الشرط المخالف لمقتضى العقد: حقيقته وحكمه وتطبيقاته المعاصرة «عقود المعاوضات المالية أنموذجا»

دكتور/ علي بن حمد الصالحي المقعدي
أستاذ الفقه المساعد
المعهد العالي للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
جامعة أم القرى

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله الذي شرع لعباده شِرْعة الإسلام، وبيَّن لهم قواعد الأحكام، ومعاقد الحلال والحرام، وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للأنام، المخرج لهم بإذن ربه من حنادس الظلام، الهادي سبلَ السلام، صلى الله وسلم عليه وعلى آله وصحبه السادة الكرام، وعلى من تبعهم بإحسان على كرِّ الدهور وتعاقب الأيام، أما بعد:

فإنه لا يخفى على متأمل بصير عِظَم شأن العقود، وشدة حاجة الناس إليها في تدبير شؤون حياتهم وتصريف أمور معاشهم، إذ لا يكاد يأتي على المرء يوم إلا وهو شأن يشغله من إبرام عقد، أو تنفيذ مقتضاه وموجبه، أو الترافع لدى الحُكَّام لفصل النزاع الواقع فيه، مما يدعو أهل الفقه إلى أن تتبريَ أقلامهم لبحثها، وتمهيد قواعدها، وإيضاح مسائلها وفصولها، ومن تلك المسائل الجديرة بالاهتمام مسائل الشروط المقترنة بالعقد، وتزداد أهمية دراستها في هذا العصر الذي كثرت نوازله، وتعقَّدت صور العقود فيه وتركَّبت، فصارت العقود مشتملة على شروط كثيرة، يبتغي المتعاقدون من جرَّاء اشتراطها تحصيل مصالحهم ومنافعهم، ومن جملة أضرب تلك الشروط: الشروط المخالفة لمقتضى العقد، فقد أضحى هذا الضرب من الشروط جزءًا لا يكاد ينفكُّ عن كثير من صور العقود المعاصرة، ومع أهميته لم أجد من أفرد الكلام عليه بالبحث والدراسة، يبيِّن حقيقته، ويُجلِّي ضوابطه، ويشير إلى صوره معاصرة، فاستعنتُ الله تعالى في إفراد بالبحث والدراسة.

أهمية البحث:

١- أن هذا الضرب من الشروط تمسُّ حاجة الناس إلى اشتراطه في عقودهم، إذ إن كثيرًا من مصالحهم وحاجاتهم تترتَّب على اشتراطه، ولا يفي بها أصل العقد ومقتضاه الأصلي، فيتأكَّدُ بيانها وبحثها.

٢- أن كثيرًا من الأسئلة والاستشكالات التي تُطرح عن صورٍ لا تنحصر من الشروط المستجدة في المعاملات المالية المعاصرة؛ هي ترجع إلى هذا الضرب من الشروط.

مشكلة البحث:

تتلخَّص مشكلة البحث في بيان مدى تأثير الشرط المخالف لمقتضى العقد على ذلك العقد صحة أو فسادا. ويسعى للإجابة على الأسئلة التالية:

١. ما صورة الشرط المخالفة لمقتضى العقد؟

٢. ما حكم الشرط المخالف لمقتضى العقد؟ وما ضوابطه؟

٣. ما أهم التطبيقات المعاصرة للشرط المخالف لمقتضى العقد؟

أهداف البحث:

١- بيان حقيقة مقتضى العقد.

٢- بيان صورة الشرط المخالف لمقتضى العقد.

٣- بيان حكم الشرط المخالف لمقتضى العقد.

٤- بيان ضوابط صحة الشرط المخالف لمقتضى العقد.

٥- بيان أهم التطبيقات المعاصرة على الشرط المخالف لمقتضى العقد.

الدراسات السابقة:

توجد دراسة كثيرة تناولت الشروط في العقود عموما بالبحث والدراسة، ومن أهمها:

١- نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، تأليف: زكي الدين شعبان، وهي رسالة حصل بها مؤلفها على شهادة العالمية في يناير ١٩٤٥م، وهو من أوائل البحوث التي درست هذا الموضوع، وكثير من البحوث التي جاءت بعده استفادت منه استفادة ظاهرة.

٢- نظرية الشرط في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية، د. حسن علي الشاذلي، وهي أوسع دراسة وقفت عليها في موضوع الشروط في العقود.

٣- الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي، للباحث: محمد بن إبراهيم الثميري، وهو بحث قُدم لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام، سنة ١٤٠٤-١٤٠٥هـ.

٤- الشروط في العقود عند الحنابلة، للباحث: محمد بن أحمد السهلي، وهو بحث قدم لنيل درجة الماجستير في الفقه من كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، سنة ١٤١٢هـ.

٥- الشرط المقترن بالعقد: دراسة مقارنة، للباحث: لمطاعي نور الدين، وهو بحث قدم لنيل درجة الماجستير من معهد الحقوق والعلوم الإدارية بجامعة الجزائر، سنة ١٩٩٥-١٩٩٦م.

٦- الشروط المقترنة بالعقد تقييدا في الفقه الإسلامي، د. فتحي الدريني، وهو بحث مختصر يقع في (٤٩) صفحة.

٧- الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبير، وهو بحث مختصر يقع في (٥٣) صفحة.

فهذه البحوث تتشابه في مضمونها وتقسيماتها، فهي تتكلم عن تقسيمات الشروط عموما لدى الفقهاء وتتناولها بالبحث الفقهي وذكر الخلاف والأدلة والمناقشة، وتنتهي إلى ذكر الترجيح في كل مسألة.

ومن أوجه الفرق بينها وبين بحثي:

أولا: أني ركَّزت البحث على ضرب واحدة من ضروب الشروط في العقد، وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد، ليكون البحث أكثر دقة وتركيزًا، وحرَّت معناه وحقيقته بصورة أدق، وبينت صوره التي هل محل اتفاق، والصورة محل النزاع.

ثانيًا: أني زدت عليها ذكر ضوابط صحة الشرط المخالف لمقتضى العقد.

ثالثًا: أني ذكرت عددا من التطبيقات المعاصرة على هذا الشرط.

خطة البحث:

قسَّمت البحث إلى تمهيد وأربعة مباحث وخاتمة.

التمهيد: في تعريف الشروط في العقود وأقسامها.

المبحث الأول: حقيقة الشرط المخالف لمقتضى العقد.

المبحث الثاني: حكم الشرط لمخالف لمقتضى العقد.

المبحث الثالث: ضوابط صحة الشرط المخالف لمقتضى العقد.

الخاتمة: تتضمن أبرز النتائج والتوصيات.

منهج البحث:

المنهج العام الذي أسير عليه في هذا البحث: هو المنهج التحليلي، الذي يقوم على التفسير والاستنباط.

المنهج التفصيلي الإجرائي: يتلخص في النقاط التالية:

– جمعت المادة العلمية البحث مما استطعت الاطلاع عليه من المصادر والمراجع، من كتب الفقه المعتمدة في المذاهب، وكتب النوازل المعاصرة، والبحوث والرسائل العلمية.

– حرَّرتُ المسألة موردَ البحث، وبيَّنت صورتَها بوضوح، وذكرت ما اتُّفِق عليه من صورها، ومحلَّ الخلاف.

– ذكرت أقوال المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة ومذهب الظاهرية، وما أجده من أقوال السلف من الصحابة والتابعين، موثِّقًا أقوالهم من الكتب المعتمدة في كل مذهب.

– ذكرت أدلة الأقوال وتعليلاتِها، مُتْبِعًا كل دليل بما يرد عليه من اعتراضات ومناقشات إن وُجد، مع الجواب عنها، متوخِّيًا في ذلك الموضوعية، ثم انتهيت إلى الترجيح فيما يظهر لي وجه رُجحانه مع بيان مسوِّغات الترجيح.

– في المبحث التطبيقي: أبين صورة التطبيق الفقهي وتخريجه على هذا الشرط وحكمه، وإذا كان لهذا التطبيق الفقهي أكثر من تخريج، فإني أكتفي بذكر التخريج الذي له علاقة بالمسألة المبحوثة دون ما سواه؛ لأن الغرض هنا بيان وجه اندراج هذه الصورة تحت مسألة البحث.

– عزوت الآيات إلى موضعها من كتاب الله تعالى، بذكر السورة ورقم الآية.

– خرَّجت الأحاديث النبوية والآثار، وعزوتها إلى مصادرها، فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما، أو في موطأ مالك –وكان من الأحاديث المتصلة فيه– اكتفيت بتخريجه، وإن كان الحديث في غيرها من كتب السنَّة والمصنفات خرَّجته مع بيان درجته بما ذكره النُّقاد وأئمة الحديث.

– لم أترجم للأعلام الذي يرد ذكرهم في البحث؛ رعاية للاختصار والإيجاز.

– عرَّفت بالغريب من اللغة والمصطلحات تعريفًا موجزًا.

هذا؛ وأسأل الله تعالى أن يصلح النية والعمل، وأن يوفقني ويسددني فيما كتبته، وأن يعصمني من الزلل، وأن يتجاوز عما فيه من خطأ وخلل، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

التمهيد: تعريف الشروط في العقود وأقسامها:

المطلب الأول: بيان معنى الشروط في العقود:

الفرع الأول: التعريف بلفظتي الشرط والعقد:

الفقرة الأولى: تعريف الشَّرْطُ:

الشرط لغةً: مصدرٌ للفعل الثلاثي شرَط يَشرِط شرْطًا، ومادة هذه الكلمة (ش ر ط) -كما يقول اللغوي ابن فارس-: «أصلٌ يدلُّ على علَم وعلَامة، وما قارب ذلك من علَــم»[1]، وإلى هذا المعنى الأساسي -العلَم والعلامة- تعود استعمالات هذه الكلمة، فمن ذلك:

- الشَّرَط -بالتحريك-، وهو العلامة، وجمعه أشراط، ومنه: أشراط الساعة كما فــي قوله تعالى: ﴿ فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا﴾ [محمد: ١٨]أي: علاماتها[2].

- والشَّرْط، وهو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وما يشترطه الناس بعــضهم على بعض، وجمعه شروطٌ وشرائط، سُمِّيت بذلك لأنها علامات يجعلها الناس بينهم[3].

وهناك استعمالات أخرى لهذه المادة مبسوطة في المعاجم، ولكن الذي يهمنا فــي هــذا البحث هو ما أشرت إليه.

وأما تعريف الشَّرط في الاصطلاح: فقد اعتنى بــه الأصــوليون، وعرَّفــوه بتعريفــات متعددة[4]، أجودها[5] تعريف القرافي -رحمه الله- بأنه: «ما يلزم من عدمه العــدم، ولا يلزم من وجوده وجودٌ ولا عدمٌ لذاته»[6].

والشرط على أربعة أقسام:

الأول: الشرط الشرعي، مثل الطهارة للصلاة، وتمام الحول للزكاة، والتراضي والقــدرة على التسليم لصحة البيع.

والثاني: الشرط العقلي، كالحياة شرط للعلم.

والثالث: الشرط اللغوي، كدخول الدار شرط لوقوع الطلاق، فيما إذا قال لزوجتــه: «إن دخلت الدار فأنتِ طالق».

---

(1) مقاييس اللغة (٢٦٠/٣).

(2) ينظر: الصحاح، للجوهري (ش ر ط)؛ لسان العرب، لابن منظور (ش ر ط)؛ القاموس المحيط، للفيروزآبادي (ش ر ط).

(3) ينظر: تهذيب اللغة، للأزهري (٣٠٩/١١)؛ لسان العرب، لابن منظور (ش ر ط).

