مجلة كلية
الدعوة الإسلامية

العدد الثالث عشر
1996

مجلة إسلامية - ثقافية - جامعة - محكمة تصدر سنويا

1425 من ميلاد الرسول صلى الله عليه وسلم 1996 أفرنجي

المنهج العلمي عند العرب

أبحاث منقودة

العامل النحوي في ميزان النقد

تراجم من الفكر الغربي

الشروط الجعلية
في عقود المعاوضات المالية

د. حليم السيد عبد الله الصعيدي
جامعة السابع من ابريل

الحمد لله رب العالمين وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن اهتدى بهديه وسار على منهجه إلى يوم الدين.

وبعد:

الشروط الجعلية: إما أن يقتضيها العقد أو تكون مؤكدة، أو مكملة، أو محسنة لمقتضى العقد، أو تكون قد جرى بها العرف، أو ورد بها نص شرعي، سواء أكانت تحقق منفعة لأحد العاقدين أم كلاهما أم لا.

ـ وقد تكون الشروط الجعلية منافية لمقتضى العقد، أو ورد نص بتحريمها أو تؤدي إلى غرر أو جهالة إو إخلال بشرط من الشروط المعتبرة في صحة العقد.

ـ وقد تكون الشروط الجعلية ليست منافية لمقتضى العقد ولم يرد نص

بتحريمها وتحقق منفعة لمشترطها، وقد تكون المنفعة مقصودة وقد تكون غير مقصودة.

والشروط الجعلية في جميع حالاتها إما أن تكون صحيحة أو باطلة أو فاسدة، وهي إما أن تكون صحيحة ويكون الوفاء بها واجب لأنها لا تؤثر في العقد، ويكون كل من الشرط والعقد صحيحاً. وإما أن يكون لها تأثير في العقد بالفساد أو البطلان فيلغو الشرط والعقد. وإما أن لا يكون لها تأثير في العقد فيصح العقد ويلغو الشرط على اختلاف بين العلماء في ذلك سوف نذكره متبوعاً بالأدلة والمناقشة، وذلك على النحو التالي: -

منشأ الاختلاف

يرجع منشأ الاختلاف بين الفقهاء في حكم الشروط الجعلية وتأثيرها في العقد وإلزامية الوفاء بها إلى ما يلي:

أولاً: وردت أحاديث يفيد ظاهرها النهي عن بيع وشرط كما وردت أحاديث يفيد ظاهرها صحة البيع بشرط.

فمن أخذ بظاهر الأحاديث التي تفيد النهي عن بيع وشرط قال بعدم الوفاء بالشروط الجعلية، قال بذلك الحنفية والشافعية.

ومن أخذ بظاهر الأحاديث التي يفيد ظاهرها صحة البيع بشرط قال بوجوب الوفاء بالشروط الجعلية. قال بذلك الحنابلة والمالكية.

ثانياً: هل العبرة بمقتضى العقد أم بمقصد الشارع من تشريعه العقد؟

فمن قال: إن العبرة بمقصد الشارع، قال بإلزامية الوفاء بالشروط الجعلية، وجعل كل ما يحقق منفعة للعاقدين أو أحدهما يجب الوفاء به ما لم يرد نص بتحريمه وبذلك قال الحنابلة والمالكية.

ومن قال إن العبرة بمقتضى العقد قال بعدم إلزامية الوفاء بالشروط الجعلية إلا إذا كانت من مقتضيات العقد، وبذلك قال الحنفية والشافعية.

ثالثاً: الاختلاف في ضابط الشرط الصحيح:

فمن جعل الشرط الصحيح هو ما يتفق ومقتضى العقد، قال بعدم وجوب

الوفاء بكل شرط يخالف مقتضى العقد، وبذلك قال الحنفية والشافعية.

ومن جعل الشرط الصحيح هو كل ما يحقق منفعة ولم يرد نص بتحريمه قال بإلزامية الوفاء بالشروط الجعلية وبذلك قال المالكية والحنابلة، وغير أن الحنابلة أوسع دائرة في الشروط الجعلية من المالكية كما يظهر ذلك عند الحديث عن كل مذهب على حده.

رابعاً: الاختلاف في تقسيمات الشرط:

ذهب الحنفية إلى تقسيم الشرط إلى صحيح وفاسد وباطل، وقالوا يلزم الوفاء بالشرط الصحيح. وتبطل عقود المعاوضات المالية بالشرط الفاسد. ويلغى الشرط الباطل ويصح العقد. أما عقد النكاح فلا يبطل بالشرط الفاسد وإنما يلغى الشرط ويصح العقد.

أما جمهور الفقهاء فقد قسموا الشرط إلى صحيح وفاسد فقط ولم يفرقوا بين عقد النكاح وعقود المعاوضات المالية وغير المالية.

خامساً: ارتباط الشرط بالعقد:

ذهب الحنفية والشافعية إلى القول بأن الشرط الفاسد عند الحنفية والباطل عند الشافعية يلغى به العقد بمجرد اشتراطه فلا ينعقد لأنه وقع باطلاً.

أما المالكية فقد انفردوا بالقول بأن الشرط الباطل يؤثر في العقد إذا تمسك به مشترطه، فإذا تنازل عنه صح العقد لانتفاء علة البطلان.

وقال الحنفية: الشرط الباطل يؤثر في العقد بالبطلان إذا ورد نص بتحريمه.

سادساً: اختلافهم في القاعدة الأصولية:

هل النهي عن الشيء يستلزم البطلان أم لا؟

فالقائلون بالنهي عن الشيء إذا كان عائداً إلى المنهي عنه بذاته يستلزم البطلان وإذا كان عائداً إلى أمر زائد على المنهي عنه يمكن فكاكه عنه يستلزم الحرمة ولا يستلزم البطلان، قالوا ببطلان العقد إذا أنيط به شرط مخالف لجوهره. ومن القائلين بذلك الشافعية.

ومن قال بأن النهي عن الشيء لا يستلزم بطلان المنهي عنه، وإن كان النهي عائداً إلى المنهي عنه بذاته قالوا بعدم بطلان العقد إذا أنيط به شرط مخالف لجوهره. ومن القائلين بذلك الحنفية عند كلامهم عن الشروط الجعلية في عقد النكاح.

سابعاً: الاختلاف في حرية إنشاء الشروط الجعلية:

فمن قال بحرية إنشائها قال بالوفاء بها وجوباً واستحساناً. قال بذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة مع اختلافهم فيما يجب الوفاء به من الشروط وما لا يجب.

ومن قال بعدم حرية إنشائها قال بعدم وجوب الوفاء بها وبذلك قالت الظاهرية.

تعريف الشرط لغة واصطلاحاً

التعريف اللغوي:

يعرف الشرط في اللغة بمعان عدة نذكر منها ما يلي:

1ـ الشرط هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه. والجمع شروط.

2 ـ الشرط بالتحريك، العلامة والجمع أشراط. والاشتراط: العلامة التي يجعلها الناس بينهم. ومنه الاشتراط الذي يشترط الناس بعضهم على بعض.

3 ـ الشرط بمعنى: الأشرف والأرذل، جاء في لسان العرب: والشرط رذال المال وشراره، الواحد والجمع والمذكر والمؤنث في ذلك سواء[1].

التعريف الاصطلاحي:

الشرط عند الحنفية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، ولم يكن داخلاً فيه[2].

---

(1) لسان العرب: شرط. ح 7 ص 329. ط : دار صادر ودار بيروت.

(2) حاشية سعدي جلبي بهامش شرح فتح القدير حـ 1 ص 256. ط: دار الفكر.

وعند المالكية: الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم[3].

وقال البهوتي: الشرط ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته. والمراد به هنا إلزام أحد المتبايعين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة[4].

والشرط عند القرافي هو الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره[5].

وعرف الشاطبي الشرط: بأنه ما كان وصفاً مكملاً لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط أو فيما اقتضاه الحكم فيه[6].

ـ من التعريفات المتقدم ذكرها يتبين لنا ما يلي:

1 ـ بالنظر في التعريف اللغوي والأصولي للشرط نرى أن الصلة بينهما قوية حيث إن سبب تسمية الشرط شرطاً كونه علامة للمشروط يتعلق به وجوده، أو لأنه علامة على المشروط.

2 ـ تعريف الفقهاء للشرط ـ الشرعي ـ هو نفس تعريف الأصوليين للشرط فهو عند الجميع فقهاء وأصوليين: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم.

ـ أما تعريف الشرط الجعلي فهو مخالف لذلك حيث إنه ـ أي الشرط الجعلي ـ هو ما يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما على الآخر في العقد.

الفرق بين الشروط الشرعية والجعلية:

ـ يتضح الفرق بين الشروط الشرعية والجعلية فيما يلي:

---

(3) الشرح الصغير للدردير بهامش بلغة السالك حـ 1 ص 90. ط: دار المعرفة.

(4) كشاف القناع للبهوتي حـ 3 ص 188 ـ 189. ط: دار الفكر.

(5) الفروق للقرافي حـ 1 ص 81. ط: دار إحياء الكتاب العربي بيروت الطبعة الأولى سنة 1334 هـ.

(6) الموافقات للشاطبي حـ 1 ص 262. ط: دار الفكر بيروت.

أولاً: الشروط الشرعية من وضع الشارع، أما الشروط الجعلية فهي من وضع مشترطها وليست من وضع الشارع.

ثانياً: الشروط الشرعية ملزمة بقوة الشرع وليس لأحد من العاقدين الخيار في قبولها أو رفضها، لأن قبولها والوفاء بها ملزم سواء رضي بذلك كل من العاقدين أم لا.

أما الشروط الجعلية فهي ليست ملزمة إلا إذا قبلها المشروط عليه بإرادته واختياره.

ثالثاً: الشروط الشرعية تؤثر في العقد من جهة العدم بمعنى أن انعدام الشرط يؤدي إلى بطلان العقد ولا يؤثر فيه إيجاداً أي أنه يلزم من عدمها العدم ولا يلزم من وجودها وجود ولا عدم.

أما الشروط الجعلية فلا تؤثر في العقد من جهة العدم بمعنى أن عدم وجودها لا يؤدي إلى بطلان العقد من جهة وقد تؤثر فيه إيجاداً بمعنى أن الشرط قد يلغى ويلغى العقد وذلك حسب موقع الشرط من العقد.

