المملكة المغربية
جامعة سيدي محمد بن عبد الله
ية الآداب والعلوم الانسانية سايس – فاس

ⵜⴰⴳⵍⴷⵉⵜ ⵏ ⵍⵎⵖⵔⵉⴱ
ⵜⴰⵙⴷⴰⵡⵉⵜ ⵙⵉⴷⵉ ⵎⵓⵃⴰⵎⵎⴷ ⴱⵏ ⵄⴱⴷⵍⵍⴰⵀ
ⵜⴰⵙⵔⴰⵜ ⵏ ⵜⵣⵔⴼⵜ ⴰ ⵜⵙⵏⵙⵉⵡⵉⵏ ⵜⵉⵏⵙⵏⵙⵉⵏ
ⴼⴰⵙ - ⵎⵓ

Royaume du Maroc
niversité Sidi Mohamed Ben Abdellah
Faculté des Lettres et des Sciences
Humaines Saïs -Fès

مركز دراسات الدكتواه : " اللغات و التراث ة التهيئة المجالية "

تكوين الدكتوراة : التاريخ و التراث

محور : الدراسات الإسلامية

مختبر : التراث : دراسة و صيانة و إنقاذ

أطروحة لنيل الدكتوراه في الآداب و العلوم الإنسانية

في موضوع :

"البيع المعلق في المذهب المالكي و تطبيقاته الفقهية"

إعداد الطالبة الباحثة :

يـــديرســـارة

إشراف فضيلة الأستاذ :

الدكتور الجيلالي المريني

السنة الجامعية :

2019ـ2020 م

الإهـــداء

إلى من بلغ الرسالة و أدى الأمانة و نصح الأمة وكشف الله به الغمة، إلى نبي الرحمة ونور العالمين.

إلى الذي رباني على الفضيلة و أرشدني إلى طريق النور و علمني الصبر على طلب العلم

إلى والدي أمد الله في عمره و نفع به

إلى التي تجري الجنة من تحت أقدامها، إلى التي كان طموحها أن أحفظ كتاب الله

والدتي حفظها الله تعالى

إلى الذين أناروا لي درب النجاح زوجي حفظه الله تعالى و أخواي عمران و معاذ

إلى من تحمل عناء الإشراف على هذا البحث أستاذي الفاضل الدكتور الجيلالي المريني حفظه الله تعالى .

إلى جميع شيوخي و أساتذتي العظماء حفظكم الله

إلى كل من ساعدني في هذا البحث من قريب أو من بعيد.

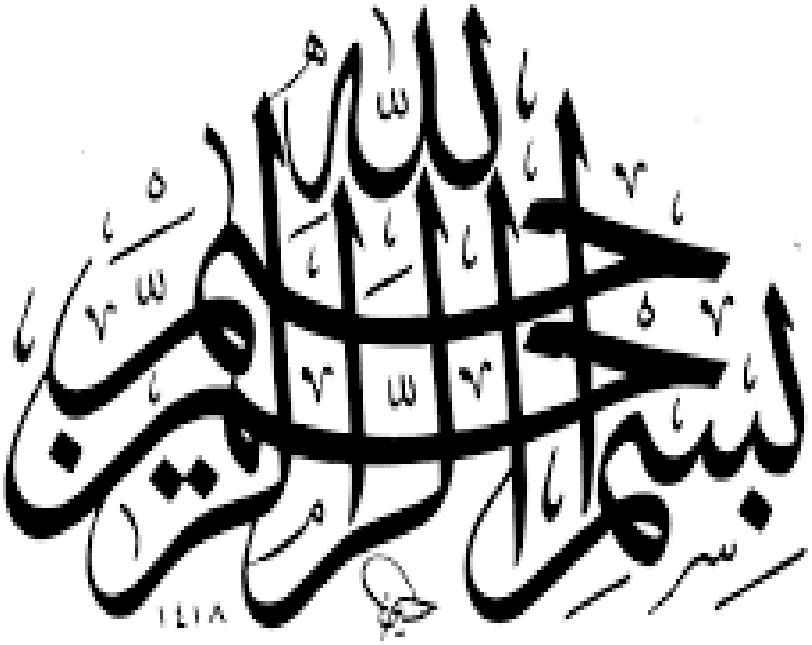
إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا الجهد المتواضع و بالله التوفيق (عليه توكلت و عليه فليتوكل المتوكلون).

كلمة شكر

فإني أشكر الله تعالى على فضله حيث أتاح لي إنجاز هذا العمل بفضله، فله الحمد أولا و آخرا.

ثم أشكر أولئك الأخيار الذين مدوا إلي يد المساعدة ، خلال هذه الفترة، و في مقدمتهم أستاذي المشرف على الرسالة فضيلة الأستاذ الدكتور الجيلالي المريني الذي لم يذخر جهدا في مساعدتي، فقد فتح لي بيته، كما هي عادته مع كل طلبة العلم، وكنت أجلس معه بالساعات الطوال أقرأ عليه و لا يجد في ذلك حرجا، وكان يحثني على البحث، و يرغبني فيه، و يقوي عزيمتي عليه فله من الله الأجر ومني كل التقدير .

حفظه الله تعالى و متعه بالصحة و العافية ونفع بعلومه.


بسم الله الرحمن الرحيم
١٤١٨

المقـــدمـــة

الحمد لله الذي أكمل لنا الدين وأتم علينا نعمته نحمده حمد الشاكرين ، ونستغفره استغفار المقصرين المذنبين ، ونستعينه استعانة من لا حول له ولا قوة له إلا به، ونستهديه بهداه الذي لا يضل من أنعم به عليه، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له في ألوهيته وربوبيته، ونشهد أن محمدا عبده ورسوله، وصفيه وخليله، وسفيره بينه وبين عباده، أرسله على حين فترة من الرسل بشيرا ونذيرا، وداعيا إلى الله بإذنه وسراجا منيرا فلم تمس بنا نعمة ظهرت ولا بطنت نلنا بها حظا في دين ودنيا أو دفع بها عنا مكروها فيهما أو في واحد منهما، إلا و هذا النبي الكريم ﷺ سببها ، القائد إلى خيرها، و الهادي إلى رشدها ، فاللهم صل عليه كلما ذكره الذاكرون وغفل عن ذكره الغافلون ، ما اختلف الملوان وتعاقب الجديدان ، وعلى آله الطيبين الطاهرين ، وصحابته البررة الأكرمين ، ومن سار على نهجهم من التابعين وتابعيهم إلى يوم الدين.

أما بعد: فإن الله عز وجل أنزل على رسوله الكريم ﷺ كتابه المبين وقال : " **وإنه لكتاب عزيز لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد**"[1]، فنقل الله تعالى به عباده – كما يقول الإمام الشافعي رحمه الله تعالى (ت 204 هـ) - : " من الكفر و العمى ، إلى الضياء و الهدى.وبين فيه ما أحل : منا بالتوسعة على خلقه، وما حرم : لما هو أعلم به من حظهم في الكف عنه في الآخرة و الأولى وابتلى طاعتهم بأن تعبدهم بقول وعمل، وإمساك عن محارم حماهموها، وأثابهم على طاعته من الخلود في جنته ، و النجاة من نقمته : ما عظمت به نعمته، جل ثناءه .

[1]- سورة فصلت : 40-41

وأعلمهم ما أوجب على أهل معصيته من خلاف ما أوجب لأهل طاعته "[1]

وكل ما في كتاب الله تعالى رحمة وحجة، علمه من علمه ، وجهله من جهله ، لا يعلم من جهله ، و لا يجهل من علمه.

ومن فضل الله تعالى على عباده أن خصهم بأكمل الشرائع وأوفاها ، فجاءت أحكام هذه الشريعة غاية في الكمال و العدل، و المنصف إذا نظر فيها : يجزم قطعا ويقينا بعجز البشر مهما بلغوا من العلم عن مساواتها ، وفي هذا المعنى يقول فارس المنقول و المعقول العلامة بن قيم الجوزية رحمه الله تعالى (ت 751هـ) : " وإذا تأملت أسرار هذه الشريعة الكاملة: وجدتها في غاية الحكمة ورعاية المصالح، لا تفرق بين متماثلين البتة ولا تسوي بين مختلفين ، ولا تحرم شيئا بمفسدة وتبيح ما مفسدته مساوية لما حرمته أو راجحة عليه ، ولا تبيح شيئا لمصلحة وتحرم ما مصلحته مساوية لما أباحته البتة ، ولا يوجد فيما جاء به الرسول ﷺ شيء من ذلك البتة "[2]

وإن من مظاهر أوجه كمال هذه الشريعة وتمامها: أنها وسعت بأحكامها ما يستجد للناس من معاملات ، وما يحتاجونه من متطلبات ، فما ثم حادث إلا وحكمه في الشريعة قائم ، علمه من علمه وجهله من جهله ، قال أبو الوليد بن رشد الجد رحمه الله تعالى (ت 520هـ): " فلا نازلة إلا و الحكم فيها قائم من القرآن إما بنص ، و إما بدليل، علمه من علمه وجهله من جهله..."[3]

[1]-الرسالة للإمام الشافعي ص 17-18 الطبعة الثانية 1399هـ /1979م مطبعة دار التراث بتحقيق أحمد محمد شاكر

[2]- بدائع الفوائد 1072/3، تحقيق علي بن محمدالعمران ، الطبعة الأولى 1425هـ، دار عالم الفوائد مكة المكرمة.

[3]-فتاوى ابن رشد الجد تقديم وتحقيق وجمع وتعليق الدكتور المختار بن الطاهر التليلي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى : 1407 هـ

ولعل أكبر شاهد على كمال هذه الشريعة وتمامها ما نصت عليه القواعد والأحكام في مجال المعاملات المالية، وخاصة في مجال البياعات، فبينت ما يجوز منها وما لا يجوز، وأوضحت بما لا مزيد عليه صحيحها من فاسدها، ونصت على ما يفسدها ويبطلها من ربا وغرر وجهالة وتعليق، ومن ثم أقر فقهاء الإسلام بالإجماع، كما قال أبو بكر بن العربي المعافري دفين فاس (ت 543هـ): " أنه لا يجوز إلا بيع معلوم بمعلوم بأي طريق من طرق العلم وقع واختلفوا في تفاصيل طرق العلم.

ونظرا لتشعب هذه البيوع إذ منها الصحيح والباطل والفاسد وهذا الأخير متشعب أيضا والأسباب المفضية إليه كثيرة جدا، فمنها ما يرجع إلى المبيع، ومنها ما يرجع إلى الثمن، ومنها ما يتعلق بالمتعاقدين، ومنها ما يرجع إلى صفة العقد، ومنها ما يرجع إلى الحال التي يقع العقد فيها.. والبيوع المحظورة منها ما هو محظور لحق الآدمي، ومنها ما هو محظور لحق الله تعالى.. والمحظور لحق الله تعالى، أقسام عدة أحدها ما كان محظورا لتعلقه بالمحظور في الشرع، دون أن يطابقه نهي أو يخل فيه بشرط من الشرائط المشترطة في صحته.

ولما كان الناس بحاجة مستمرة لمعرفة حكم الشرع فيما يستجد من أحداث مواكبة للتطور الهائل الذي نشهده في كافة الميادين، لاسيما على مستوى التجارة، حيث ظهرت عدة معاملات كصفقات البيـــع و الشراء، التي تتم عن بعد، مما يقتضي البحث عن حكمها، ولعل مسائل البيع و الشراء من أعظم أبواب فقه المعاملات التي تحتاج إلى البحث، لكثرة وقوعها وتطورها وتعامل الناس بها في السفر والحضر و مما يجدر الإلتفات إليه بالدراسة و البحث، العقد المعلق ؛ لأنه أحد الصيغ التي تبرم بها

العقود و التصرفات، على جانب التنجيز و التقييد بالشرط. وقد تعددت صفقات البيع والشراء عن طريق هذا العقد، ولذلك كثرت التوصيات بالالتفات إليه لشدة الحاجة إلى معرفة تطبيقاته المعاصرة.

ونظرا لمدى حاجة المسلم المعاصر إلى معرفة أحكام التعامل المادي فيما بينه وبين الآخرين، حتى لا يقع فيما هو محرم شرعا، فإني اخترت أن يكون موضوع بحثي تحت عنوان " البيع المعلق في المذهب المالكي وتطبيقاته الفقهية"

وهذا البحث المتواضع يأتي إلى جانب جهود العلماء الأفاضل، للكشف عن حكم هذه المعاملات والتطبيقات المحدثة في زماننا الحاضر، والتي يجب على كل منتسب لهذا الدين الحنيف أن يعرف حكمها، خصوصا المشتغلين بالفقه الإسلامي والمكلفين ببيان الأحكام الشرعية للناس؛ لأنها مهمة أنيطت بالعلماء الربانيين المخلصين الذين يريدون بعلمهم نيل مرضاة الله تعالى في الدارين.

وهذا البحث المتواضع هو في حقيقة الأمر ليس إلا ثمرة بسيطة وصغيرة من دوحة الفقه العظيمة التي كنت ولا زلت أمتح من عطائها الذي لا ينضب، ومنها استمد وجوده ونماءه، وفيما يلي سأبين أمورا لها علاقة بالبحث من حيث أهميته، وسبب اختياره، وصعوباته التي اعترضت طريق صياغته، وكذا منهج إعداده، وخطته التي اشتملت على فصوله ومباحثه.

أولا: أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره:

جاء اختيار البحث انسجاما مع الإطار العام الذي تقوم عليه وحدة "فقه الأموال في المذهب المالكي من خلال تراث الغرب الإسلامي الهادفة إلى إحياء تراث المالكية بالبحث والتحقيق والتأصيل

والتقعيد، وإبراز الدور الكبير الذي قام به الأئمة والفقهاء في خدمة تراث هذه الأمة بما صنفوه وألفوه في شتى علوم الشريعة الغراء.

- إن موضوع " البيع المعلق في المذهب المالكي وتطبيقاته الفقهية " حسب اطلاعي، موضوع يوصف بالدقة والجدة والعمق وهي صفة منشودة في البحوث العلمية.
- إن جمع كلام فقهاء المالكية المبثوث في تصانيفهم الماتعة المتعلق بهذا الموضوع، مع حسن الترتيب والتهذيب والتقريب والدراسة يعتبر - في نظري المتواضع – خدمة جليلة لطلبة العلم، وتيسيرا عليه، وإثراء للمكتبة العلمية، والدراسات الفقهية على وجه الخصوص.
- بيان مفهوم التعليق لغة واصطلاحا، وصيغته وشروطه وأدواته، والفرق بين التعليق والإضافة والشرط، وأقسام العقود بالنسبة لقبولها التعليق أو عدم قبولها وحكم البيع المعلق وعلة فساده.

ثانيا: الدراسات السابقة في موضوع البحث:

حاولت جهدي العثور على دراسات تناولت هذا الموضوع بالدرس والتحليل والتأصيل فلم أعثر على شيء من ذلك، اللهم ما كتب عنه في ثنايا موضوعات لها صلة من قريب أو بعيد بهذا الموضوع.

فمن الدراسات التي تناولت هذا الموضوع باختصار شديد:

أولا : الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير؛ عرض لهذا الموضوع في المبحث السادس تحت عنوان: " العقد المعلق والعقد المضاف" فعرف العقد المعلق وأنه

ما علق وجوده على وجود أمر آخر، ممكن الحصول، بأداة من أدوات التعليق وبين علة فساد البيع المعلق وحصرها باختصار في الأمور التالية:

أ- الغرر، فإن كلا من المتابعين لا يدريان في البيع المعلق هل يحصل الأمر المعلق عليه فيتم البيع، أو لا يحصل فلا يتم، كما لا يدريان متى يحصل في حالة حصوله، وقد يحصل في وقت تكون فيه رغبة المشتري أو البائع قد تغيرت، ففي البيع المعلق غرر من حيث حصوله وعدمه، وفيه غرر أيضا من حيث وقت حصوله، وفيه غرر كذلك من حيث تحقق الرضا وعدمه عند حصول المعلق عليه. والحنفية يجعلون في التعليق قمارا، ففي الدر المختار لابن عابدين:44/324:

"... لأنها تملكيات للحال فلا تضاف للإستقبال، كما لا تعلق بالشرط لما فيه من القمار "

ب- منافاة التعليق للعقد لأن البيع من عقود التمليك المالية، والأصل في هذه العقود أن يترتب عليها أثرها في الحال، فتنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، والتعليق يمنع ذلك.

ت- عدم تحقق الرضا بالعقد مع التعليق، وذلك لأن الرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق؛ لأن الشأن في المعلق عليه أن يكون مترددا بين الحصول وعدمه، وإذا كان الأمر كذلك فلا يوجد رضا بأمر ثابت مستقر، والأملاك لا تنتقل بمثل هذا الرضا المتأرجح.

ثم أورد بعد ذلك رأي ابن تيمية في جواز تعليق العقود بالشروط، إذا كان في ذلك منفعة للناس، ولم يكن متضمنا ما نهى الله عنه ورسوله، وهذا متفق مع مبدئه من أن الأصل في الشروط الجواز، حتى يقوم الدليل على المنع، لأن التعليق نوع من الإشتراط في العقد.

وقد ذكر ابن تيمية عن الإمام أحمد، جواز تعليق البيع بشرط وقال: أنه لم يجد عنه ولا عن قدماء أصحابه نصا يخالف ذلك، وأن عدم جواز التعليق ذكره المتأخرون من أصحاب أحمد، كما ذكر ذلك المتأخرون من أصحاب الشافعية أنظر نظرية العقد لابن تيمية الصفحة 227.

وتبع ابن تيمية تلميذه ابن القيم في إجازة التعليق، فقال في إعلام الموقعين:" وتعليق العقود والفسخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغني عنه المكلف ... ونص الإمام أحمد على جواز تعليق البيع في قوله: " إن بعت هذه الجارية فأنا أحق بها بالثمن، واحتج بأنه قول ابن مسعود "[1]

ثم بعد هذا عرف الضرير العقد المضاف، وذكر الفرق بينه وبين العقد المعلق، وحكم البيع المضاف وعرف الإلتزام المعلق والالتزام المضاف، وحكم المعلق والمضاف في القانون، وأثر التعليق والإضافة على الإلتزام وما يستثنى من القاعدة العامة في ذلك.

هذا كل ما تناوله في هذه القضية، ولم يعرج على ذكره فقهاء المالكية في ذلك من خلال ما ذكروه في ذلك من تصانيفهم وتواليفهم ونوازلهم الفقهية.

ثانيا : "التعليق في عقود المعاوضات " للدكتور إبراهيم بناصر الحمود، وهي دراسة مختصرة لم تعد ستة مسائل:

- المسألة الأولى: تعريف العقد وبيان أنواعه

[1]- انظر أعلام الموقعين : 237/3 – 238.

- المسألة الثانية: تعريف التعليق
- المسألة الثالثة: شروط صحة التعليق
- المسألة الرابعة: تعريف الشرط وبيان أنواعه
- المسألة الخامسة: الفرق بين التعليق والشرط
- المسألة السادسة: أدوات التعليق.
- ثم تحدث بعدها عن التعليق في البيع والإجارة، والتعليق في الجعالة والمضاربة والمساقاة والمزارعة، والتعليق في الديون، والتعليق في النكاح، ومما يلاحظ على هذه الدراسة أنها جاءت عامة، غير ممحصة للتعليق في البيع.. والموضوع الذي أعتزم القيام به مقصور على البيع المعلق في المذهب المالكي، إضافة إلى ذكر التطبيقات الفقهية المندرجة تحته.

هذه بعض الدراسات الفقهية التي وقفت عليها في حدود علمي واطلاعي، وهي تتسم بالعموم والاختصار، والوقوف عند رؤوس المسائل دون غوص في التفاصيل، علما لما لهذه التفاصيل والجزئيات من أثر إيجابي في استنباط الأحكام المناسبة لتغيرات الزمان والمكان، ثم إن هذه الدراسات في هذا الموضوع قارن بعضها بين الفقه والقانون فيما يخص البيع المعلق والبيع المضاف وغير ذلك. وهذا ما حدا بي إلى محاولة تعميق البحث في المذهب المالكي مما يجعل هذه الدراسة – إن قدر لي تسبر أغوار البيع المعلق والخلاصة إلى حكمه في المذهب المالكي.

ثالثا: صعوبات البحث

لا يخلو أي عمل من أن يشتمل على صعوبات، و أن تعترض في وجه صاحبه عثرات، ومن أبرز الصعوبات التي واجهتني في هذا البحث ما يلي:

- عدم تفرغي التام أثناء إنجازي لهذه الرسالة.
- طول البحث وتشعب موضوعاته.
- شح المادة العلمية،والكتابات المتخصصة في موضوع "التعليق بصفة عامة و " البيع المعلق" على وجه الخصوص سيما من الناحية الفقهية.
- التطور السريع لموضوع "التعليق" وتعدد الآراء في حكمه خاصة في مجال التعليق بشرط دونما مواكبة لذلك من خلال المؤلفات والدراسات المتخصصة.

رابعا:منهجية البحث:

اعتمدت في منهج بحثي هذا على المنهج التسلسلي التحليلي القائم على استقراء "معنى التعليق في العقود" وكذا تحليل الأدوات والشروط التي يتميز بها هذا النوع من العقود في ضوء الاجتهادات الفقهية المعاصرة سواء كانت فردية أو في شكل اجتهادات جماعية متمثلة في المجامع الفقهية المعاصرة.

كما قمت كذلك بتصوير المسألة تصويرا دقيقا قبل بيان حكمها ليتضح المقصود من دراستها.

ذكر الأقوال في المسألة وبيان من قال بها من أهل العلم ويكون عرض الخلاف حسب الإتجاهات والمذاهب الفقهية.

خامسا: خطة البحث:

المقدمة في بيان أهمية البحث وأسباب اختياره وذكر الصعوبات التي اعترضتني في معالجة موضوع هذا البحث والتنصيص على الدراسات السابقة فيه، والمنهج المعتمد في دراسته، مع ذكر خطة البحث وهي كالآتي:

- **الفصل التمهيدي: الشروط في العقود، أقسامها من حيث الصحة والغرض منها**

✓ المبحث الأول تعريف الشروط في العقود والأصل فيها

❖ المطلب الأول:تعريف الشرط وأقسامه

- الفرع الأول: تعريف الشرط في اللغة
- الفرع الثاني:تعريف الشرط في اصطلاح الفقهاء الأصوليين
- الفرع الثالث: أقسام الشرط عند العلماء

✓ المطلب الثاني:أقسام الشرط باعتبار ملاءمته لحكم مشروطه، أو عدم ملاءمته له، و الفرق بين شروط العقد و بين الشروط في العقد.

- الفرع الأول: أقسام الشرط باعتبار ملاءمته لحكم مشروطه أو عدم ملائمته له.
- الفرع الثاني: الفرق بين شروط العقد وبين الشروط في العقد.

- ✓ المبحث الثاني: أقسام الشروط في العقود من حيث الصحة والغرض منها.

❖ المطلب الأول: أقسام الشروط في العقود من حيث صحة اقترانها بالعقد وعدم صحة ذلك.

- الفرع الأول: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الحنفية.
- الفرع الثاني:أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية
- الفرع الثالث: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الشافعية
- الفرع الرابع: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الحنابلة
- الفرع الخامس:أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية

❖ المطلب الثاني: أقسام الشروط في العقود من حيث الغرض منها

- الباب الأول: البيع المعلق: تعريفه، أدواته شروطه وأحكامه

- **الفصل الأول: حقيقة البيع المعلق وألفاظ ذات الصلة به وأوجه الفرق بينه وبينها.**

- ✓ المبحث الأول: تعريف البيع المعلق في اللغة على سبيل الإفراد.
  - الفرع الأول: تعريف البيع في اللغة.
  - الفرع الثاني: تعريف التعليق في اللغة

❖ المطلب الثاني: تعريف البيع المعلق في الإصطلاح وبيان معناه على سبيل التركيب والإضافة.

- الفرع الأول: تعريف البيع في الإصطلاح.
- الفرع الثاني: تعريف التعليق في الإصطلاح
- الفرع الثالث: تعريف البيع المعلق على سبيل التركيب والإضافة

✓ المبحث الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالبيع المعلق وأوجه الفرق بينه وبينها.

❖ المطلب الأول:الألفاظ ذات الصلة بالبيع المعلق.

- الفرع الأول: العقد المضاف
- الفرع الثاني: الشرط

❖ المطلب الثاني: أوجه الفرق بين البيع المعلق وبين الألفاظ ذات الصلة به

- الفرع الأول: الفرق بين البيع المعلق و الإضافة
- الفرع الثاني : الفرق بين البيع المعلق و الشرط

▪ **الفصل الثاني : أدوات التعليق وشروطه و أحكامه**

✓ المبحث الأول : أدوات التعليق وشروطه

❖ المطلب الأول : أدوات التعليق ومعانيها

- الفرع الأول : بعض أدوات التعليق
- الفرع الثاني : معاني أدوات التعليق : "إن" ، "إذا" و "متى"

❖ المطلب الثاني : شروط التعليق عند الفقهاء

- الفرع الأول : شروط الصيغة
- الفرع الثاني : شروط الشخص المعلق
- الفرع الثالث : شروط الأمر المعلق عليه

✓ المبحث الثاني: أحكام التعليق عند الفقهاء

❖ المطلب الأول: حكم البيع المعلق عند الجمهور والحنابلة وأدلتهم

- الفرع الأول: حكم البيع المعلق عند الجمهور
- الفرع الثاني:حكم البيع المعلق عند الحنابلة

❖ المطلب الثاني:الترجيح

○ الباب الثاني: التطبيقات الفقهية للبيع المعلق

▪ **الفصل الأول: التطبيق الأول: بيع المرابحة للآمر بالشراء**

✓ المبحث الأول تعريف بيع المرابحة للآمر بالشراء وبيان أركانه

❖ المطلب الأول: تعريف المرابحة للآمر بالشراء في اللغة و اصطلاح الفقهاء

- الفرع الأول: بيع المرابحة في اللغة والإصطلاح الفقهي
- الفرع الثاني: بيع المرابحة للآمر بالشراء في الإصطلاح

❖ المطلب الثاني: أركان بيع المرابحة للآمر بالشراء

- ✓ المبحث الثاني:صور إجراء عقد المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية وأحكامها
  - ❖ المطلب الأول: صور إجراء عقد المرابحة في المصارف الإسلامية
    - الفرع الأول : حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا كان الوعد فيه غبر ملزم
    - الفرع الثاني : حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا كان الوعد فيه ملزم
  - ❖ المطلب الثاني: أحكام عقد المرابحة للآمر بالشراء
- **الفصل الثاني: التطبيق الثاني: الإيجار المنتهي بالتمليك**

المبحث الأول: تعريف الإيجار المنتهي بالتمليك

المطلب الأول: تعريف الإيجار المنتهي بالتمليك لغة واصطلاحا

المطلب الثاني: صور الإيجار المنتهي بالتمليك في المصارف الإسلامية.

المبحث الثاني:أحكام عقد الإيجار المنتهي بالتمليك

خاتمة: خلاصة ونتائج

وبعد فهذا جهد المقل، وقد بذلت فيه جهدي وطاقتي ما أتاني الله من وسع، محاولة بذلك أن يصل هذا العمل إلى أحسن صوره، إلا أنه يبقى جهدا بشريا عرضة للصواب والخطأ والله أعلم وأحكم.

فصل تمهيدي

تعريف الشروط في العقود وأقسامها من حيث الصحة والغرض منها

المبحث الأول:

تعريف الشروط في العقود، والأصل فيها.

المطلب الأول: تعريف الشرط وأقسامه.

الفرع الأول: تعريف الشرط في اللغة:

يطلق الشرط في اللغة على معانٍ عدة، أهمها:

1. الشرْطُ- بسكون الراء- إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، وكذلك الشريطةُ، والجمع شروط وشرائِطُ

قال ابن منظور رحمه الله: " والشرْطُ: إلزام الشيء والتزامُه في البيع ونحوه، والجمع شروط"[1]

ومنه قولهم: شرط عليه في البيع ونحوه شرطا، أي: ألزمه شيئاً فيه.

2. والشرْط- بسكون الراء أيضا –بَزْغُ – بسكون الزاي- الحجّام بالمِشْرَطِ، أي شَقه بالمِشرط، وإنما سمي بذلك لأنه صار له أثر وعلامة.[2]

3. والشّرَط- بفتح الراء – العلامة والجمع أشراط. ومنه قوله تعالى : {**فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا**}3 أي : عَلامَاتُهَا.

قال أبو البقاء الكفوي رحمه الله : " وقال بعضهم : والذي بمعنى العلامة الشرَط، بالفتح دون الشرْط بالسكون"[1]

---

[1]- لسان العرب لابن منظور، مادة " شرط". وأنظر القاموس المحيط للفيروزآبادي مادة "شرط ، وتاج العروس للزبيدي، مادة " شرط "، والكليات لأبي البقاء الكفوي مادة " شرط"، و المصباح المنير للفيومي، مادة "شرط" .

[2]- لسان العرب، مادة " شرط ". ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس، مادة " شرط "، بتحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون.

[3]- سورة محمد : 19

وقد جعل ابن فارس (ت 395هـ) هذا المعنى أصْلاً لمادة (شرط) فقال: " السين والراء والطاء أصلٌ يدل على عَلم وعلامة، وما قارب ذلك من عَلم. من ذلك الشّرَط العلاَمة. وأشرَاط الساعة علاماتُها. ومن ذلك الحديث حين ذكر أشراط الساعة، وهي علاماتها.وسُمِّي الشُّرَط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامةً يُعرَفون بها. ويقولون : أشرَط فلانٌ نفسَه للهَلَكة، إذا جعلها عَلَما للهلاك. ويقال: أشْرَط من إبله وغنمه، إذا أعدَّ منها شيئا للبيْعِ.

قال الشاعر :

فَأَشْرَطَ فِيها نَفْسَهُ وهُوَ مُعْصِمٌ وَأَلْقَى بِأسْبابٍ لهُ وتَوَكُّلاَ."[2]

ومن هذا أيضا: الاشتراط الذي يَشترطه الناس بعضهم على بعض أي: هي علامات يجعلونها بينهم.[3]

4. و الشرَط – بالفتح كذلك – أوّل الشيء. ومنه قولهم :أشراطُ الشيء: أوائِلُه وهو الذي قبله متقاربان لأنّ علامة الشيء أوله.[4]

5. والشَّرَط: - بالفتح أيضا –الدُّونُ من الناس، ورُذَالُ المال. ويطلـــق هذا اللفـظ ويراد به كذلك الأشراف و الأخيار من الناس. فهو من الأضداد. وفي هذا يقول ابن منظور رحمه الله : " والأشراطُ من الأضداد : يقع على الأشراف و الأرذال "[5] وإنما سمي بذلك لملازمته الفضيلـة أو الرذيلة فهي علامة عليهم.

---

[1]- الكليات لأبي البقاء الكفوي ص 444، د/عدنان درويش ومحمد المصري.
[2]- معجم مقاييس اللغة لابن فارس، مادة " شرط "، بتحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون.
[3]- لسان العرب، مادة " شرط "
[4]- لسان العرب، مادة " شرط "
[5]- المصدر السابق، مادة " شرط "

6. و الشّرَطُ : - بالفتح – المسيل الصغيرُ، سمِّي بذلك لأنَّه أثّر في الأرض كشرط الحاجم.[1]

7. والشُّرَطُ :جمع شرطة كغرفةٍ، سمُّوا بذلك (لأنهم أعدوا لذلك وأعلموا أنفسهم بعلاماتٍ، وقيل: لأنهم أوّل كتيبَةٍ تشهد الحرب وتتهيّأ للموت. وقيل: لأنهم نخبة أصحاب السلطان الذين يقدمهم على غيره من جنده...)[2]

8. والشُرُط: - بضم الشين والراء – جمع شريط وهو الحبل، أو خيط يربط به ويشد ويوثق.

يقال : شد البهم- صغار الغنم- بالشريط إذا ربطها، و أوثقها .وإنما سمِّي بذلك، لأنها إذا رُبِطَت صار لذلك أثر. ويقال: شرَّط الشيء شدَّهُ وربَطَهُ.[3]

والمعنى الأول كما يقول بعض أهل العلم : " وإن كان أظهر المعاني مناسبة في الدلالة على ما يلتزمه الناس في عقودهم من شروط زائدة على أصل العقد، فإن المعاني الأخرى لها أوجه مناسبة للمعنى الاصطلاحي الذي سيأتي بيان ذلك، لأن بعض الأصوليين خصوا الشرط بالعلامة مطلقا، أو العلامة اللازمة.[4]ومن ذلك أشراط الساعة أي : علاماتها اللازمة لكون الساعة آتية لا محالة.

لذا سميت الشروط في العقود شروطاً، لأنها علامات دالة على الصحة و التوثيق للحقوق الزائدة على أصل العقد..

---

[1]- معجم مقاييس اللغة، مادة " شرط "

[2]- لسان العرب ، مادة " شرط "

[3]- الصحاح للجوهري ، مادة " شرط "، ومعجم مقاييس اللغة، مادة " شرط " ومختار الصحاح للرازي، مادة " شرط " وأساس البلاغة للزمخشري ص 233. والقاموس المحيط للفيروز آبادي، مادة " شرط "، والمصباح المنير للفيومي، مادة " شرط "

[4]- أنظر أصول السرخسي : 2/302-303، وكشف الأسرار عن أصول البزدوي للبخاري: 174/3.

ومنه شرط الحجام، لأنه إذا بزغ يحصل علامة لازمة في موضع الحجامة، ومنه الشرطي، فإنه نفسه على زيٍّ وهيئةٍ لا تفارقه في أغلب أحواله.

ومعنى الربط والشد و الوثاق في الشرط ظاهر؛ لأن الشرط الذي يضعه الناس في أغلب أمره إنما يكون مرتبطا بعقد من العقود وكذلك فهو ربط وشد للعقود بأمور، والتزامات زائدة وفي بعض الشروط توثيق للعقود، كشرط الرهن، والكفالة وغير ذلك.

وكذلك فإن للشرط أثراً في العقد بتقييده، أو بزيادة أمور فيه، أو بتعديل آثاره، ومن هذا الوجه سمّي المسيل الصغير شرطاً، لأنه أثَّر في الأرض، وسمي شرط الحجام بالمِبْضَع شرطا، لأنه أثَّر في الجلد"[1]

وخلاصة القول وزبدته، أن الشرط في اللغة لفظ يطلق ويراد به الإلزام و الالتزام، والعلامة، والربط، والشد، والتوثيق، والأثر، وهذه المعاني جميعها (مناسبة لمعنى الشرط الشرعي كالطهارة للصلاة مثلا فهي علامة لازمة، لا توجب الصلاة بدونها، والصلاة مرتبطة به لا تصح بدونه، وهو لازم لها.ولمعنى الشرط الجعلي الذي يجعله الناس في عقودهم زائِداً على أصل الالتزام؛ إذ هو علامة لازمة لهذا الحق ومؤثر في العقد بتعديل آثاره، وهو مرتبط بالعقد وفيه توثيق له)[2]

[1]- أنظر كتاب " الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: دراسة فقهية مقارنة" للأستاذ محمد بن عبد العزيز اليمني ص 38-39، مطبوعات جامعة الملك سعود، 1425هـ - 1426هـ

[2]- المرجع السابق ص39

الفرع الثاني: تعريف الشرط في اصطلاح الفقهاء والأصوليين:

عرِّف الشرط بتعريفات عدة، وليس القصد في هذا التمهيد استقصاءها ومناقشتها، والموازنة بينها، ولكن المطلوب هو بيان المراد من الشرط عند الفقهاء والأصوليين، زمن هذه التعريفات و الحدود:

1. تعريف أبي حامد الغزالي رحمه الله تعالى (ت 505هـ) : " ما لا يوجد المشروط مع عدمه، لكن لا يلزم أن يوجد عن وجوده"[1]،ومن أمثلته: الطهارة للصلاة ،فالطهارة شرط لصحة الصلاة، فلا توجد الصلاة دونها، ولا يلزم من وجود الطهارة صحة الصلاة، فقد يتطهر ويصلي ولا تصح صلاته؛ لكونها قبل دخول الوقت، وقد يتطهر ويصلي وتصح صلاته لوجود السبب، وانتفاء المانع.
2. وتعريف العلامة محمد بن أحمد الكلوذاني، المعروف بأبي الخطاب (ت 510 هـ) : " ما وجد الحكم بوجوده، وانعدم بانعدامه مع قيام سببه"[2]، ومثّل له بالإحصان[3] في الرجم، فالإحصان شرط لحكم الرجم، والزنا سببه، ولو عدم الإحصان عدم الرجم، ولو وجد سببه وهو الزنا.[4]
3. وتعريف الإمام القرافي رحمه الله (ت 684هـ) : " ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته"[5]

---

[1]- المستصفى من علم الأصول للغزالي: 2/180-181، دار الكتب العلمية، بيروت/لبنان

[2]- التمهيد في أصول الفقه لمحمد بن أحمد الكلوذاني الحنبلي: 1/68،دراسة وتحقيق الدكتور مفيد محمد أبو عمشة، جامعة أم القرى، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، الطبعة الأولى 1406هـ/1985م

[3]- الإحصان لغة : المنع، وأحصن الرجل تزوج.(أنظر لسان العرب ، مادة " حصن")

[4]- التمهيد في أصول الفقه: 1/68.

[5]- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول للإمام القرافي ص 71، دار الفكر،الطبعة الأولى: 1418هـ/1997م

فقوله رحمه الله تعالى:(ما يلزم من عدمه العدم) أي يلزم من عدم الشرط عدم المشروط، فخرج بذلك المانع؛ لأنه لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم؛ كالدَّيْنِ في الزكاة، فقد تجب الزكاة مع انتفاء المانع لوجود الغنى، وقد لا تجب مع انتفاء المانع لعدم بلوغ المال النصاب.

وقوله (ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم)، أي : لا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط، ولا عدم وجوده، فخرج بذلك السبب،والمانع أيضا: أما السبب ؛ فلأنه يلزم من وجوده الوجود لذاته؛ كملك النصاب سبب لوجوب الزكاة. وأما المانع فلأنه يلزم من وجوده العدم.

قوله (لذاته) : احتراز من مقارنة الشرط وجود السبب ، فيلزم الوجود، أو مقارنة الشرط قيام المانع، فيلزم العدم لكن لا لذاته، وهو كونه شرطا، بل لأمر خارج، وهو مقارنة السبب، أو قيام المانع.

فمثلا : تمام الحول في الزكاة يلزم من عدمه عدم وجوب الزكاة، ولا يلزم من وجوده وجوبها؛ لاحتمال عدم بلوغ النصاب، ولا يلزم عدم وجوبها؛ لاحتمال بلوغ المال النصاب.

أما إذا قارن الشرط وجود السبب، فإنه يلزم وجوب الزكاة، ولكن لا لذات الشرط،بل لوجود السبب.

