دولة ليبيا

الجامعة الأسمرية الإسلامية

كلية الشريعة والقانون

قسم الشريعة

الشروط الجعلية وأثرها في العقود المعاوضات المالية

بحث مقدم استكمالا لمتطلبات الحصول على الإجازة العالية(الماجستير)

إعداد الطالب : شرف الدين مصطفى شتوان

إشراف الأستاذ الدكتور: عبد المولى بن محمد المصراتي

العام الجامعي:

2008- 2009 م

الفصل الأول: تحديد المقصود من الشروط الجعلية وموقف الفقه الإسلامي منها

المبحث الأول: في بيان المفردات.

المبحث الثاني: مشروعية الشروط والحكمة من اشتراطها.

الفصل الثاني: مدى حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط.

المبحث الأول: بيان الاتجاهات الفقهية.

المبحث الثاني: بيان اتجاه فقهاء القانون في سلطان الإرادة والفرق بينه وبين فقهاء الشريعة.

الفصل الثالث: منشأ الخلاف في الشروط وبيان أقسامها.

المبحث الأول: في بيان سبب الاختلاف.

المبحث الثاني: أقسام الشروط الجعلية وأنواعها .

الفصل الرابع: استعراض أدلة الفقهاء في الشروط ومناقشتها.

المبحث الأول: أدلة المقيدين للشروط ومناقشتها

المبحث الثاني: أدلة القائلين بأن الأصل في الشروط الإباحة.

الفصل الخامس: نماذج من الشروط الجعلية في العقود المصرفية.

المبحث الأول: الشروط الجعلية في عقد المضاربة.

المبحث الثاني: الشروط الجعلية في عقد المراخحة.

المبحث الثالث: في مسائل متفرقة.

الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى

اللجنة الشعبية العامة للتعليم العالي

الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية

كلية الشريعة والقانون/ قسم الشريعة

الدراسات العليا/ شعبة الفقه المقارن

بحث بعنوان:

الشروط الجعلية وأثرها في عقود المعاوضات المالية

دراسة فقهية مقارنة

مقدم لاستكمال متطلبات الإجازة العالية (الماجستير) في الفقه المقارن

إعداد الطالب: شرف الدين مصطفى شتوان

إشراف: أ. د. عبد المولى محمد المصراتي

العام الجامعي 2008/ 2009ف

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾

البقرة، الآية: (257)

الإهداء

إلى نبع الحنان، إلى البسمة التي على الوجوه، إلى التي تقرأ قلوبنا، إلى التي لفّت أغصان الأخوة على بعضها، إلى الأمل، إلى الطريق الذي يشق لنا الحياة، إلى الضوء الذي نسير اتجاهه، عطف وحب وحنان، صدر يضمك بكل إحساس صادق إلى عماد أسرتنا وقوام أركانها.

(أمي الحبيبة)

إلى من وهبني للعلم، وتحمل مشاقه وأعباءه، إلى من سعى ليراني حاملاً نبراس العلم، ناهجاً نهج العلماء.

(أبي العزيز)

إلى التي سهرت معي الليالي، وتحملت معي مشاق الحياة وأعباءها

(زوجتي الحبيبة)

إلى من جمعت بيننا الأيام على الحلوة والمرة، وكانوا لي سنداً وعوناً.

(إخوتي وأخواتي الأعزاء)

إلى من ساروا معي طول هذه الرحلة العلمية.

(أصدقائي الأعزاء)

إلى من جعلني حاملاً لكتاب الله بتوفيق من الله ومنّة (الشيخ الحسين الفيتوري) إلى من كان ظل العرش موعد اللقاء، إلى من سكب حب دينه دماً ودمعاً.

إلى هؤلاء جميعاً أهدي هذا البحث المتواضع، راجياً من الله القبول، وأن يجازيهم عني أحسن الجزاء، وأن يوفقني لخير الدنيا والآخرة.

الباحث

الشكر والتقدير

الشكر لله سبحانه أن هداني للإيمان، ويسر لي طريق العلم والقرآن، فلله الحمد والشكر.

وأتقدم بجزيل الشكر والعرفان لشيخي الفاضل الأستاذ الدكتور عبد المولى محمد المصراتي لتكرّمه بالموافقة على الإشراف على هذه الرسالة، ولما بذله معي من جهد كبير في المتابعة والنصح والإرشاد والتوجيه، حتى تمكنت من إخراج الرسالة على هذه الحال، فله مني كل التقدير والاحترام.

كما أتقدم بالتقدير والاحترام للأساتذة عضوي لجنة المناقشة: الدكتور: مصطفى عمران بن رابعة، والدكتور: صالح الطيب محسن، لتكرّمهما بالموافقة على مناقشة هذه الرسالة ولما بذلاه من جهد في التقويم والتصحيح.

كما أتقدم بالشكر إلى كل من كان له دور في نصحي وإرشادي مما لا يتسع المقام لذكرهم، سائلا المولى عز وجل أن يجازي الجميع عني كل خير فهو ولي ذلك والقادر عليه.

بسم الله الرحمن الرحيم

مُقَدِّمَة

الحمد لله حمداً يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن الإسلام شرع العقود وسائلَ لغاياتها ومقاصدها من أجل تحصيل مصالح العباد، وجعل قوامها الوفاء والالتزام بما ورد فيها امتثالاً لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[1]، وجعل أساسها تحكيم قواعد الشريعة من إقامة العدل، والإحسان في التعامل، والتراضي بين المتعاملين، وتحريم الظلم والغش، والابتعاد عن طريق الغرر والتدليس والجهالة والربا، ونحوها من صور الكتمان والكذب الماحقة للبركة، كما أخبر النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما»[2].

وقد بيّن علماؤنا الأجلاء -رحمهم الله- ضوابط المعاملات المالية، وصنفوا أسفاراً ضخمة فصّلوا وبينوا من خلالها الأحكام المتعلقة بسائر أنواع التعامل الموجودة في عصرهم، ومع ذلك فإن الناظر في ساحة المعاملات اليوم يجد المسائل المستجدة الناتجة عن التطور العلمي والتكنولوجي، لا تزال في حاجة إلى نظر واجتهاد جديدين، ولا يكفيها النظر فيما دوّنه الأقدمون على جلال قدره وعظيم نفعه.

وإن هناك ضوابط ينبغي مراعاتها عند الاجتهاد والنظر في مثل هذه المسائل[3]:

---

(1) المائدة، الآية: (١).

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا بيّن البيعان ولم يكتما ونصحا، رقم (١٩٧٣): ٢/ ٧٣٢.

(3) هذه الضوابط نقلتها بتصرف من محاضرات ألقاها الأستاذ الدكتور على محمد العمري في فقه الحنفية، أثناء شرحه باب البيوع من كتاب الهداية شرح بداية المبتدي للمرغناني، جامعة اليرموك، ٢٠٠٨ف.

١. البحث عن بدائل شرعية تغني عن المعاملة العصرية إن كان ثمَّ شبهة تعتريها: ومن ذلك ما يسمى بالتأمين التجاري، فإنه يمكن الاستغناء عنه بنظام العاقلة، أو بالتأمين التعاوني والتكافلي، أو بتخصيص جانب من أموال الزكاة للغارمين.

٢. البعد عن الغلو في باب المعاملات خاصة، لأن أصلها مبني على التوسعة، والفقه كما يقال: رخصة من عالم، أما التشدد فيتقنه كل أحد.

٣. عدم الحرج من قول لا أدري، فقد قالها الصحابة -رضي الله عنهم- وربيعة الرأي، ومالك-رحمهما الله-، فما الحرج على صاحب أكبر رتبة علمية في أن يقول لا أدري، فالفضل في قوله عما لا أدري لا أدري، والعيب في قوله عما لا يدري أدري.

٤. بذل الجهد في المسألة، والاستفصال والإلمام بجوانب المعاملة، فتصور المسألة فرع في الحكم عليها، ومما يؤسف له صدور بعض الفتاوى التي تعتبر القرض الربوي من البنوك مضاربة، وترى الضرورة الدافعة حالَة حالّة في كل ما احتاج إليه الإنسان ولو كان حاجيا أو كماليا.

٥. أن يضع المجتهد في مثل هذه المسائل مقاصد الشريعة نصب عينيه، تحقيقاً للمصالح، ودرءاً للمفاسد.

إن الإسلام لم يهمل العقل وحث على استخدامه، وخاصة في جانب المعاملات، فقد أُعمل العقل وجُعل له حرية في إبرام العقود واشتراط الشروط ما دام في حدود الشرع، وهذا ما تتناوله هذه الدراسة، حيث جاء عنوانها (**الشروط الجعلية وأثرها في عقود المعاوضات المالية**).

سبب اختياري للموضوع:

قد امتنّ الله عليّ بالانتساب إلى تخصص الفقه المقارن، وكانت تلك أمنيتي أيام الجامعة؛ إذ كنا ندرس حينها طائفة من علوم الشريعة، وكان من بينها تفسير آيات الأحكام، وفقه السنة، وكنا نتعرض لأقوال الفقهاء وأدلتهم، غير أننا لا نقف في كثير

من الأحيان على منشأ الاختلاف وثمرته الفقهية، ولكن لما انتظمت في الدراسة العليا تخصص الفقه المقارن ودرسنا فيها درسناه من علوم مادة (أثر القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء) و(أسباب اختلاف الفقهاء) ووجدت في هاتين المادتين ضالتي، فكان فيهما ما شفى غليلي وأزال حيرتي، وكنت كتبت حينها بحثا في مادة (أسباب اختلاف الفقهاء) عنونته بـ (الشرط الجعلي في عقد البيع) وذلك تطبيقاً لأحد أسباب الاختلاف بين الفقهاء؛ والمتمثل في أخذ كلّ بحديث مفرد اتصل به ولم يتصل به سواه، وبعد أن يسر الله لي النجاح في هذه المرحلة، رجعت إلى هذا الموضوع وقد علمت أنه محل خصب للدراسة أثناء إعدادي له، وأن هناك عقوداً طرأت في تعاملات الناس تصلح أن تكون تطبيقاً واقعياً لما ذكره الفقهاء من الشروط، ونموذجاً حياً للربط بين الفقه والواقع، بتنزيل أحكامه على وقائع الناس ونوازلهم، فاستخرت الله سبحانه وتعالى، ثم استشرت بعض أساتذتي، وتقدمت بهذا الموضوع بشكل أوسع في رسالتي هذه.

وكان مما دعاني إلى قصر الجانب التطبيقي فيها على العقود المصرفية أني انتسبت مؤخراً إلى تخصص الاقتصاد والمصارف الإسلامية بعد أن يسر الله لي الالتحاق بهذا القسم من أقسام الدراسات العليا في جامعة اليرموك بالأردن الشقيق.

أهمية الدراسة وأهدافها:

١. صلاحية الشريعة الإسلامية لتطبيقها في كل مكان وزمان، وشمولها للنوازل، وقدرتها على استيعاب جميع مستجدات الحياة.

٢. أن الإسلام لم يهمل العقل وحث على استخدامه في حدود شرعه، ونحن الآن بصدد معاملات مستجدة تحدث نتيجة التقدم العلمي والتكنولوجي.

٣. تسليط الضوء على الشروط الجعلية وتقسيماتها عند الفقهاء، وبيان الحكم الشرعي المترتب على اشتراطها، وبيان ما يجوز وما لا يجوز من ذلك.

٤. حاجة الصيرفة الإسلامية إلى أدوات جديدة للتمويل، وما يطلب في هذه الأدوات من موافقة الشرع، وأدائها للغرض التمويلي، وذلك في حال الشروط والوعود التي من شأنها تحقيق ذلك.

الدراسات السابقة:

قد كُتب في الشروط كتابات عدة منها:

١. (نظرية الشرط في الفقه الإسلامي)، لحسن علي الشاذلي، حيث تناول الباحث معنى العقد في الفقه الإسلامي مقارنا إياه بالفقه الوضعي، ثم بين حقيقة الشرط في الفقه الإسلامي، وخصائص كل من شرط التعليق والمقترن وآثارها، مع مقارنة بالقانون الوضعي.

٢. (مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)، لمحي الدين علي القره داغي، حيث تناول الباحث في باب من أبواب رسالته أقوال الفقهاء في الشروط عند ذكره مدى حرية الرضا في اشتراط الشروط.

٣. (الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي)، لعباس حسني محمد، حيث تناول الباحث موقف الفقه الإسلامي من الاشتراط لمصلحة الغير، وتعرض لموقف الفقه الإسلامي من قاعدة حرية العقود والشروط.

٤. (بحث الشروط الجعلية في عقود المعاوضات المالية)، لأستاذي حليم السيد، حيث تناول فيه منشأ اختلاف الفقهاء، وتقسيماتهم للشروط واستدلالاتهم، ولكنه لم يتطرق فيه إلى جانب تطبيقي عملي.

ما أطمح أن تضيفه هذه الدراسة:

١. التأصيل الفقهي للشروط الجعلية، من خلال دراسة تقسيمات الفقهاء للشروط، وبيان الموسع والمضيق منها.

٢. تطبيق هذه الشروط على نماذج من العقود والمعاملات المصرفية، في محاولة لربط الفقه بالواقع.

٣. محاولة إيجاد البديل عن الشروط المخالفة لما احتوته من شبهات.

منهجية البحث:

من أهم الأمور التي سرت عليها في هذا البحث ما يلي:

١. المنهج قائم على الاستقراء والتحليل، والمقارنة بين المذاهب.

٢. عرض المسألة على المذاهب الفقهية (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية).

٣. تتبع أدلة كل فريق، وبيان وجه الدلالة منها، ومناقشتها، والترجيح ما أمكن.

٤. الإشارة في بعض المواضيع لنصوص أحكام القانون المدني الليبي.

٥. عزو الآيات القرآنية إلى سورها.

٦. تخريج الأحاديث النبوية.

٧. التعريف بالأعلام.

خطة البحث:

التمهيد: وفيه تحديد نطاق البحث في الشروط، والتمييز بين الشروط المختلفة.

الفصل الأول: تحديد المقصود من الشروط الجعلية وموقف الفقه الإسلامي منها.

المبحث الأول: في بيان المفردات.

المبحث الثاني: في مشروعية الشروط والحكمة من اشتراطها.

الفصل الثاني: مدى حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط.

المبحث الأول: بيان الاجتهادات الفقهية.

المبحث الثاني: بيان اتجاه فقهاء القانون في سلطان الإرادة والفرق بينه وبين فقهاء الشريعة.

الفصل الثالث: منشأ الخلاف في الشروط وبيان أقسامها.

المبحث الأول: في بيان سبب الاختلاف.

المبحث الثاني: أقسام الشروط الجعلية وأنواعها

الفصل الرابع: استعراض أدلة الفقهاء في الشروط ومناقشتها.

المبحث الأول: أدلة المقيدين للشروط ومناقشتها.

المبحث الثاني:أدلة القائلين بأن الأصل في الشروط الإباحة، ومناقشتها.

الفصل الخامس: نماذج من الشروط الجعلية في العقود المصرفية.

المبحث الأول: الشروط الجعلية في عقد المضاربة.

المبحث الثاني: الشروط الجعلية في عقد المرابحة المصرفية.

المبحث الثالث: في مسائل متفرقة.

وختاماً فإني أسأل الله عز وجل إخلاص النية له في العمل، وأن يعينني على إتقانه ويجنبني الوقوع في الزلل، وهو حسبي ونعم الوكيل.

الباحث

تمهيد:

إن الشريعة الإسلامية لم تهمل العقل أو تعطله، بل جعلته مناط التكليف، وجعلت دوره بارزا في الاجتهاد واستنباط الأحكام، وقد ذكر الشاطبي[1] أن الأدلة الشرعية لا تنافي قضايا العقول واستدل على ذلك بوجوه:

أحدها: أنها لو نافتها لم تكن أدلة للعباد على حكم شرعي ولا غيره؛ ولكنها أدلة باتفاق العقلاء، فدل على أنها جارية على قضايا العقول. إذ أن الأدلة نُصبت في الشريعة لتتلقاها عقول المكلفين حتى يعملوا بمقتضاها من الدخول تحت أحكام التكليف، ولو نافتها لم تتلقاها فضلا عن أن تعمل بها.

الثاني: أن الاستقراء دل على جريان الأدلة على مقتضى العقول، بحيث تصدقها العقول الراجحة وتنقاد لها طائعة أو كارهة.

و**الثالث**: أن مورد التكليف هو العقل، وذلك ثابت قطعا بالاستقراء التام، حتى إذا فقد ارتفع التكليف رأساً، وعُد فاقده كالبهيمة المهملة، وهذا واضح في اعتبار تصديق العقل بالأدلة في لزوم التكليف[2].

---

(1) هو: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، أصولي حافظ، من أئمة المالكية، من كتبه: الموافقات في أصول الفقه، والاعتصام، وأصول النحو، وشرح الألفية، توفي رحمه الله سنة ١٣٨٨م. (الأعلام، لخير الدين الزركلي: ١/ ٧٥)

(2) ينظر: الموافقات في أصول الأحكام، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، ضبطه وعلق عليه: مشهور بن حسن آل سلمان: ٣/ ٢٠٨-٢١٠ دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.

إن الشريعة الإسلامية تطلب قيماً خُلقية في المعاملات من سماحة وتجاوز وتيسير، وتطلب البُعد عن المشاحنة والتعسير، فعن جابر[1] رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «رحم الله رجلا سمحا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى»[2]. ثم إنه لا خلاف بين الفقهاء في أن يكون التعاقد في إطار الشريعة الإسلامية، وأغلب المدارس الفقهية على أن الأصل هو الإباحة في جانب المعاملات، كما أنه لا خلاف بينهم في أن الأصل في العبادات المنع، ومنهم من قال أن الأصل في المعاملات المنع وهو الرأي المضيق، وحقيقة يصعب إدراج المستجدات على ضوء هذا الرأي، وأما الذين ذهبوا إلى أنها طلق وبالتالي يكفي لصحتها أنها لا تصدم علة منهيا عنها حتى تظل في دائرة الإباحة، ولقد حرم الإسلام كل ما من شأنه يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل ، كالغش والغبن والاحتكار والربا والخداع والغرر.

وهنا ترى أن الشريعة قد تدخل بدقة لضبط هيكل السوق، فمنع الاحتكار، والنجش، والمنابذة والملامسة، وعن بيع الرجل عن بيع أخيه، وعن التدليس والغش والغرر... ثم ترك آلية السوق تعمل، فآلية السوق هي الميزان، ولكنه لم يضع الميزان حتى سوى الأرض من تحته وبذلك تتساوى كفتا الميزان؛ فالنبي ﷺ عندما طلب منه التسعير امتنع وقال: «إِن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال»[3]، وكان ﷺ يقول: «من دخل

(1) هو: جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن كعب بن سلمة الأنصاري، يكنى أبا عبد الله، أحد المكثرين عن النبي ﷺ، شهد مع النبي ﷺ تسع عشرة غزوة، توفي سنة ٧٨هـ، وقيل ٧٤هـ. (الإصابة، لابن حجر: ١/ ٤٣٤، سير أعلام النبلاء، للذهبي: ٣/ ١٨٩)

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع، رقم (٢٠٧٦) : ٢/ ٣٥٩.

(3) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب التسعير، رقم (٣٤٥٠) : ٣/ ٢٧٢.

في شيء من أسعار المسلمين ليغلي عليهم كان حقا على الله أن يقذفه في معظم جهنم، رأسه أسفله»[(١)]، ويقول ﷺ «إنما البيع عن تراض»[(٢)].

وإن الشروط التي تقترن بالعقد منها ما يعدّل من آثاره زيادة أو نقصاً، ومنها ما يؤخر الآثار من غير تعديل، فهو بذلك لا يوجب التزاماً زائداً عن آثار العقد الأصلية، ومنها ما منع الشرع اقترانه لوجود الغرر أو التحريم من قبل الشارع، ويتضح من ذلك أن الشروط منها ما هو شرعي، ومنها ما هو عقلي(جعلي) لبيان غرض المتعاقدين، واعتبار الشارع لهذا الغرض واضح من اهتمامه بالعقل وجعله مناط التكليف.

وبما أن للشرط أنواعا كثيرة في الفقه الإسلامي يختلط بعضها ببعض فيجب تحديد نطاق البحث في الشروط من خلال التمييز بينها، وهي كالتالي:

أولا: الشرط المحظور أو المحرم:

قال صاحب البدائع وهو يتكلم في كتاب البيوع على شرائط الصحة: «ومنها أن لا يكون المشروط محظوراً... فمن اشترى قمرية على أنها تصوت أو طيراً على أنه يجيء من مكان بعيد[(٣)]، أو كبشاً على أنه نطاح، أو ديكاً على أنه مقاتل، فالبيع فاسد عند أبي

(1) أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، رقم (٢٢١٤): ٢/ ١٤٦.

(2) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب بيع الخيار، رقم (٢١٨٥): ٢/ ٧٣٧.

(3) وأجاز بعض الحنابلة اشتراط الطائر مصوتا أو أنه يجيء من بعيد، لأن فيه قصدا صحيحا وهو عادة له وخِلقة فيه فأشبه الهملجة في الدابة والصيد في الفهد. ينظر: المغني، لموفق الدين محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي، ويليه الشرح الكبير، تأليف الأمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة المقدسي: ٤/ ٤٩، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، ط ١٣٩٢هـ، ١٩٧٢م.

حنيفة[1] رحمه الله، وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله[2]... ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها، فالبيع فاسد؛ لأن التغنية صفة محظورة لكونها لهواً، فشرطها في البيع يوجب فسادها»[3].

فالظاهر أن الشرط في مثل هذه الحالات باطل، لعدم اعتبار الشارع له، وإذا اقترن بالعقد وصار مقصداً أصليا للعاقدين أو أحدهما فسد البيع، وانتفت الآثار لانتفاء العقد.

ثانياً: شرط في وجوده غرر:

إن من شروط صحة البيع انتفاء الغرر عنها، وقد عفا الشارع عن الغرر اليسير لأنها لا تنفك عنه عادة فهو مستخف مستجاز.

أما الغرر الكثير فإنه مانع من صحة العقد، لأنه يفضي إلى المنازعة وعدم الوفاق، ولأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلّم

---

(1) هو: النعمان بن ثابت الكوفي أبو حنيفة الإمام، فقيه مشهور، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، كان يبيع الخز ويطلب العلم في صباه ثم انقطع للتدريس والافتاء، من تصانيفه: المسند في الحديث، وتنسب إليه رسالة في الفقه الأكبر، ولد سنة ٨٠هـ، وتوفي سنة ١٥٠هـ. (تقريب التهذيب، لابن حجر، ١/ ٥٦٣، الأعلام، للزركلي: ٨/ ٣٦)

(2) هو: محمد بن الحسن بن فرقد بن أبي عبد الله الشيباني، صحب أبا حنيفة وأخذ عنه الفقه ثم عن أبي يوسف، صنف الكتب ونشر العلم، دوّن الموطأ وحدث به عن مالك، روى عن مسعر والثوري وعمرو بن دينار، وروى عنه الشافعي وأبو عبيد بن سلام وغيرهم، ولّي القضاء للرشيد بالرقة ثم بالري، وتوفي بها سنة ١٨٧هـ، وهو ابن ٥٨ سنة. (لسان الميزان، لابن حجر: ٥/ ١٢١، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لعبد القادر بن أبي الوفاء: ٢/ ٤٢)

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء ت ٥٨٧هـ، تقديم: عبد الرزاق الحلبي، تح: محمد عدنان بن ياسين درويش ٤/ ٣٧٦- ٣٧٧، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط٣، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.

فلا يحصل مقصود البيع[1]، جاء في المبسوط «أن من اشترى شاة على أنها حامل فالعقد فاسد؛ لأن الحبل في البهائم هي زيادة مجهولة[2]، فإنه لا يدري أن انتفاخ بطنها من ريح أو ولد وأن الولد حيّ أو ميت ذكراً أم أنثى، والمجهول إذا ضم إلى معلوم يصير الكل مجهولاً، وكذلك إن شرط كونها تحلب كذا فالبيع فاسد لأنه لا يدري لعل الشرط باطل يعني أن اشتراط مقدار من البيع ليس في وسع البائع إيجاده ولا طريق إلى معرفته فكان شرطا باطلا فيفسد به العقد»[3].

وجاء في كتاب البيوع من البدائع «ومنها الخلو عن الشروط الفاسدة وهي أنواع: منها شرط في وجوده غرر، نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل؛ لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال؛ لأن عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره، فكان في وجوده غرر يوجب فساد البيع لما روي عن رسول الله ﷺ أنه «نهى عن بيع وغرر»[4] والمنهي عنه فاسد»[5].

ويلاحظ في شرط الغرر أنه لا يمكن الوقوف عليه ولا التحقق منه وقت التعاقد، ولذلك نهى الشارع عن الشرط الذي في وجوده غرر، كما نهى عن الشرط

---

(1) ينظر: مقدمات ابن رشد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد: ١/ ٥٤٨، دار صادر، بيروت ط:١٩٨٠، بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٣٥٥.

(2) يمكن تقليل جهالة الحمل من عدمه باعتبار الأجهزة الحديثة، ولكن الجهالة لا تزال تلحقه من ناحية نزوله حياً أو ميتاً، ذكراً أو أنثى.

(3) المبسوط، تأليف: شمس الدين السرخسي: ١٣/ ١٩، ٢٠، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، ط٣، ١٣٩٨هـ، ١٩٧٨م.

(4) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب بيع الغرر، رقم (٢٠٧٨): ٢/ ١٠٦، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع بطلان الحصاة والبيع الذي فيه غرر، رقم (١٥١٣): ٣/ ٩٣٢.

(5) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٣٧٥.

المحرم فإن الشرط المحرم وإن كان يمكن التحقق منه وقت التعاقد، إلا أن النهي لمعنى قائم بذاته.

ثالثا: شرط التعليق والإضافة:

عرف الفقهاء التعليق بقولهم: «ربط مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى»، بعتك إن رضي فلان، أو بقولهم: «ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد بأن أو إحدى أخواتها»[1]، فهو عكس التنجيز الذي يكون في العقد مطلقاً ساري الحكم منذ صدوره، فيشترط في صحة التعليق أن يكون الشرط معدوماً على خطر الوجود أي أن يكون معدوماً ممكناً حصوله[2].

والمهم من شرط التعليق ، وإن كان من الشروط الجعلية، هو النظر في آثار العقد عند تحقق الشرط المعلق عليه، هل حصل فيها زيادة أو نقص أو تعديل أو لا؟ يلاحظ أنه قد أخر الآثار ولم يعدلها، والمعنى هو عكس التنجيز، فالعقد المنجز ترتبت عليه آثاره منذ صدوره، والمعلق هو تأخير هذه الآثار من غير تعديل إلى حين تحقق الشرط المعلق عليه.

والفرق بين المعلق بالشرط والمقيد بالشرط وإن كان كل منهما جعلياً لأنه صدر عن المتعاقدين أن المعلق بالشرط عدمٌ قبل وجود الشرط؛ لأن ما توقف حصوله على

---

(1) رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين، لمحمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين ت١٢٥٢هـ، ٤/ ٢٢٢، دار إحياء التراث العربي.

(2) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني: ١/ ٧٢، المطبعة العباسية، حيفا، ١٣٤٣هـ، ١٩٥٢م، المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقاء: ١/ ٥٠٣، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط١٠، ١٣٨٧هـ، ١٩٦٨م.

حصول شيء آخر يتأخر بالطبع عنه، بخلاف المقيد بالشرط فإن تقييده لا يوجب تأخره في الوجود على القيد[1].

أما الشرط الإضافي فهو يوافق الشرط المعلق في أن كلا منهما فيه تأخير لآثار العقد، وأن هذا التأخير لا يترتب عليه تعديل مقتضيات العقد بزيادة أو نقصان، ويختلف عليه أنه ليس على خطر الوجود، وإنما هو محقق الوجود ولكن في زمن مستقبلي معين.

مثل آجرتك داري هذه سنة بكذا اعتباراً من أول الشهر القادم فقبل المستأجر، فيكونان بذلك قد أخرا حكم الإجارة وأضافاه إلى زمن مستقبل، ولولا هذا القيد المشروط لبدأ حكمها وثبتت حقوق المستأجر من فور العقد[2].

رابعاً: شرط الأجل وشرط الخيار.

قال الرافعي[3]:«من الشروط الصحيحة في البيع شرط الأجل المعلوم في الثمن» قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ﴾[4]. وموضع الأجل ما إذا كان العوض في الذمة، أما المبيع المعين والثمن

(1) شرح القواعد الفقهية، لأحمد محمد الزرقاء، قدم له: مصطفى أحمد الزرقاء، عبد الفتاح أبو غدة:٣٥١، دار الغرب الإسلامي، بيروت -لبنان، ط: ١٩٨٣م.

(2) المدخل الفقهي العام، للزرقاء: ١/ ٥٠٢.

(3) هو: عبد الكريم محمد عبد الكريم بن الفضل بن الحسين أبو القاسم القزويني الرافعي، كان أوحد عصره في العلوم الدينية أصولاً وفروعاً، من تصانيفه: شرح الوجيز، وصنف شرحاً لمسند الشافعي وأسمعه، توفي بقزوين سنة ٦٢٣هـ، أو ٢٤، وعمره ٦٦سنة. (طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة: ٢/ ٧٥، الوافي بالوفيات، للصفدي: ١٩/ ٦٣)

(4) البقرة، الآية: (٢٨٢).

المعين، مثل أن يقول: اشتريت بهذه الدنانير على أن أسلمها في وقت كذا فهذا فاسد؛ لأنه مغير لمقتضى العقد، ولأن شرط الأجل المعلوم في العوض الذي في الذمة إنما شرط لصاحب الأجل لضرورة العدم ترفيهاً له وتمكيناً له من اكتساب الثمن في المدة المضروبة، ولا ضرورة في الأعيان، فبقي التأجيل فيها تغييراً محضاً لمقتضى العقد، فيوجب الفساد(١).

وشرط الخيار سواء كان مؤقتا بوقت مجهول كهبوب الريح ونزول المطر أو متقارب كالحصاد ونحوها. فهو مفسد للعقد، بخلاف الخيار المؤقت بالثلاث فما دونها فليس بمفسد استحسانا، ولمساس الحاجة إليه لدفع الغبن(٢).

فالشرط في هذه الحالة تعلق بالزمن وهو محقق الحصول ولو لم يعرف ميعاد حصوله كهبوب الريح ونزول المطر، فيبدو أن الأجل -الزمن- غير الشرط، لأن الشرط غير محقق الحصول كما في شرط التعليق، أو هو أمر مقترن بالعقد كما هو في الشرط المقترن(٣).

خامساً: الشرط المقترن بالعقد.

وهو ما ليس أحد الشروط السابقة، فهو ما كان خاليا من أدوات الشرط ويخرج بذلك الشرط التعليقي، ولم يكن مضافا إلى زمن المستقبل، وكان جائزاً وذلك بعدم

---

(1) العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، لأبي القاسم عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي ت ٦٢٣هـ، تح: الشيخ علي محمد معوّض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود: ٤/ ١٠٦، ١٠٧، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م، بدائع الصنائع للكاساني: ٤ / ٣٨٤.

(2) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٣٨٤.

(3) مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، تأليف عبد الرزاق أحمد السنهوري: ٣/ ١٠٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان، ط٢، ١٩٩٨م.

نهي الشارع عنه فيخرج المحرّم والذي فيه غرر، ولكنه يؤثر بقيد جديد على مقتضى العقد الأصلي بزيادة أو نقص، وهذا الشرط هو المعني في هذه الدراسة فأستبقيه وبالله التوفيق.

الفصل الأول: تحديد المقصود من الشروط الجعلية وموقف الفقه الإسلامي منها.

المبحث الأول: في بيان المفردات

المطلب الأول: تعريف الشرط.

الفرع الأول: تعريفه لغة.

الشَّرْط لغة: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط، وشَرَط له أمراً التزمه، وشرط عليه أمراً ألزمه إياه.

والشريطة في معنى الشرط وجمعها شرائط، والاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم، وأشراط الساعة علاماتها، قال تعالى: ﴿فَقَدْ جَا أَشْرَاطُهَا﴾[1].

وعند النحاة الشرط: ترتيب أمر على آخر بأداة شرط ظاهرة[2].

---

(1) محمد، الآية: (١٨).

(2) ينظر: لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الأفريقي المصري، ٧/ ٣٣٩، دار صادر، بيروت -لبنان، ط:١٩٠٠م، تاج العروس من جواهر القاموس، لأبي الفيض محمد بن محمد الزبيدي:١/ ٤٨٩١، المطبعة الوهبية القاهرة، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، ١/ ٣٠٩، ٣١٠، المكتبة العلمية، بيروت- لبنان، المحيط في معجم اللغة العربية، تأليف: أديب اللجمي، بشير بن سلامة، شحادة الخوري وآخرون، ٢/ ٧٤٤، بيروت، ط٢، ١٩٩٤م.

الفرع الثاني: تعريفه اصطلاحا.

أولاً: عند بعض المجتهدين من الفقهاء[1]:

عرف الحنفية الشرط بقولهم: «ما يتوقف عليه غيره من غير أثر له فيه»[2]، وعرفه ابن عابدين[3] في حاشيته بقوله: «الشرط التزام لم يوجد في أمر لم يوجد بصيغة مخصوصة»[4].

---

(1) ينقسم الشرط باعتبارات مختلفة إلى عدة أنواع، فقد قسم الفقهاء الشرط باعتبار المصدر إلى أربعة أقسام: الشرط العقلي: وهو ما كان ارتباطه بمشروطه ارتباطا عقلياً كالحياة مع العلم، والشرط الشرعي: والرابط بين الشرط ومشروطه هنا كلامه سبحانه وتعالى وهو ما يسمى بخطاب الوضع، والشرط العادي: وهو ما كان ارتباط الشرط بالمشروط ربطا عاديا كالسلم بالنسبة لصعود السطح، والشرط اللغوي: والذي ربط بين الشرط والمشروط هنا هو واضع اللغة، حيث إنه جعل هذا الربط اللفظي دالا على ارتباط معنى اللفظ بعضه ببعض. وهذا هو معنى الشرط الجعلي. ينظر: إدرار الشروق على أنواء الفروق للإمام أبي القاسم قاسم بن عبد الله بن الشاط، وحاشية تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، لمحمد علي بن حسين المكي المالكي، كلاهما مطبوع مع كتاب الفروق، لأبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، ضبطه وصححه خليل منصور، ١/ ١٠٥، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م، كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: ١ / ٢٤٨، عالم الكتب، بيروت – لبنان، ط ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.

(2) شرح فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن همام الحنفي، على الهداية شرح بداية المبتدي، للإمام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، علق عليه: عبد الرزاق غالب المهدي: ١/ ٢٢٣، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للعلامة زين الدين ابن نجيم الحنفي: ١/ ٢٨٠، ٢٨١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت– لبنان، ط٢.

(3) هو: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، إمام الحنفية في عصره، من تصانيفه: رد المحتار على الدر المختار، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، والرحيق المختوم في الفرائض، ومجموعة رسائل وهي اثنان وثلاثون رسالة، كان مولده ووفاته في دمشق. (الإعلام، للزركلي: ٦/ ٤٢)

(4) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين: ٤/ ٢٢٢، وينظر: طبعة دار الثقافة والتراث، بتحقيق ثلة من الباحثين بإشراف الدكتور: حسام الدين بن محمد صالح فرفور، قدم له: عبد الرزاق الحلبي، محمد سعيد رمضان البوطي: ٣/ ٥، ط١، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.

وعرفه المالكية والشافعية بقولهم: «بأنه ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته»[1]. أو ما تتوقف صحة الشيء عليه وليس جزءاً منه[2]. وقال البهوتي عندما شرع في باب الشروط في البيع: «الشرط: إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ماله فيه منفعة»[3].

وعُرف الشرط بتعريفات كثيرة من ذلك ما جاء في كتاب التعريفات: الشرط: تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني -وهو تعريف للشرط الجعلي- وقيل: ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثراً في وجوده[4].

