T- 1061
Accession No.....

الجامعة الاسلامية العالمية
اسلام آباد - باكستان

كلية الشريعة والقانون
قسم الدراسات العليا

الشروط وآثارها على العقود

(دراسة تطبيقية على عقدى البيع والنكاح)

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير فى الشريعة والقانون

بإشراف :
الأستاذ الدكتور محمد عبد الستار الجبالى

اعداد الطالب :
محمد شعيب شاهين

١٩٩٦

International Islamic Univ. المكتبة LIBRARY Islamabad الجامعة الإسلامية العالمية إسلام آباد

15/7/10

Acc No. 1061

MS.

٤ ٢٩٧s
ش ا ش

١. فقه اسلامی ـ عقود

٢ ـ عنوان

M.D ✓

Ed. ✓

DATA ENTERED
Amz 08/01/14

بسم الله الرحمن الرحيم

المناقشون

تمت مناقشة هذا البحث فى اليوم ----------

التاريخ / / هـ الموافق / / م

المناقش الداخلى : ----------

المناقش الخارجى : ----------

المشرف : ----------

الباحث : ----------

الاهـــــداء

إلى والدي عطا محمد خان الذى بتوجيهه وتربيته وعنايته
وإرشاداته وصلت إلى هذه المرتبة
فجزاه الله عني خير الجزاء وأطال الله فى عمره

إليه أهدى بحثى المتواضع

كلمة الشكر والتقدير

أتقدم بالشكرالجزيل إلى الجامعة الإسلامية العالمية إسلام آباد ، وكلية الشريعة والقانون ، وأخص بالشكر فضيلة الأستاذ الدكتور طيب زين العابدين عميد كلية الشريعة والقانون ، والأستاذ الدكتور خليل الرحمن عميد كلية اللغة العربية ، والأستاذ الدكتور دياب عبد الجواد ، والأستاذ الدكتور السيد عواد على عواد وجميع أعضاء الهيئة التدريسية في كلية الشريعة والقانون .

كما لا أنسى شكرى وتقديري لأستاذي وشيخي الفاضل الأستاذ الدكتور محمد عبد الستار الجبالى والذي تفضل بالإشراف على رسالتي هذه ، وقد نصحني و وجهني و أعانني ،

كما لا يفوتني أن أشكر كل من قدم إلي نصيحته أو توجيهه أو ساعدني أثناء كتابة البحث من الزملاء والأصدقاء ، وأخص بالشكر منهم الأخ عبد المهدي الشرع والأخ راغب حسن .

فجزاهم الله جميعاً عنى خير الجزاء .

بسم الله الرحمن الرحيم

المقـــدمـة

يرى الفقهاء { رحمهم الله تعالى } أن العقود أسباب جعلية شرعية للأحكام ، بمعنى أن العاقد بإرادته يكون العقد .

أما الحكم المتعلق به كنقل ملكيته المبيع من حيز إلى حيز فهو من جعل الشارع وترتيبه ، وليس نتيجة حتمية لإرادة المتعاقدين وحدها .

فالمولى عزو جل جعل العقد سببا للحكم و طريقا يصل بسالكه إلى ما رتبه الشارع على سلوكه من نتائج و التزامات .

وعلى هذا فالربط بين السبب والمسبب تم بصنع الله وإرادته ، و هذا حتى لا يبغى بعض الناس على بعض نتيجة رغباتهم المختلفة التى تؤدى إلى الغبن أو الغرر أو التنازع و الضغينة .

وإذا كان الشارع الحكيم قد نص على بعض العقود و بين أن آثارها مسببة منها ، فهل هذا التنصيص على بعض العقود يعتبر مانعا من إنشاء غيرها من العقود و أن الآثار قد حددها الشارع و عينها بالنسبة لكل عقد من العقود والشروط قد تزيد أو تنقص من هذه الآثار لمصلحة واحد من المتعاقدين .

وإذا كان كذلك ، فهل يجوز للعاقد أن يعدل من هذه الآثار بما يشترطه من شروط أم أن ذلك لا يجوز له ، باعتبار أن الله سبحانه وتعالى قد حدد هذه الآثار وليس لإرادة الانسان دخل فى ذلك ؟ .

والفقهاء { عليهم الرحمة } قد اختلفت كلمتهم فيما يعتبر شرطا صحيحا أو غير صحيح - ومهما يكن فإنه لا خلاف بينهم فى أن ما يخل بشأن العقد من ناحية إيصاله إلى مقاصدالعقود الشرعية محظور شرعا ، وإن اختلفوا فى قصور الاخلال .

سبب الاختيار :

وكان السبب الباعث لي على اختيار هذا الموضوع أمران هما :

١- حرية التعاقد فى الشريعة الاسلامية ، وأنها من مبادئ الأساسية التى تقوم عليها المعاملات بين الأفراد فكان من الواجب والمفيد بيان نصوص القرآن والسنة فى ذلك .

٢- بيان الأصل فى العقود والشروط :

هل هو الجواز والصحة ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه و إبطاله ؟

أو أن الأصل فى العقود والشروط المنع إلا ما ورد نص بجوازه بمعنى أن الإرادة لا سلطان لها فى إنشاء العقود ولا فى تحديد آثارها فهي لا تسيغ أن تنشئ عقدا أو تشترط شرطا لم يرد به نص ؟ فأردت بهذا الاختيار أن أبين كلمة الشرع فى ذلك

والله المستعان .

و خلاصة البحث كالآتى :

وقد قسمت هذا البحث بعون الله سبحانه وتعالى وتوفيقه إلى :

- تمهيد
- بابين
- وخاتمة

أما التمهيد : ففي الآثار التى رتبها الشارع على العقود .

وأما **الباب الأول :** ففى ماهية العقد و سلطان الارادة فى تكوينه ، وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول : ماهية العقد

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف العقد فى اللغة والاصطلاح

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد فى اللغة

المطلب الثانى : تعريف العقد فى الاصطلاح

المبحث الثانى : تعريف العقد فى القانون

المبحث الثالث : الفرق بين العقد والتصرف

الفصل الثانى : سلطان الإرادة أو حرية المتعاقدين فى إنشاء العقود والشروط:

الآثار بالنسبة لكل عقد من العقود حددها الشارع الحكيم ، والشروط قد

تزيد أو تنقص من هذه الآثار لمصلحة أحد الطرفين ،وإذا كان الأمر كذلك فهل يستطيع العاقد أن معدل هذه الآثار بما يشترطه من شروط أم أنه لا يستطيع ذلك باعتبار أن هذه الآثار محددة من لدن الشارع الحكيم وليس لإرادة الانسان دخل فى ذلك ؟

الجواب عن ذلك جعلته فى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : سلطان الارادة فى الكتاب والسنة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : سلطان الإرادة فى القرآن الكريم

المطلب الثانى : سلطان الإرادة فى السنة الشريفة

المبحث الثانى : سلطان إرادة العاقد فى تعديل الآثار بما يشترطه من شروط و أقوال أهل العلم فى ذلك :

١- رأي المضيقين

٢- رأي الموسعين

٣- رأي المتوسطين

الفصل الثالث : سلطة الشخص الواحد فى تولي طرفي العقد بنفسه

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : بعض الالتزامات والتصرفات التى تنشئها الإرادة المنفردة فى الفقه الإسلامى

المبحث الثانى : أقوال الفقهاء فى تولى الشخص الواحد طرفى العقد

المبحث الثالث : الإرادة المنفردة و دورها فى إنشاء الالتزام فى القانون ، وقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وتطبيقاتها العملية .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الارادة المنفردة و دورها فى انشاء الالتزام فى القانون .
المطلب الثانى : قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وتطبيقاتها العملية .

الفصل الرابع : أثر الغرر فى سلطان الارادة :
وفيه خمسة مباحث :
المبحث الأول : ماهية الغرر
وفيه مطلبان :
المطلب الأول : تعريف الغرر
المطلب الثانى : النصوص الواردة فى الغرر

المبحث الثانى : الغرر فى عرف الجاهلية وأثر الاسلام فيه

المبحث الثالث : أثر الغرر فى العقود مع بيان أقوال الفقهاء فى أحاديث النهي عن بيع الغرر
وفيه مطلبان :
المطلب الأول : الغرر فى صيغة العقد
المطلب الثانى : الغرر فى محل العقد

المبحث الرابع : الغرر فى القانون الوضعي .

المبحث الخامس : فى المقارنة بين الشريعة والقانون .

الباب الثاني : في الشروط وآثارها على العقود :

لقد وضع الشارع الحكيم حدوداً لما يشترطه الناس فى عقودهم إن التزموها كانت العقود صحيحة والشروط ملزمة باتفاق الفقهاء وإذا تجاوزها كانت لاغية ، وقد تؤثر على العقد فتبطله .

والفقهاء مختلفون فى فهم الحدود التى وضعها الشارع ،وقد اختلفوا فيما يعتبر شرطا صحيحا أو غير صحيح تبعا لتفاوتهم فى فهم مقصد الشارع .

وقد خصصت لبيان هذا فصولا خمسة هى :

الفصل الأول : ماهية الشرط :

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الشرط فى اللغة ـ

المبحث الثانى : الشرط فى اصطلاح الأصوليين

المبحث الثالث : الشرط فى القانون : الشرط الصريح والشرط الضمنى

الفصل الثانى :

أقسام الشرط ، وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : أقسام الشرط باعتبار مصدره :

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الشرط الشرعى

المطلب الثانى : الشرط اللغوى

المطلب الثالث : الشرط العقلى

المبحث الثانى : تقسيمه من حيث تعلقه بالسبب أو المسبب :
وفيه مطلبان :
المطلب الأول : الشرط المكمل للسبب
المطلب الثانى : الشرط المكمل للمسبب

المبحث الثالث : تقسيمه من حيث الأمر المشروط فيه
فيه مطلبان :
المطلب الأول : شرط موضوعه حكم تكليفي
المطلب الثانى : شرط لتحقق حكم وضعى

المبحث الرابع : تقسيم الشرط باعتبار الواضع له
وفيه مطلبان :
المطلب الأول : الشرط الشرعي
المطلب الثانى : الشرط الجعلى

المبحث الخامس : تقسيم الشروط من حيث الصحة والبطلان :
وفيه أربعة مطالب :
المطلب الأول : مذهب الحنفية فى أقسام الشروط
المطلب الثانى : الشروط فى المذهب الحنبلى
المطلب الثالث : مذهب الشافعية فى الشروط
المطلب الرابع : البيع بشرط البراءة من العيوب

الفصل الثالث
شرط الخيار

خيار الشرط إنما يكون من جهة العاقدين سواء كان لواحد منهما أو لهما معا ، أو لأجنبي ،

وقد جعلت الكلام عن هذا الفصل فى ثمانية مباحث على الوجه الآتى :

المبحث الأول : معنى خيار الشرط فى اللغة وفى الشرع

المبحث الثانى : أقوال أهل العلم فى مشروعية خيار الشرط و أدلتهم

المبحث الثالث : مقدار مدة الشرط

المبحث الرابع : العقود التى يدخلها خيار الشرط

المبحث الخامس : من الذي يثبت له خيارالشرط

المبحث السادس : ما ينتهى به خيار الشرط

المبحث السابع : موت من شرط له الخيار فى مدة الخيار

المبحث الثامن : أثر خيار الشرط

الفصل الرابع :
الشروط فى النكاح

وفيه ستة مباحث على الوجه التالي :

المبحث الأول : تعريف النكاح فى اللغة و بيان حقيقته عند الفقهاء

المبحث الثانى : الشروط الواجب الوفاء بها وما اختلف فيه منها

المبحث الثالث : اشتراط الولى

المبحث الرابع : شرط الكفاءة

المبحث الخامس : شرط الدخول فى التحليل

المبحث السادس : آراء الفقهاء فى فسخ عقد النكاح بالعيوب

و أما الخاتمة : فقد جعلتها في أهم ما توصلت إليه من نتائج من خلال معالجتى لموضوعات هذا البحث و فروعه .

منهج البحث

التزمت فى إعداد هذا البحث المنهج الآتى :

أولا : اعتمدت فى هذا البحث على الكتب الفقهية الأصلية رأخذت آراء الفقهاء من كتبهم المعتمدة لديهم ، و كذلك استعنت بالقرآن الكريم و كتب الأحاديث الشريفة

ثانيا : رقمت الآيات القرآنية مشيرا إلى سورها وأرقامها فى المصحف الشريف، وذكرت فى الحاشية إسم السورة ورقم الآية ليسهل للباحثين الرجوع إليها .

ثالثا : قمت بتخريج الأحاديث النبوية الشريفة التى أوردتها فى هذاالبحث من كتب الأحاديث والسنة المطهرة .

رابعا : حاولت - قدر المستطاع - أن أرجع إلى أ م كتب الفقه (الكتب القديمة) و اعتمدت فى ذلك على كتب كل مذهب دون غيره ، واستعنت فى فهم نصوصها بالكتب الفقهية المعاصرة المعتمدة .

خامسا : ذكرت المذاهب فى كل مسألة حسب اتفاقهم واختلافهم مع أدلتهم و جئت بملاحظتى في بعض المواطن .

سادسا : شرحت الألفاظ الغريبة والكلمات ، وذلك بالاستعانة بكتب اللغة والفقه .

سابعا : أشرت إلى المراجع فى الهامش وشرحت فيه بعض الاصطلاحات الفقهية مع ضرب الأمثلة .

ثامنا : عرضت المسائل التى أريد تناولها بالبحث والدراسة .

تاسعا : ذكرت في خاتمة البحث أهم النتائج التى توصلت إليها من خلال معالجتى لموضوعات هذا البحث .

التمهيد

الآثار التي رتبها الشارع على العقود

آثار العقد هي الحقوق و الالتزامات التي رتبها الشارع عليه ، و هذه الآثار ليست واحدة في كل العقود ، بل تختلف من عقد لآخر .

فآثار عقد البيع مثلا هي انتقال ملك العين المبيعة إلى المشتري ، و التزام البائع بالتسليم ، و ثبوت حقه في المطالبة بالثمن .

في حين آثار عقد القرض هي نشوء دين في ذمة المقترض و حق المقرض في المطالبة بدينه .(١)

و هكذا نرى اختلاف آثار العقود من عقد إلى آخر .

و للعقود آثار عامة و خاصة :

فالآثار الخاصة هي ما يترتب من أحكام و نتائج على كل عقد بحسب نوعه وموضوعه ، و هي تختلف من عقد إلى آخر كما أشرنا سابقا .

أما الآثار العامة فهي ما تشترك فيه العقود جميعها أو معظمها من أحكام ونتائج ، و للعقود أثران عامان ، و يعتبران من النتائج الطبيعية في معظم العقود وهما : النفاذ و الإلزام . (٢)

١- انظر : المدخل لدراسة الفقه الإسلامي . د -حسين حامد حسان ص / ٤٢٠ ط / القاهرة - مصر .

٢- المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ص / ٤١٧ ط - القاهرة - مصر .

ويمكن القول باختصار:إن العقودتترتب عليهاآثارعامة يمكن تلخيصها فيما يلي:

١- نقل الملك في الأعيان أو في المنافع بعوض أو بغير عوض . كالبيع و الهبة و الإجارة و العارية .

٢- الالتزام بعمل معين : سواء كان هذا العمل في العقود التي تقع على العمل أو عقود التوكل .

٣- ترتيب الدين في الذمة كالقرض .

٤- إنشاء حق التوثيق ، و ذلك في عقود الرهن و الكفالة و الحوالة .(١)

و الحقيقة أن العقد لا تترتب عليه آثاره الشرعية إلا إذا إنعقد صحيحا باكتمال أركانه و شروطه ، و لم يلازمه ما يتطلب نهي الشارع عنه .

و الأصل أن هذه الآثار تترتب على العقود عقب إنشائها فورا ، و تسمى هذه العقود : عقودا نافذة ، غير أن هناك عقودا تتأخر عنها آثارها و تبقي معلقة نظرا لوجود مانع يمنع سريانها ، إلى أن يزول ذلك المانع . و تسمى هذه العقود عند الفقهاء بالعقود الموقوفة .(٢)

فالعقد في نظر الفقهاء سبب لما ينتجه من آثار ، و القاعدة أن ترتيب المسببات على الأسباب من صنع الشارع نفسه و لا دخل فيها لقصد المتعاقدين .(٣)

أثر العقد بالنسبة إلى الأشخاص في الفقه الاسلامي :

الأصل في الفقه الإسلامي انصراف أثر العقد إلى العاقد نفسه ، فالعاقد إذا باشر العقد بنفسه لنفسه انصرف إليه وحده أثر العقد من حكم و حقوق ، و لا يجاوزه إلى غيره ممن لم يكن جانبا أو طرفا في العقد .

---

١ مصادر الحق في الفقه الإسلامي لعبد الرزاق السنهوري ٥٢/٦ - ٥٣ . ط - القاهرة - ١٩٦٧ م .

٢ انظر في تفصيل العقود الموقوفة : المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا ص / ٤٢٠ - ٤٢٦ ط - القاهرة .

٣- انظر في تفصيل العقود الموقوفة : المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا ص / ٤٢٠ - ٤٢٦ ط - القاهرة .

و الفقهاء يفرقون بين حكم العقد و هو الأثر الأصلي للعقد ، و هدف العاقدين من إنشائه ، و حقوق العقد و هي ما يستتبعه العقد من التزامات و مطالبات تؤكد حكم هذا العقد و تحفظه و تكمله .(١)

و آثار العقد العامة تنصرف إلى ثلاث مجموعات هي :

١- الخلف العام (٢) و الخلف الخاص .(٣)

٢- الدائنون .

٣- الغير .

و فيما يأتي خلاصة لموقف الفقه الإسلامي من انصراف أثر العقد إلى هذه الطوائف :

١- الخلف العام و الخلف الخاص :

أ- ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يثبت من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام .

ب- إذا أنشئت في العقد التزامات و حقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته ، و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه .(٤)

١- انظرمصادرالحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ٥/٥٨ ط - مصر ١٩٦٧م،وأحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص:٣٤٦ - ٣٤٧

٢ - الخلف العام هومن يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أوفي جزء منهاباعتبارهامجموعامن المال، كالوارث والموصي له .

٣- الخلف الخاص هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات كدار أو أرض أو سيارة . مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ٥/١٠ - نفس الطبعة .

٤ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ٥/٩٨ و ما تعدها . نفس الطبعة .

٣- الغير :

العقد في الفقه الإسلامي لا ينصرف أثره إلى الغير الأجنبي تماما عن العقد . فإذا أبرم احد الشركاء مثلا عقدا لم ينصرف أثر هذا العقد إلى بقية الشركاء ، و كذلك العقد الذي يبرمه أحد الورثة ، دون أن يمثل التركة ، لايسري في حق باقي الورثة .

فالآثار التي تترتب على العقد ، التزاما كان أو حقا لا تنصرف إلى الغير في الفقه الإسلامي .(١)

١- انظر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ١٥٨/٥ -١٥٩ نفس الطبعة .

الباب الأول

ما هية العقد و سلطان الإرادة في تكوينه

و فيه أربعة فصول

الفصل الأول : ماهية العقد .
الفصل الثاني:سلطان الإرادة أو حرية المتعاقدين في إنشاء العقود والشروط.
الفصل الثالث :سلطة الشخص الواحد في تولى طرفي العقد بنفسه.
الفصل الرابع :أثر الغرر في سلطان الإرادة .

الفصل الأول

ماهية العقد

و فيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : تعريف العقد لغة و اصطلاحا.
المبحث الثاني: تعريف العقد في القانون .
المبحث الثالث: الفرق بين العقد و التصرف

المبحث الأول

تعريف العقد لغة و اصطلاحا

و فيه مطلبان

المطلب الأول :تعريف العقد في اللغة .
المطلب الثاني: تعريف العقد في الاصطلاح .

المطلب الأول

تعريف العقد في اللغة

العقد في اللغة الربط و الشد و التقوية ، يقال : عقد طرفي الحبل و نحوه ، وصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكهما فأحكم و صلهما .

و منه عقد اليمين ، يقال عقد العهد و اليمين يعقدهما عقدا و عقّدهما - بتشديد القاف - : أكدهما .

و منه قوله تعالى : "ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ". (١)

و العقد : العهد ، و الجمع عقود ، و هي أوكد العهود.

و العقد ما عقد من البناء و العهد.

وهواتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهمابتنفيذماا تفقاعليه كعقدي البيع والنكاح.(٢)

١- سورة المائدة : ١ .

٢- انظرلسان العرب لابن منظور٣/٢٩٦-٢٩٧ ط- دارصادر- بيروت، والمعجم الوسيط٢/٦٢ ، ط / ناصر خسرو - طهران.

المطلب الثاني

تعريف العقد في الاصطلاح

عرف العقد اصطلاحا بعدة تعريفات نذكر منها ما يلي :

١- هو ما يتم به ارتباط إرادتين من الكلام و غيره ، و يترتب عليه إلزام بين طرفيه.(١)

٢- و عرف بأنه تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل .(٢)

٣-وعرفته مجلة الأحكام العدلية (م/١٠٣ - ١٠٤) بأنه ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله .(٣)

٤- و يرى البعض أن العقد يشتمل ما كان الالتزام فيه من جانبين كالبيع و الإجارة و النكاح ، و ما كان الالتزام فيه بإرادة واحدة من غير توقف على شيء آخر كالطلاق المجرد و التوكيل و العتق .(٤)

يتبين من التعريفات السابقة أن المعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد لا يبعد عن المعنى اللغوي ، بل هو في الحقيقة تقييد للمعنى اللغوي ، و حصر له ،، و تخصيص لما فيه من عموم .(٥)

١- السياسة الإقتصادية و النظم المالية في الفقه الإسلامي، د- أحمد الحصري ، ص ١١٨ ط/مكتبة الكليات الأزهرية-مصر.

٢- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، د- حسين حامد حسان ، الطبعة السابقة .

٣- مجلة الأحكام العدلية ص ٢٩ ط / قديمي كتب خانة - كراتشي .

٤- السياسة الإقتصادية و النظم المالية في الفقه الإسلامي، د- أحمد الحصري ، ص ١١٨ ط/مكتبة الكليات الأزهرية-مصر.

٥- الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية لأبي زهرة ص ١٨١ ط /القاهرة - مصر .

المبحث الثاني

تعريف العقد في القانون

يعرف العقد في القانون المدني المصري بأنه : اتجاه إرادتين أو أكثر نحو إحداث أثر قانوني، يستوي أن يكون هذا الأثر إنشاء التزام ، أو نقله أو تعديله أو زواله .

- فأنشاء التزام كما في البيع و الإجارة .
- و نقله كما في الحوالة .
- و تعديله كتأجيل الدين للمدين .
- و إنهاؤه كالإبراء من الدين .(١)

و يرى جمهور فقهاء القانون التسوية بين العقد و الاتفاق (٢) إلا أن بعضهم ذهب إلى التفريق بينهما على أساس أن الاتفاق جنس ، و العقد نوع ، فالاتفاق على رأيهم هو : توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان إنشاء التزام ، أو نقله ، أو تعديله ، أو انقضاؤه .

أما العقد فهو : توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء إلتزام على رأي ، أو على إنشاء إلتزام أو نقله على رأي آخر .

و يرجع البعض السبب في تلك التفرقة إلى أن اصطلاح العقد ينبغي أن يقتصر على الاتفاقات الهامة و التي اختصها المقنن بأسماء معينة كالبيع و الإيجار

١- انظر : الوسيط لعبد الرزاق السنهوري ١/ ١٣٦ - ١٣٨ . الطبعة الأولى ١٩٥٢ م و مصادر الالتزام للدكتور عبد الحي حجازي ص ١٩ ، مطبعة نهضة - القاهرة - مصر،١٩٥٤م - أحكام الالتزام للدكتور إسماعيل غانم ص ٤٧ - ٤٨ طبعة القاهرة ١٩٥٦م .

٢- انظر : الوسيط للسنهوري ١٣٧/١ - ١٣٨ الطبعة السابقة .

وغيرها.(١)

و يرى الدكتور عبد الحي حجازي أن هذه التفرقة على الرغم من أنها منطقيية إلا أنها ليست عملية ، إذ لا ترتب آثارا قانونية .(٢)

١- نفس المرجع السابق و الصفحة .

٢- مصادر الالتزام للدكتور عبد الحي حجازي ص /١٩ ، مطبعة نهضة - القاهرة - مصر ، ١٩٥٤م .

المبحث الثالث

الفرق بين العقد و التصرف

التصرف بالمعنى هو كل ما يصدر عن شخص بإرادته ، و يرتب عليه الشرع
ر حقوقية .

و هو نوعان : قولي و فعلي .

فالتصرف القولي: هو الذي يكون من قولين من جانبين يرتبطان ، أو من جانب
على رأي بعض الفقهاء .

والتصرف الفعلي: ما كان أساسه عملا غير لساني كالغصب و الإتلاف و
ما .(١)

و يقصر بعض الفقهاء مصطلح التصرف الشرعي على ما كان بالقول فقط ،
ع و الطلاق و الهبة و الوصية و غيرها .(٢)

أما العقد فهو عند أكثر الفقهاء مخصوص بما يتكون من ارتباط كلامين من
ن ، كالبيع و الإجارة و غيرها .

و منهم من يتوسع في معناه فيطلقه على كل ما بعقد الشخص العزم عليه و لو
معقودا بإرادة منفردة كالطلاق و الإعتاق و الإبراء .(٣)

١- المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ١/٢٨٨ - ٢٨٩ . طبعة سابقة .

٢- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي . د- حسين حامد حسان ص /٢٣٧ طبعة سابقة .

٣- الملكية و نظرية العقد لأبي زهرة ص /٨١ - ٨٣ ط - القاهرة - مصر .

من خلال ما تقدم يتبين لنا أن التصرف أعم مطلقا من العقد حتى بمعناه الواسع الشامل لعقود الإرادة المنفردة ؛ لأن العقد من بعض أنواع التصرف ؛ إذ هو تصرف قولي مخصوص .(١)

١- المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ١ / ٢٩٠ - ٢٩١ . طبعة سابقة .

الفصل الثانى

سلطان الإرادة أو حرية المتعاقدين فى إنشاء العقود والشروط

وفيه تمهيد ، ومبحثان :

المبحث الأول : سلطان الإرادة فى الكتاب والسنة

المبحث الثاني: سلطان إرادة العاقد فى تعديل الآثار

تمهـــيد:

الآثار بالنسبة لكل عقد من العقود حددها الشارع الحكيم ، والشروط قد تزيد أو تنقص من هذه الآثار لمصلحة أحد الطرفين ،وإذا كان الأمر كذلك فهل يستطيع أحد العاقدين التعديل من هذه الآثار بما يشترطه من شروط أم أنه لا يستطيع ذلك باعتبار أن هذه الآثار محددة من لدن الشارع الحكيم وليس لإرادة الإنسان دخل فى ذلك ؟ ـ

الجواب عن هذا جعلته في هذا الفصل في مبحثين :

المبحث الأول : سلطان الإرادة فى الكتاب والسنة ـ

المبحث الثاني: سلطان إرادة العاقد فى تعديل الآثار

المبحث الأول

سلطان الإرادة في الكتاب والسنة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : سلطان الارادة في القرآن الكريم
المطلب الثانى: سلطان الارادة فى السنة الشريفة

المطلب الأول

سلطان الإرادة في القرآن الكريم

١- « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ------ » (١)

٢- « فإن طبن لكم عن شيئ منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » (٢)

٣- « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٣) ـ

١- سورة المائدة : ١ .

