائع؛ لأن المشتري لا يصح رهنه قبل قبضه، لا من البائع ولا من غيره، بخلاف ما لو شرط رده إلى البائع رهناً بعد أن يقبضه المشتري، فإن هذا الشرط يصح ويصح العقد معه، فإذا امتنع المشتري من رده فللبائع الفسخ «التاج المذهب» (٣٧٠/٢) و«المنتزع المختار» (٦٢/٣) ويخلاف ما لو شرط البائع بقاء المبيع في يده حتى يسلم المشتري الثمن فإنه لا يفسد العقد؛ لأنه لم يرفع موجب العقد؛ لأن البائع له حبس المبيع حتى يسلم له الثمن، «المنتزع المختار» (٦٢/٣) وقد سبق الإشارة إلى هذا في الشرط الذي يلزم العقد للزيادة.

(٣) وفي المضاربة: لو شرط ألا يبيع أو لا يشتري إلا من فلان لم تصح المضاربة، لجواز أن يموت «التاج المذهب» (٢١٥/٣).

أما في الهبة - فإنه لو وهبه بشرط ألا يتصرف في الموهوب يبيع ولا هبة أو نحوهما، أو على أن تعود الهبة إلى الواهب بعد موت المتهب، أو وهبه شيئاً من الأعيان لمدة مؤقتة كشهر أو سنة صحت الهبة، ولغا الشرط وإن كان الشرط مخالفاً لموجب عقد =

- مثاله في غير محل العقد: ما لو باع داراً على ألا ينتفع المشتري بشيء من ماله كداره أو أرضه أو غيرهما^(١)، فإنه يفسد العقد بهذا الشرط؛ لأنه بيع وشرط لا تعلق له بالعقد؛ ولأنه يترتب عليه منع المالك من التصرف في ملكه فإذا كان المذهب قد أفسد العقد إذا اشتمل على شرط يمنع العاقد من التصرف في محل العقد، فمن الأولى أن يفسد العقد إذا اشتمل على شرط يمنع المتعاقد من التصرف في أمواله الأخرى.

المجموعة الثانية: شرط يؤدي إلى رفع حق من حقوق العقد:
ونورد له عدة أمثلة من العقود المختلفة:

مثاله في البيع:

- ما لو شرط البائع على المشتري ألا يرجع عليه بالثمن عند استحقاق المبيع أو اشترى أو باع بشرط أن يفسخ العقد إن شفع في المبيع.

في المضاربة:

ما لو اشترط الخسارة على المالك، أو عليهما فإنها^(٢) لا تصح.

في الوقف:

ما لو شرط في الوقف أن له يبعه متى شاء لم يصح الوقف^(٣):

والفرق بين هذه المجموعة والمجموعة الأولى أن هذه المجموعة يؤدي الشرط فيها إلى إسقاط حق يثبت للمتعاقد بعد تمام العقد بحكم العقد، وإسقاطه قبل وجوب العقد إسقاط للشيء قبل وجوبه. أما المجموعة الأولى فإنه يؤدي الشرط فيها إلى منعه من تصرف (عام أو خاص في محل العقد أو في غيره) ثبت لله بحكم العقد.

= الهبة، وكذلك لو كان الشرط ليس بمال ولا غرض كوهبتك بشرط أن تحرك أصابعك «التاج المذهب» (٣/٢٦٥).

(١) يراجع «المنتزع المختار» (٣/٦٤، ٦٥).

(٢) «التاج المذهب» (٣/١٥٢).

(٣) نفس المرجع (٣/٣٠٢).

(ب) تحليل هذه الشروط:

هذه الشروط جميعها شروط لا يقتضيها العقد، وتخالف موجهه؛ لأن العقد إذا صدر مستوفياً لأركانه وشروطه المعتبرة شرعاً أعطى الحق لكل من المتعاقدين في التصرف المطلق والمشروع في محل العقد، كما أنه يلزم - في عقد البيع - البائع بتسليم المبيع إلى المشتري بعد تمام العقد، كما يلزم المشتري بتسليم الثمن إلى البائع في الوقت الذي اتفقا عليه، كما أن من حقوق العقد وآثاره الرجوع بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع، وللشريك أو الجار طلب الشفعة في العين المبيعة... فاشتراط ما يخالف ذلك يكون مخالفاً لموجب العقد.

(ج) حكم هذا الشرط:

ويمكننا بعد أن أوضحنا ذلك أن نقول إن المذهب الزيدي يقرر - على الأرجح - أن اشتراط ما يرفع موجب العقد ويخالف مقتضاه (سواء ترتب على الشرط منع من انتفاع، أو منع من تصرف عام أو خاص في محل العقد أو في غيره، أو ترتب على الشرط إسقاط حق من حقوق العقد) يفسد العقد، أخذاً بحديث: «النهي عن بيع وشرط»، حيث صرح المذهب في أكثر من موضع بذلك^(١) وبخاصة أنه قد صح عنده هذا الحديث، وبنى عليه، وعلى حديث جابر، وحديث بريرة تقسيم الشروط كما سبق أن أوضحنا^(٢).
وقد استثنى المذهب من هذه القاعدة مسألتين:

إحدهما: أن يبيع الجارية على ألا يطأها المشتري.

والثانية: أن يبيع الجارية على أن يكون ولاؤها للبائع.

فإن الشرط في المسألتين يلغو ويصح العقد أخذاً، بخبر بريرة رضي الله عنها، فهو نص في المسألة الثانية، وقيست عليه المسألة الأولى، وسيأتي بيانه في المطلب الثالث.

(١) يراجع: «التذكرة الفاخرة والمنتزعة المختارة» (٦١/٣) وما بعدها.

(٢) ويفسد بالشرط المنافي لموجب العقد الهبة بعوض، وكذا النكاح إذا كان الشرط منافياً للمقصود الأصلي كاشتراط ألا يطأها، أما غير ذلك من الشروط المنافية فإنها تلغو ويصح عقد النكاح - كما تفسد بالشروط المنافية المضاربة والوقف.

* وقد أورد صاحب «الكواكب» هامش «التذكرة الفاخرة» (غير مرقم) رأياً آخر، وهو إبطال الشرط الذي يرفع موجب العقد وصحة العقد؛ لأن مثل هذه الشروط «ألا يبيع أو لا يهب...» قد تكون موجب البيع في بعض الأحوال، كما في شراء العبد الرحم، فإنه لا يستطيع المشتري التصرف فيه؛ لأنه يعتق بنفس الشراء، وكذا شراء الأمة الرضيعة أو الكافرة، حيث لا يحل له وطؤها، فمثل هذا النوع من الشرط لا يرفع موجب العقد في كل الأحوال: حيث يقول: «ومنها ما يرفع موجب العقد كأن شرط على المشتري ألا يبيع ولا يهب... إلخ. قال المرتضى ومحمد والنخعي وأبو ثور: إنه يصح البيع ويبطل الشرط؛ لأنه قد يكون موجب البيع في بعض الأحوال وهذا في شراء العبد الرحم، وهو يأتي على قول الهادي أيضاً؛ لأنه ذكره في شراء الأمة إذا شرط عليه ألا يطأها، فقال: يصح البيع ويبطل الشرط؛ لأنه قد يكون موجب البيع في بعض الأحوال، وهو حيث تكون رضيعة للمشتري، أو كافرة».

إلا أن هذا الخلاف محوره - كما هو واضح - شرط واقع في محل العقد يترتب عليه المنع من التصرف فيه...

* أما اشتراط المنع من التصرف في غير محل العقد، وكذا اشتراط إسقاط حق من الحقوق التي تترتب على العقد، فإن النص لم يصرح بهذه الصورة من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه لا يتصور أن تكون هذه الشروط موجب العقد في بعض الأحوال حتى ينطبق عليها التعليل المشار إليه آنفاً، والذي بنى عليه القول بصحة العقد وإبطال الشرط. وعلى هذا يمكن أن تفصل الحكم في هذه الشروط تبعاً لاختلاف حقيقة الشرط، فنقول:

١ - إن الشرط الذي يؤدي إلى منع المشتري من التصرف في المعقود عليه فيه رأيان: رأي بفساد العقد المشتمل على هذا الشرط، ورأي ببطلان الشرط وصحة العقد كما في عقد الهبة، والأول هو الأرجح.

٢ - إن الشرط الذي يؤدي إلى منع المشتري من التصرف في غير محل العقد يفسد العقد.

٣ - إن الشرط الذي يؤدي إلى إسقاط حق من الحقوق المترتبة على العقد يفسد العقد.

٤ - إن الشرط الذي يؤدي إلى ارتكاب أمر غير مشروع يفسد العقد، كاشتراط بائع الجارية وطأها مدة معلومة أو مطلقة^(١).

النوع الثالث

شرط يؤدي إلى تعليق نفوذ العقد على أمر يحصل في المستقبل
(اشتراط عقد في عقد)

بعد استعراض النصوص^(٢) الواردة في الشرط الذي يترتب عليه تعليق

(١) يراجع: «التاج المذهب» (٢/٢٧٥).

(٢) جاء في «التذكرة الفاخرة» وما بعدها ما يأتي: «وكعلى أن يبيعه بالثمن كذا أو يهبه أو يقرضه...»

وعلق صاحب «الكواكب» على ذلك بقوله: «قوله: وكعلى أن يبيعه بالثمن كذا أو يهبه أو يقرضه على أن يكرى منه كذا، أو على أن يزوجه ابنته ونحو ذلك مما هو في المستقبل سواء شرطه لنفسه أو لغيره، أو كان البيع لآخر بالثمن أو لغيره، فإن ذلك يفسد البيع؛ لأنه جعله معلقاً على حصول شرط في المستقبل، فلا يصح مطلقاً. فأما لو انطوى العقد على العقدين معاً بحيث (اتفقا).

(أ) معاً فإنه يصح ذلك، ولو كان في أشياء كثيرة، كبيع وإجارة ونكاح ونحو ذلك، وسواء كان العقد الثاني للبائع أو للمشتري أو لغيرهما، فإن (ذكر).

(ب) عوض كل عقد من ذلك، صح، ولا كلام - وإن جعل عوضها (في) الجميع واحداً، فإنه يصح أيضاً، لكنه يقسط بين المبيعتين على قدر قيمتهما، وفي المبيع والإجارة، على قدر قيمة المبيع، وقيمة المنفعة، وفي البيع والنكاح، على قدر قيمة المبيع ومهر المثل. والله أعلم.

ذكر معنى ذلك كله في الشرح والفقهان، وقال ن و ح و ش (ابن حنبل وأبو حنيفة والشافعي) ومثال البيعتين: بعتك عبدي بكذا على بيع عبدي بكذا، أو بعتك عبدي وعبد فلان بألف، أو بعتك عبدي فلان (الظاهر - فلاناً) بألف، وعبد فلان بخمسائة ونحو ذلك.

ومثال البيع والإجارة: بعتك عبدي بكذا على إجارة دارك مني سنة بكذا، أو بعتك عبدي وأكريت منك أو من زيد داري بألف، أو بعتك هذا بألف وسكني دارك أو دار زيد سنة، أو بعتك هذا على أن يحمله أو يطحنه بألف، ونحو ذلك.

ومثال البيع والنكاح: بعتك عبدي أو (الظاهر: و) زوجتك أو زوجت زيدا ابنتي بألف، وبعتك هذا بألف وزواجه ابنتك مني، أو من عبدي أو من فلان.

كما جاء في «المتنوع المختار» (٣/٦٤) ما يأتي:

نفوذ العقد على حصول شيء في المستقبل نبين فيما يلي الصور المختلفة لهذا النوع من الشرط ثم نحللها، ونبين حكم اشتراطها في العقد.

صور لهذا النوع من الشرط:

ونورد لهذا النوع من الشروط عدة أمثلة من البيع والقرض والهبة:

فمن البيع ما إذا علق المتعاقد نفوذ البيع على شرط يحصل في المستقبل، فإما أن يكون هذا الشيء المشتراط متعلقاً بالمبيع، بأن كان قدراً معيناً ينتجه المبيع في المستقبل، أو كان لا علاقة له به، بأن كان تصرفاً آخر اشترط صدوره في المستقبل:

(أ) اشتراط أن ينتج المبيع قدراً معيناً في المستقبل: وذلك كما إذا:

- باعه أرضاً بشرط أن تكون غلتها في المستقبل كذا.

- أو باعه بقرة بشرط أن يكون حليبها في المستقبل كذا.

(ب) تعليق نفوذ البيع على تصرف يحصل في المستقبل لا تعلق له

بالعقد: وذلك كما إذا:

- باعه سلعة بشرط أن يبيعه بالثمن كذا، أو يهبه.

- اشترى نصف هذه الأرض مشاعاً على أن يكون نصيبه عند القسمة^(١)

غريباً أو نحو ذلك^(٢).

= «(أو علقه) أي: قيد البيع بمستقبل فسد قال - عليم - مثال ذلك قولنا (كعلي) أن تغل أو تحلب كذا) أي يقول: بعت منك هذه الأرض على أن تكون غلتها في المستقبل كذا، أو يقول: بعت منك هذه البقرة على أن يكون حليبها ما هو كيت وكيت، فإن هذا الشرط ونحوه يفسد العقد، وعلى الجملة: أنه إذا علق نفوذ البيع بأمر يحصل في المستقبل فسد، إلا في هذه المسألة الآتية، وهي قوله لا على تأدية الثمن ليوم كذا وإلا فلا بيع (لا) لو باع ثوباً أو فرساً أو نحوهما (على تأدية) المشتري (الثمن ليوم كذا وإلا) يؤده ذلك اليوم (فلا بيع) فإنه يصح العقد والشرط عند أبي ط (أبي طالب) وص بالله (المنصور بالله) وأبي ح (أبي حنيفة) فلا يصح تعليق نفوذ البيع بأمر مستقبل إلا في هذه الصورة وقال ش (الشافعي) وصاحب الوافي يبطل البيع بذلك».

(١) بناء على أن القسمة بيع.

(٢) جاء في «المنتزع المختار» (٦٤/٣) «أو شرط شرطاً اقترن بعقد البيع (لا تعلق له به) فسد به العقد، وذلك كشرطين في بيع، أو بيعتين في بيع، مثال الشرطين في بيع: أن =

- ومن القرض: ما إذا أقرضه على أن يكرى منه كذا، أو على أن يزوجه ابنته، ونحو ذلك.

- ومن الهبة: ما إذا قال وهبتك هذه الأرض على أن تهب لي هذه الأرض^(١).

حقيقة هذا الشرط وحكمه:

ومن هذه الصور يتبين لنا ما يلي:

١ - أن اشتراط أن ينتج المبيع قدراً معيناً في المستقبل - غلة كان أو حليباً أو غيرها - شرط لا يمكن القطع بحصوله، فتمكن فيه الجهالة، فيفسد به العقد. وواضح من هذا أن الفساد غير ناتج من الشرط بل لما ترتب عليه من الجهالة؛ لأنه لا يمكن القطع بحصوله، وهو شرط له تعلق بالعقد.

٢ - أما تعليق نفوذ العقد على شرط هو تصرف يحصل في المستقبل ولا تعلق له بالعقد، سواء كان هذا التصرف قد شرطه المتعاقد لنفسه، أو شرطه لغيره، كان بالثمن المحدد في العقد الأصلي أو بغيره - إذا كان بيعاً - فإنه تعليق له على شرط لا يقتضيه العقد، ويترتب على اشتراطه تعليق نفوذ العقد على تصرف مستقبل، قد يصدر وقد لا يصدر، ومن هنا أصبح العقد الأول غير مستقر، فيفسد لاقتترانه بهذا الشرط الذي أدى إلى عدم استقراره.

٣ - إذا انتفى تعليق نفوذ العقد على تصرف يصدر في المستقبل صح اجتماع عقدين أو أكثر في صيغة واحدة، شرط العقد لنفسه أو لغيره، كان البيع لآخر بالثمن أو بغيره.

فقد نص المذهب الزيدي على أنه لو صدر الإيجاب متضمناً عقدين

= يقول: بعت منك بكذا إن كان نقداً وبكذا إن كان نسيئة، أو إلى أجل كذا بكذا، ومثال البيعتين في بيع: أن يقول: بعت منك بهذا الثمن على أن تبيعني به كذا، أو اشتريت منك نصف هذه الأرض مشاعاً على أن يكون نصيبي عند القسمة غربياً أو نحو ذلك (ونحوهما مما نهى عنه) كسلم وبيع أو سلف وبيع...».

(١) «التاج المذهب» (٣/٢٦٥): «فإن هذا الشرط المستقبل يفسد الهبة كما يفسد البيع، فنفسد الهبة الأولى».

معاً، أو أكثر، ثم صدر القبول، صح ذلك، وقد سبق أن نقلنا نص ما قاله «صاحب الكواكب» في هذا والأمثلة التي أوردها، كما جاء في «التاج المذهب» (٣٧٢/٢) أنه: «بصح أن تجمع عقود مختلفة في عقد واحد كبيع وإجارة ونكاح أو غيره، مثاله: لو قال بعث منك أرضي وأكرت منك أو من زيد داري سنة، وزوجتك - أو زيدا - ابنتي بألف درهم، ثم يقع القبول لها جميعاً، فيكون الألف ثمناً وأجرة ومهراً، ويقسم بينهما على قدر قيمة الأرض وأجرة المثل في الدار سنة، ومهر المثل في البنت، وكذا لو قال: بعث منك هذا بكذا على بيعك لي كذا بكذا - أو قال: على زواج ابنتك أو أمتك مني، وكذلك على إجارة أرضك مني سنة بكذا، فيصح الكل بالقبول، أو بقوله بعث وزوجت أو أجزت، قال في المعيار: لأنه انطوى العقد على العقدين معاً».

وواضح من هذه النصوص أنه لا يوجد هنا شرط يترتب عليه تعليق نفوذ العقد على حصول شيء في المستقبل، وإنما صدرت صيغة الإيجاب متضمنة لأكثر من عقد، ثم صدر القبول لهذه العقود جميعاً، فليس في هذا تعليق لنفاذ العقد الأول على أمر يحصل في المستقبل، وإنما هي صيغة واحدة اشتملت على أكثر من عقد، فصح ذلك، لعدم وجود هذا التعليق.

٤ - استثناءات: واستثنى المذهب الزيدي من حكم هذا النوع من الشرط، ما لو كان الأمر المشترط هو استيفاء الثمن في اليوم المحدد له، وإن لم يستوفه يفسخ البيع.

فلو باع ثوباً أو فرساً أو نحوهما على أن يؤدي المشتري الثمن ليوم كذا وإن لم يؤده في ذلك اليوم فلا بيع - صح العقد والشرط، استناداً إلى ما روي عن ابن عمر أنه قال: «من اشترى عبداً واشترط أنه إن لم ينقد له الثمن لثلاثة أيام فلا بيع بينهما، صح البيع» ويرى المذهب أن هذا الحكم خاص في هذه الصورة فلا يقاس^(١) عليها غيرها «والمسألة فيها خلاف».

(١) «المنتزع المختار» (٦٣/٣) (حاشية).

الدليل الذي استند إليه المذهب في هذا الحكم:

مما تقدم نجد أن العقد إذا علق نفوذه على شرط يحصل في المستقبل يفسد هذا العقد، لما ترتب عليه من جهالة، بأن كان المشروط قدراً معيناً في المستقبل لا يمكن القطع بحصوله، أو لأن العقد الذي اشترط وقوعه في المستقبل غير مقطوع بصدوره؛ لأنه قد يصدر وقد لا يصدر، فترتب على ذلك فساد العقد الأصلي لعدم استقراره؛ لأنه معلق نفوذه على شرط غير مقطوع بحصوله فأورث جهالة أفسدت العقد.

ويضاف إلى ذلك أن المذهب الزيدي قد صحت عنده الأحاديث: «نهى عن بيعتين في بيعة، ونهى عن سلف وبيع، وعن سلم وبيع» وإن كان قد صرح في فهم هذه الأحاديث بتفسيرات خاصة إلا أن مدلول قوله: بإبطال مثل هذه الشروط هو التمسك بعموم هذه الأحاديث.

- وقد سبق أن بينا تفسيره للنهي عن بيعتين في بيعة.

* كما فسر الإمام زيد حديث النهي عن سلف وبيع بقوله: «أن يسلف في الشيء، ثم يبيعه قبل أن يقبضه»^(١).

* كما فسر صاحب «التذكرة الفاخرة» حديث: «نهى عن سلف وبيع» بقوله: «وهو أن يريد المشتري الشراء بزيادة مؤجلاً فيتكلف الثمن من البائع ليعجله حيلة»، وقد علق «صاحب الكواكب» على ذلك بقوله: «يعني يشتره بذلك الثمن معجلاً، ويبقى الثمن في ذمته للبائع».

* وكذلك حديث: «نهى عن سلم وبيع، وهو بيع المسلم فيه قبل قبضه ممن هو عليه أو غيره» وستناول هذه الأحاديث عند المقارنة.

حقيقة البيع الفاسد^(٢) في المذهب الزيدي وحكمه:

البيع الفاسد في المذهب الزيدي، هو ما اختل فيه شرط أو أكثر من شروط صحة البيع أو حصل فيه شرط مفسد...

(١) «المجموع الفقهي للإمام زيد» (١٤٨/٤) طبعة ميلانو سنة (١٩١٩م) بدار الكتب تحت رقم (١٧٢) ونفس المرجع مخطوط تحت رقم (١٥) فقه النحل ورقة (٦٩) سطر (١٥).

(٢) «التاج المذهب» (٤٥٦/٢ - ٤٦٢).

حكمه: يجوز عقده والدخول فيه، وهو ليس بمحرم، إلا ما نهى عنه الشارع، أو كان يقتضي الربا، فإنه حينئذٍ يحرم فعله، ولا يطيب ربحه لو وقع، والدخول فيه، وعقده باطل على الصحيح من المذهب.

الفرق بين العقد الفاسد والعقد الصحيح:

العقد الفاسد كالعقد الصحيح في جميع أحكامه إلا في سبعة أحكام:
الحكم الأول: أنه معرض للفسخ، والطريق إلى فسخه هو: التراضي أو الحكم، فإذا تراضيا على فسخه انفسخ، ويكون لفظ التفاسخ بالإيجاب والقبول، ويعني القبض عن القبول، ولا يكفي أن يرد كل واحد منهما لصاحبه ما قبض. وللحاكم أيضاً فسخه إذا تشاجرا...

ما يترتب على الفسخ:

المشتري بعقد فاسد إذا فسخ وجب رده بعينه، إن كان باقياً، وإن كان هالكاً أو تعيب امتنع رده، ووجب رد مثله، أو قيمته إن عدم المثل، أو كان قيمياً، والمراد بقيمته قيمته يوم القبض لا يوم استهلاكه.

وفائدة الفسخ بعد التلف أنه يكون للبائع الفوائد الأصلية، إذا فسخ بالحكم وتلفت قبل تلف المبيع، أو حاله بجناية أو تفريط، فحينئذٍ يرجع على المشتري بمثل المثلى وقيمة القيمي، فإن لم يفسخ لم يستحق شيئاً، وأما التراجع في الزائد بين القيمة والثلث فإنه لازم سواء حصل فسخ أم لا.

وإذا فسخ العقد الفاسد فللمشتري حبس المبيع حتى يعود إليه الثمن، إذ هو له إذا أفلس^(١).

والحكم الثاني: ملكية المبيع بعقد فاسد.

المبيع في العقد الفاسد باق على ملك البائع، لا يملك إلا بالقبض من المشتري أو وكيله، ويكون القبض مصحوباً بالإذن من البائع بعد البيع أو حاله، وقبض الثمن لا يعتبر إذناً. ويكفي قبض المبيع في غير المنقول.

والحكم الثالث: تجب في الملوك بعقد فاسد القيمة.

(١) وهذا الحكم يتفق مع رأي أبي حنيفة، أما الحنابلة فيجعلون المشتري أسوة الغرماء، وقد سبق أن أشرنا إلى هذا في المبحث الرابع من هذا الباب.

المملوك بالعقد الفاسد تجب فيه القيمة - لا الثمن - يوم قبضه، فإن كان الثمن أكثر منها رد البائع الزائد، وإن كان أقل وجب على المشتري توفية القيمة ولو قبل التفاسخ، فإن غاب مستحق الزيادة بقيت عند من هي عليه حتى اليأس، وبعده تصير للوارث، ثم للفقراء، ويلزم الإيصال بها، وله أن يسلمها إلى الأمام أو الحاكم.

وحكم الزيادة في يد من هي عليه حكم الدين، فتضيق بالطلب - وهذا مع علم من هي له، وأما مع جهله فحكمها حكم الغصب.
والحكم الرابع: أنه لا يصح فيه الوطاء للأمة.

فإذا اشترت الأمة بعقد فاسد فلا يجوز وطؤها؛ لأن ما اشترى بعقد فاسد صحت فيه سائر التصرفات بعد قبضه - ولو منعه البائع من التصرف أو طلب الفسخ؛ لأنه لا يفسخ إلا بالتراضي أو بالحكم - إلا الوطاء فلا يصح ولا يجوز بأي حال ولو لم يفسخ.

والحكم الخامس: أنه لا يثبت فيه الشفعة؛ لأن المبيع في الشفعة مأخوذ بالثمن، وفي الفاسد بالقيمة، أما الشفعة به فتصح.

والحكم السادس: في كيفية القبض.

لا يصح في المبيع بعقد فاسد القبض بالتخلية، بل لا بد من القبض الحقيقي، وهو يكون بنقل جميع ما ينقل، والتصرف فيما لا ينقل ولو في بعضه، والمراد بالتصرف في الأرض المرور فيها، فإنه كاف.

والحكم السابع: وهو يتصل بما يغرمه المشتري في المبيع.

إذا غرم المشتري في المبيع غرامة: من حرث الأرض أو نحوه، ثم وقع التفاسخ فيه، فإنه إن كان المشتري هو الفاسخ فلا يرجع على البائع بما غرم، ولو كان الفسخ بالحكم، وإن كان الطالب للفسخ هو البائع رجع عليه بما غرم.

فوائد المبيع بعقد فاسد: فوائد المبيع في العقد الفاسد إما أن تحدث قبل القبض أو بعده: فإذا حدثت قبل القبض فهي للبائع مطلقاً، وإن حدثت بعد القبض، فالفوائد الفرعية - كالأجرة والزرع وكسب العبد ونحو ذلك - تطيب للمشتري مطلقاً، سواء فسخ العقد بالحكم، أم بالتراضي، متصلة حال

العقد أم لا ، وسواء تلف المبيع قبلها أم بعدها ، أم التبس الحال . . . ، والفوائد الأصلية - كالصوف والولد واللبن - التي لم يشملها العقد. إن فسخ العقد بالتراضي طابت للمشتري مطلقاً (سواء تلف المبيع حساً أو حكماً قبلها أم بعدها) وإن كان للفسخ بالحكم: فإن تلف المبيع قبل الفوائد «حساً أو حكماً أو التبس وقت تلفه»، أو «امتنع الرد بأي وجه» طابت للمشتري، وإن تلف بعدها أو معها فهي للبائع.

ما يمتنع فيه رد المبيع وفوائده: يمتنع رد عين المبيع وفوائده الأصلية بأحد أمرين:

الأول: التلف الحسي - كاستهلاكه حساً.

الثاني: الاستهلاك الحكمي، كوقف المبيع، أو عتقه بعد قبضه، أو بيعه، أو هبته، أو غرسه، أو البناء عليه، أو الغرس فيه، أو طحنه، أو لته، أو ذبحه، أو حشوه أو نسجه أو خياطته.

صحة التصرفات الواردة على المعقود عليه عقداً فاسداً:

يصح أن يقع بعد العقد الفاسد عقد آخر، ويكون للعقد الثاني حكمه، من الصحة أو الفساد: كالنكاح، أو البيع، أو الإجارة . . .

كما يصح للمتعاقدين في العقد الفاسد تجديد هذا العقد على الوجه الصحيح، ويكون العقد صحيحاً، ولا حاجة إلى فسخ العقد الأول؛ لأن تجديده يعتبر فسخاً للأول، سواء وقع قبل القبض أم بعده.

* المطلوب الثالث *

شروط غير لازمة لا تفسد العقد

أدرج الزيدية تحت هذا النوع من الشروط أربع صور، هي:

- شرط أوجب على المشتري انتفاعاً معيناً بالمعقود عليه .
- شرط أوجب على المشتري إيقاع تصرف في المعقود عليه فيه معنى من معاني البر أو ليس فيه معنى من معاني البر .
- شرط أوجب على المشتري المنع من تصرف تبعي في المعقود عليه .

- شرط يخالف نصاً شرعياً .

فقد نص على ذلك في التذكرة الفاخرة وفي المنتزع المختار، ونورد ما جاء فيهما . فيما يلي : جاء في التذكرة :

القسم الثالث، ما لم يكن صفة ولا يصح أفراده، ولا يوجب جهالة، ولا رفع موجب العقد، فيصح العقد دون الشرط، كأن يشترط على المشتري وطء المبيعة، أو عتقها، أو بيعها^(١) أو ألا يطأها، أو إن الولاء للبائع، وندب الوفاء بما ليس بإثم، فإن نقص من الثمن لأجلها فلا شيء إن وفى، وإلا رد ما حط من الثمن، نحو بعتهك بألف على أنك بريء من مائة أو أعتقته، أو أبرأه كذلك بعد البيع» .

تعليق صاحب الكواكب: وقد علق صاحب «الكواكب» على ما جاء في «التذكرة» بقوله: «فيصح العقد دون الشرط. المراد حيث كان الشرط تعلق بذلك البيع، فأما إذا كان لا تعلق له به، ولا هو مما يصح شرطه، فإنه يفسد البيع ذكره الفقيه ف «أبو يوسف» .

قوله: وألا يطأها، هذا كلام الهادي وقد تقدم عليه .

قوله: وأن الولاء للبائع يعني إذا أعتق المشتري العبد أو الأمة الذي اشتراهما، وعند ح (أبي حنيفة) وقش (قول الشافعي) أن هذا الشرط يفسد البيع .

قوله: رد ما حط من الثمن. يعني حيث أبرأه منه في حالة العقد أو يعده براً مشروطاً. وهذا على تأول م (المؤيد بالله) و ض زيد (القاضي زيد بن محمد الجيلي) لكلام الهادي، وعلى تأويل ع (أبي العباسي) أنه يرجع بما نقص له من قيمة المبيع، نحو أن يكون (يساوي) ألفاً فباعه منه بتسعمائة لأجل الشرط، فإذا لم يف به رجع عليه بمائة، وط (أبو طالب) حمله على الوجهين جميعاً .

تعليق صاحب الجوهر: وقد علق صاحب «الجواهر على التذكرة» أيضاً

بما يلي :

(١) لم يرد شرط بيعها في «المنتزع المختار»، ولا في «التاج المذهب» (٢/٣٧٥) بل نص فقط على الأمثلة الأربعة .

«قوله رد ما حط من الثمن: هذا ظاهر كلام الهادي، وتحصيل م (المؤيد بالله) وع (أبي العباسي) قال: من القيمة، قوله على أنك بريء من مائة، يقال: هذا إبراء قبل استقرار المائة؛ لأنه لا يستقر حتى يقبل المشتري.

كما جاء في «المنتزع المختار» (٦٧/٣ - ٦٨) ما يأتي:

«واعلم أن (ما سوى ذلك) من الشروط التي تقدمت، التي تفسد العقد، والتي يصح معها (فلغو) بمعنى أن العقد يصح والشرط لا يلزم، ومثال ذلك: أن يشترط على المشتري أن يطاء المبيعة، أو يعتقها، أو ألا يطاءها، أو أن الولاء للبائع. واعلم أنه إذا شرط ما هذا حاله (ندب الوفاء) بالشرط، لكن لا يندب إلا حيث لا يآثم به، فأما لو شرط عليه أن يطاء الأمة، وهي رضيعته، لم يجز الوفاء به، فأما لو اشترط ألا يطاء الأمة، وله وطؤها، ندب له ألا يطاءها، إلا أن يخشى وقوعها في المحذور، حسن منه ترك الوفاء (و) من حكم هذا الشرط أن (يرجع بما حط لأجله من) باع شيئاً، وحط لأجله بعضاً من الثمن، إذا (لم يوف له به) قال يحيى - عليلم - فإن كان البائع قد نقص من الثمن لهذه الشروط، فله أن يرجع فيه، يعني إذا لم يف المشتري».

حقيقة هذا الشرط:

بعد أن بين المذهب الزيدي الشروط الفاسدة، ثم الشروط الصحيحة أخذ يبين الطائفة الثالثة من الشروط، وهي الشروط غير اللازمة، التي لا يترتب عليها فساد العقد. فذكر أن ما سوى ما تقدم من الشروط التي تفسد العقد، والتي يصح معها العقد، شروط لاغية، بمعنى أن العقد يصح، والشرط لا يلزم. أو بعبارة أخرى أن اشتراط ما ليس صفة - للبيع أو للمبيع أو للثمن، إذا كان العقد بيعاً - وما لا يصح أفراده بالعقد، ولا يوجب جهالة - في البيع أو المبيع أو الثمن، ولا يرفع موجب العقد، ولا يترتب عليه تعليق نفوذ البيع على تصرف يحصل في المستقبل، وكان له تعلق بمحل العقد، إن اشتراط ذلك لا يلزم الوفاء به، والعقد الذي اقترن بمثل هذا الشرط صحيح، ويندب الوفاء بالشرط فإن وفى به فيها ونعمت، وإلا رجع المشتري بما نقصه لأجل الشرط.

ونوضح فيما يلي صور هذا الشرط التي أوردها المذهب:

الصور المختلفة التي أوردها المذهب لهذا النوع من الشرط:

سبق أن أشرنا إلى أن هذه الصور هي:

- ١ - باع جارية وشرط على المشتري أن يطأها (شرط أوجب على المشتري انتفاعاً معيناً بمحل العقد)^(١).
- ٢ - باع جارية وشرط على المشتري أن يعتقها أو يبيعها (شرط أوجب على المشتري إيقاع تصرف فيه معنى من معاني البر أو ليس فيه).
- ٣ - باع جارية وشرط على المشتري ألا يطأها (شرط يؤدي إلى منع المشتري من تصرف تبعي في المعقود عليه لا تصرف أصلي).
- ٤ - باع جارية وشرط على المشتري أن الولاء له - للبائع - (شرط يخالف نصاً شرعياً).

دراسة لصور هذا الشرط:

يتبين لنا من استعراض هذه الصور أن الشرط فيها متعلق بمحل العقد، وأن الأمر المشترط هو حق للمشتري، له أن يباشره، وله ألا يباشره (عدا الشرط الأخير فإن الشرع قد جعل الولاء للمعتق^(٢) وأن الشرط قد أوجب عليه إيقاعه أو المنع من إيقاعه. ونفرد لكل صورة من هذه الصور كلمة جاعلين لكل صورة عنواناً، ثم نبين حكم الشرط فيها وأثره.

الصورة الأولى: شرط أوجب على المشتري انتفاعاً معيناً بمحل العقد.

في هذه الصورة شرط البائع على المشتري شرطاً هو حق من الحقوق التي تثبت للمشتري بعد تمام العقد بدون شرط، فعند تمام البيع يكون للمشتري الحق في وطء أمته، فإن شاء استعمل هذا الحق وإن شاء تركه، فإذا شرط البائع على المشتري ذلك فقد ألزمه بما لم يكن لازماً عليه، والإنسان كما يقول الحنفية لا يستلزم حقاً لنفسه على نفسه، فلا يضر اشتراطه، ويلغو، ويصح العقد، ولكن يندب الوفاء به ما لم يترتب على الوفاء بهذا الشرط إثم،

(١) هذا التبويب من عندنا لتيسير المقارنة.

(٢) بكسر التاء.

كما لو كانت لا تحل له بأن كانت رضيعته أو حائضاً أو مثلثته قبل زوج^(١)،
فحينئذ لا يجوز الوفاء بهذا الشرط.

الصورة الثانية: شرط أوجب على المشتري إيقاع تصرف في محل العقد
فيه معنى من معاني البر، أو ليس فيه ذلك.

كما لو شر البائع على المشتري أن يعتق الجارية المبيعة أو يبيعها، ففي
هذه الصورة ترتب على الشرط تعليق نفوذ العقد على تصرف في محل العقد
يحصل في المستقبل، فهو شرط له تعلق بالعقد، بخلاف الشرط المتقدم الذي
لا تعلق له بمحل العقد، فإن كان الشرط قد ترتب عليه تعليق نفوذ العقد على
تصرف يحصل في المستقبل، فإن كان هذا التصرف في محل العقد فإنه يصح
العقد، ولا يلزم الوفاء بالشرط، ولكن يندب، وإن كان التصرف في غير محل
العقد كان مفسداً للعقد.

والمذهب حين يقرر صحة العقد المقترن بشرط أن يعتق المشتري العبد
أو يبيعه، ويجعل الشرط لاغياً مع ندب الوفاء به إن لم يترتب على الوفاء
بالشرط إثم، يستند في ذلك إلى حديث بريرة رضي الله عنها حيث أبطل الرسول عليه
الصلاة والسلام شرط الولاء وأجاز البيع.

والظاهر أن المذهب ثبت لديه أن شرط العتق لم يكن في العقد، كما
يتضح ذلك من روايته للحديث (وسياتي نصه عند شرح الصورة الرابعة حيث
لم يرد ذكر لإعتاقها).

الصورة الثالثة: شرط يؤدي إلى منع المشتري من تصرف تباعي في
المعقود عليه. كما لو شرط البائع على المشتري ألا يطأ الجارية المبيعة.

هذا الشرط يبدو في ظاهره أنه يرفع موجب العقد، فيكون مفسداً للعقد،
ولكن المذهب يوضح^(٢) أن اشتراط البائع امتناع المشتري عن وطء الجارية
المبيعة لا ينافي الملك؛ لأن عقد البيع هنا قد تناول ملك الرقبة، والوطء تبع
له، وجواز الوطاء ليس بلازم للملك، فقد تكون هذه الجارية رضية للمشتري

(١) أي: مطلقته ثلاثاً قبل أن تنكح زوجاً غيره.

(٢) «المنتزع المختار» (٣/٦١ - ٦٧).

أو كافرة، لا يحل له وطؤها^(١).

ومن هذا يتبين لنا أن هذا الشرط لا يرفع موجب العقد، وحيث كان كذلك فإن الشرط يلغو ويصح العقد، ويندب الوفاء به أيضاً، ما لم يترتب على الوفاء به إثم كما لو خشي وقوعها أو وقوعه في المحذور، فإن خشي عليها حسن منه ترك الوفاء به، وإن خشي على نفسه وجب عليه ألا يفي بهذا الشرط.

الصورة الرابعة: شرط يخالف نصاً شرعياً: كما لو اشترط البائع أن يكون الولاء له.

هذا الشرط يخالف نصاً شرعياً وهو قوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق» وقد قضى الرسول عليه الصلاة والسلام بصحة العقد وبطلان الشرط كما ورد في خبر بريرة رضي الله عنها.

حكم هذا النوع من الشرط وما استند عليه من أدلة:

سبق أن بينا أن هذا الشرط غير لازم ويصح معه العقد، ولكن يندب الوفاء به حيث لا يترتب على الوفاء به إثم، فإن ترتب عليه إثم لا يجوز الوفاء به.

١ - أما أن هذا الشرط يلغو ويصح العقد، فقد استند المذهب في ذلك إلى خبر بريرة (روي^(٢) أنها جاءت إلى عائشة، وذكرت أن مواليتها كاتبوها على تسع أواقٍ من الذهب على أن تسلم إليهم في كل سنة أوقية من الذهب، وإنها عاجزة عن ذلك، فقالت عائشة: إن باعوك صبيت لهم المال صبة واحدة، فرجعت إلى أهلها فأخبرتهم، فقالوا: لا نبيعك إلا بشرط أن يجعل الولاء لنا، فأخبرت عائشة النبي ﷺ بذلك، فأذن لها أن تشتريها،

(١) وهذا بخلاف عقد النكاح، فإن الوطاء هو المقصود منه، فاشتراط الامتناع عنه يرفع موجب العقد فيفسد العقد، وأما اشتراط ما ينافي موجب العقد غير هذا الشرط فإنه يبطل ويصح العقد، ومثل ذلك الشرط الذي ليس فيه غرض، وأما الشروط التي فيها غرض، ولا تنافي موجب العقد فإنها تصح، «التاج المذهب» (٢/٣٠ - ٣١).

(٢) «المتزغ المختار» (٣/٦٧).

وقال: «لا يمنعك ذلك، فإن الولاء لمن أعتق»، فلما اشترتها صعد النبي ﷺ المنبر فقال: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ولا سنة نبيه، كتاب الله أحق، وشروطه أوثق والولاء لمن أعتق». اهـ. صععتيري، وزاد في ح «البحر»: لا يباع ولا يوهب». وهذه الرواية لخبر بريرة يفهم منها أمران:

الأول: أن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة بشرط أن يكون الولاء لمواليها، وإن النبي ﷺ أبطل شرط الولاء وأجاز العقد.

وهذا الحكم أخذ به الزيدية في مسائل هذا المطلب جميعها.

الثاني: أن عائشة لم تشتت بريرة بشرط عتقها، حيث إن الرواية وردت خلواً من شرط عتقها صراحة، وإن كان يستفاد ضمناً من اشتراط الولاء، فإنه لا يكون إلا بعد العتق.

وخلو الخبر من شرط العتق - ربما يكون هو الدافع إلى أن المذهب لم يأخذ بصحة شرط العتق ولزوم الوفاء به، وإنما جعل الوفاء به أمراً مندوباً إليه كبقية الشروط في هذا المطلب.

٢ - وأما أنه يندب الوفاء بالشرط^(١) فلقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» وقيل: «على شروطهم»، قال ﷺ: المعنى: «أن الإيمان حاصل عند الوفاء» لكن لا يندب الوفاء به إلا حيث لا يآثم به.

أثر هذا الشرط:

هذا الشرط لا يلزم الوفاء به، فإن وفى به المشتري عليه فلا شيء عليه، وإذا لم يحصل الوفاء بالشرط، كان للبائع أن يرجع على المشتري بالقدر الذي نقصه من قيمة المبيع مقابل الوفاء بهذا الشرط^(٢).

فلو كانت قيمة المبيع ألفاً فباعه بتسعمائة وشرط عتقه - كأن قال: بعث منك هذا العبد بتسعمائة على أن تعتقه - فإذا لم يف بالعتق رجع عليه بالمائة، وهذا على تأويل بعضهم لكلام الهادي، وأول آخرون كلامه على أنه

(١) نفس المرجع.

(٢) يراجع: «المنتزع المختار» (٦٧/٣ - ٦٨)، و«التاج المذهب» (٣٧٥/٢).

يرجع بما حط من الثمن لأجل الشرط، بأن أبراه في حالة العقد أو بعده إبراء مشروطاً.

الأسس العامة المستخلصة للشروط المقترنة

بالعقد في المذهب الزيدي

بعد أن استعرضنا حكم الشرط المقترن بالعقد في المذهب الزيدي يتبين لنا ما يلي:

أولاً: أن هذا المذهب يسير في هذا المبحث على ما سار عليه فقهاء أهل السنة معتمداً في القول بصحة الشروط أو فسادها على ما اعتمدوا عليه من الأدلة، فقد صحت لدى المذهب الزيدي الأحاديث التي استندوا إليها وهي: حديث النهي عن بيع وشرط. حديث جابر رضي الله عنه. حديث بريرة رضي الله عنها. وحديث النهي عن سلف وبيع، وعن سلم وبيع. وحديث النهي عن بيعتين في بيعة. وحديث من باع نخلاً فيه ثمرة، فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن اشترى عبداً له مال، فالمال للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن اشترى حقلاً فيه زرع، فالزرع للبائع إلا أن يشترط، وحديث: المؤمنون عند شروطهم.

ولذلك لم نجد شيئاً جديداً في القول بصحة الشروط أو فسادها، كما أنه كان قريباً جداً من مذهبي الإمام أبي حنيفة والإمام الشافعي من حيث تضيق نطاق الشروط الصحيحة وتوسيع نطاق الشروط الفاسدة.

كما أنه جعل حديث النهي عن بيع وشرط أساساً لإبطال الشروط التي توجب جهالة، والتي تنافي مقتضى العقد، وهو بهذا التفسير يقارب المذهب المالكي في تفسير هذا الحديث.

وقد ضيق من دائرة الشروط الصحيحة في المذهب الزيدي وضعه لقاعدة «أن كل شرط يعلق نفوذ العقد على حصول أمر في المستقبل وله تعلق بالعقد يفسد العقد» معللاً ذلك بأنه يؤدي إلى عدم استقرار العقد. ولذلك فإنه يمكن القول بأن المذهب الزيدي يميل إلى الأخذ بأن الأصل في الشروط هو الفساد إلا ما دل دليل على صحته من نص أو قياس.

ثانياً - الشروط الصحيحة في المذهب الزيدي :

يجوز المذهب الزيدي اشتراط ما يأتي :

- (أ) الشرط الذي يقتضيه العقد، وصحته أمر بدهي .
- (ب) الشرط الذي يوثق موجب العقد، ولم يصرح بالدليل على صحته ولكن هذا الشرط مجمع على صحته .
- (ج) الشرط الذي يصح إفراده بالعقد ويكون فيه منفعة، وهو يشمل :
- اشتراط البائع بعض منفعة المعقود عليه لحديث جابر رضي الله عنه، واشتراط قيام البائع بعمل في المعقود عليه قياساً على صحة اجتماع عقد الإجارة مع عقد البيع .

ثالثاً - الشروط الفاسدة في المذهب الزيدي :

لقد اتسعت دائرة الشروط الفاسدة في المذهب الزيدي حتى شملت أفرعاً كثيرة من الشروط، نجملها فيما يلي :

(أ) شروط فاسدة تفسد العقد وهي :

- ١ - الشروط التي تؤدي إلى الجهالة في العقد أو في المضمن أو في الثمن، ويدخل في هذه الشروط اشتراط شرطين في عقد، وبيعتين في بيعة .
- ٢ - الشروط التي تنافي مقتضى العقد .
- ٣ - الشروط التي يترتب عليها تعليق نفوذ البيع على أمر يحصل في المستقبل، وله تعلق بالعقد كاشتراط عقد في عقد، أو اشتراط إنها تغل كذا في المستقبل .

(ب) شروط غير لازمة لا تفسد العقد :

- وهي ما عدا الشروط الصحيحة والفاسدة وتشمل :
- الشروط التي تؤدي إلى إلزام المشتري بعمل في محل العقد هو مباح له بدون الشرط .
- الشروط التي تؤدي إلى إلزام المشتري بإيقاع تصرف في محل العقد فيه معنى من معاني البر أو ليس فيه .

- الشروط التي تؤدي إلى منع المشتري من تصرف تبعي في المعقود عليه. لا أصلي، وهو مباح له.
- الشروط التي تؤدي إلى مخالفة نص شرعي.

رابعاً - أبرز المذهب الزيدي ما يأتي:

(أ) ما رأيناه من تفسير حديث النهي عن شرطين في بيع بتفسير خاص، وكذلك النهي عن بيعتين في بيعة، وعن سلم وبيع، وعن سلف وبيع، مع أنه في الوقت نفسه عمل بعموم ما تدل عليه هذه الأحاديث في إبطاله لكل شرط يؤدي إلى تعليق نفوذ العقد على حصول أمر في المستقبل، وله تعلق بالعقد.
(ب) أنه اعتد بالشروط غير اللازمة:

وذلك يتضح من أن المذهب رأى أن ما عدا الشروط الصحيحة والفاصلة هي شروط لاغية وغير لازمة (وهي اشتراط ما ليس صفة ولا يصح أفراده بالعقد ولا منافياً لمقتضى العقد، ولا يوجب جهالة) ولكن يندب الوفاء بها إن لم يترتب على الوفاء بها محذور، فإن وفى بها المشتري عليه فقد برئت ذمته، وإن لم يوف بها رجع المشتري على المشتري عليه بما نقص من القيمة (أو من الثمن) لأجل هذا الشرط أو بما نقصت من مهر مثلها لأجل الشرط^(١) فالفرق بين هذا الشرط والشرط الصحيح هو في لزوم الوفاء بالشرط الصحيح، فإن لم يوف به كان للمشتري الحق في فسخ العقد، أما في الاعتداد بأثر الشرط في العقد من ناحية ما نقصه الشرط من القيمة (أو من الثمن) فإن النوعين يتفقان في أنه إن لم يمكن الوفاء بأي منهما يرجع المشتري بما نقصه الشرط.

فالمذهب بهذا الحكم قد اعتد بهذه الشروط، وأوجد جزاء عادلاً عند عدم الوفاء بها.

(١) وهذا في جميع الشروط في عقد النكاح، عدا شرط (ألا يطأها) فإنه يفسد العقد، وما عداه من الشروط اللاغية، سواء كانت منافية لمقتضى العقد، أو لا غرض فيها، فإن المرأة ترجع بما نقصت من مهر مثلها لأجل الشرط، كذلك في الشروط الصحيحة، وهي التي فيها غرض، ولا تنافي مقتضى العقد.

المبحث السابع

الشروط المقرنة بالعقد في مذهب الشيعة الإمامية

ونجعل هذا المبحث في مطلبين:
المطلب الأول: الشروط الصحيحة المقرنة بالعقد.
المطلب الثاني: الشروط الباطلة المقرنة بالعقد.

* المطلب الأول *

الشروط الصحيحة

تمهيد:

سار الإمامية على التقسيم المعهود للشروط في المذاهب الأخرى فقالوا: إن الشرط إما أن يقتضيه العقد: بمعنى أنه يكون من لوازمه التي لا تنفك عنه أو ما كان مقيداً له في نظر الشارع - وقد سبق توضيح هذا النوع، وإما ألا يقتضيه العقد، والشرط الذي لا يقتضيه العقد، إما أن ينافي مقتضى العقد، أو لا ينافي مقتضاه، والشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد، إما أن يكون متعلقاً بمصلحة المتعاقدين من حيث كونهما متعاقدين، أو يكون غير متعلق بمصلحة المتعاقدين من حيث كونهما كذلك.

وبعد هذا التمهيد نوضح فيما يلي الشروط الصحيحة في مذهب الإمامية وهي تتناول الأنواع الآتية من الشروط التي لا يقتضيها العقد:
النوع الأول: شرط مصلحة للمتعاقدين.
النوع الثاني: شرط لا ينافي مقتضى العقد.
النوع الثالث: شرط ينافي مقتضى العقد، وفيه معنى من معاني البر.
النوع الرابع: شرط الانتفاع بمحل العقد مدة معينة.

النوع الأول

شرط يتعلق بمصلحة المتعاقدين

ويشتمل هذا النوع^(١) من الشرط على نوعين من الشروط الصحيحة:

الأول: شرط هو صفة مقصودة في السلعة، كاشتراط أن يكون العبد صباغاً أو كاتباً وقد سبق أن أفردنا لهذا النوع من الشرط مبحثاً خاصاً^(٢).

الثاني: وهو موضوع دراستنا هنا، هو شرط لا يقتضيه العقد، ويتعلق بمصلحة المتعاقدين من حيث كونهما متعاقدين، سواء أكان تعلقه بهما بالنسبة إلى العقد - كالخيار والشهادة على تلك المعاوضة - أو أحد العوضين، كالأجل والرهن والضمين.

(١) جاء في مفتاح الكرامة للعاملي ٧٢٩/٤ ما يأتي:

(متن): «وأما ألا يقتضيها، فأما أن يتعلق بمصلحة المتعاقدين كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة، وصفة مقصودة في السلعة كالصباغة والكتابة وهو جائز جماعاً. وجاء في الحاشية تعليقاً على ذلك ما يأتي:

وقوله وأما ألا يقتضيها... وهو جائز إجماعاً، كما في التنقيح وعندنا وعند الشافعي كما في التذكرة، وفي (الغنية) لا خلاف في صحة الشرط الذي للمتعاقدين مصلحة فيه ومراده نفي (الخلاف) بين المسلمين كما يعطيه سوق كلامه، ونص في المبسوط وغيره على الجواز، وقد جعل في التذكرة الأجل والرهن والضمين مما يتعلق بالثمن، والصفة المقصودة في السلعة مما يتعلق بالثمن، وجعل الخيار مما يتعلق بهما، قلت وكذا الشهادة على تلك المعاوضة، فالمراد بتعلق هذا القسم بمصلحة المتعاقدين تعلقه بهما بالنسبة إلى العقد أو أحد العوضين، كما يفهم من سرد الأمثلة، وبه يفرق بينه وبين القسم الثالث الذي سيأتي، وهو الذي لا يتعلق بمصلحة المتعاقدين ولا ينافي مقتضى العقد، كاشتراط خياطة الثوب وصباغة الفضة، فيحمل الثوم على ثوب لا يكون هو المبيع ولا بعضه، وكذا الفضة، حتى لا يلزم التداخل، ويندفع اعتراض القطب كما نبه عليه الشهير في حواشيه والمحقق الثاني وأشار إليه في (التذكرة) ومن طريق ما يحكى... حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال: دخلت مكة... ثم ذكر الحكاية المعروفة عن رأي أبي حنيفة وابن شبرمة وابن أبي ليلي (وقد تقدمت ص ٢٣١).

مفتاح الكرامة للعاملي - بدار الكتب - فقه النحل. (ب) أرقام (١٩٣٥٦ - ٢٨١١٠ -

٢٨١١١ - ٢٠٢٣١) - طبع المطبعة الرضوية بمصر سنة (١٣٢٤هـ).

يراجع في القرض بشرط رهن أو كفيل نفس المرجع (٣٧/٥).

(٢) راجع: النوع الأول من الفصل الأول من الباب الثالث (ص ١٨٨).

ونوضح فيما يلي رأي الإمامية في هذه الشروط الواردة في هذا النوع (الثاني) بالتفصيل، ثم نبين حكم اشتراطها والآثار التي تترتب على هذا الاشتراط.

(أ) شرط الأجل: وصحة هذا الشرط ثابتة بالإجماع إلا أنه يلزم لصحة هذا الشرط أن يكون معلوماً فلو شرط أجلاً مجهولاً بطل البيع لما تترتب على هذا الشرط من الجهالة في أحد العوضين^(١).

(ب) اشتراط الخيار. . وصحة هذا الشرط أيضاً ثابتة بالإجماع.

(ج) اشتراط الرهن. . وقد أجمع على صحة اشتراطه أيضاً.

ونتحدث في هذا الشرط عن شيئين أولهما حول تعيين الرهن، والثاني مغايرة الرهن للمبيع.

الأول: تعيين الرهن: للمذهب الإمامي في اشتراط تعيين الرهن قولان^(٢):

١ - الأقرب منهما هو وجوب تعيين الرهن بالوصف أو بالمشاهدة وقت الاشتراط، وذلك لأن في هذا التعيين دفعا للغرر، وحسماً لمادة النزاع، نظراً للفتاوت الكثير في الرهون باعتبار تعلق الرغبات بشيء دون آخر، وسهولة بيع هذه الرهون وصعوبتها، وحاجة راهنها إلى فكها أو عدم فكها، كل هذا مما يؤيد القول بتعيين الرهن بالوصف أو بالمشاهدة.

وفي حالة وصف الشيء المرهون يكفي وصفه بصفات السلم، فلو شرط ارتهان عبد حبشي موصوف بصفات السلم جاز، وإن لم يكن له عبد في الحال، و يكون الاكتفاء بالوصف في بعض الأحيان أولى من مشاهدة من لا يعرف حاله وخصوصاً في الكفيل.

٢ - القول الثاني: صحة اشتراط الرهن من غير تعيين:

وحينئذٍ يحمل الإطلاق في شرط الرهن على رهن شيء يحفظ الحق، ويقوم بالمال، ويتخير الراهن في التعيين.

(١) «مفتاح الكرامة» (٤/٧٣٥ - ٧٣٦).

(٢) نفس المرجع.

والأولى: كما نص المذهب «أن ينزل الراهن على ما يصلح أن يكون رهناً لمثل ذلك في العرف والعادة». وهذا الرأي أراه معقولاً، حتى لا يحدث تعنت من جانب الراهن في اختيار الرهن نظراً للظروف والاعتبارات المحيطة بالشيء المرهون والتي سبق أن أوضحناها آنفاً.

الثاني: مغايرة الرهن للمبيع: يوجد أيضاً خلاف في المذهب حول اشتراط مغايرة الرهن للمبيع، والرأي الراجح في المذهب أنه لا يشترط مغايرة الرهن للمبيع، بل يجوز اشتراط رهن المبيع بالثمن قبل القبض^(١) وبعده؛ لأنه شرط سائغ لا ينافي الكتاب والسنة، وليس هناك مانع من صحته، وأنه يحقق غرض البائع، وهو التوثق من الوصول إلى الثمن، فيكون شرطاً صحيحاً لازماً لقوله عليه الصلاة والسلام: «المؤمنون عند شروطهم».

جاء في «مفتاح الكرامة» للعاملي (٧٣٧/٤) ما يأتي: «قوله: وهل يشترط مغايرة الرهن للمبيع نظر» أقربه العدم، كما هو خيرة «التذكرة والتحرير والمختلف والدروس» وكأنه مال إليه أو قال به الفخر في «الإيضاح» والشهيد في «الحواشي» والمحقق الثاني في «جامع المقاصد» للأصل، واتفاق أصحابنا على جوازه «على جواز الشرط ح ل» في البيع من غير تفصيل، كما في «الحواشي» ولوجود المقتضى وانتفاء المانع، إذ ليس هو إلا اقترانه بهذا الشرط، وهو سائغ لا ينافي الكتاب والسنة، فيكون لازماً لقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم».

والرأي المرجوح الذي يقضي باشتراط مغايرة الرهن للمبيع، قال به الشيخ في المبسوط وابن إدريس - فإذا اشترط رهن المبيع قبل القبض فسد العقد، واحتج الشيخ على ذلك بما يلي:

(١) وكذا بعد القبض، ويرد المشتري العين إلى البائع رهناً بالثمن، كما أن المذهب يجيز رهن المبيع بالثمن من غير شرط مطلقاً قبل القبض وبعده، ويجيز أيضاً اجتماع عقد البيع والرهن معاً، كما لو قال: «بعتك هذا الشيء بألف وارتهنت منك هذا الشيء بالثمن، فيقول المشتري: اشتريت منك بألف ورهنتك هذا الشيء فيحصل عقد البيع والرهن معاً» «مفتاح الكرامة» (٧٣٧/١).

- ١ - أن شرط رهن المبيع قبل القبض هو رهن لما لا يملك .
- ٢ - أن البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير ثمن المبيع ، والرهن يقتضي إيفاء الثمن من ثمن المبيع وذلك متناقض .
- ٣ - الرهن يقتضي أن يكون المبيع أمانة ، والبيع يقتضي أن يكون مضموناً عليه ، وذلك متناقض .
- ٤ - المشتري لا يملك رهن المبيع إلا بعد صحة البيع ، فلا يتوقف علي صحة البيع ، وإلا جاء الدور .
وقد أجيب عليه بما يأتي :
- ١ - الرهن إنما يتم بعد كمال العقد ، وهو حينئذٍ مملوك له ، ثم إن كوز الرهن مملوكاً له ، وكون الدين ثابتاً^(١) إنما هما شرطان في صحة الرهن ، وليس شرطين في اشتراط الارتهان .
- وقد جوز الشيخ (صاحب المبسوط) ما هو أبعد من هذا مثل «بعثك هذا الشيء بألف وارتهنت منك هذا الشيء بالثمن ، فيقول اشتريت منك بألف ورهنتك هذا الشيء ، فيحصل عقد البيع وعقد الرهن معاً .
- ٢ - وفرق تام بين أن يقتضي البيع إيفاء الثمن من غير ثمن المبيع ، وبين ألا يقتضي إيفاء الثمن من ثمن المبيع ، فالثاني أعم وهو المسلم دون الأول ، ولا تناقض بين العام وإيفاء الثمن من المبيع ، بخلاف الخاص .
والضمان خرج بجعله رهناً ، فلا تناقض .
- ٣ - ثم إن قوله في المقام ببطلان البيع والرهن معاً ، يقتضي بطلان العقد إذا تضمن شرطاً فاسداً وهو خلاف ما تقدم له . . .
- ٤ - وإنا قلنا بأن صحة البيع لا تتوقف على الرهن ، وإذا سلمنا ذلك فلا دور بالتقرير الأول ، ولا استبعاد (وهو أن الرهن إنما يتم بعد كمال العقد) فيكون المعلول - أعني التصرفات - علة لصفة علته وهي اللزوم فلا دور بالثاني^(٢) .

(١) الذي أخذ الرهن به .

(٢) يريد أن يقول إن التصرف وهو الرهن علة للزوم العقد المشروط فيه ، واللزوم صفة لعله التصرف ، وعله التصرف هي الصيغة الصحيحة التي أنتجت عقداً صحيحاً .
فصحة العقد لا تتوقف على الرهن .

٥ - ثم إن ذلك لا ينافي كون مقتضى البيع عند الإطلاق إجبار البائع على الابتداء بالتسليم إن قلنا به، لأننا نقول: إن ذلك إذا لم يشترط هذا الشرط، وهو الرهن، وكذلك الحال فيما إذا قلنا إنهما يجبران معاً^(١).

(د) اشتراط الكفيل.. وكما أوضحنا آنفاً أن للمذهب في اشتراط تعيين الرهن قولين، الأقرب منهما هو التعيين، والآخر: هو احتمال الصحة عند عدم التعيين، وكذلك الأمر هنا بالنسبة إلى اشتراط الكفيل، فيه قولان:

الأقرب منهما: هو وجوب تعيين الكفيل إما بالاسم والنسب، أو المشاهدة، أو الوصف كرجل موثر ثقة؛ لأن في التعيين دفعا للغرر وحسماً للنزاع نظراً للتفاوت الكثير بين الأشخاص من حيث المسارعة إلى الوفاء، أو المماطلة والتعاس عن أداء الحقوق.

لذلك كان تعيين الكفيل هو الأصح.

القول الثاني: احتمال صحة اشتراط الكفيل من غير تعيين، ويكون حينئذ على المكفول عنه تعيين كفيل يتمكن من الوفاء بالمكفول به.

وهذا الاختيار إما أن يكون الضابط له والمحدد لمداه العرف والعادة أو يكون مرجعه اختيار المكفول عنه لشخص يستطيع القيام بالحق - فما سبق أن أوردناه في الرهن يجري هنا في الكفيل^(٢).

اشتراط الشهادة:

أما اشتراط الشهادة على العقد فلا يفتقر فيها إلى تعيين الشهود، بل الضابط لاختيارهم هو العدالة؛ لأن الغرض من الشهادة قبولها شرعاً، ومناط ذلك هو العدالة لا الشخص المعين.

فلو عين المتعاقد الشهود فالأقرب هو تعيينهم عملاً بالشرط الذي لا يخالف كتاب الله ولا سنة رسوله؛ ولأن الغرض من الشهادة يتعلق بالتعيين

(١) جاء في «تذكرة الفقهاء» (١٨٩/٧) قسم ٢: «لو باعه بشرط ألا يسلم المبيع حتى يستوفى الثمن فالأقوى الصحة كشرطه الرهن».

(٢) «مفتاح الكرامة» (٧٣٦/٤).

غالباً؛ لأن بعض العدول أوجه وعدالته أوضح وقوله أسرع قبولاً، فكان التعيين محققاً للغرض من الشهادة على وجه أكمل.

والوجه الآخر (هو عدم تعيينهم) لأن الغرض من الشهادة هو إثبات الحق عند الجحود ومناطه العدالة لا الشخص المعين، وقد عبر صاحب «مفتاح الكرامة» عن هذا الرأي بقوله: «وفيه ضعف، ومنع، وعلى كل حال لا يلزمهم التحمل»^(١).

حكم هذا الشرط:

يقرر المذهب الإمامي صحة كل شرط لا يقتضيه العقد وتعلق به مصلحة المتعاقدين من حيث كونهما متعاقدين، فقد جاء في النص المتقدم وفي (الغنية) «لا خلاف في صحة الشرط الذي للمتعاقدين مصلحة فيه، ومراده نفي الخلاف بين المسلمين كما يعطيه سوق كلامه، ونص في المبسوط وغيره على الجواز...».

فهذا الشرط إذا اقترن بالعقد صح العقد ولزم الوفاء بالشرط وسيأتي إيراد أدلة المذهب على صحة هذه الشروط في نهاية هذا القسم.

أثر هذا الشرط:

بيننا أن هذا الشرط صحيح يلزم الوفاء به ويصح العقد معه، ونتحدث الآن عن آثاره^(٢) ونجعل الحديث عن هذه الآثار في أربع نقاط: الأولى: أثر

(١) «مفتاح الكرامة» (٧٣٦/٤).

(٢) جاء في «مفتاح الكرامة» (٧٣٧/٤ - ٧٣٨) ما يأتي:

«ولو أدخل المشتري بالرهن أو الكفيل تخير البائع، فإن أجاز فلا خيار للمشتري، ولو امتنع الشاهدان اللذان عينا من التحمل تخير البائع أيضاً».

وجاء في «الحاشية»: «قوله: «ولو أدخل المشتري... تخير البائع» كما في: «المبسوط والتحرير والدروس وموضوع من التذكرة وظاهر الشرائع واللمعة وغاية المرام، وغيرها».

«واختير في المسالك والروضة والكفاية، أنه يجبر المشتري على الوفاء، وفي (التذكرة) أنه أولى، ونفى عنه البعد في جامع المقاصد... ورجحنا أنه يجبر على الوفاء لمكان إجماعي الغنية والسرائر».

وفصل الشهيد في بعض تحقیقاته (فقال): الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان

الإخلال بالشرط، والثانية: امتناع الكفيل أو الشاهدين المعيّنين عن الكفالة أو الشهادة، والثالثة: هلاك الرهن أو تعييه أو هلاك الكفيل، والرابعة: اختلاف المشروط له المشروط عليه في تحديد زمن حدوث العيب أو التلف وإليك التوضيح:

الأولى: أثر الإخلال بالشرط:

إن أخل المشروط عليه بالشرط كأن امتنع عن تقديم الرهن أو الكفيل . . إلى المشروط له ففي المسألة ثلاثة أقوال في المذهب:

= العقد كافيًا في تحققه ولا يحتاج بعده إلى صيغة فهو لازم، لا يجوز الإخلال به كشرط الوكالة في العقد، وإن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق - فليس بلازم بل يقلب العقد اللازم جائزاً، وجعل السر فيه أن اشتراط العقد (عقد الوكالة) كاف في تحققه كجزء من الإيجاب والقبول فهو تابع لهما في اللزوم والجواز، واشتراط ما سيوجد (العتق) أمر منفصل عن العقد وقد علق عليه العقد، والمعلق على الممكن ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزاً . . وقد جعل الشهيد الثاني هذا التفصيل أجود من القول بأنه يتخير، وهو محل التأمل . . .».

«وكذا يتخير ما لو امتنع الكفيل من الكفالة، ولا يقوم كفيل مقام آخر لتفاوت الأغراض في خصوصيات الأعيان، ولا يبعد أن له إجباره على ذلك إذا كان المنع من قبل العقد كما مر. ويأتي مثله في الشاهدين المعيّنين إذا امتنعا من التحمل وهل هذا الخيار على الفور أو التراخي وجهان».

«ولم هلك الرهن أو تعيب قبل القبض، أو وجد به عيباً قديماً تخير البائع أيضاً ولو تعيب بعد القبض فلا خيار».

حاشية: «قوله: ولو هلك . . . تخير البائع أيضاً» وليس له الأرش ولا المطالبة بالبدل وكذا لو هلك الضمين قبل الضمان.

والمراد بقبولية القبض قبيلته في الرهن (أي لا في المبيع) وينبغي أن يكون هذا بناء على اشتراط القبض في الرهن لتحقيق كماله الرهن بدونه على القول الآخر».

«قوله: ولو تعيب بعد القبض فلا خيار» كما في «التذكرة والتحرير» وكذا لو هلك بعده، ولو اختلفا في زمن حدوث العيب حكم لمن قامت القرينة على صدقه». وإن احتمل الأمر: إن احتمل تقديم قول الراهن عملاً بصحة العقد، وقول المرتهن لعدم ثبوت قبضه للجزء الفائت (فتأمل) ولو اختلفا في تلفه فالقول قول منكر القبض».

كما يراجع «كفاية الأحكام» بدار الكتب رقم (٧٩) فقه الإمامية طبع العجم سنة (١٢٩١هـ) - لمؤلفه محمد باقر بن محمد مؤمن الخراساني السيزواري من علماء النجف.

الأول: أنه يكون للمشروط له إجبار المشروط عليه على الوفاء بالشرط، وإن لم يمكن رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر كان له اختيار الفسخ، وهذا القول هو أقوى الأقوال وأرجحها في المذهب، وذلك لعموم الأمر بالوفاء بالعقد الدال على الوجوب، وقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله»^(١).

الثاني: أنه إذا وفى المشروط عليه بالشرط لزم العقد، وإذا لم يف به، كان للمشروط له الخيار بين فسخ العقد المشروط فيه أو إمضائه، وبناء على هذا الرأي لا يجب على المشتري عليه الوفاء بالشرط، وتكون فائدة الشرط جعل العقد عرضة للزوال بالفسخ عند عدم سلامة الشرط، ولزومه عند الإتيان به، فإن أجاز المشروط له العقد بدون الشرط فلا خيار للمشروط عليه.

الثالث: وهو ما قاله الشهيد في بعض تحقیقاته من أن الشرط الواقع في العقد اللازم^(٢) إن كان العقد كافياً في تحققه، ولا يحتاج بعده إلى صيغة فهو لازم لا يجوز الإخلال به وذلك كشرط الوكالة في العقد.

وإن لم يكن العقد كافياً في تحققه، بل يحتاج إلى أمر آخر غير صيغة العقد، كما في شرط العتق، فإنه يحتاج إلى صيغة الإعتاق حتى يتم العتق - فحينئذ لا يكون لازماً، بل يقبل العقد اللازم المشروط فيه جائزاً، وفي هذا يقول الشهيد الثاني^(٣).

«السرف في ذلك أن اشتراط ما العقد كاف في تحققه كجزء من الإيجاب والقبول فهو تابع لهما في اللزوم والجواز، واشتراط ما سيوجد أمر منفصل

(١) «الروضة البهية» (١/٣٣١).

(٢) العقد اللازم: هو العقد الصحيح النافذ الذي لا يقبل الفسخ أبداً، أو يقبله ولكن برضا الطرف الآخر كالخلع على مال، والثاني: كالبيع والإجارة والمساقاة والصلح والحوالة.

العقد الجائز: هو ما يكون لأحد المتعاقدين فسخه دون توقف على رضا الطرف الآخر، أو لهما معاً الحق في فسخه، فالأول كالرهن والكفالة والثاني - كالإيداع والوكالة والوصية..

(٣) «الروضة البهية» شرح اللمعة الدمشقية (١/٣٣١).

عن العقد، وقد علق عليه العقد، والمعلق على الممكن ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزاً والأقوى للزوم مطلقاً..»^(١).

الثانية: أثر امتناع الكفيل عن الكفالة أو الشاهدين المعينين عن الشهادة على القول بالتعيين:

(أ) إذا امتنع الكفيل عن الكفالة فللمشروط له الخيار في فسخ البيع أو إمضائه، ولا يقوم كفيل مقام آخر نظراً لتفاوت الأغراض إلا إذا، كان منع الكفيل عن الكفالة من قبل العاقد فإنه يكون للمشروط إجباره.

(ب) وكذا إذا امتنع الشاهدان المعينان عن الشهادة، كان للمشروط له الخيار.

(ج) وهل يثبت الخيار على الفور أو التراخي وجهان في المذهب.

الثالثة: أثر هلاك الرهن أو تعيبه، وكذا هلاك الكفيل:

إن هلاك الرهن أو تعيبه إما أن يكون قبل قبضه أو بعده.

فإن هلك الرهن أو تعيب قبل قبض الرهن كان للمشروط له الخيار أيضاً، وليس له الأرش في حالة العيب، ولا المطالبة بالبدل في حالة الهلاك، وكذا الحكم لو هلك الضمين قبل الضمان.

وإن كان هلاك الرهن أو تعيبه بعد قبضه فلا خيار.

الرابعة: أثر اختلاف كل من المشروط له والمشروط عليه في تحديد وقت حدوث العيب، أو تلف الرهن.

لو اختلف كل من المشروط له والمشروط عليه في تحديد زمان حدوث العيب حكم لمن قامت القرينة على صدقه، وإن اختلفا في تلف الرهن فالقول قول منكر القبض.

(١) وهذه الأقوال الثلاثة في بيان أثر الشرط تجري على جميع الشروط الصحيحة في المذهب الإمامي - وسيأتي إيضاح هذه الشروط، فكل شرط سائغ لا يؤدي إلى جهالة في أحد العوضين ولا يخالف كتاب الله ولا سنة رسوله ﷺ الأرحح لزوم الوفاء به، وهو الرأي الأول الذي أوضحناه، ويجري فيه القولان الآخران.

النوع الثاني

شرط لا ينافي مقتضى العقد

نور فيما يلي الصور المختلفة^(١) لهذا النوع من الشرط، ثم نبين حقيقته وحكمه والدليل على صحته، ثم آثاره.

(١) جاء في «مفتاح الكرامة» للعالمي (٧٣٠/٤) ما يأتي:

(متن): «وإما ألا يتعلق، فإما ألا ينافي مقتضى العقد، كاشتراط منفعة البائع كخياطة الثوب وصياغة الفضة، أو اشتراط عقد فيه، كأن يبيعه بشرط أن يشتري منه، أو يبيعه شيئاً آخر أو يزوجها، أو يسلفه، أو يقرضه أو يستقرض منه، أو يؤجره، أو يستأجره (أو يستأجر منه - حاشية) أو يشترط ما بني على التغليب والسراية كشرط عتق العبد، فهذه الشروط كلها سائغة».

«حاشية»: «قوله إلا بتعليق... الفضة» قد عرفت أن المراد من عدم تعلقه بمصلحة المتعاقدين، عدم تعلقه بهما من حيث إنهما متعاقدان.

وقوله: «أو اشتراط عقد في عقد... سائغة» عندنا كما في عدة مواضع من «التذكرة»، وفي «الغنية» الإجماع على صحة اشتراط ما يمكن تسليمه، نحو أن يشتري ثوباً على أن يخيطة البائع أو يصبغه، أو أن يبيع شيئاً آخر، أو يبتاع شيئاً آخر منه، وأن يشترط على مشتري العبد عتقه، وفي «السرائر» لا خلاف في أنه يجوز أن يشترط الإنسان على البائع شيئاً من أفعاله إذا كانت مقدورة له، (ثم قال): «وإجماعهم حجة، وهو نافع في المقام؛ لأن عبارة المصنف قابلة لاشتراط كل منهما على الآخر».

كما جاء في «مفتاح الكرامة» للعالمي (٧٣٤/٤): «ويجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره كجعل الزرع سنبلًا، والبسر تمرًا، ولو شرط التبقية صح».

«الحاشية»: «قوله ويجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة... تمرًا» الحكمان مما لا خلاف فيهما كما عرفت وقد صرح بهما المحقق في كتابيه، والمنصف في «التحرير والتذكرة» والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم، ويجب أن يقيد الأول بما إذا كان سائغاً - كما في «السرائر» وغيرها، ولعله تركه للعلم به؛ ولأن النظر موجه إلى القدرة. وفي (حواشي) الشهيد فسر جعل الزرع سنبلًا بأن يجعل الله جل اسمه الزرع سنبلًا، قال: لأننا إنما نفرض ما يجوز أن يتوهمه عاقل لامتناع ذلك من غير الإله جلت عظيمته، (قلت) وهذا الشرط باطل أيضاً كما نص عليه الشهيدان والكركي وغيرهم، لأن جعل الله سبحانه ذلك ليس فيه للبائع مجال للسعي، ولا كذلك اشتراط الضمين والكفيل؛ لأن المشتري قادر على تحصيل أسباب الضمان، بخلاف تحصيل أسباب الصيرورة سنبلًا، وبذلك دفع الشهيد ما أورد على المصنف من أنه جوز اشتراط الضمين والكفيل وكلاهما غير مقدور.

الصور المختلفة لهذا الشرط:

بعد استعراض الصور التي أوردها المذهب للشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولا ينافي مقتضاه، ولا يتعلق بمصلحة المتعاقدين من حيث كونهما كذلك، نجد أن هذا الشرط إما أن يترتب عليه قيام أحد المتعاقدين بما يدخل تحت قدرته من عمل، أو نفع، أو يقتضي صدور عقد آخر، ونعرض صور كل:

(أ) اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر القيام بما يدخل تحت قدرته من منافع في محل العقد أو في غيره:

١ - اشتراط القيام بعمل: العمل المشروط إما أن يكون في محل العقد أو في غيره.

فأما اشتراط القيام بعمل في محل العقد فمن أمثله: لو اشترى ثوباً، وشرط على البائع أن يخيطة له، أو يصبغه.

وأما اشتراط القيام بعمل في غير محل العقد: فمن أمثله: ما لو اشترى ثوباً، وشرط على البائع أن يخيطة له ثوباً غير الثوب المبيع، أو اشترى فضة، وشرط على البائع أن يصوغ له قطعة فضة أخرى غير المبيعة.

٢ - اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره:

من أمثله:

- ما لو اشترى بسراً، وشرط على البائع جعله تمرأ، أو اشترى زرعاً، شرط على البائع جعله سنبلأ، أو اشترى زرعاً، وشرط على البائع تبقيته إلى أوان السنبل.

(ب) اشتراط عقد في عقد:

وهذا الشرط إما أن يترتب عليه إيجاب تصرف في محل العقد، أو في غيره ونورد أمثلة لكل منهما:

في غير محل العقد:

كما لو باعه بشرط أن يشتري منه، أو يبيعه شيئاً آخر، أو يزوجه، أو يسلفه، أو يقرضه، أو يستقرض منه، أو أجره، أو يستأجره، أو يستأجر منه.

وسواء كان هذا التصرف المشترط بمعاوضة (مال بمال)، أو مال بمنفعة، أو مال بغير مال ولا منفعة، أم كان تبرعاً... الحكم واحد في الجميع.

إيجاب تصرف في محل العقد:

ومن أمثله ما إذا باعه شيئاً بشرط أن يبيعه لفلان^(١):

حقيقة هذا الشرط:

يتبين لنا من الصور التي أوردتها المذهب الأمامي لهذا النوع من الشرط

ما يأتي:

(أ) أنه شرط لا يقتضيه العقد؛ لأنه لا يجب بنفس العقد، وليس مما رتبته الشارع على العقد.

(ب) وأنه شرط لا يتعلق بمصلحة المتعاقدين من حيث كونهما متعاقدين، فلا تعلق له بالعقد، ولا محل العقد ثمناً كان، أو مثنياً، وإنما هو اشتراط أمر خارج عن العقد، أو أحد العوضين، ومن هنا يخرج النوع الأول من الشروط الصحيحة في المذهب الأمامي، والذي سبق توضيحه، وهو ما يكون فيه مصلحة العقد، وذلك بتوثيق موجه.

(ج) أنه شرط لا ينافي مقتضى العقد؛ لأنه لا تعارض بينه وبين ما يرتبه الشارع على العقد من أحكام، وآثار.

(د) وأنه شرط لا يخالف الكتاب، والسنة أي: أنه «سائغ»^(٢).

(هـ) وأنه شرط مقدور عليه.

(و) وأنه شرط يقتضي حصول تصرف في المستقبل، كان هذا التصرف

عملاً من الأعمال - في محل العقد، أو في غيره - أو كان عقداً آخر.

(ز) وأنه شرط يحقق منفعة.

(ح) وأنه يصح لأي من المتعاقدين اشتراط هذا النوع من الشرط على

الطرف الآخر.

(١) «مفتاح الكرامة» (٧٣٧/٤) بخلاف «ما إذا باعه وشرط البائع على نفسه أن يكتب له الكتاب الفلاني، فإن هذا الشرط باطل؛ لأنه يستلزم نقل المنفعة بالمبيع؛ لأن المشروط مبيع...» نفس المرجع (٧٣٢/٤).

(٢) كما نص عليه في «تذكرة الفقهاء» (١/٧) قسم ٢.

ما يلزم لصحة الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد:

يلزم لصحة هذا النوع من الشرط ما يأتي:

- (أ) ألا يؤدي الشرط إلى مخالفة نص شرعي - أي: أن يكون سائغاً.
- (ب) وأن يكون الأمر المشترط ممكن التسليم، بمعنى أنه يمكن الوفاء به؛ لأنه إن كان غير ممكن بأن كان مستحيلاً، فإن اشتراطه لا يكون صحيحاً.
- (ج) أن يكون الأمر المشترط في مقدرة المشتري عليه القيام به، والوفاء بما أوجبه من عمل، أو تصرف، فلو شرط أن يخيط له ثوباً، أو يصوغ له فضة، فلا بد من أن تكون لديه المقدرة على القيام بهذا العمل، فإن كان الشرط غير مقدور عليه، فإنه يكون شرطاً فاسداً^(١) (وسياتي إيضاحه).
- (د) أن يكون الأمر المشترط معلوماً، فلو كان مجهولاً كما إذا: اشترط عليه أن يكتب له كتاباً، أو يعمل له عملاً - ولم يحدد قدر الكتاب، ولا نوع العمل - فإنه حينئذٍ يكون الشرط فاسداً، ويبطل العقد لما أدى إليه الشرط من الجهالة، والغرر (وسياتي إيضاحه أيضاً).
- (هـ) أن يكون العمل المشترط حلالاً «فلو اشترى العنب على أن يعصره البائع خمراً لم يصح الشرط...». [تذكرة الفقهاء (٧/ ١٧٠ قسم ٢)].
- (و) إذا ترتب على الشرط اجتماع عقدي بيع في عقد، أن المذهب يشترط المغايرة في عقد البيع على المشهور^(٢). فإذا كان كل من المتعاقدين والمبيع في العقد الأول كما هم في عقد البيع المشترط، فإنه لا يصح، كما لو قال: بعتك هذا بشرط أن تبيعني إياه؛ لأن محل العقد في العقدين واحد لم يتغير، وكذا لأن المتعاقدين كما هما لم يتغيرا في العقدين.
- أما لو كان هناك مغايرة، كم لو قال بعتك هذا بشرط أن تبيعه لفلان، فإنه يصح الشرط، وكذا لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر... ويرجح صاحب «الروضة البهية» صحة الشرط، والعقد^(٣) قائلاً:

(١) «مفتاح الكرامة» (٤/ ٧٣٢ - ٧٣٣).

(٢) نفس المرجع (٢/ ٧٣٧).

(٣) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» (١/ ٣٣٤) ط دار الكتاب العربي.

«... إلا أن يشترط في بيعه - الأول - ذلك - أي: بيعه من البائع - فيبطل البيع الأول سواء كان حالاً أو مؤجلاً، وسواء شرط بيعه من البائع بعد الأجل أو قبله على المشهور». ومستنده غير واضح فقد علل باستلزامه الدور؛ لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه، وفيه أن المتوقف على حصول الشرط هو لزوم البيع، لا انتقاله إلى ملكه.

وأما أن تملك المشتري موقوف على تملك البائع فلا؛ ولأنه وارد في باقي الشروط خصوصاً شرط بيعه للغير مع صحته إجماعاً. وعلل بعدم حصول القصد إلى نقله عن البائع، ويضعف بأن الغرض حصول القصد إلى ملك المشتري، وإنما رتب عليه نقله ثانياً، بل شرط النقل ثانياً يستلزم القصد إلى النقل الأول لتوقفه عليه، ولاتفاقهم على أنهما لو لم يشترط ذلك في العقد صح، وإن كان من قصدهما رده، مع أن العقد يتبع القصد، والمصحح له ما ذكرناه من أن قصد رده بعد ملك المشتري له غير مناف لقصد البيع بوجه، وإنما المانع عدم القصد إلى نقل الملك إلى المشتري أصلاً بحيث لا يترتب عليه حكم الملك».

إيضاح بعض ما جاء في صور هذا النوع من الشرط:

ونظراً إلى أن بعض صور هذا الشرط تحتاج إلى إيضاح، وخاصة اشتراط القيام بعمل في محل العقد، أو في غيره، أو اشتراط ما يدخل تحت مقدرة البائع من منافع. فإننا نوضح ذلك فيما يلي:

(١) اشتراط القيام بعمل:

لو شرط المشتري على البائع خياطة الثوب، أو صياغة الفضة، فإما أن يكون الثوب (أو الفضة) هو محل عقد البيع، أو غيره:

فإن كان غيره كما لو شرط المشتري على البائع أن يخيط له ثوباً غير الثوب المبيع، أو يصوغ له فضة غير الفضة المبيعة، فإن الشرط صحيح، والعقد صحيح، والمذهب كما رأينا يصحح اشتراط عقد في عقد، وهنا قد اشترط في عقد البيع عقد إجارة بمقتضاه يقوم البائع بعمل في غير المعقود عليه كخياطة ثوب للمشتري، أو صياغة فضة له. وقد صرح بهذا العامل في «مفتاح الكرامة» (٧٢٩/٤) عندما تحدث عن الشرط الذي لا يقتضيه العقد،

ويتعلق بمصلحة المتعاقدين فقال: «فالمراد بتعلق هذا القسم بمصلحة المتعاقدين تعلقه بهما بالنسبة إلى العقد، أو أحد العوضين، كما يفهم من سرد الأمثلة، وبه يفرق بينه وبين القسم الثالث الذي سيأتي، وهو الشرط الذي لا يتعلق بمصلحة المتعاقدين، ولا ينافي مقتضى العقد كاشتراط خياطة الثوب، وصياغة الفضة فيحمل الثوب على ثوب لا يكون هو المبيع، ولا بعضه، وكذا الفضة حتى لا يلزم التداخل».

شرط على البائع خياطة الثوب المبيع أو صياغة الفضة المبيعة:

وكذا لو شرط على البائع خياطة الثوب المبيع، أو صياغة الفضة المبيعة. صح العقد، والشرط، ويتبين لنا ذلك مما أوردناه من النص المذكور آنفاً حيث أدرجه المذهب تحت ما فيه مصلحة العقد، فإن العمل المشترط يقوم به أحد المتعاقدين، وهو البائع، ومحل العمل هو المبيع (وهو الثوب، أو الفضة) ولذلك وضع المذهب الإمامي هذا النوع تحت الشرط الذي فيه مصلحة للمتعاقدين، وقد سبق أن صرح في النص بقوله: «وفي الغنية لا خلاف في صحة الشرط الذي للمتعاقدين مصلحة فيه...» وهذا الشرط فيه مصلحة واضحة لكلا المتعاقدين.

وقد آثرت أن أوضح هذا النوع هنا نظراً؛ لأنه من الواضح أن عقد البيع اشتمل على عقد إجارة فهو عقد في عقد، وإن كان موضوع العقد واحداً، وهو الثوب، أو الفضة.

* كما أن المذهب حينما نص على جواز اشتراط صفة مقصودة في السلعة، كالصياغة، والكتابة [في مفتاح الكرامة (٧٢٩/٤) في المتن] احتمال ذلك صورتين:

الأولى: أن يشتري عبداً على أنه صباغ أو كاتب.

الثانية: أن يشتري ثوباً، ويشترط على البائع صباغته، أو ورقاً، ويشترط على البائع كتابته، والصورة الأولى أرجح؛ لأن قوله صفة مقصودة في السلعة تعطينا أنه إنما أقدم على شراء السلعة لصفة قائمة بها وقت التعاقد، لا أنه اشترط عملاً يقوم به البائع بعد ذلك، فإن الصفة تعبر عن شيء قائم فعلاً بالموصوف، لا أنه سيقوم به فيما بعد. فما نص عليه في الحاشية بعيد عن

مراد «المتن» وليس هناك تداخل، وحينئذ فيحمل قوله: «وأما ألا يتعلق فإما ألا ينافي مقتضى العقد كاشتراط منفعة البائع كخياطة الثوب، وصياغة الفضة» على الثوب المبيع، والفضة المبيعة، وأما قيام البائع بمثل ذلك العمل في غير المبيع فهو جائز؛ لأنه يندرج تحت الفقرة التالية لذلك مباشرة وهي قوله: «أو اشتراط عقد في عقد... كأن يبيعه بشرط... أن يستأجره» أي: على القيام بعمل في غير المبيع.

(ب) اشتراط المشتري على البائع ما يدخل تحت قدرته من منافع:

١ - لو شرط المشتري على البائع جعل الزرع سنبلًا، والبسر تمرًا، كان الشرط صحيحاً متى كان سائغاً، ومقدوراً على الوفاء به (وقد سبق تفسيره بالهامش).

٢ - أما لو شرط التبقية إلى أوان السنبل مثلاً، فإنه يصح أيضاً، لكن هل يلزم تحديد مدة لذلك أم لا يلزم؟ رأيان في المذهب نص عليهما العملي في مفتاح الكرامة (٧٣٤/٤) ونوردهما فيما يلي:

الأول: كما في السرائر، والتذكرة، والدروس، واللمعة، وهو خيرة المسالك، والروضة، والكفاية - أنه لا يشترط تعيين المدة بل يكفي أن يحال على المتعارف من البلوغ؛ لأنه مضبوط... واستدل في المسالك بأن اطلاقهم يقضي بذلك، والمراد بإطلاقهم ما جاء في المتن من قوله: «ولو شرط التبقية صح» ولم يقيد ذلك.

الثاني: «والأقوى (كما في إيضاح النافع) أنه إن اشترط التبقية فلا بد من ضبط المدة لئلا يتجهل الشرط؛ لأن مدة البلوغ غير مضبوطة بالزمان لاحتمال التقدم والتأخر».

٣ - حكم ما لو أطلق، ولم يشترط ذلك:

«وإن أطلق كما إذا (اشترى زرعاً، أو بسراً، ولم يشترط تبقيته، وكذا لم يشترط إزالته) يلزم البائع إلقاؤه إلى أوان إدراكه، وبلوغه؛ لأنه إذا لم يشترط (التبقية، أو الإزالة) كان التراضي على الزرع، والإبقاء حكماً شرعياً لزم بلا معاوضة عليه، ومع الشرط (شرط التبقية) يكون له جزء من العوض فلا بد من عدم جهالته» وعدم الجهالة يكون بضبط مدة بلوغ الزرع، ونضوجه.

وباستعراض الرايين المذكورين في تحديد المدة نرى أنه لا غنى عن العرف في تحديد مدة بلوغ الزرع، أو الثمر، والعرف عادة يقضي بأن شهر كذا هو موسم حصاد القمح مثلاً، وشهر كذا موسم جني القطن، أو الثمر، ولكن تحديد يوم بالذات أمر لا يمكن أن يكون مفيداً، فإن أول الشهر ليس كوسطه، ولا آخره، ومن ثم فإن العرف هو الذي يحدد لنا هذا الموسم الذي يتم فيه قطف الثمر، أو قطع الزرع، وعلى المتعاقدين أن يحددا شهراً معيناً - طبقاً لما جرى عليه العرف - للوفاء بالشرط، وفي هذا التحديد منع للنزاع، وقطع له، ولعل هذا هو المراد من قوله فيما تقدم: «فلا بد من ضبط المدة لئلا يتجهل الشرط» فضبط المدة يمكن أن يكون له بداية ونهاية، كقوله خلال شهر يبدأ من كذا، وينتهي في كذا طبقاً لما جرى عليه العرف.

(ج) حكم الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد:

يقرر المذهب صحة هذا النوع من الشرط، وصحة العقد الذي اقترن به وقد رأينا في النص المتقدم أن المذهب قد وضع قاعدة عامة لهذا الشرط فقال: «وفي الغنية الإجماع على صحة اشتراط ما يمكن تسليمه...». «وفي السرائر» لا خلاف في أنه يجوز أن يشترط الإنسان على البائع شيئاً من أفعاله إذا كانت مقدورة له، ثم قال وإجماعهم حجة، وهو نافع في المقام؛ لأن عبارة المصنف قابلة لاشتراط كل منهما على الآخر.

ومن ذلك تبين لنا أن كل شرط لا ينافي مقتضى العقد يكون صحيحاً يلزم الوفاء به إذا كان ممكن التسليم، مقدوراً عليه، سائغاً، لا يخالف كتاب الله، ولا سنة رسوله ﷺ^(١). إلا أنه إذا أوجب الشرط عقداً جديداً، وكان العقد الذي اقترن به الشرط عقد تبرع كالهبة، والقرض، فإن العقد يصح، ولا يلزم الوفاء بالشرط بل يكون وعداً^(٢).

(١) ونص على ذلك في «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» (١/٣٣١، ٣١٦).

(٢) جاء في «تذكرة الفقهاء» (٨/٣٦٤) قسم ٣ (م النجف) سنة (١٣٨٥) القرض عقد قابل للشروط السائغة، فلو أقرضه شيئاً على أن يقرضه مالاً آخر صح، ولم يلزمه ما شرط بل هو وعد وعده، وكذا لو وهب منه ثوباً بشرط أن يهب منه غيره، وكذا لو أقرضه بشرط أن يقترض منه، أو يبيعه بثمان المثل أو بدونه، أو يسلفه، أو يستلف منه، ولكن لا يلزم ذلك، أما لو باع بشرط قرض أو هبة، أو بيع آخر، فإنه يجوز عندنا البيع، والشرط، وجاء في «الروضة البهية»: ولو شرط عقد مساقاة في عقد مساقاة، =

(د) أثر الشرط:

قد بينا آنفاً «في النوع الأول من الشروط الصحيحة في هذا المذهب» أثر الشرط الصحيح فيرجع إليه .

النوع الثالث

شرط فيه معنى من معاني البر

صوره - حقيقته - حكمه^(١) - آثاره:

- صور هذا الشرط: ومن الصور التي أوردتها الإمامية له:
- باعه بشرط العتق، أو التدبير، أو الكتابة.

= فالأقرب الصحة - لوجود المقتضى، وانتفاء المانع، وأما الأول فهو اشتراط عقد سائغ في عقد سائغ لازم فيدخل في عموم «المؤمنون عند شروطهم» وأما الثاني: فلأن المانع لا يتخيل إلا كونه لم يرض أن يعطيه من هذه الحصة إلا بأن يرضى منه من الآخر بالحصة الأخرى، ومثل هذا لا يصلح للمنع كغيره من الشروط الواقعة في العقود، والقول بالمنع للشيخ (ح) استناداً إلى وجه ضعيف... .

(١) جاء في «مفتاح الكرامة» (٤/٧٣٠) ما يأتي:

«متن»: «أو يشترط ما بني على التغليب والسراية كشرط عتق العبد، فهذه الشروط كلها سائغة».

«حاشية»: «وفي «المبسوط، وغاية المراد، والمهذب البارع وإيضاح النافع، والمسالك» الإجماع على صحة اشتراط عتق العبد، وفي «غاية المرام» نفى الخلاف عنه، وإن نافي مقتضى العقد - كما في التحرير - لأن العتق مبني على التغليب؛ لأن غاية الشارع بفك الرقبة بأدنى سبب تقتضيه، تعرف من تتبع مسائل العتق، ومن دلائل ابتناؤه على التغليب ثبوت السراية إلى المجموع بالشقص، ويأتي الكلام في النوع الثالث في اشتراط عتقه مطلقاً أو عن المشتري، ومثل العتق إشتراط التدبير، والكتابة كما نص عليه جماعة منهم المصنف فيما يأتي:

ثم جاء في (ص ٧٣٥): «قوله ولو شرط الكتابة أو التدبير صح» هذا قد تقدم الكلام فيه، وظاهر «التذكرة»، والمهذب البارع» الإجماع على صحة الكتابة. وفي «غاية المرام» لا خلاف في صحة اشتراط التدبير. وظاهر «التذكرة» الإجماع عليه، فإن أطلق الشرط في المكاتب تخير بأي قدر شاء إلا أن يزيد على (عن خ ل) القيمة، ولم يرض العبد، كما أنه يتخير معه بين المطلقة والمشروطة، وكأنه محل تأمل، وإن عين القدر تعين، كما لو عين أحد الكتابتين، ويأتي الكلام فيما إذا لم يف المشتري بالكتابة أو التدبير، أو دبر، ثم رجع في تدبيره».

- باع داراً بشرط أن يجعلها وقفاً، سواء شرط وقفها على الغير، أو على نفسه (البائع)، وعلى عقبه، ونسله، أو أطلق، وبأي وجه يحصل الوقف يحصل الشرط كما لو جعلها مسجداً.

- باع شيئاً بشرط أن يتصدق به.

- حقيقة هذا الشرط:

- هذا الشرط ينافي مقتضى العقد؛ لأنه يترتب عليه إخراج ما دخل في ملك المشتري عن ملكه.

- وهو شرط يرغب الشارع فيه، ويحرص على وقوعه بأدنى سبب - نظراً لشوفه إلى حرية الأرقاء كما لو كان عتقاً... فإن كان عملاً من أعمال الخير أخرى كالوقف، والصدقة، والعمرى، فإنه يحث عليها؛ لأنها أمور مستحبة نظراً لما يعود على المجتمع منها من فوائد.

- وهو شرط يحقق غرضاً مقصوداً مشروعاً.

حكم هذا النوع من الشرط:

يصح اشتراط عمل من أعمال البر والخير، مطلقاً، سواء كان الشرط يترتب عليه إيقاع تصرف في محل العقد - كالعتق، والكتابة، والتدبير أو الوقف،^(١) والصدقة - أو في غير محل العقد، وسواء كانت المنفعة المشتركة تعود على أحد المتعاقدين مباشرة، أو على غيرهما.

جاء في «تذكرة الفقهاء»^(٢) لو باعه داراً بشرط أن يقفها عليه، وعلى عقبه، ونسله فالأولى الصحة، كما لو شرط وقفها على الغير. وكذا لو باعه داراً بشرط أن يقف عليه دكانه، أو على غيره، وكذا يصح لو شرط إعمارها إياها؛ لأنه شرط مرغوب فيه يصح الابتداء به فصح جعله شرطاً في عقد قابل للشروط....

وإذا كان الشرط عتقاً، فإنه يصح اشتراط العتق مطلقاً، أو عن

(١) «مفتاح الكرامة» (٤/٧٤٢).

(٢) «تذكرة الفقهاء» (٧/١٨١) قسم ٢ - ويراجع أيضاً: (ص ١٨٥) فقد نصوا على جواز شرط الوقف، وشرط الصدقة بجانب شرط العتق، أو التدبير أو الكتابة.

المشتري، وكذا اشتراط عتقه عن البائع، كما يقضي عموم النص المتقدم «أو يشترط ما بني على التغليب، والسراية - كشرط العتق» وقد وضحه العاملي أيضاً: (٧٣٨/٤): «وهذا الإطلاق يشمل ما لو شرط عتقه عن المشتري، وأطلقه، وشرطه عن البائع، وعن كفارة، وتبرعاً، وبعوض...».

.... أما لو شرط العتق عن البائع، فإنه يجوز عندنا خلافاً للشافعي؛ لأنه شرط لا ينافي الكتاب، والسنة... وكيف كان، فالأصل صحة هذا الشرط. عملاً بعموم ما دل مستفيضاً على وجوب الوفاء بالشروط التي لا يمنع منها كتاب، ولا سنة، مضافاً إلى إطلاقات الإجماعات المستفيضة (نعم) إن كان هناك تأمل فليكن في هذا الشرط بجميع أقسامه لمنافاته مقتضى العقد (ويجاب) بأننا لا نقول بالكلية المشهورة من فساد الشروط المنافية له، إذ قد عرفت الحال فيها، سلمنا لكنا نقول إنها مخصصة بهذا الشرط لمكان الأدلة القاهرة...».

آثار شرط العتق

عالج فقهاء الإمامية هذا الشرط من عدة جوانب:

١ - الإيجاب على تنفيذ الشرط:

تدور مسألة الإيجاب على تنفيذ العتق، أو عدم الإيجاب عليه على بيان ما إذا كان العتق حقاً للبائع أو حقاً لله تعالى ومن هنا نشأ الخلاف.

- فالقائلون بأن العتق حق الله تعالى جعلوه كالملتزم بالنذر في حقها؛ ولأنه شرط يقتضي زوال الملك عن جميع الملاك، فلا يكون حقاً لغير الله جل شأنه، وحينئذ يكون للبائع المطالبة بالوفاء بهذا الشرط، ويجبر المشتري على الوفاء به. «وهو قول الشهيد في الدروس».

- والقائلون: بأنه حق للبائع - وهو ما يرجحه المذهب الأمامي - استندوا إلى أن العتق ثبت بفعل البائع، وربما تسامح في الثمن لأجل هذا الشرط، وإذا كان حقاً للبائع فله المطالبة به، ولو امتنع المشتري من الوفاء بالشرط فللبائع الخيار بين الفسخ والإمضاء - وذلك إذا كانت المدة معينة، أو

امتنع المشتري عن العتق كلية، أو ماطل، وعرف منه ترك العتق عرفاً - وليس له إجبار المشتري.

- وهناك من يقول: بأن العتق المشروط اجتمع فيه حقوق - حق الله جل شأنه - وحق البائع، وحق العبد، «وهو خيرة المحقق الثاني والشهيد الثاني». - ويرجح العامل في «مفتاح الكرامة»^(١) الرأي الثاني، ويقول: «والتحقيق في ذلك كما في جامع المقاصد أن العتق فيه معنى القرية والعبادة وذلك لله جل اسمه، وزوال الحجر وهو حق العبد، وفوات المالية على الوجه المخصوص وهو حق البائع، ولما لم يكن لله سبحانه، ولا للعبد تعلق بالمالية ساغ قطع النظر في البحث عن ذلك؛ لأن البحث هنا إنما هو لأجل تحقيق ما يترتب على ذلك من أحكام مالية، فحسن إطلاق كون الشرط حقاً للبائع».

