International Islamic University
Islamabad - Pakistan
Faculty of Shariah & Law
Islamic Commercial Law

الجامعة الإسلامية العالمية
إسلام آباد ـ باكستان
كلية الشريعة والقانون
قسم الدراسات العليا

الشروط المقترنة بالعقود وتطبيقاتها في المعاملات المالية

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القانون التجاري الإسلامي
(فقه المعاملات)

إعداد: الطالب / حافظ عمر رشيد

رقم التسجيل: (01-FSL/MS-ICL/F08)

تحت اشراف:

فضيلة الأستاذ الدكتور/ محمد طاهر حكيم حفظه الله
الأستاذ المشارك في كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية العالمية
اسلام آباد ـ باكستان

العام الجامعي: (2012-2013)

International Islamic University
CENTRAL LIBRARY
Islamabad

Accession No. TH 12188

MS
340.596
ع م ش

قانون - حاملات المالية

International Islamic University
Islamabad - Pakistan
Faculty of Shariah & Law
Islamic Commercial Law

الجامعة الإسلامية العالمية
إسلام آباد - باكستان
كلية الشريعة والقانون
القانون التجاري الإسلامي

لجنة المناقشة للحصول على درجة الماجستير

أجريت مناقشة البحث الذي قدّمه

الطالب/ حافظ عمررشيد

بعنوان:

الشروط المقترنة بالعقود وتطبيقاتها في المعاملات المالية

بتاريخ/ 26 / 09 / 2013 م

ونجح بتقدير: ممتاز (A)

أسماء لجنة المناقشة

الرقم		الاسم
1	المشرف على البحث	الأستاذ الدكتور محمد طاهر حكيم، الأستاذ المشارك في كلية الشريعة والقانون اسلام آباد
2	المناقش الخارجي	الأستاذ الدكتور مطيع الرحمن المستشار القانونى في محكمة الشريعة الفيدرالية اسلام آباد
3	المناقش الداخلي	الأستاذ الدكتور حافظ محمد انور الأستاذ المساعد في كلية الشريعة والقانون اسلام آباد

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى روح والدي رحمه الله الذي ظل يشجعني على طلب العلم النافع، وساعدني في سبيل الحصول عليه، حتى لقي ربه.

إلى والدتي - أطال الله عمرها وأحسن عبادتها - التي تعلمتُ منها العلم والأدب والخلق منذ صغرسني، حتى أصبحت من زبرة أبناء طلاب العلم، اللهم اغفر لأمّي وأبي ،وارحمهما كما ربّياني صغيراً.

إلى زوجتي العزيزة الغالية التي تحملت معي مشاق الغيبة في سنوات الدراسة بنفس صابرة مطمئنّة، وكم سهرت تدعولي بالتوفيق والنجاح، أسأل الله أن يغفر لها ويوفقها لما يحبه ويرضى إنّه ولي ذلك والقادر عليه.

كما أهدي هذا العمل إلى كل طلبة العلم المهتمين بالفقه الإسلامي خاصة وإلى المهتمين بالشريعة الإسلامية عامة، وإلى المسلمين الباحثين عن الكسب الحلال العاملين على تطبيق مفاهيم الشريعة الإسلامية، والله من وراء القصد، راجياً من الله تعالى أن يكون هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم وأن ينفع به المؤمنين، وأن يجعله في ميزان حسناتي يوم القيامة، والحمد لله ربّ العالمين، وصلى الله وسلم على نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

شكر وتقدير

الحمد لله ربّ العالمين القائل في كتابه العزيز:﴿ بَلِ ٱللَّهَ فَٱعۡبُدۡ وَكُن مِّنَ ٱلشَّٰكِرِينَ ﴾ [1] الآية، والقائل: ﴿ وَٱشۡكُرُواْ لِي وَلَا تَكۡفُرُونِ ﴾[2] الآية، والقائل: ﴿وَمَن شَكَرَ فَإِنَّمَا يَشۡكُرُ لِنَفۡسِهِۦۖ ﴾[3] الآية، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين القائل في حديثه الشريف:{من لم يشكر الناس لم يشكر الله}[4]، فبعد أن منّ الله عليّ بإكمال هذا العمل المبارك فلا يسعني إلا أن أنسب الفضل إلى إهله فأتوجه بالحمد والشكر لله سبحانه وتعالى أولاً على ما أنعم عليّ من فضله وكرمه وتوفيقه إياي لإنجاز هذا العمل على درب البحث العلمي، اللهم لك الحمد والشكر كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك ومجدك على ما أنعمت به عليّ من نعم لا تحصى ولا تعدّ.

ثم إنّه ليسعدني ويشرفني أن أتقدم بكلمة شكر وتقدير متواضعة لأهل الفضل الذين قدموا لي يد العون والمساعدة في إنجاز هذا البحث، فأتقدم بالشكر والتقدير إلى أستاذي المشرف على الرسالة "فضيلة الأستاذ الدكتور محمدطاهرحكيم" الأستاذ المشارك في كلية الشريعة و القانون،قسم الشريعة، حفظه الله وأطال في عمره وأحسن عبادته، على قبوله الإشراف على هذا البحث، وعلى ملاحظاته وتوجيهاته السديدة القيمة، وتصويباته الدقيقة، ونصائحه الطيّبة، الذي بذل لي جهده و وقته، وخبرته الواسعة حتى خرجت هذه الرسالة، فله الفضل بعد الله - سبحانه وتعالى - إلى حيز الوجود كاملة، جعل الله ذلك في ميزان حسناته يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

---

(1) سورة الزمر: من الآية: [٦٦].

(2) سورة البقرة، من الآية: [١٥٢].

(3) سورة النمل: من الآية: [٤٠].

(4) السنن ، الترمذي،كتاب البر والصلة: باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك،حديث رقم: ١٩٥٥، ج٤، ص٣٣٩.

كما أتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان إلى إدارة (**الجامعة الإسلامية العالمية – إسلام آباد باكستان**) ولا سيما عمادة (**كلية الشريعة والقانون**) التي غمرتني برعايتها منذ بداية الدراسة، وأجزل الشكر وأوفره لجميع أساتذتي الكرام الأفاضل في "**كلية الشريعة والقانون**" لما لهم جميعاً من فضل عليّ فجزاهم الله خيراً.

كما أتوجه بخالص شكري وتقديري إلى كل الزملاء الأفاضل الذين لم يدّخروا وسعاً في التعاون والمشاركة، وقد أدلوا بملاحظاتهم في تقويم هذا البحث وإغنائه، وإلى كل من شاركني عناء هذا البحث وأسهم فيه بتوجيه، أو كتاب أو دعاء، وهم كثُر بارك الله فيهم، والحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا العمل و هيأ لي من الأساتذة والأهل والأحبّة والأصدقاء من وقف إلى جانبي في مشوار بحثي هذا، والحمد لله على كلّ حال، وصلى الله وسلم على نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المقدمة

الحمد لله ربّ العالمين حمداً يليق بجلاله وعظيم سلطانه،وأصلى وأسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم وبعد: فإن من رحمة الله تبارك وتعالى أن جعل القرآن والسنة هما المصدران الأصليان للتشريع،

وقد روعي في الأحكام الاجتهادية التي لا نص صحيح صريح فيها- وبخاصة في المعاملات – تحكيم قواعد الشريعة العامة، مثل: تحقيق العدل في المعاوضات المالية، والإحسان في التعامل، وتحريم الظلم والغش، والتراضي بين المتعاملين، والابتعاد عن الغرر والتدليس، والغبن، وتحريم الربا، وغيرها من القواعد والضوابط التي تحكم التعامل في السوق.

إضافة إلى تحكيم القواعد سالفة الذكر في التعامل، يأتي العرف ودوره في تشكيل الكثير من صيغ التعامل وبيان الشروط المستجدة.

وها نحن نرى اليوم ثمار الجهود المباركة من الرسائل والبحوث والمقالات التي تقدمها مجامع البحوث والفقه والإدارات الإسلامية وكذلك الشخصيات العلمية، حيث نراها قد اهتمّت بالبحث عن الحلول لجميع المشاكل المعاصرة، والمستجدات الحديثة التي تحتاج إلى اجتهادات نابعة من النصوص الشرعية، ومن مقاصدها على حدّ سواء، ومن هذه المستجدات: الشروط المقترنة بالعقود التي ظهرت بسبب الاختراعات والمستجدات الحديثة عموماً، ولهذه الشروط أثر كبير وأهمية بالغة في أحكام العقد فمنها ما يجوز ومنها ما يحذر منها الشرع فلا بد من معرفة هذه الشروط بأنواعها وأحكامها وآثارها في المعاملات المالية في الوقت الراهن، ولذلك كانت هذه الرسالة و موضوعها: (الشروط المقترنة بالعقود وتطبيقاتها في المعاملات المالية).

١. أهمية الموضوع:

تدور فكرة موضوع هذه الدراسة على الشروط المقترنة بالعقود وتطبيقاتها في المعاملات المالية، حيث تنطلق من دراسة الجانب النظري لأحكام الشروط المقترنة بالعقود المالية، ثم تتناول مجموعة من العقود المالية المتداولة بين الناس فتتناول الشروط في تلك العقود بالتحليل والتوضيح لبيان الأحكام الفقهية لها.

تظهر أهمية هذه الدراسة بأنها تبحث عن الشروط المقترنة بالعقود وتطبيقاتها في المعاملات المالية، خاصة تلك الشروط التي فيها مصلحة لأحد المتعاقدين ولم يدل الدليل الشرعي على تحريمها وإبطالها نصا أو قياساً، وبالتالي تطبيق هذه الشروط في هذه المعاملات وبيان أحكامها.

٢. إشكالية الموضوع وافتراضاته:

هذا الموضوع من المواضيع الفقهية المهمّة في الفقه الإسلامي، وقد تحدّث كثير من العلماء قديماً وحديثاً في أهميته وتأثيره في العقود، ولكن حتى الآن هناك بعض الأسئلة قد يسألها الناس عن حكمها وكيفيتها، منها:

- ما المراد من الشروط المقترنة بالعقود؟
- ما هو موقف الفقهاء في هذه الشروط؟
- ما هي الآثار المترتبة على هذه الشروط في الفقه الإسلامي؟
- ما هي الآثار المترتبة على هذه الشروط في المعاملات المالية المعاصرة؟
- ما هي أهمية هذه الشروط في المعاملات المالية خاصة في العصر الحاضر؟

فهذه الإشكاليات والافتراضات ونحوها، يتطرق الموضوع إلى تحليلها وبيان أحكامها، لما لها من أهمية بالغة وفوائد جمّة وتأثيرات شرعية في المعاملات بين النّاس.

٣. الدراسات السابقة أو الجهود:

مما لا شك فيه أنّ المكتبات الإسلامية زاخرة ومليئة جداً بالدراسات التي تناولت موضوع الشروط المقترنة، وقد تكلم معظم العلماء قديماً في مؤلفاتهم وأبحاثهم في الفقه الإسلامي عن بعض الشروط المقترنة بالعقود وأحكامها، وفي العصر الحاضر هناك بعض البحوث والقرارات والكتابات الشخصية تناولت الموضوع من بعض جوانبه كما هو الشأن في أكثر الدراسات الفقهية ومن هذه البحوث مايلي:

- قرارات مجمع الفقه الإسلامي بشأن بعض الشروط المقترنة مثل الشرط الجزائي، قرار رقم:١٠٩، (٣/١٢)، الدورة الثانية عشرة بالرياض، ١٤٢١هـ.

- بحث الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة، لمحمد عبدالعزيز بن سعد اليمني، ولكن الباحث تكلم عن شرط الجزائي وبعض شروط أخرى وآثارها.
- بحث التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود لعبدالله على طحافة وقد ذكر الباحث مفهوم الشروط المقترنة وآثارها في بعض العقود المالية وبعض تطبيقاتها، ولكنه لم يستوفى.
- المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء عند حديثه عن نظرية العقود في الفقه الإسلامي حيث تحدث عن سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي وبين الإجتهادات الإسلامية في ذلك ثم بين أنواع الشروط العقدية.

وهناك دراسات أخرى ربما لم أطلع عليها.

تبقى هذه الدراسات للجانب النظري للشروط المقترنة بالعقد وإن كانت قد ذكرت لبعض الشروط التطبيقات، وبقي التطبيقات لبعض العقود المعاصرة مثل التوريد، والمقاولة، والإستصناع والصيانة وغيرها فما زالت تحتاج إلى مزيد من تحقيق المناط لها وعرضها على هذا الجانب النظري لمعرفة أحكامها وآثارها

٤. أسباب اختيار الموضوع :

هناك بعض الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع ولعل من أهمها ما يلي:

- استكمالاً لمتطلبات نيل درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون قسم الفقه التجاري الاسلامي في الجامعة الاسلامية العالمية اسلام آباد – باكستان.
- خلوّ المكتبات الاسلامية من بحث يجمع جوانب موضوع الشروط المقترنة بالعقود في صورة مستقلة يحمل جزئياته المختلفة وفرعياته المعتبرة، ويستوفي الموضوع من الجانب القديم والحديث، ويقارن بين آراء الفقهاء فيه .
- ظهرت في العصر الحاضر شروط جديدة مقترنة بالعقود في المصارف الاسلامية وغيرها تحتاج إلى فهم حقيقتها شرعاً وعرفاً ومدى مطابقتها لأحكام الشريعة الاسلامية نظراً وتطبيقاً، فوجدت أنّ هناك حاجة ماسة لكتابة هذا الموضوع، لأنّ إفراد هذا الموضوع بالبحث يبرزه ويسهل مهمة الوصول إليه، ويختصر الطريق أمام الراغبين للتوسع فيه ويكفيهم عناء البحث عنه في الكتب المختلفة.

- إن موضوع الشروط المقترنة بالعقود لها أهمية كبيرة للعاقدين لمعرفة أنواعها وأحكامها وأثارها.
- إن الآثار المترتبة على هذه الشروط المقترنة بالعقود لها أهمية بالغة في الشرع ولدى عامة الناس.
- الحاجة إلى عرض الخلاف في الشروط المقترنة بالعقود والأدلة والمناقشة.
- الإسهام في إظهار كمال الشريعة، وصلاحها على إختلاف الأحوال والأعصار، وأن في نصوصها وقواعدها العامة ما يبين أحكام الحوادث والنوازل المستجدة، ويحقق المصالح ويدفع المضار.

٥. **أهداف البحث:**

- استكشاف مفهوم الشروط المقترنة بالعقود
- معرفة أنواع هذه الشروط وأحكامها
- الإطلاع على أثر هذه الشروط في الفقه الإسلامي
- معرفة اختلاف الفقهاء وأراء هم في هذه الشروط
- التعرف على أثر هذه الشروط في المعاملات المالية

٦. **منهج البحث:**

سلكت في دراسة وكتابة وجمع مادة هذا البحث المنهج التالي:

أولاً: في إطار هذا العنوان لقد ألزمت نفسي في إبراز الموضوع وفق منهج البحث العلمي المتبع في العرض والتبويب، وقسمت البحث إلى ثلاثة فصول، وبينت في الفصل الأول معنى الشرط وأقسامه، ومعنى العقد وأقسامه، ومعنى الشرط المقترن بالعقد، ثم بينت في الفصل الثاني الشروط المقترنة بالعقود وآثارها عند الفقهاء الأربعة، ثم بينت في الفصل الثالث الشروط المقترنة المستجدة بالعقود المالية وتطبيقاتها.

ثانياً: التزمت بالرجوع إلى أمهات المصادر الأصلية المعتمدة من كتب التفسير وعلومه، والحديث وعلومه، والفقه وأصوله، وكتب الاقتصاد الاسلامي، ومعاجم اللغة العربية.

ثالثاً: التزمت في كل مسألة بدراسة آراء الفقهاء في المذاهب الأربعة حسب ما ورد، مع بيان أدلتها، ووجه الاستدلال بها إلا إن كان جلياً، وأذكر بعض النصوص الفقهية الأخرى زيادة في الاستدلال حيثما لزم الأمر.

رابعاً: عند ذكر الأقوال في المسألة التزمت بذكر أقوال فقهاء المذاهب مرتبة حسب تاريخها الزمني، فبدأت بمذهب الحنفية ثمّ المالكية ثمّ الشافعية ثمّ الحنابلة، إلا إذا كان القول للجمهور فأبدأ به أولاً، فإن كان هذا القول لبعض الفقهاء الآخرين من السلف فأشير اليه في مكانه المناسب.

خامساً: عزوت الآيات القرآنية الكريمة إلى مواضعها في المصحف الشريف، بذكر اسم السورة، ورقم الآية، وحاولت أن أذكر بقدر الإمكان وجه الاستدلال من الآية القرآنية راجعاً وناقلاً من كتب التفسير المعتمدة.

سادساً: التزمت بتخريج الأحاديث والآثار الواردة في البحث، بذكر اسم الكتاب الذي ورد فيه الحديث والباب ورقم الحديث، ورقم الصفحة مع ذكر الحكم في بعض الأماكن حسب ما تيسر.

سابعاً: لم أترجم للأعلام الورادة ذكرهم في صلب البحث فراراً من ضخامة البحث وطوله.

ثامناً: جعلت الآيات القرآنية الورادة في البحث بين قوسين كبيرين: ﴿ ... ﴾ هكذا، والأحاديث النبوية الشريفة والآثار بين قوسين : {.....}هكذا، ووضعت النصوص المقتبسة من غير القرآن الكريم والأحاديث النبوية المطهرة أو الآثار بعلامة الاقتباس: "....." هكذا.

تاسعاً: ووضعت أرقام الهامش في كل صفحة بترقيم جديد من [١....الخ] هكذا.

عاشراً: ذكرت في خاتمة البحث أهمّ النتائج التي توصلت إليها خلال معالجتي لهذا الموضوع، والتوصيات، ومصادر البحث ومراجعه، مرتبة حسب حروف الهجاء.

٧. صعوبات البحث:

مما لا شك فيه أنّ أيّ بحث علميّ تعترض طريقه صعوبات، وهي تختلف حسب ظروف كل باحث، لذا فإنّ من أهمّ الصعوبات التي اعترضتني في إنجاز هذا البحث هي:

- أنّ المعلومات التي تتعلق بالبحث وأساليبه كانت موزّعة ومتفرقة في مصادر علمية كثيرة مختلفة كالمصادر الشرعية، والمصادر الاقتصادية، مما أخذ مني الوقت الكثير في جمعها.
- سعة هذا الموضوع وتشعّبه، غير أنني لم أدخّر جهداً في سبيل أن يكون هذا الموضوع في الصورة التي يتطلبها البحث العلمي.

٨. خطة البحث:

انتظمت خطة البحث في مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة متضمنة أهمّ النتائج التي توصلت إليها والتوصيات، وذلك على النحو التالي:

المقدمة:

وفيها:

أهمية الموضوع.

إشكالية الموضوع وافتراضاته.

الدراسات السابقة أو الجهود.

أسباب اختيار الموضوع .

أهداف البحث.

منهج البحث.

صعوبات البحث.

خطة البحث.

الفصل الأول: مفهوم الشروط المقترنة بالعقد.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الشرط

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشرط لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: الفرق بين الشرط والركن.

المطلب الثالث: الفرق بين الشرط والسبب.

المبحث الثاني: أقسام الشرط.

المبحث الثالث: معنى العقد وأقسامه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى العقد

المطلب الثاني: أقسام العقد

المبحث الرابع: معنى الشروط المقترنة بالعقد

الفصل الثاني: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها في الفقه الإسلامي

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الحنفية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الشروط الصحيحة

المطلب الثاني: الشروط الفاسدة وآثارها

المطلب الثالث: الشروط الباطلة وآثارها

المبحث الثاني: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند المالكية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الشروط الصحيحة

المطلب الثاني:الشروط الباطلة وآثارها

المبحث الثالث: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الشافعية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الشروط الصحيحة

المطلب الثاني:الشروط الباطلة وآثارها

المبحث الرابع: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الحنابلة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الشروط الصحيحة

المطلب الثاني:الشروط الباطلة وآثارها

الفصل الثالث: الشروط المقترنة بالعقد وتطبيقاتها في المعاملات المالية

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: الشروط المقترنة بعقد الإجارة وتطبيقاتها

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: تعريف عقد الإجارة

المطلب الثاني: تكييف عقد الإجارة ومشروعيتها

المطلب الثالث: أركان عقد الإجارة

المطلب الرابع: شروط عقد الإجارة

المطلب الخامس: الشروط المقترنة بعقد الإجارة وتطبيقاتها

المبحث الثاني: الشروط المقترنة بعقد التوريد وتطبيقاتها

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد التوريد

المطلب الثاني: تكييف عقد التوريد ومشروعيته

المطلب الثالث: أركان عقد التوريد

المطلب الرابع: شروط عقد التوريد

المطلب الخامس: الشروط المقترنة بعقد التوريد وتطبيقاتها

المبحث الثالث: الشروط المقترنة بعقد المقاولة وتطبيقاتها

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة وأهميتها

المطلب الثاني: تكييف عقد المقاولة ومشروعيتها

المطلب الثالث: أركان عقد المقاولة

المطلب الرابع: شروط عقد المقاولة

المطلب الخامس: الشروط المقترنة بعقد المقاولة وتطبيقاتها

المبحث الرابع: الشروط المقترنة بعقد الإستصناع وتطبيقاتها

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد الإستصناع

المطلب الثاني: تكييف عقد الإستصناع ومشروعيته

المطلب الثالث: أركان عقد الإستصناع

المطلب الرابع: شروط عقد الإستصناع

المطلب الخامس: شروط المقترنة بعقد الإستصناع وتطبيقاتها

المبحث الخامس: الشروط المقترنة بعقد الصيانة وتطبيقاتها

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد الصيانة

المطلب الثاني: تكييف عقد الصيانة ومشروعيتها
المطلب الثالث: أركان عقد الصيانة
المطلب الرابع: شروط عقد الصيانة
المطلب الخامس: شروط المقترنة بعقد الصيانة وتطبيقاتها

الخاتمة
أهمّ النتائج
التوصيات
المراجع والمصادر
فهرس محتويات البحث

الفصل الأول

مفهوم الشروط المقترنة بالعقد

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الشرط

المبحث الثاني : أقسام الشرط

المبحث الثالث:معنى العقد وأقسامه

المبحث الرابع: معنى الشروط المقترنة بالعقد

المبحث الأول: مفهوم الشرط

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: تعريف الشرط لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: الفرق بين الشرط والركن

المطلب الثالث: الفرق بين الشرط والسبب

وتفصيل هذه المطالب كالتالي:

المطلب الأول: تعريف الشرط لغة واصطلاحاً

أولاً: الشرط لغة:

يطلق الشرط في اللغة على عدة معاني أهمها مايلي:

١. الشَّرْط بسكون الراء: الزام الشيء، والتزامه في البيع كالشريطة، والجمع شروط وشرائط يقال شرط عليه في البيع ونحوه شرطاً ألزمه شيئا فيه [١].

٢. والشرْط ـ بسكون الراء ـ كذلك بزغ الحجام بالمشروط أي شقه بالمشروط وإنما سمي بذلك لأنه صارله أثر وعلامة ومنه قولهم: ربّ شرط شارط أوجع من شرط شارط فالأول من الإلزام والثاني من بزغ الحجام[٢].

٣. والشَّرَط بفتح الراء العلامة والجمع أشراط[٣] ومنه قوله تعالى:﴿ فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا ٱلسَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَآ ﴾ [٤] أي علامتها[٥]، وقال ابن فارس هذا المعنى اصلاً لمادة

---

(١) لسان العرب، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دارأحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، ج٧،ص٨٢ ، والقاموس المحيط، مجد الدين الفيروزآبادي، مطبعة أميرية، الطبعةالثالثة: ١٣٠١هـ، ج٢،ص٣٦٥، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي، مطبعة الأميرية بالقاهرة، الطبعة الخامسة، ج١،ص٤٢١.

(٢) لسان العرب، إبن منظور، ج٧،ص٨٤، والقاموس المحيط، فيروزآبادي، ج٢،ص٣٦٥، والمصباح المنير ، الفيومي، ج١،ص٤٢١.

(٣) لسان العرب ، إبن منظور، ج٧،ص٨٢، والقاموس المحيط، فيروزآبادي، ج٢،ص٣٦٥، والمصباح المنير، الفيومي، ج١،ص٤٢١، ومعجم مقاييس اللغة، أبي الحسين أحمد بن فارس، دار الفكر، بيروت ، سنة الطبعة: ١٣٩٩هـ، ج٣،ص٢٦٠.

(٤) سورة محمد: الآية: ١٨.

(٥) لسان العرب، ابن منظور، ج٧،ص٢٢٩، والقاموس المحيط، فيروزآبادي، ص٨٦٩، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي، ج١،ص٤٢١، ومعجم اللغة، ابن فارس، ج٣،ص٢٦٠.

"شرط" فقال: "الشين والراء والطاء أصل يدل على علم وعلامة وما قارب ذلك من علم" [1].

٤. والشَّـرَط: أراذل النـاس والأمـوال ويطلـق كـذلك علـى الأشـراف والأخيـار فهـو مـن الأضداد[2]، وانما سموا بذلك لملازمتهم الفضلية أو الرذيلة فهي علامة عليهم، وأخلص من هذا إلى أن أهم معاني الشرط في اللغة الإلزام والتزام والعلامة والتوثيق والأثر.

ثانياً: الشّرط اصطلاحاً:

عرف الشرط بتعريفات كثيرة سأكتفي بذكر بعضها فأهم هذه التعاريف مايلي:

١. عرف الشرط بأنه: مايلزم من عدمه عدم ولا يلزم وجوده وجود ولاعدم لذاته[3].

فاحترز بالقيد الاول من المانع فإنه لايلزم من عدمه شيء وبالقيد الثاني من السبب فإنه يلزم من وجوده الوجود وبالقيد الثالث مقارنة الشرط وجود السبب فيلزم الوجود أو وجود المانع فيلزم العدم لكن ليس ذلك لذاته بل لوجود السبب والمانع [4].

٢. وعرفه القرافي وقال: "هو الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولاعدم لذاته، ولايشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره" [5].

وزاد القيد الرابع في التعريف السابق وهو احتراز من جزء العلة فإنه وإن كان يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولاعدم إلا أنه مشتمل على جزء المناسبة فإن جزء المناسب مناسب[6].

٣. وعرفه الحموي: "إلتزام أمرلم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة" [7].

---

(١) معجم مقاييس اللغة، ابن فارس ، ج٣،ص٢٦٠.

(٢) لسان العرب،ابن منظور، ج٧،ص٨٤، والقاموس المحيط، فيروزآبادي، ج٢،ص٣٦٥، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي، ص١١٨، ومعجم مقاييس اللغة، ابن فارس ، ج٣،ص٢٦٠.

(٣) البحرالمحيط، بدرالدين محمدبن بهادرالزركشي، دارالصفوة للطباعة والنشروالتوزيع، الغردقة، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م، ج٣،ص ٣٢٧، و أنواع البروق في انواع الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، دارالسلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، ج١، ص١٥١، وكشاف القناع، منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، الطبعةالأولى: ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م، ج٢، ص٤٩٤.

(٤) البحرالمحيط ، الزركشي ، ج٤،ص١٥٧، وأنواع البروق في أنواع الفروق، القرافي ، ج١،ص١٥١

(٥) أنواع البروق في أنواع الفروق، القرافي، ج١،ص١٥١.

(٦) أنواع البروق في أنواع الفروق ، القرافي، ج١،ص١٥١- ١٥٢.

(٧) غمز عيون البصائر، أحمد بن محمد الحنفي الحموي، دارالكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ج٤،ص٤١.

المطلب الثاني: الفرق بين الشرط والركن

الركن والشرط كلاهما يتوقف عليهما وجود الشيء إلا أن الركن: هو ما يتوقف الشيء على وجوده وكان جزاء من حقيقته أو ماهيته، فالركوع ركن في الصلاة لأنه جزء منها، وكذلك القراءة في الصلاة ركن لأنها جزء من حقيقة الصلاة، والإيجاب والقبول في العقد ركنان لأنهما جزءان عن الحقيقة، وأما الشرط: فهو ما يتوقف عليه وجودالشيء وكان خارجاً عن حقيقته، فالطهارة شرط في الصلاة وهي أمرخارج عن الحقيقة وحضورالشاهدين في النكاح وتعيين العوضيين في البيع من الشروط لأن كلا منهما ليس من أجزاء العقد [1].

ومن هنا كان للعقود والتصرفات أركان وشروط، فإذا اختل ركن أدى إلى بطلان العقد، وإذا اختل شرط أدى إلى الفساد عندالحنفية لكونه خللاً في الوصف أي في أمرخارج عنه وعند الجمهور يعتبر الخلل في الوصف كالخلل في الأصل[2]

المطلب الثالث: الفرق بين الشرط والسبب

الفرق الأول: أن السبب يلزم من وجوده وجود المسبب، أما الشرط فلايلزم من وجوده وجود المشروط مثال ذلك: أن دلوك الشمس سبب لوجوب صلاة الظهر ولذلك يلزم من وجوده وجود المسبب وهو وجوب صلاة الظهر، بينما الوضوء شرط لصحة الصلاة ولذلك لايلزم من وجوده وجود المشروط وهو صحة الصلاة فقد يتوضاء ولاتصح صلاته لفقد ركن من أركانه وقد يوجد كذلك ولاتوجد الصلاة لعدم دخول الوقت [3].

الفرق الثاني: السبب يتوقف عليه المسبب من حيث الوجود والتأثير أو الإفضاء أما الشرط فيتوقف عليه الأثر، وهوالسبب من حيث التأثير لا من حيث الوجود [4].

---

(1) أصول الفقه، الزحيلي، ج١،ص١٠٠، وأصول الفقه، محمد أبي زهرة، ص٦٠، ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين، محمد أمين،تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبدالمعبود،دارعالم الكتب،الرياض، السعودية ، الطبعة الخاصة، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، ج٢،ص٧٣.

(2) المرجع السابق.

(3) الفروق، القرافي، ج١،ص١٥١- ١٥٢، وأصول الفقه، عبدالوهاب الخلاف، مكتبة الدعوة الإسلامية الأزهر، الطبعةالثامنة، ص١١٩، وأصول الفقه، الزحيلي، ج١،ص٩٩، وأصول الفقه، محمد أبي زهرة، ص٦٠- ٦١.

(4) كشف الأسرارعن أصول البزدوي، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، تحقيق: محمد عبد الله عمر، دالكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ، ج٤،ص٢٨٨- ٢٨٩.

المبحث الثاني: أقسام الشرط

قسم العلماء الشرط إلى عدة أقسام أهمها مايلي:

القسم الأول: الشرط المحض: وهو ما يمتنع بتخلفه وجود العلة فإذا وجد وُجدت العلة فيصير الوجود مضافاً إلى الشرط دون الوجوب، كاشتراط الطهارة للصلاة واشتراط الرهن في البيع[1] ثم ينقسم هذا الشرط إلى قسمين: الشرعية والجعلية.

١. **الشروط الشرعية:**

وهي التي اشترطها الشارع في العبادات والمعاملات واقامة الحدود وغيرها و يعبر عنها في جانب العقود (بشروط العقد) وقد ذكر الفقهاء لهذه الشروط عدة أنواع سأذكره بإيجاز لأنها ليس موضوع البحث.

أ ـ شروط الصحة: كإشتراط الطهارة للصلاة [2].

ب ـ شروط الإنعقاد: كاشتراط الأهلية لإنعقاد التصرف وصلاحية المحل لورود العقد عليه [3].

ج ـ شروط اللزوم: كاشتراط عدم الخيار في لزوم البيع [4].

د ـ شروط النفاذ: كاشتراط الولاية وما في معناها لنفاذ التصرف [1].

---

(١) أصول السرخسي، محمد بن أحمد السرخسي، تحقيق: أبوالوفاء الأفغاني، دارالكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ، ج٢،ص٣٢٠، و كشف الأسرارعن أصول البزدوي،البخاري، ج٤،ص٢٨٨، و التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ج٢،ص٣٠١، والموسوعة الفقهية، وزارة الأوف والشؤن الإسلامية،كويت، الطبعة الأولى،١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦، ج٢٦،ص٦

(٢) ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين، ج٧،ص١٤، والبدائع الصنائع ، علاء الدين أبي بكر بن بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية: ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ج ٥،ص١٥٦.

(٣) ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين، ج٧،ص١٤، والبدائع الصنائع ، الكاساني، ج٥،ص ١٤٦، والمجموع شرح المهذب، أبي زكريا محي الدين النووي، مكتبة الإرشاد ، جدة، ج٩،ص١٨١، والكافي، موفق الدين ابن قدامة، [تحقيق: الدكتور عبدالله محسن التركي] ، هجر للطباعة والنشر، ج٣،ص٦، والإقناع، شرف الدين موسى بن أحمد الحجاوي، [تحقيق: الدكتور عبدالله محسن التركي] ، دار عالم الكتب، الطبعة الثانية: ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م، ج٢،ص١٥٥، و مغني المحتاج، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، دار المعرفة، بيروت، الطبعةالأولى: ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ج٢،ص٧، و منتهى الإرادات، تقي الدين الفتوحي الحنبلي، تحقيق: الدكتور عبدالله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ج٢،ص٢٥٣.