وإذا قارن الشرط وجود المانع الذي هو الدين، لزم منه عدم وجوب الزكاة، نظرا لقيام المانع؛ لا لذات الشرط.[1]

[1]- أنظر شرح تنقيح الفصول ص71

وقال ابن الرفعة (ت710هـ): " الشرط في اصطلاح الفقهاء: ما يلزم من انتفائه انتفاء الشيء الذي جعل شرطا فيه مع أنه ليس بمُقَوّم له"[1]ومعنى (المقوم): أي الداخل في مسمى الماهية فركن الماهية مقوم لها بخلاف شرطها فإنه خارج عنها.[2]

وعُرِّف كذلك: " بأنه ما يتوقف عليه وجود الشيء، وليس داخلا فيه، ولا هو جزء منه، وإنما هو خارج عنه، وليس مؤثّرا فيه".[3]

وعرفه المعاصرون بمثل ما سبقت الإشارة إليه، بألفاظ أخرى دون زيادة أو نقصان.

وبعد التأمل في التعريفات الآنفة الذكر يمكن أن يُعرَّف الشرط بما يجمع خصائصه بأنه (وصف ظاهر ، منضبط، دَلَّ الدليل الشرعي على انتفاء الحكم عند انتفائه؛ فالشرط هو الذي يلزم من انتفائه انتفاء المشروط، ومن هنا كانت القاعدة- على حدّ قول شيخنا العلامة الدكتور الجيلالي المريني حفظه الله تعالى - : "إذا اختلَّ الشرط اختلَّ المشروط"[4].وقاعدة : الشرط مع المشروط كالصفة مع الموصوف.[5] وقاعدة : كل شرط لا يُلائم مقصود مشروطه ولا يكمّل حِكمتَه، فهو باطِلٌ.[6] وغير ذلك من القواعد الأصولية في الشروط.

---

[1]- انظر الكلام الجامع على الحكم والشرط والسبب والمانع للشيخ عبد الله بن محمد آل عبد اللطيف ص108، تحقيق د/ علي بن سعد الضويحي، دار الذخائر، السعودية، الطبعة الأولى : 1414هـ

[2]-المرجع السابق، ص 108

[3]- انظر فتح القدير على الهداية للشيخ كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي : 256/1، طبعة دار الفكر، بيروت/لبنان

[4]- القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند ابن قدامة في كتابه المغني للدكتور الجيلالي المريني: 363/2-364.طبعة ابن القيم، ودار ابن عفان، الطبعة الثانية: 1429هـ/2008م، السعودية.

[5]- انظر القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي من خلال كتابه الموافقات للدكتور الجيلالي المريني ص 214وما بعدها، طبعة دار العلم، ودار ابن عفان، الطبعة الثانية : 1429هـ/2008م.

[6]- المرجع السابق، 214

ووجه المناسبة بين المعنى الاصطلاحي واللغوي بيَّنه الإمام العلامة ابن قدامة المقدسي رحمه الله تعالى (ت615هـ) بقوله :" وسمي شرطا، لأنه علامة على المشروط"[1]؛ فالإحصان-في باب الزنا- مثلا علامة على الرجم.

الفرع الثالث: أقسام الشرط عند الفقهاء

اختلف أهل العلم في تقسيمهم للشروط تبعا لاختلافهم في الاعتبارات التي اعتمدوا عليها.

وأبرز هذه التقسيمات- كما يقول الأستاذ محمد بن عبد العزيز اليمني – (ما يلي:

الأول: منهج الأصوليين الذين كتبوا على طريقة المتكلمين.

الثاني: منهج الأصوليين الحنفية الذين كتبوا على طريقة الفقهاء.

أ- **المنهج الأول:** قسموا فيه الشرط إلى خمسة أقسام وذلك باعتبار مصدره وأصله، وهي ما يلي:

1. الشرط العقلي: وهو ما لا يوجد المشروط، ولا يمكن عقلا بدونه، ومثاله: اشتراط الحياة للعلم.
2. الشرط الشرعي: وهو ما جعله الشارع شرطا لبعض الأحكام.ومثاله : اشتراط الإحصان، لوجوب الرجم إذا زنا المكلف، فإن الشارع هو الذي حكم بأنه لا يرجم إلا الزاني المحصن، فيتوقف وجود الرجم على وجود الإحصان في الزاني.

[1]- روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة: 229/2، منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الطبعة الثالثة: 1403هـ، السعودية.

3. الشرط اللغوي: وهو ما يذكر بصيغة التعليق، مثل (إن) أو إحدى أخواتها. مثل : : قول الزوج لزوجته (إن دخلت الدار فأنت طالق) ، فإن أهل اللغة وضعوا التركيب ليدل على أن ما دخلت عليه أداة الشرط، هو الشرط والآخر المعلق عليه هو الجزاء.

4. الشرط العادي: وهو ما اقتضت العادة وجود الشيء بوجوده، وعدمه بعدمه.مثاله:نصب السلم لصعود السطح.فإن العادة تقضي بأنه لا يمكن لأي إنسان أن يصعد السطح إلا بوجود السلم، أو نحوه مِمّا يقوم مقامه. وبعض الأصوليين يعتبر القسمين الأخيرين من قبيل الأسباب، لا من قبيل الشروط لأنه يتحقق فيهما تعريف السبب حيث يلزم من وجودهما الوجود، ومن عدمهما العدم.

5. الشرط الجعلي[1]: ويقصد به ما يكون اشتراطه بتصرف الإنسان، وإرادته، فيجعل بعض عقوده، أو التزاماته معلقة عليه، أو مرتبطة به ، بحيث إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود و الالتزامات ، وهو قسمان:

1. **تقييدي:** مثل وقفت على أولادي من كان منهم طالبا للعلم، أو اشتريت منك بشرط إن تأخرت في التسليم عن يوم كذا أن تعوضني عن التأخير كذا وكذا- وهو ما يسمى بالشرط الجزائي.

2. **تعليقي:** مثل إن دخلت الدار فأنت طالق.

ب. **المنهج الثاني**: قسموا فيه الشرط باعتبار الحقيقة وعدمها إلى قسمين:

[1]- الجَعل في اللغة يأتي بمعنى الوضع، يقال : جعل الشيء جعلا وضعه، ويأتي أيضا بمعنى صنعه وصيره، والجُعل بالضم ما يعطى للإنسان على فعل معين.(أنظر القاموس المحيط مادة " جعل" ومختار الصحاح مادة " جعل" و المصباح المنير مادة " جعل"). ولذلك يطلق على الشرط الجعلي الشرط الوضعي.

1. الشرط حقيقة أو الشرط المحض: وهو ما يمتنع بتخلفه وجود العلة، ويدخل في هذا القسم الشروط الشرعية كالطهارة للصلاة، و الشروط الجعلية التي يضعها المكلفون في عقودهـم أو غيرها من الالتزامات، والتصرفات كالطلاق، و العتاق، والوصية.

2. الشرط مجازاً أو الشرط المجازي:"وهو كل ما عدا ما تقدم وكل الأقسام فيما عدا القسم الأول هي من هذا النوع وإن عدّها بعضهم أقساما مستقلة ومنها:

- شرط في حكم السبب.

- وشرط في حكم العلة.

- وشرط اسما لا حكماً.

-وشرط هو علامة."[1]

وبإمعان النظر في هذه التقاسيم بهذه الاعتبارات يمكن القول بأنه لا تضاد ولا تعارض بينها في واقع الأمر وحقيقته، " إذ اختلاف التقسيم مرجعه إلى الاعتبار الذي قسمت بموجبه الشروط، وأهمها عند الفقهاء عموما قسمان : الشرط الشرعي، والشرط الجعلي"[2]

فالشرط الشرعي، أو الشروط الشرعية هي : " الـروط التي اشترطها الشارع لتحقيق السبب أو لتحقق المتسبب" كما يقول شيخنا الدكتور الجيلالي المريني.[3]مثل الشروط التي اشترطها الشارع في العبادات، والمعاملات، وإقامة الحدود وغيرها، ويعبر عنها في جانب العقود(بشروط العقد) وقد ذكر

[1]-انظر الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص 52 وما بعدها.
[2]- المرجع السابق ص55
[3]- القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي من خلال كتابه الموافقات، ص217

لها أهل الفقه في هذا الجانب أنواعاً عدة، ليست كلها موضع اتفاق بينهم[1]، وهي أربعة، كما يقول الدكتور عبد المجيد عبد الله دية : "

1. شروط الانعقاد : وهي الأمور التي يجب تحققها لاعتبار العقد منعقداً شرعا وإلا كان باطلا، وتكون في العاقد، والعقد، ومكانه، والمعقود عليه، مثل كون المبيع مالاً متقوما.

2. شروط الصحة: وهي الأمور التي يجب تحققها لاعتبار العقد سليماً من الشوائب التي تمنع وجوب تنفيذه، وتوجب فسخه،مثل كون المبيع معلوماً لا جهالة فيه جنساً، أو نوعاً، أو مقداراً.

3. شروط النفاذ: وهي أن يكون البائع ذا ولاية في إجراء العقد، وأن لا يكون في المبيع حق لغير البائع، فبيع الفضولي مثلاً يمنع نفاذ العقد إلا بإجازة المالك، وبيع المؤجر المأجور يمنع نفاذ العقد إلا بإجازة المستأجر.

4. شروط اللزوم: وهي خُلُوُّه من أحد الخيارات التي تُسوِّغُ لأحد المتعاقدين فسخ العقد: مثل خيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب، وخيار التعيين وغيرها، فإذا وجد أي من هذه الاختيارات كان لصاحب الخيار الحق في أن يفسخ البيع أو يقبله، فاللزوم يقابله التخيير".[2]

[1]- أي في تفصيل القول فيها

[2]- انظر القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد المجيد عبد الله دية ص 58، الطبعة الأولى : 1425هـ /2005م ، دار النفائس ، عمان.

وأما الشرط الجعلي، أو الشروط الجعلية " هي التي أباح الشارع فيها للعاقدين أن يشترطوها في العقود ؛ لتترتب أحكامها عليها؛ وهي شروط تثبت لتحقق الأحكام التي نيطت بالعقود، فهي شروط في أحكام وضعية؛ كاشتراط تقديم معجل المهر في الزواج"[1]

فالشرط الجعلي باختصار، هو : الشرط الذي ينشئه المكلف بإرادته في بعض عقوده والتزاماته.[2]

فمصدر اشتراطه إرادة المكلف، وقد سمّي جعلياً؛ لأن المكلف هو الذي جعله شرطاً.[3]

وهذه الشروط الجعلية التي تكون بعمل العاقدين بإباحة من الشارع تنقسم كما يقول شيخنا الدكتور **الجيلالي المريني:** " إلى قسمين: شروط تتصل بوجود العقود؛ فهي شروط مكمـلة للسبـب؛ كتعليق العقد على شرط؛ كأن يكفل شخصاً آخر إذا عجز عن الأداء؛ فإن شرط العجز عن الأداء شرط لتحقيق الكفالة؛ فهو شرط مكمل للسبب؛ وهو عقد الكفالة.

والقسم الثاني: شروط تكمل المسبب؛ وهي التي تقترن بالعقد، فتزيد في التزاماته، أو تقوي هذه الالتزامات؛ كالبيع بشرط أن يقدم المشتري كفيلا، أو يقدم البائع كفيلا بضمان رد الثمن، إذا استحق المبيع؛ أي تبيَّن أن المبيع لم يكن ملكاً للبائع، فإن هذين الشرطين ثابتان في المسبب؛ وهو أثر العقد"[4]

---

[1]- القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي ص 217

[2]- انظر المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقا، طبعة دار الفكر.وضوابط العقود في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الحميد محمود البعلي ص 285، طبعة مؤسسة الشرق للعلاقات العامة والنشر ، الطبعة الأولى 1985م

[3]- المدخل الفقهي العام: 307/1.

[4]- القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي ص 217.

والشروط الجعلية مقيدة بحدود شرعية معينة، فليس للشخص أن يشترط أي شرط يريده، بل لابد من " أن يكون غير مناف لحكم العقد أو التصرف[1]، وإلا كان شرطا لاغيا مبطلا للعقد؛ لأن الشرط مكمل للسبب، فإذا نافى حكمه أبطل سَبَبِيَّتَه"[2].

والشروط الجعلية أنواع كما يقول الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله: "

1. الشرط المعلق: وهو كل شرط يعلّق الإنسان فيه تصرفه على حصول أمر من الأمور. ومقتضاه:أن لا يوجد أثر للعقد إلا إذا وجد الشرط، وهذا ينافي مقتضى العقد، وهو أن حكمه لا يتراخى عنه. كأن يعلق الإنسان تصرفه على حصول أمر بأحد أدوات التعليق، كإن وإذا ومتى، مثل : إذا نجحت في الامتحان تصدقت على الفقراء بمبلغ كذا ...ولهذا بطل البيع المعلق على شرط، أو الزواج المعلق على شرط.

2. الشرط المقيّد : وهو ما يقترن بالعقود و التصرفات من التزامات يشترطها الناس بعضهم على بعض، وحكمه : أنه يعدل من آثار العقد الأصلية، مثال ذلك : أن يبيع الشخص لآخر منزلا على أن يسكنه سنة، أو يتزوج رجل امرأة على أن يقيم معها في منزل أبيها، أو شرط ألا يخرجها من دمشق .

[1]-التصرف أعم من العقد، سواء كان المراد من العقد المعنى الخاص – الذي (هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله) أو المعنى العام الذي (هو كل ما عقد الشخص العزم عليه والتزم به سواء كان ذلك بإرادة منفردة، أم كان باتفاق مع شخص آخر) – لأن التصرف يشمل كل ما يصدر عن الإنسان ، من أقوال وأفعال، تتضمن التزاما أو لا تتضمنه بينما العقد ينشأ بالأساليب القولية دون الفعلية ويتضمن التزاما.انظر الفقه الإسلامي ، مدخل لدراسة نظام المعاملات لمحمد يوسف موسى، ص320، الطبعة الثالثة 1377هـ /1985م ،مطابع دار الكتاب العربي، مصر .والمدخل الفقهي العام للزرقا : 290/1 و443 ، والفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي:80/4 ، طبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بدمشق، الطبعة الثانية 1405هـ /1985م . والعقد على المنافع وأحكامه في الفقه الإسلامي للدكتور مولاي عبد السلام علوي بلغيتي ص 54-55، الطبعة الأولى : 1432هـ/2011م ،دار ابن حزم ومركز التراث الثقافي المغربي.

[2]- انظر أصول الفقه الإسلامي لوهبة الزحيلي: 101/1 الطبعة الأولى : 1406هـ/1986م ، طبعة دار الفكر،دمشق.

3. شرط الإضافة: وهو الذي يقصد به تأخير سريان أحكام العقد إلى زمن المستقبل، كالإتفاق على بدء الإجارة من يوم معيّن . وحكمه: أن العقد ينعقد في الحال سببا للحكم في المستقبل، فهو عقد قائم بين المتعاقدين منذ إنشاء الإضافة"[1]

وبالجملة، فإن الشرط الجعلي– تأسيسا على ما سبق ذكره- إذا اعتبره الشارع صار كالشرط الشرعي : أي في الحكم على صحة العقد، وإذا لم يعتبره فلا يعتبر مثله. وعلى هذا فالحكم الشرعي في الشرط: إنما هو قضاء الشارع على الوصف بكونه شرطا، لا نفس الوصف المحكوم عليه.[2]

[1]- المرجع السابق: 1/101-102.
[2]- المرجع السابق :ص 102

المطلب الثاني : أقسام الشرط باعتبار ملاءمته لحكم مشروطه، أو عدم ملاءمته له ، والفرق بين شروط العقد وبين الشروط في العقد

الفرع الأول: أقسام الشرط باعتبار ملاءمته لحكم مشروطه، أو عدم ملاءمته له

نَصَّ أهل العلم في مصنفاتهم الفقهية والأصولية على أن الشرط بهذا الاعتبار ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الشرط الملائم لحكم المشروط، أو لحكم العقد.

القسم الثاني : الشرط غير الملائم لمقصود المشروط، بل ينافيه.

القسم الثالث : الشرط الذي لا تظهر منافاته لمشروطه، ولا ملاءمته له.[1]

ففيما يخص القسم الأول، وهو ما كان مكملا لحكمة الشروط، وعاضِدا لها؛ بحيث لا يكون فيه " منافاة لها على حال : كاشتراط الصيام في الاعتكاف عند من يشترطه، واشتراط الكفء، والإمساك بالمعروف، والتسريح بإحسان في النكاح، واشتراط الرهن، و الحميل، والنقد، أو النسيئة في الثمن في البيع ... ؛ فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعا؛ لأنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضي حكما؛

[1]- انظر الشروط التعويضية في المعاملات المالية للدكتور عيّاد بن عسّاف العنزي: 1/44-45. الطبعة الأولى : 1430هـ/2009م ، دار كنوز اشبيليا للنشر و التوزيع ، السعودية.

فالاعتكاف لما كان انقطاعاً إلى العبادة على وجه لائق بلزوم المسجد، كان للصيام فيه أثر ظاهر... وهكذا" [1]

وأمّا القسم الذي لا يكون ملائما لمقصود المشروط، ولا مكملا لحكمته، بل هو نقيض الأول وقسميه كما إذا اشترط في البيع أن لا ينتفع المشتري بالمبيع، أو اشترط في النكاح أن لا يطأ زوجته، وليس بمجبوب ولا عِنّين، أو اشترط في الصلاة أن يتكلم فيها إذا أحب، أو اشترط في الاعتكاف أن يخرج من المسجد إذا أراد ؛ بناءً على رأي مالك ..

فهذا القسم –أيضا – لا إشكال في إبطاله ؛ لأنه منافٍ لحكمة السبب ، فلا يصح أن يجتمع معه، فاشتراط البائع أن لا ينتفع المشتري بالمبيع، ينافي المقصود من عقد البيع وهو الانتفاع، واشتراط عدم الوطء يبطل حكمة النكاح الأولى وهي التناسل، ويضر بالزوجة، فلا يكون من الإمساك بالمعروف الذي هو مظنة الدوام والمؤالفة،واشتراط الكلام في الصلاة مناف لما شرعت له، من الإقبال على الله تعالى، والتوجه إليه، والمناجاة له، وهكذا ...[2]

وأما القسم الثالث، وهو أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه، ولا ملائمة، فهذا القسم محل نظر كما قال الإمام الشاطبي رحمه الله : " هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة ؟ أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهراً؟ والقاعدة المستمرة في أمثال هذا، التفرقة بين العبادات والمعاملات . فما كان من العبادات لا يكتفي فيه بعدم المنافاة، دون أن تظهر الملائمة؛ لأن الأصل فيها التعبّد دون الالتفات

[1]- القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي ص 216.
[2]- انظر الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي:1/210-211، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن؛ إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات، فكذلك ما يتعلق بها من الشروط .

وما كان من العاديّات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبّد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه . والله أعلم ".[1]

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله (ت 728هـ) : " تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان : عبادات يصلح بها دينهم وعادات يحتاجون إليها في دنياهم . فباستقراء أصول الشريعة نعلم أن العبادات التي أوجبها الله، أو أحبَّها، لا يثبت المرء بها إلا بالشرع. وأما العادات فهي ما اعتادها الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه، و الأصل فيه عدم الحظر، فلا يحظر منه إلا ما حظره الله سبحانه وتعالى؛ وذلك لأن الأمر والنهي هما شرع الله، و العبادة لا بد أن تكون مأمورًا بها، فما لم يثبت أنه مأمور به كيف يحكم عليه بأنه عبادة ؟ و ما لم يثبت من العادات أنه منهي عنه كيف يُحكم عليه بأنه محظور ؟ و لهذا كان أحمد و غيره من فقهاء أهل الحديث يقولون : إن الأصل في العبادات التوقيف، فلا يشرع منها إلا ما شرعه الله تعالى، و إلا دخلنا في معنى قوله : { **أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُم مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَن بِهِ اللَّهُ** }[2].

[1]- المصدر السابق: 211/1.
[2]- سورة الشورى : 19

و العادات الأصل فيها العفو، فلا يحظر منها إلا ما حرمه، و إلا دخلنا في معنى قوله:**{قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حرامًا وحلالا }"**[1][2]

و قال أيضا : " العقود و الشروط من باب الأفعال العادية، و الأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم "[3].

الفرع الثاني: الفرق بين شروط العقد و بين الشروط في العقد

شروط العقد هي : ما يشترط لصحة العقد شرعا. و هو كما بيَّن أهل العلم :ما يلزم من عدمه العدم، و لا يلزم من و جوده وجود ولا عدم لذاته، بحكم الشرع.

فالشارع هو الذي فرضه و جعل تحققه لازما لتحقق ما شرط له، بحيث إذا اختل الشرط اختل المشروط و لم يتحقق. كالطهارة شرط لصحة الصلاة، و أهلية العاقد شرط لصحة العقد، و القدرة على تسليم المبيع شرط لصحة البيع، و الولي شرط لصحة النكاح، و هكذا سائر الشروط التي اشترطها الشارع لعبادة، أو عقد، أو تصرف.

[1]- سورة يونس : 59

[2]- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، 29/16-17، جمع و ترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، طباعة مجمع الملك فقد لطباعة المصحف الشريف، تحت إشراف وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف و الدعوة و الإرشاد بالمملكة العربية السعودية، عام 1416 هـ/ 1995 م.

[3]-المصدر السابق : 29/150

والشروط في العقد، أو ما يعرف عند الفقهاء و الأصوليين بالشرط المقترن بالعقد، أو ما يُعبّر عنه بالشرط المقيّد، أو التقييدي، هو : " التزام العاقد في عقده أمراً زائداً على أصل العقد"[1] فيه مصلحة للعقد أو العاقد أو غيره.[2]

فالشرط في العقد من وضع العاقد، فهو الذي يلزم نفسه، أو غيره أمراً لا يلزم بحكم العقد أصلاً، بحيث لو خلا العقد من ذلك الالتزام لصح وترتب عليه أثره وحكمه الشرعي. ولكن هذا الالتزام في العقد أوجب أمراً لم يكن واجباً بحكم العقد.كما لو باع داراً واشترط على المشتري سكناها مدة معينة.[3]

وبين شروط العقد وبين الشروط في العقد فوارق عدة أجملها الدكتور عياد بن عسّاف العتري في الآتي :

1. أن شروط العقد وبين الشروط في العقد فمن وضع العاقد.
2. أن شروط العقد يتوقف عليها صحة العقد، فمتى أخل بشرط منها فسد العقد، وأما الشروط في العقد تتوقف عليها صحة العقد، وإنما يتوقف عليها الإلزام به.
3. أن شروط العقد لا يلزم منْ وجودها وجود العقد، فلا يلزم من شروط البيع - مثلاً- وجود البيع، وأما الشرط في العقد فإنه يلزم من وجوده وجود المشروط، فهو في الحقيقة سبب دائما بالمعنى الاصطلاحي عند الفقهاء؛ ذلك أنه يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته؛ وهذا هو شأن

[1]- المدخل للفقه الإسلامي لمحمد مدكور ص 648، دار الكتاب الحديث .
[2]- انظر نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة و القانون لزكي الدين شعبان ص 29، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1968م، ونظرية الشرط في الفقه الإسلامي للدكتور حسن علي الشاذلي ص 51، دار الاتحاد العربي للطباعة.
[3]- انظر الشروط التعويضية في المعاملات المالية : 48/1.

السبب، فإذا التزم المشتري – مثلا- بتقديم رهن بالثمن المؤجل، فإنه يجب عليه تقديم الرهن، وليس له الخيار في تركه؛ لأن التخيير ضد الإلزام، والمكلف ملتزم بالوفاء بعقده وشرطه.

4. أن شرط العقد واجب الاحترام مطلقا؛ لأنه من وضع الشارع، وأما الشروط في العقد؛ فمنها ما هو صحيح يصح التزامه، ويجب احترامه والوفاء به، ومنها ما هو فاسد لا يصح التزامه في العقد أصلاً[1]؛ ذلك لأنها من وضع البشر، والبشر يصيب ويخطئ.

5. أن شروط العقد لا يصح إسقاطها، وأما الشروط في العقد فيصح إسقاطها، مِمّن له الشرط، و المعاوضة عما يصح أخذ العِوَض عنه بالتراضي.كما لو اشترى سيارة أو اشترط أن تكون مكيفة، فلم تكن كذلك فإن له أن يسقط هذا الشرط فيلزم البيع، وله أيضا أن يأخذ عِوضاً عن فَقْدِ هذه الصفة إذا رضي البائع بذلك، ويلزم البيع.

6. أن شروط العقد يستحيل أن يتأخر وجودها عن وجوده، فإن رتبة التقدم أو المقارنة المشروطة.

قال العلامة ابن القيم الجوزية رحمه الله تعالى :" الفقهاء مجمعون على أن الشرائط الشرعية لا يجوز تأخرها عن المشروط، ولو تأخرت لم تكن شروطا"[2]؛ وأما الشروط في العقد فيصح تأخرها عن العقد في زمن الخيارين.[3]

---

[1]- وسيأتي الحديث عن هذا في المبحث الثاني الذي سأخصصه بضوابط الشروط الصحيحة والباطلة عند الفقهاء، وهو الموالي للمبحث الأول من هذا الفصل التمهيدي.

[2]- انظر إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية : 273/3، تحقيق محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية،بيروت، 1407هـ/1987م.

[3]- اختلف الفقهاء في مسألة "الشرط المتأخر عن العقد" هل يلتحق بأصل العقد أم لا؟ على خمسة أقوال:

القول الأول : أن الشرط المتأخر بعد العقد يلتحق بأصل العقد إن كان قبل لزومه- في زمن خيار المجلس، أو الشرط – ولا يلتحق به إن كان بعد لزومه واستقراره .ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة.

القول الثاني : أن الشرط المتأخر بعد العقد يلتحق بأصل العقد إن كان قبل تمام العقد بالتفرق بالأبدان أو بالتخيير – في مدة خيار المجلس- ولا يلتحق بالعقد إن كان يعد تمام العقد بالتفرق أو التخيير. ذهب إلى ذلك الظاهرية، وهو وجه عند الشافعية.

القول الثالث : أن الشرط المتأخر بعد العقد ولو قبل لزومه التزام جديد، فلا يلتحق بأصل العقد. ذهب إلى ذلك المالكية، وهو وجه عند الشافعية.

القول الرابع : أن الشرط المتأخر يلتحق بأصل العقد، ولو بعد لزومه، فيصح ويلزم الوفاء به إن كان صحيحا، ويبطل ويفسد العقد به إن كان فاسداً، كما لو اقترن بالعقد.ذهب إلى ذلك أبو حنيفة.

القول الخامس : أن الشرط المتأخر يلتحق بأصل العقد، ولو بعد لزومه، إن كان صحيحاً، فيصح ويلزم الوفاء به، ولا يلتحق بأصل العقد إن كان فاسداً. ذهب إلى ذلك أبو يوسف القاضي، ومحمد بن الحسن الشيباني، وهو الأصح عند الحنفية. ذكر هذه الأقوال الخمسة الدكتور عيّاد بن عسّاف العتري في كتابه القيّم " الشروط التعويضية في المعاملات المالية" : 1/95-97

7. أن شرط العقد ليس من شأنه أن يزيد، أو ينقص من أثر العقد وحكمه المترتب عليه، وأما الشرط في العقد فمن شأنه أن يزيد هذا الأثر، أو ينقص منه، وقد يرد مؤكدا له، قال الإمام بدر الدين الزركشي رحمه الله تعالى (ت 794هـ) : " الشرط وضعه التأثير بأن يكون مؤسسا لا مؤكدا، وقد يرد مؤكدا، إذا لم يوجد ما يؤثر فيه، كما لو شرط في البيع مقتضاه من التسليم ونحوه"[1].

وبيان هذا الفرق كما يقول الدكتور عياد بن عسّاف العتري : " أن العقود جعلها الشارع أسباباً لآثارها، وأحكامها، فشرع البيع سبباً لملك الأموال، والنكاح سببا لحل الاستمتاع، والطلاق سببا لحِلِّ عقد النكاح أو بعضه، وهكذا جعل كل عقد سبباً مفضيا إلى أثر رتبه عليه.

فإذا وقع العقد بإرادة العاقد ترتب عليه أثره وحكمه ترتب المسبب على السبب بحكم الشارع، لا بإرادة المكلف.

وفي هذا المعنى يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : " إن الأحكام الثابتة بأفعالنا؛ كالملك الثابت بالبيع، وملك البضع الثابت بالنكاح، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا، لم يثبته ابتداءً، كما أثبت إيجاب الواجبات، وتحريم المحرمات المبتدأة"[2].

فالشارع الحكيم جعل سلطة إرادة المكلف في إنشاء العقد، وإيجاده، لا في أحكامه وآثاره، وإنما هذه من جعل الشارع وإنشائه، فهو الذي يرتب الأحكام وينشئ الآثار.

---

[1]- انظر المنثور في القواعد للزركشي : 232/2، بتحقيق الدكتور تيسير فائق أحمد محمود، ومراجعة الدكتور عبد الستار أبو غدة، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

[2]- مجموع الفتاوى : 153/29.

وعلى هذا فمتى انشأ العاقدان عقدا مستَكمِلا لأركانه وشروطه الشرعية، ترتب عليه حكمه وأثره بإيجاب الشرع، لا بإيجاب العاقدين؛ إلا أن الشارع لم يمنع من تعديل أحكام العقد وآثاره، بالزيادة عليها، أو النقص منها بالحدود والضوابط الشرعية، وهذا إنما يكون بالشرط الصحيح الذي يضعه المتعاقدان في العقد ويلتزمان به"[1].

[1]- الشروط التعويضية في المعاملات المالية ص 47 وما بعدها.

المبحث الثاني :

أقسام الشروط في العقود من حيث

الصحة والفرض منها

يندرج تحت هذا المبحث مطلبان اثنان :

المطلب الأول : أقسام الشروط من حيث صحة اقترانها بالعقد وعدم صحة ذلك

المطلب الثاني : أقسام الشروط في العقود من حيث الغرض منها

المطلب الأول : أقسام الشروط من حيث صحة اقترانها بالعقد وعدم صحة ذلك

اتفقت كلمة الفقهاء على أن الشروط المقترنة بالعقد، تنقسم إلى نوعين :

النوع الأول : شروط صحيحة، تصح في العقد ويلزم الوفاء بها.

النوع الثاني : شروط غير صحيحة.

وتنقسم الشروط غير الصحيحة عند الفقهاء – عند الظاهرية – إلى قسمين :

القســـم الأول : شروط فاسدة تفسد العقد الذي تقترن به.

القســـم الثاني : شروط فاسدة في نفسها، ولا تفسد العقد الذي تقترن به، بل يصح العقد ويبطل الشرط

وبالرغم من اتفاق كلمتهم على هذا التقسيم، إلا أنهم مختلفون في تفاصيل أعيان الشروط الداخلة تحت كل قسم من هذه الأقسام الآنفة الذكر. وبيان ذلك وتفصيل إجماله في الفروع الخمسة الآتية:

الفرع الأول : أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الحنفية

الفرع الثاني : أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية

الفرع الثالث : أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الشافعية

الفرع الرابع : أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الحنابلة

الفرع الخامس : أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية

الفرع الأول: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الحنفية

قسم فقهاء الحنفية الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : الشروط الصحيحة

القسم الثاني :الشروط الفاسدة

القسم الثالث : الشروط الباطلة

ففيما يخص القسم الأول : الشروط الصحيحة، أجاز فقهاء الحنفية أربعة أنواع من الشروط وأوجبوا الوفاء بها وهي على النحو التالي :

أ- الشرط الذي يقتضيه العقد،

ب-الشرط الذي يلائم مقتضى العقد،

ت-الشرط الذي ورد الشرع بجوازه،

ث-الشرط الذي جرى به العرْف.

فالنوع الأول، أي الشرطُ الذي يقتضيه العقد : وهو الشرط الذي لا يثبت شيئا زائداً على حكم العقد ومقتضاه، وإنما هو بيان وتأكيد له[1]، فيصدق عليه أنه شرط مجازاً لا حقيقة (كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يلبسه، أو دابة بشرط أن يركبها ...)[2].

والنوع الثاني : الشرط الذي يلائم مقتضى العقد، وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولكنه يؤكد مُوجبه ويقرره[3] وذلك (كاشتراط الخيار، والأجل؛ فاشتراط الخيار جائز للعاقدين، أو أحدهما مدة ثلاثة أيام – عند أبي حنيفة وزفر- في البيع ونحوه، وكذا اشتراط تأجيل الثمن في البيع، والمهر في النكاح إلى أجل معين، لورود الأخبار التي تدل على جواز ذلك وصحته.

وهذا الشرط إنما صح استحسانا لورود النص به، وفي القياس لا يصح؛ لأنه يخالف مقتضى العقد، فإن مقتضى عقد المعاوضة اللزوم، وثبوت الملك في الحال، إذ هو كل شرط تعامل به الناس واعتادوه، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، وإن كان لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولم يرد النص به.

وفي هذا النوع الرابع من الشروط الصحيحة عند الحنفية، يقول الدكتور محمد عثمان شبير : " ومما زاد الدائرة اتساعا أن الحنفية صححوا الشرط الذي جرى التعامل عليه بين الناس، ولو كان مما لا يقتضيه العقد، ولا يلائم مقتضاه، فيصح الشرط في هذه الحالة استحساناً بالعرف. ووجه الاستحسان : أن الناس قد تعارفوا هذا النوع من الشروط، وتعاملوا به، فيجوز استحساناً للتعامل به، والتعامل قاض على القياس، ويخص به الأثر، ولأن العرف ينفي النزاع. قال ابن عابدين : " فقد جعل الشرط

[1]- المبسوط لشمس الدين السرخسي : 14/13، تصنيف خليل الميس، دار المعرفة، بيروت 11406هـ/1986م.
[2]- الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص 74.
[3]- انظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني : 5/171-172، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية : 1406هـ بيروت/لبنان. والمبسوط للسرخسي : 18/13. وفتح القدير على الهداية لابن الهمام : 4473/6.

المتعارف كالشرط الثابت تصحيحه شرعاً. وعلل المسألة في الذخيرة بقوله : لأن التعارف و التعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر "[1] وقد ذكر ابن عابدين عدة أمثلة على الشرط المتعارف، منها شرط حَذْوِ النَّعل على البائع[2]، وبيع المظروف[3] فهو شائع مستفيض، وكثيراً ما يكون فيه ضرورة،فإن كثيرا من المبيعات المظروفة لا يمكن إخراجها من ظروفها، بل تباع معه ويطرح للظرف مقدار معلوم بين التجار، أو بين المتعاقدين لا يحصل فيه تفاوت كثير، ولا يؤدي إلى منازعة إلا نادِراً والنادر لا حكم له.[4]

بهذا يتبين أن الحنفية بإقرارهم العرف في تصحيح الشروط قد فتحوا باباً واسِعاً لتصحيح الشروط التي تعارفها الناس في كل زمان ومكان، ما دامت تلك الشروط لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية، وتحقق منافع للناس. ففي وقتنا الحاضر يمكن تصحيح شرط إصلاح المبيع على البائع مدة سنة : كالساعة و السيارة و المذياع والتلفزيون و الحاسوب وغير ذلك من الأجهزة"[5].

القسم الثاني : الشروط الفاسدة : تنقسم الشروط الفاسدة عند الحنفية إلى نوعين :

النوع الأول : الشروط الفاسدة التي يترتب عليها فساد عقود المعاوضات المالية[6].

[1]- انظر نشر العرف في بِنَاء الأحكام على العرف لابن عابدين ضمن مجموعة رسائله : 139/2، دار إحياء التراث العربي، بيروت/لبنان.
[2]- حَذو النعل مأخوذ في اللغة من حذا النعل حَذْواً و حِذَاءً : قدَّرها وقطعها. وفي التهذيب- كما قال ابن منظور رحمه الله تعالى - : قطعها على مثال . ورجل حَذَّاءٌ : جيِّدُ الحَذْوِ .(لسان العرب مادة " حذا") .
[3]- المظروف مأخوذ من ظرْفِ الشيء أي وعاؤه.(لسان العرب مادة ظرف).
[4]- نشر العرف في بناء الأحكام على العرف : 139/2.
[5]- انظر الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عثمان شبير ص 72-73
[6]- أما العقود التي ليس الغرض منها المعاوضة المالية، كالنكاح، والهبة، والوديعة وغيرها فإن الشرط يفسد، وصح العقد.

والنوع الثاني – وهو الذي سأتحدث عنه في القسم الثالث- الشروط الباطلة[1] التي تؤدي إلى ما هو محظور شرعاً، أو أن تكون مما لا يقتضيها العقد، ولا ملائمة لمقتضاه، ولا مما تعارف الناس التعامل بها.

ففيما يخص النوع الأول من الشروط الفاسدة، التي يترتب عليها فساد العقود المالية، فهي ما يلي :

1. الشرط المؤدِّي للغرر و المنازعة : وذلك بأن يكون المشروط مثلا في المبيع وقت العقد شيئا لا يمكن الوقوف على وجوده وعدمه في الحال، ومثاله : من اشترى زيتوناً على أن فيها من الزيت كذا، أو بقرة على أنها تحلب كذا.[2]

والدليل على فساد هذا النوع من الشروط وإفساده للعقد ما يلي :

أ- أنه يؤدي إلى الجهالة و الغرر وقد نهى النبي ﷺ "عن بيع الغرر".[3]

ب-أن الجهالة و الغرر يؤديان إلى المنازعة و الاختلاف، وكل شرط أدى إلى ذلك فهو فاسد مفسد للعقد.[4]

2. الشرط الذي يؤدي إلى محظور شرعي أو يخالف الشرع. كشرط الربا، كما لو باعه درهما بدرهم إلى أجل، وكاشتراط صفة محرمة، كما لو اشترى جارية على أنها مغنية، وكاشتراط ما فيه

[1]- يتميز المذهب الحنفي بتقسيم الشروط إلى صحيحة وفاسدة وباطلة وأما غيره من المذاهب فقسمها إلى صحيحة وباطلة.

[2]- المبسوط : 20/13، وبدائع الصنائع : 168/5.

[3]- أخرجه مسلم في صحيحه، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر. وأبو داود في سننه، في كتاب البيوع، باب في بيع الغرر. والترمذي في سننه في أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر. والنسائي في سننه في كتاب البيوع، باب بيع الحصاة. وابن ماجة في سننه، في كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الحصاة وبيع الغرر. والدارمي في سننه، في كتاب البيوع، باب في بيع الحصاة. والدارقطني في سننه، في كتاب البيوع. والبيهقي في سننه الكبرى، في كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الحصاة. وابن الجارود في المنتقى، في باب المبايعات المنهي عنها من الغرر وغيره. والبغوي في شرح السنة، بابا النهي عن الملامسة والمنابذة.

[4]- بدائع الصنائع : 168/5 وما بعدها. والمبسوط : 20-19/13.

غرر وجهالة، كما لو اشترى شاة على أنها تحلب كذا، فهذه الشروط فاسدة، ومفسدة للعقد، لأنه قد ورد تحريمها والنهي عنها.[1]

3. الشرط الذي يحقق منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه، أو الأجنبي، وهو مما لا يقتضيه العقد، ولا يلائم مقتضاه، ولا جرى به عرف، ولم يرد الشرع بجوازه. وقد مثل الحنفية لهذا النوع من الشروط بعدة أمثلة منها :

أ- شرط يعود نفعه على البائع مثل لو باع دارا واشترط على المشتري أن يسكنها شهرا، أو باع شيئا بشرط أن يقرضه المشتري.

