بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الاسلامية
ـ قسنطينة ـ

معهد الشريعة
قسم الدراسات العليا

الشروط الجعلية في عقود المعاملات الشرعية

بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير

اعداد
محمد باوني

اشراف
الدكتور : سعيد الحكم

رمضان 1408هـ

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

استعراض الشروط الجعلية في عقود المعاملات الشرعية

مقدمة البحث :

لعل أعظم ثروة فقهية تناقلتها الشفاه وتوارثتها الأجيال وسجلتها الأقلام في الاسلام ، هي الثروة الفقهية ، لأنها تشكل منهجا فقهيا يهيمن على أفعال المكلفين ويبين ما يتحتم عليهم من دقيق وجليل ، ويقرر لهم طرائق السلوك في العبادات والمعاملات ، فان كل لبنة من لبنات حياة المسلم تقوم على أساس علم الفقه والالمام به والاطلاع عليه وتفاصيله والسير على الخطوط التي يرسمها ، فهذا العلم هو الذي يضمن السعادة باعتبار مايؤول اليه التشريع من جلب المصالح ودرء المفاسد ، وتوجيه السلوك ، ومسار الحياة الى الاتجاه السليم والخط المستقيم ، ومن هنا كان الاهتمام بهذا العلم من قبل فقهاء الصحابة والتابعين والمتقدمين والمتأخرين[1] .

وان موضوع الشروط الجعلية لفرع من هذه الثروة الفقهية والتراث الحضاري للمسلمين ، ولكنه متناثر في مختلف أبواب فقه المعاملات الشرعية فهو يحتاج الى ضبط وتمحيص وتدقيق لصقله مما علق به عبر القرون بما شابه من أخلاط في المسيرة التشريعية والحضارية للمسلمين وتراثهم الضخم الذي مازال يحتاج الى غربلة ، وابراز جواهره ومآثره العديدة المتنوعة .

وموضوع الشروط الجعلية له صلة قوية بالحياة الاجتماعية ومعاملات الناس في مختلف العصور حيث تتم بعقود وشروط كثيرة متنوعة في دنيا المعاملات وهذه الشروط قد تتفق أو تخالف الشرع الا أن التعامل بين الناس قد جرى وفقا للشروط التي تعارفوها واعتادوها وبالأخص في هذا العصر وفي مجال المعاملات التجارية بالذات حيث ان هذه المعاملات تقتضي وتفرض كثيرا من الشروط الجعلية المستحدثة والتي رسخت قدمها من خلال سيطرة التشريع الوضعي على المعاملات في المجتمعات الاسلامية التي تخلت عن تطبيق الاحكام الشرعية المستبدلة بالقوانين الوضعية وعلى القضاء أن يراعي مدى توافق وصحة الشروط المدرجة في العقود

---

1) علي أحمد النوري/القواعد الفقهية/ص23 . وزكي الدين شعبان / الشروط الشائعة في المعاملات مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد الصادر عن جامعة القاهرة/ص327- 369 / العدد 1 ، 2 سنة 5 .

مع النظام القانوني ، والخلق الاجتماعي ، فيصحح الشروط المتماشية مع القانون والنظام العام في المجتمع ويبطل غيره ، عملا بالمبادئ القانونية والتشريعية المطلوب تطبيقها ، وقد استحدثت شروط كثيرة جدا في مختلف عقود المعاملات ، فما حكم هذه الشروط من الناحية الشرعية ؟ وهل تصح أم تبطل ؟ وما الدليل الشرعي على الجواز أو الحظر ؟! .

لقد تعقدت الحياة المعاصرة وتشابكت العلاقات التجارية وتنوعت المعاملات المالية ، وتعارف الناس شروطا لاحصر لها ، وصاغوا عقودهم وتصرفاتهم وفقا لهذه الشروط لتحقيق مصالح ومنافع كثيرة لا يوصل اليها بمجرد التعاقد ولابد من اشتراطها صراحة والاتفاق عليها مسبقا وذكرها في العقود ، فما حكم الشرع الاسلامي ، والرأي الفقهي الشرعي في هذه المعاملات والشروط المقترنة بها في مختلف التصرفات كبيع الوفاء ، واشتراط المرأة - في عقد الزواج - شروطا معينة ، وكبيع العربون ، وغير ذلك من الشروط العديدة في عقود المعاملات ؟! .

لقد كان المسلمون الأوائل في صدر الاسلام يلجأون الى النصوص الشرعية أو يستفتون العلماء والمتخصصين من أهل الاجتهاد والفتيا الذين يجيبونهم بالدليل والنص الشرعي ، ثم أتى على المسلمين حين من الدهر نسوا فيه كثيرا مما ذكروا به ، الا قليل منهم ، وجهلوا وتجاهلوا النصوص الشرعية والأدلة وألتزموا أقوال الفقهاء والمشايخ والعلماء ، وتعصبوا لها وعدوها فوق النصوص القطعية الدلالة والثبوت قداسة لا تحتمل النقاش ولا المراجعة أبدا ، حتى قال الكرخي في أصوله " كل آية تخالف قول أصحابنا فانها تحمل على النسخ أو الترجيح ، والأولى أن تحمل على التأويل من جهة التوفيق "[1] وقال الصاوي " ولا يجوز تقليد ماعدا المذاهب الأربعة ولو وافق الصحابة والحديث الصحيح والآية ... وربما أدى ذلك الى الكفر لأن الأخذ بظواهر الكتاب والسنة أصول الكفر "[2] ، وهي تقول تصور وجهة نظر متأخري الفقهاء في مختلف المذاهب الاسلامية وما وصل اليه حال المجتمعات الاسلامية من جهل بعد كبير عن المصادر الشرعية الثرية الغضة ، التي حث عليها

1) أصول الكرخي/ الأصل / 28 ص84 . وعبد الوهاب ابراهيم أبوسليمان/ الفكر الأصولي/ ص122 والمباركفوري/ تحفة الاحوذي شرح الترمذي/ المقدمة/ ص21 و 151 ونقل عن بعضهم أنه قال : "ان عمل أحد الأئمة المصروفين على حديث يكفي لتصحيحه سيما لموافقيه ومقلد يعمل هو فوق تصحيح المحدثين

2) حاشية الصاوي على الجلالين / ج 3 ص 9 .

مجتهدوا الأمة الأول وطالبوا كافة المسلمين بالتمسك بها دون آراء الرجال وأقوال الفقهاء والأئمة ، الا أن المتأخرين خالفوا الوصايا وابتعدوا النجعة ، ومن هذا المنظور أخذوا النصوص الشرعية وحكموها في مواطن الخلاف ، كل فريق يحاول تبرير وتعليل أقوال أمامه والترجيح بين مختلف الآراء في المذهب الواحد ولو بالطعن في النص الشرعي القطعي الثبوت ، ان وجد الى ذلك سبيلا أو يتأول النص تأويلات بعيدة حتى تناقضت الأقوال وتضاربت الآراء واضطربت حتى في المذهب الواحد وضاعت الضوابط الشرعية والفقهية والأصولية التي وضعت للترجيح والتصحيح في حالة الاختلاف ، فلم يعمل بها في مواطن النزاع ومدارك الآراء للوصول الى الحق ولم تراع ، فهذا ابن العربي الفقيه المحدث والمفسر يتحرج كثيرا أمام نص يعتبره غير ثابت شرعا ولا أصل له وهو " النهي عن بيع وشرط " ورغم هذا يعود اليه في موضع آخر ويعده شرعا ناهيا بكل يقين وتأكيد لتبرير قول فقهي في المذهب المالكي يقضي ببطلان الشروط الجعلية في عقود المعاملات ولاندري هل كان الشيخ أبو بكر ابن العربي غافلا أو ناسيا وهو يقرر الحقيقتين المتناقضتين في وقت واحد في مصنفه " عارضة الأحوذي شرح صحيح الترمذي "[1].

وهذا الضيق والحرج يحس به ويفطن له ابن رشد الحفيد ويصرح به في كتابه " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " أثناء عرضه لأسباب اختلاف الفقهاء في صحة وبطلان الشروط الجعلية في عقود المعاملات ... " وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص ، فإن العموم في قضية [illegible] في الصحيحين " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " والخصوص حديث عقبة بن عامر ، وهو أيضا في الصحيحين " أحق الشروط أن يوفى به استحللتم به الفروج " وأما الشروط المقيدة بوضع الصداق فإنه قد اختلف فيها أهل المذهب اختلافا كثيرا ، أعني لزومها وعدم لزومها "[2].

ولذلك فقد جاء ابن القيم بنص حملة شديدة واجه فيها هذا التناقض والاختلاف ونسبه الاتجاه اليه وطالب بضرورة الالتزام بالضوابط

---

1) أبو بكر ابن العربي/عارضة الأحوذي شرح الترمذي/ ج 5 ص 59 - 60 ، وقد قال " ان الله نهى عن بيع وشرط " وقال بعدها تعليقا على النهي عن بيع وشرط " فلم يصح الحديث ، ص 250 .

2) ابن رشد /بداية المجتهد /ج 2 ص 59 .

الشرعية والعمل بها في تصحيح الشروط والعقود لتستقيم المناهج الفقهية والأحكام الشرعية على أسس ثابتة وصحيحة فقال " والمقصود أن للشروط عند الشارع شأنا ليس عند كثير من الفقهاء فانهم يلغون شروطا لم يلغها الشارع ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده ، وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله ، فليس لهم ضابط مضطرد منعكس يقوم عليه الدليل ، فالصواب أن الضابط الشرعي الذي عليه الدليل أن كل شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل ، وما لم يخالف حكمه فهو لازم[1] ".

وكان هذا التناقض والاضطراب سيزول وينعدم أصلا لو اقتصر الفقهاء على بحث الشروط والعقود ، ومدى صحتها وبطلانها من خلال النصوص الشرعية القطعية الثبوت وفقا لمعايير ومناهج الحديث والمحدثين والعلماء المتخصصين في قبول ورد وابطال وتصحيح الخبر والأثر مصدر الحكم ، فلو تم البحث الفقهي انطلاقا من هذه المنهجية العلمية والأصولية لتوفرت الجهود الكثيرة والمبعثرة في التعصب ورد النصوص القطعية الثبوت والحجة في موطن الخلاف والنزاع ، ولكن استمسك الفقهاء بأقوال الأئمة يمررونها بكل وسيلة وجهد ، ورد ما يخالفها مهما كانت درجته في الصحة والثبوت حتى وصل الأمر الى سد باب الشروط وابطال العقود في أرجح الأقوال المذهبية دون سند أو دليل شرعي صحيح ، وانما هو القياس والرأي وأقوال العلماء والفقهاء من أصحاب المذاهب أو الأثر الضعيف الذي لا يصح الاحتجاج به في مواطن الخلاف ، وقال الشيخ الغزالي مؤكدا على ضرورة الاستمساك بالمنهج العلمي في مجال الاستدلال بالحديث " ان علماءنا قالوا بوضوح في علم الحديث اذا خالف الثقة الأوثق فحديثه شاذ ، فاذا كان المخالف ليس ثقة فحديثه منكرا أو متروكا لماذا لم نطبق القواعد العلمية الموضوعة المحترمة على هذا السيل من المرويات التي ضارت مجتمعنا وأوهت سواه ؟ .

لقد رأيت الأمة الاسلامية محكومة بجملة من الأحاديث المنكرة والشاذة ورأيت هذه الأحاديث تطرد أمامها الحديث المتواتر والمشهور والصحيح

---

1) ابن القيم / اعلام الموقعين عن رب العالمين / ج 3 ص 390 . وابن حزم / المحلى / ج 8 ص15

كما تطلـب العملة المزيفة الصحيحة ولا أدري كيف استطاعت هذه الأحاديث تتويم حملتهـا[1] " ، وهذه الصرخة المدوية من عالم خبر المجتمعات الاسلامية وملأها وعايـن أدواءهـا تتطلب جدا واجتهادا وتشمير الكشف الدخن والزيف الذي شوه تراث الأمة الاسلامية " والفقيه المقارن من حقه أن لا يستدل فيه بحديث ضعيف لا تقوم به حجة[2] " في الأحكام الشرعية وفي الصحة والبطلان في العقود والشروط ، وهذه الدراسة محاولة لاستعراض الشروط الجعلية في العقود من خلال النصوص الشرعية القطعية الثبوت ، ومدى صحة وجواز هذه الشروط في العقود في النصوص وآراء الفقهاء ، والأدلة المعتمدة والصحيحة في كل مذهب من المذاهب الاسلامية ، كما أن هذه الدراسة تكون مقارنة بالقانون الوضعي في الشروط الجعلية في العقود لنصل في النهاية الى الخاتمة والقول السديد المدعم بالأدلة الشرعية الثابتة ، في مسألة الشروط الجعلية ومدى صحتها أو بطلانها في العقود الشرعية وفقها للمنهجية والخطة التالية :

خطة البحث :

وهذا البحث مقسم الى مقدمة وأربعة فصول وخاتمة .

المقدمة : في الشروط الجعلية وأهميتها في عقود المعاملات الشرعية .

الفصل الأول : التعريف بالشروط الجعلية في العقود في الشريعة والقانون .

وفيه أربعة مباحث هي :

المبحث الأول : في تعريف الشروط الجعلية في اللغة .

المبحث الثاني : في تعريف الشروط الجعلية في الأصول والفقه .

المبحث الثالث : في تعريف الشروط الجعلية في القانون الوضعي .

المبحث الرابع : مقارنة بين تعريف الشروط في الشريعة والقانون .

---

1) محمد الغزالي / الطريق من هنا / ص 62 .

2) محمد ناصر الدين الألباني/ ارواء الغليل تخريج أحاديث منار السبيل /ج 1 ص09- 1 - وقال " فترى أحدهم يعرض لمسألة من مسائل الفقه ويسوق الأقوال المتناقضة ، ثم لا ينكر أدلتها التفصيلية فان كان فيها شيء من الأحاديث النبوية حشرها حشرا دون أن يبين ويميز صحيحها من حسنها ولا قويها من ضعيفها فيكون نتيجة ذلك وآثاره السيئة تبليل أفكار الطلاب واضطراب آرائهم في الترجيح ، ويكون عاقبة ذلك أن يتمكن من قلوبهم الخطأ .. والتعصب .. والمنهج العلمي الصحيح يوجب عليه أن يجري عملية التصحيح والترجيح .. فما كان ضعيفا لا تقوم به حجة ترك جانبا وما كان صحيحا أو ثابتا جمع بينهما بوجه من وجوه التوفيق المعروفة في أصول

الفصل الثاني : أقسام الشروط الجعلية وحكمها في الشريعة والقانون .

وفيه سبعة مباحث وهي :

المبحث الأول : الشروط الجعلية في النصوص الشرعية ولدى الصحابة والتابعين .

المبحث الثاني : حكم الشروط الجعلية وأقسامها في النصوص الشرعية .

المبحث الثالث : موقف الفقهاء من الشروط الجعلية في النصوص الشرعية .

المبحث الرابع : أقسام الشروط الجعلية لدى الأصوليين والفقهاء .

المبحث الخامس : أقسام الشروط الجعلية في القانون الوضعي .

المبحث السادس : الشروط الجعلية في مجلة الأحكام العدلية التركية .

المبحث السابع : مقارنة بين أقسام واحكام الشروط في الشريعة والقانون .

الفصل الثالث : نماذج من الشروط الجعلية في بعض عقود المعاملات .

وفيه خمسة مباحث وهي :

المبحث الأول : الشروط الجعلية في عقد البيعة السياسية ومدى الالتزام بها .

المبحث الثاني : حكم المرابون في الشريعة والقانون .

المبحث الثالث : بيع الوفاء في الشريعة والقانون .

المبحث الرابع : شروط منع التصرف في الشريعة والقانون .

المبحث الخامس : الشروط الجعلية في عقد الزواج .

الفصل الرابع : تطبيقات ونماذج لدور الارادة المنفردة وأثرها في انشاء الشروط الجعلية في بعض العقود .

وفيه أربعة مباحث هي :

المبحث الأول : عقد الهبة .

المبحث الثاني : عقد الوقف .

المبحث الثالث : عقد الوصية .

المبحث الرابع : عقد الوكالة .

الخاتمة : وفيها تسجيل لنتائج البحث .

ـــ الفقه والحديث . وأعلم ان التخريج ليس غاية في نفسه عند محققي المحدثين قديما وحديثا بل لابد أن يضم الى ذلك بيان لدرجة الحديث وصحته ، ولابد أن تتبع طرقه وشواهده ، وهو من أصعب علوم الحديث لأنه يتطلب سعة اطلاع على الحديث وأسانيده في كتب الحديث والتراجم .

الفصل الأول : التعريف بالشروط الجعلية في بعض عقود المعاملات الشرعية .

سوف نتناول بالبحث في هذا الفصل التعريف بالشروط الجعلية من الناحية اللغوية ، وتعريف الأصوليين والفقهاء لهذه الشروط ، وكذلك نتعرض للتعريف القانوني للشروط الجعلية ثم نقارن بين التعريف الشرعي والقانوني لهذه الشروط .

المبحث الأول : تعريف الشروط الجعلية لغويا .

للشروط الجعلية في اللغة عدة معاني ، نتعرض لها فيما يلي :

المعنى الأول : ان الشرط هو " الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه"[1] والجمع شروط ، وشرائط ، وكذلك الشريطة .

والشروط أيضا مصدر ، وفي المثل " الشرط أملك عليك أم لك"[2] أي أن الشرط يملك صاحبه في الزامه اياه بالشروط ان كان له أو عليه وشرط عليه وله في البيع ، يشرط ، ويشرط ، شرطا ألزمه شيئا فيه وشارطه مشارطة ، شرط كل منهما على صاحبه ، والمولدون يستعملون (شارطه) بمعنى عاهده في المعاملة على أمر يلتزم به ، ومنه شرط للأمير ، يشترط شرطا .

ومنه حديث " لا يجوز شرطان في بيع " وفي حديث بريرة " شرط الله أحق " .

المعنى الثاني : ان الشرط (بالتحريك) هو العلامة وأوائل الشيء ومنه اشراط الساعة ، أي علاماتها في قوله تعالى" فقد جاء أشراطها"[3]

---

1) 2) تاج العروس/ من جواهر القاموس للزبيدي /ج 9 ص 404 ، تحقيق عبد العليم الطحاوي . ومحيط المحيط/ لبطرس البستاني /ص 460 . (باب الشرط) . ولسان العرب/ لابن منظور/ ج 4 ص 2235 - 2238 . والصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية) /للجوهري /ج 3 ص1136. والقاموس المحيط / للفيروز بادي /ص381 . والمخصص في اللغة / لأبي الحسن علي بن اسماعيل الاندلسي المعروف بابن سيده / ج 3 ص 252 . وقال في باب (الشرط) " الشرط هو الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، والجمع شروط وهي الشريطة وجمعها شرائط" . والتعريفات / للجرجاني / ص 131 .

3) سورة القتال وتسمى أيضا سورة محمد / الآية 18 .

واشراط الشيء أوائله ، وأنشد ابن الاعرابي :

تشابه أعناق الأمور وتلتوي مشاريطها الأوراد عنها صوادر ،

واشراط الشيء ابتداء أوله ، واشراط الساعة علاماتها ، وذكرها النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث لأن علامة الشيء أوله ، ومشاريط الأشياء أوائلها كاشراطها ، وحكى الخطابي عن بعض أهل اللغة أنه أنكر أن تكون أشراط الساعة علاماتها ، وقال : أشراط الساعة ما تنكره الناس من صغار أمورها ، قبل أن تقوم الساعة ، وأسبابها التي هي دون معظمها وتمامها .

ولكن الصنيعين واحد لأن الاشتقاقيين متقاربين ، حيث أشراط الساعة هي علاماتها ، وهي في نفس الوقت أول هذه العلامات وصغارها التي تظهر والناس عنها في غفلة لأن الساعة لن تقوم الا والناس غافلين كما قال تعالى " هل ينظرون الا أن تاتيهم الساعة بغتة وهم لا يشعرون "[1] .

والجمع أشراط ، والاشتراط هو العلامة التي يجعلها الناس بينهم وأشرط طائفة من ابله أو غنمه عزلها ، وأعلمها للبيع ، والشرط من الابل ما يجلب للبيع نحو " الناب والدبر "[2] ، يقال ان في ابلك شرطا ، فيقول : لا ، ولكنها لهاب كلها ، واشرط فلان نفسه لكذا ، وكذا أعلمها ، وعدها له ومنه : الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامات يعرفون بها والواحد منهم شرطة ، وشرطي ، قال ابن الأحمر :

فأشرط نفسه حرصا عليها وكان بنفسه حجبا ظنينا .

قال الاصمعي : ومنه الاشتراط الذي يشترطه الناس بعضهم على بعض أي علامات يجعلونها بينهم ، ومنه الشرطة في السلطان من العلامات والاعداد ، ورجل شرطي ، شرطي منسوب الى الشرطة ، سموا بذلك لأنهم أعدوا لذلك واعلموا أنفسهم بعلامات ، والجمع شرط ، وقيل هم أول كتيبة تشهد الحرب وتتهيأ لها ، وفي حديث ابن مسعود " وتشرط شرطة للموت الا أن يرجعوا غالبين "

المعنى الثالث : ان الشرط بمعنى " الاشرف والأرذل " ، قال يعقوب : هذا الحرف من الاضداد يقع على الاشراف والأراذل ، ومنه شرط السلطان هم نخبة جنوده ، وأصحابه وأصفياؤه الذين يقدمون على غيرهم من جنده

---

1) سورة الزخرف / الآية 66 .

2) قال ابن منظور في اللسان " الناب والدبر " الدواب ذوات الاظلاف والخف ، والمعنى دواب كبيرة السن ، وهي من أحقر المال .

مجتهدوا الأمة الأول وطالبوا كافة المسلمين بالتمسك بها دون آراء الرجال وأقوال الفقهاء والأئمة ، الا أن المتأخرين خالفوا الوصايا وابتعدوا النجعة ، ومن هذا المنظور أخذوا النصوص الشرعية وحكموها في مواطن الخلاف ، كل فريق يحاول تبرير وتعليل أقوال امامه والترجيح بين مختلف الآراء في المذهب الواحد ولو بالطعن في النص الشرعي القطعي الثبوت ، ان وجد الى ذلك سبيلا أو يتأول النص تأويلات باردة حتى تناقضت الأقوال وتضاربت الآراء واضطربت حتى في المذهب الواحد وضاعت الضوابط الشرعية والفقهية والأصولية التي وضعت للترجيح والتمحيص في حالة الاختلاف ، فلم يعمل بها في مواطن النزاع ومعترك الآراء للوصول الى الحق ولم تراع ، فهذا ابن العربي الفقيه المحدث والمفسر يتحرج كثيرا أمام نص يعتبره غير ثابت شرعا ولا أصل له وهو " النهي عن بيع وشرط" ورغم هذا يعود اليه في موضع آخر ويعده شرعا إلهيا بكل يقين وتأكيد لتبرير قول فقهي في المذهب المالكي يقضي ببطلان الشروط الجعلية في عقود المعاملات ولاندري هل كان الشيخ أبو بكر ابن العربي غافلا أو ناسيا وهو يقرر الحقيقتين المتناقضتين في وقت واحد في مصنفه " عارضة الاحوذي شرح صحيح الترمذي"[1].

و هذا الضيق والحرج يحس به ويفطن له ابن رشد الحفيد ويصرح به في كتابه " بداية المجتهد ونهاية المقتصد" أثناء عرضه لأسباب اختلاف الفقهاء في صحة وبطلان الشروط الجعلية في عقود المعاملات حيث يقول " وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص ، فأما العموم فحديث عائشة في الصحيحين " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر ، وهو أيضا في الصحيحين " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " وأما الشروط المقيدة بوضع الصداق فانه قد اختلف فيها في المذهب اختلافا كثيرا ، أعني لزومها وعدم لزومها"[2].

ولذلك فقد جاء ابن القيم فشن حملة شديدة هاجم فيها هذا التناقض والاختلاف وسفه الاتجاه اليه وطالب بضرورة الالتزام بالضوابط

---

1) أبو بكر ابن العربي/ عارضة الاحوذي شرح الاترميذي /ج 5ص 59-60، وقد قال" ان الله نهى عن بيع وشرط " وقال بعها تعليقا على النهي عن بيع وشرط فلم يصح الحديث /ص 250.
2) ابن رشد / بداية المجتهد / ج 2، ص 59.

المبحث الثاني : تعريف الشرط الجعلي عند الأصوليين واللغويين .

أولا : تعريف الشرط الجعلي عند الأصوليين : هناك تعريفات كثيرة متنوعة الأسلوب ، لمعنى الشرط عند الأصوليين ، الا أن هذه التعريفات الثرية المختلفة العبارات والصيغ ، يجمعها معنى محدد للشرط تدور حوله وتعود اليه ، وهو ماذكره القرافي في كتابه "الفروق" في الفرق الثالث بين الشرط اللغوي وغيره من الشروط العقلية والشرعية والعادية فقال من تعريف الشرط " وأما الشرط الذي يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته ، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره "[1].

وقد تكون معظم تعريفات الأصوليين متفرعة من هذا التعريف ومنبثقة عنه ، وهذا التعريف له صلة قوية بالمعنى اللغوي للشرط حيث أن " سبب تسمية الشرط شرطا كونه علامة للمشروط يتعلق به وجوده "[2] أو لأنه " علامة على المشروط "[3] ، وقال البزدوي معللا هذه الصلة الاصطلاحية بالمعنى اللغوي في أصوله : " فمن حيث لا يتعلق به الوجوب علامة ، ومن حيث يتعلق به الوجود يشبه العلل ، فسمي شرطا "[2].

فهذا التعليل الأصولي لسبب تسمية الشرط اصطلاحا وصلة هذا الاستعمال باللغة وهو تعليل منطقي مقبول ، ولذلك يقدم الأصوليين أمثلة

---

1) الفروق / للقرافي / ج 1 ص 87 .
2) أصول البزدوي / أصول الفقه /ج 4 ص 1293 .
3) روضة /لابن قدامة /ص31 ، وتعريف القرافي للشرط ورد في الموسوعة الفقهية /ج 4 ص304 في باب (الاشتراط) لوزارة الأوقاف الكويتية . كما ذكرته كتب الأصول الأخرى فسايره بعض قدماء الأصوليين ، كالفتوحي وابن بدران في (مختصر شرح التحرير ، وشرح الكوكب المنير وعرفا الشرط بأنه " مايلزم من وجوده وجود ... " ، وورد للقرافي في كتابه " شرح تنقيح الوصول ص 78- 82 . وكذلك بعض المعاصرين الذين كتبوا في الأصول مثل :

ـ الشيخ محمد الخضري في/أصول الفقه / فعرف الشرط بأنه " ماعدمه مستلزم للعدم وذلك لحكمة في عدمه تنافي حكمة الحكم أو السبب كالقدرة على التسليم فان عدمها ينافي حكم البيع ... "/ أصول الفقه / للخضري /ص 59 .

ـ محمد أبو زهرة في أصوله وقال عن الشرط " هو الأمر الذي يتوقف عليه وجود الحكم ويلزم من عدمه عدم الحكم ، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم / أصول الفقه /ص 59 .

ـ الشيخ عبد الوهاب خلاف ، وحامد حسين ، وزكي الدين شعبان / في أصول الفقه / وأورد نفس التعريف مع بعض التعديلات .

للشرط فيقولون " ان الطهارة شرط في صحة الصلاة ، وان دوران الحول شرط في وجوب الزكاة ، وان البلوغ شرط في وجوب التكاليف الشرعية ، والاحصان شرط في اقامة الحد الشرعي عند ارتكاب الفاحشة ، والقدرة على تسليم المبيع شرط لصحة انعقاد العقد ولزومه ونفاذه ، وحضور الشهود شرط في صحة عقد الزواج ... الخ "[1]. وهذه الأمثلة توضح وتؤكد ان الشروط كالعلامة وضعها الشارع ليصح بها التصرف ، في العبادة أو المعاملة وبالأخص العقود والشروط الى جانب سائر التصرفات الأخرى ، ولذلك نجد أن ابن قدامة في " روضة الناظر " يذكر تعليلا لسبب تسمية الشرط شرطا من الناحية الاصطلاحية واللغوية فيقول " ويسمى الشرط شرطا لأنه علامة على المشروط " .

---

1) عرف الشاطبي الشرط تعريفا مغايرا لتعريف القرافي حيث قال في الموافقات " ماكان وصفا مكملا لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط أو فيما اقتضاه الحكم فيه / الموافقات/ج 1 ص 262 .

فهذا التعريف للشرط بأنه " وصف مكمل لمشروطه فيما يقتضيه ... " ، ولذلك حاول بعض القدماء الجمع بين تعريف القرافي والشاطبي فذكر التعريفين الطوفي في كتابه " شرح تنقيح الأصول " حيث قال عن الشرط بأنه " فقال القرافي " وذكر تعريفه السابق ثم ذكر تعريفا آخر لغير القرافي فقال " وقيل : الشرط عبارة عن وصف ظاهر منضبط ، دل الدليل الشرعي على انتفاء الحكم عند انتفائه " /روضة الناظر / ص 58 . وعرف صدر الشريعة الحنفي الشرط بأنه " مايتوقف عليه وجود الشيء " / التنقيح لصدر الشريعة /ج 2 ص 31 . وهناك من المعاصرين من حاول أن يجمع بين هذه التعاريف الثلاث ، ويأتي بصياغة فنية جديدة للشرط تتماشى مع الأصول منهم :

ـ محمد سلام مدكور : قال عن الشرط بأنه " مايلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود العدم " ثم عدل عن هذا التعريف واستعرض تعريف الطوفي وصدر الشريعة فجمع بين التعريفين فقال : " هو الوصف الظاهر المنضبط الذي يتوقف عليه وجود الشيء من غير اقتضاء اليه " أصول الفقه ، ومباحث الحكم عند الأصوليين ، وكتاب الاباحة عند الأصوليين والفقهاء . سلام مدكور ، وتبعه كل من وهبة الزحيلي في كتابه " الوسيط في أصول الفقه الاسلامي / ص 101 .

ـ عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعي في كتابه " السبب عند الأصوليين " /ص 32 .

وهذا التعريف الجديد للشرط عند الأصوليين أكثر انسجاما واتفاقا مع الأصول لما فيه من التعميم والتجريد ، وهذه أمور تقتضيها الأصول ، ولكن هذا التعريف لا يتفق اطلاقا مع الفروع الفقهية ، ولا يناسب الالتزامات العقدية ، ومختلف المعاملات والتصرفات الشرعية وكان الأمر يتطلب تعريفا خاصا للشرط يلائم الالتزامات والحقوق الفقهية المترتبة عن العقد ولذا كانت احالة الأصوليين الذين كتبوا في الفقه على هذا التعريف الأصولي ، وكذا الفقهاء الذين تعرضوا لتعريف الشرط في العقد حيث أوردوا تعريف الأصوليين ، وكان يجب

وهذا التحليل يؤكد التداخل والارتباط بين الاستعمال الشرعي واللغوي لمصطلح الشرط ، واذا كان الأصوليون يقصدون منه معنى فنيا معينا ، عاما شاملا لكل الشروط ، سواء كانت هذه الشروط شروطا شرعية أو عقلية أو جعلية ، اشتقاقا من الأصل اللغوي الذي أخذ منه المعنى الاصطلاحي ، اذ ما زالت الصلة قوية بين الأصل اللغوي والمعنى الاصطلاحي للشرط الجعلي .

ثانيا : تعريف الشرط عند الفقهاء : لقد ورد في كتب الفقه والحديث بمناسبة الكلام عن الشروط في " البيع " نفس تعاريف الأصوليين للشرط ، حيث ذكروا أن الشرط هو " ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته "[1] . ولم ينتبهوا الى ضرورة التفرقة بين تعريف الشرط عند الأصوليين والفقهاء ، ومن ثم كان هناك خلط في هذا التعريف ، ولذلك تنبه بعض الفقهاء الى ضرورة التفرقة واعترضوا على اقحام التعريف الأصولي للشرط الى الفروع الفقهية ، فرفضوا التعريف الأصولي واستبعدوه من المعقود والتصرفات العقدية ، فعرفوا الشرط تعريفين :

أحدهما : وهو التعريف الأصولي ، واعترضوا عليه ولم يقبلوا به في الفقه والعقود .

الثاني : وهو تعريف فقهي يتناسب مع الالتزامات والتصرفات العقدية وان كان له نفس المعنى عند تحليله وامعان النظر فيه ، ومن هؤلاء الفقهاء الذين تنبهوا الى ضرورة التفرقة بين تعريف الشرط فقهيا وأصوليا " البهوتي " الفقيه الحنبلي ، الذي رفض التعريف الأصولي ، فهو يقول في كتابه " شرح منتهى الارادات " في باب (الشروط في البيع) وفي كتابه (كشاف القناع) في باب (الشروط في البيع) " والشروط جمع شرط ومعناه لغة العلامة ، واصطلاحا ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ، ولا عدم لذاته ، والمراد به هنا " الزام أحد المتبايعين الآخر بسبب العقد شيئا فيه منفعة له " وعرف

---

[1] التفرقة بين تعريف الشرط عند الأصوليين والفقهاء ليكون التعريف دقيقا ، وعدم الخلط بين الفروع والأصول وهذا ماسنحاول أن نوضحه عند الكلام عن الشرط عند الفقهاء باذن الله تعالى
1) سلام مدكور / المدخل للفقه الاسلامي / ص 638 . والقسطلاني / شرح صحيح البخاري / ج 5 ص 66 . وفتح الباري / للعسقلاني / ج 5 ص 312 . وصحيح مسلم / شرح النووي / ج 10 ص 142 . وعارضة الاحوذي / شرح الترمذي لابن العربي / ج 5 ص 220 ، وج 6 ص 11 . وتحفة الاحوذي / ج 4 ص 407 باب (ماجاء في كتابة الشروط) .

الشرط في منتهى الارادات بقوله " مايشترطه أحد المتعاقدين على الآخر في عقد البيع "[1] . وتبعه ابن مفلح في شرح المقنع فقال عن الشرط بأنه " الزام أحد العاقدين الآخر بسبب العقد ماله فيه منفعة "[1] .

وقال الشيخ أحمد الزرقاء في كتابه " شرح القواعد الفقهية " عن الشرط أنه " التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة "[2] . وهذا التعريف فيه مزج واضح بين الأصول والفروع ، وان كان يغلب عليه الجانب الفقهي فقوله " التزام أمر " تعبير فقهي وصيغة عقدية تذكر بالالتزامات الشرطية والجعلية في عقود المعاملات ، حيث يلزم أحد المتعاقدين الطرف الآخر بشروط في العقد المبرم بينهما ، وأما قوله " أمر لم يوجد في أمر وجد " فهو أسلوب أصولي بحت يذكر بالصيغ الأصولية في تعريف الشرط وأما عبارة " بصيغة مخصوصة فانها توحي بصيغة العقد والأسلوب اللغوي الذي تصب فيه التصرفات العقدية وهو " الصياغة الفنية " الخاصة بابرام العقود والالتزامات العقدية ، ولذلك خرج الشيخ علي الخفيف في كتابه " الكفالة " بتعريف آخر للشرط العقدي يحاول فيه أن يبتعد عن الأصول ويدخل في الفروع الفقهية فقال " نريد بالشرط التزام المتصرف في تصرفه بأمر زائد على أصل التصرف ، سواء كان هذا الالتزام مما يقتضيه ذلك

---

1) ابن مفلح الحنبلي / المبدع شرح المقنع / ج 4 ص 51 . والكشاف / ج 3 ص 188 .

2) شرح القواعد الفقهية / أحمد الزرقاء / ص 351- 355 . والمدخل للفقه الاسلامي العام / مصطفى الزرقاء / ج 1 ص 304 . وقد ذكر مصطفى الزرقاء تعريفين :

الأول : للأصوليين فقال عنه " وفي اصطلاح الفقهاء والأصوليين هو أمر ربط به غيره عدما لا وجودا ، وهو خارج عن ماهيته .

الثاني : للفقهاء وهو ماسماه بالتعريف اللغوي حيث قال فيه ، وأطلق لفوبا على مايشترطه الانسان في عقوده والتزاماته على نفسه أو غيره لأنه كعلامة تميز العقد عن أمثاله بأحكام اضافية تخصه ، اتفق عليها الطرفان .

وهذا التعريف للشرط اللغوي هو في الحقيقة يتناسب مع الفقه والعقود والالتزامات أكثر مما يتناسب مع اللغة ، وان كان بينهما اشتراك وارتباط معنوي وثيق لاشك فيه وهذا التعريف في نفس الوقت أبعد عن الأصول ، وان كان في التعريف الأصولي خلط بين الفقه والأصول ، وكان الأولى أن ينتبه الى ضرورة التفريق بينهما .

التصرف شرط أو لم يشرط ، أم لم يكن من مقتضاه ، وسواء كانت فيه منفعة لمن التزم به أو لغيره أو لم يكن فيه منفعة لأحد".(1)

وهذا التعريف يناسب العقود والالتزامات ويبتعد عن الأصول ومن ثم أكد على تحديد المقصود ، " وهو التزام المتصرف في تصرفه أمرا زائدا على أصل التصرف" ، وهو تعريف دقيق وسديد في مجال العقود والالتزامات والتصرفات الشرعية ، حيث فصل بين الفقه وأصوله ، وان صاحبه لا يريد الأصول ولا ما يقرب منها بعد ان كانت الشروط متداخل تعريفها عند الأصوليين والفقهاء ، ونتيجة هذا التداخل بين الأصول والفروع ، والترابط في الأصل اللغوي فقد اضطر بعض الباحثين الى ذكر التعريفين الأصولي والفقهي وأكد على ضرورة التميز بينهما وأنه يقصد في بحثه أحدهما دون الآخر (الفقهي) ، وعلى ذلك نجد أن البهوتي وابن مفلح والخفيف وزكي الدين شعبان ، قد تنبهوا الى ضرورة التفرقة ويؤكدون على وجوب تحديد المقصود بالشرط " فقهيا " حتى لا يظل هناك خلط بين الشروط عند الأصوليين والفقهاء ، حيث أن الأصوليين يهتمون بالحقائق الشرعية مجردة وعامة شاملة ، ويصوغون تعاريفهم من هذا التجريد والتعميم والشمول ، فيغلب عليهم الجانب الفلسفي والمنطق التجريدي ، والحدي بينما نجد الفقهاء يهتمون بالتحديد ، والتدقيق والضبط خاصة في مجال العقود والالتزامات ، حتى يتسنى فهمها وتطبيقها في مجال الخصومات .

---

1) الشيخ علي الخفيف/كتاب الضمان / القسم الثاني / الكفالة/ص40 . وزكي الدين شعبان في رسالته " الشروط المقترنة بالعقد /ص 29-30 . حيث قال ان الشرط يطلق عند الفقهاء على معنيين :

أحدهما : وهو محل البحث ، التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائدا على أصل التصرف سواء كان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لا ، وسواء كان فيه منفعة للملتزم أم لغيره أم لا ، ثبت ذلك باللفظ أم لا " ثم ذكر تعريفا آخر للشرط قال فيه :

ثانيهما : الأمر الزائد عن ماهية الفعل وحقيقته الشرعية الذي يتوقف وجود الفعل على وجوده ويعدم بعدمه من غير تأثير لوجوده في وجود ذلك الفعل ولا اقتضاء اليه .

والمعنى الأول في تعريف زكي شعبان هو المناسب في العقود والشروط وهو أبعد عن الأصول وهو مأخوذ من تعريف الشيخ علي الخفيف ومتفرع عنه ، ومن تعريف البهوتي وابن مفلح وان كان تعريف ابن مفلح أدق وأشمل ، وقد أحسن زكي الدين شعبان عندما فرق بين التعريفين الفقهي والأصولي حتى لا يظل هناك خلط ، بين ما يصلح للأصول ويتماشى معها ومع حقائقها المجردة وبين الفروع المحددة التي تقتضي الفصل وتوضيح الفرق بين التعريفين ، وما يناسب

التعريف المختار : من خلال استعراض تعريف الأصوليين والفقهاء للشرط نجد أن هناك دمجا والتباسا بين الشرط كحقيقة أصولية وعلمية والشرط كالتزام في عقد ، ومن ثم لابد من التفريق بينهما وان الشرط الجعلي كما قال البهوتي وابن مفلح هو " مايشترطه أحد المتعاقدين على الآخر في عقد البيع " وهذا هو التعريف المناسب والمختار وان كان الأفضل أن تكون صياغة التعريف كالتالي " الشرط هو مايشترطه أحد المتعاقد **أو كلاهما** على الآخر في العقد " سواء كان هذا العقد هو بيع أو زواج أو ايجار أو غير ذلك حيث يشمل كل العقود والتصرفات والمعاملات الشرعية ، وان هذه الشروط هي " الأمر الزائد "[1] في هذه العقود وليست هي مقتضى العقد لأن هذا المقتضى يجب بقوة الشرع ، ولا يحتاج الى اشتراط ، بينما الشروط الجعلية هي من جعل المتعاقد ووضعه في العقد ، ومن ثم فمن حقه أن يطالب بها ويستعملها كوسيلة لتحقيق بعض المصالح والمنافع الخارجة عن مقتضى العقد ، كما سيتضح عند الكلام عن أقسام وأحكام الشروط الجعلية باذن الله تعالى ، فهذا الأمر الزائد هو بنود أو قيود أو شروط توضع في العقد من أحد المتعاقدين أو من كلاهما ، ويجب الا تخالف النصوص الشرعية ، ويجب الالتزام بها وتنفيذها وعدم الاخلال بها ، مادام قد تم ادراجها في العقد باتفاق المتعاقدين .

ـ العقود والالتزامات والمعاملات الشرعية ، وطبعا فان هذه الشروط ليست هي التي يقتضيها العقد ، بل هي أمر زائد على هذا المقتضى ، وهذه هي محل البحث .

1) محمد أبو زهرة / شرح قانون الوصية /ص43 . ووهبة الزحيلي / الفقه الاسلامي وأدلته ج 4 ص 476 . ونظرية العقد والملكية / لأبي زهرة/ص 245 . والمدخل الفقهي العام للزرقاء / ج 1 ص 304 . خالد التكماني / ضوابط العقد في الفقه الاسلامي /ص 227 .

المبحث الثالث : تعريف الشروط الجعلية في القانون الوضعي .

يقصد بالشروط الجعلية في القانون الوضعي ، تلك الشروط التي يتفق عليها المتعاقدان في العقود المبرمة بينهما ، أو ان هذه الشروط "عبارة عن حكم يتفق عليه الأفراد في تنظيم عقودهم"[1] أو هي " مجموعة من التكاليف يلتزم بها أحد المتعاقدين بمقتضى العقد الذي أبرمه مع الغير"[2] فهي اذا تعني جملة الالتزامات التي يشترطها أحد المتعاقدين على الآخر أو كلاهما في عقد أبرم بينهما ، ويشترط في هذه الشروط الا تكون مخالفة للقانون ولا متعارضة مع النظام العام ولا مناقضة للآداب العامة ، فان ارادة الأفراد حرة في ابرام ما تشاء من العقود والالتزامات وتشترط - بمقتضى سلطان الارادة - ما ترى من الشروط المناسبة أو البنود العقدية والتصرفات لا يحدها شيء الا سياج النظام العام والآداب ، وهي أمور نسبية مرنة ومتغيرة حسب النظم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية ، والعادات والأعراف التي تختلف حسب الازمان ، والمكان الموجودة فيه ، وايا كان فان الشروط الجعلية هذه تكون صحيحة وفق المبادئ العامة للقانون حيث تسود " مبادئ حرية التعاقد"[3] التي تسيطر وتوجه العقود والمعاملات المالية في القوانين الوضعية المعاصرة .

---

1) جمال زكي /الوجيز في النظرية العامة للالتزامات /ص 847 . وقد قسم الشروط الى ثلاثة أقسام :

أحدها : وهو المعنى الذي يقصد به الأمر غير المحقق الوقوع والذي يترتب على وجوده وجود الالتزام أو زواله ،وهذا الشرط ينقسم الى قسمين : شرط فاسخ ، وشرط واقف .

الثاني : الشرط بمعنى أركان العقد وشروط صحته أو أركان التعاقد ، كالأهلية ، المحل والسبب ... الخ . من الشروط القانونية اللازمة لانعقاد العقد .

الثالث : المعنى الدارج وهو" الحكم المتفق عليه بين الأفراد في العقد ، وهذا النوع يطلق عليه اسم (بنود العقد) .

2) زهدي يكن /شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني /ج 1 ص 272 . ويذكر نفس المعاني للشرط ولكنه يضيف اصطلاح (التكاليف) وهي مساوية للشروط الجعلية ومقابلة لها ، ويقول زهدي يكن ان التكاليف هي "التي يضعها الواهب أو الموصي" في العقد المبرم مع الموهوب له فتكون هذه التكاليف في ذاتها الشروط المقترنة بالعقد والتي يضعها أحد الطرفين ويشترطها على الطرف الآخر ، ولذلك يرى زهدي يكن - في مؤلفه السابق - أن المعنى القانوني للشرط هو جعل العلامة القانونية معلقة على تحقيق حصول حادث غير محقق في المستقبل أو عدم حدوثه " وهذا يقابل شرط الأصوليين وهو بعيد عن العقود ولذلك نجد السنهوري يرفض أن يسمي مثل هذا الشرط شرطا بالمعنى الصحيح وهو محق في هذا الرفض / الوسيط /ج 3 ص 34 . وقد نص القانون الكويتي في المادة 132 على ---

والشروط الجعلية عند الفقهاء هي نفس " الشروط المقترنة بالعقد " في اصطلاح الفقه الوضعي حيث يطلق " الشرط الجعلي على الأحكام التي يتفق عليها المتعاقدان ، كالاتفاق على تسليم المبيع في مكان معين يحدده المشتري ، أو دفع الثمن على أقساط "[1] ، فهذه الأحكام لا يقتضيها العقد أصلا وهي في نفس الوقت لا تخالف مقتضاه ، والمتعاقدان غير ملزمين بها ، الا أن يشترطها أحدهما على الآخر فتصير ملزمة لمن شرطت عليه وواجبة الوفاء بعد قبولها في العقد والاتفاق عليها ، وقد ترك المشرع الوضعي للمتعاقدين حرية تنظيم بعض الأحكام ، العقدية بما يتفق ومصلحة المتعاقدين في حدود القانون ، وبما لا يخالف النظام العام والآداب ، حيث توجد في نصوص القانون نوعان من القواعد القانونية :

النوع الأول : القواعد القانونية الآمرة ، وهذه لا يجوز للمتعاقدين مخالفتها .

النوع الثاني : القواعد المفسرة والمكملة لارادة المتعاقدين وهذه يجوز مخالفتها والفرق بين النوعين هو أن القانون نفسه أجاز للمتعاقدين حق الخروج على أحكام

— صحة الشروط الجعلية في عقود المعاملات فقال :

أ ـ يجوز أن يقترن العقد بالشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريا به العرف والعادة .

ب ـ يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير مالم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفا للنظام العام أو للآداب والا لغي الشرط وصح العقد ، مالم يكن الشرط هو الدافع للتعاقد " / نظرية العقد في البلاد العربية / عبد المنعم فرج الصده / ص 347 . وذكر نصوص مقابلة لها في القانون المصري ، والسوري ، والليبي ، والعراقي ... ثم يؤكد أن " القوانين الحديثة نبذت فكرة وحدة الصفقة وبذلك وصلت الى نهاية التطور فأباحت الشروط المقترنة بالعقد كأصل عام مالم يكن مخالفة للنظام العام والآداب " . أنظر أيضا :

ـ وحيد الدين سوار / الشكل في الفقه الاسلامي / ص 176 - 183 . وهو يتكلم عن الشروط الجعلية وصحتها في القوانين الحديثة .

ـ اسماعيل غانم / في النظرية للالتزام / ج 2 . أحكام الالتزام والاثبات / ص 286 . وقال " ان للفقه الشرط عدة معان ، فعلى معنى واسع يطلق هذا اللفظ للدلالة على كافة الأحكام التي اتفق عليها الطرفان في العقد فقال مثلا بالنسبة لعقد معين كالبيع ان من شروطه أن يتم التسليم في الاسكندرية أو أن يتم الدفع على أقساط أو أن يتحمل البائع النفقات ... الخ . وليس في كل هذا تعليق لوجود الالتزام أو زواله على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، وانما هي بنود العقد وليست أوصافا في الالتزام " وهذا هو المعنى الجعلي للشرط وهو المقصود في هذا البحث ثم ذكر معان أخرى ، كشروط انعقاد العقد وهذه المعاني ليست محل البحث .

3) أبو زهرة / حياة ابن تيمية وآثاره / ص 385 .

1) مصطفى الجمال وجلال العدوي / أصول المعاملات / ص 307 - 314 . وجلال العدوي / أصول المعاملات / ج 1 ص 41 . وسليمان مرقص / المدخل للعلوم القانونية / ص 84 . وحسين كيرة / المدخل للعلوم القانونية / ص 42 - 55 . ومحمد ابراهيم أبو العينين / مبادئ القانون / وعبد الحي حجازي ،

القواعد المفسرة وعدم التقيد بأحكامها ، خلافا للقواعد الآمرة فليس لأي كان أن يخالف أحكامها والخروج عليها .

فالقواعد المفسرة أو المكملة ..... بالرغم من انها قواعد قانونية صادرة عن المشرع الا أن المشرع نفسه أجاز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفة أحكامها ، اما ان سكتا عن مخالفتها فانها تعتبر جزءا من العقد المتفق عليه بين المتعاقدين فلا يجوز مخالفتها ، والأصل في العقود والشروط في التشريع والقانون الوضعي انها متروكة لتنظيم ارادة الأفراد وحرياتهم التعاقدية عملا بمبدأ " سلطان الارادة " حيث يعد العقد " شريعة المتعاقدين "(1) لا يجوز تعديل أحكامه ولا انهاؤها أو تغييرها الا بالاتفاق بين الطرفين المتعاقدين ، الذين أبرما العقد واتفقا على أحكامه وبنوده وشروطه الا في الحالات الخاصة أو الاستثنائية المنصوص عليها في القانون ، والا فلا يجوز مخالفتها اطلاقا .

ـــ المدخل للعلوم القانونية /ص231- 254 . وأنور سلطان /المبادئ القانونية /ص51- 64 . وحبيب ابراهيم الخليل/المدخل للعلوم القانونية /ص 76- 87 . وحسن فرج /المدخل للقانون / ص 69 . ومحمد نعمان /موجز المدخل للعلوم القانونية /وزكي عبد البر/الحكم الشرعي والقاعدة القانونية /ص36- 40 . وأحمد عبد الرزاق السنهوري/الوسيط/ج 3 ص 11- 60 . وعبد المنعم البدراوي/النظرية العامة /ج 2 ص 253 . ومحمود جمال زكي/قانون عقد البيع/ص 29 . والوجيز ص 847 ، ونظرية العقد /للسنهوري/ص85 . ولبيب شنب/مصادر الالتزام/وعبد الحكيم عبد المجيد /الموجز/ومحمد سوار/شرح القانون المدني الفرنسي /ص 129 .

1) يقسم القانونيون القواعد القانونية الى قسمين قواعد آمرة وقواعد مكملة . ثم انهم يعرفون كل قسم فيقولون :

تعريف القواعد الآمرة : هي تلك القواعد التي تأمر بسلوك معين أو تنهي عنه ، حيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف الحكم الذي تقرره ، فاذا اتفق الأفراد على خلاف حكم القواعد الآمرة كان اتفاقهم باطلا لا يعتد به لأن حكم القواعد الآمرة يتعلق بالنظام العام للمجتمع وتحقيق مصالحه كالقواعد التي تنهي عن السرقة ، والقتل ، والتزوير ، والرشوة ، وأداء بعض الواجبات القانونية كأداء الضرائب ، وأداء الخدمة العسكرية والنهي عن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة ، وبطلان الفائدة فيما زاد عن الحد القانوني والقاعدة الناهية القضاة عن شراء الحقوق المتنازع فيها اذا كان النظر في النزاع للمحاكم التي يمارسون فيها أعمالهم القضائية ... الخ .

تعريف القواعد المكملة : وأما القواعد المكملة فهي تلك القواعد المنظمة لسلوك الأفراد ولكن المشرع ترك للأفراد حرية مخالفة هذه القواعد فيجوز لهم ان يتفقوا على خلاف أحكام هذه القواعد ، فالقواعد المكملة تنظم علاقات يترك تنظيمها أصلا للأفراد ، فاذا لم يتفق الأفراد على تنظيم الأحكام تطبق هذه القواعد ، وكذا اذا اتفقوا على تطبيقها فتعد القواعد المكملة قواعد احتياطية تكمل مايشوب اتفاقات الأفراد من نقص حيث لا يوجد اتفاق على خلاف الأحكام التي تقررها القواعد المكملة ، ومن أمثلة هذه القواعد ان الثمن يستحق

المبحث الرابع : مقارنة بين الشروط الجعلية في الشريعة والقانون .

يتفق تعريف فقهاء الشريعة للشروط الجعلية في عقود المعاملات مع تعريف القانونيين لهذه الشروط ، حيث يكون التعريف واحدا ولا اختلاف بينهما الا في الأسلوب ، والصياغة الفنية فقط ، فالشروط الجعلية عند الفقهاء هي " مايشترطه أحد المتعاقدين على الآخر في عقد البيع "[1] أو بعبارة ابن مفلح " التزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ماله فيه منفعة "[2] .

فهذا الشرط وهو التزام أحد المتعاقدين بسبب العقد ، مافيه منفعة كأن يشترط عليه نقل المبيع ، أو دفع الثمن على أقساط أو الا يبيع لشخص معين أو ينتفع بالمبيع أو يحفظه لمدة معينة ...الخ . وغير ذلك من الشروط التي يطلق عليها بعض فقهاء وشراح القانون الوضعي اسم " بنود العقد " أو تكاليفه ، وغير ذلك من الأسماء وهي في حقيقتها ومعناها ما أسماه فقهاء الشريعة بالشروط الجعلية ، حيث يقصد بهذه الشروط " تلك الأحكام التي يتفق عليها المتعاقدان في العقد "[3] أو " مايشترطه أحدهما على الآخر في عقد البيع " .

فقد اختلفت الأسماء وتعددت وتنوعت ولكن المعنى واحد ، وهو ما يشترطه أحد الطرفين على الآخر بسبب هذا العقد ، وهذه الشروط ليست لازمة أساسا بمقتضى العقد المبرم ، ولكن الاشتراط جعلها لازمة ، وقد

— في مكان ابرام عقد البيع مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ، التزام المؤجر بصيانة العين المستأجرة ، واجراء الترميمات الضرورية ودفع النفقات الضرورية في عقد البيع ورسوم التسجيل ، انها على المشتري مالم يوجد اتفاق بغير ذلك ...الخ . فهذه القواعد وأمثالها كثيرة يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ويكون الاتفاق ملزما لهم ، الا أن يتفقوا على تطبيق هذه القواعد أو سكتوا على تنظيم هذه الأحكام فتطبق عليهم هذه القواعد وتكون ملزمة لهم كالقواعد الآمرة تماما . حبيب ابراهيم الخليل / المدخل للعلوم القانونية /ص76- 78 . وزكي عبد البر / الحكم الشرعي والقاعدة القانونية /ص83 . هنري باتيفول / فلسفة القانون / ترجمة : سموحي فوق العادة /ص22- 28 . وأنور سلطان / المبادئ القانونية العامة /ص51- 64 . عبد المنعم فرج الصده / أصول القانون /ص30 ، وصوفي أبو طالب / تاريخ النظم القانونية /ص9 - 20 .

1) 2) المبدع شرح المقنع لابن المفلح /ج 4 ص 51 . وشرح منتهى الارادات / البهوتي /ج 2 ص 160 .

3) جمال زكي / الوجيز /ص847 . وزهدي يكن / شرح القانون اللبناني /ج 1 ص272 . وجلال العدوي أصول المعاملات /ج 1 ص41 . وأحمد فراج / الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية /ص157 وبدران أبو العينين بدران / الملكية ونظرية العقد /ص411 . ومحمد سلام مدكور / المدخل /ص638 . والتركماني / ضوابط العقد في الفقه الاسلامي /ص145 . ووهبة الزحيلي / الفقه الاسلامي /ج 4 ص84 .

أجازت الشريعة والقانون للأفراد حرية الاشتراط مالم يخالفوا النصوص الشرعية أو القانونية ، والا بطل الاشتراط وسقط الالتزام .

فالاشتراط يكون صحيحا وجائزا مالم يخالف النص الشرعي أو القانوني حيث هناك اتفاق بين فقهاء الشريعة والقانون على صحة الاشتراط المقترن بالعقد أو الشرط الجعلي بعبارة الفقهاء الشرعيين .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الثاني : أقسام الشروط الجعلية وحكمها في الشريعة والقانون .

قسم فقهاء الشريعة الاسلامية الشروط الجعلية في عقود المعاملات الشرعية الى أقسام ثلاثة : الشروط الصحيحة والباطلة والفاسدة ، ثم انهم قسموا كل قسم من هذه الشروط الى عدة أقسام فرعية ، ثم اختلفوا في حكم بعض هذه الشروط اختلافا بينا ، وذلك استنادا الى النصوص الشرعية الواردة في الشروط ، حيث أن بعض النصوص تنهي عن الاشتراط وبعضها يجيزها مما يجعل أمر الترجيح أو التوفيق بين هذه النصوص المتعارضة في الظاهر متوقفا على الثقة بصحة النص ، ومجموعة من المقررات الفقهية والأصولية في موضوع المعاملات وهل الأصل في الشروط والعقود - وهي من أمور المعاملات - هو الصحة والجواز ؟ أو الفساد والبطلان ؟ . وما أثر هذه الشروط في صحة العقد ؟ وهل كل الشروط سواء في الصحة أو البطلان؟ أو لابد من التفريق بين بعض العقود في بعض المعاملات وغيرها ؟ وما الدليل في حالة الصحة أو الفساد والبطلان ؟ . وتقسيم فقهاء الشريعة للشروط الجعلية في عقود المعاملات لا يكاد يختلف عن تقسيم القانونيين لهذه الشروط في الجملة وان اختلفت المنهجية وطريقة معالجة الموضوع حسب منطلقات وأصول وغايات كل فريق ، وهدفه ؟ . وهذا يتطلب بحث أقسام الشروط الجعلية وحكمها لدى فقهاء الشريعة والأصوليين ، ثم عرض تقسيم هذه الشروط لدى فقهاء القانون ، ثم المقارنة بين الطرفين لمعرفة مدى الاختلاف والاتفاق ؟ .

وبما أن تقسيم الفقهاء الشرعيين والأصوليين للشروط مستندا أساسا الى النصوص الشرعية أو المبادئ العامة للشريعة ولأن الاختلاف بينهم في حكم هذه الشروط يرجع الى مقررات شرعية ونصوص ثابتة فلا بد من عرض هذه النصوص أولا لنعرف مدى صحتها حتى يكون التحاكم اليها في التقسيم وحكم الشروط بعد ذلك تحاكما الى أصول متفق عليها حيث من المقرر فقهيا وأصوليا أن النص القطعي الثبوت والقطعي الدلالة قاض على الاختلاف ابتداء اذ جاء في القرآن قوله تعالى " وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه الى الله . . . " [1] . ولذلك قرر الفقهاء ان السنة حجة في محل الاختلاف .

---

1) سورة الشورى/ الآية 10 . وفي سورة النساء قال تعالى " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم " . الآية 64 . وقال بعدها " واذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف اذاعوا به ولو ردوه

المبحث الأول : الشروط الجعلية في النصوص الشرعية .

ان النصوص الشرعية ـ قرآنا وسنة ـ أوجبت الوفاء بالشروط والعقود واعتبرت الاخلال بالشروط أو العقود صفة ذميمة وقبيحة ، لا تليق بالمسلمين لأن هذه العقود وتلك الشروط تعد وعدا يجب الوفاء به مادام المكلف قد قبل قبل العقد أو أثناء التعاقد بالشروط التي يمليها الطرف الآخر مالم تكن هذه الشروط حراما أو تؤدي الى الحرام ، حيث في هذه الحالة تعد مخالفة للشرع أو للمقاصد الشرعية ، فتبطل ولا يجب الوفاء بها ، وتعد لغوا لا اعتبار لها اطلاقا .

ـ الى الرسول والى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطون منهم" . سورة النساء/ الآية 83 . وهذه الآيات واضحة التأكيد في وجوب التحاكم الى الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ، ومن ثم قرر الفقهاء ان الحديث اذا صح فهو حجة في محل الخلاف ، والعجب انهم اختلفوا في كيفية تطبيق هذا المقرر الأصولي والفقهي بعد تقعيد القواعد وظهور المذاهب اذ كل فريق تمسك بما عليه أصحابه وفسر باقي النصوص أو تلك المخالفة لمذهبه وفق مقررات كل مذهب /مقدمة تحفة الاحوذي شرح الترمذي/ لأبي يعلى محمد عبد الرحمن المباركفوري /ص 21 . وسلسلة الأحاديث الصحيحة للشيخ الالباني /ج 2 ص 109 . ويؤكد هذا ماجاء في كتاب " الأموال لأبي عبيد بن سلام بعنوان" شروط النبي صلى الله عليه وسلم لثقيف " ، وقد ذكر عن عروة بن الزبير قال" هذا كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لثقيف " ان واديهم حرام محرم لله كله ، عضاه وصيده ، وظلم فيه ، وسرق فيه ، أو اساءة وشقيف أحق الناس بحج ولا يعبر طائفهم ولا يدخل عليهم أحد من المسلمين يغلبهم عليه وما شاؤوا أحد ثوافي طائفهم من بنيان أوسواه بواديهم لا يحشرون ولا يعشرون ولا يستكرهون بمال ولا نفس وهم أمة من المسلمين / الأموال /ص 184 . وانظر أيضا في اختلاف العلماء في الشروط /الأحكام في أصول الأحكام /لابن حزم الظاهري /ج 5 ص 593- 629 . وقد ذكر رأيين للعلماء في مسألة الشروط الجعلية فقال" أما العقود والعهود والشروط والوعد فان أصل الاختلاف فيها على قولين ، لا يخرج عن الحق أحدهما .

1) الأول : انها كلها لازم حق الا ما أبطله منها نص .

2) الثاني : انها كلها باطل غير لازم الا ما أوجبه نص أو ما أباحه .

ثم ذكر الآيات والأحاديث الدالة على وجوب الاشتراط وصحته في العقود ، ثم قال" فهذه النصوص توجب ماذكرنا الا أن يأتي نص بتخصيص بشيء من عمومها فيخرج ويبقى ماعداه على الجواز /ص 594 - 598 .

وأورد أدلة المنع وهي آيتين ("اليوم أكملت لكم دينكم") و (" من يتعدى حدود الله ") وحديث "كل شرط ليس في كتاب الله . . ." ثم قال " فهذه الآيات والخبر براهين قاطعة في ابطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على اباحة عقده لأن العقود والعهود والأوعاد شرط واسم الشرط يقع على جميع ذلك " . ثم رجح مذهب المنع والحظر على أساس النسخ أو التخصيص فقال " فصح بهذه النصوص ان تلك الآيات والخبرين انما هي فيمن شرط أو نذر أو عقد أو عاهد على ماجاء القرآن والسنة بالتزامه فقط ، وقد وافقنا المخالفون ههنا ان من نذر أو عقد او شرط أن يزني أو يكفر ... فانه لا يحل له" .

المطلب الأول : الشروط في القرآن الكريم .

لقد حث القرآن الكريم على الوفاء بالعقود والعهود والمواثيق التي يبرمها الانسان مع غيره أو حتى مع ربه ، ومدح الموفون بالعهد وأعد لهم أجرا كبيرا وثوابا عظيما ، وذم واستقبح بشدة الناكثين لعهودهم ومواثيقهم وتهددهم بأقبح وأشد العقوبات ، وحذر من مسلكهم واتباع خطاهم ، ونستعرض الآيات الدالة على الوفاء بالعهود والشروط والعقود ثم تلك المحذرة من النكث بالعهد .

أ ـ السور والآيات الدالة على وجوب الوفاء صراحة وضمنا .

1) سورة البقرة : قال تعالى مطالبا بالوفاء بالعقود والعهود " يابني اسرائيل اذكروا نعمتي التي أنعمت عليكم وأوفوا بعهدي أوفي بعهدكم ، وايـاي فارهبون "[2] . وقال أيضا مبينا حقيقة البر وأنه ايمان وعمل صالح وأداء للحقوق ووفاء بالعقود والعهود وصبرا " ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبيين وآتى المال على حبه ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والسائلين وفي الرقاب وأقام الصلاة وآتى الزكاة والموفون بعهدهم اذا عاهدوا والصابرين في البأساء والضراء وحين البأس ، أولئك الذين صدقوا وأولئك هم المتقون .

2) ماجاء في سورة آل عمران : وقال تعالى في معرض مدح بعض أهل الكتاب الموفون بعهودهم ، وذم الناكثين " ومن أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار يؤده اليك ومنهم من أن تأمنه بدينار لا يؤده اليك الا مادمت عليه قائما ، ذلك بأنهم قالوا ليس علينا في الأميين سبيل ، ويقولون على الله الكذب وهم يعلمون بلى من أوفى بعهده واتقى فان الله يحب المتقين "[3] .

3) سورة النساء : قال تعالى ياأيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء ، واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام[4] .

---

1) المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم ، لمحمد فؤاد عبد الباقي/ص492 ، 756 . أحكام الأحكام/ج 5 ص 593- 629 . وابن تيمية /مجموع الفتاوي /ج 29 ص 138- 145 .

2) سورة البقرة / الآية 40 ، 177 .

3) سورة آل عمران / الآية 75 ، 76 .

4) سورة النساء / الآية 1 .

والمفسرون يقولون ان قوله تعالى " واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام" متعلق بالحقوق والعهود والعقود ، حيث أن " كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل أو ترك أو مال أو نفع أو نحو ذلك[1] " ، قال القرطبي " أي اتقوا الله أن تعصوه واتقوا الأرحام أن تقطعوها فانهم كانوا يتساءلون بها ويطلبون حقوقهم بها[2] " ، وقال ابن عاشور " فتكون الآية تعريضا بعوائد الجاهلية اذ يتساءلون بينهم بالأرحام وأواصر القرابة ثم يهملون حقوقها ولا يصلونها ويتعدون على الأيتام من اخوانهم وأبناء أعمامهم[3] " .

4) جاء في سورة المائدة قوله تعالى صريحا في الوفاء بالعقود " ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود[4] " .

والمفسرون يرون أن الآية تدل على وجوب الوفاء بالعقود والشروط والعهود " والظاهر المتبادر أن الله تعالى أمرنا بالوفاء بجميع العقود الصحيحة التي عقدها علينا والتي نتعاقد عليها فيما بيننا ، واطلاق الوفاء بالعقود يدل على أن الأصل فيها الاباحة وكذلك الشروط ولاسيما العقود والشروط في أمور الدنيا ، والحظر لا يثبت الا بدليل[5] " .

5) ماجاء في سورة الانعام : حيث جاء قوله تعالى بمناسبة النهي عن الاعتداء على مال اليتيم والأمر باتمام الكيل والوزن والعدل في القول أن توفي بعهده تعالى " ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده وأوفوا الكيل والميزان بالقسط - لانكلف نفسا الا وسعها

---

1) مجموع فتاوى ابن تيمية /ج 29 ص 139 . وقال أيضا " وجمع الله سبحانه في هذه الآية وسائر السور أحكام الأسباب التي بين بني آدم المخلوقة كالرحم ، والمكسوبة كالعقود التي يدخل فيها الضمير وولاية مال اليتيم " .

2) القرطبي /ج 5 ص 43 .

3) تفسير التحرير والتنوير للشيخ محمد الطاهر بن عاشور /ج 4 ص 277- 228 . وتفسير الطبري /ج 3 ص 149 . وقال في تفسير الآية " يقول تعالى ذكره : فكما تعظمون أيها الناس ربكم بألسنتكم حتى تروا أن من أعطاكم عهده فاخفرتموه ، أني عظيما فكذلك فعظموه بطاعتكم له" . وروح البيان /ج 2 ص 159- 161 . وتفسير البحر المحيط/ج 5 ص 6- 11 . والكشاف/ج 1 ص 492- 493 . والنسفي / ج 1 ص 204 . والمنار/ج 4 ص 332- 338 .

4) سورة المائدة / الآية 1 .

5) تفسير المنار/ج 6 ص 117- 126 . وقال أيضا " وأساس العقود في الاسلام هو هذه الجملة البليغة المختصرة وهي تفيد أنه يجب على كل مؤمن أن يفي بما عقده وارتبط به وليس لأحد أن يقيد ما أطلقه الشارع " فكل قول أو فعل يعده الناس عقدا يجب أن يوفوا به مالم يتضمن

واذا قلتم فاعدلوا- ولوكان ذا قربى وبعهد الله أوفوا ، ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون[1] " .

6) سورة التوبة : حيث أمرنا تعالى بالوفاء بالعهود والمواثيق العسكرية مع الأعداء ما لم ينقضوها هم ويظاهرون أعداءنا علينا فعلينا أن نوفي لهم والأولى أن نوفي بعقودنا وشروطنا مع بعض كمسلمين في حالة المعاملات قال تعالى " الا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا ، فأتموا لهم عهدهم الى مدتهم ان الله يحب المتقين[2] " وقال أيضا " ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون في سبيل الله فيقتلون ويقتلون وعدا عليه حقا في التوراة والانجيل والقرآن ومن أوفى بعهده من الله ، فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به وذلك هو الفوز العظيم[3] " .

والصورة هنا كأن الله سبحانه وتعالى أبرم عقد بيع مع المؤمنين اشترط فيه شروطا وكان المقابل في هذه الصفقة هو الجنة ، وهو مقابل مؤجل لما بعد الحياة ، ولذا جاء التأكيد من الله سبحانه وتعالى بأن الوفاء بهذا الوعد سيكون منه هو سبحانه وتعالى ، ثم بين صفقة الوفاء بالوعد بأنه احدى الصفات التي يتصف بها سبحانه وتعالى ، وهي صفة يجب أن يتصف بها كل مؤمن يريد أن يتقرب الى الله فكان الوفاء بالوعد هو نوع من أنواع القربات الى الله سبحانه وتعالى جل شأنه .

7) ماجاء في سورة الرعد : حيث امتدح سبحانه وتعالى الوفاء بالعهد وأثنى على فاعله فقال " الذين يوفون بعهد الله ولا ينقضون الميثاق ، والذين يصلون ما أمر الله به أن يوصل ويخشون ربهم ويخافون سوء الحساب[4] " .

8) سورة النحل : حيث أمرنا تعالى بالوفاء بالعهود والعقود والشروط ونهانا عن الاخلال بها ونكثها ، واعتبر الموفي ممدوحا والناكث مذموما قبيحا فقال " وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها

= تحريم حلال أو تحليل حرام" . والتحرير والتنوير/ج 6 ص74-77 . وقال " والأمر بالوفاء بالعقود يدل على الوجوب" . والألوسي /روح المعاني /ج 2 ص 48- 49 .

1)سورة الانعام / الآية 152 .

2) 3) سورة التوبة / الآيتان 4 ، 111 .

4) سورة الرعد / الآيتان 20- 21 .

وقد جعلتم الله عليكم كفيلا ، ان الله يعلم ما تفعلون[1]". أي يجب عليكم الوفاء بالعهود التي أكدتم التزامكم بها وتوثيقكم لها بالحلف بالله .

9) سورة الاسراء : حيث أمرنا سبحانه وتعالى بألا نقرب مال اليتيم الا بالأحسن وأن نفي بالعهود وأن نوفي بالكيل وسائر المعاملات الأخرى فقال " ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا ، وأوفوا الكيل اذا كلتم وزنوا بالقسطاس المستقيم ذلك خير وأحسن تأويلا[2] " .

10) سورة الحج : حيث ذكر بمناسبة الحج وما فيه من فوائد ومنافع يشهدها الحجيج وتعظيم الله سبحانه والذبح باسمه ، أن يوفي الناس بالنذر وهي نوع من العقود والعهود يجعلها الناس لربهم تعالى فقال "وأذن في الناس بالحج يأتوك رجالا وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق[3] " .

11) سورة المؤمنون : حيث كانت السورة تعدد خصال المؤمنين وصفاتهم الايمانية والاشادة بها والترغيب فيها ومنها رعاية العهد وحفظه وعدم خيانته قال تعالى " والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون[4] " .

12) سورة الاحزاب : حيث ذكر صفات الناكثين لعهودهم مع ربهم وانهم مطالبون بالوفاء بها وندد بالنكث وأكد على ضرورة الوفاء بالعهود والعقود والشروط فقال " ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لا يولون الأدبار وكان عهد الله مسؤولا[5] " . وقال مشيدا ومادحا الموفين بعهودهم " من المؤمنين رجال صدقوا ما عاهدوا الله عليه فمنهم من قضى نحبه ومنهم من ينتظر وما بدلوا تبديلا[6] " .

13) سورة الفتح : حيث تهدد الناكثين لعهودهم والمتخاذلين بأشد

---

1) سورة النحل / الأية 91 .
2) سورة الاسراء / الآيتان 34- 35 .
3) سورة الحج / الآية 27 ، 29 .
4) سورة المؤمنون / الآية 8 .
5) 6) سورة الاحزاب / الآيتان 15 ، 23 .

العقوبة ووعد الموفين بعهودهم بعظيم الأجر ، مجزيل الثواب ، فقال تعالى " ان الذين يبايعونك انما يبايعون الله ، يد الله فوق ايديهم فمن نكث فانما ينكث على نفسه ، ومن أوفى بما عاهد عليه الله فسنؤتيه أجرا عظيما "[1] .

14) سورة النجم : حيث أشادت بأهم خصال ابراهيم عليه الصلاة والسلام وهي الوفاء بالعهود والعقود مع ربه تعالى فخلد ذكره العطر بهذه الصفة والخصلة الطيبة التي يجب أن يكون متصفا بها كل عاقد يتعاقد مسلم متبعا ملة ابراهيم ، قال تعالى " وابراهيم الذي وفى "[2] .

15) سورة المعارج : وهذه السورة كسورة المؤمنين ذكرت من خصال المؤمنين الطيبة وصفاتهم السمحة وسجاياهم الكريمة الوفاء بعقودهم وعهودهم وشروطهم آدائهم لأماناتهم في تعاملهم مع غيرهم ، وهي اشادة وتنويه بهذه الخلال الايمانية التي يجب أن يتحلى بها كل مسلم ومؤمن في عقوده ومعاملاته وشروطه والتزاماته التعاقدية التي يرتضيها ويرمها مختارا ويقبل بها حرا قال تعالى " والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون "[3] .

16) سورة الانسان : وهو تنويه بصفات (الأبرار) وكيف نجوا من هول القيامة وفازوا بالنعيم المقيم نتيجة أعمالهم الصالحة في الدنيا ومنها الوفاء بالنذر والخوف من يوم القيامة ، والنذر يشمل كل تصرف يوجبه الانسان على نفسه لربه تعالى أو عقد يعقده الانسان مع نفسه ويلتزم بالوفاء به ويشترط فيه طاعته لربه عز وجل فعليه أن يوفي بهذه العقود والشروط والنذر ولا يخالفها حتى لا يعاقب أسوأ عقوبة وأشدها ، قال تعالى معددا صفات وولاء البرار " ان الابرار يشربون من كأس كان مزاجها كافورا عينا يشرب بها عبدا الله يفجرونها تفجيرا ، يوفون بالنذر ويخافون يوما كان شره مستطيرا "[4] .

---

1) سورة الفتح / الآية 10 .

2) سورة النجم / الآية 37 . وقد ذكر تعالى في سورة البقرة " وعهدنا الى ابراهيم واسماعيل أن طهرا بيتي للطائفين ... / الأية 125 . وقبلها في الآية 124 ." قال اني جاعلك للناس اماما" .

3) سورة المعارج / الآية 39 .

4) سورة الانسان / الآية 7 . وتفسير الطاهر بن عاشور / ج 29 ص 382 . والقرطبي / ج 19 ص 127 .

ب ـ السور والآيات الدالة على وجوب الوفاء بالمواثيق والعقود المتعلقة بطاعة الله سبحانه وتعالى وعبادته وحده ، حيث أخذ الله تعالى على عباده وأنبيائه عهودا بعبادته وطاعته والاخلاص له من غير شرك ولا كفر أو عصيان :

1) سورة البقرة : قال تعالى " مذكرا بني اسرائيل بعهودهم ومواثيقهم معه تعالى ووجوب الوفاء بها " واذا أخذنا ميثاقكم ورفعنا فوقكم الطور خذوا ما أتيناكم بقوة واذكروا ما فيه لعلكم تتقون"[1] وقال أيضا في نفس المعنى " واذ أخذنا ميثاق بني اسرائيل لا تعبدوا الا الله وبالوالدين احسانا وذي القربى واليتامى والمساكين وقولوا للناس حسنا وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ثم توليتم الا قليلا منكم وأنتم معرضون ، واذا أخذنا ميثاقكم لا تسفكون دماءكم ، ولا تخرجون أنفسكم من دياركم ثم أقررتم وأنتم تشهدون"[2] وقال أيضا " واذا أخذنا ميثاقكم ، ورفعنا فوق الطور خذوا ما أتيناكم بقوة واسمعوا قالوا سمعنا وعصينا واشربوا في قلوبهم العجل بكفرهم قل بئسما يأمركم به ايمانكم ان كنتم مؤمنين"[3] .

وهذا تنديد بموقف بني اسرائيل وتضييعهم لمواثيقهم وعهودهم المأخوذة عليهم .

2) سورة آل عمران : وقد جاء في هذه السورة تذكير بني اسرائيل بعهودهم ومواثيقهم مع ربهم تعالى ووجوب طاعته وطاعة رسله والعمل بشرعه ولكنهم نكثوا بها وأضاعوا الشروط المأخوذة عليهم فاستحقوا سوء العذاب واللعن ، وهذا تحذير من منهجهم ، قال تعالى " واذ أخذ الله ميثاق النبيين لما أتيناكم من كتاب وحكمة ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم ، لتؤمنون به ولتنصرنه ، قال : آ أقررتم ، وأخذتم على ذلك اصري ، قالوا أقررنا ، قال : فاشهدوا وأنا معكم من الشاهدين"[4] . وقال مندرا بتضييع أهل الكتاب لمواثيقهم وتفريطهم في عهودهم مع ربهم بضرورة الالتزام بتبيين الحق واظهاره وعدم اخفائه أو كتمانه " واذ أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا تكتمونه فنبذوه وراء ظهورهم واشتروا به ثمنا قليلا ، فبئس ما يشترون"[5] .

---

1) 2) 3) سورة البقرة / الآيات 63 ، 83 ، 84 ، 93 .
4) 5) سورة آل عمران / الآيتين 81 ، 187 .

3) سورة النساء : وقد جاء في هذه السورة دعوة الى الجهاد ومقاتلة الكافرين ، ومطاردة المنافقين دون هوادة ، الا أن يفروا الى قوم بينهم وبين المسلمين معاهدات ومواثيق بعدم القتال ، فيجب احترام العهود والشروط والكف عن القتال وايقاف الحرب حتى لا تنقض تلك العهود والعقود وتظل محترمة معمول بها ، قال تعالى " الا الذين يصلون الى قوم بينكم وبينهم ميثاق ، أو جاؤكم حصرت صدورهم أن يقاتلوكم ، أو يقاتلوا قومكم ، ولو شاء الله لسلطهم عليكم ، فلقاتلوكم ، فان اعتزلوكم فلم يقاتلوكم والقوا اليكم السلم ، فما جعل الله لكم عليهم سبيلا[1] " .

وأمرنا الشرع الشريف أن ندفع دية المقتول خطأ اذا كان بين المسلمين وقوم التتيل ميثاق وعهد ، فيجب احترام العقد ودفع الدية الى أولياء هذا المقتول خطأ مع الكفارة الواجبة على القاتل قال تعالى " وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله[2] " .

ونهي عند النكاح ميثاقا ووصفه بالغليظ ونهانا أن نأخذ شيئا من مهور النساء بعد الدخول فقال تعالى " وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذنا منكم ميثاقا غليظا[3] " .

وذكر موقف بني اسرائيل المتخاذل من مواثيقهم وعنادهم مندداً بهذا التفريط قال تعالى " ورفعنا فوقكم الطور بميثاقهم وقلنا لهم أدخلوا الباب سجدا وقلنا لهم لا تعدوا في السبت وأخذنا منهم ميثاقا غليظا فبما نقضهم ميثاقهم وكفرهم بآت الله وقتلهم الأنبياء بغير حق وقولهم قلوبنا غلف بل طبع الله عليها بكفرهم ، فلا يؤمنون الا قليلا[4] " .

4) سورة المائدة : وفيها تذكير بمواثيق الله تعالى مع أهل الكتاب خصوصا بني اسرائيل ونقضهم لهذه المواثيق وتضييعها حتى وصل الأمر الى كفرهم البشع قال تعالى " ولقد أخذ الله ميثاق بني اسرائيل وبعثنا منهم اثني عشر نقيبا ، وقال الله اني معكم لئن أقمتم الصلاة وآتيتم الزكاة وآمنتم برسلي وعزرتموهم وأقرضتم الله قرضا حسنا لأكفرن عنكم سيئاتكم ولأدخلنكم جنات تجري من تحتها الأنهار ، فمن كفر بعد ذلك منكم فقد ضل سواء السبيل ، فبما نقضهم ميثاقهم لعناهم وجعلنا

1) 2) سورة النساء / الآيتين 90- 92 .
3) 4) سورة النساء / الآيات 21 ، 154 ، 155 .

قلوبهم قاسية يحرفون الكلم عن مواضيعه ونسوا حظا مما ذكروا به ، ولا تزال تطلع على خائنة منهم الا قليلا منهم فاعف عنهم واصفح ان الله يحب المحسنين ومن الذين قالوا انا نصارى أخذنا ميثاقهم فنسوا حظا مما ذكروا به فأغرينا بينهم العداوة والبغضاء الى يوم القيامة وسوف ينبئهم الله بما كانوا يصنعون[1] " . وقال أيضا " لقد أخذنا ميثاق بني اسرائيل وأرسلنا اليهم رسلا كلما جاءهم رسول بما لا تهوى أنفسهم فريقا كذبوا ، وفريقا يقتلون " ، ونتيجة هذا الانحراف الخطير من أهل الكتاب وعدم احترامهم لهذه المواثيق والعهود الربانية فقد حذر الله تعالى المسلمين من مغبة نقض المواثيق وطالبنا بأن نفي بعهودنا وعقودنا وشروطنا وعبوديتنا له فقال تعالى " واذكروا نعمة الله عليكم وميثاقه الذي واثقكم به اذ قلتم سمعنا وأطعنا واتقوا الله ان الله عليم بذات الصدور[2] " .

5) سورة الاعراف : وفيها أيضا تذكير بتلاعب بني اسرائيل بمواثيقهم وعدم الوفاء بها قال تعالى " فخلف من بعدهم خلف ورثوا الكتاب يأخذون عرض هذا الأدنى ويقولون سيغفر لنا وأن يأتيهم عرض مثله يأخذوه ألم يؤخذ عليهم ميثاق الكتاب الا يقولوا على الله الا الحق ، ودرسوا مافيه والدار الآخرة خير للذين يتقون أفلا تعقلون[3] " .

6) سورة الانفال : وهي تذكر تضامن وتكاتف المسلمين وتناصرهم الا في حالة وجود عهد أو عقد بين المسلمين وغيرهم فيجب احترام العقد قال تعالى " ان الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم في سبيل الله والذين آووا ونصروا أولئك بعضهم أولياء بعض والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا وان استنصروكم في الدين فعليكم النصر الا على قوم بينكم وبينهم ميثاق والله بما تعملون بصير[4] " .

7) سورة الاحزاب : وهي تذكر مواثيق الله تعالى مع أنبيائه صلوات الله وسلامه عليهم بالعبودية له والطاعة والاخلاص ، وانهم مسؤولون عنها قال تعالى " واذ أخذنا من النبيين ميثاقهم ، ومنك ومن نوح وابراهيم وموسى وعيسى ابن مريم ، وأخذنا منهم ميثاقا غليظا ، ليسأل الصادقين عن صدقهم وأعد للكافرين عذابا أليما[5] " .

---

1) 2) سورة المائدة / الآية 12- 14 والآية 7 .
3) سورة الاعراف / الآية 169 . 4) سورة الانفال / الآية 72 . 5) سورة الاحزاب / الآية 7-8 .

8) سورة الحديد : وهي أيضا تذكر بميثاق الله وعهده الذي أخذه على عباده بالطاعة والعبودية والمحافظة عليه وعدم تضييع شيء منه وتستنكر الشرك والكفر وعدم الايمان بالله رب العالمين قال تعالى " ومالكم لا تؤمنون بالله والرسول يدعوكم لتؤمنوا بربكم ، وقد أخذ ميثاقكم ، ان كنتم مؤمنين "[1] .

هذه مجموع السور والآيات القرآنية التي ورد فيها الحفاظ على العقود والشروط والعهود سواء كانت مع الله تعالى لعباده والتقرب اليه أو مع عباده في التعامل بينهم ، أو في حالة الحروب والاقتتال ، وفي جميع الحالات لابد من تنفيذ بنود الاتفاق والعمل بكل جد على الوفاء به ، وعدم الاخلال به والحث على الوفاء ، وقد مدح المحافظين على عهودهم وعقودهم ومواثيقهم وهذه المحافظة من صفات المؤمنين وخصالهم الحميدة خلافا للاخلال بالوعد حيث يكون صاحبه في زمرة المنافقين والكافرين الناكثين لهذه العهود والمواثيق ، وهم مهددون بأشنع العقوبات وموصوفون بأقبح الصفات ، نتيجة اهدار هذه العقود والعهود والشروط التي وافقوا على انشائها ولم يلتزموا بتنفيذ ما أنشأته ارادتهم المتخاذلة .

ج ـ السور والآيات الناهية عن النكث بالعهد والعقد والشرط :

الى جانب الآيات السابقة التي تحث وتحض على الوفاء بالعقود والشروط وتشيد بالموفين بها هناك آيات أخرى تندد وتهدد وتستقبح النكث بالعهد والعقد والشرط التي يبرمها الانسان مع ربه أو غيره ولا يوفي بها وتعد الخيانة من أكبر المعاصي والآثام تستوجب العقوبة الشديدة .

1) سورة البقرة : حيث هدد الله تعالى وندد بالناكثين لعهودهم وعقودهم عموما وخاصة مع ربهم وقرنهم بالمفسدين في الأرض واعتبرهم خاسرين ، قال تعالى " الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون في الأرض أولئك هم الخاسرون "[2] . وقال أيضا بعد ذلك " أوكلما عاهدوا عهدا نبذه فريق منهم بل أكثرهم لا يؤمنون "[3] وهو تنديد شديد بمسلك اليهود الناكثين لعهودهم وعدم احترامهم لعقودهم وهي نتيجة عدم ايمانهم .

---

1) سورة الحديد / الآية 8 .

2) 3) سورة البقرة / الآيتين 37 ، 100 .

2) سورة آل عمران : وهي أيضا تنديدا شديد اللهجة بتلاعب اليهود بعقودهم ومواثيقهم وتحذير شديد من مسلكهم قال تعالى " ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا أولئك لاخلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم "[1] .

3) سورة الاعراف : حيث ينعى القرآن على الكافرين نكثهم لعقودهم ومواثيقهم وعدم احترامهم لها مما أدى الى هلاكهم بسبب فسقهم قال تعالى: وما وجدنا لأكثرهم من عهد وان وجدنا أكثرهم لفاسقين "[2] .

4) سورة الانفال : وهي تنديد شديد وتوبيخ لمن ينقضون عهودهم ومواثيقهم باستمرار وتعاد عنيد قال تعالى " الذين عاهدت منهم ثم ينقضون عهدهم في كل مرة وهم لا يتقون "[3] .

5) سورة التوبة : وهي تمثل حملة شديدة ووعيد مرعب للكفار الذين ينقضون العهود والمواثيق ولا يراعون الحقوق ولا العهود وتطالب بعقوبتهم ومحاربتهم وجهادهم وابادتهم بعد خيانتهم واقدامهم على الغاء المعاهدات بينهم وبين المسلمين قال تعالى " كيف يكون للمشركين عهد عند الله ورسوله الا الذين عاهدتم عند المسجد الحرام فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم ان الله يحب المتقين ، كيف وان يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم الاّ ولا ذمة يرضونكم بأفواههم ، وتأبى قلوبهم وأكثرهم فاسقون اشتروا بآيات الله ثمنا قليلا فصدوا عن سبيله انهم ساء ما يعملون لا يرقبون في مؤمن الا ولا ذمة وأولئك هم المعتدون "[4] . ثم قال " وان نكثوا ايمانهم من بعد عهدهم وطعنوا في دينكم فقاتلوا أئمة الكفر انهم لا أيمان لهم لعلكم ينتهون ، الا تقاتلون قوما نكثوا أيمانهم وهموا باخراج الرسول وهم بدؤوكم أول مرة أتخشونهم فالله أحق أن تخشوه ان كنتم مؤمنين "[5] . وقال مهددا للمنافقين " ومنهم من عاهد الله لئن أتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين ، فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون "[6] .

6) سورة الرعد : وفي هذه السورة الكريمة تنديد بالناقضين لعهودهم ومواثيقهم وفسادهم وتهديد بسوء العذاب بعد أن باؤوا بلعنة الله

---

1) سورة آل عمران / الآية 77 .
2) سورة الاعراف / الآية 102 .
3) سورة الانفال / الآية 56 .
4) 5) 6) سورة التوبة / الآيات 7 ، 12 ، 75 .

عليهم ، قال تعالى " والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون في الأرض أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار "[1] .

7) سورة النحل : وفيها النهي عن الاستهتار والتلاعب بالعهود والايمان وعدم احترامها ، قال تعالى " ولا تتخذوا أيمانكم دخلا بينكم فتزل قدم بعد ثبوتها وتذوقوا السوء بما صددتم عن سبيل الله ولكم عذاب عظيم ، ولا تشتروا بعهد الله ثمنا قليلا "[2] .

المطلب الثاني : الشروط الجعلية في السنة النبوية .

ورد في السنة عدة أحاديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم صريحة في صحة الشروط الجعلية التي يتفق عليها المتعاقدان في عقود المعاملات المختلفة حيث يجوز لكل منهما أن يضع من الشروط ما يحقق مصلحته ومنافعه مالم تكن تلك الشروط مخالفة للنص الشرعي أو لمقاصده فتبطل الشروط ولا يجب الوفاء بها اطلاقا ، ومن تلك الأحاديث نذكر :

1) فعن عروة بن الزبير أنه سمع مروان والمسور بن مخرمة رضي الله عنهما يخبران عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لما كاتب سهيل بن عمرو يومئذ كان فيما اشترط سهيل بن عمر وعلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه لا يأتيك منا أحد ، وان كان على دينك الا رددته الينا وخليت بيننا وبينه ، فكره المؤمنون ذلك وامتعضوا منه وأبى سهيل الا ذلك فكاتبه النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك فرد يومئذ أبا جندل الى أبيه سهيل بن عمرو ، ولم يأت أحد من الرجال الا رده في تلك المدة وان كان مسلما "[3] .

2) وعن جرير قال " بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترط علي النصح لكل مسلم " ، وعن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال

---

1) سورة الرعد / الآية 25 .

2) سورة النحل / الآيتين 94- 95 . وقال القرطبي في تفسير الآية " لا تعقدوا الايمان بالانطواء على الخديعة والفساد المؤدي الى الانحراف "/ج 10 ص 172 . وقال الطاهر بن عاشور " حذرهم من النقض الذي يؤول الى اتخاذ الايمان دخلا ... وأشار بالاجمال الى ما ذلك من الفساد / التحرير والتنوير /ج 14 ص 268 .

