



مَجْلَدُ مَجْمُوعِ الْفَقِيهِ الْإِسْلَامِيِّ

الدَّوْرَةُ الْبَانِيَّةُ خَيْرٌ

الْعَدَدُ الثَّانِي عَشَرَ

الجزء الثاني

١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م



مَجْلَدُ مَجْمَعِ الْفُقَهَاءِ الْإِسْلَامِيِّ

الدَّوْرَةُ الثَّانِيَةَ عَشْرَةَ

لِمَوْتَمِرِ مَجْمَعِ لِفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

الْعَدَدُ الثَّانِي عَشَرَ

الْجُزْءُ الثَّانِي

١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م



طبع هذا العدد على نفقة
بنك أبوظبي الإسلامي

تطلب هذه المجلة من:

٢٢٢٩١٧٧	ماتف:	دار القسليم
٦٥٣٦٦٦	ماتف:	بيروت - الدار الشامية
٦٦٥٧٦٢١	ماتف:	جدة - دار البشير
٢٧٤١٥٧٨	ماتف:	القاهرة - دار السلام
٤٦٥٤٤٢٤	ماتف:	الرياض - مكتبة العبيكان
٤٥٨٣٧١٢	ماتف:	الرياض - مكتبة الرشيد
٥٦٦١٠٣٢	ماتف:	عمان - مكتبة المنار



﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ
الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا
تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً
وَمِنْهَا جَاءَ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَٰكِن لِّيَبْلُوَكُمْ فِي
مَا آتَيْنَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا
فِيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴾

[المائدة: ٤٨]

* * *

عَنْ أَبِي أَمَامَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «فَضَّلُ الْعَالِمِ عَلَى
الْعَابِدِ كَمُضِي عَلَى أَدْنَاكُمْ» ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ:
«إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ وَأَهْلَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ حَتَّى الثَّمَلَةَ
فِي جُحْرِهَا، وَحَتَّى الْحُوتَ لِيُصَلُّوا عَلَى مُعَلِّمِ النَّاسِ
الْخَيْرِ».

[رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ، وَقَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ]

* * *

الدَّوْرَةُ الثَّانِيَّةُ عَشْرَةُ
لمؤتمر مجمع لفقہ اسلامی

المنعقدة في مدينة الرياض
المملكة العربية السعودية
٢٥ جمادى الآخرة إلى غرة رجب ١٤٢١ هـ
٢٣ - ٢٨ سبتمبر ٢٠٠٠ م

الشرط اجمزائي

البحوث

- بحث الدكتور حمداتي شبيهنا ماء العينين
- بحث الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير
- بحث الدكتور علي أحمد السالوس
- بحث الشيخ محمد علي التسخيري
- بحث الدكتور ناجي محمد شفيق عجم
- بحث القاضي محمود شمام

الشرط الجزائي وَمُخْتَلَفٌ صُورُهُ وَأَحْكَامُهُ

إِعْدَادُ
الدكتور حمداتي شبيها ما، العنين
ممثل المملكة المغربية في عضوية المجتمع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الشرط الجزائي ومختلف أحكامه وصوره

تقديم هذا الموضوع من بين العناوين الكثيرة التي أحسن المجمع صنعا بتقديمها للدراسة، بسبب كثرة تناولها في الحياة العملية، وقلة اطلاع الكثير على استحواذ الشريعة الإسلامية على أحكام كثير من صورها، وتأثير تلك الأحكام على نظريات التشريعات الوضعية إليها.

والذي ينبغي أن يلفت إليه الانتباه بادئ ذي بدء هو: أن هذا الموضوع اهتمت به الدراسات الأصولية غاية الاهتمام فعرفته، وبيّنت مختلف صورته، وحللت حسب أسلوب دراستها مختلف جوانبه، على أن كلمة (شرط) من حيث مكائنتها اللغوية، تبدو حديثة نسبياً، إذ لم تجر على الألسنة كثيراً إلا من عهد النبي عليه الصلاة والسلام، ولذا تُلقي قليلة في شعر الجاهلية، وورث تلك الندره عنه معاجم اللغة، فلم تستعمل إلا بالقدر اليسير الذي يمكن من التعريف بها فقط.

هذا وإن الشرط بصفة عامة يرتبط ببعض الوقائع أو المواضيع الأخرى مثل السبب والمانع والعلة، ارتباطاً يتأثر به وضعه في الالتزام، مما يحتم تبين ذلك لتنجلي خصائصه، ومستلزماته ضمن مجرى أية دراسة مخصصة له، فيبرز من خلال ذلك كيف تعاملت معه أمهات الفقه الإسلامي عبر مختلف المذاهب، وما نتج عن ذلك من تداخل بين ذلك التعامل وبين دراساته من وجهة نظر القوانين الوضعية، ليسوق كل ذلك إلى وضع السؤال التالي وهو: كيف نتعامل مع الشرط الجزائي؟ وما هي النتائج التي يمكن أن نخرج بها من خلال المقدمات والعرض الذي يمكن أن نخصص له؟ هذه التصورات تدفعنا إلى دراسة هذا الموضوع ضمن تقسيم ضمّناه للمباحث الآتية:

- المبحث الأول : تعريف الشرط الجزائي ومختلف صورته .
- المبحث الثاني : الأوضاع التي تترتب على الشرط الجزائي .
- المبحث الثالث : الشرط بين الشريعة والقانون .

المبحث الأول

تعريف الشرط الجزائي ومختلف صورته وأحكامه

هذا المبحث يظهر من خلال عنوانه أنه هو الأساس في هذه الدراسة . إذن يكون من الأفتد استعراض ما مكن من التعاريف لتنجلي بها حقائق الموضوع ونتمكن من خلالها من رصد جميع تداخلاته مع غيره من أوصاف الالتزام الأخرى .

تعريف الشرط:

الشرط معروف وكذلك الشريطة والجمع شروط وشرائط، والشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط، وفي الحديث: «لا يجوز شرطان في بيع»، ثم عقب عليه أنه لا فرق عند أكثر الفقهاء بين شرط واحد أو شرطين، وفرق بينهما أحمد، عملاً بظاهر الحديث الآخر وهو: «نهى عن بيع وشرط»، وهو أن يكون الشرط ملازماً للعقد لا قبله ولا بعده، ومنه حديث بريرة: شرط الله يريد ما أظهره وبينه من حكم الله بقوله: «الولاء لمن اعتق»، وقيل وهو إشارة لقول الله تعالى: ﴿فَلْيَخَوَّذْكُمْ فِي الَّذِينَ وَمَوْلِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥]. وقد شرط له وعليه، والأشراط العلامة، ومنه قول الله تعالى: ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾ [محمد: ١٨]، والشرط من الإبل: ما يُخْلَبُ للبيع، وأشراط الأشياء أوائلها كأشراطها وأنشد ابن الأعرابي:

تشابه أعناق الأمور وتلتوي مشاريط ما الأوراد عنه صوادر

[انتهى من لسان العرب لابن منظور] أمَّا حُكْمًا فقد تعرض إليه علماء الأصول بكثير من التفصيل والتعاريف نقتصر منها على التعريفات الآتية:

يراد بالشرط عند الأصوليين: ما كان وصفاً مكماً لمشروط، وهذا الوصف

يطلق سواء كان مكملاً للسبب، أو للعلة، أو للمسبب، أو المعلول ويستلزم أن يكون الشرط من غير ماهية المشروط. وتنقسم الشروط إلى ثلاثة أقسام:

(١) شرط عقلي كالفهم في التكليف.

(٢) شرط عادي كملاصقة النار للجسم المحرق.

(٣) الشروط الشرعية أي تلك التي أوقف عليها الشارع مشروطات، كالطهارة للعبادة، وسلامة العقد من الربا في المعاملات الصحيحة.

وهذا الشرط الثالث هو الذي يعني به هذا البحث. من حيث تعلقه بخطاب الوضع، أو خطاب التكليف. وهو يعتبر مثل الصفة من الموصوف بالنسبة لصلته بالمشروط.

واصطلاحاً عرّفه الشاطبي بأنه: ما كان وصفاً مكملاً لمشروطه، فيما اقتضاه ذلك المشروط أو فيما اقتضاه الحكم فيه.

وعن التقسيم الثلاثي أعلاه علق كل قسم بالواقعة التي صاحبها، فالعقلي للتكليف، والعادي لحصول الأمر، والثالث هو الذي ترتب عليه الأحكام وعبر عنه بالعادي لعدم طلب الشارع لتحقيقه أو الكف عنه، ويرتبط الشرط بالسبب عند المالكية ارتباطاً وثيقاً يشير إليه الشاطبي بقوله: «الأصل المعلوم أن السبب إذا كان متوقف التأثير على شرط فلا يصح أن يقع السبب دونه ويستوي في ذلك شرط الكمال وشرط الإجزاء، فلا يمكن الحكم مع توقفه على شرط» وستعرض لمزيد من التفصيل عند تحليلنا للشرط بصفة أكثر.

وأثناء تعريفه للشرط ميز القرافي بين الشروط اللغوية والعقلية والشرعية والعادية قائلاً بأن الشروط اللغوية قاعدة مباينة لقاعدة الشروط الأخرى، ولا يظهر الفرق بين القاعدتين إلا ببيان حقيقة الشرط، والسبب، والمانع، أما السبب فهو الذي يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته، أما القيد الأول فاحتراز من الشرط، فإنه لا يلزم من وجوده شيء إنما يؤثر عدمه في العدم، والقيد الثاني: احتراز من المانع، فإن المانع لا يلزم من عدمه شيء، إنما يؤثر وجوده في العدم،

والقيد الثالث احتراز من مقارنة وجود السبب وعدم الشرط فهو الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته، بل غيره، إذا تقرر ذلك: يظهر أن المعتبر من المانع وجوده ومن الشرط عدمه، ومن السبب وجوده وعدمه، والثلاثة تصلح الزكاة مثلاً لها: فالسبب النصاب، والحول شرط وجوبها، والدَّيْن مانع من أدائها.

وإذا ظهرت حقيقة كل واحد من السبب والشرط والمانع، تبين أن الشروط اللغوية أسباب، خلاف غيرها من الشروط العقلية كالحياة مع العلم، أو الشرعية كالطهارة مع الصلاة، أو العادية كالتَّكْلِيف مع الصَّوْمِ لِلسَّطْحِ، فإن هذه الشروط يلزم من عدمها العدم في المشروط، ولا يلزم من وجودها وجود، ولا عدم، والمثال السابق في الزكاة صالح لفهمها. وناقش محمد بن حزم الظاهري بعض تعريفات الشرط نقاشاً نقبتس منه ما يلي:

لقد عزا للغزالي القول بأنه ما لم يوجد المشروط دونه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده، وقال بفساد هذا الرأي قائلاً بأن فيه تعريف الشرط بالمشروط، والمشروط مشتق من الشرط، وأخفى منه، وتعريف الشيء بما هو أخفى منه، يزيده غموضاً.

ثم قال: إنه يلزم عليه جزء السبب، إذا اتحدا فإنه لا يوجد الحكم دونه، ولا يلزم من وجوده الحكم عند وجوده، وليس بشرط، ثم ناقش تعريفاً آخر قائلاً بأن الشرط هو الذي يتوقف عليه تأثير المؤثر في تأثيره لا في ذاته، وأيضاً أفسد هذا التعريف، معترضاً بأن الحياة القديمة شرط في وجود علم الباري وكونه عالماً ولا تأثير ولا مؤثر.

ويمكن أن توجه عدة ملاحظات لهذا المثل أهمها أن علم الباري لا يتوقف على شرط، فعلمه يجب الإيمان به غير موقوف على شيء، وأيضاً لأن التناسب بين علم الباري وعلاقة الشرط بالالتزام متباينان جداً، فالشرط الذي يتكلم عنه ابن حزم هنا، هو ذلك الذي رتبته البشر على تعامله وبإمكانه إلغاؤه أو تعديله، وأيضاً يمكن أن تعتربه الاختلالات الكثيرة، ومداره الاحتمالات الظنية في

مختلف الأحكام التي توقفت عليه، من حيث التحقيق أو عدمه، وهذا غير جائز أن توصف به الذات العلية، ثم انحاز ابن حزم بعد هذا كله إلى قريب من تعريف الشاطبي السابق وذلك بقوله: والحق في ذلك أن الشرط هو ما يلزم من نفيه نفي أمر ما، على وجه لا يكون سبباً لوجوده، ولا داخلاً في السبب، وهذا يعني شرط إبرام العقد وما يترتب عليه من إجراءات وأحكام، ويخرج بذلك شرط السبب لأن الشرط يلزم من انتفائه السبب، وانتفاء السبب ينتج عنه انتفاء الالتزام لأن السبب داخل في العقد ويعتبر جزءاً آمنه بينما الشرط يعتبر خارجاً عنه أي خارجاً عن الالتزام وليس جزءاً آمنه، وقسمه إلى ثلاثة أقسام هي:

(١) شرط عقلي كالحياة للعلم والإرادة.

(٢) شرط شرعي كالطهارة للصلاة والإحصان للرجم.

(٣) شرط لغوي وصيغه كثيرة، منها (إن) الخفيفة، وإذا، ومن، ومهما، وحيثما، وإذما، وأصل هذه الصيغ (إن) الشرطية لأنها حرف وما عداها من أدوات الشرط أسماء والأصل في أدوات المعاني للأسماء: الحروف، وفي جميع الصور إما أن يتحد الشرط والمشروط أو العكس، أو يتعدان فاتحاد الشرط والمشروط مثاله: أكرم بني النبي ﷺ إن وجدتهم، هذا الكلام يعني التخصيص بالشرط، وفي موسوعة فقه عبد الله بن عمر تأليف الدكتور محمد قلعه جي عزى لابن عمر تعريفاً للشرط هو: «تعليق وجود شيء على شيء آخر»، وقسمه أيضاً إلى الأنواع الثلاثة وهي:

(١) شروط اشترطها الشرع، فليس لأحد التسامح فيها، ويجب تحقيقها حسب وصف الشارع لها، كالصفات التي اشترطها في الوارث حتى يتحقق الإرث.

(٢) الشروط التي يشترطها العباد بعضهم على بعض وهي تهم جميع مجالات التعامل، وهذه معتبرة بحسب الصيغة والوضع الذي تم الاتفاق عليه، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، ولذلك أعتق ابن عمر غلاماً واشترط عليه أن له عمله ثلاث سنين، ولما انتهى جزء من السنة الأولى تنازل عن بقية شرطه وأعتقه. وهذا أخذ منه الفقهاء مبدأ وقف تحرير الرقبة على شرط ومبدأ التنازل عن الشرط بصفة عامة.

٣) الشروط التي ترد على المعاملات، ونُسب إلى ابن عمر رضي الله عنهما أنه لا يصح شيء منها إلا إذا كان ملائماً لطبيعة العقد، كاشتراط تعجيل الثمن أو تأجيله، واشتراط أخذ كفيل بالثمن واشتراط رب المال على المضارب ضمان ما نقص من رأس المال أو هلك، أما إذا كان الشرط يناقض طبيعة تكوين العقد أو نفاذه فالشرط فاسد، ومن التعاريف العامة: ما أوقفه مصنف ابن أبي شيبة على أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه من أنه قال: «إن مقاطع الحقوق عند الشروط»^(١).

وهذه الجملة يمكن أن نستخرج منها أحكام الشرط وعلاقته بالمعاملات، وللمالكية تعريف رائع للشرط نقتبسه من كتاب الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تأليف العلامة محمد بن أحمد الدردير، فقد قال: وشرط شيء: ما كان خارجاً عن حقيقته وركنه ما كان جزءاً من حقيقته، والشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم^(٢).

وفي معرض كلامه عن الموضوع ألمح إلى بعض الأحكام العامة للشرط، وذلك بقوله: «ومراده بالشرط ما يتوقف عليه الشيء من صحة ووجوب، أو هما معاً، فيشمل السبب كدخول الوقت»^(٣).

وأشار المحقق في التعليق إلى أن مراده باشتراط الوجوب ما تعمر به الذمة، ولا يجب على المكلف تحصيله.

ثم ألمح إلى أن حقيقة شرط الوجوب تناقض حقيقة شرط الصحة، فكيف يجتمعان؟ إذ شرط الوجوب ما تعمر به الذمة، ولا يجب على المكلف تحصيله، وشرط الصحة ما تبرأ به الذمة ويجب على المكلف تحصيله، فأجاب بقوله: «مراده أنهما إذا اجتمعا يعرفان بما ذكر».

(١) مصنف ابن أبي شيبة.

(٢) أقرب المسالك: ٢/٢٥٨.

(٣) المصدر السابق: ٢/١٣١.

المبحث الثاني

الأحكام التي يمكن أن تطبق

على الشرط بصفة عامة

إن قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، بأن الشروط مقاطع الحقوق يبين لنا أهمية الشرط في جملة المعاملات التي يوقفها أصحابها على شرط ما، ومنه يمكن أن تستخرج أحكام كثيرة، وبالرجوع إلى كتاب أقرب المسالك: نراه في باب البيوع تعرض لعدة مواضيع تجعلنا ندرك الحالات التي اعتمدها المالكية في الشرط والخلافات بينهم في شأنه، من ذلك:

«لو شرط إن لم يأت بالثمن لكذا، نَحَوَ لآخر الشهر أو عشرة أيام (فلا بيع) بيننا، فألغى الشرط، ويصح البيع وغرم الثمن الذي اشترى به، قاله في المدونة، فهذه الحالات يصح فيها البيع بعد الوقوع ويبطل الشرط».

فمنهم من أفسد البيع من أصله لخلل علق بشرط من الشروط، وقسم يفسد البيع ما دام المشترط متمسكاً بشرطه، كشرط بيع وسلف، وقسم يجوز فيه البيع والشرط، إذا كان الشرط جائزاً لا يؤدي لفساد ولا حرام، وقسم يمضي فيه البيع ويبطل الشرط، وهو ما كان الشرط فيه حراماً إلا أنه خفيف لم يقع عليه حصة من الثمن.

هذه الصور الثلاثة عالج بها المالكية الشرط، وملخصها أنهم أجازوا البيع وأفسدوا الشرط، وأفسدوا البيع وأجازوا الشرط، وأفسدوا الشرط والبيع معاً.

وهذا يعطي انطباعاً أساسياً يسوق إلى الجزم بأن فقهاء الإسلام اعتادوا التساهل في كل معاملة لم تهدم حقاً من حقوق الله أو حقوق أحد من عباده، وهي مرونة تشريعية تكسب الفقه الإسلامي إمكانية استنباط الأحكام العادلة، لكل

مستجد من صلب مشاكل الحياة المتجددة .

فإذا كان الشرط تتوقف عليه أوضاع كثيرة بالنسبة للتصرفات ، فإن أهم ما يميز حالاته هي الصفة الجزائية التي تصاحب إحدى صوره، وهي تصاحب الشرط، إما باختبار طرفيه، أو تبني أحدهما لها، وقبول الطرف الآخر بها في الصفقات البعيدة عن الإذعان، وإما بإملاءات الطرف: المدعِن بكسر العين وقبول الطرف المدعِن بفتحها، وإما بإرادة الشارع في بعض الأحكام التكليفية، والتي إن تخلف شرط صحتها بطلت وردها الشارع على فاعلها لتخلف شرط صحتها .

وهذا النوع من الشرط تعرض الشاطبي إلى التعريف به وتحليل كثير من أحكامه، التي يستخلص منها أن الشرط مع المشروط كالصفة مع الموصوف، وليس بجزء من العقد، والمستند فيه - الاستقراء في الشروط الشرعية، كالحلول للحول بالنسبة للنصاب والحِث في اليمين وزهوق الروح بالنسبة للقتل، فتوفر هذه الشروط اعتبر ضرورياً لتطبيق الحكم الشرعي، جزاء على تصرف من أحل بواحد منها - وسوّى الشاطبي في هذا الصدد بين شرط الكمال وشرط الإجزاء، عندما يكون السبب متوقف التأثير على شرط لا يصح أن يقع السبب بدونه، فلا يمكن الحكم بالكمال مع فرض توقفه على شرط .

وهذه الأحكام التي اتبعتها علماء الأصول هي التي اعتمدها أصحاب القوانين الوضعية، كما سيتضح من المحور الثالث من هذا البحث، حتى إن عبارة وصف الالتزام التي يدرس تحتها الشرط والأجل هي نفسها التي كانت سائدة قبلهم في بحوث الشاطبي لهذا الموضوع، إذ قال بأن اصطلاح الشرط هو ما كان وصفاً مكماً لمشروطه، فيما اقتضاه ذلك المشروط، وفيما اقتضاه الحكم فيه .

وهذه العبارة تستخلص منها عدة مبادئ منها أن عبارة الشرط الواردة في العقد، والتي اتفق عليها الطرفان، بمحض إرادتهما، أو وردت في جملة إملاءات صاحب عقد الإذعان، وقبل بها الزبون بإرادته أيضاً، كل هذه الحالات يجب تطبيقها، مع الجزاء المنصوص عليه في العقد عند حالة الإخلال بالالتزام بما

اشترط عليه الطرف الآخر، أو ما يراه القاضي من جزاء له على الإخلال بشرطه كالتوقف أو عدم النفاذ.

وقسم الشرط بحسب الواقعة التي صاحبها أو أنشئ من أجلها إلى ثلاثة أقسام هي: شرط العقل للتكليف، والثاني شرط ملاصقة النار للجسم لتحقيق واقعة الحرق، والثالث الشروط الشرعية، كالطهارة في الصلاة والحوال في الزكاة، والإحصان في الزنى، وهذا النوع الثالث هو الذي تهتم به دراسات فقه المعاملات. على أن تعلق الحكم الشرعي بأية واقعة يستلزم تصنيفه في أحد أوجه الخطاب الشرعي كخطاب الوضع، أو التكليف، لأن ذلك يسهل التكيف الشرعي المساعد على إصدار الحكم، وهذا النوع من الشروط يرتبط بالسبب ارتباطاً وثيقاً، وهذا يقتضي القول بأن في المسألة رأيين: الرأي الأول: ذهب أصحابه إلى أن السبب مقتضى لمسببه، فغلبوا اقتضاه، ولم يراعوا توقفه على شرط، أما أصحاب الرأي الثاني، فقد راعوا الشرط، ورأوا بأن توقف السبب عليه مانع من وقوع مسببه، فلم يراعوا حضور السبب بمجرد بل لا بد أن يحضر الشرط.

ولا شك أن هذا التلازم بين الشرط والسبب دقيق إلى درجة تحتم دراسة كل واحد منهما عند التعرض لدراسة الآخر وهي شكلية سنها علماء الشريعة الإسلامية أيضاً بقرون قبل أن يحذو حذوهم فيها علماء القانون، مع طمس آثار البحوث الإسلامية في هذا المجال، حتى لا يشد اهتمام الباحثين بأسبقيات الإسلام، فيكسبه ذلك حضوراً في مجال الساحات القانونية، ومن الأوائل الذين تعرضوا لهذه المسألة، الشاطبي فقد استعرض جملة من الوقائع التي يظهر في كل واحدة منها تداخل بين الشرط والسبب، وضرب لذلك عدة أمثلة سبقت الإشارة إليها.

هذه الحالات بينت لنا كيف يحصل سبب الواقعة حتى يكون ذلك مدعاة لوجودها ثم رأينا كيف ترتب عليها أحكام لتوفر الشرط، وأيضاً تبين لنا أن الشارع رتب الجزاء على الإخلال بالشرط، سواء تعلق بمصاحبته للأحكام التكليفية،

أو الوضعية، ومثل الزكاة المتقدم صالح لتوضيح هذه التلازمات، إذ حصول النصاب سبب في وجوبها، ودوران الحول شرطه، وحرمة المال وعذاب الآخرة جزاؤه، واليمين سبب في الكفارة، والحنت شرطها، والصوم أو الإطعام جزاء الإخلال بشرطه وإصابة المقتل سبب القصاص عند العمد والموت شرطه وقتل الجاني جزاؤه، أو الدية في حالة الخطأ، ومفارقة الحياة شرطه.

وأرجع الأصوليون الشروط المعتبرة شرعاً إلى ضربين:

(١) ما كان راجعاً إلى خطاب التكليف وهو إما أمر الشارع بتحصيله، كالطهارة للصلاة أو نكاح المحلل دون نية التحلل والمفارقة العادية، وما يترتب عليه من إمكانية رجوع الزوجة لزوجها الأول، فإذا وقع بنية التحليل كان جزاؤه الفساد على المحلل والمحلل له.

(٢) خطاب الوضع، وهذا الذي نظم الشارع أحكامه، وأزال عنه صفة الإلزام إذا لم يتداول الطرفان في شأن طبيعة ذلك الإلزام، ثم منح صاحب الإرادة المنفردة حق الاختيار بين بعض الحالات، التي لم تُخَلَّ بمبدأ الشرط ذاته، قال الشاطبي في هذا المجال ما مضمونه:

فهذا الضرب ليس للشارع قصد في تحصيله من حيث هو شرط، ولا في عدم تحصيله، فإبقاء النصاب حولاً حتى تجب الزكاة، ليس بمطلوب الفعل حتى يقال يجب على صاحبه إمساكه لتجب عليه الزكاة فيه، ولا مطلوب الترك، حتى يقال عليه إنفاقه خوفاً أن تجب فيه الزكاة، ولذا فإذا كان الشرط داخلاً في خطاب التكليف، وجب عليه الفعل، وترتب عليه الجزاء بمجرد الإخلال بالشرط بدون عذر، وإن كان داخلاً في خطاب الوضع، كان الخيار ما لم يلتزم تحت نص شرط محدد، فعندئذ يكون الإخلال به سبباً في الجزاء الذي يمكن من تنفيذ الالتزام، وفق وصف الشرط الذي أبرمت المعاملة تحت طائلته، وعادة يحمل العقد نفسه صفة الجزاء التي يجب الحكم بها عند الإخلال بالشرط، الذي توقف عليه تنفيذ العقد، وعندها ينحصر دور القاضي في الحكم بضرورة تنفيذ الإرادة السليمة للمتعاقدين، وإلى هذا المبدأ أشار الحديث الشريف: «لا يجمع بين مفترق، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة».

وكذلك الحديث الآخر: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله» وقال الله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِحَضْرَةِ عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

ثم حدد الشاطبي دوراً أساسياً لتوفر شرط الجزاء، وذلك في أحد أمرين:

(١) أن ينص المتعاقدان على توفر شرط معين ليتم تنفيذ الاتفاق أو التعهد وفق مقتضياته، فقد يشترط أحد المتعاقدين على الآخر أن هذا العقد لن يكون ساري المفعول إلا إذا تم إجراء معين، وهو ما يعبر عنه باقتران العقد بشرط واقف، فإذا تعمد أحد المتعاقدين العمل على تخلف هذا الشرط، ترتب الجزاء على المتسبب في تعطيل التنفيذ بسبب العمل على تخلف الشرط، ليتهرب من فعل الواجب^(١)، وإليه أشار ابن السبكي والشاطبي قائلين بأن انعقاد السبب أحياناً لا يكفي لسريان المعاملة، إن كانت تم وقفها على شرط، وهذا ما يفسر كون الشارع لم يسن السبب لذاته وإنما ترتب على قصد الشارع للإيقاع أو عدمه حين ارتباطه بالشرط، وعلى الافتراض بني ما قال اللخمي فيمن تصدق بجزء ماله لتسقط عنه الزكاة، أو سافر في رمضان للإفطار، أو أجزأ الصلاة ليصلها قصراً، قال فجميع هذه الحالات مكروهة، وإن كان الواجب سقط عنه، ثم إن الشرط الواقف بحكم الممارسات المتكررة، طبقت في شأنه حيل كثيرة أخرجته من الجزاء المادي وإن كان العلماء أجمعوا على أن جزاء الآخرة على الإخلال بالشرط الذي التزم به أو وقَّف عليه الشارع صحة بعض التكاليف، وهذا يفهمنا بكُنه التعريف الذي أطلقه الأصوليون على الشرط بكونه: وصفاً مكملًا لمشروط، سواء كان مكملًا للسبب أو للعلة، أو المسبب (المعلول) داخل فيه ملحوظ باستقلاله عن الذي توقف عليه.

وقد نستخلص من جميع المراجع التي تعاملنا معها في هذا الشأن، أن

(١) الموافقات للشاطبي: ١/١٨٦.

الشرط واقعة شرعية، اعترتها بعض الأحكام من جواز أو منع وأن الجواز والمنع يتعلقان بطريقة الشرط نفسه، فيعلق به الفساد أحياناً بسبب ما حملة من شبهة إما من الربا وإما ببعض المعاملات الداخلة تحت حكم نهى الشارع: كصفقتين في بيعة واحدة، ويكون الشرط مباحاً إن أتى توثيقاً لحق أي من المتعاقدين إذا سلم من شائبة المعاملات التي نهى الشارع عنها، كأن يشترط عليه أن يدفع له مبلغاً زائداً على أصل الدين وهو حرام إجماعاً اعتباراً للمدة التي تأخر فيها عن وقت الأداء، لأن هذا الشرط نوع من ربا الفائدة.