ب- ومثال ما يعود نفعه على المشتري : لو اشترى ثوبا على أن يخيطه البائع قميصا، أو حنطة على أن يطحنها – إن لم يجر به عرف – أو اشترى منه سلعة على أن يقرضه البائع، أو يتصدق عليه.

ت- ومثال ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق، كما لو باع دابة واشترط على المشتري ألا يبيعها أو ألا يبيعها.[2] والأدلة على فساد هذا النوع من الشروط وإفساده للعقد، الأحاديث الآتية :

1- أن النبي ﷺ " نهى عن بيع وشرط".[3] حيث جعلوا معنى الشرط في الحديث المفضي إلى النزاع والخصومة، والشرط المتعارف عليه لا يؤدي إلى ذلك فكان صحيحاً، فخصوا الحديث بما يؤدي إلى النزاع و الخصومة.[4]

---

[1]- المصدران السابقان (نفس الجزء و الصفحة).

[2]- بدائع الصنائع : 165/5 وما بعدها. و المبسوط : 15/13

[3]- أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط : 335/4، وفي المعجم الكبير من طريق آخر : 162/17، بلفظ (عن شرط وبيع)، وابن حزم في المحلى في كتاب البيوع، مسألة 1447، حكم من باع بيعا واشترط شرطا. قال عنه شيخ الإسلام ابن تيمية : " هذا حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين، وإنما يروى في حكاية منقطعة" مجموع الفتاوى : 63/18. وقال عنه أيضا في موضع آخر : " وقد ذكره جماعة 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" مجموع الفتاوى : 132/29. وقال الزيلعي في كتابه " نصب الراية لأحاديث الهداية" : 18/4 : " ورواه الحاكم أبو عبد الله النيسابوري في كتاب " علوم الحديث" في باب الأحاديث المتعارضة، حدثنا أبو بكر بن إسحاق حدثنا عبد الله بن أيوب بن زاذان الضرير حدثنا محمد بن سليمان الذهلي به، ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في أحكامه، وسكت عنه. قال ابن القطان : وعلته ضعف أبي حنيفة في الحديث" طبعة دار الحديث، القاهرة. وذكره ابن حجر الهيثمي في مجمع الزوائد : 85/4، كتاب البيوع، باب ما جاء في الصفقتين في صفقة أو الشرط في البيع. دار الكتاب العربي بيروت.

[4]-المبسوط : 14/13، وبدائع الصنائع : 172/5- 173، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي : 57/4،طبعة دار المعرفة، بيروت.

قال العلامة ابن عابدين (ت 1252 هـ): " لأن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به، و هو قطع المنازعة، و العرف ينفي المنازعة، فكان موافقا لمعنى الحديث ولم يبق من الموانع إلا القياس، و العرف قاض عليه".[1]

2- و حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : " لا يحل سلف و بيع".[2]

3- و حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم :" نهى عن صفقتين في صفقة واحدة "[3]

4- و حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال:(نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيعتين في بيعة).[4]

---

[1]-حاشية ابن عابدين : 123/4، طبعة دار إحياء التراث العربي، و دار الكتب العلمية، بيروت / لبنان.

[2]-أخرجه أبو داود في سننه في كتاب البيوع و الإجارات، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، و سكت عنه. (و قد نَصَّ أبو داود في رسالته إلى أهل مكة : أنَّ ما سكت عنه فهو صالح للإحتجاج). و في ذلك يقول الإمام السيوطي في ألفيته في علم الحديث :

قَالَ أَبُــو دَاوُدَ عَنْ كِتَـــابِهْ ذَكَرْتُ مَا صَحَّ وَ مَا يُشَابِهْ
وَ مَــا بِهِ وَهــْنٌ وَحَيــْثُ لاَ فَصَالِحٌ فَابْنُ الصَّلاَحِ جَعَلاَ
مَا لَمْ يُضَعِّفْهُ وَ لاَ صَحَّ حَسَنْ لَدَيْهِ مَعْ جَوَازِ أَنَّهُ وَهــَنْ

والحديث رواه أيضا الترمذي في أبواب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده و قال : حسن صحيح. و النسائي في سننه في كتاب البيوع باب سلف و بيع، و باب : شرطان في بيع بلفظ : (نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن سلف وبيع). وابن ماجة في سننه في كتاب التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك و عن ربح ما لم يضمن دون لفظ : (لا يحل سلف وبيع). و الدارمي في سننه في كتاب البيوع باب في النهْي عن شرطين في بيع. و الدارقطني في سننه في كتاب البيوع، و البيهقي في سننه الكبرى في كتاب البيوع، باب من قال : لا يجوز بيع العين الغائبة، و باب النهي عن بيع ما ليس عندك، و بيع ما لا يملك. و الحاكم في مستدركه في كتاب البيوع و صححه و قال : هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين. ووافقهالذهبي .. و مالك في الموطأ في كتاب البيوع باب السلف و بيع العروض بعضها ببعض. و أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

[3]- رواه أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، بهذا اللفظ مرفوعا، و أخرجه موقوفاً على ابن مسعود رضي الله عنه بلفظ (لاَ تَصلح سَفْقتان في سَفْقَةٍ، - بإبدال الصاد سِينَا- و إنَّ رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : " لعن الله آكِلَ الرِّبَا، و مُوكِلَه، و شاهِدَهُ، و كَاتِبَهُ" و هذا الحديث صحيح لغيره، و هو قسمان : موقوف ومرفوع، و المرفوع منه إسناده حسن، رجاله ثقاة رجَال الشيخَين غير سِماك بن حرب فمن رجال مسلم، و هو حسن الحديث إلا في روايته عن عكرمة، و عبد الرحمان بن عبد الله بن مسعود صرَّح بسماعه لهذا الحديث من أبيه. و أما الموقوف منه، فإسناده حسن أيضا بالإعتماد على تصحيح سماع عبد الرحمان من أبيه. و أخرجه بن أبي شيبة موقوفاً على ابن مسعود في كتاب البيوع و الأقضية باب الرجل يشتري من الرجل المبيع فيقول : إن كان بنسيئة فبكذا، و إن كان نقدا فبكذا و كذا و لفظة : (صفقتان في صفقة ربا أن يقول الرجل : إن كان بنقد فبكذا، و عن كان نسيئة فبكذا). وعبد الرزاق في مصنفه في كتاب البيوع باب البيع بالثمن إلى أجلين، و باب بيعتان في بيعة موقوفاً على ابن مسعود بألفاظ متقاربة منها : (لا تصلح الصفقتان في الصفقة أن يقول : هو بالنسيئة بكذا و كذا و بالنقد كذا و كذا)، ورواه غير هؤلاء الأئمة و هم كُثُر.

[4]- أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب فيمن باع بيعتين في بيعة، و سكت عنه بلفظ : (من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا). و أخرجه الترمذي في سننه في أبواب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، و قال حديث حسن صحيح و العمل على هذا عند أهل العلم. و النسائي في كتاب البيوع باب بيعتين في بيعة - وهو أن يقول : أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقدا و بمائتي درهم نسيئة – و البيهقي في سننه الكبرى في كتاب البيوع باب النهي عن بيعتين في بيعة. و البغوي في شرح السنة في كتاب البيوع باب النهي عن بيعتين في بيعة، وعن بيع و سلف وقال: هذا حديث حسن صحيح. و أحمد في مسنده، مسند أبي هريرة رضي الله عنه.

ووجه الإستدلال من الحديثين الأخيرين، أي حديث عبد الله بن مسعود وحديث أبي هريرة رضي الله عنهما (أن هذا الشرط إن كان يقابله جزء من الثمن يكون إجارة في بيع،و إن لم يقابله جزء من الثمن يكون إعارة في بيع، و على كلا التقديرين يؤدي الشرك إلى اجتماع صفقتين في صفقـة و بيعتين في بيعة وهو منهي عنه بنصِّ الحديثين.

- و لأنه– أي هذا الشرط – يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده من قطع النزاع.
- ولأن فيه زيادة عارية عن العِوَض فيؤدي إلى الربا لأن المتعاقدين لما قصد المقابلة بين المبيع و الثمن خلا الشرط عن العوض و هو الربا)[1].

وهذه الأنواع من الشروط لا يقتصر فسادها عند فقهاء الحنفية عليها بل يمتد أثرها إلى العقد فتفسده أيضا، كما سبقت الإشارة إلى ذلك آنفا.

والنوع الثاني من الشروط، ما يتعلق بالشروط الباطلة، وهو ما سأتحدث عنه في القسم الثالث تحت عنوان : الشروط الباطلة عند الحنفية : وهي كما قلت سابقا (كل شرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولم يرد به الشرع، ولم يجر به عرف، وفيه مضرة لأحد المتعاقدين أو ليس فيه منفعة ولا مضرة لأحد، أو فيه منفعة لغير المتعاقدين والمبيع إذا كان آدميا).[2] ويندرج تحت هذا القسم ثلاثة أنواع من الشروط :

النوع الأول : شرط قد يترتب عليه منفعة للمعقود عليه غير الآدمي، أو يترتب عليه مضرة.

[1]-انظر الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، ص 81.

[2]- انظر بدائع الصنائع : 170/5، و الهداية شرح بداية المبتدي لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني : 53/3، الطبعة الأولى : 1410هـ/1990م، دار الكتب العلمية، بيروت/لبنان.

مثال ما يترتب عليه منفعة : من باع دابة بشرط ألا يبيعها المشتري ولا يهبها.

ومثال ما يترتب عليه مضرة : ما لو باعه ثوبا بشرط أن يحرقه، فهذه شروط باطلة لاغية، لا يقتضيها العقد، ولا تلائمه، ولم يرد بها نص شرعي، ولم يجر بها عرف، وتتنافى مع ما يقتضيه العقد ويوجبه من أحكام وآثار؛ وأما سقوطها وصحة العقد معها فلأمرين :

1- لأنه ليس فيها منفعة مالية لأحد بل فيها مضرة فالمطالبة بها معدومة، فلا تؤدي إلى المنازعة، وما لا يؤدي إلى المنازعة لا يمتد أثره بالإفساد إلى العقد.

2- ولأن الشرط لما خلا من الفائدة التي تعود على المشروط له لم يعد فيها أي شبهة ربا، وما دامت خالية من الربا فلا تفسد العقد.

النوع الثاني : شرط فيه منفعة لأجنبي عن العقد، كما لو باع دارا بشرط أن يسكنها فلان الأجنبي، أو باع دارا على أن يقرض المشتري فلانا الأجنبي كذا من الدراهم.

ووجه بطلان هذه الشروط وعدم تأثيرها في العقد بالإفساد ما سبق ذكره آنفا في النوع الأول بالإضافة إلى أن العقد يوجب حَقّاَ للمتعاقدين، أما الأجنبي فلا يوجب له العقد حقا، فلا تتحقق المنازعة، فيلغوا الشرط لفساده في نفسه، و يبقى العقد صحيحا.[1]

[1]- المبسوط : 15/13. و بدائع الصنائع : 170/5ن و الهداية : 3/53-54 . وفتح القدير لإبن الهمام : 6/443-444. و نظرية الشرط في الفقه الإسلامي للدكتور حسن علي الشاذلي ص 207-208 .و الشروط التعويضية في المعاملات المالية :109/1.

الفرع الثاني: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية

قسم فقهاء المالكية الشروط المقترنة بالعقد إلى قسمين :

القسم الأول : الشروط الصحيحة، و هي أنواع ستة :

الأول :الشرط الذي يقتضيه العقد.

الثاني : الشرط الذي يحقق مصلحة العقد.

الثالث : اشتراط منفعة معلومة يسيرة في المعقود عليه.

الرابع : اشتراط عمل في المعقود عليه، أو في غيره.

الخامس : الشرط الذي يؤدي إلى منع المشتري من تصرف يسير في المعقود عليه.

السادس : شرط إيقاع معنى من معاني البر في المبيع.

القسم الثاني : الشروط الباطلة، و تنقسم بدورها إلى نوعين من الشروط:

النوع الأول : شروط باطلة مبطلة للعقد، و هي أربعة :

1- الشرط الذي يناقض مقصود العقد، و ينافي مقتضاه منافاة تامة.

2- الشرط الذي يخل بالثمن.

3- الشرط المحظور.

4- الشرط المفضي إلى الجهالة و الغرر.

النوع الثاني : الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد، و هي ثلاثة :

1- شرط يناقض مقتضى العقد، أو يؤول العقد به إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة لصحة العقد، كالمشتمل على الربا أو الغرر المؤثر.

2- شرط يخالف النص، أو أدى إلى إسقاط حق من حقوق العقد.

3- شرط لا غرض فيه و لا مالية.

ففي ما يخص النوع الأول من الشروط الصحيحة (الشرط الذي يقتضيه العقد) فمثاله : أن يشترط المشتري على البائع أن يسلمه المبيع، و أن يردّه له إذا وجد به عيبا، فصحة هذا الشرط أمر بدَهي، لأنه يجب بمقتضى العقد نفسه فاشتراطه وعدم اشتراطه سواء.[1]

والثاني من الشروط الصحيحة (الشرط الذي يحقق مصلحة العقد) فهو شرط ملائم لمقتضى العقد غير مناف له، كشرط الرهن، والكفيل، وشرط تأجيل الثمن، واشتراط أن لا يتصرف في المبيع ببيع أو هبة أو عتق حتى يعطي الثمن.

فهذا الشرط لا يقتضيه العقد، ولا ينافي مقتضاه، بل يلائمه، إذ يوثق موجب العقد ويؤكده، ولا يوجد له معارض من جهة الشرع، فكان صحيحا يلزم الوفاء به.[2]

ومن الشواهد الشرعية التي تؤيد صحة هذا النوع من الشروط من القرآن الكريم :

[1]-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 65/3، طبعة دار الفكر.

[2]- مختصر خليل مع جواهر الإكليل للأزهري : 25/2-26، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر، 1332هـ. وحاشية الدسوقي : 67/3. وفتح العلي المال في الفتوى على مذهب الإمام مالك (فتاوى عليش) العليش : 338/1، دار المعرفة، بيروت/لبنان. وحاشية البناني على شرح الزرقاني : 89/5، (مطبوعة بهامش شرح الزرقاني على مختصر خليل) دار الفكر- بيروت.

أ- في شرط الأجل، قوله عز وجل :{ يا **أيُّهَا الذينَ آمَنُوا إذا تَدايَنتم بدَينٍ إلى أجَلٍ مُسَمًّى فاكتُبُوهُ** }.[1]

ب- وفي الكفالة، قوله تعالى :{ **ولِمَن جَاءَ بِهِ حِملُ بَعيرٍ وأنَا بِهِ زَعيمٌ** }.[2]

ت- وفي الرهن، قوله سبحانه وتعال : { **فرِهَانٌ مَّقبُوضَةٌ** }.[3]

والثالث من الشروط الصحيحة (الشرط الذي يحقق مصلحة لأحد المتعاقدين باستثناء منفعة المعقود عليه مدة يسيرة)، كأن يبيع دارا ويشترط سكناها مدة معلومة يسيرة كشهر مثلا، أو دابة ويشترط ركوبها ثلاثة أيام ونحوه إلى مكان قريب. فهذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد منافاة تامة؛أنه لا يمنع المشتري من التصرف في ملكه منعا تامّاً، إذ هو منع جزئي، ولا تأثير له في الثمن، فيصح.[4]

ومما يشهد لصحة هذا النوع من الشروط كما قالوا : حديث جابر ابن عبد الله رضي الله عنهما أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمر به النبي ﷺ فضربه، ودعا له، فسار بسير ليس يسير مثله ؛ ثم قال : " بعنيه بأوقية"، قلت : لا، ثم قال : " بعنيه بأوقية " فبعته، واستثْنيْتُ حُمْلانَهُ إلى أهْلِي، فلما

[1]- سورة البقرة : 281
[2]- سورة يوسف : 72
[3]-سورة البقرة : 282
[4]- انظر المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات لابن رشد القرطبي : 67/2، تحقيق الأستاذ سعيد أحمد أعراب، الطبعة الأولى : 1408هـ/1988م، دار الغرب الإسلامي، بيروت/لبنان.

قدِمنا أتيْتُه بالجَمَلِ، ونقدَني ثَمَنَهُ، ثم انصرفْتُ، فأرسلَ على أثري، فقال : " ما كنتُ لآخُذَ جَمَلكَ، فخُذ جَمَلَكـ فَهُوَ مالُك"[1] وفي رواية : " وشرَطَ ظهرَهُ إلى المدينة"[2]

وجه الاستدلال بحديث جابر، أن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما باع الجمل واشترط نفعا وهو حُمْلانه إلى أهله وقد أقرَه النبي ﷺ فدل على جوازه.

قال الإمام الشوكاني رحمه الله (ت 1255هـ) : " وللحديث ألفاظ فيها اختلافٌ كثير وفي بعضها طول، وهو يدل على جواز البيع مع استثناء الركوب، وبه قال الجمهور ؛ وجوّره مالك إذا كانت مسافة السفر قريبة وحدّها بثلاثة أيام، وقال الشافعي وأبو حنيفة وآخرون : لا يجوز ذلك سواء قَلّت المسافة أو كثرت. واحتجوا بحديث النهي عن بيع وشرط، وحديث النهي عن الثنيا.

وأجابوا عن حَديث الباب بأنه قِصّةُ عَيْنٍ تدخلها الاحتمالات.

ويُجَابُ بأن حديث النهي عن بيع وشرط مع ما فيه من المقال هو أعم من حديث الباب مطلقا فيبنى العام على الخاص.

وأما حديث النهي عن الثنيا[3] فقد تقدم تقييده بقوله : " إلا أن تعلم".[4]

---

[1]- أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائعُ ظهر الدابّةِ إلى مكانٍ مُسَمًّى جاز. ومسلم في كتاب المساقاة باب بيع البعير واستثناء ركوبهِ. وأحمد في مسنده، مسند جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

[2]- أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائعُ ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز. قال البخاري (الاشتراط عندي أكثر وأصح عندي)قال ابن حجر في فتح الباري : 318/5 : " أي أكثر طرقا وأصح مخرجا" وقال بعدها : " وما جنح إليه البخاري من الترجيح أقعد، وبالرجوع إلى التحقيق أسعد، فليعتمد ذلك، وبالله التوفيق". فتح الباري : 321/5، طبعة دار الفكر.

[3]- الحديث أخرجه مسلم من طريق جابر رضي الله عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمعاومَةِ والمخابَرَةِ... وعن الثنيا ورخّصَ في العرايا " أخرجه مسلم في كتاب البيوع المَنهي عنها، باب النهي عن المحاقلة و المزابنة وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها وعن بيع المعاومة وهو بيع السنين. وأخرجه أبو داود في كتاب البيوع باب المخابرة. والترمذي في أبواب البيوع باب ما جاء في النهي عن الثنيا. وقال : هذا حديث حسن صحيح. والنسائي في كتاب البيوع باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم. (والثُنيا– بضم المثلثة وسكون النون – المراد بها الاستثناء في البيع مثل أن يبيع الرجل شيئا ويستثني بعضه، فإن كان الذي استثناه معلوما نحو أن يستثني واحدة من الأشجار أو منزلا من المنازل أو موضِعاً معلوما من الأرض صحَّ بالاتفاق، وإن كان مجهولا نحو أن يستثني شيئا غير معلوم لم يصح البيع) كذا قال الإمام الشوكاني في نيل الأوطار : 42/10. بتحقيق محمد صبحي حلاّق، الطبعة الأولى : 1427 هـ دار ابن الجوزي، السعودية.

[4]- نيل الأوطار : 122/10.

والرابع من الشروط الصحيحة : (اشتراط عمل في المعقود عليه، أو في غيره) كمن اشترى ثوباً بدراهم معلومة على أن يخيطه البائع، أو زيتوناً على أن يعصره.

ومثال الذي في غير المعقود عليه : كمن اشترى ثوباً على أن ينسج له ثوباً آخر.[1]

ووجه صحة هذا الشرط كما قال الأستاذ محمد بن عبد العزيز اليمني : " أن فيه اجتماع عقد إجارة، وبيع وهو صحيح.. وذلك استنادا لحديث جابر رضي الله عنه الذي باع بعيره على النبي ﷺ، واشترط حملانه"[2]

الخامس من الشروط الصحيحة (الشرط الذي يحقق مصلحة لأحد المتعاقدين بالمنع من التصرف في المعقود عليه مدة معلومة. أو بالمنع من تصرف خاص). فمثال الأول أن يبيع سلعة بثمن مؤجل، ويشترط على المشتري أن لا يبيع، ولا يهب حتى يعطي الثمن، لأن ذلك بمنْزلة الرهن.

قال ابن رشد رحمه الله (ت 595 هـ) : " واختلف فمن باع شيئا بشرط أن لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن، فقيل عن مالك يجوز ذلك لأن حكمــه حكم الرهن، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره ..."[3]

ومثال الثاني أن يبيع داراً ويشترط على المشتري أن لا يبيعها من فلان، أو من نفر قليل ؛ لأن ذلك يحقق مصلحة مقصودة للبائع، كدفع ضرر عنه، ولا ينافي مقتضى العقد منافاة تامة، لأنه لا يمنع

[1]- انظر الشرح الكبير الدردير : 118/3. وحاشية الدسوقي : 5/4. ومواهب الجليل للحطاب : 539/4.
[2]- انظر الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص 87.
[3]- انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد : 121/2، طبعة دار الفكر، بدون تاريخ

المشتري من التصرف في ملكه منعاً تاما، وإنما يمنعه منعاً جزئيا يسيراً، فلا يترتب عليه تحجير السلعة كما أنه لا يترتب عليه تأثير في الثمن، فكان صحيحاً.[1]

الشرط السادس من الشروط الصحيحة (تصحيح الشرط الذي يتضمن معنى من معاني البرّ والخير) عمَلاً بقاعدة " المصلحة المرسلة ".كما لو باع عبداً واشترطَ تنجيزَ عتقه، أو باع شيئا واشترط وقفه، أو هبته، أو التصدق به. فهذا الشرط ينافي مقتضى العقد ؛لأن العقد يقتضي ثبوت ملك المشتري على المبيع، وحق التصرف فيه، وهذا الشرط يمنع من ذلك، ولكن جاز ذلك استثناءً لتشوف الشارع الحكيم إلى أعمال البِرّ و الخير.[2]

والواقع أن اتساع دائرة الإستثناءات كما يقول الدكتور محمد عثمان شبير : " جعل مبدأ " الأصل في الشروط الحظر " محدود الأثر عَمَلاً، فآل الأمر في التطبيق إلى أن يكون الأصل في الشروط الإباحة والمنع استثناءً.

ويستند هذا الإتساع في دائرة الإستثناءات إلى قاعدة أصيلة في المذهب المالكي و هي : " المصالح المرسلة" التي تفتح الباب واسعاً أمام تصحيح الشروط المقترنة بالعقد، فتصحِّحُ كل ما يقتضيه التعامل مهما تطوّر الزمن.

كما يستند هذا الإتساع إلى حديث جابر – الآنف الذكر –الذي يدل على جواز اشتراط منفعة معلومة في المبيع للبائع، ولكن مالكاً قصر صحة هذا الشرط على الزمن اليسير دون الكثير. وهو بذلك جمع

[1]- انظر مواهب الجليل للحطاب : 373/4، وفتح العلي المالك : 349/1، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد : 121/2.
[2]- انظر حاشية الدسوقي : 65/3-66. وبداية المجتهد : 121/2، والخرشي على خليل : 80/5-81. ومواهب الجليل : 374/4-375. وفتح العلي المالك : 345/1-348.

بين النصوص الواردة في الشروط مثل حديث بريرة[1]، و حديث "نهى عن بيع وشرط"[2]. كما قال ابن رشد – الجد - : عرف مالك رحمه الله تعالى الأحاديث كلها، و استعملها في مواضعها، و تأوَّلها على وُجُوهِهَا ".[3]

القسم الثاني :الشروط الباطلة عند المالكية

تنقسم الشروط الباطلة عند فقهاء المالكية إلى نوعين :

النوع الأول :شُروطباطلة تبطل العقد ؛ وهي أربعة شروط :

الشرط الأول : شرط يناقض مقتضى العقد، وينافيه منافاة تامة.

الشرط الثاني : شرط يخل بالثمن.

الشرط الثالث : شرط محرَّم محظور.

الشرط الرابع : شرط يؤدي إلى جهل، أو غرر في العقد، أو في الثمن أو المثمون.

النوع الثاني : شروط باطلة لا تبطل العقد ؛ وهي ثلاثة شروط :

الشرط الأول :شرط يؤَدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد.

الشرط الثاني : شرط يخالف النص.

الشرط الثالث : شرط لا غرض فيه ولا مالية.

---

[1]- المقصود به قول النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها في قصة بريرة رضي الله عنها وقد اشترط أهلها الولاء لهم : " خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق" ففعلت عائشة رضي الله عنها. ثم قام النبي ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال : " أما بعد، ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله،ما كان من شرط ليس كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، الحديث أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، ومسلم في كتاب العتق، باب بيان أن الولاء لمن أعتق.

[2]- سبق تخريجه ص

[3]- المقدمات الممهدات لابن رشد الجد :68/2. وانظر كتاب الشروط المقترنة بالعقد للدكتور محمد عثمان شبير ص 75-76.

ففيما يخص النوع الأول من الشروط الباطلة التي تبطل العقد(شرط يناقض مقتضى العقد، وينافيه منافاةً تامة) وهو الشرط الذي يمنع المشروط عليه من الاستمتاع بحق أثبته له العقد والحصول عليه، مثل : أن يبيع دابة ويشترط على المشتري أن لا يركبها، أو يشترط في عقد النكاح ألا ينفق على زوجته وألا ترثه ؛ فيبطل الشرط والعقد معا، إلا أن يسقط المشترط شرطه فيصح العقد.[1]

والدليل على بطلان هذا النوع من الشروط الباطلة المبطلة للعقد ؛حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : (نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط)[2]. حمل العلماء الشرط هنا على الشرط المناقض لمقتضى العقد. والشرط الذي يورث جهالة، ويُخِلّ بالثمن وعَفَوْا عن الأمر اليسير.[3]

ثم إن الدليل على بطلان هذا النوع من الشروط، أن العقد يقتضي إطلاق يد المشتري في التصرُّف في المبيع وغيره، وهذا الشرط يمنعه من ذلك، أو يلزمه بتصرف معين، ومثل هذا الشرط يناقض وينافي المقصود من العقد منافاة تامة فيبطل، ويبطل معه العقد إلا إذا أسقطه المشترط.[4]

وفي هذا المعنى يقول العلامة ابن جزي رحمه الله (ت 741 هـ):" فإن كان الشرط يقتضي التحجير على المشتري بطل الشرط والبيع إلا أن يسقط عن المشتري شرطه فيجوز البيع "[5]

[1]- انظر حاشية الدسوقي : 65/3، ومواهب الجليل للحطاب : 372/4، والقوانين الفقهية لابن جزي ص 223، وفتح العلي المالك : 344/1. وبداية المجتهد : 121/2.

[2]- سبق تخريجه ص

[3]- الخرشي على خليل : 81/5.

[4]- مواهب الجليل للحطاب : 373/4، والخرشي على خليل : 80/5، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص 89.

[5]- القوانين الفقهية ص 223.

الشرط الثاني : (شرط يخل بالثمن) ؛ وهو شرط السلف في البيع فهو شرط باطل مبطل للعقد بإجماع كما يقول ابن جزي رحمه الله تعالى : " إذا عزم مشترطه عليه، فإن أسقطه جاز البيع ".[1]

ومن الأدلة على بطلان هذا النوع من الشروط :

ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط؛ وقد حمله فقهاء المالكية على ما يناقض مقصود العقد، وعلى ما يخل بالثمن كبيع وسلف.[2]

ومن الشواهد على ذلك أيضا : حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك "[3] وموضع الشاهد منه : " لا يحل سلف وبيع " وهو نص في تحريم هذا الشرط.[4]

ولأنه يؤدي إلى الجهالة، والإخلال في الثمن إما بزيادته إن كان المقرض هو البائع، أو بنقصه إن كان المقرض هو المشتري.[5]

ثم إنه من الطرق المؤدية إلى الربا المحرّم.[6]

---

[1]- المصدر السابق ص 223، وبداية المجتهد : 121/2-122.

[2]- مواهب الجليل : 373/4.

[3]- أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.وسكت عنه .والترمذي في أبواب البيع، باب ما جاء في كراهية ما ليس عنده، وقال : هذا حديث حسن صحيح. والنسائي في كتاب البيوع، باب سلف وبيع، وباب شرطان في بيع، بلفظ : " نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع " . وابن ماجة في التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن دون لفظ : " لا يحل سلف وبيع ". والدارمي في كتاب البيوع باب في النهي عن شرطين في بيع . والدارقطني في سننه في كتاب البيوع. والبيهقي في سننه الكبرى في كتاب البيوع، باب من قال : لا يجوز بيع العيْن الغائبة. وباب النهي عن بيع ما ليس عندك، وبيع ما لا يملك. والحاكم في مستدركه في كتاب البيوع، وَصححه، وقال : هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين، ووافقه الذهبي. و أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما. ومالك في موطئه في كتاب البيوع باب السلف وبيع العروض بعضها ببعض.

[4]- انظر بداية المجتهد : 120/2-121.

[5]- المصدر السابق : 121/2.

[6]- حاشية الدسوقي : 66/3.

الشرط الثالث (شرط محرّم محظور) كمن اشترى جارية على أن تكون مغنية، أو داراً على أن تكون مجمعا للفساد و أهله، فيبطل الشرط والعقد معا باتفاق الفقهاء.[1]

الشرط الرابع (شرط يؤدي إلى الجهالة، والغرر في العقد، أو في الثمن، أو في المثمون) كشرط الخيار مدة جهولة، أو تأجيل الثمن مدة مجهولة فيبطل الشرط والعقد معا.

قال الدكتور محمد عثمان شبير : " وقد ركز المالكية على الشرط الذي يخل بالثمن، ومثلوا له ببيع وسلف : أي بيع يتضمن قرضا، وبيع الثنيا وصورته : أن يبتاع سلعة على أن للبائع متى ما ردَّ الثمن فالسلعة له . وهو الذي يُسَمَّى ببيع الوفاء عند بعض الفقهاء . وسبب عدم صحة هذا الشرط أنه اشترط لمصلحة البائع أو المشتري، وقد رؤي 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 وقرض للمشتري من البائع. وفي الحالتين تلحق الجهالة بالثمن. كما يقول الخرشي : يعود جهله في الثمن إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري، أو ينقص إن كان من البائع".[2]

ومن الأدلة على فساد هذا الشرط و إفساده للعقد، ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر.[3]

والمعتبر عند الغرر الكثير المؤَثر لا اليسير.[4]

---

[1]- الشرح الكبير للدردير : 66/3، ومواهب الجليل للحطاب : 373/4، والبهجة في شرح التحفة للتسولي : 14/2، دار الرشاد الحديثة، الدر البيضاء، 1412هـ / 1991م.

[2]- الشروط المقترنة بالعقد و أثرها في الفقه الإسلامي ص 77. وانظر حاشية الخرشي : 81/5.

[3]- أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر. و أبو داود في سننه في كتاب البيوع، باب في بيع الغرر. والترمذي في أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر، والنسائي في كتاب البيوع، باب بيع الحصاة. وابن ماجة في كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الحصاة وبيع الغرر، والدارمي في سننه في كتاب البيوع، باب في بيع الحصاة. والدارقطني في سننه في كتاب البيوع. والبيهقي في سننه الكبرى في كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الحصاة. وابن الجارود في المنتقى، في باب المبايعات المنهي عنها من الغرر وغيره. والبغوي في شرح السنة في باب النهي عن الملامسة والمنابذة.

[4]- القوانين الفقهية ص 220. والمقدمات الممهدات : 71/2، تحقيق الأستاذ سعيد أحمد أعراب.

هذا فيما يخص النوع الأول من الشروط الباطلة المبطلة للعقد، أما بالنسبة للنوع الثاني من الشروط الباطلة التي يصِحُّ معها العقد ولا يبطل، فهي ثلاثة كما ذكرت آنفا، وهذا تفصيل إجمالها :

الشرط الأول (شرط يُؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد)، كما لو باع بستاناً وشرط أن لا جائحة عليه، أو باع سيارة واشترط أن لا عهدة عليه في عيب، أو استحقاق.

ووجه فساد هذه الشروط وعدم تأثيرها في العقد كما يقول الأستاذ محمد بن عبد العزيز اليمني :"أنها شروط منافية لمقتضى العقد، ومبطلة لحقٍّ من حقوقه ففسدت، و أما عدم تأثيرها في العقد، فلأن تأثيرها محدود أو معلوم فهي لم تؤدِّ إلى خلل في الثمن، أو جهالة، وكذلك لم تمنع من التصرف في الملك ".[1]

الشرط الثاني (شرط يخالف النصّ) كأن يبيع جارية أو عبْداً، ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري للحديث الوارد في قصة بريرة،[2] وفيه أن النبي ﷺ قال : " اشتريها، واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق".[3] فأبطل شرط الولاء، ولم يبطل البيع.[4]

الشرط الثالث (شرط لا غرض فيه ولا مالية) كما لو شرط في المعقود عليه صفة (فيظهر أن صفة المعقود عليه أفضل مما شرط، فهذا الشرط يلغو ويصح العقد. ومثلوا له : بما لو شرط سمن غنم، فوجده سمن بقر، أو اشترط كون العبد أميّاً فوجده كاتبا، أو أنه جاهل فوجده غانماً. لكنهم استثنوا

---

[1]- انظر الشرط الجزائي و أثره في العقود المعاصرة ص 91.

[2]- هي : بريرة مولاة عائشة رضي الله عنهما، اشترتها عائشة فأعتقتها، وكانت تخدمها قبل أن تشتريها، وقصتها في الصحيحين – كما سبقت الإشارة إلى ذلك في ص - قال الحافظ ابن حجر في كتابه " الإصابة في تمييز الصحابة " : 252/4، الطبعة الأولى : 1328 هـ، مطبعة السعادة، ودرا الفكر، " وفيهما – أي الصحيحين – عن عائشة، كانت في بريرة ثلاث سنن الحديث، وفيه : " الولاء لمن أعتق ". وقد جمع بعض الأئمة فوائد هذا الحديث فزادت على ثلاثمائة، ولخصتها في فتح الباري".

[3]- سبق تخريجه في ص...

[4]- بداية المجتهد : 120/2.

ما إذَا كان للمشترط في شرطه غرض صحيح لا يحققه الأفضل كما لو كان اشتراطه لسمن الغنم لأجل حالة صحية لا يناسبها سمن البقر. فإن الشرط هنا يكون صحيحا، ويحق للمشتري ردّ المبيع لعدم تحقق الشرط.

ووجه فساد الشرط وصحة العقد هنا : (لأن الشرط أصبح لاغيا لتحقق ما هو أفضل منه).[1]

الفرع الثالث : أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الشافعية.

تنقسم الشروط المقترنة بالعقد عند الشافعية إلى ثلاثة أقسام :

شروط صحيحة يلزم الوفاء بها، وشروط باطلة تبطل العقد، وشروط باطلة لا تبطل العقد، بل تلغو ويصح العقد.

القسم الأول : الشروط الصحيحة : وهي كل شرط يقتضيه العقد، أو يلاَئِمُ مقتضاه، أو ورد به النص.[2]

فالشرط الذي يقتضيه العقد، فالكلملك ووجوب التسليم والتَّسَلُّم، وجواز التصرُّف، والردّ بالعيب وما أشبه ذلك، فهذه الأشياء وما في معانيها مقتضياتُ العقد، فإذا وقع التعرُّض لها على وَفْقِ موضوع العقد، لم يضر، كما قال إمام الحرمين الجويني رحمه الله تعالى في نهاية المطلب.[3]

[1]- فتح العلي المالك : 360/1-361، والشرح الكبير للدردير : 176/3، ومواهب الجليل للحطاب : 427/4، وانظر الشرط الجزائي ص92.

[2]- المجموع : 393/10. ونهاية المطلب : 376/5.

[3]- نهاية المطلب في دراية المذهب : 376/5، تحقيق الدكتور عبد العظيم محمود الدّيب، الطبعة الثانية : 1430 هـ /2009 م، دار المنهاج للنشر و التوزيع، جدة –السعودية. وانظر أيضا المجموع شرح المهذب للإمام النووي : 393/10، تحقيق وتعليق جماعة من العلماء، الطبعة الأول 1428 هـ / 2007 م، دار الكتب العلمية، بيروت / لبنان.

والشرط الملائم هو ما لا يقتضيه العقد، وفيه مصلحة للعقد، مما يعتبر اشتراطه توثيقا وتأكيداً له، أو ضماناً له، أو بياناً للمعقود عليه، أو تأجيلا أو خياراً. و ذلك كاشتراط الإشهاد على العقد، أو الكتابة فإن في ذلك تأكيداً لنفس العقد، وضماناً له من الجحود و الإنكار.[1] وكاشتراط الرهن، و الضّمِين، فإن في ذلك توكيداً أو ضماناً لمقتضى العقد، وهو تسليم المعقود عليه.[2] و كاشتراط صفة منضبطة قائمة بمحل العقد وقت التعاقد، كاشتراط أن تكون الدابة سريعة، أو البقرة حاملاً، أو لبوناً. وككون العبد خياطا، أو كاتباً، ونحو ذلك من الصفات؛ لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد، وهو العلم بصفات المعقود عليه التي تختلف فيها الأغراض؛ولأنه التزم موجوداً عند العقد، ولا يتوقف التزامه على أمر مستقبل فلا يدخل في النهي عن بيع وشرط.[3] وكاشتراط التأجيل إلى أجل معلوم أو الخيار ثلاثة أيام؛ لأن الشرع ورد بذلك، وفيه مصلحة للعاقد، والحاجة تدعو إليه.[4]

والشرط الذي النص به يصِحُّ، وإن خالف مقتضى العقد كاشتراط البائع على المشتري شرطا يتضمن معنى من معاني البر: كعتق العبد الذي يشتريه. فالصحيح المشهور الذي نصَّ عليه الإمام الشافعي رحمه الله (ت 204 هـ)، و قطع به أصحابه أنَّ الشرط صحيح يلزم الوفاء به.[5] واحتجوا لذلك بحديث بريرة – السابق ذكره -؛ أن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة، وشرط أهلها أن تعتقها، ويكون ولاؤها لهم، فأنكر النبي ﷺ على أهلها شرط الولاء و أَقرَّ بشرط العتق، و لأن الشارع يتَشوف إلى

[1]- المجموع : 393/10. ونهاية المطلب : 377/5.
[2]- المجموع : 393/10. وروضة الطالبين للنووي : 405/3، الطبعة الثالثة : 1412 هـ /1991 طبعة المكتب الإسلامي.
[3]- روضة الطالبين : 405/3-406. و المجموع : 393/10.
[4]- انظر نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي : 452/3، مطبوع معه حاشية الشبراملسي وحاشية المغربي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، 1386 هـ. و المجموع : 393/10.
[5]- المجموع للنووي : 393/10-394. ونهاية المحتاج : 456/3. ونهاية المطلب : 378/5.