3) فتح الباري /شرح صحيح البخاري /كتاب (الشروط) /ج 9 ص 238 ، وصحيح البخاري شرح القسطلاني /ج 6 ص 66- 99 . كتاب (الشروط) . وعمدة القارئ شرح صحيح البخاري / ج 13 ص 289 . وصحيح مسلم /شرح النووي /ج 12 ص 135 . تحفة الاحوذي شرح الترمذي، لابن الكافوري /ج 5 ص 216 . وعارضة الاحوذي /ج 7 ص 113 .

" من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع[1] ".

3) وعن جابر رضي الله عنه أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فمر النبي صلى الله عليه وسلم فضربه فدعا له فسار بسير ليس يسير مثله ثم قال بعنيه بوقية ، قلت لا ، ثم قال بعنيه بوقية فبعته فاستثنيت حملانه الى أهلي ، فلما قدمنا أتيته بالجمل ، ونقدني ثمنه ثم انصرفت فأرسل على أثري قال " ما كنت لآخذ جملك ، فخذ جملك فهو مالك[2] ".

4) وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال قالت الانصار للنبي صلى الله عليه وسلم : أقسم بيننا وبين اخواننا النخيل قال لا فقال تكفونا المؤونة ونشرككم في الثمر ، قالوا سمعنا وأطعنا[3] ".

5) وعن عبد الله بن عمر قال أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر اليهود أن يعملوها ويزرعوها ولهم الشطر مما يخرج منها" .

6) وعن المسور قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر صهرا له فأثنى عليه في مصاهرته فأحسن قال " حدثني وصدقني ووعدني فوفى لي[4] ".

7) وعن عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم" أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج[5] ".

8) وعن سفينة وكان عبدا مملوكا لأم سلمة قال " اعتقتني أم سلمة واشترطت علي أن أخدم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت" ولو لم تشترطي ما فارقت رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعشت فاعتقيني واشترطي علي[6] ".

وهذه الأحاديث صريحة في صحة الاشتراط في عقود المعاملات المختلفة ووجوب الوفاء بالشروط الجعلية في هذه العقود ، وهذا ما كان

---

1) 2) 3) فتح الباري / شرح صحيح البخاري /كتاب (الشرط) باب (الشروط في البيع) وباب (اذا باع نخلا قد أبرت) وباب (اذا اشترط ظهر الدابة الى مكان مسمى) وصحيح مسلم شرح النووي /ج 10 ص 142 .باب (المساقاة) . والسنن الكبرى / للبيهقي/ج 5 ص337 . باب (بيع الحيوان أو غيره واستثناء منافعه) وسنن ابي داود وابن ماجة والترمذي في البيوع والشرط ، وباب (المزارعاة والمساقاة) .

4) 5) فتح الباري /شرح صحيح البخاري /ج 9 ص 346 . باب (الشروط في المهر عند عقدة النكاح) وصحيح مسلم /النووي /ج 9 ص 201 . (الشروط في الزواج) وسنن ابي داود/ج 2 ص 244 . وعارضة الاحوذي /ج 5 ص 58- 220 . وتحفة الاحوذي /ج 4 ص275- 407 . باب (كتابة الشروط) وسنن ابن ماجة /ج 1ص 628 . وسنن البيهقي /ج 7 ص 248 .

6) سنن ابي داود /ج 4 ص22 . (العتق على الشرط) . وسنن ابن ماجة /ج 2 ص844 . ومصنف ابن تيمية/ج 7 ص 273 .

يفهمه الصحابة رضي الله عنهم والتابعون وسائر علماء المسلمين ، الا انه توجد نصوص أخرى تبطل الشروط المخالفة للشرع منها حديث عائشة قالت " دخلت علي بريرة وهي مكاتبة فقالت : يا أم المؤمنين اشتريني فان أهلي يبيعونني فاعتقيني ، قالت نعم قالت ان أهلي لا يبيعونني حتى يشترطوا ولائي ، قالت لا حاجة لي فيك ، فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو بلغه فقال " ماشأن بريرة ؟ فقال اشتريها فأعتقيها وليشترطوا ما شاءوا" ، قالت فاشتريتها فاعتقتها واشترط أهلها ولاءها فقال النبي صلى الله عليه وسلم " الولاء لمن اعتق وان اشترطوا مئة شرط " ، وفي بعض الروايات " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مئة شرط ، شرط الله أحق وأوثق "[1] .

وهذا البطلان كما هو صريح النص خاص بالشروط المخالفة للشرع كاشتراط الولاء اذ هو للمعتق لا يجوز التنازل عنه كالنسب ، ومن ثم فالبطلان يشمل الشروط الباطلة ، دون الشروط الصحيحة فانها تجوز ويجب الوفاء بها .

المطلب الثالث : الشروط الجعلية عند بعض الصحابة والتابعين والمحدثين

ونتيجة النصوص الشرعية الثابتة والصحيحة والصريحة في صحة الاشتراط مالم يخالف الشرع أو مقاصده ، فقد فهم كثير من الصحابة والتابعين والمحدثين جواز اشتراط الشروط الجعلية في أي عقد من عقود المعاملات وان الوفاء بهذه الشروط يكون واجبا وصحيحا ملزما للمشروط عليه مالم تخالف الشروط الشرع ، وهذه نماذج من أقوال وفتاوي ومعاملات بعض الصحابة والتابعين .

أولا : الصحابة :

1) فهذا عمر بن الخطاب يؤثر عنه قول صار مثلا وهو " ان مقاطع الحقوق عند الشروط[2] . وهو قول ناجم عن فهمه وتلقيه الواعي للنصوص الشرعية المجيزة للاشتراط الجعلي .

---

1) فتح الباري /ج 9 ص 347 باب (مايجوز من شروط المكاتب) وصحيح مسلم / شرح النووي / باب (العتق) /ج 10 ص 148 . وتحفة الاحوذي/ . باب (اشتراط الولاء والزجر عنه) / ج 4 ص 467 . والعارضة / ج 6 ص 13 . وج 5 ص 261 . وسنن ابي داود/ج 3 ص 126 . والسنن الكبرى /للبيهقي / ج 5 ص 323 .

2) فتح الباري / شرح صحيح البخاري / ج 9 ص 246 . واعلام الموقعين /ابن القيم/ ج 3 ص 388 .

2) وهذا عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف يتبايعان أمام جمع غفير من الصحابة الذين تمنوا أن يتبايع عثمان وعبدالرحمن بن عوف ، ليعلم الصحابة أيهما أشطر في التجارة وأربح " فقد اشترى عبد الرحمن بن عوف من عثمان بن عفان فرسا بأرض تساوي أربعين ألف درهم ان أدركتها الصفقة وهي سالمة ثم أجاز قليلا فرجع فقال أزيدك ستة آلاف درهم ، ان وجدها رسولي سالمة فقال نعم ، فوجدها رسول عبد الرحمن قد هلكت فخرج منها بالشرط ، وهذا يعني صحة الاشتراط في المعاملات ، كالبيع وغيره وهو ضربين في اشتراط عبد الرحمن سلامة الفرس في البيع مقابل أن يسلمه الأرض ، وقبول عثمان لهذا الشرط مع وجود جمع من الصحابة الذين لم ينكروا البيع بشرط . وكذلك عثمان كان يجيز الاشتراط في عقد الزواج للمرأة المتزوجة . وكذلك اشترى عثمان من صهيب دارا له واشترط صهيب سكناها فقبل عثمان بذلك الشرط ، وسلمه الثمن ، وانتفع صهيب بسكناها[1] .

3) وهذا ابن مسعود من أفقه الصحابة وأعلمهم يجيز الاشتراط ويصحح العقود بالشروط الجعلية فعن سعد بن الأخرم قال " ان رجلا أتى ابن مسعود فقال اني أعتقت أمتي هذه واشترطت عليها أن تلي مني ما تلي الأمة من سيدها الا الفرج ، فلما غلظت رقبتها قالت (انى حرة) فقال ابن مسعود ليس ذلك لها خذ برقبتها فانطلق بها فلك ما اشترطت عليها[2] " .

ثانيا : التابعون :

وكما نقل عن بعض الصحابة صحة الاشتراط في عقود المعاملات فقد نقل هذا التصحيح عن بعض التابعين في كثير من الآثار منها :

1) فعن الشعبي في الرجل يشتري الجارية بشرط الا يبيعها ولا يهبها قال " وددت أني وجدتها فاشتريتها بهذا الشرط واشترطت لهم انها عتيق ان مت[3] " . وعنه أيضا ان امرأة قالت له ، ان ابنتي اشتريت على أن لا تباع قال " ابنتك على شرطها[4] " .

---

1) موسوعة عثمان بن عفان لمحمد رواس قلعة جي / 213- 215 باب (الاشتراط في العقود) ومسند ابن أبي شيبة / ج 7 ص 248 . باب (الرجل يبيع داره ويشترط سكناها) وذكر قصة أخرى لتميم الداري حيث باع داره واشترط سكناها كقصة صهيب .

2) موسوعة عبد الله بن مسعود / رواس قلعة جي / ص 288 . ومسند ابن أبي شيبة / ج 7 ص 273 .

3) 4) مسند ابن أبي شيبة / ج 6 ص 488- 491 . والمعجم المفهرس لألفاظ الحديث / ج 3 ص 96- 100 .

2) عن شريح قال " لكل مسلم شرطه " وقال أيضا " من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه "[1] .

3) محمد بن سيرين روى عنه صحة الاشتراط فلو قال " رجل لكريه أدخل ركابك فان لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مئة درهم " وقال "ان رجلا باع طعاما وقال ان لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع فلم يجئ قال شريح للمشتري أنت أخلفت فقضى عليه "[2] .

ثالثا : المحدثون :

وهم يرون صحة الاشتراط في عقود المعاملات ووجوب الوفاء بالشروط مالم تكن مخالفة للشرع صراحة ، ومن هؤلاء المحدثين :

1) الامام البخاري : فقد وضع في صحيحه كتابا خاصا بالشروط أورد فيه الشروط الجعلية في مختلف العقود وذكر مذاهب الصحابة والتابعين ، وقال بعد عرض قصة بيع جابر للجمل للنبي صلى الله عليه وسلم واختلاف العلماء في هذه القصة هل هي بيع بشرط أم لا ؟ قال رضي الله عنه " الاشتراط أصح وأكثر عندي "[3] .

يعلق عليها العسقلاني فقال "أي أكثر طرقا وأصح مخرجا ، وأشار بذلك الى أن الرواة اختلفوا عن جابر في هذه الواقعة هل وقع الشرط في العقد عند البيع أو كان ركوب جابر للجمل بعد بيعه اباحة من النبي صلى الله عليه وسلم بعد شرائه على طريق العارية "[4] .

---

1) 2) مسند بن أبي شيبة /ج 7 ص 249 . وقد ذكر عن عبد العزيز بن رافع قال " بعت من رجل جارية واشترطت عليه أن تبعتها نفسي ، قال فتبعتها نفسي " . فخاصمته الى شريح فقال أقررت بالبيع فبينك على الشرط " ومعنى هذا أن شريحا القاضي يجيز الشروط في كل عقود المعاملات مادامت هذه الشروط ليست محرمة ولا مخالفة للشرع ومتفق عليها بين المتعاقدين فهي صحيحة يجب الوفاء بها /أنظر فتح الباري /ج 9 ص 272 . وقد ذكر صور من الشروط الجعلية وكذا ابن القيم / اعلام الموقعين /ج 3 ص 388 ومابعدها .

3) 4) فتح الباري /شرح صحيح البخاري /ج 9 ص 243 . وعمدة القاري شرح صحيح البخاري ج 11 ص 287 . والقسطلاني شرح صحيح البخاري /ج 4 ص 435 . وقال " ان الذين رووا الحديث بصيغة الاشتراط معهم زيادة وهم حفاظا فيكون حجة " أي أن الحديث حجة في شروط المعاملات في العقود . وقد ذكر البخاري رضي الله عنه في كتابه (الشروط) من صحيحه عناوين مختلفة في عقود المعاملات موزعة على هذه العقود يتبين منهجه في الشروط وهي صحة الاشتراط ولزوم الوفاء بها فمن هذه الأبواب مثلا باب (مايجوز من الشروط في الاسلام والأحكام والمبايعة) وذكر قصة صلح الحديبية وما تم فيها من الشروط بين المسلمين

2) الامام مسلم وأصحاب السنن : وقد ذكر مسلم وأصحاب السنن كالترمذي والنسائي وابن ماجة وأبو داود والبيهقي ومن أصحاب المذاهب مالك وأحمد بن حنبل ، ذكر هؤلاء الشروط في المعاملات وانها تصح وكذا استثنى بعض المبيع واستثنى ثمر النخل المؤبر اذا اشترطها المشتري ، والاشتراط في الزواج والمعاملات الزراعية ، ففي مسلم ، باب (الوفاء بالشروط في النكاح) وساق حديث عقبة ابن عامر " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج "(1) وعن جابر انه باع للنبي صلى الله عليه وسلم بعيره واستثنى ركوبه الى المدينة وكانوا في سفر ، وعن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى اليهود نخيل خيبر وأرضها " على أن يعملوها من أموالهم " .

وكذلك فعل أصحاب السنن من المحدثين ، ويقول الترمذي بعد ان ذكر حديث اشتراط ظهر الدابة " والعمل على هذا عند أهل العلم

والكفار وباب (اذا باع نخلا قد أبرت) وباب (الشروط في البيع) وباب(اذا اشترط البائع ظهر الدابة الى مكان مسمى جاز) وذكر قصة جابر وبيعه للجمل ،وباب (الشروط في المعاملة) وذكر قصة تعامل الانصار والمهاجرين في النخيل وقصة ذكرها ابن عمر وهي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم" أعطى خيبر اليهود أن يعملوها ويزرعوها ولهم الشطر مما تخرج " وباب (الشروط في المهر عند عقد النكاح) وباب (الشروط في المزارعة) وباب (مالا يجوز من الشروط في النكاح) وباب (الشروط التي لا تحل في الحدود) وباب(الشروط مع الناس بالقول) وذكر قصة موسى مع العبد الصالح واشتراط العبد على موسى في القصة (سورة الكهف) وباب (الشروط في الولاء) وأورد قصة بريرة واشتراط أهلها الولاء لهم ورد النبي صلى الله عليه وسلم لا شتراطهم وقوله " وان كان مئة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وانما الولاء لمن أعتق" وهذا الحديث وهو خاص بمنع الشروط الباطلة المخالفة للشرع ولكن الفقهاء ـ غير الحنابلة ـ اعتمدوه دليلا في بطلان الشروط في كل العقود والتصرفات أيا كانت المعاملات رغم أن قصة الحديث وسببه واضحة بينة ولكنهم اعتمدوا القياس في منع الاشتراط واعزب بعضهم كالزيلعي وابن حزم فاعتبروا قصة جابر في بيعه جمله ليست بيعا ولا شرطا في عقد ، ولذلك رد البخاري رضي الله عنه أمثال هذه الأقوال وصرح بأن" الاشتراط أكثر وأصح عندي " وباب (الشروط في المزارعة اذا شئت أخرجتك) وساق قصة اشتراط النبي صلى الله عليه وسلم يهود خيبر وأنه عاملهم على بعض غلالها الى أن يجليهم وانهم اعتدوا على ابن عمر فاجلاهم بهذا الشرط والعجيب أن عمر ممن حضر هذا العقد وهو القائل" مقاطع الحقوق عند الشروط" تنسب له أقوال أخرى في بطلان الشروط الجعلية في عقود المعاملات في آثار ضعيفة وتترك هذه الأخبار الصحيحة الصريحة باتفاق المحدثين وأهل العلم والفقه والفتيا . وباب(الشروط في القرض) وباب (مايجوز من الاشتراط والثنيا) وباب (الشروط في الوقف) وفي كتاب الوصايا ذكر باب (اذا وقف أرضا أو بئرا واشترط لنفسه ...) وهذا التبويب يدل على فقه الامام البخاري رضي الله عنه وفهمه الدقيق للنصوص الشرعية ، وليس هناك من المحدثين من يضارعه في هذا التقسيم والتبويب للشروط وتوزيعها على الأبواب الفقهية في سائر عقود المعاملات / فتح الباري / ج 5 ص 238 .

1) صحيح مسلم بشرح النووي/ج 9 ص201 .باب (الوفاء بالشروط في النكاح) وباب (المساقاة) ج 11 ص30 . ذكر حديث جابر وبيعه لجمله من النبي صلى الله عليه وسلم واشتراطه لظهر جمله تحت عنوان باب (بيع البعير واشتراط ركوبه) .

من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم يرون الشرط جائز في البيع اذا كان شرطا واحدا ، وهو قول أحمد واسحاق[1]" وتكرر هذا القول في أبواب كثيرة من سننه خاصة عند ذكر الشروط في النكاح وغيره من المعاملات ، وفي نفس الوقت يذكر الرأي المخالف فيقول " وقال بعض أهل العلم لا يجوز الشرط في البيع ولا يتم البيع اذا كان فيه شرط"[2] ولكنه لا يذكر فيهم الصحابة ولا يسمي أحدا وهذا يدل على أن قضية الشروط الجعلية في المعاملات كانت جائزة عند الصحابة رضي الله عنهم دون نكير حتى جاء بعض أهل العلم ومنعوها بالقياس واستنادا الى أخبار لا تصح ولا يعول عليها شرعا

---

1) 2) سنن الترمذي /ج 2 ص 298 . باب (الشروط عند عقدة النكاح) وكتابة الشروط وباب (ماجاء في اشتراط ظهر الدابة) وباب (ماجاء في ابتياع النخيل بعد التأبير) /عارضة الاحوذي شرح الترمذي/ج 5 ، 6 . وتحفة الاحوذي/شرح الترمذي/ج 4 . وكذا سنن ابي داود /ج 3 ص283 . باب (الشروط في البيع) وذكر قصة جابر وفي النكاح ذكر حديث عقبة ابن عامر . وعمدة القاري شرح صحيح البخاري /ج 13 ص 293 ، وج 12 ، 11 . والنسائي /سنن النسائي / ج 7 ص 296 . كتاب البيوع ، النهي عن الثنيا حتى تعلم ، وبيع النخل ، وباب (البيع والشرط) والشروط في النكاح /ج 6 ص 92 . وسنن ابن ماجة /ج 2 ص 245 . وذكر أيضا قصة سفينة وسائر الشروط في البيع والزواج /ص 844 وذكر أيضا حديث " المسلمون على شروطهم" وفي رواية عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا . وقد ذكره البخاري مرسلا غير متصل وأوصله غيره من المحدثين ولكنهم اختلفوا في تصحيح هذا الحديث قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري : هذا أحد الأحاديث التي لم يوصلها المصنف (يقصد البخاري) في مكان آخر وقد جاء : من طريق عمرو بن عوف المزني وأبي هريرة وغيرهما ، أما حديث عمرو بن عوف فأخرجه اسحاق في مسنده عن طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده مرفوعا بلفظه وزاد " الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما" وكثير بن عبد الله ضعيف عند الأكثر لكن البخاري ومن تبعه كالترمذي وابن حزم يقوون أمره . وأما حديث أبي هريرة فوصله أحمد وأبو داود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة بلفظه ، دون زيادة كثير فزاد بدلها والصلح جائز بين المسلمين وهذه الزيادة أخرجها الحاكم والدارقطني من طريق أبي هريرة ولابن أبي شيبة من طريق عطاء بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " المؤمنون عند شروطهم" وللدارقطني والحاكم عن عائشة مثله ، وزاد " ما وافق الحق" /فتح الباري /ج 4 ص 357 . فتح الباري باب (الاجارة) ، والترمذي أبواب الأحكام باب (ماذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس) /عارضة الاحوذي/ج 6 ص 104 . وأورده أبو داود في باب (الأقضية) ج 3 ص 304 . باب " الصلح جائز بين المسلمين " وزاد أحمد "الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا".

أنظر أيضا تحفة الأحوذي /ج 4 ص 584 . وقد قال الترمذي عن الحديث أنه حسن صحيح وأيضا سنن ابن ماجة /ج 2 ص 788 . باب (الصلح) ومجموع فتاوي ابن تيمية /ج 29 ص147 وقال ابن تيمية معلقا على تصحيح الترمذي" فلعل تصحيح الترمذي له لرواياته من وجوه . . . وهذه الأسانيد وان كان كل واحد منها ضعيفا فان اجتماعها من طرق يشد بعضها بعضا" ثم قال" وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة وهو حقيقة المذهب فان المشترط

عند المختصين من أهل الحديث وان كانت راجت على اكثر الفقهاء ، وان كانت أسانيد هذه الاخبار لا تصح عند المحدثين ، فليس عند الفقهاء القائلين بها علم ببطلانها وفسادها ، ولا معايير لوزنها وتصحيحها[1] .

3) ابن القيم وابن تيمية : وهما يريان صحة الشروط الجعلية في عقود المعاملات تبعا لأحمد بن حنبل ، وهو من أصحاب الحديث " وكان قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة مالا تجده عند غيره من الأئمة ... وقد يعتمد طائفة من أصحابه عمومات الكتاب والسنة في تصحيح الشروط"[2] .

وكذلك ابن تيمية ذهب الى صحة الشروط الجعلية في عقود المعاملات لانعدام الدليل من الاشتراط ولأن " العقد والشروط من باب الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم ، فيستصحب عدم التحريم حتى يدل الدليل على التحريم ..." . " وأيضا فليس في الشرع مايدل على تحريم جنس العقود والشروط الا ماثبت تحريمه بعينه"[2] .

وكذلك نجد ابن القيم يجعل الأصل في العقود والشروط الحل حتى يثبت الدليل ويرد على المبطلين للشروط الجعلية ويعدد أخطاءهم فيقول " الخطأ الرابع اعتقادهم أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان حتى يقوم الدليل على الصحة فأفسدوا بذلك معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله ، وجمهور الفقهاء على خلافه وان الأصل في العقود والشروط الصحة الا ما أبطله الشارع أو نهى عنه وهذا هو القول الصحيح ، والأصل في العقود والشروط الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان والتحريم ، فان الحلال ما أحله الله والحرام ما حرمه وما سكت عنه فهو عفو ، فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فلا يجوز

= ليس له أن يبيح ماحرمه الله ولا يحرم ما أباحه فان شرطه حينئذ يكون مبطلا لحكم الله وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله ، وانما المشترط له أن يوجب بالشروط مالم يكن واجبا بدونه فمقصود الشروط وجوب مالم يكن واجبا ولا حراما" /ص148 . وحديث المسلمون عند شروطهم " في معناه صحيح وهو صحة الاشتراط وان كانت ألفاظه غير ثابتة عند المحدثين وصحيحه عند الآخرين .

1) استند الفقهاء في منع الشروط الى "النهي عن بيع وشرط" وهو أثر لا يصح . قال ابن تيمية فيه "لا يوجد في شيء من دواوين الحديث (مجموع فتاوي ابن تيمية /ج 29 ص132 ، نيل الأوطار/ ج 6 ص 266 . وبلوغ المرام من أدلة الأحكام/ للعسقلاني/ص163 . وقال عن الخبر" انه غريب لأنه من رواية عمرو بن شعيب وهو من المجروحين . أنظر (كتاب المجروحين والضعفاء" /ج 1 ص226 . وكتاب (الجرح والتعديل) .

2) مجموع فتاوي ابن تيمية /ج 29 ص 133 . وقال أيضا : "ان أحمد أكثر تصحيحا للشروط ، وعامة مايصححه من الشروط والعقود ، يثبته بدليل خاص من قياس أو أكثر ..." .

تحريمها ، فكيف وقد صرحت النصوص بانها على الاباحة " .

ومن ثم تكون الشروط الجعلية في عقود المعاملات صحيحة يجب الوفاء بها مالم تخالف نصا شرعيا صحيحا ، وكذلك سائر العقود والمعاملات نافذة ملزمة اذا كانت مستوفية الشروط الشرعية الأخرى .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

1) اعلام الموقعين/ابن القيم /ج 1 ص344 . وعون المعبود /سنن ابي داود /ج 9 ص404- 412 .

المبحث الثاني : حكم الشروط الجعلية واقسامها في النصوص الشرعية .

من خلال استعراض النصوص الشرعية وما ورد فيها من أحكام تتعلق بالشروط الجعلية يمكن تقسيم الشروط في عقود المعاملات الى قسمين اثنين : شروط صحيحة ، وشروط باطلة لايجب الوفاء بها وتعد لغوا في العقد .

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهذه هي الشروط التي أباحها الشرع للمتعاقدين حيث يجوز لكل منهما اشتراطها في عقود المعاملات ففي الزواج كشرط عدم ، الزواج عليها والا يخرجها من بلدها أو غير ذلك من الشروط التي تجعل في العقد وقت ابرامه ، وفي عقود المعاملات كالبيوع يشترط المشتري مثلا ان البائع ان باع المبيع فان المشتري أولى به من غيره أو شرط المشتري الانتفاع بالمبيع كركوب الدابة وسكن الدار وغير ذلك من الشروط التي يشترطها أحد الطرفين على الآخر بشرط ألا تكون محرمة ، ومن هذه الشروط الجائزة الشرط في العتق كشرط الخدمة والانتفاع بالرقيق بعد عتقه أو بيع الشيء واستثنى بعضا منه ان كان معلوما ، وغير ذلك من الشروط المحققة للمصالح والمنافع فهي شروط صحيحة يجب الوفاء بها لأن " لكل مسلم شرطه "[1] ، ولأن " المسلمون على شروطهم "[2] ، فيجب الوفاء بهذه الشروط لأن النصوص الشرعية تؤكد على وجوب الوفاء بالشروط والعقود التي يبرمها الشخص بارادته الحرة ، ولأن الشروط تجب اما بالنص الشرعي أو بالاشتراط بين المتعاقدين " وكلاهما يجب الوفاء به "[3] شرعا .

القسم الثاني : الشروط الباطلة : وهي التي ينهى عنها الشرع بنص صريح أو التي تخالف أحكامه ، وهذه الشروط باطلة لايجب الوفاء بها كبيع وسلف ، وبيع الملاقيح ، وشرطين في بيع ، والبيع على البيع ، والسوم على السوم ، والخطبة على الخطبة ، وتطليق الزوجة بعد الدخول بها ، وكعدم الانتفاع بالمبيع ، وغير ذلك من الشروط المخالفة للشرع وهي باطلة أساسا .

---

1) مسند ابن أبي شيبة / ج 7 ص 249 . وقد نسبه الى القاضي شريح .
2) صحيح البخاري . باب (الاجارة) . وسنن الترمذي /ج 2 . باب (الصلح) وسنن أبي داود / ج 3 ص 304 .
3) مجموع فتاوي ابن تيمية / ج 29 ص 340 .

حكم الشروط الجعلية : الشروط الجعلية ان كانت غير مخالفة للشرع فحكمها وجوب الوفاء بها وعدم الاخلال بهذه الشروط وهذا هو مذهب" الجمهور من الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين والفقهاء والمحدثين ، فلا مطعن في صحة الشروط"[1] ، استنادا الى النصوص الصحيحة الصريحة التي توجب الوفاء بالشروط مالم تكن الشروط مخالفة للشرع . وقد قال في زاد المعاد " ان الأصل في الشروط والعقود وجوب الوفاء الا ما حرمه الله ورسوله فان المسلمين على شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا ، فلا يحرم من الشروط والعقود الا ما حرمه الله ورسوله ، وليس مع المانعين نص بالتحريم البتة ، وانما معهم قياس ، قد علم أن بين الأصل والفرع فيه من الفرق ما يمنع الالحاق ، وان القياس الذي مع من أجاز ذلك أقرب الى مساواة الفرع لأصله وهذا ما لا حيلة فيه[2] " ، وقال ابن تيمية مؤكدا هذا المعنى " قد دلت الأدلة الشرعية العامة على حل العقود والشروط جملة الا ما استثناه الشارع[3] " .

ومن ثم يكون الرأي الصحيح والسليم الموافق للأدلة الشرعية الصحيحة والصريحة العامة والخاصة هو صحة الاشتراط في عقود المعاملات كلها بيع وشراء وزواج ، ووقف ، وهبة ... الخ . فتصح هذه العقود بالشروط الجعلية مالم تكن هذه الشروط وتلك العقود مخالفة صراحة للشرع أو لمقاصده وأحكامه فتبطل ، والا تكون صحيحة ويجب الوفاء بها والالتزام بها . وقال رشيد رضا في تفسيره " واطلاق الوفاء بالعقود يدل على أن الأصل فيها الاباحة وكذلك الشروط ولاسيما العقود والشروط في أمور الدنيا .. وليس في كتاب الله تعالى شروط لأنواع العقود فيكتفي بها ويقتصر عليها ، وانما الواجب أن لا يشترط أحد شرط يحل ما يحرمه كتاب الله أو يحرم ما أحله[4] "، وقال ابن العربي في تفسيره " وعلى المسلمين

---

1) ابن القيم / اعلام الموقعين/ج 3 ص 398 . و ج 2 ص 326- 327 . حيث اعتبر عدم الوفاء بالشروط الجعلية رد للسنة الصحيحة الصريحة وتركا لها وهو مما لا يجوز أن يكون/ج 1 ص 344 .

2) ابن القيم / زاد المعاد في هدى خير العباد / ج 5 ص 826- 827 .

3) مجموع فتاوى ابن تيمية / ج 29 ص 159 . الشيخ رشيد رضا "مجموعة الأحاديث النجدية" / ص 168 . وابوبكر محمد بن ابراهيم المنذر / الاشراف على مذاهب العلماء / ج 4 ص 7 . ومحمد بن حماد الحماد / من فقه السنة / وذكر حديث بيع جابر لجمله وقال هذا الحديث على جواز مثل هذا الشرط وصحة البيع مع الشرط وهو مذهب احمد واسحاق والأوزاعي وأبوثور ومحمد بن نصر وابن خزيمة وابن المنذر ونقله عن أصحاب الحديث ، وابوسليمان الخطابي/ مختصر سنن ابن داود / ج 5 ص 144 .

4) تفسير المنار / ج 6 ص 122 .

أن يلتزموا بالوفاء بعقودهم وشروطهم الا أن يظهر فيها مايخالف كتاب الله فيسقط"[1]، وعلى هذا فان " كل ماكان حراما بدون الشرط فالشرط لا يبيحه كالربا والوطء في ملك الغير ، وكشرط الولاء لغير المعتق ، وأما ماكان مباحا بدون الشرط فالشرط يوجبه كالزيادة في المهر والثمن والرهن وتأخير الاستيفاء ، والأصل في العقود رضا المتعاقدين وموجبها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد"[2] .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

1) أحكام القرآن /لابن العربي /ج 2 ص 527 .
2) علي محمد الندوى /القواعد الفقهية /ص 218 .

المبحث الثالث : موقف أصحاب المذاهب الفقهية من النصوص الشرعية .

لقد وقف الفقهاء أمام النصوص الشرعية موقفين فانقسموا الى فريقين في مسألة " الشروط الجعلية في عقود المعاملات " بعضهم يرى أن الأصل في هذه العقود والشروط هو الصحة والجواز ، حتى يقوم الدليل على البطلان والفساد وهم جمهور الفقهاء والمحدثين ، والعلماء ، ولهذا الفريق أدلته الشرعية والعقلية . والفريق الثاني ينظر الى أن الأصل في الشروط والعقود هو البطلان والحظر وعدم الصحة حتى يقوم الدليل الشرعي على الجواز والاباحة وله أدلته أيضا .

الرأي الأول : الأصل في الشروط الصحة والجواز : وهذا رأي بعض الصحابة والتابعين والمحدثين وجمهور الفقهاء منهم مالك أحمد ، حيث يرون أن الأصل في العقود والشروط هو الصحة والجواز ، حيث دلت الأدلة الشرعية العامة والخاصة على جواز الوفاء بالشروط والعقود " فقد جاء الكتاب والسنة بالوفاء بالعقود والشروط والمواثيق والعهود وبأداء الأمانة ورعاية ذلك والنهي عن الغدر ونقض العهد والخيانة ..."[1] . وليس هناك أي دليل صحيح معتبر يمنع صحة الشروط والعقود وجوازها ولزومها ، بل أن " العقود والشروط والمعاملات تعد عفوا حتى يثبت تحريمها وقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعهد والعقد والشرط "[2] وذلك لأن الأدلة الشرعية العامة توجب الوفاء بالالتزامات الشرطية التي ينشئها المتعاقد باراداته فقال تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود "[3] وحديث " المسلمون عند شروطهم "[4] . وبيع جابر لجمله واستثناء ركوبه وعتق سفينة واشتراط خدمته ، ويقول عمر " مقاطع الحقوق عند الشروط "[5] وقول شريح " لكل مسلم شرطه "[6] ، وقول ابن مسعود للرجل الذي أعتق الجارية وشرطت خدمتها " لك ماشرطت عليها "[6] وهذه أدلة في غاية الوضوح والصحة وهي صريحة

---

1) مجموع فتاوي ابن تيمية / ج 29 ص 145 - 146 .
2) اعلام الموقعين/ج 1 ص344 . وقد رد على المخالفين بأدلة كثيرة كحديث "ولا أحل بالعهد" .
3) سورة المائدة / الآية 1 . أنظر شرحها رشيد رضا والقرطبي وابن العربي/ج 2 ص 527 .
4) صحيح البخاري (كتاب الاجارة) ج 3 ص52 . وذكره مرسلا ، وسنن الترمذي/ج 2 ص 403 وحسنه صحيح ، وسنن ابي داود /باب (الأقضية) ج 3 ص 304 ، وابن ماجة/ج 2ص788 وسبق الكلام عن تخريجه واختلاف العلماء فيه وفي صحته .
5) صحيح البخاري/كتاب (الشروط) ج 3 ص 175 . وموسوعة عمر بن الخطاب/ص 181 - 183 . والقواعد الفقهية /ص 82 .
6) مسند ابن أبي شيبة /ج 7 ص249 - 273 . وموسوعة ابن مسعود /ص283 .

في وجوب الوفاء بالشروط والالتزامات الجعلية في العقود ليس لها معارض

واذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمور به علم أن الأصل صحة العقود والشروط اذ لا معنى للتصحيح الا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده ، ومقصود العقد هو الوفاء به ، فاذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود ، دل على أن الأصل فيها الصحة والاباحة"[1] ، لأن الشروط والعقود من العادات التي يبرمها المؤمن والكافر ، والأصل في العادات هو الاباحة حتى يقوم الدليل على المنع والحظر ليحكم بالبطلان والفساد فيكون الأصل " في الشروط والعقود الصحة الا ما أبطله الشارع أو نهى عنه وهذا هو القول الصحيح فان الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم ومعلوم أنه لا حرام الا ما حرم الله ورسوله ، ولا تأثيم الا ما أثم الله ورسوله فاعله كما أنه لا واجب الا ما أوجبه الله ولا حرام الا ما حرمه الله ولا دين الا ما شرعه الله ، فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم الدليل على الأمر والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم ، والفرق بينهما أن الله سبحانه لا يعبد الا بما شرعه على ألسنة رسله فان العبادة حقه على عباده وحقه الذي أحقه هو ورضي به وشرعه وأما العقود والمعاملات والشروط فهي عفو حتى يحرمها ولهذا نعى سبحانه وتعالى على المشركين مخالفة هذين الأصلين وهو تحريم ما لم يحرمه والتقرب اليه بما لم يشرعه وهو سبحانه لو سكت عن اباحة ذلك وتحريمه لكان عفوا لا يجوز الحكم بتحريمه وابطاله فان الحلال ما أحله الله والحرام ما حرمه ، وما سكت عنه فهو عفو فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فلا يجوز تحريمها ، فانه سكت عنها رحمة من غير نسيان واهمال ، فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الاباحة"[2] وعلى هذا الأساس يكون الأصل في الشروط هو الاباحة لأن الناس محتاجون اليها لتلبية حاجاتهم وتحقيق مصالحهم التي ماجاءت الشريعة الا لتحقيقها ودرء المفاسد عنهم " فالشروط في حقوق المكلفين كالنذر في حق رب

---

1) مجموع فتاوي ابن تيمية /ج 29 ص 146 وذكر ان الأصل في نقض العهد والعذر والخيانة هو الخطر "والفساد الا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقا ويذم من عذر ونقض العهد مطلقا كما أن قتل النفس لما كان الأصل فيه الحظر الا ما أباحه الشارع أو أوجبه لم يجز الأمر بقتل النفوس الا على القدر المباح " أنظر رسالة " شروط عقد الزواج " لكوثر كامل علي / ص 23 . والشروط المقترنة بالعقد لزكي الدين شعبان /ص 90 . والاشراف على مذاهب العلماء /ص 7 . واختلاف الفقهاء /ص 48 .

2) ابن القيم / اعلام الموقعين /ج 1 ص 344 - 346 . ج 4 ص 402 .

العالمين فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر ، وكل شرط جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط ولزم الوفاء به فتقاطع الحقوق عند الشروط ، وان كان من علامات النفاق اخلاف الوعد وليس بمشروط فكيف بالوعد المؤكد بالشرط[1] " وقد ذم الله تبارك وتعالى ونعى المشركين على نكث عقودهم وعهودهم وشروطهم المبرمة ، وأمرهم بالوفاء بها فقال : " وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا[2] " ، فتكون الشروط الجعلية مباحة في كل العقود لأن " التعامل بين الناس على أصل الاباحة بشرط الا تشتمل عقودهم على نهي أو يوضح فيها شرط من الشروط المخالفة للشرع[3] " فيبطل الشرط المخالف للشرع ، فكل شرط دل الدليل على بطلانه بطل ، وفسد ولم يجب الالتزام به ، وأما غير المخالف فهو صحيح يجب الوفاء به ، وكذلك اذا لم تكن هذه الشروط منافية لمقصود الشرع أو العقد ومقتضاه ، فهي صحيحة بدلالة النص الشرعي ، واستصحابا للأصل ، حتى يوجد الدليل المنافي للأصل والمبطل للشرط ، فيصح للمتعاقد أن يشترط مواصفات خاصة في المبيع أو منافع معينة وقد أجاز الشرع نفسه شروطا تحقق منافع خاصة أو مصالح لم تجب بمقتضى العقد نفسه ، كما في بيع النخل المؤبر واشتراط الثمرة للمشتري فيصح العقد بهذا الشرط والانتفاع بالسكن من قبل المشتري بالشرط ولأن العقود قائمة على الرضا ، وكذلك وضع الشروط يتم بالتراضي بين الطرفين المتعاقدين واتفاقهما ، ومن ثم يجب الوفاء بالشروط الجعلية في العقود " فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط الا ما ثبت تحريمه بعينه[4] " ، وقد تعاقد

---

1) المرجع السابق .
2) سورة النحل / الآية 91 .
3) صالح بن عبد الله / رفع الحرج في الشريعة الاسلامية / ص 115 - 118 .
4) ابن تيمية / المرجع السابق / ص 150 . ومشكاة المصابيح / لولي الدين الخطيب التبريزي ج 2 ص 92 . حيث ذكر حديث جابر واستثناء ركوبه . وصحيح مسلم / ج 3 ص 51 . وموسوعة عبد الله ابن عمر / ص 458 . وذكر أنه " كان يكري أرضه ويشترط الا تدمن بالمذرة " ، " وفتاوي الشيخ رشيد رضا " / ج 3 ص 974 . والمنتقى من أخبار المصطفى صلى الله عليه وسلم / لمجد الدين ابن تيمية / أبواب البيع بالشروط / ص 332 - 335 . وشرح السنة / للبغوي / ج 8 ص 150 - 161 . وذكر شراء العبد بشرط العتق ثم حديث جابر (شرط استثناء الظهر) وزين الدين العراقي / طرح التثريب في شرح التقريب / ج 6 ص 58 . السلسبيل في معرفة الدليل / ج 1 ص 396 - 336 . الشروط في البيوع . وموسوعة عثمان بن عفان / ص 214 - 216 " وكان عثمان يرى كل شرط اتفق عليه المتعاقدان شرطا صحيحا وتصح الشروط في العقود مالم تكن حراما " .

الصحابة وتشارطوا في عقودهم ووفى بعضهم لبعض ولم تبطل شروطهم مما يدل على صحة الاشتراط ووجوب الوفاء بالعقود ، وليس هناك نص شرعي قطعي الثبوت يبطل التعاقد المشروط الا أن يكون الشرط مخالفا للشرع أو لمقتضاه وأحكامه ، فيكون باطلا والا صح العقد والشرط .

الرأي الثاني : الأصل في الشروط والعقود الحظر والبطلان والفساد : ويرى أصحاب هذا الرأي ان الأصل في الشروط والعقود هو الحظر والمنع حتى يقوم الدليل الشرعي على الصحة والجواز والا فان العقود والشروط باطلة لا يجب الوفاء بها ويمثل هذا الرأي الظاهرية ، ثم بعدهم الاحناف والشافعية وبعض المالكية والحنابلة .

أولا : الظاهرية : قال ابن حزم في المحلى " وكل شرط وقع في بيع بينهما أو من أحدهما برضا الآخر فانهما ان عقداه قبل عقد البيع أو بعد تمام البيع ، بالتفرق بالأبدان أو بالتخيير أو في أحد الوقتين - يعني قبل العقد أو بعده - ولم يذكراه في حين عقد البيع فالبيع صحيح تام والشرط باطل لا يلزم فاذا ذكرا ذلك الشرط في حال عقد البيع ، فالبيع باطل مفسوخ والشرط باطل ، أي شرط لا تحاشى شيئا الا سبعة شروط فقط فانها لازمة والبيع صحيح ، ان اشترطت في العقد[1] " . وذكر أن أي شرط غير السبعة باطل وذكر أمثلة فقال " كمن باع مملوكا بشرط العتق أو آمة بشرط الايلاء أو دابة بشرط ركوبها مدة مسماة قلت أو كثرت أو الى مكان مسمى قريب أو بعيد أو دارا واشترط سكناها ساعة فما فوقها أو غير ذلك من الشروط " ، فمثل هذه الشروط تكون باطلة لا يجب الوفاء بها عند ابن حزم لانعدام الدليل الشرعي المجيز للاشتراط ، واستدل على بطلان الشروط الجعلية في عقود المعاملات فقال :

الأدلة : " برهان ذلك ... ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فحمد الله وأثنى عليه بما أهل له فقال نعم قال : أما بعد فما بال أقوام

---

1) المحلى لابن حزم /ج 8 ص 412 . وأما الشروط التي أجازها ابن حزم فهي " اشتراط الرهن، واشتراط تأخير الثمن الى أجل مسمى واشتراط أداء الثمن الى المسيرة ، واشتراط صفات المبيع واشتراط لا خلابة ، واشتراط مال العبد أو بعضه ، واشتراط ثمر النخيل المؤبر فهذه لامزيد عليها" ، وفي تقرير مذهب الظاهرية ، مجموع فتاوي ابن تيمية /ج 29 ص 126 . وسلام مدكور / المدخل للفقه الاسلامي / ص 644 . وأبو زهرة / الملكية ونظرية العقد / ص 245 والخفيف/ الكفالة / ص 41 .

يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ماكان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وان كان مئة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق فهذا الأثر كالشمس صحة وبيانا يرفع الأشكال كله ، فلما كانت الشروط كلها باطلة غير ما ذكرنا كان كل عقد من بيع أو غيره عقد على شرط باطل باطلا ولابد ، لأنه عقد على أن لا يصح الا بصحة الشرط والشرط لا صحة له فلا صحة لمن عقد بأن لا صحة له الا بصحة مالا يصح ، ولو وجدنا خبر يصح في غير هذا الشروط غير منسوخ لقلنا به ولم نخالفه" ثم ذكر قول عطاء " كل بيع فيه شرط فليس بيعا"[1] .

فهذا هو مذهب الظاهرية كما مثله واستدل له ابن حزم بطلان جميع الشروط والعقود الا ما ورد به الشرع وثبت به النص، وغيرها يعد باطلا لا يوفي به أبدا .

تعليل بطلان الشروط الجعلية :

وقد علل ابن حزم سبب بطلان الشروط الجعلية في عقود المعاملات في مذهبه كما يراه ويزعمه فقال " ولا يخلو كل شرط اشترط في بيع أو غيره من أحد ثلاثة أوجه لا رابع لها :

اما اباحة مالم يجب في العقد ، واما ايجاب عمل ، وأما المنع من العمل والعمل يكون بالبشرة أو بالمال فقط ، وكل ذلك حرام بالنص قال صلى الله عليه وسلم " ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام " وأما المنع من العمل فالله تعالى يقول " لم تحرم ما أحل الله لك " فصح بطلان كل شرط جعلة الا شرطا جاء النص من القرآن أوالسنة باباحته"[2] ، ثم ذكر قصة بيع جابر لجمله واعتبر ان هذا ليس بيعا فقال " صح ان ذلك البيع لم يتم ولم يوجد في شيء من أفاعيل ذلك الخبر أصلا ان البيع ثم بذلك الشرط فقد بطل أن يكون في هذا الخبر حجة في جواز بيع الدابة واستثناء ركوبها أصلا " وناقش الحنفية والمالكية والشافعية وبين تناقضهم ، وقال " وقد جاءت عن الصحابة رضي الله عنهم آثار في الشروط في البيع خالفوها"[3] " ٤ ! .

---

1) المرجع السابق .

2) 3) المحلى لابن حزم الاندلسي /ج 8 ص 416- 20 . وذكر عن سعيد بن المسيب قال " قال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ودد نا لوأن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف قد تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جدا في التجارة" وساق القصة وسائر بيوع الصحابة واشتراطاتهم .

الرد على ابن حزم : لا أدري لم يغفر ابن حزم بيع جابر لجمله واستثناء ركوبه وهو نص ظاهر جلي في ألفاظ الحديث في الصحيحين وسائر كتب السنة ومع ذلك يقول عنه ابن حزم " روي هذا أن ركوب الجمل كان تطوعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم " ولا نعلم وليس هناك دليل واحد يجعل هذا الخبر الصحيح موصوفا بهذه الصيغة المعلولة عند ابن حزم ، والعجيب أنه يحاج المالكية والحنفية والشافعية في صحة الشروط بأعمال الصحابة وهي في نفس الوقت حجة على ابن حزم اذ كيف يجوز للصحابة مخالفة الحديث حسب زعم ابن حزم ، مما يجعل أقوال ابن حزم لاسند لها ولا دليل الا مجرد الظن ، وأما القول بأن الشروط والعقود توجب مالم يكن واجبا أو تمنع من العمل ، فان الشارع نفسه جعلها أسبابا شرعية كالعقود ترتب آثارا بحكم الاشتراط والتراضي بين الطرفين المتعاقدين وقبول هذه الشروط " فكما أن شراء الأمة ونكاح المرأة يحل له ماكان حراما عليه قبل العقد وطلاقها يحرمها مالعدد يحرمها عليه ويسقط عنه ماكان واجبا عليه من حقوقها ، فكذلك التزامه بالعقود والعهود والنذور والشروط فاذا ملك تغيير الحكم بالعقد ملكه بالشرط الذي هو تابع له "[1] .

وليس في الشروط تحليل حرام أو تحريم حلال مالم تكن مخالفة للشرع الذي أباح الشروط . وبالنسبة للآيات القرآنية كقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " وقوله " أوفوا بعهد الله اذا عاهدتم " فقد ذكر ابن حزم انها ليست على عمومها ولابد من تقييدها فقال " أما أمر الله بالوفاء بالعقود فلا يختلف اثنان في أنه ليس على عمومه ولا على ظاهره ، وقد جاء في القرآن بأن نتجنب نواهي الله تعالى ومعاصيه فمن عقد على معصية فحرام عليه الوفاء بها ، فاذ لاشك في هذا فقد صح ان كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل والباطل محرم فكل محرم لا يحل الوفاء به وكذلك قوله تعالى " أوفوا بعهد الله اذا عاهدتم " فلا يعلم ماهو عهد الله الا بنص وارد فيه وقد علمنا ان كل عهد نهى الله عنه فليس هو عهد الله تعالى ، بل هو عهد الشيطان فلا يحل الوفاء به وقد نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل لا يحل الوفاء به "[2] .

---

1) ابن القيم / اعلام الموقعين / ج 1 ص 349 .
2) المحلى / ج 8 ص 414 .

ولا شك ان استدلال ابن حزم بأن الآيات الموجبة للوفاء بالعقود والعهود والشروط ليست على عمومها ولا على ظاهرها دعوى تحتاج للاثبات ولم يقدم ابن حزم دليلا يعتد به الا مجرد القياس على المعصية التي لا يجب الوفاء بها ولا يختلف اثنان في أن المعاصي أو التعاقد على المعاصي لا يجب الوفاء به وأنه باطل ، وأن التعاقد على الطاعات يجب الوفاء بها والالتزام بها ، وان المفسرين والمحدثين متفقون على أن الآيات الخاصة بوجوب الوفاء بالشروط والعقود على عمومها وظاهرها حتى يثبت الدليل الخاص . وأما الاستدلال بحديث " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " فهو خاص بالشروط المخالفة حقا للشرع ، كاشتراط الولاء فهو باطل لا يصح لأن الولاء كالنسب ولا يجوز الانتقال عن النسب ، وكذلك يحرم الانتقال عن المنعم بالاعتاق "[1] ومن شرط الولاء فقد شرط باطلا فيكون شرطه باطلا ، فيكون الحديث بعيدا عن الشروط الجعلية في العقود وكذلك استدلال ابن حزم بحديث " ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام " فهذا خلاف محل النزاع ، اذ أن الظلم والغصب وأكل أموال الناس بالباطل حرام لا يحل الا بالتراضي والتعاقد والشروط وهي اسباب اباحة شرعية اباحها الشرع لتداول وتملك الأموال فليس فيها دليل يحرم الشروط والعقود " وقد ذكرنا ما في الكتاب والسنة والآثار من الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعهود والشروط عموما والمقصود هو وجوب الوفاء بها وعلى هذا التقدير فوجوب الوفاء بها يقتضي أن تكون مباحة ، فانه اذا وجب الوفاء بها لم تكن باطلة ، وان لم تكن باطلة فهي مباحة "[2] ، كما أنه لا خلاف بين العلماء والفقهاء والمحدثين والمفسرين ان العقود والشروط أسباب شرعية جعلت للتملك وتداول المال وانها توجب مالم يكن واجبا وفرض مالم يكن فرضا .

ثانيا : الحنفية : وهم يرون بطلان الشروط الجعلية في عقود المعاملات على أساس من القياس أو الأخبار غير الصحيحة أو على أساس مخالفة الشرط لمقتضى العقد ، فيكون الشرط فاسدا " كشرط الا يبيع المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربا أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده ، أو دارا يسكنها لأنه شرط لا يقتضيه

---

1) 2) مجموع فتاوى ابن تيمية / ج 29 ص 163 ، 164 ، 165 .

العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين[1]"، فيفسد البيع ، وهو جواز العباس على حديث أبي حنيفة في " النهي عن بيع وشرط " وهوحديث مشهور ومطلق النهي يوجب الفساد[2]". وأنهم يقيسون جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء لأن العلة فيه كونه مخالفا لمقتضى العقد وذلك لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع فيعتبر تغييرها تغييرا لما أوجبه الشرع وهذه نكتة القاعدة وهي أن العقود مشروعة على وجه فاشتراط مايخالف مقتضاها تغيير للمشروع[3]".

فهذه أدلة وحجج الأحناف في بطلان الشروط الجعلية لأن هذه الشروط مخالفة لمقتضى العقد ومنافية له وهي مخالفة أيضا لخبر " النهي عن بيع وشرط " .

الرد على الحنابلة : ان الشروط الجعلية ليست هي الشروط التي يقتضيها أو يوجبها العقد أو هي المخالفة له والمنافية لمقتضاه لأن هذه الشروط جميعا التي يقتضيها العقد أو التي تخالف مقتضاه لا يصح اشتراطها وليست محل بحث ولا خلاف ولا يوجد فيها نزاع لأن مايقتضيه العقد يجب شرعا ولو لم يشرطه المتعاقد والا لما كان هناك مبرر للتعاقد كدفع الثمن وتسليم المبيع ... الخ . فهذه الشروط يستوي اشتراطها وعدمه وكذلك لا خلاف في بطلان الشروط المخالفة لمقتضى العقد ، ولكن محل البحث هو الشروط الزائدة عن أصل مقتضى العقد ، وليس هناك نص يوجبها أو يبطلها وفيها مصلحة وهذه الأحناف يبطلونها قياسا على المخالفة لمقتضى العقد واستنادا الى خبر النهي عن بيع وشرط وهو لم يصح عند المحدثين جميعا وفقا لمعايير قبول الحديث والعمل به عند المتخصصين ، وكذلك لا يصح قياس الشروط الجعلية على بطلان " اشتراط الولاء " في حديث بريرة لأن الولاء موضوع مختلف وفيه نص صريح صحيح حيث ان " من اشترط أمرا ليس في حكم الله أو في كتابه بواسطة

---

1) اللباب شرح الكتاب/ ج 2 ص 26 ، ومابعدها . واللباب في الجمع بين السنة والكتاب/ ج 2 ص 514 . باب البيع مع الشروط " والمؤلفان حنفيان محدثان ولكنهما لا يتكلمان عن خبر النهي ومدى صحته بل يستنكر احدهما أن يكون جابرا باع جمله واستثنى ظهره ؟!

2) المبسوط /ج 13 ص 13 . والبناية شرح الهداية / ج 6 ص 424 . والبدائع / ج 5 ص 168 .

3) مجموع فتاوي ابن تيمية / ص 131 .

أو بغير واسطة فهو باطل لأنه لابد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشروط ، حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط ، ولما لم يكن في كتاب الله ان الولاء لغير المعتق أبدا ، كان هذا الشرط وهو ثبوت الولاء لغير المعتق ، شرطا ليس في كتاب الله ، فانظر الى المشروط ان كان فعلا أو حكما فان كان الله قد أباحه جاز اشتراطه ووجب[1] " ، " فالشرط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب العالمين فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر وكذلك كل شرط جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط فمقاطع الحقوق عند الشروط واذا كان من علامات النفاق اخلاف الوعد وليس بمشروط فكيف بالوعد المؤكد بالشرط[2] " .

ومن ثم تصح الشروط الجعلية في العقود على أساس انعدام النص الشرعي الصريح والصحيح في منعها وبطلانها ، وقد بينا في الفصل السابق مذاهب المحدثين وتصحيحهم للشروط ويكفي ان الامام البخاري وحده أفرد في صحيحه كتابا خاصا بالشروط في مختلف أبواب المعاملات ووقوف بعض المحدثين في العصور المتأخرة مترددين أو ساكتين عن تصحيح الآثار غير الصحيحة بعد فشو التعصب المذهبي لايفيد شيئا ولا يصحح باطل الآثار ، ولا يوجب فساد صحيح الاخبار ، وأما قول الطحاوي الحنفي " ان الاستثناء لم يكن مشروطا في عقد البيع .. فليس في هذا الحديث ذكر الحملان بحال لا قبل البيع ولا في عقدة البيع ولا بعده[3] " فقد رد فيه على نفسه بعده مباشرة حيث قال " فقد روي في الصحيح أنه قال : فبعته على أن لي فقار ظهره الى المدينة " ففي هذا الحديث دليل على أن الاشتراط كان في عقدة البيع[3] " . وأيا كان فان حديث جابر واشتراطه ظهر بعيره وانتفاعه به صحيح لامطعن فيه لأحد وهو صريح في صحة الاشتراط في البيع وغيره من العقود اذا كانت الشروط صحيحة غير مخالفة للشرع ، مما يبطل الدعاوى كلها من أساسها .

---

1) مجموع فتاوي ابن تيمية / ص 160- 161 .

2) ابن القيم / اعلام الموقعين /ج 3 ص 401 - 402 .

3) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب/ج 2 ص 516 . ومعاني الآثار/باب (البيع يشترط فيه شرط ليس منه) /ج 4 ص 47 . و مختصر الطحاوي/ في البيوع /ص74 . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق /للزيلعي /ج 4 ص43 . المعتصر من المختصر من مشكل الآثار/ج 1 ص 347 . والعجب من الباجي المحدث المالكي انه يقول "في هذا الحديث الاحتجاج بجواز البيع بالشرط ووافق ماحكينا عن عمرو ابن مسعود وابن عمر وزينب امرأة ابن مسعود في النهي عن البيع بالشرط وقد وافق ذلك ماروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من النهي عن بيع وسلف وعن شرطين " فما دخل البيع بالشرط هنا .

ثالثا : الشروط الجعلية عند المالكية : والشروط الجعلية عند المالكية تعد باطلة مالم تكن من مقتضى العقد وهم في عمومهم لا يختلفون عن الحنفية الا أنهم يجيزون بعض الشروط لأن الشرع جاء بها كاشتراط الانتفاع بالمبيع مدة معينة أو شرط عتقه أو غير ذلك وهذا جمعا بين الآثار والأحاديث الواردة في هذا الموضع قال ابن رشد " اذا كان شرطا صحيحا ولم يؤول به البيع الى غرر أو فساد في الثمن أو المثمن وما أشبه ذلك من الاخلال بشرط من الشرائط المشترطة في صحة العقد وذلك مثل أن يبيع الرجل الدار ويشترط سكناها أشهر معلومة أو يبيع الدابة ويشترط ركوبها أياما يسيرة أو الى مكان قريب أو يشترط شرطا يوجبه الحكم"[1] .

1) مقدمات ابن رشد /ص 542- 545 . باب (بيوع الشروط) . وأوجز المسالك الى موطأ مالك / ج 11 ص 83 . باب مايفعل بالوليدة اذا بيعت والشرط فيها) . وفروق القرافي ج 1 ص 76 . والاسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب/ص 141 (البيوع بالشرط) وكتاب " العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام (بهامش تبصرة الحكام/لابن فرحون . والعقد المنظم لابن سلمون الكناني /ج 1 ص 161 . تبصرة الحكام ج 1 ص 197 (من العقد المنظم) البيوع وعدم جواز الثنيا . والبيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل / لابن رشد /ج 7 ص 239 ، 323 ، 421 . وتحرير الاحكام في مسائل الالتزام /لأبي عبد الله محمد الخطاب المالكي /ص 234- 243 . وفتحي الدريني /الفقه الاسلامي المقارن مع المذاهب / ص 486 . وموسوعة الاجماع في الفقه الاسلامي / ج 1 ص 563 . وج 2 ص 804 (الشروط في العقد) . وابن العربي / أحكام القرآن / ج 2 ص 527 . وعارضة الاحوذي شرح صحيح الترمذي /ج 5 ص 220 (كتابة الشروط) و 258 باب (ماجاء في اشتراط ظهر الدابة) وج 6 ص 13 . وج 13 ص 246 . وقد اضطرب كلام ابن العربي في عارضته هذه فقد قال " ان شرطا واحدا في بيع مما أختلف فيه العلماء" ثم ذكر الاختلاف وأنواع الشروط ثم قال " وباع جابر جمله من النبي صلى الله عليه وسلم واشترط ظهره الى المدينة ... ولو شرط البائع على المشتري انه ان باعها فهو أحق بها فهذا مما اتفق على جوازه" ابن عمر وابن مسعود ويرجع الى الخيار" ص 248 . ثم ذكر صحة أدلة الاشتراط ووزنها فقال" وأما الراوي الذي روى عن النبي صلى الله عليه وسلم شرط ظهر الجمل الى المدينة والآخر الذي روى شرط العتق في البيع فقد أراح لأنه ذكر نصر القصة من قول النبي صلى الله عليه وسلم أو جعله وأما الذي ذكر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى بيع وشرط فلم يبين ولم يصح الحديث /ص 250 ج 5 . وقال رحمه الله بمناسبة الكلام عن الشروط في الزواج واختلاف العلماء في هذه المسألة " الشروط في النكاح على قسمين أحدهما أن يكون من حقوق الزوجين أو من حقوق الله سبحانه وتعالى فان كان من حقوق الزوجين جاز اسقاطه ولم يؤثر في النكاح .. وهذا لا يلزم لأن الله تعالى لم يشترط ذلك لنفسه وانما جعله حقا للزوج فيسقط باذنه في الأحيان فجاز أن يسقط باذنه في عموم الازمان وتحقيقه ان الله " نهى عن بيع وشرط" /ج 5 ص 58- 59 . ولا ندري ما هذا النهي الذي لا يثبت ولا يصح كحديث فهل يمكن نسبته الى الله تعالى ولعلها زلة وغفلة بشر ، نسأل الله العافية .

وقال في بداية المجتهد " وانما هي راجعة الى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهي الربا والغرر ، والى قلته و التوسط في ذلك أو الى نقص في الملك فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط ، وكان قليلا أجازه وأجاز الشرط فيها ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب اذ بمذهبه تجمع الأحاديث كلها ، والجمع عندهم أحسن من الترجيح ، وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة وأحد من له ذلك جدي والمازري والباجي وتفصيله في ذلك ان قال : " ان الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين : أحدهما : أن يشترطه في انقضاء الملك مثل من يبيع الآمة أو العبد ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري ، فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث (بريرة) .

الثاني : ان يشترط عليه شرطا يقع في مدة الملك وهذا قالوا ينقسم الى ثلاثة أقسام ، أما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه واما أن يشترط على المشتري منعا من تصرف عام أو خاص واما ان يشترط ايقاع معنى في المبيع وهذا أيضا ينقسم الى قسمين : أحدهما أن يكون معنى من معاني البر . والثاني أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء .

فأما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع مثل أن يبيع الدار ويشترط سكناها شهرا أو سنة فذلك جائز لحديث جابر واما أن يشترط منعا من تصرف خاص أو عام فذلك لا يجوز لأنه من الثنيا .

فهذه الشروط عند المالكية فهي في عمومها لا تخالف مذهب الاحناف الا في الاشتراط اليسير ، والمنفعة المحدودة المعلومة ويشترط الا تؤثر في الثمن ولا في المبيع ، ويحتاطون كثيرا فيضيقون من الاشتراط في عقود المعاملات ، واعتبروا مالم يكن الشرط من مقتضى العقد فهو باطل لا يصح " فان الشروط المنافية لعقد البيع ... وقد تكلم الأشياخ في بياعات الشروط

= أبو الوليد الباجي / المنتقى شرح الموطأ / ج 4 ص 210 . المختصر من المعتصر ص 347 . وقال " اذا تكافأت الروايات في ذلك ارتفعت ولم يكن بعضها أولى من بعض وسقط في هذا الحديث الاحتجاج بجواز البيع بالشرط " ولكنه لم يذكر مدى صحة النهي عن بيع وشرط ، وان ذكره الزرقاني " بخبر النهي عن بيع وشرط / شرح الزرقاني / ج 3 ص 258 .

فأقوالهم كلها على أن الشرط المنافي للعقد باطل[1]". وكذلك حاولوا أن يوفقوا بين النصوص الشرعية ، ولكن أعيتهم الحيل وأفسد عليهم الأمر " النهي عن بيع وشرط " ولو أنهم استبعدوه لكان لهم مسلك آخر ولكن سبق التقليد ولذلك انتقدهم ابن حزم نقدا شديدا فقال : " والكلام بيننا وبين المالكية وليس في هذا الخبر تحديد مسافة قليلة ولا كثيرة فمن أين لهم تحديد مقدار دون مقدار ، ويلزمهم ان لم يجيزوا بيع الدابة بشرط ركوبها شهرا ولاعشرة أيام وأبطلوا هذا الشرط وأجازوا بيعها واشتراط ركوبها مسافة يسيرة أن يحددوا المقدار الذي يحرم به ماحرموه[2]" .

الرد على المالكية : ان اجازة بعض الشروط دون بعض تحديد المنافع اليسيرة واجازتها في الشروط لا يبطل المنافع الكثيرة ولا الشروط التي لا تخالف الشرع ، والواجب أن يعمل بالشروط العقدية كلها والنصوص الصحيحة التي تجيز الاشتراط دون التمسك بالأخبار التي لاتثبت ولا تصح عند المحدثين أصحاب الفن والدراية في الأخبار المنقولة لاثبات الأحكام ، وقد بين المحدثون ان " النهي عن بيع وشرط " لا يثبت ولا يمكن قياس الشرط في البيع أو غيره من العقود على " النهي عن بيع وسلف " الثابت في كتب الحديث لأن السلف غير البيع ، ولأن الاشتراط في السلف يجر الربا ، بينما الاشتراط في البيع أو غيره من عقود المعاملات لا يؤدي الى نفس النتيجة ، وأن محاولة القياس واثبات أن الشرط في البيع يؤثر في الثمن أو المثمن بالجهالة ، كلام ينقصه الدليل والدقة الشرعية ، ولذلك كان ابن حزم محق في انتقاده للمنهج الفقهي المالكي عندما قال " يلزمهم اذ لم يجيزوا بيع الدابة على شرط ركوبها ... وأبطلوا هذا الشرط ... أن يحدوا المقدار الذي يحرم به ماحرموه من ذلك المقدار الذي حللوه " وأنى لهم ذلك .

رابعا : الشافعية وموقفهم من الشروط الجعلية في عقود المعاملات: لا يختلف الشافعية في موقفهم من النصوص الشرعية الصحيحة في مسألة الشروط الجعلية في عقود المعاملات عن الاحناف ، الا في مسائل محددة وهم أقل

---

1) المعيار المغرب والجامع لفتاوي علماء افريقيا والأندلس والمغرب / ج 9 ص 287 .
2) ابن حزم / المحلى / ج 8 ص 418 . وفتاوي ابن تيمية / ص 132 . والشيخ علي الخفيف / الكفالة ص 41 . وأبو زهرة / الملكية ونظرية العقد / ص 237 . وشرح قانون الوصية / ص 43 . وزكي الدين شعبان / ص 70 . ومصطفى الزرقاء / المدخل / ج 2 ص 461 - 511 .

تصحيحا للشروط من المالكية الذين توسعوا أكثر من الشافعية حيث ان الشافعي يوافق أبي حنيفة في الجملة "على أن كل شرط خالف مقتضى العقد فهو باطل ، لكنه يستثني مواضع للدلالة ، فلا يجيز شرط الخيار بأكثر من ثلاثة أيام ولا استثناء منفعة المبيع ... ولا يجوز أيضا منع المشتري من التصرف المطلق الا العتق لما فيه من السنة ، لكنه يجوز استثناء المنفعة بالشرع كبيع الدين المؤجرة على الصحيح في مذهبه ، وكبيع الشجر واستبقاء الثمر ونحو ذلك ..."[1] .

ويقول ابن دقيق العيد وهو شافعي في تقرير مذهب الشافعي في منع استثناء البائع منفعة المبيع " والظاهر مذهب الشافعي المنع ، وقيل بالجواز تفريعا على جواز بيع الدار المستأجرة ، فان المنفعة تكون مستثناة ومذهب الشافعي الأول"[2] ، ولما تعرض لحديث جابر اعتبره ليس بيعا فقال " والذي يعتذر به عن الحديث على المذهب الا يجعل استثناءه على حقيقة الشرط في العقد بل على سبيل تبرع الرسول صلى الله عليه وسلم بالجمل عليه أو يكون الشرط سابقا على العقد ، والشروط المفسدة ما تكون مقارنة للعقد ومقروجة به على ظاهر مذهب الشافعي ، وقد أشار بعض الناس الى اختلاف ألفاظ الحديث مما يمنع الاحتجاج به على هذا المطلب ، فان بعض الألفاظ صريحة في الاشتراط"[2] ، وهذا غريب من ابن دقيق العيد المحدث الفقيه الشافعي ، وهو نفس ماقرره النووي حيث قال " وأجابوا عن حديث جابر انها قضية عين تتطرق اليها الاحتمالات قالوا لأن النبي صلى الله عليه وسلم أراد أن يعطيه الثمن ولم يرد حقيقة البيع ويحتمل أن الشرط لم يكن في نفس العقد وانما يضر الشرط ان كان في نفس العقد ، ولعل الشرط كان سابقا فلم يؤثر تبرع النبي صلى الله عليه وسلم باركابه"[3] . وهذا الرد كله من أجل خبر النهي

---

1) مجموع فتاوي ابن تيمية / ج 29 ص 128 .

2) ابن دقيق العيد / أحكام الأحكام شرح عمدة الاحكام / ج 2 ص 150 .

3) شرح صحيح مسلم للنووي / ج 11 ص 30- 31 . وقال لما تعرض لأصحاب المذاهب في قضية الاشتراط " وقال الشافعي وأبو حنيفة وآخرون لا يجوز ذلك (اشتراط المنفعة) قلت المسافة أو كثرت ولا ينعقد البيع واحتجوا بحديث (النهي عن بيع الثنيا) وهو حديث صحيح في مسلم . كتاب (البيوع) / ج 10 ص 195 وفي صحيح البخاري " مايجوز من الثنيا في الاقرار والشروط " وشروحه (العسقلاني ، والعيني ، والقسطلاني كتاب الشروط) وسنن الترمذي / ج 2 ص 378 . وشروح الترمذي / تحفة الاحوذي / ج 4 ص 512 . وعارضة الاحوذي ج 6 ص 30 . وأبو داود والنسائي ، وأحمد ، وطرح التثريب شرح التقريب / ج 6 ص 58 .

عن بيع وشرط ونظرية (مقتضى العقد) التي حملتهم على رد صريح الحديث وقد يعذر غير المحدثين ولكن ماعذر العالمين ؟

الرد على الشافعية : على الرغم من أن الشافعية يجيزون بعض الشروط في بعض الحالات كاشتراط سكنى الدار وحملان الحيوان ، واشتراط صفة معينة في المبيع حيث يعتبر الشرط صحيح ، ويختلفون في بعض الشروط الأخرى كاشتراط منفعة المبيع والخيار فوق ثلاثة أيام ، حيث الرأي الصحيح والمعتمد عدم الجواز ، والرأي الآخر وهو الموافق للنصوص الشرعية والأحاديث النبوية هو صحة هذه الشروط والعقود ، الا أنهم ضعفوها ، اعتمادا على خبر " النهي عن بيع وشرط "[1] وقضية مقتضى العقد

= وقال " البيع بشرط القطع - قطع الثمر من الشجر - صحيح حيث يلزم المشتري بقطع الثمر ، ولو تراضيا على قطع الثمر جاز - البيع - ولو تم البيع بشرط التبقية (أي بقاء الثمر فوق الشجر) بطل بالاجماع ، لأنه ربما تلفت الثمرة قبل ادراكها ، فيكون البائع قد أكل مال أخيه بالباطل ، فاذا شرط القطع فقد انتفى هذا الضرر ، وهو تعليل يؤكد قول الشافعية وغيرهم في قضية مقتضى العقد التي تميلت الفقهاء الى جانب الاعتماد على الأثر غير الصحيح في ابطال الشروط وهو شذوذ الى جانب الأحاديث الصحيحة والمجيزة للشروط الجعلية في عقود المعاملات ، وأيضا صاحب المجموع / ج 9 ص 181 . وج 12 ص 83 ، ج 13 ص 79 . وزاد المحتاج / ج 2 ص 30 - 31 . والفتاوي الكبرى / لابن حجر الهيثمي / ج 2 ص 139 ، وبهامشها / نهاية المحتاج للرملي /ج 3 ص 445 . والتنبيه في الفقه الشافعي / للشرازي / ص 88 . والمهذب . وغير ذلك من كتب الشافعية وهي على نفس النمط ، فصاحب المجموع يقول مثلا " شرط الخيار بأكثر من ثلاثة أيام فيه قولان :

الأول : ان العقد يصح ،والثاني يبطل ، وهذا في كل شرط فاسد ، وشرط الخيار لأجنبي فيه قولان أصحهما ان العقد صحيح باتفاق الأصحاب حيث يصح البيع والشرط وهو الأشهر .

الثاني : يبطل البيع، ونقل الماوردي عن ابن سريج ان البيع صحيح والشرط باطل (ص 208 ، 211 ،ج 9 من المجموع).

وكذلك ذكر الاختلاف في بيع الحيوان بشرط أن يكون حاملا وذكر ان أصح الأقوال هو صحة العقد ، والثاني بطلانه وهو على القياس /ص 355 . والشافعية في هذا كله لا يختلفون عن الأحناف وغيرهم الا في بعض الشروط فقط اما لوجود نص صريح صحيح ، واما لاعتبارات أخرى ومع ذلك فهم فريقان مجيزون ومعارضون وكلا الرأيين عندهما وان كانوا يرجحون رأيا على الآخر . أنظر أيضا : الاقناع حل ألفاظ أبي شجاع /شمس الدين الشربيني /ج 1 ص 256 . واتحاف السادة المتقين باحياء علوم الدين /ج 5 ص 141 . والاشباه والنظائر /السيوطي / ص 256 .

1) تلخيص الخبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير / لابن حجر العسقلاني الشافعي/ج 3 ص 14 ، وذكر الخبر وقال استغربه النووي وعن ابن أبي الفوارس قال غريب" .

وهو خلاف النصوص، والمقرر والمعتمد لذا ثبت للنص حجة لا يجوز خلافه ومن ثم فلا " يحل الافتاء خلافه الحديث على أنه مذهب الشافعي **ولا الحكم به صرح بذلك جماعة من الأئمة أتباعه حتى كان منهم** من يقول للقارئ اذا قرأ عليه مسألة من كلامه قد صح الحديث بخلافها اضرب **على** هذه المسألة ليست من مذهبه **وهذا هو الصواب قطعا ولو لم ينص** عليه فكيف **وقد صرح فيه بألفاظ كلها صريحة في مدلولها وان قوله الذي لا قول سواه** هو ماوافق الحديث **وصرح فيه بألفاظ كلها** صريحة دون ماخالفه وان من نسب اليه خلافه فقد نسب اليه خلاف مذهبه ، ولاسيما **اذا ذكر** هو ذلك الحديث وأخبر أنه انما خالفه لضعف في سنده أولعدم بلوغه له من وجه يثق به ثم ظهر للحديث سند صحيح لا مطعن فيه وصححه أئمة الحديث من وجوه لم تبلغه فهذا لا يشك عالم ولا يمارس في أنه مذهبه قطعا[1]

ولذلك نجد أن ابن دقيق العيد لما تكلم عن شروط الزواج **وحديث** " أحق الشروط " قد ذكر اختلاف العلماء فيه وان البعض جعل الشروط " مما هو من مقتضيات العقد " ولكنه ضعف هذا الرأي وقال وفي هذا الحمل ضعف لأن هذة الأمور لا تؤثر الشروط في ايجابها ، فلا تشتد الحاجة الى تعليق **الحكم بالاشتراط فيها "[2] ، لأن شرط مقتضى العقد يستوي اشتراطه وعدم اشتراطه ، فلا داعي لحمل الحديث على معنى مقتضى العقد الا أن التمسك بضعف الآثار والقياس أبعد صحة الاشتراط في العقود وغلب أصحاب ورجحت كفتهم ، وانتشر قولهم العاري عن الدليل الراجح .**

خامسا : بعض الحنابلة ومواقفهم من النصوص الشرعية في الشروط الجعلية :

وهؤلاء البعض من الحنابلة كالقاضي أبي يعلى الحنبلي وابن أبي موسى والخرقي وابن عقيل ، وعبد الله بن محمد ، وغيرهم حيث أنهم لا يجيزون بعض الشروط الجعلية في عقود المعاملات " وان كانوا يوافقون الشافعي على معاني هذه الأصول لكنهم يستثنون أكثر مما استثناه الشافعي فيجيزون الخيار

---

1) اعلام الموقعين /ج 4 ص 233 . وقال أبو زهرة نقلا عن الشافعي " فهؤلاء المحدثون يشمرون عن ساعد الجد لتميز بين الصحيح في المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويضعون الضوابط " ، ص 80 / الشافعي / لأبي زهرة .

2) ابن دقيق العيد /الأحكام الاحكام / ص 188 .

أكثر من ثلاثة أيام ، ويصححون استثناء البائع منفعة معلومة[1] " . " فلو شرط في الشاة أن تكون لبونا أو شرط ان الطائر مصوتا أو يأتي من مكان بعيد أو شرط منفعة في المبيع أو شرط الآمة ثيبا كافرة أو شرط على البائع جز الثمرة[2] " . وغير ذلك من الشروط الجعلية فهؤلاء الحنابلة يبطلون هذه الشروط ولا يصححونها ولا يجيزون الوفاء بها بل انها تبطل العقد بناء على القياس في المذهب ، وأساس القياس هو " خبر النهي عن بيع وشرط " ، فأبطلوا بعض الشروط دون البعض الآخر وهم يقولون " كل شرط ينافي مقتضى العقد فهو باطل الا اذا كان فيه مصلحة للمتعاقدين " وكذلك اشتراط خدمة الآمة اذا باع واشترط خدمتها ، فيبطل الاشتراط ولا يصح ، ولكن تصح عندهم الشروط الأخرى كالمواصفات المعينة في المبيع ، كأن العبد كاتبا أو السلعة من انتاج معين أو صنف محدد أو الرد بالعيوب أو غير ذلك من الشروط فانه يصح اشتراطها ، وقد تأثروا بالنهي عن بيع وشرط الأمر الذي جعل بعض الحنابلة كابن مفلح يتردد في بعض الحالات ويحكي في بعض الشروط قولين دون أن يرجح فهو يقول " ان اشترط البائع نفعا معلوما في المبيع كسكنى الدار شهرا أو حملان البعير ، وكحمل الحطب ، وخياطة الثوب ، وتكسير الحطب صح وقيل لا يصح لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولأنه شرط ينافي مقتضى العقد ، وهو التسليم فلم يصح " ، وهكذا انسان هؤلاء وراء أهل الرأي والقياس فمنعوا بعض الشروط الجعلية .

الرد على الحنابلة المبطلين للشروط الجعلية :

يرد على هؤلاء الحنابلة بنفس الردود السابقة على غيرهم حيث انهم لم يقدموا دليلا شرعيا في ابطال الشروط الجعلية فهم كما قال عنهم ابن تيمية احتجوا فقالوا " الشروط والعقود لم تشرع تعد لحدود الله وزيادة في الدين وما أبطله هؤلاء من الشروط دلت النصوص على

---

1) مجموع فتاوي ابن تيمية /ج 29 ص 128 . وقد قال في مجال المقارنة بين هؤلاء الحنابلة وكل من الشافعي وابي حنيفة "ان نصوص أحمد تقتضي انه جوز من الشروط أكثر مما جوزه الشافعي فقد يوافقونه في الأصل ويستثنون أكثر مما يستثنى كما يوافقون ابا حنيفة في الأصل" .

2) المغني لابن قدامة /ج 4 ص 48- 50 . والمبدع شرح المقنع ، والفروع لابن مفلح / ج 4 ص 51 - 55 ، ج 4 ص 56- 65 . وكشاف القناع /ج 3 ص 188 . وشرح منتهى الارادات / ج 2 ص 160 . وذكروا ان النهي لم يصح في مسند .

جوازهـا بالعمـوم والخصـوص ، قالوا : ذلك منسـوخ كما قاله بعضهـم في شـروط النبي صلى الله عليه وسلم عام الحديبية أو قالوا هـذا مطلـق ، فيخـص بالشـرط الذي في كتـاب اللـه"[1]. وهـذا الاحتجـاج مردود ولابـد من الدليـل التخصيـصي أو النسـخ أو غيـر ذلك من الأقاويـل ، ولكن الذي حملهـم حقا على هـذا القـول هـو مجـرد القيـاس والاغـترار بخـبر " النهـي عن بيـع وشـرط " والا فـان النصـوص ليـس فيهـا مايمنـع من الاشـتراط وصحتـه ولزومـه وقد قـال بذلـك امام الحديث أحمد بن حنبل وغيره ، وان قولهـم بعـد ذلك كـان لبعدهم عن النصـوص الشرعيـة والاكتفـاء بترديـد قـول غيرهـم دون البحث عن الدليـل الشرعـي ، ويكفـي ان المحدثـين والمعتمـد في المذهـب الحنبلـي والصحيـح هـو صحـة الاشـتراط ، ولزوم الشـروط الجعليـة في كل عقـود المعاملات الشرعيـة ويصـدق عليهـم قول ابن حزم في وصف مماثليهـم من الحنفيـة والمالكيـة والشافعيـة " أشد الناس اضطـرابا وتناقضـا في ذلك لأنهـم يجيزون شـروطا ويمنعـون شـروطا كلهـا سـواء في أنهـا باطلـة ليست في كتاب اللـه تعالـى وينسـون ههنـا " المسلمون عند شروطهـم " وكلهـم يجيزون بيع الثمرة الـتي لم يبـدو صلاحهـا بشـرط القطـع وهـو ليس في كتـاب اللـه ..."[2].

ولذلك فالأولى هو العمـل بالنصـوص الشرعيـة الصحيحـة والخـروج من المآزق ومواطـن الحـرج والريبـة ، فما جعـل الله علينـا في الدين من حـرج أبدا ، وان صحـة الاشـتراط لاغبـار عليهـا ولايفسدهـا شـيء من الشـرع أو العقـل أو المصلحـة بشـرط عدم مخالفـة الشـرع ومقاصـده وأحكامـه ليكـون هنـاك انسجام بين الأصول والفروع واتسـاق بين الأحكام والآراء الفقهيـة .

مقارنـة بين من يجعـل الأصل في الشروط الجعلية الجواز وغيرهم :

لاشك ان المقارنـة بين من يجيـز الشـروط الجعليـة في عقـود المعاملات ووزن الأدلـة الشرعيـة الكثيـرة من القرآن والسنـة ، تجعـل هذه الأدلـة قويـة ظاهـرة ، وان حجـة المانعـين حجـة داحضـة يعـزهـا الدليـل الشرعي القـوي والبرهـان الساطـع الثابـت الذي يصمد أمام النقد والاختبـار والمنطـق فالأدلـة

---

1) مجموع فتاوي ابن تيمية / المرجع السابق / ج 29 ص 132 .

2) المحلى / ابن حزم / ج 8 ص 415 وقال ابن القيم في رد حججهم " أما دعواكم النسخ فانها دعوى باطلة تتضمن ان هذه النصوص ليست من دين الله ولا يحل العمل بها وتجب مخالفتها وليس معكم برهان قاطع بذلك فلا تسمع دعواكم واين التجاؤكم الى الاستصحاب" اعلام ابن القيم / ج 1 ص 343 .

الشرعية العامة وهي آيات القرآن الكريم ، متظافرة مع الأحاديث العامة والخاصة في صحة الشروط ووجوب الوفاء بها كما ذهب الى ذلك الامام البخاري ومسلم وأصحاب السنن في كتب الحديث مما يدل على أن "للشروط شأنا عند الشارع ليست عند كثير من الفقهاء ، فانهم يلغون شروطا لم يلغها الشارع ويفسدون بها العقود من غير مفسدة تقتضي الفساد وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود مما لا يقبل ، فليس لهم ضابط مطرد يقوم عليه الدليل ، فالصواب ان الضابط الشرعي الذي دل عليه النص ان كل شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل ومالم يخالفه فهو لازم يوضحه أن الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر ، والنذر لا يبطل منه الا ما خالف حكم الله وكتابه ، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله والالتزام به أوفى من الالتزام بالنذر"[1] . والنقاش أو النزاع يدور حول :

1) صحة النصوص المستدل بها أوعدم صحتها .

2) قياسات يعتمد عليها أصحاب الرأي في تبرير ابطال الشروط .

3) الاعتقاد بأن تصحيح الشروط والعقود يغرض أمورا مخالفة لمقتضى العقد .

أولا : النصوص ومدى صحتها : فالنصوص الشرعية المستدل بها من جانب الفقهاء والمحدثين تعد من أصح النصوص وأوضحها دلالة على صحة الشروط والعقود والالتزامات الجعلية في مجال العقود والمعاملات الشرعية ، وليس هناك أدنى شك في صحتها الا مجرد دعاوى لا تغني علميا شيئا ، أما النسخ أو التخصيص أوالرد بغير دليل أو معارضها بنصوص خاصة في موضوعات معينة كقوله صلى الله عليه وسلم في قصة بريرة " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وان كان مئة شرط " ، وهذا النص كما قال ابن حزم " كالشمس صحة وبيانا يرفع الاشكال كله"[2] ، وهذا في الشروط الباطلة لا الصحيحة ويكفي هنا قول البخاري في صحة النصوص الشرعية ودلالتها على وجوب الوفاء بالشروط الجعلية " الاشتراط أصح وأكثر عندي"[3] . حيث حسم كل الشكوك في الاشتراط وصحته ، وليس عند المانعين للشروط

---

1) ابن القيم / المرجع السابق / ج 3 ص 402 .

2) صحيح البخاري / كتاب الشروط / ج 3 ص 174 .

3) ابن حزم / ص 415 .

الجملة نص واحد في أي من كتب الحديث المعتمدة والمعتد بها في مجال الخلافات العلمية الدقيقة ، بل كل النصوص ضدهم في مختلف العقود والمعاملات المالية ، وتكفي نظرة على البخاري ومسلم وهما أصح النصوص الشرعية بعد القرآن باتفاق علماء المسلمين في جميع العصور كما سبق ذكره .

ثانيا : قياس مانعي الشروط والعقود : حيث ان هؤلاء المانعين "يقيسون جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على منع اشتراط الولاء الوارد في الحديث الصحيح ، لأن العلة في المنع هو كون الولاء مخالفة لمقتضى العقد لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع ، فيعتبر تغييرها تغييرا لما أوجبه الشرع بمنزلة تغيير العبادات"[1] ، حتى أنهم قالوا " فصح بهذه النصوص ابطال كل شرط وعهد وعقد ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على اباحته وقالوا كل شرط أو عقد ليس في النصوص ايجابه ولا الاذن فيه فانه لا يخلو من أحد الوجوه ، اما أن يكون صاحبه التزم اباحة ما حرمه الله ورسوله أو تحريم ما أباحه أو اسقاط ما أوجبه أو ايجاب ما أسقطه"[2] .

---

1) مجموع فتاوي ابن تيمية /ص131 . وقال تكملة لحجتهم " ان العقود مشروعة على وجه فاشتراط مايخالف مقتضاها تغيير للمشروع ولهذا لا يجيز الحنفية والمالكية والشافعية أن يشترط في العبادة شرطا مخالفا لمقتضاها فالمحرم بالحج لا يستطيع أن يشترط الاحلال بالعذر" وهذا خلاف النص الشرعي الصحيح في صحة الاشتراط حتى في الحج فقال لضباعة " حجي واشترطي : ان حبسني حابس فمحلي حيث حبسني فان لك ماشرطت على ربك / صحيح البخاري /ج 7 ص 9
ابن القيم /ج 1 ص 347 ، وكوثر كامل " الشروط في عقد الزواج" ص 69 ، وزكي شعبان ص 70 . ومصادر الحق في الفقه الاسلامي / السنهوري / ج 3 ص 148 . والتمهيد /ابن عبد البر /ج 4 ص 142 . القواعد الفقهية/أحمد الندوي /ص 107 . ورشيد رضا / تفسير المنار /ج 6 ص 118 ، وقد شنع ابن القيم على أصحاب الرأي وحملعليهم بشدة حيث انهم خالفوا النصوص في مواطن كثيرة ومنها قضية الشروط الجعلية ، رغم ان أصولهم تقضي بأن الحديث حجة في محل الخلاف اذا كان صحيحا لقوله تعالى " وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه الى الله والرسول" ولكنهم خالفوا النص لأسباب كثيرة فقال عنهم ، وأصحاب الرأي لم يعتنوا بالنصوص ولم يعتقدوها وافية بالأحكام ولا شاملة .. وغلاتهم على أنها لم تف بعشر معشارها فوسعوا طرق الرأي والقياس وقالوا بقياس الشبه وعلقوا الاحكام بأوصاف لا يعلم ان الشارع علقها بها واستنبطوا عللا لا يعلم أن الشارع شرع الأحكام لأجلها ثم اضطرهم ذلك إلى أن عارضوا بين كثير من النصوص والقياس ثم اضطربوا فتارة يقدمون القياس، وتارة يقدمون النص وتارة يفرقون بين النص المشهور وغير المشهور واضطرهم ذلك إلى الاعتقاد ان كثيرا من الأحكام شرعت خلافا للقياس فكان خطأهم من خمسة أوجه :
أحدها : ظنهم قصور النصوص عن بيان جميع الحوادث.
الثاني : معارضة كثير من النصوص بالرأي والقياس.

فهذه القياسات التي أدت بهم الى منع الاشتراط في العقود قياسا على النص الصحيح في قصة بريرة " كل شرط ليس في كتاب الله (أي بمعنى بخالف كتاب الله) فهو باطل وان كان مئة شرط " وهذا النص لا يصح القياس عليه لأنه خاص بالشروط المحرمة والمخالفة للشرع ، وليس في الشروط الباحة ولا الشروط التي يقتضيها العقد ، وكلا النوعين ـ المخالف لمقتضى العقد والواجب بمقتضى العقد ـ مستبعدين من العقود ومن الاشتراط لأن الأول مخالف للشرع فهو باطل والثاني واجب بمقتضى العقد يستوي اشتراطه وعدم اشتراطه فلا مجال للكلام عليه ، وبقي النوع الثالث وهو المسكوت عنه كما يقولون أو المباح بالنص الشرعي عند المحدثين ، أو هو على الاباحة الشرعية الأصلية كما قال ابن عبد البر " ان العقود التي لا معصية فيها فهي على الاباحة لأنها من المعاملات ، والأصل في الأشياء الاباحة حتى يرد المنع " فبطل القياس ولا يصح معارضة النصوص الشرعية بالقياس والرأي الباطل والمتناقض .

وأما استدلالهم بحديث "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل" فهذا الحديث ليس فيه حجة تصح لابطال الشروط الصحيحة بل الحديث منصب على الشروط الباطلة والمخالفة لأحكام الشرع كما قال ابن تيمية " والدليل على ذلك قوله " كتاب الله أحق وشرط الله أوثق أي كتاب الله أحق من هذا الشرط الباطل وشرط الله أوثق منه وهذا انما يكون

الثالث : اعتقادهم في كثير من أحكام الشريعة انها خلاف القياس .
الرابع : اعتبارهم عللا وأوصافا لم يعتبرها الشارع والغاؤهم عللا وأوصافا اعتبرها الشرع .
الخامس: تناقضهم في القياس/اعلام الموقعين /ج 1 ص 349- 350 . ومحمد سعيد رمضان البوطي /محاضرات في الفقه المقارن /ص 80 - 99 .

وقال ابن تيمية معللا وجهة نظر المانعين هؤلاء " قالوا : فالشروط والعقود التي لم تشرع تعد لحدود الله وزيادة في الدين ، وما أبطله هؤلاء من الشروط دلت النصوص على جوازه بالعموم والخصوص، قالوا : ذلك منسوخ ، كما قال بعضهم في شروط النبي صلى الله عليه وسلم مع المشركين عام الحديبية ، أو قالوا هذا عام مطلق ، فيخص بالشرط الذي في كتاب الله / مجموع الفتاوى / ص 131- 132 . ويؤكد ابن حزم فكرة ان كل شرط أو عقد أو عهد أو نذر لا نص فيه فهو باطل فيقول" وجب أن كل عقد أو شرط أو عهد أو نذر التزمه المرء فانه ساقط مردود ولا يلزم منه شيء أصلا الا أن يأتي نص أو اجماع على ذلك ... والأصل براءة الذمة من لزوم جميع الأشياء الا بالنص أو الاجماع والا نسخ ورد بأمر النبي صلى الله عليه وسلم " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد" /الأحكام في أصول الأحكام /ج 5 ص 624 . وهذا خلاف الأصول والفروع الفقهية التي تقرر أن الأصل في الأشياء الاباحة وأن "الأصل في العقود رضا المتعاقدين وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد /قواعد الندوي / ص 220 .

اذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى"[1].

