إسقاط الشرط الفاسد من عقد البيع وأثره في تصحيح العقد

دراسة فقهية مقارنة

✍ إعداد الدكتور

ماجد بن محمد بن حسين المالكي

الأستاذ المشارك بقسم الشريعة بجامعة الطائف

Email: mjd-8@hotmail.com

ملخص البحث

العنوان: إسقاط الشرط الفاسد من عقد البيع وأثره في تصحيح العقد
- دراسة فقهية مقارنة-

إعداد الدكتور / ماجد بن محمد بن حسين المالكي

الشرط في الاصطلاح : ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.

والفاسد ضد الصحيح: فالصحيح: ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، والفاسد: مشروع بأصله لا وصفه.

والشروط في البيع: إلزام أحد المتبايعين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة .

والشروط في البيع على قسمين : صحيح وفاسد

والفاسد منه ما يفسد العقد به مطلقا سواء أسقط أم لا، ومنه ما يصحح العقد بإسقاطه وحذفه من العقد. وهذا مرتكز البحث والهدف منه.

وقد تم تقسيم البحث إلى مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة

وكان المبحث الأول يتعلق بالشروط في البيع من حيث شرعيتها والصحيح منها والفاسد.

وكان المبحث الثاني بتعلق بجوهر البحث وهو إسقاط الشرط الفاسد وحذفه من العقد ،اثره في تصحيح العقد من عدمه.

الكلمات المفتاحية : الشرط – الفاسد – العقد – البيع .

Email: mjd-8@hotmail.com

Research Summary

Title: Drop the corrupt condition of the sales contract and its effect on the correction of the contract
- Comparative jurisprudence study-
Dr. / Majed bin bin Hussein al-Maliki

The condition in the terminology: What is necessary or not, there is no need for existence or lack of self.
And corrupt against the right: True: What was legitimate and originally described, and corrupt: project originally and not described.
Terms and conditions of sale: Obligation of one of the other followers because of the contract in which it has a benefit.
The conditions in the sale on two parts: true and corrupt
The corrupt of it corrupts the contract at all, whether dropped or not, and what corrects the contract by dropping it and delete it from the contract. This is the basis of the research and its purpose.
The research was divided into an introduction, a prelude, two papers and a conclusion

The first topic concerned the conditions in the sale in terms of legitimacy and the correct ones and corrupt.
The second topic related to the essence of the research is to drop the corrupt condition and delete it from the contract, its effect in correcting the contract or not.
Keywords: condition - corrupt - contract - sale.

Email: mjd-8@hotmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد:

فهذا بحث قصدت فيه تحرير مسألة ذات أهمية ؛ لعموم البلوى بها ، وهي تتعلق بالشروط في البيع وإسقاط الفاسد منها وأثره في تصحيح عقد البيع من عدمه دراسة فقهية مقارنة ، والله أسال أن ينفعني به وأن يجعله خالصا لوجه الكريم ليس لأحد فيه شيئا.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

أولا: تكمن أهمية الموضوع كونه يتعلق بعقد البيع وهو من العقود التي تحتاج إلى مراجعة وبحث باستمرار لتجدد نوازله .

ثانيا: الشروط في البيع متنوعة ووجهات نظر الفقهاء في المذاهب مختلفة في الصحيح والفاسد منها وما يترتب على إسقاط الفاسد منها من آثار فرأيت أنه مما يستحق البحث والضبط والتحرير.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة:

المقدمة تشتمل على الافتتاحية وأهمية الموضوع وأسباب اختياره وخطة البحث ومنهجه.

التمهيد: ويشتمل على تعريف الشرط في اللغة والاصطلاح وأقسامه.

المبحث الأول: الشروط في البيع ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرعية الشروط في البيع

المطلب الثاني: الشروط الصحيحة في البيع

المطالب الثالث: الشروط الفاسدة في البيع

المبحث الثاني: إسقاط الشرط الفاسد وأثره في تصحيح عقد البيع ، وفيه مطالبان:

المطلب الأول: إسقاط الشرط الفاسد وأثره في تصحيح العقد.

المطلب الثاني: التحاق الشرط الفاسد بالعقد، وحكم الشرط السابق.

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج التي توصلت لها من خلال البحث.

الفهارس العامة

منهج البحث:

أولا: جمعت المادة العلمية المتعلقة بموضوعات البحث من كتب الفروع الفقهية في المذاهب الأربعة المعتمدة.

ثانيا: درست مسائل البحث دراسة فقهية مقارنة في دائرة المذاهب الأربعة.

ثالثا: عزوت الآيات القرآنية إلى مواضعها بذكر اسم السورة ورقم الآية بعد الآية مباشرة، تقليلا للحواشي.

رابعا: خرجت الأحاديث إلى كتب السنة، فإنْ كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما فإني اكتفيت بالعزو لمن أخرجه منهما، وإنْ لم يكن من أحاديث الصحيحين، فقد قمت بعزوه إلى كتب السنة مع بيان أقوال أهل العلم في بيان درجته صحّة وضعفا.

خامسا: خرجت الآثار من مظانها.

سادساً: عرفت بالكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية الواردة في البحث.

وبالله التوفيق

تمهيد:

تعريف الشرط في اللغة والاصطلاح:

الشرط في اللغة:

الشرط بفتح الراء: العلامة (١) .

والشرْط بالتسكين: بمعنى الإلزام (٢)

قال ابن فارس (٣) : (الشين والراء والطاء أصل يدل على علم وعلامة، وما قارب ذلك من علم. من ذلك، الشرط: العلامة. وأشراط الساعة: علاماتها. ومن ذلك الحديث حين ذكر أشراط الساعة، وهي علاماتها).

ثانيا: تعريف الشرط في الاصطلاح:

حد الشرط في الاصطلاح: ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته(٤) .

وهذا التعريف للشرط في الاصطلاح درج على ذكره أكثر الفقهاء في كتبهم (٥) وهو تعريفه عند جمهور الأصوليين.

---

(١) انظر: تهذيب اللغة ٢١١/١١، لسان العرب ٣٢٩/٧، القاموس المحيط ص٦٧٣.

(٢) انظر: القاموس المحيط ص٦٧٣.

(٣) مقاييس اللغة ٢٦٠/٣.

(٤) انظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي ص٢٦٣، البحر المحيط للزركشي ٤٣٧/٤، التحبير شرح التحرير للمرداوي الحنبلي ١٠٦٧/٣، شرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٥/١، المهذب في علم أصول الفقه المقارن للنملة ٤٣٣/١.

(٥) انظر: حاشية الطحطاوي ص٦١، حاشية ابن عابدين ٩٤/١، الذخيرة للقرافي ٩٦/١، شرح الخرشي على مختصر خليل ١٢٤/٤، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١٧٠/١، المنهج القويم لابن حجر الهيتمي ص٣٣، المبدع لابن مفلح ٩٤/١، الروض المربع ص٢٩.

وينقسم الشرط باعتبارات كثيرة ومنها باعتبار مصدره فينقسم إلى قسمين [1] :

"شرط شرعي "، و " شرط جَعْلِيٌّ ".

أما الشرط الشرعي فهو: الشرط الذي مصدره الشارع، كالأهلية والقدرة على تسليم المبيع وعدم الربا.

أما الشرط الجعلي فهو: ما كان مصدر اشتراطه المكلف؛ وسمي جعلياً؛ لأن العاقد هو الذي جعله شرطاً معلقاً عليه.

والشروط الجعلية مقيدة بحدود شرعية معينة، فليس للشخص أن يشترط ما شاء لما شاء.

فالشروط المعتبرة والتي سمح للمكلَّف أن يشترطها هي: كل ما جاء مكملاً لحكمة المشروط، بحيث لا ينافيها بحال من الأحوال، وهي الشروط الموافقة لمقتضى مشروطاتها في العقود والتصرفات [2] .

والتقسيم هذا أعني تقسيم الشرط باعتبار مصدره مثاله الشروط في البيع فهي من قبيل الشروط الجعلية، أما شروط البيع فهي من قبيل الشرط الشرعي.

والشروط في البيع منها الصحيح والفاسد ، والفاسد منه ما يفسد العقد ولا يصحح بإسقاطه ومنه ما يمكن تصحيح العقد بإسقاطه وهذا مجال هذا البحث.

---

(١) انظر: شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني ٢٨٦/٢، التقرير والتحبير لابن أمير حاج الحنفي ٢١٤/٣، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لآل بورنو، المهذب في علم أصول الفقه المقارن ٢١٤/٣.

(٢) انظر: المهذب في علم أصول الفقه المقارن ٢١٤/٣

المبحث الأول: الشروط في البيع

قبل الحديث عن الآثار المترتبة على إسقاط الشرط الفاسد من عقد البيع لابد من ذكر ما يتعلق بأصل هذا الفرع وهو الشرط في البيع وأقسامه ومدى شرعيته، وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرعية الشروط في البيع

ورد في الحديث النهي عن الاشتراط في البيع وقد اختلف الفقهاء هل يصح الاشتراط في البيع أصلا أو لا؟

ففي مسند الإمام أبي حنيفة [(١)] : عن عبد الوارث بن سعيد، قال: (دخلت مكة فوجدت بها أبا حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة فقلت: ما تقول في رجل باع بيعا، وشرط شرطا، قال: البيع باطل، والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته، فقال: البيع جائز، والشرط باطل، فأتيت ابن شبرمة فسألته، فقال: البيع جائز، والشرط جائز، فقلت: سبحان الله ثلاثة من الفقهاء من أهل العراق اختلفوا علي في مسألة واحدة، فأتيت أبا حنيفة فأخبرته، فقال: ما أدري ما قالا؟ حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده «أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط، البيع باطل، والشرط باطل).

وقد ثبت في الصحيح [(٢)] في قصة جابر رضي الله عنه في قصة بيعه لجمله للنبي ﷺ أنه اشترط حملانه إلى المدينة ولم ينكر عليه النبي ﷺ ذلك بل صحح البيع وأقر جابر على شرطه.

---

(١) مسند الإمام أبي حنيفة ص١٦٠. والخبر أخرجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده الطبراني في المعجم الأوسط ٣٣٥/٤. وقال: " لم يرو هذا الحديث عن أبي حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة إلا عبد الوارث "

(٢) أخرجه مسلم ١٢٢١/٣ رقم (٧١٥) كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه عن جابر بن عبد الله، أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فأراد أن يسيبه، قال: فلحقني النبي ﷺ =

وثبت أيضا في الصحيح [1] من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ، قال: «من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع».

وثبت في الصحيح [2] عن عائشة رضي الله عنها، قالت: جاءتني بريرة فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق، في كل عام وقية، فأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم، ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها، فقالت لهم فأبوا ذلك عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس، 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 شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»

قال ابن بطال ملخصا وجهات الفقهاء إزاء هذه الأحاديث [3] : (أجمع العلماء على أنه من اشترط في البيع شروطًا لا تحل أنه لا يجوز شيء منها؛ لقوله عليه السلام: (من اشترط شرطًا ليس في كتاب الله فهو باطل) . واختلفوا في غيرها من الشروط في

=فدعا لي، وضربه، فسار سيرا لم يسر مثله، قال: «بعنيه بوقية»، قلت: لا، ثم قال: «بعنيه»، فبعته بوقية، واستثنيت عليه حملانه إلى أهلي، فلما بلغت أتيته بالجمل، فنقدني ثمنه، ثم رجعت، فأرسل في أثري، فقال: «أتراني ماكستك لآخذ جملك، خذ جملك، ودراهمك فهو لك».

(١) أخرجه البخاري ٧٨/٣ ، كتاب البيوع، باب من باع نخلا قد أبرت أو أرضا مزروعة برقم (٢٢٠٤)، و مسلم ١١٧٣/٣، كتاب البيوع ، باب من باع نخلا عليها ثمر رقم (١٥٤٣).

(٢) أخرجه البخاري ٧٣/٣، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل برقم (٢١٦٨)، ومسلم ١١٤٢/٢، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق برقم (١٥٠٤).

(٣) شرح ابن بطال على صحيح البخاري ٢٩٤/٦.