٢ - آثار أخرى لهذا الشرط:

- حدوث عيب بالمعقود عليه:

إذا تعيب المعقود عليه كأن كان أمة فأجلها المشتري، أعتقها وأجزأه ذلك لبقاء الرق.

- كسب الرقيق خلال فترة انتظار وقوع العتق:

وإن استعمل المشتري العبد المبيع له بشرط العتق، أو أخذ من كسبه شيئاً فهو له، وذلك لأننا لو أجبرناه على العتق لم يضمن شيئاً، وإن خيرنا البائع فاختر الفسخ، فكذلك لم يضمن شيئاً؛ لأن النماء المتجدد في زمان خيار البائع يكون للمشتري، سواء اختار الفسخ بعد ذلك أم لا.

- موته أو تعيبه بما يوجب العتق:

«ولو مات أو تعيب بما يوجب العتق (كما لو صار مجذوباً، أو مقعداً أو أعمى) فالبايع بالخيار إما أن يرجع بما نقصه شرط العتق، فيقال كم قيمته لو بيع مطلقاً و(كم قيمته لو بيع) بشرط العتق، فيرجع بالنسبة من الثمن، وإما أن يفسخ (وحيثئذ) فيطالب بالقيمة لعدم الوفاء بالشرط، فيدفع ما أخذه من الثمن إن كان قد دفع ويطالب بجميع القيمة».

(١) «مفتاح الكرامة» (٤/٧٣٩).

وطريقة معرفة ما يقتضيه الشرط، وهو أن يقوم العبد بدون الشرط، ويقوم معه، وينظر التفاوت بين القيمتين، وينسب إلى القيمة التي هي مع شرط العتق، ويؤخذ من المشتري مضافاً إلى الثمن بمقدار تلك النسبة.

فلو كانت قيمته بدون الشرط مائة، ومعه ثمانين، فالتفاوت بعشرين نسبتها إلى الثمانين الربع، فيؤخذ من المشتري مقدار ربع الثمن مضافاً إليه، وذلك هو الذي تسامح به البائع في مقابلة شرط العتق.

- تصرفه فيه:

ولو تصرف المشتري في المعقود عليه ببيع أو وقف أو كتابة تخير البائع بين الفسخ والإمضاء؛ لأن الشرط لم يتحقق، فإن فسخ العقد بطلت هذه العقود لوقوعها في غير ملك تام^(١).

النوع الرابع

اشتراط الانتفاع بالمعقود عليه مدة معينة

- جاء في «تذكرة الفقهاء» للحلي (المتوفى سنة ٧٢٦هـ) ما يأتي: «لو باع داراً وشرط سكنها، أو دابة واستثنى ظهرها، فإن لم يعين مدة بطل العقد للجهاالة وثبوت الغرر، وإن عين مدة صح عندنا، عملاً بمقتضى الشرط السالم عن معارضة الكتاب والسنة، وبه قال أحمد، وللشافعي قولان».

- كما جاء في «الروضة البهية» (١/٢٣٥): «ويجوز اشتراط تأخير إقباض المبيع مدة معينة - كما يجوز اشتراط تأخير الثمن - والانتفاع به منفعة معينة - لأنه شرط سائح فيدخل تحت العموم».

ومن هذا النص يتبين لنا:

أولاً: أن مقتضى العقد هو إطلاق يد المالك في التصرف في المعقود عليه في كل وقت.

ثانياً: أن اشتراط الانتفاع بالمبيع مدة معينة، هو شرط ينافي مقتضى

(١) «مفتاح الكرامة» للعالمي (٤/٧٤١ - ٧٤٢)، وهذا مبني على القول بعدم الإيجاب على الوفاء بالشرط، أما على القول بالإيجاب، فإنه لا يتأتى مثل هذا الحكم.

العقد؛ لأنه يترتب على اشتراطه تقييد حق التصرف الثابت للمالك في المعقود عليه لمدة معينة - هذا إذا لم نقل بأن مقتضى العقد هو ما لم يجعل إلا لأجله كانتقال العوضين، وإلا لما كان بهذا المعنى منافياً لمقتضى العقد، وسيأتي بيان رأي المذهب في هذا الموضوع.

ثالثاً: حكم هذا الشرط:

هذا الشرط صحيح يلزم الوفاء به؛ لأنه شرط سائغ وإذا كان كذلك فإنه يدخل في عموم الآيات والأحاديث الدالة على الوفاء بالعقود والشروط.

ما يشترط لصحته:

ويلزم لصحة هذا الشرط أمران:

- أن تكون المنفعة المشترطة معينة: وأن تكون مدة الانتفاع معلومة.

فإذا لم يتحقق ذلك لا يصح الشرط نظراً لما يؤدي إليه من الجهالة «كما لو شرط تأخير المبيع - في يد البائع - أو الثمن في يد المشتري - ما شاء - كل واحد منهما... فإن الأجل له قسط من الثمن، فإذا كان مجهولاً بجهل الثمن، وكذا القول في جانب المعوض» الروضة البهية (١/٣٣١).

الأدلة التي استند إليها الإمامية في صحة هذه الشروط جميعها:

جاء في «مفتاح الكرامة» للعالمي (٤/٧٣٠ - ٧٣١) ما يأتي:

«الأصل في صحة هذه الشروط كلها بعد الإجماع الكتاب والسنة المستفيضة، منها الصحيح «المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله تعالى فلا يجوز، ونحوه صحيح آخر مثله، والخبر «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو حلل حراماً».

وواضح من كتب المذهب أنه يقرر أمرين:

الأمر الأول: أنه يرى أن الأصل في صحة هذه الشروط ما يأتي:

أولاً: ما جاء في كتاب الله تعالى من آيات تأمر بالوفاء بالعقود والعهود

والشروط^(١).

(١) أوضحنا في المطلب الثالث «الخاص برأي ابن تيمية وابن القيم» من المبحث الرابع من الباب الثالث هذه الآيات والأحاديث راجع (ص ٣٤٤ - ٣٤٦).

ثانياً: ما جاء في سنة رسول الله ﷺ المستفيضة من صحة هذه الشروط.
ثالثاً: الإجماع على صحة هذه الشروط.

والأمر الثاني: أنه يبين أن المراد بالحلال، والحرام: هو ما كان كذلك بأصل الشرع دون نظر إلى العقد، وذلك، لأننا إذا نظرنا إلى العقد، فكل شرط في العقد يحلل للشخص ما كان ممنوعاً عنه، أو يمنعه عما كان مباحاً له. ولذلك اعتبر المذهب أن المراد بالحلال، والحرام، هو ما كان كذلك بأصل الشرع، وسنوضح ذلك في الشرط المنافي للعقد في المذهب الأمامي.

* المطلب الثاني *

الشروط الباطلة

ويشمل هذا المطلب خمسة أنواع من الشروط:

النوع الأول: الشرط غير المقذور.

النوع الثاني: شرط يؤدي إلى الضرر.

النوع الثالث: شرط فاسد قصد بذاته، وجيء بالبيع تبعاً له.

النوع الرابع: شرط غير مشروع - وهو يشمل الشرط الذي ينافي مقتضى

العقد - والشرط الذي يخالف ما تقرر شرعاً.

النوع الخامس: شرط لا يتعلق به غرض عرفاً.

ونورد فيما يلي تفصيل هذه الأنواع من الشروط مع بيان حكم كل نوع

والآثار المترتبة عليه، ثم حكم العقد الفاسد.

النوع الأول

شرط غير مقذور

جاء في «متفاح الكرامة» (٧٣٢/٤) في أثناء بيان حكم الشروط الفاسدة

عامة وهي يترتب عليها فساد العقد أم لا؟ وبيان الآراء فيها ما يأتي:

الرأي «الثاني بطلانهما معاً (أي: العقد، والشرط الفاسد) كما هو خيرة

الكتاب هنا... ووافقهم أبو المكارم في الشرط غير المقدور، كأن يشترط عليه أن يجعل الرطب تمرأ، فقال: إنه فاسد مفسد بلا خلاف لكنه في التذكرة جعل هذا أيضاً، محل خلاف للشيخ».

وجاء أيضاً: في نفس المرجع (٧٣٣/٤ - ٧٣٤) بخصوص هذا الشرط، وغيره ما يأتي: «وقد يفرق بين الشروط الفاسدة فما كان منها غير مقدور بطل به العقد، وقد نفي عنه الخلاف في (الغنية) كما عرفت - وظاهر (إيضاح النافع) الإجماع حيث قال: عليه الفتوى. وكذا ما كانت جهالته مؤدية إلى الغرر كأن يشترط عليه أن يعمل عملاً أو يكتب له كتاباً، وبالجملة ما اقتضى تجهيل أحد العوضين للغرر، وإجماع (جامع المقاصد) ذكره في الفرع السادس.

وكذا ما كان المقصود منه أولاً وبالذات هو الشرط وجيء البيع تبعاً، وخصوصاً إذا كان محرماً، على تأمل في ذلك، لا ما إذا كان من قبيل اشتراط الولاء^(١) أو الخسارة...» ومن هذه النصوص يتبين لنا:

١ - أن اشتراط أمر غير مقدور على الوفاء به يكون فاسداً، كما لو شرط عليه أن يجعل الرطب تمرأ؛ لأن صيرورته تمرأ إنما هو لله جل شأنه، ولا يملك العبد ذلك، فاشتراطه على العبد أن يقوم بهذا العمل، زج بالعبد فيما لا مجال للسعي فيه، ولا للقدرة البشرية تأثير حقيقي على تحصيله، لذا كان شرطاً فاسداً.

وهذا المثال الوارد لهذا النوع من الشرط حمله أهل المذهب على محملين: أولهما: أنه أراد بالشرط أن يجعل الله^(٢) الرطب تمرأ وكذا لو شرط جعل الزرع سنبلأ... وعلى هذا يكون الشرط باطلاً؛ لأن صيرورته على هذا التكييف ممتنعة من غير الله جلت عظمته، إذ ليس للإنسان فيه مجال للسعي، أو قدرة على الوفاء به.

وثانيهما: أن حمل الشرط على ما يدخل تحت قدرة البائع من ترك

(١) أي: فإنه لا يبطل العقد.

(٢) «مفتاح الكرامة» (٧٣٤/٤).

الرطب، أو الزرع على أصوله حتى يصير تمراً، أو سنبلأ، فإنه يكون صحيحاً.

فقد جاء في «مفتاح الكرامة» (٧٣٤/٤): «وقد سبق أن بيناه في الشروط الصحيحة» ما يأتي:

«قوله ويجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره كجعل الزرع سنبلأ والبسر تمراً...» الحكمان مما لا خلاف فيهما كما عرفت، وقد صرح بهما المحقق في كتابيه، والمصنف في «التحرير والتذكرة» والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم، ويجب أن يقيد الأول بما إذا كان سائغاً، كما في «الشرائع» وغيرها، ولعله تركه للعلم.

وفي حواشي الشهيد فسر جعل الزرع سنبلأ بأن يجعل الله جل اسمه الزرع سنبلأ، قال: «لأننا إنما نفرض ما يجوز أن يتوهمه عاقل، لامتناع ذلك من غير الإله جلت عظمتة (قلت): وهذا الشرط باطل أيضاً، كما نص عليه الشهيدان والكركي وغيرهم، لأن جعل الله - سبحانه - ذلك ليس فيه للبائع مجال للسعي...».

والذي نراه من هذا البحث في المثال أنه قد قرر لنا حقيقة واضحة وهي أن الشرط يجب أن يكون في مقدور المشتري عليه الوفاء به، فإن لم يكن في مقدوره، بأن كان يستحيل عليه الوفاء به فإنه يكون شرطاً باطلاً.

٢ - حكم العقد المقترن بهذا الشرط:

بيننا فيما سبق أن الشرط باطل، والظاهر في المذهب أنه يبطل العقد، حيث إن صاحب الغنية نفي الخلاف عن هذا الحكم، وظاهر (إيضاح النافع) الإجماع (لكن الشيخ في المبسوط) جعله محل خلاف، ونص الشهيد الأول والثاني في «الروضة البهية» (٣٣١/١) على صحة العقد وإبطال هذا الشرط وإثبات الخيار للمشتري بين فسخ العقد وإمضائه. وسيأتي في نهاية هذا المبحث إيضاح الخلاف الوارد في المذهب في حكم العقد المقترن بشرط فاسد.

النوع الثاني

شرط يؤدي إلى الغرر

قد ورد في النص المذكور آنفاً في الشرط غير المقذور «مفتاح الكرامة» (٧٣٣/٤ - ٧٣٤):

«وكذا (أي: بطل به العقد) ما كانت جهالته مؤدية إلى الغرر...» كما جاء في (٧٤٨/٤) «السادس: كل شرط يقتضي تجهيل أحد العوضين، فإن البيع يبطل به...».

كما جاء في (٧٣٥/٤) «... ولو شرط أجلاً مجهولاً بطل البيع، لاشتماله على جهالة أحد العوضين».

وجاء في «الحاشية» تعليقاً على هذا (ص ٧٣٥): «قوله ولو شرط أجلاً مجهولاً... إلخ لأنه يشترط في الأجل المشروط في البيع أن يكون مضبوطاً محروساً من الزيادة والنقصان، فإذا كان الأجل المجهول في الثمن كانت الجهالة فيه، وإن كان في المثلن فالجهالة فيه».

من هذه النصوص يتبين لنا أنه لو شرط ما يؤدي إلى تجهيل أحد العوضين: كما لو اشترط عليه أن يعمل له عملاً. أو يكتب له كتاباً. أو شرط أجلاً مجهولاً في الثمن أو في المثلن. فإن هذا الشرط يكون باطلاً لما يؤدي إليه من الغرر، والغرر منهي عنه، أما العقد فإن الخلاف في حكم العقد المقترن بشرط باطل، هل يبطل أو لا يبطل؟ يجري في هذا النوع من الشرط أيضاً، وقد فهمنا من النص المذكور آنفاً في الشرط غير المقذور أن أبا المكارم لم يوافق على بطلان العقد إلا في الشرط غير المقذور، وأما ما عداه من الشروط الباطلة فإنها تبطل ويصح العقد، فالمسألة خلافية في المذهب أيضاً...

النوع الثالث

شرط فاسد قصد بذاته وجيء بالبيع تبعاً له

ورد في النص المذكور آنفاً في الشرط غير المقذور. «مفتاح الكرامة» (٧٣٣/٤ - ٧٣٤):

«وكذا (أي: من الشروط الفاسدة التي تبطل العقد) ما كان المقصود منه أولاً وبالذات هو الشرط وجيء البيع تبعاً، وخصوصاً إذا كان محرماً على تأمل في ذلك، لا ما كان من قبيل اشتراط الولاء، أو الخسارة أو لا يطاء، أو لا يبيع، أو لا يهب، أو لا يعتق، أو أن يأكل الهريسة، أو نحو ذلك مما لا يتعلق به غرض».

يتبين لنا من هذا النص أن كل شرط فاسد كان هو المقصود أولاً وبالذات وجيء بالبيع تبعاً له، فإنه يبطل العقد، وخصوصاً إذا كان الشرط محرماً، ولم يذكر المذهب أمثلة له، ولكن الواضح أن جميع الشروط الفاسدة في المذهب إذا قصدت بذاتها وجيء بالعقد تبعاً لها كان العقد المصاحب لها باطلاً، وبخاصة إذا كان الشرط محرماً...».

ويمكن أن يقال تعليلاً لهذا الحكم إن الرضا الذي يبني عليه العقد غير موجود أصلاً فيما إذا كان الشرط الفاسد هو المقصود بالتعاقد وجيء بالعقد تبعاً له؛ لأن الأصل صدر باطلاً، ومعدوماً فما بني عليه يكون مثله باطلاً ومعدوماً؛ لأنه تابع، وليس بأصل حتى يقال بصحته^(١).

على أن بطلان العقد هنا أمر نراه موضع خلاف أيضاً في المذهب كما أشرنا آنفاً إلى أن أبا المكارم لم يبطل العقد إلا في الشرط غير المقدور.

النوع الرابع

(شرط ينافي المشروع)

ويشمل

شرط ينافي مقتضى العقد وشرط يخالف نصاً شرعياً

نبين فيما يلي الصور التي أوردها الإمامية لهذا النوع من الشرط، ثم

(١) وهذا يتفق مع ما ذهب إليه القانون المدني المصري المادة: (١٦٦)، فقرة (٢): «ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للأداب، أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام».

ومثله القانون المدني الليبي المادة: (٢٥٣)، والعراقي المادة: (٢٨٧).

نبين تحليل المذهب للشرط الذي ينافي مقتضى العقد والذي ينافي المشروع،
وحكمه، والآثار التي تترتب على اشتراطه^(١).

الصور المختلفة لهذا النوع من الشرط:

إذا نظرنا إلى الأمثلة الواردة في كتب الإمامية وجدنا بعضها يترتب عليه

(١) جاء في «مفتاح الكرامة» (٤/٧٣٠ - ٧٣٢):

«متن»: «وإما أن ينافي مقتضى العقد، كما لو شرط ألا يبيعه، أو لا يعتقه أو لا يطأ
أو لا يهب أو أن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن، أو أن يعتقه، والولاء للبايع فهذه
الشروط باطلة والضابط أن كل ما ينافي المشروع أو يؤدي إلى جهالة الثمن أو المثل
فإنه باطل والأقوى بطلان البيع أيضاً».

وجاء في «الحاشية» تعليقاً على ما تقدم ما يأتي: «قوله وإما أن ينافي مقتضى العقد
فإنه باطل».

«قال في «الغنية» من الشروط الفاسدة بلا خلاف أن يشترط ما يخالف مقتضى العقد
مثل ألا يقبض المبيع، ولا ينتفع به، أو يشترط ما خالف السنة مثل أن يكون الولاء
للبايع (انتهى). وضابط ما ينافي مقتضى العقد كل ما يقتضي عدم ترتب الأثر الذي
يجعل الشارع العقد من حيث هو بحيث يقتضيه ورتبه عليه، كما حققه جماعة
(ويشكل) باشتراط عدم الانتفاع به زماناً معيناً، فإن مقتضى العقد إطلاق التصرف في
كل وقت، وباشتراط إسقاط خيار المجلس والحيوان، وما شاكل ذلك مما أجمع
على صحة اشتراطه (وما) عساه يقال من أنه قد يراد بمقتضى العقد ما لم يجعل إلا
لأجله، كانتقال العوضين، الذي هو الأثر الحقيقي، فمردود بأن ذلك ينافي منع
اشتراط ألا يبيع المبيع مثلاً».

وفي «جامع المقاصد» في باب الإجارة منع من اشتراط عدم الانتفاع زماناً معلوماً مع
أنه في «التذكرة» في الباب المذكور ظاهر أيضاً الإجماع على صحته، وقد اختلفوا في
باب الإجارة فيما إذا اشترط المؤجر ضمان العين المستأجرة، وقد حررناه هناك، ثم
إن المصنف ضبط ما يبطل من الشرط بما ينافي المشروع، أو يؤدي إلى الجهالة في
أحد العوضين، ونحوه ما في «الشرائع واللمعة والمهذب البارع والروضة» وغيرها من
أنه ما يؤدي إلى الجهالة في أحد العوضين، أو يمنع منه الكتاب والسنة، وقد نسبه
أبو العباسي إلى علمائنا وهو معنى ما في «الصحيحين» المتقدمين كما أفصح الخبر
عن ذلك حيث قال فيه عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو حلال
حراماً» لكن في النص والفتوى إجمالاً فلا يدرى ما المراد بالمشروع وبالْحلال
والْحرام؟

أهو ما كان كذلك بأصل الشرع من دون توسط للعقد، أو ما يعم ذلك». ونكتفي بهذا النص وسنورد بقيته أثناء التعرض للإجابة عن هذا السؤال.

المنع من تصرف عام، أو خاص، والبعض الآخر يؤدي إلى عدم الانتفاع بمحل العقد، وثالثة يترتب عليها مخالفة ما تقرر شرعاً، ونوضح هذه الأمثلة فيما يأتي:

شروط يؤدي إلى المنع من تصرف عام أو خاص:

وذلك كما لو باع شيئاً، وشروط على المشتري ألا يبيعه، أو لا يعتقه، أو لا يهب أو لا يطا. أو اشترط في الرهن المنع من بيعه في حقه، أو من تسليمه إليه بالكلية، أو اشترط عدم فكه بعد أداء الحق. «مفتاح الكرامة» (٥/٧٤).

شروط يؤدي إلى عدم الانتفاع بمحل العقد مطلقاً:

كما لو باعه شيئاً بشرط ألا يقبض المبيع، ولا ينتفع به. وكما لو شرط في النكاح ألا يطا، أو يطلق - «الروضة البهية» (١١٩/٢).

شروط خالف ما تقرر شرعاً:

كما لو باع عبداً وشروط على المشتري أن يعتقه والولاء للبائع. اشترى بشرط أن يكون التلف على البائع متى تلف. أو شرط عدم الخسارة على المشتري. أو شرط إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن. أو اشترط وطء البائع الأمة^(١). أو اشترى العنب على أن يعصره البائع خمراً^(٢).

وبعد أن استعرضنا هذه الصور التي أوردها المذهب للشرط الذي ينافي مقتضى العقد، والذي ينافي المشروع. يلزمنا أن نوضح رأي المذهب في المقصود من الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، والمقصود من الشرط الذي ينافي المشروع، وبخاصة أن النص المتقدم بعد أن أتى بهذه الأمثلة للشرط الذي ينافي مقتضى العقد، وضع ضابطاً للشرط الباطل، وهو أنه كل شرط

(١) «مفتاح الكرامة» (٧٣٢/٤).

(٢) «تذكرة الفقهاء» (٧/١٧٠ - ١٧١ قسم ٢).

ينافي المشروع، أو يؤدي إلى جهالة في المضمن أو في الثمن، فهل يفهم من هذا أن ما ينافي مقتضى العقد هو مناف للمشروع؟ ونوضح ذلك فيما يلي:

حقيقة الشرط الذي ينافي مقتضى العقد:

(أ) أورد النص المتقدم تحليلاً للشرط الذي ينافي مقتضى العقد، تضمن أن بعض فقهاء المذهب وضع له ضابطاً فقال: «وضابط ما ينافي مقتضى العقد، كل ما يقتضي عدم ترتب الأثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو هو بحيث يقتضيه، ورتبه عليه». أي أن كل شرط يقتضي عدم ترتب الأثر الذي رتبه الشارع على العقد، وجعله يقتضي هذا الأثر، يكون منافياً لمقتضى العقد. غير أن هذا الضابط لا يتمشى مع ما أجمع المذهب على صحته من: جواز اشتراط عدم الانتفاع بالمبيع زماناً معيناً. وجواز إسقاط خيار المجلس والحيوان وما شاكل ذلك؛ لأن هذه الأمور المشترطة تعتبر منافية لمقتضى العقد بالتفسير المتقدم، فكان مقتضى صحة هذه القاعدة بطلان اشتراطها، مع أن الإجماع في المذهب على صحة اشتراطها، ومن هنا انتقل المذهب إلى مناقشة معنى آخر.

(ب) معنى آخر للشرط المنافي لمقتضى العقد:

ثم أشار النص إلى أنه قد يراد بمقتضى العقد ما لم يجعل العقد إلا لأجله، كانتقال العوضين الذي هو الأثر الحقيقي للعقد. وبناء على هذا المعنى يصح للمتعاقد أن يشترط ألا يبيع، أو لا يهب، أو غير ذلك من الشروط التي لا تنافي المقصود الأصلي للعقد. إلا أن هذا المعنى للشرط المنافي لمقتضى العقد أجيب عنه بأنه مردود؛ لأنه ينافي منع اشتراط ألا يبيع المبيع، أو لا يهبه مثلاً كما قال بعض فقهاء المذهب. لكننا نجد بعد ذلك أن العاملي^(١) يروى لنا «جواز اشتراط عدم البيع، والهبة كما ورد في الأخبار المستفيضة - كما أشار إليه في النافع - لكن في كشف الرموز ما رأيت أحداً عمل بها»، ثم يضيف إلى ذلك: «وهو كذلك بالنسبة إلى من تقدم عليه، وعاصره كما ستعرف» ثم يقول بعد ذلك (ص ٧٣٢):

(١) في «مفتاح الكرامة» (٤/٧٣٠).

«وظاهر (النافع) التأمل في بيع الأمة وهبتها، حيث قال المروي: الجواز، وفي (إيضاح النافع) بعد نقل كلامه: أن الجواز غير بعيد؛ لأن بقاء الأمة عند المالك الصالح مطلوب، فاشترطه بقاء ملكه عليها جائز، وذلك لا ينافي، كما في أم الولد، ومنذور التصديق به. انتهى»^(١).

ومن هذه النصوص يتبين لنا أن بعض علماء المذهب يرى الأخذ بالمعنى الثاني لمقتضى العقد، ولا يرى الأخذ بالمعنى الأول. وفي ذلك يقول العامل في «مفتاح الكرامة» (٧٣٨/٤): «فالأصل صحة هذا الشرط (شرط العتق) عملاً بعموم ما دل مستفيضاً على وجوب الوفاء بالشرط التي لا يمنع منها كتاب، ولا سنة. مضافاً إلى إطلاقات الإجماعات المستفيضة. (نعم) إن كان هناك تأمل فليكن في هذا الشرط بجميع أقسامه لمنافاته لمقتضى العقد (ويجاب) بأننا لا نقول بالكلية المشهورة من فساد الشروط المنافية له». فالمذهب يرى أن المنافاة التي يترتب عليها فساد الشرط هي منافاة الشرط لما جعل العقد لأجله من المقاصد^(٢) كانتقال العوضين. أو بتعبير آخر أن الشرط الذي ينافي مقصود العقد فاسد، ويؤكد هذا ما قرره الشهيد الثاني في الغرر البهية في النص الذي أوردناه آنفاً من قوله: «وإنما المانع عدم القصد إلى نقل الملك إلى المشتري أصلاً، حيث لا يترتب عليه حكم الملك، كما يظهر لنا من الضابط الذي وضعه بعض علماء المذهب للشرط المنافي لمقتضى العقد أن هذه المنافاة هي منافاة لما قرره الشارع من آثار، ونتائج رتبها على العقد وجعل العقد يقتضيها.

فالشرط المنافي لمقتضى العقد هو شرط مناف لما قرره الشارع، أو بعبارة المذهب هو شرط مناف للمشروع.

وبناء على ذلك انتقل المذهب إلى بيان حقيقة الشرط الذي يكون منافياً للمشروع بعد أن حصر الشروط الباطلة في الشروط المنافية للمشروع، أو التي تؤدي إلى الجهالة.

(١) جاء في «المختصر النافع» (ص ١٤٩) (ط - ث): «لو شرط في الأمة ألا تباع ولا توهب فالمروي الجواز».

(٢) وهذا ما رأينا ابن تيمية قد قال به في مبحثه الذي أوردناه فيما تقدم.

وقد حاول البعض إدخال الشرط الذي يؤدي إلى الجهالة في الشرط المنافي للمشروع أيضاً، نظراً لأن الجهالة تؤدي إلى الغرر، والغرر منهي عنه فيكون منافياً للمشروع.

وقد أوحى بهذا ما جاء في «الصحيح»: «المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله - تعالى - فلا يجوز» والخبر «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً».

ومن هنا بدأ المذهب في تفسير المراد بالمشروع، وبالحلال، والحرام.

الشرط الذي ينافي المشروع:

وضح المذهب حقيقة الأمر الذي يكون مشروعاً، أو حلالاً، أو حراماً، فقال العاملي في «مفتاح الكرامة» (٧٣١/٤ - ٧٣) متسائلاً: «فلا يدري ما المراد بالمشروع، وبالحلال، والحرام، أهو ما كان كذلك بأصل الشرع من دون توسط للعقد، أم ما يعم ذلك؟» ثم أخذ يبين الأدلة على أن المراد هو المعنى الأول، وهو أن المراد بالمشروع، وبالحلال، والحرام هو ما كان كذلك بأصل الشرع دون توسط للعقد فقال: «وقضية اتفاهم على صحة اشتراط إسقاط خيار المجلس، والحيوان، واشتراط عدم الانتفاع به مدة معينة، وما شاكل ذلك، أن المراد الأول؛ لأن مقتضى العقد حلية الرد في زمان الخيار، والانتفاع به على الدوام، وقد حرما بالشرط، فقد حرم بالشرط ما كان حلالاً بتوسط العقد».

اعتراض: ثم أثار اعتراضاً مبنياً على ما قضى به علماء المذاهب من بطلان اشتراط عدم البيع والهبة، مع أنه لا ينافي المشروع في أصل الشرع دون توسط العقد، حيث إنه يصح أن يكون للإنسان مال. ولا يبيعه، ولا يهبه، فكان الواجب أن يكون صحيحاً مثل هذا الشرط. فلماذا يبطل إذن؟ فقال: «لكن نصهم على بطلان اشتراط عدم الهبة، ونحوها، ينافي ذلك - أي: إرادة الأول - لأنه مما يشرع، ويجوز كون الشيء مملوكاً، ولا يهبه مالكة، فكيف يبطل اشتراطه؟ إذ منافية اشتراطه للمشروع في العقد المتضمن له غير واضح كما نص عليه في جامع المقاصد».

رد على الاعتراض، ورد على الرد:

وقد تولى الرد على هذا الاعتراض: فقال: «فإن قلت: منافاته من جهة منعه من الهبة» إلا أنه رد على هذا بقوله: «قلت: منعه من الهبة، إن أريد بالنسبة إلى العقد العاري عن الشرط فهو وارد في كل شرط؛ لأنه مخالف لمقتضى العقد الخالي عنه، وإن أريد بالنسبة إلى العقد المتضمن له فهو غير واضح. انتهى».

القول بجواز اشتراط ما اعترض به:

ثم يحاول العامل نفي هذا الاعتراض معتمداً على ما أشار إليه بعض الفقهاء من جواز اشتراط عدم البيع، والهبة، فيقول:

«إلا أن نقول: بجواز اشتراط عدم البيع، والهبة، كما ورد ذلك في الأخبار المستفيضة كما أشار إليه في (النافع)، لكن في (كشف الرموز) ما رأيت أحداً عمل بها، وهو كذلك بالنسبة إلى من تقدم عليه، أو عاصره كما ستعرف^(١) (وكيف كان) فالمراد معرفة مرادهم لا معرفة ما تختار.

(نعم لك) أن تقول: إن مرادهم إنما هو الأول إلا أن يمنع منه مانع من عقل، أو نص، أو إجماع. كما قال في البيع، والهبة على ما ذكره كاشف الرموز فليتأمل».

ثم تابع توضيحه لهذا فقال في (ص ٧٣٢): «وظاهر (النافع) التأمل في بيع الأمة، وهبتها حيث قال المروي: الجواز^(٢)».

وفي (إيضاح النافع) بعد نقله كلامه: إن الجواز غير بعيد؛ لأن بقاء الأمة عند المالك الصالح مطلوب، فاشتراطه بقاء ملكه عليها جائز، وذلك لا ينافي كما في أم الولد، ومنذور التصديق به، انتهى وقد سمعت ما في كشف الرموز».

(١) سيأتي أن المروي الجواز - كما هو ظاهر النافع وفي إيضاح النافع أن الجواز غير بعيد كما أن في عبارته هذه ما يوحي بأن العمل بعد ذلك جرى على جوازه.

(٢) قارن «الفتاوى» لابن تيمية (١/٣٣٧) في تحديد معنى الشرط المنافي لمقتضى العقد، والشرط المنافي للمشروع وقد سبق أن أوضحنا ذلك، وما قاله الإمامية، وكذا ما قاله الإباضية كما سيأتي.

الخلاصة: ويتبين لنا من هذا التحقيق الذي أجراه العاملي:

- أن اشتراط عدم البيع، والهبة، جائز - عند فريق من علماء المذهب - كما ورد ذلك في الأخبار المستفيضة عندهم أو كما قال في (النافع) أن المروي الجواز.

وأيضاً: لأن مثل هذا الشرط قد يحقق غرضاً، وهو عدم تداول الأمة وبقاؤها عند المالك الصالح، وهذا مطلوب شرعاً، فيجوز اشتراطه. ولأن مثل هذا الشرط لا ينافي المشروع؛ لأن بعض الأعيان المملوكة لا يجوز التصرف فيها، كما في أم الولد، ومنذور التصديق به، فكان اشتراط ذلك جائزاً؛ لأنه لا ينافي المشروع.

- وأما ما جاء في «كشف الرموز»: «ما رأيت أحداً عمل بها» فقد تبين من النص أن عدم العمل به إنما كان بالنسبة لمن تقدم عليه، أو عاصره، وأما بعد ذلك فيبدو أن العمل كان على خلافه. كما أن ما نص عليه النافع من أن المروي الجواز، وأنه يستند في ذلك إلى الأخبار المستفيضة، يعارض هذا الذي نص عليه في كشف الرموز. وإذا اندفع هذا الاعتراض سلم أن المراد بالمشروع، وبالحلال، والحرام: ما كان كذلك بأصل الشرع دون توسط العقد. واتفق هذا مع ما نقل العاملي^(١): «وفي «مجمع البرهان»: أن الأصل، والأخبار، والآيات تقتضي جواز كل شرط إلا ما علم عدم جوازه بالعقل، أو النقل. وهو كلام جيد جداً» ومع ما نقله أيضاً^(٢): «وفي الغنية لا خلاف في صحة الشرط الذي للمتعاقدین مصلحة فيه، ومراده نفي الخلاف بين المسلمين كما يعطيه سوق كلامه».

ومع ما^(٣) قاله أيضاً: في صحة العتق... «فالأصل صحة هذا الشرط عملاً بعموم ما دل مستفيضاً على وجوب الوفاء بالشروط التي لا يمنع فيها كتاب، ولا سنة، مضافاً إلى إطلاقات الإجماعات المستفيضة».

(١) «مفتاح الكرامة» للعاملي (٤/٧٣١ - ٧٣٢).

(٢) نفس المرجع (٤/٧٢٩).

(٣) نفس المرجع السابق (٤/٧٣٨).

ومن هذا يتبين لنا أن الشرط الذي ينافي المشروع^(١) يشمل:
(أ) الشرط الذي يؤدي إلى منافاة المقصود الأصلي للعقد.
(ب) الشرط الذي يخالف نصاً شرعياً.

حكم للعقد المقترون بشرط فاسد:

نورد هذا الحكم بعد أن نعرض النوع الخامس وهو الشرط الذي لا يتعلق به غرض عرفاً، ولا يقوم شرعاً، وذلك لأن حكم النوعين واحد.

النوع الخامس

شرط لا يتعلق به غرض عرفاً، ولا يُقَوِّمُ شرعاً

نبين فيما يلي الصور التي أوردها^(٢) المذهب للشرط الذي لا يتعلق به غرض، ثم نبين حكم هذه الشروط، وحكم العقد معها.

(١) وعلى هذا درجت كتب المذهب.

منها: ما جاء في مسائل الخلاف للشيخ الطوسي (١/١٩٤)، (ص١٩٦): «مسألة من باع بشرط شيء صح البيع، والشرط معاً، إذا لم يناف الكتاب والسنة، وبه قال ابن شبرمة...» وعلى هذا الاصطلاح درج المذهب في عقد النكاح، فصرح في «المختصر النافع» (ص٢١٤): «السادس إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع فسد الشرط، دون العقد والمهر، كما لو شرطت ألا يتزوج أو لا يتسرى، وكذا لو شرطت تسليم المهر في أجل، فإن تأخر عنه فلا عقد، أما لو شرطت ألا يفتضاها صح، ولو أذنت بعده جاز».

(٢) جاء في «مفتاح الكرامة» (٤/٧٣٢): «الأول صحة البيع، وبطلان الشرط... ووافقهم ابن المتوج في الشرط الفاسد الذي لا يتعلق به غرض، كما لو شرط أكل طعام بعينه، أو لمس ثوب ونحوه».

وفي (ص٧٣٤): «أو أن يأكل الهريسة أو نحو ذلك مما لا يتعلق به غرضاً، (الظاهر غرض) وفي «التذكرة» إن شرط أكل الهريسة لا يقتضي فساد العقد عندنا...».

وفي (ص٧٣١): «قلت والفقيه إذا نظر في القواعد الشرعية، وأصولها رأى إلغاء الشرط في كل موضع لا يتعلق به غرض عرفاً، بمعنى ألا يكون له فيه عوض عرفاً، ولا يقوم شرعاً، فكل حلال حرمه الشرط، وكان من هذا القبيل فهو باطل، وإلا فهو صحيح».

وفي (ص٧٣٠): «ويتعين البطلان (بطلان الشرط) عند الشيخ فيما إذا شرط تعيين الشهود، وألغينا التعيين، أو شرط بيعه على زيد بكذا، ولم يقصد إرفاقاً به ولا غرضاً معتبراً».

صور لهذا الشرط:

من صور هذا الشرط: ما لو باعه بشرط أكل طعام بعينه - كان يأكل الهريسة - أو شرط لبس ثوب، ونحوه. أو باعه بشرط الشهادة، وعين الشهود (على القول بإلغاء التعيين) أو باعه بشرط بيعه على زيد بكذا، ولم يقصد إرفاقاً به، ولا غرضاً معتبراً.

حكم اشتراط هذا النوع من الشرط:

بين المذهب الأمامي أن هذا النوع من الشروط لا يتعلق به غرض عرفاً، ولا يقوم شرعاً. وكل شرط ليس له غرض - حسب ما جرى به العرف - ولا يقوم شرعاً، يكون لغواً؛ لأن اشتراطه لا يجدي نفعاً، ولا يحقق غرضاً، فوجوده كعدمه، ويصح العقد الذي اقترن به.

كما بين المذهب أن المرجع في معرفة كون الشرط يحقق غرضاً أو لا يحقق هو العرف. فإذا قضى العرف بأن الشرط يحقق غرضاً اعتد به، وإن قضى بأنه لا يحقق غرضاً، كان لغواً، فلا يؤثر في العقد.

وأيضاً: المرجع في كون الشرط له قيمة، هو نصوص الشارع، فإن كان الشارع يعتد بالشرط، ويجعل له قيمة، كما في الأشياء التي أباح لنا الانتفاع بها، كان صحيحاً، وإلا بأن أهدر قيمته، كما في الأشياء التي حرم الانتفاع بها، كان باطلاً.

حكم العقد المقترن بشرط فاسد^(١):

إذا اقترن العقد بشرط فاسد فلعلماء المذهب الإمامي أربعة آراء في حكم هذا العقد:

الراي الأول - صحة البيع وبطلان الشرط:

القائلون به: هو اختيار الشيخ في المبسوط، وابن سعيد في (الجامع) و(الأبي) في (كشف الرموز) والمحكي عن أبي علي، والقاضي، وربما حكى عن الحلبي، ووافقهم أبو المكارم في الشرط المخالف لمقتضى العقد، أو

(١) «مفتاح الكرامة» (٤/٧٣٢ - ٧٣٣)، وسألتزم بما ورد في المذهب مع ذكر بعض التعليقات ووضع النص تحت عناوين تسهم في التعرف على المقصود.

للسنة . ووافقهم ابن المتوج في الشرط الفاسد الذي لا يتعلق به غرض .

الأدلة:

ذكر أصحاب هذا الرأي أنه لا دليل على بطلان العقد، واحتجوا على ذلك بما يأتي:

١ - بالأصل: لأن الأصل في الشرط هو الصحة، ولا دليل على البطلان.

٢ - ظاهر القرآن، قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقال: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

٣ - الإجماع: احتج في الغنية على صحة العقد بالإجماع (أي في مذهب الإمامية).

٤ - خبر بريرة رضي الله عنها: وذلك أن مولاتها شرطت على عائشة حين اشتريتها أن يكون ولاؤها لها إذا اعتقتها، فأجاز النبي صلى الله عليه وآله وسلم البيع، وقال: «الولاء لمن أعتق» فأفسد الشرط.

٥ - «واحتج أيضاً: بلزوم الدور (عند القول ببطلان العقد عند بطلان الشرط)؛ لأن لزوم الشرط، وصحته، فرع على صحة البيع، فلو كانت موقوفة على صحته لزم الدور».

٦ - «وقد ورد في النكاح جملة أخبار دلت على صحة عقده، وفساد الشرط فيه، كصحيحة محمد بن قيس، وخبر الوشا، وقد اعترف صاحب نهاية المرام بدلالة خبر الوشا على عدم فساد العقد بفساد شرط».

الرأي الثاني: بطلان البيع، والشرط:

القائلون به: وهو خيرة الكتاب هنا^(١)، وفيما يأتي (والتذكرة، والمختلف، والإرشاد، وشرحه لولده، والدروس، واللمعة، والمهذب البارع، والمقتصر، وحواشي الكتاب، وجامع المقاصد، وتعليق النافع، والميسية، والمسالك، والروضة، ومجمع البرهان، ووافقهم أبو المكارم في الشرط غير المقدور).

(١) حيث عبر عنه في كتاب «مفتاح الكرامة» (٣٢/٤) بقوله: «والأقوى بطلان البيع أيضاً».

أجاب القائلون ببطلان العقد، والشرط، على أدلة الرأي الأول بما يأتي:

١ - أما القول بأن «الأصل هو الصحة» فهذا مقطوع به، ولكنه معارض بأصل آخر، وهو عدم الانتقال (انتقال الملك) إلا بالتراضي، وإذا صح البيع بدون الشرط لم يتحقق الرضا.

٢ - أما عموم القرآن أعني قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٦] وقوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فليس شاملاً لما نحن فيه من وجهين:

«الأول»: تقييده بالقصد المنفي فيه^(١)؛ لأن البائع إنما رضي على هذا الشرط، وإذا لم يسلم^(٢) كانت تجارة من غير تراض، مع أن التراضي شرط إجماعاً، فلم يستكمل العموم الشروط.

«الثاني»: تطرق الجهالة المانعة من الصحة؛ لأن الشرط له قسط من الثمن، فإنه قد يزيد اعتباره، وينقص، فإذا بطل^(٣) بطل ما بإزائه من الثمن، وهو غير معلوم.

٣ - وأما خبر بريرة، فقد أجاب عن «الرواية» في المختلف بضعف السند أولاً، وأنها رويت على وجه آخر، وأورده من طرق العامة...».

٤ - وأما عن الدور «فقد أجاب في المهذب البارع عن الدور بأن تسويغ الشرط ليس شرطاً في الحقيقة لصحة البيع حتى يلزم الدور، بل هو من صفات البيع^(٤)، فما كان منها سائغاً داخلاً تحت القدرة لزم باشتراطه في العقد، كما لو شرط صفة كمال في البيع، وإن لم يكن سائغاً بطل العقد لا من حيث فوات شرطه بل من حيث وقوع الرضا عليه».

(١) أي: تقييد العموم بالرضا، وهو منفي عنه.

(٢) أي: الشرط - أي: لم يتحقق الشرط.

(٣) أي: الشرط.

(٤) وعلق على ذلك بقوله (وقوله) أن هذا الشرط مع صفات البيع كأنه أخذه من قول فخر الإسلام في الإيضاح أن كون هذه شروطاً مجازاً؛ لأنها تابعة للعقد، وللعقد سبب فيها فلا ينعقد كونها شرطاً له، وإلا دار، بل هي من صفات البيع تختلف الأغراض باختلافها...».

٥ - ثم أضاف العاملي إلى ذلك قوله: «وأقوى ما يحتج به للمصنف، ومن وافقه، الأصل الذي أشرنا إليه آنفاً من أن الأصل في الملك بقاؤه على ملك مالكة، فلا ينتقل عنه إلا بسبب شرعي، ولم يحصل، وأن التراضي إنما وقع على هذا الوجه - أعني المجموع من حيث هو مجموع - فإذا بطل بعضه، وامتنع نفوذه انتفى متعلق التراضي مضافاً إلى تطرق الجهالة في الثمن، كما أشرنا إلى ذلك كله آنفاً».

الترجيح:

وقد أيد العاملي الرأي لأول، وأخذ يفند ما استند عليه القائلون ببطلان العقد فقال (٧٣٣/٤ - ٧٣٤): «وأنت خير بأن الأصل^(١) مع معارضته بمثله مقطوع بإجماع^(٢) (الغنية) وخصوص أخبار بريرة، مع تأييدها بأخبار النكاح^(٣)، والعمومات^(٤)؛ لأنه عقد يجب الوفاء به، إلا أن يدل دليل قاهر على بطلانه، ولا نص، ولا إجماع في المقام.

وأما التراضي، والجهالة، فإنهم قالوا: إنه لو شرط العبد كاتباً مثلاً، واشترى عبدين جميعاً، وتبين أن أحدهما غير كاتب أو هما، أو أن أحدهما ليس ملكاً له، فإن البيع لا يبطل، ذلك وإن ثبت له الفسخ، مع أن التراضي لم يتحقق إلا على الوجه الذي ليس بواقع، مع ما هناك من الجهالة، وأما حديث الجهالة فكم من جهالة اغتفروها مما لا يكاد يحصى...».

* كما رد العاملي على قولهم: أن خبر بريرة ضعيف السند بقوله:

وأما خبر بريرة «فقد أجاب عن الرواية في المختلف بضعف السند أولاً، وأنها رويت على وجه آخر، وأورده من طرق العامة، وظن أنه لا دلالة فيه بالكلية، مع أنه دل على ما دل عليه خبر الشيخ^(٥) إذا أبقى على ظاهره، كما هو المناسب لمذاق العامة، ثم ماذا يصنع بما رواه المشايخ الثلاثة في

(١) الأصل وهو الصحة معارضة بأصل آخر وهو أن انتقال الملك يكون بالتراضي.

(٢) الإجماع على صحة العقد [أي: عندهم].

(٣) كصحيح محمد بن قيس، وخبر الوشا التي تفيد صحة عقد النكاح، وفساد الشرط فيه.

(٤) قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وقوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

(٥) الشيخ في «المبسوط» حيث قال: بصحة العقد، وبطلان الشرط.

«الصحيح» عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه ذكر بأن بريرة كانت عند زوج لها، وهي مملوكة فاشترتها عائشة، فأعتقتها، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال: إن شاءت تفر عند زوجها، وإن شاءت فارقت، وكان مواليها الذين باعوها شرطوا على عائشة أن لهم ولاءها، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الولاء لمن أعتق» (ومثله صحيحة) عيص بن القاسم.

وبذلك يظهر أن خبر الشيخ، وإن كان عامياً أصح من خبر (المختلف)^(١) لموافقته أخبارنا.

الرأي الثالث: عدم الترجيح:

وقد أشار إليه العاملي في «مفتاح الكرامة» (٧٣٢/٤) حيث قال:

«الثالث ما في الشرائع، والنافع، والتحرير، والإيضاح والتنقيح، وغاية المراد وإيضاح النافع، من عدم الترجيح».

الرأي الرابع:

يفرق بين الشروط الفاسدة من حيث كونها تبطل العقد، أو لا تبطله، يمكن أن نضيف إلى الآراء السابقة رأياً رابعاً، وهو ما أشار إليه العاملي أولاً من أن أبا المكارم جعل الشرط المخالف لمقتضى العقد، أو السنة باطلاً، والعقد معه صحيحاً، متفقاً في هذا مع الرأي الأول، وجعل الشرط غير المقدور باطلاً مطلقاً للعقد، متفقاً في هذا مع الرأي الثاني.

كما أن العاملي صرح بأنه قد يفرق بين الشروط الفاسدة من حيث إبطال العقد وعدم إبطاله: فما كان منها غير مقدور. أو كانت جهالته مؤدية إلى الغرر. أو كان المقصود منه أولاً وبالذات، هو الشرط وجيء بالبيع تبعاً له^(٢) يفسد العقد، أما ما عدا ذلك من الشروط الفاسدة، سواء كانت مخالفة لمقتضى العقد، أو مخالفة للسنة، أو كانت لا غرض فيها، ولا مالية، فإنها لا تقتضي فساد العقد.

(١) قوله: فيما تقدم أن السند ضعيف، وأنها رويت على وجه آخر.

(٢) سبق أن نقلنا النص في الشرط الغير مقدور (النوع الأول من هذا المطلب) ويراجع النوع الثاني، والثالث.

العقود التي ينطبق عليها هذا الحكم:

هذه الأحكام التي أوردناها للشرط الفاسد تجري في كل ما شابه البيع من العقود اللازمة^(١).

والعقود اللازمة كما عدها الشيخ مفلح بن الحسن الصيمري من علماء الشيعة (القرن التاسع الهجري) في كتابه جواهر الكلام في العقود والإيقاعات^(٢) خمسة عشر عقداً.

«التجارة - الربا - المفلس - الحجر، الضمان، الصلح، المضاربة، المزارعة والمساقاة، الإجارة، الوقوف، والصدقات، السكنى، والحبس، الهبات، الوصايا، النكاح»^(٣).

حكم العقد الفاسد:

العقد الفاسد في المذهب الأمامي لا يحصل به ملك، سواء اتصل به القبض أو لا. ولا ينفذ تصرف المالك بعقد فاسد في المعقود عليه ببيع، أو هبة، أو غيرهما، ويجب عليه رده.

ونورد فيما يلي أحكامه كما أوردتها العاملي:

جاء في مفتاح الكرامة (٧٤٧/٤ - ٧٥١) ما يأتي:

«كل شرط يقتضى تجهيل أحد العوضين، فإن البيع يبطل به، وما لا يقتضيه، لكنه فاسد، فالأقوى بطلان البيع به، ولا يحصل به ملك للمشتري سواء اتصل به القبض أو لا، ولا ينفذ بتصرف فيه، ببيع، أو هبة، أو غيرهما، وعليه رده مع نمائه المتصل، والمنفصل، وأجرة مثله، وأرش نقصه».

حاشية: قوله: ولا يحصل به... أو غيرها «وفي «التذكرة» حكى إجماع علمائنا أجمع على ذلك كله، وأنه وافقنا على ذلك مالك، والشافعي، وأحمد،

(١) «مفتاح الكرامة» للعاملي (٧٣/٤)، و«كفاية الأحكام» لمؤلفه محمد باقر.

(٢) مخطوط بمكتبة الأزهر رقم ٦ خصوصي نحل إسلامية عمومي ٢٢٦٦٥.

(٣) راجع في عقد النكاح «الروضة البهية» (١١٩/٢): «فلو شرط ما يخالفه لغا الشرط، وصح العقد، والمهر، كاشتراط ألا يتزوج عليها، وألا يتسرى، أولاً يظاً أو يطلق، كما في نكاح المحلل».

والمخالف، أبو حنيفة، فإنه قال: لو قبض المبيع بأذن البائع ملكه، ونفذ تصرفه فيه، لكن للبائع أن يسترده بجميع زوائده.

قوله: «وعليه رده مع نمائه...» نقضه كما صرح في المبسوط، وغيره، والمخالف ابن حمزة، وابن إدريس، فقال ابن حمزة: ليس له الرجوع بالمنافع المستوفاة؛ لأن الخراج بالضمان، ونقض بالغاصب، وقال ابن إدريس: إنما يرجع بالعين، وقول الحلبي: إذا كان البيع فاسداً مما يصح التصرف فيه للتراضي، وهلكت العين، فلا رجوع، لعله أراد به المعاطاة...».

تلف المقبوض بعقد فاسد:

إذا تلف المقبوض بعقد فاسد فعليه قيمته لو تلف يوم تلفه، ويحمل أعلى القيم، ولو وطئها لم يحل، وعليه المهر وأرش البكارة، والولد حر» «وعلى أبيه قيمته يوم سقط حياً، ولا أرش لو سقط ميتاً، وأرش ما نقص بالولادة».

التصرف في المقبوض بعقد فاسد:

«ولو باع المشتري فاسداً لم يصح، ولما لكانه أخذه من الثاني، ويرجع على الأول بالثمن مع جهله، فإن تلف في يد الثاني تخير البائع في الرجوع، فإن زادت القيمة على الثمن، ورجع المالك على الثاني لم يرجع بالفضل على الأول؛ لاستقرار التلف في يده، وإن رجع على الأول رجع بالفضل على الثاني».

زيادة المقبوض بعقد فاسد:

«ولو زاد في يد المشتري الأول، ثم نقص في يده إلى ما كان، احتل رجوع المالك عليه بتلك الزيادة؛ لأنها زيادة في عين مضمونة، وعدمه^(١) لدخوله على انتفاء العوض في مقابلة الزيادة، فحيث إن تلفت بتفريطه ضمن، وإلا فلا».

(١) أي: واحتمل عدم رجوعه.

إتلاف الثمن:

ولو أتلف البائع فاسداً الثمن، ثم أفلس رجع في العين، والمشتري أسوة الغرماء»^(١).

الأسس العامة للشروط المقترنة بالعقد من مذهب الإمامية

بعد أن استعرضنا آراء مذهب الإمامية في الشروط المقترنة بالعقد تبين لنا ما يأتي:

أولاً: أن الأصل في الشروط هو الصحة ما لم يمنع مانع من نقل، أو عقل؛ وقد اعتمد المذهب في تقريره لهذا الأصل على عموم الآيات القرآنية التي تأمر بالوفاء بالعقود، والعهود. وكذا الأحاديث الشريفة التي تأمر بالوفاء بالشروط، وبخاصة أنه قد صح في مذهب الإمامية «المسلمون عند شروطهم، إلا كل شرط خالف كتاب الله تعالى فلا يجوز» وخبر «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو حلل حراماً».

وقد رأينا فيما تقدم أصحاب الكتب المختلفة في المذهب يقررون هذا الأصل في صراحة ووضوح:

- فيقول صاحب مجمع البرهان^(٢): «إن الأصل، والأخبار، والآيات تقتضي جواز كل شرط إلا ما علم عدم جوازه بالعقل، أو النقل».

- ورأينا العاملي^(٣) في شرط العتق يقول: «الأصل صحة هذا الشرط عملاً بعموم ما دل مستفيضاً على وجوب الوفاء بالشروط التي لا يمنع منها كتاب، ولا سنة، مضافاً إلى إطلاقات الإجماعات المستفيضة».

- «وفي السرائر^(٤) لا خلاف بين المسلمين في أنه يجوز أن يشترط الإنسان على البائع شيئاً من أفعاله إذا كانت مقدورة له، ثم قال: وإجماعهم حجة، وهو نافع في المقام؛ لأن عبارة المصنف قابلة لاشتراط كل منهما على الآخر».

(١) وهذا يتفق مع رأي الحنابلة، ويخالف رأي الحنفية والزيدية كما سبق أن أشرنا.

(٢) «مفتاح الكرامة» (٤/٧٣١).

(٣) «مفتاح الكرامة» (٤/٧٣٨).

(٤) «مفتاح الكرامة» (٤/٧٣٢).

- «وفي الغنية»^(١) لا خلاف في صحة الشرط الذي للمتعاقدین مصلحة فيه...».

- «وفي «الروضة البهية» (١/٣٣١): ويصح اشتراط سائغ في العقد إذا لم يؤد إلى جهالة في أحد العوضين، أو يمنع منه الكتاب، والسنة».

- وفي «كفاية الأحكام»: «يجوز اشتراط ما هو سائغ مقدور معلوم».

* ومن كل هذه النصوص يظهر لنا أن المذهب يصدر أحكامه في الشروط المقترنة بالعقد على أساس واضح وهو أن الأصل في هذه الشروط الجواز، والصحة، إلا ما قام دليل عقلي، أو نقلي على منعه منها، وقد تجلّى أثر هذا الأصل في جواز كثير من الشروط التي منعها غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى (عدا رأي كل من الإمامين ابن تيمية، وابن القيم). كما أن المذهب لم يجد من أقوال فقهاء الأقدمين ما يعوق تقريره لصحة الشروط^(٢) بناء على هذا الأصل.

ثانياً: الشرط المنافى لمقتضى العقد هو الشرط الذي ينافي ما جعل العقد لأجله.

سبق أن أوضحنا رأي بعض علماء مذهب الإمامية في الشرط المنافى لمقتضى العقد، وبيننا أن المذهب يرجح أن هذه المنافاة المترتبة على الشرط، والمبطللة له^(٣) هي المنافاة للمقصود الأصلي الذي جعل العقد لأجله، كانتقال العوضين الذي هو الأثر الحقيقي للعقد؛ لأن هذا المعنى لمقتضى العقد، هو الذي يتمشى إلى أبعد الحدود مع قولهم: بجواز كل شرط سائغ في العقد لا يؤدي إلى تجهيل أحد العوضين ولا يخالف الكتاب، والسنة، وإلا لكانت الشروط الصحيحة عندهم تحتاج إلى أدلة خاصة تفيد صحتها...».

(١) «مفتاح الكرامة» (٤/٧٢٩).

(٢) لم نجد سوى شرط ألا يبيع، ولا يهب، وبيننا الخلاف فيه.

(٣) لأن «المذهب لا يقول: بالكلية المشهورة من فساد الشروط المنافية لمقتضى العقد، كما جاء في «مفتاح الكرامة» (٤/٧٣٨) عند حديثه عن صحة شرط العتق.

ثالثاً: رد الشروط الباطلة إلى الشرط المنافي للمشروع.

إننا نستظهر من تقريرهم لضابط ما يقتضيه العقد أن الشرط المنافي لمقتضى العقد مناف للمشروع، وذلك نظراً إلى أنهم حصروا الشروط الباطلة فيما يؤدي إلى منافاة المشروع، أو تجهيل أحد العوضين بعد ذكرهم للشروط المنافية لمقتضى العقد مما يؤيد أن الشرط المنافي . . شرط غير مشروع.

بل إن بعض علماء المذهب رأى أيضاً: أن الشرط الذي يؤدي إلى جهالة هو شرط مناف للمشروع؛ لأن بيع الغرر مما ينافي المشروع^(١).

كما أن ما سبق أن نقلناه من نصوص تصرح بأن الأصل في الشروط الصحة ما لم يمنع مانع من نقل، أو عقل يدل على حصر الشروط الباطلة في الشرط المنافي للمشروع؛ لأن ما يمنعه العقل يمنعه الشرع قطعاً.

رابعاً: المراد بالمشروع، وبالحلال، والحرام ما كان كذلك دون توسط للعقد.

كما بينا أن المذهب يرى أن المراد بالمشروع، وبالحلال، والحرام ما كان كذلك دون توسط للعقد، ويدل على ذلك اتفاقهم على صحة اشتراط إسقاط خيار المجلس، وخيار الحيوان، واشتراط عدم الانتفاع بالمبيع زماناً معيناً، وما شاكل ذلك، فإن مقتضى العقد حلية الرد في زمان الخيار والانتفاع به على الدوام، وقد حرم هذان الأمران بالشرط مع أنهما حلالان بتوسط العقد، فدل ذلك على أن المراد بالمشروع وبالحلال والحرام ما كان كذلك، دون توسط للعقد.

خامساً: الشروط الصحيحة، والفاصلة في مذهب الإمامية.

ونلخص فيما يلي أنواع الشروط الصحيحة، والفاصلة في المذهب مع الإشارة إلى آراء المذاهب الأخرى عند كل نوع.

(١) الشروط الصحيحة:

أجاز الإمامية اشتراط ما يأتي:

(١) «مفتاح الكرامة» (٤/٧٣٢).

آراء المذاهب الأخرى	الشرط عند الإمامية
أجمع الفقهاء على صحته .	١ - اشتراط ما يقتضيه العقد .
جمهور الفقهاء على صحته، خلافاً لزفر من علماء الحنفية .	٢ - اشتراط ما فيه مصلحة العقد (شرط يلائم) مقتضى العقد .
وقد قال بذلك الحنفية (ما قضى به العرف) والمالكية وقول عند الشافعية، والحنابلة والزيدية، خلافاً للإباضية . صرح به الإمامية .	٣ - اشتراط القيام بعمل في المعقود عليه .
انفرد بالقول بجوازه المالكية والإمامية .	٤ - اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره .
وقد اتفق المذهب في هذا مع المالكية - وقول للشافعية - والحنابلة، والزيدية .	٥ - اشتراط القيام بعمل في غير المعقود عليه .
قد اتفق المذهب في هذا مع رواية لأبي حنيفة، والشافعية، والمالكية - على تفصيل وخلاف في اشتراط معاني البر الأخرى غير العتق - والحنابلة .	٦ - اشتراط الانتفاع بالمعقود عليه زمنياً معيناً .
وقد انفرد بصحته الإمامية .	٧ - اشتراط معنى من معاني البر عتقاً أو وفقاً أو غيره .
وقد انفرد بصحته الإمامية، وعكسه (اشتراط بيعه بالثمن الأول للبائع) أجازته الحنابلة كما أجازته المالكية في الإقالة .	٨ - اشتراط عقد في عقد .
	٩ - اشتراط التصرف في المعقود عليه بالبيع لشخص معين غير البائع .

ومن هذا يتبين لنا أن الإمامية قد صححوا بعضاً من الشروط التي لم يقل بصحتها أحد غيرهم بجانب أنهم قالوا بصحة الشروط التي أجازها فقهاء الفقه الإسلامي عامة .

وبعد أن نورد الشروط الفاسدة في مذهب الإمامية نتوقف لحظة لنرى سبب هذه السعة في القول بصحة هذه الشروط .

(ب) الشروط الفاسدة في مذهب الإمامية:

حصر الإمامية هذه الشروط فيما يأتي، مع ملاحظة أننا سنوردها مفردة ما أوردوها في كتبهم.

- الشرط غير المقدور.
- الشرط الذي يؤدي إلى الغرر.
- الشرط المنافي للمقصود الأصلي من العقد.
- الشرط المخالف للمشروع.
- الشرط الذي لا غرض فيه ولا مالية.

وجميع هذه الشروط باطلة في جميع المذاهب، وإن اختلفوا في حكم العقد المقترن بها صحة وفساداً، وقد وجدنا أن الإمامية أنفسهم اختلفوا في حكمها فمن قائلين بصحة العقد المقترن بها، إلى قائلين ببطلانه، إلى آخرين يقولون بإبطال العقد المقترن بشرط غير مقدور، أو ما يؤدي إلى غرر، أو شرط قصد بذاته وجيء بالبيع تبعاً له، ولا يبطلون العقد بغيرها من الشروط الفاسدة.

وأرى أن القول ببطلان هذه الشروط أمر معقول ومنطقي وعادل، ويتفق مع مبادئ الشريعة وأسسها، فليس في هذا أي أثر على حرية الاشتراط، كما أنه في الوقت نفسه متفق على فساده.

(ج) سبب ضيق الشروط الفاسدة واتساع دائرة الشروط الصحيحة:

السبب في فتح مجال الاشتراط بهذه السعة عند الإمامية راجع إلى أنهم لم يأخذوا ببعض الأحاديث التي صحت، والتي أخذ بها غيرهم من الفقهاء، والتي كان لها تأثير كبير في توجيه آراء المذاهب إلى القول بفساد بعض الشروط كالأحاديث:

- «نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط».
- ومثله: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع».
- «نهى عليه الصلاة والسلام عن بيعتين في بيعة»^(١).

(١) جاء في «المختصر النافع» (ج ١٤٥): «ويجوز أن يبيع مختلفين صفقة، وأن يجمع بين سلف وبيع».

- «ونهي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة».

حيث لم أجد عندهم استدلالاً بحديث منها فيما اطلعت عليه من كتب في المذهب أو ردّ على أي منها، بل أغفلها المذهب إغفالاً تاماً.

فأجاز البيع والشرط، وأجاز البيع والسلف، وأجاز اشتراط عقد في عقد... إلخ. وحينما أورد العاملي في «مفتاح الكرامة»^(١) حكاية عبد الوارث عن سعيد، والتقاءه في مكة مع أبي حنيفة، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى، وقدمها بقوله: «ومن طريف ما يحكى ثم في نهايتها قال: «وستسمع أن الشرط الباطل عندنا ما ينافي المشروع أو يؤدي إلى جهالة في الثمن، أو في المثل» ولم يبين موقف المذهب منها، وإنما صرح في جميع المواطن بأن صحة الشرط هي الأصل عملاً بعموم الآيات، والأحاديث التي تأمر بالوفاء بالشرط والإجماعات المستفيضة، وقد صح عند الأمامية حديث: «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو حلل حراماً» وهو في هذا يوافق رأي ابن شبرمة».

كما أن المذهب يستدل بخبر بريرة على إبطال الشرط الفاسد، وصحة العقد، ولعله في القول بصحة شرط العتق يأخذ به أيضاً.

سادساً - المذهب لا يتمسك بوحدة الصفقة:

ويتضح لنا مما تقدم أن المذهب لا يتمسك بوحدة الصفقة، بل إنه يرى جواز اجتماع عقد^(٢) في عقد سواء كان ذلك عن طريق الشرط، أو كان عن طريق شمول الصيغة للعقدين معاً، بيّن المتعاقدان عوض كل من العقدين، أو جعلاً عوضهما واحداً:

فمثال الأول: بعتك هذا بشرط أن تقرضني كذا، (اشتراط عقد في عقد).

ومثال الثاني: بعتك هذه الدار، وأجرتك تلك الدار بألف^(٣) (اجتماع

(١) «مفتاح الكرامة» (٤/٧٢٩).

(٢) نفس المرجع.

(٣) «مفتاح الكرامة» (٤/٧٥٢ - ٧٥٣).

عقدين في عقد بعوض واحد) - أو قال: بعتك هذه الدار بألف وأجرتك تلك بألف (اجتماع عقدين في عقد مع تعيين عوض كل منهما).

سابعاً - الاصطلاحات الجديدة التي أضافها الإمامية إلى مبحث الشرط في الفقه الإسلامي:

(أ) أبرز لنا المذهب فكرة «الشرط غير المقذور» وهو وإن كانت الأسس الشرعية العامة تقرره - كقوله تعالى: ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [المؤمنون: ٦٢، البقرة: ٢٧٦] إلا أن التصريح بمثل هذا النوع من الشرط، مع بيان حكمه وحكم العقد معه، ميزة انفرد بها فقه الإمامية، وأضافها إلى اصطلاحات الفقه الإسلامي في هذا المبحث. فقد وجدنا تعبيراته المختلفة مقترنة بشرط القدرة، أو الإمكان.

ففي الغنية الإجماع على صحة اشتراط ما يمكن تسليمه.

وفي «السرائر»: «لا خلاف في أنه يجوز أن يشترط الإنسان على البائع شيئاً من أفعاله إذا كانت مقدورة له - ثم قال: وإجماعهم حجة، وهو نافع والمقام؛ لأن عبارة المصنف قابلة لاشتراط كل منهما على الآخر»^(١).

(ب) كما أبرز لنا فكرة: «الشرط الفاسد الذي قصد بذاته وجيء بالبيع تبعاً له» فحيث يكون المتعاقد قد قصد بالشرط أولاً وبالذات الوصول إلى الأمر المشروط، وخاصة إذا كان محرماً - وجيء بالبيع تبعاً لهذا الشرط، فإن مثل هذا الشرط يكون مبطلاً للعقد - على التفصيل الذي بيناه في حكمه فيما تقدم -.

فبيان مثل هذا النوع من الشرط، وإبرازه أيضاً ميزة أضافها مذهب الإمامية إلى اصطلاحات الفقه الإسلامي في هذا المبحث، وقد أخذ بهذا النوع من الشرط الفقه الوضعي كما سبق أن أوضحنا.

(ج) تحديد معنى الشروط المنافية لمقتضى العقد، ومعنى المشروع، والحلال، والحرام في مذهب الإمامية:

(١) «مفتاح الكرامة» (٤/٧٣٠).

فقد تعرض فقه الإمامية لتحديد معنى منافاة الشرط لمقتضى العقد، والمراد بالمشروع، وبالحلال، والحرام، كما بيناه آنفاً كما تعرض له ابن تيمية، وابن القيم في مبحثيهما السابقين الخاصين بالشروط من المبحث الرابع من هذا الفصل (ص ٣٤٢ - ٣٦٣) وكذا رأي للإباضية، سيأتي في المبحث الثامن.

وقد رأينا آنفاً أن النصوص الفقهية في المذهب قد طرحت هذه المفاهيم للبحث وتناقشت فيها مدأً وجزراً - على أساس مسلم به عندهم يقضى بصحة الشروط بأنواعها المختلفة عدا ما خالف عقلاً، أو نقلاً، فلم تكن هناك آراء لأئمة الإمامية تعوق نمو فكرة صحة كل شرط وجوازه ما دام الشرط يحقق المصلحة، ولا يخالف المشروع، نظراً لعدم أخذهم بالأحاديث التي سبق أن أشرنا إليها.

أما مذهب الحنابلة فيقول ابن تيمية:

«فكثير من فقهاء المذهب الحنبلي يرون أن الأصل في العقود، والشروط فيها، الفساد إلا ما دل دليل على صحته، وكثير من أصول أحمد تسيير على أن الأصل في الشروط الصحة، ولا يبطل، ويحرم منها إلا ما جاء الدليل على تحريمه، أو إبطاله»^(١)، كما سبق أن بينا رأي ابن شبرمة، ورأي ابن أبي ليلى في صحة البيع والشرط (وقد تقدم النص ص ٢٣١).

(١) «الفتاوى» لابن تيمية (٣/٣٢٧ - ٣٢٩).

الشروط المقرنة بالعقد في المذهب الإباضي

تقديم:

لقد نهج المذهب الإباضي في تقسيم الشرط منهجاً آخر غير ما درج عليه فقهاء المذاهب، إذ أنه ذكر أن الشرط إما أن يكون في نفس المبيع أو في غير المبيع، فإن كان في نفس المبيع، فإما أن يكون معلوماً، أو مجهولاً، وإن كان معلوماً فإما أن يكون حلالاً أو حراماً، فإن كان حلالاً، فإما أن يكون فيه منفعة للمتعاقدين أو لا يكون.

وقد قرر المذهب (على الأصح) جواز اشتراط ما يلي:

- شرط فيه مصلحة العقد، وشرط يحقق منفعة لأحد المتعاقدين، وهو في نفس المعقود عليه (استثناء منفعة المعقود عليه مدة معلومة). شرط يؤدي إلى إيقاع معنى من معاني البر.

كما قضى بفساد ما عدا هذه الشروط على المشهور في المذهب.

ونجعل هذا المبحث في مطلبين: المطلب الأول: الشروط الصحيحة،

المطلب الثاني: الشروط الفاسدة.

* المطلب الأول *

الشروط الصحيحة

ويشمل هذا المطلب ثلاثة أنواع من الشروط كما ذكرنا آنفاً، نوضحها

وأحكامها فيما يلي:

النوع الأول

شرط فيه مصلحة العقد

لم أعثر فيما اطلعت عليه من كتب في المذهب الإباضي على نص صريح بالنسبة لبعض أنواع الشرط الذي فيه مصلحة العقد، وإنما وجدت أن المذهب قد أباح اشتراط الرهن في البيع، واستدل على صحة ذلك بما روي^(١) من طريق أبي رافع مولى رسول الله ﷺ أنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى يهودي ليسلفه سلفاً، أو يبيع له بيعاً، فوصلت إليه، فأخبرته بما أرسلني به النبي ﷺ فقال: والله لا بايعته، ولا أسلفته إلا برهن، فأتيت النبي ﷺ فأخبرته بما قال اليهودي، فقال ﷺ: «والله لو بايعني وأسلفني لقضيت، إني والله لأمين في السماء أمين في الأرض، اذهب بدرعي الحديد إليه» فنزلت من الله تعزية له عن الدنيا ﴿وَلَا تَمُدَّنَّ عَيْنَيْكَ إِلَىٰ مَا مَتَّعْنَا بِهِ أَزْوَاجًا مِنْهُمْ زَهْرَةَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا لِنَفْتِنَهُمْ فِيهِ وَرِزْقُ رَبِّكَ خَيْرٌ وَأَبْقَىٰ﴾ [طه: ١٣١] ففي هذا الخبر دلالة على جواز الرهن في البيع.

ومثله ما جاء في «شرح النيل» (٥/٤٧٤): «من باع واشترط أن يرهن له معلوماً في الثمن، معيناً أو غير معين، فليتم له شرطه، وإن أبى، بطل البيع، وقيل: صح وجبر أن يرهن، وقيل: لا يجبر، وقيل: يوقف البيع إلى تمام الشرط». كما أجاز المذهب الإباضي «لطالب القسمة أن يطلب حميلاً وجيهاً يأتي به، أو حميلاً يقسم معه إن خاف منه تعطيلاً بالسفر أو الهروب أو الامتناع». [نفس المرجع (٥/٣٧٩)].

النوع الثاني

استثناء بعض منافع محل العقد لمدة معلومة

صور لهذا الشرط^(٢) - حقيقته - حكمه:

(١) «جامع ابن بركة» (ص ٣١٨) في باب الرهن.

(٢) جاء في «شرح النيل» (٤/٨٢) ما يأتي:

«(فإن كان) الشرط (معلوماً وفيه نفع للبائع) أو للمشتري (وحل تملكه) أي: تملك =

صور لهذا النوع من الشرط:

ومن أمثلته: ما لو باع جملأ واشترط ركوبه أو الحمل عليه إلى موضع معين أو باع دارأ واشترط سكنها مدة معينة أو باع شجرة، واشترط أكلها مدة معلومة.

حقيقة هذا النوع من الشرط:

هذا الشرط يتميز بالخصائص الآتية:

- أنه شرط فيه نفع للبائع، أو للمشتري، وأنه شرط في نفس المبيع، وأنه يحل تملك الشيء المشروط، وأنه شرط معلوم.

حكمه:

هذا الشرط صحيح، والعقد معه صحيح، سواء أكان الشرط في عقدة البيع، أم قبل البيع أم بعده^(١).

الأدلة على هذا الحكم:

وقد استدل المذهب الإباضي على صحة هذا الشرط بما يلي:

(أ) قال عليه الصلاة والسلام: «المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً».

وقد فسر المذهب معنى الحل والحرم بأنها: ما كانت كذلك بأصل

= المشروط المدلول عليه بلفظ الشرط، أو تملك الشرط بمعنى المشروط (وكان في نفس المبيع صح هو والمبيع) سواء كان في عقدة البيع، أو قبل أو بعد كبيع جمل، واشترط الركوب، والحمل عليه لموضع معين، وبيع دار، واشترط سكنها مدة معينة، وبيع شجرة واشترط أحلها مدة معلومة لقوله ﷺ: «المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»، أي: حلالاً أو حراماً بالشرع، وإلا فكل من شرط شيئاً لنفسه مثلاً فقد حلله لنفسه بعدما منع منه، وحرمه عن المشروط عليه بعد ما أبيع له».

(١) وجاء في «شرح النيل» (٨٤/٤) ما يأتي: «وقيل يجوز الشرط: إن كان في غير المبيع، وإن كان فيه بطلاً وقيل: بالعكس وهو مشهور...» فالمذهب فيه اضطراب في صحة العقد مع الشرط، وقد سرت على المشهور، والمختار في المذهب أثناء العرض، وأشارت إلى الرأي المخالف كل في موضعه.

الشرع بدون تدخل العقد -، وذلك لأن كل من شرط لنفسه شيئاً فقد حلله لنفسه بعد ما منع منه، وحرمه عن المشروط عليه بعد ما أبيع له - ولذلك فإن المراد بالحل، والحرمة: ما كان كذلك بأصل الشرع بغض النظر عن وجود العقد.

(ب) روي عن طريق ابن عباس عن النبي ﷺ: أنه اشترى من جابر بن عبد الله بغيراً، واشترط جابر ظهره من مكة إلى المدينة، فأجاز النبي ﷺ البيع، والشرط، قال ابن عباس وإنما أجاز النبي ﷺ هذا؛ لأن الشرط لم يكن في عقدة البيع، وسيأتي في الشرط الذي يؤدي إلى الجهالة مناقشة المذهب لهذا الحديث، وبيان أن قول ابن عباس هذا يعتبر اجتهاداً، وفهماً منه لا رواية من الحديث، وتسميته بالشرط دليل على أنه وقع في صلب العقد، ويكون حديث جابر دليلاً على جواز البيع، والشرط المعلوم الحلال^(١).

(ج) كما أجاب المذهب الإباضي على حديث: «نهى عن بيع وشرط»

بما يلي:

أولاً: أن في إسناده ضعفاً.

ثانياً: أنه قابل للتأويل، وذلك بأن يقال:

إنه يقيد بما إذا كان الشرط حراماً، كقوله ﷺ: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله - أي: لم يكن جوازها فيه، وقوله: «إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً».

ويقيد أيضاً بما إذا كان مجهولاً؛ لأن اشتراط الشيء المجهول يؤدي إلى تعطيل المبيع إلى غير حد، فيترتب على ذلك منازعة وفتنة، يجب أن نخلص العقود منها حتى يستقر التعامل.

ومقيد كذلك بما إذا كان في غير المبيع؛ لأنه إذا كان الشرط في نفس المبيع كان كاستثناء من نفس المبيع، والاستثناء جائز، فيكون استثناء منفعة المبيع لمدة معلومة جائز أيضاً.

(١) «شرح النيل» (٤/٨٢ - ٨٤).

النوع الثالث

شرط يؤدي إلى إيقاع معنى من معاني البر

أجاز الإباضية أن يشترط المتصرف في رقيقه ببيع، أو غيره - من التصرفات التي تؤدي إلى إخراج العبد من ملك المتصرف إلى المتصرف إليه - على المتصرف إليه إخراج المتصرف فيه من ملكه بعق أو تدبير، فإذا دخل الرقيق في ملك المتصرف إليه لزمه أن يعتقه أو يدبره، ويجبر على ذلك؛ لأنه لا يجوز له خلف الوعد^(١).

* المطلب الثاني *

الشروط الباطلة في المذهب الإباضي

ويشمل هذا المطلب قسمين:

القسم الأول: الشروط الباطلة التي تبطل العقد.

القسم الثاني: الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد.

ونوضح كلا القسمين فيما يلي:

القسم الأول

الشروط الباطلة التي تبطل العقد

وقد حصر المذهب هذه الشروط في الشروط التي تؤدي إلى الجهالة في

العقد، أو في الثمن بالنسبة لعقد البيع، ونورد فيما يلي هذه الأنواع:

(١) جاء في «شرح النيل» (٣٤٣/٦):

«ويجوز - أي وقيل: يباع ويوهب ويخرج من الملك بوجه ما من وجوه الإخراج منه إذا كان يخرج إلى ملك من يدخل ملكه - لعق - أي: ليعتقه، أي يدخل ملكه ببيع، أو غيره على شرط أن يعتقه، وقد مر الخلاف في البيع والشرط، وتقدم كلام قتادة والربيع، وعلى هذا القول إذا دخل ملكه تعجل بعثه ولا يجوز له خلف الوعد. وله أن يتأخر بعثه ما لم يمت الأول إن دبره إلى موته، أو يقع ما دبره إليه، فإذا كان ذلك، وجب عليه عتقه وأجبر عليه، وقيل: يجبر قبل ذلك، ولا يؤخره وإلا رده للأول ويكون في بلد مدبره...».

والإباضية يرون أن التدبير هو كل عتق معلق على شرط، ولو كان غير الموت «شرح النيل» (٣٤٢/٦).

النوع الأول

شرط يؤدي إلى الجهالة في العقد

صور لهذا الشرط - حقيقته - حكمه^(١):

صور للشرط الذي يؤدي إلى جهالة: أورد الإباضية لهذا النوع من الشرط عدة أمثلة، منها: ما إذا استثنى بعض منافع محل العقد مدة غير معلومة، كما إذا باع نخلاً، واشترط أكلها - بلا تحديد مدة.

أو باع داراً، واشترط سكنها - بلا تحديد مدة، أو إلى الموت، أو إلى أن أجد سكناً، أو إلى أن يأتي ولدي، أو يجيء السيل، أو نحو ذلك.

ومنها: ما إذا اشترط في الوكالة ما يؤدي إلى جهالة: كالتوكيل على بيع أو شراء من الآن إلى الحصاد أو إلى قدوم مسافر، أو نزول مطر، أو نحوه من الأوقات المجهولة...^(٢).

حقيقة هذا الشرط:

هذا الشرط بالنسبة لعقد البيع يتميز بأنه فيه نفع للبائع، وأنه شرط في نفس المبيع. كما أنه في عقد البيع وعقد الوكالة وهو شرط مجهول. ولا يمكن ضبطه.

حكم هذا الشرط، والدليل:

ونظراً إلى أن هذا الشرط يؤدي إلى الجهالة لعدم انضباطه وتحديده؛

(١) جاء في «شرح النيل» (٤/٨٣ - ٨٤):

«وإن جهل الشرط (بطلا) أي: الشرط، والبيع (على المختار) كبيع نخل، واشترط أكلها، أو بيع دار، واشترط سكنها بلا تحديد، أو سكنها إلى الموت، أو سكنها إلى أن أجد مسكناً، أو يأتي ولدي، أو يجيء السيل، أو نحو ذلك مما يجهل، أو نحوه مما لا يضبط، وقيل: صح البيع، وبطل الشرط، وقد باع تميم الداري داراً، وشرط سكنها، فأبطل النبي ﷺ البيع، والشرط معاً، لجهل الشرط؛ لأنه لم يشترط مدة معلومة، وليس إبطاله لمجرد الشرط بل لكونه مجهولاً...».

(٢) جاء في «شرح النيل» (٤/٦٩٨): «إن في اشتراط ذلك في الوكالة خلاف، والمنع أكثر، إذ كثر قائلوه، وهو اختار الديون في ظاهر العبارة».

فإنه يبطل ويبطل العقد على المختار في المذهب وقيل: يبطل الشرط ويصح العقد - .

وقد استند الرأي الأول - وهو المختار - إلى ما روي أن تميماً الداري باع داراً وشرط سكنها، فأبطل النبي ﷺ البيع، والشرط معاً؛ لجهل الشرط، حيث إنه لم يشترط مدة معلومة، فلم يكن إبطال البيع لمجرد وجود الشرط، بل لجهالته، والجهالة تؤدي إلى تعطيل المبيع إلى غير حد، ويترتب على ذلك منازعة، وفتنة، وهذا ينافي ما ينشده المتعاقدان من تحقيق أغراضهما، وما ينشده الشارع من استقرار التعامل.

النوع الثاني

شرط يؤدي إلى الجهالة في الثمن

اشتراط عمل في الثمن، أو في غير محل العقد

صور لهذا الشرط^(١) - حقيقته - حكمه:

صور لهذا الشرط:

الشرط الذي يترتب عليه القيام بعمل في غير نفس المبيع يشمل صورتين في المذهب؛ لأنه إما أن يكون غير المبيع هو الثمن الذي هو في مقابل

(١) جاء في «شرح النيل» (٨٤/٤) ما يأتي:

«وقيل: يجوز الشرط إن كان في غير المبيع، وإن كان فيه بطلا، وقيل بالعكس وهو مشهور، وأشار إليه بقوله: (وإن كان في غير نفس المبيع كبيع سلعة بقفيز برأ باشتراط طحنه أو حملة لمكان معين أو بيعه) عنه لغيره بعد استيفائه له بكيل (أو عمل آخر على مشتريه) متعلق باشتراط، والهاء للمبيع، أو للكاف (منع البيع لجهل في الثمن) ولزم من منعه منع الشرط.

كما جاء في كتاب «الإيضاح» للشيخ عامر بن علي الشماخي (٤٨/٣ - ٤٩) ما يأتي: «وأما الشرط الذي يكون في غير نفس المبيع مثل أن يبيع أحد بيعاً بقفيز شعير، واشترط على المشتري أن يطحنه له، أو أن يحمله إلى موضع سماه، أو أن يبيعه له، أو اشترط على المشتري أن يعمل له عملاً سماه، من وجود العمل، فهذا كله لا يجوز به البيع من جهة الجهل بالثمن؛ لأن هذا كله من الثمن».

السلعة المببعة، وإما أن يكون شيئاً آخر غيره بعيداً عن الثمن والمثمن، وقد أورد المذهب صور كل منهما.

صور لشروط يترتب عليه قيام المشتري بعمل، أو تصرف في الثمن:

باع سلعة بقفيز بر، واشترط على المشتري طحنه، أو حمله إلى مكان معين (شروط عمل).

باع سلعة بقفيز بر، واشترط على المشتري بيعه عنه لغيره بعد استيفاء كيله (شروط تصرف).

صور لشروط يترتب عليه قيام المشتري بعمل في شيء آخر أجنبي عن العقد:

باع سلعة، واشترط على المشتري أن يعمل له عملاً سماه من وجوه العمل (عمل).

حقيقة هذا النوع من الشروط:

هذا الشرط يتميز بالخصائص الآتية:

- أنه شرط فيه نفع للبائع أو للمشتري.

- أنه شرط في غير نفس المبيع - أي: في الثمن، أو في شيء آخر غير الثمن.

- أنه شرط معلوم.

- أنه شرط شرطه البائع على المشتري.

- أن هذا الشرط تارة يكون عملاً من الأعمال كطحن الثمن إذا كان برأ، أو حمله - إن كان عيناً - أو غير ذلك^(١).

- وتارة يكون الشرط تصرفاً، من التصرفات يشترط البائع على المشتري

القيام به، كبيع الثمن لغيره.

حكم هذا النوع من الشروط:

اختلف رأي المذهب في بيان حكم هذا النوع من الشروط، والمشهور أنه

إذا اقترن بالبيع؛ فإن الشرط يكون ممنوعاً وكذا العقد أيضاً، وذلك لما يترتب على هذا الشرط من جهالة في الثمن.

(١) إذا كان الثمن عيناً، كان كل من المبيع، والثمن ثمناً، ومثمناً، وقد أشار إلى هذا صاحب «شرح النيل» (٤/٨٥).

ونظراً إلى عدم وضوح الجهالة التي أدى إليها اشتراط عمل المشتري في الثمن، فإن صاحب «شرح النيل» تعرض لهذه العلة وذكر أن الثمن لا جهل فيه، فإنه يكون حينئذ القفيز وحمله لمكان معلوم، ثم يعود فيذكر عذراً للجهالة فيقول: «إلا أن يقال: لا يدري كم ثمناً للسلعة، وما يكون أجرة الطحن مثلاً، ثم ينتقل بعد ذلك إلى بيان وجه الجهالة في البيع فيما لو شرط عليه أن يبيع القفيز لغيره فيقول: «نعم يبيعه مجهول إذ لا يدري كم يساوي فيه ويقبل حتى ينقضي بالبيع، أو كم يساوم ويرد حتى يبيعه جملة»^(١).

ومن هذا يتبين لنا أن صاحب «شرح النيل» فرق بين اشتراط البائع على المشتري طحن الثمن، أو حمله، حيث لا يترتب عليه جهالة - لأن الثمن يكون حينئذ هو القفيز، وطحنه، أو حمله، وبين اشتراط بيع الثمن، أو نحو ذلك من التصرفات، فإن مثل هذا الشرط يترتب عليه جهالة «لأنه لا يدري كم يساوي فيه ويقبل حتى ينقضي بالبيع أو كم يساوم ويرد حتى يبيعه جملة».

ولكن صاحب كتاب «الإيضاح» (٤٨/٣). يرى كما يظهر من تعليقه أن الجهالة في جميع الصور يمكن أن تزول بالعرف، أو نحوه، وكذلك يمكن أن تزول إذا عين قدرأ معلوماً للقفيز، ولطحنه، أو حمله قدرأ معلوماً، وحينئذ يجوز مثل هذا الشرط.

ولعل هذا التعليل هو حجة القائلين بجواز مثل هذا الشرط، والذي أشير إليه في النص المتقدم، وهو أنه إذا كان الشرط في غير المبيع يكون جائزاً.

النوع الثالث

شرط يؤدي إلى الجهالة في المثلث
اشتراط القيام بعمل في المبيع

صور لهذا الشرط^(٢) - حقيقته - حكمه:

(١) «شرح النيل» (٤/٨٤ - ٨٥).

(٢) جاء في «شرح النيل» (٤/٨٤):

صور لاشتراط المشتري قيام البائع بعمل، أو تصرف في المبيع: وذلك كما لو اشترى سلعة، واشترط على البائع أن يحملها إلى مكان معين. أو اشترى سلعة، واشترط على البائع أن يبيعها عنه لغيره... أو نحو ذلك.

حقيقة هذا الشرط:

هذا الشرط يتميز بالخصائص الآتية:

أنه شرط فيه نفع للبائع، أو للمشتري. أنه شرط في نفس المبيع. أنه شرط معلوم. أن المشتري هنا هو الذي اشترط الشرط على البائع. أن الشيء المشروط تارة يكون عملاً في المبيع، أو تصرفاً فيه ببيع، أو نحوه.

حكم هذا النوع من الشرط:

يتبين لنا من النصوص الواردة في هذا الشرط أن للمذهب أكثر من رأي في حكم هذا الشرط:

أحدها: وهو المشهور: أنه إذا اشترط المشتري على البائع أن يقوم بعمل في المبيع كحمله، وطحنه، أو تصرف فيه ببيع، أو نحو ذلك بطل البيع، والشرط، نظراً لما ترتب على الشرط من الجهالة في المثل؛ لأنه حينئذ يكون المثل هو السلعة، ونحو حملها لمكان معين^(١).

= «إن شرطه» أي: الشرط الذي في عين المبيع (مشتري على بائع) مثل أن يشترط في المثال (أ) على بائع السلعة له أن يحملها لمكان معين، أو يبيعه أو نحو ذلك (كان فعلهما، أو الشرط (جهلاً) أي ذا جهل بأن وقع الجهل فيه (في المثل) وهو السلعة، ونحو حملها لمكان معين، فيبطل البيع، والشرط جميعاً.

كما جاء في كتاب «الإيضاح» (٤٩/٣) ما يأتي:

«إن اشترطه (ب) المشتري على البائع كان أيضاً: غير جائز من جهة الجهل بالمثلون؛ لأنه من المبيع في هذا الوجه».

(أ) «كبيع سلعة بقبض برأ باشتراط طحنه، أو حمله لمكان معين. أو يبيعه عنه لغيره بعد استيفائه له بكيل، أو عمل آخر».

(ب) أي: الشرط الذي في عين المبيع.

(١) وقد اعترض صاحب «شرح النيل» أيضاً: على الجهالة كما فعل في الشرط الذي أدى إلى الجهالة في المثل قال: «ويبحث بأنه لا جهل فيه إلا في شرط يبيعها على حد ما مر آنفاً، إلا أن يقال: إنه لا يدري كم من السلعة المبيعة مثل للقفيز، وكم منها مثل للحمل، أو للطحن، أو نحو ذلك».

الثاني: وهو على غير المشهور أنه يجوز اشتراط مثل هذا الشرط، فقد جاء في «شرح النيل» (٤/٨٤): «وذكر المصنف في بعض مختصراته أنه إن شرط على بائع سلعة حملها لمعلوم انتقضا، أو ربا، أو ثبتاً، لجواز أجرة على معروف، أو ثبت البيع فقط - أقوال، ولو عينا للثمن كذا، وللكره جاز»^(١).

حكم العقد الفاسد الذي اشترط فيه شرط أدى إلى الجهالة:

سبق أن أوضحنا أنواع الجهالة التي تكتنف العقد بسبب الشرط، وبيننا أن المشهور في المذهب هو إبطال الشرط، والعقد.

ويترتب على إبطال العقد أنه يجب رد المعقود عليه، ولا يجوز التمسك به، ولا تقبل توبة من أي منهما إلا بعد رد ما أخذ، وليس فيه إلا رأس المال.

ويؤيد هذا ما جاء في كتاب «بيان الشرع»^(٢) في هذا الشأن حيث قال: (ص ٢٨) في هذا الشأن.

باب فيمن اشترى مجهولاً هل له التمسك به؟

وقلت: في البيوع الفاسدة والمنتقضة الداخل فيها، والعامل بها أتجزيه التوبة منه، وليس عليه ردها، فعلى ما وصفت.

فأما البيوع الفاسدة فهي لاحقة بالربا، ولا توبة لصاحبها إلا برد ذلك مع التوبة ولا يسعه إلا ذلك، وذلك في جميع ما كان من البيوع - لا يجوز فيه إلا رأس ماله.....

النوع الرابع

من البيوع المنهي عنها

شرطان في بيع، بيعتان في بيعة، صفقتان في صفقة، بيع وسلف.

(١) فالمذهب كما نرى لم يحدد موقفه من صحة، أو بطلان كل شرط تحديداً قاطعاً، وقد رأينا الآراء مختلفة في كل نوع من أنواع الشروط.

(٢) مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم (٨٣) فقه النحل الإسلامية (ص ٢٨).

الأصل في هذا النوع هو ما روي عن رسول الله ﷺ من النهي عن شرطين في بيع، وعن بيعتين في بيعة وعن صفقتين في صفقة.

ونظراً إلى أن المذهب الإباضي لا يفرق بين هذه الأحاديث من ناحية تفسيرها، وأنه يجعلها تنهى عن صور معينة تتصل بعقد البيع.

ولما كانت الصور الواردة لهذا النوع غير متجانسة وقد أوردتها المذهب في مجموعات ثلاث، فقد توخيت إيرادها تحت عناوين تفصح عن حقيقتها، ثم اتبعتها بصورة رابعة، وهذه الصور التي تندرج تحت هذه المجموعات هي:

- صفقة ترتب عليها الترديد، والتخيير بين ثمينين.
- صفقة ترتب عليها الترديد، والتخيير بين سلعتين.
- عقد اقترن بشرط يؤدي - لو صح - إلى الالتزام ببيع شيء غير المبيع.
- اجتماع سلف وبيع.

المجموعة الأولى

صفقة ترتب عليها الترديد، والتخيير بين ثمينين

ونعرض فيما يلي نص ما جاء في «شرح النيل» موضحاً عدم التفرقة بين معنى ومدلول النهي عن شرطين في بيع، وعن بيعتين في بيعة، وعن صفقتين في صفقة، كما يوضح صور المجموعة الأولى: فقد جاء فيه:

«باب في بيع بعض ما نهى عن بيعه (نهى عن شرط في بيع) مثل أن تباع شيئاً ويشترط عليك المشتري حمله إلى منزله على ما يأتي في الباب الذي بعد هذا، ودخل فيه شرطان، أو شروط في بيع، وأما قولهم: نهى (عن) شرطين في بيع، فهو ما يعبر عنه (بيعتين في بيعة) وهو أولى من التعبير بشرطين في بيع، ولم يذكر المصنف هذا التعبير اكتفاء بقوله نهى عن بيع وشرط، فإن الشرط صالح للقليل، والكثير، وبقوله بعد. وفيه شرطان في بيع، وقوله ومن معنى شرطين في بيع... إلخ. (كبيع سلعة... بدينار نقداً) يداً بيد، أو عاجلاً (أو بدينارين نسيئة) لأجل (مسمى) برضى من متبايعين على الترديد، والتخيير (لا على قطع ثمن معين، وأجل، أو نقد) أو عاجل؛ لأنه

ذكر النقد، وذكر الأجل وذكر الدينار، وذكر الدينارين، ولم يقطع البيع بخصوص، كأنه قال: إن شئت فخذها نقداً بدينار، وإن شئت فبدينارين لشهر مثلاً، وكبيعهما بدينار نقداً، أو قال بدينارين لشهر، أو بثلاثة لشهرين وهكذا...

ففي صورة النقد، والأجل إذا قام من موضعه فقد فاته الأجل، وإذا جاء الأجل، وجاء بالثمن لم يجز... والواجب تجديد بيع على تعيين، وإن قطع المشتري للبائع بواحد مما ردد فيه البائع في حينه جاز».

صور هذه المجموعة:

- باع سلعة بدينار نقداً يداً بيد، أو عاجلاً، أو بدينارين نسيئة لأجل مسمى، أو عاجلاً.

مميزات هذه الصور:

- أنها وردت في عقد البيع.

- أن المبيع سلعة واحدة.

- حدد لها ثمنان، خير أحد المتعاقدين في القبول بأحدهما نقداً، أو

لأجل معلوم...

- رضي المتعاقدان بذلك، ولم يقطعا ثمناً معلوماً، ولا اتفقا على أجل

معلوم، ولا نقد، ولا نسيئة.

- قبضت السلعة على التخير، والترديد بين الثمنين بدون تحديد

لأحدهما، ولا اتفاق على أجل معلوم، ولا نقد، ولا نسيئة.

- نرتب على هذا الترديد، والتخير وجود جهالة في الثمن والأجل.

- يمكن أن تزول هذه الجهالة إذا قطع المشتري للبائع بواحد مما ردد

فيه البائع في حينه، فإذا فعل ذلك جاز العقد، وإن لم يفعل لم يجز.

الحكم، والآثار:

اختلف فقهاء المذهب في حكم هذا العقد.

- اختار المذهب منع هذا العقد؛ لأنه لم يقع على ثمن معين، ولا على

أجل مقطوع به، فإذا تقابض المتبايعان السلعة، والثمن، وجب الرد، فإن

أدركت^(١) السلعة ردت لصاحبها، وإن تلفت، وهي في يد المشتري، دفع قيمتها لبائعها يوم أتلّفها إن كانت من ذوات القيم، والقول قول مشتريها مع يمينه في صفتها، وإلا فمثلها إن كانت من ذوات الأمثال، وإن لم يكن المثل فالقيمة، وإن تعذر التقويم، والمثل، فقول المشتري مع يمينه.

- وقيل: إن البيع فاسد، وإنها إن تلفت فلصاحبها أقل الثمنين، وهو ضعيف؛ لأنها تلفت لا على بيع منقطع.

- وقيل: إن البيع جائز في الصور كلها، واختاره في المنهاج، وعلى ذلك فهل يحكم بأدنى الأجلين وأعلى الثمنين، وهو مروى عن أبي عبيدة، أو بأقلهما، وأبعد الأجلين، أو بأقربهما، وأقل الثمنين، أو بأكثرهما، وأبعد الأجلين، خلاف.

وقد رجح صاحب كتاب «الإيضاح» (٤٣/٣) الرأي الأول فقال: والرأي الأول عندي أصح في باب الحجة، وأما من قال: بأبعد الأجلين، وأكثر الثمنين، فإنه أجاز البيع، والشرطين، ومن قال: بأقل الثمنين (وأقرب الأجلين) فإنه أجاز البيع، وأبطل الشرط، ومن قال: بأقل الثمنين وأبعد الأجلين؛ فإنه أجاز البيع، والشرط الواحد وأبطل الشرط الثاني في زيادة الثمن، ومن قال بأقرب الأجلين وأكثر الثمنين؛ فإنه أجاز البيع وأبطل الشرط في الأجل دون الثمن، وهؤلاء كلهم اتفقوا على إجازة البيع.

المجموعة الثانية

صفة ترتب عليها الترديد، والتخير في السلعة

صور هذه المجموعة:

وهو تدور حول الصيغة الصادرة من البائع أو المشتري والتي تؤدي إلى ذلك:

صورة إيجاب صدر من البائع. كما لو قال: بعتك هذه السلعة بدينار، أو هذه بدينارين، أو إن شئت فخذ هذه بدينار، وإن شئت فخذ هذه بدينارين.

(١) بالبناء للمجهول.

صورة إيجاب صدر من المشتري:

كما لو قال المشتري: اشتريت هذه دينار، أو هذه بدينارين.

وهكذا في جميع الصور التي يردد فيها البائع، أو المشتري بين سلعتين فصاعداً (بأو وما أشبهها) كبيع هذه دينار، أو هذه بدينارين، أو هذه بدينارين، أو هذه بثلاثة أو هذه بدينار على ألا يعطي له نفس الدينار، بل على أن يعطي له فيه سلعة كذا، أو غيرها من العروض، والأموال، أو على أن يعطي له نفس الدينار، ثم يرده له بسلعة، أو غيرها، سواء عين له الكمية من السلعة. أو غيرها أو لا^(١).

وما أوردناه آنفاً من تحليل الصيغة التي ترتب عليها الترديد، والتخيير في الثمن، ينطبق على هذه الصورة، غير أن الترديد، والتخيير في هذه المجموعة ليس في الثمن، ولكنه في السلعة، فهنا سلعتان، أو أكثر، ولكل سلعة ثمن معين، أو جب فيها المتعاقد البيع مخيراً الطرف الآخر في قبول؛ أي: سلعة شاء بالثمن الذي حدده، وقبل الطرف الآخر، وهذه الصور، وما شابهها تدخل في معنى شرطين في بيع، أو بيعتين في بيعة، أو صفقتين في صفقة، وثاني التسميات أولى.

ومثل ذلك لا يجوز للجهل بالثمن، والمثمن.

المجموعة الثالثة

شرط يؤدي إلى الالتزام ببيع شيء غير المبيع

صور هذا الشرط:

وذلك كأن يبيع شخص لآخر شيئاً بشرط أن يبيع الآخر له مثله.

حقيقة هذا الشرط:

في هذه الصورة اشتملت صيغة عقد البيع على شرط يؤدي لو صح إلى الالتزام بأن يبيع الطرف الآخر له مثل الشيء المبيع.

(١) «شرح النيل» (٤/٧٩ - ٨٠).

- والمراد بالمثل المثل في كونه مملوكاً له، وأنه مما يجوز بيعه، سواء اختلفا نوعاً، أو كمية، أو ذاتاً، أو قيمة^(١). وهذا الشرط يؤدي إلى اجتماع بيعتين في بيعة، أو صفقتين في صفقة، وهو في معنى شرطين في بيع، ولما كان الواضح في هذه الصورة أن العقد قد اشتمل على شرط واحد لا شرطين حاول صاحب «شرح النيل» تفسيره بشرطين بقوله: لما عقد البيع على بيع آخر، كان كل منهما طالباً لسلعة الآخر، أو شيئه، فكان كل قد اشترط، وإن عقد على أن يبيع البائع له شيئاً آخر أيضاً، فكل قد تكلف شيئاً آخر غير ما يباع أولاً^(٢)، إلا أنه مع هذا، فإنه يجعل التسميتين الأوليين أولى، وهذا واضح تمام الوضوح، وإلا فكل شرط في عقد هو بهذا التفسير يؤدي إلى شرطين في عقد. ودفعاً لهذا المفهوم نجد أن المذهب يوضح موقفه قائلاً: «واعلم أنه إذا كان الشرط غير بيع مثل أن يقال: بعت لك هذه السلعة بكذا على أن تخدم لي كذا لم يكن من شرطين في بيعة، ولا من بيعتين في بيعة، ولا من صفقتين في صفقة. بل من بيع، وشرط، وسيأتي^(٣).