ولذلك تخرج الشروط الصحيحة ولا تكون مقصودة بنهي الحديث ولا تبطل بل تجب ويصح اشتراطها ويجب الوفاء بها اذا شرطت عملا بالحديث الآخر " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " وهو صريح وواضح في جواز الشروط الصحيحة ، ولا يمكن حمل الشروط الصحيحة هذه على مايقتضيه العقد ويوجبه الشرع بمجرد العقد ، اذ الشروط الشرعية تجب بالشرع وحده دون حاجة للاشتراط ، ولا يمكن قياس الشروط الصحيحة للابطال على الشروط الباطلة لوجود النص الصحيح المجيز للاشتراط الصحيح ، ويكون القياس باطلا كما قال الكيا الطبري الهراس الشافعي " اذا جالت فرسان الأحاديث في ميادين الكفاح طارت رؤوس المقاييس في مهب الرياح"[2] .

أما التمسك بخبر" النهي عن بيع وشرط " فهو ضعيف لا يحتج به ولا يصح في هذا المقام ، فلم يبق الا الأخذ بجواز الشروط الجعلية في عقود المعاملات اما من المقررات الشرعية و المبادئ العامة في الشريعة والمجيزة للاشتراط أو النصوص الثابتة في الاشتراط ، أو تطبيق المبدأين معا في جواز الشروط والعقود ، ولذلك قال ابن الأثير في " جامع الأصول" بعد أن ذكر مختلف روايات حديث جابر وبيعه لجمله واشتراطه ركوبه قال " والمراد من ذكر هذا الحديث بطوله ذكر الاشتراط في البيع ، ولأجل ذلك أخرجوه ، ولهذا السبب لم يخرج منه الترمذي وأبو داود الا ذكر الاشتراط في البيع وهذا لفظ الترمذي " ان جابرا باع من النبي صلى الله عليه وسلم بعيرا واشترط ظهره الى المدينة " ولفظ ابي داود " واشترطت حملانه الى أهلي" وحيث كان المقصود من الحديث ذكر الاشتراط وهو متفق عليه بين البخاري ومسلم والترمذي وأبي داود علمنا عليهم علاماتهم الأربع"[3] ، وهذا فهم جيد وسديد لمرامي الحديث في الاحتجاج بصحة الشروط الجعلية الصحيحة ، وان المحدثين يرون جوازها ووجوب الوفاء بها اذا اتفق عليها المتعاقدان ، ولم تكن مخالفة للشرع وأحكامه ، فيجب الوفاء بها وهذا حجة داحضة على المانعين .

1) ابن تيمية / مجموع الفتاوي /ج 29 ص 160 . وابن القيم / المرجع السابق .
2) الحجوي / الفكر السامي / ج 2 ص 333 .
3) ابن الأثير / جامع الأصول / ج 1 ص 434- 435 .

ثالثا : شبه المانعين للشروط الجعلية في العقود : الى جانب الأسباب السابقة التي دفعت مانعي الشروط الجعلية هناك شبهة قوية عززت العوامل السابقة وقوت القول بعدم صحة الشروط وهذه الشبهة هي : ان الشروط الجعلية تقيد المشترط عليه وتوجب عليه مالم يكن واجبا ، حيث أن كلا من المتعاقدين يوجب على صاحبه بالشرط مالم يكن واجبا أو يحرم عليه مالم يكن حراما أو تقيده بما لم يقيده به الشرع " وهذا المعنى هو الذي أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط وقال لأنها اما أن تبيح حراما أو تحلل حلالا أو توجب ساقطا أو تسقط واجبا ، وذلك لا يجوز الا باذن الشارع ، وقد وردت الشبهة عن بعض الناس حتى توهم أن هذا الحديث متناقض ، بل كل ماكان حراما بدون الشرط فالشرط لا يبيحه كالربا ، والوطء في ملك الغير ، وكثبوت الولاء لغير المعتق ، فان الله حرم الوطء الا في ملك النكاح ، أو ملك يمين[1] " . وهذه الشبهة التي دفعت بابن حزم الى القول " ولا يخلو كل شرط اشترط في بيع وغيره من أحد ثلاثة أوجه لا رابع لها : أما اباحة مالم يجب في العقد واما ايجاب عمل وأما المنع من عمل ..."[2] . ودفعت بغيره من الفقهاء في المذاهب الفقهية الأخرى الى القول " كل شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه يفسد العقد كشرط ألا يبيع ولا يهب أو شرط أن يعتق أو شرط سكنى الدار أو خياطة الثوب المبيع أو تقصيره أو غير ذلك من الشروط ، فالبيع في كل ذلك فاسد لأن فيه زيادة منفعة مشروطة تكون ربا ، ولأنه لا يقابل الزيادة عوض في البيع[3] " . وعللها المالكية تعليلا آخر فقالوا" والشرط المؤثر جهالة في الثمن .. أن يشترط البائع على المشتري الا يبيع ولا يهب المبيع فنفس الشروط وهو كون المشتري يتمسك بما اشترى ولا يهبه أو يبيعه جائزا له ، واشترط الدخول عليه ممنوع لأنه يؤثر في الثمن جهلا اذ البيع على هذا الوجه لا يخلو عن نقص في الثمن غالبا لو لم يكن ذلك الشرط ومقدار ما انتقص من الثمن لأجل الشرط المذكور مجهول وفيه علة أخرى للمنع وهي : كون ذلك المؤثر من باب اشتراط ما يوجب الحكم خلافه وهو جواز تصرف المشتري فيما اشتراه على أي وجه شاء فالتحجير عليه شرط مناقض لمقتضى العقد فيفسد[4]

---

1) مجموع فتاوي ابن تيمية /ص148 . وأحمد الندوى /القواعد الفقهية/ص 218 .
2) المحلي /لابن حزم /ج 8 ص 415 . وأحكام الأحكام /ص 592- 598 .
3) 4) في المذهب الحنفي / فتح القدير/ج 6 ص 441 . والبدائع /ج 5 ص 169 . والعناية ج 6 ص 430 . وخزانة الفقه وعيون المسائل /ج 2 ص 135 . والمبسوط /ج 13 ص13- 14

فهذه الشبهة أدت بهم الى الاتفاق على أصل المنع ، واعتبار الشروط والعقود محظورة حتى يرد النص بالتحليل والجواز وان كانوا يختلفون في مدى المنع والحظر ، فالظاهرية وفق أصولهم منعوا كل شرط أيا كان مالم يرد به نص ، وغيرهم اختلفوا في مدى المنع والحضر ، ثم عللوا هذا المنع بانعدام العوض أو الربا أو غير ذلك من أسباب وعلل ذكروها وان كانت تعود كلها الى فكرة " مقتضى العقد " . فان الأحناف أجازوا الشروط التي جرى بها العرف استحسانا وتخفيفا من شدة القياس وخروجا على أصل المنع ومقتضى القياس ولكنهم لم يتقدموا كثيرا في اباحة الشروط الا بقدر الضرورة العرفية التي جرت وتعاملت بالشروط والعقود وغيرهم توسعوا أكثر لوجود النصوص الشرعية المبيحة للشروط كما هو الحال عند المالكية وباقي الحنابلة الذين أجازوا شروطا كثيرة لم يجزها

= وفي المالكية /التحفة شرح البهجة /ج 2 ص 7 . والمنتقى شرح الموطأ / ج 4 ص 211 . والمعيار /ج 5 ص 256 . وج 6 ص 60 ، 241 . وحاشية العدوي /ج 3 ص 65 . ومبارة الفاس /ج 1 ص 280 . ودليل السالك /ص 104 . ومواهب الجليل /ج 4 ص 272 وبهامشه الاكليل ، وأصول الفتيا على مذهب مالك /ص 123 . وحاشية الدردير على مختصر خليل / ج 2 ص 30 . وعارضة الاحوذي شرح الترمذي /ج 3 ص243 . وأحكام القرآن / لابن العربي / ج 1 ص 96 . والقوانين الفقهية / لابن حزم /ص 223 . وفتح العلي المالك /ج 2 ص 93 . وأحكام الأحكام على تحفة الحكام /ص 146 . والبيان والتحصيل /ج 7 ص 239 . والمختصر من المختصر /ج 1 ص 347 . وفي المذهب الشافعي /ابي اسحاق الفيروز بادي الشيرازي/ المهذب . والتنبيه في الفقه الشافعي /ص38 . ونهاية المحتاج /ج 2 ص 30 . اعانة الطالبين على حل ألفاظ الفتح المعين /ج 3 ص 24 . وحاشيتان /ج 2 ص 175 . وزاد المحتاج /ج 2 ص 43 . ومسلم شرح النووي /ج 11 ص 30 . وعمدة القارئ شرح البخاري / ج 11 ص 287 . وفيض الباري على صحيح البخاري /ص 406 . والقسطلاني /ج 6 ص 69 . والأشباه والنظائر /ص 453 . وشرح السنة للبغوي /ج 8 ص 150 . وطرح التثريب/ج 6 ص 58 . وفي فقه الحنابلة / الروض المربع /ج 2 ص 170 . والكافي /فقه أحمد بن حنبل/ ج 2 ص 37 . والكافي في فقه أهل المدينة / لابن عبد البر المالكي /ج 2 ص 721 . وهناك مراجع عامة هي : تاريخ الفقه الاسلامي / الملكية ونظرية العقد / بدران / ص 414 . وأحمد فراج حسين /الملكية ونظرية العقد /ص 157 . ومصطفى سعيد الخن/ أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء /ص 366 . ومحمد سلام مدكور /المدخل / ص638 . ورحمة الأمة في اختلاف الأئمة /ص 171 . وعدنان التركماني /ضوابط العقد في الفقه الاسلامي /ص 242 . وفتحي الدريني /الفقه الاسلامي المقارن /ص 486 . ووهبة الزحيلي/ الفقه الاسلامي وأدلته/ج 4 ص 84 . وعبد الرحمن الجزيري /الفقه على المذاهب الأربعة /ج 2 ص 266 . وعبد الله الطيار/ خيار المجلس والعيب في الفقه الاسلامي /ص 34 . وابن دقيق العيد/أحكام الأحكام/ج 2 ص 143 . ونشأة الدريني /عقود المعاملات المالية /ص30 . وصبحي المحمصاني / تراث الخلفاء الراشدين/ص359 . وعبد المجيد السلماني/ الأسئلة والأجوبة الفقهية /ص 40 .

الحنفية ويمكن الرد على منع هؤلاء المانعين للشروط جميعا والذين يجمعهم أصل الحظر في الشروط والعقود ، واضطربت أقوالهم وأعمالهم أمام النصوص الشرعية :

أولا : من حيث ان الاشتراط يبيح ما لايبيحه العقد . فهذا الاعتراض يزول لأن الشرع نفسه جعل الشروط والعقود أسبابا تنتج آثارا أو أحكاما لا يوجبها العقد وحده " لأن ماكان مباحا فالشرط يوجبه كالزيادة في المهر والثمن والرهن ، فاذا شرطه صار واجبا بالشرط ، واذا وجب فقد حرمت المطالبة التي كانت حلالا بدونه لأن المطالبة لم تكن مع عدم الشرط فالشارع لم يبح مطالبة المدين مطلقا فما كان حلالا وحراما مطلقا فالشرط لا يغيره .

ثانيا : ان الشروط من الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم ، حتى يقوم الدليل على التحريم " فليس في الشرع مايدل على تحريم جنس العقود والشروط الا ماثبت بعينه ، وانتفاء دليل التحريم يدل على الاباحة ، فيثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم ، فيكون فعل العقود والشروط اما حلالا واما عفوا ... فعلم ان العقود والعهود يجب الوفاء بها مالم تكن محرمة ، فاذا حرمنا الشروط والعقود التي تجري بين الناس في معاملاتهم من غير دليل شرعي كنا محرمين لما لم يحرمه الله تعالى في شرعه "[1] .

ثالثا : ان الأصل في العقود والشروط هو رضا المتعاقدين واتفاقهما ، وان موجب هذه العقود والشروط هو ما أوجبه المتعاقدان على أنفسهما بالتراضي والتراضي هو أصل حل تداول وامتلاك أموال الغير ، والزامه بمالم يجب عليه شرعا ، بل وجب عليه بارادته ورضاه ، وقبوله للاشتراط والتعاقد كما قال تعالى في تداول الأموال التجارية " الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وتشاور " وقال في حل المال بالتراضي " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا " . فلم يشترط في انتقال الأموال بين الناس أو بين الزوجين وغيرهم الا التراضي بين الطرفين المتعاقدين ، وكذلك الاشتراط والتعاقد يصح بالتراضي مالم يخالف الحكم الشرعي ، وقد سئل ابن تيمية هذه الأمور فقال " ان الأحكام الثابتة بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع

---

1) فتاوي ابن تيمية / ص150 . اعلام الموقعين/ ابن القيم/ ج 1 ص349 . وابن حزم / الأحكام / ص625 .

وملك البضع التابت بالنكاح لعين الهبة الا سبب ـ اسباب ملك الاحتام ـ والشارع أثبت الاحتام للبيوت سببه ما "[1]. كما أن "ما ثبت في الامـلاك بالعقود الأصل فيها الحل"[2].

رابعا : ان الشروط لا تنافي مقتضى العقد ، رغم أنها زائدة عن أصل العقد فلا يمكن أن تبطل الشروط الا بالدليل الشرعي ، وانما الذي جعل المبطلين للشروط يقولون ببطلانها هو تصورهم أنها تخالف الأحكام الشرعية وانها تشبه النسخ وقد قال ابن تيمية " وانما توهم البعض ان رفع الحقوق بالعقود والفسوخ مثل نسخ الأحكام ، وليس كذلك فان الحكم المطلق لا يزيله الا الذي أثبته وهو الشارع لا مجرد الشرط والعقد فهو قاصر .

خامسا : ان الوفاء بالشروط يجب بالشرع والعقل ، حيث ثبت أن الشروط لا تخالف الشرع فيجب الوفاء بها ، اما بالاستناد الى مطلق النص عند المحدثين أو بالعقل عند القائلين بالوجوب العقلي فاذا " ظهر ان العقود لا يحرم منها شيئا الا ما حرمه الشارع ، فانما يجب الوفاء بها ، لأن الشارع أوجب الوفاء بها مطلقا الا ما خصه الدليل على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل بن العقلاء جميعهم وقد أدخلها في الواجبات العقلية من يقول بالوجوب العقلي ففعلها ابتداء ، لا يحرم الا بتحريم الشارع ، والوفاء بها وجب لا يجاب الشارع والايجاب العقلي أيضا"[3].

ومن ثم فلا يمكن القول الا بصحة الشروط الجعلية في عقود المعاملات ، وان الوفاء بها ووجوب الوفاء موافق للنصوص الشرعية ولا يخالفها .

---

1) 2) 3) مجموع فتاوي ابن تيمية /ص 156 . والطاهر بن عاشور/ مقاصد الشريعة / ص 8 - 10 . والابهاج شرح المنهاج / ص 62 . وأصول الشاشي /ص 142 . ونظرية الحكم /ص 23 . ونظرية الاباحة لسلام مدكور /ص22- 24 ، فيما يخص حسن الأفعال وقبحها . وتنقيح الفصول /ص 88 . وأصول السرخسي / ج 1 ص 60 .

المبحث الرابع : أقسام الشروط الجعلية عند الاصوليين والفقهاء :

لقد قسم كل من الأصوليين والفقهاء الشروط الجعلية في عقود المعاملات تقسيمات مختلفة ومتعددة حسب منهج كل فريق ، فالأصوليون يهتمون بالأدلة الشرعية ومصادرها وقصدوا أن تكون هذه الأدلة قطعية " فلما دونوها وجمعوها الغوا التقصي فيها نادرا ندرة كادت تذهب باعتباره في عداد مسائل الأصول "[1] . ومع هذا فإن الفقهاء اعتبروا الأصول مصادرا وأسسا تبنى عليها القواعد الفقهية ، رغم أن دراسة الأصول دراسة أصلية لها منهج ، وتقسيم خاص في البحث بينما الفقهاء يهتمون بالأحكام الشرعية والقواعد الفقهية الفرعية والقضايا الجزئية ومحاولة ايجاد أحكام كلية تجمع شتات هذه الأجزاء ، فكان منهج الدراسة والبحث والتقسيم يختلف عند الفقهاء عما عند الأصوليين ، وان كانت هناك نقاط التماس واشتراك تجمع الطرفين وعندها يلتقون ، ولكن يظل موضوع الفقه يختلف كثيرا عن موضوع الأصول ولكل خصائص ومزايا وسمات تميزه عن الآخر ، ومن هنا كان بحث الشروط الجعلية وتقسيمها مختلف عند الطرفين ، حيث لم يهتم به الأصوليون الا بمقدار مايتصل بأصولهم في الأحكام التكليفية بينما أوسعه الفقهاء بحثا وتقسيما ، ودققوا مسائله الكثيرة ، ولذا لابد من بحث أقسام الشروط الجعلية عند كل على حدة .

المطلب الأول : أقسام الشروط الجعلية عند الأصوليين :

يقسم الأصوليون الشروط الجعلية تقسيمات متنوعة اما بالنظر الى اتصال الشروط بالحكم التكليفي أو بالنظر الى السبب أو بالنظر الى مصدر الشروط ، وفي هذا البحث تقتصر على القسم الأخير وهو الذي يهم الدراسة وموضوع البحث ، ولذا نكتفي بايرادة وذكره وحده .

فتقسم الشروط الى شروط شرعية وجعلية بالنظر الى مصدر الشروط، فالشرعية ما كانت باشتراط الشرع ، والجعلية هي مايشترطه أحد المتعاقدين في عقده مع الغير ، أو " هي الشروط التي أباحها الشارع للمتعاقدين ان يشترطوها في العقود لتترتب أحكامها عليها

---

1) الطاهر بن عاشور /مقاصد الشريعة / ص 8 .

وهي شروط تثبت لتحقق الأحكام التي نيطت بالعقود فهي شروط في أحكام وضعية "[1] . فهم اذا يقصدون بها الشروط التي يشترطها أحد المتعاقدين على الأخر في أي عقد يتم بين المتعاقدين كعقود البيع أو الايجار أو الزواج أو غير ذلك ، حيث يباح شرعا لأحدهما أن يشترط على الآخر مايحقق له مصلحته ومنافعه بشرط عدم مخالفة الشرع وأحكامه ولذا فان الأصوليين اقتصروا على تعريف الشروط الجعلية دون تقسيمها واكتفوا بتقسيم الشروط عموما الجعلية وغيرها .

المطلب الثاني : أقسام الشروط الجعلية وحكمها عند الفقهاء .

لقد اختلف الفقهاء في تقسيم الشروط الجعلية في عقود المعاملات الشرعية و حكم هذه الشروط من الناحية الشرعية ، ومدى الالتزام بها في العقود ووجوب الوفاء ، وليس هناك ضابط معين لقبول ورفض الشروط الجعلية في مختلف العقود حتى في المذهب الواحد " وليس كل مذهب من هذه المذاهب على وفاق مع غيرهم بل يختلفون فيما بينهم فبينما

---

1)محمد سلام مدكور/أصول الفقه/ ص 56 . أقسام الشروط . ومحمد أبو زهرة/ أصول الفقه /ص 60- 62 . والزحيلي /الوسيط في أصول الفقه / ص 103 . وبدران أبو العينين/ أصول الفقه /ص 399 . والشاطبي / الموافقات في أصول الفقه /ص 266 ج 1 .وعبد العزيز عبد الرحمن /السبب عند الأصوليين /ج 2 ص 32 . ومحمد الحضري / أصول الفقه/ص 59- 63 . وابن اللحام / المختصر في أصول الفقه /ص 66 . وجلال الدين الخباني /المغني في أصول الفقه / ص 345 . وعبد العزيز السعيد / ابن قدامة وآثاره الأصولية /ص 57 . وموفق الدين المقدس /روضة الناظر وجنة المناظر/ ص 228 . والأمدي / الأحكام في أصول الأحكام /ج 1 ص 130 . وعزالدين بن عبد السلام / قواعد الأحكام في مصالح الأنام /ج 2 ص 100 . ابن حزم / الأحكام في أصول الأحكام /ص 593 . والقرافي / شرح تنقيح الفصول / ص 67 . والسبكي / الابهاج شرح المنهاج / ص 43 . وأصول الشاشي /ص 362 . وأحمد الحصري / نظرية الحكم ومصادره /ص 30 . ومحمد الحصري / تاريخ التشريع الاسلامي /ص 18 . وحكم التشريع الاسلامي / ج 1 ص 15 . وتخريج الأصول على الفروع /ص 34 . ومحمد ابراهيم / الحيل الفقهية /ص 12 . والهادي كرو/ أصول التشريع الاسلامي /ص13 . وأصول السرخسي /ج 1 ص 60 . والموسوعة الفقهية الكويتية / ج 4 ص 304 . باب (الاشتراط) وابن نجيم /الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة / ص 30 . وعلي أحمد الندوى /القواعد الفقهية /ص 300 . وأحمد الزرقاء /شرح القواعد الفقهية / ص 351 . ومجلة الاحكام العدلية /ص 12 . وقد نالت " من الأمور المسلمة لدى الفقهاء رعاية الشرط بقدر الامكان /ونصت في المادة 43 على " ان المعروف عرفا كالمشروط شرطا " وفي المادة 83 " يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان" / والمادة 186 189 . حيث تكلمت على أقسام الشروط وأنواعها مايصح منها وما يبطل .

بعضهم يعد شرطا من الشروط شرطا صحيحا ، ترى البعض الآخر يعده شرطا غير صحيح ، وبينما بعضهم يجعل العقد نتيجة شرط معين شرط فيه عقدا فاسدا أو باطلا ترى البعض الآخر يجعله ، مع هذا الشرط عقدا صحيحا ويلغي الشرط وحده[1] ، ولكن هذا التباين الفقهي لا يمنع من القول ان المحدثين والحنابلة وخاصة ابن تيمية وابن القيم بعض المالكية وغيرهم من الفقهاء كابن المنذر من الشافعية ومحمد بن الحسن الحنفي يجيزون الشروط ويصححون العقود المشروط فيها بعض الشروط غير المخالفة للشرع ، ولم يرد نص بخصوصها ، ورغم هذا التباين والاختلاف فقد اجتهد كثير من الأصوليين والفقهاء لوضع معايير معينة على أساسها يتم تصحيح العقود وقبول الشروط ،وان صرحوا في نهاية المطاف انها لا تنضبط ، ولا تستقيم دائما وهذه المعايير هي :[1]

أ ـ **معيار الشروط المكملة لحكمة العقد** : ووفق هذا المعيار تكون الشروط صحيحة والعقود واجبة الوفاء ملزمة لأطرافها ، حيث ان العقد ابرم لتحقيق منافع وشرع لايجاد مصالح معينة للمتعاقدين ، فاذا كانت الشروط الجعلية ، والمشروطة في العقد مكملة لمشروعية العقد ، ومحققة لمقاصده كانت شروطا صحيحة يجب الوفاء بها كاشتراط الضمان والرهن والكفيل والأجل ، في عقود البيع والايجار أو الكفاءة في الزواج ، وغير هذا من الشروط المكملة لحكمة العقد حيث يجب الوفاء بها واشتراطها يصح في العقود ، ويقاس على هذه الشروط امثالها في مختلف العقود .

ب ـ **معيار الشروط المنافية للعقد** : ومقتضى هذا الضابط أو المعيار ان كل شرط من الشروط الجعلية في عقود المعاملات يكون باطلا اذا كان شرطا مخالفا لمقتضى العقد ومنافيا له أو لا يلائم المقصود من العقد

---

1) بداية المجتهد /لابن رشد /ج 2 ص 120 . والباجي / شرح الموطأ /ج 4 ص211 . ومقدمات ابن رشد /ص542 . وأبوزهرة / نظرية العقد /ص237 . وشرح قانون الوصية /ص43 . وأحكام الأحكام /لابن دقيق العيد /ج 2 ص 143 . ومصطفى الزرقاء / المدخل الفقهي العام /ج 2 ص 461- 511 . واعلام الموقعين /ابن القيم /ج 3 ص101 . والمحلى ، والأحكام في أصول الاحكام لابن حزم /ص625 . وعلي الخفيف/ الكفالة /ص 43 . وأحكام المعاملات /ص83- 94 . ومناع خليفة / المزارعة والمساقاة في الشريعة الاسلامية /ص 208- 114 . وولي الله الدهلوي حجة الله البالغة /ج 2 ص 109 . وزكي الدين شعبان / الشروط الشائعة /ص 327 ،مقالة بمجلة القانون والاقتصاد المصرية / العددان 1 ، 2 سنة 1955 . وبدران / بيان النصوص التشريعية /ص 208- 114 .

كما لو اشترط البائع في عقد البيع ان المشتري لا يبيع المبيع ولا يهبه ولا ينتفع به أو لا يتصرف فيه أي تصرف أيا كان نوع هذا التصرف ، وغير ذلك من الشروط المنافية لمقتضى العقد ولمقاصد الشريعة من اباحة العقود والتصرفات الشرعية ، فيكون حكم هذه الشروط المخالفة لمقتضى العقد هو البطلان ، وعدم الصحة ، ومن هذه الشروط اشتراط الزوجة في عقد الزواج عند بعض الفقهاء الا يتزوج عليها أو أن كل امرأة يتزوجها تكون طالقا أو تشترط تطليق نفسها منه اذا أراد الزواج عليها دون رضاها ومن الشروط المنافية باتفاقهم اشتراطها لا تستقر في البيت أو الا تطيعه أو أن لا يأتيها الا ليلا أو نهارا أو مرة كل شهر أو متى أحبت ورغبت في الوطء ، أو أن يبرئ الزوج اعفاؤه من المهر أو النفقة أو أن تنفق عليه الزوجة ... الخ . وغير هذا من الشروط الكثيرة المخالفة لمقتضى العقد أو للشرع كشرط أن يطلق زوجته السابقة ليتزوج اللاحقة .

فحكم هذه الشروط المخالفة للعقد أو الشرع عند جمهور الفقهاء هو بطلان هذه الشروط مع صحة العقد ، حيث يقتصر البطلان على الشرط الفاسد وحده دون العقد . وفي الحقيقة فان هذه الشروط المخالفة لمقتضى العقد لا يمكن أن تعد بالمعيار العلمي الصحيح شروطا جعلية اذ تعد شروطا باطلة لا يصح اشتراطها ولا يجوز ، ولو شرطت تكون باطلة بقوة الشرع ، ولا يمكن أن تنفذ بل يستحيل تنفيذها شرعا لأن اشتراطها يعد اثما وعدوانا وظلما لا يجوز ، فكيف تدخل ضمن الشروط الجعلية في العقود والتصرفات والمعاملات الشرعية ؟ وتصنف فيها ؟ . بينما الأصل في الشروط الجعلية انها التزامات زائدة عن اصل العقد يدرجها أحد الطرفين أو كلاهما في العقد ليحقق بها مصالحه التي لا تتحقق بمجرد ابرام العقد ولذا قال بعض الفقهاء عن الشروط الجعلية انها شروط زائدة عن مقتضى العقد ، حيث تلزم بالاتفاق والرضا بها في العقد ، وهذا ما يجعل شروط مقتضى العقد وتلك المخالفة بمقتضى العقد شروطا مخالفة ، وغاية الأمر للشروط الجعلية التي لا تلزم شرعا ولو تم الاتفاق عليها في العقد اذ تعد شروطا باطلة لا يجب الوفاء بها .

جـ ـ **معيار الشروط المختلف فيها بين الفقهاء:** وهذه الشروط ليست مخالفة للعقد ولا منافية لمقتضاه ، ولا ملائمة له ولا يوجبها العقد نفسه

بذاته ، وقد يكون في اشتراطها مصلحة لأحد المتعاقدين أو للغير " كأن يشترط ستر الرأس أو ركوب الدابة أو خدمة الغلام المبيع ، أو ثوبا ويشترط لبسه أو نقل المبيع ، أو حفظه لمدة معينة "[1] . أو تصليح السيارة أو الجهاز اذا أصابه خلل أو أن يتحمل البائع نفقات تسجيل المبيع أو حمله الى مكان التسليم ، أو غير هذا من الشروط الكثيرة فهل تصح هذه الشروط أم تبطل وهل هذا البطلان يسري على العقد أم يقتصر على الشرط فقط، و هل كل الشروط في البطلان سواء ؟ أم هناك شروط تصح وأخرى تبطل ؟ .

لقد اختلف الفقهاء في صحة هذه الشروط وأقسامها وأحكامها اختلافا بينا بالرغم من أن الأصل " في العقود رضا المتعاقدين وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد "[2] ؛ فقد كانت الأقوال متضاربة حتى في المذهب الواحد .

أولا : أقسام الشروط الجعلية عند الأحناف[3] : يقسم فقهاء الحنفية الشروط الجعلية في عقود المعاملات الى أقسام ثلاثة هي : الشروط الصحيحة ، والشروط الباطلة ، والشروط الفاسدة ، وكل قسم فيه أنواع :

1) **الشروط الصحيحة** : وهذه الشروط يجب الوفاء بها ويصح أن تشترط في العقود " كما اذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع أو اشترط البائع تملك الثمن أو شرط البائع حبس المبيع حتى يتسلم الثمن أواشترى على شرط أن يسلم المبيع أو الجارية على شرط أن تخدمه ، أو الدابة على شرط أن يركبها أو ثوبا على شرط أن يلبسه ... ونحو ذلك لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط "[4] ، ولأن العقود نفسها تقتضي هذه الشروط وتلائمها أو أن الشرع أجاز هذه الشروط وأوجب الوفاء

---

1) بدائع الصنائع/للكاساني /ج 5 ص 171 . والجزيري / الفقه على المذاهب الأربعة/ج 2 ص 226 . وهبة الزحيلي /ج 4 ص 84 . سلام مدكور / المدخل / ص 648 .

2) القواعد الفقهية/أحمد الندوي /ص 218 . وابن نجيم /الأشباه والنظائر/ ص 210 .

3) 4) المبسوط /ج 13 ص 13 . وأحمد الزرقاء /شرح القواعد الفقهية /ص351- 355 . ومحمود العيني / البناية شرح الهداية/ج 6 ص 424 . وعمدة القارئ شرح صحيح البخاري/ ج 11 ص 287- 289 . واللباب في الجمع بين السنة والكتاب/ج 2 ص 514 . واللباب في شرح الكتاب/ج 1 ص 252 . فتح القدير / لابن الهمام /ج 6 ص 441 . وحاشية ابن عابدين ج 4 ص 590 .

بهـا أو أن العـرف جـرى بهـا وتعارفهـا النـاس بينهـم في معاملاتهـم فيصـح اشتراطهـا ، ولذا قسم الحنفية هـذه الشـروط الى أربعـة أنـواع هي :

أ ـ شروط يقتضيهـا العقـد : وهـذه الشـروط تترتـب على العقـد بمجرد اتمـام التعاقـد واتفـاق الطرفـين ، وتعـد أثـرا من آثـار العقـد ، وحكمـا مـن أحكامـه سـواء شرطـت أم لم تشـرط فهـي واجبـة بالعقـد نفسـه من غير حاجـة للاشـتراط ودون أن تذكر في التعاقـد ، كدفـع الثمـن وتسليـم المبيـع ، وضمـان العيـوب الخفيـة ، والتعـرض ، والاستحقـاق وغير ذلـك من شـروط مقتضى عقـد البيـع ، واشـتراط النفقـة على الـزوج في عقد الزواج ، ودفـع المهـر ، وحسـن العشـرة الزوجيـة والامسـاك بالمعـروف أو اشـتراط حسـن تبعـل الزوجـة وطاعتهـا لزوجهـا وغير ذلك من الشـروط التي يقتضيهـا عقد الزواج وتجـب بمجـرد التعاقـد والاتفـاق . وحكم هـذه الشـروط هـو الوجـوب ولزوم الوفـاء بها بمجـرد ابرام العقـد . ولكن تسميـة هـذه الأمـور شروطـا لا يستقيم فقهيـا وشرعيـا مادام العقـد أو الشـرع نفسـه يوجب الوفـاء بهـذه الشـروط بمجـرد الاتفـاق على العقـد وابرامـه والحنفيـة أنفسهـم يقـررون أن اشـتراط هـذه الأمـور أو عـدم اشتراطهـا لا يغير من حقيقـة وجوبهـا فكيـف نقـول عنهـا بعـد ذلك أنهـا شـروط جعليـة يجب الوفـاء بهـا ويصح اشتراطهـا وأنهـا المقصـودة بالنص الشـرعي " أحق الشـروط أن توفوا به ما استحللتم به الفـروج "(1) وان الشـروط الزائـدة على مقتضى العقد شروطـا فاسـدة لا يجب الوفـاء بها لأنهـا مخالفـة لمقتضـى العقـد ؟ فما قيمة اشتراط هـذا المقتضى ؟ وما الداعي لاشتراطهـا وذكرهـا في العقـد ما دامت من مقتضـاه ؟ .

ب ـ **الشـروط الملائمة للعقـد** : وهـذا النـوع من الشـروط لا يجـب بمجـرد التعاقـد حيث ان العقـد لا يقتضيهـا ، واشتراطهـا لا ينافي مقتضى العقد ولكن الاشـتراط يؤكـد هـذا المقتضـى ، ويلائمـه كاشـتراط الكفيـل أو تقديـم رهـن في حالـة تأجيـل الثمن في عقد البيـع أو غيره من عقـود المعاملات، وهـذه الشـروط صحيحـة عند فقهـاء المذهب الحنفي يجب الوفـاء بها ويصح اشتراطهـا

---

1) صحيح البخاري/ج 3 ص 175 ومسلم /ج 4 ص 140 . سنن ابن ماجة/ج 1 ص628 . وأبو داود /ج 2 ص644 . والسنن الكبرى/للبيهقي/ج 7 ص248 . وشروح البخاري ومسلم وشروح السنن كعارضة ابن العربي، وتحفة الاحوذي، وشروط الاحناف الشرعية مذكورة في الحديث الصحيح في هذه المراجع. والمجلة /ص 12- 26 - 30 . وقد أجازت كثيرا من الشروط .

في العقد .

جـ ـ الشروط الشرعية : وهذا النوع من الشروط وردت في النصوص الشرعية وثبتت بالنص عند المذهب الحنفي وهي لا تلائم العقد ولا يقتضيها ولكن الشرع ورد بها كشرط الخيار لمدة ثلاثة أيام ، وخيار المجلس، وتاجيل الثمن الى مدة معينة وغير ذلك من الشروط التي جاءت صراحة في النصوص الشرعية .

د ـ الشرط العرفي : وهذا النوع من الشروط يكون صحيحا وفق الاستحسان حيث جرى التعامل فيه بين الناس ورضوا بهذا الاشتراط ولكن القياس يقتضي بطلان هذا الشرط . وقال الكاساني في بدائعه "ولو اشترى شيئا بشرط أن يوفيه البائع في منزله ، فهذا لا يخلوا اما أن يكون المشتري والبائع في منزلهما في المصر ، واما أن يكون أحدهما في المصر والآخر خارج المصر ، فاذا كان كلاهما في المصر فالبيع بهذا الشرط جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا ... وعند محمد هذا البيع بهذا الشرط فاسد وهو القياس لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يوجبه وفيه منفعة للمشتري ، فأشبه مالو اشترى بشرط الحمل الى منزله أو بشرط الابقاء في منزله واحدهما في المصر والآخر خارج المصر ولهما أن البيع بهذا الشرط تعامل فيه الناس اذا كان المشتري في المصر فتركنا القياس لتعامل الناس ، ولا تعامل فيما اذا لم يكونا في المصر، ولا في شرط الحمل الى المنزل ، فعملنا بالقياس فيه"[1] .

ومعنى هذا ان عرف الناس اذا جرى بالتعامل في بعض الشروط صحت هذه استحسانا وجاز الوفاء بهذا ، مثل شرط اصلاح المبيع على البائع ، كما في الأجهزة الصناعية أو حمل المبيع الى الدار وتسليمه للمشتري في منزله أو خياطة الملابس واشتراط مواصفات معينة في المبيع فهذه الشروط جرى فيها التعامل بين الناس وابطالها فيه تشديد واحراج وتضييق فترك القياس ، الذي كان يقتضي بطلان هذه الشروط والعقود ولكن الاستحسان وسيلة من وسائل تخفيف وطأة القياس ،ولكن بعض الشروط تصح وبعضها لايصح ويبطل البطلان يلاحقه وهذا ما حدى

---

1)الكاساني/ البدائع/ج5 ص 171 .وخزانة الفقه وعيون المسائل/ج2 ص 135. والعيني البناية شرح الهداية /ج6 ص 224 .ومبسوط السرخسي والفتاوي الهندية /ج 4 ص423.

بابن حزم وابن القيم أن يشددا النكير على هذا القياس الفاسد واضطراب الأقوال وعدم انتظامها في كل الشروط المتماثلة والمتشابهة بالرغم من أن النصوص الشرعية ذاتها تقتضي صحة هذه الشروط وتوجب الوفاء بها فقال ابن القيم " فوسعوا طرق الرأي والقياس وتالوا بقياس الشبه وعلقوا الاحكام بأوصاف لا يعلم ان الشارع علقها بها واستنبطوا عللا لا يعلم ان الشارع شرع الاحكام لأجلها ، ثم اضطرهم ذلك الى معارضة النصوص بالقياس فاضطربوا فتارة يقدمون النص وتارة القياس "[1] .

حكم الشروط الصحيحة : يجب الوفاء الشروط الصحيحة عند الحنفية لأن اشتراطها صار جزءا من العقد ، والاخلال بها يخول للمشترط حق الفسخ أو امضاء العقد .

2) **الشروط الباطلة** : وهذا القسم من الشروط مخالف لمقتضى العقد ولما يوجبه على المتعاقدين ، ولم يجر به عرف الناس ، ولم يرد في النصوص الشرعية وقد صوره السرخسي في مبسوطه فقال " وان لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والبيع صحيح ، نحو اذا ما اشترى دابة أو ثوبا بشرط ألا يبيع لأنه لا مطالب بهذا الشرط فانه لا منفعة فيه لأحد ، وكان لغوا والبيع صحيح[2] ، ثم علل البطلان فقال " لأن هذا الشرط ضرر على المشتري من حيث أنه يتعذر عليه التصرف في ملكه[3] ، وعلى هذا الأساس أبطلوا كل الشروط المخالفة لمقتضى العقد لأنها تحجير على المتعاقد ومنعه من حقوقه الشرعية في التصرف والانتفاع والتملك وغير ذلك فاشتراط الا يبيع ولا يهب أو عدم التصرف أو اشتراط البراءة من العيوب وعدم المسؤولية على العيوب الخفية أو اشتراط الخيار بأكثر من ثلاثة أيام أو شرط أن يستعمل المبيع في المعاصي أو اللهو ، أو أن تكون الجارية مغنية أو غير ذلك من الشروط المخالفة للشرع ومقاصده وأحكامه

---

1) ابن القيم / اعلام الموقعين / ج 1 ص 349 . وابن حزم / المحلى / ج 8 ص418 . والأحكام / ج 5 ص608 .
2) 3) المبسوط / ج 13ص 171 . البدائع / ج 5 ص 168 . السنهوري / مصادر الحق في الفقه الاسلامي / ج 3 ص101 . الكمال بن الهمام / فتح القدير / ج 6 ص 681 . وحاشية ابن عابدين ج 4 ص 590 . والفتاوى الهندية / ج 3 ص 130 وبهامشها (البزازية) / ج 4 ص 424 . وجمال زكي / قانون عقد البيع / ص 69 . وعقد البيع في القانون الكويتي / عباس الصراف / ص214 . وعدنان التركماني / ضوابط العقد / ص 219 . وأحمد فراج / الملكية ونظرية العقد / ص 207 . أثر اختلاف القواعد الأصولية / ص 366 .

أو لمقتضى العقد وآثاره فهي باطلة .

حكم الشروط الباطلة : وحكم الشروط الباطلة عند الحنفية هو بطلان هذه الشروط فقط مع صحة العقد ولزومه ، حيث أن البطلان يقتصر على الشرط دون العقد ، فهو لا يتأثر ببطلان الشرط فيكون صحيحا .

3) **الشروط الفاسدة :** وهذا القسم من الشروط لا يقتضيه العقد ولم يرد به نص شرعي ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وقد يجري العرف ببعض هذه الشروط فتصح بالاستحسان وتبطل بالقياس، كاشتراط البائع منفعة المبيع كسكنى الدار أو ركوب الدابة ، أو خياطة الثياب أو اشتراط نقل المبيع الى موطن المشتري ، أو أن يتحمل البائع نفقات نقل الملكية أو اشتراط مواصفات خاصة في المبيع ، ككون الدابة حاملا أو لبونا أو يشترط المشتري اصلاح المبيع على البائع ، أو أن تشترط الزوجة الا يتزوج عليها أو الا يخرجها من بلدها أو أن يكون صاحب حرفة معينة أو أن تكون الزوجة جميلة أو بكرا أو مثقفة ، أو اذا خرج أحد الشركاء في شركات الأموال الا يبيع نصيبه للغير ... الخ . وغير هذا من الشروط الزائدة على أصل العقد .

حكم الشروط الفاسدة : وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي في حكم الشروط الفاسدة في عقود المعاملات هل تصح أم تبطل ، وهل كل الشروط في البطلان سواء أم لا ؟ .

قال الكاساني " لو اشترى بشرط أن يسلم المبيع أو اشترى .. أو اشترى بشرط أن يوفيه في المنزل ، أو اشترى نعلا على أن يحذوه ، أو جرابا على أن يفرزه أو ينعل خفه ، فالقياس لا يجوز وهو قول زفر، وجه القياس ان هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين،" ولو اشترى جارية على انها بكرا أو طباخة أو خبازة أو غلاما على انه كاتب أو طباخا أو خياطا أو باع عبدا بألف درهم على أنها صحيحة أو جياد ، أو نقد بيت المال ، أو اشترى على أنها مؤجلة ، فالبيع جائز لأن المشروط صفة للمبيع"[1] .

---

1) الكاساني/ المرجع السابق/ج 5 ص 171- 172 . واللباب/ج 1 ص 519 . وحاشية ابن عابدين/ج 4 ص590 . وفتح القدير/ج 6 ص441 . والمجلة/ المواد من 43 الى 189 في الشروط.

فالبيع بهذا الشرط جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا وعند محمد البيع فاسد وهو القياس لأنه شرط لا يقتضيه العقد واذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهنا أو كفيلا ... فالبيع جائز استحسانا والقياس لا يجوز لأن الشرط المخالف لمقتضى العقد مفسد في الأصل والرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسدا الا أن استحسانا قلنا بالجواز ، فكان كل منهما مقرر لمقتضى العقد فاشبه اشتراط صفة الجودة.(1)

1) مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف : وفق قول الكاساني وغيره فهناك رأيان في المذهب الحنفي:

1) لأبي حنيفة وأبي يوسف وهما يجيزان الشروط الفاسدة استحسانا ، لأن "الناس تعاملوا بهذا الشرط في البيع كما تعاملوا بالاستصناع فقط القياس بتعامل الناس" ومعنى هذا ان الشروط الفاسدة تصح بتعامل الناس وتعودهم في عقودهم عليها ، وان كان القياس يقتضي بطلان الشروط الفاسدة في العقود ، الا أن الاستحسان يخفف من شدة وقوة القياس رفقا بالناس

2) مذهب زفر محمد بن الحسين وهذان الفقيهان يبطلان الشروط الفاسدة في عقود المعاملات فلا تصح وتكون باطلة لأن القياس يقتضي ان كل شرط مخالف لمقتضى العقد يكون باطلا ، ومن ثم فاشتراط صفة أو حمل المبيع أو اصلاحه أو غير ذلك من الشروط يكون باطلا ، ولا عبرة بتعامل الناس .

وليس هناك معيار معين ومحدد لمعرفة الشروط الصحيحة من الباطلة في حالة فساد الشروط الا عرف الناس وتعاملهم ، وهذا هو سبب انتقاد ابن القيم وابن حزم للأحناف ومن سلك سبيلهم في بطلان الشروط .

ونتيجة اختلاف أئمة المذهب الحنفي في صحة الشروط الفاسدة وأثر هذا الفساد على العقد ، اختلفت أقوال فقهاء "المذهب" الحنفي وان كانوا قد رجحوا بطلان الشروط الا انهم قسموا العقود الى قسمين : عقود المعاملات المالية وغير المالية ، فالعقود المالية كالبيع والايجار والصلح والشركة ... الخ . من العقود المالية اذا شرطت فيها الشروط

---

1) المرجع السابق .

الفاسدة ، فان هذه العقود تبطل بتلك الشروط ، على أساس أن الشرط الفاسد لا يقتضيه العقد ولأن " فيه زيادة عارية عن العوض ، فيؤدي الى الربا أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده ، الا أن يكون الشرط متعارفا لأن العرف قاض على القياس"[1] . أما العقود غير المالية كالزواج والكفالة والهبة والوقف ... الخ . فانها تصح اذا شرطت فيها الشروط الفاسدة ويقتصر البطلان على هذه الشروط وحدها مالم يتمسك بها صاحبها وجاء في الفتاوي البزازية " فالفاسد من الشروط يبطل العقد كالبيع والاجارة والصلح والقسمة"[2] "فالشروط الفاسدة تبطل العقود المالية وأما غير المالية فلا يبطلها " وعقد لا يتعلق بالجائز من الشروط ، فالفاسد من الشروط لا يبطله ، كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد ، والعتق عن مال"[2] .

الفرق بين الشروط الباطلة والفاسدة في المذهب الحنفي : هناك جملة فروق بين حكم الشرط الفاسد والشرط الباطل في المذهب الحنفي[3] :

أ ـ من حيث طبيعة الشرط : فان الشرط الفاسد ، شرط زائد على مقتضى العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين كأن يشترط وصف معين أو خصائص ومزايا في المبيع ، أو يشترط البائع منافع خاصة له من المبيع كأن ينتفع بالعين المبيعة مدة أو أن تكون هذه العين له بنفس الثمن ان أراد المشتري بيعها ، أو غير ذلك من الشروط التي تعود عليه بالمنفعة التي لا يقتضيها العقد ، وكذا اشتراط المشتري في المبيع أن يكون بصفات خاصة ، ككون الدابة لبونا أو قوية ، أو أن السلعة من انتاج معين أو شركة معينة أو غير ذلك من الشروط التي تعد عندهم شروطا فاسدة أصلا وقياسا الا أن جريان العرف بها يجعلها جائزة استحسانا . أما الشروط الباطلة فهي تخالف مقتضى العقد وتعد تحكما في أحد المتعاقدين كشرط

---

1) 2) الكاساني / البدائع / ص 170- 174 .

3) وهبة الزحيلي/ الفقه الاسلامي وأدلته/ج 4 ص 476- 473 . أحمد الزرقاء/ القواعد الفقهية /ص 183- 186 . ومصطفى شلبي / المدخل للفقه الاسلامي / ص 475- 480 . والسنهوري /مصادر الحق /ص101- 165 . وأبو زهرة / الملكية ونظرية العقد /ص245- 255 . والزرقاء / المدخل /ص 466- 496 . عدنان خالد التركماني / ضوابط العقد في الفقه الاسلامي /ص 227- 240 .

الا يبيع أو لا ينتفع بالمبيع أو لا يهبه وغير ذلك من المنع الذي يؤدي الى التحجير على المشتري وعدم تصرفه في المبيع الممتلك بالعقد الصحيح فيبطل الشرط ويصح العقد قياسا على حديث بريرة حيث أجاز النبي صلى الله عليه وسلم العتق ومنع اشتراط الولاء لمكاتبي بريرة .

ب ـ **من حيث الأثر المترتب على الشرط** : وهو أن الشرط الفاسد لغوا الا أن يتمسك به المشترط فيبطل العقد ويمتد البطلان الى العقد ، **وهو حكم** القياس الا أن العرف اذا جرى بين الناس على صحة التعامل فيبطل القياس ويجوز الشرط الفاسد استحسانا ، وهناك رأي آخر للأحناف يبطل الشرط الفاسد ولو جرى به العرف اعتمادا على القياس ببطلان الشروط المخالفة لمقتضى العقد . وأما الشرط الباطل فهو دائما باطل والبطلان يقتصر على الشرط دون العقد ، ولا يمكن أن يجوز الشرط الباطل بالاستحسان ، ولو جرى به العرف لأنه يعد خروجا على النصوص الشرعية فلا يصح أبدا .

تقدير الشروط في المذهب الحنفي : المذهب الحنفي مذهب رأي وقياس ولهذا فهو غني في مسألة الشروط ، حيث تعد متنوعة في هذا المذهب الا أن هذا التنوع فيه تضارب واختلاف نتيجة الأصول المعتمدة وهي الآثار والأخبار الضعيفة المعتمدة ، ولو أن الأحناف اتبعوا منهج المحدثين وحكموا منطق الحديث لكان لهم مسلك آخر واتجاه آخر ولذا فقد اختلطت مسألة الشروط على فقهاء الحنفية أشد الاختلاط حتى أنهم لم يستقم لهم منهج معين يسلكونه فكانوا كما قال عنهم ابن القيم " فتارة يقدمون القياس وتارة يقدمون النص وتارة يفرقون بين النص المشهور وغير المشهور "[1] ، وغير ذلك من السبل التي أعيت الأحناف واتعبتهم في ضبط منهج واضح فكان هذا الاضطراب وكان في وسعهم أن يعملوا بالحديث وتنتهي هذه البلبلة وقد أوصلهم القياس الى جواز الشروط المحرمة في الوقف كالترهب واقامة المشاهد والنصب وهذا خلاف الشرع وأمام صحة النص في الشروط الجعلية عملوا بفكرة الاستحسان والعرف لتلطيف قسوة القياس أو كما قالوا هم في الاستحسان " ترك القياس رفقا بالناس "[2] .

1) ابن القيم / المرجع السابق .
2) أصول الفقه/للسرخسي والشاشي وغيرهما ، في باب (الاستحسان) .

ثانيا : الشروط الجعلية في المذهب المالكي أقسامها وأحكامها : يقسم فقهاء المذهب المالكي الشروط الجعلية في عقود المعاملات الشرعية الى أقسام ثلاثة هي : الشروط الصحيحة ويصح معها العقد ، الشروط الباطلة ومعها يبطل العقد والشروط الفاسدة ، وهذه يبطل الشرط فقط، ويصح العقد

أولا : الشروط الصحيحة : ويسميها بعض فقهاء المذهب " بالشرط الحلال"[1] ، وهذه الشروط أنواع كثيرة هي :

1) **شروط يقتضيها العقد :** وهذا النوع من الشروط يجب بمقتضى العقد المبرم بين الطرفين المتعاقدين في أي تعامل أو تصرف عقدي بمجرد الاتفاق والتراضي تجب الشروط التي يقتضيها العقد ولو لم تشترط أو تذكر أثناء التعاقد ، ومن أمثلة هذه الشروط في عقد البيع مثلا : تسليم المبيع ، وضمان العيوب الخفية ، والاستحقاق،وضمان التعرض، وحق حبس المبيع حتى يتسلم الثمن ، وغير ذلك من الشروط وفي الزواج ، وجوب النفقة وحسن العشرة والمهر والطاعة الزوجية ... الخ . فهذه الشروط تترتب على العقد يبين الاتفاق وتلزم المتعاقدين ولو لم يرد ذكرها ، وفي تسميتها شروط جعلية تجوز من المالكية حيث لا يسمح أن تكون هذه الشروط جعلية لأنها آثار وأحكام شرعية تترتب على العقد ولو لم تذكر فكيف تعد بعد هذا شروطا جعلية يصح اشتراطها وهم يقولون يستوي اشتراطها وعدمه ؟! ، ولكن الذي حملهم على هذا هو منطق القياس واطراده وتحكمه في الفقهاء وحتى تستبعد الشروط الزائدة والتي يفرضها أحد الطرفين على الآخر في العقد المبرم بينهما ، الى جانب ضعف بعض الآثار المعتمدة فقهيا لابطال بعض الشروط ، فهذا كله أدى بهم الى حمل الأحاديث الصحيحة في الشروط على تلك الشروط التي يقتضيها العقد فقط وقالوا هذا " جمع للأحاديث

---

1) عمارة الناس على تحفة الحكام /ج 1 ص 280- 312 . مع حاشية الحسن بن رحال وأوجز المسالك على موطأ مالك/ج 11 ص 70- 90 . وعارضة الاحوذي / شرح الترمذي/ ج 5 ص 243 . وج 6 ص 19- 30 . وأحكام القرآن / لابن العربي /ج 1 ص 96 . وللقرطبي/ ج 6 ص 32 . والطاهر بن عاشور/ج 6 ص 74 . وفتح العلي المالك /ج 2 ص 93 . وج 1 ص 284 . ودليل السالك /ص 104 . والفواكه الدواني / ج 2 ص 97 .

واستعمالهما في مواضعها وتأويلها على وجهها وهو خير من الترجيح"[1].

2) **شرط مؤكد لمقتضى العقد** : و هذا النوع من الشروط لا يجب بمجرد التعاقد ، ولكن لابد من اشتراطه ، واذا ما شرط فيجب الوفاء به ، لأن اشتراطه تأكيد لمقتضيات العقد ، كتقديم رهن أو كفيل بالثمن في عقود البيع أو الزواج أو غير ذلك من العقود ، فاشتراط الكفالة أو الرهن لا يقتضيه العقد ولكن هذا الشرط يؤكد مايستوجبه العقد نفسه وقال بعض المالكية معللا صحة هذا الشرط " فان كل ذلك جائز

---

1) مقدمات ابن رشد /ص542- 545 . وبداية المجتهد /ج 2 ص120-170 . ومواهب الجليل /ج 4 ص 372 . وأصول الفتيا على مذهب مالك /ص 123 . وحاشية الدردير على مختصر خليل /ج 2 ص30 . والبهجة شرح التحفة /ج 2 ص7 . والمنتقى /ج 4 ص212 . وشرح الزرقاني على الموطأ /ج 3 ص 258 . ومعلمة الفقه المالكي /ص194 . والقوانين الفقهية /ص223 . وبلغة السالك /ج 2 ص 32 . وأبو عبد الله الحطاب " تحرير الاحكام في مسائل الالتزام / ص 234- 243 . وابن عبد البر / التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد/ج 6 ص 98 . وابن رشد / البيان والتحصيل ، والشرح والتعديل /ج 7 ص 239 . وابن سلمون الكناني / العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام " (بهامش تبصرة الحكام / لابن فرحون / ج 1 ص 161) /ص 197 . والباجي / المنتصر من المختصر /ج 1 ص 347 . وشرح زروق على متن الرسالة /ج 2 ص 124 . وأسهل المدارك شرح ارشاد السالك / ج 2 ص 246 . وجواهر الاكليل شرح مختصر خليل /ج 2 ص 25 . وحاشية العدوي /ج 3 ص 150 . ومختصر خليل /ص 76 و 26 . بلغة السالك لأقرب المسالك /للصاوي /ج 2 ص 36 . وأحكام الأحكام على تحفة الحكام/ ص 146 . وعبد الوصيف محمد /مصباح شرح نظم أسهل المسالك /ص 150 . وشرح الزرقاني على مختصر خليل /ج 3 ص 37 . وحاشية البناني على مختصر خليل /ج 2 ص 88 . وشرح الزرقاني على موطأ /ج 3 ص 258 . والسيوطي تنوير الحوالك على موطأ مالك /ج 2 ص 120 . ومحمد عليش /منح الجليل على مختصر خليل ج 4 ص 430 . وشرح حدود ابن عرفة /ص232 . وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير / ج 3 ص 65 . وأحمد بن علي المنجور / الاسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب على قواعد مذهب مالك /ص 141- 147 . وابن عبد البر / الكافي في فقه أهل المدينة ج 2 ص 721- 726 . وأحمد بن يحي الونشريسي/ المعيار/ج 5 ص 256- 270 . وج 6 ص60- 458 . وسحنون / المدونة الكبرى /ج 4 ص 508 . وج 5 ص 473 . وفروق القرافي ج 1 ص 78 ، 275- 276 . والشاطبي / الموافقات/ج 1 ص 262- 266 . ومحمد سلام مدكور/ المدخل للفقه الاسلامي/ص 647 . والزحيلي / الفقه الاسلامي وأدلته /ج 4 ص 484 . والجزيري الفقه على المذاهب الأربعة /ج 2 ص 229- 230 . ومصطفى الزرقاء / المدخل الفقهي العام / ج 1 ص479 . وأبو زهرة /نظرية العقد/ص 245- 255 . وابن تيمية /ص 394- 395 . وأحمد فراج / الملكية ونظرية العقد /ص208 . والعسقلاني/ فتح الباري شرح صحيح البخاري / ج 9 ص 173- 181 . والقسطلاني/ ارشاد الساري شرح صحيح البخاري/ج 8 ص 62- 64 . وج 4 ص 436- 437 . والعيني/عمدة القاري شرح صحيح البخاري/ج 11ص 287- 289 .

بنص الكتاب العزيز ، وهذا شرط معمول به ، وهو مما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ، وفيه مصلحة للبائع "[1].

فاشتراط الكفالة أو الرهن شرط في ذاته لا يقتضيه العقد ولكن اشتراطه يصح حيث ورد النص الشرعي بصحة الرهن ، وكذلك اشتراط البائع على المشتري الا يبيع المبيع أو يتصرف فيه حتى يدفع الثمن للبائع ، فهذا شرط جائز ويجب الوفاء به ، وكذلك حبس المبيع عند البائع حتى يستوفي الثمن ... الخ . فهذه الشروط كلها لا يقتضيها العقد ولا يستوجبها ، وهي في نفس الوقت لا تنافي مقتضى العقد ولا تخالف الشرع ، ومن ثم صحت ووجب الوفاء بها .

3) **شرط فيه معاني البر** : وهذا النوع من الشروط يعد صحيحا حيث القصد منه هو " ايقاع معنى من معاني البر "[2] كاشتراط وقف المبيع أو التصدق به أو عتق العبد أو بناء الدار مسجدا أو جعل غلة الأرض للمساكين أو بناء مستشفى أو مدرسة أو غير ذلك من أبواب البر والخير فمثل هذه الشروط تكون جائزة واجبة الوفاء .

4) **شروط ورد بها الشرع** : وهذا النوع من الشروط يعد اشتراطها صحيحا ويجب الوفاء بها لأن النصوص الشرعية أجازت مثل هذه الشروط فلو اشترى المشتري غلة الأشجار أو الأرض المباعة فيستحقها بالشرط وهي للبائع بدون الشرط فقد جاء في المدونة " أرأيت ان اشتريت أرضا وفيها زرع ولم اذكر الزرع لمن يكون ؟ الزرع زرع البائع الا أن يشترطه المبتاع "[3]. وكذلك شرط الخيار ثلاثة أيام وشرط الانتفاع بالمبيع اذا اشترطه البائع ففي المدونة " الرجل يكتري الدار والحمام ويشترط كنس التراب والمراحيض والقنوات؟ قال : لا أرى بذلك بأسا ، قال : قلت أرأيت ان اكتريت منك دارا

والسنهوري/مصادر الحق في الفقه الاسلامي/ج 3 ص 155 . وأبو زهرة /مالك/ص 17 ، 398- 399 . وفتحي الدريني/الفقه الاسلامي المقارن/ ص502- 503 . والشيخ علي الخفيف أحكام الوصية/ص 86-88 . والكفالة/ص 47- 49 . وأحكام المعاملات/ص83-94 . وموسوعة الاجماع في الفقه الاسلامي / سعيد أبي حبيب/ج 1 ص 563 . وج 2 ص 803- 804 . والسيد سابق / فقه السنة /ج 3 ص 155- 156 . ومحمد بن عبد الرحمن البخاري/ محاسن الاسلام /ص 88.

1) البهجة شرح التحفة /ج 2 ص 6-7 . وميارة الناس /ج 1 ص 280 . وشرح الزرقاني/ج 3 ص 87 .

2) الباجي/ج 4 ص 211 . ومقدمات ابن رشد /ص 542 . وبداية المجتهد /ج 2 ص 162 .

3) المدونة الكبرى /ج 4 ص 503 . والمعيار/ج 5 ص 227 . وفتاوي عليش/ج 2 ص93- 98

أو حماما واشترطت عليك كنس دارك ومراحيضها أو غسالة حمامك ؟ قال أرى ذلك جائزا ، وغسالة المراحيض وكنس الدار سواء اذا شرطت" وكذلك اشتراط عتق الرقيق يصح وينفذ لأنه ورد في الشرع .

حكم الشروط الصحيحة : الشروط الصحيحة ملزمة ويجب الوفاء بها واشتراطها لا يبطل العقد .

ثانيا : الشروط الباطلة : وهذا القسم من الشروط يسمى عند المالكية بالشرط الحرام[1] وهو يفسد العقد ويبطله سواء أثر في الثمن جهالة أم لا ، ومثال الشرط الحرام كأن يشتري دارا على أن تكون مجمعا لأهل الفساد والفسق والفجور ، أو يشتري جارية ويشترطها أن تكون مغنية ، أو يشترط تأجيل الثمن دون تحديد لمدة الأجل ، أو يشتري بثمن مجهول أو يشترط حمل الدابة أي أن تكون حاملا ، أو اشتراط رد الثمن ان رد المشتري المبيع أو غير ذلك من الشروط الباطلة فاشتراطها يبطل العقد " ان اشترطه حين عقد البيع أو قبله ، فالبيع فاسد واجب الفسخ[2] " .

حكم الشروط الباطلة : الشروط الباطلة تبطل العقد عند فقهاء المالكية الى جانب انها فاسدة في نفسها ، فبطلانها يسري الى العقد فيأتي على أساسه " ان كان الشرط حراما بطل به البيع مطلقا[3] " ، سواء أثر في الثمن أم لا حيث ان اشتراط هذه الشروط يؤدي الى بطلان العقود والشروط معا .

ثالثا : الشروط الفاسدة : وهذا القسم من الشروط يعتبر حراما وباطلا اشتراطه ، ومن ثم فان هذا القسم يختلف عن قسم الشروط الباطلة في حكم واحد وهو أثر الشروط الفاسدة على العقد ، فبينما يكون العقد والشرط الباطل في القسم الأول باطلين يكون البطلان في هذا القسم

---

1) **ميارة الفاس** /ج 1 ص 280 . وفتح العلي المالك/ج 1 ص 231-312 . **وأحكام الأحكام على تحفة الحكام** / ص 146 .

2) **المهجة شرح التحفة** / ج 2 ص 6 . والباجي /ج 4 ص 212 . ومقدمات ابن رشد بهامش المدونة /ج 3 ص 203 .

3) **أوجز المسالك** / ج 11 ص 79 . **وبلغة المسالك** / ج 2 ص 36 . **وحاشية البناني** / ج 2 ص 38 .

متعلق بالشرط فقط ولا يمتد أثره الى العقد بأي حال . ومثال الشرط الفاسد : اشتراط الولاء في العتق أو اشتراط الا يبيع المبيع أو لا يهبه أولا ينتفع به أو غير ذلك من الشروط الفاسدة المنافية لمقتضى العقد ومثال الشرط الفاسد في الزواج اشتراط الزوجة الا يخرجها أو الا يتزوج عليها أو اشتراط عقد آخر في البيع كالسلف والقرض والايجار أو الزواج " فهما شرطان في بيع فيبطل لأنه ينافي مقتضى العقد " ولذلك فان " البيع في هذه الفروع صحيح والشرط فقط باطل " فان العقد صحيح حيث يثبت البيع (1) ويزول الشرط وحده فيقتصر عليه البطلان .

حكم الشروط الفاسدة : رغم ان الشروط الفاسدة شرط غير جائز في العقد حيث يعتبر من أنواع الشروط الحرام ، الا أن الحكم الفقهي يختلف بين القسمين من الشروط حيث يسري البطلان الى العقد في الشروط الباطلة ، ويقتصر البطلان على الشرط الفاسد في الشروط الفاسدة ويظل العقد صحيحا منتجا لآثاره وملزما لأطرافه ، وأما الشرط فيلغو وحده .

نظرة تقديرية للشروط الجعلية في المذهب المالكي : المذهب المالكي يعتبر مذهب حديث ورأى في نفس الوقت ، وان كانت غلبت على فقهاء المذهب في العصور الأخيرة نزعة الرأي ، ومن ثم اعتمادهم على ضعيف الأثر والخبر ، والقياس ، وهذا ما دفع بهم الى التعرض الى مسألة تعارض الأدلة الشرعية في مسألة الشروط الجعلية ، وسلكوا طريق الجمع بين الأدلة واعمالها فأجازوا بعض الشروط ومنعوا البعض الآخر على أساس مقتضى العقد وما يؤول الى الاخلال بالثمن أو يؤدي الى الغرر أو الوقوع في الربا " كشرط مشاورة شخص بعيد " (2) فهذا النوع يعتبر باطلا ويفسخ العقد ، ولكن ما معيار الشروط الصحيحة من الباطلة ؟ ليس هناك معيار ثابت صحيح عندهم وهذا ما تنبه له ابن رشد وغيره من فقهاء المالكية الذين تعرضوا للشروط ومحاولة ايجاد معايير ثابتة للتفرقة بين مختلف الأنواع ، ولذا قال ابن رشد بعد الكلام على أقسام الشروط " واعطاء فروق بينة بين هذه الأصناف الأربعة عسير وقد رام ذلك كثير من الفقهاء

---

1) المرجع السابق .
2) فتح العلي المالك /ج 1 ص281 . والبيان والتحصيل/ج 7 ص323 . والمعيار/ج 6 ص230 .

وانما هي راجعة الى كثرة مايتضمن الشرط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر " وهذا التعليل صحيح ولكن محاولة ارجاع البطلان الى الغرر والربا فكرة بعيدة جدا وأصلها هو تعارض الرأي والقياس مع النص الشرعي ذلك التعارض الذي قال عنه ابن رشد " والجمع عندهم أحسن من الترجيح "[1] ، حيث يرون أن الجمع بين الأدلة الشرعية المجيزة للشروط وأدلة القياس المبنية على ضعيف الأثر هو أولى من محاولة التصحيح والحكم على الحديث بالصحة والبطلان ، والأولى هو الترجيح واستعمال الأصول الفقهية وهي أن الحديث " أصل لنفسه فانما يخالفه خبر مثله فأما قياس فلا يلتفت الى خلافه لأنه خلاف فرع لأصل فلا يعترض الفرع على الأصل "[2].

ومن ثم فالترجيح يقضي على التعارض والتناقض والاضطراب الذي دفع ابن حزم وابن القيم الى مهاجمة أصحاب الرأي والتشنيع عليهم لاضطراب مقاييسهم وانسداد الأبواب عليهم في القضايا المتماثلة التي يقضي العقل باطراد الحكم فيها ، فهم فرقوا بين المتماثل وجمعوا بين المختلف فأجازوا بناء الأضرحة والشروط الباطلة في الوقف ومنعوا الشروط الصحيحة في البيوع والزواج ومختلف المعاملات .

ثالثا : أقسام وحكم الشروط الجعلية عند الشافعية : يقسم فقهاء المذهب الشافعي الشروط الجعلية الى قسمين : شروط صحيحة وشروط باطلة .

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهذا القسم يقسمه الفقهاء في المذهب الشافعي الى نوعين اثنين : نوع يقتضيه العقد ، ونوع يلائمه .

النوع الأول : شروط يقتضيها العقد : وهذا النوع من الشروط عند الشافعية كغيرهم من الفقهاء يجب بمجرد التعاقد والتراضي واتمام العقد ولو لم يشترط حيث يعد حكما من أحكام العقد وأثر من آثاره ، كما يصح

---

1) بداية المجتهد/ج 2 ص160 . والباجي/ص211 . وتحرير الأحكام في مسائل الالتزام/ص354 .
2) عارضة الاحوذي / شرح الترمذي /ج 6 ص 262 . ومالك/ لأبي زهرة /ص20 . وعلي الخفيف / الكفالة /ص 43 . وابن القيم / اعلام الموقعين/ج 1 ص 349 . وابن حزم/ المحلى/ج 8 ص 415 . وأحكام الأحكام /ج 5 ص 608 . السنهوري / مصادر الحق /ج 3 ص 130 ـ 140 ، 155- 160 .

اشتراطه ، بل تحمل الشروط الجعلية الواردة في النصوص الشرعية على هذه الشروط فقط ومن أمثلتها ، تسليم المبيع والثمن ، وخيار المجلس وضمان العيوب والاستحقاق والرد بالعيب والالتزام بالنفقة والعشرة بالمعروف وغير ذلك من شروط مقتضى العقد حيث تكون هذه الشروط " حكما من أحكام العقد[1] " ، فيجب الوفاء بها ، وتسمية الشافعية لهذه الأحكام والالتزامات العقدية بالشروط الجعلية تجوز لا يصح اذ كيف

1) زاد المحتاج شرح المنهاج / للكوهجي /ج 2 ص 31-33 . وحاشية البيجرمي على الخطيب/ج 3 ص 20 . وأحمد الشاطري/ الجوهر النفسي في مذهب ابن ادريس/ص 76 . والأم/للشافعي /ج 2 ص 82 . وصحيح مسلم/شرح النووي /ج 10 ص 142 ، 182 . وج 11 ص 30 . وذكر اختلاف العلماء ولم يرجح شيئا ، وكذا فعل العسقلاني في فتح الباري /ج 5 ص 238 ، عند قول البخاري " الاشتراط أصح وأكثر عندي " فاكتفى بعرض الأقوال ولم يبين الراجح منها . والغزالي /احياء علوم الدين /ج 2 ص 62 ، وقال " لا ينبغي أن يقترن بالعقد شرط على خلاف مقتضى العقد فلو شرط أن يزيد شيئا أو يحمل المبيع الى داره ... فكل ذلك فاسد " ، ونهاية المحتاج الى ألفاظ المنهاج /للرملي / ج 3 ص 445 . والشيرازي/ التنبيه في الفقه الشافعي/ص88-90 . والمهذب في الفقه الشافعي/ج 1 ص 275- 277 . ومحمد الخطيب الشربيني/مغني المحتاج الى ألفاظ المنهاج /ج 2 ص 30- 39 . وأبو بكر الحسيني/كفاية الأخيار حل غاية الاختصار/ج 1 ص454 . وزين الدين المليباري/اعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين/ج 3 ص24 . وحاشيتان /ج 2 ص 175 . وشهاب الدين الزنجاني/ تخريج الأصول على الفروع/ص143- 156 . والنووي/المجموع شرح المهذب/ ج 9 ص 363- 377 . وابن دقيق العيد /أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام/ج 2 ص 149-150 . وقد ذكر مذهب الشافعي ومذاهب الفقهاء في حديث جابر وتعارض الأدلة وقال " اما اذا كان الترجيح واقعا لبعضها- اما لأن رواته أكثر أو أحفظ- فينبغي العمل بها، اذ الأضعف لا يكون مانعا من العمل بالأقوى والمرجوح لا يدفع التمسك بالراجح ... ولم يجعل مانعا من التمسك بالصحيح القوي " وهذا الأصل لم يطبقه ابن دقيق العيد نفسه في الشروط كاستثناء المنفعة أو غير ذلك من الشروط ولا ندري ماذا غلب عليه رحمه الله تعالى ، وما رأية وان كانت عباراته يفهم منها جواز الاشتراط. أنظر أيضا /المدخل /لسلام مدكور/ص647 . وعلي الخفيف أحكام الوصية/ص39-90 . وفتحي الدريني /الفقه الاسلامي المقارن /ص501-502 . وأبو زهرة /الملكية ونظرية العقد /ص225 . والزرقاء /المدخل /ج 1 ص466 . والسنهوري/مصادر الحق في الفقه الاسلامي /ج 3 ص 156 . ووهبة الزحيلي/الفقه الاسلامي /ج 4 ص 482 . وهدران أبو العينين بدران /الملكية ونظرية العقد /ص411 . وأحمد فراج /ص210 . وكوثر علي كامل / الشروط في عقد الزواج /ص64 . ومصطفى الخن /أثر القواعد الأصولية /ص366 . وأبو بكر بن المنذر الشافعي /الاشراف على مذهب العلماء/ص 50- 57 . والبغوي /شرح السنة/ج 8 ص150- 161 . وعبد الرحيم العراقي /طرح التثريب/ج 6 ص58- 158 . وأبي جعفر الطبري/ اختلاف العلماء/ص48- 50 . وابن حجر العسقلاني/ تلخيص الجبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير/ج 3 ص 14 . وابن الطيب صديق القونجي البخاري /الروضة الندية شرح الدرر البهية ج 2 ص 140- 145 . وحاول النووي وضع معيار فيما يصح ولا يصح من الشروط فقال " اذا اشرط

تعتبر حكما شرعيا مرتبا على العقد ولم يترك لارادة المتعاقدين وانشائه أنه شرط ، ولم يقرون ان هذه الأحكام تلزم ويجب الوفاء بها ولو لم تشترط وتذكر وقت التعاقد ثم بعد ذلك كيف يصح تسميتها بالشروط الجعلية ؟ وكيف يمكن أن تحمل النصوص الواردة في صحة الاشتراط وجوازه على هذه الشروط وهي تجب بمجرد التراضي على العقد .

النوع الثاني : شروط تلائم العقد : وهذا النوع من الشروط " يسمى في الفقه الشافعي بالشرط الذي فيه مصلحة العقد أو الشرط الذي تدعو اليه الحاجة "[1] ، أو الوصف المقصود في المبيع وقال عنه الشافعية " ولو شرط وصفا يقصد ككون العبد كاتبا أو خطيبا أو خبازا أو طباخا أو الدابة حاملا أو لبونا صح العقد مع الشرط لأن الشرط تتعلق به مصلحة العقد وهو العلم بصفات المبيع ، التي تختلف بها الاغراض وله الخيار فورا ان أخلف المشروط عليه لفوات شرطه "[2] ، فهذه الشروط صنفان :

أ ـ الصنف الذي فيه وصف مقصود في المبيع نفسه كالمواصفات المرغوبة في البيع باعتبار نوع السلعة مثلا وجودتها واعتبار الحيوان ذا لبن أو حاملا وغير ذلك من الصفات المقصودة في الأشياء المباعة .

ب ـ صنف مكمل لحكمة وغرض العقد نفسه وهو : الخيار ، والرهن والضمان والأجل والشهادة في المبيع ، وهذه الشروط شرعت لاستقرار التعامل والقضاء على المنازعات ، وتثبيت العلاقات التجارية فكانت صحيحة ، وكلا الصنفين من الشروط تصح في العقود ويجب الوفاء بها الا في مسألة " الدابة الحامل " فهناك خلاف بين فقهاء الشافعية بعضهم يجيز الشرط للمصلحة وبعضهم يبطله على أساس جهالة الحمل وانه غرر ، ومن ثم يبطل

= في البيع شرط نظرت فان كان شرط يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب ... لم يبطل البيع لأن ذلك شرط لما يقتضيه العقد فلم يبطل فان شرط ما لا يقتضيه ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين لم يبطل لأن الشرع ورد بذلك " ولكن هذا عين الاختلاف وليس هو المطلوب المجموع /ج 9 ص 404 .

1) السنهوري /مصادر الحق في الفقه الاسلامي /ج 3 ص 130 - 168 .

2) مغني المحتاج /ج 2 ص 30 . وزاد المحتاج /ج 2 ص 31-38 . وقد نقل اختلاف الشافعية في مسألة الدابة الحامل فقال " أو الدابة حاملا أو لبونا صح وله الخيار ان اختلف ، وفي قول يبطل العقد في الدابة ولو قال بعتكها وحملها بطل في الأصح ، ولا يصح بيع الحمل وحده " وقال الشارح " بطل البيع في الأصح لجعله الحمل المجهول مبيعا مع المعلوم بخلاف بيعها بشرط كونها حاملا فإنه يصح لأنه جعل ذلك وصفا تابعا ولا يصح بيع الحمل وحده للنهي عن بيع الملاقيح ص 38 . وقال الشافعي في الأم " و لا خير أن يكتري الرجل البقرة ويستثني حلابها لأن هنا بيعا حراما وكراء " وقال " ولا خير أن يشتري الطعام الحاضر على أن يوفيه اياه بالبلد ويحمله الى غيره لأن هذا بيع فاسد " / الأم /ج 3 ص 82 .

العقد المبني على شرط الغرر لأن الحمل قد يثبت وقد يبطل فيؤدي الى المنازعات والخصومات وعدم استقرار التعامل ومن ثم أبطله الشافعية وأجازه البعض الآخر والمسألة خلافية ، فالشروط المؤكدة لمقتضى العقد أو الملائمة له تعد شروطا صحيحة يجوز اشتراطها في العقود ويجب الوفاء بها ، واذا أخل بها الملتزم بها كان للطرف الآخر حق المطالبة بالوفاء بها أو فسخ العقد لفوات مصلحته .

القسم الثاني : الشروط الباطلة : وهذا القسم من الشروط يعد نوعين أيضا :

النوع الأول : شروط باطلة تبطل العقد : وهذا النوع من الشروط هو المنافي لمقتضى العقد والمخالف للأحكام الأساسية للعقد كأن يشترط البائع في عقد البيع الا يتصرف المشتري في المبيع أو الا ينتفع به أو الا يهبه وفي الرهن الا يتصرف المرتهن في الرهن اذا لم يستوف حقه أي تصرف وفي عقد الزواج تكون الشروط منافية ومناقضة للعقد اذا شرط الزوج الا ينفق على زوجته والا يرعاها ، أو تشترط هي طلاق ضرتها أو أنها حرة تفعل ماتشاء أو أن أمرها بيدها ، وغير ذلك من الشروط الباطلة التي توضع في العقود ، وحكم هذه الشروط هو البطلان المطلق للشرط والعقد حيث يمتد الفساد من الشرط الى العقد ، ولا يقتصر على الشرط لمخالفة العقد للشرع وأحكامه .

النوع الثاني : الشروط الفاسدة : وهذا النوع من الشروط يبطل وحده في حالة اشتراطه في العقود ويصح العقد دون الشرط لأن هذه الشروط " لا تلائم العقد " ولا يتعلق به غرض بل " قد يورث تنازعا وخصومة "[1] ، ومن ثم يقتصر البطلان على الشرط دون العقد ، ومن أمثلة هذه الشروط الفاسدة ان يشترط البائع تسليمه الثمن في مكان غير محل التعاقد ، أو يشترط المشتري نقل المبيع الى منزله أو مكان آخر غير محل العقد أو يشترط

---

1) المجموع للنووي /ج 9 ص 405- 411 . وذكر الشارح قولا آخر للشافعية ببطلان البيع نفسه مع الشرط الفاسد واعتمد الرأي المجيز للعقد مع بطلان الشرط رأيا ضعيفا ونسبة لإمام الحرمين والرافعي ، وهذا يدل على عدم انضباط معيار التصحيح والبطلان ان لا دليل عليه من الشرع بل لقد علم المجيزون ضعف الأثر المعتمد عليه في ابطال الشروط فأجازوا العقود ولكن المخالفين تمسكوا به

مشتري الزرع أن يحصده البائع أو شرط استثناء المنفعة كسكنى الدار المبيعة"[1] أو تشترط الزوجة الا ينقلها من بلدها أو الا يتزوج عليها وفي عقود الايجار لو قال " اشتريت بعشرة واستأجرتك لتحصد بخمس صح البيع دون الشرط ، لأنه استأجره قبل الملك لمحل العمل" وحكم هذه الشروط انها تبطل وحدها مع صحة العقد لأن الشرع نهى عن بيعتين في بيعة وشرطين في عقد ، والشافعية يأخذون بخبر " النهي عن بيع وشرط" رغم انه لا يثبت عندهم ولا يصح وفي عقود الرهن لا يجوز الانتفاع بالرهن الا لمالكه "كالحلب والركوب"[2] وسائر أوجه الانتفاع الأخرى بالرهن وجاء في الأم " لا خير أن يكتري الرجل البقرة ويستثني حلابها"[2] و يقاس على هذا البطلان سائر المنافع المستثناة في العقود في أي تعامل آخر أو تصرف فتبطل هذه المنافع .

رابعا : أقسام الشروط الجعلية وحكمها في المذهب الحنبلي : يقسم فقهاء الحنابلة الشروط الجعلية في عقود المعاملات الى قسمين اثنين هما : الشروط الصحيحة ، والشروط الباطلة ، وتحت كل قسم أنواع من الشروط هي :

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهي تنقسم الى ثلاثة أنواع هي :

النوع الأول : شروط يقتضيها العقد : وهذا النوع من الشروط يعتبر حكما من أحكام العقود وأثرا من آثارها الشرعية حيث تجب بمجرد التعاقد والاتفاق على العقد " كالتقابض وحلول الثمن"[3] ، فاشتراط قبض المبيع أو الثمن أو اشتراط الانتفاع أو التصرف في أي منهما من حق المتعاقدين ويستحقان الانتفاع أو التصرف فيما يمتلكان بمجرد التعاقد ، حيث ان " الأصل المقطوع به في المعاملات هو اتباع تراضي الملاك"[4] ، ومن ثم يكون حق الانتفاع والتصرف ثابتا بالعقد نفسه دون حاجة للاشتراط وكذا سائر الشروط المترتبة على العقد بحكم الشرع لا تحتاج للاشتراط .

---

1) 2) الأم / الشافعي /ج 3 ص 155 . والمجموع/ج 9 ص 417 . كوثر/ ص 64 . وزاد المحتاج /ج 2 ص 38 . وقد علق النووي على خبر النهي عن بيع وشرط فقال " أما الحديث فغريب" ومع هذا يعتمد عليه كأصل لابطال الشروط ، ولا ندري لماذا هذا العناء .

3) ابن مفلح الحنبلي /كتاب الفروع ، وبهامشه تصحيح الفروع ، لأبي الحسن المرداوي/ج 4 ص 56 . وابن قدامة /المغني /ج 4 ص 48 . ومحي الدين بن تيمية /المنتقى /ج 2 ص 318 .

4) أحمد الندوي / القواعد الفقهية (رسالة ماجستير) ص 208 . ونسب القول لامام الحرمين الشافعي .

وحكم هذا النوع من الشروط أنه " شرط صحيح لازم[1] يجب الوفاء به لأنه حكم من أحكام العقد رتبه الشرع بالتعاقد ، فلا بد من الوفاء به ومراعاته وهنا أيضا ملاحظة على هذا القول كما سبق ذكره ان هذه الشروط في الحقيقة لا تعد شروطا جعلية مادام يستوي اشتراطها واسقاطها حيث تجب بقوة الشرع على العقد بعد تمامه ، فهي لا تدخل في موضوع الشروط الجعلية اذ هذه شروط شرعية ، ووجوده كعدمه ، ولذلك نجد الحنابلة لم يعملوا عليها الأحاديث الواردة في صحة الاشتراط لأن الشروط الجعلية شروط زائدة عن مقتضى العقد وليست هي أحكام العقد الشرعية ولأن اشتراطها أمر زائد تصد منه صاحبه تحقيق نفع ومصلحة لا تجب بمجرد التعاقد ، ولذا أجازوا الشروط الجعلية وان كانوا قد اختلفوا في بعض الشروط فان جمهورهم أجاز الشروط لانعدام الدليل المانع من الاشتراط ولضعف النهي عن بيع وشرط وبعدهم عن فقه الرأي والقياس ،

النوع الثاني : شروط تلائم العقد : وهذا النوع من الشروط يوصف عند الحنابلة وينعت بأنه " شرط من مصلحة العقد[2] " لأن اشتراط هذا النوع من الشروط يحقق مصلحة ومنفعة لأحد المتعاقدين بسبب العقد ، ومثال هذه الشروط كما يقولون " كاشتراط صفة مقصودة في الثمن أو المبيع وكتأجيل الثمن كله أو بعضه الى مدة معلومة ، وأما الصفة المقصودة في المبيع فهي ككون العبد كاتبا أو خطيبا وان الزوجة بكرا أو جميلة ، أو أن تكون الدابة حاملا أو لبونا[2] أو أن تكون السلعة من نوع معين أو انتاج معروف بجودة مميزة أو كون السيارة مثلا أو الجهاز من صنع معين أو بلد محدد ، وغير ذلك من الصفات المعتبرة لدى الناس والتي يقصدها أحد المتعاقدين ويرغب في الحصول عليها والانتفاع من خلالها كالأجل وكالخيار والرهن ... الخ .

---

1) ابن مفلح / المبدع شرح المقنع /ج 4 ص 51 . وموفق الدين ابن قدامة / الكافي في فقه أحمد /ج 2 ص 37-40 . وابن القيم / زاد المعاد /ج 5 ص 326 . وابن الأثير / النهاية في غريب الحديث والأثر /ج 3 ص 202 . وجامع الأصول من أحاديث الرسول /ج 1 ص 507 . وبهاء الدين المقدسي / العدة شرح العمدة / ص 215- 225 . وشرف الدين الحجاوي / الروض المربع /ج 2 ص 170- 172 .

2) منصور ابن ادريس البهوتي / كشاف القناع /ج 3 ص 188-195 . وشرح منتهى الارادات /ج 2 ص 160- 166 . وأبو البركات مجد الدين / المحرر في الفقه /ج 1 ص 312- 314 . ومعجم الفقه الحنبلي /ج 1 ص 121 . وعلي الخفيف / الكفالة / ص 42-43 . وأحكام الوصية / ص 90- 100 .

فهذه الشروط اما أن تتعلق بمواصفات معينة تتعلق بالمبيع نفسه كأن تكون الدابة أو الحيوان غزير اللبن عند مربي المواشي ، حيث تعد هذه الصفة مرغوبة عندهم ومقصدا خاصا يجب أن يتوفر في المبيع ، ولأن لهم مصلحة في هذه الصفة ، وقد يتعلق الشرط بمقاصد أخرى تابعة للعقد نفسه كالمهلة في الثمن أو الرهن أو الخيار و هذه مقاصد ثانوية ومرغوب فيها وهي شروط صحيحة يجب الوفاء بها فحكم هذا النوع من الشروط يعتبر صحيحا عند الحنابلة ويجب الوفاء به والتعاقد عليه صحيح ، لأن هذه الشروط تلائم العقد وتؤكد مقتضاه ، والشروط ليس فيها منافاة للعقد ولمقاصده ولا للشرع وأحكامه بل ان الشرع أجاز هذه الشروط في النصوص العامة والخاصة فهي المقصودة في حديث " اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام "[1] ، وحديث " المسلمون عند شروطهم " وان لم يوف بهذه الشروط فلصاحبها حق المطالبة بفسخ العقد ، ولهذا قال الحنابلة تأكيدا لصحة الشروط الملائمة وشروط مقتضى العقد " لا نعلم خلافا في صحة هذين القسمين "[2] ، فهذين النوعين من الشروط جائزين في العقود .

النوع الثالث : شروط لا تنافي مقتضى العقد : وهذا النوع من الشروط يوصف عند الحنابلة بأنه " اشتراط نفع معلوم "[3] ، ويمثل فقهاء الحنابلة لهذا النوع من الشروط ، بشرط سكنى الدار مدة معلومة كالشهر والسنة واشتراط خدمة العبد المبيع ، والانتفاع بالمبيع من قبل البائع مدة معلومة ، أو استثناء منفعة المبيع ، أو اشتراط المشتري على البائع نقل المبيع أو حمله الى منزله ، أو تحمل نفقات تسجيل المبيع في العقارات أو التكفل بحفظه مدة معلومة على نفقته ، أو حمل الحطب وكسره وخياطة الثوب وتفصيله ، واصلاح السيارة أو الجهاز عند تعطله واصابته بالخلل ... الخ . وهذه الشروط وأمثالها لا تنافي العقد ولا تخالف مقتضاه ولا تخالف الشرع ، ومن ثم يصح اشتراطها والوفاء بها ، فحكم هذا النوع

---

1) صحيح البخاري/ج 3 ص19 . باب (مايكره من الخداع في البيع) . ومسلم/ج 5 ص11 . باب من يخدع في البيع) . وكذا سنن الترمذي وأبي داود وابن ماجة . وشروح هذه الكتب في باب (البيوع)

2) طرح التثريب/ج 7 ص21-33 . ونصب الراية/ج 3 ص176 . وفتح الباري وعمدة القارئ واختلاف الفقهاء للطبري /ص48 . والمراجع السابقة في المذهب الحنبلي .

3) البهوتي/شرح منتهى الارادات/ج 2 ص160 . وكشاف القناع/ج 3 ص188 . والمحرر والفقه ج 1 ص 312 . والفروع /ج 4 ص 56 . والمغني /ج 4 ص 48 .

من الشروط هو وجوب الوفاء بها لمن اشترطها في العقد ، لأنه يقصد تحقيق مصلحة أو منفعة مشروعة من وراء الاشتراط ، فيحق له الاشتراط ، بل ان الشرع وردت فيه نصوص كثيرة تحث على الوفاء بالشروط الجعلية في عقود المعاملات ، ومن هذا حديث جابر وبيعه لجمله واستثناء ركوبه ، وعتق سفينة واشتراط أن يخدم النبي صلى الله عليه وسلم مدة حياته ، واشتراط صهيب سكنى داره وغير ذلك من الآثار والاخبار الصحيحة في الاشتراط ويكفي قول عمر رضي الله عنه " مقاطع الحقوق عند الشروط "[1] يروي أحمد في المسند ان محمد بن مسلمة الانصاري اشترى من نبطي حزمة حطب واشترط عليه حملها الى قصر سعد ، واشترى ابن مسعود جارية : جئت واشترطت عليه أن بعاءها فهي لها بالثمن "[2] .

ومن ثم فتصح هذه الشروط الزائدة عن مقتضى العقد ، لهذه النصوص الصحيحة .

القسم الثاني : الشروط الباطلة : وهذا القسم من الشروط نوعان :

النوع الأول: الشروط المخالفة لمقتضى العقد : وهذا النوع مخالف للشرع ولأحكامه الثابتة فيدخل في المنهي عنه شرعا ، وقد وردت نصوص كثيرة في ابطال أنواع كثيرة من المعاملات ، كالنهي عن بيع وسلف ، والنهي عن بعض المحرمات ، والنجش ، وتلقي الركبان ، وعسب الفحل ، وشرطان في بيع ، وصفقتين في صفقة ، وغير ذلك من العقود والبيوع المنهي عنها ، وحكم هذه البيوع هو البطلان واذا اقترن بها شرط فيبطل العقد والشرط " لأن هذا شرط يحرم اشتراطه "[3] . فيبطل العقد والشرط ولا يجوز الوفاء بهذه العقود ولا الشروط الباطلة المخالفة للشرع ، ونصوصه الثابتة .

---

1) البخاري/ج 3 ص 175. القواعد الفقهية / لعلي أحمد الندوي/ص82 . وموسوعة فقه عمر / ص 840 . ومسند ابن أبي شيبة/ج 4 ص 199 . وسنن البيهقي/ج 7 ص 249 . وفتح الباري / ج 9 ص 173 . وسنن ابن ماجة /ج 1 ص 628 . وسنن أبي داود /ج 2 ص 244 .

2) ابن القيم / اعلام الموقعين/ج 3 ص401 . وقال بعد ذكر حديث النبي صلى الله عليه وسلم وهو " من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع " : هذا الشرط خلاف مقتضى العقد المطلق وقد جوزه الشارع " . وقال في زاد المعاد " وليس مع المانعين نص بالتحريم وانما معهم قياس " /ج 5 ص 326 . وانظر مجموع فتاوي ابن تيمية /ج 9 ص132 . والسنهوري/ مصادر الحق /ج 3 ص 124 - 132 . مصطفى شلبي / المدخل / 475 - 480 .

3) هناك مجموعة من البيوع نهى عنها الشرع منها :

أ ـ بيع الملامسة والمنابذة : ومعنى بيع الملامسة ، وفيه ثلاثة أوجه / مسلم شرح النووي/ج 10 ص 154 - 156. قال النووي أن يأتي بالثوب مطوي أو في ظلمة فيلمسه

النوع الثاني : الشروط المنافية لمقتضى العقد : وهذا النوع من الشروط الباطلة يشمل عند الحنابلة كل شرط فيه تقييد وحجر على المالك بالعقد

المستام ، فيقول صاحبه بعتكه هو بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ولا خيار لك اذا رأيته . الثاني : أن يجعلا نفس اللمس بيعا فيقول اذا لمسته فهو مبيع لك . الثالث : أن يبيعه شيئا على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس.

وهذا يعني أن بيع الملامسة يتم بمجرد لمس السلعة أو المبيع دون أن يتفحص المشتري السلعة يقلبها ،وكان هذا النوع من البيوع منتشرا في الجاهلية فنهى عنه الاسلام .