(٤) ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين، ج٧،ص١٥، والمغني، موفق الدين ابن قدامة، [تحقيق: الدكتور عبدالله عبد المحسن التركي] ، دارعالم الكتب الرياض، الطبعة الثالثة: ١٤١٧هـ، ج٦،ص٣٠، والمجموع شرح المهذب، النووي، ج٩،ص٢٠٥.

٢. الشروط الجعلية:

ويقصد بها مايكون اشتراط بتصرف الإنسان وإرادته، فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقه عليه أو مرتبطة به بحيث إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تحقق تلك العقود والإلتزامات [٢]. وهو نوعان: التعليقي والتقييدي.

الشرط التعليقي: وهو "ما يترتب عليه الحكم ولا يتوقف عليه" [٣]، أو ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد بأن أو إحدى أخواتها [٤]، كالطلاق المعلق على دخول الدار، مثل قول الرجل لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق [٥].

الشرط التقييدي: "التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة"[٦].

أو هو "ماجزم فيه بالأصل وشرط فيه أمر آخر" [٧]، وهوما يقترن بالعقود والتصرفات من الإلتزامات يشترطها الناس بعضها على بعض [٨].

مثال ذلك: أن يبيع الشخص لآخر منزلا على أن يسكنه سنة، أو يتزوج رجل إمرأة على أن يقيم معها في منزل أبيها.

القسم الثاني : شرط هو في حكم العلل :

وهو شرط لا تعارضه علة تصلح أن يضاف الحكم إليها فيضاف الحكم إليه، لأن الشرط يتعلق به الوجود دون الوجوب فصار شبيهاً بالعلل، والعلل أصول لكنها لما لم تكن عللاً بذواتها استقام أن تخلفها الشروط، مثاله: حفر البئر، فعلة السقوط هي الثقل لكن الأرض

---

(١) ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين، ج٧،ص١٥، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥،ص ١٤٨- ١٥٣، و منتهى الإرادات، الفتوحي، ج٢،ص٢٥٧ ، وموسوعة الفقهية الكويتية، ج٢٦،ص٦.

(٢) أصول الفقه، الزحيلي، ج١،ص١٠١.

(٣) التلويح على التوضيح، التفتازاني، ج١،ص٢٧٥.

(٤) غمزعيون البصائر، الحموي، ج٤،ص٤١، والمنثور في القواعد، بدرالدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي، شركة دار الكويت للصحافة، الطبعةالثانية: ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م، ج١،ص٢٧٠، والموسوعة الكويتية، ج٤،ص٣٠٦.

(٥) غمزعيون البصائر، الحموي، ج٤،ص٤١، وأصول السرخسي، ج٢،ص٣٢٠، كشاف القناع، البهوتي، ج٢،ص٤٩٤، والموسوعة الكويتية، ج٤،ص٣٠٦.

(٦) غمز عيون البصائر، الحموي، ج٤،ص٤١.

(٧) المنثور في القواعد، بدرالدين الزركشي الشافعي، ج١،ص٢٧٠.

(٨) غمزعيون البصائر، الحموي، ج٤،ص٤١، أصول الفقه، الزحيلي، ج١،ص١٠١، وموسوعة الفقهية الكويتية، ج٤،ص٣٠٦.

مانع من السقوط فإزالة المانع بالحفر صار شرطاً وهذه العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها (وهوالضمان) لأن الثقل أمر طبيعي والمشي مباح فلايصلحان لإضافة الضمان إليها، فيضاف إلى الشرط لأن صاحبه متعد لأن الضمان فيما إذا حفر في غير ملكه بخلاف ما إذا أوقع نفسه [1].

القسم الثالث: شرط له حكم الأسباب:

وهوشرط حصل بعد حصول فعل فاعل مختار غير منسوب ذلك الفعل إلى الشرط كما إذا حل قيد صيد حتى نفرلايضمن عند الحنفية خلافاً لمحمد فإن الحل لما سبق النفور الذي هو علة التلف صار كالسبب فإنه يتقدم على صورة العلة والشرط يتأخر عنها [2].

القسم الرابع: شرط اسماً لاحكماً:

وهو ما يفتقر الحكم إلى وجوده لا يوجد عند وجوده فمن حيث التوقف عليه سمي شرطاً، ومن حيث عدم وجود الحكم عنده لا يكون شرطاً حكماً [3].

ومفهومه مما ذكره فخرالإسلام البزدوي " أنه عبارة عن أول الشرطين الذين يضاف إلى آخرهما الحكم فإن كل حكم تعلق بشرطين فإن أولهما شرط اسماً لا حكماً، لأن حكم الشرط أن يضاف الوجود إليه وذلك مضاف إلى آخرهما [4].

القسم الخامس: شرط هو بمعنى العلامة الخالصة.

وذلك كالإحصان في باب الزنا وإنما كان الإحصان علامة لأن حكم الشرط أن يمنع إنعقاد العلة إلى أن يوجد الشرط وهذا لا يكون في الزنا بحال لأن الزنا إذا وجد لم يتوقف حكمه على إحصان يحدث بعده، لكن الإحصان إذا ثبت كان معرفاً لحكم الزنا فأما أن يوجد الزنا بصورته فيتوقف إنعقاد علة على وجود الإحصان فلا يثبت أنه علامة وليس بشرط فلم

---

(1) كشف الأسرار، البخاري، ج٤،ص٢٩٤- ٢٩٩، وأصول السرخسي، ج٢،ص٣٢٢- ٣٢٣، فتح الغفاربشرح المنار، زين الدين بن ابراهيم الشهير بابن النجيم، مطبعة مصطفى الحلبي، الطبعة الأولى: ١٣٥٥هـ- ١٩٣٦م، ج٢،ص٨٢- ٨٣، والتلويح على التوضيح، التفتازاني، ج٢،ص٣٠٢.

(2) فتح الغفار بشرح المنار، إبن النجيم، ج٢،ص٨٣، وكشف الأسرار، البخاري، ج٤،ص٢٩٩ ومابعدها، وأصول السرخسي، ج٢،ص٣٢٥- ٣٢٧، والتلويح على التوضيح، التفتازاني، ج٢،ص٣٠٢.

(3) كشف الأسرار، البخاري، ج٤،ص٣٠٧، وأصول السرخسي، ج٢،ص٣٢٧، وفتح الغفار بشرح المنار، إبن النجيم، ج٣،ص٨٣- ٨٤، والتلويح على التوضيح، التفتازاني، ج٢،ص٣٠٢.

(4) كشف الأسرار، البخاري، ج٤،ص٣٠٧.

يصلح علة للوجود ولا للوجوب ولذلك لم يحصل له حكم العلل بحال ولذلك لا يضمن شهود الإحصان إذا رجعو على حال أي سواء رجعوا وحدهم أم رجعوا مع شهود الزنا [1].

المبحث الثالث: معنى العقد وأقسامه وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى العقد

المطلب الثاني: أقسام العقد

وتفصيل هذه المطالب ما يلي:

المطلب الأول: معنى العقد

أولاً: العقد في اللغة: العقد مصدر عقد يعقد عقداً وجمعه عقود ويطلق على معانى كثيرة منها: الربط والشد والضمان والعهد، يقال: عقدت الحبل والبيع والعهد فانعقده.[2]

يطلق أيضاً على الجمع بين أطراف الشيء يقال: عقدت الحبل فهو معقود. [3]

وعقدت البيع ونحوه، وعقدت اليمين بالتشديد توكيد، وعقدة النكاح وغيرها: إحكامه وإبرامه، ومنه قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾[4]

ثانياً: العقد اصطلاحاً:

وفي الإصطلاح يطلق العقد على معنيين:

١. **المعنى العام:** العقد ما يعقده العاقد أن يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه، كما قال الجصاص" وعلى ذلك فيسمى البيع والنكاح وسائرعقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقداً لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بماحلف عليه من الفعل أو الترك، وكذلك العهد والأمان، لأن معطيها قد ألزم

---

(١) كشف الأسرار، البخاري، ج٤، ص٢٠٨، وأصول السرخسي، ج٢، ص٣٢٨، وفتح الغفاربشرح المنار، إبن النجيم، ج٣، ص٨٤.

(٢) لسان العرب، ابن منظور (عقد)، ج٩، ص٢٠٩، والقاموس المحيط، فيروزآبادي، (عقد)، ج١، ص٣١٢- ٣١٣، والمصباح المنير، الرافعي، ج٢، ص٥٧٥، ومعجم مقاييس اللغة، ابن فارس، ج٤، ص٨٦.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المائدة: الآية: ١

نفسه الوفاء بها ، وكذا كل ما شرط الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد ، كذلك النذور وماجرى مجرى ذلك" (١).

ومن هذا الإطلاق العام قول الآلوسي في تفسير قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ المراد بها جميع ما ألزم الله عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية ويعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوها مما يجب الوفاء به (٢)

٢. المعنى الخاص:

عرف بأنه: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا (٣).

وعرف بأنه: ارتباط الإيجاب بالقبول الإلتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما(٤).

المطلب الثاني: أقسام العقد

قسم الفقهاء العقود باعتبارات مختلفة وفيما يلي بعض هذه التقسيمات:

القسم الأول: العقود المشروعة وغير المشروعة:

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى نوعين:

١. **عقود مشروعة:** وهي التي أجازها الشرع وأذن بها كبيع المال المتقوم والرهن والهبة وغيرها(٥).

٢. **عقود غير مشروعة:** وهي التي منعها الشرع ونهى عنها كبيع الأجنة في بطون أمهاتها وبيع الملاقيح والمضامين(٦) مما كان معروفاً في الجاهلية فمنعته الشريعة الإسلامية، وكذا

---

(١) أحكام القرآن ، أبي بكر أحمد بن على الجصاص، دار أحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، ج٢،ص٢٨٥.

(٢) روح المعاني، شهاب الدين السيد محمود الآلوسي، داراحياء التراث العربي، بيروت، ج٦،ص٤٨ .

(٣) التعريفات، علي بن محمد الجرجاني الحنفي، مكتبة رحمانية، لاهور، باكستان، ص١٠٨.

(٤) المنثور، الزركشي، ج٢، ص٢٩٧، و درر الحكام شرح مجلةالأحكام، علي حيدر، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض، طبعة خاصة: ١٤٢٣هـ، (المادة:١٠٣) ج١،ص١٠٥.

(٥) المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقاء، دارالقلم دمشق، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م ، ج١، ص٦٣٥-٦٣٦.

(٦) بيع الملاقيح: هوبيع ما ستحمل به اناث الحيوان، وبيع المضامين: هو ما سيتولد من فحول الحيوان. (ردالمحتار، ابن عابدين، ج٧،ص٢٣٧- ٢٣٨ ، وفتح القدير، كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام الحنفي، دارلكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م، ج٦،ص٣٧٥- ٣٧٦ .

عقدالتبرع من مال القاصر، والعقد على ما ينافي الآداب العامة من الفواحش، أو على ما يخالف النظام العام، كالإستئجار على إرتكاب جريمة ونكاح المتعة، كل هذه عقود ممنوعة غيرمشروعة، ونتيجة عدم مشروعية العقد أن يعتبر باطلاً غيرمنعقد لفقدان إحدى شرائط الإنعقاد[1].

القسم الثاني: العقود باعتبار الصحة وعدمها:

تصنف العقود بهذا الاعتبار إلى نوعين:

١. **العقود الصحيحة:** وهي ما توافرت فيها جميع شرائطها الشرعية العامة والخاصة في أصلها وفي نواحيها الفرعية، فيترتب عليها أثر المقصود منها كبيع العاقل البالغ المال المتقوم الموجود القابل للتسليم بإيجاب وقبول معتبرين شرعاً فإنه يترتب عليه أثره من نقل ملكية المبيع للمشتري ونقل ملكية الثمن للبائع، وكالإجارة للإنتفاع بعين موجودة انتفاعاً مشروعاً فيترتب عليها أثرها المقصود منها من نقل الإنتفاع إلى المستاجر والأجرة إلى المؤجر[2].

٢. **العقود غير الصحيحة:** وهي مالا يعتبرها الشرع ولا يترتب عليها مقصوده، أو هي ما لا يكون مشروعاً أصلا ووصفاً، أو يكون مشروعاً أصلا لكن لا يكون مشروعاً وصفاً كعقد المجنون والصبي غير المميز أو العقد على الميتة والدم وكل ما لا يعتبر مالاً وكالعقد في حالة الإكراه والعقد على محل مجهول في عقود المعاوضة[3].

---

(١) فتح القدير، ابن الهمام الحنفي، ج٦، ص٣٧٥- ٣٧٦، والمقنع، ابن قدامة معه الشرح الكبير والإنصاف، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م، ج١١، ص١٠٦، ١٠٧، والمدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء، ج١، ص٦٣٥.

(٢) التلويح على التوضيح، التفتازاني، ج٢، ص١٢٣، والمنثور في القواعد، الزركشي، ج٢، ص٤٠٩، و درر الحكام شرح مجلةالأحكام، علي حيدر، (مادة:١٠٩)، ج١، ص١٠٨، ونهاية السول في شرح منها ج الأصول، جمال الدين عبدالرحيم الأسنوي، عالم الكتب، ج١، ص٩٥، وشرح مختصر الروضة، نجم الدين سلمان بن عبد القوي الطوفي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ج١، ص٤٤١- ٤٤٥، والموسوعة الفقهية، ج٣٠، ص٢٣٥، والمدخل الفقهي العام، الزرقاء، ج٢، ص٦٣٦، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة، محمد عبدالعزيز بن سعد اليمني، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، ص٢٦٣.

(٣) درر الحكام شرح مجلةالأحكام، علي حيدر، (مادة:١٠٩)، ج١، ص١٠٨، و ردالمحتارعلى الدرالمختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٣٤، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣٠٥، والأشباه والنظائر، زين الدين بن ابراهيم ابن النجيم، دارالفكر، الطبعة الأولى: ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م، ص٤٠٠- ٤٠١، وشرح مختصر الروضة، الطوفي، ج١، ص٤٤١- ٤٤٥، والمنثور،

وقد قسم الحنفية العقد غير الصحيح إلى عقد باطل وعقد فاسد.

العقد الباطل: وهو ما لم يشرع بأصله ولا وصفه وذلك إذا وقع خلل في أصل العقد بأن تخلف ركن من أركانه أوشرط من شروط انعقاده كان العقدباطلاً ولا وجودله، ولايترتب عليه أي أثر دنيوي، لأنه لا وجود للتصرف إلا من الأهل في المحل، ويكون العقد فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة فحسب، إما لانعدام محل التصرف كبيع الميتة والدم أو لانعدام أهلية المتصرف كالبيع الصادر من المجنون والصبي الذي لا يعقل.(١)

العقدالفاسد: ما شرع بأصله ولابوصفه حيث أصل العقد سالماً من الخلل وحصل الخلل في الوصف بأن اشتمل العقد على شرط فاسد، أو ربا،كالعقد بثمن مجهول، أو إلى أجل مجهول، وكالعقد المكره، فإن العقد يكون فاسداً لا باطلاً، وتترتب عليه بعض الأثار دون البعض.(٢)

القسم الثالث: العقود باعتبار اللزوم وعدمه:

العقداللازم : هو مالايكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ دون رضا الآخر ومقابله: العقد غير اللازم اوالجائز: وهو ما يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ.(٣)

وقد قسم الفقهاء العقد باعتبار اللزوم وعدمه إلى أنواع:

قال السيوطي: العقود الواقعة بين اثنين على أقسام:

الأول: لازم من الطرفين قطعاً، كالبيع والصرف والسلم والتولية والتشريك، وصلح المعاوضة والحوالة والإجارة والمساقاة والهبة للأجنبي بعد القبض والصداق وعوض الخلع.

الثاني: جائز من الطرفين قطعاً، كالشركة والوكالة والقراض والوصية والعارية والوديعة والقرض والجعالة والقضاء والوصايا وسائر الولايات غير الإمامة.

الزركشي، ج٢، ص٤٠٩، والموسوعة الفقهية، ج٣٠، ص٢٣٥، والمدخل الفقهي العام، الزرقاء، ج٢،ص٦٣٦، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ص٢٦٤.

(١) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥،ص٣٠٥، والأشباه والنظائر، ابن النجيم، ص٤٠٠ -٤٠١، و رد المحتار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٣٤، وفتح القدير،ابن الهمام الحنفي، ج٦، ص٣٦٧ ومابعدها، والموسوعة الفقهية، ج٨، ص١١٠-١١١.

(٢) رد المحتار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٣٤، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣٠٥، وفتح القدير، ابن الهمام الحنفي، ج٦، ص٣٦٧ ومابعدها، والأشباه والنظائر، ابن النجيم، ص٤٠٠ -٤٠١، والمنثور، الزركشي، ج٢، ص٤٠٩ ، والموسوعة الفقهية، ج ٨، ص١١١.

(٣) المنثور، الزركشي، ج٢، ص٤٠٠.

الثالث: ما فيه خلاف والأصح أنه لازم كالمسابقة والمناضلة بناء على أنهما كالإجارة ومقابله يقول: إنهما كالجعالة والنكاح لازم من المرأة قطعاً ومن الزوج على الأصح، كالبيع وقيل: جائز منه لقدرته على الطلاق.

الرابع: ما هوجائز ويؤل إلى اللزوم وهوالهبة والرهن قبل القبض والوصية قبل الموت.

الخامس: ما هو لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر كالرهن بعدالقبض والضمان والكفالة وعقد الأمان والامامة العظمى.(١)

وقال الزركشي: ان القسمة في الحقيقة ثلاثية: لازم من الطرفين، جائز منهما، لازم من أحدهما جائز من الآخر، وأما الرابع وهو الذي تقتضيه القسمة العقلية وهو ما ليس لازماً ولا جائزاً فعقيم لا يتصور إذ العاقد اما أن يملك فسخ العقد مطلقاً (أولا) فالاول الجائز والثاني اللازم، ولهذا شرع فيه الخيار والإقالة دون الأول.(٢)

القسم الرابع: العقود المالية وغير المالية:

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى نوعين:

١. العقود المالية: إن العقد إذا وقع على عين معين من الأعيان يسمى عقداً مالياً سوا أكان نقل ملكيتها بعوض كالبيع بجميع أنواعه من الصرف والسلم والمقايضة وغيرها أم بغير عوض كالهبة والقرض والوصية بالأعيان ونحوها أو بعمل فيها كالمزارعة والمضاربة والمساقاة ونحوها.

٢. العقود غير المالية: وهي العقد على عمل معين دون مقابل كالوكالة والكفالة والوصية وغيرها فهو عقد غير مالي من الطرفين.

٣. عقود مالية من جانب وغير مالية من جانب آخر كعقد النكاح والخلع والصلح عن الدم وعقد الجزية ونحوها.

---

(١) الأشباه والظائر، الامام جلال الدين السيوطي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الرياض، الطبعة الثانية: ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، ج٢،ص٢٠- ٢١، والأشباه والنظائر، ابن النجيم، ص٣٩٩ -٤٠٠، والمنثور، الزركشي، ج٢،ص٣٩٧- ٤٠٠، وغمزعيون البصائر، الحموي، ج٢، ص٤٣٦ -٤٣٧، والمغني، ابن قدامة، ج٦، ص٤٨، والموسوعة الفقهية، ج٣٠، ص٢٢٨- ٢٢٩.

(٢) المنثوز، الزركشي، ج٢،ص٤٠٠.

٤. عقود مالية عند بعض العلماء و غير المالية عند غيرهم: كالإجارة والإعارة ونحوها فالجمهور يعتبرها من العقود المالية لأن المنافع أموال عندهم أو في حكم الأموال أما الحنفية لاتعتبر المنافع عندهم أموالا [١].

القسم الخامس: العقود التي يشترط فيها القبض والتي لايشترط فيها:

قسم الفقهاء العقود باعتبار اشتراط القبض فيها أو عدمه إلى نوعين:

١. عقود لايشترط فيها قبض المعقود عليه حين العقد في الجملة ومن هذا النوع عقد البيع المطلق.

٢. عقود يشترط فيها القبض، كالرهن فقد اشترط جمهور الفقهاء القبض في لزوم القبض، فيبطل عقد الرهن برجوع الراهن عن الرهن بالقول أو بتصرف يزيل الملك[٢]، وكالهبة عند الحنفية والشافعية [٣].

القسم السادس: العقود النافذة والعقود الموقوفة

قسم الفقهاء العقود بالنظر إلى النفوذ وعدمه إلى نوعين:

١. عقود نافذة: وهي العقود الصحيحة التي لا يتعلق بها حق الغير ويفيد الحكم في الحال أو هي العقود التي يصدر ممن له أهلية التصرف و ولايته، سواء أكانت الولاية أصلية كمن يعقد العقد لنفسه أم نيابة كعقد الوصي أو الولي لمن تحت ولايتهما أو عقد الوكيل لموكله وهذه العقود لا يحتاج في ظهور أثارها إلى إجازة الغير[٤] .

---

(١) المنثور، الزركشي، ج٢، ص٤٠٢، والأشباه والنظائر، السيوطي، ج٢، ص٢٨، والموسوعة الفقهية، ج٧، ص٢٩.

(٢) الأشباه والظائر، السيوطي، ج٢، ص٢٦، والمنثور، الزركشي، ج٢، ص٤٠٦، وتحريرالقواعد وتقرير الفوائد، زين الدين عبدالرحمن ابن رجب الحنبلي، دارابن عفان، ج١، ص٣٥٣، ومجمع الأنهر، عبد الرحمن بن محمد سليمان الكليوبي الحنفي، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤١٩هـ، ج٤، ص٢٧١، والمهذب، أبو اسحاق الشيرازي، دارالقلم، دمشق، و الدار الشامية، بيروت، لبنان، الطبعة الاولى: ١٤١٧هـ، ج٣، ص١٩٨، ومغني المحتاج، شمس الدين الشربيني، ج٢، ص١٦٨، والمغني، ابن قدامة، ج٦، ص٤٤٥ -٤٤٦، والموسوعة الفقهية، ج٣٠، ص٢٣١-٢٣٢.

(٣) المبسوط، شمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج١٢، ص٥٦-٥٧، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٦، ص١٢٣، ومجمع الأنهر، كليوبي الحنفي، ج٣، ص٤٩١، ومغني المحتاج، شمس الدين الشربيني، ج٢، ص٥١٦، والموسوعةالفقهية، ج٤٢، ص١٢٠.

(٤) درالحكام شرح المجلة، علي حيدر، (مادة:١١٣)، ج١، ص١٠٩، و ردالمحتارعلى الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٣٤، والموسوعة الفقهية، ج٣٠، ص٢٣٦، و الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد عبدالعزيز اليمني، ص٢٦٦، والمدخل الفقهي العام، الزرقاء، ج٢، ص٦٣٨.

٢. العقود الموقوفة: وهي العقود التي يصدر ممن له أهلية التصرف دون الولاية كمن يبيع مال غيره بغير إذنه أو هو عقد يتعلق به حق الغير، كعقد الفضولي والصبي المميز فهي موقوفة على إذن المالك والولي(١).

القسم السابع: عقود المعاوضة وعقود التبرع

تنقسم العقود بالنظر إلى المعاوضة وعدمها إلى نوعين:

١. عقود المعاوضة: وهي التي مرادها وغايتها المبادلة بين المتعاقدين إما مبادلة مال بمال مثل البيع والصلح على مال أو مبادلة مال بمنفعة مثل الإجارة والإستصناع والمزارعة أو مبادلة منفعة بمنفعة كممر في دار بممر في دار أخر (٢).

٢. عقود التبرعات: غايتها والمراد منها المساعدة والمنحة من أحد المتعاقدين للآخر، والتبرع فيها إما مطلقاً كالصدقة والهبة بغير عوض وإما تبرع في الإبتداء دون الإنتهاء كالقرض(٣).

القسم الثامن: العقود باعتبار الضمان وعدمه

تنقسم العقود باعتبار الضمان وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

١. عقود ضمان: وهي العقود التي يكون المال المقبوض فيها مضمونا على قابضه ولم يفرط أو يتعدي كالبيع والقرض والصلح مال بمال(٤).

---

(١) درالحكام شرح المجلة، علي حيدر، (مادة:١١٣)، ج١، ص١٠٩، رد المحتار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٣٤، والأشباه والنظائر، السيوطي، ج٢، ص٣١، ومغني المحتاج، الشربيني، ج٢، ص٢١، والموسوعة الفقهية، ج٣٠، ص٢٢٦- ٢٢٧، والمدخل الفقهي العام، الزرقاء، ج٢، ص٦٣٨- ٦٣٩، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد عبدالعزيز اليمني،ص٢٦٦.

(٢) المنثور، الزركشي، ج٢، ص٧٠٣، والقواعد، ابن رجب، ج١، ص٢٧٥ وما بعدها)، والموسوعة الفقهية، ج٣٠، ص٢٢٤، والمدخل الفقهي العام، الزرقاء، ج١، ص٦٤٠، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد عبدالعزيز اليمني، ص٢٦٨.

(٣) القواعد، ابن رجب، ج١، ص٣٩٠، والموسوعة الفقهية، ج٣٠، ص٢٢٤، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد عبدالعزيز اليمني، ص٢٦٩،.

(٤) المنثور، الزركشي، ج٢، ص٣٢٢، ٣٢٣، والمدخل الفقهي العام، الزرقاء، ج١، ص٦٤١، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد عبد العزيز اليمني، ص٢٧٠.

٢. عقود أمانة: وهي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد قابضه لحساب صاحبه، فلايكون القابض مسؤولاً عما يصيبه من تلف فما دون إلا إذا تعدى عليه أو قصّر في حفظه كالإيداع، والإجارة والشركة بأنواعها، والوكالة (١).

٣. عقود مزدوجة الأثر: فتنشىء الضمان من وجه والأمانة من وجه وهذه العقود هي: الإجارة، والرهن، والصلح عن مال بمنفعة (٢).

فالإجارة يعتبر فيها المال المأجور أمانة في يد المستأجر، لكن منافعه المعقود على استيفائها مضمونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها، فلو ترك المأجور دون أن ينتفع به حتى مضت مدة الإجارة يكون ما فات من المنافع فائتاً على حسابه، وتلزمه الأجرة التي هي قيمة تلك المنافع، والصلح عن مال بمنفعة يعتبر في حكم الإجارة (٣).

القسم التاسع : العقود من حيث الأصلية والتبعية

تنقسم العقود باعتبار الأصلية والتبعية إلى نوعين:

١. عقود أصلية: وهي كل عقد يكون مستقلاً في وجوده غير مرتبط بأمر آخر على سبيل التبعية له في الوجود والزوال وذلك كالبيع والإجارة والإيداع والإعارة.

٢. عقود تبعية: وهي ما كان العقد تابعاً ومرتبطاً في وجوده وزواله بعقدآخر، وذلك كالرهن والكفالة، فالرهن والكفالة كلاهما توثيق لغيرهما، فلا ينعقدان ابتداء إذا لم يكن هناك عقد آخر يقومان عليه، ويسقطان بسقوطه، بفسخ أو ابراء من الدين ونحو ذلك(٤).

القسم العاشر: العقود من حيث الفورية والإستمرارية

تنقسم العقود بهذا الإعتبار إلى قسمين:

---

(١) المنثور، الزركشي، ج٢، ص٣٢٣، والأشباه والنظائر، السيوطي، ج٢، ص٣٠، والمدخل الفقهي العام، الزرقاء، ج٢، ص٦٤١، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد عبد العزيز اليمني، ص٢٧٠.

(٢) المدخل الفقهي العام، الزرقاء، ج٢، ص٦٤١، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد عبد العزيز اليمني، ص٢٧١.

(٣) المدخل الفقهي العام، الزرقاء، ج٢، ص٦٤١- ٦٤٢، و درر الحكام شرح مجلةالأحكام، علي حيدر، (مادة:١٥٤٨- ١٥٤٩)، ج٤، ص٣٥- ٤٢، والشرح الصغير، أبوالبركات أحمد بن محمد الدرديري، دارالمعارف، القاهرة، ج٣، ص٣٣٦.

(٤) المغني، ابن قدامة، ج٦، ص٤٨١، ومغني المحتاج، للشربيني، ج٢، ص١٦٧، والمدخل الفقهي العام، الزرقاء، ج٢، ص٦٤٦، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد عبد العزيز اليمني، ص٢٧١.

١. عقود فورية: وهي العقود التي لا تحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد يشغله باستمرار، بل يمكن أن تنتهي العلاقة بين العاقدين فوراً وذلك باستيفاء كل عاقد ما يستحقه كالبيع والصلح والهبة، فمثلاً تنتهي العلاقة بين العاقدين بأن يسلم البائع السلعة للمشتري فوراً ويسلم المشتري الثمن للبائع فوراً.

٢. عقود مستمرة أو متراخية: وهي التي بحسب موضوعها يستغرق تنفيذها مدة ممتدة من الزمن بحيث يكون الزمن عنصراً أساسياً في تنفيذها، كالإجارة والإعارة وشركة العقد والوكالة وعقد التوريد وعقد المقاولة[١].

المبحث الرابع: معنى الشروط المقترنة بالعقد

قد عرفها العلماء بتعريفات عديدة فمن أهم التعريفات بما يلي:

١. قد عرفها بعض الحنفية بأنه: "التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة"[٢].

٢. وعرفها بعض الحنابلة بأنه " إلزام أحد المتبايعين العاقد الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة "[٣] وفسروا المنفعة بالغرض الصحيح[٤].

٣. وعرفها الأستاذ مصطفى الزرقاء بأنه: " إلتزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه "[٥] وذلك كما لو باع الإنسان بضاعة على شرط أن تكون محموله على حسابه إلى محل المشتري فالبائع هنا قد التزم بشرط في ضمن عقد، ووجب حمل المبيع إلى محل المشتري وهذا الإلتزام لم يكن ليقتضيه البيع المطلق أي الخالي عن

---

(١) الأشباه والنظائر، السيوطي، ج٢، ص٢٨، والموسوعة الفقهية، ج٧، ص٢٩.

(٢) غمز عيون البصائر، الحموي، ج٤، ص٤١.

(٣) الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس البهوتي، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية: ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ص١٩١، وحاشية الروض المربع، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي، الطبعة الأولى: ١٣٩٧هـ، ج٤، ص٣٩٢، و منتهى الإرادات، الفتوحي الحنبلي، ج٢، ص٢٨٦، وشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، [تحقيق: الدكتور عبدالله بن محسن التركي]، مؤسسةالرسالة، ج٣، ص١٦٨، والمبدع، برهان الدين ابراهيم بن محمد إبن مفلح، تحقيق: محمد حسن اسماعيل الشافعي، دارالكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ، ج٤، ص٥٠، كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٤.

(٤) حاشية الروض المربع، ابن قاسم الحنبلي، ج٤، ص٣٩٢.

(٥) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء، ج١، ص٥٧٥.

الشرط، لأن البيع المطلق انما يوجب انتقال الملكية بعوض، ثم إن المالك الجديد هو المكلف بنقل مشتراه على حسابه[1].

٤. وعرفه زكي الدين شعبان بأنه: التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائد على أصل التصرف سواء أكان هذا الالتزام الزائد مقتضى التصرف أم لا ، وسواء كان فيه منفعة للملتزم أم لغيره أو لا ، ثبت باللفظ أم لا [2].

هذا التعريف جامع التعريفات لأن فيه اشارة إلى الشرط الموافق لمقتضى العقد وإلى الشرط العرفي [3].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) وأصول الفقه، الزحيلي، ج١ ،ص١٠١، وأصول الفقه، محمد أبو زهرة، ص٦٢

(٣) الشرط العرفي هو: مايتقيد به التصرف ويثبت فيه بناء على ما تعارفه الناس وجروا عليه في تصرفاتهم وإن لم يذكر تصريحاً وذلك كوجوب نقد البلد عند الإطلاق ، والسلامة من العيوب حتى يسوغ له الرد بوجود العيب تنزيلاً لاشتراط سلامة المبيع عرفاً منزلة اشتراطها لفظاً. أنظر: إعلام الموقعين، ابن القيم،دار ابن الجوزي،المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى:١٤٢٣هـ، ج٤ ،ص٢١٨.

الفصل الثاني

الشروط المقترنة بالعقد وآثارها في الفقه الإسلامي

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول:الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الحنفية

المبحث الثاني: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند المالكية

المبحث الثالث: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الشافعية

المبحث الرابع: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الحنابلة

المبحث الأول: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الحنفية

قد اختلف الفقهاء في المذاهب الأربعة في جواز الشروط المقترنه بالعقد ومنعها وتنوعوا فيها بين التضييق والتوسع وفيما يلي نذكر مذاهب الفقهاء في هذه المسألة والآثار المترتبة على هذه الشروط.