٢- سورة النساء : ٤

٣- سورة النساء : ٢٩

المطلب الثانى

سلطان الإرادة فى السنة الشريفة

١- قـوله صلى الله عليـه وسلم :«لا إيمان لمن لاأمـانة له ،ولادين لمن لا عـهـد له»(١)

٢- « ---- وكل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » (٢)

٣- « إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » (٣) ـ

١- الحديث أخرجه أحمد فى مسنده عن أنس بن مالك ٣ / ١٣٥ ، ١٥٤
ط / المكتب الإسلامى ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧٨ م ـ

٢- أخرجه النسائى عن عائشة ، كتاب الطلاق باب (٣١) ٦ / ١٦٥
ط / استانبول ١٩٨١

٣- أخرجه أحمد في مسنده عن عقبة بن عامر الجهني ٤ / ١٥٠ ، الطبعة السابقة ـ

المبحث الثانى

سلطان إرادة العاقد فى تعديل الآثار

تمهيـد:

تعتبر الإرادة عند علماء القانون المؤثر الأول في إيجاد مجموع الالتزامات التي تنشأ عن العقد ، فكما أن إنشاء العقود في القانون مرجعه الإرادة الحرة ، فكذلك الآثار التي تترتب على العقد تنشئها هذه الإرادة

فالعقد في القانون هو شريعة المتعاقدين بالنسبة لآثاره وكل ما يشتمل عليه ، مالم يتضمن ما يخالف النظام العام

أما فى الشريعة الإسلامية فالإرادة تنشئ العقد فقط ، أما أحكام العقود وآثارها فتكون من الشارع ، فالعاقد ينشئ العقد فقط ، أما أحكام العقود و آثارها فتكون من الشارع

فالعاقد ينشئ العقد ، والشارع ينشئ الآثار ، ولذلك يقول الفقهاء عن العقود : إنها أسباب جعلية شرعية (١)

ومع أن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم يقررون هذه القاعدة ويذكرونهافى أصولهم إلا أنهم ليسوا سواء في التشديد فيها خاصة بالنسبة للعقود المالية الخالصة(٢)

وفيما يأتي أتحدث عن اتجاهات الفقهاء في مدى سلطان إرادة العاقدين في تعديل آثار العقود و أدلة كل فريق ـ

١- المدخل الفقهي العام للزرقا ١ / ٤٨٥ - ٤٨٦ طبعة سابقة ـ

٢- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية لأبي زهرة ص ٢٢٥ - ٢٣٠ .
ط / دار الفكر - القاهرة ـ

آراء الفقهاء فى مدى سلطان إرادة العاقد في تعديل الآثار بما يشترطه من شروط:

يمكن حصر اتجاهات الفقهاء وآرائهم في مدى حرية العاقد في تعديل آثار العقد بما يشترطه من شروط في العقود في ثلاثة اتجاهات هي :

رأى المضيقين ، و رأي المتوسطين ، ورأي الموسعين ـ

أولا : رأي المضيقين :

وهم الظاهرية ، إذ لا يعتبرون من الشروط إلا ما ورد النص بإثباته ، وقام الدليل على وجوب الوفاء به ، لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من إرادة العاقدين وأقوالهما بل مما يرتبه الشارع على أقوالهم ، ويحكم به أثرا لتصرفاتهم ، فما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها المتعاقدان فلا اعتبار لها ، ولا يحكم لها بأثر مهما كثر عددها ،و تم الاتفاق عليها من قبل العاقدين (١) ـ

واستدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة منها :

١- من الكتاب : قوله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم ـــــ » (٢)

و وجه الاستدلال أنهم يرون أن اشتراط شرط ليس في كتاب الله ولا في سنة رسوله يعتبر زيادة على الدين ، واتهام للشريعة بعدم الكمال ـ

١- المرجع السابق ص ٢٤٦ ، والمحلى لابن حزم ٩ / ٥١٧ - ٥١٩ ،
ط / دار الآفاق الجديدة ، بيروت ـ

٢- سورة المائدة : ٣ .

- ومنها قوله تعالى : « ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » (١)،

فهم يرون اشتراط شرط لم ينص على اعتباره في الكتاب ولا في السنة من باب التعدي لحدود الله الذي ورد النهي عنه ـ

ومن السنة :

- حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

« من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » (٢) ـ

- وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصة عتق بريرة :

« ----- ما بال رجال يشترطون شرطا ليس في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ---- » (٣)

ثانيا : رأي المتوسطين :

وهو مذهب أكثر فقهاء الحنفية والشافعية والمالكية، وهم الذين أخذوا بنظرية مقتضى العقد ، فلم يضيقوا مثل الظاهرية ، ولم يفسحوا مجال الاشتراط للعاقدين بالمقدار الذي فسحه لهما أصحاب الرأي الثالث ـ

وخلاصة رأيهم أنهم يجيزون للعاقدين الاشتراط لكن بشرطين :

أولهما : أنه ليس للعاقدين أن يشترطا من الشروط ما يخالف مقتضى العقد، فإن اشترط في العقد ما يزيد على مقتضاه أو ينقص منه فسد العقد ـ

١- سورة البقرة : ٢٢٩

٢- رواه مسلم ، حديث رقم (١٧١٨) كتاب الأقضية باب (١٧) ج ٣ / ١٣٤٣ ، ط / دار احياء التراث العربي ـ

٣- رواه البخارى عن عائشة ٣ / ١٧٣ - ١٧٤ ، كتاب الشروط ـ ط / استانبول ١٩٨١ م ـ

ثانيهما: أنه ليس للعاقدين اشتراط شرط مخالف لما جاء به الشرع الحنيف من نصوص وقواعد عامة ومقاصد ـ (١)

ويجب التنبيه هنا إلى أن أصحاب هذا الرأي ليسوا على اتفاق في تفاصيل هذه الشروط ، بل بينهم تفاوت سنراه بالتفصيل عند الفصل الثالث من هذا البحث والخاص بآراء الفقهاء في تصحيح الشروط ـ

ثالثا : رأي الموسعين :

وهو رأي الحنابلة إذ يرون : « أن الأصل الشرعي بمقتضى دلائل النصوص الشرعية والسنة العملية ، هو حرية العقود أنواعا وشروطا ، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان ويشترطانه ، ما لم يكن فى نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط معين ـ فعندئذ يمتنع بخصوصه ، على خلاف القاعدة ، ويعتبر الاتفاق عليه باطلا ، كالتعاقد على الربا أو الشروط التي تحل حراما أو تحرم حلالا »(٢) ـ

يقول ابن تيمية : « إن العقود إنما يجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقا إلا ما خصه الدليل ـ على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل والعقلاء جميعهم ، وأدخلها في الواجبات العقلية من يقول بالوجوب العقلي ـ

والأصل في العقود رضى المتعاقدين و نتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد » (٣) ـ

١- انظر : المدخل الفقهي العام للزرقاء ١ / ٤٧٦ - ٤٧٨ ، طبعة سابقة ، والملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية لأبي زهرة ص ٢٤٥ ، ط / دار الفكر بالقاهرة ـ

٢- المدخل الفقهي العام للزرقا ١ / ٤٧٩ - ٤٨٠ ، طبعة سابقة ـ

٣- الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤ / ٩٢ - ٩٣ ، ط / دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٧ م ـ

واستدلوا على مذهبهم بأدلة منها :

١- عموم قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ----- »(١)

٢- قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « المسلمون على شروطهم » (٢)

فالآية والحديث كلاهما عام مطلق فلا يخصص أو يقيد إلا بالشروط التي تخالف نصوص الشرع أو قواعده أو مقاصده .

٣- حديث عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » (٣) .

أما حديث « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل --- »(٤) فليس المراد به أن الشرط لا يكون صحيحا مقبولا إلا إذا نص عليه في كتاب الله تعالى أو سنة رسوله كما ظن الظاهرية ، بل المراد به أن لا يكون الشرط منافيا لقواعد الشريعة أو مقاصدها التي جاء بها كتاب الله تعالى وسنة رسوله صل الله عليه وسلم .

أما ما يروى من أن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط فإنه ضعيف السند و حتى على فرض ثبوته يحمل على الشرط المنافى لكتاب الله و سنة رسوله صلى الله عليه وسلم (٥) .

١- سورة المائدة : ١

٢- أخرجه الترمذى في كتاب الأحكام ، باب (١٧) ٤ / ٦٣٥ ، ط / استانبول ١٩٨١ م .

٣- سبق تخريجه ص ١٩.

٤- سبق تخريجه ص ١٩.

٥- انظر : المغني لابن قدامة - ٨ / ٤٤٨ ، ط / الرياض - السعودية .

الفصل الثالث

سلطة الشخص الواحد في تولي طرفي العقد بنفسه

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث :

المبحث الأول : بعض الالتزامات والتصرفات التي تنشئها الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : أقوال الفقهاء في تولي الشخص الواحد طرفي العقد

المبحث الثالث : الإرادة المنفردة ودورها في إنشاء الالتزام في القانون، وقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وتطبيقاتها العملية

تمهيد :

في الفقه الإسلامي عقود لا تتم إلا بتوافر الإيجاب والقبول ،ويكون كل منهما ركنا في العقد ، ومثل هذه العقود لا تكفي في إنشائها الإرادة المنفردة ، بل لا بد فيها من إرادتين متوافقتين إلا بعض الصور استثناها الفقهاء أو وقع الخلاف فيها سنرى نماذج منها في هذا الفصل

وهناك تصرفات والتزامات يمكن أن يتولى إنشاءها طرف واحد فقط ، ومثل هذه الالتزامات والتصرفات يكون فيها سلطان الإرادة المنفردة مطلقا

وإذا تأملنا هذه الالتزامات والتصرفات رأينا أن للإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي مجال واسع، وتطبيقات كثيرة في إنشاء الالتزامات والآثار القانونية المختلفة ـ

المبحث الأول

بعض الالتزامات و التصرفات التي تنشئها الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي

فيما يأتي بعض الأمثلة والنماذج للالتزامات والتصرفات التي تنشأ بإرادة منفردة في الفقه الإسلامي (١)

١- الوقف : فإذا وقف إنسان قطعة أرض لبناء مسجد أو مدرسة مثلا ، أو وقف دكانا على طلاب العلم ، أو وقف أرضا على الفقراء فإن الواقف يصير ملتزما بعبارته هذه ، وتصير هذه الأرض أو الدكان وقفا دون حاجة إلى قبول أحد ـ

فهذا الالتزام نشأ بمقتضى الإرادة المنفردة للواقف ، وإرادته هذه توجب كل ما يتضمنه مقتضى الوقف من أحكام شرعية ـ

٢- الوصية : وهي مثل الوقف ، إذ تتم بإرادة الموصى فقط ، دون حاجة إى قبول إذا الغرض أن الموصى له غير معين حتى يتأتى منه القبول ـ

٣- الإبراء : فهو على رأي القائلين بأنه إسقاط ينعقد بإرادة الدائن و حده دون حاجة إلى إرادة و قبول المدين ـ

١- انظر في تفصيل هذه الأمثلة : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية لأبي زهرة ص ١٩٥ - ١٩٧ طبعة سابقة .
والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي . د/ حسين حامد حسان ص ٢٧٢ - ٢٧٤ طبعة سابقة .
ومصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ١ / ٣٨ - ٤٣ طبعة سابقة ـ

٤- الجعالة : وهي من الالتـرامـات التي تنشـأ بإرادة منفـردة وذلك بأن يلتـزم شخص بإرادته وحده بجعل مال معين لمن يقوم له بعمل معين ، كرد دابته الشاردة، أو العقود على متاعه الضائع أو غيرهما ـ

ومنها ما ذكره الفقهاء في باب السبق والرمي من التزام الوالي أو الحاكم العام بمبلغ معين لأول المتسابقين أو الرماة ـ

٥- الطلاق : فالطلاق يقع بإرادة الزوج وحده دون حاجة إلى قبول من الزوجة.

٦- اليمين : وذلك بأن يحلف إنسان على فعل أو تركه ، فإنه يصبح ملتزما ديانة بما حلف عليه ، ومصدر هذا الالتزام هو إرادته وحدها

٧- النذر : وهو التزام فيه قربة لله تعالى بصيغة تدل على ذلك ، فهو ينشأ بإرادة الناذر وحده

المبحث الثاني

أقوال الفقهاء في تولي الشخص الواحد طرفي العقد

الأصل في العقود في الشريعة الإسلامية أن لاتنشأ إلا باتفاق إرادتين ، فيكون العاقد متعددا ،أي إن العقد ينشأ بإيجاب وقبول يكون كل منهما معبرا عن إرادة صاحبه ، لأن العقد ينشئ آثارا متعارضة ، وحقوقا أو التزامات متضادة من تسليم ومطالبة ،وخيار و رد بالعيب وغيرها ،ولا يمكن أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد طالبا ومطالبا ،مسلمًا ومتسلمًا ، مملكا و متملكا ، مما يوجب أن يكون العقد بين طرفين لكل منهما إرادته وعبارته الخاصتين (١)

لكن الفقهاء استثنوا بعض الحالات الخاصة حيث جوز بعضهم إبرام العقد بعاقد واحد ، و فيما يأتي عرض موجز لأهم تلك الحالات :

١- أجاز الحنفية ما عدا زفر (٢) والمالكية (٣) والشافعية (٤) والحنابلة (٥) انعقاد البيع بإرادة واحدة من شخص واحد حيث يكون نائبا عن البائع وعن المشتري

١- انظر : الفقه الإسلامي وأدلته د/وهبة الزحيلي ٤ / ٨٧ ط / دار الفكر .
و مصادر الحق للسنهوري ، طبعة سابقة ، والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي ،
د / حسين حامد حسان ص ٢٧٤ - ٢٧٥ طبعة سابقة .

٢- انظر : بدائع الصنائع للكاساني ٥ / ١٣٥ - ١٣٦ ط / كراچي - باكستان ١٤٠٠ هـ .

٣- بداية المجتهد ٢ / ٢٢٧ . ط / لاهور - باكستان .

٤- المهذب ١ / ٣٣٠ . ط / عيسى البابي الحلبي وشركاؤه .

٥- المغني لابن قدامة ٥ / ١٢٢ - ١٢٣ . ط / الرياض .

ويستدل فقهاء هذه المدرسة لإثبات مذهبهم هذا بالآتي :

١- إن الإيجاب والقبول لا يكونان في وقت واحد ، بل يكونان في زمانين ،ولا بد لكي نسلم أن الإرادتين أنشأتا الالتزام متصاحبتين أن نفرض أن الموجب أصر على إيجابه حتى لحقه القبول مع أنه لم يقم دليل على ذلك الإصرار فلا نحكم بوجود ذلك الإصرار مع عدم اليقين ، فلم يبق إلا أن نقول إن الإيجاب وحده هو السبب المنشئ للالتزام ، ولم يصلح أن يكون توافق الإرادتين سبباً له لاحتمال عدم الإصرار على الإيجاب قبل اتصال القبول به .

٢- إن الإرادة تلزم صاحبها إذا التُزمت به من غير حاجة إلى انضمام إرادة أخرى إليها ، لأن الحرية لها تبعات ومن تبعاتها الالتزام المبني عليها .

٣- إن التشدد في جعل الالتزام مقصورا على توافق الإرادتين يمنع صحة أنواع كثيرة من المعاملات يجب أن يفسح المجال لها وأن يسعها القانون .

ثانيا : المدرسة الفرنسية :

أما فقهاء المدرسة الفرنسية فأنهم يقصرون السببية الإرادية على العقد الذي يكون بتوافق إرادتين ، ويحتجون بالآتي :

١- الالتزام علاقة ونسبة بين شخصين فهو يقتضي طرفين يشتركان في إنشائه ، فيكون أحدهما ملتزما والآخر ملزما له ، وما دام العقد قوامه الإرادة فلا بد من تحقق الإراتين وتوافقهما على إنشائه .

وذلك في حالة شراء الأب مال الصغير لنفسه ، أو بيع مال نفسه من الصغير ـ

لكن تعامل الأب مع الصغير لنفسه مقيد بأن يكون البيع أو الشراء بقيمة المثل، أو بشئ يسير من الغبن المعتاد حدوثه بين الناس عادة ، لأن الأب مفترض فيه كمال الشفقة ووفرة الرعاية لمصلحة الصغير ـ

ونفس الأمر بالنسبة لحالة شراء الجد مال الصغير لنفسه ، أو بيع مال نفسه من الصغير لكن الحنابلة منعوا الجد في مال ابن ابنه لنفسه بيعا وشراء ـ

٢- أجاز أبو حنيفة وأبو يوسف تصرف وصي الأب في مال الصغير بالبيع والشراء لنفسه فيتولى طرفي العقد بنفسه ، ولم يجز ذلك محمد بن الحسن والشافعي و رواية عن أحمد (١) ، وكرهه مالك وأمر بأن يتعقبه الإمام فما كان خيرا لليتيم أمضاؤه لكن المجيزين اشترطوا فى تصرف الوصى أن يكون بمثل القيمة ، لأن التساهل مع الأب لكمال شفقته بخلاف الوصي فقد لا يتوفر فيه ذلك ـ

٣- كما جوز الأحناف بيع القاضي والرسول عن طرفي العقد ، وعللوا ذلك بأن القاضي لا ترجع إليه حقوق العقد فلا يلتزم بشىء من التزامات العقد كالتسليم و دفع الثمن ، والرسول كذلك لا تلزمه حقوق العقد ، لأنه سفير ومعبر عن كلام الأصيل(٢)ـ

٤- أجاز الحنابلة أن يتولى عقد البيع ونحوه من عقود المعاوضات عاقد واحد عن الجانبين ، ويكون وكيلا عنهما ؟ و ذلك لأن حقوق العقد وآثاره والتزاماته ترجع عندهم للموكل نفسه لا للوكيل (٣) ـ

٥- أجاز الحنابلة أن يتولى عقد الزواج عاقد واحد عن الجانبين فيكون وكيلا عن الطرفين (٤)

٦- أجاز الإمام مالك للوكيل والوصي أن يشتريا لأنفسهما من مال الموكل واليتيم إذا لم يحابيا أنفسهما (٥) ـ

١- المغني لابن قدامة ٥ / ١١٧ . ط / الرياض ـ

٢- بدائع الصنائع للكاساني ٥ / ١٣٥ - ١٣٦ . ط / كراچي - باكستان : ١٤٠٠ هـ

(٤٠٣) - المغني لابن قدامة ٥ / ١١٩ - ١٢٣ . ط / الرياض ـ

٥- بداية المجتهد لابن رشد ٢ / ٢٢٧ . ط / لاهور - باكستان ـ

٧- أجاز جمهور الحنفية ما عدا زفر للشخص الواحد أن يتولى طرفي عقد الزواج في خمس حالات (١) :

أ- إذا كان الشخص وليا من الجانبين : كأن يزوج الجد بنت ابنه الصغيرة لابن ابنه الصغير ، ووافقهم الشافعية في هذا ـ

ب - إذا كان وكيلا من الجانبين : كأن يقول : زوجت موكلي فلانا من موكلتي فلانة ـ

جـ - إذا كان أصيلا من جانب ووليا من جانب آخر : كأن يتزوج ابن عم بنت عمه الصغيرة التي تحت ولايته ، فيقول أمام الشهود : تزوجت بنت عمي فلانة ـ

د - إذا كان أصيلا من جانب و وكيلا من جانب آخر : كما لو وكلت امرأة رجلا ليزوجها من نفسه ـ

هـ - إذا كان وليا من جانب و وكيل من جانب آخر ، مثل : زوجت بنتي من موكلي ـ

١- بدائع الصنائع للكاساني ٢ / ٢٣١ ، ط / كراچي - باكستان : ١٤٠٠ هـ

المبحث الثالث

الإرادة المنفردة ودورها في إنشاء الالتزام في القانون وقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وتطبيقاتها العملية

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في الإرادة المنفردة ودورها في إنشاء الالتزام في القانون

والمطلب الثاني: في قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وتطبيقاتها العملية

المطلب الأول

الإرادة المنفردة و دورها في إنشاء الالتزام في القانون

هناك رأيان مختلفان لفقهاء القانون الغربي حول دور الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزامات نلخصها فيما يأتي (١) :

أولا : المدرسة الألمانية :

يرى فقهاء المدرسة الألمانية أن الإرادة المنفردة منشئة للالتزام ، بل يرون أنها مناط الالتزام في العقد الذي يتكون بتوافق إرادتين ، فيرى فقهاء هذه المدرسة أن إحدى الإرادتين هي التي تنفرد بأنشاء الالتزام ، والإرادة الأخرى تثبت ذلك الالتزام فقط .

فأرادة المدين مثلا هي التي تنشئ الالتزام ، وإرادة الدائن لا تشترك لكنها تنضم إلى الإرادة الأولى ليثبت الحق للدائن .

فالعقد الذي يتم بأرادتين يتم فيه عملان :

أحدهما : إنشاء الالتزام ،وقد انفردت به إرادة المدين .

الثاني : إثبات الحق للدائن ، وذلك يتم بأرادة الدائن ؟ لأن المقرر أن الحق لا يثبت لشخص جبرا عليه .

١- انظر في تفصيل هذا : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية لأبي زهرة .
ص : ١٩١ - ١٩٣ طبعة سابقة .

ويستدل فقهاء هذه المدرسة لإثبات مذهبهم هذا بالآتي :

١- إن الإيجاب والقبول لا يكونان في وقت واحد ، بل يكونان في زمانين ،ولا بد لكي نسلم أن الإرادتين أنشأتا الالتزام متصاحبتين أن نفرض أن الموجب أصر على إيجابه حتى لحقه القبول مع أنه لم يقم دليل على ذلك الإصرار فلا نحكم بوجود ذلك الإصرار مع عدم اليقين ، فلم يبق إلا أن نقول إن الإيجاب وحده هو السبب المنشئ للالتزام ، ولم يصلح أن يكون توافق الإرادتين سبباً له لاحتمال عدم الإصرار على الإيجاب قبل اتصال القبول به ـ

٢- إن الإرادة تلزم صاحبها إذا التُزمت به من غير حاجة إلى انضمام إرادة أخرى إليها ، لأن الحرية لها تبعات ومن تبعاتها الالتزام المبني عليها ـ

٣- إن التشدد في جعل الالتزام مقصورا على توافق الإرادتين يمنع صحة أنواع كثيرة من المعاملات يجب أن يفسح المجال لها وأن يسعها القانون ـ

ثانيا : المدرسة الفرنسية :

أما فقهاء المدرسة الفرنسية فأنهم يقصرون السببية الإرادية على العقد الذي يكون بتوافق إرادتين ، ويحتجون بالآتي :

١- الالتزام علاقة ونسبة بين شخصين فهو يقتضي طرفين يشتركان في إنشائه ، فيكون أحدهما ملتزما والآخر ملزما له ، وما دام العقد قوامه الإرادة فلا بد من تحقق الإراتين وتوافقهما على إنشائه ـ

٢- حتى إن سلمنا أن إرادة واحدة تنشئ العقد مع أن ذلك لا يتفق مع طبيعته ، فإن هذا التسليم سيؤدي حتما إلى أن الإرادة الواحدة تحله ، لأن ما يجعل علة الوجود يكون عدمه علة للعدم أيضا ، فإذا كانت الإرادة المنفردة مستبدة بالإنشاء ، فالعدول عنها يجب أن يكون سببا لحل الالتزام مع أن أحدا لم يقل هذا

ومهما يكم من أمر هذا الاختلاف بين المدرستين فإن أكثر القوانين الحديثة أخذت بمبدأ الإرادة المنفردة على أنه مبدأ استثنائي لا قاعدة أصلية (١)

١- الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ١٩٢ ، طبعة سابقة .

المطلب الثاني

قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وتطبيقاتها العملية

رأينا في التمهيد لهذا المبحث أن الأصل في آثار العقد الانصراف إلى العاقدين بالذات أو الخلف العام والخاص لأنهما يدخلان في المفهوم الواسع للعاقدين ، أو إلى الدائنين طبقا للقاعدة التي تقتضي أن جميع أموال المدين ضمان لدائنيه ، ورأينا أن الأصل عدم انصراف آثار العقد إلى الغير ، إلا أن هذه القاعدة وجدت لها استثناءات في القانون الغربي ، حيث يمكن فيها انصراف أثر العقد إلى الغير ، لكن لا يكون ذلك إلا عن طريق أن يكسبه العقد حقا ، وهو ما يعرف بالاشتراط لمصلحة الغير .

وفيما يأتي أتعرض بشئ من التفصيل لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، وذلك في خمسة فروع :

الفرع الأول : ماهية الاشتراط لمصلحة الغير .

الفرع الثانى: التطور التاريخي لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير فى القانون الغربى .

الفرع الثالث: شروط تحقيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير .

الفرع الرابع : احكام الاشتراط لمصلحة الغير .

الفرع الخامس: الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الاسلامي .