العتق وعمل الخير وتفتح له الأبواب. ويرى الإمام الرملي رحمه الله أن في هذا منفعة للمشتري في الدنيا بالولاء، وفي الآخرة بالثواب، وللبائع بالتسبب فيه.[1]

القسم الثاني: الشروط الباطلة التي تبطل العقد :

وهي كل شرط يخالف مقتضى العقد، ويُنافيه، وليس من مصلحته، وفيه غرض مقصود لأحد المتعاقدين لم يرد الشرع بجوازه.

ويشمل هذا القسم ما يلي :

1. الشرط المخالف للنص، كشرط الولاء لغير المعتق.
2. و الشرط الذي يؤدي إلى محظور شرعي أو يخالف الشرع – كما ذكرت آنفا – كما لو اشترط البائع على المشتري أن يجعل في الإناء الذي باعه له شراباً محرّما، أو اشترط عليه أن يقطع الطريق بالسّيف الذي باعه له، أو أقرضه بشرط أن يرده بزيادة. فإن هذا الشرط غير صحيح.[2] وكذلك لا يصح الشرط الذي ينطوي على غرر وجهالة.
3. والشرط الذي ينافي مقتضى العقد، كالمنع من الانتفاع بمحل العقد كليا أو جزئيا : كما لو اشترط البائع على المشتري ألا ينتفع بمحل العقد، أو أن لا يسلم المحل إليه حتى يستوفي الثمن، وكان الثمن مؤجلا، أو اشترطت الزوجة على الزوج ألا تسلم نفسها إليه أو ألاَّ يطأها، أو باع داراً و اشترط سكناها مدة معينة، أو اشترط البائع على المشتري ألا يبيع الدار أو يهبها أو يؤجرها .[3]

---

[1]- نهاية المحتاج للرملي : 456/3. وانظر أيضا الشروط المقترنة بالعقد ص 70.
[2]- نهاية المحتاج : 456/3.
[3]- المصدر السابق : 450/3.

4. والشرط الذي يؤدي إلى قيام أحد العاقدين، أو غيرهما بعمل أو تصرف في محل العقد، أو في غيره لمصلحة أحد العاقدين، أو لغيرهما. كما لو اشترى قماشا، واشترط على البائع أن يخيطه له، أو اشترى سيارة بشرط أن يبني البائع مرآبا لها . أو باعه سيارة بشرط أن يبيعها للبائع . أو باعه داراً بشرط أن يقرضه مالاً، أو يقرض فلاناً الأجنبي، أو اشترى حطبا بشرط تكسيره.[1]

والدليل على بطلان هذه الشروط و إبطالها للعَقد :

1. ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط.[2]

2. و عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ " لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع " .[3]

ووجه الاستدلال: أن الشروط السالفة الذكر تدخل ضمن عموم هذه الأحاديث فدل ذلك على بطلانها.

3. و لأن هـذه الشروط منـافية لمـقتضى العـقد، ولـيس فيهـا مصلحة له، وفيها منفعة مقصودة لأحد المتعاقدين لم يرد النص الشرعي به فتؤدي إلى المخاصمة والمنازعة و المطالبة، فأفسدت العقد.[4]

القسم الثالث : الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد.

وهي كل شرط لا يتعلق به غرض صحيح يورث تنازعا .[5]

[1]- مغني المحتاج للشربيني 2/33-34، ونهاية المحتاج : 450/3، والموسوعة الكويتية : 13/26.
[2]- سبق تخريجه في ص ...
[3]- سبق تخريجه في ص ...
[4]- المجموع للنووي : 10/397-398.
[5]- روضة الطالبين : 406/3.

كما لو باعه عبْداً بشرط أن لا يأكل إلا الهريسة،[1] أو لا يلبس إلا الخزَّ. فهذا الشرط مخالف لمقتضى العقد لكنه غير منـاف له بحيث لو التـزم المشتري بإلباسـه الخَـزَّ لما ترتّبَ عليه نقض لأحكام العقـد و آثاره.

وفساد هذا النوع من الشروط وبطلانه مقتصر على نفسه، فيلغو ويصح العقد على الصحيح من المذهب. ووجه ذلك(أما فساده فالأدلة سابقة الذكر، و أما عدم إفساده للعقد فلأنه لا يتعلق به منفعة أو غرض يورث مطالبة وتنازعاً، فلم يؤثر في العقد ".[2]

فالشافعية يرون أن الأصل في الشروط الحظر والمنع و البطلان، واستدلوا لذلك الأصل بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ : " نهى عن بيع وشرط "[3] وعللوا النهي بوقوع النزاع بين المتعاقدين، فحيث وجِدَت العلة وُجِدَ الفساد، فيفسد العقد، و إذا انتفت العلة انتفى الفساد، فيصح العقد،و يفسد الشرط، كالشرط الذي لا غرض فيه

، وما صح من الشروط خلافا لهذا الأصل كان استثناء، استند فيه إلى دليل يخرجه من هذه القاعدة من نص، أو حاجة تدعو إليه.[4]

الفرع الرابع : أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الحنابلة.

تنقسم الشروط المقترنة بالعقد عند فقها الحنابلة إلى ثلاثة أقسام :

[1]- قال ابن منظور في لسان العرب، مادة " هرس " : " وقيل : الهريسُ الحبُّ المهروس – أي المدقوق – قبل أن يُطْبَخ، فإذَا طُبِخَ فهو الهريسة، وسميت الهريسةُ هريسةً لأن البُرَّ الذي هي منه يُدَقُّ ثم يُطبَخ، و يُسَمَّى صانِعُه هَرَّاساً "

[2]- الشرط الجزائي و أثره في العقود المعاصرة ص 97.

[3]- سبق تخريجه في ص ....

[4]- انظر نهاية المحتاج : 3/452-454، ومغني المحتاج: 2/32، و الشروط التعويضية: 1/118-119.

القسم الأول : الشروط الصحيحة.

القسم الثاني : الشروط الباطلة المبطلة للعقد.

القسم الثالث : الشروط الباطلة غير المبطلة للعقد.

فيما يخص القسم الأول : الشروط الصحيحة، فإن الحنابلة كما قال الدكتورعيّاد بن عسّاف العتري: " هم أكثر الفقهاء تصحيحا للشروط التقييدية المقترنة بالعقود، حيث يرون أن الأصل في الشروط الإباحة لا الحظر، و لا يحرم منها ويبطل إلا ما دل و إبطاله نص، أو قياس كالشرط المشتمل على الربا أو الغرر، و المنافي لحكم العقد، أو المخالف للنص، وفي ذلك يقول ابن تيمية رحمه الله : " الأصل في العقود و الشروط : الجواز و الصحة، و لايحرم منها و يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه و إبطاله، نصا أو قياسا عند من يقول به، و أصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، و مالك قريب منه، لكن احمد أكثر تصحيحا للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه.

وعامة ما يصححه أحمد من العقود و الشروط فيها يثبته بدليل خاص من أثر أو قياس، لكنه لا يجعل حجة الأولين مانعا من الصحة، و لا يعارض ذلك بكونه شرطا يخالف مقتضى العقد، أو لم يرد به نص. و كان قد بلغه في العقود و الشروط من الآثار عن النبي صلى الله عليه و سلم و الصحابة ما لا

تجده عند غيره من الأئمة، فقال بذلك، و بما معناه قياسا عليه وما اعتمده غيره في إبطال الشروط من نص فقد يضعفه، أو يعف دلالته ".[1]

و قد نص فقهاء الحنابلة على كثير من الشروط الصحيحة، بل لم يبطلوا من الشروط إلا ما قام الدليل على بطلانه، فلم يأخذوا بمقتضى العقد في إبطال ما خالفه، و لا بحديث النهي عن بيع و شرط لعدم ثبوته..."[2].

ومما نصوا عليه من الشروط الصحيحة :

1- الشـروط التـي يقتضيها العقد، كالبيع بشرط التقابض، أو بشرط التصرف في المبيع، أو بشرط الخيار في المجلس، فهذا النوع من الشروط و جوده و عدمه سواء، لأنه بيان، وزيادة تأكيد لمقتضى العقد.[3]

2- الشروط التي تتعلق بها مصلحة العاقدين،كاشتراط تأجيل الثمن في البيع، أو الخيار، و كاشتراط الرهن، و الضمين، و الشهادة أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع، ككون العبد كاتبا، أو صانعا، و الدابة حلوبا، أو حاملا، فهذا النوع من الشروط كما قال العلامة ابن قدامة رحمه الله تعالى : جائز يلزم الوفاء به. و لا نعلم في صحة هذين القسمين خلافا"[4]

[1]- انظر مجموعة الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية : 15/72-73، الطبقة الأولى : 1419هـ/1998 م، مكتبة العبيكان، الرياض – السعودية.
[2]-انظر الشروط التعويضية في المعاملات المالية : 120/119/1.
[3]-الروض المربع للعلامة الشيخ منصور بن يونس البهوتي ص 198، الطبقة الأولى : 1424 هـ /2004 م دار ابن حزم، بيروت – لبنان. و المغني لابن قدامة : 223/6، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، و الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة السا1428 هـ / 2007 م، دار عالم الكتب، الرياض – السعودية.

[4]- المغني : 323/6.

3- الشروط التي ليست من مقتضى العقد، و لا من مصلحته، و لا تنافي مقتضاه، و فيها منفعة لأحد المتعاقدين، ولم يرد في الشرع النهي عنها، كاشتراط البائع نفعا معلوما في المبيع، مثل اشتراطه سكنى الدار المبيعة شهرا، أو شرط حملان البعير إلى موضع معين. أو اشتراطه القيام بعمل معين في محل العقد، كاشتراط تكسير الحطب، أو خياطة الثوب، وتفصيله، وحصاد الزرع، ونحو ذلك. فهذه الشروط صحيحة يلزم الوفاء بها ويثبت الخيار عند فواتها.[1]

4- الشروط التي ورد الشرع بجوازها، و إن خالفت مقتضى العقد، كأن يبيع رقيقا و يشتري على المشتري عتقه ؛ لأن أمنا عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة، وشرط أهلها عليها عتقها، وولاءها، فأنكر النبي ﷺ شرط الولاء دون العتق.[2]

فاشترط العتق على المشتري يخالف مقتضى العقد ؛لأنه شرط يزيل ملك المشتري عن المبيع، وإنما صح لورود الشرع به، و لأنه مبني على التغليب و السراية، لتشوف الشارع إليه.[3]

القسم الثاني: الشروط الباطلة التي تبطل العقد، وهي:

1- اشتراط عقد في عقد، كأن يبيعه شيئا بشرط أن يبيعه شيئا بشرط أن يبيعه شيئا آخر، أو يشتري منه، أو يؤجره، أو يقرضه، أو يزوجه، و نحو ذلك.[4]

[1]-المصدر السابق : 6/323-324، وكشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي : 3/190، علم الكتب، بيروت- لبنان. وغيرهما.
[2]- المغني لإبنقدامة : 6/324 و كشاف القناع : 3/194 و المبدع في شرح المقنع لأبن مفلح :4/59، المكتب الإسلامي، بيروت – لبنان، 1980 م
[3]- نفس المرجع السابق.

[4]- المغني: 6/323-324.

فهذا الشرط فاسد و العقد باطل على المشهور في المذهب؛ لأن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " لا يحل سلف و بيع، و لا شرطان في بيع"[1]، و نهى عن بيعتين في بيعة[2] وهذا منه، و النهي يقتضي الفساد.[3]

2- اشتراط شرطين في العقد، و المراد بها الشرطان الفاسدان، كالمؤدِّيين للغرر و الجهالة، و الربا، أو المنافيين لمقتضى العقد، كما لو باعه جارية بشرط ألا يبيعها من أحد، و أنه يطؤها، أو يبيعه جارية بشرط إذا باعها فهو أحق بها بالثمن و أن تخدمه سنة و نحو ذلك.

وأما إن شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو مصلحته مثل أن يبيعه بشرط الخيار، أو التأجيل و الرهن و الضمين فهذا لا يؤثر في العقد و إن كثر.[4]

و دليلهم على بطلان هذا النوع و إبطاله للعقد حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: "لا يحل سلف و بيع،ولا شرطان في بيع".[5]

---

[1]-أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، و الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، وقال : هذا حديث حسن صحيح. و النسائي في كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، و في باب شرطان في بيع، و أحمد في مسنده في مسند عبد الله بن عمرو، و الدرامي في سننه في كتاب البيوع، باب في النهي عن شرطين في بيع، و الحاكم في مستدركه في كتاب البيوع، باب لا يجوز بيعتان في بيع، و قال هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين، صحيح. كلهم رووه من حديث عبد الله بن عمرو.و حسّنه الشيخ الألباني في إرواء الغليل : 146/5.

[2]- أخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، و قال حديث حسن صحيح. و النسائي في كتاب البيوع، باب بيعتين في بيعة، وابن حبان في صحيحه بترتيب ابن بلبان، في كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه. قال شعيب الأرنؤوط : إسناده حسن. و البيهقي في السنن الكبرى، في كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة، و أحمد في مسنده، مسند أبي هريرة . وحسنه الألباني في إرواء الغليل : 149/5

[3]- المغني: 332/6-33333. و ذكر ابن قدامة رحمه الله في تفسير بيعتين في بيعة، وجها آخر، و هو أن يقول : بعتك هذا العبد بعشرة نقدا، أو بخمسة عشر نسيئة، أو بعشرة مُكَسَّرَةً، أو تسعة صِحَاحاً. هكذا فَسّرَهُ مالك، و الثورِيُّ، و إسحاقُ. وهو أيضاً بَاطل. و هو قول الجمهور؛ لأنه لم يجزم له بيع و احد ، فأشبه ما لو قال : بعتك هذا أو هذا. و لأن الثمن مجهول، فلم يصحَّ كالبيع بالرَّقم المجهول، و لأنّ أحد العوضين غير معين، ولا معلوم، فلم يصح، كما لو قال : بعتك أحد عبيدي..". المغني : 333/6.

[4]- المغني : 321/6-322

[5]- سبق تخريجه في ص

3- اشتراط ما ينافي مقصود العقد، كاشتراط الطلاق في النكاح، و الفسخ في البيع، و اشتراط المؤجر ألا ينتفع المستأجر بالعين المؤجرة، فهذه الشروط باطلة و مبطلة للعقد؛ لأنها تنافي المقصود من العقد، و هو ما وضع العقد لإفادته في جميع صوره.[1]

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : "..فإن العقد إذا كان له مقصد يراد في جميع صوره، و شرط فيه ما ينافي ذلك المقصود فقد جمع بين المتناقضين، بين إثبات المقصود و نفيه، فلا يحصل شيء. و مثل هذا الشرط باطل بالاتفاق، بل هو مبطل للعقد عندنا".[2]

4- اشتراط تعليق العقد على شرط، كأن يقول : بعتك إن بكذا، أو إن رضي فلان، فهذا الشرط يبطل العقد ؛ لأنه يعلق البيع على أمر مستقبل فلم يصح، لأن مقتضى البيع نقل الملك حل التبايع و هذا الشرط يمنعه.[3]

القسم الثالث : الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد : و هي الشروط التي تنافي مقتضى العقد، و لا تلغي المقصود منه، كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع، و لايهب، ولا يعتق، و لايطأ، أو يشترط عليه أن يبيعه، أو يهبه، أو يقفه، أو يشترط عليه إن أعتق فالولاء له، أو يشترط المشتري أن لا خسارة عليه، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن. فهذه الشروط المنافية لمقتضى العقد باطلة غير مبطلة للعقد على الصحيح من المذهب.[4] وذلك لما جاء في خبر بريرة رضي الله عنها، و فيه : أن النبي صلى الله عليه و سلم قَال لعائشة رضي الله عنها

[1]-مجموعة الفتاوى لابن تيمية : 70/15
[2]- المصدر السابق : 85/15
[3]- انظر المبدع في شرح المقنع : 59/4. وكشاف القناع : 195/3
[4]-كشاف القناع : 193/3-194، و المغني : 325/6

: "خذيها واشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق".[1] حيث أبطل النبي ﷺ شرط الولاء لغير المعتق، و لم يبطل العقد و قيس عليه سائر الشروط ؛ لأنها في معناه.[2]

و بهذا يتضح أن المذهب الحنبلي يعتبر أكثر المذاهب توسيعا لدائرة الشروط، بل إن المتأخرين كشيخ الإسلام ابن تيمية و تلميذه العلامة ابن قيم الجوزية رحمهما الله تعالى قد صرحوا بقاعدة فتحوا بها بابا واسعا في تصحيح الشروط و جعلوها أصلا في الشروط ألا وهي :" أن الأصل في الشروط الجواز و الصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه و إبطاله – نصّاً أو قياساً" عند من يقول به. و أصول أحمد المنصوصة عنه، أكثرها يجري على هذا القول.[3]

فالفاسد عند ابن تيمية و تلميذه ابن قيم الجوزية من الشروط أحد أمرين :

1- المنافـــي لمقصود العقد، لأن في إباحته جمع بين المتناقضين، بين إثبات المقصود و نفيه، فلا يحصل شيء.[4]

2- و المخالف للشرع.[5]

---

[1]-سبق تخريجه في ص

[2]- المغني : 325/6-326. و كشاف القناع : 194/3

[3]- مجموعة الفتاوى : 72/15.

[4]- المصدر السابق : 85/5.

[5]- المصدر السابق : 85/5.

و يأتي المذهب المالكي بعد المذهب الحنبلي في تصحيح الشروط ثم يليهم المذهب الحنفي، ثم المذهب الشافعي آخرهم.[1]

الفرع الخامس: أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية:

تنقسم الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية إلى قسمين :

القسم الأول: شروط صحيحة.

القسم الثاني: شروط باطلة مبطلة للعقد.

ففيما يخص القسم الأول من الشروط الصحيحة، فقد حددوها في سبعة، وهي[2] :

1- اشتراط الرهن في بيع الأجل، لقوله تعالى :{**وَإِن كُنتم عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ**}[3]

2- اشتراط تأخير الثمن على أجل مسمى، لقوله تعالى :{**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ**}[4].

3- اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة، لقوله تعالى :{ **و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة** }[5]

---

[1]- المصدر السابق : 69/15-70.
[2]- انظر المحلى بالآثار لإبنحزم : 319/7، تحقيق عبد الغفار سليمان البندري.
[3]- البقرة : 282
[4]- البقرة : 281
[5]- البقرة : 279

4- اشتراط صفة في المبيع بتراضي المتعاقدين، و يتم العقد على أساس تلك الصفة، لقوله تعالى :

{ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم}[1]

5- اشتراط خيار الشرط، لقوله ﷺ لحبان بن منقذ[2] الذي كان يخدع في البيوع : "إذا بايعت فقل لا خلابة[3] "[4]

وفي رواية الترمذي عن أنس : " أن رجلا كان في عقدته [5] ضعف، وكان يبايع، و أن أهله أتوا النبي ﷺ فقالوا : يا رسول الله، أحجر عليه. فدعه رسول الله ﷺ فنهاه. فقال : يا رسول الله إني لا أصبر عن البيع. فقال : " إذا بايعت فقل هاءَ وهاءَ و لا خِلابَةَ "[6].

6- اشتراط المشتري أخذ مال العبد المباع أو بعضه من البائع، لقوله ﷺ : "منا ابتاع عبدا، و له مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع"[7].

---

[1]- النساء : 29

[2]- هو حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضي الله عنه شُجَ في بعض مغازيه مع النبي ﷺ في بعض الحصون بحجر فأصابته فيرأسه.. فتغير بها لسانه وعقله، لكن لم يخرج عن التمييز، و كان يخدع في البيوع، فأمره النبي ﷺ أن يشترط ألا خديعة. انظر شرح صحيح مسلم للنووي، 177/10.

[3]- لا خلابة – بخاء معجمة مكسورة، و تخفيف اللام و بالباء الموحدة – أي لا خديعة، فلا تحل لك خديعتي أو لا يلزمني خديعتك..

[4]- أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع. ومسلم ففي كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع.

[5]- قال ابن منظور في لسان العرب، مادة (عَقَدَ) : " وعُقْدَةُ اللسان : ما غَلُظَ منه.وفي لسانه عُقْدَةٌ وَ عَقْدٌ أَيْ إلتواء. ورجل أَعْقَدُ، وَعَقِدٌ : في لسانه عُقْدَةٌ أو رَتَجٌ.."

[6]- أخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يُخْدَعُ في البيع. وقال : و حديث أنس حديث حسن صحيح غريب. و العمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم. وقالوا : " الحَجْرُ على الرجل الحُرّ في البيع والشراء إذا كان ضعيف العقل. وهو قول أحمد وإسحاق. ولم يَرَ بعضهم أن يُحْجَرَ على الحر البالغ.
ورواه أيضا أبو داود في كتاب البيوع، بابٌ في الرجل يقول البيع (لا خلابة). و أخرجه النسائي في كتاب البيوع، باب الخديعة في البيع. و قوله " في عقده ضَعْفٌ " يعني في رأيه و نظره في مصالح كان ضعيف العقل و الرأي. و الرجل المبهم في رواية الترمذي هو حبان بن منقذ المترجم له آنِفًا

[7]-أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب من باع نخلا عليه تمر، و اللفظ له. و أخرجه أيضا البخاري في كتاب البيوع، باب من باع نخلا قد أبرت.

7- اشتراط المشتري أخذ ثمن النخل المؤبر (الملقح)لأن ثمرتها للبائع، لقوله ﷺ : "من ابتاع نَخْلًا بعد أن تُؤَبَّرَ فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع. ومن ابتاع عبدا فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع "[1].

و يمكن إضافة شرط ثامن كما قال الدكتور محمد عثمان شبير، و هو الشرط الذي يقتضيه العقد :" كشرط تسليم المبيع على البائع، و شرط تسليم الثمن على المشتري، فإن ما اقتضاه العقد تثبت بالشرع "[2].

و القسم الثاني هو مَا عَدَا مَا ذُكِرَ، و هي الشروط الباطلة المبطلة للعقد؛ و هي التي لم يرد النص بجوازها و لم ينعقد الإجماع على اعتبارها.

قال ابن حزم رحمه الله بعد أن ذكر الشروط السبعة الصحيحة : " فهذه ولا مزيد، و سائرها باطل كم قدمنا، كمن باع مملوكا بشرط العتق، أو أَمَةٍ بشرط الإيلاذ أو دابة و اشترط ركوبهامدة مسماة قلت أو كثرت، أو إلى مكان مسمى قريب أو بعيد، أو دارا و اشتراط سكناها ساعة فما فوقها، أو غير ذلك من الشروط كلها "[3].

وقال أيضا : " فلما كانت الشروط كلها باطلة غير ما ذكرنا، كان كل عقد من بيع أو غيره : عقد على شرط باطل باطلاً ولا بد، لأنَّه عُقِدَ بأن لا صحة له إلا بصحة ما لايصح "[4].

---

[1]- أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب من باع نَخْلاً قد أبرت، و في كتاب الشروط باب إذا باع نخلا قد أبرت، و مسلم في كتاب البيوع، باب من باع نخلا عليه تمر – و اللفظ له -

[2]- الشروط المقترنة بالعقد و أثرها فيه في الفقه الإسلامي ص 66.

[3]- المحلى بالآثار : 319/7.

[4]- المصدر السابق : 320/7

فظهر جَلِيًّا أن الظاهرية هم أضيق المذاهب في تصحيح الشروط بسبب الأصل الذي اعتمدوه و هو إبطال كل شرط لم ينص الشرع على جوازه، أو انعقد الإجماع على صحته.

المطلب الثاني : أقسام الشروط في العقود من حيث الغرض منها.

تنقسم الشروط في العقود من حيث الغرض منها إلى خمسة أقسام :

القسم الأول : عقود التمليك " التمليكات"، وهي نوعان :

منها المبادلة بين المتعاقدين، وتنقسم إلى قسمين :

1- عقود معاوضات مالية محضة، و المبادلة فيها (إما مبادلة مال بمال مثل : البيع و الصلح على مال، أو مبادلة مال بمنفعة مثل : الإجارة و الإستصناع و المزارعة، أزو مبادلة منفعة بمنفعة كممر في دار بممر في دار آخر).[1]

2- عقود معاوضات غير محضة[2] – غير مالية – كالنكاح.[3]

ب – عقود تبرعات، وغايتها والمراد منها المساعدة و المنحة من أحد العاقدين للآخر. والتبرع فيها إما مطلقا كالصدقة و الهبة بغير عوض، و إما تبرع في الإبتداء دون الإنتهاء كالقرض.[1]

[1]- المنثور في القواعد للزركشي : 403/2. والفروق للقرافي : 15/1، والروض المربع للعلامة منصور بن يونس البهوني ص 190.

[2]- وهي ما قصد فيها المال من أحد الجانبين دون الأخر، أو لم يقصد فيها المال و إن كان العقد ماليا من أحدهما. وقيل غير ذلك. انظر المنثور في القواعد : و 185/3-186.

[3]- المصدر السابق : 403/2. و 186/185/3.

القسم الثاني: عقود الإسقاطات، و هي العقود أو التصرفات التي يقصد منها إسقاط حقٍّ من الحقوق بِبَدل أو بدون بدل.[2] وهي قسمان :

أ- إسقاط محض: كالطلاق المجرد من مال، و العفو عن القصاص من غير بدل.

ب- إسقاط بعوض: كالطلاق على مال، والعفو عن القصاص بالديّة، والتنازل عن الوظيفة بعوض.

القسم الثالث : عقود المشاركة "الإشتراك" و هي العقود التي يقصد منهاالإشتراك في العمل أو الربح. مثل : الشركات، و المضاربة، و المزارعة، و المساقاة.

القسم الرابع : عقود الإطلاقات، ومرادها و غايتها أو غرضها إطلاق الشخص(أو الشخصية الإعتبارية) يد الغير في التصرف أو العمل في شيء كان ممنوعا عليه. مثل : الوكالة، و الإذن للصغير المميز بالتجارة، وتولية القضاة و الولاة.

القسم الخامس :عقود التقييدات، و هي عكس الإطلاقات، وهي : منع الشخص من التصرف في شيء كانت يده قد أطلقت فيه مثل : عـزل الولاة و القضـاة ونظـار الوقف و الأوصياء، وكذا الحجر على شخص بسبب جنون، أو عَتَهِ، أو سَفَهِ، أو صِغَرٍ.

---

[1]- انظر الفروق للقرافي : 150/1. والقواعد في الفقه الإسلامي لإبن رجب الحنبلي ص 82-251 راجعه وقدم له وعلق عليه : طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة ابن تيمية، القاهرة – مصر، الطبعة الثانية 1408 هـو نظرية العقد في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها المعاصرة للدكتور صالح حميد اللي و الدكتور باسل محمود الحافي ص 322، الطبعة الأولى : 1428هـ/2008 م، مطبعة اليمامة دمشق –بيروت.

[2]- نظرية العقد في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها المعاصرة ص 322.

القسم السادس :عقود التوليفات، أو "التأمينات و عقود الضمان " وهي العقود التي يقصد منها توثيق وضمان الديون و الحقوق المالية لأصحابها، و تأمين الدائن على دينه، وهي : الكفالة و الحوالة، والرهن.

القسم السابع: عقود الحفظ، وهي العقود التي يراد منها حفظ المال لصاحبه، لعقد الإيداع، والحراسة.[1]

وهناك من أضاف قسما ثامنا، وهي عقود التفويض، وهي العقود التي يقصد منها إنابة الغير بالعمل أو العقود و التصرفات كالوكالة، و الوصاية.

وثمة تقسيمات أخرى للعقود باعتبارات مختلفة غير ما ذكرتُ، لن أخوض في تفاصيلها، لأنها معروفة عند المتخصصين في مجال الفقه الإسلامي، وإنما ذكرت ما له صلة مباشرة بموضوع التعليق أوله صلة باعتبار اتصال الأثر بالعقد وعدمه، حيث ينقسم العقد من هذه الجهة و بهذا الإعتبار إلى ثلاثة أقسام :

1- عقود منجزة: وهي كل عقد صدر بصيغة غير معلقة على شرط، و لا مضافة إلى المستقبل. وحكم هذه العقود : ترتب آثارها عليها في الحال ما دامت مستوفية لأركانها و شروطها، كقوله : بِعتك هذه الأرض بكذا، فقال : قَبِلتُ.

والأصل أن كل العقود منجزة إلا الوصية و الإيصاء، لأنهما عقدان مضافان لما بعد الموت.

[1]- انظر القواعد لابن رجب ص 78-250، و المدخل الفقهي العام للزرقا : 644/1، و الفقه الإسلامي و أدلته الزحيلي : 224/4، ونظرية العقد في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها المعاصرة ص 322.

2- عقد مضاف للمستقبل، و هو العقد الذي صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن من المستقبل، ومثاله: أن يقول أَجرتُكَ دَاري لسنةٍ من مطلع الشهر القادم. وكذا قوله : أنتِ طالق غداً، أو بعد غدٍ، أو بعد أسبوع.

وحكم هذا العقد أو التصرف – حيث حكمنا بصحة الإضافة فيه – أن ينعقد في الحال، و لكن لا يوجد أثره إلا في الوقت المحدد في المستقبل الذي أضيف إليه.

3- عقد معلق على شرط. والتعليق – كما سأبيّن لاحقا إن شاء الله تعالى –هو ربط حصول مضمون جملةٍ بحصول مضمون جملة أخرى.

وشرط صحة التعليق كون الشرط المعلَّق عليه معدوما عند العقد على خطر الوجود " أو آيلٌ للوجود أو عدم الوجود". أما التعليق بأمر كائن فهو تنجيز، أما التعليق بالمستحيل فهو باطل.[1]

وثمة أمور سيأتي بيانها لاحقا إن شاء الله تعالى، في الباب الثاني من هذا البحث و ما يندرج تحته من فصول ومباحث في التعليق وما يقتضيه.

[1]- انظر نظرية العقد في الفقه الإسلامي ص 324 – 325. و الأشباه و النظائر لابن نجيم ص 436. وبهامشه نزهة النواظر على الأشباه و النظائر، لخاتمة المحققين محمد أمين بن عابدين (ت 1252 هـ). تحقيق مطيع الحافظ.دار الفكر- دمشق، 1403هـ/1983 م.

الباب الأول :

البيع المعلق :

تعريفه، أدواته،

شروطه وأحكامه،

الفصل الأول :

حقيقة البيع المعلق و الألفاظ ذات الصلة به، وأوجه الفرق بينه وبينها.

المبحث الأول :

تعريف البيع المعلق في اللغة على سبيل الإفراد

البيع المعلق مصطلح مركب من لفظين اثنين: لفظ البيع، ولفظ المعلق. ولإدراك معناهما لابد من تعريفهما على سبيل الإفراد ثم الإضافة. وذلك ما سأقوم به في المطلبين التاليين:

المطلب الأول :حقيقة البيع المعلق في اللغة و الإصطلاح :

المطلب الثاني :الألفاظ ذات الصلة بالبيع المعلق، و الفرق بينه و بينها

المطلب الأول :حقيقة البيع المعلق في اللغة و الإصطلاح:

الفرع الأول: تعريف البيع في اللغة :

البيع في اللغة ضِدّ الشراء، والبيع : الشراء أيضا؛ وهو من الأضداد، قال الله تعالى : { وَشَرَوْهُ بثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ }.[1]

قال الأزهري (ت 370هـ): " قال أبو عبيد: البيع من حروف الأضداد في كلام العرب، يقال : باع فلان إذا اشترى، وباع من غيره ؛ وأنشد قول طرفة :

ويأتِيكَ بالأنْبَاءِ من لَمْ تَبِع لَهُ بَتَاتاً ولَمْ تَضْرِبْ لَهُ وَقْتَ مَوْعِدِ

أراد من لم تشْتَرِ له زاداً".[2]

ويروى عن حذَيفة بن اليمان رضي الله عنه أنه قال حين حضرته الوفاة : " ابتاعوا لِي كَفَناً " أي اشتروه لي. [3]

فيقال : ابتاع الشيء يبتاعه ابتياعاً ؛ إذا باعه. وابتاعه أيضا ابتياعاً إذا اشتراه، مثل باعهُ . والمبتاع يكُون بمعنى البائع وبمعنى المشتري، و المبتاع أيضا يكون بمعنى المبيع وبمعنى المشتري.

---

[1]- سورة يوسف : 20

[2]- تهذيب اللغة للأزهري : 237/3، تحقيق أحمد عبد الحليم البرودي، الدار المصرية للتأليف و الترجمة.

[3]- رواه البيهقي في السنن الكبرى، في كتاب الجنائز، باب من كرِه القصد فيه – يعني الكفن-.

وبالإجمال، فإن البيع والشراء كلمتان من أسماء الأضداد، تستخدم كلٌّ منهما مكان الأخرى، غير أن لغة قريش يُطْلَق البيع فيها على ما خرج من الملك، و الشراء ما دخل في الملك، وهذا المعنى كما قال الدكتور علي أحمد السالوس : " هو الذي استقر في عصرنا "[1]

وجاء في حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير : " لغة قريش استعمال باع إذا أخرج، واشترى إذا أدخل، وهي أفصح، واصطلح عليها العلماء تقريباً للفهم " .[2]

و الأصل في البيع:مبادلة مال بمال [3]، وقيل: هو رغبة المالك عما في يده إلى ما في يد غيره.[4] وقيل : هو إعطاء المثمن وأخذ الثمن.[5]

وبعت الشيء : شريته، أبيعه بيعا ومبيعا، والشيء مبيع ومبيوع، والابتياع : الإشتراء . وتقول : بِيعَ الشيءُ –على ما لم يُسَمَّ فاعله – وقد تُضَمّ باؤه فيقال : بُوع – بقلب الياء واوا -.

والبيّعان : البائع و المشتري. وجمعه : باعة. وكل من البائع والمشتري: بائع وبيِّعٌ. [6]

قال الفيومي: " يطلق على كل واحِدٍ من المتعاقدين أنه بائع، ولكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة "[7]

---

[1]- فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر للدكتور علي أحمد السالوس ص 16، الطبعة الأولى 1435هـ /2014م، دار ابن الجوزي، جمهورية مصر العربية- القاهرة.

[2]- حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير : 12/3.

[3]- انظر المصباح المنير للفيومي، مادة " بيع" .

[4]- الكليات للكفوي، مادة " بيع " .

[5]- المفردات للراغب الأصفهاني ص 155، مادة "بيع"

[6]- تهذيب اللغة للأزهري، مادة " بيع "، والصحاح للجوهري مادة " بيع "، ومعجم مقاييس اللغة مادة " بيع " وتاج العروس للزبيدي مادة " بيع " ولسان العرب مادة " بيع" .

[7]- المصباح المنير مادة "بيع "

والفعل:(باع) يتعدى إلى مفعولين، فتقول : بعت زيداً الدَّارَ، وكثر الاقتصار على الثاني لأنه المقصود بالإسناد وتتم به الفائدة، ويجوز الاقتصار على الأول عند عدم اللبس.[1]

والبيع : اسم المبيع، فيقال : بيع جيد، وجمعه : بيوع . ورجل بيوع : جيّد البيع، وبيَّاع : كثيره.

والبياعات :الأشياء التي يُتَبَايَعُ بها في التجارة .

والبيع مشتق من الباع؛ لأنّ كل واحد من المتعاقدين يَمُدُّ باعه للأخذ والإعطاء. ويحتمل أنّ كل واحد منهما كان يبايع صاحبه، أي يصافحه عند البيع ؛ ولذلك سمّي البيع صفقة.[2]

الفرع الثاني :تعريف التعليق في اللغة

التعليق لغة، من التعلق وهو الاستمساك بالشيء .يقال : " علِق بالشيء عَلَقا و عَلِقَهُ : نَشِبَ فيه ؛ قال جرير :

إذا عَلِقتْ مَخَالِبُه بِقِرْنٍ أصابَ القَلْبَ أو هتَكَ الحجَابَا.

وفي الحديث : فَعَلِقَتِ الأعرابُ بِه أي نَشِبُوا وتعلقوا، وقيل : طَفِقُوا ؛ وقال أبو زبيد:

إذَا عَلِقَتْ قِرْناً خَطَاطيفُ كَفِّهِ رأى الموْتَ رَأْيَ العيْنِ أسْوَدَ أحْمَرَا.

وهو عالِقٌ بِه، أي نَشِبٌ فِيهِ.

[1]- المصدر السابق مادة " بيع "
[2]- فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر ص 15.

وقال اللحياني :" العَلَقُ النُّشوبُ في الشَّيءِ يكون في جبل أو أرض أو ما أشبهها .. و الإعْلاقُ : وقوع الصيد في الحَبْل. يقال : نَصَبَ له فأعلقَهُ. وعَلِق الشيء عَلَقاً، وعلِق بِه علاقةً وعلُوقاً :لزِمَه" . [1]

ومنه قولهم : كل بيع أبقى علاقة فهو باطِلٌ، أي شيئا يتعلق به البائع، والعلاقَةُ – بالفتح – مثلها، ومنه (علاقة الخصومة) وهو القدر الذي يتمسك به.[2]

قال ابن فارس : " العين واللام والقاف أصل كبير صحيح يرجع إلى معنى واحد، وهو أن يُناط الشيء بالشيء العالي. ثم يتسع الكلام فيه، و المرجع كله إلى الأصل الذي ذكرناه.

تقول : علقت الشيء أعلقه تعليقا، وقد عَلِق بِهِ، إذا لزمه.

والقياس واحد."[3]

وفي المعجم الوسيط : " علق الرجل : ألقى زمام الركوبة على عنقها ونزل عنها. وعلق الشيء بالشيء، وعليه : وضعه عليه. يقال : عَلّق الثوب على المشجب و علق بابا على داره : نصَبه و ركّبَه. وعلق أمره : لم يعزمه و لم يتركه. ويقال : علّق القاضي الحكمَ : لم يقطع به. وعلق على البهيمة : علقها العليق. وعَلّقَ على كلام غيره : تعقبه بنقد أو بيان أو تكميل أو تصحيح أو استنباط.

عُلّق فلان امرأة : أحَبَّها.

---

[1]- لسان العرب لابن منظور مادة " بيع "
[2]- المصباح المنير مادة " علق "
[3]- معجم مقاييس اللغة مادة " علق "

تعَلَّق الشوك بالثوب : علِق. وعَلِقَ الوحشُ أو الظَّبْيُ بالحبالةِ وقع فيها و أمسكته. وعلقَ الإبِلِ : أكلت العلقى. وعلق الشيء علّقه وعلق فلانًا، وبه أَحَبَّهُ.." [1]

وخلاصة القول : أن التعليق لغة لفظ مشتق من عَلِقَ، الذي يراد به الإستمساك بالشيء، وإناطة الشيء بالشيء العالي، ووضعه عليه، ونصبه و تركيبه عليه، و عدم القَطْعِ والجزم بالشيء، و اللزوم، والتشبث بالشيء.

المطلب الثاني : تعريف البيع المعلق في الإصطلاح و بيان معناه على سبيل التركيب و الإضافة.