البيع على مذاهب مختلفة، فذهبت طائفة إلى أن البيع جائز والشرط باطل على نص حديث بريرة وهو قول ابن أبى ليلى والحسن البصري والشعبي والنخعي والحكم، وبه قال أبو ثور، قالوا: ودل هذا الحديث أن الشروط كلها في البيوع تبطل وتثبت البيوع. وذهبت طائفة إلى أن البيع جائز والشرط جائز، واحتجوا بحديث جابر: (أن النبي اشترى منه جملا وشرط ركوبه إلى المدينة) ، روى ذلك عن ابن شبرمة وبعض التابعين. وذهبت طائفة إلى أن البيع باطل والشرط باطل، واحتجوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده: (أن النبي – عليه السلام – نهى عن بيع وشرط) ، وهو قول الكوفيين والشافعي، فحملوا هذه الأحاديث التي نُزعوا بها على العموم، ولكل واحد منها موضع لا يتعداه، ولها عند مالك أحكام مختلفة، وقد يجوز عنده البيع والشرط في مواضع...).

قلت: المذاهب الأربعة في مسألة شرعية الشروط في البيع مختلفة كما أشار إلى ذلك ابن بطال.

فالحنفية [1] أخذوا بعموم النهي الوارد في ذلك وهو رأي إمام المذهب أبي حنيفة كما سبق النقل عنه؛ فمنعوا الشروط في البيع إلا أن لهم طريقة في تصحيح بعض البيوع مع وجود الشرط وهذا في الحقيقة قول منهم بشرعية الشروط في البيع من وجه خفي وسيتضح ذلك في المطلب الآتي في الشروط الصحيحة في البيع.

ووافق الشافعيةُ [2] الحنفيةَ فمنعوا من البيع بوجود شرط واستثنوا أيضا من ذلك بعض الشروط لمعنى كما سيأتي بيانه.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٤١/٤، الهداية ٤٨/٣، المحيط البرهاني ٣٨٩/٦، تبيين الحقائق ١٣١/٤، البناية للعيني ١٨٠/٨، حاشية ابن عابدين ٨٤/٥.

(٢) الشافعية منعوا البيع وشرط ولهم تفصيل في الشروط في البيع وكأنهم قيدوا إطلاق النهي في ذلك وهم لا يخالف مذهب من قال بجواز البيع وشرط؛ لأنهم يتفقون على منع الشرط المخالف للشرع وأجازوا من الشروط ما كان فيه معنى صحيح لا يخالف نصا شرعيا. انظر: الحاوي الكبير ٣١٣/٥، فتح العزيز ١٩٥/٨، روضة الطالبين ٤٠٠/٣، مغني المحتاج ٤٢/٢.

قال الرافعي [1] : (قال حجة الإسلام [2] : مطلق الخبر يقتضي امتناع كل شرط في البيع لكن المفهوم من تعليله أنه إذا انضم الشرط إلى البيع بقيت علقته بعد العقد يثور بسببها منازعة وقد يفضي ذلك إلى فوات مقصود العقد فحيث تفقد هذه العلة تستثنية عن الخبر ولذلك يستثني عنه شروطا ورد في تصحيحها نصوص).

قال السرخسي في تأييد المذهب في القول بمنع الشروط في البيع [3] : (والصحيح ما استدل به أبو حنيفة فإنه حديث مشهور، ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه، فأما حديث هشام بن عروة فقد قال أبو يوسف: أوهم هشام بن عروة ما قال رسول الله – ﷺ – اشترطي لهم الولاء؛ لأن هذا أمر بالغرور ولا يظن برسول الله – ﷺ – ذلك ولو صح فتأويله اشترطي الولاء عليهم واللام تذكر بمعنى على قال الله تعالى {أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار} [الرعد: ٢٥] أو معناه أعلميهم معنى الولاء فالاشتراط في اللغة الأعلام ومنه أشراط الساعة... وتأويل حديث جابر – رضي الله تعالى عنه – أن ذلك لم يكن شرطا في البيع على أن ما جرى بينهما لم يكن بيعا حقيقة، وإنما كان ذلك من حسن العشرة والصحبة في السفر، والدليل عليه قصة الحديث فإن جابرا – رضي الله تعالى عنه – قال «كانت لي ناقة (ثفال) [4] فقامت علي في بعض الطريق فأدركني رسول الله – ﷺ – فقال ما بالك يا جابر فقلت جرى أن لا يكون لي إلا ناقة (ثفال) فنزل رسول الله – ﷺ – عن راحلته فدعا بماء ورشه في وجه ناقتي ثم قال اركبها فركبتها فجعلت تسبق كل راحلة – الحديث – إلا أن قال

(١) فتح العزيز ١٩٥/٨.

(٢) يقصد الغزالي. وكلامه هذا موجود في كتابه الوسيط ٧٣/٣.

(٣) المبسوط ١٤/١٣ باب البيوع إذا كان فيها شرط.

(٤) في نسخة المبسوط التي بين يدي كتبت " ثغال" وهو خطأ الصواب ثفال، والثَّفالُ: البعيرُ الثقيلُ البَطيءُ. انظر: العين للخليل ٢٢٧/٨، غريب الحديث للقاسم بن سلام ٨١/٤. وهذا الحديث بهذا اللفظ ليس له ذكر في كتب الحديث .

أتبيعني ناقتك بأربعمائة درهم فقلت: هي لك يا رسول الله ولكن من لي بالحمل إلى المدينة فقال – ﷺ –: لك ظهرها إلى المدينة فاشتراها رسول الله – ﷺ – بأربعمائة درهم فلما قدمت المدينة جئت بالناقة إلى باب المسجد ودخلت المسجد فقال رسول الله – ﷺ –: أين الناقة قلت: بالباب فقال: جئت لطلب الثمن فسكت فأمر بلالا – رضي الله تعالى عنه – فأعطاني أربع مائة درهم فقال – ﷺ –: خذها مع الناقة فيما لك بارك الله لك فيهما» وبهذا يتبين أنه لم يكن بينهما بيع)

قال الماوردي [1] : (والدليل على بطلان البيع والشرط نهى رسول الله – ﷺ – عن بيع وشرط. وهذا النهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأن هذه الشروط لا تخلو أن تكون على البائع أو على المشتري. فإن كانت على البائع فقد منعته من استقرار ملكه على الثمن وأدت إلى جهالة فيه، وإن كانت على المشتري فقد منعته من تمام ملكه للمبيع وأضعفت تصرفه فيه فبطل العقد بكل واحد منها).

المالكية :

لم يطلق المالكية القول بمنع البيع وشرط أو إجازته بل فصلوا وجعلوا معيار ذلك نفس الشرط وحقيقته وليس المعنى العام الذي ورد في الحديث المروي عن النبي ﷺ أعني حديث نهيه ﷺ عن بيع وشرط، ولا الأحاديث التي ظاهرها إجازة عقد البيع مع الشرط.

قال ابن رشد الجد [2] : (فصل وإنما قلنا ذلك؛ لأن الشروط المشترطة في البيوع على مذهب مالك رحمه الله تنقسم على أربعة أقسام، (أحدهما) يفسخ به البيع على كل حال، ولا خيار في إمضائه لأحد المتبايعين... (والثاني) يفسخ فيه البيع ما دام مشترط الشرط متمسكا بشرطه، فإن رضي بترك الشرط صح البيع ...(والثالث) يجوز

(١) الحاوي الكبير ٣١٣/٥.

(٢) المقدمات الممهدات ٦٦/٢.

فيه البيع والشرط، وذلك إذا كان الشرط صحيحا ولم يؤل البيع به إلى غرر ولا فساد في ثمن ولا مثمون، ولا إلى ما أشبه ذلك من الإخلال بشرط من الشرائط المشترطة في صحة البيع... (والرابع) يجوز فيه البيع ويفسخ الشرط، وذلك ما كان الشرط فيه غير صحيح إلا أنه خفيف فلم يقع عليه حصة من الثمن... فهذا مذهب مالك – رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى – في الشروط المقترنة بالبيع، وعلى هذا الترتيب لا يتعارض ما روي عن النبي – ﷺ – في هذا الباب، خلاف ما ذهب إليه أهل العراق...).

وقال ابن رشد الحفيد [1] : (وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام: شروط تبطل هي والبيع معا؛ وشروط تجوز هي والبيع معا؛ وشروط تبطل ويثبت البيع؛ وقد يظن أن عنده قسما رابعا، وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع، وإن تركه جاز البيع، وإعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا، والغرر، وإلى قلته، وإلى التوسط بين ذلك، أو إلى ما يفيد نقصا في الملك، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط، وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط فيها، وما كان متوسطا أبطل الشرط، وأجاز البيع، ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها، والجمع عندهم أحسن من الترجيح، وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة، وأحد من له ذلك جدي، والمازري، والباجي...).

الحنابلة:

(١) بداية المجتهد ١٧٩/٣.

مذهب الحنابلة لا يختلف كثيرا عن مذهب المالكية إلا أن الحنابلة أجازوا البيع مع شرط واحد ومنعوا البيع المشتمل على شرطين. ثم إنهم جعلوا الشروط على قسمين : صحيح وفاسد [1] .

ونقل عبد الله ابن الإمام أحمد عن أبيه قال [2] : (سمعت أبي سئل عن شرطين في بيع

قال هو أن يقول أبيعك هذه الجارية على أنك إذا بعتها فأنا أحق بها وأن تخدمني كذا وكذا. قال أبي فقد اشترط شرطين في بيع.

قال: فأما إذا كان شرط واحد فلا بأس قد باع جابر من النبي ﷺ بعيرا واستثنى ظهره، وقال لعائشة اشترطي الولاء إنما الولاء لمن اعتق).

الترجيح:

الذي يظهر لي أن الخلاف في هذه المسألة بين المذاهب الأربعة خلاف صوري فكأن الجميع أجاز البيع وشرط ، وإنما الخلاف في الشرط نفسه هل هو صحيح أو غير صحيح والجميع يتفق على صحة وقوع بعض البيوع مع الشرط سواء كان صراحة أو التفافا على هذا المعنى.و الله أعلم.

وفي هذا يقول الإمام البغوي [3] : (وقد روي أن النبي ﷺ «نهى عن بيع وشرط». ثم هذا النهي لا يعم جميع الشروط، فإن من الشروط ما لا يمنع صحة العقد، ويجب الوفاء به، كما قال النبي ﷺ: «من باع عبدا وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلا بعد أن تؤبر، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»).

(١) انظر: المبدع ٥٠/٤، شرح المنتهى ٢٧/٢، كشاف القناع ٤٩٥/٢.

(٢) مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله ص٢٧٧.

(٣) شرح السنة ١٤٧/٨.

المطلب الثاني: الشروط الصحيحة في البيع

الحنفية:

سبق أن بينت في المطلب السابق أن الحنفية والشافعية منعوا من البيع وشرط لتصحيحهم للحديث المروي في ذلك والأخذ بعمومه هذا من حيث المبدأ العام أعني أنه لا يجوز بيع وشرط إلا أن الحنفية صححوا بعض البيوع المشتملة على شرط بحجة أن هذا الشرط لا يؤثر في أصل العقد فهو كالملغي أو كالزائد مثل أن يشترط أحد المتعاقدين شرطا من مقتضى عقد البيع كشرط تسليم الثمن واستلام المثمن .

وفي هذا يقول السرخسي [1] : (ثم الشرط في البيع على أوجه إما أن يشترط شرطا يقتضه العقد كشرط الملك للمشتري في المبيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع فالبيع جائز؛ لأن هذا بمطلق العقد يثبت، فالشرط لا يزيده إلا وكادة. وإن كان شرطا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضا كما لو اشترى نعلا وشراكا، بشرط أن يحذوه البائع؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي؛ ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا).

وقال ابن مازة الحنفي [2] : (فإن الشرع نهى عن بيع وشرط مطلقاً إلا أن شرطاً يقتضيه العقد، أو يلائم موجب العقد، أو ورد الشرع بجوازه، وكان متعارفاً صار مخصوصاً عن قضية النهي).

فالحنفية من وجهة نظري وقعوا في اضطراب كونهم يمنعون الاشتراط في البيع بناء على أخذهم بحديث عمرو بن شعيب المروي في النهي عن بيع وشرط وهو عام ويستثنون بعض الشروط وهذا لا ينسجم مع أصلهم الذي قرروه وهو منع البيع وشرط . وقد تقرر في أصولهم أن العام يعارض الخاص ويطلب معه أسباب الترجيح كما قاله

(١) المبسوط ١٣/١٥.
(٢) المحيط البرهاني ٦/٣٩١.