ويستتج من هذه الأقوال: أن الشرط اصطلاحاً هو كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً، وهو خارج عن ماهية المشروط، ولذا فعدم الشرط يستلزم عدم الأمر المشروط، أما وجود الشرط فلا يستلزم عدم المشروط له، ويتشابه الشرط والسبب في بعض الصور، ولكنهما يختلفان من حيث إن الارتباط بين الشرط ومشروطه، إنما هو العدم، أما الارتباط بين السبب ومسببه فهو الوجود، والعدم، إذ ترتبط به الواقعة الشرعية عدماً ووجوداً، ولذلك فالسبب متى وجد، وكان مستوفي الشرائط منتفي الموانع، لا بد أن ينتج الحكم المسبب عنه بخلاف الشرط، فإن وجوده لا يوجب وجود المشروط، والشروط بوجه عام إنما هي مكملات للأمر المشروطة في نظر الشارع، كتكميل الصفة للموصوف، بحيث إن عدمها يخل بالمقاصد الشرعية للأحكام، فالقدرة على تسليم المبيع مكملة للبيع الذي هو سبب التملك، ولذا كانت القدرة شرطاً في كمال البيع.

ومن خلال تحليلنا لأحكام الشرط نرى القرافي في كتابه (الفروق) تعرض لهذا الموضوع، بما أزال كثيراً من الغموض الذي يمكن أن يتسرب إلى ذهن القارئ، فوضح القرافي في (الذخيرة) الفرق الحاصل بين الشرط اللغوي وغيره، قائلاً بأن الشروط اللغوية قاعدة مبيّنة للشروط الأخرى، وتتجلى تلك الفروق إذا نظرنا تحليله للشرط من خلال ارتباطه بالسبب والمانع، والمقارنة بين هذه المعاني توضح الفرق الشاسع بينها ضمن ملازمتها للعقد، وطبيعة ارتباط كل واحد منها به ارتباطاً مغايراً سبق أن أشير إلى تعريفه، وأمّا الشروط اللغوية عند

القرافي فهي التي ينجم عنها الجزاء المقترن بتحقيقها، كقول الزوج لزوجته: إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق، فيلزم من الدخول الجزاء الذي هو الطلاق، ومن عدم الدخول عدمه، إلا أن يخلفه سبب آخر، كالإنشاء بعد التعليق، وهذا هو شأن السبب إذ ينشأ من عدمه العدم، إلا أن يخلفه سبب آخر.

وغاية القرافي من هذه الأمثلة التي أوجزناها هنا هو أن الترابط في بعض الحالات بين الموضوعين يمكن أن يتم عن طريق الاشتراك لأنه مستعمل فيهما، والأصل في الاستعمال الحقيقية، ويمكن أن يتم عن طريق المجاز في أحدهما وهو أرجح عنده من الاشتراك، ويمكن أن يتم بطريق التواطؤ باعتبار قدر مشترك بينهما وهو توقف الوجود على الوجود، مع قطع النظر عمّا عدا ذلك.

ثم إن الشرط اللغوي يمكن التعويض عنه، والإخلاف والبدل، كما إذا قال لها: إن دخلتِ الدار فأنت طالق ثلاثاً، ثم يقول لها: أنت طالق ثلاثاً فيقع الثلاث بالإنشاء بدلاً من الثلاث المعلقة، فيمكن إبطال شرطيته، كما إذا أنجز الأمر، دون توقف على حصول الشرط.

ووقع خلاف داخل أعلام المذهب المالكي حول الوقت الذي يعتبر بداية للعمل الموقوف على شرط، فقال اللخمي بلزوم تقديم الحكم على شرطه، ولا بن يونس أنه إذا قال: أنت طالق اليوم إن كلمت فلاناً، فإن فئته قالوا باللزوم عند كلامها لمحل الشرط في الوقت الذي حصل فيه الكلام، وقال آخرون بوقوع الطلاق من وقت صدور الشرط من المشتراط، ومن هذه الصور عند المالكية أنه إن قال لها: «إن تزوجتك فأنت طالق غداً، فإن تزوجها قبل الغد طلقت عليه، وإن تزوجها بعد الغد لم تطلق»^(١).

وهذا الحكم وجيه من حيث المبرر الشرعي، فزواجه بها اليوم على شرط طلاقها غداً، فيه أنه عقد الزواج عليها بما يخالف طبيعته، التي هي نية الاستمرار، وعقده بنية الطلاق غير جائز لدى جميع فقهاء الشريعة، مع أن فوات الوقت الذي

(١) الفروق للقرافي: ٧٠/١.

أوقف عليه الطلاق وعقده عليها بعده دليل على تراجعها عن شرطه .

ومن الأحكام التي قال بها القرافي هي أن المقدرات لا تنافي المحققات بل تجتمعان ، وثبت مع كل واحدة لوازمها وأحكامها ، ويشهد لذلك مسائل :

أحدها : أنَّ الأمة إذا اشتراها شراء صحيحاً أبيح له وطؤها ، حتى يظهر العيب ، الذي يجب الرد ، وعند المالكية الرد بالعيب نقض للعقد من أصله ، كما هو الحال بالنسبة لإبطال العقد القابل للإبطال عند أصحاب القوانين المدنية فإذا تم نقضه ، ارتفعت الإباحة المترتبة عليه وجميع أثاره في حكم العدم ، وإن كانت موجودة ولا تنافي بين وجود الشيء حقيقة ، وعدمه حكماً ، كقربات الكفار والمرتدين ، فإنها موجودة حقيقة ومعدومة حكماً ، والنية في الصلاة من بدايتها إلى آخرها ، موجودة حكماً ومعدومة حقيقة عكس الأول ، وكذلك الإيمان والإخلاص وغيرها يحكم بوجودهما ، وإن عدما عدماً حقيقياً .

النقطة الثانية : من هذه الصور التي درس القرافي تحتها أحكام شرط الجزاء هي : إثبات الشيء يؤدي إلى نفيه ، وضرب لذلك مثلاً بمن قال لزوجته : إن طلقت فأنت طالق قبل ذلك ثلاثاً ، فالجمهور على أنه يلزمه طلاق الثلاث وذهب الغزالي إلى أنه لا شيء عليه ، إذ نسب لابن الحداد أنه لو وقع لوقع مشروطه ، وهو تقدم الثلاث ولو وقع مشروطه لمنع وقوعه ، لأن الثلاث تمنع ما بعدها فيؤدي إثباته إلى نفيه ، فلا يقع وقال أبو زيد يقع المنجز ، ولا يقع المعلق ، لأنه علق على محال ، وقيل : يقع في المدخول بها ، وهذه تسمى مسألة الدَّور ، ويستخلص منها إمكانية شرط الشرط مع حصول السبب لأن حكمة السبب في ذاته ، وحكمة الشرط في غيره ، فإذا لم يمكن اجتماعه معه لم تحصل فيه حكمته .

القاعدة الثانية : أن اللفظ إذا دار بين المعهود في الشرع ، وبين غيره حمل على المعهود في الشرع ، لأنه ظاهر كما لو قال : إن صليتِ فأنت طالق فإننا نحمله على الصلاة الشرعية دون الدعاء ، وكذلك نظائره .

القاعدة الثالثة : أن من تصرف فيما يملك وفيما لا يملك نفذ تصرفه فيما يملك دون ما لا يملك ، وعلى هذا فقوله إن طلقته إما أن يحمل على اللفظ

أو على المعنى الذي هو التحريم، فإن حمل على اللفظ فهو خلاف الظاهر والمعهود والشرع وهو مخالف للقاعدة الثانية، وإن حمل على التحريم، وأبقينا التعليق على صورته تعذر اجتماع الشرط مع مشروطه، فيلزم مخالفة القاعدة الأولى، فيسقط الثلاثة التي هي المشروط وما به وقع التباين، إلا أن الجمهور على إبطال هذه التوليدات المعروفة بالسريجية، قال القاضي عز الدين بن عبد السلام: هذه المسألة لا يصح فيها التقليد وإن وقع فهو فسوق، ومن هذه القواعد التي استخلصها القرافي من أنواع الشروط، استعمال المدلول العرفي للكلمة، فإذا قال عليه الصلاة والسلام: «لا يقبل الله صلاة بغير طهور» حمل على عرفه ﷺ دون الدعاء.

القاعدة الرابعة: الشرط وجوابه لا يتعلقان إلا بمعدوم مستقبل؛ فإن دخلت الدار فأنت طالق، يحمل على دخول مستقبل، وطلاق لم يقع قبل التعليق إجماعاً، فالمشيئة هي التي جعلت شرطاً ولا بد لها من مفعول، والتقدير: إن شاء الله طلاقك فأنت طالق، فمفعولها إما أن يكون الطلاق الذي صدر منه في الحال أو طلاق في المستقبل، فإن كان الأول فنحن نقطع أنّ الله تعالى أراد في الأول، وهذه الشروط أسباب يلزم من وجودها الوجود، فيلزم أن تطلق في وقت الإمكان، وقبول المحل عند أول النكاح، فيكون طلاقك إن شاء الله في المستقبل^(١).

والنتيجة من هذا التحليل أن الشرط لا يتعلق إلا بأمر معدوم، مستقل عن ماهية العقد، وأن جزاءه كذلك لا بد أن يكون خاضعاً لنفس الحالات والسبل التي يسلكها الشرط نفسه.

وذهب القرافي في الذخيرة إلى التسوية بين بعض أنواع الشرط وبين السبب، وذلك عندما قال: «النظر الأول في الأسباب، فأردف قائلاً: السبب الأول الشرط وهو الأصل لأنه صريح، وما عداه ملحق به، تنزيلاً للسان الحال منزلة

(١) انظر الذخيرة للقرافي في الصفحات التي ذكرت قبل.

لسان المقال، ثم قال: «مهما شرط وصفاً يتعلق بفواته نقصان مالية ثبت الخيار بفواته، وإن شرط ما لا غرض فيه ولا مالية فيه لا يثبت الخيار لعدم الفائدة، فيلغى الشرط ويخرج من الخلاف في التزام الوفاء بشرط».

ووضح ابن السبكي الطريقة التي يترتب بها الجزاء عند تخلف الشرط، من خلال تقسيمه للشرط إلى نوعين:

١) شرط يفرضه أحد أطراف المعاملة فيجعل تحقيقه لازماً لتحقيق أمر آخر ربط به عدماً بحيث إذا لم يتحقق الشرط، لم يتحقق ذلك الأمر، ومن ثم يتعطل الالتزام المعلق عليه، ومثل لذلك: بتعليق الكفالة على أمر جائز شرعاً، كأن يقول للدائن: إن سافر مدينتك فلان بتاريخ كذا فإن كفالتي تصيح لاغية. فقال: بأن هذا الجزاء جائز، وهذا النوع أطلق عليه بعض الفقهاء الشرط الشرعي.

٢) شرط مصدره إرادة شخص واحد ويسمى في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية جُعلاً، بينما يطلق عليه علماء القانون الإرادة المنفردة. وعن تتبع أحكام الجزاء المضروب على الواقعة عند تخلف شرطها أعطى ابن السبكي في كتابه (الإبهاج في شرح المنهاج) المثل بقول الله عزَّ وجلَّ: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فإن المشروط ينتفي بانتهائه قبل تسميته ولأن الشرط دل عليه، ثم تكلم عن مفهوم الشرط الذي هو أقوى من مفهوم الصفة لأن سياق النص في الآية الكريمة: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَّتَكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾ [النور: ٣٣]، لا ينبغي أن يفهم منه العدول عن تحريم الفعل إن لم يردن تحصناً، بل المقصود هو بقاء الحرمة مفهوماً من فحوى الخطاب والنص على التشديد.

وتغليظ الجرم لمن تتبع سبل إكراههن على ذلك وعلى من لا يقول بمفهوم الصفة كابن سريج، بالغ إمام الحرمين الجويني في الرد على أولئك، وبين عدم صحة آرائهم.

نستنتج من هذه الأقوال الأهمية التي أعطاها علماء الأصول للشرط الجزائي، إذ تناولوا مختلف صورته بالتحليل والدرس واستخرجوا الأحكام

الملائمة لجميع صورته، وعرفوا كل شرط بحسب موقعه في صياغ عبارات حكمه ويعزز هذا ما أشار إليه ابن السبكي بما يدرك منه الخلاف في مفهوم الشرط ليستخدّم بحسب دور تلك الدلالة، فإن دلت على العدم اعتبر توقف عدم سريان الالتزام جارياً عند تحقق الشرط.

ثم عارضتهم جماعة أخرى حسب تحليلات ابن السبكي محتجة بثلاثة حجج نلخصها فيما يلي:

(١) تسمية حرف الشرط من التسميات المجازية، كتسمية الحركات المخصوصة بالرفع والجر والنصب.

(٢) لا يُسَلَّم أنه يلزم من انتفاء الشرط انتفاء المشروط على الإطلاق، وإنما يلزم ذلك، إذا لم يكن للشرط بدل يقوم مقامه، أما إذا كان بدل فلا يلزم ذلك كالوضوء فإنه شرط في الصلاة ولا يلزم من انتفائه انتفائها لجواز أن تؤدى بالتيمم^(١).

(٣) لو كان مفهوم الشرط حجة لكان قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتِنَانَكُمْ عَلَى إِلِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾ دالاً على أنهن إذا لم يردن التحصن يجوز لهن البغاء، ولا يمكن أن يقبل بذلك أي مسلم، وفي سرد أحكام الشرط بصفة عامة وما يترتب عليها من جزاء قال الكاساني: وأما شرائط الصحة فأنواع بعضها يعم المبيعات كلها، وبعضها يخص البعض، أما الشرائط العامة فمنها:

(١) شرائط الانعقاد، فكل شرط تعلق بالانعقاد والنفاد فهو من شرائط الصحة، مع العلم أنه ليس لزاماً أن يكون كل شرط صحة شرط نفاذ، لأن البيع الفاسد عند الحنفية يتعقد وينفذ عند اتصال القبض به، وإن لم يكن صحيحاً.

(٢) أن يكون البيع معلوماً، وثمنه معلوماً علماً يمنع المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع، وإن كان مجهولاً جهالة

(١) الإبهاج في شرح المنهاج لعبد الله الكافي السبكي، ص ٣٨٠.

لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد، لأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة نتج عن ذلك عدم التسليم، وعدم التسليم يفسد البيع، ومعنى هذا أنه إذا اشترى أحد أصنافاً معينة من جنس واحد دون تعيين أي منها عند العقد ففيه خلاف عند الحنفية، فمنهم من أفسده، فإذا اشترى مثلاً إحدى الشياه من الغنم ولم يعين أفسد للتفاوت بين شاة وأخرى، لأن الرضا شرط البيع، والرضا لا يتعلق إلا بمعلوم، وحصر الكلام في هذه الحالة في موضعين: أحدهما أن العلم بالمبيع والشنم علماً مانعاً من المنازعة شرط صحة البيع، والثاني في بيان ما يحصل به العلم بيعاً، فإن كان المعقود عليه مجهولاً فهذا ممنوع إلا أن يكون في شرط خيار، فيقول: خذ أيهما شئت (يعني الشياه) ثم تسأل: وهل يشترط بيان المدة في هذا الخيار؟ فمحمد لم ينص على مدة منحه خيار ثلاثة أيام، وقال بعضهم: لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة خيار الشرط، وهو ثلاثة أيام وما دونها عند أبي حنيفة، وعند الصحابين الثلاثة وما زاد عليها بعد أن يكون معلوماً، وهو قول الكرخي، والطحاوي، وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة.

(٣) احترام الشروط في مجال الشفعة ونسب لأبي حنيفة أن النبي عليه الصلاة والسلام جعل الثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع.

(٤) شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو المشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم، كالرقيق وليس ملائماً للعقد ولا مما جرى به التعامل كأن يبيع الدار ويشترط أن يسكن فيها شهراً، ثم يسلمها إليه، أو أرضاً على أن يزرعها سنة، أو دابة على أن يركبها شهراً أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً، لقد أفسد الحنفية حسب رأي الكاساني البيع في جميع هذه الصور، لأن فيه زيادة منفعة مشروطة في البيع، وذلك يعتبر من حالات الربا، بصفتها زيادة لا يقابلها عوض، لأن الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولا جرى به عرف المعاملات، يكون مفسداً عند الحنفية حسب قول الكاساني.

وعن الشروط الجائزة أورد قائمة طويلة بالحالات التي يشترط فيها شرط لا يناقض تنفيذ الالتزام، ومن تلك الحالات:

أ - إذا اشترط أجلاً لتسلم العين المبيعة قبل تسلم الثمن الذي بيعت به فهو جائز قياساً على أصل جواز التأجيل .

ب - وعنده أن الشرط الموقوف على ثلاثة أيام أو مادونها ليس بمفسد .

ج - وإن علق البيع على شرط مجهول التحقيق بطل العقد، كأن يعلق على هبوب الرياح أو نزول المطر، فهذا لا يجوز لما فيه من الغرر، وهذا مجمع عليه من فقهاء المذاهب .

ومن هذه الحالات بيع العقار قبل القبض فهو جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً، وعند محمد وزفر والشافعي رحمهم الله لا يجوز، واحتجوا بأن القدرة على القبض عند العقد شرط صحة هذا العقد .

د - ومن تلك الحالات بيع الدين قبل القبض، وفرقه إلى حالات جوز بيعه في بعضها، وأفسد بيعه في البعض الآخر حسبما يلي :

فأما الذي لا يجوز قبل القبض فمثل رأس مال السلم لعموم النهي الوارد في ذلك، ولأن قبضه في المجلس شرط والبيع يفوت القبض حقيقة .

- وأيضاً لو باع رأس مال السلم بعد الإقالة، قبل القبض، لا يجوز استحساناً، والقياس أنه يجوز ووجه هذا القياس أن عقد السلم نسخ بالإقالة، لأنها فسخ، وفسخ العقد رفعه من الأصل .

أما عدم الجواز استحساناً فبناء على ما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال لرب السلم: «لا تأخذ إلا سلمك، أو رأس مالك»، فاستمسكوا استحساناً بأصل النهي .

وبعدما تكلم الكاساني عن الشرط بصفة عامة في ركن البيع، بين مختلف أنواع الشروط ثم قال تحت عنوان: وأما شرائط جريان الربا فمنها: أن يكون البدلان معصومين، فإن كان أحدهما غير معصوم لا يتحقق الربا عندنا، وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط، ويتحقق عنده الربا وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا

دخل مسلم دار الحرب تاجراً فباع حريباً درهماً بدرهمين أو غير ذلك من سائر البيوع الفاسدة، في حكم الإسلام أنه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يجوز، وعلى هذا الخلاف المسلم الأسير في دار الحرب، أو الحربي الذي أسلم هنالك ولم يهاجر إلينا، فبايع أحداً من أهل الحرب ببعض الصفقات المتداولة عندهم، وفيه شبهة ظنية اعتبر مما ألجأته إليه الضرورة.

ووجه قول أبي يوسف أن حرمة الربا، كما هي ثابتة في حق المسلمين، فهي ثابتة في حق النصارى، لأنهم مخاطبون بالحرمان في الصحيح من الأقوال فاشتراطه في البيع يوجب فساد، كما إذا بايع المسلم الحربي المتسأمن في دار الإسلام، ولهما - يعني أبا حنيفة ومحمد - أن مال الحربي ليس بمعصوم بل هو مباح في نفسه، إلا أن المسلم المستأمن منع من تملكه من غير رضاه، لما فيه من الغدر والخيانة، فإذا أبدله باختياره ورضاه، فقد زال هذا المعنى، فكأن الأخذ استيلاء على مال مباح غير مملوك، وإنه مشروع مفيد للملك كالاستيلاء على الحطب والحشيش، وبه يتبين أن العقد ليس بتملك بل هو تحصيل شرط التملك.

وأنا أرى أن هذا التصور غير صحيح لأن النص في حرمة الربا ورد على عموم، ولم يخصص فيه حكم ولم يرد عليه استثناء، ولذا فلا يباح للمسلم لا الخمر ولا الخنزير إذا كان في دار الحرب بل إن واجبات الدين وأخلاقيات الإسلام تحتم تجنب المحرمات في كل مكان، وفي أي ظرف وجد فيه المسلم لتجنب النهي من جهة، وليكون قدوة من جهة أخرى، ولا نجاري الكاساني في هذه الأقوال، وفي قوله: إن ملك الحربي لا يزول بدونه، وإذا لم يزل ملكه لا يقع الأخذ تملكاً، لكنه إذا زال فالملك للمسلم يثبت بالأخذ والاستيلاء، لا بالعقد، فلا يتحقق الربا لأن الربا اسم للفضل، يستفاد بالعقد، بخلاف المسلم إذا باع حريباً داخل دار الإسلام بأمان، لأنه استفاد العصمة بدخوله دار الإسلام بأمان، والمال المعصوم لا يكون محلاً للاستيلاء، فتعين التملك فيه بالعقد وشرط الربا في العقد مفسد، وكذلك الذمي إذا دخل دار الحرب فباع حريباً درهماً بدرهمين، أو غير ذلك من البيوع الفاسدة في الإسلام، فهو على هذا

الخلاف الذي ذكرنا لأن ما جاز من بيع المسلمین جاز من بیوع أهل الذمة و بیطل أو یفسد من بیوع المسلمین یبطل أو یفسد من بیوعهم، إلا الخمر والخزیر .

وذهب أبو حنیفة إلى أبعد من ذلك إذ قال فی الذي نسب إليه الكاسانی أنه إذا باع مسلم لمسلم آخر أسلم فی دار الحرب ولم یهاجر إلینا درهماً بدرهمین، أو غیر ذلك من البیوع الفاسدة فی دار الإسلام فإنه یجوز، وخالفه الصحابان فقالا: لا یجوز، لأن كل واحد منهما لا یملك عصمة نفسه، ولا سبیل إلى تطبیق أحكام الإسلام، وعندهما أن نفس المسلم وماله معصومان متقومان، ونحن نؤید قول الصحابین، لأن مال المسلم ونفسه معصومان بالإسلام مهما كان الظرف الذي یوجد فیهِ، وفی حاشیة عبد الله الشهیر بالشرقاوی علی تحفة الطلاب، تحریر تنقیح اللباب لشیخ الإسلام فی زمنه یحیی زکریا الأنصاری قال: مدة الشرط فی العقود التخییریة تتم بمدة معلومة یبقى الالتزام فیها مرتباً بشرطه متصلاً بمشروطه خلال مدة متوالیة، فی المصرة ثلاثة أيام متوالیة تبدأ من وقت إبرام العقد، ثم قال بأنه إذا زاد عن ذلك بطل العقد فی هذا النوع من المعاملات لأن الأصل منع الخيار فی العقد، إلا ما أذن فیہ الشارع، وهذا یسوق إلى القول بأن الخیارات منصوصة ولیست اجتهادیة وفرق السیوطی بین الشرط والتعلیق بقوله: التعلیق ما دخل علی أصل الفعل فیہ بأداته: كإن، وإذا. والشرط ما جزم فیہ بالأول وشرط فیہ أمراً آخر، واستنبط قاعدة هی:

الشرط إنما یتعلق بالأمر المستقبلیة، أما الماضية فلا مدخل له فیها، ولذا لا یصح تعلیق الإقرار بالشرط لأنه خبر عن ماض ونص علیه، ثم حدد من الشریعة أربعة أقسام: بعضها لا یقبل الشرط ولا التعلیق: كالإیمان بالله والطهارة والصلاة والصوم، والضمان، والنکاح، والاختیار والفسوخ^(١).

والثانی: ما یقبلها؛ كالتعق؛ والتدبیر، والحجر .

والثالث: ما لا یقبل التعلیق، ویقبل الشرط؛ كالاكتف والبیع فی

الجملة .

(١) كتاب بدائع الصنائع للإمام علاء الدین أبی بکر بن مسعود الكاسانی: ١٩٢/٥ .

والرابع : عكسه كالطلاق والإيلاء، والظهار والخلع^(١).

واستنتج من هذا أن التعليق لا فرق فيه بين الماضي والمستقبل إلا في مسألة واحدة وهي، إن كان زيد محرماً أحرمت فإنه يصح، لأنه ليس لنا خروج عن عبادة بشرط، إلا في الاعتكاف والحج، ثم إن الشروط الفاسدة، تفسد البيع، إلا بشرط البراءة من العيوب، والقرض بشرط رد مكسور عن صحيح، أو أن يقرضه شيئاً آخر على الأصح فيهما^(٢).

وفي كتاب الجمل على شرح المنهج قال بأن انصراف أثر الشرط للأجنبي جائز، بعكس صدور الشرط منه وذلك بقوله ليس لشارطه للأجنبي خيار، ثم ركز على أن أثر شرط الخيار يمكن أن ينصرف إلى الأجنبي على المعاملة^(٣).

(١) حاشية الشيخ عبد الله الأنصاري : ٤٠ / ١ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٣٧٦ .

(٣) الجمل على شرح المنهج للشيخ سليمان : ٨٥ / ٢ .

المبحث الثالث

الشرط الجزائي بين الشريعة الإسلامية والقانون

تعرفنا في المبحثين السابقين على تعريف الشرط بصفة عامة، والصيغ التي يرد عليها، كما رأينا أن المتعاقدين يمكن أن يختارا صيغة مباحة لتنفيذ اتفاقهما عليها، كما يمكن في ظل دائرة المباح أن ينصا على تعويض يناله من جعل الشرط لصالحه حتى في حالة ما إذا أدخل الطرف الآخر بمقتضيات الشرط، وحتى تتمكن من تسجيل سابقة البحوث الإسلامية في هذا الموضوع سننظر في الشرط الجزائي هنا من وجهة نظر القوانين الوضعية، معتمدين أساساً على النظريات التي كتبها عبد الرزاق السنهوري لكونه تبنى طريقة مقارنة القوانين العربية مع التشريع الفرنسي، علماً بأن المبادئ العامة تكاد تكون موحدة في مختلف القوانين الوضعية، وخصوصاً فيما يرجع لمصادر الالتزام، والتي اعتبر الشرط وصفاً من أوصافها.

إن الشرط الجزائي يأتي نتيجة إرادة مشتركة تتولد لدى أطراف العقد يهدفان من خلالها إلى جعل مراحل تنفيذ العقد لا تنتظر حكم القاضي عند الاختلاف حتى في التعويض الذي يمكن أن يطالب به الدائن إذا لم يف المدين بالتزامه، ويطلق عليه التعويض عن عدم التنفيذ، ثم أطلق عليه الشرط الجزائي لمصاحبه لتكوين العقد فتوضع شروطه ضمن التداول العام لتكوين العقد، فيستحق التعويض على هذا الأساس، وضرب السنهوري أمثلة لهذا الإجراء منها:

(١) يتفق مالك أرض مع مقاول على إنجاز بناء عليها خلال فترة محددة، وإذا تقاعس عن إتمام البناء في تاريخ معين، حتم عليه أن يدفع له تعويضاً بمبلغ كراء ذلك البناء، وقد عرفت حالات كثيرة وقعت في الدول الإسلامية فأيد القضاء فيها هذا الإجراء، في غالب أحواله.

وعلى هذا الإجراء نصت المواد ٢٣٣ مصري و٢٢٤ من التقنين العراقي و١٧٠ و٢٢٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني و١٠٨ مغربي .

ندرك من هذا أن الشرط الجزائي يتولد عنه التزام تبعي يقدر من خلاله التعويض بمبلغ معين، ثم إن شروط استحقاقه هي نفس شروط الالتزام الأصلي، وسبب استحقاق هذا التعويض هو خطأ من المدين، وعدم قيامه بالتزامه الناشئ عن العقد الأصلي، ويترتب على الشرط الجزائي تعويض اتفق عليه المتعاقدان عند إبرام العقد الذي نشأ عنه الالتزام بالشرط الجزائي، ولا بد لكي يكون هذا الجزاء مستحقاً من حصول خطأ من المدين وضرر نتج عن هذا الخطأ للدائن، وبما أن جل القوانين العربية استندت في كثير من أحكامها على القانون الفرنسي، حتى في المعاملات التي تبرز أحكامها جلية في كتب الفقه الإسلامي، فيجدر بنا أن نذكر بأن القانون الفرنسي نص في المادة ١١٥٢ على أنه إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على المثل، فلا يجوز أن يعطي الطرف الآخر مبلغاً أكثر أو أقل من المبلغ الذي نص عليه العقد .

أيضاً من الشروط الأساسية لاستحقاق التعويض الذي نص عليه الشرط الجزائي هو أن تتم العلاقة السببية بين الخطأ والضرر على أن يتم إعدار المدين بضرورة التنفيذ وإلا فإن الشرط الجزائي سيطبق عليه .

وعند محاولة تكييفه للشرط جعله تابعاً تبعية تامة للعقد الأصلي ومعنى هذا أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاقه التعويض، ولذا فلا يتولد عنه التزام بالتعويض، فالذي يتولد عنه هو التزام تبعي بتقرير التعويض بمبلغ معين مع أن شروط هذا الاستحقاق هي نفس شروط الالتزام الأصلي .

