

الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى



جامعة التحدى

كلية القانون

قسم الشريعة الإسلامية

الاشتراط لمصلحة الغير في الشريعة الإسلامية والقانون

"دراسة مقارنة"

قدمت هذه الدراسة استكمالاً لمتطلبات درجة الإجازة العالية (الماجستير)

بقسم الشريعة الإسلامية - كلية القانون - جامعة التحدى سرت

إعداد الطالبة:

انتصار ميلاد مصباح أبوحرارة

إشراف الأستاذ الدكتور: سليمان محمد الجروشي

أمين قسم الشريعة - كلية القانون - جامعة قاريونس بنغازي

العام الجامعي 2008-2009 ف

الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى

كلية القانون

جامعة التحدي

قسم القانون العام

(الاشتراط لمصلحة الغير في الشريعة الإسلامية والقانون)
"دراسة مقارنة"

قدمت هذه الدراسة استكمالاً لنيل درجة التخصّص العالي "الماجستير"

إعداد الطالبة // انتصار ميلاد مصباح أبو حرارة

التوقيع

مشرفاً ورئيساً
ممتحناً خارجياً
ممتحناً داخلياً

لجنة المناقشة /

الأخ / أ.د. سليمان محمد الجرو شي
الأخ / د. غيث محمود الفاخري
الأخ / د. هوارى سيد حسنين

تاريخ المناقشة 7 / 7 / 2009 ف.

يعتمد
د. خليفة صالح الحواس
أمين اللجنة الشعبية لكلية القانون
8/16
2009

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

صدق الله العظيم

سورة المائدة من الآية (1)

الإهداء

يسرني أن أهدي جهدي المتواضع هذا ،،،

إلى

العظيمة الحنونة ،،، سر الوجود..... أمي الغالية.

إلى

من علمني أبجدية الحياة..... أبي العزيز.

إلى

رفاق الدرب، ملاذي الأول والأخير..... إخوتي وأخواتي

كلمة شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد السجود لله سبحانه وتعالى حمداً وشكراً على أن أعطاني القوة والعزيمة والصبر لإتمام هذا البحث المتواضع، واستجابة لقوله - صلى الله عليه وسلم- : " من لا يشكر الناس لا يشكر الله " ، أود أن أتقدم بجزيل الشكر والامتنان والعرفان بالجميل للأستاذ الدكتور: سليمان محمد الجروشي، على ما بذله من جهد ووقت وما قدمه من توجيهات وإرشادات ساعدت كثيراً في إنجاز هذا البحث ، جزاه الله عني خير الجزاء .

كما يسرني أن أتقدم بواقر الاحترام والتقدير ،إلى الدكتور:غيث الفاخري ، والدكتور : هواري حسانين اللذين ساهما مساهمة فعالة في بنائي علمياً وخلقياً، وشكر خاص لخالي العزيز الدكتور: أحمد الجمالي ، الذي كان لتشجيعه ، ومساعدته لي في الحصول على المراجع الأثر الكبير في إنجاز هذا البحث .

كما يسعدني أن أتوجه بجزيل الشكر والتقدير لكل من أمين اللجنة الشعبية لكلية القانون بجامعة التحدي، الدكتور: خليفة أحواس، الذي كان له الفضل في افتتاح قسم الشريعة بالكلية، والأخوة العاملين بالمكتبة المركزية بجامعة التحدي ، على تعاونهم . وأخيراً أتقدم بالشكر والتقدير لكل من قدم لي يد العون والمساعدة، لإتمام هذا البحث المتواضع، وساهم في خروجه إلى النور، فلهم مني جميعاً خالص الشكر والتقدير ، وجزاهم الله عني خير الجزاء .

¹ الجامع الصحيح سنن الترمذي ، محمد بن عيسى الترمذي ، تحقيق : أحمد شلكر وآخرون ، ج 4، دار إحياء التراث- العربي ، بيروت ، كتاب البر والصلة ، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك ، ص 379.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، احمدُهُ على ما أعطى ووهب من غير سابقة استحقاقٍ أو سبب، وأشهدُ انه الله الذي لا إله إلا هو وحده لا شريك له، شهادةً يقرُّ في القلوب نورها، وأشهدُ أن سيدنا ومولانا وحبينا وقرّة أعيننا محمداً عبدهُ ورسوله، أرسلهُ للناس بالهدى بشيراً ونذيراً وجعله رحمة للعالمين وداعياً إليه بإذنه وسرجاً منيراً، اللهم صل وسلم على سيدنا محمدٍ وعلى اله وأصحابه أجمعين إلى يوم الدين .

إن الاجتهاد لمعرفة أحكام الشريعة أمر ضروري بالنسبة لكل عصر، لأن التراث الفقهي على ثرائه العظيم ما هو إلا قطرة في بحر بالنسبة إلى العلوم والمبادئ والأفكار الرفيعة النافعة التي تزخر بها نصوص القرآن والسنة ، فهذه النصوص رغم محدوديتها فيها الحكم لكل واقعة تقع في الدنيا ، وبطبيعة الحال لم تذكر النصوص جميع الأحكام مفصلة ، وإنما فصلت بعض الأحكام ولم تفصل بعضاً آخر ، ولكنها أقامت دلائل عليها ونصبت أمارات لها بحيث يستطيع المجتهد بواسطة تلك الدلائل والأمارات أن يصل إليها ويتبينها .

ولقد كان من توفيق الله عز وجل أن أتعرض لبحث موضوع: " الاشرطراط لمصلحة الغير في الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة "، وذلك لاستكمال متطلبات الإجازة العالية في الشريعة الإسلامية، فهو من المواضيع الفريدة والممتعة حقاً ، إذ يكشف لنا بطريقة عملية عن العمق الهائل الذي تتمتع به النصوص الشرعية ، وعن مدى عمق الفقه الإسلامي وأتساعه ، و القيمة العلمية العظيمة لاختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في الفروع .

وتأتي أهمية الموضوع في كونه من المواضيع المهمة في المعاملات الشرعية، التي تحتاج إلى بذل الجهد والوسع لاستخراج أحكامه المتناثرة في بطون أمهات كتب الفقه الإسلامي، وتحديد معالمه بشكل دقيق يتفق والقواعد الكلية للشريعة الإسلامية دون لبس أو غموض، و يبين أيضاً تقدم الشريعة الإسلامية، وسبقها، وتفوقها في معالجة الموضوع، ومدى تأثير فقهاء القانون بالتراث الإسلامي، وسيساهم

كل ذلك في زيادة فهم الناس لشريعتهم، وبالتالي إخضاع عقودهم وسائر معاملاتهم لأحكامها ، في وقت سادت فيه القوانين المقتبسة من الغرب.

ومن أسباب اختياري لهذا الموضوع أهميته في حياة الناس العملية، وقلّة الدراسات الأكاديمية المعمقة فيه، مما خلق لديّ الرغبة في دراسته والتعمق فيه، فحرصت أن أقرأ فيه كتباً متنوعة ، فتكونت عندي بتوفيق الله - حصيلة بحدوده وأبعاده ، حتى أنست في نفسي الكتابة فيه ، وتقديم شيء جديد ينتفع به المسلمون إن شاء الله ، لعلّي أسهم ولو بشكل محدود في نشر الوعي بالفقه الإسلامي، وتوضيحه للمسلمين لتكون عبادتهم ومعاملاتهم على وجه يرضي الله - عز وجل - ويكفي المشتغلون به فخراً قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - " من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين " ¹.

ويشير البحث العديد من الإشكاليات منها : ما مدى وضوح فكرة الاشتراط لمصلحة الغير في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؟ وهل تعتبر فكرة الاشتراط لمصلحة الغير من الأفكار التي تتفق مع منطق فقهاء الشريعة الإسلامية في نظرهم إلى التصرفات النافعة و الضارة والدائرة بين النفع والضرر؟ وهل هناك فرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والفضالة والنيابة أم إنها مصطلحات متعددة لمعنى واحد؟ كل هذه الأسئلة وغيرها هي إشكاليات تمت معالجتها في هذا البحث .

ولقد اتبعت في هذا البحث منهجاً تحليلياً مقارناً، حيث قمت بعرض محل النزاع في كل مسألة وذكرت آراء المذاهب الفقهية فيها مقارنة بينها، حسب مصادرها الأصلية، من حيث الاتفاق والاختلاف مع ذكر الأدلة ومناقشتها وترجيح ما قوى دليله عندي، وإذا لم يظهر لي رجحان أحد الأقوال اكتفيت بنكر الخلاف، لأن الترجيح لا يكون بالهوى ، مع عدم الزكون إلى ظواهر الألفاظ ، ودون التعصب لمذهب من المذاهب في ترجيحي، و قمت باستقاء آراء كل مذهب من كتبه المعتمدة الموثوق بها ، مستعينة بكتب الفقه المقارن الشاملة لجميع أبواب الفقه، مقارنة بينها وبين ما جاء به القانون المصري والقانون الليبي ، وقمت بعزو الآيات القرآنية إلى

¹ سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد، دار الفكر، بيروت، ج 1، ص 80، بك فضل العلماء والحث على طلب العلم.

سورها وتحديد أرقامها و تخريج الأحاديث من مصادرها الصحيحة معتمدة في ذلك على كتب الصحاح ، وأيضاً بعض مصادر الحديث الأخرى بالإضافة إلى القيام بالترجمة لبعض الأعلام الذين ورد ذكرهم في البحث معتمدة على كتب التراجم .

تعريف ببعض المصطلحات الواردة في البحث :-

- الخلف العام : هو من يخلف غيره في ذمته المالية كلها كالوارث الوحيد ، أو في حصة منها كالوارث مع غيره ، والموصي له بحصة في التركة .

- الخلف الخاص : هو من تلقى حقاً معيناً بالذات كان قائماً في ذمة سلفه ثم انتقل منها إليه ، كمن يشتري منزلاً أو منقولاً معيناً .

- الدعوى البوليصرية : تعالج من المدين المعسر موقفاً إيجابياً ، وهو إقدامه على التصرف في حقوقه عن عمد لا عن مجرد إهمال ، بقصد الأضرار بذاتنه ، ومحاباة من يؤثره بالتصرف إليه بثمن بخس أو بغير ثمن ، من أقاربه أو أصدقائه على حساب هذا الدائن ، وهي ترفع باسم الدائن نفسه و أثرها ينصرف إليه دون غيره .

- الصورية : عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معاً ، فلا يفش أحدهما الآخر ، وإنما يريدان غش الغير أو إخفاء أمر معين .

- السفتجة : أن يدفع الشخص إلى تاجر مالا قرضاً ليدفعه إلى صديقه ، وقالوا أنه يدفعه قرضاً لا أمانة لتأمين خطر الطريق ، وقيل أيضاً هي أن يقرض إنساناً ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق .

الدراسات السابقة :

1. رسالة ماجستير بعنوان الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه العربي والفقه

الإسلامي، سعدي إسماعيل البرزنجي، مطبعة رايه زين،العراق، 1974ف

ولقد تناولت هذه الرسالة ذلك الموضوع وبينت بعض أحكامه ، وفقاً لما جاء

في بعض المذاهب الفقهية والقانون العراقي ، إلا أن هذه الدراسة مضى عليها

أكثر من ربع قرن، أضف إلى ذلك أن الباحث أثناء تناوله لموضوع الرسالة

اكتفى بعرض ما جاء في القانون العراقي بالنسبة له في الجزء الأول من

الرسالة، و بتجميع آراء فقهاء الشريعة الإسلامية فيه ،في الجزء الثاني من

الرسالة ، من دون أن يتعرض للمقارنة بين ما جاء به القانونيون وما جاء به

فقهاء الشريعة الإسلامية ومحاولة الترجيح بينها ، أو بين آراء فقهاء الشريعة

الإسلامية فيما بينهم ، على الرغم من جهده الملحوظ في تجميع أحكامه من

بطون أمهات الكتب الإسلامية.

2. كتاب الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن تأليف د. عباس حسني محمد ، مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع،السعودية ،الطبعة الأولى 1984ف، ولقد تناول هذا الكتاب بعض أحكام الاشتراط لمصلحة الغير وفقاً لما جاء في كتب بعض المذاهب والقانون المصري دون أن يتعرض إلى كافة المذاهب الفقهية. وباقي القوانين العربية.

ولقد قمت باستعراض تحليلات وأراء من سبقني بالكتابة في موضوع هذا البحث، محاولة سد النقص إن وجد أو تحليل بعض المسائل بشكل مُغاير لما تم الوصول إليه قبلي، أو تبني ما أراه قويا من الآراء في نظري.

نطاق البحث :

شمل نطاق البحث رأي المدارس الفقهية التالية في موضوع البحث: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية ، ولقد استقيت آراء كل مدرسة فقهية من الكتب المعتمدة ، كما شمل نطاق البحث ما جاء به القانون المصري والقانون الليبي بالنسبة لموضوع البحث .

المصادر الفقهية المستخدمة في البحث:

في بحثي لموضوع الاشتراط لمصلحة الغير في الشريعة الإسلامية والقانون ركزت على آراء خمس من المدارس الفقهية ،(الفقه الحنفي، والفقه المالكي، والفقه الشافعي، والفقه الحنبلي، والفقه الظاهري)، فاستغنيت بها عن غيرها، واكتفيت بها في بيان وجهة نظر فقهاء الشريعة، حول موضوع بحثي .

وقد أخذت آراء كل مدرسة من كتبها المتقدمة والمتأخرة، وقيمة هذه المصادر وأهميتها تختلف من مصدر إلى آخر ، ذلك أنه قد يكتسب أهمية خاصة إما لكونه هو الأصل في المدرسة باعتباره أول كتاب ألف فيها ، أو لكونه مؤلفاً بطريقة جمعت أقوال معظم فقهاءها .

ولذلك فإنني سأخص بالدراسة بعض مصادر الفقه الإسلامي من مختلف المدارس الفقهية :-

- الفقه الحنفي :-

تشكل كتب الحنفية ثروة هائلة من الفقه الإسلامي، وقد رجعت إلى ما وقع تحت يدي منها ، ومن بين تلك الكتب التي اعتمدت عليها اعتماداً كبيراً :-

كتاب المبسوط، الذي ألفه شمس الدين السرخسي، المتوفي سنة 490 هـ ، وهذا الكتاب من أوفى كتب الحنفية وأوسعها إذ يقع في ثلاثين مجلداً، وقد جعله صاحبه شرحاً لكتب ظاهر الرواية عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني عن الإمام أبي حنيفة، وقد قال السرخسي: إنه ألف هذا الكتاب، فاقصر فيه على بيان المعنى المؤثر في كل مسألة اكتفاء بما هو المعتمد في كل باب، ويقوم منهجه على عرض المسألة، ثم التدليل عليها بالأدلة المختلفة المستقاة من الفقه الحنفي، وكثيراً ما يتعرض لأراء غير الحنفية كالشافعية والمالكية ، ويذكر أئمتها، مما يعطيه طابع الفقه المقارن بالإضافة إلى طابعه الحنفي، وقد عولت عليه فاستفدت منه كثيراً، لتوضيحه للمسائل وشرحه و تعليله لها .

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، وهو من تأليف الإمام أبي بكر بن مسعود الكاساني، المتوفي في سنة 587 هـ . وهذا الكتاب وضعه صاحبه في الأصل شرحاً لكتاب " تحفة الفقهاء " للسمرقندي، والطبعة التي اعتمدت عليها هي طبعة دار الكتاب العربي في بيروت سنة 1982 ف، وهي تقع في سبعة مجلدات ، وهو مقسم إلى كتب ثم فصول، وطريقة المؤلف فيه أن يورد كل مسألة ويبين خلاف فقهاء الحنفية فيها، وغالباً ما يذكر معهم خلاف الشافعي، ثم يورد لكل رأي دليله من المنقول والمعقول، مع إحكام في الصياغة، وسلاسة في الأسلوب ودقة في الترتيب، مما يجعله من أسير الكتب وأسسها تتوالى عند الباحثين والدارسين ، ولقد استفدت منه كثيراً في تأكيد أراء فقهاء الحنفية وأحكامهم في مسائل البحث المعروضة.

الفقه المالكي :-

اعتمدت في أخذ آراء المالكية على كتبهم، ومن أبرزها :-
المدونة الكبرى للإمام مالك المتوفي سنة 179 هـ ، ولم يكتب الأمام مالك المدونة بنفسه، ولكنها اشتملت على آرائه الفقهية كما رواها تلميذه عبد الرحمن بن القاسم المتوفي سنة 191 هـ، وكما دونها تلميذه سحنون بن سعيد المتوفي سنة 240 هـ، وكتاب المدونة من أمهات الكتب في الفقه المالكي، بل هي أصله ، وقد جمعت أبواب الفقه وفروعه ، وكان منهج تأليفها يقوم على أسئلة يطرحها سحنون

على ابن القاسم فيجيبه بما سمعه من الإمام مالك . وإذا كان لم يحفظ عن مالك في القضية المؤول عنها شيئاً، كان يجيب ويسند الجواب إلى نفسه، وهذه الأجوبة قد أوضحت الآراء في مسائل بحثنا مما كان لها أثر بالغ في تكوين رأينا فيها بسهولة استخلاص أقوال المالكية ومعرفة رأيهم في المسألة محل البحث، كما أن بعض المباحث كانت تعرض عرضاً نظرياً دون صيغة السؤال والجواب، وفي المتنونة يوجد في كثير من الأحيان ذكر للأدلة النقلية في أحكام (القرآن والسنة وأثار الصحابة والتابعين وعمل أهل المدينة) ، والمتنونة تمثل ديوان اجتهاد الإمام مالك في المسائل المسكوت عنها، والتي لم توجد لها حلول ثابتة في العمل، ولا شك أنها أهم مصدر يسجل اجتهاده وتطبيقه للقياس والاستحسان وسد الذرائع والمصالح المرسلة .

وقد لقيت المتنونة اهتماماً كبيراً من فقهاء المالكية، ولكن على الباحث أن يكون حذراً عند مطالعة المتنونة، والأخذ منها ، إذ ادخل عليها الكثير من التفتيح، بمرور الزمن، وتبادل الأيدي .

الفقه الشافعي :-

وفي الفقه الشافعي اعتمدت في اخذ آرائهم على كتبهم وكان كتاب الأم من أهمها . وكتاب الأم هذا ألفه الإمام الشافعي، محمد بن إدريس المتوفى سنة 204هـ .

والكتاب في واقع الأمر بمثابة الأم لجميع ما ألف في الفقه الشافعي، حيث استوفى فيه الإمام جميع أبواب الفقه، مدعمة بالدليل، وكان يقف عند القضايا الخلافية فيدافع عن اتجاهه بالأدلة العقلية والنقلية، وبطريقة بارعة أغنت تلاميذه عن التصدي للدفاع عنه بعد ذلك ، والكتاب يمثل معرضاً لآراء الشافعي، ومنهجه في الأصول وفي استنباط الأحكام كما يمثل تلخيصاً لحركة الاجتهاد واصطراع الآراء الفقهية منذ عهد الراشدين حتى أيامه، وقد رتب الإمام الشافعي كتاب الأم على كتب ثم على أبواب .

الفقه الحنبلي :-

وقد رجعت إلى عدد من كتب الفقه الحنبلي، ووجدت أهمها : كتاب المعنى لابن قدامة، ألفه شيخ الإسلام موفق الدين احمد بن قدامة المقدسي، المتوفى سنة 620هـ وهذا الكتاب من أوسع واجمع كتب الفقه الحنبلي، بل الفقه الإسلامي بصفة عامة، فقد استوعب جميع أبواب الفقه، واستوعب في كل قضية من قضاياها معظم ما قيل حولها، والكتاب بما عرضه من آراء وأدلة مجموعة كبيرة من علماء المسلمين، من

كان منهم من أئمة الفقه المشهورين أو غيرهم قد حفظ لنا أقوالاً وروايات مع أدلتها لفقهاء من كبار رجال السلف ممن لم تدون آراؤهم، أو ممن وجدوا قبل تكون المدارس الفقهية، وهذا يضيف على الكتاب طابعاً موسوعياً ومقارناً يسمح بإخراجه من دائرة الفقه الحنبلي، ليكون كتاباً في الفقه الإسلامي بصورة عامة في مختلف مدارس واتجاهاته .

وقد أرشدني في تكوين بعض مباحث الرسالة، وكان من أكثر الكتب التي اعتمدت عليها في استنباط ما يفيدني من آراء وأقوال فقهاء الحنابلة في المسائل المختلف عليها، وقد نللت لي صعوبات البحث لأنه كان شاملاً وواضحاً في عرض آراء أغلب الفقهاء .

الفقه الظاهري:-

الظاهرية هم أصحاب داود الظاهري المتوفي سنة 324هـ، وسموا بهذا الاسم لتمسكهم بظاهر نصوص الكتاب والسنة، وإنكارهم للقياس، وقد انتصر لهذا الاتجاه وألف على منهجه ابن حزم المتوفي سنة 456هـ، فألف كتابه "المحلى" وقد اعتمدت على هذا الكتاب في عرض آراء أهل الظاهر.

وابن حزم يفتح كتابه بمباحث التوحيد، والأصول، واستنباط الأحكام، ويذلل على بطلان القياس، ويحث على الاجتهاد، ويطلب من الناس عدم التقليد، وقد درج ابن حزم على ذكر المسألة من مسائل الفقه، ثم يورد أولاً أقوال أئمة المدارس الفقهية فيها، ويورد أدلتهم، وكثيراً ما يتشدد في ذلك، فكم من حديث ضعفه، وهو مقبول عند غيره، ثم يسوق أدلته من القرآن والسنة، وأقوال بعض الصحابة، وعلى كل حال فالكتاب يكتسب أهمية كبرى في مجال الفقه المقارن، وذلك من خلال بسطه لمسائل الخلاف، ومناقشة أدلة مخالفيه، وتحليل آرائهم مع التعليق والتعقيب عليها، وإبداء الرأي حولها.

ولقد استفدت منه في عرض آراء الظاهرية في البحث، ومن أهمها انفرادهم بمنع حرية العقود والشروط التي لم يرد بشأنها دليل من القرآن والسنة .

وأخيراً لا أدعي أن ما جاء في ثنايا هذا البحث من جهدي الخاص فحسب، بل هو امتداد لدراسات سابقة وإن قلت، وخلاصة لأراء الفقهاء ممن تعمقوا في فهم الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ولقد واجهتني بعض الصعوبات أثناء بحثي في هذا

الموضوع من بينها قلة المصادر والمراجع في مكتبتنا، وصعوبة تجميع آراء الفقهاء والترجيح بينها، ومناظرتها بما يقابلها من نصوص القانون الوضعي، وقد تغلبت على هذه الصعوبات بالبحث المتواصل ، وبتوجيهات أساتذتي .

وبعد فإن كان ما عرضته صواباً فهو بتوفيق الله - عز وجل - وإن كان فيه خطأ فهو بذنبي وأستغفر الله العظيم منه ، وهو سبحانه وتعالى أهل التقوى وأهل المغفرة .
خطة البحث :-

وقد اقتضت طبيعة البحث أن أقسمه بعد المقدمة إلى ثلاثة فصول وخاتمة تتضمن أهم النتائج على النحو التالي :-

الفصل الأول

التعريف بالشرط وأقسامه و

الاشتراط لمصلحة الغير

وفيه مبحثان :-

المبحث الأول

التعريف بالشرط وأقسامه

وفيه مطلبان :-

المطلب الأول

التعريف بالشرط

المطلب الثاني

أقسام الشرط

المبحث الثاني

التعريف بالاشتراط لمصلحة الغير وبيان مفرداته

وفيه مطلبان :-

المطلب الأول

بيان مفردات الاشتراط لمصلحة الغير

المطلب الثاني

التعريف بالاشتراط لمصلحة الغير

الفصل الثاني

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من قاعدة حرية العقود والشروط و
الاشتراط لمصلحة الغير

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من قاعدة حرية العقود والشروط
وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول

الأصل في العقود والشروط الحظر حتى يقوم دليل على الإباحة

المطلب الثاني

الأصل في العقود والشروط التقييد

المطلب الثالث

الأصل في العقود والشروط الإطلاق ما لم يحرمه الشرع

المبحث الثاني

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الاشتراط لمصلحة الغير

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

المانعون للشروط المقترنة بالعقد التي تفيد الغير مطلقاً

المطلب الثاني

المجيزون لبعض الشروط المقترنة بالعقد التي تفيد الغير دون بعض

المطلب الثالث

المبيحون للشروط المقترنة بالعقد التي تفيد الغير مطلقاً

الفصل الثالث

شروط و آثار الاشتراط لمصلحة الغير وحقوقه

وفيه مبحثان:

المبحث الأول

شروط الاشتراط لمصلحة الغير

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

الشروط المتعلقة بأطراف الاشتراط لمصلحة الغير

المطلب الثاني

الشروط المتعلقة بمحل الاشتراط لمصلحة الغير

المبحث الثاني

آثار الاشتراط لمصلحة الغير وحقوقه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

آثار الاشتراط لمصلحة الغير

المطلب الثاني

حقوق عقد الاشتراط لمصلحة الغير

الخاتمة

تتضمن أهم النتائج

الفصل الأول

التعريف بالشرط وأقسامه والاشتراط لمصلحة الغير

وسيكون تناولي لهذا الفصل في مبحثين:-

المبحث الأول: التعريف بالشرط وأقسامه

المبحث الثاني: التعريف بالاشتراط لمصلحة الغير

المبحث الأول التعريف بالشرط وأقسامه

وفيه مطلبان:-

المطلب الأول التعريف بالشرط الفرع الأول تعريف الشرط لغة

جاء في لسان العرب لابن منظور¹ الشرط معروف وكذلك الشريطة، والجمع شروط وشرائط، والشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه. واشراط الساعة علاماتها أو أعلامها، والاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم، واشراط طائفة من إبله وغنمه عزلها، وأعلم أنها للبيع، والشرط من الإبل ما يجلب للبيع، واشراط فلان نفسه لكذا وكذا أعلمها له وأعدّها، ومنه سمي الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها الواحد شرطة وشرطي².

وجاء في القاموس المحيط للفيروزآبادي³، الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع، ونحوه. الشريطة ج: شروط وفي المثل الشرط املك عليك أم لك، واشراط إبله: أعلم أنها للبيع. ومشاريط الشيء أوائله، وأخذ للأمر مشاريطه: أهميته، واشترط المال: فسد بعد صلاح، وشارطه: شرط كل منهما على صاحبه⁴.

وجاء في مختار الصحاح للرازي⁵: الشرط معروف، وجمعه شروط، وكذا الشريطة وجمعها شرائط، وقد شرط عليه كذا واشترط، والشرط بفتحيتين العلامة، واشراط الساعة علاماتها، واشراط فلان نفسه لأمر كذا أي أعلمها له وأعدّها⁶.

¹ - محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الأفرقي، صاحب "لسان العرب" الإمام اللغوي الحجة من نسل ربيعة بن كلاب الأنصاري، ولد بمصر وقيل في طرابلس الغرب. (ت 711هـ - 1311م). قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمسعوديين والمستشرقين، خير الدين الزركلي، ط الثانية، ج7، دار العلم للملايين، بيروت، 1989ف ص108.

² - لسان العرب، لابن منظور، ط الأولى، ج7، دار صادر، بيروت، مادة شرط ص329.

³ - محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر، أبو طاهر، محد الدين الشيرازي الفيروزآبادي، من أئمة اللغة والأدب، كان فوي الحافظ، (ت 817هـ - 1415ف)، تراجم الأعلام، للزركلي، ج7، ص146.

⁴ - القاموس المحيط، للفيروز آبادي، ط الأولى، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995ف، مادة شرط ص559.

⁵ - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر - وهو من فقهاء الحنفية (ت 666هـ - 1268ف)، تراجم الأعلام، لخير الدين الزركلي، ج6، ص55.

⁶ - مختار الصحاح، للرازي، مكتبة لبنان، بيروت، 1995ف، مادة شرط ص131.

الفرع الثاني:

تعريف الشرط عند الأصوليين

أ/ عند الحنفية:

عرف السرخسي¹ الشرط فقال: الشرط هو ما يرتفع الحكم قبل وجوده².
وعرفه الحموي³ فقال: " هو التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة"⁴.

ب/ عند المالكية:

قال الشاطبي⁵: " أن المراد بالشرط ما كان وصفاً مكملاً لشرطه فيما اقتضاه ذلك المشروط ،
أو فيما اقتضاه الحكم فيه"⁶.

وعرف القرافي⁷ الشرط قائلاً: " الشرط هو الذي يلزم من عدمه عدم ، ولا يلزم من وجوده
وجود ولا عنم لذاته"⁸.

وعرف الشوكاني⁹ الشرط قائلاً: "هو الحكم على الوصف بكونه شرطاً للحكم، وحقيقة الشرط
هو ما كان عدمه يستلزم عدم الحكم ، فهو وصف ظاهر منضبط يستلزم ذلك أو يستلزم عدم
السبب لحكمة في عدمه تنافي حكمة الحكم أو السبب"¹⁰.

1- أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل ، فاض من كبار الحنفية ، مجتهد من أهل خراسان ، أشهر كتبه المبسوط في الفقه والتشريع
(ت 483 هـ - 1090ف) ، تراجم الأعلام ، لخير الدين الزركلي ، ج 5 ، ص 315.

2- المحرر في أصول الفقه ، أبي سهل السرخسي ، تحقيق : صلاح بن محمد بن عويضة، ج 2، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص 145.
3- أحمد بن محمد مكي ، أبو العباس ، شهاب الدين الحسيني الحموي ، مدرس من علماء الحنفية ، حموي الأصل ، مصري ، كان
مدرساً بالمدرسة السلمانية في القاهرة ، وتولى إفتاء الحنفية ، وصنف كتب كثيرة ، منها عمز عيون البصائر ، شرح الأشباه والنظائر ،
لابن نجيم ، (ت 1098 هـ - 1687ف) . تراجم الأعلام ، لخير الدين الزركلي ، ج 1 ، ص 239.

4- عمز عيون البصائر ، شرح كتاب الأشباه والنظائر ، لابن تميم شرح الحموي ، ط الأولى ، ج 4 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،
1985ف ، ص 41 .

5- إبراهيم بن موسى بن محمد التيمي العرناضي ، المشهور بالشاطبي ، أصولي حافظ من أهل غرناطة ، كان من أئمة المالكية . من
كتبه الموافقات في أصول الفقه ، الاعتصام في أصول الفقه ، (ت 890 هـ - 1388ف) ، قاموس تراجم الأعلام ، خير الدين الزركلي ،
ج 1 ، ص 75.

6- الموافقات في أصول الفقه ، لأبي إسحاق الشاطبي ، تحقيق : عبد الله تراز ، ج 1 ، دار المعرفة ، بيروت ، ص 262.
7- أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن ، أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي . القرافي ، من علماء المالكية ، نسبتة إلى قبيلة صنهاجة
(من برابرة المغرب) وإلى القرافة " المحلة المحنورة كثر الإحلام الشغفي " بالقاهرة . وهو مصري المولد والمنشأ والوفاء ، له
مصنفات جليلة منها ، أنوار البروق في أنواء الفروق و النخيرة (ت 684 هـ - 1285ف) . تراجم الأعلام ، للزركلي ، ج 1 ، ص

94 .
8- الفروق " قواعد السنية في الأسرار الفقهية " ، للقرافي ، وبهاشيه إدوار الشروق على أنواء الفروق ، لابن الشاطب ، تحقيق : عبد
الحديد هندواي ، ج 1 ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ص 69.

9- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، من الفضل البعدي ، ترجمان الحديث والقرآن ، صاحب التصانيف التي لم يسبق إلى مثلها مطبع
على حقائق الشريعة ومواردها ، له مؤلفات في أغلب العلوم ، ومنها كتاب نيل الأوطار من أسرار منقلى الأخبار ، وله التفسير المسمى
، فتح القدير الجامع بين الرواية والتراية من التفسير ، ت 1250هـ ، أبجد العلوم التوشى المرفوع في بيان أحوال العلوم ، صديق بن حسن
التفوجي ، تحقيق : عبد الحبار زكزا ، ج 3 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1978ف ، ص 201.

10 - برشد المحرر لعلم الأصول ، محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، تحقيق : محمد التري ، ط الأولى ، دار الفكر ، بيروت 1992ف ،
ص 25 .

ج/ عند الشافعية:

عرف الغزالي¹ الشرط قائلاً: "إن الشرط عبارة عما لا يوجد المشروط مع عدمه ولكن لا يلزمه أن يوجد عند وجوده"².

وهو فاسد من وجهين:

الأول: أن فيه تعريف الشرط بالمشروط، والمشروط مشتق من الشرط فكان

أخفى من الشرط، وتعريف الشيء بما هو أخفى منه ممتنع.

الثاني: أنه يلزم عليه جزء السبب إذا اتحد، فإنه لا يوجد الحكم دونه، ولا

يلزم من وجود الحكم عند وجوده، وليس بشرط.

ويقول الأمدى³: الشرط هو ما يلزم من نفيه نفي أمر ما على وجه لا يكون سببا لوجوده، ولا داخلًا في السبب⁴.

وعرفه الزركشي⁵: "هو الذي يلزم من انتقائه انتقاء المشروط"⁶.

ويعرف السيوطي⁷ الشرط بقوله: "الشرط هو ما جزم فيه بالأول، وشرط فيه أمر آخر"⁸.

د/ عند الحنابلة:

عرف ابن قدامة المقدسي⁹ الشرط فقال: "هو ما يلزم من انتقائه انتقاء الحكم، كالإحصان مع الرجم، والحول في الزكاة، فالشرط ما لا يوجد المشروط مع عدمه ولا يلزم أن يوجد عند وجوده"¹⁰.

1- محمد بن محمد بن محمد العزالي الطوسي، أبو حاتم، فيسوف، مصنف، له نحو مئتي مصنف، مولده ووفاته في تطهران "قصبة طوس، بحراسان" نسبتة إلى صناعة العزل أو إلى عزالة من فرس طوس. من كتبه إحياء علوم الدين، وشفاء العليل في أصول الفقه، تراجم الأعلام، لخير الدين الزركشي، ج7، ص22.

2- المستنصر في علم الأصول، أبي حاتم العزالي، رتبته وضبطه: محمد عبد السلام عند اشقي، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993، ص261.

3- علي بن محمد بن عبد الرحمن، أبو الحسن البخاري الأمدي، فيه حنبلي بخاري الأصل، والمولد، تراجم الأعلام، لخير الدين الزركشي، ج4، ص328.

4- الإحكام في أصول الأحكام - سيف الدين الأمدي، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص453.

5- محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين، عالم فقه الشافعية، والأصول، تركي الأصل، مصري المولد، والوفاء، تراجم الأعلام، للزركشي، ج6، ص60.

6- النور المحيط في أصول الفقه، محمد بن بهادر الزركشي، قام بتحقيقه: عبد القادر عبد الله المعالي، ط الثالثة، ج1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1992، ص319.

7- جلال الدين، أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن عثمان بن محمد بن حضر بن أيوب بن الشيخ همام الدين الخضري السيوطي الشافعي، المسند المحقق المنقح، صاحب المؤلفات النافعة، نشرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي بن محمد بن أحمد العماد الحنبلي، ج8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص51.

8- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، عند الزحمر بن أبي بكر السيوطي، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ، ص414.

9- شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي بن يوسف بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، أحد الأئمة المشهورين وأمام الفقهاء المحدثين، مهرا في الحديث والفقه والأصول والعربية، أبجد العلوم، للتتوحي، ج3، ص154.

10- روضة الناظر وحنه المناظر، لابن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، ط الثانية، ج1، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، 1399هـ، ص57.

وعرفه ابن بدران الدمشقي: هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته ، وذلك كالإحصان الذي هو شرط وجوب رجم الزاني ، فإن وجوب الرجم ينتفي بانتفاء الإحصان فلا يرجم إلا محصن، وكالحول الذي هو شرط وجوب الزكاة ينتفي وجوبها لانتهائه، فلا تجب إلا بعد تمام الحول ، ثم إن الشرط إن اخل عدمه بحكمة السبب فهو شرط السبب، وذلك كالقدرة على تسليم المبيع ، فإن تلك القدرة شرط لصحة البيع الذي هو سبب ثبوت الملك المشتمل على مصلحة ، وهو حاجة الابتياح لعل الانتفاع بالمبيع، وهي متوقفة على القدرة على التسليم ، فكان عدمه مخرلاً بحكمة المصلحة التي شرع لها البيع ، وإن استلزم عدم الشرط حكمة تقتضي نقيض الحكم، فهو شرط الحكم كالطهارة للصلاة فإن عدم الطهارة حال القدرة عليها مع الإتيان بالصلاة يقتضي نقيض حكمة الصلاة، وهو العقاب، فإنه نقيض وصول الثواب¹، وهو في هذا يختلف عن الركن ، وركن الشيء جانبه الأقوى لغة²، وفي عرف الفقهاء ركن الشيء ما لا وجود لذلك الشيء إلا به كالقيام والركوع والسجود للصلاة...³.

هـ/ عند الظاهرية:

عرف ابن حزم⁴ الشرط فقال هو: "تعليق حكم ما بوجود حكم آخر ورفعته ، وهو باطل ما لم يأت به نص"⁵.

وعرف وهبة الزحيلي الشرط بقوله: " هو الوصف الظاهر المنضبط الذي يتوقف عليه وجود الحكم من غير إفضاء إليه"⁶.

وبالنظر لما ورد في تعريف الفقهاء للشرط كلاً على حدة، وفي محاولة للتقريب بين هذه التعريفات وتبني تعريف منها للشرط أرى اختيار التعريف الذي جاء به وهبة الزحيلي حيث عرف الشرط بأنه: هو الوصف الظاهر المنضبط الذي

¹ - المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، عبد القادر بن بدران الدمشقي ، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي ، ط الثانية ، ج1 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1401 هـ ، ص162.

² مختصر الصحاح للرازي معانف ركن ، ج 1 ص 107

³ كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام الزينوي ، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ، تحقيق : عبد الله محمود محمد .

ج3 ص 501 دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1418 هـ .

⁴ - علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، أبو محمد عالم الأندلس في عصره ، وأحد أئمة الإسلام ، ولد بقرظنة ، كان من صنوبر الباحثين ، فيها يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة ، أشهر مصنقاته ، الفصل في الملل والأهواء والنحل بوله المخطى في الفقه ، (ت 456 هـ - 1064 م) ، تراجم الأعلام ، لخير الدين الزركلي ، ج 4 ، ص 254.

⁵ - الإحكام في أصول الأحكام ، علي بن أحمد بن حزم الأندلسي ، ط الأولى ، ج [دار الحديث ، القاهرة ، 1404 هـ ، ص 45 .

⁶ - أصول الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ، ط الثانية ، ج [دار الفكر ، دمشق ، 2001 هـ ، ص 99.

يتوقف عليه وجود الحكم من غير إفضاء إليه ، ومعنى (من غير إفضاء إليه) أي من غير تأثير له فيه ، وذلك أن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ولا عدمه ، ولهذا عُرف بأنه ما يلزم من عدمه عدم المشروط ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ، ففي الشق الأول في التعريف خرج المانع ، لأن عدمه لا يؤثر في الحكم ، وخرج بالشق الثاني من التعريف السبب ، فإن وجوده يستلزم وجود المسبب .
ومن أمثلته: الطهارة للصلاة ، وحولان الحول لوجوب الزكاة ، والقدرة على تسليم المبيع لصحة البيع ، والإحصان لسببية الزنا للرجم ، والرشد لدفع مال اليتيم إليه ، فكل من هذه الأمور وصف ظاهر منضبط¹ .

¹ أصول الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ، ج 1 ، ص 99 .

الفرع الثالث

تعريف الشرط عند القانونيين:-

عرفه صبحي محمصاني فقال: " الشرط عارض، مستقبل غير مؤكد الحصول، يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه"¹.

وقال بعض شراح القانون الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله².
وكلا التعريفين بنفس المعنى.

ولقد جاء في نص المادة (252) من القانون المدني الليبي، ويقابلها نص المادة (265) من القانون المدني المصري: " يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع".

إن نص هذه المادة يعني أن الشرط الذي يتوقف وجود الالتزام أو زواله عليه يجب أن يكون غير محقق الوقوع ، فإذا علق الالتزام على شرط تم وقوعه قبل أصبح الالتزام منجزاً ، لا معلقاً على شرط ولو كان المتعاقد على جهل بذلك ، وإذا كان الشرط مستقبلاً ولكن محقق الوقوع فهو من قبيل الأجل وليس الشرط³.

نقد التعريف التقليدي للشرط⁴:

التعريف التقليدي للشرط هو تعريف غير جامع وغير مانع ، وهكذا لم ترق للفقهاء الحديث ، فكرة تعريف الشرط من خلال هاتين الخصيصتين القاصرتين، وهما خصيصتي الاستقبال وعدم تحقق الوقوع ، من خلال ربطه بمطلق الالتزام، وبدأ إلى حد الشرط حداً يجد أساسه في جوهر فكرته ، ومجموع مقوماته.

و يعرف جميل الشرقاوي الشرط باعتباره وصفاً للالتزام، تعريفاً مؤكداً لجوهر ارتباط الشرط بالإرادة، إذ قرر أن الشرط هو: أمر مستقبل غير محقق

1 - النظرية العامة للعقود والالتزامات في الشريعة الإسلامية - صبحي محمصاني ، ط الثالثة ، ج2، دار العلم للملايين، بيروت ، 1983ف ، ص 426.

2 - مبادئ القانون الروماني ، محمد عبدالمنعم بدر - عبد المنعم الجنراوي ، دار الكتب العربي ، القاهرة ، 1952ف ، ص 543. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ط الأولى، ج3 جزأوة العمل المصرية ، مطبعة أحمد مظهر ، مصر ، ص 7 ، المركز في النظرية العامة للالتزامات ، عبد الووود يحي ، دار النهضة العربية ، 1994ف ، ص 530.

3 - أحكام الالتزام والإلتفات في القانون المدني الليبي ، عدنان طه النوري ، منشورات الجامعة المنقحة ، 1995ف ، ص 101.

4 - الشرط كوصف للالتزام في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية . د. محمد شتا ليو سعد ، عالم الكتب ، القاهرة، 1977ف ، ص 30.

الوقوع، يترتب عليه وجود الالتزام الإرادي الذي يعلق عليه أو زوال هذا الالتزام¹، ومحمود أبو عافية، ود لو تمت معالجة الشرط في مجال التصرف القانوني، أي أنه لم يعتبر الشرط وصفاً للالتزام، وإنما أكد أنه وصف للإرادة أو التصرف القانوني².

وخالصة ما تقدم أن الفكر المعاصر يعرف الشرط من خلال ربطه بالإرادة والتراضي³، فعرف الشرط بأنه حادث عارض، مستقبل وغير محقق الوقوع، تعلق عليه الإرادة تأكيد قيام الالتزام بالتصرف أو زوال هذا الالتزام⁴.

وبالنظر لما ورد في تعريف القانونيين للشرط والتوفيق بين هذه التعريفات نرى اختيار التعريف الذي جاء به مصطفى الزرقاء حيث عرف الشرط قائلاً: بأنه ربط نشوء الالتزام أو زواله بحادث مستقبل محتمل، ومعنى كونه محتملاً أنه غير مؤكد الحصول في المستقبل ولا ممتنع بهذا كما ترى هو الشرط التعلقي في اصطلاح الفقهاء⁵.

1 أحكام الالتزام، جميل الشراوي، نفاً عن الشرط كوصف للتراضي، محمد شتا، ص20.

2 الشرط كوصف للتراضي، محمد شتا، ص80-83.

3 المرجع السابق، ص87.

4 المرجع السابق، ص476.

5 - المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقاء، ط الثانية، ج1، دار القلم، دمشق، 2004، ص526.

المطلب الثاني
أقسام الشرط
الفرع الأول
أقسام الشرط عند الفقهاء

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية الشرط من حيث المصدر إلى:

- 1- الشروط العقلية¹: لا يقتضي وجودها وجوداً ، فهي لا يلزم من وجودها شيء ، ويلزم من عدمها العدم، فإنه لا بد لها من محل ولا يلزم من وجودها بوجود المحل ، كالحياة للعلم ، فإنها شرط له ، إذ لا يعقل عالم إلا وهو حي ، فإنه إذا انتفت الحياة انتفى العلم، ولا يلزم من وجودها وجوده ، فالحي قد يعلم وقد لا يعلم، ويسمى عقلياً لأن العقل أدرك لزمومه لمشروطه، والعلم للإرادة، والمحل للحياة ، إذ الحياة تنتفي بانتفاء المحل.
- 2- الشروط العادية : هو ما كان ارتباطه بالمشروط عادي ، ومعنى ذلك إن الله تعالى ربط هذا الشرط بمشروطه بقدرته ومشيئته، وهي لا يلزم من وجودها شيء، ويلزم من عدمها العدم، وهذا ما ذهب إليه ابن الشاط ، فالسلم شرط عادي لصعود السطح ، فلا يلزم من وجود السلم حصول الطلوع ، ولكن يلزم من عدم وجوده عدم حصول الطلوع، إلا إذا وجد بديل له²، و كالأغذاء للحيوان، والغالب منه أنه يلزم من انتفاء الغذاء انتفاء الحياة، ومن وجوده وجودها إذ لا يتغذى إلا الحي³.
- 3- الشروط الشرعية: لا يلزم من وجودها شيء ، ويلزم من عدمها العدم، كالطهارة مع الصلاة ، فإنه يلزم من انتفاء الطهارة انتفاء صحة الصلاة، ولا يلزم من وجودها وجود صحة الصلاة لجواز انتفائها لانتفاء شرط آخر ، فالمتطهر قد تصح صلاته وقد لا تصح⁴.

1- الموافقات ، للشافعي ج1 ، ص 266 ، الفروق ، للقرافي ، وعنه ابن البراء الشروني ، لابن الشاط ، ج1 ، ص 70 ، المستمعي ، للقرافي ، ص 261 ، البحر المحیط ، للزر كلّي ، ج1/ ص 310، 309 ، روضة الناظر ، لابن قدامة المقدسي ، ج1/ ص 57 ، المنخل إلى مذهب الإمام أحمد ، بتران النمشي ، ج1/ ص 162 .
2- المرجع السابق ، نفس الموضع ، الفروق ، للقرافي ، ج1 ، ص 69 .
3- البحر المحیط ، للزر كلّي ، ج1/ ص 310، 309 ، المنخل إلى مذهب الإمام أحمد ، بتران النمشي ، ج1/ ص 162 .
4- الفروق ، للقرافي ، ج1 ، ص 70 ، البحر المحیط ، للزر كلّي ، ج1/ ص 310، 309 .

فالشروط الشرعي، هو الشرط الذي ربطه الله تعالى بمشروطه بموجب كلامه تعالى الذي نسميه خطاب الوضع¹.

وقسم الشاطبي الشرط الشرعي من حيث قصد المشرع إلى تحصيله إلى شرط يقصد المشرع إلى تحصيله أو عدم تحصيله:

أحدهما: "ما كان مأموراً بتحصيله ، كالطهارة للصلاة ، وأخذ الزينة لها ، وما كان منهيّاً عن تحصيله، كالكاح المحلل الذي هو شرط لمراجعة الزوج الأول ، فهذا الضرب واضح قصد الشارع فيه فالأول مقصود الفعل، والثاني مقصود الترك ، وكذلك الشرط المخير فيه، كالنكاح الذي يكون به محصناً فهو مباح ، وشرط في ترتب حكم الرجم ، فقصد الشارع فيه جعله مخيراً المكلف ، إن شاء فعله فيحصل المشروط ، وإن شاء تركه فلا يحصل"².

الثاني: "ليس للشارع قصد في تحصيله من حيث هو شرط، ولا في عدم تحصيله، فإبقاء النصاب حولاً حتى تجب الزكاة فيه، ليس بمطلوب الفعل أن يقال يجب على إمساكه حتى تجب عليه الزكاة فيه، ولا مطلوب الترك أن يقال يجب عليه إنفاقه خوفاً أن تجب فيه الزكاة"³.

4- الشروط اللغوية:

فقد جاء في الفروق: "أسباب بخلاف غيرها من الشروط العقلية والعادية والشرعية، فإن هذه الشروط يلزم من عدمها العدم في المشروط، ولا يلزم من وجودها وجود ولا عدم"⁴.

والشرط اللغوي عند القرافي: "هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم ، وقد مثل له القرافي بالتعليق كقول الزوج ، إن دخلت الدار فأنت طالق ، فيلزم من دخول الدار الطلاق ، ومن عدم الدخول عدم الطلاق. ومنه أيضاً قول السيد إلى رقيقه: إن جاء ابني من السفر فأنت حر ، فيلزم من مجيء ابنه عتق عبده ومن عدم مجيئه عدم عتقه"⁵.

1- الفروق ، للقرافي ، ج 1 ، ص 69

2- الموافقات ، للشاطبي ، ج 1 ، ص 273

3- المرجع السابق ، نفس الموضوع .

4- الفروق ، للقرافي ، ج 1 ، ص 69.

5- المرجع السابق نفس الموضوع .

ومثل له الغزالي أيضاً بالتعليق ، كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق ، وإن جنتي أكرمتك، فإن مقتضاه في اللسان باتفاق أهل اللغة اختصاص الإكram بالمجيء ، فإنه إن كان يكرمه نون المجيء لم يكن كلامه اشترطاً ، فنزل الشرط منزلة تخصيص العموم¹، وكعبدي حر إن قمت، وهذا النوع كالسبب فإنه يلزم من وجود القيام وجود العتق، ومن عدم القيام عدم العتق المعلق عليه².

فالشرط اللغوي هو الشرط الذي يشترطه أحد المتعاقدين على الآخر، أي الشرط الذي يرد على ألسنة المتعاقدين، ولما كانت اللغة وثيقة الصلة باللسان، حتى أطلق عليها مجازاً، فقد أطلق الشرط اللغوي على الشروط التي ترد على ألسنة المتعاقدين، ومن ثم فإنه يتعين أن يدخل ضمن الشرط اللغوي الشرط المقارن، لأن المتعاقد ينطق به كالتعليق تماماً، وإن كان القرافي قد مثل للشرط اللغوي ببعض صور التعليق، وذلك لأن الشرط المقارن هو الشرط الذي يشترطه أحد المتعاقدين في العقد كالترام جديد يضيفه المتعاقد إلى الالتزامات الأصلية المترتبة على العقد، ومن كل هذا يتضح أن الشرط اللغوي هو الشرط لغة، وهو الذي ورد معناه في كتب اللغة بأنه إلزام الشيء والتزامه في بيع أو نحوه، لأن أي التزام يرد على لسان المتعاقد في العقد يعتبر شرطاً لغوياً حتى ولو كان التزاماً شرعياً³.

وقسم الظاهرية⁴ الشروط إلى:

- أ- شروط نافذة لازمة: وهي التي أوجبها أو أباح إجابها نص.
- ب- شروط باطلة: لأنه ليس لأحد أن يوجب ولا أن يحرم ولا يحلل إلا بنص.

وبالنظر في كل هذه التقسيمات التي أجراها الفقهاء ، نجد أنها متقاربة مع بعضها البعض، غير أن البعض من الفقهاء قد عرض لتقسيمات الشرط بشكل مختصر، وهناك من شرح الشرط وتقسيماته بشكل وافٍ، ومن ضمنهم الشاطبي والقرافي، وللجمع بين كل هذه التقسيمات والتوفيق بينها وسد النقص فيها، نورد التقسيم الذي جاء به وهبة الزحيلي مقسماً الشروط إلى نوعين⁵:

¹ - السنن، للغزالي، ص 261.
² - فدخل في مذهب الإمام أحمد، برفق التمتقي، ج 1 ص 162.
³ - الاشتراط لمصلحة الغير في اللغة الإسلامي والتأثير القانوني، محام حمدي ط الأثرى مكتبة عكظ، السعودية، 1984م، ص 25.
⁴ - الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم الظاهري، ج 5 ص 44-48.
⁵ - أصول فقه، وهبة الزحيلي، ج 1 ص 101-102.

الأول: ما يكون شرطاً للحكم: فمثلاً إن الحول شرط في وجوب الزكاة فعدمه يستلزم عدم وجوب الزكاة، والقدرة على التسليم شرط في صحة البيع، فعدمها يستلزم عدم صحته.

الثاني: ما يكون شرطاً للسبب: كالإحصان، فإنه شرط في سببية الزنا لوجوب الرجم، فعدمه يستلزم عدمها، وكالقتل العمد العنوان بالنسبة لسببية القتل لإيجاب القصاص.

ثم إن الشرط ينقسم إلى قسمين: شرط شرعي وشرط جعلي.

فالشرط الشرعي: هو الذي يكون اشتراطه بحكم الشارع، كالشروط التي اشترطها للعبادات وإقامة الحدود.

والشرط الجعلي: هو الذي يكون اشتراطه بتصرف المكلف وإرادته، ومثاله: الشروط التي يشترطها الزوج ليقع الطلاق على زوجته، أو شروط الواقف والواهب والموصي، أو الشروط التي يكون فيها منفعة لأحد المتعاقدين، كأن يبيع منزلاً على أن يسكنه شهراً أو سنة مثلاً، فإن تعليق الطلاق أو الوقف شرط. مقتضاه: إنه يتوقف وجود الطلاق أو الوقف على وجود الشرط، ويلزم من عدمه عدمه، فصيغة الطلاق سبب يترتب عليه الطلاق، إذا توافر الشرط.

والشروط الجعلية مقيدة بحدود شرعية معينة:

فليس للشخص أن يشترط أي شرط يريده، بل لابد من أن يكون غير منافي لحكم العقد أو التصرف، وإلا كان شرطاً لاغياً مبطلاً للعقد، لأن الشرط مكمل للسبب، فإذا نافي حكمه أبطل سببته.

والشروط الجعلية أنواع¹:

أ- الشرط المعلق: وهو كل شرط يعلق الإنسان فيه تصرفه على حصول أمر من الأمور، ومقتضاه أن لا يوجد أثر للعقد إلا إذا وجد الشرط، وهذا ينافي مقتضى العقد، وهو أن حكمه لا يتراخى عنه، كأن يعلق الإنسان تصرفه على حصول أمر بأحد أدوات التعليق، كأن، وإذا، ومتى، مثل: إذا نجحت في الامتحان تصدقت على الفقراء بمبلغ كذا.

1- المرجع السابق، نفس الموضوع.

ب- الشرط المعقيد: وهو ما يقترن بالعقود والتصرفات من التزامات يشترطها الناس بعضهم على بعض، وحكمه، أنه يعدل من آثار العقد الأصلية، مثال ذلك أن يبيع الشخص لأخر منزلاً على أن يسكنه سنة، أو يتزوج رجل أمة على أن يقيم معها في منزل أبيها.

والخلاصة: إن الشرط الجعلي إذا اعتبره الشارع صار كالشرط الشرعي، أي في الحكم على صحة العقد ، وإذا لم يعتبره فلا يعتبر مثله، وعلى هذا فالحكم الشرعي في الشرط ، إنما هو قضاء الشارع على الوصف بكونه شرطاً.

الفرع الثاني:

أقسام الشرط عند القانونيين :

- أ- الشرط الواقف: هو الذي يعلق على تحققه وجود الالتزام ، ومثاله أن يتعهد مالك منزل لآخر ، بأن يؤجره مسكنا في منزله إذا تزوج، فالزواج هنا هو الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود التزام مالك المنزل ، ومثاله أيضا عقد إيجار محل لمباشرة صناعة معينة، ينص عقد الإيجار على أن بدء تنفيذه يكون من تاريخ حصول المستأجر على الترخيص الإداري اللازم لمباشرة المهنة ، فالعقد في هذا المثال معلق على شرط واقف هو الحصول على الترخيص الإداري، وهذا الشرط غير محقق الوقوع ، لأن الجهة الإدارية المختصة بإصدار الترخيص قد تمنع هذه الرخصة أو لا تمنعها، فالأمر غير متوقف على إرادة أحد طرفي الالتزام (المؤجر والمستأجر)، وإنما متصل أيضا بعامل خارجي ، هو إدارة الجهة الرسمية المختصة بإصدار إذن التراخيص فإن وجود الالتزام الناتج عن عقد الإيجار المذكور يتوقف على تحقق الشرط المنصوص عليه في العقد وهو الحصول على الترخيص الإداري، وهذا يعني أن العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق هذا الشرط¹.
- ب- الشرط الفاسخ: هو الذي يعلق على تحققه زوال الالتزام ، ومثاله: أن يهب شخص لآخر ملكية عين معينة، على أن تفسخ الهبة إذا رزق الواهب بولد ، في هذه الحالة تنتج الهبة أثرها فور العقد ، وتنتقل ملكية المال الموهوب إلى الموهوب له ، ولكنها تفسخ إذا رزق الواهب ولدا، فهذا هو الشرط الذي يتوقف على تحققه زوال ما يترتب على الهبة من آثار².

