الشروط الجعلية المقترنة بالعقود المالية " أحكامها وآثارها الفقهية "

جمال محمد محمد آدم (*)

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خَاتَم النبيين سيدنا محمد، وعلى آله الأطهار، وصحبه الأخيار ، وسلم تسليماً كثيراً.

وبعد :

فإن الشريعة الإسلامية التي جاءت للتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم ، قد أباحت للعاقدين أو أحدهما – إذا ما رغب- أن يشترط عند العقد شروطاً ، هذه الشروط تعرف بالشروط الجعلية ، والشرط الجعلي في عرف الفقهاء هو الشرط الذي يشترطه العاقد بإرادته ليحقق له مقصداً خاصاً في العقد، فيجعله مقترناً بالعقد، أو معلقاً عليه، ومن أمثلته في البيع: أن يقول المشتري للبائع: أشترط عليك أن توصل هذا الشيء إلى بيتي، أو أشترط رؤية المبيع وقبضه، ومن أمثلته أيضاً في غير البيع: شرط التعليق في الكفالة، مثل إن سافر مدينك اليوم فأنا كفيل بدينك. وسمي جعلياً؛ لأن الشخص العاقد لا الشرع هو الذي جعله شرطاً قيد به العقد ، أو علَّق عليه في أمر كان له الخيار في تنجيزه وتعليقه ، ولما كانت حاجات الناس ورغباتهم لا تنتهي عند الحدود المقبولة ، وكانت شروطهم تابعة لرغباتهم أصبح هناك مخالفات شرعية للضوابط التي أقرها الشرع عند إباحة حرية الاشتراط، وهذا ما سوف تبينه الدراسة بعونه ﷻ .

أسباب اختيار الموضوع :

يمكن إجمال أسباب اختيار الموضوع فيما يلي :

١- تسليط الضوء على القواعد الشرعية التي أقرها الفقه الإسلامي عند إنشاء الشروط والتعامل بها.

٢- أن التعامل بين الناس في هذا العصر قد انتشرت فيه صور جديدة للشروط أنتجها الفكر الإنساني بما يتناسب مع احتياجات الناس ورغباتهم ، وهذا الأمر يستوجب بيان الحكم الشرعي المتعلق بهذه الشروط من حيث الصحة والبطلان.

٣- المساهمة في توفير مصدر مختص يبحث هذه الجزئية الهامة من هذا الموضوع.

(*) هذا البحث من رسالة الدكتوراه الخاصة بالباحث، وهي بعنوان: [التكييف الفقهي لعقود الاختيارات والمستقبليات في الأسواق المعاصرة] تحت إشراف أ.د. آمال محمود عوض – كلية الآداب – جامعة سوهاج & أ.د. خالد عبد الحليم السيوطي – كلية الآداب – جامعة سوهاج..

منهج الدراسة :

اقتضت طبيعة البحث أن يرتكز على المنهج الاستقرائي التحليلي: المتمثل في تتبع الموضوع واستقرائه في مظانه وجمع المعلومات المتعلقة به من هذه المظان ، ثم تحليل ما تم استقرائه من نصوص وأفكار.

تقسيمات البحث :

تحتوي الدراسة على ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: الشروط الجعلية الصحيحة وضوابطها في الفقه الإسلامي .
المبحث الثاني: الشروط الجعلية الفاسدة بين اتفاق الفقهاء واختلافهم.
المبحث الثالث: حد الشرط الباطل وأثره على العقد عند الحنفية .

المبحث الأول: الشروط الجعلية الصحيحة وضوابطها في الفقه الإسلامي .

لا خلاف بين الفقهاء في أن الشروط الجعلية التي يشترطها العاقدان في العقد، لا تخلو من أن تكون صحيحة أو فاسدة، فأما إذا كانت صحيحة ، فالفقهاء اشترطوا في هذه الشروط لكي توصف بالصحة شروطاً، هذه الشروط منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه ، سوف أذكرها اجمالاً مع الإشارة إلى ما هو متفق عليه ، وما هو مختلف فيه، وبيانه – بعون الله - في التالي:

١- أن يكون الشرط مما يقتضيه العقد :

لا خلاف بين جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤]، في أن الشرط الذي يقتضيه العقد لا يوجب فساده، كاشتراط تسليم البائع المبيع، أو تسليم المشتري الثمن، والقيام بالعيب ورد العوض عند انتقاض

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: للكاساني ،الناشر: دار الكتب العلمية ، ط٢ ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ٥/ ١٧١، العناية شرح الهداية :للبابرتي : الناشر: دار الفكر ، الطبعة: بدون تاريخ ورقم ، ٩/ ١١٢، البحر الرائق ، لابن نجيم : الناشر: دار الكتاب الإسلامي ، ط٢ - بدون تاريخ ، ٦/ ٩٢ .

(٢) انظر: الذخيرة : للقرافي (ت: ٦٨٤هـ) ، تحقيق : محمد بو خبزة ، الناشر: دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط١ ، ١٩٩٤م ، ٤/ ٤٠٥ ، شرح مختصر خليل للخرشي: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي (ت: ١١٠١هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة – بيروت ، الطبعة: بدون تاريخ ورقم ، ٥/٨٠ ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني : للنفراوي (ت: ١١٢٦هـ)، الناشر: دار الفكر ، الطبعة : بدون رقم، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م ، ٢/ ١٤.

(٣) انظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي : للشيرازي (ت: ٤٧٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية ، بدون تاريخ ورقم الطبعة ، ٢/ ٢٢، نهاية المطلب في دراية المذهب : للجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ) ، حققه وصنع فهارسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الدّيب ، الناشر: دار المنهاج ، ط١ ، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م ١٣/ ١٤٥.

(٤) انظر: المغني ، لابن قدامة : ٦/ ٣٢٣، كشاف القناع : منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (ت: ١٠٥١هـ) ، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة بدون تاريخ ورقم ، ٣/ ١٨٩ ،الكافي في فقه الإمام أحمد : لابن قدامة ، ٢/ ٢٢.