رابعاً: الشروط الجعلية ليست من الشروط المشترطة في صحة العقد وإنما هي التزام اشترطه الناس بعضهم على بعض.

خامساً: الشروط الجعلية ليست من مقتضى العقد لأن مقتضى العقد يجب بقوة الشرع فلا يحتاج إلى اشتراط.

أقسام الشروط الجعلية عند الفقهاء

ـ قسم الفقهاء الشرط إلى صحيح وفاسد، أما الحنفية فيقسمون الشرط إلى صحيح وفاسد وباطل، وبيان ذلك ما يلي: ـ

أولاً: الحنفية:

الشرط عندهم واحد من ثلاث:

1 ـ الصحيح: وهو الشرط الذي يقتضيه العقد أو المؤكد له، أو الذي ورد به أثر من الشارع، أو الذي جرى به العرف، فالشرط الذي يقتضيه العقد

مثل: اشتراط التقابض في البيع. بمعنى أن يدفع المشتري الثمن للبائع ويدفع البائع السلعة المشتراة للمشتري. أما الشرط المؤكد لمقتضى العقد كاشتراط البائع على المشتري أن يعطيه رهناً معيناً بالثمن إذا كان البيع بثمن مؤجل.

أما الشرط الذي ورد به أثر من الشارع كاشتراط الخيار في البيع أو اشتراط تأجيل الثمن في المبيع إلى أجل معين.

أما الشرط الذي جرى به العرف كاشتراط المشتري على البائع ضمان إصلاح المبيع مدة معلومة ـ كعام أو ما دونه أو أكثر منه ـ حسب ما هو متعارف عليه بين الناس كالغسالة والثلاجة والسيارة وغير ذلك.

وحكم الشرط الصحيح عند الحنفية أنه يجب الوفاء به ويصير جزءاً من مقتضى العقد فإذا لم يوف به كان للشارط الخيار في إمضاء العقد أو فسخه[7].

الشرط الفاسد: وهو ما لا يقتضيه العقد وليس مؤكداً له ولم يرد به نص من الشارع ولا جرى به عرف وفيه منفعة للعاقدين أو لأحدهما أو لغيرهما. ومن أمثلته ما يلي:

أ ـ أن يشترط البائع على المشتري أن يسكن الدار المبيعة مدة معينة لمدة شهر أو عام أو غير ذلك.

ب ـ شراء حنطة على أن يطحنها البائع، أو قماشاً على أن يخيطه البائع قميصاً[8].

وحكم الشرط الفاسد عند الحنفية أنه يؤثر في عقود المعاوضات المالية بالبطلان وهي: البيع، والإجارة، والمزارعة، والمساقاة، والقسمة، والصلح على مال، أما العقود الأخرى غير المبادلات المالية كالتبرعات (هبة أو إعارة) والتوثيقات (كفالة أو حوالة أو رهناً) والزواج، فلا يؤثر الشرط الفاسد فيها ويبقى العقد صحيحاً، والشرط لاغٍ لا أثر له.

---

(7) بدائع الصنائع للكاساني حـ 5 ص 171. ط: دار الكتاب العربي.

(8) المرجع السابق ص 169.

ـ العلة في جعل الشرط الفاسد يؤثر في عقود المبادلات المالية بالفساد دون غيرها هي:

1ـ لأنها ـ أي الشروط الجعلية ـ قد تؤدي إلى جهالة في المعقود عليه أو في شيء يتعلق به، وعقود المعاوضات المالية تفسد بالجهالة.

2ـ الشرط الزائد على مقتضى العقد، يعتبر عقدين في عقد واحد أو بيع وشرط وهذا منهي عنه.

فمن باع داراً واشترط أن يسكنها سنة فإن كان الجزء من الثمن مقابلاً لهذه السكنى كان بيعاً وإيجاراً، وإن كانت السكنى لا يقابلها جزء من الثمن كان بيعاً وإعارة.

3 ـ اشتراط منفعة زائدة على مقتضى العقد ربا، وعقود المعاوضات تفسدها الشروط الربوية، أما غيرها من العقود فلا يتصور فيها الربا. لأن الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، فيكون فيها فضل خال عن عوض وهو الربا، لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض[9].

الشرط الباطل: وهو الذي لا يقتضيه العقد وليس مؤكداً له ولم يرد به أثر من الشارع ولم يجر به العرف وليس فيه منفعة للعاقدين أو لأحدهما أو لغيرهما، ومن أمثلته ما يلي: ـ

أ ـ أن يشترط بائع السيارة على المشتري ألا يركب فيها فلان، أو يشترط عيله أن يضعها في مكان معين أو أن يستعملها بكيفية معينة، أو أن يطليها بلون معين.

ب ـ أن يشترط البائع على المشتري أن يؤكل الدابة نوعاً معيناً من الطعام.

ج ـ أن يشترط البائع على المشتري ألا يسكن الدار المشتراة أو أن لا يبيعها أو أن يهبها لفلان أو أن لا يهبها لأحد.

---

(9) حاشية رد المحتار لابن عابدين حـ 5 ص 240 ـ 241. ط: دار الفكر، والبحر الرائق لابن نجيم.

ـ وحكم الشرط الباطل عند الحنفية أنه لغو لا قيمة له ولا يؤثر في العقود بجميع أنواعها، أي عقود المعاوضات المالية والعقود الأخرى غير المبادلات المالية كالهبة والزواج وغير ذلك[10].

ونخلص من دراسة أقسام الشرط عند الحنفية بما يلي: ـ

1ـ انفرد الحنفية بتقسيم الشرط إلى صحيح وفاسد وباطل، على خلاف المذاهب الفقهية الأخرى فقد قسمت الشرط إلى صحيح وباطل فقط.

2ـ العرف عند الحنفية من الشرط الصحيح ويلزم الوفاء به.

3 ـ فرق الحنفية بين عقود المعاوضات المالية وعقود المعاوضات غير المالية فعقود المعاوضات غير المالية لا يؤثر فيها الشرط الفاسد بالفساد فيلغى الشرط ويصح العقد.

أما عقود المعاوضات المالية فيؤثر فيها الشرط الفاسد بالفساد فالشرط فاسد والعقد فاسد.

4 ـ فرق الحنفية بين الشرط الفاسد والشرط الباطل:

فالشرط الفاسد يؤثر في عقود المعاوضات المالية بالفساد. أما الشرط الباطل فلا يؤثر في العقود بجميع أنواعها وإنما يلغى الشرط ويصح العقد.

ثانياً: المالكية:

وهم يقسمون الشرط إلى صحيح وفاسد.

1 ـ الشرط الصحيح: وهو واحد من اثنين: ـ

الأول: الشرط الذي يقتضيه العقد. مثال ذلك: اشتراط التقابض في البيع. أي اشتراط أن يسلم البائع السلعة إلى المشتري وأن يدفع المشتري الثمن إلى البائع.

الثاني: الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ولا يؤول إلى غرر وفساد

---

(10) شرح فتح القدير على الهداية جـ 6 ص 442؛ 444. ط: دار الفكر العربي، وبدائع الصنائع للكاساني جـ 5 ص 170.

في الثمن والمثمن ولا إلى إخلال بشرط من شروط صحة البيع وفيه منفعة للعاقدين أو لأحدهما. مثال ذلك: اشتراط تأجيل الثمن في البيع إلى أجل معين، وكبيع الدار واستثناء سكناها مدة معلومة.

ـ **وحكم الشرط الصحيح عند المالكية** أنه يجب الوفاء به بنوعيه:

فالشرط الذي يقتضيه العقد يلزم الوفاء به سواء نص عليه أو لم ينص عليه ـ أي اشترط أو لم يشترط ـ لأنه يجب بالعقد من غير شرط ـ.

ـ أما النوع الثاني وهو الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وفيه منفعة للعاقدين أو لأحدهما فالوفاء به واجب إذا نص عليه في العقد ـ أي شرط ـ ولا يلزم الوفاء إذا لم ينص عليه ـ أي لم يشترط ـ لأنه لا يلزم بالعقد من غير شرط.

2 ـ **الشرط الفاسد**: وهو واحد من اثنين:

الأول: الشرط الذي يؤدي إلى إخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع، أو يؤدي إلى غرر، أو يخل بأمر من الأمور المعتبرة في صحة العقد شرعاً. كاشتراط تأجيل الثمن إلى أجل مجهول.

الثاني: الشرط الذي ينافي مقتضى العقد. كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع الدار المشتراة أو ألا يسكنها، وغير ذلك.

ـ وحكم الشرط الفاسد عند المالكية أنه يؤثر في العقد بالبطلان[11].

ونخلص من دراسة أقسام الشرط عند المالكية بما يلي:

1 ـ الشرط الذي يحقق منفعة لأحد العاقدين وليس فيه منع للعاقد الثاني من حق أعطاه له الشرع بمقتضى العقد يعتبر صحيحاً ولا يؤثر في العقد والوفاء به ـ أي الشرط ـ لازم كبيع الدار واشتراط سكناها مدة معينة.

2 ـ الشرط الذي يكون فيه منع لأحد العاقدين من حق أعطاه الشارع له

---

(11) فتاوى الشيخ عليش جـ 1 ص 338؛ 353. ط: دار المعرفة وانظر المدونة الكبرى جـ 4 ص 220. ط: صادر، ومواهب الجليل للحطاب جـ 3 ص 446. ط: دار الكتاب.

بمقتضى العقد يكون باطلاً ويؤثر في العقد بالبطلان لمنافاته لمقتضى العقد، كبيع الدار واشتراط عدم بيعها أو عدم سكناها.

3 ـ انفرد المالكية بالقول بأن الشرط الفاسد يفسد العقد في حالة تمسك المشترط به، فإن رجع المشترط عن شرطه صح العقد لزوال سبب الفساد لأن الفساد جاء بسبب الشرط لمعنى معقول فيه معلل به وهو وجود الشرط النافي لمعنى العقد ومقتضاه فإذا زالت تلك العلة التي أوجدت الفساد زال معها[12].

ثالثاً: الشافعية:

والشرط عندهم واحد من أربع:

الأول: الشرط الذي يتفق ومقتضى العقد كاشتراط التقابض في البيع أي اشتراط أن يسلم البائع السلعة إلى المشتري وأن يدفع المشتري الثمن إلى البائع، وكاشتراط الرد بالعيب في البيع، وحكم هذا الشرط أنه يجب الوفاء به سواء نص عليه أو لم ينص عليه ـ أي اشترط أو لم يشترط ـ لأنه يجب بالعقد من غير شرط.