الفرع الأول

ماهية الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير عقد يبرم بين المشترط والمتعهد تنصرف بمقتضاه آثار العقد و منافعه إلى غير المشترط إما جزئيا أو كليا - ويكون العقد المبرم بينهما عقدا ملزما للجانبين ، فيلتزم كل منهما بتنفيذ التزاماته -

ومثال ذلك أن يبيع شخص عينا من أعيانه مقابل ثمن يدفع بعضه للبائع،ويدفع بعضه الآخر للغير على شكل إيراد مرتب مدى الحياة ، فهذا عقد ملزم للجانبين يلتزم فيه البائع بتسليم العين المبيعة وضمانها في العيوب الخفية وغيرها من الالتزامات ، ويلتزم المتعهد بدفع جزء من الثمن إليه ،ويدفع أقساط الإيراد للمنتفع - هذا مثال الانصراف الجزئي لمنافع العقد إلى الغير -

ومثال ما تنصرف فيه منافع العقد كاملة إلى الغير : أن يتفق شخص مع شركة تأمين ، على أن يدفع لها أقساطا سنوية ،ويشترط عليها في مقابل ذلك أن تلتزم الشركة عند وفاته بدفع مبلغ معين من النقود إلى أرملته أو أولاده (١)

١- انظر : النظرية العامة للالتزام - د/ حسن علي الذنون ١ / ١٩٨ ، ٢٠٢ ، ٢٠٣ ،
ط / دار المعارف بغداد سنة ١٩٤٩

الفرع الثاني

التطور التاريخي لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الغربي

مرت فكرة الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الغربي بمراحل متعددة ، نلخصها فيما يأتي (١) :

القانون الروماني :

كان القانون الروماني لا يجيز أن ينصرف أثر العقد - التزاما أو حقا - إلى الغير ، ووصل في ذلك إلى حد منع النيابة في التعاقد ـ ثم تطور تحت ضغط الضرورات إلى أن أعطي للمنتفع حقا مباشرا في حالات استثنائية معينة أهمها الهبة إذا اشترط فيها الواهب على الموهوب له حقا لمصحة الغير ـ

القانون الفرنسي :

ورث القانون الفرنسي القديم القواعد القانونية الرومانية في هذا المجال،وأضاف إليها استثناء آخر ، فأصبح التقنين المدنى الفرنسي يجيز الاشتراط لمصلحة الغير في حالتين :

١- يراجع في هذا : مصادر الحق للسنهوري / ي ٥ / ٥٠ - ٥٢ طبعة سابقة ـ

الفرع الثالث

شروط تحقيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود ثلاثة أشخاص هم :

المشترط ، والمتعهد ، والمنتفع ، ولتحقيق هذه القاعدة لا بد من ثلاثة شروط هي (١) :

١- تعاقد المشترط باسمه الخاص : ومعنى هذا أنه يجب أن يتعاقد المشترط مع المتعهد باسمه الخاص لا باسم المنتفع ـ

٢- اشتراط حق مباشر للمنتفع : يجب أن يشترط المشترط حقا مباشرا للمنتفع ،أما إن اشترط لنفسه فقط ، فإن هذا لا يكون اشتراطا لمصلحة الغير ،وإن عادت منه فائدة ، فإن هذا لا يكون اشتراطا لمصلحة الغير ، وإن عادت منه فائدة على الغير كالخلف العام والخلف الخاص والدائنين فهذا لا يعتبر اشتراطا للغير ـ

٣- أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط للغير : وهذا هو الفارق بين الاشتراط للغير وبين الفضالة ،فالفضولي في القانون يقوم بمصلحة ضرورية عاجلة لرب العمل دون أن تكون له أية مصلحة شخصية في ذلك ، أما المشترط فيقوم للمنتفع بمصلحة ضرورية أو غير ضرورية ، وله في ذلك مصلحة شخصية مادية أو أدبية ـ

١- انظر : النظرية العامة للالتزام د / حسين علي الذنوب ١ / ١٩٩ - ٢٠١
ط / سابقة ومصادر الحق للسنهوري ٥ / ٥٣ - ٥٤ . ط / سابقة ـ

الفرع الرابع

أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

يظهر أثر الاشتراط لمصلحة الغير في العلاقة بين الأشخاص الثلاثة بعضهم ببعض : في علاقة المشترط بالمتعهد ، وفي علاقة المشترط بالمنتفع ، وفي علاقة المتعهد بالمنتفع (١) ـ

١- علاقة المشترط بالمتعهد : هذه العلاقة يحددها عقد الاشتراط الذي تم فيما بينهما ، فللمشترط حق مطالبة المتعهد باسمه بتنفيذ التزامه نحو المشترط نفسه ونحو المنتفع ، وللمتعهد مطالبة المشترط بتنفيذ التزاماته نحوه ـ

٢- علاقة المشترط بالمنتفع : وهي قد تكون علاقة تبرع ، وقد تكون علاقة معاوضة ـ فإذا كان المشترط أراد التبرع للمنتفع فلا يشترط شكل الهبة ؟ لأنها هنا هبة غير مباشرة ، ولكن الأحكام الموضوعية للهبة تسري عليها ـ

وإذا كان المشترط اشترط للغير معاوضة فالعلاقة بينه وبين المنتفع يحددها موقف الأول من الثاني بحسب الأحوال ـ فقد يكون المشترط مدينا للمنتفع واشترط لمصلحته وفاء للدين ،وقد يكون أراد إقراض المنتفع من طريق الاشتراط لمنفعته.

٣- علاقة المتعهد بالمنتفع : إن الصفة الجوهرية التي يمتازبهاالاشتراط لمصلحة الغيرهي أن ينشأعن العقد المبرم بين المشترط والمتعهدحق مباشرللمنتفع يطالب به المتعهد ـ

١- انظر : النظرية العامة للالتزام . د ـ حسن علي الذنون ١ / ٢٠١ - ٢٠٨ ، ط / سابقة . ومصادر الحق للسنهوري ٥ / ٥٤ - ٥٧ ط / سابقة ـ

الفصل الرابع

أثر الغرر في سلطان الإرادة

و فيه خمسة مباحث:

- المبحث الأول : في ماهية الغور .
- المبحث الثاني : الغرر في عرف الجاهلية و أثر الإسلام فيه .
- المبحث الثالث: أثر الغرر في العقود مع بيان أقوال الفقهاء في أحاديث النهي عن بيع الغرر .
- المبحث الرابع : الغرر في القانون الوضعي .
- المبحث الخامس: مقارنة بين الشريعة و القانون .

المبحث الأول

ماهية الغرر

و فيه مطلبان : الأول : في تعريف الغرر .
و الثاني : في النصوص الواردة في الغرر.

المطلب الأول

تعريف الغرر

الغرر لغة : الغرر - بفتحتين - الخطر أو الوقوع في الهلاك و التقرير : حمل النفس على الغرر ، يقال : غرر بنفسه و ماله تغريرا وتغرّة عرضهما للهلكة . من غير أن يعرف ، و الاسم الغرر .(١)

الغرر اصطلاحا : عرف الفقهاء الغرر بتعريفات عديدة نستعرض خلاصتها فيما يأتي حسب المذاهب الفقهية .

١- الحنفية:

- عرفه السرخسي بقوله :"الغرر ما يكون مستور العاقبة ".(٢)

- و عرفه الكاساني بقوله :"الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود و العدم بمنزلة الشك ".(٣)

و الملاحظة أن تعريف السرخسي أعم من تعريف الكاساني ؛ إذ تعريفه يشمل حالة الشك في وجودالمبيع، والحالات الأخرى التي لايعرف فيهاحقيقة المحل أوالعقد .

٢- المالكية :

- قال القرافي :"أصل الغر هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا كبيع الطير في الهواء ، و السمك في الماء ".(٤)

١- لسان العرب لابن منظور ١١/٥ و ما بعدها ط/ دار صادر بيروت ، و المعجم الوسيط ٦٥٤/٢ انتشارات ناصرخسرو-طهران.

٢- المبسوط للسرخسي ١٩٤/١٣ ط - باكستان .

٣- بدائع الصنائع للكاساني ١٦٣/٥ ط - كراچي - باكستان .

٤- الفروق للقرافي ٢٦٥/٣ ط عالم الكتب - بيروت .

٣- الشافعية:

- عرفه الشيرازي بقوله :"العرر ما انطوى عنه أمره و خفي عليه عاقبته ".(١)

- و عرفه الرملي بقوله :"العرر ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما ، و قيل ما انطوت عنا عاقبته ".(٢)

٤- الظاهرية:

- عرف ابن حزم الغرر في البيع "بأنه ما لا يدري فيه المشتري ما اشترى ، أو البائع ما باع ".(٣)

- وعرفه في موضع آخربقوله:"ماعقدعلى جهل بمقداره وصفاته حين العقد".(٤)

٥- ابن القيم :

- عرفه ابن القيم بقوله : "بيع الغرر هو بيع ما لا يعلم حصوله ، أو لا يقدر على تسليمه ، أو لا يعرف حقيقة مقداره .(٥)

ملاحضات على التعريفات :

تتجه تعريفات الفقهاء المذكورة ثلاثة اتجاهات :

- أحدها : يجعل الغرر مقصورا على ما لا يدري أ يحصل ، أم لا يحصل ، ويخرج عنه المجهول . و هو رأي الكاساني .

- ثانيها : يجعل الغرر مقصورا على المجهول ، و يخرج عنه ما شك في حصوله . و هو رأي الظاهرية .

- ثالثها : يجمع بين الاتجاهين الأولين فيجعل الغرر شاملا لما لا يدري حصوله ، و للمجهول ، و منها تعريف السرخسي .

١- المهذب للشيرازي ٢٦٩/١ الطبعة الثانية - عيسى البابي الحلبي - مصر .

٢- نهاية المحتاج للرملي ٣٩٢/٣ نشر المكتبة الإسلامية .

٣- المحلي لابن حزم ٣٤٣/٨ ط -دار التراث بالقاهرة . تحقيق أحمد شاكر .

٤- المحلي ٣٨٩/٨ نفس الطبعة .

٥- زاد المعاد لابن القيم ٨١٨/٥ ط - مؤسسة الرسالة سنة ١٩٨٧ م الطبعة الخامسة عشر .

المطلب الثاني

النصوص الواردة في الغرر

و فيه فرعان:

الأول : النصوص الواردة في الغرر في القرآن الكريم .

الثاني: النصوص الواردة في الغرر في السنة المطهرة .

الفرع الأول : النصوص الواردة في الغرر في القرآن الكريم

لم ترد في القرآن الكريم نصوص خاصة في حكم الغرر ، أو في حكم جزئية من جزئياته ، بل وردت نصوص عامة تدخل تحتها جميع الأحكام الجزئية التي ذكرها الفقهاء في الغرر المنهي عنه، وهي الآيات التي تنهى عن أكل أموال الناس بالباطل .

و منها قوله تعالى :"يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ".(١)

و قوله تعالى : "و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ".(٢)

و الغرر بكل جزئياته و تفاصيله - من غير شك - داخل تحت أكل أموال الناس بالباطل فيكون منهيا عنه

١- سورة النساء :٢٩

٢- سورة البقرة : ١٨٨

الفرع الثاني : النصوص الواردة في الغرر في السنة المطهرة

وردت في السنة أحاديث كثيرة حول الغرر ،بعضها ينهى عن الغر بصفة عامة ، و بعضها في جزئيات الغرر . و سأقتصر هنا على الأحاديث الواردة في الغرر بصفة عامة :

١- عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال : "نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيع الحصاة و عن بيع الغرر ".(١)

٢- و عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه - أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: "لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر ".(٢)

٣- عن ابن عباس - رضي الله عنه - قال : "نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيع الغرر .(٣)

٤- عن ابن عمر - رضي الله عنهما - "نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيع الغرر ".(٤)

٥- عن سعيد بن المسيب : "أن رسول الله صلى الله عليه و سلم نهى عن بيع الغرر ".(٥)

١- رواه مسلم في صحيحه . صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/١٥٦- ١٥٧ ط - دار الفكر - بيروت .الطبعة الثانية .

٢- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٣٤٠ ط - دار الفكر .

٣- أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب التجارات باب (٢٣) ٢/٧٣٩ ط - دار إحياء التراث العربي .

٤- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥/٣٣٨ ط - دار الفكر

٥- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥/٣٣٨ ط - دار الفكر

فالبعض يرى أن معناها أن يقول البائع : بعتك هذه السلعة بعشرة نقدا ، و بخمسة عشر إلى سنة ، فيقول المشتري : قبلت ، من غير أن يعين بأي ثمن اشترى .

و قال البعض معناها أن يبيع الرجل سلعة لآخر على أن يبيعه الآخر سلعة أخرى ، كأن يقول له : بعتك هذه الدار بألف على أن تبيعني سيارتك هذه بخمسمائة .

و قال البعض الآخر معناها أن يتناول عقد البيع بيعتين على ألا تتم منهما إلا واحدة مع لزوم العقد .

الفرع الثاني : بيع العربان

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه و سلم "نهى عن بيع العربان ".(١)

و بيع العربان أو العربون هو أن يشتري الرجل السلعة و يدفع البائع مبلغا من المال ، على أنه إن أخذ السلعة يكون ذلك المبلغ محسوبا من الثمن و إن تركها فالمبلغ للبائع .(٢)

حكمه : اختلف الفقهاء فيه : فمنعه المالكية و الحنفية و الشافعية و هو قول جمهور الفقهاء .(٣)

و أجازه الإمام أحمد ، و روي عن جماعة من التابعين أنهم أجازوه منهم : مجاهد و ابن سيرين ، و نافع بن الحرث و زيد بن أسلم .(٤)

١- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٤٢/٥ ط - دار الفكر .

٢- انظر المغنى لابن القدامة ٢٥٦/٤ - ٢٥٧ ط - مكتبة الكليات الأزهرية و نهاية المحتاج للرملي ٤٥٩/٣ . ط-المكتبة الإسلامية .

٣- انظر بداية المجتهد لابن رشيد ١٢٢/٢ ط - لاهور - باكستان ، نهاية المحتاج للرملي ٤٥٩/٣ ط - المكتبةالإسلامية . المنتقى للباجي ١٤٢/٤ ط - دار الكتاب العربي .

٤- بداية المجتهد ١٢٢/٢ ، المغنى لابن قدامة ٢٥٧/٤ ط - مكتبة الكليات الأزهرية .

و من العقود التي أقرها الإسلام مع إدخال بعض التعديلات فيها دفعا للغرر الواقع فيها السلم .

فقد روى الشيخان عن ابن عباس أنه قال : "قدم النبي صلى الله عليه و سلم المدينة و هم يسلفون بالتمر السنتين و الثلاث ، فقال : "من أسلف في شيء ففي كيل معلوم و وزن معلوم إلى أجل معلوم ".(١)

أما المعاملات التي كان الغرر فيها فاحشا و لا يمكن إصلاحها لمخالفتها لمقاصد الشريعة و أهدافها فقد منعها الإسلام ، مع أنها كانت متعارفة و جائزة عند العرب ، و هي أنواع كثيرة نذكر منها .(٢)

- بيع حبل الحبلة .
- بيع المضامين .
- بيع الملاقيح .
- بيع عسب الفحل .
- بيع الملامسة .
- بيع المنابذة .
- بيع الحصاة .

١- اللؤلؤ و المرجان فيما اتفق عليه الشيخان ص /٣٩٢ ط وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية بالكويت .

٢- انظر بداية المجتهد . لابن رشد ١١١/٢ ط - لاهور - باكستان .

المبحث الثالث

أثر الغرر في العقود مع بيان أقوال الفقهاء في أحاديث النهي عن بيع الغرر

لبيان أثر الغرر في العقود ، و بيان أقوال الفقهاء في أحاديث النهي عن بيع الغرر أتناول عقد البيع أساسا للموضوع ؛ لأنه الأصل الذي ورد النهي عن الغرر فيه ، و هو العقد الذي يمكن أن توجد فيه تطبيقات لكل أقسام الغرر .

يمكن تقسيم الغرر في العقود إلى قسمين :

١- الغرر في صيغة العقد .

٢- الغرر في محل العقد .

و قد جعلت كل قسم في مطلب:

المطلب الأول : الغرر في صيغة العقد .

المطلب الثاني: الغرر في محل العقد .

المطلب الأول

الغرر في صيغة العقد

و المراد بالغرر في صيغة العقد أن ينعقد العقد على صفة تجعل فيه غررا ، أي أن الغرر يتصل بنفس العقد لا بمحله .

و يتضمن الغرر في صيغة العقد خمسة فروع .

الفرع الأول :بيعتان في بيعة

الفرع الثاني :بيع العربان

الفرع الثالث : بيع الحصاة

الفرع الرابع : بيع الملامسة

الفرع الخامس:بيع المنابذة

الفرع الأول :بيعتان في بيعة

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال :"نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيعتين في بيعة ."(١)

اتفق الفقهاء جميعا(٢) على القول بموجب أحاديث النهي عن بيعتين في بيعة فمنعوا أن يبيع الشخص بيعتين في بيعة لما في ذلك من غرر ،و لكنهم اختلفوا في تفسير الصور التي يطلق عليها هذا الاسم و التي لايطلق عليها .

١- أخرجه الترمذي في جامعه . كتاب البيوع باب (١٨) ٥٣٣/٣ ط - استانبول .

٢ انظر تفصيل هذا في بداية المجتهد لابن رشد ١١٥/٢ ط - لاهور - باكستان .

فالبعض يرى أن معناها أن يقول البائع : بعتك هذه السلعة بعشرة نقدا ، و بخمسة عشر إلى سنة ، فيقول المشتري : قبلت ، من غير أن يعين بأي ثمن اشترى .

و قال البعض معناها أن يبيع الرجل سلعة لآخر على أن يبيعه الآخر سلعة أخرى ، كأن يقول له : بعتك هذه الدار بألف على أن تبيعني سيارتك هذه بخمسمائة .

و قال البعض الآخر معناها أن يتناول عقد البيع بيعتين على ألا تتم منهما إلا واحدة مع لزوم العقد .

الفرع الثاني : بيع العربان

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه و سلم "نهى عن بيع العربان ".(١)

و بيع العربان أو العربون هو أن يشتري الرجل السلعة و يدفع البائع مبلغا من المال ، على أنه إن أخذ السلعة يكون ذلك المبلغ محسوبا من الثمن و إن تركها فالمبلغ للبائع .(٢)

حكمه : اختلف الفقهاء فيه : فمنعه المالكية و الحنفية و الشافعية و هو قول جمهور الفقهاء .(٣)

و أجازه الإمام أحمد ، و روي عن جماعة من التابعين أنهم أجازوه منهم : مجاهد و ابن سيرين ، و نافع بن الحرث و زيد بن أسلم .(٤)

١- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٤٢/٥ ط - دار الفكر .

٢- انظر المغنى لابن القدامة ٢٥٦/٤ - ٢٥٧ ط - مكتبة الكليات الأزهرية و نهاية المحتاج للرملي ٤٥٩/٣ . ط-المكتبة الإسلامية .

٣- انظر بداية المجتهد لابن رشيد ١٢٢/٢ ط - لاهور - باكستان ، نهاية المحتاج للرملي ٤٥٩/٣ ط - المكتبةالإسلامية . المنتقى للباجي ١٤٢/٤ ط - دار الكتاب العربي .

٤- بداية المجتهد ١٢٢/٢ ، المغنى لابن قدامة ٢٥٧/٤ ط - مكتبة الكليات الأزهرية .

الفرع الثالث :بيع الحصاة

عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال : "نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيع الحصاة و عن بيع الغرر ".(١)

و لبيع الحصاة معنيان :(٢)

الأول :أن يقول البائع للمشتري إذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع فيما بيني و بينك .

الثاني: أن يقول المشتري: أي ثوب وقعت عليه الحصاة التي أرمي بها فهو لي

و قد اتفق الفقهاء على العمل بموجب الحديث المتقدم فمنعوا بيع الحصاة لما فيه من غرر فاحش .(٣)

الفرع الرابع:بيع الملامسة

عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم "نهى عن بيع الملامسة و المنابذة ".(٤)

و له معاني ثلاثة هي:

١- أن يشتري المشتري الثوب باللمس فقط و لا ينظر إليه .

٢- أن يلمس الثوب بيده و لا ينشره و لا يقلبه ، فإذا مسه فقد وجب البيع .

٣- إن يتبايع القوم السلع لا ينظرون إليها و لا يخبرون عنها .

و هذا البيع مجمع على تحريمه و فساده لما فيه من غرر فاحش .(٥)

١- رواه مسلم ، ٢صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/١٥٦ - ١٥٧ ط- دار الفكر - بيروت .

٢- بداية المجتهد ٢/١١١ نفس الطبعة .

٣- المغني لابن قدامة ٤/٢٢٩ ط - مكتبة الكليات الأزهرية .

٤- رواه مسلم . صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/١٥٤ ط - دار الفكر - بيروت .

٥- انظر بداية المجتهد ٢/١١١ ط - لاهور - باكستان ، و الغرر و أثره في العقود . د - صديق محمد الأمين ص ١٢٩ - ١٣٥ ط الأولى سنة ١٩٦٧م .

الفرع الخامس : بيع المنابذة

و له معاني ثلاثة :(١)

١- طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر إليه .

٢- أن ينبذ كل واحد من المتبايعين ثوبه إلى الآخر ، ولم ينظر واحد منهما إلى ثوب صاحبه -

٣- أن يقول : إذا نبذت إليك الشئ فقد وجب البيع بيني وبينك .

حكمه : اتفق الفقهاء على منعه لما فيه غرر فاحش ولورود النهي عنه في الحديث الصحيح . (٢)

١- نفس المراجع السابقة .

٢- المغني لإبن قدامة ٤/٢٠٧ ط - مكتبة الكليات الأزهرية .

المطلب الثاني

الغرر في محل العقد

محل العقد أو المعقود عليه ، هو ما يثبت فيه أثر العقد و حكمه ، و المعقود عليه يطلق على يشمل البدلين في عقود الماوضات . و فيما يلي أبين باختصار أثر الغرر في أهم صور الجهالة في محل العقد ، و آراء الفقهاء في ذلك . وقد جعلت كل صورة من صور الجهالة في فرع .

الفرع الأول :الجهل بذات المحل .

الفرع الثاني: الجهل بجنس المحل.

الفرع الثالث: الجهل بمقدار المحل.

الفرع الرابع : الجهل بالأجل .

الفرع الخامس: عدم القدرة على تسليم المحل .

الفرع الأول : الجهل بذات المحل

أنواع الغررالممنوع في البيع مايرجع إلى الجهل بذات المبيع،(١)وذلك أن المبيع إذاكان مجهول الذات، وإن كان معلوم الجنس حصل النزاع في تعيينه.وهذا إنما يتأتي في الأشياء المتفاوتة إذا بيع واحد منها من غير تعيين لذاته كبيع شاة من قطيع .

و هذا النوع من البيع فاسد عند فقهاء المذاهب الأربعة لا يترتب عليه أثره بسبب الغرر الفاحش فيه .(٢)

١- بداية المجتهد لابن رشد ١١١/٢ ط - لاهور - باكستان .

٢- بدائع الصنائع للكاساني ١٥٦/٥ ط - كراچى - باكستان . المهذب للشيرازي ٢٧٠/١ ط - مصطفى البابي الحلبي . المغنى لابن قدامة ١٣١/٤ ط - مكتبة الكليات الأزهرية .

الفرع الثاني : الجهل بجنس المحل

جهالة جنس المحل هي أفحش أنواع الجهالات ؛ لأنها تتضمن جهالة الذات ، و النوع ،و الصفة ، و لذا اتفق الفقهاء على أن العلم بجنس المبيع شرط لصحة البيع ، فلا يصح بيع مجهول الجنس لما في ذلك من الغرر الكثير .(١)

الفرع الثالث : الجهل بمقدار المحل

المحل المشار إليه ، مبيعا كان أو ثمنا ، لا يحتاج إلى معرفة قدره ، فلو قال : بعتك هذه الثياب بهذه الدراهم التي في يدك ، و هي مرئية له ، فقبل جاز و لزم البيع مع كون الثياب و الدراهم مجهولة القدر ؛ لأن الإشارة كافية في وجود العلم المنافي للجهالة المفضية إلى المنازعة . أما المحل غير المشار إليه فالعلم بمقداره شرط لصحة البيع ، فلا يصح بيع مجهول القدر ، و لا البيع بثمن مجهول القدر باتفاق المذاهب الأربعة .(٢)

الفرع الرابع : الجهل بالأجل

لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط العلم بالأجل في البيع المؤجل ثمنه ، وفي أن الجهل بالأجل من الغرر الممنوع في البيع ، و إن اختلفوا في بعض جزئيات الجهالة.(٣)

١- الفروق للقرافي ٣/٢٦٥ ط - عالم الكتب - بيروت . المهذب للشيرازي ١/ ٢٧٠ ط - مصطفى البابي الحلبي .

٢- الفروق للقرافي ٣/٢٦٥ ط - عالم الكتب - بيروت . المهذب ١/٢٧١ - ٢٧٢ ط - عيسى البابي الحلبي ، بدائع الصنائع ٥/١٥٨ ، ١٧٨ ط كراچي - باكستان .

٣- المهذب ١/٢٧٣ نفس الطبعة . الفروق ٣/٢٦٥ - ٢٦٦ نفس الطبعة . المغنى ٤/ ٢٩٠ ط - مكتبة الكليات الأزهرية. المحلى ٨/٤٤٤ ط السابقة .

الفرع الخامس : عدم القدرة على تسليم المحل

اتفق جمهور الفقهاء على أن القدرة على تسليم المحل شرط في البيع ، فلا يصح بيع ما لا يقدر على تسليمه كالبعير الشارد الذي لا يعلم مكانه .(١)

و خالف الظاهرية الجمهور فلم يشترطوا القدرة على التسليم لصحة البيع.(٢)

١- المنتقى على المزطأ للباجي ٤١/٥ ط - دار الكتب العربي - بيروت . المهذب ٢٧٠/١ ط - سابقة . المغنى ٢٢٢/٤ نفس الطبعة السابقة .

٢- المحلى لابن حزم ٣٨٨/٨ ط سابقة .

المبحث الرابع

الغرر في القانون الوضعي

مصطلح الغرر مصطلح إسلامي له مدلول شرعي خاص بعد وروده في أحاديث النهي عن بيع الغرر . و المصطلح الذي يقابله عادة في القوانين الوضعية هو مصطلح "العقد الاحتمالي".

تعريفه :

عرف شراح القانون العقد الاحتمالي - الغرر - بتعريفات عديدة نذكر منها ما يأتي :(١)

التعريف الأول : هو "العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ و القدر الذي أعطى ".

التعريف الثاني: هو "العقد الذي لا يستطيع فيه العاقدان وقت انعقاد العقد لا كلاهما و لا أحدهما معرفة مبلغ الفوائد أو الأضرار التي تعود منه ."

هل العقد الاحتمالي خاص بعقود المعاوضات أم عام في كل العقود ؟

يرى جمهور شراح القانون أن تقسم العقد إلى عقد محدد وعقد احتمالي - عقد غرر - لا يكون إلا في عقود المعاوضات ، أما عقود التبرع فهي عقود محددة دائما و لا يدخلها الغرر .(٢)

١- انظر : الغرر و أثره في العقود للدكتور الصديق محمد الأمين ص /٤٧ ط /١ - سنة ١٩٦٧م .

٢- المرجع السابق ص/٥٠ .

و يرى الأستاذ السنهوري أن العقد الاحتمالي لا يخص عقود المعاوضات ، بل عقد التبرع أيضا يمكن أن يكون احتماليا - عقد غرر - إذا كان الموهوب له لايستطيع أن يحدد وقت تمام العقد مقدار ما يأخذ كما إذا وهب شخص لآخر إيرادا مرتبا طول حياته .(١)

١- الوسيط فى شرح القانون المدنى للسنهوري ١/فقرة ٦٢ ط - ١٩٣٤م

المبحث الخامس

مقارنة بين الشريعة و القانون

يتضح من خلال تعريفات كل من علماء الشريعة و شراح القانون للغرر - العقد الاحتمالي - أن التعريف القانوني أخص من التعريف الفقهي ؛ إذا الغرر عند القانونيين لا يكون إلا في محل العقد و في مقداره فقط ، و هو يقابل نوعا واحدا من أنواع الغرر عند الفقهاء و هو الغرر الناشيء عن الجهل بمقدار المحل ، أما الأنواع الأخرى فهي لا تدخل في التعريف القانوني .

و الغرر عند جمهور شراح القانون - كما ذكرت سابقا - لا يكون إلا في عقود المعاوضة أما عند الفقهاء فيكون في عقود المعاوضة و غيرها .

الباب الثاني

الشروط وآثارها على العقود

ينقسم هذا الباب إلى أربعة فصول:
الفصل الأول : ماهية الشرط
الفصل الثاني: أقسام الشرط
الفصل الثالث: شرط الخيار
الفصل الرابع : الشروط في النكاح

الفصل الأول

ماهية الشرط

و فيه ثلاثة مباحث:
المبحث الأول : الشرط في اللغة .
المبحث الثاني : الشرط في اصطلاح الأصوليين .
المبحث الثالث : الشرط في القانون - الشرط الصريح و الشرط الضمني.

المبحث الأول

الشرط في اللغة

تطلق كلمة الشرط في اللغة على ثلاثة معان أساسية :

١- أول معنى للشرط و هو أشهرها : العلامة . جاء في تهذيب الصحاح : (١) "الشرط و الشرط - بالتحريك - و الشريطة : العلامة . و الجمع شروط وشرائط، و أشراط ، و منه أشراط الساعة أي علاماتها. و منه شرط الحجام : أي العلامة و الأثر الذي تتركه الحجامة " .

٢- إلزام الشيء و التزامه : جاء في القاموس المحيط :"(٢) الشرط إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه ".

٣- الشرط بمعنى أول شيء ، ومنه قيل أشراط الساعة بمعنى أوائلها .(٣)

١- تهذيب الصحاح لمحمود بن أحمد الزنجاني ٤٥٦/٢ بتصرف ط - دار المعارف - مصر .