(1) ينظر: شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي: ٤/ ١٢٤، دار صادر، بيروت، ط ١٩٦٠م، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي: ٢/ ٤، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان،ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: ١/ ٢٥٨، دار المعارف، بمصر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي: ١/ ٢١٨، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط٢، ٢٠٠٥م، حاشيتا: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي المصري، وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، على منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي: ١/ ١٧٥، دار الفكر، بيروت- لبنان، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، لأبي يحيى زكريا الأنصاري: ١/ ٤٨، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، حاشية العلامة الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري: ١/ ٤٠٦، دار الفكر، دمشق- سوريا.

(2) حاشية البيجرمي على المنهج: ١/ ١٤٢.

(3) كشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي: ٣/ ١٨٨، ١٨٩.

(4) التعريفات، لعلي بن محمد الجرجاني:١٢٥، ١٢٦، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م، معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعه جي، حامد صادق قنيبي: ٢٦٠، دار النفائس، بيروت، ط٢، ١٩٨٨م.

ثانياً: عند الأصوليين:

عرف الأصوليون الشرط بمثل ما عرفه الفقهاء فقال الغزالي: «الشرط ما لا يوجد المشروط دونه ولا يلزم أن يوجد المشروط عنده»(١).

وقال القرافي(٢): «الشرط هو الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته»(٣).

الملاحظ من التعريفات السابقة:

بالنظر في تعريف الشرط عند كل من الفقهاء والأصوليين يظهر أن الشرط عند الجميع بمعنى واحد، وهو: ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، ولكن ما علاقة المعنى اللغوي بالاصطلاحي؟ أجد أن الشرط من معانيه اللغوية الالتزام، ولم يذكر الشرط في العقد إلا ليُلتزم به، وأقصد هنا الشرط المقارن،

---

(1) المستصفى من علم الأصول، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، وبذيله فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه، تقديم وتعليق: إبراهيم محمد رمضان: ١/ ٢١٠، دار الأرقم للطباعة والنشر، بيروت-لبنان.

(2) هو: شهاب الدين أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي الفقيه الأصولي الصنهاجي الأصل، نسب إلى القرافة ولم يسكنها، أخذ الكثير من علومه عن الشيخ العز بن عبد السلام، وعن الإمام الشريف الكركي، من مصنفاته: الذخيرة في الفقه، والاستبصار في ما يدرك الأبصار، وشرح محصول الإمام فخر الرازي، والتنقيح في أصول الفقه، والفروق، توفي سنة ٦٨٢هـ.(الوافي بالوفيات، للصفدي: ٦/ ١٤٦، الديباج المذهب، لابن فرحون: ١/ ٦٢)

(3) الفروق، للقرافي: ١/ ١٠٦، وينظر: نهاية السول من علم الأصول، للإسنوي: ١/ ١٠٣، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، ط١، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م، والبحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، قام بتحريره: د. عمر سليمان الأشقر: ٣/ ٣٢٧، نشر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط١٩٨٨م، معجم مصطلحات أصول الفقه، وضعه: قطب مصطفى سانو، قدم له: محمد روّاس قلعه جي: ٢٤٤، ٢٤٥، دار الفكر المعاصر، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٢٠، ٢٠٠٠م.

ومن معانيه اللغوية أيضا العلامة إذاً فهو علامة على المشروط، وبذلك يتضح أن المناسبة ظاهرة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي.

وألاحظ هنا أن بعض كتب الفقه فسرت الشرْط بسكون الراء بالعلامة وهو مخالف لما جاء في كتب اللغة كما سبق بيانه، فالشرط بالسكون التزام الشيء في البيع ونحوه، والشرَط بالفتح العلامة(١).

شرح التعريف:

قولهم: «ما يلزم من عدمه العدم» أي إذا انعدم الشرط انعدم المشروط، وهو بذلك يوافق السبب فهو أيضا يلزم من عدمه العدم، ولكن يفترق كل منهما عن الآخر في أن السبب يلزم من وجوده الوجود والشرط لا يلزم من وجوده وجود المشروط، كصلاة الظهر مثلا فإن سببها زوال الشمس عن كبد السماء وشرطها الطهارة، فإذا زالت الشمس وجبت الصلاة، وأحيانا توجد الطهارة ولا توجد الصلاة، فخرج السبب من التعريف بالقيد الثاني وهو «ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته» كما خرج بالقيد الأول المانع فإنه لا يلزم من عدمه شيء بل يلزم من وجوده العدم فهو على عكس الشرط. إذاً فالمعتبر في المانع وجوده وفي الشرط عدمه، وفي السبب وجوده وعدمه(٢).

ويتفق الشرط مع الركن في أن كلا منهما يتوقف عليه وجود الشيء إلا أن الشرط خارج عن ماهية هذا الشيء وحقيقته، والركن ما كان جزءا من الحقيقة أو الماهية.

---

(1) ومن هذه الكتب: حاشية القليوبي وعميرة: ١/ ١٧٥، حاشية الجمل: ١/ ٤٠٦، شرح فتح القدير: ١/ ٢٢٣.

(2) ينظر الفروق، للقرافي: ١/ ١٠٦،١٠٥، البحر المحيط، للزركشي: ٣/ ٢٢٩.

ويتّفق مع العلة إذ الشرط لا يوجد المشروط مع عدمه، وتخالفه العلة في أنها إن وجدت وجد المعلول، فالعلة تدور مع الحكم وجوداً وعدماً بخلاف الشرط.

الفرع الثالث: أنواعه والفرق بينها.

ذكرت أن الشرط ينقسم باعتبارات مختلفة إلى عدة أنواع، ومحل الدراسة من هذه الأنواع هو الشرط الجعلي، وهو ما عبر عليه بعض الفقهاء باللغوي، وسأتناول في هذا الفرع ماهية الشرط الجعلي والعلاقة بينه وبين السبب، والفرق بينه وبين الشرط الشرعي.

١. الشرط الجعلي:

ذكر الفقهاء الشرط الجعلي ضمن الشرط اللغوي، لأن الشرط ورد على ألسنة المتعاقدين ولما كانت اللغة وثيقة الصلة باللسان فقد أُطلق اللغوي على الشروط التي ترد على ألسنة المتعاقدين، ولقد عبر القرافي عن الشروط اللغوية بقوله: «هي التعاليق كقولنا إن دخلت الدار فأنت طالق يلزم من الدخول الطلاق ومن عدم الدخول عدم الطلاق»[1]، إذاً فالشرط الذي ورد على ألسنة المتعاقدين والذي يضيف التزامات جديدة على مقتضيات العقد الأصلية فهو شرط لغوي كذلك فيدخل معنا الشرط المقارن التقييدي.

وبذلك يمكن أن يقال إن الشروط الجعلية -اللغوية- تنقسم إلى شروط تعليقية وشروط مقارنة تقييدية، وهذا مصطلح فقهي ونسبته للّغة لوروده على ألسنة المتعاقدين، ولكن نسبة هذه الشروط إلى اللغة لا تفقدها صفتها الإلزامية؛ لأنها صفة

(1) الفروق، للقرافي: ١/ ١٠٧.

أضفاها الشارع، وقد علمنا أن من معاني الشرط اللغوية إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه[1].

وبذلك فالشرط الجعلي:

هو الشرط الذي يضعه البشر لأنفسهم في عقودهم ومعاملاتهم، وتتوقف صحة هذا الشرط على مدى موافقته لأحكام الشرع مطلقاً[2].

أو هو الشرط الذي يكون مصدره إرادة المتعاقدين، وبموجبه تتحدد آثار العقد[3].

شرح التعريف:

يتبين من التعريفين السابقين أن هذا الشرط يوجب تكليفاً جديداً مصدره إرادة أحد المتعاقدين أو كلاهما وهذا التكليف الزائد تتوقف صحته على موافقة الشارع له، وهذا التكليف يكون وروده أثناء قيام العقد وإنشائه، بحيث يأخذ حكم بند من بنود

(1) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية: ٢٦/ ٦، مطبوعات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية- الكويت، ط٢، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م، الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، لعباس حسني محمد: ٢٥، شركة ومكتبات عكاظ للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م، البحر المحيط، للزركشي: ٣/ ٣٢٩.

(2) معجم مصطلحات أصول الفقه، لقطب مصطفى سانو: ٢٤٥، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم: ١/ ٢٨١.

(3) ينظر: موسوعة مصطلحات أصول الفقه عند المسلمين، لرفيق العجم: ١/ ٨١٣، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٨م، أصول الفقه في نسيجه الجديد وتطبيقاته في التشريعات القانونية، لمصطفى إبراهيم الزلمي، علي أحمد صالح المهداوي: ٢٢٣، المركز القومي للنشر - الأردن، ط١، ١٩٩٩م.

العقد التي أساسها التراضي، والمقصود من كلمة (يوجب تكليفاً جديداً) حتى يخرج الشرط الذي من مقتضى العقد، لأنه ثابت بدون اشتراطه.

٢. العلاقة بين الشرط الجعلي والسبب.

بما أن الشرط الجعلي هو نوع من الشروط اللغوية فقد ذكر صاحب البحر المحيط أن الشروط اللغوية أسباب بخلاف غيرها من الشروط، وبما أن السبب يتحكم بطرفي الوجود والعدم فإذا وجد السبب وجد المسبب وإذا انعدم السبب انعدم المسبب، فكذلك يوافق الشرط اللغوي فإنه يتحكم بطرفي الوجود والعدم، فالذي يقول لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق فإنه يلزم من وجود الشرط وهو دخول الدار وجود المشروط وهو الطلاق، ويلزم من عدم الدخول عدم الطلاق، والبائع الذي يشترط على المشتري كفيلا، فإن العقد يوجد عند وجود الشرط وهو الكفيل وينعدم إذا انعدم الكفيل، فيتبين من ذلك أن الشروط الجعلية أسباب[1].

٣. الفرق بين الشرط الشرعي والجعلي:

- يظهر من خلال التسمية أن الشرط الشرعي من وضع الشارع، أما الشرط الجعلي فهو من وضع المتعاقدين على وفق الشارع.

- وبما أن الشرط الشرعي من وضع الشارع فهو يستمد قوته الإلزامية من الشارع فلا خيار للمتعاقدين في رفضها أو قبولها، لأنه من مقتضيات العقد، بخلاف الشرط الجعلي فإنه يستمد قوته من قبول المشروط عليه بإرادته واختياره، فإذا قبلها المشروط عليه فإنها تكتسب صفة الالتزامات الأصلية الشرعية.

---

(1) ينظر: الفروق، للقرافي: ١/ ١٠٧، البحر المحيط، للزركشي: ٣/ ٣٢٩.

- الشروط الشرعية تؤثر في العقد من جهة العدم لا من جهة الإيجاد، أما الجعلية فهي تؤثر بطرفي الإيجاد والعدم، فإذا وجد الشرط المتفق عليه في العقد وجد العقد وإذا أخل المشروط عليه بالشرط انعدم العقد.

- الشروط الجعلية تقبل الإخلاف والبدل: فإذا باع شخص عقاره واشترط على المشتري أن يأتيه بكفيل ثم اتفقا بعد ذلك على أن يأتيه برهن بدلاً من الكفيل فهنا حصل إخلاف وإبدال فخلف اشتراط الرهن اشتراط الكفيل.

والشروط الشرعية لا يقتضي وجودها وجوداً وقد تقبل البدل والإخلاف وقد لا تقبل، ويمكن قبولها الإبطال، فإن الشرع قد يبطل شرطية الطهارة للعذر[1].

٤. الفرق بين الشرط والوعد:

بما أن الشرط الجعلي من شأنه أن يحدث التزاماً في العقد لم يكن موجوداً لولا وجود الشرط، والوعد لا يترتب عليه هذا الالتزام، والمعيار في ذلك أنه إذا فُهم من الجملة ترتب الالتزام، والصفة، والقيد في التصرف كان الشرط، وإن لم تدل القرينة على ذلك كان وعداً، ولا يجب الالتزام به عند الجمهور.

جاء في البدائع تعليقا على قول القائل: أنا أحرم، أو أنا محرم، أو أمشي إلى البيت، قال: «إن نوى به الإيجاب يكون إيجاباً...وإن نوى أن يعد من نفسه عدة ولا يوجب شيئا كان عدة ولا شيء عليه»[2]، فالضابط هو القرينة وهي هنا القرينة.

---

(1) البحر المحيط، للزركشي: ٣/ ٣٣٠، تهذيب الفروق بهامش الفروق، لمحمد علي بن حسين المكي: ١/ ١٠٨.

(2) بدائع الصنائع، للكاساني: ٤/ ٢٣٢.

جاء في حاشية الدسوقي: «ولزم البينونة إن قال لها إن أعطيتني ألفاً فارقتك أو أفارقك إن فهم الالتزام أو الوعد»[1] ومعنى الالتزام كأن يقول لها إن أعطيتني ألفاً فارقتك ولا بد، أو التزمت أن أفارقك، ومثال الوعد إن أتيتني بألف فارقتك إن شئت، أو أفارقك، فالصيغ واحدة والاختلاف في القرائن، فالوعد لا يؤثر في العقد بخلاف الشرط.

(1) محمد بن عرفة الدسوقي: ٣/ ٢٣٥.

المطلب الثاني: في بيان المقصود من الأثر والمعاوضة.

الفرع الأول: المقصود من الأثر.

الأثَر لغة: بفتحتين اسم من أَثَرْتُ أَثْراً، وأثر الدار بقيتها، والجمع آثار(١).

والأثر: له معان ثلاثة:

الأول: بمعنى النتيجة وهو الحاصل من الشيء.

والثاني: بمعنى العلامة.

والثالث: بمعنى الجزاء.

والآثار هي اللوازم المعلّلة بالشيء(٢).

وعُرف **الأثر** أيضا: بأنه «النتيجة المترتبة على التصرف، ويطلق عليه بعض الفقهاء: الأحكام، فيقولون: أحكام النكاح مثلا يريدون آثاره»(٣).

وللعقود آثار عامة، وآثار خاصة، أي تختص بها بعضها دون بعض.

فالأثر الخاص: هو حكم العقد وهو الأثر الأصلي للعقد أو الغاية الجوهرية المقصودة من العقد، فالبيع ينقل الملكية لقاء عوض، والرهن ينشئ حق احتباس مال المدين في مقابل الدين، وعقد الإيجار يرتب انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، وحق المؤجر في تملك ثمن الإجارة، وقد يكون المستفيد أحد المتعاقدين كالهبة حيث يترتب

(1) المصباح المنير، للفيومي: ١/ ٤.

(2) التعريفات، للجرجاني: ٩.

(3) معجم لغة الفقهاء، لمحمد روّاس قلعة جي: ٢٠

عليها انتقال ملكية الموهوب إلى الموهوب له دون مقابل، وهكذا فكل عقد تترتب عليه آثاره الخاصة حسب طبيعته والغرض الذي أنشئ من أجله(١).

والأثر العام: فهو ما تشترك فيه العقود جميعها أو معظمها من أحكام ونتائج، وللعقود أثران عامان هما: النفاذ والإلزام.

ونفاذ العقود معناه: أنه بمجرد انعقاده صحيحاً ترتبت نتائجه عليه منذ انعقاده، وثبت الملك في البدلين في الحال، بخلاف البيع بشرط الخيار.

والإلزام: إنشاء التزامات متقابلة معينة على العاقدين حتى لا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ سواء كان بعد الافتراق في المجلس أو قبله(٢).

آثار العقود هل هي من ترتيب الشارع أم من إرادة المتعاقدين؟

الأصل في ذمة الشخص أن تكون خالية من الالتزامات فإذا ولّد هذا الشخص بإرادته التزامات معينة، تصبح ذمته مشغولة بهذا الالتزام، فللإرادة التأثير الأول في إيجاد العقد وإنشاء الالتزامات؛ ولكن هل لها تأثير في أحكام العقد وآثاره أيضاً؟

بالنسبة للشريعة الإسلامية أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد، فالعاقد ينشئ العقد، ولكنه لا ينشئ الآثار ويقتصر تأثيره وإرادته على إيجاد العقد فقط، ولذلك يقول الفقهاء عن العقود أنها أسباب جعلية شرعية وليست أسباباً

(1) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، علي محي الدين القره داغي، ٢/ ١١٤٠، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، ط٣، ٢٠٠٧م.

(2) ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقاء: ١/ ٤١٧، الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي: ٤/ ٤٠٨٣، ٤٠٨٥، دار الفكر المعاصر، بيروت – لبنان، ط٤، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، د. نزيه حماد: ٨٧، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م.

طبيعية، فالبيع علة للملك شرعاً والنكاح علة للحل شرعاً، باعتبار أن الشرع جعلها موجبة لهذه الأحكام، والعلل الشرعية لا تكون موجبة بذواتها وأنه لا موجب إلا الله إلا أن ذلك الإيجاب غيب في حقنا فجعل الشرع الأسباب التي يمكننا الوقوف عليها علة لوجوب الحكم(١).

وجملة القول أن الرابط بين العقد وآثاره باعتبار أحدهما سبباً والآخر مسبَّباً، ليست رابطة طبيعية عقلية، بمعنى أنه إن وجد السبب وجد المسبب حتماً، لا لشيء إلا أن السبب قد وجد، بل هي رابطة جعلها الشارع بينهما(٢).

أما عند فقهاء القانون فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام، وهذه الإرادة تتجلى قوية في العقد، فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما، وبذلك يوافقون الشريعة من حيث إن الإرادة هي التي تنشئ العقد، ويختلفون عنها من ناحية ما يبيحه القانون لهذه الإرادة فربما يلتزمان بما يخالف إذن الشارع.

وكما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة كذلك الأثر الذي يترتب على الالتزام فهو خاضع للإرادة أيضا، وهذا مذهب من مذاهب فقهاء القانون ولا تخفى وجوه فساد الإطلاق في هذا المذهب، وهو جعل الإرادة هي التي ترتب الأحكام، أما المعتدلون فإنهم يحدّون من مجال سلطان الإرادة فيقولون: إن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام، والروابط الاجتماعية، فهم يخالفون الشريعة بقدر مخالفة هذا

(1) ينظر: أصول السرخسي، لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، تح: أبو الوفا الأفغاني: ٢/ ٢١٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، المستصفى، للغزالي:١/ ٢٥٥، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، للإمام محمد أبي زهرة: ٢٥١، دار الفكر العربي، ط ١٩٧٧م.

(2) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته دراسة مقارنة، تأليف:د. محمد يوسف موسى: ٤١١، دار الفكر العربي، ١٩٨٧م.

القانون للشريعة، وبالنظر العام في القوانين العربية تجد أنها موافقة لأحكام الشريعة في جل أحكامها وإن كانت لا تتقيد بالمذهب السائد في البلد[1]. وسيأتي تفصيل ذلك في مباحث متقدمة -إن شاء الله-.

(1) النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد)، تأليف د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: ٩٨ وما بعدها، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط ١٩٣٤م، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، د. توفيق حسن فرج: ٤٠ وما بعدها، الدار الجامعية، بيروت، ط٣.

الفرع الثاني: المقصود من المعاوضة.

إذا نظرنا إلى العقود من ناحية أغراضها وترتب آثارها نجد أنها وحدات مختلفة تنتظم كل وحدة منها غرضاً خاصاً، فتجمع تحت عنوان واحد، ولذلك قسم الفقهاء العقود إلى مجموعات، من هذه المجموعات العقود التي تفيد التمليك، وهي بدورها انقسمت إلى قسمين، منها: ما كان بغير بعوض، ومنها ما كان بغير عوض، فالأولى تعرف بعقود المعاوضات، والثانية تعرف بعقود التبرعات، وبما أننا في صدد التعريف بالمعاوضة؛ فإنني أخصها بشيء من التفصيل، أما التبرعات فالتمليك فيها بلا مقابل من أحد الطرفين على خلاف المعاوضات.

المعاوضة لغة:

المعاوضة من العِوض، والعوضُ: مصدر عاضه عوضاً وعياضاً أعطاه العوض. أي خلفاً وبدلاً، والجمع أعواض، يقال أخذته عوضا عنه أي خلفاً وبدلاً[1].

يقال: قايضته، وعاوضته وبادلته، وآوسته. والعوض، والأوس، والبدل سواء[2].

(1) لسان العرب لابن منظور: ٧/ ١٠٢، قطر المحيط لبطرس البستاني: ٢/ ١٤٨١، مكتبة لبنان، بيروت، ط ١٨٦٩م، معجم اللغة العربية: ٦/ ٨٩٣.

(2) جواهر الألفاظ لأبي الفرج قدامة بن جعفر تح: محمد محي الدين عبد الحميد: ٣٢٥، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٧٤م.

المعنى الاصطلاحي للمعاوضة:

إن المعنى الاصطلاحي للمعاوضة متقارب عند الفقهاء من المعنى اللغوي ولا يخرج عنه، وهو البدل، أو أخذ الشيء مقابل الشيء أو إعطاؤه، ومن التعاريف الاصطلاحية ما يلي:

المعاوضة: ما يقصد فيها العوض وهو البدل(١). أو هو عقد محتو على عوض من الجانبين(٢).

وجاء في القوانين الفقهية: «بيع عرض بعرض ويقال له معاوضة»(٣).

وعرف الفقهاء المعاصرون المعاوضة بعدة تعريفات منها:

المعاوضة: عقد يقوم على أساس المبادلة بين المتعاقدين، وعلى تمليك كل منهما ما للآخر، سواء أكانت المبادلة مبادلة مال بمال كالبيع بجميع أنواعه الشامل للسلم والصرف والصلح عن إقرار، أم كانت المبادلة مبادلة مال بمنفعة مال كالإجارة، والمزارعة، فكل ما فيه معنى المعاوضة والمبادلة بين طرفيه فهو عقد معاوضة(٤).

---

(1) المغني لابن قدامة: ٦/ ٥٠. بتصرف

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ٢.

(3) القوانين الفقهية، لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي: ٢٥٣، الدار العربية للكتاب، ليبيا، ط١٩٨٢م.

(4) تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية في العقود، بدران أبو العينين بدران: ٤٨٧، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت -لبنان، فقه المعاملات دراسة مقارنة، محمد علي عثمان الفقي، تقديم: سلطان محمد سلطان: ١٦٢، دار المريخ للنشر، المملكة العربية السعودية، ط ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م، المدخل للفقه الإسلامي تاريخ الفقه الإسلامي الملكية ونظرية العقد، لأحمد فرّاج حسين: ٥٤٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٢٠٠٢م، معجم لغة الفقهاء، قلعه جي: ٤٠٨، المبسوط في شرح القانون المدني، لياسين محمد الجبوري: ١/ ١٤٣، دار وائل للطباعة والنشر، عمان - الأردن، ط١، ٢٠٠٢م.

وبذلك يتضح من التعريفات السابقة أن المعاوضة التزام بين متعاقدين يأخذ فيه كل منهما مقابلا لما يعطي، وأستنتج أن العوض ينقسم إلى قسمين رئيسين: عوض مادي وهو كل مال محسوس، كالبدلين في عقد البيع، وعوض معنوي أو المنفعة وهو كل مال غير محسوس كانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة.

المبحث الثاني: مشروعية الشروط والحكمة من اشتراطها.

المطلب الأول: في مشروعية الشروط.

ورد الشرط في الشرع بما يدل على جوازه، قال تعالى في قصة شعيب عليه السلام: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ﴾[1] ولم يأت في شريعتنا ما ينسخه بل أتت مقررة له كقوله ﷺ «إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج»[2].

وباع رسول الله ﷺ واشترى وتعامل في بعض معاملاته بالشرط، ومن ذلك حديث جابر رضي الله عنه أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، قال: ولحقني رسول الله ﷺ فدعا لي، وضربه، فسار سيراً لم يسر مثله، فقال: «بعنيه»، فقلت: لا، ثم قال: «بعنيه»، فبعته واستثنيت حملانه إلى المدينة[3].

وقول النبي ﷺ «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع»[4].

وقد تعامل الصحابة بالشرط ومن ذلك قول عمر بن الخطاب[5] رضي الله عنه «مقاطع الحقوق عند الشروط»[6]، وقد علق أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه عقد

---

(1) القصص، الآية: (٢٧).

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، رقم (٥١٥١): ٣/ ٩٤٧، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب الوفاء في الشروط في النكاح، (١٤١٨): ٢/ ٨٤٠.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم (٢٧١٨):٢/ ٤٨٠، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، رقم (٧١٥): ٣/ ٩٨٩.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب إذا باع نخلا قد أبرت، (٢٧١٦): ٢/ ٤٧٩.

(5) هو: عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رباح بن عبد الله بن عدي بن لؤي بن غالب القرشي العدوي أبو حفص، أمير المؤمنين، جاء عنه أنه ولد قبل المبعث النبوي بثلاثين سنة، أسلم بعد أربعين رجلاً فكان إسلامه فتحاً وفرجا، ولي الخلافة بعد أبي بكر فسار بأحسن سيرة وفتح الله له الفتوح، استشهد في آخر سنة ٢٣هـ، طعنه أبو لؤلؤة المجوسي، قبض وهو ابن ٦٣ سنة.(الإصابة، لابن حجر: ٤/ ٥٨٨، الوافي بالوفيات، للصفدي: ٢٢/ ٢٨٣)

(6) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح: ٢/ ٤٨٠.

المزارعة بالشرط، فكان يدفع أرضه إلى من يعمل عليها، على أنه إن جاء عمر بالبذر، فله كذا، وإن جاء العامل بالبذر فله كذا[1].

وقد أجمع المسلمون على جواز استثناء الجزء الشائع مثل أن يبيع الدار إلا ثلثها أو ربعها، وكذلك استثناء الجزء المعين إذا أمكن فصله من غير ضرر[2].

ثم إن الأصل في العبادات -التوقيف- الحظر حتى يرد الدليل بالجواز، والأصل في العادات -العفو- الإباحة حتى يرد الدليل بالمنع، فاستقراء أصول الشريعة أن العبادات التي أوجبها الله أو أباحها لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع، وأما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم فيما يحتاجون إليه، والأصل فيها عدم الحظر[3].

وإذا كان كذلك فإن البيع والهبة والإجارة وغيرها من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم كالأكل والشرب واللباس، جاءت الشريعة فيها بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد، وأوجبت ما لا بد منه، وكرهت ما لا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات ومقاديرها وصفاتها، فالناس يتبايعون ويتآجرون كيف شاؤوا ما لم تحرمه الشريعة[4].

---

(1) ينظر: الأعمال الكاملة لابن القيم، جامع الفقه، ، جمعه ووثق نصوصه وخرج أحاديثه يسري السيد محمد: ٤/ ١٠٧، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة - مصر، ط١، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.

(2) الفتاوى الكبرى، للإمام تقي الدين ابن تيمية ت ٧٢٨هـ، تح: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا: ٤/ ١٠٢، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٧م.

(3) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد:١/ ٣٤٤، دار الجيل ، بيروت -لبنان، ط، ١٩٧٣م.

(4) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية: ٤/ ١٢، ١٣.

وقد وضع علماء الأصول قاعدة نصها: «الأصل في العبادات التعبد وعدم الالتفات إلى المعاني، والأصل في المعاملات والعادات الالتفات إلى المعاني»[1].

(1) الموافقات، للشاطبي: ١/ ٤٣٨.

المطلب الثاني: الحكمة من اشتراط الشروط:

لقد أمرت الشريعة بالكسب الطيب وحثت عليه، قال تعالى:﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾(1).

وعن عائشة(2) رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولد الرجل من كسبه»(3).

ولكن الغبن والجهل في المعاملات بين الناس موجود ولا تكاد تخلو منه معاملة ولا تنفك عنه عادة وقد أباح الشرع يسير الغبن لأنه مستخف مستجاز، ولأن مثل هذه المعاملات أكثر تداولاً، فهي تمس الحياة اليومية للناس قاطبة ولذلك جاز الغبن اليسير الذي لا بد منه.

وتعليق العقود والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة والمصلحة، فلا يستغني عنه المكلف، لأن اختلاف الناس في ألوانهم وأشكالهم وطبائعهم -وذلك بفطرتهم- حتما يؤكد اختلافهم في إراداتهم وطلبهم للأشياء بصفات معينة يقصدها كل شخص عند العقد، ولا يتوصل الشخص إلى مراده إلا من خلال شروط معينة يجعلها من بنود العقد تكون في حدود الشارع.

---

(1) البقرة، الآية:(١٨٨).

(2) هي: بنت أبي بكر الصديق التيمية، أم المؤمنين حبيبة النبي ﷺ، لها ألفان ومائتان وعشرة أحاديث، روى عنها خلق كثير منهم مسروق وابن المسيب والأسود، قال عنها النبي ﷺ: «فضل عائشة على النساء كفضل الثريد على سائر الطعام»، توفيت سنة ٥٧هـ، (الإصابة، لابن حجر: ٨/ ١٦، خلاصة تهذيب الكمال، لصفي الدين أحمد الأنصاري: ١/ ٤٩٣)

(3) أخرجه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب الحث على الكسب، رقم (٤٤٤٩): ٧/ ٢٤١، وأبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب الرجل يأكل من مال ولده، رقم (٣٥٢٨): ٣/ ٢٨٨.

ثم إن اشتراط الشروط في الجملة يمنع وقوع المنازعات بين الناس، ويقصد منها حماية مصالح المتعاقدين، ونفي احتمال الغرر والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة، ومما يحقق شيوع السلم والأمن واستقرار المعاملات فتنمو الحياة الاقتصادية ويزدهر التعامل.

كما أن باب الشروط يدفع حيل المحتالين ويجعل للرجل مخرجا مما يخاف منه ومما يضيق عليه؛ فالشرط الجائز بمنزلة العقد، بل هو عقد وعهد قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾(١)، ﴿وَٱلۡمُوفُونَ بِعَهۡدِهِمۡ إِذَا عَٰهَدُواْ﴾(٢).(٣)

(1) المائدة، الآية:(١).

(2) البقرة، الآية:(١٧٧).

(3) ينظر: جامع الفقه، يسري السيد محمد: ١٠٧وما بعدها، الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي: ٤/ ٣٠٧٦.

الفصل الثاني: مدى حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط

مدخل:

إن دراسة هذا الفصل وهو الحرية في اشتراط الشروط، أو مدى سلطان الإرادة في إنشاء العقد وآثاره كما يعبر عنها فقهاء القانون، هو بيان القاعدة التي ترتكز عليها الشروط، والمنطلق الذي تنطلق منه لتصبح التزامات مترتبة في ذمة المتعاقدين، والمقصود بالشروط هنا الشروط الجعلية، فلا خلاف في أن الشرط الشرعي يجب، لأنه سبحانه لا يُسأل عما يفعل وهم يسئلون، والكلام في حرية الشروط يكون مقترنا دائما بحرية العقود، فإن قيل إن المكلف يستطيع أن يبرم أي عقد – باستثناء ما ورد تحريمه– سواء نص عليه أم لا، قيل بجواز الشرط كذلك.

ولذلك ترى أن الفقهاء اتفقوا على أن العقود التي نص القرآن أو السنة أو إجماع الأمة على جوبها أو جوازها وذكرت بأسمائها وصفاتها، فإن الوفاء بها واجب، وإعطاءها جائز(١).

واتفقوا على أن الشرط الوارد عن الشارع يجب العمل به، وأن الشرط المخالف للشارع كاشتراط أن يقتل شخصا أو أن يأخذ مالاً حراماً، فإنه لا يحل له شيء من ذلك.

واتفقوا على أن آثار العقود مرتبة من الشارع، والعقود أسباب جعلية شرعية، وكذلك العقد قانونا – في مذهب المعتدلين – فإن آثاره تكون راجعة إلى دائرة القانون العام والروابط الاجتماعية(٢).

---

(1) موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، تأليف: سعدي أبو حبيب: ٢/ ٧٥٥، ٧٥٦، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط٢، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.

(2) النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد، تأليف: عبد الرزاق أحمد السنهوري: ١/ ٩٨، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

وقد اختلف الفقهاء في المدى الذي فوضه الشارع للمتعاقدين من تعديل للآثار باشتراط الشروط، وهذا ما سيعرض في هذا الفصل -إن شاء الله-.

المبحث الأول: بيان الاتجاهات الفقهية.

المطلب الأول: اتجاه القائلين بالمنع (الحظر).

أخذ بهذا الاتجاه الظاهرية فقالوا: إن العقود والعهود والشروط والوعود كلها باطلة غير لازمة إلا ما أوجبه منها نص شرعي أو أباحه(١).

ثم عددوا الشروط التي وردت عن الشارع، وذكروا أنها سبعة هي: اشتراط الرهن، لقوله تعالى : ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ (٢)، اشتراط تأخير الثمن إذا كان دراهم أو دنانير إلى أجل مسمى، لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ (٣)، واشتراط أداء الثمن إلى الميسرة، لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾(٤)، واشتراط صفات المبيع التي يتراضيانها معاً ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة، لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(٥)، واشتراط أن لا خلابة، لحديث النبي ﷺ: «إذا تبايعت فقل لا خلابة ثم إنك بالخيار ثلاثة أيام»(٦)، واشتراط مال العبد أو الأمة أو جزءا منه، لحديث النبي ﷺ: «من ابتاع عبدا فماله للذي باعه إلا أن يشترطه

(1) الإحكام في أصول الأحكام، تصنيف الإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ت ٤٥٦هـ، قدم له الأستاذ إحسان عباس: ٢/ ٦، منشورات دار الآفاق الجديدة، ط٢، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.

(2) البقرة، الآية: (٢٨٣).

(3) البقرة، الآية: (٢٨٢).

(4) البقرة، الآية: (٢٨٠).

(5) النساء، الآية: (٢٩).

(6) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، حديث رقم (٢١١٧): ٢/ ٣٦٦، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع، رقم (١٥٣٣): ٣/ ٩٤٢.

المبتاع»[1]، واشتراط ثمرة النخيل المؤبرة قبل الطيب أو جزء منه، لحديث النبي ﷺ: «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع...»[2]. [3].

مما سبق يتبين أن الظاهرية لم يجيزوا الشروط الجعلية أصلاً وعدوها باطلة، واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

• استصحاب الحال، والأصل عندهم الحظر حتى يرد الدليل ولم يرد فبقت ثابتة على الأصل وهو المنع.

• وقوله تعالى : ﴿ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ﴾[4]، وقوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥ﴾[5]، وقوله تعالى: ﴿وَمَن يَعۡصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدۡخِلۡهُ نَارًا خَٰلِدٗا فِيهَا﴾[6].

• وأن قوله تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[7]، وقوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾[8]، وقوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا﴾[9]، ليس على عمومها وتخصص بقوله

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط، رقم (٢٣٧٩): ٢/ ٤٧٩.

(2) سبق تخريجه: ص٣٥.

(3) ينظر: المحلى، تصنيف الإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، تح: لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق: ٨/ ٤١٢، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت- لبنان.

(4) المائدة، الآية: (٣).

(5) الطلاق، الآية: (١).

(6) النساء، الآية: (١٤).

(7) المائدة، الآية: (١).

(8) الإسراء، الآية: (٣٤).

(9) النحل، الآية: (٩١).

ﷺ: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل»[1]، فصح بهذا النص أن تلك الآيات إنما هي في من شرط أو نذر أو عقد على ما جاء في القرآن أو السنة بإلزامه فقط.

• واستدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها: أن رسول الله ﷺ خطب عشيّة، فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله، ثم قال: «أما بعد، فما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق »[2]. ووجه الاستدلال من هذا الخبر والآيات السابقة أنها براهين قاطعة في إبطال كل عقد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به، أو النص على إباحته، وأن الشريعة كاملة، وأن الشروط التي لم تشرع هي تَعدّ لحدود الله وزيادة في الدين[3].

• ثم قالوا: إن الشرط إما أن يرد في القرآن والسنة فنقول به، وإما أن لا يرد فيترتب على ذلك أربعة أمور هي: أن يكون الشرط التزامٌ فيه إباحة ما حرّم الله، أو التزامٌ فيه تحريم ما أباحه الله، أو التزامٌ فيه إسقاط ما أوجبه الله ، أو أن يكون قد أوجب على نفسه ما لم يوجبه الله عليه، وذلك كله عظيم لا يحل[4].