البيع، وكاشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزواج أن يعاشرها أو ينفق عليها، فهذا النوع من الشروط اشتراطه وعدمه سيان، أي لا يوقع في العقد خللًا ولا يكره اشتراطه ويحكم به ذكر أو ترك، فهذه الأمور لازمة دون شرط؛ لاقتضاء العقد لها فشرطها تأكيد، فهذه الشروط وما ينتج عنها من أحكام، تعد أحكاماً رتبها الشرع على العقد، بحيث تلزم المتعاقدين من غير اشتراط ، فكان ذكرها في معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد، فلا توجب فساد العقد، قال الكاساني: " وأما الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساده، كما إذا اشترط 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، أو ثوباً على أن يلبسه، أو حنطة في سنبلها، وشرط الحصاد على البائع ونحو ذلك ، فالبيع جائز ؛ لأن البيع يقتضي بيان هذه المذكورات من غير شرط ، فكان ذكرها في معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد، فلا توجب فساد العقد" (١) .

قال الشيرازي في المهذب: " إذا شرط في البيع شرطاً نظرت ، فإن كان شرطاً يقتضيه البيع ، كالتسليم، والرد بالعيب وما أشبههما، لم يبطل العقد؛ لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد، فلم يبطله"(٢) .

فالشرط الموافق لمقتضى العقد لا يفيد حكماً جديداً فوجوده كعدمه، أي أنه يعمل به حتى لو لم يشرط ، قال ابن قدامة: " والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام: أحدها: ما هو من مقتضى العقد، كاشتراط التسليم ، وخيار المجلس، والتقابض في الحال، فهذا وجوده كعدمه ، لا يفيد حكمًا ، ولا يؤثر في العقد"(٣).

٢- أن يكون شرطاً ملائماً لمقتضى العقد، مؤكداً له، وإن كان العقد لا يقتضيه :

وهذا الشرط قال به الحنفية، فالشرط الملائم لمقتضى العقد هو شرط صحيح ، حتى وإن كان العقد لا يقتضيه، فعند الحنفية يشترط في صحة الشرط الذي لا يقتضيه العقد أن يكون ملائماً لمقتضى العقد مؤكداً له ، فالشرط الذي لا يقتضيه العقد، لكنه ملائم لمقتضى العقد بحيث يؤكد موجب العقد- إذ تأكيد موجب الشيء يلائم ذلك الشيء- هو شرط صحيح ، فلا يوجب فساد العقد ؛ لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكداً إياه، فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد(٤)

---

(١) بدائع الصنائع ، للكاساني : ٥/ ١٧١.

(٢) المهذب ، للشيرازي : ٢/ ٢٢.

(٣) المغني : لابن قدامة ، الناشر: مكتبة القاهرة ، الطبعة: بدون تاريخ ورقم ، ٤/ ٣٠٩.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني: أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري (ت: ٦١٦هـ) ، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي ، الناشر: دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ط١ ١٤٢٤ هـ ، ٢٠٠٤ م ، ٦/ ٣٨٩ ، تحفة الفقهاء :

، ومثال هذا الشرط عند الحنفية أن يشترط العاقدان كفيلاً أو رهناً بالثمن ، إلا أن الحنفية ضيقوا في هذا الشرط، فاشترطوا أن يكون الكفيل والرهن معلومين، وأن يكون الكفيل حاضراً في المجلس[١] .

٣- أن يكون الشرط من مصلحة العقد وإن كان العقد لا يقتضيه:

فالشرط الذي لا يقتضيه العقد لكن فيه مصلحة العقد هو شرط صحيح يلزم الوفاء به، سواء كانت مصلحة العقد نفع المشتري ، ككون المبيع كاتباً، أو نفع البائع، كرهن بالثمن، أو نفع لكليهما، كالخيار للعقد، فهذا النوع من الشروط هو شرط صحيح عند المالكية والشافعية والحنابلة، فهذه أمور لا تنافي العقد ولا يقتضيها [٢] ، فإن اشترطت عمل بها، وإلا فلا ؛ لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحته ولا معارض له من جهة الشرع، فهذا الشرط لا يناقض ولا يخل، ومثاله في النكاح: كأن لا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من مكان كذا أو من بلدها، فهذه أمور لا تنافي العقد ولا يقتضيها ، بل إن اشترطت عمل بها، وإلا فلا، فلا يفسخ قبل ولا بعد ولا يلزم الوفاء به وإنما يستحب، وإنما كره لما فيه من التحجير، فهذا الشرط يكره اشتراطه، ولا يفسد العقد باشتراطه ولا يفسخ لأجله، لا قبل ولا بعد، ولا يلزم الوفاء به وإنما يستحب [٣] .

قال الشيرازي: " فإن شرط ما لا يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحة، كالخيار، والأجل، والرهن، لم يبطل العقد؛ لأن الشرع ورد بذلك "[٤].

أما عن حكم العمل بهذا الشرط :

فإنه يلزم بالشرط دون العقد، فإذا شرط عمل به، وإن لم يشترط فلا يعمل به، قال الماوردي في الحاوي: " والشروط المقترنة بالعقد على أربعة أقسام: أحدها: ما كان من مقتضى العقد وواجباته، كاشتراط تعجيل الثمن وسلامة المبيع وضمان الدرك ؛ فهذه الشروط واجبة بالعقد واشتراطها تأكيد فيه، والعقد لازم بها. والقسم الثاني: ما كان من مصلحة العقد ومباحاته، كاشتراط الرهن

محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (ت: ٥٤٠ه)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط٢ ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م ، ٢/ ٥٠.

(١) انظر: تحفة الفقهاء ، للسمرقندي : ٥٠/٢ .

(٢) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ، للخرشي : ٥/ ٨٠ ، روضة الطالبين وعمدة المفتين : للنووي ، ٣/ ٤٠٥ ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب : زكريا الأنصاري ، ٢/ ٣٢ ، الشرح الكبير على متن المقنع : لابن قدامة المقدسي ،الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا ، الطبعة بدون تاريخ ورقم ، ٤٨/٤، المغني : لابن قدامة ، ١٧٠/٤.