٢- القاموس المحيط للفيروز آبادي ٣٦٨/٢ ط - مؤسسة الحلبي و شركاؤه بمصر .

٣- نفس المرجع و الصفحة .

المبحث الثاني

الشرط في اصطلاح الأصوليين

عرف الشرط عند الأصوليين بتعريفات كثيرة أذكر أهمها فيما يأتي :

التعريف الأول:

عرفه أكثر الأحناف بقولهم : "اسم لما يضاف الحكم إليه وجودا ، عنده لا وجوبا به ".(١)

التعريف الثاني:

و عرف أيضا بأنه : "مايلزم من عدمه العدم ، و لا يلزم من وجوده وجود و لا عدم لذاته ."(٢)

و التعريفان : الأول و الثاني يؤديان نفس المعنى ، و هو أن الحكم ينعدم حيث الشرط ، و حيث يوجد الحكم مع شرطه لا يكون ، وجوده بالشرط بل بالعلة .

التعريف الثالث:

عرفه الشاطبي بأنه : "ما كان وصفا مكملا لشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط ، أو فيما اقتضاه الحكم فيه ."(٣)

و مثل له بقولنا : إن الحول مكمل لمقتضى الملك أو لحكمه الغني في إيجاب الزكاة ، و الإحصان مكمل لوصف الزنى في اقتضائه الرجم .(٤)

١- أصول السرخسي ٣٠٣/٢ ط- مطابع دار الكتب العربي - مصر ١٣٧٣هـ

٢- شرح الكوكب المنير لابن النجار ص /١٤١ تحقيق محمد حامد الفقي دون طبعة .

٣- الموافقات ٢٦٢/١ ط- دار المعرفة - بيروت .

٤- الموافقات ٢٦٢/١ - ٢٦٣ ط- دار المعرفة - بيروت .

- و قوله : "ما كان وصفا مكملا لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط ."

أي : فيما ترتب على المشروط من الحكمة ، و هذه إشارة إلى شرط السبب.(١)

- قوله : "أو فيما اقتضاه الحكم فيه : أي : يكون الشرط مكملا للمشروط لا في حكمته بل هو في الحكمة التي اقتضاها الحكم الحاصل بسبب هذا المشروط ، و هذه إشارة إلى شرط الحكم .(٢)

و الشرط في اصطلاح الفقهاء هو كل أمر ربط به أمر آخر عدما لا وجودا ، وهو خارج عن ماهية عند الفقهاء و أصله ، أي إن عدم الشرط يستلزم عدم الأمر المشروط له ، أما وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط . و مثاله : شروط البيع : كقابلية المبيع لتملك المشتري فإنه شرط لعقد البيع ، و كون المبيع مقدور التسليم ، فلو باع حيوانا شاردا منه لا يقدر على تسليمه فالبيع باطل . ففقدان أحد الشروط يقتضي عدم انعقاد البيع شرعا ، لكن تحقق هذه الشروط في المال لا يوجب وجود البيع ، و كل هذه الشروط أمور خارجية عن معنى البيع ؛ لأن حقيقته العقد و هو الإيجاب و القبول ، و إنما المال محل له ، و العاقد فاعل .(٣)

١- انظر : تعليق الشيخ عبد الله دراز على الموافقات ٢٦٢/١ ط - دار المعرفة - بيروت .

٢- انظر : تعليق الشيخ عبد الله دراز على الموافقات ٢٦٢/١ ط - دار المعرفة - بيروت .

٣- انظر : المدخل الفقهي العام للزرقا ٣٠٥/١ ط - سابقة .

المبحث الثالث

الشرط في القانون

تعريفه : يعرف علماء القانون الشرط بأنه : ربط نشوء الالتزام أؤ زواله بحادث مستقبل محتمل .

و معنى كونه محتملا : أنه غير مؤكد الحصول في المستقبل و لا ممتنع . و هذا يقابل الشرط التعليقي في الاصطلاح الفقهي الإسلامي .(١)

ويقسم علماءالقانون الشرط إلى نوعين أساسيين تتفرع منهماصورفرعية هما:(٢)

١- **الشرط الموقف** : وهو الذي يعلق نشوء الالتزام ، و يجعله متوقفا على أمر مستقبل محتمل ؛ مثل قول الموظف : آجرتك داري هذه سنة بكذا إن نقلت وظيفتي إلى بلد آخر . فتكون الإجارة بين الطرفين معدومة قبل وقوع شرط النقل .

٢- **الشرط الفاسخ** : و هو الذي يرتب على وقوعه زوال الالتزام القائم ؛ مثل : استأجرت دارك على شرط أنني إذا نقلت و ظيفتي إلى بلد آخر انفسخت الإجارة . فتكون الإجارة قائمة بين الطرفين ، و لكنها تفسخ بوقوع النقل .

١- انظر : المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٥٢١ ط - سابقة .

٢- انظر : المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٥٢١ ط - سابقة .

الشرط الصريح و الشرط الضمني :

يتنوع الشرط من حيث كونه منصوصا عليه في العقد أو غير منصوص عليه إلى نوعين :

١- شرط صريح

٢- شرط ضمني

أولا : الشرط الصريح .

و هو الشرط الذي يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما صراحة في العقد ، فالشرط الصريح يكون منصوصا عليه صراحة في العقد ، و يستوي في ذلك أن يكون التصريح به شفويا أثناء العقد أو كتابيا .

و ذلك كأن يصرح المشتري باشتراط قبض السلعة المبيعة في مكان معين أو زمان معين ، أو يصرح باشتراط الخيار لمدة معينة .

ثانيا : الشرط الضمني .

و هو الشرط الذي لم ينص عليه صراحة في العقد ، لكن العقد يستمل عليه ضمنيا ، و دون حاجة إلى التصريح به و ذلك إما لأن حقيقة العقد لا تتم إلا بتوفره ، أو لأن العرف جرى باشتراطه فصار من باب "المعروف عرفا كالمشروط شرطا و تنقسم الشروط الضمنية إلى ثلاثة أقسام :

١- الشروط الضمنية في حقيقة الأمر .

٢- الشروط الضمنية في القانون .

٣- الشروط الضمنية بالعرف أو الاستعمال .(١)

١- الشروط الضمنية في حقيقة الأمر :

وهي الشروط التي لم ينص عليهاصراحة في العقدلكن العقد يتضمنهافي حقيقةالأمرلأنهامن مقتضى العقد،أولايتم مقتضى العقدإلابوجودهافلا يحتاج عادة إلى التصريح بهاومثال ذلك شرط تسليم العين المبيعةللمشتري،وتسليم الثمن للبائع، وتمكين المستأجرمن العين المؤجرةبعد تمام عقدالإيجارصحيحاوغير ذلك.

١- انظر : المدخل الفقهي العام للزرقا ٣٠٦/١ طبعة سابقة .

٢- الشروط الضمنية في القانون :

وهي الشروط التي يتطلب مفهوم القانون اشتراطها في العقد.

ومثال ذلك إن البائع ملتزم ضمنا بأن تكون الأشياء المبيعة صالحة للبيع ، أو محققة لغرض المشتري من هذا الشراء ، و كالمستأجر فإنه ملتزم ضمنا بأن لا يشغل أجيره في عمل مخالف لقوانين الدولة .

٣- الشروط الضمنية بالعرف أو الاستعمال :

و هي الشروط التي لم ينص عليها صراحة في العقد لكن عرف البلد أو عرف أصحاب المهنة أو الصنعة جرى باشتراطها و وجوب الوفاء بها في عقودهم فتكون هذه الشروط شروطا ضمنية بحكم عرف الناس و استعمالهم و ذلك طبقا للقاعدة الفقهية التي تنص على أن : "المعروف عرفا كالمشروط شرطا " و الشرط في اعتبار هذا النوع من الشروط الضمنية و الأخذ به أن لا يخالف ما اشترطه المتعاقدان صراحة في العقد ، فإن خالف شرطا صريحا في العقد قدم الشرط الصريح على الضمني . و مثال ذلك : كأن يجري عرف أهل بلد على أن العين المبيعة يشترط حملها على حساب البائع ، فإن البائع يكون ملزما ضمنا بمقتضى هذا العرف بحمل البضاعة المبيعة على حسابه إلا أن ينص في العقد على خلاف ذلك .(١)

١- انظر فيما سبق : المدخل الفقهي العام للزرقا ٣٠٦/١ طبعة سابقة ، و مجلة الأحكام العدلية مادة ١٨٤ ط - كراچي - بباكستان ، و حاشية رد المختار لابن عابدين ١٢٣/٤ طبعة سابقة - مصر .

الفصل الثاني

أقسام الشرط

و فيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : أقسام الشرط بأعتبار مصدره

المبحث الثاني: تقسيمه من حيث تعلقه بالسبب أو المسبب

المبحث الثالث: تقسيمه من حيث الأمر المشروط فيه

المبحث الرابع : تقسيم الشرط بأعتبار الواضح له

المبحث الخامس: تقسيم الشرط من حيث الصحة والبطلان

المبحث الأول

أقسام الشرط باعتبار مصدره

ينقسم الشرط باعتبار مصدره إلى ثلاثة أنواع :

١-الشرط الشرعي ٢-الشرط اللغوي ٣-الشرط العقلي

و قد جعلت كل نوع في مطلب .

المطلب الأول : الشرط الشرعي .

المطلب الثاني: الشرط اللغوي .

المطلب الثالث: الشرط العقلي.

المطلب الأول

الشرط الشرعي

و يسمى أيضا الشرط الحقيقي و هو ما كان مصدر اشتراطه الشارع ، أي إن الشارع هو الذي اشترطه ،و جعل تحققه لازما لتحقق أمر آخر ربط به عدما ، بحيث إذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الأمر .

و مثاله : اشتراط الشارع بلوغ الصغير سن الرشد لتسليم المال إليه ، و مثله سائر الشروط التي اشترطها الشارع في العقود و التصرفات و العبادات و الجنايات.(١)

١- انظر الوجيز في أصول الفقه . د-عبدالكريم زيدان ص ٦٠ ط- لاهور- باكستان . وأصول الفقه ، د - حسين حامد حسان ص ٨٧ ط - دار النهضة العربية .

المطلب الثاني

الشرط اللغوي

و المراد به الشرط النحوي ، أي الصيغة اللغوية الموضوعة للشرط و مثال ذلك :"قولنا إن دخلت الدار من قولنا أنت طالق ، فإن أهل اللغة وضعوا هذا التركيب ليدل على أن ما دخلت عليه "إن " هو الشرط ، و الأمر المعلق به هو الجزاء ."(١)

١- تقرير الشريني على جمع الجوامع لابن السبكي ٢/٥٥ ط - دار الكتب العلمية - بيروت .

المطلب الثالث

الشرط العقلي

الشرط العقلي : هو الشرط الذي يدرك العقل لزومه لمشروطه و عدم تصور انفكاكه عنه .

و مثاله شرط الحياة للعلم ، فالحياة شرط للعلم و لا يعقل وجود عالم إلا و هو حي ، فالحياة يلزم من انتفائها انتفاء العلم ؛ إذا الجسم بدونها جماد و قيام العلم بالجماد محال .

و مثاله أيضا كون العلم شرطا للإرادة ؛ فأن العقل يدرك لزوم العلم للإرادة و لايتصور انفكاكها عنه .(١)

١- انظر : نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر لابن بدران الدمشقي ١٦٣/١ ط - دار الكتب العلمية - بيروت .

المبحث الثاني

تقسيمه من حيث تعلقه بالسبب أو المسبب

ينقسم الشرط باعتبار ما يكمله إلى شرط مكمل للسبب ، و شرط مكمل للمسبب . و قد جعلت كل قسم في مطلب .

المطلب الأول : الشرط المكمل للسبب .

المطلب الثاني: الشرط المكمل للمسبب .

المطلب الأول

الشرط المكمل للسبب

هو الذي يقوي وجوده الحكمة التي اقتضت جعله سببا بكونه مشتملا على حكمة مكملة لحكمة السبب . و مثال ذلك الحول ؛ فإنه شرط يكمل لسبب وجوب الزكاة ، و هو ملك النصاب لأن وجود الحول يقوي الحكمة التي اقتضت جعل ملك النصاب سبب في وجوب الزكاة ، و هذه الحكمة هي كون النصاب قرينة على الغني . (١)

و مثاله أيضا القدرة على تسليم المبيع فإنه شرط في صحة البيع ، فعدم القدرة على تسليم المبيع يستلزم عدم صحة البيع ؛ لأنه معاوضة مالية ، فإذا عجز البائع عن تسليم المبيع انتفت الحكمة التي من أجلها بذل المشتري ماله في سبيل ملك المبيع.(٢)

١- أصول الفقه ، د - حسين حامد حسان ص ٨٩ ط دار النهضة العربية ، و نظرية الحكم و مصادر التشريع د- أحمد الحصري ط - مكتبة الكليات الأزهرية .

٢- نظرية الحكم و مصادر التشريع د- أحمد الحصري ط - مكتبة الكليات الأزهرية .

المطلب الثاني

الشرط المكمل للمسبب (الحكم)

هو الشرط الذي يشتمل على حكمة مكملة للمسبب (الحكم)و مثال ذلك الوضوء فإنه شرط وجوب للصلاة التي تجب بالدلوك و هي مسببة عنه باعتبار أن الغرض منها تعظيم الخالق الذي يناسبه أن يقف المصلي بين يدي الله طاهر الثوب ، و البدن ، و يلزم من عدم الطهارة عدم صحة الصلاة .(١)

و من أمثلة الشرط المكمل للحكم أيضا التساوي بين الجاني و المجني عليه في الحرية و سلامة الأطراف و غيرها مما تجب فيه المساواة ، بالنسبة لوجوب القصاص ؛ لأ هذا التساوي يناسب الحكم و هو القصاص؛ ذلك أن القصاص يعني المساواة بين الجريمة و العقوبة أو مما يقوي القصاص بهذا المعني ، و يؤكده كون المجني عليه مساويا للجاني في الحرية و سلامة الأطراف و غيرها .(٢)

١- نظرية الحكم و مصادر التشريع ص ١٤٦ ط - سابقة .

٢- أصول الفقه للدكتور حسين حامد حسان ص ٩٠ ط سابقة .

المبحث الثالث

تقسيمه من حيث الأمر المشروط فيه

ينقسم الشرط بهذا الاعتبار إلى قسمين : الأول : الشرط الذي يكون موضوعه حكما تكليفيا. و الثاني : شرط لتحقق حكم وضعي . و قد جعلت كل قسم في مطلب .

المطلب الأول : شرط موضوعه حكم تكليفي .

المطلب الثاني: شرط لتحقق حكم وضعي .

المطلب الأول

شرط موضوعه حكم تكليفي

و هو الشرط الذي يكون راجعا إلى خطاب التكليف ، إما مأمورا بتحصيله أو منهيا عن تحصيله ، أومخيرا فيه .

و مثال الشرط الذي أمر المكلف بتحصيله الطهارة للصلاة ، و أخذ الزينة لها ، و طهارة الثوب و ما أشبه ذلك فهذه شروط للصلاة أمر المكلف بتحصيلها ، و قصد الشارع إلى ذلك .

و مثال الشرط الذي نهى المكلف عنه و قصد الشارع عدم تحصيله نكاح التحليل الذي هو شرط لمراجعة الزوج الأول زوجته المطلقة ثلاثا . و مثال الشرط المخير فيه النكاح الذي به يكون المكلف محصنا و هو شرط في ترتب حكم الرجم على الزنا ، فالمكلف مخير في تحصيل النكاح و عدم تحصيله ، إن شاء فعل فيحصل المشروط و إن شاء تركه فلا يحصل المقصود.(١)

١- انظر الموافقات للشاطبي ١/١٧٣ و ما بعدها . ط - دار المعرفة .

المطلب الثاني

شرط لتحقق حكم وضعي

وهو الشرط الذي ليس للشارع قصد في تحصيله من حيث هو شرط ، و لا في عدم تحصيله. ومثال ذلك الحول في الزكاة، والإحصان في الزنى وما أشبه ذلك .

فهذا النوع ليس للشارع قصد في تحصيله و لا في عدم تحصيله من حيث هو شرط ، فأبقاء النصاب حولا حتى تجب فيه الزكاة ، ليس بمطلوب الفعل ، أي ليس بواجب على المكلف إمساك النصاب حتى يحول عليه الحول لتجب فيه الزكاة ، و لا مطلوب الترك ، بمعنى أنه يجب عليه إنفاقه خوفا من أن تجب فيه الزكاة .

و الإحصان كذلك لا يقال إنه مطلوب الفعل ليجب على الزاني الرجم إذا زنى ، و لا مطلوب الترك لئلا يجب على المكلف الرجم إذا زنى .(١)

١- انظر الموافقات للشاطبي ١/١٧٣ و ما بعدها . ط دار المعرفة

المبحث الرابع

تقسيم الشرط باعتبار الواضع له

ينقسم الشرط باعتبار الواضع له شرطا إلى قسمين :

١-الشرط الشرعي ٢-الشرط الجعلي

و قد جعلت كل قسم في مطلب :

المطلب الأول : الشرط الشرعي .

المطلب الثاني: الشرط الجعلي .

المطلب الأول

الشرط الشرعي

و هو ما كان من وضع الشارع كالشاهدين في النكاح ، و الوضوء في الصلاة ، و وجود المبيع ، و القدرة على تسليمه و غيرها من الشروط التي اشترطها الشارع في صحة البيع . و كل ما اشترطه الشارع في صحة العبادات ، و المعاملات ، و الضمان في المتلفات ، و استحقاق العقوبات على الجنايات.(١)

١- نظرية الحكم و مصادر التشريع د أحمد الحصري ص ١٤٦ ط - سابقة ، و أصول الفقه د- حسين حامد حسان ص ٩٠ ط سابقة .

المطلب الثاني

الشرط الجعلي

و هو ما يشترطه أحد المتعاقدين أو كل منهما في العقد ليحقق مقصدا لهما .
و مثال ذلك شرط تقديم رهن أو كفيل بالثمن المؤجل في عقد البيع ، و شرط سكن الزوجة في مكان معين في عقد الزواج ، و شرط الخيار للعاقدين أو لأحدهما.(١)

و الشروط الجعليةإماشروط مقترنة بالعقد أو شروط يعلق نفاذ العقدعليها.(٢)

١- نظرية الحكم ص ١٤٧ . و أصول الفقه د حسن حامد حسان ص ٩١ .
٢- نظرية الحكم ص ١٤٧ .

المطلب الأول

مذهب الحنفية في أقسام الشرط

قسم الحنفية الشرط إلى ثلاثة أنواع :

١- الشرط الصحيح .

٢- و الشرط الفاسد .

٣- و الشرط الباطل.(١)

أولا: الشرط الصحيح:

هو ما كان يقتضيه العقد ، أو ملائما له أو جاء به الشرع أو جرى به العرف .

١- **الشرط الذي يقتضيه العقد** : فكل شرط اقتضاه العقد كان صحيحا و لم يوجب فساد العقد و لا الشرط ؛ "لأنه محض تقرير لمقتضى العقد ، و مقتضى العقد لازم دون شرط ، فشرطه تأكيد و بيان "(٢)

يقول الكاساني : "و أما الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساده ، كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع ، أو باع بشرط أن يتملك الثمن ، أو باع بشرط أن يحبس المبيع أو اشترى على أن يسلم المبيع ، أو اشترى جارية على أن تخدمه ، أو دابة على أن يركبها ، أو ثوبا على أن يلبسه .....و نحو ذلك ، فالبيع جائز ؛ لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط ، فكان ذكرها في معرض الشرط تقريرا لمقتضى العقد ، فلا توجب فساد العقد ."(٣)

١- انظر : بدائع الصنائع ١٦٨/٥ - ١٧٢ ط - كراچي - باكستان .

٢- مصادر الحق للسنهوري ١٠٧/٣ ط - سابقة .

٣- بدائع الصنائع ١٧١/٥ طبعة سابقة .

٢- الشرط الذي يلائم العقد :

و هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكن يكون ملائما للعقد مؤكدا لمقتضاه ، فيكون صحيحا لا يوجب فساد العقد .

يقول الإمام الكاساني : ".....و كذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، لكنه ملائم للعقد ، لا يوجب فساد العقد أيضا ؛ لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد إياه على ما نذكر إن شاء الله تعالى ، فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد ، و ذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهنا أو كفيلا ، و الرهن معلوم ، و الكفيل حاضر فقبل ....."(١)

٣- الشرط الذي ورد به الشرع: مثل اشتراط الخيار أو الأجل لأحد المتعاقدين.(٢)

٤- الشرط الذي جرى به العرف : فما تعارف عليه الناس من شروط و جرى به التعامل بينهم اعتبر شرطاً صحيحا و البيع جائزا و لو كان هذا الشرط مما لا يقتضيه العقد و لا مما يلائمه .

يقول الكاساني : "كذلك إذا كان مما لا يقتضيه العقد و لا يلائم العقد أيضا ، لكن للناس عليه تعامل ، فالبيع جائز ، كما إذا اشترى نعلا على أن يحذوه البائع ، أو جرابا على أن يخرزه له خفا ، أو ينعل خفه ، و القياس ألا يجوز ، و هو قول زفر رحمه الله ، وجه القياس أن هذا شرط لا يقتضيه العقد و فيه منفعة لأحد العاقدين و أنه مفسد ، كما إذا اشترى ثوبا يشرط أن يخيطه له البائع قميصا و نحو ذلك . ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع ."(٣)

يقول الدكتور وهبة الزحيلي : "و إقرار هذا الشرط عند الحنفية أدى إلى توسيع حرية الناس في الاشتراط ، بما يحقق لأحد العاقدين منفعة زائدة عن مقتضى العقد . كما أدى إلى زوال الشرط الفاسد من معاملات الناس ، و أصبحت الشروط كلها

١- بدائع الصنائع ١٧١/٥ طبعة سابقة .

٢- انظر : الفقه الإسلامي و أدلته د- وهبة الزحيلي ٢٠٤/٤ ط - دار الفكر .

٣- بدائع الصنائع ١٧٢/٥ ط- كراچي - باكستان .

صحيحة بالعرف إلا إذا كانت متصادمة لنص تشريعي ، أو منافية لمبادئ الشريعة و مقاصدها العامة ."(١)

ثانيا: الشرط الفاسد:

هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، و لا يلائم مقتضاه ، و لا ورد به الشرع ، و لم يتعارفه الناس و كانت فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين .

يقول الإمام الكاساني : "و منها شرط لا يقتضيه العقد ، و فيه منفعه للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق ، و ليس بملائم للعقد ، و لا مما جرى به التعامل بين الناس ، نحو ما إذا باع دارا على أن يسكنها البائع شهرا ثم يسلمها إليه ، أو أرضا على أن يزرعها سنة ، أودابة على أن يركبها شهرا ..... فالبيع في كل هذا فاسد ؛لأنها زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا ، لأنها زيادة لايقابلها عوض في عقد البيع و هو تفسير الربا ، و البيع الذي فيه الربا فاسد ، أو فيه شبهة الرّبا و أنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا ...."(٢)

أنواع الشروط الفاسدة:

الشروط الفاسدة عند الحنفية أنواع أذكر خلاصتها فيما يأتي :

جاء في بدائع الصنائع للكاساني :"و منها الخلو عن الشروط الفاسدة ، و هي أنواع :

- "منها شرط في وجوده غرر ، نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل ؛ لأن المشروط يحتمل الوجود و العدم ...."(٣)

- "و منها شرط لا يقتضيه العقد و فيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق ، و ليس بملائم للعقد ، و لا مما جرى به التعامل بين الناس ..."(٤)

- "و منها شرط الأجل في المبيع العين و الثمن العين ...."

١- الفقه الإسلامي و أدلته ٤/٢٠٤ طبعة سابقة .

٢- بدائع الصنائع ٥/١٦٩ طبعة سابقة .

٣- بدائع الصنائع ٥/١٦٨ طبعة سابقة .

٤- بدائع الصنائع ٥/١٦٩ طبعة سابقة .

- "و منها شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة متفاحشة ...."
- "و منها شرط خيار غير مؤقت أصلا ....."
- "و منها شرط خيار مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام ..."(١)

أثر الشرط الفاسد على العقد :

يختلف أثر الشروط الفاسدة على العقود بحسب نوع العقد ، و القاعدة المقررة في ذلك : أن الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يفسدها و في غيرها لا يؤثر عليها .(٢)

فالشرط الفاسد في المعاوضات المالية كالبيع و الإجارة و المزارعة و المساقاة و الصلح عن المال يفسدها .

أما العقود الأخرى غير المبادلات المالية كالتبرعات من هبة و إعارة و غيرهما ، و التوثيقات من كفالة و حوالة و رهن ، و الزواج و الطلاق و غيرها فلا يؤثر عليها الشرط الفاسد ، و يبقى العقد صحيحا ، و الشرط لاغ لا أثر له لما ثبت في السنة النبوية الشريفة من تصحيح هذه العقود و إلغاء الشروط الفاسدة .(٣)

ثالثا: الشرط الباطل:

هو كل شرط خرج عن أنواع الشرط الصحيح و لم تكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين و لا لغيرهما ، و إنما فيه ضرر لأحد العاقدين و حكمه أن العقد صحيح و الشرط باطل .

يقول الكاساني:"إذاباع ثوباعلى ألايبيعه المشتري أولا لايهبه، أو دابة على ألايبيعهاأويهبها ،أوطعاماعلى ألايأكله ولايبيعه، ذكرفي المزارعة مايدل على جواز البيع، فإنه قال:شرط أحدالمزارعين في الزراعة على ألايبيع الآخرنصيبه ولايهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل، وهكذاروى الحسن في المجردعن أبي حنيفة رحمه الله ..ولوباع ثوباعلى أن يحرقه المشتري،أوداراعلى يخربها فالبيع جائز و الشرط باطل لأن شرط المضرة لا يؤثر في البيع على ما ذكرنا."(٤)

١- بدائع الصنائع ٥/١٧٤ طبعة سابقة .

٢- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤/١٣١ ط - ملتان - باكستان .

٣- انظر : مصادر الحق للسنهوري ٣/١٢٩ - ١٣٠ ، و الفقه الإسلامي و أدلته ٤/٢٠٥ .

٤- بدائع الصنائع ٥/ ١٧٠ طبعة سابقة .

المطلب الثاني

الشرط في المذهب الحنبلي

المذهب الحنبلي يرى حرية العقود و الشروط ، و وجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان و يشترطانه ما لم يرد في نصوص الشريعة أو قواعدها من عقد أو شرط معين ، و عند ذلك يمنع ذلك العقد أو الشرط و يكون مستثنى من القاعدة العامة يقول ابن تيمية في ذلك : "القول الثاني : أن الأصل في العقود و الشروط الجواز والصحة ،و لا يحرم و يبطل منها إلا ما دل على تحريمه و إبطاله نص، أو قياس عند من يقول به ، و أصول أحمد رضي الله عنه المنصوص عنه أكثرها تجري على هذا القول ، ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه .

و عامة ما يصححه أحمد من العقود و الشروط فيها تنبيه بدليل خاص من أثر أو قياس ،لكنه لا يجعل حجة الأولين مانعا من الصحة ، و لا يعارض ذلك بكونه شرطا يخالف مقتضى العقد أو لم يرد به نص ."(١)

و قد استدل فقهاء المذهب الحنبلي على مذهبهم هذا بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة و المعقول ، و قد ذكرت بعضها في المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول و فيما يأتي خلاصة أدلتهم :

١- الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٧٩ - ٨٠ دار الكتب العلمية - بيروت . طبعة الأولى - ١٩٨٧م

أولا: من الكتاب .