شروط استحقاق الشرط الجزائي : هذه الشروط أهمها أنه لا يثبت استحقاق التعويض الناجم عن تحقق الشرط الجزائي إلا إذا وقع خطأ من المدين نتج عنه ضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية بين الضرر والخطأ، كما لا يثبت استحقاقه إلا بعد إعدار المدين، وهذه هي الشروط التي حددها القانون على مختلف نصوصه للشرط الجزائي، فإذا لم يتم كل واحد من هذه الشروط لم يمكن الحكم باستحقاق

التعويض الناجم عن الشرط الجزائي وهذا التعويض عادة لا يترك للسلاطة التقديرية للقاضي، إذ في الغالب يتم النص عليه أثناء إبرام العقد وربطه بالشرط الجزائي، وبما أن الالتزام بين الاثنتين ناشئ عن العقد الأصلي، فلا يستطيع الدائن مطالبة المدين إلا بما نص عليه الالتزام الأصلي، وهذا يجعل الشرط الجزائي يسرى عليه كل ما يسرى على الالتزام الأصلي من بطلان وإبطال، وينشأ عن هذا أن الشرط الجزائي - كالتعويض - لا يعتبر التزاماً تخييراً، ولا التزاماً بديلاً فكونه ليس التزاماً تخييراً يفوت على الدائن فرصة المطالبة بتنفيذ أي الالتزامين أراد، بل لا يمكن أن يطالب إلا بتنفيذ الالتزام الأصلي ما دام ذلك ممكناً، ونفس الشيء أيضاً يقال في حق المدين الذي لا يملك هو أيضاً حق هذا الاختيار.

ثم إن بطلان الالتزام الأصلي ينتج عنه بطلان الشرط الجزائي، فلو أن شخصاً تعاقد مع فاقد الأهلية على ارتكاب جريمة، أو تعهد شخص بارتكاب جريمة، على أن يدفع قسطاً من المال إن لم ينفذ ما تعهد به، فإن هذا الالتزام يعتبر باطلاً، وبطلانه يجر إلى بطلان الشرط الجزائي، في حين إذا أبطل الشرط الجزائي فلا يجر إلى إبطال الالتزام الأصلي، وكذلك إذا وقع اتفاق الطرفين على فسخ العقد عند الأداء أدى ذلك إلى نهاية الشرط الجزائي بالتبعية التي هي ميزته الأساسية.

وشبه السنهوري الشرط الجزائي ببعض الصور القانونية الأخرى مثل العربون، والتهديد المالي، فإذا كان كل واحد منهما يعتبر تعويضاً مالياً يأخذه الدائن عند عدم وفاء المدين بالتزامه، وعدم استحقاقه له عند تنفيذ العقد حسب الصيغة التي أبرم عليها، فإنهما مختلفان في كون:

(١) العربون هو المبلغ الذي يأخذه الدائن بسبب عدول المدين عن إتمام إبرام العقد الذي تم الاتفاق في شأنه، علماً بأن العربون يستحقه من دفع إليه عند عدم إتمام الطرف الآخر لما اتفق عليه حتى ولو لم يقع أي ضرر بمن استلم العربون، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر نتج عن خطأ، وتوفرت علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

٢) يمكن اعتبار العربون مصاحباً لبدليل ذلك أن من دفع العربون إذا شاء نفذ العقد ودفع بقية الثمن، وإذا شاء عدل عن الالتزام مقابل السكوت عن العربون، وليست هذه البدلية متوفرة لصاحب الشرط الجزائي، إذ لا يستحق التعويض الناشئ عنه إلا إذا توفرت شروطه السالفة، ولا يستطيع استبداله بغيره.

٣) ويختلف الشرط الجزائي مع التهديد المالي من مفارقة أساسية هي أن التهديد المالي يحكم به القاضي، أما الشرط الجزائي، فيتفق عليه الطرفان ويحددان المبلغ الناجم عنه ومهمة القاضي هي إلزام من ثبت عليه الشرط الجزائي بأن ينفذ ما التزم به.

آثار الشرط الجزائي:

١) لا يكون التعويض المستحق بسبب الشرط الجزائي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

٢) يجوز للقاضي تخفيض مبلغ هذا التعويض إذا أثبت المدين أن تقرير التعويض كان مبالغاً فيه بالنسبة لقيمة الالتزام الأصلي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من قيمة الالتزام الأصلي.

ويمكن للقاضي أن يخفض قيمة التعويض إذا تبين أن المدين نفذ جزءاً من التزامه، والثاني كما سلف إذا أثبت المدين أن المبلغ الأصلي كان مبالغاً فيه.

وتجوز زيادة الشرط الجزائي في الآتي:

١) حالة زيادة الضرر على التعويض المقرر بسبب ارتكاب المدين خطأ أو غشاً جسيماً تسبب في ضرر لا يمكن أن يستجيب لتخفيف عبء التعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي المادة ٢١٧ مصري. والفصل ١١٩ من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

٢) يجوز للمدين أن يشترط عدم مساءلته عن الغش أو التدليس الذي يقع من أشخاص يستخدمهم على شرط أن لا يكون على أي علم بأي إجراء من هذا القبيل.

٣) يقع باطلاً كل شرط جزائي أتى تحايلاً على النظام العام، ولا يعفى صاحبه من المسؤولية.

يتبين من هذه الإشارات القانونية الموجزة جداً أن الشرط الجزائي، في القوانين المدنية أتى موافقاً إن لم يكن مقتبساً من صلب نظريات الشريعة الإسلامية، خصوصاً هذه الفقرة الأخيرة التي نصت عليها المادة: ٢١٧ من القانون المصري بقولها: يبطل كل شرط جزائي أتى تحايلاً على النظام العام، ومعنى هذا أن كل شرط جزائي في قانون أية دولة من الدول الإسلامية وقع فيه تحايل على أحكام الشريعة يعتبر بحكم القانون باطلاً لأن الإسلام هو النظام العام بالنسبة لكل هذه الدول، وعبر عن هذا الحكم الفصل ١٠٨ من القانون المدني المغربي بنصه على بطلان كل شرط يعلق على أمر مستحيل أو مخالف للأخلاق^(١).

وعلى هذا الأساس لا ينقص قوانين الدول الإسلامية والعربية على الخصوص، إلا أن تصرح بأن نصوص الشرط الجزائي تبقى متقيدة بأحكام الشريعة الإسلامية، ولا ضير مع ذلك في التمسك بطريقة التقنين المتبعة في هذا المجال، ما دامت لم تتمرد على أحكام الشريعة الإسلامية، ومن الرجوع إلى تاريخ كل من التشريعين يتبين للقارئ المنصف أن نفس المبادئ التي أتت بها القوانين الوضعية، هي نفسها التي قالت بها مصادر الشريعة الإسلامية من بداية عهدنا، فكون الشرط وصفاً من أوصاف الالتزام وليس داخلاً فيه، وكونه يضم اتفاقاً مستقلاً عن العقد، وتابعاً له، ويهتم أساساً بتعويض اتفق عليه المتعاقدان، ليدفعه من تحمل بخطأ في عدم تنفيذ التعويض الذي أطلق عليه جزاء الشرط، ولا يتم إلا إذا توفر خطأ نتج عنه ضرر وثبتت علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وأيضاً نصت القوانين المدنية على أن الشرط الجزائي ليس هو السبب، مما يجعله لا يتولد عنه التزام تبعي يتطلب تحديد تعويض جديد، وإنما دور القاضي ينحصر في الحكم بتطبيق إرادة المتعاقدين، وكون بطلان الالتزام الأصلي يتسبب في

(١) انظر الوسيط لعبد الرزاق السنهوري: ٧٥١/٢ وما بعدها.

بطلان الالتزام بالشرط الجزائي، وأيضاً كونه يشبه شكلاً العربون والتهديد المالي، من كون كل واحد منهما مبلغاً معيناً يستحقه الدائن بسبب عدم وفاء المدين بالتزامه، مع تسجيل النقط التي يختلفان فيها، كالتهديد المالي الذي يفرضه القاضي على الطرف الذي تمادى في ارتكاب ضرر ضد الطرف الثاني في الالتزام، كل هذه المبادئ هي نفسها التي أشير إليها في المبحثين السابقين، ولتتميم الفائدة فسننظر في المسألة من وجهة نظر كتب الفروع، والفقهاء المعاصرين في الفقرات القادمة لندرك مدى تأثير النظريات الإسلامية في شأن هذا الوضع القانوني تأثيراً يجعل تنظيم جمعها وتلخيصه في فصول قانونية لم يتمكن من إخراجها عن أصله الذي عالجتة الشريعة من خلاله، ولعل النظريات الفقهية التالية تقر بنا من هذا التشابه بصفة أكثر بروزاً.

مر معنا في الفقرات السابقة التشابه التام في المبحثين السابقين بين تعريف الفقه الإسلامي للشرط بصفة عامة والشرط الجزائي بصفة خاصة، وهذا الأخير أطلق عليه فقهاء القانون، الشرط الواقف، ثم رأينا كيف أتى التطابق شاملاً بين الفقهاء، فيما يرجع لملاءمة الشرط للعقد، وعدم تمرده على الطريقة التي تمكن من مصاحبة الشرط الجزائي للالتزام وتوقف التصرف على تحقيق الشرط، كما رأينا أن التكييف القانوني للشرط لا يعدو سوى ترتيب دراسة كتب الأصول لهذا الموضوع، وإعطائها تنظيمياً يبعد شكلها عن الأصل الإسلامي، دون إضافة جديد على قواعده.

فإذا قارنا بين التعاريف نجد أنها تمسكت بتعاريف الفقه، فكتب القانون عرفت الشرط بأنه أمر يعلق عليه الالتزام وجوداً أو زوالاً ويكون مستقبلاً وغير محقق الوقوع، المادة ٢٦٥ مدني مصري. وأيضاً إلى ذلك إشارة المادة ١٠٧ من قانون العقود والالتزامات المغربي بقولها: الشرط تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، إما وجود الالتزام أو زواله.

والأمر الذي وقع في الماضي أو الواقع حالاً لا يصلح أن يكون شرطاً وإن كان مجهولاً من الطرفين.

ثم أتى نص الفصل ١٠٨ فوضع الصيغ التي لا يصلح الشرط إذا علق به إحداها، فأبطل تعليق الالتزام على شيء مستحيل، فمثلاً إذا قلت لشخص: أهبك داراً إذا لمست الشمس بيدك، أو أطلعتها من المغرب، فهذا التزام باطل بحكم هذا النص، لأن الشرط علق بأمر مستحيل وغير قابل للوقوع، وأيضاً كل شرط يخالف أخلاق الإسلام ونصوصه في المغرب يعتبر باطلاً، ويبطل الالتزام الذي علق عليه، لأن الأخلاق العامة والآداب في البلاد الإسلامية لا بد أن تراعي مقتضيات الشريعة الإسلامية، ثم أبطل التشريع المغربي جميع الشروط التي تحول بين الإنسان وبين ممارسة حريته في تعاطي الأشياء المباحة كاشتراط عدم الزواج، أو اشتراط عدم ممارسة الحقوق المدنية، فأبي شرط من هذا القبيل منعه القوانين المدنية العربية وغيرها من القوانين الأوروبية، وإلى ذلك أشار قانون الالتزامات المغربي في المواد ١٠٩ و ١١٠ فالشرط في سياق الدراسات القانونية له مقومات لا بد أن ينظر إليه من خلالها وهي:

(١) لا بد أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً ورأينا القانون المغربي استبعد الأمر الحاضر من أن يبنى عليه الشرط. إذن يتضح من هذا أن الشرط أمر يعلق عليه الالتزام، ويتحتم أن يترك للزمن القادم فإذا قلت لولدي أمنحك داراً إذا نجحت بتفوق في امتحان الإجازة، فيكون التزامي له علق على شرط واقف حسب التعبير القانوني، وجزائي حسب التعبير الفقهي المعاصر.

(٢) يجب أن يكون الشرط غير محقق الوقوع وهذه هي الميزة الفاصلة بين الشرط والأجل، فهذا الأخير لا يترتب إلا على أشياء محققة الوقوع، فإذا قلت لشخص: ألتزم لك بأداء مبلغ من النقود إذا مات فلان، أو إذا حل شهر رمضان فإن هذا التزاماً يكون مربوطاً بأجل لحتمية وقوع ما علق عليه، أما إذا قلت له: اشتري داري على أن أسكن فيها إلى أن ينزل المطر، فإننا نكون أمام أمر مستقبل غير محقق الوقوع، ولكنه غير مستحيل وليس محدد الوقت.

واستعرض السنهوري في كتابه: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، كثيراً من الصور للشرط الجائز وغير الجائز واستند إلى كتاب البدائع مبنياً رأيه الحنفية فيها

مثل : شرط ثلاثة أيام لإنجاز الثمن ، فعلى قول زفر جائز ويقول في شأنه الكسائي :
«ومنها شرط الأجل في المبيع العين ، والثمن العين ، وهو أن يضرب لتسليمها
أجل ثلاثة أيام ، لأن القياس يأبى جواز التأجيل أصلاً ، لأنه تغيير مقتضى العقد» .

وهناك شرط التعليق وهو أمر غير محقق الوقوع يتوقف على حصوله وجود
الالتزام أو زواله «وأيضاً شرط الإسقاط كشرط البراءة من العيب ، ويفارق شرط
الاقتران في أنه إسقاط من مقتضى العقد ، بينما شرط الاقتران زيادة فيه ، ومن ثم
يستبعد شرط الإسقاط أيضاً من دائرة البحث» .

وعزا الرملي بأن الشرط هو شيء مستقل عن العين المبيعة ، وهذا سبق أن
رأيناه في تحليلات القرافي والشاطبي ، وهو الذي نصت عليه مواد القوانين
الوضعية التي تعرضنا لها ، وتنقسم الشروط إلى صحيحة وفسادة ، فالصحيحة
هي التي يعبر عنها أصحاب القوانين بأنها لا تخالف الأخلاق العامة والآداب ،
ولا تخالف طبيعة تكوين العقد والغاية من إنشائه ، وتابعت كتب مختلف
المذاهب على وصفها ، ونقتفي أثر السهوري في المصادر المختلفة التي تكلمت
عنها ذلك لأنه تناولها بتجرد وشمولية ، وحول الشروط الصحيحة قال صاحب
البدائع : «وأما الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساده» جزء ٥ ص ١٧١ .
وقال الشوكاني في فتح القدير : «الشرط الذي يقتضيه موجب العقد يجوز لأنه
مؤكد لموجب هذا العقد» جزء ٥ ص ٢١٥ . وللخرشي : «الشرط من الذي يقتضيه
العقد» واضح الصحة جزء ٥ ص ٨٠ . وأكد المغني هذا المبدأ جزء ٤ ص ٢٨٠
كاشتراط التسليم وخيار المجلس .

إذن فالشرط الذي يقتضيه العقد جائز ، وذلك الذي يلائم تكوين العقد ،
هذه المبادئ الثلاثة جائزة ، وجرى عمل المسلمين بالتعاقد على وقف العقد على
أحدها ، وقد شاهدنا في المبادئ القانونية الأخذ بها ، إما تأثراً بنظريات الفقه
الإسلامي أو تأسيساً بالقانون الفرنسي الذي تأثر هو في كثير من فصوله بأقوال جل
فقهاء الشريعة الإسلامية ، وإن كان ذلك التأثر أخفي عن سوء نية ، حتى لا يعلق
طلبة الجامعات بالفقه الإسلامي ، الذي يترجم عطاء حضارة قادرة على الاستحواذ

على جميع تطلعات جهات التشريع مهما كانت الظروف الاجتماعية التي أملت عليهم ضرورة البحث عن سن قواعد تشريعية، وإذا ما استعرضنا أقوال مجموعة من أعلام فقهاء المذاهب لتبين لنا أن جميع صنوف الشرط الجزائي التي لا تصطدم بنص إسلامي ولا تبيح محرماً، ما هي إلا تطبيق من تطبيقات المباح ما لم يرد نص بالنهاي عنها.

فعند الحنفية أسهب السرخسي في كتابه المبسوط في جواز التعامل بناء على شرط إذا كان هذا الشرط مما يقتضيه العقد، فهو جائز وتعرض لجميع الحالات المباحة التي يمكن أن يوقف فيها الالتزام على شرط جزائي. ونص البدائع كما سلف على أن الشرط الذي يقتضيه العقد، لا يتأتى عنه فساد العقد، وتضمن الخرشي على مختصر خليل بن إسحاق المالكي أن كل شرط يقتضيه العقد فلا خلاف في صحته، كشرط تسليم المبيع والقيام بالعيب، وقسم ابن قدامة الشروط إلى أربعة أقسام أحدها من مقتضى العقد كتسليم المبيع والرد بالعيب، وخيار المجلس.

هذه النصوص لم تتوسع في سردها هنا لأن المهم أن مبادئ الشرط الجزائي مدرجة في كتب الفقه الإسلامي من قديم، وأن كتب القوانين وتبعاً لها التقنيات الإسلامية نصت عليها، وأن تتبع الأحكام الواردة عليها والشروط التي تتطلبها يبدو فيها كثير من التطابق بين أحكام الشريعة، وبين أحكام القوانين المدنية الوضعية. لذا فإن الشرط الجزائي يجب أن يقدم إلى المجامع اليوم على أصله الإسلامي، إذا كان يلائم طبيعة العقد، ولا يخالف النصوص الشرعية، ولا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، ولا يتضمن وقف الالتزام على مستحيل، ويلاحظ أن كثيراً من تطبيقاته في جل القوانين العربية تنسجم وروح الشريعة، فلا يخصها إلا إعلان أصلها الإسلامي.

ومن أحسن ما قيل في الشرط الواقف ما أتى به مصطفى شلبي في كتابه، التعريف بالفقه الإسلامي حيث قال: «العقد المعلق: هو ما كانت صيغته دالة على إنشائه وإمضائه من وقت صدورهما، ولكن بأداة من أدوات التعليق، على

تعلق هذا الإنشاء، وربط وجوده بوجود أمر مستقبل بحيث إن وجد الأمر المستقبل وجد العقد حين وجوده، وإن لم يتم ذلك فلا يوجد العقد». وذهب علي حسب الله في كتابه أصول التشريع الإسلامي إلى أن الشرط الجعلي يأتي مكملاً للسبب، ثم إنه يتوقف نفاذ العقد على تحققه وقد عبر عنه رجال القانون بالشرط الواقف، وإليه أشار القانون المغربي في المادة ١٠٧ بقوله: «الشرط تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، إما وجود الالتزام، أو زواله». وهذا التعريف ينسجم مع تعريف الشيخ مصطفى الزرقاء بقوله: «ربط حصول أمر بحصول أمر» وهو عكس التنزيل الذي يكون فيه العقد مطلقاً ساري الحكم منذ صدوره^(١).

وركز على ضرورة جهالة حدوث الأمر، وعدم استحالته فلا بد أن يكون محتمل الوقوع، ولا ينفذ الالتزام إلا إذا تحقق الشرط، وبعد سرد عدة أمثلة قال: «فالمقيد هنا هو حكم العقد المنشأ، والقيد هو الشرط الذي التزم به العاقد إذا التزم علاوة على العقد الأصلي».

ونحنم بملخص من كلام ابن رشد في بداية المجتهد، إذ تعرض للخلافات التي تمت بين مختلف المذاهب بطريقة تُكرّس التساهل في أحكام الشرط، وبالأخص تلك التي لا تصطدم بالمباح في أحكام الفقه الإسلامي، ويمكن أن نستنتج من كلامه أن الشرط ينظر إليه من خلال الواقعة التي صاحبها، فالأحاديث التي رأى بعض الفقهاء أنها متضاربة، ليست كذلك حسب نظرنا، وإنما ورد كل حديث منها للحكم على سبب معين بذاته، فيطبق حكمه على ما شابهها اعتباراً للقاعدة العامة، ولعلنا سنتبين ذلك من كلام المرجع المذكور^(٢) فيما يلي:

أحدھا حدیث جابر قال: «ابتاع مني رسول الله ﷺ بغيراً وشرط ظهره إلى المدينة»، أما الحديث الثاني فهو حديث بريرة قالت: إن رسول الله ﷺ قال: «كل

(١) المدخل للتعريف بالفقه الإسلامي، لمحمد مصطفى شلبي، ص ٥٧٣.

(٢) بداية المجتهد: ١٦٠/٢.

شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط»، والثالث حديث جابر قال : «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخايرة والمعاومة والثنيا، ورخص في العرايا» ثم استعرض قول أبي حنيفة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط، ثم استشهد باختلاف العلماء بسبب ما يتبين لأول نظرة مما يمكن أن يفهم أنه تعارض بين هذه الأحاديث حول البيع والشرط، فأبو حنيفة والشافعي أفسدا البيع وأجازا الشرط، وأجاز ابن شبرمة البيع والشرط معاً، أما ابن أبي ليلى فعنده أن البيع جائز والشرط فاسد، وقال أحمد : البيع جائز مع شرط واحد، وأما مع شرطين فلا .

فإبطال البيع والشرط من قال به أخذ بعموم النهي عن البيع والشرط في صيغة واحدة، والذين أجازوهما معاً أخذوا بظاهر حديث عمر الذي أجاز فيه البيع والشرط، ومن أجاز البيع وأبطل الشرط، أخذ بعموم حديث بريرة، واعتماد الشرط الواحد ثم اعتمد أصحاب هذا القول على الحديث الذي رواه أبو داود عن عمرو بن العاص القائل : «لا يحل سلف وبيع ولا يجوز شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن ولا بيع ما ليس عندك» .

أما المالكية، فلهم أحكام عدة في هذا المضمار ومن ذلك : شروط تبطل هي والبيع إذا اشتملت على نسبة عالية من صور الفساد مثل الربا والغرر، وشروط تجوز هي والبيع، وشروط تبطل ويثبت البيع، ومحاولة المالكية التعامل مع الشرط بحسب تأثير ما تضمنته مقتضيات العقد، فإذا كان دخول هذه الأشياء فيه كثير من قبل الشرط أبطله، وأبطل الشرط، وما كان قليلاً أجازته، وأجاز الشرط فيه، وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع .

ومن خلال هذا التطابق الذي تظهره هذه الاستنباطات التي قال بها المالكية هنا، نتمكن من استنتاج نخرج به من هذا البحث، وهو أن الشرط الجزائي دونت كتب الشريعة الإسلامية أحكامه، ودرستها تحت مسميات متعددة، تارة تحت اسم الشرط الواقف، وأخرى تحت الخيار بشرط، وآونة تحت الأحكام العامة لمختلف الشروط، وكل الحالات التي تم تناول أحكام هذا المبدأ تحتها، فإنها تثبت اتساع دائرة أحكامه، وتعدد المجالات التي يمكن أن يطبق فيها، كما تمكنا

هذه الجولة في المراجع الإسلامية من حكم لا يقبل البيئة المعاكسة بأن القوانين الوضعية ظلت حبيسة نتائج العطاء الإسلامي في هذا المجال، فلم تستطع في جميع صور الشرط الجزائي المتفقه مع ما تفرضه الأخلاق والنظام العام حسب تعبير مصطلحات ذلك الفقه القانوني، لم تستطع أن تخرج عن تراث الفقه الإسلامي، كما يلاحظ أن هذا الموضوع متسع المضامين قابل للاستحواذ على استقطاب جميع المستجدات العلمية للعصر، من خلال أحكام إسلامية في هذا المضمار، وأختم بأن أحكام القوانين المدنية العربية في شأن الشرط الجزائي تتفق تماماً مع مقتضيات الشريعة الإسلامية، إذ لا ينقصها إلا الإعلان عن تمسكها بأصلها الإسلامي.

ونشير إلى أن جل الأحكام التي اعتمدها قرار مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية الشقيقة بتاريخ ١٣٩٤/٨/٢٢، قد تضمن كثيراً من الأقوال والآراء والفتاوى الشاملة لكثير من أحكام الشرط الجزائي، ثم إن القرار الصادر عن تلك الهيئة في هذا المجال اعتمد الحكم لصالح شرع الله دون تحيز ولا تأثر برأي غير البحث عن وجه الحقيقة الشرعية وعليه فالشرط الجزائي إجراء شرعي يرتبط أحياناً بالمعاملات وليس فيه حرج ولا شبهة، ما دام لم يخرج عن مقتضى قواعد المباح الواسع في الشريعة الإسلامية الغراء، فهو شرط صحيح كلما احترمت استبعاد المعاملات المنهي عنها، وبذلك فكل المستجدات التي يمكن أن تعرفها الساحة الإسلامية يمكن أن يستخدم فيها هذا الإجراء.

والله ولي التوفيق.

الشرط اجزائی

إعداد
الدكتور الصديق محمد الأمين الضري
أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية القانون
جامعة الخرطوم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين،
وعلى سائر الأنبياء والمرسلين، وبعد:

فهذا بحث عن:

الشرط الجزائي

أكتبه استجابة لطلب من الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي بجددة،
مستأنساً بما جاء في التصور الوارد في ورقة الأمانة.

والله أسأل أن يوفقني إلى الصواب ويجنبني مواطن الزلل.

التعريف بالشرط الجزائي:

عبارة الشرط الجزائي غير معروفة في كتب الفقه القديمة، ولكنها معروفة في
القوانين الغربية: القانون الفرنسي *la clause penale* ^(١)، وفي القانون الإنجليزي
penalty and liquidated damages ^(٢). وغيرهما من القوانين الغربية ^(٣):

وقد أخذت قوانين البلاد العربية هذا التعبير عن القوانين الغربية، وأدخلت
عليه بعض التعديلات، وأول قانون عربي أخذ به هو القانون المصري، أخذه عن
القانون الفرنسي وعبر عنه الدكتور السنهوري بالعبرة التالية:

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: ٨٥١/٢.

(٢) شرح القانون الإنجليزي - ملكا ١٢٠، و *the law of contract 612 tretel* وترجم ملكا
كلمة *penalty* بالشرط الجزائي وعبرة *liquidated damages* بالتعويض الاتفاقي.

(٣) الوسيط: ٨٧٤/٢.

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي^(١):

وتبعت أكثر قوانين البلاد العربية القانون المصري .

وسأذكر نص القانون المصري لتبين منه حقيقة هذا الموضوع في القوانين العربية غير الملزمة بالفقه الإسلامي ، ثم أذكر نصوص القانون المدني الأردني لتبين منها حقيقة الشرط الجزائي في القوانين الملزمة بأحكام الفقه الإسلامي^(٢) ، ثم أبين الحكم الفقهي حسبما يظهر لي من تكييف هذا الموضوع بعون الله .

الشرط الجزائي في القانون المصري:

المادة : ٢٢٣ يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد ٢١٥- ٢٢٠ .

المادة : ٢٢٤ - (١) لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر .

(٢) ويجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض ، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

(٣) ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين .

المادة : ٢٢٥ - إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً .

يفهم من هذه المواد أن الشرط الجزائي هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض ، الذي يستحقه الدائن على المدين ، إذا لم ينفذ المدين التزامه ، أو إذا تأخر في تنفيذ التزامه ، وهذا الاتفاق قد يكون عند العقد، وقد يكون بعده ، وقبل حدوث الضرر .

(١) الوسيط : ٨٥١/٢ .

(٢) من القوانين الملزمة بأحكام الفقه الإسلامي قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م (السوداني)، ومشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد - انظر مواد هذين القانونين في الملحق رقم (١) وانظر أيضاً الملحق رقم (٢) في بيان ما عليه العمل في المملكة العربية السعودية .

وسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائي، لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه، وتكييفه القانوني كما يقول الدكتور السنهوري هو التزام تابع لا التزام أصلي^(١)، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري: ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أدائه^(٢).

أمثلة للشرط الجزائي:

ذكر الدكتور السنهوري أمثلة للشرط الجزائي هي:

١ - المقابلة: شروط المقابلة قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو أسبوع يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل.

٢ - لائحة المصنع قد تتضمن شروطاً جزائية تقضي بخصم مبالغ معينة من أجرة العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة.

٣ - تعريف مصلحة السكة الحديدية، أو مصلحة البريد قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذي تدفعه المصلحة للمتعاقد معها في حالة فقد طرد أو فقد رسالة.

٤ - اشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين في دفع قسط منها هو أيضاً شرط جزائي، ولكن من نوع مختلف، إذ هو هنا ليس مقداراً معيناً من النقود قدر به التعويض بل هو تعجيل أقساط مؤجلة^(٣).

شروط استحقاق الشرط الجزائي^(٤):

شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون المصري هي شروط استحقاق

(١) الوسيط: ٨٥١/٢ - ٨٥٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصري: ٥٧٣/٢.

(٣) الوسيط: ٨٥٢/٢.

(٤) الوسيط: ٨٥٥/٢ - ٨٦٠.

التعويض، وقد أشارت إليها المادة ٢٢٣ بالإحالة على المواد ٢١٥ - ٢٢٠،
وشروط استحقاق التعويض هي:

١ - وجود خطأ^(١) من المدين: لا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا كان هناك خطأ من المدين، لأن التعويض لا يستحق على المدين إذا لم يكن هناك خطأ من جانبه، وإذا لم يستحق التعويض فلا محل لأعمال الشرط الجزائي، لأنه تعويض لتقدير قد استحق.