1- أحكام الالتزام والإنهاء في القانون المدني الليبي ، عدنان طه النوري ، ص102.

2- المرجع السابق ، نفس الموضوع .

مثال آخر: تعاقد طرفان على أن يقوم الطرف الأول (المؤجر) بتأجير دار سكن ، إلى الطرف الثاني (المستأجر) وتضمن العقد شرطاً فاسخاً ، مضمونه لا يحق للمستأجر بتأجير الدار أو جزء منها إلى مستأجر آخر ، وإذا قام بذلك فيزول الالتزام الناتج عن العقد¹.

نقد ما جاء به فقهاء القانون في الشروط:

إن شراح نظرية الالتزامات من فقهاء القانون لم يميزوا بين التعليق على الشرط والتفيد بالشرط كما ميز فقهاء الشريعة ذلك التمييز الدقيق المستند إلى اختلاف ماهية هذين النوعين من الشروط ، بل خلط علماء القانون بينهما ، حيث أن تقسيمهم الشرط إلى نوعين: واقف وفاسخ ، ليس في الحقيقة تقسيماً للشرط نفسه إلى نوعين، بل هو تقسيم للأمر المشروط : فإن كان المربوط بالشرط هو أصل الالتزام سمي الشرط عندهم واقفاً، وإن كان المربوط به زوال الالتزام سمي الشرط فاسخاً، فالشرط في كلا الحالتين نوع واحد من قبيل التعليق، ولكن تعليق نشوء الالتزام يقضي عدم وجود الالتزام بين الطرفين قبل تحقق شرطه المعلق عليه، وتعليق زوال الالتزام يقضي قيام الالتزام واستمراره بينهما إلى حين وجود ما يفسخه، وهذا ما أوهمهم انقسام الشرط نفسه إلى نوعين مختلفي النتائج، وهذا الاختلاف ناشئ من اختلاف نوع الأمر المشروط: هل هو نشوء الالتزام أو هو زواله، لا من اختلاف في طبيعة الشرط ونوعيته، ومما يلحظ عليهم أيضاً من حيث الترتيب أنهم لا يبحثون عن الشرط ضمن نظرية العقد من مصادر الالتزام ، بل يبحثون عنه في فصل على حدة، كما لو كان الشرط حالة مستقلة من الأحوال العامة للالتزام نفسه ، بينما الشرط عنصر عقدي ولا يتصور له وجود إلا تبعاً لعقد ، فمحلّه الخاص المناسب، إنما هو في نظرية العقد².

1 - أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي . عدنان طه العمري ، ص 102 - الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، عبد الواد يحيى ، ص 351 .

2 - المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقاء ، ج 1 ، ص 528، 529 .

المبحث الثاني

التعريف بالاشتراط لمصلحة الغير وبيان مفرداته

وفيه مطلبان:-

المطلب الأول:

بيان مفردات الاشتراط لمصلحة الغير

الفرع الأول:

الاشتراط

الاشتراط الذي يعيننا في هذا البحث، إنما هو الاشتراط بمعناه اللغوي، فالشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، فصيغة الشرط اللغوي هي سبب يترتب عليه الحكم، وذلك أمر يشمل جميع أنواع العقود المتعارف عليها وغيرها¹.

ومن هذا يمكننا أن نقرر، أن كل ما يلفظ به العاقدان أو العاقد بالإرادة المنفردة من صيغ الالتزام هي من الشرط والاشتراط، سواء أكانت هذه الالتزامات هي صيغة العقد، أي تكون العقد ذاته، أم كانت هذه الالتزامات هي حكم العقد أو حقوقه الأصلية أم كانت شروطاً مقارنة يضيفها العاقد إلى العقد سواء أكان العقد من العقود التي نص عليها الشارع أم مستحدثاً².

فالشرط اللغوي هو الشرط الذي يشترطه أحد المتعاقدين على الآخر، أي الشرط الذي يرد على السنة المتعاقدين، ومن ثم فإنه يتعين أن يدخل ضمن الشرط اللغوي الشرط المقارن، لأن المتعاقد ينطق به كالتعليق تماماً، وإن كان فقهاء الشريعة قد مثلوا للشرط اللغوي ببعض صور التعليق، وذلك لأن الشرط المقارن هو الشرط الذي يشترطه أحد المتعاقدين في العقد كالتزام جديد يضيفه المتعاقد إلى الالتزامات الأصلية المترتبة على العقد.

ومن هذا يتضح أن الشرط اللغوي هو الذي ورد معناه في كتب اللغة بأنه إلزام الشيء والتزامه في بيع أو نحوه.

1- الاشتراط لمصلحة الغير، عباس حمدي، ص 53.

2- المرجع السابق، ص 54.

ولقد استعمل القانونيون الشرط والاشتراط في نفس المعنى آنف الذكر للشرط اللغوي عند فقهاء الشريعة حيث جاء في الوسيط للسنهوري¹: "...إن هذه المحكمة أي محكمة النقض المصرية" وقد جرت في ذلك على نهج محكمة النقض الفرنسية، تفرق بين الشروط الظاهرة والشروط الغامضة، وتطلق سلطان قاضي الموضوع في تفسير الشروط الغامضة ليستخلص منها إرادة المتعاقدين على الوجه الذي يؤدي إليه اجتهاده، أما في تفسير الشروط الظاهرة فلا تجيز محكمة النقض لقاضي الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر...².

ولكن يلاحظ ندرة هذا الاستعمال عند القانونيين، فهم يستعملون بدلاً من كلمتي "الشرط والاشتراط" كلمة الالتزام، ولعل ذلك يرجع إلى أن كلمة الشرط في القانون المدني لها مدلول خاص منقول عن القانون الفرنسي، فالشرط بهذا المعنى الخاص الضيق يطلق على التعليق فقط وهذا ما جاء في نص المادة (252) مني لبيي، ويقابلها نص المادة (265) مني مصري.

ولكن هذا لا ينفي أن القانون المدني نفسه أعترف بالشرط والاشتراط بالمعنى الواسع حيث لاحظنا أن لفظ الشرط في المصطلح القانوني يستعمل لمعاني أخرى غير الشرط كوصف.

فالشرط بمعناه العادي قد يكون مرادفاً للعبء أو التكليف أو البند العقدي³، ويستخدم على وجه الخصوص في إطار العقد للدلالة على جزء من مضمون ما اتفق عليه أطرافه، أي كجزء من التصرف القانوني أو بند من بنود العقد⁴.

¹ - عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، أحد علماء القانون المدني في عصره، ولد في الإسكندرية، ووضع قوانين منية كثيرة لمصر والعراق وسوريا وليبيا، من كتبه نظرية العقد، الوسيط في القانون المدني، ومصلح الحق في الفقه الإسلامي، ت (1931هـ-1971ف). تراجم الأعلام، الزركلي، ج3/ص350.

² - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ط الثالثة، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000، ص670.

³ الشرط كوصف للتراضي، محمد شفا، ص20.

⁴ - النظرية العامة للالتزام، مصطفى حماد، في المصنوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ف ص26.

الفرع الثاني:

المصلحة

المصلحة لغة:- جاء في القاموس المحيط : الصلاح في اللغة ضد الفساد، وأصلحه : ضد أفسده، والمصلحة واحدة المصالح، واستصلح نقيض استفسد¹. وفي لسان العرب: الصلاح ضد الفساد، و الإصلاح نقيض الإفساد ، والمصلحة واحدة المصالح، والاستصلاح نقيض الاستفساد، و أصلح الشيء بعد فساده أقامه ، والصلح: تصالح القوم بينهم².

وفي المصباح المنير : صلح ضد أفسد ،وأصلح أتى بالصلاح ، وهو الخير والصواب ،وفي الأمر مصلحة أي خير³.

المصلحة اصطلاحاً:-

عرف الشاطبي المصلحة فقال: "هي ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح و نزع المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال ،فإذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى بل رده كان مردوداً باتفاق المسلمين"⁴.

وجاء في قواعد الأحكام لابن عبد السلام⁵: "المصالح أربعة أنواع اللذات و أسبابها ، و الأفراح و أسبابها"⁶.

وعند الغزالي⁷: "المصلحة في الأصل عبارة عن جلب منفعة أو نفع مضررة، ولسنا نعني به ذلك فإن جلب المنفعة ونفع المضررة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ، ولكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم و نسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول

1 - القاموس المحيط ، لتفروزبدي ، مادة صلح ، ص 293.

2 - لسان العرب ، لابن منظور ، مادة صلح ، ج 2، ص 516.

3 - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي المقرئ القرومي ، ج 1، المكتبة العلمية بيروت ، مادة صلح ، ص 157.

4 - الاعتصام ، أبو إسحاق الشاطبي، ج 2، المكتبة التجارية ، مصر ، ص 113.

5 - عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمي المغربي أصلاً، المشققي مولداً، المصري داراً و وفاة ، كان ورعاً وزاهداً ، ت 666هـ . طبقات الشافعية ، عبد الرحيم الأسنوي ، ط الأولى ، ج 2، دار الكتب العلمية ، بيروت، 1987، ص 84 .

6 - قواعد الأحكام في مصالح الأئام ، عز الدين بن عبد السلام السلمي ، ج 1 ، دار الشرق ، 1968 ، ص 121.

7 - المستصفي للغزالي ، ص 174، 175.

فهو مفسدة، ودفعها مصلحة، وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي اقوى المراتب في المصالح.

الرتبة الثانية: ما يقع في رتبة الحاجات من المصالح والمناسبات، وهو الذي تدعو إليه الحاجة.

الرتبة الثالثة: ما لا يرجع إلى ضرورة، ولا إلى حاجة، ولكن يقع موقع التحسين والتزيين والتيسير للمزايا ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات¹.

إذا فالمصلحة الشرعية هي كل ما يتفق مع حفظ مقاصد الشريعة، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام¹:

"المصالح الضرورية: ومعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد و تهارج وتفوت حياة، وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم.

المصلحة الحاجية: وقد عرفت بأنها ما افتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراخ دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة.

المصالح التحسينية: عرفت بأنها الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المنفست التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق".

ونستنبط من كل ما تقدم، أن المصلحة الشرعية المقصودة في هذا البحث هي كل ما يتضمن المحافظة على المقاصد العامة التي يقصدها الشارع من تحقيق أمر ضروري أو حاجي أو تحسيني، ونوافق النصوص الشرعية، والقواعد العامة للشريعة، مع استصحاب الأصل في إباحة العادات والمعاملات فيما لم يرد بشأنه نص خاص يفيد التحريم، هذا ويلاحظ أن المعنى اللغوي للمصلحة يتفق مع المعنى الشرعي لها، لأن المصلحة بمعنى الخير والصواب هي المصلحة الشرعية.

1 - الموافقات، للشاطبي، ج2 ص8-10.

المصلحة قانوناً:-

المصلحة: هي الفائدة المادية أو الأدبية¹، ويرى بعض القانونيين أن المصلحة يجب أن تكون قانونية ومشروعة²، وتكون المصلحة قانونية ومشروعة عندما تتفق مع النظام العام والآداب ولا تخالفه، وتوافق المصلحة النظام العام، إذا قصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد³.

والمصلحة عند القانونيين لكي تكون معتبرة، لا بد أن تكون عملية، وقائمة، أو محتملة الوجود في المستقبل وشخصية ومباشرة⁴.

والمصلحة المقصودة في هذا البحث هي المصلحة التي تتفق مع النظام العام والآداب سواء أكانت مادية أو أدبية، شخصية أو لمصلحة الغير.

¹ - قانون علم القضاء ، النشاط القضائي ، الكوني علي أعيوده ، ط الأولى - المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1998 ف ، ص40.

² - المرجع السابق ص33.

³ - مصطلح الحق في الفقه الإسلامي ، عبد الرزاق السنهوري ، ج3، المصاحف العربي الإسلامي ، ص 81 .

⁴ - مرجع سابق ، الكوني أعيوده، ص33-38 .

الفرع الثالث:

الغير

الغير لغة:-

جاء في لسان العرب: "غير" من حروف المعاني تكون نعتاً، وتكون بمعنى لا، وتكون اسماً، وقيل غير بمعنى سوى، وتكون غير بمعنى ليس¹.

وفي مختار الصحاح: غير جمع أغيار، وهو جمع غير، وغير بمعنى سوى².

وفي المصباح المنير: غير بمعنى سوى، وتكون بمعنى "لا"³.

والمعنى الذي يهتما هنا هو "سوى"، لأن هذا المعنى اللغوي يفيدنا في فهم

المعنى الاصطلاحي للاشتراط لمصلحة الغير، أي الاشتراط لسوى العاقدين.

الغير عند الفقهاء:

أرى قبل التعرض لتعريف الغير اصطلاحاً، أن انكر أن الغير قد يكون أجنبياً

عن العقد المبرم، وقد يكون غير أجنبي عنه، فيكون أجنبياً عن العقد إذا لم يكن له

حق فيه، ويتحقق في كل شخص لا تربطه صلة بالعاقدين، أو بمحل العقد، ويكون غير

أجنبي إذا كان له حق في العقد بخوله الطعن فيه.

والغير الذي ليس أجنبياً عن العقد هو المقصود في بحثنا هذا، لأن الغير

الأجنبي ليس له حقوق في العقد يبحث عنها⁴.

واستعمل الفقهاء كلمة غير بمعناها اللغوية:-

فقد جاء في الأم للشافعي⁵: "من باع سلعة على رضا غيره كان للذي شرط له

الرضا ولم يكن للبائع"⁶.

و جاء في الأم أيضاً: "فإن ضمن له الأب البراءة من مهرها فلتزوجه

صداقها في ماله، وإن طلقها فلها عليه نصف مهر مثلها، ولا يرجع به على الأب

¹ - لسان العرب ، لابن منظور ، مادة غير ، ج 5/ص 34.

² - مختار الصحاح ، للرازي ، مادة غير ، ص 448 .

³ - المصباح المنير ، للهيومي ، مادة غير ، ج 2/ص 459.

⁴ - حقوق الغير في العقود العالقة في العقد الإسلامي والقانون الوضعي ، د. حسن محمد بويدي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2004 ف ، ص 14.

⁵ - محمد بن إبراهيم بن العلاء بن عثمان ، ابن شافع الهاشمي القرشي المطبوع ، أبو عبد الله ، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة ، وإليه نسبة الشافعية كافة ، ولد في غزة ، له تصانيف كثيرة ، أشهرها كتاب الأم والرسالة بتراجم الاعلام ، للزركللي ، ج 6/ص 26.

⁶ - الأم ، محمد بن إبراهيم الشافعي ، دار الشافعية ، ج 3 ، دار المعرفة ، بيروت ، 1393 هـ ، ص 41.

لأنه لم يضمن له في ماله شيئاً فيلزمه ضمانه ، و إنما ضمن له أن يبطل حقاً لغيره " 1 .

فهنا غير بمعنى سوى ، وقد وصف بها غير المتعاقد.

وجاء في المعنى: "و إذا شرطاً جزءاً من الربح لغير العامل، نظرت فإن شرطاه لعبد احدهما أو لعبيهما صح، وكان ذلك مشروطاً لسيدته " 2 .

أما تعريف الغير اصطلاحاً ، فلم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقه الإسلامي القديم من تعرض لوضع تعريف اصطلاحى للغير مع أن الفقهاء القدامى قد تعرضوا له كثيراً، إلا أنهم لم يستعملوا كلمة (الغير) معرفة بمعنى الغير عن العقد ، واستعملوا أكثر منها كلمة أجنبي.

فقد جاء في بدائع الصنائع: "الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره" 3 و جاء في معنى المحتاج: " أن الفضولي هو البائع مال غيره بغير إذن ولا ولاية" 4 .

وجاء في المعنى: " و أن شرطاه لأجنبي أو لولد احدهما أو امرأته أو قريبه و شرطاً عليه عملاً مع العامل صح ، وكانا عاملين ، وأن لم يشترط عملاً لم تصح المضاربة " 5 ، فهنا كلمة أجنبي قصد بها غير العاقدين الذين لا يمتون إليهما بصلة زوجية أو قرابة، واستعملت كلمة أجنبي أيضاً لغير المتعاقدين إطلاقاً.

فجاء في المعنى: "إن شرط الخيار لأجنبي صح ، وكان اشتراطاً لنفسه و توكيلاً لغيره " 6 ، ويقصد هنا خيار الفسخ لأجنبي عن العقد.

كما أنني لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقه الإسلامي الحديث من تعرض لوضع تعريف للغير سوى مصطفى الزرقاء حيث وضع تعريفاً للغير بالمعنى مفاده أن الغير هو من لم ينفذ العقد في حقه 7 .

1 - الأم ، للشافعي ، ج 5/ص 70.

2 - المعنى في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشافعي ، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، ط الأولى ، ج 5 ، دار الفكر ، بيروت ، 1405 هـ ، ص 22.

3 - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبي بكر بن سواد الكاسبي الحنفي ، ط الثانية ، ج 5 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1982 ، ص 150.

4 - محي المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، محمد بن الخطيب الشربيني ، ج 2 ، دار الفكر ، بيروت ، ص 15.

5 - المعنى ، لابن قدامة ، ج 5/ص 22.

6 - المرجع السابق ، ج 4/ص 19.

7 - المنهل الفقهي العام ، مصطفى الزرقاء ، ج 1 / ص 429.

ومن كل ما سبق نستنتج أن المقصود بالغير هنا هو كل من سوى العاقد أو العاقدين، أي من لم يكن طرفاً في إبرام العقد ورغم ذلك فإنه قد عادت عليه من العقد مصلحة ما شرعية.

الغير عند القانونيين:-

يعرف أنور سلطان الغير بأنه: " من لم يكن طرفاً في العقد"¹. ويرى السنهوري أن الغير فريقان²:

الفريق الأول: وهو الخلف والدائنون في أحوال استثنائية فالخلف العام³ غير عن عقد البيع أو الهبة إذا أبرمه السلف في مرض الموت، والخلف الخاص⁴ غير عن العقد، إلا إذا أثبت أن العقد سابق على انتقال الشيء إليه، وأن الحق الناشئ عن العقد مكمل للشيء، أو أثبت من يريد تحميله أثر العقد، أن العقد سابق على انتقال الشيء، وأن الالتزام المتولد منه محدد للشيء، والدائن يكون من الغير في الدعوى البوليصية⁵، وفي الصورية⁶ إذا تمسك أحد العاقدين فيكون من الغير بالنسبة للعقد الآخر.

الفريق الثاني: فهو الغير الأجنبي أصلاً عن العقد، ويرى السنهوري، بأنه الشخص البعيد عن دائرة التعاقد قائلًا: (رجلان يتبايعان منزلاً فما شأنني أنا بهذا الأمر)، فالغير هنا شخص أجنبي تماماً عن العقد، فليس هو طرفاً فيه، ولا خلفاً عاماً أو خاصاً لأحد العاقدين ولا دائناً لأيهما، لكن الأمر لا يقف عند هذا فقط، فقد يقصد العاقدان بتعاقدتهما إنشاء حق لهذا الغير الأجنبي عن العقد، مثل رجل يتعاقد مع آخر على أن يشتري منه سيارة لابنه، و آخر يتعاقد مع شركة التأمين، بأن يدفع بعد وفاته مبلغاً من المال لثالث، فذلك هو محل بحثنا هذا⁷.

1 - مصادر الالتزام، أنور سلطان، ط الأولى، الجامعة الأردنية، عمان، 2002، ص 73.

2 - نظرية العقد، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار الفكر، بيروت، ص 858.

3 - الخلف العام: هو من يخلف غيره في ذمته المالية كلها كالوارث الوحيد، أو في حصة منها كالوارث مع غيره، والموصي له بحصة في التركة، الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرفس، ط الرابعة، مطبعة السلامة، 1987، ج 2، ص 571.

4 - الخلف الخاص: هو من تلقى حقاً معيناً بالذات كان فقماً في ذمته سلفه ثم انتقل منها إليه، كمن يشتري منزلاً أو متقولاً معيناً الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرفس، ج 2، ص 571.

5 - الدعوى البوليصية: تملج من المدين المصغر موافقاً إيجابياً، وهو يقدمه على التصرف في حقوقه عن عمد لا عن مجرد إهمال، بقصد الأضرار بدائنه، ومحالة من يؤثره بالتصرف إليه ضمن شخص أو غير ضمن، من تقربه أو أصدقه على حساب هذا الدائن، وهي ترفع باسم الدائن نفسه وأثرها ينصرف إليه دون غيره. نظرية العقد، للسنهوري، ص 779.

6 - الصورية: عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معاً، فلا يغش أحدهما الآخر، وإنما يريدان غش الخير أو إخفاء أمر معين. نظرية العقد، للسنهوري، ص 830.

7 - مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، ج 5، ص 46، الوسيط في شرح القانون المدني، للسنهوري، ج 1، ص 553 - 555.

فهل يمكن أن ينشئ العقد حقاً لشخص أجنبي عنه ، لم يشترك فيه بأي شكل من الأشكال ؟.

المطلب الثاني:

التعريف بالاشتراط لمصلحة الغير

الفرع الأول:

الاشتراط لمصلحة الغير عند الفقهاء

لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقه الإسلامي اصطلاح الاشتراط لمصلحة الغير، أي أن هذه الكلمات الثلاث مرتبطة بعضها ببعض لم يستعملها فقهاء الشريعة الإسلامية، فهي غير متداولة عندهم، ولكنني وجدت أنهم يستعملون اصطلاح نفع لأجنبي، ويقصدون به إلزام العاقد بأن يؤدي لغير المتعاقدين نفعاً ما. فقد جاء في المبسوط: "ولو شرط ثلث الربح لأجنبي... فيلغوا ما شرط له... فيكون لرب المال ولا تقصد المضاربة"¹.

وجاء في المغني: "وإن شرطاه لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرط عليه عملاً مع العامل صح وكان عاملين، وإن لم يشترطاً عليه عملاً لم تصح المضاربة"².

ومن كل ما تقدم اتضح لنا أن كلمتي الاشتراط والمصلحة مستعملتان عند فقهاء الشريعة وعلماء الأصول، وأما كلمة الغير فإن بديلها الأكثر تداولاً في كتب الفقه الإسلامي وعند فقهاء الشريعة هو كلمة الأجنبي.

واشتراط النفع لأجنبي عند فقهاء الشريعة هو الشرط المقارن أو يدخل ضمن الشرط المقارن، وهذا أمر واضح من أمثلتهم، لأنهم لم يصرحوا بذلك.

ويجب التمييز هنا بين حالات مختلفة يختلط بعضها ببعض في نصوص الفقه الإسلامي، ولتستبعد الحالات التي تخرج عن نطاق موضوعنا، ولا نستقي إلا الحالة التي تعيننا وهي حالة الشرط المقارن.

ونختار نصاً من الفقه الإسلامي اجتمعت فيه كل هذه الحالات، حيث جاء في بدائع الصنائع³: "وفي البيوع خلوها من الشروط الفاسدة، وهي أنواع، منها شرط في وجوده غرر، نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل، لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم... ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها فالبيع

1 - المبسوط، للسرخسي، ج22، دار المعرفة، بيروت، ص28.

2 - المغني، لابن قدامة، ج5 ص22.

3 - بدائع الصنائع، للكاسبي، ج5 ص168-169.

فاسد ... ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالزرقيق، وليس بملائم للعقد، و لا مما جرى به التعامل بين الناس، فالبيع في هذا كله فاسد، ولو اشترى جارية على أنها بكر أو طباخة أو خبازة فالبيع جائز، لأن المشروط صفة للمبيع... ويجوز البيع بشرط البراءة عن العيب، ومنها شرط الأجل في المبيع العين والتمن العين، ومنها شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة فاحشة، ومنها شرط خيار مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام¹.

ونرى من خلال هذا النص أن هناك حالات كثيرة للشرط عند فقهاء الشريعة الإسلامية يختلط بعضها ببعض ويجب التمييز فيما بينها².

شرط الأجل: والأجل غير الشرط، فالأجل أمر محقق الحصول، ولو لم يعرف ميعاد حصوله، كهبوب الريح، وموت فلان، وقنوم الحاج، أما شرط الأجل فأمر غير محقق الحصول إذا كان شرط تعليق، أو هو أمر يقترن بالعقد إذا كان شرط اقتران، ومن ثم نستبعد الأجل من دائرة البحث.

شرط التعليق: وهو أمر غير محقق الحصول، يتوقف على حصوله وجود الالتزام أو زواله، مثل ذلك خيار الشرط الوارد في النص، فهو شرط تعليق إرادي، ولا تتغير طبيعته إذا اقتت بثلاثة أيام أو أكثر، أو بوقت غير معين أو لم يؤقت أصلاً، وإن اختلف حكمه تبعاً لكل حالة، ومثل ذلك أيضاً خيار النقد الوارد في النص، فهذا هو أيضاً شرط تعليق، وهو جائز استحساناً، وشرط التعليق هو غير شرط الاقتران، فنستبعده أيضاً من دائرة البحث.

شرط الإسقاط: وذلك كشرط البراءة عن العيب، ويفارق شرط الاقتران في أنه إسقاط من مقتضى العقد، بينما شرط الاقتران زيادة فيه، ومن ثم نستبعد شرط الإسقاط أيضاً من دائرة البحث.

شرط هو في حقيقته صفة للمعقود عليه: والفرق واضح بين الشرط الذي هو في حقيقته صفة للمعقود عليه، وبين الشرط المقترن بالعقد، فصفة المعقود عليه لا يتصور انقلابها أصلاً، وخلاف ذلك الشرط المقترن بالعقد، فإنه يتصور انقلابه أصلاً، وهو شيء مستقل عن العين المبيعة، وهذا إلى أن الصفة تقرير أمر حال،

1- بدائع الصنائع، للكاساني، ج5/ص172-174.
2- مصابح الحق، لسنهوري، ج3/ص101، ص102.

والشرط إنشاء أمر مستقبل، من أجل ذلك نستبعد من دائرة البحث أيضا الشرط الذي هو في حقيقته صفة للمعقود عليه.

شرط يقتصر بالعقد: وهو شرط يضيف لمقتضى العقد ما هو أصل، وليس في وجوده عرر، ولا هو محرم، أي ليس بالشرط المحظور، وهذا هو الشرط الذي يعنينا هنا فنستبقه للبحث.

وهكذا يمكن القول أن شرط التقيد أو الشرط المقارن، أو العباء في الفقه الإسلامي هو: "التزام العاقد في عقد أمر زائدا على أصل العقد سواء أكان مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكدا له، أم كان مخالفا له، وسواء كان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط، أم كان الاشتراط لصالح الغير أم لم تكن هناك منفعة لأحد مطلقا"¹. ولقد عرف محمد سراج الاشتراط لمصلحة الغير بقوله: هو إلزام العاقد بأداء منفعة لأجنبي عن العقد، كإيراد مرتب، ومنه بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الثمن إلى المرتهن في مقابل دينه، و الأطراف في هذا النوع من التعامل ثلاثة: العاقدان والمنفع، وإنما يتحقق هذا التعامل باشتراط أحد العقدين قيام الطرف الآخر في العقد بأمر فيه نفع للغير ويترتب على أدائه مصلحة للمشتري².

وسوف أتناول في هذا البحث إن شاء الله جميع صور الاشتراط لمصلحة الغير في الشريعة الإسلامية، سواء المعروفة منها، أو التي تعتبر بعد تحليلها أو التدقيق فيها نوعاً من الاشتراط لمصلحة الغير، وإن لم يسمها فقهاء الشريعة الإسلامية بهذه التسمية، حيث تقوم فكرة الاشتراط لمصلحة الغير على أساس التزام المتعاقد الناشئ عن العقد بتأدية مصلحة للغير، سواء إضافة إلى العقد الأصلي، أو أن يكون العقد مبرم ابتداء للغير.

¹ - الشرط كوصف للتراضي، محمد شتا، ص 31.

² - نظرية العقد في الفقه الإسلامي، محمد أحمد سراج، دار الثقافة، القاهرة، 1992، ص 146.

الفرع الثاني:

الاشتراط لمصلحة الغير عند القاتونيين

الاشتراط لمصلحة الغير: عقد يشترط فيه شخص يسمى المشترط على آخر يسمى المتعهد، بأن يقوم بأداء مالي معين لمصلحة شخص ثالث أجنبي عن العقد يسمى المستفيد¹.

ويعرف سليمان مرقس الاشتراط لمصلحة الغير بقوله: هو تعاقد شخص مع آخر، فيشترط الأول على الثاني حقاً لمصلحة شخص ثالث². فالاشتراط لصالح الغير عملية ثلاثية الأشخاص يتفق فيها أحد الفرقاء، المسمى مشترطاً مع فريق ثانٍ يسمى واعداً، على أن يقوم هذا الفريق الثاني بتقديم ما لصالح شخص ثالث يسمى الغير المستفيد³.

ويعرف عبد المنعم فرج الصده الاشتراط لمصلحة الغير: بأنه تعاقد يتم بين شخصين، أحدهما المشترط، و الآخر هو المتعهد، فيشترط الأول على الثاني أن يلتزم هذا الأخير قبل شخص ثالث أجنبي عن التعاقد وهو المنتفع⁴.

ويعني الاشتراط لمصلحة الغير: قيام شخص بالتعاقد باسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، الذي لم يكن طرفاً في العقد، وتكون له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية، سواء أكانت مادية أم أدبية⁵. ويفهم من كل هذا أن الاشتراط يرتكز على ثلاثة أشخاص:

المشترط: وهو من قام بترتيب حق للغير.

المتعهد: وهو الشخص الذي التزم بتنفيذ هذا الحق.

والشخصان المذكوران هما طرفا العقد اللذان رتباً الحق للمنتفع.

المنتفع: وهو من أنشئ الحق لمصلحته، ولم يكن طرفاً في العقد.

¹ - النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، محمد علي البيوي، ج1، ط الأولى، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1998 ف، ص254.

² - التواهي في شرح القانون المدني، سليمان مرقس، ج1، ص607.

³ - مفاعيل العقد أو آثاره، حاك غستان وآخرون، ترجمة منصور القاضي، ط الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2000 ف، ص750.

⁴ - نظرية العقد في القوانين العربية، د. عبد المنعم فرج الصده، دار النهضة العربية، بيروت، 1974 ف، ص555.

⁵ - الوجيز في النظرية العامة للالتزام، حسن علي الننون، محمد سعيد، ط الأولى، دار وائل للنشر، 2002 ف، ص187.

إذ الاشتراط لمصلحة الغير، عقد تم بين المُستَـرَـط والمُتَـعَـد، والمُنْتَفِع أي الغير، إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات، أي من عقد لم يكن هو طرفاً فيه¹.
أي إنه يمكن لإرادة المتعاقدين وحدها أن ترتب للغير حقاً ينشأ عن العقد على رغم أنه لم يكن طرفاً فيه².

من كل هذا نصل إلى أن المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير عند القانونيين: هو أن يشترط أحد المتعاقدين على العاقد الآخر أن يؤدي للغير الذي ليس طرفاً في العقد حقاً مباشراً ناتجاً عن العقد، ولا ريب أن الاشتراط لمصلحة الغير في القانون يخرج عن نطاق الشرط المعلق عليه، لأن هذا أمر تقتضيه طبيعة الأشياء، فهو لا يعني إلا الالتزامات الأصلية الناتجة عن بعض العقود والالتزامات التي يضيفها المتعاقدان إلى العقد، والتي يطلق عليها فقهاء الشريعة الشروط المقارنة³.

التعريف المختار:-

بعد أن استعرضنا كلاً من التعريف الفقهي والتعريف القانوني للاشتراط لمصلحة الغير، نختار التعريف الآتي: الاشتراط لمصلحة الغير هو إلزام العاقد بأداء منفعة لأجنبي عن العقد، كإيراد مرتب، ومنه بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الثمن إلى المرتهن في مقابل دينه، و الأطراف في هذا النوع من التعامل ثلاثة: العاقدان والمُنتَفِع، و إنما يتحقق هذا التعامل باشتراط أحد العاقدين قيام الطرف الآخر في العقد بأمر فيه نفع للغير و يترتب على أدائه مصلحة للمُستَـرَـط⁴.

1 - مصادر الحق، للسنهوري، ج 5، ص 50.

2 - الغير عن العقد دراسة في النظرية العامة للالتزام، صبري حمد خاطر، ط الأولى، دار الثقافة، عمان، 2000، ص 95.

3 - الاشتراط لمصلحة العقد، عامر حسني، ص 68.

4 - نظرية العقد في الفقه الإسلامي، محمد أحمد سراج، ص 146.

الفصل الثاني

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من قاعدة حرية

العقود والشروط والاشتراط لمصلحة الغير

وسيكون تناولي لهذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من قاعدة حرية
العقود والشروط.

المبحث الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الاشتراط
لمصلحة الغير.

المبحث الأول

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من قاعدة حرية العقود والشروط

لابد من التعرض لمبحث موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من قاعدة حرية العقود والشروط بصورة عامة ، ذلك لأن المذاهب الفقهية تختلف فيما بينها في هذا الموضوع، وإن دراسة موقف فقهاء الشريعة من هذه الشروط بصورة عامة تخدم ما نحن بصدد بحثه في هذا البحث ، وهو موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الاشتراط لمصلحة الغير، إذ بدون فهم قاعدة حرية العقود والشروط لا يمكننا فهم موضوع الاشتراط لمصلحة الغير .

وقد حصل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الأمر، فاتجه البعض إلى أن الأصل في العقود وبالتالي الشروط الحظر، فلا يباح منها إلا ما جاء به النص، وهذا هو رأي الظاهرية ، وذهب رأي آخر إلى أن الأصل في العقود والشروط الإباحة ، ولا يحظر منها إلا ما جاء النص بحظره، وهم الحنابلة وخاصة ابن تيمية¹ وابن القيم ، وبين الاتجاهين الحنفية والمالكية والشافعية.

وسوف نتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

الأصل في العقود والشروط الحظر حتى يقوم دليل على الإباحة

يرى أصحابه أن الأصل في العقود والشروط الحظر حتى يقوم دليل على الإباحة وهم الظاهرية

فقد جاء في الإحكام لابن حزم: " فكل عقد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقده فهو باطل ،... حيث يرون بطلان جميع العقود والشروط إلا ما أوجبه قرآن أو سنة² .

¹ أحمد بن عبد العظيم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحراني الحنبلي المصنف ، ولد بحران يوم الاثنين عشر ربيع الأول سنة إحدى وستين وستمائة ، وقدره والد ، وأخويه عند استيلاء التتار على البلاد إلى دمشق سنة سبع وستين ، وعنى بالحنث وسمع المصنف مراراً والكتب السنة و معجم الطبراني الكبير ، وأقبل على العلوم في مسره فأخذ الفقه والأصول عن والده وأقبل على تفسير القرآن الكريم فهرز فيه ، وأحكم الفقه والفرائض وتأمل الفتوى والتدريس وله دون العشرين سنة ، شغرت الذهب في الخبر من ذهب ، عبد العي بن محمد بن أحمد العماد الحنبلي ج 6 / ص 80.

² - الإحكام ، لابن حزم ، ج 5 / ص 15

وجاء في المحلى: "أن العقود التي أمر الله تعالى بالوفاء بها إنما هي العقود المنصوص عليها بأسمائها، وأن كل ما عداها فحرام عقده... فصح عندهم بطلان كل شرط جملة إلا شرط جاء النص من القرآن والسنة بإباحته"¹.

ويرى ابن حزم²، أن كل شرط لم يذكر في العقد حين العقد لا يؤثر على العقد، فالعقد صحيح والشرط باطل، وأما إذا ذكر الشرط في حال العقد فالعقد باطل مفسوخ، والشرط باطل مهما كان الشرط إلا سبعة شروط فقط فإنها لازمة والعقد صحيح إن اشترطت فيه، لأن هذه الشروط قد ورد بها النص، وهذه الشروط السبعة هي:-

1. اشتراط الرهن فيما تباعه المتعاقدان إلى أجل مسمى، ودليل هذا الشرط قوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهاناً مقبوضاً﴾³.
2. اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى إن كان ذهباً أو فضة، والدليل عنده قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾⁴.
3. اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يحدد الأجل، ودليله قوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾⁵.
4. اشتراط صفة في البيع يتراضيان عليها ويتم البيع على أساس تلك الصفة، لقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾⁶، وقال: إن التراضي لا يكون إلا على صفات المبيع وصفات الثمن ضرورة.
5. اشتراط أن لا خلافة، أي لا خداع، لقوله-صلى الله عليه وسلم-، لحبان بن منقذ بن عمرو، وكان يغيب في العقود، عن عبد الله بن دينار أنه سمع ابن عمر يقول ذكر رجل لرسول الله-صلى الله عليه وسلم- أنه يخدع في البيوع فقال: -صلى الله عليه وسلم- "من بايعت فقل لا خلافة"⁷.

1 - المحلى، على بن أحمد بن حزم الاندلسي، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، ج7، دار الأفاق الحديثة، بيروت، ص43.

2 - المرجع السابق، ج7، ص319.

3 - سورة البقرة، من الآية 283.

4 - سورة البقرة، من الآية 282.

5 - سورة البقرة، من الآية 280.

6 - سورة النساء، من الآية 29.

7 - صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فواد عبد الباقي، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيوع، ص1165.

6. اشترط المشتري لنفسه ثمر النخل المؤبر وذلك لما رواه عبد الله بن عمرو عن أبيه أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- قال: " من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع"¹.

7. اشترط المشتري مال العبد المباع ، ودليله قوله صلى الله عليه وسلم: " ومن ابتاع عبدا فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع "²، فهذه ولا مزيد ، و سائرهما باطل³.

• عرض أدلة الظاهرية من السنة والمعقول:

من السنة:

أ- عن عائشة⁴ -رضي الله عنها- قالت : جاءتني بريرة ،فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق ،في كل عام أوقية، فأعنيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها ،فجاعت من عندهم ورسول الله -صلى الله عليه وسلم- جالس فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم ، فأخبرت عائشة النبي -صلى الله عليه وسلم- فقال: "خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق" ، ففعلت عائشة ثم قام رسول الله -صلى الله عليه وسلم- 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 "⁵. وفي رواية أخرى للبخاري: "خذيها فأعتقيها ، واشترطي لهم الولاء ،فإنما الولاء لمن أعتق "⁶.

ويستدل ابن حزم من قول النبي -صلى الله عليه وسلم- " ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " ،أن هذا يرفع الإشكال كله ، وأن الشروط كلها باطلة

1 - صحيح مسلم ،كتاب البيوع ،باب من باع نخلا عليها ثمر ، ج3 ص1172.

2 - الحديث سبق تخريجه ، المرجع السابق ، نفس الموضوع .

3 - المحلى ، لابن حزم ، ج 17 ص319.

4 عائشة - عاتقة بنت أبي بكر الصديق وأنها عبد الله بن عثمان -رضي الله عنهم - وأما أم رومان بنت عامر بن عريم الكلبية فولدت بعد المبعث بأربع سنين أو خمس ، فقد ثبت في الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست وقول سبع ويجمع بينهما كانت أكملت السادسة ودخلت في البلوغ ، ودخل بها وهي بنت سبع وكان دخوله بها في شوال في السنة الأولى . الإصابة في تمييز الصحابة ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي ، تحقيق : علي محمد البجوي ، الطبعة الأولى ، ج 8 ، دار الجليل ، بيروت ، 1412هـ ، ص17.

5 - الجامع الصحيح المختصر ، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجمعي ، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا ، الطبعة الثالثة ، ج2 ،

دار ابن كثير ، بيروت ، 1407هـ ، كتاب البيوع ،باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تخل ، ص759.

6 - صحيح البخاري ، كتاب العتق ،باب استئمان المكاتب وسؤاله الناس ، ج2 ص904.

إلا ما كان في كتاب الله ، فكل شرط ليس في القرآن ولا في الحديث ولا في الإجماع
فليس في كتاب الله ، فهو باطل¹.

وقد فسر ابن حزم في المحلى هذا الحديث: "بأن اشتراط البائع الولاء لنفسه
على المشتري في المبيع للمعتق كان لا يضر البيع شيئا ، وكان البيع على هذا الشرط
جائزا حسنا مباحا ، وإن كان الولاء مع ذلك للمعتق ، وما كان الرسول صلى الله
عليه وسلم ليقول هذا القول إلا وهذا الشرط مباح ، لأنه لا يبيح الباطل ولا يخر أحدًا
ولا يخذعه ، ثم نسخ الله عز وجل ذلك وأبطله ، إذ خطب رسول الله صلى الله عليه
وسلم ، بذلك ، فحينئذ حرم أن يشترط هذا الشرط أو غيره جملة ، إلا شرط في كتاب
الله تعالى"².

ومن كل هذا نستنتج أن الظاهرية يرون أن هذا الخبر دليل على إبطال كل
عقد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقده.
ب- عن عائشة أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: " من عمل عملا ليس
عليه أمرنا فهو رد "³.

ويفسر الظاهرية هذا النص: " ببطان كل عقد عقده الإنسان و التزامه إلا ما
صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بالزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه"⁴.
فكل عقد أو شرط لم يأت بصدده نص من الشرع أو إجماع فهو باطل ، فإذا تعقد
الناس بعقد لم يرد في أصول الشريعة، فأنهم يكونون قد اخلوا أو حرموا غير ما
شرع الله وليس لأحد من البشر سلطة التشريع⁵.

2- المعقول: إن الشريعة شاملة لكل شيء، وقد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمة ،
ومنها العقود والشروط على أساس من العدل ، وليس من العدل ترك الحرية للناس
في عقد ما يريدون من العقود و إلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة⁶.
مناقشة أدلة الظاهرية:-

1 - المحلى ، لابن حزم ، ج 7/ ص 320.

2 - المرجع السابق ، ج 7/ ص 327.

3 - صحيح مسلم ، كتاب الأقضية ، باب نقض الأحكام النافذة ورد مختلف الأمور ، ج 3/ ص 1343.

4 - الإحكام ، لابن حزم ، ج 5/ ص 31.

5 - نظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي ، د. سليمان الجروشي ، ط الأولى ، منشورات جامعة فار بولس ، 2003 ف ، ص 128.

6 - الفقه الإسلامي وأدلته ، د. وهبة الزحيلي ، ط الثانية ، ج 4، دار الفكر ، دمشق ، 1985 ف ، ص 196.

1. ما جاء في تفسير ابن حزم لحديث "بريرة" في قوله -صلى الله عليه وسلم-: "خذنيها فأعتقها ، واشترطي لهنم الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق"¹ . حيث فسّر ابن حزم هذا الحديث ، بأن اشتراط الولاء كان مباحا مستحسنا ، ثم نسخ بعد ذلك ، فأبطله الرسول صلى الله عليه وسلم ، لأن كل شرط ليس في القرآن أو السنة فهو باطل إلا أن هذا التفسير جاء مناقضاً لتفسير فقهاء الشريعة لهذا الحديث ، حيث رأوا "أن ضابط الجواز ما كان في كتاب الله ، وإن المراد بما ليس في كتاب الله ، ما خالف كتاب الله ، والمقصود بكتاب الله هنا الحكمة من كتابه أو سنة رسوله أو إجماع الأمة ، بمعنى إنه ليس في كتاب الله ، أو ليس في حكم الله جوازه أو وجوبه ، لا أن كل شرط شرط لم ينطق به الكتاب يبطل"² .

ومن كل ما سبق نستنبط أن قول الظاهرية بأن كل ما يشترط في العقود يكون باطلا متى كان غير وارد في كتاب الله "القرآن" قول غير صحيح ومردود ، لأن التفسير الصحيح هو أن الشرط لا يعول عليه ، وهو شرط باطل إذا كان يخالف كتاب الله ، أي ما كتبه الله شريعة للناس ، وذلك كشرط يلحق ضررا بالمشروط عليه وكشرط يحرم ما أحل الله أو يحل ما حرم الله ، فأهل بريرة الذين شرطوا في بيعها أن يكون الولاء لهم قد اشترطوا شيئا يخالف شريعة الله التي قررها رسوله في قوله "إنما الولاء لمن أعتق" ، فهو شرط ليس في كتاب الله ، وهو باطل ومردود عليهم ، فكتاب الله هنا معناه ما كتبه الله على الناس من أحكام الشريعة ، وفرضه وقرره عليهم ، وليس المراد به خصوص ما ورد في القرآن الكريم³ .

2. ما جاء في تفسير الظاهرية لقوله -صلى الله عليه وسلم-: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"⁴ .

حيث فسره الظاهرية ببطلان كل عقد إلا ما جاء نص بإباحته بعينه . ويفسر الفقهاء هذا الحديث ، الرد هنا يعني المردود ، أي باطل غير معتد به ، وهذا الحديث قاعدة عظيمة من قواعد الإسلام ، وهو من جوامع كلمه -صلى الله عليه وسلم- ، وفيه تصريح برد كل المحدثات سواء أحدثها الفاعل أو سبق بإحداثها⁵ .

1 - الحديث سبق تخريجه ، ص 33 .

2 - فتح الباري شرح صحيح البخاري ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، ج 5 ، دار المعرفة ، بيروت ، 1379 هـ ، ص 188 .

3 - السنية الشرعية والفقه الإسلامي ، عبد الرحمن تاج ، ط الأولى ، دار التلخيص ، مصر ، 1953 ف ، ص 12-13 .

4 - الحديث سبق تخريجه ، ص 33 .

5 - المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، أبو زكريا يحيى النووي ، ط النقيفة ، ج 12 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1392 هـ ، ص 16 .

فقد جاء في نيل الأوطار¹ قوله (ليس عليه أمرنا) المراد بالأمر هنا واحد الأمور، وهو ما كان عليه النبي -صلى الله عليه وآله وسلم-، وقوله (فهو ورد) يحتج به في إبطال جميع العقود المنهية وعدم وجود ثمراتها المترتبة عليها، وأن النهي يقتضي الفساد، لأن المنهيات كلها ليست من أمر الدين فيجب ردها، ومعنى (ليس عليه أمرنا) والمراد به أمر الدين، وهذا الحديث من قواعد الدين لأنه يندرج تحته من الأحكام ما لا يأتي عليه الحصر، وهو معدود من أصول الإسلام وقاعدة من قواعده فإن معناه من اخترع من الدين ما لا يشهد له أصل من أصوله فلا يلتفت إليه.

ونستنبط مما قدمناه أن الفقهاء يخالفون ابن حزم في إبطاله كل ما لم يشهد له نص معين، لأنه يكفي أن يشهد له أصل كلي من أصول الشريعة، وذلك لأنه لو أخذنا برأي ابن حزم لترتب على ذلك أن يقع الناس في ضيق وحرَج.

3. قول الظاهرية أن الشريعة شاملة لكل شيء ومنها العقود والشروط، وأنه ليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود لأن في ذلك هدم نظام الشريعة، نرى أنه إذا أريد به أن الشريعة شاملة لكل شيء، وذلك من خلال الأحكام الجزئية المتفقة مع روح الشريعة ومبادئها الكلية، وأن تكون مع ذلك غير مناقضة لنص من نصوصها التفصيلية التي يراد بها التشريع العام، فهذا القول صحيح ومستقيم تؤيده الشريعة نفسها، أما إذا أريد به أنه لا يعتبر من الشريعة الإسلامية شيء من الأحكام الجزئية التي تتحقق بها مصلحة أو تندفع بها مفسدة إلا إذا نطق بها الشرع، ودلت عليه على التعيين نصوص من الكتاب أو السنة فإن هذا من الغلط في فهم الشريعة².

وجملة القول أنه لا يصح أن يقال لتصرف من التصرفات أو حكم من الأحكام التي تسن لتحقيق مصلحة عامة إنه مناقض للشريعة أو هادم لها، بناء على ما يرى فيه من مخالفة ظاهرية لدليل من الأدلة، بل يجب تفهم هذه الأدلة، وتعرف روحها، والكشف عن مقاصدها وأسرار التشريع فيها³.

1- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأئمة شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي بن محمد الشوكلي، ج2، إنارة الطباعة المنيرية، ص69.

2- السياسة الشرعية والفقہ الإسلامي، صد الرحمن ناج، ص12.

3- المرجع السابق، ص21.

المطلب الثاني

الأصل في العقود والشروط هو التقييد

يرى أصحابه أن الأصل في العقود والشروط هو التقييد، فكل ما خالف الشرع أو مقتضى العقد فهو باطل، وما سواه صحيح¹، وهم الحنفية والمالكية والشافعية. جاء في المبسوط²: " فعن عبد الوارث بن سعيد قال حججت فدخلت بمكة على أبي حنيفة وسألته عن البيع بالشرط، فقال: باطل، فخرجت من عنده ودخلت على ابن أبي ليلى³ وسألته عن ذلك فقال: البيع جائز والشرط باطل، فدخلت على ابن سيرين⁴ وسألته عن ذلك، فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة وقد اختلفوا في هذه المسألة كل الاختلاف، فعجزني أن أسأل كل واحد منهم عن حجته، فدخلت على أبي حنيفة فأعدت السؤال عليه فأعاد جوابه فقلت: إن صاحبك يخالفك فقال: لا أدري ما قالوا: حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - رضي الله تعالى عنهم، " أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط"⁵، فدخلت على ابن أبي ليلى فقلت له مثل ذلك، فقال: لا أدري ما قالوا: عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - أنها لما أرادت أن تشتري بريدة - رضي الله عنها - أبي موليها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم، فذكرت ذلك لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: -صلوات الله عليه وسلامه- اشترى واشترطى لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق، ثم خطب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: " ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، كتاب الله أحق بشرط الله أوثق، والولاء لمن أعتق"⁶، فدخلت على ابن سيرين وقلت له مثل ذلك فقال: لا أدري ما قالوا، عن جابر بن عبد الله الأنصاري - إن

¹ الفقه الإسلامي وأصله، د. وهبة الزحيلي، ج 4، ص 123.

² المبسوط، للسرخسي، ج 13، ص 13.

³ القاضي الكوفي ومفتيها أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الرحمن ابن أبي ليلى الأنصاري انقعه لم يدرك آياه وكان صاحب قرآن وسنة ومات وهو على القضاء بشرات الذهب، بن العماد الحنبلي، ج 1، ص 224.

⁴ محمد بن سيرين يكنى أبا بكر مولى أنس بن مالك كتبه أنس وقال ابن عثمة كان سيرين من أهل جرجانيا وكان يعمل فنور الثمنين فناء إلى عين الثمر يعمل بها صباه خالد بن الوليد عن عبد الله بن أبي بكر بن أنس بن مالك قال هذه مكتبة صفوة الصفوة، عبد الرحمن بن عتيق بن الجوزي، تحقيق: محمود فخروري ط الثانية، ج 3، دار المعرفة، بيروت 1979، ص 241.

⁵ تلخيص الحبير في أحاديث الزاعم الكبير، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: عبد الله هاشم اليماني المدني، ج 3، المدينة المنورة، 1964، كتاب البيوع، باب البيوع المنهى عنها، ص 12.

⁶ الحديث سبق تخريجه ص 33.

النبي - صلى الله عليه وسلم - اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها إلى المدينة¹.

والصحيح ما استدل به أبو حنيفة فإنه حديث مشهور، ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه، فأما حديث هشام بن عروة فقد قال: أبو يوسف عن هشام بن عروة قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (اشترطي لهم الولاء)، لأن هذا أمر بالغرور ولا يظن برسول الله - صلى الله عليه وسلم - ذلك، ولو صح فتأويله اشترطي الولاء عليهم أو معناه أعلمهم معنى الولاء، فالاشتراط في اللغة الأعلام ومنه أشرط الساعة.

وتأويل حديث جابر - رضي الله تعالى عنه - أن ذلك لم يكن شرطاً في البيع على أن ما جرى بينهما لم يكن بيعاً حقيقة، وإنما كان ذلك من حسن العشرة والصحبة في السفر، والدليل عليه قصة الحديث، فإن جابراً - رضي الله تعالى عنه - قال: " أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمر النبي - صلى الله عليه وسلم - فضربه فدعا له، فسار بسير ليس يسير مثله؛ ثم قال: بعنيه بأوقية، قلت: لا؛ ثم قال: بعنيه، فبعته بأوقية، فاستثنيت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيت به بالجمل ونقدني ثمنه؛ ثم انصرف فأرسل على إثري، قال: ما كنت لأخذ جملك فخذ جملك فهو مالك²، وبهذا يتبين أنه لم يكن بينهما بيع.

وقد قسم الحنفية الشروط إلى ثلاثة أنواع³:

أ- الشرط الصحيح: هو ما كان موافقاً لمقتضى العقد، أو ملائماً له، أو غير ذلك ولكن ورد بها نص أو جرى بها عرف، وبمعنى مقتضى العقد، هو الأحكام الأساسية التي قررها الشرع لكل عقد سواء بالنص عليها مباشرة أو باستنباط المجتهدين، بقصد تحقيق التوازن في الحقوق بين العاقدين⁴، كشرط الملك للمشتري في المبيع، أو شرط تسليم الثمن، أو تسليم المبيع، فالبيع جائز لأن هذا بمطلق العقد يثبت،

¹ صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جز، ج2، ص968.

² الحديث سبق تخريجه في نفس الصفحة.

³ - نحة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي، ط الأولى، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984، ص49-54، المبسوط، للرخسي، ج13، ص13، حاشية رد المحتار على الدر المختار، لابن علقين، ج5، دار الفكر، بيروت، 1421 هـ، ص84، 85.

⁴ - الفقه الإسلامي وأصله، وهبة الزحيلي، ج4، ص203.

فالشرط لا يزيده إلا توكيداً بومعنى كونه بلام العقد أنه يؤكد ما يوجبه العقد فإن كان ملانما للعقد وإن لم يكن مقتضاه فإن البيع يكون صحيحاً ومثاله أن يبيع شيئاً بشرط أن يحضر له المشتري كفيلاً بالثمن ، فإن الكفيل يؤكد ما يوجبه العقد من دفع الثمن ، و مثال: الشرط الذي قد ورد الشرع بجوازته وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه كشرط الخيار والأجل ، فإنه لا يفسد العقد لأنه ورد الشرع به بذلك أنه من باب المصلحة دون المقسدة ، وهذا استحساناً، والقياس أن يفسد لكونه شرطاً مخالفاً لموجب العقد، وهو ثبوت الملك في الحال في العوضين معاً ، ومثال الشرط المتعارف: كما إذا اشترى حذاء بشرط أن يخييط البائع أزراره، فإن الشرط في ذلك متعارف فيصح البيع، لأن العرف جرى على هذا، جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر، ولكن أخذنا بالاستحسان لتعارف الناس وإقرار هذا الشرط عند الحنفية أدى إلى توسيع حرية الناس في الاشتراط ، بما يحقق لأحد العاقدين منفعة زائدة عن مقتضى العقد، كما أدى إلى زوال الشرط الفاسد من معاملات الناس ، و أصبحت الشروط كلها صحيحة بالعرف ، إلا إذا كانت مصادمة لنص تشريعي ، أو منافية لمبادئ الشريعة ومقاصدها العامة¹.

ب- الشرط الفاسد: هو كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين ويجب أن يكون الشرط مع هذا لم يرد به نص ولم يجري به عرف ، كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو ثوباً على أن يخييطه البائع ، أو اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهراً، ونحو ذلك فالبيع فاسد ، وقال ابن أبي ليلى: بأن البيع جائز والشرط باطل ، وقال ابن شبرمة: بأن البيع جائز والشرط جائز.

والشرط الفاسد عند الحنفية من باب الربا، لأنه زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون في هذه الزيادة بمقتضى الشرط فضل خال عن العوض، وهذا هو الربا، والربا لا يكون إلا في عقود المعاوضات المالية، فقد جاء

1 - الفقه الإسلامي وأدلته ، ومة الزحيلي ، ج4، ص204.

في المبسوط: "الربا هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع
...، فالفضل الخالي عن العوض إذا دخل في البيع كان ضد ما يقتضيه
البيع، واشتراطه في البيع مفسد للبيع"¹.

ويختلف أثر الشرط الفاسد على العقود بحسب نوع العقد، والقاعدة المقررة أن
الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يفسدها، وفي غيرها لا يؤثر عليها، ومن
ثم فإن الشرط الفاسد لا يؤثر إلا في عقود المعاوضات المالية فقط، كالبيع والإجارة
والقرض والقسمة والمزارعة، وأما عقود المعاوضات غير المالية كالخلع والنكاح
والصلح التي لا تنصب على المال أصلاً، وكذا عقود التبرعات كالهبة، فإن الشرط
غير الصحيح يقتصر أثره على ذات الشرط فقط فيبطل الشرط ويصح العقد².