والمنابذة: لها معان ثلاثة وهي : أن يقول اذا نبذت لك السلعة فقد تم البيع. الثاني: أن يقول بعتك فاذا نبذته اليك انقطع الخيار. الثالث : المراد بيع الحصاة

والمعنى في النبذ ان يتم البيع بالقاء المبيع وطرحه للمشتري فينعقد العقد بالالقاء دون قبول وايجاب وتراض من الطرفين ، وكان من بيوع الجاهلية فأبطله الاسلام .

وبيع الملامسة والمنابذة (من اللمس والنبذ وهو الطرح والالقاء) ففي مسلم عن أبي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة ،/ج 5 ص 2 . والبخاري /ج 3 ص 25 بلفظ " عن أبي سعيد قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبستين وعن بيعتين الملامسة والمنابذة " وفي الترمذي عن أبي هريرة نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة" ج 2 ص 350 . وسنن أبي داود /ج 3 ص 274 بلفظ " من باع بيعتين في بيعة فله أركسهما أو الربا" / . وابن ماجة /ج 2 ص 733 . والنسائي /ج 7 ص 259 " بيع الملامسة" والسنن الكبرى/ للبيهقي /ج 5 ص 341 . والنهي عن بيع الملامسة والمنابذة" .

ب ــ بيع النجش : وهو أن يتفق البائع وغيره على أن يزيد الغير ثمن السلعة دون رغبة في الشراء ليخدع الغير فيشتريها بثمن مرتفع وهذا منهي عنه شرعا ، ففي البخاري عن أبي هريرة قال" نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد ولا تناجشوا ولا يبع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في انائها" البخاري /ج 3 ص 24 . وفي مسلم باب (تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه وتحريم النجش وتحريم التصرية) . عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال" لا يتلقى الركبان لبيع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد ، ولا تضر الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها فان رضيها أمسكها وان سخطها رد ها وصاعا من تمر" /ج 3 ص 4 . وفي الترمذي /ج 2 ص 346 ماجاء في كراهية تلقي البيوع ، وساق مجموعة أحاديث منها عن أبي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أن يتلقى الجلب ، وباب "ماجاء لا يبيع حاضر لباد" وابن ماجة باب (ماجاء في النهي عن النجش) وباب (النهي أن يبيع حاضر لباد) عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال" لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض/ج 2 ص 734 . وأبو داود باب (النهي عن بيع النجش) وباب (النهي عن بيع حاضر لباد) /ج 3 ص 269 . والنسائي / النجش/ج 7 ص259 . وسنن البيهقي /باب (النهي عن بيعتين في بيعة) وباب النهي عن النجش/ج 5 ص 343 . وابن ماجة/ باب (النهي عن تلقي الجلب) /ص 735 .

جـ ــ بيع الحصاة : وذكر النووي أن فيها ثلاث تأويلات وهي :

أحدهما : أن يقول بعتك من هذه الأثواب ما وقعت عليه الحصاة التي أرميها ، أو بعتك من هذه الأرض من هنا الى ما انتهت اليه الحصاة (ويأخذ حصاة يرميها)

كاشتراط ألا يبيع ولايهب، ولا يتصرف ، ولا ينتفع ، أو لا خسارة عليه في المبيع أو ان كسدت السلعة ولم تتفق وتروج في السوق فيرد ها الى البائع أو يشترط البائع الولاء في العتق أو تشترط الزوجة عدم الطاعة الزوجية أو ان العصمة الزوجية بيدها أو الا ينفق عليها الزوج أو أنها حرة في الدخول والخروج أو يشترط الراهن الا يباع الرهن ولا يتصرف فيه ان حل أجل الدين ولم يوف الدين أو يشترط الراهن بيع المرهون بأي ثمن كان لتسديد الدين وغير هذا من الشروط الفاسدة والمنافية لمقتضى العقد .

وحكم هذه الشروط هو الفساد أو البطلان للشرط فقط دون العقد حيث يظل صحيحا ، وهذا النوع يختلف عن سابقه في أن البطلان في الشروط المنافية للعقد لا يمتد الى العقد أما في الشروط المخالفة للشرع فان البطلان يسري على العقد والشرط معا ، ويزيلهما من الوجود ويجعلهما عدما .

الثاني : أن يقول بعتك على أنك بالخيار الى أن أرمي بهذه الحصاة .
الثالث : أن يجعل نفس الرمي بالحصاة بيعا ، فيقول اذا رميت هذا الثوب بالحصاة فهو مبيع منك . وهذا يعني ان الرمي بالحصاة هو سبب انعقاد العقد بين المتبايعين حيث يجعل رمي الحصاة وموقعها هو وقت انعقاد العقد ، ولهذا بطل لأنه مبني على الغرر والتحكم والجهل ، وكان من بيوع الجاهلية المنهي عنها شرعا .
الغرر : فهو يشمل البيوع المبنية على الجهالة كبيع المعدوم ، والهواء والسمك في البحر واللبن في الضرع ، وبيع ثوب من أثواب... الخ . فهذا البيع يعد باطلا .
وهذه البيوع (الملامسة والمنابذة والحصاة والغرر) متشابهة ومتداخلة في بعضها وبينها قوام مشتركة اذ كلها مبنية مع الجهالة فبطلت في الشرع .
ففي مسلم باب (بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر) عن أبي هريرة قال : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن " بيع الحصاة وعن بيع الغرر" وفي البخاري . باب (بيع الغرر وحبل الحبلة" وذكر حديث ابن عمر وذكره البيهقي باب (النهي عن بيع الحصاة) وباب (النهي عن بيع حبل الحبلة) وباب (النهي عن بيع السمك في الماء) والنسائي باب (بيع الحصاة) وأبو داود باب (عسب الفحل) وباب (النهي عن الغمش) وفي الترمذي (النهي عن بيع حبل الحبلة) وقال (حبل الحبلة نتاج النتاج ، وهو بيع مفسوخ عند أهل العلم وهو بيع الغرر) وباب (ماجاء في كراهية بيع الغرر) .

د - النهي عن بيع المعدوم : ففي الترمذي باب (كراهية بيع ماليس له) وذكر حديث حكيم ابن حزم وقول النبي صلى الله عليه وسلم "لاتبع ماليس عندك" وعند ابن ماجة "النهي عن ماليس عندك وربح مالم يضمن" وعند البيهقي "النهي عن بيع ماليس عندك وماليس لك" وباب (النهي عن بيع الغرر) والنهي عن عسب الفحل .

هـ - النهي عن بيع الثمر حتى يبدو اصلاحه : وذكر أيضا أصحاب الحديث .

خامسا : أقسام واحكام الشروط الجعلية في المذهب الظاهري : يقسم فقهاء المذهب الظاهري الشروط الجعلية في العقود الى قسمين اثنين : الشروط الصحيحة ويجب الوفاء بها ، والشروط الباطلة وهي لغو غير لازم ولا يعتد بها .

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهذا القسم من الشروط جاءت النصوص الشرعية بصحتها ، وهي التي يصح اشتراطها ويجب الوفاء بها وهي سبعة شروط فقط ، قال ابن حزم الظاهري " كل شرط وقع في بيع فالبيع مفسوخ والشرط باطل أيا كان لا تحاشي شيئا الا سبعة شروط فقط فانها لازمة ، والبيع صحيح "[1] .

والشروط الصحيحة هي التي وردت في النصوص كالرهن والضمان وخيار الشرط وتأجيل الثمن ، واشتراط صفة معينة في المبيع " وأما اشتراط الصفات التي يتبايعان عليها من السلامة أو من ان لا خديعة ، ومن صناعة العبد أو الآمة أو سائر صفات المبيع فلقوله تعالى " ولا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم " فنص تعالى على التراضي ، والتراضي لا يكون الا على صفات المبيع وصفات الثمن ضرورة "[2] .

حكم الشروط الصحيحة : حكم هذه الشروط هو وجوب الوفاء ولزومه لورود الشرع بها في العقود ، والتزام المتعاقد وقبوله اياها في العقد فيجب الوفاء .

القسم الثاني : الشروط الباطلة : وهذه الشروط تشمل كل شرط يشترطه أحد المتعاقدين في العقد ، ولم يرد به نص شرعي يدل على جوازه فهو باطل ولا بد كأن يشترط منفعة المبيع كسكنى الدار أو ركوب الدابة أو نقل المبيع قال ابن حزم " فمن باع مملوكا بشرط العتق أو آمة بشرط الايلاد أو دابة واشترط ركوبها مدة مسماة قلت أو كثرت أو الى مكان مسمى قريبا أو بعيدا أو دارا واشترط سكناها ساعة فما فوقها ، أو غير ذلك من الشروط فهي باطل " .

دليل البطلان : واستدل على بطلان الشروط الجعلية فيما لم يرد

1) 2) ابن حزم / المحلى / ج 3 ص 412 . والأحكام في أصول الأحكام / ج 5 ص 593 — 630 وقد ذكر الشروط السبعة التي يصح اشتراطها في العقود فقال هي :
— اشتراط الرهن فيما تبايعاه الى أجل مسمى .

بها نص فقال " برهان ذلك ما رويناه من طريق مسلم عن عائشة فذكرت حديثا قالت فيه " ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال " مابال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ماكان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مئة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق " . واستدل من القرآن بقوله تعالى " اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا[1] " وبقوله تعالى ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون[2] " .

ثم قال " فهذه الآيات وهذا الخبر براهين قاطعة في ابطال كل عهد يعقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص عليه اباحة للعقد ، لأن العقود والعهود والشروط والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك[3] " .

فابن حزم وهو ممثل المذهب الظاهري ومحي رسومه والمدافع عنه يرى بطلان كل شرط أو عهد أو عقد لم يرد به نص شرعي اذ الأصل هو البطلان والحظر في الشروط والعقود المخالفة للنصوص الشرعية ، وهذا الحظر يشمل كل شرط ليس من مقتضى العقد حتى ولو كان فيه منفعة لأحد الطرفين ما لم يثبت بها نص شرعي ، وحكم هذه الشروط ، هو بطلانها مع بطلان العقد المشروطة فيه اذا كان الشرط مقارنا للعقد اما ان كان الشرط سابقا على التعاقد ، فيقتصر البطلان على الشرط وحده ويصح العقد .

ـ واشتراط تأخير الثمن ان كان دنانير أو دراهم الى أجل مسمى .
ـ واشتراط أداء الثمن الى الميسرة وان لم يذكر أجلا .
ـ اشتراط صفات المبيع التي يتراضيانها مما يتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة .
ـ واشتراط أن لا خلابة .
ـ وبيع العبد أو الآمة ويشترط المشتري مالهما أو بعضه مسمى معينا أو جزءا منسوبا مشاعا في جميعه سواء كان مالهما مجهولا كله أو معلوما كله أو معلوما بعضه أو مجهولا بعضه .
ـ أو بيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده فيشترط المشتري الثمرة لنفسه أو جزءا معينا منها أو مسمى مشاعا في جميعها .

فهذه الشروط ولا مزيد وسائرها باطل" . وانظر أيضا في المذهب الظاهري سلام مدكور المدخل / ص 644 . وعلي الخفيف / الوكالة / ص 41 . وأحمد فراج حسن / الملكية ونظرية العقد ص 203 . وأبو زهرة / ص 25 . والزرقاء وزكي الدين شعبان / رسالة الشروط / ص 131 . وكوثر كامل علي / رسالة الشروط / ص 67 . والسنهوري / ص 176 .

1) سورة المائدة / الاية 3 . 2) سورة البقرة / الآية 229 .

3) ابن حزم / المحلى / ص 412 . وقال كل شرط في بيع منهما أو من أحدهما برضا الآخر .

سادسا : مذهب ابن تيمية وابن القيم في الشروط الجعلية : وهما من علماء المذهب الحنبلي وفقهائه الا أنهما يخالفان جمهور الحنابلة في قضية الشروط الجعلية ، وفي غيرها من المسائل الفقهية ، ويهمنا هنا مسألة الشروط ، حيث يقف ابن تيمية وابن القيم في طرفي نقيض مع الظاهرية اذ يريان ان الأصل في العقود والشروط هو الاباحة والجواز حتى يثبت الدليل الشرعي المانع من العقد والاشتراط ، ويبيحان كل الشروط مالم تكن محرمة صراحة في الشرع أو مخالفة له ولمقاصده وأحكامه ، فابن تيمية يقول بعد أن ذكر الدليل الشرعي من الكتاب والسنة على صحة العقود والشروط" فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وأداء الأمانة ، ورعاية ذلك والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك . واذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورا به علم أن الأصل صحة العقود والشروط ان لا معنى للتصحيح الا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصودة مقصود العقد هو الوفاء به ، فاذا كان الشارع قد أمر بمقصود العقد ، دل ذلك على أن الأصل فيها الصحة والاباحة .

وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة ، وهو حقيقة المذهب فالمشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ، ولا يحرم ما أحله الله ، فان شرطه حينئذ يكون مبطلا لحكم الله ، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله وانما المشترط له أن يوجب بالشرط مالم يكن واجبا بدونه ، فمقصود الشروط وجوب مالم يكن واجبا ولا حراما وعدم الايجاب ليس نفيا للايجاب حتى يكون المشترط مناقضا للشرع ، وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب مالم يكن واجبا ، فان المتبايعين يجب لكل منهما على الآخر من الاقباض مالم يكن واجبا ويباح له مالم يكن مباحا ويحرم عليه مالم يكن حراما ، وكذلك كل من المتآجرين والمتناكحين ، وكذلك اذا اشترط صفة في المبيع أو رهنا ولو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها فانه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط مالم يكن كذلك[1] ، واستدل بالمنطق العقلي على صحة الشروط

---

1) مجموع فتاوي ابن تيمية / ج 19 ص 145- 159 . والسنهوري / مصادر الحق / ج 3 ص 161 . والزرقاء / المدخل / ج 1 ص 373- 486 . ومصطفى شلبي / المدخل للفقه الاسلامي / ص 480 .

والعقود مستندا الى الأصول الفقهية فقال : " ان الشروط والعقود من باب الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم ، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل الدليل على التحريم ... وأيضا فليس في الشرع مايدل على تحريم جنس العقود والشروط الا ما ثبت تحريمه بعينه ، كما في حديث عائشة ... فعلم ان العقود والعهود يجب الوفاء بها اذا لم تكن محرمة وان لم يثبت حلها بنص خاص ، وأيضا فان المسلمين اذا تعاقدوا عقودا بينهم ولم يكونوا يعلمون لا تحريمها ولا تحليلها فان الفقهاء جميعهم - فيما أعلمه - يصححونها ان لم يعتقدوا تحريمها ... فلو كان اذن الشارع الخاص شرطا في صحة العقود لم يصح عقد الا بعد ثبوت اذنه "[1]، وقال ابن القيم مؤكدا هذا المعنى ومفصلا له " وقد شرع الله لعباده التعليق بالشروط في كل موضع يحتاج اليه العبد حتى بينه وبين ربه ، كما قال صلى الله عليه وسلم لضباعة " حجي واشترطي على ربك ... فان لك ماشرطت على ربك" فهذا شرط مع الله في العبادة .

وتعليق الفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر تدعو اليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغنى عنه مكلف وقد صح تعليق النظر بالشرط بالاجماع ونص الكتاب وتعليق النكاح بالشرط ... كما يعلق الطلاق والنذر والجعالة وغيرها من العقود ، وعلق أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه عقد المزارعة بالشرط ، والمقصود ان للشروط عند الشارع شأنا ليس عند كثير من الفقهاء فانهم يلغون شروطا لم يلغها الشارع ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده"[2]. وقال أيضا " وههنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع التي بعث الله بها رسوله :

أحدهما : ان كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائنا ما كان .

والثانية : ان كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط فهو لازم بالشرط ولا تستثنى من هاتين القضيتين شي وقد دل عليهما الكتاب والسنة واتفاق الصحابة ولا تعبأ بالنقض بالمسائل المذهبية والأقوال الأرائية ، فانها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع ، فالشروط في حق

---

1) ابن تيمية / المرجع السابق / ص 159 .

2) ابن القيم / اعلام الموقعين / ج 3 ص 388- 390 . وعلي الخفيف / الكفالة / ص 41 . وزكي الدين شعبان / ص 130 . وكوثر كامل / ص 64 . والسنهوري / ج 3 ص 170 . ومدكور سلام ص 642 . وعلي أحمد الندوي / ص 218 . والزحيلي / ج 4 ص 84 ومابعدها .

المكلفين كالنذر في حق رب العالمين فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر ، وكذلك كل شرط جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط فمقاطع الحقوق عند الشروط .

" والأصل في العقود والشروط والمعاملات الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان والتحريم "[1] ، وهكذا تكون الشروط والعقود كلها جائزة وصحيحة يلزم الوفاء بها بالاتفاق عند هذين العالمين ، وهي مقتضى الأصول الشرعية والقواعد الفقهية .

المطلب الثالث : مقارنة بين المذاهب الفقهية في الشروط الجعلية : نجد ان هناك اتفاقا بين مختلف فقهاء المذاهب الاسلامية على تقسيم الشروط الى قسمين ، شروط صحيحة يجب الوفاء بها ، وشروط باطلة لا يجب الوفاء بها في العقود والالتزام ، ولكنهم يختلفون " فيما بعد منها شرطا فاسدا أو باطلا محظورا اشتراطه لا يجوز الوفاء به اذا ما شرطه "[2] . وتحت قسم الصحيح أنواع من الشروط تفريعا عن الأصل ، وكذلك هناك أنواع في الشروط الباطلة التي لا يصح اشتراطها .

فالأصل عند الظاهرية هو الحظر وكذلك يقرب منهم الشافعية والحنفية والمالكية ، وان كان الاحناف يخففون من أصل الحظر ويجيزون شروطا كثيرة باسم الاستحسان والعرف والعادة وهي مخففات لأصل الحظر ومقتضى العقد وخروجا عن القياس والرأي المبني على الأثر الضعيف ، وكذا الأمر عند الشافعية في بعض الشروط الواردة بالنص الشرعي ، والمالكية أكثر إجازة لجمعهم بين مختلف النصوص ، ومن ثم فهم أكثر اجازة وان كان ليس للجميع معيار ثابت ومحدد في التصحيح ، ثم بعض الحنابلة الذين اقتدوا بفكرة مقتضى العقد والقياس . ثم في مقابل هؤلاء هناك جمهور الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم يجعلون الأصل في العقود والشروط هو الصحة و الجواز حتى يرد النص الشرعي المانع واذا حددنا الشرط بأنه ليس هو مقتضى العقد وانما هو " التزام المتصرف في تصرفه أمرا زائدا على أصل التصرف "[3]

---

1) المرجع السابق .

2) 3) علي الخفيف / الكفالة / ص 40 . أحكام الوصية / ص 77 . وأبو زهرة / شرح قانون الوصية / ص 44 . وزين الدين شعبان / الشروط / ص 10 . وكوثر كامل علي / ص 37 . وابن القيم / ج 3 ص 388 والألباني / سلسلة الأحاديث الصحيحة / ج 1 ص 108 . وصحيح مسلم / ج 8 ص 24 .

فهذا الشرط الجعلي في العقد يخرج به مقتضى العقد والشرط المخالف للعقد أو الشرع ، وهذا هو محل الاختلاف بين الفقهاء حسب المذاهب.

ثم نجد ان النصوص الشرعية تجيز الاشتراط وتحث عليه واشترط رسول الله صلى الله عليه وسلم واشترط أصحابه في عباداتهم وبيوعهم وفي مختلف الأحوال ، حتى اننا نجد المحدثين جميعا تكلموا عن الشروط وقد أفرد ها البخاري بكتاب خاص في صحيحه ، ورجح الاشتراط وصحته كما سبق بيانه وعلى هذا الأساس فان المذهب الراجح والصحيح في الشروط الجعلية هو مذهب الجمهور من الحنابلة كما قرر ابن تيمية وابن القيم وهو أيضا مذهب أهل الحديث في مختلف المذاهب الاسلامية فتكون الشروط الجعلية صحيحة وجائزة ، وأن أفضل تقسيم للشروط هو انها صحيحة وباطلة حيث يعتبر تقسيما بسيطا سهلا ، فما وافق الشرع واجازه فهو الصحيح الذي يجب الوفاء به وماخالفه صراحة فهو الباطل الذي لا يوفي به أيا كان مشترطه مما أكد عليه كل من ابن تيمية وابن القيم وفصلاه تفصيلا ، حيث ذكر ابن القيم في معرض تفصيل وتأصيل الشروط الجعلية فقال " وهنا قضيتان من قضايا الشرع التي بعث الله بها رسوله :

أحدهما : ان كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائنا ماكان .

والثانية : ان كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه و هو مما يجوز فعله وتركه بدون الشرط ، فهو لازم بالشرط ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء[1] ومن ثم فان الشروط الجعلية الصحيحة المشترطة في العقود أيا كان العقد شروط صحيحة لازمة الوفاء والباطلة فهي لغو لا تلزم أحدا . كما أن القياس الصحيح والأصول الفقهية والأصولية تقتضي صحة الاشتراط الجعلي في عقود المعاملات مالم يرد نهي أو مخالفة صريحة للنص في الشروط .

= كتاب البر / وقد ذكر اشتراط النبي صلى الله عليه وسلم على ربه في القصة التالية : "عن عائشة قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلان فكلماه بشيء لا أدري ما هو فأغضباه فلعنهما وسبهما، فلما خرجا قلت: يا رسول الله من أصاب من الخير شيئا ما أصاب هذان قال : وماذاك ؟ قالت قلت : لعنتهما وسببتهما قال : أوما علمت ماشرطت عليه ربي ، قلت : اللهم انما أنا بشر ، فأي المسلمين لعنته فاجعله له زكاة وأجرا" . فهذا الحديث الصحيح صريح في اشتراط النبي صلى الله عليه وسلم على ربه وهو شرط صحيح ، يدل على جواز الاشتراط في العقود الخاصة بالمعاملات الى جانب العبادات ، كما في مسند أحمد والنسائي عن ابن عباس "ان ضباعة بنت الزبير أرادت أن تحج، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تشترط ففعلت" سنن النسائي /ج 5 ص 167-169. كتاب المناسك (الاشتراط في الحج) ورواه مسلم في صحيحه عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على ضباعة بنت الزبير فقال لها أردت الحج قالت: والله ما أجدني الا وجعة ، فقال لها "حجي واشترطي وقولي: اللهم محلي حيث حبستني" . صحيح مسلم /ج 3 ص 26 .

1) أعلام الموقعين /ج 3 ص 390 . وابن تيمية /ج 29 ص 159 .

المبحث الخامس : أقسام الشروط الجعلية وحكمها في القانون الوضعي :

تنقسم الشروط الجعلية في القانون الوضعي الى قسمين رئيسيين وهما : الشروط الصحيحة ، والشروط الباطلة .

القسم الأول : الشروط الصحيحة : ويشمل هذا القسم من الشروط الجعلية كل شرط يتفق عليه المتعاقدان في العقد المبرم بينهما بشرط " الا يكون مستحيلا ولا مخالفا للنظام والآداب"[1] فيدخل في الشروط الصحيحة هذه كما يقول فقهاء الشريعة كل شرط هو من مقتضى العقد ، أو ملائم له أو فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للغير ، مالم يكن الباعث على هذا الشرط أو سبب اشتراطه هو مخالفة النظام العام والخروج عن آداب المجتمع ونظمه كالاتفاقات الخاصة بالقمار أو الدعارة وارتكاب الجرائم أو التنازل عن الحرية التعاقدية أو تقيدها أو تحقيق أغراض وأهداف غير مشروعة قانونيا كالتنازل عن الحقوق الشخصية ، وغير ذلك من التصرفات المخالفة لروابط وقواعد وأحكام القانون العام أو الخاص حيث يكون جزاء المخالفة هو البطلان المطلق لتلك الشروط والعقود المبرمة على هذا الأساس واما ان كانت هذه الشروط غير مخالفة للنظام العام والآداب ، فانها تكون صحيحة لازمة الوفاء على من شرطت عليه كما في الاتفاق على أن تكون نفقات حفظ المبيع أو نقله الى موطن المشتري أو الى حيث يرغب على حساب البائع أو اشتراط أن تكون نفقات تسجيل نقل ملكية العقار على البائع أو اشتراط صفات معينة في المبيع كأن يكون انتاجا معينا أو بلد معين أو شركة معروفة أو اشتراط منفعة معينة للغير ، وغير هذا من الشروط الصحيحة فيجب الالتزام بها والوفاء بالالتزامات المشروطة في العقد مادام الطرفان المتعاقدان قد قبلا بالتعاقد عليها دون اكراه أو تدليس أو غلط أو غير ذلك من الأسباب المعيبة لارادة المتعاقد والمفسدة لرضاه فمادام المتعاقد الملتزم بالشرط في العقد قد وافق ورضي حرا مختارا بالتعاقد على الشرط بملء حريته وارادته فعليه أن يوفي بما التزمه أو يكون مسؤولا عن اخلاله بالتزامه التعاقدي وفقا لمبدأ " العقد

---

1) وحيد الدين سوار / شرح القانون المدني / ص 129 . والتعبير عن الارادة / ص30-125 .

شريعة المتعاقدين"[1] حيث لا يجوز وفق هذا المبدأ أن تغير الالتزامات التعاقدية أو تنهى أو تبدل الا باتفاق المتعاقدين ورضاهما ، وعملا بمبدأ آخر وهو " سلطان الارادة"[2] وذلك المبدأ يقتضي أن كل فرد حر في ابرام ما يشاء من العقود والتصرفات العقدية ، واشتراط مايرى من الشروط المحققة لمصلحته ، مالم يخالف النظام العام أو يخرج عن الآداب والأخلاق أوأن يشترط

1) السنهوري /مصادر الحق في الفقه الاسلامي/ج 3 ص 94 . ونظرية العقد /ص85 . والوسيط ج 1ص 141 . والموجز/ص6- 20 ونقل في نظرية العقد هامش/ ص95 . وقضت محكمة الاستئناف المصرية أنه " لا يجوز للقاضي بدعوى العدالة أن يلغي شروطا صريحة اتفق عليها الطرفان عن حرية وعلما الطرفان لحقوقهما ، فان هذه الشروط تقوم مقام القانون بالنسبة لهما " ونقل أيضا في هامش /ص101 حكما آخر لمحكمة الاستئناف جاء فيه " ان المحاكم لا تملك أن تعدل بدعوى العدالة اتفاق أبرمه الطرفان عن رضا حر ، وتزيد شروطا جديدة ولا تملك الا أن توجب احترام هذا الاتفاق" . وعبد المنعم البدراوي /النظرية العامة للالتزامات" /ص89 . وأحمد سلامة /مذكرات في نظرية الالتزام/ج 1 ص 57 . وتوفيق حسن فرج /النظرية العامة /ص 32- 310 . وزهير العارتيني /الوجيز في نظرية الالتزام/ص 20- 40 . ومحمد كامل مرسي / الالتزامات /ج 1 ص 25- 150 . سليمان مرقص / المدخل لأصول القانون / ص 48 . وشرح القانون المدني / مصادر الالتزام/ج 2 ص 520 . وأنور سلطان / الموجز في النظرية العامة للالتزام /ص 14 ، 283 . وجمال زكي /الوجيز في النظرية العامة /ص 37 ، 432 . وعقد البيع في القانون المدني الكويتي /ص18 . وعبد المنعم فرج /نظرية العقد في قوانين البلاد العربية /ص 38 . وعقد البيع في القانون المدني المصري/ للبدراوي /ص 162 . وعبد المنعم فرج الصده/ دروس في الالتزام/ص44- 65 . وعبد الحي حجازي /موجز النظرية العامة ج 1 ،المصادر ص 38- 147 . وحسين نصار /القانون المدني مع شرح نصوصه /ص45 . وعبد الفتاح عبد الباقي/نظرية القانون /ص114 . ودروس مصادر الالتزام (نظرية العقد) /ص5- 23 . ومحمد تقية/الارادة المنفردة كمصدر للالتزام/ص15- 25 . ومحمد لبيب شنب / موجز مصادر الالتزام/ص6- 25 . وشرح أحكام عقد البيع /ص 6- 30 . ومصطفى محمد الجمال وجمال الدين عوض/أصول المعاملات /ص17- 111- 120 . وزهدي يكن/شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني /ص25- 130 . والنظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية/ ص 5- 35 . وعبد المنعم فرج الصده /مصادر الالتزام/ص 6 - 45 . ومجموعة الأعمال التحضيرية وزارة العدل المصرية/ ج 2 ص مصادر الالتزام/ص 79- 82 . والقانون المدني الجزائري ، والمدني المصري، ومجلة العقود والالتزامات التونسية ،ومحمد حسنين /الوجيز في النظرية العامة للالتزام في المدني الجزائري /ص6-15 . وعقد البيع/ص5- 20 . وعبد الودود يحي/دروس في النظرية العامة /ص5- 95 . وانطوان قسيس/ أمالي ومحاضرات في القانون المدني السوري/ص3- 150 . وحسن كيره/ المدخل الى القانون/ص5- 30 . وصوفي أبوطالب/ تاريخ النظم القانونية/ص325 . تطبيق الشريعة الاسلامية /ص184 . وقال جمال زكي (المسؤولية المدنية) "ان القاضي لا يلزم المتعاقدين بشروطهما العقدية ،بل أنه" يضيف الى مضمون العقد مايقتضيه العرف أوقواعد العدالة وأن يراعي المرغوب فيه اجتماعيا لأن القانون نظام اجتماعي يهدف الى حماية الفرد وتحقيق التوازن بين المصالح المختلفة ويتعين على القاضي أن يقدر ما اذا كان التزام ثانوي أولا لايجاد تنظيم أفضل للعلاقة بين المتعاقدين /ص 227 من مشكلات المسؤولية المدنية .

2) عبد الحي حجازي /موجز النظرية العامة للالتزام/ص218 . وعبد الفتاح عبد الباقي/دروس في مصادر الالتزام/ص217 . ومجموعة الأعمال التحضيرية/ج 2ص79 . وزهدي يكن/شرح الموجبات/ج 1ص78

شرطا مستحيلا استحالة مادية أو قانونية كمن يلتزم باستئناف قضية "مضى ميعاد استئنافها"[1] ، أو يلتزم طبيب بمداواة شخص قد توفي ، أو علاجه وابرائه من مرض مزمن كالسرطان أو السكر أو غير ذلك من الأمراض المستعصية على العلاج والتي لم يستطع الطب حتى الآن أن يجد لها دواء شافيا قاطعا لدابرها ، فمثل هذه الشروط المستحيلة لو التزمت في عقد تكون شروطا باطلة لا يجب الوفاء بها . وأما الشروط الممكنة والمشروعة فانه يجب الوفاء بها ممن التزم بها في العقد وان لم يوف بالتزامه كان مسؤولا عن اخلاله بالتزامه العقدي وتكون "مسؤوليته مسؤولية عقدية"[2] . مترتبة من عقد صحيح بين الطرفين المتعاقدين .

القسم الثاني : الشروط الباطلة : وهذا القسم من الشروط يشتمل على كل شروط يستحيل تحققه أو وجوده استحالة مادية أو قانونية ، وكل شرط مخالف للنظام العام والآداب ، ومن أمثلة الشرط المستحيل استحالة مادية جعل جائزة أو مكافأة مالية لمن يقطع محيطا سباحة أو احياء ميت ، وأما القانونية فكاشتراط أن يكون ثمن المبيع ذهبا أو عملة أجنبية في بلد لا يسمح قانونه التعامل بالعملة الصعبة أو استئناف حكم فات وقت الطعن فيه ، وغير ذلك من الشروط المستحيلة قانونيا ، وأما المخالفة للنظام العام والآداب فمن أمثلتها عقود الغرر والقمار والربا والفجور والدعارة والخمور ، وغير ذلك من الفواحش والموبقات ، والاستحالة قد تكون استحالة مطلقة أو نسبية ، فأما الاستحالة المطلقة ، فتحقق اذا كان الشرط يستحيل الوفاء بالنسبة لكافة الناس كما في دفع الثمن بالذهب أو استئناف قضية انتهى ميعادها قانونيا فهنا يستوي كل الناس في هذه الاستحالة ولا يستطيع أي منهم أن يقوم بالعمل أو الالتزام المفروض ، اذ يمتنع على أي انسان - أيا كان - أن ينفذ الالتزام المطلوب على الوجه المحدد . وأما الاستحالة النسبية فتظهر عندما يقتصر الأمر على الشخص الملتزم فقط ، دون غيره من الناس ، كأن يلتزم شخص بالقيام بأعمال فنية أو أدبية ، كرسم صور فنية أو كتابة قصة أو أشعار أو مسرحية أو أناشيد أو غير ذلك من الأعمال الفنية وهو لا يحسن القيام بهذه الأعمال فعجز المتعاقد شخصيا عن القيام بهذه الأعمال لا يمنع غيره من القيام بها

---

1) 2) وحيد الدين سوار / شرح القانون المدني / ص 123 . والسنهوري / نظرية العقد / ص 30 ومابعدها . وعاطف النقيب / النظرية العامة للمسؤولية / ص 31 . وجمال زكي / المسؤلية المدنية / ص 99 - 177 .

الاستحالة الشخصية ليست هي الاستحالة المطلقة ومن ثم ما أن يلتزم بالعصل ويكلف غيرة بالقيام به أو يعوض الطرف الآخر من الاخلال بالالتزام العقد ، ومن ثم فان شراح القانون يفرقون في الشروط الباطلة بين شروط يكون الدافع لها هو قصد أو غرض مخالف للقانون أو للآداب العامة ، ولولا هذا الغرض لما أبرم العقد ، وبين شروط ليس السبب الدافع هو مخالفة النظام بل مجرد التعاقد وتحقيق الأغراض والمقاصد المشروعة ، فيرون بطلان الشروط التي يكون الدافع لها هو غرض مخالفة النظام أو القانون ، يبطلون معها العقد لأن هذه الشروط هي السبب الدافع الى التعاقد " ولولاها لما أقدم الطرفان على التعاقد "[1] .

1) أنور سلطان / المبادئ القانونية / ص333 . والسنهوري / الوسيط / ج 1 ص143 . فرج الصده نظرية العقد في قوانين البلاد العربية / ص40- 150 . دروس في الالتزام / ص44 . وحجاني / موجز النظرية العامة / ص 38- 147 . ولبيب شنب / موجز مصادر الالتزام / ص140 . أحكام عقد البيع / وتنص المادة 82 لبناني على " ان اشتراط الشيء المستحيل أو المخالف للآداب أو القانون باطل ومبطل للاتفاق المعلق عليه ، وان صيرورة الشرط ممكنا فيما بعد من الوجهة المادية والقانونية لا تجعل الاتفاق صحيحا ، بيد أن الأمر يكون خلاف ذلك أي أن الشرط المستحيل أو غير المباح يعد كأن لم يكن اذا كان الفريقان لم يجعلا له شأنا جاز مالم يكن له في التعاقد شأن السبب الدافع الحامل على انشاء الموجب " . وكذلك نص المادة 800 فرنسي صريح في بطلان الشرط دون العقد وان كان الشراح والقضاء يذهبون الى بطلان الاتفاق ان كان الشرط الفاسد هو الدافع الى التعاقد والاكتفاء ببطلان الشرط وحده ان لم يكن هو السبب الدافع الى التعاقد . وتنص المادة 104 مدني جزائري " اذا كان العقد في شق منه باطل أو قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل الا اذا تبين ان العقد ماكان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كله " وتنص م 204 على أنه " لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام . هذا اذا كان الشرط واقفا أما اذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر قائما . غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام اذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام " . وكذلك تنص المادة 97- 98 فيما يخص السبب فيشترط فيه الا يخالف النظام العام والآداب . وتنص المادة 136 مدني مصري فيما يتعلق بالسبب وتشترط الا يخالف النظام العام والآداب ، وأنه مشروع حتى يقوم الدليل على خلاف هذا الافتراض ، وكذلك المادة 143 مصري وتشترط لبطلان العقد كله أو جزء منه أن يكون الدافع للتعاقد غير مشروع فيبطل العقد كله أو جزء منه حسب الحالات . وتنص المادة 266 على أن يكون الشرط مشروعا والا بطل الالتزام ولم يقم له وجود مادام مخالفا للنظام العام والآداب . وجاء في مجلة الالتزامات والعقود التونسية ، في الفصول 67- 70 ، فيما يتعلق بأسباب العقود وشرطت وجود هذه الأسباب والا تخالف النظام العام والآداب ، وفي الفصل 117 قالت " كل شرط تعلق بمحال أو بما يخالف الاخلاق الحميدة أو القانون فانه باطل وهو يبطل العقد ولا ينقله الى الصحة ولو صار ذلك الشرط ممكنا فيما بعد ، والفصل 118 خاص بالشروط المقيدة لحرية الانسان ولحقوقه الشخصية . وفرق الفصل 119 بين الشروط الباطلة

واما ان كان الشرط غير المشروع ليس هو الدافع الى التعاقد بل جاء عرضا وقصد ثانوي فان البطلان في هذه الحالة يكون بطلانا قاصرا على الشرط ثانويا دون العقد فيصح ، وقضية تقدير مشروعية الشروط ومدى مخالفتها للنظام العام والآداب العامة للمجتمع أمر متروك للسلطة التقديرية للقضاة ، فالمحاكم هي التي تراقب المشروعية والملاءمة وصحة العقود والشروط الجعلية للمتعاقدين ، ولقضاة المحاكم الصلاحية المطلقة في تقدير مشروعية الشروط وأسبابها والدافع لها لتصحيح أو ابطال العقود والشروط. فالشروط الباطلة في القانون نوعان : نوع يؤدي وجودها في العقد الى ابطال العقد ذاته وجعله عدما ، والنوع الآخر يقتصر البطلان على الشرط فقط دون العقد .

= المبطلة للعقد ، وتلك الباطلة وحدها دون العقد فقال " كل شرط ينافي مقتضى العقد فهو باطل ويبطل العقد ، وقد يصح هذا العقد اذا رضي الخصم رضا صريحا بترك القيام بهذا الشرط" . وجاء في مجلة الأحكام العدلية المادة 189 " ان البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين يصح العقد والشرط لغو مثلا بيع الحيوان على الا يبيعه المشتري الآخر أو على شرط أن يرسله في المرعى صحيح والشرط لغو" .

وكذلك القضاء الفرنسي والمصري فقد ميز كل منهما في مسألة الشرط المقترن بالعقد بين " شرط باعث (دافع) وشرط غير دافع" الى التعاقد ، فان الشرط الدافع هو باطل مبطل للعقد من أساسه في التبرعات وغيرها ، أما الشرط الثاني فهو وحده الباطل مع صحة العقد /زهدي يكن /شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني /ج 1 ص 281 .

المبحث السادس: الشروط الجعلية في مجلة الأحكام الشرعية العثمانية :

هذه المجلة تقنينا لأحكام المذهب الحنفي ،وان كان واضعوا المجلة تخلوا عن المذهب في بعض المسائل ومنها مسألة الشروط الجعلية ، حيث أجازوا الشروط الجعلية اذا لم تكن مخالفة للشرع وقالوا في تبرير الجواز، " ان أكثر الأعقد والعطاء في زماننا أكثره مربوط بالشروط وفي مذهب الحنفية ان الشروط الواقعة في جانب العقد أكثرها مفسد للبيع ، وكان أهم المباحث في كتاب البيوع فصل البيع بالشرط... وأن أقوال المجتهدين في حق البيع بالشرط يخالف بعضها بعضا ، ففي مذهب المالكية ان كانت المدة جزئية ، وفي مذهب الحنابلة على الاطلاق يكون للبائع وحده أن يشترط لنفسه منفعة مخصوصة في البيع ، ولكن تخصيص البائع بهذا الأمر دون المشتري يرى مخالفا للقياس والرأي[1]، ومن الأمور المسلمة عند الفقهاء ان رعاية الشرط انما تكن بقدر الامكان" . وقد قسموا الشروط ثلاثة أقسام : جائز ،وفاسد ولغو ، وقد تناولت المجلة الشروط الجعلية في المواد 43 - 398 . ومن هذه المواد يمكن تقسيم الشروط الى ثلاثة أقسام : شروط صحيحة ، باطلة ، ولاغية :

القسم الأول : **الشروط الصحيحة** : وهذه الشروط تشمل أنواعا عدة من الشروط .

أ- **شروط مقتضى العقد** : ونصت عليه المادة 186 فقالت : " البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر ، مثلا لو باع بشرط أن يحبس المبيع الى أن يقبض الثمن فهذا الشرط لا يضر في المبيع بل هو بيان لمقتضى العقد " .

فشرط مقتضى العقد شرط صحيح يجب الوفاء به ، ولا يضر اشتراطه وهذا الشرط في الحق لا يعد شرطا مقترنا بالعقد وليس هو شرط جعلي، لأنه يجب الوفاء به شرط أو لم يشرط لأنه حتم من أحكام العقد يجب بدون شرط ، ولكن المجلة سايرت المنهج الفقهي في اعتباره هذا

---

1) مجلة الأحكام العدلية / تنسيق وترتيب المحامي نجيب هواويني/ص11 - 39 . وأيضا صبحي محمصاني / فلسفة التشريع في الاسلام /ص 92- 100 وص 266- 271 . وزهدي يكن/ شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني/ج 1 ص 277- 384 . وجمال زكي/عقد البيع /ص6-28 .

الشرط شرطا جعليا .

ب ـ الشرط المؤيد للعقد : و هذا النوع عند الفقهاء هو المؤكد لمقتضى العقد ، ونصت عليه المادة 187 " البيع بشرط يؤيد العقد صحيح والشرط معتبر، مثلا لو باع بشرط أن يرهنه المشتري للبائع شيئا معلوما أو يكفل بالثمن هذا الرجل صح البيع ويكون الشرط معتبر حتى انه اذا لم يف المشتري بالشرط فللبائع فسخ العقد لأن هذا الشرط مؤيد للتسليم الذي هو مقتضى العقد " .

جـ ـ الشروط المتعارفة : فهذه الشروط العرفية التي جرى بها العرف ويجب أن تراعي واشتراطها صحيح ، يوجب الوفاء بها لمن شرطت له في العقد ونصت المادة 188 " البيع بشرط متعارف ـ يعني الشرط المرعي في عرف البلد ـ صحيح والشرط معتبر ،مثلا لو باع الغروة بشرط أن يخيط منها الظهارة أو النعل على أن يسمره في الباب أو الثوب على أن يرقعه يصح البيع ويلزم البائع الوفاء بهذا الشرط " .

فالشرط العرفي اذا يكون شرط صحيح يجب الوفاء به ، وهذا أكدته المادة 43 و 44 " المعروف عرفا كالمشروط شرطا" وان " المعروف بين التجار كالمشروط بينهم " (1) .

د ـ الشروط التي فيها منافع لأحد المتعاقدين : وهذه الشروط يجب الوفاء بها مالم تكن مخالفة للشرع أو للأخلاق والنظم الاجتماعية ـ حسب تعبير الوضعيين ـ وقد نصت على هذه الشروط بصحتها المادة 287 وجاء فيها " اذا باع مال على أن يسلمه في محل كذا لزم تسليمه في المحل المذكور " وكذا اذا شرط أن تكون نفقة تسليم أو تسجيل المبيع على البائع أو أن ينتفع بالمبيع مدة كذا فهذه الشروط تعد صحيحة ، وهي خروج عن مشهور المذهب الحنفي وقد اضطرت الظروف الاجتماعية وتطور المعاملات المالية فقهاء الأحناف المتأخرين الى مخالفة مذهبهم وأصوله لمسايرة التطورات الاجتماعية مرة باسم العرف وأخرى باسم " الأخذ والعطاء الجاري" وبهذا خرجوا من ضيق القياس والرأي الى سعة " الشرع " وفضاء الاباحة

1) المجلة المادة 43-44 وتنص المادة 83 على أنه" يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان" وهذه القواعد هي أساسا مأخوذة من "الاشباه والنظائر لابن نجيم /وغيره من أصحاب القواعد الفقهية . أنظر أحمد الزرقاء/شرح القواعد الفقهية/ص15- 45 و 150- 181 .

الشرعية ، ورجعوا الى صحة الجواز الشرعي ، وبذلك خرجوا تصحيح الشروط والعقود الشرعية مالم يرد بها نص يمنعها .

القسم الثاني : **الشروط الباطلة** : وهي المخالفة للشرع ، وهذه لا يجوز الوفاء بها ولا تصح وتبطل العقد ولذلك لم تنص عليها المجلة وتركتها ، وتسمى أيضا بالشروط الفاسدة .

القسم الثالث : **الشروط اللاغية** : وهذه الشروط تبطل وحدها ويصح العقد ، ونصت عليها المادة 189 فقالت : " البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد المتعاقدين يصح العقد والشرط لغو ، مثلا لو باع الحيوان على الا يبيعه المشتري لآخر أو على شرط أن يرسله في المرعى ، صحيح والشرط لغو " .

مع هذا التطور التشريعي في المذهب الحنفي في شكل المجلة ، فلم يصل المذهب الى التطور المطلوب شرعا بل مازال يحتاج الى ازالة الحواجز والموانع في مجال الشروط الجعلية والعقود الشرعية ، وجعل الأصل في الشروط والعقود هو الاباحة والجواز والاذن حتى يثبت النص المخالف ، الذي يمنع الاشتراط وهذا لا يمكن تقريره والوصول اليه الى بعد تأصيل الأصول وتمحيص المواريث الفقهية وصقلها من الآثار الضعيفة والقواعد الواهية المخالفة للأدلة الشرعية القطعية الثبوت ، وأن يستمسك في مسألة الشروط والعقود بالأصول التي قررها جهابذة الفقهاء ومجتهدوا الأئمة والأصوليين وأن لا تترك هذه الأصول وتلك الأدلة لأقوال بعض الفقهاء والعلماء المخالفة لهذه الأصول المقررة والمتفق عليها لدى المتخصصين .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث السابع : مقارنة بين أقسام وأحكام الشروط الجعلية في الشريعة والقانون :

في مجال تقسيم الشروط الجعلية في عقود المعاملات نجد ان تقسيمات الفقهاء الشرعية لهذه الشروط ينحصر عند جمهورهم في تسمين : شروط صحيحة وأخرى باطلة ، وتحت كل قسم أنواع من الشروط ، وهذا التنوع راجع الى منهجية هؤلاء الفقهاء والى أصولهم الفقهية والقياسية التي وضعوها لتمييز الشروط الصحيحة عن غيرها ومحاولتهم ايجاد معيار مضبوط تصح على أساسه الشروط أو تبطل ، والتفريق بين الصحيح وأنواعه والباطل وأقسامه وأثر ذلك على العقد والتصرف الشرعي الذي شرطت فيه الشرط ، وقد أدى بهم الى هذا التقسيم هو فكرة " مقتضى العقد " والقياس والأثر الضعيف " النهي عن بيع وشرط " وحديث " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " والقياس عليه في أي شرط آخر ، وقد رأينا أن الرأي الصحيح هو صحة الشروط والعقود وهو مذهب جمهور فقهاء الحديث ، وان النهي عن بيع وشرط لا يصح ولا يثبت مما يجعل فكرة الفقهاء وأصحاب الرأي منهم على الخصوص غير صحيحة لأن اعتقادهم ان عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم تدلها على البطلان حتى يقوم الدليل على الصحة ، فاذا لم يقم دليل على الصحة في كل شرط أو عقد أو معاملة استصحبوا بطلانه فأفسدوا بذلك كثيرا من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله بناء على هذا الأصل[1] " .

من ثم يكون التقسيم الأصلي والمناسب هو أن الشروط صحيحة وباطلة ولا بأس أن تتنوع ، وتتعدد بعد ذلك في اطار النصوص الشرعية الصحيحة والثابتة ، كما أكده ابن تيمية وابن القيم وان كان الأصل دائما هو أن الشروط والعقود الأصل فيها الصحة وان الحظر والمنع خلاف الأصل ، وهذا هو مقتضى الأصول والقواعد الشرعية والفقهية ولابد من مراعاة معايير المحدثين في تصحيح وقبول ورد الحديث وهم أصحاب الاختصاص والدراية في الحديث دون منازع وان الفروع الفقهية تبنى على هذه الأصول ، وتفرع الأحكام تبعا

---

1) رشيد رضا / تفسير المنار / ج 7 ص 168 . وابن القيم / ج 1 ص 347 . وج 3 ص 388 . وابن تيمية / مجموع الفتاوي / ج 29 ص 132 . ومقدمة / مجلة الأحكام العدلية / ص 11 - 13 . وعلي أحمد الندوي / القواعد الفقهية / ص 218 . وابن العربي / العارضة / ج 5 ص 62 . وأكد ان الحديث أصل في ذاته يحتكم اليه عند الخلاف في المسائل الفقهية .

لذلك فقسمون أحكام الشروط الجعلية هو لزوم هذه الشروط ووجوب الوفاء بها اعمالا للنصوص الشرعية .

ونجد ان المقارنة بين تقسيم فقهاء الشريعة للشروط وأحكامها وأقسامها مع نظائرهم من شراح القانون ، فهناك تقارب كبير بين الطرفين وان كان فقهاء القانون لم يتوسّعوا في الشروط واقتصروا على قسمين اثنين هما الشروط الصحيحة والشروط الباطلة ولم يتوسعوا في أنواع كل قسم اذ الأصل عندهم ان الشروط الصحيحة ملزمة واجبة الوفاء وان غير الصحيحة باطلة وهي لغو ، وقد تؤثر في العقد ان كانت هي الدافعة للتعاقد ، ولا تؤثر ان لم تكن هي السبب الدافع للتعاقد ، وهذا التقسيم شبيه الى حد ما بالتقسيم الشرعي في عمومه ، والاختلاف هو في تفصيل هذه الشروط وتنوعها وأحكامها عند فقهاء الشريعة ، وهو راجع الى الأصول التي اعتمدها فقهاء الشريعة ودفعت بهم الى هذا المنهج الخاص في البحث ، وهو يختلف عن منهج القانونيين ، وأسبابه ، وأصوله ، وان كانت النتيجة ان الأحكام متقاربة بين الفريقين ، وليست متباعدة ولا متناقضة ولولا الأصول التي اعتمدها جمهور الفقهاء ونظرية القياس ومقتضى العقد لربما كانت النتائج واحدة ولا اختلاف ، كما هو الحال عند ابن تيمية وابن القيم ، اذ تقسيمهما للشروط والعقود سابق وموافق للمنهج القانوني ولا اختلاف بين الطرفين ، وان الأصول الشرعية لو رعيت عبر العصور الاسلامية لكان الأمر يختلف ، عما وصل اليه الأمر في آخر المطاف عند فقهاء الرأي ومدرسة العقل والقياس التي سدت الأبواب وقلبت الأمور وجعلت الأصل في العقود والشروط هو الحظر والمنع الأمر الذي دفع بواضعي المجلة العدلية وفقا للمذهب الحنفي أن يشكوا من ضيق المنفذ وحرج الأخذ بأصل المذهب ، فرجحوا الجواز وأخذوا به وقالوا تيسيرا لمخالفة الأصل ، ان جواز الشروط هو المناسب للعصر " لأن الأنفس والخطباء في زماننا مربوطة بالشروط[1] " ، وفي عبارة أخرى " ومن الأمور المسلمة عند الفقهاء ان رعاية الشروط انما تكون بقدر الامكان[2] " . ومع هذا فلم يصل هؤلاء الفقهاء الى نهاية المطاف ، ولم يستطيعوا التخلص نهائيا من مبدأ الحظر وان كانوا قد خرجوا الى فضاء أرحب في ظل مراعاة الشروط بقدر الامكان وحسب العرف .

1) 2) مجلة الاحكام العدلية/ص 11-30 . وزهدي يكن/شرح القانون اللبناني/ص280 . والسنهوري/مصادر الحق/ج 3 ص 101- 134 .

الفصل الثالث : نماذج من الشروط الجعلية بين المتعاقدين في بعض عقود المعاملات الشرعية :

في هذا الفصل نستعرض نماذج من الشروط الجعلية في بعض عقود المعاملات ، تطبيقا لصحة الشروط الجعلية في عقود المعاملات ، وان الأصل في هذه الشروط هو الاباحة والجواز ، لنرى مدى صحة هذه الشروط في تلك العقود ومدى الالتزام بها والمطالبة بتنفيذها ، ووجوب الوفاء بها وآراء الفقهاء الشرعيين في مدى وصحة هذه الشروط مقارنة بآراء فقهاء القانون الوضعي حيث انتهى البحث في الفصول السابقة الى أن الأصل في الشروط والعقود هو الاباحة والصحة والجواز ، وفقا للنصوص الشرعية الثابتة التي جاءت لتحقيق المصالح البشرية وتكميلها ودرء المفاسد وتقليلها ورفع الحرج ، والتيسير ، وقد اتضح ان القول بعدم صحة الشروط الجعلية وجعل الأصل فيها هو الخطر والمنع قول ينقصه الدليل الشرعي، ويؤدي الى المشقة والعنت ، واضطراب الأقوال وعدم ثبات المعايير التي يتم على أساسها تصحيح الشروط وابطالها مما يفتح أبواب الحيل والتحايل على تصحيح بعض الشروط وتمريرها وان تصحيح الشرط يدفع " حيل أكثر المتحيلين ، ويجعل للرجل مخرجا مما يخاف منه ومما يضيق عليه ، فان الشرط الجائز ، بمنزلة العقد بل هو عقد وعهد[1] " ولأن "كل العقود والعهود والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك[2] " ومن ثم فاتباع وتطبيق النصوص الشرعية

---

1)و2) ابن القيم /اعلام الموقعين / ج 3/ص 390 . وابن حزم / الأحكام في أصول الأحكام /ج 5/ص 599 . ومحمد ابراهيم /الحيل الفقهية في المعاملات المالية/ ص 70 . والسنهوري /مصادر الحق / ج 3/ ص 176 . وابن تيمية /مجموع الفتاوي /ج 29 /ص146 . ومجلة الأحكام العدلية /ص 11- 30 . وأبو زهرة/ مالك وابن تيمية/ ص 387 . ونظرية العقد / ص 287 . وعلي الخفيف / الكفالة/ ص 40 . وأحكام الوصية/ ص 77 . وزكي شعبان /الشروط المقترنة بالعقد /ص 97 . وكوثر/ الشروط في عقد الزواج /ص 23 . وصبحي المحمصاني /فلسفة التشريع في الاسلام /ص 264- 271 . وصالح بن عبد الله /رفع الحرج في الشريعة الاسلامية /ص 106 . وعلي بن محمد اللحام /المختصر في أصول أحمد /ص65 . ومحمد أمين /التحرير في أصول الفقه / وابن عبد البر / التمهيد /ج 4/ص 142 . وعلي أحمد الندوي /القواعد الفقهية/ص 218- و82 . وقد ذكر قول عمر رضي الله عنه /مقاطع الحقوق عند الشروط /وقول شريح /من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه/ وقال أن هذه " الاقوال قاعدة تسوغ الشروط الجعلية" وقال في ص 227 " الأصل في الأشياء

في الجواز هو ما انتهى اليه المحققون من العلماء والباحثون وما أكدوه في أقوالهم ، وهذا ليس مخالفة للشرع ولا لأحكامه بل هي الأصل وهو ما كان عليه فطاحل العلماء والمحدثون كالبخاري وغيره وان النصوص الشرعية أصول بذاتها ودلائل على الصحة والجواز ولا تحتاج لدليل آخر اذا صحت وثبتت ، وان النصوص الواردة في صحة الشروط الجعلية مؤكدة الثبوت والصحة قاطعة الدلالة ، ولا يمكن ردها أو مخالفتها وقد عمل بمقتضاها الرسول صلى الله عليه وسلم فتعامل واشترط وتبعه أصحابه والعلماء من بعدهم ، ولا يجوز ترك هذه النصوص لأقوال الرجال وآراء العلماء مادامت النصوص ثابتة ، فلم اللجوء الى الوسائل الأخرى كالاستحسان أوالعرف أو المصلحة والنص صريح صحيح ، ولهذا فاننا نستعرض مجموعة من الشروط الجعلية في بعض العقود تطبيقا لصحة الشروط .

= الاباحة وقال " مالا يعلم فيه التحريم يجري على حكم الحل " وابن نجيم " الاشباه والنظائر" ص 338 . وعبد الوهاب ابراهيم /الفكر الأصولي /ص 216 . وأبو الحسن البصري المعتزلي / المعتمد في أصول الفقه/ص 84 . ومحمد فيض الحق الكنكوهي /أصول الشاش مع عمدة الحواش/ص 75و 175 . وتاج الدين السبكي/الابهاج شرح المنهاج /للبيضاوي ص 146 والشاطبي /الموافقات/ج 1/ص 68 . والرازي /المحصول في علم الأصول /ص 60 . والقرافي /شرح تنقيح الفصول /ص 62 . وابن قدامة المقدسي /روضة الناظر وبهجة المناظر/ ص 40 - 43 . و/ مختصر المنتهى حاشية التفتزاني على شرح عضد الملة /ج 2 /ص5 . والهاجي /الاشارات /ص 8 . وقد قال عن مسألة الاباحة هذه بمناسبة الكلام في أقسام الادلة الشرعية/ أدلة الشرع ثلاثة : أصل ، ومعقول الاصل والاستصحاب ، فأما الأصل فالكتاب والسنة والاجماع/ وفي " مسائل النهي " قال " الذي ذهب اليه الجمهور من أهلة السنة أن الأمر بالشيء نهي عن ضده والنهي عن الشيء اباحة ضده " .

المبحث الأول : الشروط الجعلية في عقد البيعة السياسية ومدى الالتزام بها :

لقد شرع الله تعالى في شرعه لعباده ، أن يشترطوا في كل موضع يحتاجون فيه للاشتراط حتى في الأدعية ، ففي دعاء الاستخارة يقول " اللهم ان كان هذا الأمر خيرا لي في ديني ومعاشي وعاقبة أمري عاجلة وآجله فاقدره لي ويسره لي "[1] ، وكذلك في عقود المعاملات جميعها شرعت الشروط لتحقيق المصالح والمنافع التي لايمكن أن تحقق بمجرد التعاقد ، فالشرع أجاز الاشتراط في البيعة السياسية ، باعتبارها عقدا من عقود المعاملات الشرعية فكان مما أخذ النبي صلى الله عليه وسلم على أصحابه في هذه البيعة " السمع والطاعة في المنشط والمكره ، والا ننازع الأمر أهله وأن تقوم أو تقول الحق حيثما كنا لانخاف لومة لائم "[1] وفي لفظ " بايعنا على السمع والطاعة في منشطنا ومكرهنا وعسرنا ويسرنا وأثرة علينا ، وان لاننازع الأمر أهله الا أن تروا كفرا بواحا عندكم من الله فيه برهان " .

فهذه عقود صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم وعهوده ومواثيقه مع أصحابه وفعله وتصرفه ، وهذه أقوال هؤلاء الأصحاب حملة الشرع والهدي النبوي ، وتصرفاتهم وعقودهم وشروطهم مع رسولهم صلى الله عليه وسلم في أصح الأدلة وأوضح البراهين ، وليس لها معارض ولامنازع ولا تخصيص لها " لأن الأحكام تؤخذ من قول صاحب الشرع ولا يجوز أن يطرح قول صاحب الشرع لغيره "[2] وأفعاله بيانا وتفسيرا للشرع وهي على الوجوب في الاقتداء والعمل بها ، وهي واضحة في صحة الاشتراط ومشروعيته في عقد البيعة ونظام الحكم الاسلامي وغيره من عقود المعاملات ، وقد طبق " الصحابة أنفسهم مجتمعين نظام الاشتراط في الحكم دون تحرج ولا تردد ، ففي بيعة الخليفة الثالث عثمان رضي الله عنه ان عبد الرحمن بن عوف قال " أبايعك على سنة الله ورسوله والخليفتين من بعده ، فبايعه عبد الرحمن ، وبايعه

---

1) صحيح البخاري /ج 2/ ص 51 /كتاب التهجد / و /كتاب الأحكام /ج 8/ص 105 . وصحيح مسلم /ج 6/ ص 14 . وج 8/ص 19 . وفتح الباري /ج 13 و 12/ص 6-7 . وشرح النووي وسائر شروح البخاري ، وفي مسلم عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره الا أن يؤمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة" وهذا صريح في اشتراط الطاعة في المعروف ، وقد وردت هذه الأحاديث أيضا في سنن أبي داود والنسائي وابن ماجة .

2) الباجي / الاشارات / ص 10 . والمنتقى/ج 1 ص 142 . وقال "ان أفعال النبي صلى الله عليه وسلم على الوجوب" .

الناس ، والمهاجرون والانصار ، وأمراء الأجناد ، والمسلمون[1] " ، وهناك روايات تذكر ان عبد الرحمن اشترط على علي رضي الله عنه الالتزام بسيرة الخليفتين قبله فرفض .

فهذه بيعة مشروطة باتباع الشرع والالتزام بالأحكام وعدم الخروج عليها والالتزام بمنهج سابقيه وأصحابها يصرحون بالاشتراط المشروع وكلهم من الصحابة الفاهمين وحديثي العهد بالشرع ، والوحي ، وهم يجسدون نصوصه ، ويمثلونها تمثيلا حيا في نظام الحكم ويشترطون على حاكمهم ويأخذون المواثيق والعهود باحترام وتنفيذ الشروط العقدية .

ومن ثم فهذا البحث يخصص لفكرة الاشتراط في البيعة السياسية في نظام الحكم الاسلامي ونقسمه الى ثلاثة مطالب وهي :

المطلب الأول : في تكييف عقد البيعة من الناحية الشرعية وما يمكن أن يشترط فيها .

المطلب الثاني : في اختصاصات الحاكم ، وما يمكن أن يوضع فيها من شروط ومدى الالتزام بها .

المطلب الثالث : في شكل نظام الحكم ، وما يمكن أن يشترط فيه من شروط ومدى الالتزام بهذه الشروط ، لأن عقد البيعة ، عقد معاملة شرعية وتطبق عليه كغيره من عقود المعاملات الشروط الجعلية والأحكام الشرعية في هذه العقود وهي من العادات ، والأصل فيها الاباحة والجواز وهذا ما فهمه الرعيل الأول في صدر الاسلام ، فكان نظام الخلافة يقوم على الاشتراط والاتفاق والتعاقد والتعهد بحفظ هذه الشروط والوفاء بتلك المواثيق والعقود من طرفي العقد الحاكم من جهة والرعية من جهة أخرى وكل يسعى لحفظ عهده والوفاء باشتراطاته العقدية ، فهل يمكن أن يعاد هذا النظام الى حياتنا المعاصرة ، التي غابت عنها كثير من بديهيات الاسلام وضرورات الاحكام الشرعية ؟ .

---

1) مروج الذهب /المسعودي /ج 2/ص 340 . الكامل في التاريخ /ابن الأثير/ج 3/ص41 . البداية والنهاية /ابن كثير /ج 4/ص 146- 147 .
وجاء في البداية والنهاية لابن كثير بعد انتهاء مدة المشاورة ان عبد الرحمن استدعى عليا ثم انه وقف تحت المنبر فقال هل أنت مبايعي على كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وفعل ابي بكر وعمر ؟ فقال علي : اللهم لا ولكن جهدي من ذلك وطاقتي فأرسل يده وقال قم الى عثمان ، فأخذ بيده فقال هل أنت مبايعي على كتاب الله وسنة رسوله وفعل ابي بكر وعمر قال اللهم نعم ... وازدحم الناس يبايعون عثمان .

المطلب الأول : تكييف نظام البيعة شرعا :

يقوم نظام الحكم في الاسلام على أساس " البيعة "[1] وهي عبارة عن عقد حقيقي بين جمهور المسلمين أو من ينوب عنهم من " أهل الحل والعقد " لاختيار وانتخاب خليفة شرعي لتطبيق الشريعة والعمل بالنظم الاسلامية والأحكام الشرعية ، وعقد البيعة هذا عقد قولي وعملي " بين طرفين لهما أهلية التعاقد المرشح للخلافة ، والمبايعون له ، فالمرشح يعطي العهد بأن يحكم بكتاب الله وسنة رسوله ، وأن يقيم الحدود والعدل بين الناس، ويحمي الاسلام ، ويأخذ لنفسه السمع والطاعة والتعاقد السياسي لا يأخذ مفهومه الصحيح الا بمشاركة حرة وفعالة لجماهير لمسلمين من الشعب ، منتجة لآثارها الشرعية[2] .

فالتكييف الشرعي لنظام الحكم والبيعة السياسية ، التي يقوم عليها هذا النظام ، انها عقد سياسي حقيقي ينشأ عن طريق الانتخاب العام المباشر أو غير المباشر بين الأمة الاسلامية أو من ينوب عنها ويمثلها في عقد

1) البيعة لغة: من بايع فلان الخليفة ،مبايعة ، يبايعه يعاهده ويعاقده وهي مشبهة بالعقد الحقيقي قال ابن الأثير في " نهاية غريب الحديث" ج 1/ص 174 . " كأن كل واحد منهما باع ما عنده من صاحبه واعطاه خالصة نفسه وطاعته ودخيلة أمره" وقال " بايعه وأعطاه صفقة يده ، والأصل في ذلك أنه كان من عادة العرب أن تبايع اثنان صفق أحدهما بيده على يد الآخر / صبح الأعشى /ج 9/ص 273 . وقال ابن خلدون : " ومعنى البيعة هي العهد على الطاعة كأن المبايع يعاهد أميره على أنه يسلم له النظر في أمر نفسه ، وأمور المسلمين ،ولا ينازعه في شيء من ذلك ويطيعه فيما يكلفه على المنشط والمكره" / تاريخ ابن خلدون /ج 1/ص336-347 .
وأنظر في تعريف البيعة : لسان العرب لابن منظور/ج 1/ص401 (مادة باع) وجميع اللغات ص 169 . والقاموس المحيط/ج 3/ص 7 . (باب العين فصل الباء) واسماعيل بن حماد الجوهري /الصحاح : تاج اللغة وصحاح العربية/ (باب العين فصل الباء) /ج 3/ص 1189 وظافر القاسمي /نظام الحكم في التشريع والتاريخ الاسلامي /ص247 . ومحمد عبد المجيد الخالدي /قواعد نظام الحكم في الاسلام /ص 105 .

2) عبد الكريم الخطيب /الخلافة والأمامة /ص 286 . ومحمد عبد الله العربي /نظام الحكم في الاسلام/ص 64-66 . وعبد الغني سعيد /الاسلام دعوة تقدمية لعالم متطور/ص125-152 . ومحمد كامل ياقوت/الشخصية الدولية في القانون الدولي والشريعة الاسلامية/ص 470 . وفتحي الدريني /خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم/ص 431 . والمهدي الوعبدلي :مقال بعنوان /البيعة والشورى في الاسلام /مجلة الاصالة الجزائرية/عدد 28 /سنة 4/ص70/ .
وسليمان الطماوي /السلطات الثلاثة في الاسلام /ص 375و /أزمة الديمقراطية في الوطن

البيعة بين الحاكم ، يلتزم فيه هذا الأخير بتطبيق الشرع الاسلامي واقامة العدل مقابل طاعة المسلمين لهذا الحاكم في المنشط والمكره والعسر واليسر ، في غير معصية والنصح له ، وهذا العقد السياسي قائم على الشروط الشرعية ، وواجب المراعاة والتنفيذ من قبل أطرافه كل في حدوده وحسب واجباته كما طبقه الصحابة الكرام وفقا لتعاليم نبيهم صلى الله عليه وسلم ، ووصيته لهم ، ولذلك فان النظام الاسلامي في الحكم يعد فريدا ومميزة خاصة بالمسلمين ليس له نظير في السوابق التاريخية ، عبر التاريخ البشري وتجاربه الطويلة ، حيث يعد هذا النظام ابتكار اسلامي وظاهرة خاصة وأن آراء الفلاسفة الغربيين تعد خيالية في قضية " العقد الاجتماعي "[1] ونشوء الدولة وتطور نظمها وأجهزتها ، وكانت قضية العقد الاجتماعي مجرد افتراض خيالي في محاولة للحد من سلطة الأباطرة والملوك المستبدين في الغرب النصراني وتنظيم قواعد الحكم ، ومادام النظام السياسي الاسلامي عبارة عن عقد فهو كسائر عقود المعاملات الشرعية ، يخضع للأحكام الشرعية اعمالا للقاعدة الفقهية " العقود أسباب جعلية شرعية "[2]

= العربي /ص 118-125 . (عن مكتب الدراسات العربية) ، ومحمد يوسف موسى" نظام الحكم في الاسلام/ص 158 . وحامد سلطان /القانون الدولي في الشريعة الاسلامية/ص135 ويوسف أبيش /نصوص الفكر السياسي في الاسلام/ص158 . وعبد القادر عودة /الاسلام وأوضاعنا السياسية/ص 84 . ومنير العجلاني /عبقرية الاسلام في أصول الحكم/ ص 89 . وفؤاد العطار /النظم السياسية والقانون الدستوري /ص108 . وأبو زهرة/الوحدة الاسلامية /ص 151 .

ومحمد المبارك /نظام الحكم في الاسلام /ص30 . وتوفيق سلطان اليوزبكر/دراسات في النظم العربية الاسلامية /ص37 . ورأفت شنبور /دستور الحكم ،والسلطة في القرآن /ص21 . وابن القيم /اعلام الموقعين /ج 3/ص 388 . وقد قال : "وقد علق النبي صلى الله عليه وسلم ولاية الامارة بالشرط وهذا تنبيه على تعليق الحكم في كل ولاية ... وقد علق ابوبكر تولية عمر رضي الله عنه بالشرط ووافقه عليه سائر الصحابة فلم ينكر منهم رجل واحد " وقال قمر الدين خان" ان عقد البيعة كسائر العقود له مقصود محدد يتمثل في الطاعة العامة لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم ويكون بين طرفين الامام من جهة والعلماء ومن تقارب من أهل الرأي والخبرة من جهة أخرى (ابن تيمية وفكره السياسي) ترجمة أحمد مبارك البغدادي /ص174 . وقال الخالدي في " قواعد نظام الحكم " ان البيعة " عهد بين الأمة والحاكم على الحكم الشرعي " وهذا يعني ان البيعة عقد حقيقي لاشك في ذلك ، والشيخ شلتوت /من توجيهات الاسلام/ص 563 . وسلام مدكور/ معالم الدولة الاسلامية/ص 125 .

1) رايموند كارفيلد كتيل /العلوم السياسية/ ترجمة فاضل زكي وحسن علي الذنوب/ج 1/ص154 ويحي الجمل /النظم السياسية/ص76 . وشمران حمادي /النظم السياسية/ص52 . ومحمد كامل ليلة /النظم السياسية/ص78 . وفؤاد العطار/النظم السياسية والقانون الدستوري /ص99 . ومحسن خليل /النظم السياسية /ص 60 .

2) مصطفى الزرقاء/المدخل الفقهي العام/ج 1/ص473 . وأبوزهرة/نظرية الملكية والعقد /

ولا مانع شرعا من وضع شروط معينة يتضمنها عقد البيعة ، وتشترط على الحاكم باعتباره وكيلا ونائبا عن الأمة ، فهي صاحبة الاختصاص في تولية الحاكم وتنصيبه ومباشرة الاختصاصات وصلاحيات الحكم ، حيث تكون "الخلافة عقد ولاية على شرط"[1] ، وهذا العقد ينشئ حقوقا والتزامات متقابلة بين طرفي العقد ، ولكل منهما أن يضيف من الشروط ما يراه محققا لمصلحته ومنفعته الدينية والدنيوية ومن حق أي طرف أن يطالب الطرف الآخر بالوفاء بالتزاماته العقدية أو يكون مسؤولا عن اخلاله بهذه الالتزامات التعاقدية ويكون آثما شرعا ، لقوله تعالى " يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"[2] وقوله تعالى " وأوفوا بالعهد اذا عاهدتم"[3] وفي الحديث الشريف " لكل غادر يوم القيامة لواء يرفع له بقدر غدرته ، ولا غادر أعظم غدرا من أمير عامة"[4] ، وقد اشترط النبي صلى الله عليه وسلم على أصحابه وشرطوا عليه في بيعة العقبة فقالوا له : " اشترط لربك ولنفسك ماشئت ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم ، اشترط لربي أن تعبدوه ولا تشركوا به شيئا ، واشترط لنفسي أن تمنعوني مما تمنعون منه أنفسكم وأولادكم " قالوا فاذا فعلنا فما لنا قال (الجنة) قالوا ربح البيع لا نقيل ولا نستقيل ، فنزل قوله تعالى " ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة"[4] .

= ص 286 ، ووهبة الزحيلي / الفقه الاسلامي /ج 4/ص201 . وعلي الخفيف/ مختصر أحكام المعاملات الشرعية /ص 83 .

1) يوسف أبيش /نصوص الفكر السياسي /ص158 . وابن فرحون / تبصرة الحكام /ج 1/ص17 . ومحمد الرمس" النظريات السياسية الاسلامية" /ص170 ، ونقل عن السنهوري ان " الامامة عقد حقيقي مستوفي الشروط ومبني على الرضا ومنه يستمد الحاكم سلطته وأنه نائب من الأمة" وقال شوقي :

والدين يسر والخلافة بيعة والأمر شورى والحقوق قضاء

وحسن ابراهيم "النظم السياسية" /ص24 . وعبد الحميد الانصاري / الشورى وأثرها في الديمقراطية ص 8 . وقال : " ففي الشورى تذكير للأمة انها صاحبة السلطان وتذكير للرئيس انه وكيل في مباشرة السلطان " .

2-سورة المائدة/ الآية 1 .

3-سورة النحل / الآية 91 .

4-صحيح مسلم /ج 5/ص 126 . والبخاري /ج 4/ص 250- 251وذكروا بيعة العقبة انها كانت على الإسلام من حديث عبادة بن الصامت وكان ممن حضروا العقبة ،وقد صرح ابن هشام بالإشتراط /ج 2 /ص72- . وابن كثير / السيرة النبوية/ج 2/ص 192- 194. و ابن سيد الناس عيون الأثر /ج 1/ص136-158 ، وتفسير القرطبي ج 8/ص 267. سورة التوبة و ابن عبد ربه الأندلس/ العقد الفريد /ج 4/ص59 . وسيرة ابن هشام /ج 4/ص 228 . وابن كثير

وكذلك تبايع مع جابر فاشترط ظهر بعيره ، واشترط الصحابة على بعضهم في عقود البيع وغيرها ، فهذه النصوص تؤكد على ضرورة الوفاء بالشروط والعقود التي يبرمها الانسان مع غيره سواء تعلقت بالعبادة أم بالمعاملات فيجب عليه الوفاء بتعهداته والتزاماته واحترام عقوده وشروطه ، والا فهو مسؤول ، والنصوص صريحة وواضحة في هذا كله وهي واجبة التطبيق والمراعاة ، وصحة الشروط والعقود في مختلف المعاملات هو ماكان يفهمه الصحابة رضي الله عنهم ، فكان نظام الخلفاء الراشدين - السياسي - قائما على العقد المشروط مع الرعية ، وقد ذكر الخلفاء هذه الشروط عند توليهم منصب الخلافة لهذا أبو بكر الصديق رضي الله عنه يقول ، عند توليه لمهامه كخليفة وفي أول بيان سياسي موجه للأمة " أيها الناس : وليت عليكم ولست بخيركم ان أحسنت فأعينوني وان أسأت فقوموني ، الصدق أمانة والكذب خيانة والضعيف فيكم قوي عندي حتى آخذ له حقه ، والقوي ضعيف عندي حتى آخذ منه الحق ان شاء الله تعالى ، لايدع أحد منكم الجهاد ، فانه لا يدعه قوم الا ضربهم الله بالذل ، أطيعوني ما أطعت الله ورسوله ، فان عصيته فلا طاعة لي عليكم "[1] .

وهذا بيان واضح في سياسة أبي بكر ومنهجه ، وفكره ، وان امارته وطاعته مشروطة ، وكذلك ولي عمر رضي الله عنه ورشحه لمنصب الخلافة بشروط قد ذكرها ، وكذلك سائر الخلفاء الراشدين من بعد ، اشترطوا فوفوا لها ووفت لهم ، فسعدوا بها وسعدت بهم ، ورضي الجميع بعضهم

السيرة النبوية / والروض الإنفاقي/شرح سيرة ابن هشام /للسهيلي/ج 1 ص 262وتاريخ الخلفاء/للسيوطي/ص 66.وخالد محمد خالد/خلفاء الرسول ص 89.وابن الكثير الكامل في التاريخ/ج 2/ص 224- 225. وتاريخ الطبري/ ج 3/ص 304.وحسن إبراهيم حسن / النظم الإسلامية/وظافر القاسمي / نظام الحكم في التاريخ و التشريع الإسلامي/ص 258.ومحمد سلام مدكور معالم الدولة الإسلامية ص 257- 267.وصبحي الحمصاني/تراث الخلفاء الراشدين /ص 359-360.و "موسوعة عمر ابن الخطاب".محمد رواس قلعة حبي ص 181- 183.وموسوعة عثمان ابن عفان ص 213. وصحيح البخاري " كتاب الشروط ج 3،ص 172. وذكر شروطا كثيرة من النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه كشروط الوقف و المعاملة ،وذكر عن عمر رضي الله عنه قاعدته الفقهية /مقاطع الحقوق عند الشروط/أنظر تفصيليا علي أحمد القواعد الفقهية ص 82. وابن القيم إعلام الموقعين ج 3ص 343- 344. وابن تيمية القواعد النورانية الفقهية ص 214- 225.

1-المرجع السابق .

ببعض فاستقرت الأوضاع والنظم ، ثم حدثت التحريفات ، والتجاوزات الخطيرة من الحكام للأوضاع الدستورية والشرعية القانونية ، فكانت الاضطرابات والقلاقل وعدم الاستقرار . . . ، وهذه كلها لا يعول عليها ولا ينظر اليها ، لأن الأصل هو النص الشرعي الصحيح ثم التطبيق السليم لهذا النص في العصور الذهبية ، وما فهم منه فهما صحيحا .

والخلاصة ان الشروط السياسية في عقد البيعة تعد شروطا صحيحة شرعا يجب الوفاء بها ، والا فسخت البيعة وسقطت الطاعة ، وهذا ماكان يفهمه ويصرح به ، الصحابة والمسلمون في صدر الاسلام ، لأن في الوفاء بالشروط ومراعاتها ، مصلحة راجحة وشرعية لا يعدل عنها ويهدرها الا طاغ جبار ومستبد متسلط عنيد مناع للخير عتل بعد ذلك زنيم !

ولذلك فقد حاول المسلمون في العصور اللاحقة لزوال الخلافة الراشدة أن يعودوا الى نظام الاشتراط الذي يقيد استبداد الحكام ويمنع الحكم الغشوم ، فحاولوا العودة الى هذا النظام كلما واتتهم الفرصة فاغتنموا الفرص واشترطوا على الحكام شروطا وضعوها في عقد البيعة لشل الظلم والقهر العاتي ، فنجد أن علماء مصر مثلا قد بايعوا " محمد علي " واليا على مصر واشترطوا شروطا تعهد هو في أول الأمر باحترامها والوفاء بها ، فالتزم الا يقطع أمرا الا بعد مشورة العلماء ، وان خالف الشروط عزلوه ، كما أن الاتراك حاولوا تطبيق " نظام المشروطية "[1] لمحاربة استبداد السلاطين ، الا أنهم فشلوا في تحقيق الغرض ونجح المستبدون في الطغيان وابطال العهود والشروط ، وهذا لا يمنع المسلمون في أي عصر آخر من اعادة الكرة ووضع الضمانات الكافية ووعي الدروس والعبر الغالية من علقم التاريخ ونكبات الازمان .

---

1) مكتب الدراسات العربية / أزمة الديمقراطية في العالم العربي / ص125 . ورشيد رضا / تفسير المنار / ج 4 / ص186 . وعمار طالبي / ابن باديس حياته وآثاره / ج 3 / ص410 . وابن القيم / الطرق الحكمية في السياسة الشرعية / ص20 . وطه حسين / الفتنة الكبرى / ج 2 / ص167 . وأحمد الشرباصي / يسألونك في الدين والحياة / ج 2 / ص533 . وأبو الأعلى المودودي / مفاهيم سياسية حول الدين والدولة / ص 10 . و " نظرية الاسلام وهديه في السياسة والدستور " / ص25 و 150 . وسميح عاطف الزين / الاسلام وثقافة الانسان / ص401 - 428 . وعلي عبد الواحد وافي / الاسلام والمجتمع العربي / ص25 . وظافر القاسمي / نظام الحكم / ص289 . وابن القيم / اعلام الموقعين / ج 3 / ص 388 . والحصاني / تراث الخلفاء الراشدين / ص 359 .

المطلب الثاني : اختصاصات الحاكم وما يشترط فيها :

يعتبر منصب رئيس الدولة في النظام الاسلامي ، منصبا دينيا وسياسيا لأنه يؤم المسلمين في الصلاة ، ويباشر اختصاصات الحاكم ، بالشروط الشرعية فهو يجمع من الناحية النظرية بين كافة السلطات والاختصاصات سواء التشريعية والتنفيذية والقضائية ، اذ لا يوجد في الأصل الشرعي فصل بين السلطات الثلاثة من الناحية العضوية ، وان كانت هذه السلطات عمليا متميزة ومنفصلة عن بعضها البعض ومستقلة فان الحاكم - في الاسلام - لا يمارس عمليا الا السلطة التنفيذية ، أما السلطة التشريعية فهي حق لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم ، ابتداء وليست للحاكم الا فيما لا نص فيه اذا كان الحاكم من أهل الاجتهاد وتوافرت فيه شروط المجتهد ، وهذا الأمر يشارك فيه كل عالم ومجتهد له المام بالأحكام الشرعية وقدم راسخ بشرط عدم مخالفة الشرع والخروج على أحكامه ومهمة السلطة التنفيذية أساسا هي " تطبيق الشرع "[1] والعمل بأحكامه كلها ، ثم التشريع فيما لا نص فيه ، وأما السلطة القضائية فهي حق للقضاة ومجال اختصاصهم وهي مستقلة أساسا عن السلطتين التشريعية والتنفيذية ولا يخضع القاضي لغير قناعته وفهمه في مجال الفصل في الخصومات واقامة الحدود الشرعية دون أي وصاية ، ومن حق الحاكم أن يتولى مباشرة السلطة القضائية فيجمع بين كل السلطات ، ومع هذا فليس هناك ما يمنع المسلمين شرعا أو أهل الاختصاص من أهل " الحل والعقد " من الاشتراط في عقد البيعة ، أو عند وضع نصوص دستورية وفقا للشرع ، على تحديد الاختصاصات وتعيينها بالتفصيل بالنسبة لرئيس الدولة ، فتحدد مهامه بدقة ووضوح خاصة بعد ان اكتوى المسلمون بنار الاستبداد السياسي وظهور الطغيان

---

1) يوسف القرضاوي / حتمية الحل الاسلامي / ص76 . وسليمان الطماوي / السلطات الثلاث في الاسلام / ص601 . وعبد الحميد متولي / الشريعة كمصدر رأساسي للدستور / ص431 . وحامد سلطان / أحكام القانون الدولي في الاسلام / ص20 . وابراهيم الدسوقي اباضة وعبد العزيز غنام / تاريخ الفكر السياسي / ص145 ، وأحمد عبد الرحمن مصطفى / الاسلام والمجتمع الغربي / ص41 . والمودودي / نظرية الاسلام وهديه / ص54 . وعبد الله مرسي / سيادة القانون بين الشريعة والقانون / ص341 . وأحمد شلبي / السياسة الاقتصادية في الاسلام / ص72 . وسعيد أبو جيب الوجيز في المبادئ السياسية في الاسلام / ص36 . وعبد الكريم زيدان / الفرد والدولة في الشريعة الاسلامية / ص25 . ومحمد العربي / قواعد نظام الحكم في الاسلام / ص59 . وصبحي صالح / النظم الاسلامية / ص249-255 . ومحمد سلام مدكور / معالم الدولة الاسلامية / ص 305- 338 .

نتيجة تركيز السلطة وضعف الوازع الديني ، كما يمكنهم النص على الفصل بين السلطات الثلاث فصلا تاما أو جزئيا لمحاربة سوء استعمال السلطة أو استغلالها فان " الأهداف التي يتوخاها مبدأ الفصل بين السلطات وهي : منع الاستبداد والطغيان والظلم ، وتحقيق العدل والحرية والشرعية الدستورية ، وتقسيم العمل لا يمكن أن تكون غريبة على نظام الدين لخدمته وسداده تحقيق العدل ومنع الظلم وان كان الوازع الديني وخشية الله تعالى قد أغنت المسلمين في فجر هذا النظام عن تلمس قواعد وايجاد نظم ضد التعسف والانحراف ، فان ضعف الوازع الديني بعد ذلك قد وصل بالمسلمين عمليا الى نوع من الحكم المطلق لا يكاد يجد فيه المواطن ضمانا لنفسه وماله " . وهذا الضمان وتحقيق الهدف هو ما وصلت اليه النظم السياسية المعاصرة في الغرب بعد جهود في محاربة الاستبداد ، ومع هذا اختلف الغربيون وتباينت نظمهم من فكرة الفصل بين (السلطات الثلاث[1]) في الدولة المعاصرة ، فان بعضهم قد فصل فصلا مطلقا بين السلطات الثلاث ؛ التشريعية ، والتنفيذية ، والقضائية ، كما في النظام الأمريكي ، بينما أبقى بعضهم نوعا من التعاون بين هذه السلطات ولم يجعل الفصل تاما كما في بريطانيا وفرنسا ، وقد تكون هناك نظم أخرى غير هذه كما في النظم الاشتراكية ، وغيرها ، وأمام هذه الصور المتعددة فيبقى النظام الاسلامي متميزا وفريدا ووحيدا في أسسه وغاياته ، ومع هذا كله فليس هناك حرج ولا مانع يمنع المسلمين في العصر الراهن من الاجتهاد والتفكير والابتكار في ضوء شريعتهم وأحكامهم ، وايجاد النظام الصالح والملائم ويتشاورون فيما بينهم ، اذ أن الشرع أناط بذوي الاختصاص وأهل الخبرة والحل والعقد وجمهور المسلمين ادارة شؤون

---

1) سليمان الطماوي /السلطات الثلاث/ص60 . وعبد الحميد متولي /أزمة الفكر السياسي الاسلامي في العصر الحديث /ص46 . وحسن مروة/ دراسات في الاسلام/ص 150 . وفؤاد العطار /النظم السياسية والقانون الدستوري /ص 327 . ومحمد كامل ليلة/النظم السياسية الحكومة والدولة/ ص 550 . وثروت بدوي /النظم السياسية/ص 203 . وجولد ولين كارتر/نظام الحكم والسياسة في القرن العشرين /ص 24 . وميتشل سيوارت /نظم الحكم الحديثة /ترجمة : أحمد كامل /ص30 . وأبو بكر جابر الجزائري/ الدولة الاسلامية ص 46 . ومحمد شلتوت/الاسلام عقيدة وشريعة /ص 220 . وعبد الرحمن عبد العزيز القاسمي / الاسلام وتقنين الاحكام الشرعية /ص 83 . وابن القيم /المرجع السابق /ج 3/ص 3-10 . وولي الله الدهلوي / حجة الله البالغة/ج 1/ص11 . وابن تيمية/الحسبة / ص 15- 30 .

الأمة ، وجعل لهم الصلاحية المطلقة في اختيار شكل الحكم المناسب والمحقق لمصالح الأمة بشرط عدم مخالفة الشرع ومقاصد الأحكام الشرعية وروحها الجوهرية ومبادئها الثابتة الصحيحة . فالاسلام لم يأت بقواعد تفصيلية في نظام الحكم وانما جاء بقواعد عامة كلية مثل الشورى ، والمساواة والعدالة ، والحرية ، لكي تصلح لكل زمان ومكان ويكون تطبيقها منسجم مع الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية و التي تختلف باختلاف الزمان والمكان .

المطلب الثالث : الاشتراط في شكل نظام الحكم :

يقوم نظام الحكم في الاسلام ، على أساس الشورى ، حيث يوجب الشرع ويفرض على كل المسلمين " أن يعرفوا حقوقهم ، وواجباتهم حتى يكون ولاؤهم لدينهم ، ومثلهم ومؤسساتهم وخليفتهم "[1] ورغم أنه ليس هناك تحديد معينا لشكل نظام الحكم ، ولا تفصيلا لقواعده وأسسه ، ولا لطريقة اجراء الشورى ، كما لا توجد نصوص شرعية تحدد مدة زمنية يجب خلالها تجديد الحاكم ، واعادة انتخابه ، فان هذه الأمور وغيرها "لم يشر لها الشرع ولم يفصل فيها وتركها لاجتهاد المسلمين ، تحقيقا للمصلحة العامة في ظل الشريعة "[2] وأما ما رسمه الفقهاء وما تكلموا عنه خلال التاريخ الاسلامي والتجارب الكثيرة " من أشكال وطرائق ، فانما كان بمحض الاجتهاد "[2] بناء على ماتم

---

1) هاملتون جب/الاتجاهات الحديثة في الاسلام/ترجمة هاشم الحسيني/ص152. والبولونية (بوجينة غيانة) / تاريخ الدولة الاسلامية/ص72 . والشيخ شلتوت /الاسلام عقيدة وشريعة/ ص440 . ومحمد هيكل /الحكومة الاسلامية /ص 109 .