وبذلك ترى أن أهل الظاهر وقفوا على ظواهر النصوص ولم يبحثوا في عللها وأسبابها، ورفضوا القياس، وذلك يؤدي طبيعياً إلى اختلافهم مع بقية الفقهاء لعدم اتحاد وجهات النظر في الأدلة.

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، رقم(٢١٥٥): ٢/ ٣٧١.

(2)أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء رقم (٢٧٢٩): ٢/ ٤٨٢، ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب الولاء لمن أعتق، رقم (١٥٠٤): ٢/ ٩٢١، واللفظ له.

(3) الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم: ٢/ ١٣.

(4) المرجع السابق: ٢/ ١٣، ١٤.

واعتُرض على مذهب الظاهرية باعتراضات عدة منها:

• أن الآيات التي استدل بها الظاهرية لا تدل على عدم جواز استحداث عقود جديدة لا تخالف قواعد الشريعة، لأن الاقتصار على ما ذكر فيه تضييق على ما استجد، ولا شك أن هناك عقودا استجدت بعد زمن الرسالة، ولن يعرف حكمها إلا من خلال الاستنباط من القواعد العامة التي تتضمنها الشريعة.

• أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فنستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم، قال تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾[1]، وهذا عام في الأعيان والأفعال[2].

• وأن ما أبطلتموه من الشروط دلت النصوص على جوازها بالعموم أو بالخصوص، وأن الآيات التي تأمر بالوفاء ليست على عمومها، وإنما هي مخصصة نعم، ولكنها مخصصة بالعقود والشروط التي نهى الله عنها فقط.

• وأن المراد من قوله ﷺ «كتاب الله» أي حكم الله، فمضمون الحديث أن المشروط إذا لم يكن من الأفعال المباحة، أو يقال ليس في كتاب الله أي ليس في كتاب الله نفيه[3].

• وأما زعمهم أن الشرط يستلزم أحد أمور أربعة، فأنه قد فاتهم أمر خامس وهو الحق، وهو ما أباحه الله سبحانه للمكلف تنويع أحكامه بالأسباب التي ملّكه إياها، فيباشر من الأسباب ما يُحلّه له بعد أن كان حراماً عليه، أو يُحرمه بعد وجوبه عليه، وليس في ذلك تغيير لأحكامه، فكما أن شراء الأمة ونكاح المرأة يُحل له ما كان

(1) الأنعام، الآية: (١١٩).

(2) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية: ٤/ ٩٠.

(3) المصدر السابق: ٤/ ٩٦.

محرما عليه، كذلك التزامه بالشرط، فإذا ملك تغيير الحكم بالعقد ملكه بالشرط الذي هو تابع له[1].

(1) إعلام الموقعين ، لابن القيم:١/ ٣٤٨، ٣٤٩.

المطلب الثاني: اتجاه القائلين بالإباحة.

أخذ بهذا الاتجاه جمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على الاختلاف الذي بينهم في قدر الإباحة، وقد ذكر ابن تيمية[1] أن أصول أبي حنيفة، وكثير من أصول الشافعي، وأصول طائفة من أصحاب مالك[2] وأحمد[3] تقول بالحظر[4]، ولكن هناك اختلاف كبير بينهم وبين أهل الظاهر لقولهم بالقياس وأخذهم للآثار وعملهم بالاستحسان، ورغم أَخْذ مذهب الحنفية والشافعية بحديث النهي عن بيع وشرط، فإنهم استثنوا الكثير من الشروط بالعرف أو القياس أو المصلحة[5]، وهذه الأصول لو أخذناها، أو بعضها وطبقناها في العقود لوجدنا أكثر الفقهاء قد فتحوا الباب ولم يضيّقوه[6]، وهم يتقاربون بهذا ممن يقولون إن الأصل في العقود الإباحة حتى يقوم الدليل.

---

(1) هو: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن أبي القاسم الحراني بن تيمية، الشيخ الإمام المفسر الفقيه المجتهد، ولد في ربيع سنة ٦٦١، من مصنفاته: قاعدة في الاستعاذة وقاعدة في البسملة، وقاعدة في قوله تعالى: ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ﴾، وله الاعتراضات المصرية على الفتوى الحموية، وبيان تلبيس الجهمية، وشرح أول المحصول، توفي سنة ٧٢٨هـ. (طبقات الحفاظ، للسيوطي: ١/ ٥٢٠، الوافي بالوفيات، للصفدي: ٧/ ١١)

(2) هو: أبو عبد الله مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي المدني، إمام دار الهجرة، أخذ القراءة عن نافع، وسمع الزهري ونافع مولى ابن عمر، روى عنه الأوزاعي ويحيى بن سعيد، وأخذ العلم عن ربيعة الرأي، جلس للناس وهو ابن سبع عشرة سنة، من مصنفاته: الموطأ، كانت ولادته سنة ٩٥هـ، وتوفي سنة ١٧٩هـ. (الديباج المذهب، لابن فرحون: ١/ ١٧، وفيات الأعيان، لابن خلكان: ٤/ ١٣٥)

(3) هو: أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن إدريس بن عبد الله بن شيبان بن ثعلبة بن وائل الإمام أبو عبد الله الشيباني، ولد سنة ١٦٤هـ، من شيوخه: هشيم وسفيان بن عيينة وإبراهيم بن سعد والشافعي، روى عنه البخاري ومسلم وأبو داود وغيرهم، وقد أوذي في مسألة خلق القرآن وحبس، من مصنفاته: المسند، توفي رحمه الله ٢٤١هـ. (وفيات الأعيان، لابن خلكان: ١/ ٦٤، الوافي بالوفيات، ٦/ ٢٢٥)

(4) ينظر: الفتاوى الكبرى، لابن تيمية: ٤/ ٧٦.

(5) ينظر ذلك مفصلا من البحث: ص٧٠ وما بعدها.

(6) ينظر: الأم ، لمحمد بن إدريس الشافعي، تح: رفعت فوزي عبد المطلب : ٤/ ١٧٨، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م، الفتاوى الكبرى الفقهية، لابن حجر الهيتمي، وبهامشه فتاوى شمس الدين =

قال الغزالي[1] معلقاً على حديث النهي عن بيع وشرط: «الخبر يقتضي امتناع كل شرط في البيع لكن المفهوم من تعليله أنه إذا انضم الشرط للبيع بقيت علقته بعد العقد يثور بسببها منازعة، وقد يفضي ذلك إلى فوات مقصود العقد فحيث تفقد هذه العلة تستثنيه عن الخبر»[2].

وقال الإمام الشافعي[3]:« كل شرط في بيع على أن لا يقبض اليوم فلا يجوز إلا أن يصحّ حديث جابر ﷺ عن النبي ﷺ في الشرط في البيع»[4]. فقد علق الإمام القول بجواز الشرط على صحة حديث جابر وقد صح[5].

=

محمد الرملي: ٢/ ١٣٩، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م، أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، محمد زكي عبد البر: ١/ ١٤١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، قطر- الدوحة، ط١، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٦م.

(1) هو: محمد بن محمد بن محمد بن أحمد حجة الإسلام زين الدين أبي حامد الطوسي الفقيه الشافعي، اشتغل بالفقه، من تصانيفه: إحياء علوم الدين، والمستصفى في أصول الفقه، والمنخول واللباب، والوسيط في الفقه، كانت ولادته سنة ٤٥٠هـ، وتوفي سنة ٥٠٥هـ. (طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة: ١/ ٢٩٣، الوافي بالوفيات، للصفدي: ١/ ٢١١)

(2) الوسيط في المذهب لحجة الإسلام محمد بن محمد بن محمد الغزالي، تح: أحمدمحمود إبراهيم:٣/ ٧٣، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م، وينظر: المجموع شرح المهذب، للشيرازي: ٨/ ١٩٥، المكتبة السلفية، المدينة المنورة.

(3) هو: محمد بن إدريس بن عثمان بن شافع بن سائب بن عبيد، يمتد نسبه للنبي ﷺ، نشأ يتيما في حجر أمه فسارت به إلى مكة، برع في الرمي وأقبل على العربية والشرع فبرع في ذلك، أخذ العلم عن مسلم الزنجي، وعبد الرحمن العطار وسفيان بن عيينة، وحفظ الموطأ عن مالك وغيرهم، من تصانيفه: الرسالة في الأصول، والأم في الفقه، كان مولده سنة ١٥٠هـ، وتوفي سنة ٢٠٤هـ،(الديباج المذهب، لابن فرحون: ١/ ٢٢٩، سير أعلام النبلاء، للذهبي: ١٠/ ٥)

(4) النظر فيما علق عليه الشافعي القول به على صحة الخبر، تأليف: سعيد بن عبد القادر سالم باشنفر، تقديم: الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين: ٣٩٣، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.

(5) وسيأتي مزيد تفصيل على هذا الحديث في باب الأدلة من الفصل الرابع: ص١٠٦.

ويرى ابن رشد[1] أن الإمام مالكاً عرف أحاديث الباب كلها واستعملها في مواضعها وتأولها على وجوهها فمذهبه أولى المذاهب[2].

وجاء مُطلق الإباحة في المذهب الحنبلي وخاصة عند ابن تيمية وابن القيم، ولا خلاف عندهم في أن العاقد يشترط ما يشاء من الشروط التي من مقتضى العقد أو من مصلحته. وسيأتي إن شاء الله تفصيل المذاهب في الشروط في فصول متقدمة من البحث[3].

واستدل الجمهور على جواز حرية التعاقد واشتراط الشروط بأدلة منها:

• أن الأصل في العقود والشروط الإباحة لا المنع، وأن كل عقد واجب الوفاء إلا ما قام الدليل على منعه، وكل ما يصدق عليه أنه عقد فهو واجب الوفاء بمقتضى نص القرآن ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[4]، ﴿وَٱلۡمُوفُونَ بِعَهۡدِهِمۡ إِذَا عَـٰهَدُواْۖ﴾[5]، ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَـٰنَـٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ﴾[6].

---

(1) هو: (ابن رشد الجد) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي، يكنى أبا الوليد قرطبي، زعيم فقهاء وقته، له جودة في التأليف ودقة في الفقه، من مؤلفاته: البيان والتحصيل، وكتاب المقدمات، وله اختصار للكتب المبسوطة من تأليف يحيى بن إسحاق، وتهذيب لكتاب الطحاوي مشكل الآثار، ولي القضاء زمناً ثم عفي، كانت ولادته ٤٠٥هـ، وتوفي سنة ٥٢٠هـ. (الديباج المذهب، لابن فرحون: ١/ ٢٧٨)

(2) ينظر: المقدمات، لابن رشد: ٢/ ٥٤٥، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الحفيد) ، تح: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود: ٥/ ٥، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م.

(3) ينظر: ص٦٩ من البحث.

(4) المائدة، الآية: (١).

(5) البقرة، الآية: (١٧٧).

(6) المعارج، الآية: (٣٢).

• أن العقود والشروط من باب العادات لا العبادات، والفرق بينهما أن الله سبحانه لا يعبد إلا بما شرع على ألسنة رسله، وأما العقود والشروط والمعاملات فهي عفو حتى يحرمها[1].

• وقول الرسول ﷺ: «المسلمون على شروطهم»[2].

(1) ينظر: الفتاوى الكبرى، لابن تيمية: ٤/ ٧٦، إعلام الموقعين، لابن القيم: ١/ ٣٤٤، الملكية ونظرية العقد، لأبي زهرة: ٢٦٠.

(2) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، رقم (١٣٣٥): ٥/ ٣١، وقال عنه: حديث حسن صحيح، وأبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب الصلح، رقم (٣٥٩٤): ٣/ ٣٠٤.

المبحث الثاني: بيان اتجاه فقهاء القانون في سلطان الإرادة والفرق بينه وبين فقهاء الشريعة.

المطلب الأول: بيان اتجاه فقهاء القانون.

تنص المادة (١٤٧) ق.م.ل على أن العقد شريعة المتعاقدين، وبذلك فإن المتعاقدين لا يلتزمان إلا بإرادتهما، ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفا فيه، وهذا يعني أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوينه وفي تحديد آثاره. فإلى أي مدى يكون هذا السلطان؟.

انقسم فقهاء القانون في ذلك إلى قسمين: الأول: يرى أن الإرادة وحدها كافية لخلق العقد وترتيب كل آثاره، وهذه الآثار لا توجد إلا بالقدر والحدود التي رسمها المتعاقدان[١].

واستند أنصار هذا المذهب إلى حجج فلسفية وأخلاقية واقتصادية، وهي كالتالي:

أما الحجة الفلسفية فتتمثل في أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد فهو الغاية، ولخدمته يُسخر المجموع، والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية، ومظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة، ولما كان الفرد يعيش في المجتمع، والغاية الأولى

(1) النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، تأليف: محمد علي البدوي: ١/ ٢٥، منشورات الجامعة المفتوحة، ط٢، ١٩٩٣م.

هي احترام إرادته وحريته، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة[١].

وأما الحجة الأخلاقية فتتمثل في أن العقد هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق مصالح المتعاقدين، لأن الشخص لا يمكن أن يريد ما هو ضد مصلحته، ولهذا فإن كل التزام يقبله الشخص بإرادةٍ حرة لا يكون إلا عادلاً.

وأما الحجة الاقتصادية فهي تستند إلى أن الحرية في التعاقد تحقق المصلحة العامة والعدل، عن طريق المنافسة وقانون الطلب والعرض[٢].

وبذلك اشتمل هذا الاتجاه على مبدأين: الأول: أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، والثاني: لا تقتصر الإرادة أن تكون مصدراً للالتزام بل هي المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار.

القسم الثاني: يقوم هذا المذهب على الحرية الفردية أيضاً التي تترك للإنسان حق التعاقد إن شاء ومع من شاء وفق الشروط التي يرتضيها، ولكن في حدود الآداب والروابط الاجتماعية والقانونية[٣].

الكيفية التي حدّ بها المذهب من مبدأ سلطان الإرادة.

حدّ هذا المذهب من مبدأ سلطان الإرادة بأن أجاز تعديل العقد أو نقضه تبعاً لظروف معينة، وذلك ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) ق.م.ل أنه إذا طرأت

(1) الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، تأليف: عبد الرزاق أحمد السنهوري: ١٤١، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان.

(2) الوسيط في شرح القانون المدني، للسنهوري: ١٤١، النظرية العامة للالتزام، للبدوي: ١/ ٢٦.

(3) العقود الشائعة والمسماة عقد البيع، لجاك يوسف الحكيم: ٢٤.

حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

ولم يقف عند هذا الحد بل وسّع من دائرة دفع الغبن، حيث جاء في المادة (١٤٩) ق.م.ل أنه إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط، أو يعفي الطرف المذعن منها.

وكذلك أجاز للقاضي التدخل في تعديل التعويض الذي يكون بالشرط الجزائي، إذا كان في الشرط مبالغة وإجحاف، انظر المادة (٢٢٧) والمادة (٦٨٦) ق.م.ل.

وقد أبطلت المادة (١٥٠) ق.م.ل مجموعة من الشروط إذا اشتمل عليها العقد، منها: الشروط التي تحدّ من المسئولية، أو تفرض على المتعاقد الآخر سقوط المُدَد وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفوع أو شروط تحدّ من صلاحية القضاء.

إذن فالعقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما ولكن مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاد العقد، كما جاء في المادة (٨٩) ق.م.ل.

ونقَض أصحاب هذا المذهب المبدأ السابق بقولهم: إن حرية الفرد لا تصلح أساساً للقانون، فالمجتمع ليس مجموعاً متنافراً من شخصيات محتفظة بذاتيتها، بل هي

وحدة متجانسة متضامنة، وتتضافر مجهودات الأفراد نحو غاية مشتركة يقوم بحمايتها القانون[1].

والواقع الآن يثبت عدم صدق مقولة أن كل ما هو عقدي فهو عادل لعدم وجود المساواة الاقتصادية والاجتماعية للمتعاقدين وذلك بسبب ظهور الشركات الكبرى، ونتج عن عدم التعادل فَرْض القويّ السيطرة على الضعيف[2]، وهذا ما تقوم به كبرى شركات الدول الأوروبية وغيرها، بسيطرتها على موارد الدول الإسلامية، من خلال توقيعها عقودا تمتد صلاحيتها عشرات السنين، ولا يخفى ما فيها من إجحاف وتعدّ على الحقوق.

مما سبق تتبين عدة أمور في اتجاهات القانون هي:

١. أن الإرادة وحدها هي القادرة على إنشاء العقود، ولا يُلزم شخص بما لم يلتزم، وهو ما يعرف بمبدأ الرضائية.

٢. ازدهار مبدأ سلطان الإرادة في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، حيث جعله أنصاره مصدراً لجميع الحقوق والالتزامات[3].

٣. الفلسفة التي ينطلق منها أنصار مبدأ سلطان الإرادة في جعله مصدراً لجميع الحقوق والالتزامات هي الفلسفة النفعية الفردية، والتي تبدأ من منطلق ثقة في عقل الإنسان وأنه الأقدر على معرفة مصلحته فيما لو ترك حراً، وهذه هي فلسفة النظام الرأسمالي.

---

(1) نظرية العقد، للسنهوري: ١/ ١٠٧.

(2) النظرية العامة للالتزام، للبدوي: ١/ ٢٨.

(3) نظرية العقد، للسنهوري: ١/ ٩٧.

٤. أخذ مبدأ سلطان الإرادة في الوقت الحاضر منطلقاً جديداً وذلك بتقييد الإطلاق الذي كان عليه من قبل، فلا هو انتقص منه إلى حد أن جعله يفنى في سلطان المشرع وفي سلطان القاضي، ولا تركه يطغى فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية وبتحديد آثارها دون نظر إلى المصلحة العامة وإلى مقتضيات العدالة.

المطلب الثاني: مقابلة ما بين التشريعين

قبل الخوض في التفرقة ما بين التشريعين من خلال العرض السابق أودّ أن أشير إلى أنه ورد النص على الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً أو ثانوياً بعد نصوص التشريع فيما يخص جانب المعاملات وهو ما جاء في المادة (١) ق.م.ل، والتي تقول: إن النصوص التشريعية تسري على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، -تطبيق النص في لفظه إعماله بعبارته، وتطبيقه في فحواه إعماله بالقياس أو بإشارة النص- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وهو هنا قد أحال على مبادئ الشريعة بغير تقييد بالمذهب السائد أو بمذهب معين، مما يتيح للقاضي الاجتهاد في الأخذ بمذهب من المذاهب بما يتناسب مع أحكام القانون، وخاصة أن جوهر مبادئ الشريعة بعامة لا خلاف فيه[١].

وبالنظر في المسألة موضع البحث فإنه يوجد أوجه اتفاق وأوجه اختلاف بين الاجتهاد في كلا التشريعين[٢]، منها:

---

(1) والسؤال المطروح، إذا خالف نص تشريعي أحكام الشريعة الإسلامية، فبماذا يكون عمل القاضي؟ كما في المادة (٢٣٠) ق.م.ل، التي تنص على أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر الفائدة (الربا) سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أو في أي حالة تُشترط فيها الفوائد...، وإن كانت هذه المادة قد أُلغي العمل بها بين الأشخاص العاديين (الأفراد) استناداً لقانون ٧٤ لسنة ١٩٧٢م الخاص بتحريم ربا النسيئة في المعاملات المدنية، بخلاف الأشخاص الاعتباريين كالمصارف.

(2) ولا أقصد بالمقارنة هنا مقارنة القانون الوضعي بالشريعة الإسلامية، فلا يقارن المعصوم مع غير المعصوم، ولكن مقارنة بين الاجتهاد في كلا التشريعين فيما لم يرد به نص.

١. الأخذ بمبدأ رضائية العقود، فالإرادة حرة في إنشاء العقد ولا تجبر عليه.

٢. تقييد سلطان الإرادة في تحديد الآثار ضمن حدود الشريعة الإسلامية، وضمن حدود الآداب العامة وقواعد القانون.

٣. اختلاف التشريعين في بعض الحدود فقد يجيز القانون شيئا لا تجيزه الشريعة، كما سبق الإشارة إليه.

٤. اختلاف حرية الشخص في تحديد الآثار باختلاف العقد، ففقهاء الشريعة يحتاطون في عقود الزواج ما لا يحتاطون في غيرها، لما له من حرمة وقداسة، ولما فيه من جانب العبادة، ولما تتطلبه الأسرة من استقرار ودوام، بخلاف العقود المالية المتجددة بتجدد التجارة والنشاط الاقتصادي(١)، وهو ما ذهب إليه فقهاء القانون فيما يتعلق بالأسرة إذ لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود، وما يتعلق بالأموال فالإرادة تنشط فيه تدريجياً، فهي في الحقوق الشخصية أشد نشاطاً منها في الحقوق العينية(٢).

ويرى بعض الفقهاء أن آثار العقد عند القانونيين تُنشئها إرادة العاقدين الحرة، بناء على القاعدة القانونية (العقد شريعة المتعاقدين) فكل ما ارتضياه في عقدهما يصح ويجب الوفاء به(٣).

وفي ذلك يقول الأستاذ الزرقاء(٤):«إنه لا يصح القول في تشريع ما بأن أحكام العقود وآثارها إنما توجبها إرادة العاقد لا إرادة الشارع بل هي في ظل كل تشريع يجب

(1) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: ٤/ ٣٠٥٢.

(2) ينظر: نظرية العقد، للسنهوري: ١/ ١١٠، ١١١.

(3) الملكية ونظرية العقد، لأبي زهرة: ٢٥٠.

(4) هو: مصطفى بن أحمد الزرقا، أحد كبار علماء الشريعة، والمشتغلين بالسياسة في سورية، ولد في حلب، تعلم الحقوق والآداب بالجامعة السورية، وتحصل على دبلوم الشريعة من جامعة فؤاد الأول بالقاهرة، انتخب نائبا في البرلمان السوري أكثر من مرة، وشغل منصب وزير الأوقاف والعدل، من أهم كتبه: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، =

أن تعتبر من عمل الشارع ... وليس الفارق بين التشريعين في هذا الموضوع إلا مدى ما فوضه الشارع إلى العاقدين من سلطان على تعديل الأحكام التي قررها التشريع مبدئياً»[1].

=

وشرح القانون المدني، وديوان قوس قزح، ونظرية العقد في القانون السوري، وكان صاحب اجتهادات متنوعة في فقه العبادات، والمعاملات،والأحوال الشخصية. (إتمام الأعلام: لنزار أباظة ومحمد المالح ص٤٣٧)

(1) المدخل الفقهي العام، للزرقاء: ١/ ٤٧٥.

الفصل الثالث منشأ الخلاف في الشروط وبيان أقسامها.

مدخل:

اتخذ المسلمون رسول الله ﷺ قدوة لهم وأسوة، تأسياً بقوله تعالى: ﴿لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُواْ ٱللَّهَ وَٱلْيَوْمَ ٱلْآخِرَ﴾[1] فلا يسعهم من قوله وفعله إلا السمع والطاعة، فلم ينشأ بينهم اختلاف في فهم آية أو قضاء أو قول صدر منه ﷺ وإن وجد فهو عارض ينتهي بوصوله للنبي ﷺ.

أما بعد وفاته ﷺ فقد حصل اختلاف بين الصحابة -رضوان الله عليهم- في الأحكام، ولا يزال مثل هذا الاختلاف قائما ما دام الناس مختلفين في أشكالهم وألوانهم وطبائعهم وحياتهم، وهذا الاختلاف فيما إذا كان طريقه الاجتهاد كما ذكر ابن عبد البر تعليقا على حديث عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه[2] ما أحب أن أصحاب رسول الله ﷺ لم يختلفوا؛ لأنه لو كان قولا واحدا كان الناس في ضيق، وإنهم أئمة يُقتدى بهم ولو أخذ رجل بقول أحدهم كان في سعة[3].

واختلاف الصحابة يكون راجعا في عدم بلوغ الحديث أحيانا - إذ السنة لم تجتمع عند أحد- أو بلغه ولكنه لم يثبت عنده لعلة من العلل، أو بلغه وثبت عنده

---

(1) الأحزاب، الآية: ٢١.

(2) هو: عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي، أبو حفص: الخليفة الصالح، والملك العادل، وربما قيل له خامس الخلفاء الراشدين تشبيها له بهم، ولد ونشأ بالمدينة، وولي إمارتها للوليد، ثم استوزره سليمان ابن عبد الملك بالشام، مدة خلافته سنتان ونصف، كان مولده سنة ٦١هـ، وتوفي ١٠١هـ. (سير أعلام النبلاء، للذهبي: ٥/ ١١٤، الأعلام، للزركلي: ٥/ ٥٠)

(3) جامع بيان العلم وفضله، لأبي عمر يوسف بن عبد البر، تح: أبي الأشبال الزهري، ٢/ ٩٨، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط٧، ١٤٢٧هـ.

ونسيه كما حدث لعمر –رضي الله عنه– في أمر الجنب وتنبه له عمار[1]. قال ابن تيمية: «فهذه سنة شهدها عمر ثم نسيها حتى أفتى بخلافها، وذكّره ولم يذكر، وهو لم يكذب عمارا، بل أمره أن يحدث به»[2].

وإن كان هذا مع الصحابة –رضوان الله عليهم– وهم قريبوا عهد برسول الله ﷺ فمع غيرهم أكثر، ولا سيما بعد التفرق في الأمصار، غير أنه يجدر المبادرة إلى القول: إنه ليس كل اختلاف يحمد، بل إن هناك اختلافا يذم أصحابه، وهو ما كان راجعا إلى أصل من أصول الدين نتيجة لتحريف كلمات الله عن مواضعها، وتأويلها لتطابق أهواء أملاها الشيطان عليهم.

أما الاختلاف في الفروع بعد الاتفاق على الأصل، فما هو إلا اختلاف في الطريق الموصلة إلى الحقيقة، لا في الحقيقة نفسها، وقد يكون في هذا الخلاف توسعة على السائرين ورفق بهم ورحمة، وجدير به أن لا يمت إلى الانشقاق لا من قريب ولا من بعيد.وهذا هو شأن المذاهب الفقهية[3].

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب التيمم، باب التيمم للوجه والكفين، رقم (٣٣٩): ١/ ٧٢، ومسلم في صحيحه، كتاب الحيض، باب التيمم، رقم (٣٦٨): ١/ ٢٣٥، والحديث كما رواه مسلم «أن رجلاً أتى عمر فقال: إني أجنبت فلم أجد ماء، فقال: لا تصل، فقال عمار: أما تذكر يا أمير المؤمنين إذ أنا وأنت في سرية، فأجنبنا، فلم نجد ماء، فأما أنت فلم تصل، وأما أنا فتمعكت في التراب وصليت، فقال النبي ﷺ «إنما كان يكفيك أن تضرب بيدك الأرض، ثم تنفخ، ثم تمسح بهما وجهك وكفيك» فقال عمر: اتق الله يا عمار! قال: إن شئت لم أحدث به، فقال عمر: نوليك ما توليت».

(2) مجموع فتاوى ابن تيمية: ٢٠/ ٢٤٣.

(3) أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مصطفى الخن:٨، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط١، ٢٠٠٩م.

وإن من أسباب اختلاف الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد أمور عدة، وهذا ما سأعرضه في المبحث التالي:

المبحث الأول: في بيان سبب الاختلاف.

انبنى اختلاف الفقهاء في هذه المسألة على أمور عدة هي:

١. ما ذكره البطليوسي[١] من أخذ كل واحد من الفقهاء بحديث مفرد اتصل به ولم يتصل به سواه، ما روي عن عبد الوارث بن سعيد[٢] أنه قال: قدمت مكة فألفيت فيها أبا حنيفة وابن أبي ليلى[٣] وابن شبرمة[٤]، فأتيت أبا حنيفة، فقلت ما تقول في رجل باع بيعاً وشرط شرطاً ؟ فقال: البيع باطل والشرط باطل، فأتيت ابن أبي ليلى، فسألته عن ذلك، فقال: البيع جائز، والشرط باطل، فأتيت ابن شبرمة، فسألته عن ذلك فقال: البيع جائز، والشرط جائز. فقلت في نفسي: يا سبحان الله !! ثلاثة من فقهاء العراق لا يتفقون على مسألة !! فعدت إلى أبي حنيفة، فأخبرته بما قال صاحباه

(1) هو: عبد الله بن محمد بن السيد أبو محمد من علماء اللغة والأدب، ولد ونشأ في بطليوس بالأندلس، من مؤلفاته: الاقتضاب في شرح أدب الكتاب لابن قتيبة، والإنصاف في التنبيه على الأسباب التي أوجبت الاختلاف بين المسلمين، والحلل في شرح أبيات الموطأ، كان مولده سنة ٤٤٤هـ، وتوفي سنة ٥٢١هـ. (الأعلام، للزركلي: ٤/ ١٢٣)

(2) هو: عبد الوارث بن سعيد بن ذكوان التميمي العنبري، رمي بالقدر ولم يصح، روى عن عبد العزيز بن صهيب وأيوب وسليمان التيمي وخلق سواهم، روى عنه ابنه عبد الصمد وابن القطان وعفان بن مسلم، قال النسائي ثقة ثبت، وقال الذهبي أجمع المسلمون على الاحتجاج به، توفي سنة ١٨٠هـ. (تقريب التهذيب، لابن حجر: ١/ ٣٦٧، خلاصة تهذيب الكمال، لصفي الدين الخزرجي: ١/ ٢٤٧)

(3) هو: الإمام الحافظ أبو عيسى الأنصاري الكوفي الفقيه أبو محمد، ولد في خلافة الصديق أو قبل ذلك، حدّث عن عمر وعلي وأبي ذر وبلال وغيرهم، حدث عنه عمرو بن مرة والأعمش وسواهم، توفي في موقعة الجماجم سنة ٨٣هـ. (سير أعلام النبلاء، للذهبي: ٤/ ٢٦٢، تقريب التهذيب، لابن حجر: ١/ ٣٤٩)

(4) هو: عبد الله بن شبرمة بن الطفيل، عالم الكوفة وكان قاضيها، روى عن أنس وأبي وائل وعبد الله بن شداد والنخعي والشعبي وخلق سواهم، وثقه أحمد بن حنبل، توفي سنة ١٤٤هـ. (سير أعلام النبلاء، للذهبي: ٦/ ٣٤٧، الوافي بالوفيات، للصفدي: ١٧/ ١٠٩)

فقال: ما أدري ما قالا لك ؟ حدثني عمرو بن شعيب[1] عن أبيه عن جده. قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط، فالبيع باطل، والشرط باطل.فعدت إلى ابن أبي ليلى فأخبرته بما قال صاحباه، فقال: ما أدري ما قالا لك ؟. حدثني هشام بن عروة[2] عن أبيه عن عائشة قالت أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اشتري بريرة[3]، فأعتقها البيع جائز، والشرط باطل.قال: فعدت إلى ابن شبرمة فأخبرته بما قال صاحباه، فقال ما أدري ما قالا لك. فعن جابر رضي الله عنه. قال: بعت النبي ﷺ بعيراً، وشرط لي حملانه إلى المدينة. البيع جائز والشرط جائز[4].

فهنا ترى عدم وصول الحديث لكل واحد من الفقهاء فأدى إلى اختلافهم، وأن الحديث الذي وصل إلى أحدهم لم يصل إلى الآخر «ما أدري ما قالا لك»، وأن كل واحد حدث بما وصل إليه وثبت عنده.

---

(1) هو: عمرو بن شعيب بن محمد صاحب رسول الله ﷺ عبد الله بن عمرو بن العاص، كان يتردد على مكة وينشر العلم، حدّث عن أبيه فأكثر وعن سعيد بن المسيب وطاووس وسليمان بن يسار ومجاهد بن عطاء وغيرهم، حدث عنه الزهري وقتادة وعطاء شيخه وأيوب السجستاني وغيرهم، احتج به أرباب السنن الأربعة، قال البخاري: رأيت أحمد وعليا وإسحاق وأبا عبيدة وعامة أصحابنا يحتجون به، توفي سنة ١١٨هـ. (سير أعلام النبلاء، للذهبي: ٥/ ١٦٥، الكاشف، حمد بن عبد الله الذهبي: ٢/ ٧٨)

(2) هو: أبو المنذر هشام بن عروة بن الزبير بن العوام القرشي من التابعين وهو معدود في الطبقة الرابعة من أهل المدينة، سمع من عمه عبد الله بن الزبير ورأى جابراً وأنس بن مالك ، روى عنه سفيان الثوري ومالك بن أنس وابن عيينة، كانت ولادته سنة ٦١هـ، وتوفي ١٤٥هـ وقيل ١٤٦هـ. (وفيات الأعيان، لابن خلكان: ٦/ ٨٠)

(3) هي: بريرة مولاة عائشة صحابية عاشت إلى خلافة يزيد، وقد عتقت وهي عند مغيث بن جحش فخيرها ﷺ ، كانت مولاة لقوم من الأنصار، وقصتها في الصحيحين. (الإصابة، لابن حجر: ٧/ ٥٣٥، سير أعلام النبلاء، للذهبي: ٢/ ٢٩٧)

(4) الإنصاف في التنبيه على الأسباب التي أوجبت الاختلاف بين المسلمين في آرائهم، تح: محمد رضوان: ١٢٩، دار الفكر، دمشق دراسات أندلسية، ط١، ١٣٩٤هـ، ١٩٧٤م.

٢. قال ابن رشد[١] والأصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث: أحدها حديث جابر –رضي الله عنه– قال: «ابتاع مني رسول الله ﷺ بعيرا وشرط ظهره إلى المدينة»[٢].

والثاني: حديث بريرة أن رسول الله ﷺ قال: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط»[٣].

والثالث: حديث جابر –رضي الله عنه–قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص في العرايا»[٤]، وذكر من أسباب

(1) هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، الشهير بابن رشد الحفيد، من أهل قرطبة وقاضي الجماعة، يكنى أبا الوليد، روى عن أبيه، وأخذ العلم عن أبي القاسم بن بشكوال والمازري، من مؤلفاته: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، وكتاب الكليات في الطب، ومختصر المستصفى وغيرها، كان مولده سنة ٥٢٠هـ، وتوفي ٥٩٥هـ. (الديباج المذهب، لابن فرحون: ١/ ٢٨٤)

(2) سبق تخريجه: ص٣٥.

(3) سبق تخريجه: ص٤٥.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة، رقم (١٥٣٦): ٣/ ٩٥٠.

المحاقلة: بيع الطعام في سنبله. وقيل: اشتراء الزرع بالحنطة. وقيل: بيع الزرع قبل صلاحه من الحقل وهو الزرع. وقيل: المزارعة بالثلث والربع وغيرهما. وقيل: كراء الأرض بالحنطة.

المزابنة: أن يباع تمر النخيل بالتمر. بيع التمر في رؤوس النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصاً.

المخابرة: هي الأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينفق فيها ثم يأخذ من الثمر.

المعاومة: هي بيع ثمر النخيل والشجر سنتين أو ثلاثا فصاعدا.

الثنيا: هي أن يستثنى في عقد البيع شيء مجهول فيفسده. ينظر: التعريفات، للجرجاني: ٢٠٧، ٢١١، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تأليف الإمام: أبي نصر أحمد بن محمد السمرقندي، علق عليه:د. يحيى مراد، ٧٣، ٧٦، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، ط١، ٢٠٠٤م.

اختلافهم في هذا الباب ما روي عن أبي حنيفة «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط»[(١)]، فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث في بيع وشرط[(٢)].

٣. وأن من أسباب اختلافهم في مسألة الشرط كثرة الروايات التي وردت على حديث جابر، وهذا يدل أنهم رووه بالمعنى، وبمثل هذا احتج من أجاز نقل الحديث بالمعنى، فالنبي ﷺ لم ينطق بالحديث إلا مرة واحدة، ويرويه عنه جماعة بألفاظ مختلفة، وبمعان متقاربة[(٣)].

٤. القاعدة التي سبق بيانها في مدى حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط، فمن قال بحرية اشتراطها أوجب الوفاء بها وجوبا أو استحسانا، قال بذلك جمهور المذاهب مع اختلاف فيما بينهم، ومن قال بعدم حرية اشتراطها منع الوفاء بها وأخذ بذلك الظاهرية[(٤)].