ومن ثم فإن الشرط الفاسد عند الحنفية لا يؤثر إلا في عقود المعاوضات
المالية فقط كالبيع والإجارة، وأما عقود المعاوضات غير المالية، كالخلع والنكاح
، وكذا عقود التبرعات كالهبة فإن الشرط غير الصحيح يقتضي أثره على ذات الشرط
فقط، فيبطل الشرط ويصح العقد، وهذا وقد اشترط بعض الحنفية في الشرط المفسد
للعقد أن يكون مقارناً للعقد، أي حين العقد لا بعده، ولكن أبا حنيفة يرى غير ذلك
، فالشرط الفاسد لو ذكر بعد العقد يلتحق بالعقد عنده³. وبهذا نجد أن الحنفية قد
صححوا الشرط الفاسد، جاء في حاشية ابن عابدين: "لو ذكر العاقدان البيع بلا
شرط ثم ذكرا الشرط على وجه الوعد جاز البيع، ولزم الوفاء بالوعد، أي قضاء
وليس ديانة فقط"⁴.

ونستنبط من كل ما تقدم أن الشرط المذكور في العقد هو الشرط الفاسد،
والمفسد للعقد، وكذا الشرط في عقد من عقود المعاوضات المالية، وبذلك فإن
الشرط يمكن تصحيحه عند بعض الحنفية بذكر الشرط بعد العقد على وجه الوعد
المستقل عن العقد، والذي من الممكن أن يتضمن مصلحة للغير، فيكون بذلك
اشتراطاً لمصلحة الغير بالإرادة المنفردة، مع ملاحظة أن فساد الشرط الفاسد الذي
يصح بذكره على وجه الوعد مستقلاً عن العقد، يجب أن لا يرجع إلى تحريم

1 - المبسوط للمرخسي، ج12، ص109.

2 - حاشية ابن عابدين، ج5، ص241.

3 - المرجع السابق، ج5، ص84.

4 - المرجع السابق، نفس الموضع.

الشارع له ، كالالتزام بارتكاب فاحشة مثلاً ، فإن هذا لا يصح على أي من الحالات ، وذلك لأن الوفاء بالوعد في الشريعة لازم على شرط عدم تضمن الوعد على إثم حرمه الله تعالى .

ج- الشرط الباطل: هو ما لم يكن احد أنواع الصحيح ، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولا لغيرهما، و إنما هو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين، كاشتراط بائع البضاعة على المشتري ألا يبيعها أو ألا يهبها لأحد، واشتراط بائع الدار على المشتري أن يتركها من غير سكن مدة شهر في كل سنة مثلاً، فالعقد صحيح، والشرط لغو باطل لا قيمة له ، سواء في عقود المعاوضات ، أم في العقود الأخرى كالزواج والكفالة والهبة¹.

ومن كل ما تقدم نستنبط أن الحنفية رغم تقيدهم للعقود والشروط، ورغم أنهم هم الذين رووا حديث النهي عن بيع وشرط، فإنهم قد فتحوا الباب عن طريق العرف لجميع العقود والشروط التي لا يوجد نص من الشارع بتحريمها، وإذا رجعنا إلى الأصل الذي يستند إليه الحنفية في اعتبار العرف نجد إنه يشمل كل ما يراه المسلمون حسناً نون معارضة لنص إذ يستندون إلى ما جاء في السنة:-

عن عبد الله بن مسعود قال: " إن الله نظر في قلوب العباد، فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خير قلوب العباد، فاصطفاه لنفسه، فابتعته برسالته، ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد، فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيه، يقائلون على دينه، فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيئ"².

و لا ريب أن هذه النتيجة التي وصل إليها الحنفية تفتح الباب واسعاً لكثير من العقود والشروط المسكوت عنها إذا تعارف الناس عليها.
رأي المالكية:

ذهب الإمام الشاطبي من المالكية إلى أن الأصل في الشروط في المعاملات هو الإباحة لا الحظر، فقد جاء في الموافقات : " إذا لم يظهر في الشرط منافاة

1- الفقه الإسلامي وأدلته، ووجه الزحيلي، ج4، ص204.

2- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، ج1، مؤسسة قرطبة، القاهرة، ص379.

لمشروطه ولا ملاءمة فإن القاعدة المستمرة في أمثال هذا التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يكتفي فيه بعدم المناقاة دون أن تظهر الملاءمة. لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات، فكذلك ما يتعلق بها من الشروط وما كان من العبادات يكتفي فيه بعدم المناقاة لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه¹.

أقسام الشرط في العقد عند المالكية:

يقسم مالك² الشروط إلى ثلاثة أقسام: "شروط تبطل هي والبيع معا، وشروط تجوز هي والبيع معا، وشروط تبطل ويثبت البيع، وقد يظن أن عندهم قسماً رابعاً: وهو أن من الشروط ما إن يمسك المشتري بشرطه بطل البيع، وإن تركه جاز البيع"، وقد بين ابن رشد، الأساس الذي استند إليه مالك في التمييز بين هذه الأقسام فقال: "وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفى الفساد، الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر، وإلى قلته وإلى التوسط بين هذا وذلك، أي ما يفيد نقصاً في الملك، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط، أبطله وأبطل الشرط، وما كان قليلاً أجازها وأجاز الشرط فيها، وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع³".

وبناء على ذلك فإن المتأخرين من أصحاب مالك قسموا الشروط في البيع كما يلي:⁴
 "إن الشرط في المبيع يقع على ضربين أوليين، أحدهما: أن يشترطه بعد انقضاء الملك، مثل من يبيع الأمة أو العبد ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري، فمثل هذا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة⁵، وأما الضرب الثاني: أن يشترط عليه شرطاً يقع في مدة الملك، وهذا ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه، وإما أن يشترط على المشتري منعاً من تصرف عام أو خاص، وإما أن يشترط إيقاع معنى في المبيع، وهذا أيضاً ينقسم إلى قسمين: أحدهما: أن يكون معنى من معاني البر، والثاني أن يكون معنى ليس فيه

¹ الموافقات، للشاطبي، ج 1 ص 284، 285.

² بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن رشد، ج 2، دار الفكر، بيروت، ص 120.

³ المرجع السابق، نفس الموضوع.

⁴ بداية المجتهد، لابن رشد، ج 2، ص 121.

⁵ الحديث سبق تخريجه، ص 33.

من البر شيء، فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكنها مدة يسيرة مثل الشهر، فذلك جائز على حديث جابر، وأما أن يشترط منعا من تصرف خاص أو عام فذلك لا يجوز، لأنه من الثنيا المنهي عنها، مثل أن يبيع الأمة على أن لا يطأها أو لا يبيعها، وهكذا نجدهم يوفقون بين حديث جابر الخاص باستثناء منفعة المبيع وبين حديث النهي عن الثنيا، وأما أن يشترط معنى من معاني البر، مثل العتق فإن كان اشترط تعجيله جاز، وإن تأخر لم يجز لعظم الضرر فيه¹.

ويرى أصحاب مالك أن مذهبه هو أولى المذاهب في هذه المسألة، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من الترجيح².

ولقد وفق المالكية بين الأحاديث المروية في هذه المسألة فأخذوا بالحديث الضعيف عند المالكية الذي رواه أبو حنيفة من أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- نهى عن بيع وشرط³، ولكنهم خصصوا هذا الحديث بحديث جابر⁴ المروي في الصحيح، فأباحوا بصفة عامة للمتعاقد أن يشترط لنفسه منفعة يسيرة قد تصل مدتها عندهم إلى سنة، وهذا يجعلهم يقتربون من قاعدة الأصل في العقود والشروط الإباحة لا الحظر وذلك دون حاجة إلى اللجوء إلى العرف الذي يختلف باختلاف الأزمنة، ولكنهم يشترطون لصحة الشرط الذي يشترطه التعاقد وفيه منفعة له ألا يترتب عليه منع التصرف في أصل المبيع لأن هذا من الثنيا المنهي عنها بالنص فيوقفون أيضا بين حديث جابر، وحديث النهي عن الثنيا، عن جابر بن عبد الله قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم... عن الثنيا ورخص في العرايا"⁵، ويقصرون الثنيا المنهي عنها على ما يؤثر على حرية التعاقد في التصرف في أصل الشيء المباع، ويقتربون أيضا من قاعدة حرية الشروط في حالة اشتراط معنى من معاني البر في المبيع فهذا يجوز عندهم⁶.

1- الثنيا بشر، يثنى، ويقصد به الاستثناء. لسان العرب، لابن منظور، ج 14، ص 115

2- بداية المجتهد، 7، بن رشد القرطبي، ج 2، ص 120.

3- الحديث سبق تخريجه، ص 37.

4- الحديث سبق تخريجه، ص 37.

5- صحيح مسلم، ج 3، ص 1172، رقم الحديث 1536.

6- الاشتراط لمصلحة الغير، د- عباس حطلي، ص 111.

رأي الشافعية:-

الأصل عند الشافعية في حرية العقود والشروط هو الحظر، ولقد أخذ الشافعية بحديث النهي عن بيع وشرط، وقالوا أن الحديث الناهي عن بيع وشرطين يتضمن النهي عن بيع وشرط، روي أنه- صلى الله عليه وسلم- نهى عن بيع وشرط عن أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده "لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع"¹.

فقد جاء في الأم²: "أبطل الشافعي ما تشترطه المرأة على الرجل في عقد الزواج، كأن لا تخرج من بلدها وعلى أن لا ينكح عليها أو أي شرط ما شرطته عليه مما كان له إذا انعقد النكاح أن يفعله ويمنعها منه فالنكاح جائز والشرط باطل، وما يشترطه الرجل على المرأة، كان أصدقها ألفا على أن لا ينفق عليها كان الشرط باطلا ويستدل الشافعي بقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم- قال "ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله -تعالى- ما كان من شرط ليس في كتاب الله -تعالى- فهو باطل ولو كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرطه أوثق فإنما الولاء لمن أعتق"³ فأبطل رسول الله - صلى الله عليه وسلم- كل شرط ليس في كتاب الله جل ثناؤه إذا كان في كتاب الله أو سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم- خلافة⁴.

وجاء في الأم⁴ أيضا: "بين الشافعي أن اشتراط المرأة على الرجل واشتراط الرجل على المرأة في عقد الزواج خلاف لكتاب الله أو السنة، لأن الله تعالى أحل للرجل أن ينكح أربعا وما ملكت يمينه، فإذا شرطت عليه أن لا ينكح غيرها، ولا يتسرى عليها، حظرت عليه ما وسع الله تعالى عليه، وقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم-: " لا تصوم المرأة وبعها شاهد إلا بإذنه"⁵ فجعل له منعها ما يقربها إلى الله إذا لم يكن فرضا عليها لعظيم حقه عليها، فإذا شرطت عليه أن لا يمنعه من الخروج ولا يخرجها شرطت عليه إبطال ماله عليها بورد الشافعي على ما قد يحتج به عليه من أن النبي - صلى الله عليه وسلم- قال: " أحق الشروط أن توفوا ما

1- تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، بن حجر العسقلاني، كتاب البيوع، باب البيوع المنهي عنها، ج 3/ص 12.

2- الأم، للشافعي، ج 5/ص 73.

3- الحديث سبق تفريجه، ص 33.

4- الأم، للشافعي، ج 5/ص 74.

5- صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب صوم المرأة بإذن زوجها بطوعا، ج 5/ص 1993.

استحللتهم به الفروج"¹، فرد على ذلك بأنه إتباعاً للسنة، إنما يوفى من الشروط ما يبين أنه جائز، ولم تذل سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على أنه غير جائز".
والحاصل من كلام الشافعية: " أن كل شرط مناف لمقتضى العقد إنما يبطله إذا وقع في صلبه أو بعده وقبل لزومه بخلاف ما لو تقدم عليه ولو في مجلسه"².
لقد ذكر الشافعي عدة أمثلة للشروط التي يفسد بها العقد مثل " إذا اشترى جارية على أن لا يبيعهها، أو على أن لا خسارة عليه من ثمنها، فالبيع فاسد، ولو قبضها فأعتقها لم يجز عتقها لأن البيع غير صحيح"³.

وجاء في مختصر المزني "و إذا اشترى زرعاً واشترط على البائع حصاده كان البيع فاسداً عند الشافعي، ولو قال بعني هذه الصبرة كل إردب بدرهم على أن تزيدني إردباً أو أنقصك إردباً كان فاسداً، ولو اشترط الخيار في البيع أكثر من ثلاث بعد التفريق فسد البيع"⁴.

ورفض الشافعية الأخذ بحديث جابر الخاص باستثناء منفعة المبيع مدة معينة، فجاء في شرح النووي على صحيح مسلم: " قال الشافعي لا يجوز ذلك سواء قلت المسافة أو كثرت ولا ينعقد البيع واحتجوا بالحديث السابق في النهي عن بيع الثنيا وبالحديث الآخر في النهي عن بيع وشرط، وأجابوا عن حديث جابر، بأنها قضية تنطرق إليها احتمالات، قالوا أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أراد أن يعطيه الثمن ولم يرد حقيقة البيع، قالوا ويحتمل أن الشرط لم يكن في نفس العقد فلا يضر، وإنما يضر الشرط إذا كان في نفس العقد ولعل الشرط كان سابقاً فلم يؤثر ثم تبرع -صلى الله عليه وسلم- بإركابه"⁵.

خروج الشافعية على قاعدة الحظر في بعض الحالات:-

1- ويستثنى الشافعية من قاعدة النهي عن بيع وشرط كل شرط يقتضيه العقد كشرط تسليم المبيع والرد بعيب وما أشبههما واستثنوا أيضاً شروط لا يقتضيهما العقد، ولكن ورد النص بها كالبيع بشرط الخيار و شرط قطع الثمر، و البيع بشرط الأجل في غير

¹ صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب شروط في المهر، ج 2 ص 970.

² حاشية البجيرمي، سليمان بن عمر بن محمد الجبرمي، ج 2، المكتبة الإسلامية، تركيا، ص 209.

³ مختصر المزني، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، ط الثانية، ج 1، دار المعرفة، بيروت، 1393 هـ، ص 87.

⁴ المرحع السابق، نفس الموضوع.

⁵ شرح النووي على صحيح مسلم، ج 11، ص 30.

الربوي، قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَانَيْتُمْ بِنَحْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مَّسْمَىٰ فَاسْكَنْتُوهَا﴾¹ واشتروا في الأجل ألا يمتد بحيث يبقى بقاء الدنيا إليه، والمقصود شرط تأجيل الثمن، واستثنوا أيضا البيع بشرط تقديم رهن والكفيل، لضمان الثمن لورود النص به قال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ أِنَّمٰ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾²، للحاجة إليه في معاملة من لا يعرف حاله، والتعيين في الرهن بالمشاهدة أو الوصف، مع ملاحظة أن الوصف لا يجزئ عندهم عن الرؤية، ويشترط أيضا أن يكون المرهون شيئا غير المبيع، فلو شرط رهن المبيع ولو بعد قبضه فسد عندهم، لأنه لا يملكه إلا بعد البيع فهو بمنزلة استثناء منفعة المبيع، وهذا ممنوع عندهم، ولكن لو رهنه بعد قبضه بلا شرط صح³، وأجازوا أيضا على خلاف قياسهم - اشتراط الكفيل بالثمن لورود النص به قال تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾⁴، للحاجة إليه بين الناس، ويشترط في حالة كل من الأجل والرهن والكفيل أن يكون الثمن عوضا في الذمة، لأن الأعيان عندهم لا تقبل التأجيل سواء أكانت ثمنا أم مثمنا ولا يرتهن بها ولا تضمن، وقرر الشافعية لا يصح بيع سلعة من اثنين على أن يتضامنا، لأنه شرط على كل ضمان غيره وهو خارج عن مصلحة عقده ولو قال اشتريته بألف على أن يضمه زيد إلى شهر صح عندهم⁵.

ويجوز عندهم أيضا على خلاف القياس اشتراط الشهادة أو الإشهاد للأمر به في قوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾⁶، وللحاجة إليه ولا يشترط تعيين الشهود في الأصح لأن الغرض ثبوت الحق وهو حاصل بأي عدول...⁷، ولو باع عبدا أي رقيقا بشرط إعتاقه عن المشتري أو أطلق فالمشهور صحة البيع والشرط، لخبر بريرة المشهور ولتشوف الشارع للعتق على أن فيه منفعة للمشتري في الدنيا بالولاء وفي الآخرة بالثواب وللبائع بالتسبب فيه...، أما لو شرط إعتاقه عن البائع أو أجنبي

¹ سورة البقرة من الآية 282.

² سورة البقرة من الآية 283.

³ معنى المحتاج إلى معرفة معنى لفظ المنهاج، نشره بنو ج2، ص 32.

⁴ سورة: يوسف - الآية: 72.

⁵ لهجة المحتاج محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المشهور بلشافعي الصغير، ج3، نوار الفكر، ص 454.

⁶ سورة: البقرة - الآية: 283.

⁷ لهجة المحتاج، الرملي، ج3/ص454.

فلا يصح ، لأنه ليس في معنى ما ورد به الخبر ... ، ولو شرط إعتاق بعضه و عين
المقدار المشروط فالأوجه ... الصحة ، ولو باع بعضه بشرط إعتاقه صح ...¹.

جاء في نهاية المحتاج² "و البائع لو شرط مع العتق الولاء له ... لم يصح البيع
لمخالفة ... ما استقر عليه الشرع من أن الولاء من أعتقه ... وأجاب الشافعي رضي
الله عنه عن خير واشترطى لهم الولاء بأن لهم بمعنى عليهم كما في قوله تعالى:
(وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا) ³ "

أي أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - إنما قصد بهذه العبارة أن تشتترط عائشة
عليهم الولاء لنفسها.

2- أجازوا اشتراط صفة مقصودة تتعلق بمصلحة العقد، و لا تتوقف على أمر
مستقبل، فإذا اشترط المشتري كون العبد كاتباً أو الدابة أو الأمة حاملاً أو لبونا صح
العقد مع الشرط، لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد وهو العلم بصفات المبيع التي
تختلف بها الأغراض ، ولأنه التزام موجود عند العقد، و لا يتوقف التزامه على إنشاء
أمر مستقبل، فلا يدخل عندهم في النهي عن بيع وشرط، وإن سمي شرطاً تجوزاً،
فإن الشرط المؤثر عندهم لا يكون إلا مستقبلاً، وهذا استثناء من قاعدة الحظر في
الشروط، ويكفي عندهم أن يوجد من الوصف ما ينطبق عليه الاسم ويرجع إلى
العرف في تحديد الوصف، وإذا تخلف الشرط فالمشترط بالخيار أي أن شاء فسخ
العقد لأن الشرط صحيح وإن شاء أبقي⁴.

3- ومن مظاهر تخفيفهم من قاعدة الحظر أنهم يفرقون بين صيغة الأمر وصيغة
الشرط في الحكم ، فإذا جاء الإلزام بصيغة الأمر فالعقد صحيح و لا إلزام على
الطرف الآخر، "كأن يقول المشتري لبائع الثوب: خطه ، بصيغة الأمر، فالعقد
صحيح و لا إلزام على البائع بأن يخطب الثوب ، بعكس ما لو قال له اشتريت منك
الثوب بشرط أو على أن تخطبه، فالشرط فاسد ويفسد به العقد لاشتماله على شرط
عمل فيما لا يملكه المشتري وقت الانعقاد، ولأنه جاء بصيغة الشرط وليس بصيغة
الأمر، لأن الأمر بشيء مبدأ غير مقيد لما قبله بخلاف الشرط فهو مقيد لما قبله،

¹ - نهاية المحتاج، المرملی، ج 3/ص 456.

² المرجع السابق، ج 3/ص 458.

³ سورة: الإسراء - من الآية: 7.

⁴ - نهاية المحتاج ج 3/ص 460.

وقالوا أيضا إنه إذا تضمن الشرط إلزام المتعاقد بعمل فيما يملكه كان اشترى ثوبا بشرط أن يبني حائطه فالعقد يصح عندهم ولا يؤثر الشرط الباطل على العقد¹. مناقشة ما جاء به الشافعية:

رأينا أن الشافعية يأخذون بقاعدة الحظر في العقود والشروط، وأنهم استثنوا من هذه القاعدة الشروط التي يقتضيها العقد والشروط التي ورد بها نص وأجازوا اشتراط صفة مقصودة في العقد، ويلاحظ أن الشافعي قد فسر تفسير صحيحا قول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"²، فأبطل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- كل شرط ليس في كتاب الله جل ثناؤه إذا كان في كتاب الله أو سنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- خلافا³، ويلاحظ من جهة أخرى أن الشافعي قد توسع في الشروط المنصوص عليها بالنسبة للشروط المسكوت عنها، كما فعل بالنسبة لاشتراط المرأة على زوجها ألا يخرجها من بلدتها، فقد اعتبره الشافعية باطلا لأنه مخالف لما نص عليه وزعم هنا أن ما جاءت به الشريعة من النص على حق الرجل على زوجته يعتبر مخالفا لهذا الشرط الذي اشترطته المرأة على زوجها⁴، وهذا الرأي غير صحيح لأنه إذا كانت الشريعة قد حولت للرجل حقوقا على زوجته فما الذي يمنع من تنازل الرجل عن بعض هذه الحقوق الخاصة به والتي لا تتعلق بحق الله تعالى، فلا تعارض بين تخويل الرجل حقوقا عظيمة على المرأة وبين تنازله مختارا عن بعض هذه الحقوق طالما أن الحق المتنازل عنه من الحقوق الخالصة له وليس من حقوق الله أو الحقوق التي فيها حق الله بجانب حق الزوج، ومن هذا يتضح أن المذهب الشافعي وإن كان قد توسع إلى حد ما في العقود والشروط إلا أنه قد جاء ضيقاً في هذه المسألة⁵.

¹ نهاية المحتاج، ج3، ص450، 451.

² الحديث سبق تخريجه، ص33.

³ الأم، الشافعي، ج5، ص73.

⁴ حاشية البجيرمي، ج2، ص209.

⁵ الاشتراط لمصلحة الغير، علس حسني، ص98.

المطلب الثالث

الأصل في العقود والشروط الإطلاق ما لم يحرمه الشرع

يرى أصحابه أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة و لا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به وهم الحنابلة وعلى رأسهم الفقيه ابن تيمية.

والإمام أحمد يبيح صراحة الإشتراط في العقود، فقد جاء في المغني¹: "ثبت عن أحمد رحمه الله أنه قال الشرط الواحد لا بأس به، إنما نهى عن الشرطين في البيع حيث ذهب إلى ما روى عبد الله بن عمرو عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا تبع ما ليس عندك"²، وحيث يبطل البيع إذا كان فيه شرطان ولا يبطله شرط واحد، وحديث جابر يدل على إباحة الشرط حين باعه جملة وشرط ظهره إلى المدينة، عن جابر -رضي الله عنه- قال: "أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فمر النبي -صلى الله عليه وسلم- فضربه فدعا له فسار بسير ليس يسير مثله؛ ثم قال: بعينه بوقية، قلت: لا؛ ثم قال: بعينه بوقية، فبعته فاستثبت حملانه إلى أهلي، فلما قمننا أتيت به بالجمل ونفدني ثمنه ثم انصرفت فأرسل على إثري، قال: ما كانت لأخذ جملك فخذ جملك فهو مالك"³.

جاء في المغني: (واختلف في تفسير الشرطين المنهي عنهما، فروى عن أحمد أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد...، فمن اشترى ثوبا واشترط على البائع خياطته و قصارته، أو طعاما واشترط طحنه وحمله، إن اشترط أحد هذه الأشياء فالبيع جائز، وإن اشترط شرطين فالبيع باطل...، وفي رواية أخرى عن أحمد إنه فسّر الشرطين بشرطين فاسدين...، نحو أن يشتري الأمة ويشترط البائع عليه ألا يبيعهما من أحد...، و لا خلاف عندهم في أن العاقد يشترط ما يشاء من الشروط التي من مقتضى العقد أو مصلحته، مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين "الكفيل"، أو بشرط يسلم إليه المبيع أو الثمن فهذا لا يؤثر في

¹ المغني، لابن قدامة، ج4 ص156.

² سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، ج3 ص335.

³ سنن أبي داود، ج4، ص22، كتاب الحق، باب الحق على شرط.

العقد... ، وكذلك اشتراط صفة في المبيع كالكتابة و الصناعة مما فيه مصلحة العقد فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر أيضا¹ .

وأحمد لا يأخذ بحديث النبي -صلى الله عليه وسلم-: "أنه نهى عن بيع وشرط"² فقد جاء في المعنى: "حديثهم لم يصح" أي الشافعية" وليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا تعرفه مرويا في مسند ولا يعول عليه"³.

وجاء في مجموع الفتاوى: "والأصل في هذا أنه لا يحرم على الناس من المعاملات التي يحتاجون إليها إلا ما دل الكتاب والسنة على تحريمه"⁴.

تقسيم الشروط عند الحنابلة:-

تنقسم الشروط عند الحنابلة إلى صحيحة و غير صحيحة.

وتنقسم الشروط الصحيحة عند الحنابلة إلى ثلاثة أنواع⁵:

النوع الأول: الشروط التي من مقتضى العقد كاشتراط التسليم و التقابض في الحال فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكما ولا يؤثر في العقد.

النوع الثاني: الشروط التي تتعلق بها مصلحة العاقدين كالأجل والرهن وغيرهما كاشتراط صفة مقصودة في المبيع ككون العبد كاتباً أو يتقن صنعة فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به، فالأصل في هذه الشروط عندهم أنها صحيحة إلا إذا كانت محرمة شرعا لحديث رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "المسلمون على شروطهم"⁶.

النوع الثالث: ما ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه وهو شرط صحيح عندهم ، كاشتراط منفعة البائع في المبيع لحديث جابر الخاص باستثناء منفعة الجمل المباع لمصلحة البائع و أجازوا للبائع إجازة و إعارة ما استثنى من النفع كالمستأجر تماما وأجازوا للمشتري أن يشترط نفعاً في المبيع كشرط حمل الحطب المبيع وكشرط خياطة الثوب أو تقصيره ، كما أباحوا للمشتري أيضا أن

¹ المعنى ، لا بن قدامة ، ج4/ص156.

² الحديث سبق تخريجه ، ص37.

³ المعنى ، لا بن قدامة ، ج4/ص156.

⁴ مجموع الفتاوى، أحمد عبد الحلیم بن تیمية الحرائر أبو العباس ،تحقیق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ، ط الثانية ، ج28 ، مكتبة ابن تیمية ص386 .

⁵ المعنى ، لا بن قدامة ، ج4/ص156 . كشف القناع عن من الإنعاع، منصور بن بون بن إريس البهوتي ، تحقيق : هلال مصيلحي ، ج3 ، دار الفكر ، بيروت ، 1402 هـ ، ص189 .

⁶ - سنن أبي داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، تحقيق : محمد محيي الدين ، ج3 ، دار الفكر ، كتاب الإفضية ، باب الصلح ، ص304.

يتصرف فيما استثنى نفعه مدة معلومة، مثل أن يبيع دارا ويستثنى سكانها شهرا أو جملا ويشترط ظهره إلى مكان معلوم أو عبدا ويستثنى خدمته سنة.¹
أما الشروط غير الصحيحة عند الحنابلة فهي نوعان²:-

النوع الأول: أن يشترط عقدا في عقد نحو أن يبيعه شيئا بشرط أن يبيعه شيئا آخر أو يشترط منه أو يوجره أو يزوجه أو غيره فهذا شرط فاسد يفسد به البيع سواء اشترطه البائع أو المشتري، لأنها من باب البيعتين في بيعة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "نهى النبي -صلى الله عليه وسلم- عن بيعتين"³.

عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، قال: "نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن بيعتين في بيعة"⁴، والصفقتين في صفقة⁵ عن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- قال: "نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن صفقتين في صفقة واحدة"⁶.

النوع الثاني: اشتراط ما يناقئ مقتضى العقد، كأن لا خسارة عليه في المضاربة فهذه العقود غير صحيحة، ولكن لا يفسد بها الشرط عندهم مادام شرط واحد، فإن كانا شرطين فسد بهما البيع لحديث النهي عن الشرطين في البيع⁷.

ولكن الحنابلة في رواية استثنوا من الشروط التي تناقئ مقتضى العقد، اشتراط ما بني على التغليب و السراية، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد فهذا على رواية عندهم شرط صحيح لحديث بريرة⁸، لأن عائشة رضي عنها اشترت بريرة وشرطت أهلها عليها عتقها وولاءها فأنكر النبي -صلى الله عليه وسلم- شرط الولاء دون العتق، وفي رواية أخرى لا يصح على أساس أن حديث بريرة لا يفيد العتق.

ومن كل ما سبق نستنبط أن الحنابلة لم يأخذوا بحديث النهي عن بيع وشرط و أخذوا بمبدأ حرية الشروط بصفة عامة على أن لا يشترط في العقد أكثر من شرط واحد صحيح، ليس من مقتضى العقد، وأجازوا استثناء منفعة المبيع في البيع أخذا بحديث جابر.

¹ المغني، لابن قدامة، ج 4/ص 80-81.

² كشف القناع للهيوني، ج 3/ص 317.

³ صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب ما يستتر من العورة، ج 1، ص 144.

⁴ مسند أحمد، ج 2، ص 174، رقم الحديث 6628.

⁵ المغني، لابن قدامة، ج 4/ص 157.

⁶ مسند أحمد، ج 1، ص 398، رقم الحديث 3783.

⁷ الحديث سبق تخريجه، ص 44.

⁸ الحديث سبق تخريجه، ص 33.

ولقد حمل ابن تيمية لواء الدفاع عن مبدأ حرية العقود والشروط فقال في الفتاوى الكبرى¹: أن الأصل في العقود والشروط الصحة والإباحة بدلالة القرآن والسنة والمعقول.

1- من القرآن:

أ- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾²، والعقود هي العهود، قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾³ قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُولُونَ الْأَنْبَارَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا﴾⁴، فقد أمر سبحانه بالوفاء بالعقود وهذا عام، وكذلك أمرنا بالوفاء بعهد الله وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل الآية السابقة من سورة: الأحزاب، فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه، وقد أمر الله سبحانه بالوفاء به وقرنه بالصدق قال تعالى: ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾⁵، لأن العدل في القول خير يتعلق بالماضي والحاضر والوفاء بالعهد يكون في القول المتعلق بالمستقبل، قال تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾⁶، قال المفسرون: تساءلون به تتعاقدون وتتعاقدون، وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل أو ترك أو مال أو نفع ونحو ذلك، قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾⁷ ولا تكونوا كالتي نقضت عزلتها من بعد قوة أنكاثا تتخون أيمانكم دخلاً بينكم أن تكون أمة هي أربى من أمة إنما يبلوكم الله به﴾⁸، قال تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا أَيْمَانَكُمْ دَخَلًا بَيْنَكُمْ﴾⁸، والأيمان جمع يمين، وكل عقد فإنه يمين قيل سمي بذلك لأنهم كانوا يعقدونه بالمصافحة باليمين، قال تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ

¹ الفتاوى الكبرى، أحمد بن عبد الحلوم بن تيمية، تحقيق: حسين محمد حوالى، ج3، دار المعرفة، بيروت، 1386هـ، ص477-481.

² - سورة: المائدة، من الآية: 1.

³ - سورة: الإسراء، من الآية: 34.

⁴ - سورة: الأحزاب، من الآية: 15.

⁵ - سورة: الأنعام، من الآية: 152.

⁶ - سورة: النساء، من الآية: 1.

⁷ - سورة: النحل، الآية: 91-92.

⁸ - سورة: النحل، من الآية: 94.

الْمُتَّقِينَ¹ قَالَ تَعَالَى: ﴿كَيْفَ وَإِن يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُوا فِيكُمْ إِلَّا وَلَا نِصَةَ²﴾ وَإِلَّا هُوَ الْقَرَابَةُ وَالنِّصَةُ الْعَهْدُ، فَهَذِهِ الْآيَاتُ الْكَرِيمَاتُ وَغَيْرَهَا تَوْجِبُ الْوَفَاءَ بِالْعَقْدِ.

ب- قَالَ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ³﴾، فَالْأَصْلُ فِي الْعُقُودِ رِضَا الْمَتَعَاقِدِينَ وَنَتِجَتُهَا هُوَ مَا أَوْجِبَاهُ عَلَى أَنْفُسِهِمَا بِالْتِعَاقُدِ، قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِن طِبِنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا⁴﴾، فَعَلَّقَ جَوَازَ الْأَكْلِ بِطَيْبِ النَّفْسِ تَعْلِيقَ الْجِزَاءِ بِشَرْطِهِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ وَهُوَ حَكْمٌ مَّعْلُوقٌ عَلَى وَصْفٍ مُّشْتَقٍّ مِّنَاسِبِ فِدْلِ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ الْوَصْفُ سَبَبٌ لِذَلِكَ الْحَكْمِ وَإِذَا لَمْ يَطِيبِ النَّفْسُ هُوَ الْمَبِيحُ لِلصَّدَاقِ فَكَذَلِكَ سَائِرُ التَّبَرُّعَاتِ قِيَاسًا بِالْعِلَّةِ الْمَنْصُوصَةِ الَّتِي دَلَّ عَلَيْهَا الْقُرْآنُ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ⁵﴾، لَمْ يَشْتَرَطْ فِي التِّجَارَةِ إِلَّا التَّرَاضِيَّ وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ التَّرَاضِيَّ هُوَ الْمَبِيحُ لِلتِّجَارَةِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَإِذَا تَرَاضَا الْمَتَعَاقِدَانِ أَوْ طَابَتِ نَفْسُ الْمَتَّبِعِ بِتَبَرُّعِ ثَبَتَ حَلُّهُ بِدَلَالَةِ الْقُرْآنِ إِلَّا أَنْ يَتَضَمَّنَ مَا حَرَّمَهُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ كَالْتِّجَارَةِ فِي الْخَمْرِ وَنَحْوِ ذَلِكَ⁶.

2- من السنة:

أ- يَسْتَدِدُّ ابْنُ تَيْمِيَّةَ⁷ إِلَى مَا جَاءَ فِي الصَّحِيحِينَ⁸ عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : "أَرْبَعٌ مِنْ كُنْ فِيهِ كَانَ مَنَافِقًا خَالِصًا وَمَنْ كَانَ فِيهِ خِصْلَةٌ مِنْهُنَّ كَانَتْ فِيهِ خِصْلَةٌ مِنَ النِّفَاقِ حَتَّى يَدْعَهَا إِذَا حَدَّثَ كَذِبًا وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ" فَهَاهُمْ عَنِ الْغَدْرِ، وَمَنْ الْغَدْرُ مِنْ شَرْطِ شَرْطٍ ثُمَّ نَقَضَهُ.

ب- وَفِي صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "إِنَّ أَحْسَنَ الشَّرْطِ أَنْ تَوْفُوا مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ"⁹.

1- سورة: التوبة - الآية: 4

2- سورة: التوبة من الآية: 8

3- سورة: النساء - من الآية: 29

4- سورة: النساء - الآية: 4

5- سورة: النساء من الآية: 29.

6- القتلوى الكبرى ج 3/ص 485-486

7- المرجع السابق، ج 3/ص 479-480.

8- صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق ج 1، ص 21، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان خصل المنافق،

ج 1، ص 78.

9- الحديث سبق تخريجه، ص 45.

فدل على استحقاق الشروط والوفاء وإن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها ،والمقصود بأحق الشروط ، أولاها بالوفاء به، و(ما استحللتم به الفروج) ما كان سببا في حل التمتع بها، وهي الشروط المتفق عليها في عقد الزواج إذا كانت لا تخالف ما ثبت في الكتاب والسنة ولا تتعارض مع أصل شرعي¹.

ج- ويستند ابن تيمية² إلى ما رواه أبو داود³ عن أبي هريرة قال: قال: رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا والمسلمون على شروطهم" ، وروى الترمذي⁴ ، من حديث كثير بن عبد الله ابن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا وأحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شربا حرم حلالا أو أحل حراما" ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح، وروى ابن ماجه⁵ منه اللفظ الأول ، هذه الأسانيد وإن كان الواحد منها ضعيفا فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضا وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة وهو حقيقة المذهب.

د- عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: "جاءتني بريرة ،فقلت: كاتب أهلي على تسع أواق ،في كل عام أوقية فأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها، فقلت لهم فأبوا عليها ،فجاعت من عندهم ورسول الله -صلى الله عليه وسلم- جالس فقالت: إنني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فأخبرت عائشة النبي -صلى الله عليه وسلم- فقال: خذنها واشترطي لهم الولاء وإنما الولاء لمن أعتق ، ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم- 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 باطلا وإن كان مائة شرط ،قضاء الله أحق بشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق"⁶.

¹ الفتاوى الكبرى ج3/ص479،480.

² المرجع السابق، ج3/ص481.

³ سنن أبي داود ،كتاب الأفضية ، باب الصلح ، ج3، ص304.

⁴ سنن الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في الصلح بين الناس ، ج3، ص634.

⁵ سنن ابن ماجه ، كتاب الأحكام ، باب الصلح ، ج2، ص788.

⁶ الحديث سبق أخرجه33.

ويرى ابن تيمية أن المقصود في قوله -صلى الله عليه وسلم- : " من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق "، المقصود بقوله (وإن كان مائة شرط) أي وإن كان مائة مشروط ، والدليل على ذلك قوله كتاب الله أحق وشرط الله أوثق ، أي كتاب الله أحق من هذا الشرط وشرط الله أوثق منه، وهذا إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه، بأن يكون المشروط مما حرم الله تعالى، وأما إذا لم يكن المشروط مما حرمه الله فلم يخالف كتاب الله وشرطه حتى يقال كتاب الله أحق وشرط الله أوثق، فيكون المعنى من اشترط أمرا ليس في حكم الله أو في كتابه، فهو باطل لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط حتى يصح اشتراطه، ويجب بالشرط عوالم هذا المعنى أشار النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو إبطال الشروط التي تنافي كتاب الله والتحذير من اشتراط شيء لم يباحه الله أو من اشتراط ما ينافي كتاب الله بدليل قوله (كتاب الله أحق وشرط الله أوثق)¹، ولما لم يكن في كتاب الله إن الولاء لغير المعق أبدا كان هذا المشروط وهو ثبوت الولاء لغير المعق شرطا ليس في كتاب الله² .

جاء في الفتاوى الكبرى : "قد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق وبإداء الأمانة ورعاية ذلك ، والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك ، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقا ويذم من نقضها وغدر مطلقا، كما أن قتل النفس لما كان الأصل فيه الحظر إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لم يجز أن يؤمر بقتل النفوس بخلاف ما كان جنسه واجبا كالصلاة والزكاة فإنه يؤمر به مطلقا وإن كان لذلك شروط وموانع فينتهي عن الصلاة بغير طهارة وعن الصدقة بما يضر النفس ونحو ذلك ، وكذلك الصدق في الحديث مأمور به وإن كان قد يحرم الصدق أحيانا لعارض ويجب السكوت والتعريض ، وإذا كان حسن الوفاء ورعاية العهد مأمورا به علم أن الأصل صحة العقود والشروط ، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده ومقصوده هو الوفاء به، وإذا كان الشرع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة"³.

¹ الفتاوى الكبرى ج3 ص491

² المرجع السابق ج3 ص488-489.

³ الفتاوى الكبرى ج3 ص480-481.

3- المعقول:

أ- " أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، وليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت حله بعينه، وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم، فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم فيكون فعلها إما حلالاً وأما عفواً، فلا يشرع إلا لما شرعه الله ولا يحرم إلا ما حرم الله، فإذا حرمتنا العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه الله ¹ .

ب- " إذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد كان العقد لغواً، وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله، فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما، إذا لم يكن لغواً ولم يشتمل على ما حرمه الله ورسوله فلا وجه لتحريمه، بل الواجب حله، لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه إذ لو لا حاجتهم إليه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه، ولم يثبت تحريمه فيباح لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج ² .

ويرى ابن تيمية أنه مع التسليم بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة فإن هذا لا يعني أننا نعتبر أي عقد وأي شرط صحيحاً، بل يتعين علينا أن نبحث لنعرف هل يوجد نص خاص يحرم مثل هذا العقد أو الشرط من عدمه؟ فلا بد إذن من معرفة ما حرمه الله ورسوله من العقود والشروط بالنسبة لكل نوع من أنواع العقود قبل الحكم بصحة عقد أو شرط على أساس مبدأ حرية العقود والشروط.

جاء في الفتاوى الكبرى: " لعدم تحريم العقود والشروط وصحتها أصلاً: الأدلة الشرعية العامة، والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب وانتفاء المحرم، فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع أو المسألة هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحريم؟ أما إذا كان المدرك الاستصحاب ونفي الدليل الشرعي فقد أجمع المسلمون وعلم بالاضطرار من دين الإسلام أنه لا يجوز لأحد أن يعتقد ويفتي بموجب هذا الاستصحاب والنفي إلا بعد البحث عن الأدلة الخاصة ³ ."

¹ الفتاوى الكبرى ج3 ص483-484

² المرجع السابق، ج3 ص486

³ الفتاوى الكبرى، ج3، ص491.

الترجيح والاختيار:

بعد أن استعرضنا آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، أميل لرأي الحنابلة وعلى رأسهم الفقيه ابن تيمية القائل بحرية العقود والشروط، وذلك لقوة أدلتهم، حيث أن رأيهم جاء متفقاً مع نصوص القرآن والسنة وأصول الشريعة العامة وأهمها رفع الحرج عن الناس، وبذا يكون رأي الحنابلة في هذا الصدد متعارضاً مع رأي الظاهرية، إلا أن هذا التعارض لا يصل إلى حد التناقض التام، فلا زال بين الرأيين قدر مشترك من الاتفاق على صحة الشرط الذي ورد النص في القرآن أو السنة بجوازه، وكذلك إذا دققنا النظر في رأي الحنفية والمالكية والشافعية نجد أنه لا يؤدي إلى تضيق المعاملات على الناس، لأنهم وإن منعوا الوفاء بالعقد أو الشرط حتى يقوم الدليل، قد وسعوا في الأدلة المثبتة لجواز العقود والشروط، حتى وسعت تلك الأدلة كل ما تجري به المعاملات أو أكثره، حتى لا يكون الناس في ضيق، فأكثرهم يقرر بعض أو كل الأصول الآتية، أصل المصالح المرسلة، فإنها تثبت أن كل ما فيه مصلحة غير محرمة يجيزه الشارع، وأصل الاستحسان، وقاعدة أن ما جرى به العرف يقره الشارع ما لم يكن مصادماً لنصاً¹.

رأي القانونيين:

للإرادة التأثير الأول في إيجاد مجموع الالتزامات التي تنشأ عن العقد عند علماء القانون، فإثناء العقود في القانون يرجع للإرادة الحرة، وكذلك الآثار التي تترتب على العقد تنشأ هذه الإرادة، ولقد نص المشرع الليبي في المادة (147)، فقرة (1)، مدني، ويقابلها نص المادة (147) فقرة (1) مدني مصري، على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"، ولقد نص المشرع الليبي في المادة (148)، فقرة (1)، على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية" وهذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة (148)، فقرة (1)، مدني مصري، فالعقد شريعة المتعاقدين في القانون بالنسبة لآثاره وما اشتمل عليه، ما لم يكن مشتملاً على شيء يخالف النظام العام، فكل ما ارتضاه العاقد من أحكام يكون صحيحاً بواجب الوفاء، ولو كان فيه غبن فاحش عليه، ولا عبرة بالتعادل بين العاقدین فيما يغبمانه

¹ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 228.

ويغرمانه بسبب العقد، وإنما العبرة بكون الالتزامات نشأت عن أرادة حرة لم يلبس عليها بغش أو تدليس، فإذا توافرت تلك الإرادة ثبتت الآثار التي ارتضاها العاقدان¹، وهم في هذا يتفقون مع فقهاء الشريعة، وخصوصا الحنابلة في القول بحرية العقود والشروط بالنسبة للعاقدين ما لم يعقدا أو يشترطا ما يخالف أحكام الشريعة وقواعدها العامة أو يخالف النظام العام عند القانونيين.

¹ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة، ص 216.

المبحث الثاني

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الاشتراط لمصلحة الغير

تنقسم الآراء الفقهية بالنسبة لموضوع الاشتراط لمصلحة الغير إلى ثلاثة

آراء:

الرأي الأول: المانعون للشروط المقترنة بالعقد التي تفيد الغير مطلقاً وهم الظاهرية.

الرأي الثاني: المجيزون لبعض الشروط المقترنة بالعقد التي تفيد الغير دون

بعض، وهم جمهور الحنفية والمالكية والشافعية، وبعض الحنابلة.

الرأي الثالث: المبيحون للشروط المقترنة بالعقد التي تفيد الغير مطلقاً وهم الحنابلة.

وفيما يلي سوف نعرض تفصيل هذه الآراء الثلاثة، في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

المانعون للشروط المقترنة بالعقد التي تفيد الغير مطلقاً

لقد رفض الظاهرية مبدأ حرية العقود والشروط، ونصوا على إنه لا يصح من العقود والشروط إلا ما نص عليه الشارع فقط، وهم يرفضون تعليل الأحكام، ومن ثم يرفضون القياس، ولما كان هؤلاء يرفضون مبدأ حرية العقود والشروط فهم من باب أولى أشد رفضاً لمبدأ الاشتراط لمصلحة الغير، ماداموا قد أبطلوا كل شرط لم ينص عليه الشارع .

جاء في الإحكام لابن حزم: "فكل عقد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به

أو النص على إباحة عقده فهو باطل" ¹ .

وجاء في المحلى: " إن العقود التي أمر الله تعالى بالوفاء بها إنما هي العقود

المنصوص عليها بأسمائها، وأن كل ما عداها فحرام عقده...فصح عندهم بطلان كل

شرط جملة إلا شرط جاء النص من القرآن والسنة بإباحته" ² .

وقد أبطلوا شرط الخيار لغير العاقد، كما أبطلوه للعاقد، وكذا لم يجوزوا بيع العبد

بشرط العتق ³، وكذا لم يجوزوا الهبة بشرط يفيد منه الغير، كمن وهب أمة على أن لا

1 - الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم، ج5، ص15.

2 - المحلى، لابن حزم، ج7/ ص34.

3 المرجع السابق، ج8، ص412.

يبيعها الموهوب له¹، ولم يجوز الخلع على أن تبريه من نفقة حملها أو من رضاع ولدها، وكل ذلك باطل عندهم لأنه غير معلوم القدر وقد يزيد السعر وقد ينقص؛ ولأنه لم يجب لها بعد فمخالعتها بما لا تملكه باطل وظلم²، وهذه كلها شروط لمصلحة الغير .

¹ المصطفى، لابن حزم، ج9، ص118.

² المرجع السابق، ج10، ص244.

المطلب الثاني

المجيزون لبعض الشروط المقترنة بالعقد التي تفيد الغير دون بعض

المجيزون لبعض الشروط للغير دون بعض، وهم الحنفية والمالكية والشافعية، وبعض الحنابلة.

الحنفية: يرفض أبو حنيفة الاشرط لمصلحة الغير صراحة، ولكن يوجد في أصوله وتعليقاته وحيله الفقهية ما يفتح الباب في بعض الأحيان.

حيث ذهب الحنفية وعلى رأسهم أبو يوسف إلى أن اشرط نفع لأجنبي فاسد، ويفسد به العقد شأنه شأن اشرط نفع لأحد المتعاقدين، حيث سوى الحنفية بين المتعاقدين والغير من ناحية اشرط النفع لواحد منهم¹، إلا أن الحنفية أجازوا في بعض العقود الأخرى غير البيع، أن يقترن العقد ببعض الشروط للغير استثناء كما في عقد النكاح إذ جاز عندهم، كما جاء في الميسوط: "إذا تزوجته على أن يعتق أباهما عنها"²، وهذا شرط للغير، الأب، ورد في عقد النكاح، وجاء في حاشية ابن عابدين: "إذا تزوجته على أن يخدم الزوج سيدها أو وليها"³، وفي هذا اشرط صريح لمصلحة الغير، فالزوجة هي المشترطة ولها مصلحة دنيوية معنوية، وأخرى في خدمة أبيها، والأب هنا من الغير بالنسبة للعقد المبرم بين المرأة وزوجها وله مصلحة من هذا العقد الذي لم يكن طرفا فيه والزوج هو المتعهد⁴.

ومما سبق يتضح لنا أنهم أجازوا اشرط نفع للغير في عقود أخرى غير البيع مثل النكاح وهو اخطر من عقود المعاملات العادية فكان من باب أولى أنهم يجيزون الاشرط لمصلحة الغير في باقي العقود.

ولما كان الحنفية يصححون بالعرف عقودا وشروطا فاسدة وقد صرحوا بتصحيح شروطها فيها نفع لأحد المتعاقدين للعرف العام .

ومثال الشرط المتعارف وذلك كما إذا اشترى حذاء بشرط أن يخييط البائع أزراره، فإن الشرط في ذلك متعارف فيصح البيع، لأن العرف جرى على هذا، جاز استحسانا

¹ حاشية ابن عابدين، ج 5/ص 86.

² الميسوط للرخي، ج 8/ص 100.

³ حاشية ابن عابدين، ج 3/ص 107.

⁴ الاشرط لمصلحة الغير، مجلس حنفى، ص 144.

والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر، ولكن أخذنا بالاستحسان لتعارف الناس وإقرار هذا الشرط عند الحنفية أدى إلى توسيع حرية الناس في الاشتراط، بما يحقق لأحد العاقدين منفعة زائدة عن مقتضى العقد، كما أدى إلى زوال الشرط الفاسد من معاملات الناس، وأصبحت الشروط كلها صحيحة بالعرف، إلا إذا كانت مصادمة لنص تشريعي، أو منافية لمبادئ الشريعة ومقاصدها العامة¹.

هذا وقد أجاز الحنفية عقد الظن²، رغم مخالفته للقياس عندهم³، وهو عقد فيه اشتراط صريح لمصلحة الغير.

جاء في حاشية ابن عابدين: "قد اشترط بعض الحنفية في الشرط المفسد للعقد أن يكون مقارنا للعقد، أي حين العقد لا بعده، ولكن أبا حنيفة يرى غير ذلك، فالشرط الفاسد لو ذكر بعد العقد يلتحق بالعقد عنده، ونجد أن الحنفية قد صححوا الشرط الفاسد، وذلك أنه لو ذكر العاقدان البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه الوعد جاز البيع، ولزم الوفاء بالوعد، أي قضاء وليس ديانة فقط"⁴.

ونستنبط من كل ما تقدم أن الشرط الفاسد والذي يفسد به العقد، هو الشرط المذكور في العقد، وفي عقد من عقود المعاوضات المالية.

وبهذا يمكن تصحيح الشرط الفاسد عند بعض الحنفية، عن طريق ذكر الشرط بعد العقد على وجه الوعد المستقل عن العقد، وقد يتضمن هذا الوعد مصلحة للغير فيكون من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير بالإرادة المنفردة، ومما يجب أن يلاحظ هنا أن الشرط الفاسد الذي يصح بذكره على وجه الوعد مستقلا عن العقد، يجب ألا يكون فساده راجعا إلى تحريم الشارع له، كأن يكون التزاما بتسليم خمر أو لحم خنزير أو بارتكاب فاحشة، فهذا لا يصح على أي الحالات، لأن الوفاء بالوعد في الشريعة لازم بشرط ألا يتضمن الوعد إثما حرمه الله تعالى⁵.

1 - الفقه الإسلامي وأدلته، وحدة الزحيلي، ج4، ص204.

2 وهي المرضية، الماطفة على ولد غيرها المرضية له في الناس وغيرهم للذكر والأنثى). لسان العرب، لابن منظور، ج4، ص24.

القاموس المحيط للفيروز آبادي، ج 1، ص 555.

3 حاشية ابن عابدين، ج6، ص53.

4 - المرجع السابق، ج9، ص84.

5 - الاشتراط لمصلحة الغير، عباس حسني، ص 106.

وعلى هذا يمكن تصحيح الاشتراط لمصلحة الغير عند الحنفية عن طريق هذه الحيلة الشرعية، وهي حيلة لا غبار عليها، لأن الوفاء بالوعد لازم ديانة، ومن ثم لا يوجد ما يمنع من لزومه قضاء أيضا .

ومن ثم فإن هذه الحيلة التي لجأ إليها الحنفية لتصحيح الشروط في العقد رغم أخذهم بحديث النهي عن بيع وشرط¹، إنما هي حيلة شرعية صحيحة، وهي تغني عن العرف، وتفتح الباب للاشتراط لمصلحة الغير عندهم² .

ويرى الحنفية أنه: "إذا اشترط في المضاربة³، بعض الربح لأجنبي وشرط عمله فالمضاربة جائزة والشرط صحيح، وأما إذا لم يشترط عمل الأجنبي فإن المضاربة صحيحة والشرط باطل، ويجعل المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه، فيكون لرب المال، ويعلمون ذلك بأن رب المال يستحق الربح بحكم الأصل، والأجنبي لا يستحق شيئاً، لأنه إنما يستحق الربح بمال أو بعمل، ولا يوجد أحدهما هنا فما شرط له لا يستحقه فيرجع إلى أصحاب الأصل وهو رب المال"⁴.

هذا قد يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير معلقاً على شرط قيام الغير بعمل، فهم يأخذون بالاشتراط لمصلحة الغير بشرط ألا يكون تبرعاً من المشتري للغير، وأن تكون المصلحة معلقة على شرط العمل⁵، هذا وقد صححه الحنفية رغم أنهم لا يوافقون على تعليق عقود التمليك بصفة عامة⁶.

ولقد ذكر الحنفية: "أن المفاوضة⁷، من التفويض، أي من الفوض الذي منه فاض الماء إذا عم، وسميت بهذا لأنها شركة عامة في جميع التجارات، وهي تضمن الوكالة والكفالة في آن واحد، أي بأن يكون كل واحد منهما لشريكه فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل، فهي تتميز عن سائر الشركات بزيادة، وهي الكفالة"⁸.

1 - الحديث سبق تخريجه، ص 37.

2 - الاشتراط لمصلحة الغير، عيان حسني، ص 153.

3 - المضاربة: المضاربة نوع شركة على أن رأس المال من طرف والسعر والمثل من الطرف الآخر ويقال لصاحب رأس المال رب المال والحامل مضروب، وهي عقد يكون فيه رب المال مستحقاً للربح بملكه والمضروب يعمله المحلة، جمعية المحلة، تحقيق نجيب هراويزي، كل خفة تحلرت كتب، ص 258-271.

4 - حاشية ابن عابدين ج 8/ص 305.

5 - الاشتراط لمصلحة الغير، عيان حسني، ص 153.

6 - المرجع السابق، ص 136.

7 - المفاوضة: المفاوضان، أحدهما كفيل الآخر فهو أو أحدهما كما ينذ أي حق نفسه يكون نقداً في حق شريكه. المحلة ج 4/ص 260.

8 - حاشية ابن عابدين ج 4/ص 306.

وتتميز شركة المفاوضات بأن كل شريك يكفل شريكه في معاملاته مع الغير، حيث ذكر الحنفية أن كل دين لزم أحدهما بتجارة واستقراض وغصب واستهلاك لزم الآخر وعلى هذا فإنه إذا تسلم احد الشركاء من الغير - وهو يتعامل معه كشريك - شيئا ثم ألتفه فإن هذا الغير يستطيع أن يرجع مباشرة على الشريك الآخر وبطالبه بقيمة ما ألتفه الأول وذلك بموجب عقد الشركة الذي لم يكن الغير طرفا فيه ، لأن هذا العقد أحتوى على اشتراط لمصلحة الاغيار الذين يتعاملون مع الشريك بصفته شريكا¹.

ولقد ذكر الحنفية صراحة أن خيار الشرط يصح لغير المتعاقدين، حيث جاء في حاشية ابن عابدين: "فإن خيار الشرط يصح لغير العاقدين"².
المالكية: لقد أجاز المالكية اشتراط ربح القراض كله للغير المعين وغير المعين، لأنه من باب التبرع .

فقد جاء في شرح الخرشي: "يجوز اشتراط ربح القراض كله لرب المال أو للعامل أو لغيرهما لأنه من باب التبرع... ويلزمهما الوفاء بذلك إن كان المشترط له معينا، وقيل ويقضى به إن امتنع الملتزم منهما... وأما إن كان لغير معين كالفقراء فإنه يجب من غير قضاء..."³.

ومن هذا نستتبع أن المالكية يأخذون بالاشتراط لمصلحة الغير صراحة إذا كانت العلاقة تبرعية بين المشترط والغير .

وأجاز المالكية أيضا الوصية للميت إذا علم الموصي بموته، جاء في منح الجليل: "صح الإيصاء لميت علم الموصي بموته على المشهور، وصرف الموصي به في دينه "أي الميت" الموصى له إن كان عليه دين، أو يصرف الموصي به إلى ورثة الموصى له إن لم يكن عليه دين"⁴، وفي هذا اشتراط واضح لمصلحة الغير، لأن الميت ليس طرفا في العقد .

1- الاشتراط لمصلحة الغير ، علي حسن ص 142.