أولا: الشروط المقترنة بالعقود وآثارها عند الحنفية.

تقسم هذه الشروط عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام: الصحيحة والفاسدة والباطلة.

وبيانها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الشروط الصحيحة:

هي ماجاء بها الشرع، أو كانت مقتضى للعقد، أو كانت مؤكدةً لمقتضاه، أو جرى بها العرف.

فهذه أربع صور:

١. **الشرط الذي ورد الشرع بجوازه:**

وهوالشرط الذي لايقتضيه العقد ولكن ورد الشرع بجوازه كالأجل والخيار رخصة وتيسيراً فإنه لا يفسد العقد[١].

لأنه لما ورد الشرع به دلّ أنه من باب المصلحة، ووجه ذلك الإستحسان.

٢. **شرط يقتضيه العقد:**

وهو الشرط الذي لا يثبت شيئاً زائداً عن آثار العقد الأصلية فكان ذكرها في معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد فلا توجب فساد العقد كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع أو باع بشرط أن يتملك الثمن أو اشترى جارية على أن تخدمه أو دابة على أن يركبها [٢].

---

(١) بدائع الصنائع،الكاساني، ج٥، ص١٧٢، والبناية شرح الهداية، العيني، ج٧، ص ٢٣٩ ،و تحفة الفقهاء، علاءالدين السمرقندي، ج٢، ص٤٩.

(٢) بدائع الصنائع،الكاساني، ج٥، ص١٧١ ،والمبسوط السرخسي، ج١٣، ص ١٤، و ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين،ج٧،ص٢٨٤، و فتح القدير، ابن الهمام الحنفي،ج٦،ص٤٠٧،و البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود العيني الحنفي،دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع،الطبة الثانية: ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، ج٧، ص ٢٣٨، و تحفة الفقهاء، علاءالدين السمرقندي، دارالكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م، ج٢، ص٤٩، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، (مادة: ١٨٦) ،ج١، ص١٥٧، و الموسوعة الكويتية،ج٣٠، ص٢٣٨.

فهذه الشروط اشتراطها كعدمها لأنها واجبة على كل حال بالعقد، ولم تثبت شيئاً جديداً عما يقتضيه العقد ويوجبه، فمضمونها ثابت وواجب الوفاء بها حتى ولو لم يشترط أحد العاقدين.

٣. الشرط الذي يلائم العقد:

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولكنه ملائم للعقد لايوجب فساد العقد لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد اياه، وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري رهناً أو كفيلاً للثمن والرهن معلوم والكفيل حاضر فقبل[١].

٤. الشرط الذي جرى به العرف:

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولأحدهما فيه منفعة ولكنه متعارف بين الناس بأن اشترى نعلاً وشراكاً على أن يحذوه البائع، جاز استحساناً لتعارف الناس كما في الإستصناع[٢].

وإلا فالقياس عدم جواز هذا الشرط لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه المنفعة لأحد المتعاقدين. ووجه الإستحسان: أن ترك ما تعارف الناس عليه واعتادوه يؤدي إلى مشقة عظيمة لأجل ذلك ترك القياس من أجل العرف وهو ما يعرف بالإستحسان وبهذا العرف خص الحنفية الحديث المشهور وهو: { نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط }[٣].

---

(١) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧٢، ١٧١، والمبسوط، السرخسي، ج١٣، ص ١٩، ١٨، و ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٨٥، و فتح القدير، ابن الهمام الحنفي، ج٦، ص٤٠٧، والبناية شرح الهداية، العيني، ج٧، ص٢٢٩، و تحفة الفقهاء، علاءالدين السمرقندي، ج٢، ص٥٠، و درر الحكام شرح مجلةالأحكام، علي حيدر، (مادة:١٠٩)، ج١، ص١٥٨، والموسوعة الكويتية، ج٣٠، ص٢٣٨.

(٢) المبسوط، السرخسي، ج١٣، ص ١٤، و ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٨٦، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧٣، ١٧٢، والبناية شرح الهداية، العيني، ج٧، ص٢٤٠، و درر الحكام شرح مجلةالأحكام، علي حيدر، (مادة:١٨٨) ، ج١، ص١٥٩.

(٣) رواه الطبراني في المعجم الأوسط، دارالحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٥هـ- ١٩٩٨م، حديث رقم: ٤٢٦١، ج٤، ص٣٣٥، والخطابي في معالم السنن، مطبعة العالمية، حلب، الطبعة الأولى: ١٣٥١هـ- ١٩٣٢م، ج٣، ص١٤٥- ١٤٦، ونقل ابن حجر استغراب النووي له في "التلخيص" ونقل عن أبي الفوارس بأنه غريب. انظر: تلخيص الحبير في تخريج الرافعي الكبير، ابن حجر العسقلاني، مؤسسة قرطبة و دارالمشكاة للبحث العلمي، الطبعة الأولى: ١٤١٦هـ- ١٩٩٥م، ج٣، ص٢٧- ٢٨.

قال ابن عابدين: " لأن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المعقود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث ولم يبق من الموانع إلا القياس والعرف قاض عليه"[1].

وقال الكاساني: "أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الإستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الإستصناع"[2].

بهذا يتبين أن الحنفية باقرارهم العرف في تصحيح الشروط قد فتحوا باباً واسعاً لتصحيح الشروط التي تعارفها الناس في كل زمان ومكان مادامت تلك الشروط لاتتعارض مع الشريعة الإسلامية وتحقق منافع للناس.

المطلب الثاني: الشروط الفاسدة و آثارها :

الضابط فيها عند الحنفية أن تؤدي إلى محظور شرعاً، ولم يكن تتوافر فيها أوصاف الشرط الصحيح ولكنها تحقق منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما أو أن تكون مما لا يقتضيها العقد ولا ملائمة لمقتضاه، ولا مما تعارف الناس التعامل بها، وهذه الشروط الفاسدة يترتب عليها فساد عقود المعاوضات المالية ويدخل تحت ذلك:

١. الشرط المحظور شرعاً:

وهو الشرط الذي يؤدي إلى محظور شرعي، أو يخالف الشرع كالشرط الذي يؤدي إلى مفسدة الربا[3].

فهذا النوع من الشرط فاسد ومفسد للعقد لأن الصفات المشروطة منهي عنها.

٢. الشرط المؤدي للغرر والمنازعة:

وذلك بأن يكون المشروط مثلاً في المبيع وقت العقد شيئاً لايمكن الوقوف على وجوده وعدمه في الحال، وذلك كمن اشترى سمسماً أو زيتوناً على أن فيها من الزيت كذا، أو بقرة على أنها تحلب كذا[4].

---

(١) ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٨٦.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧٢.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٦٩، والموسوعة الكويتية، ج٣٠، ص٢٣٨.

(٤) المبسوط، السرخسي، ج١٣، ص٢٠، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٦٨، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، (مادة: ١٨٩) ج١، ص١٦٢، والموسوعة الكويتية، ج٣٠، ص٢٣٨.

والدليل على فساد هذا النوع من الشروط:

آـ لأنه يؤدي إلى الجهالة والغرر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم: {عن بيع الغرر}[1].

ب ـ لأن الجهالة والغرر يؤديان إلى المنازعة والاختلاف وكل شرط أدى إلى ذلك فهو فاسد مفسد للعقد[2].

٣. **الشرط الذي يحقق منفعة لأحد العاقدين، أو للمعقود عليه، أو لأجنبي، وهو مما لايقتضيه العقد ولايلائم مقتضاه، ولم يكن مما تعارف الناس على التعامل به.**

وقد مثل الحنفية لهذا النوع من الشروط بعدة أمثلة منها:

أن يقول المشتري للبائع: اشتريت منك هذه المزرعة بخمسة آلاف دينار على أن تقرض فلاناً ثلاثة آلاف دينار، أو على أن تعمل كذا.

ومثل أن يقول البائع: بعتك هذه الدار على أن أسكنها سنة، أو يقول: بعتك هذا الكتاب على أن تقرضني عشرة دنانير، أو أن يقول المشتري: اشتريت منك هذا الثوب على أن تخيطه لي، أو باع عبداً واشترط على المشتري عتقه، أو باع دابة واشترط على المشتري الا يبعها أو لا يهبها[3].

وقد استدل الحنفية لعدم صحة هذه الشروط بالأدلة التالية:

١. ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه {نهى عن بيع وشرط}[4].

وهذا عام في كل شرط إلا الشرط الملائم والمتعارف عليه وما ورد به النص، وما يقتضيه العقد[5].

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، صحيح مسلم، الحافظ أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، بيت الأفكار الدولية، ١٤١٩هـ- ١٩٩٧، حديث رقم: ١٥١٣، ص٦١٤، والترمذي في أبواب البيوع، باب ماجاء في كراهية بيع الغرر، الجامع الصحيح، أبوعيسى محمد بن عيسى الترمذي، [تحقيق: أحمد شاكر ا، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الثانية: ١٣٩٨هـ- ١٩٩٧م، حديث رقم: ١٢٣٠، ج٢، ص ٥٢٣.

(٢) المبسوط، السرخسي، ج١٢، ص ١٩، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٦٨، وتحفة الفقهاء، السمرقندي، ج٢، ص٤٥.

(٣) المبسوط، السرخسي، ج١٢، ص ١٥، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٦٩، وفتح القدير، ابن الهمام الحنفي، ج٦، ص٤٠٧- ٤١٥، و درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، (مادة: ١٨٩) ج١، ص١٦١.

(٤) سبق تخريجه في صفحة: ٣٣

(٥) العناية على الهداية، لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، (مطبوع مع فتح القدير، لابن الهمام) دار الفكر، بيروت، لبنان، والمكتبة التجارية، المكة المكرمة، ج٦، ص٤٤١- ٤٤٢.

٢. وما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {لا يحل سلف وبيع}[١] سلف أي قرض[٢].

٣. وما روى عن ابن مسعود قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم: {عن صفقتين في صفقة}[٣].

الصفقة هي البيعة يقول ابن منظور " إنما قيل للبيعة الصفقة، لأنهم كانوا إذا تبايعوا تصافقوا بالأيدي" [٤] أما معنى صفقتين في صفقة فيقول السماك بعد بيان الحديث المذكور: "هو الرجل يبيع البيع فيقول هو بنسأ بكذا، و بنقد بكذا وكذا"[٥]

٤. وحديث أبي هريرة رضي الله عنه وفيه: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم {عن بيعتين في بيعة}[٦].

ووجه الإستدلال من الحديثين الأخيرين:

---

(١) رواه أبوداود في سننه، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، كتاب الإجارات، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، ج٣، ص٤٩٥، ورواه الحاكم في مستدركه، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م، كتاب البيوع، ج٢، ص٢١- ٢٢، وقال الحاكم: "هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين صحيح"، وألبيهقي في سنن الكبرى، مطبعة مجلس دائرة المعارف، حيدرآباد، الهند، الطبعة الأولى: ١٣٥٢هـ، كتاب البيوع، باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة، ج٥، ص٢٦٧، وقال الألباني: حسن، إرواء الغليل، ج٥، ص١٤٨.

(٢) تحفة الأحوذي، لالمباركفوري، ج٤، ص٤٣١، والمبسوط، لالسرخسي، ج١٣، ص١٦.

(٣) أخرجه الإمام أحمد مرفوعاً: المسند، دارالفكر العربي، بيروت، لبنان، ج١، ص٣٩٨، وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً في كتاب البيوع والأقضية، باب الرجل يشتري من الرجل المبيع فيقول: إن كان بنسيئة فبكذا وإن كان نقدا فبكذا بلفظ: صفقتان في صفقة ربا إلا أن يقول الرجل: إن كان بنقد فبكذا وإن كان بنسيئة فبكذا "المصنف، [تحقيق: محمد عوامة] شركة دارالقبلة ومؤسسة علوم القرآن، الطبعة الأولى: ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٦م، حديث رقم: ٢٠٨٢٧، ج١٠، ص٥٩٢، وضعف الألباني هذا الحديث مرفوعاً وصححه موقوفاً، إرواء الغليل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٣٩٩هـ- ١٩٩٧م، ج٥، ص١٤٨- ١٤٩.

(٤) لسان العرب، ابن منظور، مادة: صفق، ج٧، ص٢٦٥

(٥) مسند أحمد، ج ٦، ص٣٢٤.

(٦) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب ماجاء في النهي عن بيعتين في بيعة، وقال: حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم، الجامع الترمذي، ج٣، ص٥٢٤، والبيهقي في سننه في كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة، ج٥، ص٣٤٣، وحسنه الألباني، إرواء الغليل، ج٥، ص١٤٩.

ان هذا الشرط إن كان يقابله جزء من الثمن يكون إجارة في بيع، وإن لم يقابله جزء من الثمن يكون إعارة في بيع، وعلى كلا التقديرين يؤدي إلى إجتماع صفقتين في صفقة أو بيعتين في بيعة وهو منهي عنه بنص الحديثين.

٥. ولأن هذه الشرط لا يقتضيها العقد ويترتب عليها نزاع فلا تصح[١].

٦. ولأن اشتراط ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين في عقود المعاوضات المالية يتضمن شبهة الربا، لأن تلك المنفعة زيادة مشروطة بلا عوض، وهو تفسير الربا، فلا تصح هذه الشروط[٢].

وأما إذا لم يكن في العقد معاوضة مالية فيكون العقد صحيحاً، ويلغوا الشرط وحده، سواء كان هذا العقد من عقود التبرعات، أو من عقود الإسقاطات، أو من عقود التوثيقات، أو من عقود الإطلاقات، وذلك مثل عقود الهبة، والإعارة، والكفالة، والصدقة، والقرض، والهدية[٣].

آثار هذه الشروط:

إذا اقترنت هذه الشروط الفاسدة بالعقود فإنه لايقتصر فسادها عليها بل يمتد أثرها إلى العقود فتفسدها.

المطلب الثالث: الشروط الباطلة وآثارها :

وهي التي خلت من الأوصاف الصحيحة فلم تكن من أنواع الصحيح، ولم تكن فيها منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما.

مثل: أن يشتري المشتري دابة أو ثوبا بشرط أن لايبيع، أو أن يشترط بائع الدار على المشتري أن يتركها من غير سكن مدة شهر، أو أن يشتري المشتري سيارة ويشترط البائع أن لايركبها أحد ساعة من الزمن، أو يبيع عنباً من نوع معين ويشترط على الزارع أن لا يبيع أو يهدي منه للآخرين، أو يشترط البائع على المشتري أن لايزرع الأرض مدة سنة، أو يزرعها زرعاً معيناً، مثل

---

(١) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٦٩.

(٢) المبسوط، السرخسي، ج١٢، ص١٦، و بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٦٩.

(٣) البناية شرح الهداية، العيني، ج٧، ص٢٤٧، وفتح القدير، ابن الهمام الحنفي، ج٦، ص٤١١، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن على فخر الدين الزيلعي الحنفي، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، الطبعة الأولى: ١٣١٣هـ، ج٤، ص١٣١.

هذه الشروط لغو لا فائدة فيها، فهي ليست من مقتضى العقد ولا مؤكدة له ولا مما جاء بها الشرع أو أقرها العرف، فاشتراطه لها كعدمه، فيلغو وحده، ولا يؤثر في العقد بشيء بل يبقى العقد صحيحاً، ويلغو الشرط وحده[1].

أما وجه بطلان هذه الشروط وصحة العقود:

- ولأنه ليس فيها منفعة مالية لأحد بل فيه مضرة فالمطالبة بها معدومة، فلا تؤدي إلى المنازعة، ومالا يؤدي إلى المنازعة لايمتد أثره بالإفساد إلى العقد[2].
- ولأن الشرط لما خلا من الفائدة التي تعود على المشروط له لم يعد فيه أي شبهة ربا، وما دامت خلت من الربا فلا تفسد العقد[3].
- ان العقد يوجب حقاً للمتعاقدين، أما الأجنبي فلا يوجب العقد له حقاً فيصبح الشرط لاغياً، ويصح العقد[4].
- لأن هذه الشروط يوجب على أحد العاقدين ما ليس بواجب، فيلغو الشرط ويصح العقد.

آثار هذه الشروط:

إذا اقترنت هذه الشروط الباطلة بالعقود فتلغو الشروط ويبقى العقد صحيحاً.

المبحث الثاني: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند المالكية

تنقسم الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية إلى قسمين: الصحيحة والباطلة.

المطلب الأول: الشروط الصحيحة

وتنقسم الشروط الصحيحة إلى عدة أقسام كالتالي:

١. الشرط الذي يقتضيه العقد:

وهو الشرط الذي لايثبت شيئاً زائداً عن آثار العقد الأصلية فمائدته تصريح بما يفيده العقد وزيادة تأكيد، كتسليم المبيع مثلاً[5].

---

(١) المبسوط، السرخسي، ج١٢، ص١٥، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧٠، والبناية، العيني، ج٧، ص٢٤١.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧١.

(٣) المبسوط، السرخسي، ج١٢، ص١٥، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧٠، والبناية شرح الهداية، العيني، ج٧، ص ٢٤١.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧٠.

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، [تحقيق: محمد عليش] دارالفكر، بيروت، ج٣، ص٦٥، والموسوعة الكويتية، ج٣٠، ص٢٣٨.

٤. اشتراط منفعة معلومة يسيرة في المعقود عليه:

كما لو باع شخص داره لآخر واشترط سكناها مدة معلومة يسيرة كشهر مثلاً، أو باع دابة واشترط ركوبها ثلاثة أيام ونحوه إلى مكان قريب فهذا الشرط لاينافي مقتضى العقد منافاة تامة، لأنه لا يمنع المشتري من التصرف في ملكه مطلقاً(٢).

واستدلوا على صحة هذا النوع من الشروط بما يلي:

أ ـــ حديث جابر رضي الله عنه وفيه أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فمر النبي صلى الله عليه وسلم فضربه، فسار سيراً ليس يسير مثله، ثم قال: بعنيه بأوقيه، فبعته، فاستثنيت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيته بالجمل ونقدني ثمنه ثم انصرفت، فأرسل على أثري، قال: ما كنت لآخذ جملك فخذ جملك ذلك فهو مالك"(٣)، وفي رواية (شرط ظهره إلى المدينة)(٤).

وجه الإستدلال: أن جابراً باع الجمل واشترط نفعاً معلوماً وهو ركوبه إلى أهله وقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم، فدل على جوازه(٥).

ب ـــ حديث جابر رضي الله عنه بأن النبي صلى الله عليه وسلم: {نهى بيع الثنيا إلا أن تعلم}(٦).

والثنيا هي أن يستثنى في عقد البيع شيء مجهول فيفسده، كقولك بعت هذه الأغنام إلا بعضها، دون أن يحدد، أما إن علم المستثنى جاز البيع بنص الحديث.

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الشروط باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، الجامع الصحيح، لأبي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى: ١٤٠٠هـ، حديث رقم: ٢٧١٨، ج٢، ص٢٧٤- ٢٧٥، ومسلم في كتاب المساقاة باب بيع البعير واستثناء ركوبه، ص٦٥٢.

(٢) حاشية الدسوقي، ج٣، ص٩٥.

(٣) سبق تخريجه في صفحة، ٣٩.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الشروط باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، حديث رقم: ٢٧١٨، ج٢، ص٢٧٥.

(٥) تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي، حافظ محمد عبدالرحمن المباركفوري، دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج٤، ص٤٦٠، وحاشية السندي مع سنن النسائي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث الإسلامي دارالمعرفة، بيروت، لبنان، ج٧، ص٣٤٢.

(٦) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة، بدون لفظ: "إلا أن تعلم" ص٦٢٧، والترمذي في أبواب البيوع باب ما جاء في النهي عن الثنيا، وقال حسن صحيح حديث رقم: ١٢٩٠، ج٣، ص٥٧٦، وأبوداود في كتاب البيوع، باب المخابرة، حديث رقم: ٣٤٠٥، ج٣، ص٤٤٨، والنسائي في كتاب البيوع باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم، حديث رقم: ٤٦٤٧، ج٧، ص٣٤١.

٢. الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ولكنه ملائم للعقد:

لكونه لا يؤول إلى غرر وفساد في الثمن والمثمون، ولا يؤدي إلى إخلال بشرط من شروط صحة البيع، مع كونه يحقق مصلحة لأحد المتعاقدين، كالأجل والرهن والخيار، واشتراط أن لا يتصرف في المبيع ببيع أو هبة أو عتق حتى يعطي الثمن(١).

وقال ابن رشد: "قسم يجوز فيه البيع والشرط، وهو ما كان الشرط فيه جائزاً، وهو في الوقت ذاته لايؤول إلى فساد وكذلك لايجرّ إلى حرام" (٢).

والأدلة التي جاءت بصحة هذا النوع من الشروط مايلي:

- في شرط الأجل: قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾ (٣).
- وفي الرهن: قوله تعالى: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ (٤).
- وفي الكفالة: قوله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾ (٥).

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

مثال الذي في المعقود عليه: كمن اشترى ثوباً بدراهم معلومة على أن يخيطه البائع، أو زيتوناً على أن يعصره.

ومثال الذي في غير المعقود عليه: كمن اشترى ثوبا على أي ينسج له ثوباً آخر.

ووجه صحة هذا الشرط:

ان فيه اجتماع عقد بيع وإعارة، وهو صحيح، وذلك استناداً لحديث جابر رضي الله عنه الذي باع بعيره على النبي صلى الله عليه وسلم واشترط حملانه(١).

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، ج٣، ص٦٧، ومواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، محمد بن عبد الرحمن الحطاب، دارالفكر، بيروت، لبنان، ١٣٨٩هـ، ج٤، ص٣٧٥- ٣٧٦، وشرح الخرشي على مختصر خليل، أبي عبد الله الخرشي، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الثانية: ١٣١٧هـ، ج٥، ص٨١، والموسوعة الكويتية، ج٢٠، ص٢٣٨.

(٢) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، أبو الوليد ابن رشد القرطبي، تحقيق: محمد حجّي، دارالغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية: ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م، ج٨، ص٢٨٩.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(٥) سورة يوسف، الآية: ٨٢.

وجه الإستدلال:

أن المنفعة المستثناة بالشرط معلومة فدل الحديث على جوازها.

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

كما لو باع داراً وشرط على المشتري أن لا يبعها من نفر قليل.

ووجه صحة هذا النوع: أن هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد منافاة تامة، لانه لا يمنع المشتري من التصرف في ملكه منعا تاماً، وإنما يمنعه منعاً جزئياً يسيراً، فلا يترتب عليه تحجير السلعة كما أنه لا يترتب عليه تأثير في الثمن ويحقق نفعاً للبائع ويزيل عنه ضرراً، فكان صحيحاً[١].

٦. **شرط ايقاع معنى من معاني البر:**

مثل العتق، كأنه يقول للبائع: أبيعك هذا العبد على شرط أن تعتقه منجزاً،

ومثل تنجيز العتق، البيع بشرط وقف المبيع، أو هبته، أو التصدق به.

ووجه صحة هذا النوع من الشروط: رغم منافاته لمقتضى العقد لما في هذه التصرفات من معاني البر والخير التي يتشوف لها الشارع الحكيم[٢].

المطلب الثاني: الشروط الباطلة وآثارها:

تنقسم الشروط الباطلة عند المالكية إلى قسمين:

١. الشروط الباطلة مبطلة للعقد ٢ ـ الشروط الباطلة التي تبطل ويصح العقد

القسم الأول: الشروط الباطلة المبطلة للعقد:

تتنوع هذا القسم إلى أربعة أنواع:

النوع الأول: الشروط التي تناقض مقصود العقد، وتنافي مقتضاه منافاة تامة[٣].

---

(١) مواهب الجليل، الحطاب، ج٤، ص٣٧٣، والإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، محمد بن أحمد ميارة الفاسي، دارالفكر، بيروت، لبنان، ج١، ص٤٥٤.

(٢) مواهب الجليل، الحطاب، ج٤، ص٣٧٥، وشرح الخرشي على مختصر خليل، أبي عبدالله الخرشي، ج٥، ص٨١، والشرح الكبير، الدرديري،ج٣،ص٦٨، وحاشية، الدسوقي، ج٣، ص٦٥، والموسوعة الكويتية، ج٣٠، ص٢٣٨.

(٣) وهي بهذا تختلف عن الشروط التي صححها المالكية ضمن شروط الصحيحة مثل: اشتراط المنفعة يسيرة في المعقود عليه، أو الشرط الذي يؤدي إلى منع المشتيري من تصرف يسير، فهذه الشروط وأمثالها وإن كان فيها منافاة لمقتضى العقد إلا أنها ليست منافاة تامة بحيث تناقض مقصود العقد، أما الشرط الذي فيه إيقاع معنى من معاني البر فهو مستثنى من هذا النوع. أنظر:الخرشي، ج٥، ص٨٠، ومواهب الجليل ،الحطاب، ج٤، ص٣٧٧.

ويقصد به الشرط الذي يمنع المشروط عليه من الحصول على حق أثبته له العقد ، ومثاله: ما لو باع دابة بشرط أن لا يركبها المشتري فهذا الشرط باطل، ويبطل العقد إلا إذا أسقط الشرط(١).

والدليل عل بطلان هذا النوع من الشروط وإبطاله للعقد ما يلي:

أ ـ حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال: {نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط}(٢)، وحملوا الشرط هنا على الشرط المناقض لمقتضى العقد والشرط الذي يورث جهالة ، ويخل بالثمن (٣)

ب ـ إن العقد يقتضي اطلاق يد المشتري في التصرف وهذاالشرط يمنعه من التصرف، أو يلزمه بتصرف معين، ومثل هذا الشرط يناقض وينافي المقصود من العقد منافاة كاملة فيبطل، ويبطل معه العقد إلا اذا أسقطه المشترط(٤)

النوع الثاني: الشرط الذي يخل بالثمن:

وهو شرط القرض في البيع، فهو شرط باطل مبطل للعقد ، إلا إذا أسقطه المشترط(٥)

مثل أن يشتري السيارة من شخص ويدفعه ٥٠٪ من القيمة والباقي على منقسمة على ستة أشهر ويستفيد المشتري من القيمة المتبقية بزيادة ٢٠٪.

والأدلة على بطلان هذا النوع من الشرط ما يلي:

أ ـ ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم: {نهى عن بيع وشرط}(٦).

حملوه المالكية على ما يناقض مقصود العقد.

---

(١) مواهب الجليل، الحطاب، ج٤، ص٣٧٣، والتاج والإكليل مختصر خليل، محمد بن المواق المالكي، دارالفكر، بيروت، لبنان، ١٣٩٨هـ، ج٤، ص٣٧٢، وشرح الخرشي على مختصر خليل، أبو عبد الله الخرشي، ج٥، ص٨٠، وحاشية الدسوقي، ج٣، ص٦٥.

(٢) سبق تخريجه في ص٣٣

(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل، أبو عبدالله الخرشي، ج٥، ص٨١.

(٤) مواهب الجليل، الحطاب، ج٤، ص٣٧٣، وشرح الخرشي على مختصر خليل، أبو عبدالله الخرشي، ج٥، ص٨١.

(٥) مواهب الجليل، الحطاب، ج٤، ص٣٧٣، والشرح الكبير، الدردير، ج٣، ص٦٦.

(٦) سبق تخريجه في صفحة٣٣

ب ــ حديث عبدالله بن عمرو رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم {لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن، ولا تبع ما ليس عندك}(١)

والشاهد منه (لايحل سلف وبيع) وهو نص في حرمة هذا الشرط.

د ــ ولأنه يؤدي إلى الجهالة والإخلال في الثمن إما بزيادة الثمن إن كان المقترض هو البائع، أو بنقصه إن كان المقترض هو المشتري(٢).

النوع الثالث: الشرط المحظور:

وهو الشرط المفضي إلى محرم كمن باع داراً، واشترط على المشتري اتخاذها مجمعاً لأهل الفساد، فهو شرط فاسد ويفسد العقد معه باتفاق العلماء(٣).

النوع الرابع: الشرط المؤدي إلى الجهالة والغرر

كإشتراط تأجيل الثمن إلى أجل مجهول،أو كبيع بشرط أنه إذا باع المشتري السلعة فالبائع الأول أحق بها بالثمن الذي باع به المشتري، فهذه الأنواع من الشروط باطلة مبطلة للعقد لأنها تؤدي إلى الجهالة والغرر(٤).

والدليل على ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الغرر(٥)، والمعتبر الغرر الكثير المؤثر لا اليسير(٦).

آثار هذه الشروط

هذه الشروط لايقتصر تأثيرها على فسادها فقط، بل يمتد إلى العقد فتفسده في النوعين الآخيرين، فلا يؤثر اسقاط هذه الشروط فيهما، أما في النوعين الأولين فيصح العقد متي ما أسقط الشرط.

---

(١) السنن، الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم: ١٢٣٢، ج٣، ص٥٢٦

(٢) الشرح الكبير، الدردير، ج٣، ص٦٦، والإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، محمد بن ميارة الفاسي، ج١، ص٤٥١، وحاشية الدسوقي، ج٣، ص٦٧.

(٣) حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٠٩- ٣١٠، والموسوعة الكويتية، ج٣٠، ص٢٣٨.

(٤) شرح الخرشي على مختصر خليل، أبو عبد الله الخرشي، ج٥، ص٨٠، والموسوعة الكويتية، ج٣٠، ص٢٣٨.

(٥) سبق تخريجه في صفحة٣٥

(٦) القوانين الفقهية، أبو عبد الله محمد بن جزي الكلبي، دارالكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية: ١٤٠٩هـ، ص٢٥٥.

القسم الثاني: الشروط الباطلة التي تبطل ويصح العقد

تنقسم هذه الشروط إلى ثلاثة أنواع

النوع الأول: شرط يؤدي إلى اسقاط حق من حقوق العقد

كما لو باع بستاناً وشرط أن لا جائحة عليه أو باع سيارة واشترط أن لا عهدة عليه في عيب، أو استحقاق.

ووجه فساد هذا النوع من الشروط وعدم تأثيرها في إبطال العقد: بأنها شروط منافية لمقتضى العقد، ومبطلة لحق من حقوقه ففسدت، وأما عدم تأثيرها في العقد فلأن تأثيرها محدود أو معدوم فهي لم تؤد إلى خلل في الثمن، أو جهالة، وكذلك لم تمنع من التصرف في الملك(١)

النوع الثاني: شرط يخالف النص

مثل: بيع جارية أن تكون الولاء للبائع دون المشتري عند عتقها.

وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها في قصة بريرة رضي الله عنها وقداشترط أهلها الولاء لهم، {خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق} ففعلت عائشة رضي الله عنها ثم قام النبي صلى الله عليه في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق}(٢)

وجه الإستدلال من هذا الحديث بأن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل الشرط وصح العقد.

النوع الثالث: شرط لا غرض فيه

كما لوشرط في المعقود عليه صفة فظهر أن صفة المعقود عليه أفضل مما شرط، فهذا الشرط يلغو ويصح العقد، ومثلوا له: كما لو اشترط لحم بقر فوجده لحم غنم أو اشترط كون العبد أمّياً فظهر كاتباً، لكنهم استثنوا ما إذا كان للمشترط في شرطه غرض

---

(١) الشرح الكبير، الدردير، ج٣، ص١٧٥.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذ اشرط شروطاً في البيع لاتحل، حديث رقم: ٢١٦٨، ج٢، ص١٠٦، ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب بيان أن الولاء لمن أعتق، حديث رقم: ١٥٠٤، ص٦١٠.

صحيح لا يحققه الأفضل كما لو كان اشترطه لحم البقر لأجل لايناسبها لحم الغنم، فإن الشرط يكون صحيحاً ويحق للمشتري رد المبيع لعدم تحقق الشرط.

وجه فساد هذا الشرط وصحة العقد هنا: لأن الشرط أصبح لاغياً لتحقق ما أفضل منه(١)

المبحث الثالث: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الشافعية

الشافعية يجعلون الشروط قسمين، الأول: الصحيحة، الثاني: الباطلة.

المطلب الأول: الشروط الصحيحة

يحصرون هذه الشروط إلى أربعة أنواع

النوع الأول: ما يقتضيه العقد

وهم لا يختلفون مع جماهير العلماء في هذا الأمر وذلك كإشتراط تسليم السلعة في البيع، أو كإشتراط تسليم الثمن، أو كإشتراط تأجيل السلعة مع تعجيل الثمن في السلم وما إلى ذلك من شروط يقتضيه العقد فهذه الشروط إنما يؤكد ما يجب بنفس العقد دون إشتراط(٢)

النوع الثاني: ما هو من مصلحة العقد

وذلك كأن يشترط البائع رهناً على ثمن المبيع حينما يكون مؤجلاً، أو كإشتراط كفيل على الثمن، أو كإشتراط خيار الشرط ثلاثة أيام، أو كإشتراط الرد بالعيب، وإن كانت هذه الشروط لا يقتضيها العقد، لأنها لم تجب بنفس العقد لكنها شروط ملائمة للعقد

---

(١) الشرح الكبير، الدردير، ج٣، ص١٧٦.