٥. اختلافهم في مسألة النهي عن الشيء هل يدل على فساد المنهي عنه مطلقا أم لا؟ وجمهور فقهاء الشريعة أن النهي إذا تعلق بذات الفعل أو بجزئه كبيع الحصاة وبيع المضامين والملاقيح، بأن طلب الكف عنه كان النهي مقتضياً للفساد[(٥)].

---

(1) أخرجه الطبراني في الأوسط، رقم (٤٣٦١): ٤/ ٣٣٥، والهيثمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، كتاب البيوع، باب ما جاء في الصفقتين في صفقة أو الشرط في البيع: ٤/ ٨٥، والحاكم في معرفة علوم الحديث، باب الأحاديث التي يعارضها مثلها: ٣٩٣، وسكت عنه.

(2) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد: ٢/ ١٦٠.

(3) ينظر: شرح صحيح مسلم، المسمى إكمال إكمال المعلم، لمحمد بن خليفة الوشتاني الأبي، مطبوع مع الصحيح: ٥/ ١٥، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، ط١، ١٩٩٤م.

(4) ينظر: الفصل الثاني: ٤٣.

(5) ينظر: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للشوكاني: ١١٠، دار الفكر، بيروت- لبنان.

والشرط التزام وارد عند إنشاء العقد، زائد على أصل مقتضى التصرف، وهـذه حالة من حالات النهي التي يكون النهي فيها راجعا إلى وصف لازم للمنهي عنه دون أصله.

وهناك عدة آراء في أثر النهي في المنهي عنه صحة وفساداً أهمها ما يلي:

أ. أن النهي يقتضي البطلان مطلقا سـواء كـان النهـي لعـين الـشيء أم لوصـفه اللازم أم المجاور وسواء كان في العبادات أم في المعاملات وهو مذهب الإمام أحمد.

ب. لا يقتضي البطلان مطلقا وإنما البطلان يؤخذ من دليل خارجي وهو اختيار ابن برهان.

ج. يقتضي البطلان إذا كان لعينه وهو مذهب أبي حنيفة.

د. يقتضي البطلان في العبادة دون العقود وهو اختيار الغزالي والآمدي.

ه. يقتضي البطلان إذا كان لعينه أو لوصفه اللازم[1].

وبالنظر فيما سبق ترى أن بعض الفقهاء يـرى بـالمنع مطلقـاً، والـبعض الآخـر بالجواز مطلقا، والبعض الآخر منع الشرط وأجاز البيع، ولكن عند تفـصيل الـشروط في كل مذهب تجد أنهم متقاربون، فالحنفية مثلا أخذوا بحديث النهي عن بيـع وشرط ولكنهم فتحوا الباب أمام الشروط من خلال العرف والاستحسان، وهذا ما سيعرض في المبحث التالي -إن شاء الله-.

(1) ينظر: تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، للحافظ صلاح الدين خليل بن كيكلـدي العلائـي، تـح: إبـراهيم محمد السلقيني: ٩١، مطبوعات مجمع اللغة العربية، بدمشق، ومفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للشريف أبي عبد الله محمد بن أحمد الحسني التلمساني، تـح: محمـد عـلي فركـوس: ٤١٨، مؤسـسة الريـان، ط١، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.

المبحث الثاني: أقسام الشروط الجعلية وأنواعها.

المطلب الأول: أقسام الشروط في مذهب الحنفية.

قسم الحنفية الشروط إلى ثلاثة أقسام: الأول: وهو ما كان أحد أمور أربعة هي:

١. الشروط التي يقتضيها العقد: ومثل هذه الشروط تُوجب أثرا من آثار العقد كشرط الملك للمشتري في المبيع، أو شرط تسليم الثمن، فالشرط صحيح؛ لأنه يثبت بمطلق العقد، فلا يزيده الشرط إلا وكادة، فهو في الواقع لا يضيف أثرا جديدا فوجوده وعدمه سواء، لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكره في معرض الشرط تقريرا لمقتضى العقد(١).

٢. الشروط الملائمة للعقد، ومثل هذه الشروط تؤكد موجب العقد وآثاره كالبيع بشرط أن يعطي المشتري كفيلا بالثمن، أو البيع بشرط أن يعطي المشتري بالثمن رهنا، وإن لم تكن الكفالة والرهن من مقتضيات العقد إلا أنهما يؤكدان موجب العقد(٢).

٣. الشرط الذي ورد الشرع بجوازه كالخيار والأجل، وإن لم تكن من مقتضى العقد ولا من ملاءماته.

٤. الشروط التي ورد بها العرف: فهي لا يقتضيها العقد ولا تلائمه ولكن للناس فيها تعامل، فالبيع جائز؛ لأن الناس تعاملوا بمثل هذا الشرط في البيع، كما تعاملوا بالاستصناع، فجاز استحسانا، كمن اشترى جارية على أنها بكر أو طباخة، أو غلاما على أنه كاتب أو خياط، فالبيع في ذلك كله جائز؛ لأن المشروط صفة قائمة بالمبيع ولا يتصور انقلابها أصلا، ولا يكون لها حصة من الثمن بحال، بخلاف ما إذا

(1) المبسوط، للسرخسي: ١٣/ ١٤.

(2) الفتاوى الهندية: ٣/ ١٤٢.

اشترى ناقة على أنها حامل فإن البيع يفسد في ظاهر الرواية[1]، لأن الشرط هنا عين وهو الحمل ولكن في وجوده غرر، وقد نهى ﷺ عن بيع الغرر[2].

ولقد فتح الحنفية باباً في الشروط الصحيحة التي يلزم الوفاء بها من خلال العرف والاستحسان، والناظر لأول وهلة يرى أن الأحناف يقولون بالحظر ولكن بأخذهم العرف والاستحسان كان في مذهبهم مرونة في حرية الاشتراط والتعاقد، وسأحاول أن أتناوله بشيء من التفصيل.

العرف: وهو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول. وهو حجة، والعادة: هي ما استمر الناس عليه على حكم المعقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى[3].

ويقسم العرف إلى عملي وقولي، فالعرف العملي: كتعود أهل بلدة على أكل لحم بقر، فإذا ما وكل شخص لشراء لحم لم يعينه فلا يشتري له الجزور لعرفهم.

والعرف القولي: وهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه[4].

---

(1) وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن البيع بهذا الشرط جائز؛ لأن كونها حاملا بمنزلة شرط كون العبد كاتباً أو خياطاً، ينظر: بدائع الصنائع: ٥/ ٣٧٥.

(2) سبق تخريجه: ص١١.

(3) التعريفات للجرجاني: ١٤٩، درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ١/ ٤٠.

(4) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ١/ ٤١.

وقد وضع الأحناف قاعدة في العرف وهي (أن الثابت بالعرف كالثابت بالنص)، وفي الكتب الفقهية عبارات أخرى بهذا المعنى منها: (المعروف عرفا كالمشروط شرعا) (والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم)[1].

ويتضح توسع الحنفية في اشتراط الشروط من خلال قولهم بالعرف وتجوزيهم عقودا وشروطا لم ينص عليها الشارع رغم أخذهم بعموم حديث النهي عن بيع وشرط، وذلك لتعارف الناس عليه.

جاء في البدائع:« إن كان مما لا يقتضيه العقد، ولا يلائم العقد أيضا، لكن للناس فيه تعامل، فالبيع جائز... والقياس أن لا يجوز-وهو قول زفر- ووجه القياس: أن هذا شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، وأنه مفسد كما إذا اشترى ثوبا بشرط أن يخيطه البائع له قميصا، ونحو ذلك.

ولنا: -أي الأئمة الثلاثة رداً على زفر[2]- أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع، كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس، كما سقط في الاستصناع»[3]، ويقول ابن عابدين: «ومنها بيع المظروف كزيت مثلا على أن يزنه ويطرح للظرف أرطالا معلومة، فإنه شرط فاسد، لأن مقتضى العقد طرح مقدار وزنه، لكنه قد تعارفه الناس في عامة البلدان، وقد يستأنس له بما ذكروا في المتون، أنه يصح

(1) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٩/ ٤١، الأشباه والنظائر، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم،، تح: عبد الكريم الفضيلي، ١٢٢، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م، ودرر الحكام، لحيدر: ١/ ٤٦.

(2) هو: زفر بن الهذيل العنبري، الفقيه المجتهد، ولد سنة ١١٠ هـ، تفقه على أبي حنيفة، وكان يدري الحديث ويتقنه، توفي سنة ١٥٨ هـ.(وفيات الأعيان: لابن خلكان٢/ ٣١٧-٣١٩، سير الأعلام: للذهبي: ٨/ ٣٨، ٣٩)

(3) الكاساني: ٥/ ٣٨١.

بيع نعل على أن يحذوه ويشركه، قال في البحر: والقياس فساده لما فيه من النفع للمشتري مع كون العقد لا يقتضيه، وما ذكره في المتن جواب الاستحسان للتعامل، وفي الخروج عن العادة حرج بيّن... فقد جعل للشرط المتعارف كالشرط الثابت تصحيحه شرعا»[1].

وذكر صاحب الهداية:«أن كل شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه إن كان من أهل الاستحقاق يفسده، كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع؛ لأن فيه زيادةً عاريةً عن العوض، فيؤدي إلى الربا أو لأنه يقع بسببه منازعة فيعري العقد عن مقصوده، إلا أن يكون متعارفا لأن العرف قاض على القياس»[2].

فهذا كله صحيح عندهم لتعارف الناس عليه مع أن القياس منعه، وهذا التصحيح للشرط المتعارف عليه هو استثناء من أصلهم القائل بالمنع وليس أصالة، فإذا لم يوجد في الشرط عرف أخذ حكم المنع عندهم.

الاستحسان: وهو ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس، وقيل هو طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام، وقيل الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة، وقيل هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس[3].

ولقد قال الحنفية بالاستحسان في كثير من الشروط رفقا بالناس، وهذا مما يوسع دائرة الشروط عندهم، جاء في المبسوط:«ولو اشترى ثوبا على أنه إن لم ينقد

(1) مجموعة رسائل ابن عابدين، لمحمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين: ٢/ ١٤١.

(2) الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغناني: ٣/ ٤٨، ٤٩.

(3) المبسوط، للسرخسي: ١٠/ ١٤٥، إرشاد الفحول، للشوكاني: ١/ ٤٠١.

الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، والبيع فاسد –وهو قول زفر– وفي الاستحسان يجوز وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله»[1].

قال في البدائع:«وجملة الكلام في البيع بشرط إعطاء الرهن، أن الرهن لا يخلو إما أن يكون معلوماً أو مجهولاً، فإن كان معلوما فالبيع جائز استحسانا، والقياس أن لا يجوز، لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً، إلا أنا استحسنا الجواز، لأن هذا الشرط لو كان مخالفا مقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى، لأن الرهن بالثمن شُرع توثيقا للثمن»[2].

مما سبق يتضح أن الحنفية رغم أخذهم بحديث النهي إلا أنهم توسعوا في باب الشروط من خلال العرف والاستحسان لانتفاء المنازعة وعدم خروج العقد عن مقصوده.

القسم الثاني من الشروط عند الحنفية.

الشرط الفاسد: ضابطه أنه كل شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق–كالعبد– يفسده، كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع، لأن فيه زيادة عارية فيؤدي إلى ربا، أو لأنه يقع بسببه منازعة فيعري العقد عن مقصوده[3].

(1) السرخسي: ١٣/ ١٤.

(2) بدائع الصنائع، للكاساني: ٤/ ٣٨٠.

(3) الهداية، للمرغناني: ٣/ ٤٨، ٤٩.

فيتضح أن كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يجر به عرف ولم يرد به الشرع وكان فيه منفعة للمتعاقدين أو أحدهما أو للمعقود عليه إذا كان من أهل الاستحقاق، فالشرط فاسد ويفسد العقد، ومن أمثلته: كمن باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً ثم يسلمها إليه، أو سيارة على أن يركبها شهراً، أو ثوبا على أن يلبسه أسبوعاً، أو حنطة على أن يطحنها البائع، أو شيئاً له حمل ومؤونة على أن يحمله البائع إلى منزله، فالبيع في هذا كله فاسد؛ لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا(١).

ومما اختلف فيه علماء المذهب البيع بشرط العتق، فالبيع فاسد في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه جائز(٢). وربما لأن الفقهاء تساهلوا في العقود التي محلها العبيد لتشوف الشارع إلى الحرية، كما تشددوا في العقود التي محلها الأبضاع صونا للعرض، وروي عن أبي حنيفة أنه إذا باع بهذا الشرط فأعتقه المشتري انقلب العقد جائزا بالإعتاق استحسانا(٣).

والشرط الفاسد عند الحنفية يختلف حكمه باختلاف العقد من ناحية ترتب الأثر، فالأصل عندهم أن ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة، وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة، لأن الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من المعاوضات(٤).

(1) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني: ٤/ ٣٧٧.

(2) المرجع السابق، نفس الصفحة.

(3) المرجع السابق: ٤/ ٣٧٨.

(4) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي: ٤/ ١٣١، حاشية ابن عابدين٥/ ١٦٩.

القسم الثالث من أقسام الشروط عند الحنفية:

الشرط الباطل: ضابطه أنه لا يدخل تحت الشروط الصحيحة ولا الفاسدة، كمن باع ثوبا على أن لا يبيعه المشتري أو لا يهبه - بخلاف العبد كما ذكر فإنه يرجع عليه منفعة فكان من الشروط الفاسدة- أو دابة على أن لا يركبها، أو طعاماً على أن لا يأكله، أو باع ثوبا على أن يحرقه المشتري، فمثل هذه الشروط لا منفعة فيها لأحد وقد تخالف مقتضى العقد، وقد تسبب ضرراً، فالشرط هنا فاسد في نفسه ولكنه لا يؤثر في العقد، فالعقد جائز والشرط باطل[1].

وروي خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف[2] في المزارعة أنه لو شرط أحد المزارعين على أن لا يبيع الآخر نصيبه، ولا يهبه، فالمزارعة جائزة والشرط باطل عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف المزارعة بهذا الشرط فاسدة، قال صاحب البدائع: «والصحيح ما ذكر في المزارعة أن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد فلا يوجب الفساد، وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا -أي الشروط الفاسدة- وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض، ولم يوجد في هذا الشرط، لأنه لا منفعة فيه لأحد،إلا أنه شرط فاسد في نفسه لا يؤثر في العقد، فالعقد جائز والشرط باطل»[3].

(1) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني: ٤/ ٣٧٩.

(2) هو: يعقوب بن إبراهيم، أبو يوسف القاضي ، صاحب أبي حنيفة، كوفي سكن بغداد، ولد سنة ١١٣هـ، ولاه موسى بن المهدي القضاء ببغداد، ثم هارون الرشيد من بعده، وهو من أول من دعي بقاضي القضاة في الإسلام ، توفي سنة ١٨٢هـ (سير أعلام النبلاء: للذهبي: ٨/ ٥٣٥، ٥٣٦، وفيات الأعيان، لابن خلكان: ٦/ ٣٧٨)

(3) الكاساني: ٤/ ٣٧٩.

الشرط المقارن والشرط اللاحق: بالنسبة لأبي حنيفة عنده سواء في الحكم، حتى لو باع بيعا صحيحا، ثم ألحق به شيئا من الشروط الفاسدة يلتحق به ويفسد العقد. ووجهة قوله: أن لهما ولاية التغيير، فلهما الزيادة في الثمن والمثمن، والحط من الثمن، ولهما إلحاق الشرط الصحيح، فكذلك الفاسد يلحق العقد ويأخذ حكمه كما الصحيح.

وعند الصاحبين لا يلتحق به ولا يفسد العقد: ووجهة قولهما أن إلحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة إلى الفساد فلا يصح ؛ فبقي العقد صحيحا كما كان ؛ لأن العقد كلام لا بقاء له، والالتحاق بالمعدوم لا يجوز فكان ينبغي أن لا يصح الإلحاق أصلا ، إلا أن إلحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعا للحاجة إليه حتى صح قرانه بالعقد ؛ فيصح إلحاقه به فلا حاجة إلى إلحاق الشرط الفاسد ليفسد العقد ، ولهذا لم يصح قرانه بالعقد[1].

بيان الفساد والبطلان عند الجمهور والحنفية:

ذهب الجمهور إلى عدم التفرقة بين الباطل والفاسد وأنهما مترادفان يطلق كل منهما في مقابلة الصحيح، والمراد بالصحة هو ترتب ثمرة ذلك العقد المطلوبة منه. والمراد بالفساد أن لا يترتب عليه ذلك –فإذا تم القبض في العقد الفاسد فيد القابض يد أمانة–. والمراد بالثمرة أثر كل عقد بحسبه، فأثر البيع التمكن من الأكل والوطء في الجارية والهبة والوقف ونحو ذلك، وثمرة الإجارة التمكن من المنافع، وفي القراض عدم الضمان واستحقاق الربح، وفي النكاح التمكن من الوطء والطلاق إلى غير ذلك

(1) بدائع الصنائع، للكاساني: ٤/ ٣٨٨.

من أنواع العقود[1]. يقول الغزالي:« فكل سبب منصوب لحكم إذا أفاد حكمه المقصود منه يقال أنه صح وإن تخلف عنه مقصوده يقال إنه بطل فالباطل هو الذي لا يثمر لأن السبب مطلوب لثمرته والصحيح هو الذي أثمر والفاسد مرادف للباطل»[2].

وأما الحنفية فإنهم فرقوا بينهما وخصصوا اسم الباطل بما لا ينعقد بأصله كبيع الخمر والحر، والفاسد بما ينعقد عندهم بأصله دون وصفه كعقد الربا، فإنه مشروع من حيث إنه بيع، وممنوع من حيث إنه عقد ربا، فالبيع الفاسد عندهم يشارك الصحيح في إفادة الملك إذا اتصل بالقبض - ويد القابض يد ضمان-. وحاصل هذا أن قاعدتهم أنه لا يلزم من كون الشيء ممنوعا بوصفه أن يكون ممنوعا بأصله فجعلوا ذلك منزلة متوسطة بين الصحيح والباطل، وقالوا الصحيح هو المشروع بأصله ووصفه وهو العقد المستجمع لكل شرائطه، والباطل هو الممنوع بهما جميعا، والفاسد المشروع بأصله الممنوع بوصفه، إذن فالفاسد ما كان مشروعا في نفسه فائت المعنى من وجه لملازمته ما ليس بمشروع، والباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع الصبي والمجنون، وقد يطلق الفاسد على الباطل [3].

(1) ينظر: تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، للعلائي: ٧٢، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، تح: زكريا عميرات: ٢/ ٢٥٧، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م.

(2) المستصفى في علم الأصول: ١/ ٢٦٢، ٢٦٣.

(3) ينظر: تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، للعلائي: ٧٢، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح للتفتازاني: ٢/ ٢٥٧.

ويترتب على العقد الفاسد آثار هي:

١. يفيد الملك بالقبض، إما صراحة، أو دلالة، كأن يقبضه المشتري في حضرة البائع ولا يعترض

٢. لكل من المتعاقدين فسخ العقد، وسواء كان قبل القبض أو بعده، أما قبل القبض فلأنه لا يفيد حكمه، ورفعاً للفساد، أما بعد القبض فللذي له الشرط أن يفسخه بحضرة صاحبه إذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد أو ينقص.

٣. ليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن، لأن المبيع مقابل به، فصار محبوساً كالرهن[1].

(1) أحكام المعاملات، كامل موسى: ٢٨٣، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت – لبنان، ط١، ٢٠٠٨م، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، نصر فريد واصل: ٢٣، المكتبة التوفيقية، مصر – القاهرة، ط٥، ١٩٩٨م.

المطلب الثاني : أقسام الشروط في مذهب المالكية.

قسم المالكية الشروط إلى قسمين: شروط صحيحة، وأخرى فاسدة، وذكر ابن رشد في بداية المجتهد أنها ثلاثة أقسام:

١. شروط تبطل هي والبيع معاً.
٢. شروط تجوز هي والبيع معاً،
٣. شروط تبطل ويثبت البيع.

فالقسم الأول والثالث من الشروط الفاسدة، إلا أن الفساد قد يكون كثيرا من قبل الشرط، فيبطل هو والبيع، وقد يكون متوسطا فيبطل الشرط ويجوز البيع. والقسم الثاني هو من الشروط الصحيحة، وهو ما لا ينافي مقتضى العقد، سواء كان يقتضيه أم لا، وقد يتضمن قليلا من الغرر والجهالة إلا أنه جاز الشرط والبيع.

ويقول ابن رشد وإعطاء فروق بيّنة بين هذه الأصناف عسير[(١)]. ثم ذكر أن هناك تقسيماً آخر للشروط كلها متقاربة وهي على أربعة أقسام وقد فصلها الشيخ عليش[(٢)] في كتابه[(٣)]:

---

(1) ينظر: بداية المجتهد: ٥/ ٥.

(2) هو: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله فقيه من أعيان المالكية، مغربي الأصل ولد بالقاهرة وتعلم بالأزهر، من تصانيفه: فتح العلي المالك، ومنح الجليل على مختصر خليل، ولد سنة ١٢١٧هـ، وتوفي ١٢٩٩هـ. (الأعلام، للزركلي: ٦/ ١٩)

(3) فتح العلي المالك: ١/ ٣٣٨، دار الفكر، القاهرة. وينظر: المقدمات لابن رشد الجد ٢/ ٥٤٤، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، لمحمد زكريا الكاندهلوي: ١١/ ٨٧ وما بعدها، دار الفكر ، بيروت- لبنان، ١٩٨٠م، الشرح الصغير، للدردير: ٣/ ١٠٢ وما بعدها.

القسم الأول: شرط ما يقتضيه العقد، كتسليم المبيع، أو ما لا يقتضيه ولا ينافيه، لكونه لا يؤول إلى غرر وفساد في الثمن والمثمون، ولا إلى إخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع، وفيه مصلحة لأحد المتبايعين كالأجل والخيار والرهن والحميل، وبيع الدار واستثناء سكناها أشهراً معلومة أو سنة، وكبيع الدابة واستثناء ركوبها ثلاثة أيام ونحو ذلك، أو إلى مكان قريب.

فهذا القسم من الشروط صحيح لازم يقضى به مع الشرط، ولا يقضى به بدونه إلا ما كان مما يقتضيه العقد، فإنه يقضى به ولو لم يشترط ويتأكد بالشرط.

وفرع الشيخ عليش عن ذلك مسائل: منها ما نقله عن البرزلي[1] في مسائل الضرر عن ابن رشد: فيمن له داران باع إحداهما وشرط على المشتري أن لا يرفع على الحائط الفاصل بينهما شيئا مخافة أن يظلّم عليه داره ويمنعه من دخول الشمس فيها فالتزمه: أن البيع جائز والشرط جائز.

القسم الثاني: وهو ما يئول إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع، كشرط ما يؤدي إلى جهل وغرر في العقد أو في الثمن والمثمون، كشرط تأجيل الثمن إلى أجل مجهول، أو شرط زيادة شيء مجهول في الثمن.

فهذا النوع يوجب فسخ البيع على كل حال فاتت السلعة أو لم تفت ولا خيار لأحد المتبايعين في إمضائه، فإن كانت السلعة قائمة ردت بعينها إلا فقيمتها.

---

(1) هو: أبو القاسم بن أحمد بن محمد البلوي القيرواني المعروف بالبرزلي، أحد أئمة المالكية في المغرب، من كتبه: جامع مسائل الأحكام مما نزل من القضايا للمفتين والحكام، كان مولده سنة ٦٤١هـ، وتوفي سنة ٨٤٤هـ، فعاش مائة وثلاث سنين. (الأعلام، للزركلي: ٥/ ١٧٢)

القسم الثالث: ما يكون منافيا لمقتضى عقد البيع كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ولا يهب، أو أن لا يركب وما أشبه ذلك من الشروط التي فيها تحجير على المشتري، وإذا وقع شيء منها فالمسألة على قولين: أحدهما: أنه يفسخ ما دام البائع متمسكاً بشرطه فإن تركه صح البيع، والثاني: حكمه حكم الفاسد يفسخ ما دام قائما وتردّ السلعة إن كانت موجودة وإن فاتت فالقيمة.

القسم الرابع: ما يكون الشرط فيه غير صحيح، إلا أنه خفيف فلم يقع له حصة من الثمن فيصح البيع ويبطل الشرط، وذلك مثل أن يبيعه السلعة بشرط أنه إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما،ومثل الذي يبتاع الحائط بشرط البراءة من الجائحة، لأن الجائحة أمر نادر، فلم يقع لشرطه حصة من الثمن ولم يلزم الشرط إذ حكمه أن يكون غير لازم إلا بعد وجوب الرجوع بالجائحة وما أشبه ذلك.

ويتضح مما سبق أن مذهب المالكية في الشروط فيه سعة ومرونة لأنهم التفتوا إلى المعاني واكتفوا بعدم المنافاة، ويؤكد ما قلت ما ذكره الشاطبي: أن الشروط ثلاثة: أحدها: أن يكون مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها كاشتراط الرهن والحميل.

الثاني: أن يكون غير ملائم لمقصود الشروط ولا مكمل لحكمته، بل هو على الضد من الأول كاشتراط أن لا ينتفع بالمبيع.

الثالث: أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة، وهو محل نظر فهل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة، أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهراً؟ والقاعدة المستمرة في أمثال هذه التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يُكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات

إلى المعاني ...وما كان من العاديّات يُكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه[1].

وفي الأخذ بهذا الاعتبار فتح الباب واسعاً أمام الشروط العقدية، وبه يمكن إدراج الكثير من المسائل المستجدة.

(1) الموافقات: ١/ ٤٣٨-٤٤٦.

المطلب الثالث: أقسام الشروط في مذهب الشافعية.

أخذ الشافعية بحديث النهي عن بيع وشرط، قال حجة الإسلام الغزالي معلقا على الحديث:«مطلق الخبر يقتضي امتناع كل شرط في البيع، لكنّ المفهوم من تعليله أنه إذا انضم الشرط إلى البيع بقيت علقته بعد العقد، يثور بسببها منازعة، وقد يفضي ذلك إلى فوات مقصود العقد، فحيث تفقد هذه العلة تستثنيه عن الخبر، ولذلك يستثنى عنه شروطا ورد في تصحيحها نصوص »[1].

وقد قسمت الشروط باعتبار وصفها مع العقد إلى أربعة أقسام:

الأول: يبطل البيع والشرط، كالشروط المنافية لمقتض العقد، كأن لا يتسلم المبيع ولاينتفع به.

الثاني: يصح البيع دون الشرط، كشرط ما لا ينافيه ولا يقتضيه ولا غرض فيه، كأن يشترط عليه أن يأكل.

الثالث: يصح البيع والشرط، كشرط الرهن والأجل.

الرابع: شرط ذكره شرط كبيع الثمار المنتفع بها قبل الصلاح[2].

وذكر النووي[3] أن الشرط خمسة أضرب:

---

(1) الوسيط: ٣/ ٧٣.

(2) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، تح: محمد محمد تامر، حافظ عاشور حافظ: ٢/ ٧٨٣، ٧٨٤، دار السلام للطباعة والنشر، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م.

(3) هو: يحيى بن شرف بن حسن الجزامي الحوراني النووي، الشافعي، أبو زكريا، محي الدين، علامة بالفقه والحديث، من كتبه: تهذيب الأسماء واللغات، ومنهاج الطالبين، وتصحيح التنبيه، والمنهاج في شرح صحيح مسلم، =

أحدها: ما هو من مقتضى العقد بأن باعه بشرط خيار المجلس، أو تسليم المبيع، أو الرد بالعيب، أو الرجوع بالعهدة، أو انتفاع المشتري به كيف شاء، وشبه ذلك فهذا لا يفسد العقد بلا خلاف.

الثاني: أن يشترط مما لا يقتضيه إطلاق العقد لكن فيه مصلحة للعاقد كخيار الثلاث، والأجل، والرهن، والضمين، والشهادة ونحوها، وكاشتراط كون العبد المبيع كاتباً أو خياطاً، ونحوه، فلا يبطل العقد أيضاً بلا خلاف، بل يصح ويثبت المشروط.

الثالث: أن يشترط ما لا يورث تنازعاً كشرط أن لا يأكل إلا الهريسة، أو لا يلبس إلا الخز، أو الكتان، فهذا الشرط لا يفسد العقد، بل يلغى ويصح البيع.

الرابع: أن يبيعه داراً بشرط أن يهبها المشتري ففيه ثلاثة أقوال: الصحيح المشهور الذي نص عليه الشافعي[1]، وقطع به المصنف -الشيرازي[2]- وأكثر الأصحاب: أن البيع صحيح والشرط لازم يلزم الوفاء به. الثاني: يصح البيع ويبطل الشرط فلا تصح الهبة. الثالث: يبطل الشرط والبيع جميعاً كغيره من الشروط، والمذهب صحتهما، وعليه التفريع...

=

وشرح المهذب للشيرازي وغيرها، مولده ووفاته بنوا قرية من قرى حوران بسورية، سنة ٦٣١هـ، ٦٧٦هـ. (طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي: ٨/ ٣٩٥، الأعلام، للزركلي: ٨/ ١٤٩)

(1) الأم: ٦/ ١٨٥.

(2) هو: أبو إسحاق إبر اهيم بن علي الشيرازي الشافعي ولد سنة ٣٩٣هـ، تفقه على البيضاوي والخزرجي، وسمع من أبي علي بن شاذان والبرقاني، حدّث عنه الباجي والحميدي، من تصانيفه: المهذب، واللمع، والتبصرة، وله كتاب في الخلاف، توفي سنة ٤٧٦هـ. (سير أعلام النبلاء، للذهبي: ١٨/ ٤٥٢، طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة: ١/ ٢٣٨)

الخامس: وهو أن يشترط ما سوى الأربعة من الشروط التي تنافي مقتضى البيع بأن باعه شيئا بشرط أن لا يبيعه ولا ينتفع به، أو لا يقبضه، أو لا يؤجره، أو لا يطأها، أو لا يسافر به، أو لا يسلمه إليه، أو بشرط أن يبيعه غيره، أو يشتري منه أو يقرضه... وما أشبه ذلك، فالبيع باطل في جميع هذه الصور وأشباهها لمنافاة مقتضاه، ولا فرق بأن يشترط شرطاً واحداً أو شرطين.

وحكى إمام الحرمين[1] والرافعي وغيرهما قولا غريبا حكاه أبو ثور[2] عن الشافعي أن البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة بحال، بل يلغو الشرط ويصح البيع لحديث بريرة ، وهذا شاذ ضعيف[3].

وحكم البيع مع هذه الشروط أنه إذا انضم إليه شرط صحيح كان العقد صحيحاً لا محالة، وإن كان فاسداً فلا يخلو إما أن يكون شيئا لا يفرد بالعقد، وإما أن يكون شيئا يفرد بالعقد، فإن كان الأول نظر إن لم يتعلق به غرض يورث تنافسا وتنازعاً فلا يؤثر ذلك في العقد فيبطل الشرط ويصح البيع، وإن تعلق به غرض فسد

(1) هو: أبو المعالي عبد الملك بن أبي محمد عبد الله بن أبي يعقوب الجويني الفقيه الشافعي المعروف بإمام الحرمين، من تصانيفه: الشامل في أصول الدين، والبرهان في أصول الفقه، وتلخيص التقريب، والإرشاد، كان مولده سنة ٤١٩هـ، وتوفي سنة ٤٧٨هـ. (وفيات الأعيان، لابن خلكان: ٣/ ١٦٧، طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة: ١/ ٢٥٥)

(2) هو: إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان أبو ثور وكنيته أبو عبد الله، اخذ الفقه عن الشافعي وغيره، قال الخطيب البغدادي: كان أحد الثقات المأمونين. وله كتب مصنفة في الأحكام جمع فيها بين الحديث والفقه، توفي سنة ٢٤٠هـ. (طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة: ١/ ٥٦، تقريب التهذيب، لابن حجر: ١/ ٨٩)

(3) المجموع شرح المهذب للشيرازي: ١٠/ ٥٣٩ وما بعدها.

العقد بفساده؛ للنهي عن بيع وشرط، ولأنه يفضي للمنازعة؛ ولأنه يوجب الجهل بالعوض[1].

(1) ينظر: العزيز شرح الوجيز للرافعي: ٤/ ١٢٠، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي: ٣/ ٤٥٩، دار الفكر للطباعة، بيروت- لبنان، ط الأخيرة، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.

المطلب الرابع: أقسام الشروط في مذهب الحنابلة:

قسم الحنابلة الشروط باعتبار الصحة والفساد إلى قسمين: شروط صحيحة وتشمل ثلاثة أنواع:

الأول: شروط من مقتضى البيع كالتقابض، فهذا لا يؤثر في العقد، لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد فوجوده كعدمه.

الثاني: شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كالتأجيل والرهن، أو صفة في المبيع ككون الدابة هملاجة[1]، والعبد كاتباً، لأنه شرط وصفا مرغوباً فيه فصار الشرط مستحقاً.

الثالث: أن يشترط نفعاً معلوماً في المبيع كحمل الحطب أو تكسيره أو خياطة الثوب أو تفصيله[2].

وذكر ابن قدامة[3] أن هناك اختلافاً في الشرطين إذا اجتمعا في عقد البيع، لحديث: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع»[4] وأن الإمام أحمد نهى عنهما،

---

(1) الهملجة:حسن سير الدابة في سرعة وبخترة، والذكر والأنثى نعتها هملاج. كتاب العين للخليل بن أحمد الفراهيدي: ٤/ ٣٢٤، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.

(2) ينظر: المغني مع الشرح الكبير: ٤/ ٤٨، ٤٩، شرح منتهى الإيرادات للبهوتي: ٢/ ١٦٠.

(3) هو: عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي أبو محمد موفق الدين، من أكابر فقهاء الحنابلة، له تصانيف منها: المغني، والمقنع، والكافي والعمدة في الفقه، وروضة الناظر في أصول الفقه، والبرهان في مسائل القرآن، كان مولده سنة ٥٤١هـ، وتوفي سنة ٦٢٠هـ. (الأعلام، للزركلي: ٤/ ٦٧)

(4) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده، رقم (١٢٥٢): ٢/ ٣٥٠، وقال عنه: حسن صحيح، وأبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم (٣٥٠٤): ٢/ ٢٨٣، =

ولكنه رجح أن يبقى النهي على عمومه في كل شرطين بعيد، فإن شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف، وشرط ما هو من مصلحة العقد كالأجل والرهن، وشرط صفة في المبيع كالكتابة والصناعة، فيه مصلحة العقد لا ينبغي أن يؤثر في بطلانه قلت أو كثرت[1].

=

والحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، رقم (٢٢٣١):٢/ ٧٠٢، وقال عنه حديث صحيح، ووافقه الذهبي في التلخيص.

(1) المغني: ٤/ ٥٢.

القسم الثاني: الشرط الفاسد: وهو ثلاثة أنواع:

الأول: أن يشترط على صاحبه عقداً آخر كسلف و بيع، أو بيع و إجارة، للنهي عن بيعتين في بيعة، ويفسد العقد لأن البائع لم يرض بـه إلا بالـشرط فـإذا فـات فـات الرضا به.

الثاني: شرط ما ينافي مقتضى البيع كأن يشترط أن لا خسارة عليه، أو أن لا يبيع ولا يهب، فبطل الشرط، وفي بطلان البيـع روايتـان: والمنـصوص عـن أحمـد أن البيـع صحيح، وللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن، وللمشتري الرجوع بزيادة الثمن إن كان هو المشترط.

الثالث: ما لا ينعقد معه بيع، كقوله بعتك إن جئتني بكذا أو إن رضي فلان[1].

ولقد توسع الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم في الشروط توسعاً كبـيراً لرفـع الحرج على الناس، واستيعاب العقود المستجدة في التعامل، فإني –بإذن الله– سأعرض قول كل منهما بشيء من التفصيل والبيان لما له من أهمية في موضوع بحثي ولما فيـه مـن تطور الشروط في المذهب الحنبلي على يديهما.