حكم هذا النوع من الشرط:

للمذهب ثلاثة أقوال في الشرط الذي يؤدي إلى الالتزام ببيع شيء غير المبيع.

(١) جاء في «شرح النيل» (٧٧/٤ - ٧٨): «ومن معنى شرطين في بيع، وبيعتين في بيعة، وصفقتين في صفقة، وهاتان التسميتان أولى.. (أن يبيع أحد شيئاً لآخر على أن يبيع هو) أي: الآخر (له مثله). أراد بالمماثلة في كونه مملوكاً لصاحبه وكونه جائزاً بيعه (فدخل في ذلك ما إذا كان أحدهما عرضاً والآخر أصلاً. وما إذا كانا أصليين، أو عرضيين مختلفين وما إذا اتفقا نوعاً، واختلفا كمية كغلام وغلّامين أو ذاتاً كغلام صغير، وغلّام كبير، أو قيمة كغلام يسوى مائة، وغلّام يسوى مائتين، وسواء اتفقا على قيمة كل أو لا.

وزعم بعضهم أنه لا يسمى بشرطين في بيع إلا إذا اتحدا نوعاً، وإن باع له شيئين أو أكثر على أن يبيع هو له شيئاً، أو أكثر، ونحو ذلك من المخالفة في العدد لم تخرج عن تلك التسميات على الصحيح، وقيل: يسمى شرطين في بيع، وكذا إن باعه على أن يبيع له أيضاً هو لا المشتري» «شرح النيل» (٧٨/٤).

(٢) نفس المرجع (٧٨/٤ - ٧٩).

(٣) «شرح النيل» (٨٠/٤).

الأول: هذا البيع ممنوع فيبطل البيع، والشرط، ولا سيما إن اتحد الجنس. فقد يقال: إنه تدرع إلى الربا، جنس بجنس نسيئة، وما بينهما من ثمن هو حيلة.

الثاني: أنه يجوز، ويثبت على متامة وإجازة بعد الكلام الأول الواقع بينهما، حيث يقع البيعان فيبطلانهما بالنية، أو مع اللفظ على الشرط الأول، ويجيزانهما لا على الشرط، أو يقع البيع الأول فيبطلان فيه الشرط، ويوقعان الثاني بلا نية الشرط. وإن لم يتم ذلك فسدا.

الثالث: أنه يجوز، ويثبت على إبطال الشرط، فإن شاء المشتري لم يبع له (فيما لو شرط أن يبيع له المشتري شيئاً، وكذا إن شرط البائع، أو المشتري أن يبيع للمشتري شيئاً آخر فله ألا يبيع).

هذا إذا بينا ثمن البيع الثاني أولاً، أما إذا لم بينا ذلك كان فيه قولان فقط: بطلان البيع الأول والثاني، وبطلان الثاني، إذ لا يصح الجبر على ثبات بيع لم يذكر فيه ثمن.

نظرة عامة على هذا النوع من الشرط:

أولاً: الواضح من تحليل المذهب لهذه الصور أنه يرى حمل حديث النهي عن شرطين في بيع على أمر آخر غير ما هو متبادر من مفهومه، فمفهومه أن يشترط المتعاقد شرطين في العقد كطحن الدقيق، وخبزه مثلاً، أما المذهب، فإنه جعل مفهوم النهي عن شرطين في بيع كمفهوم النهي عن بيعتين في بيعة وعن صفقتين في صفقة، وأورد لذلك الصور المتقدمة التي احتوت الصفقة فيها على التخيير في الثمن، أو في المثل، وأخيراً اشتراط بيع شيء غير المبيع.

ثانياً: أن المذهب يرى تخصيص مفهوم هذه الأحاديث الثلاثة بصور معينة، أما اشتراط خدمة العبد المبيع مدة كذا، فإنه لا يدخل في هذا المدلول مع أن اشتراط ذلك يؤدي إلى اجتماع عقد بيع، وعقد إجارة، فيكون صفقتين في صفقة، أو بيعتين في بيعة - لأن الإجارة بيع منافع، ولكن المذهب لا يرى إدخال مثل هذا في حكم هذه الأحاديث، وذلك لأن الذي يدخل في حكمها

هو الشرط المتضمن عقد بيع، أما إذا كان يتضمن غير ذلك - كاشتراط خدمة العبد مدة كذا - فإنه يدخل في حديث النهي عن بيع وشرط، وقد أوردنا آنفاً النص الدال على هذا (المجموعة الثالثة).

ثالثاً: المذهب يرى أن النهي عن شرطين في بيع، وعن بيعتين في بيعة، وعن صفقتين في صفقة، إنما هو لما يترتب على اجتماع ذلك في العقد من جهالة في الثمن، أو في المثل. فإن زالت الجهالة بأن قطع المشتري للبائع بواحد مما ردد فيه البائع في مجلس العقد جاز.

رابعاً: أننا في المجموعة الأولى: «صفقة ترتب عليها التردد في الثمن» وجدنا خلافاً في المذهب في صحة البيع والشرطين، ومن علماء المذهب من قال: بصحة البيع والشرطين.

خامساً: التردد، والتخير في الثمن، والسلعة، بعيد عن مبحث الشرط؛ لأن الشرط يقال: لأمر عارض مستقبل معدوم على خطر الوجود.

فهل هذا النوع منه؟ الواقع أننا لسنا أمام أمر عارض، «وإنما نحن أمام أمر أصلي: صيغة احتوت على عرضين أحدهما بثمن كذا، أو بهذه السلعة، والآخر بثمن آخر، أو سلعة أخرى، وقبل الطرف الآخر ذلك، ثم يلي هذا مرحلة الاختيار لأي من الصفقتين فليس هناك أمر عارض، أو أمر زائد؛ لأنه حين يختار إنما يعتمد على هذه الصيغة.

والمبطلون لهذا إنما أبطلوه لا لوجود شرط، بل لعدم استقرار العقد وقت صدوره على سلعة معينة، أو ثمن معين، أو أجل معلوم. فإبطاله للجهالة التي ترتبت على صيغة العقد، وليس لوجود شرط، ولفساد هذه الصيغة لا لفساد الشرط؛ لأنه ليس هناك شرط بدليل أنه لو قبل في مجلس العقد إحدى الصفقتين تم العقد، وكان صحيحاً.

أما الصورة الثالثة «باعه بشرط أن يبيع له مثل الشيء المبيع» فهذا شرط حقيقة، وقد ترتب عليه اجتماع بيعتين في بيعة... أو صفقتين في صفقة، أو شرطين في بيع - حسب اصطلاح المذهب -.

المجموعة الرابعة

اجتماع سلف، وبيع

جاء في كتاب «الإيضاح» (٣/٣٥):

«وأما بيع وسلف، فهو أن يقول الرجل لصاحبه: أبيعك هذه السلعة بكذا وكذا درهماً، على أن تسلفني كذا، وكذا؛ لأنه لا يؤمن أن يكون باعه السلعة بأقل من ثمنها لأجل القرض، وكذلك إن قال له: أسلفك كذا وكذا على أن تشتري به مني هذه السلعة، فكلها سواء لا يجوز؛ لأنه لا يؤمن في هذه الوجوه أن يكون باعه السلعة بأكثر من ثمنها لأجل القرض، والله أعلم».

ومن هذا النص يتبين لنا أيضاً: أن المذهب يرى عدم جواز اجتماع البيع، والسلف، وذلك لما روي من أن النبي ﷺ قال: «لا يصلح سلف وبيع، ولا يصلح شرطان في بيع...» والسلف هو القرض في لغة العرب^(١)، وقد صور المذهب اجتماع البيع، والسلف في صورتين:

الأولى: أن يقول الرجل لصاحبه أبيعك هذه السلعة بكذا وكذا درهماً على أن تسلفني كذا وكذا.

الثانية: أن يقول الرجل لصاحبه أسلفك كذا، وكذا، على أن تشتري به مني هذه السلعة.

ففي الصورة الأولى كان البيع أصلاً، والسلف شرطاً، وفي الثانية كان السلف أصلاً، والبيع شرطاً، وفي كلاهما لا يجوز، خوفاً من استغلال أحدهما لحاجة الآخر، مما يترتب عليه بيع السلعة بثمن أقل في مقابل السلف في الصور الأولى، أو بأكثر في الصورة الثانية لأجله أيضاً، فيكون قرصاً جر نفعاً، فلا يجوز.

(١) «جامع ابن بركة» (ص٤١٦).

القسم الثاني

شروط باطلة لا تبطل العقد

ويشمل هذا القسم نوعين من الشرط:

النوع الأول: شرط يخالف المشروع.

النوع الثاني: شرط لا يحل تملكه للبائع (شرط ينافي مقتضى العقد).

النوع الأول

شرط غير مشروع

صورته:

وقد مثلوا له بما لو باع شخص أمة، واشترط على المشتري أن يكون ولاؤها للبائع بعد عتقها.

حقيقته، وحكم اشتراطه:

ونظراً إلى أن هذا الشرط يخالف نصاً شرعياً، وهو قوله - عليه الصلاة والسلام - في خبر بريرة: «الولاء لمن أعتق» فإنه يسقط، ويصح العقد «فإذا اشترط شخص الولاء للبائع كان هذا الشرط باطلاً، ويكون الولاء للمشتري إذا أعتقها؛ لأن لحمة الولاء كلحمة النسب - كما في الحديث - واللحمة القرابة، فلا ينتقل حكمه ببيع، أو هبة، أو غيرهما، كما لا ينتقل حكم النسب، فكما لا يصح أن تبيع قرابتك من زيد لبكر مثلاً، أو تهبه إياها، أو تنقلها إليه بوجه ليرثه مكانك، فكذلك الولاء إنما هو لمن أعتق، أو عصبت، وقد اشترت عائشة بريرة لتعتقها، واشترط البائع ولاءها، فقال ﷺ: «الولاء لمن أعتق» وأجاز البيع، وأبطل الشرط، فلا دليل فيه لمن أبطل الشرط مطلقاً؛ لأن الشرط أحل حراماً، إذ الولاء لا يباع، ويبيعه حرام^(١).

(١) «شرح النيل» (٤/٨٢).

النوع الثاني

شرط لا يحل تملكه للمتصرف

شرط ينافي مقتضى العقد

نبين فيما يلي الصور التي أوردها المذهب^(١) لهذا النوع من الشرط ثم نبين حقيقة هذا الشرط، وحكم اشتراطه في العقد، والدليل الذي استند إليه المذهب.

صور للشروط التي تنافي مقتضى العقد:

وهذا النوع من الشروط أورد لها المذهب صورتين:

أولاهما: شروط تؤدي إلى المنع من تصرف أو انتفاع، عام، أو خاص، في محل العقد: وذلك كما لو باع داراً، واشترط على المشتري ألا يخرجها من ملكه، أو لا يستعملها إلا في كذا، وكذا، أو باع جارية بشرط ألا يطأها المشتري، أو لا يتسراها، أو لا يبيعها، أو لا يهبها، أو لا يستخدمها، أو لا يفعل شيئاً من ذلك^(٢) أو باع داراً، وشرط على المشتري ألا يسكنها، أو باع دابة وشرط على المشتري ألا يركبها.

(١) في كتاب «الإيضاح» (٤٨/٣) ما يأتي:

«الثاني فيما لا يحل تملكه للبائع فإنه باطل والبيع جائز، قياساً على ما في حديث بريرة، وكذلك قالوا لو اشترط البائع على المشتري ألا يخرج من ملكه أو يبيعه لفلان، أو أن يهبه لفلان، أو أن يهبه له، أو لا يستعمله إلا في كذا وكذا، فهذا كله باطل؛ لأنه لا يحل له منعه مما يجوز له، لقوله ﷺ: «المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً» وجاء في «الحاشية» تعليقاً على ما تقدم ما يأتي:

«قوله الثاني فيما لا يحل تملكه... إلخ، الأليق بالمقابلة أن يقول مثلاً: الثاني ما لا منفعة فيه للبائع ككونه لا يحل تملكه إلخ. ويشمل ما أدخله في التشبيه في قوله بعد، وكذلك... إلخ. وقد يقال إنما عدل عن ذلك؛ لأن ما ذكر قد توجد فيه منفعة للبائع.

«قوله أحل حراماً... إلخ. أي: بالشرع، وكذلك في التحرير، وإلا فجميع الشروط فيها تحليل وتحريم».

ويراجع أيضاً: «شرح النيل» (٨٥/٤ - ٨٦).

(٢) «شرح النيل» (٨٥/٤ - ٨٦).

والثانية: شروط تؤدي إلى إيقاع تصرف معين في المعقود عليه: ومن أمثلتها ما إذا باع داراً وشرط على المشتري أن يبيعها لفلان، أو يهبها لفلان. أو باع داراً وشرط على المشتري إن يهبها له. أو باع شيئاً وشرط على المشتري أنه إن باعه المشتري فهو للبائع بذلك الثمن.

حقيقة هذا الشرط:

تتميز هذه الشروط بما يلي:

- أنها شروط في نفس المبيع - بمعنى أنها تدور حول التصرف في المبيع، أو عدم التصرف فيه، أو الانتفاع به انتفاعاً مفيداً، أو عدم الانتفاع به.

أن الشرط قد صدر من البائع. وأنه قد يكون فيه منفعة للبائع. وأنه لا يحل تملكه له، وأنها شروط تنافي مقتضى العقد؛ لأن العقد يثبت للمالك حرية التصرف في محل العقد، ومثل هذا الشرط يمنع، أو يقيد، من حرية المالك، أو يلزمه بتصرف معين، وكل هذا ينافي ما رتبته الشارع على العقد من أحكام وآثار، فهو شرط ينافي مقتضى العقد.

حكم هذا الشرط:

يقرر المذهب أن اشتراط هذا الشرط في العقد باطل، والعقد معه^(١) صحيح، وذلك قياساً على ما في حديث بريرة حيث أبطل رسول الله ﷺ شرط الولاء، وأجاز البيع.

وكذلك نظراً إلى أن هذا الشرط يعطي للبائع الحق في منع المشتري من التصرف المشروع له في ملكه، فقد أفضى هذا الشرط إلى تحريم الحلال، وحديث رسول الله ﷺ: «المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً» يمنع مثل هذا الشرط.

(١) وقيل: يبطل الشرط والعقد، يراجع: «شرح النيل» (٨٦/٤) حيث جاء فيه: «ومن باع شيئاً على ألا يبيعه المشتري أو لا يعطى منه بطل الشرط وحده أو هما واختيراً، قولان».

إلا أن بعض علماء المذهب قد اعترض على هذا، وذكر أن المراد بالحلال، والحرام ما كان كذلك بأصل الشرع دون توسط العقد، وإلا فإن جميع الشروط تؤدي إلى تحليل، أو تحريم، ولم يقل أحد بطلانها جميعاً.

آثار هذا الشرط:

يصرح المذهب - كما جاء في «شرح النيل» (٨٦/٤) - بما يترتب على إبطال هذا الشرط فيقول:

«وإن قال: أبيع لك على ألا تبيعه لفلان، فإن ترك له شيئاً من الثمن على ألا يبيعه لفلان، فباعه، رد ما ترك له. اهـ».

وبذلك نرى أن المذهب حين أبطل الشرط، وصحح العقد، قضى برد ما نقص من الثمن في مقابل هذا الشرط. أو بعبارة أخرى: قضى برد عوض هذا الشرط الذي لم يتحقق ولم يتمكن من الوفاء به لعدم صحته.

نظرة عامة على المذهب الإباضي

بعد دراستنا لآراء المذهب الإباضي في الشروط المقترنة بالعقد يبرز لنا:

أولاً - الأصل في الشروط الفساد:

يمكننا أن نقول: إن المذهب يسير على أن الأصل في الشروط الفساد إلا ما دل دليل على جوازه، وذلك لأنه لم يصحح من الشروط إلا ما جاء به نص، كما فعل في صحة شرط الرهن في البيع استناداً إلى ما روي من رهنه عليه السلام درعه إلى يهودي اشترى منه طعاماً، وصحة استثناء بعض منفعة المبيع لمدة معلومة استناد إلى حديث جابر رضي الله عنه وأبطل باقي الشروط، إما للجهاالة، أو لمخالفتها للمشروع، أو لمنافاتها لمقتضى العقد.

ثانياً - الأحاديث التي اعتمدها المذهب في هذا المبحث:

اشتملت كتب المذهب الإباضي على الأحاديث الآتية في مبحث

الشرط:

«المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً»^(١). ما روي من طريق أبي رافع أن النبي ﷺ استجاب لشروط اليهودي ألا يبايعه، ولا يسلفه إلا برهن، فرهنه ﷺ درعه الحديد، وحديث جابر ﷺ، وحديث بريرة ﷺ.

كما أضاف حديثاً آخر وهو: «ما روي من أن تميماً الداري باع داراً، واشترط سكنها، فأبطل النبي ﷺ البيع والشروط معاً لجهل الشرط»^(٢). وفي رواية، واشترط سكنها سنة» وهذه الرواية تعارض الرواية الأولى، كما تعارض ما دل عليه حديث جابر ﷺ وسيأتي تحقيق هذا عند المقارنة بين آراء المذاهب. وأحاديث: «النهي عن بيع وشروط» و«النهي عن شرطين في بيع» و«النهي عن بيعتين في بيعة» و«النهي عن صفقتين في صفقة».

وهذه الأحاديث قد أخذ بها فقهاء أهل السنة، وغيرهم، عدا حديث تميم الداري، فإني لم أعر عليه إلا في كتب المذهب الإباضي، والظاهرية، كما أنني لم أجد ترجيحاً لإحدى الروايتين، غير أن المذهب يستدل به على إبطال الشرط والعقد عند وجود الجهالة، كما يستدل بحديث جابر على صحة استثناء بعض منفعة المعقود عليه لمدة معلومة، وفي هذا العمل ترجيح لرواية: «واشترط سكنها» على رواية: «واشترط سكنها سنة».

وقد استدل المذهب على صحة اشتراط الرهن بحديث أبي رافع، وعلى صحة استثناء بعض منفعة المبيع لمدة معلومة بحديث جابر، وحديث المسلمون عند شروطهم، كما استدل على إبطال الشرط لمخالفته للمشروع، أو لمنافاته لمقتضى العقد بحديث بريرة ﷺ واستدل على إبطال الشرط الذي يؤدي إلى الجهالة بباقي الأحاديث.

ثالثاً - الإغراق في مدلول الجهالة:

أغرق المذهب الإباضي في مدلول الجهالة، فأبطل بها كثيراً من الشروط، كما أبطل العقود التي اقترنت بها (على الأرجح) ..

(١) «شرح النيل» (٨٢/٤).

(٢) «شرح النيل» (٨٣/٤): «جامع ابن بركة» (ص ٤١٥)، وكتاب «الإيضاح» (٤٥/٣).

المتعاقدين يكون طالباً لسلعة الآخر، فكل منهما قد اشترط على الآخر بيع سلعته، إلا أن الأولى تسميته بيعتين في بيعة أو صفقتين في صفقة.

أما لو اقترن العقد بشرط غير بيع كاشتراط سكنى الدار المباعة مدة معلومة، فإنه لا يكون في معنى شرطين في بيع، ولا بيعتين في بيعة، ولا صفقتين في صفقة، وإنما يكون من بيع، وشرط.

خامساً: يفرق المذهب بين عقود المعاوضات، وعقود التبرعات، من حيث إبطال الشرط المنافي لمقتضى العقد، وصحة العقد في الأولى، ولزوم الشرط، وصحة العقد في الثانية.

ومن عقود المعاوضات غير المالية عقد النكاح:

فإن اشترط فيه شرط ينافي مقتضى العقد بطل الشرط، وصح العقد:

جاء في «شرح النيل» (١٧٨/٣): «باب - في الشرط - إن شرط متزوج عليها عند العقد أن تنفقه، وتكسوه، أو لا يفعل لها ذلك - أو شرطت عليه لا يملك طلاقها - فيكون لا يصح طلاقه حتى تجيز - أو لا يجامعها - مطلقاً أو إلا في ليل، أو نهار، أو اشترط أن تلد، أو ألا تلد وأنها بكر، أو ثيب، أو غنية... أو لا ترثه، أو يعزل عن الجماع، أو الإصداق لها، أو اشترطت متى شاءت فارقت، أو متى ادعت الطلاق صدقت، أو أن كل امرأة تزوج عليها فطلاقها بيدها، أو إذا تزوجها فهي طالق، أو إذا تسرى فهي حرة، أو أن رأيها مقدم في الجماع، أو خروج منزله، أو غير ذلك... بطل الشرط عند الله وفي الحكم... ولزم النكاح، وعليه نفقتها، وكسوتها، وسكناها... وطلاقها بيده مع شرط ألا يملكه... وله وطؤها متى شاء إلا في حيض، أو نفاس، وإن شرطت عليه ألا ينقلها من بلدها، أو يكون طلاقها معلقاً لمعلوم كنكاح، أو تسر عليها، أو غيبة حولين.

أما عقود التبرعات:

فإنه لا يبطلها الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، بل يلزم الشرط، ويصح العقد - كما في الهبة - حيث يجوز عند الإباضية اشتراط ما ينافي مقتضى عقد الهبة كما في اشتراط ما يلي:

(أ) المنع من التصرف في الشيء الموهوب:

جاء في «شرح النيل» (٦/٦٣): «وفي الديوان إن قال: إنما وهبته لك على ألا تبيعه، ولا تهبه، فمدع، أي: فلو بين لكانا على الشرط، ولا بأس بذلك، ويحتمل أنه لو بين لبطلت الهبة، وهو قول، وقيل: صحت، وبطل الشرط، وهذا الثالث لا يحتمله كلام الديوان... وإن قال: إنما وهبت لك على أن ترده لي إذا أردت، أو على أن تحرره لي، فالقول: قول الموهوب له».

(ب) اشتراط عمل معين:

جاء في «شرح النيل» (٦/٦٣): «من وهب شيئاً، وشرط أن يفعل له كذا، ولم يفعل له حتى مات هو أو الموهوب له بطلت الهبة، وله أن يرجع ما لم يفعل له الشرط، وقد مر الخلاف في الهبة والشرط، وقد أعطت امرأة ولدها مالاً على أن يكفر عنها يميناً، فقال محمد: إن لم يكفر حتى ماتت بطلت الهبة...».

ولعل المذهب حين يفرق في الحكم بين عقود المعاوضات، وعقود التبرعات، يرى أن حديث النهي عن بيع وشرط هو بخصوص عقد البيع، ومثله عقود المعاوضات، أما عقود التبرعات، فإنها لا تدخل في حكم هذا الحديث، بل تدخل في عموم الآيات، والأحاديث الدالة على الوفاء بالعقود، والشروط.

تقسيم العقود

العقد الصحيح، وغير الصحيح

في الفقه الإسلامي

ونظراً إلى أن الفقهاء قد اختلفوا في مدلول العقد غير الصحيح فالأحناف، والزيدية يجعلونه في قسمين فاسد، وباطل. وأما جمهور الفقهاء فيرونه نوعاً واحداً، إن شئت أطلقت عليه فاسداً، وإن شئت قلت باطلاً - فإننا نعرض فيما يلي هذا الخلاف وآثاره، ثم نتبعه ببيان موجز عن أقسام العقد الصحيح وذلك للحاجة إليه في التعرف على الآثار التي تترتب على القول بفساد العقد أو بطلانه.

(١) التقسيم عند الجمهور^(١):

ينقسم العقد عند الجمهور إلى صحيح - وباطل (فاسد):

١ - العقد الصحيح: هو ما استجمع أركانه، وشرائطه على وجه تترتب عليه آثاره الشرعية، فعقد البيع. أركانه - الصيغة، والعاقدان، والمعقود عليه - ولكل ركن منها شروط يجب استيفاؤها حيث لا بد في الصيغة من وضوح الدلالة على المقصود، وتوافق الإيجاب، والقبول... ولا بد أن يكون العاقد أهلاً للتعاقد، كما أنه يلزم أن يكون محل العقد قابلاً لحكم العقد بأن يكون مالاً متقوماً. إذا استوفى العقد أركانه، وشرائطه، ترتبت عليه إثارة الشرعية، ولزم الوفاء به، سواء أكان ترتبها فور صدور العقد، كما في «العقد المنجز»، أم كان متراخياً عنه إلى زمن معين (كالعقد المضاف) أم إلى حدوث أمر معين (كالعقد المعلق).

حكمه:

هو عقد موجود منتج لآثاره التي رتبها الشارع عليه.

٢ - العقد الباطل، أو الفاسد:

وهو ما لا يرتب الشارع عليه آثاره، سواء أكان السبب في عدم ترتب الآثار يرجع إلى: اختلال ركن من أركان العقد، كما إذا كانت صيغة العقد غير دالة عليه، أو لم يوافق القبول الإيجاب، أم كان المتعاقد غير أهل لهذا التعاقد... كالصبي، والمجنون - أم كان المحل غير قابل لحكم العقد، كالميتة، أم كان الخلل راجعاً إلى وجود وصف في العقد نهى عنه الشارع - كما في النهي عن بيعتين في بيعة، أو ما يؤدي إلى الغرر، فمثل هذا العقد يسمى فاسداً، أو باطلاً^(٢).

(١) يراجع: «المحلى» لابن حزم (٤٢١/٨) فقد ساق أدلة الجمهور، وأخذ يفند رأي

الحنفية ومن وافقهم في الآثار التي تترتب على فساد العقد.

(٢) جاء في «الأشباه والنظائر» للإمام جلال الدين السيوطي الشافعي (ص ٢٨٦) ما يأتي:

«القاعدة الرابعة: الباطل، والفاسد عندنا مترادفان، إلا في الكتابة، والخلع،

والعارية، والوكالة، والشركة، والقراض» وفي العبادات في الحج، فإنه يبطل بالردة، =

(ب) التقسيم عند علماء الحنفية^(١)، والزيدية:

ينقسم العقد عندهم إلى ثلاثة أقسام: صحيح. باطل. فاسد:

١ - العقد الصحيح: هو بعينه العقد الصحيح عند الجمهور.

٢ - العقد الباطل: هو ما اختل أحد أركانه، أو شرائطه المعتبرة شرعاً

في حق الحكم. فإذا كانت صيغة العقد غير واضحة الدلالة على العقد، أو لم يصدر قبول، أو لم يوافق القبول الإيجاب أو كان المتعاقد غير أهل للتعاقد بأن كان غير مميز، أو كان محل العقد غير قابل لحكمه بأن لم يكن مالاً متقوماً، كما لو كان المبيع ميتة، أو خمراً، أو خنزيراً ففي هذه الصور، وأمثالها يكون العقد باطلاً، لاختلاف أحد أركانه، أو شروطه المعتبرة شرعاً في حق حكم العقد.

حكمه:

العقد الباطل عقد غير منعقد، ولا وجود له شرعاً، ولذلك لا يترتب عليه شيء من آثار العقد الصحيح، ومن ثم عرفوه بأنه ما لا يكون مشروعاً بأصله، ولا بوصفه. وقالوا أيضاً: إنه ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة.

العقد الفاسد:

حقيقته:

أما إذا كانت أركان العقد، وشرائطه المعتبرة شرعاً في حق الحكم سليمة، ولم يصبها خلل، غير أن الخلل قد طرأ على العقد من ناحية عدم سلامته من صفة نهى الشارع، عنها، فإن العقد حينئذ يكون فاسداً وذلك كما لو باع شخص داره بألف جنيه بشرط أن يقرضه المشتري كذا، فقد استوفى العقد أركانه، وشرائطه المعتبرة، ولكن لما اقترن بالعقد وصف منهى عنه، وهو اشتراط منفعة زائدة لأحد المتعاقدين، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط، كما نهى عن سلف وبيع، كان العقد فاسداً.

= ويفسد بالجماع، ولا يبطل... وأشار إليه الشريبي في حاشيته «مغني المحتاج على متن المنهاج» (٤/٥٣٣).

(١) والزيدية راجع «التاج المذهب» (٢/٤٥٣).

ويتبين مما تقدم أن هذا العقد من حيث أركانه، وشرائطه، صحيح مشروع، ومن ناحية الصفة التي اقترنت بالعقد أصبح معيباً غير مشروع، ولذلك قال فقهاء الحنفية في تعريف العقد الفاسد: «إنه ما شرع بأصله لا بوصفه» «أو ما كان مشروعاً في نفسه، فائت المعنى من وجه، لملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال، مع تصور الانفصال في الجملة» ففي المثال المتقدم العقد مشروع في نفسه غير أنه لازمه وصف غير مشروع، ويمكن أن يتصور العقد بدون هذا الوصف المنهي عنه، كما لو كان العقد منجزاً، أو اقترنت بشرط صحيح كأجل معلوم، أو رهن معين... فيمكن أن يتصور انفصال هذا الوصف الذي أفضى إلى الفساد عن العقد.

حكم العقد الفاسد:

العقد الفاسد ينعقد موجباً للملك إذا اتصل به القبض، وهو عقد يستحق الفسخ. وتحدث عن الحالتين^(١):

(أ) العقد الفاسد إذا كان فيه عوضان كل منهما مال، واتصل به القبض، وكان القبض بإذن من البائع، أو في مجلس العقد تم العقد، وترتبت عليه آثاره، فإن كان بيعاً ملك المشتري المبيع، ولزمته قيمته إن كان قيمياً، أو مثله إن كان مثلياً.

(١) «فتح القدير» لابن الهمام (٢٣١/٥ - ٢٣٢):

«وجاء في «المبسوط» للسرخسي (٢٤/١٣) ما يأتي: «أن العقد الذي يصدر فاسداً يتأخر الحكم فيه إلى وقت انضمام ما يقوم إليه، وهو القبض كعقد التبرع؛ ولأنه لو ثبت الملك قبل القبض يثبت بغير عوض، فإن المسمى لا يجب للفساد، والضمان لا يجب إلا بالقبض، فلهذا تأخر الملك إلى ما بعد القبض...»

وليس من ضرورة الفساد انعدام العقد شرعاً، كالإحرام يفسد بالجماع، ويبقى أصله، والطلاق في حالة الحيض حرام شرعاً، ويكون مفيداً بحكمه، والظهار حرام شرعاً ثم ينعقد موجباً حكمه.

والدليل عليه أن المقبوض يصير مضموناً، والضمان إنما يجب بطريق الجبر، أو بالعقد، وهنا وجوب الضمان ليس بطريق الجبر؛ لأنه يقبضه بإذن المالك، فعرفنا أن وجوب الضمان بالعقد...»

ويراجع «الصنائع» (٣٠٠/٥) وما بعدها.

وهذا الملك يعطي للمشتري الحق في التصرف في المبيع تصرفاً ليس فيه انتفاع بعين المبيع كبيعه، أو هبته، أو التصديق به، أما الانتفاع بعين المبيع كأكله إن كان طعاماً، ولبسه إن كان ثوباً، أو ركوبه إن كان دابة، فالصحيح أنه لا يحل؛ لأن الملك الذي يثبت بهذا المبيع ملك خبيث يجب رفعه، وفي الانتفاع به تقرير للفساد.

(ب) العقد الفاسد عقد يستحق الفسخ:

وذلك لأنه عقد منهي عنه، فالواجب رفع هذا الفساد ودرء المعصية المترتبة على مباشرته.

من يثبت حق الفسخ؟

ويثبت حق الفسخ لكل من المتعاقدين؛ فلا ي منهما الحق في فسخ هذا العقد قبل القبض، وكذا بعده إذا كان باقياً على الصفة التي كان عليها قبل القبض، ولم يتصرف فيه بتصرف يعلق به حقاً للغير.

طريقة الفسخ:

ويكون الفسخ بأحد طريقتين: وذلك لأنه إما أن يكون التعبير عن إرادة الفسخ بالقول، أو يكون بالفعل^(١):

فإن كان التعبير بالقول، فذلك مثل أن يقول أحد المتعاقدين للآخر: فسخت هذا العقد، أو رددته، أو نقضته، أو نحو ذلك، وبهذا يفسخ العقد، ويكون فسخاً في حق الناس كافة؛ لأن هذا العقد قد استحق الفسخ حقاً لله تعالى رفعاً للفساد، سواء أكان قبل القبض أم بعده.

ويكون بالفعل، كأن يرد المشتري المبيع إلى بائعه على أي وجه كان الرد، سواء ببيع، أو هبة، أو صدقة، أو إعارة، فإنه يكون فسخاً، ويقع هذا الرد عن جهة الاستحقاق.

ويشترط لصحة الفسخ أن يكون بحضور المتعاقد الآخر - عند أبي حنيفة، ومحمد - وعند أبي يوسف لا يشترط حضوره.

(١) «بدائع الصنائع» للكاساني (٣٠٠/٥).

ما يبطل به حق الفسخ، ويلزم البيع، ويتقرر الضمان:

يبطل حق الفسخ بالإبطال، كقوله: أبطلت، أو أسقطت، أو أوجبت البيع، أو ألزمته. أو بأن يتغير المبيع، كما لو كان المبيع ثوباً فقطعه المشتري، وخاطه قميصاً، أو بطنه، وحشاه، أو كان قطناً فغزله، أو حنطة فطحنها، بطل الفسخ، والأصل في ذلك أن المشتري إذا أحدث في المبيع صنفاً لو أحدثه الغاصب في المغصوب لا يقطع حق المالك يبطل حق الفسخ بهذا الفعل ويتقرر حقه في ضمان القيمة، أو المثل^(١).

وكذا لو تصرف فيه المشتري ببيع لشخص آخر، أو هبة، أو صدقة، يبطل الفسخ، وعلى المشتري القيمة، أو الثمن.

* وتقسيم العقد غير الصحيح عند الحنفية والزيدية إلى باطل، وفاسد، يسري على العقود التي فيها عوض، كل واحد منهما مال: «كالبيع، والقرض. والرهن، والحوالة، والشركة، والهبة بعوض، والمزارعة، والمساقاة...» أما إذا لم يتحقق ذلك كما في عقود الوكالة، والوصاية، والنكاح - على خلاف في ذلك - والإعارة، والإيداع، وكذا في التصرفات التي تحتاج إلى إرادة منفردة كالطلاق والوقف والإقرار، ومثلها العبادات فإنه لا فرق فيها بين الفاسد^(٢) والباطل.

سبب الخلاف في تقسيم العقد إلى صحيح، وفاسد وباطل:

يرجع أساس الخلاف بين الفقهاء^(٣) إلى الأثر الذي يترتب على نهي الشارع عن عقد من العقود الشرعية. فقد وردت نصوص بالنهي عن بعض العقود منها:

- ما روى ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر»^(٤).

(١) «بدائع الصنائع» للكاساني (٣٠٣/٥).

(٢) المدخل في الفقه الإسلامي لفضيلة المرحوم الشيخ عيسوي أحمد عيسوي (ص ٥٠١) (ط - أ) سنة (١٩٦٣م).

(٣) «المبسوط» للسرخسي (٢٣/١٣).

(٤) «نيل الأوطار» (١٤٧/٥).

ما روى جابر أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام...»^(١) الحديث.

- ما روى أبو هريرة «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة».

فقد اختلفت آراء الفقهاء في أثر هذا النهي، فذهب الجمهور إلى أن النهي عن عقد من العقود يخرج منه عن أن يكون مشروعاً، فإن صفة القبح من ضرورة النهي، وصفة الحسن من ضرورة الأمر، والمشروع ما يكون مرضياً، والقبيح ما لا يكون مرضياً، فإذا نهى الشارع عن عقد، فإن مقتضى النهي انعدام هذا العقد - سواء أكان النهي راجعاً إلى أصل العقد بأن كان يمس أركانه أم محله، أم كان راجعاً إلى وصف ملازم له - فإذا صدر مثل هذا العقد كان باطلاً لا يترتب عليه أي أثر؛ لأن نهى الشارع عنه جعله غير موجود.

ويرى الحنفية، والزيدية: أن النهي إذا كان يرجع إلى أصل العقد، بأن كان الخلل في أركانه، أو محله، فمقتضاه بطلان العقد، وعدم وجوده شرعاً، وذلك كالنهي عن بيع السمك في الماء، وبيع الخمر والميتة، والخنزير، وإن كان النهي يرجع إلى وصف ملازم للعقد عارض له المثل «النهي عن بيعتين في بيعة» كان مقتضاه بطلان هذا الوصف فقط، وعدم مشروعيته، وكانت حقيقة العقد، وذاته مشروعة؛ لأن النهي لم يتعلق بها، وإنما تعلق بأمر خارج عارض لها، وهو الوصف؛ لأن النهي متى كان لمعنى في غير المنهي عنه، فإنه لا يعدم المشروع؛ لأن النهي يقرر المشروعية، حيث إنه يقتضي تصور المنهي عنه، فنفس البيع في ذاته مشروع، وإنما المحذور هو الوصف الذي اقترن به.

فالعقد الفاسد إذا نظرنا إليه من حيث ذاته، وحقيقته، وجدناه سليماً، أما إذا نظرنا إليه من حيث الوصف المنهي عنه الذي اقترن به كان فاسداً، فهو منزلة وسط بين العقد الصحيح؛ لأنه فاسد الوصف، وبين الباطل؛ لأنه سليم الذات، فيختلف عن العقد الصحيح بأنه فاسد الوصف، وعن الباطل بأنه سليم

(١) نفس المرجع.

الذات، فوجب أن يكون قسماً بين الصحيح، والباطل، لا هو بالصحيح، ولا بالباطل، ولذلك سمي فاسداً.

وهذا الاتجاه هو الذي نرجح الأخذ به لرجحان ما استند إليه.

أقسام العقد الصحيح:

ينقسم العقد الصحيح عند بعض الفقهاء من حيث كونه تترتب عليه آثاره فور صدوره، أو يتوقف ذلك على إجازة الغير إلى قسمين: نافذ، وموقوف.

العقد النافذ:

هو الذي يصدر من شخص له أهلية التعاقد، وله ولاية إصداره، سواء أكانت هذه الولاية أصلية: كأن يتصرف شخص رشيد في ملكه بالبيع من شخص آخر رشيد، أو يؤجره، أو يزوج نفسه من زوج رشيد مثله يتصرف لنفسه. أم كانت الولاية نيابية: كعقود الوصي أو الولي للقاصر.

حكمه:

حكم هذا العقد أنه تترتب أحكامه وآثاره عليه فور صدوره، ولذلك سمي نافذاً.

العقد الموقوف:

هو الذي يصدر من شخص له أهلية التعاقد دون أن تكون له ولاية إصداره، كالفضولي. فالفضولي - هو الذي يتصرف في شؤون غيره دون أن تكون له ولاية شرعية تمكنه من هذا التصرف، ودون أن تكون له وكالة صادرة من صاحب الشأن - تكون عقود موقوفة على إجازة صاحب الشأن، نظراً لانعدام الولاية؛ لأن الولاية إنما تكون بالملك، أو بالإذن من المالك.

ومثل عقد الفضولي معاوضات الصبي المميز، والسفيه، والمعتوه المميز عند الحنفية، فإنها تتوقف على إجازة وليه، أو وصيه.

حكمه:

حكم هذا العقد إنه لا تترتب عليه أحكامه، وآثاره، إلا إذا أجازته من يملك إصداره إجازة صحيحة؛ فإن لم توجد هذه الإجازة بطل العقد.

ويرى كثير من الفقهاء من غير الحنفية أن العقد الصحيح لا يكون إلا نافذاً، وليس عندهم عقد صحيح موقوف؛ لأن من شروط انعقاد العقد عندهم أن يكون للعاقد ولاية إنشائه، وإصداره، لأن الولاية على إنشاء التصرف وإصداره (عندهم) شرط لوجود العقد شرعاً كالأهلية.

فيذهب الإمام الشافعي في مذهبه الجديد، والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أن تصرفات الفضولي تصدر باطلة، ولا يترتب عليها شيء من الآثار، أجاز صاحب الشأن تصرفه أو لم يجزه.

أقسام العقد النافذ:

وتنقسم العقود النافذة من حيث كون العقد يقبل الفسخ، أو لا يقبله إلى قسمين: لازمة وغير لازمة وإليك بيان كل واحد منهما وأقسامه وحكمه.

العقد اللازم:

وهو العقد الصحيح النافذ الذي لا يقبل الفسخ أبداً، أو يقبله، ولكن برضا الطرف الآخر، فالعقد اللازم نوعان:

الأول: نوع لا يقبل الفسخ أبداً حتى لو اتفق المتعاقدان على فسخه؛ لأن طبيعة العقد تقتضي هذا اللزوم مثل الخلع، والطلاق على مال، فإنه إذا تم الخلع، أو الطلاق على مال فلا يملك أحد المتعاقدين - أو كلاهما - فسخ هذا العقد.

الثاني: نوع يقبل الفسخ، ولكن باتفاق المتعاقدين على الفسخ، ولا يستقل أحدهما بالفسخ كالبيع، والإجازة، والمساقاة، والصلح، والحوالة، وهذا النوع يكون لازماً بمجرد تمام العقد عند الحنفية، والمالكية الذين لا يقولون بخيار المجلس، أما الشافعية، والحنابلة، فإن البيع عندهما - وما في معناه - لا يلزم إلا بانتهاء مجلس العقد، أو التخيير من أحد المتعاقدين، والاختيار من الطرف الآخر، أما قبل ذلك، فإنه يكون لكل من طرفيه حق فسخه ما دام في المجلس^(١).

(١) راجع لنا كتاب «نظرية العقد»، وكتاب «تاريخ التشريع الإسلامي» (ص ٢٥٠) فقد بسطت فيهما أدلة الرأيين ورجحت رأي الحنفية والمالكية.

العقد غير اللازم - ويعبر عنه عند غير الحنفية (بالجائز):
وهو ما يكون لأحد المتعاقدين فقط فسخه دون توقف على رضا الطرف
الآخر، أو يكون لهما معاً الحق في فسخه. فالعقد غير اللازم نوعان:
- نوع يكون لازماً بالنسبة لأحد الطرفين، وغير لازم بالنسبة للطرف
الآخر، كالرهن، فإنه بعد تمامه يكون لازماً بالنسبة للراهن - حيث لا يتمكن
من فسخه إلا برضا المرتهن وغير لازم بالنسبة للمرتهن فله أن يستقل بفسخه،
وكذلك الكفالة؛ فإنها لازمة بالنسبة للكفيل غير لازمة بالنسبة للمكفول له.
- ونوع يكون غير لازم بالنسبة لطرفي التعاقد، كالإيداع، والشركة،
والوكالة، والوصية، والعارية، والمضاربة؛ لأن هذه العقود غايتها إذن، وبذل
نفع، وكلاهما جائز^(١).

(١) «شرح المنتهى» للبهوتي الحنبلي - هامش «كشاف القناع» (١٧٣/٢).

الفصل الثالث

مقارنة آراء المذاهب

في الشروط المقترنة بالعقد

بعد أن استعرضنا آراء المذاهب في الشروط المقترنة بالعقد نجري فيما يلي المقارنة بين آرائهم، ثم بينها وبين القانون الوضعي، ونجعل ذلك في أربعة مباحث:

المبحث الأول: نعقده للشروط الصحيحة.

المبحث الثاني: للشروط الفاسدة.

والمبحث الثالث: نرد فيه الشروط الفاسدة إلى الشرط الذي يخالف المشروع.

المبحث الرابع: نبين فيه آثار هذه الشروط.

المبحث الخامس: الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي).

المبحث السادس: الشروط السابقة على العقد أو المتواطأ عليها أو اللاحقة للعقد.

المبحث الأول

مقارنة آراء المذاهب في الشروط الصحيحة

ونقسم هذه الشروط الصحيحة إلى نوعين:
النوع الأول: شرط فيه مصلحة العقد.
النوع الثاني: شرط فيه منفعة مشروعة.
ونوضح فيما يلي هذين النوعين.

* النوع الأول *

الشرط الذي فيه مصلحة العقد

اتفقت آراء جمهور الفقهاء على صحة هذا النوع من الشرط، وقد أفاضوا في بيان حقيقته والأدلة على صحته، وأثاره.
ونبين فيما يلي آراءهم في كل هذا مشفوعة بالترجيح:

- (أ) الأمثلة: ضرب الفقهاء أمثلة لهذا النوع من الشرط بما يأتي:
بيع أو اشتري بشرط خيار أو أجل معلوم، أو بشرط رهن، أو كفالة،
أو حوالة، أو شهادة.
(ب) حقيقته:

«تبين لنا مما سبق^(١) أن هذا الشرط يوثق موجب العقد، وإذا كان كذلك كان شرطاً ملائماً لمقتضى العقد.

(١) لمراجعة آراء المذاهب يراجع فيما سبق المطلب الأول من المبحث الأول للحنفية (ص ٢١١)، والمبحث الثاني للمالكية (ص ٢٥١)، والمبحث الثالث للشافعية (ص ٢٨٦)، والمبحث الرابع للحنابلة (ص ٣١٣)، والمبحث الخامس للظاهرية (ص ٣٦٤)، والمبحث السادس للزيدية (ص ٣٧٠)، والمبحث السابع للإمامية (ص ٤٠٥)، والمبحث الثامن للإباضية (ص ٤٥٧).

كما بين الفقهاء أنه شرط لا يقتضيه العقد؛ لأن الشرط الذي يقتضيه العقد يجب بنفس العقد، ولا يجب بالشرط - وهذا النوع يجب بالشرط، ويسقط بدونه.

كما أنه شرط لا ينافي مقتضى العقد؛ لأن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، هو الشرط الذي لا يتم معه المقصود من العقد وهذا الشرط يوثق موجب العقد... ومثله لا يكون منافياً، وأيضاً: هو شرط لا يخل بشرط من شروط صحة العقد، ولا يعارض نصاً شرعياً.

(ج) حكمه، والدليل على صحته:

ومن هنا كان اتفاق جمهور الفقهاء على صحة هذا النوع من الشرط، ولزوم الوفاء به، مستندين في ذلك إلى الملاءمة القائمة بين هذا النوع من الشرط، وبين العقد من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن الآيات القرآنية، والأحاديث النبوية أثبتت صحة هذا الشرط، إما بطريق العموم، أو بطريق الخصوص، فمن العمومات:

من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [أول سورة المائدة]. وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ [النحل: ٩١].

ومن السنة النبوية الشريفة: قوله عليه الصلاة والسلام: «والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً»^(١).

ومن الخصوصيات: «في مشروعية الخيار» قوله عليه الصلاة والسلام لحبان ابن منقذ، وكان يخدع في البياعات: «إذا ابتعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام»^(٢).

(١) حديث: «المسلمون عند شروطهم...» قد سبق تخريجه (ص ٤).

(٢) حديث: «إذا ابتعت فقل لا خلافة...» متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب البيوع ٢٨ - باب ما يكره من الخداع (٤٨)، ومسلم (١٠/٥) حديث رقم (٩٤٩) المختصر كلاهما عن ابن عمر، وأيضاً أبو داود في سننه (٣٥٠٠) و«النسائي» (١٤١٥) وانظر: «الاختيار شرح المختار» (١/١٨٥).

قوله: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(١).

وفي الأجل: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وفي الرهن: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وما سبق أن نقلناه عن المدونة الكبرى لسحنون من رواية ابن وهب عن الإمام مالك (١٦٥/٩): «أخبرني حفص بن ميسرة، عن زيد بن أسلم أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ يتقاضاه فأغلظ، فقال له رجل من القوم: ألا أراك تقول لرسول الله ما تقول. قال: دعه، فإنه طالب حق، ثم قال للرجل: انطلق إلى فلان فليبعنا طعاماً إلى أن يأتينا شيء، فأتى اليهودي، فقال: لا أبيع إلا بالرهن، فقال رسول الله ﷺ: اذهب إليه بدرعي، أما والله إنني لأمين في السماء، وأمين في الأرض».

وفي الشهادة: قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وفي الكفالة: قوله تعالى: ﴿وَكَفَلَهَا زَكْرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧] وقوله: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٨٣].

وقوله ﷺ: «الزعيم غارم»^(٢).

وفي الحوالة: قوله عليه الصلاة والسلام: «مطل الغني ظلم، وإذا

(١) حديث: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» أخرجه البخاري (١١/٢، ١٢، ١٨، ١٩)، ومسلم (١٠/٥)، وأبو داود رقم (٣٤٥٩) والترمذي (٢٣٥/١)، وأحمد (٤٠٢/٣، ٤٣٤)، من حديث حكيم بن حزام مرفوعاً به، وزاد «فإن صدقا وبيننا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما» والتيسير للمناوي (٤٤١/١)، وانظر: «الشرح الكبير» لابن قدامة المقدسي (٦/٤).

(٢) حديث: «الزعيم غارم» أخرجه أحمد (٢٩٣/٥) عن جابر...، وسنن ابن ماجه (٢٤٠٥) عن أبي أمامة الباهلي وأبو داود والترمذي والتيسير للمناوي - حديث صحيح، وانظر: «كشاف القناع عن متن الإقناع» لابن إدريس الحنبلي (١٧٣/٢)، و«الاختيار شرح المختار» للإمام الموصلي (٦٠/٢).

أحيل أحدكم على مليء فليتبّع» وفي لفظ: «من أحيل بحقه على مليء فليحتل»^(١).

(د) دراسة للصور التي أوردها الفقهاء لهذا الشرط من بعض الجوانب:

ونظراً إلى أن الخيار أمر متعلق بصيغة العقد، والأجل أمر مستقبل محقق الوقوع، فإننا نستبعدهما من دائرة البحث؛ لأن موضوع البحث «الشرط في العقد» ونوضح بقية صور هذا الشرط التي ترتبط بموضوعنا، وهي اشتراط الرهن، أو الكفالة أو الحوالة، أو الشهادة.

أولاً - اشتراط الرهن في العقد:

أثيرت نقاط ثلاث حول اشتراط الرهن:

الأولى: هل يشترط كون الرهن معلوماً؟

الثانية: مغايرة الشيء المرهون للمبيع في البيع؟

الثالثة: أثر هذا الشرط.

ونوضح فيما يلي هذه المسائل الثلاث:

الأولى: اشتراط أن يكون الرهن معلوماً؟

يتبين لنا من دراستنا السابقة لأراء المذاهب حول هذا الموضوع، أن الفقهاء، قد اختلفوا، فطائفة قالت: باشتراط كون الرهن معلوماً، وأخرى لم تشترط ذلك، ونوضح كلا الرأيين فيما يلي مشفوعاً بالترجيح.

الرأي الأول - يشترط كون الرهن معلوماً:

يرى جمهور الفقهاء (الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية - على قول - والإمامية (على أقرب القولين) والإباضية: أنه يشترط أن يكون الرهن معلوماً، وذلك لأن اشتراط الرهن في العقد - كما قال الحنفية - يوثق موجب

(١) حديث «مطل الغني ظلم...» أخرجه البخاري في ٣٨ - كتاب الحوالة، ١ - باب في الحوالة، ومسلم حديث رقم (٩٦٢) المختصر، وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن أبي هريرة «التيسير» (٣٧٦/٢)، «كشاف القناع» (١٨٥/٢)، وأيضاً «الاختيار» (٦٧/٢).

العقد، ولا يحصل التوثق إلا إذا كان الرهن معلوماً ليتسنى تسليمه، أما إن كان الرهن مجهولاً، فلا يكون تسليمه محققاً، وتبعاً لذلك لا يكون اشتراطه محققاً للغرض الذي يهدف إليه الشرط، وهو التوثق بالثمن، فلا يصح العقد بشرط رهن مجهول، فإن اتفقا في مجلس العقد على تعيينه جاز العقد لزوال الجهالة، وإن افترقا عن المجلس دون تعيينه تقرر الفساد - كما أن الإمامية يرون أن في التعيين دفعا للغرر، وحسماً لمادة النزاع، نظراً للتفاوت الكثير في الرهن باعتبار تعلق الرغبات بشيء دون آخر، وسهولة بيع هذه الرهون، وصعوبتها، وحاجة راهنها إلى فكها، أو عدم فكها، وكل هذه الاعتبارات تؤيد القول بتعيين الرهن.

الطريق إلى تعيين الشيء المرهون بناء على هذا الرأي:

يرى الحنفية: أن تعيين الرهن يكون بالإشارة، أو التسمية.

كما يذكر الشافعية: أن تعيين الرهن يكون بالمشاهدة، أو بوصفه بوصف السلم، وذلك بأن تكون أوصافه معروفة للمتعاقدين مع شاهدين عدلين، وأن يكون الشيء المشروط يمكن ضبط مقصوده، فإن كان لا ينضبط مقصوده، كما في الأشياء المختلطة - كالهريسة مثلاً - لا يصح اشتراطه، وكذا إذا كان غير معروف الأوصاف، أو مجهولاً.

كما يذكر الإمامية: أن تعيين الرهن يكون بالوصف، أو بالمشاهدة وقت الاشتراط. وفي حالة وصف الشيء المرهون يكفي وصفه بوصف السلم. فلو شرط ارتهان قمح هندي موصوف بصفات السلم جاز، وإن لم يكن له قمح في الحال.

الرأي الثاني - يصح اشتراط الرهن مطلقاً معيناً كان أم غير معين:

- وقال بهذا الرأي المالكية، وكذا بعض الزيدية، وبعض الإمامية، وبعض الإباضية^(١).

(١) سبق أن ذكرنا اختلاف الإباضية في أنه إن اشترط أن يرهن له معلوماً في الثمن - معيناً أو غير معين، فليتم له شرطه، وإن أبي، بطل البيع، وقيل: صح وجبر أن يرهن، وقيل: لا يجبر، وقيل يوقف البيع إلى تمام شرطه (ص ٤٥٧).

- فقد سبق أن المالكية يرون: أنه لا يشترط تعيين الرهن، بل يصح أن يكون الرهن مسمى، أم غير مسمى، حاضراً أم غائباً.

ووافقهم بعض الزيدية وبعض الإمامية، وبعض الإباضية، حيث قالوا: بصحة اشتراط الرهن معيناً كان الرهن أم غير معين.

الطريق إلى تعيين الشيء المرهون بناء على هذا الرأي:

إذا كان الرهن معيناً باتفاق الطرفين، فقد اتفق ذلك مع الرأي الأول. وأما إذا كان الرهن غير معين، فتعيينه يكون بطريق العرف، وذلك بأن يقدم الراهن الصنف المعتاد، كما صرح المالكية، أو يقدم رهناً يحفظ الحق ويقوم بالمال، ويكون للمرتهن الخيار في التعيين، والأولى أن ينزل على ما يصلح أن يكون رهناً لمثل ذلك في العرف والعادة - كما صرح الإمامية أيضاً.

فالعرف، والعادة هما الطريق إلى تحديد الشيء الذي يصلح أن يكون رهناً - إذا كان الرهن المشترط في العقد غير معين.

الترجيح:

وبعد أن استعرضنا كلا الرأيين نرى رجحان الرأي الثاني الذي يقضي بعدم اشتراط كون الرهن معيناً، بل يصح اشتراط الرهن مطلقاً - مسمى كان أم غير مسمى، حاضراً أم غائباً، غيبة بعيدة أم قريبة.

وذلك للاعتبارات الآتية:

١ - أن هذا القول يتناسب مع القول بحرية الاشتراط، الذي يقضي به عموم الآيات والأحاديث، وخصوص الأدلة المتقدمة، ما دام الشرط لا يخالف كتاب الله، ولا سنة رسوله ﷺ.

٢ - أن العقد مبني على التراضي، والشرط عقد، وقد رضي المتعاقدان أن يشتمل العقد على اشتراط رهن غير معين، وذلك:

- إما لثقتهما التامة في بعضهما، أو تيسيراً على الطرف الآخر، وتسهيلاً، بأن تركت له الفرصة لكي يختار رهناً مناسباً يقدمه، والتيسير في المعاملات مطلوب شرعاً، فعدم صحة هذا الشرط فيه إهدار لإرادة المتعاقدين، وبعد عن التيسير المطلوب شرعاً في المعاملات، وقد قال عليه

الصلاة والسلام: «رحم الله عبداً سمحاً إذا باع، سمحاً إذا اشترى، سمحاً إذا قضى، سمحاً إذا اقتضى»^(١) فاليسر، والسهولة أمر مرغوب فيه شرعاً.

٣ - أما ما يقال من أنه قد يؤدي عدم اشتراط تعيين الرهن إلى حدوث نزاع بين المتعاقدين، وبخاصة أن التفاوت كثير في الرهن. . فإن الرأي القائل بصحة الرهن مطلقاً قيده بقيد يقطع النزاع، وهو أن يقدم الراهن ما يصلح أن يكون رهناً لمثل ذلك في العرف، والعادة، ولا شك أن العرف كفيل بإزالة ما قد يحدث من نزاع في تعيين الشيء الذي يصلح أن يكون رهناً، والعرف دليل شرعي، فما يرضاه العرف فيما لا نص فيه - رهناً، يرضاه الشرع ولا يمكن أن يخرج عنه المتعاقدان.

٤ - أن هذا القول يعطي للمتعاقدين الحق في تعيين الرهن بالإشارة، أو بوصفه بالوصف الكافي، كما يعطي لهما الحق في عدم التعيين طبقاً لما تمليه عليهما ظروف التعاقد، فإذا لم يعينا الرهن وقد كان بوسعهما تعيينه مبدئياً، فإنما يكون ذلك لظروف تقضي عليهما بعدم التعيين في الحال، وذلك لعدم توافر الشيء الذي يصلح أن يكون رهناً في وقت التعاقد، وكان كل منهما حريصاً على إتمام الصفقة في هذا الوقت بالذات، فإذا عدل المتعاقدان عن التعيين - وكان ذلك ميسوراً لهما - لأسباب يريان أن المصلحة فيها، فتلك هي إرادتهما، فالقول بعدم صحة تصرفهما على هذا الوجه يترتب عليه إيقاع الضرر بالمتعاقدين، وعدم الاعتداد بإرادتهما.

٥ - أن بعض الفقهاء قد نصوا على أنه عند عدم الوفاء بشرط الرهن (على التفصيل الذي سيأتي) يكون للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء، وما دام حق الفسخ ثابتاً له فلا ضير ولا ضرر من القول بصحة اشتراط الرهن مطلقاً معيناً كان أو غير معين.

(١) راجع: «الجامع الصغير» للسيوطي (٢٣/٢) ط الحلبي - وروى البخاري والترمذي عن جابر هذا (الحديث)، و«الترغيب، والترهيب» للحافظ المنذري (٥٦٢/٢) ط الحلبي، رواه البخاري، وابن ماجه واللفظ له، ورواه الترمذي بلفظ آخر عن جابر بن عبد الله، ويراجع: «إحياء علوم الدين» للغزالي (٧٣/٢)، و«رياض الصالحين» (ص ٤٩٧) ط الحلبي.

كل هذه الاعتبارات تجعلنا نؤيد ما ذهب إليه المالكية وبعض فقهاء الإمامية، والزيدية والإباضية من أنه لا يشترط تعيين الرهن، بل يصح اشتراط الرهن مطلقاً - مسمى أو غير مسمى - حاضراً أم غائباً - غيبة قريبة أم بعيدة، فإن كان غير مسمى يجب على الراهن أن يقدم الصنف المعتاد^(١) وإن كان غائباً توقف السلعة الحاضرة حتى يقدم الرهن الغائب، فإن لم يجد عنده رهنأ فلبائع وشبهه - من وارث وموهوب له - نقض العقد وأخذ السلعة، أو تركه بلا رهن، وللعرف أثر كبير في تحديد مدة الغيبة قريباً أو بعداً.

المسألة الثانية - اشتراط مغايرة الرهن للمبيع:

لو باعه شيئاً، وشرط عليه رهن السلعة المباعة بالثمن، فهل يصح هذا الرهن أم لا يصح؟... رأينا فيما سبق أن للفقهاء رأيين: رأياً يرى ضرورة مغايرة الرهن للمبيع، وحينئذٍ فلا يصح مثل هذا الشرط عنده، ورأياً لا يشترط هذه المغايرة فيصح رهن الشيء في ثمنه، ونوضح فيما يلي كلا الرأيين:

الرأي الأول: وهو رأي المالكية، والحنابلة، والراجح في مذهب الإمامية. أنه لا يشترط مغايرة الرهن للمبيع، بل يجوز أن تكون السلعة المباعة رهنأ بالثمن، كان ذلك قبل القبض، أو بعد القبض، وحينئذٍ يكون على المشتري رد العين إلى البائع رهنأ بالثمن. وقد سبق أن أوضحنا أن هذا الشرط صحيح؛ لأنه شرط سائغ لا ينافي الكتاب والسنة، وليس هناك مانع من صحته، وأنه يلائم العقد؛ لأنه شرط يوثق موجب العقد، ويحقق للبائع غرضه من الوصول إلى الثمن، فيكون شرطاً صحيحاً لازماً لقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم».

الرأي الثاني: وهو رأي الحنفية^(٢) والشافعية، والرأي المرجوح في

(١) جاء في «مواهب الجليل للحطاب» (٣٧٦/٤): «والعادة في الخواص أن ترهن ما يغاب عليه كالثياب والحلي، وما لا يغاب عليه كالدر وما أشبهها، وليس العادة العبيد، والدواب وليس على المرتهن قبول ذلك وإن كان مصدقاً في تلفه؛ لأن في حفظه مشقة وكلفة».

(٢) «الاختيار شرح المختار» (٢٣٥/١).

ثم الرهن على ثلاثة أضرب، جائز، وباطل، وقد ذكرناهما، وفاسد، وهو رهن المبيع، ورهن المشاع، والمشغول بحق الغير، أو اشترى عبداً، أو خلاً ورهن بالثمن =

مذهب الإمامية، ورأي الزيدية، أنه يشترط مغايرة الرهن للمبيع، فلو شرط رهن المبيع في ثمنه، بطل البيع عند الشافعية، لاشتماله على رهن ما لم يملكه بعد؛ ولأن مقتضى العقد تمكن المشتري من التصرف، وهذا الشرط لا يمكنه من التصرف، فيكون منافياً لمقتضى العقد - سواء شرط أن يرهنه إياه بعد قبضه أم قبله.

وقد سبق أن أوضحنا في مذهب الإمامية الرأي المرجوح وبيننا رد المذهب على استدلالهم على بطلان هذا الشرط.

الترجيح:

ونرى أن الرأي الأول الذي يقضي بعدم اشتراط مغايرة الرهن للمبيع هو الراجح وذلك للاعتبارات الآتية:

١ - أن المعنى الذي من أجله قال الفقهاء بصحة شرط الرهن، ألا وهو توثيق موجب العقد، موجود سواء أكان الرهن هو المبيع أم غيره، بل إنه أكثر تأكيداً إذا كان الرهن هو نفس المبيع؛ لأن المبيع حينئذ يكون ضامناً لثمنه، وهو أكثر ما يكون عدالة في ضمان ثمنه، والوفاء به، فيكون هذا الشرط ملائماً للعقد، ولا ينافي مقتضاه.

٢ - أنه في حالة ما إذا اشترط رهناً، ولم يعينه، فإن المشتري يطالب بالرهن، وقد يمتنع المشتري عليه عن الوفاء به، وقد نجبره على ذلك ثم لا نجد عنده شيئاً، وحينئذ يكون البائع بالخيار بين الفسخ والإمضاء. فإذا قلنا: بأن المبيع يصح أن يكون رهناً ضمناً - واستوثقنا - أن المبيع لا يفوت على البائع، وأنه في حالة عدم الوفاء بالثمن، فإن البائع تكون لديه السلعة المبيعة مرهونة بالثمن، فيكون الخيار له بين الفسخ، والإمضاء، فإذا فسخ البيع لم

= رهناً، ثم ظهر العبد حراً، والخل خمرأ، أو قتل عبداً فأعطاه بقيمته رهناً ثم ظهر حراً».

قال القدوري في شرحه: «يهلك بغير شيء؛ لأن المبيع غير مضمون بنفسه، والقبض لم يتم في المشاع والمشغول، ولم يصح في الحر، والخمر، كما لو رهنه ابتداء، ونص محمد في «المبسوط»، و«الجامع» أن المقبوض بحكم رهن فاسد مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين... والمختار قول محمد».

يلحقه ضرر كثير؛ لأن رعايته للمبيع - أثناء رهنه له - تظل كما هي رعاية المالك على ملكه، رغم ما ترتب على البيع من انتقال ملكيته إلى المشتري، هذا فضلاً عما في هذا من تيسير في التعامل، وهو مرغوب فيه شرعاً.

٣ - أن القول بأنه يترتب على صحة هذا الشرط، اشتغال العقد على رهن لا يملكه الراهن، سبق أن أجاب عنه الإمامية بقولهم: «الرهن إنما يتم بعد كمال العقد، وهو حينئذ مملوك له ثم إن كون الرهن مملوكاً، وكون الدين ثابتاً، إنما هما شرطان في صحة الرهن، وليس شرطين في اشتراط الارتهان».

كل هذا يجعلنا نؤيد القول بعدم اشتراط مغايرة الرهن للمبيع، وبخاصة أنه شرط سائغ مقبول عقلاً، وقد تعارف الناس هذا الشرط، وتعاملوا به، وكثيراً ما يكون ذلك حينما يجهل البائع شخصية المشتري، أو عدم قدرته على دفع ثمن المبيع... وقد نص العلماء على أن التعامل إجماع فعلي، وأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي^(١) هذا فضلاً عن أنه لا يوجد هناك مانع شرعي من صحة هذا الشرط وأن عموم الآيات والأحاديث التي توجب الوفاء بالشروط تقتضي وجوب الوفاء به، كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» وقوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

المسألة الثانية - أثر هذا الشرط:

شرط الرهن في العقد شرط صحيح يلزم الوفاء به في جميع المذاهب، ولكن إذا امتنع الراهن من الوفاء بالشرط هل يجبر على الوفاء به؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: (وهو رأي المالكية، والرأي الأرجح، والأقوى عند الإمامية، ورأي الأمام زفر من علماء الحنفية، والرأي المرجوح عند الزيدية،

(١) راجع في ذلك للحنفية: «المحيط البرهاني» مخطوط بدار الكتب (٧٧٤) (ص ٧٠٩)، و«العناية» هامش فتح القدير (٢١٥/٥)، و«التاج المذهب» للزيدية (٣٥٩/٢)، وشرح النيل للإباضية (٦٣/٤).

ورأي عند الإباضية) ويقضي بأنه إذا امتنع المشتري عن دفع الرهن أجبر على تسليمه .

وقد سبق أن أوضحنا رأي المالكية، وهو أنه «إن كان الرهن مسمى أجبر الراهن على دفعه إن امتنع، وإن كان غير مسمى يجب على الراهن أن يقدم الصنف المعتاد، وإن كان غائباً توقف السلعة الحاضرة حتى يقبض الرهن الغائب، فإن لم يجد عنده رهناً فللبائع وشبهه نقض العقد، وأخذ السلعة، أو تركه بلا رهن» .

وقال زفر في تعليل الإجماع: «لأن الرهن إذا شرط في البيع فقد صار حقاً من حقوقه، والجبر على التسليم من حقوق البيع، فيجبر عليه»^(١) .

كما قال الإمامية إن للمشروط له إجبار المشروط عليه على الوفاء بالشرط، وأن لم يمكن رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر كان له اختيار الفسخ، وفي قول عند الإباضية: «أنه يصح البيع وجبر أن يرهن» .

الرأي الثاني: وهو رأي الحنفية غير زفر - والشافعية، والحنابلة، والرأي الصحيح عند الزيدية، والرأي المرجوح عند الإمامية، ورأي عند الإباضية أنه لا يجبر المشروط عليه على الوفاء بشرط الرهن، ولكن يكون للمشروط له الخيار في الفسخ، نظراً لعدم الوفاء بالشرط، فإن أجاز المشروط عليه العقد بدون الشرط، فلا خيار للمشروط عليه، وقد سبق أن بينا أن الحنفية قالوا في تعليل هذا الرأي: إن الرهن عقد تبرع في الأصل، واشترطه في البيع لا يخرج عن كونه تبرعاً، والجبر على التبرع ليس بمشروع، لكن يقال: إما أن تدفع الرهن، أو قيمته، أو تؤدي ثمن المبيع، وإلا فللبائع الحق في أن يفسخ البيع؛ لأنه لم يرض بزوال المبيع عن ملكه إلا بوثيقة الرهن أو قيمته... فإذا وفى بهما أو دفع الثمن فيها ونعمت، وإلا فللبائع أن يفسخ البيع لفوات الشرط والغرض^(٢) .

(١) إذا استوفى الشروط التي اشترطت في صحته، والتي أوضحناها آنفاً .

(٢) وقد سبق أن أوضحنا أن في مذهب الإمامية رأياً ثالثاً، وهو يقضي بلزوم الشرط فيما إذا كان الشرط واقعاً في عقد لازم، وكان هذا العقد كافياً في تحقق الشرط، ولا يحتاج إلى صيغة أخرى، وذلك كشرط الوكالة في العقد وإن لم يكن كافياً في تحققه =

الترجيح:

ويمكننا بعد دراسة كلا الرأيين، وتتبع ما عليه الناس في معاملاتهم في عصرنا هذا، أن نؤيد القول: بإجبار المشروط عليه على الوفاء بشرط الرهن وذلك للاعتبارات الآتية:

١ - أن اشتراط الرهن في العقد قد تم بإرادة المتعاقدين، ورضاهما، وتقدير كامل منهما لموقفهما من العقد، هذا التقدير الذي يصدر العقد على أثره - بعد ترو، وتمحيص، واختيار لمصلحتهما في التعاقد - مستتباً أحكامه، وآثاره المشروعة.

فإذا قلنا: بعدم الإجبار على تسليم الرهن، كان في هذا الحكم ضرر بالطرف الآخر الذي اتخذ لنفسه من الاحتياطات ما يمكنه من الوصول إلى حقه، وذلك لأنه لا يصبح أمامه عند رفض الطرف الآخر تقديم الرهن إلا الخيار بين الفسخ والإمضاء بدون رهن، فما الذي استفاده من اشتراط هذا الشرط؟ لقد عادت إليه السلعة مرة أخرى - إذا اختار الفسخ - ليبحث عن مشتر آخر... لعل نفس الأمر يتكرر، ولا يستطيع أن يصل إلى غايته.

أما إذا قلنا: بالإجبار على تسليم الرهن، فإن هذا الحكم يكون مدعاة للتريث الواعي المدرك من كلا المتعاقدين، والتفكير البعيد قبل الموافقة على الشرط، فإذا تمت الموافقة على العقد، والشرط، أصبحت - العقد، والشرط - شيئاً واحداً، وألزم كل منهما الوفاء بما وجب عليه، فإن امتنع المشروط عليه عن الوفاء بشرط الرهن، أجبر على الوفاء به، وفي ذلك اعتداد بإرادتهما، واحترام للعقد، وإبعاد للمتلاعبين، وغير الواثقين من الوفاء بعقودهم من الخوض في عقود لا يمكنهم الوفاء بموجباتها.

٢ - ونضيف إلى ذلك ما قاله الإمام زفر في تعليل القول بالإجبار، فقد بين أن الشرط بعد أن تم الاتفاق عليه قد أصبح حقاً من حقوق العقد، والجبر

= بل يحتاج إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد، كشرط العتق، فليس بلازم، بل ينقلب العقد اللازم المشروط فيه جائزاً، وهنا لا نحتاج إلى صيغة أخرى فيكون شرط الرهن لازماً.

على التسليم من حقوق العقد، فكما أنه يجبر البائع على تسليم المبيع والمشتري على تسليم الثمن كذلك يجبر المشروط عليه على تسليم الرهن، وهذا منطقي جداً.

٣ - أن القول بالإجبار على الوفاء بشرط الرهن، 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، بخاصة إذا بدت للمتعاقد فرصة أخرى أكثر ربحاً وفائدة، حينئذ يلجئون إلى عدم الوفاء بشروطهم للتخلص من هذا التعاقد، غير مباليين بالضرر الذي يقع على غيرهم. فالقول: بالإجبار على الوفاء بالشرط هو الأسلوب العملي لرد مثل هؤلاء وإعادتهم إلى احترام العقود والوفاء بحقوقها. لهذه الاعتبارات نرى ترجيح الرأي الأول.

ثانياً - اشتراط الكفيل في العقد:

لا يختلف حكم اشتراط الكفيل في العقد عن حكم اشتراط الرهن فيه، فقد اختلف الفقهاء أيضاً في شرط تعيين الكفيل، كما اختلفوا من قبل في شرط تعيين الرهن، وكما سيأتي في شرط تعيين الشهود، ونورد فيما يلي بياناً لهذا الخلاف.

اشتراط تعيين الكفيل:

للفقهاء آرايان في اشتراط أن يكون الكفيل المشتراط في العقد معيناً:

الرأي الأول - يشترط كون الكفيل معلوماً:

وهذا الرأي ذهب إليه جمهور الفقهاء (الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية) فقد نصوا على أنه يشترط تعيين الكفيل؛ لأنه شرط شرع لتوكيد وتوثيق موجب العقد، ولا يحصل توثيق موجب العقد إلا إذا كان الكفيل معيناً؛ ولأن في التعيين دفعا للغرر وحسماً للنزاع نظراً للتفاوت الكثير بين الأشخاص من حيث المسارعة إلى الوفاء بالحقوق، أو المماطلة، والتقاعس عن أدائها.

الطريق إلى تعيين الكفيل:

يرى الحنفية - كما سبق أن أوضحنا تفصيلاً^(١) أنه لا بد لصحة العقد مع شرط الكفالة من أن يكون الكفيل حاضراً في المجلس (بالمشاهدة) ويقبل الكفالة، أو يكون معيناً غائباً، ثم يحضر، ويقبل الكفالة في مجلس العقد. أي: أنه لا بد من حضور الكفيل - حاضراً أو معيناً غائباً - مجلس العقد، وقبوله الكفالة، وإلا لا يصح، كما لو حضر المجلس، ولم يقبل، أو لم يحضر المجلس غائباً كان، أو مجهولاً.

ويرى الشافعية أيضاً: أنه يشترط لصحة هذا الشرط أن يكون الكفيل معيناً إما بالمشاهدة؛ لأن المشاهدة تعتبر طريقاً إلى البحث، والمعرفة... أو بالاسم والنسب، وهذا قاطع في تحديد الكفيل، أما لو عين بالوصف، كموسر ثقة، فلا يصح^(٢) وكذلك إذا كان مجهولاً.

ويرى الحنابلة أنه لا بد أن يكون الكفيل معيناً، ولم أجد تحديداً لطريق التعيين.

أما الإمامية فقد رأوا أن التعيين يكون بأحد طرق ثلاثة إما بالاسم، والنسب، أو بالمشاهدة، أو بالوصف كرجل موسر ثقة.

الرأي الثاني: لا يشترط كون الكفيل معلوماً:

- فيصح اشتراط الكفيل مطلقاً معيناً كان أو غير معين.

وقد قال بهذا الرأي المالكية، والزيدية، ورأي في مذهب الإمامية.

فعند المالكية يجوز^(٣) اشتراط الكفيل مطلقاً مسمى كان أو غير مسمى،

(١) راجع النوع الأول من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الثاني من هذا الباب في هذا البحث (ص ٢١١).

(٢) راجع النوع الأول من المطلب الأول من المبحث الثالث من الفصل الثاني من هذا الباب من هذا البحث وقد أشرنا هناك إلى خلاف الرافعي في عدم صحة التعيين بالوصف كموسر ثقة، حيث إنه يرى صحة التعيين بالوصف (ص ٢٨٦).

(٣) راجع النوع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الباب من البحث (ص ٢٥١).

فإن كان مسمى فلا يشترط أن يكون حاضراً، بل يصح أن يكون غائباً غيبة، قريبة لا بعيدة؛ لأنه قد يرض بالكفالة وقد لا يرضى.

ويرى الزيدية^(١) أنه يصح اشتراط الكفالة في الثمن، أو في المبيع سواء عين الكفيل أم لم يعينه.

وفي رأي مرجوح للإمامية يجوز اشتراط الكفيل معيناً كان أم غير معين، ويكون حينئذ على المكفول عنه اختيار كفيل يتمكن من الوفاء بالمكفول به.

ونص الإباضية على أن لطالب القسمة أن يطلب حميلاً وجيهاً يأتي به^(٢).

الطريق إلى تعيين الكفيل على القول بعدم اشتراط تعيينه:

ونرى كما سبق أن أوضحنا في اشتراط الرهن، أن الطريق إلى تعيين الكفيل غير المعين يكون باختيار المكفول عنه كفيلاً يتمكن من الوفاء بالمكفول به، ونظراً إلى أن القدرة على الوفاء بالمكفول به تتفاوت من شخص إلى آخر لاعتبارات مختلفة، فقد يكون الشخص موسراً ثقة ولكنه مماطل، وقد يكون رقيق الحال ولكنه سريع الوفاء بالحقوق، ومن هنا أيضاً: كان للعرف، والعادة أثر كبير في اختيار الكفيل الذي يصلح للكفالة، والذي يمكن من الوفاء بالمكفول به.

الترجيح:

ونظراً إلى أن شرط الرهن لا يختلف كثيراً عن شرط الكفالة نرى ترجيح الرأي الثاني الذي يقضي بصحة اشتراط الكفيل مطلقاً معيناً كان أو غير معين، وذلك لنفس الاعتبارات التي أوردناها فيما سبق لتأييد صحة اشتراط الرهن مطلقاً معيناً كان أو غير معين، ما دام العرف هو الذي سيقضي في حالة عدم التعيين بتقديم رهن، أو كفيل يحفظ الحق ويحقق الغرض، غير أنه يوجد فارق واحد بينهما: وهو أن الكفيل الغائب غيبة بعيدة لا يصح اشتراطه - كما هو

(١) راجع النوع الأول من المطلب الأول من المبحث السادس من الفصل الثاني من هذا الباب من البحث (ص ٣٧٠).

(٢) راجع النوع الأول من المطلب الأول من المبحث الثامن من الفصل الثاني من هذا الباب (ص ٤٥٧).

رأي المالكية - وذلك نظراً لأنه قد يحضر، وقد لا يحضر وبعد حضوره يلزمنا أخذ رأيه في الموافقة على الكفالة، فقد يرضى بذلك وقد لا يرضى - ومن هنا تفرق الكفالة عن شرط الرهن - فلما كان الأمر محتملاً في الكفالة اكتفي فيها بالغيبة القريبة فقط، ضماناً لاستقرار المعاملات، وسرعة الوفاء بالحقوق، أما الغيبة البعيدة، فإنها لا تتفق مع هذه المعاني فلا تصح.

والمعيار في قرب غيبة الكفيل، أو بعدها هو العرف، فما دام العرف هو الحكم في هذه الحالات، فإننا لا نجد صعوبة في تحديد قرب غيبة الكفيل، أو بعدها.

أثر هذا الشرط:

ونرى أن أثر اشتراط الكفالة هو عين أثر اشتراط الرهن، فاشتراط كفيل في العقد صحيح لازم يجب الوفاء به، ويجبر على تقديمه كما أوضحنا فيما تقدم فلا داعي إلى تكراره.

أثر اعتذار الكفيل عن عدم قبوله الكفالة:

نعرض فيما يلي آراء الفقهاء فيما إذا امتنع الكفيل عن قبول الكفالة، أو تعذر قيامه بها، نظراً إلى أن هذه الحالة لا توجد في اشتراط الرهن:

رأي الحنفية:

سبق أن بينا أن الحنفية يرون أنه يشترط لصحة العقد مع شرط الكفالة أن يكون الكفيل حاضراً في مجلس العقد، ويقبل الكفالة، أي: أن عقد الرهن يكون تاماً مع عقد البيع، أما المذاهب الأخرى فتري الاكتفاء بالتزام المشتري بتقديم رهن، أو كفيل، حسب ما أوضحناه فيما تقدم.

رأي المالكية:

الظاهر من مذهب المالكية أنه إن امتنع عن قبول الكفالة فللمشتري الخيار بين نقض البيع وأخذ السلعة، أو أجازة العقد بلا كفيل.

ويرى الشافعية: أنه إذا امتنع الشخص المعين الذي اشترط كفالته عن قبول الكفالة، أو مات قبل الكفالة، حتى ولو أقام المشتري ضماناً غيره موسراً ثقة، فإنه يكون للبائع أو للمشتري الخيار لفوات شرطه، والخيار على الفور؛

لأنه خيار نقص، ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بالمشروط، والوفاء به، لزوال الضرر بالفسخ، فإن اختار الفسخ فذاك، وإن أجاز لزم العقد ولا خيار.

ويرى الحنابلة: أنه إن امتنع الضمين المعين عن القبول كان المشتري بالخيار، ولا يرجع بشيء.

ويرى الزيدية: أنه إذا كان الكفيل معيناً، أو عين فيما بعد، وامتنع عن قبول الكفالة فللبائع الحق في فسخ العقد.

ويرى الإمامية: «أنه إذا امتنع الكفيل عن الكفالة فللمشروط له الخيار في فسخ البيع، أو إمضائه، ولا يقوم كفيل مقام آخر نظراً لتفاوت الأغراض، فإن كان منع الكفيل عن الكفالة من قبل العاقد كان للمشروط له إجباره، والخيار هل يثبت على الفور أم على التراخي؟ وجهان في مذهب الإمامية.

وبعد استعراض هذه الآراء يمكننا أن نبرز النقاط التالية:

أ - رأينا أن هؤلاء الفقهاء قد اتفقوا على أنه إذا امتنع الكفيل المعين (أو الذي عين) عن قبول الكفالة أو مات قبل الكفالة، كان للمشروط له الخيار في أن يفسخ العقد، أو يجيزه، ولا يرجع بشيء^(١).

٢ - كما أن الإمامية قد أضافوا إلى ذلك أنه في حالة ما إذا كان منع الكفيل عن الكفالة من قبل العاقد فإنه يكون للمشروط له إجباره.

وواضح من هذه العبارة أن الكفيل ليس لديه مانع من قبول الكفالة، ولكن المشروط عليه بتدخله وتأثيره جعل الكفيل يمتنع عن قبول الكفالة، وحينئذٍ من العدل الوقوف أمام قصده السيئ وإحباطه، وذلك بإجباره على الكفالة، ولذلك فإننا نؤيد هذا الحكم.

٣ - الخيار هل يثبت على الفور أم على التراخي؟

رأينا أن الشافعية، والإمامية في أحد الوجهين يرون أن الخيار يثبت على الفور، ولتوضيح ذلك يمكننا أن نقول: إنه إذا أبلغ إلى المشتري امتناع الكفيل عن قبول الكفالة في مجلسه يثبت الخيار للمشتري في هذا المجلس، فإن

(١) كما سبق إيضاحه عند الحنابلة، والإمامية في المباحث الخاصة بهما.

اختار الفسخ فيها ونعمت، وإن أجاز العقد فلا خيار للطرف الآخر، وإن لم يختر شيئاً حتى انفض المجلس سقط خياره (ويكون ذلك كالشفعة).
أما إذا كان الخيار على التراخي، فإنه يكون من حقه أن يفكر في أمره ثم يبدى رأيه بعد انقضاء المجلس.

ونرى تأييد أن يكون الخيار على الفور؛ حتى لا يكون هناك مجال إلى المماطلة والتسويق، وتعطيل العقد عن استتباع آثاره، وأحكامه، وكذلك منعاً من ضياع فرص قد تسنح لكل منهما للتعاقد على شيء آخر أو مع شخص آخر، فالفورية في الخيار تنهي مرحلة التعليق، لنبدأ في مرحلة اليقين، إما بفسخ العقد أو بإجازته، ولا خيار للطرف الآخر.

ثالثاً - اشتراط الشهادة في العقد:

وقد صرح بجواز هذا الشرط فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والإمامية، وأثار بعضهم تفصيلات لهذا الشرط نجملها فيما يلي:
أوضح الشافعية - كما سبق أن أوضحنا أنه لا يشترط تعيين الشهود؛ لأن الغرض من الشهادة ثبوت الحق وثبوته يحصل بأي شهود عدول، وإذا مات من شرط عليه الإشهاد أو امتنع من الإشهاد، فللبائع الخيار لفوات الشرط، والخيار على الفور...

وأوضح الإمامية أن اشتراط الشهادة لا يفتقر إلى تعيين الشهود، بل الضابط لاختيارهم هو العدالة؛ لأن الغرض من الشهادة هو أن تكون مقبولة شرعاً، ومناط ذلك هو العدالة لا الشخص المعين، فلو عين المتعاقد الشهود، فالأقرب في المذهب هو تعيينهم عملاً بالشرط...

ويتضح من آراء الفقهاء في اشتراط الشهادة في العقد، أنهم يرون:

- صحة اشتراط الشهادة في العقد: لأنها أيضاً: توثق العقد:

- عدم افتقار اشتراط الشهادة إلى تعيين الشهود؛ لأن الغرض من الشهادة هو إثبات الحق الذي يوجبه العقد، وإثبات الحق يحصل بأي شهود عدول؛ لأن العدالة هي مناط قبول الشهادة، فإذا كان الشهود عدولاً، قبلت شهادتهم، وكان ذلك مدعاة لثبوت الحق.

- إذا عين المتعاقدان شهوداً، فإنني أرى تأييد القول بتعيين هؤلاء الشهود، وذلك احتراماً لإرادتهما، واعتداداً بالمقصد الأساسي الذي يهدف إليه المتعاقدان من تعيينهما، ووفاء بما تعاقدنا عليه، كما أن ذلك يتمشى مع القواعد العامة في الشريعة، ويتفق مع ما سبق أن أوضحناه بالنسبة لشرط الرهن وشرط الكفالة، فكل هذه الشروط غايتها واحدة، وهي توثيق موجب العقد، ومن الملائم أن تشملها قاعدة واحدة. فإذا عين المتعاقدان شيئاً من ذلك التزمنا بهذا التعيين، وإذا لم يعينا أمكن تحقيق شرطهما طبقاً لما يقضي به العرف - كما في الرهن، والكفالة - والشرع - كما في الشهادة - حيث يقول الله تعالى -: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وقوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والشاهد غير العدل ليس بمرض، فلا يدخل الشاهد غير العدل عند اشتراط الشهادة مطلقاً بدون تعيين.

- تعذر الشهادة: إذا مات من شرط عليه الإشهاد قبل الشهادة، أو امتنع منها، فللمشترط الخيار - لفوات الشرط - بين الفسخ والإمضاء، والخيار على الفور، فإذا أجاز العقد فلا خيار للطرف الآخر، ولا يرجع بشيء عند الفسخ، كما أننا نرى أيضاً: أنه إذا كان امتناع الشهود عن الشهادة سببه تدخل المشروط عليه أن نأخذ بما سبق أن قرره المذهب الإمامي - وأيدنا الأخذ به - في الكفالة من أنه إذا كان امتناع الكفيل عن الكفالة سببه تدخل المشروط عليه، فإنه يجبر على الكفالة، كذلك أيضاً: بالنسبة للشهود إذا كان المشروط عليه وتدخله قد أدى إلى امتناع الشهود عن الشهادة، فإنه يجب أن نحبط هذا القصد السيئ ونجبره على الشهادة، وبخاصة أن الشهادة لا تقل آثارها، وتبعاتها عن الكفالة.

رابعاً - اشتراط الحوالة في العقد:

أما شرط الحوالة في العقد، فقد أجاز اشتراطها فيه الحنفية، ولم أعثر على هذا الشرط في المذاهب الأخرى - وقد عرضت في النوع الأول من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الثاني الخلاف في جواز هذا الشرط عند الحنفية وأيدت القول بأن شرط الحوالة صحيح كشرط الكفالة.

النتائج

بعد هذه المقارنة يمكننا أن نضع النتائج التالية للشرط الذي فيه مصلحة العقد:

- ١ - كل شرط فيه مصلحة العقد صحيح يلزم الوفاء به، ويجبر المشروط عليه على الوفاء به.
- ٢ - إذا تعذر الوفاء بالشرط فللمشترط الخيار بين الفسخ، والإجازة، والخيار على الفور، فإن اختار الفسخ استرد سلعته، ولا يرجع بشيء، وإن اختار الإجازة فلا خيار للطرف الآخر.
- ٣ - إذا تعذر الوفاء بالشرط بسبب تدخل المشروط عليه، وبفعله، أجبر المشروط عليه على الوفاء بالشرط^(١).

* القسم الثاني *

الشرط الذي يحق منفعة مشروعة

بعد أن بحثنا الشرط الصحيح الذي يحقق مصلحة العقد نورد فيما يلي دراسة للشرط الذي يهدف إلى تحقيق منفعة مشروعة، سواء أكانت هذه المنفعة تعود على أحد المتعاقدين مباشرة، أم تعود على الغير؟ ويشمل هذا القسم من الشروط الأنواع الآتية:

النوع الأول: شرط يؤدي إلى استثناء بعض منافع العين المنتقل ملكها لناقلها أو غيره.

النوع الثاني: شرط يؤدي إلى الالتزام بعمل في محل العقد، أو في غيره.

النوع الثالث: شرط يؤدي إلى الالتزام بعقد فيه معنى من معاني البر.

(١) ويقارن هذا بما جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة: (١٨٧) من أن: «البيع بشرط يؤيد العقد صحيح، والشرط أيضاً: معتبر - مثلاً لو باع بشرط أن يرهن المشتري عند البائع شيئاً معلوماً، أو أن يكفل له بالثمن هذا الرجل، صح البيع، ويكون الشرط معتبراً، حتى أنه إذا لم يف المشتري بالشرط فللبائع فسخ العقد؛ لأن هذا الشرط مؤيد للتسليم الذي هو مقتضى العقد».

النوع الرابع: شرط يؤدي إلى الالتزام بعقد ليس فيه معنى من معاني البر.

النوع الخامس: شرط يؤدي إلى الالتزام بتصرف فيه مصلحة لأجنبي عن العقد.

النوع السادس: شرط يؤدي إلى المنع من التصرف في محل العقد لمدة معينة. وإليك الدراسة المقارنة لكل نوع من هذه الشروط.

النوع الأول

شرط يؤدي إلى استثناء بعض منافع

العين المنتقل ملكها لناقلها، أو لغيره

أوضحنا فيما تقدم آراء المذاهب في حكم هذا الشرط وقد تبين لنا أن هناك خلافاً في صحته، سواء كان استثناء المنفعة لمصلحة الناقل للملكية، أم لمصلحة شخص أجنبي، ونجمل فيما يلي آراء القائلين بصحة هذا الشرط وأدلتهم، ثم آراء القائلين بفساده وأدلتهم، ثم ناقش الأدلة ونضع النتيجة. ونبين أثر هذا الشرط.

أولاً - آراء الفقهاء:

(١) القائلون بصحة هذا الشرط:

ويختلف الحكم عند هؤلاء باختلاف (الشخص الذي اشترطت المنفعة له؛ لأن المنفعة إما أن تشترط لناقل الملكية، أو تشترط لغيره.

١ - فإن كانت المنفعة المشترطة لناقل الملكية، فإن جمهور الفقهاء يرى صحة هذا الشرط ولزوم الوفاء به.

وبهذا الحكم قال: المالكية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية، والإباضية، ورأي مرجوح في مذهب الشافعية، كما أوضحنا فيما تقدم^(١).

(١) تراجع المباحث الخاصة بذلك عند المالكية (ص ٢٥٥)، والشافعية (ص ٣٠٠)، والحنابلة (ص ٣١٥)، والزيدية (ص ٣٧٣)، والإمامية (ص ٤٢٦)، والإباضية (ص ٤٥٧).

كما أن ابن قدامة في «الشرح الكبير»^(١) نقل لنا أن هذا الحكم هو قول الأوزاعي، وابن شبرمة، وإسحاق بن إبراهيم، وأبي ثور.

٢ - وإن كانت المنفعة المشترطة لصالح الغير، فإن الحنابلة هم القائلون بصحة هذا الشرط - كما أوضحناه (في المبحث الخاص بهم) ولم أجد عند غيرهم من القائلين بصحة شرط استثناء بعض منفعة محل العقد لصالح ناقل الملكية من نص على صحته.

غير أن إطلاق الإمامية صحة شرط الانتفاع بالمعقود عليه مدة معينة - كما سبق إيضاحه قد يعطى جوازه عندهم أيضاً.

(ب) القائلون بعدم صحة هذا الشرط:

وقد قال بعدم صحته الحنفية والشافعية على الراجح، والظاهرية^(٢).

ثانياً - أدلة المانعين والمجيزين ومناقشتها:

ونوضح فيما يلي أدلة القائلين بعدم صحة هذا الشرط، وأدلة المجيزين له، ثم نناقش هذه الأدلة:

(١) أدلة القائلين بفساد هذا الشرط:

يمكننا أن نحصر أدلة المانعين لهذا النوع من الشرط فيما يلي:

١ - أدلتهم من الأحاديث والآثار:

قال أبو حنيفة لعبد الوارث بن سعيد... حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عن النبي ﷺ أنه: «نهى عن بيع وشرط»^(٣).

كما روي أبو داود بهذا السند «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان وبيع» وظاهرهما امتناع كل شرط^(٤).

(١) (٥٧/٤)، و«شرح البخاري» للعسقلاني (٢٢٩/٥).

(٢) أوضحنا رأي الحنفية (ص ٢٢٦)، والشافعية (ص ٣٠٠)، والظاهرية (ص ٣٦٤) في المباحث الخاصة بهم.

(٣) «فتح القدير» (٥/٢١٤)، و«الفرغ البهية» (٢/٢٤٦)، و«المجموع شرح المهذب» للنووي (٩/٣٦٧).

(٤) «الفرغ البهية» (٢/٤٢٦).

كما روي أحمد عن أسود بن عامر، عن سماك، عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة» وهذا الشرط إن كان يقابله جزء من الثمن يكون إجارة في بيع، وإن لم يقابله جزء من الثمن يكون إجارة في بيع، فيكون على كلا التقديرين صفقتان في صفقة، «وقد نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة».

وأيضاً: ما صح عن جابر أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الثنيا». أخرجه أصحاب السنن^(١) وإسناده صحيح.

وخبر أن تميم الداري^(٢) باع داراً، واشترط سكنها، وفي رواية واشترط سكنها سنة، فأبطل النبي ﷺ الشرط، والبيع معاً. «شرح النيل» (٨٤/٤).

وخبر أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية واشترط خدمتها، فقال له عمر رضي الله عنه لا تقربها وفيها مشوية^(٣).

٢ - من الأدلة العقلية:

كما قالوا أيضاً: إن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد؛ لأن العقد إذا تم مستوفياً لأركانه وشرائطه استتبع أحكامه وآثاره، فاشتراط المتعاقد بعض منفعة محل العقد لنفسه أو لغيره ينافي ما أوجبه العقد من انتفاع الشخص الذي انتقلت إليه الملكية بالمعقود عليه انتفاعاً كاملاً من وقت تمام العقد.

رد المانعين على أدلة القائلين بصحة هذا الشرط.

رد المانعون لهذا الشرط على المستدلين بحديث جابر حيث اشترط ظهر جملة إلى المدينة - سيأتي نصه - بأن ألفاظ هذا الحديث قد اختلفت فمنهم من ذكر فيه الشرط، ومنهم من ذكر ما يدل عليه، ومنه من ذكر ما يدل على أنه

(١) «شرح البخاري» للعسقلاني (٢٢٩/٥).

(٢) تميم بن أوس بن خارجة الداري - أبو رقية - صحابي مشهور سكن بيت المقدس بعد قتل عثمان رضي الله عنه، توفي سنة ٤٠ أربعين من الهجرة - معين المحدثين للذهبي (ص ١٩) وتقريب التهذيب.

(٣) «المجموع شرح المهذب» للنووي (٣٦٧/٩).

بطريق الهبة، وهي واقعة عين يطرقها الاحتمال^(١) وقد عارض هذا الحديث حديث عائشة في قصة بريرة، ففيه بطلان الشرط المخالف لمقتضى العقد، وهذا الشرط يخالف مقتضى العقد فيكون باطلاً.

(ب) الأدلة التي استند إليها القائلون بصحة هذا النوع من الشرط:

استند القائلون بصحة هذا النوع من الشرط إلى أدلة عامة، وخاصة من القرآن الكريم، والحديث النبوي الشريف، وكذا عمل الصحابة ثم المعقول.

١ - فاستندوا إلى عموم الآيات، والأحاديث التي تأمر بالوفاء بالعقود ومنها قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]^(٢) وقوله: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَتْ مَشْتُولًا﴾ [الإسراء: ٣٤].

وقوله - عليه الصلاة والسلام -: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً».

فالآيات الكريمة والأحاديث الشريفة تأمر بالوفاء بكل عقد وشرط لا يخالف كتاب الله، ولا سنة رسوله ﷺ، فإن خالف ذلك بأن حرم الشرط حلالاً، أو أحل حراماً فإنه لا يصح.

٢ - خصوص الأحاديث: «عن جابر أنه كان يسير على جمل قد أعيا، فضربه النبي ﷺ فسار سيراً لم يسر مثله. فقال بعنيه، فبعته واستثنت حملانه إلى أهلي - متفق عليه. فهذا الحديث يدل على صحة استثناء بعض منافع المبيع متى كانت معلومة.

يؤيده أنه ﷺ «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم»^(٣) وهذه المنفعة المشترطة التي قلنا بصحتها معلومة، فتكون مستثناة من النهي، ويكون الحديث دالاً على صحة اشتراطها.

(١) «شرح البخاري» للعسقلاني (٢٢٩/٥).

(٢) والشرط عقد، جاء في أحكام القرآن للجصاص (٣٦٠/٢): «المطبعة البهية سنة ١٣٤٧» في تفسير قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قال أبو بكر: العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه... وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد...».

(٣) «كشاف القناع» (٣٨/٢).

٣ - عمل الصحابة: وقد جاء في «سبل السلام» للصنعاني (٣٢٤/٢) عند الاستدلال على صحة اشتراط ركوب الدابة تعقيباً له على آراء الفقهاء قوله:

«وأظهر 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 داراً، واستثنى سكنها شهراً. ذكره في الشفاء». وجاء في «المحلى» لابن حزم (٤٢٠/٨) أثناء مناقشة أدلة القائلين بصحة بعض الشروط - بعض الآثار عن الصحابة منها:

«من طريق وكيع (... عن عتبة بن مسعود قال: إن تميماً الداري باع داره، واشترط سكنها حياته، وقال: إنما مثلي مثل أم موسى رد^(١) عليها ولداها وأعطيت أجر رضاعها.

ومن طريق وكيع عن سفيان الثوري... عن مرة بن شراحيل قال: باع صهيب^(٢) داره من عثمان، واشترط سكنها، وبه يأخذ أبو ثور، فخالفوه، ولا مخالف لذلك من الصحابة ممن يجيز الشرط في البيع».

* ومن هذا يتبين لنا أن عمل الصحابة قد جرى على جواز اشتراط بعض منافع المبيع.

٤ - وأما بالنسبة إلى صحة اشتراط المنفعة للغير فقد نص على ذلك الحنابلة مستندين إلى حديث أم سلمة أنها أعتقت سفينة، وشرطت عليه أن يخدم النبي ﷺ، وما عاش، واستثناء خدمة عبده في العتق كاستثنائها في البيع^(٣).

(١) رد - بالبناء للمجهول - وكذلك - وأعطيت.

(٢) صهيب بن سنان النَمِرِيُّ، أبو يحيى الرومي شهد بدرًا والمشاهد بعدها، توفي سنة ٣٨ ثمان وثلاثين من الهجرة «معين المحدين للذهبي»، وتقريب التهذيب لابن حجر (٢٩٥٤).

(٣) «كشاف القناع» (٣٨/٢)، ويراجع: حديث سفينة في سنن أبي داود حاشية «عون المعبود» (٣٥/٤)، سفينة، مولى رسول الله ﷺ، يكنى أبا عبد الرحمن، يقال: كان اسمه مروان، أو غير ذلك، فلقب بسفينة لكونه حمل شيئاً كثيراً في السفر، مشهور، وله أحاديث - تقريب التهذيب (٢٤٥٨).

٥ - والقياس : قالوا : أيضاً : إن هذا الشرط يترتب عليه استثناء بعض منافع المبيع مدة معلومة يتأخر خلالها تسليم المبيع إلى المشتري ، فيصح كما لو باعه داراً مؤجرة ، فإن بيع الدار المؤجرة صحيح مع أنه يتأخر تسليمها إلى انتهاء عقد الإجارة ، فكان هذا صحيحاً قياساً عليه^(١) وكذا بيع الأمة المزوجة ، فإن المشتري يملكها ، ويملك الانتفاع بها ، ولا يدخل في البيع منفعة بضعها ، فإنها للزوج ، كما اشترت السيدة عائشة بريرة وكانت متزوجة .

الرد على أدلة المانعين لصحة هذا الشرط

ونتناول فيما يأتي مناقشة هذه الأدلة :

١ - حديث النهي عن بيع وشرط :

أما حديث النهي عن بيع وشرط فقد ضعف كثير من الفقهاء والمحدثين سند من هذا الحديث ، ومنهم من أنكره . أو استغربه ، ونورد فيما يلي بعض ما قيل في هذا الحديث ، ونبين مدى التمسك بمفهومه عند من أخذ به .