الفرع الأول:تعريف البيع في الإصطلاح :

اختلف الفقهاء في تعريف البيع شرعا، فعرفه الحنفية بأنه مبادلة مال بمال،[2]وبعضهم قيدوه بالتراضي[3]، ولا حاجة إلى هذا القيد ؛لأنه شرط لا ركن.

[1]- المعجم الوسيط تأليف مجموعة من العلماء، مادة "علق" المكتبة الإسلامية، استانبول– تركيا.

[2]- شرح فتح القدير على الهداية لإبن الهمام (ت 861 هـ) 455/4، دار إحياء التراث العربي – بيروت. و البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (ت 970)، وحاشية ابن عابدين (ت 1252 هـ)503/4 المطبوع بهامش البحر الرائق – طبع في كونتة– باكستان، وشرح مجلة الأحكام العدلية لأمين الفتوى ووزير العدالة في الدولة العثمانية على حيدر أفندي : 92/1، تعريب : المحامي فهمي الحسيني، مكتبة النهضة – بيروت.

[3]-كنز الدقائق هامش البحر الرائق : 256/5، شرح فتح القدير : 455/5، حاشية ابن عابدين : 305/4.

قال ابن الهمام : لأن حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي، بل شرط ثبوت حكمه شرعا"[1]

وهذا تعريف لمطلق البيع. ولهذا فإنه يشمل البيع النافذ و الموقوف و الصحيح و الفاسد.[2]

وعرف المالكية البيع اصطلاحا بتعريفين :

الأول : تعريفه بالمعنى العام، و الثاني : تعريفه بالمعنى الخاص.

فأراد بالمعنى العام – كما قال الدكتور عبد الله أوزجان–(ما يشمل البيع المطلق ؛ أي : مبادلة العين بالثمن، و المقايضة، والسلم، و الصرف والمراطلة[3]، و التولية[4]، والشركة، و الإقالة، و الأخذ بالشفعة وهبة الثواب بالعوض)[5].

---

[1]-شرح فتح القدير : 503/4

[2]-النافذ (هو ما صدر ممن له أهليه وولاية على إصداره، و حكمه : ترتب آثاره عليه فور صدوره من غير توقف على إجازة أحد. والنافذ ينقسم إلى لازم وغير لازم : فاللازم هو ما ليس لأحد عاقديه فسخه دون رضا الآخر، و غير اللازم أو الجائز كما يسميه بعض الفقهاء هو ما يمْلِك كلا طرفيه أو أحدهما فقط فسخه دون رضا الآخر.

والموقوف : هو ما صدر من شخص له أهليه التعاقد، من غير أن يكون له ولاية إصداره، لعقد الفضولي، وحكمه : عدم ترتب آثاره عليه إلا بإجازة من يملك إصداره، فإن لم يُجزْ بطل العقد.

و الصحيح : هو ما كان مشروعا بأصله – وأصل عقد البيع : الإيجاب و القبول، ومحل العقد وعاقداه – ووصفه –ووصف عقد البيع ما كان خارجا عن الأركان، كالشروط ومنها كون المبيع مقدور التسليم- . و العقد الصحيح إن و جدت فيه الأركان و الشروط و الوصف المرغوب فيه، ترتبت عليه آثاره، كثبوت ملك المبيع للمشتري و الثمن للبائع، وهذا محل اتفاق عند الفقهاء. و ينقسم هذا البيع عند الحنفية و المالكية إلى نافذ و موقوف؛ - وقد سيق التعريف بهما آنفا-.

و الفاسد – وهو أحد قسمي البيع غير الصحيح عند الحنفية – أما الجمهور (من المالكية و الشافعية و الحنابلة). فالبيع غير الصحيح عندهم هو : العقد الذي لم يستوف أركانه و لا شرائطه، ويرونه قسما واحدا، ولا فرق بين أن يكون الخلل في أركانه أو شروطه أو أوصافه، و لا فرق فيه بين الباطل و الفاسد، و لا يترتب عليه أثر و يأثم فاعله. و أما الحنفية فيقسمون عقد البيع غير الصحيح إلى قسمين :

أ- **البيع الباطل :** و هو ما اختل ركنه أو محله، أو ما لم يشرع بأصله و لا بوصفه، قد لا يكون صحيحا بأصله كبيع الخمر، و كذلك عقد فاقد الأهلية، وهو المجنون و غير المميز. أو أن يكون محل العقد ليس بمال متقوم –و يعبر المالكية و الشافعية عنه بالطهارة و الانتفاع كالخنزير والسمك في الماء، و كالبيع الذي جعل فيه الثمن ليس بمال أصلا كالميتة، وهذا يقتضي بطلان العقد، و عدم وجوده أصلا، وعدم ترتب أي أثر عليه.

ب- **البيع الفاسد :** وهو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه، وهو أن يكون صادرا ممن هو أهل، والمحل قابل للعقد، و الصيغة سليمة، ولكن صاحب ذلك و صف منهي عنه شرعا، كبيع المجهول جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع.. أو أن تكون الجهالة في الثمن، وحكمه ثبوت الملك فيه بالقبض بإذن المالك صراحة، أو دلالة، كأن يقبضه في مجلس العقد أمام البائع، دون أن يعترض عليه أحد، وهو واجب الفسخ شرعا، إما من أحد العاقدين أو من القاضي إذا علم بذلك ؛ لأنه منهِيٌ عنه شرعا. وإمكان الفسخ مشروط ببقاء المعقود عليه على ما كان قبل القبض دون تغير، و عدم تعلق حق الغير به بأن بيع أو وهب) انظر القواعد و الضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد المجيد عبد الله دية، ص 53-54.

[3]-الصرف : بيع أحد النقدين بغير جنسه. و المراطلة بيع ذهب أو فضة بجنسه.

[4]- التولية هي المبادلة بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان. وهو ما يسمى في عرف التجار و الناس في زماننا البيع برأس مال السلعة، وهبة الثواب بالعوض يعني الهبة في نظير عوض دنيوي. وإن لم تكن في نظير عوض دنيوي قيل لها : صدقة وهبة لغير ثواب. انظر بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للصاوي : 2/3-4، دار المعرفة (1398 هـ/1978 م) –بيروت.

[5]-انظر الأجل في عقد البيع للدكتور عبد الله أوزجان ص 28-29، الطبعة الثانية 1433 هـ /2012 م – دار النوادر، سوريا –لبنان – الكويت.

ولهذا عرفوه بأنه "عقد معاوضة على غير منافع و لا متعة لذة "، فأخرجوا بقيد المعاوضة : كل عقد ليس فيه معاوضة : كالهبة بغير العوض، و العارية، والقرض.[1]

وبقيد "على غير منافع" خرج الإجارة و الكراء. وخرج النكاح بقيد " ولا متعة لذة".

و أطلقوه بالمعنى الخاص : على البيع المطلق، فزادوا على التعريف السابق قيودا فقالوا : " ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب و لافضة معين غير العين فيه".[2]

فخرج بقولهم " ذو مكايسة " هبة الثواب، و التولية، و الشركة، و الإقالة، و الأخذ بالشفعة ؛ إذ لا مكايسة ؛ أي : لا مغالبة فيها.

وخرج بقيد "أحد عوضيه غير ذهب و لا فضة" الصرف و المراطلة.

وخرج بقيد " معين غير العين فيه " السلمُ، لأن غير العين في السلم هو المسلم فيه، وهو غير معين، بل دين ثابت في الذمة.

و المراد بالمعين ما ليس في الذمة فيشمل الغائب المبيع بالصفة ونحوه، لا الحاضر.

والمراد بالعين الثمن، و إن لم يكن عينا.[3]

[1]- بلغة السالك لأقرب المسالك : 2/2.
[2]-شرح حدود ابن عرفة : 326/1.
[3]- انظر الفقه المالكي و أدلته للحبيب بن الطاهر : 5/5، الطبعة الأولى : 1430 هـ /2009 م ، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان.

وعرّف الشافعية البيع اصطلاحا بتعريفات عدة، من أهمها ما اختاره الشربيني الخطيب[1] : "بأنه عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد"[2].

و المراد بالمعاوضة : اشتمال عقد على عوض من الجانبين.

المالية : نسبة إلى المال، وهو كل ما يباح الانتفاع به لغير ضرورة، وله قيمة بين الناس. وذلك كبيع عقار بثمن أو بعقار آخر، وبيع منفعة مَمَرٍّ على التأبيد.

وخرج بإضافة العقد إلى المعاوضة : التبرعات ؛ كالهبة والوصية و الصدقة.

وخرج القرض أيضا ؛ لأنه عقد إرفاق و تبرع ابتداء، ولا يسمى معاوضة عرفا. و إن كان معاوضة في الإنتهاء.

وخرج كذلك عقد النكاح؛ لأن الزوج لا يملك منفعة البضع، بل يملك الانتفاع به.

وخرج بقيد الملك: عقد الخلع و الصلح عن دم العمد؛ لأن الزوجة في الخلع لا تملك شيئا، بل ترفع قيد الزواج عنها.

والجاني في الصلح لا يملك شيئا، بل يسقط القصاص عنه.

وخرج بقوله : أو منفعة على التأبيد : عقد الإجارة ؛ لأنه عقد مؤقت على منفعة.[3]

[1]- الشربيني الخطيب هو : محمد بن أحمد الشربيني، فقيه شافعي، مفسر، توفي سنة 977 هـ، و له : "السراج المنير" في التفسير، و "مغني المحتاج في شرح منهاج الطلبين"، و "مناسك الحج" في الفقه.

[2]- مغني المحتاج :3/2. مطبعة مصطفى البابي الحلبي، (1377 هـ/ 1958 م).

[3]- انظر الأجل في عقد البيع ص 31.

وعرف الحنابلة البيع شرعا، بأنه "مبادلة مال ولو في الذمة، أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأبيد غير ربا و قرض".[1]

المبادلة : جعل الشيء في مقابلة الآخر، و هو بصيغة المفاعلة ؛ لأن البيع لا يكون إلا بين اثنين حقيقة أو حكما ؛ كتولي شخص طرفي العقد.

قولهم في التعريف : " ولو في الذمة " لإدخال الدّيْنِ في المال ؛ أي : سواء كانت المبادلة عينا بعين، أو ديْنًا بدَيْنٍإذا قبضهما قبل التفرق، أو عين بدين، أو بالعكس.

قولهم : " أو منفعة" كممر الدار بمثل أحدهما لإدخال بيع المنفعة بالمنفعة، و المنفعة بعين ؛ كبيع منفعة مَمَرّ دار بنقد، كما دخل العكس.

ولما كان هذا التعميم تدخل فيه الإجارة؛ لأنها بيع منفعة بأجرة، قالوا : " على التأبيد " ؛ لإخراجها.

وقولهم في التعريف:"غير ربا وقرض " خرج به القرض ؛ لأنه إن كان مبادلة مال بمال لكنه في الواقع تبرع ابتداء، و الإرفاق هو المقصود الأعظم منه.

أما الربا : فقد أخرجوه بالنص عليه ؛ لأنه مال محرم.

وخلاصة القول، فإنه بالنظر في كلام فقهاء المذاهب عامة حول تعريف البيع اصطلاحا، يظهر جَلِيًّا أنهم اتفقوا على إدخال (البيع

[1]- كشاف القناع عن متن الإقناع : 146/3.

المـطلـق و الـرف و المـقـايضة و السـَّلَـم و المـرابـحة و التولية و الوضيعة[1] والشركة في التعريف، وكذلك الأخذ بالشفعة ؛ لأنه بيع بقضاء القاضي.

واتفقوا- أيضا – على إخراج عقد الزواج و الخلع و الصلح عن دم العمد، والإجارة، وعقود التبرعات ؛مثل القرض و الإعارة، والهبة بلا عوض ؛ مثل الصدقة والهدية.

واختلفوا في إخراج الإقالة [2] لأنها بيع عند المالكية [3]و أبي يوسف من الحنفية [4]ورواية عن أحـمد [5].

وقال الجمهور : الإقالة فسخ لا بيع.[6]

واختلفوا كذلك في إخراج الهبة بشرط العوض :

فقال الحنفية :هبة ابتداء، بيع انتهاء. وفي الابتداء يراعى شروط الهبة، وفي الانتهاء يثبت أحكام البيع.[7]

أما عند الجمهور فهي بيع [8] ؛ لأن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ و المباني)[9]

[1]- الوضيعة – أو بيع الوضيعة – هو المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه. ويُسمّى هذا في عرف التجار و الناس في زماننا البيع بالخسارة، وهو البيع بأقل من رأس مال السلعة .ويطلق عليه أيضا " بيع الحطيطة" . وبيع المقايضة هو بيع العين بالعين والسلعة بالسلعة. وبيع المرابحة هو مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح.

[2]-الإقالة في اللغة : تعني الرفع والإزالة، ومن ذلك قولهم : أقال الله عثرته ؛ أي رفَعَه من سقوطه. ومن ذلك الإقالة في البيع، لأنها رفع للعقد ونقض وإبطال. ولذلك عرّفت في الاصطلاح الفقهي بأنها : " رفع العقد، وإلغاء حكمه و آثاره بتراصي الطرفين." انظر معجم المصطلحات المالية و الاقتصادية في لغة الفقهاء ص 71-72 للدكتور نزيه حماد.

[3]- بلغة السالك لأقرب المسالك : 75/2، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 155/3 دار الفكر.

[4]- البحر الرائق : 102/6.

[5]- الشرح الكبير مع المغني لابن قدامة المقدسي : 121/4، دار الكتاب العربي، (1392هـ / 1972م) بيروت – لبنان .

[6]- البحر الرائق : 102/6، كشاف القناع : 3/ 248، والأشباه والنظائر للسيوطي ص 313، دار إحياء الكتب العربية.

[7]- شرح مجمع الأنهر المسمى مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر للشيخ عبد الرحمان بن محمد شيخ زادة، المعروف بداماد أفندي (ت 1078 هـ) : 364/2، دار إحياء التراث العربي – بيروت والهداية : 229/3.

[8]- الروض المربع ص 241، ومغني المحتاج : 405/2، وحاشية الدسوقي : 2/3، وبلغة السالك لأقرب المسالك : 312/2.

[9]- انظر الأجل في عقد البيع ص 33-34.

وتأسيسا على ما سبق ذكره، فإن الذي يترجح عندي أن البيع : هو مبادلة مال بمال تمليكا وتملكا، وهو ما ذهب إليه ابن قدامة المقدسي في كتابه (المغني) في تعريف البيع شرعاً[1]، هو جامع لما ذكر في التعاريف السّابقة، ولهذا المعنى الاصطلاحي صلة بالمعنى اللغوي الذي يعني مطلق المبادلة، ومدّ اليد لصاحبه ليسلمه المبيع أو المثمن. وهذا هو تعريف البيع مطلقا كما قال الدكتور عبد المجيد عبد الله دية.[2]

الفرع الثاني: تعريف التعليق في الاصطلاح :

التعليق في اصطلاح الفقهاء هو " ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى "[3]

وقال بعض الفقهاء :"التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد بإن أو إحدى أخواتها "[4]

و عرفه البعض بأنه ما دخل على أصل الفعل فيه بأداته كإن، و إذا، مثل أن يقول بائع : " إذا وصلت سيارتي الجديدة البلد بعتك سيارتي القديمة، فمثل هذه الصيغة لا ينعقد بها البيع و ذلك للتردد و عدم الجزم فلا يدري البائع و لا المشتري بهذه الصيغة ما إذا كان البيع قد تم أو لم يتم.

[1]- انظر المغني مع الشرح الكبير : 2/4.
[2]- انظر القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع ص 44.
[3]- الأشباه والنظائر لابن نجيم (ت 970 هـ) ص 367، و الكليات لأبي البقاء الكفوي (ت 1094 هـ) ص 212. ومستجدات المعاملات المالية للدكتور عجيل جاسم النشمي : 413/3، الطبعة الأولى : 1437هـ/ 2016م، دار الضياء للنشر و التوزيع، الكويت.
[4]- حاشية ابن عابدين : 5/ 240.

ومعنى "ربط " الواردة في التعريف الأول هو الربط المعنوي، و قوله : " حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى" فالمراد بالجملة الأولـ جملة الجزاء، أما الجملة الثانية فهي جملة الشرط، فالمضمون ما تضمنته الجملة في المعنى.

الفرع الثالث : تعريف البيع المعلق باعتبار التركيب والإضافة :

البيع المعلق هو بيع علق وجوده على وجود أمر آخر ممكن الحصول بإحدى أدوات التعليق نحو "إن" و "إذا" و "متى" ونحوها مثل أن يقول شخص لآخر: بعتك داري هذه بكذا إن باع لي فلان داره، أو إن جاء والدي من السفر مثلا[1].

يقول الشيخ الضرير : "يذكر بعض الفقهاء في التعريف عبارة (على خطر الوجود، أو محتمل الوجود) بعد أمر، و بعضهم لا يذكرها في التعريف، و لكنه يجعلها شرطا للتعليق الحقيقي وكلا المسلكين لا يتفق في نظري مع المعنى الإصطلاحي للتعليق، فإن الذي يفهم من عبارات أكثر الفقهاء، أن المدار في التعليق، أن يكون المعلق عليه أمرا غير موجود وقت التعليق، و لكنه ممكن الوجود، و أن يربط بين حصول المعلق و المعلق عليه بأداة من أدوات التعليق"[2]

[1]- الفقه الإسلامي و أدلتهه، وهبة الزحيلي الطبعة الرابعة المنقحة

[2]-الغرر و أثره في العقود في الفقه الإسلامي، د. الصديق محمد الأمين الضريرالطبعة الثانية1416 -1995 ص 158.

ولهذا فقد ذهب العلماء إلى أن البيع المعلق يمكن أن يتخذ صورا ثلاثا فصلها البروفسور الصديق محمد الأمين الضرير على الشكل التالي :

الصورة الأولى :

إذا كان المعلق عليه موجودا وقت التعليق، فإن العقد في هذه الحالة يكون منجزا في حقيقته، مثاله، أن يقول شخص لآخر : إن كان فلان باع لك داره بألف، فقد بعتك داري بألف، ويقبل الآخر، ثم يتبين أن فلانا باع للمشتري داره بألف.

الصورة الثانية :

إذا كان التعليق على مشيئة الطرف الآخر، كما إذا قال شخص لأخر : بعتك هذه الدار بألف إن شئت، فإن هذا العقد في حكم المنجز، لأن عقد البيع لا يوجد إلا بالقبول، و القبول إظهار لمشيئة العاقد الآخر، فكأن العقد في الحقيقة معلق دائما على هذه المشيئة- فذكرها و عدمه سيان.

الصورة الثالثة :

إذا كان المعلق عليه أمرا مستحيل الحصول، كما إذا قال شخص لآخر : إن سقطت السماء فقد بعتك هذه الدار بألف، فإن الغرض من هذا التعليق بيان استحالة البيع.[1]

[1]- المدخل للفقه الإسلامي للإستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص 615-618، و أحكام المعاملات الشرعية للإستاذ علي الخفيف ص 257-258، و ابن عابدين 4 : 307، و الفروق للقرافي/ الفرق الخامس و الأربعون، و المجموع 9 : 340، 342.

و خلاصة القول : يمكن للبيع المعلق أن يكون حقيقيا و هو عندما يكون منجزا بتحقق و جود المعلق عليه وقت التعليق أو في حكم المنجز إذا ارتبط بمشيئة العاقد الآخر (القبول) و إما أن يكون صوريا و ذلك إذا كان المعلق عليه أمرا مستحيل الحصول مما يعني استحالة البيع.

المبحث الثاني

الألفاظ ذات الصلة بالبيع المعلق و أوجه الفرق بينه وبينها

المطلب الأول : الألفاظ ذات الصلة بالبيع المعلق:

الفرع الأول: العقد المضاف

الإضافة تأتي في اللغة بمعنى الإسناد[1]، و في اصطلاح الفقهاء هو العقد الذي لم ينعقد حالا، و إنما أضيف انعقاده إلى وقت لاحق في زمن المستقبل ومثاله أن يقول شخص لأخر : بعتك داري هذه بكذا من أول الشهر القادم، فيقول له : قبلت، أو أن يقول أحدهم : استأجرت هذه الـــدار من فلان و بداية إيجارها من الشهر السابع من هذا العام فقد حدد الوقت الذي أضيف إليه العقد، و هذا الوقت لم يأت بعد و الذي يؤخذ من ظاهر الأمثلة التي يذكرها الفقهاء للعقد المضاف، أن المضاف إليه لابد أن يكون محقق الوقوع و الحصول و هو الغالب و قد يكون محتمل الحصول، و بذلك لا يترتب عليه أثره في الحال و إنما يتأخر إلى مجيء الوقت الذي أضيف إليه وهذا يقع في الأثمان وفي المثمونات.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن العقود في قبولها للإضافة تنقسم إلى ثلاثة أنواع[2]:

النوع الأول: عقود لا تقبل الإضافة أصلاً كالنكاح والبيع، فلا يحل أن يقول: نكحت هذه المرأة على أن يكون النكاح ساري المفعول ابتداءً من شهر رمضان أو من شهر شوال مثلاً فهذا لا يجوز؛ لأن النكاح لا بد أن يكون ناجزاً يترتب عليه أثره، ولا يحل فيه التأجيل ولا الإضافة، وكذلك البيع فإنه لا

[1]- المعجم الوسيط : تعني ضم كلمة إلى أخرى على و جه يفيد معنى تاما.
[2]- الدروس الصوتية للشيخ محمد الحسن الدود الشنقيطي

يكون مضافاً؛ لأن إضافته تقتضي عدم ترتب أثره عليه، وهو من العقود التي يترتب عليها أثرها، فلا يجوز إضافته إلى وقت محدد، فلا يجوز أن يقال: بعتك هذه الدار على أن يكون ابتداء ملكك لها في الشهر السابع مثلاً، فهذا النوع لا يجوز؛ لأنه إضافة عقد من العقود التي الأصل فيها أن تكون ناجزة.

النوع الثاني: العقــود التي تضاف دائماً ولا تتصور إلا مضافةً فهذا منه التدبير، وهو العتق عن دبر من الإنسان، ومنه الوصية والإيصاء، فالوصية أن يوصي الإنسان بثلث مالـــه بعد موته لفلان أو لجهة معينة من جهات البر للفقراء، أو للمساكين، أو للمسجد، أو للمجاهدين، أو لطلبة العلم، فهذا النوع لا يتصور إلا مضافاً أصلاً؛ ولذلك يحل للإنسان تغييره والرجوع عنه مدة حياته، فإذا أوصى وصيةً فله الحق في تعديلها والرجوع عنها مدة حياته، حتى لو كان في آخر رمق وكان قد أصيب بمرض مخوف يحجر على صاحبه فيجوز له تغيير وصيته والرجوع عنها.

وكذلك من الإيصاء: وهو أن يوصي فلاناً من الناس في أولاده بتزويج بناته، والحجر على الصغار من أولاده فهذا الإيصاء دائماً مضاف؛ لأنه لا يقع إلا بعد موته، فهو ليس مثل الوكالة كالوكالة في التصرف في حياته، بل هو عقد يتعلق بموته، فابتداء أثره إنما يكون من موت الموصي، فإذا مات استمر العقد وكان الموصى إليه ولياً لأولئك اليتامى، أما في حياة أبيهم فليس له ولاية عليهم شرعاً.

أما النوع الثالث : العقود التي هي ملازمة للإضافة مثل عقد الكتابة، وهو: شراء الرقيق المكاتب[1] لنفسه من سيده على أقساط يدفعها وهي نجوم الكتابة، فقد أمر الله به في كتابه فقال :{ **وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ** }[سلطان][2]، وهذا العقد لا يتصور كذلك إلا متأخراً؛ لأن النبي ﷺ قال: " المكاتب عبد ما بقي عليه درهم "[3]، فإنما تتم حريته عند تمام دفعه للأقساط والنجوم المترتبة عليه.

الفرع الثاني: التقييد بالشرط:

الشرط كما سبقت الإشارة إلى ذلك يراد به الإلزام والالتزام، والعلامة، والربط، والشد، والتوثيق، والأثر، وفي الإصطلاح عرف بتعريفات مختلفة منها أنه: " ما وقف وجود حكمه عليه مما هو خارج عنه " كالوضوء بالنسبة للصلاة، فهو أمر خارج عن الصلاة ولا يقتضي من وجوده وجود الصلاة، فقد يكون الإنسان على طهارة ووقت الصلاة لم يدخل، ولكنها متوقفة عليه ولا تصح إلا به، فإذا لم يوجد الوضوء، لم توجد الصلاة.

فالشرط إذن إلزام الشيء والتزامه، وهو شرعي، أو جعلي:

---

[1]-المكاتَبُ هو العَبدُ المَملوك، الذي يتَعاقَدُ معَ سيّدِه على قدرٍ ما يؤدّيه مِن المالِ؛ لِيُصبِحَ حرًّا، ولا يُغْني عن المُكاتَبِ كَثْرةُ ما أدَّى حتَّى يوفِّيَ بكامِلِ ما علَيه مِن مالٍ لسيّدِه، وفي هذا الحديثِ يُخبِرُ النَّبيُّ صلَّى اللهُ علَيه وسلَّم "أنَّ المُكاتَبَ"، أي: الَّذي تَعاقَدَ على عِتْقِه، "عبدٌ"، أي: ما زال فيالعُبوديَّةِ حقيقةً وحُكمًا، "ما بَقِي عليه مِن مُكاتَبَتِه"، أي: في عَقدِه الَّذي لِسَيّدِه، "دِرهَمٌ"؛ إشارةً إلى أنَّه لا يُغْني عنه كَثْرةُ ما أدَّى لسيّدِه حتَّى يُؤدِّيَ ما عليه كامِلًا.

[2]- سورة النور : 33

[3]-أخرجه أبو داود (3926)، والطحاوي في ((شرح معاني الآثار)) (4712) باختلاف يسير، والبيهقي (22160) واللفظ له.

فالأول: ما يتوقف عليه و جود الشيء في الواقع، أو بحكم الشارع، و لا يصح الحكم بدونه، كما في المثال السابق.

أما الثاني : وهو مجال بحثنا هنا – و يطلق عليه الشرط اللغوي، نظرا لما احتوى عليه من الشرط و الجزاء، كما يطلق عليه الشرط الجعلي ؛ لأن المكلف هو الذي جعله شرطا و قيد قيام العقد عليه، و يسمى العقد المعلق على شرط عقدا معلقا[1].

إذا قال شخص لشخص آخر : إن جاءت سيارتي الفلانية اليوم من سفرها، فقد بعتكها بكذا، و رضي المخاطب، فإنه بحسي اتفاق الطرفين لم يرد صاحب السيارة أن يكون بائعا للسيارة منذ تعليق العقد قبل مجيئها في ذلك اليوم، و كذلك لا يعده أحد بائعا بإنشاء هذا التعليق، لا سيما أن السيارة ربما لا تحضر في الزمن المعين فلا يتحقق الشرط الذي علق عليه البيع[2] إذن فهو أمر يعتبره المكلف و يعلق عليه تصرفا من تصرفاته.

ومثال الشرط كذلك : لو قال المشتري لصاحب السيارة: اشتريت منك هذه السيارة بكذا، و اشترط أن يعلمه سياقتها، ثم رضي الآخر، يكونان متبايعين فعلا بهذا التعاقد، و يعد البيع منجزا، ويصير البائع ملتزما بتعليمه السياقة ومكلفا بتنفيذ التزامه[3]

و في الإجمال يمكن أن نميز شرط التعليق بالخصائص التالية :

[1]- نظرية الشرط في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقاربة بالقوانين للدكتور حسن علي الشاذلي، ص 59مطبعة دار إشبيليا.
[2]- التعليق و أثره في التصرفات دراسة مقارنة، إعداد الدكتور ذياب عبد الكريم عقل ص 251 1429 هـ 2009 م مطبعة دار النفائس- الأردن
[3]- المدخل الفقهي العام 550/1.

1- أنه أمر زائد عن أصل التصرفات :فالشرط المقترن بالعقد أمر زائد عن أصل التصرف أو العقد. قال الزركشي : " الشرط ما جزم فيه بالأصل –أي أصل التصرف – وشرط فيه أمرا آخر."[1] فمثلا إذا قال شخص لآخر : بعتك هذه السيارة بألف دينار إلى سنة على أن تعطيني رهنا أو كفيلا، فقبل الآخر؛ فالرهن أو الكفيل التزام زائد عن عقد البيع ، لأنه ينعقد بدون هذا الشرط و لا يتوقف و جوده في ذاته على هذا الشرط و بهذا يختلف الشرط المقترن بالعقد عن الشرط التعليقي.

2- التزام زائد عن مقتضى العقد :

الشرط المقترن بالعقد زائد على آثار العقد أو مقتضاه مثل أن يقول شخص لآخر : اشتريت منك هذه البضاعة على أن تحملها إلى بلدي ؛ فإن حمل البضاعة إلى بلد آخر التزام زائد على مقتضى العقد، و المتمثل في تسليم البضاعة للمشتري. وهو بذلك يختلف عن الشرط الذي يؤكد مقتضى العقد، و الشرط الذي يؤخر آثار العقد إلى زمن معين و هو الذي يسمى بالشرط الإضافي

إذن فالشرط المؤكد لمقتضى العقد مثل اشتراط تسليم المبيع على البائع و اشتراط تسليم الثمن على المشتري فهذا متحقق بنفس العقد و لا يحتاج إلى اشتراط و لا يدخل في الشروط المقترنة بالعقد أي أن العقد إذا استوفى شرعا لأركانه و شروطه المعتبرة ترتبت عليه آثاره فورا

[1]- المنثور في القواعد للزركشي (380/1)

بمعنى أن الآثار تثبت بمطلق العقد بحكم الشرع و لا يوجب التزاما زائدا عن مقتضى العقد[1]فالإشتراط في هذه الحالة هو من بابا المجاز لا الحقيقة.

و أما الشرط الإضافي فهو تأخير حكم التصرف القولي المنشأ إلى زمن مستقبل معين.فلو قال أحدهم لآخر : أجرتك هذه الدار سنة بألف دينار من أول الشهر القادم، فهذا شرط إضافي[2] لا يوجب التزاما زائدا عن مقتضى العقد غير أنه يؤخر سريان آثار العقد إلى زمن مستقبل معلوم.

[1]- نظرية الشرط في الفقه الإسلامي لحسن الشادلي ص 172
[2]-المدخل الفقهي العام للزرقا 507/1

المطلب الثاني : أوجه الفرق بين البيع المعلق و بين الألفاظ ذات الصلة به

الفرع الأول: الفرق بين البيع المعلق والبيع المضاف

العقد المعلق لا ينعقد إلا حين وجود الشرط المعلق عليه[1] فالتعليق يمنع انعقاد العقد في الحال و يجعله متأخرا إلى و جود الشرط المعلق عليه، فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه. ومعنى ذلك أنه لا يعد موجودا إنما هو معلق على و جود الشرط، و الشرط قد يوجد و قد لا يوجد و بذلك فوجوده او زواله مترتب على أمر مستقبل غير محقق الوقوع

أما البيع المضاف فهو ما أضيف فيه الإيجاب إلى زمن المستقبل، فيكون نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع فالمضاف إليه – الأجل- لا بد أن يكون :

أمرا مستقبلا فإذا كان الأجل أمرا قد تم في الماضي فإن الإلتزام يكون منجزا لا مقترنا بأجل، مثل ان يحدد الملتزم أجلا لتنفيذ التزامه موت شخص معين و يكون هذا الشخص قد مات قبل ذلك دون أن يعلم الملتزم.[2]

[1]- الفقه الإسلامي و أدلتهللزحيلي، ج 4 ص 3101

[2]-الغرر و اثره في العقود في الفقه الإسلامي الصديق محمد الأمين الضرير الطبعة الثانية1995/1416 ص 171

الفرع الثاني: الفرق بين البيع المعلق والشرط

إن الشرط في التعليق يعمل في أصل التصرف لا في آثاره فإذا كان العقد معلقا بشرط، كان العقد منتج لجميع آثاره كأن لم يكن معلقا على شيء، وينقضي عمل الشرط حينئذ؛ بمعنى أن الشرط المعلق يقصر عمله على المرحلة التي تبدأ بصيغة العقد، و تنتهي بتحقق الشرط، حتى إذا تحقق كان القيد منتجا لآثاره جميعها.

أما الشرط المقيد: إنما يعمل في أثر العقد وحكمه لا في أصله، فإذا كان العقد مقيد بشرط، كان عمل الشرط مقصورا على المرحلة التي تلي تمام العقد، و هي أحكامه و آثاره حيث يتم تقييدها أو تأكيدها فمثلا لو قال رجل لآخر بعتك هذه السيارة إن رضي أبي؛ فقد تعلق و جود البيع و انعقاده على وجود رضا الأب، فإذا وجد الرضا تحقق البيع و انتهى عمل الشرط.[1]

وقد فرق الزركشي في قواعده بين التعليق والشرط فقال: " أن التعليق داخل على أصل الفعل بأداته ك (إن وإذا) والشرط ما جزم فيه بالأصل، أي أصل الفعل وشرط فيه أمر آخر، فإن شئت فقل في الفرق، إن التعليق ترتيب أمر لم يوجد، على أمر يوجد ب (إن) أو إحدى أخواتها، والشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة.[2]

[1]-نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة و القانون (33-34)- نظرية الشرط (55-56)
[2]- غمز عيون البصائر شرح الأشباه و النظائر(4-41)

الفصل الثاني

أدوات التعليق

و

شروطه و أحكامه

المبحث الأول :

أدوات التعليق و شروطه

المطلب الأول : أدوات التعليق ومعانيها

الفرع الأول: بعض أدوات التعليق:

يصح التعليق بكل أداة شرط الدالة على ربط أمر بحصول أمر آخر مثل : إن، و إذا، ومتى، و كلما ، ومن ، و مهما، وما، وحيث، و أين، و أينما، و أنى؛ لأن الأمر المعلق عليه أفعال و تصرفات قابلة التحقق و هذه الأدوات الشرطية هي التي تدخل على الجملة الفعلية فتجعل وقوع الحدث الذي تضمنه شرط الوقوع الأمر المعلق المشروط[1].

وكل أداة الشرط مع (لم) للفور، إلا مع نية تراخ، أو قرينة تدل على التراخي، إلا (إن) فهي للتراخي ولو اقترنت ب (لم)، مع عدم نية فور أو قرينة؛ لأنها متمحضة للشرط والتعليق، وليس فيها معنى الوقت، بخلاف غيرها، فإنها تستعمل في الشرط وغيره، أما مع نية الفور أو قرينة فهي للفور.[2]

مثال: (إن): أن يقول شخص: إن سافرت إلى الخارج فقد وكلتك في بيع داري، فقد علق المكلف في هذا المثال بفعله وإرادته الوكالة على سفره للخارج، وهو أمر اعتبره وعلق على حدوثه صدور العقد الذي أراده، مستعملا في ذلك أداة الشرط "إن"، فإذا حدث هذا الأمر الذي اعتبره وهو سفره إلى الخارج، تمت الوكالة للشخص في بيع هذا الدار.

---

[1]- حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، محمد بن عبد الله الخرشي ت(1101 هـ) 467/4 تحقيق زكرياءعميرات، ط 1417 هـ/1997 م، دار الكتب العلمية بيروت، مطالب أولي النهى، الرحيباني 401/5

[2]-مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، تأليف ابي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب ت(954 هـ)254/4، ضبط وتصحيح زكرياءعميرات، عالم الكتب العلمية بدون تاريخ . مغني المحتاج للشربيني316/1.

وهذا السفر في ذاته أمر خارج عن عقد الوكالة، ليس له تأثير بذاته في وجود هذا العقد أو عدمه، وإنما هو محض واقعة اعتبرها المتصرف وعلق عليها تصرفه بإرادته واختياره. فإن تحققت هذه الواقعة وجد العقد المعلق عليها، وإلا لم يوجد؛ إذ أن الوكالة يمكن أن توجد بدون هذا الشرط.

وقد يكون التعليف بدلالة كلمة الشرط مثل أن يدل الكلام على التعليق دلالة كلمة الشرط، كقوله المكافأة التي أنالها هذا العام صدقة على الفقراء، فقد علق الحكم هنا (وهو الصدقة) على نيل المكافأة هذا العام، و ترتب الحكم على الوصف تعليق له بهذا الوصف كالشرط، كأنه قال : إن نلت مكافأة في هذا العام فهي صدقة على الفقراء.

حينئذ فالتعليق يكون بأداة من أدوات الشرط، أو ما يقوم مقامها مما يدل على ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى.[1]

الفرع الثاني: معاني أدوات التعليق "إن"، "إذا" و"متى"

أولا : (إن) الشرطية هي أم أدوات الشرط الجازمة[2] لوجهين :

الأول :أنها حرف وغيرها من أدواته اسم و الأصل في إفادة المعاني الحروف .

الثاني: أنها تستعمل في جميع صور الشرط و غيرها يخص بعض المواضع، و "إن" مفردة تصلح للجميع.

---

[1]-نظرية الشرط في الفقه الإسلامي للشاذلي ص 60

2-العكبري،)(1995الأنصاري، د.ت)

إن الشرطية وهو حرف يجزم فعلين كقوله تعالى [1]: **{وإن تبدوا ما في أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله}**. الفعلين هما : تبدوا، يحاسبكم.

واختلف الأولون في الجازم لفعل الشرط وجوابه، على أربعة أقوال[2]:

القول الأول: قال البصريون (إن) هي الجازمة لهما .وحجتهم: أن (إن) تقتضي الفعلين فعملت فيهما كالابتداء، مثل (كان)، و(إن)، و(ظننت) .

القول الثاني: وقال بعضهم (إن) تجزم الأول، ثم تجزمان الجواب. وحجتهم: بأن (إن) ضعيفة فلا تعمل في شيئين، فتقوى بالثاني كما ذكرنا في عامل الخبر .

القول الثالث: وقال بعضهم (إن) تجزم الأول، ثم يجزم الأول الجواب. وحجتهم: بأن الفعل الأول يقتضي الثاني فعمل فيه

.القول الرابع: وقال الكوفيون (إن) تجزم الأول، و ينجزم الجواب على الجوار. وحجتهم: بأن الحرف ليس في قوته العمل في الفعلين، والفعل لا يعمل في الفعل، فتعين أن يكون على الجوار لما فيه من مشاكلة للأول.

الترجيح: الراجح هو القول الأول، وهو كون(إن) تجزم الفعلين، وتعمل فيهما، وذلك لقوة حجتهم، كما أن حجتهم لم يعترض عليها بخلاف أدلة بقية الأقوال.

ثانيا :معاني أداة الشرط(إذا):

[1]- اسورة البقرة : 184
[2]-العكبري، 1995

لا يجازى بـ (إذا) في حالة الاختيار، لاستعمالها، في أمور حدوثها أمر واقع، كقولك: (إذا احمر البسر- مرحلة من المراحل التي تمر بها ثمرة النخيل (الرازي، د.ت) – تأتين(فاحمرار البسر أمر واقع لا محالة، و(إذا) وقتها معين في الأشياء التي تضاف إليها، وباب الشرط مختص بما كانً ة. لوقوعه وكينونته، وتستعمل للجزم في الشعر خاصة.