2- حاشية ابن عابدين، ج 5، ص 88.

3- شرح الخرشي على مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، ج 6، دار الفكر، بيروت، ص 209.

4- منح الجليل شرح على مختصر خليل، محمد طلش، ج 9، دار الفكر، بيروت، 1409هـ، ص 511.

ولقد أجاز مالك بيع العبد بشرط عتقه، لأن البائع وضع من الثمن للشرط الذي في العبد، فلم يقع فيه الغرر، وإنما كان يكون فيه الغرر إذا باعه على أن يعتقه إلى سنتين أو يدبره فهذه المخاطرة والغرر¹، وكذلك جوز مالك اشتراط الخيار لأجنبي²، وكذلك قال مالك من باع أمة لها ولد حر واشترط أن عليهم رضاعه سنة ونفقته سنة فذلك جائز إذا كان أن مات الصبي أرضعوا له آخر³، وذلك لأن الغرر منقضي لأن المدة محددة، ولقد ذهب مالك إلى أبعد من ذلك حين أجاز هبة المجهول جهالة فاحشة وهبة المعلوم وقت العقد⁴.

ومن كل ما تقدم نستنبط أن المالكية ماداموا قد أجازوا الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان تبرعاً من المشترط للغير، فإنه يلزمهم من باب أولى أن يوافقوا على الاشتراط لمصلحة الغير إذا كانت هناك علاقة سابقة بين المشترط والغير تفرض على المشترط أن يؤدي شيئاً لهذا الغير.

الشفاعية: الأصل عندهم هو منع كل شرط للغير يقترون بعقد البيع، لأنهم يرون أن الشروط للغير مخالفة لمقتضى العقد، جاء في المجموع "أنهم لم يجوزوا في أحد قولين اشتراط الخيار لأجنبي عن العقد، بحجة أن الخيار حكم من أحكام العقد فلا يثبت لغير العاقدين كسائر الأحكام"⁵، وفي المجموع أيضاً "كما حرموا في أحد ثلاثة أقوال بيع العبد بشرط العتق"⁶، وجاء في نهاية المحتاج "أنهم لم يجوزوا شرطاً لمصلحة الغير في عقد البيع إلا استثناءً لدليل خاص، ويجوز عندهم على خلاف القياس بيع عبداً بشرط إعتاقه عن المشتري، فالمشهور عندهم صحة البيع والشرط لخبر بريرة المشهور ولتشوف الشارع للعتق على أن فيه منفعة للمشتري في الدنيا بالولاء وفي الآخرة بالثواب وللبيع بالتسبب فيه أو للحاجة، وقد أبطل الشافعية، إذا شرطاً البائع تدبير العبد أو كتابته أو تعليق عتقه بصفة أو إعتاقه بعد شهر أو لحظة لم يصح البيع لمخالفة ما استقر عليه الشرع من تنجيز العتق، والثاني يصح

1- المتنونة الكبرى، مالك ابن انس، رواها: سحنون بن سعيد الترمذي، ج9، دار صادر، بيروت، ص152.

2- بداية المجتهد، لابن رشد، ج2، ص160.

3- المتنونة للكبرى، مالك ابن انس، ج9، ص167.

4- المرجع السابق، ج15، ص119، 120.

5- المجموع شرح المهذب، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ج9، دار الفكر، بيروت، 1997م، ص185.

6- المرجع السابق، ج9، ص346.

البيع ويبطل الشرط، ولم يصح البيع، كما لو اشترى دارا بشرط أن يقفها أو ثوبا بشرط أن يتصدق به، لأن ذلك ليس في معنى ما ورد به الشرع، ولا يجوز القياس على البيع بشرط العتق، لأن هذا لا يقاس عليه بسبب تشوف الشارع إلى العتق بصفة خاصة، ولكنهم جوزوا بيع العبد بشرط أن لا يعاقبه بما لا يجوز، وأضافوا أنه يقاس به ما في معناه¹، وكلها شروط لمصلحة الغير وهو العبد المبيع بوجهة الوقف، وذلك لمنافاة الشروط في جميع هذه الصور و أشباهها لمقتضى العقد كما يرى فقهاء الشافعية، ولكنهم جوزوا بيع العبد بشرط أن لا يعاقبه بما لا يجوز، وأضافوا أنه يقاس به ما في معناه²، وأجازوا في أحد قولين اشتراط الخيار لأجنبي عن العقد، إذ ربما دعت الحاجة إلى شرطه للأجنبي بأن يكون اعرف بالمتاع منهما³.

أما في بقية العقود فإن الشافعية يسمون بالتساهل أكثر من عقد البيع بالنسبة للشروط لمصلحة الغير، فأجازوا أن يقترن عقد النكاح بشرط لمصلحة الغير، جاء في معنى المحتاج: "ولو أصدقها تعليم عبدها أو ولدها أو ختانه صح إن وجب عليها لوجوب ذلك عليها وإلا فلا"⁴، وفي معنى المحتاج أيضا: "أجازوا أن خالعهما على نفقة أو إرضاع ولده منها"⁵.

ولقد ذكر الشافعي: "أن الابنة الثيب أو البكر البالغ إذا رضيت قبل النكاح أن ينكحها بالفقير على أن يعطي أباها أو أخاها من المهر ألفا كان النكاح جائزا وكان هذا توكيلا منهما لأبيها بالألف التي أمرت بدفعها إليه، وكانت الألفان لها، ولها الخيار في أن تعطيهما وليس للمرأة البنت ثيبا أو بكرا بالغا فرضيت قبل النكاح أن ينكحها بالفقير على أن يعطي أباها أو أخاها منهما أو لا، وكذلك الحال عند الشافعي، لو أن رجلا باع عبدا بألف واشترط على المشتري أن يعطي خمسمائة منها لآخر فإن هذا عند الشافعي يعتبر وكالة أو إحالة"⁶.

فهذا اشتراط صريح لمصلحة الغير، وهو بطبيعة الحال باطل عند الشافعي، ولكن الشافعي صحح التصرف على أساس اعتباره وكالة أو إحالة، وهذه صور

1- نهضة المحتاج، للزملي، ج3/ص456-459.

2- المرجع السابق، نفس الموضع.

3- المجموع شرح المهذب، أبي زكريا النووي، ج9/ص185.

4- معنى المحتاج، للشريفي، ج3/ص239.

5- المرجع السابق، ج3/ص428.

6- الأم، للشافعي، ج5/ص73.

صحيحة عند الشافعية، فهو حول الاشتراط لمصلحة الغير إلى وكالة، وبالتالي أصبحت المرأة هنا صاحبة الحق فيما اشترطته من مهر لأبيها أو أخيها وهما من الغير بالنسبة لعقد الزواج، وذلك كله رغم أن نيتها قد تكون منصرفاً إلى إيصال بعض المهر لأبيها أو أخيها كهبة وبذلك تكون نيتها بعيدة تماماً عن توكيل أبيها أو أخيها في قبض بعض المهر، إلا أن الشافعية لجأوا إلى ذلك لكي يصح العقد والشرط عندهم، وإذا اعتبرنا ما جاء به الشافعية صحيح، فإن هذا سيكون من باب الوكالة و الحوالة لمصلحة الغير فهو في هذه الحالة نوعاً من الاشتراط لمصلحة الغير¹.

وجاء في شرح النووي على صحيح مسلم: قال الشافعي: لا يجوز ذلك سواء قلت المساقاة أو كثرت ولا ينعقد البيع بواجبوا بالحديث السابق في النهي عن بيع الثياب، وبالحديث الآخر في النهي عن بيع وشرط، وأجابوا عن حديث جابر، بأنها قضية تنطرق إليها احتمالات، قالوا أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أراد أن يعطيه الثمن ولم يرد حقيقة البيع، قالوا ويحتمل أن الشرط لم يكن في نفس العقد فلا يضر، وإنما يضر الشرط إذا كان في نفس العقد ولعل الشرط كان سابقاً فلم يؤثر ثم تبرع -صلى الله عليه وسلم- بإركابه².

الحنابلة: لقد رفض بعض الحنابلة اشتراط نفع لأجنبي في عقد المضاربة، وعقد الشركة بصفة عامة، فذكر ابن قدامة من الحنابلة: "أنه إذا اشترط رب المال على المضارب جزءاً من الربح لغيرهما، فإن كان هذا الغير عبد أحدهما أو عبيدهما صح، وكان ذلك مشروطاً للسيد في الحقيقة، وإذا شرطاً هذا الشرط لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطاً عليه عملاً مع العامل صح وكانا عاملين وإن لم يشترطاً عليه عملاً لم تصح المضاربة، فمثل هذا الشرط عند الحنابلة فاسد يفسد به العقد، وعلل ابن قدامة الفساد بأنه يعود إلى الربح، لأنه شرط في الربح شرطاً لا يلزم فكان فاسداً بويرى ابن قدامة أن الحكم في سائر أنواع الشركات كالحكم في المضاربة"³.

¹ الاشتراط لمصلحة الغير، عجلان حسني، ص 144.

² شرح النووي على صحيح مسلم، ج 11، ص 30.

³ - المعنى، لابن قدامة، ج 5، ص 22.

وظاهر هذا التعليل أن الحنابلة يرون أن اشتراط نفع لأجنبي في العقد شرطا ينافي مقتضى العقد.

ولكن ابن قدامة يعود فيذكر تعليلا آخر لفسك الاشتراط نفع لأجنبي فيرجعه إلى جهالة الربح، فيقول: "إنه إذا اشترط رب المال جزءا من الربح لأجنبي فهذه شروط فاسدة، لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالكلية ومن شرط المضاربة كون الربح معلوما"¹.

وهذا التعليل الثاني لابن قدامة غير صحيح، لأن اشتراط ربح لأجنبي لا يؤدي إلى جهالة الربح، ولن يزيد الربح جهالة، لأن الأصل في الربح إنه مجهول وقت العقد، بل قد لا يوجد ربح بالكلية وقد توجد خسارة، ولذلك فإن رب المال يتفق مع المضارب على ما يشاء من النسب².

وقد ذكر ابن قدامة نفسه: "إجماع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يصطلحان عليه، فإذا اتفقا مثلا على أن ثلث الربح للغير والثلث الثاني لرب المال والثلث للمضارب فإن هذا الاتفاق لن يزيد الربح جهالة"³.

ومن ثم فإن هذا التعليل الثاني لابن قدامة غير منطقي، ولعله يقصد اشتراط قدر محدد من الربح مقدما⁴.

إلا أن الحنابلة قد أجازوا صراحة للاشتراط لمصلحة الغير وإن كانوا لم يلتفتوا إلى ما تحمله هذه الصور من معنى اشتراط نفع لأجنبي، كالسفتجة⁵، وهي تشبه ما يطلق عليه الآن الكمبيالة، وقد ذكر ابن قدامة: "كان عبد الله ابن الزبير⁶ يأخذ من قوم بمكة دراهم ثم يكتب لهم بها إلى مصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه فسئل عن ذلك عن ابن عباس فلم ير به بأسا وممن لم ير به بأسا ابن سيرين⁷، وقد عرف أحمد السفتجة: "بأنها اشتراط القضاء في بلد آخر"⁸، وواضح من فعل ابن

¹ المرجع السابق، ج 5/ص 41

² الاشتراط لمصلحة الغير، عمل حسني، ص 136.

³ المعنى، لابن قدامة، ج 5/ص 18

⁴ الاشتراط لمصلحة الغير، عمل حسني، ص 136

⁵ السفتجة: إن يدفع الشخص إلى تاجر مالا قرضا لينفعه إلى صديقه، وقلوا إنه ينفعه قرضا لا أمانة لتأمين خطر الطريق، وهل أيضا هي أن يقرض إنسانا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض لينتفد به سقوط خطر الطريق. حاشية ابن علقين، ج 5/ص 350.

⁶ يكنى أبا بكر أمه أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وهو أول مولود ولد المهاجرين بالمدينة بعد الهجرة، وإن أبو بكر الصديق في أخته وخنكة رسول الله صلى الله عليه وسلم بضمرة، صفوة الصفوة، لابن الجوزي، ج 1/ص 764.

⁷ المعنى، لابن قدامة، ج 4، ص 390

⁸ المرجع السابق، نفس الموضوع.

الزبير أن السفجة عبارة عن أمر بالنفع صادر من شخص لآخر في بلدة أخرى لمصلحة شخص ثالث هو حامل السفجة وهذا الأمر لا يستحق النفع إلا بعد الفترة من الزمن اللازمة للسفر بالسفجة من مكة إلى العراق بحامل السفجة (المنتفع) لا يقع عليها فهو من الغير بالنسبة للعلاقة بين الأمر (ابن الزبير) والمأمور (مصعب ابن الزبير¹)، وهذا اشتراط واضح لمصلحة الغير، أجازة بعض الحنابلة في رواية عن أحمد للحاجة، وذكر المبيحون من الحنابلة في المغني: " أن للوصي قرض مال اليتيم في بلد ليوفيه في بلد أخرى ليربح خطر الطريق والصحيح جوازه؛ لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما، والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضر فيها بل بمشروعيتها، ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه ولا في معنى المنصوص فوجب إيقاؤه على الإباحة،... ولو أراد رجل أن يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلاً على أن يدفعها إلى عياله فلا بأس²."

ولكن يجب أن يلاحظ هنا أن الحنابلة الذين أجازوا هاتين الصورتين للسفجة لم يجيزوها باعتبارها اشتراط لمصلحة الغير على الإطلاق وإنما أجازوها دون الالتفات إلى أنها تحتوى على اشتراط نفع لأجنبي، وعللوا الإجازة بالحاجة والمصلحة وبأن الشريعة لا ترد بتحريم المصالح، وإن كان يلاحظ من جهة أخرى أن هذا التعليل عام فهو يصلح تعليلاً لصحة الاشتراط لمصلحة الغير بصفة عامة للحاجة أيضاً³، وهذا ويلاحظ أن الكميالة في القانون تعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير⁴.

ولقد ساعد على وجود هذه الصور عند الحنابلة أنهم لم يأخذوا بحديث النهي عن بيع وشرط⁵، لأنه حديث ضعيف، ولا ريب أن هذا ساعد على وجود بعض صور الاشتراط لمصلحة الغير الجائزة في الفقه الحنبلي، وإن كانوا لم يصرحوا بأنها من قبيل اشتراط نفع لأجنبي عن العقد.

وإنه لمن الواضح أن الحنابلة يأخذون بالاشتراط لمصلحة الغير إذا كانت المصلحة المشترطة معلقة على شرط عمل الغير، أي لا بد أن تكون العلاقة غير

¹ هو مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير أبو عبد الله القرشي، كان من أجداد أهل زلفه سنة خمس وخمسين سنة أو كان يصلي في كل يوم وليلة ألف ركعة، سنة الصفوة، عند الرحمن أبو الفرج، ج 2 ص 176

² المغني، الأبن قدامة، ج 4، ص 390-394.

³ الاشتراط لمصلحة الغير، عشر حنفي، ص 133.

⁴ نظرية العقد، عبد الرزاق السنهوري، ص 888.

⁵ الحديث سبق تخريجه 37.

تبرعية بين المشتراط والغير وذلك واضح في حالة المضاربة¹، ولكنهم أجازوا صوراً تكون فيها العلاقة تبرعية بين المشتراط والغير كما في حالة القرض مع اشتراط الوفاء للعيال²، وبالتالي فهم يتوسعون في تصحيحهم للاشتراط لمصلحة الغير.

¹ المغني، لابن قدامة، ج 5/ص 18
²، المرجع السابق، ج 4، ص 394

المطلب الثالث

المبيحون للشروط المقترنة بالعقد التي تفيد الغير مطلقاً

المبيحون للشروط للغير حيث يجيزون كل شرط يفيد الغير سواء في عقود المعارضات أو غيرها وهم الحنابلة .

ولقد جاء ابن تيمية بأمثلة تعتبر اشتراطاً صريحاً لمصلحة الغير وأعتبرها صحيحة وأهم مثال هو: " أنه يجوز للمعتق أن يستثنى خدمة العبد مدة حياته أو حياة السيد أو غيرهما إبتاعاً لحديث سفينة لما اعتقته أم سلمة واشترطت عليه خدمة النبي صلى الله عليه وسلم ما عاش¹، " عن سفينة قال: كنت مملوكاً لأم سلمة ، فقالت :أعتقك واشترط عليك أن تخدم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ما عشت ، فقلت : إن لم تشرطي علي ما فارقت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عشت ، فاعتقتني واشترطت علي²، وفي هذا اشتراط صريح لمصلحة الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد وهو النبي -صلى الله عليه وسلم- ما عاش ، والمشترط هنا هو أم سلمة ، والمتعهد هو سفينة الذي تعهد بخدمة النبي -صلى الله عليه وسلم- ما عاش .

ولقد جاء في الفتاوى الكبرى: "والقياس المستقيم إن اشترط زيادة على مطلق العقد واشترط النقص جائز ما لم يمنع منه الشرع³، فإن اشترط على المشتري أن يعتق العبد أو يقف العين على البائع أو غيره ، أو يقضي بالعين ديناً عليه لمعين أو غير معين أو يشترط المشتري على البائع وفاء الدين الذي على البائع للغير من الثمن ، أو أن يصل به رحمة أو نحو ذلك هو اشتراط تصرف مقصود ، ومثله التبرع والمفروض والتطوع ، وأما التفريق بين العتق وغيره بما في العتق من الفضل الذي تشوفه الشارع فضعيف ، فإن بعض أنواع التبرعات أفضل منه فإن صلة ذي الرحم المحتاج أفضل من العتق كما نص عليه أحمد ، وأيضا فقد يكون المشروط على المشتري فعلاً ، كما لو كان عليه دين شه من زكاة أو كفارة أو نذر أو دين لأنمي فاشترط عليه تأديته وكان بنيته من ذلك المبيع أو اشترط المشتري على البائع وفاء الدين الذي عليه من الثمن ونحو ذلك فهذا يؤكد من اشترط العتق ، وبالتالي فإنه يجوز دائماً الإشتراط في العقود سواء أكان عتقاً أم تبرعاً أم وفاء دين للغير ، كما أنه

¹ الفتاوى الكبرى، لابن تيمية ، ج 3/ص 474.

² سنن أبي داود ، كتاب العتق ، باب العتق على الشرط ، ج 4 ، ص 22.

³ الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج 3/ص 497.

أجاز استثناء منفعة العقد للغير في جميع أنواع العقود، فيجوز للبائع أن يستثنى بعض منفعة المبيع كخدمة العبد وسكنى الدار ونحو ذلك إذا كانت تلك المنفعة مما يجوز استيقاؤها في ملك الغير¹.

وفي الفتاوى الكبرى أيضا: "يجوز لكل من أخرج عينا عن ملكه بمعاوضة كالبيع والخلع أو تبرع كالوقف والعتق أن يستثنى بعض منافعتها"².

ومن هذا يتبين لنا أن الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية يأخذون بالاشتراط لمصلحة الغير في جميع العقود والشروط دون تردد مادامت توافق أصول الشريعة ولا تخالف نصاً صريحاً من نصوصها.

الترجيح والاختيار:

بعد أن استعرضنا آراء الفقهاء في الشريعة الإسلامية وأدلتهم ومناقشتها ، وجدنا أنهم جميعاً يأخذون بالاشتراط لمصلحة الغير سواء أكان شرطاً مقترناً بالعقد أو عقداً مبرماً ابتداء لمصلحة الغير، وذلك من خلال تطبيقاتهم ومن خلال الأصول التي اعتمدوا عليها حيث أنهم يأخذون بالمصلحة والعرف والاستحسان ، وإن كانوا لم يصرحوا بذلك، والحنابلة يتوسعون في تصحيحهم للاشتراط لمصلحة الغير وعلى رأسهم ابن تيمية الذي يأخذ بالاشتراط لمصلحة الغير في جميع العقود دون تردد مادامت توافق أصول الشريعة ولا تخالف نصاً صريحاً من نصوصها ، وبذا يكون رأى الحنابلة في هذا الصدد معارضاً مع رأى الظاهرية، إلا أن هذا التعارض لا يصل إلى حد التناقض التام، فلا زال بين الرأيين قدر مشترك من الاتفاق على صحة الشرط الذي ورد النص في القرآن أو السنة بجوازه ، إذ قال الظاهرية بجواز عقد إجارة الظئر لورود نص صريح في القرآن بجوازه قال تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن³﴾.

وإذا نظرنا إلى الاشتراط لمصلحة الغير لوجدنا أنه في حقيقته ليس إلا اشتراط ما هو نافع شرعاً نفعاً محضاً لمن لم يكن طرفاً في العقد، بحيث ينعقد العقد دون حاجة إلى قبول الغير الذي ينتفع من هذا العقد نفعاً محضاً دون التزام من جهته، وما دام الفقه الإسلامي يتساهل كثيراً بالنسبة لاشتراط ما هو نافع نفعاً محضاً فما الذي يمنع

¹ الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، ج3، ص497.

² المرجع السابق، ص492.

³ سورة الطلاق، من الآية (6).

الفقهاء من قبول فكرة الاشتراط لمصلحة الغير ، وهو أمر نافع نفعاً محضاً دائماً ، فضلاً عن ذلك فلقد جاءت الشريعة الإسلامية تحث على إيصال المصالح للغير نون أي رابطة سابقة بين الملتزم والغير ، مثل الزكاة ، وهذه هي نفس فكرة الاشتراط لمصلحة الغير في العقود ، ولا ريب أن الشريعة التي تقرر مثل هذا تكون أولى الشرائع بتقرير فكرة الاشتراط لمصلحة الغير الأجنبي عن العقد مادام لا يوجد نص خاص يمنع ذلك¹ .

ويتميز الاشتراط لمصلحة الغير عند فقهاء الشريعة الإسلامية بخاصية فريدة فيها خروج واضح على العقود المألوفة في العقود التي تقرر أن أثر العقد لا ينصرف أصلاً لغير طرفيه ، فلا يستفيد من العقد إلا العاقد وحده ، ولكن الاشتراط لمصلحة الغير يتميز بأنه يجعل غير العاقد يستفيد من العقد .

رأي القانونيين:

لم يعرف التشريع الوضعي نظام الاشتراط لمصلحة الغير ، إلا في القرن العشرين ، حيث أن القانون الروماني في بداية نشأته لم يعرف نظام الاشتراط لمصلحة الغير ، فالعاقد في هذا القانون لا يمكن أن ينشئ حقاً للغير² ، وقد ذكرت مجموعة القوانين لجوستينيان في هذا الصدد ما يأتي: " حيث إنك لا تريد أن تملك نفسك فإنك لا تستطيع أن تملك غيرك"³ ، ومن أجل ذلك لم يعرف القانون الروماني أيضاً نظرية النيابة في التعاقد إلا بعد تطور طويل تحت ضغط الحاجات العملية⁴ .

ولقد اصطنع القانون الروماني في تطوره بصعوبات عملية بالنسبة للمدين الذي يبيع عيناً ويريد أن يشترط على المشتري أن يدفع الثمن لدائنه سداداً للمدين لاشك في أن له مصلحة مادية ، وكذلك بالنسبة للابن الذي يريد أن يجعل ثمن ما باعه يراداً مرتباً يدفع لأبيه ما دام حياً فالبايع له مصلحة مادية والابن له مصلحة أدبية ، فلجأ الرومان إلى التحايل بأن جعلوا المشتراط لمصلحة الغير ينص في العقد على حق شخصي له بصفته متعاقدًا بأن يشترط على المتعهد شرطاً جزائياً يطالب

¹ . الاشتراط لمصلحة الغير . مجلس حسني ، ص 249-253 .

² الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، عبد الرزاق احمد السنيهوري ، ج 1 / ص 566 . نظرية العقد ، عبد الرزاق احمد السنيهوري ، ص 878 .

³ مبادئ القانون الروماني ، محمد عبد المنعم بدر بك - عبد المنعم ائبد راوي ، ص 532 .

⁴ نظرية العقد ، د. عبد الرزاق احمد السنيهوري ، ص 878 . نظرية العقد في القوانين العربية ، د. عبد المنعم فرج الصده ، ص 556 .

بمقتضاه المتعهد إذا لم يتم بما تعهد به لمصلحة المنتفع، ولما عم الالتجاء إلى وضع هذا الشرط الجزائي في العقود اعتبره الرومان شرطا مفروضا في العقد دون حاجة إلى النص عليه، فكان ذلك وسيلة لإجبار المتعهد على الوفاء بحق الغير، فأصبح للمشترط دعوى تمويض إذا لم يتم المتعهد بتنفيذ التزامه لمصلحة الغير وذلك دون حاجة لوضع شرط جزائي، ولكن كان على المشترط أن يثبت أن له مصلحة مادية أو أدبية من الاشتراط، ولكن لم يكن حتى هذا الحين للمنتفع حقا مباشرا قبل المتعهد فلم يكن يستطيع أن يرفع الدعوى ضد المتعهد ليطالبه بالمصلحة المشترطة له¹.

وفي مرحلة تالية أصبح للمنتفع حقا مباشرا يكسبه من العقد، ولكن هذا الحق كان ضعيفا؛ لأنه لم يكن للمنتفع أن يطالب به في صورة دعوى بل في صورة دفع، وهذا بطبيعة الحال يجعل من العسير على المنتفع الوصول إلى حقه في جميع الحالات لأنه لا يستطيع المطالبة بحقه إلا إذا كانت هناك دعوى مرفوعة ضده بخصوص ممارسته فعلا لحقه في المصلحة المشترطة له، وهذا أمر لا يتأتى إلا في حالات نادرة، وفي هذه الحالة ينفع المنتفع الدعوى المرفوعة ضده من المتعهد بحقه في الاشتراط للغير².

وفي مرحلة أخرى أصبح للمنتفع الحق في رفع دعوى ضد المتعهد للمطالبة بحقه، ولكن في حالات استثنائية محدودة وهذه الحالات هي الهيئة المقترنة باشتراط شيء على الموهوب له لمصلحة الغير، واشتراط المورث حقا لمصلحة ورثته، وفي عقد الوديعة والعارية يشترط فيهما المودع والمعير على المودع لديه والمستعير أن يسلم العين للمنتفع بعد انتهاء المدة المقررة في العقد، وفي عقد المهر يشترط المتعاقد على المتعهد أن يعطي مهرا للغير، وفي عقد رهن الحيازة يشترط الدائن المرتهن على مشتري العين المرهونة منه استيفاء لحقه أن يرد العين إلى المدين الراهن إذا رد إليه الثمن، وظلت هذه الحالات المحدودة تعتبر استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد لا ينشئ حقا للغير³.

¹ مبادئ القانون الروماني، محمد عبد المنعم بدر بك - عبد المنعم البديراوي، ص 532، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المنهوري، ج 1/ ص 566، نظرية العقد، المنهوري، ص 878.

² الوسيط، مرجع سابق، ج 1/ ص 566، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 880.

³ مبادئ القانون الروماني، مرجع سابق، ص 534، الوسيط، مرجع سابق، ج 1/ ص 567، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 881.

وانتقلت القاعدة العامة واستثناءاتها إلى القانون الفرنسي القديم، وأضيف إلى هذه الاستثناءات استثناء آخر وهو خاص باشتراط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لشخص ثالث فإنه كان للغير في القانون الروماني دفعا قبل المتعهد، ولم يكن له دعوى فأعطى له في القانون الفرنسي القديم - في هذه الحالة وحدها مع الحالات الأخرى الاستثنائية أنفة الذكر - الحق في مطالبة المتعهد مباشرة عن طريق الدعوى بدلا من الدفع¹.

وفي القانون الفرنسي الحالي نجد أن المشرع الفرنسي يرى أنه لا يجوز للمتعاقد أن يشترط باسمه إلا لنفسه، ثم استثنى حالتين من حكم هذه القاعدة، وهما حالة ما إذا وهب المشترط شيئا للمتعهد و اشترط عليه في مقابل ذلك حقا لغير المتعاقد، وهذه الحالة قد عرفها كل من القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، والحالة الثانية: هي أن يشترط المتعاقد في عقد معاوضة شرطا لنفسه ويشترط معه شرطا لأجنبي عن العقد².

وهنا نجد كما يذكر السنهاوري أن القانون الفرنسي قد وسع من جهة وضيق من جهة أخرى وذلك بالنسبة للقانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، فهو قد أباح مبدأ الاشتراط لمصلحة الغير في جميع عقود المعاوضات، والهيئة بعوض، ولم يجعله قاصرا على بعض العقود، ولكنه ضيق المبدأ من جهة أخرى إذا أصبح لا يجوز للمتعاقد أن يشترط لأجنبي نفعاً ما لم يشترط شيئا لنفسه³.

وجاء القانون المصري القديم مقلدا للقانون الفرنسي، فقد جاء فيه أنه لا تترتب على المشاركات منفعة لغير عاقدتها إلا لمدين العاقد، فإنه يجوز لهم بمقتضى مالهم من الحق على عموم أموال مدينهم أن يقيموا باسمه الدعوى التي تنشأ من مشاركاته أو أي نوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه. فظاهر هنا أن القانون المصري القديم قد نقل القاعدة الخاصة بنسبية آثار العقد عن القانون الفرنسي ولم يستثن القانون من هذه القاعدة إلا الدعوى غير المباشرة⁴.

¹ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، السنهاوري، ج 1/ ص 567.

² مبادئ القانون الروماني، محمد عبد المنعم بديك، عبد المنعم الدواوي، ص 534. نظرية العقد، السنهاوري، ص 882.

³ الوسيط، مرجع سابق، ج 1/ ص 567.

⁴ - نظرية العقد، عبد الرزاق أحمد السنهاوري، ص 886.

وجاء بعد ذلك القانون المصري الحالي، وقد نص المشرع المصري في المادة (152) مدني، ويقابلها نص المادة (154) مدني لبيبي على أنه " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا"، ونص أيضا في المادة (154) فقرة (1) مدني مصري ويقابلها نص المادة (156) فقرة (1) مدني لبيبي على أنه "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية"، وبذلك ألغى القانون القيود التي كانت تحيط بالقاعدة في القانون المصري القديم، ولم يستبق إلا القيد الخاص بوجود مصلحة شخصية للمشرط، و أجاز المشرع المصري للمشرط أن يشترط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص غير موجود¹.

حيث نص في المادة (156) مدني مصري ويقابلها نص المادة (158) مدني لبيبي على أنه: " يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينها مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشاركة".

وطبق القانونان المصري والليبي قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على عقد التأمين فنص المشرع المصري في المادة (747) مدني، ويقابلها نص المادة (747) مدني لبيبي على أنه: " التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه ...".

ومن هذا يتضح أن القانون الوضعي يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير الشروط المقارنة وعقود الاشتراط المحضة لمصلحة الغير لأنه من الواضح أن عقد التأمين لصالح الغير إنما هو عقد اشتراط محض ينصب لمصلحة الغير.

ومن كل ما سبق يتضح لنا أن سبب تأخر ظهور فكرة الاشتراط لمصلحة الغير في التشريع الوضعي، بأنها تتناقض مع قاعدة رومانية عتيقة يأخذ بها التشريع الوضعي للآن، وهي أن العقود لا تفيد غير عاقدتها، ولا يزال شراح القانون الوضعي إلى الآن متحيرين في تأصيل اشتراط لمصلحة الغير، وفي هذا يقول السنهوري: " والواقع من الأمر أن الفقهاء يناقضون أنفسهم عندما يقررون أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتفق مع القاعدة القديمة التي كانت تقضي بأن العقد لا

¹ - الوسيط في شرح القانون المصري الجديد، السنهوري، ج 1/ ص 569.

ينشئ حقاً للغير، ثم إذا وصلوا إلى هذا المكان الذي يبحثون فيه عن مصدر حق المنتفع نسوا ما قرروه من قبل، وحاولوا أن يخضعوا حق المنتفع لهذه القاعدة القديمة ذاتها التي سبق لهم أن أنكروها! ، فلا يجرو فقيه على أن يرجع هذا الحق إلى عقد الإشرط خوفاً من أن يصطدم بهذه القاعدة¹.

ولقد قرر السنهوري أن القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير قاعدة عتيقة بالية، ورشأها عن القانون الروماني، وأنا نستبقها الآن اسماً لا فعلاً، وأنا نخرج عليها كلما اقتضى تقدم المعاملات ذلك، ومن ثم فليس في المنطق القانوني ما يمنع من أن يتفق شخصان على إنشاء حق لثالث أو توليد التزام في ذمته، وليس هذا معناه أن هذا الشخص الثالث يصبح صاحب الحق أو المدين بالالتزام، ولو لم يرض بذلك، فقبوله ضروري في الحالتين حتى لا يكون دائناً أو مديناً بالرغم من إرادته، ولكنه إذا قبل فيعتبر الحق الذي كسبه أو الالتزام الذي تعلق في ذمته قد نشأ من نفس العقد الذي لم يكن طرفاً فيه، ويرى السنهوري أن الوقت لم يحن بعد بالنسبة لإنشاء التزام في ذمة الغير (المتعهد عن الغير) لكن التطور قد يأتي به².

ولقد أصاب السنهوري حينما وصف فقهاء القانون بالتناقض حيال فكرة الإشرط لمصلحة الغير، لأنهم لا يزالون مشدودين إلى القاعدة الرومانية التي تقيّد أن العقود لا ينصرف أثرها إلى الغير، وفي رأبي أنه كان من الواجب عليهم أن يعترفوا بأن الإشرط لمصلحة الغير خروج على القاعدة العامة التي يعترفونها، وأن هذا الخروج تبرره حاجة الناس في التعامل³.

وهذا الرأي الأخير لا يمثل الواقع القانوني حتى يومنا هذا، لأن القانون المدني المصري والقانون المدني الليبي وهما من التشريعات الحديثة قد أخذاً بهذه القاعدة الرومانية البالية، فنص المشرع المصري في المادة (145) مدني مصري ويقابلها نص المادة (145) مدني ليبي على أنه: " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام بون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام "

¹ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، السنهوري ، ج 1/ ص 583.

² نظرية العقد ، السنهوري ، ص 864- ص 871.

³ الإشرط لمصلحة الغير ، عباس حسني ، ص 265.

فالأصل في التشريع الحديث إلى الآن هو أن أثر العقد ينصرف إلى العاقدين فقط والخلف العام وهم ورثة المتعاقدين¹.

ويضاف إلى هذا أن التشريع الحديث لا يعرف الإرادة المنفردة كمصدر منسئ للالتزام وهذا على عكس الحال في الشريعة الإسلامية فكثيرا ما يطلق الفقهاء كلمة عقد على ما يتم بإرادة منفردة، وقد أطلق ابن تيمية كلمة عقد على العتق والوقف²، وهما يتمان بإرادة منفردة، وإنما عرفها في صورة محدودة وردت على سبيل الاستثناء، وذلك كحالة الوعد بجائزة، فقد نص المشرع المصري في المادة (162) فقرة (1) مدني، ويقابلها نص المادة (164) مدني ليبي على أنه: "من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزام بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها"، والإيجاب الملزم فقد نص المشرع المصري في المادة (93) فقرة (1) مدني، ويقابلها نص المادة (93) فقرة (1) مدني ليبي، على أنه "إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد".

ويرى السنيوري أن الإرادة المنفردة لا يمكن اعتبارها مصدرا للالتزام في القانون المدني المصري الحالي، وإنما هي تدخل تحت الالتزامات التي مصدرها القانون، فلا يجوز اعتبارها إلا في الحالات التي نص عليها القانون فقط، وذلك رغم أن القانون قد نص صراحة على الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام، ولكن وجود هذا العنوان حاليا في القانون خطأ وقعت فيه لجنة مراجعة القانون المدني وما تلاها من هيئات، لأن المادة التي كانت تنص على الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام حذفها لجنة المراجعة، وفاتها أن تحذف العنوان ومن ثم فإن هذا العنوان إنما هو من قبيل اللغو الذي لا يؤبه له³.

ولو كان التشريع الحديث قد اعتبر الإرادة المنفردة عقدا، لكان من اليسير علينا أن نسلم مع السنيوري بأن القاعدة الرومانية أنفة الذكر أصبحت قاعدة بالية

¹ الوافي في شرح القانون المدني، سليمان مرقدن، ج 2/ ص 572.

² الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، ج 3/ ص 406.

³ الوسيط في شرح القانون المدني الحديث، السنيوري، ج 1/ ص 1292، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 2/ ص 338.

لأن عقد الإرادة المنفردة بطبيعته لا يولد آثاراً إلا بالنسبة للغير الذي لم يكن طرفاً في العقد وهذا شيء لا يعترف به التشريع الحديث إلى الآن.

ولقد سبق وأوضحنا أن الإرادة المنفردة المذكورة في التشريعين المصري والليبي ، ما هي في الحقيقة إلا نص القانون مباشرة، أي أن الإرادة المنفردة لا تملك إنشاء التزام بصفة عامة، وإنما تملك ذلك بصفة خاصة في الحالات التي ينص عليها القانون فقط، فالقانون لا زال متأثراً بالقاعدة الرومانية البالية، وليس كما زعم السنهوري، فالمنطق القانوني والقواعد العامة في التشريع الحديث تأبى فكرة الإلزام لمصلحة الغير ما لم يوجد نص خاص ينص صراحة على هذه الفكرة، فالإلزام لمصلحة الغير لا يزال في نظري خروجاً على القواعد العامة للتشريع الحديث وهذا الخروج تقتضيه حاجة الناس في التعامل، فحاجة الناس في رأيي هي التأسيس الصحيح للإلزام لمصلحة الغير في القانون ، لأن هذا الإلزام لا يزال يخالف القواعد العامة للقانون حتى الآن.

هذا ويلاحظ أيضاً أن التشريع الحديث لا تتعد في الهبة إلا بإرادة الطرفين، فهو لا يعرف أبداً الهبة بالإرادة المنفردة ، حيث نص المشرع المصري في المادة (487) فقرة (1) مدني، ويقابلها نص المادة (476) فقرة (1) مدني ليبي على أنه : " لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه "، وهذا أيضاً أثر من آثار خضوع القانون للقاعدة الرومانية البالية ، بل أن الهبة المباشرة لا تتعد إلا بورقة رسمية ، حيث نص المشرع المصري في المادة (488) فقرة (1) مدني ، ويقابلها نص المادة (477) فقرة (1) مدني ليبي على أنه : " تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر " ، وهذا أيضاً أثر من آثار خضوع القانون للقاعدة الرومانية، و إذا كانت الهبة غير مباشرة فإن القانون يتخفف فيها من الرسمية، ولكن لا بد من القبول دائماً، والذي يهمنا هنا أن القاعدة العامة في التبرع المنشئ للحق تشترط الإيجاب والقبول، وهذا مخالف لقاعدة الإلزام لمصلحة الغير التي تقوم على انعقاد التبرع الحاصل من المشترط إلى الغير الموهوب له دون حاجة إلى قبول هذا الغير، وفي هذا خروج على القواعد العامة للقانون، ويخرج الإلزام لمصلحة الغير على القواعد العامة من ناحية أخرى أيضاً ، حيث نص المشرع المصري في المادة (147) فقرة (1) مدني ، ويقابلها نص المادة (147) فقرة (1) مدني ليبي ،

على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ...".

و قد خرج القانون في الاشتراط لمصلحة الغير على هذه القاعدة العامة إذ نص المشرع المصري في المادة (155) مدني ،ويقابلها نص المادة (157) مدني ليبي على أنه: "1- يجوز للمشترط... أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها ، ما لم يكن مخالفا لما يقتضيه العقد. 2-.... وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة".

وفي هذا خروج واضح على القواعد العامة، لأن العقد أبرم بين المشترط والمتعهد لمصلحة شخص معين، والقاعدة العامة في العقود تقضي بعدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين وهما هنا المشترط والمتعهد معا، ومن هذا كله يتضح لنا أنه ليس صحيحا ما ذكره السنهوري من أن القواعد العامة في القانون لا تمنع الاشتراط لمصلحة الغير، والقواعد العامة في التشريع الحديث لا زالت تأبى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير ما لم ينص عليها صراحة في القانون ،ومن هذا كله يبين لنا أن التأصيل الفقهي الصحيح للاشتراط لمصلحة الغير في القانون يقف عند حاجة الناس إلى هذا النظام، فهذه الحاجة وحدها التي تبرر الخروج على القواعد العامة في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، ومن ثم فإنه لولا النص صراحة على نظام الاشتراط لمصلحة الغير لما أمكن التسليم بهذا النظام في القانون الوضعي¹.

¹ الاشتراط لمصلحة الغير ، عباس حسني ،ص 266-268.

الفصل الثالث

شروط وآثار الاشتراط لمصلحة الغير وحقوقه

وسيكون تناولي لهذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: شروط الاشتراط لمصلحة الغير.

المبحث الثاني: آثار الاشتراط لمصلحة الغير وحقوقه.

المبحث الأول شروط الاشتراط لمصلحة الغير

المطلب الأول:

الشروط المتعلقة بأطراف الاشتراط لمصلحة الغير.

يتميز الاشتراط لمصلحة الغير في الشريعة الإسلامية بالمرونة، فلا يلزم وجود ثلاثة أشخاص مشروط ومتعهد ومنتفع بل يكفي وجود شخصين فقط : المشروط والمنتفع الأجنبي عن العقد، وهذا واضح في حالة العقد بالإرادة المنفردة، فالمشروط هو نفسه المتعهد فهو يجمع بين الصفتين، لأنه ألزم نفسه بإرادته المنفردة لمصلحة الغير المنتفع الذي هو أجنبي عن العقد بالإرادة المنفردة، فالواقف يلزم نفسه بأن يخرج من ماله ما حدده لمصلحة المستحقين في الوقف، وهم ليسوا أطرافا في العقد، بل أن منهم من لا يكون موجودا حين إبرام العقد، وهم ذرية المستحقين الذين يخلقون بعد إنشاء الوقف والذين نص الواقف على استحقاقهم، وظاهر أن سبب عدم استلزام وجود الغير المنتفع وقت إبرام العقد إنما يرجع إلى أن هذا الغير ليس طرفا في إبرام العقد¹.

والوقف إنما هو اشتراط محض لمصلحة الغير، لأن الموقوف عليه ليس طرفا في عقد الوقف، ومع هذا ينتقل إليه بموجب الوقف مصلحة محققة تتمثل في ريع الوقف أي منفعته².

والموصي يلزم نفسه بأن يؤخذ من ماله بعد وفاته في حدود ثلث التركة ويعطى للموصى له، و يلاحظ أن الورثة هنا ليسوا متعهدين لأنهم ليسوا طرفا في عقد الوصية، وإنما الوصية تسري عليهم بقوة النص الشرعي، وإذا كان الموصى له يقاضيهم لياخذ حقه، فإنما يقاضيهم بصفاتهم ممثلين للتركة التي يمكن اعتبارها شخصا حكما مؤقتا لحين تصفيتها، والتركة هي ما بقي من ذمة المتوفى بعد ما خربت بالموت، ولذلك فإن إلزام الموصي نفسه بعد الموت يقع حتما على تركته، وإذا عين للتركة مصف فإن الموصى له يقاضيه و لا شأن له بالورثة³.

¹ الاشتراط لمصلحة الغير . عمل حسني ص 280.

² مرجع سابق . عمل حسني ص 197.

³ مرجع سابق ، عمل حسني ص 280.

ولما كانت الوصية تتم بإرادة الموصي المنفردة وتترتب عليها مصلحة الغير الذي لم يكن طرفاً في عقد الوصية، فإن هذا يعتبر ولا ريب اشتراطاً صريحاً لمصلحة الغير، إلا أن هذا الاشتراط يتميز عن غيره بما يأتي:

أولاً: هو اشتراط معرض للتبعض، لأن ما زاد على ثلث التركة موقوف على إجازة الورثة¹.

ثانياً: هو اشتراط معلق إنهاؤه على شرط، لأن غالبية الفقهاء يرون أنه إذا مات الموصي له قبل الموصي بطلت الوصية، وهذا شرط غير محقق الحصول معلق عليه انتهاء الوصية، لأنه إنهاءها معلق على موت الموصي له².

ثالثاً: هو اشتراط غير لازم فيجوز للموصي أن يرجع في وصيته وينهي هذا الاشتراط³.

رابعاً: اشتراط مؤجل بطبيعته فلا يكون إلا بعد موت الموصي⁴.

خامساً: هو اشتراط معلق حصوله على شرط عدم وجود دين يستغرق كل التركة، لأن الدين مقدم على الوصية⁵.

وأما أطراف الاشتراط عند القانونيين فهم ثلاثة دائماً، المشتراط والمتعهد والغير المنتفع، والمشتراط دائماً شخص آخر غير المتعهد⁶.

فقد نص المشرع المصري في المادة (154)، فقرة (1) ويقابلها نص المادة (156)، فقرة (1) مدني ليبي على أنه: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير... والتعاقد عند القانونيين لا يكون إلا بين شخصين على الأقل،⁷.

فقد نص المشرع المصري في المادة (89) مدني، ويقابلها نص المادة (89) مدني ليبي على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ...".

¹ المصري، لابن قدامة، ج6، ص62.

² المرجع السابق، ج6، ص67.

³ المرجع السابق، ج6، ص97.

⁴ المرجع السابق، ج6، ص100-101.

⁵ المرجع السابق، ج6، ص112.

⁶ نظرية العقد، المنهوي، ص898.

⁷ المرجع السابق، نفس الموضع.

يتضح من هذا أن وجود الإرادة أمر ضروري لكل تصرف قانوني، ويجب كذلك أن توجد إرادة أخرى مطابقة للإرادة الأولى حين يقوم العقد¹.

ونبحث فيما يلي الشروط الواجب توافرها في أطراف الإشتراط لمصلحة الغير:

أ- أن يتعاقد المشتراط مع المتعهد باسمه لا باسم المشتراط له : فالمنتفع ليس طرفاً في العقد، وإن كان طرفاً في موضوع الإشتراط لمصلحة الغير، إلا إنه ليس طرفاً في العقد الذي احتوى على الإشتراط لمصلحته ، وإنما هو منتفع بالعقد، وليس عاقداً، فهو طرف غير عاقد ، وهذا الشرط يميز الإشتراط للغير عن النيابة في التعاقد، فالنائب الشرعي أو الإتفاقي أو القضائي ، يتعاقد بصفته نائباً عن الأصل، فالأصيل طرف في العقد ، وإن كان النائب هو الذي يباشر العقد نيابة عنه، ولكن المشتراط لا يباشر العقد فحسب بل هو العاقد نفسه دون المنتفع ، وقد يكون هو العاقد الوحيد إذا كان العقد بإرادته المنفردة ، وإذا كان العقد من طرفين فالمتعهد هو العاقد الآخر².

وعقد الإشتراط للغير الأصل فيه إنه نافذ دون حاجة إلى إجازة الغير بعكس الحال بالنسبة للفضولي، فإن العقد الذي يبرمه يتعهد موقفاً على إجازة صاحب الشأن، لأن الفضولي وإن لم يكن وكيلًا إلا إنه يتعاقد لمصلحة رب العمل ولحسابه ، فمآل العقد هو أن يكون رب العمل هو العاقد في النهاية ، ففي النيابة يكون الأصل هو العاقد منذ البداية، وفي الفضالة صاحب الشأن لابد أن يكون هو العاقد في النهاية، أما في الإشتراط للغير فإن الغير ليس عاقداً لا في البداية ولا في النهاية، فهو مجرد منتفع بصفة مباشرة من عقد لم يكن مباشراً له³.

والذي نلاحظه من كل هذا أن جمهور الفقهاء ، يشترطون كي يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير، أو بعبارة أخرى كي تكون هناك تعدية لأثار العقد ، إلى شخص أجنبي عنه حقيقة، أن يتعاقد المشتراط باسمه لا باسم المشتراط له، مثال ذلك عقد الصلح من الأجنبي "إذا قال شخص للمدعي : أصالحك من دعواك هذه على فلان بألف درهم على أني ضامن لك هذه الألف أو علي هذه الألف ، وإنما كان هكذا لأن التبرع بإسقاط الدين، بأن يقضى دين غيره بغير إننه صحيح، والتبرع بإسقاط

¹ النظرية العامة للتزام بمحمد البديوي، ص 48.

² الإشتراط لمصلحة الغير ، عشر حسن، ص 281.

³ المرجع السابق، ص 282.

الخصومة عن غيره صحيح، والصلح عن إقرار إسقاط للدين، والصلح عن إنكار إسقاط للخصومة فيجوز كيفما كان¹.

وهذه النصوص تدل على أن الحنفية يصححون العقد المبرم ابتداء للغير إذا كان وجه الفائدة سلبياً، أي إسقاط سواء كان إسقاط دين أو خصومة، فالغير هنا يستفيد من هذا الإشرط².

إذ لو تعاقد المشتراط باسم المشتراط له لا باسمه فلا يخلو إما أن يكون نائباً عنه وكذا كان أو ولياً أو وصياً أو قيمياً أو فضولياً ليست له صفة النيابة، وفي حالة النيابة يكون المتعاقد الحقيقي هو شخص المشتراط له، لا المشتراط فيكون العقد للأصيل، وفي حالة الفضالة، يتعد تصرف الفضولي موقفاً على إجازة المشتراط له، ولقد حدد السمرقندي دائرة الإشرط لمصلحة الغير، وميزها عن دائرة الفضول، فجعل مناط ذلك إضافة العقد لنفسه، أي للمشتراط نفسه أو للغير، دون أن تكون لديه صفة النيابة، حيث جاء في تحفة الفقهاء: "يصح بأن قال: أصلحك من دعواك هذا مع فلان على ألف درهم أو على عبد وسط، فإن هذا الصلح موقوف على إجازة المدعى عليه، فإن أجاز يصح ويجب المال عليه دون المصالح، لأن الإجازة بمنزلة ابتداء التوكيل والحكم في التوكيل كذلك، وإن لم يجز يبطل الصلح لأنه لا يجب المال والمدعى به لا يسقط"³.

الذي نلاحظه هنا أن جمهور الفقهاء يتفقون مع القانونيين، في أنه يجب أن يتعاقد المشتراط باسمه لا باسم الغير المنتفع، أي أن الغير ليس طرفاً في العقد على الإطلاق بل هو أجنبي بالنسبة له، ويقول السنهوري⁴ في هذا: "حتى يكون هناك إشرط لمصلحة الغير يجب أن يتعاقد المشتراط مع المتعهد باسمه الشخصي لا بصفته نائباً عن المنتفع، ولو تعاقده المشتراط بصفته نائباً فإن المتعاقد في هذه الحالة إنما يكون هو المنتفع لأنه هو الأصيل، فالإشرط لمصلحة الغير يختلف عن النيابة، لأن المشتراط لا يتوب عن المنتفع لا نيابة قانونية ولا نيابة اتفاقية، وإنما هو يتعاقد

¹ تحفة الفقهاء، للسمرقندي، ج 3/ص 257.

² الإشرط لمصلحة الغير في الفقه العربي والفقه الإسلامي، سدي إسمايل البر زنجي، رسالة ماجستير، مطبعة ربه زين، سلطانية العراق، 1974، ص 308.

³ تحفة الفقهاء، للسمرقندي، ج 3/ص 257.

⁴ نظرية العقد، عبد الرزاق السنهوري، ص 898-899.

باسمه لمصلحة المنتفع ، والمشترط لمصلحة الغير يتعاقد باسمه ، وليس كالفضولي يتعاقد باسم رب العمل * .

فقد نص المشرع المصري في المادة (154)، فقرة (1) مدني ، ويقابلها نص المادة (156)، فقرة (1)، مدني لبيي على أنه: * يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ... * .

وهذا ما يميز فكرة الاشتراط عند جمهور الفقهاء والقانونيين، فإن لم يوجد مثل هذا الشرط، وهو أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع، فلا وجود للاشتراط لمصلحة الغير، أو بعبارة أخرى يكون المنتفع أجنبياً عن العقد المبرم بين المشتري والمتعهد وليس مساهماً فيه بأي شكل من الأشكال ، فيجب أن لا يكون عاقداً أصالة أو بالنيابة، وإلا فليس هناك اشتراط لمصلحة الغير¹.

ب- أهلية² المشتري والمتعهد والغير: يشترط في كل من المشتري والمتعهد أهلية الأداء اللازمة للعقد الذي يبرمونه، فإن كان العقد ينطوي على تبرع للغير فيشترط في المتبرع المشتري، أهلية التبرع، أي أهلية الأداء، وإذا كان العقد من العقود الدائرة بين النفع والضرر، والمصلحة المشترطة للغير تدخل ضمن هذه العقود، فيكفي أهلية التصرف اللازمة لهذه العقود، أي يجوز أن يكون المشتري صبياً قد أذن له وليه في التصرف، وإن لم يكن ماذوناً له فتصرفه يقع موقوفاً على إذن وليه على رأي الحنفية وعند الحنابلة أيضاً على إحدى روايتين.

فقد جاء في الفتاوى الهندية: " الصبي إن كان يعقل البيع والشراء، فإذا تصرف، فالولي إن رأى المصلحة فيه أجازها، وإذا أذن لمتل هذا الصبي بالتصرف نفذ تصرفه وسواء كان فيه غبن أو لم يكن"³.

وجاء في المغني: "المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة من المفسدة، ومضى أذن له وليه فتصرف صح تصرفه"⁴، هذا ويبدو لأول وهلة صعوبة

¹ الاشتراط لمصلحة الغير، سحدي إسماعيل، ص 61.

² - الأهلية: معناها في اللغة: الأهل، وتقول فلان أهل لكذا، ومعناها في الاصطلاح: صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تكلمه حقوق لغيره. ونشأت له حقوق قبل غيره، وصالحاً لأن يلتزم بهذه الحقوق، فأهلية الزوج إن هي صلاحية الشخص لأن تثبت له أو عليه الحقوق المتروعة، وأهلية الأداء تتضمن فوق ما تقدم صلاحية الشخص للمعاملة واستعمال الحقوق الثابتة له والتصرف فيها. وعند القانونيين تنقسم الأهلية إلى أهلية وجوب وأهلية أداء، وأهلية الزوج عندهم هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه على وجه يستد به شرعاً والتي تكسبه حقوقاً أو تحمله بالتزامات. الملكية ونظرية العقد، محمد أبو زهرة، ص 261، النظرية العامة للالتزام، محمد علي البدوي، ص 100، مختار الصحاح، الرازي، ص 13.

³ الفتاوى الهندية، نظام وجماعة من علماء الهند، ج 5، دار الفكر، 1411هـ، ص 54.

⁴ المغني، لابن قدامة، ج 4، ص 302.

تصور أن يكون المشترط صبياً مأنونا له، ولكن هذا متصور في حالة ما إذا كانت العلاقة بين المشترط والمنفع غير تبرعية، كأن يشتري الصبي شيئاً ويشترط على البائع أن يدفع الثمن لبائع آخر اشترى منه الصبي شيئاً آخر، وأما المنفع فلا يشترط فيه أهلية أصلاً، حيث أن حق المشترط له ينشأ عند جمهور الفقهاء منذ العقد، وإن تدخل المشترط له غير مطلوب لنشوء حقه، لذا فلا مجال للبحث عن توافر أهلية الأداء لديه²، فقد ورد في المجموع أنه ينشأ حالاً ومنذ العقد إذ جاء فيه:

"لو اشترى جارية حاملاً بشرط العتق فولدت ثم أعتقها فهل يتبعها الولد؟ فيه وجهان، الأصح لا يتبعها، وهما مبنيان على أن الحمل هل له حكم أم لا؟ والأصح أن له حكماً فلا يتبعها"³، ففي هذا المثال نرى إنه أعتقها بعد الولادة، فلو لم يكن حقها ناشئاً منذ العقد وقبل حصول العتق فعلاً لما ناقش الفقهاء مسألة: هل للحمل حكم خاص؟ لأنها ولدت قبل حصول العتق فعلاً، فلم يكن وقت العتق في بطن أمه⁴، ولكن يجب أن تتوافر لديه أهلية الوجوب، ذلك لأن هذه الأهلية مطلوبة لمن يكتسب حقاً، وأهلية الوجوب كما هو معلوم تنور مع الشخصية وجوداً وعدماً⁵ وهذا أمر منطقي ينسجم مع القول بأنه ليس بمتعاقد بل يجوز ألا يكون موجوداً أو معيناً عند التعاقد⁶، ففي حالة استئجار الدار ليصلى فيها، المشترط له هو كل مسلم، ومن ولد بعد إبرام العقد من المسلمين يحق له الصلاة في تلك الدار، فيعتبر الاشتراط في هذه الحالة مقصوداً لمصلحة موجودين وغير موجودين⁷، حيث أجاز بعض الفقهاء استئجار الدار ليصلى فيها.

جاء في جواهر العقود: "واختلفوا فيما إذا استأجر داراً ليصلى فيها، فقال مالك والشافعي وأحمد يجوز أن يؤجر الرجل داره ممن يتخذها مصلى مدة معلومة ثم تعود إليه ملكاً، وله الأجرة، وقال أبو حنيفة لا يجوز ذلك ولا أجرة له"⁸.