(4) ينظر: المستصفى، للغزالي (٢/ ١٨٨)؛ الإحكام للآمدي (١٧٤/١)؛ شرح تنقيح الفصول، للقرافي (٧١)؛ شرح مختصر الروضة، للطــوفي (٤٣٠/١)؛ نهايــة السول شرح منهاج الوصول، للإسنوي (٥١١/١).

(5) ينظر: تشنيف المسامع شرح جمع الجوامع، لبدر الدين الزركشي (٧٦١/٢).

(6) شرح تنقيح الفصول (٧١). وينظر شرحه: المصدر السابق؛ شرح مختصر الروضة، للطوفي (٤٣٥/١).

والرابع: الشرط العادي، كالسُّلم شرط لصعود السطح[1].

الفقرة الثانية: تعريف العقد:

العقد لغةً: الشَّد الذي هو نقيض الحلِّ، قال ابن فارس: «العين والقاف والدال: أصلٌ واحد، يدلُّ على شَدٍّ وشِدَّة وُثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلُّها، من ذلك عَقد البناء.. وعقَدتُ الحبلَ أَعقِده عقدًا..»[2].

وأما في الاصطلاح: فيطلق على معنيين:

المعنى الأول: المعنى العام: ويشمل أمرين:

أحدهما: ما يَعقده المرء بإرادته المستقلَّة ويُلزم به نفسه، دون افتقاره إلى إرادة عاقد آخر، كعقد اليمين، والنذر، والوقف.

والآخر: ما لا بد في عقده من ارتباط إرادتين، ولا تستقلُّ به إرادة منفردة، كالبيع والإجارة والشركة والوكالة والنكاح[3].

المعنى الثاني: المعنى الخاص:

ويختصُّ العقد على هذا المعنى باتفاق إرادتين، ولا يشمل ما يعقده المرء بإرادته المستقلة، وهذا الإطلاق هو الأكثر شهرة عند الفقهاء[4]، وقد عرَّفته مجلة الأحكام العدلية العقد بهذا المعنى بأنه: «تعلُّق كلٍّ من الإيجاب والقَبول بالآخر، على وجه مشروع، يَظهر أثره في متعلَّقهما»[5].

الفرع الثاني: تعريف الشروط في العقود:

لا يُقصد بالشروط في هذا الفرع الشروط الشرعية التي يُلزم بها الشرع، وإنما يُقصد الشروط التي ينشئها المرء بتصرُّفه وإرادته، فيجعل بعض عقوده مرتبطةً بها أو معلَّقةً عليها[6].

وقد عرَّف برهان الدين ابن مفلح –رحمه الله– هذا النوع من الشروط بأنه: «إلزام أحد المتعاقدين الآخرَ بسبب العقد ما له فيه منفعة»[1]، أي: ما له فيه غرض صحيح[2].

---

(1) ينظر: المستصفى، للغزالي (2/ 188)؛ الفروق، للقرافي (1/174)؛ شرح مختصر الروضة، للطوفي (1/431)؛ شرح التلويح على التوضيح، للسعد التفتازاني (2/ 301).

(٢) مقاييس اللغة، لأبي الحسين ابن فارس، باب العين والراء وما يثلِّثهما (ع ق د) (٤/٨٦).

(٣) ينظر: الواضح في أصول الفقه، لابن عقيل البغدادي الحنبلي (١/١٣٦)؛ المنثور في القواعد الفقهية، لبدر الدين الزركشي الشافعي (٢/٣٩٧)؛ الملكية ونظرية العقد، للشيخ محمد أبو زهرة (١٧٣).

(٤) ينظر: الملكية ونظرية العقد (ص: ١٧٥).

(٥) مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٠٤)، وينظر: المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقا (١/٣٨١) وما بعدها.

(1) ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقا (١/٣٩٤).

وللفقهاء المعاصرين تعريفات متعددة للشروط في العقود، يمكن أن يُختار منها تعريفها بأنها: التزام العاقد في عقده بأمر زائدٍ على أصل العقد، سواء أكان يقتضيه العقد أم لا، وسواء كان فيه منفعة للملتزم أم لغيره أم لا، وسواء ثبت ذلك باللفظ أم لا[٣].

المطلب الثاني: أقسام الشروط في العقود:

تنقسم الشروط في العقود باعتبارات متعددة، الذي يهمنا منها في هذا البحث تقسيمها باعتبار الغرض منها، وهي تنقسم بهذا الاعتبار إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: الشرط التعليقي، وهو «ربط حصول أمرٍ بحصول أمر آخر»[٤]، وهذا النوع من الشروط لا يوجب تكليفاً زائدًا على مقتضى العقد، وإنما يفيد تعليق التصرُّف على حصول أمر في المستقبل محتمل الحدوث بأداة من أدوات التعليق، بأن يقول مثلا: «إذا جاء زيد من سفره فقد بعتك داري بثمن قدره كذا»، و«إن سافر مدينك فأنا كفيل بما لك عليه»[٥].

ويسمى هذا النوع من الشروط بالشروط الجَعْلِيَّة، وهو يقابل الشرط الشرعي، وسُمي جعْليًّا لأنه من جعْل المكلَّف ووضعه، فهو الذي اعتبره وعلَّق عليه تصرُّفاته بأدوات الشرط ونحوها[٦].

القسم الثاني: الشرط الإضافي، وهو الشرط الذي يؤخِّر حكم العقد المنشَأ إلى زمن مستقبل معين، مع انعقاد العقد في الحال، كأن يقول المؤجِّر: «آجرتك هذه الدار مدة سنة بكذا من أول السنة الهجرية القادمة»، أو يقول الموكِّل: «وكَّلتك في جميع شؤوني من أول السنة الهجرية القادمة»، فالعقد في هذه الصور منعقد، ولكن آثاره لا يبدأ سريانها إلا في زمن مستقبل معيَّن، فهو يفيد تأخير مقتضيات العقد دون أن يزيد التزامات زائدة على مقتضيات العقد[٧].

---

(١) المبدع شرح المقنع (٣٨٩/٣).

(٢) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي (٣٨٩/٧).

(٣) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد، لزكي الدين شعبان (٢٩)؛ المدخل للفقه الإسلامي، لمحمد سلام مدكور (٦٤٨).

(٤) المدخل الفقهي العام، للزرقا (٥٧٣/١).

(٥) ينظر: المصدر السابق؛ الشروط المقترنة بالعقد تقييدًا في الفقه الإسلامي المقارن، ضمن بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، للدكتور: فتحي الدريني (٣٧٢/٢-٣٧٣)؛ الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، للدكتور: محمد عثمان شبير (٦٢).

(٦) شرح التلويح على التوضيح، للسعد التفتازاني (٢/ ٣٠١)؛ نظرية الشروط المقترنة بالعقد، لزكي الدين شعبان (٣١)؛ المدخل الفقهي العام، للزرقا (٣٩٤/١).

(٧) ينظر: المدخل للفقه الإسلامي، لمحمد سلام مدكور (٦٤٨)؛ المدخل الفقهي العام، للزرقا (٥٧٧/١)؛ الشروط المقترنة بالعقد تقييدًا في الفقه الإسلامي المقارن، ضمن بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، للدكتور: فتحي الدريني (٣٧٢/٢-٣٧٣).

والفرق بين الشرط الإضافي وبين الشرط التعليقي، أن الشرط الإضافي تعليقٌ على أمر محقَّق الحصول في المستقبل، أما الشرط التعليقي فإنه تعليق على أمر محتمل الحصول لا محقَّقه[١].

القسم الثالث: الشرط التأكيدي، وهو الشرط الذي يؤكِّد حكمًا من الأحكام الواجبة بالعقد شرعًا من غير اشتراط، أو يقال: هو الشرط الذي يقتضيه العقد، كاشتراط تسليم المبيع، أو الرد بالعيب ونحو ذلك من الأحكام الواجبة بالعقد[٢].

القسم الرابع: الشرط التقييدي، وهو «التزامٌ في التصرُّف القولي، لا يستلزمه ذلك التصرُّف في حالة إطلاقه»[٣]، ويسمى هذا النوع من الشروط بالشروط المقترنة بالعقد[٤]، وفائدته أن يُلزم المشترطُ العاقدَ بالتزامات زائدة عن الالتزامات الأصلية للعقد، للمشترط فيها مصلحة، ومن أمثلتها: الشروط التوثيقية، كاشتراط الرهن والكفيل، والشروط التي يستفيد بها منفعة معيَّنة في المعقود عليه، كاشتراط صفة في المبيع، أو نفعًا معلومًا فيه، والشروط التي فيها تحجير من تصرُّف مُطلَقٍ بمقتضى العقد، كاشتراط أن لا يبيع الشيء المبيع، وهذا القسم من الشروط هو الذي يعرف عند كثير من الفقهاء بالشروط التي تخالف مقتضى العقد[٥]، وهي موضوع هذا البحث، وسوف يأتي مزيد بحث لها في المباحث التالية –إن شاء الله–.

المبحث الأول: حقيقة الشرط المخالف لمقتضى العقد:

المطلب الأول: تعريف مقتضى العقد:

الفرع الأول: تعريف المقتضَى لغة:

المقتضَى اسم مفعول من الفعل الخماسي اقتضى يقتضي اقتضاءً، والاقتضاء افتعالٌ من قضَى يقضِي: إذا طلب وحكَم وفصَل، يقال: قضى الدَّينَ: فصَل الأمر فيه بردِّه، والاقتضاء: المطالبة بقضائه، ومنه قولهم: هذا يقتضي كذا، ومُقتضاه كذا أي: مطلوبه،

---

(١) ينظر: المدخل للفقه الإسلامي، لمحمد سلام مدكور (٦٤٨)؛ الغرر وأثره في العقود ، للصديق الضرير (١٥٩، ١٦٦).

(٢) ينظر: فتح القدير لابن الهمام (٤٤٢/٢)؛ شرح التلقين، للمازَري (٤٧٨/٢)؛ المجموع شرح المهذب، للنووي (٤٤٧/٩)؛ كشاف القناع، للبهوتي (٣٨٩/٧).

(٣) المدخل الفقهي العام، للزرقا (٥٧٥/١).

(٤) ينظر: شرح التلقين، للمازَري (٤٧٨/٤)؛ الشروط المقترنة بالعقد تقييدًا في الفقه الإسلامي المقارن، للدكتور: فتحي الدريني (٣٧٢/٢- ٣٧٣)؛ الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، للدكتور: محمد عثمان شبير (٦١).

(٥) ينظر: ينظر: فتح القدير لابن الهمام (٤٤٢/٢)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٦٥/٣)؛ الحاوي الكبير، للماوردي (٣١٢/٥)؛ كشاف القناع، للبهوتي (٣٨٩/٧).

واقتضى الشيءُ الشيءَ: إذا أوجبه في الحكم، هذه خلاصة ما ذكره أهل اللغة في معنى هذه المفردة[1].

الفرع الثاني: معنى مقتضى العقد اصطلاحا:

لا إشكال في أن المراد بمقتضى العقد مطلوبه كما مضى تقريره في البحث اللغوي للكلمة، والمقصود بالبحث في هذا الفرع بيان حقيقة هذا المطلوب الذي يتضمَّنه العقد، فإذا حُكم على عقدٍ من العقود بأنه عقد صحيح ومنعقد شرعًا؛ فما الذي يقتضيه الحكم عليه بهذا؟ هذا هو سؤال البحث هنا، والإجابة على هذا السؤال سوف تساعدنا في فهم كثير من قضايا هذا البحث، ومن ثَم الوصول إلى نتيجة سديدة.