٢ - وجود ضرر يصيب الدائن: لا يستحق الشرط الجزائي إذا لم يصب الدائن ضرر، لأن الضرر من أركان استحقاق التعويض، وإذا لم يوجد ضرر لا يستحق التعويض فلا محل لأعمال الشرط الجزائي.

يفهم هذا الشرط من المادة ٢٢٤ (١)، ويفهم منها أيضاً أن الشرط الجزائي يفترض وقوع الضرر على الدائن، ولهذا جعل عبء إثبات عدم الضرر على المدين.

والضرر الذي يعرض عنه هو الضرر المالي، والضرر الأدبي، وما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب، وقد نصت على هذه المادة ٢٢١ و ٢٢٢ من القانون المصري.

٣ - وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر: لا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فإذا انتفت هذه العلاقة لوجود سبب أجنبي لحدوث الضرر فلا يستحق التعويض، ولا يعمل الشرط الجزائي، ولكن يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم، وتحمل المدين تبعه الحادث الأجنبي.

٤ - إعدار المدين: الإعدار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي في الأحوال التي يجب فيها، فإذا لم يقدّم الدائن بإعدار المدين لا يستحق التعويض فلا يكون للشرط الجزائي محل.

(١) الخطأ المقصود هنا هو الخطأ العقدي في القانون، وهو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد، وهو نوعان: الالتزام بتحقيق غاية، والالتزام ببذل عناية - الوسيط: ٦٥٦/١؛ وانظر أيضاً ص ٧٧٨.

تخفيض مبلغ التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي^(١):

يتبين من المادة ٢٢١-٢ (٢) أنه يجوز للقاضي أن يخفض المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي في حالتين:

الأولى: إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة.

وقد بررت محكمة الاستئناف هذا الحكم بأن الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه يكون الطرفان على علم بهذه المبالغة بل يكونان قد قصدا إليها وجعلنا الشرط الجزائي شرطاً تهديدياً لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه، ومؤدى ذلك أن الشرط الجزائي المبالغ فيه ينطوي في الواقع من الأمر على عقوبة فرضها الدائن على المدين فيكون باطلاً، ويعمد القاضي عند ذلك إلى تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة.

الثانية: إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه:

يخفض القاضي الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه، إذا كان الشرط الجزائي قد وضع لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلاً.

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ على أن شرط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، وجواز تخفيض مبلغ الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه، أو نفذ المدين جزءاً من الالتزام الأصلي، تعتبر من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

زيادة مبلغ التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي:

تبين المادة ٢٢٥ أن التعويض المقدر في الشرط الجزائي إذا كان أقل من الضرر فإنه يكون هو المستحق، وليس للدائن المطالبة بأكثر منه إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، فإنه يجوز للقاضي أن يزيد مقدار التعويض.

(١) الوسيط: ٨٦٧/٢-٨٧٦.

الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني:

تنص المادة ٣٦٤ على الآتي:

١- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون.

٢- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال، بناء على طلب أحد الطرفين، أن تعدل في الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك.

الفقرة الأولى من المادة الأردنية متفقة مع المادة ٢٢٣ من القانون المصري، غير أن الأردني استعمل كلمة الضمان بدلاً عن التعويض.

أما الفقرة الثانية من المادة الأردنية فتختلف عما ورد في القانون المصري في أنها تجوز للمحكمة في جميع الحالات بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، وتعتبر كل اتفاق مخالف لهذا باطلاً، وقد رأينا القانون المصري لا يجوز التعديل بالزيادة إلا إذا أثبت المدين أن الدائن ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، ولا يجوز التعديل بالنقصان إلا في حالتين: إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه^(١).

حكم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي^(٢):

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني: ٤٠٣/١.

(٢) يقسم الفقهاء الشروط باعتبار مصدرها إلى نوعين:

الأول: الشرط الشرعي وهو الشرط الذي يفرضه الشرع، ويعرفه الفقهاء والأصوليون بأنه كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً، وهو خارج عن ماهيته: (المدخل الفقهي العام، ص ٣٢٦) مثاله: أهلية العاقد فهي شرط شرعي لصحة كل عقد.

والثاني: الشرط الجعلي: وهو الشرط الذي ينشئه العاقدان بإرادتهما مقترناً بالعقد تحقيقاً لمصلحة العقد أو مصلحة أحدهما.

والشرط الجزائي من هذه الشروط الجعلية.

=

لا تتوقع وجود نص في القرآن أو السنة أو قول لصحابي أو فقيه من المتقدمين في حكم الشرط الجزائي الذي بينا حقيقته في القانون على الوجه السابق، ولكن هل يوجد شبيه للشرط الجزائي فيه نص، يمكن أن يقاس عليه الشرط الجزائي؟ هذا ما سأحاول البحث عنه .

الشرط الجزائي شبيه بالعربون:

أول ما يتبادر إلى الذهن أن الشرط الجزائي يشبه العربون، ويمكن قياسه عليه، فما هو العربون؟ .

العربون يكون في البيع عادة، وقد يكون في غيره وهو في البيع: أن يشتري الرجل السلعة، ويدفع للبائع مبلغاً من المال على أنه إن أخذ السلعة يكون ذلك المبلغ محسوباً من الثمن، وإن تركها فالمبلغ للبائع . وهذا تفسير للعربون اتفق عليه جميع الفقهاء^(١) .

وتكليف عقد البيع مع دفع العربون كما يتبين من التعريف هو أنه عقد يثبت فيه الخيار للمشتري في إمضاء العقد أو تركه، فإذا أمضى المشتري العقد كان العربون جزءاً من الثمن، وإذا رد العقد فقدَّ العربون، فهو خيار شرط يقابله شيء من المال في حال الرد .

وهذا الخيار للمشتري فقط، أما البائع فإن العقد لازم بالنسبة له لا يستطيع رده، كما يتبين أيضاً أنه خيار غير محدد بمدة .

ووجه الشبه بين الشرط الجزائي والعربون هو أن كلاهما تقديراً للتعويض،

= وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في هذه الشروط الجعلية من حيث أصل جواز اشتراطها وعدمه، والجمهور الذين اجازوا اشتراطها اختلفوا في تحديد ما يجوز اشتراطه منها وما لا يجوز .

وسأبين هذا الاختلاف باختصار، وأبين ما أرجح الأخذ به . انظر، ص ٥٩ و ٦٠ .

(١) انظر نصوص الفقهاء في كتاب الغرر وأثره في العقود، ص ١٢٢ .

فالشرط الجزائي تقدير للتعويض في حالة الإخلال بالعقد، والعربون تقدير للتعويض في حالة العدول عن العقد، ولكن هناك فروق بينهما هي:

١ - العربون هو المقابل لحق عدول المشتري عن العقد، أما الشرط الجزائي فهو تقدير للتعويض عن الضرر الذي يحلق الدائن بسبب عدم تنفيذ المدين للعقد.

٢ - الالتزام بدفع العربون عند عدول المشتري قائم ولو لم يترتب على العدول ضرر، لأنه مقابل العدول، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر على الدائن، لأنه تقدير للتعويض عن الضرر.

٣ - العربون لا يجوز تعديله من القاضي، والشرط الجزائي يجوز تخفيفه وزيادته كما رأينا^(١).

٤ - في بيع العربون المشتري مخير بين تنفيذ العقد وترك العربون، أما في العقد الذي فيه شرط جزائي فلا خيار للمدين، وعليه أن ينفذ التزامه الأصلي ما دام ممكناً^(٢).

هذا وقد ورد في البحث المعد من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ما يلي:

«ويمكن أن يقال بأن الشرط الجزائي يشبه بيع العربون في أن كلاً منهما شرط يوجب على من أخل بالشرط عقوبة مالية يجرى تعيينها قبل حصول ذلك»^(٣).

هذا القول إذا صح بالنسبة للعربون فإنه لا يصح بالنسبة للشرط الجزائي، لأن الشرط الجزائي الذي نتحدث عنه ليس عقوبة، وإنما هو تقدير اتفاقي للتعويض^(٤) فإذا اعتبرنا العربون عقوبة ينتفي وجه الشبه الذي ذكرناه في أول

(١) انظر، ص ٥٣.

(٢) انظر الوسيط: ١/ ٢٦٣-٢٦٤ و ٢/ ٨٦٤-٨٦٥.

(٣) البحث مطبوع على الآلة الكتابة، ص ٧٦.

(٤) انظر، ص ٥١.

الكلام، ثم إن بيع العربون ليس فيه إخلال بالشرط، وإنما هو إعمال للخيار.
ويرى الأستاذ مصطفى الزرقاء - رحمه الله - أن طريقة العربون هي أساس
لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطيل والانتظار^(١).

٢- أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم:

روى البخاري في صحيحه في باب ما يجوز من الشروط . . وقال ابن عون
عن ابن سيرين: قال رجل لكرهه: أدخل^(٢) ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا
وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير
مكره فهو عليه^(٣).

أوردت اللجنة التي أعدت البحث لهيئة كبار العلماء هذا النص وقالت:
فهذه المسألة صريحة في أنها من أنواع الشروط الجزائية^(٤).

وقال الأستاذ مصطفى الزرقاء - رحمه الله - تعليقاً على قول شريح: وهذا
النوع من الاشتراط المروري عن القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل
والانتظار ما يسمى في الفقه الأجنبي الحديث: الشرط الجزائي^(٥).

وقال في موضع آخر:

والشرط الجزائي هذا يتخرج على مذهب القاضي شريح، فقد روى عنه
نظيره كما سلف^(٦).

ولا أرى وجه شبه بين هذه المسألة والشرط الجزائي يبرر قياسه عليها،
وهي أوجه الاختلاف بينها وبين الشرط الجزائي هي أوجه الاختلاف بين العربون

(١) المدخل الفقهي العام، ص ٥٣٥ ف ٢٣٤.

(٢) في الهامش: أرحل: أي شد على دوابك رحالها استعداداً للسفر.

(٣) صحيح البخاري: ٢١٧/٣ المطبعة الميمنية.

(٤) البحث مطبوع على الآلة الكاتبة، ص ٧٩.

(٥) المدخل الفقهي العام، ص ٥٣٦ ف ٢٣٤.

(٦) المصدر السابق، ص ٧٢١ ف ٣٩١.

والشرط الجزائي، ثم إن حكم شريح في هذه المسألة خالفه فيه جمهور الفقهاء كما يقول ابن حجر^(١)، ويبيع العربون منعه جمهور الفقهاء أيضاً، على أنه لا مانع من الاستئناس فقط بهاتين المسألتين، كما جاء في فتوى مجلس هيئة كبار العلماء.

الشرط الجزائي شبيهه بالرهن والكفيل:

الشرط الذي هو من مصلحة العقد شرط صحيح يلزم الوفاء به، ومن أمثلته اشتراط الرهن والكفيل في عقد البيع.

وترى اللجنة التي أعدت البحث لهيئة كبار العلماء أن الشرط الجزائي من مصلحة العقد، لأنه حافظ لمن شرط عليه أن ينجز لصاحب الشرط حقه، ومساعد له على الوفاء بشرطه، فكان شبيهاً باشتراط الرهن والكفيل في الوفاء لصاحب الشرط بشرطه، وإذن يصح الشرط ويلزم الوفاء به، فإن لم يف، وتعدر استدراك ما فات، تعين لمن اشترط شرطاً جزائياً الأرش، وقد اتفق عليه عند العقد بتراضيهما، وإن لم يتعدر الاستدراك فلصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد والأرش مع بقاءه^(٢).

وجاء في قرار مجلس هيئة كبار العلماء: «أنه ظهر لها أن الشرط الجزائي من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد، إذ هو حافظ لإكمال العقد في وقته»^(٣).

كون الشرط الجزائي من مصلحة العقد بالمعنى الوارد في البحث والقرار لا نزاع فيه، ولكن تشبيهه بالرهن والكفيل غير واضح، لأن الرهن ليس فيه تعويض عن ضرر، وما جاء في البحث من «أنه إن لم يتعدر الاستدراك فلصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد، والأرش مع بقاءه» غير وارد في الشرط الجزائي لأن صاحب الشرط الجزائي - الدائن - ليس له إلا الأرش - التعويض - ولا خيار له.

(١) فتح الباري: ٥ / ٣٥٤.

(٢) بحث اللجنة على الآلة الكاتبة، ص ٧٣.

(٣) القرار رقم ٢٥، تاريخ ٢١ / ٨ / ١٣٩٤.

الشرط الجزائي معاملة مستحدثة:

الذي أراه أن الشرط الجزائي الذي بينا حقيقته، والذي يجري عليه العمل في البلاد الإسلامية، هو معاملة مستحدثة، تحكمها قاعدة يكاد الفقهاء المعاصرون يجمعون على الأخذ بها هي:

الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطالها، نصاً أو قياساً.

هذه العبارة لابن تيمية^(١) ولكن القاعدة معروفة قبل ابن تيمية ذكرها ابن حزم، وذكر القاعدة المخالفة لها فقال:

أما العقود والعهود والشروط والوعد فإن أصل الاختلاف فيها على قولين لا يخرج الحق عن أحدهما، وما عداهما فتخليط ومناقضات لا يستقر لقاتلها قول على حقيقة^(٢)، فأحد القولين المذكورين:

أنها كلها حق لازم إلا ما أبطله منها نص، والثاني: أنها كلها باطل غير لازم إلا ما أوجبه منها نص، أو ما أباحه منها نص^(٣).

ثم ذكر ابن حزم حجة أصحاب القول الأول، ورده عليها، ولكنه لم ينسب هذا القول إلى أحد^(٤)، وقد وجدت عبارة لأبي بكر الجصاص تدل على أنه يؤيد القول الأول، هي قوله في تفسيره لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

«واقضى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ الوفاء بعقود البياعات والإجازات والنكاحات وجميع ما يتناول اسم العقد، فمتى اختلفنا في جواز عقد أو فساده صح الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، لاقتضاء عمومه جواز جميعها من

(١) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٩٢، لابن تيمية المتوفى ٧٢٨هـ.

(٢) يشير بهذا إلى آراء المذاهب الأربعة.

(٣) الأحكام في أصول الأحكام: ٦/٥ وما بعدها لابن حزم المتوفى ٤٥٦هـ.

(٤) المصدر السابق: ٦/٥ - ١٢.

الكفالات والإجازات والبيوع وغيرها . وقوله ﷺ: «والمسلمون عند شروطهم» في معنى قول الله تعالى: «أوفوا بالعقود» وهو عموم في إيجاب الوفاء بجميع ما يشترطه الإنسان على نفسه ما لم تقم دلالة تخصصه»^(١).

وقد عرّف الجصاص العقد بأنه «ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه . . . ثم قال: فكل شرط شرطه الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد»^(٢).

وابن تيمية يوافق ابن حزم في تقسيم الشروط إلى قسمين حيث يقول:

القاعدة الثالثة في العقود والشروط، فيما يحل منها ويحرم، وما يصح منها ويفسد:

ومسائل هذه القاعدة كثيرة جداً، والذي يمكن ضبطه فيها قولان: أحدهما: أن يقال الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته، فهذا قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة ينبنى على هذا، وكثير من أصول الشافعي، وطائفة من أصول أصحاب مالك وأحمد . . . والقول الثاني إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، نصاً أو قياساً . . . وأصول أحمد المنصوطة عنه أكثرها تجري على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه^(٣).

هل يوجد دليل على تحريم الشرط الجزائي؟:

إن اعتبار الشرط الجزائي شرطاً مستحدثاً، وتطبيق قاعدة (الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، نصاً أو قياساً) يوجب علينا أن نبحث فيما إذا كان هناك دليل

(١) أحكام القرآن: ٣٦٢/٢ للجصاص المتوفى ٣٧٠هـ.

(٢) المصدر السابق: ٣٦٠/٢.

(٣) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٨٤ وما بعدها؛ وانظر أيضاً كتاب الغرر وأثره في العقود، ص ٣٠ وما بعدها.

على تحريم الشرط الجزائي نصاً أو قياساً، فهل يوجد هذا الدليل؟ .

(١) قوله ﷺ في قصة بريرة: ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة شرط .

وفي بعض الروايات زيادة: شرط الله أحق وأوثق^(١) .

قال ابن حزم بعدما ذكر هذا الحديث:

«فهذا الأثر كالشمس صحة وبيانا يرفع الإشكال كله»^(٢) .

وليس الأمر كما قال ابن حزم، لأن «ليس في كتاب الله» المراد به ما خالف كتاب الله، وليس المراد أن كل من شرط شرطاً لم ينطق به الكتاب يبطل^(٣) .

(٢) حديث النهي عن بيع وشرط:

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط .

هذا الحديث رواه عبد الحق في أحكامه، وقال ابن عرفة: لا أعرف هذا الحديث إلا من طريق عبد الحق^(٤) وقال ابن رشد: روي عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط^(٥)، وقال ابن قدامة المقدسي: حديث النهي عن بيع وشرط ليس له أصل، وقد أنكره أحمد، ولا نعرفه مروياً في مسند، فلا يعول عليه^(٦) وقال ابن تيمية: الحديث ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وإن الأحاديث الصحيحة تعارضه^(٧) .

(١) صحيح البخاري مع فتح الباري: ٥/٣٥٣ و١٨٧، ١٩٠ .

(٢) المحلى: ٨/٤٧٧، مطبعة الإمام .

(٣) فتح الباري: ٥/١٨٨؛ وانظر كتاب الغرر وأثره في العقود، ص ٣٧ .

(٤) الحطاب: ٤/٣٧٣ .

(٥) بداية المجتهد: ٢/١٦ .

(٦) الشرح الكبير على المقنع: ٤/٥٣ .

(٧) القواعد النورانية الفقهية، ص ١٨٧ .

هذا وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في العمل بهذا الحديث، فأخذ به الحنفية والشافعية في الجملة، ولم يأخذ به الحنابلة، وأخذ به المالكية في موضعين:

أحدهما: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد.

والثاني: الشرط الذي يعود بخلل في الثمن^(١).

(٣) الضرر الذي يعوض عنه في الشرط الجزائي:

قلنا إن الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض عن الضرر الذي لحق بالدائن، فما حكم التعويض عن الضرر؟ وما الضرر الذي يعوض عنه؟.

لا خلاف بين الفقه والقانون في جواز التعويض عن الضرر، سواء كان في المسؤولية التقصيرية - الفعل الضار - أو في المسؤولية العقدية - العقد^(٢)، وإنما الخلاف في نوع الضرر الذي يعوض عنه: ففي القانون يعوض عن الضرر المالي، والضرر الأدبي، وما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب^(٣).

ويوافق الفقه القانون في التعويض عن الضرر المالي، فلا خلاف بين الفقهاء المتقدمين والمعاصرين في جوازه.

أما التعويض عن الضرر الأدبي، فإن الفقهاء المتقدمين لم يتعرضوا له بالاسم، واختلف فيه الفقهاء المعاصرون اختلافاً كبيراً.

(١) المبسوط: ١٣/١٣؛ والمهذب: ١/٢٦٨؛ والشرح الكبير على المقنع: ٤/٤٩؛ وبداية المجتهد: ٢/١٦؛ والحطاب: ٤/٣٧٣؛ وانظر كتاب الغرر وأثره في العقود، ص ١١٤-١١٧.

(٢) يرى الأستاذ علي الخفيف أن ضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء غير المسؤولية العقدية في اصطلاح فقهاء التشريع الوضعي. الضمان في الفقه الإسلامي: ١/٢٠.

(٣) تنص المادة ٢٢٢ من القانون المصري على الآتي: يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً... وتنص المادة ٢٢١ على الآتي: ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب.

فالأستاذ علي الخفيف - رحمه الله - يقول: إن عدم قيام الملتزم بالتزامه يستلزم شرعاً إلزامه وإجباره عليه، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزير إلى أن يمثل، أما إلزامه بمال على وجه التعويض عما أحدثه بامتناعه من ضرر، لا يتمثل في فقد مال، فلا تبيحه القواعد الفقهية، والأصول الشرعية التي تقضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعاً، أو في مقابلة مال أخذ أو أتلّف، وإلا كان أكلاً له بالباطل، وعلى ذلك يكون أخذه تعويضاً عن ضرر لم يترتب عليه تلف لمال غير جائز شرعاً، لأن أساس التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة المال بالمال، فإذا قوبل المال بغير مال كان أكلاً للمال بالباطل^(١).

ويقول أيضاً: إن وجوب التضمين بالمال إنما يكون في ضرر مالي أصاب المضرور، وذلك بتلف بعض ماله، أو نقص قيمته بفعل ضار، أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائماً، فلا يرى الفقهاء فيه تعويضاً^(٢).

فالأستاذ علي الخفيف يمنع التعويض عن الضرر الأدبي، ويمنع التعويض أيضاً عما فات المضرور من كسب، ويجيز فقط التعويض عن الضرر المالي القائم فعلاً، فلو أخذنا برأيه هذا فإننا نقفل باب الشرط الجزائي، لأن التعويض فيه يكون غالباً عما فات المضرور من كسب.

ويوافق الأستاذ مصطفى الزرقاء - رحمه الله - الأستاذ علي الخفيف في منع التعويض عن الضرر الأدبي، ولكنه يجيز التعويض عما فات المضرور من كسب، ويشترط في الكسب الذي يعوض عن فواته «أن يكون أكيداً لا شك فيه، أما المأمول الاحتمالي فلا»^(٣).

ويقول عن التعويض عن الضرر الأدبي:

«الحكم بالتعويض المالي عن الضرر الأدبي حكم مستحدث، ليس له

(١) الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٢١.

(٢) المصدر السابق، ص ١٨؛ وانظر أيضاً، ص ٤٦.

(٣) الفعل الضار، ص ١١٨؛ وازن هذا مع ما جاء في، ص ٥٧.

نظائر في الفقه الإسلامي . . . والأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الإضرار الأدبي إنما هو التعزير الزاجر، وليس التعويض المالي، إذ لا تُعدّ الشريعة شرف الإنسان وسمعته مالمّ متقوماً يعوض بمال آخر إذا اعتدى عليه . . . وخلاصة القول إننا لا نرى مبرراً استصلاحياً لمعالجة الإضرار الأدبي بالتعويض المالي، ما دامت الشريعة قد فتحت مجالاً واسعاً لقمعه بالزواج التعزيري»^(١).

وينص القانون المدني الأردني على جواز التعويض عن الضرر الأدبي، والتعويض عما فات من كسب^(٢) موافقاً في هذا القانون المصري، ويوافق قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م (السوداني)^(٣) ومشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد^(٤) القانون المدني الأردني، وهذه القوانين الثلاثة مستمدة من الفقه الإسلامي، وقد حاول واضعوا المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن يؤصلوا التعويض عن الضرر الأدبي من الفقه الإسلامي فلم يوفقوا في نظري^(٥).

هذا ومما تجدر الإشارة إليه أن هذه القوانين أوردت المواد الخاصة بالتعويض عن الضرر الأدبي، والتعويض عما فات من كسب، في الكلام عن المسؤولية التقصيرية - الفعل الضار -، ولم نوردتها في الكلام عن المسؤولية العقدية - العقد - ولكن التعويض عن الضرر الأدبي يجوز في كل من المسؤوليتين: التقصيرية والعقدية، ولكن حصوله نادر في المسؤولية العقدية، كما يقول السنهوري^(٦).

(١) الفعل الضار، ص ١٢١ - ١٢٤.

(٢) المادة: ٢٦٦ و ٢٦٧.

(٣) المادة: ١٥٢ و ١٥٣.

(٤) المادة: ٢٧٠ و ٢٧١.

(٥) انظر تعليقي على المادة ١٥٣ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ السوداني، الملحق رقم ٣.

(٦) الوسيط: ٦٨٠ / ١ و ٦٨٣.

العقود التي يجوز فيها اشتراط الشرط الجزائي، والعقود التي لا يجوز فيها اشتراطه:

أولاً: عقود أجاز مجمع الفقه الإسلامي اشتراط الشرط الجزائي فيها:

١- عقد الاستصناع:

أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ، ٩ - ١٤ مايو ١٩٩٢م القرار رقم ٦٧/٣/٧ بشأن عقد الاستصناع، وقد جاء فيه:

٤ - يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة^(١).

عقد الاستصناع هذا يقابل عقد المقاولة في القوانين الوضعية عندما تكون المادة والعمل من المماثل، ويطابقه تماماً على الرأي القائل إن عقد الاستصناع عقد ملزم للطرفين، وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي^(٢).

هذا القرار يجيز اشتراط الشرط الجزائي في عقد الاستصناع، ويلزم المتعاقدين بتنفيذ ما اتفقا عليه، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة تمنع تنفيذ العقد.

ويلحظ أن القرار يضع شرطاً واحداً لاستحقاق الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد، هو ألا تكون هناك ظروف قاهرة^(٣) تمنع تنفيذ العقد الأصلي، وهذا الشرط يقابل شرط وجود الخطأ من المدين الذي يشترطه القانون لاستحقاق الشرط الجزائي، ولكن القرار لم يشر إلى باقي الشروط التي يشترطها القانون، والتي أوردناها في بياننا لحقيقة الشرط الجزائي^(٤) فهل يفهم من هذا أن القرار

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع: ٧٧٨/٢.

(٢) المصدر السابق، ص ٧٧٧.

(٣) الظروف القاهرة هي المعبر عنها في القانون بالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي.

الوسيط: ٨٧٦/١.

(٤) انظر، ص ٥١ و ٥٢.

لا يشترط حدوث ضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، ويحكم بالتعويض المتفق عليه في العقد، ولو لم يصب الدائن ضرر؟ .

ينبغي ألا يفهم هذا من القرار، لأن القرار لم يصدر بناء على دراسة للشرط الجزائي، وإنما جاء ذكر الشرط الجزائي عرضاً في بعض البحوث عن عقد الاستصناع، والقرار لم يقصد منه بيان أحكام الشرط الجزائي، وإنما قصد منه جواز اشتراطه في عقد الاستصناع بصفة عامة .

ويلحظ أيضاً أن القرار لم يفرق بين ما إذا كان الشرط الجزائي على الصانع إذا أخل بالتزامه، أو على المستصنع إذا أخل بالتزامه في دفع الثمن في موعده، والواجب التفرقة بينهما، لأن الشرط الجزائي يجوز اشتراطه على الصانع، ولا يجوز اشتراطه على المستصنع، لأن اشتراطه على المستصنع إذا تأخر في الدفع ربا محرم^(١) .

هذا وقد جاء في بعض البحوث المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي عن الشرط الجزائي في عقد الاستصناع ما يلي :

وكذلك لو اشترط أحد العاقدين فرض غرامة مالية على الآخر في عقد الاستصناع إن تأخر الصانع في إكمال السلعة المطلوب صنعها في وقته، أو تأخر المستصنع في دفع المال إليه، وترتب على التأخير ضرر، فإن للمتضرر الحق في التعويض بقدر ضرره^(٢) .

هذا خطأ، لأن الشرط الجزائي يجوز اشتراطه في حالة تأخر الصانع، ولا يجوز اشتراطه في حالة تأخر المستصنع في السداد، لأن هذا ربا محرم كما قلنا .

٢ - عقد البيع بالتقسيط :

أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس

(١) انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي في ص ٦٨ من هذا البحث .

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع : ٣٦٦ / ٢ .

بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ، ١٤ - ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م القرار رقم ٥٣/٢/٦ بشأن البيع بالتقسيط جاء فيه:

٥ - يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها، ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد^(١).

وجاء أيضاً في القرار رقم ٦٦/٢/٧ بشأن البيع بالتقسيط الصادر في دورة المؤتمر السابع بجدة من ٧ - ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ - ٩ - ١٤ مايو ١٩٩٢م ما يلي:

٥ - يجوز اتفاق المتدائنين على حلول سائر الأقساط عند امتناع المدين عن وفاء أي قسط من الأقساط المستحقة عليه، ما لم يكن معسراً.

٦ - إذا اعتبر الدين حالاً لموت المدين، أو إفلاسه، أو مباطلته، فيجوز في جميع هذه الحالات الحط منه للتعجيل بالتراضي^(٢).

هذا المثال من أمثلة الشرط الجزائي المنصوص عليها في القانون^(٣)، فالشرط الجزائي الأصل فيه أن يكون مبلغاً من النقود، ولكن يصح أن يكون شيئاً أو عملاً أو امتناعاً...^(٤).

يلحظ أن المجمع أصدر في الشرط الجزائي في البيع بالتقسيط قراراتين في الدوريتين اللتين بحث فيهما عقد البيع بالتقسيط، والقراران يتفقان في جواز الشرط الجزائي في عقد البيع بالتقسيط، ولكنهما يختلفان في الآتي:

١ - القرار الأول نص على أن الاشتراط يكون في حالة البيع بالأجل، أما القرار الثاني فعبر (باتفاق المتدائنين)، وهذا التعبير يشمل دين البيع كما يشمل دين القرض، وهذا يعني أن المجمع أجاز هذا الشرط الجزائي في القرض، إذا كان أداؤه مقسطاً.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس: ٤٤٨/١.