الثاني: الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وفيه منفعة تعود على العاقدين أو أحدهما أو على العقد نفسه أي الشرط المؤكد أو المحسن لمقتضى العقد ومن أمثلته ما يلي:

أ ـ اشتراط الإشهاد على البيع.

ب ـ اشتراط أن تكون الدابة لبون ـ أي ذات لبن ـ أو اشتراط أن الدابة حاملاً.

ج ـ اشتراط المشتري على البائع أن تكون السلعة من النوع الجيد أو ذات صفات معينة.

وحكم هذا الشرط أنه يلزم الوفاء به وللمشترط الخيار في إمضاء العقد أو فسخه في حالة عدم الوفاء بالشرط.

---

(12) الملكية ونظرية العقد أبو زهرة ص 253. ط: دار الفكر العربي.

الثالث: الشرط الذي يخالف مقتضى العقد وفيه منفعة لمن يشترطه ومن أمثلته ما يلي: ـ

أ ـ اشتراط المشتري على البائع حمل المبيع إلى مكان معين.

ب ـ أن يشتري حنطة ويشترط البائع على المشتري طحنها، أو يشتري قماشاً ويشترط البائع على المشتري أن يخيطه قميصاً، أو يشتري زرعاً ويشترط البائع على المشتري أن يحصده. وحكم هذا الشرط عند الشافعية أنه يؤثر في العقد بالبطلان.

الرابع: الشرط الذي لا يتضمن منفعة مقصودة كاشتراط البائع على المشتري أن يؤكل الدابة نوعاً معيناً، أو طلاء السيارة لوناً معيناً، أو أن لا يسكن الدار أو أن يهبها لفلان أو أن لا يهبها لأحد. وحكم هذا الشرط أنه لاغٍ والعقد صحيح[13].

رابعاً: الحنابلة:

وهم يقسمون الشرط إلى صحيح وفاسد.

1 ـ الشرط الصحيح: وهو واحد من اثنين:

الأول: الشرط الذي يتفق ومقتضى العقد كاشتراط التقابض في البيع أي اشتراط أن يسلم البائع السلعة إلى المشتري وأن يدفع المشتري الثمن إلى البائع. وحكم هذا الشرط أنه يلزم الوفاء به سواء نص عليه أو لم ينص عليه ـ أي اشترط أو لم يشترط ـ لأنه يجب بالعقد من غير شرط.

الثاني: ما لا يقتضيه العقد ولا يخالفه وفيه منفعة تعود على العاقدين أو أحدهما أو على العقد. ومثال ذلك ما يلي:

أ ـ اشتراط الإشهاد في البيع.

ب ـ اشتراط البائع على المشتري تقديم رهن، أو كفيل بالثمن المؤجل.

---

(13) متن منهاج الطالبين بأعلى مغني المحتاج للخطيب الشربيني حـ 2 ص 31؛ 35.

ج ـ أن يشترط البائع على المشتري سكنى الدار مدة معلومة كشهر، أو أقل أو أكثر.

د ـ اشتراط من يشتري حنطة أن يقوم البائع بطحنها، وكاشتراط من اشترى قماشاً أن يخيطه البائع قميصاً، وكاشتراط من باع دابة أو سيارة أن تحمله إلى موضع معلوم، وكاشتراط البائع على المشتري أن يسلمه السلعة في مكان معلوم وغير ذلك. وحكم هذا الشرط عند الحنابلة أنه صحيح ويجب الوفاء به وللمشترط الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه في حالة عدم الوفاء بالشرط[14].

2 ـ الشرط الفاسد: وهو واحد من اثنين:

الأول: الشرط الذي ورد فيه نهي من الشارع كأن يقول البائع للمشتري (بعتك هذه الدار بألف على أن تقرضني خمسمائة) ومن أمثلته أيضاً أن يقول البائع للمشتري (بعتك هذه الدار بألف على أن تبيعني سيارتك بخمسمائة) وغير ذلك. وحكم هذا الشرط أنه باطل ويؤثر في العقد بالبطلان.

الثاني: الشرط الذي ينافي مقتضى العقد كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع الدار. أو أن لا يسكنها، أو أن يهبها لفلان أو أن لا يهبها. وحكم هذا الشرط البطلان لمنافاته لمقتضى العقد ولكنه لا يؤثر في العقد ـ أي الشرط لاغٍ والعقد صحيح ـ[15].

ـ ونخلص من دراسة أقسام الشرط عند الحنابلة بما يلي:

1 ـ كل شرط لم يقم دليل من الشارع على النهي عنه فهو ملزم يجب الوفاء به وإذا لم يوف به كان لمشترطه الحق في إمضاء العقد أو فسخه وله حق الرجوع على الطرف الآخر بتعويضه عن الضرر الذي يلحق به.

2 ـ الشرط الذي ورد فيه نص من الشارع بالنهي عنه باطل ويؤثر في العقد بالبطلان.

---

(14) الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي بهامش المغني حـ 4 ص 48؛ 49. ط: دار الكتاب.

(15) المرجع السابق ص 53؛ 58.

3 ـ الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ويفوت على أحد العاقدين حقاً أوجبه له الشارع بمقتضى العقد يكون ـ أي الشرط ـ لاغٍ والعقد صحيح.

4 ـ العبرة عند الحنابلة بمقصود الشارع لا بمقتضى العقد بمعنى أن الشارع قد شرع العقود ووضع ضوابطها لتحقيق المصلحة للإنسان وعليه فليست العبرة بما وضعه الشارع من ضوابط فنقف عندها لا نزيد عليها وإنما العبرة بمقصوده وهي المنفعة. فكل ما يحقق منفعة فهو صحيح ما لم يرد نص بتحريمه.

5 ـ ليس للمشروط عليه الحق في تفويت المنفعة على الطرف الثاني، ولا أن يجبره على قبول عوض عن المنفعة لأنه قد يكون له غرضاً معيناً في استيفاء العين المشتراة، وإذا وجد من يقوم بتحقيق المنفعة بدلاً عنه ليس له حق الرجوع على الطرف الثاني ـ وهو المشترط ـ في طلب الأجرة لأنه ملزم بتحقيق المنفعة مهما كلفه ذلك، وليس للمشترط إجبار المشروط عليه أن يدفع له عوضاً عن المنفعة التي اشترطها عليه، وإن تراضيا عن العوض فلهما ذلك.

6 ـ بيع العين المشتراة لا يسقط حق المشترط في تحقيق منفعته، فإن كان المشتري الثاني يعلم بالشرط قبل الشراء يلزمه الوفاء به ـ أي الشرط ـ للبائع الأول وليس له ـ أي المشتري الثاني ـ الخيار لعلمه بالشرط، أما إذا كان المشتري الثاني ليس على علم بالشرط قبل الشراء فله حق الخيار إن شاء أمضى العقد ووفى بالشرط وإن شاء فسخ العقد ويعود المبيع إلى المشتري الأول وهو البائع الثاني ويلزمه الوفاء بالشرط.

7 ـ إذا اجتمع في بيع شرطان لا يصح البيع لورود النهي عن ذلك، إلا أن يكونا ـ أي الشرطان ـ من مقتضى العقد فإن البيع يكون صحيحاً.

8 ـ إذا أتلف المشتري العين المشتراة وفوت على البائع حقه فيما اشترط فعليه أجرة المثل.

9 ـ يشترط في المنفعة أن تكون معلومة وإلا ـ أعني إذا كانت المنفعة غير معلومة ـ بطل الشرط.

خامساً: الإباضية:

وخلاصة رأيهم ما يلي: ـ

أولاً: إذا كان الشرط معلوماً ويحق تملكه وكان في نفس المبيع وفيه نفع لكل من العاقدين أو لأحدهما صح الشرط والبيع معاً سواء كان الشرط مقترناً بالعقد أو سابقاً عليه أو لاحقاً به.

استدل الإباضية على قولهم هذا بالأحاديث النبوية وردوا على استدلال القائلين بمنع الشرط مطلقاً بحديث: (نهى رسول الله ـ ﷺ ـ عن بيع وشرط) بقولهم إن الحديث ضعيف وهو قابل للتأويل، والمراد به النهي عن الشرط المحرم[16].

ثانياً: إذا كان الشرط معلوماً وفيه نفع لكل من العاقدين أو لأحدهما وكان في نفس المبيع، سواء كان مقترناً بالعقد أو سابقاً عليه أو لاحقاً به ولكنه لا يحل بطل الشرط وصح العقد.

ثالثاً: إذا كان الشرط مجهولاً وفيه نفع للعاقدين أو لأحدهما ويحل تملك وكان في نفس المبيع سواء كان مقترن بالعقد أو سابقاً عليه أو لاحقاً به بطل الشرط والعقد معاً للجهالة. وقيل يصح البيع ويبطل الشرط.

ـ واستدل القائلون ببطلان الشرط والعقد معاً بما روي: أن تميم الداري باع داراً وشرط سكناها فأبطل النبي ـ ﷺ ـ البيع والشرط معاً. وقالوا: إن علة البطلان هي الجهل وليست مجرد الشرط، وعليه فليس في الحديث ما يدل على بطلان الشرط. والعقد مطلقاً. وردوا على القائلين بذلك بحديث جابر الذي جاء فيه: أنه باع إلى رسول الله ـ ﷺ ـ جملاً واشترط ظهره إلى المدينة، وردوا على قول ابن عباس: إن ذلك ـ أي وقوع الشرط في حديث جابر ـ كان بعد العقد على وجه العارية ولم يكن شرطاً في البيع وقالوا إن قول ابن عباس اجتهاد منه والواجب قبول رواية الصحابي لا لاجتهاده وعلى اعتبار أن ابن عباس سمع وليس اجتهاداً منه، فيمكن الجمع بين الروايتين ـ أي رواية جابر

---

(16) متفق عليه.