¹ الاشتراط لمصلحة الغير، عيّن حسني ص 283.

² الاشتراط لمصلحة الغير، حسني إسماعيل، ص 340.

³ المجموع شرح المهذب، أبو زكريا النووي ج 9 ص 348.

⁴ مرجع سابق، حسني إسماعيل، ص 335.

⁵ المرجع السابق، ص 340.

⁶ مرجع سابق، عيّن حسني ص 283.

⁷ مرجع سابق، حسني إسماعيل، ص 344.

⁸ جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسيرطي، ج 1، دار الكتب العلمية بيروت، ص 217.

وقد أورد الأسيوطي في جواهر العقود الصورة التالية: "إيجار الرجل داره مسجداً، استأجر فلان من فلان فأجره ما هو له وملكه ويبيده ... إجارة صحيحة شرعية لازمة لاتخاذها مصلى له وللمسلمين تقام بها الصلوات الخمس في أوقاتها ويؤذن بها أوقات التأذين للصلوات ولقراءة القرآن بها والاعتكاف والتهدج وصلاة التراويح ... مدة ثلاثين سنة"¹.

والعقد هنا يرد على إجارة الدار لاتخاذها مسجداً مخبرم المستأجر العقد له وللمسلمين ابتداءً، فيكتسب عامة المسلمين حقاً في أداء الفروض والواجبات الدينية في هذه الدار، فينتفعون بهذا العقد وهم لم يشتركوا فيه²، وهذا دليل على أن الشريعة الإسلامية عرفت الاشتراط لمصلحة الغير المحض.

كذلك ما ورد في فتاوى ابن تيمية: "روى عمر بن شبة في أخبار عثمان - رضي الله عنه - أنه اشترى من صهيب داراً وشرط أن يقفها على صهيب ونزيرته من بعده"³، وهذا يعتبر اشتراطاً لمصلحة موجودين، وغير موجودين، لأن كلمة الذرية تشمل فروعه من ولد ومن سيولد، وما أثبت به هذا بما هو معمول به في عقد التأمين على الحياة في القانون الوضعي حين يؤمن الشخص لمصلحة أولاده المولودين ومن سيولد منهم⁴.

ويعترف جمهور الفقهاء والقانونيون بصحة الوقف على مستحقين غير معينين أو غير موجودين⁵، وقياساً على ذلك لا نجد ما يمنع الاشتراط لمصلحة شخص غير معين على أن يكون قابلاً للتعيين فيما بعد: كأن يبذل أحد مالا لسيد في مقابل عتق أحد عبده، على أن يترك تعيينه للمشترط يقوم به فيما بعد⁶.

جاء في فتاوى ابن تيمية: "فإن اشترط على المشتري أن يعتق العبد أو يقف العين على البائع أو غيره أو يقضي بالعين ديناً عليه لمعين أو غير معين، أو أن يصل به رحمه أو نحو ذلك"⁷، فالنص صريح هنا في جواز الاشتراط لدائن غير معين، بل لا نجد مانعاً من أن يكون ذلك موكولاً للمشترط عليه ليقيم بالتعيين فيما

¹ جواهر العقود، الأسيوطي، ج 1/ص 228.

² الاشتراط لمصلحة الغير، سعدي إسماعيل، ص 298.

³ الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، ج 3/ص 476.

⁴ مرجع سابق، سعدي إسماعيل، ص 344.

⁵ نظرية العقد، السنهوري، ص 876.

⁶ مرجع سابق، سعدي إسماعيل، ص 342.

⁷ الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، ج 3/ص 497.

بعد¹، أو أن يصل به رحمه أو نحو ذلك ، وهذا معناه أن البائع ترك للمشتري تعيين من يصله من أقربائه².

ومن كل ما تقدم نجد أن الشريعة الإسلامية تتفق مع التشريع الوضعي في عدم اشتراط أية أهلية للغير المنتفع، وفي أنه يجوز ألا يكون موجودا أو معيناً عند التعاقد . فقد نص المشرع المصري في المادة (156) مدني ويقابلها نص المشرع الليبي في المادة (158) مدني على أنه : " يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلا، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعين وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشاركة * .

ففي عقود الاحتكار³ الجمهور هو المنتفع ، والجمهور أفراده متغيرون غير معينين⁴ ، وهي تكسب أفراد الجمهور حقا مباشرا من العقد وهم غير معينين وقت العقد ، بل أن منهم من لم يكن قد ولد في ذلك الوقت⁵.

ج- أن يكون للمشتري مصلحة شخصية من الاشتراط : لا بد في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشتري مصلحة شخصية من هذا الاشتراط ، وهذه المصلحة مفترضة شرعا في عقود التبرعات، وهي مصلحة شخصية أخروية، فليست المصلحة هنا التزاما من الغير مقابل المصلحة المترتبة له ، لأن الغير هنا ليس طرفا متعاقدا في عقد الاشتراط ، والمصلحة الأخروية هنا مفترضة شرعا لأنه مأمور بها من الشارع ، وهذا أمر ثابت بالقرآن والسنة⁶.

قال تعالى: ﴿ ومن أراد الآخرة وسعى لها سعيها وهو مؤمن فأولئك كان سعيهم مشكورا ﴾⁷.

وجه الدلالة : ومن أراد الآخرة، أي الدار الآخرة ، وسعى لها سعيها، أي عمل لها عملها من الطاعات، وهو مؤمن، لأن الطاعات لا تقبل إلا من مؤمن، فأولئك كان سعيهم مشكورا أي مقبولا⁸.

¹ الاشتراط لمصلحة الغير، سعدي إسماعيل، ص 342.

² المرجع السابق ، نفس الموضوع .

³ عقود الاحتكار : إذا منحت الحكومة مثلا احتكارا لشركة من الشركات لتأدية خدمة عامة داخل تقاضاه من الجمهور ، كالاحتكار الذي يمنح لشركات المياه والغاز والنقل ونحو ذلك، فإن من يمنح الاحتكار بشرط عادة على الشركة المحتكرة شروطا من مصلحة المنتفعين من الجمهور . نظرية العقد ، السنهوري ص 889.

⁴ نظرية العقد ، السنهوري ، ص 892.

⁵ المرجع السابق ص 895.

⁶ الاشتراط لمصلحة الغير ، عثمان حسني ص 286.

⁷ سورة الإسراء ، الآية رقم 19.

⁸ الجامع لأحكام القرآن ، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، ج 10 ، دار الشعب ، القاهرة ، ص 235.

ب- السنة: عن عمر: " أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : الأعمال بالنية ، وكل أمريء ما نوى ، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله ، فهجرته إلى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها ، أو امرأة يتزوجها ، فهجرته إلى ما هاجر إليه ¹ .

وجه الدلالة : الأعمال الشرعية معتبرة بالنية ، لأن النية إنما تميز العمل لله عن العمل لغيره رياء ² .

وعلى هذا فالأصل أن المشتراط تبرعا لمصلحة الغير له دائما مصلحة شخصية أخروية مفترضة بقوة النص الشرعي، وهذا إذا كانت العلاقة بين المشتراط والغير تبرعية ، كما في حالة العقد الذي أبرمته أم سلمة ، واشترطت على معتقها سفينة أن يخدم النبي - صلى الله عليه وسلم - ما عاش ، " عن سفينة قال: كنت مملوكاً لأم سلمة :أعتقتك وأشترط عليك أن تخدم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ما عشت ،فقلت : إن لم تشترطي علي ما فارقت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عشت ، فأعتقتني واشترطت علي ³ ، ويلاحظ هنا أن المصلحة الأخروية توجد معها مصلحة شخصية دنيوية، وهي تتمثل في حب الزوجة لزوجها واهتمامها به، وإن كانت هذه المصلحة الدنيوية المشروعة تختلط بها مصلحة أخروية أخرى، لأن الزوج هنا ليس زوجا عانيا، وإنما هو سيد المرسلين ، وحبه فيه قرينة كبرى لله - تعالى - ، وكما في حالة ما إذا كان الغير المنتفع من أقارب المشتراط، فإن المصلحة هنا أيضا لها الجانب الأخروي، فهي من جهة مصلحة دنيوية أو أدبية ، لأن حب البنين من حب الدنيا المحمود، قال تعالى: (المال والبنون زينة الحياة الدنيا) ⁴ ، ولكن الإحسان إلى الأقارب عموما ابتغاء وجه الله تعالى فيه مصلحة أخروية محققة بجانب المصلحة الدنيوية الأدبية، وهي علاقة الحب بين الأقارب ⁵ .

وإذا كانت العلاقة السابقة على عقد الاشتراط بين المشتراط والغير هي معاوضة، فإن مصلحة المشتراط هنا مصلحة دنيوية مادية، تتمثل فيما يعود على المشتراط من نفع مادي بسبب تحصيل المنتفع للمصلحة الناتجة عن العقد الذي أبرمه

¹ صحيح البخاري ،كتاب الإيمان ، باب ما جاء أن الأعمال بالنية ، ج 1/ص 30.

² فتح الباري ، للمستطاني ، ج 1/ص 135.

³ الحديث سبق تخريجه ، ص 71.

⁴ سورة الكهف ، الآية رقم 45.

⁵ الاشتراط لمصلحة الغير ، عباس حسني ص 287.

المشترط مع المتعهد لصالحه ، وهي تختلف بحسب الأحوال ، فإذا اشترط البائع على المشتري أن يؤدي ديناً عليه قبل الغير ، فإن مصلحة البائع تتمثل في براءة ذمته من هذا الدين ، وهكذا تتحدد المصلحة المادية للمشترط بحسب طبيعة كل عقد¹.

فقد جاء في الفتاوى الكبرى: " اشترط البائع على المشتري أن ... يقضي بالعين ديناً عليه لمعين أو غير معين"².

ويجب أن تكون المصلحة لذلك المشترط مشروعة ، بمعنى أنه لم يظهر منه ما يجعلها محظورة على أساس أن الأصل في الأشياء والتصرفات الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم³ ، ولكن إذا ثبت أن قصد المشترط هو إثبات فعل محرم شرعاً فالعقد باطل هنا على رأي الحنابلة حتى ولو لم تذكر المصلحة المحرمة شرعاً في العقد.

فقد جاء في المغني: " إنه عقد على عين لمعصية الله بها فلم يصح ، كإجارة الأمة للزنا والغناء ، ولأن التحريم هنا لحق الله تعالى ، وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب ، أو لقطاع الطريق أو في الفتنة ، وبيع الأمة للغناء أو إيجارها كذلك ، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها أو لتتخذ كنيسة ، فهذا حرام والعقد باطل "⁴.

ولو دققنا النظر في الأمثلة الآتية على الاشتراط لمصلحة الغير لتبين لنا أن للمشترط مصلحة من وراء اشتراطه ، مادية كانت أو أدبية ولكن الملاحظ أن المصلحة الأدبية هي الغالبة في أكثرها.

فقد جاء في المبسوط: " إذا تزوجته على أن يعتق أباه عنها"⁵ ، وهذا شرط للغير ، الأب ، ورد في عقد النكاح ، هنا مصلحة المشترط أدبية ، وفي مثال آخر جاء في حاشية ابن عابدين: " إذا تزوجته على أن يخدم الزوج سيدها أو وليها "⁶ ، وفي هذا اشتراط صريح لمصلحة الغير ، فالزوجة هي المشترطة ولها مصلحة دنيوية معنوية ، وأخرى في خدمة أبيها ، والأب هنا من الغير بالنسبة للعقد المبرم بين المرأة

¹ الاشتراط لمصلحة الغير ، على حنفى ص 288.

² الفتاوى الكبرى ، لابن تيمية ، ج 3 ص 497.

³ الأشباه والنظائر ، للسيوطي ، ص 60.

⁴ المغني ، لابن قدامة ، ج 4 ص 155.

⁵ المبسوط ، للسرخسي ، ج 8 ص 100.

⁶ حاشية ابن عابدين ، ج 3 ص 107.

وزوجها، وله مصلحة من هذا العقد الذي لم يكن طرفا فيه، والزوج هو المتعهد ،
وفي المدونة : "تقد أجاز مالك بيع العبد بشرط عتقه ¹ ،" هنا مصلحة المشترط
مصلحة أدبية ،تتلخص في حب المساعدة والخير لمن كان تحت يده وفي خدمته
،ومن جهة أخرى في الثواب الأخروي ² .

ولقد جاء أيضا في معنى المحتاج: "إن خالعهما على نفقة أو إرضاع ولده منها ³ ،" هنا
للمشترط مصلحة أدبية تتمثل في خدمة ولده ،ومادية تتمثل في إنفاقها وإرضاعها
لولده ،بذلك لأن الزوج ملزم بتحمل تلك النفقات.

وفي الفتاوى الكبرى: " اشتراط البائع على المشتري أن يعتق العبد ،أو يقب العين
على البائع أو غيره ،أو يقضي بالعين دينا عليه لمعين أو غير معين ،أو يشترط
المشتري على البائع وفاء الدين الذي على البائع للغير من الثمن" ⁴ ، في هذا المثال
نجد للمشترط مصلحة أدبية تتمثل في حب المساعدة والخير لمن كان تحت يده وفي
خدمته ،ومن جهة أخرى في الثواب الأخروي ⁵ ،ومصلحة مادية أيضا تتمثل في
قضاء المتعهد لدين المشترط ،وكذلك للمشترط مصلحة أدبية تتمثل سداد دين الغير
الذي لم يكن طرفا في العقد.

ولقد نصت المادة (154):فقرة (1) مني مصري ، ويقابلها نص المادة
(156)،فقرة (1) ،مدني ليبي على أنه: " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على
التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة
شخصية مادية كانت أو أدبية " .

والمصلحة تكون مادية كلما ترتب على الاشتراط تخفيف الجانب السلبي من
ثمة المشترط ، وتكون أدبية كلما كان من نتائج إعطاء هذا الحق للغير تحقيق غرض
أخلاقي أو اجتماعي ⁶ .

ويرى شراح القانون أن الفائدة من اشتراط المصلحة هي:

¹ - المدونة الكبرى ،مالك ابن انس ،ج9،ص152
² -الاشتراط لمصلحة الغير ،سعدني إسماعيل ،ص337.
³ معنى المحتاج ، للشربيني ، ج3،ص428
⁴ الفتاوى الكبرى ، لابن تيمية ،ج3،ص497
⁵ مرجع سابق ،سعدني إسماعيل ،ص337.
⁶ المرجع السابق ، ص84.

أ- إن محل التعاقد يجب أن يكون ذا فائدة للمتعاقد وإلا كان التعاقد باطلا، ولو لم يكن للمشترط مصلحة شخصية لكان فضوليا، فالمصلحة الشخصية هي الفارق الجوهرى ما بين الاشتراط لمصلحة الغير وعمل الفضولي¹.

ب- حين يقدم المشترط على الاشتراط متوهما أن له مصلحة فيه ولا يكون لهذه المصلحة وجود في الواقع يكون الاشتراط باطلا لتخلف شرط المصلحة الذي اشترطه القانون في محل التعاقد²، فإذا ثبت: "أنه اشترط لمصلحة شخص كان يعتقد أنه دائن له وفاء للدين، ثم اتضح أنه ليس بدائن، وكذلك إذا اشترط لمصلحة شخص ظنا منه أنه تربطه به قرابة واتضح بعد ذلك أن هذه الرابطة غير موجودة، أو أن المنتفع لئس عليه حتى أوهمه بوجودها"³، فإن الاشتراط لمصلحة الغير يبطل بطلانا مطلقا لعدم وجود مصلحة شخصية للمشترط⁴، ويجب أن تكون المصلحة المشترطة مشروعة، أي غير مخالفة للنظام العام والآداب، وهنا يتفق القانونيون مع فقهاء الشريعة الإسلامية، فإذا كان سبب عقد الاشتراط لمصلحة الغير مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا، فقد نصت المادة (136) مدني مصري على أنه: "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا" و تنص المادة (136) مدني ليبي على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلا"، والسبب هنا طبقا للنظرية الحديثة هو الباعث الدافع إلى التعاقد⁵ بشرط أن يكون معلوما من المتعهد، أو من المفروض فيه أن يعلم به، كأن يشترط شخص على آخر أن يعطي امرأة سيئة السمعة مبلغا من المال، وتقوم الدلائل على أن هذا المبلغ هو مقابل علاقة غير شرعية بين المشترط والمرأة، وعلى أن التعاقد

¹ نظرية العقد، السنهوري، ص 904.

² الاشتراط لمصلحة الغير، سعدي إسماعيل، ص 86.

³ نظرية العقد، السنهوري، ص 905.

⁴ مرجع سابق، سعدي إسماعيل، ص 87.

⁵ مصادر الحق، السنهوري، ج 4، ص 28.

الأخر يعلم بهذا، أو من المفروض فيه أن يعلم، فهنا لا يهم ذكر المصلحة غير المشروعة¹.

مثال آخر فلو أمن شخص على حياته لمصلحة خليلاته بغية استدامة العلاقة غير الشرعية معها، فإن الإشتراط باطل هنا لعدم مشروعية السبب بمعناه في النظرية الحديثة باعتبار أن الدافع إلى الإشتراط غير مشروع²، وهكذا يرى القانونيون أنه من الممكن إبطال الإشتراط لانعدام السبب أو لعدم مشروعيته حيثما أريد إبطاله لانعدام المصلحة أو عدم مشروعيته، وبذلك أمكن بالاستعانة بالسبب بمعناه المقصود في النظرية الحديثة والشروط المطلوبة فيه تحقيق النتائج التي أريد تحقيقها عن طريق شرط المصلحة في هذا المجال، وهذا يدل على أن ما يسمى بالمصلحة المشترطة هي في الواقع نفس مقصود السبب بموجب النظرية الحديثة³.

ج- أن هذه المصلحة الشخصية بالإضافة إلى تصحيح التعاقد بتصحيح المحل الذي يقوم عليه، تعطى حق الرقابة على المتعهد في تنفيذ التزامه، فإذا لم يقم المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام جاز للمشتراط أن يطلب فسخ العقد الذي تم بينه وبين المتعهد، وجاز له كذلك مطالبة المتعهد بالتنفيذ العيني لهذا الالتزام⁴.

و هذه المصلحة لا يرر وجودها حق المشتراط في طلب الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ، ذلك لأن المشتراط لا يمكنه طلب هذا أو التمسك بذلك إلا حينما يكون ملتزماً بشيء تجاه المتعهد، وحق المشتراط هذا يستند إلى التقابل بين التزامه والتزام المتعهد والترابط بينهما، ولا يمكن الاستناد إلى مجرد المصلحة، ولكن الفائدة من شرط المصلحة تظهر في تعليل الدعوى التي منحها القانون للمشتراط ليطالب بها المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع، إذ لا دعوى بغير مصلحة، فهي الباعث على رفع الدعوى ومناطتها، ذلك لأن الدائن بمحل الإشتراط هو المنتفع وليس المشتراط حتى يقال أن

¹ الوسيط، للمنهوري، ج 1، ص 473.

² الوافي في شرح القانون المدني، سليمان مرقس، ج 1، ص 298.

³ الإشتراط لمصلحة الغير، سعدي إسماعيل، ص 88.

⁴ نظرية العقد، مرجع سابق، ص 904.

للمشترط مصلحة في رفع دعوى الاشرط في كل الأحوال فلولا مصلحته الشخصية هذه لما برر منحه هذه الدعوى¹.

ومن كل هذا يتضح لنا أن المصلحة عند فقهاء الشريعة الإسلامية تختلف عن المصلحة عند القانونيين، فمصلحة المشترط عند فقهاء الشريعة الإسلامية أخروية دائماً، ولا مانع من أن تقوم بجانبها مصلحة دنيوية مادية أو معنوية، وأما عند القانونيين فلا شأن له بالمصلحة الأخروية، وإنما المصلحة عنده إما مادية أو أدبية أو الاثنان معاً²، ويعتبر شراح القانون أن الاشرط لمصلحة الفقراء أو العجزة أو لأي عمل من أعمال البر مصلحة أدبية، فهم لا ينظرون إليها من زاوية الآخرة³.

¹ الاشرط لمصلحة الغير، سمدي إسماعيل، ص (58).

² الاشرط لمصلحة الغير، عثمان حسني، ص 415.

³ الوسيط في شرح القانون المدني، للمنهوري، ج 1، ص 576.

المطلب الثاني:

الشروط المتعلقة بمحل الاشتراط لمصلحة الغير

أ/ وجوب انتفاء الغرر في محل الاشتراط لمصلحة الغير:

ذهب الحنفية والشافعية إلى عدم جواز التعاقد على المحل المعدوم سواء أكان هناك غرر أم لم يكن.

جاء في بدائع الصنائع¹: "فلا ينعقد بيع المعدوم و ماله خطر العدم، بأن قال: بعت ولد ولد هذه الناقة و كذا بيع الحمل لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم و إن باع الحمل فله خطر المعدوم و كذا بيع اللبن في الضرع لأنه له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع و كذا بيع الثمر و الزرع قبل ظهوره لأنهما معدوم، عن عبدالله: عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أنه نهى عن بيع حبل الحبلة"².

ويقول النووي في تفسير هذا الحديث أن له تفسيرين أولهما: هو البيع بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة ويلد ولدها وهذا البيع باطل، لأنه بيع بثمن إلى أجل مجهول والأجل يأخذ قسطاً من الثمن، وأما التفسير الثاني: هو بيع ولد الناقة الحامل في الحال، وهو لا يزال في بطنها، وهو بيع باطل، لأنه بيع معدوم ومجهول، وغير مملوك للبائع، وغير مقدور على تسليمه³.

وجاء في المهذب⁴: "ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لم تخلق" عن ابن عمر أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "نهى عن بيع النخل حتى يزهر، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري"⁵.

وجه الدلالة: يزهر إذا ظهرت ثمرته، وبدأ صلاحه، والأزهاء في الثمر أن يحمر أو يصفر، وذلك علامة الصلاح فيها ودليل خلاصتها من الآفة، وقوله وعن السنبل حتى يبيض معناه: يشتد حبه، وهو بنو صلاحه، ويأمن العاهة هي الآفة تصيب الزرع أو الثمر ونحوه فتفسده⁶.

¹ بدائع الصنائع، للكليني، ج5، ص138.

² صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، ج3، ص1153.

³ شرح النووي على صحيح مسلم ج10، ص157، ص158.

⁴ المهذب، للشيرازي، ج1، ص262.

⁵ صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمر قبل بنو صلاحها، ج3، ص1165.

⁶ شرح النووي على صحيح مسلم ج10، ص178، 179.

وقد فهم الحنفية والشافعية من هذه الأحاديث أن المعدوم بصفة عامة لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد سواء أوجد الغرر أم انتفى.

وفرق مالك بين عقود التبرع وعقود المعاوضات، فأباح التعاقد على المعدوم في الأولى بصفة مطلقة، وفي الثانية أباح التعاقد على المعدوم للحاجة مع انتفاء الغرر اليسير، جاء في المدونة الكبرى: "الرجل يهب للرجل ما في بطون غنمه أو جاريته، والرجل يهب للرجل الزرع والثمر الذي لم يبد صلاحه، هي جائزة في قول مالك"¹.

وجاء في المدونة الكبرى أيضا: "في اشتراء اللبن في ضروع الغنم: قلت: رأيت إن اشتريت لبن عشر شياه بأعيانها في أبان لبنها أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم ذلك جائز إذا سمى شهرا أو شهرين أو ثلاثة، وكان قد عرف وجه حلابها فلا بأس به وإن لم يعرف حلابها فلا خير فيه"².

وجاء في بداية المجتهد: "وعند مالك أنه إذا بدا الطيب في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له..."³.

وفي بداية المجتهد أيضا: "وحجة مالك فيما لا يتميز، أنه لا يمكن حبس أوله على آخره، فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه، أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب، لأن الغرر في الصفة شبهه بالغرر في عين الشيء، وأجاز مالك أيضا شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع و شراء ما في ضروعها و شراء الغنائم حتى تقسم، وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياما معدودة إذا كان ما يحلب منها معروفا في العادة"⁴.

وأجاز الحنابلة التعاقد على المعدوم طالما انتفى الغرر الفاحش في عقود المعاوضات المالية، ذلك بأن يعين المحل بالصفة، ومع وجود الغرر الفاحش في التبرعات وعقود المعاوضات غير المالية كالخلع.

وجاء في الفتاوى الكبرى: "فإن كان مما لا يصح فيه الغرر كالبيع، فلا بد أن يكون المستثنى معلوما لما روى جابر، وإن لم يكن كذلك كالعقود والوقف فله أن

¹ المدونة الكبرى، مالك ابن أنس، ج15/ ص120- ص124.

² المرجع السابق، ج10/ ص296.

³ بداية المجتهد، لابن رشد، ج2/ ص114.

⁴ المرجع السابق، ج2/ ص118، ص119.

يستثنى خدمة العبد ما عاش عبده أو عاش فلان أو يستثنى غلة الوقف ما عاش الواقف، ومن ذلك أن البائع إذا اشترط على المشتري أن يعتق العبد صح¹.

وجاء في الفتاوى الكبرى أيضا: "وأما الغرر فإنه ثلاثة أنواع: المعلوم، كحبل الحبله واللبن، والمعجوز عن تسليمه، كالأبق، والمجهول المطلق أو المعين المجهول جنسه أو قدره، كقوله بعتك عبدا أو بعتك ما في بيتي أو بعتك عبيدي، أما المعين المعلوم جنسه وقدره المجهول نوعه أو صفته، كقوله بعتك الثوب الذي في كمي أو العبد الذي أملكه، والرواية المشهورة عن أحمد أنه يصح بالصفة ولا يصح بدونها، ومفسدة الغرر أقل من الربا، فكذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة فإن تحريمه أشد ضررا من ضرر كونه غررا، مثل بيع العقار وإن لم تعلم دواخل الحيطان والأساس، ومثل بيع الحيوان الحامل"².

وجاء في إعلام الموقعين: "ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز لا بلفظ عام ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجودا أو معدوما، كبيع العبد الأبق والتبعر الشارد، وإن كان موجودا إذ موجب البيع تسليم المبيع، فإذا كان البائع عاجزا عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار، فإنه لا يباع، فإن أمكن المشتري تسلمه كان قد قمر البائع وإن لم يمكنه ذلك قمره البائع، وهكذا المعدوم الذي هو غرر نهى عنه للغرر لا للعدم، كما إذا باعه ما تحمل هذه الأمة أو هذه الشجرة، فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته، وهذا من الميسر الذي حرمه الله ورسوله، ونظير هذا في الإجارة أن يكره دابة لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة أو معدومة، وكذلك في النكاح إذا زوجه أمة لا يملكها أو ابنة لم تولد له، وكذلك سائر عقود المعاوضات بخلاف الوصية فإنها تبرع محض فلا غرر في تعلقها بالموجود والمعدوم، وما يقدر على تسليمه إليه وما لا يقدر وطرده الهبة إذ لا محذور في ذلك فيها، وقد صح عن

1 الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، ج 3، ص 492.

2 المرجع السابق، ج 3، ص 416.

النبي صلى الله عليه وسلم - هبة المشاع المجهول في قوله لصاحب كبة الشعر حين أخذها من المغنم وسأله أن يهبها له، فقال: أما ما كان لي ولبنّي عبد المطلب فهو لك. الوجه الثاني أن نقول بل الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه والحب بعد اشتداده، ومعلوم أن العقد إنما ورد على الموجود والمعدوم الذي لم يخلق بعد والنبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيعه قبل بدو صلاحه وأباحه بعد بدو الصلاح، ومعلوم أنه إذا اشتراه قبل الصلاح بشرط القطع كالحصرم جاز، فإنما نهى عن بيعه إذا كان قصده التبقية إلى الصلاح، ومن جوز بيعه قبل الصلاح وبعده بشرط القطع أو مطلقاً وجعل موجب العقد القطع¹.

فالحابطة لا يشترطون وجود المحل في أي عقد، فيجوزن بيع المعدوم ما دام خالياً من الغرر، فهم يرون أن النهي عن بيع المعدوم ليس لذاته، بل لما فيه من الغرر، فيكون النهي دائراً مع الغرر، وهو عدم القدرة على التسليم، فإذا كان المعدوم يحتمل وجوده مستقبلاً ويقدر على تسليمه حينذاك صح العقد عليه لانتفاء الغرر، ولذلك لا يصح بيع الموجود الذي لا يقدر على تسليمه كالبعير الشارد ونحوه².

وجاء في الفتاوى الكبرى: "وفي لفظ لمسلم عنه نهى عن بيع النخل حتى ترهو وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري، فمعلوم أن العلة ليست كونه كان معدوماً، فإنه بعد بدو صلاحه وأمنه العاهة يريد أجزاء لم تكن موجودة وقت العقد وليس المقصود الأمن من العاهات النادرة، فإن هذا لا سبيل إليه، وإنما المقصود زهاب العاهة التي يتكرر ورتها، وهذه إنما تصيبه قبل اشتداد الحب وقبل ظهور النضج في الثمر إذ العاهة بعد ذلك نادرة بالنسبة إلى ما قبله، ولأنه لو منع بيعه بعد هذه الغاية لم يكن له وقت يجوز بيعه إلى حين كمال الصلاح وبيع الثمر على الشجر بعد كمال صلاحه متعذر، لأنه لا يكمل جملة واحدة وإيجاب قطعة على مالكة فيه ضرر ومرتب على ضرر الغرر، فتبين أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قدم مصلحة جواز البيع الذي يحتاج إليه على مفسدة الغرر اليسير كما تقتضيه أصول الحكمة التي بعث بها - صلى الله عليه وسلم - وعلمها أمته،³.

¹ إعلام المؤمنین، محمد بن یحییٰ بن یونس، تحقیق: طه عبد الرؤوف، ج2، دار الحدیث، بیروت، 1973، ص28.

² المدخل فی التعرف بالفتنہ الإسلامیة، محمد مصطفیٰ شلی، دار النهضة العربیة، بیروت، 1985، ص485.

³ الفتاویٰ الكبرى، لابن تیمیة، ج3، ص430.

وجاء في الفتاوى الكبرى أيضا: "ومعلوم أن الضرر على الناس بتحريم هذه المعاملات أشد عليهم مما قد يتخوف منها من تباغض وأكل مال بالباطل، لأن الغرور فيها يسير والحاجة إليها ماسة وهي تندفع بيسير الغرر، والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقترضة للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيح المحرم، فكيف إذا كانت المفسدة منفية، ولهذا لما كانت الحاجة داعية إلى بقائها بعد البيع على الشجر إلى كمال الصلاح أباح الشرع ذلك".¹

وطبقا لرأي الحنابلة فإنه يجوز أن تكون المصلحة الناتجة عن العقد لصالح الغير معدومة وقت التعاقد سواء أكانت العلاقة بين المشتري والمشتري تبرعية أم بعوض طالما انتفى الغرر الفاحش في حالة المعاوضات المالية، مثال العقد الذي أبرمته أم سلمة مع سفينة إذ أصغته، واشترطت عليه أن يخدم النبي صا عاش²، فالمصلحة الناتجة عن هذا العقد للنبي معدومة وقت التعاقد فضلا عن أن فيها غررا فاحشا، وقد أقر النبي -صلى الله عليه وسلم- هذا العقد وهو من عقود المعاوضات غير المالية، ولذلك فقد جاز الغرر الفاحش³، وفي عقد الظئر فإن المحل معدوم وقت التعاقد، لأن العقد يرد على المنفعة مدة معينة وهذه المنفعة غير موجودة وقت التعاقد، وإذا قلنا أن العقد يرد على اللبن الذي في ثدي المرأة فالأصل فيه إنه معدوم وقت العقد، لأنه يتجدد لحظة فلحظة⁴، وإذا كانت العين المشترطة لمصلحة الغير لا تسلم طبقا للعقد إلا بعد أجل معين، كأن تكون بناء لم يبن بعد، أو سيارة لم تنتجها الشركة بعد، فإن هذا يعتبر من قبيل التعاقد على المعدوم، وهو جائز تخريجا على رأي الحنابلة، طالما أن البناء قد تعين بالصفة المحددة له، وكذلك السيارة مما ينفي الغرر الفاحش⁴.

أما إذا كانت العلاقة بين المشتري والغير تبرعية، فلا يهم تحديد محل الاشتراط الذي هو المصلحة المشترطة للغير مادام المحل معيننا تعينا كافيا بالنسبة لالتزام المتعهد.

¹ الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، ج3/ص430.

² الحديث سبق تخريجه، ص71.

³ نظرية العقد، لابن تيمية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص231.

⁴ الاشتراط لمصلحة الغير، صحن حسني، ص295، ص296.

جاء في المغني: ويرى أحمد جواز هبة المجهول من الموهوب له دون الواهب ، لم يمنعها لأنه غرر في حقه فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له دون الواهب¹.

وجاء في الفتاوى الكبرى: ولقد توسع ابن تيمية معتمداً في ذلك على نصوص شرعية صحيحة حيث استشهد بما روى البخاري عن ابن عمر في حديث حنين أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قاتلهم حتى ألجأهم إلى قصرهم ، وعاملهم على الأرض والزرع والنخل فصالحوه على أن يخلوا منها ولهم ما حملت ركابهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم الصفراء² والبيضاء³ والحلقة⁴ هي السلاح ويخرجون منها ، واشترط عليهم أن لا يكتموا ولا يغيبوا شيئاً ، فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهد ، فهذا مصالحة على مال متميز غير معلوم ، وعن ابن عباس قال: صالح رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر ، والبقية في رجب يؤدونها إلى المسلمين ، وعارية ثلاثين درعاً وثلاثين فرساً وثلاثين بعيراً وثلاثين من كل صنف من السلاح يغزون بها والمسلمون صامتون لها حتى يردوها عليهم ، فهذا مصالحة على ثياب مطلقة معلومة الجنس غير موصوفة بصفات السلم ، وكذلك كل عارية خيل وإبل وأنواع من السلاح مطلقة غير موصوفة عند شرط قد يكون وقد لا يكون ، فظهر بهذه النصوص أن العوض عما ليس بمال كالصداق والكتابة والفدية في الخلع والصلح عن القصاص والجزية والصلح مع أهل الحرب ليس يجب أن يعلم كما يعلم الثمن والأجرة ولا يقاس على بيع الغرر كل عقد على غرر ، لأن الأموال إما أن لا تجب في هذه العقود أو ليست هي المقصود الأعظم فيها بما ليس هو المقصود إذا وقع فيه غرر لم يقض إلى المفسة المذكورة في البيع بل يكون إيجاب التحديد في ذلك فيه من العسر والحرج المنفي شرعاً ما يزيد على ضرر ترك تحديده⁵.

¹ المغني ، لابن قدامة ، ج 5/ص 384

² الصفراء: الذهب ، لسان العرب ، مادة صفر .

³ البيضاء: الحديد ، لسان العرب ، مادة بيض .

⁴ الحلقة: الدرع ، لسان العرب ، مادة حلق .

⁵ الفتاوى الكبرى ، لابن تيمية ، ج 3/ص 432.

وإذا كانت العلاقة بين المشتري والغير معاوضة مالية، فإذا اشترط البائع على المشتري أن يعطي الغير جزءا من الثمن ولم يحدد هذا الجزء، فإن عقد الاشرط صحيح طالما أن الثمن ككل محدد في عقد البيع بين البائع المشتري، والمشتري المتعهد¹.

وجاء في الفتاوى الكبرى: " ومفسدة الغرر أقل من الربا، فكذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة، فإن تحريمه أشد ضررا من ضرر كونه غررا، مثل بيع العقار وإن لم تعلم دواخل الحيطان والأساس، ومثل بيع الحيوان الحامل أو المرضع وإن لم يعلم مقدار الحمل واللبن، وإن كان قد نهى عن بيع الحمل منفردا².

وإذا كان العقد معاوضة على ما ليس بمال، فإنه لا يهيم تحديد محل الاشرط حتى بالنسبة للمشتري والمتعهد.

جاء في المدونة الكبرى: (وهذا على رأي مالك الذي قال: أن المهر يصح مجهولا³).

وفي المعنى " ويرى بعض الحنابلة، يصح مجهولا ما لم تزد جهالته على مهر المثل"⁴.

ومثال ذلك أن تنفق المرأة مع زوجها على أن مهرها سيارة غير محددة الأوصاف، وعلى أن يعطي السيارة لو الذها، وقد تكون العلاقة بين المشتري والغير عوضا عما ليس بمال، كما إذا باعت امرأة سيارتها بثمن محدد، واشترطت على المشتري أن يعطي زوجها سيارة أخرى غير محددة الأوصاف تخصم قيمتها من الثمن، وكانت قد اتفقت مع زوجها على إعطائه سيارة مقابل طلاقها، فهذا لا بد أن تكون السيارة المعطاة للمتعهد مبينة ومحددة تحديدا نافيا للجهالة، لأن العقد بين المرأة والمشتري عقد بيع، فلا بد أن يكون الثمن محددًا أيضا، ولكن العلاقة بين المشتري والغير عقد معاوضة عما ليس بمال، وهو الخلع فلا يلزم هنا تحديد السيارة المعطاة للغير تحديدا نافيا للجهالة الفاحشة، وهذا لا يؤثر على الثمن المحدد، لأن المتعهد سيحدد مع المشتري بعد ذلك قيمة السيارة المعطاة للغير، ويخصمها من الثمن

¹ الاشرط لمصلحة الغير، عياض حسني، ص 297.

² الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج 3/ص 416/417.

³ المدونة الكبرى، مالك ابن انس، ج 4/ص 217.

⁴ المعنى، لابن قدامة، ج 7/ص 168.

⁵ مرجع سابق، عياض حسني، ص 298.

المحدد، ويكفي أن تكون السيارة المعطاة للغير أقل قيمة من الثمن، ويلاحظ أن ما يحصل عليه المشتري بعد أداء حق الغير لا يهم تحديده لأنه ليس الثمن، وإنما هو بعض الثمن، وأما الثمن فهو محدد في العقد، وهو مجموع ما يقبضه الغير والمشتري، وإذا كانت المصلحة المشترطة للغير هي دفع دين على المشتري للغير فيجب تحديد هذا الدين تحديداً نافياً للجهالة فيحدد مقدراً وصفة وأجلاً، ويجوز الاتفاق على دفعه منجماً إذا كان هذا الدين أصلاً منجماً، والاتفاق هنا يتم بين المشتري والمتعهد، وللغير المنتفع إلا يقبل هذا الدفع إذا كان في غير مصلحته، كأن يكون المتعهد غير ملئ والدين مؤجل أو يكون الدين حالاً مثلاً واشترط المشتري على المتعهد أن يدفعه بعد أجل أو منجماً¹.

وإذا كان محل الاشتراط لا يمكن تسليمه عند التعاقد، ولكن من الممكن تسليمه بعد ذلك تنفيذاً للعقد، فإن العقد يصح طبقاً لأصول ابن تيمية² بشرط أن يحدد المحل بأوصافه تحديداً نافياً للجهالة الفاحشة إذا كانت العلاقة معاوضة على مال.

جاء في المغني: "عن ابن عمر أنه اشترى من بعد ولده بغيرا شاردا، وعن ابن سيرين لا بأس ببيع الأبق إذا كان علمهما فيه واحداً، وعن شريح³ مثله⁴." وفي الفتاوى الكبرى يقول ابن تيمية: "وأما الغرر فإنه ثلاثة أنواع: المعلوم، كحبل الحبله واللبن، والمعجوز عن تسليمه، كالأبق، والمجهول المطلق أو المعين المجهول جنسه أو قدره، كقوله بعثك عبداً أو بعثك ما في بيتي أو بعثك عبيدي، أما المعين المعلوم جنسه وقدره المجهول نوعه أو صفته، كقوله بعثك الثوب الذي في كمي أو العبد الذي أملكه ونحو ذلك فإن المشهور عن أحمد أنه يصح بالصفة ولا يصح بدونها، كالمطلق الذي في الذمة، ومفسدة الغرر أقل من الربا، فكذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة، فإن تحريمه أشد ضرراً من ضرر كونه غرراً، مثل بيع العقار وإن لم تعلم دواخل الحيطان والأساس، ومثل بيع الحيوان الحامل"⁵.

¹ الاشتراط لمصلحة الغير، عجلان حنفي، ص 299.

² الفتاوى الكبرى ج 3 ص 416.

³ شريح بن الحارث بن تميم القضي - بكسر فاء أمية ولاء عمر الكوفة أسند شريح عن عمر بن الخطاب و علي بن أبي طالب و غيره ص 38. و توفي سنة ست و سبعم و قيل ثمان و ستمين، و قد بلغ مائة و ثمان سنين. صفوة الصفوة، عبد الرحمن الجوزي، ج 3، ص 38.

⁴ المغني، لابن قدامة، ج 4، ص 142.

⁵ الفتاوى الكبرى ج 3، ص 416.

وإذا كانت العلاقة تبرعا أو معاوضة على غير مال فيصح العقد بغير اشتراط هذا الشرط، فإذا وهب المشتري المتعهد مالا واشترط عليه أن يعطي جمل المتعهد الشارد إذا وجدته إلى الغير فهذا عقد جائز، لأن الهبة مع اشتراط العوض صحيحة، ولأنه مادامت العلاقة تبرعية بين المشتري والغير، فإن الهبة بالمجهول والمعدوم جائزة بشرط ألا تتعذر القدرة على التسليم.

جاء في المدونة الكبرى: "الرجل يهب للرجل ما في بطون غنمه أو جاريته، والرجل يهب للرجل الزرع والثمر الذي لم يبد صلاحه، هي جائزة في قول مالك¹.

وجاء في المدونة الكبرى أيضا: "في اشتراء اللبن في ضروع الغنم، قلت: رأيت إن اشتريت لبن عشر شياه بأعيانها في أبان لبنها أيجوز ذلك في قول مالك؟، قال: نعم ذلك جائز إذا سمى شهرا أو شهرين أو ثلاثة وكان قد عرف وجه حلابها فلا بأس به، وإن لم يعرف حلابها فلا خير فيه"².

وجاء في أعلام الموقعين: "بخلاف الوصية فإنها تبرع محض فلا غرر في تعلقها بالموجود والمعدوم وما يقدر على تسليمه إليه وما لا يقدر، وقد صح عن النبي - صلى الله عليه وسلم - هبة المشاع المجهول في قوله لصاحب كية الشعر حين أخذها من المغنم وسأله أن يهبها له، فقال: أما ما كان لي وليني عبد المطلب فهو لك"³.

وإذا قلنا إنه لا بد من التساوي في الهبة بعوض فإنه يكفي هنا أن يعلم المشتري أوصاف الجمل الشارد ولا يشترط هذا بالنسبة للغير، لأن العلاقة بينه وبين المشتري تبرعية محضة، ويلاحظ أن حالة الجمل الشارد تختلف عن حالة حبل الحبلبة الذي نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه، من حيث أن حبل الحبلبة لا يمكن تحديد أوصافه بعكس الجمل الشارد، وكذلك فلا يجوز أن يكون حبل الحبلبة محلا لعقد الاشتراط إذا كان معاوضة على مال، ويجوز في حالة التبرع والعوض عما ليس بمال طبقا لأصول ابن تيمية⁴.

¹ المدونة الكبرى، مالك ابن انس، ج15/ص120-ص124.

² المرجع السابق، ج10/ص296.

³ أعلام الموقعين ج2/ص28.

⁴ الفتاوى الكبرى ج3/ص415، الاشتراط لمصلحة الغير، على حنفي ص302.

* الاشتراط لمصلحة الغير في عقد الإجارة :

صور الاشتراط لمصلحة الغير في الإجارة كثيرة، ولا غرر هنا مادامنا أبحنا الإجارة رغم انعدام المحل وقت العقد، لأنه عبارة عن منفعة لم توجد بعد، فإذا اشترط المؤجر على المستأجر أن يدفع الأجرة إلى الغير، فإن محل الاشتراط هنا هو الأجرة المستحقة للغير مقابل المنفعة التي استوفاهما المتعهد وهو المستأجر، وقد تكون المصلحة المشترطة للغير في عقد الإجارة هي المنفعة ذاتها، بأن يكون المستأجر هو المشترط، والمتعهد هو المنتفع به نفسه كعقد إجارة الظئر، فعقد الظئر فيه اشتراط لمصلحة الغير قال تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾¹.

وجاء في تفسير هذه الآية أي إذا وضعن حملهن وهن طواق، فقد بنّ بانقضاء عدتهن، ولها حينئذ أن ترضع الولد، ولها أن تمتنع منه، ولكن بعد أن تغذيه باللبأ وهو باكورة اللبن الذي لا قوام للمولود غالبا إلا به، فإن أرضعت استحققت أجر مثلها، ولها أن تعاقب أباه أو وليه على ما يتفقان عليه من أجرة².

وهذا فيه اشتراط صريح لمصلحة الغير، لأن الصغير ليس طرفا في العقد المبرم بين الأب أو الولي، وبين الأم المطلقة باننا، والأب يدفع الأجرة من ماله، وليس من مال الصغير، والمشترط هنا هو الأب، والمتعهد هو الأم، والمصلحة المشترطة هي المنفعة أي الانتفاع بثدي الأم مدة الرضاع، فهذا اشتراط لمصلحة الغير في صورة بيع المنفعة، فهو من قبيل عقد الإجارة، وقد نص عليه الشارع صراحة في القرآن، وهو يعتبر دليلا شرعيا على صحة الاشتراط لمصلحة الغير³، فمن يستأجر امرأة لترضع طفلا صغيرا سواء أكان ولده أم ولد غيره ساعات محددة من النهار والليل على مبلغ معين من المال، فإن محل الاشتراط هنا هو انتفاع الغير بثدي المرأة فترة زمنية معينة، وهي المتعهد هنا، وذلك مقابل حصولها على مبلغ من المال من المشترط⁴.

وفي عقد المعلم: ذكر الإمام أحمد عن ابن عباس قال: كان ناس من الأسرى لم يكن لهم مال فجعل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فداءهم أن يعلموا

¹ سورة الطلاق من الآية (6).

² تفسير ابن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير التمشقي أبو الفداء، ج 4، دار الفكر، بيروت، 1401 هـ، ص 384.

³ الاشتراط لمصلحة الغير، مجلس حسني، ص 176.

⁴ المرجع السابق، ص 325.

أولاد الأنصار الكتابة¹، هذا العقد فيه اشتراط لمصلحة الغير الأجنبي عن العقد، لأن العقد أبرم بين النبي -صلى الله عليه وسلم- وبين الأسرى لمصلحة جماعة من المسلمين لم يكونوا طرفا في العقد، فالمشترط هو النبي -صلى الله عليه وسلم-، والمتعهد هو الأسرى، والغير هم جماعة المسلمين الذين في حاجة إلى تعلم الكتابة، والمصلحة المشترطة للغير هي تعليمهم الكتابة، فمن يستاجر معلما يعلم أولاده فإن هذا اشتراط لمصلحة الغير في صورة الإجارة.

ويلاحظ هنا أن محل الاشتراط في العقدين معدوم وقت التعاقد ومجهول جهالة يسيرة، ومع هذا فقد أباحه الشارع لحاجة الناس.

ومن كل ما سبق نستنبط أن فقهاء الشريعة الإسلامية كانوا أوسع من القانونيين في دائرة التبرعات بالنسبة للمحل المعدوم وقت التعاقد، فإذا اشترط المشترط على امرأته أن يطلقها مقابل أن تعطي الغير ما تلهه دابتها فالعقد صحيح طبقا لرأي الحنابلة، لأن العلاقة بين المشترط والغير تبرعية، وبين المشترط والمتعهد عقد معاوضة على غير مال، فالتعاقد على المعدوم مع الغير الفاحش جائز هنا.

جاء في كشاف القناع: "ويصح الخلع بالمجهول وبالمعدوم الذي ينتظر وجوده، فإن خالعه على حمل أمتها أو حمل غنمها أو غيره كحمل بقرها أو على ما تحمل شجرتها فله ذلك، وكذا لو خالعه على ما في ضررع ماشيتها ونحوه من كل مجهول أو معدوم منتظر وجوده"².

أما القانونيين فلا يصح عندهم التبرع بالمعدوم سواء بالنسبة للغير أم بالنسبة للمتعهد، حيث تنص المادة (492) من قانون مصر على أنه: "تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة" ويقابلها نص المادة (481) من قانون ليبيا على أنه: "تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة، ما عدا هبة الثمار التي لم تجن بعد".

ونرى هنا أن المشرع الليبي كان أوسع من المشرع المصري بالنسبة لهبة الأموال المستقبلية، حيث أجاز هبة الثمار التي لم تجن بعد، أما في عقود المعاوضات المالية، فيتفق جمهور الفقهاء مع القانونيين في جواز التعامل في المعدوم، ولا تلازم

¹ زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الطبعة الرابعة عشر، ج3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1986م، ص99.

² كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس الجوهري، ج5، دار الفكر، بيروت، 1402هـ، ص222.

هنا بين الانعدام والغرر، فقد يكون المحل معدوم ومحددا تحديدا نافيا للغرر، وقد يكون موجودا وفيه غرر فاحش، والتشريع الوضعي موافق لرأي الحنابلة بالنسبة لهذا الشرط .

تنص المادة (131) بفقرة (1) ،مدني مصري ، ويقابلها نص المادة (131) بفقرة (1) مدني ليبي على أنه: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا " و تنص المادة (132) ،مدني مصري ، ويقابلها نص المادة (132) ،مدني ليبي على أنه: * إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا ."

وفي هذا يقول السنهوري: " يشترط أن يكون محل الالتزام شيئا موجودا وقت نشوء الالتزام ، أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك " ¹ ، وفي موضع آخر يقول: " إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني يجب أن يكون موجودا ² ، وإذا كان محله عملا ، أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل ممكنا ، فإن كان مستحيلا فإن الالتزام لا يقوم ، ويكون العقد باطلا ، ثم بين أن الاستحالة المبطله للعقد هي الاستحالة الذاتية الطبيعية إذا كانت سابقة على العقد ، ومثلها الاستحالة القانونية ³ ."

وإنه لمن الغريب أن يمنع القانونيون هبة المال المستقبل ويجيزوا التعامل بعوض في المال المستقبل رغم أن الهبة الأصل فيها عدم وجود مقابل لها ، فلا خطر من انعدامها وقت التعاقد، ولا خسارة تعود على الموهوب له إذا لم توجد عند التنفيذ، بعكس الحال في عقود المعاوضات المالية، فكان من الأليق وقد أجاز القانونيون التعامل في الأموال المستقبلية بعوض أن يجيزوا من باب أولى التعامل في الأموال المستقبلية بغير عوض ⁴ .

ويتفق القانونيون مع جمهور الفقهاء في وجوب تعيين المحل تعيينا نافيا للجهالة في عقود المعاوضات بصفة عامة وذلك درءا للغرر الفاحش .

تنص المادة (133) بفقرة (2) ،مدني مصري ، ويقابلها نص المادة (133) بفقرة (2) ،مدني ليبي ، على أنه: * ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته

¹ نظرية العقد ، السنهوري ، ص 470.

² المرجع السابق ، نفس الموضع .

³ نظرية العقد ، السنهوري ، ص 367.

⁴ الالتزامات لمصلحة الغير ، عباس حسي ، ص 418.

ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بان يسلم شيئاً من صنف متوسط * .

ب / شرط انتفاء الربا في محل الاشتراط لمصلحة الغير :

الربا في اللغة: هو الزيادة ، ربا الشيء زاد¹ .

الربا اصطلاحاً: هو الزيادة في أشياء مخصوصة² .

هذا وقد نص الشارع على الأموال الربوية وعددها ستة عن عبادة بن الصامت قال: قال: رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : " الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر ،والمح بالمح ،مثلاً بمثل سواء بسواء يدا بيد ،فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد"³ .

فإذا كان المال المشترط للغير من الأموال الربوية الستة ،فإنه يتعين أن يكون مساوياً للمال المدفوع من المشترط للمتعهد إذا كان من جنسه ، ويشترط أن يقبض الغير المال المشترط له في نفس المجلس الذي يقبض فيه المتعهد المال الذي له على المشترط، لأنه يشترط هنا أن يكون يدا بيد إذا كان العقد صرفاً، ولا يشترط هذا إذا كان قرضاً⁴ .

وعقد القرض⁵ هو الذي يفي بحاجات الاشتراط لمصلحة الغير، لأن الغالب في الاشتراط لمصلحة الغير هو أن الغير يحصل على المصلحة المشترطة في غير مجلس الاشتراط، وإلا لما احتاج المشترط إلى المتعهد، ولدفع بنفسه ما يريد دفعه للغير دون حاجة إلى اللجوء إلى عقد الاشتراط ، وعقد القرض طبيعته تأتي اشتراط مجلس العقد ، فالمقرض يأخذ من المقرض ليرد ما أخذه بعد فترة طالت أو قصرت ،فيستطيع المشترط أن يقرض المتعهد ألف دينار ليبني على أن يردها للغير بعد سنة مثلاً⁶ ، فهذا العقد صحيح شرعاً .

¹ مختار الصحاح ، للرازي ، مادة (ربا) ، ص98 .

² المغني ، لابن قدامة ، ج4/ص25 .

³ صحيح مسلم ، كتاب المساقاة ، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً ، ج3/ص1211 .

⁴ الاشتراط لمصلحة الغير ، مجلس حسني ص326 .

⁵ عقد القرض: عقد على المال ، ويصح بلفظ السلف والقرض لورود الشرع بهما وبكل لفظ يوذي معناهما ،مثل أن يقول ملكتك هنا على أن ترد علي بئله ،أو توجد قرينة دالة على إرادة القرض ، والمقرض متى شاء رده ، فله رد ما اقترضه على المقرض إذا كان على صفته لم يتنص ولم يحدث به عيب ، وللمقرض المطالبة ببئله في الحال ، لأنه سبب بوجوب رد المثل في المثليات ، والقرض لا يحصل الزيادة والتنص في عوضه وبئله المثقف الواجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص ، ويجوز قرص المكبل والموزون ، ويجوز قرص كل ما يثبت في النسيئة، فلما ما لا يثبت في النسيئة كالجواهر وشبهها يجوز قرصها ويرد المستقرض القيمة، لأن ما لا يثبت له يعين بالقيمة ، المغني ، لابن قدامة ، ج4/ص207- ص209 .

⁶ الاشتراط لمصلحة الغير ، مجلس حسني ص327 .

جاء في المغني: " لو أراد رجل أن يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلا على أن يدفعها إلى عياله فلا بأس إذا لم يأخذ عليها شيئا¹، وهذا اشترط واضح لمصلحة الغير .

ويجوز عند القانونيين للمشتراط أن يقرض المتعهد مبلغا من المال على أن يعطيه بدوره بعد انتهاء الأجل القرض إلى الغير كقرض بفائدة، فهذا جائز بشرط إلا تزيد الفائدة عن 7% من أصل الدين، فإذا زانت على هذه النسبة فإن العقد صحيح ويجب تخفيضها إلى النسبة المذكورة.

فقد نصت المادة (227)، فقرة (1)، مدني مصري، ويقابلها نص المادة (230)، فقرة (1)، مدني ليبي على أنه: " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشتراط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر".

ومثل هذا غير جائز عند جمهور الفقهاء ولا يصح العقد، حيث لا يجوز اشتراط الزيادة في القرض، فإذا أقرض المشتراط المتعهد سيارة، واشترط عليه أن يردها إلى الغير ومعها سيارة أخرى مثلا، فهذا باطل شرعا لأن القرض يجب رده بغير اشتراط زيادة سواء أكان المال ربوياً أم غير ربوي²، ويرى الفقهاء أن كل قرض شرط فيه زيادة فهو حرام، وقد روي عن أبي بن كعب³ وابن عباس وابن مسعود⁴ أنهم نهوا عن قرض جر منفعة، ولأنه عقد إرفاق وقربة فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه⁵.

ج / أن يكون محل الاشتراط قابلاً للتعامل فيه شرعا:

¹ المغني، لابن قدامة، ج 4/ص 213

² مرجع سابق، ص 241.

³ هو أبي بن كعب الله تيس بن عبد جحلى لها منكر . شهد العقبة مع السعدي و بدرأ ، و المشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه و سلم و كان يكتب له الوحي . و هو أحد الذين حفظوا القرآن كله على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم ، و أحد الذين كفروا بظنون على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم . و مات في سنة ثلاثين . صفوة الصفوة ، عبد الرحمن الجزوي ، ج 1 - ص 474.

⁴ و يكنى أبا عبد الرحمن أمه أم عبد . أسلم قبل دخول رسول الله صلى الله عليه و سلم فلو الأرقم . و يقال كان سائساً في الإسلام و هاجر إلى الحبشة الهجرتين ، و شهد بدرأ و المشاهد كلها . و كان صاحب سر رسول الله صلى الله عليه و سلم و وساده و سواكه و نعليه و ظهوره في السفر . و ولي قضاء الكوفة و بيت المال لعمرو و صدرا من خلافة عثمان ثم صار إلى المنينة فمات بها سنة ثنتين و ثلاثين ، و دفن بالبقيع . هو ابن بضع و ستين . صفوة الصفوة ، عبد الرحمن الجزوي ، ج 1/ص 395.