عموم الآيات الواردة في الوفاء بالعهود و العقود و منها :

١- قوله تعالى : "ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود "(١)

٢- قوله تعالى : "و بعهد الله أوفوا "(٢)

٣- قوله تعالى : "و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا "(٣)

٤- قوله تعالى : "و لقد كانوا عاهدوا الله من قبل لا يولون الأدبار و كان عهد الله مسئولا ."(٤)

يقول ابن تيمية : "فقد أمر سبحانه بالوفاء بالعقود و هذا عام ، و كذلك أمرنا بالوفاء بعهدالله و بالعهد ، و قد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه ، بدليل قوله : "ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لا يولون الأدبار و كان عهد الله مسئولا." (٥ ،٦)

ثانيا: من السنة .

و من السنة الأحاديث الآتية :

١- حديث عبدالله بن عمر،قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"أربع من كن فيه كان منافقاخالصا ، ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذاحدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر."(٧)

٢- حديث عبد الله بن عمر ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : "ينصب لكل غادر لواء يوم القيامة ."(٨)

٣- حديث عقبة بن عامر ، أن رسول الله صلى« الله عليه و سلم قال : "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج ."(٩)

١- سورة المائدة : ١

٢- سورة الأنعام : ١٥٢

٣- سورة الإسراء : ٣٤

٤- سورة الأحزاب : ١٥

٥- سورة الأحزاب : ١٥

٦- الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٧٣ دار الكتب العلمية - بيروت . طبعة الأولى - ١٩٨٧م

٧- أخرجه مسلم في صحيحه ١/٧٨ . كتاب الإيمان . باب (٢٥) ط - دار إحياء التراث العربي - بيروت .

٨- أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٧١ - ٧٢ . كتاب الجزية الباب (٢٢) ط- استانبول .

٩- سبق تخريجه ص٩٨/ .

٤- حديث أبي هريرة ، عن النبي صلى الله عليه و سلم قال : قال الله تعالى : "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطا بي ثم غدر،و رجل باع حرا ثم أكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه و لم يعطه أجره ."(١)

ففي الأحاديث السابقة ذم وتوعد للغادر "وكل من شرط شرطا ثم نقضه فقد غدر"(٢)

٥- حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا و المسلمون على شروطهم "(٣)

ثالثا: من المعقول:

و استدلوا على مذهبهم من المعقول بما يأتي :

١- العقود و الشروط من باب الأفعال العادية ، و الأصل فيها عدم التحريم فيَستصحب عدم التحريم فيبيها إلى أن يدل دليل على التحريم ؛ و ما لم تكن حراما لم تكن فاسدة ؛ لأن الفساد إنما ينشأ عن التحريم ، فإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة .(٤)

٢- لايوجد في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود و لا الشروط إلا ما ثبت منعه بعينه ، و انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم .(٥)

لكن الحنابلة مع كون الأصل عندهم حرية العقود أنواعا و شروطا إلا أنهم لم يهملوا نظرية مقتضى العقد فاستثنوا من الشروط الجائزة نوعين من الشروط :

١-: الشرط المنافي لمقتضى العقد .

٢- : الشرط الذي ورد النهي عنه .

١- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٤/٦ ، باب : تحريم بيع الحر ، ط - دار الفكر .

٢- الفتاوى الكبرى لابن تيمية /٨٨ طبعة سابقة .

٣- سبق تخريجه ص ٢٩.

٤- انظر : الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٩٠/٤ طبعة سابقة .

٥- انظر : الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٩٠/٤ طبعة سابقة .

١- **الشرط المنافي لمقتضى العقد** : و ذلك كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع الشيء المشتري مطلقا ، أو ألا يسكن فيه أحدا بالإيجار إن كان بيتا. فالعقد يكون في هذه الحالة صحيحا و الشرط لاغ ؛ لأن في هذا الشرط حرمان العاقد من الاستفادة مما يثبته له العقد من حقوق .(١)

يقول ابن تيمية عن أصحاب أحمد : "فيقولون : كل شرط ينافي مقتضى العقد، فهو باطل ؛ إلا إذا كان فيه مصلحة للعاقد ."(٢)

٢- **الشرط الذي ورد النهي عنه** : كل شرط ورد النهي عنه في القرآن الكريم أو السنة النبوية المطهرة أو كان مخالفا لقواعد الشريعة و مقاصدها العامة فهو شرط باطل لاغ لا اعتبار له و يبطل العقد أيضا و مثال ذلك اجتماع صفقتين في عقد واحد كاشتراط البائع على المشتري إيجار الدار لفلان ، أو أن يهبه شيئا ، أو يبيع له شيئا أو يقرضه مبلغا من المال ، و كاشتراط المرأة أن يطلق امرأته الأولى فهذه كلها شروط فاسدة تبطل العقد لورود النهي عنها .(٣)

و في هذا يقول ابن تيمية : "الأصل في العقود و الشروط الجواز و الصحة ، و لايحرم و يبطل منها إلا ما دل على تحريمه ، و إبطاله نص ، أو قياس عند من يقول به ....."(٤)

١- انظر الفقه الإسلامي و أدلته د- وهبة الزحيلي ٤/٢٠٧ طبعة سابقة .

٢- انظر : الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٧٧ طبعة سابقة .

٣- انظر الفقه الإسلامي و أدلته د- وهبة الزحيلي ٤/٢٠٧ طبعة سابقة .

٤- انظر : الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٧٥ طبعة سابقة .

المطلب الثالث

مذهب الشافعية في الشرط

يمكن تقسيم الشروط المقترنة بالعقود عند الشافعية إلى أربعة أنواع :

١- الشرط الذي يقتضيه العقد .

٢- الشرط الذي يلائم العقد .

٣- الشرط الذي لاغرض فيه و لا منفعة له .

٤- الشرط المنافي لمقتضى العقد .

أولا : الشرط الذي يقتضيه العقد .

كل شرط اقتضاه العقد هو شرط صحيح : لأنه محض تقرير لمقتضى العقد، و لما كان مقتضى العقد لازما من غير شرط ، فشرطه تأكيد و بيان ،

جاء في المهذب : "إذا شرط في البيع شرطا نظرت . فإن كان شرطا يقتضيه البيع ، كالتسليم و الرد بالعيب و ما أشبههما ، لم يبطل العقد ، لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد . فلم يبطله ."(١)

ثانيا : الشرط الذي يلائم العقد .

و يسميه الشافعية الشرط الذي فيه مصلحة العقد ، أو الشرط الذي تدعو إليه الحاجة ، و هو شرط صحيح و يصح معه العقد .

جاء في المهذب : "فإن شرط ما لا يقتضيه العقد و لكن فيه مصلحة كالخيار و

---

١ المهذب للشيرازي ١/٢٧٥ ط - مصطفى البابي الحلبي - مصر .

الأجل و الرهن و الضمين لم يبطل العقد : لأن الشرع ورد بذلك ..... و لأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد ....."(١)

ثالثا : الشرط الذي لا غرض فيه و لا منفعة فيه .

و هذا الشرط يكون لاغيا أما العقد فيصح .

جاء في نهاية المحتاج : "و لو اشترى حطبا مثلا على دابة بشرط إيصاله منزله لم يصح و إن عرف المنزل لأنه بيع بشرط ، و إن أطلق صح العقد و لم يكلف إيصاله منزله و لو اعتيد بل يسلمه له في موضعه ."(٢)

و جاء فيه أيضا : " أو شرط ما لا غرض فيه ، أي عرفا فلا عبرة بغرض العاقدين أو أحدهما فيما يظهر .... كشرط أن لا يأكل أو لا يلبس إلا كذا و لو حريرا ، صح العقد و لغا الشرط ."(٣)

رابعا : الشرط المنافي لمقتضى العقد .

أما إذا اشترط أحد العاقدين شرطا ينافي مقتضى العقد كأن يشترط الراهن مع المرتهن ألا يبيع العين المرهونة أصلا ، أو ألا يبيعها حتى يمضي شهر من وقت حلول الدين ، أو أن يضمن المرتهن هلاك العين كلها و لا يقتصر على ضمان ما زاد من قيمتها على الدين فإن الشرط و العقد هنا كلاهما باطل .

جاء في المهذب : " فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى البيع بأن باع عبدا بشرط أن لا يبيعه أو لايعتقه أو باع دارا بشرط أن يسكنها مدة ....بطل البيع ...و لأنه شرط لم يبن على التغليب و لا هو من مقتضى العقد و لا من مصلحته فأفسد العقد ."(٤)

١- المهذب للشيرازي ٢٧٥/١ ط مصطفى البابي الحلبي مصر .
٢- نهاية المحتاج للرملي ٤٥١/٣ ط - مصطفى البابي الحلبي مصر .
٣- نهاية المحتاج للرملي ٤٥٩/٣ ط - مصطفى البابي الحلبي - مصر .
٤- المهذب للشيرازي ٢٧٥/١ ط - مصطفى البابي الحلبي - مصر .

المطلب الرابع

البيع بشرط البراءة عن العيوب

اختلف الفقهاء فيما إذاشرط البائع براءته من ضمان العيوب وعدم مسئوليته عمايمكن أن يظهرمن عيوب في المبيع،فرضي المشتري بهذا الشرط،اعتماداعلى السلامة الظاهرة،ثم ظهر في المبيع عيب قديم،هل يصح العقدعلى هذا الشرط أم لا ؟

و فيما يأتي أتعرض لرأي كل مذهب من المذاهب الفقهية :

أولا : المذهب الحنفي .

قال الحنفية بصحة البيع بشرط البراءة من كل العيوب سواء تعينت العيوب بتعداد أسمائها ، أولم تتعين ، و سواء كان العيب موجودا قبل البيع أو حادثا بعده قبل القبض و سواء أكان جاهلا بوجود العيب في مبيعه فشرطه احتياطا ، أو كان عالما بعيب المبيع و كتمه و اشترط البراءة ليحمي نفسه من الضمان أو الرد ، و عللوا ذلك بأن موافقة المشتري إبراء ، و الإبراء إسقاط ، لا تمليك ، و الإسقاط لا تفضي الجهالة فيه إلى المنازعة لعدم الحاجة إلى التسليم .

جاء في بدائع الصنائع : "و يجوز البيع بشرط البراءة عن العيب عندنا سواء عم العيوب كلها بأن قال : بعت على أني بريء من كل عيب أو خص بأن سمي جنسا من العيوب ...و لو شرط على أني بريء من العيب الذي يحدث روي عن أبي يوسف رحمه الله أن البيع بهذا الشرط فاسد ... و لنا أن الإبراء و إن كان فيه معنى التمليك لكن الجهالة لا تمنع صحة التمليك لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة ....و

هذا النوع من الجهالة ههنا لا يفضي إلى المنازعة ؛لأن قوله كل عيب يتنا ،ول العيوب كلها ، فإذا سمي جنسا من العيوب لا جهالة له أصلا مع أن التمليك في الإبراء يثبت ضمنا و تبعا للإسقاط لأن اللفظ ينبئ عن الاسقاط لا عن التمليك ، فيعتبر التصرف إسقاطا لا تمليكا ، و الجهالة لا تمنع صحة الاسقاطات."(١)

ثانيا : المذهب المالكي .

ذهب المالكية إلى أن شرط البراءة عن العيوب يصح في كل عيب لا يعلم به البائع ، أما ما يعلم به فلا تصح البراءة منه .(٢)

ثالثا : المذهب الشافعي .

يرى الشافعية أن البائع لو باع بشرط براءته من العيوب ،فالأظهر أنه يبرأ عن العيوب الباطنة الموجودة عند العقد لا التي تحدث قبل القبض و ذلك بالحيوان خاصة إذا لم يعلمها البائع . و لا يبرأ عن كل العيوب بغير الحيوان كالعقار و الثياب مطلقا ، كما لا يبرأ عن عيب ظاهر بالحيوان ، علمه أم لم يعلمه ، و لا عن عيب باطن بالحيوان كان قد علمه ، و المراد بالباطن ما لا يطلع عليه غالبا .

و لو شرط البائع البراءة عما يحدث من العيوب قبل القبض و لو مع الموجود منها ، لم يصح الشرط في الأصح ؛ لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته ، كما لو أبرأه عن ثمن ما يبيعه له .(٣)

رابعا : المذهب الحنبلي .

في المذهب الحنبلي روايتان عن الإمام أحمد : إحداهما أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب .

و الثانية : كقول المالكية حيث أنه يبرأمن كل عيب لم يعلمه ، و لايبر أمن عيب علمه.

واختار ابن قدامة أن من باع حيوانا أو غيره بالبراءة من كل عيب أو من عيب معين موجود : لم يبرأ ، سواء علم به البائع أو لم يعلم.(٤)

١- بدائع الصنائع للكاساني ١٧٢/٥ - ١٧٣ ط - كراچی - باكستان .

٢- انظر : حاشية الدسوقي ١٢٣/٣ - ١٢٤ ط - عيسى البابي الحلبي - مصر .

٣- انظر : مغنى المحتاج للشربيني ٥٣/٢ .

٤- انظر : المغنى لابن قدامة ١٧٨/٤ .

الفصل الثالث

خيار الشرط

و فيه ثمانية مباحث :

المبحث الأول :في معنى خيار الشرط في اللغة و الشرع .
المبحث الثاني : أقوال أهل العلم في مشروعية خيار الشرط و أدلتهم .
المبحث الثالث : مقدار مدة الشرط .
المبحث الرابع : العقود التي يدخلها خيار الشرط .
المبحث الخامس : من الذي يثبت له خيار الشرط .
المبحث السادس: ما ينتهي به خيار الشرط .
المبحث السابع : موت من شرط له الخيار في مدة الخيار .
المبحث الثامن : أثر خيار الشرط .

المبحث الأول

معنى خيار الشرط في اللغة و الشرع

- معنى خيار الشرط في اللغة :

جاء في المعجم الوسيط:"الخيار اسم بمعنى طلب خير الأمرين ، يقال: هوبالخيار: يختار ما يشاء ."(١)

و جاء في القاموس المحيط:"الخياراسم من الاختيار، يقال:أنت بالخيار وبالمختار أي اختر ما شئت .(٢)

- خيار الشرط في الشرع :

"هو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره حق نقض العقد أو فسخه في مدة معينة ، فإذا انتهت هذه المدة فقد أصبح لازما في حقه و سقط حقه في الخيار ."(٣)

و سمي هذا الخيار "خيار الشرط " من باب إضافة الشيء إلى سببه ، فيكون بمعنى الخيار الذي سببه الشرط .(٤)

١- المعجم الوسيط ٢٦٤/١ ط - طهران - إيران .

٢- القاموس المحيط للفيروز آبادي ٢٤/٢ بتصرف ط - مؤسسة الحلبي - القاهرة .

٣- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي . د-حسين حامد حسان ص ٤٥٣ طبعة سابقة . و انظر أيضا : مصادر الحق للسنهوري ١٩٩/٤ ، المعاملات الشرعية لأحمد إبراهيم بك ص ١٠٢ .

٤- انظر : المعاملات الشرعية لأحمد إبراهيم بك ص ١٠٢ .

و مثاله أن يقول البائع للمشتري : بعت لك هذه الدار بكذا على أني بالخيار مدة كذا ، أو يقول المشتري للبائع : اشتريت منك هذه السيارة بكذا على أني بالخيار مدة كذا ، أو يقول كل منهما ما يدل على اشتراط الخيار لنفسه ، و يرضى كل منهما بذلك في جميع الأحوال .

والأصل أن خيارالشرط يبطل العقد؛لأنه تعليق للعقدعلى إرادة أحدالعاقدين، والمعاوضات لايجوزتعليقهاعلى شرط ، لذلك اعتبر خيار الشرط على خلاف القياس و لكنه جاز استحسانا بالنصوص الواردة فيه كما سنرى في دليل مشروعيته .(١)

١- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي . د-حسين حامد حسان ص ٤٥٣ طبعة سابقة .
و انظر أيضا : مصادر الحق للسنهوري ١٩٩/٤ .

المبحث الثاني

أقوال أهل العلم في مشروعية خيار الشرط و أدلتهم

اتفق أهل العلم(١)على جواز خيار الشرط ، و هو اشتراط أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لأجنبي حق فسخ العقد مدة معلومة من الزمان ، كأن يقول المشتري : اشتريت هذه السيارة بمائة ألف روبية على أني بالخيار ثلاثة أيام .

و قد استدل الفقهاء على مشروعية خيار الشرط بالمنقول و المعقول .

أولا : الأدلة من المنقول :

استدلوا من المنقول بالأحاديث الآتية .

١- ما جاء عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه و سلم ، قال : "كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار ."(٢)

"أي لا يلزم البيع بينهما حتى يتفرقا ، إلا إذا اشترط أحدهما أو كلاهما شرط الخيار مدة معلومة ."(٣)

٢- و عن ابن عمر أيضا أن النبي ، صلى الله عليه و سلم ، قال: "إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا و كانا جميعا ، أو يخير أحدهما الآخر

١- انظر : بداية المجتهد لابن رشد ١٥٧/٢ - ١٥٨ ط - باكستان . و المبسوط للرخسي ٤٠/١٣ - ٤١ ط - باكستان و مغنى المحتاج ٤٦/٢ - ٤٧ ط - مصطفى الحلبي . و المغنى لابن قدامة ٥٧٩/٣ ط - الرياض .

٢- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٧٢/٥ ط - دار الفكر .

٣- فقه السنة لسيد سابق ١١١/٣ - الطبعة الأولى . ١٩٧١م

فيتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ."(١)

٣- ما ورد في الحديث أن حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات فقال له النبي صلى الله عليه و سلم : "إذا بايعت فقل لا خلابة ، ولي الخيار ثلاثة أيام ."(٢)

جاء في المبسوط : "ففي الحديث دليل جواز البيع مع شرط الخيار ، و القياس يأبى ذلك .....و لكنا نقول : تركنا هذا القياس للحديث ولحاجة الناس إلى ذلك.(٣)

ثانيا : من المعقول

أما من المعقول فلأن الحاجة تدعو إليه ، فقد يخشى أحد العاقدين ألا نخداع، إما لعدم الصفق بالأسواق ، أو لأنه ليس صاحب خبرة صنف المعقود عليه فيحتاج إلى مشاورة صاحب خبرة أو مشاورة من يهمه الرضا بالمعقود عليه .(٤)

١- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥/٢٦٩ ط - دار الفكر .

٢- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥/٢٧٣ ط - دار الفكر .

٣- المبسوط للرخسي ١٣/٤٠ - ٤١ ط - كراچي - باكستان .

٤- المبسوط للرخسي ١٣/١٤ ، الملكية و نظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٩٠ طبعة سابقة .

المبحث الثالث

مقدار مدة الشرط

لا خلاف بين الفقهاء في جواز اشتراط الخيار ثلاثة أيام ، لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم في الحديث المتقدم : "إذا بايعت فقل لا خلابة و لي الخيار ثلاثة أيام"(١)

ثم اختلف الفقهاء بعد ذلك فيما زاد عن ثلاثة أيام على ثلاثة مذاهب . و في ذلك يقول ابن رشد:"و أما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه ، و أنه إنما يتقدر بتقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات ، و ذلك بتفاوت المبيعات ، فقال : مثل اليوم و اليومين في اختيار الثوب ، و الجمعة و الخمسة أيام في إختيار الجارية ، و الشهر و نحوه في اختيار الدار ، و بالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع . و قال الشافعي و أبو حنيفة : أصل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك ، و قال أحمد و أبو يوسف و محمد بن الحسن يجوز الخيار لأي مدة اشترطت ، و به قال داؤد ."(٢)

و فيما يأتي خلاصة مذهب كل فريق و أدلته :

١- سبق تخريجه ص ١٠١.

٢- بداية المجتهد ٢٠٩/٢ ط مصطفى البابي الحلبي الطبعة الخامسة ١٩٨١م

المذهب الأول

ذهب أبوحنيفة وزفر والشافعي إلى أن الخيارلايجوزأن يتعدى ثلاثة أيام.(١)

وا ستدلوا بالآتي :

- الأصل امتناع الخيار ، لكونه مخالفا لوضع البيع ؛ إذ يمنع نقل الملك أو لزومه، إلا أنه ثبت رخصة واستثناء بحديث حبان منقذ السابق فوجب التقيد بالمدة الواردة في الحديث .

- حديث أنس: أن رجلا اشترى من رجل بعيرا و اشترط عليه الخيار أربعة أيام، فأبطل رسول الله صلى الله عليه و سلم البيع، و قال : "الخيار ثلاثة أيام ."(٢)

إلا أن هذا الحديث ضعيف كما ذكر عبد الحق الإشبيلي في "أحكامه" (٣)

- لأن خيار الشرط إنما أبيح للحاجة و الحاجة تندفع بالثلاثة أيام غالبا .

و لو زاد شرط الخيار على ثلاثة أيام يبطل العقد عند الشافعي و يفسد عند أبي حنيفة و زفر ، و لكنه يعود صحيحا عند أبي حنيفة إذا أجاز من له الخيار في خلال ثلاثة أيام لزوال المفسد قبل أن يتقرر الفساد ، أما عند زفر فلا يعود صحيحا لأن الفاسد من العقود عنده لا يعود صحيحا بحال .

المذهب الثاني

و ذهب المالكية (٤) إلى أنه يجوز الخيار بقدر ما تدعو إليه الحاجة ، و يختلف ذلك باختلاف المعقود عليه كما رأينا سابقا في كلام ابن رشد .

و استدلوا على مذهبهم بأن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع ، و بناء على ذلك يكون الخيار محدودا بزمان إمكان اختيار المبيع ، و هو يختلف باختلاف المبيعات ، فيكون الحديث عندهم من باب الخاص أريد به العام .

١- انظر في تفصيل هذا المذهب : المبسوط للسرخسي ٤١/١٣ ط - باكستان ، و بدائع الصنائع للكاساني ١٧٤/٥، ط- باكستان ، و مغنى المحتاج ٤٧/٢ - ٤٨ ط - المكتبة الإسلامية .

٢- رواه عبد الرزاق في مصنفه ، و ذكره عبد الحق الاشبيلي في "أحكامه " و أعله بابان بن أبي عياش ، و قال إنه لايحتج بحديثه . انظر : نصب الراية للزيلعي ٨/٤ ط - دار الحديث - مصر .

٣- نقلا عن نصب الراية للزيلعي ٨/٤ ط- دار الحديث - مصر .

٤- انظر في تفصيل مذهبهم : بداية المجتهد ٢٠٩/٢ ط - مصطفى البابي الحلبي - مصر .١٩٨١م

المذهب الثالث

ذهب أبو يوسف و محمد و الحنابلة (١) إلى أنه يجوز اشتراط مدة الخيار بحسب ما يتفق عليه العاقدان من المدة المعلومة ، قلت مدته أو طالت . و استدلوا على ذلك بقولهم الآتي :

- لأنه "حق يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى مشترطه كالأجل ، أو نقول مدة ملحقة بالعقد فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل ."(٢)

- و لأن خيار الشرط لا ينافي مقتضى البيع ؛ "فإن مقتضى البيع نقل الملك و الخيار لا ينافيه ، و إن سلمنا ذلك لكن متى خولف الأصل (أي الأصل نفاذ البيع و عدم الخيار) لمعنى في محل (و هو ترخيص الرسول صلى الله عليه و سلم لمنقذ بن حبان في الخيار) وجب تعدية الحكم لتعدي ذلك المعنى "(٣)

١- انظر في تفصيل مذهبهم : المبسوط للسرخسي ٤١/١٣ ، المغنى لابن قدامة ٥٨٥/٣ - ٥٨٨ ط - الرياض .

٢- المغنى لابن قدامة ٥٨٦/٣ ط - الرياض .

٣- المغنى لابن قدامة ٥٨٦/٣ ط - الرياض .

المبحث الرابع

العقود التي يدخلها خيار الشرط

هناك عقود تقبل دخول خيار الشرط و هناك عقود أخرى لا تقبل دخوله ، و يكون ذلك تبعا لكون العقد لازما أو غير لازم ، و لكونه يشترط فيه القبض في المجلس أو لا يشترط ، و لمدى قابليته للفسخ و من له حق الفسخ ، و فيما يأتي تفصيل العقود التي تقبل شرط الخيار و التي لا تقبله .

أولا : العقود التي يدخلها خيار الشرط

يدخل خيار الشرط العقود الآتية : (١)

١- العقد اللازم الذي يقصد منه العوض كالبيع و ما في معناه و لا يشترط فيه القبض في المجلس و ذلك كالبيع في غير الربويات و الهبة بعوض فهذا النوع من العقود يدخله الخياران : خيار المجلس و خيار الشرط .

٢- العقداللازم من أحد طرفيه و القابل للفسخ كالرهن و الكفالة و الحوالة فهذه العقود أيضا يدخلها خيار اشرط ، و ذهب ابن قدامة في المغنى إلى أنها لا يدخلها خيار الشرط و علل ذلك في الرهن بقوله : "لأن المرتهن يستغني بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر ، و الراهن يستغني بثبوت الخيار له إلى أن يقبض ."(٢)

١- انظر في تفصيل هذه العقود : المغنى لابن قدامة ٣/٥٩٤ - ٥٩٥ ، الفقه الإسلامي و أدلته ٤/٢٥٤ - ٢٥٥ ، المكية و نظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٩٣ - ٣٩٤ ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، د- حسين حامد حسان ص ٤٥٤ .

٢- المغنى ٣/٥٩٥ ط - الرياض .

و علل عدم دخوله في الضمان و الكفالة بقوله : "لأنهما دخلا متطوعين راضيين بالغبن ."(١)

٣- عقود مترددة بين الجواز و اللزوم ، كالمساقات و المزارعة فمن رجح فيهما جانب اللزوم أثبت فيهما خيار الشرط و من رجح فيهما جانب الجواز لم يثبت فيهما خيار الشرط .

ثانيا : العقود التي لا يدخلها خيار الشرط .(٢)

١- العقود اللازمة التي يقصد منها العوض لكن يشترط فيها القبض في المجلس كالصرف و السلم و بيع المال الربوي بجنسه ، فهذه لا يدخلها خيارالشرط باتفاق : "لأن من مقتضى الخيار تأخير الأحكام و منها القبض ، و هذه العقود يشترط فيها القبض فهي منافية لاشتراط الخيار ."(٣)

٢- العقود اللازمة التي لا يقصد بها العوض كالنكاح و الخلع . فلايثبت فيهما خيار و ذلك لأنها لا تقبل الفسخ بطبيعتها ، و لأن "هذه العقود لا تتراخى آثارها عن عباراتها المنشئة لها ، و شرط الخيار من مقتضاه تأخير الأحكام بالنسبة لمن اشترط لنفسه الخيار ، حتى تنتهي المدة أو يبرم أو يفسخ ، و هذا معناه أن يتراخى حكم العقد عن عبارته ، و ذلك ما لا تقبله العقود غير القابلة للفسخ ."(٤)

٣- العقود غير اللازمة كالوكالة و الإعارة و الإيداع و الهبة و الوصية فهذه لا يدخلها خيار الشرط ؛ إذ هي لا تحتاج إلى خيار أصلا لأنها بطبيعتها غير لازمة .

١- المغنى لابن قدامة ٣/٥٩٥ ط - الرياض .