(٢) المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق ابراهيم الشيرازي، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م، ج٢، ص٢٢، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، دارالمعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، ج٢، ص٤٦، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد البرملي الأنصاري، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة الطبعة: ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م، ج٣، ص٤٥٩، ومنهاج الطالبين، محي الدين أبي زكريا النووي، دارالمنهاج، للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، الطبعة الأولى: ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م، ص٢١٦، والوجيز في فقه الإمام الشافعي، أبو حامد الغزالي، [تحقيق: على معوذ عادل عبد الموجود] شركة دار الأرقم ابن الأرقم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، ج١، ص٢٩٤، والحاوي الكبير، أبو الحسين على محمد الماوردي، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م، ج٥، ص٢١٢، والموسوعة الكويتية، ج٣٠، ص٢٣٨.

لأن فيها مصلحة العقد وليس فيها معارضة للشرع، والحاجة ماسة إلى جوازها ففيها تحقيق لمصالح الناس ودفع الفساد عنهم (١).

النوع الثالث: أن يكون الشرط من باب البرّ

وحصروه غالباً في إشتراط البائع على المشتري عتق الرقبة التي اشتراها، قالوا: لأجل حديث بريرة رضي الله عنها، وفيه ... {خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق}(٢) حيث صح البيع بشرط العتق فهو مستثنى من النهي عن بيع وشرط (٣)، ولأجل أن الشارع يتشوف للعتق ويتطلع إليه، مع ما فيه من منافاة لمقتضى العقد(٤).

النوع الرابع: اشتراط وصف في المبيع

وذلك كأن يكون العبد كاتباً، أو كإشتراط أن تكون الدابة سريعة، أو البقرة حاملاً، أو لبوناً (٥).

ووجه صحة هذا الشرط:

أنه شرط يتعلق بمصلحة العاقد (المشتري) وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف فيها الأغراض.

و هذا الشرط لايؤدي إلى النزاع لأنه لايمكن التحقق من وجود الصفة المشترطة لإنضباطها(٦).

المطلب الثاني: الشروط الباطلة وآثارها

الشافعية يحصرون هذه الشروط في نوعين كما يلي:

---

(١) المهذب، الشيرازي، ج٢، ص٢٢، ومغني المحتاج، الشربيني، ج٢، ص٤٣، ونهاية المحتاج، الرملي، ج٣، ص٤٥٢، ومنهاج الطالبين، محي الدين أبي زكريا النووي، ص٢١٦، والوجيز في فقه الإمام الشافعي، أبو حامد الغزالي، ج١، ص٢٩٤، والحاوي الكبير، أبو الحسين على محمد الما وردي، ج٥، ص٣١٢، والموسوعة الكويتية، ج٣٠، ص٢٣٨.

(٢) سبق تخريجه في صفحة ٤٤

(٣) سبق تخريجه في صفحة ٣٣

(٤) مغني المحتاج، الشربيني، ج٢، ص٤٤، ومنهاج الطالبين، النووي، ص٢١٦، والوجيز في فقه الإمام الشافعي، أبو حامد الغزالي، ج١، ص٢٩٤، والحاوي الكبير، أبو الحسين على محمد الماوردي، ج٥، ص٣١٤.

(٥) مغني المحتاج، الشربيني، ج٢، ص٤٧، ونهاية المحتاج، الرملي، ج٣، ص٤٦٠، ومنهاج الطالبين، النووي، ص٢١٦، والوجيز في فقه الإمام الشافعي، أبو حامد الغزالي، ج١، ص٢٩٥.

(٦) نهاية المحتاج، الرملي، ج٣، ص٤٦٠

النوع الأول: الشرط الباطل المبطل للعقد

وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد والمنافي له وليس من مصلحته ولم يرد الشرع بجوازه، وفيه غرض مقصود لأحد العاقدين، ويشمل هذا النوع ما يلي:

١. الشرط المخالف للنص: كشرط الولاء لغير المعتق[١].
٢. الشرط المؤدي إلى المحظور، كما لو أقرضه بشرط أن يرده بزيادة.
٣. الشرط المؤدي إلى المنع من التصرف أو من الإنتفاع لمحل العقد مطلقاً، أو لفترة معينة، كما لو باعه داراً بشرط أن لايبيعها من فلان أو بشرط أن يسكنها البائع شهراً مثلاً[٢].
٤. الشرط الذي يؤدي إلى قيام أحد العاقدين، أو غيرهما بعمل في محل العقد، أو في غيره، كما لو اشترى حطباً بشرط تكسيره.
٥. الشرط الذي يؤدي إلى ايجاب تصرف في محل العقد أو في غيره لمصلحة أحد العاقدين ولغيرهما.

مثال الذي في محل العقد: من باع أرضاً بشرط أن يجعلها المشتري وقفاً.

مثال الذي في غير محل العقد: من باع داراً بشرط أن يقرضه مالاً، أو يقرض فلاناً الأجنبي[٣].

اثر هذه الشروط:

هذه الشروط باطلة مبطلة للعقد على الصحيح في المذهب[٤].

والدليل على ذلك:

أ ــ ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم: {نهى عن بيع وشرط}[٥].

ب ــ ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع}[٦].

وجه الإستدلال: ان هذه الشروط تدخل ضمن عموم هذه الأحاديث فدل ذلك على بطلانها[١].

---

(١) نهاية المحتاج، الرملي، ج٣، ص٤٥٨، ومنهاج الطالبين، النووي، ص٢١٦.

(٢) المهذب، الشيرازي، ج٢، ص٢٢، ومنهاج الطالبين، النووي، ص٢١٥.

(٣) مغني المحتاج، الشربيني، ج٢، ص٤٢، ومنهاج الطالبين، النووي، ص٢١٥، والوجيز في فقه الإمام الشافعي، أبو حامد الغزالي، ج١، ص٢٩٣- ٢٩٤.

(٤) المهذب، الشيرازي، ج٢، ص٢٢، ومغني المحتاج، الشربيني، ج٢، ص٤٢.

(٥) سبق تخريجه في صفحة٣٣

(٦) سبق تخريجه في صفحة ٣٦

النوع الثاني: الشروط الباطلة غير مبطلة للعقد

وهي الشروط المخالفة لمقتضى العقد، غير المتضمنة منفعة أو غرضاً يورث تنازعاً كما لو باعه عبداً بشرط أن يأكل العبد طعاماً معيناً كالهريسة، أو يلبس لباساً معيناً كالخز، فهذا شرط مخالف لمقتضى العقد لكنه غيرمناف له بحيث لو التزم المشتري بإلباسه الخز لما يترتب عليه نقص لأحكام العقد وآثاره[٢].

آثار هذا النوع من الشروط

أن فساده وبطلانه مقتصر على نفسه، فيلغو ويصح العقد على الصحيح من المذهب، ووجه ذلك: لأنه لايتعلق به منفعة أو غرض يورث مطالبة وتنازعاً، فلم يؤثر في العقد[٣].

المبحث الرابع: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها عند الحنابلة

تنقسم هذه الشروط عند الحنابلة إلى قسمين: الصحيحة والباطلة

المطلب الأول: الشروط الصحيحة: وتشمل هذه الشروط ما يلي

١. الشرط الذي يقتضيه العقد

وذلك كشرط القبض في المبيع وحلول الثمن وتصرف كل واحد من المتبايعين فيما يصير إليه من ثمن، أو مثمن، هذا الشرط وجوده وعدمه سواء لأنه بيان وزيادة تأكيد لما يقتضيه العقد بدون شرط[٤].

---

(١) المهذب، الشيرازي، ج٢، ص٢٣.

(٢) نهاية المحتاج، الرملي، ج٣، ص٤٥٩، ومغني المحتاج، الشربيني، ج٢، ص٤٦، ومنهاج الطالبين، النووي، ص٢١٦، والوجيز في فقه الإمام الشافعي، أبو حامد الغزالي، ج١، ص٢٩٥.

(٣) مغني المحتاج، الشربيني، ج٢، ص٤٦.

(٤) كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٥، والمغني، ابن قدامة، ج٦، ص٣٢٣، والإقناع، الحجاوي، ج٢، ص١٨٩، والمقنع والشرح الكبير لابن قدامة معهما الإنصاف ،المرداوي، ج١١، ص٢٠٥، والروض المربع، البهوتي، ج٢، ص١٩١، والكافي، ابن قدامة، ج٢، ص٥٧، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، أبو الحسين علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، ا تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن اسماعيل الشافعي ا دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولي: ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، ج٤، ص٣٢٧، ومنتهى الإرادات، الفتوحي، ج٢، ص٢٨٦،

٢. الشرط الذي من مصلحة العقد وإن كان لا يقتضيها العقد

وذلك كاشتراط البائع على المشتري تقديم رهن أو كفيل معينين بالثمن المؤجل، أو كاشتراط صفة في المبيع، ككون العبد كاتباً أو مسلماً، أو الدابة لبوناً، وهذا النوع من الشروط فيه مصلحة للعقد بتوثقيه ومنفعة للشارط[١].

قال ابن قدامة: "لانعلم في صحة هذين القسمين خلافاً"[٢].

٣. الشروط التي فيها منفعة مباحة، معلومة، غير منافية لمقتضى العقد و إن كان لا يقتضيها، وليست من مصلحته.

وذلك بأن يشترط البائع نفعاًمعلوماً في المبيع، كشرط سكنى الدار المبيعة شهراً، أو شرط حملان البعير إلى موضع معين، فهذه الشروط صحيحة يلزم الوفاء بها ويثبت الخيار عند فواتها[٣].

والدليل على صحة هذا النوع من الشروط:

- حديث جابر رضي الله عنه الذي اشترط فيه على النبي صلى الله عليه وسلم ظهر الجمل إلى المدينة[٤] فقد اشترط منفعة معلومة لايقتضيها العقد.
- حديث جابر رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم {نهى عن الثنيا إلا أن تعلم}[٥].

وجه الإستدلال:

إذا كانت الثنيا المعلومة فتصح بنص الحديث فكذلك الشروط المعلومة[٦].

---

(١) كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٥، والإقناع، الحجاوي، ج٢، ص١٨٩، والمغني، ابن قدامة، ج٦، ص٣٢٣، والروض المربع، البهوتي، ج٢، ص١٩١، والكافي، ابن قدامة، ج٢، ص٥٧، والمقنع والشرح الكبير، لابن قدامة معهما الإنصاف، المرداوي، ج١١، ص٢٠٥، والإنصاف، المرداوي، ج٤، ص٣٢٧، ومنتهى الإرادات، الفتوحي، ج٢، ص٢٨٦، وزادالمستقنع، الشيخ موسى بن أحمد الحجاوي، مكتبة الرياض الحديثة، ص٣٨.

(٢) المغني، ابن قدامة، ج٦، ص٣٢٣.

(٣) كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٦، والإقناع، الحجاوي، ج٢، ص١٩١- ١٩٠، والروض المربع، البهوتي، ج٢، ص١٩٢، والكافي، ابن قدامة، ج٢، ص٦٠، والمقنع والشرح الكبير، لابن قدامة معهما الإنصاف ،المرداوي، ج١١، ص٢١٤، ومنتهى الإرادات، الفتوحي، ج٢، ص٢٨٦، والإنصاف، المرداوي، ج٤، ص٣٢١.

(٤) سبق تخريجه في صفحة٣٩

(٥) سبق تخريجه في صفحة ٤٠

(٦) كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٦، والشرح الكبير، لابن قدامة مطبوع مع المقنع والإنصاف، ج١١، ص٢١٦.

- بما روى سفينة رضي الله عنه وفيه قال: {كنت مملوكاً لأم سلمة رضي الله عنها فقالت: أعتقك وأشترط عليك أن تخدم رسول الله عليه ما عشت، فقلت: إن لم تشترطي علي ما فارقت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عشت، فأعتقني واشترطت علي}(١).

وجه الإستدلال:

أن أم سلمة رضي الله عنها اشترطت منفعة الخدمة في العتق وأقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فدل على صحة أمثال هذه الشروط مما فيه منفعة مباحة، معلومة غير منافية لمقتضى العقد في البيع وغيره من المعاوضات(٢).

- حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم {الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أوحرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً}(٣).

وجه الإستدلال:

أن الحديث عام في إيجاب الوفاء بكل أنواع الشروط التي لا تخالف ما جاء به الشرع ومن ضمنها اشتراط منفعة مباحة معلومة لايقتضيها العقد وليست من مصلحته.

- ما روي أن صهيباً رضي الله عنه باع داره من عثمان رضي الله عنه واشترط سكناها كذا وكذا(٤).
- ولأن غاية الشرط أنه جمع بين بيع وإجارة وكل واحد منها يصح إفراده بالعقد، فإذا جمعهما جاز(١).

---

(١) أخرجه أبوداود في كتاب العتق باب في العتق على الشرط، حديث رقم: ٣٩٣٢، ج٤، ص١٦٢، والحاكم في المستدرك، كتاب العتق، وقال: صحيح الأسناد ولم يخرجاه، حديث رقم: ٢٩٠٨، ج٢، ص٢٥٦، وحسنه الألباني في إرواء الغليل، ج٦، ص١٧٥.

(٢) كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٧

(٣) ذكره البخاري تعليقاً بصيغة الجزم مقتصراً على لفظ "المسلمون على شروطهم" صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة، ج٢، ص١٢٥، وأبوداود في كتاب الأقضية باب في صلح، حديث رقم: ٣٥٩٤، ج٤، ص١٦، والترمذي في كتاب الأحكام باب ما ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين المسلمين، وقال: حسن صحيح، حديث رقم: ١٣٥٢، ج٣، ص٦٢٥، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ج٥، ص١٤٥.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية ، باب في الرجل يبيع داره ويشترط منها سكناها، حديث رقم: ٢٣٤٦٦، ج١١، ص٦١٣.

المطلب الثاني: الشروط الباطلة وآثارها

تنقسم هذه الشروط عند الحنابلة إلى قسمين:

القسم الأول: الشروط الباطلة المبطلة للعقد: وهي على ثلاثة أنواع

النوع الأول: الشروط التي تؤدي إلى إجتماع عقدين في عقد واحد بعوضين مختلفين كما لو باعه واشترط عليه عقداً آخركالسلم، أو القرض، أو البيع، أو صرف الثمن، فالشرط فاسد والعقد باطل على الصحيح في المذهب(٢).

دليلهم على بطلان هذه الشروط وإبطالها للعقد مايلي:

أ ـــ عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: {نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة}(٣).

ب ـــ عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: {نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة واحدة}(٤).

ج ـــ عن عبد الله بن عمروبن شعيب قال: {لا يحل سلف وبيع}(٥).

فهذه الأحاديث فسرها المذهب في الظاهر عنه باجتماع عقدين في عقد واحد بعوضين مختلفين وجاء التصريح بالنص عن سلف وبيع في حديث عبدالله بن عمرو رضي الله عنه والنهي في الأحاديث يقتضي الفساد(٦).

د ـــ ولأنه شرط عقداً في عقد ، فلم يصح كنكاح الشغار(٧).

---

(١) الروض المربع، البهوتي، ج٢، ص١٩٢

(٢) كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٨، والإقناع، الحجاوي، ج٢، ص١٩٢، والمغني، ابن قدامة، ج٦، ص٣٢٣، والروض المربع، البهوتي، ج٢، ص١٩٢، والكافي، ابن قدامة، ج٢، ص٥٩، والمقنع والشرح الكبير، لابن قدامة معهما الإنصاف، المرداوي، ج١١، ص٢٣٠، والإنصاف، المرداوي، ج٤، ص٣٢٦، ومنتهى الإرادات، الفتوحي، ج٢، ص٢٩١، وزاد المستقنع، الحجاوي، ص٣٩.

(٣) سبق تخريجه في صفحة ٣٦

(٤) سبق تخريجه في صفحة ٣٦

(٥) سبق تخريجه في صفحة ٣٦

(٦) الروض المربع، البهوتي، ج٢، ص١٩٢، والمغني، ابن قدامة، ج٦، ص٣٣٢- ٣٣٣.

(٧) المغني، ابن قدامة، ج٦، ص٣٣٢.

النوع الثاني: اشتراط شرطين في العقد

والمراد بها الشرطان الفاسدان، المؤديان للغرر والجهالة والربا، أو المنافيان لمقتضى العقد كما لو باعه جارية بشرط أن لايبيعها من أحد، وأنه يطؤها، أو يبيعه جارية بشرط إذا باعها فهو أحق بالثمن وأن تخدمه سنة ونحو ذلك، أما إن شرط شرطين من مقتضى العقد أو مصلحته مثل أن يبيع شيئاً بشرط الخيار، والتأجيل والرهن والكفيل فهذا لايؤثر في العقد[1].

دليلهم على بطلان هذا النوع من الشروط وإبطاله للعقد:

حديث عبدالله بن عمرو رضي الله عنه {لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع}[2].

النوع الثالث: اشتراط ما ينافي مقصود العقد

كاشتراط الطلاق في النكاح، أو الفسخ في العقد[3].

آثار هذه الشروط

أنها تفسد وتفسدالعقد المقترن بها أيضاً.

القسم الثاني: الشروط الباطلة غير المبطلة للعقد

وهي الشروط المنافية لمقتضى العقد، غير منافية لمقصوده كإشتراط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع، أو لا يهبه فهذه الشروط تفسد لكنها لا تبطل العقد على الراجح من المذهب[4] المذهب[4].

دليلهم على فساد الشرط وصحة العقد:

حديث بريرة رضي الله عنها، حيث قال النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها {خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق}[1].

(أ) كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٨- ٤٩٩، والروض المربع، البهوتي، ج٢، ص١٩٢، والمقنع والشرح الكبير، لابن قدامة معهما الإنصاف، المرداوي، ج١١، ص٢٢٦ ومابعدها، والإنصاف، المرداوي، ج٤، ص٣٣٧، ومنتهى الإرادات، الفتوحي، ج٢، ص٢٨٩ ومابعدها،

(٢) سبق تخريجه في صفحة ٣٦

(٣) الإنصاف، المرداوي، ج٤، ص٢٤٢، ومجموع فتاوى، لابن تيمية، ج٢٩، ص١٩١

(٤) الروض المربع، البهوتي، ج٢، ص١٩٢، والمغني، لابن قدامة، ج٦، ص٣٢٤- ٣٢٥، والإقناع، الحجاوي، ج٢، ص١٩٢، والكافي، ابن قدامة، ج٢، ص٥٧، والمقنع والشرح الكبير، لابن قدامة معهما الإنصاف، المرداوي، ج١١، ص٢٢٢، والإنصاف، المرداوي، ج٤، ص٣٣٧، ومنتهى الإرادات، الفتوحي، ج٢، ص٢٩١، وزاد المستقنع، الحجاوي، ص٣٩.

وجه الإستدلال:

أن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل الشرط ولم يبطل العقد(٢).

آثار هذه الشروط:

تفسد هذه الشروط وتلغو، ولكن العقد لايفسد، بل يبقى صحيحاً.

---

(١) سبق تخريجه في صفحة ٤٤

(٢) كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٩، والمغني، ابن قدامة، ج٦، ص٣٢٥، والروض المربع، البهوتي، ج٢، ص١٩٢، والكافي، ابن قدامة، ج٢، ص٥٩.

الفصل الثالث

الشروط القترنة بالعقد و تطبيقاتها في المعاملات المالية

و فيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: الشروط المقترنة بعقد الإجارة وتطبيقاتها

المبحث الثاني: الشروط المقترنة بعقد التوريد وتطبيقاتها

المبحث الثالث: الشروط المقترنة بعقد المقاولة وتطبيقاتها

المبحث الرابع: الشروط المقترنة بعقد الإستصناع وتطبيقاتها

المبحث الخامس: الشروط المقترنة بعقد الصيانة وتطبيقاتها

المبحث الأول: الشروط المقترنة بعقد الإجارة وتطبيقاتها

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: تعريف عقد الإجارة

المطلب الثاني: تكييف عقد الإجارة ومشروعيتها

المطلب الثالث: أركان عقد الإجارة

المطلب الرابع: شروط عقد الإجارة

المطلب الخامس: شروط المقترنة بعقدالإجارة وتطبيقاتها

وتفصيل هذه المطالب كالتالي:

المطلب الأول: تعريف عقدالإجارة

كلمة عقد الإجارة مركبة من كلمتي "عقد" و"إجارة" ولقد عرفنا كلمة العقد لغة وإصطلاحا في الفصل الأول لهذه الرسالة ولا حاجة إلى تكرارها، أما تعريف كلمة الإجارة لغةً واصطلاحاً فهو كما يلي:

اولاً: الإجارة لغة

الإجارة بكسر الهمزة، ويجوز فتحها وضمها والكسر أفصح وأشهر، من أجر يأجر وهو ما أعطيت من أجر في عمل.

والأجر: الجزاء على العمل، والثواب، والعوض، والذكر الحسن، والمهر[1].

ثانياً: الإجارة إصطلاحاً

عقد غير مؤبد يقتضي تمليك منفعة مباحة معلومة مقصودة بعوض معلوم[2].

المطلب الثاني: تكييف عقد الإجارة ومشروعيتها وفيه فرعان

الفرع الأول: تكييف عقد الإجارة

---

(1) لسان العرب، ابن المنظور، ج٤، ص١٠ ومابعدها، والقاموس المحيط، فيروزآبادي، ص٤٣٦، والصحاح للجوهري، ج٢، ص٥٧٦، والمصباح المنير، الفيومي، ص٢.

(2) المبسوط، السرخسي، ج١٥، ص٧٤، والشرح الصغير، الدرديري، ج٣، ص٤٦٧، ٤٦٦، مواهب الجليل، الحطاب، ج٥، ص٣٨٩، ومغني المحتاج، الشربيني، ج٢، ص٣٣٢، والإنصاف، المرداوي، ج١٤، ص٢٥٩، وكشاف القناع، البهوتي، ج٣، ص٥٦٤.

الفرع الثاني: مشروعية الإجارة

والتفصيل بما يلي:

الفرع الأول: تكييف عقد الإجارة

عقد الإجارة عقد يرد على المنفعة فهو من العقود المسمّاة التي نظمها الشرع، ينعقد هذا العقد بمجرد التراضي بين المؤجر والمستأجر على الشروط، والمدة، وعوض لما يلزم به، ويلتزم كل واحد منهما بالشروط المتفق عليها.

الفرع الثاني: مشروعية عقد الإجارة

عقود الإجارة مباحة، مشروعة مستندة من النصوص الشرعية، يستدل الإجارة بأدلة أهما مايلي:

اولاً: الإستدلال من القرآن الكريم

١. قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا۟ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ۖ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ [١]

وجه الإستدلال: دلت الآية على مشروعية الإجارة حيث أمر الله بإعطاء الزوجة الأجرة على الرضاع، كما أجاز الإجارة على الرضاع فكذلك جازت على مثله وما هو في معناه.

٢. قوله تعالى: ﴿ قَالَتْ إِحْدَىٰهُمَا يَـٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ ۖ إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِىُّ ٱلْأَمِينُ ﴾ [٢]

وجه الإستدلال: حيث طلب والد المرأتين من موسى عليه السلام أن يؤجره نفسه لرعي الغنم مقابل عوض معلوم وهو تزويجه أحدى ابنتيه، ووافق موسى على ذلك، فدل ذلك على أن الإجارة كانت مشروعة عندهم، ولم يأتِ في شرعنا ما يمنعها، وشرع من قبلنا شرع لنا إذا سُكت عنه[٣].

ثانياً: الإستدلا ل من السنة الشريفة

١. عن أبى هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ما بعث الله نبياً الا رعى الغنم فقال اصحابه وأنت؟ فقال نعم، كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة[٤].

٢. عن ابن عباس رضي الله عنه قال: احتجم النبي صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام أجره[١].

---

(١) الطلاق، الآية: ٦

(٢) القصص، الآية: ٢٦

(٣) دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، ج١، ص٤٣٩، المغني، ابن قدامة، ج٨، ص٥.

(٤) الجامع الصحيح، البخارى، كتاب الإجارة، باب رعي الغنم على قراريط، حديث رقم: ٢٢٦٢، ج٢، ص٨٨

٣. قوله صلى الله عليه وسلم "من إستأجر أجيراً فليعلمه أجره" [١].

الفرع الثالث: الإستدلال من العقل

إن حاجة الإنسان إلى الأعيان حاجة ضرورية، لأنه لا يمكن أن يستوفى جميع متطلبات حياته وحده وأباح له الشارع الإستمتاع بقعود الإجارة على الأعيان وكذلك لا يخفي ما بالناس من الحاجة في الإجارة على المنافع، فإنه ليس لكل واحد دار يملكها ولايقدر كالمسافر على بعير أو دابة يملكها ولايلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً، فلذلك فلابد من الإجارة

المطلب الثالث: أركان عقد الإجارة

تشتمل الإجارة على عدة أركان بما يلي:

١. عاقدان (مؤجر ومستأجر)
٢. الصيغة (الإيجاب والقبول)
٣. الأجرة
٤. المنفعة

هذا عند الجمهور، وأما عند الحنفية فقالوا: ركن واحد وهو الصيغة[٢]، ولا يترتب على هذا الخلاف أثر.

المطلب الرابع: شروط عقد الإجارة

إن لعقد الإجارة عدة شروط وتفصيل هذه الشروط كالتالي:

١. شروط العاقدين:

ويشترط للعاقدين أن يكونا أهلا للتصرف حيث تتوقف صحة مباشرة الإنسان للعقود على تمتّعه بأهلية الأداء التى مناطها العقل والتمييز وكمالها بالبلوغ والرشد فلا يصح تصرف المجنون ولا الصبى الذى لا يميز أما الصبى المميز فيصح تصرفه فيما لا يضره إذا أذن له وليه

---

(١) الجامع الصحيح، البخارى،كتاب الإجارة، باب خراج الحجام، حديث رقم: ٢٢٧٨، ج٣، ص٩٣

(٢) مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: محمد عوامة، شركة دارالقبلة ومؤسسة علوم القرآن، الطبعة الأولى، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٦م، حديث رقم: ٢١٥١٣، ج١١، ص٩٦.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٤، ص١٧٤.

بالتصرف عند جمهور العلماء[1] ويرى الشافعية أنه لا يصح تصرف الصبى المميز ولو أذن له وليه[2].

٢. **شروط الصيغة:** إن للصيغة فى عقد الإجارة شروطاً هي:

أولاً: تطابق القبول مع الإيجاب بحيث يرد القبول على كل ما أوجبه الموجب وبما أوجبه المقبل فيتطابقان فى محل العقد ومقدار العوض والوصف وغيره[3].

ثانياً: اتصال القبول بالإيجاب فى مجلس العقد[4].

٣. **شروط الأجرة:** أن يكون الأجرة معلومة للعاقدين علماً نافيا للجهالة المفضية الى النزاع ويحصل العلم فى الأجرة بوصف المعقود عليه وصفاً منضبطاً يوصل الى معرفته حيث يذكر جنسه ونوعه وقدره وحجمه[5].

٤. **شروط المنفعة:**

١. أن تكون المنفعة قابلاً لحكم العقد، وهو المال المتقوّم الذى يباح الإنتفاع به شرعاً فلا يصحّ الإجارة في الأعيان المحرمة كالخنزير والكلاب والخمور وآلات الملاهى كالعود والمزمار وغيرها[6].

٢. أن تكون مقدوراً على تسليمها فلا يصح العقد على ما يعلم عجز المورد عن تسليمه إما لكونه عند من لا يسلمه أو لكونه مستحيل الوجود استحالة مطلقة فى المستقبل[7].

---

(١) نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، قاضي زادة، ج٩، ص٢٦٧؛ المغني، ابن قدامة، ج٦، ص٥٩٥ ؛ الشرح الصغير معه حاشية العلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوي، الدرديري، ج٣، ص٣٨٢- ٣٨٣.

(٢) مغني المحتاج شرح المنهاج، الشربيني، ج٢، ص٢١٦؛ المجموع شرح المهذب، النووي، ج٩، ص١٨٥؛ نهاية المحتاج، الرملي، ج٣،ص٣٨٦.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٢٦؛ كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٥٩؛ شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج٢، ص١٢٣ ؛ دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المادة:١٧٧، ج١، ص١٤٧

(٤) شرح منتهى الإرادات،البهوتي، ج٢، ص١٢٢،كشاف القناع،البهوتي، ج٢، ص٤٦٠

(٥) بدائع الصنائع،الكاساني، ج٥، ص١٢٨؛ ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص١٥؛ المجموع، النووي، ج٩، ص٣٤٦- ٣٤٨؛ حاشية على شرح كفاية الطالب الرباني، العدوي، ج٢، ص١٧٩

(٦) بدائع الصنائع،الكاساني، ج٥، ص١٤١- ١٤٣؛ ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص١٥؛ الروض المربع،البهوتي، ج٢، ص١٨٥؛ المجموع، النووي، ج٩، ص٢٧٥؛ المغني،ابن قدامة، ج٦، ص٣٥٨؛ دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المادة: ١٩٩، ج١، ص١٧٧.

(٧) بدائع الصنائع،الكاساني، ج٥، ص١٢٨؛ ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص١٥؛ المجموع،النووي، ج٩، ص٣٤٣؛ الروض المربع،البهوتي، ج٢، ص١٨٧؛ حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ج٢، ص١٧٩؛ دررالحكام

المطلب الخامس: الشروط المقترنة بعقد الإجارة وتطبيقاتها

الشرط الأول: ان يشترط المؤجر بأنه لا يجوز للمستأجر أن يشغل المأجور لغير الغاية التي استأجر لأجلها أو أن يستعمله فيما يخالف الشرع الإسلامي، أو القانون أو النظام أو الآداب العامة.

هذا الشرط مما يقتضيه العقد[1]، إذ لا يجوز للمستأجر أن يستخدم المأجور لغير الغاية التي إستأجر المأجور لأجلها، أو أن يستعمله فيما يخالف الشرع الإسلامي أو الآداب العامة.

الشرط الثاني: يشترط المستأجر بأن يتحمل المستأجر ثمن المياه والكهرباء وجميع الضرائب والرسوم التي يتوجب قانونا على المستأجر أن يدفعها.

هذا الشرط من مقتضيات العقد، فإن المستأجر هوالذي يستخدم المياه والكهرباء وغير ذلك وبالتالي هوالذي يتحمل أثمان ذلك[2].

الشرط الثالث: يشترط المؤجر بأن عند إنتهاء مدة الإجارة يجب على المستأجر الحصول على براءة ذمة المؤجر يتضمن استلامه المأجور وتوابعه سالما، وإن لم يكن كذلك فعلى المستأجر تكلفة تصليحه[3].

هذا الشرط أيضامن مقتضيات عقد الإجارة[4]، إذ يجب على المستأجر أن يعيد المأجور عند إنتهاء مدة الإجارة كما استلمه.

شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المادة: ١٩٨، ج١، ص١٧٧، عقد التوريد دراسة شرعية ،المطلق، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ،العدد العلشر، ص ٤٢- ٤٣

(١) بدائع الصنائع،الكاساني، ج٥، ص١٧١، والمبسوط، السرخسي، ج١٣، ص ١٤، و فتح القدير، ابن الهمام الحنفي، ج٦، ص٤٠٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، ج٣، ص٦٥، المهذب في فقه الإمام الشافعي،أبواسحاق ابراهيم الشيرازي، ج٢، ص٢٢، منهاج الطالبين، محي الدين أبي زكريا النووي، ص٢١٦، كشاف القناع،البهوتي، ج٢، ص٤٩٥، والمغني،ابن قدامة، ج٦، ص٣٢٣، والإقناع، الحجاوي، ج٢، ص١٨٩، والمقنع والشرح الكبير، ابن قدامة معهما الإنصاف للمرداوي، ج١١، ص٢٠٥، والموسوعة الكويتية، ج٣٠، ص٢٣٨.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧١، و ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٨٤،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، ج٣، ص٦٥،المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق ابراهيم الشيرازي، ج٢، ص٢٢، كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٥، والمغني،ابن قدامة، ج٦، ص٣٢٣.

(٣) المبسوط،السرخسي، ج١٣، ص ١٤، و ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين،ج٧،ص٢٨٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، ج٣، ص٦٥،منهاج الطالبين،محي الدين أبي زكريا النووي، ص٢١٦ ، كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٥.

الشرط الرابع: لا يحق للمستأجر أن يقوم بأي تغيير داخل المأجور من أجزاءها أو أغراضها الأساسية إلا بموافقة المؤجر.

هذا الشرط أيضاً من مقتضيات العقد[٢]، فليس للمستأجر أي حق بتغيير المأجور لأنه ليس مالك العين.

