

عقد "البيع بالإيجار" في التشريع الإسلامي

-دراسة في الفقه المالكي -

أسفيان وخام

جامعة وهران 1

ملخص:

تناولت في هذا المقال موضوع عقد البيع بالإيجار في التشريع الإسلامي وفق أصول المذهب المالي، حيث قسمته الى مبحثين: المبحث الأول: عرفت فيه بأهم العقود المسماة في الشريعة الإسلامية والتي تلتبس بعقد "البيع بالإيجار" نحو الاجارة، وبيع السلم، وغيرهما، مع بيان أوجه الفرق بينهما وبين العقد المذكور آنفا، ثم ذكرت التكيف الفقهي لعقد "البيع بالإيجار"، وبينت أنه يندرج ضمن بيع السلم، مع التذليل على ذلك. المبحث الثاني: عقدته لدراسة مضمون عقد "البيع بالإيجار" وفق أصول المالكية، وذكرت أنه ثمة أربعة شروط هي محل البحث: الشرط الجزائي، شرط الاحتفاظ بالملكية، اشتراط المنع من التصرف في السكن، الشرط الانفساخي، وبدراسة هذه الشروط تبين أن فيها ما هو باطل ويُبطّل عقد "البيع بالإيجار"، وهو نتيجة ما خلصت إليه في هذا البحث.

الكلمات المفتاحية:

البيع بالإيجار، بيع السلم، الشرط الجزائي، الاحتفاظ بالملكية، الشرط الانفساخي، المشهور.

Abstract:

I investigate in the present article the issue of the sale-rent contract in the Islamic legislation in accordance with the principles of Maliki doctrine, where I divided it into two sections:

The First section: I defined the most important contracts in the Islamic legislation that are confused with sale-rent contract such as: rent, prepayment with nonexistent commodity, and others. This work was by illustrating the differences between the last two kinds of contracts with the first one. Then I mentioned the adjustable doctrine to "sale-rent" contract and I showed that it is approximate to the prepayment with nonexistent commodity contract by clarifying the evidence for that.

The second section: I convened to examine sale-contract content in accordance with the Maliki principles. I demonstrated that there are four conditions under the sake of research: the penalty condition, the possession of property, prevention for any conduct of the house, the repeal condition. By studying those conditions, I proved that those conditions include what is

forbidden and leads to prohibit the sale-contract. This conclusion was my result that I attained in this study.

Key words : Sale-rent, prepayment with nonexistent commodity, penalty condition, possession of the property, repeal contract, the well known.

تمهيد:

البيع بالإيجار عقد من العقود المستحدثة، لجأت إليها الدولة الجزائرية لتحذ من أزمة السكن، ولاقى هذا ترحيباً واسعاً لدى المواطنين، فهل يرحب التشريع الإسلامي بمثل هذا النوع من العقود؟

ونظراً لسيادة المذهب المالكي على القطر الجزائري منذ بزوغ فجر الإسلام على أراضيه، كان حصر الدراسة في الفقه المالكي أمراً لازماً ومقصداً طيباً .

المبحث الأول : علاقة البيع بالإيجار بالعقود المسماة وتكييفه الفقهي

عرّف المرسوم التنفيذي الصادر في الجريدة الرسمية أبريل سنة 2001م البيع بالإيجار بأنه "صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب"⁽¹⁾ .

وقبل تكييف هذا العقد تكييفاً فقهيّاً شرعياً ، لا بدّ من القول بأنه عقد يتجاوزه عدّة عقود قد يكون من مسمّاهَا أو مسمى بعضها .

المطلب الأول : البيع بالإيجار وعلاقته بالعقود المسماة

"البيع بالإيجار" و "الإجارة" :

يعرف عقد الإجارة بأنه : "عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض بما يدل" ⁽²⁾

وبما أن "البيع بالإيجار" من ضمن شروطه ⁽³⁾ الاحتفاظ بالملكية إلى غاية تسديد كامل الثمن، يكون قد اشترك مع عقد الإجارة في أنّ كلاً منهما لا يكون للمستفيد إلا حق الانتفاع بالعين .
إلا أنّهما يفترقان في إمكانية انتقال الملكية في "البيع بالإيجار" حالة تسديد كامل الثمن ، الأمر الذي لا يوجد في عقد الإجارة .

"البيع بالإيجار" و "بيع السلم" :

عقد السلم – أو السلف - هو : "بيع موصوف من عرض أو حيوان أو غيرهما مؤجل في الذمة بغير جنسه"⁽⁴⁾ .

يشارك "البيع بالإيجار" مع "بيع السلم" في أمرين أساسيين :

1) كلاهما عقد على معدوم .

2) كلاهما يحتاج إلى الوصف * الذي يقوم عليه .

ويفترق العقدان في شرط نقد الثمن، إذ هو شرط صحة السلم، إلا أنه يتخلف في البيع بالإيجار لكونه منجماً فيه .

(1) الجريدة الرسمية رقم "25" الصادرة في "29" أبريل [18]

(2) الدردير، اقرب المسالك، [120]

(3) سياتي عزو ذلك إلى المواد القانونية المنظمة لهذه الصيغة من الجريدة الرسمية في المبحث الثاني .

(4) محمد باي بلعالم، إقامة الحجة بالدليل، [383/3].