٢- انظر في تفصيلها نفس المراجع المذكورة في "العقود التي يدخلها خيار الشرط ."

٣- الملكية و نظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٩٤ .

٤- الملكية و نظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٩٣ .

المبحث الخامس

من الذي يثبت له خيار الشرط

اتفق الفقهاء على أن شرط الخيار يصح أن يشترطه كل واحد من العاقدين لنفسه ، كما يصح أن يشترطه أحد العاقدين لنفسه دون الآخر .(١)

ثم اختلفوا بعد ذلك في صحة اشتراط الخيار لغير العاقدين :

فذهب جمهور الفقهاء (٢) إلى جواز ذلك و احتجوا لذلك بأن الحاجة التي شرع شرط الخياربسببها متوفرة في غير العاقدين و هي التي تجعل ذلك جائزا ؛ لأن الشخص عساه يحتاج لمشاورة غيره و الرجوع إليه ؛ لأنه يهمه رضاه بالمعقود عليه وقبوله له ، فيشترط الخيار له ، و يفوض إليه حق الفسخ ، ليكون الرضا عقدة معنوية في عنقه لا يستطيع الخروج منها .

و ردواعلى حجة المخالفين،من كون الخيارمن مقتضيات العقد فلايتعدى لغير العاقدين،بأن كونه من مقتضيات العقد لايتنافى مع اشتراطه لغير العاقدين ؛ لأنه إن اشترطه أحد العاقدين لغيرهما كان الخيار لهذا العقد بالأصالة و لغيره بالنيابة ، فكان له حق الفسخ بمقتضى الوكالة عن العاقد الذي اشترط له الخيار .(٣)

١- انظر في تفصيل هذا : المغنى لابن قدامة ٥٨٧/٣ ، فتح القدير ١٢٦/٥ ، الملكية و نظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٩٢، والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور حسين حامد حسان ص ٤٥٤ ، و المعاملات الشرعية لأحمد إبراهيم بك ص ١٠٤ .

٢- انظر المغنى لابن قدامة ٥٨٧/٣ ط - الرياض .والملكية و نظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٩٢ .و المبسوط لسرخسي ٤٧/١٣ ط - باكستان ، و مغنى المحتاج للشربيني ٤٦/٢ ط - مصطفى الحلبي .

٣- الملكية و نظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٩٢ .

و في ذلك يقول ابن قدامة : "و إن شرط الخيار لأجنبي صح و كان اشتراطا لنفسه و توكيلا لغيره و هذا قول أبي حنيفة و مالك و قول للشافعي ."(١)

و ذهب زفر (٢) و الشافعي (٣) في القول الثاني إلى أنه لا يجوز لهما اشتراط الخيار للغير .و احتجوا على ذلك "بأن الخيار شرع لمصلحة العاقدين وليس لغيرهما في العقد حظ فلم يشرع له ، و أيضا فالخيار إذا اقترن شرطه بالعقد كان مثل موجباته و أحكامه ، و هي لا تتعدى العاقدين فإذا اشترط الخيار لغيرهما كان ذلك إيبات حكم العقد لغير العاقدين ."(٤)

جاء في فتح القدير:"و من اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره ، فأيهما جازالخيار، و أيهما نقض انتقض ، و أصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جاز استحسانا و في القياس لا يجوز . وهو قول زفر ؛ لأن الخيار من موجبات العقد و أحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ."(٥)

١- المغني لابن قدامة ٥٨٧/٣ ط - الرياض .

٢- انظر المبسوط للسرخسى ٤٧/١٣ ط باكستان .

٣- انظر مغنى المحتاج للشربينى ٤٦/٢ ٤٧ ط مصطفى الحلبى .

٤- الملكية و نظرية العقد لأبى زهرة ص ٣٩٢ .

٥- فتح القدير ١٢٦/٥ ط مصر .

المبحث السادس

ما ينتهي به خيار الشرط

ينتهي خيار الشرط و يسقط بواحد من الأسباب الآتية : (١)

١- إمضاء العقد في مدة الخيار ، بالقول أو بالفعل ، صراحة أو دلالة ، فإذا أمضاه صاحب الخيار زال حق الخيار و لزم العقد منذ صدوره .

٢- فسخ العقد في مدة الخيار ، صراحة أو دلالة ، بالقول أو بالفعل ، فإذا فسخ فقد زال العقد و اعتبر كأن لم يكن .

٣- مضى مدة الخيار دون أن يستعمل من شرط له الخيار حقه في فسخ العقد أو إمضائه ، فمضى هذه المدة يسقط الحق في الخيار ، و يجعل العقد لازما .

٤- هلاك المعقود عليه أو تعيبه في يد صاحب الخيار ، فإن كأن الخيار للبائع بطل البيع و سقط الخيار ، و إن كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع لكن يسقط الخيار و يلزم البيع ، و يجب على المشتري دفع الثمن ، و يستوي في ذلك أن يكون التعيب أو الهلاك بفعل المشتري أو بفعل البائع ، أو بآفة سماوية .

٥- زيادة المعقود عليه في يد المشتري إذا كان له زيادة متولدة عنه سواء كانت متصلة أو منفصلة ، أما إذا كانت الزيادة منفصلة غير متولدة عنه كالأجرة فلا يبطل الخيار و لا يمتنع الرد .

١- انظر في تفصيل هذه الأسباب : بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٦٧ - ٢٧٢ ، المبسوط للسرخسي ١٣/٤٢ - ٤٤ ، الفقه الإسلامي و أدلته ٤/٢٧٢. الملكية و نظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٩٦ .المدخل للدكتور حسين حامد حسان ص ٤٥٨ - ٤٥٩ . بداية المجتهد لابن رشيد ٢/٢٠٩ - ٢١٢ ط مصطفى البابي الحلبي - مصر ١٩٨١م

٦- موت من له الخيار عند الأحناف و الحنابلة ؛ لأن هذا الخيار رغبة و مشيئة و الرغبات لا تورث عندهم ، و لأنه حق يتعلق بشخص المورث فلم يجر انتقاله إلى غيره بموته .

و ذهب المالكية و الشافعية إلى أن خيار الشرط لا يسقط بموت من شرط له بل ينتقل إلى ورثته ، لأنه من الحقوق التي تتصل بالأموال و الحقوق تورث عندهم.(١)

١- انظر في تفصيل هذه الأسباب : بدائع الصنائع للكاساني ٢٦٧/٥ - ٢٧٢ ، المبسوط للسرخسي ٤٢/١٣ -٤٤ ، الفقه الإسلامي و أدلته ٢٧٢/٤. الملكية و نظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٩٦ .المدخل للدكتور حسين حامد حسان ص ٤٥٨ - ٤٥٩ ، بداية المجتهد لابن رشد ٢٠٩/٢ - ٢١٢ ط مصطفى البابي الحلبي - مصر ١٩٨١م

المبحث السابع

موت من شرط له الخيار في مدة الخيار

اختلف الفقهاء في حكم خيار الشرط إذا مات من شُرِطَ له الخيار في مدة الخيار : هل يسقط حق الخيار ؟ أم ينتقل إلى ورثته .(١)

فذهب الحنفية و الحنابلة إلى أن خيار الشرط يسقط بموت من شرط له و لا ينتقل إلى ورثته .

و ذهب الشافعية و المالكية إلى عدم سقوطه و أنه ينتقل إلى ورثة المشروط له .

و الخلاف بين الفريقين قائم على الخلاف بينهم في وراثة الحقوق ، فالشافعي و معه المالكية يورثون كل الحقوق سواء أ كانت مشيئة و إرادة كخيار الشرط و حق الشفعة أو غيرها ، أما الحنفية فلايورثون إلا الحقوق المالية ، و لذلك لم يورثوا خيار الشرط و لا الشفعة .(٢)

أولا: دليل الحنفية و الحنابلة : (٣)

احتجوا بأن خيار الشرط ليس في معناه إلا رضا العاقد أو عدم رضاه ، و الرضا مشيئة و إرادة ، و هما حالان خاصتان بنفس المورث تذهبان معه بموته فلا يمكن انتقالهما إلى الورثة .

١- انظر في هذا : بدائع الصنائع ٢٦٧/٥ - ٢٧٢ ، المبسوط للسرخسي ٤٢/١٣ - ٤٤ ، الملكية و نظرية العقد لأبي زهرة ص ٤٠٩ - ٤١٠ ، بداية المجتهد لابن رشد ٢١٠/٢ - ٢١٢ ط - مصطفى الحلبي - مصر ، ١٩٨١م

٢- الملكية و نظرية العقد لأبي زهرة ص ٤١٠ .

٣- المبسوط للسرخسي ٤٢/١٣ - ٤٣ ، طبع باكستان ، و المغنى لابن قدامة ٥٧٩/٣ ط - الرياض .

ثانيا: دليل الشافعية و المالكية : (١)

و احتج الشافعية و المالكية بأن الورثة خلفاء الميت في كل ما يتركه من حقوق و أموال ، و خيار الشرط حق للميت متعلق بمال من أمواله فينتقل للورثة ، لأن الإرث صفة للوارث تجعل الحق ينتقل إليه ، ثم هو حق متعلق بالأموال فينتقل تابعا لها .

١- انظر مغنى المحتاج ٤٦/٢ - ٤٧ ط - مصطفى الحلبي . و بداية المجتهد ١٥٩/٢ - ١٦٠ ط - باكستان .

المبحث الثامن

أثر خيار الشرط

يترتب على خيار الشرط آثار كثيرة من حيث ثبوت الالتزام على من اشترط الخيار لنفسه ، و من حيث ثبوت أحكام العقد : هل تثبت فورا أم تتأخر بسبب خيار الشرط ؟

وسأتعرض لعرض هذه الآثار حسب المذاهب الفقهية :

أولا :المذهب الحنفي.(١)

تختلف آثار خيار الشرط عند الحنفية بحسب صاحب الخيار و ذلك على التفصيل الآتي :

١- إذا كان الخيار للعاقدين : كان العقد غير منعقد من ناحية حكمه في حقهما معا ، أي أن المبيع لا يخرج من ملك البائع ؛ لأن البيع غير لازم له و كذلك لا يخرج الثمن من ملك المشتري و لا يدخل في ملك البائع ؛ لأن البيع غير لازم له أيضا . فملكية كل من المبيع و الثمن تكون موقوفة .

٢- إذا كان الخيار للبائع وحده : كان العقد غير منعقد في حقه من ناحية ثبوت الحكم ، فلا يخرج المبيع عن ملكه ؛ لأن البيع غير لازم له ، لكن الثمن يخرج من ملك المشتري ؛ لأن البيع لازم للمشتري .

١- انظر في تفصيل هذا : بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٦٤ و ما بعدها ، مصادر الحق للسنهوري ٤/٢٠٤، الفقه الإسلامي و أدلته للزحيلي ٤/ ٥٥٠، تحفة الفقهاء للسمرقندي ١/٧٦ و ما بعدها ط ١/ سنة - ١٩٨٤م .

لكن علماء الحنفية اختلفوا بعد ذلك هل يدخل الثمن ، بعد خروجه من ملك المشتري ، في ملك البائع أم لا يدخل ؟

ذهب أبو حنيفة إلى أن الثمن لايدخل في ملك البائع و علل ذلك بمنع اجتماع البدلين (المبيع و الثمن) في يد واحدة و هي يد البائع ؛ لأن اجتماع البدلين في يد واحدة لا يجوز في عقود المعاوضات التي تتطلب المساواة بين البائع و المشتري

و ذهب الصاحبان إلى أن الثمن يدخل في ملك البائع مادام البيع وقع باتًا ، أي لازما بالنسبة للمشتري ، إذ لم يشترط الخيار لنفسه ، و عللوا مذهبهم هذا بأن القول بعدم دخول الثمن في ملك البائع مع الاعتراف بكونه خرج من ملك المشتري يجعله بلا مالك ، و الشيء لا يصح أن يكون بلا مالك .

٣- إذا كان الخيار للمشتري وحده : كان البيع غير منعقد بالنسبة للمشتري ، فلا يخرج الثمن عن ملكه ، و يكون لازما في حق البائع و يخرج المبيع من ملكه ، و لكنه لا يدخل في ملك المشتري عند أبي خنيفة ، و يدخل في ملكه عند الصاحبين ، كما فصلت سابقا .

ثانيا : مذهب المالكية.(١)

ذهب المالكية و أحمد في رواية عنه إلى أن ملك المبيع يبقى للبائع مدة الخيار ، إلى أن ينقضي الخيار . و إمضاء البيع عندهم معناه نقل المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري ، و ليس تقريرا للملك ، و دليلهم أن ملك المشتري غير تام لاحتمال رده .و بناء على رأيهم هذا تكون غلة المبيع الحاصلة في زمن الخيار للبائع .

ثالثا : المذهب الشافعي.(٢)

ذهب الشافعية إلى أنه إن كان الخيار المشروط للبائع فملك المبيع و توابعه من لبن و ثمر و كسب له .

و إن كان الخيار للمشتري فيكون الملك له ؛ لأنه هو المتصرف في المبيع ، و نفوذ

١- انظر في تفصيل ذلك : حاشية الدسوقي ١٠٣/٣ دار إحياء الكتب العربية .

٢- انظر مغنى المحتاج للشربيني ٤٨/٢ ، و المهذب للشيرازي ٢٥٩/١ ط - دار الفكر .

التصرف دليل على الملك .

و إن كان الخيار للبائع و المشتري معا فالملك موقوف لأنه ليس أحد الجانبين أولى من الآخر ، فيحصل التوقف ، فإن تم البيع تبين أن الملك للمشتري من وقت العقد ، و إن لم يتم البيع تبين أن الملك للبائع ، و كأنه لم يخرج عن ملكه .

رابعا : مذهب الحنابلة.(١)

ذهب الحنابلة في ظاهر المذهب إلى أن الملك ينتقل إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد ، و لا فرق في ذلك بين كون الخيار لهما، أو لأحدهما أيهما كان .

و دليلهم في ذلك قول النبي صلى الله عليه و سلم : "من باع عبدا و له مال ، فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ."(٢)

و قوله صلى الله عليه ر سلم : "من باع نخلا بعد أن تؤبر ، فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ."(٣)

فقد جعل النبي صلى الله عليه و سلم المبيع للمشتري بمجرد اشتراطه و هو عام في كل بيع ، و لأنه بيع صحيح ، فنقل الملكية عقبه كالذي لا خيار فيه .

١- انظر في تفصيل ذلك : المغنى ٥٧١/٣ ط - الرياض ، القواعد لابن رجب ص ٣٧٧ ط - دار المعرفة - بيروت .

٢- هما جزءان من حديث واحد أخرجه مسلم في صحيحه ١١٧٣/٣ باب رقم (١٥) من كتاب البيوع ط - دار إحياء التراث العربي - بيروت .

٣- هما جزءان من حديث واحد أخرجه مسلم في صحيحه ١١٧٣/٣ باب رقم (١٥) من كتاب البيوع ط - دار إحياء التراث العربي - بيروت .

الفصل الرابع

الشروط في النكاح

يشتمل هذا الفصل على تمهيد و ستة مباحث

المبحث الأول : في تعريف النكاح في اللغة و بيان حقيقته عند الفقهاء .
المبحث الثاني : الشروط الواجب الوفاء بها و ما اختلف فيه منها .
المبحث الثالث : شرط الولي .
المبحث الرابع : شرط الكفاءة .
المبحث الخامس : شرط الدخول في التحليل .
المبحث السادس: آراء الفقهاء في فسخ عقد النكاح بالعيوب .

تمهيد

الآثار المترتبة على عقد الزواج تعتبر من أعمال الشارع كما هي القاعدة في العقود في الفقه الإسلامي .

فالشروط التي تقترن بعقد النكاح لا تكون في الحقيقة واجبة لأحد المتعاقدين أو لكليهما إلا إذا وافقت أغراض الشارع من هذا العقد .

و قد شرع الزواج لحكم سامية هي : إعفاف المرأة نفسها و زوجها عن الوقوع في الحرام ، و حفظ النوع الإنساني من الزوال و الانقراض بالإنجاب و التوالد ، و حفظ الأنساب ، و بقاء الأسرة التي يتم بها تنظيم المجتمع و المحافظة عليه متماسكا ، و إيجاد التعاون و المودة بين أفراد المجتمع ، و بالاستعانة بالزواج تتم جميع مصالح الدنيا و الآخرة ، لذا تعد درجة الزواج في الشريعة الإسلامية مساوية لدرجة العبادات.

و قد اتفق الفقهاء على وجوب الوفاء بالشروط الوادرة في عقد النكاح إذا كان لها أصل في الشريعة بالنفي أو الإثبات ، لكنهم اختلفوا في الشروط التي ليس لها أصل في الشريعة لا بالنفي و لا بالإثبات.(١) و سنرى في هذا الفصل الشروط التي هي محل اتفاق بين الفقهاء و التي هي محل خلاف بينهم .

١- حاشية ردالمختار على درالمختار ٢٥٨/٢ . و الشرح الكبير للدسوقي ٢٢٦/٢ ، و مغنى المحتاج ١٣٩/٣ ، و المهذب ٤١/٢ ، و بداية المجتهد ٣/٢ وما بعدها ، و المغنى ٥٢٦/٦ .

المبحث الأول

تعريف النكاح في اللغة . و بيان حقيقته عند الفقهاء :

و فيه مطلبان

الأول : تعريف النكاح في اللغة .

الثاني: بيان حقيقته عند الفقهاء .

المطلب الأول

تعريف النكاح في اللغة

النكاح في اللغة : الضم و الجمع . يقال : تناكحت الأشجار إذا تمايلت و انضم بعضها إلى بعض . و يطلق على العقد مجازا لأنه سبب في الوطء .(١)

١- انظر : المعجم الوسيط ٩٥١/٢ ط- طهران- إيران. و المنجد ص ٨٣٦ . المطبعة الكاثوليكية ، ١٩٦٠ الطبعة ٢١ .

المطلب الثاني

بيان حقيقة النكاح عند الفقهاء

اختلف العلماء في المعنى الشرعي للنكاح : هل هو حقيقة في العقد، أم في الوطء، أم هو مشترك بينهما على ثلاثة أقوال: (١)

الأول : ذهب البعض إلى أنه حقيقة في العقد ، مجاز في الوطء ، و استدل على ذلك بكثرة وروده بمعنى العقد في الكتاب و السنة ، و هذا هو الأرجح عند الشافعية و المالكية .

الثاني : و ذهب البعض الآخر إلى أنه حقيقة في الوطء ، مجاز في العقد كالمعنى اللغوي ،فمتى ورد لفظ النكاح في الكتاب و السنة بدون قرينة يكون معناه الوطء . وهذا رأي الحنفية .

الثالث : و ذهب فريق ثالث إلى أنه مشترك لفظي بين العقد و الوطء ، و استدلوا على ذلك بأن الشرع تارة يستعمله في العقد ، و تارة يستعمله في الوطء بدون أن يلاحظ في الاستعمال هجر المعنى الأول ، و ذلك يدل على أنه حقيقة فيهما .

١- انظر في تفصيل هذا : الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمن الجزائري ٤/١-٢ ط - دار الإرشاد - القاهرة - مصر . والفقه الإسلامي و أدلته ٧/ ٣٠ ، طبعة سابقة .

تعريفات الفقهاء للنكاح

عرف الفقهاءالنكاح بعدة تعريفات استعرض خلاصتهافيمايأتي حسب المذاهب الفقهية:

أولا :المذهبالحنفي: عرفه الحنفية بأنه : عقد يفيد ملك المتعة قصدا ، أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي ، بالقصد المباشر .(١)

ثانيا **:المذهبالمالكي:**(٢) عرفه المالكية بأنه : عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها بينة قبله غير عالم عاقده حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على غير المشهور .

ثالثا **:المذهبالشافعي:**(٣)عرفه الشافعية بأنه : عقد يتضمن ملك وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو معناهما .

رابعا **:المذهبالحنبلي:** (٤)عرفه الحنابلة بأنه : عقد بلفظ إنكاح أو تزويج على منفعة الاستمتاع .

يتضح من خلال التعريفات السابقة أن حقيقة النكاح عند الفقهاء هي أنه عقد وضعه الشارع ليرتب عليه إباحة استمتاع الزوجين بعضها ببعض .

والمشهورفي المذاهب أن المعقودعليه هوالانتفاع بالمرأة دون الانتفاع بالرجل،لكن في المذهب الشافعي قول بأن المعقودعليه كل من الزوجين،أي انتفاع الرجل بالمرأة ، وانتفاع المرأة بالرجل. وهوالذي أراه راجحا ، ومتوافقامع مقاصد الشارع من الزواج.

و مهما يكن المعقود عليه فإن الفقهاء متفقون على أنه يحرم الانصراف عن المرأة إذا ترتب على ذلك إضرارها أو إفساد لأخلاقها و عدم إحصانها ، كما أنه يحرم على الرجل أن تتلذذ به أجنبية عنه .(٥)

١- راجع تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٩٤/٢ و ما بعدها ط - باكستان ، حاشية ابن عابدين ٢٥٨/٢ - ٢٥٩ ط-دار إحياء التراث العربي - لبنان .

٢- الخرشي على مختصر خليل و معه حاشية العدوي ١٦٤/٢ - ١٦٥ ط- دار الفكر - لبنان ، الشرح الصغير للدردير ٣٧٣/١ - ٣٧٤ مطبوع بهامش بلغة السالك .

٣- انظر : مغني المحتاج للشربيني ١٢٣/٣ ط- المكتبة الإسلامية ، نهاية المحتاج للرملي ١٧٣/٦ - ١٧٤ ط-المكتبةالإسلامية .

٤- انظر : المغني لابن قدامة ٤٤٥/٦ ط- الرياض ، كشاف القناع ٥/٥ - ٦ ط- دار الفكر - لبنان .

٥- انظر : الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة ٣/٤- ٤ طبعة سابقة .

حكم النكاح عند الفقهاء: (١)

اختلف الفقهاء في حكم النكاح بين الوجوب و الإباحة و الندب ، و الراجح أنه ترد عليه الأحكام الشرعية الخمسة ، و هي : الوجوب ، و الحرمة ، والكراهة ، والندب ، والإباحة .

- فيكون النكاح واجبا عند عامة الفقهاء إذا تيقن الإنسان الوقوع في الزنا لو لم يتزوج ، و كان قادرا على نفقات الزواج .

- و يكون حراما إذا تيقن الشخص ظلم المرأة و الإضرار بها إذا تزوج ، بأن كان عاجزا عن تكاليف الزواج ، أو لا يعدل إن تزوج بزوجة أخرى ؛ لأن ما أدى إلى الحرام فهو حرام .

- و يكون مكروها إذا خاف الرجل الوقوع في الجور و الضرر خوفا لا يصل إلى مرتبة اليقين إن تزوج ، لعجزه عن الإنفاق ، أو إساءة العشرة ، أو فتور الرغبة في النساء .

- و يكون الزواج مندوبا في حالة الاعتدال ، بأن يكون الشخص معتدل المزاج ، بحيث لا يخشى الوقوع في الزنا إن لم يتزوج ، و لا يخشى أن يظلم زوجته إن تزوج.

- و يرى الإمام الشافعي أن الزواج في حالة الاعتدال يكون مباحا.

١- انظرفي تفصيل ذلك: بدائع الصنائع ٢٢٨/٢ ، بداية المجتهد ٢/٢ ط - باكستان ، المهذب ٣٣/٢ ، المغنى٤٤٦/٦ ، الفقه الإسلامي و أدلته ٣١/٧ ٣٣ ، بلغة السالك للصاوي ٣٧٣/١- ٣٧٤ ط- مصطفى البابي الحلبي .

المبحث الثاني

الشروط الواجب الوفاء بها و ما اختلف فيه منها

و فيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الشروط الواجب الوفاء بها .

المطلب الثاني : الشروط التي لا يجب الوفاء بها .

المطلب الثالث : الشروط المختلفة فيها.

المطلب الأول

الشروط الواجب الوفاء بها

الشروط التي يجب توفرها و الوفاء بها في عقد النكاح هي شروط الانعقاد ، و شروط الصحة ، و شروط النفاذ ، و شروط اللزوم .

- أما شروط الانعقاد فهي:(١)

١- **شروط العاقدين:** و هي أن يكون كل منهما ذا أهلية للتصرف ، و أن يسمع كل من العاقدين لفظ الآخر سواء حقيقة أو حكما كالكتابة و الإشارة .

٢- **شروط المرأة :** بأن تكون أنثى محققة الأنوثة ، و ألا تكون محرمة على الرجل .

٣- **شروط صيغة العقد (الإيجاب والقبول)** : و هي اتحاد مجلس العقد، و اتصال الإيجاب بالقبول ، و توافق القبول مع الإيجاب و مطابقته له ، و بقاء الموجب على إيجابه حتى قبول العاقد الآخر ، و التخيير في الحال .

- وأما شروط الصحة فهي :

١- أن تكون صيغة الإيجاب و القبول مؤبدة غير مؤقتة .

٢- شهادة عدلين اثنين .

٣- المهر ، فيشترط أن يكون الزواج بصداق .

١- انظر في تفصيل هذا : بدائع الصنائع ٢٣٢/٢ وما بعدها . المهذب ٣٥/٢ وما بعدها . المغنى لابن قدامة ٤٤٨/٦ ومابعدها . بداية المجتهد ٣/٢ و ما بعدها . و الفقه على المذاهب الأربعة ١٣/٤ و ما بعدها . و الفقه الإسلامي و أدلته ٤٧/٧ و ما بعدها .

هذا الذي ذكرت خلاصته هو ما يتعلق بالشروط المتفق عليها و التي يجب توافرها في أركان العقد .

أما الشروط المقترنة بالعقد فإن الفقهاء قد اتفقوا على مجموعة من الشروط التي يجب الوفاء بها و هي الشروط الموافقة لمقتضى العقد ، و ذلك مثل أن تشترط المرأة على الرجل أن ينفق عليها ، أو أن يحسن معاشرتها ، أو أن يعدل في القسم بينها و بين زوجاته الأخريات .

و أن يشترط عليها الزوج طاعته ، و ألا تخرج من البيت إلا بإذنه .(١)

١- انظر : الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣٨ - ٤٦ ، و الفقه الإسلامي و أدلته ٥٤/٧ - ٥٩ ، و المهذب للشيرازي ٤٧/٢ ، و المغني ٥٤٨/٦ - ٥٥٦ .

المطلب الثاني

الشروط التي لا يجب الوفاء بها

الشروط التي لا يجب الوفاء بها مع بقاء العقد صحيحا هي تلك الشروط التي تكون منافية لمقتضى العقد .(١)

كاشتراط ترك الإنفاق و الوطء ، أو كاشتراط أن لا مهر لها ، أو أن يعزل عنها ، و كاشتراط أن تكون النفقة على حساب المرأة ، أو لا يكون عندها في الأسبوع إلا ليلة واحدة ، أو كاشتراط النهار لها دون الليل .

فهذه الشروط و نحوها كلها باطلة في نفسها لأنها منافية لمقتضى العقد.(٢)

و لأن هذه الشروط إسقاط حقوق لم تجب بالعقد قبل عقده ، فلم يصح إسقاطها، كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع . أما العقد في نفسه فهو صحيح؛ لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد عن العقد لا يشترط ذكره و لا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط في العقد صداقا محرما ، و لأن الزواج يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد .(٣)

١- زاد المعاد لابن القيم ٥/١٠٦ طبعة سابقة .

٢- المغنى لابن قدامة ٤/٥٥٠ ٥٥٢ ط الرياض .