وللإجابة على هذا السؤال يقال: إنه باستقراء النصوص الشرعية، وبتتبُّع كلام الفقهاء نجد أن مقتضى العقد يتضمَّن أمرين جوهريين:

الأمر الأول: الحكم الأصلي للعقد.

والأمر الثاني: الأحكام التابعة للحكم الأصلي، وهي:

(أ) الحقوق الثابتة بالحكم الأصلي للعقد.

(ب) الالتزامات التي ينشئها العقد.

وبيان ذلك فيما يلي.

الفِقرة الأولى: الحكم الأصلي للعقد:

إن كلَّ عقدٍ من العقود يتضمَّن حكمًا أصليًّا، بحيث لا يُتصوَّر وجود فائدة لذلك العقد دون تحقُّق هذا الحكم الأصلي، ويُطلق على هذا الحكم الأصلي «مقصود العقد»[2]، و«المقصد الأصلي للعقد»[3]، و«موضوع العقد» و«الأثر النوعي للعقد» و«الغاية النوعية للعقد»[4]، ويمكن أن يقال في ضابطه: المقصود الذي يراد في جميع صورِ نوعٍ من أنواع العقود، بحيث إذا لم يتحقَّق فإن فائدة العقد تكون منتفيةً[5]، ويعبِّر عنه بعض الفقهاء بأنه: «المقصد

---

(1) ينظر: مفردات ألفاظ القرآن، للراغب الأصفهاني (٦٧٥)؛ شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، لنشوان الحميري اليمني (٨/ ٥٥٣٥)؛ التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي (٥٨)؛ تاج العروس، للمرتضى الزَّبيدي (٣٩/ ٣١٧).

(2) ينظر: القواعد الفقهية -المشتهرة بالقواعد النورانية-، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٨٨).

(3) ينظر: المدخل للفقه الإسلامي، لمحمد سلام مدكور (٥٢٠).

(4) ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقا (١/ ٤٠٠، ٥١٧).

(5) ينظر: القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٨٨).

الأصلي الذي شُرع العقد من أجله»[1]، وسُمِّي أثرًا نوعيًّا أو غاية نوعيَّة لأنه حكمٌ وأثرٌ متَّحدٌ في جميع أفراد النوع الواحد من العقود[2].

– فالحكم الأصلي في عقد البيع –بجميع صوره– هو تملُّك المشتري للشيء المعقود عليه بعوض.

– والحكم الأصلي في عقد الهبة هو تملُّك الشيء الموهوب بغير عوض.

– والحكم الأصلي في عقد الإجارة هو تملُّك المستأجر منفعة العين المستأجرة ملكًا مؤقتًا بعوض.

– والحكم الأصلي في عقد العاريَّة هو تملُّك المستعير منفعة العين المستعارة ملكًا مؤقتًا بغير عوض.

وهلمَّ جرًّا في سائر العقود[3]، وهذه الأحكام الأصلية للعقود ثابتة باستقراء أدلة الشرع؛ إذ إن الشريعة جاءت برعاية المصالح في الخلق، ومن ذلك أنها بنتْ على هذه المعاملات والعقود من المقتضيات والأحكام ما يُحقِّق المصلحة من وجودها في الخلق، فأثبتت في كل نوع من العقود حكما أصليًّا لا يتحقَّق مقصود العقد دون وجوده[4].

الفقرة الثانية: الأحكام التابعة للحكم الأصلي:

أولًا: الحقوق الثابتة بالحكم الأصلي للعقد:

وأعني بذلك ما يستفيده العاقد من جرَّاء ثبوت الحكم الأصلي له في المعقود عليه، ففي الصور السابقة للعقود تبيَّن أن الحكم الأصلي لها هو التملُّك المخصوص في كل نوع من تلك العقود بحسَبه، والملك: «هو القدرة الشرعيَّة على التصرُّف في الرَّقبة، بمنزلة القدرة الحسيَّة»[5]، فالحقوق التي يستفيدها العاقد بناء على ثبوت الحكم الأصلي وهو الملك: استفادة جميع أوجه التصرُّفات بإطلاق، التي يقرِّها الشرع، دون منع أو تحجير عليه في تصرُّف من تلك التصرفات بلا مسوِّغ شرعي، ومن أمثلة تلك التصرُّفات: حق الانتفاع بالشيء المملوك بنفسه أو بغيره، وحق بيعه أو هبته أو تأجيره أو وقفه أو رهنه، إلى غير ذلك من أوجه التصرُّفات السائغة له شرعًا، فهي حقوق ثابتة له شرعًا بناء على ثبوت الحكم الأصلي، وهذه الحقوق

(1) المدخل للفقه الإسلامي، لمحمد سلام مدكور (٥٢٠).

(2) ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقا (١/٤٠٠، ٥١٧).

(3) ينظر: المصادر السابقة.

(4) ينظر: قواعد الأحكام، للسلمي (١/١٤٩)؛ أعلام الموقعين، لابن القيم (٤/١٤٤)؛ الموافقات، للشاطبي (٢/١٧-٢٠).

(5) القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠٨)؛ وينظر: شرح التلقين، للمازري (٢/٤٩١).

يدرجها الفقهاء في مسمى «مقتضى العقد»، ومن شواهد ذلك ما جاء في «توضيح الأحكام»: «فإن الحكم الشرعي يوجب للمشتري جواز تصرُّفه فيما اشتراه على أيِّ وجه شاء مما أباحه الشرع له من بيع وهبة ونحوهما، فالتحجير عليه بأن لا يبيع مثلا شرط مناقض لمقتضى العقد»[1].

ثانيًا: الالتزامات التي ينشئها العقد:

ويقصد بها: «كل تكليف بفعل، أو بامتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر»[2]، فالالتزامات هي تكاليف يُلزَم بها العاقدُ تجاه العاقد الآخر؛ بناء على ثبوت الحكم الأصلي للعقد، ففي عقد البيع مثلا: يلتزم العاقد بتسليم المبيع، وضمان العيب إذا وُجد، وأداء الثمن، وفي عقد الوديعة يلتزم المودَع بعدم استعمال الوديعة، ونحو ذلك[3]، جاء في «الدر المختار» للحصكفي الحنفي: «وحكمه [أي: البيع] ثبوت الملك»، قال ابن عابدين في حاشيته عليه: «(قوله: وحكمه ثبوت الملك) أي: في البدلين لكل منهما [أي: المتبايعين] في بدل، وهذا حكمه الأصلي، والتابع وجوب تسليم المبيع والثمن..»[4].

فهذا جملة ما ينطوي عليه مقتضى العقد شرعًا، وللتمييز بين الحكم الأصلي وبين الأحكام التابعة للعقد، نجد الشيخ مصطفى الزرقا -رحمه الله- يضع ضابطًا يسيرًا للتمييز بينهما، وهو: «أن ما يفهم الإنسان حصوله بمجرَّد سماعه بوقوع العقد الصحيح هو الحكم الأصلي لذلك العقد، وما لا يفهم حصوله بالعقد، بل يحتاج العلم بحصوله إلى استفهام فهو التزام»[5]، ويوضح ذلك بمثال، وهو أن من علم أن شخصًا ما من الناس قد باع سيارته، فبمجرَّد سماعه لذلك يفهم أن ملكية هذه السيارة قد انتقلت إلى المشتري، وهذا هو الحكم الأصلي للعقد، ولكن لا يستطيع أن يجزم بمجرَّد سماعه لهذه المعلومة أن ثمن السيارة قد دفعه المشتري، وأن البائع قد سلمها إليه، فهذه الالتزامات لا بد من حصول تنفيذ لها من قِبَل الملتزمين، ولا يتحقق مقتضاها بمجرَّد العقد[6]، وهذه الأحكام التابعة من الحقوق والالتزامات دلَّ على ثبوتها تفاصيل أدلة الشرع، الواردة في كل حكم منها بحسبه.

---

(١) توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، لعثمان بن المكي التوزري الزبيدي (٨/٣).

(٢) المدخل الفقهي العام، للزرقا (١/ ٥١٧).

(٣) ينظر: شرح التلقين، للمازري (٤٧٨/٢)؛ العزيز شرح الوجيز، للرافعي (١١٥/٤)؛ المدخل الفقهي العام، للزرقا (١/ ٥١٧).

(٤) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٦).

(٥) المدخل الفقهي العام، للزرقا (١/ ٥١٩).

(٦) ينظر: المصدر السابق.

وبهذا يتمُّ الكلام عن التعريف بمقتضى العقد، وأنتقل الآن إلى المطلب الثاني للكلام عن الدليل على ثبوت هذه المقتضيات للعقود.

المطلب الثاني:ضابط الشرط المخالف لمقتضى العقد:

سبق في المطلب السابق بيان معنى مقتضيات العقود، ويأتي هنا هذا السؤال: ما ضابط الشرط المخالف لمقتضى العقود؟ فإن هذه العبارة كثيرًا ما تدور في كتب الفقهاء، ويُقال في الجواب: إننا نجد من الفقهاء مَن وضع ضابطًا للشرط المخالف لمقتضى العقد، فمن ذلك ما ذكره أبو الحسن الماورديُّ الشافعي –رحمه الله– فقال: «هو كلُّ شرط مَنع المشتريَ من واجبٍ، أو ألزم البائعَ ما ليس بواجب»[1]، ويقول أبو عبد الله المازَريُّ المالكي –رحمه الله– في ضابط ما خرج عن مقتضى العقد: «أن يشترط إيقاعَ فعلٍ في المبيع لا يلزمه في مقتضى الملك، أو يَمنعَ مِن فعلٍ في المبيع مما يقتضيه الملك»[2]، وقد سبق معنا في بيان معنى مقتضى العقد أن مما يندرج في معناه: الأحكام التابعة للحكم الأصلي، وهي شيئان: الحقوق الثابتة بالحكم الأصلي للعقد، والالتزامات التي ينشئها العقد، وإذا نظرنا في الضابط الذي ذكره هذان الفقيهان نجد أنه يتَّسق مع ما سبق تقريره في معنى مقتضى العقد، فـ«كلُّ شرطٍ مَنع المشتري من واجب» أو بالتعبير الآخر «مَنع من فعلٍ في المبيع يقتضيه الملك –وهو الحكم الأصلي–» فإنه هو الشرط الذي يمنعه من الحقوق الثابتة بالحكم الأصلي للعقد، وكل شرط «ألزم البائع ما ليس بواجب» أو بالتعبير الآخر «أوقَع فعلًا في المبيع لا يلزمه في مقتضى العقد» فإنه هو الشرط الذي يُلزم بالتزاماتٍ تزيد على الالتزامات التي ينشئها العقد.

فمن أمثلة الشرط المخالف لمقتضى العقد لكونه يمنع العاقد من الحقوق الثابتة له: أن يبيع المشتريَ سلعة ويشترط عليه أن لا يبيعها أو أن لا يهبها، أو يبيعه الدارَ ويشترط عليه أن لا يؤجرها.

ومن أمثلة الشرط المخالف لمقتضى العقد لكونه يُلزم العاقد بالتزاماتٍ تزيد على الالتزامات التي ينشئها العقد: أن يبيع البائع للمشتري سلعة على أن لا خسارة على المشتري في الثمن إذا باع السلعة، أو يقول

---

(1) الحاوي الكبير، للماوردي (٣١٢/٥).

(2) شرح التلقين، للمازري (٢/ ٤٧٩).