2) محمد المبرمي /نظام الحكم في الاسلام/ص83 . وميز العجلاني /عبقرية الاسلام/ص17 . وسميح عاطف الزين /الاسلام وثقافة الانسان /ص590 ، وهو يؤكد (ان مدة الخلافة غير محددة مادام الخليفة محافظا ومنفذا لأحكام الشرع ، فان انحرف أو عجز عن القيام بمهمته عزل ويصبح المسلمون في حل من بيعته) . ورشيد رضا / تفسير المنار/ج 4/ص203 ، وقد حاول أن يبرز انعدام طرائق ملزمة للشورى فقال (ان الشورى لم تبق على قاعدة محددة لاختلاف الأحوال والظروف... ومنها لو وضع الشرع قواعد مؤقتة لاتخذت دينا وعملوا بها في كل زمان) وهذا ما أكده الشيخ شلتوت بقوله (الشورى أصل في ادارة الجماعة وان تحري الحق من الزم الواجبات... ولم يضع القرآن ولا الرسول صلى الله عليه وسلم نظاما خاصا لأنه من الشؤون المتغيرة بتغير الأجيال ، فلو وضع نظاما لاتخذ أصلا لا يحيد عنه ، من يجيء من بعدهم وفي ذلك تضييق شديد) /الاسلام عقيدة وشريعة /ص440- 441 . وفتحي الدريني / خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم / ص 427 . وأحمد حماني مقال بعنوان : (الخلافة الاسلامية /مجلة الاصالة عدد/28/ص 107) . وجاء فيه مايلي : (ان الاسلام

تمثيله في الواقع العملي وطبق ، فصور في أقوالهم ؛ وقد ظهرت في العصور الاسلامية تجارب كثيرة لأشكال نظم الحكم بعضها كان ديمقراطيا بحتا وبعضها استبداديا قاتلا وبعضها بين الطرفين ، فأي من هذه النظم ياترى يتشابه أو يتقارب والنظام الاسلامي الأصيل ؟ وفي هذا العصر هناك نظم سياسية كثيرة ، وبمقارنة النظام الاسلامي وفقا لقواعده وأسسه نجد أنه أقرب شبها بالنظام الرئاسي والبرلمانية المعاصرة ، فان النظام الاسلامي يتشابه ويتقارب مع النظام الرئاسي من حيث حصر السلطة التنفيذية في يد رئيس الدولة الذي يتم انتخابه بطريق الاستفتاء العام المباشر أو غير المباشر ، وفي النظامين يتولى الرئيس تعيين وزرائه ومعاونيه والموظفين في الدولة ويعزلهم ، ويسائلهم عن اخطائهم ، والرئيس نفسه يعتبر مسؤولا عن تصرفاته وهفواته أمام هيئة مختصة ، الا أن النظام الاسلامي يفترق عن النظام الرئاسي في موضوع الفصل بين السلطات الثلاث في الدولة وهي : السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية ، حيث يكون الفصل تاما بين هذه السلطات في النظم الرئاسية ، خلافا للنظام الاسلامي فهو لا يعرف فكرة الفصل التام بين هذه السلطات ، ولا يوجد أي مانع - ان كانت هناك مصلحة ظاهرة -

---

= الزم الأمة بمبادئ في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، ولم يجبرها على شكل معين من أشكال الحكم مبين لجزئياته وتفاصيله ، وانما اشتمل على مبادئ دستورية أساسية) . ومحمد رأفت عثمان / الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الاسلام / ص51 . وعبد المتعال الصعيدي / السياسة الاسلامية في عصر الراشدين / ص 7 . وعبد الحميد متولي / مبدأ الشورى في الاسلام / ص18 . وأزمة الفكر السياسي الاسلامي في العصر الحديث / ص46 . والطاهر بن عاشور / تفسير التحرير والتنوير / ج 3 ، 4 ، 5 / ص 144 - 149 . والقرطبي / الجامع لأحكام القرآن / ج 4 / ص 252 . وسيد قطب / في ظلال القرآن / ج 1 / ص 502 . وطنطاوي جوهري / الجواهر في تفسير القرآن الكريم / ج 1 ، 2 / ص 168 . وهاملتون جيب وهارولد باوون / المجتمع الاسلامي والغرب / تعريب أحمد عبد الرحيم مصطفى / ص 43 . وأبو المعطي أبو الفتوح / حتمية الحل الاسلامي / ص 138 . والشيخ أحمد الشرباصي /// يسألونك في الدين والحياة / ج 4 / ص 143 . وعباس محمود العقاد / الديمقراطية في الاسلام ص43 . وسيد سابق / عناصر القوة في الاسلام / ص196 . ومحمد جلال شرف / نشأة الفكر السياسي وتطوره في الاسلام / ص36 . وظاهر القاسم / المرجع السابق / ص 211 - 261 ، وهو يرى أن (النظام السياسي الاسلامي استمد قواعده من طبيعة مجتمعه) فهو ليس تقليدا ولا محاكاة لأنظمة مستوردة بعيدة عن واقع المجتمع وظروفه . وأيضا (ابراهيم دسوقي اباضة وعبد العزيز الفنام) / تاريخ الفكر السياسي / ص 141 - 148 ، وهما يريان (بداهة أن يكون الخليفة أو ولي الأمر من بين أعضاء مجلس الشورى) . ومحمد الصادق عرجون / الموسوعة في سماحة الاسلام / ص533-588 / ج 1 ، 2 . وابن قتيبة / الامامة والسياسة / ص30 .

من النص على هذا الفصل اذا وجد الموغ ، ثم ان النظام الاسلامي يتشابه مع النظام البرلماني من عدة وجوه منها : عدم الفصل التام بين السلطات الثلاث في الدولة ، وانما تكون متعاونة بينها ، والرئيس يتم انتخابه في النظامين ، وان كان الإنتخاب يتم في النظام البرلماني من قبل الهيئة البرلمانية ، ويعد الرئيس مسؤولا أمام هذه الهيئة مسؤولية تامة هو ووزرائه ، وان النظام البرلماني يطبق في العصور الحالية في أنظمة مختلفة منها : النظم الملكية ، والجمهورية .

والخلاصة ان النظام السياسي الاسلامي يتشابه الى حد كبير مع النظم الرئاسية ، والبرلمانية المعاصرة ، وفيه خليط منها ، وصور كثيرة متماثلة بين هذين النظامين ، والنظام الاسلامي ، الى جانب أوجه خلاف كثيرة ، ترجع الى أصول نشأة كل نظام والمبادئ القانونية التي يطبقها ، والغايات التي يسعى اليها ... فان الخلافة لا تنعقد الا بالبيعة العامة ، بعد أن يرشح لها شخص مؤهل شرعا من قبل " هيئة الحل والعقد "[1] أو " مجلس الشورى "[2] الذي يتولى عملية الترشيح والموافقة على اختيار الشخص

---

1) و2) أنور الرفاعي/ الانسان العربي والحضارة/ص200 . والمودودي/ نظرية الاسلام وهديه السياسة والقانون الدستوري/ص228 ، ورايمون كارفيلد / العلوم السياسية/ج 1/ص291 ؛ ترجمة : فاضل زكي وعلي الذنوب . وعمران حمادي/ النظم السياسية/ص65و184-198 . ومحمد كامل ليلة/ النظم السياسية/ص526- 567- 596 . وفؤاد العطار/ النظم السياسية والقانون الدستوري /ص327-333 . وثروت بدوي /النظم السياسية/ص196-220و 326- 341 . وابوزيد علي المتيت /النظم السياسية والحريات العامة/ص37 . وسليمان الطماوي/ السلطات الثلاث في الدساتير العربية والفكر السياسي الاسلامي /ص379 ، وقد قال (لقد جرت التقاليد على تأبيد الخلافة ،ولكن روح النظام لا تتنافى اطلاقا كما يرى الدكتور السنهوري ، بحق مع توقيت الخلافة بمدة زمنية محددة ، اذا تضمن عقد الخلافة ذلك) ومحمود أبو السعود/ النظام السياسي للدولة الاسلامية/مجلة المسلم المعاصر/عدد 10/ . ورشيد رضا / تفسير المنار /ج 2/ص492 ، وج 7/ص441 ، وج 8/ص 102 . وقال (ان أهل الحق والعقد هم الذين يولون الامام ويراقبون سيرته ويعزلونه ان اقتضت الضرورة ، والمصلحة ذلك) . ومحمود عبد المجيد الخالدي / قواعد نظام الحكم في الاسلام/ص185 ، وقد ذكر ان من صلاحيات مجلس الشورى (الترشيح لمنصب رئاسة الدولة واقامة الاحزاب السياسية)ص204 . كما ذكر ان (الصحابة اجمعوا ان رئيس الدولة يبقى في منصبه مدى الحياة وهذا ظاهر في رئاسة الراشدين للدولة الاسلامية/ وان كل واحد منهم ظل رئيسا للدولة حتى مات) والاجماع الذي نسبه للصحابة هو اجماع عملي ومن خلال الاستقرار والتجارب ، ولكنه لا دليل عليه من الشرع فعمل الصحابة هنا في الرئاسة لم ينسبوها الى نص أو زعموا ذلك بل ان أبا بكر بعد أن بويع بالخلافة طالب بالاستقالة ، وفي الفتنة التي حدثت لعثمان طالبه الثوار وبعض الصحابة

المناسب ، لينصب كحاكم للأمة الاسلامية والدولة الاسلامية في نظمها الدستورية والقانونية ملزمة بالشرع الاسلامي وأحكامه ، ومقيدة بعدم مخالفته في أي أمر صغر أو كبر .

ومع هذا فلا حرج أن يجتهد المسلمون ويختارون النظام الملائم لهم ، ويضمنون فيه القواعد الدستورية المناسبة لتحديد المدة التي يتولاها رئيس الدولة ويجدد بعدها لمدة أخرى أو لا يجدد وليس له الحق بعد ذلك في الاستمرار في السلطة ، وطريقة تعيين أعضاء مجلس الشورى ومدة استمرار العضوية ، والشروط اللازمة في كل عضو وان مصدر الدستور متضمنا هذه القواعد بالتفصيل في نصوصه وأحكامه . والمهم أن تظل حقائق الاسلام وجواهره معاشة ومحافظ عليها دون الاهتمام بالشكليات والقشور التي تحجب الحق والنور ، وتبعد عن الأصول الأساسية فان النظم المعاصرة تحدد مدة الرئاسة وبعضها يجيز التجديد والبعض الآخر يمنع وثالث يشترط ، ولا مانع أن يقتبس المسلمون منها مايحقق مصالحهم ويمنع الاستبداد والظلم ، ويوفر الأمن والعدالة ، والحرية والمساهمة في شؤون الدولة من كل مسلم .

= بالاستقالة ، ولكن رفض وهذا الطلب من أبي بكر أو من الثوار دليل على جواز أن تحدد المدة اذ لو كانت مدة التولي شرعا أبدية لما طالب أبو بكر وهو من أفقه وأعلم الناس بالشرع ومن ثم فلا يمكن الاستدلال بفعل الصحابة على أنه اجماع حتى يكون هناك دليل آخر اذ من شروط الاجماع أن يستند الى نص ، والمقرر شرعا وأصولا ان فعل الصحابة ليس تشريعا الا أن يستند الى نص شرعي .

ثم هناك المصلحة العامة ومن خلال التجارب الماضية والحاضرة تقتضي أن لا يؤيد الحكم والا فان الحاكم يستأثر بالسلطة ويتمكن من السيطرة على أجهزة الدولة كلها ويستبد وان كان شكليا في صورة غير استبدادية وينفصل عن الأمة الا من خلال التقارير المشوهة التي تصله من أعوانه المختارين ، انظر : العز بن عبد السلام / قواعد الأحكام في مصالح الأنام / وهو يرى جواز عزل الحاكم و (ان يقيد العزل بالأصل للمسلمين) اذا اقتضت الضرورة وخلاف التأييد وابطال للاجماع المزعوم . وأيضا : منير العجلاني / عبقرية الاسلام / ص 126 . وظافر القاسمي / نظام الحكم في التاريخ والتشريع الاسلامي / ص211 . ومحمد العربي / نظام الحكم في الاسلام / ص 73- 79 .

المبحث الثاني : حكم العربون في الشريعة و القانون:

لقد جرت معاملات الناس وأعرافهم التجارية المعاصرة ، والمتأثرة بالنظم الغربية في كثير من المعاملات والعقود والشروط ، ورسخت هذه المعاملات بالنظم الوضعية المستحدثة التي ادخلت الى المجتمعات الاسلامية وصار الناس يتعاملون وفق هذة النظم وتلك القوانين ، فيشترطون شروطا كثيرة صارت محل اتفاق وتعامل عقدي بينهم ، ومن هذه الشروط " شرط العربون " الذي يدفع في العقود المالية حيث يدفع جزء من المال كقسط من الثمن أو دليل رغبة وصدق نية في التعاقد وامضاء التصرف المتفق عليه ، وكحق للعدول وعدم الالتزام ، فيفقد دافع العربون هذا المبلغ اذا كان العدول من جانبه ولا يستطيع أن يسترده أبدا وان كان العدول من جانب الطرف الآخر المستلم للعربون فانه يدفعه مضاعفا كتعويض عن فسخ التعامل ، والرجوع في امضاء العقد ولو لم يحدث أي ضرر للطرف الآخر ، وصار العربون قضية ملحة في كثير من الأوساط الاسلامية سواء في المعاملات التجارية أو المالية أيا كانت ، فما مدى صحة التعامل بالعربون شرعا ؟ وما الأدلة الشرعية في حالة الجواز والاباحة أو المنع والخطر ؟ وما أقوال الفقهاء وآراؤهم في هذا الشرط ؟ وما مدى لزومه في العقد ؟ هذا جوابه في المطالب التالية :

المطلب الأول: شترط العربون في الشريعة:

تعريف العربون:

1) التعريف اللغوي : العربون (بفتح العين وضمها) " ما عقد به البيع من الثمن "[1] ، وقال الفراء " أعربت اعرابا ، وعربت تعريبا ، اذا اعطيت العربان ، قال شمر : الاعراب في البيع ان يقول الرجل للرجل ، اذا لم آخذ هذا البيع بكذا ، فلك كذا وكذا من مالي "[2] ، سمي بذلك لأن فيه اعرابا ، لعقد البيع أي اصلاحا ، وازالة فساد[2] " .

---

1) و 2) لسان العرب /ج 4/ص 2867- 2869 . والصحاح /ج 6/ص 2164 . وابن سيده /المخصص/ج 3/ص 255 . وقال ان العربون يسمى أيضا أربون وأرجون (بالهمزة) والقاموس المحيط / ج 3/ ص 182 .

2) التعريف الإصطلاحي: يقصد الفقهاء من اصطلاح العربون هو (أن يقدم المشتري بعض الثمن للبائع مقابل أن يبقى له السلعة ، فان لم يشتريها ، ترك للبائع تلك الدراهم[1]) .

1) الخطيب الشربيني /مغني المحتاج /ج 2 /ص39 . ابن قدامة /المغني /ج 4 /ص58 . وابن رشد /بداية المجتهد ونهاية المقتصد /ج 2 /ص 162 ، والكشناوي/أسهل المدارك /ج 2 /ص 24 . واسماعيل الآبي الازهري/جواهر الاكليل شرح مختصر خليل /ج 2 /ص24 . وابن جزي/ القوانين الفقهية/ ص 222 . والتسولي/البهجة شرح التحفة/ج 2 /ص8 . وأحمد أنصاري/ بلغة السالك/ج 2 /ص32 . و /المدونات الكبرى مع مقدمات ابن رشد /ج 3 /ص202 . وخليل ابن اسحاق المالكي/ المختصر/ص 176 . وابن عرفة /شرح حدود الامام/ص257 . والزرقاني/ شرح الزرقاني على مختصر خليل /ج 3 /ص 87 ، والشيخ عليش/منح الجليل على مختصر خليل / ج 5 /ص 46 . و/حاشية البناني على مختصر خليل /ج 3 /ص87 . والحطاب/مواهب الجليل شرح مختصر خليل /مع/ التاج والاكليل /لابن المواق/ ج 6 /ص 369 . والكاندهلوي/ أوجز المسالك الى موطأ مالك/ج 11 /ص 44 ، ونقل قول الحطاب في بيع العربون "اختلف الناس في جواز هذا البيع، فأبطله مالك ، والشافعي للخبر ، لما فيه من الضرر ومن شروط الفساد ، ويدخل في ذلك كل أكل للمال ، وأبطله أيضا "أصحاب الرأي" وقد روى ان ابن عمر أجازه ومال اليه أحمد وضعف النهي لأنه منقطع" . الزرقاني/شرح الموطأ /ج 3 / ص250 ، ونقل عن ابن عبد البر أنه قال (ولا يصح ما روي من إنجازاته صلى الله عليه وسلم للعربون) والباجي/المنتقي شرح الموطأ/ج 4/ص157 ، وقال بعد أن أورد حديث النهي عن العربان (والمنهي عنه إن كره المشتري البيع كان ما دفعه للبائع دون عوض فهذا الذي نهي عنه، لأنه من أبين المخاطر ، وأما العربان الذي لم ينه عنه فهو أن يبتاع منه ثوبا أو غيره على أنه بالخيار فيدفع اليه بعض الثمن على أنه رضي بالبيع كان من الثمن ، وان كره رجع اليه ذلك)، وهذا التفصيل في المذهب المالكي وتقسيم العربون الى جائز وغير جائز ليس له دليل شرعي وهم يقرون- وهؤلاء محدثون وعلى علم تام بالحديث وما يصح كدليل للحكم الشرعي ، وما لا يصح -بأن الخبر لا يصح ومنقطع ، فلا يثبت ومع ذلك فهم يفصلون ويجيزون شرطا ويبطلون آخر دون دليل سوى التبرير لما قاله الأئمة المجتهدون أصحاب المذهب ، ولا ندري لما هذا التمسك ، والاستماتة في التمسك بالخبر. والسيوطي/ تنوير الحوالك على موطأ مالك/ج 2 /ص 118 . والقرطبي/الجامع لأحكام القرآن/ج 5 /ص150 . وتعرض للعربان وأنواعها بمناسبة تفسير قوله تعالى " لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل" فقال" ومن أكل المال بالباطل "العربان" وهو أن يأخذ منك السلعة أو يكتري منك الدابة ،ويعطيك درهما فما فوقه على أنه ان اشتراها أو ركب الدابة فهو من ثمن السلعة أو كراء الدابة وان تترك ابتاع السلعة أو كراء الدابة فما أعطاك فهو لك فهذا لا يصح ولا يجوز عند جماعة الفقهاء من الحجازيين والعراقيين ، لأنه من باب بيع القمار والغرر والمخاطر وأكل المال بالباطل بغير عوض، ولا هبة وذلك باطل باجماع ، وبيع العربان مفسوخ اذا وقع على هذا الوجه قبل القبض وبعده ، وترد السلعة ان كانت قائمة ، فان فاتت رد قيمتها يوم قبضها وقد روي عن قوم منهم : ابن سيرين ، ومجاهد ،ونافع وابن الحارث وزيد ابن أسلم ، انهم أجازوا بيع العربان على ما وصفنا ، وكان زيد ابن اسلم يقول : أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال أبو عمر : هذا لا يعرف عن النبي صلى الله عليه وسلم من وجه يصح ، وانما

فالمعنى الاصطلاحي للعربون هو نفسه المعنى اللغوي ، وهو في الحالتين مايدفع في العقد كجزء من الثمن للدلالة على الرغبة في التعاقد ، واتمام الصفقة أو حق الاحتفاظ بالعدول عن الصفقة ، وعدم التعاقد ، حيث يترك مادفع للبائع في هذه الحالة ، ولا يستطيع الطرف العادل أن يسترجع مادفعه من المال .

حكم العربون في الفقه الإسلامي : لقد إختلف الفقهاء في حكم العربون ، ومدى صحته والالتزام به شرعا وما الدليل على صحته أو بطلانه؟ وما قوة الدليل نفسه في الحالتين ؟ لقد انقسم الفقهاء الى فريقين :

1) الفريق الأول : يمثله المالكية والشافعية وبعض الحنابلة ، وهو قول الحنفية ومقتضى مذهبهم ، فهؤلاء الفقهاء يرون بطلان العربون ، وانه لا يصح التعامل به شرعا ولا يجوز اشتراطه في العقود واستدلوا على رأيهم هذا بالنقل والعقل :

ذكره عبدالرزاق عن زيد بن أسلم مرسلا ، وهذا ومثله ليس حجة ، ويحتمل أن يكون بيع العربان الجائز على ماتأوله مالك و الفقهاء معه، وذلك أن يعربنه ثم يحسب عربانه من الثمن ، اذا اختار تمام البيع .وهذا لا خلاف في جوازه عن مالك وغيره ، وفي الموطأ عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم " نهى عن بيع العربان " قال أبو عمر: قد تكلم الناس في الثقة عنده ا في هذا الموضع، وأشبه ماقيل فيه أنه أخذه عن ابن لهيعة الذي سمعه عن عمرو بن شعيب ، ورواه ، وابن لهيعة أحد العلماء الا أنه يقال :احترقت كتبه فكان اذا حدث ، بعد ذلك من حفظه غلط" (أنظر في الكلام عن عمرو بن شعيب : ابن حيان البستي " كتاب المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين" /ج 1/ص 226 ، 227 ، 253 ، 286 ، 299 ، 304 ، 360 ، 361 ، 69 ، 76/ج 2/ص 11 ، 13 ، 14 ، 40 ، 44 ، 48 ، 68 ، 74، 102 ، وج 3/ص 28 . وكتاب / الجرح والتعديل /ج 5/ص 145-148 . وأحكام القرآن لابن العربي المالكي /ج 1/ص 408 ، والسنهوري /مصادر الحق في الفقه الاسلامي / ج 2/ ص 90-96 . والدردير/ الشرح الكبير /ج 3/ص63 . والكوهجي /زاد المحتاج بشرح المنهاج /ج 2/ص43 . والنووي /المجمع شرح المهذب/ج 9/ص 334 .ومحمد الحسيني الشافعي /كفاية الاخيار حل غاية الاختصار /ج 1/ص 454 . وزين الدين المليباري / اعانة الطالبين على حل الفاظ الفتح المعين /ج 3/ص 24 . و /حاشيتان على منهاج الطالبين /ج 2/ص 175 ، باب " البيوع الفاسدة" . وأبو الطيب القنوجي البخاري/الروضة الندية شرح الدرر البهية/ج 2/ص144 .وسيد سابق / فقه السنة/ج 3/ص100 .وهبة الزحيلي/ الفقه الاسلامي وأدلته/ج 4/ص 448- 450 . وابن أبي شيبة/الكتاب المصنف في الآثار/ ج 7/ص 304 ، وذكر رأيان متناقضان للتابعين وابن الأثير الجزري/النهاية في غريب الحديث والأثر/ج 3/ص202 .و/جامع الأصول/ج 1/ص426 ،ومحمد بن عبد الرحمن الشافعي/رحمة الأمة في اختلاف الأئمة/ص183 . وأحمد فراج حسين/الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية/ص 95 .

أ - النقد و الدليل الشرعي : وهو " النهي عن الربا[1] " وهو حديث في كتب السنة ومن ثم يكون الربون شرطا مخالفا للشرع ، فلا يجوز اشتراطه ولا الوفاء به .

ب - العقل : وهو ان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد وهو شرط غرر وجهالة ، وأكل أموال الناس بالباطل، وهذا كله لا يجوز شرعا اذ ورد النهي عن هذه الأمور وان حل الأموال وتداولها يتم بالعقود والتصرفات الجائزة شرعا ، وهذا مخالف للشرع فيبطل اشتراطه ولا يصح التعامل به وان القياس يقتضي بطلانه .

2- الفريق الثاني : أحمد بن حنبل وأصحابه فهؤلاء يجيزون الربون واشتراطه في عقود المعاملات ، ولا يرون به بأسا لانعدام النهي عنه شرعا وان حديث النهي عنه لا يصح ، ولا يثبت وفقا للمعايير العلمية في الجرح والتعديل عند المحدثين . واستدلوا عليه بحديث زيد بن أسلم " ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز الربون في العقود[2] " ومن ثم فهو جائز شرعا

---

1) جامع الأصول من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم / لابن الأثير / ج 1 / ص507 . (باب النهي عن الربا) و / النهاية في غريب الحديث والأثر / وقال ان " حديث النهي منقطع " والعسقلاني الشافعي / تلخيص الجير في تخريج الرافعي الكبير / ج 3 / ص19 . وضعف رواه النهي عن الربا . ومنصور علي ناصف / التاج الجامع للأصول / ج 2 / ص202 . والشركاني / نيل الأوطار / ج 6 / ص236 . وقال "الحديث منقطع" . والبيهقي / السنن الكبرى / ج 5 / ص2 34 . وقال / "ان الحديث مرسل" وأورد من طريقين آخرين أحدهما من طريق (عاصم بن عبد العزيز الأشجعي فيه نظر) والثانية من طريق (حبيب ابن حبيب وهو ضعيف) /وابن ماجة / السنن / ج 2 / ص 738 . وأبو داود / السنن / ج 3 / ص 283 . وموطأ مالك / و/مسند ابن أبي شيبة / ج 7 / ص 304- 307 . وأبو الطيب محمد أبادي/عون المعبود/ج 9 / ص 398 .

2) العسقلاني / المرجع السابق/ تلخيص الجير / ج 3 / ص19 . وابن مفلح / المبدع شرح المقنع / ج 4 / ص59 . وبها " الدين المقدس / العدة شرح العمدة / ص215 . والبهوتي / شرح منتهى الارادات / ج 3 / ص 195 . و/ كشاف القناع / ج 2 / ص 165 . وابن مفلح / كتاب الفروع / ج 4 / ص4- 56 . و/معجم الفقه الحنبلي / ج 1 / ص140 . وابن قدامة / المغني / ج 4 / ص58 . و/ الروض المربع / ج 2 / ص172 . والسنهوري / مصادر الحق في الفقه الاسلامي / ج 2 / ص90 ، 96 . وقال في عرضه لحجج المانعين للربون " ولأن الربون اشترط للبائع بغير عوض، وهذا شرط فاسد ، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول" . وسيد سابق / فقه السنة / ج 3 / ص100-101 . والزحلي / المرجع السابق / ج 4 ص 448 . وعباس الصراف / عقد البيع في القانون الكويتي / ص 212- 213 ، ومصطفى الزرقاء / المدخل الفقهي العام / ج 1 ص 496 . وزكي الدين شعبان / الشروط المقترنة بالعقد / ص 158 . ونقل ابن قدامة المذاهب الفقهية في الربون فقال " بيع الربون وهو أن يشتري شيئا ويعطي البائع درهما ، ان أخذته والا فالدرهم لك ، فقال أحمد

ولايمكن أن يكون باطلا أصلا ، وان قول المخالفين للجواز لا يصح ، واستدلالهم بفكرة مقتضى العقد والغرر والجهالة فهذه بعيدة عن العربون ، لأن تلك المنبهات عامة وهذا حكم خاص لا يمكن أن يقاس عليه، ولا الإستدلال عليه بالعقل وتعميم القول بالبطلان دون دليل شرعي

مقارنة بين أحكام آراء الفقهاء في حكم العربون: ان آراء الفقهاء المتعارضة مبنية على اخبار لاتصح عند المحدثين وأهل الصنعة الفنية في التصحيح والجرح والتعديل ، حيث ان حديث[1] " النهي عن العربان منقطع" ومن ثم بفكرة الاستدلال به في البطلان وانشاء حكم شرعي لا يصح لأن " الأصل في هذا الحديث أنه مرسل " أو هو " منقطع... ضعيف لا يحتج به[2] " ، كما أن حديث الجواز والذي استند اليه القائلون بصحة العربون في العقود وجوازه ، هذا الحديث " مرسل[2]" وفيه مقال " ولا يعرف عن النبي صلى الله عليه وسلم ، من وجهة يصح وليس حجة " وعلى هذا فان أحاديث "النهي عن العربان واجازتها لا تصح[3] " فتكون الأدلة الشرعية سواء عند المانعين أو المجيزين

يصح لأن عمر فعله ، وعند الخطاب (حنبلي) لا يجوز ، وممن روي عنه القول بفساد الشرط ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحدا خالفهم ، ويروي عن ابن عباس والحسن ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان /المغني /ص 58 . وقال ابن الأثير في اختلاف الفقهاء في العربان" وهو بيع باطل عند الفقهاء لما فيه من الشروط والغرر ، وأجازه أحمد وروي عن ابن عمر اجازته" / النهاية / ج 3 ص 202 . وقال الكاندهلوي " اختلف الناس في جواز هذا البيع فأبطله مالك والشافعي لما فيه من شروط الفساد والغرر... وأبطله أصحاب الرأي، وروي عن ابن عمر انه أجازه ومال اليه أحمد /أوجز المسالك الى موطأ مالك/ج 1 ص46 . ونقل القرطبي الاختلاف ونسب عدم الجواز الى أبي حنيفة /القرطبي /ج 5 ص 150 ،والسنهوري/مصادر الحق/ج 2 / ص 95 . ولكن كتب الأحناف لا تذكر العربون ، وان كان عقلا وفقا ان البطلان هو قول ومقتضى مذهب الاحناف الذين لا يجيزون الشروط في العقود فهو يعد باطلا ، والمراجع المذكورة لم تشر الى أي مصدر حنفي أصلا . أنظر أيضا" صبحي الحمصاني/ تراث الخلفاء الراشدين /ص 466 .

1)و2)الزرقاني / شرح الموطأ /ج 3 ص 250 . والشوكاني /نيل الأوطار /ج 6 ص 236 . والبيهقي /السنن /ج 5 ص 342 . وابن الأثير /النهاية في غريب الحديث /ج 3 ص 202 والعسقلاني / تلخيص الحبير/ج 3 ص 19 .

3) القرطبي /ج 5 ص 150 . ونقل عن ابن عبد البر المالكي ان " أحاديث النهي عن العربان واجازتها لا تصح " . وقال العسقلاني ان حديث زيد بن أسلم في جواز العربان ضعيف مع ارساله . وقال ابن عبد البر " وسنده ليس حجة " .

غير ثابتة عند المحدثين ولذلك لا يمكن القول بالدليل الشرعي في الجواز أو البطلان ، لبطلان الدليل الشرعي ، فتبقى المسألة اجتهادية ، ومجال للأخذ والرد ، والجواز والمنع حسب الأصول والقواعد الفقهية فوفقا للقواعد الأصولية والشرعية ، المتبعة لدى الفقهاء والعلماء من الأصوليين والمحدثين ، والمفسرين ، ان الأصل في المعاملات هو الاباحة حتى يثبت الدليل الشرعي المانع للتعامل وان المسلمين على شروطهم ، ومادام العربون من المعاملات التي لم يثبت في تحريمها نص شرعي ، فهو على أصل الاباحة والجواز ، وهذا ماذهب اليه بعض الصحابة منهم عمر بن الخطاب حيث " أجاز عمر بيع العربون "[1] وكذلك ابنه عبد الله بن عمر ، ومن التابعين مجاهد وكان " لا يرى بالعربون بأسا "[1] ، وكذلك ابن سيرين ، وأحمد بن حنبل من الفقهاء ، لأن الأدلة الشرعية لم تصح في المنع ، ثم ان المانعين يضطرب قولهم فهم يجيزون شرط العربون بالرضا وفي حالة صحة البيع يحسبون المال المقدم جزءا من الثمن ، فكيف بهم يبطلونه لما يقترن بالعقد ابتداء ويوضع كشرط ، وليس هو من شروط الغرر ولا الجهالة وفيه عوض " وهو الانتظار بالبيع وتوقيف السلعة ، حتى يختار المشتري وفرصة تفويت البيع "[2] في حالة العدول عن العقد ، كما يمكن أن يعتبر العربون تعويض

1)و2) ابن أبي شيبة /المرجع السابق /ج 7 ص 304 و 307 . ومحمد رواس قلعه جي / موسوعة محمد /ص 181 . (وموسوعة عمر /ص 192 ، وذكر ابن أبي شيبة أن " نافع بن الحارث اشترى دار السجن من صفوان ابن أمية بأربعة آلاف درهم ، فان رضي عمر فالبيع له ، وان لم يرض عمر فأربعمائة درهم لصفوان " ونقل أيضا أن " ابن عوف وابن سيرين قالا : كان يقول في الرجل يستأجر الدار والسفينة ، فيقول ان جئت الى كذا وكذا والا فهو لك فان لم يجئه فهو له " . وذكر في "كراهية العربون " ،عن سعيد بن مسيرة قال " لاعربون في ودك ولاعلف ولاطعام ، ولاعربون في غيره من " . وعن عطاء وطاوس انهما كرها العربان في البيع /مصنف ابن أبي شيبة /ج 7 ص 304 - 307 . أنظر أيضا الزرقاء /المدخل /ج 1 ص 495 ونقل ان الجواز هو مذهب أحمد حيث أجاز العربون ، وأما (جمهرة المذاهب ان ذلك غير جائز لأن فيه شرط مالا يستحقه البائع بلا عوض وعليه الاجتهاد الحنفي والمالكي والشافعي" وقال الزحيلي " ان العربون فاسد عند الحنفية باطل عند غيرهم ، وفي تقديري أنه يصح ويحل بيع العربون وأخذه عملا بالعرف لأن الأحاديث الواردة في شأنه عند الفريقين لم تصح /الفقه الاسلامي /ج 4 ص 450 . والسنهوري /مصادر الحق /ج 2 /ص95 . وقال القرطبي ان قوما منهم " ابن سيرين ومجاهد ونافع ابن الحارث وزيد بن أسلم أنهم أجازوا بيع العربان " ونقل ابن قدامة ان ممن أبطل شرط العربون من الحنابلة فقال و" قال أبو الخطاب لا يصح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي " وأصحاب الرأي عند الفقهاء هم الأحناف فقط وابن حزم / المحلي /ج 8 ص 420 . وقد ذكر قصة نافع بن الحارث لدار السجن بشرط العربون ، وقال

عن الضرر الذي لحق أحد الطرفين نتيجة فسخ العقد ، والأصل أنه لاضرر ولا ضرار ، وان اشتراط العربون والتراضي به في العقد وجريان العرف به كل ذلك يجعله صحيحا شرعا ، يجب الوفاء به ، ولا يمكن أن يكون باطلا أصلا لانعدام الدليل .

المطلب الثاني: حكم العربون في القانون.

تعريف العربون:

يعرف شراح القانون الوضعي العربون ، فيقولون أنه " مبلغ من المال معين يدفعه أحد المتعاقدين للآخر ، غالبا يكون هو المشتري ، أو من يقوم مقامه ، كالمستأجر عند ابرام العقد ، وذلك للدلالة على أن العقد أصبح لازما نافذا ، لا يجوز الرجوع فيه ،وإما على أنه ثمن العدول عن الصفقة ونقض للعقد[1] " .

ويتضح من هذا التعريف أن القانونيين يرون ان العربون له دلالتان :

احداهما : ان العربون دلالة على أن العقد انعقد بين الطرفين المتعاقدين انعقادا باتا ، ونهائيا لا يجوز الرجوع فيه ، حيث يعد العربون في هذه الحالة جزءا من الثمن في عقد البيع المبرم بين الطرفين فيحسب العربون كقسط مقدم من الثمن ، وفي الايجار يعد جزءا من الأجرة .

الثانية : ان العربون يعد مقابلا لحق العدول عن العقد وفسخه لأي من الطرفين المتعاقدين ، ولكن يفرق بين عدول المشتري وعدول البائع ، فاذا

= " لامخالف لذلك من الصحابة ممن يجيز الشرط في البيع" وقال أيضا " وللحنفيين والمالكيين والشافعيين تناقض عظيم فيما أجازوه من الشروط في البيع وما منعوا منه" ، وأبو الطيب محمد شمس الحق اباديي /عون المعبود شرح سنن ابي داود /مختصر ابن القيم/ج 9 ص 398- 400 ونقل أقوال أئمة الحديث في عدم صحة النهي عن العربون أو جوازه. أنظر أيضا /مشكاة المصابيح للتبريزي / تحقيق : الألباني (باب النهي عن العربان) وقال ان اسناده ضعيف/ج 2 ص97 . والصنعاني /سبيل السلام /ج 3 ص

1) السنهوري /الوسيط/ج 1 ص 259- 264 وعباس الصراف/شرح عقد البيع/ص201 . وزهدي يكن/عقد البيع في القانون اللبناني /ص 139 ، وأنور سلطان وجلال العدوي /عقد البيع/ص115 . وسمير تناغو /عقد البيع /ص59 . وحسن فرج /عقد البيع والمقايضة /ص591 . وعبد المنعم فرج الصده /نظرية العقد في القوانين العربية/ ص 54 . وأنور سلطان /عقد البيع /ص116- 118 . والسنهوري /نظرية العقد /ص 85- 109 . ومحمد حسنين /عقد البيع في القانون الجزائري / ص 37 . والمدراوي /النظرية العامة/ج 1 ص 137 . وجاك يوسف الحكيم /عقد البيع/ص 53 . وجمال زكي /الوجيز في النظرية العامة/ص99 . وزكي الدين شعبان /الشروط المقترنة بالعقد/ ص 157 . و " مجلة الالتزامات والعقود التونسية/ص 57 .

كان المشتري هو العادل ، وهو الذي دفع العربون فانه يخسره ، ولا حق له في المطالبة بعد العدول عن العقد واتمامه ـ في استرداد لأن العربون في هذه الحالة كتعويض عن فسخ العقد ، واما ان كان العدول عن العقد من قبل البائع ـ وهو مستلم ، العربون فانه يدفعه مضاعفا للطرف الآخر ، أي الذي تسلم منه العربون فهذا هو حكم العربون في القانون الوضعي أنه جائز ومشروع ويعمل به في العقود وتقضي به المحاكم الوضعية ، ويلزم به المتعاملون في أي عقد يبرمونه .

المطلب الثالث : مقارنة بين حكم العربون في الشريعة و القانون.

ليس هناك اختلاف بين معنى العربون لدى فقهاء الشريعة ونظرائهم من شراح القانون ، اذ معنى العربون واحدا عند الطرفين ، ولكن الخلاف كبير في حكم العربون ، وهل يلزم دفعه مضاعفا في حالة عدول مستلم العربون ؟ . ان فقهاء القانون يرون جواز ذلك ولا حرج في مضاعفة العربون أما جمهور فقهاء الشريعة فانهم يذهبون الى بطلان شرط العربون أساسا ولا يصححه أحد من الحنفية أو المالكية أو الشافعية ، ويعدونه أكلا لأموال الغير بالباطل ، وهذا لا يجوز ، وقد صرحوا بذلك ، وهو مقتضى مذاهبهم وقياسهم وآراؤهم في الاشتراط .

وذهب الحنابلة الى جوازه وصحة التعامل به ، وهذا موافق للقانون الوضعي ، لأنه شرط والشرط يجب الوفاء به مادام قد بني العقد على الاشتراط . ولكن هل الحنابلة يجيزون دفع الثمن مضاعفا اذا عدل مستلم العربون ؟ ليس هناك نص صريح في هذا الصدد ، وان كان كلامهم عام في جواز العربون وهو الرأي الصحيح والسليم والموافق للنصوص الشرعية التي تجيز الاشتراط والتعامل الشرطي في عقود المعاملات ، وليس مع المانعين لشرط العربون أي بصيص من نور الأدلة والمبادئ العامة في الشرع ، ودفعه مضاعفا كما يقول القانون ، في النفس منه شيء ، وان كان أصل الاشتراط لاغبار عليه ، وقد صححه الصحابة وتعاملوا به وأجازوه ، ونقله حتى مبطلوا العربون أنفسهم في كتبهم ، وتصحيح التعامل بالعربون ليس تبريرا للقانون الوضعي المعاصر ، وانما أدى اليه البحث والعمل بالمبادئ الأصولية والفقهية والنصوص الشرعية الصريحة ، والصحيحة في هذا الصدد سواء وافقت القانون أو خالفته ، فان الحق أحق أن يتبع

والباطل باطل ، أحق أن يجتنب ويهال عليه التراب .

والخلاصة ان العرف والتعاقد عليه صحيح جائز شرعا وفقا للنصوص الشرعية العامة ، وهو كغيره من الشروط الجعلية يجوز اشتراطه في العقود ، ولا ضير من هذا الاشتراط ، ويمكن تخريجه حتى على أصول الخصوم كالاحناف الذين يرون جواز التعامل بالشرط وصحته اذا جرى به العرف الاجتماعي فالقول بصحته ابتداء أفضل من الاستثناء والاستحسان وغير ذلك من الوسائل " الترفيهية " . التي لجأ اليها الفقهاء للتخفيف من القياس والرأي ، ورفعا للحرج ، وهروبا من غرابة الحكم في بعض حالات القياس ، وطرده في كل الشروط والعقود ، حيث تكون باطلة لا يصح منها شيء اعتمادا على الأثر الضعيف في النهي عن بيع وشرط .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثالث : بيع الوفاء في الشريعة و القانون.

بيع الوفاء اصطلاح حنفي[1] ، حيث أطلق هذه التسمية فقهاء المذهب الحنفي على نوع من البيوع المتعلق بالشروط الجعلية في عقود المعاملات الشرعية ، ولذا نجد أن جمهور الفقهاء من غير الحنفية قد بحثوا بيع الوفاء في خيار الشرط حيث تعرضوا لهذا النوع من العقود وبينوا حكمه ، وفصلوه ، وقد اعتبر الحنفية ان بيع الوفاء بيعا مستجدا وطارئا على العقود والمعاملات الشرعية ، وتحايلا على الربا والمعاملات الربوية فأبطلوه في بدء ظهور بيع الوفاء في المعاملات وعدوه عقدا باطلا ، ولكن لما فشى في تعامل الناس وكثر في المعاملات وجرت به الاعراف أجازوه استحسانا وخروجاً عن القياس ، رفقا بالناس ورفعا للحرج ، فاعتبره بيع الوفاء بيعا صحيحا لازما على أساس انه رهن تطبق عليه سائر أحكام الرهن . وقد اختلفت آراء فقهاء الشريعة الاسلامية وتعددت مذاهبهم في حكم بيع الوفاء وصحته ولزومه ، أو بطلانه وفساده وفقا للأصول والقواعد الفقهية حسب كل مذهب وما له من ضوابط في تصحيح العقود والشروط في المعاملات الشرعية ، وهي مسألة خلافية شديدة التعقيد متشعبة المسالك .

وكما اختلف الفقهاء الشرعيون في بيع الوفاء فقد اختلفت القوانين الوضعية في صحة بيع الوفاء ولزومه أو بطلانه وفساده ، فبعض القوانين أجازت هذا البيع وعدته بيعا صحيحا ، وبعض آخر أبطله ولم يجزه وهناك نوع ثالث سكت عن هذا النوع من البيوع ولم يتعرض له بحكم أبدا .

وقبل تفصيل حكم بيع الوفاء في الشريعة والقانون نجد لزاما علينا أن نتعرض لتعريف هذا البيع في الشريعة والقانون ونحدد معناه ثم

---

1) لقد تكلم الحنفيون عن بيع الوفاء بهذا الاسم وهو تعبير للبيع بالشرط الجعلي في العقود ، حيث ان المذهب الحنفي لا يجيز الشرط ، فاضطر الأحناف للتحايل على الأحكام الفقهية فاستحدثوا التسمية ونوعوها فقالوا عنه: بيع الوفاء ، وبيع الأمانة ، وبيع الطاعة ... الفتاوى الهندية /ج 3 ص 208 . وحاشية ابن عابدين /ج 5 ص 276 .
أما الفقهاء الآخرون فبحثوا بيع الوفاء في خيار الشرط. أنظر/ المعيار المعرب/ج 5 ص 104 . التطوع ببيع الثمن في بيع الخيار/ . وحاشية الدسوقي /ج 3 ص 90 - 98 . والمغني الحنبلي /ج 4 ص 70 . وكشاف القناع / ج 3 ص 202 . باب (الخيار) والمجموع في فقه الشافعي /ج 9 ص 207 .

نعرض لحكمه وآراء الفقهاء وأقوالهم في هذا البيع ، ثم نختم الكلام بالمقارنة بين حكم بيع الوفاء في الشريعة والقانون كما يلي :

المطلب الأول: تعريف بيع الوفاء لدى فقهاء الشريعة وحكمه:

أولا: تعريف بيع الوفاء في المذهب الحنفي:

جاء في حاشية ابن عابدين الفقيه الحنفي تعريف بيع الوفاء حيث قال ان " بيع الوفاء ان فيه عهدا بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن ، وبعض الفقهاء يسميه البيع الجائز ، ولعله مبني على أنه بيع صحيح لحاجة تخلص الناس من الربا حتى يسوغ للمشتري أكل ريعه ، وبعضهم يسميه بيع المعاملة"[1] وتكلمت الفتاوي الهندية عن بيع الوفاء فقالت " وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين ، بدين لك علي على أني متى قضيت الدين فهو لي أو يقول البائع بعتك هذا بكذا على أني متى دفعت لك الثمن تدفع العين"[2] ، فبيع الوفاء في حقيقته بيع بشرط الفسخ حيث يتفق المتعاقدان على العقد ويتم صحيحا نافذا لازما ناقلا للملكية بينهما الا أن المشتري يشترط على البائع أنه متى رد له ثمن المبيع سلمه العين المبيعة وهي محل العقد ، فهو اتفاق مشروط أو عقد فيه شرط جعلي يلتزم فيه المشتري برد محل العقد اذا رد له الطرف الآخر الثمن ، ويعد هذا البيع جائزا عند الأحناف، وقد استحدث في المعاملات المالية تحايلا على الربا فكان باطلا ثم أجيز وسمي بيع المعاملة " ووجهه ان المعاملة ربح الدين وهذا يشتريه الدائن لينتفع به بمقابل دينه " كما سموه ببيع الأمانة لأن المبيع يعد أمانة عند المشتري وسمي أيضا بيع الطاعة" ووجهه ان الدائن يأمر المدين ببيع داره مثلا بالدين فيطيعه فصار معناه بيع الانقياد"[3] وجاء في الفتاوي الهندية " البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالا على الربا وسموه بيع الوفاء ، وهو في الحقيقة رهن ، وهذا البيع في يد المشتري كالرهن"[4] ولذلك اعتبر فقهاء الحنفية بيع الوفاء رهنا حقيقة

1) 2) 3) 4) ابن عابدين / حاشية رد المحتار/ج 5 ص276 . والفتاوي الهندية مجمع البزازية /ج 3 ص 208 . وأحمد الزرقاء / القواعد الفقهية /ص13 . وخالد التركماني/ضوابط العقد/ص277 - 280 . وزكي الدين شعبان / الشروط المقترنة بالعقد /ص148 . ومجلة الاحكام العدلية م 118 و م 396 ، وقالت عن بيع الوفاء " هو في حكم البيع الجائز بالنظر الى انتفاع المشتري به وفي حكم البيع الفاسد بالنظر الى كون المشتري لا يقدر على بيعه للغير" .

وحكما ، فأعطوه أحكام الرهن وقد اتفقوا على أن حكم بيع الوفاء هو نفس حكم الرهن قال النسفي " البيع الذي تعارفه أهل زماننا ، احتيالا للربا وسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به الا باذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره ويسقط الدين بهلاكه، كما لو بقي ولا يضمن الزيادة وللبائع استردادة اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام " . واعتبار بيع الوفاء رهن فيه نظر وان كان هناك تشابه بين الرهن وبيع الوفاء في الشكل الذي يتم عليه التعاقد وهو تسليم الرهن مقابل الدين ، فان بيع الوفاء اضطر اليه الناس ، في معاملاتهم وعقودهم للخروج من ضيق المذهب الحنفي وهروبا من بطلان الشروط الجعلية ، فأخذوا بيع الوفاء وسموه بيع الأمانة ، ولما عرضوا هذا البيع على فقهاء الحنفية اعتبروه ربا فأبطلوه ، ولكن الناس تجاهلوا البطلان واستمروا في التعامل به فلما أحس الفقهاء بضيق أقوالهم وحاجة الناس الى هذا التعامل اعتبروه رهنا ، فأجازوه بالاستحسان وخروجا عن القواعد الفقهية ، وفكرة مقتضى العقد ، وعملا بالعرف فكان بيع الوفاء رهنا وعقدا صحيحا قال قاضي خان " والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ـ المتعاقدان ـ ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر اذا كان شرط الوفاء في البيع ، فسد البيع ، وان لم يذكرا في البيع وتلفظا بالبيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع الجائز ، وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم ، فكذلك وان ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة ، جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد "[1] وقال ابن عابدين مبررا صحة بيع الوفاء على أساس العرف " العادة الغالبة قاضية بقصد الوفاء "[2] وهذه النصوص توضح مسلك الحنفية وأقوالهم في بيع الوفاء واضطراب الآراء في صحة هذا البيع ، فاذا تم بشرط الرد وأنه بيع وفاء بهذا الشرط كان بيعا فاسدا والعقد باطل غير لازم ، وكذلك استعمالهم

---

1) و 2) الفتاوى الهندية وبهامشها الفتاوى البزازية /ج 3 ص 208 ، وحاشية ابن عابدين / ج 5 ص 276 . وجاء في الهندية " باع كرما من آخر بمبع وفاء وتقايضا ثم ان المشتري باع من آخر بيعا باتا ..... فللبائع أن يخاصم المشتري الثاني ويسترد منه الكرم واذا مات البائع والمشتري فان ولكل ورثة الورثة المالك أن يستخلصوا من أيدي ورثة المشتري الثاني ولورثة المشتري الثاني أن يرجعوا بما أدى من الثمن الى بائعه في التركة التي في أيدي ورثته" وذكرت عدة فتاوى .

في العقد لفظ " البيع الجائز " فانه يبطل العقد ، أما اذا قصد الطرفان ان البيع وعد ، فيعد جائز وصحيح ثم استقر الرأي على أن بيع الوفاء بيع صحيح وله حكم الرهن ، وانه لا يختلف عنه في حكم ، وأجمعوا على هذا الحكم ، وبه صدرت الفتوى وأخذت به المجلة " وعليه فتاوي ابي شجاع السمرقندي والقاضي علي السعدي ببخارى وكثير من الأئمة "[1] . ولا يمكن أن يعتبر بيع الوفاء رهنا لأنه تم بالتعاقد والاتفاق على رد الثمن وفسخ العقد اذا رد الطرف الآخر المبيع ، وهذا ماجعل قاضي خان يبطل البيع بهذه الصورة ولكن انتشار التعامل بين الناس بهذا البيع جعل الفقهاء في المذهب الحنفي يكيفونه على أساس أنه رهن لما بينهما من التشابه وهو في الحقيقة بيع وشرط سواء ، فسريانه وعد أوعقد فلا يختلف الأمر

ثانيا : تعريف بيع الوفاء عند المالكية :

من الفقهاء الذين تعرضوا الى بيع الوفاء وحكمه فقهاء المذهب المالكي ، ولكنهم أطلقوا عليه اسم " بيع الثنيا " بدلا من بيع الوفاء ، قال الصاوي " بيع الثنيا الممنوعة وهو المعروف في مصر ببيع المعاد ، بأن يشترط البائع على المشتري أنه متى أتى له بالثمن أعاد له المبيع . . . كان البيع فاسد ، وأمالوا تبرع المشتري المبائع بذلك الشرط ، بأن قال المشتري : متى رددت لي الثمن دفعت لك المبيع ، كان البيع صحيحا ولا يلزم المشتري الوفاء بذلك الوعد بل يستحب فقط "[2] ؟؟؟ . وقال التسولي في البهجة " وبيع الثنيا وهي خيار في الحقيقة الا أنه شرط النقد فيه فالخيار اذا لم يشترط فيه نقد الثمن ليس بثنيا ، وان شرط فيه ذلك وشرط معه أنه ان أتاه بالثمن فمبيعه مردود عليه فهو الثنيا . . . من ابتاع سلعة على أن البائع متى رد له الثمن فالسلعة له لا يجوز بيعه لأنه سلف

---

1) المرجع السابق .

2) أحمد الصاوي " بلغة السالك لأقرب المسالك في فقه مالك "/ج 2 ص 36 . وسحنون " المدونة الكبرى مع مقدمات ابن رشد / ج 3 ص 203 . وخليل ابن اسحاق / المختصر /ص 180 . وابن رشد /بداية المجتهد / ج 2 ص 162 . وابن جزي /القوانين الفقهية /ص 223 . وعبد العزيز بن عبد الله /معلمة الفقه المالكي /ص 194 . والونشريسي /المعيار / ج 5 /ص 104 . " التطوع بنقد الثمن في بيع الخيار/ ص 1277 . " اذا مات البائع الذي تطوع له المشتري بالثنيا /ج 6 ص 116 و 200 ، 210 . " اذا كتب الموثق طاع والعارة جارية بالشرط " . وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير/ج 3 ص 90 ، 98 . وحاشية العدوي/ج 2 ص 142 ، 145 . والنفراوي /الفواكه الدواني/ج 2 ص 90 ، 91 . وشرح الزرقاني على المختصر/ج 5 ص 112 ، 113 . والكاندهلوي /أوجز المسالك/ج 11 ص 316 ، 325 .

جر نفعا . . . وهذا المعنى هو الذي خصه الأكثر بالثنيا وهو المعروف اليوم بذلك وان كان ابن رشد عممه في جميع الشروط المنافية للمقصود"[1].

فالمالكية يعرفون بيع الوفاء على أساس أنه بيع ثنيا أو بيع المعاد وهو من أنواع الشروط المنافية للعقد أو هو خيار شرط حيث يشترط أحد الطرفين على الآخر أن يرد له المبيع مقابل أن يسلمه الثمن ، ولذا بحث فقهاء المذهب المالكي بيع الوفاء في مباحث " الخيار " لأن البائع يشترط رد المبيع أو فسخ العقد متى رد الثمن للمشتري واعتبر المالكية هذا الشرط باطلا لأنه يخالف مقتضى العقد عندهم ، فلا يجوز اشتراطه أما ان تطوع المشتري برد المبيع الى البائع دون اشتراط فيصبح التعامل به ، قال الباجي " ولا يجوز اشتراط النقد في بيع الخيار لأنه تارة يكون بيعا وتارة سلفا ان رد المبيع ولا يجوز أن يشترط السلف للتخيير في البيع لأن السلف من عقود المعروف . . . فان جعل النقد على الطوع جاز"[2]. فالمالكية يبطلون بيع الوفاء على أساس أنه يجر نفعا ويعد البيع في هذا الحال سلفا وبيعا وهو لا يجوز ، فبيع الوفاء يعد شرطا وسلفا يجر نفعا يؤدي الى الربا وهذا كله لا يجوز ولا يصح في عقود المعاملات .

علة بطلان بيع الوفاء عند المالكية :

وقد قدم المالكية مجموعة من العلل تبريرا لبطلان بيع الوفاء منها أنه بيع وشرط ولا يجوز ، وانه سلف جر نفعا وانه جهالة وغرر وانه يدور بين السلف والبيع وهذا كله باطل لا يجوز ، قال التسولي " ولا يجوز في بيع الخيار " شرط النقد"[3] وظاهره أنه يفسد البيع باشتراطه لأن الأصل فيما لا يجوز الفساد ، وهو كذلك وان لم يحصل النقد بالفعل على المعتمد لتردده مع حصوله بشرط بين السلفية والثمنية ولكون الغالب مع شرطه فقط ، حصوله فنزل الغالب وان لم ينقد فيه حتى مضى ، زمن الخيار منزلة النقد بالفعل . . . وظاهره أنه لا يصح البيع ولو مع حذف الشرط وهو كذلك بخلاف مسألة البيع بشرط السلف ، فان البيع يصح اذا حذف الشرط . . والفرق ان الغرر في شرط النقد أقوى اذ لا يدري هل المقبوض

1) و2) التسولي/ البهجة شرح التحفة/ ج 2 ص58-89 . والباجي/ المنتقى/ ج 5 ص57- 64 .
3) شرط النقد هو عينه بيع الوفاء ، وقد سبق أن ذكرنا قول التسولي " في الخيار انه اذا أتاه بالثمن فمبيعه مردود عليه وهو الثنيا" / البهجة شرح التحفة / ج 2 ص 58 .

كله ثمن أو سلف ؟ بخلاف البيع بشرط السلف فثمن السلعة مقبوض ... فغرر السلف والبيع أضعف من الأول ... ويجوز التطوع بشرط النقد بعد العقد[1] " وهذا التعليل كله مبني على مسألة القياس وطرده في كل الشروط والعقود وان الأصل فيها البطلان ، ولكن وجود النص في بعض الشروط جعلهم يفرقون بين التطوع بالشرط وفيه يكون العقد والشرط صحيحا ومسألة اشتراطه ابتداء في العقد من أحد المتعاقدين وهنا يكون العقد باطلا وهذا تفريق لامحل له اذ الأصل الفقهي ان العبرة في العقود بالمعاني والمقاصد لا بالألفاظ والمباني، وان التطوع لايغير من حقيقة العقد والشرط وهو فسخ العقد برد الثمن الى البائع في مدة الخيار ، ومع هذا حاول المالكية أن يبرروا هذا التبرير ، ولم يقدموا دليلا شرعيا الا القياس والمنطق العقلي المخالف للنصوص الشرعية والأصول الفقهية ، وهو تناقض وعدم استقرار في المنهج الفقهي وعدم انسجام مع المبادئ المقررة والا فما الفرق بين الاشتراط ابتداء في العقد والتطوع بالشرط من جانب واحد ؟!

ثالثا : بيع الوفاء عند الشافعية :

لم يتعرض فقهاء المذهب الشافعي لبيع الوفاء وحكمه عندهم في مباحث مستقلة وانما جاء كلامهم عن بيع الوفاء عرضا أثناء الكلام عن خيار الشرط في العقود ، قال النووي في المجموع " لو اشترى شيئا بشرط أنه ان لم ينقده الثمن ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، أو باع بشرط أنه ان رد الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، فوجهان ، أحدهما : يصح ويكون تقديره الصورة الأولى : ان المشترط شرط الخيار لنفسه فقط وفي الثانية : ان البائع شرط لنفسه فقط ، وهو قول أبي اسحاق قال لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أجاز ذلك .

---

1) التسولي المالكي / المرجع السابق /البهجة/ ج 2 ص 59 ، وعبارة الفاسي/ج 2 /ص2 بمناسبة شرح كلام القاضي ابي بكر بن محمد بن عاصم الاندلسي في " الأرجوزة المسماة تحفة الكلام " بهامشها " شرح أبي عبد الله محمد التاودي المسمى بحلي العواصم" حيث قال ابن عاصم في قضية الاشتراط في العقود :

وهو بالاشتراط عند العقد ولا يجوز فيه شرط النقد "

و " البيان والتحصيل /ج 2 ص 14- 30 ، 288 .

والثاني : وهو الصحيح باتفاقهم ، وبه قطع الروياني وغيره أن البيع باطل في الصورتين ، لأن هذا ليس بشرط خيار بل هو شرط فاسد مفسد للبيع لأنه شرط في العقد شرطا مطلقا فأشبه ما لو باع بشرط انه ان قدم زيد القوم فلا بيع بينهما"[1].

فهذا النص يبين مذهب الشافعية في بيع الوفاء وهو يتمثل في أن أحد المتعاقدين يشترط على الآخر أنه ان رد له الثمن خلال ثلاثة أيام ، فان البيع منسوخ والعقد منتهي ولا أثر له حيث يتسلم هو المبيع مقابل استرداد الثمن ، وهذه صورة من صور خيار الشرط لأنها جاءت بالاشتراط بين المتعاقدين أثناء ابرام العقد ، وحكم هذا البيع مختلف فيه بين الشافعية ، فان أبا اسحاق الشيرازي يرى صحة العقد وجواز الشرط ولزومه لأن عمر بن الخطاب أجازه ومن ثم فالعقد صحيح ، والرأي الآخر في المذهب الشافعي يبطل هذا العقد على أساس ان شرط الخيار هنا" هو شرط فاسد مفسد للبيع لأنه شرط فيه العقد شرطا مطلقا"[2] وهو ما يقتضيه القياس في المذهب الشافعي الذي يبطل الاشتراط في عقود المعاملات أيا كانت هذه الشروط لأنها تخالف مقتضى العقد وفيها أمور زائدة عن العقد فتبطل الشروط ، وهذا البطلان يسري الى العقد نفسه فيأتي عليه من أساسه فلا يبقى منه ولا يذر .

رابعا : بيع الوفاء في المذهب الحنبلي :

وفقهاء الحنابلة كغيرهم من فقهاء المالكية والشافعية لم يتعرضوا لمسألة بيع الوفاء ليبحثوها بحثا مستقلا ، وانما جاء الكلام عليها عرضا عند بحث خيار الشرط ومتى يصح ويبطل فتكلموا عن حكم بيع الوفاء وتعريفه ، قال ابن قدامة في المغني" اذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع

---

(1) و(2) النووي /المجموع شرح المهذب/ج 9 ص 207 . وأبو اسحاق الشيرازي /المهذب/ ج 1 ص 258 . والخطيب الشربيني /نهاية المحتاج /ج 4 ص 3- 27 و/الاقناع حل الفاظ ابن شجاع/ج 1 ص 59 . وزين الدين العراقي /طرح التثريب شرح التقريب/ج 6 ص 79، 88 146- 160 . وابن حجر/ فتح الباري شرح صحيح البخاري /ج 4 ص 260 - 269 . والنووي /شرح صحيح مسلم /ج 10 ص 176 . و / كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار/ج 1 ص75 78 . و" فتح الوهاب شرح منهج الطلاب" /ج 1 ص 168- 170 . و /حاشيتان / في الفقه الشافعي /ج 2 ص 192 - 197 .

بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقترض بالثمن ، ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن ، فلا خيار فيه لأنه من الحيل ولا يحل لآخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه ، قال الاثرم سمعت أبا عبدالله يسأل عن الرجل يشتري من الرجل الشيء ويقول لك الخيار الى كذا وكذا مثل العقار ، قال هو جائز اذا لم يكن حيلة ، أراد أن يقرضه فيأخذ منه العقار فيستغله ويجعل له فيه الخيار ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة ، فان لم يكن أراد هذا فلا بأس ، قيل لأبي عبدالله فان أراد ارفاقه أراد أن يقرضه مالا ، يخاف أن يذهب فاشترى منه شيئا وجعل له الخيار ولم يرد الحيلة ، فقال أبو عبدالله هو جائز ، الا أنه اذا مات انقطع الخيار ولم يكن لورثته ، وقول أحمد في هذه المسألة محمول ، على المبيع الذي لا ينتفع به الا باتلافه أو على أن المشتري لا ينتفع بالمبيع في مدة الخيار لئلا يفضي الى أن القرض جر منفعة[1] .

فهذا النص بطوله يوضح لنا مذهب الحنابلة ورأيهم الفقهي في تعريف وحكم بيع الوفاء ، فبيع الوفاء هو نوع من البيوع المشروطة بشرط خيار الرد ، وهو جائز عندهم ، الا اذا أراد صاحبه من خلاله التحايل على الانتفاع بالمبيع ثم رده الى صاحبه بعد مدة الخيار وانتهاء الانتفاع فهذا القصد يبطل البيع ، اما ان تم البيع بشرط الرد وليس للمشتري قصدا وحيلة في الانتفاع أثناء مدة الخيار فلا بأس بهذا البيع ويكون جائزا سواء تم في صورة قرض أو بيع ، والبطلان عند الحنابلة مبني على أساس " القرض الذي يجر نفعا " كما هو الحال عند فقهاء المذهب المالكي وقد أفتى أبو عبدالله وهو الامام أحمد بن حنبل بجواز بيع الوفاء المشروط بالرد اذا لم تكن هناك حيلة وقصد الانتفاع بالمبيع ، وهذه الفتوى مبنية في مذهب أحمد والمحدثين على جواز الاشتراط في العقود وصحة المعاملات مالم يكن القصد منها التحايل على الحرام ومخالفة الشرع اذ تراعي النوايا والمقاصد في العقود والشروط وتؤثر في صحتها

---

1) ابن قدامة المقدسي / المغني مع الشرح الكبير " ج 4 /ص 70 . والبهوتي الحنبلي /كشاف القناع عن متن الاقناع /ج 3/ص 202 . و /شرح منتهى الارادات /ج 3 ص 169 . وابن رجب الحنبلي /كتاب الفروع / ج 4 ص 80 - 92 . و /المبدع شرح المقنع /ج 4 ص 63-76 . وأبو البركات / المحرر في الفقه / ج 2 ص 170 - 171 .

وبطلانها حسب هدف المتعاقد من وضع الشروط في العقد .

مقارنة بين آراء الفقهاء في بيع الوفاء :

نلاحظ ان تعريف بيع الوفاء متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة ولكنهم اختلفوا في تسميته وحكمه تبعا لأصولهم الفقهية وضوابطهم الاجتهادية في تصحيح العقود والشروط ، وما تقتضيه هذه الأصول وتوجبه من الجواز والبطلان .

فمصطلح " بيع الوفاء "[1] مصطلح حنفي بحت خاص بفقهاء هذا المذهب لا يشاركهم فيه غيرهم وقد سموه أسماء كثيرة أخرى كبيع الأمانة والمعاملة والطاعة . . . الخ . وخصوه بأحكام فقهية في أبواب البيوع مع الشروط الفاسدة ، والباطلة ، حيث أعطوه حكم الرهن وان كانوا لم يدمجوه في الرهن وأحكامه .

أما فقهاء المالكية فقد أطلقوا على بيع الوفاء مصطلح " شرط النقد "[2] أو " بيع الثنيا " . أما الشافعية والحنابلة فقد بحثوه في خيار الشرط وبينوا حقيقته وحكمه ، ثم اختلف الفقهاء في حكم بيع الوفاء هذا ومدى صحته وجوازه أو بطلانه وفساده ! . فالحنفية والحنابلة اعتبروه بيعا جائزا صحيحا يجب الوفاء به ، وكذا المالكية في حالة تطوع المشتري بهذا الشرط ، والشرازي من الشافعية وان اختلفوا في تعليل هذا الجواز وصحة التعاقد . فالحنفية لجأوا الى فكرة الاستحسان والعرف والمالكية أجازوه بفكرة " التبرع والتطوع " والشيرازي استنادا الى فعل الصحابي والحنابلة الى مبدئهم الفقهي في صحة الشروط والعقود ،

---

1) حاشية ابن عابدين السابق ذكرها / ص277-280 ج 5 . والفتاوى الهندية / ج 3 ص 208 .
2) التسولي / البهجة شرح التحفة / ج 2 ص 58 . وميارة الفاس / ج 2 ص 2-4 ، وبلغة السالك والباجي / ج 5 ص 57 . والمعيار / ج 5 ص 104 وج 6 ص 116 . وغيرهم من المراجع . و / الثنيا / من الاستثناء ، قال ابن الأثير هو أن يستثني في عقد البيع شيء مجهول فيفسد ، وفي الحديث " من اعتق أو اطلق ثم استثنى فله ثنياه " ان من شرط في ذلك شرطا أو علقه على شيء فله ماشرط واستثنى منه / لسان العرب / ج 1 ص 517 . مجد الدين ابن الأثير الجزري / النهاية في غريب الحديث والأثر / ج 1 ص 224 ، وذكر الثنيا فقال : " ومنه نهي عن الثنيا الا أن تعلم " وهي أن يستثني في عقد البيع شيئا مجهولا فيفسد وقيل هو أن يباع شيء جزافا فلا يجوز أن يستثنى منه شيء أقل أو أكثر وتكون الثنيا في المزارعة اما يستثنى النصف أو الثلث . . . الخ . و " معجم ألفاظ الحديث / ج 1 ص 304- 305 .

وفكرة الجواز وصحة بيع الوفاء فكرة سليمة أيا كانت العلة وسبب الجواز مسايرة للنصوص الشرعية والمبادئ الفقهية اذ ليس هناك دليل شرعي واحد ثابت يؤدي الى بطلان بيع الوفاء ، مالم يكن الدافع الى بيع الوفاء مقاصد سيئة فيبطل على أساس تفويت المقاصد المخالفة للشرع ، والا فالعقد صحيح شرعا . والشافعية والمالكية جعلوا الأصل هو بطلان بيع الوفاء استنادا الى أصولهم في البطلان الساري على العقود والشروط لمخالفة بيع الوفاء لمقتضى العقد ولوجود الغرر والجهالة ... الخ . وهذا محض القياس وهو لا يصح الا استنادا الى نص شرعي كما تقتضي بذلك الأصول الفقهية ، وليس هناك نص واحد ثابت يعتمد عليه ، بل ان فقهاء المالكية يدخلون بيع الوفاء في بيع الثنيا وهي بيوع جائزة عندهم اذا كانت معلومة ، بل حتى الحنفية والشافعية يجيزونها ، ولكن العجب من المالكية أن يجيزوا الثنيا ويبطلونها بشرط النقد ويجيزون نفس الشرط في نفس البيع بالتطوع ، وليس هناك مبرر شرعي ولا عقلي لهذا التفريق المالكي ؟! . وأيا كان اختلاف الفقهاء في بيوع الوفاء ، فانها تصح شرعا وتجوز سواء تخريجا على شرط الخيار أو الاستثناء وصحة الشروط والعقود ابتداء لانعدام الدليل الشرعي في البطلان ولأن الأدلة الشرعية كلها تجيز الاشتراط والتعاقد ولأن القواعد الأصولية تقضي بصحة المعاملات وان الأصل فيها الصحة والجواز حتى يثبت الحظر والمنع بالدليل الشرعي خلافا للعبادات وهذه مسألة أصولية لا يمكن مخالفتها والا اضطربت وتناقضت الأقوال ولم يعد هناك ضابط صحيح يعتمد عليه ، وما فائدة القواعد الأصولية اذا لم تحكم في الخلاف وتعارض المسائل ؟ ثم لنفرض انعدام الأصول الفقهية فان النصوص الشرعية بذاتها كافية في الاستدلال على الجواز وصحة شرط الوفاء وبالقياس عليها ، كما في بيع جابر لجمله واستثناء ركوبه وبيع الأشجار المؤجرة واشتراط ثمرها أو بيع أشياء[1] واستثناء بعضها وكل ذلك

1) وقد جاءت النصوص الشرعية بصحة الثنيا /صحيح بخاري /ج 3 ص 174 . كتاب (الشروط) ومسلم (كتاب المساقاة) وسنن الترمذي /ج 2 ص 362 و 378 باب (ماجاء في النهي عن الثنيا) وذكران رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن "المحاقلة والمزارعة والمزابنة والمخابرة والثنيا الا أن تعلم" وموطأ مالك / باب (مايجوز من استثناء الثمر/ج 2 ص 126 . وشرح الباجي / ج 4 ص 236 والزرقاني /ج 3 ص 265 . والكاندهلوى /ج 11 ص 124- 126 . وشروح

جائز شرعا وباتفاق الفقهاء فكيف يمنع شرط الوفاء والنصوص ودلالتها الشرعية تفيد وتؤكد صحته وجوازه .

المطلب الثاني : حكم وتعريف بيع الوفاء في القانون الوضعي :

لقد اختلفت القوانين الوضعية في حكم بيع الوفاء وان اتفقت على تحديده فهناك قوانين أجازته وعدته بيعا بشرط وهو صحيح بشروط محددة وهناك من اعتبرته بيعا باطلا لا يجوز ولا يصح التعامل به بين الناس في أي تصرف ، ونبدأ بتعريف ثم حكم بيع الوفاء .

أولا : تعريف بيع الوفاء في القانون الوضعي ، لقد تعرض شراح القانون الوضعي الى تعريف بيع الوفاء فعرفوه بأنه " ذلك البيع الذي يشترط فيه البائع حق الخيار في استرداد المبيع خلال مدة معينة نظير رد الثمن والمصاريف الضرورية التي يكون المشتري قد أنفقها في ابرام العقد أو حفظ المبيع "[1] .

فهذا هو تعريف بيع الوفاء في القوانين الوضعية ويشترط في هذا البيع الشروط التالية :

1) لابد من تحديد مدة معينة يتفق عليها المتعاقدان وخلال هذه المدة يستطيع أحد الطرفين وهو غالبا البائع أن يسترد المبيع

= البخاري ومسلم في الشروط والمساقاة كالعسقلاني /ج 5 ص 272 . والصنعاني/سبل السلام /ج 3 ص 24 . وقال عن الثنيا " فانه منهي عنها الا أن تعلم " وصورة ذلك أن يبيع شيئا ويستثني بعضه ولكن اذا كان ذلك البعض معلوما صحت ،نحو أن يبيع أشجارا أو أعنابا ويستثني واحدة فان ذلك يصح اتفاقا " . ومحمد عبد الرحمن المباركفوري / تحفة الاحوذي / ج 2 ص 261- 262 . والنووي / المجموع/ج 9 ص 340- 360 . وقال " اذا باعه نصف الصبرة أو ثلثها أو ربعها أو غير ذلك من الأجزاء المعلومة أو باعها الا نصفها أو ربعها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة صح البيع بلا خلاف "/ص 344 . فهذه النصوص تجوز الاستثناء المعلوم فكيف يكون بيع الوفاء غررا وجهالة ؟ !

1) عباس الصراف /شرح عقد البيع في القانون الكويتي/ص 691- 706 ،وجاك الحكيم " عقد البيع" /ص 49 . وزهدي يكن /عقد البيع في قانون الموجبات والعقود اللبناني/ص 131 . وحسن فرج / عقد البيع والمقايضة /ص 591 . وأنور سلطان وجلال العدوي /عقد البيع /ص 113 - 115 . وعبد المنعم فرج الصده /نظرية العقد في قوانين البلاد العربية/ص 180- 183 . ومحمد حسنين/شرح عقد البيع في القانون المدني الجزائري/ص204 . وأنور سلطان /شرح عقد البيع /ص382- 387 . ومجلة الالتزامات والعقود التونسية/ص120 في " بيع الثنيا" ونصت على الغاء المواد المتعلقة بهذا البيع بقانون 1958" المتعلق بتحجير للتعامل ببيع الثنيا والسلم ورهن الانتفاع" و " المدني المصري " م465 والمدني الجزائري م396 . ومجلة الاحكام العدلية م118 و 396 . وجمال زكي /عقد البيع في المدني الكويتي / ص 61 .

مع التزامه برد الثمن والمصاريف الضرورية التي أنفقها المشتري على ابرام العقد وتسجيله وحفظ المبيع لصاحبه ، وقد اختلفت القوانين المجيزة لبيع الوفاء في تحديد مدة الاسترداد فبينما جعلها القانون الفرنسي خمس سنوات ، حددها القانون اللبناني بثلاث سنوات .

2) يكفي لاسترداد المبيع أن يظهر البائع رغبته ويعبر عن ارادته في الاسترداد ليستحق المبيع دون أن يلجأ الى القضاء مدعيا على الطرف الآخر .

3) ان حق الاسترداد هذا حق شخصي قاصر على البائع فقط دون غيره .

4) لقد تم تكييف حق الاسترداد في بيع الوفاء على أساس أنه شرط فاسخ ، لأنه اذا تحقق الشرط وهو اظهار الرغبة في استرداد المبيع ، فسخ العقد بأثر رجعي بين الطرفين ، وان لم يتحقق الشرط ظل العقد صحيحا نافذا ملزما لأطرافه واستقرت ملكية المبيع في يد المشتري لانعدام الشرط .

ثانيا : حكم بيع الوفاء في القوانين الوضعية : لقد انقسمت القوانين المدنية الوضعية في حكم بيع الوفاء واختلفت فيما بينها الى قسمين ، بعضها أجاز بيع الوفاء وعده صحيحا ، والبعض الآخر أبطله ولم يجزه .

1) **القوانين المجيزة لبيع الوفاء :** وعلى رأس هذه القوانين وفي مقدمتها القانون الفرنسي الذي اعتبر بيع الوفاء بيعا صحيحا لازما بالشروط المتفق عليها بين المتعاقدين فقد جاء في نص م 1559 " ان بيع الوفاء يخول للبائع حق استرداد المبيع خلال مدة معينة نظير التزامه برد الثمن والنفقات الضرورية التي يكون المشتري قد صرفها لقاء ابرام العقد أو لحفظ المبيع أو غير ذلك من المصاريف الأخرى[1] " ، وهذا نص صريح في اعتبار بيع الوفاء بيعا صحيحا ملزما لأنه تم بالاتفاق والاشتراط بين المتعاقدين ، وقد تبع القانون الفرنسي في تصحيح بيع الوفاء كل من القانون اللبناني والعراقي والكويتي والقانون المصري القديم ، اذ أجازوا بيع الوفاء كعقد صحيح وان كان كل من القانون العراقي والكويتي اعتبر بيع الوفاء في حكم الرهن تبعا للمجلة التركية التي كانت قانونا معمولا به في البلاد الاسلامية

1) تقابل هذه المادة في القانون اللبناني م 473 وم 1333 مدني عراقي واعتبرته رهنا م 118 (مجلة)

الخاضعة للسلطة العثمانية قبل الغاء الخلافة والمجلة ، وهذه المجلة مستقاة من المذهب الحنفي ومنه جاء اسم بيع الوفاء وانتشر في الفقه الوضعي المعاصر في البلاد الاسلامية .

2) **القوانين المانعة لبيع الوفاء** : وفي مقدمة هذه القوانين القانون المصري الجديد الذي ألغى التعامل ببيع الوفاء وعده عقدا باطلا وتبعه القانون السوري والتونسي ثم المدني الجزائري الذي نص في المادة 396 على بطلان بيع الوفاء وسماه حق الاسترداد ، فقد جاء في هذه المادة النص التالي " يكون البيع باطلا ان احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في أجل معين"[1] .

ولقد برر الشراح سبب اتجاه هذه القوانين الى منع بيع الوفاء فقالوا " بأن بيع الوفاء لم يعد يستجيب للحاجات الجديدة والجدية في التعامل بين الناس بل أصبح وسيلة ملتوية من وسائل التهرب من حكم القانون في شأن مقدار الفوائد الربوية"[1] ولهذا صار هذا البيع باطلا غير جائز التعامل به لما فيه من المخاطر والغرر واستغلال حاجة البائع الى المال وان المشتري عادة يكون مرابيا كبيرا فيستغل البائع ولذلك اعتبر هذا البيع باطلا ، الى جانب المصالح التي رعاها المشرع وفق الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، التي تستدعي ابطال هذه البيوع ويجوز الاستغناء عنها بمعاملات أخرى أفضل منها .

المطلب الثالث : مقارنة بين حكم بيع الوفاء في الشريعة والقانون :

هناك اتفاق تام وتطابق كامل بين الشريعة والقانون الوضعي في تعريف بيع الوفاء وحكمه ، سواء في صحة هذا البيع أو بطلانه بنفس التعليلات تقريبا شرعا وقانونا ، ففي الشريعة الاسلامية نجد أن بيع الوفاء بيع مقترن بشرط الاسترداد حسب اتفاق المتعاقدين وقت التعاقد حيث يلتزم المشتري برد المبيع الى البائع مع التزام برد الثمن ، وهذا هو نفس التعريف القانوني لبيع الوفاء فلا اختلاف بين التعريفين ، كما أن هناك

---

1) يقابل هذا النص في المدني المصري م 465 ونصها (اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا) ونفس النص في م 433 سوري أنظر زكي شعبان /ص 150 . وعباس الصراف /ص 70 وغيرهم .

اتفاقا وتطابقا تاما بين فقهاء الشريعة الاسلامية المجيزين لبيع الوفاء والمصححين لهذا العقد بشرط الوفاء وهم الحنابلة والحنفية وبين نظرائهم من القانونيين وهم : القانون الفرنسي واللبناني والعراقي والكويتي ، وان كان هناك اختلاف بين الفريقين في سبب الجواز وتعليله ، فان التصحيح عند الحنفية كان بسبب العرف والاستحسان واعتبار بيع الوفاء رهنا وهو مسلك القانون العراقي والكويتي تقليدا للمجلة المقتبسة من مذهب الاحناف .

أما التعليل عند الحنابلة والقانون الفرنسي فهو تعليل أصيل متماشي مع قواعد وأصول كل فريق اذ يعد الاشتراط صحيحا مالم يخالف الشرع أو الأصول القانونية . . . الخ . وكذلك نجد الاتفاق التام بين المبطلين لبيع الوفاء من فقهاء الشريعة وهم الشافعية والمالكية ونظائرهم في القانون الوضعي كالقانون المصري والجزائري والتونسي ، حيث اعتبر بيع الوفاء باطلا وعلل البطلان تعليلا متقاربا لدى فقهاء الشريعة والقانونيين اعتمادا على فكرة الفرر وعدم مسايرة التعامل المستجد . . . الخ . وهذه أفكار متقاربة وأصلها واحد وهو الاستغناء عن بيع الوفاء ببيوع أخرى أفضل . والرأي الراجح هو رأي مجيزي بيع الوفاء ومصححي التعاقد بشرط الوفاء ، حيث يعد هذا البيع صحيحا وفقا للنصوص الشرعية التي تجيز الاشتراط كحديث جابر وبيعه لجمله والاشتراط الانتفاع بركوبه " والمراد من ذكر هذا الحديث ذكر الاشتراط في البيع ، ولذلك أخرجوه ، ولهذا السبب لم يخرج منه الترمذي وأبو داود الا ذكر الاشتراط ولفظ الترمذي ان جابرا باع من النبي صلى الله عليه وسلم بعيرا واشترط ظهره الى أهله ، وحيث كان المقصود من الحديث ذكر الاشتراط وهو متفق عليه بين البخاري ومسلم والترمذي وأبي داود[1] " الى جانب أحاديث

1) ابن الأثير / جامع الأصول من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم / ج 1 ص 434 - 435 . وابن العربي / عارضة الاحوذي / ج 5 ص 262 . وقلعة جي / موسوعة عثمان / ص 216 . وابن القيم / ج 1 ص 344 وج 3 ص 400 . وأبو الطيب صديق بن حسن القنوجي البخاري / الروضة الندية شرح الدرر البهية / ج 2 ص 177 . وقال (الحديث أصل بنفسه) ومن ثم يقاس بيع الوفاء على صحة الاشتراط لوجود مناط الحكم بين الأصل والفرع المقاس وهو بيع الوفاء عند المانعين وليس فيه نص ، وقد ورد النص بصحة الاشتراط فيحكم بصحة بيع الوفاء اذ ليس مع المانعين سوى القياس والرأي بلا نص .

أخرى في صحة الاشتراط كحديث سفينة واثار الصحابة والتابعين وهي كلها تدل على الاشتراط وصحته وهذه نصوص أصل بذاتها يقاس عليها غيرها مما ليس فيه نص وبيع الوفاء من هذا النوع فيصح ، كما أن الأصول الفقهية والقواعد تقضي أن الأصل في المعاملات الاباحة وان الحظر لا يجوز القول به الا بدليل شرعي صحيح ، قال الشاطبي " وما كان من العادات يكتفي فيه بعدم المنافاة ، والأصل فيه الاذن حتى يرد الدليل على خلافه[1] " ولأن " التعامل بين الناس على أصل الاباحة شرط الا تشتمل عقودهم على نهي أو يوضع فيها من الشروط ما ليس في الشرع[2] "، وقال السيوطي " الأصل في العقود رضا المتعاقدين وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد[3] " وكذلك " مالا يعلم فيه التحريم يجري فيه على حكم الحل لأن الأصل في الأشياء الاباحة[4] " وقال ابن تيمية " فان المسلمين اذا تعاقدوا بينهم عقودا ولم يكونوا يعلمون لا تحريمها ولا تحليلها فان الفقهاء جميعهم ـ فيما أعلمه ـ يصححونها اذا لم يعتقدوا تحريمها ولا يقول أحد لا يصح العقد الا الذي يعتقد أن الشارع أحله ، فلو كان اذن الشارع الخاص شرطا في صحة العقود لم يصح عقد الا بعد ثبوت اذنه[5] ". فهذه النصوص وغيرها كثير عند الفقهاء والأصوليين تفيد صحة الاشتراط والتعاقد وجوازه وأن الأصل في الشروط الصحة حتى يثبت الدليل المانع ، وأن بيع الوفاء عقد مشترط فيه الاسترداد بين المتعاقدين فيصح وفقا لهذه النصوص ، وعملا بهذه الأصول الشرعية والقواعد الفقهية في أي مذهب ، فلم يبق دليل واحد للمنع وأما فكرة الجهالة والغرر فلا وجود لها اذ المبيع معلوم والثمن أيضا معلوم ومحدد فأين الغرر والجهالة في عقد بيع الوفاء ، وأما مسألة الاستغلال فان كل متعاقد عليه أن يسعى الى تحقيق مصالحه ومنافعه وأن يحرص على ماينفعه ويقدر مصلحته قبل التعاقد والاتفاق ، وان حصل الاستغلال تطبق عليه أحكام الاستغلال ويبطل وفقا لها ان وجدت وتوافرت شروطه .

---

1) أبو اسحاق الشاطبي / الموافقات / ج 1 ص 285 ، وكان يتكلم عن الشروط والعقود والصحة والبطلان
2) صالح بن عبد الله / رفع الحرج في الشريعة الاسلامية / ص 115 - 118 .
3) السيوطي / الاشباه والنظائر / ص 121 . وابن عابدين / الحاشية / ج 7 ص 272 .
4) الندوي / القواعد الفقهية / ص 107 و 277 . وابن نجيم / الأشباه والنظائر / ص 66 .
5) ابن تيمية / مجموع الفتاوي / ج 29 ص 159 .

المبحث الرابع : حكم شرط المنع من التصرف في الشريعة والقانون :

قد يشترط أحد المتعاقدين - في العقد - على الطرف الآخر شرطا يمنعه من التصرف كأن يشترط البائع أو الواهب أو الموصي أو غيرهم على المشتري أو المنتفع بالهبة والوصية عدم التصرف في محل العقد اما مدة معينة أو عدم التصرف فيها بالبيع للغير فهل هذا الشرط يصح كما لو اشترط البائع الا يباع المبيع أو لا يباع الا بثمن معين أو غير ذلك من الشروط المانعة والمقيدة للمالك من تصرفه تصرفا حرا في ملكيته فهل يجوز هذا الشرط ، وما الدليل عليه في الشريعة وما موقف الفقهاء من شرط منع التصرف وكذا ما موقف القانون الوضعي وشراحه وقضائه من صحة هذا الشرط ؟ هذا ما سنحاول الاجابة عنه وتوضيح موقف الشريعة والقانون من هذا الشرط .

المطلب الأول : شرط منع التصرف في الشريعة الاسلامية .

شرط منع التصرف اذا كان لأسباب مشروعة ومعتبرة لتحقيق مصالح ومنافع للمشترط أو غيره وليس في هذا الشرط مخالفة للنصوص الشرعية فهو شرط صحيح يعمل به ويوفي به ويعد جائزا عملا بالمبادئ العامة والنصوص الشرعية القاضية بوجوب الوفاء بالشروط والتعهدات والالتزامات المبرمة في العقود كقوله تعالى " يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود[1] " وحديث " المسلمون على شروطهم[2] " وقول عمر رضي الله عنه " مقاطع الحقوق عند الشروط[3] " وما ورد في كتب الحديث من صحة وجواز الشروط في البيع ، فاذا كان المنع من التصرف شرط لتحقيق مصلحة للمشترط نفسه أو غيره جاز فاذا اشترط البائع عدم تصرف المشتري مثلا في المبيع لأن المشتري صغير السن غير راشد قد يغبن ويخدع ومنعه حتى يصير راشدا وكذا في الوقف أو الوصية ، فهذا الشرط صحيح جائز يعمل به ولا حرج فيه .

وأما موقف الفقهاء من هذا الشرط فهو حسب موقفهم من الشروط الجعلية في العقود ، فهناك من يعد الشرط باطلا لا يجوز مع صحة

---

1) سورة المائدة / الآية 1 .

2) سبق تخريجه وقد ذكره البخاري وغيره وقال عنه الترمذي (حسن صحيح) والألباني/ ارواء الغليل/ج 6 ص 220 وج 9 ص 313 . وابن الأثير / جامع الأصول / ج 1 ص 425- 435 .

العقد وهناك من يبطل الشرط والعقد عملا بمنع الشروط في العقود وتطبيقا للقياس وفكرة مقتضى العقد فهم يقولون في باب (الشروط الفاسدة في العقد) " اذا باع ثوبا وشرط الا يبيعه المشتري ، ولا يهبه أو دابة على الا يبيعها أو لا يهبها أو يركبها ، ذكر في باب (المزارعة) ما يدل على الجواز ـ جواز البيع ـ فانه قال لو شرط أحد المزارعين في المزارعة على الا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل"[1] ولذلك فان بعض فقهاء المالكية يسمي شرط المنع من التصرف " بالشرط المؤثر في الثمن"[2] وهو شرط حلال ولكنه يعد باطلا لأنه مخالف لمقتضى العقد فيبطل به العقد " اذا استمر المتبايعان على شروطهما وتمسكا به اما ان أسقطاه فالبيع يصح " ، وقال الحنابلة عن شرط المنع من التصرف بأنه " شرط ينافي مقتضى العقد كشرط الا خسارة عليه أو أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ... فهذا الشرط باطل في نفسه لقوله صلى الله عليه وسلم " من شرط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل"[3] لأن هذا الشرط تحجير على المالك ، ومخالف لمقتضى الملكية التي تفرض اطلاق حرية المالك وتصرفه في ملكه ، بينما شرط المنع من التصرف يحجر على المالك ويقيده فلا يصح ولا يجب اشتراطه ، ومع هذا فقد أجاز المالكية والشافعية شرط المنع من التصرف بالنسبة لناس معينين أي أن يشترط البائع على المشتري الا يبيع ولا يتصرف ولا يهب لفلان من الناس أو لبني فلان أو للقرية أو التجار المعينين أو الأشخاص المعينين ويعين له هؤلاء الناس، فيصح هذا الشرط ويجب الوفاء به ويكون شرطا مشروعا وأما الحنفيون فانهم يبطلون الشرط ويصححون العقد دون الشرط.

فجمهور فقهاء الشريعة يبطلون شرط المنع من التصرف ويعدونه غير جائز على أساس نظرية مقتضى العقد ، وفكرة اطلاق يد المالك في

---

1) ابن رشد/المقدمات الممهدات/ ص 542 .و /بداية المجتهد /ج 2 ص 120 . ومواهب الجليل /ج 4 ص 372 . والمعيار ، و /مبسوط الرخسي /ج 13 ص 13 .و/ تبيين الحقائق للزيلعي / ج 4 ص 43 . و/مختصر الطحاوي /ص74 . والشيرازي /المهذب في الفقه الشافعي /ج 1 ص 275 . و /الأم/ للشافعي /ج 2 ص 82 . و / الكافي في فقه أحمد / ج 2 ص 37 - 40 . و /الفروع/ ج 4 ص 56 . و/المحرر/ج 1 ص 312 .

2) البدائع / ج 5 ص 171 .

3) المبدع /ج 4 ص 52 . وعبارة الغاسي /ج 1 ص 281 .

التصرف وان المنع تحجير عليه ومنعه من حقه الشرعي المقرر له شرعا على أملاكه الا أن يوجد سبب يقتضي التحجير كالسفه أو الغفلة أو غير ذلك من عيوب الأهلية والارادة المانعة من التصرف ، وكذا حالة الافلاس حيث يمنع المالك من التصرف في ماله لئلا يضر بالدائنين ، والا فان الشخص اذا كان بالغا عاقلا راشدا له مطلق الحرية والتصرف في أملاكه وأمواله ، الا فيما يخص المالكية والشافعية الذين أجازوا شرط عدم التصرف بالنسبة لأناس معينين فيعد شرطا صحيحا يوفي به ويلزم بالاتفاق عليه وقبوله في العقد ، وأيا كان فان شرط المنع اذا كانت له أسباب ودوافع مشروعة ولتحقيق مصلحة شرعية وحقيقية يصح اشتراطه ويجب الوفاء به اذا اتفق عليه المتعاقدان .

المطلب الثاني : شرط المنع من التصرف في القانون الوضعي :

يعد شرط المنع من التصرف من الشروط الصحيحة والجائزة في القانون الوضعي اذا كان القصد من هذا الشرط تحقيق مصلحة مشروعة والباعث على الاشتراط باعث مشروع لا يخالف القانون ولا النظام العام فيعد شرطا صحيحا يجب الوفاء ، قال السنهوري " اذا اشترط الواهب على الموهوب له الا يتصرف في الشيء الموهوب فشرط عدم التصرف لا يكون صحيحا الا اذا كان مبنيا على باعث غير شرعي وكان الغرض هو تعطيل التصرف في الموهوب دون مبرر لذلك وجب النظر فيما اذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع الى التبرع فيكون السبب غير مشروع ويبطل وتبطل معه الهبة ، اما اذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع الى التبرع فانه يلغى وحده ، وتبقى الهبة صحيحة ويتصرف الموهوب له في الهبة بالرغم من شرط عدم التصرف ومن مبررات شرط عدم التصرف حيث يكون الشرط مشروعا يجب العمل به أن يكون قد وضع لحماية الواهب أو الغير ، كما اذا كان الواهب قد اشترط ترتيب ايراد له طول حياته . . . أو أن يكون قد وضع لحماية الموهوب له نفسه ، بأن كان محدد التجربة أو كان فيه نزق وطيش فيشترط عليه الواهب عدم التصرف حماية له من عدم تجربته "[1]

---

1) السنهوري/ الوسيط/ج 5 ص 137- 139 وج 6 ص 87- 94 و 667- 695 . وقال ان شرط المنع من التصرف قد يذكر صراحة في العقد أو يفهم ضمنيا من ظروف التعاقد بين طرفي العقد . والاعمال التحضيرية / للقانون المصري/ج 4 ص558- 560 . ونص م 1717 فرنسي و م 823 مصري .

فهذا الشرط يكون صحيحا ويعمل به ويجب الوفاء به اذا كانت له مبررات مشروعة قانونا ولذلك جاء في مجلة المحاماة " شرط المنع من التصرف يصح اذا بني على باعث مشروع واقتصر على مدة معقولة ويكون الباعث مشروعا متى كان المنع من التصرف قد قصد به حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف اليه أو الغير، ويحق لمشترط منع التصرف المطالبة بالفسخ استنادا الى الأحكام العامة المقررة في الفسخ في العقود الملزمة للجانبين متى كان شرط المنع من التصرف من الشروط الأساسية للتعاقد والتي بدونها ما كان يتم العقد وتكون مخالفة المتعاقد الآخر اخلالا بأحد التزاماته الجوهرية مما يجيز للمشترط طلب فسخ العقد"[1].