* غياب الوصف غير العدم، لأن كل معدوم مجهول الوصف في الحال، وليس كل مجهول الوصف معدوم .

"البيع بالإيجار" و"الاستصناع":

الاستصناع عند المالكية ليس عقداً مستقلاً بل يندرج تحت "بيع السلم" ومن أقوال فقهاء المذهب في هذا:

قال ابن رشد الجد: "فصل: وأما السلم في الصناعات فينقسم في مذهب ابن القاسم.."⁽⁵⁾
- وجاء في حاشية الصاوي: "قوله (وإن اشترى المعمول منه) .. الخ: الفرق بين هذه والتي قبلها أن العقد فيما قبلها وقع المصنوع على وجه السلم ولم يدخل المعمول منه في ملك المشتري.."⁽⁶⁾
- وقال محمد باي بلعالم، " والشراء من دائم العمل كالخباز هو بيع وإن لم يتم فهو سلم كاستصناع سيف أو سرج.."⁽⁷⁾

وعلى هذا ما قيل عن "البيع بالإيجار" و"السلم" يقال عن "البيع بالإيجار" و"الاستصناع".
"البيع بالإيجار" و"البيع بالتقسيط":

البيع بالتقسيط يقصد به دفع ثمن المبيع مفرقاً على حسب ما يتفق عليه العاقدان، و"الشائع المنتشر في بيع التقسيط زيادة ثمن المبيع عن البيع الحال"⁽⁸⁾

يجتمع "البيع بالإيجار" مع "البيع بالتقسيط" في أن كلاً منهما يكون الثمن فيه أقساطاً .
ويفترق العاقدان في أن "البيع بالإيجار" عقد على معدوم، بخلاف البيع بالتقسيط فالمبيع فيه موجود، وإلا فما معنى التقسيط فيه؟

"البيع بالإيجار" و"البيع المعلق":

يوصف التعليق بأنه: "ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى"⁽⁹⁾.
والبيع المعلق هو أن يربط انعقاد العقد على حصول أمر ما، وصورته أن يقول البائع للمشتري: إن جاء شهر كذا بعثك هذه السلعة.

يشترك "البيع بالإيجار" مع "البيع المعلق" في أن انتقال الملكية فيهما تكون بعد حصول أمر مسبق، ففي "البيع بالإيجار" تنتقل الملكية إلى المشتري بعد تسديد ثمن المسكن كاملاً، وفي "البيع المعلق" تنتقل الملكية إلى المشتري بعد حصول التعليق.

ويفترق العاقدان في أن "البيع المعلق" لا يترتب عليه شيء من الآثار إلا بعد وقوع الشرط؛ بخلاف "البيع بالإيجار" فإنه يثبت له جميع آثار البيع بالاشتراط.

المطلب الثاني: التكيف الفقهي للبيع بالإيجار

بعد ذكرنا لعقد "البيع بالإيجار" من صلات بالعقود المسماة بالسلفة الذكر يمكن إدراجه تحت مسمى "بيع السلم" نظراً لما يلي:

أولاً: اشتمال الصيغة على لفظة "البيع" إذ تنص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي على أنه:
"تحدد أحكام هذا المرسوم شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك"⁽¹⁰⁾.

وقد يعترض على هذا باعتراضين:

(5) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، المقدمات الممهديات، [32/2].

(6) أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي الشهير بالصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي

على الشرح الصغير، [288/3]

(7) محمد باي بلعالم، إقامة الحجة بالدليل، [391/3]

(8) أ.د على أحمد السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، [550]

(9) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-الكويت-الموسوعة الفقهية الكويتية"، [298/12]

(10) الجريدة الرسمية رقم "25" الصادرة في "29" أفريل، [18]

- 1- أن المادة نفسها صرّحت بلفظة "الإيجار" ،فهلا كان هذا العقد إجارة ؟ أو يكون مركباً من البيع والإجارة معاً ؟
- 2- أنه من المقرر في قواعد المذهب أن "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" فذكر لفظ الإجارة في الصيغة إنما قصد به دفع ثمن المبيع أقساطاً ليكون أرفق بالمستفيد لأن وضعه المادي لا يسمح له بدفع الثمن كاملاً منجزاً،وعلى هذا يكون عقد "البيع بالإيجار" عقد بيع مطلق .

ويجاب عن هذا بما يلي :

الجواب عن الاعتراض الأول : أما أن المادة نفسها صرّحت بلفظة "الإيجار" فالجواب عنه ينبي على دراسة صيغة "البيع بالإيجار" وفق الاحتمالات التالية :

- إما أن تكون الصيغة حقيقة في البيع مجاز في الإجارة، أي أن ما يدفعه المستفيد من أقساط أثناء شغله للمسكن هو حقيقة ثمن المسكن، وما يخصم منه حالة عدم تسديد الأقساط هو تضمينه قيمة ما شغله، ويؤيد هذا التأويل ما ذكرته المادة "18" من المرسوم التنفيذي : " في حالة اتخاذ قرار بالطرد تقوم الهيئة المتعده بالترقية العقارية برد الدفعة الأولى بعد خصم الأقساط التي لم يسدها شاغل المسكن"(11).
- ولو كان المتعاقد عليه ابتداء عقد الإجارة لما احتيج إلى قولنا : " بعد خصم الأقساط" لأنه بعد شغل المسكن إجارة يكون على المستأجر دفع ثمن الإجارة، ولا يقال بأن هذا من قبيل التأكيد لأن القاعدة أن : "للتأسيس أولى من التأكيد"(12).