⁵ المغني، لابن قدامة، ج 4/ص 211

لا يجوز أن تكون المصلحة المشترطة للغير خمرا أو خنزيرا أو لحم ميتة مثلا، ولا يجوز أيضا أن كون المقابل المنفوع من المشترط للمتعهد شيئا من هذه الأشياء الممنوعة.

جاء في المغني¹: " لا يجوز بيع الخنزير ولا الميتة ولا الدم، قال ابن المنذر بتحريم الميتة والخمر وعلى أن بيع الخنزير وشراؤه حرام، وذلك لما روى عن جابر ابن عبد الله أنه سمع رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول عام الفتح وهو بمكة: إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام² ".

ولا يجوز بيع المسجد شرعا، لأن البيع يقتضي نقل الملكية من مالك إلى مالك، فينتقل المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري، والمسجد لم يكن أولا في ملك البائع إذ هو على حكم ملك الله سبحانه، وهو مرصود على حال تشبه حال ما يرصد للمنافع العامة فلا يقبل التملك مادام على هذه الصفة³، ومن ثم فلا يصح أن تكون المصلحة المشترطة للغير هي ملكية المسجد، وكذلك الحال بالنسبة للمقابل الواجب دفعه من المشترط للمتعهد، ولا يجوز أن تكون المصلحة المشترطة للغير فاحشة من الفواحش، كأن يعطي المشترط مبلغا لغانية لتسلم نفسها لزيد من الناس مثلا، وهكذا الحال بالنسبة لسائر المحرمات من ميسر وغيرها.

جاء في المغني: " ما منفعتة محرمة كالزنا والزرمة والنوح والغناء فلا يجوز الاستئجار لفعله، لأنه محرم، فلم يجز الاستئجار عليه، كإجارة أمته للزنا، ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء ونوحا، ولا يجوز الاستئجار على كتابة شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محرم لذلك⁴ ".

ولا يخرج محل الاشتراط عن أن يكون مالا سواء أكان هذا المال عينا، أم منفعة عين أو يكون عملا، كما يجوز أن يكون امتناع عن عمل، فالعين تكون محلا لعقد البيع والهبة، والمنفعة تكون محلا لعقد الإيجار، والعمل يكون محلا لعقد الاستصناع، وقد يكون العقد منفعة ماليه بمال كعقد الزواج، وكعقد الظئر، فمحل الاشتراط لمصلحة الغير قد يكون مالا دينيا أو عينا، كما إذا أقرض شخص آخر نقودا، واشترط

¹ المغني لابن قدامة ج 4/ص 174

² مسودح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة، ج 3/ص 1207.

³ الملكية ونظرية العقد، محمد أبو زهرة، ص 255.

⁴ المغني، لابن قدامة، ج 5/ص 320.

على المقرض أن يوفيهما للغير بعد نهاية مدة القرض، وكما إذا اشترط صاحب الأرض على المزارع أن يعطي نصيبه من الزرع للغير، فمحل الاشتراط هنا منفعة المزارع بالأرض مقابل إعطاء نصيب صاحب الأرض للغير، وقد يكون محل الاشتراط عملا كما إذا استأجر شخص نفالا لنقل بضاعة للغير، أو أعطى شخص ثوبا لخياط ليفصله قمصانا للفقراء، وقد يكون محل الاشتراط امتناع عن عمل كما في عقدي الأمان والاستئمان الذي بموجبه يتمتع المسلمون عن إيذاء الحربي في نفسه وماله، وكذلك عن إيذاء أهله وأهل الحصن المشترط لصالحهم، وقد يأخذ محل الاشتراط صورة حق انتفاع الغير مدى حياته بعين معينة كما في حالة الوقف¹.

وعند القانونيين تنص المادة (135) مدني مصري، ويقابلها نص المادة (135) مدني ليبي على أنه: " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً "

ولا توجد قاعدة عامة تحدد ما هو النظام العام تحديدا مطلقا يتمشى على كل زمان ومكان، لأن النظام العام أمر نسبي، وكل ما يستطاع هو وضع معيار مرن، وهو معيار المصلحة العامة التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى، ومعيار الآداب أو الناموس الأدبي ليس معيارا ذاتيا يرجع فيه كل شخص إلى نفسه، والى تقديره الذاتي، بل هو معيار موضوعي اجتماعي يرجع فيه الشخص إلى ما تواضع عليه الناس، وهو في الوقت ذاته معيار نسبي غير ثابت يتطور تبعا لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى، أصبحت الآن ينظر لها نظرا آخر².

ويتفق القانونيون مع جمهور الفقهاء بالنسبة للأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة، فلا يجوز أن تكون محلا للتعامل، وبالتالي فلا يجوز أن تكون محل اشتراط لمصلحة الغير، فلا يصح أن تكون المصلحة المشترطة للغير ملكية مسجد أو طريق عام مخصص للمارة، فقد نصت المادة (87) فقرة (2) مدني مصري، ويقابلها نص

¹ الاشتراط لمصلحة الغير، عباس حسني ص 337.

² مصادر الحق، السنهوري، ج 3، ص 81.

المادة (87) فقرة (2) مننني ليني على أنه: "وهذه الأموال العامة لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم".

المبحث الثاني

آثار الإشراف لمصلحة الغير وحقوقه

المطلب الأول :

آثار الإشراف لمصلحة الغير

أثر العقد هنا هو انتقال المصلحة المشترطة في العقد مباشرة إلى الغير رغم أنه ليس طرفاً في العقد، وانتقال ملكية الشيء المنقوّ عليه إلى المتعهد إذا كان هناك متعهد، ذلك أن الإشراف لمصلحة الغير عند فقهاء الشريعة الإسلامية، يتصور فيه أن يكون المشترط والمتعهد شخصاً واحداً، كما في حالة العقد بالإرادة المنفردة .

أ- آثار الإشراف للغير مع الهبة:

إذا اتفق المشترط والمتعهد على أن يدفع الأول للثاني ألف دينار على عشرة أعوام، كل عام مائة، وبعد انتهاء الأجل المحدد فإن المتعهد عليه أن يرد الألف دينار للغير، فإذا كان هذا الغير غير وارث ولم يكن المشترط في مرض الموت حين العقد، وكان حياً عند انتهاء مدة العشر سنوات فإنه لا غبار على هذا العقد، لأن المشترط يستطيع أن يهب ما يشاء من ماله للغير طالما أن الهبة ليست مضافة إلى ما بعد الموت وليست في مرض الموت¹.

فإذا اشترط المشترط شرطاً يتضمن إعطاء مال بعد موته للغير الذي هو وارث للمشرط فإن الشرط يعتبر باطلاً إذا لم يجرز باقي الورثة، فإذا أعطى المشترط للمتعهد ألف دينار كقرض، وشرط عليه أن يرد هذا القرض بعد وفاته لابن من أبنائه، فإن هذا الشرط موقوف على إجازة الورثة، لأن فيه خروجاً على أحكام الميراث والوصية بتفضيل أحد الأبناء بعد الموت، فتأخذ المصلحة المشترطة هنا حكم الوصية، فإن كان الغير وارثاً فإنه من اللازم أن يجيز هذا العقد باقي الورثة².

جاء في المبسوط³ : " أن الوصية للوارث لا تجوز بدون إجازة الورثة ، قال :

¹ الإشراف لمصلحة الغير ، عجلان حسني ص 342.

² المرجع السابق ، ص 349.

³ المبسوط ، للمرخسي ، ج 27/ص 175.

رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة¹ .
وجاء في المغني: " ولا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة ذلك ، وجملة ذلك
أن الإنسان إذا وصى لوارثه بوصية فلم يجزها سائر الورثة لم تصح² .
وإذا لم يكن الغير وارثاً فلا بد من إجازة الورثة فيما زاد على ثلث التركة ،
فإذا أجازوه جاز ، وإذا رده بطل .

جاء في المبسوط: " لا تنفذ الوصية فيما زاد على الثلث بدون إجازة الورثة ،
فإن الإجازة من الورثة معتبرة في الوصية بما زاد على الثلث أو في الوصية
للوارث ، أن محل الوصية النافذة شرعاً ثلث المال عن سعد بن أبي وقاص رضي
الله عنه - قال : جاء النبي - صلى الله عليه وسلم - يعودني وأنا بمكة ، قلت : يا رسول
الله أوصي بمالي كله ؟ قال : لا ، قلت : فالشطر ؟ قال : لا ، قلت : الثلث ؟ قال : فالثلث
والثلث كثير ، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس³ ،
والحديث فيه دليل على أنه لا ينبغي للمرء أن يوصي بأكثر من ثلث ماله⁴ .

وجاء في المغني: "ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك الورثة
بعد موت الموصي جاز ، وإن لم يجيزوا رد إلى الثلث ، وجملة ذلك أن الوصية لغير
الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة ، وما زاد على الثلث يقف على إجازتهم ، فإن
أجازوه جاز ، وإن رده بطل ، لأنه لا يصح تصرفه فيما عدا الثلث إذا لم يجز
الورثة ، ويجز بإجازتهم ، لأن الحق لهم⁵ .

وإذا اشترط المشتري على المتعهد أن يرد القرض الذي أعطاه له للغير ،
وكان عقد الاشرط قد أبرم والمشتري في مرض يغلب عليه فيه الهلاك ، وانتهى
بموته فعلاً ، فإن هذا الاشرط يأخذ حكم الوصية فلا بد فيه من إجازة الورثة إذا
كان الغير وارثاً ، ولا بد من إجازة الورثة فيما زاد على ثلث التركة إذا كان الغير
ليس بوارث للمشتري ، وإذا كان للمشتري دائنون آخرون فلا يصح هذا الاشرط
للغير ، إذا صدر في مرض الموت .

¹ مبين الدارقطني ، على من عمر الدارقطني ، تحقيق : عبد الله بن هاشم ، ج 4 ، دار المعرفة ، بيروت ، 1966 ف ، كتاب الوصايا
ص 152 .

² المغني ، لابن قدامة ، ج 6/ص 58 .

³ صحيح البخاري ، كتاب الوصايا ، باب أن يترك ورثته أغنياء خير ، ج 3/ص 1006 .

⁴ المبسوط للسرخسي ، ج 27/ص 143 - ص 147 .

⁵ المغني ، لابن قدامة ، ج 6/ص 62 .

جاء في المبسوط: "ومرض الموت ما يتصل به ومن أوصى بأكثر من ثلث ماله لم يجز في الفضل على الثلث إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار، لأن حقهم تعلق بماله بمرضه، ولكن الشرع جعل الثلث محلاً لوصية الموصي ليتدارك به ما فرط في حياته، فما زاد على ذلك إذا أوصى به فقد قصد الإضرار بورثته بإسقاط حقهم عما تعلق حقهم به وإيثار الأجنبي على من آثره الشرع وهو الوارث فللوارث أن يرد عليه"¹.

وجاء في المبسوط أيضاً: "وكذلك الهبة في المرض والكفالة، فإن ذلك في حكم الوصية حتى تعتبر من الثلث في حق الأجنبي ولا يصح للوارث أصلاً"².
وجاء في المغني: "وحكم العطايا في مرض الموت المخوف حكم الوصية في أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث وإجازة الورثة، وأنها لا تصح لو ارث إلا بإجازة بقية الورثة"³.

ومما يجب أن يلاحظ أنه في حالة التبرع من المشترط للغير لا يجوز بأية حال إجبار الغير على القبول، وذلك لكي لا يثبت حق الشخص من غير إرادته، ولكي لا يدخل في ملك الشخص شيء مجبراً عنه، فإن من المقرر في الشريعة الإسلامية أن لا يدخل شيء في ملك شخص جبراً عنه إذ له دائماً المصلحة المشترطة لصالحه منعا من التعرض للمن"⁴.

وجاء في الأم: "للموصى له قبول الوصية وردها لا يجبر أن يملك شيئاً لا يريد ملكه بوجه أبداً"⁵.

وجاء في المغني: "أن الهبة والعطية لا تصح كلها إلا بإيجاب وقبول"⁶.
أما إذا كانت العلاقة بين المشترط والغير ليست تبرعية فإن حكم عقد الاشتراط هنا أن المصلحة تنتقل للغير دون حاجة إلى قبول هذا الغير، ومن الأدلة على عدم اشتراط قبول الغير لانتقال الحق له، ما فعله النبي -صلى الله عليه وسلم- حينما هاجر إلى المدينة إذ إنه أمر علياً رضي الله عنه - أن يسلم الأمانات إلى

¹ المبسوط للرخسي ج 27 ص 153.

² المراجع السابق، ج 27 ص 176.

³ المغني، لابن قدامة، ج 6 ص 100.

⁴ الملكية ونظرية العقد، محمد أبو زهرة، 189.

⁵ الأم، للشافعي، ج 4 ص 97.

⁶ المغني، لابن قدامة، ج 5 ص 382.

أهلها بمكة ، فهذا التوكيل المتضمن اشتراط لمصلحة الغير تم دون حاجة إلى اخذ رأي الغير حينما ابرم العقد لصالحهم، جاء في السيرة النبوية¹: "أما علي فإن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فيما بلغني أخبره بخروجه ، وأمره أن يتخلف بعده بمكة حتى يؤدي عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الودائع التي كانت عنده للناس، وأقام علي بن أبي طالب عليه السلام بمكة ثلاث ليال وأيامها حتى أدى عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الودائع التي كانت عنده للناس"².

وهذا الذي فعله النبي - صلى الله عليه وسلم - عقد وكالة بينه وبين علي - رضي الله عنه -، وقد اشترط عليه في هذا العقد شرطاً لمصلحة الغير الذين لم يكونوا طرفاً في العقد، لأن الوكالة عقد لا يصح إلا بالإيجاب والقبول، ويجوز الإيجاب فيه بكل لفظ ، ويجوز القبول فيه بكل لفظ دل على القبول.

جاء في المغني: " ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول، ويجوز الإيجاب بكل لفظ دل على الإذن، ويجوز القبول بكل لفظ دل عليه، ويجوز بكل فعل دل على القبول"³.

فالوكالة هنا عقد تم بين النبي - صلى الله عليه وسلم - لمصلحة أصحاب الودائع الذين لم يكونوا طرفاً في العقد، وبمقتضى هذا العقد كان يصح لأصحاب الودائع أن يطالبوا علياً - رضي الله عنه - مباشرة وقضاء بتسليمهم الودائع طالما أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يبلغ توكيله لعلي ، ولا ريب أن هذا العقد الذي ابرمه النبي - صلى الله عليه وسلم - نفسه مع علي - رضي الله عنه - لمصلحة أهل مكة دليل شرعي على صحة عقود الاشتراط المحضة لمصلحة الغير⁴.

ومما يجب أن يلاحظ أنه إذا كان المشتري لا يتبرع للغير فمن الجائز تصور إجبار الغير على قبول المصلحة المشترطة له ، كما في حالة ما إذا كان المشتري مدينا للغير وباع شيئاً واشترط على المشتري أن يوفي دين الغير من الثمن، وكان المشتري مليناً فإنه لا مصلحة للغير في ردّ هذا الوفاء والمشتري له مصلحة في

¹ السيرة النبوية ، عبد الملك بن هشام ، ج 2 ، ص 11 ، ط 1 ، بيروت .

² المرجع السابق ، ج 2 ، ص 21 .

³ المغني ، لابن قدامة ، ج 5 ، ص 54 .

⁴ الاشتراط لمصلحة الغير ، علي بن حمزة ، ص 179 .

إبراء ذمته من الدين الذي عليه، ومن ثم فإن الغير هنا لا يملك الرفض فينتقل الحق له رغماً عنه¹.

جاء في بدائع الصنائع: "أن الحوالة² تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته، فلا يتم إلا بقبوله و رضاه، بخلاف التوكيل بقبض الدين، لأنه ليس تصرفاً عليه بنقل الواجب إليه ابتداءً بل هو تصرف بأداء الواجب، فلا يشترط قبوله و رضاه"³.

وجاء في حاشية السوقي: "أما المحال عليه فلا يشترط رضاه برضى أو لم يرض"⁴.

وفي شرح الزركشي: "ومن أحيل بحقه على ملئ فواجب عليه أن يحتال فإن امتنع من القبول أجبر على ذلك"⁵.

ب- آثار العقد بالنسبة للمتعهد:

وهو انتقال ملكية ما التزم به المشتري للمتعهد، وهذا لا يثير إشكالا لأن المشتري والمتعهد يتفقان معا في العقد عليه، وقد يكون المتعهد وارثاً للمشتري ويتفق معه على أن يبيعه سيارتين مقابل أن يعطي الغير سيارة واحدة، فهذا العقد صحيح إذا كان قد أبرم في حال صحة المشتري، ولكن إذا كان المشتري في مرض موته وقت إبرامه، وكان فيه محاباة، فإنه لا ينفذ إلا بإجازة الورثة مطلقاً، إذا كان ليس بوارث، فإنه لا ينفذ فيما زاد على ثلث التركة، إلا بإجازة الورثة⁶.

جاء في المغني: "وحكم العطايا في مرض الموت المخوف حكم الوصية في أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث وإجازة الورثة، وأنها لا تصح لوارث إلا بإجازة بقية الورثة"⁷.

¹ الاشراف لمصلحة الغير، عباس حسني ص 353.

² الحوالة: من التحول والانتقال، وهي نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى، أي نقل الدين والمطلبة به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال، وبعد هذا النقل ينتقل أمر المطالبة بالدين من المحيل إلى المحال عليه، يعني أنه بينما كان المطالب بالدين قبل الحوالة المحيل فيصير للمطالب المحال عليه بعد الحوالة، وعرفها الجرجاني بقوله الحوالة هي: مشتقة من التحول بمعنى الانتقال، وفي الشرع نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، التعريف، محمد المنوي، تحقيق، محمد رضوان، ط الأولى، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1410 هـ، ص 299، نوره الحكم شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تحقيق: فهمي الحسيني، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 3، التعريفات، علي بن محمد الحرحاشي، تحقيق: إبراهيم الأبياري، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405 هـ، ص 126.

³ بدائع الصنائع ج 6/ص 16.

⁴ حاشية السوقي، محمد عرفة السوقي، تحقيق: محمد عليش، ج 3، دار الفكر، بيروت، ص 325.

⁵ شرح الزركشي، محمد بن عبد الله الزركشي، ط الأولى، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1423 هـ، ص 139.

⁶ الاشراف لمصلحة الغير، عباس حسني ص 356.

⁷ المغني لابن قدامة، ج 6، ص 100.

وإذا وهب المشترط المتعهد شيئاً واشترط عليه إعطاء شيء للغير فتطبق هنا أحكام الهبة بين المشترط والمتعهد¹، فإذا كان هذا المتعهد غير وارث ولم يكن المشترط في مرض الموت حين العقد، فإنه لا غبار على هذا العقد، لأن المشترط يستطيع أن يهب ما يشاء من ماله للمتعهد، طالما أن الهبة ليست مضافة إلى ما بعد الموت، وليست في مرض الموت، فإذا اشترط المشترط شرطاً يتضمن إعطاء مال بعد موته للمتعهد الذي هو وارث للمشترط فإن الشرط يعتبر باطلاً إذا لم يجرز باقي الورثة، فإذا أعطى المشترط للمتعهد ألف دينار كقرض، وشرط عليه أن يرد هذا القرض بعد وفاته لابن من أبنائه، فإن هذا الشرط موقوف على إجازة للورثة، لأن فيه خروجاً على أحكام الميراث والوصية بتفضيل أحد الأبناء بعد الموت فتأخذ المصلحة المشترطة هنا حكم الوصية، فإن كان المتعهد وارثاً فإنه من اللازم أن يجيز هذا العقد باقي الورثة².

جاء في المبسوط: "أن الوصية للوارث لا تجوز بدون إجازة الورثة"³، عن عمرو بن خارجة قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- " لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة"⁴.

وإذا لم يكن المتعهد وارثاً فلا بد من إجازة الورثة فيما زاد على ثلث التركة، فإذا أجازوه جاز، وإذا ربهه بطل.

جاء في المبسوط: " لا تنفذ الوصية فيما زاد على الثلث بدون إجازة الورثة، فإن الإجازة من الورثة معتبرة في الوصية بما زاد على الثلث أو في الوصية للوارث، أن محل الوصية النافذة شرعاً ثلث المال عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه - قال: جاء النبي -صلى الله عليه وسلم- يعودني وأنا بمكة. قلت: يا رسول الله أوصي بمالي كله؟ قال: لا. قلت: فالشطر؟ قال: لا. قلت: الثلث؟ قال: فالثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس"⁵، والحديث فيه دليل على أنه لا ينبغي للمرء أن يوصي بأكثر من ثلث ماله⁶.

¹ الاشتراط لمصلحة الغير، إعلان حسني ص 356.

² المرجع السابق، ص 349.

³ المبسوط، للمرخسي، ج 27، ص 175.

⁴ الحديث سبق تخريجه، ص 114.

⁵ الحديث سبق تخريجه، ص 114.

⁶ المبسوط للمرخسي، ج 27، ص 143-147.

وإذا اشترط المشتري على المتعهد أن يرد القرض الذي أعطاه له للغير، وكان عقد الاشتراط قد أبرم والمشتري في مرض يغلب عليه فيه الهلاك، وانتهى بموته فعلاً، فإن هذا الاشتراط يأخذ حكم الوصية، فلا بد فيه من إجازة الورثة إذا كان الغير والمتعهد من الورثة، ولابد من إجازة الورثة فيما زاد على ثلث التركة إذا كان الغير والمتعهد ليس بورثة للمشتري، وإذا كان للمشتري دائنون آخرون فلا يصح هذا الاشتراط للغير والمتعهد، إذا صدر في مرض الموت¹.

جاء في المبسوط: "ومرض الموت ما يتصل به ومن أوصى بأكثر من ثلث ماله لم يجز في الفضل على الثلث إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار لأن حقهم تعلق بماله بمرضه ولكن الشرع جعل الثلث محلاً لوصية الموصي ليتدارك به ما فرط في حياته فما زاد على ذلك إذا أوصى به فقد قصد الإضرار بورثته بإسقاط حقهم عما تعلق حقهم به وإيثار الأجنبي على من أثره الشرع وهو الوارث فللوارث أن يرد عليه"².

ومن كل ما سبق يتضح لنا أن آثار عقد الاشتراط لمصلحة الغير هو نقل ملكية الشيء المشتري للغير إليه، ونقل ملكية الشيء المشتري للمتعهد إليه، وهذا هو أيضاً أهم آثار عقد الاشتراط لمصلحة الغير عند القانونيين.

¹ الاشتراط لمصلحة الغير، مجلس حسني من 349.
² المبسوط للمرخسي ج 27 من 153

المطلب الثاني :

حقوق أطراف عقد الاشتراط لمصلحة الغير .

1- حقوق الغير والمتعهد في عقد الاشتراط لمصلحة الغير:

أ/ حقوق الغير قبل المتعهد :

أن من مقتضى مبدأ حرية العقود والشروط الذي أخذ به جمهور الفقهاء إباحة الاشتراط لمصلحة الغير، وإنه من مقتضى هذه الإباحة أن يسمح للغير بمطالبة المتعهد بحقه المتولد له من العقد مباشرة، رغم أنه لم يكن طرفا فيه، لأن هذا هو موجب الشرط اللغوي الذي يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم، لأنه في الحقيقة سبب، وإلا لما كانت هناك فائدة من تقرير هذا الحق للغير، وخصوصا إذا كان المشترط قد مات بعد إبرام العقد، ونؤكد هذا القول بالبحث في الأصول الشرعية الأخرى للاشتراط لمصلحة الغير، ومن هذا عقد سفينة الذي اعتقته أم سلمة، واشترطت عليه خدمة النبي - صلى الله عليه وسلم - ما عاش¹، وظاهر الحال هنا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو الغير في هذا العقد، لم يكن يأخذ إننا من أم سلمة قبل أن يستخدم سفينة، وما كان يستخدمه عن طريقا بل كان يأمره بحاجته مباشرة، ولا يكاد يتصور غير هذا في مثل هذه الحالة، ولعل هذا العقد يوضح لنا أن الأصل في الاشتراط لمصلحة الغير أن يقتضي هذا حقه مباشرة من المتعهد دون توسط من المشترط، وأن هذا أمر طبيعي ومفروض في أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، لأن طبيعته تقتضيها، وأيضا في عقد الوقف يطالب المستحق، وهو من الغير بالنسبة للعقد ممثل المتعهد بحقه مباشرة، ودون حاجة إلى الرجوع إلى المشترط وهو الواقف².

ومن أهم الأصول أيضا ما قرره المالكية من أن الغير المشترط لمصلحه في عقد القراض له دعوى قبل كل من المشترط والمتعهد إذ نكروا صراحة أنه يلزمهما الوفاء بالمصلحة المشترطة له على سبيل التبرع .

جاء في شرح مختصر خليل : "أنه يجوز اشتراط ربح القراض كله لرب المال أو للعامل أو لغيرهما، لأنه من باب التبرع، وإطلاق القراض عليه حينئذ

¹ الحديث سبق تخريجه 71.

² الاشتراط لمصلحة الغير، عتب حسني ص 358.

مجاز، ويلزمهما الوفاء بذلك إن كان المشتراط له معيناً، وقيل ويقضى به إن امتنع الملتزم منهما، وأما إن كان لغير معين كالفقراء فإنه يجب من غير قضاء¹.

وسبق أن عرفنا أن الحنفية يعتبرون العرف من الأدلة الشرعية بشرط ألا يخالف نص صحيح وصريح، ولقد تعارف الناس في عصرنا هذا على أن الغير من حقه أن يطالب المتعهد مباشرة بالمصلحة المشتطرة له، وطالما أنه لا يوجد نص في الشرع يمنع ذلك بل على العكس كما رأينا، فإن العرف يكون له اعتباره هنا أيضاً، وقد تأخذ في بعض الأحيان صورة الاشتراط لمصلحة الغير، وذلك إذا كانت وكالة بإعطاء شيء للغير أو قضاء دين له، وقد نص جمهور الفقهاء على أن عقد الوكالة يصبح لازماً، إذا تعلق به حق للغير فلا يستطيع الموكل ولا الوكيل فسخ الوكالة، ومقتضى هذا أن يكون للغير الحق في مطالبة الوكيل مباشرة دون أن يكون للوكيل أو الموكل الحق في فسخ الوكالة.

جاء في حاشية ابن عابدين: "عزل الوكيل ما لم يتعلق به حق الغير، فللموكل العزل أو على قوله ما لم يتعلق به حق الغير"².

وجاء أيضاً في حاشية ابن عابدين: "انعزال الوكيل إذا لم يتعلق به أي بالتوكيل حق الغير أما إذا تعلق به ذلك فلا ينعزل"³.

ونستنبط مما سبق أن الغير المنتفع من عقد الاشتراط، والذي لم يكن طرفاً فيه له دعوى قبل المتعهد يطالبه فيها مباشرة بالمصلحة المشتطرة له، دون حاجة إلى إدخال المشتراط في هذه الدعوى، أو مطالبته أولاً، وأساس هذه الدعوى هو عقد الاشتراط المبرم بين المشتراط والمتعهد، ولما كان الغير المشتراط لصالحه يعتبر دائناً للمتعهد بحقه، فإنه يشترك مع زملائه سائر دائني المتعهد في استيفاء حقوقهم منه على أساس شركة الغرماء إذا كان مال المتعهد لا يفي بجميع حقوقهم، وهذا بطبيعة الحال إذا كان دينه يساويهم في القوة وكان حالاً.

وبما أن المشتراط له يعتبر هو الدائن بمحل الاشتراط الذي التزم به المشتراط عليه، فتكون له مطالبة الأخير بما اشترط لمصلحته وحق مقاضاته، فإن القول بثبوت حق لشخص يعني ضمناً أن لهذا الشخص أن يطالب به، وإلا لما بقي قيمة

¹ شرح مختصر خليل ج 6 ص 209.

² حاشية ابن عابدين ج 3 ص 536.

³ المرجع السابق ص 539.

لهذا الحق، ومن الطبيعي أن يكون له اتخاذ الإجراءات التي تؤدي إلى المحافظة على حقه، ومن كل هذا نرى أن المشتراط له يكتسب حقا شخصيا أو عينيا مباشرا وحالا من العقد المبرم بين المشتراط والمشتراط عليه دون أن يشترك فيه، وعلى ذلك فإن حق المشتراط له يتميز بأنه حق مباشر لا يمر بئمة المشتراط، لذلك ليس لدائني المشتراط أن يزاحموه في حقه، لأنه لم يدخل في ضمانهم العام، وإذا كان المشتراط له أحد ورثة المشتراط فليس لباقي الورثة مزاحمته في حقه، لأنه لم يتلقه بالإرث وليس للورثة كذلك الطعن في تصرف مورثهم إلا إذا كان تصرفه صادر في مرض الموت، إذ يأخذ الإشتراط حكم الوصية ولا وصية لوارث، إما إذا كان الإشتراط لغير وارث فإنه ليس للورثة الطعن في الإشتراط الصادر من مورثهم إلا إذا زاد ما دفعه المشتراط للمتعهد على ثلث التركة، فيشتراط إجازتهم فيما زاد على الثلث، ويتميز حق المشتراط له بأن مصدره العقد المبرم بين المشتراط والمشتراط عليه، لذلك فإن هذا الحق يتحدد بالحدود المرسومة في ذلك العقد ويتصف بالصفات التي أسبغها العاقدان عليه في اتفاقهما، كأن يكون معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل...، كما يتميز هذا الحق بأن للمشتراط له لم يشترك في العقد الذي أنشأه ويترتب على ذلك بأن حقه ينشأ حالا منذ العقد، ما لم يتفق على خلاف ذلك، أو ما لم تقتضي طبيعة العقد ذلك¹.

ويرى جمهور الفقهاء أنه إذا كانت العلاقة بين المشتراط والغير تبرعية فإن حق الغير قبل المتعهد يتعرض للسقوط طبقا لأحكام الشرعية في الرجوع في الهبة .
 جاء في المغني²: " ولا يحل لوأهب أن يرجع في هبته، ولا لمهد أن يرجع في هديته، وإن لم يثب عليها يعني وإن لم يعوض عنها ما عدا الأب، لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي وئده³ .

فلا يجوز للمشتراط الواهب الرجوع في اشتراطه لمصلحة الغير إلا إذا كان ابنا للمشتراط، ومن ثم فإن حق الغير قبل المتعهد لا يسقط بنقض المشتراط إلا إذا كان

¹ الإشتراط لمصلحة الغير سمعي إسماعيل، ص 350.

² المغني، لابن قدامة، ج 5، ص 397.

³ سنن الترمذي، كتاب الهبة، باب حث النبي صلى الله عليه وسلم على التهادي، ج 4، ص 442.

الغير ابنا له، ولكن هذا السقوط ليس على إطلاقه، فهو مشروط بعدم تعلق حق للغير بالمصلحة المشترطة للغير المنتفع من عقد الاشرط.

وفي هذا يقول ابن تيمية: "إذا كان قد وهب لولده شيئا ولم يتعلق به حق الغير، مثل أن يكون قد صار عليه دين أو زوجوه لأجل ذلك فله أن يرجع في ذلك"¹. فإذا كان الغير المنتفع قد استدان بعد حصوله على المصلحة المشترطة له ولم يكن الدائن ليعطيه لولا هذه الهبة المشترطة له، فإنه لا يجوز في هذه الحالة للمشترط الذي هو أب للمنتفع أن يرجع في اشترطه لصالح ابنه لتعلق حق الغير الآخر به، وكذلك الحال لو تزوج مثلا المنتفع ولم يكن أهل المرأة ليزوجه لولا هذه الهبة المشترطة له².

ويتفق القانونيون مع جمهور الفقهاء في أن للغير المنتفع حق مباشر قبل المتعهد، مصدره عقد الاشرط الذي لم يكن المنتفع طرفا فيه، فالمنتفع يرفع دعوى باسمه شخصيا ضد المتعهد يطالبه فيه بحقه³.

تنص المادة (154)، فقرة (2)، من قانون مصري، ويقابلها نص المادة (156)، فقرة (2)، من قانون ليبي على أنه: "ويترتب على هذا الاشرط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشرط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك". فالمنتفع وإن لم يكن طرفا في العقد الذي التزم بموجبه المتعهد يكتسب من هذا العقد حقا شخصيا مباشرا وحالا، وعلى هذا فإن القواعد التي تحكم علاقة المنتفع بالمتعهد هي: أن حق المنتفع لا يمر بنزعة المشترط، لأنه حق مباشر، أن مصدر هذا الحق هو العقد المنعقد بين المشترط والمتعهد، أن المنتفع ليس طرفا في هذا العقد⁴، وتترتب على كل قاعدة من هذه القواعد نتائج هامة:

منها النتائج المترتبة على أن مصدر حق المنتفع هو العقد المبرم بين المشترط والمتعهد:

أ- لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشرط، فهو يوجد منذ صدور العقد، لا من وقت إعلان المنتفع لرغبته في الاستفادة من الاشرط، ويترتب على ذلك أنه إذا فقد

¹ الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، ج 4/ص 201

² الاشرط لمصلحة الغير، عياض حسني، ص 369.

³ الوسيط، للمنهوري، ج 1، ص 580.

⁴ مصادر الحق، للمنهوري، ج 5، ص 56.

المتعهد أهليته في الفترة ما بين صدور العقد و صدور رغبة المنتفع، فلا يكون هذا مانعا للمنتفع من أن يعلن رغبته، ويترتب على ذلك أيضا أن المنتفع إذا رفض الاشتراط، جاز الطعن في رفضه بالدعوى البوليصة، لأنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط، فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إنقاصا من حقوقه¹.

ب- لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط الذي تم بين المشتري والمتعهد، فللهذين المتعاقدين أن يكتفا هذا الحق طبقا لما يتم عليه الاتفاق بينهما، ويترتب على ذلك إنه يجوز للمشتري أن يتفق مع المتعهد على أن يكون للمشتري وحده نون المنتفع حق المطالبة بتنفيذ التزام المتعهد نحو المنتفع، ويترتب على ذلك أيضا أنه يجوز للمتعاقدين المشتري والمتعهد أن يجعلوا حق المنتفع غير قابل للنقض أو قابلا للنقض بعد الاتفاق مع المتعهد على ذلك، وهذا الشرط الأخير مفهوم ضمنا إذا ثبت أن للمتعهد مصلحة في الاشتراط فلا يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يستقل بنقض حق المنتفع كما إذا تعهد أحد المتقايضين بأن يدفع المستحق عليه من فرق البديل في نصيب المتقايض الآخر من دين على أطيان هو شريك له فيها على الشيوع².

ويتفق القانونيون أيضا مع جمهور الفقهاء في أنه لا شأن لدائني المشتري بهذا الحق بعد موته، بل يخلص الحق للمنتفع وحده لأنه لم يتلقه من المشتري، وكذلك لا شأن لدائني المشتري بهذا الحق حال حياته، فإن الحق لم يدخل يوما في مال المشتري حتى يكون داخلا في ضمانهم العام، وإذا كان لدائني المشتري أن يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البوليصة عند توافر شروطها، فالواجب مع ذلك ألا نعتبر المنتفع في مركز من تلقى الحق عن تصرف له المدين³.

ويتفق القانونيون أيضا مع جمهور الفقهاء في أن دائني المتعهد يزاحمون الغير المنتفع في إستيفاء حقه قبل المتعهد، على أساس شركة الغرماء إذا كان مال المتعهد لا يفي بجميع ديونه، وهذا إذا كان حقه يساويهم في القوة وبأن كان حالاً⁴، ولما كان المنتفع لا يتلقى حقه من المشتري بل يكسبه مباشرة من عقد الاشتراط، فيصبح دائنا للمتعهد، فإنه يترتب على ذلك أن دائني المتعهد وقد أصبح المنتفع واحد

¹ مصادر الحق، السنهوري، ج 5، ص 56.

² الوسيط، السنهوري، ج 1، ص 586.

³ المرجع السابق، ج 1، ص 584.

⁴ مصادر الحق، السنهوري، ج 5، ص 56.

منهم يشتركون مع المنتفع شركة غرماء في استيفاء حقوقهم من مال المتعهد، ولهم أن يستعملوا حق مدينهم في التمسك قبل المنتفع بأي دفع من النفوع الواردة على عقد الاشرط ، ولهم أن يطعنوا في التزام مدينهم نحو المنتفع بالدعوى البوليصة، لأن هذه الدعوى تجوز عند القانونيين .

فقد نصت المادة (237) مدني مصري على أنه: " لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه..."، ومما يترتب أيضا من نتائج على أن المتعهد أصبح مدينا للمنتفع لا للمشرط أن المتعهد لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة بين حق له على المشرط والتزامه نحو المنتفع¹ .

وإذا كانت العلاقة بين المشرط والغير تبرعية، فإن حق الغير قبل المتعهد تنطبق عليه قواعد الهبة عند فقهاء الشريعة في عدم اشتراط القبول كركن في الهبة وعدم اشتراط القبض لتمام الهبة.

جاء في البدائع: "ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا ، ووجه الاستحسان: أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها ، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام"².

وجاء في المدونة: "قال مالك: كل من وهب هبة لرجل فمات الموهوب له قبل أن يقبض فورثته مكانه يقبضون هبته وليس للواهب أن يمتنع من ذلك"³ . حيث ذهب مالك إلى أن الهبة بمجرد انعقادها بالإيجاب والقبول تلزم قبل القبض، وعلى هذا فإن حق الغير قبل المتعهد يتم بمجرد إبرام عقد الاشرط .

وجاء في الفتاوى الكبرى: "وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصدق، فكذلك سائر التبرعات قياسا بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن، و لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، فإذا تراضى

¹ الوسيط ، للمنهوري ، ج 1 ، ص 585 .
² بدائع الصنائع ، لكاساني ، ج 6 ، ص 115 .
³ المدونة الكبرى ، مالك ابن انس ، ج 15 ، ص 120 .

المتعاقدان أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله¹ .

وأما عند القانونيين لا تتعد الهبة إلا بقبول الموهوب له، ويشترط فيها الرسمية إذا كانت مباشرة.

تنص المادة (487)،فقرة (1) مدني مصري ، ويقابلها نص المادة (476)،فقرة (1)، مدني ليبي على أنه: " لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه " .

و تنص المادة(488) ، فقرة (1) ، مدني مصري ،ويقابلها نص المادة (377)،فقرة(1) ، مدني ليبي على أنه: " تكون الهبة بورقة رسمية ،وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر " ، ولكن هذه الأحكام لا تنطبق على الهبة التي تأخذ صورة الاشتراط لمصلحة الغير ، فإذا كان المشتري أراد التبرع للمنتفع، لم يحل دون ذلك عدم استيفاء الهبة للشكل، لأن الهبة هنا غير مباشرة² .

ومن هذا يتبين أن جمهور الفقهاء يتفقون مع القانونيين في مسألة انعقاد الهبة في صورة عقد الاشتراط لمصلحة الغير، مع ملاحظة أن القانونيين قد خرجوا على القواعد العامة في انعقاد الهبة، إذا كانت في صورة الاشتراط لمصلحة الغير حيث لم يشترطوا الرسمية في الهبة غير المباشرة .

حيث تنص المادة(488) ،فقرة (1) ، مدني مصري ، ويقابلها نص المادة (377)،فقرة (1)، مدني ليبي ، على أنه: " تكون الهبة بورقة رسمية ، و إلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر " ، ولكنهم اشترطوا في الهبة غير المباشرة رضا الموهوب له لانعقاد الهبة ، لأن المادة(487)،فقرة (1) مدني مصري ، ويقابلها نص المادة (476)،فقرة (1)، مدني ليبي التي نصت على أنه: " لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه " ، لم ترفع إلا شرط الرسمية فقط في حالة الهبة غير المباشرة ،حيث تشترط بوجه عام لتمام الهبة قبول الموهوب له أو نائبه .

ومن هذا يتضح أن الاشتراط لمصلحة الغير عند القانونيين مخالف للقواعد العامة، لأن الهبة في صورة الاشتراط للغير تتعد دون حاجة إلى قبول الموهوب له

¹ الفتوى الكبرى ، لابن تيمية ، ج3 ص485
² الوسيط ، السنهوري ، ج1 ، ص 578 .

وهو الغير، وإذا كانت العلاقة بين المشتري والغير معاوضة، فإن حق الغير قبل المتعهد يحدده عقد الإشتراط، ويتفق القانونيون في ذلك مع فقهاء الشريعة الإسلامية. ويرى القانونيون أنه يجوز للمشتري دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد .

فقد نصت المادة(155)،مدني مصري، ويقابلها نص المادة (157)بفقرة (1)، مدني ليبي على ذلك، وقد يكون حق النقص مخالفا لما يقتضيه العقد إذا كان حق المنتفع هبة من المشتري لا يجوز الرجوع فيها، هذا ويلاحظ أن الرجوع في الهبة عند القانونيين يختلف عما جاء به جمهور الفقهاء .

حيث تنص المادة(502)، مدني مصري، ويقابلها نص المادة (491)، مدني ليبي على أنه: " يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية : ... د - إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية . و- إذا كانت الهبة لذي رحم محرم "، فلا يجوز عند القانونيين لأب أن يرجع في هبة لابنه ، وهذا ينطبق على كل ذي رحم محرم، وعلى الهبة من أحد الزوجين للآخر.

وإذا نقض المشتري عند القانونيين المشاركة فإن حق الغير قبل المتعهد يسقط ، ويلاحظ أن حق النقص عند القانونيين الأصل فيه أنه يظل قائماً حتى يصدر الغير المنتفع إقرار برغبته في الاستفادة، ويعلن هذه الرغبة إلى المتعهد أو إلى المشتري . ومن الملاحظ أن هذا الحق في النقص يضعف من فكرة الإشتراط لمصلحة الغير عند القانونيين، وأما عند جمهور الفقهاء فإن المشتري ليس له حق النقص حتى قبل إعلان الغير رغبته في الاستفادة من العقد، وحتى لو كان عقد الإشتراط غير لازم، بل أن عقد الإشتراط غير اللازم يتحول عند جمهور الفقهاء إلى عقد لازم لتعلق حق الغير به، وهذا أمر قد أعلنه فقهاء الحنفية صراحة ذلك أنهم قرروا أن الوكالة من العقود غير اللازمة.

جاء في حاشية ابن عابدين: " فللموكل عزل الوكيل ما لم يتعلق به حق الغير، كما في حالة الوكالة بالخصومة، كما إذا وكل المدعي عليه وكيلا بالخصومة ثم غاب

الموكل، فإنه لا يملك عزل الوكيل أثناء غيابه لتعلق حق الغير بالوكالة، والغير هنا هو المدعي في الخصومة¹.

وهذا فرق واضح بين جمهور الفقهاء والقانونيين، لأن القانونيين لا يعترفوا بلزوم عقد الاشتراط إلا بعد قبول الغير، فعقد الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر دائما من العقود غير اللازمة عند القانونيين قبل صدور القبول من الغير، وهذه نتيجة طبيعية لحق النقص المقرر في القانون الوضعي لصالح المشترط إلى حين قبول الغير المنتفع للمصلحة المشترطة، أما جمهور الفقهاء نرى أنهم راعوا فكرة الاشتراط لمصلحة الغير لأقصى درجة فوصلوا إلى الحد الذي جعلوا فيه حق الغير الذي لم يكن طرفا في العقد يقرب العقد غير اللازم إلى عقد ملزم للمتعاقدين، وهذا ما لم يعرفه القانونيون بالنسبة للاشتراط لمصلحة الغير².

هذا وقد نصت المادة (716) ،فقرة(2) ، مدني مصري ، ويقابلها نص المادة (716) ،فقرة (2) ،مدني ليبي على أنه: " غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك على أن تخطر الأجنبي بهذا التنازل، وأن يمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه".

فالوكالة لمصلحة الغير لا تزال غير ملزمة للوكيل مادامت توجد أسباب جدية تبرر فسخ الوكالة من جهة الوكيل.

وتنص المادة(715) ،فقرة(2) مدني مصري ، ويقابلها نص المادة (715) ،فقرة (2) ،مدني ليبي على أنه: " إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، فلا يجوز لموكل أن ينهي الوكالة أو يقيد بها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه".

فالوكالة ملزمة للموكل إذا كانت لصالح الوكيل أو لصالح الغير، فلا يستطيع أن يستقل بفسخها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه، فالاشتراط لمصلحة الغير عند القانونيين غير لازم حتى يعلن الغير قبوله للمصلحة المشترطة، وأما الوكالة لمصلحة الغير فهي حالة خاصة، ويبدو أن شراح القانون لم يلتفتوا إلى ما تحويه من معنى الاشتراط لمصلحة الغير، ومانعنا قد سلمنا بأن حق الغير عند القانونيين ينشأ

¹ حاشية ابن عابدين ، ج 5/ص 536 .

² الاشتراط لمصلحة الغير ، عجلان حسني ص 428.

مباشرة من عقد الإشتراط، فإنه مادام هذا العقد قد أبرم فعلاً، فإنه لا يجوز بعد إبرامه أن يقال إن من حق المشتري أن ينقض هذا الحق بحجة أن الغير لم يقبله بعد ولم يرتضه لأن المنطق القانوني السليم يقتضي أنه مادام عقد الإشتراط من العقود اللازمة، فإن الحقوق التي تنشأ عن هذا العقد تكون جميعها لازمة بدورها، فلا يستطيع أحد المتعاقدين أن يستقل بسحب التزامه المقابل لحق الغير الناشئ عن العقد، ولذلك فإن النص في القانون على حق المشتري في نقض حق الغير قبل إعلان الغير عن رأيه، يعتبر من الناحية الفقهية عند القانونيين تناقض مع فكرة الإشتراط لمصلحة الغير¹.

ب- حقوق المتعهد بالنسبة للغير المنتفع:

كما أن للغير دعوى مباشرة قبل المتعهد، فإن للمتعهد الحق في دفع دعوى الغير بجميع الدفوع الناشئة عن عقد الإشتراط، لأنه أساس حق الغير قبل المتعهد، حيث أن للمشتري عليه أن يتمسك تجاه المشتري له بكافة الدفوع المستمدة من هذا العقد كالفسخ والبطلان، وأن يدفع بعدم التنفيذ إذا لم يتم المشتري بتنفيذ ما التزم به للمشتري عليه².

فإذا كان العقد قد أبرم في مرض موت المشتري واستعمل الورثة حقهم في عدم إجازة المحاباة للمتعهد، ورأى المتعهد فسخ العقد الذي بينه وبين المشتري فإن للمتعهد في هذه الحالة أن يدفع دعوى الغير بفسخ عقد الإشتراط، وهذا من حق المتعهد لعدم جواز تبعض الصفقة عليه بغير رضاه.

جاء في المغني: "في رواية للحنابلة يبطل البيع في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى وللمشتري الخيار بين الأخذ والفسخ، لأن الصفقة تفرقت عليه وللشفيق أخذ ما صح البيع فيه وإنما قلنا بالصحة لأن البطلان إنما جاء من المحاباة فاخص بما يقابلها"³.

¹ الإشتراط لمصلحة الغير، عباس حمصي، ص 429.
² الإشتراط لمصلحة الغير، سحدي إسماعيل، ص 350.
³ المغني، لابن قدامة، ج 5، ص 184.

وإذا كان مجموع المبلغ المشترط للغير، زائداً المحاباة التي حصل عليها المتعهد من المشترط داخلة في ثلث تركة المشترط، فإن المتعهد لا يحتاج إلى تبويض الصفقة، ولا يملك الفسخ، ويتعين عليه أن يدفع المبلغ المشترط للغير كاملاً¹. وجاء في المغني: " إذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبياً فإن لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الأخذ بذلك الثمن " ²، وأما إذا كان المبلغ المشترط للغير مضافاً إليه المحاباة يزيد على ثلث التركة، فإنه يتعين في هذه الحالة فسخ جزء من الصفقة على المتعهد إذا لم يختر الفسخ الكلي، ولما كان المبلغ المشترط للغير مضافاً إليه المحاباة التي حصل عليها المتعهد يزيد على الثلث، فإنه يتعين في هذه الحالة تقسيم التركة على كل من الغير والمتعهد حسب النسبة الواردة بعقد الاشتراط ، وللمتعهد في هذه الحالة أن يحتج على الغير بهذه النسبة³.

ونكر ابن قدامة: " إذا باع الشخص في مرضه عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابى المشتري بثلثي ماله وليس له المحاباة بأكثر من الثلث، فإن أجاز للورثة ذلك لزم البيع، وإن لم يجزوا فاختر المشتري فسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت عليه، وإن اختار إمضاء البيع فالصحيح عند ابن قدامة أنه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي " ⁴.

ونلاحظ أن نسبة النصف التي قال بها ابن قدامة في حالة تبويض الصفقة لا تصلح في جميع أحوال الاشتراط لمصلحة الغير، فلا يجوز التقيد هنا بنسبة محددة سلفاً، وإنما النسبة تعرف من عقد الاشتراط نفسه، الذي يحكمه كون المحاباة المقررة للمتعهد مضافاً إليها حق الغير في حدود ثلث التركة، وإذا كان المتعهد غير أهل لإبرام عقد الاشتراط لعدم بلوغه، فهو يستطيع دفع دعوى الغير قبله ببطلان عقد الاشتراط، أو بالوقف حتى يجيز الولي⁵.

وإذا وقع المتعهد في غلط أثناء إبرامه عقد الاشتراط، وكان هذا الغلط يؤدي إلى البطلان فإن للمتعهد أن يدفع دعوى الغير بالبطلان، فجاء في المجلة: "إذا باع شيئاً وبين جنسه، فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع، فلو باع زجاجاً على

¹ الاشتراط لمصلحة الغير، عياش حسني ص 375.

² المغني ج 5: ص 184.

³ مرجع سابق، عياش حسني ص 375.

⁴ المغني، لابن قدامة، ج 6: ص 114.

⁵ مرجع سابق، عياش حسني ص 377.

أنه ألماس بطل البيع¹ ، كما إذا اتفق المشتري مع المتعهد على أن يبيعه فرسه مقابل دفع ثمنها للغير ،وظن المتعهد أنه يشتري ناقته وليست فرسه، فإن للمتعهد أن يدفع دعوى الغير بالبطلان².

وإذا دلس المشتري على المتعهد عيبا في محل العقد،كأن باعه عبدا على أن يدفع ثمنه للغير ثم أبق العبد، وأقام المتعهد البينة على أن إياقه كان موجودا وهو في يد البائع، فإن المتعهد هنا لا يدفع الثمن للغير ،ويدفع دعوى الغير بتدليس المشتري على أساس أن الضمان هنا يكون على البائع المشتري،لأنه دلس عليه عيبا³.

جاء في المدونة الكبرى: "وقال مالك :من باع عبدا وبه عيب دلسه ،مثل الإباق ،فأبق العبد فذهب ولم يرجع فوجد المشتري البينة على هذا العيب، أنه كان به حين باعه وعلم البائع بذلك، فإن المشتري يرجع بالثمن كله فيأخذه ولا شيء عليه في إباق العبد"⁴.

و في المغني: " إلا أن يكون البائع دلس العيب فيلزمه رد الثمن كاملا، وكذلك سائر المبيع، قال أحمد :في رجل اشترى عبدا فأبق من يده وأقام البينة أن إياقه كان موجودا في يد البائع يرجع به على البائع بجميع الثمن الذي أخذه منه، لأنه غر المشتري"⁵.

وإذا أكره المشتري المتعهد على إبرام العقد،فإن العقد يكون فاسدا قابلا للإبطال عند الحنفية ،وباطلا عند غيرهم من الفقهاء، ويستطيع المتعهد أن يدفع دعوى الغير بهذا الفساد أو البطلان .

جاء في تحفة الفقهاء: " إن كان تصرفا يحتمل الفسخ ويشترط فيه الرضا كالبيع والشراء والإجارة ونحوها والإكراه بأي طريق كان، فإنه يكون التصرف فاسدا ،وعلى قول زفر يكون موقوفا على إجازة المكرة"⁶.

وجاء في المجلة : "لا يعتبر البيع الذي وقع بالإكراه ، ولكن لو أجاز المكرة بعد زوال الإكراه يعتبر"⁷.

¹ المجلة ،ج1/ص42.

² الاثنواط لمصلحة الغير ،جلس حسني ص377.

³ المرجع السابق ،ص378.

⁴ المدونة الكبرى ، مالك ابن انس ، ج10/ص310.

⁵ المغني ، لابن قدامة ، ج4/ص113.

⁶ تحفة الفقهاء ، للسمرقندي ، ج3/ص275.

⁷ المجلة ج1/ص194.

وجاء في معنى المحتاج: "فلا يصح عقد مكره في ماله بغير حق"¹ .
 وجاء في المعنى: "وأما المكره فلا يصح إقراره بما أكره على الإقرار به ،
 ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع"² .
 وجاء في المعنى أيضا: "ولا يصح عقد المكره ، كما لا يصح طلاقه ولا بيعه
 ولا شيء من تصرفاته"³ .
 وهكذا يكون للمتعهد دائما أن يدفع دعوى الغير بجميع الدفوع الناتجة لصالحه عن
 عقد الإشرط ، لأن حق الغير إنما نتج عن هذا العقد .
 ويتفق جمهور الفقهاء مع القانونيين من ناحية حق المتعهد في دفع دعوى
 الغير المنتفع بجميع الدفوع الناشئة عن عقد الإشرط ، فله أن يطعن فيه بأي وجه من
 وجوه البطلان ، وله أن يتمسك بفسخه إذا تحقق ما يوجب الفسخ⁴ .
 حيث تنص المادة (154) فقرة (2) ، مدني مصري ، ويقابلها نص المادة (156)
 فقرة (2) مدني ليبي على أنه: "... ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع
 بالدفوع التي تنشأ عن العقد"⁵ .
 ولما كان حق المنتفع مصدره عقد الإشرط الذي تم بين المشتري والمتعهد ،
 فلهذين المتعاقدين أن يكتفا هذا الحق طبقا لما يتم عليه الاتفاق بينهما ، ويترتب على
 ذلك أنه يجوز للمشتري أن يتفق مع المتعهد على أن يكون للمشتري وحده دون
 المنتفع حق المطالبة بتنفيذ التزام المتعهد نحو المنتفع ، ويترتب على ذلك أيضا أنه
 يجوز للمتعاقدين المشتري والمتعهد أن يجعلوا حق المنتفع غير قابل للنقض أو قابلا
 للنقض بعد الاتفاق مع المتعهد على ذلك ، وهذا الشرط الأخير مفهوم ضمنا إذا ثبت
 أن للمتعهد مصلحة في الإشرط ، فلا يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يستقل بنقض
 حق المنتفع ، كما إذا تعهد أحد المتقايضين بأن يدفع المستحق عليه من فرق البذل في
 نصيب المتقايض الآخر من دين على أطيان هو شريك له فيها على الشروع⁶ .
 وهذا أمر طبيعي ، لأن حق المنتفع مصدره عقد الإشرط سواء عند القانونيين أم عند
 جمهور الفقهاء .

¹ معنى المحتاج ، للشربيني ، ج 2 ص 7 .

² المعنى ، لابن قدامة ، ج 5 ص 88 .

³ المرجع السابق ، ج 10 ص 281 .

⁴ الوسيط ، للشهري ، ج 1 ، ص 586 .

⁵ المرجع السابق ، نفس الموضوع .

2- حقوق الغير والمشتراط في عقد الاشتراط لمصلحة الغير:

غالبا ما تكون علاقة المنتفع بالمشتراط غير ناتجة من الاشتراط بل سابقة عليه، ثم يأتي الاشتراط فيدخل تعديلا على العلاقة القائمة بينهما أو ينهيها، بحسب الغرض الذي دفع المشتراط إلى الاشتراط، وقد لا تكون كذلك، فتكون العلاقة القانونية ذاتها ناتجة من الاشتراط، والعلاقة بينهما تصطبغ بصيغة الباعث الذي دفع المشتراط إلى الاشتراط، فلو قصد المشتراط من المشاركة التبرع للمنتفع، فإن العلاقة بينهما تكون علاقة موهوب له بواهب فينبغي تطبيق قواعد الهبة، ولو كان المشتراط مدينا للمنتفع وجاء عقد الاشتراط وفاء لهذا الدين، فالعلاقة بينهما بنتيجة الاشتراط تكون علاقة دائن يستوفي دينه من المدين، فينبغي تطبيق قواعد الوفاء بالدين¹.

أ- حق الغير قبل المشتراط وحق المشتراط قبل الغير في حالة التبرع:

فقد يقصد المشتراط من وراء اشتراطه التبرع للمشتراط له، كما في حالة استئجار الدار ليصلي فيها.