(٢) المصدر السابق العدد السابع الجزء الثاني، ص ٢١٨.

(٣) انظر، ص ٥١.

(٤) الوسيط: ٨٥٥/٢ هامش.

٢- القرار الأول عبر (بتأخر المدين) والقرار الثاني عبر (بامتناع المدين).
٣- استثنى القرار الثاني من تطبيق الشرط الجزائي حالة إعسار المدين، ولم يتعرض لها القرار الأول.

هذا الشرط الجزائي من الشرط المعروفة عندنا في السودان التي تشترطها البنوك في حالة البيع بالتقسيط، وفي بيع المرابحة للأمر بالشراء، لأن الثمن فيه يكون دائماً، إما مؤجلاً أو مقسطاً.

٤- زاد القرار الثاني فقرة بين فيها ما يدفعه المدين المماطل الذي حكم عليه بحلول الأقساط الباقية بناء على الشرط الجزائي، هل يدفعها كاملة، أم يحط عنه منها للتعجيل؟.

بين القرار «أنه يجوز في هذه الحالة الحط من المبلغ للتعجيل بالتراضي»، وهذا الحكم غير كاف في نظري، وكان الأولى أن يكون القرار باتاً في الحكم بالحط للتعجيل، أو عدمه، لا أن يترك الأمر لتراضي الطرفين^(١).

ثانياً- عقود منع مجمع الفقه الإسلامي اشتراط الشرط الجزائي فيها:

١- عقد البيع بالتقسيط:

أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ - ١٤ - ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠ القرار رقم ٥٣/٢/٦ بشأن البيع بالتقسيط جاء فيه:

٣- إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد، فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين، بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم.

٤- يحرم على المدين المملئ أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء^(٢).

(١) انظر بحث د. رفيع المصري في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع: ٩٢/٢ - ٩٣

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس: ٤٤٧/١ و ٤٤٨.

هذا القرار يمنع الشرط الجزائي في حالة تأخر المدين عن الأداء سواء أكان الدين دين قرض أم دين بيع ، لأن هذا ربا محرم .

ويفهم من هذا القرار والقرار السابق أن العقد الواحد يجوز أن يشترط فيه الشرط الجزائي من جهة ، ولا يجوز اشتراطه فيه من جهة أخرى ، وهذا الحكم ينطبق أيضاً على عقد الاستصناع .

٢- عقد السلم :

أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ - ٦ ذي القعدة ١٤١٥ هـ ، ١ - ٦ نيسان (إبريل) ١٩٩٥م القرار رقم ٨٥ / ٢ / ٩ بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة جاء فيه :

ز - لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه ، لأنه عبارة عن دين ، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير^(١)

قرار مجلس هيئة كبار العلماء :

أصدر مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية القرار رقم ٢٥ بتاريخ ٢١ / ٨ / ١٣٩٤ الذي ينص على الآتي :

«إن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر ، يجب الأخذ به ، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً ، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول ، وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية ، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة ، أو لحق من ضرر ، ويرجع في تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر»^(٢) .

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع : ١ / ٣٧١ .

(٢) انظر القرار مع مقدمته في الملحق رقم ٤ .

يتضمن هذا القرار عدداً من الأحكام هي :

(١) الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح يلزم الوفاء به .

هذا حكم عام يجوز اشتراط الشرط الجزائي المعمول به في البلاد العربية والبلاد الإسلامية الذي بينا حقيقته في أول بحثنا .

(٢) استثنى القرار من لزوم الوفاء بالشرط الجزائي الحالة التي يوجد فيها عذر معتبر شرعاً للإخلال بالالتزام في العقد الأصلي .

هذا الاستثناء متفق في الجملة مع الاستثناء الذي ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٧/٣/٦٧ بشأن الشرط الجزائي في عقد الاستصناع^(١)، ومتفق أيضاً مع ما يشترطه القانون المصري لاستحقاق الشرط الجزائي^(٢) .

(٣) استثنى القرار أيضاً الحالة التي يكون فيها الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي . . . فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من ضرر .

هذا الحكم المعمول به في القانون، وقد سبق بيانه^(٣) .

(٤) جواز التعويض عما فات من منفعة .

هذا الحكم يتفق في الجملة مع ما يقرره القانون المصري من أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب^(٤) .

(٥) جواز التعويض عما لحق من ضرر .

هذا متفق مع القانون من حيث المبدأ، ولكن القانون نص على أنه يعوض

(١) راجع، ص ٦٥ .

(٢) راجع، ص ٥٢ .

(٣) راجع، ص ٥٣ .

(٤) المادة: ٢٢١؛ والوسيط: ١/٩١٠ .

عن الضرر المالي والضرر الأدبي، ولم يتعرض القرار لهذه المسألة، فيرجع فيها إلى الفقه الإسلامي، وقد بينا عدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي^(١).

بقيت مسألة هامة يجب التنبيه إليها هي أن القرار نص في أوله على «أن الشرط الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به . . .» (والعقود) لفظ عام يشمل كل عقد، فلو أخذنا بظاهره لجوزنا الشرط الجزائي في كل عقد، وهذا غير مراد قطعاً من النص، لأن من العقود ما لا يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيه باتفاق الفقهاء، فعقد القرض لا يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيه عن التأخير في السداد، لأن هذا ربا صريح، وكذلك اشتراطه في التأخير عن سداد جميع الديون أياً كان سببها، ولو كان التأخير مماثلة من المدين^(٢)، واستدلال بعض العلماء بقرار مجلس هيئة كبار العلماء على جواز وضع شرط جزائي يلزم المدين المماثل بدفع مبلغ من المال في حال المماثلة استدلال في غير محله، لأنه ليس في القرار نص في هذه المسألة، وفهمها من العموم الذي في كلمة العقود غير سليم، لأنه يؤدي إلى جواز الربا^(٣).

ضابط العقود التي يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيها، والعقود التي لا يجوز اشتراطه فيها:

أستطيع مما ذكرته ومن غيره أن أستخلص ضابطاً للعقود التي يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيها هو:

يجوز اشتراط الشرط الجزائي في جميع العقود ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً.

والعقود التي يكون الالتزام فيها ديناً ثلاثة هي: القرض، والبيع بثمن مؤجل، وعقد السلم.

(١) راجع، ص ٦٢ - ٦٤.

(٢) انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي في، ص ٦٨.

(٣) انظر بحث الشيخ عبد الله بن منيع عن «مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته»، ص ٥ و ١٠ مطبوع على الآلة الكاتبة.

ففي عقد القرض لا يجوز أن يشترط الدائن على المدين شرطاً جزائياً بدفع مبلغ من المال في حالة تأخره في السداد.

وفي عقد البيع بثمن مؤجل أو مقسط لا يجوز أيضاً أن يشترط البائع على المشتري شرطاً جزائياً بدفع مبلغ من المال في حالة تأخره عن الدفع في الأجل .

وكذلك لا يجوز في عقد السلم أن يشترط رب السلم على المسلم إليه شرطاً جزائياً بدفع مبلغ من المال في حالة تأخره عن تسليم المسلم فيه في الأجل .

وذلك لأن هذا الشرط يؤدي في الحالات الثلاث إلى الربا، ولا يتصور في هذه العقود الثلاثة اشتراط شرط جزائي في حالة عدم التنفيذ .

ويجوز اشتراط الشرط الجزائي في سائر العقود الأخرى، سواء أكان اشتراطه في حالة عدم التنفيذ، أم في حالة التأخير في التنفيذ، فيجوز اشتراطه في عقد الاستصناع على الصانع إذا لم ينفذ ما التزم بصنعه، كما يجوز اشتراطه عليه إذا تأخر في التنفيذ، حسب قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بلزوم عقد الاستصناع، ولا يجوز اشتراط الشرط الجزائي على المستصنع إذا تأخر في دفع المال الذي عليه في مواعده، لأن المستصنع مدين^(١).

ومثل الاستصناع عقد المقاوله كما تقدم^(٢).

وعقد المقاوله وعقد التوريد هما العقدان اللذان يكثر فيهما اشتراط الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ، وفي حالة التأخير في التنفيذ، ولا خلاف بين الفقهاء المعاصرين في جواز الشرط الجزائي فيهما في حالة عدم التنفيذ، ولكن بعض الباحثين نازع في جواز الشرط الجزائي فيهما في حالة التأخير في التنفيذ .

يقول الدكتور رفيق المصري في بحثه عن (مناقصات العقود الإدارية، عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة) ٢ - ١٨ رأينا في الشرط الجزائي: التمييز بين التخلف والتأخير .

(١) انظر، ص ٦٦ .

(٢) انظر، ص ٦٥ .

١ - وعلى هذا فإن الرأي في الشرط الجزائي إن كان لعدم التنفيذ فهو جائز ،
ويأخذ حكم العربون^(١) .

٢ - وإن كان اشتراط الشرط لأجل التأخير في التنفيذ فإنه غير جائز ، لأنه
يكون في حكم ربا النسيئة ، والله أعلم .

وبهذا نكون قد ميزنا في الشرط الجزائي بين التخلف (عدم التنفيذ)
والتأخير ، وبهذا تمتنع غرامات التأخير في عقد التوريد^(٢) .

ويؤيد الدكتور رفيق رأيه هذا بقوله :

«إذا اعتبرنا أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام
(الدين) فإن في غرامة التأخير شبهة ربا النسيئة : تقضي أو تُزَيِّبُ^(٣) .

ووافق الدكتور رفيقاً كل من الشيخ حسن الجواهري^(٤) ، والدكتور علي
محيي الدين القره داغي^(٥) ، ولست معهم في هذا الرأي ، لأن ما استدل به
الدكتور رفيق غير مقبول عندي ، واستدلال الدكتور رفيق هو : «أن المبيع
المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام (الدين)» .

أقول : كون المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام
لا خلاف فيه ، وأما كون هذا الالتزام مساوياً للدين فغير مسلم ، لأن الالتزام أعم
من الدين ، فكل دين التزام ، وليس كل التزام ديناً ، والالتزام في عقد المقاوله ليس
دينياً ، وإنما هو التزام بأداء عمل ، والمقاول قد يكون دائئاً لا مدينياً في كثير من
الحالات ، فالبنوك العقارية تقوم ببناء المساكن مقاوله وتتقاضى المقابل على
أقساط بعد تسليم المبنى ، وكذلك يفعل كبار المقاولين .

(١) الشرط الجزائي لا يأخذ حكم العربون لا فقهاً ولا قانوناً . انظر ، ص ٥٥ .

(٢) ويلحظ أن الدكتور رفيقاً لا يفرق بين غرامات التأخير والشرط الجزائي . مجلة مجمع
الفقه الإسلامي العدد التاسع الجزء الثاني : ٢٣٥/٢٣٦ .

(٣) المصدر السابق ، ص ٢٣٢ .

(٤) المصدر السابق ، ص ٣١٠ .

(٥) المصدر السابق ، ص ٣٢٧ .

والفرق كبير جداً بين التزام المقاول والمورد، والتزام المقترض والمشتري بضمن مؤجل والمسلم إليه، فالتزام هؤلاء الثلاثة دين حقيقي ثبت في ذمتهم وأخذوا بمقابله، أما التزام المقاول والمورد فهو التزام بأداء عمل لا يستحقون مقابله إلا بعد أدائه، والله أعلم.

غرامات التأخير غير الشرط الجزائي:

يخضع المتعاقد مع الدولة لغرامة تأخير لا تزيد في مجموعها على ٤٪ من قيمة عقد التوريد، و ١٠٪ من قيمة الأشغال العامة والصيانة، وقد تكون هذه الغرامة تصاعديّة حسب مدة التأخير^(١).

يخلط بعض الباحثين بين غرامات التأخير هذه، والشرط الجزائي فيعتبرهما شيئاً واحداً، وهذا غير صحيح، فغرامات التأخير تفرضها الحكومة على المتعامل معها في المناقصات الحكومية، وهي أقرب إلى العقوبة المالية، أما الشرط الجزائي فهو تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد كما بينا، ولهذا يطلق عليه بعضهم^(٢) (التعويض الاتفاقي)، وهذه التسمية أولى عندي من تسميته (الشرط الجزائي) ولكن الاصطلاح جرى واستقر على عبارة (الشرط الجزائي).

وبحثي هذا خاص بالشرط الجزائي - التعويض الاتفاقي - ولا يتناول غرامات التأخير.

* * *

(١) المصدر السابق، ص ٢٢٩.

(٢) الدكتور السنهوري في الوسيط: ٨٥١/٢، وما نسبه الدكتور رفيق المصري إلى الدكتور السنهوري من أنه ممن يعتبرون غرامات التأخير في مناقصات التوريد والمقاولات صورة من صور الشرط الجزائي لم أجده في المراجع التي أشار إليها (الوسيط ومصادر الحق) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع: ٢/٢٣١.

الخاتمة والملخص

واقترح مشروع قرار بشأن الشرط الجزائي

الشرط الجزائي المعمول به في البلاد العربية والبلاد الإسلامية هو تقدير اتفريقي للتعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو إذا تأخر في تنفيذ التزامه، يشترط عند العقد الأصلي، أو بعده، وقبل حدوث الضرر، فهو التزام تابع لعقد أصلي، ويكثر اشتراطه في عقد المقاوله وعقد التوريد.

ومصدر الشرط الجزائي القوانين الغربية، أخذه القانون المصري عن القانون الفرنسي، وأدخل بعض التعديلات على أحكامه، وتبعت أكثر القوانين العربية القانون المصري.

بين القانون المصري أحكام الشرط الجزائي في المواد ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥، وأهم هذه الأحكام أن الشرط الجزائي لا يستحق إلا إذا تحققت شروط استحقاق التعويض، وهي:

وجود ضرر يصيب الدائن، ووجود خطأ من المدين، ووجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وأعذار المدين.

وأخذت بالشرط الجزائي قوانين مستمدة من الفقه الإسلامي: منها القانون المدني الأردني، وقانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م (السوداني)، ومشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد مع اختلاف في بعض الأحكام.

وقد بحثت عن حكم هذا الشرط الجزائي فلم أجد دليلاً مباشراً، على جوازه أو منعه، من قرآن أو سنة أو قول لصحابي أو فقيه من المتقدمين، كما لم أجد ما يمكن أن يقاس عليه قياساً سليماً من العقود الصحيحة، أو الفاسدة.

ولهذا اعتبرته من العقود المستحدثة التي تطبق عليها القاعدة التي اتفق الفقهاء المعاصرون على العمل بها وهي :

الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً، أو قياساً.

واستعرضت ما يشبهه أن يكون مبطلاً للشرط الجزائي فلم أجد نصاً أو قياساً يبطله من أساسه، ولكن وجدت ما يبطل بعض أحكامه التي يجيزها القانون، مثال ذلك الضرر الذي يعرض عنه، ووجدت القوانين تعوض عن الضرر المالي، والضرر الأدبي أو المعنوي، والفقهاء الإسلاميين يعرضون عن الضرر المالي، ولا يعرضون عن الضرر الأدبي، ومثال آخر هو أن القانون يجيز الشرط الجزائي في جميع العقود، أما الفقهاء الإسلاميين فلا يجيز الشرط الجزائي في العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، لأن اشتراطه فيها يؤدي إلى الربا.

وبناء على هذه الحقائق اقترحت مشروع القرار التالي بشأن الشرط الجزائي:

١ - الشرط الجزائي هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له، عن الضرر الذي يلحقه، إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

٢ - يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترناً بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق، قبل حدوث الضرر.

٣ - يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً.

٤ - الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي، ومالحق المضرور من خسارة، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

٥ - لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان

بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

٦ - يجوز للمحكمة، بناء على طلب أحد الطرفين، أن تعدل في مقدار التعويض، إذا وجدت مبرراً لذلك.

والله أعلم، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

الصدیق محمد الامین الضریح

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية القانون
جامعة الخطوم

ملحق رقم (١)

أولاً- قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م (السوداني).

طريقة تقدير التعويض

١٥٤ - (٣) يجوز دائماً أن يتفق الأطراف على قيمة التعويض ، ولا يكره شخص على التنازل عن حقه في التعويض .

١٥٣ - (١) يشمل التعويض الضرر الأدبي كذلك ، فكل تعد على الغير في حريته أو عرضه ، أو في شرفه ، أو في سمعته ، أو في مركزه الاجتماعي ، أو في اعتباره المالي يوجب مسؤولية المتعدي عن التعويض .

١٥٢ - تقدر المحكمة التعويض بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب . . .

ثانياً- مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد :

٣١٦ - يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار التعويض بالنص عليه في العقد ، أو في اتفاق لاحق ، ويراعى في الحالين أحكام القانون ، ولا سيما المواد ٢٨٢- ٢٨٧ .

٣١٨ - (١) لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر .

(٢) يجوز للمحكمة أن تخفف التعويض إلى ما يساوي الضرر ، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

(٣) إذا جاوز الضرر مقدار التعويض الاتفاقي ، نتيجة لغش أو خطأ جسيم من المدين ، جاز للدائن أن يطالب بزيادة التعويض إلى القدر المساوي للضرر .

(٤) يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة .

٢٧٠ - يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق بالضرور من ضرر، وما فاته من كسب . . .

٣٧١ - يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حرته أو في عرضه، أو شرفه، أو سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولاً عن التعويض .

* * *

ملحق رقم (٢)

ما عليه العمل في المملكة العربية السعودية

العمل في المملكة العربية السعودية لا يأخذ بالتعويض الاتفاقي للضرر - الشرط الجزائي - وإنما يفرض غرامة محددة في النظام على من أخل بالالتزام .
جاء في نظام المناقصات والمزايدات السعودية ، ص ١٠٧ ما يلي^(١) :

إذا تأخر المقاول عن إتمام العمل وتسليمه كاملاً في المواعيد المحددة ، ولم تر اللجنة صاحبة المقاوله داعياً لسحب العمل منه توقع عليه غرامة عن المدة التي يتأخر فيها إكمال العمل بعد الميعاد المحدد للتسليم إلى أن يتم الاستلام المؤقت دون حاجة إلى تنبيه للمقاول ، ويكون توقيع الغرامة على المقاول كمايلي :

١. % عن الأسبوع الأول .

١, ٥ % عن الأسبوع الثاني .

٢. % عن الأسبوع الثالث .

٢, ٥ % عما زاد عن ثلاثة أسابيع .

٣. % عن أي مدة تزيد عن أربعة أسابيع .

* * *

(١) عن بحث لجنة كبار العلماء ، ص ٤ مطبوع على الآلة الكاتبة .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تعليق على المادة (١٥٣) في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ التي تنص على الآتي

١٥٣ (١) يشمل التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعدُّ على الغير في حرته أو في عرضه، أو في شرفه، أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي يوجب مسؤولية المتعدي عن التعويض .

هذه الفقرة من المادة مأخوذة من القانون الأردني المادة ٢٦٧ (١) وهذا

نصها :

«يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حرته، أو في عرضه، أو في شرفه، أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي، يجعل المعتدي مسؤولاً عن الضمان» .

والقانون الأردني أخذها من القانون العراقي المادة (٢٠٥) وهي تقابل المادة (٢٢٢) في القانون المصري .

جاء في أول الكلام في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة في القانون الأردني

ما يلي :

«تناول هذه المادة الضرر الأدبي وتقرر التعويض عنه، وقد استقر الرأي في العصر الحاضر على وجوب التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام، بحد أن زال ما خامر الأذهان من عوامل التردد في هذا الصدد، وقد عمدت بعض التقنيات القديمة، كالتقنين الهولندي، وغالبية ساحقة من التقنيات الحديثة إلى إقرار هذا

الحكم في نصوص التشريع، وقد بلغ من أمره هذه النزعة أن أورد المشروع الفرنسي الإيطالي بعض أمثلة تطبيقية في هذا الشأن فنص في المادة (٨٥) على ما يأتي:

«يجوز للقاضي بوجه خاص أن يحكم بتعويض المضرور عما يصيبه من ضرر في جسمه أو مساس بشرفه أو سمعته أو سمعة عائلته أو حرته الشخصية، أو انتهاك حرمة مسكنة أو حرمة سر يحرص عليه، وله كذلك أن يحكم للأقارب والأصهار والأزواج بالتعويض عما يصيبهم من ألم عند موت المضرور».

واضح من هذا أن القانون الأردني متأثر بالقوانين الغربية في إقرار مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي، بل في بعض جزئياته، والذي أريد الحديث عنه هو المبدأ وليس الجزئيات.

تقرر المادة التعويض عن الضرر الأدبي، ويراد به في القانون الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله وقد أرجعه الدكتور السنهوري إلى أربعة أنواع:

١ - ضرر أدبي يصيب الجسم كالجروح والتلف الذي يصيب الجسم والألم الذي ينجم من ذلك وما قد يعقب من تشويه، كل هذا يكون ضرراً مادياً وأدبياً إذا نتج عنه إنفاق المال في العلاج، أو نقص في القدرة على الكسب المادي، ويكون ضرراً أدبياً فحسب إذا لم ينتج عن ذلك.

٢ - ضرر أدبي يصيب الشرف والاعتبار والعرض كالقذف والسب وهتك العرض... إلخ.

٣ - ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان كانتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه والاعتداء على الأولاد والأم والزوجة... إلخ.

٤ - ضرر أدبي يصيب الشخص في مجرد الاعتداء على حق ثابت له، كدخول شخص أرضاً مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك^(١).

(١) الوسيط للدكتور السنهوري: ٨٦٤/١.

كل هذه الأنواع من الضرر الأدبي يعوض عنها في القانون كما يعوض على الضرر العادي .

ويجوز التعويض عن الضرر الأدبي في كل من المسؤوليتين التقصيرية والعقدية حسب نص هذه المادة^(١) .

التعويض في الفقه الإسلامي يكون عن الضرر المالي الواقع فعلاً، ولا تقبل قواعد الفقه الإسلامي التعويض عن الضرر الأدبي على النحو الذي يقرره القانون^(٢) .

وإذا نظرنا إلى أمثلة الضرر الأدبي الواردة في القانون نجد بعضها جعل له الشارح عقوبة جنائية محددة كحد القذف، وبعضها فيه الجزاء المالي كما في الديات والأروش وحكومة العدل، وهذا النوع فيه شبه التعويض وشبه العقوبة وهو إلى العقوبة أقرب .

وبعض الأمثلة ليس فيه جزاء مالي ولا عقوبة محددة ولكن يجوز فيه التعزير بما يراه الحاكم^(٣) .

وقد حاول بعض الباحثين تأصيل التعويض عن الضرر الأدبي من الفقه الإسلامي، وساقوا لذلك بعض الأدلة :

ومن ذلك ما ذهب إليه واضعو المذكرات الإيضاحية للقانون الأردني .

جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة ٢٦٧ :

«وفي الفقه الإسلامي ما يفيد التعويض عن الضرر الأدبي :

(١) انظر أمثلة الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية في الوسيط للدكتور السنهوري : ١/٦٨٢ .

(٢) انظر الضمان في الفقه الإسلامي للأستاذ الخفيف ٢١ و٤٦ و٥٥؛ والولاية على المال والتعامل بالدين في الشريعة الإسلامية للأستاذ علي حسب الله، ص ٩٦ .

(٣) انظر التعزير في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد العزيز عامر، ص ٢٨ و١١١ و١٢٣ و١٢٤ و١٣٦؛ والضمان للأستاذ الخفيف، ص ٢١٠ وما بعدها .

وفي الفقه الحنفي جاء في مبسوط السرخسي (٢٦ / ٨١):

أنه روى عن محمد بن الحسن الشيباني في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها أثر أنه «تجب حكومة العدل بقدر ما لحقه من الألم».

وفي الفقه الزيدي جاء في البحر الزخار (٥ / ٢٨٠).

«ومن أصاب سناً فاضطربت انتظر برؤها المدة التي يقول أهل الخبرة تبرأ فيها، فإن سقطت فديّة، وإن بقيت فحكومة... وفي الألم حكومة... وفي الإيلام... وفي السن الزائدة على العد حكومة إذ لا منفعة ولا جمال».

وفيه أيضاً ص ٢٨٢: ولا شيء في قطع طرف الشعر إذ لا يؤثر في الجمال فإن أثر بأن أخذ النصف فما فوق فحكومة لما فيه من الزينة.

وفي فقه الشيعة جاء في شرائع الإسلام للحلي (القسم الرابع ص ٢٢٦):

ولو أنبت الإنسان في موضع السن المقلوعة عظماً فنبت فقلعه قالع... أن فيه الأرش لأنه يستصحب ألماً وشيناً.

وفي المغني الحنبلي (٦ / ٦٢٣ - ٦٢٤): وفي قطع حلمتي الشديين

ديتهما... وقال مالك والثوري: إن ذهب اللبن وجبت ديتهما وإلا وجبت حكومة بقدر شينيه.

وظاهر من هذا النصوص أن الألم يعوض عنه كذا الشين وتفويت الجمال، وهذه كلها تنطوي على أضرار أدبية لما يحدثه الفعل في نفس المضرور من ألم حسي أو نفسي^(١).

وهذا الاستظهار غير ظاهر عندي، لأن هذه النصوص تدل على الجراحات التي تترك شيناً، أو تفوت جمالاً أو منفعة، أو تحدث ألماً فيها حكومة العدل. وحكومة العدل، وإن كان فيها معنى التعويض فهي في الحقيقة عقوبة على الجاني

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني.

كالدية، ويؤيد هذا أن بعض فقهاء المالكية يوجب مع الحكومة أجرة الطبيب وثمان الدواء^(١)، وهذا هو التعويض عن الخسارة المالية التي تحملها المضرور^(٢).

ثم إن النصوص الفقهية التي تدل على منع التعويض في الضرر الأدبي أوضح من هذه النصوص التي استدلت بها واضعو المذكرات الإيضاحية على جوازه:

من ذلك ما أورده واضعو المذكرات أنفسهم نقلاً عن (المغني) لابن قدامة (٦/٦٦٥): «وإن لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة، ولم يكن له جمال ينقص فيها فلم يضمنه كما لو شتمه^(٣)».

وقد أورد واضعو المذكرات الإيضاحية على ما استدلت به مانعو التعويض في الضرر الأدبي من أن «التعويض يقوم على إحلال مال محل مال فاقد مكافئ ليقوم مقامه ويسد مسده، أما الضرر الأدبي فلا يتمثل في فقد مال كان موجوداً» ردوا على هذا الاستدلال بثلاثة ردود هذا نصها^(٤):

١ - السند في الباب هو حديث رسول الله ﷺ أنه «لا ضرر ولا ضرار» وهو نص عام فقصره على الضرر المادي تخصيص بغير مخصص.

ويرد على هذا بأن هذا النص عام في الضرر المنهي عنه الواجب دفعه أو إزالته، وليس نصاً عاماً في الضرر الذي يجوز التعويض عنه بالمال، فكل ما يصدق عليه: لفظ الضرر منهي عنه بعموم هذا الحديث، وواجب دفعه أو إزالته، وبناء على هذا الحديث وضع الفقهاء قاعدة «الضرر يدفع بقدر الإمكان»^(٥). وقاعدة «الضرر يزال»^(٦) وليس في الحديث ما يدل على أن التعويض المالي مشروع

(١) ص ٢٩٨ و ٢٩٩؛ وانظر أيضاً نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي، ص ٢٨.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير: ٢٤٦/٤.

(٣) المذكرات الإيضاحية للقانون الأردني: ١/٢٩٩.

(٤) المصدر السابق: ١/٢٩٩ - ٣٠٠.

(٥) مجلة الأحكام العدلية، القاعدة ٣١.

(٦) المصدر السابق، القاعدة ٢٠.

لإزالة كل ضرر، هذا فضلاً عن أن التعويض المالي لا يدفع الضرر الأدبي ولا يزيله .

٢ - ليس المقصود بالتعويض مجرد إحلال مال محل مال، بل يدخل في الغرض منه الموساة إن لم تكن المماثلة ومن أظهر التطبيقات على ذلك الدية والأرش فليس أحدهما بدلاً عن مال ولا عما يقوم بمال . ويرد على هذا بما قلناه سابقاً من أن الدية ليست تعويضاً وإنما هي عقوبة من الشارع ومثلها الأرش .

٣ - «إن القول بعدم التعويض عن الضرر الأدبي يفتح الباب على مصراعيه للمعتدين على أعراض الناس وسمعتهم، وفي هذا من المفسدة الخاصة والعامة ما فيه ما يجعل من الواجب معالجته، ومن أسباب العلاج تقرير التعويض» .

ويرد على هذا بأن هذه الحجة تكون مقبولة لو أن المانعين للتعويض المالي لم يعالجوا ما يترتب على الضرر الأدبي من مفسدة، ولكن الواقع أنهم عالجوه بعلاج أنجع من علاج القانون وهو التعزيز، ولناخذ مثلاً الضرر الأدبي الذي يصيب الشرف والاعتبار والعرض كالقذف والسب . . فإن القانون يعالج ما لحق المضرور بالتعويض المالي، والفقهاء الإسلامي يعالجه بالحد ثمانين جلدة أو بالتعزير بما يراه الحاكم، والعلاج الفقهي أشد دعاً للمفسدين من العلاج القانوني^(١) .