- وإما أن تكون الصيغة حقيقة في "الإجارة" مجاز في "البيع" أي أن ما يدفعه المستفيد من الأقساط أثناء شغله للمسكن هو حقيقة أجرة، وما ينتقل إليه من الملكية بعد تسديد الأجرة هو إما : هبة، أو بيع خال من الثمن، والأمران باطلان لأنه إن كان هبة فهو يحتاج إلى استئناف عقد هبة والحاصل خلافه، وإن كان بيعاً مستأنفاً فإنّ البيع الخالي من الثمن لا تقره القواعد .

- وإما أن تكون الصيغة حقيقة فيهما وأنه من باب اجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة، وقد جوز المالكية اجتماعهما ،قال ابن جزري : " ويجوز الجمع بين البيع والإجارة خلافاً لهما "(13).

وصورة اجتماع العقد هي كما قال الدردير : "سواء كانت الإجارة في نفس المبيع كشرائه ثوباً بدراهم معلومة على أن يخيطه البائع أو جلدأ على أن يخززه ، أو في غيره كشرائه ثوبا بدراهم معلومة على أن ينسج له آخر" (14)

وهذا يخالف ما يحصل في "البيع بالإيجار" على ما فرض ،حيث يصاغ العقد على هذا الغرض كالآتي : " أبيعك هذا المسكن بثمن قدره ثمن استأجارك إياه" فيكون المسكن محلاً لعقد البيع والإجارة معا في نفس الوقت ومن جهة واحدة، وهذا يعد مخالفاً لقاعدة "المشغول لا يشغل" ،بمعنى أنه : "لا يجوز إبراد عقدين على عين في محل واحد"(15).

والحاصل أن ما ذكره علماء المذهب من جواز الجمع بين "البيع" و"الإجارة" ليس مما نحن بصده فيما يخص "البيع بالإيجار" .

(11) الجريدة الرسمية "25" الصادرة في "29" افريل ، [18]

(12) الشريف التلمساني،مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، [485]

(13) ابن جزري،القوانين الفقهية، [172/1]

(14) الدردير، الشرح الكبير، [5/4]

(15) د.مصطفىالزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، [748/2]

الجواب عن الاعتراض الثاني : وأما ما اعترض به فيما يخص قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" وعليه فيكون لفظ الإجارة القصد منه ثمن المبيع لا الإجارة فيجيب عنه : بأن القاعدة صحيحة على قول في المذهب⁽¹⁶⁾ " إلا أن لها شرطاً أساسياً نبه عليه العلماء وهو أنه لا بد من توفر أركان العقد المقصود، ذلك أن "كل عقد لا يستوفي أركانه فهو باطل"⁽¹⁷⁾.

وجاء في "المقدمات والممهّدات": "ومثل قوله فيمن قال : بع لي هذا الثوب ولك درهم، إن ذلك جائز فعمله على الجعل فأجازه مع احتمال أن يريد بذلك الإجارة فتكون فاسدة إذا لم يضرب لها أجلاً"⁽¹⁸⁾.

وعلى هذا فتتزيل صيغة "البيع بالإيجار" - انطلاقاً من أنه لا بد من استيفاء أركان العقد الذي يقصد ويراد - على "بيع السلم" أولى من حمله على "البيع المطلق" لأنه حينئذ يصير عقداً باطلاً لكونه عقد على معدوم، وإعمال الكلام أولى من إهماله، وتحمل عقود المسلمين على الصحة ما أمكن إلى ذلك سبيلاً.

ثانياً : أن "العقد المتردد بين الصحة والفساد يصرف إلى الصحة وهذا قول ابن الماجشون وابن حبيب وأصبغ وسحنون ، خلافاً لابن القاسم"⁽¹⁹⁾، والقاعدة تؤكد ما سبق ذكره من أن حمل صيغة "البيع بالإيجار" على "بيع السلم" أقعد وأقرب للقواعد من حملها على "البيع المطلق" لنلا تبطل لكونها عقد على معدوم .

ثالثاً : أن المذهب يعتبر الصحة في العقود إلا ما قام الدليل على فساده، قال المقرئ: "الأصل في العقود عموماً وفي البيع خصوصاً الصحة ولا يمنعها إلا ما يرجع إلى المتعاقدين"⁽²⁰⁾.

المبحث الثاني : دراسة مضمون عقد "البيع بالإيجار" وفق أصول المالكية

المطلب الأول: شروط السلم في "البيع بالإيجار"

بالرجوع إلى المواد القانونية المنظمة للبيع بالإيجار نجد مايلي:

- المادة السابعة تنص على أنه : " يجب على كل من يطلب شراء مسكن في إطار البيع بالإيجار أن يسدد دفعة أولى لا تقل عن 25% من ثمن المسكن.."
- وتنص المادة الثامنة على أنه: «..يتم تسديد المؤجل وفق أقساط تبين المبلغ الواجب دفعه شهرياً موزعة على المدة المتفق عليها»⁽²¹⁾

يفهم من المادتين أنه لا يتم دفع الثمن في الحال ، هذا ما يعني فقط شرط من شروط السلم، قال الصاوي: « ثم إنه يشترط في صحته شروط..الأول: تعجيل رأس المال... فلا يصح الدخول فيه على تأجيل »⁽²²⁾.