الشرط الخامس: لا يحق للمستأجر أن يظهر أي نشوء للديكور والزخرفة ومثل ذلك خارج مساحة المأجور التي حددت في العقد إلا بموافقةالمؤجر وذلك إذ كان المأجور من الأعيان مثل البيت، السكن، الدكان، الحوش وغير ذلك

هذا الشرط إيضاً من مقتضيات العقد[٣]، فليس للمستأجر الحق في إستثمار أو الإستفادة من أي شيء خارج مساحة المأجور.

الشرط السادس: يحق للمؤجر البناء فوق المأجور أو بجواره وعمل جميع التصليحات والترميمات الضرورية في المأجور بدون أن يكون للمستأجر الحق بطلب عطل أو ضرر أو تنزيل من الأجرة.

هذا الشرط من مقتضيات العقد كذلك[٤]، فالمؤجر هو مالك للمأجور، فله البناء عليه أو بجوار وعمل الترميمات الضرورية في المأجور، دون أن يحق للمستأجر أن يطلب بدلا للضرر أو للعطل أو تخفيضاً من الأجرة.

الشرط السابع: على المؤجر أن يقوم بجميع التصليحات والصيانة الضرورية في المأجور بعد كل سنة أو سنتين حسب الإتفاق بين الطرفين في العقد.

هذا الشرط أيضاً من مقتضيات العقد، لأن المستأجر يحق له أن يطالب من المؤجر

---

(١) ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين،ج٧،ص٢٨٤،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،محمد عرفه الدسوقي، ج٣، ص٦٥،المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق ابراهيم الشيرازي، ج٢، ص٢٢

(٢) ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين،ج٧،ص٢٨٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، ج٣، ص٦٥،منهاج الطالبين، محي الدين أبي زكريا النووي، ص٢١٦

(٣) المبسوط،السرخسي، ج١٢،ص ١٤، و ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين،ج٧،ص٢٨٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، ج٣، ص٦٥،منهاج الطالبين، محي الدين أبي زكريا النووي، ص٢١٦ ، كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٥، والمغني، ابن قدامة، ج٦، ص٣٢٣.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧١، والمبسوط،السرخسي، ج١٢، ص١٤،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، ج٣، ص٦٥، منهاج الطالبين، محي الدين أبي زكريا النووي، ص٢١٦، كشاف القناع، اليهوتي، ج٢، ص٤٩٥، والمغني،ابن قدامة، ج٦، ص٣٢٣

بتصليحات الضرورية والأساسية في المأجور كي ينتفع من المأجور بتمامه.

الشرط الثامن: يجوز للمؤجر طلب الكفيل من المستأجر[1].

هذا الشرط ملائم للعقد ومن مصلحته، وليس مخالفا للنص، لأن فيه زيادة وتأكيداً للعقد.

الشرط التاسع: الكفيل كالأصيل ضامن للمال ولجميع الإلتزامات المترتبة على المستأجر بموجب هذا العقد إلى أن تبرأ ذمة المستأجر تجاه المؤجر.

هذا الشرط من مقتضيات عقد الكفالة[2]، إذ أن الكفيل لا تبرأ ذمته من الكفالة حتى تبرأ ذمة الأصيل من جميع إلتزاماته في العقد.

الشرط العاشر: عموم ما يحصل في المأجور أثناء سريان العقد من عطل أو عيب كخراب المجاري أوغيره فيعود تصليحه على المستأجر ولا يحق له أن يطالب من المؤجر بشيء من التعويضات أو العطل أو ضرر مهما كان نوعه بسبب أي تعطيل أو خراب يحصل في المأجور أو المبنى أوغيرها.

هذا الشرط أيضاً من مقتضيات العقد[3]، إذ ينبغي على المستأجر أن يعيد المأجور كما استلمه، وبالتالي عليه أن يصلح أي شيء تسبب في خرابه نتيجة الإستعمال، ولا يعود على المؤجر بما أنفقه على ذلك.

الشرط الحادي عشر: على المستأجر تجديد العقد عند انتهاء مدة عقد الإجارة، فلا يعتبر سكوت المؤجر تجديدا تلقائيا للعقد لنفس الأجرة ولنفس الوحدة الزمنية إلا إذا قام المؤجر بقبض الأجرة عن مدة جديدة.

---

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، ج٣، ص٦٧، ومواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، الحطاب، ج٤، ص٣٧٥- ٣٧٦، بدائع الصنائع،الكاساني، ج٥، ص١٧٢، ١٧١، والمبسوط السرخسي، ج١٢، ص١٩، ١٨، المهذب، الشيرازي، ج٢،ص٢٢، ومغني المحتاج،الشربيني، ج٢، ص٤٣، ونهاية المحتاج، الرملي، ج٣، ص٤٥٢، ومنهاج الطالبين، محي الدين أبي زكريا النووي، ص٢١٦.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧٢، ١٧١، والمبسوط السرخسي، ج١٢، ص ١٩، ١٨، شرح الخرشي على مختصر خليل، أبو عبد الله الخرشي ، ج٥، ص٨١، والموسوعة الكويتية، ج٣٠، ص٣٣٨. المهذب، الشيرازي، ج٢، ص٢٢، ومغني المحتاج، الشربيني، ج٢، ص٤٣، ونهاية المحتاج، الرملي، ج٣، ص٤٥٢، ومنهاج الطالبين، محي الدين أبي زكريا النووي، ص٢١٦.

(3) المبسوط،السرخسي، ج١٢،ص ١٤، و ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٨٤،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، ج٣، ص٦٥،منهاج الطالبين، محي الدين أبي زكريا النووي، ص٢١٦ ، كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٢٩٥

هذا الشرط أيضاً من مقتضيات العقد[1]، فعند انتهاء مدة العقد ينتهي العقد فعليا، فلا بد من تجديد العقد برضا المؤجر.

الشرط الثاني عشر: على المؤجر الإنذار لفسخ العقد قبل شهر أو كذا من الزمن، جريا على العرف أو الشرط.

هذا الشرط لمصلحة العقد[2]، وليس فيه معارضة للشرع، والحاجة ماسة إلى جوازه واقراره ففيه مصالح للناس ودفع الضرر عنهم.

الشرط الثالث عشر: يحق للمؤجر أن يشترط على مستأجر العين كالدار أو الأرض مثلا أنه في حالة تأخره في الخروج عن الوقت المحدد فإنه يدفع تعويضاً عن هذا الإخلال قدره كذا وكذا من المال عن كل يوم، وذلك زائدا عن أجرة منفعة العين.

هذا الشرط فيه مصلحة للعقد ومما جرى به العرف وفيه منفعة للمؤجر ودفع الضرر المالي عنه[3] ولأنه يجب الإيفاء بالعقود والشروط التي تم الإتفاق عليها بينهم عملاً بالنص، وكما جاء التصريح بجواز هذا الشرط من العلماء المعاصرين في قرار رقم: ٢٥، في الدورة الرابعة لمجلس هيئة كبار العلماء ١٣٩٤هـ وكماجاء قرارمن مجمع الفقه الإسلامي في جواز الشرط الجزائي أو التعويضي.

---

(١) المراجع السابقة

(٢) المبسوط، السرخسي، ج١٢،ص ١٤، المهذب، الشيرازي، ج٢، ص٢٢، ومغني المحتاج، الشربيني، ج٢، ص٤٣، ونهاية المحتاج، الرملي، ج٣، ص٤٥٢، ومنهاج الطالبين،محي الدين أبي زكريا النووي، ص٢١٦، والوجيز في فقه الإمام الشافعي، أبو حامد الغزالي، ج١، ص٢٩٤،والموسوعة الكويتية، ج٣٠، ص٢٣٨.

(٣) المبسوط، السرخسي، ج١٢،ص ١٤، المهذب، الشيرازي، ج٢، ص٢٢، ومغني المحتاج، الشربيني، ج٢، ص٤٣، ونهاية المحتاج، الرملي، ج٣، ص٤٥٢، والوجيز في فقه الإمام الشافعي، أبو حامد الغزالي، ج١، ص٢٩٤،والموسوعة الكويتية، ج٣٠، ص٢٣٨.، قرارات مجمع الفقه الإسلامي،الشرط الجزائي في عقد الإستصناع، الدورة السابع،جدة،١٤١٢هـ- ١٩٩٢م، قرار رقم:٦٦(٧/٣)

المبحث الثاني:الشروط المقترنة بعقد التوريد وتطبيقاتها

تشتمل هذا المبحث على خمسة مطالب :

المطلب الأول: تعريف عقد التوريد

المطلب الثاني: تكييف عقد التوريد ومشروعيته

المطلب الثالث: أركان عقد التوريد

المطلب الرابع: شروط عقد التوريد

المطلب الخامس: الشروط المقترنة بعقد التوريد وتطبيقاتها

وتفصيل هذه المطالب مايلي:

المطلب الأول: تعريف عقد التوريد

أولاً: التوريد في اللغة:

التوريد في اللغة مشتق من الورد بالكسر وهو الإشراف على الماء وغيره، والورد والتوردُ والإستيراد بمعنى واحد ،يقال: أورده: أحضره المورد كاستورده، وتورَّده: طلب الورد، وورَّدت الشجرة توريداً توردت وورّدت المرأة حمّرت خدها.

وقد ورد الورد في القرآن بقريب من هذا المعنى، قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَلَمَّا وَرَدَ مَآءَ مَدْيَنَ وَجَدَ عَلَيْهِ أُمَّةً مِّنَ ٱلنَّاسِ يَسْقُونَ ﴾ [1] وقَالَ تَعَالَىٰ:﴿ فَأَوْرَدَهُمُ ٱلنَّارَ ۖ وَبِئْسَ ٱلْوِرْدُ ٱلْمَوْرُودُ ﴾ [2]

وقال الرازي: التوريد مأخوذ من الفعل وَرَدَ يَرِدُ وُرُوْداً ، وورد له عدة معان منها ورد بمعنى حضر وأورده واستورده أحضره[3]، وهذا المعنى هو المراد هنا يعنى معناه هو حضر اذا كان من باب ثلاثى وأحضر اذا كان من باب المزيد فيه.

قيل أيضاً بأن كلمة التوريد لغةً مصدر وردّ بتشديد الرّاء وقال أبوالحسن احمد بن فارس: أن الواو والراء والدال أصلان أحدهما: الموافاة الى الشيء والثانى: لون من الألوان[4].

---

(1) سورة القصص: الآية : ٢٣

(2) سورة هود: الآية : ٩٨

(3) مختار الصحاح، محمد بن إبي بكر الرازي، تحقيق: محمدخاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، الطبعة الجديدة، ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م، ص٢٩٨، لسان العرب، ابن منظور، ج٣، ص٤٥٧، المصباح المنير، الفيومي، ج٢، ص٩٠١- ٩٠٢.

(4) معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، كلمة (ورد)، ج٦، ص١٠٥.

وقال الجواهرى: ورد فلان وروداً حضر وأورده غيره واستورده، أى أحضره[1].

وقال ابن منظور نقلاً عن ابن سيدة: تورده واستورد كورده، وتوردتِ الخيل البلادَ اذا دخلتها قليلاً، قطعةً قطعةً[2].

فحسب هذا التعريف التورد وهو الدخول القليل والدخول قطعةً قطعةً وقال مجدد الدين الفيروز آبادى: يقال وأورده أحضره المورد كاستورده وتورد طلب الوردة[3].

ففى هذا التعريف الإيراد والإستيراد قريبان فى معانيهما بأن معنى الإيراد هو الإحضار ومعنى الإستيراد هو جلب الشيء من خارج البلد وإحضاره فى البلد.

ثانياً: التوريد اصطلاحاً

الأمرالمهم هنا هو أن هذا الاصطلاح هو اصطلاح جديد ولذا لا يوجد له تعريف في اصطلاح وكتب الأقدمين وتوجد له عدة تعريفات في بعض الكتب والبحوث المعاصرة منها ما يلى:

التعريف الأوّل: عرفه القاضى تقى عثمانى وهو فإن عقد التوريد عبارة عن اتفاقيةٍ بين الجهةِ المشتريةِ والجهة البائعة، على أن الجهة البائعة تورد إلى الجهة المشترية سلعاً أو مواداً مجددةً الأصناف فى تواريخ مستقلة معينة لقاءَ ثمنٍ معلومٍ متفقٌ عليه بين الطرفين وبما أن الإتفاقية تنص على أن الجهة البائعة تسلم المبيع من تاريخٍ لاحقٍ، وأن الجهة المشترية تدفع الثمن بعد التسليم، فالبدلان فى هذه الإتفاقية مؤجّلان، وإنما تحتاج المؤسسات التجارية إلى مثل هذه العقود ليمكن لها تخطيط نشاطا تها التجارية فإن ذلك لا يتيسر الا بإلتزام تعاقدي غير قابل للنقض يتم به الحصول على المواد الخام أو المواد المطلوبة الأخرى فى أوقات محددة فى المستقبل[4].

فنظراً إلى هذه التعريف يتحصل عدة نكات لازمة لعقد التوريد وهى ما يلى.

١. لا بد أن يكون المشترى والبائع قد اتفقا على الثمن والسلعة وأجل دفع السلعة.

٢. لا بد أن يكون المشترى يدفع المبلغ والبائع يدفع السلعة.

---

(١) الصحاح، اسماعيل بن حماد الجوهرى، المطبعة الكلية، مصر ، الطبعة الأولى: ١٣٢٩هـ، كلمة (ورد) باب الدال فصل الواو، ج٢، ص٥٤٩.

(٢) لسان العرب، ابن منظور، كلمة (ورد) ، ج٣، ص٤٥٥

(٣) القاموس المحيط، الفيروز آبادى، مادة (ورد) باب الدال، فصل الواو، ج١، ص٣٤٢.

(٤) عقد التوريد والمناقصات، القاضي محمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، عدد: ١٢، جدة، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م، ج٢، ص٢١٣.

٣. لا بد أن يكون الثمن معلوما ومتفقاً عليه.

٤. لا بد أن تكون التواريخ مستقلة ومعينة بين الطرفين.

٥. لا بد أن يكون البدل بشكل السلعة.

التعريف الثاني: يبين الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن التوريد هو عقد يلزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً، يتكرر مدةً من الزمن [١].

يدل هذا التعريف على أن موضوع عقد التوريد هو بإستمرار توريد أشياءٍ منقولةٍ، كالبضائع أو الفحم أو السفن أو المواد الحربية المختلفة..... ولا يمكن أن يكون محل العمل فى عقار بطبيعته أو بالتخصيص وإلا أصبح عقد اشتغال ـ وقد نص عليه الدكتور الطماوي [٢].

ومن خلال هذه التعريفات السابقة نلاحظ أن هذه التعريفات حددت بوضوح التزامات المورد بتقديم السلع أو الخدمات وكذالك التزامات المورد اليه بدفع البدل حيث ترك تحديد زمن دفع البدل إلى الإتفاق أو العرف.

التعريف الثالث: قد عرف الدكتور رفيق يونس المصرى التوريد بأنه اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يورد إلى الآخر سلعاً موصوفة على دفعةٍ واحدةٍ أو عدة دفعاتٍ فى مقابل ثمنٍ محددٍ، غالباً ما يكون مقسطاً على اقساط بحيث يدفع قسط من الثمن كلما تم قبض قسط من المبيع[٣].

فحسب هذا التعريف أن عقد لتوريد هو التعاهد والإتفاق بين الطرفين هما البائع والمشترى وهذا التعاهد هو لتوريد السلع الموصوفة فى زمن محدد مقابل ثمن محدد على دفعة واحدة أو بالأقساط حسبما اتفقا عليه الفريقان.

---

(١) الوسيط فى شرح القانون، عبد الرزاق احمد السنهورى، ج٦، ص١٦٧

(٢) الأسس العامة للعقود الإدارية، الدكتور محمحد سليمان الطماوي، دار الفكر العربي،الطبعة الثالثة، ١٩٧٥م، ص١١٦.

(٣) عقد التوريد والمناقصات، الدكتور رفيق يونس المصري، مركز أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، الدورة الثانية عشرة ، ص٤٧٧، راجع
موقع:http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4883

بعد تعريف عقد التوريد يقول المصرى: وعقد التوريد قد يكون محلياً أو دولياً، أى قد يتم بين منشأتين فى بلد واحد، أو فى بلدين مختلفين، فهولا يعنى بالضرورة أنه عقد متعلق بالإستيراد والتصدير، وإن سمى البائع مورداً والمشترى مورداً له[1].

المطلب الثاني: تكييف عقد التوريد ومشروعيته

وتشتمل هذا المطلب على فرعين وهما بما يلي:

الفرع الأول: تكييف عقد التوريد

بعد النظر والإطلاع على أراء الفقهاء يظهر لنا أن عقد التوريد يشبه كثيرا بالعقود الشرعية الأخرى كعقد البيع على العين، والعقد على الغائب المبيع على الصفة، والبيع ما يتكرر قطفه مثل: ثمار مزارع القثاء والبطيخ وغيرهما، وعقد الشراء المستمر مثل: شراء لبن شاة إلى مدة معلومة وشراء الخبز واللحم وغيرهما من الخباز واللحام إلى مدة كذا، وكعقد الإستصناع وكعقد السلم من جهة اشتراط تحديد أوصاف المعقود عليه، والقدرة على تسليمه، وتحديد مواعيد التسليم.

الفرع الثاني: مشروعية عقد التوريد:

أما مشروعية عقد التوريد فهو عقد جائز ومشروع ولمشروعيته أدلة كثيرة أهمها ما يلى:

أولاً: ادلة على مشروعيته من القرآن:

هناك آيات يستدل بها لجواز عقد التوريد وهى بما يلى:

أ. قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[2].

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة بأنها أمرت بالوفاء بالعقود أمراً عاماً ومطلقاً دون تعيين نوع العقد، فشملت العقود التى عقدها علينا والزمنا بها، والعقود التى تقع بين الناس بعضهم مع بعض، كالبيع والإجارة والزواج وغيرها، وبكل عقد يتعارفه الناس، ويحقق مصالحهم مادام العقد لا يتعارض مع قواعد الشريعة واصولها[3].

---

(1) مرجع السابق

(2) سورة المائدة، الآية: 1

(3) الجامع لأحكام القرآن، محمد بن احمد الأنصارى القرطبى،تحقيق: الدكتورعبدالله بن عبدالمحسن التركي، مؤسسةالرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م، ج٤، ص٣٩٤.

٢. عموم الآيات الكريمة الدالة على حل جميع أنواع البيوع الا ما حرم الله تبارك وتعالى ورسوله صلي الله عليه وسلم كقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [١].

ويشمل ذلك عقد التوريد لأنه نوع من انواع البيوع المشروعة لما فيها من تبادل المنافع بين المتعاقدين.

٣. قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [٢].

ووجه الإستدلال بهذه الآية: انها تدل بعبارتها صراحة على أن الأصل فى ثبوت الحق فى مال الغير هو رضا صاحب هذا المال، اذا كان ذالك على سبيل التجارة والمعاوضة، وهذا اصل شرعى عام، فالتجارة شاملة لكثير من التصرفات والمعاملات التى تنشىء التزامات،[٣] ومن ضمنها عقد التوريد الذى يكون عن تراضٍ بين المورد والمورد له، ويبغى كل واحد منهما الكسب والربح، وهذا المعنى ثبت بنص الآية الكريمة.

وعلى هذا فسوف يكون كل عقد عرفى ولو كان جديداً لم يكن متعارفاً عليه عند نزول النص يجب الوفاء به اذا كان مشتملاً على الشروط التى اشترطها الشارع فى الثمنين أو المتعاقدين أو العقد.

ثانياً: ادلة على مشروعيته من السنة النبوية:

حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم {الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أوحرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً}[٤].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٩

(٣) الجامع لأحكام القرآن، القرطبى، ج٦، ص٢٥٢.

(٤) ذكره البخاري تعليقاً بصيغة الجزم مقتصراً على لفظ "المسلمون على شروطهم" صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة، ج٢، ص١٢٥، وأبوداود في كتاب الأقضية باب في صلح، حديث رقم: ٣٥٩٤، ج٤، ص١٦، والترمذي في كتاب الأحكام باب ما ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين المسلمين، وقال: حسن صحيح، حديث رقم: ١٣٥٢، ج٣، ص٦٢٥، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ج٥، ص١٤٥.

وجه الإستدلال: أن الأصل في العقود والشروط الجواز والإباحة، والحديث عام في إيجاب الوفاء بكل أنواع الشروط التي لا تخالف ما جاء به الشرع ومن ضمنها اشتراط المسلمين بينهم شروطا في عقد التوريد.

وفي الحقيقة لا توجد حديث خاص في عقد التوريد الذي يستدل به ، لأن هذا العقد عقد مستحدث بسبب تطور الزمان، وإيجاد العقود الجديدة بأسمائها ولكن كثير من هذه العقود الجديدة مشابهة للعقود الشرعية الأخرى المنصوص عليها، فتنطبق عليها أحكام هذه العقود المشروعة،ومنها العقد التوريد،فهو مشابه بعقد البيع على العين، وبالعقد على الغائب المبيع على الصفة،وبعقد الإستصناع ونحوها.

ثالثاً: مشروعية عقد التوريد بالمعقول:

إن عقد التوريد جائز عقلاً لأنه لا يتنافى مع أدلة الشرع ومقاصده ولأنه يقوم على رعاية المصالح العامة فى العقود والتصرفات، وتبرز أهميته فى تنشيط الحركة التجارية والصناعية وفتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالإقتصاد، ولأن فيه تسهيل وتيسير على الناس ورفعاً للحرج والمشقة التى قد تلحق بهم فى حالة الجمود والركود الإقتصادى فى ظل التطورا لإقتصادى الهائل فى كافة مجالات الحياة.

المطلب الثالث: أركان عقد التوريد

هذا معلوم بأن عقد التوريد هو عقد عرفى وشملته الأدلة العامة الدالة على وجوب الوفاء بالعقد فستكون أركانه أربعة وهى:

١. العاقدان، ٢. الصيغة، ٣. محل العقد، ٤. موضوع العقد

١. العاقدان: وهما المورّد وهو من يتعهد بإحضار السلع المعقود عليها وتمليكها المستورد ويتملك الثمن والمستورد وهو من يتملك السلع المستوردة فى مقابل العوض الذى يبذله.

وفى الفاظ أخرى المراد من العاقدين هما الموجب والقابل وهما البائع (المورد) والمشترى (المستورد) الذى يسمى قابلاً للبيع[1].

وقد يكون كل طرف منهما شخصاً منفرداً أو متعدداً كما لو تخارج فريق من الورثة مع أحدهم، أى تعاقدوا معه على أن يدفع كل واحد منهم.

---

(1) المدخل إلى الفقه الإسلامي، الدكتورعبد العزيز الخياط، دارالفكر للنشر والطباعة، عمان، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ- ١٩٩١م، ص١٢٦.

وقد يكون العاقدان اصليين أو نائبين عن غيرهما فى العقد كالوكيلين والوصيين وقد يكون أحدهما أصيلا عن نفسه والآخر وكيلاً عن غيره[1].

٢. الصيغة: كلمة الصيغة فى اللغة مأخوذة من الصوغ وهى مصدر صاغ الشيء يصوغه صوغا وصياغة وصغته أصوغه صياغة وصيغة وصيوغة[2].

يوضح ابن منظور مادة كلمة الصيغة وبعد ذالك يفسر معناها بأن صيغة الكلمة هى هيئتها الحاصلة من ترتيب حروفها وحركاتها والجمع صيغ، ومنه قولهم: اختلفت صيغ الكلام أى: تراكيبه[3].

أما الصيغة فى الإصطلاح الفقهى هى "الالفاظ وما فى معناها أو الأفعال التى تدل على العقد ونوعه"[4].

أركان الصيغة: للصيغة ركنان وهما: الإيجاب والقبول وقد اختلف الفقهاء فى تحديد الإيجاب والقبول على قولين:

١. ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الإيجاب هو ما صدر من البائع والقبول هو ما صدر من المشترى[5].

٢. ذهب الحنفية إلى أن الإيجاب: "هو ما صدر أوّلاً من كلام أحد العاقدين أوما يقوم مقامه لإنشاء العقد" والقبول: "هو ما صدر من العاقد الآخر بعد ذالك دالاً على الرضا بما تضمّنه الإيجاب سواء صدر ذلك من البائع أو المشترى"[6].

فالمذهب الأوّل يعتبر قول البائع ايجاباً وقول المشترى قبولاً ولا اعتبار لمن أنشأ الكلام وما هو قصد المتكلم أما المذهب الآخر فيعتبر كلام المتكلم الأوّل لشراء أو بيع شيء سواءً كان بائعاً

---

(١) المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمدالزرقاء، ص٤٠٠.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، ج٨، ص٤٤٢

(٣) المرجع السابق

(٤) صيغ العقود في الفقه الإسلامي ، الدكتور:صالح بن عبد العزيز الغليقة، كنوز اشبيليا، السعودية،الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م ، ص٦١.

(٥) مواهب الجليل،الحطاب، ج٣، ص٤، و روضة الطالبين، يحيى بن شرف النووي، تحقيق: الشيخ عادل أحمد و الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب،الرياض،السعودية، طبعة خاصة،١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م، ج٣، ص٤.

(٦) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٣٧، و ج٤،ص٤٧

أو مشترياً، ايجاباً أما الذى يجيب كلام المتكلم الأوّل فكلامه يعتبر قبولاً بقطع النظر عن إرادة البيع أو الشراء.

فلو قال المشترى للبائع: بعنى هذه الأرض بمائة الف روبيات فقال البائع: بعتك أو نحوه كان كلام المشترى قبولاً عند الجمهور وقد تقدم على الإيجاب، وهو عند الحنفية قبول لأنه عندهم صدر بعد الإيجاب دالاً على الرّضا بما تضمّنه.

فإذا كان عقد التوريد قد تم على سلعةٍ معينةٍ فالإيجاب يكون من البائع حسب رأى المذهب الأوّل، وهو المورِد بتمليك سلعةٍ موصوفةٍ فى الذمة الى الآخر بثمن معين فى الذمة والقبول يكون من المورد اليه بقوله ايجاب البائع، أما فى رأى المذهب الآخر فالإيجاب يكون من المتكلم الأول الذى يصدر كلامه لإنشاء العقد سواءً كان هو المورِد أو المورَد إليه أما الآخر فهو الذى يعتبر كلامه قبولاً لأن مجلة الأحكام العدلية أيضاً صرحت هذه القضية بتعريف الإيجاب والقبول قائلاً بأن **الإيجاب هو**: "أوّل الكلام الذى يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء العقد والقبول بأنه: ثانى الكلام الذى يصدر من أحد المتعاقدين لأجل انشاء تصرف"[1]

فهذا العقد كبقية العقود لا يشترط فيه تقديم الإيجاب بل يجوز تقديم القبول، على ما عرفه اصحاب المذهب الأول، من المشترى لكن بقوله: أشترى منك سلعةً موصوفةً فى ذمّتك بثمن معين موصوف فى الذمة فيقول البائع: بعتك تلك السلعةَ الموصوفةَ بذالك الثمنِ الموصوفِ[2] وهذا هو موقف الحنفية ولكن بإختلاف تعريف الإيجاب والقبول.

٣. محل العقد: الركن الثالث من أركان عقد التوريد هو محل العقد والمراد به المعقود عليه أى ما وقع عليه التعاقد يعنى البدلان فى العقد وهما فى عقد التوريد: السلعة التى أبرم العقد لتوريدها والعوض الذى يدفعه المستورد لقاء ذالك ويقول الدكتور الخياط فى بيان محل العقد فى أى عقد "وهو المبيع والثمن فى البيع والمرهون فى الرهن والمستأجر فى الإجارة"[3]

فمحل العقد فى عقد التوريد هو سلعة مختصه للتوريد وثمنها المعينة.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية. المادة: ١٠١، ١٠٢، ج١، ص١٠٤،١٠٣.

(٢) الجواهرى، الشيخ حسن، عقود التوريد والمناقصات: ص٤٣٧- ٤٣٨

(٣) الخياط، الدكتور عبدالعزيز، المدخل الي الفقه الاسلامي: ص١٢١

٤. موضوع العقد: موضوع العقد هو ركن رابع لعقد التوريد، فالمراد به "غايته النوعية، أى المقصد الأصلى الذى شرع العقد لأجله. فالمراد فى محل عقد بيع انما هو نقل ملكية المبيع الى المشترى بعوض"[١].

فموضوع عقد التوريد هو نقل السلعة من المورد الى المورد اليه ونقل ثمن السلعة من المورَّد إليه الى المورِّد لأن هذا هو المقصد الوحيد الذي شرع عقد التوريد لأجله.

المطلب الرابع: شروط عقد التوريد:

هذا المطلب ينحصر على ثلاثة فروع، **الأول:** شروط العاقدين والثانى: شروط الصيغة والثالث : شروط المعقود عليه وتفصيل هذه الفروع ما يلى:

الفرع الأول: شروط العاقدين:

ويشترط للعاقدين عدة شروطٍ وهي:

أولا :أهلية التصرف: تتوقف صحة مباشرة الإنسان للعقود على تمتّعه بأهلية الأداء التى مناطها العقل والتمييز وكمالها بالبلوغ والرشد فلا يصح تصرف المجنون ولا الصبى الذى لا يميز أما الصبى المميز فيصح تصرفه فيما لا يضره إذا أذن له وليه بالتصرف عند جمهور العلماء[٢] ويرى الشافعية أنه لا يصح تصرف الصبى المميز ولو أذن له وليه[٣] ولا يصح تصرف السفيه المحجور عليه لكن إن أذن له وليّه صحّ عند الحنابلة[٤].

ثانياً :الملكية أو الوكالة أو الولاية: لا بد ان يكون العاقد مالكاً للمعقود عليه أو وكيلاً عن المالك أو وليّاً عليه لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لحكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه: "لا تبع ما ليس عندك"[٥]، فالّذى لا يكون مالكاً لا يجوز له أن يّبيع ملك الغير بغير

---

(١) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج١، ص٤٠٠- ٤٠١؛ والنظرية العامة للالتزامات، الدكتور منذر الفضل، مكتبة دارالنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦م، ج١، ص٨٣.

(٢) نتائج الأفكار في كشف رموز والأسرار، شمس الدين أحمد بن قورد قاضي زادة، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م، ج٩، ص٢٦٧؛ والمغني،ابن قدامة، ج٦، ص٥٩٥؛ والشرح الصغير، الدرديري ، ج٣، ص٣٨٢- ٣٨٣.

(٣) مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين، الشربيني ، ج٢، ص٢١٦؛ والمجموع شرح المهذب، الشيرازي ، ج٩، ص١٨٥؛ نهاية المحتاج، ج٣، ص٣٨٦

(٤) الإنصاف، المرداوي، ج٤، ص٢٦٧؛ وشرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج٢، ص١٢٥؛ و روضة الطالبين، ج٤، ص٤١١؛ و الروض المربع، ج٣، ص١٨٥

(٥) السنن ، الترمذي ، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم: ١٢٣٢، ج٣، ص٥٢٦

إذن المالك ولذا من تصرف فى مال غيره بغير إذنه أو ولاية شرعية عليه فهو فضولىّ لا يصحّ تصرّفه عند الشافعية والحنابلة[1].

أما الحنفية والمالكية يرون أن تصرفه موقوف على الإجازة فما أجازه المالك منه صحّ ونفذ وما لم يجزه فإنه يبطل[2].

ثالثاً:تعدد العاقد: إنّ من شروط عقد التوريد هو أن يكون العاقدان متعدداً فلا يجوز أن يكون أحد العاقدين ولياً عن الآخر ولا وكيلاً عنه فى العقد لأن لعقود المعاوضات حقوقاً متضادة قبل التسليم والتسلم ومثل طلب البائع زيادة الثمن وطلب المشترى نقصانه ولذلك فإنّ هذا العقد لا تؤمن فيه المحاباة ولا يسلم غالباً من الغبن.

وقد استثنى الحنفية والحنابلة بيع الأب ما له لإبنه الصغير بمثل قيمته أو بغبن يقع مثله بين الناس فى العادة[3]، واستثنى المالكية شراء الوكيل فى البيع بسعر ما باع به سائره[4].

وعن الإمام احمد رواية أخرى بجواز ذلك فى بيع المزاد إذا تولى النداء غيره وزاد على مبلغ ثمنه فى النداء[5].

الفرع الثانى: شروط الصيغة:

إن للصيغة فى عقد التوريد شروطاً آتية:

١. وضوح دلالة الإيجاب والقبول على مراد العاقدين[6].
٢. تطابق القبول مع الإيجاب بحيث يرد القبول على كل ما أوجبه الموجب وبما أوجبه المقبل فيتطابقان فى محل العقد ومقدار العوض والوصف وغيره[7].
٣. اتصال القبول بالإيجاب فى مجلس العقد ويتحقق ذالك بالشروط التالية [1].

---

(١) المجموع، ج٩، ص٣١٥؛ الروض المربع، البهوتي، ج٢، ص٢٢٧، شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج ٢، ص١٣٠.

(٢) فتح القدير، ابن همام، ج٧، ص٥٢،الشرح الصغير،الدردير، ج٣، ص٢٦- ٢٧

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٤، ص١٧٩.