٣- المغنى لابن قدامة ٤/٥٥٠ ٥٥٢ ط الرياض .

و من الشروط التي يحرم الوفاء بها باتفاق الفقهاء الشروط التي نهى الشارع عنها ، مثل اشتراط المرأة طلاق ضرتها عند زواجها به .

فعن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه : "أن النبي صلى الله عليه و سلم نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، أو يبيع على بيعه، و لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفيء ما في صحفتها أو ما في إنائها فإنما رزقها على الله تعالى ."(١)

و في حديث آخر عن ابن عمر : "أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: "لا يحل أن تنكح المرأة بطلاق أختها ."(٢)

و هذا النهي يقتضي فساد المنهي عنه ، و لأنها شرطت عليه نسخ عقده ، و إبطال حقه و حق امرأته فلم يصح ، كما لو شرطت عليه فسخ بيعه .(٣)

١- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧/ ١٨ ٢٤٩ ط دار الفكر . و الهيثمي في مجمع الزوائد ٣٣٣/٤ ط-دارالكتاب العربي - بيروت .

٢- أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد ٣٣٣/٤ ط دار الكتاب العربي - بيروت ١٩٨٢ م .

٣- انظر : زاد المعاد لابن القيم ١٠٧/٥ ط- مؤسسة الرسالة الطبعة (١٥) ١٩٨٧م

المطلب الثالث

الشروط المختلف فيها

اختلف الفقهاء في الشروط التي لا تكون من مقتضى العقد ، و لكنها لاتنافي حكما من أحكام الزواج صراحة ، و فيها منفعة لأحد العاقدين .

و ذلك مثل اشتراط ألا يتزوج عليها ، أو لا يسافر بها ، أو لا يخرجها من دارها أو بلدها ، و نحو هذا من الشروط .

و قد اختلف الفقهاء في هذا النوع من الشروط على مذهبين و فيما يلي بيان هذين المذهبين و أدلتهما .

القول الأول

و هو مذهب أبي حنيفة و الشافعي .(١)

و يرى أصحابه أن الزواج صحيح ، و الشروط ملغاة ، و لا يلزم الوفاء بها ، و أدلتهم في ذلك ما يأتي :

١- قوله صلى الله عليه وسلم : "المسلمون على شروطهم ، إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا ..."(٢)

٢- قوله صلى الله عليه و سلم:"كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل.(٣)

٣- لأن هذه الشروط ليست من مصلحة العقد ، و لا من مقتضاه و فيها

١- انظر في تفصيل هذا : مغنى المحتاج ١٨٣/٣ و ما بعدها ، المهذب للشيرازي ٤٧/٢ وما بعدها ، تبيين الحقائق للزيلعي ١٤٩/٢ ، و بدائع الصنائع للكاساني ٢٧٧/٢ ط - باكستان .

٢- سبق تخريجه ص ٢٩ .

٣- سبق تخريجه ص ١٩ .

تضييق على الزوج و قد تخالف مقتضى العقد و إن كانت لا تضر بمقصوده الأصلي.

القول الثاني

و هو مذهب أحمد و مالك .(١)

أما المالكية فذهبوا إلى أن هذه الشروط صحيحة و للزوج الوفاء بها لكنها مكروهة لما فيها من تضييق على الزوج .و ذهب الحنابلة إلى لزوم الوفاء بها لما فيها من منفعة و فائدة .

و استدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب الكريم و السنة النبوية المطهرة و من المعقول . و فيما يلي خلاصة أدلتهم .(٢)

١- عموم الآيات التي تأمر بالوفاء بالعهود و العقود ، و منها قوله تعالى : "يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود...."(٣)

٢- قوله صلى الله عليه و سلم : "المسلمون على شروطهم ..."(٤)

٣- قوله صلى الله عليه و سلم : "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج ...."(٥)

٤- ما رواه الأثرم بأسناده : "أن رجلا تزوج امرأة و شرط لها دارها ، ثم أراد نقلها ، فخاصموه إلى عمر ، فقال : "لها شرطها، فقال الرجل: إذن تطلقنيها ؟ فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط .."

٥- لأنه شرط لها فيه منفعة ، و لا يمنع المقصود من الزواج فكان لازما ، كما لو شرطت زيادة في المهر ، أو غير نقد البلد .

١- انظر في تفصيل هذا : حاشية الخرشي على مختصر خليل ٣/٢٣٩ - ٢٤٤ ط - دار الفكر ، و المغنى لابن قدامة ٦/٥٤٨ - ٥٥٢ ط - الرياض .

٢- سبقت الإشارة إليها بالتفصيل في المطلب الثاني من المبحث الخامس من الفصل الثاني من الباب الثاني ص فلتنظرهناك.

٣- المائدة : ١ .

٤- سبق تخريجه ص١٩ .

٥- سبق تخريجه ص ١٩ .

المبحث الثالث

اشتراط الولي

اتفق الفقهاء جميعا على اشتراط الولي في تزويج الصغير و الصغيرة ، و المجنون ، و المجنونة و لو كانوا كبارا .(١)

لكنهم اختلفوا بعد ذلك في اشتراط الولي في زواج المرأة البالغة العاقلة على ثلاثة أقوال : (٢)

القول الأول : و هو مذهب الجمهور من مالكية و شافعية و حنابلة حيث ذهبوا إلى أن الولي شرط في النكاح ، فلا يصح الزواج بدون ولي و قالوا إنه لا نكاح إلا بولي.

القول الثاني : و هو مذهب الحنفية حيث ذهبوا إلى عدم اشتراط الولي لصحة نكاح المرأة العاقلة البالغة ، و قالوا : إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي و كان كفؤا جاز النكاح و كان العقد صحيحا .

القول الثالث : و هو قول داؤد الظاهري حيث فرق بين الثيب و البكر فقال باشتراط الولي في البكر و عدم اشتراطه في الثيب .

وفي بيان هذه المذاهب يقول ابن رشد:"اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط؟ فذهب مالك إلى أنه لايكون نكاح إلا بولي، وأنها

١- انظر الفقه على المذاهب الأربعة للجزري ٤/٢٩ - ٣٦ ،طبعة سابقة . و فقه السنة لسيد سابق ٢/١٣٥ - ١٣٧ .

٢- انظر بداية المجتهد لابن رشد ٢/٦ - ٧ ط - لاهور - باكستان .

شرط في الصحة في رواية أشهب عنه، وبه قال الشافعي، وقال أبوحنيفة وزفر والشعبي والزهري: إذاعقدت المرأة نكاحهابغير ولي وكان كفؤاجاز، وفرق داؤدبين البكر والثيب فقال: باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب.(١)

و استدل الجمهور على اشتراطهم الولي بالأدلة الآتية :

١- قوله تعالى : "فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ."(٢)

و وجه الدلالة أن هذا خطاب للأولياء ، و لو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل .

٢- قوله تعالى : "و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا .."(٣)

و وجه الدلالة أن هذا أيضا خطاب للأولياء بالنهي عن تزويج المشركين و لو لم يكن للأولياء حق في الولاية لما نهوا عن ذلك .

٣- ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت : قال: رسول الله صلى الله عليه و سلم : "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات ، و إن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ."(٤)

و قد رد الحنفية على هذا الحديث بتضعيفه سندا و يكون الزهري و عائشة رضي الله تعالى عنها لم يكن من مذهبهما اشتراط الولي في النكاح و عمل الراوي بخلاف روايته من أسباب ترك العمل بالحديث عندهم ..(٥)

٤- حديث ابن عباس : "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ."(٦)

و ضعفه الحنفية بكونه مختلفا في رفعه .

٥- حديث أبي هريرة رضي الله عنه : "لا تزوج المرأة المرأة ، و لا تزوج المرأة نفسها ."(٧)

١-انظر بداية المجتهد لابن رشد ٢/٦ - ٧ ط لاهور باكستان .

٢- سورة البقرة : ٢٣٢ .

٣- سورة البقرة : ٢٢١ .

٤- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠٥/٧ ط دار الفكر .

٥- انظر بداية المجتهد لابن رشد ٩/٢ ط - باكستان لاهور .

٦- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٢٥/٧ ط دار الفكر .

٧- رواه ابن ماجه ٦٠٦/١ و الدار قطني ٢١٣/٤ .

أما الحنفية فذهبوا إلى أنعقاد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها و إن لم يعقد عليها ولي ، بكرا كانت أو ثيبا ، عند أبي حنيفة و أبي يوسف في ظاهر الرواية ، و الولاية مندوبة مستحبة فقط ، و عند محمد ينعقد موقوفا .(١)

و استدلوا على مذهبهم بالأدلة الآتية :

١- قوله تعالى : " فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف .."(٢)

قالوا : و هذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها .

٢- قوله تعالى : "أن ينكحن أزواجهن " و قوله تعالى :"حتى تنكح زوجاغيره" و وجه الدلالة في الآيتين هو أن القرآن أضاف إليهن النكاح فدل ذلك على جواز تصرفهن في العقد على أنفسهن .

٣- حديث ابن عباس :"الأيم أحق بنفسها من وليها ، و البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها ."(٣)

أما داؤد الظاهري فاستدل على مذهبه في التفريق بين البكر و الثيب بحديث ابن عباس المتقدم : "الأيم أحق بنفسها من وليها ، و البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها ."(٤)

١- انظر : بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٣٧ ٢٤٧ ط باكستان .

٢- سورة البقرة : ٢٣٤ .

٣- أخرجه أبو داؤد في كتاب النكاح ٢/٥٧٧ ط اسطانبول تركيا .

٤- سبق تخريجه ص١٣٣.

المبحث الرابع

شرط الكفاءة

الكفء لغة : النظير و المثيل يقال : كافأه أي ساواه و ماثله .(١)

و منه قوله عليه الصلاة و السلام "المؤمنون تتكافأ دماؤهم و يسعى بذمتهم أدناهم."(٢)

و مراد الفقهاء من الكفاءة في الزواج : المساواة بين الزوجين في أمور خاصة يعتبر الإخلال بها مفسدا للحياة الزوجية ، و من هذه الأمور أن يكون مساويا لها في المنزلة ، و نظيرا لها في المركز الاجتماعي ، والمستوى الخلقي و المالي .

وإنماكانت الكفاءة مطلوبة لأن النكاح يعقدللعمركله ويشتمل على أغراض ومقاصدكا الصحبة والألفة،وتأسيس القرابات،ولاينتظم أمرذلك عادة إلابين المتكافئين، ولأن الناس يعيرون بعدم الكفاءة فيتضررالأولياء إذاعلاأريكتهم من دون منزلتهم، وتشترط الكفاءةمن جانب الزوج فقط،بمعنى أنه يشترط أن يكون كفؤاللمرأةلأنهاتعير بدناءة الزوج،ولايشترط أن تكون الزوجة كفؤاللزوج لأنه لايلحق العاربخستها ودناءتها ، ويستطيع أن يرفع مكانتهادون حرج.(٣)ووقت اعتبارالكفاءة هووقت العقدفإذا زالت بعدذلك لايترتب على زوالهاضرر ولاإخلال بالعقد.(٤)

١- انظر : لسان العرب لابن منظور ١٣٩/١ ط دار صادر .

٢- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٠/٨ ط دار الفكر .

٣- انظر الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٧٣. و الاحوال الشخصية للحسيني ص ٧٣ - ٧٤ .

٤- انظر الأحوال الشخصية لأبي زهره ص ٧٤.

وقداختلف الفقهاء في تفاصيل شرط الكفاء، وفيمايلي أتعرض لخلاصة مذاهبهم في اشتراط الكفاءة.

أولا: الظاهرية

ذهب ابن حزم إلى عدم اعتبار الكفاءة فقال : "أي مسلم - مالم يكن زانيا - فله الحق في أن يتزوج أية مسلمة ،مالم تكن زانية ..."

"و أهل الإسلام كلهم إخوة لا يحرم على ابن من زنجية لغية (١) نكاح لابنة الخليفة الهاشمي . و الفاسق المسلم الذي بلغ الغاية من الفسق - ما لم يكن زانيا - كفء للمسلمة الفاسقة ما لم تكن زانية ..."

"و الحجة قول الله تعالى : "إنما المؤمنون إخوة "(٢)

و قوله عز و جل مخاطبا جميع المسلمين : "فانكحوا ما طاب لكم من النساء"(٣)

و ذكر عز و جل ما حرم علينا من النساء ، ثم قال سبحانه : "و أحل لكم ما وراء ذلكم ."(٤)

"و قد أنكح رسول الله صلى الله عليه و سلم زينب أم المؤمنين زيدا مولاه ، و أنكح المقداد ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب ."(٥)

١- لغية بمعنى غير معروفة النسب .

٢- سورة الحجرات : ١٠.

٣- سورة النساء : ٣ .

٤- سورة النساء : ٢٤.

٥- المحلى لابن حزم ٢٤/١٠ ط - دار الآفاق الجديدة - بيروت .

ثانيا : المالكية

ذهب المالكية(١)إلى أن شرط الكفاءة معتبر ، لكن الكفاءة تعتبر بالاستقامة والخلق فقط فلا اعتبار لنسب ، و لا لصناعة ، و لا لغنى، و لا لشيء آخر، فيجوز للرجل الصالح الذي لا نسب له أن يتزوج المرأة النسبية ، و لصاحب الحرفة الدنيئة أن يتزوج المرأة الرفيعة القدر ، و للفقير أن يتزوج المثرية الغنية ما دام مسلما عفيفا ، و أنه ليس لأحد من الأولياء الاعتراض ، و لا طلب التفريق .

أما إذا لم يكن الزوج مستقيما فلا يكون كفئا للمرأة الصالحة ، و لها الحق في طلب فسخ العقد إذا كانت بكرا و أجبرها أبوها على الزواج من الفاسق .

جاء في بداية المجتهد : "و لم يختلف المذهب - المالكية - أن البكر إذا زوجها الأب من شارب الخمر ، و بالجملة من فاسق ، أن لها أن تمنع نفسها من النكاح ، و ينظر الحاكم في ذلك ، فيفرق بينهما ، و كذلك إذا زوجها ممن ماله حرام ، أو ممن هو كثير الحلف بالطلاق ...."(٢)

و استدلوا على ذلك بالأدلة الآتية :

١- قوله تعالى : "يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر و أنثى و جعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم ."(٣)

ففي هذه الآية تقرير المساواة بين الناس في الخلق و القيمة و الانسانية و إنما يكون التفاضل بتقوى الله تعالى فقط .

٢- قوله صلى الله عليه و سلم: "إذا جاءكم من ترضون دينه و خلقه فأنكحوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض و فساد كبير ، قالوا يا رسول الله : و إن كان فيه ؟ قال: إذا جاءكم من ترضون دينه و خلقه فأنكحوه - ثلاث مرات ."(٤)

١- انظر بداية المجتهد لابن رشد ١٢/٢ - ١٣ ط - باكستان - لاهور .

٢- انظر بداية المجتهد لابن رشد ١٢/٢ ط - باكستان - لاهور .

٣- سورة الحجرات : ١٣ .

٤- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨٢/٧ ط - دار الفكر .

ففي هذا الحديث أمر للأولياء بتزويج مولياتهم من ذوي الدين و الأمانة و الخلق دون غيرهم .

٣- حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: "يا بني بياضة أنكحوا أبا هند و أنكحوا إليه "(١)، أي زوجوه و تزوجوامنه، وكان حجاما، وهذا دليل على اعتبار الكفاءة في الدين دون غيره .

كما استدلوا بوقائع كثيرة من زواج الصحابة و التي لم يعتبروا فيها الكفاءة سوى في الاستقامة و التدين دون غيرها من نسب و مال و حرفة .

قال ابن القيم:فالذي يقتضيه حكمه صلى الله عليه وسلم اعتبارالكفاءة في الدين أصلاوكمالا ،فلاتزوج مسلمة بكافر، ولاعفيفة بفاجر؛ ولم يعتبرالقرآن والسنة في الكفاءةأمرا وراء ذلك، فإنه حرم على المسلمة نكاح الزاني الخبيث،ولم يعتبر نسبا ولاصناعة،ولاغنى،ولاحرفة،فيجوزللعبد القن نكاح المرأة النسبية الغنية إذاكان عفيفا مسلما ،وجوزبغيرالقرشيين نكاح القرشيات،ولغيرالهاشميين نكاح الهاشميات وللفقراء نكاح الموسرات."(٢)

ثالثا : جمهور الفقهاء

يرى جمهور الفقهاء أن الكفاءة من حقوق الزوجة و الأولياء معا ، و إذا كانوا هم أيضا يرون أن الكفاءة معتبرة بالإستقامة و الصلاح إلا أنهم لا يقصرون الكفاءة على ذلك بل يعدونها إلى أمور أخرى هي كما يلي:(٣)

١-النسب:

و هو معتبر عند العرب لجريان التنافر بالأنساب فيما بينهم ، فالعرب أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة، وقريش بعضهم أكفاء لبعض و لسائر العرب ، فالقريشي كفء لكل عربية ، و ليس كل عربي كفئا للقرشية ، و العجمي كفاء للعجمية لكنه ليس كفئا للعربية و ذهب أبو يوسف إلى أن العالم كفء لأقوى الناس شرفا و نسبا .

١- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٣٦/٧ ط - دار الفكر .

٢- زاد المعاد لابن القيم ١٥٩/٥ - ١٦٠ ط - مؤسسة الرسالة الطبعة (١٥) ١٩٨٧م .

٣- انظر في تفصيل ذلك : الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٧٥ - ٧٧ ، تحفة الفقهاء للسمرقندي ١٥٤/١ - ١٥٥ ، جواهر العقود للسيوطي ١٠/٢ - ١١ ، المهذب للشيرازي ٣٩/٢ ، حاشية ابن عابدين ٣١٧/٢- ٣٢٤ ، المغنى لابن قدامة ٤٨٠/٦ - ٤٨٧ .

٢-الحرية:

فالعبد ليس كفئا للحرة ، و لا العتيق كفئا لحرة الأصل .

٣-الإسلام:

و هو معتبر عند غير العرب ، لأن العرب يتفاخرون بأنسابهم أما غير العرب فيتفاخرون بإسلام الأصول .

و من له أبوان في الإسلام كفء لمن لها آباء فيه لأن تعريف الإنسان يكمل ببيان جده ، و ذهب أبو يوسف إلى أن من له أب واحد في الإسلام كفء لمن لها آباء فيه لأن التعريف يكتفي فيه بالأب دون حاجة إلى ذكر الجد .

٤-الحرفة:

فإذا كانت المرأة من أسرة تمارس حرفة شريفة لم يكن صاحب الحرفة الدنيئة كفئا لها ، و إذا تقاربت الحرف فلا اعتبار للتفاوت فيها .

٥-الديانة:

و المراد منها تقوى المرأة و صلاحها ، فالفاسق ليس كفئا للصالحة بنت الصالح .

٦-المال:

و المراد من الكفاء فيه أن يكون الزوج قادرا على المهر و النفقة ؛ إذ المهر من أحكام العقد و النفقة من ضروراته ، و يرى بعض الفقهاء أن المراد به أن يكون ثراء الزوج قريبا من ثراء الزوجة إن كانت ذات ثراء واضح و غنى ظاهر ، و لم يشترط الشافعية شرط الكفاءة في المال و اشترطوا الكفاءة في السلامة من العيوب، فمن به عيب مثبت للفسخ ليس كفئا للسليمة منه ،

المبحث الخامس

شرط الدخول في التحليل

قال تعالى : "فأن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، فأن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدودالله ، و تلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون ."(١)

هذه الآية الكريمة تنص على أن المطلقة ثلاثا لا تحل بعد ذلك لمطلقها إلا إذا نكحت زوجا غيره ، و الشاهد من ذلك قوله تعالى : "فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ". و معنى هذا أنه لابد أن يعقد عليها الزوج الثاني عقدا صحيحا مستوفيا لشروط الصحة و النفاذ و اللزوم ، فأذا كان العقد فاسدا لعدم استيفائه شروط الصحة فأنها لا تحل ، و كذا إذا كان العقد الثاني موقوفا على إجازة الغير فأنها لا تحل .

و لا يكفي أن يكون العقد صحيحا بل لابد من شرط الدخول ، و لا تكفي في ذلك مجرد الخلوة ، بل لابد أن يتحقق الوطء الموجب للغسل بحيث تغييب الحشفة في داحل الفرج دون مانع يمنع التلذذ ، و ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم "حتى يذوق عسيلتك و تذوقي عسيلته ." (٢)لكن لا يشترط الإنزال .(٣)

و قد اختلف الفقهاء في جواز العقد على المرأة بقصد التحليل ، هل يكون العقد صحيحا أم لا ؟ و هل يحلها ذلك العقد لزوجها الأول أم لا؟ و ليس هذا من صميم بحثي فلا داعي للخوض فيه .

١- سورة البقرة : ٢٣٠ .

٢- أخرجه مسلم في صحيحه ١٠٥٦/٢ ، كتاب النكاح ، باب (١٧) ط - دار إحياء التراث العربي .

٣- انظر في تفصيل ذلك : الفقه على المذاهب الأربعة ٧٨/٤ ٨٥ ، المهذب للشيرازي ٤٦/٢ - ٤٧ .

المبحث السادس

آراء الفقهاء في فسخ عقد النكاح بالعيوب

اختلف العلما ء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين ، و ذلك في موضعين :(١)

الأول : هل يحق لأحد الزوجين طلب فسخ العقد بموجب خيار العيوب أم لا ؟

الثاني: إذا قلنا بجواز الرد و فُسخ عقد النكاح بالعيوب فبأيها يفسخ و بأيها لا يفسخ ؟

و فيما يأتي أتعرض لذلك حسب كل مذهب .

١- انظر بداية المجتهد لابن رشد ٣٨/٢ ط باكستان لاهور .

أولا : المذهب الحنفي

يرى الحنفية (١)أن حق التفريق بالعيب يثبت للزوجة فقط دون الزوج .

و عللوا رأيهم هذا بأن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ، أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بأعطائها الحق في طلب التفريق ؛ لأنها لا تملك الطلاق .

أما العيوب التي يفسخ بها العقد عند الحنفية فهي العيوب التناسلية الثلاثة فقط و هي : الجب والعنة و الخصاء ، إن كانت في الرجل ، لأنها عيوب غير قابلة للزوال ، فالضرر فيها دائم و لا يتحقق معها المقصود الأصلي من الزواج و هو التوالد التناسل و الإعفاف عن المعاصي ، فكان لابد من التفريق .

ثانيا : المذهب المالكي

ذهب المالكية (٢) إلى أن حق الفسخ بالعيوب يثبت للزوجين معا ،

أما العيوب التي يثبت بها الفسخ فاتفقوا على أربعة . هي: الجنون ، و الجذام،و البرص، و داء الفرج الذي يمنع الوطء إما قرن (و هو عظم أو غدة تمنع ولوج الذكر)أو رتق (كون الفرج مسدودا ملتصقا بلحم من أصل الخلقة)في المرأة ، أو عنة في الرجل (و العنة العجز عن الجماع بسبب صغر الذكر و نحوه)أو خصاء (استئصال أو قطع الخصيتين)و اختلفوا في الرد بأربعة أخرى هي : السواد ، والقرع ، وبخر الفم ، بخرالفرج (رائحة منتنة تثور عند الجماع)

١- انظر في تفصيل مذهب الحنفية : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٢١/٣ و ما بعدها ط - ملتان - باكستان . شرح فتح القدير لكمال بن الهمام ١٢٧/٤ و ما بعدها ط - دار إحياء التراث العربي - بيروت .

٢- انظر في تفصيل مذهب المالكية : بداية المجتهد لابن رشد ٣٨/٢ ط - لاهور - باكستان . و بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب مالك لأحمد بن محمد الصاوي المالكي ٤٢٣/١ و ما بعدها ط - مصطفى البابي الحلبي - مصر ، سنة ١٩٥٢م .

ثالثا : المذهب الشافعي

يرى الإمام الشافعي (١)فسخ عقد النكاح بوجود بعض العيوب في الزوجين و هي : الجب و العنة ، و الجنون ، و البرص ، والجذام ، والقرن و هو "الانسداد في الفرج " و ذلك لأن الحياة الزوجية تبنى على السكن و المودة و الرحمة ، و لا يمكن أن تتحقق و تستقر ما دام هناك شيء من العيوب و الأمراض ينفر أحد الزوجين من الآخر، و الأمراض المنفرة لا يتحقق معها المقصود من النكاح لذا يجوز فسخ عقد النكاح عند تحقق وجود هذه العيوب في أحد الزوجين .

ومن هذه العيوب أيضا : العمي ، و الخرس ، و الطرش ، و قطع اليدين أو الرجلين، و عقم المرأة ، وكذلك إذا اشترط أن تكون بيضاء فبانت سوداء ، أو بكرا فبانت ثيبا فله الفسخ .

و يتضح من هذا أن بيان العيوب في النكاح واجب ، فإذا دلّس أو غش أحد الطرفين وجب فسخ النكاح .

و كذلك يجوز فسخ عقد النكاح عند الشافعي إذا أعسر الزوج في النفقة ، أما الموسر إذا امتنع من الإنفاق على زوجته فقيل لها الفسخ أيضا ما دام الزوج موسرا.

و كذا يفسخ عقد النكاح عند عدم تعيين الزوج ، و عند عدم وجود الولي ، و عند فقدان شرط من شروط العاقدين أو شروط الصحة كالعقدعلى المحارم ، أو على خامسة ، أو على من لا تدين بدين سماوي ، أو زواج المتعة ، أو الزواج المؤقت ، أو بحضرة شاهدين لم تتوفر فيهما شروط الشهادة .

١- انظر في تفصيل هذا : المهذب للشيرازي ٤٨/٢ - ٥٢ ، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٠٢/٣ - ٢١١ ط- المكتبة الإسلامية ، نهاية المحتاج ٣٠٢/٦ - ٣١٥ ط - المكتبة الإسلامية .

رابعا : المذهب الحنبلي

يرى الحنابلة (١)أن حق فسخ عقد النكاح بسبب العيوب يثبت للزوجين معا؛ لأن كلا منهما يتضرر بهذه العيوب ، أما اللجوء إلى الطلاق فيؤدي إلى إلزام الزوج بكل المهر دون أن يكون له حق الرجوع بالمهر على من دلس عليه .

أما العيوب التي يثبت بها فسخ النكاح فهي ثمانية ثلاثة يشترك فيها الزوجان و هي : الجنون ، و الجذام ، والبرص . و اثنان يختص بهما الرجل : و هما الجب و العنة .

ثلاثة تختص بها المرأة و هي: الفتق (اختلاط مجرى البول و المني) و القرن ، والعفل (رغوة تمنع لذة الوطء)

خامسا : الظاهرية

ذهب الظاهرية (٢)إلى عدم جواز فسخ عقد الزواج بأي عيب كان سواء كان في الزوج أم في الزوجة ، و ذلك أنه لم يصح في الفسخ للعيب عندهم دليل في القرآن أو السنة أو الأثر عن الصحابة . لكنه لا مانع من تطليق الزوج للزوجة إن شاء .

١- انظر في تفصيل مذهبهم : المغنى لابن قدامة ٦/ ٦٥٠ و ما بعدها ط - الرياض .

٢- انظر المحلى لابن حزم ١٠/٥٨ - ٦٣ مسألة رقم :١٨٩٩ ط - دار الآفاق الحديثة - بيروت .

خاتمة البحث

أهم ما توصلت اليه من نتائج :

١- آثار العقد هي الحقوق والإلتزامات التي رتبها الشارح عليه وهذه الآثار ليست واحدة في كل العقود بل تختلف من عقد لآخر .