ابن الهمام [1] ، وقد تعارض حديث عمرو بن شعيب في عموم النهي عن بيع وشرط وحديث عائشة في قصة إعتاق بريرة فرجحوا العموم على الخاص في هذا الموطن ثم خصصوه باستثناءهم بعض الشروط المصححة عندهم كما سبق آنفا.

ولو اقتصروا في استثناءهم للشرط الموافق لمقتضى العقد لكان مقبولا من ناحية الصناعة الفقهية ولكن تصحيحهم للشرط الذي لا يقتضيه العقد فيه ما فيه، ومما يؤيد هذا أن أغلب الشروط التي صححوها استحسانا لا قياسا كما نص على ذلك العيني وسيأتي النقل عنه قريبا.

إذا خلاصة الشروط الصحيحة عند الحنفية على النحو الآتي:

أولاً: كل شرط يقتضيه العقد [2] كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط[3] .

ثانيا: كل شرط فيه ملائمة للعقد كالرهن والكفالة؛ لأنهما للتوثقة والتأكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة؛ لأن استيفاء الثمن مقتضى العقد ومؤكده ملائم له إذا كان معلوما بأن كان الرهن والكفالة معينين [4] .

ثالثا: كل شرط ورد الشرع بجوازه كالخيار والأجل [5] ؛ لأنه لما ورد الشرع به دل على أنه من باب المصلحة دون المفسدة. والقياس أن يفسد، ولكن أخذ الحنفية

(١) انظر: فتح القدير ٤٤٢/٦.

(٢) قال ابن نجيم في البحر الرائق ٩٢/٦: معنى كون الشرط يقتضيه العقد أن يجب بالعقد من غير شرط، ومعنى كونه ملائما أن يؤكد موجب العقد.

(٣) انظر: الهداية ٤٨/٣، المحيط البرهاني ٣٩١/٦، تبيين الحقائق ٥٧/٤، البناية للعيني ١٨١/٨.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ٥٧/٤، البناية ١٨١/٨. قال العيني: والقياس أنه لايجوز البيع وبه أخذ زفر وفي الاستحسان يجوز وهو الصحيح.

(٥) انظر: تبيين الحقائق ٥٧/٤، البناية للعيني ١٨١/٨.

بالاستحسان للحديث الوارد في باب الخيار كما قاله العيني [1] .

رابعا: كل شرط جرى به التعامل بين الناس أي يكون الشرط متعارفا بين الناس؛ كشراء النعل على أن يحذوها للبائع أو يشركها؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، وهو قوله – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ –: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» [2] أو ثابت بالإجماع، فيكون العرف راجحا على القياس إما بالنص أو بالإجماع ولأن التورع من العادة الظاهرة حرج بين، والحرج مدفوع الكل [3] .

ومذهب الشافعية لا يختلف كثيرا عما ذكرته عن الحنفية وسبق أيضا أن بينت أنهم استثنوا بعض الشروط وصححوا البيع معها لمعنى مع قولهم بمنع البيع مع الشرط

وخلاصة الشروط الصحيحة عند الشافعية على النحو الآتي:

أولا: البيع بشرط يوافق مقتضى العقد كالقبض والرد بالعيب؛ لأن اشتراطه تأكيد وتنبيه على ما أوجبه الشارع عليه [4] .

ثانيا: البيع بشرط ما لا غرض فيه كشرط أن لا يأكل إلا كذا مثلا إن كان المبيع دابة أو عبدا؛ لأن ذكره لا يورث تنازعا في الغالب فذكره فيها لغو [5] .

---

(١) البناية ١٨١/٨.

(٢) رواه أحمد في كتاب السنة، وليس في مسنده كما وهم عن ابن مسعود بلفظ: "إن الله نظر في قلوب العباد فاختار محمدًا –ﷺ– فبعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد فاختار له أصحابًا فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه؛ فما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحًا فهو عند الله قبيح". وهو موقوف حسن. انظر: نصب الراية للزيلعي ١٣٣/٤، كشف الخفاء للعجلوني ١٩١/١.

(٣) انظر: الهداية ٤٨/٣، تبيين الحقائق ٥٧/٤، البناية ١٨٢/٨.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٤٠٥/٣، أسنى المطالب ٣١/٢، مغني المحتاج ٤٣/٢.

(٥) انظر: فتح العزيز ٢٠٤/٨، مغني المحتاج ٤٦/٢، نهاية المحتاج ٤٥٩/٣. وقال أنه شرط فاسد يصح العقد ويبطل الشرط.

ثالثا: البيع بشرط الخيار أو البراءة من العيب؛ [1]

رابعا: البيع بشرط الأجل في عقد لا يشترط فيه الحلول والتقابض كالربويات، أو بشرط الرهن والكفيل المعينات لثمن أو مبيع في الذمة؛ أما الأجل فلقوله تعالى: {إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى} [البقرة: ٢٨٢] أي معين [2] .

وأما الرهن والكفيل فللحاجة إليهما في مقابلة من لا يرضى إلا بهما لا سيما في معاملة من لا يعرف حاله [3] .

خامسا: البيع بشرط الإشهاد على الثمن أو المثمن سواء المعين وما في الذمة لعموم قوله تعالى: {وأشهدوا إذا تبايعتم} [البقرة: ٢٨٢] وللحاجة إليه [4] .

سادسا: البيع بشرط وصفا يقصد ككون الدابة حاملاً أو لبونا ؛ لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد، وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف بها الأغراض؛ ولأنه التزم موجودا عند العقد، ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل فلا يدخل في النهي عن بيع وشرط وإن سمي شرطا تجوزا فإن الشرط لا يكون إلا مستقبلا، ويكفي في الصفة المشروطة ما يطلق عليها الاسم [5] .

المالكية والحنابلة:

المالكية والحنابلة لم يمنعوا الشروط في البيع؛ إذ حمل المالكية النهي الوارد في ذلك على الشرط الفاسد، وضعف الحنابلة الحديث الوارد في ذلك.

---

(١) انظر: فتح العزيز ١٩٦/٨، مغني المحتاج ٤٣/٢، نهاية المحتاج ٤٥٢/٣.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٤٠١/٣، فتح الوهاب ١٩٥/١، مغني المحتاج ٤٣/٢، نهاية المحتاج ٤٥٢/٣.

(٣) انظر: فتح الوهاب ١/ ١٩٥، مغني المحتاج ٤٣/٢، نهاية المحتاج ٤٥٣/٣.

(٤) انظر: فتح الوهاب ١٩٥/١، تحفة المحتاج ٢٩٩/٤، مغني المحتاج ٤٤/٢، نهاية المحتاج ٤٥٤/٣.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٤٠٦/٣، تحفة المحتاج ٣٠٥/٤، مغني المحتاج ٤٧/٢.

وبما أن الأصل عندهم صحة الاشتراط في البيع فيكون مجال الشروط الصحيحة أوسع من مذهب الحنفية والشافعية والأسهل عد الشروط الفاسدة لا الصحيحة.

وقد أجمل ابن رشد الجد [١] قاعدة المذهب في الشرط الصحيح في البيع فقال في أقسام الشروط المشترطة في البيع في القسم الثالث منها: (الشروط المشترطة في البيوع على مذهب مالك رحمه الله تنقسم على أربعة أقسام... (والثالث) يجوز فيه البيع والشرط؛ وذلك إذا كان الشرط صحيحا ولم يؤول البيع به إلى غرر ولا فساد في ثمن ولا مثمون، ولا إلى ما أشبه ذلك من الإخلال بشرط من الشرائط المشترطة في صحة البيع، وذلك مثل أن يبيع الرجل الدار ويشترط سكناها أشهرا معلومة، أو يبيع الدابة ويشترط ركوبها أياما يسيرة أو إلى مكان قريب، أو يشترط شرطا يوجبه الحكم، وما أشبه ذلك)

وصنف المتأخرون من فقهاء المالكية الشروط الصحيحة في البيع على صنفين

الصنف الأول: شروط توافق مقتضى العقد

الصنف الثاني: شروط لا يقتضيها العقد ولا تنافيه وهي من مصلحته

قال الخرشي [٢] : (شرط يقتضيه العقد وهو واضح الصحة كشرط تسليم المبيع والقيام بالعيب ورد العوض عند انتقاض البيع وهو لازم دون شرط فشرطه تأكيد).

وقال أيضا [٣] : (ولما أنهى الكلام على الشرط المناقض وترك المؤلف ذكر ما يقتضيه العقد لوضوحه أخذ يذكر ما لا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته بقوله مشبها له بالحكم قبله وهو الصحة (ص) كشرط رهن وحميل وأجل (ش) يعني أن البيع يصح مع اشتراط هذه الأمور مثل أن يبيعه السلعة على رهن، أو كفيل، أو إلى أجل

(١) المقدمات الممهدات ٦٧/٢.

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل ٨٠/٥.

(٣) المصدر السابق ٨٢/٥. وانظر: عقد الجواهر الثمينة ٦٧٣/٢، مختصر خليل مع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٠٢/٣، منح الجليل ٥٦/٥.

معلوم، أو على خيار، أو نحوه وليس في ذلك فساد ولا كراهية؛ لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحته ولا معارض له من جهة الشرع).

وقال ابن شاس [1] : (فأما شرط لا يناقض مقصود العقد ومقتضاه بل هو من مصلحته كشرط الرهن والكفيل والأجل المعلوم والخيار الصحيح، فكل ذلك خارج عن محمل النهي، ويصح البيع مع اشتراطه).

أما الحنابلة فالشرط الصحيح عندهم على ثلاثة أنواع [2] :

النوع الأول: شرط مقتضى البيع؛ أي: مطلوبه كالتقابض وحلول الثمن فلا يؤثر فيه؛ لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد، فوجوده كعدمه.

النوع الثاني: شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو بعضه ولا بد أن يكون إلى مدة معلومة، وكذا كالخيار أو الرهن أو الضمين به.

أو شرط صفة في المبيع مقصودة نحو كون الفهد صيودا؛ فيصح اشتراط ذلك؛ لأن الرغبات تختلف باختلاف ذلك، فلو لم يصح اشتراط ذلك لفاتت الحكمة التي شرع لأجلها البيع.

النوع الثالث: أن يشترط البائع نفعا معلوما في المبيع كسكنى الدار شهرا، أو حملان البعير إلى موضع معلوم؛ لحديث جابر رضي الله عنه : (أنه كان يسير على جمل قد أعيا فضربه النبي - ﷺ - فسار سيرا لم يسر مثله، فقال: بعنيه فبعته واستثنيت حملانه إلى أهلي) متفق عليه.

---

(١) عقد الجواهر الثمينة ٢/٦٧٣.

(٢) انظر: المبدع ٤/٥٠، الإنصاف ٤/٣٤١، كشاف القناع ٢/٤٩٤.

المطلب الثالث: الشروط الفاسدة في البيع

الشروط الفاسدة عند الحنفية وهو الأصل عندهم فساد البيع مع شرط :

يمكن تلخيص الشرط الفاسد عند الحنفية: بأنه كل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لأجنبي أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق، أو كان الشرط غير ملائم لعقد البيع أو لم يرد الشرع بجوازه ولا العرف باعتباره [1] .

قال العيني [2] : ((وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه) ش: أي والحال أن فيه م: (منفعة لأحد المتعاقدين) ش: بأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو ثوبا على أن يخيطه أو باع عبدا على أن يخدم البائع شهرا مثل.. م: (وهو) ش: أي المعقود عليه م: (من أهل الاستحقاق) ش: أي من أهل أن يستحق حقا على الغير وهو الآدمي... م: (يفسده) ش: جواب قوله: وكل شرط لا يقتضيه العقد، أي يفسد العقد م: (كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع؛ لأن فيه) ش: أي في هذا الشرط م: (زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا) ش: لأن الربا عبارة عن فضل حال عن المعوض هذا الشرط حال عن عوض لأن العاقدين تقابلا العوض مع المعوض والشرط الذي شرطاه ليس في مقابلته عوض، وفيه معنى المال ولهذا يجوز أخذ المعوض عن الشرط ولم يعوض عنه بشيء في العقد فكان ربا ولهذا يجاب عما يقال: لا تطلق الزيادة إلا على المجانس للمزيد عليه والشرط منفعة فكيف يكون ربا؟

م: (أو لأنه) ش: أي ولأن هذا الشرط م: (يقع بسببه المنازعة) ش: لأنه ذريعة إلى وقوع النزاع لتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط م: (فيعرى العقد عن مقصوده) ش: أي مقصود العقد أي منه وهو التملك والتمليك وقيل المقصود من العقد قطع المنازعة).