تعد (إذا) مثل بقية أدوات الشرط، من حاجتها لجملة شرطية، وجملة أخرى جوابية، خاصة الدلالة الزمنية، سواء أكانت(إذا) جازمة أم غير جازمة. وهي شبيهة بـ(إن) الشرطية في دخولها على الأسماء، لكن الحقيقة أن كلاً من(إن) و(إذا) لأن أدوات الشرط لا تدخل إلا على فعل ظاهر أو مقدر.

ثالثا :معاني أداة الشرط(متى):

وضعت (متى) للدلالة على الزمان ثم ضمن معنى الشرط، كقول الشاعر) :

ولست بحلال التلاع مخافة... ولكن متى يسترفد القوم أرفد

و(متى): اسم شرط باتفاق النحاة، مثاله: (متى تلتفت إلى واجبك تنل رضا ربك)، وقول الشاعر: (أنا ابن جلا وطلاع الثنايا... متىِ أضع العمامة تعرفوني). (وهي تجزم فعلين. (متى :(اسم شرط جازم يجزم فعلين، وهو ظرف زمان مبني على السكون في محل نصب بقوله(تعرفوني). (أضع): فعل مضارع فعل الشرط مجزوم بمتى، وعلامة جزمه السكون، وحرك بالكسر للتخلص من التقاء الساكنين، والفاعل ضمير مستترً تقديره أنا.(العمامة): مفعول به لأضع، منصوب فيه وجوبا وعلامة نصبه الفتحة الظاهرة.(تعرفوني): فعل مضارع جواب الشرط وجزاؤه مجزوم بمتى، وعلامة جزمه

حذف النون، وواو الجماعة فاعله مبني على السكون في محل رفع، والنون هي نون الوقاية، وياء المتكلم مفعول به مبني على السكون في محل نصب.

المطلب الثاني :شروط التعليق عند الفقهاء :

الفرع الأول: شروط الصيغة :

اشترط الفقهاء لصحة الصيغة في التعليق الأمور التالية :

1- **نية التعليق :**

فلا يصح التعليق إلا بنية المعلق؛ لأنها شرط في جميع الأعمال، لقوله عزوجل :**{وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ وَذَلِكَ دِينُ الْقَيِّمَةِ }**[1]

وقول رسول الله صلى الله عليه و سلم : " إنما الأعمال بالنيات .."[2]

2- **وجود رابط كالفاء و نحوها :**

يشترط في صيغة التعليق و جود رابط يربط بين جملة الشرط و جملة الجزاء، و غالبا ما يستخدم حرف الفاء. و تدخل الفاء على جملة جواب الشرط – جملة الجزاء -، و لايشترط وجود الفاء عندما تتقدم جملة الجزاء – جواب الشرط-كقول شخص لأخر إن رضي أبي فسأبيعك الدار حيث إذا تقدمت جملة جواب الشرط تحذف الفاء : سأبيعك الدار إن رضي أبي.[3]

---

[1]- سورة البينة : 5

[2]- أخرجه البخاري (54)، ومسلم (1907) باختلاف يسير

[3]-الفروق للقرافي

و فـــي حال تقدم جملة الشرط على جملة الجزاء، و حـــذف الفاء من جملة الجزاء- يقع للحـــال، و لايحصل التعليق إلا إذا نوى التعليق. و بالتالي يجوز حذف الفاء إذا نوى التعليق.[1]

3- **أن تكون الصيغة بلفظين**: بحيث يوضعا للماضي، أو يوضع أحدهما للماضي والآخر للمستقبل.

فمثال الأول:أن يقول الطرف العاقد الأول لطرف آخر: بعتك داري القديمة.

ويقول الطرف الآخر في المقابل: قبلت.

ومثال الثاني: أن يقول الشخص العاقد الأول: أبيعك داري، فيقول له الثاني: قبلت.

وإنما اشترط الفقهاء ذلك، لأن تحقق الرضا من الطرفين وتوافق إرادتهما هو الركن الحقيقي للعقود بصفة عامة ولعقود المعاوضات على وجه الخصوص.

4- **و من شروط الصيغة كذلك أن تدل دلالة قطعية على حصول الرضا وتحققه** فعلا وقت العقد. والصيغة التي استعملها الشارع لإنشاء العقود هي صيغة الماضي، لأن دلالتها على حصول الرضا من الطرفين قطعية، ولا تحتمل أي معنى آخر بخلاف الصيغ الدالة على الحال أو الاستقبال، فإنها لا تدل قطعا على حصول الرضا وقت التكلم. فلو قال أحدهما:أبيعك أرضي، وقال الأخر: أقبل.

[1]- التعليق و آثاره في التصرفات، عبد الكريم عقل ص 47

فإن الصيغة منهما لا ينعقد بها البيع، لاحتمال أن يكون المراد من هذه الألفاظ مجرد الوعد. والوعد بالبيع مستقبلا ليس عقدا له في الحال، ولو قال شخص: بعني دارك، فقال الأخر: بعتها لك، انعقد البيع، لأن صيغة بعني دالة على معنى التحقق، والعقد يصح أن يتولاه واحد عن الطرفين.

فإذا قال المشتري: بعني، وقال الطرف الآخر: قبلت.

كان مؤدى ذلك أن الأول عبر عن رغبة في اقتناء الشيء الثاني، والثاني أنشأ العقد عن الطرفين بعبارته.

5- **اشتراط التنجيز في العقد:**

كما اشترط الفقهاء أن تكون الصيغة منجزة[1]: أي أن الصيغة التي يعقد بها العقد يجب أن تكون مطلقة غير مقيدة بأي قيد من القيود، مثل أن يقول الرجل للأخر: بعتك داري، فيقول الطرف الثاني: قبلت، فهذا العقد منجز، ومتى استوفى شروطه وصح ترتبت عليه آثاره.

ثم أن صيغة العقد قد تكون معلقة على شرط، أو مضافة إلى زمن مستقبل أو مقرونة بوقت معين، أو مقترنة بشرط، فهي في هذه الأحوال لا ينعقد بها العقد.

6- **عدم و جود فاصل زمني بين جملة الشرط وجملة الجزاء:**

[1]- نظرية الشرط في الفقه الإسلامي للشاذلي

يشترط في صيغة التعليق، عدم وجود فاصل زمني بين الشرط و جملة الجزاء، و المراد بالفاصل الزمني : الطويل ن أو الخوض في كلام أجنبي، أو ترك المجلس، أما السكوت القصير، كالنفس، أو الفاصل المفيد لتأكيد أو تكميل العقد فيغتفر عنه.

الفرع الثاني: شروط الشخص المعلق:

يشترط في الشخص المعلق لكي يكون التعليق صحيحا عدة شروط أهمها :

1- التكليف :يشترط في الشخص المعلق أن يكون مكلفا[1]. فلا يصح التعليق من صغير، أو مجنون ؛ لأن التعليق من التصرفات التي يترتب عليها نتائج و أحكام شرعية، فلا بد أن يكون المعلق أهلا للقيام بالتصرفات الشرعية، و الصغير و المجنون، لا تصح عبارتهما و عقودهما لذلك لا يصح منهما التعليق، لحديث رسول الله ﷺ :" رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ و الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل"[2]

[1]- بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير، تأليف أحمد الصاوي، 449/1 ضبط و تصحيح عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية ط 1.1415 هـ/1995 م.

[2]-سنن الترمذي للإمام الحافظ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ت (279) هـ كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد رقم : 1343، 343/2، تحقيق العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني، ط الأولى مطبعة : مكتبة المعارف/ الرياض.

و الحديث يدل بمنطوقه على رفع التكليف و المؤاخذة عن الصبي، و المجنون، فلا تصح عقودهما وعبارتهما، لعدم صحة تصرفهما، فلا يصح التعليق منهما لأنه من التصرفات الشرعية وهما ليس أهلا للقيام بالتصرفات الشرعية.[1]

2- القدرة على التنجيز :يشترط الفقهاء أن يكون المتعاقد المالك(للسلعة أو محل العقد) أن يكون قادرا على التنجيز، أي مالكا للسلعة وقت التعليق، قال ابن مازه البخاري الحنفي : " تعليق العقد إنما يصح إذا حصل في الملك، أو مضافا إلـــى ملك يوجب تيقن الجزاء عند وجوده "[2] و قال ابن نجيم في الأشباه : "فائدة : من ملك التنجيز ملك التعليق "[3]. و كأن المتعاقد لا يملك القدرة على المبيع إذا لم يملك تنجيز العقد في الحال، وبهذا يفهم قول بعض علماء الأصول من الحنفية بأن البيع مبناه على البدلين لأنه مبادلة المال بالمال عن تراض، لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن. ولهذا يشترط القدرة على المبيع و لا يشترط القدرة على الثمن. وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن، و ذلك لأن المقصود من شرعيته الوصول إلى ما يحتاج الإنسان إليه من الإنتفاع بالأعيان".[4]

3- الإختيار :يشترط في المعلق (بكسر اللام) لكي يكون التعليق صحيحا، أن يكون فعله اختياريا، أما المكره فقد اختلف الفقهاء في صحة تعليقه على قولين :

---

[1]- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 370/2. مغني المحتاج 406/3، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب افمام أحمد بن حنبل، علي بن سليمان المرداويي الدمشقي (ت 885)، 324/8. دار النفائس الرياض، دار إحياء التراث العربين بيروت ط 1419، 1ه/1998 م.

[2]- المحيط البرهاني 405/4

[3]- الأشباه و النظائر مع غمز عيون البصائر شرح الأشباه و النظائر للحموي 46/4 و انظر الزركشي : المنثور في القواعد211/3، الأشباه و النظائر للسيوطي 378/1.

[4]- البخاري : كشف الأسرار على أصول البزدوي 268/1.

القول الأول :ذهب جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية في الأظهر، و الحنابلة، إلى عدم صحة التصرف الناتج عن الإكراه.[1]

وحجتهم ما روي عن النبي ﷺ : "إن الله وضع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه".[2]

القول الثاني :ذهب الحنفية[3] و الشافعية في المرجوح[4] إلى صحة تعليق المكره، و حجتهم أن الفائت بالإكراه ليس له إلا الرضا و ليس شرطا لإنعقاد التصرف.

و الراجح ما ذهب إليه الجمهور، وهو عدم صحة تصرف المكره، لعدم رضا المكره بالتصرف الذي يكره عليهن و العقود مبناها التراضي، و المكره غير راض، و لا نية له في إنشاء التصرف، و لذلك القول بصحة تصرفات المكره يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، وذلك بأن يتسلط أصحاب القوة على الضعفاء باستباحة و استحلال أموالهم بطريق الإكراه، فسدا للذريعة لا يصح تصرف المكره[5].

4- أن لا يترتب على الاتفاق محذور نهى عنه الشرع، ومنعته القواعد الضابطة للعقود فالنظر في مآلات التصرف بعد إضافة الشروط أو تعديل الصيغ ضروري لئلا يترتب محذور الوقوع في المحظور من العقود.

---

[1]- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 370/2. مغني المحتاج 406/3، الإنصاف في معرفة الراجحمن الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبلن علي بن سليمان المرداويي (ت 885)، 324/8. دار النفائس الرياض، دار إحياء التراث العربي بيروت ط 1،1419 هـ/1998 م.

[2]- سنن ابن ماجة لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير المتوفى 273، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره رقم 2045، 200/3. تحقيق العلامة المحدث محمد ناصر الأباني، مطبعة : مكتبة المعارف/ الرياض، ط الأولى(. و إسناده ضعيف.

[3]- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين بن مسعود الكاساني الحنفي المتوفى 587 هـ، 4493/3 مطبعة الإمام، القاهرة.

[4]-مغني المحتاج للشربيني326/3.

[5]- التعليق و آثاره في التصرفات، عبد الكريم عقل، ص 51.

الفرع الثالث : شروط الأمر المعلق عليه :

يشترط في الأمر المعلق عليه عدة شروط منها :

1- أن يكون المعلق عليه مذكورا:

فإن أهمل ذكره فلا يصح التعليق ؛ لأن التعليق من التصرفات الشرعية التي تترتب عليها أحكام و آثار، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، ولابد من التصرفات الشرعية من تحقق شروطها، لترتب آثارها، وذكر المعلق عليه من أهم الشروط التي لابد منها لصحة التعليق ؛ لأن المعلق عليه جملة الشرط في التعليق، وجملة الجزاء لا تتحقق إلا عند تحقق الشرط فإذا لم يذكر لا نعلم متى يتحقق الشرط لكي يتحقق الجزاء، و يكون جهلا في التعليق، أما إذا ذكر فلا جهل في ذلك، و يتحقق الجزاء بتحقق الشرط.

2- أن يكون المعلق عليه ما يحتمل الوجود و عدمه :

يشترط في المعلق عليه أن يكون مترددا بين أن يكون أو لا يكون، فلا يصح أن يكون مستحيلا و لا محققا لا محالة ؛ لأن الشرط للحمل أو المنع، كأن يقول زوج لزوجته : إن كانت السماء فوقنا فأنت طالق، ففي هذه الحالة لا يصح التعليق ح لأنه علق على أمر محقق ويتنجز و يقع للحال.[1]

[1]-التعليق عبد الكريم عقل ص 62.

و إن علق على أمر مستحيل كان لغوا ؛ كأن يقول زوج لزوجته : إن دخل الجمل في سم الخياط، فأنت طالق. ففي هذه الصورة يكون التعليق لغوا فلا يصح؛ لأن الغرض منه تحقيق النفي حيث علق بأمر محال.[1]

3- أن يكون المعلق عليه أمرا مستقبلا :

يشترط في المعلق عليه أن يكون أمرا مستقبلا- كأن يقول شخص لآخر : إن قدم زيد بعتك سيارتي – فلا يصح التعليق إذا كان المعلق عليه ماضيا ؛ لأن الشرط يتعلق بالأمور المستقبلة أما التعليق بالماضي فهو إخبار عن ماض.

ولأن التعليق – منا سبق – ربط حصول أمر بحصول أمر آخر، فهو ربط حصول أمر في المستقبل على أمر ـخر يحصل في المستقبل.

وكذلك المعلق بقصد بالتعليق منع الوقوع أو الحمل على فعل، وهذا في المستقبل، فأثر في عدم الوقوع، بخلاف غير المستقبل، لا يقصد أهل العرف به التعليق، فلم يؤثر في عدم الوقوع.[2]

فهذه إذن بعض الشروط التي اشترط الفقهاء ليصح التعليق حيث أن معظم هذه الشروط تتعلق بشكلية انعقاد التعليق سواء تعلق الأمر بشروط الصيغة، أو شروط الشخص المعلق أو شروط المعلق عليه سواء من حيث إمكانية الوقوع او الإستقبال أو غير ذلك مما يتطلب في صياغة الإشتراط التعليقي.

[1]-حاشية الدسوقي 289/2. المدخل الفقهي العام 545/1

[2]-مواهب الجليل، 359/5. التاج و الإكليل لمختصر خليل يوسف بن محمد المواق (ت897) 131/2، تحقيق زكريا عميرات ط1، 1416 هـ،1995 م دار الكتيب العلمية بيروت.

المبحث الثاني :

أحكام التعليق عند الفقهاء

اختلف العلماء في حكم البيع المعلق بشرط على قولين :

أحدهما لجمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الملكية و والحنابلة في مشهور مذهبهم، و هو ما سنتطرق إليه في الفرع الأول.

و الآخر لفقهاء الحنابلة الذين يرون جواز التعليق على الشرط وهو ما سنتطرق له من خلال فرع ثان.

لنخلص في النهاية إلى ترجيح أحد الرأيين.

المطلب الأول : حكم البيع المعلق عند الجمهور و الحنابلة و أدلتهم :

الفرع الأول: حكم البيع المعلق عند الجمهور:

يذهب العلماء إلى عدم جواز التعليق على الشرط ولا يصحح العقد المعلق[1] .وهو رأي جمهور الفقهاء، من: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في مشهور مذهبهم[2]، وهكذا قرر الجمهور القاعدة المعروفة: أن البيع يقبل الشرط ولا يقبل التعليق[3].

[1]-وقد استثنى هذا الرأي التعليق على المشيئة، والتعليق في بيع العربون بقوله إن تم البيع احتسب العربون من الثمن وإلا فهو لك. انظر: 1 ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق شرح آنز الدقائق، [بيروت: دار المعرفة]، ج6 ،ص195 . ؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص367 .؛ القرافي، الفروق، ج1 ،ص79 . ؛ ابن قدامة، المغني، ج7 ،ص357 ،357 . ؛ البهوتي، آشاف القناع، ج3 ،ص195 .

[2]-انظر: الزيلعي، فخرالدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح آنزالدقائق ، الطبعة الثانية: (مصورة عن الطبعة الأولى) [مصر: المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق، 2 1314هـ]. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص368 . ؛ ابن عابدين، حاشية رد المحتار ، ج5 ،240. الزرآشي، بدر الدين بن محمد، المنثور في القواعد الفقهية، تحقيق :تيسير فائق محمود، [الكويت: مطبوعات وزارة الأوقاف]، ج2 ،ص240، 241 . ؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص377 . ؛ القرافي، الفروق، ج1 ،ص229 . ؛ البهوتي، آشاف القناع، ج3 ،ص195.

[3]-انظر: القرافي، الفروق، ج1 ،ص229 . الزرآشي، المنثور في القواعد، ج1 ،ص228 . السيوطي، الأشباه والنظائر، ص377 .

و يمكن حصر أهم أدلة الجمهور في نقاط رئيسة هي :

1- **تعليق البيع تمليك على سبيل المخاطرة :** فهو تعليق للبيع على شرط الجهالة في تحقق الشرط، وهذه الجهالة كالجهالة المتحققة في الملامسة و المنابذة، حيث لا يتحقق البيعان من قيمة وحقيقة المبيع و الثمن (البدلين).

2- **النهي عن بيعتين في بيعة،** وصفقتين في صفقة، وبيع وسلف، وبيع وشرط ؛ لأن التعليق في العقود داخل فيها.

3- **الغـــــرر:** حيث إن المتعاقدين في العقد المعلق لا يدريان هل يحصل أو لا ؟ لأنه متوقف على حصول الأمر المعلق عليه، وفي حال وقوعه لا يدريان متى يقع؟ فعقد البيع يقتضي انتقال الأملاك حال التبايع، و الشرط هنا يمنعه[1]

4- **منافاة التعليق لعقد المعاوضة :**و بخاصة البيع الذي هو من قبيل عقود التمليك و الأصل فيه ترتب آثاره في الحال. و التعليق يمنع ذلك.

5- **عدم تحقق الرضا بين المتعاقدين :** فالعقد المعلق سبب في التأرجح في حصول الأمر المعلق عليه من عدمه ولأن انتقال الأملاك يعتمد الرضا، و الرضا إنما يكون مع الجزم، و لاجزم مع التعليق.[2]

[1]-حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع لمنصور ابن يونس البهوتي تأليف عبد الرحمان بن محمد بن قاسم المتوفى 392 هـ 40/4، ط 1398 هـ.
[2]-القرافي، الفروق، ج1 ،ص229

و على هذا، فلا يصح تعليق البيع و لا إضافته إلى زمن المستقبل، لأنه من عقود التمليكات للحال، و هي لا تقبل الإضافة للمستقبل، كما لا تعلق بالشرط لما فيه من المقامرة، أي التعليق بالخطر.

ويظهر مما ذكر ان علة فساد هذين النوعين من البيوع : هي ما تشتمل عليه من الغرر، إذ لا يدري العاقدان في البيع المعلق، هل يحصل الأمر المعلق عليه، أو لايحصل كما لا يدريان متى يحصل.

و يتفق الشافعية مع الظاهرية في أن الأصل في الشروط الحظر. و استدلوا لذلك الأصل بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ " نهى عن بيع وشرط"[1] .

كما أن الحنفية يتفقون مع الظاهرية و الشافعية في أن الأصل في الشروط الحظر، غير أنهم فتحوا بابا واسعا لتصحيح الشروط التي تعارف عليها الناس في كل زمان و مكان ما دامت تلك الشروط لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية. وأما الشروط الباطلة فالضابط فيها أن تؤدي إلى ما هو محظور شرعا، أو أن تكون مما لا يقتضيها العقد، ولا ملائمة لمقتضاه، ولا مما تعارف الناس التعامل بها.[2]

موقف المالكية من التعليق :يتفق المالكية كذلك مع الشافعية و الظاهرية و الحنفية في أن الأصل في الشروط الحظر غير أنهم لم يشترطوا في الشرط الصحيح أن يكون من مقتضى

[1]- مجمع الزوائد للهيثمي، كتاب البيوع، باب ما جاء في الصفقتين في صفقة أو الشرط في البيع 85/4
[2]-بدائع الصنائع 398/5

العقد، و إنما قرروا أمرا مغايرا، و هو : تصحيح كل شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين شريطة أن لا يكون مناقضا لمقتضى العقد، وأن لا يؤدي إلى الغرر الكبير الفاحش في الثمن أو المثمون، و أن لا يتضمن الجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى النزاع، فيصح اشتراط الأجل و الرهن و الكفالة، وبيع الدار واستثناء سكناها مدة يسيرة و غير ذلك مما لا يقتضيها العقد إذا لم يتناقض مع مقتضى العقد[1]

يقول القرافي : "و لا يصح تعليق البيع و الإجارة بأن يقول : إن قدم زيد فقد بعتك، او آجرتك ؛ بسبب أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا، و الرضا إنما يكون مع الجزم، و لاجزم مع التعليق، فإن شأن المعلق عليه أن يعترضه عدم الحصول"، ثم قال " و قد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج و حصاد الزرع، ولكن الإعتبار في ذلك بجنس الشرط دون أنواعه و أفراده فلوحظ المعنى العام دون خصوصيات الأنواع و الأفراد"[2]

ومن خلال هذا النص : يتبين لنا أن الملكية لا يجيزون تعليق عقد البيع على الشرط، لأن المعلق عليه يعترضه عدم الحصول.

الفرع الثاني :حكم البيع المعلق عند الحنابلة:

إستدل الحنابلة على جواز بيع التعليق بشرط و أوردوا لذلك عدة أدلة نذكر من بينها :

[1]-المقدمات لبن رشد ص 544- تحرير الكلام في مسائل الإلتزام للحطاب ص 339، حاشية الدسوقي 65/3ن مواهب الجليل للحطاب372/4

[2]- الفروق للقرافي، الفرق 45 : 229/1.

الأمر الإلهي للوفاء بالعقود: وذلك في قوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود }[1]

فالآية الكريمة تأمرنا بالوفاء بالعقود، و عقود البيع المعلقة من هذه العقود يجب الوفاء بها استنادا إلى الآية الكريمة، لا سيما لا يوجد ما يعارض حكم الله تعالى.

ما روي عن النبي ﷺ في حديثه حيث قال : " المسلمون على شروطهم .."[2]

ومن خلال هذين النصين يمكن القول كما أقر ذلك فقهائنا الأجلاء أن الأصل في العقود الإباحة، ولا يحرم منها إلا ما حرمه الله تعالى، ورسوله صلى الله عليه و سلم، وتعليق البيع لا يوجد فيه شرط يحل حراما او يحرم حلال فيكون هذا العقد من بين العقود المباحة.

وقد قال الأمام أحمد بجواز تعليق البيع بالشرط في بعض المسائل، بل إنه رهن نعله وقال للمرتهن إن جئتك بالحق إلى كذا وإلاّ فهو لك. وعلق ابن القيم قائلا: فقد فعله الإمام أحمد وأفتى به[3]وقال الحنفية والمالكية والشافعية بجواز صور شبيهة بشرط التعليق و هي التعليق على مشيئة فلان أو مشيئته مثل : بعتك بكذا إن شئت أو شاء فلان من الناس.[4]

فالتعليق عندهم جائز إذا تحقق ما علق عليه العقد لأنه تترتب عليه آثاره هذا ما اختاره ابن تيمية وابن القيم

---

[1]-سورة المائدة آية 1

[2]- سنن أبي داوود، باب في الصلح رقم الحديث 3594، 332/3

[3]-إعلام الموقعين، ج3 ،ص399.

[4]-انظر: الإمام مالك، المدونة، ج1 ص470 ، ج2 ،ص71 ، ج3 ،228 . الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2 ،ص242 . ابن نجيم، البحر الرائق، ج6 ،ص195 . الشربيني، مغني المحتاج، ج2 ،ص6.

رأي شيخ الإسلام ابن تيمية في التعليق:

"يرى ابن تيمية جواز تعليق العقود بالشروط، إذا كان في ذلك منفعة للناس، ولم يكن متضمنا ما نهى الله عنه ورسوله، وهذا متفق مع مبدئه من أن الأصل في الشروط الجواز، حتى يقوم الدليل على المنع، لأن التعليق نوع من الإشتراط في العقد. وقد ذكر ابن تيمية عن الإمام أحمد، جواز تعليق البيع بشرط وقال: إنه لم يجد عنه ولا عن قدماء أصحابه نصا يخالف ذلك،وإن عدم جواز التعليق ذكره المتأخرون من أصحاب أحمد."[1]

رأي ابن القيم:

تأييدا لرأي شيخه قال ابن القيم : " (وقولهم إن موجب العقد التسليم في الحال) فإن موجب العقد إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد، أو ما أوجبه المتعاقدان مما يسوغ لهما أن يوجباه، و كلاهما منتف في هذه الدعوى، فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقيب العقد، و لا العاقدان التزما ذلك، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه، وتارة يشترطان التأخير/ إما في الثمن، و إما في المثمن، و قد يكون للبائع غرض صحيح و مصلحة في تأخير التسليم للمبيع، كما كان لجابر رضي الله عنه غرض صحيح في تأخير تسليم بعيره إلى

[1]- الغرر واثره في العقود في الفقه الإسلامي الشيخ محمد أمين الضرير ط 2 1416-1995ص 160

المدينة، فكيف يمنعه الشارع ما فيه مصلحة له، ولا ضرر على الآخر فيه، ولو لم ترد السنة بهذا، لكان محض القياس يقتضي جوازه"[1].

وبهذا فإن شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ذهبا إلى أن الشرع دل على خلاف ما من نفى التعليق لعقد البيع لأنه يقتضي ترتب الآثار على الفور بل أجاز بيع الثمر بعد بدو الصلاح، ثم إن الاتفاق قائم على تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه،كمن باع مخزنا فيه متاع كثير لا ينقل في يوم ولا أيام وقالوا إن هذا مستثنى بالعرف[2]والمستثنى بالشرط أقوى من المستثنى بالعرف، وأوسع من المستثنى بالشرع فغنه يثبت بالشرط ما لا يثبت بالشرع[3]

المطلب الثاني :الترجيح في حكم البيع المعلق:

بعض عرض أقوال المذاهب في مسألة حكم التعليق يتبين لنا التباين بين مختلف الآراء فيتبين لنا أن الآراء التي استند إليها جمهور الفقهاء هي الأقوى حجية باعتبار النصوص الشرعية التي تم الإستناد إليها مثل النهي عن الاشتراط في البيع إضافة إلى أدلة أخرى متمثلة في كون الشرط في العقد في غالب الظن يكون مصلحة لأحد طرفي العقد دون الآخر وهو ما يخالف مقاصد الشريعة في

[1]-القياس لأبن تيمية ص 28، ونظرية العقد له ص 234.

[2]-بل استثنى العلماء بعض الصور والمسائل مما وقع الإجماع على عدم جواز تأخر قبض البدلين أو أحدهما عن مجلس العقد، آشتراط وجوب تقديم رأسمال السلم في المجلس. فقد قال المالكية: بجواز تأخير رأس مال السلم اليومين والثلاثة بالشرط، أما تأخره عن ثلاثة أيام فيصح إذا كان من غير شرط على قول في المذهب (انظر: الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد ، الشرح الصغير إلى أقرب المسالك على مذهب الإمام مالك، [القاهرة: مطبعة الحلبي]، ج4 ،ص 345 ،346 . (وذآر المالكية بأن دفع رأس المال (الثمن) يتطلب استثناء مدة يمكن فيها وزن المال ونقده ، وجرت العادة بتراخي الوزن هذه المدة (ثلاثة أيام). انظر: عبد الوهاب، القاضي البغدادي ، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق : عبد الحق حميش، الطبعة الأولى، [مكة المكرمة: المكتبة التجارية]، ج2،ص 988 .أما أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي قد اغتفر تأخر القبض في المجلس مما يقتضيه العرف، ومنها صور القبض الحكمي في القيود المصرفية في الحوالات والدفع بالشيك وغير ذلك؛ لأن ذلك مما هو جار العمل به في النظام المصرفي المعاصر. انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة،،ط4] ،قطر: منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1423هـ/2003م]، ص184 قرار رقم 53)6/4.

[3]-انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج2 ،ص 10.

تحقيق التوازن الاجتماعي و الاقتصادي بين أفراد الأمة ثم إن الناظر في المراجع الفقهية يجد أن تعليق التصرف على الشرط المستقبلي لا يجوز على إطلاقه، بل هو جائز في بعض التصرفات ولم يجز في تصرفات أخرى ، جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام، "ويشترط في التعليق أن يكون في الأمور والخصوصيات التي يجوز التعليق بها شرعاً وإلا فلو علقت بعض الأمور التي لا يجوز التعليق فيها على شرط، فالتعليق فاسد أي أن الشيء المعلق لا يثبت حتى ولو شرط"[1] " والتعليق يكون صحيحاً اذا كان الشرط المعلق عليه ملائما اي يكون الشرط مؤيداً للعقد وهو في موجباته ومقتضياته، وذكر العقود التي يصح فيها التعليق:

1- الوكالة

2- الكفالة

3- الوصية

4– الحوالة

5- الإبراء وغيرها من الأمور، أما العقود التي لا يجوز فيها التعليق فهي :

1- البيع

2- الاجارة

[1]-درر الحكام شرح مجلة الاحكام، ج1 ص 82،

3- الإعارة، الهبة... قال النووي " لا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل بان يقول اذا جاء المطر ... فقد بعتكه وهذا عقد باطل" [1]

وجاء في درر الأحكام شرح مجلة الأحكام[2] ولو قال شخص لآخر إذا حضر فلان من سفره بعتك داري بكذا قرش ... فلا يصح شيء من هذه العقود ولا ينعقد.

وجاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام احمد (ت 254)" البيع المعلق على شرط لا يصح فقالوا انه لا ينعقد به العقد لأنه غرر " فالشرط قد يتحقق وقد لا يتحقق والبيع مرتبط به وجوداً وعدماً وقد نهى – ص – عن بيع الغرر.[3] ، وكذلك انه شرط في البيع، وقد روي عنه – ص – انه نهى عن بيع وشرط فكان فاسداً"[4]، وفيه كذلك معنى القمار فهو تمليك فيه معنى المخاطرة[5]، وأيضا هو ينافي الرضا الذي هو ركن العقد، قال القرافي" إن انتقال الملك يعتمد على الرضا والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق فإن شأن المعلق عليه ان يعترضه عدم الحصول" [6]، وكذلك أنه قد يعارض مقتضاه وهو نقل الملك في الحال والشرط يمنعه[7]. فالقواعد العامة في العقود ترى ان عقد البيع هو عقد ناقل للملكية وهو عقد فوري تنتقل فيه الملكية بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول، والتعليق لا ينشأ عقد بيع لأنه يتنافى مع مقتضى العقد.

[1]-النوري الجموع 341/9
[2]-درر الاحكام شرح مجلة الاحكام ج1،ص83
[3]-النووي المجموع 341/9
[4]-الزيلعي تبين الحقائق ،ج4، ص 133
[5]-حاشية ابن عابدين ، ج4، ص 234
[6]-الفروق ، ج1، ص229
[7]-كشاف القناع ج183/3

الباب الثاني :

التطبيقات الفقهية

للبيع المعلق

الفصل الأول

التطبيق الأول :

بيع المرابحة للآمر بالشراء

المبحث الأول :

تعريف بيع المرابحة للآمر بالشراء

وبيان أركانه

المطلب الأول: تعريف المرابحة للآمر بالشراء في اللغة واصطلاح الفقهاء :

الفرع الأول: بيع المرابحة في اللغة والإصطلاح الفقهي

كلمة المرابحة في اللغة مأخوذة من كلمة ربح وتعني النماء في التاجر وربح في تجارته يربح ربحا وتربحا أي استشف.... وهذا بيع مربح إذا كان يربح فيه والعرب تقول: ربحت تجارته إذا ربح صاحبها فيها. وتجارة رابحة: يربح فيها.. وأربحته على سلعته أي أعطيته ربحاً... وبعت الشيء مرابحة ويقال بعته السلعة مرابحة على كل عشرة دراهم درهم وكذلك اشتريته مرابحة.

ب- وأما المرابحة اصطلاحاً فقد عرفها الفقهاء بتعريفات كثيرة منها-:

-1قال الإمام المرغيناني الحنفي : "المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح[1]"

- وعرفها صاحب ملتقى الأبحر الحنفي بقوله (المرابحة بيع ما شراه بما شراه وزيادة)[2]

- وعرفها صاحب تنوير الأبصار الحنفي بقوله (بيع ما ملكه بما قام عليه وبفضل).[3]

- وعرفها الشيخ خليل المالكي بقوله (المرابحة وهي بيع ما اشترى بثمنه وربح علم).[4]

[1]- الهداية 122/6
[2]-ملتقى الأبحر 34/2
[3]-رد المحتارة 132/5
[4]-شرح الدردير 72/2

- وعرفها ابن رشد المالكي بقوله (هي أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحاً ما للدينار أو الدرهم).[1]

-وعرفها ابن جزي المالكي بقوله (فأما المرابحة فهو أن يعرف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها ويأخذ منه ربحاً إما على الجملة مثل ان يقول اشتريتها بعشرة وتربحني د ينار اً أو دينارين وإما على التفصيل وهو أن يقول تربحني درهما لكل دينار أو غير ذلك).[2]

- وعرفها الشيخ أبو اسحق الشيرازي الشافعي بقوله (أن يبين رأس المال وقدر الربح بأن يقول ثمنها مئة وقد بعتكها برأس مالها وربح درهم في كل عشرة).[3]

وخلاصة القول في تعريف بيع المرابحة أنه يقوم على أساس معرفة الثمن الأول وزيادة ربح عليه حيث إن المرابحة من بيوع الأمانة فينبغي أن يكون الثمن الأول معلوماً وأن يكون الربح معلوماً أيضا. وبناء عليه يكون تعريف بيع المرابحة هو: - بيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح معلوم متفق عليه بين المتعاقدين.[4]

[1]- بداية المجتهد 178/2
[2]- القوانين الفقهية ص 175
[3]-المهذب مع المجموع 3/13
[4]-بيع المرابحة أحمد ملحم ص 30

الفرع الثاني:بيع المرابحة للآمر بالشراء في الإصطلاح

بيع المرابحة للآمر بالشراء اصطلاح حديث ظهر منذ فترة وجيزة وأول من استعمله بهذا الشكل هو د. سامي حمود في رسالته الدكتوراه بعنوان (تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية) المقدمة إلى جامعة القاهرة - كلية الحقوق وقد نوقشت رسالته في 1976/6/30.

ويقول د. سامي حمود عن ذلك (وقد كان بيع المرابحة للآمر بالشراء بصورته المعروفة حاليا في التعامل المصرفي كشفاً وفق الله إليه الباحث أثناء إعداده لرسالة الدكتوراه في الفترة الواقعة بين 1973 - 1976 حيث تم التوصل إلى هذا العنوان الاصطلاحي بتوجيه من الأستاذ الشيخ العلامة محمد فرج السنهوري رحمه الله تعالى حيث كان أستاذ مادة الفقه الإسلامي المقارن للدراسات العليا بكلية الحقوق بجامعة القاهرة)[1]

وقد شاع استعمال هذا الاصطلاح لدى البنوك الإسلامية والشركات التي تتعامل وفق أحكام الشريعة الإسلامية وصارت هذه المعاملة من أكثر ما تتعامل به البنوك الإسلامية.

[1]-بيع المرابحة للآمر بالشراء د سامي حمود ص 1092 مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 5 ج 2

وقد عرفه د. سامي حمود بقوله (أن يتقدم العميل إلى المصرف طالباً منه شراء السلعة المطلوبة بالوصف الذي يحدده العميل وعلى أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة فعلاً مرابحة بالنسبة التي يتفقان عليها ويدفع الثمن مقسطاً حسب إمكانياته.[1]

وعرفه د.يونس المصري بقوله : " أن يتقدم الراغب في شراء سلعة إلى المصرف لأنه لا يملك المال الكافي لسداد ثمنها نقدا و لأن البائع لا يبيعها له إلى أجل إما لعدم مزاولته للبيوع المؤجلة أو لعدم معرفته بالمشتري أو لحاجته على المال النقدي فيشتريها المصرف بثمن نقدي و يبيعها إلى عميله بثمن مؤجل أعلى.[2]

[1]- تطوير الأعمال المصرفية ص 432 بتصر يسير.
[2]- بيع المرابحة للآمر بالشراءد. رفيق المصري ص 1133 مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد5 ج2.

المطلب الثاني :أركان بيع المرابحة للآمر بالشراء:

بيع المرابحة للآمر بالشراء يختلف كليا عن بيع المرابحة المتعارف عليه عند الفقهاء و ذلك لوجود تميز بأركانها مقارنة مع أركان العقود الإعتيادية و التي نذكر منها :

الركن الأول : الصيغة

وهي من أهم أركان عقد البيع، وهي كل ما يدل على رضا الجانبين البائع والمشتري لإنشاء العقد وإبرامه. وهي أمران الإيجاب والقبول.

الإيجاب هو إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا من كلام أحد المتعاقدين أو ما يقوم مقامه، سواء وقع من المملك أو الممتلك، فقول العاقد الأول في البيع هو الإيجاب، سواء صدر من البائع أو المشتري، فإذا قال البائع أولا" بعت" فهو الإيجاب. وإذا ابتدأ المشتري الكلام فقال "اشتريت" فهو الإيجاب.

والقبول: ما ذكر ثانيا من كلام أحد المتعاقدين، دالا على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول.

وهذا مذهب الحنفية، لأن الإيجاب يطلق عندهم على ما يصدر أولا من كلام أحد العاقدين، سواء كان هو البائع أم المشتري، والقبول ما يصدر بعده وصرح المالكية والشافعية والحنابلة بأن تقدم لفظ المشتري على لفظ البائع جائز لحصول المقصود.

والواقع أن تسمية إحدى عبارتي العاقدين إيجابا والأخرى قبولا هي تسمية اصطلاحية، ليس لها أثر يذكر، والأصل العام في الإيجاب أن يقع من البائع أولا ويقع القبول من المشتري ثانيا.

فمدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يدل على التراضي من كلا الجانبين بإنشاء التزام بينهما. وهذا ما يعرف بصيغة العقد عند الفقهاء.

والصيغة قد تكون بواسطة اللفظ أو القول وقد تكون بواسطة ما يقوم مقام القول من الفعل أو الإشارة أو الكتابة، وهذا ما يسمى بالتعاقد بالأفعال، ويسمى في الفقه الإسلامي : بالعقد بالمعاطاة أو التعاطي أو المراوضة

والتعاطي باللفظ هو الأكثر استعمالا في البيوع بين الناس لسهولته وقوة دلالته ووضوحه، ولا يشترط في البيع لفظ معين خلافا مثلا لعقد الزواج الذي اختلف فيه الفقهاء في شأن الألفاظ المستعملة فيه.