وسلك بعض الفقهاء مسلك السَّبر والتقسيم في بيان الشرط المخالف لمقتضى العقد، فيذكر أقسام الشروط في العقد، فيبدأ بذكر الشرط الذي يقتضيه العقد وأمثله، ثم يسرد التقسيمات حتى يصل إلى قسم الشرط المخالف لمقتضى العقد ويذكر أمثلته، فيستغني بذكر الأقسام عن ذكر الضابط، ينظر هذه الطريقة: المبسوط، للسرخسي (١٤/١٣)؛ المجموع، للنووي (٤٤٧/٩-٤٥٣)؛ المغني، لابن قدامة (٣٢٣/٦).

له: على أنني ضامن لك مئة درهم -مثلا- من ربحها إذا بعتَها، أو بعتك هذه النخل على أنني كفيل بمئة وسْق من ثمرها[1].

المبحث الثاني: حكم الشرط لمخالف لمقتضى العقد:

المطلب الأول: تحرير محل النزاع:

الشرط المخالف لمقتضى العقد له -بحسَب مخالفته لمقصود العقد من عدمها- على ضربين:

الضرب الأول: أن يكون مخالفًا لمقصود العقد[2]، وهو الحكم الأصلي للعقد الذي سبق بيانه: مثل أن يشترط الفسخ في العقد[3]، أو يبيعه الشيء بشرط أن لا يملكه، أو أن لا يتصرف فيه بأي تصرُّف أبدًا، أو يؤجره الدار بشرط أن لا يملك منفعتها، ونحو ذلك من الشروط التي تسلب العقود مقصودَها[4]، فحكم هذا النوع من الشروط أنه باطل بالإجماع، وقد نقل الإجماع على ذلك ابن عبد البر[5]، وابن تيمية[6].

ومن الأدلة على بطلان مثل هذا الشرط:

١. أن في اشتراط هذا الشرط تغييرًا للأوضاع الشرعية للعقود[7]، وهذا مردود بحديث عائشة ل أن النبي ﷺ قال: «من عمل عملًا ليس عليه أمرنا فهو ردٌّ»[8].

٢. أن في اشتراط هذا الشرط جمعًا بين متناقضين، بين إثبات المقصود ونفيه، وهذا من المحال عقلًا، الذي تُنزَّه الشريعة عن أن تأتيَ بمثله[9].

٣. أن في اشتراط هذا الشرط منافاةً لقصد الشارع، فإنَّ العقود أسباب، وقصْد الشارع منها وقوع مسبَّباتها التي لأجلها شُرعت تلك العقود، وقصدُ المشترط لهذا الشرط مناقضٌ لقصد الشارع، وكل قصدٍ ناقض قصد الشارع فهو باطل، فهذا القصد باطلٌ[10].

---

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٤/١٣)؛ بدائع الصنائع، للكاساني (١٦٩/٥)؛ شرح التلقين، للمازري (٢/ ٤٧٩)؛ الحاوي الكبير، للماوردي (٣١٢/٥)؛ المجموع، للنووي (٤٤٧/٩-٤٥٣)؛ كشاف القناع، للبهوتي (٣٩٩/٧).

(٢) تنبيه:يوجد عند المالكية التعبير بالشرط الذي يناقض مقصود العقد، ولا يقصدون به هذا الشرط الذي أنا بصدد الكلام عليه، وإنما مرادهم نوع من أنواع الشروط المخالفة لمقتضى العقد الآتي ذكرها، وهو أن يشترط منعه من تصرُّف من ضروب التصرُّفات المستحَقَّة بالعقد، كأن يبيعه العين بشرط أن لا يبيعها أو أن لا يهبها. ينظر: عقد الجواهر الثمينة، لابن شأس (٤٢٢/٢)؛ التاج والإكليل، لأبي عبد الله المواق (٢٤١/٦)؛ مواهب الجليل، للحطاب (٣٧٣/٤).

(٣) ينظر: القواعد الفقهية -المشتهرة بالقواعد النورانية-، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٧٣).

(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي (٥٩/١٤)؛ قواعد الأحكام، للسلمي (٢٥٤/٢)؛ الأشباه والنظائر، لابن الملقن (٣٨٠/١).

(٥) ينظر: الاستذكار (٢٥٠/٢٠).

(٦) ينظر: القواعد الفقهية (٢٨٨).

(٧) ينظر: جامع العلوم والحكم، لابن رجب (١٨١/١).

(٨) أخرجه البخاري (٢٦٩٧)؛ ومسلم -واللفظ له- (١٧١٨).

(٩) ينظر: القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٨٨).

(١٠) ينظر: الموافقات، للشاطبي (٣٣٩/١-٣٤١).

وهو –أيضًا– مبطل للعقد كما صرَّح بذلك ابن تيمية[1]،وقرَّره القرافي بقوله: «والقاعدة الشرعية المشهورة في أبواب العقود الشرعية أنَّا لا نُبطِل عقدًا من العقود إلا بما [أي: بشرط] ينافي مقصودَ ذلك العقد دون ما لا ينافي مقصوده»[2]، وذلك لأن وجود هذا الشرط في العقد يُصيِّر العقد لغوًا، ولا يقال ببطلان الشرط وحده دون العقد؛ لأن لا يُسلَّم بتحقُّق وجود العقد حينئذ، لأننا أمام صورة جُمع فيها بين متناقضين، فمقتضى الشرط ينافي مقتضى العقد منافاة تامَة، فلا يحصل شيء، ولا يتحقق –والحالة هذه– عقدٌ حتى يُقال بتصحيحه[3]، وهذا ما قرره عز الدين ابن عبد السلام بقوله: «كلُّ تصرُّف تَقاعَد عن تحصيل مقصوده فهو باطل»[4].

الضرب الثاني: أن لا يكون الشرط المخالف لمقتضى العقد مخالفًا لمقصوده:وله صورتان:

الصورة الأولى: الشرط الذي يكون من مصلحة العقد، ويسميه الحنفية الشرط الملائم للعقد[5]، ويمكن ضبطه بأن يقال:

– هو الشرط الذي فيه مصلحة تعود على المشترِط بتوثيق العقد.

– أو بطلب استحقاقٍ جائز بأصل الشرع.

– أو باشتراط صفة مقصودة في المعقود عليه لا يُعدُّ فقدها عيبًا.

فهذه الأمور الثلاثة هي التي يقصدها الفقهاء بقولهم: شرطُ مصلحة العقد[6]، فحكم اشتراط هذا النوع من الشروط: أنه جائز صحيح لازم بلا خلاف بين أهل العلم، وقد نقل الإجماع على صحته ابن الهمام الحنفي[7]، والنووي الشافعي[8]،وابن قدامة[9] وابن أبي عمر[10] وابن تيمية[11] الحنبليون.

–فشروط توثيق العقد دلَّ عليها قوله تعالى:﴿ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣][12]، وهذه الشروط هي في الحقيقة مقرِّرة ومؤكِّدة لمقتضى العقد، ومكمِّلة لحكمة

---

(1) ينظر: القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٨٨).

(2) الفروق (٤٢٦/٢)؛ وينظر أيضا: الذخيرة (٣/ ٤٦٢).

(3) ينظر: القواعد الفقهية، لابن تيمية (٢٨٨– ٢٨٩)؛ نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، د. حسن علي الشاذلي (٢٧٠).

(4) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢٤٩/٢).

(5) ينظر: بدائع الصنائع (١٦٩/٥).

ويطلق عليه المالكية: الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه. ينظر: شرح مختصر خليل، الخرشي (٨٠/٥)؛ حاشية الدسوقي (٦٥/٣).

(6) ينظر: شرح التلقين، للمازَري (٢/ ٤٧٩)؛ المجموع، للنووي (٤٤٧/٩)؛ كشاف القناع، للبهوتي (٣٩٠/٧).

(7) ينظر: فتح القدير (٤٤٣/٦).

(8) ينظر: المجموع (٤٤٧/٩).

(9) ينظر: المغني (٢٣٨/٦–٢٣٩، ٣٢٣).

(10) ينظر: المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف (٢٠٦/١١).

(11) ينظر: القواعد الفقهية –المشتهرة بالقواعد النورانية–، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٦٩).

(12) ينظر: المحلى، لابن حزم (٤١٣/٨).

المشروط وعاضدة له[1]، ومن أمثلتها: اشتراط الرهن والضمين والكفيل والشهادة[2]، ومن الأمثلة المعاصرة التي يمكن إلحاقها بهذا القسم أن يشترط على البائع تسجيل ملك المشتري للمبيع في الجهات الرسمية[3]، أو يشترط البائع على المشتري أن يكون تسليم الثمن عن طريق الشيك المصدَّق أو عن طريق الإيداع في الحساب الجاري للبائع في المصرف المحدد، ولا يكون التسليم نقدًا؛ وذلك لما في هذه الوسائل من مصلحة في ضمان وصول الحق إلى صاحبه مع وجود أدلة قوية للإثبات يُمكن اللجوء إليها عن التنازع لدى القضاء.

– والشرط الذي يَطلب به المشترط استحقاقًا جائزًا له طلبُه بأصل الشرع؛ مثل اشتراط تأجيل الثمن كلِّه أو بعضه إلى وقت معلوم، فهذا جائز بدليل قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ﴾ [البقرة: ٢٨٢][4]، ومثل اشتراط الخيار له مدةً معلومة[5]، بدليل قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»[6]، ومن ذلك خيار الشرط[7].

– واشتراط صفة مقصودة في المعقود عليه لا يُعدُّ فقدها عيبًا جائز؛ لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ ﴾[النساء: ٢٩]،فنصَّ على التراضي، والتراضي لا يتحقَّق إلا إذا حصل التعاقد على الصفات المشترَطة

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٦)؛ فتح القدير (٤٤٣/٦)؛ الموافقات، للشاطبي (٤٣٨/١).

(2) ينظر: المجموع (٤٤٧/٩)؛ كشاف القناع (٣٩٠/٧).

(3) ينظر: فقه البيوع، للشيخ: محمد تقي العثماني (٤٧٤/١).

(4) ينظر: العزيز شرح الوجيز، للرافعي (١٠٦/٤-١٠٧)؛ المحلى، لابن حزم (٤١٣/٨).

(5) لم يختلف الفقهاء في جواز خيار الشرط إلى مدة معلومة كما سبق بيانه، واختلفوا في مقدار هذه المدة. ينظر: المغني (٣٨/٦).

(6) روي هذا الحديث من طرق عن النبي ﷺ:

الطريق الأولى: من حديث أبي هريرة ﷺ، أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، والدارقطني (٢٨٩٠)، والحاكم (٢٣٠٩)، والبيهقي (١١٤٢٩)، وإسناد حسن؛ لأجل كثير بن زيد الأسلمي، قال ابن حجر في تقريب التهذيب (٨٠٨): «صدوق يخطئ»، وانظر ترجمته في تهذيب الكمال، للمزي (١١٣/٢٤)، وحسَّن إسناده ابن كثير في إرشاد الفقيه (٥٤/٢).

الطريق الثانية: من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ، أخرجه الترمذي (١٣٥٢)، والطبراني في المعجم الكبير (٢٢/١٧)، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح»، وأنكر الأئمة على الترمذي تصحيحه لهذا الحديث، فإن كثيرا هذا ضعيف، كذَّبه الشافعي وتركه أحمد وغير واحد من الأئمة (إرشاد الفقيه ٥٤/٢)، وقال ابن حجر في التقريب (٨٠٨): «ضعيف، أفرد من نسبه إلى الكذب»، وقال ابن الملقن في البدر المنير (٦٨٨/٦) عن إسناده: «واه بمرَّة»، وقال ابن حجر في البلوغ (٢٢٤) معتذرا للترمذي: «وكأنه اعتبره بكثرة طرقه».