رأي ابن تيمية في الشروط:

يرى الإمام ابن تيمية أن الأصل في الشروط عند الفقهاء هو الحظـر إلا مـا ورد الشرع بإجازته. يقول: وهو قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة، والشافعي،

(1) ينظر: المغني مع الشرح الكبير، لابـن قدامـة: ٤/ ٥٣، منتهـى الإيـرادات، للبهـوتي: ٢/ ١٦٤، الـروض المربـع، للبهوتي: ٢٠٠، ٢٠١،

وطائفة من أصحاب مالك وأحمد، وأن الإمام أحمد قد يعلل أحيانا بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس.

وقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود، وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به علم أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده، ومقصود العقد هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة، وإذا حرمنا العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي، كنا محرمين ما لم يحرمه الله(١).

وقد استدل على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة واستصحاب الحال، أُوردها في الفصل التالي تجنباً للتكرار.

رأي ابن القيم في الشروط:

قد ذهب ابن القيم في الشروط مذهب شيخه على أن الأصل فيها الإباحة، حيث ذكر أن العقود والشروط والمعاملات عفو حتى يحرمها الشارع، لأن الله سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه كان عفواً لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله، فإن الحلال ما أحله الله والحرام ما حرّمه، وما سكت عنه فهو عفو.

وذكر أن كثيراً من الفقهاء يلغون شروطاً لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده، وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله، فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل؛ فالصواب الضابط

(1) ينظر: الفتاوى الكبرى: ٤/ ٧٦ وما بعدها، نظرية العقد، لابن تيمية: ١٦٥ وما بعدها، دار المعرفة، بيروت- لبنان، القواعد النورانية الفقهية، لابن تيمية: ١٨٤ وما بعدها، تح: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت- لبنان

الشرعي الذي دل عليه النص أن كل شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل وما لم يخالف حكمه فهو لازم.

أي أن الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر، والنذر لا يبطل منه إلا ما خالف حكم الله وكتابه، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله والالتزام به أوفى من الالتزام بالنذر[1].

(1) ينظر: إعلام الموقعين، لابن القيم: ١/ ٣٤٤ وما بعدها ، زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم، تح: شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط: ٥/ ٧٣٣، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت- لبنان، ط١، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م ، الأعمال الكاملة، لابن القيم، جامع الفقه،ليسري السيد محمد: ٤/ ١١٠ وما بعدها.

خلاصة القول في الشروط:

يتضح بعد العرض السابق لأقوال الفقهاء مدى تشعب الشروط وقابليتها للخلاف كما ورد عن عبد الوارث بن سعيد حين قدم مكة -الحديث المتقدم-[1].

وقد اختلفت نظرة الفقهاء للشروط من ناحية ضابط الصحيح والفاسد عند كل واحد منهم بين موسع ومضيق، وربما كان أضيقها الشافعية، وأوسعها الحنابلة وخاصة عند ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

وقد فتح الحنفية باباً واسعاً من خلال العرف والاستحسان، وهذا المدخل طوّر الشروط في المذهب، ومما خفف من ضيق مذهبهم في الشروط تقسيم الشرط إلى فاسد وباطل، وأن الشرط الفاسديؤثر على العقود التي هي مبادلة مال بمال، ولا يؤثر على العقود التي هي مبادلة مال بغير المال.

وانفرد المالكية بأن المشترط إذا لم يتمسك بشرطه الفاسد صح البيع، وأخذ الشرط هنا حكم المانع، فالمعتبر فيه وجوده، وقد ذهب الشاطبي إلى ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم، لأنهم التفتوا إلى المعاني، واكتفوا بعدم المنافاة للشارع، ولا يخفى ما في ذلك من سعة ومرونة.

وقد أجاز الاجتهاد الحنبلي بيع العربون: وهو أن يبيع الإنسان الشيء ويأخذ من المشتري مبلغاً من المال يسمى(عربوناً) لتوثيق الارتباط بينهما على أساس أن المشتري إذا قام بتنفيذ عقده احتسب العربون من الثمن وإن نكل كان العربون للبائع، وجمهور العلماء على أن ذلك غير جائز، لأن فيه شرطا ما يستحقه البائع بلا عوض.

---

(1) ينظر: ص ٦٤من البحث.

وهذه الطريقة هي وثيقة الارتباط بالتعامل التجاري في العصور الحديثة، وتعتمدها قوانين التجارة وأعرافها، وهي أساس لطريق التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار(١).

وقد مثل مذهب الظاهرية في الشروط الاتجاه المضيق، فقالوا إن العقود والعهود والشروط كلها باطلة وغير لازمة إلا ما ورد عن الشرع، وذكروا أنها سبعة، ذلك لأنهم وقفوا على ظواهر النصوص، ولم يبحثوا في عللها وأسبابها، ورفضوا القياس، مما أدى إلى اختلافهم الكبير مع بقية المذاهب لعدم اتحاد وجهات النظر(٢).

وقد انبنت الأقوال السابقة على أدلة وحجج يعزز بها كل فريق حكمه وما أداه إليه اجتهاده، ويناقش من خالفه في الفهم والاجتهاد ، وهذا ما سأعرضه في الفصل التالي -إن شاء الله-.

(1) ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقا: ١/ ٤٩٥.

(2) قد سبق تفصيل قولهم في الفصل الثاني: ص ٤٣.

الفصل الرابع: استعراض أدلة الفقهاء في الشروط ومناقشتها.

المبحث الأول: أدلة المقيدين للشروط ومناقشتها (الحنفية، والشافعية).

المطلب الأول: استدلالهم من المنقول.

استدل الحنفية والشافعية على ما ذهبوا إليه من الشروط في العقود بأدلة من المنقول وهي:

١. حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط[(١)]، يقول السرخسي[(٢)]: إنه حديث مشهور، ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه[(٣)].

واستدل بهذا الحديث الشافعي، وخصصه، واستثنى من منع البيع مع الشرط، البيع بشرط العتق لحديث بريرة[(٤)].

---

(1) سبق تخريجه: ص٦٧ والحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص: بيّض له الرافعي في «التذنيب»، واستغربه النووي، وقد رواه ابن حزم في «المحلى» والخطابي في «المعالم» والطبراني في «الأوسط» والحاكم في «علوم الحديث»، ورويناه في الجزء الثالث من «مشيخة بغداد» للدمياطي، ونقل فيه عن ابن أبي الفوارس أنه قال: غريب: ٣/ ١٢. وذكر الشوكاني أن فيه مقالا. ينظر: نيل الأوطار: ٤/ ٥٣، وضعفه ابن القطان، ينظر: نصب الراية، للزيلعي: ٤/ ١٧.

(2) هو: محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر السرخسي شمس الأئمة قاض من كبار الأحناف، من تصانيفه: المبسوط في الفقه، وشرح الجامع الكبير، والسير الكبير للإمام محمد، وشرح لمختصر الطحاوي، وقد سجن وسبب سجنه كلمة نصح بها الخاقان، وأطلق من سجنه وسكن فرغانة إلى أن توفي سنة ٤٨٣هـ. (طبقات الحنفية، لعبد القادر بن أبي الوفاء: ٢/ ٢٨، الأعلام، للزركلي: ٥/ ٣١٥)

(3) المبسوط: ١٣/ ١٤.

(4) الوسيط، للغزالي: ٣/ ٧٣، وينظر: شرح النووي على صحيح مسلم، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، اعتنى به: عبد السلام عمر علوش: ٥/ ٣٨١، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض – المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.

ووجه الاستدلال: أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأن هذه الشروط لا تخلو أن تكون على البائع أو على المشتري، فإن كانت على البائع فقد منعته من استقرار ملكه على الثمن، وأدت إلى جهالة فيه، وإن كانت على المشتري فقد منعت من تمام ملكه للمبيع وأضعفت تصرفه فيه فبطل العقد بكون واحد منهما(١).

ويعترض على هذا الاستدلال بما ذكره ابن تيمية: بأن الحديث ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد منه شيء في دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء، وذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه(٢).

وعلى فرض ثبوته فإنه يحمل على الشرط المنافي لمقتضى العقد، والمنافي لكتاب الله، كأن يشترط في الدار أن لا يسكنها، وفي الدابة أن لا يركبها، وأما إذا اشترط شيئا معلوماً لوقت معلوم فلا بأس به(٣).

٢. استدلوا بحديث عبد الله بن مسعود ﷺ(٤) أنه اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية(٥) فاشترطت عليه أنك إن بعتها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فاستفتى في ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال له: لا تقربها وفيها شرط واحد(٦).

---

(1) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي: ٥/ ٣١٣.

(2) القواعد النورانية: ١٨٨.

(3) ينظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لأبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ضبطه وعلق عليه، عبد السلام عمر علوش: ٥/ ٤١٥، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض – المملكة العربية السعودية، ط١، ٢٠٠٤م.

(4) هو: عبد الله بن غافل بن مخزوم بن سعد بن هذيل، أبو عبد الرحمن، وأمه أم عبد الله بنت ود بن سواءة، أسلم قديماً وهاجر الهجرتين شهد بدراً والمشاهد بعدها، حدث عن النبي ﷺ وعن عمر وسعد ومعاذ، روى عنه ابناه وزوجته، توفي سنة ٣٢ وقيل ٣٣هـ. (الإصابة، لابن حجر: ٤/ ٢٣٣، سير أعلام النبلاء، للذهبي:١/ ٤٦١)

(5) هي: زينب بنت أبي معاوية بن عتاب بن الأسعد بن ثقيف، زوجها عبد الله بن مسعود، روت عن النبي ﷺ وعن زوجها وعمر، روى عنها ابنها أبو عبيدة، وعبيد بن السباق. (الإصابة، لابن حجر: ٧/ ٦٨٠)

(6) أخرجه مالك في الموطأ: كتاب البيوع، باب ما يفعل في الوليدة إذا بيعت والشرط فيها، رقم (١٩٢٥): ١/ ٦٥، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب الشرط الذي يفسد البيع، رقم (١٠٨٢٩): ٥/ ٨٤٨.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث: أن سيدنا عمر نهاه عن شرائها وفيها الشرط، وفيه دلالة واضحة على عدم جواز البيع والشرط.

واعترض على هذا الحديث أنه لم يقل إن البيع فاسد وإنما قال: لا تقربها. وقد صحح أحمد هذا الشرط من ثلاثة أوجه: أحدها: أنه قال لا تقربها ولو كان الشرط فاسداً لم يمنع من قربانها. الثاني: أنه علل ذلك بالشرط فدل على أن المانع من القربان هو الشرط، وأن وطئها يتضمن إبطال ذلك الشرط؛ لأنها قد تحمل، فيمتنع عودها إليه. الثالث: أنه قال: (كان فيها شرط واحد)، فذكره لوحْدة الشرط يدل على أنه صحيح عنده، لأن النهي إنما كان على الشرطين(١).

قال ابن عبد البر(٢): أما ظاهر قول عمر لابن مسعود (لا تقربها) فيدل على أنه أمضى شراءه لها، ونهاه عن مسيسها، وهذا هو الأظهر فيه، ويحتمل أن يكون المعنى تنحّ عنها، وافسخ البيع فيها، فهو بيع فاسد(٣).

٣. واستدلوا بحديث أنس رضي الله عنه(٤) أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة(٥)، وحكي عن الشافعي أنه قال: وفي معنى ما نهي عنه من بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك

---

(1) حاشية ابن القيم على سنن أبي داود، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر: ٩/ ٢٩٣، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط٢، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.

(2) هو: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي المالكي، أبو عمر من كبار حفاظ الحديث ولي القضاء، من كتبه: الدرر في اختصار المغازي والسير، والاستيعاب في تراجم الصحابة، وجامع بيان العلم وفضله، والتمهيد لما في الموطأ من المعاني والمسانيد، والاستذكار، كان مولده سنة ٣٦٨هـ، وتوفي سنة ٤٦٣هـ. (الوافي بالوفيات، للصفدي: ٢٩/ ٩٩، الأعلام، للزركلي: ٨/ ٢٤٠)

(3) الاستذكار: ١٩/ ٩٨، تح: عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ.

(4) هو: أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم بن جندب أبو حمزة الأنصاري الخزرجي خادم رسول الله ﷺ، أحد المكثرين من الرواية، غزا مع النبي ﷺ ثمان غزوات، أقام بالمدينة بعد النبي ﷺ وشهد الفتوح، ثم قطن بالبصرة وتوفي بها سنة ٩٠هـ. (الاستيعاب، لابن عبد البر: ١/ ١٠٩، الإصابة، لابن حجر: ١/ ١٢٧)

(5) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب فيمن باع بيعتين في بيعة، رقم (٣٤٦١): ٣/ ٢٧٤، والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، رقم (١٢٣١): ٤/ ٢٦٦، والنسائي في سننه، كتاب =

داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا، فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري[1].

ووجه الاستدلال: أن اشتراط البائع على المشتري شراء شيء منه هو من الاستغلال الذي يؤدي إلى فوات الرضا في العقود. ومن ذلك أن يشتري منه زرعًا ويشترط على البائع حصاده، أو يشتري منه دارًا ويشترط البائع سكناها شهراً، فهذا لا يجوز، لاجتماع البيع والإجارة، والإجارة بيع منافع، وقد نهي عن بيعتين في بيعة.

ويجاب عن ذلك: بأن البيع وقع على الشيئين معاً، فهو واقع على الدار غير السكنى مدة معلومة، وواقع على الدابة غير الركوب مدة معلومة، وعلى الزرع وعلى الحصاد معاً[2]. فهي لسيت من قبيل البيعتين في بيعة.

٤. واستدلوا بحديث بريرة الذي روته عائشة رضي الله عنهاأن النبي ﷺ خطب فقال: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط فهو باطل، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»[3].

=

البيوع، باب بيعتين في بيعة، رقم (٤٦٣٢): ٧/ ٢٩٦، والبيهقي في سننه، كتاب البيوع باب النهي عن بيعتين في بيعة، رقم (١١٠٣٤): ٥/ ٥٦٠، والحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، رقم (٣٣٣٩): ٢/ ١٧٦، وقال عنه صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي في التلخيص.

(1) دلائل الأحكام من أحاديث الرسول عليه السلام، لبهاء الدين أبي المحاسن يوسف بن رافع بن شداد، وثق أصوله، محمد شيخاني، زياد الأيوبي: ٣/ ٣٤١، دار قتيبة، دمشق – بيروت، ط١، ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م.

(2) ينظر: شرح صحيح البخاري، لابن بطال أبي الحسين علي بن خلف بن عبد الملك، علق عليه، ياسر بن إبراهيم: ٦/ ٢٩٤، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض – المملكة العربية السعودية، ط٢، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.

(3) سبق تخريجه: ص٤٥.

قال أبو يوسف: أوهم هشام بن عروة ما قال رسول الله ﷺ «اشترطي لهم الولاء»[1]، لأن هذا أمر بالغرور ولا يظن برسول الله ﷺ ذلك، ولو صح فتأويله اشترطي الولاء عليهم، وتذكر اللام بمعنى (على) كما في قوله تعالى ﴿أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمُ ٱللَّعۡنَةُ وَلَهُمۡ سُوٓءُ ٱلدَّارِ﴾[2][3].

وطعن الشافعي في هذه اللفظة «واشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق» وقال إن هشام بن عروة انفرد بها، فردها الشافعي ولم يثبتها[4]. وفسر المعنى بتفسيرات عدة: منها قول ابن يوسف السابق،وقالت طائفة أخرى: إنما أذن لها في الاشتراط؛ ليكون وسيلة إلى ظهور بطلان هذا الشرط[5].

قال في المجموع: وأجيب عن هذا الحديث بجوابين: أحدهما: أن الشرط لم يكن في العقد بل كان سابقا أو متأخراً. والثاني: أن معنى اشترطي لهم أي عليهم وهذا منقول عن الشافعي رضي الله عنه والمزني وغيرهما[6].

٥. واستدلوا أيضا بما روي عن النبي ﷺ «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع»[7].

---

(1) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب المكاتب، باب المكاتب يجوز بيعه في حالين، رقم (٢١٥٢٨):١٠/ ٣٤٠.

(2) الرعد، الآية: ٢٥.

(3) المبسوط، للسرخسي: ١٣/ ١٤.

(4) هذه اللفظة: أخرجها ابن حبان في صحيحه، كتاب العتق، باب الولاء، رقم (٤٣٢٥):١٠/ ١٦٧، والبيهقي في سننه، كتاب المكاتب، باب المكاتب يجوز بيعه في حالين، رقم (٢١٥٢٨):١٠/ ٣٤٠

(5) ينظر: جامع الفقه، يسري السيد محمد: ٤/ ١٠٣.

(6) النووي: ٩/ ٣٥٩.

(7) سبق تخريجه: ص٨٧.

ونوقش هذا الاستدلال بأن النهي جاء للشرطين ومفهومه أن الواحد يجوز.

وأجيب عن ذلك بأن هذا مفهوم اللقب، والصحيح الذي عليه الأكثرون أنه لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يلزم النهي عن بيع وشرطين جواز شرط واحد(١).

ثم إنه اختلف في تفسير الشرطين في البيع، وذهب معظم الفقهاء إلى أن المراد به هو نفس معنى النهي عن بيعتين في بيعة، ومنهم من قال إن النهي متعلق بالشرطين الفاسدين، ومنهم من عمل بظاهر الحديث فأجاز الشرط الواحد ومنع الشرطين ولو كانا صحيحين لعموم الحديث.

ويجاب عن ذلك بأن اشتراط حمل الحطب وتكسيره، وخياطة الثوب وقصارته ونحو ذلك، القول ببطلان البيع بعيد، ولو أن اشتراط منفعة البائع في البيع كانت بالشرط الفاسد فسد الشرط والشرطان، وإن كانت بالصحيح فأي فرق بين منفعة أو منفعتين أو منافع، وإن زيادة الصحيح على الصحيح لا تؤدي إلى الفساد، وأما تفسيره باجتماع الشرطين الفاسدين فأضعف وأضعف لأن الشرط الواحد الفاسد منهي عنه، فلا فائدة في التقييد بشرطين في بيع، وهو يتضمن زيادة في اللفظ وإيهاما لجواز الواحد وهذا ممتنع على الشارع مثله،لأنه زيادة مخلة بالمعنى(٢).

وإذا تبين فساد الأقوال السابقة فالأولى تفسير كلام النبي ﷺ بعضه ببعض كما قال ابن القيم: « هذا نظير نهيه عن صفقتين في صفقة وعن بيعتين في بيعة... وفسر بأن

(1) المجموع، للنووي: ٩/ ٣٥٩.

(2) ينظر: حاشية ابن القيم على أبي داود: ٩/ ٢٩٤

يقول خذ هذه السلعة بعشرة نقدا وآخذها منك بعشرين نسيئة وهي مسألة العينة بعينها... ولا يحتمل الحديث غير هذا المعنى وهذا هو بعينه الشرطان في بيع»[1].

(1) المرجع السابق: ٩/ ٢٩٥.

المطلب الثاني: استدلالهم من المعقول.

استدلوا من المعقول بأمور عدة منها:

١. أن الشرط يرتب زيادة منفعة، وزيادة المنفعة في عقود المعاوضات تكون رباً، لأنها زيادة لا يقابلها عوض، وهذا هو تفسير الربا، والبيع الذي فيه رباً فاسد، أو فيه شبهة الربا، فإنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا(١).

وهذا التعليل هو الذي يفسر تفريق الحنفية بين فساد عقود المعاوضات بمثل هذه الشروط، وعدم فساد عقود غير المعاوضات.

٢. أن بعض الشروط التي تقترن بالعقد يلحقها الغرر والجهالة، وقد نهى النبي ﷺ عن الغرر.

٣. بما أن العقد يرتب حقوقاً والتزامات متساوية وهذا هو التوازن في المعاوضات، فإذا انضم الشرط إليه بقيت علقة قد يثور بسببها منازعة مما يفضي إلى فوات مقصود العقد.

٤. وعللوا في فساد البيع بفساد الشرط فيه، وذلك لعدم تصرف المشتري في المبيع، وكما لا يجوز عند الجميع أن يشترط المبتاع على البائع عدم التصرف في الثمن، فكذلك لا يجوز أن يشترط البائع على المبتاع عدم التصرف فيما اشتراه(٢).

٥. ومما استدلوا به القياس، حيث قاسوا جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء، لأن العلة فيه كونه مخالفاً لمقتضى العقد، ولأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع، فيعتبر تغييرها تغييراً لما أوجبه الشرع، وبمنزلة تغيير العبادات،

---

(1) ينظر:بدائع الصنائع، للكاساني: ٤/ ٣٧٧.

(2) ينظر: شرح صحيح البخاري، لابن بطال:٦/ ٢٩٦.

واعتبروا أن العقود مشروعة على وجه، ولا يجوز اشتراط ما يخالفها، والشروط والعقود التي لم تشرع تعدّ لحدود الله[1].

(1) أحكام المعاملات، كامل موسى: ١١٤.

المبحث الثاني: أدلة القائلين بأن الأصل في الشروط الإباحة، ومناقشاتها (المالكية، والحنابلة).

المطلب الأول: استدلالهم من المنقول.

١. استدلوا بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾(١)، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ﴾(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَٱلۡمُوفُونَ بِعَهۡدِهِمۡ إِذَا عَٰهَدُواْ﴾(٣). وقوله تعالى:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ۝٢ كَبُرَ مَقۡتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفۡعَلُونَ﴾(٤) وقوله تعالى: ﴿بَلَىٰ مَنۡ أَوۡفَىٰ بِعَهۡدِهِۦ وَٱتَّقَىٰ فَإِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُتَّقِينَ﴾(٥).

٢. عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه(٦) قال: قال رسول الله ﷺ:«أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا وعد أخلف، وإذا خاصم فجر»(٧).

---

(1) المائدة، الآية: ١.

(2) المعارج، الآية: ٣٢.

(3) البقرة، الآية: ١٧٧.

(4) الصف، الآية: ٢، ٣.

(5) آل عمران، الآية: ٧٦.

(6) هو: عبد الله بن عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي أبو عبد الرحمن، أسلم مع أبيه وهو صغير، وأول مشاهده الخندق، كان كثير الاتباع لآثار النبي ﷺ، روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان، روى عنه جابر وابن عباس وبنوه وعطاء ومجاهد، كان مولده سنة ثلاث من مبعث النبي ﷺ، توفي سنة ٨٤هـ. (الاستيعاب، لابن عبد البر: ٣/ ٩٥٠، الإصابة، لابن حجر: ٤/ ١٨١)

(7) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، رقم (٣٤): ١/ ١٨، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب خصال المنافق، رقم (٥٨): ١/ ٧٧.

وعن أبي هريرة ﷺ[1] عن النبي ﷺ قال:«من علامات المنافق ثلاث وإن صلى وصام وزعم أنه مسلم، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان»[2].

ووجه الاستدلال من الآيات والأحاديث السابقة: عموم الوفاء بالعهود والعقود والوعود كلها، وذلك بأمره سبحانه، والشرط عقد من العقود.

٣. واستدلوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً والمسلمون على شروطهم»[3].

ووجه الاستدلال: أن الحديث واضح الدلالة على جواز اشتراط الشرط والتزامه، وهو من صفات المسلمين، ما لم يحل ما حرمه الله أو يحرم ما أحله الله.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن حديث «المسلمون على شروطهم»[4] عام مخصوص والمراد به الشروط الجائزة وليس هذا منها[5].

---

(1) أبو هريرة: قيل كان اسمه : عبد شمس، فسمي في الإسلام عبد الله ، وقال هشام الكلبي: اسمه عمير بن عامر ابن دوس، وأمه: ابنة صفيح بن الحارث ابن دوس، قدم أبو هريرة سنة سبع، والنبي ﷺ بخيبر صحب النبي ﷺ ثلاث سنين، توفي سنة ٥٩هـ، في آخر خلافة معاوية بن أبي سفيان وهو ابن سبعين سنة.(الطبقات الكبرى، لابن سعد: ٤/ ٣٢٥، الإصابة، لابن حجر: ٧/ ٤٢٥)

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، رقم (٣٣): ١/ ١٨، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب خصال المنافق، رقم (٥٩): ١/ ٧٨.

(3) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، رقم (١٣٣٥): ٥/ ٣١، وقال عنه: حديث حسن صحيح، وأبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب الصلح، رقم (٣٥٩٤): ٣/ ٣٠٤.

(4) سبق تخريجه: ص٥١.

(5) المجموع للنووي: ٩/ ٣٥٩.

ويجاب عن ذلك بأن الشروط الفاسدة ليست مما توافق كتاب الله فلا تدخل معنا، ويكفي لصحة الشرط أن لا يكون منافيا لكتاب الله، وهو المراد. وقد جاء في بعض روايات الحديث «المسلمون على شروطهم ما وافق الحق من ذلك»(١).

٤. واستدلوا بحديث جابر رضي الله عنه أنه قال: كنت مع النبي ﷺ في سفر فأعيا جملي فأردت أن أسيبه فلحقني رسول الله ﷺ ودعا له فضربه فسار سيراً لم يسر مثله فقال:«بعنيه بوقية»، قلت: لا، ثم قال:«بعنيه بوقية»، فبعته فاستثنيت حملانه إلى أهلي، وفي رواية: «قال بعنيه ولك ظهره إلى المدينة»(٢).

وجه الاستدلال من هذا الحديث: ما فيه من معاني البر وانتفاء الغرر، وأن المنفعة اليسيرة لا تؤثر على التصرف في أصل المبيع.

وناقش الحنفية والشافعية حديث جابر بقولهم: إن الشرط هو استثناء حملانه لم يقع في صلب العقد، والاستثناء لم يكن في البيع شرطاً بل أعاره النبي ﷺ بعد البيع، فلم يصادف الشرط محلا بأن كان مقترناً بالعقد حتى نقول بجوازه، ثم إن ما جرى بينهما لم يكن بيعاً حقيقةً، وإنما كان من حسن العشرة والصحبة في السفر، وعلى سبيل الاستحسان، وبره بالثمن على وجه لا يستحيي من أخذه، والدليل على ذلك تعدد روايات الحديث(٣).

---

(1) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشركة، باب الشرط في الشركة وغيرها، رقم (١١٦١٨): ٦/ ١٢٥، والحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، رقم (٢٣٥٧): ٢/ ١٨١، وأورده الذهبي في التلخيص سندا ومتناً وسكت عنه.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم (٢٧١٨): ٢/ ٤٨٠، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، رقم (٧١٥): ٣/ ٩٨٩.

(3) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٣/ ١٤، شرح فتح القدير، لابن الهمام: ٦/ ٤٠٦، الحاوي الكبير، للماوردي: ٥/ ٣١٣، المجموع للنووي: ٩/ ٣٥٩.

وحديث جابر عند الشافعي مضطرب، لأنه اختلف في ألفاظه اختلافاً لا تقوم به حجة، فمنها ألفاظ تدل على أن الخطاب الذي جرى بين جابر والنبي ﷺ ليس فيها بيان أن الشرط كان في نص العقد، ومنها ما يدل على أنه لم يكن بيعاً، ومنها ما يدل على أن البيع وقع على ذلك الشرط ومع هذا الاختلاف لا تقوم معه حجة(١).

ويجاب على أنه ليس بيعاً حقيقة قوله ﷺ: «خذ جملك ودراهمك، فهو لك»(٢)، فهو يدل على أن هذا من رسول الله ﷺ عطية مبتدأة بعد صحة شرائه، وملكه للبعير، والحديث لا يقبل غير هذا المعنى مع قوله ﷺ: «بعنيه بوقية»(٣).

ويجاب على أن في الحديث اضطراباً بما ذكره ابن حجر في الفتح: قال:« والحاصل أن الذين ذكروه بصيغة الاشتراط أكثر عدداً من الذين خالفوهم وهذا وجه من وجوه الترجيح فيكون أصح، ويترجح أيضاً بأن الذين رووه بصيغة الاشتراط معهم زيادة وهم حفاظ فتكون حجة، وليست رواية من لم يذكر الاشتراط منافية لرواية من ذكره، لأن قوله «لك ظهره»، «وأفقرناك ظهره»،«وتبلغ عليه» لا تمنع وقوع الاشتراط قبل ذلك»(٤).

(1) ينظر: غاية الإحكام في أحاديث الأحكام، للطبري: ٥/ ٦٣٨، الاستذكار، لابن عبد البر: ١٩/ ٧٣.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، رقم (٧١٥): ٣/ ٩٨٩.

(3) ينظر: المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، لأبي العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي، تح: أحمد محمد السيد، محمود بزال وآخرون: ٤/ ٤٠٥، دار ابن كثير، بيروت- لبنان، ط٢، ١٩٩٩م.

(4) ٥/ ٤٢٠.

وما جنح إليه المصنف -البخاري[1]- من ترجيح رواية الاشتراط هو الجاري على طريقة المحققين من أهل الحديث؛ لأنهم لا يتوقفون على تصحيح المتن إذا وقع فيه الاختلاف، إلا إذا تكافأت الروايات، وهو شرط الاضطراب الذي يرد به الخبر، وقد فقد هنا، لأنه يمكن الترجيح بين الروايات[2].

٥. واستدلوا بتخصيص حديث النهي عن بيع وشرط وبيع الثنيا، بفعله ﷺ مع جابر، لأنهما عمومان، وهذه أخص منهما، والخاص يقضي على العام، وردّه الجمل عليه لا يناقض كون الأول بيعاً، كما لا يصح حمل الحديث على أنه لم يقارن الشرط البيع، مع قوله «فبعته إياه على أن لي فقار ظهره»[3].

ثم إن القول باختلاف ألفاظ الرواة يمنع الاحتجاج بالحديث، فهذا صحيح عند تكافؤ الروايات أو تقاربها، أما إذا كان الترجيح واقعاً في بعضها إما لأن رواته أكثر أو أحفظ فينبغي العمل بها، إذا الأضعف لا يكون مانعاً من العمل بالأقوى، والمرجوح لا يدفع التمسك بالراجح[4].

٦. واستدلوا بحديث بريرة عندما جاءت لعائشة رضي الله عنها تستعينها في كتابتها، ولم تكن قضت من كتابتها شيئا، فقالت لها عائشة رضي الله عنها: ارجعي إلى

---

(1) هو: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة أبو عبد الله البخاري، جبل الحفظ وإمام الدنيا فقيه الحديث من الحادية عشرة، جمع وصنف ورحل وكثرت عنايته بالأخبار، وهو صاحب الصحيح، توفي سنة ٢٥٦هـ، وله اثنان وستون سنة. (الثقات، لمحمد ابن حبان التيمي: ٩/ ١١٣، ١١٤، تقريب التهذيب، لابن حجر: ١/ ٤٦٨)

(2) ينظر: فتح الباري، لابن حجر: ٥/ ٤٢٠.

(3) ينظر: إكمال المعْلم بفوائد مسلم، لأبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، تح: يحيى إسماعيل، ٥/ ٢٩٢، دار الوفاء، المنصورة – مصر، ط١، ١٩٩٨م. وإكمال إكمال المعلم، لمحمد خليفة الوشتاني الأبي: ٥/ ٥١٢.

(4) ينظر: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لتقي الدين أبي الفتح الشهير بابن دقيق العيد: ٣/ ١٧٢، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

أهلك فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك ويكون ولاؤك لي فعلت، فذكرت بريرة ذلك لأهلها، فأبوا، وقالوا: إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل، ويكون لنا ولاؤك، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال لها: «ابتاعي فأعتقي فإنما الولاء لمن أعتق» ثم قام رسول الله ﷺ فقال:«ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له،وإن شرط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق»(١).

ووجه الاستدلال: أن ابتياع بريرة كان بشرط العتق بدليل اشتراط الولاء، فصحح النبي ﷺ البيع مع اشتراطه، وأبطل أن يكون الولاء إلا لمن أعتق.

وبهذا الحديث استثنى الشافعي شرط العتق في المبيع خلافاً لأصله(٢). ولم يقس عليه غيره، لأخذه بحديث النهي عن بيع وشرط. وقال الحنفية: إن البيع موجب للملك والعتق مبطل له فكيف يكون بينهما ملاءمة، ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون ضد ما هو مقصود من العقد(٣).

ويجاب عن ذلك: بأن ثبوت الولاء لا ينافي مقصود العقد، وإنما ينافي كتاب الله وشرطه «كتاب الله أحق وشرط الله أوثق» فإذا كان الشرط منافياً للمقصود كان العقد لغواً، وإن كان منافياً للشارع كان مخالفاً، فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما فلا وجه لتحريمه، بل الواجب حله، لأنه عمل مقصود للناس ويحتاجون إليه(٤).

(1) سبق تخريجه: ص٤٥.

(2) ينظر: الوسيط، للغزالي: ٣/ ٧٨.

(3) المبسوط، للسرخسي: ١٥/ ٢٨٠.

(4) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية: ٤/ ٩٤.

المطلب الثاني: استدلالهم بالمعقول وآثار الصحابة:

١. استصحاب الحال، إذ أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم حتى يدل دليل على التحريم، كما أن الأصل في الأعيان عدم التحريم، وقوله تعالى ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾[1]، عام في الأعيان والأفعال[2].

٢. واستدلوا بقول عمر رضي الله عنه «مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرَطتَ»[3].

٣. واستدلوا بفعل الصحابة حيث روي عن عثمان ﷺ أنه باع دارًا واشترط لنفسه سكناها مدة معلومة، وعثمان[4] إمام فعل ذلك بين الصحابة، فلم ينكره أحد، وبفعل عمر ﷺ حيث علق عقد المزارعة بالشرط، فكان يدفع أرضه إلى من يعمل عليها، على أنه إن جاء عمر بالبذر، فله كذا، وإن جاء العامل بالبذر فله كذا[5].

---

(1) الأنعام، الآية: ١١٩.

(2) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية: ٤/ ٩٠، القواعد النورانية الفقهية، لابن تيمية: ١٩٧.

(3) أخرج البخاري هذا الأثر في صحيحه، كتاب الحرث والمزارعة، باب المزراعة بالشطر ونحوه: ٢/ ٤٠٣.

(4) هو: عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس الأموي، أمير المؤمنين أبو عبد الله، وأمه أروى بنت كريز بن ربيعة، ولد بعد الفيل بست سنين، أسلم قديماً وتزوج بنتا النبي ﷺ رقية ثم أختها أم كلثوم وسمي بذي النورين لذلك، أحد المبشرين بالجنة، روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر، روى عنه أولاده وابن عمر وابن عباس، قتل ﷺ سنة ٣٥هـ وهو ابن ٨٢ سنة. (الإصابة، لابن حجر: ٤/ ٤٥٨، تقريب التهذيب، له: ١/ ٣٨٥)

(5) ينظر: شرح صحيح البخاري، لابن بطال:٨/ ١١١، جامع الفقه، يسري السيد محمد: ٤/ ١٠٧.

الموازنة والترجيح:

قد ذكرت أدلة الفقهاء في المباحث السابقة على فريقين وذلك بالنظر الإجمالي في مذاهبهم، حيث تجد أن الحنفية والشافعية ينتهجون نفس المنهج في الشروط، لأخذهم بحديث النهي وأفاد عندهم العموم، وأن ما جوزوه من الشروط إما بدليل أو استثناء.

وقد ناقش فقهاء الحنفية والشافعية أدلة الفريق الثاني، لكنّ نقاشهم لم يستقم لأمرين: أحدهما: وجود الأجوبة على هذه المناقشات، والثاني: لقوة الأدلة وتعددها عند الفريق الثاني، فعدم الوفاء بالعقود واستصحاب الأصل لا يخصصان إلا بدليل، ولا دليل على ذلك التخصيص.

ثم إن الإمام الشافعي علق القول بجواز الشرط في البيع على صحة حديث جابر[1]، لأنه لم يثبت عنده، ولو ثبت لأخذ به، وعلل عدم الأخذ به بكونه مضطرباً، ولكن شرط الاضطراب مفقود هنا مع إمكان الترجيح بين الروايات، ثم إن حديث جابر قد صح وأخرجه البخاري وأكده[2]، وأخرجه مسلم[3]، وإذا أثبتنا الصحة أمكن القول بجواز البيع والشرط، وصار قولا للشافعي.

وبالنظر الإجمالي فيما ذهب إليه المالكية والحنابلة ترى أنهم ينطلقون من مبدأ واحد، وإن وجد اختلاف بين الأئمة المتقدمين في كل مذهب، وفروق في تصحيح بعض الشروط والحكم عليها بالفساد، أو بفسادها دون العقد، إلا أنه يمكن الجزم أن هناك اتفاقاً بين الأئمة المتأخرين كابن تيمية وابن القيم والشاطبي.