(٣) الفواكه الدواني :للنفراوي ، الناشر: دار الفكر ،بدون رقم، ١٩٩٥م ، ٢/ ١٤، شرح الخرشي على مختصر خليل: ٥/ ٨٢.

(٤) المهذب ، للشيرازي : الناشر: دار الكتب العلمية ، بدون تاريخ ورقم الطبعة، ١/ ٢٦٨.

والضمين وتأجيل الثمن وخيار الثلاث، فهذا وما شاكله لازم بالشرط دون العقد ؛ لأن إطلاق العقد لا يقتضيه واشتراطه في العقد لا ينافيه" [١] .

٤- أن يكون الشرط في حقيقته صفة للمشروط :

وهذا الشرط لا خلاف فيه بين الفقهاء [٢] ، فإذا كان الشرط مما يرجع إلى بيان صفة الثمن، أو المبيع، ومثال صفة الثمن أن يبيع عبده بألف على أنها نقد بيت المال ، أو مؤجلة ، وأما صفة المبيع فهو أن يبيع جارية على أنها طباخة ، أو خبازة ، أو عبداً على أنه كاتب ؛ لأن هذه شروط يقتضيها العقد [٣] ، قال الكاساني: " ولو اشترى جارية على أنها بكر، أو طباخة، أو خبازة ، أو غلاماً على أنه كاتب أو خياط، أو باع عبداً بألف درهم على أنها صحاح، أو على أنها جياد نقد بيت المال ، أو اشترى على أنها مؤجلة، فالبيع جائز ، وقد علل ذلك بقوله: " لأن المشروط صفة للمبيع أو الثمن هو صفة محضة ، لا يتصور انقلابها أصلًا ولا يكون لها حصة من الثمن بحال، ولو كان موجوداً عند العقد يدخل فيه من غير تسمية " [٤] ، وهذا بناء على رأي الحنفية بأن الأوصاف في المبيع ليس لها حصة من الثمن ولا يرد بها المبيع لكونها تابعة في العقد [٥] .

وضابط هذا الشرط : هو مشروعية الصفة المشروطة، فإذا كانت الصفة المشروطة مباحة جاز اشتراطها، أما إذا كانت الصفة محظورة قد نهى الشارع عنها، أو كانت على وجه التلهي فالشرط فاسد وكذلك العقد، كذلك أيضاً يجب أن يكون الشرط صفة في العين المبيعة لا ينفصل عنها، ولا يمكن انقلابه أصلًا ، أما الشرط الذي فيه غرر فالشرط يكون عيناً لا صفة ، ومثال ذلك كما يقول الكاساني: " كمن اشترى ناقة على أنها حامل، فالبيع يفسد في ظاهر الرواية ؛

---

(١) الحاوي الكبير ، للماوردي : ٥/ ٣١٢.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ، للزيلعي : ٤/ ٢٣، بدائع الصنائع ، للكاساني : ٥/ ١٧٢، شرح مختصر خليل: للخرشي ، ٥/ ١٢٥، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف " بحاشية الصاوي على الشرح الصغير " (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك): أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت: ١٢٤١هـ)الناشر: دار المعارف، الطبعة بدون رقم وتاريخ ، ٣/ ١٥١، مغني المحتاج : للخطيب للشربيني، ٢/ ٤٣٣، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت: ٩٢٦هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: بدون رقم وبدون تاريخ ، ٢/ ٣٢، المغني :لابن قدامة، ٦/ ٣٢٣ ، الكافي في فقه الإمام أحمد :لابن قدامة، ٢/ ٥٣.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ، للزيلعي : ٤/ ٢٣، بدائع الصنائع ، للكاساني : ٥/ ١٧٢، شرح الخرشي على مختصر خليل: ٥/ ١٢٥ ، حاشية الصاوي : ٣/ ١٥١، مغني المحتاج :للخطيب الشربيني، ٢/ ٤٣٣، أسنى المطالب: زكريا الأنصاري، ٢/ ٣٢، المغني : لابن قدامة ١٧٠/٤ ، الكافي في فقه الإمام أحمد : لابن قدامة، ٢/ ٥٣.

(٤) بدائع الصنائع ، للكاساني : ٥/ ١٧٢.

(٥) تبيين الحقائق ، للزيلعي : ٤/ ٢٤.

لأن الشرط هناك عين، وهو الحمل، فلا يصلح شرطاً، وكون الناقة حاملًا، وإن كان صفة لها لكن لا تحقق له إلا بالحمل وهو عين في وجوده غرر، ومع ذلك مجهول، فأوجب ذلك فساد البيع "(١).

فكل ما كان صفة مقصودة يمكن الوفاء بها وأخذ حصة من الثمن، صح شرطه ، وثبت للمشتري الخيار في حالة عدم الوفاء بالشرط، كالصناعة في الأمة، والهملجة في الدابة ، أما إذا كان الشرط لا يمكن الوفاء به، أوكان شرطاً محرماً لم يصح الشرط ، ومن ثم فلا خيار له ولا يملك فسخه، ومثال ذلك : أن يشرط أن الدابة تحلب كل يوم كذا، أي: قدراً معيناً، أو شرط الكبش مناطحاً، أو الديك مناقراً، أو الأمة مغنية، لم يصح الشرط ؛ لأنه إما لا يمكن الوفاء به، أو محرم، وكلاهما ممنوع شرعاً، فأما إن شرط صفة غير مقصودة فبانت بخلافها: مثل أن يشرطها سبطه فبانت جعدة، أو جاهلة فبانت عالمة، فلا يصح الشرط؛ لأنه زاده خيراً، وليس ذلك يزيد في الثمن(٢).