وقال ابن الحاجب : «...له شروط الأول تسليم جميع الثمن خوف الدين بالدين ويجوز اليوم واليومين بالشرط...»⁽²³⁾

ويلاحظ على المواد المنظمة "للبيع بالإيجار" الصادرة عن المرسوم التنفيذي 2001 وكذا المرسوم المعدل للمرسوم التنفيذي 2004م الغياب التام لعنصر الوصف فيما يخص موقع السكن

⁽¹⁶⁾ المقرئ، قواعد المقرئ، قاعدة رقم: 859

⁽¹⁷⁾ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية ، [493/8]

⁽¹⁸⁾ ابن رشد الجدي، المقدمات الممهّدات ، [178/2]

⁽¹⁹⁾ أحمد بن أحمد المختار الشنقيطي، إعداد المهج ، [135]

⁽²⁰⁾ المقرئ، قواعد المقرئ، قاعدة رقم: 822

⁽²¹⁾ الجريدة الرسمية رقم "25" الصادرة في "29" أفريل، [18]

⁽²²⁾ الصاوي، بلغة السالك، [165/3]

⁽²³⁾ ابن الحاجب ، جامع الأمهات، [370/1]

و كذا من حيث تحديد الطابق في العمارة، وهذان الأمران لا شك أنه تختلف الأغراض والأسواق باختلافهما.

قال الخرشي: "وهو أن تبين أوصاف المسلم فيه التي تختلف بها قيمته عند المتابعين اختلافًا يتغابن الناس في مثله عادة يجب على المتابعين أن يبينوا ذلك" (24)

وعلى هذا فيجب الاحتياط للمسلم أكثر من بيع النقد فلا بدّ من ذكر جميع الأوصاف التي تختلف بها قيمة و غرض المبيع .

- ولا يشك عاقل في أن الاختلاف في موقع السكن ، و تحديد الطابق ، تتعلق بهما أغراض الناس، وتختلف بهما قيمة المسكن وهذا بين للعيان.

- فنلخص في هذا الفرع إلى أن "البيع بالإيجار" عقد باطل لعدم تعجيل الثمن، ولغياب وصف موقع السكن وتحديد الطابق.

المطلب الثاني: شروط "البيع بالإيجار" وفق أصول المالكية

من المقرر أن " ما بني على باطل فهو باطل "، فهل الشروط التي نصت عليها المواد المنظمة لعقد "البيع بالإيجار" شروط صحيحة أو باطلة؟
وإن قلنا بالتالي فهل يبطل بها عقد " البيع بالإيجار " أو لا يبطل؟
وبالرجوع إلى المرسوم نجد ما يلي:

- المادة 12 تنص على أنه: " يترتب على عدم تسديد المستفيد ثلاثة أقساط متتالية تطبيق زيادة 5% في مبلغ القسط الشهري "
- المادة 19 تنص على أنه : " تنتقل ملكية المسكن المعني وفقاً للقواعد المعمول بها بعد تسديد ثمن المسكن بكامله "
- المادة 21 تنص على أنه: " لا يمكن المستفيد من البيع بالإيجار أن يتنازل عن مسكنه قبل نقل الملكية بصفة شرعية "
- وتنص المادة "15" من القرار المتضمن نموذج البيع بالإيجار ضمن القانون المعدل للبيع بالإيجار 2004 على ما يلي: « يمنع منعاً باتاً على المستأجر المستفيد أن يؤجر مسكن موضوع هذا العقد بصفة كلية أو جزئية أو يمارس فيه أي نشاط حرّ أو تجاري»
- المادة "12" من المرسوم تنص على أنه: " .في حالة عدم تسديد ثلاثة أقساط شهرية مجمعة يفسخ عقد البيع بالإيجار على حسب المستفيد دون سواه".
- كما تنص المادة 09 من القرار المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار ضمن القانون المعدل للبيع بالإيجار 2004 على أنه: " يترتب على عدم تسديد ثلاثة أقساط شهرية بعد تبليغ إذارين مدة كل منها خمسة عشرة يوماً فسخ هذا العقد على مسؤولية المستأجر المستفيد وحده".
- هذه المواد المذكورة سابقاً دون غيرها من المواد المنظمة لعقد " البيع بالإيجار " تعدّ محل دراسة ومناقشة، فهي تحتوي على جملة من الشروط على النحو التالي:.

أولاً: الشرط الجزائي

وتظهر شرطيته في المادة "12": " يترتب على عدم تسديد المستفيد ثلاثة أقساط متتالية تطبيق زيادة 5% في مبلغ القسط الشهري "

الشرط الجزائي هو: " اتفاق المتعاقدين في ذات العقد أو في اتفاق لاحق، وبشرط أن يكون ذلك عند الإخلال بالالتزام، وهو بهذا يختلف عن الغرامة التعويضية التي يحكم بها القاضي على المدين بعد الإخلال " (25)

(24) الخرشي، شرح مختصر خليل، [214/5]

(25) أ.د. محمد عثمان شبير، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، [857/2]

ومما يجدر التنبيه عليه أن الشرط الجزائي لم يكن معروفاً بهذا الاسم عند الفقهاء قديماً، وإنما هو إصطلاح حادث، قال الزرقا: " ..ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي " الشرط الجزائي" (26)

- صور الشرط الجزائي: الشرط الجزائي له صور عديدة ومختلفة، وباختلافها يختلف الحكم الشرعي.