الطريق الثالثة: من حديث أنس بن مالك ﷺ، عن النبي ﷺ.

الطريق الرابعة: من حديث عائشة ﷺ، عن النبي ﷺ، أخرجهما الدارقطني (٢٨٩٤)، والحاكم (٢٣١٠) وإسنادهما ضعيف، ضعفه ابن عبد الهادي في التنقيح (٤١/٤)، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير (٥٦/٣): «وإسناده واه» وانظر: البدر المنير (٥٥٣/٦).

الطريق الخامسة: من حديث ابن عمر ﷺ، عن النبي ﷺ، أخرجه البزار في مسنده (٣٢/١٢)، وإسناده ضعيف، قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ١٥٤): «وفيه محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني وهو ضعيف جدا».

وفي الجملة فالحديث يتقوَّى بمجموع طرقه، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «هذه الأسانيد، وإن كان الواحد منها ضعيفًا، فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضًا».

(7) ينظر: الممتع في شرح المقنع، لابن المنجَّى التنوخي (٧٦/٣).

ضرورةً[1]،ولأنه مكمِّل لحكمة شرع العقود، فالبيع مثلًا إنما جاز ليحصل لكل واحد من المتعاقدين مقصوده وغرضه، والمقاصد والأغراض الشخصية تختلف وتتفاوت، فلو لم يصحَّ اشتراط هذا الصنف من الشروط لم تحصل الحكمة التي شرع البيع لأجلها على الكمال[2]، وأمثلة هذه الصنف من الشروط كثيرة جدًّا، ومن الأمثلة التي ذكرها الفقهاء السابقون: أن يشترط الدابَّة لبونًا –أي ذات لبن–، أو غزيرة اللبن، أو الفهد صيودًا، والعبد صانعًا أو خياطًا، والطير مصوِّتًا، أو يشترط طولا محددًا في الثوب ونحو ذلك[3].

الصورة الثانية: الشرط الذي ليس من مصلحة العقد بالضابط الذي سبق ذكره، وفيه منعٌ للعاقد من الحقوق الثابتة له منعًا عامًّا أو خاصًّا، مطلقًا أو مؤقتًا، أو يُلزم العاقد بالتزامات تزيد على الالتزامات التي يُنشئها العقد[4]، فهذه الصورة هي محلُّ النزاع في هذه المسألة[5].

المطلب الثاني: الأقوال في المسألة:

اختلف الفقهاء في حكم الشرط المخالف لمقتضى العقد إذا لم يخالف مقصوده، المبيَّن في الصورة الثانية على قولين:

القول الأول: أن هذا الشرط محرَّم وباطل، إلا ما ثبت استثناؤه بدليل.

وهذا قول الحسن البصري[6] وابن أبي ليلى والنخعي وأبي ثور[7]، ومذهب الحنفية[8]، والمالكية[9]، والشافعية[10]، والحنابلة في إحدى الروايتين وهي المذهب عند المتأخرين[11]، والظاهرية[12].

---

(1) ينظر: المحلى، لابن حزم (٨/٤١٣).

(2) ينظر: المغني (٦/٢٣٨-٢٣٩)؛ الممتع في شرح المقنع، لابن المنجَّى التنوخي (٣/٥٩).

(3) ينظر: المجموع، للنووي (٩/٤٤٧)؛ كشاف القناع، للبهوتي (٧/٣٩٠).

(4) ينظر: القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٧٠).

(5) هذا النوع من الشروط يسميه المالكية: بيوع الثُّنيا، وهو أن يبيع السلعة ويشترط على المشتري أن لا يبيعها ولا يهبها ونحو ذلك من الشروط التي تقتضي التحجير على المشتري أو إلزامه بما لا يلزمه بمقتضى العقد. ينظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد الجد (٢/٦٤)؛ بداية المجتهد (٣/٣٥٩)؛ مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله الحطاب (٤/ ٣٧٣)؛ القوانين الفقهية، لابن جزي (٤٣٧).

(6) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (٦/٤٨٨).

(7) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (٦/٤٩٠)؛ المبسوط (١٣/١٣)؛ المحلى (٨/٤١٥)؛ الحاوي الكبير، للماوردي (٥/٣١٢).

(8) ينظر: المبسوط (١٣/١٤)؛ بدائع الصنائع (٥/١٦٩)؛ فتح القدير، لابن الهمام (٦/٤٤٢).

(9) ينظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد الجد (٢/٦٤)؛ مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله الحطاب (٤/ ٣٧٣)؛ حاشية البناني على شرح الزرقاني (٥/ ١٥٢)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٦٥).

(10) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٥/٣١٢)؛ العزيز شرح الوجيز، للرافعي (٤/١١٥)؛ المجموع، للنووي (٩/٤٥٣)؛ مغني المحتاج، للشربيني (٢/٤٢).

(11) ينظر: المغني (٦/٣٢٥)؛ المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف (١١/٢٣٢)؛ شرح منتهى الإرادات، للبهوتي (٣/١٧٥).

(12) ينظر: المحلى، لابن حزم (٨/٤١٢).

واختلف القائلون ببطلان هذا الشرط في أثره على ذلك العقد صحة أو فسادًا، على قولين:

القول الأول: أن هذا الشرط يُفسد العقد، وهو مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في إحدى الروايتين، والظاهرية.

وللمالكية خلاف فيما إذا أسقط المشترط هذا الشرط، هل يُصحِّح العقد بذلك أم لا؟ على قولين، والمشهور في المذهب أنه إذا أسقط المشترط شرطه صحَّ العقد.

القول الثاني: أن العقد صحيح، ولا يؤثِّر فيه الشرط إفسادًا، وهذا قول الحسن البصري وابن أبي ليلى والنخعي وأبي ثور، وهو الرواية الأخرى عند الحنابلة، وهي المذهب المنصوص.

وأصحاب هذا القول يتمسَّكون بنظرية مقتضى العقد، فمقتضيات العقود عندهم إنما تثبت بدليل شرعي، وليس للعاقد أن يخالفها بأن يضيف إليها شيئًا أو يقيِّدها بقيد، إلا إذا دلَّ دليل شرعي على جواز ذلك[1]، ويرون أن الأصل في الشروط الحظر إلا ما ورد الشرع بإباحته[2].

الشروط المستثناة على هذا القول:

تُستثنى أنواعٌ من الشروط عند بعض القائلين بهذا القول،وبيان هذه المستثنيات فيمايلي:

١. أن يشترط المشتري نفع البائع في المبيع، كشراء حطب بشرط حمله إلى موضع معيَّن، أو ثوب بشرط خياطته:فهذا النوع من الشروط يجيزه المالكية[3]والحنابلة؛ للآثار الواردة عن الصحابة في ذلك[4]، ويقيِّد الحنابلة الجواز بأن لا يزيد على شرط من هذا النوع، ويجيزه الحنفية إذا كان العرف جاريًا به، كما إذا اشترى فِلْعةً[5] على أن يحذُوَها البائع نعلًا، أو جِرابًا[6] على أن يخْرِزه له خُفًّا، والقياس عندهم في مثل هذا الشرط أنه لا يصح، إلا أنهم أجازوه استحساناً؛ للعرف الظاهر الجاري بذلك، وفي النُّزوع عنه حرجٌ بيِّنٌ[7]، وأما الشافعية والظاهرية فهم على الأصل في منع هذا الشرط[8].

٢. أن يشترط البائع الانتفاع بالمبيع مدة معلومة لا يعود بمنع التصرُّف في أصل المبيع، وإن كان فيه نقصٌ لمقتضى العقد المطلق، مثل أن يبيع دارًا ويستثني سكناها سنة، أو مركوبًا ويشترط ظهرَه إلى موضع معلوم:فهذا الشرط يجيزه الحنابلة[9]، ويجيزه المالكية –أيضًا– إذا كان مدة يسيرة عرفًا؛ لأنه غرر يسير فيكون مغتفرًا[10]، والمستند في جواز هذا الشرط حديث جابر –رضي الله عنه– أنه باع النبي ﷺ جملا، واستثنى حملانه إلى المدينة[11].

---

(1) ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقا (٥٤٩/١).

(2) ينظر: القواعد الفقهية، لابن تيمية (٢٦٤)؛ نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، د. حسن علي الشاذلي (٢٨٠).

(3) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي (٧/ ٤)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥/٤).

(4) ينظر: المغني (١٦٥/٦)؛ كشاف القناع (٣٩٥/٧).

(5)هي القطعة من الجلد. ينظر: تهذيب الأسماء واللغات، للنووي (٧٤/٤).

(6)الجراب: وعاء من جلد الشاء. ينظر: تهذيب اللغة، للأزهري (٣٧/١١).

(7) ينظر: المبسوط (١٤/١٣–١٥)؛ بدائع الصنائع (١٧٢/٥)؛ المدخل الفقهي العام، للزرقا (٥٥١/١).

ويرى الشيخ الزرقا –مع أنه ممن يتبنَّى الرأي الذي يقول بأن الأصل في العقود الصحة والجواز– أن هذا الاستثناء عند الحنفية موسِّعٌ من تضييق حرية الشروط في اجتهادهم، قال: «بل لو قيل، استنادًا إلى نظرية العرف هذه في الاجتهاد الحنفي، بأن تعارُف الناس على اشتراط الشروط في العقود بوجه عام هو صحيح معتبر كتعارفهم على صور مخصوصة على الشروط في بعض العقود لكان ذلك تفقُّهًا حسنًا، وعندئذ نستطيع القول بأن الشرط الفاسد قد زال من معاملات الناس بفعل الزمن..» المدخل الفقهي العام (٥٥٢/١).

(8) ينظر: المجموع، للنووي (٤٥٢/٩–٤٥٣)؛ المحلى، لابن حزم (٤١٢/٨).

(9) ينظر: المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف (٢١٤/١١)؛ كشاف القناع (٣٩٢/٧).

(10) ينظر: الاستذكار، لابن عبد البر (١٩/ ٧٤)؛ المقدمات الممهدات، لابن رشد الجد (٦٧/٢)؛ بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣٥٩/٣–٣٦٠).

(11)أخرجه البخاري (٢٧١٨)، ومسلم (٧١٥).

٣. أن يبيع العبد بشرط أن يعتقه، فيصح هذا الشرط في مذهب المالكية[١]، وفي أحد قولي الشافعي، وهو المذهب[٢]، وفي إحدى الروايتين عن أحمد وهي المذهب[٣]؛ لحديث عائشة ل، أنها اشترت بريرة وشرط أهلها عتقَها وولاءها[٤]، فأنكر النبي ﷺ شرط الولاء دون العتق[٥]، ولأن الشارع له إلى العتق تشوُّف لا يوجد في غيره، ولذلك أوجب فيه السِّراية[٦].

٤. يلحق بالمستثنى السابق: أن يبيعه دارًا أو نحوها بشرط أن يجعلها وقفًا؛ إذ فيه معنى من معاني البر كالعتق، فيصح في مذهب مالك[٧]، وفي أحد القولين في مذهب الشافعي وأحمد، والمذهب عندهما أنه لا يصح[٨].

٥. يستثنى عند المالكية: اشتراط البائع منعَ المشتري من تصرُّف يسير في المعقود عليه، مثل أن يبيع سلعة ويشترط على المشتري أن لا يبيعها لفلان أو لنفر قليل، فيقول مثلا: لا تبعها لفلان أو لبني فلان وهم نفر قليل معدودون[٩]، فهذا الشرط يمنع من نوع واحد من أنواع التصرُّفات منعًا جزئيًّا، لا منعًا تامًّا، وليس فيه مضرة على المشتري[١٠]، وهذا الاستثناء يجري على قاعدة مذهبهم في اغتفار اليسير من المعاملات الممنوعة، كما قالوا في اشتراط البائع الانتفاع بالمبيع.