(١) ما قاله الفقهاء في هذا الحديث :

المالكية : جاء في « مواهب الجليل » للحطاب (٣/٢٧٢) ما يأتي :

ابن عرفة لا أعرف حديث النهي عن بيع وشرط إلا من طريق عبد الحق وحمله أهل المذهب على وجهين : أحدهما : الشرط الذي يناقض مقتضى العقد . والثاني : الشرط الذي يعود بخلل في الثمن .

الشافعية : جاء في « المجموع شرح المذهب » للنووي (٩/٣٦٧) تعليقاً على استدلال المذهب بالحديث : « أما الحديث فغريب » .

الحنابلة : جاء في « كشف القناع » (٢/٣٨) : وخبر : أنه ﷺ نهى عن بيع وشرط . أخرجه أحمد ، وقال : لا نعرفه مروياً في مسند .

كما جاء في « سبل السلام » (٢/٣٢٠) : « عند بيان آراء العلماء في حديث جابر رضي الله عنه وقد تقدم نصهما آنفاً - ومعارضته لهذا الحديث ، وحديث النهي عن الثنيا » :

(١) « كشف القناع » (٢/٤٨) .

«ولما تعارضوا اختلف العلماء في ذلك على أقوال: الأول لأحمد أنه يصح ذلك، وحديث بيع الثنيا فيه: «ألا أن يعلم ذلك» وهذا منه، فقد علمت الثنيا فصح البيع، وحديث: «النهي عن بيع وشرط» فيه مقال مع احتمال أنه أراد الشرط المجهول».

الإمامية: لم يثبت عند الإمامية حديث النهي عن بيع وشرط، وثبت عندهم حديث النهي عن شرطين في بيع، وجاء في «تذكرة الفقهاء»^(١) بعد ذكر هذين الحديثين: «وهذان النصان ليسا على الإطلاق إجماعاً، لما يأتي من جواز الشرط في العقد، وقبول عقد البيع للشرط. إذ تقرر هذا، فكل شرط يخالف كتاب الله، والسنة، فإنه باطل إجماعاً...».

وجاء في الهامش تعليقاً على الحديث: «لم نعر على هذا الخبر في كتب الحديث التي تحت أيدينا، والذي يظهر أنه من مختصات أبي حنيفة في روايته...».

الإباضية جاء في «شرح النيل» (٨٤/٤): «وأما حديث نهى عن بيع وشرط» ففي إسناده ضعف. وهو قابل للتأويل، بأن يقال: إنه مقيد بما إذا كان الشرط حراماً، كقوله ﷺ: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله» وقوله: «إلا شرطاً أحل حراماً...» وبما إذا كان مجهولاً... وبما إذا كان في غير نفس المبيع؛ لأنه إذا كان في نفسه كان كاستثناء، وهو جائز...».

(ب) ما ورد في كتب الحديث من تعليق على هذا الحديث:

جاء في «فتح الباري» شرح صحيح البخاري (٢٢٩/٥): «وأما حديث النهي عن بيع وشرط» ففي إسناده مقال...».

كما جاء في «سنن أبي داود» حاشية عون المعبود (٣٠٣/٣): «ويجاب بأن حديث النهي عن بيع وشرط» مع ما فيه من المقال - هو أعم من حديث الباب (وهو حديث جابر) مطلقاً، فيبنى العام على الخاص...».

(١) «تذكرة الفقهاء» للحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلبي المتوفى سنة (٧٢٦هـ) (١٦٥/٧) القسم الثاني، مطبعة النجف سنة (١٩٥٥) - تحقيق المجمع الثقافي.

ومثله أورده الشوكاني (١٧٨/٥) كما ذكر أيضاً أن حديث «النهي عن بيع وشرط» روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، وقد استغربه النووي، وابن أبي الفوارس.

كما أن الصنعاني في «سبل السلام» (٢/٣٣٣) عند ذكره لسند الحديث: «لا يحل سلف، وبيع، ولا شرطان في بيع...» قال وأخرجه الحاكم في علوم الحديث من رواية أبي حنيفة، عن عمرو المذكور «عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده» بلفظ: «نهي عن بيع وشرط» ومن هذا الوجه، يعني الذي أخرجه الحاكم. [أخرجه الطبراني في الأوسط، وهو غريب]، وقد رواه جماعة. واستغربه النووي.

* وبعد ذلك يمكننا أن نضيف إلى ذلك ما قاله ابن القيم في «أعلام الموقعين» (٢/٤٠٨) في هذا الحديث.

المقال الرابع والثلاثون، رد السنة الصحيحة الصريحة المحكمة في وجوب الوفاء بالشروط في النكاح، وأنها أحق الشروط بالوفاء على الإطلاق بأنها خلاف الأصول. والأخذ بحديث: «النهي عن بيع وشرط» الذي لا يعلم له إسناد يصح، مع مخالفته للسنة الصحيحة، والقياس، ولانعقاد الإجماع على خلافه، ودعوى أنه موافق للأصول.

أما مخالفته للسنة الصحيحة فإن جابراً باع بعيه، وشرط ركوبه إلى المدينة، والنبي ﷺ قال: «من باع عبداً وله مال، فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع فجعله للمشتري بالشرط الزائد على عقد البيع»، وقال: «من باع ثمرة قد أبرت فهي للبائع إلا أن يشترطها المبتاع»، فهذا شرط ثابت بالسنة الصحيحة.

وأما مخالفته للإجماع فالأمة مجمعة على جواز اشتراط الرهن، والكفيل، والضمين، والتأجيل، والخيار ثلاثة أيام، ونقد غير البلد، فهذا بيع وشرط متفق عليه، فكيف يجعل النهي عن بيع وشرط موافقاً للأصول، وشروط النكاح التي هي أحق الشروط بالوفاء مخالفة للنصوص.

(ب) مدى التمسك بمفهوم هذا الحديث عند من أخذ به:

أما عن الحنفية فلم يمنع المذهب كل الشروط، بل صحح منها ما قضى به العرف:

جاء في «العناية» هامش فتح القدير (٢١٥/٥) عند الاستدلال على صحة الشروط المتعارفة قوله: «كبيع النعل مع شرط التشريك كذلك (أي: يصح)؛ لأن الثابت بالعرف قاضٍ على القياس، لا يقال فساد البيع شرط ثابت بالحديث، والعرف ليس بقاضٍ عليه؛ لأنه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به، وهو قطع المنازعة، والعرف ينفي النزاع، فكان موافقاً لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع إلا القياس على ما لا عرف فيه بجامع كونه شرطاً، والعرف قاضٍ عليه».

ومثل ذلك عند الشافعية حيث جعلوا الحديث معلولاً بوقوع النزاع: جاء في «فتح العزيز شرح الوجيز» للرافعي (١٩٤/٨، ٢٠٦): «ومن البيوع التي ورد النهي عنها البيع المشروط، روي أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط». «قال حجة الإسلام: مطلق الخبر يقتضي امتناع كل شرط في البيع. لكن المفهوم من تعليقه أنه إذا انضم الشرط إلى البيع بقيت علقته بعد العقد يثور بسببها منازعة، وقد يفضي ذلك إلى فوات المقصود، فحيث تفقد هذه العلة تستثني عن الخبر، ولذلك يستثني عنه شروطاً، ورد في تصحيحها نصوص». ثم ذكر المذهب صحة شرط الأجل، والخيار، والرهن، والكفالة، والشهادة.

الخلاصة: يتبين لنا من أقوال هؤلاء الفقهاء والمحدثين في حديث النهي عن بيع وشرط أن في هذا الحديث كلاماً في سنده، وفي نطاق الأخذ به:

١ - من حيث سند هذا الحديث:

يرى بعض الفقهاء، والمحدثين أن في سند هذا الحديث ضعفاً، أو فيه مقالاً، ومنهم من أنكروه كالإمام أحمد، ومنه من استغربه^(١) كالنووي، وابن أبي الفوارس، وكما هو ظاهر قول ابن عرفة.

(١) والحديث الغريب هو الذي رواه راو واحد فقط منفرداً بروايته عن كل أحد من الرواة. جاء في «شرح الزرقاني على البيهقونية في مصطلح الحديث» (ص٧٦)، (ص - أ) بياناً لأنواع الحديث الغريب، «والغريبة تجامع الصحة والضعف، فالغريب الصحيح كأفراد الصحيح، والغريب غير الصحيح هو الغالب على الغريب ومن ثم كره جمع من الأئمة تتبعها، فقد قال مالك: شر العلم الغريب وخير العلم الظاهر الذي قد رواه =

والظاهر أن من استغربه جعله غريباً في متنه، وفي إسناده، حيث لم يرو إلا من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، كما أشار الصنعاني في «سبل السلام».

كما أنه يبدو أن الإمام أحمد يعبه من أقسام الغريب غير الصحيح. ولهذا أنكره، وقال لا نعرفه مروياً في مسند.

٢ - من حيث الموضوع: هذا الحديث يفيد عدم صحة الشرط في البيع، وهو بهذا المعنى يعارض ما يأتي:

١ - يعارض عموم الآيات، والأحاديث التي توجب الوفاء بالعقود، والشروط.

٢ - كما أنه يعارض الأحاديث الصحيحة الواردة في جواز الشرط كحديث جابر رضي الله عنه، وحديث النهي عن بيع الثنبا إلا أن تعلم، وحديث بريرة رضي الله عنه ^(١)، وحديث: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» وحديث: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» «ومن ابتاع عبداً فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع..» ^(٢) كما يعارض حديث سفينة رضي الله عنه.

٣ - ويعارض أيضاً حديث المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً كما أنه ورد من عدة طرق يقوي بعضها بعضاً، ويشهد لمعناه الكتاب، والسنة ^(٣).

كما يعارض الآثار، ومنها قول عمر: «مقاطع الحقوق عند الشروط» والآثار التي أوردناها آنفاً عن تميم الداري، وعن صهيب مع عثمان رضي الله عنه. كما أن هذا الحديث يعارض ما اتفق الفقهاء (غير زفر) على جوازه من اشتراط الرهن، والكفيل، والضمين، والتأجيل، والخيار.

= الناس، وقال عبد الرازق كنا نرى أن غريب الحديث خير فإذا هو شر، وقال ابن حنبل: لا تكتبوا هذه الغرائب فإنها مناكير، وغالبها عن الضعفاء...».

- (١) سيأتي شرح هذه الأحاديث في مواضع الاستدلال بها.
(٢) «شرح النووي على صحيح مسلم» (١٠/١٩٠)، و«السندى على البخاري» (٧٧/٢).
(٣) «الفتاوى» لابن تيمية (٣/٣٣٢) وقد تقدم النص والتخريج (ص ٤).

٣ - رأي من صح عندهم هذا الحديث :

كما تبين لنا مما تقدم أن المستدلين بهذا الحديث لم يأخذوا بعمومه،
ولهم في تفسير ذلك منهجان :

المنهج الأول: وهو للحنفية، والشافعية - يجعل النهي عن بيع وشرط معلولاً بوقوع النزاع، فحيث يترتب على الشرط نزاع لا يصح، وحيث ينتفي النزاع يصح، وقد نطقت بذلك النصوص التي نقلناها آنفاً عن البابر تي من الحنفية والرافعي من الشافعية.

المنهج الثاني: وهو للمالكية، والزيدية، والإباضية - حيث يحملون حديث النهي عن بيع وشرط على بعض الشروط، دون البعض الآخر، ألا وهي الشروط الفاسدة في كل مذهب من هذه المذاهب.

فالمالكية: حملوه على شرطين فاسدين: الشرط المنافي لمقتضى العقد والشرط الذي يخل بالثمن - كسلف وبيع - والزيدية: حملوه على ذلك أيضاً^(١).

والحنابلة: مع إنكارهم للحديث، نقل الصنعاني عنهم أنه يحتمل أنه أراد به الشرط المجهول^(٢).

والإباضية: وحملوه على: الشرط الحرام، والشرط المجهول، والشرط الذي يكون في غير نفس المبيع^(٣).

تقييم هذين المنهجين:

وباستعراض هذين المنهجين نرى:

أن القول بأن «النهي عن بيع وشرط» معلول بوقوع النزاع الذي يؤدي إليه

(١) قد أشرنا فيما تقدم إلى أن الزيدية قد أخذوا بحديث النهي عن بيع وشرط، ونلمس من استدلالهم به أنهم جعلوه أساساً لإبطال الشروط التي تؤدي إلى جهالة، والشروط التي تنافي مقتضى العقد.

(٢) ولم أجد النص على ذلك الاحتمال في كتبهم التي تيسر لي الاطلاع عليها، ك«المغني»، والشرح الكبير، وكشاف القناع، والقواعد، والفتاوى، وأعلام الموقعين».

(٣) راجع: المبحث الثامن للشروط في مذهب الإباضية.

الشرط، نظراً إلى أن المشتري يطالب بموجب الشرط، والمشتري عليه يمتنع عن الوفاء به بحكم الشرع حيث أنه منهي عنه، هذا التعليل يؤخذ عليه اعتراضان:

أولهما: أن هذا الشرط بإرادة الطرفين، وتراضيهما، وهذا هو أساس المعاملات ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِمُكْرَةٍ عَنْ تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩] فكيف يمتنع المتعاقد عن الوفاء، بهذا الشرط الذي رضيه، وأقدم عليه، ممثلاً أمر الشارع، وكيف ينشأ النزاع مع أن الأساس هو الرضا، وهو موجود فلا يتصور امتناع منه بعد رضاه.

ثانيهما: أن النزاع قد يتصور إذا لم يكن هناك سوى حديث النهي عن بيع وشرط، فحينئذ يكون له الامتناع بحكم الشرع. أما وقد أثبتت الأحاديث الصحيحة، والصريحة جواز الاشتراط في العقد، ولزوم الوفاء بالشروط - كما سبق أن أوضحنا - فقد أصبح النزاع غير موجود عند المطالبة بالوفاء بالشرط. فالمشتري يطالب بموجب الشرط، والمشتري عليه يلزمه الوفاء به بحكم الشرع، ومع هذا فهناك بعض الشروط لا يمكن الوفاء بها بحكم الشرع، وهي التي حمل عليها بعض الفقهاء حديث النهي عن بيع وشرط.

منها: الشرط الذي يخالف نصاً، كشرط الولاء للبايع لقوله ﷺ: «ما بال أقوال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله... ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل...».

ومنها: الشرط الذي يؤدي إلى محذور، لقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً».

ومنها: الشرط المستحيل. لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦].

* فمثل هذه الشروط الباطلة يمكن أن يحمل عليها الحديث - إذا سلمنا بصحته - فيكون النهي في الحديث منصباً على الشروط التي تخالف المشروع، ويتفق مفهوم الحديث - حينئذ - مع قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً». وسيأتي إيضاح هذه الشروط الباطلة بعد الانتهاء من بحث الشروط الصحيحة.

وإذا سلم لنا حمل الحديث على الشرط الذي يخالف المشروع يمكننا أن نقول: أن اشتراط الناقل لملكية العين التي يملكها بعض منافعها لمدة معينة أو لمكان معين، صحيح عملاً بعموم الآيات، والأحاديث، وخصوص حديث جابر رضي الله عنه. ونظراً إلى أنه قد ورد على حديث جابر اعتراضات تنفي الاستدلال به، فإننا نوضح آراء العلماء فيها فيما يلي:

٢ - حديث جابر رضي الله عنه:

ونبين هنا آراء الفقهاء والمحدثين في الأخذ به:

ونظراً إلى أن المانعين لصحة هذا الشرط قد ذكروا أن حديث جابر قد اختلفت ألفاظه، أو أنه واقعة عين يطرقتها الاحتمال، وكلنا يعلم أن الدليل إذا طرقة الاحتمال سقط به الاستدلال، فإننا نورد فيما يلي الحديث منقولاً عن الإمام البخاري، مشفوعاً برأيه وهو عمدة المحدثين وإمامهم.

جاء في «صحيح البخاري» (٢٢٩/٥ - ٢٣٤) حاشية العسقلاني:

«حدثنا أبو نعيم، حدثنا زكريا: قال: سمعت عامراً يقول: حدثني جابر أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمر النبي ﷺ فضربه، فسار بسير ليس يسير مثله، ثم قال: «بعنيه بوقية» قلت: لا، ثم قال: «بعنيه بوقية» فبعته، فاستثنيته حملانه إلى أهلي، لما قدمنا أتيت به بالجمل، ونقدني ثمنه، ثم انصرفت، فأرسل على أثري، قال: «ما كنت لأخذ جملك، فخذ جملك ذلك فهو لك».

وقال شعبة عن مغيرة، عن عامر، عن جابر: أفقرني رسول الله ﷺ ظهره إلى المدينة، وقال إسحاق عن جرير، عن مغيرة: فبعته على أن لي فقار ظهره حتى أبلغ المدينة» وقال محمد بن المنكدر، عن جابر شرط ظهره إلى المدينة. وقال زيد بن أسلم عن جابر «ولك ظهره حتى ترجع» وقال أبو الزبير عن جابر: «أفقرناك ظهره إلى المدينة» وقال الأعمش، عن سالم، عن جابر: «تبلغ عليك أهلك» وقال أبو عبد الله: الاشتراط أكثر وأصح عندي».

وقد علق العسقلاني على ذلك بقوله: «قال أبو عبد الله» هو المصنف

«أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري»^(١) «الاشتراط أكثر، وأصح عندي» أي: أكثر طرقاً وأصح مخرجاً، 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، وأصرح ما وقع في ذلك رواية النسائي المذكورة (وهي: وللنسائي من طريق ابن عيينة عن أيوب، قال قد أخذته بكذا وكذا وقد أعرتك ظهره إلى المدينة) لكن اختلف فيها حماد بن زيد، وسفيان بن عيينة، وحماد أعرف بحديث أيوب من سفيان.

* والحاصل أن الذين ذكروه بصيغة الاشتراط أكثر عدداً من الذين خالفوهم، وهذا وجه من وجوه الترجيح فيكون أصح، ويترجح أيضاً: بأن الذين رووه بصيغة الاشتراط معهم زيادة، وهم الحفاظ فتكون حجة، وليست رواية من لم يذكر الاشتراط منافية لرواية من ذكره؛ لأن قوله: «لك ظهره»، «وأفقرناك ظهره، وتبلغ عليه»، لا يمنع وقوع الاشتراط قبل ذلك، وقد رواه عن جابر بمعنى الاشتراط أيضاً: أبو المتوكل عند أحمد، ولفظه «فبعني ولك ظهره إلى المدينة» لكن أخرجه المصنف في الجهاد من طريق أخرى عن أبي المتوكل فلم يتعرض للشرط إثباتاً، ولا نفيًا...

وما جنح إليه المصنف من ترجيح رواية الاشتراط هو الجاري على طريقة المحققين من أهل الحديث؛ لأنهم لا يتوقفون عن تصحيح المتن إذا وقع فيه الاختلاف إلا إذا تكافأت الروايات، وتكافؤ الروايات هو شرط الاضطراب الذي يرد به الخبر، وهو مفقود هنا مع إمكان الترجيح^(٢).

* ويتبين لنا من هذا النص أن اشتراط استثناء ظهر الجمل المباع إلى المدينة في حديث جابر أكثر وأصح، وذلك لما يأتي:

(١) المتوفى سنة (٢٥٦) من الهجرة.

(٢) وقد جاء في سنن أبي داود مع «حاشية عون المعبود» (٣/٣٠٣) ما يأتي: «باب في شرط في بيع - حدثنا مسدد - نا - يحيى بن سعيد عن زكريا - نا - عامر عن جابر بن عبد الله قال: بعته - يعني بعيه - من النبي ﷺ - واشترطت حملانه إلى أهلي. قال في آخره: «تراني إنما ماكستك لأذهب بجملك، خذ جملك وثمنه، فهما لك».

١ - روايات عدم الاشتراط أضعف من روايات الاشتراط، وهذا من وجوه الترجيح.

٢ - روايات الاشتراط أكثر من روايات عدم الاشتراط، وهذا وجه من وجوه الترجيح.

٣ - الذين رَووا هذا الحديث بصيغة الاشتراط معهم زيادة، وهم حفاظ فتكون حجة.

٤ - ليست هناك منافاة بين رواية من لم يذكر الاشتراط، وبين من نص عليه، وذلك لأن قوله عليه الصلاة والسلام: «لك ظهره حتى ترجع، وأفقرناك ظهره إلى المدينة، وتبلغ عليه أهلك» لا يمنع وقوع الاشتراط قبل ذلك.

٥ - لكل ذلك كانت رواية الاشتراط أرجح، وهذا الترجيح هو الجاري على طريقة المحققين من أهل الحديث؛ لأنهم لا يتوقفون عن تصحيح المتن إذا وقع فيه الاختلاف إلا إذا تكافأت الروايات، وهو شرط الاضطراب الذي يرد به الخبر - وهو مفقود هنا مع إمكان الترجيح.

قال ابن دقيق العيد: إذا اختلفت الروايات وكانت الحجة ببعضها دون بعض توقف الاحتجاج بشرط تعادل الروايات، أما إذا وقع الترجيح لبعضها بأن يكون روايتها أكثر عدداً، أو أتقن حفظاً، فيتعين العمل بالراجح، إذ الأضعف لا يكون مانعاً من العمل بالأقوى.

إذن فحديث جابر رضي الله عنه يدل بنصه دلالة تامة على صحة اشتراط بعض منافع المبيع لمدة معلومة أو مكان معلوم، كما يدل بمفهومه على جواز الشرط المعلوم الحلال عامة.

أما الشرط غير المعلوم فلا يصح نظراً للجهالة، وهذا يفسر لنا الحديث الذي أورده صاحب كتاب «الإيضاح»: «قال ابن عباس: وكان تميم الداري باع داراً، واشترط سكنها، فأبطل النبي ﷺ البيع، والشرط» حيث إن الشرط هنا غير معلوم^(١).

(١) شرح النيل (٤/٨٢ - ٨٤)، والإيضاح (٤٥/٢) للإباضية.

٣ - حديث تميم الداري وآراء الفقهاء فيه :

لم أعر على هذا الحديث في كتب الحديث، ولا في كتب الفقه سوى كتب الظاهرية والإباضية، ونظراً للاضطراب فيما روي عن تميم، فإنني أورد الروايات التي عثرت عليها في هذين المذهبين ثم أناقش ما جاء فيها :

الظاهرية:

جاء في «المحلى» لابن حزم (٤٢٠/٨) نص هذا الحديث على الوجه

التالي :

«ومن طريق وكيع . . عن عتبة بن مسعود قال: إن تميماً الداري باع داره. واشترط سكنها حياته، وقال: إنما مثلي مثل أم موسى رد عليها، ولدها، وأعطيت أجر رضاعها».

الإباضية:

جاء في «جامع ابن بركة» (مخطوط بدار الكتب رقم ١٩٨٣١ ص ٤١٥) أثناء شرحه لحديث بريرة رضي الله عنها ما يأتي :

«وأن تميماً الداري اشترى^(١) داراً واشترط سكنها، فأبطل النبي ﷺ البيع، والشرط».

واختلف الناس في هذا الشرط الذي كان شرطه تميم الداري :

فقال قوم: كان شرط السكن إلى غير مدة، فلذلك فسد البيع؛ لأن البيع إذا دخل فيه حق مجهول بشرط مجهول في البيع لم يجز البيع لأجله، وإذا كان الشرط معلوماً، وله قسط من الثمن يضبط، فالبيع ثابت.

وقال آخرون: كان شرط السكن في البيع إلى سنة، وإنما بطل البيع به لأن في إجازته^(٢) منع المشتري من التصرف في ملكه . . .».

وجاء في «شرح النيل» (٨٣/٤) عن الاستدلال على بطلان البيع بالشرط الذي يؤدي إلى جهالة ما يأتي :

(١) هكذا بالأصل والواضح أنه «باع» كما سيأتي من الروايات الأخرى.

(٢) ورد في الأصل (في إجارته)، والواضح أنه «في إجازته».

«وقد باع تميم الداري داراً، وشرط سكنها، فأبطل النبي ﷺ البيع، والشرط معاً» لجهل الشرط؛ لأنه لم يشترط مدة معلومة، وليس إبطاله لمجرد الشرط بل لكونه مجهولاً، فلا دليل فيه لمن يقول بإبطال كل بيع وشرط. وقيل: إنه شرط تميم سكنى سنة، وبهذه الرواية يستدل من قال بإبطال البيع، والشرط مطلقاً، فيعارضها حديث جابر بن عبد الله من شرطه ظهر الحمل إلى المدينة. .»
* ويتضح لنا من هذه النصوص:

أن رواية: «واشترط سكنها» بدون تحديد لمدة معينة هي الراجحة، وذلك لأمر.

أولها: أن رواية «واشترط سكنها سنة» حكاهما صاحب «شرح النيل» بقوله: «وقيل» مما ينبئ عن ضعف هذه الرواية.

ثانيها: أن الإباضية أجازوا اشتراط بعض منفعة المعقود عليه لمدة معلومة، مما يدل على رجحان رواية عدم تحديد تميم لمدة السكنى.

ثالثها: أن الأثر الذي أورده ابن حزم عن تميم يدل على صحة اشتراط المنفعة لمدة معلومة.

والظاهر أن تميماً باع داره، واشترط سكنها بدون تحديد، فأبطل النبي ﷺ تصرفه هذا لما يؤدي إليه هذا الشرط من الجهالة وعدم انتفاع المالك بملكه الذي اشتراه. فعرف تميم ذلك فباع الدار بشرط أن يسكنها مدة حياته، وبذلك أصبح الشرط معلوماً، فكان تصرفه صحيحاً وشرطه صحيحاً.

رابعها: أن حديث جابر ﷺ وهو حديث صحيح يؤيد صحة اشتراط بعض منافع المعقود عليه مدة معينة.

٤ - حديث النهي عن الثنيا وآراء المحدثين والفقهاء فيه:

والثنيا - بضم المثناة وتشديدها وسكون النون - المراد بها الاستثناء في البيع، نحو أن يبيع الرجل شيئاً ويستثنى بعضه.

وقد احتج المانعون لهذا النوع من الشرط بحديث النهي عن الثنيا؛ لأن كل شرط يترتب عليه استثناء بعض منافع المعقود عليه من الثنيا، فيكون منهياً عنه بنص الحديث فلا يصح.

وقد أجاب عن هذا القائلون بصحة هذا الشرط بأن حديث: «نهى عن الثنيا» فيه «إلا أن تعلم» إذ أن لفظ الحديث كما روي عن جابر: «وأن النبي ﷺ، نهى عن المحاقلة والمزابنة^(١)، والثنيا إلا أن تعلم» رواه النسائي والترمذي وصححه، والزيادة كما سبق أن أوضحنا متى كانت من طريق الحفاظ فإنها تكون حجة، وإذا ثبت ذلك كان هذا الحديث دليلاً على صحة هذا الشرط، وحجة على القائلين بعدم صحته؛ لأنهم يقولون بصحة اشتراط المنفعة إذا كانت معلومة، أما إذا كانت مجهولة فإنه لا يصح اشتراطها.

والخبر المروي عن عمر رضي الله عنه: «لا تقربها وفيها مثنوية» كان اشتراط الخدمة فيه مجهولاً. وكل شرط يؤدي إلى الجهالة لا يصح.

٥ - حديث النهي عن صفقتين في صفقة:

قال المانعون لصحة هذا النوع من الشرط (وهو استثناء بعض منافع المبيع) إن هذا الشرط إن كان يقابله جزء من الثمن يكون إجارة في بيع، وإن لم يقابله يكون إعارة في بيع، فيكون على كلا التقديرين صفقتان في صفقة واحدة، وهو منهي عنه.

ونظراً إلى أن هذا الحديث سنتناوله بالتفصيل عند اشتراط عقد في عقد، فإننا نرجئ الكلام عن سنده ومفهومه إلى حينه، ولكننا الآن نشير إلى أن هذا الحديث ليس خاصاً بالشرط في العقد، ولو سلمنا بذلك فيمكن أن يرد بأن المعقود عليه إنما هو العين مستثنى منها بعض منافعها، وليست العين كلها، ومن ثم لا يكون هناك اجتماع صفقتين في صفقة؛ لأن الثمن يراعي فيه أن العين المباعة قد جردت منها بعض منافعها لمدة معينة، ومثل هذا يقابله جزء من الثمن، فلا شك أن من اشترى منزلاً بدون شرط السكنى سنة - مثلاً - يكون أكثر ثمناً من شراء بيت استثنى فيه شرط السكنى سنة، إذن المبيع بهذا الثمن

(١) المحاقلة والمزابنة اختلف في معنهما، فقيل المحاقلة: هي بيع الحقل بكيل من الطعام معلوم، والمزابنة: هي بيع النخل بأوساق من التمر، أو بيع العنب بالزبيب - وقد تقدم لنا شرح ذلك في الفصل الثاني من الباب الثاني (ص ١٥١) وفيه تخريج الحديث وراجع «نيل الأوطار» (١٥١/٥).

هو الدار مستثنى من منافعها السكنى سنة، فليس هناك عقد إجارة أو إعارة، وإنما المنفعة المشترطة قد قدرت بقدر من ثمن المبيع، ووقع البيع على ما عداها.

٦ - القول بأن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد:

مما سبق يتبين لنا أيضاً: أن هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد، فإن العقد قد وقع على عين معينة لها منافع معينة تبدأ من وقت معين، فإذا تم العقد على هذه العين بهذه الصفة ترتبت عليه أحكامه، وآثاره، بهذه الصفة أيضاً: فليس هناك منافاة لمقتضى العقد، بل إنه متفق مع ما جرى العقد عليه، والدليل على ذلك أنه يصح بيع الدار المؤجرة مع أنه يتأخر تسليمها، والانتفاع بها إلى انتهاء عقد الإجارة، فكذاك هنا يصح استثناء بعض منافع محل العقد. وقضية منافاة الشرط لمقتضى العقد سنتناولها فيما بعد، بعد أن نفرغ من الشروط الصحيحة.

الترجيح:

وبعد أن استعرضنا هذه الأدلة، ومناقشتها، يتضح لنا رجحان الرأي القائل بجواز اشتراط بعض منافع العين المنتقل ملكها لناقل هذه الملكية متى كانت هذه المنفعة معلومة، ولمدة معلومة، وذلك استناداً إلى خصوص الأحاديث الصحيحة، وعمومها، وعموم الآيات الكريمة. كما نؤيد ما ذهب إليه الحنابلة من جواز اشتراط منفعة محل العقد لغير ناقل الملكية استناداً إلى حديث سفينة، فقد جاء في «سنن أبي داود» (حاشية عون المعبود ٣٥/٤): «باب في العتق على شرط: حدثنا مسدد بن مسرهد قال - نا - عبد الوارث عن سعيد بن جمهان، عن سفينة قال: كنت مملوكاً لأم سلمة، فقالت: أعتقك، واشترط عليك أن تخدم رسول الله ﷺ ما عشت فقلت: وإن لم تشرطي على ما فارقت رسول الله ﷺ ما عشت، فأعتقني واشترطت على» ويعلق على هذا صاحب «كشاف القناع» (٣٨/٢) بقوله: «واستثناء خدمة عبده في العتق كاستثناءها في البيع».

ويمكننا أن نضيف إلى ذلك ما يأتي:

١ - أنه ليس هناك فرق بين أن يستثنى البائع منفعة المبيع مدة معلومة لنفسه، أو لغيره فعلى كلا الأمرين قد وقع العقد على عين يبدأ الانتفاع بها من وقت معين فيكون كلاهما صحيحاً. وإن القياس على بيع العين المؤجرة، ينطبق انطباقاً تاماً على استثناء منفعة المبيع للغير، فكلاهما كانت العين فيه مجردة من بعض المنافع لصالح الغير، والذي قدم هذه المنفعة فيهما للغير هو البائع: أما استثناءها لنفسه فيتفق من حيث إن العين قد استثنى منها بعض منافعها فقط، ولكن المنتفع هنا قد اختلف، فهنا صاحبها قد أبقى لنفسه بعض منافع ملكه - ولا شك أن لذلك مقابلاً من الثمن - وهناك انتفع المستأجر بالعين المؤجرة مدة الإجارة في مقابل ما دفعه من الأجرة للبائع، فكان القول بالصحة قياساً على العين المؤجرة أكثر انطباقاً في الاشتراط للغير منه في الاشتراط لنفسه، وفي كلا الأمرين قد أقدم المشتري على العقد وهو راض بأن يكون محل العقد هو عين مستثنى منها بعض منافعها، ويتساوى في ذلك أن يكون المنتفع بها خلال هذه المدة هو البائع، أو غيره، ما دام قد رضي العقد على هذه الصفة فكان كلاهما صحيحاً.

٢ - الحديث: «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم» دليل واضح على أن استثناء بعض منافع محل العقد إذا كان المستثنى معلوماً يكون صحيحاً - مطلقاً سواء شرطه البائع لنفسه، أو لغيره...، وحديث جابر وإن ذكر لنا أنه قد اشترط لنفسه الانتفاع بالمبيع إلى مكان معلوم، فإنه لا ينفي صحة اشتراط البائع انتفاع الغير بالمبيع إلى مكان معلوم؛ لأن جابراً رضي الله عنه يقص لنا ما حدث بينه، وبين الرسول عليه الصلاة والسلام، وقد كان ما حدث هو أنه اشترط لنفسه... وقد وافق الرسول عليه الصلاة والسلام على شرطه، أما لو اشترطه لغيره، فإنه يكون صحيحاً لما سبق أن أوضحناه من شمول حديث: «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم»، وكذلك حديث سفينة، وكذلك بالقياس على بيع العين المؤجرة، كل هذا يضاف إلى النصوص العامة التي توجب الوفاء بالشروط التي لا يترتب عليها تحليل ما حرمه الله، أو تحريم ما حلله الله، ولا يترتب عليها جهالة، أو غرر...

ثالثاً - آثار هذا النوع من الشرط:

سبق أن أوضحنا أثر هذا النوع من الشرط الذي يترتب عليه استثناء بعض منفعة محل العقد مدة معلومة في المذهب الحنبلي .
ونرى أنه كان في تقريره لآثار هذا الشرط واضحاً وضوحاً تاماً يجعلنا نكتفي بما تقرر هناك^(١).

الخلاصة والنتائج: وبعد هذه المقارنة يمكننا أن نضع النتائج التالية للشرط الذي يترتب عليه استثناء بعض منفعة المعقود عليه:

١ - يصح لأحد المتعاقدين اشتراط منفعة مباحة معلومة في محل العقد لنفسه، أو لغيره، وتكون عليه نفقة محل العقد خلال فترة الانتفاع بها، وله الحق في إجارة العين المستثنى بعض منافعها، أو إعارتها خلال المدة المشترطة لمن يقوم مقامه بشرط أن يكون مماثلاً له في الانتفاع.

٢ - للمالك للعين المستثنى بعض منافعها الحق في التصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرف، وتكون في يد المالك الثاني مستثناة النفع أيضاً.

٣ - للمتعاقدین بتراضيهما الحق في إقامة عين بدل العين المستثنى بعض منافعها لاستيفاء هذه المنفعة منها، أو تقديم عوض عن هذه المنفعة.

٤ - إذا تلفت العين المشترط بعض منافعها قبل استيفاء المنفعة المشترطة، وكان ذلك بفعل المشترط عليه، أو تفريطه، لزمه عوض هذه المنفعة فيما بقي من المدة، وإن لم يكن بفعله، وتفريطه لم يلزمه شيء.

المقابلة بالقانون الوضعي: هذه النتائج التي استخلصناها من الفقه الإسلامي بالنسبة لهذا النوع من الشرط، والآثار المترتبة على جوازه سار عليها القانون الوضعي.

أما بالنسبة لصحة الشرط، فإنه قد سار على أن كل شرط يقترن بالعقد يكون صحيحاً^(٢) إلا إذا كان شرطاً مستحيلاً، أو مخالفاً للنظام العام، أو الآداب... (على التفصيل الذي أوضحناه).

(١) راجع النوع الثاني من الشروط الصحيحة، «استثناء بعض منافع محل العقد». في المذهب الحنبلي (ص ٣١٥).

(٢) مصادر الحق للدكتور السهوري (٣/١٩٤).

فيمكن أن يظهر ذلك بصورة واضحة في حق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى تراجع المواد ٩٨٥ - ٩٩٨ مدني مصري، والمواد ٩٨٩ - ١٠٠١ مدني ليبي، والمواد ١٢٥١ - ١٢٦٤ مدني عراقي.

النوع الثاني

شرط يؤدي إلى التزام المتعاقد بعمل في محل العقد،

أو في غيره

حكم هذا الشرط عند الفقهاء - الأدلة، ومناقشتها - آثار هذا الشرط -

النتائج.

أولاً - حكم هذا النوع من الشرط في الفقه الإسلامي:

إذا اشترط أحد المتعاقدين على الطرف الآخر القيام بعمل، فلا يخلو

إما أن يكون العمل المشترط في محل العقد، أو في غيره:

أ - فإن كان في محل العقد، كما لو اشترى قلنسوة بشرط أن يبطنها البائع

من عنده، أو حنطه بشرط أن يطحنها، أو ثوباً بشرط أن يخيطه، أو حطباً

بشرط أن يحمله إلى موضع معلوم، أو قطعة حديد على أن يضربها سيفاً...

فإن جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والزيدية،

والإمامية، وقول مرجوح عند كل من الشافعية، والإباضية) يقولون: بجواز

هذا الشرط.

وقد خالف في هذا الحكم الشافعية، والإباضية (على الرأي الراجح في

المذهبين) وكذا الظاهرية^(١).

ب - وإن كان هذا الشرط في غير محل العقد، كما (لو اشترى ثوباً،

وشرط على البائع أن يخيط له ثوباً آخر غير الثوب المبيع، أو اشترى قطعة

فضة على أن يصوغ البائع له قطعة فضة أخرى... فقد أجاز هذا الشرط

(١) سبق تفصيل آراء المذاهب: الحنفية (ص ٢١٩)، والمالكية (ص ٢٥٦)، الشافعية

(ص ٣٠٠)، والحنابلة (ص ٣٢٠)، الزيدية (ص ٣٧٥)، والإمامية (ص ٤١٤)،

والإباضية (ص ٤٦٤)، والظاهرية (ص ٣٦٤).

المالكية، وكذلك الإمامية (حيث قالوا بجواز اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر القيام بما يدخل تحت قدرته، وما يمكن تسليمه، والوفاء به، من المنافع سواء أكان عملاً، أم تصرفاً، وسواء أكان ذلك في محل العقد أم في غيره) كما أجاز هذا الشرط الإباضية على الرأي المرجوح.

وخالفهم جمهور الفقهاء فقالوا بعدم صحة هذا الشرط.

ثانياً - أدلة المجيزين والمانعين ومناقشتها:

أدلة القائلين بعدم صحة هذا النوع من الشرط:

١ - استدلال الشافعية، والإباضية على عدم جواز هذا الشرط بحديث النهي عن بيع وشرط، وذلك إما لما قد يؤدي إليه هذا الشرط من نزاع بسبب العلاقة التي أحدثها، والتي تستمر بعد العقد - كما قال الشافعية - أو لأنه شرط يؤدي إلى الجهالة «في الثمن، والمثمن إن كان بيعاً»، والشرط الذي يؤدي إلى الجهالة باطل - كما قال الإباضية.

٢ - وأما الظاهرية فقد سبق أن بينا أنهم يرون إبطال جميع الشروط التي لم يرد نص بصحتها، استناداً إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً 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...».

النظر في هذه الأدلة:

قد سبق أن أوضحنا^(١) ما في «حديث النهي عن بيع وشرط» من ضعف، وأنه لو صح فهو محمول على الشرط الذي يؤدي إلى جهالة، وغرر، أو إلى أمر محرم، أو إلى أمر مستحيل...

وأما قول الإباضية أنه يؤدي إلى جهالة في الثمن أو في المثمن، فقد رد عليهم صاحب «شرح النيل» (وهو إباضي) قائلاً: «إنه لا توجد جهالة. لأن المسمى يكون ثمناً، وأجرة» وهذا هو التفسير الذي نهجه فقهاء المذاهب المختلفة التي أجازت هذا الشرط.

(١) راجع: الشرط الذي يؤدي إلى استثناء بعض منافع العين - بيناه آنفاً - (ص ٥١٤).

وأما دليل الظاهرية على إبطال جميع الشروط فقد سبق أن أوضحنا رد ابن تيمية^(١)، وابن القيم على فهمهم لهذا الحديث، وأن المراد من الشرط الذي ليس في كتاب الله هو الأمر المشروط الذي ليس في شرع الله، وحكمه، وكل ما كان كذلك فهو باطل؛ لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط، حتى يصح اشتراطه، ويجب بالشرط.

أدلة القائلين بصحة هذا النوع من الشرط، وما يستنتج منها:

إذا نظرنا إلى ما استند إليه جمهور الفقهاء في القول بصحة هذا الشرط برزت لنا ثلاثة أدلة نوردها فيما يلي:

الأول: عموم الآيات، والأحاديث، التي توجب الوفاء بالشرط، وخصوص قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً» وهذا شرط حلال فيكون صحيحاً.

الثاني: حديث جابر، وقد سبق أن أوضحنا هذا الحديث، وبيننا أن اشتراط جابر لركوب الجمل المبيع ثابت في الروايات.

ونظراً إلى أن ركوب الجمل كان شرطاً في المعقود عليه، فقد صرح المستدلون بهذا الحديث من الشافعية والزيدية، بأنه يلزم لصحة اشتراط قيام البائع بعمل أن يكون ذلك في المعقود عليه، أما في غيره فلا يصح.

وقد سبق أن قلنا: إن هذا الشرط، وإن كان ثابتاً للبائع، فإنه ليس فيه ما يمنع أن يكون للمشتري، وأنه وإن كان في المعقود عليه فليس هناك ما يمنع أن يكون في غير المعقود عليه، لأن حكاية جابر لما حدث له ليس فيها تخصيص لعموم الآيات، والأحاديث التي تلزم المتعاقدين بالوفاء بشروطهم، وعقودهم، ما دامت في حدود ما شرعه الله ﷻ. بل فيها دليل على صحة كل شرط معلوم حلال، وهذا الشرط سواء كان في المعقود عليه، أو في غيره فهو معلوم حلال فيكون صحيحاً، وبصحته في المعقود عليه قال جمهور الفقهاء، وفي غير المعقود عليه قال المالكية، والإمامية، ورأي للأباضية.

(١) راجع: بحث ابن تيمية وابن القيم، ورده على أدلة القائلين بأن الأصل الفساد وستناوله عند بيان حكم الشرط المحظور.

الثالث - العرف: وقد استند إليه الحنفية في القول بصحة هذا الشرط، وذلك لأنهم يبطلون الشروط في العقد أخذاً بحديث النهي عن بيع وشرط، فكل شرط عندهم باطل، إلا ما اقتضاه العقد، أو كان ملائماً للعقد، أو جاء به نص، أو قضى به عرف^(١).

وأوضحوا أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، وأنه ليس في العرف قضاء على نص الحديث «نهي عن بيع وشرط»؛ لأن هذا الحديث معلول بوقوع النزاع، والعقد إنما قصد به قطع المنازعة، والعرف يقطع المنازعة، فكان الشرط الذي يوافق العرف موافقاً لمعنى الحديث.

وقد سبق أن قلنا: إن هذا يعتبر تقييداً للحديث، فكأنهم قالوا: إن النهي منصب على بيع وشرط يؤدي إلى النزاع، وقلنا: إن الشرط الذي يؤدي إلى النزاع هو الشرط الذي يورث غرراً، ولا شك أن مثل هذه الشروط التي يتعارف الناس عليها، والتي تقضي بقيام أي من المتبايعين بعمل في محل العقد (ثمناً كان أو مثنماً) أو في غيره، ليس فيها ما يؤدي إلى النزاع ما دامت خالية من الغرر، فيلزم أن تكون هذه الشروط صحيحة، اشترطها البائع على المشتري أو العكس، موجبة لعمل في محل العقد، أو في غيره.

الترجيح:

ويمكننا استناداً إلى هذه الأدلة أن نرجح القول بصحة اشتراط ما يدخل تحت قدرة أحد المتعاقدين ويشمل ذلك الشروط الآتية:

اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر القيام بعمل مشروع في محل العقد (وبهذا قال جمهور الفقهاء).

(١) والمراد بالعرف عند الحنفية العرف الخاص.. لا العرف العام، فإذا تعارف أهل بلد نوعاً من الشروط صح، ما دام مشروعاً، ولا يورث منازعة، ويدل على ذلك ما جاء في «فتح القدير» (٢٢١/٥): «ومثله في ديارنا شراء القبقاب على أن يسمر له سيراً، يجوز استحساناً للتعامل» فقله في ديارنا يدل على اعتبار العرف الخاص.

كما جاء في «الدر المختار» (١٩٠/٤): «قلت، وتدل عبارة البزازية، والخانية وكذا مسألة القبقاب على اعتبار العرف الحادث، ومقتضى هذا أنه لو حدث عرف في شرط غير الشرط في النعل، والثوب، والقبقاب أن يكون معتبراً، إذا لم يؤد إلى المنازعة».

اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر القيام بعمل مشروع في غير محل العقد (وبهذا قال فقهاء المالكية، والإمامية ورأي مرجوح عن الإباضية).

ثالثاً - أثر اشتراط القيام بعمل في محل العقد، أو في غيره:

وعلى ضوء هذا الترجيح يكون هذا الشرط صحيحاً يلزم الوفاء به، ويكون العقد المقترن به صحيحاً، ونبحث هنا أثر هذا الشرط من نواح: هل يجبر المشتري عليه على الوفاء بالشرط؟ وما الحكم عند تعذر الوفاء به؟ وهل يجوز إقامة شخص آخر ليقوم بالعمل المشتري، أو أخذ عوض عنه؟.

الأولى: الإيجابار على الوفاء بالشرط.

أرى ترجيح الرأي الذي يقرر إيجابار المشتري عليه على الوفاء بهذا الشرط، ما دام الوفاء به ممكناً^(١)، وكما سبق أن أوضحنا أن مثل هذا المسلك هو المنطق العادل، والطبيعي لتنفيذ إرادة المتعاقدين على أكمل صورها ما دام ذلك ممكناً، أخذاً برأي الحنابلة^(٢) ومذهب الزيدية^(٣).

الثانية: تعذر الوفاء بالشرط:

يرى الحنابلة - كما سبق أن أوضحنا أنه إذا تعذر القيام بالعمل المشروط، فإما أن يكون هذا التعذر مؤقتاً، أو دائماً، فإن كان هذا التعذر مؤقتاً - كما لو ألم بالمشتري عليه مرض فإنه يصح أن يقام مقامه من يقوم بهذا العمل، والأجرة على المشتري عليه، وإن كان بسبب عذر دائم جعل الوفاء بالشرط غير ممكن، كما لو مات البائع، أو تلف المبيع، أو استحق، فإنه حينئذ يرجع المشتري على المشتري عليه بعوض ذلك النفع المشروط عليه؛ لأن هذا العقد قد جمع بيعاً وإجارة، وقد فات ما ورد عليه عقد الإجارة، فانفسخت الإجارة (كما لو استأجر أجيراً خاصاً فمات) وإذا انفسخت بعد قبض عوضها رجع المستأجر بعوض المنفعة.

(١) وهذا هو التنفيذ العيني في القانون.

(٢) راجع: من هذا البحث النوع الثالث من المطلب الأول من المبحث الرابع في مذهب الحنابلة (ص ٣١٥).

(٣) راجع: من هذا البحث النوع الثاني من النوع الأول من المبحث السادس في مذهب الزيدية (ص ٣٧٥).

كما يرى الزيدية: أنه إذا لم يمكن الوفاء بالشرط، كأن امتنع المشروط عليه ولم يمكن إجباره، أو تعذر الوفاء به بوجه من الوجوه، فإن المشروط يكون بالخيار بين فسخ العقد، أو إمضائه فإن اختار إمضائه قسم الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل، ويسقط من الثمن أجرة المثل (على التفصيل الذي سبق أن أوردناه).

الثالثة - إقامة شخص آخر بالعمل المشروط:

أجاز الحنابلة أن يقيم المشروط عليه شخصاً آخر ليقوم بالعمل المشروط - إذا أراد ذلك - قياساً على الأجير المشترك، حيث يجوز له أن يعمل العمل بنفسه أو بمن يقوم مقامه .

وسكت المذهب عما إذا كان العمل المشروط يستدعى عملاً فنياً قد لا يكون غير هذا الشخص قادراً على الوفاء به، ولكننا نرى - كما سبق أن أشرنا هامش (ص ٣٢١) أن ما قرره المذهب الحنبلي من إباحة التصرف في المنفعة المستثناة بالشرط بإجارتها للغير، أو إعارتها، واشتراط المذهب لصحة هذا التصرف أن يكون الغير مماثلاً له في الانتفاع، يمكن أن يطبق هنا على هذا النوع من الشرط. فيقال: إنه يمكن أن يقيم المشروط عليه شخصاً آخر ليقوم بالعمل المشروط، وذلك بشرط أن يكون الغير الذي سيقوم بالعمل مماثلاً للمشروط عليه، فإن لم يكن مماثلاً له لا يجوز أن يقيم شخصاً آخر مقامه .

الرابعة: تقديم عوض عن العمل المشروط:

وأيضاً: أجاز المذهب الحنبلي بذل العوض عن ذلك العمل المشروط، وللطرف الآخر قبول هذا العوض، أو رفضه. فإذا رغب البائع في بذل العوض عن العمل الذي اشترط قيامه به، لم يلزم المشتري قبوله، وكذا إذا أراد المشتري أن يأخذ العوض عن ذلك العمل من البائع لم يلزم البائع بذله؛ لأن المعاوضة عقد أساسه التراضي فلا يجبر عليه أحد، فإن تراضيا على ذلك جاز.

وهذا الرأي يتفق ومبدأ التراضي واحترام إرادة المتعاقدين المقرر بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

رابعاً - النتائج المستخلصة من هذه الدراسة وآثار هذا النوع من الشرط:

وبعد هذه المقارنة يمكننا أن نضع النتائج التالية للشرط الذي يترتب عليه قيام أحد المتعاقدين بعمل معلوم مشروع في محل العقد، أو في غيره.

١ - يصح اشتراط أحد المتعاقين على الآخر القيام بعمل في محل العقد، أو في غيره، متى كان العمل المشروط مباحاً معلوماً مقدوراً عليه.

٢ - للمشترط الحق في إجبار المشترط عليه على تنفيذ الشرط، فإن تعذر ذلك، أخذ منه عوض المنفعة المشترطة.

وفي جميع الحالات يجوز للمشترط عليه إقامة من يقوم مقامه بالعمل المشترط بشرط أن يكون مماثلاً للمشترط عليه. كما أنه يمكن بالتراضي بينهما قبول العوض عن العمل المشترط.

* وبمقابلة القانون الوضعي بالفقه الإسلامي نجد أيضاً: أن القانون الوضعي قد سار على ما قرره هذا الفقه، فقضى بصحة الشرط كما بينا في النوع الأول.

وأما بالنسبة لآثار هذا الشرط، فإن القانون أيضاً، لم يخرج عن هذا، فقد قرر جبر المدين على تنفيذ التزامه متى كان ذلك ممكناً، وأنه إذا نص في العقد على أن ينفذ المدين العمل بنفسه كان للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين، وإذا تعذر الوفاء أمكن المطالبة بالتعويض. ويراجع في هذا المواد (١٩٩، ٢٠٣، ٢٠٨، ٢١١، ٢١٥ - ٢١٦ من القانون المدني المصري، والمواد ٢٠٢، ٢٠٦، ٢١١، ٢١٢ من القانون المدني الليبي، والمواد ٢٤٦، ٢٥٥ - ٢٥٨ من القانون المدني العراقي)، والمواد: (٣١٣، ٣١٥، ٣٣٤، ٣٤٠) من القانون المدني الأردني، والمواد: (٢٨٠، ٢٨٨، ٢٩٢) من القانون المدني الكويتي.

النوع الثالث

شرط يؤدي إلى الالتزام بعقد فيه معنى من معاني البر
حكم هذا الشرط - الأدلة، ومناقشتها - آثار هذا الشرط - النتائج

أولاً - حكم هذا الشرط في الفقه الإسلامي:

إذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر إيقاع تصرف فيه معنى من معاني البر، والخير، فلا يخلو من أن يكون التصرف المشترط مطلوباً في محل العقد، أو في غيره.

(أ) فإن كان في محل العقد، كما لو باعه عبداً بشرط عتقه، أو تدييره... أو باعه أرضاً بشرط أن يجعلها مسجداً، أو مقبرة للمسلمين، أو باعه طعاماً بشرط أن يتصدق به، أو باعه شيئاً بشرط أن يهبه، أو يقفه...

فإن جمهور الفقهاء «المالكية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية، والإباضية، وفي رأي لأبي حنيفة» يرون جواز هذا الشرط على التفصيل الذي أوضحناه فيما تقدم في كل مذهب، وفي كل مثال من هذه الأمثلة^(١) حيث يصح بعضها في مذهب، ولا يصح في غيره.

(ب) وإن كان هذا الشرط في غير محل العقد، فقد أجازته الإمامية، وهو ظاهر قول ابن تيمية، وابن القيم من الحنابلة، ولم ير جمهور الفقهاء صحة هذا النوع من الشرط.

ثانياً - أدلة المانعين، والمجيزين، ومناقشتها:

١ - أدلة المانعين لصحة هذا النوع من الشرط:

استند القائلون بعدم بصحة هذا الشرط، (وهو الحنفية) (عدا رواية عن أبي حنيفة) ورأي ضعيف عند الحنابلة، والظاهرية) إلى عدة أدلة أهمها:

(١) سبق تفصيل آراء المذاهب: الحنفية (ص ٢٢٧)، والمالكية (ص ٢٦٠)، والشافعية (ص ٢٩١)، والظاهرية (ص ٣٦٤)، والحنابلة (ص ٣٢٢)، والزيدية (ص ٣٩٤)، والإمامية (ص ٤٢٢)، والإباضية (ص ٤٦٠).

- أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع وشرط».

- أن في هذا الشرط منفعة للمعقود عيه، والعقد لا يقتضي هذا الشرط، فيفسد به العقد.

- أن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد؛ لأن البيع يوجب الملك. والعتق يبطله فيبينها منافاة، وليس بينهما ملاءمة.

- أما حديث عائشة ؓ فإنها اشترت بريرة ؓ شراء مطلقاً، عن كل شرط، ووعدتها بأن تعتقها لترضى هي بذلك، وذلك لأن بيع المكاتب لا يجوز بغير رضاها، وقد كانت هي مكاتبه.

٢ - أدلة القائلون بصحة هذا الشرط:

يتبين لنا مما تقدم أن القائلين بصحة هذا النوع من الشرط قد استندوا إلى أدلة أوردناها فيما سبق، ونعرض الآن هذه الأدلة مجتمعة ما دام الغرض واحداً، والحكم المراد الوصول إليه واحداً:

الأدلة - استدلال جمهور الفقهاء بما يأتي:

(أ) عموم الآيات والأحاديث التي توجب الوفاء بالشرط التي لا يمنع منها كتاب، ولا سنة، وخصوص قوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً».

(ب) وخصوص حديث بريرة:

وهو أن السيدة عائشة ؓ اشترت بريرة ؓ وشرط مواليتها أن تعتقها، ويكون ولاؤها لهم، فلم ينكر الرسول ﷺ إلا شرط الولاء لهم بقوله: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ﷻ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله ﷻ فهو باطل...» الحديث. منه عرفنا بطلان شرط الولاء، كما عرفنا صحة شرط العتق.

(ج) العرف: فإن الشراء بشرط العتق متعارف بين الناس، كما صرح

الإمام أبو حنيفة ؓ.

(د) صرح الإمامية بأن الأصل هو صحة هذا الشرط عملاً بعموم ما دل مستفيضاً على وجوب الوفاء بالشرط التي لا يمنع منها كتاب، ولا سنة،

مضافاً إلى الطلاقات الإجماعات المستفيضة... (١).

(هـ) تشوف الشارع إلى الحرية، وحرصه على وقوعها بأدنى سبب، ورغبته في انتشار الخير في المجتمع.

(و) هذا الشرط يلائم العقد، وذلك لأن العتق في المبيع قبض، فلو أعتق المشتري المبيع قبل القبض صار قابضاً، والقبض من أحكام العقد، فاشتراطه في العقد يلائمه، ولا ينافيه، وما دام هذا الشرط ملائماً لمقتضى العقد، فإنه يكون صحيحاً يلزم الوفاء به، ويكون العقد صحيحاً.

٣ - مناقشة هذه الأدلة:

وبعد أن استعرضنا أدلة المانعين، والمجيزين نرى ترجيح جواز اشتراط كل شرط يؤدي إلى إيقاع معنى من معاني البر لما يأتي:

(أ) حديث: «النهي عن بيع وشرط» سبق أن حررنا الكلام في هذا الحديث، وبيننا أنه لو صح لكان مقيداً بالشرط الذي يؤدي إلى جهالة، أو غرر، وكذا الشرط الحرام، والشرط المستحيل، وهذا الشرط لا يترتب عليه شيء من ذلك، بل هو شرط مشروع يتشوف الشارع إلى آثاره، ويحرص على وقوعها بأدنى سبب.

وحينئذٍ فالاستدلال به على منع هذا الشرط - الذي يؤدي إلى إيقاع معنى من معاني البر والخير - يترتب عليه سد لهذه الأبواب التي يدعو الشارع إليها، ويرغب فيها.

(ب) حديث بريرة رضي الله عنها وتحريم القول في كون عتقها مبنياً على وعد أو على شرط:

إن ما قاله المانعون لهذا الشرط من أن عتق بريرة رضي الله عنها كان مبنياً على وعد من السيدة عائشة رضي الله عنها ولم يكن مبنياً على شرط^(٢)، لا يتمشى مع ما جاء

(١) لا يقصد بالإجماع هنا الإجماع الاصطلاحي، وإنما يقصد به إجماع أئمة الإمامية بدليل وجود الخلاف الذي حررناه.

(٢) «حاشية العسقلاني على صحيح البخاري» (٢٠٥/٥) ومثله أيضاً «صحيح مسلم شرح النووي» (١٤٥/١٠).

في رواية هذا الحديث في الصحيحين: ونصه في «صحيح البخاري»: «حدثنا عبد الواحد بن أيمن المكي عن أبيه قال: دخلت على عائشة رضي الله عنها قالت: دخلت علي^(١) بريرة، وهي مكاتبة فقالت: يا أم المؤمنين اشتريني، فإن أهلي يبيعونني فأعتقيني، قالت: نعم، قالت: إن أهلي لا يبيعونني حتى يشترطوا ولائي، قالت: لا حاجة لي فيك، فسمع النبي صلى الله عليه وسلم أو بلغه، فقال: «ما شأن بريرة؟» فقال: «اشتريتها فأعتقيها، وليشترطوا ما شاءوا» قالت: فاشتريتها فأعتقتها، واشترط أهلها ولاءها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «الولاء لمن أعتق، وإن اشترطوا مائة شرط» ففي قول بريرة: «اشتريني... فأعتقيني» وقول السيدة عائشة: «نعم» دليل على قبول السيدة عائشة لشرائها بشرط أن تعتقها ومثله ما جاء في رواية مسلم: «إن شاء هلك أن أعدها لهم عدة واحدة وأعتقك، ويكون الولاء لي فعلت...».

وقول أهل بريرة لها في رواية للبخاري: «إن شاءت (عائشة) أن تحتسب عليك فلتفعل، ويكون ولاءوك لنا» وجاء في «حاشية السندي على البخاري»: «تحتسب عليك أي: بالعتق لا بالمال»، ومثله ما جاء في مسلم أيضاً.

كل هذا يدل على أن السيدة عائشة قد اشترتها بشرط أن تعتقها، وأن القول بأنه كان وعداً من السيدة عائشة بالعتق، ولم يكن شرطاً، بعيد؛ لأن مثل هذه المشاورات التي تجري قبل العقد لتبين رغبة المتعاقدين، ورضاهما تعتبر أساساً للعقد والتزاماً من كل من المتعاقدين بتحقيق رغبة كل منهما، والعقود أساسها الالتزام بالوفاء بموجباتها، وليس أساسها وعوداً يمكن أن تجاب أو لا تجاب (على القول بأن الوعد غير ملزم)، ولهذا أورده البخاري تحت «باب الشروط في البيع» مرة، ومرة أخرى تحت «باب ما يجوز من شروط المكاتب إذا رضي بالبيع على أن يعتق».

كل هذا يدل دلالة راجحة على أن عتق بريرة كان شرطاً، ولم يكن وعداً، وإنه ليس هناك تفسير واضح لترك ظاهر النص ومفهومه إلى التأويل، إلا تطبيق قاعدة أن كل شرط مناف لمقتضى العقد يكون باطلاً، وهذه القاعدة

(١) بتشديد الباء.

ما دامت لم تنقصر مفاهيمها وأبعادها وجزئياتها بنصوص شرعية، فإن النصوص الشرعية التي تقضي بصحة اشتراط العتق تضع أساساً لمفهوم هذه القاعدة، وأبعاداً معينة لما تشمله، وستتناول هذه القاعدة فيما بعد، في مبحث مستقل.

وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «اشترىها فأعتقها» وفي رواية مسلم: «ابتاعني فأعتقني»^(١) ومثله رواية للبخاري أيضاً: يدل على صحة هذا الشرط، ولزوم الوفاء به.

(ج) القول بصحة شرط العتق يقاس عليه كل شرط يؤدي إلى إيقاع معنى من معاني البر:

- كشرط التحسيس (الوقف)، والهبة، والصدقة - كما هو رأي المالكية.

- وشرط أن يعتقه غداً، ونحوه، أو يدبره، أو يكاتبه، أو باع داراً بشرط أن يقفها - على رأي في مذهب الشافعية.

- كما أن الإمام أحمد يرى جواز شرط التدبير، وكذا كل شرط فيه مقصود صحيح.

- وقد رأينا أن الإمامية يجيزون اشتراط العتق مطلقاً، وعن المشتري أو عن البائع، أو عن كفارة، وتبرعاً، وبمعرض، كما يرون جواز التدبير، والكتابة، ويرون جواز اشتراط وقف الدار المبيعة، أو التصديق بالمبيع، أو غيرهما؛ لأنهم يجعلون الأصل في الشروط الصحة إلا ما دل دليل من عقل، أو نقل على عدم صحته.

- كما سبق أن أوضحنا أن ابن تيمية قد أفاض في ذلك حيث نص على أن: «القياس المستقيم الذي عليه أصول أحمد، وغيره من فقهاء الحديث هو أن اشتراط زيادة على مطلق العقد، واشتراط النقص جائز ما لم يمنع الشرع، فإذا كانت الزيادة في العين، والمنفعة المعقود عليها، والنقص من ذلك على ما ذكرته، فالزيادة في الملك المستحق بالعقد، والنقص منه كذلك.

فإن اشترط على المشتري أن يعتق العبد، أو يقف العين على البائع، أو غيره، أو يقضي بالعين ديناً عليه لمعين، أو غير معين، أو أن يصل به رحمه،

(١) «صحيح مسلم شرح النووي» (١٣٩/١٠).

أو نحو ذلك هو اشتراط تصرف مقصود، ومثله التبرع والمفروض، والتطوع.
وأما التفريق بين العتق، وغيره بما في العتق من الفضل الذي تشوفه
الشارع فضعيف، فإن بعض أنواع التبرعات أفضل منه، فإن صلة ذي الرحم
المحتاج أفضل من العتق كما نص عليه أحمد، فإن ميمونة زوج النبي ﷺ
أعتقت جارية لها فقال النبي ﷺ: «لو تركتها لأخوالك لكان خيراً لك» ولهذا
لو كان للميت أقارب لا يرثون كانت الوصية لهم أولى من الوصية بالعتق، وما
أعلم في ذلك خلافاً، فإذا كان بعض التبرعات أفضل من العتق لم يصح تعليقه
باختصاصه بمزيد الفضيلة، وأيضاً: فقد يكون المشروط على المشتري فعلاً،
كما لو كان عليه دين لله من زكاة، أو كفارة، أو نذر، أو دين لآدمي، فاشترط
عليه تأديته، وكان بنيته من ذلك المبيع، أو اشترط المشتري على البائع وفاء
الدين الذي عليه من الثمن، ونحو ذلك فهذا أوكد من اشتراط العتق»^(١).

(د) القول بصحة اشتراط كل ما يؤدي إلى إيقاع معنى من معاني الخير،
يتفق مع عموم الآيات، والأحاديث التي تأمر بالوفاء بالعقود، والشروط، وتذم
الناقضين لها.

- كما يتفق مع الهدف الذي تنص عليه الآيات التي تأمر بفعل الخير
كقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧]^(٢).

ولا شك إن مثل هذا الشرط يدخل في فعل الخير المأمور به فيكون
طريقاً إلى الفلاح وإلى إرضاء الله، ولا يعقل أن نغلق هذا الطريق ما دام
المتعاقدان قد رضيا هذا الشرط الذي رضي الله جل شأنه عنه.

- هذا فضلاً عن أنه شرط لا يحرم حلالاً، ولا يحل حراماً، وإنما هو
شرط يقرب الإنسان من ربه، كما أنه شرط مقدور عليه، ولا يترتب عليه غرر،
ولا جهالة.

(هـ) إن هذا الشرط تم بإرادة المتعاقدين، ورضاهما التام الكامل
الصحيح، امتثالاً لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾

(١) «الفتاوى» لابن تيمية (٣/٣٤٧).

(٢) وكقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ مَعَ الَّذِينَ اتَّقَوْا وَالَّذِينَ هُمْ مُحْسِنُونَ﴾ [النحل: ١٢٨].

[النساء: ٢٩] وإهدار إرادتهما، وعدم الاعتداد بها، لا يتفق مع روح الشريعة قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿١﴾ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٢﴾﴾ [الصف: ٢، ٣] وينطبق عليه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِي نَفَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَا...﴾ [النحل: ٩٢].

وما دام هذا الشرط قد تم برضاهما، فإنه لا خشية من وقوع نزاع بينهما بسبب الشرط، وبخاصة أن الناس يتسابقون إلى فعل الخير بطبيعتهم، وإذا كانت هناك نفس شحيحة؛ فإنها لا تقدم من البداية على عقد اشتمل على مثل هذا الشرط.

كما أن طبيعة الإنسان ترفض الرجوع عن مثل هذا مستجابة إلى المعاني الكريمة التي رسمتها الشريعة الإسلامية من الوفاء بالشروط، وعدم نكثها، وكراهة أن يرجع فاعل الخير في فعله.

* كل هذه الأدلة مجتمعة تعطينا معنى كبيراً كريماً، وهو أن كل شرط يقصد به تحقيق معنى من معاني البر والخير يكون صحيحاً يلزم الوفاء به، ويكون العقد المقترن به صحيحاً سواء كان التصرف المشروط إيقاعه يعود بنفع على أحد المتعاقدين، أو على غيرهما، وسواء كان في محل العقد، أو في غيره مما يدخل تحت ملك المشترط عليه، كان الشرط إعتاقاً (عاجلاً أو آجلاً، كلا، أو بعضاً، قريباً، أو غير قريب أو تدبيراً أو كتابة، أو كان أرضاً اشترط وقفها، أو مالاً اشترط جعله صدقة، أو ساحة اشترط جعلها مسجداً، أو مدرسة، أو مقبرة للمسلمين... إلى غير ذلك من ضروب الخير التي يعود نفعها على المجتمع.

ثالثاً - آثار هذا النوع من الشرط:

بعد أن بينا فيما تقدم آراء المذاهب^(١) في أثر هذا الشرط تفصيلاً نرى أن نبرز الآثار المترتبة عليه، وهي:

(١) سبق إيضاح آثار هذا الشرط عند المذاهب: المالكية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية. وقد بينا صفحاتها آنفاً.

(١) تاييد القول بالإجبار على الوفاء بهذا النوع من الشرط:

- نرى تاييد القول بإجبار المشتري عليه على الوفاء بالشرط، أخذاً بما ذهب إليه المالكية، والشافعية، والحنابلة، وبعض الإمامية من القول بإجبار المشتري على الوفاء بهذا النوع من الشرط، وذلك للاعتبارات الآتية، بالإضافة إلى ما نصت عليه هذه المذاهب من أدلة على القول بهذا الحكم:

- إننا نلمس في الشريعة الإسلامية عدم الرضا عن الرجوع فيما أقدم عليه الإنسان من فعل الخير، بل عدم الرضا عن التراجع فيما أقدم عليه الإنسان من قول، أو من عمل حتى لا يكون ﴿كَأَلَّيْ نَقَضْتَ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَا﴾ [النحل: ٩٢] وقوله: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ [الصف: ٢].

- إن تشوف الشارع إلى الحرية. وإن دعاءه الناس إلى فعل كل ما هو بر، وخير امتثالاً لقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧] يناسبه التمسك بما صدر من عقود تؤدي إلى هذا الغرض؛ لأن في تحقيقه استجابة لنداء الله - تعالى - وتحقيقاً للمعنى السامي النبيل الذي يقصد إليه الشارع، والذي يجلب السعادة للجميع.

- إن في القول بإجباره على تنفيذ ما التزم به اعتداداً بإرادة المتعاقدين، وحفظاً لحرمة العقد، فإن المراحل التي تسبق صدور العقد كفيلة بأن تبعد المتردد عن الإقدام على هذا العقد، وهذا الشرط، وتجعل الجميع يتريث قبل مباشرة العقد وإتمامه.

فإذا صدر العقد كان القول بالإجبار على التنفيذ متمشياً مع ما تهدف إليه الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة التي تقضي بالوفاء بالعقود، والشروط، ما دامت تسير في كنف الشريعة، وبخاصة أن هذا العقد، أو هذا الشرط قد اصطبغ بصبغة الخير، والبر، فكان تعلقه بالمجتمع لا بالفرد، فيلزم الإجبار على تنفيذه.

- ويترتب على الاعتداد بالإرادة أنه إذا كانت صيغة العقد تدل على التخيير كقوله أبيعك بشرط أن تعتقه، أو ترده - كما أوردها المذهب المالكي - فلا شك أنه يجب الاعتداد بالإرادة، وإعطاء الخيار للبايع عند امتناع المشتري

عن إعتاقه، أما لو أبهم، فإنه يجب أن نجبره على الإعتاق إذا امتنع منه مطلقاً، أو تبين أنه لا يريد ذلك بأن ماطل، وعرف منه عدم رغبته في العتق.

- وإذا استقام لنا القول بالإجبار على تنفيذ الشرط الذي قصد به الخير، والبر، فإنما نقصد بذلك جميع الشروط التي تحقق هذا الغرض، سواء أكانت عتقاً، أم كانت تدبيراً، أم كتابة، أو أرضاً وقفها، أم مالاً جعله صدقة؟ إلى غير ذلك من ضروب الخير والبر كاشتراط أن يتخذ الأرض مسجداً، أو مدرسة، أو مقبرة للمسلمين...؛ لأن الهدف واحد، والغرض واحد، وهو فعل الخير لشخص معين، أو غير معين إذ في ذلك مصلحة المسلمين عامة.

(ب) الآثار الأخرى غير القول بالإجبار:

وإذا تم لنا القول بالإجبار على تنفيذ الشرط الذي يحقق معنى من معاني البر، فإنه يترتب على ذلك:

- عدم نفاذ تصرف المشتري في المبيع بهذا الشرط بأي نوع من أنواع التصرف، كما هو رأي الحنابلة.

- إذا تعيب المعقود عليه، فإنه يجزئ في الوفاء بالشرط، حرصاً على وقوع الخير، كما هو رأي الحنابلة، والإمامية.

- أن منافع المعقود عليه بعد وقوع العقد، وحتى تحقق الشرط، تكون للمشتري، ومن في حكمه، كما هو رأي الحنابلة، والإمامية.

- إذا مات، أو هلك المعقود عليه قبل الوفاء بالشرط، رجع البائع على المشتري بما نقصه الشرط، فيقال كم قيمته لو بيع بدون شرط، وكم قيمته إذا بيع بشرط؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه كالأرض، كما هو رأي الحنابلة.

إلا أنه إذا عرف أنه قد حط لأجل الشرط قدراً معيناً؛ فإنه يرجع بما حط، كما هو رأي الزيدية.

رابعاً - النتائج:

ويمكننا بعد هذه المقارنة أن نضع النتائج الآتية للشرط الذي يترتب عليه إيقاع تصرف فيه معنى من معاني البر:

١ - إذا اقترن العقد بشرط أوجب صدور تصرف قصد به تحقيق معنى

من معاني البر والخير كان العقد صحيحاً، وكان الشرط صحيحاً، ولزم الوفاء به.

٢ - ويكون للمشترط إجبار المشترط عليه على إيقاع هذا الشرط، وإلا أوقعه القاضي عليه، إلا إذا كانت صيغة العقد تقتضي التخيير.

٣ - لا ينفذ أي تصرف في محل العقد المشترط فيه هذا الشرط، وتكون منافعه بعد العقد، وقبل تحقق الشرط، للمشتري ومن في حكمه.

٤ - إذا تعيب محل العقد أجزاء في الوفاء بالشرط.

٥ - إذا تعذر الوفاء بالشرط رجع المشترط على المشترط عليه بما نقصه الشرط، إلا إذا ثبت أنه قد حط من الثمن درأً معيناً لأجل الشرط، فإنه يرجع بما حط.

النوع الرابع

شرط يؤدي إلى الالتزام بعقد يحقق غرضاً مشروعاً ليس برأ
حكم هذا الشرط - الأدلة ومناقشتها - آثار هذا الشرط - النتائج

أولاً - حكم هذا النوع من الشرط في الفقه الإسلامي^(١):

- إذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطاً يؤدي إلى الالتزام بعقد يحقق غرضاً مشروعاً ليس برأ، وذلك كما لو باع سلعة، واشترط على المشتري أن يقرضه قرضاً، أو يبيعه كذا، أو يؤجره كذا، أو يعيره كذا، أو يهبه كذا، أو يزوجه ابنته...

- فإن هذا الشرط يكون باطلاً عند جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإباضية، والظاهرية).

- وقد خالف في هذا الحكم الإمامية فقالوا بصحته.

(١) سبق أن أوضحنا آراء المذاهب تفصيلاً: راجع الحنفية (ص ٢٤١)، والمالكية (ص ٢٧٢)، والشافعية (ص ٣٠٠)، والحنابلة (ص ٣٣١)، والظاهرية (ص ٣٦٤)، والزيدية (ص ٣٨٧)، والإمامية (ص ٤١٤)، والإباضية (ص ٤٧٤).

ثانياً - أدلة المانعين، وأدلة المجيزين، ومناقشتها:

١ - الأدلة التي استند عليها القائلون بعدم صحة هذا الشرط:

يمكننا أن نحصر أدلة المانعين من اشتراط ما يؤدي إلى إيجاب تصرف جديد في العقد في ثلاثة أنواع من الأدلة: الأحاديث، والآثار، والمعقول:
من الأحاديث:

- ما ورد من أنه ﷺ نهى عن بيع وشرط (استدل به الحنفية والشافعية).

- ما ورد من أنه ﷺ نهى عن صفقتين في صفقة (واستدل به الحنفية).

- ما ورد من أنه ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة (استدل به الحنابلة، والزيدية).

- ما ورد من أنه ﷺ نهى عن بيع وسلف، وعن شرطين في بيع (استدل به الحنفية، والمالكية، والزيدية).

من الآثار:

ما قاله ابن مسعود رضي الله عنه: «صفقتان في صفقة ربا» (استدل به الحنفية، والحنابلة).

أدلة أخرى:

- الشرط في العقد يؤدي إلى المطالبة بما أوجبه هذا الشرط، والمطالبة قد تؤدي إلى المنازعة، والمنازعة تفوت المقصود من العقد، وهو استقرار التعامل، فهذا الشرط يفوت المقصود من العقد، ويهدم استقرار التعامل فيكون باطلاً (استدل به الحنفية والشافعية).

- إن هذا الشرط يترتب عليه التزام منفعة زائدة في البيع، وزيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا؛ لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع - وهو تفسير الربا، والبيع الذي فيه الربا، أو شبهته: فاسد؛ لأن شبهة الربا كحقيقته. (استدل به الحنفية والمالكية).

٢ - الأدلة التي استند إليها القائلون بالصحة:

استند الإمامية في القول بجواز اشتراط عقد في عقد إلى ما يأتي:

- عموم الآيات والأحاديث الدالة على وجوب الوفاء بالعقود، والعهود، والشروط.

- خصوص قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً» وهذا الشرط لم يحرم حلالاً، أو يحل حراماً؛ لأن المراد بالحلال، والحرام هو ما كان كذلك بأصل الشرع دون توسط العقد.

- أنه شرط لا ينافي مقتضى العقد؛ لأنه لا تعارض بينه، وبين ما رتبته الشارع على العقد من أحكام، وآثار. وإذا كان كذلك صح اشتراطه.

- أنه شرط سائغ مقدور على الوفاء به. وقد أمرنا بالوفاء بالعقود والعهود.

٣ - مناقشة أدلة المانعين لاشتراط عقد في عقد:

استند المانعون لصحة هذا النوع من الشرط إلى أدلة منقولة وأخرى معقولة وقد أوضحناها آنفاً، ونتناول فيما يلي مناقشة هذه الأدلة، بادئين بالأدلة المعقولة لقصر الرد عليها، ولتنفرغ للأدلة المنقولة لأهميتها في مبحث الشرط. وعمق آثارها.

أولاً - الرد على الأدلة غير المنقولة التي تمنع اشتراط عقد في عقد:

١ - قال المانعون لصحة هذا الشرط إن الشرط في العقد يؤدي إلى المطالبة بما أوجبه الشرط، والمطالبة قد تؤدي إلى المنازعة، والمنازعة تفوت المقصود من العقد، وهو استقرار التعامل.

ويمكن أن يجاب عن هذا الاستدلال بأن الشرط إذا اقترن بالعقد أصبح حقاً من حقوقه، يلزم الوفاء به، كما يلزم تسليم المبيع، والثلث؛ لأن مقاطع الحقوق عند الشروط - كما قال عمر رضي الله عنه - فإذا شرط الإنسان في العقد شرطاً مثل هذا فقد حدد معالم حقه، وأثبتته فيلزم الطرف الآخر الوفاء به، ولا يترتب على المطالبة به أي نزاع ما دام الشرط معيناً، وغير مجهول... فإن النزاع إنما ينشب عند الجهالة، فإذا جهل الشرط فطالب المشتري له بشيء، وامتنع المشتري عليه من الوفاء به - لأنه يرى أن الأمر المشروط شيء آخر غير هذا - أمكن أن يتأتى النزاع الذي يمكن أن يترتب عليه الفساد، أما اشتراط عقد في

عقد؛ فإنه لا يترتب عليه الفساد ما دام العقد مستوفياً لأركانه، وشرائطه
المعتبرة شرعاً، وبعيداً عن الجهالة المنتجة للنزاع.

- كما أن الشرط الذي يقتضيه العقد، والشرط الذي يلائم العقد
- كاشتراط رهن، أو كفيل - والشرط الذي يترتب عليه قيام البائع بعمل في
محل العقد، أو في غيره، والشرط الذي يترتب عليه إيجاب عقد فيه معنى من
معاني البر، والخير - كما أن هذه الشروط صحيحة (كما رجحتنا القول بذلك)
يلزم الوفاء بها مع أنها تحتوي على عقود رهن، أو كفالة، أو حوالة، أو
إجارة، أو عتق، أو تدبير، أو وقف أو صدقة فكذلك هذا النوع من الشرط.

بل إن الحاجة تدعو إلى صحة اشتراط عقد في عقد؛ لأنه قد يكون كل
من المتعاقدين في حاجة إلى بيع داره، أو إيجارتها أو غير ذلك من العقود،
ولكنه يريد قبل أن يقدم على هذا العقد أن يطمئن إلى ما يهدف إليه من غرض
دفع به إلى هذا العقد، كسواء دار أخرى، أو زواج، أو إجارة، أو غير ذلك
من العقود، فإذا اطمأن إلى تحقق غرضه، وذلك لا يكون تاماً إلا إذا شرطه
في العقد - أمكنه الإقدام على التعاقد.

كما أن في القول بصحة اشتراط عقد في عقد تيسيراً على الناس في
معاملاتهم، وتجاوباً مع حاجاتهم، وظروفهم، فضلاً عن أن الناس قد تعارفوا
هذا النوع من الشرط، ولا يمنع منه كتاب، ولا سنة، بل إن كتاب الله تعالى،
وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام يوجبان الوفاء بالعقود، والشروط، ما دام
الشرط لا يحرم حلالاً، ولا يحل حراماً.

* - وكذلك قال المانعون إن هذا الشرط يترتب عليه التزام منفعة زائدة
في البيع، وزيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا؛ لأنها زيادة لا يقابلها
عوض، وهو تفسير الربا - والبيع الذي فيه ربا، أو شبهته فاسد؛ لأن شبهة
الربا كحقيقته.

- إن هذا التعليل يتضمن أمرين أساسيين بنيت عليها النتيجة المتقدمة:
الأول: الشرط يترتب عليه التزام منفعة زائدة في البيع، والثاني: إنها زيادة لا
يقابلها عوض، وهذا ما أدى إلى ظهور فكرة الربا هنا، فأبطل هذا الشرط،
ونناقش هذين الأمرين فيما يلي:

الأول: أما القول بأن الشرط يترتب عليه التزام منفعة زائدة في البيع، فإن هذا المعنى يقال لكل شرط في عقد البيع؛ لأن الشرط يقال لأمر زائد، وعارض محتمل الوقوع في المستقبل، وهذا الشرط الزائد يحقق منفعة زائدة على أصل العقد لأحد المتعاقدين وهذا لا شك فيه، وإلا لما أقدم المتعاقدان على اشتراطه؛ لأن لكل شرط غرضاً، ومقصداً معتبراً عند المتعاقدين، فلو طبقنا هذا التعليل لامتنع كل شرط في بيع، وهذا ما لم يقل به أحد.

فإجماع الفقهاء على أن الشرط يترتب عليه التزام منفعة زائدة في البيع لا يتفق وهذا التعليل، وبخاصة أن القائلين بهذا التعليل من الحنفية، والمالكية يجيزون اشتراط قيام البائع بعمل في المعقود عليه، واشتراط ما يوثق موجب العقد، واشتراط عتق العبد المبيع... (على التفصيل الذي سبق توضيحه) كما أجاز المالكية استثناء بعض منافع المعقود عليه... وكل هذه الشروط يترتب عليها التزام منفعة زائدة في البيع، ولم تبطل البيع ولا الشرط.

فهذه العلة غير المطردة لا تصلح أسساً للحكم بفساد العقد المقترن بالشرط، وبخاصة أن إباحة هذه الشروط تعتمد على نصوص، ومن هذه النصوص نستخلص العلة، فكان القول بالعكس، وهو أن كل شرط يترتب عليه الالتزام بمنفعة زائدة مشروعة في العقد يكون صحيحاً يلتزم مع النصوص العامة، والخاصة التي تقضي بالوفاء بالشرط.

الثاني: وأما القول بأنه زيادة منفعة مشروطة لا يقابلها عوض - وهو تفسير الربا - فهو أيضاً: يتنافى مع حقيقة الشرط في العقد، فإن لكل شرط مقابلاً من الثمن زيادة، أو نقصاً.

فإذا نظرنا إلى اشتراط صفة قائمة بالمبيع وقت العقد - وقد سبق أن أجمع الفقهاء على صحة هذا الشرط (المجازي)^(١) - وجدنا أن للشرط حصة من الثمن، زيادة إن كانت الصفة مرغوباً فيها ونقصاً إن كانت غير مرغوب فيها.

وكذلك ما أجمعوا عليه من جواز اشتراط رهن أو كفيل... قد يقابله

(١) راجع: الفصل الأول من هذا الباب من هذا البحث (ص ١٨٧).

جزء من الثمن؛ لأن الحق الموثق، وإن قل، مرغوب فيه عن الحق غير الموثق وإن كثر، وكلنا يقدم عند البيع أو الشراء على الأول دون الثاني. وكذلك اشتراط بعض منافع المبيع لمدة معلومة من المسلم به أنه يقابله نقص من الثمن، كما أن اشتراط قيام البائع بعمل في المبيع يقابله زيادة في الثمن، ومثلهما اشتراط عتق المبيع أو تدبيره أو كتابته، أو اشتراط وقفه، أو التصديق به يقابله نقص من الثمن.

وقد سبق أن أوردنا هذه المسائل بالتفصيل، وبيننا أثر الشرط فيها، وما الذي يجب عند عدم الوفاء بالشرط، ومنه يتبين لنا أن للشرط أثراً مادياً في العقد زيادة في الثمن، أو نقصاً منه، فلو كان الشرط بهذا التفسير يؤدي إلى الربا، أو شبهته، لما صحت جميع هذه الشروط، وهذا ما لم يقل به أحد من الفقهاء، فالقول بأن الشرط يؤدي إلى زيادة منفعة مشروطة في البيع لا يقابلها عوض، وهو تفسير الربا. لا يتفق مع ما قرره الفقهاء من صحة كثير من الشروط.

ونورد فيما يلي مقتطفات من نصوص فقهية تثبت أن للشرط تأثيراً مادياً في العوض زيادة، أو نقصاً.

المالكية:

جاء في «الإتقان»، و«الأحكام» لابن ميارة الفاسي (٩/٢) تعليقاً على القول بعدم تأثير الشرط في الثمن ما يأتي:
«وإن كان الشرط من حيث هو في الحقيقة لا يخلو من تأثير، ولا يقصد المتبايعان في الغالب إلى اشتراط ما لا يترتب عليه نقص، أو زيادة، والله أعلم».

الشافعية:

كما جاء في «الغرر البهية» (٤٣٣/٢) تأييداً لتأثير الشرط في الثمن:
«وللذي باع أي بشرط الإعتاق (المطالبة) أي: مطالبة المشتري بالإعتاق إذا لم يعتق، سواء قلنا: إن الحق فيه له، وهو ظاهر، أو لله تعالى - كالملتزم بالنذر - وهو الأصح؛ لأن يثاب على شرطه وله غرض في تحصيله، ولذلك قد يسامح في الثمن» كما جاء في «المجموع شرح المهذب» للنووي (٣٦٥/٩).

«لو مات هذا العبد قبل اعتقاقه ففيه أربعة أوجه... والثاني: يلزمه مع المسمى قدر التفاوت بمثل نسبته من المثل، بأن يقال: قيمته من غير شرط العتق مائة، وبشرطه تسعون، فيجب قدر عشر المسمى مضافاً إلى المسمى... أصحابهما الثاني...».

الحنابلة:

كما سبق أن بينا أن الحنابلة قد قضوا بصحة العقد المقترن بشرط فاسد، وجعلوا للمشترط الخيار بين فسخ العقد، أو إمضائه مع الرجوع بما نقص من الثمن - أو زاد - لأجل الشرط - «كشاف القناع» (٢/٤٠).

الزيدية:

وأيضاً: سبق أن بينا أن الزيدية قد أوجبوا الرجوع بما نقصه الشرط غير اللازم (أي غير الصحيح وغير الفاسد) من الثمن: فقد جاء في «المنتزع المختار» (٣/٦٧ - ٦٨): «ومن حكم هذا الشرط (غير اللازم) أن يرجع بما حط لأجله من باع شيئاً وحط لأجله بعضاً من الثمن إذا لم يوف له به...».

الإمامية:

كما جاء في «مفتاح الكرامة» (٤/٢٤٠). «ولو مات أو تعيب بما يوجب العتق رجع البائع بما نقصه شرط العتق» وفي (ص ٧٤١): «وإنما الشرط محسوب مع الثمن، وقد حصل باعتباره نقصان في القيمة».

الإباضية:

جاء في «شرح النيل» (٣/١٨٠): «فيما لو شرطت الزوجة على زوجها شرطاً حلالاً، كأن يعطيها الحق في طلاق نفسها إذا تزوج عليها... وإن اشترى الزوج منها الشرط جاز، ولو كان مجهولاً؛ لأنه من شرط صداقها...» أي: أن للشرط قيمة مادية عندهم.

* ومن هذه النصوص يتبين لنا أن جمهور الفقهاء يرون أن للشرط أثراً في الثمن - إذا كان العقد بيعاً، زيادة، أو نقصاً، ويوجبون الرجوع به عند تعذر الوفاء بالشرط.

فالتعليل المتقدم لا يصلح أساساً للحكم بفساد الشرط الذي يترتب عليه التزام منفعة زائدة في البيع (كاشتراط عقد في عقد) لا يقابلها عوض - وهو تفسير الربا.

نفي الربا عن الشرط:

ويمكن أن يقال لهم: أين الربا في هذا؟ ما دام العقدان لا يجريان في الأموال الربوية^(١) كما لو باعه داراً بشرط أن يبيع له داراً أخرى، أو يؤجره أو يستأجره، أو يعيره، أو يهبه... إلى آخر العقود، وجميعها يجري في غير الأموال الربوية التي حددها قوله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد فمن زاد، أو استزاد فقد أربى الأخذ، والمعطي فيه سواء». رواه أحمد، والبخاري، وفي رواية مسلم عن عبادة الصامت «... مثلاً بمثل، سواء سواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» حديث رقم ٩٤٩ المختصر.

ومن حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح، مثلاً بمثل يداً بيد، فمن زاد، أو استزاد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه». رواه مسلم.

(١) الجمهور على تحريم ربا الفضل، والإجماع على تحريم ربا النسيئة، ويرى بعض الفقهاء جواز ربا الفضل كابن عباس، وقد رجع عنه، وكذلك روى مثله عن ابن عمر ثم رجع عنه، وروي مثل قولهما عن أسامة بن زيد، وابن الزبير وزيد بن أرقم، وسعيد ابن المسيب، وعروة بن الزبير مستدلين على جواز ربا الفضل بحديث أسامة عند الشيخين وغيرهما «إنما الربا في النسيئة» زاد مسلم في وراية ابن عباس «لا ربا فيما كان يداً بيد» وقد اتفقت المذاهب الفقهية على تحريمه لثبوت الأحاديث الواردة في هذا التحريم، وهي كثيرة، وصراحتها في الدلالة على ذلك فلا يعارض خبر الواحد (المرجوع عن حكمه) الأحاديث الصحيحة القاضية بالتحريم، راجع: «فتح الباري شرح صحيح البخاري» (٤/٣٨١ - ٣٨٣) ينظر أحاديث البخاري رقم (٢١٧٤) ورقم (٢١٧٨) و(٢١٧٩، ٢١٨٢)، وقد بين «فتح الباري» رجوع ابن عمر وأيضاً رجوع ابن عباس بعد أن رويت له الأحاديث الصحيحة الثابتة في ربا الفضل، وكان ينهى عنه أشد النهي، ويراجع «نيل الأوطار» (٥/١٩٠).

كما أنه لا تنطبق عليه علة الربا .

وعلة الربا عند الحنفية الكيل أو الوزن مع الجنس، فإذا وجد حرم التفاضل، والنساء (أي التأجيل)، وإذا عدما حلا، وإذا وجد أحدهما خاصة حل التفاضل وحرم النساء .

وعلة ربا الفضل عند المالكية الطعم والادخار، مع اتحاد الجنس، وعلة ربا النساء: مجرد الطعم - أي: كونه مطعوماً لآدمي لا على وجه التداوي به، وفي النقدين يحرم فيهما النسبئة والتفاضل مع اتحاد الجنس، وعند اختلاف الجنس تحرم النسبئة دون التفاضل .

وعند الشافعية علة الربا هي الطعم، أو الثمينة مع وجود شرطه، وهو اتحاد الجنس . . .

وعند الحنابلة: علة الربا على الأشهر من النقدين كونهما موزونين جنس، وفي الأعيان الباقية كونها مكيلات جنس، فيجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه، ولو كان يسيراً مطعوماً كان المكيل أو الموزون أو غير مطعوم .

وبهذا يتبين لنا أن اشتراط عقد في عقد بعيد عن دائرة الأموال الربوية، كما أنه لا تتحقق فيه علة الربا^(١) .

وأيضاً: لا تتحقق فيه الأغراض التي حرم من أجلها الربا؛ لأن

(١) وجاء في «أعلام الموقعين» لابن القيم (١٠١/٢ - ١٠٣): «ما يأتي: وسر المسألة أنهم منعوا من التجارة في الأثمان بجنسها؛ لأن ذلك يفسد عليهم مقصود الأثمان، ومنعوا من التجارة في الأقوات بجنسها؛ لأن ذلك يفسد عليهم مقصود الأقوات» وبداية المجتهد لابن رشد (١٠٩/٢ - ١١٠): «ويظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه، وأن العدل في المعاملات إنما هو مقارنة التساوي، ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أي تقديرها وأما الأشياء المكيلة، أو الموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف، وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرف كان العدل في هذه إنما هو بوجود التساوي في الكيل أو الوزن» .

الاعتبارات التي تدعو إلى تحريم الربا ومنها وقاية الناس من احتكار أقاتم وحمايتهم من التلاعب في أسعار العملة التي يستخدمونها، ودفع الغبن، والاستغلال عنهم^(١) لا توجد في اشتراط عقد في عقد، سوى ما سنوضحه في اجتماع القرض مع البيع في مبحث الأدلة المنقولة الآتي عند حديث النهي عن سلف وبيع^(٢).

أما غير ذلك من العقود التي تجري في غير الربويات فليس فيها ربا، أو شبهته . .

ثانياً - مناقشة آراء المانعين في مفهوم الأحاديث النبوية:

لقد استند المانعون لصحة اشتراط عقد في عقد إلى الأحاديث الشريفة الآتية:

- حديث النهي عن بيع، وشرط.

- حديث النهي عن بيعتين في بيعة.

- حديث النهي عن صفقتين في صفقة.

- حديث النهي عن شرطين في بيع.

- حديث النهي عن سلف وبيع.

ونورد فيما يلي موقف الفقهاء، والمحدثين، من سند هذه الأحاديث، ومدلولها، وتطبيقهم لهذا المدلول، مستثنيين من البحث حديث «النهي عن بيع وشرط» حيث إنه قد سبق أن أوضحنا موقف الفقهاء منه، وبيننا أنه على فرض صحته، يكون مقيداً بالشرط الذي يؤدي إلى غرر، والشرط الحرام، والشرط والمستحيل . . .

١ - أما حديث النهي عن صفقتين في صفقة. وحديث النهي عن بيعتين في بيعة فإن الفقهاء قد تناولوهما معاً رغم عموم الأول، وخصوص الثاني، ونورد فيما يلي أقوال الفقهاء والمحدثين سواء من حيث سندهما، أو من حيث

(١) «مصادر الحق» للدكتور عبد الرزاق السنهوري (٢٦٣/٣).

(٢) يراجع للحنفية «شرح فتح القدير» (٢٧٤/٥)، وللمالكية الشرح الصغير (٤٧/٣) وللشافعية «مغني المحتاج» (٢١/٢) وللحنابلة «كشاف القناع» (٣٥٣/٣).

مفهومها، وتطبيق هذا المفهوم، وسنجد أن الفقهاء يتناولون بجانب ذلك حديث النهي عن شرطين في بيع، والنهي عن سلف وبيع.

الحنفية^(١):

يرى الحنفية أن حديث «النهي عن صفقتين في صفقة، حديث موقوف». رواه البزار في «مسنده» عن أسود بن عامر، وأعل بعض طرقه، ورجح وقفه، وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام. وابن حبان رواه موقوفاً: «الصفقة في الصفقتين ربا».

وأما من حيث معناه فقد فسروه بأنه كل شرط يؤدي إلى اجتماع عقدين في عقد، كبيع وبيع، أو إجارة، أو قرض، أو إعارة، أو اشتراط سكنى الدار المبيعة، أو خدمة العبد.

وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقداً بكذا، ونسيئة بكذا، ويفترقان عليه.

كما يرون أن حديث «النهي عن بيعتين في بيعة»، من حيث سنده صحيح، رواه الترمذي والنسائي، وقال الترمذي: حسن صحيح، ورواه مالك بلاغاً.

ومن حيث معناه، يلتزم الحنفية بمنطوق الحديث، وهو ما كان في خصوص البيع ويعارضون من يفهمون أن هذا الحديث هو في معنى الحديث الأول، «نهى عن صفقتين في صفقة»^(٢).

(ب) المالكية:

المذهب المالكي^(٣) يأخذ بحديث النهي عن بيعتين في بيعة، ويفسره بعقد يصدر على التردد بين شيئين - كثمانين أو سلعتين في البيع، أو أجرتين

(١) «فتح القدير» (٢١٨/٥).

(٢) أخرجه الترمذي في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه حديث رقم (١٢٣١) (٥٢٤/٣)، والنسائي (حديث رقم ٩٧٩٥)، وأحمد في مسنده (٢٤٦/٣).

(٣) المراجع: «البهجة شرح التحفة لابن عاصم» (٩/٢)، و«المدونة» (٥٠/١١)، ١٥٤، ١٩٣، ١٩٤.

أو كراءين في الإجارة، والكراء، وذلك بشرط الإلزام، فإذا صدر العقد بهذه
الكيفية بحيث يكون ملزماً للمشتري أن يأخذ بأحد الثمنين، أو يلزم البائع أن
يبيع بأحد الثمنين، فإنه لا يجوز، وذلك نظراً لما ترتب على ذلك من الغرر،
لوقوع العقد على شيء غير محدد. أما إن كان العقد بحيث إذا شاء البائع باع
وإن شاء ترك، وكذلك إن شاء المشتري أخذ وإن شاء ترك فلا بأس بذلك.
فالنهي عن بيعتين في بيعة إنما هو لما يترتب على مثل هذا الشرط من
غرر وجهالة.

* ويتضح لنا من هذا التفسير أن البحث إنما هو بحث في صيغة
العقد، وكون هذا الإيجاب الصادر بإيجاب العقد في شيئين - سلعتين - أو
ثمنين - أو أجرتين - على جهة اللزوم، واللزوم هنا أتى على أمر غير محدد،
يصح أن يقوم عليه العقد، أو لا يصح، وقد قرر المذهب عدم صحة هذا
العقد بهذه الكيفية، أما لو نظرنا إلى الصيغة الصادرة على أنها عرض وتمهيد
للعقد، بحيث يكون لأي من الطرفين: البائع، أو المشتري، أو المؤجر، أو
المستأجر - أن يأخذ بأي من العوضين، أو يترك، فإنه يجوز مثل هذا، ومعنى
ذلك أن الصيغة الصادرة أولاً ليست هي ركن العقد، وإنما هي تمهيد وعرض
يسبق العقد يتردد بين شيئين، ثم يلي ذلك الدخول في العقد، حيث تصدر
الصيغة بعد ذلك بإيجاب وقبول من الطرفين موجبة العقد على سلعة أو ثمن أو
أجرة... معينة محددة، كما لو قال: قبلت إيجارتك بعشرة أرباب حنطة،
وقال الآخر رضيت، فإنه ينعقد العقد بهذين اللفظين، ويكون ما سبق ذلك من
قوله: «استأجرت دارك هذه السنة بعشرة أرباب حنطة، أو بعشرين أرباب
شعير...» عرضاً.

* ومن هذا يتبين لنا أننا لسنا أمام شرط اقترن بالعقد؛ لأن الشرط يقال
لوصف عارض يلحق العقد، وليس ركناً من أركان العقد، كما أنه يقال لأمر
محتمل الحصول في المستقبل يصاحب العقد، وهذا ليس منه، بل نحن أمام
بحث في صيغة العقد، حمل المذهب عليه حديث النهي عن بيعتين في بيعة.
ومن ثم أجاز اجتماع عقد في عقد.

جواز اجتماع عقد في عقد عند المالكية:

أما في غير هذا التفسير فإن الإمام مالكا لا يطبق هذا الحديث، فقد أجاز اجتماع عقدين في عقد. جاء في «المدونة» (١٢٦/٩ - ١٢٧).

«قلت: رأيت أن اشتريت عبداً من رجل بعشرة دنانير على أن أبيع عبدي بعشرة دنانير - قال - قال مالك: ذلك جائز...» (لأن هذا مقاصة، وإلا لا يصلح إذا اشترط إعطاء الدنانير كل للآخر).

«قلت: فلو بعته عبدي بعشرة دنانير على أن يبيعه عبده بعشرين ديناراً - قال - قال مالك: لا بأس بذلك، إنما هو عبد بعدد، وزيادة عشرة دنانير». وفي (١٢٧/٩) من نفس المرجع:

«قلت: رأيت إن باع سلعة بعشرة دنانير إلى أجل على أن يأخذ بها مائة درهم، أيكون هذا البيع فاسداً أم لا؟ - قال - لا يكون فاسداً ولا بأس بهذا عند مالك - قلت - لم؟ قال: لأن اللفظ ههنا لا ينظر إليه، لأن فعلهما يثوب إلى صلاح، وأمر جائز؟ قلت: وكيف يثوب إلى صلاح، وهو إنما شرط الثمن عشرة دنانير يأخذ بها مائة درهم؟ قال: لأنه لا يأخذ الدنانير أبداً، إنما يأخذ دراهم، فقوله عشرة دنانير لغو...».

وفي (١٢٨/٩) من «المدونة»:

«قال ابن القاسم: وكذلك لو قال أبيعك ثوبي هذا بعشرة دنانير على أن تعطيني حماراً إلى أجل صفقة كذا وكذا، فلا بأس به، إنما وقع الثوب بالحمار، والدنانير لغواً فيما بينهما. كما قال أيضاً: إن مالكا يجيز اجتماع البيع والإجارة في صفقة واحدة (٤٤/١١) من نفس المرجع.

* كما أجاز أشهب اجتماع البيع مع الشركة، والصرف، والجعل، والنكاح، والمساقاة، والقراض بالإضافة إلى الإجارة، والكراء كما سبق إيضاحه.