(٤) الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف بن عبدالله بن عبد البر القرطبي، تحقيق: محمدمحمد أحيدالموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م، ج٢، ص٧٩١

(٥) المغنى،ابن قدامة، ج٤، ص٢٢٨- ٢٢٩

(٦) دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المادة:١٧٧، ج١، ص١٤٧؛ و شرح منتهى الإرادات،البهوتي، ج٢، ص١٢٢- ١٢٣؛ و كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٦١؛ مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، الحطاب، ج٤، ص٢٢٧

(٧) بدائع الصنائع،الكاساني، ج٥، ص١٣٦، و كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٥٩؛ وشرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج٢، ص١٢٣ ؛ دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المادة: ١٧٧، ج١، ص١٤٧.

أ- أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول ومعنى المجلس هو ما يتم فيه سماع الإيجاب والقبول من العاقدين أو وكيليهما أو من أحدهما مباشرة أو بمكالمة الآخر بالهاتف ونحو ذالك.

ب- ألا يرجع الموجب عن ايجابه قبل قبول القابل فإن رجع عن ايجابه بطل الإيجاب فإذا وقع القبول بعد ذالك كان لاغياً لعدم وروده على ايجاب.

ج- ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على اعراضه عن العقد كما اذا تشاغل أحدهما أو كلاهما بما يقطعه عرفاً من كلام خارج عن العقد أو أكل أو سكوت طويل ونحو ذالك.

فهذه هى الشروط الثلاثة للصيغة فى عقد التوريد وفى عقود أخرى.

الفرع الثالث: شروط المعقود عليه:

أما شروط المعقود عليه فهى ثلاثة كما يلى:[٢]

١. أن يكون المعقود عليه معلوماً للعاقدين علماً نافيا للجهالة المفضية الى النزاع ويحصل العلم فى التوريد بوصف المعقود عليه وصفاً منضبطاً يوصل الى معرفته حيث يذكر جنسه ونوعه وقدره وحجمه وتاريخ انتاجه وعناصره وجودته ورداء ته[٣].

٢. أن يكون قابلاً لحكم العقد، وهو المال المتقوّم الذى يباح الإنتفاع به شرعاً فلا يصحّ توريد الأعيان المحرمة كالخنزير والكلاب والخمور وآلات الملاهى كالعود والمزمار وغيرها[٤].

٣. أن يكون مقدوراً على تسليمه فلا يصح العقد على ما يعلم عجز المورد عن تسليمه إما لكونه عند من لا يسلمه أو لكونه مستحيل الوجود استحالة مطلقة فى المستقبل[١].

---

(١) شرح منتهى الإرادات،البهوتي، ج ٢، ص١٢٣ ،كشاف القناع،البهوتي، ج٢، ص٤٦٠

(٢) دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المادة:٢٠١، ج١، ص١٧٨؛ عقد التوريد دراسة شرعية ، عبد الله بن محمد المطلق، ص ٤٢- ٤٣

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٢٨؛ ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص١٥؛ المجموع، النووي، ج٩،ص٣٤٦- ٣٤٨؛ وحاشية على شرح كفاية الطالب الرباني، علي الصعيدي العدوي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دارالفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٢هـ، ج٢، ص١٧٩

(٤) بدائع الصنائع،الكاساني، ج٥، ص١٤١- ١٤٣؛ ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص١٥؛ والروض المربع، البهوتي، ج٢، ص١٨٥؛ و المجموع، النووي، ج٩، ص٢٧٥؛ و المغني، ابن قدامة، ج٦، ص٣٥٨؛ دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المادة: ١٩٩، ج١، ص١٧٧.

فهذا هى شروط المعقود عليه التي لا بد من ملاحظتها عند إبرام عقد التوريد.

المطلب الخامس : الشروط المقترنة بعقد التوريد وتطبيقاتها

هناك عدة شروط تقترن بعقود التوريد في عصرنا ، وأهم هذه الشر وط مايلي:

١- اشتراط المستورد بأنه إذا أتى المورد العين المستوردة مخالفة للموصفات والشروط فعليه ضمانها.

هذا الشرط مقبول لأنه موافق لمصلحة العقد ، حيث من واجبات المورد أن يسلم ما قد اتفق عليه مع المستورد ، فإذا خالف ذلك فهو ضامن لأنه كالأجير المشترك [٢].

٢- اشتراط المستورد بأنه إذا أتى المورد العين المستوردة معيبة فالمستورد بالخيار يأخذه بأقل سعر ما اتفقاعليه ، والنقص في السعر يكون أرش العيب.

هذا الشرط مقبول لأن المورد أتى بالعين المستوردة مخالفا للمواصفات فحينئذ المستورد بالخيار في أخذه أورده أو أخذه بأقل سعر [٣].

٣- اشتراط المستورد بأن المورد يقوم بتدريب العين المستوردة ، كتدريب السياقة عند استيراد السيارة مثلاً.

هذا الشرط لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ولكنه مؤكد لمصلحة للعقد كما أنه اشتراط مماجرى العرف والتعامل به [٤].

٤- اشتراط المورد بأنه لا يضمن ما حصل منه من تقصير أو نحوذلك.

هذا الشرط باطل لانه مناف لمصلحة العقد لأن المورد يضمن ما تولد عن فعله أوصنعه من ضرر أو خسارة سواء كان بتعديه أو بتقصيره. لأنه كالأجير المشترك فهو ضامن لما يسلم

---

(١) بدائع الصنائع،الكاساني، ج٥، ص١٣٨؛ ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص١٥؛ المجموع، النووي، ج٩، ص٢٤٣؛ الروض المربع،البهوتي، ج٢، ص١٨٧؛ وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ج٢، ص١٧٩؛ دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المادة: ١٩٨، ج١، ص١٧٧، و عقد التوريد دراسة شرعية ، المطلق، ص ٤٢- ٤٣

(٢) فتح القدير، ابن الهمام، ج٦، ص٢، شرح الخرشي، ج٥، ص١٢٥،المغني، ابن قدامة، ج٢، ص٤٢٥- ٤٢٦

(٣) بدائع الصنائع،الكاساني، ج٥، ص٢٨٣، المهذب، الشيرازي، ج١، ص٢٨٦، المغني، ابن قدامة، ج٦، ص٤٢٧- ٤٢٨.

(٤) المبسوط، السرخسي، ج١٣، ص١٤؛ ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٨٦، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧٣، ١٧٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، ج٣، ص٦٧، كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٥، والإقناع، الحجاوي، ج٢، ص١٨٩، والمغني، ابن قدامة، ج٦، ص٣٢٣، والروض المربع، البهوتي، ج٢، ص١٩١، والكافي، ابن قدامة، ج٢، ص٥٧

إليه من أموال الناس، ويستثنى من ذلك ما إذا وقع الضرر بسبب قاهر لايمكن التحرز عنه كالحريق، أو الزلزال ونحوذلك[1].

٥- إذا تأخر المورد في تسليم العين المستوردة في الوقت المحدد فعليه غرامة مالية ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.

هذا الشرط أيضا مقبول لأنه موافق لمصلحة العقد، لأن من واجبات المورد أن يلتزم بما اتفق عليه من الوقت، فإذا تأخر عن تنفيذ العمل فعليه المسؤولية لدفع الضرر[2].

٦- اشتراط المورد بأنه إذا تأخر المستورد في تمكين المورد من إنجاز العمل فإن المورد لا يتحمل ما يترتب على هذا التاخير، ولايضمن إذا لم يسلم إليه العين المستوردة في الوقت المحدد.

هذا الشرط أيضا من مصلحة العقد لان عدم تمكين المورد من إنجاز العمل من المستورد، كأن يتفق المستورد مع المورد بإستيراد لوحات كبيرة ويقول سأخبرك بلونها غدا وتأخر في إخبار لونها فعليه المسؤولية.

---

(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي بشأن الشرط الجزائي، قرار رقم: ١٠٩، (٣/١٢)، الدورة الثانية عشرة بالرياض، ١٤٢١هـ.

(٢) المرجع السابق

المبحث الثالث:الشروط المقترنة بعقد المقاولة وتطبيقاتها

يتناول هذا المبحث تعريف عقد المقا ولة ومتعلقاتها وهو ينقسم إلى خمسة مطالب كالتالي:

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة وأهميتها

المطلب الثاني: تكييف عقد المقاولة ومشروعيتها

المطلب الثالث: أركان عقد المقاولة

المطلب الرابع: شروط عقد المقاولة

المطلب الخامس: الشروط المقترنة بعقد المقاولة وتطبيقاتها

أما تفصيل هذه المطالب فكما يلي:

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة

أولاً: تعريف عقود المقاولة لغة

المقاولة هي المفاوضة والمجادلة في اللغة، ومنه قولهم: قاوله في الأمر مقاولةً، إذا فاوضه وجادله، وتقاولوا في الأمر: تفاوضوا، وتطلق أيضاً على إعطاء العمل للآخر، قاوله مقاولة على تعهد منه للقيام به،[1] والمقاول: من يتعهد بالقيام بعمل معيّن ستكمل لشروط خاصة كبناء بيت، أو إصلاح طريق، والمقاولة: إتفاق طرفين يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يقوم للآخر بعمل معيّن بأجرمحدود في مدة معينة[2].

ثانياً: تعريف المقاولة إصطلاحاً:

لايجد الباحث في المدونات الفقهية تعريفاً شرعياً خاصاً لهذا المصطلح لأنه من المصطلحات المستحدثة ولكن تطابق صور هذا العقد مع بعض العقود المشروعة في الفقه

---

(1) لسان العرب، ابن منظور، ج١١، ص٣٥٢؛ المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، الطبعة الرابعة، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م، ص٧٩٧

(2) لسان العرب، ابن منظور، ج١١، ص٣٥٢؛ المعجم الوسيط ، ص٧٩٧

الإسلامي كالإجارة والإستصناع وقد ورد ذكر عقد المقاولة بإجمال دون تفصيل عند المتأخرين من الفقهاء والمعاصرين منهم خاصة، ليؤكدوا أن الفقه الإسلامي يستوعب كل ما هو جديد في المعاملات المالية، مادام ضمن الضوابط والقواعد العامة التي أرساها، فقد نصت مجلة الأحكام العدلية بأن الإستصناع "عقد مقاولة مع أهل الصناعة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيئ مصنوع"[1].

وقد ذكر الشيخ قدري باشا بعض أحكام عقد المقاولة دون ذكر تعريف له عند تنظيمه لأحكام الأجير المشترك، ومن ذلك ما ورد في المادة ٥٠٩ والتي تنص على أنه "يجوز استئجار الصانع أو المقاول لعمل بناء مع تعيين أجرته كل يوم بدون مقدار العمل، أو مع تعيين أجرة كل ذراع أو متر يعمله، أو بالمقابلة على العمل كله، مع بيان مقدار العمل طولاً وعرضاً وعمقاً "[2].

وورد تعريف لعقد المقاولة في قررات مجمع الفقه الإسلامي بأن عقد المقاولة "هوعقد من يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر"[3].

وبنفس المعنى عرّفه الدكتور رفيق مصري حيث قال: "وعقد المقاولة إتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئاً، أو أن يؤدي عملاً بمقابل عوض مالي يتعهد به هذا المتعاقد للآخر"[4].

فبالإختصار يظهر من هذه التعريفات لعقد المقاولة من منظور شرعي بأنه يشبه - إلى حدّ ما - بعقدي الإستصناع والإجارة حسب إختلاف صوره العديدة.

المطلب الثاني: تكييف عقد المقاولة ومشروعيته وفيه فرعان :

الفرع الأول: تكييف عقد المقاولة

الفرع الثاني: مشروعية عقد المقاولة

---

(1) دررالحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، مادة : ١٢٤، ج١، ص١١٤- ١١٥

(2) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا،المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٠٨هـ- ١٨٩١م، ص٩٢

(3) عقد المقاولة والتعمير، مجلة الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة، قرار رقم: ٣/١٤٩، ص١٤

(4) الجامع في أصول الربا، رفيق يونس المصري، دارالقلم، دمشق، الطبعة الثانية، ٢٠٠١م، ص٣٨٠

وتفصيل هذه الفروع ما يلي:

الفرع الأول: تكييف عقد المقاولة

إن عقد المقاولة يشبه بعقد الإستصناع من ناحية ويشبه بعقد الإجارة من ناحية أخرى، فإذا كان العمل والمواد اللازمة للصناعة كلاهما من المقاول فهو عقد استصناع وإذا كان العمل من المقاول والمواد اللازمة من رب المال فهو عقد إجارة العمل ولكن الأستاذ الزحيلى يجعله عقدا مستقلاً مميزاً عن عقد الإستصناع وعقد الإيجار[1].

فالقضية متحققة بأن عقد المقاولة من العقود المستجدة فى الزمان الحاضر وانطبقت عليه الشروط العامة الواجب توافرها في العقود ونهض فى احكامه على مجموعة عقود فى الشرع الإسلامى كعقد البيع والإجارة الواردة على العمل والسلم والجعالة وعقد الإستصناع.

الفرع الثاني: مشروعية عقد المقاولة

عقدالمقاولة جائز ومشروع ويستند في مشروعيته إلى أدلة كثيرة من القرآن والسنة النبوية والمعقول كمايلي:

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم:

١. قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ ﴾[2]

إن هذه الآية أمرت بالوفاء بالعقود أمراً عاماً وباطلاق، دون تعيين لنوع العقد، فشملت العهود التى عقدها الله علينا وألزمنا بها، والعقود التى تقع بين الناس بعضهم مع بعض كالبيع والإجارة والزواج وغيرها، وبكل عقد يتعارضه الناس، ويحقق مصالحهم، مادام لا يتعارض مع قواعد الشريعة وأصولها[3] وعقد المقاولة يندرج تحت هذا الأصل التشريعى العام

٢. عموم الآيات الكريمة الدالة على حل جميع انواع البيوع الا ما حرمه الله تبارك وتعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم كقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[4] ويشتمل ذلك عقد المقاولة، لأنه نوع من انواع البيوع المشروعة لما فيها من تبادل المنافع بين المتعاقدين.

---

(١) عقد المقاولة، د. وهبة الزحيلي، المنقول عن موقع الدكتور من الإنترنت : http://fikr.com/zuhayli/contract.htm

(٢) سورة المائدة:الآية: ١

(٣) الجامع لأحكام القرآن، القرطبى، ج٦، ص٣٢- ٣٣

(٤) سورة البقرة: الآية: ٢٧٥

وعلى هذا الأساس صرح الإمام الشافعى رحمه الله تعالى قائلاً: "فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا الا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها، وما كان فى معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم بإذانه، داخل فى المعنى المنهى عنه، وما فارق ذلك الجناه بما وصفنا من إباحة البيع فى كتاب الله تعالى "[1].

٣. قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[2]

فهذه الآية تدل بعبارتها صراحة على أن الأصل فى ثبوت الحق فى مال الغير هو رضا صاحبه، إذا كان ذلك على سبيل التجارة والمعاوضة، وهذا أصل تشريعى عام، فالتجارة شاملة لكثير من التصرفات والمعاملات التى تنشئ التزامات،[3] ومن ضمنها عقد المقاولة الذى يكون عن تراض بين المقاول وصاحب العمل ويبغى كل واحد منهما التكسب والربح – وهذا المعنى ثبت بنص الآية الكريمة.

ثانياً: أدلة من السنة النبوية:

توجد الأحاديث النبوية الشريفة التى تدل على جواز عقد الإستصناع والإجارة ولعقد المقاولة علاقة وشبه بهذه العقود المذكورة فالإستدلال موجود لإباحة عقد المقاولة من هذه الأحاديث الشريفة.

أولاً: الأحاديث الواردة فى جواز عقد الإستصناع:

من الأحاديث الدالة على جواز عقد الإستصناع:

١. عن نافع أن عبد الله بن عمر حدثه أن النبى صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتماً من ذهب، وجعل فصه فى بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس الخواتيم من ذهب، فرقى المنبر، فحمد الله وأثنى عليه فقال: إنى كنت اصطنعته وإنى لا البسه فنبذه، فنبذ الناس [4].

٢. وعن أنس رضي الله عنه قال: صنع النبى صلى الله عليه وسلم خاتماً قال: إنا اتخذنا خاتماً ونقشنا فيه نقشاً فلا ينقش عليه أحد – قال: فإنى لأرى بريقه فى خنصره[1].

---

(١) الأم، محمد بن ادريس الشافعى، دارالوفاء، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م، ج٤، ص٥- ٦

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٩

(٣) الجامع لأحكام القرآن، القرطبى، ج٥، ص١٥١.

(٤) الجامع الصحيح، البخارى، كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم فى بطن كفه، حديث رقم: ٥٨٧٦، ج٧، ص١٥٧

٣. قال البخارى رحمه الله: حدثنا قتيبه بن سعيد، حدثنا عبد العزيز بن أبى حازم قال: أتى رجال إلى سهل بن سعد ليسألونه عن المنبر فقال: بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة - امرأة قد سماها سهل - أن مرى غلامك النجار يعمل لى اعواداً أجلس عليهن إذا كلمت الناس فأمرته بعملها من طرْفاء الغابة ثم جاء بها، فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها، فأمر بها فوضعت، فجلس عليها [٢].

وجه الإستدلال من هذه الأحاديث الثلاثة المذكورة: تدل هذه الأحاديث على أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز استصناع الخاتم والمنبر ولقد عنون البخارى رحمه الله تعالى فى كتابه باباً قال فيه: باب الإستعانة بالنجار والصناع فى أعواد المنبر والمسجد - وقال ابن حجر فى شرحه للبخارى: فقوله اعواد المنبر يتعلق بالنجار وقوله والمسجد يتعلق بالصناع، أى والإستعانة بالصناع فى المسجد أى فى فناء المسجد، ومنه تؤخذ مشروعية الإستعانة بغيره من الصناع لعدم الفرق[٣].

والإستصناع عقد وارد على العمل مع الإلتزام بتقديم المواد اللازمة من الصانع للصناعة، وهى فى القوانين المدنية الإسلامية وغيرها تسمى عقد المقاولة، فصاحب العمل أو المستصنع يقدم البدل مقابل أن يقوم المقاول أو الصانع بتقديم العمل والمادة من عنده لإتمام المطلوب منه بإدارته مستقلاً عن صاحب العمل، وهذا هو جوهر عقد المقاولة ولذا تكون هذه الأحاديث المذكورة نصاً فى مشروعية عقد المقاولة.

ثانياً: الأحاديث الواردة فى جواز عقد الإجارة على العمل: الاحاديث النبوية التى تدل على جواز عقد الإجارة وعلى عمل الإنسان يعنى الأجير المشترك كثيرة منها:

١. عن أبى هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ما بعث الله نبياً الا رعى الغنم فقال اصحابه وأنت؟ فقال نعم، كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة[٤].

٢. عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: احتجم النبي صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام أجره[٥].

---

(١) الجامع الصحيح، البخارى، كتاب اللباس، باب الخاتم فى الخنصر، حديث رقم: ٥٨٧٤، ج٧، ص١٥٧

(٢) المرجع السابق، كتاب البيوع، باب النجار، حديث رقم: ٢٠٩٤، ج٣، ص٦١

(٣) فتح البارى بشرح صحيح البخارى، أحمد بن علي بن حجر العسقلانى، تحقيق: عبدالقادر شيبة الحمد، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ ٢٠٠١م، كتاب الصلاة، باب الإستعانة بالنجار والصُناع في أعواد المنبر، ج١، ص٦٤٧

(٤) الجامع الصحيح، البخارى، كتاب الإجارة، باب رعي الغنم على قراريط، حديث رقم: ٢٢٦٢، ج٣، ص٨٨

(٥) الجامع الصحيح، البخارى، كتاب الإجارة، باب خراج الحجام، حديث رقم: ٢٢٧٨، ج٣، ص٩٣

٣. قال انس بن مالك رضي الله عنه: إن خياطاً دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعه، قال انس بن مالك: فذهبت مع الرسول صلى الله عليه وسلم إلى ذلك الطعام، فقرب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم خبزاً ومرقاً فيه دباء وقدير، فرأيت النبى صلى الله عليه وسلم يتتبع الدباء من حوالى القصعة، قال فلم أزل أحب الدباء من يومئذ [1].

٥. عن أبى هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: كان زكريا نجارا [2].

ففى هذا الحديث الشريف يظهر جواز الصنائع لأن نبى الله سيدنا زكريا عليه السلام كان يصنع الأشياء للناس إذ كان نجاراً.

الأحاديث التى ذكرت فى القسم الأول تدل على جواز الإستصناع أو المقاولة بتقديم العمل والمادة معاً، أما القسم الثانى من الأحاديث النبوية فتدل على تقديم العامل عمله فقط وهى من قبيل الأجير المشترك، كرعى الأغنام، والهداية الى الطريق والحجامة والتجارة، وتقاس بقية المهن والصنائع عليها وهذه عقود مقاولة، فمقومات عقد المقاولة متوفرة فى هذه التصرفات، فهى عقود واردة على العمل، ويقوم بها العامل بإرادته الخاصة مقابل بدل متفق عليه.

ثالثاً: أدلة من المعقول:

ان الدليل الواضح علي معقولية عقد المقاولة هو شدة حاجة الناس والمجتمعات التجارية اليه وهذا هو الأمر الذي يستدعي الرجوع إلي هذا النوع من العقود، فلا بد أن ينقل هنا بعض ما جاء في قرارات المجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، الذي بحث عقد المقاولة في دورته الرابعة عشرة في دولة قطر، ومما جاء فيه: "وبعد اطلاعه علي البحوث الواردة إلي المجمع بخصوص موضوع عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، وتكيفه، وصوره، وبعد استماعه إلي المناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لأدلة الشرع وقواعده ومقاصده، ورعاية المصالح العامة في العقود والتصرفات، ونظراً لأهمية عقد المقاولة ودوره الكبير في تنشيط الصناعة وفتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالإقتصاد والإسلافمي قرر مايلي: عقد المقاولة، عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتهعد به الطرف الآخر وهو عقد

---

(١) المرجع السابق، باب ذكر الخياط، حديث رقم: ٢٠٩٢، ج٣، ص٦١.

(٢) الجامع الصحيح، مسلم، كتاب الفضائل، باب فضائل زكريا، حديث رقم: ٢٣٧٩، ص٩٦٧

جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة، وهو المسمي عند الفقهاء بالإستصناع، أو قدم المقاول العمل، وهو المسمي عند الفقهاء بالإجارة الواردة علي العمل" [1]

فالأمر المهم عقلاً هو أن الشريعة الإسلامية لا تحرم الأمور التي يحتاج اليها الناس غالباً فالمقاولة من الامور الضرورية اليومية تحتاج المؤسسات والإدارات اليها لإنشاء عدة العقود المشتملة عليها.

المطلب الثالث:أركان عقد المقاولة

هذا المطلب مشتمل على أركان عقد المقاولة، فأركان عقد المقاولة أربعة كمايلي:

١- العاقدان، ٢- المحل، ٣- البدل، ٤- الصيغة

والنظر التفصيلي في هذه الأركان يظهر بمايلي:

الركن الأول: العاقدان: هما فريقا العقد فلا يتصور الإيجاب والقبول في عقد من غير وجودالعاقدين.

الركن الثاني : المحل: أما الركن الثانى لعقد المقاولة فهو المحل والمراد به هو العمل المعقود عليه بين العاقدين وتختلف طبيعة العمل بحسب انواع العقود، ففى عقد البيع والرهن والهبة يكون محل العقد عيناً مالية وفى عقدى الإجارة والإعارة محلها المنفعة وفى عقدى المزارعة والإستصناع محلها العمل – فعقد المقاولة من العقود الواردة على العمل

الركن الثالث: البدل: الركن الثالث لعقد المقاولة هو البدل وهو المال الذى يلتزم به صاحب العمل باعطائه للمقاول مقابل تنفيذ الأخير ما تعهد به بحسب الشروط التى اتفقا عليها.

الركن الرابع: الصيغة: الصيغة هى الركن الرابع من أركان عقد المقاولة وهى: "ما يصدر عن العاقدين من الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من الكتابة أو الإشارة أو المبادلة الفعلية، فهى علامة نشوء العقد وقيامة "[2]

---

(1) قرارمجمع الفقه الإسلامي بشأن عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره، قرار رقم: ١٢٩(١٤/٣)، الدورة الرابعة عشرة، الدوحة، ٨- ١٣ ذوالقعدة ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م.

(2) المدخل الفقهى العام، الزرقاء، ج١، ص٣١٨- ٣١٩، الفقه الإسلامي وأدلته ، د. وهبة الزهيلي،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،الدمشق،الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م، ج٤، ص١٠٥

المطلب الرابع: شروط عقد المقاولة

بعد التتبع في الموضوع يظهر لنا أن هناك عدة شروط لابد توافرها في عقد المقاولة فأهم هذه الشروط كالتالي:

أولاً: شروط العاقدين:

لابد توفير بعض الشروط في العاقدين لإبرام عقد المقاولة وهي كمايلي:

١. **الأهلية:** لابد لإبرام عقد المقاولة أن يكون كل من المقاول وصاحب العمل متمتّعا بالأهلية الكافية لإبرام العقد، والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء، وهي صلاحية الإنسان للتصرفات القانونية أو الشرعية على وجه يعتد به، والسبب في إعتبار أهلية الأداء كممارسة عقد المقاولة، لأنه من العقود الدائرة بين النفع والضرر، فهو من عقود المعاوضات الذي يرتب التزامات على كلى الطرفين، فصاحب العمل يلزم بدفع البدل، والمقاول يلزم بتقديم العمل والمواد التي يستخدمها، أو عمله فقط، فكل منهما معرض للربح والخسارة [١].

فيشترط في كل من المقاول وصاحب العمل الأهلية أو الإذن لصاحب أهلية الأداء الناقصة [٢].

٢. **التعدّد:** الشرط الثاني للعاقدين في عقد المقاولة هوأن يكون العاقد متعدداً [٣].

والمراد بهذاالشرط أن يكون المقاول غيرصاحب العمل، فلو كان المقاول هو نفس صاحب العمل لم ينفذ العقد ووقع باطلاً، وهذا هو المفهوم من هذاالشرط.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج٣،ص٣٣١- ٣٣٨، الوسيط، السنهوري، ج٧،ص٦٩،٦٨.

(٢) لأهلية الأداء ثلاثة حالات وهي: ١ - حالة فقدان الأهلية كالصبي الغير المميّز والمجنون، ٢- حالة نقصان أهلية الأداء كالصبي المميّز والسفيه والمعتوه، ٣- حالة إكتمال الأهلية كالبالغ العاقل. أنظر: الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج٤،ص١٢٤ وما بعدها، المدخل الفقهي العام، الزرقاء،ج٢،ص٨٠٠.

(٣) دررالحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر،المادة:١٧٧، ج١، ص١٤٧، رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص١٤، بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٣٥- ١٣٦

ثانياً: شروط العمل

فلا بد تو فير أربعة شروط التالية فى هذا الركن يعنى العمل: أولا أن يكون العمل ممكناً، وثانياً أن يكون العمل مشروعاً، وثالثاً أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين، ورابعاً أن لا يكون العمل واجباً على العامل أو المقاول قبل العقد فتفصيل هذه الشروط ما يلى.

١- **ان يكون العمل ممكناً:** يجب أن يكون محل المقاولة مما يمكن القيام به وفى مقدور المقاول – وإذا تعهد بعمل ليس باستطاعته كان ذلك عبثاً واضراراً بالآخرين لأن استحالة التسليم تجعل العقد باطلاً باتفاق الفقهاء [١].

فلا بد ألا يستحيل العمل شرعاً فإن كان كذا لا يجوز عقد المقاولة كأن يكون المقاول عاجزاً عن تسليم المنفعة حساً أو شرعاً كإجارة الحائض لكنس المسجد،[٢] ويقول البهوتى: "ولا يصح اجارة كافر لعمل فى الحرم، لأن المنع الشرعى كالحسى، ولا اجارة لقلع سن سليمة أو قطع يد سليمة، وكذا سائر الأعضاء – ولا الحائض والنفساء على كنس المسجد فى حالة لا تأمن فيها تلويثة " [٣]

٢- **أن يكون العمل مشروعاً:** يجب فى عقد المقاولة أن يكون العمل الذى تعهد به المقاول مما أباحه الشارع، أما اذا كان العمل المتفق عليه مخالفاً لأحكام الشريعة، ومنافياً للنظام العام والآداب، كان عقد المقاولة باطلاً، وهذا باتفاق فقهاء الشريعة[٤].

فلا تجوز المقاولة على فعل المعاصى وارتكاب الجرائم كالقتل والسرقة والزنا وتعليم السحر وتشييد بيوت الدعارة والقمار وتهريب المخدرات والمواد الضارة وبيع الأفلام [٥]كما قال البهوتى: "فلا تصح الإجارة على الزناء والزمر والغناء والنياحة لأنها غير مباحة " [١]

---

(١) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٤، ص١٨٩؛ رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص١٥ و ج٩، ص٧٥، مغنى المحتاج، الشربيني، ج٣، ص٤٤٤، حاشية على مختصر خليل، الخرشى، ج٥، ص٢٢؛ المهذب، النووي، ج٢، ص٥١٥؛ كشاف القناع، البهوتى، ج ٣، ص٢٣٩، منتهى الإرادات، ابن النجار، ج١، ص٣٤٢.

(٢) سنهورى: الوسيط، ج٧، ص٥٥- ٥٦

(٣) كشاف القناع، البهوتى، ج ٣، ص٢٤٥، مغنى المحتاج، الشربينى، ج٣، ص٤٤٨.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٤، ص١٨٩؛ مغنى المحتاج، الشربينى، ج٣، ص٤٤٥، حاشية على مختصر خليل، الخرشى، ج٥، ص٢١، ؛ المهذب، النووي، ج٣، ص٥١١؛ الكافى، ابن قدامة، ج٣، ص٣٨٠- ٣٨١.

(٥) المهذب، النووي، ج٢،ص٥١٢؛ الكافى، ابن قدامة، ج٣، ص٣٨١.

فخلاصة الكلام هى ان المعقود عليه اذا كان غير مشروع لا يجوز المقاولة عليه لأن من الشروط الأساسية لمحل عقد المقاوله أن يكون العمل مشروعاً والاّ فلا يجوز هذا العقد.

٣- **أن يكون العمل معينا او قابلاً للتعين:** ومن شروط المحل فى عقد المقاولة أن يكون المحل معيناً، وتحقيقا للرضى الحقيقى الكامل وإستعراض النصوص فى مصادر الفقه الإسلامى يمكن القول باتفاق الفقهاء[٢] أن العمل يكون معيناً اذا تولى الطرفان بيان نوعه وأوصافه وقدره وطريقة أدائه وكل ما يمكن به ازالة كل جهالة فاحشة يمكن أن يكون سبباً للنزاع.

قال الإمام السرخسى: "واذا استأجر حفاراً ليحفر له بئراً فى داره ولم يسمّ له موصفاً ولم يصفها فهو فاسد لجهالة المعقود عليه، فعمل الحفر يختلف باختلاف الموضع في الصلابة والرخاوة و السهولة والصعوبة ويختلف باختلاف البئر فى العرض والعمق، ولو سمى عشرة اذراع فى الأرض ومما يدير هكذا ذراعاً بأجر مسمى جاز، لأن العمل صار معلوماً بتسمية الذرعان[٣].

وقال الكاسانى فى كتاب الإستصناع: "وأما شرائط جوازه – منها – بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لأنه لا يصير معلوماً بدونه" [٤]

فلا بد لجواز عقد المقاولة أن يكون العمل المعقود عليه معيناً أو قابلاً للتعيين والاّ فلا يجوز مثل هذا العقد.

٤- **أن لايكون العمل واجباً على العامل أو المقاول قبل العقد:**

أما الشرط الرابع لمحل عقد المقاولة فهو أن لايكون العمل واجباً على العامل أو المقاول قبل العقد ونص على هذا الشرط فقهاء مذاهب الأربعة [٥] ومن الأعمال الواجبة على العامل أو المقاول الفرائض والواجبات الشرعية، وما لا يقبل النيابة عنه، كالصوم والصلوة وصلة الأرحام، فثواب

---

(١) كشاف القناع، البهوتى، ج ٣، ص٢٤١

(٢) البدائع الصنائع، الكاسانى، ج٤، ص١٨٤، المبسوط، السرخسى، ج١٥، ص٧٥؛ حاشية على مختصر خليل، محمد الخرشي،ج٥، ص١٩؛ المهذب، النووي، ج٣، ص٥١٧؛ الكافي، ابن قدامة، ج٣، ص٣٩٠؛ كشاف القناع، البهوتى، ج٣، ص٢٥١

(٣) المبسوط، السرخسى، ج ١٦، ص٤٧

(٤) بدائع الصنائع، الكاسانى، ج ٥، ص٣

(٥) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٤، ص١٨٩؛ رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٩، ص٧٥- ٧٦، حاشية على مختصر خليل ، الخرشي، ج٥، ص٢٢؛ مغنى المحتاج، الشربينى، ج ٢، ص٤٤٢،الكافى، ابن قدامة، ج٢، ص٣٠٤

هذه الأعمال وأجرها تعود على من قام بها وحده، ولأن القصد منها امتحان المكلف بالامتثال وكسر النفس ولا يقوم غيره مقامه هذا ولذلك لا يجوز أن يرد عقد المقاولة على هذه الأعمال.