فشرط المنع من التصرف يعد شرطا صحيحا في القانون الوضعي وهذا ما أقره الشراح ودرج عليه القضاء والمحاكم الوضعية ، متى كان الشرط مشروعا لا يقصد به الخروج عن القانون أو مخالفة النظام العام والمساس بأخلاق وآداب المجتمع وشرط أن تكون مدة المنع معقولة ومعلومة ، وان يقصد بالشرط تحقيق مصلحة مشروعة .

المطلب الثالث : مقارنة بين حكم شرط المنع من التصرف في الشريعة والقانون :

شرط المنع من التصرف من الشروط التي عدها الفقهاء شروطا مخالفة لمقتضى العقد حيث تكون شروطا باطلة لا يجب الوفاء بها ولا يصح اشتراطها فلو شرط أحد المتعاقدين في العقد " الا خسارة عليه أو لا يبيع ولا يهب ولا يعير ولا يتصرف أي تصرف آخر فان هذا الشرط باطل في نفسه" لكن هذا البطلان يقتصر على الشرط فقط أو يتعدى الى العقد ؟ هناك اختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة ، اذ يوجد في المذهب الحنفي والمالكي والحنبلي روايتين احداهما تبطل الشرط والعقد والثانية تبطل الشرط فقط . أما الشافعية فعندهم رواية واحدة وهي بطلان العقد بالشرط الفاسد لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فقد جاء في البدائع بطلان الشرط الفاسد المخالف لمقتضى العقد "كشرط الا يبيع ولا يهب ولا يخرجه من ملكه . . فيجوز البيع والشرط باطل عند أبي حنيفة

---

1) مجلة المحاماة المصرية /العدد 2 / سنة 50 / ص 103 ، والعدد 3/سنة50/ص104

وعن أبي يوسف أنه شرط فاسد ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرى به العرف بين الناس فيكون مفسدا للبيع كما في سائر الشروط الفاسدة والصحيح الجواز أي صحة البيع وبطلان الشرط فقط"[1].

فهذا هو مذهب فقهاء الشريعة في مسألة شرط المنع من التصرف وهو رأيان أحدهما يبطل الشرط والعقد ، والثاني يصحح العقد دون الشرط الفاسد ، وان كان المالكية لهم تفصيل أكثر وهو أن المنع من التصرف ان كان قاصرا على شخص معين أو ناس معينين جاز العقد والشرط ووجب الوفاء بالشرط ، واما ان كان المنع مطلقا فان الشرط يبطل اما وحده أو مع العقد باعتباره جزء من العقد . وان كانت النصوص الشرعية نفسها لا تمنع شرط المنع من التصرف ان كانت هناك مصلحة مشروعة قصدت من وراء الاشتراط حيث يكون الرأي المجيز للاشتراط من أصحاب الحديث وغيرهم مصححا لهذا الشرط لأن المسلمين على شروطهم ، ومقاطع الحقوق عند الشروط ، وكذلك عند الحنفية اذا جرى العرف بهذا التعامل فيكون شرطا صحيحا لأنه يحقق منفعة للمشترط اذا كان المنع يهدف الى حماية قريب أو منع منافسة مضرة ، وهذا هو موقف القانون الوضعي حيث يجيز هذا الشرط اذا لم يكن مخالفا للنظام العام والآداب . وعلى هذا الأساس فان شرط المنع من التصرف يعد شرطا صحيحا جائزا ليس هناك دليل على منعه وابطاله ، وان كان الفقهاء يميلون الى البطلان حسب المذاهب الفقهية ، ومن ثم فان كان الشرط لتحقيق مصلحة مشروعة جاز وصح اشتراطه اذا لم يوجد مانع شرعي .

---

1) الكاساني/البدائع/ج 5 ص 171 . وابن قدامة /المغني/ج 4 ص 54 . وقال ان الشروط المنافية لمقتضى العقد باطلة لحديث بريرة/كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل/وذكر روايتين في المذهب الحنبلي لبطلان العقد والشرط أو الشروط فقط/الفروع/ج 4 ص57 . والباجي/المنتقى/ ج 4 ص 212 .

المبحث الخامس : الشروط الجعلية في عقود الزواج :

تقسم الشروط الجعلية في عقود الزواج الى ثلاثة أقسام هي : الشروط الصحيحة والباطلة ، ومختلف فيها بين الفقهاء في المذاهب الاسلامية بل في المذهب الواحد فيها خلاف .

أولا : الشروط الصحيحة : وهذه الشروط يجب الوفاء بها اذا شرطت في عقد الزواج وهي المعروفة لدى فقهاء المذاهب باسم " شروط مقتضى العقد " وهذه الشروط في الحقيقة ، ليست شروطا جعلية بالاصطلاح الفني لأنها أثر من آثار العقد وحكم من أحكامه رتبها الشرع على العقد سواء شرطها المتعاقدون أو سكتوا عنها ، فانها واجبة بمقتضى الشرع والعقد ، وتعد من جملة أحكام العقد اللازمة بمجرد الاتفاق والتعاقد ولو لم تشترط صراحة وقت التعاقد ، وتسميتها بالشروط الجعلية فيها تجوز كثير لأنها تلزم أطراف العقد ولو رفضاها ، كشرط الانفاق على الزوجة ، والعشرة بالمعروف والطاعة الزوجية ، والسكن ، وعدم الاضرار . . .الخ . فهذه الشروط واجبة شرعا وليست محل بحث .

ثانيا : الشروط الباطلة : وهي المخالفة لمقتضى العقد والمنافية له أو المخالفة للشرع لورود نهي شرعي عنها ، فلا تلزم أبدا ولا يجب الوفاء بها اطلاقا كشرط عدم الانفاق على الزوجة وكشرط طلاق الزوجة الأولى للزواج بالثانية ، وعدم الطاعة الزوجية . . .الخ . وغير ذلك من الشروط المخالفة للشرع ، وهذه الشروط وأمثالها لا يجب الوفاء بها شرطت أم لم تشرط لأنها باطلة بالشرع ، فلا يجوز اشتراطها وهي أيضا ليست محل بحث .

ثالثا : الشروط المختلف فيها بين الفقهاء : وهذه الشروط ليست من مقتضى العقد ولا مخالفة للعقد أو الشرع ، بل أنها قد يكون مسكوت عنها شرعا ولم ترد في النصوص الشرعية ، وهذه الشروط قد تقترن بالعقد وتشترط بين الزوجين أو الأولياء وقت التعاقد وهي محل البحث والدراسة والاختلاف الشديد بين الفقهاء حسب المذاهب الفقهية ، بعضهم يرى صحة اشتراط هذه الشروط في العقد ويجب الوفاء بها لأن النصوص الشرعية تؤكد على وجوب الوفاء بالشروط الجعلية في عقد الزواج والا فسخ العقد ان لم يوف بهذه الشروط ويبطل العقد بسبب عدم الوفاء ويستدل هذا

الغريق بحديث عقبة بن عامر " ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج "[1] وهذا تأكيدا على وجوب الوفاء بالشروط المذكورة في عقد الزواج لأنها كأي اشتراط آخر في أي عقد من عقود المعاملات الشرعية وكأي وعد وعهد يجب الوفاء به . كما لو شرطت الزوجة الا يتزوج عليها أو الا ينقلها من دارها أو بلدها أو الا يبعدها عن أهلها ، أو خلوه من العيوب والأمراض الجسمية أو أن يكون أحد الزوجين مثقفا أو ذا مال ، أو حرفة معينة أو شرط فيها : البكارة والجمال والنسب . . . الخ . فهذه الشروط واجبة الوفاء لمن شرطت عليه وقبلها وقت العقد ورضيها ، ويتزعم هذا الاتجاه المحدثين والحنابلة وابن تيمية وابن القيم .

وأما جمهور الفقهاء وخاصة أصحاب (الرأي)[2] فانهم يبطلون هذه الشروط كلها ويصححون العقد فقط دون سائر الشروط ، فانها تبطل

---

1) ورد هذا الحديث في كل كتب الحديث والفقه/البخاري /ج 3 ص 175 . وشروحه كالعسقلاني والعيني والقسطلاني في كتاب الشروط/ج 9 ص 178 . ج 8 ص 62 . ومسلم وشروحه والسنن كالترمذي ، والنسائي وابن ماجة وأبي داود في باب (الشروط في الزواج) والبوطي /محاضرات في الفقه المقارن / الشروط الجعلية في الزواج /ص97 . ورجح عدم صحة الاشتراط .

2) أصحاب الرأي في مصطلح الفقهاء هم الأحناف عندما كان تقسيم الفقهاء الى محدثين وأصحاب رأي ثم في العصور الأخيرة صار كل الفقهاء من أصحاب الرأي حيث تغلب القياس والرأي وهجر الحديث وصار الراجح في كل مذهب هو قول أصحاب الرأي في مذهب تقريبا ، وأهم مراجع شروط الزواج : السيد سابق / فقه السنة /ج 2 ص 43-4 . والزحيلي/الفقه الاسلامي وأدلته/ج 7 ص 53- 60 . وأحمد عثمان /آثار عقد الزواج في الشريعة الاسلامية /ص 50 . وأبو زهرة/محاضرات في عقد الزواج وآثاره/ ص 209- 217. والأحوال الشخصية /ص 179- 187 . والزرقاء/ المدخل /ج 1 ص 466 وابن حجر/ فتح الباري/ج 9 ص 178- 180 . والنووي /شرح مسلم /ج 9 ص 201 . والقسطلاني /ارشاد الساري /ج 8 ص 62 . والمباركفوري/ تحفة الاحوذي / ج 4 ص 275- 278 وابن العربي/ عارضة الاحوذي / ج 5 ص 58- 60 . وابن أبي شيبة/المصنف في الأحاديث والآثار/ج 4 ص 199- 216 . والعيني/عمدة القارىء/ج 13 ص 298- 300 وج 20 ص 140 . والصنعاني سبل السلام/ج 3 ص 165 . والعسقلاني/ تهذيب التهذيب/ج 12 ص 469 . وابن دقيق العيد /الالمام بأحاديث الاحكام/ ص 391-421 . و أحكام الأحكام/ج 2 ص 187 . والروضة الندية شرح الدرر البهية/ج 2 ص 30 . و أثر اختلاف القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء/ ص 567-600 . والبيهقي/السنن الكبرى /ج 7 ص 248- 250 . وابن ماجة/ج 1 ص 628 . وأبو داود /ج 2 ص 244 . وقلعة جي/موسوعة عمر/ص 840 و/موسوعة ابن عمر/ص710 . وموسوعة النخعي/ج 2 ص 899 . وموسوعة عثمان بن عفان /ص 214-336 . وموسوعة ابن مسعود

كما هو الحل عند جمهور الحنفية و المالكية و بعض الحنابلة و الظاهرية، فإنهم يذهبون إلى بطلان الشروط الجعلية في عقد الزواج على أساس أن هذه الشروط ليست من مقتضى العقد ولا من مستلزماته وانها زائدة عن مقتضاه فلا يجب الوفاء بها . وهناك تفاصيل في المذاهب ، واختلاف بين الفقهاء حتى في المذهب الواحد كما يلي :

المطلب الأول : أقسام الشروط الجعلية وحكمها في عقود الزواج لدى الفقهاء :

يقسم فقهاء المذاهب الاسلامية الشروط الجعلية في عقد الزواج تقسيمات متقاربة حسب تقسيم الشروط العقدية في أي عقد من عقود المعاملات الشرعية ، كما أن حكم هذه الشروط يكاد يكون واحدا لدى جمهور الفقهاء والاختلاف في بعض الشروط المعينة كما يلي :

أولا : أقسام وحكم الشروط الجعلية في الزواج في المذهب الحنفي : يقسم فقهاء الحنفية الشروط الجعلية في عقود الزواج الى قسمين : صحيحة وباطلة.

القسم الأول : **الشروط الصحيحة :** وهي ما كانت من مقتضى العقد وأثرا من آثاره وحكما من أحكامه فيجوز اشتراطها ويجب الوفاء بها كشرط، دفع المهر معجلا كله أو بعضه ، والنفقة والعشرة بالمعروف ، وعدم الاضرار بالزوجة ، وطاعتها لزوجها وعدم خروجها الا باذنه ، وغير ذلك من مستلزمات عقد الزواج ، المترتبة بمجرد الاتفاق على العقد وهي حكم من أحكام العقد يستوي اشتراطها وعدم اشتراطها لأنه يجب الوفاء بها شرعا ولو لم تذكر وقت التعاقد اذ النصوص الشرعية توجب الوفاء بها كقوله تعالى " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفس الا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ، وعلى الوارث مثل ذلك "[1] ، وقوله تعالى " اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ، فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف

ـــ ص 551-563 . والكاندهلوي/أوجز المسالك/ج 9 ص 419 ، 288 ، 290 . ورشيد رضا /مجموعة الأحاديث النجدية /ص 168 . وابن القيم /زاد المعاد /ج 5 ص 106 . ومختصر أبي داود /ج 3 ص 65 . وموسوعة الاجماع في الفقه الاسلامي /ج 1 ص 563 .

1) سورة البقرة / الآية 233 .

وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى، لينفق ذو سعة من سعته[1]" وحديث عقبة بن عامر " أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج[2]".

وهذه النصوص وغيرها تحث على وجوب الوفاء بالالتزامات التي هي من مقتضى العقد ، ومستلزماته وحملوا النصوص على شروط مقتضى العقد وقالوا ان المقصود هو هذه الشروط لا غير ، وهذا الحمل فيه نظر إذ كيف يجوز تفسير الشروط بموجب العقد وهذه يجب الحكم بها ولو إمتنع أحد الطرفين عن الوفاء بها ولو شرط وقت التعاقد أنه غير ملزم بها يعد اشتراطه باطلا . بينما الشروط الجعلية ليست من مقتضى العقد بل هي أمر زائد عن هذا المقتضى وإذا اشترطها أحد الطرفين لتحقيق منفعة له . ومصلحة لا تتحقق بمجرد التعاقد والاتفاق على عقد الزواج و الرضا به

---

1) سورة الطلاق / الآية 6 ، 7.

2) ذكره البخاري ومسلم وأصحاب السنن وسبق تخريجه ، واللباب في الجمع بين السنة والكتاب /ج 4 ص 3 . وفتح القدير لابن الهمام /ج 3 ص 249 . وحاشية إبن عابدين /ج 3. ص 53- 148 . ومختصر الطحاوي /ص172- 132 . والسرخسي /المبسوط/ج 5/ص 94. 99. والبدائع /ج 2 ص 228- 352 . ومحمود العيني الحنفي / البناية في شرح الهداية /ج 3. ص3- 230 . وقال " لا يجوز تعليق النكاح بالشرط ولا اضافته الى وقت مستقبل" ص16 . و لذا تزوجها بالف على أن لا يخرجها من البلدة أو الا يتزوج عليها أخرى، فالنكاح صحيح وأن شرط عدم المسافرة وعدم التزوج، فهو فاسد لأن فيه المنع من الأمر المشروع ، فإن وفى بالشرط كان لها المهر المسمى ، فان لم يوف وتزوج عليها أو أخرجها من البلد كان لها مهر المثل - 226 . وقال الكاساني/ ان النكاح لا تبطله الشروط الفاسدة ، كما لو تزوجها على الا يخرجها أو لا يطلقها أو لا ينقلها من بلدها فيبطل الشرط ويصح العقد" . وقال ابن عابدين " والنكاح لا يصح تعليقه بالشرط كتزوجتك إن رضي أبي، لم ينعقد لتعلقه بالخطر ولا اضافته الى المستقبل كتزوجتك غدا أو بعد غد ، ولا يبطل بالشرط الفاسد وإنما يبطل الشرط دون النكاح، يعني لو عقد النكاح مع شرط فاسد لم يبطل النكاح وإنما يبطل الشرط الفاسد وحده" . وهناك فرق بين المعلق بالشرط والنكاح المشروط معه شرط فاسد، كما لو قال تزوجتك على أن لا يكون لك مهر ، فانه يصح النكاح ويبطل الشرط ويجب المهر حاشية ابن عابدين / ص106 . واللباب في شرح الكتاب/ج 3/ص 18- 20 . والأحناف يجيزون نكاح الشغار مع مهر المثل، لأن الزواج " لا يبطل بخلوه من المهر أو مع المهر الفاسد وكذا ان تزوج على أن يعلمها القرآن أو يخدمها مدة معينة كان لها مهر المثل وإن تزوجها على الا يخرجها من البلد أو بشرط الا يتزوج عليها فان النكاح صحيح و الشرط باطل،فإن وفى الزوج بشروط الزوجة كان لها مسمى المهر وان لم يوف وقد أنقصت من المهر المسمى كان لها المهر المثلي . أنظر/عيون المسائل /للسمرقندي /ج 2 /ص74 . و/ شرح القواعد الفقهية ص 183- 352 . والفتاوي الهندية مع البزازية/ج 4/ص129- 140 . وج 1.ص 295- 302. والزيلعي / نصب الراية لأحاديث الهداية/ج 3 ص 176- 182 . وحاشية الطحطاوي/ج 2 ص 57- 69 . وابن الهمام / فتح القدير/ج 3 ص 249 .

القسم الثاني الشروط الغير صحيحة: وهذة الشروط تشمل كل شرط يخالف الشرع أو يخالف مقتضى العقد ، وتعد هذه الشروط شروطا باطلة لا يجب الوفاء بها اذا شرطت في العقد وهي كثيرة ، كشرط الا ينفق عليها أو لا يعدل معها ، أو لا يطأها أو لا يطلقها أو لا يخرجها من البلد أو ألا يتزوج عليها ، أو يكون عندها مرة في الأسبوع أو الشهر أو في النهار دون الليل وكشرط أن يطلق الزوجة السابقة ، أو تشترط أنها حرة في الدخول والخروج أو يقول " تزوجتك على أن يكون أمرك بيدك أو على أن تطلقي نفسك متى أردت ونحو ذلك من الشروط فان مثل هذا الشروط تغلو ولا يعمل بها ويصح العقد "[1] من الشروط المخالفة للشرع شرط الشغار أو توقيت الزواج وكذلك الشروط المرغوب فيها كاشتراط مواصفات في أحد الزوجين كالجمال والبكارة بالنسب والحرفة ، والبراءة من الأمراض وغير ذلك من الشروط الزائدة عن مقتضى العقد فلا يعمل بها الا اذا جرى بها العرف واستحدثها الناس فتصح استحسانا ، قال ابن عابدين " ما هو معروف في زماننا ان البكر لها أشياء زائدة على المهر منها مايدفع قبل المهر كدراهم للنقش والحمام وثوب يسمى (لفافة) وأثواب أخرى يسلمها الزوج ... فهذه معروفة مألوفة بمنزلة المشروط عرفا حتى لو أراد الزوج الا يدفع ذلك يشترط نفيه وقت العقد وسئل عنها في الخيرية فأجاب " ان المعروف المقرر في الكتب ان المعروف كالمشروط يوجب الحاق ما ذكر في المشروط "[2].

ومن ثم فان الشروط الفاسدة أو الباطلة – حيث لا يفرق الحنفية بين النوعين في عقود الزواج – تبطل وحدها اذا شرطت في العقد ويصح العقد دون هذه الشروط الفاسدة " لأن الشرط الفاسد مخالف لمقتضى العقد والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة " ومع هذا جاء في الفتاوى الهندية " لو وكل شخصا أن يزوجه بيضاء فزوجه شوهاء أو سوداء لا يصح النكاح "[3] ، وهذا خلاف المقرر الثابت في المذهب الحنفي من بطلان الاشتراط الا في مسألة الوكالة في الزواج فيجب العمل بشروط الموكل ، اما لو تزوج الشخص بنفسه واشترط شروطه باطلة ، قال ابن الهمام " اذا شرط أحدهما على صاحبه السلامة من العمى والشلل والزمن ، فوجد بغير ذلك لا يثبت له الخيار ؟! . وكذلك لو

1) الجزيري / الفقه على المذاهب الأربعة /ج 4 ص 85-86 .
2) وابن عابدين /ج 3 ص 143 .
3) الفتاوى الهندية / ج 3 ص 570 .

شرط الجمال والبكارة فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار لأن فوت زيادة مشروطة بمنزلة العيب في انبات الخيار كما في البيع، وبهذا يتبين أنه لا معتبر في باب النكاح بتمام الرضا ، فانه لو تزوجها بشرط انها بكر شابة جميلة فوجدها عجوزا ثيبا شوهاء لها شق مائل ولعاب سائل وعقل زائل فانه لا يثبت له الخيار ، وقد انعدم الرضا بهذه الصفة "[1].

وهذه الفرائد تبرر بأن للزوجين حق الطلاق وفسخ العقد والتخلص من الطرف الآخر في حالة عدم الرغبة ، وان كان خلاف المقرر في الشرع من جواز الاشتراط وصحة الشروط ووجوب الوفاء بها . وكذلك اشتراط الزوجة أن تظل عاملة يعد شرطا باطلا " لو شرطت حين العقد البقاء في علمها فهذا شرط فاسد ، ملغي عند الحنفية والعقد صحيح ، وللزوج أن يمنعها من العمل فان استمرت فيه سقط حقها في النفقة "[2] وتعد ناشزة غير مطيعة لزوجها " فاذا كانت المرأة من المحترفات اللائي لا يقررن في البيت فلا نفقة لها اذا طلب منها الزوج القرار في البيت فلم تجب طلبه ، ذلك لأن الاحتباس في هذه الحالة ناقص فله طلبه كاملا فاذا امتنعت فهي ناشزة ، أما اذا رضي بهذه الحال فقد رضي بالاحتباس الناقص فتكون لها النفقة "[3] .

---

1) بن الهمام / فتح القدير / ج 3 ص 97 . وابن نجيم / الاشباه والنظائر / ص 179 - 183 . وابن عابدين / ص 144 حيث قال " ولها أن تمنع زوجها من الوطء حتى يسلمها المهر المعجل أو بعضه حسب العرف " . والسرخسي / المبسوط / ج 4 ص 192 . وأبو زهرة / الملكية ونظرية العقد / حيث أكد ان الحنفية لا يفرقون في الزواج بين الشروط الفاسدة والباطلة ، وانهم كغيرهم من فقهاء المذاهب يجعلون شروط عقد الزواج تسمين فقط صحيحة وباطلة بخلاف الأمر في البيوع فانها ثلاث : صحيحة وفاسدة وباطلة ، وقد ذكر أسباب هذا التفريق .

2) وهبة الزحيلي / الفقه الاسلامي وأدلته / ج 7 ص 793 . وبدران أبو العينين بدران / الزواج والطلاق / ج 1 ص 249 وقال انه " ليس للزوج ان يمنع زوجته من ممارسة العمل المنزلي الذي لا يتنافى مع حقوق الزوجية كالغزل والنسيج والخياطة والحياكة ... وليست ناشزة " .

3) أبو زهرة / الأحوال الشخصية / ص 269 - 301 و / عقد الزواج / ص 295 - 324 . وزكريا البري / الأحكام الأساسية للأسرة / ص 143 - 155 . وعبد الواحد وافي / الأسرة والمجتمع / ص 129 - 145 . وحاشية ابن عابدين / ج 3 ص 571 - 639 . و / العناية شرح الهداية / ج 4 ص 854 و / البدائع / ج 4 ص 15 . والمبسوط / ج 5 ص 180 - 229 . و / الفتاوى الهندية / ج 1 ص 544 - 574 . وج 4 ص 157 - 168 ، باب (النفقة) الزيلعي / تبيين الحقائق / ج 3 ص 50 - 66 . و / نصب الراية / ج 3 ص 271 - 277 . و / فتح القدير / ج 4 ص 378 - 428 . ومصطفى شلبي أحكام الأسرة في الاسلام / ص 449 وقال " اذا كانت الزوجة مترفة عملا كالموظفة ... اذا كان برضا الزوج وموافقته ، اما اذا كان بغير رضاه بأن شرط عليها ترك عملها عند العقد " الزواج ولم توف بالشرط سقطت نفقتها لأنها فوتت حقه في الاحتباس الذي تستحق به النفقة " .

فإشتراط العمل في التدريس و التمريض وغيرها

ذلك من المهن المستحدثة والمستجدة في عالم المرأة ـ رغم أنها تجوز في حالات معينة وبشروط خاصة ـ الا أن الاشتراط عند الحنفية يعد لغوا أو شرطا فاسدا لا يوفي به وليس هناك نص صريح في المذهب الحنفي ولكن هذا هو مقتضى المذهب وما تفيده تطبيقات القواعد الفقهية والأصولية في المذهب الحنفي في حالة امتناع الزوجة عن الطاعة ولو كانت خرجت الى الحج بلا اذن الزوج وبلا محرم ، فلا نفقة لها ، وكذلك لو شرطت أي شرط في عقد الزواج ، فان فقهاء الحنفية يعدون هذا الشرط باطلا لا يجب الوفاء به اطلاقا لأنه مخالف لمقتضى العقد ومفيد للزوج في ملكية بضع الزوجة ملكية تامة ، الا اذا رضي هو بشروط الزوجة فله أن يوفي بها ان شاء ، وان أراد عدم الوفاء فله ذلك أيضا الا اذا جرى العرف بذلك فيجوز الوفاء استحسانا خروجا عند القياس ومقتضى العقد .

ثانيا : الشروط الجعلية في عقد الزواج عند المالكية : يقسم فقهاء المذهب المالكي الشروط الجعلية في عقد الزواج الى قسمين : صحيحة وباطلة وتحت كل قسم أنواع من الشروط ، ولهم فيها أقوال عددا . قال ابن رشد في المقدمات " والشروط في الزواج تنقسم الى قسمين : شروط تفسد النكاح ولا حد لها ، وشروط لا تفسده وهي تنقسم على ثلاثة أقوال : شروط مقيدة بتطليق أو طلاق ، وشروط مقيدة بوضع بعض الصداق ، وشروط مطلقة غير مقيدة بشيء "[1] .

أولا : الشروط الصحيحة : وهي تشمل أنواعا كثيرة تقتصر منها على ثلاثة فقط وهي المذكورة عند ابن رشد ، وأما الباقي فليست شروطا جعلية كشرط مقتضى العقد أو ما ورد به الشرع ، وهذه الثلاثة هي : الشروط المقيدة بتطليق أو طلاق ، شروط مقيدة بوضع بعض الصداق ، والشروط المطلقة .

1) **الشروط المقيدة بتطليق أو طلاق** : وهذه الشروط تعد شروطا لازمة في المذهب المالكي يجب الوفاء بها ، ولا خلاف بين فقهاء المذهب في وجوب الوفاء بهذه الشروط ، قال محمد عليش " مالا يقتضيه العقد ولا ينافيه وللزوجة فيه غرض كشرط الا يتزوج عليها أو لا يتسرى ، أو لا يخرجها من البلد ، أو من

---

1) ابن رشد/المقدمات الممهدات / ص 59 . /بداية المجتهد / ج 2 ص 44- 45 .

بيتها أو لا يغيب عنها أو أن تتزوج عليها فأمرها بيدها أو أمر الدخلة بيدها ، فهذا النوع لا يفسد به النكاح ولا يقتضي فسخه لا قبل الدخول ولا بعده فان شرط على الزوج شيء من ذلك في العقد أو بعده فلا يخلو اما أن يعلقه بطلاق أو عتاق أو تمليك ، فان علقه بطلان أو تمليك أو عتاق لزمه ذلك "[1] ، فلو شرطت الزوجة طلاق نفسها ان تزوج عليها أو انها تطلق عليه الزوجة الثانية أو تشترط الا تيسر عليها أو أن لا يخرجها من البلد أو من دارها أو أن لا يغيب عنها ثم تقترن هذه الشروط بالطلاق أو التمليك أو الاعتاق أي أن الزوجة تشترط انها طالق ان تزوج عليها أو أخرجها ... الخ . أو ان الداخلة بزواج ثاني طالق أو أن إموال الزوج كلها ملك لها ان تزوج عليها أو ان عبيده وإمائه أحرار ... الخ . فهذه الشروط تكون لازمة الوفاء اذا وقت بهذه الصورة واتفق المالكية على صحة هذه الشروط بهذه الكيفية وضرورة الوفاء بهذه الشروط .

2) **الشروط المقيدة بوضع بعض الصداق** : كأن تشترط الزوجة اسقاط بعض المهر على الزوج مقابل اشتراطها الا يتزوج عليها أو لا يخرجها من البلد أو أنها طالق أن تزوج عليها ... الخ . وهذه الشروط اختلف المالكية في حكمها وفرقوا بين حالتين :

الأولى : أن يكون الوضع وقت التعاقد : وهذه الحالة يفرقون بين أن يكون الجزء الموضوع من المهر أزيد من مهر المثل ، فان الزوجة ملزمة بعدم الرجوع بما أسقطه عن الزوج ، وان شروطها لا تلزم الزوج ولا يجب الوفاء بها ، وتعد ساقطة لاغية لا قيمة لها ، وان كان الوضع من مهر المثل ففيه أقوال ثلاثة للمالكية قال ابن رشد " وأما الشروط المقيدة بوضع بعض الصداق ، فلا يخلو أن يكون الموضوع للشرط في العقد أو بعد العقد ، فان كان في العقد فلا يخلوا أن يكون من صداق المثل أو زائدا على صداق المثل " فاما ان كان الموضوع منه في العقد زائدا على صداق المثل فلا اختلاف في أن الوضعية للزوجة لازمة لا رجوع لها فيها ، وان الشروط على الزوج ساقطة لا يلزمه الوفاء بها ، واما ان كان الموضوع من صداق المثل في العقد ففيه ثلاثة أقوال :

1) محمد عليش / فتح العلي المالك / ج 1 ص 276- 281 . ومنح الجليل شرح مختصر خليل / ج 3 ص 303 . والخطاب / مواهب الخليل شرح مختصر خليل / ج 3 ص 446- 480 . ومحمد الخرشي / شرح مختصر خليل / ج 3 ص 34- 40 . والفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القرواني / ج 2 ص 2-20 . وأسهل المدارك / ج 2 ص 67- 125 . والبيان والتحصيل / ص 5 - 143 . وتحرير الكلام في مسائل الالزام / ص 327 - 337 .

الأول : ان الوضعية لازمة للزوجة لا رجوع لها فيها وان الشروط عن الزوج ساقطة ، لا يلزمه الوفاء بها وهو مذهب ابن القاسم ورواية عن مالك .

الثاني : ان ذلك لازم لهما جميعا فان وفى الزوج بالشروط صحت له الوضعية وان لم يوف لم تصح له الوضعية وهو قول مالك في رواية ابن نافع وأشهب وعلي ابن زياد .

الثالث : ان ذلك لا يجوز ولا يلزم واحدا منهما لأنها معاوضة فاسدة فاذا لم يلزم الزوج بالشروط لم تلزم المرأة الوضعية وهو قول ابن كنانة وروايته عن مالك ومثله في مختصر ابن شعبان (1) .

وقال الباجي في المنتقى " فلا يخلوا ان يشترط هذا الشرط ولا يسقط لها شيئا به أو يشترطه ويسقط لها به حقا ، فقد قدمنا أنه يؤمر بالوفاء به ولا يحكم عليه به ، وان اسقطت حقا من مهر أو غيره فلا يخلو ان تسقطه حين العقد أو بعده فان كان اسقاطها حين العقد فان ذلك لا يؤثر فسادا في العقد ... والدليل على ما نقول ان هذه الشروط لا تؤثر في المهر ، فلم توجب فسادا أصل ذلك اذا شرطت بعد العقد ، فقد روي ابن القاسم عن مالك انه يزوجها ولا ترجع عليه بشيء مما أسقطته ، وروي علي ابن زياد وأشهب وابن نافع في المدونة عن مالك " ان كان بقي لها شيء من المهر عن مهر المثل لم ترجع به ، وان كان أقل من مهر مثلها فلها أن ترجع عليه ، زاد ابن حبيب ترد الى مهر مثلها ، ومثله في العتبية ، وفي كتاب محمد ، ترجع عليه بما وضعت فتأخذه (2) .

الحالة الثانية : أن يكون اشتراط الوضع بعد العقد : وهذه الحالة اختلف فيها فقهاء المالكية بسبب اختلاف النقل عن مالك ، فبعضهم أوجب الوفاء بالشروط ليصح الوضع من المهر ، وان لم يف بالشرط فللزوجة حق مطالبته بما أسقطت من مهرها . والبعض الآخر يرى سقوط الشرط وعدم الرجوع وبطلانه قال ابن رشد " ان كانت الوضعية بعد العقد فسواء كانت من صداق المثل ، مما زاد على صداق المثل وفي ذلك قولان :

أحدهما : ان ذلك لازم لهما ان وفى الزوج بالشروط صحت له الوضعية والا فلا ، وهو قول ابن القاسم ورواية عن مالك في المدونة .

---

1)و2) ابن رشد/المقدمات /ص60 .والباجي/ج 3 ص 296- 297 .و فتاوي ابن رشد /ج 1 ص 785- 790 . وج 2 ص 785- 790 . وج 3 ص 1486 .

والثاني : ان ذلك لا يجوز ولا يلزم واحد منهما وهو قول ابن كنانة برواية لمالك"[1].

وقال الباجي " واما أن أسقطت بعض مهرها بعد انعقاد النكاح فشرطت عليه بذلك شروطا ، قال محمد : مثل الا يخرجها ولا يتزوج عليها غيرها فان له أن يفعل ذلك كله ولها أن ترجع فيما وضعت ، ووجه ذلك ان هذا مما استقر عليه ملكها فاذا عوضته به على وجه لم يف لها به وجب رد ذلك اليها ، كما لو أعطته ذلك شيئا من مالها الذي بيدها"[2].

وجاء في المعيار " من شرط على زوجها الا يخرجها من بلدها وعليه عهد الله وميثاقه ، وسئل السيوري عمن تزوج وشرط الا يخرجها من بلدها وعليه عهد الله وميثاقه " فأجاب اذا كتب من ذكرت العهد والميثاق في الصداق منع من الخروج بالقضاء ذكره ابن الصواز وعليه احتجاج يظهر بالمشابهة"[3].

وسئل أبو الحسن اللخمي "عمن زوج ابنته وشرط عليه أن يجلبها من المهدية الى قفصة وعمن خالعت على اسقاط المؤجل ؟ فأجاب" النكاح جائز والشرط لازم وعلى الأب الاتيان بها الى قفصة ، والخلع جائز اذا وقع بما وصفت"[3] .

وسئل فقهاء قرطبة عن مسألة " محمد بن يوسف بن الفاسل وذلك انه تزوج بطليطلة امرأة اسمها عزيزة وشرط لها في صداقها أن بيدها أمر الداخلة عليها بنكاح تطلقها ان شاءت ، ثم تزوج بقلعة رباح امرأة اسمها شمس فبلغ زوجته بطليطلة فرفعت دعوى الى القاضي ابي زيد بن الحشا وأثبتت صداقها بالشرط المذكور فطلق الزوجة الثانية ، بشروط الزوجة الأولى " من أخذ عزيزة بشرطها وتطليق هذه عليه ثلاثا"[3] .

3) **الشروط المطلقة في النكاح** : وهي شروط ليست معلقة لابطلاق ولا يمين ولا عتاق ولا بوضع جزء من الصداق ، كأن تشترط عليه في أثناء

---

1) ابن رشد / المقدمات / ص60 . والفتاوي / ج 1 ص 175- 174 . وج 2 ص 785 - 730 .
2) الباجي / المرجع السابق / ج 3 ص 297 . والمدونة / ج 2 ص 124 (من شرط الا يتزوج عليها)
3) المعيار / ج 3 ص 46 - 52 و 141 و 159 و 264 و 275 و 417 . وقد ذكر قصة طويلة في مسألة (ابن الفاسل) وزوجته وشروطه عليهما وأقوال الفقهاء ، وخلاصتها ما ثبت في المتن .

التعاقد أن لا يتزوج عليها أو لا يمنعها من الحج والعمرة ان شاءت أو مجالس العلم أو لا يخرجها من بلدها ... الخ . فهناك خلاف في المذهب المالكي هل يوفي بهذه الشروط أم لا ؟ .

فابن شهاب واللخمي وغيره يوجبون الوفاء بهذه الشروط فلو شرطت طلاق نفسها ان تزوج عليها أو انها تطلق الداخلة أو انها تظل عاملة بعد الزواج فيجب الوفاء ، قال الونشريسي" من تزوج ماشطة وشرطت عليه في عقد النكاح الا يمنعها من صنعتها ، سئل ابن عرفة عمن تزوج ماشطة وشرطت عليه عند عقد النكاح الا يمنعها من صنعتها ، وقبل ذلك منها ثم أراد أن يمنعها من ذلك ؟ . فأجاب : لا يلزمه الوفاء بالشروط قيل ان كانت صنعتها لا تجوز فواضح ، وان كانت جائزة فتجري المسألة على مسألة اذا شرطت دارها أو الا يخرجها من بلدها وظاهر المدونة عدم اللزوم ، واستحب غير واحد الوفاء للحديث ، ومال اللخمي الى الوجوب وحكاه عن ابن شهاب وقال به بعض الموثقين"[1] .

وقال ابن رشد " وأما الشروط المطلقة فمن أهل العلم من أوجبها وروي القضاء بها وعن ابن شهاب انه قال " كان من ادركت من أهل العلم يقضون بها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " أحق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج وهو ظاهر ما في كتاب النكاح من العتبية ، والمعلوم المعروف من المذهب انها لا تلزم ؟! ولكن يستحب الوفاء بها الا أنها تنقسم الى قسمين" :

أحدهما : أن تكون مشروطة في العقد دون تسمية الصداق مثل أن يقول الرجل أزوجك ابنتي على الا تتزوج عليها أو على الا تخرجها من البلد وما أشبه ذلك .

والثاني : أن تكون مشروطة في الصداق المسمى في العقد أو في التسمية بعد العقد . فاما ان كانت مشروطة في العقد دون تسمية المهر فلا يلزم ذلك مثل أن تقول : أتزوجك على أن لا تتزوج علي أو على أن لا تخرجني من البلد وما أشبه ذلك . وأما اذا كانت مشترطة مع العقد وذلك أن تقول أتزوجك بكذا وكذا على الا تفعل كذا وكذا فلا يلزمه الشرط عند مالك على هذا الوجه .

---

1) الونشريسي المعيار/ج 3 ص 278- 279 . والتسولي/البهجة شرح التحفة/ج 1 ص274- 281 .

والقياس على مذهبه أن ينسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعده ويكون الأكثر من صداق المثل أو المسمى لأنها ان لم ترض أن تتزوجه بما سمت من الصداق الا على الشروط فاذا لم تلزمه الشروط لم يلزمها ما رضيت به من الصداق"[1].

وقال الباجي " وأما على الوفاء لها بما شرطت عليه من أن لا يخرجها من بلدها وما أشبه ذلك فانه مأمور به ، رواه محمد عن أشهب عن مالك فيمن تزوج امرأة على أن لا يمنعها الخروج الى المسجد فانه ينبغي له أن يفي لها بذلك ولا يقضي به عليه ؟! وقال ابن حبيب وقد استحب مالك وغيره من أهل العلم أن يفي لها بما شرط وان ذلك غير لازم للزوج عليه ، وعليه جمهور الفقهاء ، وقد روي ابن المواز عن ابن شهاب انه كان يوجب عليه ما التزم من الشروط في النكاح وان لم تكن معلقة بيمين وروي عبد الرزاق عن شريح أنه قضى به والأصل في ذلك قوله تعالى " ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " ويدل على ذلك ما رواه البخاري عن عقبة بن عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " وتعليق ذلك بالوفاء دليل على أنه لا يحكم به عليه وان ذلك مصروف اليه[2] " ؟!. وهذا فهم غريب عجيب جدا من محدث فقهاء المالكية الباجي ، كيف يفهم أن الوفاء بالشروط الجعلية في عقد الزواج متروك لارادة الزوج وشهوته في الوفاء والترك اذا كانت الشروط مشروعة وهو ينقل عن مالك أن أهل العلم يستحبون أن يوفي الزوج للزوجة بشروطها في العقد ثم يستنبط منه أنه لا يحكم لها قضاء وهو ينقل عن شيخ القضاة وأميرهم (القاضي شريح) بأصح اسناد وأقواه ينقل الامام البخاري ان شريح كان يقضي بوجوب الوفاء بهذه الشروط. فالرأي الثاني في المذهب المالكي يرى عدم وجوب الوفاء بالشروط الجعلية في عقد الزواج اذا كانت هذه الشروط مطلقة غير مقيدة بيمين أو طلاق أو عتاق أو وضع من الصداق ، وهذا هو الراجح في المذهب وعليه العمل وان كان ينقصه الدليل الشرعي المنطقي ففي الموطأ " عن مالك بلغه عن سعيد بن المسيب سئل عن المرأة تشترط على زوجها أن لا يخرجها من بلدها قال سعيد بن المسيب يخرجها ان شاء " وقال الباجي في شرح هذا النقل

---

1) ابن رشد / المرجع السابق / ص 61 .

2) الباجي / المنتقى شرح الموطأ / ج 3 ص 296- 297 . وابن رشد / المرجع السابق .

به في شيء من الأشياء شرط بها الا ينكح عليها أو يتسرى أو غير ذلك من الشروط وله أن يفعل ذلك كله ولا شيء عليه"[1]. وقال غيره في حكم هذا الاشتراط " ولا يجوز جعله شرطا في عقد النكاح ، ويكره اشتراطه في العقد الا أن يتطوع به الزوج"[2] . وقال صاحب المعيار وغيره من المالكية ان كان الشرط في أصل العقد قبل البناء يفسخ ، ويثبت بعد البناء"[3].

وهذه النصوص والنقول في المذهب المالكي تجعل الشروط الجعلية في عقد الزواج شروطا باطلة لا يجب الوفاء بها الا أن يتطوع بها الزوج أو تقترن بيمين أو طلاق أو عتاق أو حط من الصداق ، فان هذه الشروط لغو لا يجب الوفاء بها وهذا أرجح الآراء وأصوبها عند المالكية والمعمول بها . والرأي الثاني : انها صحيحة يجب الوفاء بها وانها ملزمة وهذا الرأي هو الأقرب للصواب والموافق للأدلة الشرعية والنصوص التي ذكرها المحدثون من المالكية كالباجي وغيره ان الشروط يجب الوفاء بها وان أهل العلم كانوا يستحبون الوفاء بها ، وهو مذهب المحدثين كالبخاري وغيره من أهل الحديث ، وهذا هو أصوب وأعدل الآراء لأن المسلمين على شروطهم الا أن تكون الشروط تحل حراما أو تحرم حلالا فتفلوا ولا يوفي بها .

ثانيا : الشروط غير الصحيحة : وهذه الشروط نوعان عند المالكية وهي :

أ ـ النوع الأول : الشروط المخالفة لمقتضى العقد أو للنصوص الشرعية كشرط الشغار والتحليل ، والا يقسم لها أو أن لا يتفق عليها أو لا ميراث لها أو لا يأتيها الا ليلا أو تشترط هي شروطا مخالفة كعدم الطاعة أو أن يطلق ضرتها وغير ذلك من الشروط ، وحكم هذه الشروط انها تبطل النكاح وتفسد العقد وتلغيه من الوجود " فيفسخ قبل الدخول ويثبت بعده " بمهر المثل ، ويقتصر البطلان بعد الدخول على الشرط فلا يوفي به.

ب ـ النوع الثاني : وهو ما يسمى عند المالكية " مالا تعلق له بالعقد فلا يقتضيه ولا ينافيه"[4] ولكن فيه لأحد المتعاقدين غرض ومصلحة كشرط

1) المرجع السابق .
2) التسولي/ البهجة شرح التحفة/ ج 1 ص274 . وميارة الفاسي/ ج 1 ص195 . والآبي/ جواهر الاكليل/ ج 1 ص 274-311 . والزرقاني/ شرح الموطأ/ ج 3 ص136 . وشرح المختصر/ ج 3 ص161 وحدود ابن عرفة/ ص170 . وحاشية الرهوني/ ج 3 ص234-266 . وأوجز المسالك/ ج 2 ص89-95.
3) المعيار/ ج 3 ص 143 وقال "من شهد لامرأتهان الداخلة طالق البتة فهو كما قال أي تطلق" وهذا الاشتراط صحيح لانه معلق على الطلاق ، ولا ندري كيف ان المالكية يجيزون الاشتراط المقترن بالطلاق واليمين وغير ذلك ولا يجيزون الاشتراط غير المقترن بهذه الأمور .
4) مراجع المذهب المالكي السابق ذكرها .

أن لا يتزوج عليها ولا ينقلها من البلد ، وان تظل في عملها ، أوان أمر الداخلة بيدها ، أو تخلعه على أن لا تتزوج غيره ، وغير ذلك من الشروط الفاسدة ، وحكم هذه الشروط هو البطلان وعدم الوفاء بالشرط وصحة العقد ، ويقتصر البطلان على الشرط فقط دون العقد ، وهذا في أرجح الآراء ، اذ هناك من المالكية من يوجب الوفاء بهذه الشروط ويجعلها صحيحة واجبة الوفاء ، ولمن شرطها حق فسخ العقد ، اذا لم يوف بها الطرف الآخر .

ثالثا : الشروط الجعلية في عقد الزواج في المذهب الشافعي : يقسم الشافعية الشروط الجعلية في عقد الزواج الى قسمين : شروط صحيحة وباطلة .

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهذه الشروط يجب الوفاء بها ويصح اشتراطها في عقود الزواج فهي " لا تنافي مقتضيات النكاح ،ومقاصده كالعشرة بالمعروف واشتراط الانفاق والكسوة والسكن ، والا يتصرف في شيء من مالها الا باذنها وأن يقسم لها في حالات تعدد الزوجات ، وأن لا تخرج من البيت الا باذنه ، ولا تصوم تطوعا الا باذنه ولا تتصرف في شيء من متاعه الا باذنه ، ولا تدخل بيته الا من يحب ، ونحو ذلك من الشروط"[1] . فهذه الشروط وغيرها يجب الوفاء بها لأنها من مقتضى العقد ولا تخالف الشرع ولكن اعتبارها شروطا جعلية غير مسلم لأن هذه الشروط أثر وحكم من أحكام الشرع المترتبة على ابرام العقد تجب ولو لم تشرط وقت التعاقد فكيف تعتبر شروطا جعلية ؟ .

ومع هذا فقد اعتبر الشافعية شروط مقتضى عقد الزواج هي المقصودة من حديث عقبة بن عامر " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج" . قال النووي " قال الشافعي وأكثر العلماء ان هذا محمول على شروط لا تنافي مقتضى النكاح " وقال ابن دقيق العيد " ذهب قوم الى ظاهر الحديث وألزموا الوفاء بالشروط وان لم تكن من مقتضى العقد كأن لا يتزوج عليها ولا يتسرى ولا يخرجها من البلد لظاهر الحديث ، وذهب

---

1) مغني المحتاج الى ألفاظ المنهاج /ج 3 / ص 202 - 210 . وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار "/ج 2 ص 65- 154 . وزاد المحتاج بشرح المنهاج /ج 3 ص 253- 264 . وغاية البيان / ص 246- 260 .

غيرهم الى أنه لا يجب الوفاء بمثل هذه الشروط التي لا يقتضيها العقد فان وقع شيء منها فالنكاح صحيح والشرط باطل ، والواجب مهر المثل وربما حمل بعضهم الحديث على شروط يقتضيها العقد مثل أن يقسم لها أو ينفق عليها وأن لا تخرج من بيته الا باذنه ونحو ذلك مما هو من مقتضيات العقد ، وفي هذا الحمل ضعف لأن هذه الأمور لا تؤثر الشروط في ايجابها فلا تشتد الحاجة الى تعليق الحكم بالاشتراط فيها"[1].

وتفسير جمهور الشافعية لحديث الوفاء بالشروط وحمله على أساس شروط مقتضى العقد فيه نظر ولا يستقيم اذ شروط مقتضى العقد تجب ولو لم تشترط في العقد فما فائدة اشتراطها ، ولذلك فابن دقيق العيد اعتبر هذا التفسير ضعيفا جدا ، ومع ذلك فانه لم يستطيع الخروج عن أقوال شيوخ المذهب ويقرر صحة الشروط الجعلية وهي أن لا يخرجها من الدار أو أن يعمل أو أن لا يتزوج عليها وغير ذلك من الشروط ، واكتفى بتضعيف التفسير ، وعدم جدواه عمليا ومنطقيا ، لأن هذه الشروط وغيرها لا تصح عند الشافعية ولا ندري ما فائدة حمل الحديث على الوفاء بالشروط وهم يقررون صحة حديث عقبة بن عامر ، ويأخذون به لكن فيما أطلقوا عليه " مقتضى عقد النكاح " .

القسم الثاني : الشروط غير الصحيحة : وهذه الشروط نوعان شروط تبطل العقد ، وشروط تبطل وحدها دون العقد .

أ ـ الشروط المبطلة للعقد : وهي الشروط المخالفة لمقتضى العقد أو المخالفة للشرع ، كشرط اسقاط المهر ، والنفقة والسكن ، وعدم الوطء ، وعدم الطاعة الزوجية وغير هذا من الشروط المنافية لمقتضى العقد وللشرع فتبطل ولا يصح اشتراطها ويسري البطلان الى ذات العقد فيعدمه .

ب ـ الشروط الفاسدة : وهذه الشروط تبطل وحدها ويصح العقد فقط كما لو شرط أن تكون الزوجة بكرا أو جميلة ، أو حرة أو مسلمة أو مثقفة أو عاملة أو غير ذلك من الشروط والأوصاف المرغوبة في الأزواج والزوجات ، وهذه الشروط

---

1) النووي / شرح مسلم /ج 9 ص 201 - 202 . وابن دقيق العيد /أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام / ج 2 ص 187 - 188 . و/ المجموع شرح المهذب / ج 15 ص 406-430 . و/ فتح الوهاب / ج 2 ص 50 - 52 . والبغوي / شرح السنة / ج 9 ص53-55 . و/ طرح التثريب /ج 7 ص 21 - 38 .

تعد زائدة على مقتضى العقد فلا يوفي بها يبطل إشتراطها و يصح العقد " قال الشافعي لو تزوج امرأة على أنها جميلة أو شابة أو موسرة تامة بكرا ، فوجدها عجوزا قبيحة معدمة قطعاء ثيبا عمياء بها ضرر فلا خيار له ، وقد ظلم نفسه"[1] ؟ ! وقال بعض الشافعية " لو أحد الزوجين وصف وصفا معينا كالجمال والبكارة ، والغنى . . . الخ . لايمنع من صحة النكاح اذا خلف المشروط صحة النكاح ، لأن خلف الشرط اذا لم يفسد البيع المتأثر بالشروط الفاسدة ، فالنكاح أولى ولكل من الزوجين الخيار ان بان الموصوف دون ماشرط كأن شرط أنها حرة فبانت آمة وهو حر ، يحل له نكاح الآمة ، وقد أذن سيدها في نكاحها أو هو حر فبان عبد اذن سيده في نكاحه فان بان مثل ماشرط أو خيرا مما شرط كالاسلام والبكارة والحرية صح النكاح ولا خيار"[2] .

فهذه النصوص لفقهاء الشافعية تؤكد ان الشروط الجعلية اذا لم تكن من مقتضى العقد لايوفي بها ولا تجب ولا خيار لأحد الزوجين بسبب تخلف الشروط المشترطة مع صحة العقد قياسا على البيع ، ولاندري كيف يقاس الزواج على البيع ؟ مع حض الشرع على الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج ، ولكن هكذا سلك اصحاب الرأي والقياس ؟ .

رابعا : الشروط الجعلية في عقود الزواج في الفقه الحنبلي : فقهاء الحنابلة كغيرهم من فقهاء المذاهب الشرعية يقسمون الشروط الجعلية في عقد النكاح الى قسمين : شروط صحيحة يجب الوفاء بها وأخرى باطلة لايوفي بها .

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهذه الشروط نوعان :

النوع الأول : شروط يقتضيها عقد الزواج : وهذه الشروط تشمل كل شرط هو من مقتضى عقد الزواج " كتسليم المرأة نفسها وتمكينه من الاستمتاع وتسليم المهر ، وتمكينها من الاستمتاع ، فوجوده كعدمه"[3] ، ولزوم النفقة والسكن والطاعة وغير هذا ، فهذه الشروط تكون واجبة الوفاء لو شرطت على أحد الزوجين ويصح اشتراطها لأنها تعد حكما من أحكام العقد

1) النووي/ المجموع/ج 15 ص 426 . و نهاية المحتاج/ج 6 ص154 . والأم / للشافعي/ج 5ص78-80
2) اعانة الطالبين/ج 3 ص 336-337 . والمهذب/ج 2 ص140-150 . وحاشيتان/ج 3ص261- 268.
3) كشاف القناع عن متن الاقناع/ج 5 ص 80-115 . وشرح منتهى الارادات/ج 3 ص 39- 52 .

فيستوي إشتراطها وعدم إشتراطها لأنها تجب بمقتضى العقد ولو لم تذكر ولذلك يصح اشتراطها صحيحا وان كان لا يضيف جديدا للعقد واعتبارها شروطا جعلية فيه نظر وغير مسلم بها ، ولكن هكذا جرى الفقهاء على اعتبار آثار العقد شروطا جعلية يصح اشتراطها .

النوع الثاني : شروط نافعة لأحد الزوجين : وهذا النوع من الشروط يصح اشتراطه ويجب الوفاء به في المذهب الحنبلي ، وان كانت هذه الشروط ليست من مقتضى العقد ولا تنافي المقتضى ولا تخالف الشرع ، بل انها شروط زائدة عن أصل العقد وفيها مصلحة لمن يشترطها لاتتحقق بمجرد العقد كزيادة معلومة في المهر أو أن يكون المهر من نقد معين أو تشترط الا ينقلها من بلدها أو دارها أو لا يفرق بينها وبين أبويها أو أن لا يتزوج عليها ، فهذا شرط صحيح لازم يجب الوفاء به" (1) وكذا لو اشترطت العمل أو أن يسكنها منفردة وغير ذلك من الشروط المحققة لبعض مصالح أحد الزوجين ، وكما لو شرط الزوج أن تكون جميلة مثقفة عاملة ، ذات نسب أو سكن أو غير ذلك . قال ابن مفلح " شرط ما تنتفع به المرأة وهو المعبر عنه بقوله مثل أن تشترط زيادة في المهر أو نقد معين فهذا شرط صحيح يجب الوفاء به ، كالثمن في البيع أو شرط أن لا يخرجها من بلدها أو دارها ، هذا المذهب وعليه الأصحاب لما روي أن عقبة بن عامر قال " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " (رواه الشيخان) ولعمومات الأمر بالوفاء بالعقود والعهود ولأن الشارع حرم مال الغير الا عن تراض منه ولاشك ان المرأة اذا لم ترض ببذل فرجها الا بهذا الشرط وشأن الفرج أعظم من المال ، فاذا حرم المال الا بالتراضي فالفرج أولى" (2) . وقال أيضا " لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك تناولا واحدا ، كأن شرطت ألا يخرجها من دارها أو من بلدها أو أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى ، أو ان تزوج عليها فلها تطليقها ، صح فان خالفه فلها الفسخ ، وشرط ترك . . . وان شرطت أن يسافر بها اذا أرادت لم تنقالا لم يصح لأنه اشتراط تصرف في الزوج بحكم عقد النكاح وذلك لا يجوز ، كما لو شرطت أن تستدعيه الى النكاح وقت حاجتها وارادتها ... فلا يخص الشرع الزوجة التصرف في الزوج بحال، وان ظاهر

1) المغني/ج 7 ص 448-454 . والروض المربع/ج 2ص255-278 . معجم الفقه الحنبلي/ 2ص982.
2) ابن مفلح / المبدع شرح المقنع/ج 7 ص80-113 . والكافي / في فقه أحمد/ج 2 ص 55- 59 .

ما احتجوا به من الأمر بالوفاء بالعقود والشروط والمعاني يدل عليه... والظاهر ان مرادهم صحة الشروط في الجملة ، بمعنى ثبوت الخيار بعدمه لأنه يلزمها لأنه شرط لحقها ولمصلحتها لا لحقه ومصلحته حتى يلزم في حقها ولهذا لو سلمت نفسها من شرطت داره فيها أو في داره لزمه ، وفي الهدي في قصة بني هاشم لما استأذنوا أن يزوجوا علي بن أبي طالب ابنة أبي جهل أنه تضمن مسألة الشرط لأنه صلى الله عليه وسلم أخبر أنه يؤذيه ما يؤذي فاطمة ويريبها ، ومعلوم أنه زوجه بدون شرط ، فيؤخذ من هنا ان المشروط عرفا كالمشروط لفظا ، وان عدمه يملك الفسخ ، فقوم لا يخرجون نساءهم من ديارهم أو المرأة لا يتزوج عليها الرجل ضرة ويمنعون الأزواج منه أو يعلم عادة ان المرأة لا تمكن من ادخال الضرة عليها كان ذلك كله كالمشروط لفظا ، وهذا مطرد على قواعد أهل المدينة وأحمد أن الشرط العرفي كاللفظي[1] ".

وينقل أبو الحارث " وان أعطته مالا وشرطت عليه أن لا يتزوج عليها يرد عليها المال اذا تزوج ، وانه لو دفع اليها مالا على أن لا تتزوج بعد موته فتزوجت ترد المال الى ورثته[2] "، فالشروط الجعلية في عقد الزواج تكون لازمة ويصح اشتراطها في العقد ولابد من الوفاء والا فسخ العقد ويكون هذا الفسخ مقررا لمن اشترط الشروط ولم يوف بها الطرف الآخر كما في عدم الزواج أو تركها تعمل بعد الزواج أو تطليق نفسها أو غيرها اذا تزوج عليها وتسترد ما تكون قد دفعته الى الزوج من مال وقد استدل الحنابلة بالنصوص العامة القاضية بوجوب الوفاء بالعقود والشروط وبالعرف ، اذا جرى التعامل وفقا له ، ولو لم يذكر في العقد وقت التعاقد مستدلين باعتراض النبي صلى الله عليه وسلم على زواج علي بن أبي طالب من بنت أبي جهل وقد طالب النبي صلى الله عليه وسلم بالطلاق اذا رغب في الزواج وقال قولته المشهورة " مالي تحريم ما أحل الله وان فاطمة بضعة مني يريبني ما أرابها ويؤذيني ما أذاها والله لا تجتمع بنت رسول الله وبنت عدو الله الا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق ويتزوجها[3] ".

القسم الثاني : الشروط غير الصحيحة : وهذه الشروط نوعان أيضا وهي :

النوع الأول : شروط مبطلة للعقد : وهذه الشروط تبطل العقد

1) 2) ابن مفلح / كتاب الفروع / ج 5 ص 211 - 215 .
3) ابن العربي / العارضة / ج 5 ص 59 - 60 . والمسقلاني / تهذيب التهذيب / ج 12 ص 469 . وفتح الباري / ج 7 ص 68 . ومسلم شرح النووي / ج 16 ص 2 . وتحفة الاحوذي / ج 10 ص 369 .

وتكون مخالفة للشرع ومن ثم تبطل مع العقد المشروط فيه و تتمثل هذه الشروط الباطلة في : نكاح الشغار ، وزواج المتعة ، ونكاح التحليل ، فهذه الأمور اذا تم عقد الزواج بأي منها كان عقدا باطلا لا يصح ولا يجوز التعاقد بهذه الشروط للنهي عنها "في الصحيحين وغيرهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم " نهى عن الشغار ، ولعن المحلل ، ونهى عن المتعة"[1] . فتكون هذه الأنكحة محرمة شرعا فلا تجوز ، ولا يصح التعاقد عليها .

النوع الثاني : شروط فاسدة : وهذه الشروط تكون مخالفة لمقتضى العقد ومن ثم فان البطلان يتناول هذه الشروط ويصح الزواج فقط بدون شروط كما لو شرط أن لا مهر للزوجة ، أو لا نفقة ولا قسمة ولا سكن أو عدم الوطء أو العزل ، أو لا يكون عندها الا ليلا أو يوما في الأسبوع أو الشهر أو يشترط أن تنفق عليه ، أو ان فارتها يعود عليها بالنفقة أو يشترط الخيار في عقد الزواج أو يشترط الولي ان الزوج ان جاء بالمهر الى كذا وكذا الا فلا نكاح بيننا أو تشترط عليه أن يسافر بها متى شاءت أوتستدعيه للوطء عند رغبتها أو أن لا تسلم نفسها اليه الا مدة معينة أو تشترط أن يسلمها وحدها وهو عاجز عن توفير السكن أو غير ذلك من الشروط الفاسدة وحكم هذه الشروط البطلان لفسادها ويصح العقد بدونها " لمنافاة هذه الشروط لمقتضى العقد ولأنها تتضمن اسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده ... وأما العقد نفسه فانه صحيح لأن هذه الشروط تعود الى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره فيه ولا يضر الجهل به ، فلم يبطله كشرط صداق محرم لأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد العقد مع الشرط الفاسد[2] " .

أما لو كانت الزوجة أو الزوج بصفات أفضل مما شرط في العقد ، فلا خيار له ويبطل الشرط " كما لو شرطها ثيبا كتابية ، أعجمية فبانت بكرا حرة مسلمة عربية عالمة ، فلا خيار له[3] " ويلزم بالعقد بمواصفات الزوجة هذه .

---

1) فتح الباري /ج 9 ص 133- 146. ومسلم /ج 9 ص 179- 200 . والترمذي /ج 2 ص 43- 45 . وابن ماجة/ج 1 ص 606 . وأبو داود /ج 2 ص 226- 228 .

2) البهوتي / شرح منتهى الارادات /ج 3 ص 39- 44 . وابن تيمية /مجموع الفتاوى ج 32 ص 157-173 . وذكر ان للعلماء ثلاثة أقوال في نكاح الشغار والمتعة والتحليل أحدها : لا يصح النكاح ، وهو قول لمالك وأحمد . الثاني : يصح النكاح ويبطل الشرط وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وبعض الحنابلة . الثالث : في الشروط الفاسدة يبطل الشغار والمتعة والتحليل ، وهو مذهب الشافعي وقول لأحمد .

المطلب الثاني : اشتراط المرأة العمل في عقد الزواج :

رأينا أن نخصص لموضوع اشتراط المرأة العمل في عقد الزواج مطلب خاص فهذا الموضوع بالرغم من قدمه الا أنه أصبح محل جدل وخلاف حاد بين علماء المسلمين اليوم فمسألة عمل المرأة وهل يصح أن تعمل وأن تشترط في عقد الزواج أن تظل في عملها ؟ وهل يجب الوفاء بهذا الشرط ؟ أم أنه شرط لاغ لا يصح ولا يجب الوفاء به وعلى المرأة أن تستقر في منزل الزوجية والا فانها تعد زوجا ناشزا لا تستحق النفقة شرعا ؟! . فانه من المقرر والمسلم به " أن تعمل ولها مجالات واسعة للعمل بشرط الا تزاحم الرجال ولا تخالطهم أو تخلوا بهم ، فلها أن تكون موظفة أو عاملة أو ممرضة أو طبيبة أو مدرسة أو غير ذلك من الاعمال والوظائف المشروعة والتي تحسن أداءها ولا تنافي طبيعتها وتصون كرامتها والا تكون متبرجة بعيدة عن الابتذال ، تؤدي عملها في وقار وحشمة "[1] ، وغير هذا من الشروط الشرعية في المرأة وعملها ، ويشرط رضا زوجها أو وليها عنن خروجها للعمل ، لكن اذا شرطت في العقد عند الزواج أن تظل عاملة بعد الزواج هل يصح هذا الشرط ، واذا أراد الزوج منعها من الخروج فهل يستجاب لطلبه وتجبر على ترك العمل والقرار في البيت أم لا ؟ . هذه مسألة خلافية وفقا لأصول وقواعد الفقهاء في الشروط الجعلية وتصحيحها ولزومها فهم فريقان اثنان :

الفريق الأول : فريق أصحاب الرأي والقياس من الحنفية والمالكية والشافعية قديما وحديثا ، حيث يرون بطلان الاشتراط وعدم صحته في عقود النكاح وتطبق هذه النظرية على شرط العمل في هذا العقد ، وهذا ما نهجته المحاكم الوضعية في البلاد الاسلامية والعربية وصدرت بها أحكامها في الخصومات والمنازعات.

الفريق الثاني : بعض المالكية والحنابلة وأصحاب الحديث فانهم يرون صحة الاشتراط وأن تظل المرأة في العمل اذا قبل الزوج بالشرط في العقد .

1) **فقهاء الحنفية** : وهم يرون بطلان اشتراط الزوجة استمرارها في عملها وللزوج أن يمنعها من الخروج لأن الخروج ينقص من حقه ويلحق به ضررا وهي مستغنية عن العمل بقيام الزوج بالنفقة وكافة مطالب الحياة ، ولهم رأي في

---

1)عبد الواحد وافي / المساواة في الاسلام /ص28 . والمرأة في الاسلام /ص30 . ومحمد الزعيلاوي / الأمومة في القرآن والسنة النبوية /ص 167 . ومحمد أمان مقال /عمل المرأة/ بمجلة الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة /ص 127 /عدد 1 /سنة 1398 هـ

منع الزوجة من العمل حتى المنزلي اذا كان يؤثر على جسم وجمال المرأة فيلحق ضررا بالزوج قال ابن عابدين " اذا قبضت الزوجة المهر ، فليس لها الخروج ولو للحاجة كزيارة أهلها الا باذن الزوج ، وكذا الحج والعمرة ، الا اذا كان والدها مريضا فتخرج ، ولا تخرج اذا كانت غاسلة ، أو قابلة الا باذن الزوج وللزوج منعها من الغزل ومن كل عمل ولو تبرعا ، بل له أن يمنعها من الأعمال كلها ..... لوجوب كفايتها عليه ، وكذا العمل تبرعا لأجنبي ، وهو يشمل غزلها لنفسها اذا كان فيه تعب لها وسهر ينقص من جمالها ، والذي ينبغي تحريره هو أن يكون له منعها من كل عمل يؤدي الى تنقيص حقه أو ضرره أو الى خروجها من بيته ، أما العمل الذي لاضرر فيه فلا وجه لمنعها عنه خصوصا في حال غيبته ، فان ترك المرأة بلا عمل في بيتها يؤدي الى وسواس النفس والشيطان والاشتغال بما لا يعني مع الأجانب أو الجيران"[1] .

ولذا فان فقهاء الأحناف يبطلون أي شرط في عقد النكاح فلو " شرطت الزوجة حين العقد البقاء في عملها فهذا شرط فاسد ، ملغى عند الحنفية والعقد صحيح ، وللزوج أن يمنعها من العمل ، فان استمرت فيه سقط حقها في النفقة"[2] .

فهذه النصوص ، والأقوال الفقهية في المذهب الحنفي تؤكد بطلان الاشتراط في عقد النكاح وان الشروط فاسدة لا يجب الوفاء بها ، وهي لغو لأنها تخالف مقتضى العقد وتلحق بالزوج ضررا أو تنقص حقه في احتباس الزوجة وتفرغها لشؤون بيتها وزوجها ، فليس لها أن تشترط ، وكذلك اذا رضي ثم طرأ طارئ في الحياة الزوجية أو عدل الزوج عن القبول وطالبها بترك العمل " فلم تمتثل وظلت تعمل سقطت نفقتها لأن موجب النفقة منوط بالاحتباس الكامل في بيت الزوجية ، اذ يعتبر عملها نشوزا وخروجا عن طاعة الزوج"[3] ، وهذا هو مقتضى نصوص المذهب وقواعده في مسألة الاشتراط عموما ، وخصوصا في عقد الزواج ، لكن مع ذلك يمكن أن تصح هذه الشروط اذا جرى عرف المجتمع وعاداته على تجويز عمل المرأة وأصبح ليس هناك حرج فيمكن تصحيح العقد المشروط باستمرار عمل المرأة على أساس الاستحسان والعرف وفقا لقواعد

---

1) ابن عابدين /حاشية الدر المختار/ ج 3 ص 145 ، 602-603 .
2) وهبة الزحيلي /الفقه الاسلامي وأدلته / ج 7 ص 793 .
3) محمد فوزي فيض الله/ فتوى في عمل المرأة في مجلة الشريعة والدراسات الاسلامية/بجامعة الكويت /كلية الشريعة وأصول الفقه/ص 276-279 / العدد 2 السنة الأولى / 1984 .

المذهب وأصوله ، حيث لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان ، وهي مسألة مشهورة في الفقه الحنفي ولها نظائر كثيرة وتطبيقات عديدة .

2) شروط عمل المرأة في المذهب المالكي: لفقهاء المالكية رأيان في اشتراط المرأة استمرارها في العمل بعد الزواج ، حسب أصولهم وقواعدهم :

الرأي الأول :وهو بطلان الاشتراط وعدم صحته ، ولا يجب الوفاء به وهذا الرأي هو المرجح عند الفقهاء وعليه الفتوى والعمل فقد قال المالكية للزوج أن يمنع زوجته من العمل اذا كانت موظفة أو بأجرة يومية وألزموها بالتفرغ لشؤون الزوج وشؤون بيته ولو شرطت عليه العمل أثناء العقد ولا فرق بين جميع الأعمال سواء كانت مدرسة أو موظفة في الحكومة أو المستشفيات أو الشركات"[1] ، وجاء في المعيار " وسئل بن عرفة عمن تزوج ماشطة واشترطت عليه عند عقد النكاح أن لا يمنعها من صنعتها وقبل منها ذلك ثم أراد أن يمنعها ؟ . فأجاب : لا يلزمه الوفاء بالشرط قبل ان كانت صنعتها لا تجوز فواضح وان كانت جائزة فتجري على مسألة اذا اشترطت أن لا يخرجها من بلدها وظاهر المدونة عدم اللزوم"[2] . وقال التسولي " اذا اشترطت عليه الماشطة في العقد أن لا يمنعها من الخروج لصنعتها لا يلزمه الوفاء ، كما في المعيار ، وأولى ان شرطت عليه الخروج لقدوم حاج أو خروجه"[3] .

وجاءت الفتاوى وفقا للمذهب جارية على هذه الأصول ففي الكويت - حيث العمل بالمذهب المالكي - صدرت الفتوى التالية " قد يحدث أن تشترط الزوجة في عقد الزواج بقاءها في الوظيفة فالمالكية يكرهون هذا الشرط لما فيه من التحجير والتضييق على الزوج ، ويستحبون الوفاء به لكنهم يقررون حق الزوج في منعها من العمل وان لم تمتنع تعد ناشزة ، فتسقط نفقتها ، وهذا ما جرى عليه عمل الفقهاء في الكويت"[4] .

فهذه النصوص تؤكد الرأي الأول وتدعم دعواه في عدم الاشتراط وعدم الوفاء لأن الشروط مخالفة لمقتضى العقد ولأنها شروط تمنع الزوج من حقوقه

---

1) أحمد الزاوي/مجموعة فتاوي /ليبية حيث أجاب عن سؤال " هل يحق للزوج أن يمنع زوجته من الوظيفة " أنظر أيضا موسى صالح شرف /فتاوي النساء/ ص 112 .

2 ،3) المعيار للونشريس/ج 3 ص 278- 279 . فتوى بعنوان " من تزوج ماشطة وشرطت عليه في عقد النكاح أن لا يمنعها من صنعتها" والتسولي " البهجة شرح التحفة/ج 1 ص 275 .

4) محمد فوزي فيض الله فتوى "عمل المرأة بين الفقهاء" بمجلة الشريعة والدراسات الاسلامية جامعة الكويت" ص 276- 279 . وقد اجتهد وخرج الاجابة وفقا للأصول المالكية ، ويظهر انه لم يطلع على المعيار والله أعلم .

على الزوجة وقد تلحق به ضررا فلا يوفي بهذه الشروط .

الرأي الثاني : في المذهب المالكي وهو يستند الى حديث عقبة بن عامر " وأحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " ومقتضى هذا الحديث صحة الاشتراط في عقود الزواج ووجوب الوفاء بالشروط ، ومنها اشتراط المرأة العمل بعد أن تزوج فيجب على الزوج أن يوفي لها بالشرط ، وهذا ما ذهب اليه فريق من فقهاء المالكية ، قال الونشريسي" واستحب غير واحد الوفاء للحديث ومال اللخمي الى الوجوب وحكاه عن ابن شهاب وقال به بعض الموثقين[1] " وذكر هذا الرأي ابن رشد في المقدمات فقال " وأما الشروط المطلقة فمن أهل العلم من أوجبها ، وروى القضاء بها ، وعن ابن شهاب أنه قال أدركت من أهل العلم يقضون بها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " وهو ظاهر ما في كتاب النكاح من المدونة والمعلوم المعروف من المذهب انها لا تلزم[2] ؟ !! ، وذكر الباجي هذا الرأي في المذهب وفصله فقال " وأما على شرط الوفاء لها بما شرطت عليه من أنه لا يخرجها من بلدها وما أشبه ذلك فانه مأمور به رواه محمد عن أشهب عن مالك فيمن تزوج امرأة على أن لا يمنعها من الخروج الى المسجد فانه ينبغي له أن يوفي لها بذلك ولا يقضي به عليه ؟ ! ! ، وقال ابن حبيب استحب مالك وغيره من أهل العلم أن يفي لها بما شرطت وان ذلك غير لازم للخروج ، وعليه جمهور الفقهاء وروى ابن المواز عن ابن شهاب انه كان يوجب عليه ما التزم به من الشروط في النكاح وان لم تكن معلقة بيمين وروى عبد الرزاق عن شريح أنه قضى به ، وأصل ذلك قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " ويدل على ذلك ما رواه البخاري عن عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج وتعليق ذلك بالوفاء دليل على أنه لا يحكم به عليه وانه مصروف اليه[3] " ، وهذه النقول حجة واضحة داحضة لقول الفريق الأول من المالكية اذ فيها البرهان الساطع والدليل القوي على وجوب الوفاء بالشروط الجعلية في عقد الزواج مادامت هذه الشروط غير مخالفة للشرع ويكفي أن الامام مالك رضي الله عنه

---

1) المعيار/ ج 3 ص 279 ، والتسولي /التحفة/ ج 1 ص 275- 276 .

2) ابن رشد /المقدمات /ص 61 .

3) الباجي/المنتقى/ج 3 ص 296 ، ولا ندري كيف ان الباجي يذكر الحديث ويفهم منه انه لا يجب على الزوج الوفاء وليس للقضاء أن يحكم بوجوب الوفاء للزوجة ، وهذا مجرد تقليد للرأي الثاني.

وغيره استحبوا أن يوفي الزوج بشروط الزوجة وأن القاضي شريح كان يقضي بصحة هذه الشروط وان البخاري كان يرى وجوب الوفاء بهذه الشروط فكيف تترك أقوال أئمة العلم والهدى الصريحة الى ظنون واستنباطات وآراء ضعيفة يعوزها الدليل .

3) **اشتراط عمل المرأة في الفقه الشافعي** : ليس هناك نص صريح عند فقهاء الشافعية في مسألة عمل المرأة ولكن قواعدهم وأصولهم الفقهية في تصحيح الشروط والعقود وابطالها ، تقضي ببطلان هذا الشرط في عقد النكاح وعدم صحته وعدم الوفاء به اذ يجب تفرغ المرأة واختصاصها ببيتها فلا يجوز لها أن تخرج الا باذنه ، واشتراطها غير صحيح ولا يوفي به لأن قواعد المذهب الشافعي " تأبى مثل هذا الاشتراط ، لأن المذهب الجديد ان النفقة للزوجة تجب بالتمكين التام ، لا العقد ، وان الخروج من بيت الزوجية بلا اذن منه نشوز منها سواء كان الخروج لعبادة كالحج أم لا ، ويسقط النشوز نفقتها الواجبة عليه "[1] . وقال زين الدين العراقي " انها لو اشتغلت في بيته بعمل ولم يمنعه الحياء من تطيلها كخياطة بقيت نفقتها ، وان أمرها بتركه فامتنعت اذ لامانع من تمتعه ، أي وقت أراد ، بخلاف تعليم الصغار لأنها تستحي عادة من أخذها من بينهن وقضاء وطره منها ، فان لم تتته بنهيه كانت ناشزة "[2] .

ولهذا فليس في المذهب الشافعي مجال للاشتراط في عقد الزواج أو غيره من العقود اذ القاعدة ان كل شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل لا يجب الوفاء به اطلاقا ، ورغم ان الشافعية يقرون بصحة حديث " أحق الشروط أن توفوا به ... " لكنهم يفسرون هذه الشروط بما لا يخالف مقتضى العقد ولا يناقضه وهو تفسير غريب ، وقد أحس بهذه الغرابة ابن رقيق العيد ، ولكنه لم يستطع مخالفة المذهب والخروج عنه ، وقد سبق ذكر رأيه وتفصيله .

---

1) وهبة الزحيلي / المرجع السابق /ج 7 ص 793 . والنووي /المجموع /ج 17 ص 76 – 160 . وشرح مسلم /ج 9 ص 201 . وفتح الوهاب / ج 2 ص 115 - 122 ، وقال : تسقط النفقة بخروج الزوجة من المنزل بغير اذن "/ص 108 . واعانة الطالبين /ج 2 ص 59 - 101 وقال " ويحصل النشوز ولو بسفرها بغير اذن الخروج للحج " . وزاد المحتاج /ج 3 ص563 - 602 . ومشكاة المصابيح /ج 2 ص 231 . والمهذب /ج 2 ص 159- 169 . ونهاية المحتاج /ج 7 ص 187- 212 . ومغني المحتاج/ج 3 ص 425 . وحاشيتان /ج 4 ص 69- 95 .

2) نهاية المحتاج الى ألفاظ المنهاج /ج 7 ص 187- 218 .

4) **اشتراط عمل المرأة في المذهب الحنبلي :** ليس هناك نص صريح في المراجع المتوفرة حتى الآن لفقهاء المذهب الحنبلي يقتضي صحة اشتراط عمل المرأة في عقد النكاح أو بطلان هذا الشرط صراحة ، وكل ما هنالك نصوص عامة تقتضي بصحة الاشتراط في عقود النكاح ووجوب الوفاء بهذه الشروط اذا رضي الأزواج وقبلوا بالاشتراط في العقد ، فلا بد من الوفاء مستندين الى حديث " أحق الشروط " وتطبيقا لهذا المبدأ أو استنباطا من أقوال فقهاء الحنابلة في صحة الاشتراط ، يفهم من هذه القواعد ان اشتراط عمل المرأة يعد صحيحا يجب الوفاء به اذا اشترطت استمرارها في العمل وقبل الزوج هذا الشرط فلا بد من الوفاء به " وقد صحح الحنابلة هذا الشرط وأوجبوا الوفاء به فلا يكون للزوج أن يمنع المرأة من العمل ولو منعها وتمسكت بشرطها فلا تكون ناشزة "[1] .

" ومذهب الحنابلة ان هذا الشرط جائز ويجب الوفاء به وليس للزوج أن يمنعها من العمل وذلك للنصوص الشرعية التي تستوجب الوفاء بالشرط ، ومع ذلك فان هذا الشرط مقيد بما اذا لم تتعرض مصالح الأسرة للضياع ، أو مصالح المرأة للخطر ، بسبب الوظيفة "[2] .

ورأي الحنابلة هذا تطبيقا لأصولهم وقواعدهم في صحة الشروط والعقود ففهم منه صحة اشتراط المرأة ووجوب الوفاء لها بالشروط وليس للزوج أن يمنعها الا أن تكون هناك ضرورة أسرية أو عائلية تقتضي احتباس الزوجة وعدم خروجها ، وهذا ما ذهب اليه القضاء المصري في أحكامه " اذ ذهب الى " ان رضى الزوج بالزواج من موظفة دون أن يشترط عليها ترك العمل والاستقالة من الوظيفة رضا بسقوط حقه في الاحتباس " .

ولكن ليس هناك تصريح واضح ومعروف في المذهب الحنبلي يقضي بصحة هذا الشرط وان كانت نصوصه وأدلة المذهب تجيز الاشتراط والوفاء بالشروط ولا تمنعه .

---

1) الزحيلي / المرجع السابق / ص 793 . وموسى صالح شرف / فتاوي النساء / ص 112 . وقال " والامام أحمد يرى الوفاء بكل شرط لم يقم الدليل على نقيضه ما دام هذا الشرط لا ينافي مقصود النكاح " .

2) محمد فوزي فيض الله / المرجع السابق / ص 279 .

5) **مقارنة بين آراء الفقهاء في اشتراط عمل المرأة في عقود الزواج :** مسألة اشتراط المرأة في عقد النكاح ان تظل مستمرة في عملها مسألة متفرعة عن فكرة الاشتراط في العقود ومدى صحة العقود والشروط ومنها الشروط المقترنة بعقد الزواج ، وهذه المسألة ليست محل اتفاق ، فان جمهور الفقهاء من أصحاب الرأي المستندين الى ضعف الأثار وأوهى الاخبار في الاشتراط يبطلون الشروط الجعلية في العقود ، ويفرعون عليها الاشتراط في عقود الزواج ومنها شرط العمل للمرأة ، وقد صرح جمهور الحنفية والمالكية بمنع مزاولتها لأي عمل وان اشتراطها لا يصح ولا يجب الوفاء به ، حتى ان بعض المتأخرين رتب نتائج في غاية الغرابة على هذه الآراء فقال " الأولى والصالح أن تبقى الشروط في الزواج خاضعة لمذهب الجمهور من الفقهاء لأننا لو أخذنا بهذه الشروط لكانت آثار عقد الزواج متأثرة بارادة العاقدين ، ويذهب عن الحياة الزوجية ما يحاط بها من قدسية ويقارب الزواج الاسلامي من الزواج المدني الذي يعقد في المدن اللاهية اللاعبة في أوربا وأمريكا ، يعقد لرغبة عارضة ويفسخ لمثلها ولأننا لو جعلنا باب الشروط مفتوحا والوفاء بها لازما لاضطربت الحياة الزوجية "[1] .

ولا ندري أي قدسية في أن تبقى الشروط في الزواج خاضعة لمذهب الجمهور من الفقهاء ، وقد أخضع الشرع نفسه هذه الآثار لارادة المتعاقدين وترك لهما حرية الاشتراط التام منذ بدء الاسلام الى قيام الساعة ، وقد اشترط الصحابة واشترطت عليهم زوجاتهم والتابعين من بعدهم وغيرهم وكان شريح يقضي بهذه الشروط وغيره من سائر المذاهب الاسلامية وحتى المالكية أنفسهم يجيزون الشروط اذا اقترنت باليمين والطلاق ونقلوا صحة هذه الشروط عن الامام مالك وغيره من أهل العلم وكذا ابن المنذر من الشافعية ، وغير ذلك من سائر العلماء المجيزين للشروط دون أن يحسوا بخطر اللهو واللعب ، وأي لهو ولعب أشد من مخالفة صريح الحديث وصحيح الشرع في صحة الشروط ، ولذلك فان أرجح الآراء وأصوبها وأوفقها مع جمال الاسلام ومدى النهوة ان تصحح الشروط ويلزم بها المتعاقدين ويقضي بها القضاء وأن تصبغ الحياة بالصبغة الشرعية لتحل المشاكل وتسلم من الآفات

---

1) أبو زهرة / الاحوال الشخصية / ص269 - 301 . وآثار الزواج / ص295-324 . ونظرية العقد والملكية / ص245 . وموسى شرف / فتاوي النساء / ص112 . وبدران أبو العينين / الزواج / ص 232 .

والعوائق والعراقيل الكثيرة وليس مع المانعين سوى التخوف والعرف السيء وهذا لا يدفع شرعا ولا يمنع حقا ولا يحل المشكلة المعقدة ، ولا يجلب الطمأنينة أبدا والخير في اتباع الشرع ، ويشترط أن تكون الشروط المشترطة في عقد النكاح سواء من الرجل أو المرأة ليس القصد منها هو الخروج عن الشرع الى المحرمات والآثام ، ولا التحايل على الوصول الى اغراض مخالفة للشرع أي يجب أن تكون الشروط مشروعة وصحيحة شرعا ، وكذا العمل المشروط في العقد يكون مشروعا يكون مشروعا ما لم يحرمه ويجيزه الشرع ، اما ان نبطل الاشتراط لمجرد العادة والعرف والخوف فليس هذا مبررا لمخالفة صريح الحديث ، ونتيجة هذه الأقوال المانعة للاشتراط صدرت أحكام المحاكم الوضعية بابطال الاشتراط الا أن يكون الشرط قد قبل به الزوج وقت ابرام عقد الزواج ، فقد صدر حكم محكمة (مشرية) في 25 أفريل 1983 في دعوى زوج يطالب برجوع زوجته الى منزل الزوجية والكف عن العمل خارج البيت ، وان من حقوق الزوج حق الاحتباس في البيت وقيام الزوجة بالشؤون المنزلية والزوجية وان حق الاحتباس من أسباب وجوب النفقة الا أن يكون الزوج قد رضي بعمل الزوجة ، فيكون قد رضي بالاحتباس الناقص.(1)

وذهب بعض شراح القانون الوضعي الى ان المرأة اذا اشترطت في عقد الزواج أن تظل في عملها بعد الزواج فلها أن تتمسك بهذا الشرط ولا يستطيع الزوج التمسك بالنشوز وقد استند هذا الرأي الى فكرة " ان العقد شريعة المتعاقدين "(1) ، وهناك أحكام قضائية أخرى ترى أن للزوج الحق الكامل في منع الزوجة من العمل خارج البيت ولو اشترطت في عقد الزواج وأمام الموثق استنادا الى حق الاحتباس الكامل(1) .

والذي يهمنا هو موقف الشرع من صحة الاشتراط ومشروعيته في عقد الزواج ومدى صحة الأدلة في جواز أو منع الاشتراط في هذا العقد ، ولا يهم بعد ذلك أن يستعمل هذا الحق استعمالا سيئا أو مشروعا لأن من حق أطراف العقد أن تشترط وتطالب بالوفاء بالشروط ما دامت هذه الشروط مشروعة وليس هناك ما يمنع من صحة الاشتراط ، وقد تبين بالدليل الشرعي القاطع مشروعية الاشتراط وان الحديث حجة على المانعين الذي ينقض قولهم الدليل ، ورغم ترجيح الفقهاء للمنع الا أن الأصح والأولى والمشروع شرعا

1) راشد راشد / دروس في قانون العمل الجزائري / مذكرات غير مطبوعة .

صحة الدليل اذ الأصل أن الحديث حجة اذا ثبت وهو بحمد الله ثابت بالاتفاق ، ولا يبقى الا التأويل والفهم الخاطئ وهو مردود .

المطلب الثالث : مقارنة بين آراء الفقهاء في الشروط الجعلية في الزواج :

ليس هناك اختلاف بين الفقهاء في تقسيم الشروط الجعلية في عقود الزواج ولكن الخلاف في حكم بعض هذه الشروط ، وهي الشروط الزائدة عن مقتضى العقد وفيها نفع لأحد المتعاقدين أو أحد الزوجين وتحقق له مصلحة مشروعة لا يحصل عليها بمجرد ابرام عقد النكاح دون اشتراط ، وهذه الشروط محل خلاف بين الفقهاء ، فان فقهاء المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والظاهرية يرون بطلان هذه الشروط وعدم صحة اشتراطها في العقد وانها غير لازمة الا أن يتطوع بها أحد المتعاقدين في المذهب المالكي أو أن تقترن بيمين أو طلاق أو عتاق فيجب الوفاء بها في هذه الحال ، والا فلا يوفي بها ، لأنها مجرد وعد والوعد لا يجب الوفاء به بل يستحب فقط .

ويستدل هؤلاء الفقهاء على عدم وجوب الوفاء بالشروط الجعلية الزائدة عن مقتضى عقد النكاح بحديث " المسلمون على شروطهم " وحديث " أحق الشروط أن توفوا به " وحملوه على الشروط التي لا تناقض مقتضى العقد وحديث " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " ، وبالمبادئ العامة في الشريعة وبالقياس على عقود البيع ، حيث لا يجب الوفاء بالشروط الجعلية وفقا للمبادئ العامة ولا القياس لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد أو تقيد الزوج قال الباجي " وهذه الشروط في الجملة مكروهة ، قال ابن حبيب يكره أهل العلم الشروط في النكاح ، وايقاع شهادتهم عليها ، وروى أشهب عن مالك في كتاب محمد والعتبي إني لأكره أن ينكح على مثل هذا أحد لا يخرجها من بلدها ولا يمنعها من داخل يدخل عليها ولا يمنعها من حج ولا عمرة فاذا كان هكذا فهو لا يملكها ملكا تاما ولا يستباح البضع الا بالملك التام ، ويكره أن يشترط في تملكه هذه الشروط التي تمنع ملكه "[1] .

كما أنهم حملوا الأحاديث الموجبة للوفاء بالشروط في عقد الزواج على الشروط التي يقتضيها العقد ، قال الترمذي في صحيحه " والحديث عندهم

1- الباجي /المنتقي شرح الموطأ /ج 3ص 296.

محمول على الشروط التي لا تنافي مقتضى عقد النكاح بل تكون من مقتضياته ومقاصده ، كاشتراط العشرة بالمعروف والانفاق ، والكسوة وكشرطه عليها الا تخرج الا باذنه ولا تمنعه نفسها ولا تتصرف في متاعه[1]" . ومن ثم فإن جمهور الحنفية والمالكية والشافعية يبطلون الشروط الجعلية ولا يصححونها لأنها كما يقولون تخالف مقتضى العقد ، فلا يجب الوفاء بها فتكون لغوا ويصح العقد . وقال ابن حزم " ولا يصح نكاح على شرط أصلا حاش الصداق الموصوف في الذمة ... وعلى أن لا يضر بها امساك بمعروف وتسريح بإحسان واما بشرط هبة أو بيع أو لا يتسرى عليها فان اشترط ذلك في نفس العقد فهو عقد مفسوخ وان اشترطه بعد العقد صح العقد والشرط باطل[2] " . وأما فقهاء المذهب الحنبلي وبعض المالكية فانهم يرون صحة الاشتراط في عقود الزواج ووجوب الوفاء بهذه الشروط ، ويقررون حق الفسخ لمشترطها ان لم يوف بها الطرف الآخر المشروطة عليه ، لأنها التزام في ذمته قبل بها فيجب أن يوفي بما التزم به ، ويستدلون على قولهم هذا بالنصوص الشرعية العامة والخاصة ، كقوله تعالى " ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " وحديث " الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " و " المسلمون على شروطهم " .

فهذه النصوص صريحة في وجوب الوفاء بالشروط والعقود التي تتم بين الناس باتفاقهم ، وهذا الرأي هو الراجح والأصح وفقا للنصوص الشرعية والفطرة البشرية والمصالح الاجتماعية التي تقتضي صحة وجواز هذه الشروط كما حققه كل من الفقيهين العالميين ابن تيمية وابن القيم والمحدثين من الفقهاء فهذا ابن تيمية يقول " لو شرط أحد الزوجين في الآخر صفة مقصودة كالمال والجمال والبكارة ، صح ذلك ، وملك المشترط الفسخ عند فواته في أصح الروايتين عن أحمد وأصح وجهي الشافعي ، وظاهر مذهب مالك ، والرواية الأخرى لا يملك الفسخ الا في شرط الحرية والدين ، وفي شرط النسب على هذه الرواية وجهان سواء كان المشترط هو المرأة أو الرجل بل إشتراط المرأة في الرجل أوكد باتفاق الفقهاء من أصحاب أحمد وغيرهم ... وكذلك يجوز أكثر السلف وفقهاء الحديث ومالك في احدى الروايتين ان ينقص ملك الزوج ، فتشترط عليه أن لا ينقلها من دارها أو بلدها والا يتزوج عليها ...

---

1) فتح الباري /ج 9 ص 178 . وعارضة الأحوذي / ج 5 ص 60 . وعمدة القارئ/ج 13 ص298 .
2) ابن حزم/ المحلى / ج 9 ص 516- 517 .

والقياس المستقيم في هذا الباب ، والذي عليه أصول أحمد وغيره من فقهاء الحديث ان اشتراط الزيادة على مطلق العقد واشتراط النقص جائز ، مالم يمنع منه الشرع "[1].