(ج) الحنبلة:

وأيضاً: فإن المذهب الحنبلي^(١) يأخذ بحديث النهي عن بيعتين في بيعة،

(١) «المغني» (٤/٣٢٨).

وقد أفاض ابن قدامة في إيضاح آراء العلماء في تفسيره، ونوضح ذلك فيما يلي:

التفسير الأول: وهو ظواهر ما ذهب إليه الحنابلة - أنه يتناول كل شرط يترتب عليه اجتماع عقدين في عقد، كان العقد المشروط صرفاً، أو بيعاً، أو إجارة، أو نكاحاً، ونحو ذلك من العقود كما لو قال: بعتك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا، أو على أن تبيني دارك بكذا، أو على أن أؤجرك، أو على أن تؤجرني، أو على أن تزوجني ابنتك، أو أزوجك ابنتي، ونحو ذلك، فهذا كله لا يصح ولا ينعقد البيع على الأصح في المذهب.

التفسير الثاني: كما فسره الحنابلة بما فسره به المالكية من أنه ينهى عن إيجاب عقدين في سلعة صفقة واحدة، كما لو قال: بعتك هذا العبد بعشرة نقداً، أو بخمسة عشر نسيئة، أو بعشرة مكسرة، أو تسعة صحاحاً. وقد فسره بهذا المعنى أيضاً؛ الثوري، وإسحاق بجانب الإمام مالك.

حكم العقد المشتمل على هذه الصيغة بناء على التفسير الثاني:

اختلف الفقهاء في حكمه، يرى جمهور الفقهاء أنه باطل، ويرى بعض الفقهاء أنه صحيح:

الرأي الأول: العقد باطل عند الجمهور، لأنه لم يجزم ببيع واحد، فأشبه ما لو قال: بعتك هذا أو هذا، وأيضاً لأن الثمن مجهول، فلم يصح، كالبيع بالرقم، المجهول، وكذلك لأن أحد العوضين غير معين ولا معلوم، فلم يصح، كما لو قال بعتك أحد عبيدي.

الرأي الثاني: وروي عن طاوس والحكم^(١) وحماد أنهم قالوا لا بأس بأن يقول:

أبيك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا، فيذهب على أحدهما.

كما روي عن الإمام أحمد فيمن قال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم أنه يصح، فيحتمل أن يلحق به هذا البيع، فيخرج وجهاً في الصحة.

(١) «المغني» (٤/٣٢٨).

وقد رأينا أن ابن قدامة - في دفاعه عن رأي المذهب - يحاول تفسير رأي طاوس ومن معه بأنه محمول على أنه جرى بينهما بعد ما يجري في العقد، فكان المشتري قال: آخذه بالنسيئة بكذا، فقال خذه، أو قد رضيت ونحو ذلك، فيكون هذا عقداً كافياً، وإن لم يوجد ما يقوم مقام الإيجاب، أو يدل عليه، لم يصح؛ لأن ما مضى من القول لا يصلح أن يكون إيجاباً.

* وهذا يؤيد ما سبق أن أوضحناه من أن المسألة تدور حول صيغة العقد^(١) وهل هذه الصيغة كافية في إيجاب العقد أم غير كافية نظراً لما يترتب عليها من غرر وجهالة...؟ فالمسألة غير داخلية في موضوع الشرط.

كما رأينا ابن قدامة أيضاً يحاول تفسير رأي الإمام أحمد بأن هذا المثال ورد في الجعالة، والجعالة تحتمل الجهالة، بخلاف البيع فإنه لا يحتمله، وأيضاً: ولأن العمل الذي يستحق به الأجرة لا يمكن وقوعه إلا على إحدى الصفقتين، فتتعين الأجرة المسماة عوضاً له، فلا يفضي إلى التنازع، وههنا بخلافه.

والواقع أن الجهالة موجودة في الحالتين - في الجعالة، والبيع - عند صدور العقد بهذه الصيغة، فالقول بأن العمل الذي يستحق به الأجرة لا يمكن وقوعه إلا على إحدى الصفقتين هو كذلك بالنسبة لعقد البيع، فإن الثمن الذي يستحق واحداً؛ لأنه إما عشرة دراهم نقداً مثلاً، وإما عشرون نسيئة، فهو واحد ولا يمكن وقوعه إلا على إحدى الصفقتين، ونرى أن هذا لا يكون أساساً للتفريق في الحكم بين المسألتين...

حكم العقد على التفسير الأول: وبعد أن عرضنا هذا التفسير نعود إلى بيان حكم العقد بناء على التفسير الأول وهو أنه يتناول كل شرط يترتب عليه اجتماع عقدين في عقد.

(١) هذا فضلاً عن أنه لو صدرت الصيغة بالترديد بين شيئين، فقال الآخر: قبلت بكذا، فما الصعوبة في أن يقول الآخر رضيت، والرضا كما نعلم يصح أن يكون بأي مظهر من مظاهر التعبير عن الإرادة لفظاً أم كتابة أم رسالة أم إشارة.. كما بينا ذلك في بحث لنا عن حقيقة العقد وصيغته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

حكم اشتراط عقد في عقد:

اختلف الفقهاء في حكمه:

- الرأي الأول: بين المذهب الحنبلي أن اشتراط عقد في عقد منهي عنه
لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيعتين في بيعة. كما هو التفسير الأول للحديث.
- كما بين أن هذا هو رأي أبي حنيفة، والشافعي، وجمهور العلماء.
- الرأي الثاني: ونص على أن الإمام مالكا قد خالف هذا الحكم،
وأجاز هذا الشرط، وقال: لا ألتفت إلى اللفظ إذا كان معلوماً حلالاً. فكأنه
باع السلعة بالدراهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير.

* وقد احتج الحنابلة بالنهي عن بيعتين في بيعة، والنهي يقتضي الفساد،
وبأن العقد لا يجب بالشرط، لكونه لا يثبت في الذمة، فيسقط فيفسد العقد؛
لأن البائع لم يرض به إلا بذلك الشرط، فإذا فات الرضى به؛ ولأنه
شرط عقد في عقد، فلم يصح، ككناح الشغار.

وردوا على قول الإمام مالك بما نصه: «وقوله لا ألتفت إلى اللفظ لا
يصح؛ لأن البيع هو اللفظ، فإذا كان فاسداً فكيف يكون صحيحاً؟».

* ويمكن الرد على أدلة الحنابلة بما يأتي:

- أما النهي عن بيعتين في بيعة فقد فسره الإمام مالك بما سبق توضيحه
فاشتراط عقد في عقد غير داخل في النهي، فلا يحتج به عليه؛ لأنه موضع
البحث، وبنيني على هذا أن العقد المقترن بشرط يوجب عقداً آخر، يصدر
صحيحاً منتجاً لجميع ما أوجبه المتعاقدان على أنفسهما، وقد تحقق
للمتعاقدين ما أراداه وما ارتضياه.

- كما يقال للحنابلة ما الفرق بين عقد اشتمل على شرط يوجب عقداً
آخر، وبين ما ذكرتموه بعد ذلك من صحة صدور عقدين^(١) بصيغة واحدة؟
كقوله: بعتك هذا الدينار وهذا الثوب بعشرين درهماً، أو بعتك هذه
الدار وأجرتك هذه الأخرى بألف، أو باعه سيفاً محلياً بذهب بفضة، أو
زوجتك ابنتي، وبعتك عبداً بألف؟.

(١) «المغني» لابن قدامة (٤/٣٢٩ - ٣٣٠) طبعة أولى.

وقد قال المذهب في تعليل صحة ذلك: إنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة، فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعين كالعبدین.

والواقع أننا إذا قارنا هذه الصور بالصور السابقة لم نجد فارقاً يدعو إلى التفريق بينهما في الحكم، وبخاصة أن الصور الممنوعة يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة أيضاً.

وقد أشار إلى ذلك ابن تيمية في كتاب العقود (ص ١٨٩) حيث يقول:

«وقول القائل: بعثك ثوبي بمائة على أن تبيعني ثوبك بمائة، إن أراد به أن يبيع كل واحد منهما، انعقد بهذا الكلام، فهذا نظير نكاح الشغار. ولكن ما الدليل على فساد هذا؟ وهو كما لو قال: أجزتكَ داري بمائة على أن دارك تصير مؤجرة لي بمائة، فعوض كل من الإجاريتين مائة، واستشجار الأخرى، كما أنه في البيع عوض كل منهما وبيع الأخرى، وتحريم هذا يحتاج فيه إلى نص أو إجماع ليصح القياس عليه»^(١).

وبجانب هذا الرد على دليل المخالفين في صحة هذا الشرط يبرز لنا شيء آخر، وهو أن بعض الذين يبطلون نكاح الشغار يقيسونه على مسألتنا هنا، وأيضاً: الذين يبطلون العقد الذي اقترن بشرط يوجب عقداً آخر يقيسونه على نكاح الشغار، وهو دور وتسلسل.

وأما قول الإمام مالك لا ألتفت إلى اللفظ إذا كان معلوماً حلالاً، فقد سبق أن نقلنا نص ما قاله الإمام مالك في المدونة^(٢) في مثل ذلك من أن اللفظ لا ينظر إليه؛ لأن فعلهما يثوب إلى إصلاح وأمر جائز، ومثل هذا المبدأ الذي يقرره الإمام مالك يبعثنا عن الشكلية، ويجذبنا إلى الموضوعية، فما دام فعل المتعاقدين الناتج عن هذا العقد كان مآله الوصول إلى أمر جائز، ومشروع، فلا عبرة باللفظ، ما دام معلوماً حلالاً، وهنا اللفظ معلوم حلال، فكان جائزاً.

(١) «العقود» لابن تيمية (ص ١٨٨).

(٢) «المدونة» (٩/١٢٧).

(د) الزيدية:

لقد صح عند الزيدية حديث: «النهي عن شرطين في بيع»^(١)، وعن سلف وبيع» وعن «بيع ما ليس عندك»^(٢) وحديث: «النهي عن بيعتين في بيعة».

وقد فسر المذهب حديث النهي عن بيعتين في بيعة بما فسر به حديث النهي عن شرطين في بيع، وكلاهما قد فسر بتفسيرين:
- التفسير الأول: أن يقول: بعتك هذا الثوب نقداً بعشرة، نسيئة بخمسة عشر...

- وقد علل المذهب فساد العقد بناء على ذلك: بأنه يترتب عليه جهالة «لأنه لا يدري أيهما الثمن الذي يختاره ليقع عليه العقد، ومحل الفساد إذا لم يشترط الخيار لأحدهما إلى مدة معلومة، فإن شرط ذلك صح - وقيل لا فرق بين اشتراطه وعدمه»^(٣).

- التفسير الثاني: مثل أن يقول: «بعتك هذا بعشرين على أن تبيعني ثوبك بعشرة»^(٤) وقد علل المذهب عدم صحته بقوله: «فلا يصح للشرط الذي فيه؛ ولأنه يسقط بسقوط بعض الثمن فيصير الباقي مجهولاً»^(٥)، أما لو انطوى العقد على العقدين معاً، فإنه يصح، كما لو قال: «بعتك هذا بكذا على بيعك لي كذا بكذا، فقال الآخر: قبلت».

- ومن هذا يتبين لنا أن المذهب الزيدي يتفق مع المالكية في تفسير الحديثين: «نهي عن شرطين في بيع، وعن بيعتين في بيعة» بالتفسير الأول، وفي أن مدلول الحديثين واحد، كما يتفق مع الحنابلة في أن النهي عن بيعتين في بيعة يتناول التفسيرين، ويختلفان في مدلول حديث النهي عن شرطين في

(١) «المجموع الفقهي» - مسند الإمام زيد بن علي «ورقة ٦٩ - مخطوط بدار الكتب رقم ١٥» ويراجع «التذكرة الفاخرة» مخطوط رقم (١) غير مرقم الصفحات بدار الكتب.

(٢) «التيسير للمناوي» ٤٧٢/٢، الطبراني عن حكيم بن حزام، وإسناده حسن.

(٣) «المنتزع المختار» (٦٤/٣).

(٤) وقد سبق أن بينا أن الإمام مالكاً أجاز هذا.

(٥) الباقي في ذمته بعد تبادل السلعتين عشرة، فكيف يكون مجهولاً؟.

بيع، حيث يفسره الحنابلة باشتراط شرطين فاسدين في العقد - على الأصح -، فيجعلون المراد من الشرط المنهي عنه: الشرط بمعناه الحقيقي الذي هو أمر عارض مستقبل محتمل الوقوع - فإذا اقترن العقد بهذين الشرطين بطل العقد.

(هـ) الإباضية:

يرى الإباضية كما سبق أن أوضحنا تفصيلاً أن أحاديث النهي عن شرطين في بيع، والنهي عن بيعتين في بيعة، والنهي عن صفقتين في صفقة، مدلولها واحد، وقد فسرها المذهب أيضاً: بالتفسيرين الذين أوردناهما آنفاً في المذهب.

مقارنة

آراء الفقهاء والمحدثين في هذين الحديثين

ونوضح فيما يلي آراءهم في حديث النهي عن بيعتين في بيعة، وحديث النهي عن صفقتين في صفقة متناً وسنداً، وفهماً، على ضوء ما تقدم:

(١) حديث النهي عن بيعتين في بيعة:

سند الحديث ومثله:

أولاً: روي عن أبي هريرة بلفظ: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا»^(١) رواه أبو داود، وفي إسناده محمد بن علقمة، وقد تكلم فيه غير واحد.

ثانياً: روي بلفظ: «نهى ﷺ عن بيعتين في بيعة» رواه أحمد، والنسائي، والترمذي وصححه.

قال المنذري، والمشهور عنه من رواية الدراوردي، ومحمد بن عبد الله الأنصاري، أنه ﷺ: «نهى عن بيعتين في بيعة»^(٢) وأخرجه الشافعي، ومالك في بلاغته، ويتبين لنا من هذا أن الرواية المشهورة، والصحيحة هي الرواية الثانية، ونوضح فيما بعد معنى هذا الحديث بعد أن نحرر سند حديث النهي عن صفقتين في صفقة ومعناه.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٤/٣) (حديث رقم ٣٤٦١) والبيهقي (٣٤٣/٥).

(٢) أخرجه الترمذي عن أبي هريرة وقال حسن صحيح. التيسير (٤٧٢/٢).

(ب) حديث «النهى عن صفتين في صفة»:

تحرير سند الحديث ومثله:

- رواه سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه، ورواه أحمد، وقد أورده الحافظ في التخليص وسكت عنه، وقال في «مجمع الزوائد» رجال أحمد ثقات، وأخرجه أيضاً البزار، والطبراني في الكبير، والأوسط وفي الباب عن ابن عمر عند الدارقطني وابن عبد البر.

- وقد بين صاحب «فتح القدير» (٢١٨/٥) أن الراجح أن هذا الحديث موقوف، رواه البزار عن أسود بن عامر وأعل بعض طرقه، ورجح وقفه، وبالوقف رواه أبو نعيم، وأبو عبيد القاسم بن سلام، وابن حبان. رواه موقوفاً^(١) «الصفة في الصفتين ربا».

(١) والحديث الموقوف:

هو ما أضيف إلى الصحابي، وقصر عليه، فلم يتجاوزه إلى النبي ﷺ سواء أكان قولاً، أم فعلاً، أم تقريراً.. وقد اختلف العلماء في الاحتجاج بقول الصحابي وتوضيح ذلك أن:

الاحتجاج بقول الصحابي يجب إجماعاً فيما شاع فسكتوا مسلمين، ولا يجب إجماعاً فيما ثبت فيه الخلاف بينهم.

واختلف في غير هاتين الحالتين: وهو ما لم يعلم اتفاقهم ولا اختلافهم ومحل الخلاف هل يكون، قول الصحابي المجتهد حجة علي مجتهد آخر غير صحابي لم يظهر له دليل من كتاب أو سنة؟

فعد الشافعي لا يجب؛ لأنه لما لم يرفعه لا يحمل على السماع، وفي الاجتهاد هم وسائر المجتهدين سواء، لعموم قوله تعالى: ﴿تَأْتِيهِمْ بَشِيرٌ أَوْ نَذِيرٌ﴾ [الحشر: ٢]؛ ولأن كل مجتهد يخطئ ويصيب عند أهل السنة.

وعند أبي سعيد البردعي: يجب لقوله ﷺ: «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم، واقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر» ولأن أكثر أقوالهم مسموع من حضرة الرسالة، وإن اجتهدوا فرأيهم أصوب لأنهم شهدوا موارد النصوص، ولتقدمهم في الدين، وبركة صحبة النبي ﷺ وكونهم في خير القرون.

وعند الكرخي: يجب فيما لا يدرك بالقياس؛ لأنه لا وجه له إلا السماع، أو الكذب، والثاني منتف، لا فيما يدرك؛ لأن القول بالرأي منهم مشهور، والمجتهد يخطئ ويصيب، والاقتداء - الوارد في الحديث - في بعض المواضع بأن نأخذ بقولهم: وفي البعض بأن نجتهد كما اجتهدوا.

تفسير حديث النهي عن صفقتين في صفقة:

- فسر سماك - وهو راوي حديث النهي عن صفقتين في صفقة - هذا الحديث بقوله: «بأن يبيع الرجل البيع فيقول: هو بنسأ بكذا، وهو بنقد بكذا وكذا».

وهذا التفسير هو أحد تفسيري البيعتين في بيعة، كما سيأتي إيضاحه.

- كما فسره به الشوكاني بقوله: «قوله: أو صفقتين في صفقة أي: بيعتين في بيعة» قوله من باع بيعتين «فسره سماك بما رواه المصنف عن أحمد عنه، وقد وافقه على مثل ذلك الشافعي فقال: بأن يقول: «بعتك بألف نقداً، أو بألفين إلى سنة، فخذ بأيهما شئت أنت وشئت أنا».

كما سبق أن نقل لنا صاحب «فتح القدير» أن أبا عبيد القاسم بن سلام فسره بهذا التفسير أيضاً، أبيعك هذا نقداً بكذا ونسيئة بكذا، ويفترقان عليه.

وأيضاً: وجدنا المذهب الحنبلي، وهو يفسر مدلول حديث النهي عن بيعتين في بيعة، يستدل له بقوله: «قال ابن مسعود الصفقتان في صفقة ربا» فالظاهر أنه يرجح وقفه أيضاً، ويفسره بتفسير الحديث الأول^(١).

كما سبق أيضاً: أن بينا أن المذهب الإباضي يجعل تفسير حديث النهي عن صفقتين في صفقة كحديث النهي عن بيعتين في بيعة، وكحديث النهي عن شرطين في بيع، حيث يجعل مدلول هذه الأحاديث الثلاثة واحداً.

ويتبين لنا من كل هذا أن حديث النهي عن صفقتين في صفقة هو في

= وكل ما ثبت فيه اتفاق الشيخين يجب الاقتداء به.

وأما الاحتجاج بقول التابعين:

فإن ظهر فتواه في زمن الصحابة فهو كالصحابي عند البعض، وقيل: لا تقليد، إذ هم رجل، ونحن رجال.

وذكر السرخسي أنه لا خلاف في أنه لا يترك القياس بقول التابعي، وإنما الخلاف في أنه هل يعتد به في إجماع الصحابي، حتى لا يتم إجماعهم مع خلافه؟ فعند الحنفية يعتد به، وعند الشافعي لا يعتد به.

(١) «شرح الزرقاني على البيقونة في مصطلح الحديث» (ص ٧٠) (ط - أ)، و«التلويح على التوضيح» (١٧/٢).

مدلوله ومعناه، كحديث النهي عن بيعتين في بيعة، ولم أعثر فيما اطلعت عليه حتى الآن على مخالف لهذا سوى ما صرح به صاحب «فتح القدير» من أن حديث النهي عن بيعتين في بيعة هو في خصوص البيع، أما حديث النهي عن صفقتين في صفقة فهو عام يشمل البيع وغيره.

غير أن جمهور الفقهاء، والمحدثين يخالفون الحنفية في هذا التفسير، ويجعلون مدلوله كمدلول حديث النهي عن بيعتين في بيعة، ويقوى هذا الرأي أن عموم هذا الحديث الذي رجح وقفه «لو جعلناه في باب الشرط» يتعارض مع الأحاديث الصحيحة التي تثبت صحة اشتراط صفقتين في صفقة كحديث جابر رضي الله عنه وفيه اشتراط ظهر جملة إلى المدينة، وحديث بريرة رضي الله عنه وفيه اشتراط العتق، وحديث سفينة وفيه اشتراط خدمته للرسول ﷺ حياته... إلخ، ومن هذه الأحاديث عرفنا اجتماع البيع مع الإجارة، والبيع مع العتق، وفي كل صفقتان في صفقة...، وهذا يرجح أن المراد به معنى آخر، وهو ما فسره به سماك، وفسره به جمهور الفقهاء، والمحدثين، من أن مدلوله كمدلول حديث النهي عن بيعتين في بيعة، وهذا ما نوضحه فيما يلي:

تفسير حديث «النهي عن بيعتين في بيعة»:

وإذا انتهينا إلى أن مدلول حديث النهي عن صفقتين في صفقة هو مدلول حديث النهي عن بيعتين، فإننا ننتقل إلى بيان مدلول حديث النهي عن بيعتين في بيعة عند الفقهاء والمحدثين جاعلين ما ننتهي إليه من تفسير لهذا الحديث تفسيراً لحديث النهي عن صفقتين في صفقة.

لقد رأينا فيما تقدم أن هذا الحديث له تفسيران:

التفسير الأول: وهو ما فسره به سماك حديث النهي عن صفقتين في صفقة، حيث روي أنه:

«قال سماك: هو الرجل يبيع البيع، فيقول: هو بنسا بكذا، وهو بنقد بكذا وكذا»، ويؤيد هذا التفسير لمعنى النهي عن بيعتين في بيعة رواية أبي هريرة له بلفظ: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما، أو الربا» فإنها تدل على أنه باع الشيء الواحد بيعتين، بيعة بأقل وبيعة بأكثر.

وقد أخذ بهذا التفسير الإمام مالك إلا أنه لم يجعله في البيع خاصة بل طبقه في الإجارة، والكراء، ولم يجعل هذا الترديد والتخيير في الثمن والأجل، بل جعله في السلعة، كما جعله في الأجرة والكراء.

كما اشترط لفساد العقد بهذه الكيفية أن يتم ملزماً في حق الطرفين، أو في حق أحدهما، أما إن كان العقد قد صدر على التخيير، بحيث إن شاء البائع أن يبيع باع، وإن شاء أن يمسك أمسك، وإن شاء المشتري أن يأخذ أخذ، وإن شاء أن يترك ترك فلا بأس بهذا البيع.

كما فسر الإمام الشافعي هذا الحديث بهذا التفسير، وقد نقله لنا الشوكاني: فقال: «بأن يقول بعتك بألف نقداً، أو بألفين إلى سنة»، فخذ «أيهما شئت أنت وشئت أنا» وهو كما نرى لا يفترق عما فسره به سماك.

ونقل ابن الرفعة عن القاضي أن المسألة مفروضة على أنه قبل على الإبهام، أما لو قال: قبلت بألف نقداً، أو بألفين بالنسيئة صح ذلك. وللإمام الشافعي تفسير آخر سنورده بعد هذا التفسير.

كما فسره الإمام زيد بن علي بهذا التفسير كما لو قال: «بعتك هذا الثوب نقداً بعشرة نسيئة بخمسة عشر، أو إلى أجل كذا بكذا، وإلى أجل كذا بكذا» وهو كما نرى نفس التفسير الذي فسره به سماك، غير أن المذهب الزيدي أضاف له تفسيراً ثانياً سنذكره عند بيان التفسير الثاني.

كما فسره الإباضية بهذا أيضاً في أحد تفسيرين لهم، غير أنهم جعلوا الترديد، والتخيير، كما يكون في الثمن كالتفسير الذي أورده (سماك) يمكن أن يكون في المثلث كقوله: «بعتك هذه السلعة بدينار أو هذه بدينارين...» إلا أنهم خصوا هذا الحديث، وحديث النهي عن صفقتين في صفقة وعن شرطين في بيع بعقد البيع، وأما غير ذلك من العقود كالإجارة وغيرها - فلا تدخل في مدلول هذا الحديث.

كما أن فساد العقد جعلوه مقترناً بقبض السلعة على التخيير والترديد بين الثمنين بدون تحديد لأحدهما، ولا اتفاق على أجل معلوم، ولا نقد، ولا نسيئة، أما لو قطع المشتري للبائع بواحد مما ردد فيه البائع في حينه جاز العقد.

وقد سبق أن أشرنا عند عرض مذهب الحنابلة إلى أن هذا التفسير روي عن الثوري وإسحاق أيضاً، كما أشرنا إلى أنه روي عن طاوس والحكم وحماد أنهم قالوا لا بأس بأن يقول: «أبيعتك بالنقد بكذا، وبالنسيئة بكذا، فيذهب على أحدهما».

كما أنه روي عن الإمام أحمد فيمن قال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم، أنه يصح، فيحتمل أن يلحق به هذا البيع فيصح. وقد سبق بيان هاتين المسألتين.

كما أن الرواية الأخرى لأبي هريرة: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا» تدل بظاهرها على أن بيع الشيء الواحد بيعتين، بيعة بأقل، وبيعة بأكثر، يكون صحيحاً بأنقص الثمنين^(١)، وهذا على خلاف ما قاله الفقهاء غير من ذكرنا آنفاً.

وقفة عند هذا التفسير:

سبق أن أوضحنا عند تحليل هذا التفسير عند المالكية أن هذا التفسير لهذا الحديث يخرج عن دائرة الشرط بمعناه الاصطلاحي؛ لأن الشرط يقال لأمر عارض محتمل الوقوع في المستقبل، والأمر هنا ليس عارضاً، وإنما هو أمر يتعلق بصيغة العقد، التي لم تحتو على تعيين لثمن معين يتم البيع عليه، وسلعة معينة يتم البيع عليها، وكذلك هو أمر يتعلق بأحد أركان العقد. وهو المحل، فكون محل العقد يلزم أن يكون محدداً معلوماً غير مجهول، أمر يدخل في مدلول الشرط الذي نحن بصدد.

وحيث إن حديث النهي عن بيعتين في بيعة، أو صفقتين في صفقة، بناء على هذا التفسير، يتعلق بصيغة العقد، ولا يتعلق بالشرط المقترن بالعقد. التفسير الثاني للحديث: «اشترط عقد في عقد».

جعل الحنفية حديث النهي عن صفقتين في صفقة عاماً، وشاملاً لجميع الصفقات، وأما حديث النهي عن بيعتين في بيعة فهو بخصوص البيع. وبناء على هذا الفهم يكون تفسير الحديث الثاني داخلياً في تفسير الحديث الأول.

(١) وهو رأي في المسألة عند الإباضية وقد سبق أن أوضحنا الخلاف عندهم فيها.

وقد فسروا الحديث الأول بما يأتي:

كبيع دابة، واشتراط ركوبها، أو عبد واشتراط خدمته، أو سكنى الدار، أو أن يقرضه قرضاً، أو يهديه هدية...

وذكروا أن اشتراط الركوب، أو الخدمة، أو السكنى: إن كان يقابله شيء من الثمن يكون إجارة في بيع، وإلا كان إعارة في بيع، وقد نهى ﷺ عن صفقتين في صفقة.

وهذا التفسير للحديث: «نهى عن صفقتين في صفقة» سبق أن أوضحنا أن جمهور الفقهاء، والمحدثين، يرون أن مدلوله هو مدلول حديث النهي عن بيعتين في بيعة، وأن الراجح أن الحديث الأول موقوف، كما أن لفظ الحديث الثاني خاص بالبيع، كما صرح الإباضية، وقد عرفنا من استعراض الشروط الصحيحة في المذهب الحنفي صحة الشرط المتعارف، فأجازوا اشتراط قيام أحد المتعاقدين بعمل في المعقود عليه، ومثل هذا العقد يترتب عليه اجتماع عقد إجارة مع عقد بيع، كما أجاز الإمام أبو حنيفة اشتراط العتق استناداً إلى حديث بريرة رضي الله عنها، وبالعرف وحديث بريرة خصصوا مدلول الحديث في المذهب.

* كما فسر الإمام الشافعي حديث النهي عن بيعتين في بيعة بجانب التفسير الأول تفسيراً آخر نقله صاحب «المغنى» وهو: «أن يقول بعثك ذا العبد بألف على أن تبيعني دارك بكذا، أي: إذا وجب لك عندي وجب لي عندك» ومثله ما جاء في «فتح القدير» (٥/٢١٨).

وهذا التفسير الذي نقل عن الإمام الشافعي هو ما سار عليه المذهب الشافعي في القول بإبطال العقد إذا اقترن بشرط أوجب هذا الشرط عملاً في محل العقد، أو استثناء لبعض منفعه أو عقداً آخر. إلا أن المذهب خصص ذلك بحديث بريرة حيث أجاز شرط العتق، وكذا التدبير والكتابة، والوقف، على رأي، قياساً عليه، وفي قول في المذهب يصح اشتراط استثناء بعض منفعة محل العقد، عملاً بحديث جابر، وفي قول في المذهب أيضاً: صح اشتراط قيام البائع بعمل في محل العقد.

فالمذهب عند استعراض آراء فقهاء نجد أنه يأخذ بالأحاديث التي تخصص

مدلول هذا الحديث، فضلاً عن معارضة هذا التفسير لتفسير سماك، ورواية أبي هريرة الأولى.

كما فسر الإمام أحمد هذا الحديث بما يأتي:

لو قال: «بعتك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا»... ونحوه.

وكقولك: «بعتك داري هذه على أن يبعك داري الأخرى بكذا».

وقد سبق أن بينا أنه لا فرق بين هذا التفسير، وبين ما أجازوه من اجتماع عقدين في عقد في صيغة واحدة.

ونضيف إلى ذلك أن الحنابلة قد صحت عندهم الأحاديث التالية، وجميعها تخصص مفهوم هذا الحديث.

حديث جابر، وحديث سفينة، وحديث بريرة، وما روي من أن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي حزمة حطب وشارطه على حملها، كما أن المذهب قد أجاز اجتماع البيع والإجارة.

وكل هذه الأحاديث تخصص مفهوم هذا الحديث، إن أخذنا بهذا المفهوم تاركين ما فسره به راويه سماك، وما أفادته الرواية الأولى عن أبي هريرة، وما فسره به الإمام مالك، والإمام زيد بن علي، والثوري وإسحاق وغيرهم... كما أن منطوق الحديث: «بيعتين فيبيعة» يعطينا أنه في خصوص البيع فأخراجه عن دائرة هذا العقد، وجعله شاملاً لعموم الصفقات يحتاج إلى دليل يقوى على معارضة عموم الآيات، والأحاديث التي تأمر بالوفاء بالعقود، والعهود، والشروط إلا ما كان منها يحرم حلالاً، أو يحل حراماً.

وإن استدل لذلك بما قاله ابن مسعود: «الصفقتان في صفقة ربا» فهو أولاً حديث موقوف يعارض عموم الآيات والأحاديث، وخصوصها، وثانياً: ما الذي يوجد من الربا في أن يبيع شخص داره لفلان بكذا على أن يبيع فلان داره له بكذا، أو يؤجره، أو يزوجه... إلخ، هل هذا من الربا؟ ليس هذا من الربا إطلاقاً، إلا إذا أردنا به معناه اللغوي وهو الزيادة، باعتبار أن الشرط أيضاً: يقال: لأمر زائد على العقد محتمل الوقوع في المستقبل.

وكذلك ليست فيه شبهة الربا؛ لأنه لا استغلال فيه، ولا غبن ولا

احتكار ولا تلاعب^(١) وليس فيه زيادة خالية عن العرض، فإن للشرط عوضاً في العقد، وله قيمة مالية والحنابلة أنفسهم أوجبوا عند عدم تحقق الشرط - عملاً كان أو منفعة - رجوع المشتري على المشتري عليه بعوض ذلك الشرط.

فضلاً عما في مثل هذا الشرط من تحقيق لرغبات المتعاقدين في تبادل المصالح، وجلب المنافع، ومثل هذا يحرض الشارع على تحقيقه لقوله عليه الصلاة والسلام: «أنتم أعلم بأمر دنياكم»^(٢).

وكل هذا يرجح التفسير الأول للحديث: «نهى عن بيعتين في بيعة»، ومثل هذا يرد به على الزيدية، والإباضية الذين فسروه بغير هذا التفسير.

* فقد فسره الزيدية أيضاً بما يأتي:

ما لو قال: «بعتك هذا بعشرين على أن تبيني ثوبك بعشرة»؛ فإنه لا يصح، وقد سبق أن رأينا أن الإمام زيد بن علي قد فسره بالتفسير الأول، أما فقهاء الزيدية فقد فسروه أيضاً: بهذا التفسير. وقد بينا أن الزيدية يجيزون اجتماع عقدين في عقد إذا صدرا معاً كما لو قال: «بعث هذا منك بكذا على بيعك كذا بكذا، فإنه يصح، ولا يجيزون اشتراط عقد في عقد، مع أن الصورتين لا تختلفان، غير أن الصورة الأولى وضع فيها مصدر مؤول «أن تبيني» والثانية مصدر صريح «بيعك» وكلاهما كما نعلم يمكن أن يحل مكان الآخر، ويفسر به.

ومن هنا كان ردنا الذي أوردناه فيما سبق على الحنابلة واردة على هذا الرأي أيضاً.

* كما فسره الإباضية بما لو باع شيئاً لآخر على أن يبيع لآخر مثله.

وقد سبق أن أشرنا إلى أن الإباضية يجعلون هذا الحديث شاملاً للتفسيرين معاً، وكذلك يجعلون مفهومه كمفهوم حديث النهي عن صفقتين في صفقة، والنهي عن شرطين في بيع، ويجعلون هذه الأحاديث خاصة بالبيع،

(١) كما سبق أن أشرنا إلى الأغراض التي حرم من أجلها الربا.

(٢) رواه مسلم عن أنس بن مالك، وعائشة: قالاً مَرَّ النَّبِيُّ ﷺ بِقَوْمٍ يَلْقَحُونَ نَخْلًا، فَقَالَ: لَوْ لَمْ تَفْعَلُوا لَصَلَحَ، فَخَرَجَ شَيْصًا، فَذَكَرَهُ... والتيسير للمناوي (١/٣٧٨).

أما لو احتوى البيع على إجارة، أو غيرها، فيكون بيعاً، وشرطاً، لا بيعتين في بيعة، ولا صفتين في صفقة، ولا شرطين في بيع.

التفسير الثالث: هو أن بيع العينة هو بيعتان في بيعة.

فقد تقدم لنا أن ابن تيمية^(١) جعل حديث النهي عن بيعتين في بيعة دليلاً على حرمة بيع العينة، (وبيع العينة هو: أن يشتري شيئاً غير ربوي نقداً بدون ما باع به نسيئة، أو حالاً لم يقبض) حيث يقول: «فمتى كان مقصود المتعامل دراهم بدراهم إلى أجل، فإنما «الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»^(٢) فسواء باع المعطى الأجل، أو باع الأجل المعطى، ثم استعاد السلعة، وفي السنن عن النبي ﷺ أنه قال: «من باع بيعتين في بيعة، فله أوكسهما أو الربا»^(٣) وفيه أيضاً عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا تبايعتم بالعينة، واتبعتم أذناب البقر، وتركتم الجهاد في سبيل الله، أرسل الله عليكم ذلاً لا يرفعه عنكم حتى ترجعوا إلى دينكم»^(٤) وهذا كله في بيع العينة، وهو بيعتان في بيعة»^(٥).

- ترجيح التفسير الأول للحديث:

وبناء على ما تقدم نرى رجحان التفسير الأول للحديث: «نهى عن بيعتين في بيعة» للاعتبارات التي أشرنا إليها أثناء مناقشة التفسير الثاني، ونبرز منها ما يلي:

١ - أن الرواية الأولى لأبي هريرة: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما، أو الربا» تدل على أن المتعاقد قد باع الشيء الواحد بيعتين - بيعة بأقل، وبيعة بأكثر، وهذا يتفق مع تفسير سماك لحديث النهي عن صفتين في صفقة. وأن الإمام مالكاً وهو من أئمة مدرسة أهل الحديث قد أخذ بهذا التفسير، وحسبنا أنه اعتد بعمل أهل المدينة، فلو أن العمل كان جارياً على خلاف ذلك لأخذ به.

(١) تقدم في المبحث الخاص بابن تيمية وابن القيم في الشروط - في المبحث الرابع.

(٢) متفق عليه أخرجه البخاري حديث رقم (١)، ومسلم (ح/ق/١٠٨٠) (المختصر) كلاهما عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٣) أخرجه أبو داود في البيوع (٣٤٦١) عن أبي هريرة.

(٤) أخرجه أبو داود في البيوع (٣٤٦٢) عن ابن عمر.

(٥) الفتاوى ٢٤١/٢٩.

أن الإمام زيد بن علي قد فسره بهذا التفسير أيضاً .
كما فسره به الثوري وإسحاق .

وإذا أضفنا إلى ذلك أن الإمام الشافعي قد فسره به أيضاً، وكذلك الحنابلة والإباضية، لظهر لنا أن جمهور الفقهاء والمحدثين يتفقون على هذا التفسير، أما تفسيره باشتراط عقدين في عقد، فقد اقتصر على الحنفية، وهو أحد التفسيرين عند الشافعية، والحنابلة، والإباضية، وهذا يظهر لنا بوضوح، رجاحة التفسير الأول .

٢ - كما أننا لو قلنا: إنه عام يشمل اشتراط عقد في عقد، لكثرت تخصيصات هذا التفسير بالأحاديث الصحيحة التي تثبت جواز اشتراط ذلك مثل:

- حديث جابر رضي الله عنه حيث أجاز الرسول ﷺ اشتراطه ظهر جملة إلى المدينة .

- حديث سفينة حيث شرطت عليه أم سلمة أن تعتقه، ويخدم رسول الله ﷺ حياته .

- وما روي من أن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي حزمة حطب، وشارطه على حملها... ومثل الحمل غيره من الأعمال .

- حديث بريرة حيث أجاز الرسول ﷺ شرط عتقها، وقيس على صحة العتق كل عقود البر، كالتدبير والكتابة، والوقف، والصدقة... .

ومن هذا تبين لنا أن مفهوم هذا الحديث قد خصص بأحاديث كثيرة أجازت اجتماع صفتين في صفقة، كانا معاوضة - كالبيع والإجارة - أو معاوضة، وتبرعاً - كالبيع، والعتق، وإذا كثرت تخصيصات هذا التفسير ضعف الاحتجاج به .

٣ - وأيضاً: فإن التفسير الثاني للحديث كما يواجه هذه الأحاديث التي تخصصه يعارض أيضاً: ما جاء به كتاب الله، وسنة رسوله من وجوب الوفاء بالعقود، والشروط كقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وقوله: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: ٣٤]
كقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل

حراماً^(١). وكقوله: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»^(٢).

ومن الآثار: عن عمر: «مقاطع الحقوق عند الشروط»...

٤ - ومما يزيد من ضعف التفسير الثاني أن بعض القائلين به قد صرحوا بجواز اجتماع عقدين معاً، إذا صدر بالصيغة التالية:

كما لو قال: بعتك هذا الدينار، وهذا الثوب بعشرين درهماً، أو بعتك هذه الدار، وأجرتك هذه الأخرى بألف. أو زوجتك ابنتي، وبعتك عبداً بألف.. صور من مذهب الحنابلة.

أو بعتك هذا بكذا على بيعك لي كذا بكذا. صورة من مذهب الزيدية. مع أنه لا يوجد فارق يذكر بين هذه الصور الصحيحة، وبين الصور الممنوعة التالية: كما لو قال: بعتك داري هذه على أن أبيعك داري الأخرى بكذا (من مذهب الحنابلة).

بعتك هذا بعشرين على أن تبيعني ثوبك بعشرة (من مذهب الزيدية).

* فإن هذه الصور جميعها كانت بالصيغة الأولى، أو بالصيغة الثانية تعطي معنى واحداً، ألا وهو أن المتعاقد قد أوجب العقد في شئنين، أحدهما قد تقدم في الصيغة والآخر قد تأخر، والتصاق العقد الأخير بالأول تارة يكون بطريق العطف، وأخرى بالشرط، وفي كلا الحالين يلزم المتعاقد الآخر أن يقبل فيهما، أو يرد فيهما، فإذا قال: قبلت، فقد تمت الصفقة محتوية على العقدين، وإذا لم يقبل، ارتد الإيجاب وانتهى أثره، وإذا قبل في البعض دون البعض كان إيجاباً جديداً، يلزمه قبول من الموجب الأول، هذا هو الذي يقضي به عدم وجود فارق بينهما، وبهذا نقضي على آثار اللفظية، أو الشكلية ما دام العمل الذي يتحقق لا يخالف المشروع. وعدم الفارق الحقيقي بين الصورتين يضعف من رأي القائلين بالتفسير الثاني؛ لأن الصور التي صححوها داخلية في مفهوم بيعتين في بيعة، أو صفقتين في صفقة...

(١) تقدم تخريجه أول الكتاب.

(٢) أخرجه البخاري عن عقبة بن عامر في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، ومسلم عنه حديث رقم (٨٠٤) المختصر.

ومن هذا يتبين لنا أن التفسير الثاني للحديث يواجه هذه المواقف الأربعة، فضلاً عما في تطبيقه من تضيق على الناس في معاملاتهم، وخنق لكثير من التصرفات التي درجوا عليها، وارتضوها، وتعارفوا عليها.

فقد يرغب الإنسان في بيع داره لآخر، ويرغب الآخر في دار الأول، أو إجارتها، أو غير ذلك من العقود، فإذا لم يقترن العقد بالشرط الذي يحقق رغبة كل منهما خشياً على مصالحهما، ولم يطمئنا إلى وفاء كل منهما للآخر بما يرغب فيه، فكان الشرط محددًا لمعالم رغبتهما، ومحددًا لحق كل منهما عند الآخر، ولذا قال عمر رضي الله عنه: مقاطع الحقوق عند الشروط.

كما أن التفسير الثالث الذي يؤدي إلى منع بيع «العينة» فيه أحاديث أخرى فهم منها بعض الفقهاء هذا الحكم، لأن السلعة يجري عليها عقدان متتاليان - كما سبق بيانه - فيكون مدلوله توكيداً لها...، والتأسيس خير من التوكيد، لذلك أرى رجحان التفسير الأول، لما ذكرته آنفاً.

كما يظهر لنا: أن اشتراط عقد في عقد ليس هناك ما يحول دون صحته، إلا أن هذا ليس على إطلاقه؛ لأن الحديث الشريف «نهى عن سلف وبيع» يحتاج منا إلى دراسة آراء الفقهاء، والمحدثين في سنده، ثم في مدلوله، وهذا ما نوضحه في الفقرة بعد التالية، بعد أن نبين مدلول حديث النهي عن شرطين في بيع؛ لأن بعض الفقهاء فسره بما فسره به حديث النهي عن صفقتين في صفقة، وعن بيعتين في بيعة كما سبق أن بينا.

(ج) النهي عن شرطين في بيع:

ونورد هنا نص الحديث مشفوعاً بسنده، ثم نبين آراء الفقهاء، والمحدثين في تفسيره مشفوعة بالترجيح.

بعض روايات الحديث:

- الحديث من رواية عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده رضي الله عنه قال:

قال رسول الله ﷺ «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك...».

«عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا

شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك».

قال الترمذي: حديث حسن صحيح...». وصححه أيضاً: ابن خزيمة،

والحاكم، وأخرجه ابن حبان، والحاكم أيضاً: بلفظ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع»، وأخرجه الطبراني عن حكيم بن حزام بلفظ: «نهى عن سلف وبيع، وشرطين في بيع، وبيع ما ليس عندك، وربح ما لم يضمن» وإسناده حسن، (التيسير للمناوي (٢/٤٧٢)) وهو عند هؤلاء كلهم من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، ووجد في النسخ الصحيحة من هذا الكتاب عن عبد الله بن عمر بدون «واو» والصواب إثباتها، وأخرجه ابن حزم في «المحلى»، والخطابي في المعالم، والطبراني في «الأوسط»، والحاكم في «علوم الحديث» من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده بلفظ: «نهى عن بيع، وشرط» وقد استغربه النووي، وابن أبي الفوارس.

صحة هذا الحديث:

وهذا الحديث كما هو واضح من هذه الروايات والأسانيد (سواء ما نقلناه آنفاً، أو ما أوردناه أثناء عرضنا لآراء المذاهب في الشرط المقترن بالعقد) أن الترمذي قد صححه، وقال حسن صحيح، كما صححه ابن خزيمة، والحاكم، والحديث الحسن يشارك الصحيح في العمل به، والاحتجاج به عند جميع الفقهاء^(١).

محتويات هذا الحديث:

هذا الحديث تناول - في رواياته المختلفة - عدة موضوعات، هي:

- ١ - النهي عن ربح ما لم يضمن.
- ٢ - النهي عن بيع ما ليس عندك.
- ٣ - النهي عن بيعتين في بيعة.
- ٤ - النهي عن شرطين في بيع.
- ٥ - النهي عن سلف وبيع.

والذي يعنينا في هذا البحث ما يتصل بموضوع الشرط وهو الثلاثة الأخيرة، وقد سبق أن أوضحنا المراد بالنهي عن بيعتين في بيعة، والآن نوضح آراء العلماء في النهي عن شرطين في بيع، ثم نتبعه ببيان آرائهم في النهي عن سلف وبيع.

(١) «البيقونية» للزرقاني في مصطلح الحديث (ص ٣٢) (ط - أ).

آراء الفقهاء في مدلول النهي عن شرطين في بيع:

١- الحنفية:

ينقل لنا الإمام الشوكاني أن الإمام أبا حنيفة^(١) يفسره بما يأتي:
«أن يقول: بعتك هذا العبد بألف نقداً، أو بألفين نسيئة، فهذا بيع واحد
تضمن شرطين يختلف المقصود فيهما باختلافهما، ولا فرق بين شرطين،
وشرط^(٢)».

قال: «وإذا اشترى شيئاً إلى أجلين، وتفرقا عن ذلك لم يجز لنهي
النبي ﷺ عن الشرطين في بيع، وإن ساومه على ذلك، ثم قاطعه على
أحدهما، وأمضى البيع عليه جاز».

ومن هذا يتبين لنا أن المذهب الحنفي يجعل مدلول النهي عن شرطين
في بيع هو مدلول النهي عن بيعتين في بيعة حسبما رجحنا تفسيره به آنفاً.

(ب) المالكية:

جاء في «المدونة الكبرى» للإمام سحنون على مذهب مالك (١٥١/٩)
تحت عنوان: «في الرجل يشتري ما أطعمت المقثاة شهراً بشرطين وفي البيع
بشمن مجهول» ما يأتي:

«... قلت رأيت أن اشترى سلعة إلى أجلين مختلفين إن نقد إلى أجل
كذا، وكذا، فبكذا، وكذا، وإن نقد إلى أجل كذا، وكذا، فبكذا، وكذا، قال:
قال مالك: هذا البيع مفسوخ لا يجوز...».

ويبدو من هذا النص الوارد تحت عنوان - بشرطين - أن المذهب المالكي
يفسر حديث النهي عن شرطين في بيع بالتفسير الذي فسر به النهي عن بيعتين
في بيعة.

(ج) الشافعية:

جاء في «المجموع شرح المهذب» للنووي (٣٧٧/٩) ما يأتي:

(١) «نيل الأوطار» (١٧٩/٥).

(٢) المبسوط للسرخسي (٢٨/١٣)، ويراجع أيضاً: «فتح القدير» (٨٤/٥).

«والجواب عن حديث عمرو بن شعيب (موضوع البحث) أن هذا مفهوم اللقب، والصحيح الذي عليه الأكثرون أنه لا يدل على نفي الحكم عما عداه، فلا يلزم النهي عن بيع وشرطين جواز شرط واحد، فهذا هو الجواب المعتمد. (وأما) الخطابى، وغيره فمعناه: أن يقول: بعثك هذا بدينار نقداً، وبدينارين نسيئة، فيكون بمعنى بيعتين في بيعة، وحملهم على هذا التأويل أن العلة في النهي عن شرطين موجودة في شرط، وهي الغرر».

ويتبين لنا من هذا أيضاً: «أن المذهب الشافعي، وقد أخذ بحديث النهي عن بيع وشرط» لا يفيد هذا الحديث؛ لأنه لا فرق عندهم في الحكم بين شرط واحد، أو شرطين. «المجموع» (٣٦٨/٩ - ٣٦٩).

وهذا ما جعل الخطابى، وغيره يفسرونه نفس التفسير الذي فسر به حديث النهي عن بيعتين في بيعة.

(د) الحنابلة:

سبق أن أوضحنا في مبحث الشرط عند الحنابلة (ص ٣٣٥) أنهم يأخذون بهذا الحديث، ويجعلونه دالاً على بطلان العقد إذا اشتمل على شرطين فاسدين (على الأصح) كما يجعلونه دليلاً على صحة شرط واحد في العقد، ومن أمثلة الشرطين الفاسدين: ما لو باع جارية بشرط ألا يبيعهما وألا يطأها. أو باعها بشرط أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن وأن تخدمه سنة. أما الشرطان الصحيحان، فإنهما لا يبطلان العقد.

وقد بينت آنذاك أنه بناء على هذا يكون حكم العقد المقترن بشرط فاسد الصحة، وبطلان الشرط، وحكم العقد المقترن بشرطين فاسدين هو بطلانهما معاً: العقد والشرط.

(هـ) الزيدية:

بيننا آنفاً أثناء بحث حديث «النهي عن بيعتين في بيعة» في المذهب الزيدى - أن مدلول هذا لحديث، وحديث: «النهي عن شرطين في بيع» واحد.

وقد فسر الإمام زيد بن علي «النهي عن شرطين في بيع» نفس التفسير

بأن نقول: بعتك هذه السلعة على أنها بالنقد بكذا، وبالنسيئة بكذا، أو على أنها إلى أجل كذا بكذا، وإلى أجل كذا بكذا.

(و) الإباضية:

كما سبق أن أوضحنا أيضاً أن الإباضية ينهجون نفس النهج الذي نهجه الزيدية حيث يجعلون مدلول النهي عن بيعتين في بيعة، وعن شرطين في بيع واحداً، إلا أنهم يخصون ذلك بعقد البيع.

المقارنة والترجيح

ونستخلص من هذه الآراء جميعها أن للنهي عن شرطين في بيع ثلاثة تفسيرات:

التفسير الأول: التردد بين النقد والنسيئة مثل: أن يقول: بعتك بكذا نقداً وبكذا نسيئة، وعلى هذا جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والزيدية، والإباضية، والبغوي^(١)، والخطابي..

وبناء على هذا التفسير يكون هذا الحديث متفقاً مع حديث النهي عن بيعتين في بيعة، وما سبق أن أبديناه على هذا الحديث من أنه لا يدخل في نطاق بحث الشرط المقترن بالعقد؛ لأنه يتصل بركن العقد (وهو الصيغة)، وليس أمراً عارضاً محتمل الوقوع في المستقبل - كما هي حقيقة الشرط - ينطبق على حديث النهي عن شرطين في بيع.

التفسير الثاني: اشتراط عقد في عقد: كما لو قال: «بعتك هذه السلعة بكذا على أن تبيني تلك السلعة بكذا، أو باعه هذه السلعة على أن يبيعه بالثمن أشياء أخرى.

وقد نص على هذا التفسير الزيدية كما جاء في النص المذكور آنفاً، كما نص عليه الإباضية أيضاً: بل أنهم حاولوا تفسير وجود الشرطين في هذه الصورة التي ليس فيها سوى شرط واحد بما يأتي:

«وإن قلت فهناك شرط واحد لا شرطان، قلت: لما عقد البيع على بيع

(١) فسر البغوي بذلك - كما جاء في «نيل الأوطار» (١٧٩/٥).

آخر كان كل منهما طالباً لسلعة الآخر، أو شيئه، فكان كل قد اشترط، وإن عقد على أن يبيع البائع له شيئاً آخر أيضاً: فكل قد تكلف شيئاً غير ما يباع أولاً «شرح النيل» (٧٨/٤ - ٧٩).

وواضح أن هذا التفسير بعيد عن ظاهر الحديث، فإن هذا البيع قد اقترن بشرط واحد، وهو أن يبيعه كذا بكذا - وليس فيه شرطان، وذلك لأن العقد الذي اشترط فيه هو عقد بيع اقترن بشرط - لو صح - لترتب عليه أن يبيع الآخر سلعة له فإذا طلب المشتري السلعة فإنما يطلبها بناء على العقد، وإذا طلب البائع السلعة فإنما يطلبها بناء على الشرط الذي أوجب هذا البيع، فالطلب الأول: ليس بناء على الشرط، وإنما بناء على العقد، والطلب الثاني: بناء على الشرط؛ أي: أن البائع حين يطلب سلعة الآخر إنما يطلبها بشرطه الذي اشترطه، والمشتري يطلبها بناء على العقد الذي اقترن بالشرط، وليس بالشرط.

فتحليل المسألة على أن كلاً منهما يكون قد اشترط شرطاً بعيداً. وكذلك قوله في الصورة الثانية: أن كلاً منهما قد تكلف شيئاً غير ما يباع أولاً، هذا لا يستقيم معنا؛ لأنه لو عقد على أن يبيع البائع له سلعة أخرى يكون قد أوجب العقد في سلعتين بإيجاب واحد، فهي صفقة احدة، ولم يتكلف شيئاً غير ما يباع أولاً. ومن هذا يتبين لنا أن هذا التفسير بعيد عن مفهوم الحديث.

التفسير الثالث: اشتراط شرطين فاسدين في العقد:

وفسره الحنابلة بهذا (كما سبق أن أوضحنا (ص ٣٣٥) كأن يقول: بعتك هذه السلعة بكذا بشرط ألا تبيعها، ولا تنتفع بها.

ويمكن أيضاً: أن ينسب إلى الزيدية التفسير، فقد سبق أن أوردنا نص ما في «التذكرة الفاخرة» نهى عن شرطين في بيع بكذا نقداً، أو بكذا نسيئة أو بكذا نسيئة، أو إلى أجل كذا بكذا، وإلى أجل كذا بكذا، أو على ألا يبيعه، ولا يهبه، أو على أن يبيعه بالثمن أشياء أخرى، أو يشتري نصف الأرض مشاعاً على أن يكون نصيبه عند القسمة غربياً، وهما بيعتان في بيعة، ومن النص يتبين لنا أن الزيدية فسروه بالثلاثة تفسيرات، لكن الإمام زيد بن علي

فسره بالتفسير الأول فقط ما جاء في «المجموع الفقهي»، وقد سبق ذكر النص عند حديثنا عن تفسير النهي عن بيعتين في بيعة.

وهذا التفسير يقضي بأن اشتراط شرطين فاسدين في البيع هو المراد بحديث النهي عن شرطين في بيع.

الترجيح:

وأرى ترجيح التفسير الثالث للاعتبارات الآتية:

١ - أنه يستعمل كلمة الشرط في معناها الاصطلاحي، وهو ما يطلق على أمر عارض محتمل الوقوع في المستقبل، وحمل اللفظ على ظاهره أولى من حمله على غير الظاهر.

٢ - أنه يعطي معنى جديداً، غير المعنى الذي أفاده حديث النهي عن بيعتين في بيعة، وبخاصة أن في بعض روايات الحديث الجمع بين النهي عن بيعتين في بيعة، وعن شرطين في بيع، وهذا الجمع يرجح اختلاف المعنى؛ لأن التأسيس خير من التأكيد.

٣ - أن اعتبار الشرطين المنهيين عنهما هما الشرطان الفاسدان، اعتبار سليم؛ لأن الشروط الصحيحة لا تؤثر في صحة العقد وهي منفردة، فيلزم ألا تؤثر فيه، وهي مجتمعة؛ لأن الصحة لا تنتج فساداً.

وأيضاً: لأن معنى صحة الشرط أنه شرط لا يخالف المشروع، أي أنه شرط يتفق ومقصد الشارع منه، وإذا كان كذلك فاجتماع أمور مشروعة لا يمكن أن تحول إلى أمر غير مشروع، كما لو شرط في العقد رهناً، وكفيلاً، وشهوداً. فإن مثل هذه الشروط التي توثق بموجب العقد، لا يمكن أن تصير باشتراطها في عقد أمراً غير مشروع، في الوقت الذي يزداد العقد فيه توثيقاً، أي في الوقت الذي يتأكد فيه الوفاء بموجب العقد تأكيداً تاماً، وهو ما يتفق والوفاء بالعقود كما أمر الشارع.

٤ - أنه يمكن بناء على هذا التفسير لمفهوم الحديث التفريق في الحكم بين عقد اشتمل على شرط فاسد، وعقد اشتمل على شرطين فاسدين، فالأول لا يفسد العقد، والثاني يفسده.

ويمكننا أن نستدل لذلك بحديث بريرة رضي الله عنها فقد اشترتها السيدة عائشة

بشرط أن تعتقها، وأن يكون ولاؤها لمواليها، فهذا عقد قد اقترن بشرطين أحدهما صحيح - والآخر فاسد - وقد أجاز الرسول ﷺ العقد، وصحح شرط العتق، وأبطل شرط الولاء لمخالفته المشروع.

ويتبين لنا من هذا الحديث:

- أن الشرطين اللذين أحدهما صحيح، والآخر فاسد لا يبطلان العقد.

- أن الشرط الواحد الفاسد لا يبطل العقد.

- أن النهي عن شرطين في بيع ليس المراد به مطلق الشرطين:

صحيحين، أو فاسدين، بل المراد به الشرطان الفاسدان.

فحيث توغل الفساد في العقد، وتضاعف، وتبين أن المتعاقدين لم يكتفيا في العقد بشرط فاسد واحد، وإنما اشترطا شرطين فاسدين فأكثر، كان ذلك دليلاً على تحديهما لرغبة المشرع، وعدم اكترائهما بما يفسد العقد وما يصححه، ومن هنا كان من المشرع معاقبتهم بضد قصدهما، وهو إبطال الشرط والعقد، وأيضاً فإنه يمكن قصر حديث النهي عن شرطين في بيع على عقد البيع، ومثله عقود المعاوضات المالية، أما التبرعات، فلا تبطلها الشروط الفاسدة، وإنما تبطل هذه الشروط ويصح العقد.

فحيث تكاملت مخالفتها لقصد الشارع تكاملت العقوبة، وخير عقوبة لهما هي إبطال تصرفهما جميعه، بما احتوى عليه من شروط فاسدة، ولهذا نهى الرسول ﷺ عن شرطين في بيع. وبهذا تتلاقى الأحاديث مع بعضها، وتفسر المراد منها، وتكون فكرة مترابطة، وتعالج قضية وترسي نظرية متكاملة هي تأثر العقود بالشروط صحيحها وفاسدها:

- فالشرط الصحيح في العقد لا يفسده ويجب الوفاء به. والشروط

الصحيحة في العقد لا تفسده ويجب الوفاء بها. والشرط الفاسد الواحد يبطل ولا يفسد العقد. والشرطان الفاسدان، أو أكثر يبطلان ويفسدان العقد.

والشروط الصحيحة إذا اجتمعت مع الشروط الفاسدة في العقد، فإن كانت الشروط الصحيحة مع شرط فاسد واحد صح العقد، ولزم الوفاء بالشروط الصحيحة قلت أو كثرت، وبطل الشرط الفاسد. وإن كانت الشروط الصحيحة مع شرطين فاسدين أو أكثر فسد العقد وجميع الشروط.

(د) النهي عن سلف، وبيع:

احتوى حديث النهي عن شرطين في بيع على النهي عن سلف وبيع، وقد سبق أن بينا أنه حديث حسن صحيح ونعرض هنا آراء الفقهاء، والمحدثين الذين تعرضوا لبيان معنى هذا الحديث.

رأي الحنفية:

سبق أن بينا أنهم قد أخذوا بحديث النهي عن صفقتين في صفقة، وجعلوه عاماً في كل شرط يترتب عليه ذلك، سواء أكان بيعتين في بيعة. أم بيعاً، وإجارة، أم إعارة، أم قرضاً؟ وكل ذلك يفسد العقد.

وحديث «النهي عن سلف وبيع» داخل في عموم النهي عن صفقتين في صفقة، كما دخل من قبل في عموم النهي عن بيعتين في بيعة، وقد فسر الحنفية السلف في الحديث بالقرض^(١).

رأي المالكية:

سبق أن أوضحنا أن اشتراط السلف في البيع - عندهم - صراحة أو ضمناً - يبطل العقد إلا إذا أسقط المشتري شرطه - وقد مثلوا لاشتراطه صراحة أو ضمناً بما يأتي:

- اشتراطه صراحة: كما إذا اشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يسلفه دراهم، أو طعاماً، أو غيرهما.

اشتراطه ضمناً: كما لو باع شخص داراً لمن له عليه دين حل أجله بشرط أن ينقده ثمن الدار حالاً، ولا يقاصه بالدين. أو كما إذا كان لرجل على آخر دين مؤجل، فلما حل الأجل أخذ منه سلعة ببعض الثمن على أن يؤخره ببقية الثمن إلى أجل.

وقد جعلوا هذا الشرط يترتب عليه الإخلال بالثمن، إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري، أو نقص إن كان من البائع فكان فاسداً.

(١) «فتح القدير» (٥/٢١٨).

رأي الشافعية:

وقد سبق أن بينا أن الشافعية يبطلون البيع بشرط أن يقرضه كذا...
كما جاء في «المهذب» (١/٣٠٤): «ولا يجوز قرض جر منفعة مثل أن يقرضه ألفاً على أن يبيعه داره، أو على أن يرد عليه أجود منه، أو أكثر منه... والدليل عليه ما روي عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي ﷺ: «نهى عن سلف، وبيع» والسلف هو القرض في لغة أهل الحجاز، وروي عن أبي بن كعب، وابن مسعود، وابن عباس رضي الله عنهم أنهم نهوا عن قرض جر منفعة...».

ومن هذا النص يتبين لنا أن الشافعية يفسرون السلف في الحديث بالقرض، كما هو لغة أهل الحجاز.

رأي الحنابلة:

كما سبق أن أوضحنا أن الحنابلة أيضاً: يرون أن الشخص لو باع لآخر، أو اشترى منه، بشرط أن يسلفه، أو يقرضه، فإنه محرم، والبيع باطل للنهي عن سلف وبيع؛ ولأنه اشترط عقداً في عقد ففسد، كبيعتين في بيعة؛ ولأنه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله، فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض، وربحاً له، وذلك ربا محرم، ففسد كما صرح به ابن قدامة في «المغني» (٤/٣٢٩).

وجاء في «نيل الأوطار» (٥/١٧٩) في تفسير معنى السلف «... قال أحمد: هو أن يقرضه قرضاً ثم يبيعه عليه بيعاً يزداد عليه وهو فاسد؛ لأنه إنما يقرضه على أن يحاييه في الثمن...».

رأي الزيدية:

وقد سبق أن بينا أن الزيدية يبطلون العقد إذا علق نفوذه على أمر يحصل في المستقبل كاشتراط عقد في عقد. وقد وجدنا في مجموع الفقه^(١) للإمام زيد بن علي تفسيراً للنهي عن سلف وبيع، ينص على ما يأتي:
«قال أبو خالد فسرلنا زيد (عليه السلام) عن شرطين في بيع، أن يقول: بعتك

(١) (٤/١٤٨) وما بعدها فقرة (٥٥٦).

هذه السلعة على أنها بالنقد بكذا، وبالنسيئة بكذا.. وعن سلف وبيع، أن يسلف في الشيء، ثم يبيعه قبل أن يقبضه...».

كما جاء في «التذكرة الفاخرة»: «وعن سلف، وبيع» وهو أن يريد المشتري الشراء بزايد مؤجلاً فيتكلف الثمن من البائع ليعجله حيلة، وعن سلم وبيع، وهو بيع المسلم فيه قبل قبضه ممن هو عليه، أو غيره» «قوله ليعجله حيلة: بمعنى يشتريه بذلك الثمن معجلاً، ويبقى الثمن في ذمته للبائع...».

* ومن هذين النصين يظهر لنا أن الزيدية قد فسروا السلف بتفسيرين: الأول: فسره الإمام زيد بن علي بالسلم: بأن يسلف في الشيء ثم يبيعه قبل قبضه.. وذلك لا يصح.

الثاني: فسره المذهب بالقرض، وأورد له صورة مبنية على القول^(١) بعدم جواز البيع بأكثر من سعر يومه لأجل النساء، وهي: كأن يريد الشخص أن يشتري السلعة بأكثر من سعر يومه لأجل النساء، فيحتال بأن يستقرض الثمن من البائع ليعجله إليه في ثمن السلعة فلو كانت السلعة بثمانين نقداً، وبمائة مؤجلاً، ويريد الشخص أن يشتريها بثمن مؤجل «على القول بعدم جواز ذلك»، فإنه يحتال: بأن يأخذ من صاحب السلعة قرضاً مقداره مائة، ثم يشتري به هذه السلعة بمائة، فتسلم له السلعة بهذا البيع، ويبقى في ذمته مقدار القرض، وهو المائة.

وواضح من هذا التفسير أنه احتيال قصد به تحليل شيء محرم - بناء على القول بتحريم الزيادة في ثمن السلعة في مقابل الأجل، كما هو رأي بعض الفقهاء -، فكان باطلاً.

رأي الإمامية:

سبق أن بينا أن الإمامية يجيزون السلف والبيع: كأن يبيع الشخص ببيعاً لآخر، ويشترط عليه أن يسلفه، أو يقرضه، أو يستقرض منه.

(١) جاء في «نيل الأوطار» (٥/١٥٢): «أن زين العابدين علي بن الحسين، والناصر والمنصور بالله، والهادوية والإمام يحيى يحرم بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء، وقالت الشافعية، والحنفية، وزيد بن علي، والمؤيد بالله، والجمهور أنه يجوز».

فاشترط عقد في عقد عندهم جائز مطلقاً ما دام سائناً شرعاً، ومقدوراً عليه. جاء في «مختصر النافع» (ص ١٤٩): «ويجوز أن يبيع مختلفين صفقة، وأن يجمع بين سلف وبيع» ومثله في «تذكرة الفقهاء» (١٦٧/٧) قسم ٢، ط (١٩٥٥).

راي الإباضية:

قد أوضحنا فيما سبق: أنهم يفسرون السلف في الحديث بمعنى القرض، كأن يقول شخص لآخر: «أبيعك هذه السلعة بكذا، وكذا على أن تسلفني كذا، وكذا». فهذا لا يصح لقوله ﷺ: «لا يصلح سلف، وبيع...»؛ ولأنه لا يؤمن أن يكون باعه السلعة بأقل من ثمنها لأجل القرض، وكذلك إن قال له: أسلفك كذا، وكذا على أن تشتري مني هذه السلعة؛ لأنه لا يؤمن أن يكون باعه السلعة بأكثر من ثمنها لأجل القرض، ويتضح من هذا أن الإباضية يستعملون السلف بمعنى القرض.

حقيقة السلف لغة واصطلاحاً:

جاء في «شرح النهاية» لابن الأثير (١٨٩/٢) (ط - م الخيرية بمصر) ما يأتي: «سلف (هـ. فيه) من سلف فليسلف في كيل معلوم إلى أجل معلوم. يقال: سلف، وأسلفت تسليفاً، وإسلافاً. والاسم السلف.

وهو في المعاملات على وجهين:

أحدهما: القرض الذي لا منفعة فيه للمقرض غير الأجر، والشكر، وعلى المقرض رده كما أخذه، والعرب تسمي القرض سلفاً.

والثاني: هو أن يعطي مالاً في سلعة إلى أجل معلوم بزيادة في السعر الموجود عند السلف، وذلك منفعة للمسلف، ويقال له: سلم دون الأول.

(ش ومنه الحديث) أنه استسلف من أعرابي بكرة، أي: استقرض.

(ش ومنه الحديث) لا يحل سلف وبيع، مثل أن يقول: بعتك هذا العبد بألف على أن تسلفني ألفاً في متاع، أو على أن تقرضني ألفاً؛ لأنه إنما يقرضه

ليحاييه في الثمن فيدخل في حد الجهالة؛ ولأن كل قرض جر منفعة فهو ربا؛ ولأن في العقد شرطاً ولا يصح...».

وجاء في المنجد (ص ٣٥٧):

«السلف: القرض الذي لا منفعة فيه للمقرض، وعلى المقرض رده كما أخذه - كل عمل صالح قدمته - السلف أيضاً من تقدمك من آباءك وذوي قرابتك».

وجاء في «لسان العرب» (١٨٧/١٥) - طبعة أولى سنة ١٣٠١هـ ما يأتي:

«السلم - بالتحريك السلف، وأسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد.. الجوهرية أسلم الرجل في الطعام أسلف فيه، وأسلم أمره لله، أي سلم وأسلم أي دخل في الإسلام».

جاء في «مختار الصحاح»: «... (السلف) بفتحين أيضاً نوع من أنواع البيوع يعجل فيه الثمن، وتضبط السلعة بالوصف إلى أجل معلوم» كما جاء فيه: «و(السلم) بفتحين السلف و(القرض) ما تعطيه من المال لتقضاه، وكسر القاف لغة فيه، و(استقرض) منه القرض (فأقرضه)...».

وباستعراض هذه النصوص يتبين لنا ما يأتي: -

(أ) أن السلف لفظ مشترك يطلق على عدة معان في اللغة هي:

السلف: بمعنى السلم، نوع من أنواع البيوع... وبمعنى القرض، وهو ما نعطيه من المال لآخر لتقضاه، وبمعنى العمل الصالح الذي يقدمه الإنسان. وبمعنى من تقدمك من آباءك، وذوي قرابتك.

(ب) كما يتبين لنا أن السلف يطلق في المعاملات على أمرين:

أحدهما: القرض: وهو المال الذي تعطيه لآخر، ولا تحصل منه على منفعة غير الأجر، والشكر، وعلى المقرض رده كما أخذه.

والثاني: السلم، وهو نوع من أنواع البيوع يعجل فيه الثمن، وتضبط فيه السلعة بالوصف إلى أجل معلوم.

(ج) وإن العرب كانت تسمى القرض سلفاً.

المقارنة والترجيح

(١) خلاصة آراء الفقهاء:

بعد استعراض آراء الفقهاء في تفسير النهي عن سلف وبيع، وآراء اللغويين في معنى السلف، والسلم والقرض، نجمل فيما يلي هذه التفسيرات... ثم نتبعها بالترجيح:

فسر الفقهاء السلف في الحديث بتفسيرين:

التفسير الأول: السلف بمعنى القرض، وله صورتان:

١ - اشتراطه صراحة:

- أن يبيعه شيئاً بشرط أن يقرضه كذا.

وقد فسره بهذا: المالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، على أحد التفسيرين - والإباضية.

٢ - اشتراطه ضمناً:

- وقد نص على ذلك المالكية.

- كما لو باع شخص داراً لمن له عليه دين حل أجله بشرط أن ينقده ثمن الدار حالاً، ولا يقاصه بالدين.

- وكما لو كان لرجل على آخر دين مؤجل، فلما حل الأجل أخذ منه سلعة ببعض الثمن على أن يؤخره ببقية الثمن إلى أجل.

* كما فسره الزيدية في أحد التفسيرين بما يأتي:

أن يريد الشخص أن يشتري السلعة بأكثر من ثمنها لأجل النساء (على القول بعدم جواز ذلك) فيحتال بأن يستقرض الثمن من البائع ليعجله إليه في ثمن السلعة.

التفسير الثاني: السلف بمعنى السلم، وله صورتان:

١ - أن يقول أبيعك عبدي هذا بألف على أن تسلفني ألفاً في كذا، وكذا^(١).

٢ - أن يسلف في شيء ثم يبيعه قبل أن يقبضه. وقد فسره بهذا الإمام زيد بن علي (رضي الله عنه).

(ب) الترجيح:

وبعد استعراض هذه الصور الأربع التي أوردها الفقهاء تفسيراً لمعنى السلف في الحديث: «نهى عن سلف، وبيع» يمكننا أن نرجح أن المراد بالسلف القرض، وذلك لما يأتي:

١ - لأننا إذا نظرنا إلى التفسير الثاني وهو: أن يبيعه بشرط أن يسلفه... وجدنا أن إطلاق العرب للسلف على القرض، يحول دون تفسير السلف في الحديث بالسلم. وذلك لأن كتاب الله، وسنة رسوله ﷺ يفسران طبقاً لاستعمالات العرب لهذه اللغة التي نزل بها، فإطلاق العرب للسلف على القرض خصصه في أحد معنييه، وعلى هذا سار جمهور الفقهاء كما سبق أن بينا.

ومن بينهم الإمام مالك الذي عاش حياته في المدينة، وجعل عمل أهلها دليلاً لمصاحبتهم لنزول التشريع على الرسول، وانطبعهم بطابع الإسلام، وتلقيهم كتاب الله تعالى، وسنة رسوله ﷺ دراسة، وفهماً، وتطبيقاً... فلو أنه وجد اختلافاً في الاستعمال اللغوي، أو الشرعي لظهر أثره في تقريره لمعنى هذا الحديث، وكذلك بقية الفقهاء.

ومن بينهم الإمام الشافعي، وقد تربى بمكة، وعاش بها دارساً، ومتعلماً ثم فقيهاً، وقد أفتى ما يقرب من عشرين سنة، وتنقل بينها، وبين العراق، ومصر، وقال: بأن السلف هو القرض.

من بينهم الإمام أبو حنيفة إمام مدرسة أهل الرأي، وقد التقى أصحابه

(١) «نيل الأوطار» للشوكاني (١٧٩/٥).

بالإمام الشافعي، وتناقشوا، واختلفوا، ولكنهم قالوا: إن السلف هو القرض.
والإمام أحمد بن حنبل المحدث، والفقهاء، الذي ولد ببغداد، وتنقل بين
الكوفة، والبصرة ومكة والمدينة واليمن والشام، قال: أن السلف هو القرض
فالجميع قد عاصروا أزماناً متقاربة وعاشوا في بلدان مختلفة فسروا السلف
بالقرض.

فلو أن الاستعمال اللغوي كان يجري على جعل السلف بمعنى السلم
لوجدنا من هؤلاء الفقهاء اختلافاً في تفسير معناه في الحديث، كما اختلفوا
في مسائل كثيرة بناء على إطلاقاتها اللغوية، كاختلافهم في تفسير «القرء» في
قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْيِّضْنَ بَأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] هل هو
الحيض أم الطهر؟، وهذا الاختلاف أساسه أن «القرء» له معنيان عند العرب:
الحيض، والطهر، وهما ضدان.

فاتفاقهم هنا على أن المراد بالسلف القرض هو تأكيد وانعكاس لما
يجري عليه استعمال العرب وإطلاقهم.

على أن الصورة الثانية من التفسير الثاني: «وهي أن يسلف في الشيء ثم
يبيعه قبل قبضه» وهو تفسير الإمام زيد بن علي رضي الله عنه وإن كان يسير مع منطوق
الحديث: «السلف أولاً ثم البيع» إلا أنه لا يأتي بجديد بالنسبة للحديث الذي
معناه؛ لأنه قد نص فيه على «النهي عن بيع ما ليس عندك» وبيع المسلف فيه
قبل قبضه، هو بيع لما ليس عند الإنسان، فكان منهيماً عنه بفقرة من فقرات
حديثنا نفسه، فيلزم أن يكون النهي عن سلف وبيع مفيداً لمعنى جديد؛ لأن
التأسيس خير من التأكيد.

وهذا ما يدعونا إلى الأخذ بتفسير السلف في الحديث بالقرض.

٢ - علة النهي عن سلف، وبيع:

إن جمهور الفقهاء القائلين بأن السلف هو القرض عللوا النهي عن سلف
وبيع بأنه إن كان المقرض هو البائع، احتتمل أن يبيع سلعته بثمن أكثر لأجل
القرض، وإن كان المقرض هو المشتري احتتمل أن يشتري السلعة من
المقرض بثمن أقل لأجل القرض. فالزيادة، أو النقص، إنما هي في مقابلة
القرض، فتكون عوضاً عنه، وربحاً له فتكون ربا؛ لأنها قرض جر نفعاً.

* ويمكننا أن نضيف إلى ذلك ما يلي :

(أ) القرض في البيع خرج عن حقيقته:

وذلك لأن حقيقة القرض اللغوية، والشرعية أنه مال يقدم لشخص بحيث لا تكون فيه منفعة للمقرض غير الأجر، والشكر، وعلى المقرض رده كما أخذه، فإذا اقترن بالبيع احتمل أن يكون فيه نفع غير الأجر، والشكر، وبذلك يخرج عن حقيقته اللغوية، والشرعية.

(ب) القرض له تأثير على إرادة التعاقد:

وذلك لأن القرض يبدأ عملاً إنسانياً تبرعاً، وتفضلاً من المقرض إلى المقرض، فالمقرض في ضوء هذا العمل، مضافاً إليه الدوافع الحقيقية للقرض من حاجة ملحة، وضرورة ملجئة إلى الاستدانة، والاستعانة بما في يد الغير... كل هذا له تأثير على إرادة التعاقد، وهذا التأثير يكون له أثر في أن هذه الإرادة الصادرة في البيع إرادة ليست حقيقية، إرادة ليست حرة ولا خالصة، إرادة واقعة تحت تأثير هذا العمل الإنساني، والضرورة الملجئة.

(ج) أن القرض يترتب عليه استغلال الأغنياء للفقراء:

لا شك أن إباحة القرض في عقد البيع يؤدي إلى الاعتراف بالاستغلال فقد تعود بعض ذوي النفوس الضعيفة من الأغنياء استغلال حاجة الناس متحينين فرص انهيارهم الاقتصادي، أو ما يستجد عليهم من ظروف قاسية قد لا يكونون على استعداد لمجابهتها... وهنا يتقدمون بيد ظاهرها الرحمة، وباطنها العذاب، يعرضون قروضاً مالية ثقيل عثرتهم، وتقضي حاجتهم لا يبغون من القرض ما شرع له من أجر، وثواب من الله، وشكر من المقرض، ولكنهم يساومون في شراء ممتلكات، أو سلع، أو أمتعة من المحتاجين، أو بيعها إليهم.

والمقرض إذا اشترى من البائع (المقرض)، فإنما يشتري سلعة له فيها حاجة وفيها رواج، وقد تكون بالنسبة للمقرض فيها حياته - كدار لا يملك غيرها - وإذا باع المقرض إلى المقرض شيئاً يكون العكس؛ لأنه صاحب اليد الأقوى.

ما يؤدي إليه القرض المقترن بالبيع :

مما تقدم يتبين لنا : أن القرض في البيع يجلب نفعاً غير الأجر والثواب وأن القرض في البيع يؤثر على حرية التعاقد، وأن القرض في البيع يترتب عليه استغلال الأغنياء للفقراء .

ولكل هذا نرجح أن المراد بالسلف في الحديث القرض بـأنه منهي عنه لهذه الاعتبارات .

كما نرى أن اشتراط القرض ضمناً - كما صوره المالكية - كاشتراطه صراحة ؛ لأن العلة التي من أجلها منع السلف في البيع صراحة موجودة في اشتراطه ضمناً، فكون المقرض يقدم للمقترض مالاً في يده، لا يختلف عن أن يكون ديناً في الذمة قد حل أجله، ووجب الوفاء به ؛ لأنه يعتبر مالاً حالاً، فإذا اشترط تأخير الوفاء به كلاً، أو بعضاً إلى أجل معلوم في مقابل سلعة يبيعها له، فإن التأثير موجود على إرادة التعاقد، والنفع والاستغلال محتمل في هذا أيضاً: كما هو في القرض صراحة - وإذا وجدت العلة وجد المعلول^(١) .

كما نرى في الصورة الأخيرة من التفسير الأول - وهي للزيدية - وهي صورة القرض الذي قصد به التحايل على البيع بالنساء بأكثر من سعر يومه . . . أنه وإن كانت هذه الصورة مبنية على مسألة مختلف فيها^(٢) إلا أننا نأخذ منها صورة أعم، وهي ما إذا قصد بالتصرف التحايل على النصوص الشرعية بتحليل ما حرمه الشرع، فمثل هذا التصرف يمكن أن يطبق عليه حديث: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لامرئ ما نوى»^(٣) فإذا كانت النية تحليل ما حرم الله كان التصرف حراماً؛ لأن النية في العقود معتبرة كما هي معتبرة في العبادات .

(١) ونجد بعض الناس في بلادنا لا يوافقون على شراء سلعة ممن لهم عليه دين حل أجله .

(٢) جمهور الفقهاء على جواز بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء .

(٣) حديث «إنما الأعمال بالنيات . . .» متفق عليه، أخرجه البخاري في ٨٣ - «كتاب الأيمان والندور - ٢٣» - باب النية في الأيمان، ومسلم في باب النية في الأعمال واللفظ له، حديث رقم ١٠٨٠ (المختصر) .

أثر اشتراط القرض في البيع

بطلان شرط القرض في البيع:

رأينا فيما سبق أن الفقهاء قد اتفقوا على إبطال هذا الشرط - عدا الإمامية - وقد اعتمد القائلون ببطلانه على حديث «النهي عن سلف وبيع»، وقد أفضنا الحديث فيه.

أما القائلون بصحة هذا الشرط فإنهم لم يأخذوا بهذا الحديث، ولذلك فقد أجازوا البيع بشرط القرض، أو بشرط أي عقد ما دام سائغاً، ومقدوراً عليه، ولا يحرم حلالاً، ولا يحل حراماً.

إلا أن رأي الإمامية في هذا الموضوع يعارضه حديث النهي عن سلف وبيع - وهو حديث صحيح - يقضي بأن هذا النوع من التصرف منهي عنه، وبهذا يكون الحديث مخصصاً لعموم الآيات والأحاديث التي تأمر بالوفاء بالعقود، والعهود، والشروط وخصوص قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم...» «وأحق الشروط بالوفاء ما استحللتم به الفروج...» كما خصصها حديث بريرة رضي الله عنها حيث أبطل الرسول ﷺ شرط الولاء، ولا وجه لمن لم يأخذ بهذا الحديث.

حكم العقد المقترن بشرط القرض:

اختلف الفقهاء في حكم البيع الذي اقترن به شرط القرض إلى ثلاثة أقوال: فساد العقد، فساد العقد إلا إذا أسقط المشتري شرطه، بطلان الشرط وصحة العقد. وإليك هذه الآراء، ثم ما نرى رجحانه منها:

(١) فساد العقد:

بيننا فيما سبق أن الحنفية، والشافعية، والحنابلة (على الأصح عندهما) والظاهرية، والزيدية، والإباضية، يقولون: بفساد البيع إذا اقترن بشرط القرض، وواضح أن فساده إنما هو للنهي عنه، غير أن العقد الفاسد عند الحنفية، والزيدية يفيد الملك إذا اتصل به القبض... خلافاً للجمهور كما سبق أن أوضحناه.

(ب) فساد العقد إلا إذا أسقط المشتري شرطه كما سبق أن أوضحناه:
يرى المالكية أن اشتراط القرض في البيع يبطل البيع إلا إذا أسقط
المشتري شرطه، فإذا أسقطه فإنه حينئذ يصح العقد لزوال سبب الفساد.

(ج) صحة العقد، وبطلان الشرط:

وفي رأي مرجوح عند الشافعية، والحنابلة أنه إذا اقترن البيع بشرط
القرض صح العقد، وبطل الشرط، كالشرط الذي ينافي مقتضى العقد.

الترجيح:

والذي أراه هو ترجيح الرأي الأخير الذي يقضى بإبطال الشرط، وصحة
العقد، وذلك قياساً على ما جاء بحديث بريرة رضي الله عنه؛ فقد أجاز الرسول عليه
الصلاة والسلام البيع، وأبطل شرط الولاء، لمخالفته للمشروع، وهو
قوله ﷺ: «وإنما الولاء لمن أعتق» فاشتراط الولاء لغير المعتق - بكسر التاء -
مخالف للمشروع.

والقرض مباح ومرغوب فيه في جميع الحالات إلا إذا اشترط في بيع،
فإنه يكون منهيماً عنه، وغير مشروع، فيبطل، ويصح العقد قياساً على حديث
بريرة رضي الله عنه، وإذا قيل: إن شرط القرض قد أثر في ثمن المبيع زيادة، أو
نقصاً، فالقول بصحة العقد، وبطلان الشرط يترتب عليه ضرر.

نقول: إن هذا الضرر يمكن أن يزول بإثبات الخيار للمتعاقد بين شيئين:
أحدهما: فسخ العقد؛ لأنه لم يتحقق له غرضه ومقصده من التعاقد.

والثاني: إمضاؤه وأخذ الأرش - استناداً إلى ما ذهب إليه الحنابلة في
الشروط التي تنافي مقتضى العقد. فإن كان البائع قد نقص من ثمن المبيع في
مقابل شرط القرض، فإنه يكون له الحق في أخذ أرش ما نقص لأجل
الشرط، وإن كان المشتري قد زاد في ثمن المبيع لأجل الشرط، فإنه يكون له
الحق في أخذ ما زاده لأجل الشرط. وذلك لأنه إنما باع بنقص أو اشترى
بزيادة لأجل ما يحصل عليه من منفعة بهذا الشرط، فإذا بطل الشرط لم يتحقق
له غرضه، فيثبت له الخيار بين فسخ العقد، أو إمضائه، وأخذ الأرش حسبما
وضحنا آنفاً.

وهذا الحكم وهو بطلان الشرط وصحة العقد وإثبات الخيار للمشتري

بين الفسخ، أو الإمضاء، وأخذ الأرش... لا يترك مجالاً لضرر يلحق أحد المتعاقدين، بل قد يحقق مصلحة لهما، وذلك كما إذا كانا حريصين على إتمام البيع، ونفاذه، فإنه يمكن لهما بناء على هذا الحكم أن يختارا إمضاء البيع، ونفاذه، بعد زوال سبب فساده..

كما أن في هذا الحكم التثاماً، وتجانساً مع حكم الشروط الفاسدة الأخرى - كشرط الولاء لغير المعتقد.

وأيضاً: فيه اعتداد بإرادة المتعاقدين بجعلها أساساً يبنى عليها العقد الذي رضيا عنه بعد إزالة ما علق بهذه الإرادة من شوائب، وتنقيتها من رواسب ما شرط فيها من أمر غير مشروع.

النهي في الحديث خاص بسلف وبيع

ونتساءل الآن هل النهي عن سلف وبيع يمكن أن يقاس عليه غيره من العقود حتى يشمل النهي الامتناع من كل شرط يؤدي إلى صفتين في صفقة؟ وللإجابة عن ذلك يلزمنا أن نستعرض الأدلة التي سقناها، والتي توضح صحة الشرط في العقد:

فقد بينا أولاً أن عموم الآيات والأحاديث تأمر بالوفاء بالعقود والعهود، وتذم الغادرين والناكثين لعهودهم، وكذلك خصوص قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً» وقوله ﷺ: «أحق الشروط بالوفاء ما ما استحلتتم به الفروج»... فإنها تدل على لزوم الوفاء بكل شرط مشروع أي: ما دام هذا الشرط لا يحرم حلالاً، ولا يحل حراماً. واشتراط عقد إجارة في بيع، أو إعارة، أو هبة... داخل في عموم ما يلزم الوفاء به.

وثانياً: إن حديث جابر رضي الله عنه واشتراطه ظهر جملة إلى المدينة، دل على جواز اجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة، وهما عقدا معاوضة، ويمكن أن يقاس عليهما كل ما كان من هذا القبيل من عقود المعاوضات (مال بمال أو مال بمنفعة، أو مال بغير مال، ولا منفعة) وذلك يشمل من العقود ما كان معاوضة مال بمال: «كالبيع، والإقالة، والصلح عن دعوى المال بالمال، والقسمة، ويشمل معاوضة مال بمنفعة كالإجارة والاستصناع والجعالة

والمساقاة، والمزارعة، والمضاربة. كما يشمل معاوضة مال بما ليس بمال ولا منفعة: كالنكاح والخلع...».

ومثل حديث جابر حديث سفينة حيث أعتقته أم سلمة، وشرطت عليه أن يخدم النبي ﷺ ما عاش.

فقد أعطانا هذا الحديث معنى جديداً، وهو أنه يمكن اجتماع عقد تبرع - وهو العتق - مع عقد إجارة، وهو الخدمة، وبهذا صح اجتماع عقود التبرع مع عقود المعاوضات المالية - مال بمنفعة.

كما أعطانا أنه يمكن أن تكون المنفعة المشترطة لمنفعة الغير، فالعقد المشترط لا يلزم أن تكون منفعته خالصة لأحد المتعاقدين، بل يصح أن تكون منفعته لغيرهما ممن له صلة بأحد المتعاقدين.

ونأخذ من هذين الحديثين جواز اجتماع عقود المعاوضات المالية بالشرط مع بعضها، ومع عقود التبرعات، كما نأخذ جواز أن تكون المنفعة المشترطة للغير.

وثالثاً: ما جاء بحديث بريرة رضي الله عنها حيث اشترتها السيدة عائشة رضي الله عنها بشرط أن تعتقها وأن يكون الولاء لمواليها، فأجاز الرسول عليه الصلاة والسلام البيع، كما أجاز شرط العتق، وأبطل شرط الولاء لمخالفته للمشروع، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «وإنما الولاء لمن أعتق».

ومن هذا الحديث أخذنا جواز البيع بشرط العتق، وقد قاس الفقهاء على شرط العتق العقود الأخرى التي فيها معنى من معاني البر والخير، كشرط التدبير، والكتابة، والوصية، والهبة، والصدقة، والوقف وجميع التصرفات التي تحمل هذا المعنى؛ لأن في بعض هذه التصرفات معان تفوق المعاني الموجودة في شرط العتق كما سبق إيضاحه.

فدل هذا الحديث على جواز البيع بشرط العتق نصاً، وبشرط عقد من عقود البر قياساً عليه.

وبهذا المعنى كان الحديث دليلاً على جواز اجتماع عقود المعاوضات مع عقود التبرعات أيضاً، وجواز أن تكون المنفعة المشترطة للغير كما تجوز لأحد المتعاقدين.

النتيجة:

ومن كل هذا نأخذ جواز اشتراط عقد في عقد، كان هذان العقدان عقدي معاوضة أو عقدي تبرع، أو عقدي معاوضة وتبرع؛ لأن هذه الأحاديث قد تضافرت مع موم الآيات، والأحاديث، وخصوصها التي تأمر بالوفاء بالشروط، فأعطت معنى واحداً، وهو جواز اشتراط عقد في عقد.

وإذن فحديث النهي عن سلف وبيع، جاء مخصصاً لهذا العموم، فهل يقاس عليه غيره من عقود المعاوضات، أم يقاس إلى الأدلة المتقدمة ويكون هذا الحكم خاصاً بالسلف والبيع فقط دون غيرها من الصفقات؟ وهذا ما نرجحه، وذلك لأنه قد أصبح اشتراط عقد في عقد (غير سلف، وبيع) صحيحاً بعموم الآيات والأحاديث، وخصوصها، وصحيحاً أيضاً بالقياس على أحاديث جابر (وهو في عقود المعاوضات) وحديث سفينة وبريرة (في عقود المعاوضات، والتبرعات) وغير صحيح قياساً على حديث النهي عن سلف، وبيع، ودليل واحد لا يقوى على معارضة أدلة تساوية أو أقوى منه؛ لأن دليل المنع، وهو القياس قد عارضه قياس آخر، وإذا تعارض دليلان وكانا متساويين قوة^(١) سقطا وجعلا بمنزلة العدم، وأصبح دليل جواز هذا الشرط عموم الآيات، والأحاديث، وخصوص الأحاديث التي تأمر بالوفاء بالشروط إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً، وهذه الشروط لا تحل حراماً، ولا تحرم حلالاً؛ لأن المراد بالحلال، والحرام هو ما كان كذلك بأصل الشرع دون توسط العقد كما سبق أن قرره الإمامية، وبعض الإباضية، وسار عليه ابن تيمية، وابن القيم من الحنابلة.

نتائج مبحث اشتراط عقد في عقد

بعد أن بحثنا بالتفصيل أدلة المانعين لاشتراط عقد في عقد، وناقشنا هذه الأدلة، وانتهينا إلى نتائج معينة، ومحددة مقترنة بالأدلة يمكننا الآن أن نوجز ما فصلناه سلفاً فيما يلي:

(١) «التلويح على التوضيح» (١٠٢/٢) (م صبيح سنة ١٣٦٧هـ).

حديثاً النهي عن بيعتين في بيعة، وعن صفقتين في صفقة ليس المراد بهما النهي عن اشتراط عقد في عقد - بل المراد بهما النهي عن إيجاب البيع في سلعة واحدة بثمانين مختلفين إلى أجلين، أو إيجابه في سلعتين بثمانين مختلفين ثم يقبل الطرف الآخر ثم يفترقان على هذا دون تحديد لثمان معين، وأجل معين، أو سلعة معينة... فهذان الحديثان يتعلقان بصيغة العقد لا بالشرط، وعلى هذا الرأي جمهور الفقهاء.

الخلاصة مصاغة في مواد فقهية:

* ويمكننا استخلاص المواد التالية من فقه هذا البحث:

١- إذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر عقداً يترتب عليه تحقق غرض مشروع ليس فيه معنى من معاني البر والخير، كان صحيحاً يلزم الوفاء به، وبهذا قال أشهب من علماء المالكية، والمالكية، والحنابلة في عقد البيع مع الإجارة، والإمامية.

٢- لا يجوز قرض، وبيع، للنهي عن سلف وبيع، ولما يخشى أن تؤدي إليه الظروف التي أدت إلى الاقتراض من استغلال لحاجة المحتاجين، وتأثير على إرادة البيع، وبعدم صحة هذا الشرط قال جمهور الفقهاء (عدا الإمامية الذين يجيزون اشتراطه) ويصح البيع أخذاً بالرأي المرجوح في كل من مذهبي الشافعية، والحنابلة، ويكون للمتعاقدين الخيار بين فسخ البيع، أو إمضائه مع أخذ أرش ما نقص من الثمن، أو أخذ ما زاد عليه لأجل الشرط - أخذاً بمذهب الحنابلة.

٣- الشروط الصحيحة مهما كثرت لا تؤثر على صحة العقد، كما صرح بذلك الحنابلة.

٤- إذا اجتمعت الشروط الصحيحة مع شرط فاسد واحد، فإنها تصح، ويسقط الشرط الفاسد.

٥- إذا اجتمع شرطان فاسدان، أو أكثر في العقد، فسد العقد، سواء كان اجتماعهما على انفراد أو مع شرط صحيح، أو أكثر - للنهي عن شرطين في بيع.

نتائج مبحث «شرط فيه منفعة»

استثناء المنفعة:

١ - يصح لأحد المتعاقدين اشتراط منفعة مباحة معلومة في محل العقد لنفسه، أو لغيره، وتكون عليه نفقة المعقود عليه خلال فترة الانتفاع بها، وله الحق في إجارة العين المستثنى بعض منافعها، أو إعارتها خلال المدة المشترطة، لمن يقوم مقامه بشرط أن يكون مماثلاً له في الانتفاع.

٢ - للمالك للعين المستثنى بعض منافعها الحق في التصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرف، وتكون في يد المالك الثاني مستثناة النفع أيضاً.

٣ - للمتعاقدین بتراضيهما الحق في إقامة عين بدل العين المستثنى بعض منافعها. أو تقديم عوض عن هذه المنفعة.

٤ - إذا تلفت العين المشترط بعض منافعها قبل استيفاء المنفعة المشترطة، وكان ذلك بفعل المشترط عليه، أو تفريطه - لزمه عوض هذه المنفعة فيما بقي من المدة، وإن لم يكن بفعله وتفريطه لم يلزمه شيء.

اشتراط القيام بعمل:

١ - يصح اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر القيام بعمل في محل العقد، أو في غيره، متى كان العمل المشترط مباحاً معلوماً مقدوراً عليه.

٢ - للمشترط الحق في إجبار المشترط عليه على تنفيذ الشرط، فإن تعذر ذلك أخذ منه عوض المنفعة المشترطة.

٣ - وفي جميع الحالات يجوز للمشترط عليه إقامة من يقوم مقامه بالعمل المشترط بشرط أن يكون مماثلاً للمشترط عليه في أداء هذا العمل.

٤ - كما أنه يمكن بالتراضي بينهما قبول العوض عن العمل المشترط.

اشتراط عقد فيه معنى من معاني البر والخير:

١ - إذا اقترن بالعقد شرط أوجب صدور تصرف قصد به تحقيق معنى من معاني البر والخير، كان العقد صحيحاً، وكان الشرط صحيحاً يلزم الوفاء به.

- ٢ - ويكون للمشترط إجبار المشترط عليه على إيقاع الشرط، وإلا أوقعه القاضي عليه، إلا إذا كانت صيغة العقد تقتضي التخيير.
- ٣ - ولا ينفذ أي تصرف في المعقود عليه الذي اشترط فيه هذا الشرط، وتكون منافعه بعد العقد، وقبل تحقق الشرط للمشتري، ومن في حكمه.
- ٤ - إذا تعيب المعقود عليه أجزأ بالوفاء بالشرط.
- ٥ - إذا تعذر الوفاء بالشرط رجع المشترط على المشترط عليه بما نقصه الشرط، إلا إذا ثبت أنه قد حط من الثمن قدرأ معيناً لأجل الشرط، فإنه يرجع بما حط.

اشتراط عقد ليس فيه معنى من معاني البر:

- ١ - إذا اقترن بالعقد شرط أوجب صدور عقد مشروع - ليس فيه معنى من معاني البر - كان العقد صحيحاً، والشرط صحيحاً يلزم الوفاء به.
- ٢ - لا يجوز اجتماع القرض والبيع في عقد، وإذا اجتمعا بطل الشرط وصح البيع، ويكون للمتاقدين الخيار بين فسخ البيع، أو إمضائه مع أخذ أرش ما نقص من الثمن، أو أخذ ما زاد على الثمن - لأجل الشرط.

عموميات:

- الشروط الصحيحة: مهما كثرت لا تؤثر على صحة العقد.
- الشروط الفاسدة: إن كان في العقد شرط فاسد واحد يسقط، ويصح العقد، وإن كان فيه شرطان فأكثر يبطل العقد.
- إذا اجتمعت الشروط الصحيحة مع الشروط الفاسدة، فإن كان معها شرط فاسد واحد بطل الشرط، وصح، العقد ولزم الوفاء بالشروط الصحيحة، وإن كان معها شرطان فاسدان، أو أكثر فسد العقد.

النوع الخامس

شرط يؤدي إلى الالتزام بتصرف جديد

فيه مصلحة لأجنبي عن العقد

سبق أن أوضحنا آراء المذاهب في الشروط المقترنة بالعقد، ومن بين هذه الشروط شروط تؤدي - لو صحت - إلى إيجاب منفعة لأجنبي عن العقد،

ونورد فيما يلي صور هذه الشروط في مجموعتين، ثم نقارن ما نستخلصه من نتائجهما بما عليه القوانين الوضعية.

المجموعة الأولى: شروط تؤدي - لو صحت - إلى إيجاب تصرف في المعقود عليه لمصلحة أجنبي عن العقد.

وندرج تحت هذه المجموعة أربع صور:

الصورة الأولى: أعتقه بشرط أن يخدم فلاناً مدة كذا، أو حياته. نص جمهور الفقهاء على بطلان هذا الشرط، وخالف في هذا الحكم الحنابلة حيث قالوا بصحة الشرط والعقد؛ استناداً إلى خبر سفيانة رضي الله عنه حيث أعتقته أم سلمة رضي الله عنها وشرطت عليه أن يخدم الرسول صلى الله عليه وسلم حياته. وواضح من هذا أن صحة هذا الشرط الذي يحقق منفعة للغير قد ظهرت فيه عوامل اجتماعية، واعتبارات لم تكن موجوة في غير هذه الصورة من الصور، وهذه الاعتبارات هي عامل الصلة والقربة، حيث إن أم سلمة هي زوج الرسول عليه الصلاة والسلام وقد سبق أن بحثنا هذا النوع من الشرط في اشتراط عقد في عقد ورجحنا صحته.

الصورة الثانية: ونأخذها من صور الحوالة: وذلك كما لو شرط المشتري على البائع أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع، أو باع بشرط أن يحيل البائع رجلاً بالثمن على المشتري، ففي هذه الصورة كان البائع مديناً لشخص... وشرط المشتري عليه أن يدفع الثمن لهذا الدائن، فالشرط يحقق مصلحة لأجنبي عن العقد، وهي وصوله إلى دينه قبل البائع - وقد أثبت الشرط لهذا الأجنبي هذا الحق، وكان إثباته بموجب هذا العقد.

وقد سبق أن رجحنا صحة هذا الشرط في مذهب الحنفية (ص ٥١٢) ومنه يتبين لنا أن قولهم: «إن العقد لا ينشئ حقاً لأجنبي عن العقد» ليس على إطلاقه بل إنه مقيد بما إذا كان هناك مصلحة مشروعة يهدف إليها الشرط، ومصلحة البائع في الوفاء بما عليه من ديون واضحة - سواء اشترطها المشتري أو البائع - لأنه ما دام البائع قد قبل هذا الشرط، فمعناه أن من مصلحته سداد هذا الدين من ثمن المبيع، وإلا لما أقبل على البيع بهذا الشرط.

الصورة الثالثة: «باع داراً، وشرط على المشتري بيعه على زيد بكذا، أو شرط ألا يبيعه إلا من فلان، أو إلا من نفر قليل».