---

(١) انظر: الهداية مع البناية ١٨٢/٨، تبيين الحقائق ٣٨٩/٤، البحر الرائق ٩٣/٦، حاشية ابن عابدين ٢٨٣/٧.

(٢) البناية ١٨٢/٨.

وقال ابن نجيم [1] : (وتفسير المنفعة لأحد المتعاقدين اشتراط أن يهبه المشتري شيئا أو يقرضه أو يسكن الدار شهرا أو يخدمه العبد شهرا...

ومما فيه نفع للمشتري اشتراط خياطة الثوب على البائع أو طحن الحنطة أو قطع الثمرة، وتفسيره منفعة المعقود عليه إذا كان من أهل الاستحقاق اشتراط أن لا يبيع العبد أو لا يهبه أو لا يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه فإن المملوك يسر أن لا تتداوله الأيدي.وكذا بشرط أن لا يخرجه عن ملكه...

وخرج عن الملائم للعقد ما لو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أو لا يطأها فالبيع فاسد لأن الملائم للعقد الإطلاق).

أما المالكية:

الشروط الفاسدة عند المالكية على قسمين [2] :

القسم الأول: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد أي مقصوده كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع أو لا يهب أو لا يتخذها أم ولد أو لا يخرج بها من البلد أو لا يركبها أو لا يلبسها أو لا يسكنها أو لا يؤاجرها أو على أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن.

القسم الثاني: الشرط الذي يخل بالثمن؛ بأن يؤدي إلى جهل فيه بزيادة أو نقص كبيع وشرط سلف؛ فإن كان شرط السلف من المشتري أدى إلى زيادة [3] وإن كان من البائع أدى إلى نقص ؛ لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن إن كان شرط السلف

(١) البحر الرائق ٦/٩٣.

(٢) انظر: المقدمات الممهدات ٢/٦٤، شرح التلقين للمازري ٤/٣٧٧، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣/١٠٠، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣/٥٧٣.

(٣) قال الدسوقي في حاشيته ٣/١٠١: (أي صادرا من المشتري؛ لأنه إذا كان الشرط منه يشتري السلعة بثمن غال؛ لأنه المتسلف. أما لو كان الشرط صادرا من البائع، فإنه يبيعها بنقص؛ لأنه حينئذ متسلف).

صادرا من البائع أو المثمن إن كان شرط السلف صادرا من المشتري وهو مجهول أو لما فيه من سلف جر نفعا[1].

قال الحطاب [2] : (الشروط الفاسدة عند المالكية: حمله أهل المذهب على وجهين، **أحدهما**: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد. **والثاني**: الشرط الذي يعود بخلل في الثمن.

فأما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد فهو الذي لا يتم معه المقصود من البيع مثل أن يشترط عليه أن لا يبيع ولا يهب وهذا إذا عمم أو استثنى قليلا كقوله على أن لا تبيعه جملة أو لا تبيعه إلا من فلان وأما إذا خصص ناسا قليلا فيجوز...).

وقال ابن شاس [3] : (ومما نهي عنه من العقود: بيع وشرط. ومحمل النهي فيه على شرط يناقض مقصود العقد أو يعود بغرر في الثمن. **فالأول**: كشرط أن لا يبيع ولا يهب، ونحو ذلك من منع التصرف، ويستثنى من هذا شرط تنجيز العتق للسنة الواردة. **والثاني**: كشرط السلف من أحد المتابعين).

الشافعية:

الشروط الفاسدة في البيع عند الشافعية يمكن تصنيفها من خلال استقراء كتب المذهب على النحو الآتي:

الأول: شرط عقد في عقد كبيع بشرط بيع أو بشرط قرض ، وكذا شراء بشرط قرض[4].

---

(١) قال الدسوقي ١٠٢/٣: (لما فيه من سلف جر نفعا) أي للمقرض؛ لأن المقترض إن كان هو المشتري صار المقرض له وهو البائع منتفعا بزيادة الثمن، وإن كان المقترض هو البائع صار المقرض له وهو المشتري منتفعا بنقص الثمن).

(٢) مواهب الجليل ٣٧٣/٤.

(٣) عقد الجواهر الثمينة ٦٧٢/٢.

(٤) انظر: الوسيط ٧٢/٣، فتح العزيز ١٠٥/٤، فتح الوهاب ١٩٤/١، مغني المحتاج ٤٢/٢.

قال الماوردي [1] : (وإنما المراد بالنهي بيع شرط فيه قرض. وصورته: أن يقول قد بعتك عبدي هذا بمائة على أن تقرضني مائة، وهذا بيع باطل وقرض باطل لأمور منها: نهي النبي - ﷺ - عنه.ومنها نهيه عن بيع وشرط. ومنها نهيه عن قرض جر منفعة.وما ذكره الشافعي من المعني المفضي إلى جهالة الثمن، وذاك أن البائع إذا شرط لنفسه قرضا صار بائعا سلعته بالثمن المذكور وبمنفعة القرض المشروط فلما لم يلزم الشرط سقطت منفعته من الثمن، والمنفعة مجهولة، فإذا سقطت من الثمن أفضت إلى جهالة نافية وجهالة الثمن مبطلة للعقد. وعلى هذا المعنى لا يجوز شراء وقرض، وهو أن يقول: قد اشتريت عبدك هذا بمائة على أن تقرضني مائة، فهذا شرط باطل وقرض باطل لما ذكرنا من المعنى).

الثاني: الشروط التي تنافي مقتضى العقد؛ بأن باعه شيئا بشرط أن لا يبيعه ولا ينتفع به أو لا يعتقه أو لا يقبضه أو لايؤجره أو لا يطأها أو لا يسافر به أو لا يسلمه إليه [2].

الثالث: الشروط التي تعود بالمنفعة لأحد المتعاقدين؛ كأن باع داراً واشترط سكناها شهرًا، أو عبدًا، واستثنى خدمته مدة معلومة، أو جملا، واشترط أن يركبه إلى موضع معين؛ فالبيع باطل على الصحيح من المذهب؛ لأنه شرط لم يبن على التغليب، ولا هو من مصلحة العقد، ولا من مقتضاه، فلم يصح، كما لو شرط أن لا يسلمه المبيع [3] .

الرابع: الشرط الذي فيه إلزام بالعمل في المبيع قبل ملكه؛ والمشترط المشتري ووافقه البائع؛ كأن اشترى زرعا بشرط أن يحصده البائع، أو ثوبا بشرط أن يخيطه البائع

(١) الحاوي الكبير ٣٥٢/٥.
(٢) انظر: المهذب ٢٣/٢، المجموع ٣٦٨/٩،
(٣) انظر: المهذب ٢٣/٢، البيان للعمراني ١٣٦/٥، المجموع ٣٦٩/٩.

فالأصح بطلان الشراء؛ لاشتماله على شرط فاسد لتضمنه إلزامه بالعمل فيما لم يملكه بعد [١] .

هذا ما أمكن تلخيصه من المذهب الشافعي في الشروط الفاسدة. وقد حصرها بعضهم بعبارة أن المفسد **كل شرط مقصود لا يوجبه العقد وليس من مصالحه** [٢] .

الحنابلة:

الشرط الفاسد عند الحنابلة على ثلاثة أنواع [٣] :

النوع الأول: أن يشترط أحدهما على صاحبه عقدا آخر كسلف أو بيع أو قرض أو إجارة أو صرف للثمن أو غيره؛ وهذا داخل عندهم في النهي الوارد عن بيعتين في بيعة[٤] .

وكذلك ما كان في معنى هذا مثل أن يقول بعتك داري على أن تزوجني ابنتك.

النوع الثاني: شرط ما ينافي مقتضى البيع نحو أن يشرط أن لا خسارة عليه، أو متى نفق المبيع وإلا رده، أو أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق؛ فهذا شرط باطل في نفسه؛ لأن إطلاق البيع يقتضي تصرف المشتري في المبيع على اختياره؛ لأنه إنما بذل الثمن في

(١) انظر: تحفة المحتاج ٢٩٦/٤، مغني المحتاج ٤٣/٢، نهاية المحتاج ٤٥٠/٣.

(٢) انظر: الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٤٢٧/٢، حاشية الجمل على شرح المنهج ٧٤/٣.

(٣) انظر: المبدع ٥٦/٤، الإنصاف ٣٤٩/٤، كشاف القناع ٤٩٨/٢.

(٤) أخرجه أحمد ٤٣٢/٢، ٤٧٥، ٥٠٣، والترمذي ٥٣٣/٣، كتاب البيوع: باب النهي عن بيعتين في بيعة، الحديث ١٢٣١، والنسائي ٢٩٥/٧-٢٩٦، كتاب البيوع: باب بيعتين في بيعة، والبيهقي ٣٤٣/٥، كتاب البيوع: باب النهي عن بيعتين في بيعة، وابن حبان ١١٠٩ - موارد، من حديث أبي هريرة. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. وأخرجه مالك في الموطأ ٦٦٣/٢، بلاغا.

مقابلة الملك، والملك يقتضي إطلاق التصرف، فالمنع منه يؤدي إلى تفويت الغرض فيكون الشرط باطلا[1].

النوع الثالث: أن يشترط شرطا يعلق البيع كقوله: بعتك إن جئتني بكذا، أو إن رضي فلان، وكذا تعليق الشراء كقبلت إن جاء زيد ونحوه؛ فلا يصح البيع؛ لأن مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع والشرط هنا يمنعه [2] .

هذه جملة الشروط الفاسدة في المذاهب الأربعة ويتضح من خلال السرد السابق لها أن بعض الشروط متفق على فساده في المذاهب كالشرط الذي ينافي مقتضى العقد.

كما أن من الشروط ما اتفقت المذاهب الفقهية الأربعة على صحته؛ كالشرط الذي يكون من مقتضى العقد أو جاء فيه دليل من الشرع كشرط الإشهاد والأجل.

(١) انظر: المبدع ٤/٥٦.

(٢) انظر: كشاف القناع ٢/٥٠٠.

المبحث الثاني: إسقاط الشرط الفاسد وأثره في تصحيح عقد البيع

المطلب الأول: إسقاط الشرط الفاسد

على الخلاف السابق في شرعية الشرط في البيع وما نتج عنه من تقسيم الشروط في البيع إلى صحيح وفاسد ، كان منطلق هذا البحث يرتكز على الشرط الفاسد وإسقاطه من عقد البيع وما يترتب عليه من آثار أعني الإسقاط.

وباستقراء المذاهب الفقهية الأربعة وجدت أنهم يقسمون الشروط الفاسدة إلى قسمين:

القسم الأول: شرط فاسد في ذاته مفسد للعقد بإطلاق، أي أن إسقاطه وعدم إسقاطه سيان ؛ لا يؤثر ولا يغير حكما بل مجرد وجوده حاكم على عقد البيع بالبطلان.

القسم الثاني: شرط فاسد غير مفسد في حال إسقاطه والتراضي على إلغائه بين الطرفين، وهذا أيضا غير كثير في المذاهب الفقهية إلا ما كان من المذهبين المالكي والحنبلي.

أولا: الحنفية:

سبق وأن تم تصنيف الشروط الفاسدة عند الحنفية في المبحث الأول فكل الشروط التي وصفها الحنفية بالفساد فيما سبق مبطلة لعقد البيع بوجدها فيه إلا أنهم استثنوا من ذلك بعض الشروط والتي يكون البيع معها جائزا والشرط في نفسه ساقط [1] .

وقد لخص هذا المعنى صاحب كتاب الجوهرة النيرة فأجمل وأفاد:

(١) انظر: المبسوط ١٣/١٥، البناية للعيني ٨/١٨١، الاختيار لتعليل المختار ٢/٥٧، حاشية ابن عابدين ٧/٢٨٢.

قال ابن الحداد الزبيدي [1] : (وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط، ثم هذا على ثلاثة أوجه: في وجه البيع والشرط كلاهما جائزان، وفي وجه كلاهما فاسدان، وفي وجه البيع جائز والشرط باطل... **وأما الوجه الذي كلاهما فاسدان** فهو أن يكون الشرط مما لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه وهو من أهل الخصومة وليس للناس فيه تعامل نحو أن يشتري ثوبا بشرط الخياطة، أو حنطة بشرط الحمل إلى منزله، أو ثمرة بشرط الجذاذ على البائع، أو رطبة بشرط الجذاذ فالبيع فاسد؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للمشتري.