أما حكم هذا الشرط : فهذا الشرط مستحق بالعقد ويجب الالتزام به ، فإذا فات كان لشارطه الخيار، إن شاء أخذه بكل الثمن أو تركه ، قال الزيلعي: " ولو اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب، وكان بخلافه أخذه بكل الثمن أو تركه؛ لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ، ثم فواته يوجب التخيير؛ لأنه لم يرض به دونه "(٣). فهذا الشرط هو شرط صحيح يلزم الوفاء به، فان لم يف به فللمشتري الفسخ والرجوع بالثمن والرضا به؛ لأنه شرط وصفاً مرغوباً فيه فصار الشرط مستحقاً لقول النبي - ﷺ -" المؤمنون عند شروطهم "(٤). قال الرحيباني : " فهذه شروط لازمة؛ لأن في اشتراطها قصداً صحيحاً ، وتختلف الرغبات باختلاف الصفات، فلولا صحة اشتراطها ولزومها لفاتت الحكمة التي لأجلها شرع البيع"(٥).

٥- أن يكون الشرط قد ورد الشرع بجوازه ، حتى وإن لم يكن من مقتضيات العقد:

وهذا الشرط اختص به الحنفية، ومثاله اشتراط الخيار مدة معلومة يثبت فيها لمن اشترط له الخيار من المتعاقدين أو غيرهما حق الفسخ ، والأصل فيه ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري ﷺ كان يغبن في البياعات، فقال

---

(١) بدائع الصنائع ، للكاساني : ٥/ ١٧٢.

(٢) انظر: الشرح الكبير ، لابن قدامة : الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية ، ط١ ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م ٤/ ٤٨ ، مطالب أولي النهى : لمصطفى الرحيباني ، لناشر: المكتب الإسلامي ، ط٢ ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م ، ٣/ ٦٨.

(٣) تبيين الحقائق ، للزيلعي : ٤/ ٢٣.

(٤) الشرح الكبير ، لابن قدامة : ٤/ ٤٨. والحديث سبق تخريجه .

(٥) مطالب أولي النهى : للرحيباني ، ٣/ ٦٨.

له النبي ﷺ : " إذا أنت بايعت فقل لا خلابة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها " (١).

فالقياس فساد هذا الشرط ؛ لأنه مخالف لمقتضى العقد، ولكنه أجيز استحساناً بالنص. قال البابرتي : " شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم ، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما رويناه من النص"(٢) **؛ وفي تحفة الفقهاء: " وإن شرطا شرطاً لا يقتضيه العقد ولكن ورد الشرع بجوازه كالأجل والخيار رخصة وتيسيراً ، فإنه لا يفسد العقد ؛ لأنه لما ورد الشرع به تبين أنه من باب المصلحة دون المفسدة: كالأجل والخيار لأحد المتعاقدين، وهذا جواب الاستحسان، أما القياس فالشرط يفسد ؛ لكونه شرطاً مخالفاً لموجب العقد، وهو ثبوت الملك في الحال في العوضين معاً "** (٣) .

٦- أن يكون من الشروط التي جرى فيها العرف :

وهذا الشرط اختص به الحنفية ، فالشرط الذي تعارف عليه الناس هو شرط صحيح عند الحنفية، وفي ذلك يقول السرخسي: "وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر، فذلك جائز أيضاً: كما لو اشترى نعلًا وشراكاً، بشرط أن يحذوه البائع ؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة جرحاً بيِّناً " (٤) .

فالشرط إن كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد، لكن للناس فيه تعامل، فالعقد جائز وكذلك الشرط، قال الكاساني في البدائع: " كذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضاً، لكن للناس فيه تعامل، فالبيع جائز، كما إذا اشترى نعلًا على أن يحذوه البائع، أو جراباً على أن يخرزه له خفاً، والقياس ألا يجوز، وهو قول زفر رحمه الله " (٥) .

فهذا الشرط قال به جمهور الحنفية خلافاً لزفر، فلا يصح عنده قياساً؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسد، كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يخيط البائع له قميصاً ونحو ذلك، أما جمهور الحنفية فهو يصح عندهم

---

(١) أخرجه : ابن ماجه ، في كتاب الأحكام ، باب الحجر على من يفسد ماله ، رقم (٢٣٥٥) ، انظر : سنن ابن ماجه : ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (ت: ٢٧٣هـ)، تحقيق : شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمَّد كامل قره بللي - عَبد اللّطيف حرز الله ، الناشر: دار الرسالة العالمية، ط١، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م، ٣/ ٤٤١. قال الشيخ الألباني : حديث حسن. انظر : ضعيف الجامع الصغير وزياداته : أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (ت : ١٤٢٠هـ) ، أشرف على طبعه: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي ، الطبعة: بدون تاريخ ورقم ، ١/ ٥٨.

(٢) العناية شرح الهداية ، للبابرتي : ٨/ ٤٤٤.

(٣) تحفة الفقهاء ، للسمرقندي : ٢/ ٤٩.

(٤) المبسوط ، للسرخسي : ٦/ ٢٠٠.

(٥) بدائع الصنائع ، للكاساني : ٥/ ١٧٢ .

استحساناً ، وحجتهم أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع، فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع [١] .

٧- أن يشترط المتعاقدان نفعاً معلوماً في العقد غير وطء ودواعيه :

وهذا الشرط اختص به الحنابلة، ومعنى غير وطء ودواعيه : "المبَاشرة دون فرج وَقُبْلَة،

فلا يصح استثنَاؤه ؛ لأنه لا يحل إلا بملك عين ، أَو عقد نكاح" [٢] . وصورة هذا الشرط عند الحنابلة : اشتراط البائع سكني الدار المبيعة شهراً مثلًا، وحملان البعير المبيع أو نحوه إلى محل معين وكاشتراطه خدمة العبد المبيع مدة معلومة، فيصح الشرط والعقد ؛ لما روى جابر ﷺ : " أنه باع النبي ﷺ جملًا واشترط ظهره إلى المدينة" [٣] ، قال في شرح منتهى الإرادات: " وكذلك يجوز شرط نفع بائع نفسه في مبيع، كشرط حمل حطب مبيع، أو تكسيره، وكشرطه خياطة ثوب مبيع، أو تفصيله، أو شرط جذ رطبة مبيعة، أو حصاد زرع ، أو جذاذ نخل ونحوه ، كضرب حديد مبيع سيفاً أو سكيناً ؛ بشرط علمه أي النفع المشروط بأن يعلم مثلًا المحل المشروط حمل الحطب إليه ..... أو باعه الثوب وأجره نفسه لخياطته وكل من البيع والإجارة يصح إفراده بالعقد، فجاز الجمع بينهما كالعينين"[٤].