وقد أبطل جمهور الفقهاء هذا النوع^(١) من الشرط، عدا الإمامية فقد نصوا على جواز أن يبيع بشرط أن يبيعه لفلان كما سبق أن أوضحنا وسيأتي بحث هذا النوع من الشرط في اشتراط المنع من التصرف في المعقود عليه، وقد رجحنا بطلانه، نظراً لما يؤدي إليه من تحجير السلعة، وتقييد حرية المالك في التصرف في ملكه تقييداً يكاد يكون تاماً؛ ولأن الفقهاء قد أبطلوا شرط أن يبيعه من البائع بالثمن الأول... عدا رأي عند الإمامية، وآخر عند الحنابلة - فإبطال هذا الشرط أولى؛ لأن المنفعة هنا لشخص أجنبي عن العقد، وهناك لأحد المتعاقدين، وكلاهما يعارض مصلحة المالك، بل يضر به وبالمجتمع فكان كلاهما باطلاً.

وإذا شرط البائع على المشتري بيعه من فلان - الأجنبي عن العقد - فلماذا لم يبيعه له مباشرة؟

فالواقع أن الفقهاء حينما نصوا على إبطال هذا الشرط راعوا فيه أنه غير عملي، وغير جدي؛ لأن البائع كان يمكنه أن يتصرف مباشرة في المبيع لهذا الأجنبي، من غير أن يدخل طرف ثالث، تكون مهمته أن يتولى نقل المبيع إلى الأجنبي المراد وصول المبيع إليه.

المجموعة الثانية: شروط تؤدي - لو صحت - إلى إيجاب عقد في غير محل العقد لمنفعة أجنبي عن العقد.

نص على هذا النوع من الشرط بعض المذاهب، والبعض الآخر يمكن أن يؤخذ حكمه عندهم من حكم اشتراط عقد في عقد - وقد سبق إيضاحه آنفاً - وممن نص عليه الحنفية، والشافعية، والحنابلة:

(١) يراجع فيما سبق للحنفية (ص ٢٤١)، كما يراجع لهم: «رد المحتار على الدر المختار» لابن عابدين (٤/١٨٨)، و«الفتاوى الهندية» (٣/١٠٤) ويراجع أيضاً: المالكية (ص ٢٦٧)، والحنابلة (ص ٣٢٥)، والإباضية (ص ٤٧٦)، فيما سبق إيضاحه.

نص عليه الحنفية^(١)، ومثلوا له بما لو اشترى - أو باع - بشرط أن يقرض البائع - أو المشتري - فلاناً الأجنبي كذا - وجعلوا حكمه صحة العقد، وبطلان الشرط.

كما نص عليه الشافعية، ومثلوا له بما لو اشترى سلعة بشرط أن يبيع فلاناً داره بكذا، أو بشرط أن يشتري من فلان كذا بكذا، وجعلوا حكمه بطلان العقد، والشرط - على الأصح - وفي رواية ضعيفة عن الإمام الشافعي يبطل الشرط، ويصح العقد.

كما نص عليه الحنابلة، ومثلوا له بما لو وهبه شيئاً بشرط أن يهب فلاناً شيئاً^(٢) وجعلوا حكمه صحة العقد، وبطلان الشرط - على الأصح - وقيل: يبطل العقد أيضاً.

* ومن هذه الأمثلة يتبين لنا أن اشتراط نفع لشخص أجنبي عن العقد في غير محل العقد غير صحيح عند جمهور الفقهاء؛ لأن العقد كما يقول الحنفية لا يوجب حقاً للأجنبي عنه، فيلغو الشرط ويصح العقد؛ أو لأنه شرط مناف لمقتضى العقد، كما يقول الشافعية، أو لأنه من قبيل بيعتين في بيعة وهو منهي عنه بنص الحديث، كما يقول الحنابلة^(٣).

النتائج:

النتائج المستخلصة من بحث الشرط الذي يؤدي إلى الالتزام بتصرف جديد فيه مصلحة لأجنبي عن العقد:

مما تقدم يتبين لنا أن الاشتراط لمصلحة الغير تارة يكون متعلقاً بالمعقود عليه، وأخرى لا يتعلق به:

(أ) فإن كان هذا الشرط متعلقاً بالمعقود عليه، فإما أن يحتاج تحقق الشرط إلى عقد جديد، أو لا يحتاج:

(١) سبق أن أوضحنا رأي الحنفية (ص ٢٢٦)، والشافعية (ص ٣٠٠) في المباحث الخاصة بهم.

(٢) «كشاف القناع» (٢/٤٧٩).

(٣) المادة: (١٥٤) من القانون المدني المصري تنص على أنه: «لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً» ومثله المادة: (١٥٤) مدني ليبي، أما التقنين العراقي فقد أغفل هذا النص.

فإن كان هذا الشرط لا يحتاج إلى عقد جديد كما في الصورتين الأولى،
والثانية - من المجموعة الأولى - فإن الشرط يكون صحيحاً يلزم الوفاء به .
ولهذا النوع من الشرط ميزات تبرز من هاتين الصورتين نوضحها فيما
يلي :

الميزة الأولى: أن هذا الشرط يحقق مصلحة مشروعة للمشتري سواء
كانت هذه المصلحة اجتماعية - كما في الصورة الأولى - حيث اشترطت
الزوجة لزوجها منفعة في المعقود عليه - ومثل الزوج الوالدان والأولاد وباقي
الأقارب . . أو مصلحة مادية - كما في الصورة الثانية - فإن الشرط الذي يؤدي
إلى أن يوفي البائع دينه من ثمن المبيع، لا شك أنه يحقق للبائع نفعاً،
ويخلص ذمته مما يثقلها من ديون، وبخاصة أن اشتراط ذلك كان نتيجة رضاه،
وإرادته فإبطاله يكون في غير مصلحته .

الميزة الثانية: أن المشتري قد اشترط حقاً مباشراً للمنتفع في المعقود
عليه، وهو خدمته في الصورة الأولى، وأداء دينه في الثانية، فقد اشتمل العقد
الصادر بين البائع والمشتري على هذا الحق، ولا يحتاج في تحققه إلى صيغة
عقد جديد، بل العقد نفسه رتب هذا الحق للأجنبي .

الميزة الثالثة: أنه من الواضح أن المشتري كان يتعاقد باسمه لا باسم
الأجنبي، وإلا كان فضولياً .

مقابلة مع رأي القانون:

هذه الميزات الثلاث هي بعينها الشروط التي يجب توافرها في الاشتراط
لمصلحة الغير في القوانين الوضعية^(١) وقد نطق بها الفقه الإسلامي في تطبيقاته
التي أوردناها آنفاً .

(١) أما إن كان تحقق الشرط يحتاج إلى عقد جديد في محل العقد - كما
في الصورة الثالثة - حيث يحتاج إلى صيغة جديدة لعقد البيع المشتري تتم بين

(١) يراجع: «الوسيط» للدكتور السنهوري (١/٥٧٣ - ٥٧٧) والمواد القانونية الآتية - في
التقنين المدني المصري المواد: (١٥٤ - ١٥٦)، والمدني الليبي (١٥٦ - ١٥٨)،
والعراقي (١٥٢ - ١٥٤) .

المشتري الأول، والمشتري الثاني الذي اشترط بيعه منه - فإن جمهور الفقهاء كما أشرنا آنفاً - يرون بطلان هذا الشرط، عدا رأي للأمامية.

(ب) أما إن كان الشرط يؤدي إلى إيجاب تصرف جديد في غير محل العقد لمصلحة أجنبي عن العقد - كما في أمثلة المجموعة الثانية - فإن هذا الشرط يلزم لتحقيقه صدور صيغة جديدة لهذا التصرف المشتري لمصلحة الأجنبي، وجمهور الفقهاء أيضاً: لا يرون صحة هذا الشرط.

* ونرى أن اشتراط صدور عقد في غير المعقود عليه يكون صحيحاً سواء كان العقد المشتري يؤدي إلى بر، أو لا يؤدي إلى بر، وتطبق عليه النتائج التي انتهى إليها مبحث اشتراط عقد في عقد - أي أنه إن كان العقد اشتراط برًا يكون صحيحاً، وكذلك إذا لم يكن برًا يكون صحيحاً غير أنه إذا أدى إلى اجتماع سلف وبيع، يكون غير صحيح، لنهيه ﷺ عن سلف وبيع، ونستند في هذا إلى ما يفيد حديث سفينة حيث اشترطت أم سلمة منفعة لأجنبي، إلا أنه يلزم أن تكون هناك مصلحة مشروعة في هذا، وأن تكون هناك اعتبارات قوية لاشتراط هذا الشرط لمصلحة هذا الأجنبي كاعتبارات القرابة، أو عمل الخير، وهذا القيد الأخير نأخذه من خبر سفينة فإن الشرط كان لمصلحة أجنبي عن العقد، ولكنه كان قريباً من المشتري؛ لأن المشتري له هو الرسول ﷺ وهو زوج أم سلمة رضي الله عنها التي اشترطت هذا الشرط على سفينة رضي الله عنها، وإن كان خبر سفينة نصاً في عقود التبرع كما أنه نص أيضاً في المعقود عليه، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من صحة هذا الشرط من النصوص المختلفة، أو ما يعارض خبر سفينة هذا، فكانت صحة هذا الشرط مستفادة من النصوص العامة، والخاصة، التي تنطق بلزوم الوفاء بالعقود، والشروط إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً، ولا يوجد في هذه الشروط ما يؤدي إلى ذلك سوى الشرط الذي يؤدي إلى سلف وبيع، وقد قلنا: بعدم صحته وصحة العقد، لعموم النهي في هذا الحديث، فكل شرط يؤدي على اجتماعهما يكون غير صحيح، سواء كان النفع من وراء هذا الشرط، لأحد المتعاقدين، أو لأجنبي عنهما.

*الفرق بين اشتراط تصرف في محل العقد لمصلحة أجنبي، وكان الشرط يؤدي إلى تحجير السلعة، وبين اشتراط ذلك في غير محل العقد. أرى أن هناك farkاً جوهرياً بين الشرطين، أدى إلى إبطال الشرط الأول، وصحة الشرط الثاني، ويمكننا أن نبرز هذا fark في ما يلي:

* أنه لو اشترط على المشتري بيعه من فلان، فإن المشتري (المشترط عليه) لا يصيبه نفع يذكر من هذه الصفقة؛ لأنه يصبح كالوسيط بين البائع وفلان (المشترط له) فهذا التصرف المقترن بهذا الشرط لا يحقق غرضاً لأحد المتعاقدين، وإذا كانت رغبة البائع أن ينتهي أمر الصفقة إلى فلان هذا فمن المنطقي أن يتم العقد بينهما مباشرة دون حاجة إلى شخص ثالث، وهذا المعنى غير موجود فيما لو شرط في العقد بيع شيء غير المعقود عليه لأجنبي.

* أنه لو شرط عليه بيع المعقود عليه لأجنبي، يكون قد اشترط عليه بيع ما لم يدخل في ملكه بعد، بخلاف ما لو شرط عليه بيع سلعة أخرى تدخل في ملكه «لأن قبول هذا الشرط يعتبر إيجاباً في هذه السلعة يعبر عن رغبته في بيعها من فلان، وله أن يقبل ويوجب العقد، في شيئين يملكهما، أما أن يوجب العقد فيما لا يملكه فإنه يكون قريب الشبه بالفضولي منه بالأصيل من هنا يفترقان، وأيضاً فإن الرسول ﷺ «نهى عن بيع ما ليس عندك»^(١).

* أنه لو اشترط في عقد البيع مثلاً أن يبيع المبيع من فلان، كان هذا الشرط منافياً لمقصود العقد، كما لو اشترط الفسخ في البيع؛ لأن النتيجة واحدة، وهي عدم وصول المبيع إلى يده، وكما لو اشترط الطلاق في النكاح؛ لأن النتيجة واحدة، وهي عدم الاستمتاع بمحل العقد، وهذا بخلاف ما لو شرط عليه أن يبيعه شيئاً آخر؛ لأنه لا تناقض بينه، وبين مقصود العقد، فهذا عقد له أغراضه المشروعة التي ينتجها، وذلك عقد آخر له أغراضه أيضاً، ومن هنا يفترقان.

ولهذه الاعتبارات:

أرجح صحة اشتراط عقد جديد في غير المعقود عليه لمصلحة أجنبي عن

(١) تقدم تخريجه (ص ٥٨١).

العقد، استناداً إلى عموم الآيات والأحاديث التي تأمر بالوفاء بالعقود، والشروط ما دام الشرط لا يحرم حلالاً، ولا يحل حراماً.

* نظرة القانون إلى هذا النوع من الشرط:

وهذا النوع من الشرط لا يعتبر في نظر القانون من الاشتراط لمصلحة الغير، وذلك لأنه قد احتاج إلى صيغة أخرى، وقد تلقى الغير هذا النفع لا من العقد الأصلي، ولكن تلقاه من العقد الجديد.

وفي ذلك يقول الدكتور السنهوري في الوسيط (١/٥٧٥) لبيان الفرق بين الاشتراط لمصلحة الغير وهذا الشرط، ولا يكفي إعطاء حق للمنتفع، بل يجب أن يكون هذا الحق قد نشأ مباشرة من العقد الذي تم ما بين المشتري، والمتعهد، فإذا كان المشتري قد اشترط هذا الحق الذي نشأ من العقد لنفسه أولاً، ثم حوله بعد ذلك، أو انتقل عنه إلى شخص آخر لم يكن في هذا اشتراط لمصلحة الغير، ويترتب على ذلك أنه لو باع شخص منزلاً، ثم حول الثمن إلى دائن له، كان هناك عقدان: عقد بالبيع بين البائع، والمشتري، وعقد الحوالة بين هذا البائع - وهو المحيل - ودائنه، وهو المحال له^(١)، ولو أمن شخص لمصلحة نفسه، ثم مات، وانتقل حق التعويض إلى ورثته، فإن هؤلاء يتلقون الحق عن مورثهم بالميراث، ولا يكسبون حقاً مباشراً من عقد التأمين ذاته، وليس في كل ذلك اشتراط لمصلحة الغير.

كذلك لا يقصد المشتري أن يلتزم المتعهد قبل المنتفع بعقد جديد يتم بينهما، ولا أن يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله هذا فيتم عقد جديد بينه، وبين المنتفع، ويتبين مما تقدم أن الحق المباشر الذي يكسبه المنتفع لا يتلقاه عن المشتري عن طريق الحوالة، أو عن طريق الميراث، أو عن طرق عقد

(١) والفرق بين هذه الصورة وما أوردناه آنفاً من حوالة ثمن المبيع إلى دائنه، أن الشرط في الأولى كان في العقد، فالعقد قد صدر متضمناً حوالة الثمن إلى الدائن، أما هذه فإنه بعد صدور العقد أحال البائع ثمن المبيع إلى الدائن، فهناك عقد وهنا عقدان.

جديد، ولا يتلقاه عن المتعهد عن طريق عقد جديد، وإنما يتلقاه من العقد ذاته الذي تم بين المشتري، والمتعهد».

النوع السادس

شرط الامتناع عن التصرف لمدة معينة

سبق أن أوضحنا آراء المذاهب تفصيلاً^(١) في حكم هذا النوع من الشرط، ونجمل فيما يأتي صورته في مجموعتين، ونذكر حكم هذا الشرط فيها، مع مقارنة آراء المذاهب، ثم نضع نتائج هذه المقارنة، وأخيراً نبين حكم هذا الشرط في القوانين الوضعية، ومدى مسابقتها، أو مخالفتها للفقهاء الإسلاميين:

المجموعة الأولى: شروط تؤدي إلى المنع من تصرف يسير في محل العقد: وهذا النوع من الشرط قد يكون فيه مصلحة للعقد أو مصلحة لأحد المتعاقدين:

- وقد مثل للنوع الأول: بما لو شرط البائع على المشتري ألا يبيع، ولا يهب، ولا يعتق حتى يعطي الثمن، وكان الثمن مؤجلاً - وقد أجاز المالكية هذا الشرط؛ لأنه بمنزلة الرهن، وهو أيضاً: صحيح على قول ابن شبرمة.

- كما أنهم قد مثلوا للنوع الثاني، بما لو شرط البائع على المشتري ألا يبيعها من فلان، أو من نفر قليل، أو شرط بائع أحد داريه على المشتري ألا يرفع الحائط الفاصل بينهما مخافة أن يظلم داره ويمنع عنه دخول الشمس - ويلتزم المشتري ذلك.

وقد أجاز المالكية أيضاً هذا الشرط؛ لأنه لا يترتب عليه تحجير السلعة، ولكونه لا يؤدي إلى خلل في الثمن؛ لأنه اشتراط لأمر يسير. كما أجازوا في القراض أن يمنع صاحب المال المضارب من شراء سلعة بعينها، إذا كان قد أبقى له كثيراً مما يتجر فيه، كما أن له أن يخصص له

(١) الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية، والإباضية.

الاتجار في سلعة معرفة، إذا كانت كثيرة، وموجودة شتاء وصيفاً، وإنما جاز ذلك لعدم وجود التحجير^(١). فإذا وجد تحجير على تصرفه بأن كانت السلع المباحة له بعد الاستثناء بالشرط قليلة، أو كانت السلعة التي شرط عليه الاتجار فيها توجد في فترة من الزمن، ولا توجد في أخرى، فإنه لا يصح مثل هذا الشرط، عند المالكية، والشافعية، وأجازته الحنفية^(٢).

الترجيح:

هذا النوع من الشرط نرى ترجيح صحته للاعتبارات التالية:

أما بالنسبة لاشتراط منع المتصرف إليه من التصرف في محل العقد مع شخص معين، أو أشخاص قلائل، فلأنه شرط لا يترتب عليه وقوع ضرر بالمشترط عليه؛ لأنه قد أبقى له حرية تداول السلعة، والتصرف فيها كما يشاء مع جمهور من الناس، فليس في هذا الشرط حجر على حرية المشتري في التصرف في ملكه، ولا تحجير للسلعة.

- كما أن هذا الشرط يحقق نفعاً للمتصرف؛ لأنه قد يكون على معرفة بشخص أو أشخاص معينين - قلائل - يكره أن يؤول ملكه إليهم، فيلحقه ضرر منهم، وبخاصة إذا كان المبيع عقاراً ويخشى سكتانهم بالقرب منه، أو تاجراً منافساً له في السوق، ويخشى مضاربتة له في السلعة، إلى غير ذلك من الاعتبارات التي تفيد المتصرف، ولا تضر المتصرف إليه.

كما أن هذا الشرط لا يضر بالمصلحة العامة؛ لأن حق التصرف فيما ملكه مباح له بالنسبة لجمهور كبير من الناس، وبخاصة أن اشتراط عدم التصرف مع البعض مشروط بأن يكون الأشخاص المستثنون قلائل بالنسبة

(١) «الموطأ شرح الزرقاني» (١٦١/٣).

(٢) الحنفية قسموا المضاربة إلى نوعين: عامة وخاصة، والخاصة إلى ثلاثة أنواع: أن يخصه ببلد معين. أو يخصه بشخص معين، أو يخصه بنوع معين من أنواع التجارة فهذه المسألة جائزة عندهم أصلاً - «الاختيار» (٨٤/٢).

أما الشافعية فمن شروط القراض عندهم - كالمالكية - أن يأذن رب المال للعامل إذناً مطلقاً، أو فيما لا ينقطع وجوده غالباً، ولو أذن فيما يعم فانقطع لم يفسخ العقد. أما لو شرط عليه شيء يندر وجوده كالخيل البلق لم يصح «حاشية البرماوي» (ص ٢٧٨).

لغيرهم ممن تروج لديهم السلعة، ويكون للمتصرف إليه الحق في التصرف معهم.

فحرية المالك في التصرف فيما ملكه لم تتأثر تأثراً يزيلها أو يعدمها، أو يفقدها مفعولها، كما أن حق المجتمع في تداول السلعة لا زال مكفولاً.

* ولذلك نرجح جواز هذا الشرط أخذاً بما قرره المالكية، وابن شبرمة^(١) وما رجحه ابن تيمية من جواز استثناء بعض تصرفات الخارج عن الملك (كما سبق إيضاحه) وما يستفاد من جواز تخصيص عمل المضارب في بعض السلع دون غيرها، أو منعه من شراء سلعة بعينها ما دام غيرها كثيراً كما هو رأي المالكية، والشافعية، وكذلك الحنفية.

وكذلك الأمر لو شرط منعه من التصرف حتى يؤدي الثمن، وكان الثمن مؤجلاً، وذلك لأن هذا الشرط يوثق موجب العقد، ويؤكد الوفاء بما أوجبه من تسليم الثمن عند تحقق الأجل، فكان بمنزلة الرهن، وقد جاز اشتراط الرهن في العقد ليجوز هذا الشرط^(٢).

ولا شك أن في هذا الشرط أيضاً تحقيق مصلحة واضحة للمتصرف؛ لأنه بذلك يضمن وصول الثمن إليه عند حلول الأجل، ويأمن من تلاعب المشتري، كأن يبيعه، وينفق ثمنه، ولا يوفي البائع حقه، أو يماطل في الوفاء، فالمصلحة واضحة في هذا الشرط.

- ولعل القائلين بصحة رهن المبيع في ثمنه يجيزون هذا الشرط قياساً عليه^(٣) - كالمالكية - وبخاصة أن آثار هذا الشرط أخف من آثار الرهن، وهذا الشرط صحيح أيضاً: على رأي ابن تيمية.

(١) وقد نص الإباضية أيضاً: على أنه: «إن قال: أبيع لك على ألا تبيعه لفلان. فإن ترك له شيئاً من الثمن على ألا يبيعه لفلان، فباعه رد ما ترك له» «شرح النيل» (٤/٨٦).

(٢) ويقرب من هذا المعنى ما نصت عليه المادة: (٤٣٠) مدني مصري:

١ - «إذا كان البيع مؤجلاً الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله، ولو تم تسليم المبيع» ومثلها المادة: (٤١٩) ليبي، والمادة: (٥٣٤) عراقي ونصها: «إذا كان البيع مؤجلاً الثمن جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع».

(٣) ويراجع (ص ٣١٤) من هذا البحث حيث أجاز الحنابلة اشتراط رهن المبيع في ثمنه =

* - أما بالنسبة لاشتراط منع المتصرف إليه من القيام بعمل معين في جزء من أجزاء محل العقد، فإننا نرى ترجيح صحته، وذلك لأنه أيضاً: يحقق نفعاً واضحاً للبائع، ويدفع عنه ضرراً بيناً، كما أنه لا يضر بالمشتري.

وجواز هذا الشرط عند المالكية، وابن شبرمة ثم ابن تيمية يتفق مع قول الرسول ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١) فإن رفع الحائض بين الدارين سيترتب عليه ضرر بَيِّنٌ بالبائع، وهو إظلام داره، وحجب الشمس عنها، وإن كان الشارع قد أعطى للمالك الحق في التصرف في ملكه كما يشاء، إلا أنه مقيد بمثل هذا، وبخاصة بعد أن أصبح شرطاً في العقد، والتزمه المشتري^(٢).

* ونضيف إلى ما تقدم أن هذه المسائل الثلاث الواردة لاشتراط المنع من تصرف يسير في محل العقد يجمع بينها أن المستثنى بالشرط تصرف معلوم يسير يحقق نفعاً مشروعاً للمتصرف، ولا يلحق بالمتصرف إليه ضرراً، ولا يمنع السلعة من التداول، ومثل هذا المستثنى بالشرط يكون صحيحاً استناداً إلى حديث جابر رضي الله عنه حيث أخذنا منه، ومن حديث: «النهي عن الثنيا إلا أن تعلم»^(٣) جواز اشتراط ما هو معلوم حلال.

- = قبل القبض، أما الزيدية فإنه يصح رهنه عندهم بعد قبضه راجع: (٣٧١)، والإمامية يصح عندهم اشتراط رهن المبيع في ثمنه على الأصح قبل القبض وبعده راجع: (ص ٤٠٦).
- أما الشافعية فقالوا: إنه لا يصح اشتراط رهن المبيع في ثمنه قبل قبضه أو بعده، ويصح بلا شرط، راجع: (ص ٢٨٧) من هذا البحث.
- (١) رواه أحمد في «مسنده»، وابن ماجه «الجامع الصغير» للسيوطي (٢/٤٥٢). وقال الشيخ على محفوظ في «الإبداع» (ص ٤٨): رواه الدارقطني وابن ماجه وغيرهما.
- (٢) جاء في المادة: (٢١٢) من القانون المدني المصري: «إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام، وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين»، ومثله المادة: (٣٥) مدني ليبي.
- وجاء في المادة: (٢٥٢) مدني عراقي: «إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل، وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام مع التعويض إذا كان له محل».
- (٣) حديث نهى رسول الله ﷺ عن الثنيا، أخرجه مسلم، حديث رقم (٩٢٥) (المختصر) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه، وأخرجه أيضاً بزيادة «إلا أن تعلم» النسائي، وابن حبان في صحيحه، والثنيا - بضم الثاء وسكون النون - المراد بها الاستثناء في البيع. فإن كان معلوماً صح بالاتفاق، نيل الأوطار (٥/١٥١).

* النتيجة المستخلصة من مبحث الشرط الذي يؤدي إلى الامتناع عن تصرف يسير .

ونستخلص مما تقدم أنه: إذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر المنع من تصرف يسير في محل العقد، وكان الشرط يحقق مصلحة مشروعة كان الشرط صحيحاً يلزم الوفاء به، فإن لم يف المشتري عليه بالشرط، كان للطرف الآخر الخيار بين فسخ العقد، أو إمضائه وأخذ عوض ما نقص في مقابل هذا الشرط^(١) كما هو الشأن في الشروط الصحيحة.

المجموعة الثانية: شروط تؤدي إلى تحجير السلعة، وعدم التصرف فيها أو عدم الانتفاع بها: كما لو شرط البائع على المشتري ألا يتصرف في المبيع، أو ألا يخرج من ملكه.. أو اشترط ألا يتنفع به، أو لا يقبضه. حكمه: يرى ابن شبرمة جواز الشرط، والعقد^(٢) ولكن جمهور الفقهاء يرون إبطاله، ويختلفون في حكم العقد المقترن به إلى رأيين:

- الأول: رأي بفساد العقد، والشرط، وهو للشافعية (على الرأي الأرجح)، والزيدية، والحنفية (إن كان المعقود عليه من أهل الاستحقاق)، والمالكية إلا إذا أسقط المشتري شرطه، والظاهرية.

- الثاني: ورأي آخر يقضي بصحة العقد وإبطال الشرط: وهو لفقهاء الحنابلة والإمامية والإباضية - ورواية ضعيفة عن الإمام الشافعي، ورأي: الحنفية - إذا كان المعقود عليه من غير أهل الاستحقاق - والخرقي، والحسن، والشعبي، والنخعي، والحكم، وابن أبي ليلى، وأبي ثور^(٣). ونورد فيما يلي الأدلة التي استند إليها كل رأي.

(١) رأي القانون: أورد الأستاذ الجليلي في رسالته للدكتوراه (جامعة القاهرة) (ص ٢٨٥) في شرط الامتناع عن التصرف الذي فيه مصلحة للمنتفع فقط، رأى القضاء الفرنسي في هذا الشرط «فقال أجاز القضاء الفرنسي هذا الشرط على العموم وجعله ملزماً للمدين، فلا يمكنه عند قبول هذا الاشتراط الإخلال به، وإلا كان للدائن الحق في فسخ التصرف كما أن له حق المطالبة بالتعويض».

(٢) يذكر الكاساني في «البدائع» (١٧٥/٥) أن ابن شبرمة يرى جواز البيع، والشرط.

(٣) «الشرح الكبير» لابن قدامة (٣٢٤/٤).

الأدلة التي استند إليها الفقهاء في منع هذا الشرط ومناقشتها:

استند الفقهاء في القول بإبطال هذا الشرط إلى الأدلة التالية:

١ - حديث: النهي عن بيع وشرط: وقد استدل به الحنفية، والمالكية، والشافعية، وقد سبق أن بينا ما في هذا الحديث من ناحية سنده، ومدلوله. ورجحنا أنه - على فرض صحته - فهو محمول على الشرط الذي يخالف المشروع.

٢ - النهي عن الثنيا -: «وقد استدل به المالكية كما صرح ابن رشد في بداية المجتهد» وقد سبق أن بينا أنه قد ثبت في هذا الحديث زيادة، إلا أن تعلم، وهذه الزيادة قد أثبتها الحفاظ فتكون حجة، وإذن يكون الحديث دليلاً على صحة الاستثناء من المعقود عليه إذا كان المستثنى معلوماً.

٣ - قال الحنفية: «إن هذا الشرط فيه منفعة للمعقود عليه. فإن كان من أهل الاستحقاق كان لهذه المنفعة مطالب، فالعبد يطالب بتحقيق الشرط والمالك يمتنع بحكم الشرع، وهو نهيه ﷺ عن بيع وشرط، فتقع المنازعة بينهما وكل شرط يؤدي إلى المنازعة يفسد، ويفسد العقد، وواضح أن هذا الاستدلال مبني على التسليم بعموم حديث النهي عن بيع وشرط، وهو محل النزاع، لأننا قد حملناه على الشرط غير المشروع، وفي هذا الشرط (غير المشروع) نؤيد الحكم بأنه يكون للمشترط عليه الامتناع عن الوفاء بحكم الشرط، أما في غير هذا الشرط فليس له لامتناع لعموم الآيات والأحاديث التي تأمر بالوفاء بالعقود، والعهود، والشروط. وخصوص قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم...» إلخ الأحاديث. فالشرط المشروع يلزمه الوفاء به بحكم الشرع.

- كما أضاف الحنفية إلى ما تقدم: أن هذا الشرط تترتب عليه منفعة زائدة على العقد لا يقابلها عوض، وهو تفسير الربا، والربا أو شبهته يفسد العقد، وقد سبق أن رددنا على هذه الحجة، وبيننا أن الشرط يقابله قسط من الثمن، قليلاً كان أو كثيراً، وإن مثل هذا لا يعتبر من الربا؛ لعدم تحقق الأغراض التي نهى الشارع من أجلها عن الربا في هذا النوع من التعامل، فضلاً عن عدم شمول النصوص الواردة في الربا له.

- أما إن كان المعقود عليه من غير أهل الاستحقاق، فإن هذا الشرط لا يستحقه أحد، فلا تترتب عليه مطالبة؛ لأنه ليس فيه منفعة مالية، واشتراط ما ليس فيه منفعة مالية لغو، كما أنه لما كانت المطالبة بهذا الشرط معدومة فاشتراطها لا يؤدي إلى الربا، ولا إلى المنازعة فيصح العقد، ويسقط الشرط.

- وواضح من هذا التعليل أنه مبني على أن الشرط ليس فيه منفعة مالية، وهذا ما لا يؤيده الواقع كما بينا آنفاً، وكما صرح المالكية في التعليل الآتي:

٤ - احتج المالكية: «بأن هذا الشرط لا يخلو من نقص في الثمن غالباً، وهذا النقص غير معلوم، فيترتب عليه جهالة في الثمن» ونظراً إلى أن المالكية قد أجازوا اشتراط عدم التصرف في المعقود عليه لزمان يسير، كما أجازوا ذلك في عقود التبرع مطلقاً، فإن هذا التعليل غير مطرد عندهم، ولعلمهم يقولون في سبب ذلك أن الجهالة في عقود التبرع غير موجودة، وفي عقود المعاوضة إن كان شرط المنع من التصرف لمدة يسيرة، فالجهالة اليسيرة مغتفرة، أما إن كان المنع من التصرف مطلقاً، فإنه لا يصح للجهالة في الثمن.

وسياتي إيضاح ذلك بالتفصيل، كما سيأتي بيان أن إبطال هذا الشرط ليس للجهالة، بل لما يؤدي إليه من تحجير السلعة، ومنعها من التداول، كما قال المالكية أنفسهم في تعليل إبطال هذا الشرط.

٥ - واحتج الإباضية على إبطال هذا الشرط بقولهم: إن هذا الشرط يؤدي إلى تحريم الحلال، وذلك لأنه يعطي للبائع الحق في منع المشتري من التصرف المشروع له في ملكه، وحديث الرسول ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً» يمنع مثل هذا الشرط.

وقد اعترض بعض الإباضية على ذلك قائلين إن المراد بالحلال والحرام: ما كان كذلك بأصل الشرع دون توسط العقد، كما فسره الإمامية من قبل، وابن تيمية وابن القيم وهذا ما نؤيده.

٦ - كما احتج جمهور الفقهاء: من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية والإباضية على بطلان هذا الشرط بقولهم: إنه شرط ينافي مقتضى العقد؛ لأن العقد يقتضي إطلاق يد المشتري في التصرف في ملكه

وهذا الشرط يقيد هذا الحق. ونظراً إلى أهمية قاعدة «إبطال الشروط المنافية لمقتضى العقد»، واختلاف الفقهاء في مدلولها، فإننا سنفرد لها مطلباً خاصاً في نهاية الشروط المقترنة بالعقد، لنوضح حقيقتها عند الفقهاء على ضوء دراسة هذه الشروط.

الترجيح:

يلزمنا لذلك أن نناقش صورتين أوردهما الفقهاء، واختلفوا في حكمهما، ومن مناقشتهما نستخلص الحكم فيما إذا اشترط شخص منعاً من تصرف أو انتفاع في محل العقد.

الصورة الأولى

باع أمة، وشرط ألا تباع، ولا توهب، وللفقهاء في حكم هذا الشرط رأيان:

أولهما: أن الشرط باطل، وأما العقد فيأتي فيه الخلاف الذي أوردناه آنفاً - في صور المجموعة الثانية من هذا النوع من الشرط - بين الأئمة، ولنفس الأدلة.

وثانيهما: صحة الشرط والعقد. وهو رأي ابن شبرمة، كما سبق أن بينا تفصيلاً.

- كما أن فقهاء الحنابلة قد اختلفوا في حكم هذا الشرط أيضاً: تبعاً لاختلاف الروايات عن الإمام أحمد، فابن قدامة في «الشرح الكبير»^(١) ينص على أنه لو شرط على المشتري ألا يبيع، ولا يهب، فإن الشرط يكون فاسداً، ويكون العقد صحيحاً، ولا يقربها أخذاً، بما روي عن الإمام أحمد، أو أنه يفسد العقد، كما روي عنه أيضاً، أما ابن تيمية فإنه ينص في فتاواه^(٢) على جواز هذا الشرط، اعتماداً على ما روي عن الإمام أحمد من جوازه، مع اعترافه بأن المتأخرين من أصحابه يروون عنه عدم الجواز، وأخيراً: رجح ابن

(١) «الشرح الكبير» (٦٤/٤) (ط أولى).

(٢) «الفتاوى» (٣٢٨/٣).

تيمية جواز استثناء بعض التصرفات، قائلاً في: «الفتاوى» (٣/٣٢٩): «وجماع ذلك أن الملك يستفاد به تصرفات متنوعة، فكما جاز بالإجماع استثناء بعض المبيع، وجوز أحمد وغيره استثناء بعض منافع، يجوز أيضاً: استثناء بعض التصرفات» وجعل هذا الشرط غير مناف لمقتضى العقد.

كما أن بعض الإمامية يرون صحة هذا الشرط وقد رجح العاملي في مفتاح الكرامة جواز هذا الشرط أخذاً بما رواه النافع من أن المروي الجواز؛ ولأنه شرط لا ينافي المشروع لأنه قد يكون للإنسان مال، ولا يبيعه، ولا يهبه، وبعض الأعيان المملوكة لا يجوز للمالك أن يتصرف فيها - كما في أم الولد، ومنذور التصديق به - وإن هذا الشرط قد يحقق غرضاً مشروعاً، وهو بقاء الأمة عند المالك الصالح^(١).

* ويلزمنا قبل أن نرجح صحة أو فساد شرط ألا يبيع، ولا يهب... أن نتعرف على الفائدة التي يحققها هذا الشرط، فإن لكل شرط غرضاً مقصوداً يهدف إليه المتعاقدان، وإذا كان لهذا الشرط فائدة، فعلى من تعود الفائدة؟.. وقبل أن نجيب على ذلك يلزمنا أن نفرق بين عقود المعاوضة، وعقود التبرع.

١- شرط عدم التصرف في عقود المعاوضة:

كل شرط لا بد وإن يشتمل على غرض مشروع، ومصلحة ظاهرة يهدف المتعاقدان إلى تحقيقها، وإذا تصورنا على من تعود هذه المصلحة؟ فإن أول من تعود عليه هو أحد المتعاقدين، أو محل العقد، ثم تعود على المجتمع، واشتراط المنع من التصرف مطلقاً في عقود المعاوضة لا يحقق فائدة لأي من هذه الجهات:

- متى يحقق هذا الشرط فائدة للمتصرف ومتى لا يحقق؟

سبق أن بينا أن شرط عدم التصرف إن كان يهدف إلى تحقيق فائدة للمتصرف يجوز اشتراطه، وذلك إذا أدى إلى المنع من تصرف يسير في المعقود عليه لتحقيق نفع للمتصرف، أو كانت منفعة المتصرف من وراء هذا الشرط هي حصوله على ثمن المبيع - إذا كان الثمن مؤجلاً - أو كانت المنفعة

(١) سبق إيضاح الخلاف، ويراجع: «المختصر النافع» (ص ١٤٩).

من وراء هذا الشرط هي حجب السلعة المتصرف فيها عن شخص أو أشخاص قلائل بالنسبة لغيرهم ممن بقي للمشتري الحق في التصرف معهم، وذلك لاعتبارات راجحة في نظره ولا تضر بالمتصرف إليه.

أما كون الشرط يؤدي إلى حجب السلعة عن المجتمع، وعدم تداولها، وتحجير السلعة، والقضاء على أهم خصائص حق الملكية، وهو حرية تصرف المالك في ملكه، فهذا لا يتصور من ورائه نفع مشروع لمتصرف سليم التدبير محب لمجتمعه... لأن مثل هذا الشرط يضر بالمجتمع، كما يضر بالمالك، والضرر يزال، كما أن عقد البيع وأمثاله من عقود المعاوضة لم تر من بينها عقداً يؤدي إلى تمليك السلعة للمتصرف إليه من غير أن يكون له حق التصرف فيها، لقد عرفنا ذلك في عقود التبرع - كالوقف - أما عقود المعاوضة فهي عقود مبنية على المساواة بين المتعاقدين، وكون المشتري يتصرف فيما ملكه من مبيع، يقابله أن البائع يتصرف فيما ملكه من ثمن كما يشاء، وهذه هي المساواة، أما حرمان أحدهما من التصرف مع إباحته للآخر، فإنه يخل بالمساواة المنشودة في هذه العقود.

فمن الواضح أنه لا توجد منفعة معتبرة للمتصرف من وراء اشتراطه على المشتري المنع من التصرف في المعقود عليه مطلقاً، وأي منفعة يمكن أن يعتد بها إذا ترتب عليها الإضرار بالمالك، وبالمصلحة العامة!

هذا الشرط لا يحقق فائدة للمتصرف إليه: وكذلك أيضاً لا يحقق هذا الشرط فائدة للمتصرف إليه، وذلك لأن المتصرف إليه حين تنتقل إليه ملكية العين يثبت له حق التصرف المطلق في هذه العين، وحرية الانتفاع بها بأوجه الانتفاع المشروع، فتقييد حق التصرف الذي هو جوهر حق الملكية، فيه هدم لها، وضرر بالغ بصاحبها، حيث لا يمكنه التصرف فيها ببيع، ونحوه، في وقت يحتاج فيه إلى مثل هذا التصرف، كحلول دين، أو اشتداد حاجة، فهذا الشرط قد جلب ضرراً للمتصرف إليه، ولم يحقق نفعاً - فلا فائدة منه، والاعتراض على هذا بأنه قد يكون المتصرف إليه صغيراً، أو سفيهاً، وخشي منه التبذير، وسوء التدبير، يجاب عنه بأن الشارع قد جعل لوليّه سلطاناً على

تصرفاته، وبيع الصغير، أو السفية، وهبتهما لا تصح، سواء شرط عليه ذلك، أو لم يشترط، ومن هنا كان شرط المنع من التصرف بالنسبة لهما غير مفيد.

هذا الشرط لا يحقق فائدة لمحل العقد:

وتارة يمكن أن نتصور المنفعة من هذا الشرط في جانب المعقود عليه، وخاصة إذا كان رقيقاً - حيث إن مورد جواز اشتراط ألا يبيع، ولا يهب، هو الجارية، كما رأينا عند الحنابلة والإمامية - ونقول أيضاً: إن المنفعة هنا بعيدة أيضاً: بل إنه قد ينشأ عن هذا الشرط ضرر، وذلك لأن البائع حينما يقدم على بيع الجارية، إما أن يكون صالحاً، أو فاسداً، وهو أيضاً إما أن يبيعها إلى رجل صالح، أو سيئ، فإن توقعنا فيه الخير، وقلنا: إنه رجل صالح يبيعها إلى رجل صالح وبقاء الجارية عند المالك الصالح مطلوب، يقال رداً على ذلك إن هذه المنفعة مؤقتة؛ لأنها مقترنة بحياة الرجل الصالح واستمرار صلاحه، وهذا أمر لا يمكن القطع باستمراره، ويخضع لظروف طبيعية واجتماعية متغيرة، ولا تستقر على حال، وقد يؤدي الشرط إلى عكس ما قصد منه، أما إن كان البائع سيئاً، فإنه قد يبيعها بهذا الشرط إلى أسوأ منه، وحينئذ يكون الضرر بالغاً بالرقيق.

وهنا إذا كان المبيع رقيقاً، أما إن كان مالا فيكون الضرر واضحاً في حق المتصرف إليه؛ لأنه يؤدي إلى شل مقدرته على التصرف فيما ملكه، كما أنه يعارض جوهر الملكية.

الترجيح:

وبناء على ما تقدم يتبين لنا أن شرط أحد المتعاقدين على الآخر في عقود المعاوضة ألا يبيع، ولا يهب المعقود عليه مطلقاً، شرط لا يحقق منفعة البائع، ولا المشتري، ولا المعقود عليه، ولا يتفق مع المصلحة العامة، وأنه شرط يضر بالمشتري عليه حيث يؤدي إلى تجميد أمواله، ويضر بمصلحة المجتمع؛ لأنه يؤدي إلى منع تداول هذه الأموال بين الناس... وهو عكس المقصود منها.

لذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى فساد هذا الشرط.

ونرى ترجيح ما ذهبوا إليه للأسباب التي أبديناها آنفاً، وبخاصة أنه شرط لا يحقق فائدة، وإذا كان كذلك كان وجوده، وعدمه سواء.

كما نرجح القول بصحة العقد: أخذاً بما ذهب إليه جمهور الفقهاء: الحنفية (في شرط المنع من التصرف في غير الرقيق) والمالكية في رأي مرجوح، والشافعية في رواية ضعيفة، والحنابلة، والزيدية في رأي مرجوح، والإمامية، والإباضية على الرأي الراجح عندهما.

أثر بطلان الشرط، وصحة العقد:

نرى الأخذ بما سبق أن قررناه في أثر الشرط الباطل من أنه يكون للمشترط الذي لم يتحقق له شرطه - سواء علم بفساد الشرط، أو لم يعلم. الحق في فسخ العقد، أو إمضائه مع أخذ أرش ما نقص لأجل الشرط، نظراً لعدم تحقق غرضه، أخذاً بما ذهب إليه الحنابلة^(١).

(ب) شرط عدم التصرف في عقود التبرعات:

آراء الفقهاء في حكم هذا الشرط:

- سبق أن بينا^(٢) أن الشروط المنافية لمقتضى العقد عند الحنفية تفسد ولا تفسد عقود التبرع؛ لأن النبي ﷺ: «أجاز العمرى، وأبطل شرط المعمر». وأما الشافعية: فقد سبق أن^(٣) بينا أيضاً: أن الشروط المنافية لمقتضى العقد تبطل العقد، واستثنوا من ذلك: عقد النكاح، والعمرى، والرقي - حيث يبطل الشرط ويصح العقد، أما عقد الوقف فقد جاء في «مغني المحتاج شرح متن المنهاج» (٣٥٧/٢): الأصح أنه إذا وقف بشرط ألا يؤجر - أصلاً، أو ألا يؤجر أكثر من سنة، صح الوقف، واتبع شرطه، كسائر الشروط المتضمنة للمصلحة، والثاني لا يتبع شرطه؛ لأنه حجر على المستحق في المنفعة.

(١) «كشاف القناع» (٤١/٢).

وقد أخذ القانون الوضعي بهذا حيث جعل الشرط المخالف للنظام العام باطلاً، والعقد صحيحاً إلا إذا كان الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد (٢٦٦)، مصري، (٢٥٢) ليبي، (٢٨٧) عراقي.

(٢) (ص ٢٣٣) من هذا البحث، ويراجع: «الهداية» (١٦٨/٢)، و«الاختيار» (١١٤/٢).

(٣) (ص ٣٠٣) من هذا البحث.

وأما الحنابلة فقد جعلوا حكم هذه الشروط في عقود التبرع حكمها في عقد البيع - وهو صحة العقد وإبطال الشرط - «كشاف القناع» (٤٧٨/٢).

وأما المالكية^(١) فقد أورد الخطاب في «التزاماته» (٢٥٨/١) خمسة أقوال في حكم اشتراط الواهب، والمتصدق على الموهوب له، أو المتصدق عليه: ألا يبيع، ولا يهب الموهوب، أو المتصدق به، وقد أضاف إلى هذه المسألة مسألتين أخريين، ونوضح المسائل الثلاث وأحكامها فيما يلي:

المسألة الأولى: وهب، أو تصدق، بشرط ألا يبيع، ولا يهب.. وفي حكمها: خمسة أقوال ذكرها ابن رشد:

القول الأول: أن الهبة، والصدقة لا تجوز إلا أن يشاء الواهب، أو المتصدق أن يبطل الشرط، ويمضي الصدقة، أو الهبة فإن مات الواهب، أو المتصدق، أو الموهوب له، أو المتصدق عليه بطلت الصدقة، أو الهبة، وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية...»^(٢).

القول الثاني: «أن الواهب مخير بين أن يسترد هبته، أو يترك الشرط وورثته بعده، ما لم ينقض أمره بموت الموهوب له^(٣) فيكون ميراثاً عنه، فالهبة، والصدقة على هذا القول على الإجازة ما لم يردّها الواهب أو ورثته بعده قبل فواتها بانقضاء أمد الشرط، وهو موت الموهوب له الذي حجر عليه الهبة، والبيع طول حياته، وهو قول أصبغ بعد هذا من سماعه».

القول الثالث: «أن الشرط باطل، والهبة جائزة، وهذا القول يأتي على ما في المدونة: في الذي حبس الدار على ولده، وشرط أن ما احتاجت إليه من مرمتها عليهم، أن الدار تكون حبساً، ولا يلزمهم ما شرط عليهم، وتكون مرمتها من غلتها...».

(١) وقد أخرج رأيهم نظراً للتفصيل الوارد لحكم هذا الشرط في المذهب المالكي.

(٢) «مواهب الجليل» للخطاب (٥٠/٦).

(٣) الظاهر من باقي النص هو «بموت الموهوب له» وفي النسخة المنقول عنها «بموت الموهوب» فهو خطأ مطبعي.

القول الرابع: أن الشرط عامل، والهبة ماضية، فتكون الصدقة بيد المتصدق عليه بمنزلة الحبس، لا يبيع ولا يهب حتى يموت، فإذا مات وورث عنه على سبيل الميراث - وهو قول عيسى بن دينار في هذه الرواية، وقول مطرف في الواضحة وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب؛ لأن الرجل له أن يفعل في ماله ما شاء: إن شاء بتله للموهوب له أبداً أو المتصدق عليه من الآن، وإن شاء أعطاه المنافع طول حياته، وجعل المرجع بعد موته له يقضي منه دينه، ويرثه عنه ورثته، لما له في ذلك من الغرض أن يستديم الانتفاع بما وهبه، ويرى أثر هبته عليه.

القول الخامس: قول سحنون يكون ذلك حبساً على الموهوب له، أو المتصدق عليه بما شرط من ألا يبيع، ولا يهب، فإذا مات المتصدق عليه على هذا القول رجح ذلك مرجع الأحباس على الخلاف فيه، وقول سحنون هذا معارض لقوله في نوازله في الذي يتصدق على رجل بعيد على ألا يبيعه، ولا يهبه سنة.

وهذه الأقوال كلها تدخل في مسألة سماع سحنون في الذي يتصدق على الرجل بالشيء... على أنه أحق به إن باعه بثمن، أو بغير ثمن، إلا قول سحنون هذا. اهـ قلت: يعني القول بأن ذلك الشيء يكون حبساً.

هذه هي الأقوال الخمسة التي ذكرها ابن رشد في المسألة، ورجح القول الرابع منها للاعتبارات التي أوردها.

كما أورد المسألتين الآتيتين وأجرى فيهما الأقوال الأربعة السابقة، ولا يجري فيها قول سحنون.

المسألة الثانية: وهب لرجل عبداً، أو تصدق به عليه، على ألا يبيعه، ولا يهبه سنة، ثم هو له بعد السنة يصنع فيه ما شاء.

المسألة الثالثة: تصدق على رجل بعبد، واشترط عليه أن يخدمه يومين في كل جمعة.

رأى الحطاب في المسائل الثلاث: ولكن الحطاب بعد أن أورد ما رواه ابن رشد رجح إبطال الشرط وصحة العقد. «فتاوى الشيخ عليش» (١/٢٥٩).

ومن هذا يتبين لنا أن الأقوال في حكم هذه المسألة قد اختلفت في

المذهب المالكي فالحطاب يستظهر القول بإبطال الشرط، وصحة العقد (القول الثالث)؛ لأنه شرط يخالف مقتضى العقد، لما فيه من تحجير السلعة... .

كما أن ابن رشد يستظهر القول الرابع - وهو القول بأن الشرط صحيح، والعقد صحيح) ويرى أن هذا القول أولى الأقوال بالصواب للاعتبارات التي أوردها، وكذلك فعل اللخمي.

وأما مسألة المدونة^(١) والتي أخذ منها جواز شرط عدم التصرف في الموهوب إذا كان الموهوب له صغيراً، أو سفيهاً، وعدم جواز هذا الشرط إن شرط بعد زوال الولاية، ففي هذه المسألة غموض: فقد أثار أبو عمران اعتراضاً على هذا المروي في المدونة فبين أن اشتراط عدم التصرف على الصغير، والسفيه لا يفيد شيئاً؛ لأنهما لا يجوز بيعهما ولا هبتهما بشرط أم بغير شرط، ثم حاول تعليل هذا قائلاً: «لعله أراد ألا يباع عليه إذا احتاج إلى النفقة... . ويباع غيرها إن وجد» إلا أن الذي يعترض هذا التأويل أن اللفظ صريح في اشتراط ذلك على الصغير، والسفيه، وهناك أقوال أخرى عن الإمام مالك في شرط ألا يبيع ولا يهب - كما سبق أن أوضحنا - تعارض ظاهر هذه المسألة فالمسألة فيها غموض.

وأما الإباضية: فقد سبق أن بينا^(٢) أن اشتراط المنع من التصرف في الشيء الموهوب صحيح يلزم الوفاء به - على الأصح في المذهب.

الترجيح:

وبعد أن استعرضنا آراء المذاهب في اشتراط المنع من التصرف في عقود التبرع كالهبة، والصدقة، والوقف، نرى ترجيح ما ذهب إليه الإباضية، وما صرح به الشافعية في عقد الوقف، وما صوبه ابن رشد،

(١) «فتاوى الشيخ عليش» (١/٢٥٩): «قال في كتاب الهبة من المدونة: ومن وهب لرجل هبة على ألا يبيع، ولا يهب لم يجز إلا أن يكون سفيهاً، أو صغيراً، فيشترط ذلك عليه فيجوز، وإن شرط عليه ذلك بعد زوال الولاية، لم يجز، كان والد الواهب أو أجنبياً. اهـ».

(٢) راجع: (٤٨٢) من هذا البحث.

واللخمي من علماء المالكية من جواز اشتراط الواهب، أو المتصدق على الموهوب له، أو المتصوق عليه ألا يبيع، ولا يهب الشيء الموهوب، أو المتصدق به عليه.. مطلقاً، أو لمدة معينة، أو شرط على الموقوف عليه ألا يؤجر الشيء الموقوف أصلاً، أو أكثر من سنة وذلك للاعتبارات التي ذكرها ابن رشد آنفاً وهي:

١ - أن الرجل له أن يفعل في ماله ما شاء، إن شاء جعله للموهوب له، أو المتصدق عليه أبداً، وإن شاء أعطاه المنافع طول حياته، وجعل العين ترجع إليه بعد موته ليقضي منها دينه، ويرثها ورثته من بعده، لما في ذلك من الغرض وهو أن يستديم الانتفاع بما وهبه، ويرى أثر هبته عليه.

٢ - ويضاف إلى ذلك ما توحى به المسألتان الثانية والثالثة - عند المالكية - حيث يقال: وإن شاء جعله له أبداً ومنعه من التصرف زمناً ليستديم الانتفاع بما وهبه، ويرى أثر هبته عليه، - كما في المسألة الثانية، وإن شاء منحه بعض المنافع، واستبقى بعض المنافع، ليكون شريكاً له في رقة العين - كما في المسألة الثالثة.

٣ - ويمكن أن نضيف إلى هذه الاعتبارات أيضاً:

- أنه ليس في هذا الشرط إخلال بالثمن - كما هو الحال في عقود المعاوضات - لأنها عقود تبرع خالية من العوض.

- أن الواهب، أو المتصدق، متبرع ومتفضل، ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١] فما تجود به نفسه، وتسمح به من التبرع بشيء من ماله مطلقاً، وبصفة دائمة، أو بصفة مؤقتة، يجب أن نقبله كما أراد ورضي ﴿فَإِنْ طَبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء: ٤].

أما القول بإبطال شرطه وصحة عقده - وهو متبرع - فإنه إهدار لإرادته؛ لأنه رضي عن التبرع بصورة معينة وما رضي بغيرها، وربما اقترب من دائرة النهي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] كما أن في هذا القول إبعاداً للناس عن التبرع بما يطيقونه، فقد يتبرع الإنسان بداره لشخص مدة حياته، ثم تعود بعد وفاته لورثته، برأ منه بهذا الشخص، ومراعاة

لحق ورثته، كما في العمرى عند المالكية^(١)، (وبعض الحنابلة، وهذا أمر

(١) والعمرى جائزة عند المالكية وهي: تملك المنافع حياة المعطي - بفتح الطاء - بدون عوض، ثم ترجع للمعمر (بكسر الميم) أو وارثه إن مات، والمراد وارثه يوم موت المعمر (بكسر الميم) وإن كان تملك المنافع مدة حياة المعطي - بكسر الطاء - لا تكون عمرى حقيقة بل مجازاً، وهي جائزة أيضاً: كما يجوز أن تكون مدة حياة أجنبي عنهما، أو ألا تقيد بالعمر، بل بمدة، كإلى قدوم زيد مثلاً.

وأما الرقبى فهي غير جائزة عند المالكية لا في حبس، ولا ملك «وهي أن يقول كل لصاحبه: إن مت فداري ملك لك أو حبس عليك. فإن وقع ذلك وأطلع عليه قبل الموت فسخ، وإن لم يطلع عليه إلا بعد الموت رجعت لوارثه ملكاً، ولا ترجع مراجع الأحباس لفساد العقد».

«الشرح الكبير» للدسوقي (١٠٨/٤) ط صبيح و«الشرح الصغير للصاوي» (٢٩٧/٢).

* أما الحنفية، والشافعية، والحنابلة فيرون أن العمرى جائزة وهي للمعمر - بفتح الميم - حال حياته، ولورثته بعد وفاته - ويبطل شرط المعمر - بكسر الميم - وهو أن يجعل داره له عمره، فإذا مات ترد عليه - أي: على المعمر - بكسر الميم - فهذا الشرط باطل؛ لأنه بطل أجاز العمرى، وأبطل شرط المعمر.

وفي رواية عند الحنابلة أنه إذا شرط عودها إليه بعده صح. فيكون تملكاً مؤقتاً - «كشاف القناع» (٤٨٠/٢).

والرقبى: يرى أبو يوسف من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، جوازها، وتكون للمرقب - بفتح القاف - ولورثته من بعده؛ لأنه بطل أجاز العمرى، والرقبى، ويبطل شرط الرقبى؛ لأنه شرط فاسد، والشرط الفاسد لا يبطل الهبة.

أما أبو حنيفة ومحمد فإنهما يريان أن الرقبى غير جائزة، وإذا لم تصح تكون عارية، وذلك لأنه بطل أجاز العمرى ورد الرقبى «وأما ما روي أنه بطل أجاز العمرى، والرقبى» فإن المراد بالرقبى هنا «جعلت رقبة داري لك» أما الرقبى من الترقب، وهو أن يرقب كل منهما موت صاحبه فغير جائزة.

كما يرى الإمامية جواز السكنى - وهي في خصوص ما يسكن - مؤقتة بالعمر، أو بالمدة، وتلزم هذه المدة، كما تكون مطلقة عنهما، وفي حالة الإطلاق يجوز الرجوع فيها متى شاء، وإن مات أحدهما مع الإطلاق بطلت وإن لم يرجع. ويجوز أن يسكن بنفسه، أو يسكن غيره ممن جرت العادة بإسكانه معه كزوجة، وابن، وخادم، ودابة، وليس له أن يؤجرها، أو يسكن غيره إلا بإذن المسكن على الأشهر، وقيل: يجوز والإجارة للسكن، كما تجوز العمرى - وهي ما أقتت بالعمر - والرقبى - وهي المؤقتة بالمدة - وتكونان فيما يصلح للسكن وغيره، وكل ما جاز وقفه جاز إعمارها وإرقابه، وتكون العمرى والرقبى لازمة.

مطلوب شرعاً: عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: جاء النبي صلى الله عليه وسلم يعودني وأنا بمكة، وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: «يرحم الله ابن عفرأ». قلت: يا رسول الله أوصني؟ قال: «لا»، قلت: فبالشطر؟ قال: «لا» قلت: الثلث؟ قال: «الثلث، والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس في أيديهم...»^(١).

لكل هذا نرى جواز اشتراط عدم التصرف في محل العقد في عقود التبرع تحقيقاً ورعاية للغرض الذي يهدف إليه المتبرع من وراء هذا الشرط ودفعاً للناس إلى فعل الخير بأي صورة من الصور المشروعة، أرادوا هذا الخير مطلقاً للمتبرع لهم أم مقيداً بزمن معين، أرادوا التبرع بالمنفعة أم بالرقبة والمنفعة، مع تحجير الرقبة ومنع التصرف فيها لمدة معينة، وذلك كله لا يخرج عن مقتضى العقود المشروعة من صدقة، أو هدية، أو هبة، أو سكنى، أو عمرى، أو رقبى، أو وقف... وجميعها تمليك في الحياة بلا عوض.

ولا يرد على عقود التبرع ما قررناه في عقود المعاوضات؛ لأن هذه عقود يتوخى فيها المساواة، وتحقيق العدالة بالقدر الممكن بين المتعاقدين، كما أنها عقود مبنية على المحاكمة والمساومة...، وكل هذه المعاني لا توجد في عقود التبرع، كما أن نسبة الإقدام على عقود التبرع إلى عقود المعاوضات نسبة ضئيلة جداً وبخاصة في أزماننا هذه - فلا يخشى على المجتمع من تحجير بعض السلع، فما بالك إذا كان ذلك لمدة معينة كسنة، أو لمدة حياة المعطي (بفتح الطاء)، فإذا مات ورث عنه الشيء المعطى على سبيل الميراث يتصرف فيه ورثته كما يشاءون.

= المراجع: الحنفية، «الاختيار شرح المختار» (١١/٢ - ١١٨)، و«الهداية» (٣/١٦٨)، للحنابلة: «كشاف القناع» (٢/٤٧٤) وبهامشه منتهى الإرادات (٢/٥٢٤)، للإمامية: «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» (١/٢٦٩) ط دار الكتاب العربي.

(١) أخرجه البخاري واللفظ له، حديث رقم ٢٧٤٢ - فتح الباري ٥/٣٦٣ ومسلم في باب الوصية بالثلث صحيح مسلم ٥/٧١، حديث رقم ٩٨٢. (المختصر).

النتائج:

ويمكننا أن نستخلص مما تقدم ما يأتي:

(١) - يجوز أن يشترط المتبرع على المتبرع له الامتناع عن التصرف في المتبرع به، إذا كان ذلك لغرض مشروع، وكان لمدة معينة، ويصح أن تكون هذه المدة مدى حياة أحدهما، أو حياة الغير.

(٢) - إذا تصرف المتبرع له الذي اشترط عليه ألا يتصرف في المتبرع به، كان للمشترط الخيار بين فسخ التبرع، واسترداد ما تبرع به، أو إمضائه بدون هذا الشرط، كما هو الحال في عقود المعاوضات، إلا أنهما يفترقان من حيث إن عقود التبرع ليس فيها عوض يتأثر بالشرط زيادة، أو نقصاً، حتى يمكن القول بالمطالبة به.

الصورة الثانية:

«شرط البائع على المشتري أنه إذا أراد بيع الجارية المبيعة كان البائع أحق بها بالثمن الأول».

آراء الفقهاء في حكم هذا الشرط:

فصلنا فيما تقدم^(١) آراء المذاهب في حكم هذا الشرط، ومنه يتبين أنهم قد اختلفوا في حكمه، وحكم العقد، إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: فساد الشرط، والعقد - عند الحنفية، وكذا المالكية إلا إذا أسقط المشترط شرطه، والشافعية، ورأي للحنابلة، والظاهرية، والمشهور عند الإمامية، ورأي مرجوح للإباضية.

الرأي الثاني: صحة العقد وفساد الشرط، في رواية ضعيفة عن الإمام الشافعي، ورأي راجح عند الحنابلة، والإمامية، والإباضية.

الرأي الثالث: صحة الشرط والعقد: على رأي للحنابلة، ورأي للإمامية، ويصح الشرط، والعقد عند المالكية في الإقالة دون البيع.

(١) الحنفية يراجع: «الفتاوى الهندية» (١٠٣/٣)، والمالكية تقدم إيضاح رأيهم (ص٢٦٦)، والشافعية (ص٣٠٢)، والحنابلة (ص٣٢٥) والإمامية (ص٤١٧ - ٤١٨)، والإباضية (ص٤٧٦ - ٤٧٧).

سبب الخلاف:

وبتبع آراء الفقهاء نجد أن أصل الخلاف يرجع إلى اختلاف في فهم ما روي عن عمر رضي الله عنه حينما استفته عبد الله بن مسعود في شراء جارية من امرأته زينب، وشرطت عليه أنك إن بعته فهي لي بالثمن، فقال له: «لا تقربها، وفيها شرط لأحد» فقد فسروا قول عمر هذا بتفسيرين نص عليهما أبو الوليد الباجي في «المنتقى شرح موطأ مالك» (٢١١/٤) حيث يقول: «وقول عمر: «لا تقربها، وفيها شرط لأحد» قال أبو مصعب في «المبسوط»: معنى ذلك لا تبعتها، وفيها شرط لأحد، ومعنى ذلك لا تشتريها بهذا الشرط، وهذا يقتضي منعه من هذا الابتياح لفساده، رواه عن مالك. ويحتمل عندي أن يريد به لا يقربها في الوطاء مع بقاء هذا الشرط فيها، ويكون حكم العقد في الفساد، والصحة، مسكوتاً عنه».

- وبالتفسير الأول (فساد العقد بهذا الشرط) قال الإمام مالك: ورواية عن الإمام أحمد. فقد جاء في «الموطأ شرح الزرقاني» (١٠١/٣): «مالك عن ابن شهاب أن عبید الله - بضم العين - ابن عبد الله - بفتحها - ابن عتبة - بضمها وإسكان الفوقية - ابن مسعود، أخبره أن عبد الله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب - بنت معاوية، أو ابنة عبد الله بن معاوية، ويقال: بنت أبي معاوية (الثقفية) صحابية، ولها رواية عن زوجها - واشترطت عليه أنك إن بعته فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب - مفعول سأل - فقال عمر بن الخطاب لا تقربها، وفيها شرط لأحد - مناقض لمقتضى العقد؛ لأنك لم تملكها فلا يحل لك قربانها».

مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لا يطاء الرجل وليدة إلا وليدة إن شاء باعها، وإن شاء وهبها، وإن شاء أمسكها، وإن شاء صنع بها ما شاء - كعتق، وكتابة، وتديير، والمراد أنه لا يشوب ملكها شيء».

قال مالك فيمن اشترى جارية على شرط أنه لا يبيعها، ولا يهبها، أو ما أشبه ذلك - من الشروط المنافية لمقتضى العقد - فإنه لا ينبغي - لا يجوز - للمشتري أن يطاءها، وذلك أنه لا يجوز له أن يبيعها، ولا أن يهبها، فإذا كان لا يملك ذلك منها، فلم يملكها ملكاً تاماً؛ لأنه قد استثنى - اشترط - عليه

فيها ما ملكه بيد غيره، فإذا دخل هذا الشرط - في عقد بيع - لم يصلح - من الصلاح ضد الفساد - وكان بيعاً مكروهاً - أي: ممنوعاً لفساده بالشرط المناقض لمقتضى العقد، وعليه حمل خبر نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط.

زاد ابن وهب في روايته للموطأ قال مالك: «وإن اشتراها بشرط فوطأها فحملت فللبائع قيمتها يوم باعها، وتحل لسيدها فيما يستقبل. والله أعلم». كما أن الشافعية أخذوا به أيضاً: وهو يساير ما ذهب إليه الحنفية، والإمامية، والإباضية من فساد العقد بهذا الشرط عندهم.

والتفسير الثاني: «... لا تقربها في الوطاء مع بقاء هذا الشرط فيها، ويكون حكم العقد في الفساد، والصحة مسكوتاً عنه» يساير ما ذهب إليه الحنابلة، فقد أوضحنا في (ص ٣٢٨) أن الحنابلة قد اختلف حكم هذه المسألة عندهم، وإن كان مرجع الخلاف عندهم روايات عن الإمام أحمد، إلا أن تعليل الحكم كان يساير القواعد التي طبقها المذهب على الشرط فهم يرون:

١ - أن القول بفساد الشرط، والعقد مبني على أن في المسألة شرطين - شرط أن يبيعه له، وشرط أن يكون البيع بالثمن الأول - وقد نهى عن شرطين في بيع، وقد روى المروزي هذا الحكم بهذا التفسير عن الإمام أحمد.

٢ - وأن القول بفساد الشرط، وصحة العقد: مبني على أنه شرط مناف لمقتضى العقد، كما لو شرط ألا يبيعه إلا من فلان، وهذه الشروط تبطل، ويصح العقد، قياساً على حديث بريرة رضي الله عنه وقد روى إسماعيل بن سعيد هذا الحكم عن الإمام أحمد أيضاً.

٣ - وأن القول بصحة العقد، والشرط: مبني على ما روي عن الإمام أحمد أيضاً: في هذا، مستندين في هذه الرواية إلى أن عبد الله بن مسعود قد اشترى الجارية بهذا الشرط، وذهب إلى عمر رضي الله عنه يستفتيه، فلم يقل له إن البيع فاسد، أو أن الشرط فاسد، ولكنه نهاه عن نكاحها، وفيها شرط. وفي هذا موافقة ضمنية على صحة هذه الصفقة بهذه الكيفية، وأن الممنوع فيها هو نكاحها ما دام الشرط فيها، إلا أن هذه الرواية عن الإمام أحمد تعارضها الروايتان الأخريان عنه.

الترجيح:

ويلزمنا لذلك أن نتناول هذا الأثر المروي عن عمر رضي الله عنه من ناحية صحته، وألفاظه ومعناها، ثم ما يستفاد منه.

صحة هذا الأثر:

هذا الأثر صحيح عن عمر رضي الله عنه، أورده مالك في الموطأ، ورواه البيهقي^(١).

ألفاظه:

قد رأينا فيما سبق أن الأثر عن عمر جاء بلفظين:

الأول: «لا تقربها، وفيها شرط لأحد» وهذه هي الرواية المشهورة، والواردة في الموطأ، وغيره من كتب الفقه.

الثاني: «لا تنكحها، وفيها شرط لأحد» وقد انفرد (فيما اطلعت عليه من كتب) بهذه الرواية ابن تيمية في الفتاوى، أما كتب المذهب الحنبلي الأخرى فقد أوردتها باللفظ الأول.

معناه: أما بالنسبة لرواية: «لا تقربها...» فقد ذكر أبو الوليد الباجي لها معنيين ذكرناهما آنفاً «لا تشتريها بهذا الشرط، ويحتمل لا تقربها في الوطء...» أما بالنسبة لرواية «لا تنكحها...» فهي نص في النهي عن الوطء.

ما يستفاد من هذا الأثر:

حكم وطاء الجارية المبيعة بهذا الشرط:

جمور الفقهاء على أن من اشترى جارية، وفيها هذا الشرط؛ لا يحل له أن يقربها؛ لأن ملكيتها غير خالصة له، حيث إن الفقهاء قد اختلفوا في صحة هذا العقد المشروط فيه هذا الشرط، وهذا الخلاف يورث شبهة^(٢) في الملك المترتب على هذا العقد، والذي بناء على ثبوته، أو عدم ثبوته يحل، أو يحرم، وطاء الجارية المعقود عليها. فلمكان الشبهة لا يحل وطؤها، وهذا يتفق مع رواية: «لا تنكحها...» ورواية «لا تقربها...» أيضاً.

(١) «المجموع شرح المهذب للنووي» (٣٦٨/٩).

(٢) «الشرح الكبير» (٦٤/٣) ط أولى.

حكم العقد، والشرط:

قد اختلف الفقهاء في هذا الحكم كما أوضحنا آنفاً إلى آراء ثلاثة تناولها فيما يلي:

أما القول بصحة الشرط، والعقد بناء على ما روي عن الإمام أحمد استناداً إلى فهم في هذا الأثر، فقد سبق أن حررنا رأي الحنابلة (ص ٣٢٨) ورجحنا أن هذا الشرط غير صحيح عندهم؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، وإن الرواية التي ذكرها ابن تيمية عن الإمام أحمد، والتي تفيد جواز هذا الشرط، تعارضها روايتان أخريان عنه، أخذ بهما فقهاء المذهب الحنبلي، ولا مرجح لإحدى الروايات على غيرها، وإذا تعارضت، وتناقضت أحكامها تساقطت، وكان حكم الشرط كحكم أمثاله من الشروط المنافية لمقتضى العقد، وكذلك حكم العقد المقترن به.

وأما القول بفساد الشرط، والعقد: وهو قول جمهور الفقهاء، فإنه يبنى على أن عمر قال: «لا تقر بها...»؛ أي: لا تشتريها - كما صرح الإمام مالك، وأخذ به الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد، وسار على حكمه الحنفية، والإمامية على الرأي المشهور، والإباضية على الراجح - وهذا التفسير يبعده ما يأتي:

- أن عبد الله بن مسعود كان قد اشترى الجارية فعلاً بهذا الشرط، ثم سأل عمر، فلو أراد عمر هذا المعنى لقال له: البيع غير صحيح، أو شراؤك فاسد، ولكنه قال له: «لا تقر بها، وفيها شرط» فدل على أن المراد بذلك غير هذا المعنى.

- ورواية: «لا تنكحها، وفيها شرط» تفسر هذه الرواية، وقول حنبل قال عمر: «كل شرط في فرج فهو على هذا» يؤيد هذا التفسير.

- كما يؤيده أن القرآن الكريم قد استعمل «القرب» في «الوطء»، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وعمر رضي الله عنه هو من هو فقهاً وعلماء، ومعرفة ودراية بلغة العرب.

- كل هذا يؤيد أن نهي عمر رضي الله عنه إنما كان عن الوطء، وليس عن الشراء؛ لأنه قد تم فعلاً - وإذا سلم لنا هذا التفسير، فلا يكون في هذا الأثر

دليل على صحة الشرط ولا على فساد العقد، وإنما حكم العقد (صحة وفساداً) يكون مسكوتاً عنه - كما قال أبو الوليد الباجي - وإذا كان حكم العقد مسكوتاً عنه، فإنه يطبق عليه من القواعد ما يطبق على العقود الأخرى التي اقترنت بشرط يؤدي إلى تحجير السلعة، ومنعها من التداول.

ترجيح القول بصحة العقد، وفساد الشرط:

بعد أن ناقشنا هذا الأثر، وبيننا أنه لا يدل على صحة الشرط ولا على بطلان العقد، نرى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بصحة العقد، وبطلان الشرط، وذلك لأن هذا الشرط يؤدي إلى ما يأتي:

١ - تحجير السلعة، ومنعها من التداول المشروع بين جميع الناس، مما قد يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة.

٢ - الإضرار بالمشتري، وذلك لأنه يؤدي إلى منعه من مباشرة حقه في التصرف في ملكه كيفما يشاء، وللمن يشاء، وبالسعر الذي رغب فيه، وخاصة إذا نظرنا إلى أن سعر السلعة قد يزيد، وينقص، فإذا زاد أدى الشرط إلى ألا ينتفع المشتري بالزيادة، وإذا نقص فقد يكون مصيره الوقوع في حبال شخص مماطل، وهذا بخلاف ما لو كان حراً في تصرفه في محل العقد.

٣ - هذا الشرط قد يكون فيه منفعة للبائع، وخاصة إذا كان ثمن السلعة معقولاً أو متهاوناً فيه، وقد باعها لحاجته، ثم بعد ذلك يمكنه أن يستردها بنفس الثمن إذا أراد المشتري بيعها، وهنا تبرز لنا فكرة استغلال حاجة المحتاجين من وراء هذا الشرط.

٤ - يخشى أن يكون من وراء هذا الشرط استغلال حاجة الناس؛ لأن هذا العقد سينتهي بعد الوفاء بالشرط إلى أن البائع الأول أخذ مبلغاً من المال هو ثمن السلعة، ثم رده إلى المشتري بعد قضاء حاجته، والمشتري أخذ السلعة، وردها إلى البائع بعد الانتفاع بها، وقد يكون هذا وسيلة إلى سلف يجر منفعة، أو أنه تارة يكون سلفاً، وتارة يكون بيعاً - كما صرح المالكية^(١) - وبذلك ندخل في دائرة المعاملات المنهي عنها.

(١) «المنتقى» لأبي الوليد الباجي (٤/٢١٠).

٥ - هذا الشرط إن كان له فائدة حقيقية فإنما يكون ذلك فقط بالنسبة للمعقود عليه من أهل الاستحقاق لاعتبارات إنسانية، فإن الجارية - كما هو مورد المسألة، والروايات المختلفة - يسرها ألا تتداولها الأيدي، ومع ذلك فإنه قد يكون في هذا الشرط ضرر عليها، نظراً؛ لأن تصور الجانب الحسن دائماً يدعونا إلى تصور الجانب السيء، فقد يكون هذا الشرط ضرراً على الجارية، كما إذا كان بائعها سيئاً، وباعها من آخر مثله، وعناداً منه شرط هذا الشرط لثلاث تفلت منه، أما إذا كان محل العقد من غير أهل الاستحقاق فإنه لا تتصور في جانبه أية فائدة. وإذا كانت هذه الأضرار يمكن أن تترتب على هذا الشرط كلها، أو بعضها، والمنفعة من ورائه مشكوك فيها، فإن المنفعة المشبوبة بكل هذه الأضرار تكون منفعة غير معتبرة، ولا يعتد بها، ولذلك نرجح:

١ - إبطال هذا الشرط وإسقاطه في عقود المعاوضات كاشتراط المنع من التصرف فيها، وعلى هذا الحكم اتفق جمهور الفقهاء، عدا رأي في إحدى الروايات الثلاث عن الإمام أحمد ورأي عند الإمامية.

٢ - صحة العقد، وهو الرأي الراجح عند الحنابلة، والإمامية، والإباضية، ورواية ضعيفة عن الإمام الشافعي.

٣ - يثبت للمشتري الخيار بين الفسخ، أو إمضاء العقد، فإذا اختار إمضاء العقد كان له الحق في أخذ ما نقص في مقابل هذا الشرط.

والقول بذلك يتفق مع رأي الحنابلة في الآثار المترتبة على الشروط الفاسدة كما سبق أن أوضحنا، ومع رأي الإمامية حيث يثبتون الخيار للمتعاقد في كل موضع لم ويتحقق له شرطه، ويطلقون عليه «خيار الاشتراط»^(١).

٤ - كما نرجح تطبيق هذا الحكم بنتائجه، وآثاره التي انتهينا إليها على كل شرط يماثل هذا الشرط، كما لو شرط على المشتري ألا يبيعه إلا من فلان - وبعدم صحة هذا الشرط قال جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢)، والمالكية،

(١) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» (١/ ٣٣١) ط دار الكتاب العربي وسبق إيضاح ذلك.

(٢) «الفتاوى الهندية» (٣/ ١٠٤).

والشافعية، والحنابلة، والإباضية - خلافاً للأمامية كما سبق إيضاحه^(١).
٥ - وهذا الحكم وهذه الآثار تطبق أيضاً: على كل شرط يؤدي إلى حرمان المشتري (ومن شابهه) في عقود المعاوضات - من التصرف المطلق في محل العقد، أو الانتفاع به كذلك - من باب أولى.

نتائج دراسة

النوع السادس من الشروط وهو

شرط الامتناع عن التصرف في محل العقد

يمكننا أن نستخلص من الدراسة السابقة لهذا النوع من الشرط بصورة المختلفة والمتنوعة النتائج التالية في مواد فقهية:

١ - إذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر الامتناع عن التصرف في محل العقد كان الشرط صحيحاً في عقود التبرعات إذا كان ذلك يحقق غرضاً مشروعاً، ولمدة معينة، ويصح أن تكون هذه المدة مدى حياة أحدهما، أو مدى حياة الغير.

٢ - أما إذا اشترط هذا الشرط في عقود المعاوضات، فإنه يكون فاسداً، إلا إذا كان الشرط يحقق نفعاً مشروعاً للمتصرف، وكان أثره يسيراً على حرية تصرف المالك فيما ملكه.

٣ - وفي الحالتين: إذا صح الشرط لزم الوفاء به، فإن تعذر كان للمشتري الخيار بين فسخ العقد واسترداد المعقود عليه، أو إمضائه بدون الشرط، وإذا أمضاه بدون الشرط رجع في عقود المعاوضة بما نقصه من العوض في مقابل الشرط الذي لم يسلم له^(٢).

- أما إذا فسد الشرط فإنه يسقط، ويصح العقد، ويكون للمشتري - سواء

(١) المالكية (ص ٢٦٦)، والشافعية (ص ٣٠٠)، والحنابلة (ص ٣٢٥)، والإباضية (ص ٤٧٦)، والإمامية (ص ٤١٥).

(٢) ويتفق مع هذا الحكم ما قضى به القضاء الفرنسي - يراجع: (ص ٢٨٥ - ٢٨٦) من رسالة الدكتوراه للأستاذ الجليلي بجامعة القاهرة في الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والآداب.

علم بفساد الشرط، أو لم يعلم - الحق في فسخ العقد، أو إمضائه بدون الشرط، وإذا اختار إمضائه رجع بما نقصه من العوض في مقابل هذا الشرط الذي لم يسلم له .

المقابلة

بين حكم اشتراط المنع من التصرف

في الفقه الإسلامي وحكمه في القوانين الوضعية

- من الأسس المقررة قانوناً حرية المالك في التصرف في ملكه، والانتفاع به، واستغلاله^(١)، وذلك لإفساح المجال أمام النشاط الفردي، وضمان تداول المال، واستثماره بالطرق المشروعة على خير وجه. فإذا قيد حق المالك في التصرف في ملكه بشرط، فقد اعتبر كثير من فقهاء القوانين الوضعية هذا الشرط مخالفاً للنظام العام^(٢) وفرقوا بينه وبين شرط عدم قابلية المال للتصرف، حيث جعلوا الأخير شرطاً مستحيلاً استحالة قانونية؛ لأنه ينصب على المال، أما الأول فإنه ينصب على الشخص، حيث يلتزم بمقتضاه ألا يتصرف في المال الذي آلت إليه ملكيته.

وقد فرق رجال القانون بين صور ثلاث لشرط الامتناع عن التصرف باعتبار الغرض الذي يحققه هذا الشرط، وذلك لأن الشرط إما أن يكون فيه مصلحة للمتصرف، أو المتصرف إليه، أو الغير.

حكم هذا الشرط في القوانين العربية:

أجاز القانون المدني المصري في المادة (٨٢٣) (ومثله الليبي في م ٨٣٢)

هذا الشرط في جميع هذه الفروض حيث نص في هذه المادة على ما يأتي:

١ - إذا تضمن العقد، أو الوصية، شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة.

(١) المادة: (٨٠٢) مدني مصري، والمادة: (٨١١) ليبي، والمادة: (١٠٤٨) عراقي.

(٢) يراجع: «الوسيط» للدكتور عبد الرزاق السنهوري (٤١٠/١).

- محاضرات في القانون المدني (معهد الدراسات العربية) للأستاذ عبد المنعم فرج الصدة (٢٥/٢).

٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، أو للمتصرف إليه، أو للغير.

٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف، أو المتصرف إليه، أو الغير.

وفي المادة (٨٢٤) مدني مصري - (ومثلها المادة ٨٣٣ مدني ليبي) نص على أنه:

إذ كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد، أو الوصية، صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً.

- أما التقنين المدني العراقي، فإنه لم ينص على شرط المنع من التصرف، إلا أنه لما كان شرط المنع من التصرف التزاماً - حسب تفسير البعض - فالحالات التي يمكن تصورهما في الالتزام هي أن يكون لمصلحة واحد من ثلاثة - المتصرف، المتصرف إليه، الغير - وقد أوضح بعض الباحثين^(١) رأي التقنين العراقي في هذا الشرط على هذا الأساس، وبينوا أنه يقول: بصحة شرط المنع من التصرف إذا كان فيه مصلحة للمشتري (الواهب، أو البائع) ومن تطبيقاته المواد (١٢١٤، ٩٧٨، ٩٨٠) كما أنه يجوز إذا حقق مصلحة للغير، ومن تطبيقاته المادة (١٥٢)، أما إذا كان شرط المنع من التصرف لمصلحة المتصرف إليه فيما ملكه ببيع، أو هبة، أو وصية، فإنه يكون باطلاً «لأنه مخالف للنظام العام؛ لأن المستفيد بعد ما ملك المبيع، أو الموهوب، أو الموصى به، أصبح مالكاً، والمالك يتصرف في ملكه كما يشاء، فالالتزام بالامتناع عن التصرف لا يلزمه؛ لأن الالتزام لا يكون إلا لطرف آخر حتى يكون من الالتزام فائدة للمطالبة».

حكم هذا الشرط في الفقه والقضاء الفرنسي:

وأجاز الفقه في فرنسا شرط المنع من التصرف إذا كان فيه مصلحة للمتصرف، أو فيه مصلحة للغير^(٢).

(١) الأستاذ الجليلي في رسالته (ص ٢١٩) الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والآداب.

(٢) كمن وهب الرقبة لشخص، وحق المنفعة لشخص، وشرط على المنتفع ألا يتصرف =

أما إذا كان فيه مصلحة للمتصرف إليه فقد أجازته الفقه أيضاً، غير أن بارتان يقول ببطلانه في القانون الفرنسي دون تمييز فيما إذا كانت المصلحة جدية، أو غير جدية، ولا ما إذا كان الامتناع لمدة محدودة، أو غير محدودة؛ لأن القصد الذي يمليه مخالف للنظام العام؛ ولأن النصوص القانونية تأباه، فالمتصرف يريد أن يمنع المنتفع من إمكان التصرف الذي يستمد من القانون، وإذن فالمشترط لا يطلب من المشترط عليه إظهار مقدرته على التصرف؛ لأنه يفرض عليه التنازل عن هذه المقدرة، ويحكم عليه بأنه ضعيف جداً إلى درجة أنه لا يستطيع أن يتصرف بحكمة، أو عندما تتاح له الفرصة، ولذلك فالأصوب أن يقال: إنه لا يثق في مقدرته المنتفع، وأنه يسعى إلى شل مقدرته على التصرف...^(١).

- كما أجاز القضاء الفرنسي هذا الشرط إذا كان فيه مصلحة للمشرط، أو للغير لاعتبارات القرابة، أو عمل الخير، أو للمنتفع إذا كان قاصراً، أو رشيداً لم يتجاوز سن الثلاثين، حماية له من عوامل الإغراء، أما إن بلغ رشيداً وتجاوز هذه السن، فإن هذا الشرط يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام.

خلاصة آراء القوانين الوضعية:

من هذا البيان يظهر لنا أن القوانين الوضعية ترى أن شرط المنع من التصرف شرط مخالف للنظام العام، وأنه يكون صحيحاً إذا حقق مصلحة مشروعة، للمتصرف - في القوانين المدنية: في مصر، وليبيا، والعراق، وفرنسا - وكذا للغير، غير أن القضاء الفرنسي أجازته لاعتبارات القرابة، وأعمال الخير، وللمتصرف إليه في القانون المصري، والليبي، خلافاً للقانون العراقي، والقانون الفرنسي، وقد أجازته القضاء الفرنسي حسب التفصيل الذي ذكرناه آنفاً.

= في منفعة للغير، ولمالك الرقبة في هذه الحالة مصلحته، إذ قد يفضل أن يتعامل مع صاحب الانتفاع هذا دون سواه؛ لاطمئنانه إليه في إدارة المال ثم رده إليه بصورة حسنة.

(١) الشرط المستحيل المخالف للنظام العام والآداب - رسالة الأستاذ الجليلي لنيل الدكتوراه (ص ٢٨٣ - ٢٩٣) جامعة القاهرة.

- وفي الحالات التي يصح فيها شرط المنع من التصرف يبطل ما يخالفه من التصرفات .

حكم العقد المقترون بشرط مخالف للنظام العام:

- سبق أن أوضحنا (ص ٢٧) حكم هذا الشرط في القوانين الوضعية، وبيننا أنه إذا كان الشرط مخالفاً للنظام العام، وكان شرط فاسخاً، فإن الشرط يكون باطلاً، ويصح العقد إلا إذا كان الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد فإنه يبطل العقد.

مقابلة

بين الفقه الإسلامي، والقوانين الوضعية في هذا الشرط

ومما تقدم نجد أن حكم هذا الشرط في الفقه الإسلامي (حسب النتائج التي انتهينا إليها) تتفق معه القوانين الوضعية وتختلف:
فتتفق معه في:

- جواز اشتراط المنع من التصرف في عقود التبرعات إذا كان هذا الشرط يحقق غرضاً مشروعاً للمتبرع، أو للمتبرع إليه، أو للغير، وكان ذلك لمدة معينة، ويصح أن تكون لمدى حياة المتبرع، أو المتبرع إليه، أو الغير.
- جواز اشتراط المنع من التصرف في عقود المعاوضات إذا كان هذا الشرط يحقق غرضاً مشروعاً للمتصرف، وكان تأثيره سيراً على حرية المالك في التصرف فيما ملكه.

- ويخالف الفقه الوضعي الفقه الإسلامي فيما يلي:

- أجازت القوانين الوضعية اشتراط المنع من التصرف في محل العقد في عقود المعاوضات مطلقاً كعقود التبرعات.

وقد رجحنا آنفاً أن الفقه الإسلامي يفرق بين النوعين، حيث يجيز هذا الشرط في عقود التبرعات؛ لأنها مبنية على التبرع والتفضل، أما في المعاوضات فإنه لا يجيزه إلا إذا حقق غرضاً، وكان تأثيره سيراً على حرية المالك في التصرف في ملكه. وبيننا أن ذلك يرجع إلى أن عقود المعاوضات مبنية على العدالة بين المتعاقدين في محل العقد، فكما جاز للبائع التصرف في الثمن كما يشاء. فإن قواعد المساواة تعطي هذا الحق للمشتري، فاشتراط

منعه من التصرف يتعارض مع هذا الحق، إلا أنه إذا كان تأثيره يسيراً، فإنه لا يترتب عليه ضرر بالغ به، ولا هدم لمبدأ المساواة، كما أن من مبادئ الشريعة الإسلامية التجاوز عن الأمر اليسير، أما جواز هذا الشرط في عقود المعاوضات إذا كان تأثيره على حرية التصرف كبيراً، فإنه يضر بالمشتري، وبالمجتمع، كما أنه لا يفيد البائع، ولا المعقود عليه^(١).

- أجازت بعض القوانين الوضعية أن تكون المصلحة من وراء هذا الشرط للمتصرف إليه مطلقاً، كالقانون المدني المصري، والليبي، أما الفرنسي فقد خالف في هذا الحكم «بارتان» حيث يرى بطلانه في القانون الفرنسي دون تمييز... - كما سبق إيضاحه - لأنه شرط مخالف للنظام العام، وكذلك فعل القضاء الفرنسي غير أنه أجاز هذا الشرط لمصلحة الصغير، أو الرشيد حديثاً الذي لم يتجاوز الثلاثين عاماً، أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين فقد رجحنا آنفاً أن ذلك يجوز في عقود التبرعات، ولا يجوز في عقود المعاوضات؛ لأن المتصرف إليه أدري بمصلحته في التصرف أو عدم التصرف فيما يملكه، فاشتراط المتصرف على المتصرف إليه عدم تصرفه في محل العقد إثبات لعدم قدرته على التصرف، وأنه ضعيف جداً إلى درجة أنه لا يستطيع أن يتصرف بحكمة، أو عندما تتاح له الفرصة، ولذلك فالأصوب أن يقال: إنه لا يثق في مقدرة المنتفع، وأنه يسعى إلى شل قدرته على التصرف... - كما قال «بارتان» - وهذا ما لا يقبله المتصرف إليه، وإلا فكيف أقدم على هذا العقد واشترى بماله سلعة من السلع، أليس هذا تصرفاً؟ وهل باشره بحكمة، أو بغير حكمة؟ فكون تصرفه هذا صحيحاً نافذاً دليل على عدم صحة شرط منعه من التصرف، أما إن كان صغيراً، أو سفيهاً، فإن النصوص القانونية تحميه، وتبطل كل تصرف يتعارض مع مصلحته.

(١) وقد سبق أن بينا أن رأياً للإمام أحمد بن حنبل ذكره ابن تيمية يقضي بإجازة هذا الشرط - وبيننا أنه رأي مرجوح (ص ٦٣٧) والعمل به قد يكون ضرره أكثر من نفعه، ورأياً أيضاً في مذهب الإمامية (ص ٤٣٤).

وأما اتجاه القضاء الفرنسي إلى صحة هذا الشرط بالنسبة للرشيده حديثاً الذي لم يتجاوز سن الثلاثين، ففضلاً عن أن أحكام المحاكم التي اطلعت^(١) عليها في هذا النوع من الشرط كانت واردة في عقود التبرعات، فإن فرض هذه الحماية يصطدم مع النصوص القانونية التي أبطلت شرط المنع من التصرف بالنسبة للرشيده، فكان الواجب أن يكون الحكم موحداً بالنسبة للرشيده حديثاً الذي لم يتجاوز الثلاثين سنة، والرشيده الذي تجاوزها.

وحين نفرق بين عقود التبرعات والمعاوضات في شرط المنع من التصرف فإننا ننظر إلى المال، ومدى تأثيره بهذا الشرط، فإن العوامل الاجتماعية هي التي فرقت بين سلعة تعطي تبرعاً، وأخرى تعطي بثمن، ولا شك أن الأولى لا يشترط فيها ما يشترط في الثانية؛ لأنها مبنية على التفضل وما كان هذا حاله، يقبل كما أراد المتصرف، فطبيعة التصرف مختلفة، فقبول التبرعات هذا الشرط لا يتعارض مع عدم قبول المعاوضات له.

- أجازت القوانين الوضعية شرط المنع من التصرف لمصلحة الغير، في عقود التبرعات، والمعاوضات، غير أن القضاء الفرنسي أجاز هذا الشرط لاعتبارات القرابة، وأعمال الخير كما أشرنا آنفاً.

- أما القانون المدني العراقي، فإنه وإن لم ينص على شرط المنع من التصرف إلا أنه نص في المادة (١٥٢) على أنه:

« ١ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية، أو أدبية. ٢ - ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك، وللمتعهد أن يتمسك قبل الغير بالدفع التي تنشأ عن العقد. ٣ - ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة الغير إلا إذا تبين من العقد أن الغير وحده هو الذي يجوز له أن يطالب بتنفيذ هذا الاشتراط.»

(١) رسالة الأستاذ الجليلي (ص ٢٨٩ - ٢٩٠).

واستنتج بعض الباحثين^(١) من هذه المادة جواز شرط المنع من التصرف حيث يقول: «فالمادة صريحة... في أن العلاقة بين أطراف العقد علاقة شخصية، أي: أن العقد لا ينشأ^(٢) حقاً عينياً، والاشتراط لا يمكن تخصيصه بنوع معين من المال، فكما يرد على المنقول يرد على العقار وعلى الأموال المادية والمعنوية، وفي هذه الحالة يجوز للدائن أن يشترط لصالح المستفيد ألا يتصرف المدين في المال حتى يستوفي الغير حقه، كمن وهب الرقبة لشخص وحق المنفعة لشخص وشرط على المنتفع ألا يتصرف في منفعته للغير، فإن صاحب الرقبة له أن يتمسك بهذا الشرط، كما أن للمالك الأصلي أن يشترط أن يكون له حق فسخ العقد إن تصرف المنتفع في حق المنفعة...» ويحاول بهذا التفسير أن يجعل شرط المنع من التصرف يترتب عليه التزام بين المتعاقدين، ولا يترتب عليه حق عيني على المال يجعله غير قابل للتصرف، وإذا ترتب عليه التزام بين الطرفين فيدخل شرط المنع من التصرف في هذه المادة التي تجيز أن يتعاقد الشخص باسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير.

- أما القانون المدني المصري فقد جعل شرط المنع من التصرف في القيود العينية على المال، ولذلك جاءت المواد الخاصة به (٨٢٣ - ٨٢٤) في باب حقوق الملكية وما يرد عليها من قيود (ومثله القانوني الليبي م ٨٣٢ - ٨٣٣)^(٣) وبناء على هذا التفسير لا يكون شرط المنع من التصرف لمصلحة الغير داخلاً في هذه المادة (١٥٢) من القانون العراقي.

وإذا رجعنا إلى ما سبق أن قررناه في الفقه الإسلامي في شرط المنع من التصرف من ترجيح القول بجواز شرط المنع من التصرف في عقود التبرعات إذا كان ذلك لمدة معينة، وكان يحقق غرضاً مقصوداً للمتبرع، فإننا نضيف إلى ذلك أنه لا مانع من أن تكون مصلحة المتبرع من وراء هذا الشرط هي حماية

(١) الأستاذ الجليلي في رسالته (ص ٢٢٣).

(٢) الظاهر أنه خطأ إملائي، والصواب «لا ينشئ حقاً عينياً».

(٣) سبق نقل نص هذه المواد (ص ١٥).

الرقبة من استعمال شخص آخر غير المتبرع له، بجانب اطمئنانه على تمتع المتبرع له بما وهبه له من سكنى، أو خدمة^(١) أو من التصرف في هذه المنفعة بتصرف ضار يؤثر على العين تأثيراً ضاراً، فاشتراطه على المتبرع له عدم التصرف في العين يحقق له مصلحة مشروعة، كما أنه قد يحقق لشخص ثالث (الغير) مصلحة أيضاً، وذلك إذا تصرف المتبرع في هذه العين المتبرع بمنفعتها مدة معينة لشخص آخر، فإن الشخص الآخر حين أقدم على الشراء إنما رضى بأن تكون العين طيلة مدة الانتفاع تحت يد هذا الشخص دون غيره؛ لأنه يرى فيه مثلاً طيباً لاستعمال العين الاستعمال الملائم، والناس يتفاوتون في استعمالهم، ومثل هذا الشرط يؤثر قطعاً على ثمن السلعة، فإن السلعة تروج وتكسد باختلاف هذه المعاني، فهذا الشرط فيه مصلحة مباشرة للمتبرع ثم للغير.

وقد سبق أن نص المالكية على جواز شرط المنع من التصرف في عقود التبرعات؛ لأن للمالك أن يتصرف في ملكه كما يشاء؛ ولأنه قد يقصد استدامة الانتفاع بالشيء الموهوب، أو المتصدق به على المتبرع له، وأنه قد يريد أن يرى أثر هبته عليه.

ومثل هذا يمكن أن يجري على مذهب الإمامية: جاء في «المختصر النافع» (ص ١٥٩) أثناء شرحه للسكنى^(٢): ويسكن الساكن معه من جرت العادة به كالولد والزوجة والخادم، وليس له أن يسكن معه غيره إلا بإذن المالك، ولو باع المالك الأصل لم تبطل السكنى إن وقتت بأمد أو عمر.

- كما جاء في «الروضة البهية» (٢٦٩/١) في السكنى أيضاً:

«إطلاق السكنى - الشامل للثلاثة حيث يتعلق بالمسكن - يقتضى سكناه

(١) وتجاوز هبة المنافع كسكنى الدار أو خدمة العبد (عند الشافعية على المعتمد) حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم ط المعاهد الأزهرية (ص ٢٨) ولا تلزم إلا باستيفاء المنفعة لا قبض العين.

ومثل ذلك العمري عند الملكية ورواية عند الحنابلة أنها تكون مؤقتة بعمر المعطى بفتح الطاء وقد سبق إيضاحه (ص ٦٣٠).

(٢) تقدم شرح السكنى والعمري والقربى عند الإمامية هامش (ص ٦٣٠).

بنفسه ومن جرت عادته - أي: عادة الساكن - به - أي: بإسكانه معه، كالزوجة، والولد، والخادم، والضيف، والدابة... - وليس له أن يؤجرها - ولا يعيرها - ولا أن يسكن غيره - وغيره من جرت عادته به - إلا بإذن المسكن - وقيل: يجوزان مطلقاً - والأول أشهر، وحيث تجوز الإجارة فالأجرة للساكن».

ومن هذين النصين (عند الإمامية) يتبين لنا أنه لو اشترط المالك على المنتفع بالسكنى ألا يتصرف في المنفعة الموهوبة له بإجارتها، أو انتفاع الغير بها كان مشروطاً حقاً من حقوقه، فهو كما لو شرط شرطاً يقتضيه العقد - وهذا على المشهور في المذهب، كما بين لنا النص أيضاً: أنه يجوز بيع هذه العين التي ترتب للغير حق فيها وهو السكنى، وتنتقل ملكية الرقبة مستثنى منها حق السكنى لمدة معينة (وهذا يشبه بيع الدار المؤجرة، أو شراء الأمة المزوجة، فالجميع انتقلت العين فيها إلى المتعاقد الآخر والمنفعة كانت لشخص ثالث).

ويخلص لنا من ذلك أنه يجوز لنا في عقود التبرعات اشتراط عدم التصرف لمصلحة الغير، والمراد بالغير هنا المتعاقد الآخر الذي انتقلت إليه رقبة العين؛ لأنه قد يتضرر من التصرف في المنفعة لشخص آخر لا يحافظ على العين. فالشرط هنا فيه مصلحة مقصودة للمتصرف، وهي تأكده من أن الموهوب له ينتفع بما وهب له، وكذلك فيه مصلحة للغير، وهي المحافظة على العين التي وهبت منفعتها، والاطمئنان على أن استعمالها والانتفاع بها استعمال حسن، وانتفاع معقول، لا يؤثر في الرقبة تأثيراً بالغاً، فإن الناس يختلفون باختلاف استعمالهم.

- أما اشتراط المنع من التصرف لمصلحة الغير في عقود المعاوضات، فإننا نرى تطبيق القاعدة التي انتهينا إليها آنفاً، وهي أن هذا الشرط في عقود المعاوضة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان أثره يسيراً على حرية التصرف، وكان له غرض مقصود مشروع للمتصرف.

المبحث الثاني

الشروط الباطلة

بعد أن استعرضنا الشروط الصحيحة في الفقه الإسلامي، وقارنا نتائجها بالقوانين الوضعية، وانتهينا إلى صحة الشروط التي تحقق مصلحة العقد أو مصلحة أحد المتعاقدين، أو مصلحة الغير، على التفصيل المتقدم، ورجحنا أثناء بحث حكم هذه الشروط إبطال اشتراط سلف في بيع، واشتراط عدم التصرف المطلق في محل العقد، في عقود المعاوضات المالية، نورد فيما يلي الشروط الباطلة في الفقه الإسلامي، مقابلة بمثيلاتها في القوانين الوضعية، ويمكننا حصر هذه الشروط في الأنواع التالية:

النوع الأول: شرط يترتب عليه إسقاط حق قبل وجوبه.

النوع الثاني: شرط يترتب عليه تحمل الناقل للملكية نتائج ما خرج عن

ملكه.

النوع الثالث: شرط يؤدي إلى مخالفة نص شرعي.

النوع الرابع: شرط غير المقدور (الشرط المستحيل).

النوع الخامس: شرط يؤدي إلى محذور.

النوع السادس: شرط يؤدي إلى غرر.

النوع السابع: شرط لا يتعلق به غرض، ولا مالية فيه.

النوعان: الأول، والثاني

وهما: شرط يترتب عليه إسقاط حق للمتعاقد قبل وجوبه

شرط يترتب عليه تحمل الناقل للملكية نتائج ما سيحدث لما خرج عن ملكه:

أورد الفقهاء كثيراً من الصور للشروط المنافية لموجب العقد، وقد

تناولنا أكثرها بالدراسة فيما تقدم، وبقي منها عدة صور نبينها فيما يلي في كل

مذهب، ثم نجعلها في نوعين، وندرس حقيقة الشرط فيها، وما يؤدي إليه مشفوعاً ببيان حكم الشرط والعقد مقابلة ذلك بالقوانين الوضعية.