وممن قسم الشرط الجزائي تفسيمًا نافعا الأستاذ الدكتور محمد عثمان شبير (27)

النوع الأول: الشرط الجزائي المقرر لعدم تنفيذ الأعمال أو تأخيرها، ويندرج تحته صور منها :

- الصورة الأولى: الشرط الجزائي المرتبط بعقد المقاولة، والذي يتضمن دفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن الوقت المحدد .
- الصورة الثانية: الشرط الجزائي المقترن بعقد العمل والذي يتضمن خصم مبلغ معين من النقود من أجره العامل إذا أخل بالتزاماته المختلفة .
- الصورة الثالثة: الشرط الجزائي المقترن بعقد إجارة أرض زراعية، والتي يتضمن تعويض المؤجر عن تأخير تسليم الأرض الزراعية خالية من الزراعة عن وقت انتهاء مدة الإجارة .

- **النوع الثاني:** الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالتزامات التي يكون محلها مبلغاً من النقود كالديون، ويندرج تحته صورتان:

- الصورة الأولى: الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع أجل أو عقد قرض، والذي يتضمن دفع مبلغ معين عن كل يوم تأخير، أو عن كل شهر، أو عن كل سنة، أو غير ذلك مما يتفق عليه .
- الصورة الثانية: الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع التقسيط، والذي يتضمن تعجيل باقي الأقساط إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها"

وبعبارة موجزة ينقسم الشرط الجزائي إلى نوعين: شرط جزائي في الديون، وشرط جزائي في غير الديون (28)

"المالكية" والشرط الجزائي:

الشرط الجزائي الذي صرحت به المادة "12" من " عقد البيع بالإيجار" يندرج ضمن ما يسمى بـ" الشرط الجزائي في الديون" ،وعلى هذا فإن علماء المالكية يحرمون مثل هذا النوع من العقود ، بل يعدونه عقداً ربوياً ، ومن الشواهد على ذلك : قول الحطاب: « إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنه إذا لم يوفه حقه في كذا فله عليه كذا وكذا فهذا لا يختلف في بطلانه، لأنه صريح الربا، وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان شيء معيناً أو منفعة» (29)

أثر الشرط الجزائي في عقد "البيع بالإيجار":

يقصد بأثر " الشرط الجزائي" بمعنى هل يبطل عقد " البيع بالإيجار" لبطلان " الشرط الجزائي" أم أن الشرط يبطل ، ويبقى العقد صحيحاً؟

- الشروط عند المالكية على ثلاثة أقسام، وزاد بعضهم رابعاً :

1-شروط باطلة تبطل العقد .

2-شروط صحيحة هي والعقد معاً .

(26) الزرقا، المدخل الفقهي العام، [فقرة:386]

(27) أ.د. محمد عثمان شبير، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، [875/2]

(28) أ.د.علي محمد حسين الصوا، الشرط الجزائي في الديون-دراسة فقهية مقارنة، [8]

(29) الحطاب ،تحرير الكلام في مسائل الالتزام ،[176]

3-شروط باطلة لكن العقد صحيح .

4-شروط باطلة إن تمسك المشتري بشرطه بطل العقد، وإن تركه صحَّ العقد⁽³⁰⁾

وبما أن "الشرط الجزائي" قد اشتمل على الربا، فأين يندرج من التقسيم السابق؟ المالكية يدرجون المشتتمل على الربا ضمن الشروط الفاسدة التي يبطل معها العقد، وعلى هذا يكون الشرط الجزائي شرط باطل يبطل لعقد "البيع بالإيجار". قال الخشني: "وشروط الحرام لا تلزم من اشترطت عليه، وتفسد كل ما قارنته وصحبته من كل عقد، كان بيعاً أو نكاحاً أو ما أشبه ذلك من وجوه المعاهدات"⁽³¹⁾

- وقال أبو عبد الله المقرئ: «قاعدة» "874: عند مالك ومحمد أن الجهل بالتمائل كتحقق التفاضل، وتوهم الربا كالعلم به..."⁽³²⁾

هذا عند توهم الربا، فما أدراك بالتخصيص عليه أو اشتراطه !!!

- والحاصل أن "الشرط الجزائي" شرط باطل ويبطل به "البيع بالإيجار".

ثانياً : شرط الاحتفاظ بالملكية

لم تنص المادة "19" من المرسوم التنفيذي على هذا الشرط، وإنما يفهم ذلك ضمناً، إذ تنص المادة على أنه: «تنتقل ملكية السكن المعني وفقاً للقواعد المعمول بها بعد تسديد ثمن المسكن بكامله»

وكذا تنص المادة "16" من القرار المؤرخ في 2004/05/04 والمتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار على أنه: "يكتسي هذا العقد طابعاً موقفاً ولا يقر نقل ملكية المسكن موضوع البيع بالإيجار للمستأجر المستفيد"

موقف الملكية من شرط الاحتفاظ بالملكية:

عقد "البيع بالإيجار" هو من قبيل "البيع و شرط" و ليس من قبيل "البيع المعلق".