جاء في جواهر العقود: "استأجر فلان من فلان فأجره ما هو له وملكه ويديه... إجارة صحيحة شرعية لازمة لاتخاذها مصلى له وللمسلمين تقام بها الصلوات الخمس في أوقاتها، ويؤذن بها أوقات التأذين للصلوات، ولقراءة القرآن بها والاعتكاف والتهدج و صلاة التراويح ... مدة ثلاثين سنة"².

والعقد هنا يرد على إجارة الدار لاتخاذها مسجدا، فيبرم المستأجر العقد له وللمسلمين ابتداء، فيكتسب عامة المسلمين حقا في أداء الفروض والواجبات الدينية في هذه الدار فينتفعون بهذا العقد وهم لم يشتركوا فيه³، وفي هذه الحالة تحكم علاقتهما قواعد الهبة الموضوعية عند جمهور الفقهاء في عدم اشتراط القبول كركن في الهبة، وعدم اشتراط القبض لتمام الهبة، ومن ثم لا يشترط القبض في التبرع الصادر من المشتراط إلى المشتراط له بطريق الاشتراط لمصلحة الغير، لأن الهبة هنا غير مباشرة، فهي لا تصدر مباشرة من المشتراط إلى المشتراط له، وما يدفعه المشتراط لا يدخل مباشرة في ذمة المشتراط له، وإنما هو يدفع إلى المشتراط عليه،

¹ الاشتراط لمصلحة الغير، سعدي إسماعيل، ص 109.

² جواهر العقود، تاليفه، ج 1 ص 228.

³ مرجع سابق، سعدي إسماعيل، ص 298.

ليلتزم هذا الأخير تجاه المشتري له بشيء ، وعلى أية حال فإن نية التبرع للمشتري له قد تستتج ضمناً¹.

فقد جاء في المذهب: " وإن ضمن عن رجل ديناً بغير إذن له لم يجز له مطالبة المضمون عنه بتخليصه، لأنه لم يدخل فيه بإذنه فلم يلزمه تخليصه، وإن ضمن بإذنه نظرت فإن طالبه صاحب الحق جاز له مطالبته بتخليصه، لأنه إذا جاز أن يفرمه إذا غرم، جاز أن يطالبه إذا طولب"².

وعلى هذا فإن حق الغير قبل المشتري يتم بمجرد إبرام عقد الاشتراط، وعليه فإن المشتري يلتزم بموجب عقد الاشتراط بالمصلحة المشترطة للغير، فعليه أن يفي بالتزامه قبل المتعهد، حتى يمكن لهذا الأخير أن يؤدي هذه المصلحة، وعلى هذا تبرأ ذمة المشتري قبل الغير بمجرد قيامه بأداء التزامه قبل المتعهد، وذلك طبقاً لما جاء به الكاساني ومالك وابن تيمية والجمع بين هذه الآراء .

جاء في البدائع: " ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب ، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً، ووجه الاستحسان: أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول، وإنما القبول و القبض ثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام"³،

وجاء في المدونة: " قال مالك: كل من وهب هبة لرجل فمات الموهوب له قبل أن يقبض فورثته مكانه يقبضون هبته، وليس للواهب أن يمتنع من ذلك "⁴ ، حيث ذهب مالك إلى أن الهبة بمجرد انعقادها بالإيجاب والقبول تلزم قبل القبض .

وجاء في الفتاوى الكبرى: " وإذا كان طيب النفس هو المبيع للصدق ، فكذلك سائر التبرعات قياساً بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن، و لم يشترط في التجارة إلا التراضي ، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيع للتجارة، فإذا تراضي المتماقدان أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله "⁵ .

¹ الاشتراط لمصلحة الغير ، سمي إسماويل ، ص 354.

² المذهب ، إبراهيم بن يوسف الشيرازي ، ج 1 ، دار الفكر ، بيروت ، ص 341.

³ بدائع الصنائع ، للكسائي ، ج 6 ، ص 115.

⁴ المدونة الكبرى ، مالك ابن النضر ، ج 15 ، ص 120.

⁵ الفتاوى الكبرى ، لابن تيمية ، ج 3 ، ص 485.

ويجب أن تتوافر في المشترط أهلية التبرع بحسب قواعد الشريعة الإسلامية ،
وإذا وقع الإشرط في مرض الموت أخذ حكم الوصية.

فقد جاء في مغني المحتاج: " لو اختلعت المريضة بما يزيد على مهر المثل
، فالزيادة من الثلث والمهر من رأس المال ، وفي الأجنبي الجميع من الثلث"¹ .
ويتفق جمهور الفقهاء في ذلك مع القانونيين ، إذا قصد المشترط من الإشرط
التبرع للمنتفع وهذا هو الغالب في الإشرط لمصلحة الغير ، فتطبق في هذه الحالة
القواعد الموضوعية لا الشكلية في الهبة ، فيعتبر المشترط واهبا والمنتفع موهوبا له ،
فيجب أن تتوافر في المشترط أهلية التبرع ، والهبة تأخذ حكم الوصية إذا وقع
الإشرط في مرض الموت² ، ولكن هذا مخالف للقواعد العامة في القانون ، الذي تحتم
صنوع قبول الموهوب له لانعقاد الهبة .

ويرى السنيهوري أن المقدار الموهوب بالنسبة للمشرط ليس هو مقدار ما
التزم به المتعهد نحو المنتفع ، بل هو مقدار ما دفعه المشترط للمتعهد بشرط ألا يزيد
عما التزم به المتعهد نحو المنتفع³ ، إلا أن هذا الرأي لا يصح على إطلاقه حتى عند
القانونيين ، لأنه من الممكن تصور وجود حالات يكون فيها المقدار الموهوب بالنسبة
للمشرط هو ما التزم به المتعهد نحو الغير ، وليس ما التزم به المشترط نحو المتعهد ،
فالمسألة تختلف باختلاف الأحوال عند القانونيين ، ومثل هذا يحصل في حالة ما إذا
باع المشترط للمتعهد شيئا واشترط عليه أن يدفع الثمن للغير ، فإن المقدار الموهوب
بالنسبة للمشرط هنا هو الثمن وليس المبيع حتى ولو كانت قيمة المبيع أقل من
الثمن ، وهذا سواء عند جمهور الفقهاء وعند القانونيين⁴ .

ويحق للمشرط أن يرجع في عقد اشراطه لمصلحة الغير ، إذا كان أبا لهذا الغير
المنتفع .

جاء في المغني⁵: " ولا يحل لو اهب أن يرجع في هبته ، ولا لمهد أن يرجع في هديته
وإن لم يثب عليها ما عدا الأب ، لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - : " ليس لأحد أن

¹ مغني المحتاج ، للشرييني ، ج3/ص276.

² الوسيط ، للسنيهوري ، ج1 ، ص579.

³ المرجع السابق ، نفس الموضوع .

⁴ الإشرط لمصلحة الغير ، عجل حسني ، ص432.

⁵ مغني ، لابن قدامة ، ج5/ص397.

يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده¹. ويختلف جمهور الفقهاء فسي هذا عما جاء به القانونيون، فيما يخص الرجوع في الهبة فمن حق المشتراط أن يرجع كقاعدة عامة حتى بعد إعلان المنتفع لرغبته في الانتفاع من المشاركة، إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة².

هذا وقد تكون العلاقة بين الغير والمشتراط تبرعية، وفي نفس الوقت تأخذ صورة المعاوضة المالية أو غير المالية بين الغير والمتعهد، فقد يعطي المشتراط المتعهد مبلغاً من المال على أن يقوم المتعهد بتأجير منزله للغير، فهنا ليس على المشتراط شيء بمجرد قيامه بتنفيذ التزامه بإعطاء المتعهد المبلغ المنفق عليه، والعلاقة هنا بين الغير والمتعهد علاقة تبرعية، وعلى المتعهد أن يقوم بتأجير داره للغير المنتفع، فالمصلحة المشترطة هنا هي الوعد بالتأجير للغير، وإذا لم يتم التأجير فليس للغير شيء قبل المشتراط، وإنما للمشتراط أن يرجع على المتعهد بالمبلغ الذي سبق أن أعطاه له المشتراط³.

وفي حالة الوقف لا شأن للغير بالمشتراط الواقف على الإطلاق، والمتعهد هنا شخص حكومي أو اعتباري يمثله ناظر الوقف، وإذا امتنع الواقف عن تسليم أعيان الوقف إلى الناظر، فمن حق الناظر وحده أن يطالبه بها، ولكن إذا تواطأ الناظر مع الواقف على عدم التسليم فمن حق الغير أن يرفع الدعوى ضدتهما معاً، ويطلب الحكم على الواقف بتسليم الأعيان للناظر، والحكم على الناظر في مواجهة الواقف بتسليمه الربيع المستحق له، ومما يلاحظ هنا أنه إذا امتنع المشتراط عن تنفيذ التزامه قبل المتعهد، وبالتالي امتنع المتعهد عن تنفيذ التزامه قبل الغير متقاعساً عن مطالبة المشتراط بتنفيذ التزامه، فإنه من حق الغير أن يرفع الدعوى ضد المشتراط والمتعهد معاً، ويطلب فيها الحكم ضد المشتراط بتنفيذ التزامه للمتعهد، والحكم ضد المتعهد بتنفيذ التزامه قبله، وأساس هذه الدعوى هو القاعدة الأصولية، أنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فلما كان التزام المتعهد قبل الغير لا يمكن تنفيذه إلا بعد تنفيذه التزام المشتراط قبل المتعهد، فإن الواجب القائم على المشتراط قبل المتعهد يصبح واجباً عليه قبل الغير أيضاً طالما أن حق الغير متعلق بتنفيذ هذا الواجب، ومن ثم

¹ الحديث سبق تخريجه 1224.

² نظرية العقد، السنهوري، ص 923.

³ الإشتراط لمصلحة الغير، مجلس حسني، ص 383.

يكون من حق الغير أن يرفع الدعوى ضد المشترط والمتعهد ،ويطلب الحكم بتنفيذ الالتزامين المتقابلين : تنفيذ التزام المشترط قبل المتعهد، وتنفيذ التزام المتعهد قبله ، وهذا كله مبني على أساس أن عقد الاشرط لمصلحة الغير يعتبر دائما من العقود اللازمة ، حتى ولو كان في الأصل غير لازم ،وذلك لتعلق حق الغير به ¹.

ويتفق جمهور الفقهاء مع ما جاء به القانونيون في ذلك ،فإذا امتنع المشترط عن تنفيذ التزامه قبل المتعهد ، وبالتالي امتنع المتعهد عن تنفيذ التزامه قبل الغير ، وتفاعس المتعهد عن مطالبة المشترط بتنفيذ التزامه ،فإنه طبقا للقانون الوضعي يحق للغير هنا أن يرفع الدعوى غير المباشرة ضد المشترط يطالبه بتنفيذ التزاماته قبل المتعهد ، ويشترط لصحة هذه الدعوى عند القانونيين أن يكون المتعهد ليس متصلا بشخصه وقابلا للحجز ، وعلى الغير أن يثبت أن المتعهد لم يستعمل حقه قبل المشترط، وأن عدم استعماله له من شأنه أن يسبب إفساره أو يزيد في هذا الإفسار، وهذه الدعوى ليست قاصرة على الاشرط لمصلحة الغير، وإنما هي تطبق للقواعد العامة الواردة في باب آثار الالتزام.

تنص المادة (235)فقرة(1)فقرة (2) ، مدني مصري ، ويقابلها نص المادة (238)، فقرة (1) ، فقرة (2)، مدني ليبي ، على أنه : "1- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز.2- ولا يكون استعمال الدائن لحقوقه مدينه مقبولا إلا إذا اثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق ،وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إفساره ،أو أن يزيد في هذا الإفسار، ولا يشترط أضرار المدين لاستعمال حقه ،ولكن يجب إدخاله خصما في الدعوى".

وفي حالة الوصية، فإنه لا تتصور أية صلة بين الغير الموصى له، والمشرط الموصي، لأن حق الغير في المطالبة لا ينشأ إلا بعد موت الموصي على وصيته، وأما المشترط فمن حقه أن يغير وصيته كيف شاء حتى موته، وبعد الموت يأخذ الموصى له نصيبه في حدود ثلث التركة ².

¹ الاشرط لمصلحة الغير ،عيسى حسني ،ص 435.

² المرجع السابق ، ص 386.

وفضلاً عما تقدم، فإنه يوجد فرق هام بين جمهور الفقهاء والقانونيين، لأنه طبقاً لرأى القانونيين إذا فسخ عقد الاشتراط لأي سبب، فإن الغير لا يستطيع أن يرجع بهذه الهبة على المشتري بدلاً من المتعهد، وأما عند جمهور الفقهاء، فإن فسخ عقد الاشتراط لا يترتب عليه إلا سقوط حق الغير قبل المتعهد، ويبقى حق الغير قبل المشتري، لأن الهبة هنا انعقدت بمجرد إيجاب المشتري وحده دون حاجة إلى قبول المتعهد، ولا يستطيع المشتري الرجوع في الهبة قبل القبض، مادام قد صدر منه الإيجاب لصالح الغير، فحق الغير قبل المشتري ينشأ بمجرد الإيجاب الصادر من المشتري، وينشأ هذا الحق قبل المتعهد أيضاً بقبوله الإيجاب المشتري، ويصبح بذلك كل من المشتري والمتعهد مسئولين معا قبل الغير عن الحق الموهوب له، فإذا قام المشتري بأداء التزامه للمتعهد، وهو مقابل وفاء المتعهد للغير، فقد برئت ذمة المشتري، وبقيت ذمة المتعهد مشغولة، وإذا فسخ عقد الاشتراط بين المشتري والمتعهد، لتعذر مثلاً، برئت ذمة المتعهد قبل الغير الموهوب له، ولكن تبقى ذمة المشتري مشغولة بموجب الإيجاب الصادر منه لصالح الغير، مادامنا نقرر أن الهبة تقع بإرادة الواهب المنفردة على رأى الكاساني، وتتم لازمة دون حاجة للقبض على رأى مالك.

وهذا الحكم لا يجوز طبقاً للقانون الوضعي الذي لا يعرف العقد بالإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام، ولا يعرف انعقاد الهبة إلا بإيجاب وقبول الموهوب له، وهو وإن كان يكتفي في حالة الهبة في عقد الاشتراط لمصلحة الغير بإيجاب المشتري وقبول المتعهد ولا يحتاج إلى قبول الموهوب له للانعقاد، إلا أنه إذا فسخ عقد الاشتراط، فإن الغير لا يمكنه الرجوع على المشتري على أساس إرادته المنفردة¹، وفيما يخص الرجوع في الهبة عند القانونيين، فمن حق المشتري أن يرجع كقاعدة عامة حتى بعد إعلان المنتفع لرغبته في الانتفاع من المشاركة، إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة²، وهم يختلفون في ذلك عما جاء به جمهور الفقهاء.

وفيما يتعلق بالطعن في تصرف المشتري بالقدر الذي يتعلق بالطعن بالهبة الصادرة إلى المنتفع، لا يشترط سوء نية المنتفع ولا ارتكابه غشاً، لإمكان تمسك الدائنين

¹ الاشتراط لمصلحة الغير، مجلس حسنى، ص 43-44.

² نظرية العقد، المنهوي، ص 923.

بالدعوى البوليصية ،ولو أن علاقة المشتري بالمتعهد علاقة معاوضة ،ذلك أن المنتفع موهوب له¹ ،ولهذا فإن دائتي المشتري ينبغي لهم أن يطعنوا في تصرفين أولهما : صادر من المشتري إلى المتعهد ،ويشترط للطعن بالدعوى البوليصية في هذا التصرف التواطؤ للإضرار بالدائنين ،لأنه معاوضة بالقدر الذي يلتزم فيه المتعهد تجاه المنتفع أو تجاههما(المشتري والمنتفع حين يشترط المشتري لنفسه شيئاً إضافة لاشتراطه للمنتفع) الثاني: صادر من المشتري إلى المنتفع عن طريق المتعهد بواسطة العقد الذي ورد الاشتراط ضمنه ،ولا يشترط لنجاح الطعن هنا تواطؤ المنتفع إلا إذا كان الاشتراط على سبيل الوفاء بالتزام للمنتفع على المشتري² .

ب- حق الغير قبل المشتري وحق المشتري قبل الغير في حالة عدم التبرع :

إذا كانت العلاقة غير تبرعية بين المشتري والغير ،كأن يكون المشتري مديناً للغير المنتفع ، وأراد بعقد الاشتراط وفاء دينه ، كما في حالة الاشتراط الذي تتضمنه إجارة الظئر التي يعقدها الأب لمصلحة ابنه الذي لا مال له ، أو إقرضه ، ومثاله ما جاء في المدونة الكبرى بخصوص قيام الأجنبي بتعويض الواهب عن هبته للموهوب له : " وإن كان إنما أراد بعوضه السلف فله أن يتبع الموهوب له ، قلت : وإن كان بغير أمر الموهوب له"³ ، فإذا كان عقد الاشتراط من العقود اللازمة ، فإن حق الغير الناتج عن عقد الاشتراط ينشأ هو الآخر لازماً ، فإذا اشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن للغير وفاء لدين هذا الغير قبل البائع ، فإن البائع المشتري لا يستطيع الرجوع في الاشتراط بمجرد إبرام العقد ، وإذا كان عقد الاشتراط غير لازم كالوكالة ، فإن تعلق حق الغير به يقلبه لازماً ، وهذا أمر قد أعلنه فقهاء الحنفية صراحة ذلك أنهم قرروا أن الوكالة من العقود غير اللازمة .

جاء في حاشية ابن عابدين: " فللموكل عزل الوكيل ما لم يتعلق به حق الغير ، كما في حالة الوكالة بالخصومة ، كما إذا وكل المدعي عليه وكيلاً بالخصومة ثم غاب الموكل ، فإنه لا يملك عزل الوكيل أثناء غيابه لتعلق حق الغير بالوكالة ، والغير هنا هو المدعي في الخصومة"⁴ ، وإذا قام المشتري بتنفيذ التزامه قبل المتعهد ، فإن ذمته

¹ نظرية العقد ، السنهوري ، ص 923 .

² المرجع السابق ، ص 914 .

³ المدونة الكبرى ، مالك ابن انس ، ج 15 ص 141 .

⁴ حاشية ابن عابدين ، ج 5 ص 536 .

تبراً قبل الغير وهذا قياساً على الحوالة، ولكن قد يقال إنه لا بد من اشتراط عدم رفض الغير حتى تبرأ ذمة المشتري، فإذا كان المتعهد مليناً، أي قادر على الوفاء وغير مماطل، فإن ذمة المشتري تبرأ بمجرد قيامه بأداء التزامه نحو المتعهد، ويجوز إجبار الغير على قبول المصلحة المشترطة له.

وجاء في شرح الزركشي: "ومن أحيل بحقه على ملئ فواجب عليه أن يحتال، فإن امتنع من القبول أجبر على ذلك".¹

وحاصل ما تقدم أن حقوق الغير قبل المشتري تقتصر أصلاً بالنسبة لعقد الاشتراط على قيام المشتري بتسليم الشيء المشتري لصالح الغير سليماً إلى المتعهد، أو بتسليم المقابل المتفق عليه بين المتعهد والمشتري، وبعد ذلك ننظر للعلاقة الأصلية بين المشتري والغير، لأن العقد المبرم أصلاً بين الغير والمشتري هو الذي يحدد هذه العلاقة وهذا على أساس أن العلاقة بينهما غير تبرعية².

لا شأن لدائني المشتري بالمصلحة المشترطة للغير والناجئة من عقد الاشتراط، طالما أن العقد لم يبرمه المشتري وهو في مرض الموت، فإذا تضمن عقد الاشتراط شيئاً من ذلك فإنه يعتبر وصية ولا ينفذ قبل سداد ديون المشتري، لأن حق الدائنين مقدم على الوصية، وعلى هذا إذا كان المشتري قد باع في مرض موته سيارة للمتعهد، واشترط عليه أن يعطي الغير، دائن المشتري، سيارتين بعد فترة، مقابل السيارة المعطاة له، فإنه إذا كانت قيمة السيارة المعطاة للمتعهد ألفي دينار، بقيمة السيارتين المشترطتين للغير خمسمائة ألف دينار، فإن هذا التصرف يتضمن محاباة للمتعهد ومحاباة أخرى للغير، فأما محاباة المتعهد فهي تتمثل في خمسمائة دينار، وهو الفرق بين قيمة السيارة المعطاة له وقيمة السيارتين المشترطتين عليه للغير، وأما محاباة الغير فتتمثل في أن المشتري أوفى أجر دائنيه بموجب عقد الاشتراط فحبابه وهو في مرض موته، بذلك الوفاء إضراراً بسائر الدائنين الحالة ديونهم وقت الوفاء، وعلى هذا يتحاص الدائنون بديونهم مع الغير في قيمة السيارتين المشترطتين للغير، ولا تسري المحاباة المقررة للمتعهد على الدائنين بما فيهم الغير، لأنها تمت في مرض الموت، فتعتبر وصية والدين مقدم على الوصية، وقد يترتب على هذا فسخ عقد

¹ شرح الزركشي ج2/ص139
² الاشتراط لمصلحة الغير، علان حسني، ص394.

الاشتراط إذا لم تف السيارات بديون الدائنين جميعا بما فيهم الغير ، إذا تحاص
الدائنون مع الغير في السيارات المشترطين له ، وبقي شي بعد سداد الديون ، وكان
هذا الشيء هو كل التركة ، فإن الغير يأخذ ثلث الباقي فقط ، ويتوقف حقه في ثلثي
الباقي على إجازة سائر الورثة ، لأننا اعتبرنا أن الاشتراط لمصلحة الغير في مرض
الموت محاباة فهو وصية بالنسبة للورثة ، ولذلك لم تسر على سائر الدائنين ¹ .

ونضيف هنا أن حكم محاباة المشترط في مرض موته للغير يختلف بالنسبة
لورثة المشترط عنه بالنسبة لدائنيه ، لأن محاباة الغير بالنسبة للورثة صحيحة في حدود
الثلث ومتوقفة على إجازتهم فيما زاد على ذلك ، أما بالنسبة للدائن فلا تنفذ جميعها
إلا بموافقتهم ، لأن الدين مقدم على الوصية وعلى حق الإرث ، وقد تتعد المحاباة في
حالة الاشتراط لمصلحة الغير فتشمل الغير والمتعهد معا ، فيتعين هنا التوفيق بين
حقوق الورثة وحقوق كل من الغير والمتعهد الناتجة من عقد الاشتراط ² .

بالنسبة للعلاقة بين المشترط والغير في حالة عدم التبرع عند القانونيين لم
يرد في القانون المصري والقانون الليبي نص يبين تلك العلاقة ، ولكن شراح القانون
تعرضوا لها ، فقالوا قد تكون العلاقة بينهما ، المشترط والمنفع معاوضة ، وذلك يتحقق
في حالة ما إذا قصد المشترط من الاشتراط لمصلحة الغير :-

أ- الوفاء بدين للمنتفع عليه ، فالمنتفع هنا يصبح دائنا للمتعهد بجانب دائنيته للمشرط
، ولا يسقط حقه في الرجوع على المشترط إلا إذا قام المتعهد بتنفيذ التزامه تجاهه ،
إذ لا ينقضي التزام المشترط بمجرد نشوء حق المنتفع قبل المتعهد بنتيجة الاشتراط
ولا حتى بعد إقراره للمشاركة ، ويتفق القانونيون في ذلك مع ما جاء به جمهور
الفقهاء .

وبرى السنهوري أن إقراره يعتبر نزولا عن حقه تجاه المشترط ³ ، ومهما يكن من أمر
فإنه يترتب على قيام المتعهد بتنفيذ التزامه تجاه المنتفع براءة ذمة المشترط من حق
المنتفع الذي يتقل كاهله ⁴ .

¹ الاشتراط لمصلحة الغير ، عباس حنفي ص 397.

² المرجع السابق ، ص 399.

³ نظرية العقد ، السنهوري ، ص 924.

⁴ الاشتراط لمصلحة الغير ، سعدي إسماعيل ، ص 111.

ب- وقد يكون قصد المشتراط من المشاركة إقراض المنتفع عن طريق الاشرط لمصلحته¹، وهنا يطبق على العلاقة بينهما أحكام عقد القرض الموضوعية لا الشكلية فلا يشترط لتمامه القبض، لأن القرض هنا غير مباشر، ولكن الأحكام الموضوعية تطبق فيكون القرض تبرعا إذا كان بدون فائدة و معاوضة إذا كان ينتج فوائد².

ج- وقد يكون قصد المشتراط من المشاركة إيداع الشيء محل الاشرط لدى المنتفع أو إعارته له، فتحكم علاقتهما بالإحكام الموضوعية لعقدي الوديعة والعارية³. نصت المادة (155)،فقرة(1)،فقرة(2)،مئني مصري، ويقابلها نص المادة (157)،فقرة (1)،فقرة (2)،مئني لبيبي، على أنه: "1- يجوز للمشتراط تون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع للمتعهد أو إلى المشتراط رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد. 2- ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتراط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، وللمشتراط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة".

ويظهر من هذا النص أن حق المنتفع الذي يكتسبه من الاشرط لمصلحته الغير قابل للنقض من جانب المشتراط لحين إعلان المنتفع لرغبته في الاستفادة من الاشرط⁴، والذي يثبت له حق النقص هو المشتراط ذاته، فهو حق متصل بشخصه فلا يجوز لدائنيه استعماله عنه، كما لا يجوز ذلك لورثته⁵، وقد يكون للمتعهد أيضا حق النقص إذا اشترط ذلك صراحة أو ضمناً، بشرط أن لا يترتب على النقص براءة ذمته تجاه المشتراط، لأن ذلك يعني تعليق الالتزام على مشيئته المجردة، بل يبقى ملتزما تجاهه كما هو الأصل، أو يحول المنفعة إلى شخص آخر⁶، ويترتب على النقص زوال حق المنتفع بأثر رجعي فيعتبر كأن لم يكن، وليس معنى ذلك أن ذمة المتعهد تبرأ من الالتزام بل يبقى ملتزما تجاه المشتراط، إلا إذا اتفق صراحة أو

¹ نظرية العذ، للمنهوري، ص924.

² الاشرط لمصلحة الغير، سعدي إسماعيل، ص112.

³ مرجع سابق، للمنهوري، ص925.

⁴ مرجع سابق، سعدي إسماعيل، ص113.

⁵ مرجع سابق، للمنهوري، ص917.

⁶ مرجع سابق، سعدي إسماعيل، ص115.

ضمناً على خلاف ذلك، ولهذا فتعبير نقض الاشتراط أو نقض المشاركة لا يتسم بالدقة، بل الأدق أن يقال نقض حق المنتفع، لأن تحويل حق المنتفع الأول إلى آخر، وهو يعتبر نقضاً ضمناً لحق الأول، ليس نقضاً للاشتراط و المشاركة مازال هذا الشخص الآخر تتوفر فيه شروط المنتفع بل هو نقض لحق الأول، ويمكن القول في هذا المجال بأن الاشتراط لمصلحة الغير ينشئ حقاً ذا قيمة مالية مقدم لشخص لم يتدخل في إنشائه يستند إلى نية المتعهد وحده ومنذ انعقاد الاشتراط، فللمشترط إذا بعد نقض حق المنتفع أن يستأثر لنفسه بمحل الاشتراط، بوله أن يحل منتفعاً آخر محل الأول فيثبت له الحق من وقت الاشتراط، ويترتب على هذا الافتراض زوال حق المنتفع الأول بأثر رجعي واكتساب الثاني حقه منذ العقد، لأن المنتفع الثاني لا يعتبر خلفاً للأول إذ لا يكتسب حقه انتقالاً منه بل يتلقاه من العقد مباشرة، ولذلك فإن دائني الأول لا يستطيعون مزاحمة الثاني في حقه¹، وقد لا يثبت حق النقص للمشترط أصلاً، وعدم ثبوت هذا الحق أما يكون راجعاً إلى اتفاق الطرفين، المشترط والمتعهد، ذلك أن حق النقص ليس من النظام العام، لذلك يستطيع العاقدان الاتفاق على عدم ثبوته للمشترط، وأما يكون راجعاً إلى مقتضيات العلاقة القانونية، مثاله عقد نقل البضائع²، كذلك في حالة الاشتراط الذي لا يلعب فيه المشترط أي دور باستثناء تلقي تعهد المتعهد، وهذا الرأي يبدو منطقياً جداً إذا علمنا أن أساس هذا النقص هو أن المشترط هو الذي يلقي بالمنفعة المشترطة بسين يدي المنتفع في الاشتراط غير المحض، بينما يختلف الأمر في الاشتراط المحض إذ أن المتعهد هو الذي يلقي هذه المنفعة في نية المنتفع، وذلك لأنه قد يقصد بهذا النوع من الاشتراط التبرع من المتعهد إلى المشترط، وذلك حين يترتب على الاشتراط براءة نية المشترط من التزام للمنتفع يتقل كاهله، كأن يكون المنتفع دائناً للمشترط ويحصل الأخير من المتعهد على تعهدا بوفاء هذا الدين دون أن يقدم هو شيئاً للمتعهد، فليس من مصلحة المشترط بأي حال من الأحوال نقض الاشتراط، بل إنه يتضرر منه بلا فائدة ترجى من ثبوت حق النقص له، وقد يقصد به التبرع إلى المنتفع، والتبرع صادر من المتعهد أيضاً، وهنا أيضاً لا يثبت حق النقص للمشترط، لأن ذلك يخل

¹ الاشتراط لمصلحة الغير، سعي إسماعيل، ص 115.

² الوسيط، السنهوري، ج 7، ص 1550.

بمصلحة المتعهد، فمما لا شك فيه أنه إذا كان للمتعهد مصلحة شخصية في الإشتراط فلا يكون للمشتراط حق النقص أو على الأقل لا يثبت له على وجه الاستقلال بل يستعمله بموافقة المتعهد، وفي هذا النوع من الإشتراط توجد حتما مصلحة شخصية للمتعهد¹، وقد يثبت حق النقص ابتداء ويزول أو يسقط فيما بعد، فيعود حق المنتفع باتا غير قابل للنقص بمسقطات حق النقص هي: إعلان رغبته في الاستفادة من الإشتراط ما لم ينص القانون أو يتم الاتفاق على خلاف ذلك، إذ قد يتفق على بقاء حق النقص حتى بعد إقرار المنتفع، وقد ينص القانون استثناء في بعض الحالات على جواز نقص حق المنتفع حتى بعد الإقرار، أو وفاة المشتراط، فحق النقص متعلق بشخص المشتراط لا ينتقل لورثته، أو نزول المشتراط عن حق النقص صراحة أو ضمنا، فحق النقص لا تعلق له بالنظام العام ويمكن أن يتنازل عنه المشتراط مقدما، أو فقدان المشتراط لأهليته كما في حالة الجنون المطبق بعد الإشتراط، أو طبيعة العقد تقتضي أحيانا سقوط حق النقص قبل إبداء المنتفع لرغبته، كما في حالة نقل البضائع، إذا تضمن شروطا لمصلحة المرسل إليه وقام المرسل بإرسال البضاعة، وإذا كان للمشتراط نقص حق المنتفع كله، فمن باب أولى يكون له النقص الجزئي وذلك بإنقاص حقه، ومثاله قيام المؤمن على حياته لمصلحة أولاده بتغيير نسب حصص الأولاد من مبلغ التأمين، بأن يقلل من استحقاق البعض ويزيد استحقاق آخرين، وهم في ذلك يتفقون مع ما جاء به جمهور الفقهاء، فهم يرون أن للمشتراط أن ينقص حق المشتراط له مطلقا، وهو رأي لا يعترف للمشتراط له بحق المطالبة بما اشترط له².

جاء في المهذب³ للشيرازي بصدد امتناع المشتري في بيع العبد بشرط العتق عن الإعاق: فإن رضي البائع بإسقاط حقه من العتق ففيه وجهان: أحدهما لا يسقط، لأنه عتق مستحق، فلا يسقط بإسقاط الأسمى كالمندور، والثاني أنه يسقط، لأنه حق شرطه البائع لنفسه فسقط بإسقاطه كالرهن والضمين⁴.

ومما يلاحظ أنهم يعبرون عن حق النقص بإسقاط الشرط أو إسقاط المشتراط لشرطه، والظاهر أنهم لا يعترفون بانتهاء هذا الحق، وهو حق المشتراط في إسقاط

¹ الإشتراط لمصلحة الغير، سعدي إسماعيل، ص 122.

² المرجع السابق، ص 123، ص 124.

³ المهذب، للشيرازي، ج 1، ص 268.

حق المشتري له بإقراره أو بغيره، ولكن من المفيد أن نبين أن هذا الحق ينتهي عملياً في حالة عتق العبد بصدور العتق فعلاً، لأنه بصدور العتق يصبح حراً فلا يستعبد مرة ثانية، وفي الحالات الأخرى التي يكون الاشتراط فيها على سبيل التبرع، باستهلاك الحق أو المنفعة المشتري، ومن الواضح أن جمهور الفقهاء يثبتون حق النقص أو إسقاط الشرط للمشتري، ولا يثبتونه لورثته حيث يرون أن ليس لهم ذلك¹، فقد جاء في موسوعة جمال عبد الناصر بخصوص إجارة الظن: "وتنتقض بوفاة الطفل لا بوفاة أبيه، لأنه إنما عقد للطفل لا لنفسه"²، وهم في ذلك يتفقون مع ما جاء به القانونيين، وما يلاحظ من هذه النصوص التي جاء بها جمهور الفقهاء أن هناك رأياً لا يعترف للمشتري (البائع) بإسقاط شرطه (أي بحق النقص)، فقد جاء في كتاب الفروع "هل للبائع المطالبة به وإسقاطه، قيل أن الحق لله فإن أبي أجبر، لأنه حق لله كالنذر"³.

ونشير إلى نص آخر ورد في نهاية المحتاج: "فإن امتنع مشتري العبد بشرط العتق أجبره الحاكم عليه وإن لم يرفعه إليه البائع، بل وإن أسقط هو فإن أصرّ أعتقه عليه، كما يطلق عن المولى والولاء مع ذلك للمشتري"⁴.

وجاء في المهذب: "وإن اشتراه بشرط العتق فامتنع من إعتاقه ففيه وجهان: أحدهما يجبر عليه، لأنه عتق مستحق عليه، فإذا امتنع أجبر عليه كما لو نذر عتق عبد ثم امتنع من إعتاقه"⁵.

وعلى أية حال فإن هذا الرأي عند جمهور الفقهاء منسجم مع مبدأ أصالة اللزوم، خاصة إذا كان الاشتراط على سبيل المعارضة للمشتري له.

ويستطيع المنفع أن يصدر إقراره في أي وقت شاء مادام المشتري لم ينقض الحق، والإقرار قد يكون صريحاً أو ضمنياً، ولا يشترط له شكل مخصوص⁶، وهم يتفقون في ذلك مع ما جاء به جمهور الفقهاء، حيث يرون عدم الحاجة إلى قبول

¹ الاشتراط لمصلحة الغير، سعي إسماعيل، ص 357، ص 358.

² موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي، ج 2، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة، ص 202.

³ الفروع، محمد بن منيع المقدسي، ط الأولى، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ، ص 48.

⁴ نهاية المحتاج، للزملي، ج 3، ص 457.

⁵ المهذب، للشيرازي، ج 1، ص 268.

⁶ نظرية العقد، للمنهوري، ص 920.

المشترط له، فقد قالوا بعدم الحاجة إلى قبول صريح من الأجنبي، بل يكفي القبول الفعلي أو الحكمي .

جاء في المجموع: " وإذا شرطه لأجنبي وصححناه لا يشترط فيه قبول الأجنبي باللفظ بل يكون امتثاله قولاً ، كما لو قال :بع مالي، فإنه يكفي في قبول الوكالة إقدامه على البيع ، ويشترط أن لا يصح بالرد"¹ .

ولما كان الاشتراط لمصلحة الغير ينشئ حقاً للغير دون أن يرتب التزاماً في نمته ، فإننا نرى صحة ما جاء به جمهور الفقهاء ، حيث لم يشترطوا قبولاً حقيقياً من المشتري له اكتفاءً بعدم الرد إذ يرتد برده ، فليس من المعقول أن يجبر الشخص رغماً عن إرادته على إحداث تغيير في نمته المالية من قبل آخر، ولو كان هذا التغيير ايجابياً.

وعلى أية حال فإن حق المنتفع في الإقرار يسقط نهائياً برفضه للحق المشتري له صراحة أو ضمناً ، وفي هذه الحالة ينصرف حقه إلى المشتري أو إلى ورثته ، ويجوز لدائني المنتفع أن يطعنوا في هذا الرفض بالدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها ، لأن رفض المنتفع عمل قانوني مفقود ، إذ هو ينقص من حقوقه بعد أن وجد الحق قبل صدور الرفض من جانبه² ، إلا أنه يجب أن يجري التفريق بين ما إذا كان الاشتراط على سبيل التبرع أو على سبيل المعارضة للمنتفع ، بحيث يجوز للدائن أن يطعن في رفضه في الحالة الثانية دون الأولى ، إذ تدخل في قبول المنتفع للتبرع اعتبارات شخصية يرجع تقديرها إلى المنتفع وحده على وجه الاستقلال دون أن يكون للدائن حق التدخل في هذا التقدير ، أما في الحالة الأولى فإن رفض المنتفع ولو أنه لا يترتب عليه براءة ذمة المشتري تجاه المنتفع من دين الأخير عليه ، إلا أنه يؤدي إلى تقليل احتمالات حصول الدائن على حقه وإنقاص لضمانه ، وعلى أية حال فإنه يترتب على رفض المنتفع للحق المشتري له الآثار نفسها المترتبة على النقص ، إذ لا تبرأ ذمة المتعهد تجاه المشتري بل يبقى ملتزماً تجاهه ، أو تجاه ورثته في حالة وفاته أو تجاه المنتفع الجديد الذي عينه ، ويكتسب الأخير حقه بأثر رجعي من وقت العقد لا من وقت الرفض ولا من وقت التعيين ، ويجوز للمنتفع

¹ المجموع للشوي ، ج9، دار الفكر ، بيروت ، ص186 .
² نظرية العقد ، السنهوري ، ص922 .

إقرار جزء من الاشتراط ورفض الباقي ، إلا إذا تبين أن الاشتراط ما كان ليتم بغير الجزء الذي رفض، ومثال الإقرار الجزئي أن يقبل المرسل إليه في عقد نقل البضائع الجزء الصالح من البضاعة ويرفض الجزء التالف أو المعيب¹.

فقد ذكر السنهوري أن الاشتراط لمصلحة الغير² يفترق عن حوالة الدين، في أنه في حالة ما إذا اشترط المدين على شخص آخر أن يفي بدينه للدائن (الغير) فإن ذمة المشتراط لا تبرأ بهذا الاشتراط، وإنما يصبح مدينا مع المتعهد قبل الغير عن نفس الدين، أما في حوالة الدين، فإن ذمة المدين الأصلي تبرأ بنفاذ الحوالة في حق الدائن ويأثر رجعي إلى وقت انعقادها³.

والذي نلاحظه أن ما ذهب إليه السنهوري من التفرقة بين الاشتراط لمصلحة الغير وحوالة الدين، من ناحية عدم براءة ذمة المشتراط قبل الغير غير صحيح نظرا لما يأتي :

أن صورة الحوالة التي تشبه الاشتراط لمصلحة الغير، هي حوالة الدين التي تقع بالاتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد (المحال عليه طبقا لتعبير السنهوري)، لأنه إذا كان المدين الجديد مليئا، والمدين الأصلي معسرا، فإن هذا ولا ريب يعتبر اشتراطا للغير وهو الدائن ، لأن الحوالة تتعد كما يقول السنهوري بمجرد تراضي المدين الجديد (المحال عليه) والمدين الأصلي ، وذلك قبل إقرار الدائن لها، فالإقرار الذي يصدر من الدائن إنما يلحق عقدا كامل التكوين لا يساهم الإقرار في تكوينه⁴، بل كل ما له من أثر هو نفاذ الحوالة في حق الدائن، وبالتالي فلا يعتبر الإقرار قبولا ينتج أثره من وقت صدوره بل هو إقرار لاتفاق تم من قبل، فمن ثم يكون له أثر رجعي يستند إلى وقت انعقاد الحوالة، ويترتب على ذلك براءة ذمة المدين الأصلي المشتراط من وقت انعقاد الحوالة⁵.

وهذا الذي يقوله السنهوري في حوالة الدين، هو عين ما يقوله في الاشتراط لمصلحة الغير ، ولكن بأسلوب آخر ، فهو يقول: أنه لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط فهو يوجد منذ صدور هذا العقد لا من وقت إعلان المنتفع لرغبته في

¹ الاشتراط لمصلحة الغير ، سعدي إسماعيل ، ص 142 ص 145.

² الوسيط للسنهوري ، ج 3 ص 556.

³ المرجع السابق ، ج 3 ص 585.

⁴ الوسيط للسنهوري ، ج 3 ص 437.

⁵ الاشتراط لمصلحة الغير ، مجلس حسني ص 437.

الاستفادة من الاشرط ، وإقرار المنتفع لحقه ضروري لنفاذ الاشرط لمصلحة الغير بالنسبة له¹ ، تماماً كإقرار الدائن للحوالة المثبتة بين المدين الأصلي والمدين الجديد (المحال عليه) ، فإذا كان الهدف من الاشرط لمصلحة الغير هو الوفاء بسدين على المشترط للغير ، فلماذا لا تبرأ نمة المشترط من الدين الذي عليه للغير ، كما في حوالة الدين ، حيث أن تكيف العقدين أن لم يكن واحدا فهو متقارب للغاية ولا يجد مسوغاً لهذه التفرقة ، بل يذهب لا بعد من ذلك حيث يرى أن حوالة الدين المنصوص عليها في القانون الوضعي إذا تمت بالاتفاق بين المدين الأصلي (المشرط) والمدين الجديد (المحال عليه المتعهد بدفع الدين للدائن) ، وكان المدين الأصلي معسراً ، فإن هذا يعتبر نوعاً من الاشرط لمصلحة الغير الضمني .

وقد نصت المادة (90) ، فقرة (2) ، مدني مصري ، ويقابلها نص المادة (90) ، فقرة (2) ، مدني ليبي ، على أنه " ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً " .

ومن ثم فإنه طبقاً لنصوص القانون وخلافاً لرأي السنهوري يترتب على الاشرط لمصلحة الغير براءة نمة المشترط من الدين الذي عليه للغير بمجرد إقرار المنتفع لحقه ، مع ملاحظة أن الإقرار له اثر رجعي يستند إلى وقت العقد ، فيمجرد صدور إقرار للغير تبرأ نمة المشترط منذ إبرام عقد الاشرط كما في حوالة الدين تماماً ، ومن أجل ذلك تنطبق على الاشرط لمصلحة الغير في هذه الصورة قواعد الضمان الواردة في الحوالة ، والتي نصت عليها المادة (319) ، مدني مصري ، ويقابلها نص المادة (306) ، مدني ليبي ، : " يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك " .

فالمشرط الذي أبرم عقد الاشرط بقصد الوفاء بسدين عليه للغير يضمن لهذا الغير أن يكون المتعهد موسراً وقت إقرار الغير لحقه الناتج عن عقد الاشرط .

ونلاحظ أن القانونيين في هذا يختلفوا عما جاء به جمهور الفقهاء ، فإن نمة المشترط عندهم لا تبرأ من الدين الذي عليه قبل الغير إلا بقيامه بالوفاء بالتزامه للمتعهد ، وليس بإقرار الغير لعقد الاشرط كما عند القانونيين ، فلا تبرأ نمة المشترط قبل الغير إلا إذا قام المشترط فعلاً بالوفاء بالتزامه نحو المتعهد ، وأما إقرار

¹ الوسيط للسنهوري ، ج 1 ، ص 589 .

الغير لعقد الاشرط فهو يجبر عليه إذا كان المتعهد ملينا وقت العقد، واستمر كذلك حتى علم الغير بعقد الاشرط، ومن حق الغير أن يشترط ملاءة المتعهد حين الوفاء بحقه ، فهو يجبر على عدم رد الاشرط الصادر لصالحه بسبب العلاقة السابقة التي بينه وبين المشتري، ولكن هذا الإجبار مقيد بالعلة من تقريره، والعلة هنا هي مصلحة المشتري في الوفاء بالدين الذي عليه قبل الغير، وهذه المصلحة تعتبر ملغاة إذا لم يكن المتعهد ملينا، ومن ثم فإن من حق الغير أن يشترط ملاءة المتعهد¹ .

ويذكر السنهاوري أنه لا شأن لدائني المشتري بالحقوق الذي تلقاه الغير بموجب عقد الاشرط، ولكن هذا الأصل ليس على إطلاقه عند القانونيين.

حيث تنص المادة (875)،فقرة (1) مدني مصري ، ويقابلها نص المادة (879) ، فقرة (1) ،مدني ليبي (على أنه: " تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها" .

وقد أخذ القانون المصري بالرأي الذي يقول إنه لا تركة إلا بعد سداد الديون فقد نصت المادة (899) ،مدني مصري ، ويقابلها نص المادة (903) ،مدني ليبي على أنه: " بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي " .

ونصت المادة (916) ، فقرة (1)،فقرة(3)، مدني مصري ، ويقابلها نص المادة(920) ،فقرة (1)،فقرة (3)،مدني ليبي على أنه: " كل عمل قانوني يصدر من الشخص في مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت هذه التسمية التي تعطى لهذا التصرف...3- وإذا اثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك " .

وعلى هذا فإن ما ذهب إليه السنهاوري في الاشرط للغير لا يصح على إطلاقه ، بل يجب تقييده بهذه القواعد الشرعية التي نص عليها القانون المصري، فإذا صدر عقد الاشرط من المشتري وهو في مرض موته، فإن العلاقة بين المشتري والغير

¹ الاشرط لمصلحة الغير ، عشر حنفي ، ص 439.

تعتبر تبرعية حتى يثبت الغير عكس ذلك، ومادامت تبرعية فإن عقد الاشرط يأخذ بقوة القانون حكم الوصية بالنسبة للدائنين والورثة، وبالتالي فإنه لا يسري جميعه على الدائنين لأكثر من سبب، لأن الدين مقدم على الوصية، ولأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، وأما بالنسبة للورثة فهو يسري عليهم في حدود ثلث التركة، ويتوقف على إجازتهم فيما زاد على ثلث التركة، وهم في ذلك يتفقون مع ما جاء به جمهور الفقهاء، حيث قال جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وأحد روايتين للحنابلة، بأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، حيث ينتقل إلى الوارث حقوق سلفه دون أن يلزم بديونه.

جاء في البدائع: "بين الميت يقضى من ماله لا من مال وارثه، لأن قيام الدين يمنع زوال ملكه إلى الورثة بقدر الدين، لكون الدين مقدما على الإرث"¹.
وجاء في المدونة: "لا يكون ميراث إلا بعد قضاء الدين"².
وجاء في الأم: "الميراث لا يكون إلا بعد الدين"³.
وجاء في المغني: "الدين يتعلق بالتركة، فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين"⁴.

3- حقوق المشترط والمتعهد في عقد الاشرط لمصلحة الغير :

الأصل أن الذي يحدد هذه الحقوق المتقابلة هو عقد الاشرط نفسه، ولما كان للمشرط مصلحة شخصية مفترضة تتحقق بتنفيذ المتعهد لالتزامه قبل الغير، سواء أكانت هذه المصلحة أخروية أم دنيوية أم الاثنتين معاً، فإنه من الطبيعي أن يسمح للمشرط بمراقبة تنفيذ التزام المتعهد نحو الغير، وللمشرط أيضا أن يرفع الدعوى مباشرة ضد المتعهد بسبب إخلاله في تنفيذ التزامه قبل الغير، فإذا أصر المتعهد على عدم تنفيذ التزامه قبل الغير، فإن من حق المشترط بجانب المطالبة بتنفيذ العقد أن يطالب بفسخ عقد الاشرط الذي أبرمه مع المتعهد، هذا وقد ينص في عقد الاشرط على أن المشترط هو الذي يتولى مطالبة المتعهد دون المنتفع، وقريب من هذا عقد الظنر، فإن المشترط هنا هو الذي يطالب المتعده بتنفيذ العقد، ويحق للمتعهد بناء

1 - بدائع الصنائع، للكاساني ج7/ص139.

2 - المدونة الكبرى، للإمام مالك ابن انس، ج13/ص236.

3 - الأم، للشافعي، ج4/ص114.

4 - المغني، لابن قدامة، ج5/ص122.

على عقد الاشتراط المطالبة بتسليمه الشيء المتفق عليه بينه وبين المشتري، فإذا امتنع المشتري كان من حق المتعهد أن يمتنع بشوره عن تنفيذ التزامه قبل الغير، سواء أكان الثمن عيناً أم نقوداً .

جاء في الفتاوى الهندية : " للبايع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن إذا كان حالاً¹ .

وجاء في البدائع : "أن للبايع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن إذا كان الثمن حالاً، وليس للمشتري أن يمتنع من تسليم الثمن إلى البايع حتى يقبض المبيع إذا كان المبيع حاضراً، لأن البيع عقد معاوضة والمساواة في المعاوضات مطلوبة، وحق المشتري في المبيع قد تعين بالتعيين في العقد، وحق البايع في الثمن لم يتعين بالعقد، لأن الثمن في الذمة فلا يتعين بالتعيين إلا بالقبض فيسلم الثمن أولاً ليتعين فتتحقق المساواة"².

وجاء في المجلة: "القبض ليس بشرط في البيع، إلا أن العقد متى تم كان على المشتري أن يسلم الثمن أولاً ثم يسلم البايع المبيع إليه، ففي البيع بالثمن الحال، أعني غير المؤجل، للبايع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن"³ .
وجاء في مواهب الجليل: "أنه إذا تنازع المتبايعان فيمن يبدأ بالتسليم، أنه يجبر المشتري على تسليم الثمن أولاً، وهذا يقتضي أنه يقبل قوله في عدم القبض، لأنه من حق البايع أن يمتنع من تسليم المبيع حتى يقبض ثمنه من المشتري، ويلزم المبتاع تسليم الثمن أولاً ثم وإذا ثبت ذلك ينبغي إن كان الصرف في ثمن ومثمن أن لا يقبض المشتري المثمن حتى يدفع الثمن"⁴.

وما جاء به جمهور الفقهاء هنا يمنع الضرر عن البايع إذا كان المشتري معسراً، وهذا اتفق للمتعهد، ولا يضر المشتري في شيء، إذ لو دفع المتعهد الشيء المتفق عليه للغير قيل أن يستوفي حقه من المشتري، وكان المشتري معسراً وتصرف فيما التزم بإعطائه للمتعهد، فإن حق المتعهد هنا يتعرض للضياع، ولذا فإن الحق في الحبس الذي قال به جمهور الفقهاء يحقق مصلحة الطرفين ويمنع الضرر والتنازع،

¹ الفتاوى الهندية، ج3/ص15.

² بدائع الصنائع، ج4، ص486.

³ المجلة، ج1/ص54-56.

⁴ مواهب الجليل، ج4/ص305، مواهب الجليل، ج5/ص226.

هذا وقد يكون التزام المشتراط نحو المتعهد بطبيعته مؤجلاً، على حين أن التزام المتعهد نحو الغير حال، ففي هذه الحالة يتعين على المتعهد أن يوفي بالتزامه نحو الغير، ولا يستطيع أن يستعمل الحق في الحبس هنا، لأن حقه قبل المشتراط مؤجل¹.

وإذا حابى المشتراط في مرض موته المتعهد، فإن المحاباة جميعها لا يحتج بها على دائني المشتراط، ويتعين في هذه الحالة فسخ العقد إذا كان الدين يزيد على المحاباة، وكان الشيء محل عقد الاشتراط هو كل تركة المشتراط، وإذا كان الدين لا يستغرق المحاباة، فإنه يكون للمتعهد الخيار بين الفسخ وبين تبويض الصفقة².

وأما حقوق دائني المتعهد قبل المشتراط، إذا أبرم العقد فسي مرض موت المتعهد وحابى المتعهد المشتراط بأن كان الشيء المعطى للمتعهد قيمته نقل عن الثمن الذي يتعين على المتعهد دفعه للغير، ففي هذه الحالة يكون الفرق بين القيمة والثمن محاباة من حق دائني المتعهد أن يطالبوا بها المشتراط، الذي يكون له في هذه الحالة الخيار بين الفسخ أو تبويض الصفقة، وأما حقوق ورثة المشتراط قبل المتعهد وحقوق ورثة المتعهد قبل المشتراط، تختلف هذه الحقوق عن حقوق الدائنين، لأن حق الدائنين مقدم على الوصية وعلى حقوق الإرث، فيشمل حقهم المحاباة جميعها إذا استغرقتهم الديون، وأما حقوق الورثة فتتعلق بما يزيد على ثلث التركة فقط³.

ويتفق القانونيون مع جمهور الفقهاء في أن من حق المشتراط أن يراقب تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو الغير، وله أن يرفع دعوى مباشرة باسمه ضد المتعهد للمطالبة بذلك، وأساس هذه الدعوى عند كل من القانونيين وجمهور الفقهاء، هو أن للمشتراط مصلحة شخصية مفترضة من الاشتراط لمصلحة الغير، ويجوز عندهم أن يطلب المشتراط الفسخ بسبب عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه قبل الغير، فللمشتراط مطالبة المتعهد بالتنفيذ العيني لالتزام الأخير تجاهه، كما له الدفع بعدم التنفيذ لإجباره على تنفيذ التزامه أولاً، وله كذلك طلب الفسخ للتحلُّك من التزامه هو إذا لم يرقم المتعهد بتنفيذ التزامه تجاهه، والمطالبة بتعويض إن كان له مقتضى، كما له التمسك تجاه المتعهد بالدفع الجائزة من أوجه بطلان لعدم مشروعية السبب أو المحل مثلاً، أو توقف كما لو كان المشتراط مكرهاً على التعاقد أو انقضاء للالتزامات كالمقاصة، فلو كان

¹ الاشتراط لمصلحة الغير، عجل حسني ص 404.

² المرجع السابق، نفس الموضع.

³ الاشتراط لمصلحة الغير، عجل حسني ص 405.

المشترط دائنا للمتعهد بمبلغ من المال جاز التمسك قبله بالمقاصة الجبرية بين هذا الدين والتزامه بموجب عقد الاشرط إذا تحققت شروطها¹.

أما فيما يتعلق بالحق المشروط للمنتفع، فالدائن بمحل الاشرط الذي يلتزم به المتعهد هو المنتفع، ومع ذلك فمن الثابت أن للمشترط الحق في مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه تجاه المنتفع، وأساس هذا الحق هو مصلحة الشخصية، وهذه المراقبة تتضمن حق المشترط في إقامة الدعوى باسمه على المتعهد مطالبا إياه بتنفيذ التزامه تجاه المنتفع².

فقد نصت المادة (154)، فقرة (3)، مدني مصري، ويقابلها نص المادة (156)، فقرة (3)، مدني ليبي على أنه: " ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد إن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك * .

وإذا استحال تنفيذ التزام المتعهد عينا استطاع المشترط مطالبته بتعويض يدفع للمنتفع³، والفائدة من تقرير هذه الدعوى للمشترط مع أن للمنتفع نفسه أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه تظهر عندما يترتب على تنفيذ الاشرط براءة نمة المشترط من دين للمنتفع عليه، حين تكون علاقة المنتفع بالمشرط معاوضة، فكل تلكؤ من قبل المتعهد في تنفيذ التزامه تجاه المنتفع إنما يضر بالمشرط ضررا قد يكون بليغا، ذلك أن المشترط يكون عرضة في هذه الحالة إلى رجوع المنتفع عليه بما وجب له في ذمته، وتنتقل هذه الدعوى إلى ورثة المشترط بعد وفاته لنفس الأسباب التي دعت إلى ثبوتها للمورث⁴، ويلاحظ أن المشترط إذا فسخ العقد بعد صدور رضاء المنتفع فإن الفسخ لا يضيع على المنتفع حقه ويستعمله هذا قبل المتعهد إذا لم يدخل المنتفع خصما في دعوى الفسخ، أما إذا ادخل فيستعمله قبل المشترط⁵، إلا إذا كان الاشرط تبرعا يجوز الرجوع فيه⁶، وللمنتفع إذا كان مقرا للمشاركة حق الرجوع على المتعهد أو المشترط أيهما كان السبب في الفسخ، بطلب التعويض عن الضرر

¹ الاشرط لمصلحة الغير، سعدي إسماعيل، ص 99.

² نظرية العقد، للسنبوري، ص 910.

³ المرجع السابق، ص 909.

⁴ مرجع سبق، سعدي إسماعيل، ص 102.

⁵ نظرية العقد، للسنبوري، ص 908.

⁶ الوسيط، للسنبوري، ج 1، ص 578.