وبناء على هذا فإني لا أجد لمبدأ التعويض الأدبي على النحو الذي يقرره القانون أصلاً يعتمد عليه في الفقه الإسلامي، ولا أرى مصلحة في الأخذ به .

البروفيسور الصديق محمد الأمين الضريير

(١) انظر الضمان في الفقه الإسلامي للأستاذ الخفيف، ص ٥٥ - ٥٧ . والنظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور صبحي المحمصاني: ١ / ١٧١ - ١٧٢ .

ملحق رقم (٤)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المملكة العربية السعودية
رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد
الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء

قرار رقم (٢٥) وتاريخ ٢١/٨/١٣٩٤هـ

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد وعلى آله
وصحبه ، وبعد :

فبناء على ما تقرر في الدورة الرابعة لمجلس هيئة كبار العلماء المنعقدة
فيما بين ١٠ / ٢٨ / ١٤٠١ و ١١ / ١١ / ٩٣هـ من الرغبة في دراسة موضوع الشرط الجزائي،
فقد جرى إدراجه في جدول أعمال الهيئة في دورتها الخامسة المنعقدة فيما بين
٥ و ٢٢ / ٨ / ١٣٩٤هـ في مدينة الطائف .

ثم جرى دراسة الموضوع في هذه الدورة بعد الاطلاع على البحث المعد
في ذلك من قبل اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، وبعد مداولة الرأي
والمناقشة، واستعراض المسائل التي يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائي،
ومناقشة توجيه قياسه على تلك المسائل والإيراد عليه، وتأمل قوله تعالى:
﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ﴾ [المائدة: ١]، وما روي عنه ﷺ من قوله:
«المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» ولقول عمر رضي
الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط» والاعتماد على القول الصحيح من أن
الأصل في الشروط الصحة، وأنه لا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على
تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً.

واستعراض ما ذكره أهل العلم من تقسيم الشروط في العقود إلى صحيحة وفاسدة وتقسيم الصحيحة إلى ثلاثة أنواع أحدها: شرط يقتضيه العقد كاشتراط التقابض وحلول الثمن. الثاني: شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الكفيل به أو صفة في المثلث ككون الأمة بكرأ. الثالث: شرط فيه منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا منافياً لمقتضاه كاشتراط البائع سكنى الدار شهراً. وتقسيم الفاسدة إلى ثلاثة أنواع أحدها: اشتراط أحد طرفي العقد على الطرف الثاني عقداً آخر كبيع أو إجارة أو نحو ذلك. الثاني: اشتراط ما ينافي مقتضى العقد كأن يشترط في المبيع ألا يخسره عليه أو ألا يبيع أو يهب ولا يعتق. الثالث: الشرط الذي يتعلق به العقد كقوله بعثك إن جاء فلان. وبتطبيق الشرط الجزائي عليها وظهور أنه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدد له والاستئناس بما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكريه أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه، وقال أيوب عن ابن سيرين: أن رجلاً باع طعاماً وقال: إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع. فلم يجيء فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت ففرضي عليه. وفضلاً عن ذلك فهو في مقابلة الإخلال بالالتزام حيث إن الإخلال به مظنة الضرر وتفويت المنافع، وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله، وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول، وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على

حسب ما فات من منفعة أو لحق من ضرر ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَيْكُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٨] وقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار». وبالله التوفيق وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

هيئة كبار العلماء

رئيس الدورة الخامسة

عبد العزيز بن عبد الله بن باز

عبد الرزاق عفيفي

عبد الله خياط

عبد الله بن حميد

عبد العزيز بن صالح

عبد المجيد حسن

محمد الحركان

سليمان بن عبيد

إبراهيم بن محمد آل الشيخ

صالح بن غصون

راشد بن خنين

عبد الله بن غديان

محمد بن جبير

* * *

الشرط اجزائي

إعداد
الأستاذ الدكتور علي أحمد السالوس
أستاذ الفقه والأصول بكلية الشريعة - جامعة قطر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الحمد لله تعالى حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه كما ينبغي لجلال وجهه وعزِّ سلطانه، والصلاة والسلام على رسوله خير البشر، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه واتبع سنته إلى يوم القيامة.

أما بعد: فقد قمت بهذا البحث تلبية لدعوة كريمة من سماحة الأمين العام للمجمع، حفظه الله تعالى ورعاه. وقسمت البحث إلى ثمانية مباحث، جعلت الأول للتعريف بالشروط وأقسامها، والأربعة التالية لبيان الشروط عند المذاهب الأربعة، أما جوهر البحث ولبه فهو في المباحث الثلاثة الأخيرة.

ففي المبحث السادس نظرت في الأحاديث الشريفة التي استدلت بها الأئمة الأعلام؛ تخريجها ودرجتها وفقها، وناقشت الأقوال المختلفة مع الترجيح.

والمبحث السابع جعلته لما أظهرته الدراسة السابقة من ترجيح ما يتصل بالشروط الوضعية، ومنها الشرط الجزائي.

والمبحث الأخير جعلته للحديث عن الشرط الجزائي في المعاملات المعاصرة.

وإذا كان البحث زاد على الحد الأقصى للمصفحات فإن ذلك يرجع إلى المباحث الخمسة الأولى، وهي ضرورية للوصول إلى الثلاثة الأخيرة.

والخمس الأولى تقرير لما هو واقع، وليس فيها مجال للاجتهد، ولذلك يمكن أن تكون بين يدي القارئ الكريم يرجع إليها متى شاء عند الإشارة أو الإحالة إليها، ويبدأ القراءة بالمبحث السادس. هذا ما أعاننا الله عزَّ وجلَّ عليه، وهدانا إليه، فنسأله سبحانه وتعالى أن يجنبنا الزلل في القول والعمل.

﴿ سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعَزَّةِ عَمَّا يَصِفُونَ ﴿١٧٧﴾ وَسَلَامٌ عَلَى الْمُرْسَلِينَ ﴿١٧٨﴾ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿١٧٩﴾.

المبحث الأول الشروط وأقسامها

المطلب الأول تعريف الشرط

الشرط - في اللغة - إلزام الشيء والتزامه، والجمع شروط. وقد سَرَطَ له وعليه كذا من باب ضَرَبَ ونصر، واشترط عليه والشريطة كالشرط، وجمعها شرائط.

والشَّرَط - بالتحريك - أي بفتحتين: العلامة، والجمع: أشرط، وأشرط الساعة: علاماتها^(١).

والشرط - في الاصطلاح - ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، لذاته.

وهذا التعريف جاء دون شرح أو بيان في مطالب أولي النهى^(٢)، وفي جمع الجوامع، وعلى الأخير جاء شرح الجلال المحلي، وحاشية البناني حيث ذكر أن التعريف فيه ثلاثة قيود:

القيد الأول هو قوله: «يلزم من عدمه العدم»، احتترز به من المانع؛ فإنه لا يلزم من عدمه شيء.

والقيد الثاني هو قوله: «ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم»، احتترز به من السبب؛ فإنه يلزم من وجوده الوجود، وهذا القيد يخرج المانع أيضاً لأنه يلزم من وجوده العدم.

(١) راجع لسان العرب ومختار الصحاح والمعاجم اللغوية.

(٢) ٦٦/٣.

والقيد الثالث : هو قوله : «لذاته» ، احتزبه من مقارنة الشرط للسبب فيلزم الوجود، كوجود الحول الذي هو شرط لوجوب الزكاة، مع النصاب الذي هو سبب للوجوب، ومع مقارنته للمانع، كالدين على القول بأنه مانع من وجوب الزكاة، فيلزم العدم. فلزوم الوجود والعدم في ذلك لوجود السبب والمانع لا لذات الشرط .

فهذا القيد للبيان ودفع توهم لزوم الوجود من وجود الشرط إذا قارن السبب، لأنه ترتب الوجود حينئذ على السبب لا على الشرط، ودفع توهم لزوم العدم من وجود الشرط إذا قارن المانع، لأن ترتب العدم حينئذ على وجود المانع لا على وجود الشرط^(١) .

وقال الآمدي : «قال بعض أصحابنا: الشرط هو الذي يتوقف عليه تأثير المؤثر في تأثيره، لا في ذاته .

وهو فاسد: فإن الحياة القديمة شرط في وجود علم الباري تعالى، وكونه عالماً، ولا تأثير ولا مؤثر .

والحق في ذلك أن يقال: الشرط هو ما يلزم من نفيه نفي أمر ما على وجه لا يكون سبباً لوجوده، ولا داخلاً في السبب»^(٢) .

وأخذ يبين رأيه، وقال بعد ذلك :

«وهو منقسم إلى شرط عقلي، كالحياة للعلم والإرادة، وإلى شرعي، كالطهارة والصلاة، والإحصان للرجم، وإلى لغوي، وصيغه كثيرة، وهي : (إن) الخفيفة، وإذا، ومن، ومهما، وحيثما، وأينما، وإذما، وأم هذه الصيغ (إن) الشرطية»^(٣) .

(١) انظر جمع الجوامع، مع شرح الجلال المحلي، مع حاشية البناني : ١٨/٢ - ١٩ .

(٢) الإحكام في أصول الأحكام : ٤٥٣/٢ .

(٣) المرجع السابق : ٤٥٤/٢ .

الفرق بين الشرط والسبب والمانع:

فيما سبق إشارة إلى الفرق بين الشرط والسبب والمانع:

وقد فصل الشاطبي حيث قال: الأفعال الواقعة في الوجود المقتضية لأمر تشرع لأجلها، أو توضع فقتضيتها على الجملة ضربان: أحدهما خارج عن مقدور المكلف، والآخر ما يصح دخوله تحت مقدوره.

فالأول: قد يكون سبباً، ويكون شرطاً، ويكون مانعاً. فالسبب مثل كون الاضطرار سبباً في إباحة الميتة، وخوف العنت سبباً في إباحة نكاح الإماء، والسلس سبباً في إسقاط وجوب الوضوء لكل صلاة مع وجود الخارج، وزوال الشمس أو غروبها أو طلوع الفجر سبباً في إيجاب تلك الصلوات - وما أشبه ذلك. والشرط ككون الحول شرطاً في إيجاب الزكاة، والبلوغ شرطاً في التكليف مطلقاً، والقدرة على التسليم شرطاً في صحة البيع، والرشد شرطاً في دفع مال اليتيم إليه، وإرسال الرسل شرطاً في الثواب والعقاب، وما كان نحو ذلك. والمانع ككون الحيض مانعاً من السوء والطلاق والطواف بالبيت ووجوب الصلوات وأداء الصيام، والجنون مانعاً من القيام بالعبادات وإطلاق التصرفات، وما أشبه ذلك.

وأما الضرب الثاني فله نظران: نظر من حيث هو مما يدخل تحت خطاب التكليف مأموراً به أو منهيّاً عنه، أو مأذوناً فيه، من جهة اقتضائه للمصالح أو المفاسد جلياً أو دعياً، كالبيع والشراء للانتفاع، والنكاح للنسل، والانقياد للطاعة لحصول الفوز، وما أشبه ذلك. وهو يبين. ونظر من جهة ما يدخل تحت خطاب الوضع إما سبباً أو شرطاً أو مانعاً. أما السبب فمثل كون النكاح سبباً في حصول التوارث بين الزوجين وتحريم المصاهرة، وحلّية الاستمتاع، والذكاة سبباً لحلّية الانتفاع بالأكل، والسفر سبباً في إباحة القصر والفطر، والقتل والجرح سبباً للقصاص، والزنى وشرب الخمر والسرقه والقذف أسباباً لحصول تلك العقوبات، وما أشبه ذلك. فإن هذه الأمور وضعت أسباباً لشرع تلك المسببات.

وأما الشرط فمثل كون النكاح شرطاً في وقوع الطلاق أو في حل مراجعة المطلقة ثلاثاً، والإحصان شرطاً في رجم الزاني، والطهارة شرطاً في صحة الصلاة، والنية شرطاً في صحة العبادات. فإن هذه الأمور وما أشبهها ليست بأسباب ولكنها شروط معتبرة في صحة تلك المقتضيات.

وأما المانع فككون نكاح الأخت مانعاً من نكاح الأخرى، ونكاح المرأة مانعاً من نكاح عمتها وخالتها، والإيمان مانعاً من القصاص للكافر، والكفر مانعاً من قبول الطاعات، وما أشبه ذلك.

وقد يجتمع في الأمر الواحد أن يكون سبباً وشرطاً ومانعاً؛ كالإيمان هو سبب في الثواب، وشرط في وجوب الطاعات أو في صحتها. ومانع من القصاص منه للكافر. ومثله كثير. غير أن هذه الأمور الثلاثة لا تجتمع للشيء الواحد. فإذا وقع سبباً لحكم شرعي فلا يكون شرطاً فيه نفسه ولا مانعاً له لما في ذلك من التدافع. وإنما يكون سبباً لحكم وشرطاً لآخر ومانعاً لآخر. ولا يصح اجتماعها على الحكم الواحد، ولا اجتماع اثنين منها من جهة واحدة؛ كما لا يصح ذلك في أحكام خطاب التكليف^(١).

* * *

(١) انظر الموافقات: ١/١٨٧-١٨٩.

المطلب الثاني

أقسام الشروط

١ - الشروط الشرعية:

قال الشاطبي: الشروط المعتمدة في المشروطات شرعاً على ضربين:

أحدهما: ما كان راجعاً إلى خطاب التكليف - إما مأموراً بتحصيلها - كالطهارة للصلاة، وأخذ الزينة لها، وطهارة الثوب، وما أشبه ذلك - وإما منهيّاً عن تحصيلها - ككنكاح المحلل الذي هو شرط لمراجعة الزوج الأول، والجمع بين المفترق والفرق بين المجتمع خشية الصدقة، الذي هو شرط لنقصان الصدقة، وما أشبه ذلك. فهذا الضرب واضح قصد الشارع فيه. فالأول مقصود الفعل؛ والثاني مقصود الترك. وكذلك الشرط المخير فيه - إن اتفق - فقصد الشارع فيه جعله لخيرة المكلف: إن شاء فعله فيحصل المشروط، وإن شاء تركه فلا يحصل.

والضرب الثاني ما يرجع إلى خطاب الوضع؛ كالحول في الزكاة، والإحصان في الزنى، والحرز في القطع، وما أشبه ذلك. فهذا الضرب 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 عليه إمساكه حتى تجب عليه الزكاة فيه، ولا مطلوب الترك أن يقال يجب عليه إنفاقه خوفاً أن تجب فيه الزكاة. وكذلك الإحصان لا يقال إنه مطلوب الفعل ليجب عليه الرجوع إذا زنى، ولا مطلوب الترك لثلاث يجب عليه الرجوع إذا زنى^(١).

٢ - الشروط الجعلية أو الوضعية:

الشروط المعتمدة في المشروطات شرعاً، سواء ما كان راجعاً إلى خطاب التكليف وما كان راجعاً إلى خطاب الوضع، كلها شروط شرعية؛ فالشرع هو الذي اشتراطها وليس المكلف.

(١) الموافقات: ٢٧٣/١.

أما الشروط الجعلية فهي الشروط التي يشترطها المكلف، كشروط المتعاقد في العقد، وشروط الواقف، وشروط الموصى .

إذن ما اشترطه الشرع فهو شرط شرعي، وكل ما اشترطه المكلف فهو شرط جعّلي .

فمثلاً اشتراط أن يكون محل العقد متقوماً، والأهلية وعدم الغرر، شروط شرعية .

واشتراط الكفيل لضمان الثمن، والرهن، وخيار الشرط، شروط جعلية .
ومن المعلوم أن الشرط الجزائي - موضوع البحث - من الشروط الجعلية .
ولذلك نبحت هذه الشروط بالتفصيل في المذاهب المختلفة المعتمدة .

تعريف الشرط الجزائي:

عرفنا المراد بالشرط، فما المراد بالجزائي؟ .

الجزاء: المكافأة على الشيء، جزاء به وعليه جزاءً، والجزاء يكون ثواباً ويكون عقاباً، ويستعمل في الخير والشر^(١) .

والمراد بالجزاء هنا العقاب لا الشواب، والشرط الجزائي يعني الجزاء المترتب على الإخلال بالشرط، والمكافأة على الإخلال بالشرط لا تكون ثواباً .

وستأتي أمثلة كثيرة متنوعة عند الحديث عن الشرط الجزائي في المعاملات المعاصرة في المبحث الثامن^(٢) .

* * *

(١) انظر مادة (جزى) في لسان العرب، وفي معجم ألفاظ القرآن الكريم لمجمع اللغة العربية بالقاهرة .

(٢) لم أجد عبارة (الشرط الجزائي) في كتب الفقه والأصول التي رجعت إليها، وهي موجودة في القوانين الوضعية . انظر على سبيل المثال: الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري: الفصل الثاني من الباب الثاني من آثار الالتزام: ٨٥١ / ٢ - ٨٧٧، حيث تجد حديثاً مفضلاً عن الشرط الجزائي في القانون .

المبحث الثاني الشروط عند الحنفية

قال المرغيناني:

«ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد» لأن هذا بيع وشرط، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط.

ثم جملة المذهب فيه أن يقال: كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع، لأن فيه زيادة عاربه عن العوض فيؤدي إلى الربا، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفاً لأن العرف قاضٍ على القياس. ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده. وهو الظاهر من المذهب، كشرط لا يبيع المشتري الدابة المبيعة، لأنها انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة. إذا أثبت هذا فنقول: إن هذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام حتماً، والشرط يقتضي ذلك، وفيه منفعة للمعقود عليه.

وقال:

«وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً، أو داراً على أن يسكنها، أو على أن يقرضه المشتري درهماً، أو على أن يهدي له هدية» لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف، ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع، وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة.

ثم قال :

الكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع ، لأنها تبطل بالشروط الفاسدة .
والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمدة هذه العقود لا تبطل
بالشروط الفاسدة^(١) .

وقال البابر تي في شرحه :

قال : (ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري) شرع في بيان الفساد الواقع في
العقد بسبب الشرط ، وذكر أصلاً جامعاً لفروع أصحابنا ، وتقريره أن الشرط
ينقسم أولاً إلى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد : كشرط
الملك للمشتري ، وشرط تسليم الثمن ، أو المبيع . وإلى ما لا يقتضيه وهو ما كان
بخلاف ذلك ، وهذا ينقسم إلى ما كان متعارفاً وإلى ما ليس كذلك ، وهذا ينقسم
إلى ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين وإلى ما ليس فيه ذلك ، وهذا ينقسم إلى ما فيه
منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق وإلى ما هو بخلافه . ففي القسم
الأول جاز البيع ، والشرط يزيده وكادة . لا يقال : نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط ،
وهو بإطلاقه يقتضي عدم جوازه ، لأنه في الحقيقة ليس بشرط حيث أفاد ما أفاده
العقد المطلق .

وفي الأول من القسم الثاني ، وهو ما كان متعارفاً ، كبيع النعل مع شرط
التشريك ، كذلك ؛ لأن الثابت بالعرف قاضٍ على القياس . لا يقال فساد البيع
شرط ثابت بالحديث ، والعرف ليس بقاضٍ عليه ، لأنه معلول بوقوع النزاع
المُخْرَج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة ، والعرف ينفي النزاع فكان
موافقاً لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع إلا القياس على ما لا عرف فيه بجامع
كونه شرطاً ، والعرف قاضٍ عليه . وفيما إذا لم يكن متعارفاً وفيه منفعة لأحد
المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسداً لوجهين ؛ لأنه

(١) انظر الهداية مع شرح فتح القدير : ٧٦/٦ - ٨٣ .

فيه زيادة عارية عن العوض لأنهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثلثن خلا الشرط عن العوض وهو الربا. لا يقال: لا تطلق الزيادة إلا على المتجانسين للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربا؛ لأنه مال جاز أخذ العوض عليه ولم يعوض عنه بشيء فكان ربا، ولأنه يقع بسببه المنازعة في مقصوده فيعري العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان أسباب الشرائع.

وفيما إذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع فإن العبد يعجبه أن لا تتداوله الأيدي وتماثل العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطلاً. فاشترط منفعته كاشترط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين.

وفيما إذا لم يكن فيه منفعة لأحد فالبيع صحيح والشرط باطل، كشرط أن لا يبيع الدابة المبيعة لأنه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة، فكان الشرط لغواً، وهو ظاهر المذهب. وفي رواية عن أبي يوسف أنه يبطل البيع به، نص عليه في آخر المزارعة لتضرر المشتري به من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في ملكه، والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين.

والجواب أن المعتبر المطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر. وإذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه، أو أمة على أن يستولدها المشتري، فاسد لأنها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه، لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخير لا الإلزام، والشرط يقتضي الإلزام حتماً، والمنافاة بينهما ظاهرة، وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر، فعملنا بهما وقلنا إنه فاسد، والفاسد ما يكون مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه؛ فبالنظر إلى وجود ركن العقد كان مشروعاً، وبالنظر إلى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسداً^(١).

(١) راجع العناية مع شرح فتح القدير: ٧٦/٦-٧٨.

والكاساني تحدث عن الشروط الفاسدة وقال :

هي أنواع، منها: شرط في وجوده غرر، وذكر عدداً من المسائل، ثم قال :
وإن شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطاً على حده، وخرجتها إليه فقلت :
ومنها أن لا يكون المشروط محظوراً فافهم .

ثم قال : (ومنها) شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق ، وليس بملائم للعقد، ولا مما جرى به التعامل بين الناس ، نحو ما إذا باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً ثم يسلمها إليه ، أو أرضاً على أن يزرعها سنة ، أو دابة على أن يركبها شهراً ، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً ، أو على أن يقرضه المشتري قرضاً ، أو على أن يهب له هبة ، أو يزوج ابنته منه ، أو يبيع منه كذا ، ونحو ذلك . أو اشترى ثوباً على أن يخيطة البائع قميصاً ، أو حنطة على أن يطحنها ، أو ثمرة على أن يجدها ، أو ربطة قائمة على الأرض على أن يجدها ، أو شيئاً له حمل ومؤنة على أن يحمله البائع إلى منزله ، ونحو ذلك ، فالبيع في هذا كله فاسد ، لأن زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا . والبيع الذي فيه الربا فاسد ، أو فيه شبهة الربا وإنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا على ما نقره إن شاء الله تعالى .

وكذا لو باع جارية على أن يدبرها المشتري أو على أن يستولدها فالبيع فاسد ؛ لأنه شرط فيه منفعة وأنه مفسد . وكذا لو باعها بشرط أن يعتقها المشتري ، فالبيع فاسد في ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وروى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما - أنه جائز .

ويكّن ما يؤيد كلاً من الرأيين في شرط الإعتاق ، ثم قال :

(وأما) فيما سوى الرقيق إذا باع ثوباً على أن لا يبيعه المشتري ، أو لا يهبه ، أو دابة على أن لا يبيعها ، أو يهبها ، أو طعاماً على أن لا يأكله ولا يبيعه ، ذكر في المزارعة ما يدل على جواز البيع فإنه قال : لو شرط أحد المزارعين في المزارعة على أن لا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل . وهكذا

روى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله، وفي الإملاء عن أبي يوسف: البيع بهذا الشرط فاسد (ووجهه) أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرى به التعارف بين الناس فيكون مفسداً كما في سائر الشرائط المفسدة، والصحيح ما ذكر في المزارعة، لأن هذا شرط لا منفعة لأحد، فلا يوجب الفساد، وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض ولم يوجد في هذا لأنه لا منفعة فيه لأحد، إلا أنه شرط فاسد في نفسه لكنه لا يؤثر في العقد فالعقد جائز والشرط باطل.

ولو باع ثوباً على أن يحرقه المشتري أو داراً على أن يخربها فالبيع جائز والشرط باطل. لأن شرط المضرة لا يؤثر في البيع على ما ذكرنا.

(وأما) الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساد. كما إذا اشترى بشرط أن يمتلك المبيع أو باع بشرط أن يمتلك الثمن ونحو ذلك فالبيع جائز؛ لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها في معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد فلا توجب فساد العقد. وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد لا يوجب فساد العقد أيضاً، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكداً إياه، فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد، وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً أو كفيلاً والرهن معلوم والكفيل حاضر فقبل. وجملة الكلام في البيع بشرط إعطاء الرهن أن الرهن لا يخلو إما أن يكون معلوماً أو مجهولاً، فإن كان معلوماً فالبيع جائز استحساناً. والقياس أن لا يجوز، لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً، إلا أننا استحساناً الجواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً لمقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى، لأن الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن، وكذا الكفالة، فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة فكان كل واحد منهما مقررًا لمقتضى العقد معنى، فأشبه اشتراط صفة الجودة للثمن وأنه لا يوجب فساد العقد فكذا هذا.

ثم قال: ولو شرط المشتري على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من

غرمائه، أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع، فالبيع فاسد؛ لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد، والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الأصل إلا إذا كان فيه تقرير موجب العقد وتأكيده، والحوالة إبراء عن الثمن وإسقاط له فلم يكن ملائماً للعقد بخلاف الكفالة والرهن. وكذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضاً لكن للناس فيه تعامل فالبيع جائز، كما إذا اشترى نعلًا على أن يحذوه البائع، أو جراباً على أن يخززه له خفًا أو ينعل خفه، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر رحمه الله. (وجه) القياس أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسد كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يخيطه البائع له قميصاً ونحو ذلك. (ولنا) أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع^(١).

* * *

(١) انظر بدائع الصنائع: ١٦٩/٥ - ١٧٢.

الخلاصة

الشروط الصحيحة:

مما سبق نرى أن الشروط تكون صحيحة عند الحنفية في ثلاث حالات :

الحالة الأولى :

الشرط الذي يقتضيه العقد، كشرط البائع تسليم الثمن، وشرط المشتري تملك المبيع، وشرط المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة، وهذا في الحقيقة ليس بشرط؛ حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق بغير الشرط، فالشرط لا يزيده إلا تأكيداً.

الحالة الثانية :

الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد: وهذا الشرط أجازوه بالاستحسان، ويرون أنه بالقياس يعتبر فاسداً، كاشتراط الرهن والكفيل لضمان الثمن. والكاساني وضح هذا، وذكر أن الحوالة ليست كالكفالة، فشرطها يفسد العقد. غير أننا نجد ما يخالف هذا الرأي، فالسرخسي ذكر أن الكفالة والحوالة والرهن كلها مما يلائم العقد حيث قال :

وشرط الحوالة في هذا كشرط الكفالة لأنه لا ينافي وجود أصل الثمن في ذمة المشتري فإن الحوالة تحويل، ولا يكون ذلك إلا بعد وجود الثمن في ذمة المشتري بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداء على غير المشتري بالعقد فإن ذلك ينافي وجوب العقد فكان مفسداً للعقد.

ثم قال :

وإن شرط أن يرهنه هذا المبتاع بعينه ففي القياس العقد فاسد لما بينا أنه شرط عقد في عقد، وفي الاستحسان يجوز هذا العقد، لأن المقصود بالرهن

الاستيفاء، فإن موجه ثبوت يد الاستيفاء، وشرط استيفاء الثمن ملائم للعقد، ثم الرهن بالثمن للتوثق بالثمن فاشترط مايتوثق به كاشتراك صفة الجودة في الثمن^(١).

الحالة الثالثة:

الشرط الذي لا يقتضيه العقد، وليس بملائم له، ولكن للناس فيه تعامل، وفيه عرف ظاهر.

وهذا الشرط فاسد بالقياس عندهم، ورأوا جوازه استحساناً لأن الثابت بالعرف قاضٍ على القياس، ويسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع. بل قال السرخسي:

الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، وفي النزوع عن العادة الظاهرة جرح بين^(٢).

الشرط غير الصحيح:

الشرط الذي لا يقتضيه العقد، وليس بملائم له، وليس فيه تعامل للناس ولا عرف ظاهر، يكون شرطاً غير صحيح:

فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ أو للمعقود عليه في حالة بيع الرقيق: فالشرط فاسد ومفسد للعقد.

وإن لم يكن فيه منفعة فالعقد صحيح والشرط باطل في ظاهر المذهب، وفي رواية عن أبي يوسف أن العقد يبطل؛ وقد وضحوا أن الشرط الفاسد ما يؤدي إلى الغرر، أو الربا، فيجب ألا يكون المشروط محظوراً.

ومن هذا المحظور ما يقع تحت النهي عن بيع وسلف، وبيعتين في بيعة أو صفقتين في صفقة.

(١) انظر المبسوط: ١٩/١٣.

(٢) المبسوط: ١٣/١٤-١٥.

وقالوا: الكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع؛ لأنها تبطل بالشروط الفاسدة.

وقال ابن الهمام في شرحه:

(والأحسن أن يقال تبطل بالشروط الفاسدة لأنها عقود معاوضة، فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة أثر المشابهة، وتعلل المشابهة بأنها عقود معاوضات)^(١).