وكذا إذا كان الشرط فيه منفعة للبائع مثل أن يشتري دارا بشرط أن يسكنها البائع شهرا أو أرضا بشرط أن يزرعها البائع سنة، أو دابة بشرط أن يركبها، أو ثوبا بشرط أن يلبسه شهرا، أو بشرط أن يقرضه المشتري دراهم وكذا إذا كان في الشرط منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الخصومة نحو أن يبيع عبدا بشرط العتق، أو التدبير، أو جارية بشرط الاستيلاد... **وأما الوجه الذي يجوز فيه البيع والشرط باطل**: فهو أن يبيع طعاما على أن لا يأكله المشتري، أو الدابة على أن لا يبيعها فالبيع جائز والشرط باطل؛ لأن هذا شرط لا منفعة فيه. ولو شرط المضرة مثل أن يبيع ثوبا على أن يخرقه، أو جارية على أن لا يطأها، أو دارا على أن يهدمها فعند أبي يوسف البيع فاسد، وقال محمد البيع جائز والشرط باطل. ولو باع جارية بشرط أن يطأها فالبيع جائز إجماعا؛ لأن هذا شرط يقتضيه العقد).

وقال الموصلي [2] : (ونوع: البيع جائز والشرط باطل، وهو كل شرط لا يقتضيه العقد، وفيه مضرة لأحدهما، أو ليس فيه منفعة ولا مضرة لأحد، أو فيه منفعة لغير المتعاقدين والمبيع كشرط أن لا يبيع المبيع ولا يهبه، ولا يلبس الثوب، ولا يركب الدابة،

(١) الجوهرة النيرة ١/٤٦٦.

(٢) الاختيار لتعليل المختار ٢/٥٧.

ولا يأكل الطعام، ولا يطأ الجارية، أو على أن يقرض أجنبيا دراهم، ونحو ذلك، فإنه يجوز البيع ويبطل الشرط؛ لأنه لا يستحقه أحد فيلغو بخلوه عن الفائدة).

ثانيا المالكية:

الشروط الفاسدة عند المالكية على قسمين كما سبق وهما:

الأول: كل شرط يناقض مقصود العقد

الثاني: كل شرط يخل بالثمن.

أما الشروط التي تناقض مقصود العقد فإن البيع يصح بإسقاطها وحذفها من العقد إلا في خمسة مواطن ذكرها عليش في شرحه على مختصر خليل قال [1] : (وصح البيع بشرط التدبير إن (حذف شرط التدبير) وكذا كل شرط يناقض المقصود إلا أربعة شروط، **أحدها:** من ابتاع سلعة بثمن مؤجل على أنه إن مات فالثمن صدقة عليه، فإنه يفسخ البيع، ولو أسقط هذا الشرط لأنه غرر قاله في النوادر، وكذا شرط إن مات فلا يطالب البائع ورثته بالثمن. **ثانيها:** شرط ما لا يجوز من أمد الخيار فيلزم فسخه، وإن أسقط لجواز كون إسقاطه أخذا به. **ثالثهما:** من باع أمة وشرط على المبتاع أن لا يطأها وأنه إن فعل فهي حرة أو عليه دينار مثلا فيفسخ، ولو أسقط الشرط لأنه يمين قاله ابن رشد. **رابعها:** شرط الثنيا يفسد البيع ولو أسقط، **وبقي خامس** وهو شرط النقد في بيع الخيار. ابن الحاجب لو أسقط شرط النقد فلا يصح).انتهى.

وقد نظمها أحد شيوخي في الفقه المالكي بقوله:

والبيع مع شرطٍ يناقضُ فسدْ... وإن حذفت الشرط صح ما عقدْ
إلا في خمسٍ اشترى بالأجلِ... صدقةً يكون بالموتِ جلي
أو لم يطالب بائع أو ورْثُ... به وزيدا في خيار أحدثوا
أو شرط عتق أمةٍ بوطئها... أو دفع دينار عتاب وطئها

(١) منح الجليل ٥/٥٦.

رابعها اشتراطه للثنيا... وفي خيار شرطُ نقدٍ هيَ
خامسة في منح الجليل... للشيخ عليش على خليل.

وأما الشرط الذي يخل بالثمن هو البيع بشرط السلف فإن البيع يصح عند المالكية في المشهور إن أسقط هذا الشرط من العقد إن كانت السلعة قائمة بيد المشتري ولم تفت[1] .

قال المازري [2] : (اعلم أنّ المذهب على قولين في البيع إذا قارنه سلف، هل يصحّ البيع إذا أسقط السلف أم لا؟ **والأشهر من المذهب** أنّ البيع يصحّ إذا أسقط السلف. وقيل: بل يفسخ البيع ولو أسقط السلف، وإليه ذهب محمّد بن عبد الحكم. وذكر الأبهري أن بعض المدنيين رواه عن مالك قال: وهو القياس.

وقد أشرنا إلى سبب هذا الاختلاف وأنّ المذهب المشهور بني على أنّ الفساد في غير الثّمن والمثمون؛ فإذا أزيل الفساد وبقي الثّمن والمثمون سالمين من مقارنته، صحّ العقد.

وإنّ المذهب الآخر بني على القياس على أكثر البياعات الفاسدة وأنّ الفساد في البيع والسلف قد يتصوّر في الثّمن...وهذه المسئلة قد تتعلّق باختلاف أهل الأصول في النّهي، هل يدلّ على فساد المنهيّ عنه أم لا؟ وقد ذكرنا أنّ النبيّ عليه السلام نهى عن البيع والسلف كما قدّمناه، والنّهي يدلّ على فساد المنهيّ عنه وردّه...وإذا قيل: إنّ النّهي لا يدلّ على فساد المنهيّ عنه نظر في المسئلة من جهة أخرى، وهي: هل حصل الإخلال بشرط من شروط صحّة البيع وانعقاده أم لا؟ والتُفِت حينئذٍ إلى كون هذا الفساد خارجًا عن الثّمن والمثمون أو مرتبطًا بهما... كما ينظر أيضًا فيمن باع جارية

(١) انظر: شرح التلقين للمازري ٣٨٠/٤، التوضيح ٣٣٨/٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٠٢/٣.

(٢) شرح التلقين ٣٨٠/٤.

على أن يتّخذها أمّ ولد، هل يقتضي النّهي فساد المنهيّ عنه فيفسخ البيع، ولو أسقط هذا الشّرط الّذي هو اتّخاذها أمّ ولد، أو يصحّ البيع بإسقاط هذا الشرط منفصلًا عن الثّمن والمثمون، لم يحدث فيهما غررًا. واختيار كثير من الأشياخ كون الشّرط إذا سقط، لا يصحّ البيع والسلف وما في معناه من الشّروط، لكون العقد وقع على الفساد وهو ثمن واحد لا يتبعّض ولا يتعدّد. فالفساد إذا دخله أثّر في كلّية العقد وجملته وسرى ذلك إلى الثّمن والمثمون وصيّرهما فاسدين في أنفسهما. لأنّ السلف إذا كان من المشتري، فهو بعض الثّمن، وإن كان من البائع فهو بعض المبيع، وفساد بعض الثّمن أو بعض المثمون يفسد جميعه).

أما إذا تلفت فهل يؤثر إسقاط الشرط الفاسد؟.

قال خليل في التوضيح [1] : (ظاهر إطلاقاتهم وإطلاق ابن الحاجب أنه لا فرق في الإسقاط بين أن يكون قبل فوات السلعة أو بعد فواتها. لكن ذكر المازري [2] : أن ظاهر المذهب أنه لا يؤثر إسقاطه بعد فواتها في يد المشتري؛ لأن القيمة حينئذ قد وجبت عليه فلا يؤثر الإسقاط بعده).

وقد أيد الدردير والصاوي [3] وغيرهما كلام المازري في أن ظاهر المذهب عدم تأثير إسقاط الشرط الفاسد المخل بالثمن وهو هنا البيع بشرط السلف مع فوات السلعة.

قال الصاوي [4] : (كلام المازري هو الأوجه في النظر؛ لأننا لو قلنا بالصحة عند إسقاط الشرط بعد الفوات لزم عليه مضي المبيع بالثمن وهو لا يخلو من ضرر على أحد المتبايعين).

---

(١) التوضيح ٣٣٩/٤.

(٢) انظر: شرح التلقين ٣٨٢/٤.

(٣) انظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٤٢٣/٣.

(٤) حاشية الصاوي ٤٢٤/٣.

وإذا فاتت السلعة في البيع بشرط السلف فقد حكم المالكية في ذلك بما لخصه الدسوقي قال [1] : (حاصله أنه إذا وقع البيع بشرط السلف وفاتت السلعة عند المشتري سواء أسقط مشترط الشرط شرطه أو لا، فإن كان المشتري أسلف البائع فإن المشتري يلزمه الأكثر من الثمن والقيمة فإذا اشتراها بعشرين والقيمة ثلاثون أو بالعكس لزمه ثلاثون، وإن كان المسلف هو البائع فعلى المشتري للبائع الأقل من الثمن والقيمة فيلزمه في المثال المذكور عشرون وهذا التفصيل الذي ذكره المصنف مذهب المدونة ومقابله لزوم القيمة مطلقا سواء كان المسلف البائع أو المشتري).

وقال الدردير في الشرح الكبير [2] في حال فوات السلعة في البيع المقارن لشرط ينقض مقصود العقد : (وتعرض المصنف لما إذا فات ما وقع فيه الشرط المخل بالثمن ولم يتعرض لحكم ما وقع فيه الشرط المناقض للمقصود، والحكم أن للبائع الأكثر من قيمتها يوم القبض أو الثمن لوقوع البيع بأنقص من الثمن المعتاد لأجل الشرط).

الشافعية:

الأصل عند الشافعية أن وجود الشرط الفاسد يفسد عقد البيع إلا في صورة واحدة وهي إن شرط ما لا غرض فيه ولا مالية فيه كشرط أن لا يأكل أو تأكل إلا كذا أو ككونه مشوه الخلق فيلغى الشرط ويصح العقد ويلزم [3] .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٣/٣. ونحوه في حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤٢٤/٣.

(٢) الشرح الكبير ١٠٣/٣.

(٣) انظر: الوسيط للغزالي ١١٩/٣، فتح العزيز ١١٥/٤، فتح الوهاب ١٩٥/١، تحفة المحتاج ٣٠٤/٤، مغني المحتاج ٤٦/٢، إعانة الطالبين ٧٠/٣.

وعلل الشافعية ذلك : بأن مثل هذا الشرط لا يتعلق به غرض يورث تنافسا وتنازعا، حيث إن مفهوم النهي عن بيع وشرط؛ دفع محذور المنازعة الثائرة من الاشتراط والعلقة الباقية بينهما بسببه وهذا المعنى غير موجود في هذه الصورة [1] .

الحنابلة:

الشروط الفاسدة عند الحنابلة في البيع على ثلاثة أنواع وكلها مفسد للعقد إلا نوع واحد من الشروط يصح البيع بإلغائه و إسقاطه وهو كل شرط ينافي مقتضى البيع مثل أن يشترط أن لا خسارة عليه أو شرط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع ولا يهبه أو شرط تأخير تسليم المبيع بلا انتفاع به [2] .

وحجتهم في ذلك حديث عائشة : **جاءتني بريرة فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق، في كل عام وقية، فأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم، ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها، فقالت لهم فأبوا ذلك عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس، 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 شرط ليس في كتاب الله فهو**

(١) انظر: فتح العزيز ١١٥/٤، المجموع ٣٦٤/٩، أسنى المطالب ٣١/٢.

(٢) انظر: المغني ٣٢٤/٦، الإنصاف ٢٥٣/٤، كشاف القناع ٤٩٨/٢، مطالب أولي النهى ٧٥/٣.

باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه [1] .

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ أبطل الشرط ولم يبطل العقد [2] .

تنبيه:

بعد أن استعرضت الشروط الفاسدة في البيع وذكرت ما يصح العقد بإسقاطه وما يفسد العقد مطلقا ينقدح في ذهن الباحث والقارئ سؤال: لماذا هذا التفريق بين الشروط الفاسدة فبعضها يصح البيع بإسقاطه وحذفه وبعضها لا يصح مطلقا حتى لو اتفق العاقدان على طرحه وإسقاطه؟. مع أن الجميع ينطوي تحت وصف الفساد ؟؟؟

ومثل هذا الإشكال يزيد تعقيدا على من أخذ بحديث النهي عن بيع وشرط وكان مذهبه في الأصول أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه.