وفي بيان ألفاظ الإيجاب والقبول تفصيل المذاهب:

ذهب الحنفية إلى أن البيع ينعقد بكل لفظين يدلان على معنى التمليك والتملك، كبعت واشتريت...

والفعل إذا كان ماضيا أو مضارعا لا يحتمل الحال والاستقبال ينعقد به البيع بدون حاجة إلى نية وإن كان بعضهم يقول إن النية لازمة في كل حال.

أما إن كان الفعل مضارعا يحتمل الحال والاستقبال فإنه لا ينعقد البيع به،إلا بنية الإيجاب في الحال " والقبول قد يكون بصيغة الماضي وقد يكون بصيغة الحال..."

-وذهب المالكية إلى أن البيع ينعقد بكل قول يدل على الرضا كبعت واشتريت وغيرهما من الأقوال.

فإن كان الفعل ماضيا فإن البيع ينعقد به ويكون لازما. وإن كان الفعل مضارعا كأن يقول البائع: أبيع هذه السلعة بكذا فرضي المشتري بذلك، فإن البيع لا يلزم البائع إذا رجع وقال: إنني لم أرد البيع ولكني أردت المساومة أو المزاح. ولكن عليه اليمين. وإذا رجع بعد رضا المشتري فإذا حلف فذاك وإلا فيلزمه البيع .

-وقال الشافعية ينعقد البيع والشراء بكل لفظ يدل على التمليك وهو قسمان: صريح وكناية. فالصريح مالا يحتمل غير البيع:" لا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول، والايجاب أن يقول بعتك أو ملكتك أو ما أشبهها، والقبول أن يقول قبلت أو ابتعت أو ما أشبهها".

وأما الكناية فهي اللفظ المحتمل لمعنى آخر غير البيع فإن قرن اللفظ المحتمل بذكر الثمن يكون صريحا.

إلا أن الصريح الذي لا يحتاج إلى قرينه أقطع للنزاع وأحسن في رفع الخصومات.

-وعند الحنابلة كل لفظ يؤدي معنى البيع والشراء ينعقد به البيع، فلا تنحصر الصيغة القولية في لفظ، يقول ابن قدامة المقدسي" فقول البائع بعتك أو ملكتك أو لفظا بمعناها، ثم قول المشتري ابتعت أو قبلت أو نحوهما صح، فإن تقدم القبول والإيجاب بلفظ الماضي فقال: ابتعت هذا منك بكذا فقال بعتك صح. لأن المعنى حاصل بلفظ آخر وإن تقدم بلفظ الطلب، فقال بمعنى قال بعتك صح لأنه تقدم القبول أشبه لفظ الماضي. و عنه لا يصح لأنه لو تأخر عن الإيجاب لم يصح، فلم يصح متقدما"

ويجوز أن يتقدم القبول على الإيجاب ولكن يلزم أن يكون بلفظ الأمر كان يقول بمعنى كذا بكذا، فإن كان بلفظ الماضي أو المضارع، فإنه يجب أن يكون مجردا عن الاستفهام والتمني والترجي فيقول: تبيعني كذا أو تبيعني كذا بكذا، فإن قال بعت فقد صح البيع.

أما إن قال : هل بعتني أو ليتك تبيعني أو لعلك بعتني فإن هذا البيع لا يصح.

الركن الثاني : أطراف العقد :

إن بيع المرابحة للآمر بالشراء ثلاثي الأطراف أي أنه يوجد عندنا ثلاثة متعاقدين.

الأول: الآمر بالشراء.

الثاني: المصرف الإسلامي.

الثالث: البائع.

وهذا الأمر يختلف فيه بيع المرابحة للآمر بالشراء عن المرابحة المعروفة عند الفقهاء المتقدمين حيث إن المرابحة المعروفة عند الفقهاء المتقدمين ثنائية الأطراف.

-الركن الثالث: المعقود عليه

يشترط في المعقود عليه ثمنا كان أو مثمنا شروطا منها:

-1أن يكون المبيع موجودا فلا ينعقد بيع المعدوم قبل وجوده ومثاله بيع نتاج النتاج أي ولد ولد الابل ودليل هذا الشرط في الجملة، أنه ﷺ نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها.

-2أن يكون المعقود عليه طاهرا فلا يصح أن يكون النجس مبيعا ولا ثمنا فإذا باع العاقد شيئا نجسا أو متنجسا لا يمكن تطهيره فإن بيعه لا ينعقد وكذلك لا يصح أن يكون النجس أو المتنجس الذي لا يمكن تطهيره ثمنا، عن جابر بن عبد الله أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: ﴿ إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال لا هو حرام، ثم قال رسول الله ﷺ قاتل الله اليهود: إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه﴾[1]

-3ومنها أن يكون منتفعا به انتفاعا شرعيا فلا ينعقد بيع الحشرات والكلب والسنور وخشاش الأرض مما لا ينتفع به، وإن كانت بعض هذه الأمثلة من البيوع تنعقد في عصرنا رغم اختلال شروط أركانها.

عن ابن عباس ﴿نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب وقال إن جاء يطلب ثمن الكلب فاملأ كفه ترابا﴾[2]

واستثنى الفقهاء من هذا الحديث كلب الحراسة أو الصيد الذي ينتفع به. والعلة من تحريم هذه الأشياء انعدام القيمة المالية لها. فإذا انتفت العلة وصارت ذات قيمة مالية يصح بيعها مالم يتعارض مع شرط آخر.

1- خرجه أحمد (6997) واللفظ له، وابن وهب في ((الجامع)) (2)، والبيهقي(20120)

-2رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهْ، والْبَزَّارُ، والدَّارَقُطْنِيُّ بِإِسْنَادٍ ضَعِيفٍ

-4أن يكون المبيع مالا متقوما، أي ما كان محرزا فعلا ويجوز الانتفاع به في حالة الاختيار، فلا ينعقد بيع ما ليس بمال كالإنسان الحر، ولا بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم.

-5ومنها أن يكون المبيع مملوكا في نفسه مقدورا على التسليم فلا ينعقد بيع ما ليس مملوكا إلا في السلم. مثل بيع ماء البحار والأنهار والصيود التي في البراري وتراب الصحراء ومعادنها واسعة الشمس والهواء ولقطات البحر وحيوانات البر. عن أبي سعيد الخدري" نهى النبي ﷺ عن شراء العبد وهو آبق". وهذا الحديث فيه صورة من صور البيع الذي يكون فيه البائع عاجزا عن تسليم ما يملك.

-6ومن شروط المعقود عليه أن يكون معلوم الثمن علما يمنع المنازعة، فبيع المجهول جهالة تفضي إلى المنازعة غير صحيح. عن جابر أنه قال: " نهى النبي ﷺ عن بيع صبرة الثمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من الثمر"

لأن هذه الجهالة تفضي إلى الغرر،فلا بد أن يكون المعقود عليه معلوما عدا إن كان من المعدودات، أو كما إن كان من المكيلات، أو قياسا إن كان من المقيسات وقد استثنى المالكية من صور بيع المجهول وتميزوا بها وهي بيع الجزاف. ومعناه أن يشتري أحد العاقدين شيئا لا يعرف قدره وكمه وإنما يستطيع أن يعرفه بالتقدير والتخمين، كأن يعرض البائع على المشتري صبرة من الطعام، وهما لا يعرفان قدرها بالمكيال.

ولهذا البيع شروط أهمها:

-أن يكون بيع الجزاف فيما يكال أو يوزن وغالبا ما يكون في الطعام

-أن يكون المتعاقدان متساويان في العلم والجهل بمقدار هذا البيع - هذه باختصار أركان عقد البيع، وهي نفسها أركان عقد بيع المرابحة خاصة.

ولهذا العقد شروطا خاصة به لا بد من الوقوف عندها قبل الانتقال إلى الأحكام المتعلقة ببيع المرابحة لتفصيل القول فيها.

المبحث الثاني :

صور إجراء عقد المرابحة للآمر بالشراء

في المصارف الإسلامية و أحكامها

المطلب الأول: صور إجراء عقد المرابحة في المصارف الإسلامية.

إن بيع المرابحة للآمر بالشراء يتم بإتمام الخطوات التالية:-

أ- طلب من العميل يقدمه للمصرف الإسلامي لشراء سلعة موصوفة.

ب- قبول من المصرف لشراء السلعة الموصوفة.

ج- وعد من العميل لشراء السلعة الموصوفة من المصرف بعد تملك المصرف لها.

د- وعد من المصرف ببيع السلعة الموصوفة للعميل وقد يكون الوعد لازماً أو غير لازم كما سيأتي بيانه.

هـ- شراء المصرف للسلعة الموصوفة نقداً.

و- بيع المصرف للسلعة الموصوفة للعميل بأجل مع زيادة ربح متفق عليها بين المصرف والعميل.

و بهذا إن بيع المرابحة للآمر بالشراء عند إجالة النظر فيه يتكون مما يلي:-

1- وعد بالشراء من العميل للمصرف ووعد بالبيع من المصرف للعميل وتسمى هذه العملية مواعدة وتوقع المصارف الإسلامية مع عملائها على ما يسمى وعد بالشراء.

2- يشتري المصرف السلعة من البائع ويوقع على عقد بيع بين المصرف والبائع.

3- عقد بيع بين الآمر بالشراء والمصرف الإسلامي بعد تملك المصرف للسلعة الموصوفة بناء على طلب العميل.

بعد البحث والتقصي وجد أن المصارف الإسلامية تتعامل بثلاث صور لبيع المرابحة للآمر بالشراء:

الصورة الأولى : وهي الأكثر تداولاً والأشهر استعمالا بين المصارف الإسلامية وقد صورها لنا الدكتور يوسف القرضاوي تصويراً مبسطاً بصورة واقعية عملية فقال (ذهب زيد من الناس إلى المصرف الإسلامي وقال له: أنا صاحب مستشفى لعلاج أمراض القلب، وأريد شراء أجهزة حديثة متطورة لإجراء العمليات الجراحية القلبية ، من الشركة الفلانية بألمانيا أو الولايات المتحدة. وليس معي الآن ثمنها، أو معي جزء منه ولا أريد أن ألجا إلى البنوك الربوية لأستلف عن طريقها ما أريد وأدفع الفائدة المقررة المحرمة. فهل يستطيع المصرف الإسلامي أن يساعدني في هذا الأمر دون أن أتورط في الربا؟ هل يستطيع المصرف أن يشتري لي ما أريد بربح معقول على أن أدفع له الثمن بعد مدة محددة، فأستفيد بتشغيل مشفاي، ويستفيد بتشغيل ماله، ويستفيد المجتمع من وراء ذلك التعاون؟ قال مسئول المصرف: نعم يستطيع المصرف أن يشتري لك هذه الأجهزة بالمواصفات التي تحددها، ومن الجهة التي تعينها، على أن تربحه فيها مقداراً معيناً أو نسبة معينة وتدفع في الأجل المحدد ولكن البيع لا ينعقد إلا بعد أن يشتري المصرف الأجهزة المذكورة ويحوزها بالفعل بنفسه أو عن طريق وكيله حتى يكون البيع لما ملكه بالفعل. فكل ما بين المصرف وبينك الآن تواعد على البيع بعد تملك السلعة وحيازتها. قال العميل: المصرف إذن هو المسئول عن شراء الأجهزة المطلوبة ودفع ثمنها

ونقلها وشحنها وتحمل مخاطرها، فإذا هلكت، هلكت على ضمانه وتحت مسئوليته، وإذا ظهر فيها عيب بعد تسلمها يتحمل تبعة الرد بالعيب. كما هو مقرر شرعاً. قال المسئول: نعم بكل تأكيد. ولكن الذي يخشاه المصرف أن يحقق رغبتك ويجيبك إلى طلبك بشراء الأجهزة المطلوبة، فإذا تم شراؤها وإحضارها، أخلفت وعدك معه. وهنا قد لا يجد المصرف من يشتري هذه السلعة منه لندرة من يحتاج إليها، أو قد لا يبيعها إلا بعد مدة طويلة، وفي هذا تعطيل للمال، وإضرار بالمساهمين والمستثمرين الذين إئتمنوا إدارة المصرف على حسن تثميرها لأموالهم.

قال العميل صاحب المستشفى: إن المسلم إذا أوعد لم يخلف، وأنا مستعد أن أكتب على نفسي تعهداً بشراء الأجهزة بعد حضورها بالثمن المتفق عليه، الذي هو ثمن الشراء مع المصاريف والربح المسمى مقداراً أو نسبة كما أني مستعد لتحمل نتيجة النكول عن وعدي. ولكن ما يضمن لي ألا يرجع المصرف عن وعده إذا ظهر له عميل يعطيه أكثر، أو غلت السلعة المطلوبة في السوق غلاءً بينا؟

قال المسئول: المصرف أيضاً ملتزم بوعده. ومستعد لكتابة تعهد بهذا وتحمل نتيجة أي نكون منه. قال العميل: اتفقنا.

قال المسئول: إذن نستطيع أن نوقع بيننا على هذا، في صورة طلب رغبة ووعد منك بشراء المطلوب، ووعد من المصرف بالبيع، فإذا تملك المصرف السلعة وحازها وقعنا عقداً آخر بالبيع على أساس الاتفاق السابق).[1]

[1] بيع المرابحة د. القرضاوي ص 24-25.

وهذه الصورة تقوم على أساس أن الوعد ملزم للطرفين المتعاقدين العميل والمصرف وسيأتي تفصيل الخلاف بين العلماء في مدى إلزامية الوعد.

قال د. يوسف القرضاوي معلقاً على الصورة السابقة: (وهذه الصورة إذا حللناها إلى عناصرها الأولية نجدها مركبة من وعدين: وعد بالشراء من العميل الذي يطلق عليه: الآمر بالشراء. ووعد من المصرف بالبيع بطريق المرابحة (أي بزيادة ربح معين المقدار أو النسبة على الثمن الأول أو الثمن والكلفة). وهذا هو المقصود بكلمة المرابحة هنا.

وقد اختار المصرف والعميل كلاهما الإلتزام بالوعد وتحمل نتائج النكول عنه كما تتضمن الصورة: أن الثمن الذي اتفق عليه بين المصرف والعميل ثمن مؤجل والغالب أن يراعى في تقدير الثمن مدة الأجل كما يفعل ذلك كل من يبيع بالأجل.[1]

الصورة الثانية: وهي شبيهة بالصورة الأولى: إلا أنها تقوم على أساس عدم الإلزام بالوعد لأي من المتعاقدين العميل أو المصرف[2].

الصورة الثالثة: وهي مثل الصورتين السابقتين إلا أنها تقوم على أساس الإلزام بالوعد لأحد الفريقين العمل أو المصرف.[3]

[1]-نفس المرجع السابق ص 25-26.
[2]-- بيع المرابحة للآمر بالشراء د. رفيق المصري ص 1141 مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 5 ج 2.
[3]-بيع المرابحة أحمد ملحم ص 112-113.

المطلب الثاني: أحكام بيع المرابحة للآمر بالشراء

الفرع الأول: حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا كان الوعد فيها غير ملزم:

اختلف الفقهاء في حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا كان الوعد فيها غير ملزم على قولين:

القول الأول :أنه بيع صحيح. وهو مذهب الحنفية[1]، والشافعية[2]، وظاهر اختيار ابن تيمية[3]واختاره ابن القيم[4]، وجمهور المعاصرين[5].

القول الثاني :أنه بيع محرم. وهو مذهب المالكية،[6] واختاره من المعاصرين ابن عثيمين.[7]

دليل القول الأول :أن الأصل في المعاملات الحل، إلا ما دل الدليل على منعه، ولا دليل يدل على منع بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا كان الوعد غير ملزم، فإن البائع يشتري لنفسه، وهو يعلم أن المشتري ربما يرجع أو لا يرجع، وقد يشتري أو لا يشتري، وعليه ضمان السلعة لو هلكت، فهذه الدرجة من المخاطرة تجعل المعاملة مباحة.[8]

---

[1]- انظر المخارج في الحيل، لمحمد بن الحسن، ص 40، المبسوط للسرخسي 237/30

[2]- الم : للشافعي 39/3. إضافة إلى أن العبرة عند الشافعية بظاهر العقود، ولا يبطلون المعاملة لأجل الحيل انظر : روضة الطالبين، للنووي 115/5، المنثور في القواعدنللزكشي 93/2

[3]-جموع الفتاوى، لابن تيمية 29/ 302-303، جامع المسائل، لابن تيمية 1/ 223-226

[4]-علام الموقعين، لابن القيم 4/ 23.لم أجد نصًا في الكتب المعتمدة في المذهب الحنبلي عن حكم هذه المسألة، وقد ذكر بعض الباحثين أن هذا القول مذهب الحنابلة، وأحال إلى إعلام الموقعين لابن القيم، مع أن المعروف أن رأي ابن القيم –على أهميته- لا يعد مذهبًا للحنابلة

[5]قرار مجمع الفقه الإسلامي، بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء، العدد الخامس، برقم 40-41/ 2، 3، توصيات المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي بالكويت، 1403ه، قرار مجمع الفقه الإسلامي بالهند بشأن المرابحة، 1410ه، المعايير الشرعية للمؤسسات الإسلامية، ص92، فتاوى اللجنة الدائمة 13/ 237، مجموع فتاوى ابن باز 19/ 68.

6البيان والتحصيل، لابن رشد 7/ 86، القوانين الفقهية، لابن جزي، ص407، مواهب الجليل، للحطاب 4/ 406

[7]-لممتع، لابن عثيمين 8/ 211، لقاءات الباب المفتوح، لابن عثيمين 1/ 242، 375، 2/ 19

[8]-بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، لمحمد الأشقر، منشور ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، لمحمد الأشقر وآخرين 1/ 103

دليل القول الثاني :أن هذه المعاملة حيلة لأكل الربا، فحقيقتها عبارة عن قرض بزيادة، والبيع حيلة للتوصل لها[1].

وقد كان الرأي الأول في مسألة عدم التسليم:فلأن البائع يشتري السلعة حقيقة بتملك حقيقي، وقبض حقيقي، ثم يبيعها للآمر، ويتعرض لدرجة من المخاطرة التي سبق ذكرها، ولا يقدح في المعاملة أن يشتري البائع السلعة لغيره، فكل التجار يشترون السلع لغيرهم، وليس من شروط الشراء المباح أن يشتري المرء لينتفع، أو يقتني، أو يستهلك.[2]

الترجيح :بعد عرض القولين، ودليل كل قول، ومناقشة ما احتاج منها إلى مناقشة، تبين لي-والله أعلم- أن الراجح هو القول الأول القائل بجواز بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا كان الوعد غير ملزم؛ وذلك لقوة ما استدلوا به، و خاصة أن الوعد في هذه الحالة غير ملزم

الفرع الثاني: حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا كان الوعد ملزمًا:

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا كان الوعد ملزمًا، على ثلاثة أقوال:

القول الأول :أنه بيع محرم. وهو قول جمع من المعاصرين.[3]

القول الثاني :أنه بيع صحيح. وهو قول جمع من المعاصرين.[1]

[1]-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير 3/ 89، الممتع، لابن عثيمين 8/ 211.

[2]-بيع المرابحة للآمر بالشراء، للقرضاوي، ص30.

[3]-بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، لمحمد الأشقر، منشور ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، لمحمد الأشقر وآخرين 1/ 7

القول الثالث :أنه بيع صحيح إذا كان الإلزام لأحدهما. وهو قول جمع من المعاصرين.[2]

أدلة القول الأول:

الدليل الأول :عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال» **:نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم عَنْ سَلَفٍ وَبَيْعٍ... وعَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، وَعَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ** «رواه أبو داود وغيره.[3]

وجه الدلالة من الحديث :أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند البائع، وعن ربح ما لم يضمن؛ والإلزام بالوعد على شراء السلعة يدخل في النهي؛ لأن الإلزام بالوعد في حقيقته بيع، وإن سمي وعدًا، والعبرة بالحقائق، فالبنك على ذلك يعد بائعًا لما ليس عنده، وداخلًا في ربح ما لم يضمن.[4]

الدليل الثاني :عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال" **:نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ"**[5]

---

[1]-منهم: القرضاوي، وسامي حمود، وعبدالستار أبو غدة، وصدر به قرار مؤتمر المصرف الإسلامي الأول المنعقد بدبي في 1399ه، وقرار مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني المنعقد بالكويت في 1403ه. انظر: بيع المرابحة للآمر بالشراء، للقرضاوي، ص30، بيع المرابحة للآمر بالشراء، لسامي حمود، أسلوب المرابحة والجوانب الشرعية التطبيقية في المصارف الإسلامية، لعبدالستار أبو غدة، منشوران في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ص807، ص894.

[2]- منهم: الصديق الضرير في بحث المرابحة للآمر بالشراء، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ص740، 742. وصدر به قرار المجمع الفقهي، العدد الخامس، برقم 40-41/ 2، 3، وقرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، كما في كتابها المعايير الشرعية ص93. واختار بعض أصحاب هذا القول أن يكون الإلزام للمأمور دون الآمر. انظر: المرابحة للآمر بالشراء، للصديق الضرير، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ص742، الشروط التعويضية، لعياد العنزي 2/ 555.

[3]- رواه أبو داود، كتاب البيع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، برقم3504، والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده، برقم1234، والنسائي، كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، برقم4630، 4631. والحديث ضعيف؛ فهو من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وعمرو بن شعيب فيه خلاف بين المحدثين؛ فقد ضعفه يحيى القطان، وابن معين في رواية، وأحمد، وأبو داود، وذكره البخاري في الضعفاء الصغير وذكر أن مما يعاب عليه أنه كان لا يسمع بشيء إلا حدث به، وقال عنه ابن معين:" ليس بذاك"، وقال أحمد:" له أشياء مناكير، وإنما يكتب حديثه يعتبر به، فأما أن يكون حجة فلا". ولعل تضعيف هؤلاء الأئمة له منصب على روايته عن أبيه عن جده؛ فأكثر مروياته هي عن أبيه عن جده، وسلسة عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده حصل خلاف بين الأئمة فيها، والراجح أنها ضعيفة؛ وممن نص على ضعفها أيضًا ابن معين، وابن المديني، وابن حبان، وابن عدي. انظر: تهذيب الكمال، للمزي 22/ 64، الضعفاء الصغير، للبخاري، ص84، ميزان الاعتدال، للذهبي 3/ 263، تهذيب التهذيب، لابن حجر 8/ 48.

[4]-نظر: بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، لمحمد الأشقر، منشور ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، لمحمد الأشقر وآخرين 1/ 72، 105، بيع المرابحة للآمر بالشراء، لبكر أبو زيد، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ص

[5]- واه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، برقم 1231، والنسائي، كتاب البيوع، باب بيعتين في بيعة، برقم4632، وأحمد، مسند أبي هريرة، برقم9584. والحديث صححه الترمذي، وابن عبدالبر. وقد تفرد بهذا الحديث محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة، ومحمد بن عمرو ضعفه غير واحد من الأئمة، وذكره العقيلي وابن عدي في الضعفاء، وعلى أحسن أحواله فمثله لا يحتمل التفرد، إضافة إلى أن روايته عن أبي سلمة مضطربة كما ذكر ذلك ابن معين وأحمد بن حنبل، قال ابن معين: "ما زال الناس يتقون حديثه. قيل له، وما علة ذلك؟ قال: كان يحدث مرة عن أبي سلمة بالشيء من رأيه ثم يحدث به مرة أخرى عن أبي سلمة عن أبي هريرة"، وقد جاء النهي عن بيعتين عن جمع من أصحاب أبي هريرة عند البخاري ومسلم وغيرهما دون زيادة (في بيعة) مما يدل على أنها زيادة منكرة، وفسر الحديث البيعتين المنهي عنهما ببيع الملامسة، والمنابذة . وجاء النهي عن بيعتين في بيعة عند الترمذي من طريق يونس بن عبيد عن نافع عن ابن عمر، ويونس لم يسمع من نافع كما ذكر ذلك ابن معين، وأحمد، والبخاري، وأبو حاتم. وجاء النهي عن بيعتين في بيعة عند أحمد من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقد سبق الكلام عن ضعف هذه السلسة في ص158 من هذا البحث. إضافة إلى أن طرق الحديث إلى عمرو بن شعيب لا تخلو من ضعف، ولا يثبت منها إلا ما جاء عند الترمذي من طريق أيوب السختياني عن عمرو بن شعيب، وليس فيه النهي عن بيعتين في بيعة. انظر: الاستذكار، لابن عبدالبر 6/ 448-449، الطبقات الكبرى، لابن سعد، ص363، الضعفاء الكبير، للعقيلي 4/ 109، الكامل في ضعفاء الرجال، لابن عدي 7/ 456، تهذيب الكمال، للمزي 26/ 216، العلل ومعرفة الرجال، لأحمد رواية المروذي، ص185، المراسيل، لابن أبي حاتم، ص249، العلل ومعرفة الرجال، لأحمد رواية ابنه عبدالله 1/ 387، 3/ 31، العلل الكبير، للترمذي، ص194.

الدليل الثالث :أن حقيقة بيع المرابحة للآمر بالشراء مع الإلزام بالوعد حيلة لبيع نقد بنقد أكثر منه إلى أجل بينهما سلعة محللة فغايته.

الدليل الرابع :أن العلماء أجمعوا على النهي عن بيع الدين بالدين،وبيع المرابحة مع الإلزام بالوعد مؤجل البدلين، فلا البنك يسلم السلعة في الحال، ولا العميل يسلم الثمن.

الدليل الخامس :أن الشارع فرض لكل من المتبايعين حقًا في خيار المجلس، وفي بيع المرابحة مع الإلزام بالوعد إسقاط لهذا الحق الذي فرضه الشارع لهما.

الدليل السادس :أن الرضا التام حين التعاقد شرط من شروط العقود، والإلزام بالوعد في المرابحة يتنافى مع الرضا المطلوب شرعًا؛ لأن المتعاقدين مجبران على العقد الثاني، فيكون العقد باطلًا؛ لعدم توفر شرط الرضا.

<u>أدلة القول الثاني:</u>

الدليل الأول :أن الأصل في المعاملات الحل إلا ما دل الدليل على تحريمه، ولا دليل يدل على تحريم المربحة مع الوعد الملزم، فتكون مباحة بناءً على الأصل.

الدليل الثاني :أن بيع المرابحة يتفق مع قول العلماء الذين يرون الإلزام بالوعد مطلقًا، أو على رأي المالكية الذين يرون الإلزام بالوعد إذا دخل الموعود بسببه في شيء؛ فالمأمور اشترى السلعة ودخل

[33]انظر: المرابحة للآمر بالشراء، للصديق الضرير، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ص740.

في هذه المخاطرة لأجل الواعد، وحتى على رأي من يرى الإلزام بالوعد ديانة من العلماء، فإنا يمكننا أن نلزم به قضاءً إذا اقتضت المصلحة ذلك، وقد اقتضت المصلحة في بيع المرابحة الإلزام بالوعد.

دليل القول الثالث:

أن الإلزام بالوعد لكلا الطرفين يصيره عقدًا، فيدخل في بيع الإنسان ما ليس عنده، أما إن كان الوعد من أحد الطرفين فإن المحاذير الشرعية تنتفي

الترجيح:من خلال استقراء الآراء المقدمة بخصوص حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء فإني أميل إلى ما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين كالدكتور عارف الشيخ والدكتور محمد سليمان الأشقر والدكتور بكر بن عبد الله أبوزيد من كون هذا البيع غير جائز شرع لدواعي عدة نذكر من بينها:

-1- بيع المرابحة منهي عنه شرعاً لأنه من قبيل بيع ما لا يملك، لأن البنك يبيع للمشتري ما لم يملك فعلاً ساعة البيع.

-2- العقد باطل لأنه من قبيل <u>البيع المعلق بشرط</u>، لأن المشتري كأنه يقول للبنك: إن اشتريتم هذه البضاعة اشتريتها منكم، وقد عبر ابن رشد عن مثل هذا البيع بأنه مواطأة على بيعها قبل وجوبها.

-3 -بيع المرابحة يؤدي إلى التحايل على إباحة الإقراض بالربا، وقد قال ابن عبد البر في كتاب «الكافي» بأنه يتحيل في بيع درهم بدرهم أكثر منها إلى أجل بينهما سلعة محللة كأن يطلب رجل من آخر سلعة يبيعها منه بنسيئة، وهو يعلم أنها ليست عنده ويقول له: اشترها من مالكها بعشرة وهي علي باثني عشر إلى أجل كذا.

-4- بيع المرابحة يدخل في باب بيوع العينة المنهي عنها، وبيع العينة يكون قصد المشتري فيه على العين (النقد) وليس على السلعة وهذا منهي عنه شرعاً، وهذا هو الحاصل اليوم مع البنوك، لأن المشتري لم يلجأ إلى البنك إلا لأنه غير قادر مادياً، فهو إذن يريد المال لا السلعة، والبنك لم يشتر هذه السلعة للمشتري إلا بقصد أن يبيعها بأجل وبزيادة ربح، وإلا لم يكن له نية شرائها.

-5 - بيع المرابحة للآمر بالشراء يدخل في باب بيع الدين بالدين (الكالئ بالكالئ) أي أن البدلين مؤجل عند الطرفين، فلا البنك يسلم السلعة في الحال ولا المشتري يسلم الثمن، وهذا محرم عند الفقهاء أصلاً.

-6 - بيع المرابحة من قبيل بيعتين في بيع، وقد نهى الرسول- ﷺ- عن بيعتين في بيع، فبيع المرابحة مواعدة في بدايتها، لكنها تتحول في النهاية إلى عقد ملزم فصارت بيعتين في بيع، الأولى بين البنك والمشتري، والثانية بين البنك والبائع.

-7- بيع المرابحة يؤدي إلى وجوب الوفاء بالوعد، والوفاء بالوعد مستحب عند الجمهور وليس واجباً.

وحتى يصح عقد المرابحة للآمر بالشراء فقد ارتأى مجلس المجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1 إلى 6 جمادى الأولى 1409 هت الموافق 15/10 دجنبر 1988 الأخذ بمجموعة من الضوابط و القواعد حتى يكون العقد صحيحا و جائزا شرعا وهي كالتالي :

أولاً: أن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز، طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه.

ثانياً: الوعد - وهو الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد - يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ثالثاً: المواعدة - وهي التي تصدر من الطرفين - تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي عن بيع الإنسان ما ليس عنده.

الفصل الثاني

التطبيق الثاني :

الإيجار المنتهي بالتمليك

المبحث الأول :

تعريف الإيجار المنتهي بالتمليك

المطلب الأول :تعريف الإيجار المنتهي بالتمليك لغة واصطلاحا :

في عالم الإستثمار الإسلامي وتحت مظلة المصارف الإسلامية، وجدت أدوات استثمار بعضها قديم معروف، كالسلم، و الإستصناع، و المرابحة، و بيع ألجل أو بيع التقسيط، وبعضها حديث النشأة، تم تعديله و صياغته بدقة على وفق المقررات و المناهج الإسلامية، و من أهمها الإجارة المنتهية بالتمليك؛ التي ذاع صيتها في الآونة الأخيرة، فكان جديرا بنا أن نحيط بتفاصيلها و تسليط الضوء على مدى مشروعيتها، و تطبيقها، وصورها.

الإجارة في اللغة مشتقة من الأجر، وهو الجزاء على العمل،[1] قال ابن منظور ":الأجر: الجزاء على العمل، والجمع أجور. والإجارة: من أَجَرَ يَأْجِرُ، وهو ما أعطيت من أجر في عمل".[2]

والإجارة في الاصطلاح هي: عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، بعوض معلوم.[3]

وتعريفات الإجارة في المذاهب الفقهية قريبة من هذا التعريف، وإن اختلفت في اللفظ قليلًا.[4]

أما التمليك لغة فهو مصدر ملك، والمَلْكُ: ما ملكت اليد من مال[5]، والملك في الاصطلاح لا يخرج عن معناه اللغوي.

-[1]انظر: العين، للفراهيدي 6/ 173، معجم مقاييس اللغة، لابن فارس 1/ 62، لسان العرب، لابن منظور 4/ 10.

[2]- لسان العرب، لابن منظور 4/ 10.

- [3]منتهى الإرادات، لابن النجار 339/1

- [4]أنظر: بداية المبتدي، للمرغيناني، ص186، مواهب الجليل، للحطاب 5/ 389، أسنى المطالب، للأنصاري 2/ 403، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي2/ 241.

- [5]انظر: العين، للفراهيدي 5/ 380، معجم مقاييس اللغة، لابن فارس 5/ 352.

أما تعريف مصطلح الإجارة المنتهية بالتمليك؛ فقد عرف بأنه:" عقد بين طرفين يؤجر فيه أحدهما لآخر سلعة معينة مقابل أجرة معينة يدفعها المستأجر على أقساط خلال مدة محددة، تنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر عند سداده لآخر قسط بعقد جديد" مثل أن يقوم مصرف بتأجير عين كسيارة إلى شخص مدة معينة، بأجرة معلومة قد تزيد عن أجرة المثل، على أن يملك المصرف المؤجر، المشتري إيها بعد انتهاء المدة ودفع جميع أقساط الأجرة بعقد جديد.

فالعاقدان يتفقان على إخفاء بيع التقسيط، وإعلان الإجارة، وتكون الأجرة بمثابة القسط الذي يدفعه الشخص في بيع التقسيط، كما يتفقان على أنه إذا وفى المشتري بالثمن كاملا أصبحت الإجارة المنتهية بالتمليك بيعا. وصارت العين المؤجرة ملكا للمستأجر.

وهو بيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية، أي بيع بالتقسيط يتخذ صورة إيجار ينتهي بالبيع، والغرض منه احتفاظ البائع بملكية المبيع إلى حين سداد الثمن بدون شرط صريح. لأن البيع بالتقسيط تنتقل فيه الملكية إلى المشتري بمجرد عقد البيع، لكن في البيع الايجاري لا تنتقل الملكية إلى المشتري، لأنه عقد إيجار، وعليه يستطيع البائع استرداد المبيع في حال إفلاس المشتري.

ويعتقد المصري (ص: 129- 130) أن الإجارة التمويلية تشبه بما يعرف اليوم في المصارف الإسلامية ببيع المرابحة للآمر بالشراء ، إلا الجزئية الخاصة بالإجارة ، ففي المرابحة تستبدل بالبيع بالتقسيط.

وهي تختلف عن بيع التقسيط من حيث تكوينها، فهي تتكوم من عقدين مستقلين، الأول: عقد إجارة يتم ابتداء، وتأخذ كل أحكام الإجارة في تلك الفترة. والثاني: عقد تمليك العين عند انتهاء المدة، إما عن طريق الهبة أو البيع، بسعر رمزي حسب الوعد المقترن بالإجارة.

المطلب الثاني: صور الإيجار المنتهي بالتمليك في المصارف الإسلامية:

الصورة الأولى: عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة، واقترن به عقد هبة العين للمستأجر، معلقاً على سداد كامل الأجرة وذلك بعقد مستقل، أو وعد بالهبة بعد سداد كامل الأجرة، أي أنه عقد تأجير ينتهي بتملك المستأجر للشيء المؤجر، مقابل دفع عدد من الأقساط، يصبح المستأجر مشتريا للشيء ويتملكه بمجرد دفعه للقسط الأخير دون الحاجة إلى عقد بيع جديد. ومثال ذلك: أن يقوم شخص بتأجير شقة لشخص آخر مقابل 20000 درهم سنويا مثلا، ولمدة 20 سنة، ويقول المؤجر للمستأجر: إذا قمت بدفع الأقساط السنوية كاملة وفي مواعيدها، تصبح الشقة ملكا لك، ويقول المستأجر، وأنا قبلت. وهنا يرى الشاذلي، 1987، ص 531-536) أن يكون العقد عقد بيع للشيء مع اشتراط منع المشتري من التصرف في العين المبيعة بأي أنواع التصرف - معاوضة أو تبرعا- حتى يؤدي المشتري الثمن كاملا، وإلا انفسخ العقد.

الصورة الثانية: عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة (وذلك

وفق قرار المجمع رقم 44 (5/6) في دورته الخامسة).

الصورة الثالثة: عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة، واقترن به وعد ببيع العين المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأجرة بثمن يتفق عليه الطرفان.

الصورة الثالثة : أن تنتهي الإجارة عن طريق البيع قبل انتهاء مدة العقد، بمبلغ يعادل باقي الأقساط. وهو عقد إجارة مع وعد من المالك ببيع المأجور للمستأجر في أي وقت يرغب المستأجر فيه خلال مدة الإجارة بحيث يكون ثمن المأجور بقية الأقساط عند الرغبة في الشراء من قبل المستأجر.

الصورة الرابعة: أن تنتهي الإجارة عن طريق البيع التدريجي: كأن يمتلك المؤجر عمارة سكنية بها عدد من الشقق يقوم بتأجير العمارة للمستأجر مع وعد بأن يبيعه أجزاء منها (بعض الشقق) بالتدريج، إلى أن يتم تمليكه العمارة بأكملها، وهنا لا بد من تحديد ثمن العمارة، وتقسيمه على مدة الإيجار، بحيث يحق للمستأجر أن يتملك في كل فترة جزءا منها مقابل نسبة من ثمنها الكلي، بحيث يستكمل ملكية العمارة مع انتهاء مدة الإجارة. وهنا لا بد من عمل عقد بيع لكل جزء (شقة). وتتناقص قيمة الأجرة مع تزايد نسبة ما يملكه المستأجر من العين المؤجرة. وفي حالة فسخ عقد الإجارة قبل انتهاء مدة الإيجار لأي سبب كان، وقبل استكمال تملك العين من قبل المستأجر، تكون ملكية العين شائعة بين المالك الأصلي والمستأجر الذي آلت إليه ملكية جزء من العين المؤجرة.

المبحث الثاني:

أحكام عقد الإيجار المنتهي بالتمليك

إن الإيجار المنتهي بالتمليك ليس عقداً جديداً في حقيقته، وإنما هو نوع من التطوير الذي اهتدت إليه المؤسسات المالية للاستفادة منه كوسيلة مربحة أقل مخاطر لتمويل المشروعات والصناعات والمعدات يستفيد منها المتعاملون معها لشراء تلك المعدات في المستقبل عبر عقد الإجارة

القول الأول: أنها جائزة. وهو قول بعض المعاصرين.[1]

القول الثاني: أنها جائزة بشرط أن يفصل بين الإجارة والتمليك[2]. وهو قول جمهور المعاصرين[3]

القول الثالث: أنها محرمة. وهو قول جمع من المعاصرين[4]

أدلة القول الأول:

الدليل الأول :أن حقيقة هذا العقد أنه بيع تقسيط مشروط بعدم انتقال الملكية للمشتري إلا بعد سداد الأقساط جميعها، والإجارة ستر للعقد الحقيقي، فهي صورية، والعبرة في العقود بالحقائق، والأصل في الشروط الصحة إلا ما دل الدليل على منعه

الدليل الثاني :أن عقود الإجارة المنتهية بالتمليك لا تخرج عن كونها عقود بيع ورهن للعين، فلا يتصرف بها المشتري ببيع أو هبة حتى يسدد كامل الثمن، وهما عقدان صحيحان لازمان.