التي اشترط فيها ظهر الجمل وأقره النبي - ﷺ - على ذلك ورواية تميم الداري التي جاء فيها أنه باع داراً واشترط سكناها فأبطل النبي - ﷺ - الشرط والبيع معاً - فيجمع بين هاتين الروايتين بالقول: إنه يصح البيع والشرط إذا انتفت الجهالة كما في حديث جابر ويبطل البيع والشرط للجهالة كما في حديث تميم الداري، لأن الجمع بين الروايتين أولى من الفسخ ما دام الجمع ممكن. ولعدم معرفة أي الروايتين أسبق حتى يمكن القول بالنسخ.

رابعاً: إذا كان الشرط في غير نفس المبيع كبيع سلعة واشتراط حملها إلى مكان معين، وكبيع القمح واشتراط طحنه. بطل الشرط والعقد معاً للجهالة حيث لا يعرف كم ثمن السلعة وكم أجر نقلها، أو طحن القمح أما إذا انتفت الجهالة وعلم ثمن السلعة وأجر العمل صح البيع لانتفاء الجهالة[17].

خلاصة القول في أقسام الشرط عند الفقهاء

أولاً: اتفق الجميع على أن الشرط الذي ورد به نص من الشارع - أي الشرط الشرعي - صحيح والوفاء به واجب لأنه من وضع الشرع ولا خيار لأي من العاقدين في القبول أو الرفض.

ثانياً: الشرط الذي ورد فيه نهي من الشارع باطل باتفاق الجميع ولا يجب الوفاء به لأن الوفاء به مخالفة لنص شرعي.

ثالثاً: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد باطل عند الجميع ولا يلزم الوفاء به ولا يثبت لشارطه الخيار في إمضاء العقد أو فسخه.

رابعاً: الشرط الذي يقتضيه العقد صحيح عند الجميع باستثناء الظاهرية والوفاء به واجب ويثبت لشارطه الخيار في إمضاء العقد أو فسخه إذا لم يوف المشروط عليه له بالشرط.

خامساً: الظاهرية الشرط الصحيح عندهم الذي يجب الوفاء به هو ما نص عليه الشارع وما عداه باطل سواء وافق مقتضى العقد أو خالفه لأنه من

---

(17) مزيد من التوضيح في الشروط الجعلية عند الإباضية انظر شرح كتاب النيل محمد أطفيش حـ 18 ص 141؛ 147. ط: مكتبة الإرشاد جدة ودار الفتح بيروت، الطبعة الثانية.

وضع مشترطه وليس من وضع الشارع لأنهم يقولون بعدم حرية إنشاء الشروط الجعلية.

سادساً: الشرط الصحيح الذي يجب الوفاء به عند الحنفية والشافعية هو ما توافرت فيه الشروط الآتية:

1 ـ الشرط الذي ورد به نص من الشارع.

2 ـ الشرط الذي يتفق ومقتضى العقد.

3 ـ الشرط الذي لا يناقض مقتضى العقد.

4 ـ الشرط المؤكد لمقتضى العقد.

5 ـ الشرط العرفي وذلك عند الحنفية.

6 ـ الشرط الذي فيه منفعة مقصودة قال بذلك الشافعية.

سابعاً: الشرط الصحيح الذي يجب الوفاء به عند المالكية والحنابلة والإباضية هو ما توافرت فيه الشروط الآتية:

1 ـ الشرط الذي ورد به نص من الشارع.

2 ـ الشرط الذي لا يناقض مقتضى العقد.

3 ـ الشرط الذي يحقق منفعة مقصودة.

4 ـ الشرط الذي لا يؤدي إلى غرر أو جهالة.

5 ـ الشرط الذي لا يتعارض مع نص شرعي ولم يرد نص بتحريمه.

6 ـ الشرط الذي لا يفوت على المشروط عليه حقاً أوجبه له الشارع.

7 ـ الشرط الذي يحل تملكه.

8 ـ الشرط الذي لا يؤدي إلى إبطال شرط من الشروط المعتبرة في صحة العقد.

ثامناً: الشرط الباطل عند الحنفية والشافعية هو ما يلي:

1 ـ الشرط الذي لا يقتضيه العقد وليس مؤكداً له.

2 ـ الشرط الذي ورد فيه نهي من الشارع.

3 ـ الشرط الذي يخالف مقتضى العقد وفيه منفعة لمشترطه قال بذلك الشافعية.

4 ـ الشرط الذي ليس فيه منفعة للعاقدين أو لأحدهما أو فيه منفعة غير مقصودة.

5 ـ الشرط الذي لم يجر به العرف قال بذلك الحنفية.

تاسعاً: الشرط الباطل عند المالكية والحنابلة والإباضية هو ما يلي:

1 ـ الشرط الذي ورد فيه نهي من الشارع أو يتعارض مع نص شرعي.

2 ـ الشرط الذي يؤدي إلى غرر أو جهالة.

3 ـ الشرط الذي يفوت على المشروط عليه حقاً أوجبه له الشارع.

4 ـ الشرط الذي يناقض مقتضى العقد.

5 ـ الشرط الذي يؤدي إلى إبطال شرط من الشروط المعتبرة في صحة العقد.

6 ـ الشرط الذي لا يحل تملكه وإن كان معلوماً وفيه منفعة.

عاشراً: الشرط الباطل عند الظاهرية هو كل شرط لم يرد به نص من الشارع سواء فيه منفعة للعاقدين أو لأحدهما أم لا وسواء كانت المنفعة مقصودة أو غير مقصودة وسواء كان الشرط معلوماً أو مجهولاً وسواء ورد فيه نهي من الشارع أم لا وسواء وافق مقتضى العقد أم لا فكل شرط يشترطه شارطه وليس من وضع الشارع فهو باطل عندهم.

أحد عشر: انفرد الحنفية بتقسيم الشرط إلى صحيح وفاسد وباطل وفرقوا بين عقود المعاوضات وعقود غير المعاوضات وقالوا إن الشرط الفاسد يؤثر في عقود المعاوضات بالبطلان أما عقود غير المعاوضات فلا يؤثر فيها الشرط الفاسد بالبطلان وإنما يلغى الشرط ويصح العقد.

أما ماعدا الحنفية من الفقهاء فقد قسموا الشرط إلى صحيح وباطل ولم يفرقوا بين عقود المعاوضات وعقود غير المعاوضات في تأثير الشرط الباطل في العقد.

اثنا عشر: العرف عند الحنفية والمالكية والحنابلة ينزل منزلة الشرط الصحيح وليس كذلك عند الشافعية فالأصل عندهم أن العرف لا ينزل منزلة النص الصريح.

ثلاثة عشر: انفرد المالكية بالقول بأن الشرط الفاسد في العقد بالبطلان إذا تمسك به شارطه فإذا تنازل الشارط عن الشرط يلغى الشرط ويصح العقد.

أربعة عشر: ذهب المالكية والحنابلة إلى القول بأن العبرة بمقصد الشارع من تشريع العقد.

وذهب الحنفية والشافعية إلى القول بأن العبرة بمقتضى العقد لا بمقصد الشارع من تشريعه العقد.

خمسة عشر: انفرد الحنابلة بالقول بأن كل شرط لم يرد نص من الشارع بتحريمه فهو ملزم يجب الوفاء به ويثبت لشارطه الخيار بين إمضاء العقد وفسخه إذا لم يوف له الشارط بشرطه ويقض له بالوفاء بالشرط إذا رفع أمره إلى القاضي فالحنابلة قد فتحوا باب الشروط في العقود من غير قد ولا شرط إلا شرطاً واحداً وهو: ألا يخالف الشرط دليلاً من الكتاب والسنة أو نصاً شرعياً أو قاعدة شرعية.

فالحنابلة توسعوا في الشروط الجعلية، والحنفية والمالكية والشافعية توسطوا والظاهرية ضيقوا.

حكم الوفاء بالشروط الجعلية

الشرط الجعلي:

إما أن يكون لفظي بمعنى أن يتلفظ به مشترطه في العقد كأن يقول البائع للمشتري بعتك هذه الدار بألف على شرط أن تردها عليّ متى ردت لك الألف وهو ما يسمى ببيع الوفاء.

وإما أن يكون ـ أي الشرط الجعلي ـ عرفي بمعنى أن يكون عرف الناس قد جرى عليه سواء تلفظ به في العقد أم لا، كأن يجري عرف الناس على أن نفقة العرس على الزوج.

ولكل من الشرط اللفظي والعرفي حكمه عند الفقهاء وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: الشرط العرفي:

العرف لغة: هو المعرفة ثم استعمل بمعنى الشيء المعروف والمألوف، والمستحسن لدى الناس، والتي تتلقاه العقول السليمة بالقبول ويقال تعارف القوم إذا عرف بعضهم بعضاً[18].

المعنى الاصطلاحي للعرف: هو ما تعارفه الناس وساروا عليه، من قولٍ، أو فعلٍ، أو تركٍ، ويسمى العادة والعرف نوعان صحيح وفاسد.

العرف الصحيح هو: ما تعارف عليه الناس ولا يخالف دليلاً شرعياً ولا يحل محرماً ولا يبطل واجباً.

العرف الفاسد هو: ما تعارفه الناس ولكنه خالف دليلاً من أدلة الشرع أو حكماً من أحكامه، كأن يحل حراماً أو يحرم حلالاً أو يخالف دليلاً شرعياً.

- وينقسم العرف أيضاً إلى عام وخاص:

* العرف العام هو: ما تعارف عليه الناس في جميع البلدان وصار مشاعاً بينهم.

* العرف الخاص هو: ما تعارف عليه جماعة معينة في مكان معين وكان خاصاً بهم.

- وعلماء أهل السنة متفقون على أن العرف الصحيح يعتبر دليلاً شرعياً، أما العرف الفاسد فلا يعتد به شرعاً لمخالفته الكتاب والسنة فالإمام مالك بنى كثيراً من أحكامه على عمل أهل المدينة، وأبو حنيفة بنى كثيراً من أحكامه على العرف. من ذلك إذا اختلف الزوجان على المقدم والمؤخر من المهر فالحكم هو العرف، ومن حلف أن لا يأكل لحماً وأكل سمكاً بناءً على العرف، والشافعي غيَّر كثيراً من أحكامه التي كان قد ذهب إليها وهو في بغداد ولما هبط إلى مصر لتغير العرف ولهذا له مذهبان قديم وجديد:

---

(18) القاموس المحيط الفيروز أبادي (ج: 3/ ص: 179 ـ 180/ ط: دار الجيل).

فالقديم هو ما ذهب إليه في بغداد وقد أخذ فيه بعرف أهل بغداد، والجديد ما ذهب إليه في مصر وقد أخذ فيه بعرف أهل مصر.

- ومما يستدل به على حجية العرف قوله - ﷺ - في الحديث الذي رواه ابن مسعود (. . . ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيىء).

- ولكي يكون العرف صالحاً للاحتجاج به يشترط فيه ما يلي:

1 - أن يكون العرف مطرداً أو غالباً بين متعارفيه بمعنى أن يكون مستمراً ومستقراً عندهم في جميع الأحوال.

2 - أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند إنشائها.

3 - ألا يعارض العرف نصاً شرعياً ولا حكماً ثابتاً ولا قاعدة من القواعد الشرعية الأساسية.

4 - ألا يعارض العرف بتصريح من المعنيين يخالفه كاشتراط أحد المتعاقدين شرطاً يخالف ما تعارف عليه الناس من ذلك على سبيل المثال: إذا تعارف الناس على أن الصداق يكون عاجلاً وآجلاً فاشترطت الزوجة أو ولي أمرها أن يكون الصداق كله عاجلاً فقبل الزوج ذلك فالحكم ما تراضيا عليه الطرفان لا ما تعارف عليه الناس.

- وعلماء أهل السنة وإن كانوا متفقين على حجية العرف إلا أنهم اختلفوا في إلزاميته للعاقدين إذا لم ينص عليه في العقد ويتلفظ به من ذلك على سبيل المثال إذا تعارف الناس على أن الصداق عاجلاً وآجلاً أو تعارف على أن نفقة العرس تكون على الزوج فقال رجل لآخر: زوجني ابنتك على صداق قدره كذا فقال قبلت دون ذكر عاجل الصداق وآجله ولا نفقة العرس فهل يلزم كل من العاقدين ما تعارف عليه الناس ويجب عليه الوفاء به وليس لأحدهما مخالفة ما تعارف عليه الناس ويثبت للطرف الآخر الخيار في إمضاء العقد أو فسخه إذا خالف الطرف الثاني ما تعارف عليه الناس أم لا للعلماء في ذلك رأيان:

الأول: وهو للشافعية ويقول أصحابه بأن العرف لا ينزل منزلة النص الصريح بمعنى أنه إذا لم يتلفظ به في العقد لا يكون ملزماً للعاقدين[19].

الثاني: وهو للحنفية والمالكية والحنابلة وهم يقولون بأن العرف ينزل منزلة النص الصريح بمعنى أنه يكون ملزماً للعاقدين سواء تلفظ به في العقد أم لا ما لم يرد ما يبطله وذلك لأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والعادة شرعية محكمة والعادة عند أهل الشرع هي العرف.

ـ قال ابن القاسم: سألنا مالكاً عمن تزوج امرأة فأصدقها صداقاً فطلبت منه نفقة العرس هل ذلك عليه؟ قال: ما أرى ذلك عليه وما هو بصداق ولا شيء ثابت، ولا هو لها إن مات، ولا نصفه إن طلق فردد عليه وقيل له: يا أبا عبد الله إنه شيء أجروه بينهم، وهي سنة، فقال: إن كان ذلك شأنهم فأرى أن يفرض عليهم[20].

ثانياً الشرط اللفظي:

وهو ما يتلفظ به في العقد كأن يقول رجل لآخر: بعني دارك بألف على شرط أن أسكنها لمدة سنة، فيقول: قبلت.

موضع الشرط من العقد: وموضع الشرط من العقد واحد من ثلاثة:

الأول: الشرط السابق على العقد.

الثاني: الشرط اللاحق بالعقد.

الثالث: الشرط المقترن بالعقد.

ولكل حكمه عند الفقهاء نذكره فيما يلي:

أولاً الشرط السابق على العقد:

إذا اشترط العاقدان أو أحدهما شرطاً قبل انعقاد مجلس العقد ثم أجريا

---

(19) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: 106).

(20) مزيداً من التوضيح انظر تبصرة الحكام لابن فرحون (ج: 2/ ص: 62) والمبسوط للسرخسي (ج: 3/ ص: 14).

العقد دون التلفظ بالشرط في صيغة العقد ولا إشارة إليه، فهل يقع العقد صحيحاً أم لا؟ وهل يلزم الوفاء بالشرط المتفق عليه قبل انعقاد مجلس العقد أم لا؟ وبعبارة أخرى هل يصح العقد ويلزم الوفاء بالشرط أو يلغى الشرط والعقد معاً أو يلغى الشرط ويصح العقد؟ والأمثلة على ذلك كثيرة نذكر منها ما يلي:

1 ـ اشتراط البائع على المشتري أن يبيع له السلعة بمائة وخسمين آجلاً على أن يبيع المشتري العين المشتراة للبائع بمائة عاجلاً وهو ما يسمى ببيع العينة وتم هذا الشرط قبل انعقاد مجلس العقد وتم العقد دون التلفظ بالشرط.

2 ـ اشتراط البائع على المشتري أن يرد له العين المبيعة بنفس الثمن الذي بيعت به إذا رَدَّ البائع الثمن إلى المشتري وهو ما يسمى ببيع الوفاء ولم يتلفظ بالشرط في العقد.

3 ـ اشتراط ولي أمر المرأة على الزوج أن يطلقها بعد مدة معلومة وهو ما يسمى بالزواج المؤقت أو زواج المحلل إذا كان القصد من الزواج هو حل المطلقة ثلاثاً لزوجها المطلق، وتم العقد دون التلفظ بالشرط.

للعلماء في حكم الشرط السابق على العقد آراء نذكرها فيما يلي:

الرأي الأول: وهو للشافعية والظاهرية وأحمد في رأي له وهم يقولون: بأن الشرط المتقدم على العقد يكون مجرد وعد لا يلزم الوفاء به ولا يؤثر في العقد لأن ما قبل العقد لغو فلا يلتحق به ويقع العقد صحيحاً يترتب عليه آثاره لأنه مستوفي الأركان والشروط ولا اعتبار للشرط المتقدم عليه[21].

الرأي الثاني: وهو للمالكية وأحمد في الرأي المشهور عنه وهم يقولون: بأن الشرط المتقدم على العقد يلحق بالعقد ويكون حكمه حكم الشرط المقارن للعقد من غير فرق بينهما وعلى هذا الرأي يختلف حكم الوفاء بالشرط وتأثيره في العقد تبعاً لاختلاف الشرط في الصحة والبطلان على النحو

(21) المجموع شرح المهذب (ج: 9/ ص: 418)، والمحلى لابن حزم (ج: 8/ ص: 412)، والفتاوى الكبرى لابن تيمية (ج: 3/ ص: 349).

الذي سيأتي عند الكلام عن الشرط المقترن بالعقد. وذهب أبو يعلى من الحنابلة إلى القول بأن الشرط المتقدم على العقد يكون باطلاً إذا كان رافعاً لمقصود العقد من ذلك نكاح المحلل فيلغى الشرط والعقد معاً.

أما إذا كان الشرط المتقدم على العقد مغيراً لمقصود العقد كاشتراط أن يكون المهر أقل من المسمى فإنه ـ أي الشرط ـ لا يؤثر في العقد ويقع العقد صحيحاً تترتب عليه آثاره[22].

الرأي الثالث: الحنفية وهم يفرقون بين الشرط الصحيح والشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية.

فإذا كان الشرط المتقدم على العقد صحيحاً التحق بالعقد ولزم الوفاء به.

أما إذا كان الشرط فاسداً فلا يلتحق بالعقد ولا يؤثر فيه عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه محمد وأبي يوسف فالشرط يلتحق بالعقد عندهما ويؤثر فيه وعلى هذا يكون العقد صحيحاً عند أبي حنيفة إذا كان الشرط المتقدم عليه فاسداً وليس كذلك عند محمد وأبو يوسف.

جاء في جامع الفصولين: (لو شرط التلجئة في البيع فسد البيع، ولو تواطآ قبل البيع ثم تبايعا بلا ذكر شرط جاز البيع عند أبي حنيفة، إلا إذا تصادقا على أنهما تبايعا على تلك المواضعة)[23].

وخلاصة القول ما يلي:

1 ـ الشرط المتقدم على العقد لا يلتحق به ولا يؤثر فيه ويكون مجرد وعدٍ لا يلزم الوفاء به قال بذلك الشافعية والظاهرية وأحمد.

2 ـ الشرط السابق على العقد يلتحق به ويختلف حكم الوفاء به تبعاً لاختلاف الشرط في الصحة والبطلان ويكون حكمه حكم الشرط المقترن

---

(22) فتاوى الشيخ عليش (ج: 2/ ص: 120)، والفتاوى لابن تيمية (ج: 3/ ص: 349).
(23) جامع الفصولين (ج: 1/ ص: 171).

بالعقد، قال بذلك المالكية وأحمد في المشهور عنه والحنفية إذا كان الشرط صحيحاً عندهم.

3 ـ الشرط المتقدم على العقد إذا كان فاسداً لا يلتحق بالعقد ولا يؤثر فيه عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه محمد وأبو يوسف.

4 ـ الشرط المتقدم على العقد إذا كان رافعاً لمقصود العقد بطل الشرط والعقد، أما إذا كان مغيراً لمقصود العقد لا يبطل العقد ولا يؤثر فيه الشرط قال بذلك القاضي أبو يعلى.

5 ـ الشرط المتقدم على العقد إذا كان فاسداً لا يلحق بعقد النكاح ولا يؤثر فيه لأن النكاح لا يفسد بالشرط الفاسد عند الحنفية.

ثانياً: الشرط اللاحق بالعقد:

وصور ذلك أن يتم العقد صحيحاً مستوفي الأركان دون أن يشترط العاقدان أو أحدهما فيه شرطاً وبعد إتمام العقد يشترط العاقدان أو أحدهما شرطاً يلحقه بالعقد. مثال ذلك أن يقول رجل لآخر: اشتريت منك هذا البستان بكذا فيقول قبلت وبعد إتمام العقد صحيحاً مستوفي الأركان والشروط يقول البائع للمشتري أشترط عليك أن يكون لي شجرتين ويعينهما وهو ما يسمى ببيع الثنيا، أو يقول المشتري للبائع بعد إتمام العقد: أشترط أن تكون حراسة البستان عليك.

فهل يلزم الوفاء بالشرط ويؤثر في العقد أم لا، للعلماء في ذلك آراء نذكرها فيما يلي:

الرأي الأول: المالكية والظاهرية يقولون بأن الشرط المتأخر عن العقد لا يلتحق به ولا يؤثر فيه ولا يلزم الوفاء به ويكون العقد صحيحاً تترتب عليه آثاره[24].

الرأي الثاني: الحنفية وهم يقولون بأن الشرط المتأخر عن العقد يلحق به

---

(24) فتاوى الشيخ عليش (ج: 2/ ص: 24)، والمحلى لابن حزم (ج: 2/ ص: 412).

إذا كان صحيحاً، أما إذا كان فاسداً فيلحق بالعقد عند أبي حنيفة ويؤثر فيه ولا يلحق به ولا يؤثر فيه عند محمد وأبي يوسف هذا في عقود المعاوضات المالية أما عقد النكاح فلا يلحق به الشرط الفاسد ولا يؤثر فيه عند الجميع لأن عقد النكاح لا يفسد بالعقد الفاسد عند الحنفية[25].

الرأي الثالث: ذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بأن الشرط المتأخر على العقد يلحق به ويؤثر فيه إذا اشترطه مشترطه قبل لزوم العقد، أما إذا اشترطه بعد لزوم العقد فلا يلحق به ولا يؤثر فيه[26].

ثالثاً الشرط المقترن بالعقد:

وهو الشرط المتلفظ به في صيغة العقد كأن يقول رجل لآخر: بعتك هذه الدار بكذا على شرط أن أسكنها لمدة سنة، وللعلماء في حكم هذا الشرط رأيان نذكرهما فيما يلي:

الرأي الأول: وهو للظاهرية وهم يقولون بعدم الوفاء بالشروط الجعلية مطلقاً وذلك لأنهم يقولون بعدم صحة اشتراط أي شرط جعلي وإنما يجب الوقوف عند ما اشترطه الله ورسوله فكل شرط لم يرد في الكتاب أو السنة فهو باطل.

يقول ابن حزم: (إن كل شرط اشترطه إنسان على نفسه أو لها على غيره فهو باطل لا يلزم من التزامه أصلاً إلا أن يكون النص أو الإجماع قد ورد أحدهما بجواز التزام الشرط بعينه أو بإلزامه)[27].

الرأي الثاني: وهو لجمهور الفقهاء وهم يقولون بالوفاء بالشروط الجعلية شريطة ألا يؤثر الشرط في العقد بالبطلان وذلك على النحو الذي سبق بيانه عند الكلام على ضابط الشرط عند كل مذهب على حده وهم - أي جمهور الفقهاء - يقولون بجواز اشتراط الشروط الجعلية في العقود.

---

(25) بدائع الصنائع للكاساني (ج: 5/ ص: 176).

(26) كشاف القناع للبهوتي (ج: 3/ ص: 189)، وحواشي الشرواني على تحفة المحتاج (ج: 4/ ص: 296).

(27) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (ج: 5/ ص: 614).

ـ ويختلف حكم الوفاء بالشروط الجعلية عند جمهور الفقهاء باستثناء الظاهرية وذلك على النحو التالي:

* من ذهب إلى القول بأن العبرة بمقصد الشارع من تشريع العقد قال بإلزامية الوفاء بكل شرط يحقق منفعة للعاقدين أو أحدهما وبذلك قال الحنابلة والمالكية وإن كان الحنابلة أكثر توسعاً في الشروط الجعلية من المالكية وغيرهم من سائر الأئمة، فالأصل في الشروط عند المالكية والحنابلة الجواز والصحة ولا يبطل إلا إذا قام الدليل على إبطال الشرط وإلغائه وبذلك قال ابن تيمية وابن القيم.

يقول ابن تيمية: إن أصول أحمد المنصوص عنه أكثرها تجري على هذا القول، ومالك قريب منه، ولكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه[28].

ومن ذهب إلى القول بأن العبرة بمقتضى العقد قال بعدم إلزامية الوفاء بالشرط الجعلي إلا إذا كان من مقتضيات العقد وبذلك قال الحنفية والشافعية.

الترجيح

ـ وبعد أن ذكرنا آراء الفقهاء في حكم الوفاء بالشرط الجعلي العرفي منه واللفظي السابق على العقد واللاحق به والمتأخر عنه نميل إلى ترجيح ما يلي:

1 ـ ما تعارف عليه الناس يعتبر شرطاً عرفياً ملزماً لكل من العاقدين إذا كان صحيحاً ولم يشترط العاقدان أو أحدهما ما يخالفه لأنه ـ أي الشرط العرفي ـ تعارف عليه الناس وشاع بينهم وألزموا أنفسهم به فعدم اشتراط ما يخالفه يعتبر رضاء به وإن لم يتلفظ به في العقد لسبق علم العاقدان به فكان سكوتهما دليل رضائهما وعلى هذا فالشرط العرفي يلحق بالعقد كالشرط اللفظي ويثبت به الحق لكل من العاقدين في المطالبة به والخيار بين إمضاء العقد أو فسخه إذا لم يوف أحد العاقدين للآخر وهذا ما ذهب إليه الحنفية

(28) الفتاوى لابن تيمية (ج: 3/ ص: 326).

والمالكية والحنابلة لأنه يتفق مع الشرع ومصلحة الناس ولأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

2 ـ الشرط المتقدم على العقد يلحق بالعقد ويكون حكمه حكم الشرط المقترن بالعقد وذلك منعاً للتحايل بين العاقدين لأن العقد تم بينهما ووقع الرضا به على أساس الشرط المتفق عليه بينهما قبل مجلس العقد وصيغة العقد وإن كانت مطلقة إلا أنها في الحقيقة مقيدة بالشرط المستصحب في نية كل من العاقدين والله يعلم أنهما إنما عقدا على ذلك الشرط وسكتا عن ذكره في صلب العقد تحايلاً لتحقيق غرضهما وتفويت مقصد الشارع من تشريعه العقد وعليه فلا فرق بين الشرط المقترن بالعقد والمتقدم عليه في تحقيق مقصد العاقدين من الشرط وإتمام الرضا بالعقد على أساس الشرط وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنابلة في المشهور عنهم والحنفية في الشرط الصحيح.

3 ـ الشرط المتأخر عن العقد يلحق به إذا اشترط قبل إلزام العقد ـ أي قبل إتمام العقد وانتهاء المجلس ـ ولا يلحق به إذا اشترط بعد إلزام العقد وذلك منعاً للشقاق والخلاف ولأن الرضا بالعقد تم على أساس خلوه من الشرط فإلحاق الشرط بالعقد بعد إتمامه يفوت على المشروط عليه غرضه من العقد والقول بعدم إلزامية الشرط المتأخر عن العقد لا يفوت على الشارط غرضه لأن سكوته وعدم اشتراطه في صيغة العقد يعتبر تهاوناً منه واشتراطه بعد العقد قد يكون تحايلاً منه على الطرف الآخر ليتم رضاؤه ثم يشترط عليه ليحقق الشارط غرضه وهذا التحايل مرفوض لأنه يدخل الغبن على المشروط عليه وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة.

4 ـ الشرط المقترن بالعقد يلحق به ويؤثر فيه ويلزم الوفاء به إذا كان صحيحاً ويحقق للعاقدين أو لأحدهما منفعة مقصودة لأن هذا يتفق مع مقصد الشارع من تشريعه العقد وهو تحقيق المصالح والمنافع بين الناس وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنابلة.

وأنا مع الحنابلة في توسيع دائرة الشرط الصحيح لأن معطيات الحياة ومستجداتها لا تقف عند حد والشريعة الإسلامية تستوعب كل مستجدات

الحياة في كل زمان ومكان والتقيد في الشرط يضيق على الناس ويفوت عليهم الكثير من المصالح والمنافع.

الأدلة والمناقشة

أولاً: أدلة القائلين بوجوب الوفاء بالشروط الجعلية:

استدل القائلون بوجوب الوفاء بالشروط الجعلية بما يلي:

الدليل الأول: عن ابن عمر أن رجلاً ذَكَرَ لرسول الله ـ ﷺ ـ أنه يُخدع في البيع فقال له رسول الله ـ ﷺ ـ: (إذا بعت فقل: لا خِلابة، فكان الرجل إذا باع يقول لا خِلابة)[29].

وفي رواية أخرى عن أنس أن رجلاً كان في عقدته ضَعْفٌ كان يُبايع وأن أهله أتوا النبي ـ ﷺ ـ فقالوا يا نبي الله: (احْجُرْ عليه) فدعاه نبي الله ـ ﷺ ـ فنهاه فقال: (يا نبي الله إني لا أصبر عن البيع قال إذا بعت فقل لا خِلابة)[30].

* **وجه الدلالة:** أبان النبي ـ ﷺ ـ للرجل المذكور في الحديث أن يقول في بيعه (لا خلابة) وهو شرط عدم الغبن في البيع وهو من الشروط الجعلية لأنه ليس من وضع الشارع كما يفهم من الحديث أن الوفاء بهذا الشرط واجب ولشارطه الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه إذا لم يوفِ له بشرطه.

* **اعتراض:** حديث (لا خلابة) خاص بالرجل الذي ورد فيه لحالته الخاصة المذكورة في الحديث وهي الضعف العقلي وكان يُخدع بسببه في بيعه فرخص له النبي ﷺ ـ ذلك نظراً لظروفه الخاصة.

* **الرد على الاعتراض:** ليس في الحديث ما يفيد أنه خاص بالرجل الذي ورد فيه، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب والحكم يدور مع علته والعلة التي من أجلها رخص النبي ﷺ ـ لهذا الرجل هي الغبن في البيع

---

(29) سنن النسائي (ج: 7/ ص 252)/ باب الخدعة في الحرب/ ط: دار الكتاب العربي.

(30) المرجع السابق.

وعليه فيجوز اشتراط السلامة من الغبن ويعتبر شرط ملزم يجب الوفاء به.

* **اعتراض**: مع التسليم بأن الحكم يدور مع علته فالعلة التي من أجلها رخص النبي ﷺ ـ للرجل الذي ورد فيه الحديث هي أنه كان في عقدته ضعف وعليه فكل من كان حاله كحال الرجل ـ أي في عقدته ضعف ـ كان له أن يشترط السلامة من الغبن، أما من ليس في عقدته ضعف ـ أي ليس به ضعف عقلي ـ فلا يثبت له الحكم لانتفاء العلة.

* **الرد على الاعتراض**: ليس في الحديث ما يفيد تخصيص الحكم بمن كان به ضعف عقلي وعليه فالعلة التي من أجلها رخص النبي ـ ﷺ ـ لهذا الرجل هي الغبن والعلة ـ وهي الغبن ـ موجودة في غيره كما هي موجودة فيه فيكون الحكم عام وعليه فاشتراط السلامة من الغبن جائز والوفاء به واجب.

الدليل الثاني: عن جابر بن عبد الله قال: (كنت مع النبي ـ ﷺ ـ في سفر فأعيا جملي فأردت أن أُسَيِّبَهُ فلحقني رسول الله ـ ﷺ ـ ودعا له فضربه فسار سيراً لم يسر مثله فقال: بِعْنِيه بِوُقِيَّةٍ، قلت لا قال: بِعْنيه فَبِعْتُهُ بِوُقِيةٍ واستثنيت حُمْلانه إلى المدينة فلما بلغنا المدينة أتيته بالجمل وابتغيت ثمنه ثم رجعت فأرسل إليَّ فقال: أتراني إنما ماكَسْتُكَ لآخُذ جَمَلَكَ خذ جملك ودراهِمَكَ)[31].

* **وجه الدلالة**: دل الحديث على صحة البيع بشرط حيث باع جابرُ النبيَّ ـ ﷺ ـ جمله واشترط جابرُ ظهره فقبل النبي ﷺ ـ الشرط ولم ينكر على جابر بذلك وهذا يدل على جواز الشرط في البيع لأن شرط جابر جعلي وليس شرعي. وفي وفاء النبي ـ ﷺ ـ لجابر بشرطه دليل على وجوب الوفاء بالشرط الجعلي.

* **اعتراض**: الحديث حالة خاصة بجابر لأنه كان قد استشهد أبوه وترك له ديناً وعيالاً فتصدق النبي ـ ﷺ ـ على جابر بالثمن والجمل فركوب جابر

---

(31) سنن النسائي (ج: 7/ ص : 297 ـ 298)/ ط: دار الكتاب العربي.
(البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط).

الجمل لم يكن شرطاً في البيع وإنما كان تطوعاً من النبي - ﷺ -[32].

الرد على الاعتراض: ليس في الحديث ما يفيد أنه حالة خاصة بجابر والنبي - ﷺ - قد اشترى الجمل من جابر قبل أن يتصدق بثمنه وتم البيع بينهما صحيحاً وجابر اشترط على النبي - ﷺ - شرطه المذكور في الحديث والنبي - ﷺ - قبل الشرط ولم ينكر عليه ذلك ووفى له به وبعد إتمام التقابض في البيع تصدق النبي - ﷺ - على جابر بالجمل والثمن، فوقوع الصدقة لا ينفي وقوع البيع وعدم إنكار النبي - ﷺ - الشرط ووفاؤه - ﷺ - لجابر بشرطه وإتمام البيع على أساس الشرط يدل على جواز البيع والشرط.

الدليل الثالث: عن جابر أن النبي - ﷺ - نهى عن المحاقلة[33] والمزابنة[34] وعن الثُنيا[35] إلا أن تكون معلومة[36].

* **وجه الدلالة**: دل الحديث على جواز الشرط إذا كان معلوماً حيث إن النبي - ﷺ - جعل علة النهي عن بيع الثنيا هي الجهالة وأبان أنها - أي الثنيا - تكون صحيحة إذا كانت معلومة والثنيا من الشروط الجعلية.

وليست من الشروط الشرعية وعليه فيقاس عليها غيرها من الشروط فتكون صحيحة إذا كانت معلومة وباطلة إذا كانت مجهولة والقول بصحتها يعني وجوب الوفاء بها.

الدليل الرابع: قوله - ﷺ - (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحلَّ حراماً أو حرمَ حلالاً).

* **وجه الدلالة**: دل الحديث على وجوب الوفاء بما اشترطه المسلمون ما كانت شروطهم التي اشترطوها لا تحل ما حرم الله ووقعت صحيحة، وما

---

(32) المحلى لابن حزم (ج: 8/ ص: 418).

(33) بيع الحب في السنبلة.

(34) بيع التمر على الشجرة بتمر كيلاً.

(35) وهي أن يستثني البائع جزءاً من العين المبيعة لنفسه كأن يقول رجل لآخر: بعتك هذا البستان بكذا على أن يكون لي منه شجرتين.

(36) سنن النسائي (ج: 4/ ص: 252)، النهي عن بيع الثنيا/ ط: دار الكتاب العربي.

اشترطه المسلمون يعتبر شرطاً جعلياً وليس شرعياً لأنه من وضع شارطه وليس من وضع الشارع.

* **اعتراض**: الحديث ضعيف لا يصلح للاستدلال به لأن في سنده كثير ابن عبد الله بن عمر بن عوف عن أبيه عن جده وهو ضعيف.

* **الرد على الاعتراض**: الحديث ورد من طرق أخرى يقوي بعضها بعضاً فقد ورد عن طريق عبد الله المصيصي وهو ثقة وتعدد طرق روايات الحديث يقوي بعضها بعضاً ويجبر ضعفها وبذلك يكون الحديث صالحاً للاحتجاج به.

* **اعتراض**: الحديث فيه إضافة الشروط إلى المسلمين لا يجوز لهم أن يشترطوا شرطاً غير الّتي أبانها لهم الشارع لأن منها ما يحلل الحرام ومنها ما يحرم الحلال وأيضاً فإن الحديث قد ورد برواية أخرى جاء فيها: (إلا ما وافق الحق)، ولا يوافق الحق إلا ما ذكره الشارع وكل شرط لم يرد به الشارع يعتبر مخالفاً للحق.

* **الرد على الاعتراض**: الشرط الذي يحل حراماً أو يحرم حلالاً هو الشرط الذي يبطل ما جاء به الشارع كاشتراط عدم الإرث بين الزوجين فهو شرط باطل باتفاق وليس هذا محل النزاع وفرق بين ما أوجبه الشارع على الإنسان وما ألزمه به وبين ما أباح له فعله وجعله مخيراً فيه. والمراد بقوله ﷺ (وما وافق الحق) ألا يخالف الشرط أصلاً من أصول الشرع أو قاعدة من قواعده الكلية وليس في الحديث ما يفيد بطلان كل شرط ولو كان لا يخالف الشرع أو كان مما سكت عنه الشارع وإنما الحديث يدل على جواز الشرط ووجوب الوفاء به.

الدليل الخامس: عن عمرو بن شعيب قال: حدثني أبي عن أبيه حتى ذكر عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ لا يحل سَلَفٌ وبيعٌ ولا شرطان في بيع ولا رِبْحُ ما لم يُضْمَنْ[37].

---

(37) سنن النسائي (ج: 7/ ص: 295)، (سلف وبيع شرطان في بيع، بيعتين في بيعة)/ ط: دار الكتاب العربي.

وقد ورد برواية أخرى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله - ﷺ - عن سَلَفٍ وبيع وعن شرطين في بيع واحد وعن بيع ما ليس عندك وعن رِبْحِ ما لم يُضْمَنْ[38].

وفي رواية لا يحل سَلَفٌ وبيعٌ ولا شرطان في بيع ولا بيع ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك[39].

* **وجه الدلالة**: دلت الأحاديث السابق ذكرها على أنه لا يحل شرطان في بيع واحد وعليه فيحل شرط واحد لأن حديث نهي رسول الله - ﷺ - عن بيع وشرط خصص بحديث جابر السابق ذكره وقد ورد فيه قوله (فبعته بأوقيةٍ واستثنيت حملانه إلى المدينة)، فقد تم البيع بشرط ولم ينكر النبي ﷺ - ذلك.

الدليل السادس: عن الزهري عن سالم عن أبيه عن النبي - ﷺ - قال: (من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبَّرَ ثمرتُها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ومن باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع)[40].

وجه الدلالة: في الحديث دلالة صريحة على وجوب الوفاء بالشرط الجعلي وجواز اشتراطه لأن اشتراط البائع المذكور في الحديث ليس شرطاً شرعياً وإنما هو شرط جعلي اشترطه شارطه وأبان النبي - ﷺ - صحته وألزم الوفاء به إذا تراضيا عليه العاقدان.

الدليل السابع من المعقول: استدل القائلون بوجوب الوفاء بالشروط الجعلية من المعقول بما يلي:

1 - العبرة بمقصود الشارع من تشريعه العقد لا بمقتضى العقد ومقصود الشارع هو تحقيق المنفعة لكل من العاقدين وعليه فكل ما يحقق منفعة ولا

---

(38) المرجع السابق.

(39) المرجع السابق.

(40) سنن النسائي (ج: 7/ ص: 297)، (العبد يُباع ويستثني المشتري ماله)/ ط: دار الكتاب العربي.

يتعارض مع نص شرعي من الشروط الجعلية فهو صحيح ويتفق مع مقصود الشارع من تشريعه العقد ويلزم الوفاء به لأنه يحقق منفعة لشارطه.

2 ـ الإسلام له أصول ثابتة ورد فيها نص شرعي قاطع الدلالة وهذه لا مجال للاشتراط فيها ولا خيار في الالتزام بها.

أما ما لم يرد فيه نص قاطع الدلالة فالأصل فيه الحل حتى يقوم الدليل على تحريمه، والشروط الجعلية من الأمور العادية التي سكت عنها الشارع فالأصل فيها الحل لا الحرمة فيجوز اشتراطها وإذا جاز اشتراطها وجب الوفاء بها لورود الأمر بوجوب الوفاء بالعهود من الكتاب والسنة من ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ . . .﴾[41].

وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[42].

ثانياً: أدلة القائلين بعدم وجوب الوفاء بالشروط الجعلية.

استدل القائلون بعدم وجوب الوفاء بالشروط الجعلية بما يلي:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[43].

وقوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾[44].

* **وجه الدلالة:** أبان الله سبحانه وتعالى في الآيتين السابق ذكرهما أنه قد حد حدوداً وأوجب على المسلمين الالتزام بها وأن مجاوزة حدود الله ظلم والشروط الجعلية مجاوزة لحدود الله لأنها من وضع شارطها وليست من وضع الشارع فلا يجب الوفاء بها.