وبالنظر إلى ما استثناه الحنفية من الشروط الفاسدة والتي تسقط ويصح البيع بإسقاطها فهو كل لا منفعة فيه لأحد.

وقد حرر الكاساني قاعدة الشرط المفسد بإطلاق والشرط الفاسد الذي يصح البيع معه إذا أسقط وحُذف فقال [3] : (والأصل عند زفر: أن البيع إذا انعقد على الفساد لا يحتمل الجواز بعد ذلك برفع المفسد، والأصل عندنا: أنه ينظر إلى الفساد، فإن كان قويا بأن دخل في صلب العقد وهو البدل، أو المبدل لا يحتمل الجواز برفع المفسد كما قال زفر...

(وجه) قول زفر أن هذا بيع انعقد بوصف الفساد من حين وجوده فلا يتصور أن ينقلب جائزا؛ لما فيه من الاستحالة).

---

(١) أخرجه البخاري ٣/٧٣ كتاب البيوع، باب إذا اشترط في البيع شروطا لا تحل، برقم (٢١٦٨)، ومسلم ٢/١١٤٢، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، برقم (١٥٠٤).

(٢) انظر: المغني ٦/٣٢٦، كشاف القناع ٢/٤٩٩.

(٣) بدائع الصنائع ٥/١٧٨-١٧٩.

وقال المرغيناني [1] :(ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج"، وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز؛ لأنها تتقدم وتتأخر... ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا. وقال زفر رحمه الله: لا يجوز؛ لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل" ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه، بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد؛ لأن الفساد في صلب العقد).

وقال في المحيط البرهاني [2] : (ورفع الفساد إنما يجوز في موضع كان الفساد بسبب شرط في العقد كأجل مجهول، أو خيار يزيد على الثلاث لا في موضع الفساد في صلب العقد).

قال الزيلعي [3] : (وصلب العقد ما كان راجعا إلى البدل والمبدل؛ لأن صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وقيام البيع بالعوضين).

أما المالكية فالشرط الفاسد في الوجه الأول عندهم ما كان يناقض مقصود العقد فهذا لم أجد لهم مبررا في حدود بحثي القاصر في كون الفاسد لا يفسد العقد به.

وأما لوجه الثاني وهو الشرط المخل بالثمن ؛ فكان للمازري في هذا إسهاما في حل هذا الإشكال حيث انفصل عنه بما سبق ذكره عنه وهو كون الفساد وقع منفصلا عن العقد لم يتلبس بالثمن ولا بالمثمن.

وعضد هذا كلام الحطاب في المواهب قال [4] : (قال ابن الحاجب، ولو أسقط النقد لم يصح بخلاف مسقط السلف، وقيل مثله، والفرق بينهما على المشهور أن

(١) الهداية ٣/٥٠.
(٢) المحيط البرهاني ٦/٣٦٥.
(٣) تبيين الحقائق ٤/٥٨.
(٤) مواهب الجليل ٤/٤١٧.

الفساد في اشتراط النقد واقع في الماهية؛ لأنه غرر في الثمن؛ إذ المقبوض لا يدري هل هو ثمن أم لا، ومسألة شرط السلف الفساد موهوم وخارج عن الماهية).

وأما الشافعية فواضح أن الشرط المستثنى لا ينطبق على قاعدة الشرط الفاسد المفسد للبيع كما قرر ذلك الغزالي بقوله أن مثل هذا الشرط لا يورث تنافسا وتنازعا، حيث إن مفهوم النهي عن بيع وشرط؛ دفع محذور المنازعة الثائرة من الاشتراط والعلقة الباقية بينهما بسببه.

وأما الحنابلة : فالشرط الفاسد المستثنى من إفساد العقد هو ما كان مخالفا لمقتضى العقد واستندوا على حديث عائشة في قصة بريرة وأن النبي ﷺ أبطل الشرط ولم يبطل البيع، وكان الأمثل اعتباره أصلا يقاس عليه كل شرط فاسد عندهم إلا أنهم فرقوا فأشكلوا. والله أعلم.

المطلب الثاني: التحاق الشرط الفاسد بالعقد، وحكم الشرط السابق

اتفقت المذاهب الأربعة أن الشرط الفاسد المؤثر هو الشرط المقارن لعقد البيع [1] .

قال النووي [2] : (**الشرط المقارن للعقد يلحقه فإن كان شرطا صحيحا لزم الوفاء به وإن كان فاسدا أفسد العقد**).

واختلفوا في الشرط السابق للعقد وكذا في الشرط الفاسد إذا تم اشتراطه بعد تمام العقد هل يلتحق بالعقد فيؤثر أو لا؟.

أولا: الشرط المتقدم على العقد

اختلفوا فيه على قولين:

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٨٤/٥، شرح التلقين ٤٥٨/٥، المجموع ٣٧٤/٩، كشاف القناع ٤٩٤/٢.

(٢) المجموع ٣٧٤/٩.

القول الأول: أن الشرط السابق للعقد غير مؤثر فلا يلزم الوفاء به إن كان صحيحا، ولا يفسد العقد به إن كان شرطا فاسدا. وهذا قول محكي في المذهب الحنفي [١] ، ومذهب الشافعية [٢]، والحنابلة [٣] .

القول الثاني: أنه مؤثر فيفسد العقد به إن كان شرطا فاسدا، وهذا مذهب المالكية[٤]، وهو مقتضى المذهب الحنفي كما أفاده ابن عابدين [١] ، وهو ظاهر المذهب الحنبلي على ما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية [٢] .

---

(١) نقله ابن عابدين في الحاشية ٢٨٣/٧ قال: (في جامع الفصولين أيضا: لو شرطا شرطا فاسدا قبل العقد ثم عقدا لم يبطل العقد. اهـ قلت: وينبغي الفساد لو اتفقا على بناء العقد كما صرحوا به في بيع الهزل كما سيأتي آخر البيوع) أهـ. وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في القواعد النورانية ص٣٠٢: (الشرط المتقدم على العقد بمنزلة المقارن له في ظاهر مذهب فقهاء الحديث أحمد وغيره، ومذهب أهل المدينة مالك وغيره. وهو قول في مذهب الشافعي نص عليه في صداق السر والعلانية، ونقلوه إلى شرط التحليل المتقدم وغيره. **وإن كان المشهور من مذهبه ومذهب أبي حنيفة: أن المتقدم لا يؤثر**، بل يكون كالوعد المطلق عندهم، يستحب الوفاء به، وهو قول في مذهب أحمد).

(٢) انظر: الحاوي الكبير ٣٣١/١٠، البيان للعمراني ١٣٧/٥، المجموع ٣٧٤/٩، المجموع المذهب للعلائي ٣٧٦/٢.

(٣) وهذا مقتضى صنيع متأخري المذهب في باب الشروط في البيع حيث نصوا على أن الشرط المؤثر ما كان مقارنا للعقد أو بعده في زمن الخيار. انظر: الفروع ٣٣٦/٢، كشاف القناع ٤٩٤/٢، منتهى الإرادات مع شرحه دقائق أولي النهى ٢٧/٢، وفي المبدع في باب خيار الشرط ٦٦/٤ قال: (خيار الشرط، وهو أن يشترطا في العقد) وظاهره لو اتفقا قبله لم يلزم الوفاء به، وفي " المحرر " وبعده في زمن الخيارين). وسيأتي ترجيح مقابله في باب الشروط في النكاح.

(٤) وهذا ظاهر من كلام فقهاء المالكية في مواطن مختلفة من أبواب المعاملات المالية أعني اعتبار الشرط المتقدم كالمقارن ومن ذلك كلام الحطاب في مواهب الجليل ٤١٧/٤: (إذا تواطآ = =

=على النقد قبل عقد البيع، ولم يشترطاه في عقدة البيع فذلك بمنزلة الشرط، وهو واضح بل لو فهم ذلك من غير تصريح به فالظاهر أنه كالشرط) ، وقال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدردير ١٠٩/٣ : (واعلم أن المشتري يفوز بالغلة في البيع الفاسد، ولو في بيع الثنيا الممنوعة على الراجح وبيع الثنيا هو المعروف بمصر ببيع المعاد بأن يشترط البائع على المشتري أنه متى أتى له بالثمن رد المبيع له، فإن وقع ذلك الشرط حين العقد أو تواطآ عليه قبله كان البيع فاسدا، ولو أسقط الشرط لتردد الثمن بين السلفية والثمنية، وهذا مستثنى مما مر من أن إسقاط الشرط الموجب لخلل المبيع يصححه). ونحوه في حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤٣٢/٣.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٨٣/٧.

(٢) ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى ٣٥٣/٢٩: أن ظاهر مذهب أحمد أن الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له. وقد تخالف الحنابلة في الترجيح في هذه المسألة فظاهر صنيع متأخري المذهب في باب الشروط في البيع عدم تأثير الشرط المتقدم، وفي باب الشروط في النكاح جمهورهم على تأثير الشرط المتقدم. وفي فروع ابن مفلح ٣٣٦/٢ في باب الشروط في البيع ما نصه: (وتعتبر مقارنة الشرط ذكره في الانتصار، ويتوجه كنكاح) أنتهى. وكأنه يرى عدم الفرق بين البيع والنكاح في الشرط المتقدم وأنه يتوجب أن يرجح بتأثير الشرط المتقدم ، وهذا أيضا ما قاله البهوتي في (الكشاف ٨٢/٤) في باب الشروط في النكاح ونصه: ((وكذا لو اتفقا) أي الزوجان (عليه) أي الشرط (قبله) أي العقد.(قاله الشيخ وغيره) قال الزركشي: هو ظاهر إطلاق الخرقي وأبي الخطاب وأبي محمد وغيرهم.وقال الشيخ (وعلى هذا جواب أحمد في مسائل الحيل لأن) الأمر (بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك تناولا واحدا.وقال في فتاويه: إنه ظاهر المذهب و) ظاهر (منصوص أحمد و) ظاهر قول قدماء أصحابه ومحققي المتأخرين.(قال في الإنصاف وهو الصواب الذي لا شك فيه) وقطع به في المنتهى وظاهر هذا أو صريحه أن ذلك لا يختص النكاح بل العقود كلها في ذلك سواء).

دليل القول الأول:

يمكن أن يستدل لهم بأن الشرط قبل العقد شرط قبل وجود السبب، والسبب هو العقد ، والشيء قبل وجود سببه ملغى ولا عبرة بة [1] .

دليل القول الثاني:

قال ابن القيم في بيان الحجة لهذا القول والرد على مخالفه [2] : (وأما قوله: " ولا يفسد عقد إلا بالعقد نفسه، ولا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره، ولا بتوهم، ولا أمارة عليه " يريد أن الشرط المتقدم لا يفسد العقد إذا عرى صلب العقد عن مقارنته، وهذا أصل قد خالفه فيه جمهور أهل العلم، وقالوا: لا فرق بين الشرط المتقدم والمقارن؛ إذ مفسدة الشرط المتقدم لم تزل بتقدمه وإسلافه، بل مفسدته مقارنا كمفسدته متقدما، وأي مفسدة زالت بتقدم الشرط إذا كانا قد علما وعلم الله تعالى والحاضرون أنهما إنما عقدا على ذلك الشرط الباطل المحرم وأظهرا صورة العقد مطلقا؟ وهو مقيد في نفس الأمر بذلك الشرط المحرم؟ فإذا اشترطا قبل العقد أن النكاح نكاح تحليل أو متعة أو شغار، وتعاهدا على ذلك، وتواطآ عليه، ثم عقدا على ما اتفقا عليه، وسكتا عن إعادة الشرط في صلب العقد اعتمادا على تقدم ذكره والتزامه، لم يخرج العقد بذلك عن كونه عقد تحليل ومتعة وشغار حقيقة. وكيف يعجز المتعاقدان اللذان يريدان عقدا قد حرمه الله ورسوله لوصف أن يشترطا قبل العقد إرادة ذلك الوصف وأنه هو المقصود ثم يسكتا عن ذكره في صلب العقد ليتم غرضهما؟ وهل إتمام غرضهما إلا عين تفويت مقصود الشارع؟ وهل هذه القاعدة وهي أن الشرط المتقدم لا يؤثر شيئا – إلا فتح لباب الحيل؟ بل هي أصل الحيل وأساسها، وكيف تفرق الشريعة بين متماثلين من كل وجه لافتراقهما في تقدم لفظ وتأخره مع استواء العقدين في الحقيقة والمعنى والقصد؟

(١) انظر: الحاوي الكبير ١٠/ ٣٣١، المجموع ٣٧٤/٩.