- قال القرافي في الفرق الخامس والأربعين بين "قاعدة قبول الشرط" وقاعدة "قبول التعليق على الشرط": "الحقائق في الشريعة أربعة أقسام.. وأما القسم الثالث وهو الذي يقبل الشرط دون التعليق عليه كالبيع والإجارة ونحوهما فإنه يصح أن يقال بعثك على أن عليك أن تأتي بالزهن أو الكفيل أو بالثمن، أو غير ذلك من الشروط المقارنة لتنجيز البيع ولا يصح التعليق عليه بأن يقول: إن قدم زيد فقد قبل أو أجرتك.."⁽³³⁾ ويستفاد من كلام القرافي مايلي:

- وجود فرق بين "البيع و شرط" و "البيع المعلق"

- إذا تقدمت الصيغة على الشرط فهو من باب "البيع و شرط"، وإذا تقدم الشرط على الصيغة فهو من باب "البيع المعلق".

وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي نجد تقدم الصيغة على المواد المتضمنة للشروط.

فعلى هذا يكون "البيع بالإيجار" من قبيل "البيع و شرط" و ليس من قبيل "البيع المعلق" وقد أبعد من عدّه بيعاً معلقاً .

وبالرجوع إلى مضمون هذا الشرط - شرط الاحتفاظ بالملكية- فإن الأصل فيه المنع لمناقضته مقتضى العقد "الذي يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر"⁽³⁴⁾

⁽³⁰⁾ ينظر، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، [178/3]

⁽³¹⁾ الخشني، أصول الفتيا في الفقه على المذهب الإمام مالك، [376]

⁽³²⁾ المقرئ، قواعد المقرئ، قاعدة رقم: 822.

⁽³³⁾ القرافي، الفروق في الفقه، [396/1-397]

⁽³⁴⁾ السنهوري، العقود التي ترد على الملكية، [410-409 و21]

قال في المقدمات: " فهذا النوع اختلف فيه إذا وقع شيء منه على قولين ، أحدهما :أنه يفسخ مادام البائع متمسكًا بشرطه، فإن ترك الشرط صح البيع هذا إن كانت السلعة قائمة، فإن فاتت كان فيه الأكثر من الثمن أو القيمة يوم قبضه المشتري، والقول الثاني: إن حكم هذه البيوع حكم البيع الفاسد يفسخ على كل حال في قيام السلعة، وتكون فيه القيمة بالغة ما بلغت في الفوات. " (35)

- وعلى كل حال فالشرط فاسد وتبقى صحة البيع معلقة على تمسك البائع بشرطه أو عدم ذلك على قول، وعلى القول الثاني يفسد أبدًا

ثالثًا: اشتراط المنع من التصرف في المسكن

تنص المادة "21" من المرسوم التنفيذي على أنه : " لا يمكن للمستفيد من البيع بالإيجار أن يتنازل عن مسكنه قبل نقل الملكية بصفة شرعية " وتنص المادة " 15" من القرار المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار على مايلي: "يمنع منعًا باتًا على المستأجر المستفيد أن يؤجر مسكنه موضوع هذا العقد بصفة كلية أو جزئية أو يمارس فيه أي نشاط حر أو تجاري"

- تعد هذه الشروط منافية لمقتضى "عقد البيع"، ونعني بالمنافاة لمقتضى عقد البيع "التحجير على المشتري في السلعة التي اشتراها" (36)

موقف الملكية من اشتراط المنع من التصرف:

وبالرجوع إلى فقهاء الملكية فإننا نجدهم يحكمون بفساد هذا النوع من الشروط، ويعود فسادهما على العقد بمثل ما ذكر في شرط الاحتفاظ بالملكية .

إلا أن الخطاب نقل عن ابن أبي زمين قوله :« وفي سماع علي بن زياد: سئل مالك عن رجل باع عبدًا أو غيره وشرط على المبتاع أنه لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطي الثمن قال: لا بأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى» (37)

فعلى هذا تعتبر هذه المسألة مستثناة من القاعدة العامة المتعلقة بالشرط المنافي لمقتضى العقد، وهذا صنيع فقهاء الملكية، حيث يذكونها كفرع مستثنى بعد سردهم ما يتعلق بالشروط المنافية لمقتضى العقد (38)

- والحاصل أنه يصح اشتراط الاحتفاظ بالملكية في " البيع بالإيجار " .

رابعًا: الشرط الانفساخي

تنص المادة "12" من المرسوم التنفيذي على ما يلي: «..وفي حالة عدم تسديد ثلاثة أقساط شهرية مجمعة يفسخ عقد البيع بالإيجار على حساب المستفيد دون ما سواه ..» كما تنص المادة "9" من القرار المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار على أنه: «"يترتب على عدم تسديد ثلاثة أقساط شهرية بعد تبليغ إذارين مدة كل منهما خمسة عشر يومًا فسخ هذا العقد على مسؤولية المستأجر المستفيد وحده"

موقف الملكية من الشرط الانفساخي:

ذكر الخطاب أن لعلماء الملكية في هذه المسألة سبعة أقوال (39) هي:

(35) ابن الرشد الجد، المقدمات الممهدة، [65/2]

(36) الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام [350]

(37) الخطاب، مواهب الجليل، [373/4]

(4) على سبيل المثال: مواهب الجليل، [373/4]/عليش، منح الجليل، [52/5] /الخرشي، شرح الخرشي، [80/5].