الذي أصابه من جراء الحكم بالفسخ، ذلك لأن الفسخ ليس كالإبطال المطلق، فالعقد الباطل يولد ميتا بعكس العقد الذي يفسخ لعدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه فهو ينشأ صحيحا وينشونه على هذا الوجه يكتسب المنتفع حقه منه وبإقراره لهذه المشاركة يثبت حقه ويصبح غير قابل للنقض، وإذا كان للفسخ أثر رجعي فإن هذا الأثر الرجعي لا ينبغي أن يترتب عليه إلحاق ضرر بالغير، وإذا لحق به فينبغي تعويضه عن ذلك الضرر¹، وينتقل حق المشتراط في طلب الفسخ والدفع بعدم التنفيذ إلى ورثته، ويجوز للدائنين استعمال هذا الحق باسم مدينتهم إلا إذا كانت تدخل في تقدير استعماله اعتبارات أدبية يؤثر المشتراط معها أن يعدل من طلب الفسخ إلى طلب تنفيذ العقد²، والأمر كذلك بالنسبة لحق المتعهد في طلب الفسخ إذا لم ينفذ المشتراط التزامه قبله، وعلى المشتراط تنفيذ ما التزم به بموجب العقد تجاه المتعهد، وللمتعهد لأجل إجباره على ذلك أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه أو طلب الحكم بالفسخ أو التمسك بالانفساخ إذا استحال تنفيذ التزام المشتراط، وكذلك التمسك بالدفع الأخرى الجائزة طبقا للقواعد العامة³، ويجوز أن يفرد المشتراط وحده دون الغير بمطالبة المتعهد بالمصلحة المشترطة للغير، كما في حالة اشتراط الحكومة على إحدى شركات الاحتكار شروطا لمصلحة الجمهور، واحتفاظ الحكومة لنفسها وحدها بمطالبة الشركة بتنفيذ هذه الشروط⁴ ويتفق القانونيون أيضا مع فقهاء الشريعة الإسلامية في أنه يجوز أن يحبس كل من المشتراط والمتعهد الحق الذي عنده حتى ينفذ الآخر التزامه⁵.

وإذا حابى المشتراط في مرض موته المتعهد، فإن المحاباة فقط لا يحتج بها على الدائنين والورثة، وهذا ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية، وأما عند القانونيين فإن عقد المعاوضة بين المشتراط والمتعهد يعتبر تبرعا مادام صدر في مرض الموت، وبالتالي فإن كل ما أعطاه المشتراط للمتعهد يدخل في تركة المشتراط وينفذ عليه دائنوه حتى يستوفوا ديونهم، ويدخل الباقي في تركة التركة، وهذا كله ما لم يثبت

¹ مرجع سابق، سمي إسماعيل، ص 105.

² نظرية العقد، السنهوري، ص 909.

³ مرجع سابق، سمي إسماعيل، ص 99.

⁴ الوسيط للسنهوري، ج 1، ص 577-578.

⁵ المرجع السابق، ج 2، ص 1550.

المتعهد أن العقد معاوضة ، فإذا ثبت هذا فإن المحاباة فقط تعتبر تبرعا ، ويقال مثل هذا بالنسبة لدائني المتعهد وورثته مع المشتري .

فقد نصت المادة (916) ،فقرة(1) ،فقرة(3) ، منني مصري ، ويقابلها نص المادة(920) ،فقرة (1) ،فقرة (3) ، منني ليبي على أنه : " كل عمل قانوني يصدر من الشخص في مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وسري عليه أحكام الوصية أيا كانت هذه التسمية التي تعطى لهذا التصرف ...3- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك " .

وإذا كان الدين لا يستغرق التركة ، يكون للمتعهد أو المشتري بحسب الأحوال ، الخيار بين الفسخ وبين تبويض الصفقة بهذا ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية ، ولا يوجد ما يمنع تبويض الصفقة عند القانونيين مادام الشيء المتعاقد عليه قابلا للتبويض ، وقد أجاز القانونيين مبدأ تبويض الصفقة صراحة .

فقد نصت المادة ،(433) ،فقرة (2) ، منني مصري ، ويقابلها نص المادة (422) ،فقرة2 ، منني ليبي على أنه : " إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكره في العقد ، وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ، وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتبويض أن يكمل إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه " ، وقد نصت المادة (143) ، منني مصري ، ويقابلها نص المادة (143) ، منني ليبي على أنه : " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " .

ومن الواضح أن هذا النص ينطبق هنا ، لأن المحاباة الصادرة للمتعهد إذا لم يجرها الدائنون أو الورثة فإن الشق من العقد الخاص بها سيعتبر باطلا ، وكان لم يكن في حدود حقوق الدائنين والورثة ، وبالتالي تنطبق نظرية انتقاص العقد ، ويكون على المتعهد إذا أراد فسخ العقد بأكمله أن يثبت أنه لولا الشق الباطل لما أبرم العقد ، وفي هذا يختلف القانونيون عن فقهاء الشريعة الإسلامية ، حيث جعلوا في مثل هذه الحالة للمتعاقد الخيار بين الفسخ والتبويض دون حاجة إلى أي إثبات من جانبه ، وأما

القانونيون فالتبويض إذا توافرت شروطه فإنه يقع بقوة القانون ، وعلى المتعاقد عبء إثبات أهمية الشق الذي أبطل بالنسبة للعقد حتى يصل إلى إبطال العقد بأكمله، فإذا اختار المتعهد تبويض الصفقة، فيجب أن يكون هذا على أساس الموازنة بين حق المتعهد في الصفقة جميعها، وبين حق الدائنين في الجزء الذي يفي بالديون، وحق الورثة فيما زاد على ثلث التركة، ويقال مثل ذلك كنه في حقوق دائني المتعهد وورثته بالنسبة للمشترط¹.

¹ الإشراف لمصلحة الغير، عباس حسني، ص 445.

الخاتمة

وتتضمن أهم النتائج:

* - لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقه الإسلامي القديم من تعرض لوضع تعريف اصطلاحى للغير مع أن الفقهاء القدامى قد تعرضوا له كثيرا ، إلا أنهم لم يستعملوا كلمة (الغير) معرفة (بمعنى الغير عن العقد) ، واستعملوا أكثر منها كلمة أجنبي

* - لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقه الإسلامي اصطلاح الاشتراط لمصلحة الغير، أي أن هذا الكلمات الثلاث مرتبطة بعضها ببعض لم يستعملها جمهور الفقهاء ، فهي غير متداولة عندهم، ولكني وجدت أنهم يستعملون اصطلاح نفع لأجنبي، ويقصدون به إلزام العاقد بأن يؤدي لغير المتعاقدين نفعاً ما .

* - بعد أن استعرضنا آراء الفقهاء وأدلتهم المتعلقة بحرية العقود والشروط، أميل لرأي الحنابلة وعلى رأسهم الفقيه ابن تيمية القائل بحرية العقود والشروط ، وذلك لقوة أدلتهم، حيث أن رأيهم جاء متفقاً مع نصوص القرآن والسنة وأصول الشريعة العامة وأهمها رفع الحرج عن الناس، وبذا يكون رأي الحنابلة في هذا الصدد متعارضاً مع رأى الظاهرية، إلا أن هذا التعارض لا يصل إلى حد التناقض التام ، فلا زال بين الرأيين قدر مشترك من الاتفاق على صحة الشرط الذي ورد النص في القرآن أو السنة بجوازه .

* - بعد أن استعرضنا آراء الفقهاء في الشريعة الإسلامية وأدلتهم ومناقشتها، وجدنا أنهم جميعاً يأخذون بالاشتراط لمصلحة الغير سواء أكان شرط مقترن بالعقد أو عقد ميرم ابتداء لمصلحة الغير، وذلك من خلال تطبيقاتهم ومن خلال الأصول التي اعتمدوا عليها ، حيث أنهم يأخذون بالمصلحة والعرف والاستحسان، وإن كانوا لم يصرحوا بذلك ، وإذا نظرنا إلى الاشتراط لمصلحة الغير لوجدنا إنه في حقيقته ليس إلا اشتراط ما هو نافع شرعاً نفعاً محضاً لمن لم يكن طرفاً في العقد ، فضلاً عن ذلك فلقد جاءت الشريعة الإسلامية تحث على إيصال المصالح للغير دون أي رابطة سابقة بين الملتزم والغير، مثل الزكاة، وهذه هي نفس فكرة الاشتراط لمصلحة الغير في العقود، ولا ريب أن الشريعة التي تقرر مثل هذا تكون أولى الشرائع بتقرير فكرة الاشتراط لمصلحة الغير الأجنبي عن العقد مادام لا يوجد نص خاص يمنع ذلك.

*- لم يعرف التشريع الوضعي نظام الاشتراط لمصلحة الغير، إلا في القرن العشرين، وذلك لأن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير تتناقض مع قاعدة رومانية عتيقة يأخذ بها التشريع الوضعي لأن، وهي أن العقود لا تنفيذ غير عاقدتها، ولا يزال شراح القانون الوضعي إلى الآن متحيرين في تأصيل الاشتراط لمصلحة الغير، وفي رأيي إنه كان من الواجب عليهم أن يعترفوا بأن الاشتراط لمصلحة الغير خروج على القاعدة العامة التي يعتقدونها، وإن هذا الخروج تبرره حاجة الناس في التعامل .

*- يتميز الاشتراط لمصلحة الغير في الشريعة الإسلامية بالمرونة ، فلا يلزم وجود ثلاثة أشخاص مشروط ومتعهد ، ومنافع ، بل يكفي وجود شخصين فقط: المشروط والمنافع الأجنبي عن العقد، وهذا واضح في حالة العقد بالإرادة المنفردة، فالمشروط هو نفسه المتعهد فهو يجمع بين الصفتين، لأنه ألزم نفسه بإرادته المنفردة لمصلحة الغير المنافع الذي هو أجنبي عن العقد بالإرادة المنفردة وأما أطراف الاشتراط عند القانونيين فهم ثلاثة دائما المشروط والمتعهد والغير المنافع، والمشروط دائما شخص آخر غير المتعهد.

*- أن جمهور الفقهاء يتفقون مع القانونيين، في أنه يجب أن يتعاقد المشروط باسمه لا باسم الغير، أي أن الغير ليس طرفا في العقد على الإطلاق، بل هو أجنبي بالنسبة له، وهذا ما يميز فكرة الاشتراط عند فقهاء الشريعة والقانونيين.

*- يشترط جمهور الفقهاء في كل من المشروط والمتعهد أهلية الأداء اللازمة للعقد الذي يبرمونه، وينشأ حق المشروط له عند فقهاء الشريعة الإسلامية منذ العقد، وإن تدخل المشروط له غير مطلوب لنشوء حقه لذا فلا مجال للبحث عن توافر أهلية الأداء لديه.

*- إن جمهور الفقهاء يتفقون مع القانونيين في عدم اشتراط أية أهلية للغير المنافع، وفي أنه يجوز ألا يكون موجودا أو معينا عند التعاقد.

*- إن جمهور الفقهاء يتفقون مع القانونيين في أنه لا بد في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشروط مصلحة شخصية من هذا الاشتراط، ويجب أن تكون المصلحة لدى المشروط مشروعة، بمعنى أنه لم يظهر منه ما يجعلها محظورة على أساس أن الأصل في الأشياء والتصرفات الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم، وعند القانونيين أيضا يجب أن تكون المصلحة المشترطة مشروعة أي غير مخالفة للنظام

العام والآداب، ويرى القانونيون أن هذه المصلحة الشخصية، تعطى حق الرقابة على المتعهد في تنفيذ التزامه، فإذا لم يحم المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام جاز للمشرط أن يطلب فسخ العقد الذي تم بينه وبين المتعهد وجاز له كذلك مطالبة المتعهد بالتنفيذ العيني لهذا الالتزام.

*- إن المصلحة في الشريعة الإسلامية تختلف عن المصلحة في القانون، فمصلحة المشرط في الشريعة الإسلامية أخروية دائماً، ولا مانع من أن تقوم بجانبها مصلحة دنيوية مادية أو معنوية، و أما القانون فلا شأن له بالمصلحة الأخروية، وإنما المصلحة عنده إما مادية أو أبنية أو الاثنان معاً .

*- إن جمهور الفقهاء كانوا أوسع من القانونيين في دائرة التبرعات بالنسبة للمحل المعلوم وقت التعاقد، حيث أن القانونيين لا يصح عندهم التبرع بالمعلوم سواء بالنسبة للغير أم بالنسبة للمتعهد، أما في عقود المعاوضات المالية، فيتفق فقهاء الشريعة مع القانونيين في جواز التعامل في المعلوم .

*- القانونيون أباحوا صراحة التعامل بعوض في المال المستقبل ومنعوه في الهبة، وهذا أمر بعيد عما جاء به جمهور الفقهاء، فقد أجازوا التعاقد على المعلوم سواء في عقود المعاوضة أم عقود التبرع، والأصل في الشريعة الإسلامية هو التساهل في عقود التبرع بعكس الحال في عقود المعاوضات المالية، ومن هذا يتضح أن مسلك القانونيين مخالف لمسلك فقهاء الشريعة.

* إن جمهور الفقهاء يتفقون مع القانونيين في وجوب تعيين المحل تعييناً نائياً للجهالة في عقود المعاوضات بصفة عامة وذلك برءاً للغرر الفاحش.

*- إن جمهور الفقهاء يتفقون مع القانونيين في أن يكون محل الاشتراط قابلاً للتعامل فيه فلا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب، وكذلك يتفقون بالنسبة للأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة فلا يجوز أن تكون محلاً للتعامل، وبالتالي لا يجوز أن تكون محل اشتراط لمصلحة الغير.

*- إن جمهور الفقهاء يتفقون مع القانونيين في أن للغير المنتفع حق مباشر قبل المتعهد، مصدره عقد الاشتراط الذي لم يكن المنتفع طرفاً فيه، فالمنتفع يرفع دعوى باسمه شخصياً ضد المتعهد يطالبه فيه بحقه .

*- إن جمهور الفقهاء يتفقون مع القانونيين في أنه لا شأن لدائني المشتري بهذا الحق بعد موته، بل يخلص الحق للمنتفع وحده، لأنه لم يتلقاه من المشتري ، وكذلك لا شأن لدائني المشتري بهذا الحق حال حياته، فإن الحق لم يدخل يوماً في مال المشتري حتى يكون داخلاً في ضمانهم العام ، وإذا كان لدائني المشتري أن يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البوليصية عند توافر شروطها، فالواجب مع ذلك ألا نعتبر المنتفع في مركز من تلقى الحق عن تصرف له المدين.

*- إن جمهور الفقهاء يتفقون مع القانونيين في أن دائني المتعهد يزاحمون الغير المنتفع في استيفاء حقه قبل المتعهد، على أساس شركة الغرماء إذا كان مال المتعهد لا يفي بجميع ديونه، وهذا إذا كان حقه يساويهم في القوة و بأن كان حالاً، ولما كان المنتفع لا يتلقى حقه من المشتري بل يكسبه مباشرة من عقد الاشتراط ، فيصبح دائناً للمتعهد ، فإنه يترتب على ذلك أن دائني المتعهد وقد أصبح المنتفع واحداً منهم يشتركون مع المنتفع شركة غرماء في استيفاء حقوقهم من مال المتعهد ، ولهم أن يستعملوا حق مدينهم في التمسك قبل المنتفع بأي دفع من الدفوع الواردة على عقد الاشتراط ، ولهم أن يطعنوا في التزام مدينهم نحو المنتفع بالدعوى البوليصية لأن هذه الدعوى تجوز عند القانونيين.

*- إذا كانت العلاقة بين المشتري والغير تبرعية ، فإن حق الغير قبل المتعهد تنطبق عليه قواعد الهبة عند فقهاء الشريعة في عدم اشتراط القبول كركن في الهبة وعدم اشتراط القبض لتمام الهبة، وأما عند القانونيين لا تتعقد الهبة إلا بقبول الموهوب له، ويشترط فيها الرسمية إذا كانت مباشرة، ولكن هذه الأحكام لا تنطبق على الهبة التي تأخذ صورة الاشتراط لمصلحة الغير، فإذا كان المشتري أراد التبرع للمنتفع، لم يحل دون ذلك عدم استيفاء الهبة للشكل، لأن الهبة هنا غير مباشرة، ومن هذا يبين أن جمهور الفقهاء يتفقون مع القانونيين في مسألة انعقاد الهبة في صورة عقد الاشتراط لمصلحة الغير، مع ملاحظة أن القانونيين قد خرجوا على القواعد العامة في انعقاد الهبة، إذا كانت في صورة الاشتراط لمصلحة الغير، حيث لم يشترطوا الرسمية في الهبة غير المباشرة

*- إن القانونيين لا يعترفون بلزوم عقد الاشتراط إلا بعد قبول الغير، فعقد الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر دائماً من العقود غير اللازمة عند القانونيين قبل

صدور القبول من الغير وهذه نتيجة طبيعية لحق النقض المقرر في القانون الوضعي لصالح المشترط إلى حين قبول الغير المنتفع للمصلحة المشترطة، أما جمهور الفقهاء نرى أنهم راعوا فكرة الإشتراط لمصلحة الغير لأقصى درجة فوصلوا إلى الحد الذي جعلوا فيه حق الغير الذي لم يكن طرفا في العقد يقلب العقد غير اللازم إلى عقد ملزم للمتعاقدين، وهذا ما لم يعرفه القانونيون بالنسبة للإشتراط لمصلحة الغير .

*- إن جمهور الفقهاء يتفقون مع القانونيين في أنه من حق المشترط أن يراقب تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو الغير بوله أن يرفع دعوى مباشرة باسمه ضد المتعهد للمطالبة بذلك وأساس هذه الدعوى عند كل من جمهور الفقهاء و القانونيين هو أن للمشترط مصلحة شخصية مفترضة من الإشتراط لمصلحة الغير ، ويتفق فقهاء الشريعة الإسلامية أيضا مع القانونيين في أنه يجوز أن يحبس كل من المشترط والمتعهد الحق الذي عنده حتى ينفذ الآخر (الممتنع) التزامه.

*- إذا حابى المشترط في مرض موته المتعهد، فإن المحاباة فقط لا يحتج بها على الدائنين والورثة وهذا ما جاء به جمهور الفقهاء ، وأما عند القانونيين فإن عقد المعاوضة بين المشترط والمتعهد يعتبر تبرعا مادام صدر في مرض الموت ، وبالتالي فإن كل ما أعطاه المشترط للمتعهد يدخل في تركة المشترط وينفذ عليه دائنوه حتى يستوفوا ديونهم، ويدخل الباقي في ثلث التركة، وهذا كله ما لم يثبت المتعهد أن العقد معاوضة، فإذا ثبت هذا فإن المحاباة فقط تعتبر تبرعا، ويقال مثل هذا بالنسبة لدائني المتعهد وورثته مع المشترط ، وإذا كان الدين لا يستغرق التركة ، يكون للمتعهد أو المشترط بحسب الأحوال ، الخيار بين الفسخ وبين تبويض الصفقة وهذا ما جاء به جمهور الفقهاء ، إلا إنه لا يوجد ما يمنع تبويض الصفقة عند القانونيين مادام الشيء المتعاقد عليه قابلا للتبويض ، وقد أجاز القانونيون مبدأ تبويض الصفقة صراحة.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

الملاحق

الملحق رقم (1)

نصوص من مواد القانون المدني الليبي ، إعداد الإدارة العامة

للقانون ، 1988ف

الملحق رقم (2)

نصوص من مواد القانون المدني المصري ، الهيئة العامة لشئون

المطابع الأميرية ، 1995ف

الملحق رقم (1)

نصوص من مواد القانون المدني الليبي ، إعداد الإدارة العامة للقانون ، 1988ف

نص المادة (87)،فقرة (2)،مدني ليبي: " وهذه الأموال العامة لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ."

نص المادة (89) مدني ليبي: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ... " .

نص المادة (90)، فقرة (2)،مدني ليبي: " ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ."

نص المادة (93) فقرة (1) مدني ليبي : " إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد ."

نص المادة (131)،فقرة(1) مدني ليبي: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ."

نص المادة (132) ،مدني ليبي: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا ."

نص المادة (133)،فقرة (2)،مدني ليبي: " ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بان يسلم شيئا من صنف متوسط " .

نص المادة (135) مدني ليبي: " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً ."

نص المادة (136) مدني ليبي: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلاً ."

نص المادة (143)، مدني ليبي: " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله ."

نص المادة (145) مدني ليبي: " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ."

نص المادة (147)، فقرة (1)، مدني ليبي: "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ."

نص المادة (148)، فقرة (1)، مدني ليبي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ."

نص المادة (154) مدني ليبي: " لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً ."

نص المادة (156)، فقرة (1) ، فقرة (2) ، فقرة (3) مدني ليبي: " 1- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية . 2- ويرتب على هذا

الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد .3- ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد إن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك *.

نص المادة (157)،فقرة (1)،فقرة (2)،مدني ليبي: "1- يجوز للمشتراط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع للمتعهد أو إلى المشتراط رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد .2- ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرا ذمة المتعهد قبل المشتراط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك ، وللمشتراط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة *.

نص المادة (158) مدني ليبي: " يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينها مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشاركة *.

نص المادة (164) مدني ليبي: " من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزام بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها *.

نص المادة (230)،فقرة (1) ،مدني ليبي: " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد

على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر".

نص المادة (238)، فقرة (1)، فقرة (2)، مدني ليبي: "1- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينة جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز. 2- ولا يكون استعمال الدائن لحقوقه مدينة مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار، ولا يشترط أضرار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى".

نص المادة (252) من القانون المدني الليبي: " يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع".

نص المادة (306)، مدني ليبي: " يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك".

نص المادة (377)، فقرة (1)، مدني ليبي: " تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر".

نص المادة (422)، فقرة 2، مدني ليبي: " إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكره في العقد، وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة، وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتبويض أن يكمل إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه".

نص المادة (476) فقرة (1) مدني ليبي: " لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه".

نص المادة (477) فقرة (1) مدني ليبي: " تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر " .

نص المادة (481) مدني ليبي: " تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة، ما عدا هبة الثمار التي لم تجن بعد " .

نص المادة (491)، مدني ليبي: " يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية : ... د - إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للأخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية . و- إذا كانت الهبة لذي رحم محرم " .

نص المادة (715)، فقرة (2) ،مدني ليبي: " إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، فلا يجوز لموكل أن ينهي الوكالة أو يقيد بها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه " .

نص المادة (716) ،فقرة (2) ،مدني ليبي: " غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي، إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك على أن تخطر الأجنبي بهذا التنازل، وأن يمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه " .

نص المادة (747) مدني ليبي التأمين: " عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن " .

نص المادة (879) ، فقرة (1) ،مدني ليبي : * تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها*.

نص المادة (903) ،مدني ليبي: * بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي* .

نص المادة(920) ،فقرة (1)،فقرة (3)،مدني ليبي : * كل عمل قانوني يصدر من الشخص في مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت هذه التسمية التي تعطى لهذا التصرف ...3- وإذا اثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك* .

الملحق رقم (2)

نصوص من مواد القانون المدني المصري ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ،
1995ف

نص المادة (87)، فقرة (2) ، مدني مصري: " وهذه الأموال العامة لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ."

نص المادة (89) مدني مصري: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ... " .

نص المادة (90) ، فقرة (2) ، مدني مصري: " ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ."

نص المادة (93) فقرة (1) مدني مصري: " إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد ."

نص المادة (131)،فقرة (1) ،مدني مصري : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ."

نص المادة (132) ،مدني مصري: " إذا كان محل الالتزام مستقبلا في ذاته كان العقد باطلا ."

نص المادة (133) ،فقرة (2) ،مدني مصري: " ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بان يسلم شيئا من صنف متوسط ."

نص المادة (135) مدني مصري: " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً ."

نص المادة (136) مدني مصري: " إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً ."

نص المادة (143)، مدني مصري: " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله ."

نص المادة (145) مدني مصري: " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقبين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ."

نص المادة (147) فقرة (1) مدني مصري: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ."

نص المادة (148)، فقرة (1)، مدني مصري: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ."

نص المادة (152) مدني مصري : " لا يرتب العقد التزاماً في نعمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً ."

نص المادة (154)، فقرة (1) ، فقرة (2)، فقرة (3) مدني مصري: " 1- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية . 2- ويرتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن

يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد .3- ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد إن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك * .

نص المادة (155) بفقرة (1) بفقرة (2) مدني مصري: "1- يجوز للمشتري دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع للمتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد .2- ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك ، وللمشتري إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة * .

نص المادة (155) مدني مصري : "1- يجوز للمشتري... أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها ، ما لم يكن مخالفا لما يقتضيه العقد .2-.... وللمشتري إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة * .

نص المادة (155) مدني مصري: " أنه يجوز للمشتري دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد * .

نص المادة (156) مدني مصري: " يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعين وقت العقد، متى كان تعيينها مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشاركة * .

نص المادة (162) فقرة (1) مدني مصري: " من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطى عن عمل معين التزام بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها * .

المادة (227)،فقرة(1)،مدني مصري:" يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تستلزم فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر".

نص المادة (235)فقرة(1)،فقرة (2) ، مدني مصري:"1- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز.2- ولا يكون استعمال الدائن لحقوقه مدينه مقبولا إلا إذا اثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إفساره أو أن يزيد في هذا الإفسار، ولا يشترط أعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصما في الدعوى".

نص المادة (237) مدني مصري: " لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه...".

نص المادة (265) من القانون المدني المصري: " يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع".

نص المادة (319) ،مدني مصري: " يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسرا وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك".

نص المادة (433)،فقرة (2)، مدني مصري: " إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكره في العقد، وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة، وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتبويض أن يكمل إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه "

نص المادة (487)،فقرة (1) مدني مصري: " لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه ."

نص المادة(488) ،فقرة (1)، مدني مصري: " تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر ."

نص المادة (492) مدني مصري: " تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة ."

نص المادة(502)، مدني مصري: " يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية : ... د - إذا كانت الهبة من أحد الزوجين لآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية . و- إذا كانت الهبة لذوي رحم محرم ."

نص المادة(715)،فقرة(2) مدني مصري: " إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، فلا يجوز لموكل أن ينهي الوكالة أو يقيدھا دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه ."

نص المادة (716) ،فقرة(2) ، مدني مصري: " غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك على أن تخطر الأجنبي بهذا التنازل، وأن يمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه ."

نص المادة (747) مدني مصري التامين: " عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

نص المادة(875)،فقرة (1) مدني مصري: " تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها".

نص المادة (899) ،مدني مصري: " بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي ".

نص المادة (916) ،فقرة(1)،فقرة(3)، مدني مصري:" كل عمل قانوني يصدر من الشخص في مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت هذه التسمية التي تعطى لهذا التصرف ...3- وإذا اثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ".

الفهارس

أولاً: فهرس الآيات القرآنية.

ثانياً: فهرس الأحاديث .

ثالثاً: فهرس الأعلام.

رابعاً: فهرس المصادر والمراجع.

خامساً: فهرس تفصيلي لموضوعات الرسالة.

أولاً : فهرس الآيات القرآنية

(مرتبة حسب ورودها بالمصحف الشريف)

رقم الآية	الصفحة	السورة	رقم
		سورة البقرة	
280	32	﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾	1.
282	32	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مَّسْمُومٍ فَالْكِتَابُ ﴾ .	2.
283	46	﴿ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾.	3.
283	32	﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ أِثْمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾.	4.
		سورة النساء	
1	52	﴿ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ﴾.	5.
4	53	﴿ ... فَإِنَّ طَيْبِنَ لَكُمْ عَنْ شَرِّهِ مِثْلَهُ نَفْسًا فَكَلُوهُ هَنِينًا مَّرِينًا ﴾.	6.
29	53	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾	7.
		سورة المائدة	
1	52	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾	8.
		سورة الأنعام	
152	52	﴿ وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْبُدُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ﴾.	9.
		سورة التوبة	
4	52	﴿ إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ ﴾.	10.
8	53	﴿ كَذِبٌ وَإِنَّ يَظْهَرُونَ عَلَيْكُمْ لَآ يَرْتَقِبُوا فِيكُمْ إِلَّا وَلَا نَبَةَ ﴾	11.
		سورة يوسف	
72	46	﴿ قَالُوا نَفَقْتُمْ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾	12.
		سورة النحل	
91-92	52	﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يُعَذِّبُ مَا تَفْعَلُونَ * وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِي نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُرَّةِ أَنْكَاثٍ تَتَخَبُّونَ إِيمَانَكُمْ إِذَا دَخَلْتُمْ دِيَارَكُمْ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ إِنَّمَا يَبْتَلُواكُمُ اللَّهُ بِهِ ﴾	13.

14. ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا أَيْمَانَكُمْ دَخَلًا بَيْنَكُمْ﴾
سورة الإسراء
52 94
15. ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾
16. ﴿وَمَنْ أَرَادَ الْآخِرَةَ وَسَعَىٰ لَهَا سَعْيَهَا وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ كَانَ سَعْيُهُمْ مَشْكُورًا﴾
17. ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾
سورة الكهف
90 45
18. ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾
سورة الأحزاب
52 15
19. ﴿وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُؤَلُّونَ الْأَنْبَارَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا﴾
سورة الطلاق
105 6
20. ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُمَّهَاتَهُنَّ﴾

ثانياً/ فهرس الأحاديث الشريفة
(مرتبة حسب الحروف الأبجدية)

رقم الصفحة	الحديث الشريف
53	"أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا عاهد غر وإذا خاصم فجر"
45	"أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج"
41	"إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خير قلوب العباد فأصطفاه لنفسه فابتعثه برسائله ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رأوا سيئا فهو عند الله سيئ"
90	"أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : الأعمال بالنية ، ولكل امرئ ما نوى ، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله ، فهجرته إلى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها ، أو امرأة يتزوجها ، فهجرته إلى ما هاجر إليه"
110	"بين الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام"
108	"الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد"
54	"الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا والمسلمون على شروطهم"
37	"عن جابر أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فمر النبي صلى الله عليه وسلم فضربه فدعا له فسار يسير ليس يسير مثله ثم قال: 'بعينه بوقية' . قلت: لا ، ثم قال: 'بعينه بوقية' . فبعته فاستثبت حملانه إلى أهلي فلما قدمنا أتيت به بالجمل ونقدني ثمنه ثم انصرف فإرسن على إثري وقال : 'ما كانت لأخذ جملك فخذ جملك فهو مالك'."
33	عن عائشة - رضي الله عنها- قالت : جاءتني بريرة ، فقالت: كاتببت أهلي على تسع أواق ،في كل عام أوقية، فأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها ،فجاءت من عندهم ورسول الله -صلى الله عليه وسلم- جالس فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم ، فأخبرت عائشة النبي -صلى الله عليه وسلم- فقال: "خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق" ، ففعلت عائشة ثم قام رسول الله -صلى

- الله عليه وسلم- في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: " أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما اللولاء لمن أعتق "
- 71 "عن سفينة قال: كنت مملوكاً لأم سلمة ، فقالت : أعتقتك وأشترط عليك أن تخدم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ما عشت ، فقلت : إن لم تشترطني علي ما فارقت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عشت ، فأعتقتني واشترطت علي "
- 114 عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال :جاء النبي صلى الله عليه وسلم يعودني وأنا بمكة ،قلت: يا رسول الله أوصني بمالي كله ؟ قال: " لا " . قلت: فالشطر ؟ قال " لا " . قلت: الثلث ؟ قال: " فالثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس "
- 44 " لا تصوم المرأة وبعطها شاهد إلا بإذنه "
- 44 " لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك "
- 114 "لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة"
- 122 "ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الواك فيما يعطي ولده"
- 32 "من بايعت فقل لا خلافة "
- 32 " من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع "
- 34 " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد "
- ج " من لا يشكر الناس لا يشكر الله "
- هـ " من يريد الله به خيراً يفقهه في الدين "
- 43 "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ... الثنيا ورخص في العرايا "
- 51 "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة"
- 37 "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط "
- 96 "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبله"
- 51 "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفتين في صفقة واحدة"
- 96 " نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري "
- 33 " ومن ابتاع عبداً فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع "

ثالثاً/ فهرس تراجم الأعلام

الصفحة	الاسم
3	إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الفرناطي ، الشهير بالشاطبي
3	أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سيل السرخسي ، قاض من كبار الحنفية
109	أبي بن كعب الله قيس بن عبيد ، أبا منذر
3	أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن ، أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي ، القراني
31	أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحراني الحنبلي
3	أحمد بن محمد مكي ، أبو العباس ، شهاب الدين الحسيني الحموي ، مدرس من علماء الحنفية همام بن الحارث الأنخعي
4	جلال الدين ، أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن عثمان بن محمد بن خضر بن أيوب بن الشيخ همام الدين الخضري السيوطي الشافعي
103	شريح بن الحارث بن قيس القاضي - يكنى أبا أمية عائشة بنت أبي بكر الصديق
33	عائشة بنت أبي بكر الصديق
17	عبد الرزاق بن أحمد السهري
68	عبد الله ابن الزبير: يكنى أبا بكر
110	عبد الله بن مسعود: أبا عبد الرحمن
18	عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمي
5	علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، أبو محمد
4	علي بن محمد بن عبد الرحمن ، أبو الحسن البغدادي الأمدي
2	محمد بن أبي بكر بن عبد القادر ، وهو من فقهاء الحنفية
4	شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي بن يوسف بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي
21	محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان ، ابن شافع الهاشمي القرشي المطلبي ، أبو عبد الله
4	محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ، أبو عبد الله
37	محمد بن سيرين
37	محمد بن عبد الرحمن ابن أبي ليلى الأنصاري أبو عبد الرحمن
3	محمد بن علي بن محمد الشوكاني

- 4 محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، أبو حامد
- 2 محمد بن مكرم بن علي ، أبو الفضل ، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الأفرقي
- 2 محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر ، أبو طاهر ، مجد الدين الشيرازي
الفيروزيادي
- 69 مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير أبو عبد الله القرشي

رابعاً / قائمة مصادر ومراجع البحث

أولاً: القرآن الكريم .

ثانياً: كتب التفسير وأحكام القرآن الكريم .

1- الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي ، دار الشعب ، القاهرة .

2- تفسير ابن كثير ، إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي ، دار الفكر ، بيروت ، 1401هـ .

ثالثاً: مراجع الحديث والسيرة :-

1- الجامع الصحيح المختصر . محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا ، الطبعة الثالثة، دار ابن كثير ، بيروت ، 1407هـ .

2- الجامع الصحيح سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق : أحمد شاکر وآخرون ، دار إحياء التراث، بيروت .

3- السيرة النبوية ، عبد الملك بن هشام ، د. ط. د. ت .

4- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، يحيى النووي ، ط الثانية، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1392هـ .

5- تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق : عبد الله هاشم اليماني المدني ، المدينة المنورة ، 1964ف .

6- زاد المعاد في هدي خير العباد ، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، الطبعة الرابعة عشر ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1986ف .

7- سنن ابن ماجه ، محمد بن يزيد القزويني، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر ، بيروت .

8- سنن أبي داود ، سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي ، تحقيق : محمد محيي الدين ، دار الفكر .

9- سنن الدار قطنی ، علي بن عمر أبو الحسن الدار قطنی البغدادي ، تحقيق : عبد الله هاشم يمانی المدني ، دار المعرفة ، بيروت ، 1966ف .

10- صحيح مسلم ، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

11- فتح الباري شرح صحيح البخاري ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، دار المعرفة ، بيروت ، 1379هـ .

- 12- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل الشيباني ، مؤسسة قرطبة ، القاهرة.
- 13- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار شرح منقلى الأخبار، محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، إدارة الطباعة المنيرية.
- رابعاً / كتب اللغة والمصطلحات :-
- 1- التعريفات ، علي بن محمد الجرجاني ،تحقيق :إبراهيم الأبياري ، ط الأولى ، دار الكتاب العربي ، بيروت . 1405هـ .
- 2- التعاريف ، محمد المتلوي ، تحقيق :محمد رضوان، ط الأولى، دار الفكر المعاصر،بيروت، 1410هـ.
- 3- القاموس المحيط ، للفيروز آبادي ، ط الأولى، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1995ف.
- 4- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ، المكتبة العلمية، بيروت.
- 5- مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي،تحقيق :محمود خاطر ،مكتبة لبنان ،بيروت ،1995ف.
- 6- لسان العرب ،لابن منظور ، ط الأولى، دار صادر، بيروت .
- خامساً/ كتب أصول الفقه :
- 1- إرشاد الفحول لعلم الأصول ، محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، تحقيق : محمد البندري ، ط الأولى، دار الفكر ، بيروت ، 1992ف.
- 2- أصول الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ، الطبعة الثانية، دار الفكر دمشق ، 2001ف.
- 3- الإحكام في أصول الأحكام ، سيف الدين الأمدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1983ف.
- 4- الإحكام في أصول الأحكام ،علي بن أحمد بن حزم الأنطلسي ، ط الأولى ،دار الحديث ، القاهرة ، 1404هـ .
- 5- الاعتصام ، أبو إسحاق الشاطبي ، المكتبة التجارية ،مصر.
- 6- البحر المحيط في أصول الفقه ، محمد بن بهادر الزركشي ، قام بتحريره: عبد القادر عبد الله العاني ، ط الثانية .وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، 1992ف.
- 7- المحرر في أصول الفقه ، أبي سهل السرخسي . تعليق : صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- 8- المنخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، عبد القادر بن بدران الدمشقي ، تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي ، ط الثانية ،مؤسسة الرسالة ،بيروت ، 1401هـ .

- 9- المستصفي في علم الأصول ، أبي حامد الغزالي، رتبته وضبطه ، محمد عبد السلام عبد الشافي ، ط الأولى دار الكتب العلمية ،بيروت ، 1993ف.
- 10- الموافقات في أصول الفقه إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي ،تحقيق : عبد الله نراز ، دار المعرفة ، بيروت .
- 11- روضة الناظر وجنة المناظر . لابن قدامة المقدسي ، تحقيق :عبد العزيز عبد الرحمن السعيد ، ط اثنائية، جامعة الإمام محمد بن سعود ، الرياض ، 1399هـ.
- 12- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيهقي ، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ،تحقيق : عبد الله محمود محمد ،بيروت ، 1418هـ .
- سادساً / كتب الفقه :

كتب الفقه الحنفي :

- 1- الفتاوى الهندية ، نظام وجماعة من علماء الهند ، دار الفكر ، 1411هـ .
- 2- المبسوط ،شمس الدين السرخسي ،دار المعرفة ،بيروت.
- 3- المجلة ، جمعية المجلة ، تحقيق :نجيب هواويني ، كار خانة تجارث كتب .
- 4- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي ،ط الثانية، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1982ف.
- 5- تحفة الفقهاء،علاء الدين السمرقندي، ط الأولى ،دار الكتب العلمية،بيروت،1984ف.
- 6- حاشية رد المحتار على الدر المختار ، لابن عابدين ، دار الفكر ، بيروت ، 1421هـ .
- 7- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر ، تحقيق : فهمي الحسيني ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- 8- غمز عيون البصائر، شرح كتاب الأشباه والنظائر ، لابن نجيم شرح الحموي ، ط الأولى، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1985ف.

كتب الفقه المالكي :

- 1- الفروق " القواعد الستية في الأسرار الفقهية " ، للقرافي ، وبهامشه إدرار الشروق على أنواع الفروق ، لابن الشاط ، تحقيق :عبد الحميد هندواي، ، المكتبة العصرية ، بيروت.
- 2- المنونة الكبرى للإمام مالك التي رواها الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي عن إمام دار الهجرة الإمام مالك بن انس ، دار صادر ، بيروت.
- 3- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ، دار الفكر، بيروت.
- 4- حاشية الدسوقي ، محمد عرفه الدسوقي ، تحقيق : محمد عيش ، دار الفكر، بيروت .

5- شرح الخرشي على مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر، بيروت .

6- منح الجليل شرح على مختصر خليل، محمد عيش، دار الفكر، بيروت، 1409هـ.

7- مواهب الجليل، محمد بن عبد الرحمن، ط الثانية، دار الفكر، بيروت، 1398هـ.

كتب الفقه الشافعي :

1- الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ.

2- الأم، محمد بن إدريس الشافعي، ط الثانية، دار المعرفة، بيروت، 1393هـ.

3- المجموع شرح المهذب، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت، 1997ف.

4- المهذب، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي، دار الفكر، بيروت .

5- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، محمد بن أحمد الأسيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت .

6- حاشية البجيرمي، سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، المكتبة الإسلامية، تركيا.

7- شرح الزركشي، محمد بن عبد الله الزركشي، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1423هـ.

8- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين بن عبد السلام السلمي، دار الشرق، 1968ف.

9- مختصر المزني، محمد بن إدريس الشافعي، ط الثانية، دار المعرفة، بيروت، 1393هـ.

10- مغني المحتاج إلى معرفة ألقاظ المنهاج، محمد بن الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.

11- نهاية المحتاج، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، دار الفكر.

الفقه الحنبلي :

1- إعلام الموقعين، محمد بن أبي بكر بن أيوب انتمشي، تحقيق: طه عبد الرؤوف، دار الجيل، بيروت، 1973ف .

2- الفتاوى الكبرى، أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، تحقيق: حسنين محمد مخلوف، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، 1386هـ.

3- الفروع، محمد بن مفلح المقدسي، ط لأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ.

- 12- نظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي ، د.سليمان الجروشي ، ط الأولى، منشورات جامعة قاز يونس ، 2003ف .
- 13- نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، محمد أحمد سراج ، دار الثقافة ، القاهرة ، 1992 ف
ثامناً/ كتب قانونية :
- 1- أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي ، عدنان طه الدوري ، منشورات الجامعة المفتوحة ، 1995ف .
- 2- الغير عن العقد دراسة في النظرية العامة للالتزام ، صبري حمد خاطر ، ط الأولى، دار الثقافة ، عمان ، 2000ف .
- 3- الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، عبد الوود يحيى ، دار النهضة العربية ، 1994ف.
- 4- الوافي في شرح القانون المدني ، سليمان مرقس ، ط الرابعة ، مطبعة السلامة ، 1987ف .
- 5- الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، حسن علي الذنون ، محمد سعيد ، ط الأولى، دار وائل للنشر ، 2002ف .
- 6- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ط الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000ف.
- 7- النظرية العامة للالتزام ، مصطفى جمال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 1999ف.
- 8- قانون علم القضاء ، النشاط القضائي ، د. الكوني علي عبوده ، ط الأولى. المركز القومي للبحوث والدراسات انعمية ، 1998ف .
- 9- مبادئ القانون الروماني ، محمد عبد المنعم بديريك - عبد المنعم البديراوي ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، 1952ف .
- 10- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، وزارة العدل المصرية ، ط الأولى ، مطبعة أحمد مخيمر ، مصر .
- 11- مصادر الالتزام ، أنور سلطان ، ط الأولى، الجامعة الأردنية ، عمان ، 2002ف .
- 12- مصادر الالتزام ، محمد علي البدوي ، ط الأولى، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، 1998ف .
- 13- مفاعيل العقد أو آثاره ، جاك غستان وآخرون ، ترجمة منصور القاضي ، ط الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات ، بيروت ، 2000ف .
- 14- نظرية العقد ، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، دار الفكر ، بيروت .

15- نظرية العقد في القوانين العربية ، د. عبد المنعم فرج الصده ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1974ف .

تاسعاً / كتب التراجم والطبقات

1- أبجد العلوم الوشي المرفوم في بيان أحوال العلوم ، صديق بن حسن القنوجي ، تحقيق : عبد الجبار زكار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1978ف .

2- الإصابة في تمييز الصحابة،: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، تحقيق : علي محمد البجاوي، الطبعة الأولى، دار الجيل ، بيروت، 1412هـ .

3- شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، عبد الحي بن محمد بن أحمد العماد الحنبلي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

4- صفوة الصفوة ، عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي ،تحقيق محمود فاخوري ، ط الثانية دار المعرفة ،بيروت ، 1979ف.

5- طبقات الشافعية،عبد الرحيم الأسنوي، ط الأولى ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1987ف.

6- قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين ، خير الدين الزركلي ، ط الثانية ،دار العلم للملايين ، بيروت ، 1989ف.

عاشراً/ الموسوعات :

1- موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، القاهرة.

أحد عشر / وثائق مرجعية :

1- القانون المدني المصري ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، 1995م

2- القانون المدني الليبي ، إعداد الإدارة العامة للقانون ، 1988م

خامساً / فهرس تفصيلي لموضوعات الرسالة

الصفحة	الموضوع
د	المقدمة
1	الفصل الأول: التعريف بالشرط وأقسامه والتعريف بالاشتراط لمصلحة الغير
2	المبحث الأول: التعريف بالشرط وأقسامه
2	المطلب الأول: التعريف بالشرط
9	المطلب الثاني: أقسام الشرط
16	المبحث الثاني: التعريف بالاشتراط لمصلحة الغير وبيان مفرداته
16	المطلب الأول: بيان مفردات الاشتراط لمصلحة الغير
25	المطلب الثاني: التعريف بالاشتراط لمصلحة الغير
30	الفصل الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من قاعدة حرية العقود والشروط و الاشتراط لمصلحة الغير
31	المبحث الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من قاعدة حرية العقود والشروط
31	المطلب الأول: الأصل في العقود والشروط الحظر حتى يقوم دليل على الإباحة
37	المطلب الثاني: الأصل في العقود والشروط التقييد
49	المطلب الثالث: الأصل في العقود والشروط الإطلاق ما لم يحرمه الشرع
59	المبحث الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الاشتراط لمصلحة الغير
59	المطلب الأول: المانعون للشروط المقترنة بالعقد التي تفيد الغير مطلقاً
61	المطلب الثاني: المبيحون لبعض الشروط المقترنة بالعقد التي تفيد الغير دون بعض
71	المطلب الثالث: المبيحون للشروط المقترنة بالعقد التي تفيد الغير مطلقاً
81	الفصل الثالث: شرائط وأثار الاشتراط لمصلحة الغير وحقوقه
82	المبحث الأول: شرائط الاشتراط لمصلحة الغير
82	المطلب الأول: الشروط المتعلقة بأطراف الاشتراط لمصلحة الغير
96	المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بمحل الاشتراط لمصلحة الغير
113	المبحث الثاني: أثار الاشتراط لمصلحة الغير وحقوقه

113	المطلب الأول : آثار الاشتراط لمصلحة الغير
120	المطلب الثاني: حقوق أطراف عقد الاشتراط لمصلحة الغير
157	الخاتمة:تتضمن أهم النتائج
162	الملاحق
163	الملحق رقم (1) نصوص من مواد القانون المدني الليبي
169	الملحق رقم (2) نصوص من مواد القانون المدني المصري
175	الفهارس
176	فهرس الآيات القرآنية
178	فهرس الأحاديث الشريفة
180	فهرس تراجم الأعلام
182	قائمة مصادر ومراجع البحث
189	فهرس تفصيلي لموضوعات الرسالة

المُلخَص

إن الاجتهاد لمعرفة أحكام الشريعة أمر ضروري بالنسبة لكل عصر، لأن التراث الفقهي على ثرائه العظيم ما هو إلا قطرة في بحر بالنسبة إلى العلوم والمبادئ والأفكار الرفيعة النافعة التي تزخر بها نصوص القرآن والسنة، فهذه النصوص رغم محدوديتها فيها الحكم لكل واقعة تقع في الدنيا، وبطبيعة الحال لم تذكر النصوص جميع الأحكام مفصلة، وإنما فصلت بعض الأحكام ولم تفصل بعضاً آخر، ولكنها أقامت دلائل عليها ونصبت أمارات لها بحيث يستطيع المجتهد بواسطة تلك الدلائل والأمارات أن يصل إليها ويتبينها.

ولقد كان من توفيق الله عز وجل أن أتعرض لبحث موضوع: "الاشتراط لمصلحة الغير في الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة"، وذلك لاستكمال متطلبات الإجازة العالية في الشريعة الإسلامية، فهو من المواضيع الفريدة والممتعة حقاً، إذ يكشف لنا بطريقة عملية عن العمق الهائل الذي تتمتع به النصوص الشرعية، ويكشف هذا الموضوع أيضاً عن مدى عمق الفقه الإسلامي واتساعه، كما يكشف عن القيمة العلمية العظيمة لاختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في الفروع.

وتأتي أهمية الموضوع في كونه من المواضيع المهمة في المعاملات الشرعية، التي تحتاج إلى بذل الجهد والوسع لاستخراج أحكامه المتناثرة في بطون أمهات كتب الفقه الإسلامي، وتحديد معالمه بشكل دقيق يتفق والقواعد الكلية للشريعة الإسلامية دون لبس أو غموض، ويبين أيضاً تقدم الشريعة الإسلامية، وسبقها، وتفوقها في معالجة الموضوع، ومدى تأثير فقهاء القانون بالتراث الإسلامي، وسيساهم كل ذلك في زيادة فهم الناس لشريعتهم، وبالتالي إخضاع عقودهم وسائر معاملاتهم لأحكامها، في وقت سادت فيه القوانين المقتبسة من الغرب.

ومن أسباب اختياري لهذا الموضوع أهميته في حياة الناس العملية، وقلّة الدراسات الأكاديمية المعمقة فيه، مما خلق لديّ الرغبة في دراسته والتعمق فيه، فحرصت أن أقرأ فيه كتباً متنوعة، فتكونت عندي بتوفيق الله - حصيلة بحدوده وأبعاده، حتى أنست في نفسي الكتابة فيه، وتقديم شيء جديد ينتفع به المسلمون إن شاء الله، لعلّي أسهم ولو بشكل محدود في نشر الوعي بالفقه

الإسلامي، وتوضيحه للمسلمين لتكون عبادتهم ومعاملاتهم على وجه يرضي الله - عز وجل .

ولقد توصلت من خلال هذا البحث المتواضع إلى جملة من النتائج أهمها:

* - لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقه الإسلامي اصطلاح الاشتراط لمصلحة الغير، أي أن هذا الكلمات الثلاث مرتبطة بعضها ببعض لم يستعملها فقهاء الشريعة الإسلامية، فهي غير متداولة عندهم، ولكني وجدت أنهم يستعملون اصطلاح نفع لأجنبي، ويقصدون به إلزام العاقد بأن يؤدي لغير المتعاقدين نفعاً ما .

* - بعد أن استعرضنا آراء الفقهاء وأدلتهم المتعلقة بحرية العقود والشروط، أميل لرأي الحنابلة وعلى رأسهم الفقيه ابن تيمية القائل بحرية العقود والشروط، وذلك لقوة أدلتهم، حيث أن رأيهم جاء متفق مع نصوص القرآن والسنة وأصول الشريعة العامة وأهمها رفع الحرج عن الناس، وبذا يكون رأي الحنابلة في هذا الصدد متعارضاً مع رأي الظاهرية، إلا أن هذا التعارض لا يصل إلى حد التناقض التام، فلا زال بين الرأيين قدر مشترك من الاتفاق على صحة الشرط الذي ورد النص في القرآن أو السنة بجوازه.

* - بعد أن استعرضنا آراء الفقهاء في الشريعة الإسلامية وأدلتهم ومناقشتها، وجدنا أنهم جميعاً يأخذون بالاشتراط لمصلحة الغير سواء أكان شرط مقترن بالعقد أو عقده مبرم ابتداء لمصلحة الغير، وذلك من خلال تطبيقاتهم ومن خلال الأصول التي اعتمدوا عليها، حيث أنهم يأخذون بالمصلحة والعرف والاستحسان، وإن كانوا لم يصرحوا بذلك، وإذا نظرنا إلى الاشتراط لمصلحة الغير لوجدنا إنه في حقيقته ليس إلا اشتراط ما هو نافع شرعاً نفعاً محضاً لمن لم يكن طرفاً في العقد، فضلاً عن ذلك فلقد جاءت الشريعة الإسلامية تحت على إيصال المصالح للغير نون أي رابطة سابقة بين الملتزم والغير، مثل الزكاة، وهذه هي نفس فكرة الاشتراط لمصلحة الغير في العقود، ولا ريب أن الشريعة التي تقرر مثل هذا تكون أولى الشرائع بتقرير فكرة الاشتراط لمصلحة الغير الأجنبي عن العقد مادام لا يوجد نص خاص يمنع ذلك.

* - لم يعرف التشريع الوضعي نظام الاشتراط لمصلحة الغير، إلا في القرن العشرين، وذلك لأن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير تتناقض مع قاعدة رومانية عتيقة يأخذ بها التشريع الوضعي للآن، وهي أن العقود لا تنفيذ غير عاقدتها، ولا يزال

شرح القانون الوضعي إلى الآن متحيرين في تأصيل الاشتراط لمصلحة الغير، وفي رأي إنه كان من الواجب عليهم أن يعترفوا بأن الاشتراط لمصلحة الغير خروج على القاعدة العامة التي يعتقونها، وإن هذا الخروج تبرره حاجة الناس في التعامل .

ABSTRACT

The diligence to learn the provisions of sharia was necessary for each century, because the jurisprudential heritage of the great wealth is only a drop in the ocean in relation to sciences and the principles and ideas of the high potential useful to be full of the Koran and the Sunna texts, these texts, despite their limitations it contains rule of each event in the world, of course, the texts did not mention all of the provisions detailed, but detailed some of the provisions and did not detail the other, but it has erected signs so that the diligence can that signs reach to it.

It would have been-by granted God- to take the theme: "**The requirement in the interest of others in the Islamic Sharia and law comparative study**", in order to complete the high certification requirements of Islamic Shariah, it is a unique and interesting topic enjoyable, it reveals to us a practical way for the tremendous depth to which the legal texts, the subject also reveals the extent of the depth and breadth of Islamic jurisprudence, and reveals the great scientific value of the different scholars of Islamic law in the branches.

The importance of the topic came from an important feature of legitimate transactions, which need to exert the effort to extract the scattered provisions in the main books of the Islamic jurisprudence, and to identify features accurately in accordance with the whole Rules of Islamic law without confusion or obscurity, it also shows progress of Islamic law, and its priority, and its superiority in dealing with the subject, and the affection of the scholars of Islamic law heritage, all this will contribute to increasing people's understanding of their Islamic law, thus subjecting their contracts and other transactions with its provisions, at the time the quoted provisions prevailed by the laws of the West.

One of the reasons for my choice for this subject is the importance of this in the live of the people, the lack of the depth academic studies in it, I have, creating a desire to study and deep penetration in it, in which desire to read a various books. granted God God created me to adjust the outcome of borders and dimensions, even find in myself the writing in this subject, and provide something new to benefit - God willing -the Muslims, to contribute- at least- in awareness diffusion of Islamic jurisprudence, and clarification of it to be their worship for Muslims and their transactions in the satisfaction of Allah the Almighty.

I found from this modest research to the group of the most important results:

- I have not seen it in books of Islamic jurisprudence, the term: **the requirement for the benefit of others**, That is, these three words are linked and not used by the scholars of Islamic law, they are not in circulation, but I found that they use the term to the benefit of foreign, they mean the obligation of contractor to give the benefit to the non-contractor.
- Having reviewed the evidence and the views of scholars concerning the freedom of contracts and conditions, I tend to the opinion of the view and on top jurist (Ibn Taymiyah) and that freedom of contract and terms, in order to force their evidence, since their opinions was consistent with the texts of the Koran and the Sunna and Sharia and roots of general sharia and to remove the embarrassment of people, thus, the view of Al Hanabilah in this regard is inconsistent with the view of the apparent, however, this incompatibility does not amount to a total contradiction, still not as common between the two views of the Agreement on the health of the condition that the Koran or the Sunna at his bedside.
- Having reviewed the views of scholars in Islamic law and their evidence and its debate, we found that they all take the requirement for the benefit of others, whether in conjunction with the requirement of the contract or

a contract starting in the interest of others, through their applications through the principles that depend on it, where they take interest and practice, and application of discretion, although they did not say so, if we look at the requirement for the benefit of others, we will find that in reality nothing but the requirement is purely a useful benefit to those who legitimately was not a party to the contract, moreover, Islamic law has made the incite to bring the interests to others without any prior association between contractor and others, such as Zakat, this is the same idea of requirement in the interest of third parties in the contract,

There is no doubt that the Shariah, which decides such a law, be the first report of a requirement in the interest of non-foreign for the contract, as long as there is no specific provision to prevent this.

- The positive legislation did not know the requirement system of the benefit of others, except in the twentieth century; this is because the idea of the requirement in the interest of others are contrary to the rule adopted by the Romanian legislation that the positive legislation take it now, namely, that the contracts do not benefit those who have concluded, however, is still positive law explainers are now wondering to take root in the requirement for the benefit of others, in my opinion it should have been for them to admit that the requirement for a third party departure the general rule, which the belief, and that this departure is justified by the need for people to deal.