(٢) إعلام الموقعين ١٠٧/٣.

وهل هذا إلا من أقرب الوسائل والذرائع إلى حصول ما قصد الشارع عدمه وإبطاله؟ وأين هذه القاعدة من قاعدة سد الذرائع إلى المحرمات؟ ولهذا صرح أصحابها ببطلان سد الذرائع لما علموا أنها مناقضة لتلك؛ فالشارع سد الذرائع إلى المحرمات بكل طريق، وهذه القاعدة توسع الطرق إليها وتنهجها...).

وفي مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية [1] : (وسئل - رحمه الله -:عمن شرط أنه لا يتزوج على الزوجة ولا يتسرى ولا يخرجها من دارها أو من بلدها. فإذا شرطت على الزوج قبل العقد واتفقا عليها وخلا العقد عن ذكرها: هل تكون صحيحة لازمة يجب العمل بها كالمقارنة أو لا؟

فأجاب: الحمد لله، نعم تكون صحيحة لازمة إذا لم يبطلاها حتى لو قارنت عقد العقد. هذا ظاهر مذهب الإمام أبي حنيفة والإمام مالك وغيرهما في جميع العقود وهو وجه في مذهب الشافعي: يخرج من مسألة " صداق السر والعلانية " وكذا يطرده مالك وأحمد في العبادات؛ فإن النية المتقدمة عندهما كالمقارنة. وفي مذهب أحمد قول ثان: أن الشروط المتقدمة لا تؤثر. وفيه قول ثالث وهو الفرق بين الشرط الذي يجعل غير مقصود كالتواطؤ على أن البيع تلجئة [2] لا حقيقة له وبين الشرط الذي لا يخرجه عن أن يكون مقصودا كاشتراط الخيار ونحوه. وأما عامة نصوص أحمد وقدماء أصحابه ومحققي المتأخرين: على أن الشروط والمواطأة التي تجري بين المتعاقدين قبل العقد إذا لم يفسخاها حتى عقدا العقد فإن العقد يقع مقيدا بها وعلى هذا جواب أحمد في مسائل الحيل في البيع والإجارة والرهن والقرض وغير ذلك. وهذا كثير موجود في كلامه وكلام أصحابه تضيق الفتوى عن تعديد أعيان المسائل. وكثير منها مشهور عند من له أدنى خبرة بأصول أحمد ونصوصه؛ لا يخفى عليه ذلك. وقد قررنا دلائل ذلك من الكتاب

(١) مجموع الفتاوى ١٦٧/٣٢.

(٢) بيع التلجئة: وهو أن يخاف من ظالم أن يأخذ متاعه فيبيعه من غيره ويتفق معه قبل ذلك، على أن يرده عليه. انظر: القواعد للعلائي ٣٧٦/٢.

والسنة وإجماع السلف وأصول الشريعة في " مسألة التحليل ". ومن تأمل العقود التي كانت تجري بين النبي ﷺ وغيره مثل عقد البيعة التي كانت بينه وبين الأنصار ليلة العقبة وعقد الهدنة الذي كان بينه وبين قريش عام الحديبية. وغير ذلك: علم أنهم اتفقوا على الشروط ثم عقدوا العقد بلفظ مطلق وكذلك عامة نصوص الكتاب والسنة في الأمر بالوفاء بالعقود والعهود والشروط والنهي عن الغدر والثلاث تتناول ذلك تناولا واحدا؛ فإن أهل اللغة والعرف متفقون على التسمية والمعاني الشرعية توافق ذلك).

الترجيح:

أرى أن القول الثاني وأن الشرط السابق كالمقارن؛ لأن مقابله فيه فتح لباب التحايل والفساد ،وهما باتفاقهما على الشرط قبل العقد دخلا عليه حال التعاقد وإن لم يذكر صراحة في صلب العقد؛ والعبرة في العقود بالمعاني والمقاصد لا بمجرد اللفظ [1] . والله أعلم.

ثانيا: الشرط المتأخر على العقد هل يلتحق بالعقد أو لا؟

وهذه المسألة أيضا الخلاف فيها على قولين:

القول الأول: الشرط المتأخر يلتحق بالعقد فيكون مؤثرا إن كان فاسدا فسد به العقد أو صحيحا لزم الوفاء به، وهذا قول أبي حنيفة [2] ، ومذهب الشافعية [3] ،

(١) انظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي ٤٠٣/١.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٥٨/٢، بدائع الصنائع ١٧٦/٥، البحر الرائق ٩٤/٦، فتح القدير لابن الهمام ٣٠٠/٦، حاشية ابن عابدين ٢٨٢/٧.

(٣) ويلتحق بالعقد عندهم ويكون مؤثرا فيه إن وقع في زمن الخيارين أعني خيار المجلس وخيار الشرط. انظر: البيان ١٣٧/٥، فتح العزيز ٢١٥/٨، المجموع ٣٧٤/٩، أسنى المطالب ٣٧/٢، تحفة المحتاج ٣٣٩/٤، ٢٦٦/٥، حاشية العبادي على الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ٣٩٣/٢.

ومذهب الحنابلة[1].

القول الثاني: لا يلتحق ولا يؤثر، وهذا قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية وعليه المذهب الحنفي [2] .

الأدلة:

مما سيق في الاستدلال للقولين من كتب الحنفية ما ذكره صاحب المبسوط قال [3] : (كذلك لو شرطا بعد العقد لأحدهما خيارا أو أجلا، يفسد به العقد في قول أبي حنيفة، وعندهما يبطل هذا الشرط، والعقد الأول صحيح، وكذلك في البيع إذا ذكر فيه شرطا فاسدا بعد العقد، وعند أبي حنيفة يلتحق ذلك بأصل العقد حتى يفسد العقد، وعندهما يبطل هذا الشرط، وحجتهما في ذلك: أن الشرط، والزيادة بيع في العقد، ولا يجوز أن يكون البيع في الشيء مبطلا لأصله؛ ولأن في إثبات الزيادة، والشرط المذكور إبطاله؛ لأن صحة ذلك بصحة العقد؛ فإذا أثبتنا ذلك على سبيل الالتحاق بأصل العقد يبطل العقد به، وببطلان العقد، تبطل الزيادة، فيكون هذا اشتغالا بما لا يفيد، وأبو حنيفة يقول: المعنى الذي لأجله يلتحق الشرط الصحيح والزيادة بأصل العقد موجود هنا، وذلك المعنى هو: أنهما قصدا تغيير وصف العقد، يجعل الخاسر رابحا، واللازم غير لازم، والتصرف في العقد إليهما، ألا ترى أنهما يملكان فسخه وإبقاءه، فكذلك يملكان تغيير وصفه؛ لأن صفة الشيء تملك بملك أصله

(١) وكذلك يلتحق بالعقد عندهم ويكون مؤثرا فيه إن وقع في زمن الخيارين أعني خيار المجلس وخيار الشرط. انظر: الكافي ٢٣٧/٢، كشاف القناع ٢/ ٤٩٤.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٥٨/٢، بدائع الصنائع ١٧٦/٥، البحر الرائق ٩٤/٦، فتح القدير لابن الهمام ٣٠٠/٦، حاشية ابن عابدين ٢٨٢/٧. قال ابن الهمام: (ولو ألحقا به شرطا فاسدا بطل الشرط، ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول أبي حنيفة).

(٣) المبسوط للسرخسي ٨٢/١٤.

وهذا المعنى موجود هنا، فإنهما غيرا وصف العقد من الجواز إلى الفساد، وإليهما ذلك، فما وقع عليه الاتفاق بعد العقد، يجعل كالمذكور في أصل العقد، ولو ذكر في أصل العقد ثبت، وإن فسد به العقد، فكذلك إذا ذكر بعد العقد، ألا ترى أن أحد المتصارفين إذا وهب بدل الصرف قبل القبض من صاحبه، وقبل فإنه يفسد به العقد، بالطريق الذي قلنا: فكذلك إذا رده في بدل الصرف).

وفي البدائع [1] : (قران الشرط الفاسد بالعقد وإلحاقه به سواء عند أبي حنيفة – رحمه الله – حتى لو باع بيعا صحيحا، ثم ألحق به شيئا من هذه الشروط المفسدة يلتحق به ويفسد العقد، وعندهما لا يلتحق به، ولا يفسد العقد، وأجمعوا على أنه لو ألحق بالعقد الصحيح شرطا صحيحا كالخيار الصحيح في البيع البات ونحو ذلك يلتحق به.

(وجه) قولهما: إن إلحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة إلى الفساد فلا يصح؛ فبقي العقد صحيحا كما كان؛ لأن العقد كلام لا بقاء له، والالتحاق بالمعدوم لا يجوز فكان ينبغي أن لا يصح الإلحاق أصلا، إلا أن إلحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعا للحاجة إليه حتى صح قرانه بالعقد؛ فيصح إلحاقه به فلا حاجة إلى إلحاق الشرط الفاسد ليفسد العقد، ولهذا لم يصح قرانه بالعقد، ولأبي حنيفة – رحمه الله – أن اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف واجب إذا كان هو أهلا والمحل قابلا، وقد أوقعه مفسدا للعقد، إذ الإلحاق لفساد العقد فوجب اعتباره كما أوقعه فاسدا في الأصل، وقولهما الإلحاق تغيير للعقد؛ قلنا: إن كان تغييرا فلهما ولاية التغيير، ألا ترى أن لهما ولاية التغيير بالزيادة في الثمن، والمثمن، والحط عن الثمن وبإلحاق الشرط الصحيح وإن كان تغييرا؛ ولأنهما يملكان الفسخ فالتغيير أولى؛ لأن التغيير تبديل الوصف، والفسخ رفع الأصل والوصف،

والله – سبحانه وتعالى – أعلم.) .

(١) بدائع الصنائع ١٧٦/٥.

أما الشافعية فذكر الرافعي [1] الاستدلال لقولهم :بأن مجلس العقد كنفس العقد ألا تري انه يصلح لتعيين رأس مال السلم والعوض في عقد الصرف.

وأما في زمان الخيار المشروط؛ فلأنه في معناه من حيث إن العقد غير مستقر بعد.

الترجيح:

أرى أن ما ذكره أصحاب القول الأول وهو التحاق الشرط بالعقد بعد تمامه وفي مدة الخيار وهو قول الشافعية والحنابلة وجيه من حيث إن العقد لم يستقر . والله أعلم.

تنبيه:

لم أجد للمالكية في الشرط بعد العقد قاعدة ثابتة أو قولا مضطردا يمكن أن يوصف بالمذهب في هذه الجزئية، وقد أشار ابن رشد الجد في المقدمات إلى هذا المعنى فقال [2] : (وقد اختلف في الزيادة في ثمن السلعة أو صداق المرأة، فحكم لها بحكم الهبة في افتقارها إلى الحيازة والقبض في بعض المواضع دون بعض، أما مالك وأصحابه فلم يجروا في ذلك على قياس، وخالفهم جماعة من فقهاء الأمصار).

وأشار إلى ذلك الونشريسي أيضا في قواعده في القاعدة الخامسة والخمسون قال [3] : (الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو إنشاء ثان؟ قال- فيه خلاف ،وعليها فروع ومسائل ... تنبيه: لم يطردوا هذه القاعدة في مسائل كثيرة كشروط النكاح، ونفقة الربيب، وبيع الدور المطبلة، والأملاك الموظفة، والأمتاع والثنيا، وتسليف أحد الشريكين صاحبه بعد العقد والشروع، أو تطوعه بزيادة في العمل أو في المال أو فيهما بعده، ...واشتراط تأخير دابة معينة لتركب بعد شهر... ومقتضى القول إن الملحق

(١) فتح العزيز ٢١٥/٨. ونحوه في حاشية الجمل على شرح المنهج ٨٥/٣، ولفظه: (وقيس بخيار المجلس خيار الشرط بجامع عدم الاستقرار وقد يحتاج في تقرر العقد إلى هذه الأمور).

(٢) المقدمات الممهدات ٤٠٩/٢.