وهذا يعني أن الشروط في عقد الزواج تكون صحيحة ويجب الوفاء بها لأن موجب العقد اما يلزم بالزام الشارع أو العاقد ، فالأول كالعقود التي ألزمه الشارع بها ، والثاني الشروط المشروطة في العقد ولأن الشروط في النكاح أوكد منها في البيع بدليل الحديث الصحيح " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " ثم البيع لا يجوز الا بالتراضي لقوله تعالى " الا أن تكون تجارة عن تراض منكم " فالنكاح لا يجوز الا بالتراضي بطريق أولى وأحرى ... وأما النكاح فالشرط فيه الزم واذا شرط صفة في أحد الزوجين ملك الفسخ لفواتها وكذلك له الفسخ بالعيوب المانعة من النكاح[2] ". ثم أكد ابن تيمية ان الوفاء بالشروط الجعلية في الزواج وصحة الاشتراط هو مذهب أحمد وكثير من الصحابة والتابعين فمن الصحابة كعمر بن الخطاب وعمرو بن العاص ، وشريح القاضي ، والأوزاعي ، واسحاق بن راهوية وغيرهم من أئمة الحديث والفقه وسلف هذه الأمة .

ويؤكد ابن القيم مذهب ابن تيمية والمحدثين وغيرهم في وجوب الوفاء بالشروط الجعلية في عقود النكاح ، وانها شروط جائزة شرعا ويجب الوفاء بها ، وان المصلحة تقتضي الاشتراط ، والضرورة تستدعي أن يشترط أحد الزوجين أو غيرهما في العقد فلا يستغني متعاقد عن الإشتراط المشروع ، وانه لا يوجد دليل واحد شرعي صحيح يمنع الاشتراط ، فيقول وتعليق العقود والفسخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعوا اليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة ، فلا يستغني عنها مكلف ، وقد صح التعليق بالشروط بنص الكتاب وتعليق الضمان بالشروط بنص القرآن وتعليق النكاح بالشروط في تزويج موسى بابنة صاحب مدين وهو أصح نكاح على وجه الأرض ، ولم يأت في شريعتنا ما ينسخه بل جاءت مقررة له كقوله صلى الله عليه وسلم

---

1) 2) ابن تيمية /مجموع الفتاوي /ج 29 ص 175- 176 . وج 32 ص 157- 173 . وابن حزم المحلى /ج 9 ص 491 و 516-519 . وذكر أقوال المانعين والمجيزين من الصحابة و التابعيين وابن العربي /العارضة/ ج 5 ص 59 - 60 . والبيهقي /السنن الكبرى /ج 7 ص 248 - 250 . والكاندهلوي / أوجز المسالك/ج 9 ص 321- 324 .

وسلم " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " فهذا صريح في أن حل الفرج بالنكاح قد يعلق على شرط ونص أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط وهذا هو الصحيح ، كما يعلق الطلاق والجعالة والنذر وغيرها من العقود وعلق أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه عقد المزارعة بالشرط فكان يدفع أرضه الى من يعمل عليها على أنه ان جاء عمر بالبذر فله كذا وكذا ... وان جاء العامل بالبذر فله كذا وكذا ، ذكره البخاري ولم يخالفه صاحب"[1] .

وفي موضع آخر ومناسبة مهاجمة أصحاب الرأي والمخالفين للسنة النبوية وانتقادهم لرد هم الأحاديث الصحيحة في مختلف الأحكام الفقهية ومنها مسألة الشروط هذه ، قال ابن القيم " رد السنة الصحيحة الصريحة المحكمة في وجوب الوفاء بالشروط في النكاح وأنها أحق الشروط بالوفاء على الاطلاق رد وها بحجة أنها مخالفة للأصول والأخذ بحديث النهي عن بيع وشرط الذي لايعلم له سند يصح مع مخالفته للسنة الصحيحة والقياس ولانعقاد الاجماع على خلافه"[2] ، وقال في زاد المعاد " وهو أن الأصل في العقود وجوب الوفاء الا ما حرمه الله ورسوله فان المسلمين على شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا ، فلا يحرم من الشروط والعقود الا ماحرمه الله ورسوله ، وليس مع المانعين نص بالتحريم البتة وانما معهم قياس قد علم ان بين الأصل والفرع فيه من الفرق ما يمنع الالحاق وان القياس الذي مع من أجاز ذلك أقرب الى مساواة الفرع لأصله وهذا مالا حيلة فيه"[3] ، وقال عنهم في مكان آخر " وأصحاب الرأي والقياس لما لم يحتفوا بالنصوص ولم يعتقدوها واقية بالأحكام ولا شاملة لها وغلاتهم على انها لم تف بعشر معشارها توسعوا طرق القياس والرأي وقالوا بقياس الشبه وعلقوا الأحكام بأوصاف وعلل لايعلم ان الشارع علقها بها واستنبطوا عللا لايعلم ان الشارع شرع الأحكام لأجلها ثم اضطرهم ذلك الى أن عارضوا بين كثير من النصوص والقياس ثم اضطربوا فتارة يقدمون القياس وتارة يقدمون النص وتارة يفرقون بين النص المشهور وغير المشهور حتى اعتقدوا ان كثير من الأحكام كانت خلافا للقياس ، فكان خطأهم"[4] .

فهذه الأقوال والآراء تؤكد ضرورة الوفاء بالشروط الجعلية في عقود النكاح وان الاشتراط صحيح ومشروع ، وان الوفاء بهذه الشروط تطبيقا

1) 2) 3) 4) ابن القيم / اعلام الموقعين/ج 3ص367 . وج 2 ص346 . وج 1 ص349 . وزاد المعاد/ص826

للشرع وأعمالا لنصوصه الصحيحة الصريحة وهذا ما فهمه كبار الصحابة و التابعين والمحدثين والفقهاء من بعدهم كالبخاري ومسلم والترمذي وابن ماجة وأبي داوود والنسائي والبيهقي ومالك وأحمد وسائر أهل الحديث قبل نشو الجهل و العصبية المذهبية والتقليد الأعمى لأقوال العلماء والشيوخ دون دليل أو حجة أو برهان شرعي الا الرأي والقياس المخالف لروح الشرع وأحكامه وقد إستدل المجيزون للاشتراط ووجوب الوفاء بحديث عقبة بن عامر " ان أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " وحديث المسور بن مخرمة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر صهرا له فأثنى عليه في مصاهرته : أحسن قال " حدثني فصدقني ووعدني فوفى لي " وبقوله صلى الله عليه وسلم في البخاري وغيره " ان بني المغيرة استأذنوني في أن ينكحوا ابنة أبي جهل علي بن أبي طالب واني لا آذن ثم لا آذن ، ومالي تحريم ما أحل الله وان فاطمة بضعة مني يربيني ما أرابها ويؤذيني ما أذاها ، والله لا تجتمع بنت رسول الله وبنت عدو الله الا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق ويتزوجها " وفي لفظ آخر " ان عليا طلق بنت أبي جهل فسمعت بذلك فاطمة فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يزعم قومك انك لا تغضب لبناتك وهذا علي ناكح ابنة أبي جهل فقام رسول الله صلى الله فسمعته حين تشهد يقول " أما بعد أنكحت أبا العاص ابن الربيع فحدثني وصدقني وأن فاطمة بضعة مني واني أكره أن يسوؤها والله لا تجتمع بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وبنت عدو الله عند رجل واحد[1] . فهذه الأحاديث صحيحة وصريحة في جواز وصحة الاشتراط في عقود الزواج لأي من الزوجين وان كان في حق المرأة أوضح وأصرح وأبين ووجوب الوفاء بهذه الشروط في هذه العقود وهذه هي السنة القولية والعملية من صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم وهديه في العقود والشروط وان السنة حجة بالاجماع ولا يمكن ردها والأخذ بآراء الرجال أيا كان هذا الرجل ومكانته وعلمه ، لأن كل انسان راد ومردود عليه الا صاحب السنة صلى الله عليه وسلم ، فكيف تقلب الآية بالقياس و الرأي ويبطل الاشتراط دون دليل ؟ ومن ثم فقد أكد المحدثون على وجوب الوفاء بالشروط ان شرطت في عقود الزواج وكانت شروطا صحيحة فيجوز الوفاء بها

1) البخاري / الجامع الصحيح /ج 4 ص 212 . والعسقلاني/ فتح الباري/ج 7 ص 68 . وصحيح مسلم /ج 7 ص 141 . والنووي /ج 16 ص 2- 7 . وتهذيب التهذيب /ج 12 ص469 . و العارضة ج 13 ص246 . والتحفة/ج 10 ص 369 . والمنتقى من أخبار المصطفى /ص 525 . و الإشراف على مذاهب العلماء / ص 50- 57 .

ويصح اشتراطها ، فان وافق عليها الطرف الآخر ثم لم يوف بها حق لصاحب الشرط أن يطالب بفسخ العقد ، وهذا ما قرره فقهاء الحديث . قال الصنعاني بعد أن سرد أحاديث الاشتراط في عقود الزواج " أحق الشروط بالوفاء شرط النكاح لأن أمره أحوط وبابه أضيق والحديث دليل على ان الشروط المذكورة في عقد النكاح يتعين الوفاء بها وسواء كان الشرط عرضا أو مالا ، حيث كان الشرط للمرأة لأن استحلال البضع انما يكون فيما يتعلق بها أو ما ترضاه لغيرها"[1] .

وقال بعد ان عرض لاختلاف الفقهاء في الشروط وأقسامها وما يصح وما يبطل حسب المذاهب " فالمراد بالحديث الشروط الجائزة لا المنهي عنها ، فأما شرطها الا يخرجها من منزلها فهذا شرط غير منهي عنه فيتعين الوفاء به"[2] .

وعلى هذا الأساس فان الرأي الراجح والموافق للمصلحة الشرعية و المتسق مع النصوص هو رأي الحنابلة وبعض المالكية والمحدثين والفقهاء القائلين بصحة وجواز الاشتراط في عقود الزواج وغيرها من عقود المعاملات الشرعية مادامت هذه الشروط لا تخالف الشرع وليس فيها محظور ، وهذا الرأي موافق لما انتهت اليه القوانين الوضعية المعاصرة التي تجيز الشروط المقترنة بالعقد الا الشروط المخالفة للأنظمة القانونية والاجتماعية فتبطل ، وهذا ما اتجه اليه قانون الأسرة الجزائري اذ ينص في المادة 19 " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها مالم تتنافى مع هذا القانون"[3] ، و تنص المادة 35 على صحة العقد وبطلان الشرط المقترن به اذا كان ينافي مقتضى العقد " اذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا و العقد صحيحا " . فالشروط الجعلية في عقود الزواج تكون شروطا صحيحة ملزمة لارادة المتعاقدين مادامت لا تخالف الشرع أو القانون وما دام المتعاقدين راضين بالشروط وليس هناك ضغط أو استغلال لأحد المتعاقدين من قبل الطرف الآخر ، لكن لو تدخل المشرع الوضعي في مسألة تعدد الزوجات واشترط

---

1) 2) الصنعاني/سبل السلام شرح أحاديث الأحكام /ج 3 ص166 . والشوكاني/ نيل الأوطار /ج 7 ص 234 . ومفتاح كنوز السنة/ص 378 . وابن أبي شيبة/المسند /ج 4 ص 199.

3) تنص مدونة الأحوال الشخصية المغربية" للمرأة الحق في أن تشترط في عقد الزواج الا يتزوج عليها وان لم يف الزوج بما التزم به يكون للزوجة حق طلب فسخ النكاح / الفصل وكذا المادة 13 سوري .

رضا الزوجة السابقة صراحة حتى يصح العقد الثاني فهل يصح هذا الاشتراط ويكون جائزا أم باطلا ؟ وهل يعد الاشتراط قاعدة مفسرة لارادة المتعاقدين واجبة التطبيق في حالة سكوتهما عن الاشتراط ؟ .

ان المشرع الاسلامي قد أباح تعدد الزوجات في النصوص الشرعية القطعية الثبوت ولم يرد فيها نص واحد يشترط صراحة أو ضمنا اشتراط رضا المرأة السابقة وان كان قد اشترط العدل وحسن العشرة وغير ذلك من الشروط الشرعية في حالة التعدد ، كما أن الشرع أعطى للمرأة حق الاشتراط ورفض الزوجة الثانية وتطليقها أو تطليق نفسها كما قرره الفقهاء وأجازوه وأوجبوا الوفاء بالشروط . أما ان سكت الزوجان عن الاشتراط ويأتي المشرع الوضعي ويضع قيودا على الزواج لأغراض وأهداف كثيرة ، فان الاشتراط يعد مخالفا للنصوص الشرعية وتحليلا للحرام أو تحريما للحلال ، وهذا لا يجوز باتفاق العلماء ولا يمكن أن يفسر اشتراط القانون على أنه قاعدة مفسرة أو مكملة لارادة المتعاقدين ، وان النص على عدم صحة الزواج الثاني الا برضا الأولى تطبيقا لهذه القواعد في حالة السكوت لأن تطبيق وتعميم فكرة القواعد المفسرة فيه خطر كبير وانتهاك للحدود الشرعية والأحكام الاسلامية في عقود الزواج ، وذلك لأن هذه النصوص القانونية المانعة للتعدد خلافا للشرع فلا يعمل بها الا اذا اتفق عليها الزوجان وقت العقد ، أما سكوتهما عن الشرط وقت العقد فلا يمكن أن يحمل على رغبتهما في تطبيق القانون المخالف للشرع في هذه الجزئية من عقود الزواج ، كما أن هذه النصوص تعد تدخل في الحرية العقدية للأفراد وتقييدا لها وهذا لا يجوز وليس هناك دليل شرعي واحد قطعي في تقييد ارادة الأزواج الا ما أعطى للزوجة شرعا لتقييد زوجها وتفرض عليه شروطها وعليه أن يوفي بها ، ولا بد من دليل شرعي لتقييد التعدد ، وليس هناك مثل هذا الدليل المعتمد شرعا . ولذلك فان تدخل المشرع الوضعي يعد قلبا للأوضاع الشرعية وزيادة في المشاكل وتجني على الناس والشرع ، وليس علاجا للمشاكل والقضايا الاجتماعية اذ الشرع أعطى الزوجة حق الاشتراط لتحمي نفسها وتحقق مصلحتها في كنف الشرع بعيدا عن تلاعب الأزواج ، وتشهي المشرعين المتسولين في موائد البشر فالمطلوب العمل بالأحكام الشرعية والالتزام بالحدود والشروط الصحيحة وقد أغنى الله المسلمين بالشرع التام الكامل عن غيره .

الفصل الرابع : نماذج لدور الارادة المنفردة في الشروط الجعلية وأثرها في العقود :

أصبح مقررا ومتفقا عليه في الفقه والقضاء والقانون الوضعي المعاصر ان للارادة المنفردة قدرة ودورا كبيرا في انشاء وتكوين " التصرف القانوني وترتيب آثاره المحددة ، والتي تكون سببا لانشاء واكتساب الحقوق واسقاطها أو ترتيب حقا شخصيا ناشئا عن عقد قابل للابطال[1] ".

وقد استقر الفقه والقانون في الوقت المعاصر ، على أن الارادة المنفردة قادرة على أن تنشئ تصرفات قانونية وأن تكون - هذه الارادة - مصدرا للالتزام كما في الوعد بالجائزة ، والايجاب الملزم ، والاشتراط لمصلحة الغير ، وتكوين المؤسسات وغير ذلك من الالتزامات والتصرفات الارادية التي أقرها القانون وسلم بها الفقه الوضعي لتنشأ بارادة واحدة واستقر عليها العمل وصدرت بها التشريعات والقوانين المعاصرة .

وللارادة المنفردة تطبيقات متعددة في الشريعة الاسلامية حيث توجد مجموعة من الالتزامات تنشأ بارادة واحدة وتكون ملزمة لأصحابها كما في الوقف ، الهبة ، والنذر ، والعارية ، والوديعة ، والوكالة والكفالة ، والعتق والطلاق والابراء .

وفي هذا الفصل يدور البحث حول تطبيقات الشروط الجعلية في بعض عقود المعاملات الناشئة بالارادة المنفردة ، وحكم الشروط الجعلية لدى الفقهاء في الشريعة الاسلامية والعقود المخصصة لتطبيق الشروط

---

1) عبد الرزاق السنهوري /الوسيط/ ج 1 ص 1282- 1306 . ونظرية العقد/ص183-206 . والوجيز/ص 10 . وجمال زكي /الوجيز /ص432 . وأنور سلطان /الموجز في النظرية العامة ص 279-287 . ومحمد تقية/الارادة المنفردة كمصدر/ص10 . والزحيلي /الفقه الاسلامي وأدلته/ج 4 ص 84 . وصبحي الحمصاني /النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة /ج 2 ص 262 . وتوفيق حسن فرج /النظرية العامة/ ص307-310 . ونظرية العقد . وحسين نصار/المدني المصري /ص 62 . ومرقص/مصادر الالتزام /ص 52 . وأبو زهرة/ الملكية ونظرية العقد /ص191 . والزرقاء/المدخل /ج 1 ص 515 . وجلال العدوي/أصول المعاملات/ص111 . وعبد المنعم الصده/نظرية العقد /ص 38 . ولبيب شنب/ الموجز/ ص303 . وزهدي يكن /شرح القانون اللبناني /ج 1 ص 416 . وعدران أبو العينين/الملكية ونظرية العقد /ص 390 . وخالد التركماني /ضوابط العقد /ص145 . وسلام مدكور/المدخل للفقه الاسلامي/ص2 64-2 64و567-575 . وأحمد فرج حسين/الملكية ونظرية العقد/ص65-125 . وجمال زكي/قانون عقد البيع الكويتي/ص40 . وفتحي الدريني/الفقه الاسلامي /ص 325 .

الجعلية هي : عقد الهبة والوقف ، والوصية ، والوكالة ، والطلاق ، ودور الارادة الفردية أو المنفردة في وضع وانشاء الشروط الجعلية الملزمة والمقترنة بهذه العقود ، ومدى صحة هذه العقود مع الشروط الجعلية ومدى الالتزام بهذه الشروط ، وصحتها شرعا .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول : الشروط الجعلية في عقد الهبة :

تنقسم الشروط الجعلية في عقد الهبة الى قسمين : شروط صحيحة جائزة الاشتراط في العقد ويجب الوفاء بها ، وشروط باطلة لا تحترم ولا يصح اشتراطها اطلاقا .

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهذه يجب الوفاء بها اذا شرطت في عقد الهبة واقترنت به وأبرم على أساس هذه الشروط ، ومن أمثلتها اشتراط الواهب عوضا عن الهبة أو يشترط الا يستعملها الموهوب له في الحرام والمعاصي ، أو يشترط أن ينتفع بالهبة ويتصرف فيها كيف شاء وغير ذلك من الشروط التي يقتضيها العقد أو تكون تكميلا وتأكيدا لمقتضى عقد الهبة ، حيث تعد هذه الشروط حكما من أحكام العقد وأثرا من آثاره ، فيجب الوفاء بها ، ولا بد من مراعاتها لأن التعاقد بين الطرفين تم وفقا لهذه الشروط وعلى أساسها رضي الطرفان بالعقد وذلك كله جائز .

القسم الثاني : الشروط الباطلة : وهذه الشروط لا يجب الوفاء بها ولا تحترم بل تعد لغوا ، اذا شرطت في العقد واقترنت به وقت التعاقد كشرط الا ينتفع الموهوب له ، أو لا يبيع الهبة أو لا يهبها أو لا يتصرف فيها أي تصرف شرعي أو يشترط عليه أن يبيعها أو يهبها ...الخ . وغير ذلك من الشروط الفاسدة فلا يجب الوفاء بها عند جمهور الفقهاء الا عند بعض المالكية فيرونها شروطا صحيحة يلزم الوفاء بها وتحترم في العقد المبرم على أساسها ، وأما الجمهور فيذهبون الى بطلانها لأنها تخالف مقتضى العقد ، وما يوجبه من أحكام وآثار عقدية وتعد حجرا على الموهوب له ومنعا من حقه في الانتفاع والتصرف ، فتكون باطلة[1] ، ولكن هل الشروط الفاسدة هذه تبطل وحدها أم أن البطلان يسري حتى الى عقد الهبة

---

1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي / تبين الحقائق على كنز الدقائق /ج 5 ص91- 204 . وصالح البليهي /السلسبيل في معرفة الدليل /ج 9 ص 63 - 69 . وابن قدامة المقدسي/ الكافي في فقه أحمد بن حنبل /ج 2 ص 464 . والطحاوي /مختصر الطحاوي/ص138-140 . وابن القيم /عون المعبود شرح سنن أبي داود / ج 9 ص 454 . والبغوي / شرح السنة/ ج 8 ص 294- 303 . ابن عبد البر/الكافي في فقه أهل المدينة/ج 2 ص 999- 1010 . والحطاب / تحرير الكلام في مسائل الالتزام /ص 401 - 410 .

نفسه فيأتي على قواعده فيزيله من الوجود ويلحقه بالعدم ؟ هذه مسألة خلافية بين الفقهاء حسب مذاهبهم وضوابطهم ومعاييرهم في تصحيح الشروط والعقود وابطالها ، حتى داخل المذهب الواحد فهناك خلاف في أثر الشروط الباطلة في ذات العقد الذي جعلت فيه الشروط الباطلة وتم التعاقد على أساسها .

أولا : الشروط الجعلية في عقد الهبة في المذهب الحنفي : يقسم فقهاء المذهب الحنفي الشروط الجعلية في عقد الهبة الى قسمين : شروط صحيحة يجب الوفاء بها وشروط باطلة تعد لغوا في العقد ، فلا تصح ولا يوفي بها مع صحة العقد فقط .

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهذه الشروط يجب الوفاء بها اذا تم عقد الهبة على أساسها ، ومن هذه الشروط ، شرط العوض ، والرجوع في الهبة ، وغير ذلك وهي شروط صحيحة في الهبة ، وقد علل الكاساني جواز العوض في الهبة فقال " لأن العوض المالي قد يكون مقصودا من هبة الأجانب فان الانسان قد يهب من الأجنبي احسانا اليه وانعاما عليه ، وقد يهب له طمعا في مكافأة ومجازاة عرفا وعادة ، فالموهوب له مندوب الى ذلك شرعا قال تعالى " هل جزاء الاحسان الا الاحسان " ، وقال عليه الصلاة والسلام " من اصطنع اليكم معروفا فكافؤوه فان لم تجدوا ما تكافؤونه به فادعوا له حتى يعلم انكم قد كافأتموه " وقال " تهادوا وتحابوا "[1] وعلل السرخسي جواز الرجوع في الهبة وانه لا يقتضيه العقد ويصح اشتراطه فقال " والهبة عقد تمليك فمطلقه لا يقتضي الرجوع فيه كالبيع وهذا لأن الرجوع يضاد المقصود بالتمليك والعقد لا ينعقد موجبا مايضاده ... وبهذا يتبين ان حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا بل لتمكن الخلل في المقصود على معنى ان المعروف كالمشروط "[2] .

---

1) الكاساني/البدائع /ج 6 ص 128 . والبناية شرح الهداية/ج 7 ص 996 . وذكر ان حديث (الوهب أحق) ذكره الدارقطن ابن أبي شيبة وأخرجه ابن ماجة في كتاب الأحكام(الهبات) ج 2 ص 798 وقال " فيه ابراهيم بن اسماعيل بن مجمع وهو ضعيف" ولا يصح الاحتجاج به ،وأما حديث"تهادوا وتحابوا" فهو في الأدب المفرد للبخاري والبيهقي/أنظر أيضا / سبل السلام/ج 3 ص 121 .

2) السرخسي/ المبسوط/ج 12ص54 . وقال "ان وهب رجل لامرأة هبة وقصد أن يتزوجها ثم تزوجها فعلا فلا رجوع له بعد الزواج " . وقال ابن عابدين " ان العوض الذي يسقط به الرجوع هو ماشرط في العقد فأما اذا اعوضه بعد العقد لم يسقط الرجوع/ حاشية ابن عابدين /ج 5 ص704 .

فهذه النصوص تؤكد ان الشروط الجعلية في عقد الهبة تصح في المذهب الحنفي ولو لم تكن من مقتضى العقد اذا شرطت في العقد وقت التعاقد أو جرى بها العرف فتكون لازمة .

القسم الثاني : الشروط الباطلة : وهذه الشروط تبطل وحدها ويصح العقد كشرط الا يبيع الهبة أو ألا ينتفع بها أو استثناء منافع الهبة أويشترط رجوع الهبة اذا وفى الموهوب له أوغير ذلك ، قال الكاساني " ولو وهب هبة وشرط فيها مشروطا نظر الى الشرط المقرون بالعقد فان كان مما يمنع وقوع التصرف تمليكا للحال يمنع صحة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة ، وعلى هذا يخرج ، ما اذا قال أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال جعلت لك هذه الدار رقبي ، أو قال هذه الدار لك رقبي ودفعها اليه ، فهذه عارية في يده له أن يأخذها من يده متى شاء ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف " هذه هبة ، وقوله رقبي باطل " واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم " أجاز العمري والرقبي " ولأن قوله داري لك تمليك العين لا تمليك المنفعة ، ولما قال رقبي فقد علقه بالشرط ، ولأنه لا يحتمل التعليق فبطل الشرط وبقي العقد صحيحا ، ولهذا لو قال داري لك عمري فانه تصح الهبة ويبطل شرط المعمر "[1] .

وقال في صحة الهبة اذا شرطت فيها شروطا لا تصح " ولو وهب جارية على أن يبيعها أو يتخذها أم ولد أو أن يبيعها لفلان أو على أن يردها بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لأن هذه الشروط مما تمنع وقوع التصرف تمليكا

---

1) الكاساني / البدائع /ج 6 ص 116-118 ، والسرخسي /ج 12 ص 72 . وقد قسم العقود الى ثلاث أقسام اذا شرط فيها استثناء المنفعة فقال " لو اعتق ما في بطن جاريته ثم وهبها جازت الهبة فان باعها لم يجبر البيع لأن الهبة تجوز وبطل الاستثناء ، ومسألة استثناء ما في البطن فانها تنقسم الى ثلاثة أقسام :

أ- قسم منها لا يجوز أصل التصرف وهو البيع والاجارة والرهن ، لأن موجب اضافة العقد الى الأمر دخول الولد فيه ، واستثناء موجب العقد في هذه العقود مبطل لها لأنه شرط فاسد ، وما يتعلق بالجائز من الشروط فالشرط الفاسد يبطله .

ب - وقسم منها يجوز التصرف ويبطل الشرط وهو النكاح والخلع والصلح عن دم والهبة ، لأن الشرط الفاسد لا يبطل هذه العقود بل العقد صحيح والشرط باطل والأصل فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه " أجاز العمري وأبطل الرقبي " .

ج - وقسم يجوز فيه التصرف والاستثناء جميعا وهو الوصية . .

في الحال وهي شروط تخالف مقتضى العقد فتبطل ويبقى العقد على الصحة بخلاف البيع فانه تبطله هذه الشروط لأن القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسدا له ، ولأن ذكره في العقد لم يصح فيلحق بالعدم ويبقى العقد صحيحا الا أن الفساد في البيع للنهي الوارد ولا نهي في الهبة فيبقى الحكم فيه على الأصل ولأن دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة"[1]. وقال العيني " الاستثناء مخالف لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشرط الفاسد ، لأن الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والفعل الحسي لا يبطل بالشرط الفاسد ، وانما الشرط الفاسد يؤثر في العقود الشرعية لأن الحسيات اذا وجدت لا مرد لها ، فلا يمكن أن يجعل عدما"[2]. فالشروط الباطلة اذا اقترنت بالعقد يقتصر البطلان على الشروط الفاسدة ويصح عقد الهبة بغير هذه الشروط فلو شرط أن يبيع الهبة لشخص معين أو الا يهبها أو غير ذلك من الشروط تكون هذه الشروط باطلة مع صحة العقد .

ثانيا : الشروط الجعلية في عقد الهبة في المذهب المالكي : تقسم الشروط الجعلية في عقد الهبة في المذهب المالكي الى قسمين : شروط صحيحة ، وأخرى باطلة :

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهذه الشروط نوعان : نوع يقتضيه العقد سواء شرط أم لا فانه يجب الوفاء به لأنه يعد حكم من أحكام العقد وأثر من آثاره ، كاشتراط حرية الانتفاع بالهبة ، واشتراط التصرف المطلق أو أن يبيعها الموهوب له لمن يشاء بما يشاء ... الخ .

والنوع الثاني : لا يقتضيه العقد ولكنها تعد مؤكدة لمقتضى العقد كشرط العوض وحق الرجوع ، وغير ذلك من الشروط الجعلية ، وكل هذه الشروط يجب الوفاء بها باتفاق فقهاء المذهب ، وتكون هذه الشروط لازمة لمن شرطت عليه في العقد .

---

1) المرجع السابق .

2) العيني /البناية شرح الهداية / ج 7 ص 851- 863 . وعبد الله بن محمود الحنفي /الاختيار لتعليل المختار/ ج 3 ص 48- 51 . وأحمد الزرقاء / شرح القواعد الفقهية/ ص 18 - 19 . والفتاوى الهندية / ج 9 ص 374- 396 . والبزازية بهامش الهندية / ج 3 ص 261 - 266 . واللباب في الجمع بين السنة والكتاب / ج 2 ص 553 - 561 .

القسم الثاني : الشروط الباطلة : وهذه الشروط نوعان : متفق على بطلانها ومختلف فيها .

النوع الأول : المتفق على بطلانها : ويشمل هذا النوع الشروط المخالفة لمقتضى العقد والتي فيها غرر وجهالة وخطر ، كتوقيت الهبة ، واستثناء منافع الهبة كما لو وهب شجرا أو نخيلا واستثنى منافعها لمدة طويلة واشترط سقيها على الموهوب له ، أو وهب فرسا لمجاهد واشترط عليه نفقته والا يبيعه ولا يتملكه الا بعد زمن ، فهذا كله لا يجوز اشتراطه ويعد شرطا باطلا وقد علل الزرقاني البطلان فقال " وعلة المنع هي المخاطرة وبيع معين يتأخر قبضه لأن سقيه خرج مخرج المعاوضة فهو كمن باع نخلا واستثنى ثمرتها أعواما معينة واشترط على المشتري سقيها تلك الأعوام فهذا لا يجوز لأنه غرر ، ولا يدري ما يصير اليه بعد تلك الأعوام ، فهذا من باب أكل أموال الناس بالباطل ، ولو استثنى بعض ثمرها لجاز ولو كان السقي بماء الواهب لجاز ذلك ، وكذلك مسألة الفرس الذي وهب بشرط أن الموهوب له ينفق عليه ولا يتملكه ولا يهبه ولا يبيعه فهذا لا يجوز لأنه باع الفرس بالنفقة عليه تلك السنين ولا يدري هل يسلم الفرس أم لا ؟ فتذهب نفقته باطلا فهو غرر ومخاطرة لكن ان أسقط الشرط صحت الهبة "[1] .

النوع الثاني : الشروط المختلف في بطلانها : وهذه تشمل الشروط المخالفة لمقتضى العقد والتي فيها تقيد لحرية الموهوب له ومنعه من التصرف في الهبة كشرط ألا يبيع ولا يهب والا يتصرف أو أن يبيع لشخص معين أو بثمن معين وغير ذلك من الشروط ، وفيها رأيان لفقهاء المذهب المالكي .

الرأي الأول : ان الشرط صحيح يعمل به ويراعى ويلزم الوفاء بالشرط واعتبر هذا الرأي صحيح في المذهب ، قال التسولي " اذا وهب شيئا واشترط غلته لنفسه بطلت ، وقال الرهوني اذا صرف الأب الغلة في مصالح

---

1) عبد الباقي الزرقاني / شرح مختصر خليل / ج 7 ص 104 — 110 . ومختصر خليل / ص 253 — 256 . وعبد السمع الآبي / جواهر الاكليل على مختصر خليل / ج 2 ص 214 — 217 . ومحمد عليش / منح الجليل على مختصر خليل / ج 8 ص 175 . والتسولي / البهجة شرح التحفة / ج 2 ص 245 — 252 . ومواهب الجليل / ج 6 ص 50 .

نفسه لا يبطلها ، وعن ابن لب ان المشهور بطلانها والصحيح صحتها"[1].

وقال الزرقاني " واختلف فيمن وهب لرجل هبة أو تصدق عليه ، على الا يبيع ، ولا يهب ، الراجح انه يعمل بالشرط والهبة والصدقة صحيحان وتكون الصدقة بيد المتصدق عليه بمنزلة الحبس لا تباع ، ولا توهب حتى يموت"[2]. وقال عليش والحطاب نقلا عن ابن رشد وتأكيدا للقول بصحة الشرط المقترن بالهبة والمخالف لمقتضى العقد وأنه قول صحيح في المذهب المالكي وان جرى العمل على خلاف الصحيح " ان الشرط عامل والهبة لازمة ماضية فتكون الصدقة بين المتصدق عليه كالحبس لا يبيع ولا يهب حتى يموت فاذا مات ورث عنه على سبيل الميراث وهو قول عيسى ابن دينار في هذه الرواية وقول مطرف في الواضحة وأظهر الأقوال وأولاها بالصواب لأن الرجل له أن يفعل ما يشاء في ملكه"[3].

وقد استدل هؤلاء المالكية القائلون بصحة الشرط الجعلي في عقد الهبة ولزومه بما جاء في الموطأ " قال القاسم بن محمد ما أدركت الناس الاعلى شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا"[4]، وهذا دليل على أن شروط الناس محترمة في أموالهم وفي هباتهم مادامت غير مخالفة للشرع ونصوصه وأحكامه .

---

1) 2) 3) 4) البهجة /ج 2 ص247 . والزرقاني على مختصرخليل/ج 7 ص94 . والحطاب مواهب الجليل/ج 6 ص 50 . وعليش/منح الجليل/ج 8 ص 175 . والموطأ /ج 2 ص 225 . وشروحه . كالكاندهلوي/ج 12 ص 280 . والزرقاني على الموطأ /ج 4 ص 49 . وقد ذكر كل من الحطاب وعليش في مسألة الاشتراط في الهبة ان هناك خمس أقوال في المذهب قال الحطاب: " قال أبو الحسن حصل ابن رشد فيها في رسم من سماع عيسى خمسة أقوال :

الأول : ان الصدقة والهبة لا تجوز الا أن يشاء الواهب ان يبطل الشرط ، فان مات أحدهما بطلت وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية ، ومثل قول ابن القاسم في رواية سحنون .

الثاني : ان الواهب مخير بين أن يترك شرطه أو يسترد هبته ، وورثته بعده ما لم ينتقض أمره ، بموت وهذا القول يأتي على ما في مسألة الغرس.

الثالث : ان الشرط باطل والهبة جائزة وهذا يأتي على ما في المدونة في مسألة تحبيس الدار واشتراط ترميمها على الموهوب له .

الرابع : ان الشرط عامل والهبة ماضية لازمة فتكون الصدقة بين المتصدق عليه كالحبس لا يبيع ولا يهب حتى يموت ، فاذا مات ورث عنه على سبيل الميراث وهو قول عيسى بن دينار في هذه الرواية وهو قول مطرف في الواضحة وأظهر الأقوال وأولاها بالصواب لأن الرجل له أن يفعل ما يشاء في ملكه .

الخامس: أن يكون ذلك حبسا فاذا مات المتصدق عليه أو الموهوب له رجع الى

الرأي الثاني : ان الشرط باطل غير ملزم ولا يجوز اشتراطه لأنه مخالف لمقتضى العقد وفيه تحجير على الموهوب له ، وهذا الرأي هو المعمول به في المذهب وان كان غير راجح قال الحطاب " ان الشرط باطل ، و الهبة جائزة " وفي المدونة " ولقد سألت مالكا عن الرجل يهب الهبة على الا يبيع ولا يهب ؟ قال ؛ قال مالك لا تجوز هذه الهبة ، قال فقلت لمالك فالأب في ابنه اذا شرط هذا الشرط قال مالك لا يجوز الا أن يكون صغيرا أو سفيها فيشترط عليه ذلك مادام الولد في تلك الحال ، فاما أن يشترط عليه الا يبيع ولا يهب اذا كبر ، وان على السفيه الا يبيع ولا يهب وان حسنت حاله فان ذلك لا يجوز ، وانما يجوز شرطه اذا شرطه مادام صغيرا أو سفيها" قال وأخبرني ابن وهب عمن حدثه عن ابن عمر انه سئل عن الرجل يهب الهبة للرجل على الا يبيع ولا يهب ، فكره ابن عمر ذلك ، قال ابن وهب وأخبرني ان الليث كرهها مع مالك " .

وقال ابن العطار وغيره من فقهاء المالكية " لو اجتمع الشيوخ على بطلانها بصرف الغلة لنفسه لكان القياس الا يكون تعدى الأب على الغلة نقضا للحبس ، لكن جرت الفتيا وعمل القضاء (في المذهب المالكي) ببطلانه ورأوا أنه كسكنى الدار ، ولبس الثياب التي حبست" (1) .

= المتصدق أو ورثته / الحطاب / ج 6 ص 50 . وعليش / ج 8 ص 175 . وهذه الأقوال الخمسة راجعة الى قولين اثنين :

أحدهما : صحة الشروط والهبة وهو القول الرابع مستند الى مافي الموطأ في قول القاسم ابن محمد ، ان الناس على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا .

الثاني : ان الشرط الجعلي في الهبة باطل لكن هل يبطل الشرط فقط أم لابد من بطلان الشرط والعقد ؟ وهي تخريجا لباقي الأقوال وكلها مبنية على القياس ولا نص فيها .

وذكر التسولي مسألة اشتراط الرجوع في الهبة (الاعتصار) وانها تصح مع تعليل الصحة فقال (وشرط الاعتصار رجوع الواهب في الهبة) يصح اذا شرط في الهبة ، قال ابن الهندي/ فان قيل كيف يجوز له أن يشترط في الصدقة الاعتصار والصدقة لا تعتصر قيل : وسنة الحبس لا يباع ، واذا شرطه المحبس في نفس الحبس كان له شرطه ، فيؤخذ منه انه كما يعمل بشرط الاعتصار في صدقة الأب والأم يعمل بشرطه فيها على الأجنبي خلافا للمشدالي)وهذا يوضح ان مسألة اشتراط الرجوع في الهبة مبنية على القياس في الوقف ، فكما يجوز للواقف اشتراط بيع الوقف يجوز اشتراط الرجوع في الهبة .

1) التسولي / البهجة شرح التحفة / ج 2 ص 247 .

وهذا الرأي مبني على القياس والرأي وليس فيه نص صريح ثابت ولذا عد هذا الرأي مرجوح في المذهب ، وان جرى به العمل والفتيا والقضاء في المذهب ، حتى ان الحطاب وهو من فقهاء المذهب المالكي قال في الرأي الأول أنه أولى بالصواب لأن للرجل أن يفعل مايشاء في ملكه[1] " مستدلا بقول القاسم ابن محمد " انه أدرك الناس وهم على شروطهم في أموالهم وهباتهم[2] " ، ولكن هل بطلان الشرط الجعلي في عقد الهبة تؤدي الى بطلان العقد نفسه أم يقتصر البطلان على الشرط فقط ؟ .

هذه المسألة خلافية فهناك من يرى بطلان الهبة لبطلان الشروط وهو رأي مخرج على رأي ابن القاسم في المدونة وهو مجرد اجتهاد بغير نص وأيا كان فان الرأي الصحيح في المذهب المالكي هو صحة الشروط الجعلية في عقد الهبة مالم تكن الشروط مخالفة للشرع وأحكامه ، فانها تبطل والا فانها لازمة نافذة في حق المتعاقدين وهذا ما انتهى اليه الزرقاني والحطاب ، وابن العطار وغيرهم من فقهاء المالكية[2] ، وهو الموافق للنصوص الشرعية في صحة الشروط والعقود والموافق للقواعد الأصولية والضوابط الفقهية

ثالثا : الشروط الجعلية في عقد الهبة في المذهب الشافعي : يقسم فقهاء المذهب الشافعي الشروط الجعلية في عقد الهبة الى قسمين : شروط صحيحة يجب الوفاء بها ، وشروط باطلة لا يصح اشتراطها ولا تجب .

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهذه الشروط تشمل : الشروط الواردة في الشرع وتلك التي لا تخالف مقتضى العقد ، كاشتراط الواهب الا تستعمل الهبة في المعاصي ، أو اشتراط الموهوب له حق الانتفاع والتصرف في الهبة دون تقييد

---

1) الخطاب /مواهب الجليل / ج 6 ص 50 .

2) الموطأ /ج 2 ص 225 . وقد ذكر التسولي في البهجة ، لو وهب هبة وظلت في يده منتفعا بها هل تبطل أم لا ؟ قال : " اذا وهب لمحجوره دورا متعددة صفقة واحدة ، فان حكم ذلك حكم الدار الواحدة ، فان سكن واحدة منها ، وهي الأقل ، وأكرى الباقي له صح الجميع وان سكن الأكثر بطل الجميع ، وان سكن النصف بطل ماسكن منها ، فان كان ذلك في عقود متعددة فانما يبطل من ذلك ماسكن كان الأقل أو الأكثر ، وكذلك لو كانت أشياء مختلفة من دور وجنات وقدادين ، فما كان من صفقة واحدة يجري على تفصيله ، وماكان من صفقات فانه يبطل ماعمره " /البهجة /ج 2 ص 247 .

فهذا يؤكد ان مسألة الانتفاع بالهبة وحيازتها لا تبطل بمجرد الانتفاع أو الحيازة ولا بد من تفصيل القول ، وكل هذا مبني على الرأي والقياس فقط وهم يصرحون بهذا في كتبهم لأن هذه مسائل اجتهادية في أغلبها .

أو شرط ، أو اشتراط العوض في الهبة أو الرجوع في العمرى ، وغير ذلك من الشروط الجائزة .

القسم الثاني : الشروط الباطلة : وتشمل الشروط المخالفة لمقتضى العقد قال النووي "وان كان للهبة شروطا تنافي مقتضاها نحو أن يقول : وهبتك هذا بشرط أن لا تهبه أو لا تبعه أو بشرط أن تهبه أو تبعه أو بشرط أن تهب فلانا شيئا لم يصح "[1] .

ويدخل في الشروط الباطلة اشتراط العوض المجهول ، وتعليق الهبة بأمر مستقبل فهذه الشروط لا تصح قال النووي " وان شرط عوضا مجهولا لم تبطل الهبة ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد " ، وقال في تعليق الهبة على المستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع[2] " .

فهذه النصوص توضح مذهب الشافعي في الشروط الجعلية في عقد الهبة حيث تكون الشروط الباطلة والمخالفة لمقتضى العقد غير صحيحة ولا يجوز اشتراطها فهل تبطل هذه الشروط وحدها أم أن البطلان يتعدى الى ذات العقد فيعدمه ويأتي على بنيانه فيزيله من الوجود ويجعله عدما ؟! هذه المسألة فيها رأيان للامام الشافعي :

أحدهما : رأيه القديم ، وهو بطلان العقد والشرط بناء على بطلان الشروط الفاسدة في العقود ، وهذا رأي مرجوح ومهجور .

الثاني : وهو المعتمد عند الشافعية ، وهو صحة العقد وبطلان الشرط الفاسد فقط ولا يسري البطلان الى العقد ، قال الخطيب الشربيني " الشروط المقترنة بالهبة اذا كانت فاسدة فيها رأيان : القديم البطلان والجديد وهو الصحيح بطلان الشرط ، وصحة الهبة[3] " .

وقال النووي " وفي صحة الهبة وجهان ، بناء على الشروط الفاسدة في البيع ، وان وقّت الهبة فقال وهبتك هذا سنة لم يصح لأنه عقد تمليك

---

1) 2) النووي / المجموع شرح المهذب / ج 15 ص 11 . وشمس الدين الرملي / نهاية المحتاج الى ألفاظ المنهاج / ج 5 ص 404 . وأحمد الشاطري / الياقوت النفيس في مذهب ابن ادريس / ص 119 - 120 .

3) محمد الخطيب الشربيني / مغني المحتاج الى ألفاظ المنهاج / ج 2 ص 396 . والكوهي زاد المحتاج / ج 2 ص 433 - 442 .

فلم يصح مؤقتا"[1].

وكذلك يبطل الشرط فقط اذا كان الواهب قد اشترط عوضا مجهولا وان شرط ثوابا مجهولا قولا واحدا ، وهو بطلان الشرط لأنه شرط العوض مجهولا"[2] ، وان شرط العوض وكان عوضا معلوما ففيه وجهان بطلان الشرط وحده ، والثاني بطلان العقد والشرط . وقال البلقيني " وليس لنا موضع يصح فيه العقد مع الشرط الفاسد المنافي له غير هذا"[3].

وهذه النصوص تؤكد أن مذهب الشافعي هو بطلان الشروط الجعلية في عقد الهبة ان كانت مخالفة لمقتضى عقد الهبة ، وان البطلان يقتصر على الشرط وحده مع صحة العقد ، وهو الرأي الراجح والصحيح المعتمد وليس هناك دليل شرعي الا القياس على البيع وفكرة (مقتضى العقد) التي اعتمد عليها الفقهاء في المذهب الشافعي وغيره كوسيلة فقهية لابطال كثيرا من الشروط دون وجه حق ، ولهذا كان الأصل في الشروط المقترنة بالهبة البطلان قياسا على البيع ولكن خولف هذا القياس وصححوا العقد دون الشرط ، وقالوا انه الموضع الوحيد الذي صح فيه العقد مع شرط فاسد وكان الأصل هو بطلان الشرط والعقد معا ، وربما يعد هذا استحسانا شافعيا ، وخروجا على المقررات والقواعد الفقهية في المذهب الشافعي ، وان كان هذا الرأي موافقا للنصوص الشرعية وكان يجب أن يعم في كل الشروط والعقود لوجود الدليل الشرعي الذي يشد أزره ، بينما البطلان ليس فيه دليل شرعي يعتد به .

رابعا : الشروط الجعلية في عقد الهبة في مذهب الحنابلة : يقسم فقهاء المذهب الحنبلي الشروط الجعلية في عقود الهبة الى قسمين : شروط صحيحة يجب الوفاء بها ، وأخرى باطلة لا يجوز اشتراطها في العقد .

---

1) 2) النووي / المرجع السابق / ج 15 ص 11 و 23- 25 .

3) محمد الخطيب الشربيني / المرجع السابق /ج 2 /ص 398 . والشرازي / المهذب/ ج 1 ص 453- 456 وزين الدين العليباري /اعانة الطالبين في حل ألفاظ فتح المعين / ج 3 ص 146 . وحاشية البيجوري /ج 2 ص 48-53 . كفاية الاختيار حل غاية الاختصار/ج 1ص611- 618 . وغاية البيان شرح زين ابن ارسلان /ص 231 . والنووي /شرح مسلم /ج 11 ص 62 . والروضة الندية /ج 2 ص 241- 244 . وحاشيتان /ج 3 ص 110- 115 . وأبو يحي زكريا الانصاري /فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب /ج 1 ص 259- 261 . والامام الشافعي / الأم / ج 4 ص 63- 67 .

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وتشمل هذه الشروط كل شرط ورد به الشرع ، وكذا كل شرط لا يخالف مقتضى العقد ولا يعارض الأحكام الشرعية وهذه الشروط يجب الوفاء بها ، ويصح اشتراطها لأن النصوص الشرعية مطلقة وعامة في صحة الشروط كحديث " المسلمون على شروطهم " فيجوز اشتراط الموهوب له الانتفاع بالهبة وحرية تصرفه في الهبة ، وغير ذلك من الشروط ، كاستثناء المنفعة مدة معلومة وشرط الثواب .

القسم الثاني : الشروط الباطلة : وهذه الشروط نوعان في المذهب الحنبلي : نوع يؤدي اشتراطه الى بطلان العقد مع الشرط ، ونوع يقتصر فيه البطلان على الشرط فقط .

النوع الأول : الشروط المبطلة لعقد الهبة : ويشمل هذا النوع من الشروط شرط توقيت الهبة ، واشتراط عوضا مجهولا ، واشتراط الرجوع في الهبة فهذه شروط باطلة في نفسها اذا شرطت في العقد أدت الى بطلانه قال البهوتي " وان شرط في الهبة ثوابا مجهولا لم تصح لأنه عوض مجهول فهو معاوضة فلم يصح كالبيع وحكم الهبة بالثواب المجهول حكم البيع الفاسد "(1) وقال أيضا " ولا يصح توقيت الهبة كقوله وهبتك هذه سنة أوشهرا فلا تصح لأنها تمليك عين فلا توقت كالبيع "(2) . وهذا الابطال مبني على الرأي والقياس على البيع دون دليل شرعي .

النوع الثاني : الشروط الباطلة وحدها : وهذا النوع من الشروط يقتصر فيه البطلان على الشرط دون العقد ويشمل الشروط المنافية لمقتضى العقد كشرط العوض المعلوم وكشرط المنع من التصرف في الهبة كأن لا يبيع ولا يهب وغير ذلك من الشروط المخالفة لمقتضى العقد ، قال ابن قدامة " ولا يصح تعليق الهبة بشرط لأنها تمليك لمعين في الحياة فلم يجز تعليقها على الشرط وان شرط في الهبة شروطا تنافي مقتضاها ، نحو ان يقول وهبتك هذا بشرط أن لا تهبه أو لا تبيعه ، أو بشرط أن تبيعه أو تهبه أو بشرط أن تهب فلانا شيئا لم يصح الشرط . وفي صحة الهبة وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع(3)

---

1) 2) كشاف القناع عن متن الاقناع/ ج 4 ص 304- 305 . وص 306- 307 .
3) ابن قدامة/المغني/ج 6 ص 264 . بمعجم الحنابلة /ج 2 ص 719 . وابن مفلح /كتاب الفروع / ص 360 - 361 .

وقال ابن مفلح " ولا يصح تعليقها على شرط لأنها تمليك فلم يجز تعليقها كالبيع ، ولا شرط ما ينافي مقتضاها نحو الا يبيع ولا يهب أو بشرط أن يبيعها أو يهبها أو يهب فلانا شيئا معينا لم يصح الشرط رواية واحدة"[1].

فالشروط المخالفة لمقتضى العقد تكون باطلة وحدها ويصح العقد باتفاق فقهاء المذهب الحنبلي ، لكن هل الهبة تصح مع الشروط الفاسدة هذه أم أنها تبطل ، هناك قولان في المذهب الحنبلي :

أحدهما : يجعل الهبة باطلة لوجود الشروط الباطلة مقترنة بالعقد قياسا على الشروط الباطلة في البيع .

الثاني : ان الهبة تصح ويقتصر البطلان على الشرط وهذا هو الرأي الراجح في المذهب والمعمول به والموافق لأصول المذهب الحنبلي في صحة الشروط والعقود .

وفي الرقبى والعمرى وهو أن يقول لغيره وهبت لك هذه العين مدة حياتك أو عمرك فان مت فهي لي أو ان مت قبلي عادت فهل تصح هذه الهبة بهذا الشرط وفيها رأيان في المذهب الحنبلي أحدهما يجيزها والآخر يبطلها . قال ابن مفلح " الرقبى والعمرى فانهما نوعان من الهبة وسميت العمرى لتقيدها بالعمر ، والرقبى لأن كل واحد يرقب موت صاحبه ، فاذا قال أعمرتك هذه الدار شرط رجوعها عند موته صح الشرط ، وكذا ان قال هي لآخرنا موتا ، قال القاسم بن محمد " مأدركت الناس الا على شروطهم " وحينئذ يعمل بالشرط ، وقيل لا يصح وهو صريح في ابطال الشرط"[2]. وقال ابن قدامة شرط العمرى روايتان عن أحمد : الأولى صحة العقد والشرط ، والثانية سقوط الشرط وصحة العمرى"[3]. والرأي الثاني أرجح وأصح استنادا الى حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " امسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فانه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيا وميتا ولعقبه"[4]، وهذا صريح في بطلان

1) 2) ابن مفلح الحنبلي/المبدع شرح المقنع/ج 5 ص 360-370 . وكتاب الفروع/ج 4ص638 . وقد تناقضت أقوال الحنابلة في اشتراط العوض هل يصح اشتراطه في الهبة أم لا ؟ قال ابن قدامة " ان شرط في الهبة ثوابا معلوما صح نص عليه أحمد "/المغني /ج 6 ص 299 . وقال ابن مفلح " ان شرط عوضا معلوما صح ... وقيل لا يصح لأنه شرط ينافي مقتضاها /ص360 . وان كان الراجح والموافق لأصول أحمد ان شرط العوض شرطا صحيحا .

3) ابن قدامة/المغني /ج 6 ص 266- 268 . 308- 309 .

4) رواه مسلم .

شرط العمرى ولا يصح في مواجهته التمسك بقول القاسم بن محمد انه أدرك الناس وهم على شروطهم في أموالهم وعطاياهم .

خامسا : مقارنة بين آراء الفقهاء في الشروط الجعلية في عقد الهبة : نجد هناك تقاربا بين المذاهب الفقهية في تقسيم وحكم الشروط الجعلية في عقد الهبة ، حيث اتفقوا على التقسيم الثنائي للشروط وهو : شروط صحيحة وباطلة ، ولكنهم اختلفوا في تحديد ما يدخل في الصحيحة والباطلة تبعا لاختلاف الضوابط الفقهية في تصحيح الشروط والعقود حسب المذاهب المتبعة ، فهناك اتفاق بين المذاهب الأربعة على تصحيح الشروط الجعلية الصحيحة في عقد الهبة ، ولكنهم يختلفون في حكم الشروط الباطلة وأثرها على العقد ، هل يبطل ببطلان الشرط أم لا ؟ ، فالحنفية ينفردون ويتفقون على بطلان الشرط الباطل وحده وصحة العقد ، ويعللون صحة العقد دون الشرط بقولهم " وبطل الشرط لأن هذه الشروط مما تمنع وقوع التصرف تمليكا في الحال وهي شروط تخالف مقتضى العقد فتبطل ويبقى العقد على الصحة بخلاف البيع فانه تبطله هذه الشروط لأن القياس الا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسدا له "[1] . أما المذاهب الأخرى المالكية والشافعية والحنابلة فلهم رأيان في المسألة :

الأول : بطلان الشرط فقط كقول الحنفية وهو المعمول به عند المالكية والراجح عند الشافعية والحنابلة .

الثاني : وهو أصح الأقوال وأولاها بالصواب في المذهب المالكي ، وهو صحة العقد والشرط ولزومه ، لأن مصلحة الواهب قد تقتضي أن يشترط هذا الشرط ، وأما عند الشافعية فهو بطلان الشرط والعقد معا لمخالفته لمقتضى العقد وهو رأي عند الحنابلة .

وأرجح هذه الآراء هو رأي المالكية في صحة الشرط والعقد لأن الشرع لم يحرم الاشتراط في الهبة أو غيرها مالم يخالف المشترط الشرع أو يكون له قصد مخالفة الشرع كارتكاب الحرام والمعاصي ، والا فان الشرط يكون صحيحا لازما لعموم الأدلة الشرعية في صحة الشروط كحديث " المسلمون على شروطهم " وحديث جابر في الصحيحين " انما العمرى التي أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يقول

1) البدائع /ج 6 ص 116- 118 . والمبسوط /ج 12 ص 72 . وغيرهما من مراجع الأحناف.

هي لك ولعقبك ، فاذا قال هي لك ولعقبك ماعشت رجعت الى صاحبها"[1] ، ولأن هناك بعض الحالات تكون مصلحة الواهب تقتضي الشرط كما في المنازل والأراضي ، واستبدال الأملاك بالغرباء والأجانب الذين لا يراعون حقوق الجوار الشرعية ، فيشترط عليهم شروطا تمنعهم من الضرر أو التعدي أو غير ذلك من الشروط ، فتراعي وتحترم ، ويجب الوفاء بها في العقود .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

1- المنتقي شرح الموطأ / ج 6 ص 92 . والمغني / ج 6 ص 216 . وشرح النووي / ج 11 ص62. وفتاوي عليش / ج 2 ص 239 .

المبحث الثاني : الشروط الجعلية في الوقف :

للارادة الفردية دور كبير في تحديد شروط الوقف ، وشروط استحقاقه والانتفاع به ، وكيفية صرفه للمستحقين ، وقد أفسح الشرع لارادة الواقف المجال واسعا لاحداث الشروط المقترنة بالوقف بشرط ألا تخالف النصوص الشرعية الثابتة ، وهناك اتفاق بين الفقهاء على صحة بعض الشروط وبطلان البعض الآخر ، واختلفوا في نوع ثالث بعضهم أجازه والآخرون أبطلوه حسب المذاهب الفقهية ومعايير كل مذهب في تصحيح الشروط الجعلية في العقود ومدى اقتناع كل مذهب بالأدلة المعتمدة وصحتها ، والتزامه بالقواعد والضوابط الفقهية في مسألة الشروط هذه ، وقد لخص ابن تيمية مذاهب الفقهاء الشرعيين في صحة وبطلان شروط الواقفين ، فقال في مجموع الفتاوي " اتفق المسلمون على أن شروط الواقف تنقسم الى صحيح وفاسد ، كالشروط في سائر العقود ومن قال من الفقهاء أن شرط الواقف نصوص كألفاظ الشارع فمراده أنها كالنصوص في الدلالة على مراد الواقف ، ووجوب العمل بها[1] ".

وقال ابن القيم مؤكدا كلام ابن تيمية " فالصواب الذي لا تسوغ الشريعة غيره عرض شروط الواقفين على كتاب الله سبحانه وتعالى وعلى شرطه ، فما وافق كتابه وشرطه فهو صحيح وما خالفه كان شرطا باطلا مردودا ولو كان مئة شرط وليس ذلك بأعظم من رد حكم الحاكم اذا خالف حكم الله ورسوله ومن رد فتوى المفتي وقد نص الله سبحانه على رد وصية الجانف في وصيته والآثم فيها[2] " ، ثم ان ابن تيمية قد قسم الشروط الجعلية في الوقف الى ثلاثة أقسام تبعا لتقسيم الاعمال المشروطة في شروط الواقفين وهي :

1) عمل يتقرب به الى الله تعالى وهو الواجبات والمستحبات ،ومثل هذه الشروط يجب الوفاء بها لأنها مشروعة وموافقة للشرع ويقف استحقاق الوقف على حصول هذه الأعمال المشروطة في الجملة .

2) الأعمال المنهي عنها نهي تحريم أو تنزيه ، فاشتراطه باطل باتفاق العلماء ، وقد يختلف اجتهاد بعض العلماء في بعض الاعمال هل هي من باب المنهي عنه أم لا ؟ .

---

1) ابن تيمية /مجموع الفتاوي / ج 31 ص 5 - 268 .
2) ابن القيم /اعلام الموقعين /ج 1 ص 315 .

3- الأعمال المباحة ، فهذا قال بعض العلماء بوجوب الوفاء به و الجمهور من العلماء على أن شرطه باطل فلا يصح عندهم إلا ما كان قربة ".

ومن ثم تقسم شروط الواقعين في أوقافهم إلى قسمين : شروط صحيحة يجب الوفاء بها إذا إشرطت في الوقف و هي لا تخالف نصا شرعيا وفيها طاعة لله تعالى وقربة ، لأن فعلها اما أن يكون واجبا ومستحبا ، وكلاهما يجوز اشتراطه ويجب الوفاء به في الوقف . وشروط باطلة لا يصح اشتراطها في الوقف لأن فعلها اما أن يكون مباحا أو مكروها أو حراما فلا يجوز اشتراطها ، ولا الوفاء بها في الوقف اذا شرطت فتعد لغوا .

1) مجموع فتاوي ابن تيمية /ج 31 ص 43- 48 . وقد قسم ابن القيم الشروط الى أربعة أقسام وهي :

القسم الأول : الشروط المحرمة في الشرع .

القسم الثاني : الشروط المكروهة .

القسم الثالث: شروط تتضمن ترك ما هو أحب الى الله ورسوله .

القسم الرابع : شروط تتضمن فعل ما هو أحب الى الله ورسوله صلى الله عليه وسلم .

"والقسم الأول لا حرمة لها ولا اعتبار ، والقسم الرابع هو المتبع والواجب الاعتبار وقد أبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه الشروط كلها بقوله من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد" وما رده رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجز لأحد اعتباره ولا الالتزام به وتنفيذه" . اعلام الموقعين /ج 3 ص 93 .

وابطال ابن القيم للشروط المحرمة والمكروهة والمتضمنة ما هو أحب شرعا مبني على مخالفتها للشرع ، فتكون شروطا منهيا عنها ، خلافا للشرط الرابع فهو موافق للشرع فجاز اشتراطه اذ فعل هذا الشرط مطلوب شرعا ، ولذلك فقد ندد بشدة بقول القائلين بالوفاء بالشروط المخالفة للشرع في الأوقاف فقال " وقد صرح صاحب الشرع برد كل عمل ليس عليه أمره فهذا شرط مردود بنص رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحل لأحد أن يقبله ، ويعتبره ويصححه ثم كيف يوجبون الوفاء بالشروط التي انما أخرج الواقف ماله لمن قام بها وان لم تكن قربة وليس فيها للواقفين غرض صحيح ، وانما غرضهم مايقربهم الى الله ، ولا يوجبون الوفاء بالشروط التي انما بذلت المرأة بضعها للزوج ، بشرط وفائه لها بشروطها ولها فيها أصح غرض ومقصود وهي أحق من كل شرط يجب الوفاء به بنص رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهل هذا الا خروج عن محض القياس والسنة ، ثم من العجب العجاب قول من يقول : ان شروط الواقف كنصوص الشارع ونحن نبرأ الى الله من هذا القول ونعتذر مما جاء به قائله ولا نعدل بنصوص الشارع غيرها أبدا ، وان أحسن الظن بقائله هذا القول حمل كلامه ، على أنها كنصوص الشارع في الدلالة وتخصيص عامها بخاصها وحمل مطلقها على مقيدها واعتبار مفهومها كما يعتبر منطوقها وأما ان تكون كنصوص الشرع في وجوب الاتباع وتأثيم من أخل بشيء منها فلا يظن ذلك بمن له نسبة ما الى العلم ، فان كان حكم الحاكم ليس كنص الشارع بل يرد ما خالف حكم الله ورسوله من ذلك فشرط الواقف اذا كان كذلك كان أولى بالرد والابطال ، فقد ظهر تناقضهم في شروط الواقفين وشروط الزوجات وخروجهم فيها عن موجب القياس الصحيح والسنة وبالله التوفيق" اعلام ابن القيم /ج 1 ص 315-316 . وعد مجموعة تناقضات أصحاب الرأي .

وهناك تفصيل في المذاهب الفقهية واختلاف في تحديد الشروط الصحيحة والباطلة ، حسب الأصول والقواعد الفقهية في الشروط والعقود وصحتهما وبطلانهما كما يلي :

أولا : الشروط الجعلية في الوقف في المذهب الحنفي : تقسم الشروط الجعلية في الوقف في المذهب الحنفي الى ثلاثة أقسام : شروط باطلة وفاسدة وصحيحة .

القسم الأول : الشروط الباطلة : وهذه الشروط يؤدي اشتراطها الى بطلان الوقف والغاء هذا التصرف من الوجود فيكون عقد الوقف عدما بسبب الشروط الباطلة ، لأن هذه الشروط تخالف مقتضى الوقف أو تخالف حكما شرعيا كاشتراط الرجوع في الوقف ، متى شاء الواقف أو بيع الوقف أو هبته أو يشترط الواقف الانتفاع وحده بمنافع الوقف ، أو يشترطها لغير الموقوف عليهم أو رجوع الوقف الى ورثة الواقف ان احتاجوا اليه بعد وفاته . فاشتراط مثل هذه الشروط في العقد يجعل الوقف باطلا لأن هذه الشروط " تنافي اللزوم والتأبيد ، ولأن الصيغة اذا اقترنت بهذه الشروط تصير غير منشئة للوقف فيبطل مدلوله ، ويسقط مفهومه "[1] .

فحكم الشروط الباطلة في المذهب الحنفي انها تؤدي الى بطلان الوقف ولا يقتصر البطلان على الشرط الباطل وحده بل يسري البطلان ويتعدى الى ذات العقد .

القسم الثاني : الشروط الفاسدة : وهذه الشروط اذا اقترنت بعقد الوقف لا تبطله بل ان البطلان يقتصر على الشرط الفاسد فقط ومن هذه الشروط أن يشترط الواقف الا يعزل الناظر ولو خان في ادارته للوقف وساء تسييره وعاث في الوقف فسادا أو اشتراط الا يباع ولا يستبدل الوقف ولو خرب وصار غير صالح للاستعمال والانتفاع به صار متعذرا بغير البيع أو اشترط الرجوع في وقف المساجد أو الا تعار الكتب الموقوفة الا برهن ، فاشتراط مثل هذه الشروط يعد لغوا ولا يجب الوفاء بهذه الشروط مع صحة الوقف وجوازه " لأن شرائط الوقف معتبرة مالم تخالف الشرع أو تكون معصية "[2] .

---

1) أبوزهرة / محاضرات في الوقف / ص136 . ومختصر الطحاوي / ص136-138 . والزيلعي / تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق / ج 3 ص324- 332 . ونصب الراية / ج 3 ص476- 480 . وابن الهمام / فتح القدير / ج 6 ص 499- 245 . ومختصر من المختصر / ج 2 ص 60- 63 .

2) حاشية ابن عابدين / ج 4 ص 337 . الفتاوي الهندية / ج 3 ص 285- 341 .

واشتراط الشروط الفاسدة في الوقف يعد تضييعا له وافسادا ، وهذا مخالف للأحكام الشرعية والأصول الفقهية[1] الواردة بالمصلحة ورعايتها بقدر الامكان وجلبها ، ودرء المفاسد وتقليلها ، وان درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، ولهذا اعتبر الشروط الفاسدة باطلة ، فتصح عقود الوقف وحدها .

القسم الثالث : الشروط الصحيحة : وهذه الشروط يجب الوفاء بها واحترامها والعمل بمقتضاها قدر الامكان ، مالم تخالف الاحكام الشرعية أو تخالف مقتضى العقد ، مادامت موافقة للشرع ولمقتضى العقد فهي صحيحة محترمة يعمل بها ومثالها : أن يشترط الواقف اختصاص أناساً معينين بالوقف ومنافعه كالعلماء وطلبة العلم ، أو الفقراء وأهل التصوف ، أو غير ذلك من مستحقي الوقف واعمال البر والخير . وكأن يجعل الواقف ولاية الوقف قاصرة على نفسه أو ذويه من بعده أو لأشخاص آخرين يختارهم أو يشترط من متولي الوقف العلم ، والرشد والفضل وحسن الادارة أو يشترط أن يكون الاستحقاق في الوقف ومنافعه حسب احتياج الموقوف عليهم ، وغير هذا من الشروط الكثيرة المعتبرة ، وكل هذه الشروط وأمثالها يعمل بها ويجوز اشتراطها حتى اعتبر الفقهاء ان شرط الواقف كنص الشارع في وجوب احترامه والعمل بموجبه ، وضرورة مراعاته مادام شرطا صحيحا فقالوا "ولا يجوز الرجوع عن شروط الواقف بلا دليل ، وما خالف شرط الواقف فقد خالف الحكم الشرعي بلا دليل"[2] ، وهذا للتأكيد على ضرورة مراعاة شروط الواقف والعمل بمقتضاها مادامت شروطا صحيحة ليس فيها مخالفة للشرع ، ولا تضييعا للوقف ومصالحه .

ثانيا : الشروط الجعلية في الوقف في المذهب المالكي : يقسم فقهاء المالكية الشروط الجعلية في الوقف الى قسمين : صحيحة وباطلة .

---

1) كثير من الأصوليين والفقهاء يقررون ان النصوص الشرعية جاءت بالمصلحة وجلبها وتكميلها ودرء المفاسد وتقليلها وتعطيلها ، أنظر في هذا المعنى / أبو زهرة / العقوبة في الشريعة الاسلامية / ص 31 - 50 . والشاطبي / الموافقات / ج 2 ص2-80 . وابن القيم / اعلام الموقعين /ج 4 ص 14 و 375 .

2) العيني الحنفي /البناية شرح الهداية /ج 6 ص 139 . وعمدة القاري شرح البخاري / ج 14 ص 23- 25 . واللباب شرح الكتاب /ج 6 ص 179 . واللباب في الجمع بين السنة والكتاب /ج 2 ص 562 . ومبسوط السرخسي /ج 12 ص 47- 88 . والبدائع/ج 6 ص 218 . وحاشية ابن عابدين /ج 4 ص 337 . وأحمد الزرقاء / شرح القواعد الفقهية /ص 18- 19 .

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهذه الشروط يجوز اشتراطها والعمل بمقتضاها وتراعي ، لأنها ليست معصية ولا مخالفة لمقتضى العقد ، ومن ثم يعمل بهذه الشروط ويصح اشتراطها في الأوقاف وتشمل الشروط الصحيحة : التأبيد والتوقيت في الوقف فيجوز للواقف أن يوقف العين مدة معينة ويسترجعها الى حيازته وملكه بعد انقضاء المدة المحددة ، أو أن تكون الملكية الى ورثته بعد وفاته ، كما يجوز له أن يشترط استبدال الوقف أو بيعه عند الضرورة أو أن يشترط تساوي المنتفعين بريع الوقف دون تفاوت في الانتفاع بين المستحقين ذكورا أو اناثا علماء وغيرهم ، أو أن يشترط استحقاق واختصاص طائفة معينة من الناس أو الجهات المستحقة كما لو كان مستشفى أو مدرسة أو معهد أو مسجدا أو استئثار ناظر الوقف بجزء معين من المنافع أو يشترط الواقف النظر في ادارة الوقف لنفسه وأولاده من بعده ، أو اشتراط منفعة معينة لهم كشراء الاضحية كل سنة أو يشترطها لغيرهم كامام مسجد أو فقير معين أو قيم المسجد أو أن يبيع أحد المستفيدين نصيبه من الوقف عند احتياجه واضطراره ...الخ . فكل هذه الشروط وغيرها تعد جائزة ، ويعمل بها عند فقهاء المذهب المالكي " لأن ألفاظ الواقف تتبع كألفاظ الشارع ،مالم يشترط حراما[1] " ولذلك قرر هؤلاء الفقهاء أنه لا يجوز " العدول عن شروط الواقف الا أن يتعذر العمل بها كلها ، فيعمل بأهمها ويهمل الباقي ويبطل[2] " .

القسم الثاني : الشروط الباطلة : ويدخل في هذه الشروط كل شرط مخالف للشرع أو ينافي مقتضى العقد أو فيه معصية ، فمثل هذه الشروط تكون باطلة ولا يجب الوفاء بها ، ولا يعمل بها في الوقف ، كالوقف على القبور والأضرحة وتشييدها وبناء القبات ومشاهد الموتى ، أو الوقف على أهل المعاصي والفجور ، أو أن يشترط الواقف عدم انتفاع المستحقين للوقف بريعه ومنافعه وغلاله أو أن لا يتصرفوا أي تصرف أو يشترط اشتئثاره بمنافع الوقف

1) 2) شرح الزرقاني على مختصر خليل /ج 7 ص 85 . وحاشية الدسوقي/ج 4 ص 76 . وعهد السميع الآبي /جواهر الاكليل /ج 2 ص 203 . وبلغة السالك /ج 2 ص 275 . وميارة الفاسي/ج 2 ص 135 . والبهجة شرح التحفة /ج 2 ص 249 . ومعيار الونشريسي /ج 7 ص 197- 223 . وابن عبد الرحمن البر / الكافي في فقه أهل المدينة /ج 2 ص 1012 — 1022. والخطاب تحرير الأحكام في مسائل الالتزام / ص 400 . وابن الحسن علي بن قاسم الزقاق / الإسعاف بالطلب / 147 .

أو بكل الغلة أو استئثار أولاده بها دون الموقوف عليهم ، وغير ذلك من الشروط الباطلة ، والمخالفة لمقتضى الوقف أو لأحكام الشرع ، وهذه الشروط وغيرها تعد فاسدة لا يعمل بمقتضاها ، ولا تراعي بل انها " تبطل ويصح الوقف "[1] . وقال الونشريسي في المعيار " التحبيس على فقراء الوقت باطل " وسئل أبو اسحاق ابراهيم بن فتوح عن زاوية محبسه على فقراء الوقت وتعطلت منذ زمان لانعدام أصحاب الطريقة وتهدمت ولم يبق منها الا قاعاتها فهل يجوز بيع تلك القاعة وصرف ثمنها فيما هو لله تعالى من سبل الخيرات أو تترك أو ترد على ورثة من أحبسها على أصحاب الطريقة أصحاب البدع والأمور الشنيعة التي لا تجوز شرعا وتنسب لأصحابها الذين لم يبق منهم الا أخبارهم ... ؟ فأجاب ؛ الجواب والله الموفق : أنه اذا كان ما حبست عليه مما لا يجوز شرعا فاللازم على هذا بطلان التحبيس ، واذا كان التحبيس باطلا كان باقيا على ملكه أعني على ملك المحبس واذا كان كذلك ورث عنه مالم يخرج عن ملك المالك "[2] .

وهذا يدل على بطلان كل الشروط المخالفة للشرع والتي فيها معصية سواء كانت لبناء القبور أو المشاهد أو غير ذلك من البدع المستقبحة والمخالفة للشرع .

ثالثا : الشروط الجعلية في الوقف عند الشافعية : يقسم فقهاء المذهب الشافعية الشروط الجعلية في الوقف الى قسمين : الشروط الصحيحة ، وهي واجبة الوفاء ، والشروط الباطلة وهي ملغاة ساقطة .

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهذه الشروط كل شرط يخالف الشرع ونصوصه ولا يخالف " مقتضى العقد ، وفيه مصلحة كشرط الا يباع الوقف

---

1) الآبي / جواهر الاكليل/ج 2 ص 208 . والباجي/ المنتقى/ج 2 ص122- 134 . والمدونة الكبرى/ج 4 ص134 . وأبوزهرة / محاضرات في الوقف/ص138 . والزحيلي/ الفقه الاسلامي /ج 8 ص178- 184 . والخرشي على مختصر خليل/ج 5 ص78-101 . ومحمد عليش/منح الجليل على مختصر خليل/ج 4 ص 33- 83 . والحطاب/مواهب الجليل / وفتاوي عليش/ج 2 ص 237 .

2) معيار الونشريسي/ج 7 ص 43- 450 . وسئل عليش" ماقولكم في مرتبات وأوقاف على ضريح ولي من أولياء الله تعالى يؤدي منها جميعها يلزم الضريح ويبقى مايصرف على ذريته ، ثم زادت المرتبات فأراد الناظر بجميع المرتبات دون الذرية فهل يجوز اختصاصه ؟ . فأجاب بما في كتاب الواقف أو بما جرت به العادة ولا يجوز مخالفتها ، وليس للناظر الاختصاص والا يعزل " . والشيخ عليش سكت على بطلان الوقف على الأضرحة اذ هو ممن يجيزون هذه الأوقاف الباطلة (فتاوي عليش/ج 2 ص 259) .

ولا يؤجر ، اتبع الشرط وصح لأن الأصل ان شروط الواقف مرعية ، كما لو شرط النظر لنفسه[1] ، أو أن يشترط لنفسه شيئا من منافع الوقف أو شرط صفة معينة للاستحقاق أو لتقديم بعض المستحقين ، وتأخر غيرهم أو شرط أن الاستحقاق لفئة معينة من الناس بشروط معينة أو شرط عدم التسوية بين المستحقين وان يكون هناك تفاضل وتفاوت في الانتفاع أو شرط ترتيب الاستحقاق بحسب الاحتياج أو شرط قضاء دينه من الوقف أو شرط أن يكون النظر لشخص معين أو له في حياته ولذريته من بعده أو الا يؤجر الوقف لشخص معين ... الخ . وغير ذلك من الشروط الصحيحة وغير المخالفة للشرع فيعمل بها ويتبع شرط الواقف قدر الاستطاعة الا في حالات الضرورة والمصلحة فانه يعمل بخلاف شرطه كما لو خان الناظر أو عجز عن القيام بالوقف أو تهاون في الادارة أو تعرض الوقف للخراب ، ولا يصح فيه الا البيع فيجوز ويخالف شرط الواقف للضرورة .

القسم الثاني : الشروط غير الصحيحة : وهذه الشروط تعد باطلة فلا يوفي بها لفسادها كالوقف على القبور أو أهل المعاصي والفجور أو تزويق المساجد وزخرفتها أو الوقف على المحاربين ، والمرتدين وأهل البدع ، أو يشترط الواقف ادخال من شاء في الوقف من المستحقين ، أو يعلقه على شرط مستقبل أو يوقف بشرط الخيار ، فهذه الشروط ونظائرها تعتبر باطلة لا يصح شيء منها ولا يجوز معها الوقف ، لأن أي شرط من هذه الشروط " ينافي مقتضى العقد فلم يصح ، كما لو شرط في عقد الوقف أن يبيعه متى شاء أو يرجع في الوقف متى شاء ، فهذا الشرط ينافي مقتضى العقد فأفسده ، كما لو شرط الا ينتفع الموقوف عليه بالوقف وغلاله[2] " .

فالشروط الباطلة لا يجوز الوفاء بها وتبطل العقد ذاته فتجعله عدما وتزيله من الوجود .

---

1) 2) زاد المحتاج /ج 2 ص 415- 432 . والمجموع شرح المهذب/ج 14 ص572-618 . والأم للشافعي/ج 4 ص 51 . ونهاية المحتاج /ج 5 ص 358- 404 . وأحكام الأحكام/ج 2 ص 164 . الالمام بأحاديث الأحكام/ص 375 . ومغني المحتاج /ج 2 ص 376- 395 . والحيل الفقهية/ ص351 . وأبو زهرة /محاضرات في الوقف/ص136 . والزحيلي/الفقه الاسلامي/ج 5 ص 178 . وأبويحيا زكريا الانصاري/فتح الوهاب شرح منهج الطلاب/ج 1 ص256- 258 . وزين الدين الملباري/اعانة الطالبين/ج 3 ص156- 184 . والاقناع حل الفاظ أبي شجاع/ج 2 ص26- 31 . والشيرزاي /المهذب /ج 1 ص440 - 446 . وغاية البيان زيد بن ارسلان /ص 230 .

رابعا : **الشروط الجعلية في عقد الوقف عند الحنابلة** : تقسم الشروط الجعلية في عقد الهبة في المذهب الحنبلي الى قسمين : شروط صحيحة وباطلة .

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهذه الشروط يدخل فيها كل شرط لا يخالف الشرع وأحكامه ولا ينافي مقتضى العقد ، ومثل هذه الشروط تعد شروطا صحيحة ومعتبرة يجب الوفاء بها واتباعها لأنها نص كنص الشرع في الأحكام الشرعية ودلالتها على وجوب احترامها كما لو شرط في الوقف أن ينفق على نفسه من ريع الوقف وغلته " صح الوقف والشرط عند أحمد[1] " ، وكذلك لو شرط التسوية بين الموقوف عليهم في استحقاق منافع الوقف أو شرط التفاضل وأن يكون الاستحقاق بحسب الاحتياج والضرورة أو أن يكون الاستحقاق بشروط معينة كالعلم وطلبه أو الفقر والزهد أو غير ذلك من الصفات المعتبرة في الاستحقاق أو شرط الا ينزل في الوقف ولا ينتفع به فاسق أو شرير أو استثنى الواقف لنفسه بعض الغلة أو كلها ، واذا جهل شرط الواقف عمل بالعادة والعرف المتبع بشرط عدم مخالفة الشرع والخروج عليه ، فهذه الشروط وأمثالها يعمل بها ويجب أن تراعي قدر المستطاع الا في حالات الضرورة أو مخالفة شروط الواقف للشرع ، فتبطل الشروط وتلغي ولا تحترم في العمل .

القسم الثاني : الشروط الباطلة : وهذا القسم من الشروط يعد لغوا لا يجب الوفاء بها ويشمل كل شرط مخالف للشرع أو منافٍ لمقتضى العقد في الوقف وما يترتب عليه من أحكام شرعا ، كما لو شرط الواقف توقيت الوقف وأن يبيعه متى شاء أو يرجع فيه متى شاء أو أن يشترط أنه يخرج من أهل الاستحقاق من يشاء منهم دون سبب يوجب اخراجه ، أو يدخل عليهم من يشاء ، وغير ذلك من الشروط ، وهذه كلها لا تصح لأنها تخالف مقتضى عقد الوقف ، كما لو شرط الا ينتفع الموقوف عليهم بمنافع وعوائد الوقف أو شرط عدم بيع الوقف ولو تعرض للهلاك والخراب وصار غير صالح للانتفاع به أو استعماله الا بالبيع ، أو شرط الاستحقاق لمجهول ، أو علق الوقف بشرط الخيار أو شرط العزوبة وترهب المستحق للوقف أو شرط الصلاة على قبر معين أو بنائه أو الصلاة في مسجد معين ، دون غيره أو بناء مسجد على

---

1) ابن قدامة / المغني / ج 6 ص 185 - 245 . وابن مفلح / الفروع / ج 4 ص 581 - 638 . والمبدع شرح المقنع / ج 4 ص 581 - 634

قبر في الوقف ، وهذه الشروط وغيرها مخالفة للشرع فتهمل وتبطل ولا يعمل بها ، ويصح الوقف بغير هذه الشروط فلا تكون لازمة " لأن العمل المشترط يجب الا يكون محرما في نفسه ولامخالفا للشرع كاشتراط بعض البدع المخالفة للكتاب والسنة والأقوال المحرمة[1] " . فالشروط المحرمة والمخالفة للشرع والعقد تكون باطلة لا تجوز وتبطل وحدها ويصح العقد فقط .

مقارنة بين المذاهب الاسلامية في شروط الوقف الجعلية : نجد أن الفقهاء في موقفهم وحكمهم على الشروط الجعلية في عقد الوقف ينقسمان الى فريقين :

الفريق الأول : ويتمثل في فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وهؤلاء يتفقون على التقسيم الثنائي للشروط الجعلية في الوقف ، وحكم هذه الشروط فقهيا فهم يقسمون شروط الوقف الى شروط صحيحة وباطلة ، وان الشروط الصحيحة يعمل بها ويجوز اشتراطها ويعد قول الواقف فيها وضرورة التزام أقواله في الوقف ودلالتها في العمل كأنها نص شرعي في الاحترام ، ووجوب العمل حتى وصل الأمر ببعض الفقهاء الى اباحة بعض البدع والضلالات باسم العمل بشرط الواقف ومراعاة ارادته الشرطية وعدم الخروج عليها فأسرفوا في هذا الالتزام حتى جوزوا الأباطيل المخالفة للشرع .

وهؤلاء الفقهاء يختلفون في حكم الشروط الباطلة وتحديد ما يدخل في الشروط الباطلة وأثر هذا البطلان على الوقف نفسه كما لو اشترط الواقف استثناره بمنافع الوقف أو أن يوقف على نفسه فهل يجوز هذا أم لا ؟ وما أثر هذا الشرط على الوقف ؟ .

ان الحنابلة يجيزون هذا الاشتراط أي صحة الوقف على الواقف واستثناره بمنافع الوقف ، ولا يجوز هذا عند المالكية والشافعية ، اذ الوقف لا يصح الاعلى الغير وليس على ذات الواقف ، وأما أثر البطلان فان المالكية والحنابلة يتفقون في بطلان الشرط الباطل وصحة العقد فقط دون الشرط فالبطلان لا يسري الى العقد ولا يصل اليه ويقتصر على زوال الشرط الفاسد وحده وأما الشافعية فانهم يرون بطلان العقد والشرط معا ولا يقتصر الأمر على مجرد الشرط .

---

1) ابن تيمية / مجموع الفتاوي / ج 31 ص 44 . وابن القيم / اعلام الموقعين / ج 1 ص 96 . وج 3 ص 96 . ومعجم الفقه الحنبلي / ج 2 ص 1054 . وكشاف القناع / ج 4 ص 240 - 297 . وشرح منتهى الارادات ج 2 ص 489 - 517 . وأبوزهرة / ص 138 .

الفريق الثاني : فهم الحنفيون وهؤلاء يقسمون الشروط الجعلية في الوقف الى ثلاثة أقسام : صحيحة وباطلة وفاسدة . ويوافقون الجمهور في القسم الأول في جواز الاشتراط ووجوب الوفاء بالشرط ويخالفونهم في الباطلة اذ يعتبرها الاحناف مبطلة للعقد ، وأما الفاسدة فهي لا تبطل العقد بل يصح العقد ويبطل الشرط الفاسد وحده .

فالأحناف يوافقون الجمهور في الشروط الجعلية في الوقف الا في مسألة التقسيم فقط ، والا فانهم يعتبرون شروط الواقف كنص الشرع في الدلالة على العمل ووجوب احترامها والالتزام بها حتى وصل الأمر الى اجازتهم الوقف على الأضرحة واقامة المساجد عليها ولزوم بعض الأماكن وزيارة المشاهد والوقف عليها ... الخ من البدع التي ظهرت في عصور الانحطاط والمغالغة لسماحة الشرع وأقوال أئمة الاسلام في عصوره الذهبية حيث كانت تعد هذه الأمور منكرا من القول وزور الا يجوز .

وكذلك فان مسألة تخصيص بعض المستحقين للوقف كأن يكونوا من مذهب معين وان كانت تجوز لكن كان لها دور سيئ جدا في نشر التعصب المذهبي بين المسلمين وابعادهم عن المصادر الثرية في الاسلام ، واهتمامهم بفروع ومسائل لا تغني ولا تسمن ، وتساهلوا في الاشتراط في الوقف وأعملوا شروط الواقفين بعيدا عن أنوار النصوص فكانت البدع والآفات الكثيرة التي نزلت بالأمة الاسلامية في الليالي الحالكة ، والمتفق عليه بين الفقهاء ان الذرائع والوسائل تأخذ حكم الغايات والأهداف ، وقد منع الشرع من بناء القبور وتزويقها وزخرفتها ، ففي البخاري "عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال في مرضه الذي مات فيه "لعن الله اليهود والنصارى اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد)، قالت ولولا ذلك لأبرزوا قبره ، غير أني أخشى أن يتخذ مسجدا"[1] .

فاذا كانت قبور الأنبياء محرما أن تبنى فأولى قبور غيرهم والميت لا ينفع ولا يضر بل هو محتاج للدعاء والاستغفار ، ومن ثم فتحرم جميع الوسائل

---

1) صحيح البخاري/ج 2 ص 90-91 . وفتح الباري/ج 9 ص 156 . ومع هذا نجد زين الدين الملباري الشافعي وغيره يجيزون الوقف لبناء القبور وتعظيمها فقد قال : "من شرط قراءة جزء من القرآن أو قال على من يقرأ على قبر أبي كل جمعة يس مثلا اتبع شرطه" / اعانة الطالبين /ج 2 ص174 . وغيره من فقهاء المذاهب/ الفتاوي الهندية /ج 2 ص350- 430 . والسيوطي في الحاوي للفتاوي/ج 1 ص149 - 176 . وحاشيتان /ج 3 ص 97- 110 .

المؤدية الى البدع ومضاهاة المشركين ، كبناء القبور أو المساجد على القبور والوقف عليها والاستغاثة والدعاء والذبح وغير ذلك مما هو منتشر في أوساط المسلمين لجهلهم قال رشيد رضا " ان كثيرا من البدع في العقائد والأحكام قد دخلت على المسلمين بتساهل العلماء والمفتين وتوهمهم انها تقوى أصل العقيدة وتخضع العامة لسلطان الدين ، فكان ان ترك الناس مهمات الدين اكتفاء بهذه البدع فان أكثر الصالحين في الأضرحة وقباب الأولياء وفي الطرق والأسواق بالأوراد والأحزاب لا يقيمون الصلاة ، ومن يصلي منهم لا يحرص على الجماعة حرصه على الاجتماع للصيام ، واستوحشوا من شعائر الدين والسنة "[1] .

وعلى هذا فان الشروط المتعلقة بالبدع ونشر الضلال والجهل والتي من خلالها دخلت المفاسد وسوء العقائد وشوهت رونق الشرع ، وخدشت التوحيد وصارت وصمة عار في جبين العادات والتقاليد البالية التي سادت في الليالي الحالكات ، وألقت بكلكلها وديا جرها على المسلمين ، ينبغي أن تكون هذه الشروط باطلة لا تصح ولا يعمل بها ولا يوفي شخص ، بعد أن ذاق المسلمون مرارتها وشرقوا بها دهرا طويلا ، واتخذها المشعوذون مطايا للحرام والآثام في غفلة من أهل العلم والفقه .

---

1) رشيد رضا / تفسير المنار /ج 1 ص182 ، 10 ، ج 2 ص 90 ، 75 ، 78 . وقد بين مضار البدع في الدين والأخطار المترتبة على التعصب المذهبي ومايجوز فيه التقليد ومالا يجوز ثم قال ويجب التحري في قبول الأقوال والآراء ، فلا يقبل رواية كل أحد ولا يسلم كل مافي الكتب لكثرة الموضوعات والضعاف فيها ، ولا مشقة ولا حرج على المسلمين في اتباع هذه الطريقة الا اذا كانوا يريدون ترك دينهم برمته اكتفاء ببعض العادات والأعمال التي لا يكاد يسهل عليهم تمييز السنة فيها من البدعة تقليدا لآبائهم ومعاشريهم /المنار/ج 2 ص 85 . وأنظر صحيح مسلم /ج 3 ص 61 . باب (تسوية القبر ، النهي عن تجصيص القبر والبناء عليه . وكذا كتب الحديث الأخرى كالسنن ، وكلها تؤكد على منع هذه البدع والجهالات .

المبحث الثالث : الشروط الجعلية في عقد الوصية :

يعتبر عقد الوصية مجالا خصبا لأعمال الارادة المنفردة ووضع الشروط الجعلية في الوصية متى كانت هذه الشروط شروطا صحيحة غير مخالفة للشرع ولا لأحكامه القطعية الثبوت وليس فيها معصية ولا تعاونا على الاثم والعدوان ولا مخالفة لمقاصد الشريعة ، اذ المقرر ان " كل شرط لا يتفق مع مقاصد الشريعة وأهدافها العامة يكون باطلا ولو لم يرد ببطلانه نص "[1] .

ولذلك فان فقهاء الشريعة متفقون على صحة وجواز الشروط الجعلية في عقد الوصية اذا لم تخالف النصوص الشرعية الصحيحة الصريحة وبطلان الشروط المخالفة ، ولكنهم يختلفون حول بعض الشروط هل تعد باطلة أم صحيحة ؟ . وهم يقسمون الشروط الجعلية في الوصية الى قسمين : شروط صحيحة يعمل بها ويجوزون اشتراطها ، وشروط باطلة لا يجوزونها ويلغونها ، وبعضهم قد يبطل الوصية ببطلان بعض الشروط الباطلة ، وفيما يلي تفصيل القول :

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهذه الشروط تعد جائزة شرعا يعمل بها وتحترم في الوصية لأنها جزء من الوصية ، كالوصية بالمنافع دون العين ، أو بجزء محدود في الثلث لمدة معينة أو على وجه التأبيد أو الوصية بعمارة المساجد ونظافتها وانارتها والقيام بشؤونها من ريع الموصى به ، ومختلف الخدمات المقدمة لاحتياجات المساجد ، وكذا اشتراط أن تكون الوصية لأهل العلم والطلبة فقط دون غيرهم أو الفقراء ، أو اشتراط مواصفات معينة في استحقاق الوصية والانتفاع بها فتصح مثل هذه الشروط ويعمل بها ويجب التحقق من توافر الشروط في المستحقين " لأن كل شرط في الوصية يكون مقبولا الا اذا كان منهيا عنه أو فيه ضرر بمصلحة الموصي لهم من غير نفع أو تحصيل مصلحة مقصودة لغيرهم ، وقد توسع الفقهاء ، فأجازوا شروط الموصين مالم تكن حراما أو مخالفة للشرع "[2] .