---

(1) في بيعه للنبي ﷺ واستثناء ركوب ظهر الدابة إلى المدينة.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم (٢٧١٨):٢/ ٤٨٠.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، رقم (٧١٥): ٣/ ٩٨٩.

ومن خلال ما سبق يتضح أن المذاهب كلها متقاربة لا متفاوتة.

والذي يميل إليه الباحث هو ما ذهب إليه الفريق الثاني؛ لأنه **أولاً**: الأنسب لمعاملات الناس، وخاصة بعد أن كثرت صيغ التمويل، وتقارب الزمن فأصبح العالم كالقرية الواحدة. **ثانياً**: أن ننسب تعاملات الناس إلى الصحة ما دام هناك مخرج بدليل شرعي أفضل من أن نحرّمها ونجعل الناس في ضيق وحرج.

الفصل الخامس: نماذج من الشروط الجعلية في العقود المصرفية.

مدخل:

جاء الإسلام منذ أربعة عشر قرنا خاتما للأديان وجاء كاملا لا يقتصر على جانب الهداية الروحية، وإنما جاء لتنظيم حياة البشر في مختلف نواحيها سياسية واجتماعية واقتصادية.

فقد كان القرآن الكريم ولا يزال المصدر الأول لفقه المعاملات المالية والمصرفية بما اشتمل عليه من أحكام عامة تنطوي تحتها كل المعاملات، وبما ورد من أحكام متعلقة مباشرة بمسائل مالية ونقدية، وقد كانت الآيات المتعلقة بأحكام الدّيْن والربا والقرض والنقود والصدقة أصولا تشريعية عظيمة ارتقت بفكر الإنسان وسلوكه في المعاملات إلى مستوى لم يكن معهودا من قبل.

ولم يكن الرسول ﷺ نبيا هاديا فحسب، ولكنه كان حاكما منفذا في مختلف مجالات الحياة، فكانت السنة هي المصدر الثاني لتكمل الإطار الفكري والتطبيقي بمزيد من الأحكام التفصيلية في المعاملات وغيرها، فهي تغطي كل ما عايشته الأمة ومارسته من معاملات في حياته ﷺ، ثم كان اجتهاد الصحابة والتابعين وتابعيهم ميراثا فكريا حمل أمانة تبليغه إلى العصور الثالية. ثم تكونت المذاهب الفقهية من مجموعة من العلماء المجتهدين الذين لم يتركوا شاردة ولا واردة في حياة الناس إلا عايرها بميزان الشرع الحنيف، فكان إجماعهم هو المصدر الثالث، وقد ورث المسلمون ثروة فكرية نفيسة لم ترثها أمة من الأمم. ومن هنا كانت المعاملات التي يرتكز عليها النظام الاقتصادي الإسلامي قديمة قدم الإسلام.

ومن أهم مصادر التراث الفقهي التي تتناول المعاملات المالية مما خلفه فقهاؤنا ما يأتي: كتاب الخراج لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم. وكتاب الكسب والمضاربة الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني. وكتاب الأموال لحميد بن مخلد بن زنجويه.وكتاب الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام، وكتاب التبصر بالتجار في مدح التجار وذم عمل السلطان، وكتاب الخطار والمراتب والصناعات، وكتاب تحصين الأموال، ورسالة الجاحظ لأبي النجم في الخراج كلها لأبي عمرو بن بحر الجاحظ. وكتاب الأحكام السلطانية للماوردي. وكتب ابن تيمية مثل كتاب السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، وكتاب الحسبة في الإسلام، والأموال المشتركة، وأكل الحلال، ونظرية العقد، والقواعد النورانية. وكتب ابن القيم ومنها: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، وإعلام الموقعين عن رب العالمين. وكتاب لمحمد بن عبد الرحمن الحبيشي واسمه البركة في فضل السعي والحركة. وكُتب أحمد بن علي المقريزي، مثل: أسباب الفقر والغنى، ورسالة في أسماء الأوزان والأكيال الشرعية، وإغاثة الأمة بكشف الغمة، وشذور العقود في ذكر النقود[1].

إلى غيرها من الدراسات التي تناولت موضوع فقه المعاملات بالتفصيل فيما يتعلق بالمعاملات المالية وغيرها، فكانت كتب المختصرات والشروح الفقهية في شتى المذاهب الفقهية.

ويذكر أن المسلمين قد أنشئوا المدارس المصرفية حيث كان لمهنة الصيرفة أسس وقواعد يجدر بأصحاب المهنة مراعاتها بغض النظر عن الدين الذي يعتنقه الصيرفي،

(1) ينظر : بحث المذهب الاقتصادي في الإسلام، محمد شوقي الفنجري، من كتاب الاقتصاد الإسلامي، بحوث مختارة من المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد: ص٧٢ وما بعدها، ط١، ١٩٨٠م، أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، د. الغريب ناصر:ص٢ وما بعدها، دار أبوللو للتوزيع والنشر القاهرة، ط١، ١٩٩٦م، في مصادر التراث الاقتصادي، ياسر الحوراني: ص٢٩ وما بعدها، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط٢، ٢٠٠١م.

فكان على الصيارفة فهم أحكام الصرف، ودراسة ما كتب بشأنه قبل أن يؤذن لهم بممارسة المهنة[1].

ويُثبت هذا التراث مما لا يترك مجالا للشك أن المسلمين قد حققوا السبق في هذا المجال، وأن الحضارة الإسلامية قد عرفت صورا مصرفية عديدة في عهودها المزدهرة. صورا يمكن أن تؤخذ دليلا على إمكانية ائتلاف الأعمال المصرفية في العصر الحاضر مع المفاهيم الإسلامية، تماما كما ائتلفت مع هذه المفاهيم في العهود السابقة.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: إذا وجدت بداية التعاملات المالية التي هي أساس للعمل المصرفي اليوم فلماذا لم تتحول هذه العمليات إلى نظام مؤسسي؟

قد ظل جهاز التمويل الإسلامي عاملا في البلاد الإسلامية حتى جاء الاستعمار الذي صمم أن يصوغ الحياة في مستعمراته على الصورة التي رسمها لها، فأسس البنوك الربوية، والذي ساعد على ذلك المناخ السياسي السائد آنذاك، بالإضافة إلى انقطاع صلة المسلمين بالممارسات المصرفية التي سادت إبان النهضة الإسلامية، وهذا بالطبع مهد إلى انتشار البنوك الربوية التي تعتبر الفائدة محور نشاطها، وحتى عندما افتتحت المصارف الوطنية وحققت أهدافا من صالح تنمية مجتمعاتها، ولكنها كانت على نفس النسق الغربي، وتربى فيها شبابنا ودرسوا نفس الأفكار فكانت نفس النتائج إلى حدٍّ تبنّت معه المنظومة الغربية فكرة استحالة قيام اقتصاد بدون فوائد، وبالتالي بنوك بدون فوائد واعتبرت ذلك ضربا من الخيال.

وقد بدأ افتتاح المصارف الأوروبية الحديثة في البلدان الإسلامية بعد السيطرة العسكرية، وكان هدف هذه المصارف العمل على خدمة المستعمر وتمويل مشروعاته

(1) أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، د. الغريب ناصر: ص١٢.

من خلالها، ولم تكن السلطات الاستعمارية تُخفي نزعتها الفكرية المسيحية في التأثير على الثقافة والتعليم وتوجهاتها في إعادة صياغة التشريعات ووضع القوانين التي تتفق مع توجهاتها العلمانية، وذلك على المستويين المدني والتجاري. وكل هذا مما أثار حفيظة الصفوة من المسلمين المخلصين وجعلهم أكثر رغبة واستعداداً لخوض معركة الاستقلال الفكري للحفاظ على الهوية الإسلامية. وكان من الشائع في خضم هذه المعركة الفكرية أن الاستقلال السياسي ضرورة لتصفية التبعية الفكرية، وأن الاستقلال الاقتصادي في الإطار الإسلامي هو القاعدة الأساسية للاستقلال السياسي.

أنشئت بعد ذلك مصارف وطنية، لكنها على النموذج المصرفي الغربي، ومن محاسن هذه المصارف أنها أسهمت في إحداث التنمية، وأنشئت العديد من الشركات التي غطت تقريبا كل مناحي الاقتصاد ودعمت بذلك الوجود الوطني في إدارة مقدرات البلاد، ولكن من المساوئ أنها رسخت لفكر النموذج المصرفي الغربي القائم على أساس ربوي وأنه ضرورة من الضرورات لاستمرار الحياة الاقتصادية[1].

تعددت الاتجاهات الفكرية في أعمال البنك الربوي، فاتجاه يرى أن أعمال البنوك حلال، واستدل على ذلك بالآراء الضعيفة[2] متجاهلا أقوال الفقهاء، واتجاه

(1) ينظر: أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، د. الغريب ناصر:ص٤٣.

(2) من هذه الاستدلالات: أن المعاملات المصرفية تتم من خلال نقود غير ذهبية وفضية، ويترتب على ذلك أن الفائدة المصرفية ليست رباً، حيث أن الربا في النقود إنما هو بالنص الشرعي في النقود الذهبية والفضية، وأن الفائدة المصرفية ليس فيها ظلم من طرف لطرف بل هي تحقق مصلحة الطرفين كما أنها تقوم على التراضي، ومن ثم فليست من الربا في شيء، وأن الربا المحرم هو الأضعاف المضاعفة، وأن الربا الفائدة المحرمة هي ما كانت على القروض الاستهلاكية حيث فرقوا بين بين القروض الإنتاجية والقروض الاستهلاكية، وإباحة الفوائد استناداً لمبدأ الضرورة وعد قيام مصارف بدون فوائد. ينظر:الشبهات المعاصرة لإباحة الربا (عرض وتفنيد)، شوقي أحمد دنيا: ٢٥ وما =

يرى حرمة أعمال البنوك الربوية، ولكنه قال إنها ضرورة لابد منها لاستمرار الحياة الاقتصادية وأن الضرورات تبيح المحظورات، واتجاه أخير -وهو ما يؤيده الباحث- يرى أن أعمال البنوك حرام ولابد من وجود البديل من خلال أحكام الشريعة الإسلامية(١).

وهكذا ظهر الاهتمام بإقامة الاقتصاد الإسلامي فكراً وتطبيقاً منذ أوائل القرن العشرين في غمرة أحداث وتطورات عديدة داخل الأقطار الإسلامية وخارجها، وبطبيعة الأمر فإن بعض هذه الإسهامات يقل من جهة الإتقان العلمي أو القابلية للتطبيق العملي عن غيره من المساهمات، ولكنها جميعاً اتجهت إلى محاولة إرساء معالم نظام اقتصادي إسلامي ووضع قواعد لعلم اقتصادي إسلامي حديث.

وإن مصطلح الاقتصاد الإسلامي لم يكن مجرد عثور على اسم لشيء موجود، بل كان يعني أكثر من هذا، فهو مرتبط بعدة أمور، منها: الرغبة في إقامة نظام اقتصادي عصري في إطار الشريعة الإسلامية، وصياغة نظريات وسياسات اقتصادية تلائم الاحتياجات الواقعية للأقطار الإسلامية وتساعدها على تحقيق التقدم(٢).

=

بعدها، مكتبة وهبة، القاهرة، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م، أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي، أحمد محي الدين أحمد: ٢١٠ وما بعدها، مطبوعات سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي.

(1) ينظر: أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، د. الغريب ناصر:ص٤٣.

(2) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، د. سامي حمود: ص٥٣، مطبعة الشرق، ط٢، ١٩٨٢م، أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، د. الغريب ناصر: ص١٩ وما بعدها ، دار أبو للو للتوزيع القاهرة – ط١، ١٩٩٦م، تقويم مسيرة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد الرحمن يسري أحمد: ص٧ وما بعدها، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي جامعة أم القرى.

وقد ظلت الأبحاث والمقالات أو المحاضرات في الاقتصاد الإسلامي خلال النصف الأول من القرن العشرين تدور في معظمها حول ضرورة النظام الاقتصادي الإسلامي وربوية نظام الفائدة والحاجة إلى إقامة بنوك إسلامية حتى يتعامل معها المسلمون وهم مطمئنون من الناحية الشرعية.

ثم ظهرت الإسهامات الفكرية في موضوع المصارف الإسلامية ليس فقط مع الهجوم على نظام الفائدة، ولكنها أيضاً مع الرغبة في إقامة صرح مصرفي إسلامي يسهم في دفع عجلة التنمية الاقتصادية للأقطار الإسلامية وتخليصها من أعباء التبعية الاقتصادية للعالم الغربي.

وقد ظهرت هذه الإسهامات على أشكال عدة منها: أبحاث قدمت في مؤتمرات عدة تتضمن دراسة جوانب من الاقتصاد الإسلامي، وأطروحات عن البديل الربوي، ومن أوائل تلك الإسهامات التي ظهرت كتابات عيسى عبده، وأبي الأعلى المودودي، وبنوك بلا فوائد لأحمد النجار، والبنك اللاربوي في الإسلام لمحمد باقر الصدر، والتي عملت على إرساء الملامح العامة لنظام مصرفي لا يتعامل بالفائدة أخذاً أو عطاءً.واستطردت الإسهامات بعد ذلك، ولكنْ في مجال أكثر تحديداً وهو إقامة نموذج لمصرف إسلامي يعتمد في تعبئة موارده التمويلية وفي توظيفها على وسائل قائمة على المشاركة في الربح والخسارة، وذلك في إطار استبعاد الفائدة تماماً ظهرت كتابات مثل:سامي حمود، ورفيق المصري، ومحسن خان، وعباس ميراخور، وعمر شابرا، وصدّيقي، والجارحي وغيرهم (1).

(1) ينظر: لماذا المصارف الإسلامية، محمد نجاة الله صديقي، ، المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة١٩٨٢، النظام المصرفي اللاربوي، محمد نجاة الله صدّيقي، ط١، ١٩٨٥م، نحو نظام نقدي عادل، عمر شابرا ، المعهد الدولي للفكر الإسلامي، الناشر المجلس الأعلى بجامعة الملك عبد العزيز، ١٩٨٧، عرض =

ومن الأسس التي يقوم عليها العمل المصرفي الإسلامي والتي تُعد من المفارقات بينه وبين البنك الربوي هو نَظرتُه للنقود: فالبنك الربوي والفكر الاقتصادي الوضعي عموماً يضع المال في جراب واحد، فلا يفرّق بين النقود وغيرها من السلع. ولعل المبدأ الأساس الذي ينطلق منه هو أخذهم بالملكية المطلقة والتي تمثل حزمة من الحقوق التي يملكها الشخص تجاه الشيء المملوك –والنقود من هذه الأشياء– حتى إنه يستطيع إتلافها بدون أيّة مساءلة[1]، وجَعْلهم النقود سلعة من السلع يجري عليها ما يجري على بقية السلع، هو مستند لأخذ الزيادة الربوية، ويرى مفكروا الاقتصاد الربوي: أن الزيادة على القرض هي ثمن المخاطرة التي يتعرض لها المقرض من عدم رجوع القرض، وغيرها من المبررات التي سيقت لأخذ الفائدة[2].

ولكن مفهوم المال في الاقتصاد الإسلامي يختلف تماماً عن مفهومه في الاقتصاد الوضعي، فالمال عنده يقسم إلى نقود وعروض، والنقود تقسم إلى نقود خلقية (الذهب والفضة)، ونقود اصطلاحية (نقود ورقية)، ونقود ودائع، ونقود الكترونية. كما أن العروض تنقسم لديه إلى عقار ومنقول، والمنقول ينقسم إلى ربوي وغير ربوي، والعقار ينقسم إلى بناء ودُور وأراض، والأراضي تنقسم إلى أراضٍ بيضاء ومشجرة....فكيف يسوغ وضع الأموال في جراب واحد والحكم عليها بحكم واحد، ومسألة قياس صنوف المال على بعضها يوقع الناس في أخطاء.

=

وتقويم للكتابات حول النقد في إطار إسلامي، محمد عبد المنعم عفر، مطابع جامعة الملك عبد العزيز، ط ١٩٩٤م، تقويم مسيرة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد الرحمن يسري أحمد: ص٧ وما بعدها.

(1) الملكية في الإسلام ليست ملكية أصيلة وإنما ملكية استخلاف، فيجب أن نطبق فيها ضوابط الاستخلاف، وهي ضوابط الشريعة الإسلامية. قال تعالى: ﴿ءَامِنُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَأَنفِقُواْ مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾ الحديد:٧. ينظر: الملكية في الإسلام، عيسى عبده، أحمد إسماعيل ياسين: ١٤٥، دار المعارف، القاهرة –مصر.

(2) أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، د. الغريب ناصر: ص١٢.

وأُورد هنا بعض النقولات الفقهية التي جاءت تميز النقود عن غيرها من سائر الأموال، يقول الباجي [1]: «إن كل مال يزكو بالعمل لا يجوز استئجاره للمنفعة المقصودة منه، فإنه يجوز المعاملة عليه ببعض النماء الخارج منه، وذلك أن الدنانير والدراهم لا تزكو إلا بالعمل، وليس كل أحد يستطيع التجارة ويقدر على تنمية ماله، ولا يجوز له إجارتها ممن ينميها، فلولا المضاربة لبطلت منفعتها لأنه لا يتوصل من مثل هذا النوع من المال إلى الانتفاع به في التنمية إلا على هذا الوجه»[2].

وقال الغزالي في باب شكر النعمة:« وكل من عامل معاملة الربا على الدراهم والدنانير فقد كفر النعمة وظلم؛ لأنها خلقا لغيرهما لا لنفسهما إذ لا غرض في عينهما، فإذا اتجر في عينهما فقد اتخذهما مقصوداً على خلاف وضع الحكمة، إذ طلب النقد لغير ما وضع له ظلم...فإنهما وسيلتان إلى الأعيان لا غرض في أعيانهما، وموقعهما في الأموال كموقع الحرف من الكلام »[3].

وقال ابن عابدين :« واعلم أن كلا من النقدين ثمن أبداً...وكل من المكيل والموزون الغير النقد والعددي المتقارب إن قوبل بكل من النقدين كان مبيعاً»[4].

(1) هو: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد القرطبي الباجي، فقيه مالكي من رجال الحديث، من كتبه: السراج في علم الحجاج، وإحكام الفصول في أحكام الأصول، والمنتقى شرح الموطأ، وغيرها كان مولده سنة ٤٠٣هـ في باجة الأندلس، وتوفي سنة ٤٧٤هـ. (طبقات المفسرين، للداودي: ١/ ١٣١، الأعلام، للزركلي: ٣/ ١٢٥)

(2) المنتقى شرح موطأ مالك:٥/ ١٥١، مطبعة السعادة، مصر، ط١، ١٣٣٢هـ.

(3) إحياء علوم الدين: ٤/ ٩١، ٩٢، دار الندوة الجديدة، بيروت- لبنان.

(4) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين: ٤/ ٢٢.

وقال ابن القيم: «فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات، والثمن هو الذي يعرف به تقويم الأموال... وأن الحلية المباحة صارت بالصنعة المباحة من جنس الثياب والسلع لا من جنس الأثمان ولهذا لم تجب فيها الزكاة... فإن هذه بالصناعة قد خرجت عن مقصود الأثمان...فالأثمان لا تقصد لأعيانها بل يقصد التوصل بها إلى السلع، فإذا صارت في أنفسها سلعاً تقصد لأعيانها فسد أمر الناس، وهذا أمر معقول يختص بالنقود ولا يتعدى سائر الموزونات»[1].

بالنظر في أقوال الفقهاء فيما تقدم ، يتضح تمييز الشريعة الإسلامية بين صنوف المال المختلفة، وتخصيص كل منها بأحكام مناسبة، وهذا هو الذي يزيل الإيهام بين إعطاء الأجل -الزمن- في البيع قيمة من الثمن، وعدم إعطائه هذه الزيادة في القرض.

وتعتبر مؤسسات الاقتصاد الإسلامي وعلى رأسها المصارف حديثة النشأة، ولا زالت في طور التنظير والترسيخ، ولازالت الأبحاث قائمة على شتى العقود وجزئياتها وسأتناول في المبحثين التاليين جزءا من هذه العقود ودور الشروط فيها.

(1) إعلام الموقعين ،لابن القيم:١/ ١٥٦، ١٥٧.

المبحث الأول: الشروط الجعلية في عقد المضاربة.

المطلب الأول: في معنى المضاربة.

تعتبر المضاربة صيغة من صيغ الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، **والمضاربة في اللغة**: مفاعلة، تدل على وقوع الفعل من الجانبين، وهي من الضرب: وهو السير في الأرض، **وتطلق في الاصطلاح الفقهي** على: «عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب آخر»(١). أو هي: «على دفع مال معين لمن يتجر فيه بجزء مشاع معلوم له من ربحه»(٢).

وقد بيّن تكييفها وطبيعتها صاحب الاختيار بقوله: «المضارب شريك رب المال في الربح فإذا سُلم رأس المال إليه فهو أمانة، فإذا تصرف فيه فهو وكيل، فإذا ربح صار شريكاً، فإن شُرط الربح للمضارب صار قرضاً، وإن شُرط لرب المال فهو بضاعة، وإذا فسدت المضاربة فهي إجارة فاسدة، وإذا خالف -المضارب- صار غاصباً، ولا تصح إلا أن يكون الربح بينهما مشاعاً؛ فإن شرط لأحدهما دراهم مسماة فسدت، والربح لرب المال وللمضارب أجر مثله، واشتراط الوضيعة على المضارب باطل»(٣).

وأهل العراق يسمون هذه المعاقدة مضاربة، وأهل الحجاز يسمونها قراضاً ومقارضة(٤).

---

(1) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين: ٨/ ٢٧٧.

(2) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، د. نزيه حماد: ٤٢٢.

(3) الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، علق عليه: محمود أبو دقيقة، ٣/ ١٩، ٢٠، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.

(4) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، ضبطه وخرج آياته: زكريا عميرات: ٧/ ٤٣٨، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م. والقراض =

والمضاربة عند الفقهاء نوعان: مضاربة مطلقة، وهي التي لا تتقيد بزمان ولا مكان ولا نوع تجارة ولا بتعيين بائع ولا مشتر، وإذا قيدت بواحد من هذه تكون مضاربة مقيدة(١).

مشروعية المضاربة.

لا خلاف بين الفقهاء في جواز المضاربة، إذ الأصل في الأفعال الإباحة حتى يرد مانع، وحاجة الناس إليها هو الداعي لوجودها، إذ هناك دائماً أصحاب عجز وأصحاب فائض، فأحدهما يملك الوقت والخبرة، والآخر يملك المال ولا يملك الوقت أو الخبرة، وقد تعامل الصحابة والتابعون بالمضاربة، وثبت عنهم أنهم ضاربوا بأموال اليتامى(٢).

إذاً فالمضاربة علاقة بديلة للتمويل بالقرض الربوي، بل بالقرض الحسن أيضاً، وسابقاً كان تعرّف أصحاب العجز (طالبي التمويل) على أصحاب الفائض أمراً ميسوراً، ولكن اختلف هذا الواقع فدعت الحاجة إلى ظهور وساطة مالية تجمع بين الطرفين وهي متمثلة في المصارف، فأصبح المصرف عنده ممولون كثر بودائع يطلبون استثمارها، ومضاربون كُثر يطلبون هذا التمويل، وقد يقدم المصرف ماله الخاص لغرض التمويل مما يؤدي إلى خلط الأموال.

=

والمضاربة في الاصطلاح الفقهي بمعنى واحد، لكنّ المضاربة في الاصطلاح الاقتصادي الحديث تعني: البيع أو الشراء الصوريين لا بغرض الاستثمار ولكن بغية الاستفادة من التغيرات التي تحدث في القيمة السوقية للأوراق المالية في الأجل القصير جداً. ينظر: أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية، أحمد محي الدين أحمد: ٤٨٤.

(1) مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر: ١/ ٢٧١.

(2) ينظر: المغني، لابن قدامة: ٥/ ١٣٠، بدائع الصنائع، للكاساني: ٥/ ١٠٨، ١٠٩، المبسوط، للسرخسي: ٢٢/ ١٨.

وقد استقر النظر الفقهي المعاصر على المضاربة المشتركة[1]، والتي تتميز بقيامها على علاقات جماعية لا علاقات فردية، فهي تضم ثلاثة أطراف، الأول: أصحاب رؤوس الأموال، والثاني: المستثمرين أو أصحاب الأعمال أو المضاربين، والثالث: المضارب المشترك الوسيط (المصرف)، وهذا الأخير دوره مزدوج فهو مضارب في علاقته مع أصحاب رؤوس الأموال، ورب مال في علاقته مع المستثمرين[2].

(1) وأشير إلى أن هناك وجهة نظر مخالفة مفادها: أن يجعل البنك مثل الجعيل في عقد الجعالة ويفترض هنا أن البنك هو الذي يضمن لأصحاب الودائع نقودهم، وهو لم يدخل في العملية بوصفه عاملا في عقد المضاربة وإنما بوصفه وسيطاً بين العامل المضارب ورأس المال، فهو جهة ثالثة يمكنها أن تتبرع بالضمان لصاحب المال ويأخذ البنك على ذلك جعلاً، إلا أن هذه الفكرة لم تجد في كتابات المفكرين تأييداً. **وهناك** وجهة أخرى مفادها: أن يكون للمصرف ثلاثة مسارات، الأول: أن يكون المصرف رب مال حقيقي وذلك بأمواله الخاصة وبالودائع الجارية التي في ضمانه يدفعها لمن يضارب فيها والربح بينهما حسب ما يتفقان. الثاني: أن يكون مضارباً حقيقياً حينما يجتهد في استثمار أموال الودائع الاستثمارية ولا يفوضها إلى الغير، ويمكنه أن يبوب حزمه الاستثمارية بحسب الآجال: قصيرة ومتوسطة وطويلة الأجل، والمودع المستثمر يختار الحزمة التي يريد. الثالث: أن يكون نشاط المصرف محصوراً بتعريف أصحاب الودائع الاستثمارية بعمال المضاربة، ويُعنى بدفاتر حساباتهم ودراسات الجدوى التي يكلفوه بها، وأي خدمات أخر يطلبونها مقابل أجور مضمونة لا علاقة لها بالمخاطرة أو الضمان. وهكذا يكون المصرف في المسار الأول رب مال حقيقي، وفي الثاني عامل مضاربة حقيقي، وفي الثالث أجيراً مشتركاً حقيقة. نقلاً بتصرف من محاضرات ألقاها علينا الدكتور عبد الجبار حمد السبهاني، قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية، مادة الفكر المصرفي الإسلامي، جامعة اليرموك – الأردن، الفصل الأول، سنة ٢٠٠٨م. وينظر: البنك اللاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ٣٢، ٣٣، أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، د. الغريب ناصر:٤٩ وما بعدها، المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية، د. قطب مصطفى سانو، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣/ ١٢٤٧.

(2) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، د. سامي حمود: ٣٩٣ وما بعدها، الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، د. أميرة عبد اللطيف مشهور: ٣٠٨، مكتبة مدبولي القاهرة، ط١، ١٩٩١م، المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية، محمد تقي العثماني، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد ١٣/ ١٠٧٣.

ويمكن للمصرف الاشتراك بأمواله الخاصة مع أموال المودعين، حيث إن خلط مال المضارب مع رب المال جائز عند الفقهاء منهم من اشترط الإذن في ذلك ومنهم من لم يشترطه.

يقول الكاساني[1]:«القسم الذي للمضارب أن يعمله إذا قيل له اعمل برأيك، وإن لم ينص عليه، فالمضاربة والشركة والخلط، فله أن يدفع مال المضاربة إلى غيره وأن يشارك غيره في مال المضاربة شركة عنان وأن يخلط مال المضاربة بمال نفسه إذا قال له رب المال اعمل برأيك. وليس له -المضارب- أن يعمل شيئا من ذلك -الشركة والخلط- إذا لم يقل له -رب المال- ذلك»[2].

جاء في المدونة:«قلت لابن القاسم: أرأيت الرجل يدفع للرجل المال القراض، فيعمل به وله مال فيتجر به لنفسه فيتخوف إن قدّم ماله وأخّر مال الرجل، وقع الرخص في الأول، أو يخاف أن يقدم مال الرجل ويؤخر ماله فيقع الرخص في الآخر، فكيف تأمره أن يعمل؟ قال: الصواب من ذلك أن يخلطهما جميعاً ثم يشتري بهما جميعاً»[3].

«قال مالك: لا يجوز للعامل أن يشارك بالقراض إلا بأمر رب المال، لأنه إذا جاز له أن يقارض بإذن رب المال جازت له الشركة. قال: وإذا دُفع إلى العامل المال قراضاً على النصف فيدفعه العامل إلى غيره قراضاً على الثلثين فهو ضامن عند مالك، فإن عمل الثاني به فربح فإن رب المال أولى بربح نصف جميع المال، ويكون للمقارض

(1) هو: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين الحنفي، من تصانيفه: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، توفي سنة ٥٨٧هـ. (طبقات الحنفية، لعبد القادر بن أبي الوفاء: ٢/ ٢٤٤)

(2) بدائع الصنائع، للكاساني: ٥/ ١٣٣.

(3) المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس: ١٢/ ١٠٢، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٢٣هـ.

الآخر النصف أيضا، ويرجع المقارض الآخر على المقارض الأول بمثل سدس الربح يأخذه منه ضامناً عليه؛ لأنه جعل له ثلثين، فم يتم له ثلثين فعليه أن يتم له ثلثي الربح»[1].

وفي المجموع:«فإن خلطهما - مال المضارب مع المضاربة – فعلى ضربين: أحدهما أن يكون بإذن رب المال فيجوز ويصير شريكاً ومضارباً ومؤونة المال مقسمة على قدر المالين. والثاني: أن يخلط المال بغير إذن رب المال فيبطل القراض»[2].

وقد أشار المجمع الفقهي إلى جواز تسهيم رأس مال المضاربة وهو قسمتها إلى أجزاء متساوية حيث يمكن من خلال هذه الآلية إصدار الأسهم وتداولها وفق الضوابط الشرعية أن تسهل عمل المصرف الإسلامي في حشد المستثمرين، وفي إدارة المشاركة ومحاسبتها على أسس واقعية[3].

ولكن قد ينشأ إشكال فقهي بين العلماء وهو هل المضارب يضارب؟

جاز عند الحنفية أن يدفع المضارب مال المضاربة إلى الغير ويستحق جزءاً من الربح؛ لأن رب المال فوض الرأي إليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك، ولأن عمل المضارب الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه. وعند بقية الفقهاء جاز تفويض

(1) المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس: ١٢/ ١٠٤.

(2) النووي: ١٤/ ٣٨٢، ٣٨٣.

(3) ينظر:مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع٤: ٣/ ١٨٠٩، القرار رقم (٣٠)، في دورة مؤتمره الرابع، المنعقد في المملكة العربية السعودية، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.

المضاربة إلى الغير بشرط أن لا يكون له نصيب من الربح؛ لأنه ليس من جهته عمل ولا مال، والربح إنما يستحق بواحد منهما[1].

مما تقدم يتضح أن عقد المضاربة ككل في فرعياته ودقائقه تحكمه الأعراف التجارية، والأحكام الاجتهادية، وحرية المتعاقدين فيه ظاهرة بينة، بشرط خلوها عن المنهيات وسوء المآلات، فما كان فيه غرر أو ضرر أو جهالة فالاجتهاد يمنعه وما ليس كذلك فلا.

كما يتضح أن تباين الاجتهادات في بعض المسائل مثل خلط مال المضارب بمال المضاربة، وهل المضارب يضارب، فمنهم من يقول بالجواز ومنهم من يقول بخلاف ذلك، وكل فريق -والله أعلم- كان اجتهاده بحسب البيئة التي يوجد فيها، فمن وجد في بيئة لا يوجد فيها نزاعات ولم ينتشر الغش والغرر بين الناس قال بالجواز في كثير من فروعها، ومن وُجد في بيئة أخرى يؤدي عدم التصريح فيها بالإذن وغيره إلى نزاعات قال بالمنع.فالمسألة اجتهادية.

وأدلل بمسألة ذكرها ابن قدامة فيها معنى ذلك، وهي:«وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر، إذا كان فيه ضرر على الأول، فإن فعل وربح ردّه في شركة الأول، وجملة ذلك أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة من آخر، فأذن له الأول جاز، وإن لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضا بغير خلاف، - جعل الاعتبار للضرر وليس للإذن- وإن كان فيه ضرر على رب المال الأول ولم يأذن...لم

(1) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني: ٥/ ١٣٦، الوسيط، للغزالي: ٤/ ١١٩ وما بعدها، المغني، لابن قدامة: ٥/ ١٦١، العزيز شرح الوجيز، للرافعي: ٦/ ٢٧، تبيين الحقائق، للزيلعي: ٥/ ٥٣٦، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، تح: محمد حامد الفقي: ٥/ ٤٣٨، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط١، ١٣٧٦هـ، ١٩٥٦م.

يجز له ذلك، وقال أكثر الفقهاء يجوز، لأنه – عقد المضاربة– لا يملك به منافعه كلها، فلم يمنع من المضاربة – مع غير الأول–، كما لو لم يكن فيه ضرر، وكالأجير المشترك.

ولنا – أي الحنابلة– أن المضاربة على الحظ والنماء، فإذا فعل ما يمنعه لم يكن له»[1].

وحتى لا أخرج عن نطاق البحث فإني بعد هذا البيان أرجع إلى دور الشروط في عقد المضاربة وهذا ما يتناوله المطلب الثاني.

(1) المغني: ٥/ ١٦٣، وينظر: الإنصاف، للمرداوي: ٥/ ٤٣٧.

المطلب الثاني: دور الشروط الجعلية في تقليل مخاطر المضاربة[1].

يتميز عقد المضاربة على غيره من العقود بإعطاء المضارب حرية التصرف في المال بناء على خبرته وكفاءته، وهو ما يعرف بفصل الإدارة عن الملكية، من هذه الناحية كانت هناك عدة مخاطر منها:

١. اعتبار يد المضارب يد أمانة: حيث لا يجوز تضمينه إلا إذا تعدى أو قصر، وإثبات التعدي أو التقصير يكون بالقضاء، وفي زماننا يأخذ القضاء وقتا للفصل في المسألة، فمن هنا نشأت مخاطرة يمكن دفعها باشتراط شروط معينة تضمن حسن اختيار العميل، كاشتراط حسن سيرته التجارية في السوق، واشتراط أنه لم يخل بالتزامات في تعاملاته مع المصارف أو غيرها من المؤسسات، ويمكن للمصرف أن يصوغ مثل هذه الشروط في شكل معايير وضوابط إن توفرت في العميل المضارب اطمأن المصرف له من هذه الناحية وأعطاه التمويل وإلا فلا[2].

---

(1) المخاطرة لها عدة معان ارتبطت بها أحكام شرعية مختلفة فتارة تكون قادحاً في مشروعية المعاملات، وتارة يكون غيابها سبباً في عدم المشروعية، يقول ابن القيم:«والمخاطرة: مخاطرتان، الأولى: أن يشتري السلعة بقصد أن يبيعها ويربح ويتوكل على الله، والثانية: منها الميسر، وبيع المنابذة، والملامسة، ...وهذه ليست مخاطرة التجار بل مخاطرة المستعجل بالبيع قبل القدرة على التسليم – وهي ما تمثله مضاربة الأسواق المالية اليوم-». زاد المعاد: ٥/ ٧٢٣، ففي القمار مخاطرة وفي التجارة والاستثمار مخاطرة أيضاً، لكن مخاطرة القمار تجعله منشطاً حراماً، لأنه لا نفع فيه لأحد إلا على حساب الآخرين، بينما مخاطرة التجارة ممتدحة ومشروعة لأنها تنشر الخير والعدل وتؤول إلى صلاح الجميع. نقلاً من محاضرات ألقاها علينا الدكتور عبد الجبار حمد السبهاني، قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية، مادة الأسواق المالية، جامعة اليرموك – الأردن، سنة ٢٠٠٨م.