وقال في موضع آخر: " فإن لم يعلم النفع بأن شرط حمل الحطب على بائعه إلى منزله وهو لا يعلمه ، لم يصح الشرط كما لو استأجره على ذلك ابتداء، وكذا لو شرط بائع نفع غير مبيع أو مشترٍ نفع بائع في غير مبيع"[٥].

المبحث الثاني: الشروط الجعلية الفاسدة بين اتفاق الفقهاء واختلافهم.

أولاً : ما اتفق الفقهاء على فساده من الشروط :

١- إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد وليس فيه مصلحة :

وهذه الصورة من الشروط لا خلاف بين الفقهاء على فسادها [٦] ، وإنما الخلاف في أثر

---

(١) تحفة الفقهاء :للسمرقندي ، ٢/ ٥٢.

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات ، للبهوتي : ٢/ ٢٩، مطالب أولي النهى: للرحيباني : ٣/ ٧٠ .

(٣) أخرجه : البخاري ، في كتاب: الوكالات ، باب إذا وكل رجل رجلاً أن يعطي شيئاً ، ولم يبين كم يعطي، فأعطى على ما يتعارفه الناس، حديث رقم (٢٣٠٩) ، ٣/ ١٠٠.

(٤) شرح منتهى الإرادات ، للبهوتي : ٢/ ٢٩.

(٥) المرجع السابق : ٢/ ٣٠ .

(٦) انظر: بدائع الصنائع ، للكاساني : ٥/ ١٦٩ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير : ٦٥/٣، ٦٦، المهذب ، للشيرازي : ١/ ٢٦٨، الشرح الكبير ، لابن قدامة : ٤/ ٥٤.

هذا الشرط على العقد، وصورة الشرط المناقض لمقتضى العقد وليس فيه مصلحة كما قال الدردير: " كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع عموماً، أو لا يهب، أو لا يتخذها أم ولد ، أو لا يخرج بها من البلد، أو لا يركبها، أو لا يسكنها، أو لا يؤاجرها أو على أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن" (١).

قال الشافعي: " وإذا باع الرجل العبد على أن لا يبيعه ، أو على أن يبيعه من فلان، أو على أن لا يستخدمه، أو على أن ينفق عليه كذا، فالبيع كله فاسد؛ لأن هذا كله غير تمام ملك ، فلا يجوز الشرط" (٢) .

أثر هذا الشرط على العقد: اختلف الفقهاء في ذلك :

فمذهب المالكية والشافعية: أن العقد يبطل بهذا الشرط (٣) ، واحتجوا على ذلك بالتالي: حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ: " نهى عن بيع وشرط" (٤) . وحديث عبد الله بن مسعود ﷺ أنه اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية ، فاشترطت عليه أنك إن بعتها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فاستفتى في ذلك عمر ابن الخطاب ﷺ ، فقال له : لا تقربها، وفيها شرط لأحد"(٥) .

---

(١) الشرح الكبير ، للدردير : ٣/ ٦٦.

(٢) الأم : للشافعي ، ١٠٧/٧.

(٣) مواهب الجليل : ٤/ ٣٧٣، الشرح الكبير : للدردير ، ٣/ ٦٦، المهذب : للشيرازي ، ١/ ٢٦٨. الأم : للشافعي ، ١٠٧/٧.

(٤) أخرجه : الطبراني في المعجم الأوسط ، في باب العين ، من اسمه عبد الله ، حديث رقم (٤٣٦١) ، انظر : المعجم الأوسط: سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (ت: ٣٦٠هـ)، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد ، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني ، الناشر: دار الحرمين – القاهرة، الطبعة بدون رقم وتاريخ، ٤/ ٣٣٥. قال عنه الألباني : " ضعيف جداً " ، انظر : سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة: ناصر الدين الألباني، الناشر: دار المعارف، الرياض – السعودية ، ط١، ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢م ، ١/ ٧٠٣، قال ابن تيمية في " الفتاوى ": هذا حديث باطل، وليس في شيء من كتب المسلمين، وإنما يروى في حكايات منقطعة ، وقال في موضع آخر: وقد ذكره جماعات من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء، وذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه " انظر : الفتاوى الكبرى : لابن تيمية ، الناشر: دار الكتب العلمية، ط١ ، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م ، (٧٩/٤)، (١٤٥/٥).

(٥) أخرجه : الإمام مالك في الموطأ ، كتاب: البيوع، باب: ما يفعل في الوليدة إذا بيعت والشرط فيها ، انظر : موطأ الإمام مالك: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت : ١٧٩هـ) ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان ، عام النشر: ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ م ، ٢/ ٦١٦، وهو حديث موقوف ضعيف. انظر : التَّحبير لإيضَاح مَعَاني التَّيسير: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (ت: ١١٨٢هـ)، حققه وعلق

٣- واستدلوا من المعقول: بأنه شرط لم يبن على التغليب، ولا هو من مقتضى العقد، ولا من مصلحته، فأفسد العقد" [١] .

أما حكم هذا الشرط وأثره على العقد عند الحنفية والحنابلة : فهو أن العقد صحيح والشرط لاغ ، فهذا شرط باطل في نفسه؛ لقول النبي ﷺ : « من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة شرط» [٢] ، ولأن إطلاق البيع يقتضي تصرف المشتري في المبيع على اختياره؛ لأنه إنما بذل الثمن في مقابلة الملك، والملك يقتضي إطلاق التصرف، فالمنع منه يؤدي إلى تفويت الغرض، فيكون الشرط باطلاً [٣] ، قال ابن قدامة في الشرح الكبير: " فهذا الشرط باطل في نفسه لقول النبي ﷺ في حديث بريرة حين شرط أهلها الولاء " ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " نص على بطلان هذا الشرط ، وقسنا عليه سائر الشروط ، لأنها في معناه " [٤] .