[1]-منهم: الشيخ عبدالله الجبرين، والدكتور عبدالله محمد، والدكتور إبراهيم أبو الليل، والشيخ محمد بن جبير. انظر: فتوى الشيخ عبدالله بن جبرين في موقعه رقم 8262، ورقم 8862، التأجير المنتهي بالتمليك و الصور المشروعة فيه، لعبد الله محمد، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ص2105، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، لأبي الليل، ص26، نقلًا من كتاب الإجارة المنتهية بالتمليك، لخالد الحافي، ص89، ورقة الشيخ محمد بن جبير رحمه الله التي قدمها لهيئة كبار العلماء، مخالفًا فيها قرار الهيئة بتحريم الإجارة المنتهية بالتمليك رقم 198.

[2]ترتب على الفصل بين العقدين أن تجري أحكام كل عقد في المدة التي يسري بها، وتكون ضمان العين المؤجرة ونفقات الصيانة غير التشغيلية على المالك. انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، رقم 110/ 4، عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية، لحامد ميرة، ص250-254.

[3]-صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، رقم 110/ 4، وقرار المعايير الشرعية للمؤسسات الإسلامية، ص117، وفتوى الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي في الفترة 7-11/ 3/ 1987م. وفتوى الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي 1/ 114-115.

[4]-نهم: ابن عثيمين، وبكر أبو زيد، ومحمد المختار الشنقيطي، وصدر به قرار هيئة كبار العلماء بالأغلبية رقم 198، وتاريخ: 6/ 11/ 1420ه. انظر: قرار هيئة كبار العلماء رقم 198، وفتوى الشنقيطي في ملاحق كتاب عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، لمحمد الحاج، ص

دليل القول الثاني :أنه إذا تمايز عقد الإجارة عن عقد التمليك، وأجريت أحكام كل عقد في المدة التي يسري فيها، فالعقد صحيح ولا مانع منه، ويتم ذلك عن طريق اشتراط بيع العين، أو هبتها للمستأجر بعد الانتهاء من السداد، أو أن يعد المؤجر المستأجر ببيع العين، أو هبتها له بعد انتهاء مدة الإجارة.

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول :عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال" :**نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ"**[1]

الترجيح: إن حكم الإجارة المنتهية بالتمليك ينبني على حكم تعليق البيع، و لما كان الراجح في مسألة تعليق البيع على شرط (بيع وشرط) هو عدم الجواز حسب جمهور الفقهاء فإن الإجارة المنتهية بالتمليك في صورها المصرفية المعاصرة لا تكاد لا تخرج عن حكم التعليق و هو عدم الجواز و في المسألة تفصيل حيث أن الضوابط المتعارف عليها و المعمول بها تكون هي المانع من الجواز حيث نجد:

- أن ورود عقدان مختلفان في وقت واحد على عين واحدة في زمن واحد لا ينبرم بها عقد صحيح شرعا اللهم إلا تم إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة.
- عقد إجارة ينتهي بتملك العين المؤجرة مقابل ما دفعه المستأجر من أجرة خلال المدة المحددة، دون إبرام عقد جديد، بحيث تنقلب الإجارة في نهاية المدة بيعاً تلقائياً.

[1]-رواه الترمذي وغيره

- إجارة عين لشخص بأجرة معلومة ولمدة معلومة مع عقد بيع له معلق على سداد جميع الأجرة المتفق عليها خلال المدة المعلومة، أو مضاف إلى وقت في المستقبل.

وحتى يكون العقد صحيحا فيجب أن تتوفر فيه الضوابط التالية :

- عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجرة معلومة، في مدة معلومة، ويعطي المؤجر للمستأجر حق الخيار في تملك العين المؤجرة في أي وقت يشاء على أن يتم البيع في وقته بعقد جديد بسعر السوق (وذلك وفق قرار المجمع السابق رقم 6/44(5)) أو حسب الاتفاق في وقته.
- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من غير ناشيء من تعد المستأجر، أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.
- ذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونيا إسلامياً لا تجارياً، ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.
- يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة ، وأحكام البيع عند تملك العين.

خاتـــــمـــة

وفي نهاية المطاف أحمد الله تعالى أن يسر و أعان ومن برحمته وكرمه ووفق لإتمام هذا العمل المتواضع.

وبحثي هذا كان من الممكن أن يكون واسعا ، لأنه موضوع مترامي الأطراف ، ولكن البحث المستفيض يحتاج إلى وقت كبير ، وما هذا البحث إلا جهد جمع بعض جزئيات الموضوع ، ولا أدعي فيه الكمال ، بل هو عمل بشري سمته النقصان ومعرض للخطأ والزلل ، وهذا ما فتح الله به علي ، فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي و الشيطان ، وبعد هذا الجهد يمكن استخلاص النتائج التالية :

- أهمية معرفة العقود المعلقة في معاملات الناس اليومية لأن كثيرا من الأحكام الشرعية تترتب عليها ، فكان لزاما على كل مسلم معرفة ما يقدم عليه ، حتى لا يقع في المحرمات ذلك لأنه لا يجوز الإقدام على أمر يعرف حكم الله فيه.
- يمكن الاستفادة من العقد المعلق في كثير من المعاملات الحديثة خاصة مجال المصارف الإسلامية .
- أن البحوث في مجال العقود المعلقة لا زالت ضئيلة ، ومن ثم يجب على الباحثين في الاقتصاد الإسلامي الاهتمام بها نظرا لأهميتها ، لاسيما وأن آراء الفقهاء فيها متفرقة ومتضاربة ولذلك تحتاج إلى دراسة نقدية تحليلية .

- اختلاف الفقهاء في حكم التعليق بين موجز ، ومانع ، وبالبحث و التقصي تبين أن سبب اختلافهم راجع إلى الاختلاف في النص المستدل به، بين مصحح ومضعف ، ومثبت ومنكر ، أو في فهمه وتأويله وتنزيله علو الوقائع المستجدة .
- أن موضوع التعليق موضوع واسع وشاسع يحتاج إلى أبحاث أخرى من أجل الإحاطة و الاستفادة ، ولا يزال الموضوع محل إثارة ومناقشة في ملتقيات متعددة ومن الاعتراضات الموجهة من قبل بعض الباحثين نقل الوعد الملزم الذي تحدث عنه الفقهاء من نطاق عقود التبرعات في الغالب أو الالتزامات الشخصية إلى عقود المعاوضات ليكون بديلا عن بيوع منهي عنها كبيع ما ليس عند البائع في المرابحة مثلا ، وهذا أمر لا يجوز حسب وجهة نظرهم[1].

وجعل البعض عقد المرابحة للآمر بالشراء مركبا من عقدين مرتبطين بسبب الوعد الملزم[2]وما جعلني أقترح البيع المعلق بديلا عن الوعد الملزم بالنظر فيه هو أنه حينما ألحق الوعد الملزم بالمرابحة لن يتم التوصيل إلى الفتوى فيه إلا عن طريق التلفيق بين المذاهب كما هو معلوم . بينما بحث التعليق في البيع هو بحث أصيل تحدث فيه أهل العلم تفصيلا واختلفوا فيه ، والأخذ برأي القائلين بجوازه في حال كونه مناسبا – يبعد المرابحة عن الصورية و الاعتماد على التلفيق .أما ما يخص البيع المعلق بديلا عن الوعد في المرابحة :

[1]- المصري رفيق ، آثار الشرط المسبق في العقود المركبة في المصارف الإسلامية المنعقد في البنك الإسلامي بجدة 1425ه / 2004 م ، ص : 11 .
[2]- العمراني عبد الله أثر الشرط المسبق في العقود التمويلية المركبة بحث مقدم إلى ندوة " اشتراط جمع العقود " المنعقدة في البنك الإسلامي بجدة ، 1425 ه / 2004 م ، ص : 74 ، 73 .

1- تكييفه الفقهي : أن يصدر إيجاب من العميل الراغب في شراء السلعة بصيغة تفيد التعليق أي أن شراء العميل للسلعة من المصرف معلق على شراء المؤسسة السلعة المبنية بالوصف ودخولها في ملكها ، فإذا وافقت المؤسسة انعقد العقد ، أما آثاره المباشرة (انتقال الملك) فتترتب بمجرد اقتناء المؤسسة للسلعة ودخولها في ضمانها .

مثل أن يقول : إن اشتريت سلعة كذا (محددة بالوصف) فسأشتريها منك مرابحة أو بالأجل ، أو يقول : أشتري منك سلعة كذا إن أنت اشتريتها لنفسك

2- إذا تم اختيار جواز التعليق ولو كان للزوم فقط وليس للإنعقاد ، وعليه كثير من الفقهاء فسيعتبر بديلا شرعيا مقبولا عن الوعد الملزم الذي يعتبره البعض حيلة حيث جعل المرابحة صورية . وفي هذه الحالة البيع المعلق على شرط التملك فإن العقد يكون لازما للطرفين إذا تحقق الشرط المعلق عليه وفق الرأي المختار ، وينعقد حالا وتتأخر آثاره إلى حين تحقق الأمر المعلق عليه وتنتقل بذلك إلى المشتري ملكية المبيع فور إقتنائه من المؤسسة على الرأي الآخر الذي قال به بعض أهل العلم ، ويمكن أن ترد جملة من الاعتراضات و الإشكالات على هذه الصورة من أهمها :

أ – أن عقد البيع من عقود التمليكات وهذه العقود لا يدخلها التعليق : والجواب عنه

- إن هذه القاعدة محل نظر وتأمل إذ أن بعض الفقهاء ذكروا بأنه لا يدل عليها نص من الكتاب و السنة ولا محل إجماع ، والأصل في العقد رضا المتعاقدين .

- إن هذا مبني على أن موجب عقد البيع التسليم في الحال وهو أمر غير صحيح بل إن الشرع دل على خلافه .
- استثناء المانعين لصور متعددة قبلوا فيها التعليق على شرط كما هو عند الحنفية والمالكية و الحنابلة [1]مما يدل على أن كون العقد من عقود التمليك لا يمنع تعليقه على شرط .
- ثم أن العقد المعلق هل ينعقد ويتوقف ترتب آثاره فيكون بمعنى الوعد الملزم ، وقد سبق مناقشة هذه المسألة ، واتضح فيها رأيان لأهل العلم :

الأول : إن العقد المعلق ينعقد وتتأخر آثاره إلى وقت حصول الشرط المعلق عليه وإن التعليق عندهم لا يمنع الانعقاد ، وهو ما عليه بعض الفقهاء خلافا للغالبية ونسبه البعض إلى جمهور الفقهاء .

الثاني : هو أن التعليق يمنع انعقاد البيع سببا في الحال ويتأخر انعقاده إلى وقت حصول الشرط المعلق عليه ، وينتج آثاره حينئذ ، فإذا أخذنا بالرأي الأول فإن البيع ينعقد ولكن يتأخر إنتاج آثاره إلى زمن حصول الشرط مستقبلا

ب – لو قلنا بانعقاده فإن الثمن والمثمن فيه مؤجلان إلى وقت حصول الأمر . المعلق عليه ، وهذا فيه تأجيل البدلين ، وهو أمر ممنوع ، والجواب على هذا أن يقال :

[1]- الدردير ، الشرح الصغير ج 4 ، ص: 15 ، ابن القيم الجوزية إعلام الموقعين ج 3 ص : 387- 390 . ابن نجيم البحر الرائق : ج 6 ص : 195.

- أن البيع المعلق آثاره لا تعمر به ذمة العاقدين في الحال ، حيث تعمر ذمة من وقع عليه الشرط بإحضار السلعة الموصوفة . أما الثمن فليس بدين ولا عين إذ وجوده متوقف على حصول الأمر المعلق عليه ، فإذا تحقق الشرط وأجل تسليم الثمن باتفاق أو بدونه صار دينا في الذمة.
- والذي أراه في هذا النوع من البيع أنه لا يجوز كذلك وهو رأي العلامة سيدي محمد التاويل رحمه الله تعالى ورأي أستاذنا الدكتور الجيلالي المريني حفظه الله و الله تعالى أعلى وأعلم .
- وفي ختام هذا البحث أذكر أن هذا جهد المقل بلا شك وأنني ما وفيت الموضوع حقه لقصر باعي ، فإن كان ما كتبته صوابا فمن العلي المنان ، وإن كانت الأخرى فمني ومن الشيطان .

فهـــرس الآيـــات القـــرآنية

الآية	رقمها	السورة	الصفحة
{وإنه لكتاب عزيز لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد}	41-40	فصلت	05
{فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء اشراطها}	19	محمد	23
{أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله}	19	الشورى	38
{قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا}	59	يونس	39
{ ا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه }	181	البقرة	56
{ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم }	72	يوسف	56
{ فرهان مقبوضة }	282	البقرة	56
{وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة}	282	البقرة	77
{يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه }	281	البقرة	77
وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين	20	يوسف	90
والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا وآتوهم من مال الله الذي آتاكم	33	النور	107
وإن تبدوا ما في أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله	184	البقرة	118

وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ وَذَٰلِكَ دِينُ الْقَيِّمَةِ	5	البينة	121
يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود	01	المائدة	135

فهـــرس الأحاديث النبوية

نص الحديث النبوى	الصفحة
أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر	49
أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط	50 - 133
أن النبي ﷺ قال : " لا يحل سلف و بيع"	51
أن النبي صلى الله عليه و سلم :" نهى عن صفقتين في صفقة واحدة	51
نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيعتين في بيعة	52
حديث جابر ابن عبد الله رضي الله عنهما أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمر به النبي ﷺ فضربه، ودعا له، فسار بسير ليس يسير مثله ؛ ثم قال : " بعنيه بأوقية"، قلت : لا، ثم قال : " بعنيه بأوقية " فبعته، واستثْنيْتُ حُمْلانَهُ إلى أهْلِي، فلما قدِمنا أتيْتُه بالجَمَلِ، ونقدَني ثَمَنَهُ، ثم انصرفْتُ، فأرسلَ على أثري، فقال : " ما كنتُ لآخُذَ جَمَلَكَ، فخُذ جَمَلَكـ فَهُوَ مالُك" وفي رواية : " وشرَطَ ظهرَهُ إلى المدينة"	57
نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ سَلَفٍ وَبَيْعٍ... وعَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، وَعَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ	63 -163
أن النبي ﷺ قال : "اشتريها واشترطي لهم الولاء.." حديث بريرة	65
أن النبي ﷺ قال :إذا بايعت فقل لا خلابة	77
أن رجلا كان في عقدته [1] ضعف، وكان يبايع، و أن أهله أتوا النبي ﷺ فقالوا : يا رسول الله، أحجر عليه. فدعه رسول الله ﷺ فنهاه. فقال : يا رسول الله إني لا أصبر عن البيع. فقال : " إذا بايعت فقل هاءَ وهاءَ و لا خِلابَةَ	77
أن النبي ﷺ من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر .. إلا أن يشترط المبتاع"	78
قال النبي ﷺ : " إنما الأعمال بالنيات .. "	121
قال النبي ﷺ : " رفع القلم عن ثلاثة، النائم حتى يستيقظ و الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل "	124
قال النبي ﷺ : " إن الله وضع عن أمتي الخطأ و النسيان وما استكرهوا عليه "	126

[1]- قال ابن منظور في لسان العرب، مادة (عَقَدَ) : " وعُقْدَةُ اللسان : ما غَلُظَ منه.وفي لسانه عُقْدَةٌ وَ عَقْدٌ أَيْ إلتواء. ورجل أَعْقَدٌ، وَعَقِدٌ : في لسانه عُقْدَةٌ أو رَتَجٌ.."

قال النبي ﷺ : " المسلمون عند شروطهم .. "	135
قال النبي ﷺ : " إن الله حرم بيع الخمر والميتة .. قاتل الله اليهود : إن الله شومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه "	152
نهى النبي ﷺ : " عن ثمن الكلب .. "	153
نهى النبي ﷺ عن شراء العبد وهو آبق	154
نهى النبي ﷺ عن بيع صبرة الثمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من الثمر"	154

فهرس المصادر و المراجع حسب حروف المعجم

ـ أ ـ

- أحكام القرآن للقاضي أبي بكر ابن العربي ج 3ن، تعليق عبد القادر عطا، مط : دار الفكر 1402.
- أحكام القرآن لأحمد بن علي الرازي المعروف الجصاص، تحقيق محمد قمحاوي، دار المصحف القاهرة.
- أساس البلاغة ، لأبي القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري جار اللّه (538 هـ)، دار الكتب العلمية –بيروتن الطبعة الأولة 1419 هـ/1998 هـ.
- الأشباه و النظائر للعلامة زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي المتوفي 970 هـ تقديم وتحقيق محمد مطيع الحافظ، دار الفكر دمشق سورية، ط 1 1403هـ/1982م.
- أصول السرخسي، لأحمد بن أبي سهل السرخسي دار المعرفة بيروت : 302/2.
- أقسام العقود في الفقه الإسلامي بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الفقه إعداد الطالبة حسين حنان، سنة 1418 هـ/1998م.
- الإنصاف في معرفة الراجح مكن الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علي بن سليمان المرداوي الدمشقي (ت 885 هـ) دار النفائس الرياض، دار إحياء التراث العربي، بيروت ط 1419، 1هـ/1998 م.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين لمحمد بن القيم (ت 751 هـ)ن تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، شرطة الطباعة الفنية المتحدة مصر، ط 1388 هـ/ 1918م.
- الإجارة علة منافع الأشخاص : علي محي الدين القرة داغي أستاذ بكلية الشريعة بجامعة قطر بحث مقدم للدورة الثامنة عشر للمجلس – باريس جمادى الثانية/ رجب 1429 هـ/ يوليوز 2008 م.

- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل تأليف شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي المتوفى سنة 968 هـ ـ تصحيح و تعليق عبد اللطيف محمد السبكي – دار المعرفة للطباعة و النشر – بيروت.
- الإفصاح عن معاني الصحاح، أبو المظفر يحيى بيه بيرة الحنبلي الوزير (1398 هـ) مط. مؤسسة السعيدية الرياض بدون تاريخ، ج2.
- الإجارة المنتهية بالتمليك و صكوك العيان المؤجر لمنذر القحف، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الثانية عشرة بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في جدة.
- أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، تأليف أحمد بن محمد بن أحمد الدردير المتوفى سنة (1201 هـ)، مكتبة أيوب نيجيريا، 1420 هـ/2000م.
- الأموال و نظرية العقد لمحمد يوسف موسى دار الفكر العربي القاهرة 1996.
- الأسهم و السندات من منظور إسلامي للدكتور عبد العزيز الخياط، دار السلام القاهرة 1989م.

- ب -

ـ بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير، أحمد الصاوي، ضبط و تصحيح عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية ط 1.1415هـ/1995م.

ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين بن مسعود الكاساني الحنفي المتوفى 587 هـ ، مطبعة الإمام، القاهرة.

ـ البيوع الشائعة محمد توفيق رمضان البوطي، ط 1 دار الفكر المعاصر، بيرون (1419هـ/ 1998 م).

ـ البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، لعبد السلام التسولي، دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء المغرب، 1429 هـ/2008 م.

ـ بداية المجتهد و نهاية المقتصد لإبن رشد القرطبي دار المعرفة بيروت بدون تاريخ.

ـ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار دار الحكمة اليمانية صنعاء ط1،

1366 هـ / 1947 م.

ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي ط 1، المطبعة العلمية بدون تاريخ.

ـ بنوك تجارية بدون ربا لمحمد عبد الله الشيباني ط 1، دار عالم الكتب، الرياض.

ـ بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين عبد الرحمان بن محمد بن حسين بن عمر باعلوي، دار الفكر.

ـ ت ـ

ـ التلقين في الفقه المالكي للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، دراسة وتحقيق محمد ثالث سعد الغاني، مطبعة دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ـ

تاريخ الطبع 1425 هـ ـ 1426 هـ/2005 م.

ـ تكملة المجموع شرح المهذب محمد نجيب المطيعي مطبعة الإمام مصر. بدون تاريخ.

ـ التاج و الإكليل لمختصر خليل، يوسف بن محمد المواق (ت 897) تحقيق زكريا

عميرات دار الكتب العلمية بيروت ط1، 1416هـ/2009 م.

ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للنسفي، لعثمان بن علي الزيلعي (ت 743 هـ)، تحقيق أحمد عناية، دار الكتب العلمية بيروت.

ـ توصيات و قرارات المصرف الإسلامي الأول بدبي، القرار رقم 10 م ط دبي بدون

تاريخ، نقلا عن الخدمات المصرفية ج 2 ص 392.

ـ تنوير الأبصار مع حاشية الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي

حنيفة المؤلف : محمد علاء الدين بن علي الحصكفي المتوفى سنة 1088هـ دار

الفكر سنة النشر : 1386 هـ بيروت.

ـ التوضيح في شرح المختصر الفرعي لإبن الحاجب تأليف خليل بن إسحاق الجندي المالكي المتوفى سنة 776 هـ ضبط و تصحيح الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات و خدمة التراث القاهرة ط 1 1429 هـ/2008 م.

ـ تهذيب اللغة لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري (282ـ370هـ) تحقيق عبد السلام هارون مراجعة محمد علي النجار ـ المؤسسة المصرية العامة للتأليف و النشر، 1384 هـ ، (12 : 21)

ـ تاج العروس من جواهر القاموس، للإمام اللغوي السيد محمد مرتضى الزبيدي دار ليبيا للنشر و التوزيع، 1966م.

ـ تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق و الشريعة الإسلامية، لسامي حسن أحمد حمود، ط 2، 1402 هـ /1982 م. دار الفكر عمان الأردن.

-ج-

- جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل، تأليف العلامة الشيخ صالح عبد السميع الأبي الأزهري، ضبط و تصحيح الشيخ محمد عبد العزيز الخالدين مطبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى1418 هـ /1997 م

- الجامع بين الأمهات لأبي عمرو عثمان بن عمر المعروف بابن الحاجب المتوفى 646 هـ تحقيق الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات و خدمة التراث 2010.

- ح-

- حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، محمد بن عبد الله الخرشي، المتوفى 1101 هـ تحقيق زكريا عميرات دار الكتب العلمية بيروت، ط 1 1417 هـ 1997 م.
- حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، لمنصور بن يونس البهوتي تأليف عبد الرحمان بن محمد بن قاسم المتوفى سنة 392 هـ ط 1398 هـ

- حاشية على شرح المحلى على منهاج الطالبين، لقليوبي، شهاب الدين أحمد بيروت دار الفكر.
- الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، لعلي بن محمد المرداوي، تحقيق علي معوض و عادل عبد الموجود مطبعة دار الكتب العلمية بيروت ط 1 1414 هـ /1994 م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 2 – 370، م ط دار الفكر 1419 هـ 1998 م

- خ-

- الخدمات المصرفية لإستثمار أموال العملاء و أحكامها في الفقه الإسلامي للدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي 1423 هـ /2006 م.
- خطاب الضمان لبكر أبو زيد ضمن فقه النوازل، مكتبة الرشيد الرباض ط 1 1986 م.
- خطاب الضمان للصديق الضرير بحث مقدم إلى ندوة المستجدات في معاملات البنوك الإسلامية عمان 1983 م.
- الخرشي على مختصر خليل : طبعة دار صادر بيروت

- ذ-

- الذخيرة في فروع المالكية تحقيق أحمد عبد الرحمان دار الكتب العلمية بيروت ط1، 1422 هـ /2001 م

- ر –

- رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية بن عابدين، تحقيق محمد حلاق وعامر حسين مطبعة دار إحياء التراث العربي بيروت ط1، 1419 هـ /1998 م

- س –

- سنن الترمذي للإمام الحافظ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي المتوفى 279 هـ تحقيق العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني مطبعة : مكتبة المعارف/ الرياض، ط الأولى.

- سنن بن ماجة لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجة المتوفى (273هـ) تحقيق العلامة المحدث ناصر الدين الألباني، مطبعة : مكتبة المعارف الرياض ط الأولى.
- سنن أبي داود تصنيف أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني المتوفى 275 هـ تحقيق العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني مطبعة : مكتبة المعارف، الرياض ط الأولى
- سنن النسائي لأبي عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي الشهير بالنسائي المتوفى 303 هـ تحقيق العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني، مطبعة : مكتبة المعارف، الرياض ط الأولى.
- سبل السلام شرح بلوغ المرام للإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني تحقيق : حازم علي بهجة القاضي م ط دار الفكر 1421 هـ 2000م
- سد الذرائع و تحريم الحي: ابن القيم الجوزية.
- سندات المقارضة للدكتور الصديق الضرير، بحث مقدم لندوة المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية ، عمان 1994 م

- ش –

- الشرح الكبير مطبوع ضمن حاشية الدسوقي بيروت: دار الفكر بدون تاريخ.
- شرح منتهى الإرادات، البهوتي، مطبعة المدينة المنورة ، المكتبة السلفية.
- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، تأليف العلامة الشيخ محمد عليش، المتوفى سنة 1299 هـ دار الفكر 1409 هـ 1989 م، (3 : 663)
- شرح تنوير الأبصار في فقه أبي حنيفة النعمان ويليه تكملة ابن عابدبن – الطبعة الثانية 1966 م – مطبعة الحلبي، (5 :645)
- الشرح الصغير أحمد الدردير مطبوع مع بلغة السالك للصاوي مطبعة البابي الحلبي مصر.
- الشركة و أحكامها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الشركات الإسلامية للعالم العلامة محمد التاويل رحمه الله، مطبعة دار بن حزم بيروت لبنانن الطبعة الأولى، 1430 هـ /2009 م.

- الشامل في فقه الإمام مالك تأليف بهرام بن عبد اللّه بن عبد العزيز الدميري، المتوفى 805 هـ ضبطه وصححه الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، منشورات مركز نجيبويه للمخطوط و خدمة التراث، 1429 هـ 2008 م.
- شرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى 861 هـ ، دار الكتب العلمية ط 1 1424 هـ /2003 م.
- شرح الكوكب المنير لمحمد بن أحمد بن النجار الفتوحي، المتوفى 972 هـ تحقيق محمد الزحيلي و نزيه حماد ، مطبعة دار الفكر دمشق 1400هـ /1980 م

- ص-

- صحيح البخاري و هو الجامع الصحيح المختصر من أمور رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم و سننه و أيامه. لأبي عبد اللّه محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبه البخاري المتوفى سنة 256 هـ مطبعة دار الفكر بيروت لبنان 1426-1427 هـ /2006 م.
- صحيح مسلم للإمام أبي مسلم ابن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري المتوفى 261 هـ اعتنى به محمد بن عيادي بن عبد الحليم مكتبة دار الصفا 1424 ه، 2004 م .
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية إسماعيل بن حماد الجوهري تحقيق أحمد عطار ط 2، 1399 هـ 1979 م .

- ض-

- ضمان الإستثمار في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها المعاصرة للدكتور مصطفى جبر إسماعيل م ط دار النفائس ط 1، 1430هـ /2010م.

- ع-

- عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي محمد يوسف عارف الحاج محمد منشورات جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا 2003 م .

- عقد التوريد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) إعداد صالح محمود دراغمه (رسالة ماجستير) نوقشت 1425 هـ/2004 م.

- غ-

- الغرر في العقود و آثاره في التطبيقات المعاصرة. الصديق الضرير، سلسلة محاضرات العلماء البارزين رقم (4) منشورات المعهد الإسلامي للبحوث و لتدريب البنك الإسلامي للتنمية، 1414 هـ/1993 م.
- غمز عيون البصائر للحموي أحمد بن محمد الحموي الحنفي شرح كتاب الأشباه و النظائر لابن نجيم ، دار الكتب العلمية، بيروت ط 1 ، 1405 هـ /1985 م
- غريب الحديث عبد اللّه بن مسلم بن قتيبة الدينوري أبو محمد مطبعة العاني ، بغداد الطبعة الأولى، 1397 هـ تحقيق الدكتور عبد اللّه الجبوري.

- فـ

- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه اللّه تعالى للدكتور مصطفى الخن و الدكتور مصطفى البغا وعلي الشربجي عن الشاملة.
- الفقه الإسلامي و أدلته للدكتور وهبة الزحيلي، مطبعة دار الفكر 1404 هـ /1984 م
- الفروق للإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي المتوفى 684 هـ .
- فقه السنة للسيد سابق 110/3 دار الكتاب العربي ط 8 بيروت.
- فتاوى السبكي : أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى 756 هـ .
- الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمان الجزري مطبعة دار التقوى ط 2003م.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري أحمد بن علي حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي دار المعرفة – بيروت 1379 هـ

- قـ

- القواعد الأصولية و تطبيقاتها عند ابن قدامة في كتابه المغني للأستاذ الدكتور الجيلالي المريني دار الأرقم الرياض ط 1.
- القاموس المحيط مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، م ط البابي الحلبي ط 2 1271 هـ /1952 م.
- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالية لأبي القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي، مراجعة محمد عبد السلام، محمد سالم، مطبعة دار ابن الهيثم 1430 هـ / 2009 م.

- ك –

- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي،عبد العزيز بن أحمد محمد، علاء الدين البخاري (730) دار الكتب العلمية ،بيروت،الطبعة الأولى 1418هـ/1997 م.
- الكليات لأبي البقاء أيوب بن موسى الكفوي، منشورات وزارة الثقافة دمشق سوريا 1982 م
- كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يوسف البهوتي مكتبة النصر الحديث بالرياض

- ل-

- لسان العرب لابن منظور المصري المتوفى سنة 711 هـ طبعة دار المعارف 1979 م.

- م-

- مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد اللّه بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (866 هـ)، المكتبة العصرية، بيروت صيدا الطبعة الخامسة، 1420 هـ/1999 م.
- المعونة على مذهب عالم المدينة أبي عبد اللّه مالك بن أنس إمام دار الهجرة. تأليف القاضي أبي محمد عبد الوهاب علي ابن نصر المالكي المتوفى سنة 466 هـ ، تحقيق محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط 2، 1425 هـ/2004م.

- المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرىء ، دار الحديث القاهرة، ط1، 1421هـ /2000 م
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى السيوطي الرحيباني م ط المكتب الإسلامي دمشق.
- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين للنووي الشافعي المتوفى سنة 676 هـ اعتنى به محمد خليل عيتاني ، دار المعرفة بيروت، ط 1 1418 هـ / 1997 م
- مواهب الجليل بشرح مختصر خليل لشرح مختصر خليل، تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب متوفى 954 هـ ، ضبط و تصحيح زكريا عميرات، عالم الكتب العلمية بدون تاريخ.
- معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس دار الجيل، بيروت ط 1 1199 هـ.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، م ط البابي الحلبي مصر.
- المغني و معه الشرح الكبير لعبد الله أحمد موفق الدين بن قدامة (630 هـ) دار الكتاب العربي بيروت بدون الطبعة 1392 هـ /1972.
- مدونة الفقه المالكي و أدلته، للدكتور الصديق عبد الرحمان الغرياني، مؤسسة الريان بيروت لبنان ط 1 1423 هـ /2002م
- الموطأ لإمام الأئمة و عالم المدينة مالك بن أنس الأصبحي المتوفى 179 هـ تحقيق الشيخ طه عبد الرؤوف سعد من علماء الأزهر الشريف، 2006 م.
- المسند أحمد بن حنبل، المكتب الإسلامي، دار صادرن بيروت.
- المعاملات المالية المعاصرة بحوث وفتاوى و حلول، لوهبة الزحيلي، دار الفكر دمشق، سوريا دار الفكر المعاصر، بيروت لبنان، 2002 م.

- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عثمان شبير، دار النفائس، عمان 1427 هـ /2007 م.
- المصارف الإسلامية و ماذا يجب أن يعرف عنها للدكتور علاء الدين زعيتري دار غار حراء، دمشق – سوريا ، ط 1 1427 هـ /2006 م
- الموافقات لأبي إسحاق الشاطبي، مطبعة المكتبة التجارية بمصر بدون تاريخ.
- معجم المصطلحات التجارية الفني لجليل قسطو، مؤسسة الرسالة بيروت ط 1 1991 م
- المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى و آخرون بلا طبعة بدون تاريخ.
- المجموع شرح المهذب محيي الدين بن شرف النووي ت 676 ه، م ط الإمام مصر

- ن –

- نظرية العقد لأحمد بن عبد الحليم بن تيمية المتوفى 728 هت دار المعرفة بيروت.
- نصب الراية لأحاديث الهداية لجمال الدين عبد اللّه بن يوسف الزيلعي، المتوفى 762 هـ مطبعة المكتبة الإسلامية ط 2 1393 هت /1973 م.
- النهاية في غريب الحديث لمبارك بن محمد بن الأثير دار الفكر ،بيروت بدون تاريخ.
- نظرية الشرط في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقاربة بالقوانين الوضعية للدكتور حسن علي الشاذلي ، مطبعة دار إشبيلية.
- النظام المصرفي الإسلامي، محمد سراج دار الثقافة القاهرة 1989م.
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، مصطفى البابي الحلبي، مصر 1391 هـ /1971 م.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه الإسلامي على مذهب الإمام الشافعي لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، نوفي سنة 1004 هـ مطبعة الحلبي، 1386 هـ/1967 م.

- هـ –

- الهداية على شرح بداية المجتهد، المرغيناني، أبو الحسن علي : الطبعة الأخيرة، مصر، مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

- و –

- الوكالة في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة ، للدكتور محمد نجدات المحمد، مطبعة دار المكتبي، دمشق- سوريا الطبعة الأولى 1427هـ /2007م.

فهرس الموضوعات

مقدمة : 5

الفصل التمهيدي: تعريف الشروط في العقود، أقسامها من حيث الصحة والغرض منها

المبحث الأول :

تعريف الشروط في العقود والأصل فيها

المطلب الأول:تعريف الشرط وأقسامه

الفرع الأول:

تعريف الشرط في اللغة.....**22**

الفرع الثاني:

تعريف الشرط في اصطلاح الفقهاء و الأصوليين.....**26**

الفرع الثالث:

أقسام الشرط عند العلماء.....**29**

المطلب الثاني:أقسام الشرط باعتبار ملاءمته لحكم مشروطه، أو عدم ملائمته له، و الفرق بين شروط العقد و بين الشروط في العقد

الفرع الأول:

أقسام الشرط باعتبار ملاءمته لحكم مشروطه أو عدم ملائمته له. **36**

الفرع الثاني:

الفرق بين شروط العقد وبين الشروط في العقد. **39**

المبحث الثاني: أقسام الشروط في العقود من حيث الصحة والغرض منها

المطلب الأول: أقسام الشروط في العقود من حيث صحة اقترانها بالعقد وعدم صحة ذلك.

الفرع الأول:

أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الحنفية. **46**

الفرع الثاني:

أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية.....**54**

الفرع الثالث:

أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الشافعية **65**

الفرع الرابع:

أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الحنابلة.....**69**

الفرع الخامس:

أقسام الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية.....**76**

المطلب الثاني: أقسام الشروط في العقود من حيث الغرض منها

الباب الأول: البيع المعلق: تعريفه، أدواته شروطه وأحكامه

الفصل الأول: حقيقة البيع المعلق وألفاظ ذات الصلة به وأوجه الفرق بينه وبينها

المبحث الأول: تعريف البيع المعلق في اللغة على سبيل الإفراد

المطلب الأول : حقيقة البيع المعلق في اللغة و الاصطلاح

الفرع الأول:

تعريف البيع في اللغة. **89**

الفرع الثاني:

تعريف التعليق في اللغة **91**

المطلب الثاني: تعريف البيع المعلق في الإصطلاح وبيان معناه على سبيل التركيب والإضافة

الفرع الأول:

تعريف البيع في الإصطلاح. **93**

الفرع الثاني:

تعريف التعليق في الإصطلاح.....**99**

الفرع الثالث:

تعريف البيع المعلق على سبيل التركيب والإضافة.....**100**

المبحث الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالبيع المعلق وأوجه الفرق بينه وبينها

المطلب الأول:الألفاظ ذات الصلة بالبيع المعلق.

الفرع الأول:

العقد المضاف.....**104**

الفرع الثاني:

التقييد
بالشرط.....**106**

المطلب الثاني: أوجه الفرق بين البيع المعلق وبين الألفاظ ذات الصلة به

الفرع الأول:

الفرق بين البيع المعلق و الإضافة.....**110**

الفرع الثاني :

الفرق بين البيع المعلق و الشرط.....**111**

الفصل الثاني : أدوات التعليق وشروطه و أحكامه

المبحث الأول : أدوات التعليق وشروطه

المطلب الأول : أدوات التعليق ومعانيها

الفرع الأول :

بعض أدوات التعليق.....**115**

الفرع الثاني :

معاني أدوات التعليق : "إن" ، "إذا" و "متى".....**116**

المطلب الثاني : شروط التعليق عند الفقهاء

الفرع الأول :

شروط الصيغة **120**

الفرع الثاني :

شروط الشخص المعلق.....**123**

الفرع الثالث :

شروط الأمر المعلق عليه.....**126**

المبحث الثاني: أحكام التعليق عند الفقهاء

المطلب الأول: حكم البيع المعلق عند الجمهور والحنابلة وأدلتهم

الفرع الأول:

حكم البيع المعلق عند الجمهور.....**129**

الفرع الثاني:

حكم البيع المعلق عند الحنابلة.....**132**

المطلب الثاني:الترجيح في حكم البيع المعلق.....**136**

الباب الثاني: التطبيقات الفقهية للبيع المعلق

الفصل الأول: التطبيق الأول: بيع المرابحة للآمر بالشراء

المبحث الأول: تعريف بيع المرابحة للآمر بالشراء وبيان أركانه

المطلب الأول: تعريف المرابحة للآمر بالشراء في اللغة و اصطلاح الفقهاء

الفرع الأول:

بيع المرابحة في اللغة والإصطلاح الفقهي.....**143**

الفرع الثاني:

بيع المرابحة للآمر بالشراء في الإصطلاح.....**146**

المطلب الثاني: أركان بيع المرابحة للآمر بالشراء.....**147**

المبحث الثاني:صور إجراء عقد المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية وأحكامها

المطلب الأول: صور إجراء عقد الرابحة في المصارف الإسلامية.....155

المطلب الثاني: أحكام عقد المرابحة للآمر بالشراء

الفرع الأول :

حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا كان الوعد فيه غير ملزم.....**159**

الفرع الثاني :

حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا كان الوعد ملزما.....**160**

الفصل الثاني: التطبيق الثاني: الإيجار المنتهي بالتمليك

المبحث الأول: تعريف الإيجار المنتهي بالتمليك

المطلب الأول: تعريف الإيجار المنتهي بالتمليك لغة واصطلاحا.....169

المطلب الثاني: صور الإيجار المنتهي بالتمليك في المصارف الإسلامية.....171

المبحث الثاني:أحكام عقد الإيجار المنتهي بالتمليك

خاتمة: خلاصة ونتائج.....**178**

فهرس الآيات القرآنية.....**183**

فهرس الأحاديث **185**

فهرس المصادر و المراجع **187**

فهرس الموضوعات **199**