ثالثاً:شروط البدل

البدل باعتباره محلاً لإلتزام صاحب العمل لا بد أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها فى محل الإلتزام فتفصيل هذه الشروط ما يلى:

١. أن يكون البدل موجوداً:

لا بد لتنفيذ عقد المقاولة أن يكون البدل موجوداً فى هذا العقد ويجب تحديده والإتفاق عليه وقت العقد لأن هذا العقد من عقود المعاوضات فلا بد ذكر المعاوضة فى مثل هذه العقود فإذا لم يذكر البدل كان العقد من عقود التبرعات كما قال الشيخ الشربينى: "وأركان الإجارة أربعة: عاقدان، وصيغة، وأجرة، ومنفعة[١].

فلا بد أيضاً أن يكون البدل المذكور فى العقد حقيقياً، فلو كان البدل غير حقيقى، أى صورياً فلا يصح أن يكون عوضاً لأنه لا منفعة فيه أو منفعته قليلة لا تقصد[٢].فيعد البدل عندئذ معدوماً ويتعذّر انعقاد عقد المقاولة.

٢. أن يكون البدل مشروعاً:

الشرط الثانى للبدل فى عقد المقاولة فهو أن يكون البدل مشروعاً أى مباحاً .

٣. أن يكون البدل معيناً:

الشرط الثالث للبدل فى عقد المقاولة هو أن يكون البدل معيناً أى معلوماً – لئن كان من الواجب أن يكون الثمن والأجرة فى عقدى البيع والإجارة معلومين وقت التعاقد ، فكذلك حال البدل فى عقد المقاولة، فيكون العوض معلوماً فى سائر عقود المعاوضات من المسائل المتفق عليها فقها [٣] والأصل فى هذا قول النبى صلى الله عليه وسلم : "من استأجرأ

---

(١) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٤، ص١٨٠؛ مغنى المحتاج، الشربينى، ج٣، ص٤٣٩

(٢) بدائع الصنائع، الكاسانى، ج٦، ص١٨- ١٩، المبسوط، السرخسى، ج١٥، ص٧٥؛ حاشية على مختصر خليل، الخرشى، ج٥، ص٢٣

(٣) المبسوط، السرخسى، ج١٥، ص٧٥؛ بدائع الصنائع، الكاسانى، ج٤، ص١٨٠، مغني المحتاج، الشربينى، ج٣، ص٤٤٤

جيراً فليعلمه أجره"[1] فلا بد للبدل أن يكون معيناً ومعلوماً فى عقد المقاولة والاّ فلا يصح هذا العقد.

رابعاً:شروط الصيغة

فاذا كانت الصيغة علامة نشوء العقد وقيامه وركن من أركان عقد المقاولة فلا بد توفير بعض الشروط فى هذا الركن فتفصيل هذه الشروط كما يلى:

١. جلاء المعنى فى صيغة العقد: لا بد لكون الصيغة مبرماً لعقد المقاولة أن يكون فيه جلاء المعنى أن تكون مادة اللفظ المستعمل فى الإيجاب والقبول تدل بوضوح على نوع العقد المقصود للعاقدين لغةً أو عرفاً والعقود تختلف فى مواضيعها بعضها عن بعض.

ويصح التعبير للدلالة على العقد بدلالة اللفظ الحقيقية أو المجازية، وفى الفاظ الكنايات لا بدمن قرينة ترجح المعنى المقصود – فينعقد البيع بلفظ الهبة المقرونة بالثمن [2].

ولا يشترط فى صيغة الإيجاب والقبول فى عقد المقاولة لفظ معين، ولكنهما يصحان بلفظ المقاولة والإجارة والإستصناع وبكل ما فى معناه من الألفاظ الأخرى للقاعدة الفقهية التى تقول: "العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى، لا للألفاظ والمبانى"[3]

فلا بد أن تكون الصيغة المستعملة فى عقد المقاولة، واضح المراد وبائن نوعية وحجم العمل فى عقد المقاولة.

٢. توافق الإيجاب والقبول: وهو أن يأتى القبول موافقاً للإيجاب فى كل جزئياته كمحل العقد وفى مقدار ثمن وفى الأجل إن وجد [4]– فيجب فى عقد المقاولة تطابق الإيجاب والقبول بين المقاول وصاحب العمل على ماهية العمل فلو أراد أحد الطرفين أن يبرم عقد المقاولة، بينما اتجهت نية الطرف الآخر الى ابرام عقد وكالة مثلاً، فإنه لا يوجد فى هذه الحالة عقد مقاولة

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: محمد عوامة، حديث رقم: ٢١٥١٣، ج١١، ص٩٦.

(٢) دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المادة: ١٦٧، ج١، ص١٣٧؛ مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، الحطاب، ج٤، ص٢٢٧ ، شرح منتهى الإرادات،البهوتي، ج٢، ص١٢٢- ١٢٣؛ كشاف القناع ، البهوتي، ج٢، ص٤٥٨- ٤٦١؛ رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج ٨، ص٤٨٨.

(٣) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ١٦٦،موسوعة القواعد الفقهية، ج٧، ص٣٧٨، كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٥٩

(٤) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص١٤- ١٥، دررا لحكام شرح مجلة الأحكام، على حيدر، المادة: ١٧٧، ج١، ص١٤٧

ولا عقد وكالة ويجب التراضى على العمل المطلوب تأديته من المقاول تجاه صاحب العمل، والبدل الذى يلتزم به صاحب العمل للمقاول [1].

ويجوز أن يتم التعبير عن التراضى ضمناً،[2] كأن يقول صاحب العمل للمقاول: قاولتك ببناء الجدار مقابل ثلاثة الاف روبيات، فيقول المقاول: قبلت بالفى وخمس مائة روبيات، لأن هذا يتضمن القبول بألفى وخمس مائة روبيات من باب اولى، فينعقدا لعقد بهذا المبلغ أى بألفى وخمس مائة روبيات ولا تجب الزيادة الاّ اذا قبلها الموجب.

٣. ان يكون الإيجاب والقبول بلفظى الجزم والقطع: اشترط الفقهاء أن يكون الإيجاب والقبول بلفظى الجزم والقطع[3] ليدلا بوضوح على الرغبة الحقيقية لإبرام عقد المقاولة.

يرجح الفقهاء فى الإيجاب والقبول صيغة الفعل الماضى[4] لأنها أدل على الإرادة الجازمة فى انشاء العقد، حال التكلم، فينعقد بها العقد من غير توقف على شيئ آخر كالنية أو القرينة كأن يقول صاحب العمل: قاولتك فيقول المقاول: قبلت.

ولكن صيغة الماضى ليست بشرط، فلو عبر المتعاقدان بصيغة المضارع وتوافرت النية أو قامت القرينة على ارادة انشاء العقد فى الحال، انعقد العقد بها أيضاً لأن لفظ المضارع يحتمل الحاضر والمستقبل، ففيه احتمال الوعد والمساومة، فكان لا بد من النية لتعيين المراد بالحال، كأن يقول صاحب العمل: أقاولك هذا العمل، فيقول المقاول: قبلت، فإنه يتعقد إذ نويا عقد المقاولة.

٤. اتصال القبول بالإيجاب: والمعقود بالإتصال أي يكون الإيجاب والقبول فى مجلس واحد، إن كان الطرفان حاضرين معاً أو فى مجلس علم الطرف الآخر بالإيجاب إن كانا غائبين، ويكون كل فيهما مشتغلاً بالتعاقد[5].

فلو أوجب صاحب العمل ثم استدار الحديث عن المقاولة إلى غيره، أو قام بفصل يفيد الإعراض، كالمشي الدال على الإعراض، أو الإشتغال بالأكل، أو الصلوة، ثم قبل المقاول لم يصح وإن قصر الزمن، فإذا استمرّ الحديث عن المقاولة طويلاً، ثم قبل فى النهاية صح[1].

---

(١) الوسيط، السنهورى، ج٧، ص٣٧

(٢) دررا لحكام شرح مجلة الأحكام، على حيدر، المادة: ١٧٨، ج١، ص١٤٩؛ مغنى المحتاج، الشربينى، ج٢، ص٣٣٢

(٣) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج ٧، ص٣٣؛ دررا لحكام شرح مجلة الأحكام، على حيدر، المادة: ٦٨، ج١، ص١٣٧

(٤) نفس المرجع

(٥) درالمحتار على الرد المختار، ابن عابدين ، ج٧، ص١٥؛ مغنى المحتاج، الشربينى، ج٢، ص٣٢٩- ٣٣٠

ولصاحب العمل هنا أن يرجع عن ايجابه قبل قبول المقاول، فإن قبل المقاول عقد المقاولة، فالمقاول مخير مالم يقبل أو يرجع صاحب العمل عن ايجابه، فإن قبل العقد لزم، وهذا عند الحنفية[2] والمالكية[3] لأن المقاولة عقد معاوضة، يلزم بمجرد تمام لفظ المقاولة أو ما يدل عليها، ولا يحتاج إلى خيار مجلس، والقبول بخيار المجلس يضعف القوة الملزمة للعقد – وحديث "البيعان بالخيار مالم يتفرقا"[4] المقصود فيه التفرق بالأقوال- على قول الحنفية والمالكية.

أما الشافعية[5] والحنابلة[6] فقالوا: إنه اذا اتصل الإيجاب بالقبول فى مجلس العقد، وكان القبول عقب الإيجاب مباشرة، صح العقد ولكنه غير لازم – ويكون لصاحب العمل أو المقاول فسخ العقد أو امضاؤه مادا ما مجتمعين لم يتفرقا عن مقامهما الذى تفاوضا فيه، وهذا هو خيار المجلس الثابت بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا[7] والمراد به التفرق بالأبدان.

المطلب الخامس: الشروط المقترنة بعقد المقاولة وتطبيقاتها

١- إن صاحب العمل عليه توفير المواد الخام قبل بدء العمل وذلك إذالم تكن مقاولة الإستصناع. فإذاتأخرصاحب العمل عن توفير المواد الخام فالمقا ول ليس ضامنا إذا تأخر في تنفيذ العمل في الوقت المحدد.

هذا الشرط من مصلحة العقدحيث من واجبات رب العمل توفير جميع مستلزمات العمل.

---

(١) دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المادة: ١٨٣، ج١، ص١٥٥

(٢) درالمحتار على الرد المختار، ابن عابدين ، ج٧، ص١٥، اللباب، الميدانى ، ج٢، ص٤، دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المادة: ١٨٥، ج١، ص١٥٦.

(٣) مواهب الجليل، الحطاب، ج٦، ص٣٠٣.

(٤) الجامع الصحيح، البخارى، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، حديث: ٢٠٧٩، ج٢، ص٦٤؛ الجامع الصحيح، مسلم بن حجاج النيسابوري، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، حديث رقم: ١٥٣٢، ص٦٢١.

(٥) مغنى المحتاج، الشربينى، ج٢، ص٣٢٩- ٣٣٠

(٦) كشاف القناع، البهوتى، ج٣، ص١٤٧- ١٤٩، منتهى الإرادات، ابن النجار الفتوحي، ج١، ص٣٥٦

(٧) الجامع الصحيح، البخارى، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، حديث: ٢٠٧٩، ج٢، ص٦٤؛ الجامع الصحيح، مسلم بن حجاج النيسابوري، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، حديث رقم: ١٥٣٢، ص٦٢١.

٢- إذا اشترى المقاول شيئا من المواد الخام يكون على حساب صاحب العمل وكالة عنه وذلك إذا لم يكن مقاولة الإستصناع، فالمقاول يحصل على المبلغ بعدتسديد الفاتورة للمالك.

هذا الشرط ليس منافيا لمقتضى العقد ولامصلحته ولا يخالف الشرع وهو متعارف بين الناس[١].

٣- اشتراط المالك بأن له الحق في تغيير أي شخص أو عامل على الفور إذا رأى أنه مهمل في عمله ولا يحق للمقاول أن يوظف هذاالشخص في الموقع مرة أخرى.

هذ الشرط من مصلحة العقد حيث من واجبات المقاول توفيرالعامل الذي يعمل وفق الشروط المتفق عليها والمواصفات التي يريدها صاحب العمل.

٤- شرط صاحب العمل على أنه لا يحق للمقاول أن يوكل الأعمال لمقاول آخر أي بالباطن أو مقاول متخصص إلا بعد حصوله على موافقة صاحب العمل أو المستفيد خطياً.

هذا الشرط من مقتضيات العقد ،حيث العمل المعقود عليه قد يختلف بإختلاف العامل. ولصاحب العمل أوالمستفيد غرضا في إختيار المقاول أو العامل[٢].

٥- يلتزم المقاول بنظافة الموقع وما يجاوره وعليه تسليمه لصاحب العمل خاليا من أي نفايات، أو مواد ،أونواتج وعليه تنظيف الموقع بشكل يرضى صاحب العمل وإلا جاز للمالك القيام بذلك على حساب المقاول.

فهذا الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولصاحب العمل فيه منفعة كما أنه متعارف بين الناس، فيجوز استحساناً لتعارف الناس عليه[٣].

٦- إن المقاول هوالمسؤول عن عماله ومؤظفيه ومايصدرمنهم وعليه اتخاذ كافة الإحتياطات.

---

(١) المبسوط للسرخسي، ج١٣، ص ١٤، و رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٨٦، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧٣،١٧٢، درر الحكام شرح مجلةالأحكام، علي حيدر ، مادة: ١٨٨ ، ج١، ص١٥٩.

(٢) المبسوط، السرخسي، ج١٣، ص ١٤، و رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٨٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، ج٣، ص٦٥، منهاج الطالبين، محي الدين أبي زكريا النووي، ص٢١٦ ، كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٢٩٥

(٣) المبسوط للسرخسي، ج١٣،ص١٤، و رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٨٦، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧٣،١٧٢، درر الحكام شرح مجلةالأحكام، علي حيدر ، مادة: ١٨٨ ، ج١، ص١٥٩.

هذاالشرط مؤكد لمقتضى العقد وأيضاً مما تعارف الناس عليه، فيصح استحساناً.

٧- إن المقاول هوالمسؤول بحفظ الأغراض والألات والمواد الخام المستخدمة في الموقع.

هذا الشرط من مصلحة العقد ومؤكد لمقتضاه، حيث من واجبات المقاول حفظ جميع الأشياء التي يتستخدمها.

٨- اشتراط المقاول بأنه لا يضمن، هذا الشرط باطل حيث يضمن المقاول ما تولد عن فعله أو صنعه من ضرر أو خسارة سواء كان بتعديه أو بتقصيره،لأنه كالأجير المشترك ضامن لما يسلم إليه من أموال الناس ويستثنى من ذلك ماإذا وقع الضرر بسبب قاهر لا يمكن التحرز عنه[1].

٩- إذا تأخر المقاول عن تنفيذ العمل في الوقت المحدد المتفق عليه في العقد فإنه يلزمه أن يدفع مبلغاً من المال عن كل يوم،أو عن كل أسبوع،أوعن كل شهر وفق الإتفاق والعرف إذا لم تكن هناك ظروف قاهرة .

١٠- شرط المستفيد بأن المقاول يقوم بتدريب استخدام المعقود عليه.

هذا الشرط مقبول لانه من مصلحة العقد ، وهو اشتراط جرى عليه عمل الناس ولا يقتضيه العقد ولاينافيه[2].

وهو الشرط أيضاً من مصلحة العقد ، لدفع الضرر واستيفاء المنافع[3].

---

(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي بشأن الشرط الجزائي الدورة الثانية عشرة بالرياض،١٤٢١هـ، قرار رقم: ١٠٩، (٢/١٢).

(٢) المبسوط،السرخسي، ج١٣، ص١٤؛ ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٨٦ ، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧٣، ١٧٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، ج٣، ص٦٧، كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٥، والإقناع، الحجاوي، ج٢، ص١٨٩، والمغني، ابن قدامة، ج٦، ص٣٢٣، والروض المربع، البهوتي، ج٢، ص١٩١، والكافي، ابن قدامة، ج٢، ص٥٧

(٣) بحوث في فقه المعاملات، دكتور قرة على داغي، دار البشائرالإسلامية، ص١٥٤، عقد المقاولة، عبدالرحمن بن عايد،جامعة الإمام محمد بن سعود، الطبعة:الأولى،١٤٢٥هـ- ٢٠٠٣م، ص٢٣٩- ٢٤١، قرارات مجمع الفقه الإسلامي بشأن الشرط الجزائي الدورة الثانية عشرة بالرياض، ١٤٢١هـ،قرار رقم: ١٠٩،(٢/١٢).

المبحث الرابع:الشروط المقترنة بعقد الإستصناع وتطبيقاتها

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد الإستصناع

المطلب الثاني: تكييف عقد الإستصناع ومشروعيته

المطلب الثالث: أركان عقد الإستصناع

المطلب الرابع: شروط عقد الإستصناع

المطلب الخامس: الشروط المقترنة بعقد الإستصناع وتطبيقاتها

وتفصيل هذه المطالب كالتالي:

المطلب الأول: تعريف عقد الإستصناع

أولاً: الإستصناع لغة

الإستصناع في كتب اللغة مصدر استصنع بمعنى طلب الصنعة، والصنعة : هوالعمل. ومن ذلك قوله تعالى﴿ صُنْعَ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ أَتْقَنَ كُلَّ شَىْءٍ ﴾[1]

يقال : استصنع الشيء أي دعا إلى صنعه، والصناعة: حرفة الصانع، والصناعة ما تستصنع من أمر يقال: اصطنع فلان خاتما إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتماً[2].

ثانياً: الإستصناع إصطلاحاً

ذكر في كتب الفقهاء عدة تعريفات أهمها مايلي:

قال الكاساني في تعريف الإستصناع: "عقد على مبيع في الذمة"[3]

في هذ التعريف لم يذكر قيد العمل وقد يدخل في هذا التعريف عقد السلم .

وزاد السمرقندي في تعريف الكاساني وقال: " عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع"[4]

---

(1) سورة النمل،الآية: ٨٨

(2) لسان العرب،ابن منظور، ج٧، ص٤١٩، مختار الصحاح ، أبوبكرالرازي، المكتبة الأموية، بيروت، لبنان، ١٣٩١هـ، ص٢٥٤.

(3) بدائع الصنائع،الكاساني، ج٥، ص٢.

(4) تحفة الفقهاء،السمرقندي، ج٢، ص٢٦٢

وقال ابن عابدين: "طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص يعلم ممايأتي"[1]
ورجح الكاساني بأنه "عقد على مبيع في الذمة " وذلك لأن الإستصناع طلب الصنع ،فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الإسم دليلا عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمّى سلماً، وهذا يسمّى استصناعاً[2].

يتضح من التعريفات السابقة بأن الإستصناع عقد مستقل محله العمل والعين وهو يختلف عن الإجارة التي محلها العمل ، وعن السلم الذي محله العين الموصوفة في الذمة، وعن البيع بالمعنى الخاص الذي محله العين.أما البيع بالمعنى العام فهو يشمل الجميع[3].

المطلب الثاني: تكييف عقد الإستصناع ومشروعيته

أولا: تكييف عقد الإستصناع:

إن الإستصناع عقد مستقل خاص، محله العمل والعين معاً، وبذلك يمتاز عن البيع الذي محله العين، وعن الإجارة التي محلها العمل، وعن السلم الذي محله هو الذمة، أو العين الموصوفة في الذمة.

يقول الإمام السرخسي: " إعلم أن البيوع أربعة: بيع عين بثمن، وبيع دين في الذمةبثمن وهو السلم، وبيع عمل، العين فيه تبع وهو الإستئجار للصناعة ونحوها، فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل، والعين هو الصنع تبع فيه، وبيع عين شرط فيه العمل، وهو الإستصناع فالمستصنع فيه مبيع عين" [4]

فهذا النص واضح جداً في الدلالة على أن الإستصناع مثل السلم والإجارة، فكما أنهما مستقلان فكذلك الإستصناع وإن كان لفظ البيع بعموم لفظه يشمل الجميع[5].

ثانياً: مشروعية عقد الإستصناع

عقد الإستصناع عقدمباح، مشروع موافق لضوابط الشريعة. واستدل العلماء على عقد الإستصناع بأدلة كثيرة من القرآن والسنة والعقل.

---

(1) رد المحتارعلى الدر المختار،ابن عابدين ، ج٧، ص٤٧٤

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥ ،ص٢، المبسوط، السرخسي، ج١٥، ص٨٤

(3) بحوث في فقه المعاملات ، قرة داغي، ص١٣٦

(4) المبسوط للسرخسي، ج١٥، ص٨٤،بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ، قرة علي داغي، ص١٢١- ١٢٢

(5) بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، الدكتور قرة علي داغي،ص١٣٢

أ- الأدلة من القرآن

١- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾[١]

٢- وقوله تعالى: ﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ﴾[٢]

وغير ذلك من الآيات الدالة على وجوب الوفاء بالعقود.

ب. الأدلة من السنة على مشروعية الإستصناع

١- عن نافع أن عبد الله بن عمر حدثه أن النبى صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتماً من ذهب، وجعل فصه فى بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس الخواتيم من ذهب، فرقى المنبر، فحمد الله وأثنى عليه فقال: إنى كنت اصطنعته وإنى لا البسه فنبذه، فنبذ الناس[٣].

٢- قال البخارى رحمه الله: حدثنا قتيبه بن سعيد، حدثنا عبد العزيز بن أبى حازم قال: أتى رجال إلى سهل بن سعد يسألونه عن المنبر فقال: بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة – امرأة قدسماها سهل – أن مرى غلامك النجار يعمل لى اعواداً أجلس عليهن إذا كلمت الناس فأمرته بعملها من طرفاء الغابة ثم جاء بها، فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها، فأمر بها فوضعت، فجلس عليها[٤].

هذه الأحاديث المذكورة تدل على أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز استصناع الخاتم والمنبر ولقد عنون البخارى رحمه الله تعالى فى كتابه باباً قال فيه: باب الإستعانة بالنجار والصناع فى أعواد المنبر والمسجد – وقال ابن حجر فى شرحه للبخارى: فقوله اعواد المنبر يتعلق بالنجار وقوله والمسجد يتعلق بالصناع، أى والإستعانة بالصناع فى المسجد أى فى فناء المسجد، ومنه تؤخذ

---

(١) سورة المائدة: الآية: ١

(٢) سورة الإسراء: الآية: ٣٤

(٣) الجامع الصحيح، البخارى، كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم فى بطن كفه، حديث رقم: ٥٨٧٦، ج٧، ص١٥٧

(٤) المرجع السابق، كتاب البيوع، باب النجار، حديث رقم: ٢٠٩٤، ج٣، ص٦١

مشروعية الإستعانة بغيره من الصناع لعدم الفرق[1] والإستصناع عقد وارد على العمل مع الإلتزام بتقديم المواد اللازمة للصناعة، وهى فى القوانين المدنية الإسلامية وغيرها تسمى عقد المقاولة، فصاحب العمل أو المستصنع يقدم البدل مقابل أن يقوم المقاول أو الصانع بتقديم العمل والمادة من عنده لإتمام المطلوب منه بإدارته مستقلاً عن صاحب العمل

جـ. الأدلة من العقل على مشروعية عقد الإستصناع

إن أساس العقود هو التراضي وموجبها هو ماأوجبه العاقدان على أنفسهما، مادام لا يخالفه نصٌ من القرآن والسنة، وكذلك تدل على ذلك الإستحسان لحاجة الناس اليه حيث توجد المعاملات بين الناس من عهد النبي صلى الله عليه وسلم ومن عهد الصحابة إلى يومنا هذا[2].

المطلب الثالث: أركان عقد الإستصناع

يقوم عقد الإستصناع على أربعة أركان التالية:

١- **المستصنع:** هو طالب الصنعة إذا باشره بنفسه أو بواسطة وقد يكون فردا أو مؤسسة.

٢- **الصانع:** هو من يقوم بتحضير المادة الخام ويقوم بالعمل.إذا باشر الصنع هوأو من يقوم مقامه، كالصانع الذي يعمل عنده أو يعطيه العملية بكاملها [3].

٣- **المال المصنوع:** هو محل العقد. فعند تحويل المادة الخام إلى شيء آخر متفق عليه يسمى هذا الشيء المحول بالمال المصنوع، أو المستصنع فيه.

٤- **الثمن:** هو المال يدفعه المستصنع بدل المطلوب صنعه وهو قيمة المادة الخام مع عمل الصانع.

المطلب الرابع: شروط عقد الإستصناع

هذا المطلب مشتمل على فرعين:

الفرع الأول: الشروط العامة

الفرع الثاني: الشروط الخاصة

---

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى، العسقلانى، كتاب الصلاة، باب الإستعانة بالنجار والصُناع في أعوادالمنبر، ج١، ص٦٤٧

(٢) الجامع الصحيح، البخارى، كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم فى بطن كفه، رقم: ٥٨٧٦، ج٧، ص١٥٧

(٣) المبسوط، السرخسي، ج١٥، ص٨٤، ومغني المحتاج، الشربيني، ج٢، ص٤٧٩.

وتفصيلها كالتالي:

الفرع الأول: الشروط العامة

تنقسم الشروط العامة إلى عدة أقسام:

القسم الأول: شروط الإنعقاد

أولا: أهلية التصرف: تتوقف صحة مباشرة الإنسان للعقود على تمتّعه بأهلية الأداء التى مناطها العقل والتمييز وكمالها بالبلوغ والرشد فلا يصح تصرف المجنون ولا الصبى الذى لا يميز أما الصبى المميز فيصح تصرفه فيما لا يضره إذا أذن له وليه بالتصرف عند جمهور العلماء[1] ويرى الشافعية أنه لا يصح تصرف الصبى المميز ولو أذن له وليه[2]. ولا يصح تصرف السكران عند الجمهور[3] وصححه الشافعية فيما يضره وفيما ينفعه[4] ولا يصح تصرف السفيه المحجور عليه لكن إن أذن له وليّه صحّ عند الحنابلة[5].

ثانياً: تعدد العاقد: إنّ من شروط عقد الإستصناع هو أن يكون العاقدان متعدداً فلا يجوز أن يكون أحد العاقدين ولياً عن الآخر ولا وكيلاً عنه فى العقد لأن لعقود المعاوضات حقوقاً متضادة قبل التسليم والتسلم ومثل طلب البائع زيادة الثمن وطلب المشترى نقصانه ولذلك فإنّ هذا العقد لا تؤمن فيه المحاباة ولا يسلم غالباً من الغبن.

وقد استثنى الحنفية والحنابلة بيع الأب ما له لإبنه الصغير بمثل قيمته أو بغبن يقع مثله بين الناس فى العادة [6]. واستثنى المالكية شراء الوكيل فى البيع بسعر ما باع به سائره[7].

---

(1) نتائج الأفكار في كشف رموز والأسرار، قاضي زادة، ج٩، ص٢٦٧؛ المغني، ابن قدامة، ج٦، ص٥٩٥؛ الشرح الصغير مع حاشية العلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوي، الدرديري، ج٣، ص٣٨٢- ٣٨٣.

(2) مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين، الشربيني، ج٢، ص٢١٦؛ المجموع شرح المهذب، النووي، ج٩، ص١٨٥؛ نهاية المحتاج، الرملي، ج٣، ص٣٨٦

(3) المبدع شرح المقنع، ابن مفلح، ج٤، ص٣١٩

(4) المجموع، النووي، ج٩، ص١٨١

(5) الإنصاف، المرداوي، ج٤، ص٢٦٧؛ شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج٢، ص١٢٥؛ الروض المربع،البهوتي، ج٢، ص١٨٥

(6) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٤، ص١٤٧

(7) التاج والإكليل، محمد بن العواق المالكي، ج٥، ص١٩٦

القسم الثاني:الشروط التي ترجع إلى صيغة العقد هي مايلي:

١- تطابق القبول مع الإيجاب بحيث يرد القبول على كل ما أوجبه الموجب وبما أوجبه المقبل فيتطابقان فى محل العقد ومقدار العوض والوصف وغيره[١].

٢- اتصال القبول بالإيجاب فى مجلس العقد ويتحقق ذالك بالشروط التالية:[٢]

أ: ألا يرجع الموجب عن ايجابه قبل قبول القابل فإن رجع عن ايجابه بطل الإيجاب فإذا وقع القبول بعد ذالك كان لاغياً لعدم وروده على ايجاب.

ب: ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على اعراضه عن العقد كما اذا تشاغل أحدهما أو كلاهما بما يقطعه عرفاً من كلام خارج عن العقد أو أكل أو سكوت طويل ونحو ذالك.

القسم الثالث: الشروط التي ترجع إلى المعقود عليه

١- أن يكون المعقود عليه مملوكاً، فلا ينعقد الإستصناع فيما ليس بمملوك[٣].

٢- أن يكون قابلاً لحكم العقد، وهو المال المتقوّم الذى يباح الإنتفاع به شرعاً فلا يصحّ استصناع الأعيان المحرمة كالآت الملاهى كالعود والمزمار وغيرها[٤].

٣- أن يكون مقدوراً على تسليمه فلا يصح العقد على ما يعلم عجز المستصنع عن تسليمه إما لكونه عند من لا يسلمه أو لكونه مستحيل الوجود استحالة مطلقة فى المستقبل[٥].

---

(١) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٣٦، كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٥٩؛ شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج٢، ص١٢٣ ؛ دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المادة: ١٧٧، ج١، ص١٤٧

(٢) شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج٢، ص١٢٣،كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٦٠

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥،ص١٤٦، الوجيز، أبو حامد الغزالي،ج١،ص٢٧٨، المقنع والشرح الكبير، لابن قدامة معهما الإنصاف للمرداوي، ج١١، ص٥٥

(٤) بدائع الصنائع،الكاساني، ج٥، ص١٤١- ١٤٣؛ ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص١٥؛ الروض المربع، البهوتي، ج٢، ص١٨٥؛ المجموع، النووي، ج٩، ص١٧٤؛ المغني، ابن قدامة، ج٦، ص٣٥٨؛ دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، المادة: ١٩٩، ج١، ص١٧٧.

(٥) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٣٨؛ ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص١٥؛ المجموع،النووي، ج٩، ص١٧٤؛ الروض المربع،البهوتي، ج٢،ص١٨٧؛ وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني،ج٢،ص١٧٩؛ دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر،المادة: ١٩٨، ج١، ص١٧٧؛ عقد التوريد دراسة شرعية ، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ،العدد العلشر، ص ٤٢- ٤٣

القسم الرابع: شروط المحل

أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول ومعنى المجلس هو ما يتم فيه سماع الإيجاب والقبول من العاقدين أو وكيليهما أو من أحدهما مباشرة أو بمكالمة الآخر بالهاتف ونحو ذالك[1].

الفرع الثاني: الشروط الخاصة

هناك بعض الشروط الخاصة لابد توافرها في عقود الإستصناع وتفصيل هذه الشروط كالتالي:

١- **أن يكون المعقود عليه معلوماً للعاقدين**

أن يكون المعقود عليه معلوماً لدى العاقدين علماً نافيا للجهالة المفضية الى النزاع ويحصل العلم فى الإستصناع بوصف المعقود عليه وصفاً منضبطاً يوصل الى معرفته حيث يذكر جنسه ونوعه وقدره وحجمه وغيرذلك[2].

٢- **أن يكون الإستصناع مما يجري به التعامل:**

هذ االشرط أجمع عليه فقهاء الحنفية ويقوم عليه الإستصناع الجائز استحساناً للتعامل الجاري عليه عند الناس منذ عصر النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا[3].

٣- **ضرب الأجل في الإستصناع**

لابد أن يقوم بتعيين الأجل لتسليم المعقود عليه أو الشيء المصنوع[4]، حيث يكون ذكر المدة للتعجيل ولسدّ باب النزاع.

المطلب الخامس: شروط المقترنة بعقد الإستصناع وتطبيقاتها

هناك عدة شروط تشترط مقترنا بعقد الإستصناع أهمها كالتالي:

١- شرط المستصنع على أن الصانع يعمل ويصنع الشيء المطلوب بنفسه.

---

(١) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٣٨، كشاف القناع، البهوتي، ج٣، ص١٣٨

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٣٨؛ ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص١٥؛ المجموع، النووي، ج٩، ص٣٤٦- ٣٤٨؛ حاشية على شرح كفاية الطالب الرباني، العدوي، ج٢، ص١٧٩

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣، ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٥، ص٢٢٣، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، لمجموعة من العلماء، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، ج١، ص٢٣٠

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣، ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٥، ص٢٢٣

هذا الشرط يتعلق بمقتضى العقد[1] حيث العمل المعقود عليه قد يختلف بإختلاف العامل. ولرب العمل أي للمستصنع غرضا في إختيار الصانع أو العامل، فإذا خالف الصانع هذا الشرط فعليه الضمان.