فهذه جملة المستثنيات من الشروط الممنوعة عند أصحاب هذا القول.

القول الثاني في أصل المسألة: أن الشرط المخالف لمقتضى العقد شرطٌ جائز صحيح، إلا ما دلَّ الدليل على تحريمه، وأصحاب هذا القول ينطلقون من أن الأصل في الشروط الإباحة والصحة إلا ما دلَّ الدليل على تحريمه وإبطاله.

---

(١) ينظر: شرح التلقين، للمازري (٤٨١/٢)؛ بداية المجتهد (٣٥٩/٣)؛ شرح مختصر خليل، للخرشي (٨٠/٥)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٦٦/٣). ولهم فيه تفصيل: فإن كان اشتراط العتق منجَّزًا –أي: معجَّلًا– فإنه يجوز اشتراطه، وأما إن كان اشتراطه مؤجَّلا فإنه لا يجوز؛ لعظم الغرر فيه. ينظر: المصادر السابقة.

(٢) ينظر: المجموع (٤٤٧/٩–٤٤٨)؛ مغني المحتاج، للشربيني (٤٤/٢).

(٣) المغني (١٦٥/٦)؛ شرح منتهى الإرادات، للبهوتي (١٧٦/٣).

(٤) أخرجه البخاري، (٢١٦٨)، ومسلم (١٥٠٤).

(٥) ينظر: المغني (٣٢٤/٦).

(٦) ينظر: القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩٩–٣٠٠)؛ حاشية الدسوقي (٦٦/٣).

والسراية تعني: أن من أعتق نصيبا له في عبد مشترك بينه وبين غيره فإنه يَعتق نصيبه من العبد ويسري العتق إلى الباقي إذا كان المعتق موسرا. ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٨٥/٢٤).

(٧) ينظر: المصادر السابقة.

(٨) ينظر: العزيز شرح الوجيز، للرافعي (١١٣/٤)؛ المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف (٢٤١/١١).

(٩) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي (٨٠/٥)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٦٦/٣)

(١٠) ينظر: شرح التلقين، للمازري (٤٩١/٢)؛ نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، د. حسن علي الشاذلي (٢٥٩).

وهذا قول ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان[١] وابن شبرمة[٢]، وهو رواية في مذهب أحمد، حكاها شيخ الإسلام ابن تيمية، واختارها ونصرَها، قال: «وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه»[٣]، وقال -أيضًا-: «وعن أحمد نحو العشرين نصًّا على صحة هذا الشرط»[٤]، واختاره ابن القيم أيضًا، ونسبه إلى جمهور الفقهاء[٥].

فبناء على هذا القول يجوز أن يشترط البائع على المشتري فعلًا أو تركًا في المبيع مما هو مقصود للبائع أو للمبيع نفسه، ويجوز استثناء بعض المنفعة في العين الموهوبة والصداق وفدية الخلع ونحو ذلك من أنواع إخراج الملك، ويجوز للواقف إذا وقف شيئًا أن يستثني منفعته وغلَّته جميعها لنفسه مدة حياته وغير ذلك من الشروط التي تخالف مقتضى العقد، وما استثناه أصحاب القول الأول من الشروط الجائزة يجوز بناء على هذا القول أصلًا لا استثناء، وليس المستند في جوازها -على هذا القول- الدليل الخاص بجواز ذلك الشرط بخصوصه كما هو مستند أصحاب القول الأول في ذلك، وإنما المستند هنا الأصل العام الاستقرائي، بحيث إنا لو فرضنا عدم وجود الدليل الخاص لجواز ذلك الشرط بخصوصه فإن ذلك لا يمنع من جوازه؛ لوجود الأصل العام[٦].

المطلب الثالث: أدلة الأقوال:

أدلة أصحاب القول الأول القائلين ببطلان الشرط المخالف لمقتضى العقد:

الدليل الأول: حديث عائشة ل قالت: جاءتني بَريرة فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواقٍ، في كل عام وقية، فأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أَعدُّها لهم، ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها، فقالت لهم فأبوا ذلك عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺجالس، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبي ﷺ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ، فقال: «خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق»، ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد، ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٣١٢/٥)؛ البيان، للعمراني (١٣٥/٥).

(٢) المبسوط (١٣/١٣)؛ المحلى (٤١٥/٨).

(٣) القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٦٩).

(٤) الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، لابن اللحام البعلي (١٨٣).

(٥) ينظر: أعلام الموقعين (١٦٧/٢).

(٦) ينظر: القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٦٩-٢٧١).

شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»[1].

وجه الدلالة من هذا الحديث ينبني على بيان مقدمتين:

المقدمة الأولى: أن النبي ﷺ أبطل اشتراط الولاء لغير المعتِق؛ لأن من مقتضيات عقد بيع الرقيق أن يكون الولاء لمن أعتقه، وقد ثبت هذا المقتضى بالشرع من قوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق».

المقدمة الثانية: إذا ثبت كون الولاء للمعتِق مقتضًى ثبت بالشرع فلا يجوز مخالفته، لأنه مخالفة لما حدَّه الشرع وذلك محرَّم؛ فيقاس على ذلك جميع مقتضيات العقود، فلا يجوز اشتراط ما يخالفها، لأن مقتضيات العقود أحكامٌ شرعية ثابتة بالشرع، وفي اشتراط ما يخالفها تغيير لأحكام الشرع، وذلك باطل بنصِّ قوله ﷺ: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مئة شرط»، فـ«ما» في قوله: «ما كان من شرط» من صيغ العموم، فتعم بالبطلان كل شرط ليس في كتاب الله إلا ما ثبت جوازه، ومعنى: «في كتاب الله» في حكم الله من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس صحيح[2]، فتغيير مقتضيات العقود بالشروط تغيير لما أوجبه الشرع، بمنزلة تغيير العبادات[3].

نوقش وجه الدلالة من الأوجه التالية:

الوجه الأول: لا يُسلَّم بأن مرادَ قوله ﷺ: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» الشرطُ بمعنى المصدر وبوصفه شرطًا، وإنما الشرط هنا من باب إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول، أي: المشروط، والمعنى: أن هذا المشروط يُنظر إليه باعتباره تصرُّفًا مستقلًّا، لا باعتباره شرطًا في العقد، فإن كان -والحالة هذه- ليس في كتاب الله حلُّه، بأن كان مما حرَّمه الله تعالى فهو باطل لا يجوز اشتراطه في العقد، ويدلُّ على هذا المعنى قوله ﷺ: «وإن كان مئة شرط» أي: فليس مراده تعديد التكلم بالشرط، وإنما المراد تعديد المشروط، وأيضًا قوله ﷺ: «كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق» أي: أحق من هذا الشرط وأوثق منه، وهذا إنما يكون إذا كان هذا المشروط في نفسه تصرُّفًا مخالفًا لكتاب الله تعالى وشرطه، كما في اشتراط الولاء لغير المعتِق، وأما إذا كان هذا المشروط في ذاته تصرُّفًا مباحًا لم يحرمه كتاب الله وشرعه فإنه

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) ينظر: التمهيد، لابن عبد البر (١٨/١٧٠، ٢٢/١٨٦)؛ إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد (٣/٥٥٢)؛ فتح الباري، لابن حجر (٥/١٨٨).

(3) ينظر: المحلى، لابن حزم (٨/٤١٢-٤١٣)؛ التمهيد، لابن عبد البر (٢٢/١٧٢)؛ بداية المجتهد، لابن رشد (٣/٣٥٦-٣٥٧)؛ نهاية المطلب، للجويني (٥/٣٧٧)؛ القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٦٧-٢٦٨).

حينئذ ليس مخالفًا لكتاب الله، ولا يستقيم إذَن أن يقال: «كتاب الله أحق»؛ إذ هو ليس مخالفًا لكتاب الله، وعليه؛ فإن لم يكن المشروط تصرُّفًا محرَّمًا فاشتراطه جائز، ويلزم بالشرط[1].

الوجه الثاني: على التسليم جدلًا بأن المراد بقوله ﷺ: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» الشرط بصفته شرطًا في العقد، وأنه إذا لم ترد إباحته في كتاب الله وشرعه – ولو لم يحرِّمه– فإنه باطل، بدلالة ظاهر اللفظ، فيُقال في الجواب: إن قوله ﷺ: «ليس في كتاب الله» يراد به: الشرط الذي لم ترد إباحته في شرع الله لا بأدلة العموم ولا بأدلة الخصوص، وقد جاءت عمومات الكتاب والسنة بوجوب الوفاء بالعقود والشروط عمومًا – وسيأتي بيانها بإذن الله–، ووجوب الوفاء بها يستلزم إباحتها؛ إذ لا يسوغ إيجاب الوفاء بأمر محرَّم، ومن ذلك الشروط المخالفة لمقتضى العقد، فإنها داخلة في هذا العموم؛ وعليه فلا يدخل في قوله ﷺ: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» الشرط المخالف لمقتضى العقد؛ لأنه مدلولٌ على إباحته بكتاب الله[2].

الوجه الثالث: قولهم: «مقتضيات العقود أحكام شرعية ثابتة بالشرع، وفي اشتراط ما يخالفها تغيير لأحكام الشرع، وذلك باطل» إن كان على إطلاقه فلا يُسلَّم، فإن الشرط الذي من مصلحة العقد شرط مخالف لمقتضى العقد وهو مع ذلك جائز بالإجماع، وهم يوافقون على ذلك، وإنما يُسلَّم بهذا الكلام إن كان الشرط فيه منافاة لمقصود العقد، فإنه يكون فيه تغيير لأحكام الشرع، والشرط المخالف لمقتضى العقد الذي لا يناقض مقصوده ليس كذلك، فلا يدخل في التحريم[3].

الوجه الرابع: قولهم: «فتغيير مقتضيات العقود بالشروط تغيير لما أوجبه الشرع، بمنزلة تغيير العبادات» هذا قياس لتغيير مقتضيات العقود بالشروط على تغيير العبادات، ولا يسلَّم لهم هذا القياس، فإنه قياس مع الفارق، فإن العقود والشروط هي من العادات التي الأصل فيها العفو حتى يرد ما يمنع منها، وأما العبادات فإن الأصل فيها الحظر والتوقيف حتى يرد دليل الشرع –كما سيأتي بيان ذلك بحول الله–

الدليل الثاني: ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط[4].

---

(1) ينظر: القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩٢-٢٩٣)؛ أعلام الموقعين، لابن القيم (١٧٥/٢).

(2) ينظر: المصدر السابق (٢٩٤).

(3) ينظر: المصدر السابق (٢٧٣).

(4) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤/ ٣٣٥)، والخطابي في معالم السنن (٣/ ١٤٥)؛ وأبو عبد الله الحاكم في معرفة علوم الحديث (١٢٨)، وابن عبد البر في التمهيد (١٨٥/٢٢)؛ وابن حزم في المحلَّى (٤١٥/٨)، كلهم من طريق محمد بن سليمان الذهلي، عن عبد الوارث بن سعيد التنُّوري عن أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا.

وجه الدلالة من الحديث: أنه ﷺ نهى عن بيع اقترن به شرط من الشروط، ومطلق النهي يقتضي التحريم وفساد المنهي عنه، والشرط نكرة في سياق النهي، فيعم كل شرط، خُصَّ منه الشروط المتفق على جوازها، فيبقى ما سواه على العموم، ومن ذلك الشرط المخالف لمقتضى العقد[1].