تبين مما سبق أن الفقهاء اتفقوا على أن الشرط المناقض لمقتضى العقد هو شرط فاسد ، وإن اختلفوا في أثره على العقد ، أما فيما عدا هذا الشرط فقد اختلفوا :

فعند الحنفية : الشرط الفاسد وهو ما كان قسماً من الأقسام التالية، بأن كان شرطاً لا يقتضيه العقد ، ولا يلائمه ، ولا يتعارفه الناس، وألا يكون الشرع قد أتى بجوازه ، وفيه منفعة لأحد العاقدين، ومثاله: أن يشترى حنطة على أن يطحنها البائع، أو ثوباً على أن يخيطه البائع ، أو اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهراً ، ونحو ذلك ، فالبيع فاسد [٥].

يقول السرخسي: " وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد 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 به البيع، وكذلك إن كان فيه منفعة للمعقود عليه، وذلك نحو ما بينا أنه إذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه فإن العقد يعجبه أن لا تتناوله الأيدي وتمام العقد بالمعقود

عليه وخرج أحاديثه وضبط نصه: محَمَّد صُبْحي بن حَسَن حَلّاق أبو مصعب ، الناشر: مَكتبة الرُّشد، الرياض - السعودية، ط١ ، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢م، ١/٥١٠.

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي : للشيرازي ،١/ ٢٦٨.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: المبسوط ، للسرخسي : ٦/ ٢٠٠ ، المبدع في شرح المقنع ، لابن مفلح: ٤/ ٥٦.

(٤) الشرح الكبير، لابن قدامة : ٤/ ٥٤.

(٥) الاختيار لتعليل المختار : عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، مجد الدين أبو الفضل (ت: ٦٨٣هـ) ، مطبعة الحلبي،القاهرة، الطبعة بدون رقم ، ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧م ، ٢/ ٢٥، تحفة الفقهاء ، للسمرقندي : ٥٣/٢، ٥٤.

عليه حتى لو زعم أنه حر، كان البيع باطلًا، فاشتراط منفعته، كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين" [١].

فلا بد في كون الشرط مفسداً للعقد عند الحنفية من هذه الشرائط الخمسة[٢] ، وهي:

١- أن يكون الشرط لا يقتضيه العقد: ومعنى كون العقد لا يقتضيه أنه لا يفهم من صيغته بدون ذكره. فمثال ما يقتضيه العقد: تسليم المبيع على البائع، وتسليم الثمن على المشتري فإن العقد يقتضي ذلك بصيغته. فإذا شرط في العقد تسليم المبيع أو تسليم الثمن كان شرطاً يقتضيه العقد، ومثال ما لا يقتضيه العقد ما إذا باع بشرط قرضه، فإن القرض لا يفهم من صيغة العقد بدون ذكره[٣] .

٢- أن يكون الشرط لا يلائم مقتضى العقد: ومقتضى العقد هو ما رتبه الشارع عليه" فعقد البيع رتب عليه الشارع ملك المبيع والثمر بقبضه، فإذا اشترط المشتري قبض المبيع والبائع قبض الثمن، كان ذلك الشرط مقتضى العقد فيصح [٤]، أما إذا اشترط عدم قبض المبيع أو تسليم الثمن كان الشرط مفسداً للعقد؛ لأن العقد لا يقتضيه.

٣- أن يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين: كما إذا باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً، ثم يسلمها إليه، أو منفعة لأجنبي: كما إذا باع طعاماً على أن يتصدق به، أومنفعة للمعقود عليه: كما لو باع جارية على أن يوصي المشتري بعتقها، فالبيع فاسد[٥] .

١-ألا يكون جرى به عرف.

٢-ولم يرد الشرع بجوازه.

وعند المالكية : لا يكون الشرط فاسداً إلا في حالتين[٦] :

الحالة الأولى: إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد. وقد سبق الحديث عن هذه الحالة عند الحديث عن الشروط المتفق على فسادها .

الحالة الثانية : إذا كان الشرط مخلًا بالثمن، وهذا ما عبر عنه الخرشي بقوله: " قد نهى - ﷺ -عن بيع وشرط وحمل أهل المذهب النهي على شرط يناقض، أو يخل بالثمن" [٧]، ومعنى كون الشرط مخلًا بالثمن : بأن يؤدي إلى جهل فيه بزيادة إن كان شرط السلف من المشتري ، أو نقص إن كان من البائع ؛ لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثمن وهو مجهول أو لما فيه من سلف

(١) المبسوط ، للسرخسي : ١٣/١٥.
(٢) البحر الرائق ، لابن نجيم : ٦/ ٩٢.
(٣) الفقه على المذاهب الأربعة : عبد الرحمن بن محمد الجزيري ، ٢/ ٢٠٣.
(٤) المرجع السابق : ٢/ ٢٠٥.
(٥) الموسوعة الفقهية الكويتية : ٩/ ٢٤٥.
(٦) انظر: الشرح الكبير ، للدردير : ٣/ ٦٥ ، شرح مختصر خليل ، للخرشي : ١٥/ ٦٣.
(٧) شرح مختصر خليل ، للخرشي : ١٥/ ٦٣.

جر نفعاً، وصورها أربع ؛ إما أن يقول البائع للمشتري : أبيعك هذا على أن تسلفني كذا ، أو بشرط أن أسلفك ، وإما أن يقول المشتري للبائع : أشتريه منك على أن أسلفك أو على أن تسلفني كذا ، وأما جمعهما من غير شرط فالراجح الجواز[١] .

وسبب فساد الشرط هنا أنه اشترط لمصلحة البائع أو المشتري، وقد رُوعِي فيه نقص الثمن بقدر غير معلوم إذا كان الشرط لمصلحة البائع كما في بيع الثنيا، أو زيادة الثمن بقدر غير معلوم إذا كان الشرط لمصلحة المشتري كما في بيع بشرط سلف من البائع للمشتري ، وفي هذا يقول الخرشي : " ومعنى إخلاله بالثمن بأن يعود جهله في الثمن إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري أو نقص إن كان من البائع كبيع وسلف من أحدهما؛ لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثمن وهو مجهول " [٢] .