(39) الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، [366-365]

1. كراهة هذا البيع ابتداءً فإن وقع صح البيع ويبطل الشرط، وهذا مذهب المدونة وعليه اقتصر الشيخ خليل في مختصره .
 2. أن البيع مفسوخ .
 3. أن البيع جائز والشرط جائز.
 4. التفصيل بين قوله: " إن جئتي بالثمن" وقوله: " إن لم تأتيني بالثمن"، فإن قال: أبيعك على إن جئتي بالثمن فالبيع بيني وبينك، فالثمن حال، كأنه رآه بيعاً ثانياً، وإنما يريد فسخه بتأخير النقد فيفسخ الشرط ويعجل النقد، وأما إذا قال إن لم تأتيني بالثمن فكأنه لم ينعقد بينهما بيع إلا أن يأتيه بالثمن..
 5. أنه يوقف المشتري فإن نقد مضى البيع وإلا رد.
 6. أن ذلك جائز فيما لا يسرع إليه التغيير كالرّيع وما أشبهه، ويكره فيما يسرع إليه التغيير.
 7. أنه إن كان الأجل بعيد كشهر فحكمه حكم البيع الفاسد .
 - وهنا قاعدة تتعلق بالأقوال المختلفة المذكورة في المذهب أفصح عنها محمد النابغة الغلاوي الشنقيطي في منظومته بقوله:
- ولم يجز تساهل في الفتوى بل تحرم الفتوى بغير الأقوى⁽⁴⁰⁾
قال الهلالي: « اعلم أنه لا تجوز الفتوى ولا الحكم بالمرجوح وهو شامل للشاذ و الضعيف بالإجماع حكاه القرافي في غير موضع⁽⁴¹⁾»
- ويبقى النظر في الأقوال التي اختلف في التشهير أو الترجيح بينها، أو لم يذكر فيها تشهير أو ترجيح .
- وبالرجوع إلى المسألة المطروحة نجد:
- القاضي عياض يقول: " من الشروط ما يخف فيكره ابتداءً، فإذا وقع سقط وصحّ البيع كقوله: (إن لم تأتني بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بيني وبينك) على مشهور المذهب" لكن قال المحقق في الهامش: قوله على مشهور المذهب ساقط من (2) و(ح)⁽⁴²⁾
 - وفي كليات ابن غازي: " كل بائع قال للمبتاع في عقد البيع: إن لم تأت بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بيننا، فالشرط باطل، والبيع لازم"⁽⁴³⁾
 - وقال في المقدمات: «... لأن الشروط المشترطة في البيوع على مذهب مالك... والرابع: يجوز فيه البيع ويفسخ الشرط، وذلك ما كان فيه الشرط غير صحيح، إلا أنه خفيف فلم يقع عليه حصة من الثمن وذلك مثل أن يبيع السلعة ويشترط إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام أو نحوها فلا بيع بينهما⁽⁴⁴⁾»
 - ومن الذين حكوا الخلاف في المسألة اللّخمي في التبصرة⁽⁴⁵⁾ والحطاب في التحرير⁽⁴⁶⁾ لكن دون ذكر للتشهير أو الترجيح .
 - والحاصل أننا إن اعتمدنا تشهير القاضي عياض-على ما جاء في بعض النسخ فإن الشرط باطل والعقد صحيح .

(40) الغلاوي، نظم المعتمد من الأقوال والكتب في المذهب المالكي، [البيت: 29]

(41) المرجع السابق، [79]

(42) القاضي عياض، التبيّهات المستنبطة على كتب المدونة والمختلطة، [1580]

(43) محمد بن علي بن غازي المكتاسي، الكليات الفقهية على مذهب الإمام مالك بن أنس، [176]

(44) ابن رشد الجد، المقدمات الممهّدات، [67/2]

(45) اللّخمي، التبصرة، [4266]

(46) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، [366]

- وإن لم نعتمد تشهيره فإننا نجد أنفسنا أمام أقوال متعادلة في الظاهر والقاعدة فيها التخيير وأقوال علماء المذهب شاهدة على هذا:
- قال الدردير: "...ويختلف المعنى به ويصير قولاً غير الآخر، ويجوز الإفتاء بكل إن لم يرجح الأشياخ بعضها وهو واضح لا خفاء به" (47)
- وقال العدوي: "فإن كان في المسألة قولان متساويان فقبل إن المفتي يخير السائل وقيل يختار له أحدهما، وهو ما جرى به العمل" (48)
- وقال عليش: «وتصير مفهوماتهم منها أقوالاً في المذهب يعمل ويفتي ويقضي بأياها إن استوت وإلا فالأرجح، وسواءً وافقت أقوالاً سابقة عليها منصوصة لأهل المذهب أم لا وهذا هو الغالب» (49)

الخاتمة:

- يمكن ذكر أهم نتائج البحث فيما يلي:
- عقد " البيع بالإيجار " من العقود المركبة الحديثة الظهور.
 - " البيع بالإيجار " هو " بيع سلم " وفق أصول المالكية.
 - " البيع بالإيجار " عقد محرّم و باطل شرعاً عند المالكية :-
 - * غياب التنجيز في دفع الثمن كاملاً.
 - * غياب الوصف فيما يخص تحديد موقع السكن و كذا تحديد الطابق .
 - * وجود " الشرط الجزائي " بلغة القانون، والذي يعد ربا في التشريع الإسلامي، يعود على العقد بالبطان.
 - * اشتراط الاحتفاظ بالملكية إن تمسك البائع بشرطه يبطل العقد .
 - تخص هذه الدراسة جانب الأحكام المجردة ولم تتعرض لجانب الفتوى، لوجود فروق بينهما، فعلى من تصدر للفتوى رعاية حال المستفتي شخصاً ومكاناً وزماناً.
 - ليس كل ما قيل في الشرط الباطل بأنه لا يفسد العقد يدل على مشروعيته، لأن القاعدة " أن كل باطل حرام " و " ليس كل حرام باطل " ، فيجب الانتهاء عن الشروط الباطلة وإن كانت لا تفضي إلى فساد العقد .

فهرس المصادر والمراجع:

- 1- أصول الفتيا في الفقه على المذهب الإمام مالك، محمد بن حارث الخشني، دار العربية للكتاب والمؤسسة الوطنية للكتاب [تونس، 1406هـ-1985م]
- 2- إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد المذهب المالكي، أحمد بن أحمد المختار-الجكيني الشنقيطي، إدارة إحياء التراث الإسلامي [قطر " 1403هـ-2007م]
- 3- إقامة الحجة بالدليل شرح على نظم ابن بادي لمختصر خليل، الحاج محمد باي بلعالم، دار ابن حزم [بيروت-لبنان-1428هـ-2007]
- 4- الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، أ.د.علي أحمد السالوس، دار الثقافة، [الدوحة-قطر-1418هـ-1998م]

(47) الدردير، الشرح الكبير، [21/1]

(48) العدوي، حاشية العدوي، [36/1]

(49) عليش، منح الجليل، [22/1]

- 5-أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك،أحمد بن أحمد الدردير،مكتبة أيوب،[كانون-جريا-1420هـ-200م].
- 6-بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة،دمحمد عثمان شبير مع جملة من الدكاترة،دار النفائس[الأردن،1418هـ-1998م]
- 7-بداية المجتهد ونهاية المقتصد،أبو الوليد محمد بن رشد الحفيد،دار الحديث [القاهرة-مصر-1425هـ-2004م]
- 8-بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، أحمد الصاوي،[بيروت-لبنان-1415هـ-1995م]
- 9-التبصرة،أبو الحسن علي بن محمد اللخمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية [قطر]
- 10-تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب،دار الغرب الإسلامي،[بيروت-لبنان-1404هـ-1984م]
- 11-التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة،القاضي أبو الفضل عياض بن موسى اليحصبي،مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث،[أنواكشوط-موريتانيا-1433هـ-2012م]
- 12- حاشية العدوي،أبو الحسنعلي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي،دار الفكر(بيروت- لبنان)
- 13-الجريدة الرسمية رقم "25" الصادرة في 29 أبريل 2001،وكذا القرار المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار،2004م.
- 14-جامع الأمهات، ابن الحاجب الكردي، إصدارات المكتبة الشاملة.
- 15-الشرح الكبير،أحمد بن محمد الدردير،مطبوع مع حاشية الدسوقي،دار الفكر(بيروت - لبنان).
- 16-شرح مختصر خليل،أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشبي،دار الفكر[بيروت-لبنان].
- 17-الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية مقارنة،أ.د.علي محمد الحسين الصوا.
- 18-العقود التي ترد على الملكية،عبد الرزاق السنهوري،إحياء التراث العربي.
- 19-الفروق في الفقه، شهاب الدين القرافي، دار الكتب العلمية [بيروت-لبنان1418هـ-1998م].
- 20-القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دمصطفى محمد الزحيلي، دار الفكر،[دمشق-سورية،1427هـ-2006م].
- 21-قواعد الفقه،أبو عبد الله محمد بن أحمد المقرئ،دار الأمان،[الرباط-المغرب،1433هـ-2012م].
- 22-القوانين الفقهية،أبوالقاسم أحمد بن أحمد ابن جزي الكلبي الغرناطي،إصدارات المكتبة الشاملة.
- 23-الكليات الفقهية على مذهب الإمام مالك،أبو عبد الله محمد علي بن غازي،اعتناء جلال علي الجهاني.
- 24-المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا،دار القلم،[دمشق-سوريا،1418هـ-1998].
- 25-مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول،الشرىف أبو عبد الله محمد بن أحمد بن علي التلمساني،مؤسسة الريان [بيروت-لبنان-،1419هـ-1998م]
- 26-المقدمات الممهّدة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الغرب الإسلامي، [1408هـ-1988م].
- 27-منح الجليل شرح مختصر خليل،محمد بن أحمد بن محمد عليش، دار الفكر،[بيروت- - لبنان-1409هـ-1989].

28- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب، دار الفكر، [الطبعة الثالثة، 1412هـ-1992م]
29- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، [الكويت، من 1404هـ إلى 1427هـ].

30- موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد البورنو، مؤسسة الرسالة .
31- نظم المعتمد من الأقوال والكتب في المذهب المالكي، محمد النابغة الغلاوي، دراسة وتحقيق لمذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية للطالب لخضر بن قومار جامعة الحاج لخضر باتنة-الجزائر- [1425هـ-1426هـ].