نوقش بما يلي:

أولا: أن هذا الحديث لا يُسلَّم بصحَّته، بل هو حديث ضعيف كما بينته في الكلام على تخريجه في الحاشية.

ثانيًا: على التسليم بصحَّة إسناد هذا الحديث فإنه معارض بالأحاديث التي هي أصح سندًا منه، ومن ذلك قوله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع»[2]، فإنه يدل بمفهومه على جواز الشرط الواحد[3]، والقاعدة عند التعارض بين الأحاديث وعدم إمكان الجمع بينها فإنه يُصار إلى الترجيح، ومن طرق الترجيح ترجيح الحديث الأصح إسنادًا.

الدليل الثالث: ما جاء في حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺنهى عن الثُّنيَا[4].

ومعنى الثنيا في الحديث: أن يبيع الرجلُ السلعة ويشترط على المشتري أن لا يبيعها ولا يهبها ونحو ذلك من الشروط التي تقتضي التحجير على المشتري[5]، فإن هذه الشروط بمنزلة الاستثناء من البيع، ولفظ «الثنيا» عامٌّ، خُصَّ منه صورة استثناء الجزء المشاع المعلوم من المبيع، كبيع الصُّبرة إلا ربعها، وبيع الدار إلا ثلثها، فيبقى فيما

وصححه عبد الحق الإشبيلي في الأحكام الوسطى (٣/ ٢٧٧)، وتعقَّبه ابن القطان في بيان الوهم والإيهام (٣/ ٥٢٧)، فقال: «لم يقل بعده شيئا، وكأنه تبرأ من عهدته بذكر إسناده، وعلته ضعف أبي حنيفة في الحديث»، وقال ابن قدامة في المغني (٦/ ١٦٥ –١٦٦): «لم يصح أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط»، وقال عنه النووي في لمجموع (٩/ ٤٥٣): «غريب»، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في القواعد الفقهية (٢٦٨–٢٦٩): «حديث لا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء، ونكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه»، وقال في منهاج السنة (٨/ ٤٣٠): «أهل العلم بالحديث متفقون على أنه كذب على رسول الله ﷺ موضوع، وكذلك أهل العلم من الفقهاء». اهـ بتصرف، وقال ابن القيم في أعلام الموقعين (٣/٢٨٥–٢٨٦): «حديث لا يعلم له إسناد يصح، مع مخالفته للسنة الصحيحة والقياس، ولانعقاد الإجماع على خلافه»، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ١٥٢): «فيه مقال»، وكذا قال ابن حجر في الفتح (٥/ ٣١٥): «في إسناده مقال»، وقال عنه في البلوغ (٢٠٦): «غريب»، وضعفه ابن كثير في إرشاد الفقيه (١٧/٢)، فالحاصل أن هذا الأثر ضعفه جهابذة النُّقَّاد.

(1) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد (٣/٣٥٧)؛ القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٦٨–٢٦٩).

(2) أخرجه النسائي (٤٦٢٥)، والترمذي (١٢٣٤)، وأبو داود (٣٥٠٤)، وأحمد (٦٦٧١)، والحاكم (٢١٨٥)، والبيهقي في السنن الكبير (١٠٤١٩)، والدارقطني (٣٠٧٣)، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو ﷺ قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح»، وقال الحاكم: «هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين صحيح»، ووافقه الذهبي، وصححه إسناده أيضا ابن خزيمة -كما في إرشاد الفقيه لابن كثير (١٤/٢)، والبلوغ لابن حجر (٢٠٦)–وابن عبد البر في التمهيد (٣٨٤/٢٤).

(3) ينظر: المغني (١٦٦/٦).

(4) أخرجه مسلم (١٥٣٦).

(5) ينظر: المنتقى شرح الموطإ، للباجي (٤/ ٢١٠)؛ المقدمات الممهدات، لابن رشد الجد (٦٤/٢)؛ القوانين الفقهية، لابن جزي (٤٣٧).

سواها على العموم، ومن ذلك الشروط المخالفة لمقتضى العقد، فيشملها النهي الوارد في الحديث[1].

نوقش بما يلي:

أولا: أن هذا الحديث مجمل، وقد جاء مبيَّنًا في رواية أخرى: «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم»[2]، فهذه الرواية تبيِّن المراد من الحديث، وأن المراد بالثنيا المبطلة للعقد أن يستثني جزءًا مجهولًا من مبيع معلوم، كأن يقول: بعتك هذه الصبرة إلا بعضًا منها، أو بعتك هذه الأغنام أو الثياب إلا بعضها، فلا يصح هذا البيع؛ لأن المستثنى مجهول، واستثناء المجهول من المعلوم يُصيِّره مجهولًا كله، فمعنى الحديث إنما هو في استثناء جزء من المبيع، وعلة النهي هي وجود الجهالة في المبيع في الثُّنيا المجهولة، إذ لا يجوز أن يقع العقد على عين مجهولة، فهذه هي قضية الحديث[3].

ثانيا: على التسليم بأن الشروط المخالفة لمقتضى العقد داخلة في عموم الثُّنيا، فإن هذه الرواية المبيِّنة المفسِّرة تدل على صحة هذه الشروط، فقوله في الحديث: «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم» يدل على جواز هذه الشروط إذا عُلمت، فيكون في الحديث دليل على الجواز لا على التحريم[4].

الدليل الرابع: من المعنى؛ قالوا: إن العقود لها مقتضيات، كعقد البيع مثلا، فإنه يقتضي التمليكَ وإطلاقَ التصرُّف في الرقبة والمنفعة، وعدمَ إلزام العاقد بأمر زائد على ما أوجبه العقد، وهذه الشروط تناقض موجَب الملك، فصار العاقد بهذه الشروط كأنه لم يملك الشيء الذي عقد عليه؛ لكونه محجورًا عليه في تصرُّفاته[5].

وقد نوقش هذا الاستدلال: بأنه لا يسلم بأن الشرط المخالف لمقتضى العقد مناقض لموجب الملك في كل أحواله، بل قد يكون مناقضًا لموجب الملك ومقصود العقد، وهو في هذه الحالة باطل بالإجماع، وهذه الحالة خارجة عن محل النزاع، ولا كلام فيها هنا، وإنما الكلام هنا عن الشرط المخالف لمقتضى العقد الذي لم يناقض مقصوده، والتحجير بالشرط على بعض

---

(١) ينظر: شرح التلقين، للمازري (٢/ ١٠٣٧)؛ بداية المجتهد (٣/٣٥٧)؛ إكمال المعلم بفوائد مسلم (٥/ ١٩٠)؛ شرح النووي على مسلم (١٠/ ١٩٥)؛ القواعد الفقهية، لابن تيمية (٣٠١- ٣٠٢)؛ فتح الباري، لابن حجر (٥/ ٣١٤).

(٢) أخرجها النسائي(٣٨١٩)، والترمذي(١٢٩٠)، وأبو داود(٣٤٠٥)، وابن حبان(٤٩٧١)، والبيهقي في السنن(١٠٦٢١) من حديث جابر ﷺ، وصححه الترمذي.

(٣) ينظر: شرح النووي على مسلم (١٠/ ١٩٥)؛ فتح الباري، لابن حجر (٥/ ٣١٤)

(٤) ينظر: القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠١- ٣٠٢).

(٥) ينظر: معالم السنن، للخطابي (٣/١٤٣).

تصرفات العاقد لا يلزم منه مناقضة مقصود العقد، كالتحجير بالشرط على بعض عين المبيع، بأن يستثني بعضه، فإنه جائز بالإجماع، فكذلك ههنا[1].

أدلة أصحاب القول الثاني القائلين بصحة الشرط المخالف لمقتضى العقد:

الدليل الأول: نصوص الكتاب والسنة الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والعهود والشروط وتحريم الغدر ونقض العهود، مما يقتضي أن الأصل في الشروط الصحة – ولو كانت مخالفة لمقتضى العقد– إلا ما دلَّ الدليل على تحريمه، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ [المائدة: ١]، وقوله:﴿ وَبِعَهۡدِ ٱللَّهِ أَوۡفُواْ ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وقوله: ﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِ ﴾ [الإسراء: ٣٤]، وقوله:﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ ﴾[المؤمنون: ٨]، وقوله ﷺ: «أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، ومن كانت فيه خلة منهن كانت فيه خلة من نفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا وعد أخلف، وإذا خاصم فجر»[2]، وقوله: «قال الله: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر»[3]، فذمَّ الغادر، وكل من شرط شرطًا ثم نقضه فهو غادر، ويدخل في ذلك الشروط المخالفة لمقتضى العقد، وقولهﷺ: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[4]، وقوله: «المسلمون على شروطهم»[5]، إلى غير ذلك من النصوص التي باستقرائها تفيد المعنى المستدلَّ عليه، ولو كان الأصل في الشروط التحريم والبطلان إلا ما دل الدليل على إباحته لما أَمر الشرع بالوفاء بها مطلقًا، ولما ذم مَن نقضها وغدر بها مطلقا، إذ كيف يؤمر بالوفاء بما هو باطل! فدلَّ ذلك على أن الأصل في الشروط الصحة والإباحة[6].

الدليل الثاني: أن المبدأ الشرعي في انعقاد العقود هو رضا المتعاقدين، وموجَبها ومقتضاها هو أوجباه على أنفسهما بهذا التعاقد وتراضيا عليه، بدليل قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله ﷺ: «لا يحل ما لامرئ مسلم إلَّا بطيب

---

(1) ينظر: المصادر السابقة.

(2)أخرجه البخاري (٣٤)، ومسلم (٥٨) من حديث عبد الله بن عمرو ﷺ.

(3)أخرجه البخاري (٢٢٢٧) عن أبي هريرة ﷺ.

(4)أخرجه البخاري (٢٧٢١)، ومسلم (١٤١٨) عن عقبة بن عامر ﷺ.

(5)تقدم تخريجه.

(6) ينظر: القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٧٣– ٢٨٠)؛ أعلام الموقعين، لابن القيم (١٦٨/٢).

نفسه»[1]،فقيَّد جواز التجارة والبيع بالتراضي وطيب النفس، فإذا وجد التراضي وطيب النفس في العقود فقد حلَّت وصحَّت، وعليه؛ فإذا شرطا في العقود شروطاً وتراضيا عليها –ولو كانت مخالفة لمقتضى العقد– فإن هذه الشروط صحيحة معتبرة في نظر الشارع، لوجود الرضا المعلَّق عليه صحةُ العقود[2].

الدليل الثالث: أن العقود والشروط تعدُّ من قبيل الأفعال العادية، وليس من قبيل العبادات التوقيفية، والأصل في العادات العفو والإباحة حتى يرد التحريم عليها، بدليل قوله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]، وقوله ﷺ: «إن الله فرض فرائض، فلا تضيعوها، وحدَّ حدودًا فلا تعتدوها، وحرم أشياء، فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمةً لكم غير نسيان، فلا تبحثوا عنها»[3]، وقوله ﷺ: «الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه»[4]، وهذه النصوص عامة تشمل الأعيان والأفعال، فإذا تقرَّر أنها على الإباحة وليست محرمة فإنها لا تعدُّ فاسدة؛ لأن الفساد من مقتضيات التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، فدلَّ ذلك على أن الشروط في العقود –ولو كانت مخالفة لمقتضى العقد– تعدُّ صحيحة لازمة[5].