٢- الأصل قصر أثار العقد على العاقد فقط.

٣- الفقهاء في مدى سلطان ارادة العاقد في تعديل الآثار على ثلاثة أراء :
مضيق - متوسط - موسع .

٤- هناك من العقود لا تكفي في إنشائها الإرادة المنفردة بل لا بد من إرادتين متوافقتين.

٥- وهناك من العقود يكفي في إنشاءها الإرادة المنفردة مثل الوقف والوصية - الخ.

٦- الغرر ما يكون مستور العاقبة .

٧- الغرر قد يكون في صيغة العقد وقد يكون في محله .

٨- البيع بشرط البراءة صحيح عند الحنفية وللمالكية والشافعية تفصيلات في هذا.

٩- اتفاق العلماء على جواز خيار الشرط .

١٠- لا خلاف بين الفقهاء في جواز اشتراط الخيار ثلاثة أيام وفيما زاد عن ذلك محل خلاف .

١١- هناك عقود قابلة لدخول خيار الشرط فيها وأخرى غير قابلة .

١٢- شرط الخيار يصح أن يشترطه كل واحد من العاقدين لنفسه كما يصح أن يشترطه أحد العاقدين لنفسه دون الأخر .

١٣- الراجح أن النكاح ترد عليه الأحكام الشرعية الخمسة .

١٤- تتنوع الشروط ما بين شروط يجب الوفاء بها وأخرى لا يجب وثالثة تختلف فيها .

فهرس أهم مصادر البحث والمراجع

١- القرآن الكريم

كتب التفسير :

٢- أحكام القرآن ـ
للعلامة أبوبكر بن محمد بن عبد الله ابن العربى المتوفى ٥٤٣ هـ
(١) نشر دار الكتب الحديثة بالقاهرة ـ
(٢) و - دار المعرفة - بيروت ـ

كتب الحديث النبوى الشريف :

٣- زاد المعاد فى هدى خير العباد ـ
للإمام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر
المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى ٥٧١ هـ ـ
مطبعة الرياض الحديثة ،
طبعة السنة ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م
مؤسسة الرسالة ، والطبعة خامسة عشر ، طبعة السنة ١٩٧٨ م

٤- سنن ابن ماجة ـ
للحافظ ابن عبد الله محمد بن يزيد القزوينى المعروف بابن ماجة
المتوفى ٢٧٥ هـ
دار إحياء التراث العربى
و إدارة إحياء السنة النبوية - سركودها - باكستان

٥- سنن الترمذى ـ
للإمام أبى عيسى ابن موسى الترمذى المتوفى ٣٧٩ هـ
م - استانبول ـ مطبعة السنة ١٩٨٦
هـ - مكتبة دار الدعوة بحمص - سوريا ـ
و - الطبعة الأولى - ١٣٨٨

٦- السنن الكبرى
للإمام أبى بكر أحمد بن الحسين البيهقى المتوفى ٤٥٨ هـ
طبعة دار الفكر -

٧- سنن النسائي ـ
للإمام أبى عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائى المتوفى ٣٥٣ هـ
م - استانبول - طبعة السنة ١٩٨١
و - نشر دار احياء التراث العربى - بيروت ـ

٨- صحيح البخارى { الجامع الصحيح } ـ
للإمام محمد بن اسماعيل البخارى المتوفى ٢٥٤ هـ ـ
م - استانبول ـ طبعة السنة ١٩٨١
و - نشر دار المعرفة - بيروت ـ

٩- صحيح مسلم بشرح النووى -
للامام مسلم بن الحجاج القشيري المتوفى ٢٦١ هـ
طبعة دار احياء التراث العربى ،
و - دار الفكر العربى ـ

١٠- اللؤلؤ والمرجان {(فيما اتفق عليه الشيخان (البخارى ومسلم) }
للامام محمد فواد عبد الباقى ـ
- دار الحديث - القاهرة - طبعة السنة - ١٩٨٦ م
و - وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية - الكويت ـ

١١- المسند ـ
للإمام أحمد بن حنبل الشيبانى المتوفى ٢٤١ هـ ،
- المكتب الاسلامى - الطبعة الثانية - ١٩٧٧ م
- دار المعارف بمصر ـ طبعة السنة ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٢ م

١٢- نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية ـ
للامام عبد الله بن يوسف الزيلعى المتوفى ٧٦٢ هـ ـ
طبعة دار الحديث مصر ـ
ومطبعة دار المأمون ـ

كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية :

١٣- أصول السرخسى ـ
للعلامة قمر بن أحمد السرخسى المتوفى ٤٨٣ هـ
- نشر دار المعرفة - بيروت ـ طبعة السنة ١٣٩٣

١٤- شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر القدير
أو المختبر المبتكر شرح المختصر
للعلامة الشيخ محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن على الفتوحى الحنبلى
المعروف بابن النجار المتوفى - ٩٧٢ هـ
تحقيق دكتور محمد وهبة الزحيلى والدكتور نذيه حماد
دارالفكر - بدمشق ـ

١٥- نظرية الحكم ومصادر التشريع فى أصول الفقه الاسلامى ،
للدكتور أحمد الحصرى ،
مكتبة الكليات الأزهرية ـ
- دار الكتاب العربى - بيروت ـ طبعة السنة - ١٩٨٦ م

١٦- الوجيز فى أصول الفقه ـ
للدكتور عبد الكريم زيدان ـ
دار نشر الكتب الاسلامية - لاهور - باكستان ـ

١٧- الموافقات فى أصول الشريعة ـ
للامام أبى اسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد اللحمى الشاطبى الغرناطى
المتوفى ٧٦٠ هـ ، طبعة دار المعرفة - بيروت ـ

١٨ - القواعد ـ
للامام زين الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلى
المتوفى ٧٩٥ هـ ،
طبعة دار المعرفة - بيروت ـ

١٩- مجلة الأحكام العدلية ـ
وزارة مديرية الدولية فى إتحاد السورى ـ
نور محمد كارخانه تجارت كتب،كراتشى،باكستان
طبعة السنة ١٩٢٣ م

كتب الفقه الحنفى

٢٠ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ـ
للامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى ٥٨٧ هـ
- نشر دار الكتاب العربى - بيروت ـ الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ
و - طبعة كراتشي - باكستان ـ

٢١- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ
للامام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعى المتوفى ٧٤٣ هـ
المطبعة الأميرية - ببولاق - القاهرة ، طبعة السنة ١٣١٣ هـ
و - نشر - دار المعرفة - بيروت ـ

٢٢- تحفة الفقهاء ـ
للعلامة محمد بن أحمد علاء الدين السمرقندى المتوفى ٥٤٨ هـ ،
مطبعة جامعة دمشق ، الطبعة الأولى - ١٣٧٩ هـ - ١٩٥٩ م
نشر دار الفكر - بدمشق ـ

٢٣- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار
{ المعروف بحاشية ابن عابدين }
للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى ١١٥١ هـ ـ
مطبعة مصطفى الحلبى - القاهرة ـ
الطبعة الثانية - ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م

٢٤- شرح فتح القدير على الهداية ـ
للامام محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بالكمال بن الهمام
المتوفى ٦٨١ هـ ـ
نشر دار احياء التراث العربى - بيروت ـ

٢٥ - المبسوط ـ
لشمس الأئمة محمد بن أحمد أبى سهل السرخسى المتوفى ٤٨٣ هـ
دار المعرفة - بيروت ـ الطبعة الثالثة ١٣٩٨ هـ
و كراتشي - باكستان ـ

كتب الفقه المالكى :

٢٦- بداية المجتهد و نهاية المقتصد ـ
للإمام أبى الوليد محمد بن أحمد بن أحمد ابن رشد القرطبى
المتوفى ٥٩٥ هـ
نشر دار المعرفة - بيروت ـ الطبعة الرابعة ١٣٩٨ هـ
مصطفى الحلبى البابى ، بمصر، والطبعة الخامسة ١٩٨١ م

٢٧- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير -
للعلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقى المتوفى ١٢٣٥ هـ
طبعة دار احياء الكتب العربى - بيروت ـ
و عيسى البابى الحلبى بمصر ـ

٢٨- شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ـ
للامام محمد بن عبد الله بن على الخرشى المتوفى ١١٥١ هـ ـ
نشر دار صادر - بيروت ـ
و - دار الفكر - بيروت ـ

٢٩- الفروق {وبهامش الكتابين تهذيب الفروق
والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية }
للإمام شهاب الدين أبو العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن المشهور
بالقرافى المتوفى ٦٨٤ هـ ،
عالم الكتب - بيروت ـ

٣٠ -تقرير الشربيني على جمع الجوامع
لابن السبكى ـ
دار الكتب العلمية - بيروت ـ

كتب الفقه الشافعى :

٣١- مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج
للامام محمد بن أحمد الشربينى الخطيب المتوفى ٩٧٧ هـ
مصطفى البابى الحلبى بمصر - طبعة السنة ١٣٧٧ هـ

٣٢- المهذب -
للامام أبى اسحاق بن إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادى
المتوفى ٤٧٦ هـ
مطبعة - دار الفكر -
و مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاؤه بمصر ، الطبعة الثانية ١٣٩٦

٣٣- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج -
للامام شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين
الرملى المتوفى ١٠٠٤ هـ ،
الناشر - المكتبة الاسلامية -

كتب الفقه الحنبلى :

٣٤- الفتاوى الكبرى ـ
للامام أبى العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحرانى
المتوفى ٧٢٨ هـ
- مطبعة دار الكتب العلمية - بيروت ـ طبعة السنة ١٩٨٧ م
و - مطبعة كردستان العلمية - القاهرة ـ - طبعة السنة ١٣٢٦ هـ

٣٥- المغنى ـ
للامام عبد الله أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر بن عبد الله
المقدسى المتوفى ٦٢٥ هـ
مطبعة الرياض الحديثة - السعودية -
و مكتبة الكليات الأزهرية ـ

كتب الفقه الظاهرى :

٣٦- المحلى -
للإمام أبى محمد بن على بن أحمد بن سعيد الشهير بابن حزم الظاهرى
المتوفى ٤٥٦ هـ
دار الآفاق الجديدة - بيروت -

الكتب الحديثة :

٣٧- أحكام المعاملات الشرعية -
للشيخ على الخفيف -
طبعة دار الفكر العربى - بيروت -

٣٨- السياسة الإقتصادية والنظم المالية فى الفقه الإسلامى -
للدكتور أحمد الحصرى -
طبعة مكتبة الكليات الأزهرية - مصر -

٣٩- الغرور وأثره فى العقود -
للدكتور مدين محمد أمين
الطبعة الأولى - ١٩٦٧ م -

٤٠- الفقه الاسلامى و أدلته -
للدكتور وهبة الزحيلى -
دار الفكر -

٤١- فقه السنة -
للشيخ سيد السابق -
مطبعة - دار الفكر - - بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٧٧ م

٤٢- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي -
للدكتور حسين حامد حسان -
مطبعة و- مكتبة المتنبى - القاهرة - مصر - طبعة السنة ١٩٧٩

٤٣- المدخل الفقهي العام -
للدكتور مصطفى الزرقا -
مطبعة - دار الفكر - بدمشق ، طبعة السنة ١٩٤٧

٤٤- مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ،
للدكتور عبد الرزاق السنهورى -
و طبعة مؤسسة أحمد رجب - القاهرة - ١٩٦٧
طبعة السنة ١٩٦٧م -

٤٥- المعاملات الشرعية -
للشيخ أحمد ابراهيم بك -
- المطبعة الفنية - القاهرة -
طبعة السنة ١٩٢٦ م

٤٦- الملكية ونظرية العقد فى شريعة الإسلامية -
للإمام أبى زهرة -
طبعة القاهرة - مصر -

٤٧- النظرية العام للالتزام -
للدكتور حسن على الذنون -
مطبعة- دار المعارف - بغداد ، السنة ١٩٤٩ م

٤٨- الوسيط فى شرح القانون المدنى عبد الرزاق السنهورى -
مطبعة- دار إحياء التراث العربى - بيروت -
السنة ١٩٧٠ م ،

كتب اللغة والمصطلحات :

٤٩- تهذيب الصحاح ـ
للعلامة محمود بن أحمد الزنجانى ـ
- دار المعارف بمصر ـ طبعة السنة ١٣٧١

٥٠- القاموس المحيط ـ
للعلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادى المتوفى ٨٧١ هـ ،
مطبعة مصطفى الحلبى - القاهرة ـ
الطبعة الثانية ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢ م

٥١- لسان العرب ـ
للعلامة أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصرى
المتوفى ٧١١ هـ ،
طبعة دار صادر - بيروت ـ

٥٢- المعجم الوسيط ـ
للدكتور أبراهيم أنيس و للدكتور عبد الحليم منتصر
و للشيخ عطيه الصوالحى و العلامة محمد خلف الله أحمد ـ
انتشارات ناصر خسرو طهران - إيران ـ

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الإهـــــداء	أ
كلمـة الشكر والتـقـدير	ب
المقـــدمـــة	ج
خـلاصـة البـحث	د
منهج البـــحث	ي
التمهيد : الآثار التى رتبها الشارع على العقود	١
الباب الأول : ماهية العقد وسلطان الإرادة فى تكوينه	٦
الفصل الأول : ماهية العقد	٧
المبحث الأول : تعريف العقد لغة واصطلاحاً	٨
المطلب الأول : تعريف العقد فى اللغة	٩
المطلب الثانى : تعريف العقد فى الاصطلاح	١٠
المبحث الثانى : تعريف العقد فى القانون	١١
المبحث الثالث : الفرق بين العقد والتصرف	١٣
الفـصل الثـانى : سلطان الإرادة أو حـرية المتـعـاقـدين فى إنشاء العقود والشروط	١٥
تمهيد :	١٦
المبحث الأول : سلطان الإرادة فى الكتاب والسنة	١٧
المطلب الأول : سلطان الإرادة في القرآن الكريم	١٨
المطلب الثانى : سلطان الإرادة فى السنة الشريفة	١٩

المبحث الثاني : سلطان إرادة العاقد فى تعديل الآثار ---------- ٢٠
تمهيد ---------- ٢٠
آراء الفقهاء فى مدى سلطان إرادة العاقد
فى تعديل الآثار بما يشترطه من شروط -- ---- ٢١
أولاً : رأي المضيقين ---------- ٢١
ثانياً : رأي المتوسطين ---------- ٢٢
ثالثاً : رأي الموسعين ---------- ٢٣
الفصل الثالث : سلطة الشخص الواحد فى تولى طرفي
العقد بنفسه ---------- ٢٥
تمهيد ---------- ٢٦
المبحث الأول : بعض الإلتزامات والتصرفات التى تنشأها
الإرادة المنفردة فى الفقه الإسلامي ---------- ٢٧
١- الوقف : ---------- ٢٧
٢- الوصية : ---------- ٢٧
٣- الإبراء : ---------- ٢٧
٤- الجعالة : ---------- ٢٨
٥ - الطلاق : ---------- ٢٨
٦- اليمين : ---------- ٢٨
٧- النذر : ---------- ٢٨
المبحث الثاني : أقوال الفقهاء فى تولى الشخص الواحد
طرفى العقد ---------- ٢٩
المبحث الثالث : الإرادة المنفردة و دورها فى إنشاء الالتزام
فى القانون وقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير
وتطبيقاتها العملية ---------- ٣٢

المطلب الأول : الإرادة المنفـردة و دورها فى إنشـاء الإلتـزام
فى القـانون ---------- ٣٣
أولاً : المدرسة الألمانية : ---------- ٣٣
ثانيـاً : المدرسة الفـرنسـية : ---------- ٣٤
المطلب الثـانى : قـاعدة الاشـتـراط لمصلحة الغـير وتطبيقـاتها
العـمليـة ---------- ٣٦
الفرع الأول : مـاهية الاشتراط لمصلحة الغير ---------- ٣٧
الفـرع الثـانى : التطور التـاريخي لقـاعـدة الاشـتـراط
لمصلحة الغير في القانون الغربي ---------- ٣٨
القـانون الرومـانى ---------- ٣٨
القـانون الفـرنسي ---------- ٣٨
الفرع الثالث : شروط تحقيق قاعدة الاشتراط لمصلحة
الغـيـر ---------- ٤٠
١- تعاقد المشترط باسمه الخاص ---------- ٤٠
٢- اشتراط حق مباشر للمتنفع -------- ٤٠
٣- أن تكون للمشترط مصلحة شخصية
فى الاشتراط للغير ---------- ٤٠
الفـرع الرابع : أحكام الاشـتـراط لمصلحة الغـير ------ ٤١
١- عـلاقـة المشـترط بالمتعـهد -------- ٤١
٢- عـلاقـة المشـترط بالمنتـفع ------- ٤١
٣- عـلاقـة المتـعـهـد بالمنتـفع ------ ٤١
الفرع الخامس : الاشتراط لمصلحة الغير فى الفقه الإسلامى ٤٢
الفـصـل الرابع : أثر الغـــرر فـى سلطان الإرادة -------- ٤٣
المبـحث الأول : مـــاهيـــة الغـــرر ---------- ٤٤
المطلب الأول : تعـــــريف الغـــــرر ---------- ٤٥

١- الحنفيـة ---------- ------- ٤٥
٢- المالكيـة ---------- ٤٥
٣- الشافعية ---------- ٤٦
٤- الظاهرية ---------- ٤٦
٥- ابن القيم ---------- ---------- ٤٦
ملاحظات على التعريفات ------- ٤٦
المطلب الثانى : النصوص الواردة فى الغرر --- --------- ٤٧
الفرع الأول : النصوص الواردة فى الغرر فى القرآن الكريم ٤٧
الفرع الثانى :النصوص الواردة فى الغرر فى السنة المطهرة ٤٨
المبحث الثاني: الغرر في عرف الجاهلية وأثر الإسلام فيه -- ٤٩
١- الشركة ---------- ٤٩
٢- الجعالة ---------- ٤٩
٣- شركة المضاربة (القراض) ---------- ٤٩
المبحث الثالث: أثر الغرر فى العقود مع بيان أقوال الفقهاء
في أحاديث النهي عن بيع الغرر ------ ٥١
المطلب الأول : الغرر فى صيغة العقد ---------- ٥٢
الفرع الأول : بيعتان فى بيعة --------- ٥٢
الفرع الثانى : بيع العربان --------- ٥٣
الفرع الثالث : بيع الحصاة --------- ٥٤
الفرع الرابع : بيع الملامسة --------- ٥٤
الفرع الخامس : بيع المنابذة --------- ٥٥
المطلب الثاني : الغرر فى محل العقد --------- ٥٦
الفرع الأول : الجهل بذات المحل --------- ٥٦
الفرع الثانى : الجهل بجنس المحل --------- ٥٧
الفرع الثالث : الجهل بمقدار المحل --------- ٥٧

الفرع الرابع : الجهل بالأجل ---------- ----- ٥٧
الفرع الخامس : عدم القدرة على تسليم المحل -------- ٥٨
المبحث الرابع : الغرر فى القانون الوضعي ------ ٥٩
المبحث الخامس: مقارنة بين الشريعة والقانون ---------- ٦١

الباب الثاني : الشروط وآثارها عى العقود ------- ٦٢
الفصل الأول : ماهية الشرط ---------- ٦٣
المبحث الأول : الشرط فى اللغة ---------- ٦٤
المبحث الثاني : الشرط في إصطلاح الأصوليين ---- ٦٥
المبحث الثالث : الشرط في القانون ---------- ٦٧
الشرط الموقف ---------- ٦٧
الشرط الفاسخ ---------- ٦٧
أولا : الشرط الصريح --------- ٦٨
ثانياً : الشرط الضمني -------- ٦٨
١- الشروط الضمنية في حقيقة الأمر -- ٦٨
٢- الشروط الضمنية في القانون --- ٦٩
٣- الشروط الضمنية بالعرف أو الاستعمال ٦٩
الفصل الثاني : أقسام الشرط ---------- ٧٠
المبحث الأول : أقسام الشرط باعتبار مصدره -------- ٧١
المطلب الأول : الشرط الشرعي ---------- ٧٢
المطلب الثاني : الشرط اللغوي ---------- ٧٣
المطلب الثالث : الشرط العقلي ---------- ٧٤
المبحث الثاني: تقسيمه من حيث تعلقه بالسبب أوالمسبب -- ٧٥
المطلب الأول : الشرط المكمل للسبب ---------- ٧٦
المطلب الثاني : الشرط المكمل للمسبب ---------- ٧٧

المبحث الثالث: تقسيمه من حيث الأمر المشروط فيه ------- ٧٨
المطلب الأول : شرط موضوعه حكم تكليفي ------ ٧٩
المطلب الثاني : شرط لتحقق حكم وضعي ---- ٨٠
المبحث الرابع: تقسيم الشرط باعتبار الواضع له ---- ٨١
المطلب الأول : الشرط الشرعي ------ ٨٢
المطلب الثانى : الشرط الجعلي ---------- ٨٣
المبحث الخامس: تقسيم الشرط من حيث الصحة والبطلان ---- ٨٤
المطلب الأول : مذهب الحنفية فى أقسام الشرط ----- ٨٥
أولاً : الشرط الصحيح ------ ٨٥
١- الشرط الذي يقتضيه العقد ------ ٨٥
٢- الشرط الذي يلائم العقد ---- ٨٦
٣- الشرط الذي ورد به الشرع ---- ٨٦
٤- الشرط الذي جرى به العرف ------- ٨٦
ثانياً : الشرط الفاسد ------- ٨٧
أنواع الشروط الفاسدة ---------- ٨٧
أثر الشرط الفاسدعلى العقد ---------- ٨٨
ثالثاً : الشرط الباطل -------- ٨٨
المطلب الثانى : الشرط فى المذهب الحنبلي ---------- ٨٩
أولاً : من الكتاب ---------- ٩٠
ثانياً : من السنة ---------- ٩٠
ثالثاً : من المعقول ------- ٩١
١- الشرط المنافي لمقتضى العقد ---- ٩٢
٢- الشرط الذى ورد النهي عنه -- ٩٢
المطلب الثالث : مذهب الشافعية في الشرط ------ ٩٣
أولاً : الشرط الذي يقتضيه العقد ------ ٩٣

ثانيـاً : الشـرط الذي يلائم العـقـد ------- ٩٣
ثالثاً : الشرط الذى لا غرر فيه ولا منفعة فيه -- ٩٤
رابعـاً : الشرط المنافي لمقـتضى العـقـد------ ٩٤
المطلب الرابع : البـيع بشـرط البـراءة عن العـيـوب ------ ٩٥
أولاً : المـذهـب الحـنـفـي ---------- ٩٥
ثانيـــاً : المذهب المالكي ---------- ٩٦
ثالثـاً : المذهب الشـافـعي ---------- ٩٦
رابعـــاً : المذهب الحنبلي ---------- ٩٦
الفـصل الثـالث : شـرط الخـيـار ---------- ٩٧
المبحث الأول : معنى خيار الشرط في اللغة والشرع ----- ٩٨
المبحث الثاني : أقوال أهل العلم في مشروعية خيار الشرط --- ١٠٠
أولاً : الأدلة من المنقـــول --------- ١٠٠
ثانيـــاً : من المعـــقـــول --------- ١٠١
المبحث الثالث: مـقـدار مـدة الشـرط --------- ١٠٢
المـــــــذهـــــــب الأول : --------- ١٠٣
المذهـب الثـــــــانـي : --------- ١٠٣
المـذهـب الثـــــــالـث : -------- ١٠٤
المبحث الرابع: العقود التي يدخلها خيار الشرط ---- ١٠٥
أولاً : العقود التي يدخلها خيار الشرط ---- ١٠٥
ثانياً : العقود التي لا يدخلها خيار الشرط --- ١٠٦
المبحث الخامس: من الذي يثبت له خيار الشرط ---- ١٠٧
المبحث السادس: ما ينتهي به خيار الشرط ---- ١٠٩
المبحث السابع: موت من شرط له الخيار في مدة الخيار -- ١١١
أولاً : دليل الحنفيـــة والحنابلة --- ١١١
ثانياً : دليل الشافعية والمالكية ------ ١١٢

المبحث الثامن: أثر خيار الشرط ---------- ١١٣
أولاً : المذهب الحنفي ---------- ١١٣
ثانياً : مذهب المالكية ---------- ١١٤
ثالثاً : المذهب الشافعي ---------- ١١٤
رابعاً : مذهب الحنابلة ---------- ١١٥
الفصل الرابع : شروط في النكاح ---------- ١١٦
تمهيد ---------- ١١٧
المبحث الأول: تعريف النكاح في اللغة وبيان
حقيقته عند الفقهاء ---------- ١١٨
المطلب الأول : تعريف النكاح في اللغة ---------- ١١٩
المطلب الثاني : بيان حقيقة النكاح عند الفقهاء ---------- ١٢٠
تعريفات الفقهاء للنكاح ---------- ١٢١
أولاً : المذهب الحنفي ---------- ١٢١
ثانياً : المذهب المالكي ---------- ١٢١
ثالثاً : المذهب الشافعي ---------- ١٢١
رابعاً : المذهب الحنبلي ---------- ١٢١
مشروعية النكاح ---------- ١٢٢
حكم النكاح عند الفقهاء ---------- ١٢٣
المبحث الثاني: الشروط الواجب الوفاء بها
وما اختلف فيها منها ---------- ١٢٤
المطلب الأول : الشروط الواجب الوفاء بها ---------- ١٢٥
١- شروط العاقدين ---------- ١٢٥
٢- شروط المرأة ---------- ١٢٥
٣- شروط صيغة العقد ---------- ١٢٥
المطلب الثاني : الشروط الذي لا يجب الوفاء بها ---------- ١٢٧
المطلب الثالث : الشروط المختلف فيها ---------- ١٢٩

القول الأول : وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ـ ١٢٩
القول الثاني : وهو مذهب أحمد ومالك ـــ ١٣٠
المبحث الثالث: إشتراط الولي ـــــــــــ ١٣١
القول الأول : ـــــــــــ ١٣١
القول الثاني : ـــــــــــ ١٣١
القول الثالث : ـــــــــــ ١٣١
المبحث الرابع: شرط الكفاءة ـــــــــــ ١٣٤
أولاً : الظاهرية ـــــــــــ ١٣٥
ثانياً : المالكية ـــــــــــ ١٣٦
ثالثاً : جمهور الفقهاء ـــــــــــ ١٣٧
١- النسب :ـــــــــــ ١٣٧
٢- الحرية : ـــــــــــ ١٣٨
٣- الإسلام : ـــــــــــ ١٣٨
٤- الحرفة : ـــــــــــ ١٣٨
٥- الديانة : ـــــــــــ ١٣٨
٦- المال : ـــــــــــ ١٣٨
المبحث الخامس: شرط الدخول في التحليل ـــــــــــ ١٣٩
المبحث السادس: آراء الفقهاء في فسخ عقد النكاح للعيوب ـــ ١٤٠
أولاً : مذهب الحنفي ـــــــــــ ١٤١
ثانياً : مذهب المالكي ـــــــــــ ١٤١
ثالثاً : المذهب الشافعي ـــــــــــ ١٤٢
رابعاً : المذهب الحنبلي ـــــــــــ ١٤٣
خامساً : الظاهرية ـــــــــــ ١٤٣
الخاتمة ـــــــــــ ١٤٤
فهرس المصادر والمراجع ـــــــــــ ١٤٥
فهرس الموضوعات ـــــــــــ ١٦٠