أما إذا لم يكن للشرط تأثير على الثمن، فلا يفسد العقد ، وهذا ما عبر عنه صاحب تحفة الحكام بقوله : وكلُّ ما لَيْسَ لَهُ تَأثيرُ في ثَمَنٍ جَوَازُهُ مَأْثورُ[٣] .

قال التسولي في شرحه على تحفة الحكام" - في بيان مقصود الناظم : (وكل ما) أي شرط (ليس له تأثير) في جهل ثمن، كشرط رهن أو حميل أو كون الثمن إلى أجل معلوم غير بعيد جداً (جوازه) مبتدأ ثان خبره (مأثور) والجملة خبر الأول أي: مروي صحيح " [٤] .

وعند الشافعية: الشرط الفاسد: هو كل شرط لا يقتضيه العقد ولا من مصلحته، فهو شرط ينافي مقتضى العقد: كأن يبيع داراً بشرط أن يسكنها مدة ، أو ثوباً بشرط أن يخيطه له ، أو دابة بشرط أن يستعملها مدة ، فهذه شروط فاسدة مفسدة للبيع ، ودليل هذا : ما روي عن النبي - ﷺ - : أنه " نهى عن بيع و شرط " [٥] .

---

(١) انظر: الشرح الكبير ، للدردير : ٣/ ٦٦، ٦٧، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٦/ ٣٥٠.

(٢) شرح مختصر خليل ، للخرشي: ١٥/ ٦٥.

(٣) تحفة الحكَّام في نكت العقود والأحكام: محمد بن محمد بن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي (ت: ٨٢٩هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، الناشر: دار الآفاق العربية، القاهرة، ط١، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١م، ٥٩/١

(٤) البهجة في شرح التحفة : أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين ، دار النشر : دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م ، ٢/ ١١.

(٥) انظر: المهذب ، للشيرازي : ٢/ ٢٣ ، مغني المحتاج ، للخطيب الشربيني : ٢/ ٣٨١. والحديث سبق تخريجه.

وعند الحنابلة: الشرط الفاسد : هو ما أدى إلى اشتراط عقد آخر في العقد : كقول البائع للمشتري : بعتك هذه الدار على أن تبيعني هذه الفرس، أو شرط سلف كبعتك عبدي على أن تسلفني كذا [١] .

أما حكم هذا الشرط عند الحنابلة : ففيه رأيان[٢] : الأول : أن الشرط يبطل وحده دون العقد، الثاني : أن هذا الشرط فاسد يبطل به العقد، والرأي الثاني وهو المشهور عند الحنابلة والذي عليه المذهب : أن هذا الشرط يبطل العقد من أصله، وحجتهم في ذلك: أن النبي- ﷺ - قال : " لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك." [٣] ، واستدلوا أيضاً بحديث أبي هريرة ﷺ : أن النبي- ﷺ- نهى عن بيعتين في بيعة "[٤].

المبحث الثالث: حد الشرط الباطل وأثره على العقد عند الحنفية .

وهذا النوع من الشروط قال به الحنفية، وهو ماليس موافقاً لمقتضى العقد ولا ملائماً مؤكداً له، ولم يرد به نص، ولم يجر به عرف، وليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا لغيرهما، بل قد يشتمل على ضرر لأحد العاقدين، فالشرط الباطل هو ما لم يكن فيه منفعة لأحد، وبالقيد الأخير يفترق عن الشرط الفاسد .

فالشرط الفاسد فيه منفعة زائدة ، أما الباطل فلا نفع فيه ، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوباً بشرط أن لا يبيع ؛ لأنه لا مطالب بهذا الشرط فإنه لا منفعة فيه لأحد ،

---

(١) شرح منتهى الإرادات ، للبهوتي : ٢/ ٣١.

(٢) الشرح الكبير: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، أبو الفرج، شمس الدين (ت: ٦٨٢هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا، بدون تاريخ ورقم الطبعة، ٤/ ٥٣.

(٣) أخرجه : الحاكم في المستدرك ، في كتاب البيوع ، حديث رقم (٢١٨٥) ، انظر: المستدرك على الصحيحين: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (ت: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤١١ه – ١٩٩٠م ، ٢١/٢ ، قال الألباني : حديث حسن . انظر : مشكاة المصابيح : محمد بن عبد الله الخطيب العمري، أبو عبد الله، ولي الدين، التبريزي (ت: ٧٤١هـ)، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني ، الناشر: المكتب الإسلامي – بيروت ، ط٣،١٩٨٥م، ٢/ ٨٦٧.

(٤) أخرجه : الترمذي ،أبواب البيوع ، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة ، حديث رقم (١٢٣١) ، ٥٢٥/٣. قال ابن الملقن : هذا الحديث صحيح، رواه الشافعي وأحمد والترمذي، والنسائي بهذا اللفظ، ورواه مالك في الموطأ، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح". انظر : البدر المنير في تخريج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير: لابن الملقن ، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان ، وياسر بن كمال، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض-السعودية ، ط١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ٦/ ٤٩٦.

أو أن يشتري دابة أو سيارة ، ويشترط على المشتري أن لا يستعملها إلا في أحوال خاصة أو زمن معين[1] .

أثر الشرط الباطل:

أثر الشرط الباطل على العقد عند الحنفية أنه لا يؤثر في صحة العقد، وإنما يلغى، ويبقى العقد صحيحاً قال الكاساني: " وهذا النوع من الشروط فاسد في نفسه ، لكنه لا يؤثر في العقد ، فالعقد جائز والشرط باطل "[2].