(٣) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص ٢٥٨.

بالعقد يعد كجزئه فساد هذه العقود، كما هي إشارة صاحب التوضيح في مسألة الشركة...).

وفي المنتقى للباجي في باب ما جاء في ثمر المال يباع أصله [1] : (وإن اشترط من الثمرة المأبورة أقل من قدر ما اشتراه من النخل... فإن لم يشترطه في حين العقد ثم أراد أن يلحقه بالعقد فقد اختلف أصحابنا فيه فروى أشهب عن مالك أن ذلك جائز في مال العبد وثمرة النخل ورواه معه ابن القاسم وروى أشهب عنه أيضا أنه لا يجوز فيهما وبه قال المخزومي وابن دينار وأجازه أشهب في الثمرة دون مال العبد ورواه أيضا عن مالك فأما إجازة ذلك بعد العقد فإنه مبني على أن ما بعد العقد يلحق بالعقد وهذه المسألة جائزة وإن قلنا إنه لا يلحق بالعقد فيجب أن لا تجوز هذه المسألة).

وفي منح الجليل [2] : ((و) لا يجوز شراء (رطل) مثلا (من) لحم (شاة) مثلا قبل تذكيتها أو قبل سلخها للجهل بصفة اللحم إلا أن يكون المشتري هو بائع الشاة عقب بيعها لعلمه بصفة لحمها بحسب علفها، ولأن اللاحق للعقد كالواقع فيه، فكأنه باعها واستثنى ما اشتراه...

وأيضا: ((وإن اشترى على) شرط (النقد) أي تعجيل الثمن ثم تراضيا على تأجيله؛ لأن اللاحق للعقد كالواقع فيه).

(١) المنتقى ١٢٧/٦

(٢) منح الجليل ٤٦٧/٤.

الخاتمة:

يمكن إجمال ما توصلت له في هذا البحث من نتائج في النقاط الآتية:

أولا: المذاهب الأربعة تتفق في الجملة على أن الاشتراط في البيع سائغ وأن من تلك الشروط الصحيح والفاسد، وأن الصحيح منها ما كان من مقتضى العقد سواء شرط فيه أم لا والفاسد ما كان مخالفا لنص شرعي أو معارضا لمقتضى عقد البيع الشرعي.

ثانيا: إسقاط الشرط الفاسد يصحح العقد أيضا من حيث الجملة عند المذاهب الأربعة مع الاختلاف في نوعية الشرط المسقط من العقد فليس كل شرط فاسد يصح العقد بإسقاطه.

ثالثا: الأصل في الشرط في البيع مختلف فيه؛ فالحنفية والشافعية الأصل عندهم عدم إجازة الشروط في البيع وما صح منها فهو كما قالوا من لوازم العقد ومقتضاه كتسليم الثمن والمثمن وهو ثابت بدون شرط، والأصل عند المالكية والحنابلة إجازة الشروط في البيع والخلاف في آحاد الشروط عندهم فما كان موافقا لشرع أو لمقتضى عقد أو كان من مصلحة العقد وتقويته أو كان شرطا غير مخالف لنص أو أصل شرع فهو صحيح وما عدا ذلك فاسد.

رابعا: يرى الحنابلة عدم جواز شرطين في بيع مع إجازتهم لشرط واحد في البيع وهذا منهم إعمالا لظواهر النصوص الواردة وهو مما انفردوا به عن بقية المذاهب الأخرى.

والله أعلم، صلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبة وسلم

فهرس المصادر والمراجع

١. الأصل المعروف بالمبسوط. تأليف محمد بن الحسن الشيباني. ت(١٨٩هـ). ط/إدارة القرآن والعلوم الإسلامية- كراتشي.
٢. أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك. تأليف الشيخ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ت: (١٢٠١هـ). ط/ مكتب أيوب. كانو-نيجيريا.
٣. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. تأليف علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ت (٨٨٥هـ). ط/الأولى ١٤١٩هـ. دار إحياء التراث العربي.
٤. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تأليف أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، تحقيق/ أحمد بو طاهر الخطابي، ط/١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠م، مطبعة فضالة - المحمدية (المغرب).
٥. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. للإمام القاضي أبي الوليد محمد أحمد بن محمد أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي. الشهير (بابن رشد الحفيد). ت(٥٩٥). ط/ دار الحديث.القاهرة.
٦. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. تأليف الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. ت(٥٨٧هـ). ط/الأولى - بدون ذكر السنة- دار الفكر. وط: دار الكتاب العربي - بيروت، ط/الثانية ١٩٨٢م.
٧. بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير) . تأليف الشيخ أحمد الصاوي. ط/ دار الفكر.
٨. البناية في شرح الهداية للإمام بدر الدين محمود بن أحمد العيني الحنفي، ط/ الأولى ١٤٠٠هـ دار الفكر.

٩. البيان في مذهب الإمام الشافعي (شرح كتاب المهذب كاملا والفقه المقارن). تأليف الشيخ الجليل الفقيه العلامة أبي الحسين يحيى بن أبي الخير سالم العمراني الشافعي اليمني. ت(٥٥٨هـ). اعتنى به قاسم محمد النوري. ط/ الثانية ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م. دار المنهاج.

١٠. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل، في مسائل المستخرجة. تأليف الإمام أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الأندلسي. ط/ ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م. دار الغرب الإسلامي.

١١. التاج والإكليل لمختصر خليل. تأليف الشيخ محمد بن يوسف العبدري الغرناطي الشهير بـ(المواق). ت(٨٩٧هـ). مطبوع بحاشية مواهب الجليل. ط/الأولى١٤١٦هـ- ١٩٩٥م. دار الكتب العلمية.

١٢. التبصرة. تأليف أبي الحسن علي بن محمد اللخمي. دراسة وتحقيق د. أحمد عبدالكريم نجيب. ط/ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة قطر.

١٣. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام فخر الدين عثمان بن علي بن علي الزيلعي الحنفي ت(٧٤٣هـ). ط/ الأولى ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م. دار الكتب العلمية.

١٤. تحبير المختصر. تأليف بهرام بن عبدالله الدميري . ت(٨٠٥هـ). تحقيق د. أحمد بن عبدالكريم نجيب ود. حافظ خير. ط/ الأولى ١٤٣٤هـ. مركز نجيبويه.

١٥. تحفة المحتاج بشرح المنهاج. تأليف أحمد بن حجر الهيتمي. ت(٩٧٣هـ). ضبطه وصححه عبد الله محمود عمر. ط/الأولى/١٣٢١هـ- ٢٠٠١م. دار الكتب العلمية.

١٦. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد. للحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي الأندلسي. تحقيق مصطفى بن أحمد العلوى و محمد عبد الكبير البكرى. ط/ مؤسسة قرطبة.

١٧. التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب. تأليف العلامة خليل بن إسحاق الجندي المصري المالكي. ط/ الأولى٢٠١٢م. حققه وضبطه أبو الفضل الدمياطي، مركز التراث الثقافي المغربي ، دار ابن حزم، بيروت.

١٨. الجامع لمسائل المدونة والمختلطة وآثارها وزياداتها ونظائرها وشرح ما أشكل منها وتوجيهه والفرق بينه وبين ما شاكله. تأليف أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس الصقلي. ط/ دار الكتب العلمية.

١٩. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. ت(١٢٣٠هـ). ط/ ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م. دار الفكر.

٢٠. حاشية العدوي على شرح أبي الحسن المسمى: (كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك ﷺ). ط/ ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م. دار الفكر.

٢١. الحاوي الكبير للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ت(٤٥٠هـ). تحقيق علي محمد معوض، وعادل عبد الموجود.ط/الأولى ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م. دار الكتب العلمية.

٢٢. الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي. ت(٦٨٤هـ). تحقيق الدكتور محمد حجي. ط/ الأولى ١٩٩٤م. دار الغرب الإسلامي.

٢٣. رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين). تأليف محمد أمين بن عمر عابدين ت(١٢٥٢هـ). تحقيق عبدالمجيد طعمة حلبي. ط/ الثالثة ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م. دار المعرفة.

٢٤. روضة الطالبين وعمدة المفتين. تأليف الإمام النووي. طبع بإشراف الشيخ زهير الشاويش. ط/ الثالثة ١٤١٢هـ-١٩٩١م. المكتب الإسلامي.
٢٥. شرح التلقين ، تأليف أبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري المالكي (المتوفى: ٥٣٦هـ)، تحقيق/ سماحة الشيخ محمَّد المختار السّلامي، ط/ الأولى ٢٠٠٨ م، الناشر: دار الغرب الإسلامي.
٢٦. الشرح الكبير على مختصر خليل. للعلامة المحقق أبي البركات سيدي أحمد الدردير.ت(١٢٠١هـ) مطبوع مع حاشية الدسوقي. ط/ دار الفكر.
٢٧. صحيح البخاري: (الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله ﷺ وسننه وأيامه) للإمام الحافظ محمد بن إسماعيل البخاري. ت(٢٥٦هـ). تحقيق وتعليق د.مصطفى ديب البغا. ط/الثالثة ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م. دار ابن كثير.
٢٨. العزيز شرح الوجيز. تأليف الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني. ت(٦٢٣هـ). تحقيق الشيخ علي معوّض و عادل عبد الموجود. ط/ الأولى ١٤١٧هـ ١٩٩٧م. دار الكتب العلمية.
٢٩. عقد الجواهر الثمنية في مذهب عالم المدينة. تأليف جَلال الدّين عَبد الله بن نجم بن شَاس المتوفي سنة ٦١٦ هـ دراسة وَتَحْقِيق أ.د. حَميد بن مُحَمَّد لَحْمَر، ط/ الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣م،دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان.
٣٠. العناية شرح الهداية- مطبوع بهامش فتح القدير لابن الهمام- لمحمد بن محمود البابرتي ت(٧٨٦هـ). ط/ دار الفكر.

٣١. القواعد ، تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقري، تحقيق ودراسة/ أحمد بن عبدالله بن حميد، جامعة أم القرى- مركز إحياء التراث الإسلامي.

٣٢. كشاف القناع عن متن الإقناع. للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ت(١٠٥١هـ). تحقيق محمد أمين الضنّاوي. ط/الأولى ١٤١٧هـ-١٩٩٧م. عالم الكتب.

٣٣. المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس الأصبحي ت (١٧٩هـ). رواية سحنون بن سعيد التنوخي ت (٢٤٠هـ). ط/١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م. دار عالم الكتب.

٣٤. معونة أولي النهى شرح المنتهى. تأليف تقي الدين محمد بن أحمد بن عبدالعزيز بن علي الفتوحي الحنبلي، الشهير بابن النجار.(٨٩٨-٩٧٢هـ). دراسة وتحقيق د/ عبد الملك بن عبد الله الدهيش. ط/ الأولى ١٤١٦هـ-١٩٩٥م. دار خضر.

٣٥. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني. اعتنى به محمد خليل عيتاني. ط/ الثانية ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م. دار المعرفة.

٣٦. المغني شرح مختصر الخرقي. تأليف الإمام الحافظ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي. (٥٤١-٦٢٠هـ). تحقيق معالي الدكتور عبد الله التركي، والدكتور عبد الفتاح الحلو. ط/ الخامسة ١٤٢٦-٢٠٠٥م. دار عالم الكتب.

٣٧. **المقدمات الممهدات لما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات، والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات. تأليف أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ت: (٥٢٠هـ). تحقيق الأستاذ سعيد أحمد أعراب. ط/ الأولى ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م. دار الغرب الإسلامي.**

٣٨. **المنتقى من شرح موطأ مالك. تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي. ت: (٤٩٤هـ). راجعه د/ محمد محمد تامر. ط/ مكتبة الثقافة الدينية.**

٣٩. **منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات. تأليف تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار. ت:(٩٧٢هـ). تحقيق الدكتور عبد الله التركي. ط/الثانية ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م. مؤسسة الرسالة.**

٤٠. **مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل. تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني ت: (٩٥٤هـ). ط/الأولى ١٤١٦هـ-١٩٩٥م. دار الكتب العلمية.**

٤١. **الموطأ. تأليف إمام الأئمة وعالم المدينة مالك بن أنس الأصبحي المدني. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. ط/ ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م. دار إحياء التراث العربي.**

٤٢. **الهداية شرح بداية المبتدي. تأليف شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني. مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام. دار الفكر.**