الصور التي أوردتها الفقهاء لهذين النوعين من الشروط:

- الحنفية: ورد في كتب المذهب عدة صور لهذين النوعين من

الشروط، منها:

- شرط البراءة من العيب: جاء في «البدائع» (١٧٢/٥): «ويجوز البيع

بشرط البراءة عن العيب عندنا سواء عم العيب كلها، بأن قال: بعث على أني بريء من كل عيب، أو خص بأن سمى جنساً من العيوب...».

- شرط عدم الرجوع بالثمن عند الاستحقاق، جاء في «الفتاوى الهندية»

(١٠٦/٣): «لو قال: أبيعك على ألا ترجع بالثمن عند الاستحقاق كان البيع فاسداً، كذا في «فتاوى قاضي خان».

- اشتراط الخراج على البائع: وفي المرجع المذكور آنفاً (ص ١٠٦):

«اشترى أرضاً على أن خراجها على البائع فالباع فاسد...».

- اشتراط سرقة العبد، أو جنونه على البائع: وفي نفس المرجع

(ص ١٠٦): اشترى عبداً على أن تكون سرقة على البائع أبداً، أو جنونه عليه

إلى أن يستهل الهلال، فجن قبل أن يستهل الهلال، فرده على البائع فلم

يقبضه البائع، فهلك عند المشتري، قالوا: البيع بهذا الشرط فاسد، فإذا رده

على البائع بحيث تناله يده، فقد برئ منه، ولا شيء للبائع عليه، كذا في

«فتاوى قاضيان».

ومن هذا يتبين أن هذه الشروط جميعها فاسدة تفسد العقد، عدا شرط

البراءة من العيوب، فإنه جائز.

- المالكية: سبق أن بينا (ص ٢٧٥ - ٢٧٨) أن المذهب المالكي يرى

إسقاط كل شرط يؤدي إلى إسقاط حق قبل وجوبه - كاشتراط ألا عهدة عليه

في عيب أو استحقاق - كما يرى صحة العقد، وهذا هو الرأي الراجح، وفي

رأي مرجوح يصح العقد والشرط.

- الشافعية: أما الشافعية، فإنهم بالنسبة لشرط البراءة من العيب، فرقوا

بين أن يكون قد شرط البراءة من العيوب كلها، أو من عيب بعينه:

(أ) فإن كان قد شرط البائع البراءة من كل عيب، فإنه يبرأ من بعض العيوب، ولا يبرأ من بعضها الآخر:

يبرأ فقط من كل عيب خفي في الحيوان، لما روي البيهقي وصححه «إن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبداً له بثمانمائة درهم بالبراءة، فقال له المشتري: به داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان رضي الله عنه، ف قضى على ابن عمر أن يحلف: لقد باعه العبد، وما به داء يعلمه، فأبى أن يحلف، وارتجع العبد، فباعه بألف وخمسمائة» وفي الشامل وغيره أن المشتري زيد بن ثابت رضي الله عنه، كما أورده الرافعي. وإن ابن عمر كان يقول: تركت اليمين لله فعوضني الله عنها، دل قضاء عثمان رضي الله عنه على البراءة في صورة الحيوان المذكورة، وقد وافق اجتهاده فيها اجتهاد الشافعي رضي الله عنه وقال الحيوان يتغذى في الصحة، والسقم، وتحول طباعه، فقلما ينفك عن عيب خفي، أو ظاهر، أي: فيحتاج البائع فيه إلى شرط البراءة، ليثق بلزوم البيع فيما لا يعلمه من الخفي دون ما يعلمه...»^(١).

* ولا يبرأ البائع من العيوب التالية حتى مع اشتراط البراءة من كل عيب:

عيب يعلمه مطلقاً في الحيوان، أو في غيره لتلبسه فيه، وعيب لا يعلمه من الظاهر في الحيوان، أو في غيره، لندرة خفائه عليه، وعيب خفي في غير الحيوان، كاللوز، والجوز، إذ الغالب عدم تغيره.

* - وللمشتري بشرط البراءة الرد بعيب حدث قبل القبض، لانصراف العقد إلى الموجود عند العقد.

(ب) أما لو شرط البراءة من عيب عينه، فإما أن يكون هذا العيب مما يعاين، أو مما لا يعاين، فإن كان هذا العيب مما لا يعاين كالسرقة، والزنا والإباق. برئ منه؛ لأن ذكره إعلام به، وإن كان مما يعاين، كالبرص، برئ منه، إن كان قد أراه قدره وموضعه، وإن لم يره ذلك، لم يبرأ منه، لتفاوت الأغراض باختلاف قدره وموضعه.

- وفي المواضع التي يبطل فيها شرط البراءة لا يبطل العقد؛ لأنه شرط يؤكد العقد، ويوافق ظاهر الحال، وهو السلامة من العيوب.

(١) «الغفر البهية» (٢/٤٣٢).

- الحنابلة: سبق أن بينا (ص ٢٨٧) أن الحنابلة يرون صحة العقد، وإبطال الشروط التي تنافي موجهه، ومن بينها: «اشتراط ألا خسارة عليه... أو أنه إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن».

أما شرط البراءة من كل عيب، فإن الحكم قد اختلف فيه تبعاً لاختلاف المروي عن الإمام أحمد، فقد روي عنه أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب، ونورد نص ما جاء في «الشرح الكبير» (٤/٦٧) (ط - أ) بشأن الروايتين الأخيرين حيث يقول: «كما روي عنه أيضاً: أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه، ولا يبرأ من عيب علمه، يروى ذلك عن عثمان، ونحوه عن زيد بن ثابت رضي الله عنه، وهو قول مالك وقول الشافعي في الحيوان خاصة، لما روي أن عبد الله بن عمر باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة بثمانمائة درهم، فأصاب به زيد عيباً، فأراد رده على ابن عمر، فلم يقبله، فترافعا إلى عثمان، فقال عثمان لابن عمر، تحلف إنك لم تعلم بهذا العيب، قال: لا، فرده عليه، فباعه ابن عمر بألف درهم، رواه الإمام أحمد، وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعاً».

وروي عنه صحة شرط البراءة مطلقاً: «ويتخرج أن يبرأ من العيوب كلها بالبراءة، وحكاه بعض أصحابنا رواية عن أحمد بناء على جواز البراءة من المجهول».

- الزيدية: أوضحنا فيم تقدم أن من بين الشروط التي ترفع موجب العقد عند الزيدية: «ما لو شرط البائع على المشتري ألا يرجع عليه عند استحقاق المبيع، أو اشترى، أو باع بشرط أن يفسخ العقد، إن شفع في المبيع» وبيننا أن الشرط فاسد والعقد فاسد على الأرجح.

- ونضيف إلى هذا أنه لو شرط البراءة من العيوب، فإن الزيدية^(١) يرون

(١) المذهب الزيدي يفرق في الحكم بين شرط البراءة من كل العيوب، أو من جنس معين منها:

- فإن تبرأ البائع - أو أبراه المشتري - من كل عيب في المبيع، كأن يقول: «بعتك هذه الدار أو الفرس وأنا بريء من كل عيب فيها، أو خراب، أو لا تصلح للسكنى، أو الركوب، أو نحو ذلك» صح العقد ولغا الشرط، وثبت للمشتري خيار رد المعيب. =

أنه لا يصح شرط البراءة من كل عيب، وكذلك لا يصح شرط البراءة من عيب سيوجد بعد العقد، وقبل القبض؛ لأنه معدوم عند العقد، ويصح شرط البراءة من جنس معين من العيوب أو أجناس معينة، أو قدر معين، بشرط أن يكون العيب موجوداً عند التعاقد، أو حصوله، كالشيء الكامن.

- الإمامية: كما بينا أيضاً: «أن من بين الشروط التي تنافي المشروع عند الإمامية ما لو اشترى شيئاً بشرط أن يكون التلف على البائع متى تلف، أو شرط عدم الخسارة على المشتري، أو شرط إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن» وحكمها بطلان الشرط، وصحة العقد على الأرجح.

ونضيف إلى ذلك أن المذهب الإمامي^(١) يرى أن شرط البراءة من كل عيب صحيح، ويسقط به الرد.

= - أما لو تبرأ البائع من جنس معين من العيوب، أو أجناس معينة، كأن يقول: «بعتك هذه الأرض، وأنا بريء من الصخرات، أو الأشجار، والحفر التي فيها، أو نحو ذلك» صح الشرط، والعقد، وإن لم يذكر قدر ذلك الجنس فببراً منه وما من جنسه وإن كثر، (لعدم) الجهالة حيث كان ذلك العيب الذي تبرأ منه موجوداً، أو مقدراً حصوله كالشيء الكامن - أما إن كان معدوماً فلا يصح التبرؤ منه، والمشتري على خياره، وكذا لو تبرأ من قدر معلوم مثل: «أنا بريء من ثلاث صخرات فيها» وطابق ذلك الموجود فيها، أو نقص أو لم يوجد، أو زاد ولم ينقص القيمة، فإنه يبرأ ويبطل بذلك خيار المشتري.

- أما لو تبرأ البائع مما حدث في المبيع من بعد العقد وقبل القبض كأن يقول: «بعتك منك هذا والتزمت لك بما حدثت فيه من العيب، وكذلك لو عين جنس العيب أو قدره، فيفسد العقد؛ لأنه تبرأ حال العقد بما سيحدث قبل القبض فرفع موجهه.

«التاج المذهب» (٤١٧/٢ - ٤١٨).

(١) جاء في «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» (٣٢٩/١):

«ويسقطن - أي: الرد والأرض معاً - بالعلم به - أي: بالعيب - قبل العقد - فإن قدومه عليه عالماً به رضا بالمعيب... وبالرضا به بعده - غير مقيد بالأرض، وأولى منه إسقاط الخيار، وبالبراءة - أي: براءة البائع - من العيوب ولو إجمالاً - كقوله: «برئت من جميع العيوب» على أصح القولين، ولا فرق بين علم البائع والمترى بالعيوب وجهلهما، والتفريق، ولا بين الحيوان وغيره، ولا بين العيوب الباطنة وغيرها، ولا بين الموجودة حالة العقد والمتجددة حيث تكون مضمونة على البائع؛ لأن الخيار بها ثابت بأصل العقد، وإن كان السبب حيثئذ غير مضمون».

* الإباضية: يرى الإباضية أن المختار في المذهب أن البيع بشرط البراءة لا يجوز حتى يسمي العيوب كلها، ويربها المشتري^(١).

* هذه الأنواع من الشروط التي تنافي موجب العقد ندرجها فيما يلي في نوعين؛ لأن هذا الشرط إما أن يؤدي إلى إسقاط حق قبل وجوبه، أو يترتب عليه تحمل المتصرف نتائج ما خرج عن ملكه.

النوع الأول

شروط تؤدي إلى إسقاط حق للمتعاقد قبل وجوبه.

الأمثلة:

ومن أبرز أمثلة هذا النوع من الشرط صورتان:
ما إذا باع بشرط البراءة من العيوب.
أو باع بشرط ألا يرجع المشتري عليه بالثمن عند الاستحقاق.

الحكم:

اختلف الفقهاء، في حكم هاتين الصورتين. اختلافاً يوجب علينا أن نتناول كلاهما على حدة:

الصورة الأولى

شرط البراءة من العيب

سبق أن بينا آراء الفقهاء في حكم اشتراط البراءة من العيوب، ونرى ترجيح ما ذهب إليه الحنفية، ورواية عن الإمام أحمد - من جواز شرط البراءة من العيب، والإمامية على أصح القولين سواء عم العيوب كلها، أو خص بأن سمي جنساً من العيوب، وسواء كان الإبراء من عيب موجود عند العقد، أو حدث قبل القبض، باطناً، أو ظاهراً في الحيوان، أو في غيره، وذلك لأن القائلين بعدم صحة اشتراط البراءة من جميع العيوب قد استندوا في هذا الحكم إلى ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: «الخبر أوردناه آنفاً عند الشافعية، والحنابلة» وإلى أن الإبراء عن كل عيب إبراء عن المجهول فلا يصح؛ لأن

(١) «شرح النيل» (٤/٢٧١).

الإبراء إسقاط فيه معنى التملك بدليل أنه يرتد بالرد، وهذا آية التملك إذ الإسقاط لا يحتمل ذلك، وتملك المجهول لا يصح، كالبيع ونحوه.

الرد على أدلة القائلين بعدم صحة اشتراط البراءة من العيوب:
تولى فقهاء الحنفية، والحنابلة^(١) والإمامية الرد على هذه الأدلة، ونوضح ذلك فيما يلي:

- أما بالنسبة للخبر المروي عن ابن عمر، وفيه أن عثمان «قضى على ابن عمر بأن يحلف: لقد باعه العبد، وما به داء يعلمه، فأبى أن يحلف، وارتجع العبد...» فإنه يدل على أن عثمان رضي الله عنه يرى جواز البراءة من العيوب الخفية التي لا يعلمها، أما ما يعلمه فإنه لا يصح، ورأى عثمان هذا قد خالفه ابن عمر؛ لأن قد باع بشرط البراءة من العيوب، وهذا قول صحابي قد عارضه صحابي مثله فلا يبقى حجة^(٢).

- أما القول بأن الإبراء عن كل عيب إبراء عن مجهول فلا يصح؛ لأن الإبراء إسقاط فيه معنى التملك...».

فقد رد عليه الحنفية بأن: «الإبراء عن كل عيب، وإن كان في معنى التملك لكن الجهالة لا تمنع صحة التملك لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة، ألا ترى أنها لا تمنع في موضع لا يفضي إلى المنازعة، كما إذا باع قفيزاً من هذه الصبرة، أو عشرة دراهم من هذه النقرة.

وهذا النوع من الجهالة ههنا لا يفضي إلى المنازعة؛ لأن قوله: كل عيب يتناول العيوب كلها، فإذا سمي جنساً من العيوب لا جهالة له أصلاً.
مع أن التملك في الإبراء يثبت ضمناً وتبعاً للإسقاط؛ لأن اللفظ ينبئ عن الإسقاط لا عن التملك، فيعتبر التصرف إسقاطاً لا تملكاً، والجهالة لا تمنع صحة الإسقاطات^(٣) فشرط البراءة من العيوب إسقاط حق لا يحتاج إلى تسليم، فصح في المجهول كالطلاق والعتاق.

(١) وقد جاء في كتاب «الفروع» لابن مفلح الحنبلي (٤٨٦/٢) وفي الانتصار الأشبه بأصولنا أن نصر الصحة، كبراءة من مجهول».

(٢) «الشرح الكبير» (٦٨/٤) (ط - أ).

(٣) «بدائع الصنائع» للكاساني (١٧٢/٥)، «رد المحتار على الدر المختار» لابن عابدين (١٤٧/٤).

- وأيضاً: فإن هذا الشرط يصح بناء على جواز الإبراء عن الحقوق المجهولة، وذلك استناداً لما روت أم سلمة أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: «استهما، وتوخيا، وليحلل كل واحد منكما صاحبه»^(١) فهذا الحديث دليل على جواز البراءة^(٢) من المجهول، فإذا كان شرط البراءة من العيوب كلها يشمل الإبراء عن مجهول، فالإبراء عن المجهول قد جاز بهذا الحديث.

- ويضاف إلى ذلك أن إقدام المشتري على الشراء بشرط براءة البائع من جميع العيوب، دليل على أن مصلحته في تمام هذه الصفقة بهذه الكيفية، وإلا لما جازف بأمواله في سبيل الحصول عليها، والغالب أن المشتري يكون في هذه الحالة في موطن الوثائق من خلو محل العقد من العيوب الجوهرية التي تفقد الصفقة فائدتها وغرضها، كما أن البائع ربما يكون على علم بأن المشتري كثيراً ما يرد السلع إلى أصحابها بعيوب قد يتجاوز عنها الكثير، فرأى وضع هذا الشرط ليسد هذا الباب ويضمن لزوم البيع.

فالشرط يهدف إلى تحقيق غرض مقصود، ويحقق مصلحة مشروعة، وليس هناك ما يمنع من صحته، فكان صحيحاً، أخذاً بعموم ما يدل على وجوب الوفاء بالعقود، والعهود من الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة، وخصوص ما يدل على وجوب الوفاء بالشروط التي لا تحرم حلالاً، ولا تحل حراماً، وهذا هو الذي أرى رجحانه، والأخذ به، وبخاصة أنه يؤدي إلى احترام إرادة المتعاقدين.

رأي القانون:

وبهذا أخذ القانون المدني العراقي فنص في الفقرة الثانية من المادة (٥٦٧) على أنه «إذا اشترط، البائع براءته من كل عيب، أو من كل عيب موجود بالمبيع صح البيع، والشرط، وإن لم يسم العيوب، ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد.

(١) حديث «استهما وتوخيا...» أخرجه أبو داود في سننه ٢٧١/٢ في كتاب الأفضية، والإمام أحمد في المسند ٣٢٠/٦.

(٢) «الشرح الكبير» لابن قدامة (٦٨/٤) (ط - أ)، وفي «بدائع الصنائع» للكاساني (٥/١٧٢) جاء بلفظ: «استهما وأوجبا الحق، وليحلل كل منكما صاحبه».

ومن العيب الحادث بعده قبل القبض، وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث.

ولم أجد ما يقابل هذا النص في القانون المدني المصري، والليبي، وذلك لأن القانون العراقي قد استقى أغلب أحكامه من الفقه الإسلامي.

الصورة الثانية

شرط ألا يرجع عليه بالثمن عند الاستحقاق

أوضحنا آنفاً آراء الفقهاء في هذا النوع من الشرط، وتبيننا أن هذا الشرط باطل عند جمهور^(١) الفقهاء، أما العقد فإنه فاسد عند الحنفية - ورأي للمالكية، والزيدية، ولو طبقنا عليه قواعد الشروط المنافية لمقتضى العقد لكان العقد فاسداً عند الشافعية صحيحاً عند الحنابلة، والإمامية.

والرأي الراجح عند المالكية أن العقد صحيح، ويلغو الشرط، وفي رأي ثالث للمالكية يصح الشرط، والعقد، أي: أن هناك ثلاث آراء: بطلان الشرط والعقد، وبطلان الشرط وصحة العقد وصحة الشرط والعقد:

الترجيح:

ونرى أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من إبطال هذا الشرط وذلك للاعتبارات الآتية:

١ - إن هذا الشرط لو صح ثم استحق المبيع يؤدي إلى ألا يسلم للمشتري الغرض الذي بذل من أجله الثمن، وأنه دفع الثمن بلا مقابل، ومقتضى العقد أن يسلم لكل من المتعاقدين العوض تحقيقاً للغرض، فإن لم يسلم له رجوع على الآخر بما دفعه، فإذا اشترط عدم الرجوع كان الشرط منافياً لمقصود العقد؛ لأن مقصود العقد تبادل العوضين على وجه ثبت فيه الملكية لكل واحد منهما فيما ملكه له المتعاقد الآخر، وإذا كان منافياً لمقصود العقد كان باطلاً.

وإذا كان هناك احتمال أن المتعاقد أراد أن يرأف بحالة المتعاقد الآخر،

(١) كما صرح الحنفية، والمالكية على الرأي الراجح، ويجري على قاعدة الشروط المنافية لمقتضى العقد عند الشافعية، والحنابلة.

فليكن ذلك عند ظهور استحقاق العين، فله في هذه الحالة أن يعفيه من هذا الحق؛ لأن الحق قد أصبح موجوداً فيصح التنازل عنه، أو الإبراء منه، بإجماع الفقهاء.

٢ - إن هذا الشرط يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل؛ لأن المشتري قد دفع الثمن، ولم يأخذ المثل، عن طريق عقد معاوضة، وعقود المعاوضة مبنية على المساواة، وقد أدى الشرط إلى عدم وجود المساواة بأي صورة من صورها، بل إنه قد أبطأها - باعتبار مآله - منذ صدور العقد، فكان العقد معه معاوضة، ولا معاوضة، ومثل هذا الشرط يلغو، ويسقط حتى لا يؤدي إلى ما نهى عنه من أكل أموال الناس بالباطل.

٣ - هذا الشرط قد أثبت عند تحققه أن المبيع كان غير مملوك للمتصرف، وقبول هذا الشرط فيه حض وتغطية من طريق غير مباشر لجهود المتلاعبين، والغاصبين الذين يحصلون على أموال الناس بالباطل، ثم يتصرفون فيها بشرط ألا يرجع عليهم بعوضها عند الاستحقاق.

فالقول بصحة هذا الشرط يؤدي إلى ضرر بمصلحة الفرد، ومصلحة المجتمع.

٤ - أن القول بإبطال هذا الشرط، والرجوع بالثمن عند الاستحقاق تملية روح النصوص الشرعية:

- روى الحسن عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به، وَيَتَّبِعُ الْبَيْعُ مَنْ بَاعَهُ». رواه أحمد، وأبو داود حديث رقم (٣٥٢٩)، والنسائي، وفي لفظ: «إذا سرق من الرجل متاع، أو ضاع منه، فوجده بين رجل بعينه، فهو أحق به، ويرجع المشتري على البائع بالثمن». رواه أحمد، وابن ماجه^(١).

(١) ويراجع: «نيل الأوطار» (٢٤٠/٥) تحت «باب في أن ضمان درك المبيع على البائع إذا خرج مستحقاً» وبشأن سند الحديث قال: «سمع الحسن عن سمرة فيه خلاف قد ذكرناه، وبقيّة الإسناد رجاله ثقات؛ لأن أبا داود رواه عن عمرو بن عوف الواسطي الحافظ شيخ البخاري عن هشيم، عن موسى بن السائب، وثقه أحمد عن قتادة عن الحسن».

فالحديث دليل على رجوع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق. لكل هذه الاعتبارات تؤيد القول بإبطال هذا الشرط - أخذاً برأي جمهور الفقهاء - وبخاصة إن هذا الشرط لا يحقق مصلحة مشروعاً لأي من المتعاقدين، وقد يترتب عليه ضرر بالأفراد، وبالمجتمع.

* كما تؤيد القول بصحة العقد، أخذاً برأي المالكية، والإمامية على الرأي الراجح عندهما، والزيدية على رأي مرجوح - ويكون حكمه في ذلك حكم بقية الشروط التي رجحنا بطلانها كاشتراط سلف وبيع.

رأي القانون

هناك اتجاهان في التقنيات، اتجاه يقترب من الفقه الإسلامي، واتجاه بعيد عنه في بعض صورته:

أما الأول: (وهو الذي يقترب من الفقه الإسلامي) فهو اتجاه التقنين العراقي: حيث نصت المادة (٥٥٧) من القانون المدني العراقي على أنه:

- ١ - إذا اتفق على عدم الضمان، بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ عن فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك.
- ٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير، فإن البائع يكون مسؤولاً عن رد الثمن فقط. وهو في هذا الحكم لا يخرج عما قرره الفقه الإسلامي.

وأما الاتجاه الثاني: (وهو الذي يبعد عن الفقه الإسلامي) فهو ما قرره التقنين المدني المصري وبعض القوانين الأخرى:

- أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة (٤٤٦) على أنه: إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ عن فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق بغير ذلك.
- ٣ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير، فإن البائع يكون مسؤولاً عن رد قيمة المبيع، وقت الاستحقاق، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق، أو أنه اشترى ساقط الخيار.

ومثل هذا النص ما ورد في القانون المدني الليبي المادة (٤٣٤، ٤٣٥) والسوري (٤١٣، ٤١٤) واللبناني (٤٣٠ - ٤٣٢، ٤٣٩) والحكم متفق في الجميع مع القانون المدني المصري.

ويتضح من هذه المادة ما يلي :

- أن البائع إذا اشترط على المشتري إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقاً، فإنه لا يكون مسؤولاً إذا استحق المبيع كله، أو بعضه، ولكنه مع ذلك يكون مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك (م - ٤٤٦ - ١) كما أنه يكون مسؤولاً إذا تعمد إخفاء حق لأجنبي يعلم أنه موجود وقت البيع - كمالو كان على المبيع حق ارتفاق خفي لعقار مجاور - ويضمن للمشتري الاستحقاق الناشئ من ظهور هذا الحق رغم اشتراط البائع إسقاط لضمان (المادة ٤٤٥)^(١).

- إذا اشترط البائع إسقاط الضمان، واستحق المبيع دون أن يتعمد البائع إخفاء سبب الاستحقاق عن المشتري، فإن البائع يبقى مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق بالرغم من شرط إسقاط الضمان، فيكون هذا الشرط بمفرده لا يعفي البائع إلا من المسؤولية عن التعويض، مع بقاء المسؤولية عن رد قيمة المبيع...

- إذا أراد البائع الذي لم يتعمد إخفاء سبب الاستحقاق عن المشتري إعفاء نفسه أيضاً من قيمة المبيع وقت الاستحقاق فلا يكفي أن يشترط إسقاط الاستحقاق، بل يجب أن يثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق، أو يثبت أن المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار، أي: عالماً بأن البيع احتمالي، وقد أقدم عليه مخاطراً، ففي هاتين الحالتين يكون البيع عقداً احتمالياً أقدم عليه المشتري محتملاً خطره، وقد روعي ذلك بطبيعة الحال في تقدير ثمن المبيع^(٢).

* وعلى ضوء دراستنا لهذا النوع من الشرط في الفقه الإسلامي فإننا نرى الأخذ بما يوافق من أحكام، وأقرب هذه التقنيات ما ذهب إليه القانون المدني العراقي، أما القوانين الأخرى فقد أقرت في بعض الصور ما لا يتفق وبعض أحكام الفقه الإسلامي مثل الحالة الأخيرة، والتي تؤدي إلى بيع الغرر، وبيع الغرر منهي عنه.

(١) «الوسيط» للدكتور السنهوري (٦/٦٩٦) (ط دار النشر للجامعات).

(٢) «الوسيط» للدكتور السنهوري (٧/٧٠٦ - ٧٠٩).

النوع الثاني

شروط تؤدي إلى تحمل الناقل للملكية

نتائج ما سيحدث لما خرج عن ملكه

الأمثلة:

- اشترى أرضاً على أن خراجها على البائع.
- اشترى عبداً على أن تكون سرقة على البائع أبداً، أو جنونه عليه.
- اشترى شيئاً، وشرط ألا خسارة عليه، أو شرط أن يكون التلف على البائع متى تلف.
- اشترى شيئاً، وشرط على البائع أنه إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن.
- اشترى بشرط أنه متى نفق المبيع وإلا رده.
- اشترى، أو باع بشرط أن يفسخ العقد أن شفع في المبيع.

الحكم، والترجيح:

سبق أن بينا آراء المذاهب في حكم هذه الصور، وبيننا أنهم اتفقوا على إبطال هذه الشروط، أما العقد، فهو فاسد عند الحنفية، والزيدية، وتطبيق حكم الشروط المنافية لمقتضى العقد عند الشافعية يقضي بطلانه. وأما المالكية، والحنابلة، والإمامية، فإنهم يرون صحة العقد، وإبطال الشرط، وهذا ما نراه راجحاً وذلك لأنه إذا صدر العقد صحيحاً مستوفياً لأركانه وشرائطه المعتبرة شرعاً انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع، وهذه الملكية تثبت للمالك حقوقاً فيما ملكه، وتحمله واجبات ومن هذه الحقوق التصرف فيما ملكه بالطرق التي يراها كفيلة بتحقيق مصلحته في إطار ما شرع الله لنا.

وطبيعي أن يتحمل الإنسان - وقد وهبه الله هذه الحرية - نتيجة تصرفه ربحاً، أو خسارة، زيادة في المعقود عليه، أو تلفاً له كلاً، أو بعضاً، قال تعالى: ﴿وَلَا نُزِدُ وَازِرَةً وَنَزِدُ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤]، ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة: ٢٨٦] وقال: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨].

فإذا أراد أن يحمل غيره هذه النتيجة كان هذا منافياً للنتائج المترتبة على حق المتصرف الناتج عن ملكيته للمعقود عليه بمقتضى هذا العقد، هذا الحق الذي أثبت له الشارع، وجعل العقد منتجاً له، ولذلك كان الشرط الذي يؤدي إلى مخالفة هذا باطلاً.

كما أنه وقد ملك الأرض بالعقد، وأصبحت في ضمانه، ينتفع بها، وبما تنتجه، فإنه يلزمه أن يؤدي حق الله، فإن كانت الأرض خراجية دفع خراجها، وإن كانت عشرية دفع عشر - أو نصف عشر -^(١) ما يخرج منها؛ لأن الخراج، والعشر وظيفة للأرض، ويقوم بسددها المالك.

كما أنه لو غصب شخص منه هذا المال، أو شفع فيه شفيع، فقد رسم الشارع له طريق الحصول على حقه، فقد قال عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(٢) وقال: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبأ ولا جاداً، ومن أخذ عصا أخيه فليردها عليه»^(٣).

فالغاصب هو الذي يتحمل نتيجة غصبه، أما أن يشترط ذلك على البائع فإنه شرط لا يقره عقل، ولا شرع، فكان لذلك باطلاً.

كما أن الشفيع حين يأخذ الدار بالشفعة، فإنه يلزمه أن يدفع جميع ما دفعه المشتري من ثمن لها، فاشتراط أن يفسخ العقد إن شفع فيها ليس له من نتيجة تذكر، ولا مصلحة ترجى ما دام الثمن سيصل إليه من الشفيع، وعلى كلا الحالين لن يأخذ إلا الثمن من الشفيع، أو من البائع، فهذا الشرط أيضاً وجوده وعدمه سواء بالنسبة للمشتري؛ لأنه في الحالين لن يصل إلى السلعة، ولن يصل إليه سوى الثمن، فكان لذلك باطلاً.

وهذا الشرط أيضاً: لا يفيد البائع؛ لأن البائع حين أقدم على البيع كان يبغى تحقيق مصلحة له، فإذا شرط هذا الشرط - وهو الفسخ إن شفع في المبيع - وقلنا: بصحته لعادت السلعة إليه مرة أخرى، ولم يتحقق غرضه. وبجانب هذا فإنه لن يستطيع أن يبيعها دون أن يكون للشريك أو الجار (عند

(١) «الاختيار شرح المختار» (١١٤/١) والعشر إن سقيت بماء السماء أو الأنهار، ونصف

العشر إن سقيت بغرب أو دالية، وما شابهها مما يحتاج إلى إنفاق.

(٢) أخرجه أبو داود عن سمرة، حديث رقم (٣٥٥٦).

(٣) أخرجه أبو داود عن عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده، حديث رقم (٤٩٦٤).

من يقول: بأن له الشفعة) الحق في المطالبة بالشفعة، وإن كان يخشى أذاه فهو قائم وموجود ما دام هناك شركة، أو جوار، فالشرط لا يفيد شيئاً؛ لذلك كان الشرط لغواً، ويصح العقد.

الآثار المترتبة على بطلان الشرط في المجموعتين:

يطبق في هذا ما سبق أن أوضحناه في المواضع التي يبطل فيها الشرط، ويصح العقد - كاشتراط قرض وبيع - أخذاً بمذهب الحنابلة.

النوع الثالث

شرط يؤدي إلى مخالفة نص شرعي

الشرط الذي يؤدي إلى مخالفة نص شرعي لم يحظ بكثير من الأمثلة في الفقه الإسلامي، ولعل من أبرز أمثله: «اشتراط الولاء للبائع، كما لو باع جارية، وشرط على المشتري أن يكون الولاء له عند عتقها» واشتراط سلف في بيع، وقد تناولنا فيما سبق بيان الحكم في هذه الصورة، ورجحنا بطلان الشرط وصحة العقد للنهي عن بيع وسلف، وهنا نبرز الحكم في المثال الأول.

سبق إيضاح رأي الفقهاء^(١) في حكم هذا الشرط، وقد أجمعوا على إبطال هذا الشرط؛ لأن الرسول ﷺ قد أبطله في خبر بريرة رضي الله عنها، أما العقد فقد اختلفوا في حكمه، فالحنفية، والشافعية قالوا: بفساده، للنهي عن بيع، وشرط، وقال بصحته جمهور الفقهاء «المالكية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية على الأصح، والإباضية على الأصح».

وقد استند القائلون بصحة العقد المقترن بهذا الشرط إلى أن الرسول ﷺ في خبر بريرة^(٢) أبطل شرط الولاء وأجاز العقد، ونظراً إلى أن العلماء قد اختلفوا في اشتراط الولاء في هذا الخبر، فإننا نناقش فيما يلي آراء المخالفين في وقوع هذا الشرط.

(١) الحنفية (ص ٢٢٧)، والمالكية (ص ٢٧٢)، والشافعية (ص ٢٩٦)، والحنابلة (ص ٣٢٥)، والظاهرية (ص ٣٦٤)، والزيدية (ص ٣٩٩)، والإمامية (ص ٤٣٤)، والإباضية (ص ٤٧٥).

(٢) سبق نص الحديث (ص ٣٢٧) كما سبق أن رجحنا اشتراط العتق في هذا الخبر (ص ٤٤٥ - ٤٤٦).

مناقشة اشتراط الولاء في خبر بريرة رضي الله عنها:

نفى بعض الفقهاء اشتراط الولاء في الخبر - كما سبق أن تعرضنا له في موضعه - معتمدين في ذلك على ما يأتي:

أولاً: قالوا: إن قوله ﷺ: «واشترطي لهم الولاء» قد انفرد هشام بهذه الرواية، فيحتمل أن يكون قد وقع في وهم، لأنه ﷺ لا يأذن فيما لا يجوز، كما قالوا: إن هذا الشرط لم يقع في العقد بل كان سابقاً، أو متأخراً.

ويجيب عن هذا: بأن رواية الاشتراط جاءت من طرق كثيرة صحيحة تدل على اشتراط الولاء، وأنه كان في العقد:

فقد جاء في البخاري^(١) حدثنا عبد الله بن مسلمة، حدثنا الليث، عن ابن شهاب، عن عروة أن عائشة أخبرته أن بريرة جاءت عائشة تستعينها في كتابتها، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً، قالت: لها عائشة، ارجعي إلى أهلك، فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك، ويكون ولاؤك لي فعلت. فذكرت ذلك بريرة إلى أهلها فأبوا، وقالوا: إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل، ويكون لنا ولاؤك، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال لها: «ابتاعي فأعتقي، فإنما الولاء لمن أعتق». وقد أدرج البخاري هذا الحديث تحت (باب الشروط في البيع) لينبه إلى أن كلام عائشة وأصحاب بريرة كان في البيع، والشراء، لا في قضاء الكتابة، ويدل على هذا قوله ﷺ لعائشة: «ابتاعي فأعتقي».

كما روي من طريق آخر بنفس المرجع^(٢) بلفظ: حدثنا خلاد بن يحيى، حدثنا عبد الواحد بن أيمن المكي عن أبيه، قال: دخلت على عائشة رضي الله عنها قالت: «دخلت على بريرة وهي مكاتبه، فقالت: يا أم المؤمنين اشتريني، فإن أهلي يبيعونني فأعتقيني، قالت: نعم، قالت: إن أهلي لا يبيعونني حتى يشترطوا ولائي، قالت: لا حاجة لي فيك، فسمع النبي ﷺ أو بلغه. فقال: «ما شأن بريرة؟». فقال: «اشتربها فأعتقها... وليشترطوا ما شاءوا» قالت: فاشتربتها فأعتقتها، واشترط أهلها ولاءها، فقال النبي ﷺ: «الولاء لمن أعتق وإن اشترطوا مائة شرط».

(١) (٧٧/٢) حاشية السندي (ط - أ).

(٢) البخاري حاشية السندي (٧٩/٢).

كما جاء في «صحيح مسلم»^(١) من طريق آخر بلفظ: حدثنا يحيى بن يحيى قال: قرأت على مالك عن نافع، عن ابن عمر، عن عائشة أنها أرادت أن تشتري جارية تعتقها، فقال أهلها: نبيعكها على أن ولاءها لنا، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «لا يمنعك ذلك، فإنما الولاء لمن أعتق...»

فالحديث متفق على صحته، وكل هذه الروايات الصحيحة الواردة من طرق مختلفة تنطق باشتراط الولاء، وتؤيد رواية هشام بن عروة، فضلاً عن أن هشاماً ثقة حافظ^(٢).

كما أن جميع الروايات تدل على أن الشرط كان في العقد، وذلك يتضح مما يأتي:

- رواية الليث عن ابن شهاب جاء فيها: «إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل، ويكون لنا ولاؤك» وهذا اللفظ ظاهر، وواضح في أن أهلها رضوا ببيعها لتعتقها على أن يكون الولاء لهم.

ورواية عبد الواحد بن أيمن جاء فيها: «إن أهلي لا يبيعونني حتى يشترطوا، ولائي». وقول الرسول ﷺ لعائشة: «اشترىها فأعتقها، وليشترطوا ما شاءوا».

ومثل ذلك رواية نافع عن ابن عمر: «فقال أهلها ونبيعكها على أن ولاءها لنا».

وكذلك رواية هشام بن عروة التي جاء فيها: «فأخبرت عائشة النبي ﷺ فقال: «خذبيها واشترطي لهم الولاء، فإنما لولاء لمن أعتق» ففعلت عائشة...»^(٣).

فهذه الروايات جميعها صحيحة، وقد تضافرت على أن شرط الولاء كان في العقد، وأن الشرط قد أبطله الرسول ﷺ وأجاز العقد.

ثانياً: وقالوا: «نسلم بأن هذا الشرط قد وقع في العقد، ولكن هذا

(١) (١٣٩/١٠ - ١٤٠) شرح النووي.

(٢) «نيل الأوطار» (١٨١/٥).

(٣) البخاري حاشية السندي (٧٧/٢ - ٧٨).

الحكم كان خاصاً بقصة السيدة عائشة مع بريرة رضي الله عنها، وذلك ليقطع العادة التي كانوا عليها من جواز اشتراط الولاء لغير المعتقد، وذلك كما خص الشارع فسخ الحج إلى العمرة بالصحابة لبيان أنها جائزة في أشهر الحج.

فيجاب عنه بأن الأصل في النص أن يكون عاماً، والتخصيص لا يثبت إلا بدليل، وليس هناك دليل على أن هذا الحكم كان خاصاً بعائشة في هذه القصة، وأما جعل هذا الحكم خاصاً كفسخ الحج إلى العمرة... فقد أجيب عنه بأنه استدلال بمختلف فيه على مختلف فيه، وهذا لا يصلح في الاستدلال، ولا يسلم به.

ثالثاً: وأما قولهم: «أن لهم في قوله لَكُمْ»: «اشترطي لهم الولاء» بمعنى عليهم كما في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾.

فقد ضعفه ابن دقيق العيد، كما ضعفه النووي^(١) قائلاً: «وهو ضعيف لأنه رضي الله عنه أنكر عليهم الاشتراط، ولو كان كما قاله صاحب هذا التأويل: لم ينكره، وقد يجاب عنه بأنه رضي الله عنه إنما أنكر ما أرادوا اشتراطه في أول الأمر».

إلا أن لفظ الحديث ينفي هذا الاعتراض، لأن قوله لَكُمْ في حديث هشام: «خذيها، واشترطي لهم الولاء» دليل على أن الشرط قد وقع فعلاً في العقد، وليس مجرد رغبة ثم تراجعوا عنها، ومثل: «اشتربيها فأعتقيها، وليشترطوا ما شاءوا» وباقي الروايات تؤيد هذا.

* وبعد الرد على هذه الاعتراضات على الاستدلال بالحديث على إبطال شرط الولاء، وصحة العقد، يبقى هناك تساؤل:

كيف يأذن النبي ﷺ بشرط فاسد في البيع؟

وللرد على ذلك أجاب بعض العلماء بما يأتي: «أن النبي ﷺ قد كان أعلم الناس أن اشتراط الولاء باطل، واشتهر ذلك بحيث لا يخفى على أهل بريرة، فلما أرادوا أن يشترطوا ما تقدم لهم العلم ببطلانه، أطلق الأمر مريداً به التهديد، كقوله تعالى: ﴿أَعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ﴾ [فصلت: ٤٠] فكأنه قال اشترطي لهم الولاء فسيعلمون إن ذلك لا ينفعهم، ويؤيد هذا ما قاله رضي الله عنه بعد ذلك «ما

(١) في «شرح مسلم» (١/١٤٠).

بال رجال يشترطون شروطاً... الحديث، فوبخهم بهذا القول، مشيراً إلى أنه قد تقدم منه بيان إبطاله، إذ لو لم يتقدم منه ذلك لبدأ ببيان الحكم لا بالتويخ لعدم المقتضى له، إذ هم يتمسكون بالبراءة الأصلية.

ويمكننا أن نضيف إلى هذا الرد: أن قول بريرة - في رواية عبد الواحد بن أيمن المكي - «قالت: إن أهلي لا يبيعونني حتى يشترطوا ولائي» قد يدل على أنها على علم بأن هذا الشرط باطل، وأن أهلها يقيمونه كعقبة أمام خلاصها من بين أيديهم، وكأنها كانت يائسة من بيعها بهذا الشرط.

وقول السيدة عائشة رداً عليها: «لا حاجة لي فيك» قد يدل أيضاً: على أنها تعلم أن هذا الشرط باطل، وأنها لا حاجة بها إلى صفقة تحتوي على شرط باطل، وذلك لأن عائشة، وهي المتبرعة والمتفضلة والراضية بعقبتها بعد شرائها، وتخليصها من ربة الرق لا تضمن في سبيل هذه المعاني الكريمة الكبرى أن تشترط شرطاً آخر إذا كان هذا الشرط مشروعاً، وإن كانت فائدته بالنسبة لها معدومة، فقد ضحت بما لها في سبيل عقبتها، فقولها: «لا حاجة لي فيك» دليل على سبق علم عائشة أن شرط الولاء لغير المعتقد باطل.

- ويؤيد ذلك أنه عندما علم الرسول ﷺ بما يريده أصحاب بريرة بادر إلى شيئين: أولهما: أنه أمر السيدة عائشة بشرائها، وأن يشترطوا ما شاءوا، وثانيهما: أنه خطب الناس منبهاً ومحذراً وناعيماً عليهم مخالفتهم لأوامر الله وأحكامه باشتراطهم شروطاً ليست في كتاب الله... وقائلاً لهم: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط»^(١).

ثم تأكيده هذا الحكم بقوله: «وإنما الولاء لمن أعتق» في جملة خبرية مؤكدة بأن: إنما هو لقطع دابر الشك من عقول الشاكين في أن هذا الحكم هو حكم الله تعالى، وإلا لبرز لنا في خطبته ﷺ ما يدل على أن هذا الحكم لم يكن مقرراً من قبل، وأنه كان مباحاً، ولكنه من اليوم أصبح حراماً، كقوله ﷺ: «قد كنت نهيتكم عن زيارة القبور فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه، فزوروها، فإنها تذكركم بالآخرة»^(٢) رواه الترمذي وصححه.

(١) «نيل الأوطار» للشوكاني (١٨١/٥)، ويراجع: «شرح مسلم» لنووي (١٤٠/١٠).

(٢) «نيل الأوطار» للشوكاني (١٠٩/٧).

فقد أشار الرسول عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام - إلى الحكم السابق ثم بين الحكم الجديد، ليرسخ في الأذهان، ويقر في العقول، أما في خبر بريرة رضي الله عنها فإن الأمر مختلف، فإن الحكم كان معروفاً، ولكن أولياء بريرة أرادوا مخالفته فأكد للناس هذا الحكم بصيغة قاطعة تحمل معنى التهديد.

النتيجة:

ويخلص لنا مما تقدم أن الشرط الذي يخالف نصاً شرعياً باطل، وأن العقد الذي يقترن بهذا الشرط صحيح.

مقارنة هذا الحكم بالقانون الوضعي:

سبق أن أوضحنا (ص ١٣) أن الاستحالة القانونية: هي أن يكون الشيء المشروط ممكن الحدوث في ذاته، غير أنه يصادم نصاً أو مبدأ قانونياً يمنع تحققه، فاشتراط هذا الشرط في العقد يختلف أثره باعتبار نوع الشرط - فاسخاً، أو واقفاً - فإن كان الشرط فاسخاً فإن الشرط يبطل، ويصح العقد - . ومن هذا يتبين لنا أن القانون الوضعي لم يختلف في حكمه على الشرط المستحيل استحالة قانونية عن حكم الفقه الإسلامي على هذا النوع.

النوع الرابع

شرط غير المقذور

انفرد الإمامية بإبراز هذا الشرط في الفقه الإسلامي، وقد سبق أن أوضحنا حكمه عندهم في المبحث السابع (ص ٤٢٨) وبيننا أن هذا الشرط باطل، وأنهم اختلفوا في أثره على العقد إلى رأيين:
الأول: أن هذا الشرط يبطل العقد، والثاني: أنه لا يبطله.

وقد مثلوا له: «بما لو شرط عليه أن يجعل الرطب تمرأ، أو أن الزرع يبلغ السنبيل، أو شرط حمل الدابة إلى مكان بعيد لا يتيسر لمثلها بلوغه، أو باع حاملاً، وشرط وضعها في يوم معين»^(١).

(١) جاء في «تذكرة الفقهاء» (١٨٨/٧) قسم ٢: «لو باع حاملاً، وشرط وضعها في يوم معين لم يصح البيع؛ لأنه غير مقذور عليه، وهو قول الشافعي».

وبينوا أن وجه الاستحالة فيه أنه ليس في مقدور البائع أن يفي بهذا الشرط؛ لأنه لا يدخل في نطاق قدرته، بخلاف ما لو شرط تبقيّة الرطب أو الزرع حتى يصير تمراً أو سنبلًا، فإنه يصح؛ لأن تبقيته إلى هذا الوقت تدخل في مقدوره، وينصرف ذلك إلى الوقت المتعارف لبلوغ هذا الزرع، وهذا الثمر.

ونرى ترجيح القول بصحة العقد مع بطلان الشرط قياساً على الشرط المخالف للنص كما ورد في خبر بريرة رضي الله عنها حيث أبطل الرسول ﷺ الشرط وأجاز العقد.

نظرة عامة على الشرط المستحيل في الفقه الإسلامي:

إطلاقات على الشرط المستحيل:

١ - يعبر فقهاء الفقه الإسلامي عن الشرط المستحيل تارة بالشرط غير المقدور، وأخرى بالشرط غير الممكن، والمؤدى في الجميع واحد، وهو عدم المقدرة على الوفاء بالشرط.

فقد عبر عنه القرافي في «الفروق» بغير الممكن (٧٥/١) حيث يقول: «القاعدة الأولى: أن من شرط الشرط إمكان اجتماعه مع المشروط، لأن حكمة السبب في ذاته، وحكمة الشرط في غيره، فإذا لم يمكن اجتماعه معه لا تحصل فيه حكمته».

وعبر عند الإمامية بالشرط غير المقدور كما رأينا.

كما عبر عنه ابن نجيم في الأشباه، والنظائر بالمستحيل (ص ٢٠١): «وشرط صحة التعليق كون الشرط معدوماً على خطر الوجود، فالتعليق بكائن تنجيز وبالمستحيل باطل...».

تقسيمات الاستحالة في الفقه الإسلامي:

سبق أن أوضحنا أن القانون الوضعي يقسم الاستحالة إلى استحالة قانونية واستحالة مادية، والمادية تنقسم إلى استحالة مطلقة، واستحالة نسبية، فهل هذه التقسيمات موجودة في الفقه الإسلامي؟

أنواع الاستحالة في الفقه الإسلامي

الاستحالة القانونية: الشرط المستحيل استحالة قانونية حسب اصطلاح القانونيين موجود في الفقه الإسلامي وقد أوضحناه آنفاً، وهو الشرط الذي يخالف النصوص الشرعية، وبيننا أن الشارع قد أبطل هذا النوع من الشرط بقوله عليه الصلاة والسلام: «... ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق»^(١).

الاستحالة المادية: وهذا النوع من الاستحالة موجود في الفقه الإسلامي ووجوده وأبحاثه مدعمة بالنصوص من الكتاب الكريم والسنة النبوية المطهرة ويتضح ذلك من أن:

مناط التكليف القدرة:

إن قواعد الشريعة الإسلامية تجعل التكليف منوطاً بالقدرة على القيام بما كلفنا به وحين تعجز قدرة الإنسان عن الوفاء بما طلب منه عجزاً جزئياً، أو كلياً يتأثر التكليف بذلك. قال تعالى: ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣] كما قال ﷺ بعد آية المداينات ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ...﴾ إلى أن قال جل شأنه: ﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ...﴾ [آخر البقرة] كما قال: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

فالتكليف في العبادات، والمعاملات منوط بالقدرة على القيام بما كلفنا به، ولعل ذلك هو السبب في عدم العناية بإيراد أمثلة عند فقهاء المذاهب (عدا الإمامية) للشرط المستحيل في مبحث الشروط المقترنة بالعقد، كغيره من الشروط، وذلك لأن بطلان اشتراط الأمر المستحيل أمر بدهي عقلاً وشرعاً.

(١) تقدم تخريجه آنفاً في حديث بريرة.

الاستحالة المادية بنوعها موجودة في الفقه الإسلامي :

فقد جاء في «شرح مجلة الأحكام العدلية» عند شرح المادة (٣٨) التي تنص على أن «المتنع عادة كالممتنع حقيقة» ما يأتي: «يعني أن ما استحال عادة لا تسمع الدعوى به كالمستحيل عقلاً... وشرط كون الدعوى مما يحتمل الثبوت، فالدعوى بما يستحيل وجوده عقلاً، أو عادة باطلة، كقوله لمعروف النسب، أو لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابني، وظهوره في المستحيل العادي، كدعوى معروف بالفقر أموالاً عظيمة على آخر أنه أقرضه إياها دفعة واحدة، أو غضبها منه، فالظاهر عدم سماعها - در مختار -

ومن هذا يتبين لنا أن الفقه فرق بين الاستحالة العادية، والاستحالة الحقيقية كما نقل عن ابن عابدين في «الدر المختار» فالاستحالة الحقيقية، هي كون الشيء لا يتصور وجوده عقلاً، كقول رجل في العشرين لآخر يقاربه في السن، أو يزيد قليلاً هذا ابني، فإن العقل يحكم فوراً باستحالة هذا الادعاء، وقد يتصور وجوده عقلاً، كما لو ادعى رجل معروف بالفقر أن فلاناً المعروف بالغنى قد اقترض منه - أو غضب - أموالاً عظيمة، فإن هذا الادعاء مستحيل عادة، ولكن العقل قد يتصور حدوثه كما لو كان هذا الشخص قد عثر على مال فجأة، ولا يعلم به أحد سواه، ثم غضبه منه هذا الغنى.

* فالفقه الإسلامي يقسم الاستحالة إلى استحالة عقلية، واستحالة عادية.

الاستحالة العقلية هي الاستحالة الحقيقية. ويقصد بها تلك الاستحالة الناتجة عن مخالفة نوااميس الطبيعية وقوانينها، وهذه الاستحالة هي بعينها الاستحالة المطلقة التي نص عليها شراح القوانين الوضعية.

أما الاستحالة العادية، ويقصد بها تلك الاستحالة الناتجة عن ظروف محيطية بالإنسان قابلة للتغيير، فإنها بعينها الاستحالة النسبية التي نص عليها شراح القوانين الوضعية.

ومن هذا يتبين لنا أن تقسيمات الفقه الوضعي للاستحالة لم تخرج عما قرره فقهاء الفقه الإسلامي.

موقف الفقه الإسلامي من الشرط المستحيل استحالة عقلية أو عادية:
بعد أن أوضحنا أنواع الاستحالة في الفقه الإسلامي يلزمنا أن نبين
موقف هذا الفقه من حكم الشرط المستحيل عقلاً، والمستحيل عادة.

حكم اشتراط أمر مستحيل استحالة عقلية:

ولبيان ذلك نعود مرة أخرى إلى الشرط غير المقدور عند الإمامية،
وخاصة الأمثلة التي أوردها المذهب، ومن هذه الأمثلة يتبين لنا أن المراد
بالشرط غير المقدور الشرط المستحيل استحالة عقلية؛ لأن اشتراط المشتري
على البائع أن يجعل الرطب تمرأ، أو الزرع سنبلأ، أو اشتراط حمل الدابة
فيما بعد، مما يخرج عن مقدرة الإنسان سواء شرط عليه أن يبلغ ذلك بفعله أم
بفعل الله ﷻ، لا اشتراكهما في عدم قدرته على الوفاء بهما، ومعنى عدم
مقدرته على الوفاء بالشرط، أنه يستحيل عليه الوفاء به؛ لأن قدرته البشرية لا
تمكنه من القيام به، فكان شرطاً مستحيلأ استحالة عقلية فكان باطلاً أما لو
شرط عليه أمرأ يدخل في مقدوره، كما لو شرط عليه تبقية الزرع إلى أوان
السنبل، فإنه يجوز..

حكم اشتراط أمر مستحيل استحالة عادية (نسبية):

أما إذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر أمرأ مستحيلأ استحالة عادية -
ونستعير لذلك مثلاً من شراح القانون الوضعي - كما لو اشترط عليه أن يخترع
دواء لمرض مستعص، أو شرط عليه أن يعبر النهر سياحة وهو لا يجيد
السياحة - فإننا نرى أن هذا النوع من الشرط يكون صحيحأ؛ لأنه يمكن
للإنسان بمقدرته البشرية أن يحقق هذا الشرط فهو شرط يعتبر مقدوراً عليه في
الجملة. وقد يكون الهدف منه حفز المشروط عليه إلى اكتساب معرفة، أو
تحقيق خير للبشرية، وأنه كذلك لا يخرج عن الشرط الذي يؤدي إلى إيجاب
عمل في غير المعقود عليه، كخياطة ثوب، أو صياغة فضة...

وقد سبق أن أوضحنا صحة هذا الشرط، وبيننا (ص ٥٣٥) أنه إن تعذر
عليه القيام به، فإن للمشرط أن يرجع عليه بعوض ذلك، وتطبيق هذا الحكم
مقبول في هذا النوع من الشرط؛ لأنه ممكن عقلاً، وغير مقبول في الاستحالة

الحقيقية؛ لأنه غير مقبول عقلاً، ولا يتصور الوفاء به، ولا يعترض على ذلك بما سبق أن أوردناه من أن «المستحيل عادة كالمستحيل حقيقة» وذلك لأن هذا النص كان بصدد بيان شرط سماع الدعوى، على أن «الدر المختار» لم يجزم بذلك بل قال: «فالظاهر عدم سماعها» مما يبين أن هذا الحكم مختلف فيه، وأن هناك قولاً بسماع الدعوى إن كان الأمر مستحيلاً استحالة عادية.

حكم الشرط المستحيل في القانون:

قد سبق أن بينا (ص ٣١) حكم الشرط الفاسخ إذا كان أمراً مستحيلاً، وقلنا: أنه لا يؤثر في قيام العقد.

كما أوضحنا أن المراد بالشرط المستحيل الذي يبطل، ولا يبطل العقد، الشرط المستحيل استحالة قانونية، أو استحالة مطلقة.

وبهذا يتبين لنا أن القوانين الوضعية لا تخرج عن الأحكام التي قررها الفقه الإسلامي في حكم هذا النوع من الشرط.

النوع الخامس

شرط يؤدي إلى محذور

أوضحنا فيما تقدم آراء المذاهب^(١) في حكم هذا النوع من الشرط، وقد ضربوا لها أمثلة من بينها:

ما لو باع داراً، واشترط على المشتري اتخاذها داراً للفساد، أو باعه إناء بشرط أن يجعل فيه خمراً، أو سيفاً بشرط أن يقطع به الطريق... أو اشترى العنب على أن يعصره البائع خمراً.

وقد أجمع الفقهاء على أن الشرط الذي يؤدي إلى أمر غير مشروع يكون باطلاً، أما العقد: فقد اختلفوا في حكمه، فالحنفية، والمالكية،

(١) سبق إيضاح رأي الحنفية (ص ٢٢٤)، والمالكية (ص ٢٦٣)، والشافعية (ص ٢٩٦)، والزيدية (ص ٣٨٥)، والإمامية (ص ٤٣٢)، والإباضية (ص ٤٧٥) نصوا على أنه يلزم لصحة الشرط أن يحل تملك المشروط كما يراجع للحنابلة «الشرح الكبير» لابن قدامة المقدسي (٥٦/٤ - ٥٧) (ط - أ).

والشافعية، والزيدية، والظاهرية يرون فساده، والحنابلة والإمامية والإباضية يرون صحته.

ونرى ترجيح القول بصحة العقد وإبطال الشرط قياساً على ما جاء في خبر بريرة رضي الله عنها حيث أبطل الرسول عليه الصلاة والسلام - شرط الولاء وأجاز العقد، وشرط الولاء شرط غير مشروع، وكذلك اشتراط ما يؤدي إلى محذور، هو شرط غير مشروع فيبطل ويصح العقد.

ودل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط...» والمراد بالشرط الذي ليس في كتاب الله تعالى، الشرط الذي يفضي إلى أمر يخالف حكم الله^(١)، وينافي ما شرعه سواء أكان ذلك في كتاب الله أم في سنة رسوله عليه الصلاة والسلام.

وفي هذا يقول ابن القيم في «أعلام الموقعين» (٢/٣٨ - ٣٩): «ومعلوم أنه ليس المراد به (أي بكتاب الله) القرآن، فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن، بل علمت من السنة، فعلم أن المراد بكتاب الله حكمه، كقوله: ﴿كَتَبَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم «كتاب الله القصاص»^(٢)، في كسر السن، فكتابه تعالى يطلق على كلامه، وعلى حكمه الذي حكم به على لسان رسوله، ومعلوم أن كل شرط ليس في حكم الله فهو مخالف له فيكون باطلاً، فإذا كان الله جل شأنه ورسوله صلى الله عليه وآله وسلم، قد حكم بأن الولاء للمعتق - بكسر التاء - فشرط خلاف ذلك يكون شرطاً مخالفاً لحكم الله...».

ومن هذا يتبين لنا أنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط - أي أن يكون مشروعاً - حتى يصح اشتراطه، ويجب الوفاء به، أما إن كان المشروط حراماً، فإنه يبطل اشتراطه، ويصح العقد قياساً على صحته في خبر بريرة رضي الله عنها.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

هذا الشرط الذي يؤدي إلى ارتكاب أمر غير مشروع يوافق في القانون

(١) سبق أن أوضحنا رأي الإمام ابن تيمية في معنى الحديث (ص ٣١٢).

(٢) رواه البخاري في: ٦٥ - كتاب التفسير: ٥ - سورة المائدة: ٦ - باب الجروح قصاص، ومسلم. ح. ق: ١٠٣٠ (المختصر)، وأبو داود. ح. ق: ٤٥٩٥.

الوضعي الشرط الذي يخالف النظام العام من حيث الاصطلاح لا من حيث الموضوع.

وقد سبق أن أوضحنا (ص ٢٨) حقيقة الشرط الذي يخالف النظام العام، وبيننا (ص ٢٩) أنه إذا اقترن العقد بشرط فاسخ يخالف النظام العام كان الشرط باطلاً، والعقد صحيحاً إلا إذا كان الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد، فإنه حينئذ يبطل العقد، وهذا الحكم لا يختلف عما قرره الفقه الإسلامي، ففي كليهما يبطل الشرط، ويصح العقد كما بينا آنفاً.

وأما إبطال العقد إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد، فهذا ما سبق أن نص عليه الإمامية (ص ٣٨٧) ولا مانع لدينا من الأخذ بهذا الحكم، وبخاصة أنه إذا كان الشرط المحرم هو المقصود بالتعاقد، وجيء بالعقد تبعاً له، فكأن المعقود عليه حينئذ هو الأمر المحرم، وإذا كان محل العقد محرماً كالخمر، والخنزير لم يصح العد، ويبطل، فيقاس عليه هذا، وبطلان العقد في هذه الحالة يتفق مع آراء الحنفية، والمالكية، والشافعية، والزيدية، والظاهرية.

النوع السادس

شرط يؤدي إلى غرر

قد أوضحنا فيما سبق حكم الشرط الذي يؤدي إلى غرر^(١) في المذاهب المختلفة^(٢)، وقد كان من بين الأمثلة التي ضربت له: ما لو باع سلعة، واستثنى بعض منافعها مدة غير معلومة، أو شرط أحد المتعاقدين على الآخر أن يعمل له عملاً، أو يكتب له كتاباً - دون أن يحدد نوع العمل ومقدار المكتوب - أو اشترى بقرة بشرط أن تحلب له كذا رطلاً . . .

(١) سبق أن بينا معنى الغرر، والمراد منه في حديث النهي عن بيع الغرر (ص ١٤٥).
(٢) يراجع: توضيح حكم هذا الشرط عند الحنفية (ص ٢٢١)، وعند المالكية (ص ٢٦٤)، وعند الشافعية (ص ١٩٠)، والحنابلة (ص ١٩٢)، وعند الزيدية (ص ٣٧٨)، وعند الإمامية (ص ٤٣١)، وعند الإباضية (ص ٤٦١).

وقد أجمع الفقهاء على أن الشرط الذي يؤدي إلى غرر يكون باطلاً، كما اتفق جمهور الفقهاء على إبطال العقد المقترن بهذا الشرط غير رأي عند الإمامية بإبطال الشرط وصحة العقد.

السبب في إبطال الشرط والعقد:

كما تبين لنا أن 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 باطلاً، أما إذا لم يؤد إليه، فإنه يكون صحيحاً سواء أكان عدم تأديته إلى الغرر ناشئاً من كون الشرط معلوماً، أو كون العرف قد قضى على الجهالة الناتجة عن هذا الشرط:

ومثاله في الحالة الأولى:

ما لو استثنى البائع بعض منافع المعقود عليه لمدة معلومة، أو باع له دابة، وشرط عليه، أن ينفق عليه مدة معلومة، بشرط أنه إن مات البائع قبل تمامها رجع ما بقي للوارث، أو لبيت المال - كما سبق إيضاحه في مذهب المالكية (٢٦٤).

ومثاله في الحالة الثانية:

ما لو اشترى موزوناً بشرط إرجاح وزنه، ولم يذكر قدراً معلوماً، وكان هناك عرف يضع حداً لقدر إرجاح الميزان. فإنه يصح، فإن لم يكن هناك عرف يفسد العقد - كما سبق إيضاحه عند الزيدية (ص ٣٧٨) ومثل الموزون المكيلات، والمقيسات. . . .

وأن السبب في إبطال العقد بهذا الشرط إنما هو بسبب ما أدى إليه الشرط من غرر، وليس لاقتراانه بالشرط.

الغرر يتسع، ويضيق:

كما رأينا أن الغرر يتسع في بعض المذاهب - كما هو عند الإباضية - ويضيق في بعضها بل في المذهب الواحد، كما رأينا في المذهب الحنفي، حيث يرى أبو حنيفة أن الشرط الذي يؤدي إلى الغرر، هو الشرط الذي ليس في وسع البائع إيجاده، ولا طريق إلى معرفته، كما لو شرط أنها تحلب كذا

رطلاً، أو أنها تضع حملها إلى شهر أو شهرين، وخالفه فقهاء الحنفية في هذا فجعلوا هذا مؤدياً إلى الغرر، ومثله كل شرط غير معين القدر.

والبحث في الغرر، وتحديد مداه موضوع آخر يخرج عن دائرة بحثنا لذا نكتفي بهذا القدر وبما سبق أن أبديناه من شرح المدلول والنصوص الواردة فيه، وتحديد دائرة المنهي عنه (ص ١٤٥).

النوع السابع

شرط لا يتعلق به غرض عرفاً، ولا مالية فيه

كل شرط لا بد أن يكون مصحوباً بغرض مشروع يهدف إليه المشتري من وراء شرطه، والشارع يعتد بهذا الغرض ما دام يسير في كنف الشريعة، ولا يترتب عليه مضرة. وقد سبق أن رجحنا صحة الشروط التي تحقق مصلحة مشروعة، وفصلنا أنواعاً منها.

أما إذا كان الشرط بحيث لا يتعلق به غرض، ولا مالية فيه - كما لو باعه طعاماً بشرط أن يأكله، أو يطحنه، أو ثوباً بشرط أن يلبسه... فإن جمهور^(١) الفقهاء (من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والزيدية، والإمامية) يرون أنه شرط لاغ، وجوده كعدمه، والعقد صحيح.

وفي رأي مرجوح عند المالكية يصح الشرط ويلزم الوفاء به، وعكسه رأي مرجوح عند الشافعية يفسد الشرط والعقد.

الترجيح:

ونرى أن رأي جمهور الفقهاء هو الراجح، وذلك لأن العقد (كما قال الحنفية) يقتضي إباحة الشيء المشروط دون وجوبه، والشرط - لو صح - لأوجب ذلك على المشتري، والإنسان لا يستحق حقاً على نفسه لنفسه، فيلغو الشرط، ويصح العقد. أو نقول: إنه إن صح الشرط كان المشروط عليه هو المطالب - بكسر اللام - وهو المطالب - بفتحها - بما أوجبه الشرط، أي أنه

(١) سبق آراء الفقهاء تفصيلاً - يراجع للحنفية (ص ٢٤٢)، والمالكية (ص ٢٧٩)، والشافعية (ص ٣٠٦)، والزيدية (ص ٣٩٤)، والإمامية (ص ٤٤٠).

يكون هو الدائن، وهو المدين، ومثل هذا لا يكون التزاماً - بلغة القانون الوضعي (كما بينا)؛ لأن الالتزام رابطة بين طرفين دائن ومدين يمكن بمقتضاها أن يطالب الدائن المدين بتنفيذ ما التزم به، وهذا الذي معنا ليس كذلك، وأيضاً: فإن محل الالتزام يجب أن يكون شيئاً له قيمة مالية، وهذا الشرط ليس له قيمة مالية، فكان الشرط لاغياً؛ لأن وجوده كعدمه، وإذا كان وجوده كعدمه كان العقد صحيحاً؛ لأن ما لا أثر له لا يحدث أثراً، ولا يرتب على سقوط الشرط أي أثر من خيار، أو رجوع على المشتري عليه بشيء؛ لأن المشتري لم يفقد شيئاً في نظير هذا الشرط.

المرجع في تكييف هذا الشرط:

أوضح الفقهاء أن المرجع في بيان كون الشرط يتعلق به غرض مقصود، أو لا يتعلق، هو العرف، كما صرح فقهاء الشافعية، والإمامية - فإذا كان العرف جارياً بين الناس على أن هذا الشرط لا يتعلق به غرض كان كذلك، وإلا بأن كان العرف يعلق به غرضاً؛ فإنه يكون كذلك، ويطبق عليه ما سبق إيضاحه من أحكام الشروط التي تحقق منفعة، وغرضاً، وإذا كان للشرط غرض معروف، فإنه لا بد في عقود المعاوضات من أن تكون له قيمة مالية، والمرجع في معرفة كون الشرط له قيمة مالية، هو الشرع، فإذا كان الشرع يبيح الأمر المشروط فإنه يكون ذا قيمة مالية، أما إن كان يحرمه فإنه يفقد هذه القيمة^(١).

(١) وقد صرح الحنابلة - كما سبق أن أوضحنا (ص ٣١٤): «أنه لو اشترط رهن خمر، أو خنزير، يلفو الشرط ويصح العقد».

المبحث الثالث

مناقشة قاعدة

«إبطال الشروط المنافية لمقتضى العقد»

لقد برزت لنا بصورة واضحة في كتب المذاهب المختلفة قاعدة «إبطال الشروط المنافية لمقتضى العقد» وقد اختلف الفقهاء في مدى تطبيق هذه القاعدة، فقد أوغل البعض في تطبيقها حتى أنه لم يصحح من الشروط إلا ما جاء دليل على صحته، كما ضيق البعض في مدلولها حتى أصبحت لا تتناول إلا الشرط الذي ينافي مقصود العقد، وناقش فيما يلي كلا الرأيين، ثم نضع نتائج هذه الدراسة:

حقيقة الشرط الذي ينافي مقتضى العقد:

تبين لنا من دراسة الشروط المقترنة بالعقد، أن الفقهاء فسروا الشرط المنافي لمقتضى العقدين بتفسيرين:

التفسير الأول: وعليه جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية وبعض الإمامية، والإباضية - يرى «أن الشرط المنافي لمقتضى العقد: هو كل شرط يقيد، أو يمنع ترتب الأحكام والآثار التي أوجبها العقد»، وبعبارة العاملي^(١) في كتابه مفتاح الكرامة: «كل ما يقتضي عدم ترتب الأثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو، هو بحيث يقتضيه ورثه عليه».

التطبيق العملي لهذا التفسير:

نعرض فيما يلي قائمة بأنواع الشروط التي سبق أن تعرض الفقهاء لها

(١) تقديم النص والتحليل (ص ٤٣٥).

من حيث صحتها، أو فسادها، ومن حيث كونها منافية لمقتضى العقد، أو غير منافية.

قسم الفقهاء الشرط إلى ما يأتي:

١ - شرط يقتضيه العقد - شرط لا يقتضيه العقد وهو إما شرط فيه مصلحة العقد. أو شرط فيه مصلحة العاقدين، ويشمل ذلك: شرط استثناء منفعة في محل العقد. شرط القيام بعمل في محل العقد. شرط القيام بعمل في غير محل العقد. شرط أوجب صدور تصرف في غير محل العقد فيه معنى من معاني البر. شرط أوجب صدور تصرف في غير محل العقد ليس فيه معنى من معاني البر. شرط يؤدي إلى منع المالك من التصرف في محل العقد منعاً عاماً أو خاصاً. شرط يؤدي إلى منع المالك من التصرف في غير محل العقد منعاً عاماً، أو خاصاً. شرط يؤدي إلى منع المالك من التصرف في محل العقد منعاً يسيراً. شرط يؤدي إلى مخالفة ما تقرر شرعاً. شرط لا مصلحة فيه ولا مالية.

فهذه أربعة عشر نوعاً من الشروط أجمع الفقهاء على صحة نوعين فقط منها وهما:

١ - شرط يقتضيه العقد، وقد سبق أن قلنا إنه شرط مجازاً، وأن صحته أمر بدهي.

٢ - شرط فيه مصلحة العقد؛ لأنه يوثق موجب العقد، ولذلك اعتبره الحنفية كالشرط الذي يقتضيه العقد وسموه «ملائماً لمقتضى العقد».

* أما باقي الأنواع وهي اثنا عشر نوعاً فمقتضى تطبيق قاعدة - كل شرط مناف لمقتضى العقد يكون باطلاً «أن تبطل هذه الشروط جميعها، ولكننا رأينا فيما تقدم أن الفقهاء قد أجمعوا على عدم تطبيق هذه القاعدة التطبيق الحرفي، وذلك لأنهم قالوا بصحة شروط كثيرة غير هذين الشرطين على اختلاف فيما بينهم في هذه الشروط هو إجماع على نبذ المعنى العام لقاعدة «إبطال الشروط المنافية لمقتضى العقد» والقول بأن صحة هذه الشروط ثبتت استثناء على خلاف القياس، قول يحتاج إلى نظر؛ لأن القاعدة إذا كثر الاستثناء منها حتى أصبحت المسائل المستثناة منها أكثر من المسائل

المندرجة تحت القاعدة، أو مساوية لها، كان ذلك دليلاً على عدم انضباطها، ولزوم التفكير في مفهومها.

فقد أجاز الفقهاء على خلاف فيما بينهم سبعة أنواع من اثني عشر نوعاً غير الشرطين اللذين أجمع على صحتهما، وأحدهما شرط لا يقتضيه العقد أيضاً، وهذه الشروط هي:

- شرط استثناء منفعة في محل العقد.

- شرط القيام بعمل في محل العقد، أو في غيره.

- شرط أوجب صدور تصرف في محل العقد - أو في غيره - فيه معنى

من معاني البر.

- شرط أوجب صدور تصرف في غير محل العقد ليس فيه معنى من

معاني البر.

- شرط يؤدي إلى منع من تصرف يسير في محل العقد.

وجميع هذه الشروط قال بصحتها مذهب، أو أكثر من المذاهب الفقهية

التي سبق توضيح آرائها، وقد قارنا آراءهم في هذه الشروط جميعها، وبيننا أن

القول بصحتها يعتمد على أدلة من كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ، وآثار عن

بعض الصحابة رضي الله عنهم، وقد تناولناها بالدراسة فيما تقدم. والذي أعلمه أن

القواعد الفقهية إنما توضع، وتقرر كل قاعدة منها على ضوء النصوص العامة،

والخاصة الواردة في المسائل المندرجة تحت هذه القاعدة، وعلى ضوء ما

أملته هذه النصوص تنبت القاعدة التي يمكن القياس عليها، وتثبت، ومن ثم

كان لزاماً علينا أن نفكر في هذه القاعدة، وأن نعيد النظر في مفهومها.

التفسير الثاني: الشرط المنافي لمقتضى العقد، هو الشرط الذي ينافي

مقصود العقد: وهو ما صرح به ابن تيمية، وصرح به بعض الإمامية.

أ - ناقش ابن تيمية: في فتاواه هذه القاعدة^(١)، وانتهى إلى أن المراد

بالشرط المنافي لمقتضى العقد هو «الشرط الذي ينافي مقصود العقد، كما لو

شرط الطلاق في النكاح، والفسخ في العقد».

(١) سبق أن أوضحنا رأي ابن تيمية (٣٤٢).

ب - كما بينا فيما تقدم أن بعض الإمامية^(١) حينما وجدوا أن قاعدة «إبطال الشروط المنافية لمقتضى العقد» غير مطردة - حيث أجمع فقهاؤهم على جواز اشتراط عدم الانتفاع بالمبيع زماناً معيناً، وجواز إسقاط خيار المجلس، وخيار الحيوان وما شاكل ذلك، وهي شروط منافية لمقتضى العقد - وضع بعض علمائهم تفسيراً آخر لهذه القاعدة: وهو أن المراد بمقتضى العقد: «هو ما لم يجعل العقد إلا لأجله، كانتقال العوضين الذي هو الأثر الحقيقي» فالشرط الذي يؤدي إلى منافاة ما جعل العقد لأجله، كانتقال العوضين، يكون منافياً لمقتضى العقد فيكون باطلاً.

تقارب الاصطلاحين:

والواقع أن الاصطلاح الذي ذكره ابن تيمية يلتقي في نتائجه مع الاصطلاح الذي نص عليه بعض الإمامية، وذلك لأن قولهم «المراد بمقتضى العقد هو ما لم يجعل العقد إلا لأجله، كانتقال العوضين» معناه أن الشرط المنافي لمقتضى العقد، هو الشرط المنافي لما جعل العقد لأجله، أو بعبارة أخرى ينافي مقصود العقد، كما قاله ابن تيمية... كما أن تمثيل الإمامية له «بما يمنع انتقال العوضين» والعوضان هما المقصود الأصلي في عقود المعاوضات، قريب من تمثيل ابن تيمية باشتراط الطلاق في النكاح، والفسخ في العقد؛ لأن عدم تبادل العوضين يعادل فسخ العقد؛ لأن نتيجتهما واحدة، وهي بقاء السلعة في يد البائع، والتمن في يد المشتري فلا ينتفع واحد منهما بما أباحه له البيع، ومثله في النكاح اشتراط الطلاق في النكاح الذي يؤدي إلى عدم إياحة المرأة للرجل، والرجل للمرأة...، فالاصطلاح الذي ذكره ابن تيمية يلتقي مع الذي ذكره بعض الإمامية، ولكن بلفظ آخر.

مناقشة التفسير الثاني:

إذا نظرنا إلى التفسير الثاني برزت لنا عدة ملاحظات:

الأولى: أن الشرط يقال لأمر عارض محتمل الحدوث في المستقبل، فكونه أمراً عارضاً - أي يطرأ على العقد بعد تمامه - يجعلنا نقول إن الشرط

(١) كما سبق توضيحه تفصيلاً في مبحث الشرط عند الإمامية (٤٣٢).

الذي يقضي بعدم انتقال العوضين، أو فسخ العقد، لا ينطبق عليه هذا المعنى؛ لأن الشرط هنا قد قضي على مقصود العقد، ولم يتح الفرصة له لكي ينتج آثاره، فالعقد قد أصبح بمثل هذا الشرط غير موجود، كما لو شرط في العقد أمراً مستحيلاً.

الثانية: أن إرادة التعاقد غير موجودة حقيقة مع هذا الشرط، وهذه تترتب على سابقتها؛ لأن إرادة الفسخ في العقد، وإرادة الطلاق في النكاح، وإرادة عدم انتقال العوضين في المعاوضات، هي ضد إرادة العقد، فكانت الإرادتان متناقضتين - أراد النكاح وأراد الطلاق - أراد البيع وأراد الفسخ - أراد قبض الثمن أو السلعة وأراد عدم قبضها.

فدل ذلك على عدم وجود الرضا، الذي هو أساس العقد ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَكْرَةٍ عَنْ تَازُؤٍ﴾ [النساء: ٢٩]، ﴿فَإِنْ طَبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَيْبًا مَرْبِيًّا﴾ [النساء: ٤] وإذا انعدم الرضا كان العقد غير موجود، وتبعاً لذلك كان الشرط غير موجود، لذلك كانت فكرة الشرط المنافي لمقتضى العقد بهذا التفسير لا تضيف شيئاً جديداً؛ لأن من أركان العقد تحقق التراضي بين المتعاقدين، والتراضي على العقد غير موجود لانعدام أحكامه المقصودة منه بسبب الشرط.

الثالثة: إبطال هذا الشرط أمر بدهي:

إن الشرط بهذا التفسير يبطل بداهة، ولا يحتاج إلى مثل هذه القاعدة، وقد أشار ابن تيمية بنفسه إلى ذلك حيث يقول: «فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صورته، وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود، فقد جمع بين المتناقضين، بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شيء، ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق، بل هو مبطل للعقد عندنا».

ومن هذا يتبين لنا أن التفسير لا يفيدنا شيئاً جديداً، ولا يستدعي منا الاهتمام بوضع قاعدة وجودها وعدمها سواء، فضلاً عن أنه قد يستدعي منا تعليلاً للقول بإبطال بعض الشروط، كاشتراط المنع من التصرف في محل العقد، أو اشتراطه في النكاح ألا يطأها؛ لأن مقصود العقد في النكاح هو الاستمتاع، والاستمتاع أعم من الوطء، وقد يتم نكاح، ولا يكون هناك وطاء، كما لو

تزوجت مجبوراً، أو عيناً عالمة بذلك، أو كانت رتقاء أو قرناء وتزوجها عالماً بذلك، مع أن الفقهاء قد أجمعوا على إبطال هذين الشرطين - (ألا يتصرف، أو ألا يطأها).

التحقيق

رد قاعدة إبطال الشروط المنافية لمقتضى العقد إلى إبطال الشروط التي تخالف المشروع:

لكل هذه الأسباب نرى أن قاعدة أبطال الشروط المنافية لمقتضى العقد «على كلا التفسيرين تحتاج إلى نظرة جديدة شاملة، على أساس من النصوص الواردة في الشروط بعد أن وضحت لنا أسانيداً ومفاهيمها، وأساس من آراء المذاهب الفقهية في القول بصحة بعض الشروط، وفساد بعضها، بحيث تصدر هذه القاعدة متلائمة مع كل ذلك، لا يكثر فيها الاستثناء الذي يعطل مفهومها، ويجعلها قاعدة غير عملية، وبجانب ذلك لا تقصر عن استيعاب بعض الشروط المتفق على فسادها، ولذلك فإنني أرجح أن يكون مفهوم قاعدة «إبطال الشروط المنافية لمقتضى العقد» هو «إبطال الشروط التي تخالف المشروع».

وتحت هذا الاصطلاح يمكن أن تندرج الشروط الباطلة التي أوضحناها فيما تقدم.

١ - شرط المنع عن التصرف، أو عن الانتفاع المطلق بالمعقود عليه في عقود المعاوضات، وذلك لأن الملك يثبت لصاحبه حقين جوهريين: أولهما: حق الانتفاع بالشيء المملوك انتفاعاً مطلقاً في حدود ما شرعه الله تعالى.

وثانيهما: حق التصرف المطلق في الشيء المملوك بالتصرفات المشروعة، والمالك يختص بذلك دون غيره من الناس، ولا يمنعه من ذلك إلا مانع شرعي، كصغر أو جنون، وهذه الحقوق أثبتها له الشارع، قال عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١) فإذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر ألا

(١) «تذكرة الفقهاء» (٧/١٦٥) قسم ٢.

ينتفع بالمعقود عليه مطلقاً، أو ألا يتصرف فيه مطلقاً كان هذا الشرط منافياً للمشروع؛ لأن العقد ما شرع إلا للوصول إلى هذين الغرضين، وما بذل المتعاقد العوض إلا لينالهما.

٢ - اشتراط البائع ألا يرجع عليه المشتري بالثمن عند الاستحقاق، وهذا أيضاً: يخالف المشروع لأنه يترتب عليه عند استحقاق المبيع ضياع مال المشتري، وأكل البائع ماله بالباطل، وهذا منهي عنه، قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

٣ - اشتراط المشتري على البائع أن يرجع عليه بما يحدث لمحل العقد من أضرار بعد انتقال الملكية إليه، وهذا أيضاً: ينافي المشروع؛ لأن الشارع قد رسم طريق الرجوع بما يحدث للمالك في ملكه من أضرار، غصباً كان أو إتلافاً، أو سرقة... كما أن المالك يأخذ ربح تجارته في ماله، كما يتحمل الخسارة؛ لأن الغرم بالغنم.

٤ - الشروط التي تخالف نصاً شرعياً.

٥ - الشرط المستحيل، وهو أيضاً يخالف المشروع، لقوله تعالى: ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا أَوْسَعَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣].

٦ - شرط يؤدي إلى محذور. وهو أيضاً يخالف المشروع؛ لأنه يؤدي إلى محرم.

٧ - شرط يؤدي إلى غرر، وهو أيضاً: ينافي المشروع، للنهي عن بيع الغرر.

* ومن هذا يتبين لنا أنه يمكن أن تندرج الشروط الباطلة جميعها تحت قاعدة واحدة وهي أن «كل شرط يخالف المشروع يكون باطلاً».

وقد برزت هذه القاعدة في مبحث الشروط عند ابن تيمية وقد سبق إيضاحه وقد بين أن المشتري ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شرطه يكون حينئذٍ إبطالاً لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله. وإنما المشتري له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، فمقصود الشرط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجاب ليس نفيًا

للإيجاب، حتى يكون المشترط مناقضاً للشرع...، ويقول: والشروط الفاسدة قد تبطل لكونها قد تنافي مقصود الشارع مثل اشتراط الولاء لغير المعتقد... ومثل ذلك ما أوضحه ابن قيم الجوزية في مبحثه وقد سبق إيضاحه.

* وأيضاً ما ورد عند الإمامية: في كتاب «مسائل الخلاف» للشيخ أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي المتوفى سنة ٤٦٠هـ (١/١٩٦): «من باع بشرط شيء صح البيع، والشرط معاً إذا لم يناف الكتاب، والسنة... ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «المؤمنون عند شروطهم» وهذا عام فكل شرط صحيح إلا ما أخرجه الدليل من شرط يخالف الكتاب والسنة».

كما جاء في «المختصر النافع» (ص ٢١٤) في الشروط في النكاح: «السادس إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع فسد الشرط دون العقد، والمهر...».

* وقد سبق أن أوضحنا أن بعض فقهاء الإباضية قد ذكر أن المراد بالحلال والحرام في حديث «المسلمون على شروطهم...» ما كان كذلك بأصل الشرع دون توسط العقد.

* أما ابن تيمية فإنه قد رد الشروط إلى نوعين، أولهما ما ينافي مقصود العقد، وثانيهما ما ينافي مقصود الشارع وإذا اعتبرنا النوع الأول يؤدي إلى إفساد صيغة العقد - كما بينا آنفاً - أمكن رد الشروط الباطلة بناء على رأي ابن تيمية إلى الشروط التي تخالف المشروع أيضاً^(١).

المراد بالمشروع:

ويتضح من هذا البيان أن المراد بالمشروع هو ما كان كذلك في أصل الشرع دون توسط العقد.

(١) أوضحنا فيما تقدم رأي ابن تيمية وابن القيم (ص ٣٤٢ - ٣٦٤) ورأي الإمامية تفصيلاً (ص ٤٣٢)، وأشار إليه الإباضية (ص ٤٧٧).

المرجع عند الاختلاف في كون الشرط مشروعاً:

وعند الاختلاف في تكييف صورة من الصور هل هي مشروعة، أو غير مشروعة؟ يكون المرجع في تكييفها إلى أهل العلم ممن لهم دراية بالنصوص الشرعية والقواعد الفقهية ويكون القاضي الدارس للفقهاء الإسلامي دراسة عميقة هو أحد هذه المراجع في التعرف على كون هذا الشرط يخالف المشروع، أو لا يخالفه، ويخضع تفسيره لرقابة المحكمة الأعلى درجة التي تتصف بهذه الصفات أيضاً.

* قارن هذا مع قول شراح القانون الوضعي إن القاضي يعتبر كالمشرع في تحديد ما إذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أو لا تعتبر، ويخضع تفسيره لرقابة محكمة النقض^(١).

(١) «الوسيط» للدكتور السهوري (١/٤٠١).

المبحث الرابع

الشرط الفاسخ

وموقف الفقه الإسلامي منه

ونبين حقيقته وآثاره في الفقه الإسلامي فيما يلي:

أولاً: حقيقة الشرط الفاسخ وآثاره في العقود والتصرفات:

عرفنا في الباب الأول حقيقة الشرط الفاسخ في القوانين الوضعية، وهو أنه الشرط الذي يتوقف على تحققه زوال الالتزام، فإذا كان زوال الالتزام متوقفاً على شرط بحيث إذا لم يتحقق هذا الشرط زال الالتزام، وإذا تخلف لم يزل سمي هذا الشرط شرطاً فاسخاً، أو شرط إلغاء؛ لأنه يتوقف عليه زوال الالتزام وإلغاؤه، وعلينا الآن أن نعرف موقف الفقه الإسلامي من هذا الشرط، وذلك لأن حقيقته تغاير الشرط الواقف في الفقه الوضعي، أي شرط التعليق في الفقه الإسلامي؛ لأن الأخير يترتب على وجوده وجود العقد أو ترتب أحكامه وآثاره - على الخلاف الذي تقدم تحقيقه بين الفقهاء - وهذا الشرط يتوقف على تحققه زوال العقد أو إلغاؤه، فالأول يترتب على تحققه وجود العقد أو ترتب أحكامه، والثاني يترتب عليه زواله وإلغاؤه، فتحقق الواقعة المشترطة له جانبان: تارة يترتب عليه وجود الالتزام أو ترتب أحكامه، وتارة يترتب عليه زوال الالتزام أو إلغاؤه... ومن هنا كان موقف الفقه الإسلامي من النوع الثاني من الشرط، وهو الشرط الفاسخ أو شرط الإلغاء، يغاير موقفه من الشرط الأول وهو شرط التعليق، أو من الشرط المقترن بالعقد الذي يترتب عليه تعديل في أحكام العقد بالزيادة أو النقصان، وإذا كنا قد أفضنا في شرح موقف الفقه الإسلامي من شرط التعليق، ومن شرط الاقتران، وبيننا موقف الفقه الإسلامي منهما، ورجحنا جواز تعليق بعض العقود والتصرفات، كما رجحنا جواز اقتران العقد بكل شرط لا يخالف المشروع، إلا أنه بين طيات الشرط المقترن بالعقد برز لنا

نوع من الشروط يترتب على تحققه إلغاء العقد أو فسخه - إذا قلنا بصحة اشتراطه - وعلينا الآن أن نبرز موقف الفقه الإسلامي من شرط الإلغاء، الذي برز في القانون الوضعي وبوب له شراحه وأخذ وضعاً منهجياً في أبحاثهم - أما الفقه الإسلامي فلم يبرز فيه هذا التبويب، ولم يأخذ نفس المنهج، وإن كان بعض الفقهاء قد صرح به في مواطن، وأطلق عليه أنه شرط فاسخ؛ لأنه علق عليه فسخ العقد - كما سيتبين لنا من الدراسة التالية لحقيقة هذا الشرط - ولقد كان للفقه الإسلامي في عقود المعاوضات موقف يغاير موقفه من عقود التبرعات والولايات، ونوضح هذا الموقف فيما يلي:

آراء الفقهاء في حكم

الشرط الفاسخ في عقود المعاوضات المالية

لقد اتفق الفقهاء على إبطال أكثر الشروط التي تؤدي إلى فسخ العقد عند تحققها في عقود المعاوضات المالية، وأما العقد فهو فاسد عند الحنفية والزيدية، وباطل عند الشافعية، وصحيح عند المالكية والحنابلة، والإمامية، وقد سبق أن رجحنا الرأي الأخير (ص ٦٦١).

ويستثنى من هذه القاعدة ما إذا كان الشرط يترتب عليه الوفاء بموجبات العقد، أي: ما يؤكد موجب العقد، فإن الفقهاء في هذه الحالة يرون صحة هذا النوع من الشرط، وصحة العقد الذي اقترن به، ويجب حينئذ الوفاء به على النحو المشترط، ومن أمثلته ما جاء في منتهى الإرادات^(١) «أو قال: بعثك على أن ترهنني المبيع بثمنه، وإلا تفعل فلا بيع بيننا، فينعقد البيع بالقبول، وينفسخ إن لم يفعل، أي إن لم يرهنه المبيع لوجود شرطه، ومثله: لو باعه بثمن وأقبضه له، وشرط إن رده بائع إلى وقت كذا، فلا بيع بينهما، ولم يكن حيلة ليربح في قرض، وإن قال على أن تنقذي الثمن إلى ثلاث، وإلا فلي الفسخ، أو قال: اشتريته على أن تسلمني المبيع إلى ثلاث، وإلا فلي الفسخ، صح وله شرطه»: وما جاء في كشف القناع^(٢): «وإن قال البائع:

(١) منتهى الإرادات لابن مفلح (٢/١٦٢، ١٦٣).

(٢) كشف القناع (٣/٤٢).

بعتك على أن تنقضي الثمن إلى ثلاثة أيام، أو إلى مدة معلومة أقل من ذلك أو أكثر، وإلا فلا بيع بيننا، صح البيع، وهو قول عمر - كشرط الخيار - وينفسخ البيع إن لم يفعل، أي إن لم ينقده المشتري الثمن في المدة، وهو أي قوله: «وإلا فلا بيع بيننا» تعليق فسخ البيع على شرط؛ لأنه علقه على عدم إنفاذ الثمن في المدة التي عينها، وهو صحيح كما تقدم.

ومن ذلك يتبين لنا أن هذا الشرط قد أطلق عليه في الفقه الإسلامي الشرط الفاسخ، وأن حقيقته هي تعليق فسخ العقد على شرط، وأن هذا التعليق هو من قبيل الشرط وليس من قبيل الأجل؛ لأنه علقه على عدم الوفاء بالثمن، أو عدم تسليم المبيع فإن لم يحصل وفاء في المدة المحددة انفسخ العقد، وإن حدث وفاء صح العقد. والوفاء أمر محتمل الوجود والعدم لذا كان شرطاً، وليس أجلاً.

ويؤيد هذا أيضاً ما جاء في «التاج المذهب» (٣٧١/٢) - من أنه: «لو باع ثوباً أو فرساً أو نحوهما على تأدية المشتري الثمن ليوم كذا، وإلا يؤده ذلك اليوم فلا بيع، فإنه يصح سواء أتى به عقداً، أو شرطاً^(١)، ولكن يثبت الفسخ للبائع، فلو طلبت الشفعة كان ثبوتها موقوفاً على تمام العقد، فلو تلف المبيع في تلك المدة في يد المشتري تلف من ماله إذا تسلم الثمن في ذلك الوقت؛ لأنه قد صح العقد».

ومن أمثله أيضاً ما جاء في «كشاف القناع» (٤٠/٣) من أنه لو «اشتري - أو باع - بشرط أن يفسخ العقد إن شفع في المبيع، أو اشتري بشرط أنه إن نفق المبيع (أي راج)^(٢) وإلا رده، فهذا الشرط يبطل البيع لحديث بريرة رضي الله عنها، والشرط باطل في نفسه لما تقدم إلا العتق فيصح».

كما جاء في نفس المرجع أيضاً (٥٩/٣): «أنه لو شرط على الشفيع الحاكم - أو المحكم - أنه إن لم يسلم الثمن في يوم كذا، فلا شفعة له، فإنه إذا مطل بطلت شفيعته، ولو لم يقبل الشرط، وكذا لو شرط الشفيع على نفسه، أو شرط المشتري على الشفيع، وقبل الشفيع شرط المشتري، فإنه إذا مطل

(١) عقداً: أي شرط اقتران - أو شرطاً: أي تعليقاً للعقد على الشرط.

(٢) أي: اشتري بشرط رواج المبيع، فإن لم يرج المبيع في الأسواق، وكان كاسداً رده إلى صاحبه، أي: فسخ العقد.

عن تسليم الثمن على حسب الشرط بطلت، فإن لم يقبل لم تبطل بالمطل، بل يرافعه إلى الحاكم» وواضح من هذا أن المذهب قد اعتد بهذا الشرط الفاسخ، وواضح أيضاً أنه لم يجعل هذا الشرط من مقتضيات العقد، بل هو أمر زائد على مقتضى العقد أتى بحكم جديد، بدليل أن المطل لا يبطل الشفعة.

كما نص الزيدية على أنه لو اشترى أو باع بشرط أن يفسخ العقد إن شفع في المبيع فإنه يفسد العقد على الأرجح عندهم، ومقابله يصح العقد.

ومن الأمثلة أيضاً على الشرط الفاسخ ما أورده الفقهاء فيما تقدم (ص ٦١٤) من اشتراط الامتناع عن التصرف في العين المتصرف فيها لمدة معينة، أو لنفر معين، فمثال الأول: ما إذا اشترط على المشتري ألا يبيع، ولا يهب ولا يعتق حتى يعطي الثمن، وكان الثمن مؤجلاً، ومثال الثاني: ما إذا اشترط على المشتري ألا يبيع المبيع من فلان معين، أو من نفر قليل، أو منعه من تصرف يسير، كما إذا اشترط بائع أحد داريه على المشتري ألا يرفع الحائط الفاصل بينهما مخافة أن يظلم عليه داره، ويمنع عنه دخول الشمس، ويلتزم المشتري بذلك... إلى آخر الأمثلة التي سبق ذكرها، والتي مؤداها أن يلتزم المشتري بالامتناع عن بعض التصرفات اليسيرة التي لا تؤدي إلى تحجير السلعة، أو تعطيل كل أو جل آثار العقد، ويكون فيها مصلحة للمشتري لا تنافي المشروع. فهذا النوع من الشرط صحيح عند المالكية، كما هو صحيح على قول ابن شبرمة ورأي ابن تيمية وقد سبق أن رجحنا القول بصحة هذا الشرط للأدلة التي أثبتناها هناك، وإذا قلنا بصحة هذا الشرط فإنه يكون من مقتضياته أنه إذا لم يوف المشتري عليه بما اشترط عليه انفسخ العقد، وعادت السلعة إلى صاحبها. فهو شرط فاسخ، يترتب على عدم الوفاء به زوال العقد والغاؤه.

ومن كل هذا يتبين لنا أن بعض الشروط الفاسخة يصح عند بعض الفقهاء، وهو ما يكون مؤكداً لمقتضى العقد، أو لا يؤدي إلى تحجير السلعة، أو لا يضر ضرراً بالغاً بالمشتري عليه، أما ما عدا ذلك من الشروط فإنه لا يصح اشتراطه، ويبطل الشرط ويصح العقد حسبما رجحنا فيما تقدم؛ ولعل السبب في عدم الاعتداد بالشرط الفاسخ على إطلاقه في الفقه الإسلامي، وفي عقود المعاوضات المالية وغير المالية، هو أن هذا الفقه يتجه إلى ألا تترتب على الشروط علائق بين المتعاقدين قد يثور بسببها النزاع، ورفع أسباب

النزاع . وتلافي ما قد يؤدي إليها أمر يحرص الفقه الإسلام عليه، حتى لا تضيع مصالح الناس، وتنهار أهدافهم من وراء التعاقد. وأيضاً فإن الشرط الذي يؤدي - عند تحققه - إلى فسخ العقد يجعل العقد الوارد فيه موقوتاً، والعقود الدائمة - كالبيع والنكاح - يبطلها التوقيت؛ لأن حقيقة العقد والغرض منه يتنافى مع التوقيت... إلا أن شرطاً يلائم العقد، أو لا يترتب عليه ضرر، ولا يؤدي إلى تحجير المعقود عليه يكون صحيحاً كما رأينا آنفاً.

آراء الفقهاء في حكم الشرط الفاسخ في عقود المعاوضات غير المالية (الزواج)

من أبرز الأمثلة على الشرط الفاسخ في عقد الزواج نكاح المحلل، وذلك كان يتزوج شخص المطلقة ثلاثاً على أنه متى أحلها للأول طلقها، أو يتزوجها بشرط أنه متى أحلها للأول فلا نكاح بينهما، فقد صرح الفقهاء بأن النكاح في الصورة المذكورة حرام، لقوله ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له». رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال: حسن صحيح، والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ، والحديث بعمومه يشمل كل محلل سواء شرط التحليل في العقد، أو قبله، أو لم يشرط، نوى ذلك الزوج أو لم ينو، لكننا نقصر حديثنا على ما إذا شرط ذلك في العقد، حتى لا نخرج من دائرة البحث إلى دائرة أخرى، وهي نكاح المحلل مطلقاً، وهذا ما لا نقصده هنا، وفي سبيل إيضاح المطلوب نوضح ما قاله العلماء في ذلك، ثم نذكر النتيجة:

قال الحافظ في التلخيص: استدلوا بهذا الحديث على بطلان النكاح إذا شرط الزوج أنه إذا نكح بانت منه، أو شرط أنه يطلقها، أو نحو ذلك، وحملوا الحديث على ذلك، ولا شك أن إطلاقه (الحديث الشريف) يشمل هذه الصورة وغيرها، لكن روى الحاكم والطبراني في الأوسط عن عمر رضي الله عنه أنه: «جاء إليه رجل طلق امرأته ثلاثاً، فتزوجها أخ له عن غير مؤامرة ليحلها لأخيه، هل تحل للأول؟ قال: لا، إلا بنكاح رغبة، كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ». قال وقال ابن حزم: «ليس الحديث على عمومه في كل

محلل، إذ لو كان كذلك لدخل فيه كل واهب وبائع ومزوج، فصح أنه أراد به بعض المحللين، وهو من أحل حراماً لغيره بلا حجة، فتعين أن يكون ذلك فيمن شرط ذلك، لأنهم لم يختلفوا في أن الزوج إذا لم ينو تحليلها للأول، ونوت هي، أنها لا تدخل في اللعن، فدل على أن المعبر الشرط.

* حكم نكاح المحلل: اختلف الفقهاء في حكمه ولهم أربعة آراء:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء: (المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) والظاهرية والزيدية، وأبو يوسف من الحنفية) أنه يفسد النكاح بهذا الشرط؛ لأنه في معنى النكاح المؤقت فيه، والمؤقت في معنى المتعة، أو هو المتعة، فيفسد النكاح به، فلا يحلها للأول، وذلك لأن المحلل ملعون، وعقد النكاح نعمة، ولو كان صحيحاً لم يلعن عليه، ويؤيده ما في مستدرک الحاكم من أنه جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً، فتزوجها أخ له ليحلها لأخيه، هل تحل للأول؟ قال: لا، إلا نكاح رغبة، كما نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ وصححه.

الرأي الثاني: ويرى أبو حنيفة أنه إذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه، للحديث المتقدم، وهذا هو محمله، فإن طلقها بعدما وطئها حلت للأول؛ لوجود الدخول في نكاح صحيح، أما كون النكاح مكروهاً وليس حراماً، فلأن الحرمة ثبتت بدليل ظني لا قطعي، وهذه الحرمة سبب للعقاب الأخرى، وأما أن النكاح صحيح فلأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة.

الرأي الثالث: ويرى محمد بن الحسن: أنه يصح النكاح بهذا الشرط،

(١) جاء في «الشرح الصغير» (٣٤٣/١): «ومن تزوجها بقصد تحليلها لغيره إذا نوى مفارقتها بعد وطئه ولا نية له، بل وإن نوى الإمساك إن أعجبته، فلا يحلها، وهو نكاح فاسد على كل حال، ويفسخ أبداً...».

(٢) جاء في «مغني المحتاج» (١٨٣/٣): «ولو نكح الزوج الثاني بشرط أنه إذا وطئ طلقها قبل الوطء أو بعده، أو بانته منه، أو فلا نكاح بينهما، وشرط ذلك في صلب العقد بطل، أي: لم يصح النكاح؛ لأنه شرط يمنع دوام النكاح فأشبهه التاقيت، فإن تواطأ العاقدان على شيء من ذلك قبل العقد، ثم عقداً بذلك القصد بلا شرط كره خروجاً من خلاف من أبطله...».

(٣) «الروض المربع» (٢٧٥/٢) و«بداية المجتهد» (٥٨/٢).

ولا يحلها للأول؛ لأنه استعجل ما أخره الشرع، فيجازى بمنع مقصوده؛ كما في قتل المورث.

وقد تعقبه الكمال ابن الهمام قائلاً^(١): «إلا أن هذا القياس معارض بالنص» ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَيْثُ تَنِكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فالحل كان ثابتاً، ثم اعترض عدمه مغياً بنكاح زوج غيره، فعند وجود الغاية ينتهي المنع المغياً، فيثبت ما كان ثابتاً البتة، فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للأول البتة».