٢- شرط الصانع على المستصنع بأنه لا يرجع عما طلب، فإذا رجع يضمن ما استعمل المواد الخام[2]، لأن في الرجوع يتضرر الصانع فلرفع الضرر عنه يضمن المستصنع ما فات منه من المواد الخام.

٣- اشتراط المستصنع على أنه إذا لم يكن المتسصنع فيه ما اتفقاعليه فله أن يأخذ المستصنع فيه أم لا، أو يأخذ بأقل سعر المتفق عليه[3].

٤- شرط المستصنع على الصانع بأن عليه التدريب على استخدام المصنوع أو المعقود عليه

هذا الشرط في ماجرى عليه عمل الناس ولايقتضيه العقد و ولا ينافيه ولكنه من مصلحة العقد[4]، لأنه من قبيل الإستصناع المشروط في الإجارة ضمنا وذلك جائز استحساناً لأن فيه حاجة الناس والتعامل بينهم ولم يخالف النص.

٥- شرط المستصنع على الصانع بأنه إذا تأخر الصانع عن تنفيذ العمل فإنه يلزمه أن يدفع مبلغاً من المال عن كل يوم، أو عن كل أسبوع مثلاً أوما يتفق عليه العاقدان أو جرى به العرف ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.

هذاالشرط من مصلحة العقد لأن هذاالشرط في مقابلة الإخلال بالالتزام، حيث إن الإخلال به مظنة الضرر وتفويت المنافع. وخاصة في عصرنا الحاضرلا بدمن سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق العباد[5].

---

(١) المبسوط، السرخسي، ج١٢، ص ١٤، و رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٨٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، ج٣، ص٦٥، منهاج الطالبين، محي الدين أبي زكريا النووي، ص٢١٦ ، كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٢٩٥

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص٤٢٤

(٣) الشرح الكبير،الدرديري، ج٤، ص ٥٥ ،المهذب، الشيرازي، ج١، ص٤١٠، المغني،ابن قدامة، ج٨، ص١٠٩، شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج٢، ص٣٧٨، عقد الإستصناع أو عقد المقاولة في فقه الإسلامي، دكتور كاسب بدران، ص١٨٩

(٤) المبسوط، السرخسي، ج١٢، ص١٤؛ ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٨٦، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧٣، ١٧٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، ج٣، ص٦٧، كشاف القناع، البهوتي، ج٢، ص٤٩٥، والإقناع، الحجاوي، ج٢، ص١٨٩، والمغني، ابن قدامة، ج٦، ص٣٢٣، والروض المربع، البهوتي، ج٢، ص١٩١، والكافي، ابن قدامة، ج٢، ص٥٧

المبحث الخامس: الشروط المقترنة بعقد الصيانة وتطبيقاتها

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول:تعريف عقد الصيانة

المطلب الثاني: تكييف عقد الصيانة ومشروعيتها

المطلب الثالث: أركان عقد الصيانة

المطلب الرابع: شروط عقد الصيانة

المطلب الخامس: شروط المقترنة بعقد الصيانة وتطبيقاتها

وتفصيل هذه المطالب كالتالي:

المطلب الأول: تعريف عقد الصيانة

أولاً: تعريف الصيانة في اللغة:

هي الحفظ والوقاية ومن ذلك صنت الشيء اصونه صوناً صيانة "[٢] أي حفظه في مكان أمين وصان عرضه وقاه مما يعيبه واصطانه مبالغة في صيانة [٣].

ثانياً: تعريف الصيانة اصطلاحاً:

١- عرف الدكتور الصديق محمد السلامي عقد الصيانة فقال: هو عقد يلتزم الخبير الفني بالقيام على الآلات والتجهيزات في مدة محددة، قياما يحقق أداءها لوظائفها بكفاءة ويلتزم فيه صاحبها بدفع ما اتفقا عليه إن لم تكن ملتزمة من البائع[٤].

٢- عرف الدكتور منذر قحف الصيانة: بأنها تعني إصلاح الشيء المعمر (السلع المعمرة) كلما طرأ عليه عطل أو أذى من حيث قدرته على انتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه، وهي لا تشمل الحفظ المادي للشيء كأن يوضع في مكان أمين أو في ظل

---

(١) قرارمجلس مجمع الفقه الإسلامي،المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة ، المملكة العربية السعودية، من ٧ إلى ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٤- ٩ مايو،١٩٩٢م،بحوث في فقه المعاملات، دكتور قرة على داغي، دار البشائرالإسلامية، ص١٥٤،عقد المقاولة، عبدالرحمن بن عايد، جامعة الإمام محمد بن سعود، الطبعة:الأولى، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٣م،ص٢٣٩- ٢٤١.

(٢) مقاييس اللغة ، ج٣، ص٣٢٤.

(٣) مختار الصحاح ، الرازي، ص٣٧٤ ، لسان العرب، ابن مظور، ج ١٣، ص٢٥٠. المعجم الوسيط ، ج١ ، ص٥٤٩.

(٤) مجلة المجمع الفقهي ، محمد المختار السلامي ،الدورة الحادي عشرة، المجلد ١٢

ظروف تناسبه من حرارة ورطوبة وتشغيله بالطريقة الأمثل لاستمرار منافعه، فإن هذا يعتبر من مسئولية الصائن أو المتعهد بالصيانة في عقد الصيانة[1].

المطلب الثاني: تكييف عقد الصيانة ومشروعيتها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تكييف عقد الصيانة

في الحقيقة عقد الصيانة عقد معاوضة وهو عقد مستحدث تنطبق عليه الأحكام العامة للعقودالتي لا يخالف نصاً أو قاعدة شرعية عامة، كالإجارة والجعالة ونحوها، ويترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة، أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية، أوطارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم، وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده أو بالعمل والمواد.

الفرع الثاني: مشروعية عقد الصيانة

عقدالصيانة مباح ومشروع على وجه الإستحسان لحاجة الناس وتوسعة عليهم في معاشهم، وقياسا على العقود المشابهة له فيدخل تحته، كالإجارة لأنها تنعقدعلى عمل معين من بناء أو تركيب، أو إصلاح أو غير ذلك كما في قصة خضر مع موسى عليه السلام و قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُ ۖ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾[2] وقول موسى عليه السلام للخضر لوشئت لاتخذت على بناء الجدار المنهدم أجراً، يدل على الإجارة وهي جائزة شرعا. والصيانة عقد مستحدث باسمها بسبب تطور الزمان ولكنه في الحقيقة نوع من الإجارة بالعمل لإصلاح الأشياء المعطلة للإستفادة، كالسيارة، والمكينة ونحوها، أو كالبناء، أو التركيب ونحوها، فتقاس الصيانة على الإجارة عند استنباط الأحكام المتعلقة لها.

المطلب الثالث: أركان عقد الصيانة

الذي يظهر من عقد الصيانة أنه يشتمل على أركان هي:

أ- العاقدان وهما الصائن والمستفيد.

الصائن هو الأجير أو العامل والمستفيد هو المستأجر.

---

(1) عقود الصيانة ،المنقول عن موقع الدكتور -http://monzer.kahf.com/papers/arabic/3oqood_al siyana.pdf وعن موقع العالمي للإ قتصاد الإسلامي:http://iefpedia.com/arab/4336-4336 .

(2) الكهف، الآية:٧٧

حسب التصور يمكن أن يكون كل واحد منهما شخصا معينا و أن يكون شركة معينة كذلك.

ب ـ الصيغة.

الصيغة في عقود الصيانة موثقة كتابة واضحة، يقوم توقيع العاقدين بالدلالة على الرضا الكامل والإلتزام بما جاء في العقد.

ج ـ محل العقد.

المراد به المعقود عليه أي ما وقع عليه التعاقد يعني البدلان في العقد وهما في عقد الصيانة عمل الصيانة والعوض مقابلا للعمل الذي يقوم به الصائن.

المطلب الرابع: شروط عقد الصيانة

الشروط تختلف باختلاف الصور ،هناك شروط مشتركة لجميع الصور ،كالتعيين المانع للجهالة سواء للمدة أو القطع أو الأجرة أو العمل يشترط في جميع الصور تعيين الصيانة تعييناً نافياً للجهالة المؤدية إلى النزاع.

وكذلك تبين المواد إذا كانت على الصائن مما يشترط تحديد الأجرة في جميع الحالات[1].

المطلب الخامس: الشروط المقترنة بعقد الصيانة وتطبيقاتها

ينبغي أن نلاحظ أن هنالك شروطا كثيرة قد تقترن بعقود الصيانة نذكر فيما يلي أهمها:

١- إشتراط المستفيد بأن الصائن ضامن إذااطلع ولكنه لم ينبه الخلل الذي يسبب عنه تعطيل الآلة.

يجوزاشتراط هذا الشرط قياسا على الأجير لأنه من مصلحة العقد ،ذلك بأن الصائن ما استحق الأجر إلا ليساعد المستفيد على دوام قيام الأجهزة والآلات بوظائفها ،وأن تفقده ليس أمرا مظهرياً فإذا أخل بواجبه فلم يحسن التأمل في جميع التجهيزات أو لم يكن جادا في مراقبته، أو اطلع ولم ينبه، فقد أخل بالتزاماته ويتحمل المسؤولية. فيجوز اشتراط هذا الشرط[2].

---

(١) قرارات وتوصيات الدورة الحادية عشرة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنامة، ٢٠- ٢٥ رجب، ١٤١٩هـ- ١٤- ١٩ نومبر ١٩٩٨م.

(٢) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين،ج٥،ص٤٠- ٤١، حاشية الخرشي، ج٧، ص٢٦- ٢٨، مغني المحتاج، الشربيني، ج٢، ص٣٥١- ٣٥٢، المغني، ابن قدامة، ج٨، ص١٠٢- ١٠٤.

٢- اشتراط المستفيد بأن الصائن يضمن عما تلف نتيجة تعطل الآلة كأن يعوض عما تلف من مأكولات نتيجة تعطل الآلة، أو جلود نتيجة تعطل آلة الدباغة.

يجوزهذا الشرط لانه من مصلحة العقد كسابقه.

٣- اشتراط الصائن بأنه لا يلزمه صيانة المبيع في عقود البيع التي تنشأ الحاجة بسبب عوامل الهلاك والإهتراء الطبيعي كإطارات السيارات وبطاريتها.

فجوز هذا الشرط لانه مما جرى به العرف وتعامل به الناس ولم يفض إلى النزاع[1].

٤- اشتراط الصائن في عقود البيع بأنه لايضمن الصيانة التي تنشأ بسبب مخالفة تعليمات التشغيل كأن يستعمل للآلة زيت مخالف لمواصفات الزيت الذي تتطلبه التعليمات.

هذا الشرط ايضامقبول لانه مما يتعارف الناس عليه وذلك لأن التقصير من قبل المستفيد لامن الصائن[2].

٥- اشتراط المستفيد بأنه إذا قام الصائن بالإستعانة بقدرات فنيه داخلية أو خارجية يكون على نفقة الصائن دون الرجوع إلى المستفيد.

هذاالشرط من مصلحة العقد لأن الصائن قد اتفق على الصيانة بمقابل وهو الذي يتحمل مسؤولية الصيانة مهما كان.

٦- إن المستفيد هو الذي يوفر قطع الغيار المطوبة في عملية إصلاح الأجهزة المعطلة.

هذا الشرط مقبول لانه من مصلحة العقد ومما جرى به العرف.

٧- إذا تعذر المستفيد في توفير قطع الغيار المطوبة فحينئذ يقوم الصائن بالبحث عنه وثمنها تدفع من قبل المستفيدوكالة عن المستفيد كما أن تكلفة شراء قطع الغيار على المستفيد.

هذا الشرط مباح ولا يؤدي الى النزاع والغرر. ولان الصائن يشترى وكالة مع شروطها.

٨- إذا تعذر على المستفيد والصائن الحصول على القطع المطلوبة يكون الصائن غير ملزما على إصلاح الجهاز المعطل ولا يضمن الضرر ماحصل بسبب التعطل.

يجوز اشتراط هذا الشرط ما جرى به العرف لأن الصائن يأخذ العوض مقابل العمل، وليس عليه توفير القطع.

---

(١) المبسوط، السرخسي، ج١٢، ص ١٤، و رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج٧، ص٢٨٦، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص١٧٣، ١٧٢ و ص٢٤٠، و درر الحكام شرح مجلةالأحكام، علي حيدر ، (مادة:١٨٨) ، ج١، ص١٥٩.

(٢) المرجع السابق

٩- إن الصائن يعيد قطع الغيار المبدلة إلى المستفيد للتأكد.

١٠- اشتراط المستفيد بأن الصائن يتحمل المواد قليلة الثمن المستخدمة في صيانة الآلة كالشحوم ونحوذلك، هذا الشرط أيضامقبول لأنه لا يؤدي إلى الجهالة والغرر وجرى عليه تعامل الناس.

الخاتمة

أهمّ النتا ئج

- يصح اشتراط الشروط مقترنة بالعقود المالية، إذا كانت مما يقتضيها العقد أو يؤكد مقتضى العقد، أو فيها منفعة لأحد العاقدين ولا ينافي مقتضى العقد، أوجرى بها العرف والتعامل.
- لايجوز اشتراط الشروط المخالفة للكتاب أو السنة أو الإجماع، أو المناقضة لمقصود العقد، أو كان يستحيل الوفاء بها.
- إذا اقترن بالعقد شرط صحيح وجب الإلتزام به وإلا فسخ العقد.
- هناك عدد من الشروط المقترنة بهذه العقود المالية جائزة شرعاً.
- كثير من الشروط المقترنة بالعقود المالية مستحدثة لها في الفقه الإسلامي كالشرط الجزائي.
- إن العرف الحادث له دور كبير في الشروط المقترنة بالعقود المالية المعاصرة .
- عقد المقاولة، وعقد التوريد، وعقد الصيانة من العقود المستحدثة بأسماء ها لا تعرف مصطلحهاته في التراث الفقهي.
- يشترط في هذه العقود المستجدة ما تشترط في العقود المشابهة لها، ويُستنبط لها من الأحكام ما يُستنبط بالعقود المشابهة لها.

التوصيات

- يذهب عامة الفقهاء إلى القول بأن الأصل في الشروط الإباحة الإ ما دل الدليل على تحريمه.
- عدم الركون في الحكم على الشروط المقترنة عموماً على مجرد الأصل، أو كثرة المزايا والفوائد، أو انتشار التعامل بها، بل لا بد قبل ذلك من تأصيلها و دراستها دراسة دقيقة لفهم حقيقتها وطبيعتها.
- توصي الدراسة بمراجعة بعض الشروط المقترنة بالعقود المالية لتنسجم مع مقاصد الشريعة في العقود والمعاملات، وخاصة بعد هذه التجربة العملية لهذه العقود، ووضوح هذه الإجتهادات بعد الممارسة العملية لها.
- توصي الدراسة بمراجعة بعض الشروط المقترنة بالعقود المالية لتجنب التكرار في بعضها.

وفي الختام فهذه النتائج والتوصيات التي توصلت اليها ـ بعد استفراغ الوسع وبذل الجهد.

اللهم انفع بهذا البحث واجعله مفيداً وصالحاً وخالصاً لوجهك الكريم، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين وسلّم تسليماً كثيراً.

الفهارس

فهرس المراجع والمصادر

فهرس محتويات البحث

فهرس المراجع والمصادر

١. الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، محمد بن أحمد ميارة الفاسي، دارالفكر، بيروت، لبنان

٢. أحكام القرآن ، أبو بكر أحمد بن على الجصاص، دار أحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م

٣. إرواء الغليل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٣٩٩هـ- ١٩٩٧م

٤. الأسس العامة للعقود الإدارية، الدكتور محمحد سليمان الطماوي، دار الفكر العربي،الطبعة الثالثة، ١٩٧٥م

٥. الأشباه والظائر، الامام جلال الدين السيوطي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، والرياض، الطبعة الثانية: ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م

٦. الأشباه والنظائر، زين الدين بن ابراهيم ابن النجيم، دارالفكر،الطبعة الأولى: ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م

٧. أصول السرخسي، محمد بن أحمد السرخسي، تحقيق: أبوالوفاء الأفغاني، دارالكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ

٨. أصول الفقه، الدكتور وهبة الزحيلي، دارالفكر للطباعة والتوزيع، دمشق، الطبعة الأولى : ١٤٠٦هـ - ١٩٩٨م

٩. أصول الفقه، عبدالوهاب الخلاف، مكتبة الدعوة الإسلامية الأزهر، الطبعةالثامنة

١٠. إعلام الموقعين، ابن القيم،دار ابن الجوزي،المملكة العربية السعودية،الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ

١١. الإقناع، شرف الدين موسى بن أحمد الحجاوي، لتحقيق: الدكتور عبدالله محسن التركيا ، دار عالم الكتب، الطبعة الثانية: ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م

١٢.الأم، محمد بن ادريس الشافعي،دارالوفاء،الطبعة الأولى:١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م

١٣.الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، أبو الحسين علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن اسماعيل الشافعي،دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولي: ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م

١٤.أنواع البروق في أنواع الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، دارالسلام للطباعة والنشروالتوزيع والترجمة، الطبعة الأولى:١٤٢١هـ - ٢٠٠١م

١٥.البحرالمحيط، بدرالدين محمدبن بهادرالزركشي، دارالصفوة للطباعة والنشروالتوزيع، الغردقة، سنة الطبعة:١٤١٣هـ - ١٩٩٢م

١٦.بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة،لمجموعة من العلماء،دار النفائس للنشروالتوزيع،الأردن

١٧.بحوث في الفقه المعاصر، حسن بن محمودتقي الجواهري،دارالذخائر

١٨.بحوث في فقه المعاملات،دكتور قرة على داغي،دار البشائرالإسلامية

١٩.البدائع الصنائع ، علاء الدين أبي بكر بن بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية:١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م

٢٠.البناية شرح الهداية،أبو محمد محمود العيني الحنفي،دارالفكر للطباعة والنشروالتوزيع،الطبة الثانية:١٤١١هـ - ١٩٩٠م

٢١.البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، لأبي الوليد ابن رشد القرطبي، تحقيق: محمد حجّي،دارالغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية: ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م

٢٢.تاج العروس من جواهر القاموس، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني الملقّب بمرتضى الزبيدى،تحقيق: علي هلابي، مطبعة حكومة كويت ، الطبعة الثانية،١٤٠٧هـ

٢٣.التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن المواق المالكي، دارالفكر، بيروت، لبنان، ١٣٨٩هـ

٢٤.تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن على فخر الدين اللزيلعي الحنفي، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، الطبعة الأولى: ١٣١٣هـ

٢٥.تحريرالقواعد وتقرير الفوائد، زين الدين عبدالرحمن ابن رجب الحنبلي، دارابن عفان.

٢٦.تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي، للحافظ محمد عبدالرحمن المباركفوري، دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٢٧.تحفة الفقهاء، علاءالدين السمرقندي، دارالكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م

٢٨.التعريفات، علي بن محمد الجرجاني الحنفي، مكتبة رحمانية، لاهور، باكستان.

٢٩.تلخيص الحبير في تخريج الرافعي الكبير، ابن حجر العسقلاني، مؤسسة قرطبة ودارالمشكاة للبحث العلمي، الطبعة الأولى: ١٤١٦هـ- ١٩٩٥م

٣٠.التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى.

٣١.الجامع الصحيح، أبوعيسى محمد بن عيسى الترمذي، لتحقيق: أحمد شاكر] مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الثانية: ١٣٩٨هـ- ١٩٩٧م

٣٢.الجامع الصحيح،أبو عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري، دار طوق النجاة،بيروت،لبنان، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ

٣٣.الجامع في أصول الربا، رفيق يونس المصري، دارالقلم،دمشق، الطبعة الثانية، ٢٠٠١م

٣٤.الجامع لأحكام القرآن، محمد بن احمد الأنصارى القرطبى،تحقيق: الدكتورعبدالله بن عبدالمحسن التركي، مؤسسةالرسالة، بيروت،الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م

٣٥.حاشية الروض المربع، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي، الطبعة الأولى: ١٣٩٧هـ

٣٦.حاشية السندي مع سنن النسائي، [تحقيق: مكتب تحقيق التراث الإسلامي] دارالمعرفة، بيروت، لبنان

٣٧.حاشية على شرح كفاية الطالب الرباني،علي الصعيدي العدوي،تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دارالفكر،بيروت،لبنان، ١٤١٢هـ

٣٨.الحاوي الكبير، لأبي الحسين على محمد الماوردي، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م

٣٩.دراسات فى فقه القانون المدنى الأردنى، د. عبد الناصر ابو البصل،دارالنفائس للنشروالتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.

٤٠.درر الحكام شرح مجلةالأحكام، علي حيدر، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض، طبعة خاصة: ١٤٢٣هـ

٤١.الدكتور مازن ليلو راضى، الوجيز فى القانون الإدارى، منقول من موقع الاكاديمية العربية في الدنمارك

٤٢.ردالمحتار على الدرالمختار، ابن عابدين، محمد أمين،تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبدالمعبود،دارعالم الكتب،الرياض، السعودية ، الطبعةالخاصة، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م

٤٣.روح المعاني، شهاب الدين السيد محمود الآلوسي، داراحياء التراث العربي، بيروت

٤٤.الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس البهوتي، دارالكتب العلمية ، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية: ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

٤٥.روضة الطالبين، يحيى بن شرف النووي، تحقيق:الشيخ عادل أحمد و الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب،الرياض،السعودية، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م

٤٦.زادالمستقنع، موسى بن أحمد الحجاوي، مكتبة الرياض الحديثة

٤٧.سنن أبي داود، الإمام الحافظ أبوداود سليمان بن أشعث السجستاني، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م

٤٨.السنن الكبرى، ابو بكر أحمد بن على البيهقي، مطبعة مجلس دائرة المعارف، حيدرآباد، الهند، الطبعة الأولى: ١٣٥٢هـ

٤٩.سنن النسائي معه حاشية السندي، [تحقيق: مكتب تحقيق التراث الإسلامي] دارالمعرفة، بيروت، لبنان

٥٠.شرح الخرشي على مختصر خليل، ابو عبد الله الخرشي، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الثانية: ١٣١٧هـ

٥١.الشرح الصغير، أبوالبركات أحمد بن محمد الدرديري، دارالمعارف، القاهرة، بدون طبعة

٥٢.شرح مختصر الروضة، نجم الدين سلمان بن عبد القوي الطوفي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م

٥٣.شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق:الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط:الأولى ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م

٥٤.الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراة لمحمد عبدالعزيز بن سعد اليمني، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية.

٥٥.الصحاح، اسماعيل بن حماد الجوهرى، المطبعة الكلية، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٢٩هـ.

٥٦.صحيح مسلم، الحافظ أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، بيت الأفكار الدولية، ١٤١٩هـ- ١٩٩٧

٥٧.صيغ العقود في الفقه الإسلامي، الدكتور:صالح بن عبد العزيز الغليقة، كنوز اشبيليا، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م

٥٨.عقد التوريد (دراسة شرعية)، عبد الله بن محمد المطلق، بحث منشور في مجلة جامعة الإمام، العدد العاشر، جمادى الآخرة، ١٤١٤ هـ

٥٩.عقد التوريد دراسة فقهية تحليلية، الدكتور عبد الوهاب ابراهيم أبوسليمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، عدد: ١٢، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

٦٠. عقد التوريد والمناقصات، الدكتور رفيق يونس المصري، مركز أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، الدورة الثانية عشرة

٦١.عقد التوريد والمناقصات، القاضي محمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، عدد:١٢، جدة، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م

٦٢.عقد المقاولة والتعمير، مجلة الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة، بقراررقم٣

٦٣.عقد المقاولة، د.عجيل جاسم النشمي، منقول عن موقع الإلكتروني:
http://www.dr-nashmi.com

٦٤.عقد المقاولة، د. وهبة الزحيلي، المنقول عن موقع الدكتور من الإنترنت:
http://fikr.com/zuhayli/contract.htm

٦٥.عقد المقاولة، عبدالرحمن بن عايد، جامعة الإمام محمد بن سعود، الطبعة:الأولى، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٣م

٦٦.العناية على الهداية، أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، (مطبوع مع فتح القدير، لابن الهمام) دار الفكر، بيروت، لبنان، والمكتبة التجارية، المكة المكرمة

٦٧.غمز عيون البصائر،أحمد بن محمد الحنفي الحموي، دارالكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م

٦٨.فتح البارى بشرح صحيح البخارى، أحمد بن علي بن حجر العسقلانى،تحقيق: عبدالقادر شيبة الحمد، الطبعة الأولى ،١٤٢١هـ ٢٠٠١م

٦٩.فتح الغفاربشرح المنار، زين الدين بن ابراهيم الشهير بابن النجيم، مطبعة مصطفى الحلبي، الطبعة الأولى: ١٣٥٥هـ- ١٩٣٦م

٧٠.فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام الحنفي، دارلكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م

٧١.الفقه الإسلامي وأدلته ، د. وهبة الزهيلي،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،الدمشق،الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م

٧٢.القاموس المحيط، مجد الدين الفيروزآبادي، مطبعة أميرية، الطبعةالثالثة: ١٣٠١هـ
٧٣.القانون التجاري، الدكتور على حسن يونس، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٥٩م.
٧٤.قرارات مجمع الفقه الإسلامي،شرط الجزائي في عقد الإستصناع، الدورة السابع،جدة،١٤١٢هـ- ١٩٩٢م
٧٥.قرارمجلس مجمع الفقه الإسلامي،المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة، المملكة العربية السعودية، من ٧ إلى ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٤- ٩ مايو،١٩٩٢ م
٧٦.قرارمجمع الفقه الإسلامي بشأن عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره، قرار رقم: ١٢٩ (١٤/٣)، الدورة الرابعة عشرة، الدوحة، ٨- ١٣ ذوالقعدة ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م.
٧٧.القوانين الفقهية، ابو عبد الله محمد بن جزي الكلبي، دارالكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية: ١٤٠٩هـ
٧٨.الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف بن عبدالله بن عبد البر القرطبي، تحقيق: محمدمحمد أحيدالموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م
٧٩.الكافي، موفق الدين ابن قدامة، لتحقيق: الدكتور عبدالله محسن التركي، هجر للطباعة والنشر
٨٠.كشاف القناع، منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب بيروت، الطبعةالأولى: ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م
٨١.كشف الأسرارعن أصول البزدوي، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، تحقيق محمد عبد الله عمر، دالكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ
٨٢.اللباب في شرح الكتاب، عبدالغني الغنيمي الميداني، تحقيق: محمدمحي الدين عبدالحميد، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.
٨٣.لسان العرب، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دارأحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م

٨٤.المبدع، برهان الدين ابراهيم بن محمد إبن مفلح، تحقيق: محمد حسن اسماعيل الشافعي، دارالكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ

٨٥.مجمع الأنهر، عبد الرحمن بن محمد سليمان الكليوبي الحنفي، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤١٩هـ

٨٦.المجموع شرح المهذب، أبي زكريا محي الدين النووي، مكتبة الإرشاد ، جدة

٨٧.مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون – بيروت، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م

٨٨.المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقاء، دارالقلم دمشق، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م

٨٩.المدخل إلى الفقه الإسلامي، الدكتور عبد العزيز الخياط، دارالفكر للنشر والطباعة، عمان، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ- ١٩٩١م

٩٠.مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا ،المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، الطبعة الثانية،١٣٠٨هـ- ١٨٩١م،

٩١.المستدرك على الصحيحن، ابو عبدالله الحاكم النيسابوري، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م

٩٢.المسند، الإمام أحمد ،دارالفكر العربي، بيروت، لبنان.

٩٣.المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي، مطبعة الأميرية بالقاهرة، الطبعة الخامسة

٩٤.مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: محمد عوامة ،شركة دارالقبلة ومؤسسة علوم القرآن، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٦،

٩٥.معالم السنن، أبو سليمان حمد بن محمد الخطابي، مطبعة العالمية، حلب، الطبعة الأولى: ١٣٥١هـ- ١٩٣٢م

٩٦.المعجم الأوسط، الحافظ سليمان بن أحمد الطبراني، دارالحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، سنة الطبعة: ١٤١٥هـ- ١٩٩٨م

٩٧.المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، الطبعة الرابعة، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م

٩٨.معجم مقاييس اللغة ،أبي الحسين أحمد بن فارس،دار الفكر، بيروت ، سنة الطبعة:١٣٩٩هـ

٩٩.مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، دارالمعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م

١٠٠. مغني المحتاج، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، دار المعرفة، بيروت،الطبعةالأولى: ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

١٠١. المغني، موفق الدين ابن قدامة، لتحقيق: الدكتور عبدالله بن محسن التركي ، دارعالم الكتب الرياض، الطبعة الثالثة: ١٤١٧ هـ

١٠٢. المفردات في غريب القرآن، أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، تحقيق: محمد سيد كيلاني مطبعة الميمنية بالقاهرة، الطبعة:١٣٢٤هـ

١٠٣. المقنع، ابن قدامة معه الشرح الكبير والإنصاف، هجر للطباعة والنشروالتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م

١٠٤. منتهى الإرادات، تقي الدين الفتوحي الحنبلي، تحقيق: الدكتور عبدالله بن محسن التركي، مؤسسة الرسالة.

١٠٥. المنثور في القواعد ، بدرالدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي، شركة دار الكويت للصحافة، الطبعةالثانية: ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م

١٠٦. منهاج الطالبين، محي الدين أبي زكريا النووي، دارالمنهاج، للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، الطبعة الأولى: ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م

١٠٧. المهذب في فقه الإمام الشافعي، ابو اسحاق ابراهيم الشيرازي، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م

١٠٨. المهذب، أبو اسحاق الشيرازي، دارالقلم، دمشق، و الدار الشامية، بيروت، لبنان، الطبعة الاولى: ١٤١٧هـ

١٠٩. مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، محمد بن عبد الرحمن الحطاب، دارالفكر، بيروت، لبنان، سنة النشر: ١٣٨٩هـ

١١٠. الموسوعة الفقهية، وزارة الأوف والشؤن الإسلامية، كويت، ط:الأولى، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦

١١١. نتائج الأفكار في كشف رموز والأسرار، شمس الدين أحمد بن قورد قاضي زادة، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م

١١٢. النظرية العامة للالتزامات، الدكتور منذر الفضل، مكتبة دارالنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦م

١١٣. نهاية السول في شرح منها ج الأصول، جمال الدين عبدالرحيم الأسنوي، عالم الكتب.

١١٤. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد الرملي الأنصاري، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م

١١٥. الوجيز فى العقود المدنية، جعفر الفضلى، مكتبة دارالثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م

١١٦. الوجيز في فقه الإمام الشافعي، أبو حامد الغزالي، [تحقيق: على معوذ] عادل عبد الموجود، شركة دار الأرقم ابن الأرقم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م

فهرس محتويات البحث

الموضوعات	الصفحة
المقدمة	٥
الفصل الأول: مفهوم الشروط المقترنة بالعقد	١٤
المبحث الأول : مفهوم الشرط	١٥
المبحث الثاني: أقسام الشرط	١٨
المبحث الثالث: معنى العقد وأقسامه	٢١
المبحث الرابع: معنى الشروط المقترنة بالعقد	٢٩
الفصل الثاني: الشروط المقترنة بالعقد وآثارها في الفقه الإسلامي	٣١
المبحث الأول: الشروط المقترنة بالعقد وأثارها عند الحنفية	٣٢
المبحث الثاني: الشروط المقترنة بالعقد وأثارها عند المالكية	٣٨
المبحث الثالث: الشروط المقترنة بالعقد وأثارها عند الشافعية	٤٥
المبحث الرابع: الشروط المقترنة بالعقد وأثارها عند الحنابلة	٤٨
الفصل الثالث: الشروط المقترنة بالعقد وتطبيقاتها في المعاملات المالية	٥٤
المبحث الأول: الشروط المقترنة بعقود الإجارة وتطبيقاتها	٥٥
المبحث الثاني: الشروط المقترنة بعقود التوريد وتطبيقاتها	٦٣
المبحث الثالث: الشروط المقترنة بعقود المقاولات وتطبيقاتها	٧٦
المبحث الرابع: الشروط المقترنة بعقود الإستصناع وتطبيقاتها	٩٢
المبحث الخامس: الشروط المقترنة بعقود الصيانة وتطبيقاتها	١٠٠
الخاتمة	١٠٥
أهم النتائج	١٠٥
التوصيات	١٠٦
فهرس المصادر والمراجع	١٠٧
فهرس محتويات البحث	١١٩