(2) ينظر: المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس: ١٢/ ٩٩، بداية المجتهد، لابن رشد: ٢/ ١٧٩، الإنصاف، للمرداوي: ٥/ ٤٢٧، الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود الموصلي: ٣/ ٢٠.

٢. تسليم رأس مال المضاربة للمضارب وانفراده بالعمل[١]: وهو ما يعرف بفصل الإدارة عن الملكية، والتي ينسب لها نجاح مشاريع كثيرة، فعند جمهور الفقهاء أن رب المال إذا اشترط العمل مع المضارب فسدت المضاربة، وذهب الحنابلة إلى جواز مثل هذا الشرط، جاء في المغني «أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما، مثل أن يخرج أحدهما ألفاً، ويعملان فيه معاً، والربح بينهما فهذا جائز، وتكون مضاربة، لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعمله في مال غيره، وهذا هو حقيقة المضاربة»[٢].

ومن هنا كان هذا الشرط يخول المضارب حرية التصرف في رأس المال، وفي ذلك مخاطرة على صاحب المال ويمكن التقليل من هذه المخاطرة باشتراط التجارة في أمور معينة – وهو ما يعرف بالمضاربة المقيدة–، وباشتراط تقديم دراسات الجدوى للمشروع الذي يريد استثمار المال فيه، وأن يتحمل المضارب أخطاء دراسات الجدوى، إذا خسر المشروع وكان بسببها، أو أن المصرف يشارك في هذه الدراسة، وخاصة إذا كان لديه عناصر لهم دراية وقدرة على تقييم مثل هذه الدراسات.

كما يشترط عليه المتابعة والمراقبة وإحضار الكشوفات والتقريرات والحسابات التي تدل على سير المشروع بشكل دوري، وبهذا يستطيع التدخل لرسم سياسة المشروع ومتابعة سير العمل.

(1) ينظر: المدونة، للإمام مالك: ١٢/ ١١١، بدائع الصنائع، للكاساني: ٥/ ١١٥، رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين: ٤/ ٤٨٣، العزيز شرح الوجيز، للرافعي: ٦/ ١٠.

(2) ابن قدامة: ٥/ ١٣٧، ١٣٨.

روي عن ابن عباس[1] -رضي الله عنهما- أنه إذا كان دفع مالاً مضاربة شرط على المضارب ألا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشتري به ذا كبد رطبة -الحيوان- فإن فعل ذلك ضمن، فرفع شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجازه[2].

جاء في المسبوط «ولو قال خذ مضاربة على أن تشتري به الطعام، أو قال فاشتر به الطعام...فهذا كله بمعنى الشرط، وهو شرط مفيد وقد يكون المرء مهتدياً إلى التصرف في الطعام دون غيره»[3].

وذهب بعض الفقهاء إلى جواز عمل رب المال مع المضارب إذا لم يكن مشروط[4].

إذاً يستطيع رب المال في المضاربة أن يشترط ما شاء من شروط في حدود الشرع على من يضارب بماله، وليس معنى ذلك قصر الشروط من جانب رب المال فقط، وإنما يجوز للمضارب أن يضع شروطاً ما لم تخالف الشرع، بل إنه في تطبيق نظام المضاربة المشتركة - وهو أحد التكييفات المعاصرة للمضاربة- فإن الشروط التي يضعها المودعون (أرباب المال) يصعب تطبيقها على مثل هذا الاستثمار الجماعي، وبالتالي فإن المصرف - بصفته مضارباً- هو الذي يحدد الشروط المناسبة حتى تتلاءم مع هذا الاستثمار الجماعي، ومن هذه الشروط اشتراط خلط مال المضاربة، واشتراط المدة التي

(1) هو: عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشي، الهاشمي، أبو العباس، ابن عم رسول الله ﷺ، وأمه: أم الفضل لبابة بنت الحارث الهلالية، حبر الأمة، ترجمان القرآن، ولد وبنو هاشم بالشعب قبل الهجرة بثلاث سنين، توفي بالطائف سنة ٦٨ للهجرة (الاستيعاب، لابن عبد البر: ٣/ ٣٩٣-٣٩٥، والإصابة: لابن حجر: ٤/ ٤٤١-٤٤٤).

(2) أخرجه الدار قطني في سننه، كتاب البيوع، رقم (٢٩٠): ٣/ ٨٧.

(3) السرخسي: ٢٢/ ٤١، ٤٢.

(4) ينظر: الإنصاف، للمرداوي: ٥/ ٤٣٣.

سوف يضارب فيها بالمال قصيرة أو متوسطة أو طويلة الأجل، ولعل المسألة بذلك تصبح خاضعة للطلب والعرض، فمودع قد يقبل بمثل هذه الشروط وآخر لا يقبل.

وأما في علاقة المصرف(بصفته رب المال) مع العملاء (المضاربين) فإنه يحدد الشروط التي تناسب الأوضاع والأعراف التجارية السائدة والرائجة في بيئة عمل المضارب[1].

٣. تأكيد الفقهاء على عدم جواز اشتراط الضمان[2]: فإذا اشتُرط على المضارب أن يضمن رأس المال أو جزءاً منه كانت مثل هذه الشروط فاسدة لانتفاء المخاطرة هنا والربح لا يستحق إلا بها.

وقد تبلورت عدة آراء -لدفع مثل هذه المخاطرة- حول تضمين المضارب المشترك (المصرف) قياساً على الأجير المشترك، وقياساً على فكرة تقبيل العمل، إلا أن هذا التكييف عليه نقد، واعترض باعتراضات عدة، وانتهت الآراء إلى ما يلي:

- عدم جواز شرط الضمان على المضارب المشترك أو الخاص إلا في حالة التعدي والتقصير أو الخروج عن مقتضيات وشروط عقد المضاربة.
- وأجاز مجمع الفقه الإسلامي ضمان الطرف الثالث[3].
- من خلال خيار التطوع بالضمان، خارج شروط المضاربة، بجبر الخسارة إن حدثت من باب التبرع والتكافل، وذلك من خلال صندوق حماية الودائع[4].

---

(1) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية، سامي حمود: ٣٩٨، ٣٩٩.

(2) ينظر: المحلى، لابن حزم: ٨/ ٢٤٨، مواهب الجليل، للحطاب: ٧/ ٤٤٢.

(3) ينظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع٤: ٣/ ١٨٠٩، القرار رقم (٣٠)، في دورة مؤتمره الرابع، المنعقد في المملكة العربية السعودية، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.

(4) ينظر: نظام حماية الودائع لدى المصارف الإسلامية، د. عثمان بابكر أحمد: ١١١، ١١٢، بحث منشور ضمن مطبوعات البنك الإسلامي للتنمية ١٤٢١هـ، وأوراق في التمويل الإسلامي، أحمد محي الدين أحمد: ٢٣٦، مطبوعات مجموعة البركة المصرفية، ط١، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.

٤. اعتبار عقد المضاربة عقداً جائزاً[١]: وهذا الجواز يخوّل أحد المتعاقدين الفسخ بإرادة منفردة، وفي هذا مخاطرة تتمثل في إقدام العميل على فسخ العقد وخاصة إذا أصاب المشروع حالة من الكساد وانعكاس التوقعات، بعد البدء في التمويل والصرف عليه، مثل هذه المخاطر تدفع باشتراط الالتزام بمدة معلومة إذا كان هناك ضرر على أحدهما بفسخ العقد، واشتراط التعويض على المتسبب في الضرر الفعلي.

ثم إن الإقدام على المشروع بعد دراسات وافية عليه، ليس بالضرورة أن يحدث ربحاً، وخاصة بعد ثورة الاتصالات، فإن السوق قد تتغير معطياتها في فترات قصيرة بين رواج وكساد وبين حالة تشاؤم وتفاؤل، ولذا فإنه ينبغي أحياناً دعم المضارب إذا كانت الخسارة بسبب مثل هذه الظروف، ويكون في دعمه إرجاع لرأس المال وانتعاش المشروع من جديد.

٥. مصروفات المضاربة[٢]: وقد قسمت نفقات المضاربة عند الفقهاء إلى نوعين: الأول: يتعلق بالمضارب نفسه وهو ما يلزمه لمعيشته أثناء قيامه بعمل المضاربة، وقد قيد الحنابلة مثل هذه النفقات باشتراطها في العقد نصاً أو جريان العرف بها.

والثاني: المصروفات المتعلقة بالعمل، من اكتراء وحمل وكيل وترحيل للسلع والبضائع وغيرها من تتمات التجارة ومصالحها، والمرجع في ذلك كله العرف والعادة.

والمخاطر التي يمكن أن تكمن في هذه المصروفات استغلال المضارب مال المضاربة لصالحه ولخدمته الشخصية وحسابها على رأس المال وضمن المصروفات مما

(1) ينظر: فتح العلي المالك، لعليش: ٢/ ٢٢١، المغني، لابن قدامة: ٥/ ١٧٩.

(2) المبسوط، للسرخسي: ٢٢/ ٦٢، بدائع الصنائع، للكاساني: ٥/ ١٤٧، رد المحتار على الدر المختار،لابن عابدين: ٤/ ٤٩٠، تبيين الحقائق ٥/ ٧٠، المحلى، لابن حزم: ٨/ ٢٤٨، حاشية الدسوقي، محمد بن عرفة الدسوقي:٥/ ٣٠٠، الإنصاف، للمرداوي: ٥/ ٤٤٠، الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود الموصلي: ٣/ ٢٣.

يجعلها تؤثر على الأرباح، وبما أن هذه المصروفات يحكمها العرف والعادة جاز اشتراط ما يناسب كلاً من الطرفين بما يحقق مقصود المضارب من تيسير العمل وتوفير الجو المناسب له، ومن المحافظة على رأس المال وعدم التساهل في المصاريف الزائدة، وربما يستطيع المصرف أن يخصص نسبة معينة من رأس المال كـ ١٠٪ مثلاً ويجعلها مصروفات المضاربة لا يزيد عليها المضارب إلا بالرجوع إلى المصرف، وهذه التخصيصات تختلف من مشروع لآخر.

كما أنه يمكن اشتراط تحميل تكاليف دراسات الجدوى التي تبين مدى نجاح المشروع على المضارب، علماً بأن هذه الدراسات هي أحد الأسباب التي تمنحه التمويل، فهي عبارة عن «مجموعة الدراسات والبحوث اللازمة لمعرفة مدى ما سوف يدره المشروع من عوائد للمستثمر أو للمجتمع أو لكليهما»[(١)]، فهي دراسة علمية تقديرية تسبق الابتداء في المشروع.

وتكمن أهميتها في تجنب الانزلاق إلى المخاطر وتحمل الخسائر، وتساعد دراسات الجدوى في التعرف على التغيرات الاقتصادية والسياسية والقانونية المتوقع حدوثها خلال العمر الافتراضي للمشروع[(٢)].

ومن هنا تتضح أهمية دراسة الجدوى للمصارف الإسلامية مما يحثها على إقامة إدارة بحثية ذو عناصر مؤهلة تستطيع اتخاذ القرار الاستثماري من خلال هذه الدراسات.

---

(1) الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، محمود عبد الكريم ارشيد: ٢٨٠، دار النفائس، عمان، ط١/ ٢٠٠١م.

(2) المصدر السابق: ٢٨٢.

٦. اشتراط الكفيل أو الضامن: اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز تضمين العامل رأس المال أو سهماً منه، وأنه في حال الخسارة فإن كلاً من الطرفين يخسر من جنس ما قدم، ولكن يجوز رب المال أن يشترط الكفيل أو الضامن في حالة التعدي والتقصير أو في حالة مخالفة شروط المضاربة المتفق عليها، كما يمكن أن يضاف إليها مسئولية المضارب عن الخلل في دراسات الجدوى إذا ما بنيت على خطأ أساسي وافتراضات غير واقعية(١).

وقد جاء في فتاوى ندوة البركة (رقم ٥٩) أن اشتراط تقديم الكفيل أو الضمان على المضارب أو الشريك جائز شرعاً لضمان التعدي أو التقصير(٢).

٧. تسليم رأس المال للمضارب(٣): ومعناه تمكين المضارب من التصرف في رأس مال المضاربة ووضعه تحت يده، وتمكينه من سلطة التصرف، وذهب بعض الفقهاء إلى أن المراد من تسليم رأس المال إليه أن يستقل العامل باليد عليه والتصرف فيه، ويمكن تحقيق هذه الغاية بوضع مقدار من رأس المال في حسابه الجاري، ويشترط عليه أن لا يسحب منه إلا على ما يفرضه جدول التدفقات النقدية للمشروع، وفي هذا نوع حماية من مخاطر تسليم رأس المال كاملا بداية، ثم يتبين عدم أمانة العامل أو عدم قدرته على إدارة المشروع.

(1) ينظر: فتح العلي المالك، لعليش: ٢/ ٢٢٢، المغني: لابن قدامة: ٥/ ١١٦.

(2) نقلا عن: أوراق في التمويل الإسلامي، أحمد محي الدين أحمد:٢٤٣.

(3) ينظر: المدونة، للإمام مالك بن أنس: ١٢/ ٨٨، المبسوط، للسرخسي: ٢٢/ ٨٣، بدائع الصنائع، للكاساني: ٥/ ١١٦، المغني، لابن قدامة: ٥/ ١٣٨.

المبحث الثاني: الشروط الجعلية في عقد المرابحة.

المطلب الأول: في معنى المرابحة.

قبل أن أشرع في بيان صورة المرابحة أنوه أن هناك اختلافاً بين المرابحة الفقهية بصورتها الموجودة في كتب المذاهب وبين المرابحة المصرفية التي هي تطوير لصورة المرابحة الفقهية.

فالمرابحة لغة: من الربح بالكسر والفتح بمعنى النماء في التجر، والعرب تقول للرجل إذا دخل في التجارة: بالرَّباح والسّماح. وأربحته على سلعته أي أعطيته ربحاً، وبعت السلعة مرابحة على كل عشرة دراهم درهم. واشتريته منه مرابحة إذا سميت لكل قدر من الثمن ربحاً[1].

والمرابحة في اصطلاح الفقهاء يتناسب مع المعنى اللغوي لها، فهي عندهم بمعنى الزيادة والفضل على أصل التكلفة. حيث عرفها الحنفية بأنها: «بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح»، وعند المالكية: «بيع مرتب ثمنه على ثمن مبيع يعقبه غير لازم مساواته له»، وعند الشافعية: «المرابحة أن يبين رأس المال وقدر الربح بأن يقول ثمنها مائة وقد بعتكها برأس مالها وربح درهم في كل عشرة»، وعرفها الحنابلة: «بيع الشيء بمثل ثمنه وربح معلوم»[2].

---

(1) ينظر: مادة ربح في : تاج العروس، للزبيدي: ١/ ١٥٨٣، لسان العرب، لابن منظور: ٢/ ٤٤٢، الصحاح في اللغة: ١/ ٢٣٥، تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، تح: محمد عوض: ٥/ ٢٢، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠٠١م، المصباح المنير:١/ ٢١٥.

(2) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٣/ ٧٨، بدائع الصنائع، للكاساني: ٤/ ٤٦١، الشرح الكبير، للدسوقي: ٤/ ٢٥٧، مواهب الجليل، للحطاب: ٦/ ٤٣٢، المجموع، للنووي: ١٣/ ٣، الإنصاف، للمرداوي: ٤/ ٤٣٨.

فالبيع مرابحة من بيوع الأمانة، وقد اتفق الفقهاء في معناها والجمهور على جوازها، وسميت بذلك؛ لأنها تقوم على أساس كشف البائع عن الثمن الذي اشترى به السلعة، وبيع الأمانة تنقسم إلى بيع المرابحة وقد سبق بيانه، وبيع التولية وهو: المبادلة بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان، وبيع الوضيعة وهو: المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه(١).

والكلام في كتب الفقه عن المرابحة يتضمن عدة أمور منها: في تفسيرها وبيان شرائطها وشرائط رأس المال، وما يلحق به وما لا يلحق به،وفي بيان ما يجب بيانه من مصاريفها مما إذا بيانه يُعد خيانة وما لا يجب، وفي حالات الخطأ والغش وما يترتب على ذلك من آثار، وغير ذلك من الأحكام التي تتعلق بالمرابحة مما لا يتسع المقام بتفصيلها، وأقتصر على بيان الفرق بينها وبين المرابحة التي تجري في المصارف الإسلامية(٢).

لقد عرفت المرابحة في المصارف الإسلامية والمسمّاة (بيع المرابحة للآمر بالشراء) هي: «أن يتفق البنك والعميل على أن يقوم البنك بشراء البضاعة عقاراً أو غيره، ويلتزم العميل بأن يشتريها من البنك بعد ذلك، ويلتزم البنك بأن يبيعها له وذلك بسعر آجل أو بسعر عاجل تحدد نسبة الزيادة فيه على سعر الشراء مسبقاً»(٣).

(1) ينظر: بدائع الصنائع:٤ / ٤٦١،الشرح الكبير، للدسوقي: ٤/ ٢٥٨، الفروق، للقرافي: ٢/ ٦٢.

(2) ينظر: المدونة، للإمام مالك بن أنس: ٩/ ٢٢٦، بدائع الصنائع، للكاساني: ٤/ ٤٦١، الإنصاف، للمرداوي: ٤/ ٤٣٨.

(3) بيع المرابحة كما تجريه المصارف الإسلامية، محمد سليمان الأشقر: ٦، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط٢، ١٩٩٥م.

وعرفت بأنها: «عبارة عن التزام من المصرف بشراء سلعة موصوفة وصفاً بعينها وبيعها لعميله بنسبة معينة من الربح، مع وعد من العميل بشراء هذه السلعة عند حصولها للمصرف بثمن الشراء مع إضافة النسبة المتفق عليها من الربح»[1].

ولبيع المرابحة للآمر بالشراء صور مع الوعد وعدمه كما يلي:

الصورة الأولى: وتنبني على التواعد غير الملزم بين الطرفين مع عدم ذكر مسبق لمقدار الربح.

وصورتها: أن يرغب العميل شراء سلعة بعينها فيذهب إلى المصرف ويقول: اشتروا هذه البضاعة لأنفسكم ولي رغبة بشرائها بثمن مؤجل أو معجل بربح، أو سأربحكم فيها.

الصورة الثانية: وتنبني على التواعد غير الملزم بين الطرفين، مع ذكر مقدار ما سيبذله من ربح.

وصورتها: أن يرغب العميل شراء سلعة معينة ذاتها أو جنسها، فيذهب إلى المصرف ويقول: اشتروا هذه السلعة لأنفسكم، ولي رغبة بشرائها بثمن مؤجل أو معجل، وسأربحكم زيادة عن رأس المال: ألف دينار مثلا.

الصورة الثالثة: وتنبني على المواعدة الملزمة بالاتفاق بين الطرفين، مع ذكر مقدار مقدار الربح.

وصورتها: أن يرغب العميل شراء سلعة معينة ذاتها أو جنسها المنضبطة عينها بالوصف، فيذهب إلى المصرف ويتفقان على أن يقوم المصرف ملتزما بشراء البضاعة

(1) النظام المصرفي في الإسلام، محمد أحمد سراج: ٣٣٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع – القاهرة، ١٩٨٩م.

من عقار أو آلات أو نحو ذلك، ويلتزم العميل بشرائها من المصرف بعد ذلك، ويلتزم المصرف ببيعها للعميل بثمن اتفقا عليه مقداراً وأجلاً وربحاً[1].

وبالنظر في تعريف المرابحة الفقهية والمرابحة التي تجري في المصارف الإسلامية يتضح أن هناك فروقاً بينهما في أمور، هي:

السلعة في المرابحة القديمة تكون موجودة حاضرة لدى البائع مُرابحة، أما في المرابحة المصرفية فهي غير موجودة ولا حاضرة لديه.

المرابحة القديمة تنعقد مرة واحدة في مجلس العقد، أما المرابحة المصرفية ففيها مرحلتان: مرحلة المواعدة، ومرحلة المعاقدة.

المواعدة في المرابحة المصرفية قد تكون ملزمة، مع أن الثمن لا يزال مجهولا، إذ لم يشتر المصرف السلعة بعد، ولم يعرف كلفتها (ثمنها الأول) أما الثمن في المرابحة القديمة فمعلوم في المجلس.

في المرابحة القديمة يكون البائع مرابحة قد اشترى السلعة لنفسه بلا ريب، سواء للانتفاع، أو للاتجار، وقد يمضى وقت بين شرائها وإعادة بيعها، أما في المرابحة المصرفية فلا يشتري المصرف السلعة إلا بناء على طلب العميل ووعده بشراء السلعة، فهو يشتريها لا لينتفع بها، بل ليعيد بيعها بمجرد حصوله عليها.

المرابحة القديمة قد تكون مرابحة حالَّة أو مؤجلة، أما المرابحة المصرفية فالغالب أنها مؤجلة، فالمصرف يشتري السلعة بثمن نقدي، ليعيد بيعها بثمن مؤجل.

---

(1) بيع المرابحة في المصارف الإسلامية، بكر عبد الله أبو زيد، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: العدد الخامس:٧٢٦.

المرابحة القديمة إذا كانت حالَّة فربح البائع فيها كله ربح نقدي لقاء جهده ووقته ومخاطرته، أما المرابحة المصرفية المؤجلة فربح المصرف فيها كله ربح ناشئ عن التأجيل، أي ربح في مقابل الأجل. ولو أراد المصرف الحصول أيضا على ربح نقدي لارتفعت كلفة التمويل ، بما قد يؤدي إلى إحجام العميل عن التعامل معه. وغالبا ما يعترف العميل للمصرف بدوره التمويلي في العملية فقط. أما الدور التجاري فهو ما ينهض به العميل، وتدخّل المصرف في هذا الدور ليس إلا من باب تحلة العمل.

المرابحة القديمة فيها خلاف بين الفقهاء حول ما يجب أن يدخل في الثمن الأول أو لا يدخل، من مصاريف وأجور وسواها. أما المرابحة المصرفية فالأمر فيها ههنا سهل، إذ كل التكاليف تدخل في الثمن الأول، وما قد يقال بعدم إدخاله في الثمن، كمصاريف التأمين مثلا، يمكن إدخاله في الربح.

في المرابحة القديمة قد يكون البائع مرابحة أدخل على السلعة قيمة مضافة من إصلاح أو تصنيع أو مداواة أو خياطة أو صباغة. أما في المرابحة المصرفية فالمصرف لا يدخل على السلعة أية إضافة، فهو تاجر يشتري السلعة ليعيد بيعها فورًا كما هي.

في المرابحة القديمة قد تكون السلعة قابلة للزيادة والنماء، كأن تكون حيواناً يسمن ويكبر ويلد، أو شجرًا يثمر، أما المرابحة المصرفية فتجري على سلع غير قابلة للنماء، لأن المصرف لا يتحمل مثل هذه المسؤوليات في التكاثر والعلف والنماء[1].

(1) ينظر: المرابحة أصولها وأحكامها وتطبيقاتها، أحمد علي عبد الله: ١٧١ وما بعدها، الدار السودانية للكتب – الخرطوم، ط١، ١٩٨٧م، النظام المصرفي الإسلامي، محمد أحمد سراج: ٣٣٣، ٣٣٤، بيع المرابحة في المصارف الإسلامية، د. رفيق المصري، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ع٥/ ٨٤١، بيع المرابحة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، أحمد سالم ملحم، ٨١ وما بعدها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٥م.

ولقد اختلف العلماء المعاصرون في صورة المرابحة المصرفية من ناحية الإلزام بالوعد وعدمه، ولا تزال المسألة محل إثارة للنقاش في ملتقيات عدة، وسأحاول أن أعرض بديلا للوعد الملزم في صيغة المرابحة باشتراط الشروط التي لا تخل بصحة المعاملة، وتقلل من مخاطرة نكول العميل وهذا ما يتناوله المطلب التالي.

المطلب الثاني: دور الشروط في تقليل مخاطر المرابحة.

قبل أن أشرع في بيان الشروط التي تقلل من مخاطر المرابحة أذكر ما ذكرته سابقاً من أن المخاطرة قد تكون أمراً مطلوباً لإضفاء المشروعية على المعاملة، وقد تكون ممنوعة كما في المقامرة، ولذا فإنه على المصرف أن يخاطر بأمواله ليسوغ له ربحه وربح من أودع ماله ليستثمره، وإن في الإلزام بالوعد انتفاء للمخاطر التي على المصرف من تقلب للأسعار وحوالة الأسواق وتغيرات الطلب فهي الأساس المسوغ للربح التجاري[1]، فإذا انتفت كل هذه المخاطر فبما يسوغ ربح المصرف إذن؟.

ومن هنا فإن على المصرف دراسة أحوال السوق وما يطلبه الناس من السلع حيث يقوم بتوفيره في مخازنه وعرضه للبيع مرابحة، ثم إن النكول ليس سمة عامة في الناس وأن المصرف يستطيع أن يصرّف السلعة بخبرته وبعملائه، خاصة السلع التي يطلبها عامة الناس، أما السلع التي عليها طلب قليل كمعدات المستشفيات، وما تطلبه المحافظات كمحطات التحلية، ومحطات توليد الكهرباء، فالنكول في مثل هذه السلع أقل؛ لأن طالبي السلعة عادة هيئة اعتبارية يهمها أن تتعامل مع المصرف.

ومن الأمور التي يمكن أن يحتاط بها المصرف لتقليل المخاطر ما يلي:

١. اشتراط الخيار على صاحب السلعة، حيث إن بعض الفقهاء قيده بثلاثة أيام، وأجاز بعضهم الزيادة عن الثلاثة بقدر الحاجة[2]، ويستطيع المصرف أن يتم الصفقة التي أخذها بالخيار مع المشتري النهائي خلال مدة الخيار، فإذا لم يتم البيع رجع بالسلعة على بائعا الأول دون أن يلحق به ضرر، وأنوه أنه يمكن تطبيقها على

(1) ينظر: ملاحظات في فقه الصيرفة، لعبد الجبار حمد السبهاني: ٣٢، بحث منشور بمجلة جامعة الملك عبد العزيز، م١٦، ع١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.

(2) ينظر: الهداية للمرغناني: ٣/ ٢٩، مواهب الجليل، للحطاب: ٦/ ٣٠٣، كشاف القناع، للبهوتي: ٣/ ٢٠٢.

بعض السلع الموجودة في موطن المصرف، أما ما كان يحتاج إلى استيراد من بلد أجنبي فيصعب تطبيق مثل هذا الشرط لما يحتاج هذا العقد من إجراءات لتوريد السلعة.

٢. اشتراط من له رغبة في شراء سلعة ما بالتقسيط أن يتقدم بطلب إلى المصرف بذلك، مع دفع عربون بقيمة مالية مطلوبة مقطوعة يقدرها المصرف حسب ما يراه، حتى يضمن مضي العميل في الشراء فعلاً، بشرط أن لا يتم الاتفاق على ثمن السلعة إلا بعد حيازة المصرف لها، على أن دفع العربون الذي هو عنوان على وعد الشاري وعزمه الأكيد على شراء السلعة لا يكون ملزماً لدافعه على الشراء[1].

٣. جواز اشتراط ضمان الدين عن طريق الكفالة أو الرهن، فالتمويل بصيغة المرابحة من الصيغ التي يترتب عليها المداينات، وجاز دفع مخاطرة عدم السداد أو المماطلة فيه باشتراط الضمان.

(1) فتوى الشيخ الصادق الغرياني في تصحيح عقود التمويل عن طريق المرابحة الشرائية وإلغاء الشروط الفاسدة، نقلا من موقع التناصح الخاص بالشيخ، وينظر: التمويل بالمرابحة كما تقوم به المصارف الإسلامية بين الواجب والواقع، د. حسين حسين شحاته: ٦.

المبحث الثالث: في مسائل متفرقة من الأعمال المصرفية.

المطلب الأول: تحصيل الأوراق التجارية.

الفرع الأول: في ما هيتها وكيفية قيام عملية التحصيل.

لم تتناول جل القوانين تعريفاً للأوراق التجارية، وإنما بينتها من خلال خصائصها وما تقوم به من وظائف اقتصادية، ومن خلال البيانات والمعلومات التي يجب أن تحتويها الورقة التجارية، وقد بادر شراح القانون إلى وضع تعريف لها مستمد من خصائصها وميّزاتها، من هذه التعاريف أنها: « صكوك تتضمن التزاماً بدفع مبلغ من النقود يستحق الوفاء عادة بعد وقت قصير، وتقبل التداول بطريق التظهير أو المناولة، ويقبلها العرف التجاري أداة لتسوية الديون »(١).

وعرفت أيضاً بأنها: « أسناد قابلة للتداول بالطرق التجارية، وتمثل حقا نقدياً معين المقدار واجب الدفع في موعد محدد »(٢).

وبما أن الأوراق التجارية تمثل ديناً في ذمة مصدرها، فإن المصارف تقوم بتحصيل هذه الأوراق التجارية خدمة لعملائها، وتوفيراً لوقتهم وجهدهم، فهي تنوب مناب الدائنين في تحصيل قيمة الورقة من المدين لحساب الدائن نظير عمولة.

---

(1) الأوراق التجارية، علي جمال الدين عوض: ٧، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ١٩٨٦م.

(2) الموسوعة التجارية والمصرفية(الأوراق التجارية)، محمود الكيلاني: ٣/ ١٢، دار الثقافة، عمان- الأردن، ط١، ٢٠٠٧م.

الفرع الثاني: تكييف هذه العملية.

قد كيّفت هذه العملية بأنها عمل من أعمال الوكالة المشروعة، وأن تقاضي العمولة من قبيل الوكالة بأجر[1].

ويشترط في هذه العملية لكي تكون صحيحة أن تكون العمولة مبلغاً مقطوعاً وليس مربوطاً بقيمة الورقة التجارية، ويمكن أن يتفاوت المبلغ المقطوع من ورقة لأخرى ليس لقيمتها وإنما لتفاوت إجراءات التحصيل.

أما بالنسبة لخصم الأوراق التجارية وهي: عملية يعجل بمقتضاها البنك إلى المستفيد من ورقة تجارية لم يحل أجلها بعد قيمة هذه الورقة مقابل تنازل صاحب الحق فيها للبنك عن ملكيته لهذا الحق، ويتقاضى البنك مقابل ما يقوم به مبلغاً من النقود يخصمه من قيمة الورقة، ويسمى (سعر الخصم)، وذلك مقابل فائدة المبلغ المدفوع عن المدة من تاريخ تعجيل دفع المبلغ إلى تاريخ استحقاق الورقة[2].

فهذه العملية هي صورة من صور القرض الربوي، لاحتوائها شرط الفائدة النسبية من قيمة الورقة، حيث يدفع البنك أقل من قيمة الورقة ويستوفي قيمتها كاملة في موعدها، علماً بأن الأوراق التجارية توصف بأنها أوراق قصيرة الأجل.

---

(1) ينظر: أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، الغريب ناصر: ٢١٤، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، محمود عبد الكريم ارشيد: ١٦٨، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد عثمان اشبير: ٢٤٤، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط٦، ١٣٢٧هـ، ٢٠٠٧م.

(2) ينظر: عمليات البنوك، محمود الكيلاني: ١/ ٢٩٢، دار الجيب للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط١، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.

وبناء على ذلك فلا يجوز للبنك الإسلامي أن يتعامل بهذه المعاملة في تلك الصورة، ويمكنه القيام بهذه العملية من باب القرض الحسن بشرط أن لا يأخذ زيادة على ما يدفعه تحت ما يسمى عمولة أو فائدة أو أجراً، وإنما يقوم بتحميل العميل بالمصاريف الفعلية التي يتكبدها في تحصيل قيمة الورقة[1].

(1) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة، محمد عثمان شبير: ٢٤٧.

المطلب الثاني: الشرط الجزائي ودوره في العقود المصرفية.

إن كثيراً من الصيغ التي تستخدمها المؤسسات المالية الإسلامية، ينتج عنها التزامات آجلة، سواء كان التزاماً بدين أو أداء عمل معين.

وكثير من هذه المؤسسات تعاني من المماطلة في أداء الحقوق والتأخير في القيام بالأعمال، وإن هذا التباطؤ، والإخلاف في الوفاء بالالتزامات في موعدها يُلحق بهذه المؤسسات خسائر فادحة أحيانا، ويُفوت عليها فرصاً استثمارية أحياناً أخرى، وقد يجعلها تقصّر في أداء الالتزامات التي عليها بسبب هذا التأخير.

ويُعد الشرط الجزائي أحد الوسائل التي تعالج هذا التأخير في الالتزامات وأداء الحقوق، وقد كُتبت فيه عدة أبحاث، وتناولته مجامع فقهية ومؤتمرات، وما زالت تتجاذبه أنظار العلماء، وسأحاول أن أبين أهمية الشرط الجزائي في العقود المصرفية، وهل يصلح لجميع العقود سواء كان الالتزام الأصلي فيها دينا أو القيام بعمل؟.

الفرع الأول: في تعريفه.

عرف العلماء الشرط الجزائي بأنه: «اتفاق بين المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه أحدهما عند إخلال الآخر بالالتزام، والالتزام إما أن يكون أداء مال ثابت في الذمة، وإما أن يكون قياماً بعمل محدد في الاتفاق»[1].

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في مشروعية الشرط الجزائي بين مانع ومجيز على الإطلاق، وبين مجيز لعقود دون أخرى.

(1) بيانات الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، محمود ارشيد: ٣٨٢، وينظر: الوسيط في القانون المدني، لعبد الرزاق السنهوري: ٢/ ٨٥١ دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان ، المدخل الفقهي العام، للزرقاء: ٢/ ٧١٤.

وبالنظر في الأبحاث والدراسات التي بين يدي، فإنه يمكن أن أضع النقاط التالية في الشرط الجزائي[1]:

- اتفاق بين المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه أحدهما عند إخلال الآخر بالالتزام، والالتزام إما أن يكون أداء مال ثابت في الذمة، وإما أن يكون قياماً بعمل محدد في الاتفاق.
- يكفل الشرط الجزائي ضمان تنفيد العقد، وتحذير الملتزم من الإخلال بالتزامه، وتهديده بالجزاء المشروط، لحمله على الوفاء، مما يزيد في قوة العقد الملزمة، كما أنه يمنع سوء النية لدى الملتزم، وهو أكثر فاعلية من التهديد بطلب التعويض، مما يجعل الطرف الآخر أكثر اطمئنانا.
- يقلل الشرط الجزائي المنازعات التي يمكن أن تثور بين المتعاقدين بشأن الضرر، من حيث وقوعه وعدمه، ومن حيث اعتباره مباشراً أو غير مباشر، ومن حيث تقدير قيمته، لأن وجود مثل هذا الشرط، يعني ضمنيا بأن هناك إقراراً من الملتزم بأنه في حالة إخلاله بالالتزام، يلزمه رفع الضرر عن الطرف الآخر.
- يوفر الشرط الجزائي الوقت على المتعاقدين، إذ لو طلب الطرف المتضرر رفع الضرر عن طريق القضاء، لاستغرق وقتا طويلا.

---

(1) ينظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، لأبي عبد الله محمد بن محمد الحطاب، تح: عبد السلام محمد الشريف: ٣٦٥ وما بعدها، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م، المدخل الفقهي العام، للزرقاء: ٢/ ٧١٤ وما بعدها، الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية: ١/ ١٨، ٢١، مطبوعات بيت التمويل الكويتي، ط٢، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م، أبحاث مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بشأن موضوع(الشرط الجزائي) وقراره المنبثق عن ذلك المؤتمر، العدد ١٢/ ٤٦٢ وما بعدها، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، محمود ارشيد: ٣٨٢وما بعدها، فقه المعاملات المالية المقارن، علاء الدين زعتري: ١١٣، دار العصماء، دمشق – سوريا، ط١، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٧م.