تبين مما سبق:

أن الحنفية، والشافعية، والمالكية، تجمعهم نظرية مقتضى العقد ومنع بيع وشرط ، وإن كانوا ليسوا على مرتبة واحدة، فالحنفية أكثرهم تمسكاً بنظرية مقتضى العقد، حيث القياس عندهم فساد كل الشروط ما عدا الشرط الذي يقتضيه العقد، ولم يجيزوا الشرط الملائم للعقد والذي جرى به التعامل بين الناس إلا على سبيل الاستحسان، ومنعوا كل بيع وشرط إلا شرطاً يقتضيه العقد. ثم الشافعية وهم أكثر مرونة وتوسعاً منهم، فمع تمسكهم بمنع بيع وشرط، ومنع تعدد الصفقة، إلا أنهم اعتبروا الشرط الذي فيه مصلحة للعقد، والشرط الذي تدعو الحاجة إليه غير مخالف لنظرية مقتضى العقد، وإن لم يكن من مقتضاه ، ولم يجوزوه استثناء بل على أنه أصل قائم بذاته، ثم المالكية وهم أكثر مرونة من الحنفية والشافعية ، حيث جعلوا الأصل في الشروط الصحة، فصححوا كل شرط يقتضيه العقد، وكل شرط لا يناقض مقتضى العقد ، كالشرط الملائم للعقد، والشرط الذي جرى به التعامل، والشرط الذي فيه منفعة معقولة لأحد العاقدين ، وإن لم يكن العقد يقتضيه ولا يلائمه ، ما دام الشرط نفسه لا يناقض مقتضى العقد ، ولا يكون الشرط عندهم فاسداً إلا في موضعين : إذا كان مناقضاً لمقتضى العقد، أو كان مخلًا بالثمن ، وحملوا حديث النهي عن بيع وشرط على الشرط الذي يناقض مقتضى العقد أو يخل بالثمن.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : كتب الحديث، وعلومه، وشروحه :

١- سنن ابن ماجه : ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (ت: ٢٧٣هـ)، تحقيق : شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمَّد كامل قره بللي - عَبد اللّطيف حرز الله ، الناشر: دار الرسالة العالمية، ط١، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م

٢- ضعيف الجامع الصغير وزياداته : أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (ت : ١٤٢٠هـ) ، أشرف على طبعه: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي ، الطبعة: بدون تاريخ ورقم

٣- المعجم الأوسط: سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (ت: ٣٦٠هـ)، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد ، عبد

(١) انظر: المبسوط ، للسرخسي : ٦/ ٢٠٠، الاختيار لتعليل المختار ، للموصلي : ٢/ ٢٦، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، صالح حميد ، باسل الحافي : ص ٥٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته ، للزحيلي : ٤/ ٣٠٥٥.

(٢) بدائع الصنائع ، للكاساني : ٥/ ١٧٠.

المحسن بن إبراهيم الحسيني ، الناشر: دار الحرمين – القاهرة، الطبعة بدون رقم وتاريخ،
موطأ الإمام مالك: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت : ١٧٩هـ) ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان ، عام النشر: ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ م ، ٢/ ٦١٦، وهو حدي
ثانياً: كتب الفقه الحنفي :
١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق : زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ) ، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨هـ) ، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين ، الناشر: دار الكتاب الإسلامي ، ط٢ - بدون تاريخ .
٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ) ،الناشر: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م عدد الأجزاء: ٧.
٣- فتح القدير شرح الهداية : كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت: ٨٦١هـ) ، الناشر: دار الفكر، بلا تاريخ ورقم.
٤- المبسوط: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، الناشر: دار المعرفة – بيروت، الطبعة: بدون رقم ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٥- الهداية في شرح بداية المبتدي : علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت: ٥٩٣هـ)، المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت – لبنان.
ثالثاً: كتب الفقه المالكي :
١- التاج والإكليل لمختصر خليل: للمواق ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (ت: ٨٩٧هـ) ، الناشر: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م ، عدد الأجزاء: ٨.
٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ) ، الناشر: دار الفكر، بلا تاريخ ورقم.
٣- الذخيرة : للقرافي، أبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت:٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد بوخبزة ،الناشر: دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط١، ١٩٩٤م.
٤- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت: ٩٥٤هـ)، الناشر: دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
رابعاً: كتب الفقه الشافعي :
١- أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت: ٩٢٦هـ) الناشر: دار الكتاب الإسلامي ، بدون طبعة وبدون تاريخ ، عدد الأجزاء: ٤.
٢- تحفة المحتاج في شرح المنهاج: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، الناشر:

المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، الطبعة: بدون رقم، ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م.
٣- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت: ٩٢٦هـ) ، الناشر: المطبعة الميمنية، الطبعة: بدون رقم وبدون تاريخ.
٤- روضة الطالبين وعمدة المفتين: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ط٣، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.
خامساً : كتب الفقه الحنبلي :
١- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف : للمرداوي ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ) ، الناشر: دار إحياء التراث العربي ، ط٢ - بدون تاريخ ، عدد الأجزاء: ١٢.
٢- شرح منتهى الإرادات، المسمى(دقائق أولي النهى لشرح المنتهى): للبهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (ت:١٠٥١هـ)، الناشر: عالم الكتب ، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، عدد الأجزاء: ٣.
٣ - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى : مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولداً ثم الدمشقي الحنبلي (ت:١٢٤٣هـ)، الناشر:المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، عدد الأجزاء:٦.
٤- المغني : لابن قدامة ، أبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت : ٦٢٠هـ)،ا لناشر: مكتبة القاهرة بلا تاريخ ورقم + نسخة ثانية- طبعة عالم الكتب، الرياض ، ط٣ ،١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
٥- كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (ت: ١٠٥١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بلا تاريخ ورقم.
سادساً: كتب الفقه العام:
١- نظرية العقد : صالح حميد العلي ، باسل محمود الحافي ، الناشر : دار اليمامة – دمشق ، الطبعة : الأولى ، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٨م.
٢- الموسوعة الفقهية الكويتية : صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت الطبعة: من ١٤٠٤- ١٤٢٧ هـ ، الأجزاء ١- ٢٣: ط٢، دار السلاسل – الكويت ، الأجزاء ٢٤ - ٣٨: ط١، مطابع دار الصفوة – مصر، الأجزاء ٣٩ – ٤٥، ط٢ عدد الأجزاء: ٤٥ جزءاً.
٣- الفقه على المذاهب الأربعة : عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (ت : ١٣٦٠هـ) ، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ط٢ ، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣م.