---

1) أبوزهرة / شرح قانون الوصية / ص47 . وعلي الخفيف / أحكام الوصية / ص77- 106 . وصالح عبد الله حميد / رفع الحرج / ص14 . ومحمد ابراهيم / الحيل الفقهية / ص77 . والزنجاني / تخريج الفروع على الأصول / ص299 . والقرافي / تنقيح الفصول / ص90 . وأحمد الزرقاء / شرح القواعد الفقهية / ص5 . وابن القيم / اعلام الموقعين / ج 3 ص 98 .

2) مراجع المذهب الحنفي: باب الوصية / اللباب في شرح الكتاب / ج 4 ص167 — 170 . واللباب في الجمع بين السنة والكتاب / ج 2 ص 805-809 . وبدائع الصنائع / ج 7 ص330- 494 . الهداية شرح البداية / ج 10 ص 404- 516 . ومبسوط السرخسي / ج 27 ص142- 191 . و ج 28 ص 2- 213 . وحاشية ابن عابدين / ج 6 ص 647- 679 . وعيون المسائل / ج 2 ص319 - 333 .

ويكاد الفقهاء في المذاهب الأربعة يجمعون ويقرون صحة الشروط في الوصية ما لم تكن حراما أو مخالفة للشرع ، كالوصية باقامة مأتم أو بناء قبر وكالوصية لوارث ، فقد كان الأوائل يعدون هذه الشروط حراما لا تجوز ولكن تساهل المتأخرون فأدخلوها وصححوها على استحياء ، حتى انتشرت وعمت بها البلوى ، وصار عادة وعرفا شنيعا .

القسم الثاني : الشروط الباطلة : وهذه الشروط لا تصح ولا يجب الوفاء بها ولا العمل بموجبها اذ فيها خروجا عن الشرع وتعد لغوا ، وببطلانها تبطل الوصية نفسها فيجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا لأن هذه الشروط اما معصية صريحة أو مخالفة لأحكام الشرع الثابتة وكلاهما لا يجوز شرعا كأن يشترط في الوصية اتخاذ طعام للمأتم أو اعطاء نصيب من الوصية لمن يشارك في النياحة أو يقرأ عليه القرآن في أي صورة تتم القراءة فرديا أو جماعيا في البيت أو في المقبرة أو غير ذلك من أماكن الضلال والاثم أو يوصي

= وعمدة القارئ /ج 14 ص 26- 52 . والفتاوي الهندية /ج 6 ص 90- 158 . ومختصر الطحاوي/ص156- 163 . وفتح القدير /ج 10 ص 410 - 510 .

وفي المذهب المالكي : باب الوصية / جواهر الاكليل على مختصر خليل /ج 2 ص 16- 327 . وبداية المجتهد/ج 2 ص 334- 338 . والبهجة شرح التحفة/ج 2 ص 310- 317 . وهلفة السالك /ج 2 ص 430- 442 . وأسهل المدارك/ج 3 ص 271- 286 . الفواكه الدواني / ج 2 ص 266- 270 . وحاشية العدوى /ج 2 ص 204- 456 . وحاشية الدسوقي/ج 4 ص 422- 455 . ومنح الجليل على مختصر خليل/ج 4 ص 642- 671 . وأصول الفتيا على مذهب مالك /ص264- 269 . وشرح الخرشي على خليل /ج 5 ص 409- 437 . وشرح الزرقاني على على خليل /ج 8 ص 175- 203 . والزرقاني /شرح الموطأ /ج 4 ص 58- 70 . وأوجز المسالك /ج 12 ص 316- 360 . وفتاوي عليش/ج 2 ص 313- 328 . القوانين الفقهية /ص 389 . والمعيار /ج 9 ص243 - 537 . وفتاوي ابن رشد /ج 1 ص 273- 471 . والكافي /ج 2 ص 1023- 1042 .

وفي المذهب الشافعي : مغني المحتاج /ج 3 ص 38- 78 . والأم / ج 4 ص 92- 128 . المجموع شرح المهذب/ ج 15 ص 33- 158 . وزاد المحتاج بشرح المنهاج /ج 3 ص71- 114 . واعانة الطالبين /ج 3 ص 198- 222 . وفتح الوهاب شرح منهج الطلاب /ج 2 ص13- 19 . ونهاية المحتاج /ج 6 ص40- 109 . طرح التثريب شرح التقريب/ج 6 ص 185- 192 . والمهذب /ج 1 ص 449 . الاقناع / ج 2 ص 46- 60 .

وفي المذهب الحنبلي : مجموع فتاوي ابن تيمية /ج 31 ص 305- 334 . وكشاف القناع/ج 4 ص 335- 402 . وشرح منتهى الارادات /ج 2 ص 537- 577 . والمغني /ج 6 ص 414- 598 . والفروع / ج 4 ص 657- 718 . والمبدع شرح المقنع / ج 6 ص 3 - 111 . والكافي فقه أحمد / ج 2 ص 474- 524 . والمنتقى / ج 2 ص 444 - 454 .

لاقامة ضريح أو احياء مولد أو بناء القبر وتشييد النصب والقباب أو بحمل جثمانه من بلد لآخر ، أو دفنه في بيته أو مسجد معين أو كتابة سؤال القبر ووضع الكتاب معه في الكفن أو الوصية تكون لأهل المعاصي والاثم والبدع والضلال ، فهذه الشروط وأمثالها باطلة تخالف الشرع لا يوفي بها ولا تجوز وتبطل ، قال ابن عابدين " الوصية بالقراءة على القبر باطلة لا تنفذ ، وكذا لو أوصى بتجصيص قبره أو بنائه أو دفنه في داره واطعام الطعام في المأتم ، وان اقامة النياحة أو تقديم الطعام في المأتم بدعة منكرة لأن اطعام الطعام شرع في السرور لا في الشرور وهي بدعة مستقبحة روى الامام أحمد عن جرير بن عبد الله قال كنا نعد الاجتماع لأهل الميت وصنعهم الطعام من النياحة "[1]. وقال الشيخ رشيد رضا منددا بهذه الأفاعيل " الم نر الى ما استحدثه بعض المبتدعة في الاسلام وقلدهم فيه بعض الملوك من تشييد القبور وتزيينها بالعمائم والستور ، وبناء القباب واتخاذها مساجد يصلي اليها وابقاء السروج والشموع عليها ، قد جعل لها مكانة كبيرة في قلوب عامة المسلمين حتى صارت عندهم من شعائر الدين بحيث يعدون من روى لهم الأحاديث الصحيحة في لعن بناء القبور مبتدعا مارقا "[2].

وقال الدسوقي من المالكية " وبطل الايصاء بمعصية أي الأمر بمحرم ومكروه كالوصية بالنياحة أو لهو محرم وضرب قبة على قبر مباهاة ، فكل ذلك يبطل الوصية ولا تنفذ وترجع ميراثا أو يوصي باقامة مولد على الوجه الذي يقع في هذه الأزمنة من اختلاط الرجال والنساء والنظر المحرم ، ونحو ذلك من المنكر وكأن يوصي بكتابة جواب القبر ، وجعله معه في الكفن والوصية لمن يصلي عليه أو يصوم ، فتنفيذها حرام "[3]. وقال عليش " وبطل الايصاء بمعصية كشرب خمر أو نياحة ، وبما لا يحل كلهو وعرس ، أو يصوم ويصلي عليه بخلاف من يقرأ القرآن على قبره أو يضرب قبة والأولى أن يمثل ببناء القبة على قبره وليس من أهلها واقامة المولد ..."[4] ؟ ! .

فالشروط الباطلة عند الفقهاء تجعل عقد الوصية باطلا غير نافذ ولا يجوز تنفيذه في الأمور المحرمة ، والمكروهة ، وكان هذا هو مسلك قدماء

---

1) ابن عابدين / ج 6 ص 665 .
2) رشيد رضا / تفسير المنار / ج 2 ص 76 . ج 9 ص 109 . ج 8 ص 147 و 269 و 428 .
3) الدسوقي على الشرح الكبير / ج 4 ص 422 - 456 . والخرشي / ج 5 ص 409 - 413 . والزرقاني / ج 8 ص 179
4) عليش / منح الجليل على مختصر خليل / ج 4 ص 649 .

الفقهاء ، الا أن المتأخرين وتحت تأثير القياس الباطل ، والعادات الفاسدة التي انتشرت ، أجازوا المنكرات باسم " فعل الخيرات " ، ففي الولواجبة " لو زار قبر صديق أو قريب له وقرأعنده شيئا من القرآن فهو حسن ، أما الوصية بذلك فلا معنى لها ولا معنى لصلة القارئ لأن ذلك يشبه استئجاره على قراءة القرآن وذلك باطل لم يفعله أحد من الخلفاء " وفي تنوير البصائر " يتعين المكان الذي عينه الواقف لقراءة القرآن أو التدريس ، فلو لم يباشر فيه لا يستحق المشروط له لما في شرح المنظومة يجب اتباع شرط الواقف وبالمباشرة في غير المكان الذي عينه الواقف يفوت غرضه من احياء تلك البقعة[1] " .

ومن هذا التساهل تسربت القبائح وجازت المناكر رغم ان الفقهاء السابقين قالوا " ينبغي أن يكون القول ببطلان الوصية لمن يقرأ القرآن عند القبر ، أو بناء على القول بكراهة القراءة على القبور ، وبعدم جواز الاجارة على الطاعة[2] " . وفي المذهب المالكي تسربت بطريق الخطأ في الفهم فان الزرقاني قال كغيره من فقهاء المذهب المالكي ببطلان الوصية بمحرم ومثل لها " بالنياحة وضرب قبة " فقال البناني " فالأولى أن يمثل لها ببناء قبة عليه وليس من أهلها واقامة مولد[3] " ، فجاء عليش وقال " الأولى أن يمثل ببناء قبة على قبرها وليست من أهلها ...[4] " .

وفكرة ليس من أهلها ، أوحت للاحقين بجواز بناء القبور والأضرحة لمن يكن من أهلها ، ولاندري ما هو معيار أن يكون من أهل المشاهد والأوثان وهل يصح مخالفة صريح الحديث " عن جابر قال " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجصص القبر وأن يقعد عليه وأن يبني عليه[5] "فمن هذا

---

1) 2) حاشية ابن عابدين /ج 6 ص 690- 691 . وقال ابن عابدين /لو أوصى بأن يطين قبره أو تضرب عليه قبة فهي وصية باطلة كما في الخانية لأن التطيين مكروه فتبطل الوصية

3) 4) منح الجليل على مختصر خليل/ج 4 ص 649 . وشرح الزرقاني على خليل مع حاشية البناني ج 8 ص 179 . وقال صاحب /نهاية المحتاج الشافعي " تصح الوصية للأضرحة " /نهاية المحتاج /ج 6 ص 49 . وفي الفتح المعين" وتصح الوصية ببناء قبر ولي والنذر له ولمصالحه ج 3 ص 201 . وهذا كله خلاف قدماء الفقهاء المحرمين للنذر وبناء القبور وغيرها .
فقد بدأ التساهل والافتاء بجواز بعض الأمور كالقراءة وبناء القبة والقبر ، حتى عم الشر وهذا مانلحظه في بعض الكتب الفقهية في أي مذهب ، ففي الفتاوى الهندية مثلا جاء مايلي: " لو أوصى بأن يحمل بعد وفاته الى موضع كذا ويدفن هناك ... فمات ولم يحمل فان وصيته

الذي يرضى ان يخالف الشرع ليبني قبره ويستغاث به ويعصي الله عز وجل باسم قبره ؟ ! ، ويمثل هذه الأقوال جازت الفتاوي وتسربت الشعوذة وانتشرت الضلالات .

مقارنة بين آراء الفقهاء في الشروط الجعلية في الوصية : ليس هناك خلاف بين الفقهاء في تقسيم الشروط الجعلية في عقد الوصية ولا في حكم هذه الشروط من الناحية الشرعية ، وانما الخلاف في تحديد الشرط الصحيح من الباطل وقد تساهل الفقهاء وتوسعوا كثيرا في اباحة شروط الموصيين ، والواقفين مالم تكن مخالفة للشرع صراحة أولمقاصده ، وأهدافه وكانت هذه المقاصد والغايات محل اعتبار واهتمام الفقهاء ، فأبطلوا كل شرط باطل اذا توسل به صاحبه لأي غرض آخر لا يجوز شرعا كتصفيف قبة أو اقامة قبر وبناء ضريح ، وكانت هذه الأمور مرعية لما كانت

= بالحمل باطلة ، ولو حمله الوصي يضمن ما أنفق في الحمل ، وان حمل باذن الورثة لا يضمن ولو أوصى بتزيين قبره وعمارته وضرب قبة عليه ، فهي وصية باطلة ، ولو أوصى باتخاذ الطعام في المأتم بعد وفاته ، قال أبو جعفر يجوز ذلك للغرباء ؟ ! ، وقال أبو بكر البلخي لا يجوز والوصية باطلة ، ولو أوصى بأن يدفن في داره فالوصية باطلة ، ولو أوصى بأن يطين قبره أو توضع عليه قبة ، الوصية باطلة ، الا أن يكون في موضع يحتاج الى التطيين لخوف سبع ونحوه ، وسئل أبو القاسم عمن دفع لابنته خمسين درهما على أن تشتري خطة بعد موته وتتصدق بها وتعمر القبر ، الوصية لا تجوز وينظر الى القبر ان كان يحتاج الى العمارة للتحصين لا للتزيين عمر بقدر ذلك ، والباقي تتصدق به على الفقراء ، وان كان الموصي أمر بعمارة فضلت عن الحاجة التي لابد منها فوصيته باطلة ، وان أوصى الى انسان بكذا من ماله ليقرأ على قبره القرآن فهذه وصية باطلة ، وقيل ان كان القارئ معينا تجوز الوصية على وجه الصلة دون الأجر ، وقيل لا تجوز وان كان القارئ معينا / الفتاوي الهندية ج 6 ص 95 . فهذه الفتاوي تبطل القراءة على القبر وعمارته الا للتحصين من الأمطار والأخطار ولكن المتأخرين أسرفوا في الجواز والقياس وسلموا بالصحة وضرورة تطبيق الوصية والوقف وصحة الشروط ، وهذا مانجده عند متأخري المالكية وغيرهم الذين أجازوا القراءة على القبر وضرب القبة ان كان من أهلها ومن الأولياء ؟ . ولاندري كيف تعرف ان هذا انسان ولي أو شقي وأنه من أهل القباب والمشاهد أو لا ؟ . وكذا عند الشافعية تجوز الوصية ببناء قبة على قبر ولي أو نبي ؟ ! / أنظر بلغة السالك في المذهب المالكي / ج 2 ص 430-442 . وحاشية الدسوقي / ج 4 ص 422 . وفي المذهب الشافعي / اعانة الطالبين ج 3 ص 198 . ونهاية المحتاج / ج 6 ص 49 - 50 . والاقناع حل ألفاظ أبي شجاع / ج 2 ص 46 - 60 . وغير ذلك من المراجع السابقة . ويمثل هذا التساهل جاز الابتداع وصح الاشتراط الباطل المخالف للشرع ونصوصه وأحكامه وفي غفلة من علماء الأمة فشت الأقاويل الفاسدة وفرخت المساوئ .

5) صحيح مسلم / ج 3 ص 62 .

أضواء النصوص ساطعة وقوية نيرة في الفقه الاسلامي ومحل اعتبار الفقهاء فلما كثر التقليد والقياس والرأي والعمل بضعيف الأثر والحديث تسربت الفتاوي الباطلة المبنية على القياس بغير دليل كتخصيص الواقف أو الموصي مكان معين للصلاة أو الذكر أو التدريس ، فقالوا يجب " اتباع شرط الواقف لأن المباشرة في غير المكان الذي عينه الواقف يفوت غرضه من احياء تلك البقعة "[1] ، رغم أن تخصيص مكان معين بأي من هذه الأمور ليس فيه أي مصلحة بل يجر مفسدة عظيمة وهو توهم ، ان هذا المكان فيه البركة وأثر الصالحين وغير ذلك من الأوهام والخرفات التي ليس فيها دليل ، لأن تخصيص مكان معين بالعبادة لا يجوز الا بنص شرعي والا فان الأماكن متساوية في الأجر والثواب اذا توافرت الشروط الشرعية الأخرى كأن يكون المكان مسجدا عاما كبيرا ليس فيه قبرا ولا بدعة أو مكروها أو غير ذلك من المنهيات الشرعية ولذا فان كثيرا من العلماء استنكروا تساهل متأخري الفقهاء وتجويزهم للشروط الباطلة والمخالفة للنصوص الشرعية والتي فيها بدع وضلال كثير كابن تيمية وابن القيم " حيث يريان ان كل شرط لا يتفق مع مقاصد الشريعة يكون باطلا ولو لم يرد نص ينهي عنه ويتوسعان في مقاصد الشرع "[2] ، بل ان معظم المنكرات المتعلقة ببناء القبور والأضرحة والأولياء فيها نصوص صحيحة وصريحة في بطلانها ولكن الغفلة والبعد والتساهل في النصوص والأحكام الشرعية هو الذي أوصل المتأخرين الى تجويز البدع والضلال باسم الاشتراط رغم أن هذا التوسع كان يجب أن يكون في البيع وتوسيع الشروط الجعلية الموافقة للشرع والتي ضيقها الفقهاء بغير دليل ، وهنا خالفوا الدليل وخرجوا على مقتضاه .

---

1) ابن عابدين / حاشية الدار المختار / ج 6 ص 690 .

2) أبو زهرة / شرح قانون الوصية / ص 47- 48 . وعلي الخفيف / أحكام الوصية/ص77 . وعبدالرحمن الجزيري / الفقه على المذاهب الأربعة /ج 3 ص 315 - 352 . والدريني / الفقه الاسلامي / ص 486 - 534 .

المبحث الرابع : الشروط الجعلية في عقد الوكالة :

تعتبر الوكالة عقدا من عقود المعاملات الشرعية ، والتي للارادة التعاقدية دور كبير في انشاء الشروط الجعلية من قبل الطرفين المتعاقدين ، وتصح الوكالة بالشروط الجعلية المعينة والمتفق عليها وقت التعاقد على التوكيل أو المتعارف عليها كما في سائر عقود المعاملات الأخرى ، حيث يلتزم الطرفان بالشروط المتفق عليها بينهما ، فقد تكون الوكالة عامة شاملة لكل التصرفات وقد تكون وكالة خاصة في تصرف معين ، كما في البيوع والزواج ، أو الخصومات أو غير ذلك ، ويجب مثلا في عقد الوكالة الخاص بالبيع تحديد الثمن في عقد الوكالة والمبيع ، أو مكان البيع أو مواصفات المبيع ، أو غير ذلك من أمور البيع ، ويجب أن يكون هذا التحديد واضحا يخرج عن الجهالة المبطلة للبيع أو التصرف العقدي ، وعلى الوكيل أن يلتزم بتعاليم وأوامر الموكل ولا يخرج عنها ، كما لا يجوز له أن يوكل الغير في التصرف الا باذن الأصيل ورضاه ، لأن الوكالة تقوم على مراعاة الاعتبارات الشخصية في شخص الوكيل (1)

1) علي الخفيف / الكفالة / ص 40 - 53 . ومحاسن الاسلام / (باب الوكالة) /ص 93 . رحمة الأمة في اختلاف الأمة/ص 206- 208 . والروضة الندية شرح الدرر البهية/ص335- 337 . وسبل السلام / ج 3 ص 85 . والزحيلي / الفقة الاسلامي وأدلته /ج 5 ص 71 — 129 . وقال" ان الوكالة عند الأحناف والحنابلة قد تكون مطلقة أو معلقة على شرط كأن يقول : ان قدم زيد وكلتك في البيع ، ولا يصح تصرف الوكيل قبل تحقق الشرط ،وقد تكون الوكالة مضافة الى زمن مستقبل كوكلتك في البيع غدا فلا يصح تصرف الوكيل قبل غد ،والدليل على جواز تعليق الوكالة واضافتها أنها عقد يبيح التصرف مطلقا والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة على المستقبل فصحت كسائر العقود ،وذهب الشافعي في الأصح الى عدم صحة التعليق في الوكالة لأنها عقد فلم يصح تعليقها كسائر العقود ،،،والوكالة عامة وخاصة ، فالعامة تصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان نوع الصفة والثمن عند الأحناف والمالكية ، ولكن لا يصح التفويض العام عند الشافعية والحنابلة وأما الوكالة الخاصة فتصح عند جميع الفقهاء ، أنظر الجزيري/ الفقه على المذاهب الأربعة /ج 3 ص167 — 209 .وقال" ان الوكيل ليس له أن يوكل غيره الا باذن الموكل في حالات معينة حسب المذاهب:

أ — المالكية : يجوزون توكيل الغير في حالتين : 1) اذا تولى الوكيل عملا لا يليق بمثله القيام به فانه يوكل فيه للغير كما في التوكيل ببيع الدواب — ابل ، بقر ، غنم ، حمير ...الخ. — 2)اذا تولى عملا كثيرا لا يمكنه أن يقوم به منفردا فيصح له أن يوكل الغير ليساعده .

ب — الحنفية : يوجوزون توكيل الغير فيمايلي : 1) توزيع الزكاة يجوز فيها توكيل الغير فتصح الوكالة . 2) في الديون يجوز توكيل الغير في قبضها . 3) يصح التوكيل في البيوع اذا حدد الثمن .

جـ — الشافعية والحنابلة : لا يجوزون توكيل الغير الا في حالات عجز الوكيل أو اذا كان لا يليق به أن يقوم بهذا التصرف فيجوز التوكيل .

الا في حالات الضرورة أو تلك الحالات التي لا تقوم ولا تراعي فيها الاعتبارات الشخصية ، فان الوكالة تصح بتوكيل الغير للقيام بالتصرف المطلوب، وهناك تفاصيل لبعض الشروط حسب المذاهب الفقهية وما تتطلبه من الشروط والمعايير المعمول بها في مسألة الشروط وتصحيحها ، لأن معظم هذه الشروط اجتهادية وليس فيها نص شرعي يتبع ويلتزم ، وفيما يلي هذا التفصيل :

أولا : مذهب الحنفية في الشروط الجعلية في الوكالة : يرى فقهاء المذهب الحنفي صحة الوكالة بالشروط الجعلية ، حيث يلتزم الوكيل بشروط الموكل فاذا كانت " الوكالة عامة حيث يملك الوكيل كل شيء الا الطلاق والعتاق والهبة "[1] ، فليس للوكيل - وكالة عامة - أن يتصرف أي تصرف من هذه التصرفات العقدية نيابة عن الموكل ، واذا كانت الوكالة - وكالة خاصة - يجب على الأصيل أن يعين للوكيل نوع التصرف ويحدده له وما يلزم فيه من شروط حتى لا تكون هناك جهالة " كتعيين محل العقد ، أو الثمن أو المبيع فيعين بالوصف المانع من الجهالة ، وان كان قد قال له : اشتر عبدا أو شاة ، أو دابة أو ثوبا ولم يذكر ثمنا ولا وصفا ، فالوكالة باطلة لأن اختلاف العبيد والجواري أكثر من اختلاف سائر الأنواع "[2].

فاذا لم يعين الأصيل محل التصرف في الوكالة الخاصة أو الثمن صارت الوكالة مجهولة جهالة فاحشة مؤثرة في أصل العقد مما يجعلها وكالة باطلة غير صحيحة ، وهذا خلافا للوكالة العامة فانها تصح مع الجهالة وتلزم لأطرافها .

كما يرى أصحاب المذهب الحنفي أن تعليق الوكالة بالشروط الفاسدة لا تبطلها ، انما تبطل هذه الشروط فقط ، وتصح الوكالة وحدها دون الشرط الفاسد ، كما يرون أنه لا تصح الوكالة بشرط الخيار " لأن الخيار شرط في العقود اللازمة ، أما الوكالة فانها غير لازمة "[2] ، فبطل شرط الخيار في الوكالة .

---

1) 2) الفتاوى الهندية وبهامشها البزازية /ج 3 ص2-48. وج 3ص560- 544 . وعمدة الفارس شرح البخاري/ج 12 ص126- 153 . وحاشية ابن عابدين/ج 7ص 264 - 360 . وقال " الوكالة قد تكون معلقة على شرط أو مضافة الى مستقبل فتصبح وتكون عامة فيملك الوكيل كل شيء الا الطلاق والعتاق والهبة /ج 5 ص 509- 541 . واللباب شرح الكتاب/ج 2 ص 138- 152 . والعناية شرح الهداية /ج 7 ص 261- 385 . والمبسوط/ج 19 ص2 - 160 . والفتح القدير/ج 8 ص 2- 150 . وحاشية الطماوي /ج 3 ص264- 290 . وبدائع الصنائع/ج 6 ص19- 39 . وقال ان الوكالة يصح تعليقها بالشرط واضافتها الى المستقبل كقوله ان قدم زيد فأنت وكيلي أو وكلتك في هذا البيع غدا فتصح الوكالة لأن التوكيل اطلاق التصرف والاطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى المستقبل /ص 120 . والأسئلة والأجوبة الفقهية/ص 86- 142 .

ثانيا : مذهب المالكية في الشروط الجعلية في عقد الوكالة : تجوز الوكالة وتصح في المذهب المالكي ، بالشروط الجعلية المتفق عليها بين الطرفين المتعاقدين في عقد الوكالة ، اذا كانت طبيعة التعامل تقتضي التوكيل كما في سائر عقود المعاملات الشرعية ، فيما عدا مايلي :

1) العبادات البدنية " فلا يصح التوكيل في الصلاة والاسلام والايمان والحلف ، والوطء ، والحج ، والصيام ... الخ ." فلا تصح الوكالة في هذه الأمور لأنها تقوم على اعتبارات شخصية محضة يجب توفرها في القائم في أي من هذه التصرفات " حيث أن المصلحة منظور فيها المباشرة الشخصية للمكلف (1) .

2) الامارة والقضاء ، لا يصح ولا يجوز التوكيل فيها .

3) الوصية والوقف : فاذا شرط الموصي أو الواقف عدم الانابة في المستحق كما في امامة الصلاة والآذان والاقامة ، أو قيم الوقف ، فلا تصح الوكالة اطلاقا وتكون باطلة ، وباقي التصرفات الأخرى حيث يكون " الأمر متعلق بالقيام بالفعل نفسه دون نظر لذات الشخص فتصح فيه الوكالة والنيابة قطعا كرد العارية والوديعة والغصب وقضاء الديون وتوزيع الزكاة حيث أن المصلحة هي توصيل الحق الى أهله دون نظر الى القائم بالعمل حيث لا يعد محل اعتبار كما في الآذان والاقامة والامامة فتصح فيها النيابة مالم تكن هناك شروط أخرى تمنع كما في الوقف المشروط بعدم النيابة في العمل المطلوب ، كما تصح النيابة في البيع والشراء وسائر العقود ويلتزم الوكيل بشروط الموكل كما لو حدد له نوع المبيع وجودته وثمنه أو البائع واسمه ومكانه ، ونوع السلعة ومكان المبيع ، أو زمانه ...الخ . فاذا خالف الوكيل شروط الموكل بطلت الوكالة (2) " ، وتصح الوكالة عند المالكية في المجهول والمعلوم والتعازير واقامة الحدود وأن تكون عامة في كل التصرفات

---

1) 2) مبلغة السالك / ج 2 ص 168- 176 . والبهجة شرح التحفة /ج 1 ص 199- 219 . وحاشية الدسوقي / ج 3 ص 378 . وميارة الفاسي/ج 1ص 142 . وقال " لا يجوز توكيل الذمي لأنه لا يتقي الحرام في معاملاته ولم يرتضوا أن يكون المسلم وكيلا للذمي /أصول الفتيا /ص 394 . والمعيار/ج 10 ص 313- 340 . وبداية المجتهد /ج 1 ص 226- 228 . وشرح الزرقاني ج 6 ص 72- 91 . وقال " لا يجوز توكيل المسلم على الكافر ولا من عنده لدد وتشغيب في الخصومة ولا اليهودي على النصراني فلا يحل للقاضي قبول هذه الوكالة" / القوانين الفقهية /ص 333— 334 . وفتاوي عليش /ج 2 ص 275 . وشرح حدود ابن عرفة ، ولم يجز المالكية التوكيل في الامارة والقضاء لأنهما وكالتان قائمتان على الاعتبار الشخصي في الوكيل فلم يجز توكيل الغير من مباشرة الاختصاصات السياسية والقضائية وفي حالة العجز على الحاكم أن يستقيل ويعفى من منصبه .

أو خاصة بنوع معين ، وفي الحالتين يلتزم الوكيل بشروط الوكالة وتعاليمه وبما يحدده من شروط واعمال ولا يوكل الغير الا باذن ورضا الأصيل لأن الوكالة تقوم على الاعتبار الشخصي ، وتصح الوكالة مؤقتة ومعلقة بالشرط وفي جميع الحالات يلتزم الوكيل بالشروط .

ثالثا : في الشروط الجعلية في عقد الوكالة في المذهب الشافعي : تصح الوكالة في المذهب الشافعي بالشروط الجعلية المتفق عليها في عقد الوكالة كالقصاص أو البيع والشراء والخصومات ، اذا حدد الموكل نوع التصرف وطبيعته تحديدا يمنع من الجهالة والغرر كتحديد الجنس والوصف والثمن ، والمكان والزمان وغير ذلك من الأوصاف المانعة من الجهالة لأن الوكالة في المجهول تكون باطلة فلا تصح ، وتصح الوكالة العامة بشرط انتقاء الغبن الفاحش في البيع مثلا فهو لا يلزم الموكل " لأن الغبن الفاحش هو مالا يحتمل غالبا ، فلو خالف الوكيل وباع ضمن "[1] .

كما أنه ليس للوكيل - وكالة عامة - أن يبيع بثمن مؤجل وان أذن له الموكل في التأجيل حمل " على المتعارف ويراعي الأنفع للموكل ، ولا يبيع الوكيل لنفسه أو ولده لتضاد غرض الاسترخاص لهم والاستقصاء للموكل لأن الأصل عدم جواز اتحاد الموجب والقابل "[2] .

ومعنى هذا ان الشافعية لا يجيزون للوكيل أن يكون نائبا عن طرفي العقد بحيث يكون معبرا عن الايجاب والقبول في وقت واحد فيكون أصيلا ونائبا أو نائبا عن الطرفين في العقد المبرم ، كما أن فقهاء المذهب الشافعي لا يجيزون صحة الوكالة المعلقة على شرط في أصح الأقوال وأرجحها عندهم كما في سائر العقود فيما عدا الوصية والامارة فانهما تجوزان معلقتان على الشروط ، لأن عقد الوصية يصح حتى مع الجهالة الفاحشة فالأولى أن يجوز في التعليق على الشرط ، وأما الامارة فانها تجوز معلقة على الشرط للحاجة والضرورة .

---

1) 2) نهاية المحتاج /ج 5 ص 15- 65 . ومغني المحتاج /ج 2 ص 217- 237 . وفتح الوهاب /ج 1 ص 218- 223 . وغاية البيان /ص 203 . والأم/ الشافعي /ج 3 ص 237 . ومختصر المزني /ج 8 ص 209 . وحاشية البيجوني /ج 1 ص 401 . وزاد المحتاج / ج 2 ص 245 . والمجموع للنووي /ج 13 ص 535 . والمهذب / ج 1 ص 348- 345 .

وهناك رأي آخر في المذهب الشافعي ينسب لابن الرفعة يجيز النيابة التعاقدية في الوكالة ، حيث يكون النائب معبرا بارادته الواحدة عن طرفي العقد سواء بصفته نائبا عن المتعاقدين وهو وكيل أو يكون أصيلا عن نفسه ووكيلا عن الطرف الآخر فهذا يجوز كما لو وكّل في البيع أو الشراء فاشترى من أحدهما للآخر أو اشترى لنفسه فيصح العقد في الحالتين ، كما تصح الوكالة مؤقتة بالشهر أو السنة ، ولا يصح التوكيل الا باذن الأصيل ورضاه فليس للوكيل أن يوكل عنه غيره في التصرفات الموكل فيها لأنها قائمة على مراعاة اعتبارات شخصية محضة ، كما أنه ليس للوكيل أن يخالف شروط الموكل ولا تعليماته كما لو حدد له سوقا أو ثمنا أو مبيعا معينا في زمن أو مكان أو مع شخص معين فيلتزم الوكيل والا كان مسؤولا .

وهناك رأي آخر للشافعية يجيز الوكالة معلقة على الشرط لأنها عقد غير لازم يجوز فسخه في كل وقت فصح تعليقها على الشرط وان كان هذا الرأي ضعيفا مرجوحا في المذهب .

رابعا : الشروط الجعلية في عقد الوكالة في المذهب الحنبلي : تعتبر الوكالة من عقود المعاملات الشرعية التي تجوز بالشروط الجعلية في المذهب الحنبلي ، حيث يصح عقد الوكالة في كل أنواع المعاملات ، بيع وشراء ، زواج ، وطلاق ، وامارة ، ومطالبة بالحقوق ، واستيفاء الديون من غائب وحاضر ، سواء كانت الوكالة عامة أو خاصة ، فان الوكيل مطالب بأن يلتزم بشروط الوكالة المتفق عليها في العقد ، ولا يخل بأي شرط اتفق عليه ، كما لو عين له الثمن أو المكان أو المبيع ، الزمان ، أو الشخص المتعاقد معه تعيينا واضحا يبعد التصرف ويخرجه عن الجهالة ، لأن الوكالة لا تجوز في مجهول ، عند فقهاء الحنابلة " كما لو وكله في شراء أحد الشيئين المبيعين أو عتق أحد الرقيقين أو طلاق أحد الزوجتين[1] " ، دون أن يحدد بالوصف المانع من الجهالة والغرر فلا تصح الوكالة مع الجهالة . كما لا تصح الوكالة المطلقة لأنها مجهولة" كما لو قال وكلتك في كل شيء قليل وكثير أو في كل تصرف يجوز لي ، أو في كل مالي التصرف

1) المغني/ج 5 ص 206- 270 . ومجموع فتاوي ابن تيمية/ج 30ص54-72 . ومعجم الفقه الحنبلي /ج 2 ص 1062 . وكشاف القناع/ج 3 ص 461- 595 . وشرح منتهى الارادات/ج 2 ص299 . وقال وتصح الوكالة معلقة ومنجزة ومؤقتة . والفروع/لابن مفلح /ج 4 ص 337- 376 . والمبدع/ ج 7 ص 355- 388 . وقال تجوز الوكالة معلقة على شرط.

فيه ، لم تصح لأن هذا خطر وغرر عظيم ، حيث يدخل فيه هبة ماله كله وطلاق نسائه"[1]. ومن ثم وجب تحديد الوكالة واخراجها بعيدا عن الجهالة والغرر لتكون صحيحة لازمة ، وفي تعليق الوكالة بالشروط يوجد عند الحنابلة رأيان :

أحدهما : يجيز الوكالة المعلقة على الشرط على أساس أن الوكالة تصرف وتعامل شرعي يصح معلقا على الشروط كسائر المعاملات الشرعية "كالوصية واباحة الأكل ، والقضاء والامارة"[2]. وغير ذلك من التصرفات التي تقبل التعليق على الشرط وقال ابن القيم " وتعليق الفسوخ والعقود والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر تدعوا له الضرورة والحاجة والمصلحة فلا يستغني عنه مكلف"[3].

الثاني : ان الوكالة لا تصح معلقة على الشروط ، فتكون باطلة اذا علقت على الشرط بخلاف الامارة والوصية فيجوز تعليقهما على الشرط كما قال ابن القيم " وقد علق النبي صلى الله عليه وسلم ولاية الامارة بالشرط وهذا تنبيه على تعليق الحكم في كل ولاية ، وعلى تعليق الوكالة الخاصة ، والعامة وقد علق أبو بكر تولية عمر رضي الله عنه بالشرط ووافقه عليه سائر الصحابة فلم ينكره منهم رجل واحد"[3].

وهذا يدل على رجحان الرأي الأول والقاضي بصحة تعليق الوكالة على الشرط كسائر عقود المعاملات الشرعية ، وان هذا أرجح الآراء في المذهب الحنبلي، وهو المعمول به مادام الشرط صحيحا غير مخالف للشرع فيجوز التعليق .

مقارنة بين آراء الفقهاء في الشروط الجعلية في عقد الوكالة : هناك اتفاق بين فقهاء المذاهب الاسلامية الأربعة يكاد يكون تاما ومتقاربا في معظم مسائل الشروط الجعلية في عقد الوكالة وحكمها الشرعي الا في المسائل الفرعية الدقيقة فهم يختلفون فيها كحالة الجهالة والغرر والتعليق على الشرط ، وسبب الاختلاف هذا يعود الى مسألة الشروط المقترنة بالعقد وهل الأصل فيها الصحة أو البطلان ؟ ومعيار التصحيح والابطال ومن ثم

---

1) 2) المرجع السابق .

3) ابن القيم / اعلام الموقعين /ج 3 ص 386 - 388 .

كانت الشروط الجعلية في الوكالة فرعا من الأصل ، كما أن معظم أحكام الوكالة اجتهادية ليس فيها الا النصوص العامة ولا يوجد في التفريع نص واضح ولذلك " فان تحرير الخلاف وترجيح الرأي الفقهي هو القول بأن الشروط الجعلية "[1] في الوكالة شروطا صحيحة يجب الوفاء بها والعمل بموجب اتفاق المتعاقدين سواء كانت الوكالة وكالة عامة أو خاصة ، مجهولة أو معلومة في تصرف قليل أو كثير ، فيجب في جميع الحالات على الوكيل أن يلتزم بشروط الوكالة ، لأنها تقوم على اعتبارات شخصية فليس له أن يوكل غيره الا باذن الأصيل ورضاه ، وموافقته ، فيلزم مراعاة تعليمات وأوامر الموكل لأن عقد الوكالة ملزم للطرفين المتعاقدين ، وان انعدام الاتفاق الصريح عمل بالعرف والعادة لأنها مشروعة مالم تخالف الشرع ، ففي صحيح البخاري " اذا وكل رجل ولم يبين كم يعطي ، فأعطى مايتعارفه الناس "[2] ، وذكر قصة بيع جابر لجمله للنبي صلى الله عليه وسلم الذي أمر بلالا أن يدفع الثمن لجابر ويزيده ، ولم يبين كم يزيده ، فاجتهد بلال فأعطى جابرا أربعة دنانير وقراط ذهب . وفي باب " اذا قال الرجل لوكيله ضعه حيث أراك الله وقال الوكيل قد سمعت ما قلت "[2] . وهذه النصوص صريحة في العمل بالعرف غير المخالف للشرع ، اذا انعدم الاتفاق الصريح بين المتعاقدين ، أوفوض الموكل وكيله تفويضا عاما فيصح التفويض ويعم التصرفات المعروفة وتجوز وفق العرف وأنه ملزم لأطراف العقد . كما تصح الوكالة في دار الحرب أو الاسلام وقد ورد في البخاري صحة هذه الوكالة . كما تصح الوكالة معلقة على الشرط ومنجزة كسائر عقود المعاملات الشرعية الأخرى ، فليس هناك نص شرعي واحد يصح في منع الموكل أو غيره من المكلفين من أن يعلق تصرفاته وعقوده بالشروط الصحيحة غير المخالفة للشرع ، وكذلك أي التزام آخر يصح تعليقه وان هذا التعليق صحيح يجب الوفاء به سواء كان التصرف عاما أو كان خاصا كما في الوكالة العامة والخاصة ، وقد ذكر ابن القيم هذا الأمر وأكده بقوله " وقد علق النبي صلى الله عليه وسلم ولاية الامارة بالشرط وهذا تنبيه على

---

1) علي الخفيف /أحكام الكفالة /ص 40 . وأحكام الوصية / ص 77 .

2) صحيح البخاري/ج 3 ص60- 74. وفتح الباري/ج 4 ص 378 - 388. وساق قصة جابر وبيعه لجمله كاملة وقال جابر" فلما قدمنا المدينة قال يابلال أفضه وزده فأعطاه أربعة دنانيروزاده قيراطا قال جابر لا تفارقني زيادة رسول الله صلى الله عليه وسلم" فلماكان يوم الحرة أخذها جند الشام أنظر/سبل السلام/ج 3 ص85- 86. والسنن الكبرى للبيهقي/ج 6 ص 80- 82. وموسوعة عمر بن الخطاب /ص 879 . وموسوعة ابن عمر/ص744 . وموسوعة أبراهيم النخعي /ج 2 ص 936 .

تعليق الحكم في كل ولاية وعلى تعليق الوكالة الخاصة والعامة ... يوضحه ان الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر ، والنذر لا يبطله الا ما خالف حكم الله وكتابه بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله"[1] .

وهذا يؤكد صحة تعليق عقد الوكالة بالشروط الجعلية وانها ملزمة بالشروط المقترنة بها كغيرها من العقود والتصرفات ، مالم تكن هذه الشروط مخالفة للشرع أو قصد أصحابها التحايل على الشرع والوصول الى الآثام وتحقيق مآرب الاجرام فتبطل بهذا القصد الآثم ، سواء كانت الشروط مقترنة بالوكالة أو غيرها من العقود فان البطلان يسري على كل العقود وكذلك الصحة لأن " تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعوا اليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة أو غير ذلك ، فلا يستغنى عنه مكلف ، كما يعلق الطلاق والجعالة ، وغيرها من العقود ، وقد علق أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه عقد المزارعة بالشرط"[2] .

ومن ثم فتصح الوكالة كغيرها من العقود الشرعية معلقة على الشروط التي تحدد اختصاص الوكيل كما في تحديد سعر البيع أو الشراء أو السوق أوالطرف المتعامل معه أو غيرذلك من الشروط المقترنة بالوكالة فتكون شروطا صحيحة واجبة الوفاء بها لأن الشروط من الأمور المباحة في التعامل ولأن المسلمين على شروطهم مالم تحرم حلالا أوتحلل حراما ، ولأن هذه الشروط وضعت للتوسيع على الناس وتحقيقا لمصالحهم التي ماجاء الشرع الا ليحققها ويكملها ولأن " باب الشروط يدفع حيل أكثر المتحيلين ويجعل للرجل مخرجا مما يخاف منه فالشرط الجائز بمنزلة العقد بل هو عهد وعقد "[3] . " والمقصود ان للشروط شأنا عند الشارع ليس عند كثير من الفقهاء فانهم يلغون شروطا لم يلغها الشارع ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده"[4] .

ولذلك فلا يجب ابطال الشروط الجعلية في أي عقد مالم تخالف الشرع الا بالدليل الصريح الصحيح ولا يترك الشرع لرأي بشر أو قياس فقيه مهما كان .

---

1) 2) 3) 4) ابن القيم / اعلام الموقعين /ج 3 ص 388 - 390 . ومحمد سلام مدكور / معالم الدولة الاسلامية / ص 58 - 60 . وذكر أن " عقد البيعة عقد وكالة بين الأمة ومن رشح للخلافة " .

الخاتمة :

لقد اتضح من البحث في الشروط الجعلية في عقود المعاملات الشرعية أمور ثلاثة وهي :

أولا : معنى الشروط الجعلية : وهذا المعنى كان مختلطا بتعريف الشرط الفقهي والأصولي ، وأن أول من تنبه الى معنى تحديده تحديدا فقهيا هو منصور البهوتي الحنبلي وابن مفلح وان هذا المعنى ليس هو مقتضى العقد ولا ما يترتب عليه شرعا بل هو معنى زائد وهو يشمل كل مايشترطه المتعاقدين دون أن يترتب على العقد بمجرد التعاقد .

ثانيا : الأصل صحة الاشتراط : وهذا الأصل هو مقررات الشريعة ومقتضى نصوصها ، وأن الصحابة والتابعين وغيرهم من أهل الحديث والفقه كانوا يرون صحة الاشتراط ووجوب الوفاء بالشروط للأدلة الشرعية الكثيرة العامة والخاصة وصحة استثناء المنافع من المبيع، وصحة الشروط المقترنة بعقد الزواج مادامت هذه الشروط غير مخالفة للشرع وأن الأدلة الموجبة للوفاء صحيحة لاشك في صحتها وليس مع المانعين الا الرأي والقياس الفاسد بغير دليل شرعي .

ثالثا : اتفاق الشريعة والقانون : وان حكم الشروط والعقود في الشريعة لايختلف عن القانون الوضعي وكل اختلاف هو في التقسيم والتنويع عند الفقهاء الشرعيين وهذا يعود الى الأصول والقواعد والضوابط المتبعة في الشريعة والقانون .

فان الاشتراط أمر مشروع في الشرع الاسلامي في كل الأمور حتى في العبادات والدعاء فيكون الاشتراط في المعاملات أولى وأليق ، ولذلك يجب الوفاء بالشروط الجعلية في أي عقد اذا تم الاتفاق بين المتعاقدين وهذا ما كان يفهمه سلف الأمة من الصحابة والتابعين وأئمة المسلمين من المحدثين والفقهاء قبل عصور الانحطاط وغلبت الرأي والقياس والترجيح بدون دليل شرعي صريح صحيح ، وكان الأولى أن تبنى الآراء والأقوال وتؤسس على النصوص الصحيحة الثابتة لتتسق الفروع مع الأصول ، ولا يكون هناك اضطراب ولا تناقض ، ولا اختلاف كبير بين الآراء . كما قد وضح في المباحث السابقة ، وأن العمل بالنص الشرعي والرجوع

اليه أولى من الأخذ بالآراء والقياس ، لأن النص أصل في مسألة الاختلاف وحجة قاطعة فاصلة لا يجب أن يخالف ، بينما الرأي فهم واستنباط قد يحتمل الخطأ والصواب ، وعند الاختلاف ووجود النص الصحيح لابد من العمل به والاحتكام اليه والتسليم به كما قال تعالى " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما "(1) .

رابعا : ان غلبة القياس والرأي في المدارس الفقهية أدى الى التناقض والاضطراب في المنهج الفقهي وأوصل الى نتائج غريبة في مسألة الشروط والعقود حيث صار الأصل في الشروط والعقود هو الحظر والمنع ، وفي نفس الوقت فقد أجاز هؤلاء الفقهاء والمتأخرون منهم على وجه الخصوص بعض الشروط المخالفة للشرع ، كما في الوقف والوصايا واشتراط بناء القبور والمشاهد وغيرها من البدع اعمالا لشروط الواقفين والموصين وتوسعوا فيها كثيرا بينما كان الأولى أن يضيقوها ويحصروها في عدم مخالفتها للشرع وأن يوسعوا مجال الشروط الجعلية في عقود المعاملات ويصححوها ولكن انقلب المنهج وخولف المنطق الشرعي ، ولهذا فقد شدد ابن القيم النكير على متأخري فقهاء أصحاب الرأي والقياس ومنهجهم الغريب وعدد مساوئ القياس والرأي وأسهب في عرض الأمثلة والنماذج والأحكام المتناقضة لدى أصحاب الرأي والقياس في سائر المذاهب الفقهية في كتابه (اعلام الموقعين عن رب العالمين . وقبله هاجمهم ابن حزم وان كان بمنهج مخالف .

---

1) سورة النساء / الآية 65 .

قائمـــة المراجـــــــع

أولا : المعاجم اللغـوية :

01) المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم :
محمد فؤاد عبد الباقي / ط2 / 1981 / دار الفكر .

02) المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي :
أ . ج . فنسك / ترجمة : أحمد الطيب / 1987 / طبع دار سحنون/بتونس.

03) تاج العروس :
محمد مرتضي الحسيني الزبيدي / 1975 / مطبعة حكومة الكويت .

04) دائرة المعارف الاسلامية :
أحمد الشنتناوي ، ابراهيم زكي خورشيد / طبع دار المعرفة / لبيروت .

05) دائرة المعارف :
بطرس البستاني / دار المعرفة بيروت .

06) الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية) :
اسماعيل بن حماد الجوهري /ط3 / 1984 / دار العلم للملايين/بيروت.
تحقيق أحمد عبد الغفور عطار .

07) القاموس المحيط :
محي الدين محمد بن يعقوب الفيروز ايادي / دار الكتاب العربي/بيروت.

08) لسان العرب :
ابن منظور / طبع دار المعارف مصر .

09) المخصص لأبي الحسن علي بن اسماعيل المعروف بابن سيده :
طبع دار الفكر / بيروت .

10)معجم مقاييس اللغة :
أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا / تحقيق عبد السلام هارون /طبع دار الفكر / بيروت .

11) معجم اللغات :
جروان السابق / دار السابق النشر والتوزيع / بيروت .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ثانيا : المراجع العامة حسب الفهرس الأبجدي للمؤلفين :

01) ابراهيم دسوقي أباظة : تاريخ الفكر السياسي / طبع بيروت .

02) ابن الأثير الجزري المحدث مجد الدين أبو السعدات مبارك بن محمد : جامع الأصول من أحاديث الرسول / ط4 1984 / دار احياء التراث العربي / بيروت .

ـ النهاية في غريب الحديث والأثر / طبع دار الفكر بيروت .

03) الأشعري : أبو الحسن علي بن اسماعيل . مقالات الاسلاميين / ط2 / 1985 / تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد .

04) الألباني : محمد ناصر الدين : ارواء الغليل تخريج أحاديث منار السبيل / ط1 / 1979 المكتب الاسلامي بيروت .

ـ سلسلة الأحاديث الصحيحة / طبع المكتب الاسلامي بيروت .

05) الاصبهاني : أبو نعيم أحمد بن عبد الله . حلية الأولياء وطبقات الأصفياء / ط3 / 1980م / دار الكتاب العربي / بيروت .

06) أبيش يوسف : نصوص الفكر السياسي الاسلامي / ط1 / 1966 / دار الطليعة بيروت .

07) أحمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام / 1975 / القاهرة .

08) أحمد عثمان : آثار عقد الزواج / طبع جامعة محمد بن سعود / السعودية .

09) أحمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد / ط1 / الاسكندرية .

10) آدمون رباط : الوسيط في القانون الدستوري / طبع بيروت .

11) آل بسام : تيسير العلام شرح عمدة الأحكام / طبع دار النهضة الحديثة / مكة المكرمة .

12) الآبي عبد السميع : جواهر الاكليل شرح مختصر خليل / دار الفكر للطباعة والنشر / لبنان .

13) الآمدي علي بن محمد : الأحكام في أصول الأحكام / طبق المكتب الاسلامي / دمشق .

14) الانصاري : عبد الحميد اسماعيل : الشورى وأثرها في الديمقراطية / ط2 / منشورات المدينة العصرية / صيدا / بيروت .

15) الانصاري : أبو يحيا زكريا بن محمد : فتح الوهاب منهج الطلاب / طبع دار الفكر / بيروت .

ـ حاشية الشرقاوي / طبع دار المعرفة / لبنان

16) أنور سلطان :
- المدخل للعلوم القانونية / دار النهضة العربية / بيروت.
- الموجز في النظرية العامة للالتزامات / طبع دار النهضة العربية / بيروت / 1983 .
- المبادئ القانونية / ط4 / 1983 / دار النهضة العربية/بيروت .
- عقد البيع / طبع دار المعارف / 1966 / القاهرة .
- شرح عقد البيع / ط2 / 1952 / الاسكندرية .

17) الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعيد : - المنتقى شرح الموطأ / ط3 / 1983 / دار الكتاب العربي / لبنان .
- المعتصر من المختصر / طبع عالم الكتب / لبنان .
- الاشارات مخطوط .

18) باسلامة حسين عبد الله : خلافة أبي بكر الصديق / ط1 / 1983 / السعودية .

19) البخاري، محمد بن عبد الرحمان : محاسن الاسلام / ط2 / دار الكتاب العربي / بيروت .

20) البخاري ، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم : الجامع الصحيح / 1981 / دار الفكر بيروت .

21) البخاري، أبو الطيب صديق بن حسن بن علي القنوجي : الروضة الندية شرح الدرر البهية / طبع قطر .

22) بدران أبو العينين بدران : - تاريخ العقد الاسلامي / الملكية ونظرية العقد / دار النهضة العربية / 1968 / بيروت .
- أصول الفقه / 1969 / دار المعارف / القاهرة .
- بيان النصوص التشريعية / 1969 / منشأة المعارف الاسكندرية .

23) البدراوي عبد المنعم : - النظرية العامة للالتزامات / 1975 / مكتبة وهبة / القاهرة .

24) - عقد البيع في القانون المصري / ط2 / 1958 / مكتبة وهبة / القاهرة .

25) البرنسي أحمد بن محمد (زروق): شرح زروق على الرسالة / طبع دار الفكر / بيروت .

26) البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء : شرح السنة / ط1 / 1970 / المكتب الاسلامي/بيروت.

27) البصري، أبو الحسن بن محمد البصري : المعتمد في أصول الفقه / 1964 / دمشق . تحقيق : محمد عبد الله .

28) البليهي صالح : السلسبيل في معرفة الدليل / ط2 / 1396 هـ / الشركة المصرية للطباعة والنشر / القاهرة .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

29) البناني ، أبو عبد الله محمد بن حسين : حاشية البناني .

30) البهوتي ،منصور بن يونس: شرح منتهى الارادات /طبع ونشر ادارة البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد / السعودية .
كشاف القناع/ 1982 / دار الفكر / لبنان .

31) البوطي،محمد سعيد رمضان : محاضرات في الفقه المقارن /ط2 / 1981/دار الفكر دمشق .

32) البعبدلي،المهدي : البيعة والشورى في الاسلام/مجلة الاصالة/عدد 28 السنة 4/ 1975/ الجزائر .

33) البيجوري ابراهيم : حاشية البيجوري / طبع دار الفكر / بيروت .

34) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين : سنن البيهقي / طبق دار الفكر / بيروت .

35) التبريزي، ولي الدين محمد بن عبد الله الخطيب : مشكاة المصابيح / تحقيق : الألباني /ط1/ 1961/المكتب الاسلامي / بيروت .

36) الترمانيني، عدنان خالد : ضوابط العقد في الفقه الاسلامي /ط1/ 1981/ طبع دار الشروق / بيروت .

37) الترمذي،محمد بن عيسى بن سورة : سنن الترمذي /ط2 / 1983/ دار الفكر/ بيروت .

38) التسولي، علي بن عبد السلام : البهجة شرح التحفة/طبع دار الفكر / بيروت .

39) تقية محمد : الارادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري / طبع المؤسسة الوطنية للنشر / الجزائر .

40) تناغو سمير : عقد البيع / طبع الاسكندرية .

41) التنوخي، سعيد بن سحنون : المدونة الكبرى / طبع دار الفكر .

42) التواتي،أبو القاسم بن محمد بن أحمد : الاسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب/ ط1/ 1975/ دار الغرب الاسلامي .

43) تيمية ،تقي الدين أحمد : ـ مجموع الفتاوي / مكتبة المعارف / الرباط/ المغرب.
ـ القواعد النورانية / طبع المكتبة السلفية/ القاهرة .

44) تيمية ،مجد الدين أبو البركات عبد السلام : ـ المحرر في الفقه / دار الكتاب العربي / بيروت .
ـ المنتقى من أخبار المصطفى صلى الله عليه وسلم/ طبع دار الفكر/ بيروت .

45) ثروة بدوي : النظم السياسية / طبع القاهرة / دار النهضة .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

46) جاك يوسف الحكيم : عقد البيع/ 1970/ دار الفكر / دمشق .

47) الجرجاني، علي بن محمد الشريف : التعريفات / 1978/ طبع مكتبة لبنان / بيروت .

48) الجزائري، أبو بكر جابر : الدولة في الاسلام/ طبع الدار البيضاء/ المغرب .

49) ابن جزي، أبو القاسم محمد بن أحمد : القوانين الفقهية/ 1982/ الدار العربية للكتاب/ ليبيا / تونس .

50) الجزيري عبد الرحمن : الفقه على المذاهب الأربعة/ طبع دار الفكر/ بيروت،

51) أبو جيب سعيد : — موسوعة الاجماع في الفقه الاسلامي/ طبع الدار العربية بيروت .

— الوجيز في المبادئ السياسية في الاسلام/ ط1/ 1981 جدة/ السعودية .

52) جيب هاملتون : — الاتجاهات الحديثة في الاسلام/ ترجمة : هاشم الحسيني / 1966/ بيروت .

— المجتمع الاسلامي والغرب/ ترجمة : أحمد عبد الرحيم مصطفى / طبع دار المعارف المصرية .

53) حامد ربيع : مستقبل الاسلام السياسي / 1983/ بغداد .

54) حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الاسلامية/ 1974 دار النهضة / القاهرة .

55) حجازي عبد الحي : — موجز النظرية العامة للالتزام/ 1955 / القاهرة .

— المدخل لدراسة العلوم القانونية/ 1972/ الكويت.

56) الحجاوي، شرف الدين أبو النجا : الروض المربع /ط6 / دار الفكر / لبنان .

57) ابن حجر الهيتمي، شهاب الدين أبو العباس : الفتاوي / دار الفكر/بيروت .

58) الحجوي، محمد بن الحسين الثعالبي : الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي/ المطبعة الجديدة بفاس / المغرب

59) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي : — الفصل في الملل والاهواء والنحل/ ط1/ 1982/ السعودية .

— الأحكام في أصول الأحكام / طبع القاهرة .

— المحلى / تحقيق : أحمد محمد شاكر/ طبع المنيرية/ مصر .

60) حسن ابراهيم حسن : تاريخ الاسلام السياسي والديني والاجتماعي /ط7/ 1964/ بيروت .

61) حسن فرج : ـ المدخل للعلوم القانونية / ط2 / 1976 / القاهرة .
ـ النظرية العامة للالتزامات .
ـ عقد البيع .

62) حسن كيره : المدخل للقانون / ط5 / الاسكندرية .

63) حسني نصار : ـ شرح القانون المدني المصري / دار الفكر / القاهرة .
ـ عقد البيع .

64) حسين مروة : دراسات في الاسلام / ط1 / 1980 / بيروت .

65) الحسيني، أبو بكر محمد الشافعي : كفاية الاخيار حل غاية الاختصار .

66) الحصري أحمد : نظرية الحكم ومصادر التشريع في أصول الفقه الاسلامي / 1981 / مكتبة الكليات الازهرية / القاهرة .

67) الحصري ، ساطع : دراسة عن مقدمة ابن خلدون / ط3 / 1967 / القاهرة .

68) الحطاب ، أبوعبد الله محمد بن أحمد : ـ تحرير الاحكام في مسائل الالتزام / 1984 / دار الغرب الاسلامي / لبنان .
ـ مواهب الجليل شرح مختصر خليل / وبهامشه : التاج والاكليل / لابن المواق / ط2 / 1978 / دار الفكر بيروت .

69) حمد بن حماد الحماد : من فقه السنة / دراسة فقهية لبعض الأحاديث في البيوع / طبع في المدينة المنورة / السعودية .

70) الحمصاني عارف : محاضرات في النظم السياسية والدستور / دمشق .

71) خالد محمد خالد : خلفاء الرسول / 1983 / بيروت .

72) الخالدي محمود عبد المجيد : قواعد نظام الحكم في الاسلام / ط1 / 1980 / الكويت .

73) خان تاضي : الفتاوي الهندية ، وبهامشها الفتاوي البزازية .

74) الخبازي جلال الدين عمر بن محمد بن عمر : المغني في أصول الفقه / ط1 / 1401 هـ / 1985م / تحقيق محمد مظهر بقا / الكويت .

75) خان ، قمر الدين : ابن تيمية وفكره السياسي / ترجمة أحمد مبارك البغدادي .

76) الخربوطي، علي حسن : ـ الاسلام والحركات المضادة / ط1 / 1973 / دار الفكر القاهرة .
ـ الدولة العربية الاسلامية / 1960 / القاهرة .

77) الخرشي، أبوعبد الله محمد : حاشية الخرشي على مختصر خليل / ط1 / المطبعة الجمالية / 1308 هـ / مصر .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

78) الخشني، محمد بن الحارث : أصول الفتيا على مذهب الامام مالك / طبع المؤسسة الوطنية للكتاب / تونس .

79) الخضري، محمد : ـ اتمام الوفاء بسيرة الخلفاء / طبع دار الفكر / لبنان .

ـ أصول الفقه / ط6 / 1969 / القاهرة .

80) الخطابي، أبوسليمان أحمد بن محمد : مختصر سنن أبي داود / طبع السعودية .

81) الخطيب أنور : الأصول البرلمانية / طبع دار الفكر / لبنان .

82) الخطيب عبد الكريم : الخلافة والامامة ـ ديانة وسياسة / ط1 / 1963 / دار الفكر العربي / القاهرة .

83) الخفيف علي : ـ أحكام الوصية / طبع معهد الدراسات العربية / القاهرة .

ـ الكفالة .

ـ مختصر أحكام المعاملات الشرعية / مطبعة السنة المحمدية 1950 / القاهرة .

84) ابن خلدون عبد الرحمن : تاريخ ابن خلدون / طبع دار الكتاب اللبناني .

85) خليفة مناع مرار : المزارعة والمساقاة في الشريعة الاسلامية / 1975 / دار الرسالة للطباعة / بغداد .

86) خليل ابن اسحاق : المختصر / 1981 / دار الفكر / بيروت .

87) الخليلي، حبيب ابراهيم : المدخل للعلوم القانونية / 1980 / الشركة الوطنية للنشر والتوزيع / الجزائر .

88) الخن مصطفى سعيد : أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء / ط2 / 1982 / بيروت .

89) الخزلي ، البهي : الثروة في الاسلام / طبع تونس .

90) أبو داود ، سليمان بن الاشعث السجستاني : سنن أبي داود / دار الفكر / بيروت .

91) درويش ابراهيم : دراسة الحكومة المقارنة / ط2 / 1980 / طبع دار الشرق، لبنان .

92) الدردير أبو البركات أحمد بن محمد : ـ شرح أقرب المسالك لمذهب مالك .

ـ حاشية الدردير على مختصر خليل .

93) الدريني فتحي : ـ خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم / ط1 / 1982 / مؤسسة الرسالة / بيروت .

ـ الفقه الاسلامي المقارن . طبع سورية .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

94) الدريني، نشأت ابراهيم : التراضي في عقود المبادلات المالية /ط1 / 1982 / دار الشروق / السعودية .

95) الدسوقي محمد بن عرفة : حاشية الدسوقي على المختصر / دار الفكر / بيروت.

96) ابن دقيق العيد، تقي الدين أبوالفتح محمد بن علي : الالمام بأحاديث الأحكام / دار الثقافة الاسلامية الرياض .

ـ أحكام الأحكام شرح عمدة الاحكام / مطبعة السنة المحمدية / القاهرة .

97) الدهلوي، ولي الله أحمد بن عبد الرحيم : حجة الله البالغة /ط1 / 1973 / شركة أمين دلهي / الهند .

98) الدينوري، ابن قتيبة أبو عبد الله بن مسلم : الامامة والسياسة / طبع دار المعرفة / لبنان .

99) الرازي فخر الدين عمر بن الحسين :

ـ تفسير الفخر الرازي / طبع دار الفكر / بيروت .

ـ المحصول في علم أصول الفقه /ط1 / 1979 / جامعة محمد بن سعود / السعودية . تحقيق : جابر فياض العلواني .

100) رأفت شفيق شنبور : دستور الحكم والسلطة في القرآن .

101) الربيعة عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي : السبب عند الأصوليين / 1980 / جامعة محمد بن سعود .

102) ابن رشد أبوالوليد محمد بن أحمد :

ـ البيان والتحصيل / طبع دار الغرب الاسلامي .

ـ بداية المجتهد / طبع دار الفكر / بيروت .

ـ المقدمات الممهدات / طبع دار السعادة بمصر .

ـ فتاوي ابن رشد / طبع دار الغرب الاسلامي .

103) رضوان السيد : الامامة والجماعة والسلطة ، دراسة في الفكر السياسي العربي الاسلامي /ط1 / 1984 / بيروت .

104) الرفاعي أنور : الانسان العربي والحضارة / دار الفكر / بيروت .

105) رمضان أبو السعود : عقد البيع / الدار الجامعية / الاسكندرية .

106) الرملي شمس الدين محمد بن أحمد :

ـ نهاية المحتاج الى ألفاظ المنهاج / طبع مصطفى الحلبي / مصر .

ـ غاية البيان شرح زيد ابن أرسلان / طبع دار المعرفة بيروت .

107) الزاهي أحمد : فتاوي أحمد الزاهي /ط1 / 1973 / ليبيا .

108) الزبيدي، محمد الحسني : اتحاف السادة المتقين بشرح احياء علوم الدين / دار الفكر / بيروت .

109) الزحيلي وهبة : ـ الفقه الاسلامي وأدلته /ط2 / 1985 / دار الفكر دمشق .

ـ الوسيط في أصول الفقه / /المطبعة العلمية/1968 دمشق .

110) الزرقاني محمد : ـ الزرقاني على مختصر خليل / دار الفكر / بيروت .

ـ شرح الموطأ / 1981 / دار الفكر / بيروت .

111) الزرقاء ، أحمد : شرح القواعد الفقهية / تحقيق :عبد الناصر أبو غرة / طبع دار الغرب الاسلامي .

112) الزرقاء ، مصطفى أحمد : المدخل للفقه الاسلامي العام/ط3/ دار الفكر/بيروت

113) زكي الدين شعبان : ـ أصول الفقه .

ـ الشروط المقترنة بالعقد /ط1/1968/ دار النهضة العربية / القاهرة .

114) زكي عبد البر : الحكم الشرعي والقاعدة القانونية /ط1/1982/دار القلم / الكويت .

115) زهدي يكن : ـ الوقف / طبع دار المعرفة / لبنان .

ـ شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني/دار المعرفة / لبنان .

ـ عقد البيع / طبع دار المعرفة / لبنان .

116) أبو زهرة محمد : ـ العلاقات الدولية في الاسلام / طبع دار الفكر العربي بيروت .

ـ أصول الفقه/ طبع دار الفكر العربي / بيروت .

ـ الملكية ونظرية العقد / طبع دار الفكر العربي/بيروت.

ـ الوحدة الاسلامية/1978/ لبنان .

ـ الوقف / طبع دار الفكر العربي / بيروت .

ـ شرح قانون الوصية/ طبع 1978/ لبنان .

أبو حنيفة : طبع دار الفكر العربي / بيروت.

مالك : " " " "

الشافعي : " " " "

أحمد بن حنبل : " " " "

ابن حزم : " " " "

آثار عقد الزواج : " " "

الاحوال الشخصية : " " "

117) زناتي محمد سلام : الاسلام والتقاليد القبلية في افريقيا /1969/ دار النهضة العربية/ بيروت .

118) محمود بن أحمد الزنجاني : تخريج الفروع على الأصول /ط5/ 1984/ مؤسسة الرسالة / بيروت .

119) الزيلعي، فخرالدين عثمان بن علي : ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق /طبع دار المعرفة لبنان .

ـ نصب الراية لأحاديث الهداية /ط2/ 1973 /الرياض.

120) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن : ـ تاريخ الخلفاء/ طبع دار الثقافة/ لبنان .

ـ الاشباه والنظائر / طبع دار الفكر للطباعة والنشر لبنان .

ـ تنوير الحوالك/ طبع دار الفكر للطباعة والنشر/ لبنان .

121) سابر دابر عبد الفتاح : القانون الدستوري /ط1/ 1959/ القاهرة .

122) السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي : الابهاج شرح المنهاج /الكليات الازهرية/ تحقيق : شعبان محمد اسماعيل .

123) السبكي، تاج الدين بن علي : فتاوي السبكي / طبع دار الكتب / 1981 /بيروت .

124) ستيشحفسكا بوجيته غايانه: تاريخ الدولة الاسلامية / ط1 / 1966 / طبع بيروت .

125) ستيوارت ميتشل : نظام الحكم الحديثة/ ترجمة: أحمد كامل ، مراجعة سليمان الطماوي / طبع بيروت .

126) السرخسي، أبو بكر بن محمد بن أحمد : أصول السرخسي / طبع دار المعرفة/ بيروت .

127) السرخسي، شمس الدين : المبسوط/ ط2 / دار المعرفة / بيروت .

128) السعيد عبد العزيز بن عبد الرحمن : ابن قدامة وآثاره الأصولية /ط2/ 1979/ الرياض .

129) سعيد عبد المنعم الحكيم: الرقابة على أعمال الادراة /ط2/ 1987/ دار الفكر العربي / القاهرة .

130) السلماني عبد المجيد : الأسئلة والأجوبة الفقهية / طبع السعودية .

131) سليمان مرقص: ـ شرح القانون المدني المصري /دار الفكر/ القاهرة .

ـ المدخل للعلوم القانونية / دار المعرفة / القاهرة .

132) السمرقندي نصرالدين : خزانة الفقه وعيون المسائل /شركة الطبع والنشر بغداد / 1965 .

133) سميح عاطف الزين : الانسان وثقافة الانسان /ط4/ 1974 /بيروت .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

134) السنهوري عبد الرزاق أحمد : ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي / دار احياء التراث / بيروت .
ـ نظرية العقد / دار التراث / بيروت .
ـ الوسيط / 1968 / دار النهضة العربية / القاهرة .
ـ الوجيز / طبع المجمع العربي الاسلامي / بيروت .

135) سيد سابق : ـ فقه السنة / ط5 / 1983 / دار الكتاب العربي / بيروت .
ـ عناصر القوة في الاسلام / ط2 / 1978 / لبنان .

136) الشاشي ، أبو علي : أصول الشاشي / دار الكتاب العربي / بيروت .

137) الشاطبي أبو اسحاق ابراهيم : الموافقات / دار الفكر / بيروت .
ـ الاعتصام / مكتبة الرياض الحديثة / الرياض .

138) الشاطري أحمد بن عمر : الياقوت النفيس في مذهب ابن ادريس / ط3 / 1973 / دار الشروق / بيروت .

139) الشافعي محمد بن ادريس : الأم / طبع دار المعرفة / بيروت .

140) الشرباصي أحمد : يسألونك في الدين والحياة / دار الفكر / بيروت .

141) الشربيني شمس الدين محمد بن أحمد : مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج / 1955 / المطبعة التجارية / مصر .

142) شلبي محمد مصطفى : ـ المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي / 1969 / دار النهضة العربية / بيروت .
ـ أحكام الأسرة .

143) شلبي أحمد : السياسة والاقتصاد في الفكر الاسلامي / طبع دار الفكر العربي / القاهرة .

144) شلتوت محمود : ـ الاسلام عقيدة وشريعة / ط11 / 1982 / دار الشروق القاهرة .
ـ الفتاوي / ط2 / 1983 / دار الشروق / القاهرة .

145) شمران حمادي : النظام السياسية / طبع بغداد .

146) الشنقيطي أحمد بن أحمد اليوسفي : زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم / دار احياء التراث العربي / بيروت .

147) الشوكاني محمد بن علي بن محمد : ـ نيل الأوطار / طبع مكتبة الكليات الازهرية / القاهرة .
ـ ارشاد الفحول الى علم الأصول / طبع دار الفكر / لبنان .

148) الشيرازي ، جمال الدين أبو اسحاق الفيروزبادي : ـ التنبيه في الفقه الشافعي / ط1 1983 / بيروت .
ـ المهذب في الفقه الشافعي / طبع مصطفى بن الحلبي / مصر .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

149) الصابوني عبد الرحمن : ـ المدخل للفقه الاسلامي / 1976 / جامعة دمشق .

ـ مدى حرية الزوجين في الطلاق /ط3/ 1983 / دار الفكر / بيروت .

150) صالح بن عبد الله : رفع الحرج في الشريعة الاسلامية /ط1/ 1403 هـ / مركز البحث العلمي واحياء التراث الاسلامي / السعودية .

151) الصاوي أحمد : بلغة السالك / دار الفكر للطباعة والنشر / بيروت .

152) الصراف عباس : شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي /ط1/ 1975 / دار البحوث العلمية / الكويت .

153) الصعيدي عبد المتعال : السياسة الاسلامية في عهد الراشدين /ط1/ 1962 دار الفكر العربي / القاهرة .

154) الصنعاني محمد بن اسماعيل : سبل السلام / مطبعة صبيح / مصر .

155) صوفي حسن أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية / 1976 / دار النهضة العربية / القاهرة .

156) الضناوي محمد علي : الطريق الى حكم الاسلام /ط1/ 1970 / بيروت .

157) طالبي عمار : ابن باديس حياته وآثاره / طبع دار الغرب الاسلامي بيروت .

158) الطبري محمد ابن جرير : ـ اختلاف الفقهاء / طبع دار المعرفة / لبنان .

ـ تاريخ الأمم والملوك / دار الفكر .

ـ جامع البيان في تفسير القرآن / دار المعرفة / لبنان .

159) الطحاوي أبوجعفر أحمد أبوجعفر بن محمد : ـ مختصر الطحاوي / دار الكتاب العربي / القاهرة . تحقيق : أبو الوفاء الافغاني .

ـ مشكل الآثار / دائرة المعارف الهندية / 1333 هـ 4 أجزاء .

ـ حاشية الطحاوي .

160) الطحطاوي أحمد بن محمد : حاشية الطحطاوي / دار المعرفة / بيروت .

161) طعيمة جابر عبد الرحمن : الاسلام والثورة الاجتماعية /ط1/ 1970 / القاهرة .

162) الطماوي سليمان : التطور السياسي للمجتمع العربي / دار النهضة العربية القاهرة .

163) طه حسين : الفتنة الكبرى (علي وبنوه) / طبع دار المعارف / مصر .

164) ابن عابدين محمد أمين : ـ حاشية رد المحتار /ط2/ 1966 / دار الفكر

ـ رسائل ابن عابدين .

165) ابن عاشور محمد الطاهر : تفسير التحرير والتنوير / طبع الدار التونسية للنشر / تونس .

166) ابن عبد البر أبوعمر يوسف : ـ الكافي / تحقيق : أحمد المرسطاني / ط1 / 1978 / الرياض .

ـ التمهيد / 1976 / المغرب .

167) عبد الحميد متولي : ـ الشريعة الاسلامية كمصدر للدستور / ط1 / الاسكندرية .

ـ مبدأ الشورى في الاسلام / ط2 / 1972 / الاسكندرية .

ـ أزمة الأنظمة الديمقراطية / طبع الاسكندرية .

ـ أزمة الفكر السياسي الاسلامي في العصر الحديث ط1 / 1970 / المكتب المصري الحديث / الاسكندرية .

168) ابن عبد ربه ، أبو عمر أحمد بن محمد : العقد الفريد / طبع دار الكتاب العربي / بيروت .

169) عبد العزيز عبد الله : معلمة الفقه المالكي / ط1 / 1983 / دار الغرب الاسلامي ، بيروت .

170) عبد الغني سعيد : الاسلام دعوة تقدمية لعالم متطور / ط3 / القاهرة .

171) عبد الفتاح عبد الباقي : ـ نظرية العقد / مطبعة نهضة مصر / القاهرة .

ـ دروس في الالتزام / نظرية القانون / ط5 / 1966 / القاهرة .

172) عبد القادر عودة : الاسلام وأوضاعنا السياسية / مؤسسة الرسالة / بيروت .

173) عبد الكريم زيدان : ـ الفرد والدولة في الشريعة الاسلامية / الكويت .

ـ المدخل للشريعة الاسلامية / جامعة بغداد .

174) أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن : رحمة الأمة في اختلاف الأئمة / 1981 / قطر .

175) عبد المنعم فرج الصده : ـ دروس في الالتزام / 1969 / دار النهضة العربية مصر .

ـ مصادر الالتزام / 1969 / دار النهضة العربية القاهرة .

ـ نظرية العقد في قوانين البلاد العربية / 1974 / دار النهضة العربية / بيروت .

ـ أصول القانون / دار النهضة العربية / القاهرة .

176) عبد الواحد وافي : الاسلام والمجتمع العربي / طبع المكتبات الازهرية القاهرة .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

177) عبد الودود يحي : دروس في الالتزام / دار النهضة / القاهرة .

178) عبد الوصيف محمد : مصباح المسالك /شرح نظم أسهل المدارك / دار الفكر / بيروت .

179) العجلاني منير : عبقرية الاسلام في أصول الحكم /ط-1 / 1985 / دار النفائس / بيروت .

180) العدوى ابراهيم : الدولة الاسلامية وامبراطورية الروم / ط-2 / 1958 / القاهرة .

181) العدوى علي الصعيدي : حاشية العدوى / دار الفكر / بيروت .

182) ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله : ـ عارضة الاحوذي شرح الترمذي/دار الكتاب العربي/بيروت .

ـ أحكام القرآن / تحقيق : محمد علي البجاوي / دار الفكر بيروت .

183) عرجون محمد الصادق : الموسوعة في سماحة الاسلام /ط-1 / 1984 /الرياض.

184) العراقي عبد الرحيم بن الحسين : طرح التثريب شرح التقريب/ طبع دار المعارف/ حلب سوريا .

185) العسقلاني، ابن حجر : ـ فتح الباري شرح صحيح البخاري /ط-3 / 1985 /دار احياء التراث العربي / بيروت .

ـ تلخيص الحبير / تحقيق : شعبان محمد اسماعيل /طبع مكتبة الكليات الازهرية / القاهرة .

ـ تهذيب التهذيب /ط-1 / 1984 / دار الفكر للطباعة والنشر / بيروت .

186) ابن عرفة ،أبو عبد الله محمد : شرح حدود ابن عرفة /ط-1 / 1350 هـ / تونس .

187) العطار فؤاد : النظم السياسية والقانون الدستوري /دار النهضة القاهرة .

188) العقاد عباس محمود : الديمقراطية في الاسلام/ط-6 /دار المعارف المصرية القاهرة .

189) عليش محمد : ـ منح الجليل على مختصر خليل / دار الفكر / بيروت .

ـ فتح العلي المالك / طبع دار المعرفة / لبنان .

190) عوابدي عمار : مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية/طبع المؤسسة الوطنية للكتاب / 1984 / الجزائر .

191) العيادي عبد الحميد : الدولة الاسلامية تاريخها وحضارتها / دار الفكر القاهرة .

192) العيني بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد :
ـ البناية شرح الهداية / دار الفكر / بيروت .
ـ عمدة القارئ شرح صحيح البخاري / طبع المنيرية / مصر .

193) أبو العينين محمد ابراهيم : مبادئ القانون / ط1 / 1981 / جدة / السعودية .

194) الغزال اسماعيل : القانون الدستوري والنظم السياسية / ط1 / 1982 / بيروت .

195) الغزالي أبو حامد :
ـ الوجيز في الفقه الشافعي .
ـ احياء علوم الدين / طبع دار المعرفة / بيروت .
ـ المستصفى / ط2 / 1983 / دار الكتب العلمية .

196) الغزالي محمد : الطريق من هنا / دار الكتب / الجزائر .

197) الغنيمي عبد الغني : اللباب شرح الكتاب / دار الكتاب العربي / بيروت .

198) القارئ أحمد بن عبد الله : مجلة الاحكام الشرعية على مذهب أحمد / ط1 / 1981 تهامة / السعودية .

199) القاسمي محمد : الاسلام كما فهمت / طبع دار الفكر / لبنان .

200) القاسمي محمد جمال الدين : محاسن التأويل / ط2 / 1978 / دار الفكر / بيروت .

201) القاسمي عبد العزيز بن عبد الرحمن : الاسلام وتقنين الاحكام في البلاد السعودية / طبع السعودية .

202) القاسمي ظافر : نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الاسلامي / ط5 / 985 دار النفائس / لبنان .

203) ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد : المغني / دار الكتاب العربي .

204) ابن قدامة موفق الدين : الكافي في فقه أحمد ابن حنبل .

205) القرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد بن ادريس :
ـ شرح تنقيح الفصول / طبع دار الفكر .
ـ الفروق / ط1 / 1334 هـ / دار احياء الكتاب العربية بيروت .
ـ روضة الناظر وجنة المناظر / ط1 / 1981 / دار الكتاب العربي / بيروت .

206) القرضاوي يوسف :
ـ الشريعة الاسلامية وصلاحيتها / مؤسسة الرسالة / بيروت .
ـ حتمية الحل الاسلامي / ط13 / 1985 / مؤسسة الرسالة بيروت .

207) القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري : الجامع لأحكام القرآن .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

208) القسطلاني أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد : ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري / 1984 / دار الكتاب العربي .

209) قسيس انطوان : ـ آمالي ومحاضرات في القانون المدني السوري / طبع سوريا

ـ عقد البيع / طبع جامعة حلب / 1966 / سوريا .

210) قلعة جي محمد رواس : ـ موسوعة عمر / طبع السعودية .

ـ موسوعة عثمان / مكتبة الخانجي / القاهرة .

ـ موسوعة ابن عمر /

ـ موسوعة عبد الله بن مسعود .

ـ موسوعة ابراهيم النخعي / ط1 / 1979 السعودية .

211) القلقشندي أبو العباس أحمد بن بن علي : صبح الأعشى في صناعة الانشاء / طبع المؤسسة المصرية / القاهرة .

212) قهلان هاشم : الدستور واليمين الدستورية .

213) ابن قيم الجوزية شمس الدين أبو عبد الله محمد : ـ زاد المعاد / طبع مؤسسة الرسالة / بيروت .

ـ عون المعبود / دار الفكر / بيروت .

ـ اعلام الموقعين / مكتبة الكليات الازهرية / القاهرة .

214) ابن فرحون برهان الدين ابراهيم بن علي : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام / دار المعرفة / لبنان .

215) فائز صالح أبو جابر : الفكر السياسي الحديث / ط5 / بيروت .

216) كارتر جوندلين : نظم الحكم والسياسة في القرن العشرين / ترجمة : ماهر نسيم / بيروت .

217) الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع / ط2 / 1982 / دار الكتاب العربي / بيروت .

218) الكافي محمد بن يوسف : أحكام الأحكام على تحفة الحكام / ط3 / 1981 / دار الفكر / بيروت .

219) الكاندهلوي محمد زكريا : أوجز المسالك الى موطأ مالك / طبع دار الفكر / بيروت

220) الكشميري محمد أنور : فيض الباري على صحيح البخاري / دار المعرفة .

221) الكشناوي أبو بكر بن حسن : أسهل المدارك شرح ارشاد السالك / ط2 / دار الفكر بيروت .

222) الكرخي عبيد الله بن الحسين : أصول الكرخي / ط1 / المطبعة الأدبية / مصر .

223) الكردي أحمد الحجي : بحوث في الفقه الاسلامي / 1977 / دار المعارف / دمشق .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

224) كتيل رايموند كارئيلد : العلوم السياسية / ترجمة : فاضل زكي محمود وعلي حسين الذنوب/ طبع دار النهضة/ بغداد .

225) كرو الهادي : أصول التشريع / الدار العربية للكتاب/ليبيا / تونس .

226) الكعكي يحي أحمد : مقدمة في علم السياسة / 1983 / دار النهضة العربية / بيروت .

227) كوثر كامل علي : شروط عقد الزواج / طبع دار بوسلامة للطباعة والنشر تونس .

228) الكوهجي عبد الله بن حسن : زاد المحتاج شرح المنهاج /ط1/1982/طبع الشؤون الدينية بقطر / تحقيق : عبد الله بن ابراهيم الانصاري .

229) ابن اللحام علي بن محمد بن علي عباس : المختصر في أصول الفقه على مذهب أحمد / 1980 / السعودية .

230) لبيب شنب : ـ شرح أحكام عقد البيع / دار النهضة / بيروت .

ـ موجز مصادر الالتزام/ دار النهضة بيروت .

231) لاندو ، روم : الاسلام والعرب/ تعريب : منير البعلبكي /ط1/ 1962/ بيروت .

232) لابيسكا جورج : السياسة والدين عند ابن خلدون / تعريب: موسى وهبي ط1/ 1980/ دار المعرفة / بيروت .

233) ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد : سنن ابن ماجة / طبع دار الفكر / لبنان .

234) المارتيني زهير : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات / طبع دمشق .

235) المباركفوري محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم : تحفة الاحوذي شرح الترمذي / طبع دار الكتاب العربي لبنان .

236) محسن خليل : النظم السياسية والقانون الدستوري / طبع الاسكندرية .

237) محمد جلال شرف : نشأة الفكر السياسي وتطوره في الاسلام/ 1982/ بيروت .

238) محمد حسنين : ـ الوجيز في نظرية الالتزام في المدني الجزائري /الشركة الوطنية للنشر والتوزيع / الجزائر .

ـ عقد البيع في القانون المدني الجزائري .

239) محمد حسين هيكل : الحكومة الاسلامية / دار المعارف / القاهرة .

240) محمد رأفت عثمان : الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الاسلام / ط3/ 1982/ بيروت .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

241) محمد رشيد رضا : ـ مجموعة الأحاديث النجدية/ .
ـ الفتاوي /ط1/1970/ دار الكتاب الجديد/لبنان .
ـ تفسير المنار/ ط2 / دار المعرفة / لبنان .

242) محمد بن ابراهيم : الحيل الفقهية/ طبع 1985/ الدار العربية للكتاب/ بيروت .

243) محمد سلام مدكور : ـ المدخل للفقه الاسلامي / دار النهضة العربية/القاهرة .
ـ معالم الدولة الاسلامية/دار النهضة العربية/القاهرة .
ـ أصول الفقه/ط1/1976 دار النهضة العربية/ القاهرة .
ـ نظرية الاباحة/ط2/1965/ " " " " .

244) محمد عبد الله العربي : نظام الحكم في الاسلام / دار الفكر العربي /القاهرة .

245) محمد زكريا البرديسي : أصول الفقه/1983/ دار الثقافة للنشر والتوزيع/ القاهرة .

246) أبو محمد عزالدين عبد السلام : قواعد الأحكام في مصالح الأنام/ط1/1934/ المطبعة الحسينية/ القاهرة .

247) محمد تامل ليلة : النظم السياسية /طبع القاهرة .

248) محمد كامل ياقوت : الشخصية الدولية في القانون الدولي والشريعة الاسلامية/ القاهرة .

249) محمد كامل مرسي : الالتزامات / طبع دار الفكر / القاهرة .

250) محمد كرد علي : الاسلام والحضارة العربية/ط3/1968/القاهرة

251) محمد المبارك : ـ آراء ابن تيمية في الدولة .
ـ نظام الاسلام : الحكم والدولة /ط4/1981/لبنان .

252) محمد يوسف موسى : ـ نظام الحكم في الاسلام/ دار المعرفة / القاهرة .
ـ تاريخ الفقه الاسلامي / دار المعرفة / القاهرة .

253)محمصاني صبحي : ـ القانون والعلاقات الدولية في الاسلام/1972/بيروت .
ـ تراث الخلفاء الراشدين .
ـ فلسفة التشريع في الاسلام/ط5/1980/ دار العلم للملايين / بيروت .
ـ النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية / طبع لبنان .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

254) محمود جمال زكي : ـ الوجيز في النظرية العامة للالتزامات/ دار النهضة العربية / القاهرة .

ـ مشكلات المسؤولية المدنية .

ـ شرح قانون عقد البيع في القانون الكويتي/طبع الكويت.

255) محمود شاكر : التاريخ الاسلامي / طبع المكتب الاسلامي / بيروت .

256) محمود نعمان : موجز المدخل للعلوم القانونية / 1975/ دار النهضة العربية / بيروت .

257) مركز دراسة الوحدة العربية : أزمة الديمقراطية في العالم العربي .

258) مرسي عبد الله : سيادة القانون بين الشريعة والقوانين / طبع الاسكندرية

259) مسلم الامام أبوالحسين مسلم ابن الحجاج : الجامع الصحيح .

260) مصطفى محمد الجمال : أصول المعاملات .

261) أبو المعاطي أبوالفتوح : ـ المدخل لدراسة التشريع الاسلامي /ط2/ 1985/ الدار البيضاء/ المغرب .

ـ حتمية الحل الاسلامي ـ تأملات في النظام السياسي / 1977/ القاهرة .

262) ابن مفلح شمس الدين أبو عبد الله المقدسي : ـ كتاب الفروع /ط4/ 1984/ عالم الكتب / بيروت .

ـ المبدع في شرح المقنع / طبع المكتب الاسلامي /بيروت.

263) المقدسي بهاء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم : العدة شرح العمدة / طبع دار الفكر / بيروت .

264) المليباري زين الدين : اعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين /دار الفكر/بيروت

265) المليجي يعقوب محمد : مبدأ الشورى في الاسلام مقارنا بالنظم الغربية/ طبع الاسكندرية .

266) المنهجي أبو محمد علي بن زكريا : اللباب في الجمع بين السنة والكتاب/ دار الحديث حمص/ بيروت .

267) ابن المنذر أبو بكر محمد بن ابراهيم : الاشراف على مذهب العلماء / طبع السعودية .

268) منصور مصطفى منصور: المدخل العلوم القانونية/ط2/ 1970/ القاهرة .

269) منصور علي ناصف : التاج الجامع لأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم/ دار الفكر / بيروت .

270) المودودي أبو الأعلى : ـ مفاهيم اسلامية حول الدين والدولة/ 1985/ السعودية

ـ نظرية الاسلام وهيبته في السياسة والقانون / 1985 طبع الدار السعودية للطبع والنشر والتوزيع . السعودية .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

271) الموصلي عبد اللطيف محمود : الاختيار لتعليل المختار / دار المعرفة / بيروت .

272) ميارة أبو عبد الله محمد بن أحمد : ميارة الفاسي / طبع دار الفكر / بيروت .

273) الندوى أحمد : القواعد الفقهية / رسالة ماجستير / طبع دار القلم دمشق .

274) ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم : الأشباه والنظائر / 1980 / دار الكتب العلمية / بيروت .

275) النسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب : سنن النسائي /ط1/ 1930 / دار الفكر/ بيروت .

276) النفراوي أحمد غنيم : الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القرواني /دار الفكر بيروت .

277) النووي أبو زكريا يحي بن شرف : ـ شرح صحيح مسلم / 1981 / دار الفكر / بيروت .
ـ المجموع شرح المهذب / مطبعة الامام/ مصر .
ـ الفتاوي / ط1 / 1352 هـ /مطبعة الاستقامة/ مصر .

278) ابن الهمام كمال الدين : فتح القدير / دار الفكر العربي / بيروت .

279) الهروى أبو عبيد القاسم بن سلام : غريب الحديث /ط1/ 1964 /حيد أباد / الهند .

280) هوريو اندريه : القانون الدستوري والمؤسسات السياسية/ط2/ 1977 بيروت .

281) الهيثمي نورالدين علي بن أبي بكر : ـ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد /1352 هـ/ القاهرة .
ـ الشكل في الفقه الاسلامي /ط1/ 1985 /ادارة البحوث السعودية .

282) وحيد الدين سوار : ـ شرح القانون المدني الجزائري القديم/ المؤسسة الوطنية للكتاب .
ـ التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي /ط2/ 1979 / الشركة الوطنية للنشر والتوزيع / الجزائر .

283) الونشريسي أحمد بن يحي : طبع دار الغرب الاسلامي / بيروت .
ـ المعيار المعرب والجامع المغرب لفتاوي علماء افريقيا والأندلس والمغرب/ اشراف محمد حجي .

284) وزارة العدل المصرية : مجموعة الاعمال التحضيرية/ طبع وزارة العدل /مصر .

285) وزارة الأوقاف الكويتية : معجم الفقه الحنبلي / والموسوعة الفقهية .

286) الوندادي كمال ثروت : شرح أحكام عقد البيع/ط2/ 1973 / بغداد .

287) أبو اليزيد علي المتيت : النظم السياسية والحريات العامة / طبع الاسكندرية .

288) يحي الجمل : الأنظمة السياسية / طبع القاهرة .

289) اليوزبكي توفيق سلطان : دراسة في النظم العربية الاسلامية / ط2 / 1979 / بغداد .

ثالثا : المجلات :

01) مجلة الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة / عدد 2 / سنة 1398 هـ .

02) مجلة الشريعة والدراسات الاسلامية / العدد 2 / سنة 1984 جامعة كلية الشريعة والدراسات الاسلامية / جامعة الكويت .

03) مجلة الأحكام العدلية / ط5 / 1968 / مطبعة شعاركو / بيروت .

04) مجلة القانون والاقتصاد المصرية / العدد 1 2 / سنة 5 /

05) المحاماة المصرية / الاعداد 3 . 5 . 6 . 7 . 8 / القاهرة .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية