الفصل السادس

أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود المالية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب الحنفي.

*** تطور الفقه الحنفي**

المبحث الثاني: أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب الشافعي.

المبحث الثالث: أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب المالكي

*** خصوصية المذهب المالكي في الشروط**

المبحث الرابع: أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب الحنبلي

*** إضافات شيخ الاسلام ابن تيمية**

المبحث الخامس: المقارنة بين المذاهب الفقهية

تمهيـد

لما كانت العقود تتطور في حدود النظام العام في الشريعة الإسلامية، وكان حجر الزاوية في تطورها هو مدى وجود حرية الاشتراط في التعاقد، خاصة العقود المستحدثة في النظام الاقتصادي المعاصر، كان من اللازم تخصيص هذا الفصل لحرية الاشتراط في الفقه من خلال المقارنة بين المذاهب الأربعة، لمعرفة الحدود المرسومة لتطور العقود المالية.

ومنهجية الدراسة في هذا الفصل كالتالي:

أولاً أنقل النصوص الفقهية لكل مذهب من مظانها، ثم نعلق عليها في حدود إبراز مدى تطور كل مذهب في العقود، فأبدأ بالمذهب الحنفي لكونه أشد المذاهب تضييقا، ثم أتبعه بالمذهب الشافعي لأنه أقرب إليه في التضييق، ثم المذهب المالكي، وأختم بالمذهب الحنبلي لكونه أبعد المذاهب تطورا في العقود خاصة في إضافة ابن تيمية لهذه المذاهب في قاعدة العقود.

المبحث الأول

أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب الحنفي

إن حرية الاشتراط في العقود المالية جزء متم لحرية التعاقد. ولما كانت لحرية الاشتراط في العقود أهمية كبرى في تطورها؛ بدأنا بالمذهب الحنفي لأنه أشد المذاهب تضييقاً في تصحيح الشروط مخافة الوقوع في الربا أو الغرر. وفكرة الربا هي المسيطرة في تحريم كثير من المعاملات المالية.

لهذا الاعتبار نريد أن نحدد موقف الفقه الحنفي من تطور العقود المالية.

والشروط المقترنة بالعقد في الفقه الحنفي تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الشرط الصحيح

القسم الثاني: الشرط الفاسد

أ ـ القسم الأول الشرط الصحيح:

والشرط الصحيح مقسم إلى شرط يقتضيه العقد أو يلائمه أوجرى به التعامل بين الناس.

* أولاً: الشرط الصحيح الذي يقتضيه العقد:

جاء في المبسوط: «أما أن يشترط شرطا يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى في البيع؛ أو شرط تسليم المبيع فالبيع جائز، لأن هذا بمطلق العقد يثبت، فالشرط لا يزيده إلا وكادة»[1].

وجاء في البدائع: «و أما الشرط الذي يقتضيه العقد؛ فلا يوجب فساده كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع، أو باع بشرط أن يتملك الثمن، أو باع بشرط أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن، أو اشترى على أن يسلم المبيع، أو اشترى جارية على أن تخدمه، أو دابة على أن يركبها، ـ وثوبا على أن يلبسه، أو حنطة في سنبلها وشرط الحصاد على البائع، ونحو ذلك فالبيع جائز.. لأن البيع يقتضي هذه

(١) المبسوط ١٣/ ١٤.

المذكورات من غير شرط، فكان ذكرها في معرض الشرط تقريرا لمقتضى العقد، فلا توجب فساد العقد»[١].

وجاء في فتح القدير: «ثم جملة الأمر فيه، أي في الشرط؛ أنه إما أن يقتضيه العقد كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه، فيجوز لأنه مؤكد لموجب العقد»[٢].

يتبين من هذه النصوص المتقدمة أن الشرط الذي يقتضيه العقد لا خلاف في صحته، إذ هو محض تقرير لمقتضى العقد. ومقتضى العقد لازم دون شرط، فشرطه تأكيد وبيان.

فمن اشترى بشرط أن يتملك المبيع؛ أو أن يرد بالعيب؛ أو باع بشرط أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن؛ فكل من المبيع والشرط صحيح، لأنه شرط يقتضيه العقد، وشرطه بيان وتأكيد.

لكن فقهاء الأحناف لا يقصدون من تقرير هذه القاعدة الحكم بذاته؛ بل يقصدون التمهيد بذلك للاستثناءات الحقيقية: من مبدأ وحدة الصفقة؛ باستخدام دليل الاستحسان لجوازها؛ لحاجة الناس إلى ذلك، كما سنرى في الشرط الذي جرى به عرف ظاهر.

*** ثانياً: الشرط الملائم للعقد:**

يقول صاحب البدائع: «وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد؛ لا يوجب فساد العقد أيضا، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى؛ مؤكد له على ما نذكره إن شاء اللَّه تعالى. فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد، وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشترى بالثمن رهنا؛ أو كفيلا؛ والرهن معلوم والكفيل حاضر فقبل.

وجملة الكلام في البيع بشرط إعطاء الرهن لا يخلو: إما أن يكون معلوما أو مجهولا. فإن كان معلوما فالبيع جائز استحسانا والقياس ألا يجوز، لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد، فكان مفسدا، إلا إذا استحسنا الجواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفا مقتضى العقد صورة؛ فهو موافق له معنى، لأن الرهن بالثمن شرع توثيقا للثمن،

(١) البدائع ٥/ ١٧١.
(٢) فتح القدير: ٥/ ٢١٥.

وكذلك الكفالة؛ فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة، فكان كل واحد منهما مقررا لمقتضى العقد معنى. . .»[١].

وجاء في المبسوط: «و شرط الحوالة في هذا كشرط الكفالة، لأنه لا ينافي وجود أصل الثمن في ذمة المشتري، فإن الحوالة تحويل؛ ولا يكون ذلك إلا بعد وجود الثمن في ذمة المشتري، بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداء على غير المشترى بالعقد؛ فإن ذلك ينافي موجب العقد فكان مفسدا للعقد»[٢].

الملاحظ من النصوص المتقدمة الذكر أن الحنفية لم يجيزوا الشرط الذي يلائم العقد إلا استثناء على سبيل الاستحسان؛ ملحقين إياه في المعنى بالشرط الذي يقتضيه العقد. وإلا فإن الشرط ولو لاءم العقد ما دام العقد لا يقتضيه لا يجوز على مقتضى القياس عندهم، فإن فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد، فيكون عقدا في عقد، وهذا لا يجوز؛ وإنما صح هذا الشرط على سبيل الاستحسان كما قدمنا، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى. يقول صاحب المبسوط: «و إن شرط أن يرهنه المبتاع هذا بعينه ففي القياس العقد فاسد؛ لما بينا أنه شرط عقد في عقد؛ وفي الاستحسان يجوز هذا العقد، لأن المقصود بالرهن الاستيفاء. فإن موجبه ثبوت يد الاستيفاء وشرط استيفاء الثمن ملائم للعقد. ثم الرهن بالثمن للتوثيق بالثمن. فاشتراط ما يوثق به كاشتراط صفة الجودة في الثمن»[٣].

*** ثالثاً: الشرط الذي يجري به التعامل:**

يقول صاحب المبسوط: «و إن كان شرطا لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضا؛ كما لو اشترى نعلا وشراكا بشرط أن يحذوه البائع، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا»[٤].

وجاء في البدائع: «كذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضا، لكن للناس فيه تعامل فالبيع جائز»[٥].

وجاء في فتح القدير: «و للتعامل جوزنا الاستصناع، مع أنه بيع المعدوم. ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع بطانة من عنده»[٦].

---

(١) البدائع ـ ٥/ ١ ١٧.
(٢) المبسوط ١٣/ ١٨.
(٣) المبسوط ١٣/ ١٩.
(٤) نفس المصدر: ١٣/ ١٤ . ١٥.
(٥) البدائع: ٥/ ١٧٢.
(٦) فتح القدير: ٥/ ٢٢١ ـ ٢٢٢.

فتقرير الأحناف للشرط الذي جرى به التعامل وفيه عرف ظاهر يدل على تأثير الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود. وإن كان الأحناف يقصرون هذا التطور بتعليقه بالمبيع ذاته، وأجازوا هذا بالاستحسان.

ب ـ القسم الثاني: الشرط الفاسد:

الشرط الفاسد عند الحنفية يفسد العقد، جاء في المبسوط: «و إن كان شرطا لا يقتضيه وليس فيه عرف ظاهر. فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد؛ لأن الشرط باطل في نفسه والمنتفع به غير راض بدونه، فتتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط، فلهذا فسد البيع. وكذلك إن كان فيه منفعة للمعقود عليه.

وحجتنا في ذلك نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط[(١)]، ولأن في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه؛ والعقد لا يقتضيه فيفسد به العقد؛ كما لو شرط ألا يبيع، يوضحه أن لو شرط في الجارية أن يتولدها؛ أو في العبد أن يدبره؛ كان العقد فاسدا. فإذا كان اشتراط حق العتق لها يفسد البيع فاشتراط حقيقة العتق أولى، ودعواه أن هذا الشرط يلائم العقد لا معنى له، فإن البيع موجب للملك، والعتق مبطل له، فكيف يكون بينهما ملاءمة، ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك؛ فيكون ضد ما هو المقصود بالعقد. وبيع العبد نسمة، لا يكون بشرط العتق؛ بل يكون ذلك وعدا من المشتري؛ ثم البيع بعقد مطلقا وهو تأويل حديث عائشة رضي اللَّه عنها، فإنها اشترت بريرة رضي اللَّه عنها مطلقا، ووعدت لها أن تعتقها لترضى هي بذلك، فإن بيع المكاتبة لا يجوز بغير رضاها.

وإذا اشترى شيئا وشرط على البائع أن يحمله إلى منزله، أو يطحن الحنطة؛ أو يخيط الثوب؛ فهو فاسد؛ لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ والعقد لا يقتضيه؛ لأنه إن كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو إجارة مشروطة في العقد... وكذلك لو اشترى دارا على أن يسكنها البائع شهرا فهذه إعارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد، أو هذا شرط أجل في العين، والعين لا تقبل الأجل»[(٢)].

قول صاحب البدائع: «و منها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق؛ وليس بملائم للعقد ولا مما جرى به التعامل بين الناس؛ نحو ما إذا باع دارا على أن يسكنها البائع شهرا؛ ثم يسلمها

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط ٤٣٦١ ٤/ ٣٣٥. قال الألباني في السلسلة الضعيفة ١/ ٧٠٣ حديث رقم٤٩١: ضعيف جدا.

(٢) المبسوط: ١٣/ ١٥ ـ ١٨.

إليه؛ أو أرضا على أن يزرعها سنة؛ أو دابة على أن يركبها شهرا. . .»[١].

يقول صاحب فتح القدير: «ولو كان الشرط مما لا يقتضيه؛ وليس مما ذكرنا. فأما ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو المعقود عليه؛ وهو من أهل الاستحقاق؛ كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع؛ أو يتركها في داره شهرا أو ثوبا على أن يخيطه فالبيع فاسد. . . .

وقد نهى رسول اللَّه عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة.

واعلم أنه روي عن رسول ﷺ «أنه نهى عن بيعتين في بيعة. . .»[٢].

وذكر الإمام قاضي خان[٣]: العقود التي يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة:

قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل؛ وهي مبادلة المال بالمال؛ كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال.

وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال؛ كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد.

وقسم له شبه بالبيع والنكاح؛ وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل؛ ولا يبطلها الشرط الفاسد»[٤].

ما يستخلص من النصوص السابقة:

إن الشرط الفاسد الذي يفسد العقد هو الذي فيه منفعة لها صاحب يطالب بها، وهذه المنفعة؛ إما أن تكون للمبيع إذا كان رقيقا؛ مثل أن يشتري عبدا على ألا يبيعه أو يهبه؛ والمنفعة التي تكون للبائع كأن يبيع دارا ويشرط أن يسكنها شهرا؛ والمنفعة التي تكون للمشتري أن يشتري ثوبا ويشترط على البائع خياطته.

والمنفعة التي تكون للأجنبي غير المتعاقدين هي أن يبيع أرضا ويشترط على المشتري أن يبني فيها مسجدا أو يتصدقها.

---

(١) البدائع: ٥/ ١٦٩ أ١٧٣.

(٢) بيان تخريجه مفصلا في الباب الثاني.

(٣) حسن بن منصور بن أبي القاسم محمود بن عبد العزيز فخر الدين المعروف بقاضي خان الاوز جندي الفرغاني فقيه حنفي من كبارهم ت: ٥٩٢هـ له: الفتاوى ـ الامالي. . .(الاعلام ج: ٢ ص: ٢٢٤).

(٤) فتح القدير: ٥/ ٢١٥ ـ ٢٢١.

*** العلة في فساد الشرط والعقد معا في النصوص التي رأينا**

ترجع إلى أمرين، هما:

العلة الأولى: الذي يشترط منفعة يجوز المطالبة بها كشرط سكنى دار شهرا؛ هي زيادة لا يقابلها عوض؛ فهي ربا أو شبه ربا؛ والبيع إذا كان فيه الربا فاسد.

العلة الثانية: واستدل الأحناف على ذلك أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط؛ وعن بيع وسلف؛ وعن بيعتين في بيعة واحدة؛ وعن صفقتين في صفقة واحدة.

جاء في مرشد الحيران في المادة ٣٢٣: «كل ما كان مبادلة مال بمال؛ كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والمزراعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد؛ ولا تعليقه به؛ بل تفسد إذا اقترنت أو علقت به... ومثل ذلك إجازة هذه العقود؛ فإنها تفسد باقترانها بالشرط الفاسد وبتعليقها به. أما إذا كانت مبادلة مال بغير مال؛ كالنكاح والخلع على مال؛ أو كان من التبرعات كالهبة والقرض؛ أو من التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبي في التجارة؛ أو من الإسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق وأمثال ذلك؛ يصح العقد ويسقط الشرط[1].

ومما هو جدير بالذكر أن الشرط الفاسد الذي لا منفعة فيه لأحد؛ وإن سقط هو لا يفسد أي عقد اقترن به ولو كان هذا العقد مبادلة مال بمال؛ للعلتين المتقدمتين. أما الشرط الفاسد الذي فيه منفعة؛ فقد رأينا أنه يفسد العقود التي هي مبادلة مال بمال، ولكنه لا يفسد التصرفات الأخرى؛ بل يتم إلغاء الشرط ويبقى التصرف.

*** تطور الفقه الحنفي:**

إن الفقه الحنفي يعلل كيف يفسد الشرط الفاسد العقد بعلتين: علة الربا وعلة تعدد الصفقة. وتكاد العلتان تتعادلان في كتب الفقهاء؛ بل إن علة الربا هي التي ترجح كفتها.

لكن المتأمل في ما يورد الفقهاء عادة من أمثلة للشروط الفاسدة؛ يرى أن فكرة الربا إنما اتخذت تكأة لتعزيز تعدد الصفقة.

والشرط الفاسد قد لا يكون له مقابل من الثمن؛ أو يكون له هذا المقابل،

---

(١) انظر: مادة ٢٢٤ ـ ٢٢٦ من مرشد الحيران.

فإن لم يكن له مقابل من الثمن فهنا تأتي فكرة الربا، أما إذا كان الشرط له مقابل من الثمن فإن تعليل فساد العقد يقوم على فكرة تعدد الصفقة.

وأما النص الآخر في المبسوط فيبين هذه العلة في الشرط المقترن بالعقد: «عن عبد الوارث بن سعيد قال: حججت فدخلت مكة على أبي حنيفة وسألته عن البيع بالشرط. فقال: باطل. فخرجت من عنده ودخلت على ابن أبي ليلى؛ وسألته عن ذلك؛ فقال: البيع جائز والشرط باطل. فدخلت على ابن شبرمة وسألته عن ذلك، فقال: البيع جائز والشرط جائز. فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة فقد اختلفوا علي في هذه المسألة كل الاختلاف، فعجزني أن أسأل كل واحد منهم عن حجته. فدخلت على أبي حنيفة فأعدت السؤال عليه، فأعاد جوابه، فقلت: إن صاحبيك يخالفانك. فقال: لا أدري ما قالا؛ حدثني عمرو بن شعيب عن جده رضي اللَّه عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط.

فدخلت على ابن أبي ليلى؛ فقلت له مثل ذلك؛ فقال: لا أدري ما قالا؛ حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي اللَّه عنها أنها لما أرادت أن تشتري بريرة رضي اللَّه عنها أبى مواليها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم، فذكرت ذلك لرسول اللَّه ﷺ، فقال: اشتري واشرطي لهم الولاء؛ فإن الولاء لمن أعتق[(١)].

فدخلت على ابن شبرمة، وقلت له مثل ذلك؛ فقال: لا أدري ما قالا؛ حدثني محارب بن وثار عن ابن الزبير عن جابر بن عبد اللَّه الأنصاري رضي اللَّه عنهم أن النبي ﷺ اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها إلى المدينة»[(٢)].

---

(١) أخرجه الإمام البخاري في كتاب البيوع أباب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل أج: ٢ ـ ص١٤.
وأخرجه الدارمي في كتاب الطلاق ـ باب في تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق أبلفظ: «اشتريها فطنما الولاء لمن أعتق». حديث رقم: ٢٢٨٦ ـ ج: ٢ ـ ص: ١١٧.
وأخرجه الترمذي مع عارضة الأحوذي ـ بلفظ: «اشتريها فإنما الولاء لمن أعطى الثمن أو لمن ولي النعمة». حديث رقم: ١٢٦٠ ـ ج: ٣.

(٢) أخرجه الإمام البخاري في كتاب البيوع ـ باب شراء الدواب و الحمير. . . ـ ج: ٢ ص: ٧.
وأخرجه الإمام مسلم في كتاب المساقاة ـ باب بيع البعير و استثناء ركوبه ـ حديث رقم: ٧١٥ ـ ص: ٦٧٣.
وأخرجه أبو داوود في كتاب الإجارة أباب في شرط في بيع ـ حديث رقم: ٣٥٠٦ ـ ص: ٦٦١ ـ والنسائي برقم: ٤٦٥١.

المبحث الثاني

أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب الشافعي

ومذهب الشافعي يقرب كثيرا من المذهب الحنفي في الأصل الذي يتمسك به؛ وهو منع تعدد الصفقة؛ وفي الاستثناءات التي أوردها على الأصل.

فالشرط الذي يقتضيه العقد صحيح بداهة لأنه معمول به من غير حاجة إلى أن يذكر.

والشرط الذي يلائم العقد ويدعى في الفقه الشافعي بالشرط الذي فيه مصلحة العقد؛ أو الشرط الذي تدعو إليه الحاجة صحيح أيضا، ويصح معه العقد، **وليس ذلك على سبيل الاستثناء كما هو الأمر في المذهب الحنفي**؛ بل هو أصل يقوم بذاته.

ومن أمثلة الشرط الذي فيه مصلحة للعقد: اشتراط الإشهاد على العقد.

والفقه الشافعي لا يميز بين الشرط الذي يلائم العقد والشرط الذي تدعو إليه الحاجة؛ فهما عنده شيء واحد.

ويتمسك الفقه الشافعي بعد ذلك بالأصل المعروف[1]؛ فيمنع البيع والشرط ما دام الشرط فيه منفعة مطلوبة ولا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد؛ فلا يجوز أن يشتري زرعا ويشرط على البائع أن يحصده؛ أو ثوبا ويشترط على البائع أن يخيطه؛ ولا يجوز أن يبيع دارا بألف على أن يقرضه المشتري قرضا بمائة؛ ولا يجوز للعاقد أن يشترط ما ينافي مقتضى العقد؛ فلا يجوز للراهن أن يشترط على المرتهن أن لا يبيع العين المرهونة أصلا، أو أن لا يبيعها حتى يمضي شهرا من وقت حلول الدين؛ أو أن يكون المرتهن أسوة الغرماء؛ أو أن يضمن المرتهن هلاك العين كلها ولا يقتصر على ضمان ما زاد من قيمتها على الدين؛ ولا يجوز أن يشترط أحد الشركاء أن يكون له نصيب في الربح دون الخسارة؛ أو أن يكون له مبلغ معين من الربح؛ فقد لا تربح الشركة أكثر من هذا المبلغ أو قد تربح شيئا قليلا؛ ولا يجوز أن يشترط رب المال في

(١) يقصد بالأصل المعروف: منع تعدد الصفقة.

القراض أن يكون رأس المال في يده؛ أو أن يشترك مع العامل في التجارة؛ أو أن تكون يد العامل يد ضمان.

ويمنع الفقه الشافعي البيعتين في بيعة واحدة؛ ويتأول الحديث الوارد في النهي عن ذلك على وجهين[١] لا يجيز أيا منهما[٢].

فلا يصح أن يشتري بألف نقدا أو بألفين نسيئة[٣]، كما لا يصح أن يبيع العبد بألف على أن يبيع منه المشتري أو أجنبي الدار بألفين.

ويبدو أن الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة دون أن يقتضيه العقد أو يلائم مقتضى العقد يبطل في مذهب الشافعي سواء أكان في المعاوضات أوالتبرعات، فهما باطلان على السواء.

*** نصوص المذهب الشافعي:**

يقول صاحب نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: «نهى رسول اللَّه عليه الصلاة والسلام عن بيعتين في بيعة رواه الترمذي[٤] وصححه». بأن يقول: بعتك بألف نقدا أو ألفين إلى سنة فخذ بأيهما شئت أنت أو أنا أو شاء فلان للجهالة... أو بعتك هذا العبد مثلا بألف على أن تبيعني أو فلان دارك بكذا أو تشتري مني أو من فلان كذا بكذا للشرط الفاسد، وعن بيع وشرط؛ كبيع بشرط كما مر، أو بيع دار بألف بشرط قرض مائة.. ولو اشترى زرعا بشرط أن يحصده البائع؛ أو ثوبا ويخيطه البائع.. فالأصح بطلانه. **ويستثنى من النهي عن بيع**

(١) أخرجه أبو داوود في كتاب البيوع أباب في بيع الغرر ـ بلفظ: «أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن بيعتين و عن لبستين...» حديث رقم: ٣٣٧٧ ـ و النسائي برقم: ٤٥٢٤ ـ و ابن ماجة برقم: ٢١٧٠.

(٢) إن الوجهين اللذين يتأولهما الشافعية في هذا الباب كما رأينا في الحديث المعتمد عندهم، لا يقبلان تعدد الصفقة أو الجمع بين البيع و الشرط. و هذا يتبين بجلاء في الأمثلة المذكورة عندهم في الاستدلال على رأيهم.

(٣) النساء في اللغة التأخير، و في الاصطلاح: تأخير المدين مقابل الزيادة في الدين؛ و هذا هو الذي يدعى عند الفقهاء ب: ربا النسيئة.

(٤) الإمام الحافظ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة السلمي الترمذي الضرير مصنف الجامع وكتاب العلل، سمع قتبة بن سعيد وأبا مصعب، وتفقه في الحديث بالبخاري وعنه مكحول بن الفضل وحماد بن شاكر... قال الحاكم سمعت عمر بن علك يقول: مات البخاري فلم يخلف بخراسان مثل أبي عيسى في العلم والحفظ والورع والزهد بكى حتى عمي، وبقي ضريرا سنين ت: ٢٧٩ بترمذ (تذكرة الحفاظ ج٢ ص: ٦٣٣).

وشرط، الراهن للحاجة إليه، لا سيما في معاملة من لا يعرف حاله؛ والكفيل للحاجة إليه.[١]..

جاء في المهذب: «إذا شرط في البيع شرطا؛ نظرت. فإن كان شرطا يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما؛ لم يبطل العقد. لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد؛ فلم يبطله. فإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة؛ كالخيار والأجل والرهن والضمين لم يبطل العقد؛ لأن الشرع ورد بذلك... و لأن الحاجة تدعو إليه؛ فلم يفسد العقد. إن شرط عتق العبد المبيع لم يفسد العقد؛ لأن عائشة رضي اللَّه عنها اشترت بريرة لتعتقها فأراد أهلها أن يشرطوا ولاءها؛ فقال رسول اللَّه ﷺ: اشتريها وأعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق[٢]...

فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى العقد؛ بأن باع عبدا بشرط ألا يبيعه؛ أو ألا يعتقه؛ أو باع دارا بشرط أن يسكنها مدة معلومة... بطل البيع لما روي عن رسول اللَّه عليه الصلاة والسلام ومذهب الشافعي يقرب كثيرا من المذهب الحنفي في الأصل الذي يتمسك به؛ وهو منع تعدد الصفقة؛ وفي الاستثناءات التي أوردها على الأصل.

جاء في الروضة للنووي[٣]: «و منها.. النهي عن بيع وسلف؛ وهو البيع بشرط القرض. ومنها النهي عن بيع وشرط. والشرط ينقسم إلى فاسد وصحيح. فالفاسد يفسد العقد على المذهب.. فمن الفاسد إذا باع عبده بألف بشرط أن يبيعه داره أو يشتري منه داره، ويشرط أن يقرضه عشرة؛ فالعقد الأول باطل... ولو اشترى زرعا وشرط على بائعه أن يحصده؛ بطل البيع على المذهب؛ وقيل: فيه قولان: لأنه جمع بين بيع وإجارة[٤]. وقيل: شرط الحصاد باطل. وفي البيع قولان: تفريق الصفقة وكذا الحكم لو أفرد الشراء بعوض والاستئجار بعوض. فقال: اشتريته بعشرة على أن تحصده بدرهم؛ لأنه جعل الإجارة شرطا في البيع؛ فهو في معنى بيعتين في بيعة. ولو قال: اشتريت هذا الزرع واستأجرتك على حصاده بعشرة فقال: بعت وأجرت؛ فطريقان:

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٣/ ٤٣٣ أ٤٤٤.

(٢) سبق تخريجه في فصل حرية الاشتراط.

(٣) يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي الشافعي أبو زكرياء الدين علامة بالفقه والحديث مولده سنة ٦٣١هـ، توفي بدمشق سنة ٦٧٦هـ له: المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج ـ تهذيب الاسماء واللغات... (الاعلام ج: ٨ ص: ١٤٩).

(٤) هذه الصورة التي ذكرها الإمام النووي هي التي تدعى اليوم: الإيجار المنتهي بالتمليك (ليزينك). في إحدى صوره.

أحدهما: على القولين في الجمع بين مختلف الحكم.

والثاني: تبطل الإجارة وفي البيع قولاً؛ تفريق الصفقة.

ولو قال: اشتريت هذا الزرع بعشرة واستأجرتك لحصده بدرهم؛ صح الشراء ولم تصح الإجارة، لأنه استأجره للعمل في ما لم يملكه، ونظائر مسألة الزرع تقاس بها[١].

(١) الروضة: النووي: ٣/ ٣٩٨ ـ ٣٩٩.

المبحث الثالث

أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب المالكي

إن التطور في المذهب المالكي أبعد مدى من التطور في المذهبين الحنفي والشافعي؛ فإنه يجيز من الشروط ما لا يجيزه المذهبان.

ففي المذهب المالكي أن الأصل فيه أن يكون صحيحا؛ ويصح معه العقد؛ وقد يقع الشرط فاسدا على سبيل الاستثناء.

*** الشرط الصحيح في المذهب المالكي:**

١ ـ فكل شرط يقتضيه العقد صحيح؛ وفي هذا يتفق المذهبان؛ فيصح الشرط والعقد إذا اشترط البائع أن يدفع للمشتري الثمن؛ أو اشترط المشتري أن يسلم البائع المبيع؛ أو أن يضمن العيب؛ أو اشترط الدائن المرتهن أن يكون له الحق في بيع العين المرهونة إذا لم يستوف الدين؛ أو يكون مقدما على سائر الغرماء؛ أو اشترطت الزوجة أن ينفق عليها الزوج وأن يكسوها.

بل يصح كل شرط لا يناقض مقتضى العقد. وفي هذا يتسع مذهب مالك على مذهب أبي حنيفة. إذ يدخل في حكم الصحة عند مالك الشرط الذي يلائم العقد؛ والشرط الذي جرى به التعامل؛ وهما صحيحان في مذهب أبي حنيفة. ويدخل أيضا الشرط الذي فيه منفعة معقولة لأحد المتعاقدين ولو لم يكن العقد يقتضيه أو يلائمه مادام الشرط نفسه لا يناقض مقتضى العقد.

ومثل هذا الشرط عندهم يفتح الباب واسعا للمعاملات المالية ويواكب التطور.

ويصح أن يشرط البائع على المشتري تقديم رهن أو كفيل أو محال عليه.

خصوصية مذهب مالك في الشروط:

١ ـ يصح أن يشترط البائع على المشتري أن يعتق العبد المبيع؛ أو يقف الأرض المبيعة؛ أو يبني فيها مسجدا؛ أو غير ذلك مما يتضمن إيقاع معنى في المبيع. وهو من معاني البر.

٢ ـ يصح أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه؛ أو يهبه أو يعتقه حتى

يعطي الثمن المؤجل. وفي هذا إيقاع معنى في المبيع لضمان حق البائع[١].

٣ ـ يصح أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة معقولة؛ أو الدابة بشرط ركوبها ثلاثة أيام أو الوصول بها إلى مكان قريب؛ أو الثوب ويشترط عليه المشتري أن يخيطه؛ أو الحنطة ويشترط عليه المشتري أن يطحنها؛ وغير ذلك من الشروط التي فيها منفعة معقولة لأحد المتعاقدين.

*** الشرط الفاسد في مذهب مالك:**

لا يكون الشرط فاسدا عند مالك إلا في موضعين:

الأول: إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد؛ كما إذا اشترط البائع على المشتري ألا يتصرف في المبيع.

الثاني: إذا كان الشرط يخل بالثمن؛ وذلك كبيع وسلف: أي بيع يتضمن قرضا. وكبيع الثنيا: وصورته أن يبيع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له؛ وهو بيع معلق على شرط لا مقترن بشرط.

والشرط الفاسد يبطل في جميع الأحوال ولا يعمل به. وأما أثره في العقد فيتبين من خلال ما يلي:

١ ـ تارة يبطله.

٢ ـ وطورا يبطل الشرط وحده ويبقى العقد.

٣ ـ يبطل الشرط والعقد معا؛ إلا إذا نزل المشترط عن الشرط فيسقط الشرط ويبقى العقد.

ولإيضاح هذه الأحوال الثلاثة، أقول:

* بالنسبة للشرط الفاسد الذي يبطل العقد؛ إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد؛ مثل اشتراط المقرض أن يرد المقترض أحسن مما اقترض.

* والشرط الذي يبطل دون العقد؛ إذا ناقض الشرط العقد ولكن العقد لا يختل إذا أعمل الشرط؛ مثل إذا اشترطت الزوجةألا يتزوج عليها الزوج؛ أو اشترط بائع الرقيق على المشتري ـ ن يكون له الولاء.

* وأما الشرط الفاسد الذي يبطل العقد إلا إذا نزل عنه المشترط؛ فهو الشرط الذي يخل بالثمن مثل البيع والسلف.

---

(١) هنا يتبين قبول المذهب المالكي بالشروط التي تحقق مصلحة للبائع إذا استوفى الشروط المحددة في المذهب. و هذه الصورة هي عين الإيجار المنتهي بالتمليك اليوم.

*** النصوص في مذهب مالك:**

قال ابن رشد الحفيد: «و أما مالك؛ فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام: شروط تبطل هي والبيع معا، وشروط تجوز هي والبيع معا، وشروط تبطل ويثبت البيع. وقد يظن أن عنده قسما رابعاً: وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع؛ وإن تركه جاز البيع. وإعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير. وقد رام ذلك كثير من الفقهاء، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بالصحة في البيوع، وهما الربا والغرر. وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك. أي ما يفيد نقصا في الملك. فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط: وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط، وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع.

ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب، إذ بمذهبه تجمع الأحاديث كلها، والجمع عندهم أحسن من الترجيح.

وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة. وأحد من له ذلك جدي[١] والمازري[٢] والباجي[٣]. وتفصيله في ذلك أن قال: إن الشروط في المبيع تقع على ضربين أوليين:

أحدهما: أن يشرطه بعد انقضاء الملك، مثل من يبيع الأمة أو العبد ويشترط أنه إن عتق كان له ولاؤه دون المشتري. فمثل هذا قالوا: يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة[٤]..

والقسم الثاني: أن يشرط عليه شرطا يقع في مدة الملك، وهذا قالوا: ينقسم إلى ثلاثة أقسام. إما أن يشرط في المبيع منفعة لنفسه، وإما أن يشرط على المشتري منعا من تصرف عام أو خاص، وإما أن يشرط إيقاع معنى في البيع.؛ وهذا أيضا ينقسم إلى قسمين:

أحدهما: أن يكون معنى من معاني البر.

والثاني: أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء.

فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع؛ مثل

---

(١) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي المتوفى سنة ٥٢٠هـ.

(٢) أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري المتوفى سنة ٥٣٦هـ.

(٣) القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي المتوفى سنة ٤٩٤هـ.

(٤) سبق تخريج حديث بريرة و إعتاق عائشة رضي الله عنها لها.

أن يبيع الدار واشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة؛ فذلك جائز على حديث جابر[١]. وإما أن يشترط منعا من تصرف خاص أو عام؛ فذلك لا يجوز؛ لأنه من الثنيا؛ مثل أن يبيع الأمة على ألا يطأها أو يبيعها. و إما أن يشترط معنى من معاني البر مثل العتق؛ فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده؛ وإن تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه. . . وإما أن يشترط معنى في المبيع ليس ببر؛ مثل ألا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك؛ وقيل عنه: البيع مفسوخ؛ وقيل: بل يبطل الشرط فقط. وأما من قال له البائع: متى جئتك بالثمن رددت علي المبيع فإنه لا يجوز عند مالك. واختلف أيضا في من باع شيئا بشرط ألا يبيعه حتى ينتصف من الثمن؛ فقيل عن مالك: يجوز ذلك؛ لأن حكمه حكم الرهن، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره. . . ومن المسموع في هذا الباب نهيه ﷺ عن بيع وسلف، اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة إذا ترك الشرط قبل القبض. فمنعه أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء وأجازه مالك وأصحابه إلا محمد بن عبد الحكم»[٢].

قال الحطا ب: «إن من البيوع المنهي عنها: البيع والشرط، فقد روى عبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول اللَّه عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط[٣]. قال ابن عرفة[٤]: لا أعرفه إلا من طريق عبد الحق. وحمله أهل المذهب على وجهين:

أحدهما: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد.

والثاني: الشرط الذي يعود بخلل في الثمن.

فأما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد؛ فهو الذي لا يتم معه المقصود من البيع؛ مثل أن يشترط عليه ألا يبيع ولا يهب؛ وهذا إذا عمم أو استثنى قليلا؛ كقوله: على ألا تبيعه جملة أولاً تبيعه من فلان.

---

(١) سبق تخريج حديث جابر.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/ ١٣٣ ـ ١٣٤.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أبو عبد الله محمد بن الشيخ الصالح المتبرك به محمد بن عرفة الورغمي التونسي إمامها وخطيبها بجامعها الأعظم خمسين سنة الإمام شيخ الشيوخ وعمدة أهل التحقيق والرسوخ أستاذ الأساتذة وقدوة الايمة الجهابذة علامة الدنيا الحائز قصب السبق في العلوم بلاثينا الحافظ النظار المتحلي بالوقار مع الجلالة ومزيد الاعتبار، أخذ عن ابن عبد السلام ومحمد بن هارون والسامي. . . وعنه البرزلي والأبي وابن الناجي. . .ولد سنة: ٧١٦هـ، وت: ٨٠٣هـ. له: الحدود الفقهية ـ واختصار فرائض الحوفي. . .شجرة النور ص ٢٢٧.

وأما إذا خصص ناسا قليلا فيجوز[١]... سئل مالك عن رجل باع عبدا أو غيره وشرط على المبتاع أنه لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطى الثمن، قال: لابأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى. ومن أمثلة المناقضة بيع الثنيا: وهو من البيوع الفاسدة»[٢].

قال الخرشي[٣]: «قد نهى رسول اللَّه ﷺ عن بيع وشرط، **وحمل أهل المذهب النهي على شرط يناقض أو يخل بالثمن**... كما لا يبيع عموما أو إلا من نفر قليل، أو لا يهب وأن لا يخرج بها من البلد، أو على أن يتخذها أم ولد... أو على أنه إن باعها من غيره فهو أحق بها بالثمن.

وبقي شرط يقتضيه العقد، وهو واضح الصحة؛ كشرط تسليم المبيع؛ والقيام بالعيب؛ ورد العوض عند انتقاض البيع؛ وهو لازم دون شرط، فشرطه تأكيد.

وشرط لا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته. جائز؛ لا زم بالشرط ساقط بدونه؛ كالأجل والخيار والرهن، ولا بأس بالبيع بثمن إلى أجل، على ألا يتصرف ببيع ولا هبة ولا عتق حتى أن لا يعطي الثمن لأنه بمنزلة الرهن؛ إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى...

أو يخل بالثمن كبيع وسلف؛ ومعنى إخلاله بالثمن بأن يعود جهله في الثمن إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري؛ أو نقص إذا كان من البائع كبيع وسلف من أحدهما؛ لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن؛ أو الثمن والمثمن؛ وهو مجهول، وصح البيع إن حذف شرط السلف مع قيام السلعة على المشهور لزوال المانع»[٤].

---

(١) هذا الاعتبار في المذهب المالكي يندر وجوده في بقية المذاهب الأخرى، و هذا تطور في العقود المالية عندهم، و خاصة في باب الشروط.

(٢) مواهب الجليل: الحطاب: ج ٤/ ٣٧٣ ـ ٣٧٥.

(٣) أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي الفقيه العلامة البركة القدوة الفهامة، شيخ المالكية وإمام السالكين، وخاتمة العلماء العاملين، إليه انتهت الرئاسة بمعنى أخذ عن والده والبرهان اللقاني والنور الأجهوري... وعنه علي النوري والصفاقسي.. له: شرحان كبير وصغير على المختصر... ت: ١١٠١هـ (شجرة النور ـ ٣١٧).

(٤) حاشية الخرشي: ٥/ ٨٠ ـ ٨١. و انظر: الدسوقي على الدردير: ٣/ ٦٥ ـ ٦٧.

المبحث الرابع

أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب الحنبلي

يعتبر المذهب الحنبلي أكثر تطورا في العقود والشروط خاصة إذا أضفنا إليه الإضافات النوعية التي جاءت بها نظرية ابن تيميه رحمه اللَّه في العقود والشروط حتى تخطى بذلك قيود تعدد الصفقة والربا بشكل غير مسبوق.

*** العقد الصحيح في المذهب الحنبلي:**

الأصل في مذهب الحنابلة أن يكون الشرط صحيحا، جاء في المغني:

«والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام:

أحدها: ما هو من مقتضى العقد، كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال ، فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكما ولا يؤثر في العقد.

الثاني: تتعلق به مصلحة العاقدين، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة واشتراط صفة مقصودة في المبيع؛ كالصناعة والكتابة ونحوهما، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به، ولا يعلم في صحة هذين ا لقسمين خلاف.

الثالث: ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه، وهو نوعان:

ـ **أحدهما**: اشتراط منفعة البائع في المبيع، فهذا قد مضى ذكره[1].

ـ **الثاني**: أن يشترط عقدا في عقد، نحو أن يبيعه شيئا بشرط أن يبيعه شيئا آخر.

الرابع: اشتراط ما ينافي مقتضى العقد[2]

أ ـ فكل شرط يقتضيه العقد صحيح عند الحنابلة، وفي هذا تتفق المذاهب الأربعة.

فيصح اشتراط المشتري التسليم على البائع والتقابض في الحال، ويصح لكل من المتعاقدين أن يشترط خيار المجلس، فكل هذه الشروط يقتضيها العقد وهي معمول بها حتى لو لم تشترط.

---

(١) ذكره رحمه الله تعالى في المغني: ٤/ ٢٨٥.

(٢) المغني: ٤/ ٢٨٥ ٢٨٦.

ب ـ ويصح أيضا كل شرط يلائم العقد ويكون من مصلحته فتتعلق به مصلحة المتعاقدين؛ كالرهن والضمين والشهادة. وفي هذا أيضا تتفق المذاهب الأربعة.

ج ـ ويصح أخيرا الشرط الذي ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته، ولكنه لا ينافي مقتضى العقد. وهنا نلاحظ المدى البعيد من التطور الذي سار فيه المذهب الحنبلي كما لاحظنا ذلك في مذهب مالك. وهذا خلافا لمذهبي أبي حنيفة والشافعي.

فما دام الشرط لا ينافي مقتضى العقد فهو في الأصل صحيح سواء كان العقد يقتضيه أولاً يقتضيه، وسواء لاءم مقتضى العقد أولم يلائمه، والشرط صحيح حتى لو تضمن منفعة مطلوبة، وفي هذا يتخطى المذهب الحنبلي مبدأ وحدة الصفقة كما تخطاه المذهب المالكي. بل هو ينكر صحة الحديث الذي نهى عن بيع وشرط، ثم أنه لا حاجة في صحة الشرط إلى جريان التعامل به خلافا لما يذهب إليه الفقه الحنفي.

جاء في المقنع: «و الثالث ـ أن يشترط نفعا معلوما في المبيع؛ كسكنى الدار شهرا؛ وحملان البعير إلى موضع معلوم؛أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع؛ كحمل الحطب؛ أو تكسيره؛ أو خياطة الثوب ـ وتفصيله»[1].

ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة؛ مثل أن يبيع دارا ويستثني سكناها سنة؛ أو دابة ويشترط ظهرها إلى مكان معلوم؛ أوعبدا ويستثني خدمته مدة معلومة، نص عليه أحمد وهو قول الأوزاعي وأبي ثور وإسحاق وابن المنذر وقال الشافعي وأصحاب الرأي: لا يصح لأنه روي عن النبي عليه الصلاة والسلام ـ أنه نهى عن بيع وشرط.

*** الشرط الفاسد في مذهب الحنابلة:**

ولا يكون الشرط فاسدا عند الحنابلة إلا في موضعين:

الأول: أن ينافي مقتضى العقد:

إذا كان الشرط ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه؛ أو يشرط عليه إن أعتقه أن يكون الولاء للبائع؛ فهذه الشروط كلها تنافي مقتضى العقد، إذ مقتضى العقد حرية المشتري في التصرف في المبيع بعد أن صار ملكه يبيعه أو يمنعه أو أن لا يهبه.

---

(١) المقنع: ٢/ ٢٧، و في الشرح الكبير على المقنع: ٤/ ٤٩ ـ ٥١.

ومن الشروط التي تنافي مقتضى العقد عند الحنابلة أن يشترط المشتري إن غصبه غاصب أن يرجع البائع الثمن؛ ومنها أن يشترط البائع أن يكون أحق بالمبيع بثمنه إن باعه المشتري؛ لأنه يكون بذلك قد اشترط أن لا يبيعه من غيره إذا أعطاه ثمنه(١).

ومن الشروط التي تنافي العقد، إذا قال: بع عبدك فلان بألف وعلي خمسمائة؛ فباعه بهذا الشرط؛ فالبيع فاسد لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري(٢).

ونرى مما تقدم أن المذهب الحنبلي والمذهب المالكي لا يختلفان كثيرا في الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، ففي كلا المذهبين الشرط فاسد، ولكن مذهب مالك يتدرج في ترتيب الجزاء على هذا الشرط الفاسد: فتارة يبطل الشرط والعقد معا؛ وطورا يبطل الشرط ويبقي العقد صحيحا، وثالثة يبطل الشرط والعقد معا إلا إذا نزل المشترط عن شرطه فيسقط الشرط ويبقي العقد(٣).

ويبدو أن المذهب الحنبلي في منعه الجمع بين شرطين في العقد والجمع بين بيع وسلف؛ إنما يحتفظ ببقايا من مبدأ وحدة الصفقة كما فعل المذهب المالكي في منعه الجمع بين بيع وسلف. وقد تخطى المذهبان الحنبلي والمالكي مبدأ وحدة الصفقة في البيع والشرط الواحد لأن خطب الشرط الواحد يسير؛ وهو تابع للعقد ومتمم له ، فلا يخل بوحدته إخلالا جسيما، أما إذا كان لتعدد الصفقة مظهر أوضح؛ بأن اجتمع في العقد شرطان لا شرط واحد عند أحمد ومالك فهذا تعدد جسيم في الصفقة لا يجوز احتماله، **وما احتمل منه اليسير لا يحتمل منه الكثير**(٤).

والمذهبان المالكي والحنبلي وقفا عند هذا الحد في التعامل مع وحدة الصفقة والنظر في الشروط حتى جاء شيخ الإسلام ابن تيمية فاستطاع باجتهاده المستنير بالنصوص الشرعية وتنزيلها على الواقع المتطور أن يتجاوز من سبقه ويخط منهجا جديدا في فهم النصوص وتنزيلها، وأن ما كان عندهم من العمل لا يفي بأغراض الناس ولا يحقق اليسر ويرفع الحرج عن المكلفين. من هنا سنكون مضطرين لأن نعرف حقيقة ما جاء به ابن تيمية من الإضافات النوعية، وبيان ذلك سيكون في المطلب الموالي.

---

(١) انظر: المقنع: ٢/ ٢٨.
(٢) انظر: الشرح الكبير على المقنع: ٤/ ٥٨.
(٣) انظر: مصادر الحق: السنهوري: ٣/ ١١٨.
(٤) انظر: مصادر الحق: ٣/ ١١٩.

إضافات شيخ الإسلام ابن تيمية:

إنني وإن كنت قد أوردت بعض هذه النصوص في الاستدلال على قضايا معينة في بابها، فإنني سأوردها في هذا المكان لفقه جديد يستنبط منها[١].

يقول ابن تيمية: «إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة؛ ولا يحرم ولا يبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به، وأصول أحمد رضي اللَّه عنه المنصوصة يجري أكثرها على هذا القول؛ ومالك قريب منه؛ ولكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه»[٢].

ويستدل ابن تيمية لصحة ما يقول بالنقل والعقل:

أما النقل: فلقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[٣]، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما».

وأما العقل فإنه يقول: «إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية أي ليست من العبادات.»[٤]..

---

(١) سرت على هذه المنهجية اقتداء بطريقة فقهاء الحديث كالبخاري في إتيان النص في مواضع عديدة لفقه لم يسبق أن تعرض له فيما سبق من الأبواب.

(٢) فتاوى ابن تيمية: ٣/ ٣٢٦ ـ ٣٢٩.

(٣) المائدة: ٠١.

(٤) انظر: الفتاوى: ٣/ ٣٣٤ و مراده رحمه الله تعالى أن الأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل عليه، و بما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم لقوله تعالى: «وقد فصل لكم ما حرم عليكم». الأنعام ١١٩، عام في الأعيان والأفعال (و العقود مندرجة في الأفعال)،فإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة من باب القياس العقلي، لأن الفساد ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، و عليه فالأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هي ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد؛ لقوله تعالى: ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾ [النساء ٢٩]. وقال أيضا: ﴿**فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا**﴾ [النساء: ٤]. فعلق سبحانه جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له، و إذا كان طيب النفس هو المبيح للصداق، فكذلك سائر التبرعات قياسا بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن، و أما قوله تعالى: ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾ [النساء ٢٩]، فجعل التراضي شرطا في التجارة، مما يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضى العاقدان أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن؛ إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك. انظر: الفتاوى ٣/ ٣٣٦ ـ ٣٤٧.

خلاصة مذهب ابن تيمية في العقود:

يتلخص مما سبق أن ابن تيمية يرى أن الأصل في الشرط أن يكون صحيحا ويصح معه العقد سواء كان ذلك في المعاوضات أو في التبرعات، ففي المعاوضات يجوز للبائع أن يشترط منفعة المبيع كأن يسكن الدار شهرا؛ أو أن ينتفع بزراعة الأرض سنة، ويجوز للمشتري أن يشرط على البائع أن يخيط له الثوب؛ أو يحمل المبيع إلى داره؛ أو يحصد الزرع؛ ويجوز أن يشترط البائع إذا باع الرقيق أن يعتقه المشتري؛ ولكن لا يجوز أن يشترط البائع أن يكون الولاء له عند الإعتاق لأن هذا شرط يحلل حراما.

وفي التبرعات يجوز لمن أعتق عبدا أن يشرط عليه أن يخدمه طول حياته حياة العبد أو السيد، وقد ورد أن أم سلمة أعتقت عبدها سفينة واشترطت عليه أن يخدم الرسول ﷺ ما عاش[١].

ويجوز للواهب أو الواقف أن يشترط لنفسه منفعة ما يهبه أو يقفه مدة معينة أو طول حياته»[٢]، بل يصح أن تكون المنفعة التي اشتناها المتبرع وأضافها لنفسه منفعة غير معلومة، للقاعدة الآتية: **يجوز في التبرعات من الغرر ما لا يجوز في المعاوضات.**

كما يقول ابن تيمية: «يجوز لكل من أخرج عينا عن ملكه بمعاوضة؛ كالبيع والخلع؛ أو تبرع كالوقف والعتق أن يستثني بعض منافعها، فإن كان مما لا يصح فيه الغرر كالبيع، فلابد أن يكون المستثنى معلوما لما روي عن جابر. وإن لم يكن كذلك كالعتق والوقف فله أن يستثني خدمة العبد ما عاش عبده أو عاش فلان، أو يستثني غلة الوقف ما عاش الواقف»[٣].

وقد بنى ابن تيمية على ما تقدم أن الشرط لا يفسد إلا على سبيل الاستثناء وفي موضعين:

الأول: إذا كان الشرط ينافي المقصود من العقد، مثل أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ما اشتراه أو يؤجره. ذلك أن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره ثم شرط العاقد فيه ما ينافي هذا المقصود فقد جمع بين المتناقضين بين إثبات المقصود ونقيضه، فمثل هذا الشرط باطل، وهنا يقول ابن تيمية في تفسيره

(١) الفتاوى: ٣/ ٣٢٧.
(٢) الفتاوي: ٣/ ٣٨٩.
(٣) الفتاوى: ٣/ ٣٤٢/ ٣٤٣.

للمعنى المراد بالشرط الذي ينافي المقصود في العقد وفي غيره دين: «إن العقد له حالان: حال إطلاق وحال تقييد. ففرق بين العقد المطلق وبين المعنى المطلق من العقود؛ فإذا قيل هذا شرط ينافي مقتضى العقد؛ فإن أريد به ينافي العقد المطلق، فكذلك كل شرط زائد، وهذا لا يضره. وإن أريد به: ينافي مقتضى العقد المطلق والمقيد احتاج إلى دليل على ذلك، وإنما يصح هذا إذا أتى في مقصود العقد، فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود فقد جمع بين المتناقضين، بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شيء، ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق؛ بل هو مبطل للعقد عندنا.

والشروط الفاسدة قد تبطل لكونها قد تنافي مقصود الشارع، مثل اشتراط الولاء لغير المعتق، فإن هذا لا ينافي مقتضى العقد ولا مقصوده، فإن مقصوده الملك، والعتق قد يكون مقصودا للعقد، فإن اشتراء العبد لعتقه يقصد كثيرا، فثبوت الولاء لا ينافي مقصود العقد، وإنما ينافي كتاب اللَّه وشرطه كما بينه النبي عليه الصلاة والسلام بقوله: كتاب اللَّه أحق وشرط اللَّه أوثق».

فإذا كان الشرط منافيا لمقصود العقد كان العقد لغوا، وإذا كان منافيا لمقصود الشارع كان مخالفا للَّه ورسوله. فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما إذ لم يكن لغوا ولا اشتمل على ما حرمه اللَّه ورسوله؛ فلا وجه لتحريمه لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه. فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه؛ ولم يثبت تحريمه فيباح لما في الكتاب والسُّنة مما يرفع الحرج.

الثاني: الشرط الذي يناقض الشرع فيحل الحرام ويبدو أن ابن تيمية بدأ بالتمييز بين منطقة الحرام ومنطقة المباح، فلا يستطيع الشرط في منطقة الحرام أن يجعل الحرام حلالا؛ بل كل ما كان حراما بدون الشرط فالشرط لا يبيحه كالزنا وكثبوت الولاء لغير المعتق، وأما ما كان مباحا بدون الشرط كالزيادة في مهر المثل وكالتبرع برهن لتوثيق الثمن فيصح أن يوجب الشرط فعله بعد أن كان تركه مباحا؛بل كان تركه هو الأصل المعمول به مادام الشرط الموجب لفعله لم يوجد وليس في ذلك تحريم للحلال أو تحليل للحرام، فيكون الشرط الموجب لفعله لن يوجد وليس في ذلك تحريم للحلال أو تحليل للحرام، فيكون الشرط الموجب لفعل المباح شرطا مشروعا ومن ثم يكون صحيحا، يقول ابن تيمية في هذا المعنى: «فإن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه اللَّه، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما، وكل شرط صحيح فلابد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجبا، وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع

أو رهنا أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها؛ فإنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك، وهذا المعنى هو الذي أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط؛ قالوا: لأنها إما أن تبيح حراما أو تحرم حلالا أو توجب ساقطا أو تسقط واجبا وذلك لا يجوز إلا بإذن الشارع بوليس كذلك بل كل ما كان حراما بدون الشرط فالشرط لا يبيحه كالزنا وكالوطء في ملك الغير وكثبوت ولاء لغير المعتق؛ فإن اللَّه حرم الوطء إلا بملك نكاح أو يمين، فلو أراد رجل أن يعير أمته للوطء لم يجز له ذلك؛ بخلاف إعارتها للخدمة فإنه جائز؛ وكذلك الولاء نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الولاء وعن هبته؛ وجعل اللَّه الولاء كالنسب يثبت للمعتق كما يثبت النسب للوالد، فهذا أمر لا يجوز فعله بغير شرط؛ فلا يبيح الشرط ما كان حراما؛ وأما إذا كان مباحا بدون الشرط فالشرط يوجبه؛ كالزيادة في المهر والثمن والمثمن والرهن.

ونرى من ذلك أن ابن تيمية لا يجعل الشرط فاسدا إلا إذا كان منافيا للمقصود من العقد، وهذا طبيعي؛ وإلا إذا كان مناقضا للشرع فيحل حراما، وهذا أشبه في الفقه الغربي بالشرط الذي يخالف القانون أو النظام العام.

ولم يعرض ابن تيمية لتحريم اجتماع الشرطين ولا لتحريم اجتماع البيعتين في بيعة أو اجتماع البيع والسلف، ومن ثم يكون الفقه الإسلامي قد تطور في تصحيح الشروط على يد ابن تيمية بحيث وصل إلى غاية تقرب مما وصل إليه القانون الغربي الحديث.

المبحث الخامس

المقارنة بين المذاهب الفقهية

يتبين مما تقدم أن المذاهب الأربعة من ناحية تصحيح الشروط المقترنة بالعقد يمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسيين:

١ ـ قسم يطبق في تصحيح الشروط ويلتزم مبدأ وحدة الصفقة فلا يبيح إلا شرطا اقتضاه العقد أو لاءم العقد أو جرى به التعامل؛ وهذان هما عمدة المذهب الحنفي والمذهب الشافعي.

٢ ـ قسم يتوسع في تصحيح الشروط ولا يلتزم مبدأ وحدة الصفقة فيبيح الشروط ما لم تكن منافية لمقتضى للعقد أو مناقضة للشرع، وهذان هما المذهب المالكي والحنبلي.

فتطور الفقه الإسلامي نحو تصحيح الشروط ونبذ مبدء وحدة الصفقة الذي كان أساسا من أسس الصناعة القانونية من تطور القانون أوضح وأبرز في القسم الثاني منه في القسم الأول، على أنه يبدو لنا أن المذهب الحنفي على ضيقه في تصحيح الشروط وتأخره في التطور من هذه الناحية هو أكثر المذاهب تقدما من ناحية تنسيق الصناعة القانونية، فنظريته في فساد العقد تفوق في وضوحها وتسلسلها المنطقي نظائرها في المذاهب الأخرى.

*** مقارنة تفصيلية:**

إن المذهب الحنفي والشافعي يبيحان كلاهما الشرط الذي يقتضيه العقد، وكذلك الذي يلائم العقد، إلا أن المذهب الحنفي يبيح استثناء على سبيل الاستحسان؛ ومذهب الشافعي يبيحه أصلا لا استثناء. ثم يتميز المذهب الحنفي على المذهب الشافعي بفسحه المجال للشرط الذي جرى به التعامل، حيث نجده يعطي فرصة للتطور أكثر من المذهب الشافعي والذي يتحدث عن الشرط الذي تدعو إليه الحاجة، فهو شرط لمصلحة العقد؛ ويصحح شروطا لا يصححها المذهب الحنفي؛ كاشتراط بائع الرقيق على مشتريه أن يعتقه؛ ومن ذلك ما يشترط الزوج على زوجته من بكارة وجمال وما تشرطه الزوجة في زوجها من مال أو حرفة.

أما المذهبان المالكي والحنبلي فيصدران كلاهما عن مبدأ واحد، وهو أن الأصل في الشروط الصحة والفساد هو الاستثناء فينبذان بذلك إلى حد كبير مبدأ

وحدة الصفقة، يزيد المذهب الحنبلي على المذهب المالكي في تصحيح الشروط؛ حيث قال ابن تيمية: «وأصول أحمد المنصوصة يجري أكثرها على هذا القول ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه، فيجوز في المذهب الحنبلي أن تشرط الزوجة ألا يخرجها زوجها من بلدهاعلى عكس المالكية».

والتمييز بين المذهب الحنبلي والمالكي ليس في الشروط الصحيحة وإنما في الشروط الفاسدة.

إن المذهب الحنبلي بعد تجديد ابن تيمية لا يبطل من الشروط إلا ما كان منافيا لمقتضى العقد أو كان مناقضا للشرع، أما وحدة الصفقة فقد ضيق مجالها بعد ابن تيمية.