اعتراض: ليس في الآيتين ما يفيد عدم الوفاء بالشروط الجعلية لأنها

---

(41) سورة النحل: الآية 91.

(42) سورة المائدة: الآية 1.

(43) سورة البقرة: الآية 229.

(44) سورة الطلاق: الآية 1.

مجاوزة لحدود الله لأنهما وردتا في شأن من يخالف ما شرعه الله بفعل ما نهى عنه وترك ما أمر به فلا يصح الاحتجاج بهما في محل النزاع.

الدليل الثاني: عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن رسول الله ﷺ ـ قال: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد) أخرجه أبو داود[45].

وجه الدلالة: دل الحديث على بطلان كل عمل لا يوافق شرع الله والشرط الذي لم يرد فيه نص من الشارع يعتبر مخالفاً لشرع الله وكل ما خالف شرع الله فهو رد وعليه فالشروط الجعلية مردودة لأنها من وضع شارطها وليست من وضع الشارع فلا يجب الوفاء بها.

اعتراض: ليس في الحديث ما يدل على بطلان الشروط الجعلية وعدم الوفاء بها وإنما الحديث دل على بطلان كل ما خالف حكم الله وعليه فالشرط الذي يخالف حكم الله يعتبر شرطاً باطلاً أما الشرط الصحيح الذي لا يخالف شرع الله وفيه منفعة لشارطه لا يعتبر مخالفاً لحكم الله فيجوز اشتراطه ويلزم الوفاء به.

الدليل الثالث: عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: (... كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) أخرجه البخاري ومسلم والنسائي[46].

* **وجه الدلالة**: دل الحديث على بطلان كل شرط لم يرد به نص شرعي والشروط الجعلية لم يرد بها نص شرعي فتكون باطلة بنص الحديث ولا يلزم الوفاء بها.

* **اعتراض**: المراد من قوله ـ ﷺ ـ في الحديث السابق ذكره هو بطلان كل شرط يناقض كتاب الله ولا خلاف في بطلان الشرط الذي يناقض حكم الله والشرط الجعلي إذا كان صحيحاً لا يكون باطلاً لأنه ليس مناقضاً لكتاب الله وإنما اشترطه شارطه لمنفعة أرادها لنفسه وهو ـ أي الشرط الجعلي ـ ليس فيما

---

(45) سنن أبي داود (ج: 2/ ص: 200) / نشر دار إحياء السنة المحمدية.

(46) صحيح مسلم بشرح النووي (ج: 10/ ص: 144)، فتح الباري (ج: 5/ ص: 353).

ورد فيه نص شرعي وإنما فيما سكت عنه الشارع والأمور العادية التي سكت عنها الشارع الأصل فيها الإباحة ما لم يرد نص بتحريمها وعليه فاشتراط الشروط الجعلية جائز والوفاء بها واجب.

الدليل الرابع: نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع وشرط.

* **وجه الدلالة**: دل الحديث على بطلان الشروط الجعلية وعدم صحة البيع بها لدخولها تحت النهي الوارد في الحديث.

* **اعتراض**: الحديث عام خصص بحديث جابر السابق ذكره والذي جاء فيه أنه باع جملاً إلى رسول الله - ﷺ - واشترط حملانه وعليه فيكون النهي عن بيع بشرط بدليل الحديث الذي جاء فيه لا يحل سلف وبيع... وقد سبق ذكره.

* **الرد على الاعتراض**:

1 - حديث جابر ضعيف لأن في سنده ابن لهيعة.

2 - حديث جابر حالة خاصة.

وأجيب عن ذلك بأن حديث جابر قد ورد بروايات أخرى يقوي بعضها بعضاً ولم يرد ما يدل على أنه حالة خاصة وقد سبق ذكر ذلك مفصلاً في الدليل الثاني للقائلين بوجوب الوفاء بالشروط الجعلية.

وأيضاً النهي الوارد في حديث (نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع وشرط) المراد به الشرط الذي ورد فيه نهي من الشارع من ذلك حديث عمرو بن شعيب الذي جاء فيه: نهى رسول الله - ﷺ - عن سلف وبيع... وقد سبق ذكره.

أما الشرط الذي لم يرد فيه نهي من الشارع فجائز والوفاء به واجب بدليل وفاء النبي - ﷺ - لجابر بشرطه في حديث جابر المتقدم ذكره وحديث الزهري الذي جاء فيه أن رسول الله - ﷺ - قال: (من ابتاع نخلاً بعد أن تُؤبر ثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع...) وقد سبق ذكره.

الدليل الخامس: استدل القائلون بعدم وجوب الوفاء بالشروط الجعلية

لعدم جواز اشتراطها من المعقول بقولهم الرضا شرط في صحة البيع وعدم الوفاء بالشرط الجعلي يؤدي إلى انعدام الرضا عند الطرف الآخر وبذلك ينعدم شرط من شروط العقد فلا يكون صحيحاً.

* **اعتراض**: العقد تم صحيحاً لأن الرضا كان تاماً من كل من العاقدين فإذا وفى كل واحد للآخر بشرطه فلا شيء يفسد العقد وإذا لم يوف أحد الطرفين للآخر بشرطه كان للشارط الخيار في إمضاء العقد أو فسخه فإذا أمضاه كان ذلك دليل رضائه وإذا فسخ العقد فله الحق لعدم وفاء المشروط عليه له بشرطه.

الترجيح:

وبعد ذكر آراء الفقهاء وأدلتهم نميل إلى القول بجواز اشتراط الشروط الجعلية ووجوب الوفاء بها لأنه يتفق مع مقصد الشارع من تشريعه العقد وفيه سعة على الناس وتحقيق للمصالح والمنافع لهم ودلالة على مرونة التشريع الإسلامي لأن مستجدات الحياة لا تقف عند حد والقول بجواز اشتراط الشروط الجعلية يجعل شريعة الإسلام شاملة لكل معطيات الحياة ومستجداتها. والقول بوجوب الوفاء بها يؤدي إلى احترام الكلمة والثقة بين أبناء المجتمع فسيثبت الأمن ويتحقق تبادل المنافع للجميع.

أما القول بعدم جواز اشتراط الشروط الجعلية وعدم وجوب الوفاء بها فيه تضييق على الناس ويفوت عليهم الكثير من المنافع والمصالح ويجعل شريعة الإسلام غير مستوعبة لمستجدات الحياة وهذا يتنافى مع مرونة التشريع الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان وشموليته للثابت والمتجدد في حياة الإنسان.

والأحاديث التي استدل بها القائلون بوجوب الوفاء بالشروط الجعلية صريحة الدلالة على ذلك وفيها ما يفيد أن النبي ـ ﷺ ـ أقر جابراً على شرطه ووفى له به كما أبان ـ ﷺ ـ أن شرط الثنيا إذا كان معلوماً صح البيع به كما أعطى للمبتاع جواز اشتراط أن يكون ثمر النخل الذي اشتراه بعد تأبيره له وليس للبائع.

وأيضاً فأدلة القائلين بعدم وجوب الوفاء بالشروط الجعلية قد تبين من خلال مناقشتها عدم صلاحيتها لإفادة ما ذهبوا إليه لأن لها معنى آخر يجعلها غير صريحة الدلالة في إفادة الحكم الذي استدل بها عليه.

المصادر والمراجع

1 ـ **القرآن الكريم**.

2 ـ **فتح الباري** شرح صحيح البخاري للعسقلاني، ط: دار المعرفة.

3 ـ **صحيح مسلم** بشرح النووي.

4 ـ **سنن النسائي**، ط: دار الكتاب العربي.

5 ـ **سنن أبي داود**، نشر: إحياء السنة المحمدية.

6 ـ **بدائع الصَنائع** للكاساني، ط: دار الكتاب العربي.

7 ـ **حاشية رد المحتار على الدر المختار** لابن عابدين، ط: دار الفكر.

8 ـ **شرح فتح القدير** للكمال بن الهمام، ط: دار الفكر.

9 ـ **حاشية سعدي جلبي** بهامش فتح القدير، ط: دار الفكر.

10 ـ **نتائج الأفكار كشف الرموز والأسرار** للقاضي زادة بهامش فتح القدير.

11 ـ **المبسوط** للسرخسي.

12 ـ **البحر الرائق** لابن نجيم.

13 ـ **متن منهاج الطالبين بأعلى** مغني المحتاج.

14 ـ **المجموع** شرح المهذب.

15 ـ **الشرح الصغير** للدردير بهامش بلغة السالك، ط: دار المعرفة.

16 ـ **فتاوى الشيخ عليش**، ط: دار المعرفة.

17 ـ **المدونة الكبرى**، ط: دار صادر.

18 ـ **مواهب الجليل** للخطاب، ط: دار الكتاب العربي.

19 ـ **تبصرة الحكام** لابن فرحون.

20 ـ **كشاف القناع** للبهوتي.

21 ـ **الشرح الكبير** لابن قدامة المقدسي بهامش المغني، ط: دار الكتاب العربي.

22 ـ **المحلى** لابن حزم.

23 ـ **الفتاوى الكبرى** لابن تيمية.

24 ـ **شرح كتاب النيل** محمد أطفيش، ط: مكتبة الإرشاد ـ جدة ـ ودار الفتح ـ بيروت ـ الطبعة الثانية.
25 ـ **الإحكام في أصول الأحكام** لابن حزم.
26 ـ **الفروق للقرافي**، ط: دار إحياء الكتاب العربي ـ الطبعة الأولى ـ.
27 ـ **الموافقات** للشاطبي، ط: دار الفكر.
28 ـ **الأشباه والنظائر** للسيوطي.
29 ـ **القواعد الفقهية** للشيخ أحمد الزرقا ، ط: دار الغرب الإسلامي/ تحقيق عبد الناصر أبو غرة.
30 ـ **الشروط المقترنة بالعقد**/ زكي الدين شعبان، ط: دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ الطبعة الأولى 1968 م.
31 ـ **الملكية ونظرية العقد**/ أبو زهرة، ط: دار الفكر العربي.
32 ـ **أصول الفقه** للشيخ محمد الخضري.
33 ـ **أصول الفقه** للشيخ أبو زهرة، ط: دار الفكر.
34 ـ **لسان العرب** لابن منظور، ط: دار صادر.
35 ـ **القاموس المحيط** للفيروز أبادي، ط: دار الجيل.