الدليل الرابع: قاعدة رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، فإنها تدلُّ على إباحة هذا النوع من الشروط، وذلك لأن هذه الشروط مقصودة للناس، ويحتاجون إليها في معاملاتهم حاجة ماسَّة، وتتعلَّق بها مقاصدهم وأغراضهم، ولولا حاجتهم إلى اشتراطها لما أقدموا عليها، فإن الإقدام على التصرُّفات مظنة الحاجة إليها، وليست هذه الشروط من قبيل المخالف لمقصود العقد فتكون لغوًا، ولا من قبيل المشتمل على أمر حرَّمه الله ورسوله، ففي منعها حرج وتضييق على الناس جاءت الشريعة برفعه[6].

---

(١) أخرجه أحمد (٢١٠٢٦)؛ والبيهقي(١١٦٦٠)؛ والدارقطني (٢٨٨٦)من حديث علي بن زيد عن أبي حرة الرقاشي عن عمه،قال ابن الملقّن في البدر المنير (٦٩٦/٦): «طي هذا من رجل مسلم وقد لين، وأبو حرة الرقاشي اسمه حنيفة ضعفه أبو حاتم»، وله طرق أخرى يتقوَّى بها الحديث، تنظر في البدر المنير.

(٢) ينظر: القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٨٨).

(٣) أخرجه الحاكم (٧١١٤)؛ والبيهقي في السنن الكبير(١٩٧٢٥)؛والدارقطني(٤٣٩٦)، من حديث أبي ثعلبة ﷺ، وحسَّن إسناده الحافظ النووي. ينظر: جامع العلوم والحكم (١٥٠/٢).

(٤) أخرجه الترمذي(١٧٢٦)؛ وابن ماجه(٣٣٦٧) عن سلمان ﷺ مرفوعًا، وقال الترمذي: «هذا حديث غريب، لا نعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه»، وأنكر الإمام أحمد هذا الحديث (جامع العلوم والحكم ١٥١/٢)، وفي إسناده سيف بن هارون، وهو ضعيف (تقريب التهذيب، ص: ٤٢٨)، قال الترمذي: «روى سفيان -يعني: ابن عيينة- وغيره عن سليمان التيمي، عن أبي عثمان، عن سلمان قوله، وكأن الحديث الموقوف أصح، وسألت البخاري عن هذا الحديث [أي: المرفوع]، فقال: ما أراه محفوظا».

(٥) ينظر: القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٨٤)؛ أعلام الموقعين، لابن القيم (١٦٧/٢).

(٦) ينظر: القواعد الفقهية، لابن تيمية (٢٨٩)؛ رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، د. يعقوب الباحسين (٤٠٠).

الدليل الخامس: الآثار الواردة عن الصحابة في هذا الباب، فمن ذلك ما يلي:

الأثر الأول: ما رواه عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية فاشترطت عليه أنك إن بعتها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فاستفتى في ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال له عمر: «لا تَقْرَبْها وفيها شرط لأحد»[1]، وفي لفظ: «لا تطأ فرجًا فيه شيء لغيرك»[2]، فمنع عمر رضي الله عنه من قربانها؛ لأنها قد تحمل فتصير أمَّ ولد فيمتنع بيعها وعَوْدها إلى بائعها، فدلَّ ذلك على صحة هذا الشرط؛ إذ لو كان فاسدًا لم يمنعه من قِربانها[3]،وقد احتج الإمام أحمد بهذا الأثر، مع أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد؛ إذ إطلاق العقد يقتضي أن المشتري له مطلق التصرف في بيع ما اشتراه لمن يشاء وبأي ثمن[4].

نوقش: بأن هذا الأثر يدل على بطلان هذا الشرط لا صحَّته، فإن قول عمر رضي الله عنه: «لا تَقْرَبْها وفيها شرط لأحد» يدلُّ على بطلان هذا الشرط وإبطالِه للبيع أيضًا، فإنه نهاه عن قِربانها وعلَّل نهيه بوجود هذا الشرط فيها، وعليه فليس لمصحِّحي الشرط في هذا الأثر مُستمسَك[5].

أجيب عنه: بأن معنى بطلان البيع لبطلان الشرط وإن كان محتمَلًا من هذا السياق للأثر؛ إلا أن معنى إمضاء البيع وتصحيح الشرط أظهر، وبيان ظهوره من وجهين:

الوجه الأول: أنه قد جاءت رواية أخرى تفسِّر هذا الخبر، فقد جاء في بعض ألفاظ هذا الخبر أن عمر رضي الله عنه قال: «ليس من مالِك ما كان فيه مثنوية[6] لغيرك»[7]، فقد أقرَّ رضي الله عنه البيعَ وألزمه بمقتضى الشرط، وبهذا فسَّره الإمام مالك –رحمه

---

(1) أخرجه مالك في الموطأ (١٩٣٨)؛ وعبد الرزاق في مصنفه (١٤٢٩١)؛ والبيهقي من طريق مالك (١٠٨٢٩)، وسعيد بن منصور في سننه (٢٢٥١)، والأثر رواته ثقات، إلا أنه منقطع، عبيد الله لم يسمع من عمِّ أبيه ابن مسعود (ينظر: تهذيب الكمال ٧٣/١٩؛ فتح الباري ١١٦/١٣)، وقد صححه النووي في المجموع (٤٥٣/٩)، وأخرجه ابن المنذر في الأوسط (٣٢٥/١٠) عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، عن أبيه، عن ابن مسعود ηه، فالإسناد بهذا متصل صحيح، وقد احتجَّ به الإمام أحمد. ينظر: القواعد الفقهية، لابن تيمية (٢٧٢)؛ تهذيب سنن أبي داود، لابن القيم (٥١٤/٢).

(2)أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٨٨/٦) عن الأوزاعي عن الزهري عن ابن مسعود ηه.

(3) ينظر: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، لابن القيم(٥١٣/٢).

(4) القواعد الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢٧٢).

(5) ينظر: شرح معاني الآثار، للطحاوي (٤٧/٤).

(6) أي: استثناء. ينظر: تهذيب اللغة، للأزهري (١٠٢/١٥).

(7) الاستذكار (٦٨/١٩). وقد جاءت الكلمة في هذه الطبعة هكذا: «مثبوتة»! وهو تصحيف: «مثنويّة»، والتصحيح من موسوعة شروط الموطأ (١٩٤/١٦).

الله- في إحدى الروايتين عنه، إذ قال في قول عمر لابن مسعود ﷺ: «لا تقربها وفيها شرط لأحد» يقول: لا تطأها وفيها شرط لأحد[1].

الوجه الثاني: أنه عمر رضي الله عنه علَّل النهي عن قِربانها بوجود الشرط، وهذا يدلُّ على أن المانع من قِربانها ليس فساد البيع، وإنما المانع الشرط، وذلك لأن وطْأَها -كما سبق- يتضمَّن إبطال هذا الشرط، إذ إنها قد تحمل فيمتنع رجوع الجارية إلى بائعها، فلما كان الوطء مُلغيًا لمقتضى الشرط مُنع منه، فهذا يدلُّ على اعتباره لهذا الشرط وقوله بموجبه ومقتضاه[2].

فهذان الوجهان يدلَّان على أن المعنى الظاهر في هذا الأثر هو القول بإمضاء البيع وصحة الشرط، والأصل في الكلام أن يُحمل على معناه الظاهر منه، فلذا وجب القول به.

الأثر الثاني: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول: «لا يطأُ الرجلُ وليدةً، إلا وليدةً إن شاء باعها، وإن شاء وهبها، وإن شاء أمسكها، وإن شاء صنع بها ما شاء»[3].

فقد نهى رضي الله عنه عن وطء الجارية إذا اشترط بائعها أن لا يبيعها ولا يهبها، ووجه الدلالة منه كالأثر السابق.

وقد نوقش هذا الأثر بما نوقش به الأثر السابق، وأجيب عنه بمعنى الجواب السابق.

الأثر الثالث: ما روي أن صهيبًا رضي الله عنه باع داره من عثمان رضي الله عنه وشرط أن يقفها على صهيب وذريته من بعده.

فهذه الآثار عن هؤلاء الصحابة رضي الله عنهم تدل على صحة الشرط المخالف لمقتضى العقد، ولا يعلم لهم مخالف من الصحابة[4].

---

(1) ينظر: الاستذكار(٦٨/١٩).

(2) ينظر: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، لابن القيم، ط. عالم الفوائد (٥١٥/٢).

(3) أخرجه مالك في الموطأ (١٩٣٩)، وإسناده صحيح على شرط الشيخين.

(4) ينظر: المحلى، لابن حزم (٤٢٠/٨).

الخاتمة:

أحمد الله تعالى وأشكره على ما منَّ به وأعان ويسَّر من إتمام هذه البحث، وأودِّن هنا أبرز النتائج والتوصيات:

أولا: النتائج:

١. مقتضى العقد يتضمن أمرين: أحدهما: الحكم الأصلي للعقد، وهو مقصوده الذي يراد في جميع صورِ نوعٍ من أنواع العقود، بحيث إذا لم يتحقَّق فإن فائدة العقد تكون منتفيةً، والآخر: الأحكام التابعة للحكم الأصلي، وهي الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد.

٢. ضابط الشرط المخالف لمقتضى العقد: هو الشرط الذي يمنع العاقد من حقٍّ من الحقوق الثابتة بالحكم الأصلي للعقد، أو يُلزمه بالتزاماتٍ تزيد على الالتزامات التي ينشئها العقد.

٣. الشرط المخالف لمقتضى العقد إذا كان مخالفا لمقصود العقد الأصلي فهو شرط باطل بالإجماع، ومبطل للعقد.

٤. الشرط المخالف لمقتضى العقد إذا كان من مصلحة العقد، بأن كان فيه مصلحة تعود على المشترِط بتوثيق العقد، أو بطلب استحقاقٍ جائز بأصل الشرع، أو باشتراط صفة مقصودة في المعقود عليه لا يُعدُّ فقدها عيبًا؛ فإنه شرط جائز صحيح بالإجماع.

٥. محل النزاع في الشرط المخالف لمقتضى العقد: الشرط الذي ليس من مصلحة العقد، وفيه منعٌ للعاقد من الحقوق الثابتة له منعًا عامًّا أو خاصًّا، مطلقًا أو مؤقتًا، أو يُلزم العاقد بالتزاماتٍ تزيد على الالتزامات التي يُنشئها العقد، والقول الراجح أنه شرط صحيح مُلزم للعاقد.

٦. لكي يكون الشرط المخالف لمقتضى العقد صحيحا مُلزمًا للعاقد لا بدَّ له من ضوابط خمسة، وهي: أن لا يتضمن الشرطُ أمرًا محرَّمًا شرعًا، وأن لا يكون حيلة على أمر محرَّم شرعًا، وأن يكون مقدورا على تحقيقه في مجاري العادات، وأن لا يكون مخالفًا لمقصود العقد، وأن يكونفيه غرض صحيح مقصود للمشترط.

٧. من التطبيقات المعاصرة على الشروط المخالفة لمقتضى العقد: البيع على التصريف، وشرط عدم المنافسة في عقد العمل، وشرط الضمان الترغيبي، والبيع بشرط عدم نقل الملكية.

ثانيا: التوصيات:

- يوصي الباحث بالعناية بالبحوث الفقهية في مجال العقود والمعاملات المالية المعاصرة، والتركيز على البحث الفقهي الذي ينتج قواعد وضوابط كلية في هذا المجال، ويُفاد منه في معرفة أحكام صورة كثير من صورٍ المعاملات المالية المعاصرة.

- يوصي الباحث ببحث أحكام شرط عدم المنافسة في النشاط التجاري، فالبحوث في هذا المجال شحيحة.