الرأي الرابع: وذهب بعض الحنفية إلى أنه يصح العقد والشرط أيضاً، ونقل عن أبي حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في «روضة الزندويستي» ذلك، حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه، وتحل للزوج الأول إذا طلقها الثاني برأيه، أو بأمر القاضي إياه.

قال الكمال ابن الهمام وهذا مما لم يعرف في ظاهر الرواية، ولا ينبغي أن يعول عليه، ولا يحكم به؛ لأنه بعد كونه ضعيف الثبوت، تنبو عنه قواعد المذهب؛ لأنه لاشك أنه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد. والنكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة، فيجب بطلان هذا، وألا يجبر على الطلاق، نعم يكره الشرط كما تقدم من محمل الحديث، ويبقى ما وراءه، وهو قصد التحليل بلا كراهية، وقال الإمام ظهير الدين: هذا البيان لم يوجد في غيره من الكتب^(٢).

الخلاصة: ومن هذا يتبين لنا أن هناك أربعة آراء في حكم اشتراط شرط فاسخ في عقد الزواج، أولها: أنه يبطل الشرط والعقد، والثاني: أن هذا النكاح مكروه، والثالث: أنه يبطل الشرط ويصح العقد، مع كراهة الشرط ووجود الإثم، والرابع: أنه يصح الشرط والعقد. وهو ما أنكره العلماء؛ لأنه يصادم نص الأحاديث الصحيحة، ويناقض الرواية الصحيحة عن نقل عنه، فلا اعتداد بهذا الرأي، ويبقى أمامنا الآراء الأخرى: وواضح أن رأي جمهور الفقهاء أقوى الآراء؛ لأن الأحاديث تثبت أن فاعل هذا الفعل ملعون، وأنه

(١) «فتح القدير» (٤/٣٥).

(٢) «فتح القدير» (٣/٣٥)، و«العناية» بهامشه.

التيس المستعار، فقد روي عن عقبه بن عامر قال رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار» قالوا: بلى يا رسول الله، قال: «هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له» ويقول ابن ماجه: فالأحاديث الواردة في ذلك تدل على تحريم التحليل؛ لأن اللعن إنما يكون على ذنب كبير، وإذا حرم هذا الفعل فيجب إبطاله، عقداً وشرطاً، ولأننا إذا قلنا بصحة العقد وإبطال الشرط، أدى هذا إلى بقاء الزوجية بين اثنين لا يريدانها ولا يوافقان عليها، وهذا ضد المقصود منها، فإن إرادتهما كلا إرادة، فيكون العقد قد اختل منه ركن أساسي، وهو الرضا بالعقد استمراراً ودواماً - كما هو الأصل في عقد الزواج - وإذا اختل ركن العقد وجب أن يبطل عند جميع الفقهاء، ومنهم الحنفية؛ لأن الخلل عندهم إذا أصاب ركناً من أركان العقد أدى إلى إبطاله، وهنا قد أصاب الخلل ركناً من أركان عقد الزواج كما أوضحنا. ومن هذا يتضح لنا أن اشتراط شرط فاسخ في عقد الزواج لا يصح ويفسد العقد، وبهذا يكون اشتراط الشروط الفاسخة في عقد الزواج غير صحيح.

آراء الفقهاء في حكم

الشرط الفاسخ في عقود التبرعات

التبرع أما أن تترتب آثاره عليه في حياة المتبرع، أو بعد وفاته، فالأول كالهبة، والوقف والثاني الوصية، وتتناول كل واحد منهما فيما يلي:

آراء الفقهاء في حكم

الشرط الفاسخ في الهبة

اختلف الفقهاء في صحة الهبة إذا اشترط فيها شرط فاسخ، فيرى بعض المالكية والحنابلة والإباضية جواز هذا الشرط فقد جاء في «التزامات الخطاب» (٢٥٨/١): «أنه لو اشترط الواهب أو المتصدق على الموهوب، أو المتصدق عليه ألا يبيع ولا يهب الموهوب أو المتصدق... أن عيسى بن دينار ومطرف من علماء المالكية - يرون أن الشرط عامل، والهبة ماضية، فتكون الصدقة بيد المتصدق عليه بمنزلة الحبس (الوقف)، لا يبيع ولا يهب حتى يموت، فإذا مات ورث عنه على سبيل الميراث... ثم قال، وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب؛ لأن الرجل له أن يفعل في ماله ما شاء، إن شاء

بتله للموهوب له أبدأً، أو المتصدق عليه من الآن، وإن شاء أعطاه المنافع طول حياته، وجعل المرجع بعد موته له، يقضي منه دينه، ويرثه عنه ورثته لما له من الغرض أن يستديم الانتفاع بما وهبه، ويرى أثر هبته عليه.

وجاء في «الخرشي» (١١٤/٤): «أنه إذا اشترط الأب أو الأم اعتصار الهبة أو الصدقة - أي: بأن يكون له الرجوع فيما أعطى - فإن له ذلك، وله أن يعتصرها».

وجاء في «الروض المربع» (٢٤٧/٢): «ولا يجوز لواهب أن يرجع في هبته اللازمة لحديث ابن عباس مرفوعاً: «العائد في هبته كالكلب بقيء ثم يعود في قيئه» متفق عليه - إلا الأب - فله الرجوع قصد التسوية أو لا، مسلماً كان أو كافراً، لقوله ﷺ: «لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده». رواه الخمسة وصححه الترمذي من حديث عمر، وابن عباس، وإذا جاز الرجوع بدون شرط فإن جوازه بمقتضى الشرط للأب أولى بالجواز.

وجاء في «شرح النيل» (١٢٧/٣): «وإن قالت خذ هذا المال كي تتزوجني أو تطلقني، أو على ألا تطلقني أو لا تتزوج علي، أو على أن تتزوج على أو تتسرى أو على ألا تتسرى، أو على أن تبيع سيرتك، أو تعزل عنها... . فله أخذه؛ لأن ذلك فعله جائز له، وملك له، لا حرام عليه ولا فرض عليه، فجاز له أخذ الأجرة عليه، وهو هبة له معلقة إلى فعل ما شرطت عليه فإن نقض ما شرطت عليه... . لزمه الرد والصداق، أما الرد ففي الكل، وأما الصداق ففي غير الأولى لأنه لم يتزوجها فلا صداق لها فضلاً عن أن يرده. والظاهر أنه إن شرطت التزوج فتزوجها ثم طلقها لزمه الرد أيضاً؛ لأن قد علم أن مراده أن يمسكها ويتبين تركه ما شرطت عليه بفوات الوقت، إن وقتاً، وبفوات الإمكان، وإلا فبقيامه من المجلس غير فاعل لما يمكن فعله... .

* ويرى الحنفية والزيدية أن الشرط الفاسخ إذا اقترن بعقد الهبة يلغو الشرط ويصح العقد، جاء في «رد المحتار» (٢٣٨/٤): «لو وهب لزوجته بقرة على أنه إن جاءه أولاد منها تهب البقرة لهم، صحت الهبة وبطل الشرط»، وجاء في «التاج المذهب» (٢٧١/٣): «ولو شرط في الهبة ما يخالف موجبها نحو... على أن تعود الهبة إلى الواهب بعد موت المتهب، أو وهب شيئاً من

الأعيان لمدة مؤقتة كشهراً أو سنة صحت الهبة ولغا الشرط». وهذا وإن كان أجلاً فاسخاً، إلا أنه يكشف لنا عن حقيقة هامة، وهي أن أي أمر يؤدي إلى فسخ عقد الهبة بعد تمامه سواء كان أجلاً أم شرطاً فإنه يبطل ويصح العقد.

آراء الفقهاء في حكم

الشرط الفاسخ في الوقف

وأيضاً فإن الفقهاء لم يجيزوا اشتراط شرط فاسخ في عقد الوقف قياساً على عقد الهبة؛ لأنه عقد ناقل للملكية مثلها.

فقد جاء في «كشاف القناع» (٤٤٦/٢) و«منتهى الإرادات» (٤٨٩/٢): «أو كان التعليق لانتهاؤه كقوله: داري وقف على كذا إلى أن يحضر زيد، أو يولد لي ولد، ونحوه لا يصح الوقف؛ لأنه نقل للملك فيما لم يبين على التغليب والسراية، فلم يجز تعليقه بشرط في الحياة كالهبة» كما جاء في «مغني المحتاج» (٣٥٧/٢) في باب الوقف: ولو وقف بشرط الخيار لنفسه في إبقاء وقفه والرجوع فيه متى شاء أو شرطه لغيره، أو شرط عوده إليه بوجه ما، كان شرط أن يبيعه، أو شرط أن يدخل من شاء ويخرج من شاء، بطل على الصحيح، قال الرافعي: كالتق والهبة... ومقابل الصحيح يصح الوقف ويلغو الشرط، كما لو طلق على ألا رجعة له».

وجاء في «المختصر النافع» (ص ١٨٠): «ولو شرط عود الوقف عند الحاجة فقولان أشبهما البطلان».

آراء الفقهاء في حكم الشرط

الفاسخ في عقود الولايات

أما عقود الولايات (كالوكالة والإيصاء، والإمارة) فإن الشرط الفاسخ فيها لا يجد ما يعوق القول بصحته، ولذلك فقد أجاز الفقهاء اشتراطه فيها، ونورد فيما يلي بعضاً من النصوص الفقهية الدالة على ذلك.

فقد جاء في «الخرشي» (٣٤٣/٥): «لو قال وصيتي زوجتي إلى أن تتزوج، فهي ما دامت عزباً وصية، وإذا تزوجت سقط حقها».

وجاء في «كشاف القناع» (٥٣٤/٢): «وإن قال: أوصيت إليك فإذا بلغ ابني فهو وصيي، صح ذلك، فإذا بلغ ابنه صار وصيه، ومثله في الصحة: إذا قال أوصيت إليك فإذا تاب ابني من فسقه، أو صح من مرضه، أو اشتغل بالعلم، أو صالح أمه، أو رشده، فهو وصيي صحت الوصية في الصور كلها، ويصير المذكور وصياً عنه بوجود الشرط للخبر الصحيح: «أميركم زيد، فإن قتل فجعفر، فإن قتل فعبد الله بن واحة» والوصية كالتأخير. ومثله ما جاء في نفس المرجع (٥٠/٢).

وجاء في «مغني المحتاج» (٧٧/٣): «ويجوز فيه - أي الإيصاء - التوقيت» كأوصيت إليك سنة، أو إلى بلوغ ابني، كما مر، والتعليق فإذا مت فقد أوصيت إليك؛ لأن الوصاية تحتل الجهالات والأخطار فكذا التوقيت والتعليق؛ ولأن الإيصاء كالإمارة، وقد أمر النبي ﷺ زيداً على سرية وقال: «إن أصيب زيد فجعفر، وإن أصيب جعفر فعبد الله بن واحة». (١) رواه البخاري، وقد تقدم نصه (ص ٩٣) عند مناقشة آراء الفقهاء في حكم تعليق عقود الولايات على الشرط، ومنعاً من التكرار نحيل إلى ما قرره الفقهاء هناك في عقود الولايات (الحنفية (ص ٧٨) والمالكية (ص ١٠٢)، والشافعية (ص ١٠٤)، والحنابلة (ص ١١٧)، والزيدية (ص ١٢٦)، والإمامية (ص ١٣١)، والإباضية (ص ١٣٨).

(١) تقدم تخريجه (ص ٩٣).

ثانياً: وجود الحق في ظل الشرط الفاسخ

أوضحنا فيما تقدم الشروط المقترنة بالعقد - صحيحهما وفاسدها - وبيننا آثارها وسرنا في ذلك على ما سار عليه الفقه الإسلامي في تقسيم للشروط إلى عدة أنواع، وانتهينا إلى ترجيح صحة الشروط التي لا تخالف المشروع، وقارنا آثار هذه الشروط بآثارها في القانون الوضعي، ونضيف إلى ما تقدم أن ما قرره القانون الوضعي «من أن الحق المعلق على شرط فاسخ هو حق موجود وجوداً كاملاً، غير أن هذا الحق معرض للزوال»^(١) لا يخرج عما قرره الفقه الإسلامي فيما أجاز الفقهاء فيه هذا النوع من الشرط.

فالفقه الإسلامي يقرر - فيما أجزى فيه هذا الشرط - أن هذا الحق موجود ونافذ من وقت صدوره، وذلك لأنه بمجرد صدور صيغة العقد المقترنة بشرط - صحيحة مستوفية لأركانها، وشرائطها المعتبرة شرعاً - يلتزم البائع - في عقد البيع - بتسليم المبيع إلى المشتري، كما يلتزم المشتري بتسليم الثمن إلى البائع، ويملك كل منهما ما آل إليه من عوض.. وله أن يتصرف فيه التصرف الذي تراضيا عليه في حدود المشروع.

والفقه الإسلامي يقرر أيضاً أن هذا الحق موجود وجوداً كاملاً، وآية ذلك أنه إذا هلك المبيع هلك على المشتري؛ لأنه هو المالك له، فيتحمل تبعه هلاكه... وله أن ينتفع به الانتفاع المشروع، ويستغله ويستثمر، ويديره، وما حصل عليه من مكاسب خلال هذه الفترة فهي له؛ لأنه يأخذ ثمار ملكه، وقد سبق أن بينا ذلك.. ويقابل هذا أن الطرف الآخر أيضاً: ينتفع بالعوض ويستثمره ويستغله... كما أن للمالك تحت شرط فاسخ الحق في أن يأخذ بالشفعة بمقتضى ملكيته لهذه العين؛ لأن الأخذ بالشفعة يقتضي أن يكون

(١) سبق إيضاح هذا (ص ٣٨).

الشفيع مالكاً لما يشفع به قبل البيع، وأن يستمر ذلك الملك حتى يقضي له بالشفعة^(١) فإذا تحقق الشرط - بعد أن قضى له بها - ردت العين الأصلية إلى المالك تحت شرط واقف (البائع في المثال المتقدم) دون العين المشفوع فيها.. وهذا يدل على أن الحق المقترن بشرط فاسخ حق موجود وجوداً كاملاً.

والفقه الإسلامي يقرر أيضاً: أن هذا الحق حق معرض للزوال، وذلك لأنه إذا تحقق الشرط الفاسخ انفسخ العقد، وعادت العين إلى مالكتها الأصلي، كما أن الفقه الإسلامي يقرر أنه إذا تخلف الشرط الفاسخ؛ فإن العقد يتأكد، وينقلب إلى عقد ناجز غير موصوف بشرط.

(١) الأموال ونظرية العقد للمرحوم الدكتور محمد يوسف موسى (ص ٢٢٤ ط - أ).

المبحث الخامس

الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)

هذه التسمية «الشرط الجزائي» هي تسمية برزت في القوانين الوضعية لمعنى معين، وهو اتفاق طرفي التعاقد بنص في العقد يحدد مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه بينهما، أو إذا تأخر في تنفيذه^(١).

كنهه وخصائصه:

أولاً: هو شرط لأن الشرط هو التزام أحد طرفي التعاقد بالوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف وغير موجود وقت التعاقد.

(١) الوسيط د. عبد الرازق السنهوري (٣/٣٤) وقد عرفه بالتعويض الاتفاقي، أو الشرط الجزائي: وقد أخذت به القوانين الغربية، الإنجليزي، والقانون الفرنسي، وغيرهما من القوانين الغربية، والقوانين العربية. المصري المواد (٢٢٣) ونصها: ويجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد (٢١٥ - ٢٢٠). المادة (٢٢٤):

- ١ - لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر.
 - ٢ - ويجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض، إذا ثبت أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.
 - ٣ - ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين.
- المادة (٢٢٥): إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً، أو خطراً جسيماً.
- ويراجع المواد (٢٩٣ - ٢٩٨) مدني كويتي، (١٧٠، ٢٢٦) قانون الموجبات والعقود اللبناني.

ويراجع المواد (٢٢٤ - ٢٢٦) مدني عراقي.

والمواد (١٠٨ - ١١٠) مدني مغربي.

ثانياً: وهو شرط في العقد، يعمل هذا الشرط ويؤدي دوره عند حدوث الإخلال بما التزمه المتعاقد، أو بعبارة أخرى أنه يظل كامناً لا يعمل إلا إذا حدث الإخلال بما التزمه .

ثالثاً: هو شرط جزائي لأنه ينص على مقدار التعويض والجزاء المالي الذي يتحملة المدين إذا أخل بالتزامه، أو تأخر في التنفيذ.

رابعاً: هو شرط يحث ويحفز ويدفع المدين على الوفاء بما التزمه في العقد، كماً وكيفاً ودون تراخ في التنفيذ، فهو يؤكد موجب العقد، ولكن بطريق آخر غير الاستيثاق بالرهن أو الكفيل أو الشهادة، المتفق على مشروعيتها، بل بطريق التعويض المالي على هذا الإخلال، والذي قد يكون ناجعاً في بعض الظروف التي لا تؤدي إلى ارتكاب أمر غير مشروع، فلا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً، والتي تعتبر - إذا صحت - تعويضاً عما لحق الدائن من أضرار نتيجة إخلال المدين بالتزامه في العقد^(١).

حكم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي:

الشرط الجزائي باعتباره تعويضاً ناتجاً عن الإخلال بالالتزام المقرر في العقد، يلزم لمعرفة حكمه الشرعي أن نفرق بين أمرين:

- أولهما: أن يكون التعويض نتيجة الإخلال بالتزامه وكان محل الالتزام «ديناً»، (أي ثبت في الذمة) كضمن مبيع أو بدل قرض...

- وثانيهما: أن يكون التعويض نتيجة الإخلال بالتزامه وكان محل الالتزام عيناً وليس ديناً كتسليم العين المبيعة أو العين المستأجرة المقرر تسليمها في وقت معين.

ونوضحُ حُكْمَ كلِّ فيما يلي:

(١) أما إذا اتفق المتعاقدان على مقدار التعويض بعد حصول الإخلال بالالتزام فلا يعتبر هذا الاتفاق شرطاً جزائياً، وإنما يعتبر صلحاً بينهما على مقدار التعويض لا تطبق عليه أحكام الشرط الجزائي، بل تسري عليه القواعد الخاصة بالصلح.

النوع الأول

الشرط الجزائي إذا كان محل الالتزام ديناً

إذا كان محل الالتزام الأصلي ديناً، كما إذا باع بضمن مؤجل أو مقسط، واشترط في عقد البيع شرطاً جزائياً يوجب على المشتري دفع تعويض مالي إذا تأخر عن سداد الثمن المؤجل أو الأقساط المستحقة عليه في موعدها، سواء أكان بسبب الإعسار، أم بسبب المماطلة. فإن هذا الشرط لا يجوز شرعاً؛ لأنه يكون من قبيل الزيادة في الدين عند التأخير عن السداد، وهو عين ربا النساء، وهو محرم بالإجماع.

قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَيْمِئِةِ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِدَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَاْتَمَّهُمْ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿٢٧٥﴾﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وربي النساء هو الذي عناه النبي ﷺ بقوله في حجة الوداع: «ألا وإن ربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب».

وعن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ لعن آكل الربا ومؤكله وشاهديه وكتابه، وقال هم سواء^(١) وهذا الحكم عام في كل أنواع الربا (ربا الفضل، وربي النساء؛ أي: التأخير).

ولأن هذا النوع من الشرط الجزائي إذا قلنا بصحته هنا يؤدي إلى أن نحل حراماً (وهو الربا)، وهو ممنوع بنص حديث رسول الله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(٢).

* ومن أمثلته أيضاً عقد القرض فلا يجوز اشتراط زيادة على مبلغ القرض إذا تأخر في السداد، وأيضاً عقد السلم: فلا يجوز فيه الشرط الجزائي

(١) أخرجه مسلم عن جابر رضي الله عنه م ٤٩/٥ - ح. ق ٩٥٥ (المختصر).

(٢) تقدم تخريجه (ص ٤)، وهنا نشير إلى أن ما نص عليه في القوانين الوضعية من جواز وصحة الشرط الجزائي إذا كان محل الالتزام ديناً، وتسميته «فائدة التأخير» هو ممنوع شرعاً، ولا يحل اشتراطه ولا العمل به؛ لأنه «ربا نساء» وهو محرم بالإجماع.

عند التأخر في تسليم المسلم فيه؛ لأن المسلم فيه، عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير.

النوع الثاني

الشرط الجزائي إذا كان محل الالتزام عيناً وليس ديناً

لم يفض الفقهاء في ضرب أمثلة لهذا النوع من الشروط، وهو الشرط الذي يفرض تعويضاً على من يخل بالالتزام يتعلق بالعين التي جرى عليها التعاقد، كما إذا باع سلعة أو استأجرها، واشترط وقتاً معيناً لتسليمها له، فإن لم يوف المدين بما التزمه كان عليه كذا وكذا جزاء تأخره.

وبمتابعة ما صرح به الفقهاء من الشروط في العقد، نجد أن بعضهم صرح بصحة هذا الشرط:

أ - ففي صحيح البخاري: قال ابن عون^(١): «عن ابن سيرين^(٢) قال: قال رجل لِكُريه^(٣) أدخل ركابك^(٤)، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح^(٥): من شرط على نفسه طائعاً غير مكره، فهو عليه» وقال أيوب عن ابن سيرين إن رجلاً باع طعاماً، وقال: إن لم آتكَ الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجىء، فقال شريح للمشتري أنت أخلفت ففضى عليه^(٦).

(١) ابن عون هو عبد الله بن عود بن أرتبان البصري.

(٢) هو محمد بن سيرين البصري، الأنصاري بالولاء، أبو بكر، تابعي، مولده ووفاته بالبصرة، كان كاتباً لأنس بن مالك (ولد سنة ٣٣هـ - وتوفي سنة ١١٠هـ) روى الحديث عن أنس بن مالك وزيد بن علي، والحسن بن علي، قال ابن سعد: لم يكن بالبصرة أعلم منه بالقضاء، الأعلام للزركلي، وتهذيب التهذيب.

(٣) الكري على وزن فعيل هو المكاربي؛ أي: الأجير.

(٤) أدخل ركابك أي: أدخل الراحلة التي يرحل عليها.

(٥) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم، أبو أمية، من أشهر القضاة في صدر الإسلام، أصله من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن، كان في زمن النبي ﷺ ولم يسمع منه، ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية ؓ، واستعفى في أيام الحجاج سنة (٧٧هـ)، كان ثقة في الحديث، مأموناً في القضاء، مات بالكوفة سنة (٧٨هـ).

(٦) عمدة القارئ، شرح صحيح البخاري للإمام بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد =

قال العيني: قال شريح: من شرط على نفسه طائعاً (أي حال كونه طائعاً مختاراً) غير مكره عليه، فهو (أي الشرط الذي شرط عليه) يلزمه. وفي هذا خالف الناس شريحاً (يعني لا يلزمه شيء، لأنه عده) وهذا التعليق وصله سعيد بن منصور عن هشيم عن ابن عون ولفظه: أن رجلاً تكارى من آخر، فقال: «أخرج يوم الإثنين، فذكر نحوه»^(١).

ويتبين لنا من هذا النص أن القاضي شريحاً ألزم الرجل المستأجر الذي أمر المكارى (الأجير) بأن يدخل راحلته المستأجرة له، ولا يرحل بها، فإن لم يرحل معه إلى يوم كذا وكذا، فله مائة درهم، وقد التزم بها طائعاً مختاراً، وهي تعويض عن الضرر الذي لحق الأجير من عدم الانتفاع براحلته خلال هذه المدة.

ب - كما صرح بعض المالكية بصحته فقد قال الحطاب في الالتزام: «ولابن نافع في المدينة أيضاً فيمن باع سلعة من رجل، وقال: إن خاصمتك فهي صدقة عليك، فخاصمه فيها، أن الصدقة تلزمه».

فإن كان (ابن نافع) يريد بقوله إن الصدقة تلزمه أنه يحكم بها عليه، فهو مثل قول ابن دينار خلاف المشهور في المذهب.

«وأما ما كان من الصدقات المُبتَلَّةِ لله تعالى على غير يمين، فيحكم بها إن كانت لمعين باتفاق، وإن كانت للمساكين أو في سبيل الله على اختلاف الرواية في ذلك في المدونة...».

ثم أورد ابن رشد بعد ذلك نصاً ثانياً عن ابن نافع فقال:

«ولابن نافع فيها إن باع سلعة من رجل، وقال: إن خاصمتك فيها فهي صدقة عليك، فخاصمه فيها، أن الصدقة تلزمه.

فعلى قولهما (أي: قول محمد بن دينار أن الصدقة بالشرط تلزمه،

= العيني، الحنفي المذهب، المتوفى سنة (٨٥٥هـ) ثمانمائة وخمس وخمسين من الهجرة، (٢١/١٣).

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري (٣٥٤/٥) لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (٧٧٣هـ - ٨٥٢هـ).

وقول ابن نافع أيضاً) في لزوم الصدقة بالشرط ينبغي أن يكون النكاح جائزاً (فيمن لو اشترطت عليه امرأته عند عقد النكاح إن تسرى عليها، فالسرية صدقة على امرأته وأن الصدقة بالشرط تلزمه) والشرط لازماً كسائر الشروط اللازمة^(١).

ثم قال بعد ذلك قلت: ومثل مسألة ابن نافع التي ذكرها ابن رشد ما يكتب الآن في مستندات البيع: أن البائع التزم للمشتري متى قام، وادعى في الشيء المبيع، أو خاصم، كان عليه للمشتري، أو للفقراء، كذا وكذا، فلا يحكم عليه بذلك على المشهور، ويحكم به على قول ابن نافع، والله تعالى أعلم.

ثم قال أيضاً: «وأما إذا التزم المدعى عليه (أي المدين) أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا، فله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه؛ لأنه صريح الربا، وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين، أو غيره، وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة، وقد رأيت مستنداً بهذه الصفة، وحكم به بعض قضاة المالكية الفضلاء بموجب الالتزام، وما أظن ذلك إلا غفلة منه.

وأما إذا التزم أنه إن لم يوف حقه في وقت كذا، فعليه كذا وكذا لفلان [أي غير صاحب الحق] أو صدقة للمساكين، فهذا هو محل الخلاف المعقود له الباب، فالمشهور أنه لا يقضي به، كما تقدم، وقال ابن دينار يقضي به...^(٢)

ثم قال: «إذا قلنا إن الالتزام المعلق على فعل الملتزم الذي على وجه اليمين لا يقضى به على المشهور، فاعلم أن هذا ما لم يحكم بصحة الالتزام المذكور حاكم، أما إذا حكم حاكم بصحته أو بلزومه فقد تعين الحكم به؛ لأن الحاكم إذا حكم بقول لزم العمل به، وارتفع الخلاف...»^(٣)

الخلاصة: ومن هذا يتبين لنا أن بعض فقهاء المذهب المالكي يرى:

(١) فتح العلي المالک (١/٢٦٠ - ٢٦٢).

(٢) نفس المرجع السابق (ص ٢٦٤).

(٣) نفس المرجع السابق (ص ٢٦٨).

أ - أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من المال (دينياً) كضمن مبيع مؤجل، أو بدل قرض . . . والتزم المدعى عليه أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا فله عليه كذا وكذا، كان هذا الالتزام باطلاً ولا يصح؛ لأن ما التزم به للدائن هو بدل عن تأخره في دفع الدين الذي لزمه، وهذا هو عين ربا النساء، وهو محرم بالإجماع كما سبق بيانه.

وقد ذكر الحطاب فيما تقدم أن ما حكم به بعض قضاة المالكية من الوفاء بموجب هذا الالتزام أنه ما يظن ذلك إلا غفلة منه؛ لأن ما حكم به هو عين ربا التأخير وهو محرم بالإجماع.

ب - أما إذا كان محل الالتزام عيناً من الأعيان أو منفعة، كتسليم السلعة في موعد كذا، أو تسليم العين المستأجرة في وقت كذا، فإن لم يوف بذلك لزمه كذا وكذا، فإن هذا الالتزام هو التزم صحيح يجب الوفاء به، عند ابن دينار، وابن نافع من المالكية.

وإذا صح هذا الالتزام كان هو بعينه الشرط الجزائي الذي نتحدث عنه.

ج - أما المذاهب الأخرى (الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية والإباضية)^(١) فلم يصرحوا - فيما اطلعت عليه - بمثل هذا الشرط ولكن يمكن أن نستخلص من القواعد الفقهية لهذه المذاهب ما يدل على صحة هذا الشرط ومنها:

١ - الفقهاء القائلون بأن الأصل في العقود والشروط الصحة، إلا إذا ورد نص يحرم ذلك، وهم «الحنابلة، وابن تيمية، وابن القيم، والإمامية» فإنه يمكن أن يقال إن هذا الشرط صحيح عندهم (إذا كان من أجل الوفاء بتسليم العين أو المنفعة المتعاقد عليها في وقت معين وإلا كان على المدين كذا وكذا) لأنه لم يرد نص من الشرع يحرمه.

٢ - أن الشرط الجزائي يؤدي إلى الوفاء بموجب العقد، فهو شرط فيه مصلحة العقد، فهو يؤكد موجب العقد؛ لأنه يحث المدين على الوفاء بما

(١) كما يراجع فيما سبق للحنابلة (ص ٣٣٧)، ولابن تيمية وابن القيم (ص ٣٤٤)، وللإمامية (ص ٤٤٨).

التزمه في العقد، وقد أمرنا الله تعالى بالوفاء بالعقود والعهود والشروط^(١) وقد سبق أن بينا أن الشرط الذي فيه مصلحة العقد كالشرط الذي يوثق موجب العقد (الرهن والكفالة والشهادة) وهو أيضاً بمثابة الشرط الذي يقتضيه العقد - كما قال الحنفية - فبناء على هذا يصح هذا الشرط قياساً على الشروط التي تؤكد موجب العقد، والتي قد قال بصحتها جميع المذاهب (غير زفر من علماء الحنفية).

٣ - أن هذا الشرط يؤدي إذا أخل المدين بالتزامه إلى تعويض الدائن عن هذا الإخلال.

والفقه الإسلامي يقر مبدأ التعويض عن الضرر، في العقود والتصرفات المالية (وكذا في التصرفات غير المشروعية على النفس أو المال) وهو ما يعبر عنه في العقود بـ«الضمان» وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بقولها: «الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات».

المادة (٤١٥).

وقد شرع الضمان حفظاً للحقوق، ورعاية للعهود، وجبراً للأضرار، وزجراً للجناة، وحداً للاعتداء، في نصوص كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية، ومنها قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦] ومنها حديث أنس رضي الله عنه قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إلى النبي ﷺ طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال ﷺ: «طعامٌ بطعامٍ وإناءٌ بإناءٍ»^(٢).

«وعن سمرة بن جندب رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(٣) أي عليها ضمانه، وقوله ﷺ: «لا ضررَ ولا ضرارَ»^(٤)

(١) راجع فيما سبق (ص ٦٧٩).

(٢) حديث «طعام بطعام...» أخرجه الترمذي: (٦٣١/٣) وأصله في البخاري: (١٢٤/٥).

(٣) حديث «على اليد ما أخذت...» أخرجه الترمذي: (٥٥٧/٣) وأشار ابن حجر في التلخيص إلى إعلاله.

(٤) حديث «لا ضرر...» أخرجه مالك في الموطأ (٧٤٥/٢) عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلًا، وأخرجه الحاكم في المستدرک، والبيهقي، والدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري، وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما، وحسنه

وفسر بالآي يضر الرجل أخاه ابتداء لا جزاء» ومنه أخذت القاعدة الفقهية «الضرر يزال».

ومن أسباب الضمان: العقد، وما رتبته من التزامات بين المتعاقدين، فالإخلال بما التزمه المتعاقد يرتب الضمان عليه؛ لأنه يكون تعويضاً عما لحق الدائن من أضرار جزاء تأخر المدين عن الوفاء بما التزمه للدائن.

* غير أنه يجب أن يكون الضرر واقعاً فعلاً، وأن يكون الجزاء مناسباً لهذا الضرر، فإذا كان هنالك مبالغة في الجزاء، فإنه يجب أن يُردَّ إلى العدل المقررة بالآية الكريمة ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ وباقي النصوص المذكورة آنفاً، وكذا العكس.

٤ - كما بينا فيما سبق أنه إن اشترط شرط فاسخ في العقد، كما إذا قال البائع بعتك هذه السلعة على أن تنقذني الثمن إلى ثلاثة أيام، أو إلى مدة معلومة أقل من ذلك أو أكثر، وإلا فلا بيع بيننا أنه يصح البيع وهو قول عمر رضي الله عنه - كشرط الخيار - وينفسخ البيع إن لم يفعل^(١) وتقدم آنفاً رأي شريح، والفسخ أشد ضرراً من التعويض عن الضرر الذي يوجبه الشرط الجزائي.

وكما بينا أيضاً ما لو اشترط البائع على المشتري الامتناع عن التصرف في العين المبيعة لمدة معينة، كالأبيع ولا يهب... حتى يعطي الثمن، وكان الثمن مؤجلاً، أو اشترط على المشتري ألا يبيع المبيع من فلان معين، أو من نفر قليل... فهذا النوع من الشروط صحيح عند المالكية، وعند ابن شبرمة وابن تيمية وابن القيم وقد رجحنا صحته، ويلزم الوفاء به.

أما إذا لم يوف به فيكون للمشتري الخيار بين فسخ العقد واسترداد المعقود عليه، وهو أشد من التعويض المادي، أو إمضائه بدون الشرط، ويرجع في عقود المعاوضة بما نقصه من العوض في مقابل الشرط الذي لم يسلم

= النووي، ومنه أخذت القاعدة «الضرر يزال» راجع الأشياء والنظائر للسيوطي (ص ٨٣).

(١) راجع الشرط الفاسخ (ص ٦٨٨ - ٧٠٠).

له^(١). وهو تعويض عن الضرر الذي لحقه، وهو ما يفيد الشرط الجزائي.

٥ - يرى بعض الفقهاء جواز العقوبة بالمال عمن يتأخر عن أداء ما وجب عليه من الزكاة، فقد قال إسحاق بن راهويه^(٢)، وأبو بكر عبد العزيز^(٣)، والشافعي^(٤) في القديم من قوليهِ: «أن من منع أداء ما عليه من الزكاة مع اعتقاده بوجوبها فإن الإمام يأخذها منه وشطر ماله، لما روي بهز بن حكيم عن أبيه عن جده رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول: «في كل سائمة الإبل، في كل أربعين بنت لبون، لا تُفَرَّقُ إبل عن حسابها، من أعطها مؤتجراً بها فله أجرها، ومن أبأها فإننا آخذوها وشطر ماله، عزمة من عزمات ربنا، لا يحل لآل محمد منها شيء»^(٥).

قال ابن قدامة: في حديث بهز رضي الله عنه^(٦) «وذكر هذا الحديث لأحمد

(١) راجع (ص ٦١٤ - ٦٤٠).

(٢) هو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد، من بني حنظلة من تميم، عالم خراسان في عصره، طاف البلاد لجمع الحديث، وأخذ عنه أحمد، والشيخان، قاله فيه الخطيب البغدادي «اجتمع له الفقه والحديث، والحفظ والصدق والورع والزهد» استوطن نيسابور، وتوفي بها سنة (٢٣٨) ثمان وثلاثين ومائتان من الهجرة، وولد سنة (١٦١) إحدى وستين ومائة. الأعلام للزركلي وتهذيب التهذيب (١/٢١٦).

(٣) هو عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزيد البغوي، أبو بكر، المشهور بغلام الخلال، مفسر، محدث، ثقة من أعيان الحنابلة، من مصنفاته «الشافعي والمقنع، والخلاف مع الشافعي، وكتاب القولين، وزاد المسافر»، طبقات الحنابلة لابن أبي يعلى (٢/١١٩ - ١٢٧).

(٤) وذهب أيضاً إلى جواز المعاقبة بالمال الإمام يحيى والهادوية، وقال في الغيث: لا أعلم في جواز ذلك خلافاً بين أهل البيت.

(٥) حديث «في كل سائمة...» أخرجه أبو داود في سننه (١/٣٦٣)، والنسائي في كتاب الزكاة: المجتبي (٥/١٦، ١٧)، والدارمي في سننه (١/٣٩٦)، والإمام أحمد في السند (٥/٢، ٤)، وصححه الحاكم.

(٦) عن بهز بن حكيم رضي الله عنه بن معاوية بن حيدة، بفتح الحاء، وسكون الياء، وفتح الدال، القشيري، بضم القاف وفتح الشين، وبهز تابعي مختلف في الاحتجاج به، فقال يحيى بن معين في هذه الترجمة إسناد صحيح إذا كان من دون بهز ثقة، وقال أبو حاتم: هو شيخ يكتب حديثه ولا يحتج به، وقال الشافعي: ليس بحجة، وقال الذهبي: ما تركه عالم قط. وبهز تابعي، ومعاوية بن حيدة صحابي، رضي الله عنه.

فقال: ما أدري ما وجهه؟ وسئل عن إسناده؟ فقال: هو عندي صالح الإسناد. رواه أبو داود، والأثرم، والنسائي في سننهم^(١).

* وقال جمهور الفقهاء إن الإمام يأخذ الزكاة منه ولا يزيد عليها، ولكن يعزره، قال ذلك أكثر أهل العلم منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، ووجهه قول النبي ﷺ: «ليس في المال حق سوي الزكاة»^(٢)...

وللعلماء مناقشات جمة في هذا الموضوع لا يتسع المقام لذكرها... ولكن يمكن القول بأنه إذا صح حديث بهز، فإنه يجيز العقوبة بالمال على من منع إخراج الزكاة، وهو يعتقد وجوبها.

وإذا جاز ذلك في حقوق الله تعالى، فإنه يمكن أن يقاس عليها حقوق العباد - كما في مسألتنا هذه - بجامع عدم الوفاء بما أوجبه الشرع في كل منهما، إلا أن ما نقول به هنا هو التعويض المالي عن الإحلال، وليس العقوبة، فإذا قلنا بجواز العقوبة بالمال، فالتعويض المالي أخف منها، فيكون أولى بالجواز، كما أن جمهور الفقهاء الذين يقولوا بجواز العقوبة بالمال قضا بتعزيره، والتعزير أشد من التعويض المالي.

٦ - بيع العربون والشرط الجزائي^(٣):

قد يستدل لجواز الشرط الجزائي بقياسه على جواز بيع العربون عند من قال بجوازه، ونوجز حقيقة بيع العربون وحكمه ووجه الاستدلال به:

أولاً: تعريف بيع العربون:

- العَرَبُونُ لغةً: ينطق بفتحتين - كحلزون، وبضم العين، وسطون الرء، وزان عُصفور، والعُربان بضم العين وسكون الرء - وزان قربان - لغة ثالثة.

(١) ويراجع آراء الفقهاء في العقوبة بالمال في نيل الأوطار للشوكاني (١٢١/٤، ١٢٢)، وسبل السلام للصنعاني (١٦٢/٢، ١٦٣) وكتاب المغني لابن قدامة (٧/٤).

(٢) حديث «ليس في المال...» أخرجه ابن ماجه في سننه (٥٧٠/١)، وتلخيص الحبير لابن حجر (١٦٠/٢).

(٣) راجع لنا كتاب «الخروج من خلاف الفقهاء في المعاملات»، (ص ٧٦ - ٧٩) نشر المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.

وأما فتح العين مع إسكان الراء فلحن لم تتكلم به العرب (وورد بدل العين أ، فيقال أربون، وأربان)، وقال الأصمعي العربون أعجمي معرب، وفسروه لغة: بما عقد به البيع^(١).

- والعربون اصطلاحاً هو: «أن يشتري السلعة أو يستأجرها، فيدفع إلى البائع أو المؤجر درهماً أو أكثر، على أنه إن أخذ السلعة، أو المؤجر، احتسب به من الثمن أو من الأجرة، وإن لم يأخذها، فذلك للبائع أو للمؤجر بغير شيء» وقال أبو داود قال مالك: وذلك فيما نرى - والله أعلم - أن يشتري الرجل السلعة أو يتكاري الدابة، ثم يقول: «أعطيتك ديناراً على أني إن تركت السلعة أو الكراء، فما أعطيتك لك، انتهى. وبمثل ذلك فسره عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن أسلم، والمراد أنه إذا لم يختر السلعة، أو لم يكثر الدابة كان الدينار أو نحوه للمالك بغير شيء، وإن اختارهما أعطاه بقية القيمة أو الكراء»^(٢).

ثانياً: حكمه:

اختلف الفقهاء في صحة هذا البيع، ولهم آيات:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية، وأبو الخطاب من الحنابلة)^(٣) «أنه لا يصح هذا النوع من البيع أو الإجارة. ويروي ذلك عن ابن عباس، والحسن، واستدلوا بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى النبي ﷺ عن بيع العربان»^(٤) فهو بيع منهي عنه.

(١) القاموس المحيط، والمصباح المنير وجاء فيه: «قال بعضهم هو أن يشتري شيئاً أو يستأجره ويعطي بعض الثمن أو الأجرة، ثم يقول: إن تم العقد احتسبناه، وإلا فهو لك ولا آخذه منك».

(٢) كشف القناع (٣/١٩٥)، والمغني لابن قدامة (٦/٣٣١)، ط. هجر تحقيق د. عبد الله بن المحسن التركي، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٣/٦٣)، للدردير، ونيل الأوطار (٥/١٥٣).

(٣) مغني المحتاج (٢/٣٦)، والموطأ شرح الزرقاني (٢/١٣٩)، والشرح الكبير، وحاشيته للدسوقي (٣/٣٦) ط. دار الفكر، وكشاف القناع (٣/١٩٥) ش. مكتبة النصر الحديثة. مصر. والمغني لابن قدامة (٦/٣٣١).

(٤) رواه ابن ماجه في باب بيع العربان من كتاب التجارات، سنن ابن ماجه (٢/٧٣٨)، كما أخرجه أبو داود في باب بيع العربان من كتاب البيوع (٢/٢٥٣)، والإمام =

ولأنه من أكل أموال الناس بالباطل، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّارِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٨].

ولأن فيه شرطين مفسدين للعقد - شرط الهبة للعربون، وشرط رد البيع بتقدير ألا يرضى، ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض، فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول، فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة، فلم يصح كما لو قال ولي الخيار متى شئت رددت السلعة، ومعها درهم، وقال ابن قدامة: وهذا هو القياس^(١).

قال الدسوقي في حاشيته: «والظاهر منعه في جميع العقود؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل، وأولى منه في المنع للعلة المذكورة المراهنة التي تقع من عوام الناس» وقال الشيخ عليش في تقريره: ومثل البيع الإجارة، كما في الموطأ، وباقي العقود على الظاهر^(٢).

الرأي الثاني: ويرى الحنابلة (غير أبي الخطاب) أن هذا البيع جائز. قال أحمد بن حنبل: لا بأس به، وفعله عمر رضي الله عنه، وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجازته، وروى عن جماعة من التابعين، قال ابن سيرين لا بأس به، وقال

= مالك في باب ما جاء في بيع العربان من كتاب البيوع، الموطأ (٦٠٩/٢) وضعفه ابن حجر في التلخيص (١٧/٣) (شركة الطباعة الفنية) ولكن الحديث روي من طرق متعددة، قال الشوكاني في نيل الأوطار: الحديث منقطع؛ لأنه من رواية مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب، ولم يدركه، فبينهما راوٍ لم يُسمَّ وسماه ابن ماجه فقال: عن مالك عن عبد الله بن عمر الأسلمي، وعبد الله لا يحتج بحديثه، وفي إسناد ابن ماجه هذا أيضاً (حبيب) كاتب الإمام مالك، وهو ضعيف لا يحتج به، وقد قيل: إن الرجل الذي لم يُسمَّ هو ابن لهيعة، ذكر ذلك ابن عدي، وهو أيضاً ضعيف، ورواه الدارقطني والخطيب عن مالك عن عمرو بن الحارث عن عمرو بن شعيب، وفي إسنادهما الهيثم بن اليمان، وقد ضعفه الأزدي، وقال أبو حاتم: صدوق، ورواه البيهقي موصولاً من غير طريق مالك، وأخرج عبد الرازق في مصنفه عن زيد بن أسلم أنه سئل رسول الله ﷺ عن العربان وأحله، وهو مرسل، وفي إسناد إبراهيم ابن أبي يحيى، وهو ضعيف (١٥٣/٥).

(١) المغني (٣٣١/٦).

(٢) حاشية الدسوقي (٦٣/٢).

سعيد بن المسيب وابن سيرين: «لا بأس إذا كره السلعة أن يردها، ويرد معها شيئاً، وقال أحمد: هذا في معناه».

واستدلوا بما روى نافع بن عبد الحارث أنه اشترى لعمر رضي الله عنه دار السجن من صفوان بن أمية، فإن رضى عمر، وإلا فله كذا وكذا، قال الأثرم: قلت لأحمد (ابن حنبل) تذهب إليه؟ قال: أي شيء أقول؟ هذا عمر رضي الله عنه، وضعف الحديث المروي عن عمرو بن شعيب. روى هذه القصة الأثرم بإسناده^(١).

ثالث: أوجه التشابه والاختلاف بين الشرط الجزائي وبيع العربون:

أ - أوجه التشابه بينهما: يتشابه الشرط الجزائي مع بيع العربون فيما يلي:

١ - أن كلا منها يتم باتفاق المتعاقدين على مقدار معين من المال يغرمه من يخل بالتزامه في العقد.

٢ - أن كلا منهما يتضمن دفع أحد المتعاقدين مبلغاً محدداً من المال عوضاً عن عدم الوفاء بالتزامه، ففي بيع العربون يدفع مبلغاً من المال جزاء عدوله عنه، وفي الشرط الجزائي يدفع مبلغاً من المال جزاء عدم الوفاء بالتزامه، أو التأخر في الوفاء به، ومن هنا يتشابهان.

٣ - أن دفع هذا المبلغ من المال في كل منهما يحدث ويدفع المتعاقدين على إنجاز العقود والوفاء بالتزاماتها، وتخليصها من كل ما يؤثر في جديتها وتحقيق آثارها على الوجه المشروع في الوقت المتفق عليه، ومن هنا يتشابهان.

٤ - أن هذا المال المدفوع يعتبر تعويضاً، عما لحق المتضرر من عدم إتمام البيع في بيع العربون في الوقت المحدد، ومن عدم الوفاء بالالتزامات أو التأخير فيها في الشرط الجزائي. إذ أن العوض الذي يأخذه كل منهما، هو تعويض عن تفويت الفرصة على البائع في بيع السلعة أثناء فترة بت المشتري

(١) المغني لابن قدامة (٣٣١/٦)، ويراجع نيل الأوطار (١٥٣/٥) وسبل السلام (٣٣٤/٢).

في الشراء، لمن يريد شراءها، وأيضاً التعويض المحدد في الشرط الجزائي هو تعويض عن تفويت الفرصة على المشتري في الانتفاع بملكه أو التصرف فيه في الوقت الذي حدده والتزم به المدين.

ب - أوجه الاختلاف بينهما: يختلف بيع العربون عن الشرط الجزائي فيما يلي:

١ - أن العقد في بيع العربون مهدد بالانهيار بخلاف العقد الذي يحتوي على شرط جزائي: إذ العقد قد تم في بيع العربون، ولكن السلعة لا زالت في يد البائع، والتمن في يد المشتري غير أن المشتري دفع درهماً أو أكثر على أنه إن أخذ السلعة احتسب من الثمن، وإن لم يأخذها فالدرهم للبائع بغير شيء... فالعقد مهدد بالانهيار في إطار هذا البيع إذا عدل المشتري عن البيع.

أما البيع المقترن بشرط جزائي، فإن الصفقة قد تمت، وتملك المشتري السلعة، ولكنه لم يتسلمها بعد، وتملك البائع الثمن المحدد لها ومن ثم وضع شرط جزائي على البائع في عقد البيع أو المؤجر في عقد الإجارة، إذا تأخر في تسليم السلعة التي جرى التعاقد عليها عن موعدها المقرر، فإنه يدفع كذا وكذا من النقود، فالعقد هنا غير مهدد بالانهيار، ومن هنا يختلفان.

أو بعبارة أخرى: أنه يوجد في بيع العربون خيار للمشتري بين أن يأخذ السلعة ويدفع باقي الثمن أو يتركها ويفقد ما دفعه للبائع.

أما البيع المقترن به شرط جزائي فإنه لا يوجد فيه هذا الخيار، ومن هنا يختلفان.

٢ - كما أن اطمئنان البائع في بيع العربون على استيفاء حقه أكثر من اطمئنان المشتري في البيع المشروط فيه شرط جزائي: لأن المعقود عليه في بيع العربون في يد البائع فهو مطمئن على استيفاء حقه، أما في البيع بشرط جزائي فهو في يد المشتري، فلا يكون البائع مطمئناً على استيفاء حقه بنفس النسبة، ومن هنا يختلفان.

٣ - أن العربون يستحق عند العدول عن العقد، حتى ولو لم يترتب على العدول أي ضرر.

أما المقدار المتفق عليه في الشرط الجزائي فإنه لا يستحقه الدائن إلا إذا لحقه ضرر من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه .
ومن هنا يختلفان .

٤ - أن المقدار المتفق عليه في الشرط الجزائي، يجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر الذي لحق الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه، أما عربون العدول فإنه لا يجوز تخفيضه، بل يجب دفعه كما هو، ومن هنا يختلفان .

٥ - أن الأصل في الشرط الجزائي أن يبقى المدين ملزماً بالتنفيذ العيني لالتزامه، وللدائن أن يجبره عليه ما دام ممكناً، ولا يعمل بالشرط الجزائي إلا عند تعذر التنفيذ العيني، أو اتفاه مع المدين على الاستعاضة عنه .

٦ - أما العربون فهو حق للطرف الذي لم يعدل عن العقد، وليس هناك إلزام له على التنفيذ^(١)، ومن هنا يختلفان .

٧ - إن الحنفيين وهم من الآخذين بحديث النهي عن بيع وشرط، قد صححوا الشروط إذا جرى بها العرف، وقالوا إن الناس تعارفوا بعضاً من الشروط (وقد سبق ذكرها ص ٢٩١، ٥٣٥) وتعاملوا بها، فيجوز استحساناً للتعامل بها، لا قياساً، والتعامل قاض على القياس؛ لأن التعامل إجماع فعلي، والثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، والعرف يترك به القياس ويخص به بالأثر، فيسقط القياس بتعامل الناس .

وبناء على ذلك يمكن أن نقول: إن الشرط الجزائي قد جرى العرف به الآن بين الناس لما يحققه لهم من مصالح من ضمان التنفيذ لموجبات العقد، وعدم الإخلال بها، ومن تقدير اتفاقي ورضائي بين المتعاقدين على التعويض المستحق عن الضرر الناشئ من عدم الوفاء بما أوجبه العقد، أو التأخير فيه .

وإذا كان قد جرى به العرف، والعرف المعتبر شرعاً هو ما لا يصادم نصاً في الكتاب أو السنة، فإذا صادم نصاً فإنه لا يعتد به، ولذلك أبطالنا الشرط الجزائي إذا كان محل الالتزام ديناً (كما سبق بيانه سابقاً) أما إذا لم

(١) الوسيط للدكتور عبد الرازق السنهوري (٢/٨٦٤، ٨٨٥) .

يصادم نصاً - كما إذا كان محل الالتزام عيناً، فإنه يكون صحيحاً.

ومن هنا نرى أن أوجه التشابه بارزة من ناحية التعويض المشترك، فقياس الشرط الجزائي على بيع العربون أقرب، فيصح الشرط الجزائي قياساً عليه عند من يقول بصحة بيع العربون.

• ولا يفوتنا هنا أن نبرز ما يلي:

حرص الفقه الإسلامي على وجوب الوفاء بالالتزامات، اشترطت أو لم تشترط، ولذلك منع من الإخلال بها.

عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «مطل الغني ظلم، وإذا اتبع أحدكم على ملي فليتبع»^(١).

وفسر الجزء الأول من الحديث (مطل الغني ظلم) والمراد بالمطل هنا: تأخير ما استحق أداءه بغير عذر؛ أي: تسويق القادر المتمكن من أداء الدين في الحال، وهو حرام، وقوله: «مطل الغني»، هو من إضافة المصدر للفاعل عند الجمهور، والمعنى أنه يحرم على الغني القادر أن يمطل بالدين بعد استحقاقه، بخلاف العاجز، وقيل هو من إضافة المصدر للمفعول، والعنى أنه يجب وفاء الدين، ولو كان مستحقه غنياً، ولا يكون غناه سبباً لتأخير حقه عنه، وإذا كان كذلك في حق الغني فهو في حق الفقير أولى، قال ابن حجر: «ولا يخفى بعد هذا التأويل».

وفي الحديث «الزجر عن المطل» واختلف العلماء في أن فعله عمداً كبيرة، أم لا، فالجمهور على أنه يفسق.

قال النووي: مقتضى مذهبنا (الشافعي) اشتراط التكرار، ورده السبكي في شرح المنهاج بأن مقتضى مذهبنا عدم التكرار؛ لأنه نزع الحق بعد طلبه، وابتغاء العذر عن أدائه كالغصب، والغصب كبيرة، وتسميته ظلماً يشعر بكونه كبيرة، والكبيرة لا يشترط فيها التكرار، نعم لا يحكم عليه بذلك إلا بعد أن يظهر عدم عذره انتهى.

(١) أخرجه البخاري في باب في الحوالة ج. ق. ٢٢٨٧، ومسلم ٤٣/٥، ورقم (٩٦٢) (المختصر).

واستدل به على أن العاجز عن الأداء لا يدخل في الظلم، وهو بطريق المفهوم؛ لأن تعليق الحكم بصفة من صفات الذات يدل على نفي الحكم عن الذات عند انتفاء تلك الصفة، ومن لم يقل بالمفهوم، أجاب بأن العاجز لا يسمى مطلقاً، واستفيد منه أن المعسر لا يحبس ولا يطالب حتى يوسر، وقال بعض العلماء: له أن يجسه، وقال آخرون (الحنفية) له أن يلازمه^(١).

وبناء على ما تقدم أرى صحة شرط الجزاء، أو (التعويض الاتفاقي) إذا كان محل الالتزام عيناً بالضوابط التي أبرزتها أثناء الاستدلال على صحة هذا الشرط.

والله ولي التوفيق، ومنه وبه العون والسند، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

(١) فتح الباري (٤/٤٦٤، ٤٦٥).

المبحث السادس

الشروط السابقة على العقد أو المتواطأ عليها أو اللاحقة للعقد

بعد أن بينا بالتفصيل حكم الشروط المقترنة بالعقد نبين هنا أيضاً حكم الشروط السابقة على العقد، والشروط المتواطأ عليها، والشروط اللاحقة للعقد ونجعلها في ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الشرط السابق على العقد.

النوع الثاني: المواطأة على الشرط قبل العقد.

النوع الثالث: الشرط اللاحق للعقد.

النوع الأول

الشرط السابق على العقد وحكمه

إذا كان الشرط سابقاً على العقد، وعقد الطرفان العقد دون أن يذكر فيه الشرط.

فقد اختلف الفقهاء في الوفاء بالشرط السابق على العقد: وفي أثره على العقد.

الرأي الأول: فذهب جمهور الفقهاء: الحنفية^(١) والحنابلة^(٢) والشافعية (على ظاهر المذهب) والظاهرية^(٣) إلى أن الشرط السابق على العقد لا يلحق

(١) بدائع الصنائع (٥/١٧٦).

(٢) المغني (١٠/٥١ - ٥٢).

(٣) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام في باب البيع باب الشروط في البيع حديث جابر رقم (٢٧٣)، (ص ١٢٩)، كتاب البيوع، باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسده (ص ٤٦٣).

العقد فلا يؤثر فيه، فلا يلزم الوفاء به، ولا يفسد العقد به إن كان شرطاً فاسداً؛ لأن ما قبل العقد لغو، ولأن الشروط المفسدة للعقد هي ما تكون مقارنة للعقد وممزوجة به.

الرأي الثاني: يرى أن الشرط السابق على العقد يلحق بالعقد، فيبطله إن كان شرطاً فاسداً ويلزم الوفاء به إن كان صحيحاً.

ومن أمثلة ذلك ما قالوه في اشتراط التحليل قبل زواج المطلقة ثلاثاً على من يتزوجها، فذكروا ثلاث صور له:

الصورة الأولى: قالوا لو شرط عليه أن يحلها قبل العقد، فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه، وقصد نكاح رغبة، صح العقد؛ لأنه خلا عن نية التحليل وشرطه، فصح، كما لو لم يذكر ذلك. وإن قصدت امرأة التحليل أو وليها دون الزوج لم يؤثر ذلك في العقد.

وقال الحسن وإبراهيم إذا هم أحد الثلاثة (الزوج والزوجة والولي) فسد النكاح، قال أحمد: كان الحسن وإبراهيم والتابعون يشدون في ذلك.

الصورة الثانية: شرط عليه في العقد تحليلها:

أما لو تزوج امرأة مطلقة ثلاثاً بشرط صريح في العقد على أن يحلها^(١) لزوجها الأول، فهو حرام عند جمهور الفقهاء ومكروه تحريماً عند الحنفية. للحديث: «لعن الله المحلل والمحلل له»^(٢). واختلفوا في حكم العقد:

(١) المحلل (بكسر اللام) هو الذي تزوج مطلقة غيره ثلاثاً بقصد أن يطلقها بعد الوطاء، ليحل للمطلقة، وكأنه يحلها على الزوج الأول بالوطء. وإنما لعنهما الله لما فيه من هتك المروءة، وقلة الحمية، على خسة النفس، المناوي (٢/٢٩٣).

(٢) حديث: «لعن الله المحلل والمحلل له» أخرجه أحمد، في مسنده (١/٨٣ - ٨٨)، وأبو داود في سننه (١/٤٧٩)، والترمذي (٥/٤٣، ٤٤)، والنسائي المجتبى (٦/١٢١)، وابن ماجه (١/٦٢٢) عن علي، والنسائي والترمذي عن ابن مسعود، والترمذي عن جابر قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

الرأي الأول: صرح الجمهور بفساد هذا العقد (المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية) للحدوث ولأن النكاح بشرط الإحلال في معنى النكاح المؤقت، وشرط التأقبت في النكاح يفسده، وما دام النكاح فاسداً فلا يقع به التحليل.

الرأي الثاني: ذهب أبو حنيفة وزفر إلى أن النكاح صحيح، ويبطل الشرط، وتحل للأول بعد أن يطلقها الثاني وتنتهي عدتها، ويكره للثاني والأول؛ لأن عمومات النكاح تقتضي الجواز من غير فصل بين ما إذا شرط فيه الإحلال أو لا قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٠].

إلا أنه كره النكاح لهذا الشرط، وهو أنه شرط ينافي المقصود من النكاح، وهو السكن والتوالد والتعفف.

* وقال محمد: النكاح الثاني صحيح، ولا تحل للأول؛ لأن النكاح عقد مؤبد، فكان شرط الإحلال استعجال ما أخره الله تعالى لغرض الحل فيبطل الشرط، ويبقى النكاح صحيحاً لكن لا يحصل به الغرض وهو التحليل^(١).

الصورة الثالثة: أما إذا لم يذكر التحليل في العقد، ونوى التحليل في العقد، أو نوى التحليل من غير شرط، أو توطأ العاقدان على ذلك، ثم عقدا العقد بهذا القصد، فقد اختلف الفقهاء في حكمه، ولهم رأيان:

الرأي الأول: يرى المالكية والحنابلة أن النكاح باطل^(٢)، وهو قول الحسن والنخعي والشعبي وقتادة، وبكر المزني، والليث، والثوري، وإسحاق.

(١) بدائع الصنائع (٣/١٨٧ - ١٨٩)، وفتح القدير (٣/١٧٨)، وحاشية ابن عابدين (٢/٥٣٧)، وبداية المجتهد (٢/٥٨)، ومغني المحتاج (٣/١٨٢)، والمغني (١٠/٤٩ - ٥٣).

(٢) أي أنه لو توطأ على هذا الشرط، ولم يذكره في العقد، فإنه يعتد بهذا التواطؤ، ويلحق العقد فيبطله، فالشرط السابق على العقد، ولو لم يذكر في العقد يؤثر في العقد.

واستدلوا بقول النبي ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له». وبقول ابن عمر وعثمان وابن عباس ؓ ولا مخالف لهم فيكون إجماعاً.

ولأنه قصد به التحليل، فلم يصح كما لو شرطه ولا تحل المرأة به إلى زوجها الأول، عملاً بقاعدة سد الذرائع، ولحديث: «لعن الله المحلل والمحلل له».

قال إسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة، وفي نفسه أن يحللها لزوجها الأول، ولم تعلم المرأة بذلك. قال: هو محلل، إذا أراد بذلك الإحلال، فهو ملعون. وهذا ظاهر قول الصحابة ؓ. وروى نافع، عن ابن عمر ؓ، أن رجلاً قال له: امرأة تزوجتها، أحلها لزوجها، لم يأمرني، ولم يعلم. قال: لا، إلا نكاح رغبة، إن أعجبتك أمسكها، وإن كرهتها فارتها. قال: وإن كنا نعهده على عهد رسول الله ﷺ سفاحاً. وقال: لا يزالان زانيين، وإن مكثا عشرين سنة، إذا علم أنه يريد أن يحلها^(١)، وهذا قول عثمان بن عفان ؓ، وجاء رجل إلى ابن عباس ؓ، فقال له: إن عمي طلق امرأته ثلاثاً، أيحلها له رجل؟، قال: من يخادع الله يخدعه^(٢).

الرأي الثاني: يرى الحنفية والشافعية أن العقد صحيح مع الكراهة، وذكر القاضي أبو يعلى من الحنابلة في صحته وجهاً مثل قولهما.

وقالوا في استدلالهم لهذا الرأي: «إن العقد خلا عن شرط يفسده، فأشبهه ما لو نوى طلاقها لغير الإحلال، أو كما لو نوت المرأة ذلك».

ولأن العقد إنما يبطل بما شرط فيه، لا بما قصد، بدليل ما لو

(١) أخرجه الحاكم، في باب لعن الله المحل والمحلل له، من كتاب الطلاق. المستدرک (٢/١٩٩)، والبيهقي في باب ما جاء في نكاح المحلل، من كتاب النكاح، السنن الكبرى (٧/٢٠٨).

(٢) أخرجه البيهقي في باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد في خلاف ذلك، من كتاب الخلع والطلاق. السنن الكبرى (٧/٣٣٧)، وسعيد بن منصور في باب التعدي في الطلاق، من كتاب الطلاق، السنن (١/٢٦٢).

اشترى عبداً بشرط أن يبيعه، فإنه لا يصح، ولو نوى ذلك لم يبطل.

ولأنه روي عن عمر رضي الله عنه ما يدل على إباحته وإجازته. «فروى أبو حفص، بإسناده عن محمد بن سيرين، قال: قدم مكة رجل، ومعه إخوة له صفار، وعليه إزار، من بين يديه رقعة، ومن خلفه رقعة، فسأل عمر، فلم يعطه شيئاً، فبينما هو كذلك إذ نزع الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها، فقال لها: هل لك أن تعطي ذا الرقعتين شيئاً، ويحللك لي؟ قالت: نعم. إن شئت فأخبره بذلك. قال: نعم، فتزوجها، ودخل بها. فلما أصبحت أدخلت إخوته الدار. فجاء القرشي يحوم حول الدار. ويقول: يا ويله، غلب على امرأته، فأتى عمر، فقال: يا أمير المؤمنين، غُلِبْتُ على امرأتي. قال: من غلبك؟ قال: ذو الرقعتين. قال: أرسلوا إليه. فلما جاء الرسول، قالت له المرأة: كيف موضعك من قومك؟ قال: ليس بموضعي بأس. قالت: إن أمير المؤمنين يقول لك: طلق امرأتك. فقل: لا، والله لا أطلقها. فإنه لا يكرهك، وألبسته حلة، فلما رآه عمر من بعيد، قال: الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين. فدخل عليه، فقال: أتطلق امرأتك؟ قال: لا، والله لا أطلقها، قال عمر: لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط. ورواه سعيد^(١)، عن هشيم، عن يونس بن عبيد، عن ابن سيرين نحوه من هذا، وقال: من أهل المدينة. وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد، ولم ير به عمر رضي الله عنه بأساً».

(أي: أن عمر رضي الله عنه لم يعتد بالشرط السابق على العقد) وبعبارة أخرى لم يؤثر الشرط السابق على العقد في العقد، ومن ثم يصح العقد، ولا يلحق هذا الشرط الذي تم الاتفاق عليه قبل العقد بالعقد؛ لأن العقد إنما يبطل بما شرط فيه، لا بما قصد عند أصحاب هذا الرأي وإذا لم يبطل بالشرط السابق على العقد لم يبطل بما تواطأ عليه من باب أولى، وهذا الرأي هو الذي أرى رجحانه.

(١) في باب ما جاء في المحلل والمحلل له. سنن سعيد بن منصور (٢/٥٥، ٥١). كما أخرج عبد الرزاق في باب التحليل، من كتاب النكاح. المصنف (٦/٢٦٧).

النوع الثاني

المواطأة على الشرط قبل العقد

اختلف الفقهاء في حكم المطاوعة بين المتعاقدين على الالتزام بتصرف معين دون أن ينصا عليه في العقد، هل يكون بمثابة الشرط في العقد؟ ولهم رأيان:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء (المالكية، والحنابلة ورأي عند الشافعية (في مقابل الأصح) والزيدية) أن المطاوعة قبل العقد على تصرف معين تلحق بالعقد، وحكمها حكم الشرط في العقد، فإن كان هذا التصرف يصح اشتراطه في العقد يصح وإن كان اشتراطه يبطل العقد يبطله.

فقد نص عليه المالكية (على أن بيع الثنيا^(١)) وهو المعروف بمصر ببيع المعاد، بأن يشترط البائع على المشتري أنه متى أتى له بالثمن رد المبيع له، فإن وقع ذلك الشرط حين العقد، أو توطأ عليه قبله كان البيع فاسداً، ولو أسقط الشرط؛ لتردد الثمن بين السلفية والثمنية، وهذا مستثنى مما مر من أن إسقاط الشرط الموجب لخلل في البيع يصحح البيع^(٢).

كما نصوا على أن بيع الخيار يفسد العقد إذا اشترط البائع فيه على المشتري أنه ينقده الثمن؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون الثمن تارة بيعاً، وتارة سلفاً، أما لو تطوع بالنقد فيجوز، لضعف التهمة، كما لو تطوع المشتري بأن سلف البائع بعد عقدة البيع.

* أما إذا توطأ على النقد قبل عقدة البيع، ولم يشترطه في عقدة البيع، فذلك بمنزلة الشرط أي يفسده، وهو واضح، بل لو فهم ذلك من غير تصريح به فالظاهر أنه كالشرط، يفسد البيع. قال ابن الحاجب: ولو أسقط النقد لم يصح بخلاف مسقط السلف على المشهور، وقيل مثله^(٣).

ونص الحنابلة: على أن المطاوعة حكمها حكم الشرط: ومن ذلك ما

(١) تقدم تخريج حديث نهى عن الثنيا إلا أن تعلم (ص ٥٣٠).

(٢) حاشية الدسوقي (٧١/٣).

(٣) مواهب الجليل (٤١٧/٤).

قالوه من أنه لا يجوز شرط ما يجز نفعاً في عقد القرض، ولا المواطأة عليه، نحو أن يسكنه داره، أو يقضيه خيراً، أو في بلد آخر، فكل قرض شرط فيه زيادة، فهو حرام إجماعاً؛ لأنه عقد إرفاق وقربة، فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه...

* وكذا إذا شرط القضاء في بلد آخر؛ لأن فيه نفعاً في الجملة.

ويحتمل جواز هذا الشرط، حكاه ابن المنذر عن أحمد، وصححه في المغني، وروى عن علي وابن عباس رضي الله عنهما؛ لأنه ليس بزيادة في قدر ولا صنعة، بل فيه مصلحة لهما، فجاز كشرط الرهن، وعنه لا بأس به على وجه المعروف.

وإن فعله بغير شرط، ولا مواطأة (نص عليه) أو قضى خيراً منه، أو أهدي له هدية بعد الوفاء جاز على الأصح؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرة، فرد خيراً منه، وقال: «خيركم أحسنكم قضاء»^(١) متفق عليه من حيث أبي رافع^(٢)، ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة إليه ولا إلى استيفاء دينه، أشبه ما لم يكن قرض.

والثانية: المنع؛ أي: لا يجوز سواء بشرط أو بغير شرط، أو بمواطأة أو بغير مواطأة^(٣).

ونص الزيدية: على أن المتواطأ عليه كالمنطوق به حال العقد، وصورة ذلك أن تكون قيمة العبد ألفاً، فيبيعه بتسعمائة، وشرط عتقه، ويكون لفظ البيع: بعث منك هذا العبد بتسعمائة على أن تعتقه، فإن أعتقه وإلا رجع البائع بمائة، وهكذا لو تواطأ قبل العقد، على أن ينقص له مائة، ويعتقه فباعه منه بنقصان المائة مضمراً لكون نقصانها في مقابلة العتق، فله أن يرجع بها إذا لم يعتق.

(١) التيسير بلفظ «خيركم خيركم قضاء» المناوي: أي للدين؛ بأن يرد أحسن مما أخذ، ويزيد في الإعطاء على ما بذمته بغير مطلق. النسائي، عن عرياض بن سارية.

(٢) البخاري عن أبي هريرة بلفظ: «فإن من خيركم أحسنكم قضاء» في: ٤٠ - كتاب الوكالة: ٦ - باب الوكالة في قضاء الديون، ومسلم عنه أيضاً ح. ق. ٩٥٧ (المختصر).

(٣) المبدع في شرح المقنع (٤/٢٠٩ - ٢١٠).

وقال في الشرح وهكذا لو تواطأ البائع والمشتري قبل العقد، نحو أن يقول. بعت منك أرضي بمائة، ومع المشتري أرض قد تواطأ على بيعها من البائع، فإذا امتنع المشتري بعد الشراء من البيع، كان للبائع الخيار. اه سماع شامي؛ لأن المتواطأ عليه كالمنطوق به حال العقد. اه غيث قوز. مع جري العرف بأن المتواطأ كالمشروط^(١).

الرأي الثاني: يرى الظاهرية والشافعية: أن التواطؤ قبل العقد ليس بمنزلة المشروط فيه ومن ثم لا يلحق بالعقد على الأصح... «فلو تواطأ على البيع بشرط أن يقرضه شيئاً، ثم عقده، فهل يبطل؟ وجهان، مبنيان على أن التواطؤ هل يلحق بالمشروط في العقد، وجهان أصحهما: لا يلحق به، وبناءً على هذا يصح البيع والقرض، قال في الكافي: وهل يحل باطناً؟ يحتمل (وجهان) أصحهما عندي يحل، لحديث معاملة أهل خيبر. أخرج البخاري في صحيحه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «عامل النبي ﷺ خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع...»^(٢).

كما نصوا على أن كل ما لو شرطاه في العقد أبطل، فإذا نواه في حال العقد كان مكروهاً، نص عليه الإمام الشافعي رحمته الله في الصرف، وهي كراهة تنزيه، وقيل: كراهة تحريم، حكاها في البحر عن بعض المتأخرين. واستحسنه واختاره ابن أبي عصرون^(٣) ومنه: نكاح المحلل، ومنه: الحيلة في التفرق من تقابض في الربوي.

(١) شرح الأزهار (٦٨/٣).

(٢) حديث «عامل أهل خيبر...» أخرجه البخاري في: ٤١ - كتاب المزارعة: ٨ - باب المزارعة بالشطر ونحوه، ومسلم: (٢٦/٥)، حديث رقم (٩٩٩) (اللؤلؤ والمرجان) والحديث ١٠٠٠ أيضاً.

(٣) ابن عصرون: هو قاضي القضاة شرف الدين أبو سعد عبد الله بن محمد بن هبة الله بن علي بن المطهر بن أبي عصرون بن أبي السري التميمي الحديثي الموصلي، ولد في شهر ربيع الأول سنة ثلاث وتسعين وأربعمائة، وقيل: سنة اثنتين وتسعين وأربعمائة، وتوفي في شهر رمضان سنة خمس وثمانين وخمسائة. انظر: العبر (٢٥٦/٤)، وطبقات ابن السبكي (٢٢٧/٤)، والبداية والنهاية (٣٣٤١/١٢).

ومنه إذا واطأ غلامه الحر أو صديقه فباع منه بعشرة ثم اشتراه بعشرين أجبر بالعشرين، فأما العقد مع الغلام أو الصديق فمكروه، لما ذكرنا.

وأما العقد الثاني (وهو بيع الصديق السلعة مرة أخرى للبائع، وهو بيع العينة) فقال الأكثر يحل ويكره، ونقله الروياني عن النص.

* وقال أبو الطيب والروياني يحرم، وقاله ابن الصباغ تفقهاً؛ لأنه غش وخداع، ثم إن علم المشتري الحال ثبت له الخيار، على أقوى الوجهين في الروضة.

* ولو لم تجر مواطأة، ولكن جرى العقدان فيه بهذا القصد فالحكم كذلك^(١).

النوع الثالث

حكم الشرط اللاحق للعقد

والحالة الثالثة: هي كون الشرط لاحقاً على العقد، كما إذا تم البيع مستوفياً أركانه وشرائطه، ثم اتفق المتبايعان بعد ذلك على إلحاق شرط بالعقد:

فإن كان الشرط صحيحاً؛ كاشتراط الخيار الصحيح في البيع البات، ونحو ذلك كاشتراط رهن أو كفيل، فإنه يلتحق به بالاتفاق، ويلزم الوفاء به.

أما إن كان الشرط فاسداً، فقد اتفق الفقهاء على عدم الوفاء به، واختلفوا في أثره على العقد، (هل يفسده أو لا يفسده؟).

الرأي الأول: يرى أبو حنيفة: أن اقتران الشرط الفاسد بالعقد، وإلحاقه به سواء في الحكم، حيث يفسد به العقد، حتى لو باع بيعاً صحيحاً، ثم ألحق به شيئاً من هذه الشروط المفسدة يلتحق به، ويفسد العقد. كما يفسد العقد باقترانه بها.

(١) المنشور في القواعد للزرکشي الشافعي (٢/٢٣٤).

وذلك لأن اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف واجب إذا كان هو أهلاً، والمحل قابلاً، وقد أوقعه مفسداً للعقد، إذ الإلحاق لفساد العقد، فوجب اعتباره، كما لو أوقعه فاسداً في الأصل.

والقول بأن الإلحاق تغيير للعقد من الصحة إلى الفساد، وهذا لا يصح، يرده أنه إن كان تغييراً فلهما ولاية التغيير، ألا ترى أن لهما ولاية التغيير بالزيادة في الثمن والمثمن، والحط عن الثمن، وبالإلحاق الشرط الصحيح بالعقد وإن كان تغييراً، ولأنهما يملكان الفسخ، فالتغيير أولى؛ لأن التغيير تبديل الوصف، والفسخ رفع الأصل والوصف.

الرأي الثاني: يرى أبو يوسف ومحمد من الحنفية والشافعية، أن الشرط الفاسد لا يلتحق بالعقد، ولا يفسد به هذا العقد؛ وجه قول أبي يوسف ومحمد: أن إلحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة إلى الفساد، فلا يصح، فبقي العقد صحيحاً كما كان؛ لأن العقد كلام لا بقاء له، والالتحاق بالمعدوم لا يجوز، فكان ينبغي ألا يصح الإلحاق أصلاً، إلا أن إلحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعاً؛ للحاجة إليه، حتى صح قرانه بالعقد، فيصح إلحاقه به، فلا حاجة إلى إلحاق الشرط الفاسد ليفسد العقد، ولهذا لم يصح قرانه بالعقد.

«قال في جامع الفصولين» وهو الأصح^(١). أي عن الحنفية.

* ونص الشافعية: على أن الشرط الذي يشترط بعد تمام العقد إما أن يكون بعد لزوم العقد أو قبل لزومه:

* فإن كان بعد لزوم العقد بانقضاء الخيار (خيار المجلس أو خيار الشرط)، فهو لغو قطعاً. فلا يلحق العقد.

* وإن كان قبل لزوم العقد في مدة خيار المجلس أو خيار الشرط، فثلاثة أوجه:

أحدها: لا يلحق بالعقد، وصححه المتولي.

(١) بدائع الصنائع (١٧٦/٥)، البحر الرائق (٩٤/٦).

والثاني: يلحق به في خيار المجلس دون خيار الشرط، قاله الشيخ أبو زيد والقفال.

والثالث: وهو الصحيح عند الجمهور، وبه قطع أكثر العراقيين، يلحق بالعقد في مدة الخيارين جميعاً، وهو ظاهر نص الشافعي، فعلى هذا في محل صحة الإلحاق وجهان:

أحدهما: قاله أبو علي الطبري، وصححه الشيخ أبو علي السنجي البغوي، وغيرهما أنه مفرع على قولنا: الملك في زمن الخيار للبائع، أو موقوف، وفُسِّخَ العقد.

فأما إن قلنا الملك في زمن الخيار للمشتري أو موقوف وأمضى العقد، فلا يلحق بعد انقضاء الخيار.

والوجه الثاني: أن جواز الإلحاق مطرد على الأقوال كلها، وهذا هو الصحيح «صححه العراقيون».

* ولو ألحقنا بالعقد زيادة في الثمن أو المثلث، أو ازدادا بباب من أبواب الخيار أو الأجل أو قدرهما، أو فعلا ذلك في المسلم فيه، أو في رأس مال السلم، أو الصداق، أو في الإجارة، أو غيرها من العقود، فحكمه حكم إلحاق الصحيح بالفساد، كما سبق، فإن كان بعد لزوم العقد فهو لغو، وإن كان قبله ففيه الخلاف.

* فإذا قلنا: يلحق فالزيادة تلحق الشفيح، كما تلزم المشتري، ولو حُط من الثمن شيء، فحكمه كذلك، فإن كان بعد لزوم العقد فلغو، فلا يسقط شيء من الثمن، ويأخذ الشفيح بجميع ما سمي في العقد، ويختص المشتري بفائدة الحط. وإن كان قبل لزوم العقد، ففيه الخلاف: فإذا ألحقناه بالعقد انحط عن الشفيح، ولو حُط جميع الثمن فهو كالبيع بلا ثمن، وسبق حكمه في أول البيوع^(١).

* وحيث فسد العقد لشرط فاسد، ثم أسقطا الشرط لم ينقلب العقد

(١) المجموع شرح المذهب (ص ٤٥٢، ٤٥٣).

صحيحاً، سواء كان الإسقاط في المجلس أو بعده، وحكى الرافعي وجهاً أنه ينقلب صحيحاً بالإسقاط في المجلس، وهو شاذ ضعيف. والله سبحانه وتعالى أعلم^(١).

وقال الشافعي رحمته الله: ومن باع رجلاً سلعة على أن لا نقصان عليه، فالبيع فاسد.

فإن باع السلعة فالثمن للبائع، وليس له أجره المثل ولا شيء، ووافقه مالك: إلا أنه قال: وله أجره المثل.

قال الشافعي: وإذا وجب البيع، وتفرقا، ثم شرط ذلك، فإنما ذلك بوعده وعده إياه، إن شاء وفي له، وإن شاء لم يف^(٢).

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

(١) يراجع مغني المحتاج (١٦/٢).
(٢) الأم (٨٧/٣).

خاتمة

وبعد أن تناولنا بالبحث هذا الموضوع المتشعب الأطراف، والممتد الجذور في كل عقد من العقود في الفقه الإسلامي، واتضح لنا أن هذا الفقه أصيل في منهجه، مستقل في بحثه، متسع الأفق، مع مرونة وضخامة في طاقته، لا يقصر عن مجابهة مشكلات الأمم والشعوب، ووضع الحلول الملائمة لها بما يحقق مصالح الناس في كل وقت من الأوقات، وفي كل زمن من الأزمنة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ويكفل لهم الاستقرار والطمأنينة، وإن ما وصل إليه القانون الوضعي - في بحثنا هذا - لم يخرج عما قرره الفقه الإسلامي منذ أكثر من عشرة قرون، بل ويزيد هذا الفقه على سابقه الدراسة التفصيلية، التي تناولت أنواع الشروط التي يمكن للعقل أن يتصورها في تقسيمات منطقية جامعة، تهدي الباحث، وترشده إلى التعرف على الحكم الذي يحقق المصلحة، فما أجدر أن يعكف العلماء على دراسته ليجددوا تراثهم العريق، ويقربوه إلى عقل العصر الذي يعيشون فيه، ويحملوا الأمانة التي حملهم الله إياها، ويتخطوا أعتاب القرون الماضية إلى القرون الحاضرة المستقبلية.

وإنني إذ أقدم - في الطريق إلى ذلك - هذا الجهد المحدود في هذا البحث لأرجو الله تعالى أن أكون قد وفقت، فإن أكن فما توفيقني إلا بالله، وإلا فأسأله تعالى العفو والمغفرة - وحسبي أنني لم ادخر جهداً، ولا وقتاً.. وإنني إنسان يؤخذ من قوله ويترك، يثبت في كل وقت أن قوله، وعمله قاصر، ومحدود، فلا كمال إلا لله وحده - جل شأنه - ولا عصمة إلا للأنبياء

والمرسلين - صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين - كما أرجو أن يكون هذا
البحث نواة صالحة، يضيف إليها الباحثون ما عساي أن أكون قد قصرت عن
إدراكه، والوصول إليه، حتى تتجدد خلاياها، وتنشط، وتعم بها الفائدة.
﴿رَبَّنَا إِنَّا مِن لَّدُنكَ رَحِمَةٌ وَهَيِّئْ لَّنَا مِّنْ أَمْرِنَا رَشَدًا﴾ [الكهف: ١٠].

ا. د. حسن علي الشاذلي

محتويات الكتاب

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٥
الباب الأول: التعريف بالشرط في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٩
الفصل الأول: الشرط في القانون الوضعي	١٢
تعريف الشرط	١٦
الشرط الواقف والشرط الفاسخ	٢٢
الشروط الواجب توافرها في الواقعة لكي تكون شرطاً صحيحاً	٢٤
الفصل الثاني: الشرط في العقد في الفقه الإسلامي	٤٥
المبحث الأول: العقد في الفقه الإسلامي	٤٦
الإطلاق العام للعقد	٤٦
الإطلاق الخاص للعقد	٥٠
المبحث الثاني: الشرط في العقد في الفقه الإسلامي	٥٧
الشرط لغة	٥٧
الشروط في اصطلاح الفقهاء	٥٨
الباب الثاني: تعليق العقود على الشروط في الفقه الإسلامي	٦٩
الفصل الأول: حكم تعليق العقود على الشروط في الفقه الإسلامي	٧١
المبحث الأول: تعليق العقود على الشروط في المذهب الحنفي	٧٢
النوع الأول: عقود لا تقبل التعليق على الشرط	٧٢
النوع الثاني: عقود يصح تعليقها على الشرط مطلقاً	٧٥
النوع الثالث: تصرفات يصح تعليقها على شرط ملائم فقط	٧٦

- ٧٩ تعليق على آراء الحنفية في تعليق العقود على الشرط
- ٨٦ المبحث الثاني: تعليق العقود على الشرط في المذهب المالكي
- ٨٦ النوع الأول: عقود لا تقبل التعليق على شرط
- ٩٠ النوع الثاني: عقود تقبل التعليق على الشرط مطلقاً
- ٩٣ النوع الثالث: عقود تقبل التعليق على الشرط الملائم
- ٩٤ تعليق على آراء المالكية في تعليق العقود على الشرط
- ٩٧ المبحث الثالث: تعليق العقود على الشروط عند الشافعية
- ٩٧ النوع الأول: عقود لا تقبل التعليق على الشرط
- ١٠٣ النوع الثاني: عقود تقبل التعليق على الشروط
- ١٠٨ تعليق على آراء الشافعية في حكم تعليق العقود على الشروط
- ١١٠ المبحث الرابع: تعليق العقود على الشرط في مذهب الحنابلة
- ١١٠ النوع الأول: عقود لا تقبل التعليق على الشرط
- ١١٤ النوع الثاني: تصرفات يصح تعليقها على الشرط
- ١٢٠ تعليق على رأي الحنابلة في حكم تعليق العقود على الشرط
- ١٢٢ المبحث الخامس: تعليق العقود على الشروط في المذهب الزيدي
- ١٢٢ النوع الأول: العقود التي لا تقبل التعليق
- ١٢٤ النوع الثاني: عقود تقبل التعليق على الشرط
- ١٢٧ تعليق على آراء الزيدية في تعليق العقود على الشرط
- ١٢٨ المبحث السادس: تعليق العقود على الشروط عند الإمامية
- ١٢٨ النوع الأول: عقود لا يصح تعليقها على شرط مستقبل
- ١٣١ النوع الثاني: عقود يصح تعليقها على شرط مستقبل
- ١٣٣ المبحث السابع: تعليق العقود على الشروط في مذهب الإباضية
- ١٣٣ النوع الأول: عقود لا تقبل التعليق على الشرط
- ١٣٧ النوع الثاني: عقود تقبل التعليق على الشرط
- ١٣٩ تعليق على آراء الإباضية في تعليق العقود على الشرط
- ١٤١ الفصل الثاني: مقارنة آراء المذاهب في حكم تعليق العقود على الشروط

المبحث الأول: حكم تعليق عقود المعاوضات	١٤٢
المبحث الثاني: حكم تعليق عقود التبرعات	١٥٩
المبحث الثالث: حكم تعليق عقود الالتزامات	١٦٤
المبحث الرابع: حكم تعليق عقود الولايات	١٦٩
الفصل الثالث: مقارنة الفقه الإسلامي بالقانون الوضعي في تعليق العقود	
على الشرط	١٧٣
آثار التعليق على الشرط	١٧٤
حقيقة التعليق في الفقه الإسلامي	١٧٤
العقد المنجز	١٧٤
العقد المضاف	١٧٥
العقد المعلق على الشرط	١٧٦
- صحة تعليق العقود على الشروط في الفقه الإسلامي	١٨٠
أثر شرط التعليق	١٨١
الحق المعلق على شرط لا يجوز التصرف فيه	١٨٢
الانتفاع بمحل العقد أثناء فترة التعليق	١٨٣
كيفية تحقق الشرط أو تخلفه	١٨٣
الأثر الرجعي للشرط	١٨٤
الباب الثالث: حكم الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي	١٨٥
الفصل الأول: شروط يصدق عليها أنها شروط مجازاً لا حقيقة	١٨٧
النوع الأول: اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت التعاقد	١٨٨
أولاً: عرض آراء المذاهب الفقهية	١٨٨
ثانياً: مقارنة آراء المذاهب في حكم اشتراط صفة قائمة بالمعقود عليه	١٩٧
النوع الثاني: الشرط الذي يقتضيه العقد	٢٠٤
الفصل الثاني: الشروط المقترنة بالعقد، وفيه ثمانية مباحث:	٢٠٩
المبحث الأول: الشروط المقترنة بالعقد في المذهب الحنفي	٢١٠
المطلب الأول: الشروط الصحيحة في المذهب الحنفي	٢١١

- النوع الأول: شرط يلائم العقد ٢١١
- النوع الثاني: شرط ثبت جوازه بالشرع ٢١٨
- النوع الثالث: شرط متعارف ٢١٩
- المطلب الثاني: الشروط الفاسدة ٢٢١
- القسم الأول: الشروط الفاسدة التي تفسد عقود المعاوضات المالية .. ٢٢١
- النوع الأول: شرط يؤدي إلى الغرر ٢٢١
- النوع الثاني: شرط محظور ٢٢٤
- النوع الثالث: شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه إن
كان من أهل الاستحقاق ٢٢٦
- القسم الثاني: شروط باطلة تسقط ويصح العقد ٢٣٧
- النوع الأول: شرط قد يترتب عليه منفعة للمعقود عليه غير الآدمي
أو يترتب عليه مضرة ٢٣٨
- النوع الثاني: شرط يوجب منفعة لأجنبي عن العقد ٢٤١
- النوع الثالث: شرط ليست فيه منفعة ولا مضرة ٢٤٢
- المبحث الثاني: الشروط المقترنة بالعقد في المذهب المالكي ٢٤٩
- المطلب الأول: الشروط الصحيحة ٢٤٩
- النوع الأول: شرط يحقق مصلحة العقد ٢٥١
- النوع الثاني: اشتراط منفعة في المعقود عليه ٢٥٥
- النوع الثالث: اشتراط عمل في المعقود عليه أو في غيره ٢٥٦
- النوع الرابع: اشتراط البائع منع المشتري من تصرف يسير في
المعقود عليه ٢٥٩
- النوع الخامس: اشتراط معنى من معاني البر ٢٦٠
- المطلب الثاني: الشروط الباطلة في المذهب المالكي ٢٦٣
- القسم الأول: شروط باطلة تبطل العقد ٢٦٣
- النوع الأول: شرط محظور ٢٦٣
- النوع الثاني: شرط يؤدي إلى الغرر ٢٦٤

- القسم الثاني: شروط باطلة تبطل العقد إلا إذا أسقط المشتري شرطه ٢٦٦
- النوع الأول: شرط يناقض المقصود من العقد ٢٦٦
- النوع الثاني: شرط يخل بالثمن ٢٧٢
- القسم الثالث: شروط باطلة تسقط ويصح العقد ٢٧٥
- النوع الأول: شرط يؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد ٢٧٦
- النوع الثاني: اشتراط ما لا غرض فيه ولا مالية ٢٧٩
- النوع الثالث: شرط يخالف النص ٢٨٠
- الأسس العامة لمعالجة الشروط المقترنة بالعقد في المذهب المالكي . ٢٨٠
- المبحث الثالث: الشروط المقترنة بالعقد في المذهب الشافعي ٢٨٦
- المطلب الأول: الشروط الصحيحة ٢٨٦
- النوع الأول: شرط فيه مصلحة العقد ٢٨٦
- النوع الثاني: شرط إيقاع تصرف فيه معنى من معاني البر ٢٩١
- المطلب الثاني: الشروط الباطلة في المذهب الشافعي ٢٩٥
- القسم الأول: شروط باطلة تبطل العقد ٢٩٥
- النوع الأول: شرط يؤدي إلى مخالفة الشرع ٢٩٦
- النوع الثاني: شرط ينافي مقتضى العقد ٣٠٠
- القسم الثاني: الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد ٣٠٦
- شرط لا غرض فيه ٣٠٦
- الأسس العامة لمعالجة الشروط المقترنة بالعقد في المذهب الشافعي . ٣٠٨
- مقارنة بين الشروط في المذهب الحنفي والمذهب الشافعي ٣١١
- مقارنة بين المذهبين الحنفي والشافعي والمذهب المالكي ٣١١
- المبحث الرابع: الشروط المقترنة بالعقد في المذهب الحنبلي ٣١٣
- المطلب الأول: الشروط الصحيحة في المذهب الحنبلي ٣١٣
- النوع الأول: شرط فيه مصلحة العقد ٣١٣
- النوع الثاني: استثناء بعض منافع محل العقد ٣١٥
- النوع الثالث: اشتراط القيام بعمل في محل العقد ٣٢٠

- النوع الرابع: شرط إيقاع تصرف فيه معنى من معاني البر ٣٢٢
- المطلب الثاني: الشروط الباطلة في المذهب الحنبلي ٣٢٤
- القسم الأول: الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد ٣٢٤
- الشروط المنافية لمقتضى العقد ٣٢٤
- القسم الثاني: الشروط الباطلة التي تبطل العقد ٣٣١
- النوع الأول: اشتراط عقد في عقد ٣٣١
- النوع الثاني: اشتراط شرطين في العقد ٣٣٥
- النوع الثالث: اشتراط ما ينافي مقصود العقد ٣٣٧
- المطلب الثالث: خلاصة آراء الإمامين ابن تيمية وابن قيم الجوزية ... ٣٤٢
- تعليق على مبحثي الإمامين ابن تيمية وابن القيم ٣٦٠
- المبحث الخامس: الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية ٣٦٤
- المبحث السادس: الشروط المقترنة بالعقد في المذهب الزيدي ٣٦٩
- المطلب الأول: الشروط الصحيحة في المذهب الزيدي ٣٦٩
- النوع الأول: شرط يلائم العقد ٣٧٠
- النوع الثاني: شرط ما يصح إفراده بالعقد، وله صورتان: ٣٧٢
- الصور الأولى: شرط يؤدي إلى استثناء بعض منافع محل العقد .. ٣٧٣
- الصور الثانية: شرط يؤدي إلى التزام البائع بالقيام بعمل في محل العقد ٣٧٥
- المطلب الثاني: الشروط الفاسدة التي تفسد العقد ٣٧٨
- النوع الأول: شرط يؤدي إلى الجهالة ٣٧٨
- النوع الثاني: شروط ترفع موجب العقد ٣٨١
- النوع الثالث: شرط يؤدي إلى تعليق نفوذ العقد على أمر يحصل في المستقبل «اشتراط عقد في عقد» ٣٨٧
- المطلب الثالث: شروط غير لازمة لا تفسد العقد ٣٩٤
- الأسس العامة المستخلصة للشروط المقترنة بالعقد في المذهب الزيدي .. ٤٠١
- المبحث السابع: الشروط المقترنة بالعقد في مذهب الشيعة الإمامية ٤٠٤

- المطلب الأول: الشروط الصحيحة ٤٠٤
- النوع الأول: شرط يتعلق بمصلحة المتعاقدين ٤٠٥
- النوع الثاني: شرط لا ينافي مقتضى العقد ٤١٤
- النوع الثالث: شرط فيه معنى من معاني البر ٤٢٢
- النوع الرابع: اشتراط الانتفاع بالمعقود عليه مدة معينة ٤٢٦
- المطلب الثاني: الشروط الباطلة ٤٢٨
- النوع الأول: شرط غير مقدور ٤٢٨
- النوع الثاني: شرط يؤدي إلى الغرر ٤٣١
- النوع الثالث: شرط فاسد قصد بذاته وجيء بالبيع تبعاً له ٤٣١
- النوع الرابع: شرط ينافي المشروع ٤٣٢
- النوع الخامس: شرط لا يتعلق به غرض عرفاً ولا يقوم شرعاً ٤٤٠
- ملاحظات على مذهب الإمامية ٤٤٨
- المبحث الثامن: الشروط المقترنة بالعقد في المذهب الإباضي ٤٥٦
- المطلب الأول: الشروط الصحيحة ٤٥٦
- النوع الأول: شرط فيه مصلحة العقد ٤٥٧
- النوع الثاني: استثناء بعض منافع محل العقد لمدة معلومة ٤٥٧
- النوع الثالث: شرط يؤدي إلى إيقاع معنى من معاني البر ٤٦٠
- المطلب الثاني: الشروط الباطلة في المذهب الإباضي ٤٦٠
- القسم الأول: الشروط الباطلة التي تبطل العقد ٤٦٠
- النوع الأول: شرط يؤدي إلى الجهالة في العقد ٤٦١
- النوع الثاني: شرط يؤدي إلى الجهالة في الثمن ٤٦٢
- النوع الثالث: شرط يؤدي إلى الجهالة في الثمن ٤٦٤
- اشتراط القيام بعمل في المبيع ٤٦٤
- النوع الرابع: من البيوع المنهي عنها ٤٦٦
- المجموعة الأولى: صفقة يترتب عليها الترديد والتخيير في الثمن ٤٦٧
- المجموعة الثانية: صفقة يترتب عليها الترديد في السلعة ٤٦٩

المجموعة الثالثة: الالتزام ببيع شيء غير المبيع	٤٧٠
المجموعة الرابعة: اجتماع سلف وبيع	٤٧٤
القسم الثاني: شروط باطلة لا تبطل العقد	٤٧٥
النوع الأول: شرط غير مشروع	٤٧٥
النوع الثاني: شرط لا يحل تملكه للمتصرف	٤٧٦
نظرة عامة على المذهب الإباضي	٤٧٨
تقسيم العقود، العقد الصحيح وغير الصحيح في الفقه الإسلامي	٤٨٢
سبب الخلاف في تقسيم العقد إلى صحيح وفاسد وباطل	٤٨٧
أقسام العقد الصحيح	٤٨٩
الفصل الثالث: مقارنة آراء المذاهب في الشروط المقترنة بالعقد وفيه ستة	
مباحث	٤٩٣
المبحث الأول: مقارنة آراء المذاهب في الشروط الصحيحة	٤٩٤
النوع الأول: الشرط الذي فيه مصلحة العقد أمثلته وأدلة مشروعيته	
وحكمه	٤٩٤
الأول: اشتراط الرهن	٤٩٧
الثاني: اشتراط الكفيل	٥٠٦
الثالث: اشتراط الشهادة	٥١١
الرابع: اشتراط الحوالة	٥١٢
القسم الثاني: الشرط الذي يحقق منفعة مشروعة	٥١٣
النوع الأول: شرط يؤدي إلى استثناء بعض منافع العين المنتقل	
ملكها	٥١٤
النوع الثاني: شرط يؤدي إلى التزام المتعاقد بعمل في محل العقد	
أو في غيره	٥٣٥
النوع الثالث: شرط يؤدي إلى الالتزام بعقد فيه معنى من معاني	
البر	٥٤٢
النوع الرابع: شرط يؤدي إلى الالتزام بعقد يحقق غرضاً مشروعاً	
ليس برأ	٥٥١

- ٥٦٦ حكم اشتراط عقد في عقد
- ٥٧٠ النهي عن صفقتين في صفقة
- ٥٨١ النهي عن شرطين في بيع
- ٥٨٩ النهي عن سلف وبيع
- ٦٠٣ نتائج مبحث اشتراط عقد في عقد
- ٦٠٥ نتائج مبحث شرط يحقق منفعة مشروعة
- النوع الخامس: شرط يؤدي إلى الالتزام بتصرف جديد فيه مصلحة لأجنبي عن العقد
- ٦٠٦ نتائج هذا المبحث
- ٦٠٩ النوع السادس: شرط الامتناع عن التصرف لمدة معينة
- ٦١٤ (مقارنة آراء المجيزين والمانعين - وصورة في عقود المعاوضات، وفي عقود التبرعات - وحكمه - ونتائجه)
- ٦٢٢ مقارنة حكم اشتراط المنع من التصرف في الفقه الإسلامي بالقوانين الوضعية ..
- ٦٤٠ المبحث الثاني: مقارنة آراء المذاهب في الشروط الباطلة
- ٦٤٩ النوع الأول: شرط يترتب عليه إسقاط حق للمتعاقد قبل وجوبه ...
- ٦٤٩ النوع الثاني: شرط يترتب عليه تحمل ناقل الملكية نتائج ما سيحدث لما خرج عن ملكه
- ٦٤٩ صور هذين النوعين من الشروط
- ٦٥٠ النوع الأول: شرط يؤدي إلى إسقاط حق قبل وجوبه وصوره وحكمه ..
- ٦٥٤ الصورة الأولى: شرط البراءة من العيب
- ٦٥٤ الصورة الثانية: شرط ألا يرجع عليه بالثمن عند الاستحقاق
- ٦٥٧ النوع الثاني: شرط يؤدي إلى تحمل الناقل للملكية نتائج ما سيحدث لما خرج عن ملكه وصوره وحكمه
- ٦٦١ النوع الثالث: شرط يؤدي إلى مخالفة نص شرعي
- ٦٦٣ أدلته - حكمه - نتائجه
- ٦٦٣ النوع الرابع: شرط غير المقدور (اشتراط المستحيل)
- ٦٦٨

- ٦٦٩ (أنواع الشرط المستحيل - حكمه - نتائجه)
- ٦٧٣ النوع الخامس: شرط يؤدي إلى محذور
- ٦٧٤ صورته - أدلته - مقارنته بالقانون - نتائجه
- ٦٧٥ النوع السادس: شرط يؤدي إلى غرر
- ٦٧٦ صورته - حكمه - نتائجه
- النوع السابع: شرط لا يتعلق به غرض عرفاً، ولا مالية فيه (صورته
- ٦٧٧ - حكمه - نتائجه)
- ٦٧٩ المبحث الثالث: مناقشة قاعدة (إبطال الشروط المنافية لمقتضى العقد) ..
- ٦٧٩ حقيقة الشرط الذي ينافي مقتضى العقد
- ٦٧٩ التفسير الأول
- ٦٨١ التفسير الثاني
- رد قاعدة «إبطال الشروط المنافية لمقتضى العقد» إلى «قاعدة إبطال
- ٦٨٤ الشروط التي تخالف المشروع»
- ٦٨٨ المبحث الرابع: الشرط الفاسخ وموقف الفقه الإسلامي منه
- ٦٨٩ آراء الفقهاء في حكم الشرط الفاسخ في عقود المعاوضات المالية ...
- ٦٩٢ آراء الفقهاء في حكم الشرط الفاسخ في عقود المعاوضات غير المالية ..
- ٦٩٥ آراء الفقهاء في حكم الشرط الفاسخ في عقود التبرعات
- ٦٩٥ آراء الفقهاء في حكم الشرط الفاسخ في الهبة
- ٦٩٧ آراء الفقهاء في حكم الشرط الفاسخ في الوقف
- ٦٩٧ آراء الفقهاء في حكم الشرط الفاسخ في عقود الولايات
- ٦٩٩ آثار الشرط الفاسخ المقترن بالعقد
- ٧٠١ المبحث الخامس: الشرط الجزائي
- المبحث السادس: حكم الشروط السابقة على العقد، أو المتواطأ عليها،
- ٧١٩ أو اللاحقة بالعقد
- ٧١٩ النوع الأول: الشرط السابق على العقد
- ٧٢٤ النوع الثاني: المواطأة على أمر قبل العقد

النوع الثالث: الشرط اللاحق للعقد	٧٢٧
- الخاتمة	٧٣١
* الفهرس	٧٣٣