- يجوز في الشرط الجزائي أن يكون مقترنا بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.
- فرقت بعض الدراسات فيما إذا كان الشرط الجزائي بسبب عدم التنفيد فهو جائز ويأخذ حكم العربون الذي أجازه الحنابلة، وأما إن كان اشتراطه لأجل التأخير فإنه غير جائز، لأنه يكون في حكم ربا النسيئة.
- إذا كان محل الالتزام دينا، كأن يكون ثمن مبيع أو قرضاً، أو مسلماً فيه، أو بيع تقسيط، أو عقد استصناع بالنسبة للمستصنع، فلا يصح تضمين العقد شرطاً جزائياً؛ لأنه يصبح زيادة مشروطة في التزام الدين وهو الربا المجمع على تحريمه.
- يجوز تضمين العقد للشرط الجزائي إذا كان محل الالتزام عملا، فجاز في عقد الاستصناع -بالنسبة للصانع- أن يتضمن العقد شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم يكن هناك ظروف قاهرة كانت سبب عدم التنفيذ، وجاز أيضاً في عقود المقاولات، والتوريد.
- لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من جراء الإخلال بالعقد.
- يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك.

قد ذكرت أن هناك عدة آراء في مشروعية الشرط الجزائي، وفي رأي الباحث أن التفريق بين العقود التي يكون محل الالتزام فيها ديناً، والعقود التي يكون محل الالتزام فيها عملاً، قول يتماشى مع روح الشريعة وفيه ابتعاد عن شبهة الربا، وغلق الباب أمام النفوس الضعيفة من اشتراط فوائد على الديون والأموال بحجة الشرط الجزائي.

وتستفيد المصارف الإسلامية من تضمين عقودها التي يكون محل الالتزام فيها عملا شرطاً جزائياً، من دفع مخاطر عدم التنفيذ، كما في عقد الاستصناع والمقاولة والتوريد.

الفرع الثاني: الأدلة التي اعتمد عليها القائلون بجواز الشرط الجزائي.

وأذكر بعض الأدلة التي اعتمد عليها العلماء في جواز الشرط الجزائي، وهي:

١. عموم الآيات والأحاديث التي تجوّز اشتراط الشروط في العقود، وتحث على الالتزام والوفاء بها.

٢. الآثار التي رويت عن القاضي شريح. فقد روى البخاري في صحيحه: قال ابن عون عن ابن سيرين: قال الرجل لكريه، أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح[(١)]: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره، فهو عليه[(٢)].

٣. وما رواه البخاري عن : أن رجلا باع طعاماً وقال: إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجىء، فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت، فقضى عليه[(٣)].

---

(1) هو: الفقيه أبو أمية بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي قاضي الكوفة ويقال له شريح بن شراحيل، أسلم في حياة النبي ﷺ روى عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي، روى عنه الشعبي والنخعي وابن سيرين، بقي في القضاء خمسا وسبعين سنة، توفي سنة ٨٧هـ. وهو ابن مائة وعشر سنين. (سير أعلام النبلاء، للذهبي: ٤/ ١٠٠، ١٠١، الثقات، محمد بن حبان التيمي: ٤/ ٣٥٢، ٣٥٣)

(2) كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم: ٢/ ٤٨٦.

(3) كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم: ٢/ ٤٨٦.

٤. قياس الشرط الجزائي على بيع العربون الذي أجازه الحنابلة، بجامع أن كلا منهما غايته سلامة العقود، وحفظها من التلاعب، وحمل أحد العاقدين على الوفاء بالتزامه، من خلال إلزامه بدفع مقدار من المال إن هو أخل بالالتزام[١].

٥. أصل المصلحة المرسلة، فإنها تُثبت أن كل ما فيه مصلحة غير محرمة، يجيزه الشارع، والشرط الجزائي فيه أكثر من مصلحة غير محرمة، فهو من جهة يحمل على الوفاء بالعقود، وهو أمر دعا إليه الشارع الحكيم، ومن جهة أخرى يرفع الضرر الذي يصيب أحد الطرفين، جراء الإخلال بالالتزام[٢].

(1) الشرط الجزائي وأحكامه في الأعمال والديون، محمود بخيت: ٥٤، مجلة إربد للدراسات والبحوث، المجلد الثامن، العدد الأول، ٢٠٠٥م.

(2) الملكية ونظرية العقد، لأبي زهرة: ٢٣٨.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على صاحب المعجزات، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإني بعد هذا الجهد في موضوع الشروط الجعلية وأثرها في عقود المعاوضات، توصلت إلى النتائج التالية:

١. الشرط الجعلي المقترن ما كان خاليا من أدوات الشرط، ولم يكن مضافا إلى زمن المستقبل، وكان يؤثر بقيد جديد على مقتضى العقد الأصلي بزيادة أو نقص، وكان جائزاً وذلك بعدم نهي الشارع عنه فيخرج المحرّم والذي فيه غرر.

٢. الشرط الجعلي يأخذ حكم السبب؛ لأنه يؤثر بطرفي الوجود والعدم، فإذا وجد الشرط وجد العقد، وإذا انعدم الشرط انعدم العقد.

٣. وقف الظاهرية على ظواهر النصوص ولم يبحثوا في عللها وأسبابها، ورفضوا القياس، مما أدى بهم إلى الاختلاف مع بقية الفقهاء لعدم اتحاد وجهات النظر في الأدلة.

٤. مثّلت المذاهب الأخرى الاتجاه الموسع لقولهم بالقياس وأخذهم بالآثار وعملهم بالعرف والاستحسان، ورغم أخْذ مذهب الحنفية والشافعية بحديث النهي عن بيع وشرط، فإنهم استثنوا الكثير من الشروط بالعرف أو القياس أو المصلحة، وهذه الأصول لو أخذناها أو بعضها وطبقناها في العقود لوجدنا أكثر الفقهاء قد فتحوا الباب ولم يضيّقوه.

٥. الشرط جائز ما لم يؤدي إلى غرر أو جهالة تفسد العقد، وإذا كان الغرر أو الجهالة بسبب الشرط كان ممنوعا ومخالفا للأحكام الشرعية.

٦. تباين أقوال العلماء في بعض مسائل المضاربة، فمنهم من يقول بالجواز ومنهم من يقول بخلاف ذلك، كل ذلك راجع -والله أعلم- للاجتهاد، فكل فريق كان اجتهاده بحسب البيئة التي يوجد فيها، فمن وجد في بيئة لا يوجد فيها نزاعات ولم

ينتشر الغش والغرر بين الناس قال بالجواز في كثير من فروعها، ومن وُجد في بيئة أخرى يؤدي عدم التصريح فيها بالإذن وغيره إلى نزاعات قال بالمنع.

٧. يعتبر الإلزام بالوعد في المرابحة المصرفية محل جدل بين الفقهاء في جوازها وعدمه، ويمكن التحوط لعدم الإلزام بخيار الشرط، أو بدفع عربون بقيمة مقطوعة.

٨. يشترط لصحة التعامل بتحصيل الأوراق التجارية، أن تكون العمولة مبلغاً مقطوعاً يعبر عن قيمة التكاليف، وليس مربوطاً بقيمة الورقة التجارية.

٩. جاز تضمن العقد شرطا جزائياً إذا كان محل الالتزام عملاً، أما إذا كان ديناً فلا يجوز، لما فيه من الابتعاد عن شبهة الربا، وغلق الباب أمام النفوس الضعيفة من اشتراط فوائد على الديون والأموال بحجة الشرط الجزائي.

وختاما فإني أسأل الله سبحانه وتعالى أن يجعل عملي هذا خالصاً مقبولاً،وأن يوفقني لكل خير، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

فهرس الآيات

الآية	السورة	الصفحة
﴿وَٱلۡمُوفُونَ بِعَهۡدِهِمۡ إِذَا عَٰهَدُواْ﴾	البقرة (١٧٧)	٣٩، ٥٩، ١٠٤
﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾	البقرة (١٨٨)	٣٨
﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖ﴾	البقرة (٢٨٠)	٤٣
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾	البقرة (٢٨٢)	١٣، ٤٣
﴿وَإِن كُنتُمۡ عَلَىٰ سَفَرٖ وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ﴾	البقرة (٢٨٣)	٤٣
﴿بَلَىٰ مَنۡ أَوۡفَىٰ بِعَهۡدِهِۦ وَٱتَّقَىٰ فَإِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُتَّقِينَ﴾	آل عمران(٧٦)	١٠٤
﴿وَمَن يَعۡصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدۡخِلۡهُ نَارًا خَٰلِدٗا فِيهَا﴾	النساء (١٤)	٤٤
﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾	النساء (٢٩)	٤٣
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾	المائدة (١)	٣٩، ٤٤، ٥٠، ١٠٤
﴿ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ﴾	المائدة (٣)	٤٤
﴿وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ﴾	الأنعام(١١٩)	٤٦، ١١٠
﴿أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمُ ٱللَّعۡنَةُ وَلَهُمۡ سُوٓءُ ٱلدَّارِ﴾	الرعد (٢٥)	٩٩
﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا﴾	النحل (٩١)	٤٤
﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾	الإسراء (٣٤)	٤٤
﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾	القصص(٢٧)	٣٥
﴿لَّقَدۡ كَانَ لَكُمۡ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسۡوَةٌ حَسَنَةٞ لِّمَن كَانَ يَرۡجُواْ ٱللَّهَ وَٱلۡيَوۡمَ ٱلۡأٓخِرَ﴾	الأحزاب(٢١)	٦١
﴿فَقَدۡ جَآ أَشۡرَاطُهَا﴾	محمد (١٨)	١٧
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ۝ كَبُرَ مَقۡتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفۡعَلُونَ﴾	الصف (٢، ٣)	١٠٤
﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥ﴾	الطلاق (١)	٤٤
﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ﴾	المعارج (٣٢)	٥٠، ١٠٤

فهرس الأحاديث

طرف الحديث	الصفحة
«ابتاع مني رسول الله ﷺ...»	٣٥، ٦٥، ٦٦، ١٠٦، ١٠٧، ١١١
«إذا تبايعت فقل لا خلابة...»	٤٣
«إن أحق الشروط أن توفوا به...»	٣٥
«أربع من كن فيه...»	١٠٤
«إن أطيب ما أكل ابن آدم...»	٣٨
«إن الله هو المسعر القابض...»	٨
«إنما البيع عن تراض»	٩
«بعت النبي ﷺ بعيراً...»	٦٥
«رحم الله رجلا...»	٨
«الصلح جائز بين المسلمين...»	١٠٥
«لا يحل سلف وبيع...»	٨٧، ٩٩
«ما بال أناس يشترطون...»	٤٥، ٩٨، ١٠٩
«ما كان من شرط...»	٤٥، ٦٦
«المسلمون على شروطهم»	٥١، ١٠٥، ١٠٦
«من ابتاع عبداً...»	٤٤
«من اشترط شرطاً...»	٤٥
«من باع نخلاً...»	٣٥، ٤٤
«من دخل في شيء...»	٩
«من علامات المنافق...»	١٠٥
«نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة...»	٦٦
«نهى عن بيع وشرط»	٦٤، ٦٧، ٩٥

«نهى عن بيع وغرر» ٧٠، ١١

«نهى عن بيعتين...» ٩٧

فهرس الأعلام

اسم العلم	الصفحة
أبو ثور إبراهيم بن خالد	٨٥
أبو حامد الغزالي محمد بن أحمد	٤٩
أبو حنيفة النعمان بن ثابت	١٠
أبو هريرة عبد الرحمن بن صخر	١٠٥
أبو المنذر هشام بن عروة	٦٥
أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم	٧٥
ابن أبي ليلى أبو عيسى الأنصاري	٦٤
أحمد بن حنبل	٤٨
أنس بن مالك	٩٧
الباجي سليمان بن خلف	١٢١
البخاري محمد بن إسماعيل	١٠٨
البرزلي أبو القاسم بن أحمد	٨٠
بريرة مولاة عائشة	٦٥
البطليوسي عبد الله بن محمد	٦٤
ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم	٤٨
جابر بن عبد الله	٨
الجويني أبو المعالي عبد الملك	٨٥
الرافعي عبد الكريم محمد عبد الكريم	١٣
ابن رشد (الجد) محمد بن أحمد	٥٠
ابن رشد (الحفيد) محمد بن أحمد	٦٦
زفر بن هذيل	٧١
زينب الثقفية	٩٦
السرخسي محمد بن أحمد	٩٥
الشاطبي إبراهيم بن موسى	٧
الشافعي محمد بن إدريس	٤٩
شريح أبو أمية بن الحارث	١٥١
الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم	٨٤

عائشة بنت أبي بكر الصديق	٣٨
ابن عابدين محمد أمين	١٨
ابن عبد البر يوسف بن عبد الله	٩٧
عبد الله بن عباس	١٣٢
عبد الله بن عمر	١٠٤
عبد الله بن شبرمة	٦٤
عبد الله بن مسعود	٩٦
عبد الوارث بن سعيد	٦٤
عثمان بن عفان	١١٠
عليش محمد بن أحمد	٧٥
عمر بن الخطاب	٣٥
عمر بن عبد العزيز	٦١
عمرو بن شعيب	٦٥
ابن قدامة عبد الله بن محمد	٨٧
القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس	٢٠
الكاساني أبو بكر بن مسعود	١٢٦
مالك بن أنس	٤٨
محمد بن الحسن الشيباني	١٠
مصطفى أحمد الزرقاء	٥٨
النووي يحيى بن شرف	٨٣

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم، برواية حفص.

١. إتمام الأعلام (ذيل لكتاب الأعلام لخير الدين الزركلي): للدكتور نزار أباظة ومحمد رياض المالح، دار صادر بيروت، الطبعة الثانية ٢٠٠٣م ـ ١٤٢٤هـ.

٢. أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مصطفى الخن، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط١، ٢٠٠٩م.

٣. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لتقي الدين أبي الفتح الشهير بابن دقيق العيد، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

٤. الإحكام في أصول الأحكام، تصنيف الإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ت ٤٥٦هـ، قدم له الأستاذ إحسان عباس، منشورات دار الآفاق الجديدة، ط٢، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.

٥. أحكام المعاملات، كامل موسى، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت – لبنان، ط١، ٢٠٠٨م.

٦. أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، محمد زكي عبد البر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، قطر- الدوحة، ط١، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٦م،

٧. إحياء علوم الدين: لأبي بي حامد محمد بن محمد الغزالي، دار الندوة الجديدة، بيروت- لبنان.

٨. الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، علق عليه: محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.

٩. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للشوكاني، دار الفكر، بيروت- لبنان.

١٠. الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، أميرة عبد اللطيف مشهور، مكتبة مدبولي القاهرة، ط١، ١٩٩١م.

١١. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمن الموطأ من معاني الرأي والآثار، للإمام الحافظ يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، تح: عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ.

١٢. الاستيعاب في معرفة الأصحاب، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تح: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.

١٣. أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي، أحمد محي الدين أحمد، مطبوعات سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي.

١٤. الأشباه والنظائر، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم،، تح: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م

١٥. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، تح: محمد محمد تامر، حافظ عاشور حافظ، دار السلام للطباعة والنشر، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م.

١٦. الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، لعباس حسني محمد، شركة ومكتبات عكاظ للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م

١٧. الإصابة في تمييز الصحابة، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تح: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.

١٨. أصول السرخسي، لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، تح: أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت- لبنان،

١٩. أصول الفقه في نسيجه الجديد وتطبيقاته في التشريعات القانونية، لمصطفى إبراهيم الزلمي، علي أحمد صالح المهداوي، المركز القومي للنشر – الأردن، ط١، ١٩٩٩م

٢٠. أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، د. الغريب ناصر، دار أبوللو للتوزيع والنشر القاهرة، ط١، ١٩٩٦م،

٢١. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل ، بيروت -لبنان، ط، ١٩٧٣م.

٢٢. الأعمال الكاملة لابن القيم، جامع الفقه، ، جمعه ووثق نصوصه وخرج أحاديثه يسري السيد محمد، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة – مصر، ط١، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.

٢٣. إكمال المعْلم بفوائد مسلم، لأبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، تح: يحيى إسماعيل، دار الوفاء، المنصورة – مصر، ط١، ١٩٩٨م.

٢٤. الأم ، لمحمد بن إدريس الشافعي، تح: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م،

٢٥. الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته دراسة مقارنة، تأليف:د. محمد يوسف موسى، دار الفكر العربي، ١٩٨٧م.

٢٦. الإنصاف في التنبيه على الأسباب التي أوجبت الاختلاف بين المسلمين في آرائهم، تح: محمد رضوان، دار الفكر، دمشق دراسات أندلسية، ط١، ١٣٩٤هـ، ١٩٧٤م.

٢٧. أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تأليف الإمام: أبي نصر أحمد بن محمد السمرقندي، علق عليه:د. يحيى مراد، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، ط١، ٢٠٠٤م.

٢٨. أوجز المسالك إلى موطأ مالك، لمحمد زكريا الكاندهلوي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٢٩. الأوراق التجارية، علي جمال الدين عوض، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ١٩٨٦م.

٣٠. أوراق في التمويل الإسلامي، أحمد محي الدين أحمد، مطبوعات مجموعة البركة المصرفية، ط١، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.

٣١. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء، تقديم: عبد الرزاق الحلبي، تح: محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ط٣، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.

٣٢. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الحفيد) ، تح: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م.

٣٣. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للعلامة زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، ط٢.

٣٤. البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، قام بتحريره: د. عمر سليمان الأشقر، نشر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط١٩٨٨م،

٣٥. بيع المرابحة كما تجريه المصارف الإسلامية، محمد سليمان الأشقر، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط٢، ١٩٩٥م

٣٦. بيع المرابحة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، أحمد سالم ملحم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٥م.

٣٧. تاج العروس من جواهر القاموس، لأبي الفيض محمد بن محمد الزبيدي، المطبعة الوهبية القاهرة.

٣٨. تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية في العقود، بدران أبو العينين بدران، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت –لبنان،

٣٩. تحرير الكلام في مسائل الالتزام، لأبي عبد الله محمد بن محمد الحطاب، تح: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م،

٤٠. تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط٢، ٢٠٠٥م،

٤١. تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، للحافظ صلاح الدين خليل بن كيكلدي العلائي، تح: إبراهيم محمد السلقيني، مطبوعات مجمع اللغة العربية، بدمشق،

٤٢. تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، د. سامي حمود، مطبعة الشرق، ط٢، ١٩٨٢م

٤٣. التعريفات، لعلي بن محمد الجرجاني، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م،

٤٤. تقريب التهذيب، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تح: محمد عوامة، دار الرشيد، سوريا، ط١، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.

٤٥. تقويم مسيرة الاقتصاد الإسلامي، د. عبد الرحمن يسري أحمد، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي جامعة أم القرى.

٤٦. تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، تح: محمد عوض ، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ط١، ٢٠٠١م.

٤٧. الثقات، لمحمد بن حبان بن أحمد التميمي، تح: السيد شرف الدين أحمد، دار الفكر، ط١، ١٣٩٥هـ، ١٩٧٥م.

٤٨. جامع بيان العلم وفضله، لأبي عمر يوسف بن عبد البر، تح: أبي الأشبال الزهري، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط٧، ١٤٢٧هـ.

٤٩. جواهر الألفاظ لأبي الفرج قدامة بن جعفر تح: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٧٤م.

٥٠. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر بن أبي الوفاء القرشي، دار مير محمد خانة، كراتشي.

٥١. حاشيتان: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي المصري، وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، على منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت- لبنان،

٥٢. حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي، دار صادر، بيروت، ط ١٩٦٠م،

٥٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان،ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م،

٥٤. حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري، دار الفكر، دمشق- سوريا،

٥٥. حاشية ابن القيم على سنن أبي داود، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط٢، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.

٥٦. خلاصة تهذيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال، لصفي الدين أحمد بن عبد الله الخزرجي، تح: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر حلب/ وبيروت، ط٥، ١٤١٦هـ.

٥٧. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، المطبعة العباسية، حيفا، ١٣٤٣هـ، ١٩٥٢م،

٥٨. دلائل الأحكام من أحاديث الرسول عليه السلام، لبهاء الدين أبي المحاسن يوسف بن رافع بن شداد، وثق أصوله، محمد شيخاني، زياد الأيوبي، دار قتيبة، دمشق – بيروت، ط١، ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م.

٥٩. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.

٦٠. رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين، لمحمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين ت١٢٥٢هـ، دار إحياء التراث العربي.

٦١. زاد المعاد في هدي خير العباد، له، تح: شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت- لبنان، ط١، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م

٦٢. سنن أبي داود، للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، راجعه وضبطه وعلق عليه: محمد محي الدين عبد الحميد، دار إحياء التراث العربي.

٦٣. سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، أشرف على التعليق والطبع: عزت عبيد الدعاس، منشورات مكتبة دار الدعوة، حمص، ١٣٨٥هـ، ١٩٦٥م.

٦٤. سنن ابن ماجة، للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، جمعه ورقمه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، ١٣٩٥هـ، ١٩٧٥م.

٦٥. سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، اعتنى به ورقمه: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.

٦٦. سير أعلام النبلاء، لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تح: شعيب الأرنؤوط، ومحمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط٩، ١٤١٣هـ.

٦٧. الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، محمود ارشيد، دار النفائس، عمان، ط١، ٢٠٠١م.

٦٨. شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م.

٦٩. شرح صحيح البخاري، لابن بطال أبي الحسين علي بن خلف بن عبد الملك، علق عليه، ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض – المملكة العربية السعودية، ط٢، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.

٧٠. شرح صحيح مسلم، المسمى إكمال إكمال المعلم، لمحمد بن خليفة الوشتاني الأبي، مطبوع مع الصحيح، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، ط١، ١٩٩٤م.

٧١. شرح النووي على صحيح مسلم، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، اعتنى به: عبد السلام عمر علوش، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض – المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.

٧٢. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، دار المعارف، بمصر.

٧٣. شرح فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن همام الحنفي، على الهداية شرح بداية المبتدي، للإمام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، علق عليه: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م،

٧٤. شرح القواعد الفقهية، لأحمد محمد الزرقاء، قدم له: مصطفى أحمد الزرقاء، عبد الفتاح أبو غدة، دار الغرب الإسلامي، بيروت –لبنان، ١٩٨٣م.

٧٥. صحيح البخاري، للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، دار صادر بيروت، ط١، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.

٧٦. صحيح مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.

٧٧. طبقات الحفاظ، لعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤٠٣هـ.

٧٨. طبقات الشافعية، لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة، تح: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت-لبنان، ط١، ١٤٠٧هـ.

٧٩. طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي، تح: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط٢، ١٤١٣هـ.

٨٠. الطبقات الكبرى، لمحمد بن سعد بن منيع الزهري، دار صادر، بيروت.

٨١. عرض وتقويم للكتابات حول النقد في إطار إسلامي، محمد عبد المنعم عفر، مطابع جامعة الملك عبد العزيز، ط ١٩٩٤م،

٨٢. العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، لأبي القاسم عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، تح: الشيخ علي محمد معوّض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م

٨٣. عمليات البنوك، محمود الكيلاني، دار الجيب للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط١، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.

٨٤. العين للخليل بن أحمد الفراهيدي، تح: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.

٨٥. الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، مطبوعات بيت التمويل الكويتي، ط٢، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م،

٨٦. الفتاوى الكبرى، للإمام تقي الدين ابن تيمية، تح: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٧م.

٨٧. الفتاوى الكبرى الفقهية، لابن حجر الهيثمي، وبهامشه فتاوى شمس الدين محمد الرملي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م،

٨٨. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لأبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ضبطه وعلق عليه، عبد السلام عمر علوش، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض – المملكة العربية السعودية، ط١، ٢٠٠٤م.

٨٩. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لأبي عبد الله محمد أحمد عليش، وبهامشه تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٩٠. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، لأبي يحيى زكريا الأنصاري، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت – لبنان.

٩١. الفروق إدرار الشروق على أنواء الفروق للإمام أبي القاسم قاسم بن عبد الله بن الشاط، وحاشية تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، لمحمد علي بن حسين المكي المالكي، كلاهما مطبوع مع كتاب الفروق، لأبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، ضبطه وصححه خليل منصور، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م،

٩٢. الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، بيروت – لبنان، ط٤، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م،

٩٣. فقه المعاملات دراسة مقارنة، محمد علي عثمان الفقي، تقديم: سلطان محمد سلطان، دار المريخ للنشر، المملكة العربية السعودية، ط ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م،

٩٤. فقه المعاملات المالية المقارن، علاء الدين زعتري، دار العصماء، دمشق – سوريا، ط١، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٧م.

٩٥. فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، نصر فريد واصل، المكتبة التوفيقية، مصر – القاهرة، ط٥، ١٩٩٨م.

٩٦. في مصادر التراث الاقتصادي، ياسر الحوراني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط٢، ٢٠٠١م.

٩٧. قطر المحيط لبطرس البستاني، مكتبة لبنان، بيروت، ط ١٨٦٩م،

٩٨. القواعد النورانية الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية، تح: محمد حامد الفقي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت–لبنان.

٩٩. القوانين الفقهية، لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، الدار العربية للكتاب، ليبيا، ط١٩٨٢م.

١٠٠. الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، حمد بن أحمد أبو عبد الله الذهبي الدمشقي، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، ط١، ١٤١٣هـ، ١٩٩٢م.

١٠١. كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت – لبنان، ط ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.

١٠٢. لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الأفريقي المصري، دار صادر، بيروت –لبنان، ط:١٩٠٠م،

١٠٣. لسان الميزان، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تح: دائرة المعرفة النظامية الهند، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ط٣، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.

١٠٤. لماذا المصارف الإسلامية، محمد نجاة الله صديقي، المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة١٩٨٢،

١٠٥. مبدأ الرضا في العقود، علي محي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، ط٣، ٢٠٠٧م.

١٠٦. المبسوط، تأليف: شمس الدين السرخسي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، ط٣، ١٣٩٨هـ، ١٩٧٨م.

١٠٧. المبسوط في شرح القانون المدني، لياسين محمد الجبوري، دار وائل للطباعة والنشر، عمان - الأردن، ط١، ٢٠٠٢م.

١٠٨. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، بتحرير الحافظين: العراقي وابن حجر، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط٢، ١٩٦٧م.

١٠٩. المجموع شرح المهذب، للشيرازي، المكتبة السلفية، المدينة المنورة.

١١٠. المحلى، تصنيف الإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، تح: لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت- لبنان.

١١١. المحيط في معجم اللغة العربية، تأليف: أديب اللجمي، بشير بن سلامة، شحادة الخوري وآخرون، بيروت، ط٢، ١٩٩٤م.

١١٢. المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقاء، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط١٠، ١٣٨٧هـ، ١٩٦٨م.

١١٣. المدخل للفقه الإسلامي تاريخ الفقه الإسلامي الملكية ونظرية العقد، لأحمد فرّاج حسين، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٢٠٠٢م،

١١٤. المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر، ١٣٢٣هـ.

١١٥. المذهب الاقتصادي في الإسلام، محمد شوقي الفنجري، من كتاب الاقتصاد الإسلامي، بحوث مختارة من المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد، ط١، ١٩٨٠م،

١١٦. المرابحة أصولها وأحكامها وتطبيقاتها، أحمد علي عبد الله، الدار السودانية للكتب – الخرطوم، ط١، ١٩٨٧م،

١١٧. المستدرك على الصحيحين، للحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري المعروف بالحاكم، تح: محمود مطرجي، وبالهامش تلخيص المستدرك،للذهبي، والمستدرك على التلخيص، لابن الملقن، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠٢م.

١١٨. المستصفى من علم الأصول، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، وبذيله فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه، تقديم وتعليق: إبراهيم محمد رمضان، دار الأرقم للطباعة والنشر، بيروت-لبنان.

١١٩. مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، تأليف عبد الرزاق أحمد السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان، ط٢، ١٩٩٨م.

١٢٠. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت- لبنان،

١٢١. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد عثمان اشبير، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط٦، ١٣٢٧هـ، ٢٠٠٧م.

١٢٢. المعجم الأوسط، للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تح: طارق بن عوض الله، عبد المحسن الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.

١٢٣. معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، د. نزيه حماد، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م.

١٢٤. معجم مصطلحات أصول الفقه، وضعه: قطب مصطفى سانو، قدم له: محمد روّاس قلعه جي، دار الفكر المعاصر، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٢٠، ٢٠٠٠م.

١٢٥. معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعه جي، حامد صادق قنيبي، دار النفائس، بيروت، ط٢، ١٩٨٨م.

١٢٦. معرفة علوم الحديث، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، تح: أحمد بن فارس السلوم، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.

١٢٧. المغني، لموفق الدين محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي، ويله الشرح الكبير، تأليف الأمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة المقدسي، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، ط ١٣٩٢هـ، ١٩٧٢م.

١٢٨. مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للشريف أبي عبد الله محمد بن أحمد الحسني التلمساني، تح: محمد علي فركوس، مؤسسة الريان، ط١، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.

١٢٩. المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، لأبي العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي، تح: أحمد محمد السيد، محمود بزال وآخرون، دار ابن كثير، بيروت-لبنان، ط٢، ١٩٩٩م.

١٣٠. مقدمات ابن رشد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، دار صادر، بيروت ط:١٩٨٠م.

١٣١. الملكية في الإسلام، عيسى عبده، أحمد إسماعيل ياسين، دار المعارف، القاهرة -مصر.

١٣٢. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، للإمام محمد أبي زهرة، دار الفكر العربي، ط ١٩٧٧م.

١٣٣. المنتقى، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي مطبعة السعادة، مصر، ط١، ١٣٣٢هـ.

١٣٤. الموافقات في أصول الأحكام، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، ضبطه وعلق عليه: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.

١٣٥. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، ضبطه وخرج آياته: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م

١٣٦. موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، تأليف: سعدي أبو حبيب، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط٢، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.

١٣٧. الموسوعة التجارية والمصرفية(الأوراق التجارية)، محمود الكيلاني، دار الثقافة، عمان- الأردن، ط١، ٢٠٠٧م.

١٣٨. الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، مطبوعات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية- الكويت، ط٢، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م،

١٣٩. موسوعة مصطلحات أصول الفقه عند المسلمين، لرفيق العجم، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٨م،

١٤٠. الموطأ، للإمام مالك بن أنس، تح: محمود أحمد القيسية، مؤسسة النداء، أبوظبي، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م.

١٤١. نحو نظام نقدي عادل، عمر شابرا ، المعهد الدولي للفكر الإسلامي، الناشر المجلس الأعلى بجامعة الملك عبد العزيز، ١٩٨٧،

١٤٢. نظام حماية الودائع لدى المصارف الإسلامية، د. عثمان بابكر أحمد، بحث منشور ضمن مطبوعات البنك الإسلامي للتنمية ١٤٢١هـ،

١٤٣. النظام المصرفي اللاربوي، محمد نجاة الله صدّيقي، ط١، ١٩٨٥م،

١٤٤. النظام المصرفي في الإسلام ، محمد أحمد سراج، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٤١٠هـ، ١٩٨٩م.

١٤٥. النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، لتوفيق حسن فرج، الدار الجامعية، بيروت، ط٣.

١٤٦. النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، تأليف: محمد علي البدوي، منشورات الجامعة المفتوحة، ط٢، ١٩٩٣م.

١٤٧. النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد)، تأليف د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط ١٩٣٤م،

١٤٨. نظرية العقد، لشيخ الإسلام ابن تيمية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت-لبنان.

١٤٩. النظر فيما علق عليه الشافعي القول به على صحة الخبر، تأليف: سعيد بن عبد القادر سالم باشنفر، تقديم: عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.

١٥٠. نهاية السول من علم الأصول، للإسنوي، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، ط١، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م،

١٥١. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، دار الفكر للطباعة، بيروت- لبنان، ط الأخيرة، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.

١٥٢. الوافي بالوفيات، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، تح: أحمد الأرنؤوط، وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م.

١٥٣. الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، تأليف: عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان.

١٥٤. الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، قام بتنقيه: مصطفى محمد الفقي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ١٩٨٨م.

١٥٥. الوسيط في المذهب لحجة الإسلام محمد بن محمد بن محمد الغزالي، تح: أحمدمحمود إبراهيم، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م،

١٥٦. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن أبي بكر بن خلكان، تح: إحسان عباس، دار الثقافة، لبنان.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الآية	أ
الإهداء.....	ب
الشكر والتقدير.....	ج
المقدمة.....	١
التمهيد.....	٧
الفصل الأول: تحديد المقصود من الشروط الجعلية.....	١٧
المبحث الأول: في بيان المفردات.....	١٧
المطلب الأول: تعريف الشرط.....	١٧
تعريفه لغة.....	١٧
تعريفه اصطلاحاً.....	١٨
تعريفه عند الفقهاء.....	١٨
تعريفه عند الأصوليين.....	٢٠
شرح التعريف.....	٢١
أنواع الشرط والفرق بينها.....	٢٣
المطلب الثاني: في بيان المقصود من الأثر والمعاوضة.....	٢٨
المقصود من الأثر.....	٢٨
المقصود من المعاوضة.....	٣٢
المبحث الثاني: مشروعية الشروط والحكمة من اشتراطها.....	٣٥
المطلب الأول: في مشروعية الشروط.....	٣٥
المطلب الثاني: الحكمة من اشتراط الشروط.....	٣٨
الفصل الثاني: مدى حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط.....	٤١
المبحث الأول: بيان الاتجاهات الفقهية.....	٤٣

المطلب الأول: اتجاه القائلين بالمنع..... ٤٣
المطلب الثاني: اتجاه القائلين بالإباحة..... ٤٨
المبحث الثاني: بيان اتجاه فقهاء القانون في سلطان الإرادة..... ٥٢
المطلب الأول: بيان اتجاه فقهاء القانون..... ٥٢
المطلب الثاني: مقابلة ما بين التشريعين..... ٥٧
الفصل الثالث: منشأ الخلاف في الشروط وبيان أقسامها..... ٦١
المبحث الأول: في بيان سبب الاختلاف..... ٦٤
المبحث الثاني: أقسام الشروط الجعلية وأنواعها..... ٦٩
المطلب الأول: أقسام الشروط عند الحنفية..... ٦٩
المطلب الثاني: أقسام الشروط عند المالكية..... ٧٩
المطلب الثالث: أقسام الشروط عند الشافعية..... ٨٣
المطلب الرابع: أقسام الشروط عند الحنابلة..... ٨٧
رأي ابن تيمية في الشروط..... ٨٩
رأي ابن القيم في الشروط..... ٩٠
خلاصة القول في الشروط..... ٩٢
الفصل الرابع: استعراض أدلة الفقهاء في الشروط ومناقشتها..... ٩٥
المبحث الأول: أدلة المقيدين للشروط ومناقشتها..... ٩٥
المطلب الأول: استدلالهم من المنقول..... ٩٥
المطلب الثاني: استدلالهم من المعقول..... ١٠٢
المبحث الثاني: أدلة القائلين بأن الأصل في الشروط الإباحة، ومناقشتها.. ١٠٤
المطلب الأول: استدلالهم من المنقول..... ١٠٤
المطلب الثاني: استدلالهم من المعقول..... ١١٠
الموازنة بين المذاهب والترجيح..... ١١١
الفصل الخامس: نماذج من الشروط الجعلية في العقود المصرفية..... ١١٤

المبحث الأول: الشروط الجعلية في عقد المضاربة..... ١٢٣
المطلب الأول: في معنى المضاربة..... ١٢٣
المطلب الثاني: دور الشروط الجعلية في تقليل مخاطر المضاربة..... ١٣٠
المبحث الثاني: الشروط الجعلية في عقد المرابحة..... ١٣٧
المطلب الأول: في معنى المرابحة..... ١٣٧
المطلب الثاني: دور الشروط في تقليل مخاطر المرابحة..... ١٤٣
المبحث الثالث: في مسائل متفرقة..... ١٤٥
المطلب الأول: تحصيل الأوراق التجارية..... ١٤٥
في ماهيتها وكيفية قيام عملية التحصيل..... ١٤٥
تكييف هذه العملية..... ١٤٦
المطلب الثاني: الشرط الجزائي ودوره في العقود المصرفية..... ١٤٨
تعريف الشرط الجزائي..... ١٤٨
الأدلة التي اعتمد عليها القائلون بجواز الشرط الجزائي..... ١٥١
الخاتمة..... ١٥٣
فهرس الآيات..... ١٥٦
فهرس الأحاديث..... ١٥٧
فهرس الأعلام..... ١٥٩
فهرس المصادر والمراجع..... ١٦١
فهرس الموضوعات..... ١٧٦