أما الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، فإن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة، بل يصح العقد ويبطل الشرط، ومثلها الوصية؛ لأن الفساد باعتبار إفضائه إلى الربا، وذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات، وهذه تبرعات وإسقاطات)^(٢).

* * *

(١) شرح فتح القدير: ٨٢/٦.

(٢) انظر العناية مع المرجع السابق: ٨٣/٦.

المبحث الثالث

الشروط عند الملكية

في الجزء الرابع من المدونة الكبرى نقرأ ما يلي :

(قلت): رأيت لو بعت عبداً من أجنبي بمائة دينار، وقيمه مائتا دينار، على أن أسلفني المشتري خمسين ديناراً؟ (قال): البيع فاسد، ويبلغ به قيمته إذا فات مائتي دينار. (قلت): لِمَ؟ (قال): لأن العقدة وقعت فاسدة؛ لأن فيها بيعاً وسلفاً، ولأن البائع يقول: أنا لم أرض أن أبيع عبدي بمائة دينار وقيمه مائتا دينار إلا بهذه الخمسين التي أخذتها سلفاً^(١).

وقال مالك في البيع والسلف: إذا ترك الذي اشترط السلف ما اشترط صحت العقدة^(٢).

(قلت): رأيت لو أن رجلاً اشترى جارية على أن البائع متى ما جاء بالثمن فهو أحق بالجارية، أيجوز هذا في قول مالك؟ (قال): لا. (قلت): لِمَ؟ (قال): لأن هذا يعتبر كأنه بيع وسلف^(٣).

(قلت): رأيت إن اشترت عبداً على أن أعتقه، أيجوز هذا الشراء في قول مالك؟ (قال): نعم. (قلت): لم أجزته وهذا البائع لم يستقص الثمن كله للشرط الذي في العبد؟ (قال): لأن البائع وضع من الثمن للشرط الذي في العبد فلم يقع فيه الغرر^(٤).

(١) ص ١٣٢.

(٢) ص ١٣٢.

(٣) ص ١٣٣.

(٤) ص ١٥٢.

العتق إلى أجل غرر، وبنات العتق ليس بغرر^(١).

(قلت): رأيت الدار التي يشتريها الرجل على أن للبايع سكنها سنة أيجوز هذا في قول مالك؟ (قال): قال مالك: ذلك جائز إذا اشترط البائع سكنها الأشهر، والسنة ليست ببعيد، وكره ما تباعد من ذلك^(٢).

(قلت): رأيت إن بعث دابتي هذه على أن لي ركوبها شهراً أيجوز هذا في قول مالك؟ (قال): قال مالك: لا خير فيه، وإنما يجوز من ذلك في قول مالك اليوم واليومين وما أشبهه، وأما الشهر والأمر المتباعد فلا خير فيه^(٣).

(قال ابن وهب): قال مالك: إن اشترط ركوبها إلى قريب فلا بأس به، فأما إن اشترط بائع الدابة أن يركبها إلى البعد الذي يخافه أن تدبر فيه دبراً يهلكها ولا ترجع منه فذلك بيع الغرر، ولا يحل^(٤).

وقال ابن رشد الحفيد في بيوع الشروط والثنيا:

والأصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث: أحدها حديث جابر قال: (ابتاع مني رسول الله ﷺ بغيراً وشرط ظهره إلى المدينة) وهذا الحديث في الصحيح. والحديث الثاني حديث بريرة أن رسول الله ﷺ قال: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط» والحديث متفق على صحته، والثالث حديث جابر قال: (نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا، ورخص في العرايا) وهو أيضاً في الصحيح خرجه مسلم. ومن هذا الباب ما روي عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع وشرط».

فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث في بيع وشرط:

وذكر الاختلاف ثم قال: وأما مالك: فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام:

(١) انظر، ص ١٥٢، وفيها توضيح حدوث الغرر.

(٢) ص ٢٢٠.

(٣) ص ٢٢٠.

(٤) ص ٢٢١.

شروط تبطل هي والبيع معاً، وشروط تجوز هي والبيع معاً، وشروط تبطل ويشترط البيع، وقد يظن أن عنده قسماً رابعاً وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشتري بشرطه بطل البيع، وإن تركه جاز البيع. وإعطاء فروق بينه في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنف الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك، أو إلى ما يفيد نقصاً في الملك، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط وأبطله وأبطل الشرط، وما كان قليلاً أجازته وأجاز الشرط فيها، وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع. ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب، إذا بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها، والجمع عندهم أحسن من الترجيح^(١)، وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة، وأحد من له ذلك جدّي والمازري والباقي. وتفصيله في ذلك أن قال: إن الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين:

أحدهما: أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الأمة أو العبد، ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري، فمثل هذا قالوا: يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة.

والقسم الثاني أن يشترط عليه شرطاً يقع في مدة الملك وهذا قالوا: 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 من البر شيء. فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكنها

(١) ومع ذلك قال ابن عبد البر في الاستذكار: ٧٣/١٩، حديث جابر اختلف في ألفاظه اختلافاً لا تقوم معه حجة، أي أنه رد الحديث الذي رواه الشيخان بألفاظ صريحة في البيع مع الشرط.

مدة يسيرة مثل الشهر، وقيل السنة، فذلك جائز على حديث جابر. وإما أن يشترط منعاً من تصرف خاص أو عام، فذلك لا يجوز لأنه من الثنيا، مثل أن يبيع الأمة على أن لا يطأها أو لا يبيعهها، وإما أن يشترط معنى من معاني البر مثل العتق، فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده، وإن تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه^(١).

ثم قال: وأما إن اشترط معنى في المبيع ليس يبرّر مثل أن لا يبيعهها، فذلك لا يجوز عند مالك، وقيل عنه البيع مفسوخ، وقيل بل يبطل الشرط فقط. وأما من قال له البائع: متى جئتك بالثمن رددت عليّ المبيع فإنه لا يجوز عند مالك، لأنه يكون متردداً بين بيع المبيع والسلف وإن جاء بالثمن كان سلفاً، وإن لم يجيء كان بيعاً^(٢).

وقال الصاوي:

قوله: (وكبيع وشرط): اعلم أن الشرط الذي يحصل عند البيع إما أن ينافي المقصود أو يخل بالثمن أو يقتضيه العقد أو لا يقتضيه ولا ينافيه، فالمضّر الأولان دون الأخيرين. فالذي يناقض المقصود مثله بقوله كأن لا يركبها أو لا يبيعهها... إلخ، والذي يخل بالثمن بقوله: كبيع بشرط سلف، والذي لا يقتضيه العقد كشرط تسليم المبيع ولم يمثل له هنا وإن كانت أحكامه معلومة، والذي يقتضيه ولا ينافيه أفاده بقوله: كشرط رهن وحميل، فهذا الأخير إن اشترط عمل به وإلا فلا، والشرط الذي قبله لازم له على كل حال، وهذا التفصيل لمالك^(٣).

والخرشي بعد أن بيّن الشرط الذي يناقض المقصود من البيع، أو يخل بالثمن، قال:

بقي شرط يقتضيه العقد، وهو واضح الصحة كشرط تسليم المبيع، وهو لازم دون شرط، فشرطه تأكيد.

(١) ومثال العتق الهبة والصدقة والوقف - انظر الخرشي: ٨١/٣ ومعه حاشية العدوي.

(٢) انظر بداية المجتهد: ٣٠٨-٣١٢.

(٣) انظر حاشية الصاوي مع الشرح الصغير: ١٠٢/٣.

وشرط لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، وهو من مصلحته، جائز لازم بالشرط
ساقط بدونه كالأجل والخيار والرهن^(١).

وقال ابن رشد الجدي:

الشروط المشترطة في البيوع على مذهب مالك - رحمه الله - تنقسم على
أربعة أقسام:

أحدها: يفسخ به العقد على كل حال، ولا خيار، في الربا والغرر في
الثلث أو المثلون وما أشبه ذلك.

والثاني: يفسخ فيه البيع ما دام مشروط الشرط متمسكاً بشرطه، فإن رضي
بترك الشرط صح البيع.

والثالث: يجوز فيه البيع والشرط وذلك إذا كان الشرط صحيحاً ولم يؤول
البيع به إلى غرر، ولا فساد في ثمن ولا مثلون، ولا إلى ما أشبه ذلك من الإخلال
بشرط من الشرائط المشترطة في صحة البيع، وذلك مثل أن يبيع الرجل الدار
ويشترط سكنها أشهراً معلومة . . .

والرابع: يجوز فيه البيع ويفسخ الشرط، وذلك ما كان الشرط فيه غير
صحيح إلا أنه خفيف فلم يقع عليه حصة من الثمن، وذلك مثل أن يبيع السلعة
ويشترط إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام أو نحوها فلا بيع بينهما، ومثل الذي
يبتاع الحائط بشرط البراءة من الجائحة^(٢).

ثم قال:

فلا يخرج شيء من البيوع عن هذه الأقسام، وإن وجد بين أصحاب مالك -
رحمه الله تعالى - اختلاف في بيع من البيوع فإنما ذلك لاختلافهم من أي قسم هو
من الأقسام المذكورة^(٣).

(١) انظر الخروشي: ٨٠/٣.

(٢) المقدمات: ٥٤٤/٢.

(٣) المقدمات: ٥٤٥/٢؛ وراجع اجتماع البيع والشرط في عقد الجواهر الثمينة: ٤٢٢/٣.

وقال الشاطبي :

الشروط مع مشروطاتها على ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون مكماً لحكمة المشروط وعاضداً لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال؛ كاشتراط الصيام في الاعتكاف عند من يشترطه، واشتراط الكفء والإمساك بالمعروف والتسريح بإحسان - في النكاح، واشتراط الرهن والحميل والنقد أو النسب في الثمن - في البيع، واشتراط العهدة في الرقيق، واشتراط مال العبد، وثمرة الشجر، وما أشبه ذلك. وكذا اشتراط الحول في الزكاة، والإحصان في الزنى، وعدم الطول في نكاح الإمام، والحرز في القطع. فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعاً لأنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضي حكماً.

(والثاني) أن يكون غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته، بل هو على الضد من الأول؛ كما إذا اشترط في الصلاة أن يتكلم فيها إذا أحب، أو اشترط في الاعتكاف أن يخرج عن المسجد إذا أراد - بناء على رأي مالك، أو اشترط في النكاح أن لا ينفق عليها أو أن لا يطأها وليس بمجبوب ولا عنين، أو شرط في البيع أن لا ينتفع بالمبيع، أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض أو شرط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجر عليه إن تلف، وأن يصدقه في دعوى التلف، وما أشبه ذلك. فهذا القسم أيضاً لا إشكال في إبطاله، لأنه مناف لحكمة السبب. فلا يصح أن يجتمع معه.

(والثالث) أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة. وهو محل نظر: هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة؟ أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهراً؟ والقاعدة المستمرة في أمثال هذا، التفرقة بين العبادات والمعاملات. فما كان من العبادات لا يكتفي فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن؛

= وراجع الموضوع في الجزء الرابع من المدونة، ص ١٣٢ بيع وسلف، ص ١٥٢ البيع بشرط العتق، ص ٢٢٠.

إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات . فكذلك ما يتعلق بها من الشروط .
وما كان من العاديات يكتفي فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى
المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه . والله
أعلم^(١) .

* * *

(١) انظر الموافقات: ١/٢٨٣-٢٨٥ .

المبحث الرابع الشروط عند الشافعية

قال الشافعي - رحمه الله - :

وإذا باع الرجلُ الرجلَ العبدَ على أن لا يبيعه، أو على أن يبيعه من فلان، أو على أن لا يستخدمه، أو على أن ينفق عليه كذا، أو على أن يحارجه، فالبيع كله فاسد لأن هذا كله غير تمام ملك ولا يجوز الشرط في هذا إلا في موضع واحد وهو العتق اتباعاً للسنة ولفراق العتق لما سواه فنقول: إن اشتراه منه على أن يعتقه فأعتقه فالبيع جائز، فإن قال رجل ما فرق بين العتق وغيره؟ قيل: قد يكون لي نصف العبد فأهبه أو أبيعته وأصنع فيه ما شئت غير العتق ولا يلزمني ضمان نصيب شريكي فيه ولا يخرج نصيب شريكي من يده، لأن كلاً مالك لما ملك، فإن أعتقه وأنا موسر عتق على نصف شريكي الذي لا أملك ولم أعتق وضمنت قيمته، وخرج من يدي شريكي بغير أمره، وأعتق الحمل فتلده لأقل من ستة أشهر فيقع عليه العتق، ولو بعته لم يجز البيع مع خلافه لغيره في هذا وفي أم الولد والمكاتب وما سواه^(١).

وقال الشيرازي:

إذا شرط في البيع شرطاً نظرت - فإن كان شرطاً يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما أشبهها - لم يبطل العقد؛ لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله. فإن شرط ما لا يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين لم يبطل العقد؛ لأن الشرع ورد بذلك على ما نبينه في مواضعه إن شاء الله وبه الثقة. ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد. فإن شرط عتق العبد المبيع لم يفسد العقد، لأن عائشة - رضي الله عنها - اشترت بريرة لتعتقها، فأراد أهلها أن

(١) الأم: ٧٨/٣.

يشترطوا ولاءها فقال رسول الله ﷺ: «اشترىها وأعتقها فإنما الولاء لمن أعتق». 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 (الثاني) لا يجبر، بل يثبت للبائع الخيار في فسخ البيع؛ لأنه ملكه بالعوض، وإنما شرط للبائع حقاً فإذا لم يف ثبت للبائع الخيار كما لو اشترى شيئاً بشرط أن يرهن بالثمن رهناً فامتنع من الرهن^(١).

ثم قال:

فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى البيع بأن باع عبداً بشرط أن لا يبيعه أو لا يعتقه، أو باع داراً بشرط أن يسكنها مدة، أو ثوباً بشرط أن يخيطة له أو فلعة بشرط أن يحذوها له بطل البيع، لما روى عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع وشرط». وروى أن (أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه أنك إن بعتهأ فهي لي بالثمن، فاستفتى عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - فقال: لا تقر بها، وفيها شرط لأحد^(٢).

وقال النووي في شرحه:

أما الأحكام فقال أصحابنا: الشروط خمسة أضرب:

(أحدها) ما هو من مقتضى العقد؛ بأن باعه بشرط خيار المجلس أو تسليم المبيع أو الرد بالعيب أو الرجوع بالعهد أو انتفاع المشتري كيف شاء وشبه ذلك، فهذا لا يفسد العقد بلا خلاف لما ذكره المصنف، ويكون شرطه توكيداً وبياناً لمقتضاه.

(الضرب الثاني) أن يشترط ما لا يقتضيه إطلاق العقد لكن فيه مصلحة للعائد؛ كخيار الثلاث والأجل والرهن والضمين والشهادة ونحوها، وكشرط

(١) المهذب مع المجموع: ٣٥٧/٩.

(٢) المرجع السابق: ٣٦١/٩.

كون العبد المبيع خياطاً أو كاتباً ونحوه، فلا يبطل أيضاً بلا خلاف بل يصح ويثبت المشروط .

(الضرب الثالث) أن يشترط ما لا يتعلق به غرض يورث تنازعا كشرط ألا يأكل إلا الهريسة، أو لا يلبس إلا الخز والكتان، قال إمام الحرمين : وكذا لو شرط الإشهاد بالثمن وعين شهوداً وقلنا: لا يتعينون، فهذا الشرط لا يفسد العقد؛ بل يلغو ويصح البيع، هذا هو المذهب، وبه قطع إمام الحرمين والغزالي ومن تابعهما، وقال المتولى: لو شرط الالتزام ما ليس بلازم بأن باع بشرط أن يصلي النوافل، أو يصوم غير رمضان أو يصلي الفرائض في أول أوقاتها، بطل البيع لأنه ألزم ما ليس بلازم، قال الرافعي: مقتضى هذا فساد العقد في مسألة الهريسة ونحوها، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(الضرب الرابع) أن يبيعه عبداً أو أمة بشرط أن يعتقه المشتري فيه ثلاثة أقوال (الصحيح) المشهور الذي نص عليه الشافعي في معظم كتبه وقطع به المصنف وأكثر الأصحاب، أن البيع صحيح والشرط لازم يلزم الوفاء به (والثاني) يصح البيع ويبطل الشرط، فلا يلزمه عتقه (والثالث) يبطل الشرط والبيع جميعاً كغيره من الشروط، والمذهب صحتهما^(١).

(الضرب الخامس) أن يشترط ما سوى الأربعة من الشروط التي تنافي مقتضى البيع؛ بأن باعه شيئاً بشرط ألا يبيعه ولا ينتفع به، أو لا يعتقه أو لا يقبضه أو لا يؤجره أو لا يطأها أو لا يسافر به أو لا يسلمه إليه، أو بشرط أن يبيعه غيره، أو يشتري منه أو يقرضه أو يؤجره أو خساره عليه إن باعه بأقل، أو أنه إذا باعه لا يبيعه إلا له أو ما أشبه ذلك، فالبيع باطل في جميع هذه الصور وأشباهها لمنافاة مقتضاه، ولا فرق عندنا بأن يشترط شرطاً واحداً أو شرطين .

وحكى إمام الحرمين والرافعي وغيرهما قولاً غريباً حكاه أبو ثور عن الشافعي أن البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة بحال، بل يلغو الشرط ويصح البيع

(١) المجموع شرح المهذب: ٣٥٨/٩.

لقصة بريرة رضي الله عنها، وهذا ضعيف. وحينئذ البيع عكس النكاح، فإن المشهور أنه لا يفسد بالشروط الفاسدة، وفيه قول شاذ ضعيف أنه يفسد بها^(١).

وتحدث الغزالي عن النهي عن بيع وشرط فقال:

فاقتضى مطلقه امتناع كل شرط في البيع، والمفهوم من تعليقه أنه إذا انضم شرط إلى البيع، بقيت معه علقه بعد العقد، يتصور بسببها منازعة، ويفوت بفواتها مقصود العاقد، وينعكس على أصل العقد، فيحسم الباب. ولم يكن محذور هذا النهي منفصلاً عن العقد، فيدل على فساده، أو فساد الشرط لا محالة.

ويستثنى من هذا الأصل حال الإطلاق ستة شروط:

الأول: أن يشترط ما يوافق العقد.

الثاني: شرط الخيار ثلاثة أيام فما دونه.

الثالث: شرط المهلة في الثمن إلى ميقات معلوم.

الرابع: شرط الوثيقة في الثمن بالرهن، أو الكفيل، أو الشهادة.

الخامس: شرط العتق في المبيع.

السادس: إذا شرط في المبيع وصفاً ناجزاً، ليس يتوقف على أمر بعده.

وفصل الغزالي القول في كل شرط من هذه الشروط الستة^(٢).

والنووي تحدث في البيوع المنهي عنها؛ عن النهي عن بيع وشرط، وعقد فصلاً في ضبط صحيح الشروط في البيع وفاسدها، وذلك في كتابه روضة الطالبين^(٣). ولعل ما نقلته عنه في المجموع فيه ما يكفي.

* * *

(١) المجموع شرح المذهب: ٣٦٣/٩ - ٣٦٤.

(٢) راجع الوسيط: ٧٤-٨٧؛ وراجع النهي عن بيع وشرط، وما يستثنى من النهي؛ في زاد المحتاج بشرح المنهاج: ٣٤-٣٨.

(٣) راجع الكتاب المذكور: ٣٩٨/٩ - ٤٠٧.

المبحث الخامس الشروط عند الحنابلة

قال ابن قدامة :

الشروط تنقسم إلى أربعة أقسام :

(أحدها) ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم، وخيار المجلس، والتقباض في الحال . فهذا وجوده كعدمه، لا يفيد حكماً، ولا يؤثر في العقد .

(والثاني) تتعلق به مصلحة العاقدين، كالأجل، والخيار، والرهن، والضمين، والشهادة، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة، والكتابة ونحوها . فهذا جائز يلزم الوفاء به . ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً .

(الثالث) ما ليس من مقتضاه، ولا من مصلحته، ولا ينافي مقتضاه، وهو نوعان؛ أحدهما، اشتراط منفعة البائع في المبيع، فهذا قد مضى ذكره . الثاني، أن يشترط عقداً في عقدٍ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر، أو يشتري منه، أو يؤجره، أو يزوجه، أو يسلفه، أو يصرف له الثمن أو غيره، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع، سواء اشترطه البائع أو المشتري، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

(الرابع) اشتراط ما ينافي مقتضى البيع، وهو على ضربين؛ أحدهما، اشتراط ما بنى على التغليب والسراية، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد، فهل يصح؟ على روايتين؛ إحداهما: يصح . والثانية: الشرط فاسد . الضرب الثاني . أن يشترط غير العتق مثل أن يشترط أن لا يبيع، ولا يهب، ولا يعتق، ولا يطاء . أو يشترط عليه أن يبيعه، أو يقفه، أو متى نفق المبيع وإلا رده، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن، أو إن أعتقه فالولاء له . فهذه وما أشبهها شروط

فاسدة. وهل يفسد بها البيع؟ على روايتين؛ قال القاضي: المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح. وهو ظاهر كلام الخرقي ها هنا. وهو قول الحسن، والشعبي والنخعي، والحكم، وابن أبي ليلى، وأبي ثور. والثانية: البيع فاسد. وهو قول أبي حنيفة، والشافعي؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط. ولأنه شرط فاسد، فأفسد البيع كما لو شرط فيه عقداً آخر. ولأن الشرط إذا فسد، وجب الرجوع مما نقصه الشرط من الثمن، وذلك مجهول، فيصير، الثمن مجهولاً^(١).

وقال ابن قدامة:

المذهب أنه يصح اشتراط منفعة البائع في المبيع، مثل أن يشتري ثوباً، ويشترط على بائعه خياطته قميصاً، أو فلعة ويشترط حذوها نعلاً، أو جزره حطب ويشترط حملها إلى موضع معلوم، نص عليه أحمد في رواية مهنا وغيره، حتى قال القاضي: لم أجد بما قال الخرقي رواية في أنه لا يصح^(٢).

وقال أيضاً:

ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة، مثل أن يبيع داراً ويستثني سكانها شهراً، أو جملاً يشترط ظهره إلى مكان. . نص عليه أحمد.

وجاء في مطالب أولي النهى، وفي الروض المربع:

الشرط الصحيح في البيع ثلاثة أنواع:

أحدها: ما يقتضيه بحكم الشرع، ولا أثر له؛ لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد.

النوع الثاني: ما كان من مصلحة العقد: كالرهن والضمان.

النوع الثالث: اشتراط المشتري نفعاً معلوماً في المبيع كسكنى الدار المبيعة شهراً مثلاً.

(١) انظر المغني: ٦/٣٢٣-٣٢٥.

(٢) المرجع السابق: ٦/١٥٦.

والشرط الفاسد ثلاثة أنواع :

أحدها : يبطل العقد من أصله كاشتراط أحدهما على الآخر عقداً آخر كسلف أو بيع أو إجارة، فهذا بيعتان في بيعة .

الثاني : شرط فاسد في نفسه غير مفسد للبيع كشرط في العقد ينافي مقتضاه، إلا إذا شرط البائع العتق على المشتري، فيصح الشرط أيضاً، لكونه قرينة التزامها المشتري فأجبر عليه كالنذر .

الثالث : أي شرط لا ينعقد معه بيع، وهو المعلق عليه البيع، كبعثك كذا إن جئتني، أو إن رضي زيد، لأنه عقد معاوضة يقتضي نقل الملك حال العقد، والشرط يمنعه^(١) .

وفي مجموع الفتاوى ذكر ابن تيمية قواعد جامعة في العقود، ونقل شيئاً منها يبين آراء الإمام أحمد، وآراء أصحابه في الشروط حيث نجد ما يخالف أو يكمل ما سبق .

قال شيخ الإسلام^(٢) :

القاعدة الثالثة : في العقود والشروط فيها، فيما يحل منها ويحرم، وما يصح منها ويفسد . ومسائل هذه القاعدة كثيرة جداً .
والذي يمكن ضبطه فيها قولان .

أحدهما : أن يقال : الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك : الحظر ؛

(١) راجع مطالب أولي النهى : ٣/٦٧-٧٧؛ والروض المربع، ص ٢١٥ - ٢١٧؛ وراجع أيضاً الشروط في البيع في بلغة الساغب، ص ١٨٠، ١٨١ . ولم يذكر في العتق كونه قرينة التزامها المشتري، وإنما ذكر كونه مبنياً على التغليب والسراية .

(٢) المنقول هنا في الجزء التاسع والعشرين، وحذفت ما يمكن حذفه، وهو كثير جداً، مراعاة لطبيعة البحث، وإن كان عظيم النفع . والمنقول والمحذوف يقع في الصفحات من ص ١٢٦ إلى ١٧٠؛ ورأي ابن تيمية في الصفحات من ١٣٨ إلى ١٥٦، وحذفنا منه أيضاً الكثير .

إلا ما ورد الشرع بإجازته . فهذا قول أهل الظاهر . وكثير من أصول أبي حنيفة تنبئ على هذا . وكثير من أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد . فإن أحمد قد يعلل أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد فيه أثر ولا قياس . كما قاله في إحدى الروايتين في وقف الإنسان على نفسه . وكذلك طائفة من أصحابه قد يعللون فساد الشروط بأنها تخالف مقتضى العقد ، ويقولون : ما خالف مقتضى العقد فهو باطل .

وبيّن رأي أهل الظاهر وأبي حنيفة ثم الشافعي ، ثم قال :

وطائفة من أصحاب أحمد يوافقون الشافعي على معاني هذه الأصول ؛ لكنهم يستثنون أكثر مما يستثنيه الشافعي ، كالخيار أكثر من ثلاث ، وكاستثناء البائع منفعة المبيع ، واشترط المرأة على زوجها أن لا ينقلها ولا يزاحمها بغيرها ، ونحو ذلك من المصالح : فيقولون : كل شرط ينافي مقتضى العقد فهو باطل . إلا إذا كان فيه مصلحة للمتعاقدين .

وذلك أن نصوص أحمد تقتضي أنه جوز من الشروط في العقود أكثر مما جوزه الشافعي . فقد يوافق هو أبا حنيفة في الأصل ، ويستثنى أكثر مما يستثنى للمعارض .

وهؤلاء الفرق الثلاث يخالفون أهل الظاهر ، ويتوسعون في الشروط أكثر منهم ؛ لقولهم بالقياس والمعاني وآثار الصحابة ، ولما يفهمونه من معنى النصوص التي ينفردون بها عن أهل الظاهر .

وعمدة هؤلاء : قصة بريرة المشهورة .

وذكر الحديث ثم عقب بقوله : ولهم من هذا الحديث حجتان .

إحدهما : قوله : (ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) . فكل شرط ليس في القرآن ، ولا في الحديث ، ولا في الإجماع : فليس في كتاب الله ، بخلاف ما كان في السنة ، أو في الإجماع .

فإنه في كتاب الله بواسطة دلالة على اتباع السنة والإجماع .

ومن قال بالقياس - وهم الجمهور - قالوا: إذا دل على صحته القياس المدلول عليه بالسنة، أو بالإجماع المدلول عليه بكتاب الله، فهو في كتاب الله.

والحجة الثانية: أنهم يقيسون جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء، لأن العلة فيه: كونه مخالفاً لمقتضى العقد. وذلك: لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع. فيعتبر تغييرها تغييراً لما أوجبه الشرع؛ بمنزلة تغيير العبادات، وهذا نكته القاعدة، وهي أن العقود مشروعة على وجه، فاشتراط ما يخالف مقتضياتها تغيير للمشروع.

ثم قال: واحتجوا أيضاً بحديث يروى في حكاية عن أبي حنيفة وابن أبي ليلى وشريك: «إن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط» وقد ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث. وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء. وذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه، وأجمع الفقهاء المعروفون - من غير خلاف أعلمه من غيرهم - أن اشتراط صفة في المبيع ونحوه، كاشتراط كون العبد كاتباً أو صانعاً، أو اشتراط طول الثوب أو قدر الأرض ونحو ذلك: شرط صحيح.

القول الثاني: أن الأصل في العقود والشروط: الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، نصاً أو قياساً، عند من يقول به. وأصول أحمد المنصوصة عنه: أكثرها يجري على هذا القول. ومالك قريب منه؛ لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط. فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه.

وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها يثبتها بدليل خاص من أثر أو قياس؛ لكنه لا يجعل حجة الأولين مانعاً من الصحة، ولا يعارض ذلك بكونه شرطاً يخالف مقتضى العقد، أو لم يرد به نص. وكان قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي ﷺ والصحابة ما لا تجده عند غيره من الأئمة. فقال بذلك، وبما في معناه قياساً عليه، وما اعتمده غيره في إبطال الشروط من نص: فقد

يضعفه، أو يضعف دلالته. وكذلك قد يضعف ما اعتمده من قياس. وقد يعتمد طائفة من أصحابه عمومات الكتاب والسنة التي سنذكرها في تصحيح الشروط: كمسألة الخيار أكثر من ثلاث مطلقاً، فمالك يجوزها بقدر الحاجة، وأحمد في إحدى الروايتين عنه يجوز شرط الخيار في النكاح أيضاً. ويجوز أحمد استثناء بعض منفعة الخارج من ملكه في جميع العقود، واشترط قدر زائد على مقتضاها عند الإطلاق. فإذا كان لها مقتضى عند الإطلاق جوز الزيادة عليه بالشرط، والنقص منه بالشرط؛ ما لم يتضمن مخالفة الشرع. فيجوز للبائع أن يستثنى بعض منفعة المبيع، كخدمة العبد وسكنى الدار ونحو ذلك، إذا كانت تلك المنفعة مما يجوز استبقاؤها في ملك الغير، اتباعاً لحديث جابر لما باع النبي ﷺ جملة، واستثنى ظهره إلى المدينة.

ثم قال:

ويجوز أيضاً - على قياس قوله - استثناء بعض المنفعة في العين الموهوبة، والصداق وفدية الخلع، والصلح على القصاص ونحو ذلك من أنواع إخراج الملك، سواء كان بإسقاط كالعق، أو بتمليك بعوض كالبيع. أو بغير عوض كالهبة.

ويجوز أحمد أيضاً في النكاح عامة الشروط التي للمشترط فيها غرض صحيح؛ لما في الصحيحين عن النبي ﷺ أنه قال: «إن أحق الشروط أن توفوا به: ما استحللتم به الفروج». ومن قال بهذا الحديث قال: إنه يقتضي أن الشروط في النكاح أوكد منها في البيع والإجارة. وهذا مخالف لقول من يصحح الشروط في البيع دون النكاح. فيجوز أحمد أن تستثنى المرأة ما يملكه الزوج بالإطلاق، فتشترط أن لا تسافر معه ولا تنتقل من دارها. وتزيد على ما يملكه بالإطلاق، فتشترط أن تكون مخلية به، فلا يتزوج عليها ولا يتسرى.

ويجوز - على الرواية المنصوصة عنه المصححة عند طائفة من أصحابه - أن يشترط كل واحد من الزوجين في الآخر صفة مقصودة، كاليسار والجمال ونحو ذلك، ويملك الفسخ بفواته. وهو من أشد الناس قولاً بفسخ النكاح وانفساخه

فيجوز فسخه بالعيب، كما لو تزوج عليها وقد شرطت عليه أن لا يتزوج عليها، وبالتدليس كما لو ظنها حرة فظهرت أمة، وبالخلف في الصفة على الصحيح، كما لو شرط الزوج أن له مالا فظهر بخلاف ما ذكر. وينفسخ عنده بالشروط الفاسدة المنافية لمقصوده كالتوقيت، واشتراط الطلاق.

وعلى أكثر نصوصه يجوز أن يشترط على المشتري فعلاً أو تركاً في المبيع مما هو مقصود للبائع، أو للمبيع نفسه. وإن كان أكثر متأخري أصحابه لا يجوزون من ذلك إلا العتق. وقد يروى ذلك عنه؛ لكن الأول أكثر في كلامه. ففي جامع الخلال عن أبي طالب: سألت أحمد عن رجل اشترى جارية فشرط أن يتسرى بها: تكون جارية نفيسة يحب أهلها أن يتسرى بها، ولا تكون للخدمة؟ قال: لا بأس به.

وقال مهنا: سألت أبا عبد الله عن رجل اشترى من رجل جارية فقال له: إذا أردت بيعها فأنا أحق بها بالثمن الذي تأخذها به مني؟ قال: لا بأس به، ولكن لا يطأها ولا يقربها وله فيها شرط؛ لأن ابن مسعود قال لرجل: لا تقربنها ولأحد فيها شرط.

وقال حنبل: حدثنا عفان، حدثنا حماد بن سلمة، عن محمد بن إسحاق، عن الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة: أن ابن مسعود اشترى جارية من امرأته، وشرط لها: إن باعها فهي لها بالثمن الذي اشتراها به. فسأل ابن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب. فقال: لا تنكحها وفيها شرط. وقال حنبل: قال عمي: كل شرط في فرج فهو على هذا: والشرط الواحد في البيع جائز، إلا أن عمر كره لا بن مسعود أن يطأها؛ لأنه شرط لامرأته الذي شرط. فكره عمر أن يطأها وفيها شرط.

وقال الكرمانى سألت أحمد عن رجل اشترى جارية وشرط لأهلها أن لا يبيعها ولا يهبها؟ فكانه رخص فيه. ولكنهم إن اشترطوا له إن باعها فهو أحق بها بالثمن، فلا يقربها. يذهب إلى حديث عمر بن الخطاب، حين قال لعبد الله بن مسعود.

فقد نص في غير موضع على أنه إذا أراد البائع بيعها لم يملك إلا ردها إلى البائع بالثمن الأول، كالمقايلة. وأكثر المتأخرين من أصحابه على القول المبطل لهذا الشرط، وربما تأولوا قوله: (جائز) أي العقد جائز، وبقية نصوصه تصرح بأن مراده (الشرط) أيضاً. واتبع في ذلك القصة المأثورة عن عمر وابن مسعود وزينب امرأة عبد الله: ثلاثة من الصحابة. وكذلك اشتراط المبيع فلا يبيعه، ولا يهبه، أو يتسراها ونحو ذلك، مما فيه تعيين لمصرف واحد؛ كما روى عمر ابن شيبه في أخبار عثمان: أنه اشترى من صهيب داراً، وشرط أن يقفها على صهيب وذريته من بعده.

وجماع ذلك: أن الملك يستفاد به تصرفات متنوعة، فكما جاز بالإجماع استثناء بعض المبيع، وجوز أحمد وغيره استثناء بعض منافعه، جوز أيضاً استثناء بعض التصرفات.

ثم قال:

إن البائع إذا شرط على المشتري أن يعتق العبد: صح ذلك في ظاهر مذهب الشافعي وأحمد وغيرهما؛ لحديث بريرة، وإن كان عنهما قول بخلافه.

ثم هل يصير العتق واجباً على المشتري، كما يجب العتق بالنذر بحيث يفعله الحاكم إذا امتنع، أم يملك البائع الفسخ عند امتناعه من العتق، كما يملك الفسخ بفوات الصفة المشروطة في المبيع؟ على وجهين في مذهبهما. ثم الشافعي وطائفة من أصحاب أحمد يرون هذا خارجاً عن القياس؛ لما فيه من منع المشتري من التصرفات في ملكه بغير العتق، وذلك مخالف لمقتضى العقد، فإن مقتضاه الملك الذي يملك صاحبه التصرف مطلقاً.

قالوا: وإنما جوزته السنة؛ لأن الشارع له إلى العتق تشوُّف لا يوجد في غيره؛ ولذلك أوجب فيه السراية، مع ما فيه من إخراج ملك الشريك بغير اختياره، وإذا كان منبأه على التغليب والسراية والنفوذ في ملك الغير لم يلحق به غيره فلا يجوز اشتراط غيره.

وأصول أحمد ونصوصه تقتضي جواز شرط كل تصرف فيه مقصود صحيح، وإن كان فيه منع من غيره. قال ابن قاسم، قيل لأحمد: الرجل يبيع الجارية على أن يعتقها؟ فأجازه. فقيل له: فإن هؤلاء - يعني أصحاب أبي حنيفة - يقولون: لا يجوز البيع على هذا الشرط. قال: لم لا يجوز؟ قد اشترى النبي ﷺ بغير جابر واشترط ظهره إلى المدينة، واشترت عائشة بريرة على أن تعتقها، فلم لا يجوز هذا؟ قال: وإنما هذا شرط واحد. والنهي إنما هو عن شرطين. قيل له: فإن شرط شرطين أيجوز؟ قال: لا يجوز.

فقد نازع من منع منه، واستدل على جوازه باشتراط النبي ﷺ ظهر البعير لجابر، وبحديث بريرة، وبأن النبي ﷺ إنما نهى عن شرطين في بيع، مع أن حديث جابر فيه استثناء بعض منفعة المبيع. وهو لموجب العقد المطلق، واشترط العتق فيه تصرف مقصود مستلزم لنقص موجب العقد المطلق.

فعلم أنه لا يفرق بين أن يكون النقص في التصرف أو في المملوك، واستدل به بحديث الشرطين دليل على جواز هذا الجنس كله، ولو كان العتق على خلاف القياس لما قاسه على غيره، ولا استدل عليه بما يشمله وغيره.

وكذلك قال أحمد بن الحسين بن حسان: سألت أبا عبد الله عن اشترى مملوكاً واشترط: هو حر بعد موتي؟ قال: هذا مدبر، فجوز اشترط التدبير بالعتق.

رأي ابن تيمية:

بعد أن نقلت ما بينه شيخ الإسلام من آراء الإمام أحمد وأصحابه أنقل هنا ما ذكره مبيناً به رأيه، حيث قال: ^(١)

من قال: هذا الشرط ينافي مقتضى العقد، قيل له: أينافي مقتضى العقد المطلق، أو مقتضى العقد مطلقاً؟ فإن أراد الأول: فكل شرط كذلك. وإن أراد الثاني: لم يسلم له؛ وإنما المحذور: أن ينافي مقصود العقد، كاشترط الطلاق

(١) المنقول هنا في الصفحات من ١٣٨ إلى ١٥٦، وحذفت الكثير كما أشرت من قبل.

في النكاح، أو اشتراط الفسخ في العقد. فأما إذا شرط ما يقصد بالعقد لم يناف مقصوده. هذا القول هو الصحيح: بدلالة الكتاب، والسنة، والإجماع، والاعتبار، مع الاستصحاب، وعدم الدليل المنافي.

وأفاض ابن تيمية في ذكر الآيات الكريمة، والأحاديث الشريفة، التي تؤيد رأيه، ثم قال:

فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود، وبأداء الأمانة ورعاية ذلك، والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة، والتشديد على من يفعل ذلك.

وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به: علم أن الأصل صحة العقود والشروط؛ إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره، وحصل به مقصوده. ومقصود العقد: هو الوفاء به. فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود، دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة.

وقد روى أبو داود والدارقطني من حديث سليمان بن بلال، حدثنا كثير بن زيد، عن الوليد بن رباح، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»، والمسلمون على شروطهم». وكثير بن زيد قال يحيى بن معين في رواية: هو ثقة. وضعفه في رواية أخرى.

وقد روى الترمذي والبخاري من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً». والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وروى ابن ماجه منه اللفظ الأول؛ لكن كثير بن عمرو وضعفه الجماعة. وضرب أحمد على حديثه في المسند، فلم يحدث به. فلعل تصحيح الترمذي له لروايته من وجوه. وقد روى أبو بكر البزار أيضاً عن محمد بن عبد الرحمن بن السلماني، عن أبيه، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «الناس على

شروطهم ما وافقت الحق» وهذه الأسانيد - وإن كان الواحد منها ضعيفاً - فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً .

وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة، وهو حقيقة المذهب؛ فإن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله . فإن شرطه حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله . وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله؛ وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه . فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجاب ليس نفيًا للإيجاب، حتى يكون المشترط مناقضاً للشرع، وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً؛ فإن المتبايعين يجب لكل منهما على الآخر من الإقباض ما لم يكن واجباً، ويباح أيضاً لكل منهما ما لم يكن مباحاً، ويحرم على كل منهما ما لم يكن حراماً وكذلك كل من المتأجرين والمتناكحين، وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع، أو رهناً، أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها؛ فإنه يجب، ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك .

وهذا المعنى هو الذي أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط، قال : لأنها إما أن تبيح حراماً، أو تحرم حلالاً؛ أو توجب ساقطاً، أو تسقط واجباً، وذلك لا يجوز إلا بإذن الشارع . وقد وردت شبهة عند بعض الناس حتى توهم أن هذا الحديث متناقض، وليس كذلك؛ بل كل ما كان حراماً بدون الشرط : فالشرط لا يبيحه، كالربا .

وأما ما كان مباحاً بدون الشرط : فالشرط يوجبه، كالزيادة في السعر والتمن والمثمن والرهن، وتأخير الاستيفاء؛ فإن الرجل له أن يعطي المرأة، وله أن يتبرع بالرهن وبالإنظار، ونحو ذلك، فإذا شرطه صار واجباً .

وأما ما أباحه الله في حال مخصوصة ولم يبيحه مطلقاً، فإذا حوله الشرط عن تلك الحال لم يكن الشرط قد حرم ما أحله الله، وكذلك ما حرمه الله في حال مخصوصة، ولم يحرمه مطلقاً: لم يكن الشرط قد أباح ما حرمه الله، وإن كان بدون الشرط يستصحب حكم الإباحة والتحريم؛ لكن فرق بين ثبوت الإباحة

والتحريم بالخطاب، وبين ثبوته بمجرد الاستصحاب.

فالعقد والشرط يرفع موجب الاستصحاب، لكن لا يرفع ما أوجبه كلام الشارع. وأثار الصحابة توافق ذلك، كما قال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط.

وأما الاعتبار فمن وجوه:

أحدها: أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية. والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم. كما أن الأعيان: الأصل فيها عدم التحريم. وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: 119] عام في الأعيان والأفعال؛ وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة.

وأيضاً فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط، إلا ما ثبت حله بعينه، وسنبين إن شاء الله معنى حديث عائشة، وأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم. فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم، فيكون فعلها إما حلالاً وإما عفوياً؛ كالأعيان التي لم تحرم.

وغالب ما يستدل به على أن الأصل في الأعيان عدم التحريم من النصوص العامة والأقيسة الصحيحة، والاستصحاب العقلي، وانتفاء الحكم لانتفاء دليله، فإنه يستدل أيضاً به على عدم تحريم العقود والشروط فيها، سواء سمي ذلك حلالاً أو عفوياً على الاختلاف المعروف بين أصحابنا وغيرهم، فإذا حرمتنا العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي، كنا محرمين ما لم يحرمه الله؛ بخلاف العقود التي تتضمن شرع دين لم يأذن به الله؛ فإن الله قد حرم أن يشرع من الدين ما لم يأذن به. فلا يشرع عبادة إلا بشرع الله، ولا يحرم عادة إلا بتحريم الله، والعقود في المعاملات هي من العادات يفعلها المسلم والكافر، وإن كان فيها قرينة من وجه آخر. فليست من العبادات التي يفتقر فيها إلى شرع، كالعتق والصدقة.

وأيضاً فإن الأصل في العقود رضى المتعاقدين. وموجبها هو ما أوجبه

على أنفسهما بالتعاقد؛ لأن الله قال في كتابه العزيز: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَكْرَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة. وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة، أو طابت نفس المتبرع بتبرع: ثبت حله بدلالة القرآن؛ إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله، كالتجارة في الخمر ونحو ذلك.

وأيضاً فإن العقد له حالان: حال إطلاق، وحال تقييد. ففرق بين العقد المطلق وبين المعنى المطلق من العقود، فإذا قيل: هذا شرط ينافي مقتضى العقد فإن أريد به: ينافي العقد المطلق. فكذلك كل شرط زائد. وهذا لا يضره، وإن أريد ينافي مقتضى العقد المطلق والمقيد: احتاج إلى دليل على ذلك؛ وإنما يصح هذا إذا نافي مقصود العقد.

فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صورته، وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود، فقد جمع بين المتناقضين: بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شيء. ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق؛ بل هو مبطل للعقد عندنا.

والشروط الفاسدة قد تبطل لكونها قد تنافي مقصود الشارع، مثل اشتراط الولاء لغير المعتق؛ فإن هذا لا ينافي مقتضى العقد ولا مقصوده، فإن مقصوده الملك، والعقد قد يكون مقصوداً للعقد. فإن اشتراء العبد لعتقه يقصد كثيراً. فثبت الولاء لا ينافي مقصود العقد، وإنما ينافي كتاب الله وشرطه. كما بينه النبي ﷺ بقوله: «كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق». فإذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد كان العقد لغواً، وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله. فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما، فلم يكن لغواً، ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله، فلا وجه لتحريمه، بل الواجب حله؛ لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه؛ فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه. ولم يثبت تحريمه، فيباح؛ لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج.

* * *

المبحث السادس المناقشة والترجيح

نبدأ أولاً بالأحاديث الشريفة التي استدل بها الأئمة الأعلام، فننظر في تخريجها ودرجتها وفقهها، ونناقش الأقوال المختلفة، ونتبع ذلك بالترجيح.

والأحاديث التي سبق ذكرها هي ما يأتي:

١ - حديث جابر في بيع بعيره وشرط ظهره .

٢ - حديث بريرة .

٣ - حديث النهي عن الثنبا .

٤ - حديث النهي عن بيع وشرط .

٥ - حديث النهي عن شرطين في البيع .

حديث جابر متفق على صحته، رواه السبعة كلهم وغيرهم، وإنما الخلاف حول ألفاظه، حيث وجدنا من يرى أن فيه اضطراباً، وأنه معارض بحديث النهي عن الثنبا، وحديث النهي عن بيع وشرط، ولذلك لم يأخذ به الحنفية والشافعية .

والاضطراب - كما يرون - لأن رواه منهم من ذكر شرط ظهره، ومنهم من ذكر ما يدل عليه، ومنهم من سكت عنه، ومنهم من ذكر ما يدل على أنه كان تبرعاً وعارية من الرسول ﷺ، فلم يكن الركوب شرطاً، بل وجدنا من يقول بأنه لم يكن في الحديث دلالة على البيع .

فلننظر إذن في كتب الحديث .

في مسند الإمام أحمد^(١) جاءت روايات عن جابر، في الأولى قال: كنت

(١) ٢٩٩/٣، وفي الصفحة نفسها رواية أخرى فيها فاستثنت حملانه إلى أهلي، وباقي الروايات في: ٣/٣١٤، ٣٥٨، ٣٦٢، ٣٧٢، ٣٧٥، ٣٩٢ منها روايتان تدلان على =

أسير على جمل لي فأعيا . . .

وفيها: قال - أي الرسول ﷺ: «بعينه»، فبعته منه واشترطت حملانه إلى أهلي .

وفي الفتح الرباني^(١) ذكر الحديث في أبواب الشروط في البيع - باب اشتراط منفعة المبيع وما في معناه .

والإمام أحمد استدل بهذا الحديث على جواز البيع مع الشرط^(٢)، أي أنه يرجح الروايات التي تثبت الشرط مع البيع، ولا يرى فيها اضطراباً .

وفي صحيح البخاري ورد الحديث كاملاً أو قطعة منه في خمسة كتب هي: البيوع، والوكالة، والاستقراض، والشروط، والجهاد .

والروايات التي ذكرت في هذه الكتب إما أن تنص على الشرط في البيع، أو أنها ألا تذكره لكن دون ذكر ما يتعارض معه^(٣) .

والرواية التي وقف عندها الإمام البخاري طويلاً، وأشار إلى الخلاف، وبين رأيه، هي ما جاء في كتاب الشروط، وهي التي تناولها الحافظ ابن حجر بالشرح المفصل، وأشار إلى غيرها .

ويظهر رأي الإمام البخاري من البداية في عنوان الباب، حيث جعل الحديث تحت باب: [إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز] .

ومما جاء في الحديث . . . «فبعته فاستثنيت حملانه إلى أهلي»^(٤) .

= الشرط، ص ٣٦٢، ٣٩٢ وباقي الروايات لا تدل عليه نفيًا ولا إثباتًا غير أن الرواية في ص ٣٥٨ قد توحى بعدم الشرط .

(١) ٥٥/١٥ .

(٢) راجع المبحث السابق .

(٣) راجع فتح الباري: ٤/ ٣٢٠ حديث رقم (٢٠٩٧)؛ وص ٤٥٨؛ ح ٢٣٠٩؛ و ٥٩/٥ .
ح ٢٣٩٤؛ وص ٣١٤ ح ٢٧١٨؛ و ١٢١/٦؛ ح ٢٩٦٧ .

(٤) راجع الحديث رقم (٢٧١٨): ٤/ ٣١٤ من فتح الباري .

وقال ابن حجر بعد أن ذكر الباب: (هكذا جزم بهذا الحكم لصحة دليله عنده، وهو مما اختلف فيه وفيما يشبهه كاشتراط سكنى الدار)^(١).

وبعد الحديث المتصل ذكر البخاري تعليقاً سبع روايات، بعضها يدل على الاشتراط، وبعضها لا يدل عليه، وعقب بقوله: (الاشتراط أكثر وأصح عندي)، أي أكثر طرقاً وأصح مخرجاً كما قال ابن حجر^(٢).

وفي صحيح مسلم ذكر الروايات في كتاب المساقاة تحت باب (بيع البعير واستثناء ركوبه).

وذكر الرواية الأولى، وفيها: «واستثنيت عليه حملانه إلى أهلي»، وذكر سنداً آخر لها وذكر الثانية وفيها: «على أن لي فقار ظهره حتى أبلغ المدينة». ثم ذكر سبع روايات منها روايتان تدلان على الاشتراط، وخمس لا تذكر الاشتراط ولا تنفيه، وليس منها ما ينفي البيع أو الاشتراط^(٣).

وصنع الإمام مسلم يدل على أنه يتفق مع الإمام البخاري.

وفي سنن أبي داود ذكر حديثاً واحداً تحت (باب في شرط في بيع)، وهو: «بعته - يعني بعيره - من النبي ﷺ، واشترطت حملانه إلى أهلي»^(٤).

وفي سنن الترمذي ذكر حديثاً واحداً تحت باب (ما جاء في اشتراط ظهر الدابة عند البيع)، وفيه «أنه باع من النبي ﷺ بعيراً، واشترط ظهره إلى أهله».

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وقد روى من غير وجه عن جابر^(٥).

(١) فتح الباري: ٣١٤/٤.

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) راجع صحيح مسلم: ٣٤-٣٧. والروايات التي تدل على الاشتراط هي أرقام: ١٠٩ بسنديهما، ١١٠، ١١٣، ١١٤.

(٤) راجع عون المعبود: ٤١٢/٩.

(٥) راجع سنن الترمذي: ٣/٥٥٤ كتاب البيوع، ح ١٢٥٣.

وفي سنن النسائي ذكر خمس روايات في باب (البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط)^(١).

في الرواية الأولى: «واستثنت حملانه إلى المدينة».

وفي الثانية: «بعنيه ولك ظهره حتى تقدم فبعته».

والروایتان الثالثة والخامسة لا تشيران إلى الشرط.

أما الرواية الرابعة ففيها: «وقد أعرتك ظهره إلى المدينة».

وعنوان الباب يبين أن النسائي يتفق مع غيره ممن ذكر من الأئمة المحدثين، ولكن هذه الرواية تنفي الشرط حيث تذكر لفظ «أعرتك».

ورواية واحدة لا تثبت أمام ما ذكره الشيخان وغيرهما، ونذكر ما قاله البخاري من قبل: (الاشترط أكثر وأصح عندي). وقال الحافظ ابن حجر في شرحه:

أي أكثر طرقاً وأصح مخرجاً، وأشار بذلك إلى أن الرواة اختلفوا عن جابر في هذه الواقعة هل وقع الشرط في العقد عند البيع، أو كان ركوبه للجمل بعد بيعه إباحه من النبي ﷺ بعد شرائه على طريق العارية؟.

وأصح ما وقع في ذلك رواية النسائي المذكورة، لكن اختلف فيها حماد ابن زيد وسفيان بن عيينة، وحماد أعرف بحديث أيوب من سفيان^(٢) والحاصل أن الذين ذكروه بصيغة الاشتراط أكثر عدداً من الذين خالفوهم، وهذا وجه من وجوه الترجيح فيكون أصح.

(١) انظر سنن النسائي: ٢٩٧/٧ - ٣٠٠. كتاب البيوع؛ الروايات من ٤٦٣٧ إلى ٤٦٤١، ولفظ (أعرتك) في الرواية رقم ٤٦٤٠ وفي سندها سفيان أي ابن عيينة.

(٢) الرواية التي أشار إليها ابن حجر في صحيح مسلم، وهي رقم ١١٣ وفي سندها حماد عن أيوب عن أبي الزبير، وفيها (قلت أي جابر: على أن لي ظهره إلى المدينة. قال: «ولك ظهره إلى المدينة».

ويرجح أيضاً بأن الذين رووه بصيغ الاشتراط معهم زيادة، وهم حفاظ، فتكون حجة، وليست رواية من لم يذكر الاشتراط منافية لرواية من ذكره^(١).

ثم قال:

(وما جنح إليه المصنف من ترجيح رواية الاشتراط هو الجاري على طريقة المحققين من أهل الحديث؛ لأنهم لا يتوقفون عن تصحيح المتن إذا وقع فيه الاختلاف إلا إذا تكافأت الروايات، وهو شرط الاضطراب الذي يرويه الخبر، وهو مفقود هنا مع إمكان الترجيح)^(٢).

وبعد شرح الحديث قال:

(وما جنح إليه البخاري من الترجيح أقعد، وبالرجوع إلى التحقيق أسعد، فليعتمد ذلك، وبالله التوفيق)^(٣).

ويبقى من الجماعة ابن ماجه، وقد ذكر رواية واحدة لم يذكر فيها الشرط، وهي تتفق مع الرواية الأخيرة للنسائي في أن الراوي عن جابر هو أبو نضرة، وقريبة منها في المعنى^(٤).

(١) فتح الباري: ٣١٨/٥.

(٢) المرجع السابق: ٣١٨/٥.

(٣) ٣٢١/٥، علماً بأن ابن حجر شافعي المذهب، فخالف الإمام الشافعي، ولم يسلك مسلك الطحاوي الذي جنح إلى تصحيح الاشتراط لكن تأوله بأن البيع المذكور لم يكن على الحقيقة! ورده القرطبي بأنه دعوى مجردة وتغيير وتحريف لا تأويل. (انظر فتح الباري: ٣١٨/٥، ٣١٩؛ وانظر شرح معاني الآثار للطحاوي: ٤١/٤، ٤٢، والرواية التي ذكرها فيها: فبعته بأوقية، واستثنت حملانه حتى أقدم على أهلي، ومع ذلك قال ما قال لينتهي إلى ترجيح رأي الحنفية).

(٤) انظر سنن ابن ماجه: ٧٤٣/٢. كتاب التجارات، باب السوم، ح ٢٢٠٥؛ والبيهقي ذكر من الروايات المختلفة ما جاء فيها الشرط وما لم يجيء ثم قال: (وبعض هذه الألفاظ تدل على أن ذلك كان شرطاً في البيع، وبعضها يدل على أن ذلك كان منه ﷺ تفضلاً وتكرماً ومعروفاً بعد البيع والله أعلم). السنن الكبرى: ٣٣٧/٥.

والحديث الثاني وهو حديث بريرة: متفق على صحته أيضاً، وهو مشهور عالي الإسناد، رواه مالك عن هشام بن عروة، عن أبيه عروة بن الزبير، عن خالته عائشة أم المؤمنين، كما رواه بالسلسلة الذهبية، وله طرق كثيرة في الصحيحين وغيرهما.

وروايات الحديث تبين أن بريرة كانت أهلها، وجاءت إلى أم المؤمنين تستعينها في كتابتها، فرأت أن تشتري بريرة فتعتقها فيكون لها الولاء، فأبى أهلها إلا أن يكون الولاء لهم، فقال الرسول ﷺ: «خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق»، وفي رواية. «لا يمنعك ذلك، فإنما الولاء لمن أعتق»، وفي أخرى: «اشتريتها وأعتقها» وفي بعض الروايات: ثم قام رسول الله ﷺ فقال: «ما بال رجال يشترون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل»^(١).

والحديث يدل على الشراء مع الالتزام بالعتق، والعتق خروج المبيع من الملك، ومنع المالك من حرية التصرف. ولو أن أم المؤمنين أعانتها دون أن تشتريها، وأعتقها أهلها، لكان لهم الولاء، ولكنها أرادت أن يكون لها الولاء، ولا يتم هذا إلا بالشراء والعتق، فالشراء هنا مرتبط بالعتق وما يترتب عليه من الولاء^(٢).

(١) راجع روايات الحديث وشروحا في الكتب التالية:

شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: ٣/٣٧٣-٣٨١.

وفتح الباري: ٥/١٨٥-١٩٦؛ وفي مواضع أخرى منها: ٥/٣٢٤، ٤/٣٦٩، ٣٧٠، ٣٧٩.

وصحيح مسلم بشرح النووي: ٥/٣٩٧-٤٠٦.

وسنن النسائي بشرح السيوطي: ٧/٣٠٥-٣٠٦.

وفي عون المعبود: ٨/٤٣٨.

وفي سنن الترمذي: ٣/٥٥٧.

(٢) ولذلك ذكره البخاري في كتاب الشروط. باب ما يجوز من شروط المكاتب إذا رضي بالبيع على أن يعتق، وفي كتاب المكاتب. باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن =

والالتزام بالعتق يتنافى مع مقتضى العقد، ومع ذلك أجازته الجمهور، وهذا الذي يتفق مع فقه الحديث، أما الحنفية فقد سبق قول الكاساني: (لو باعها بشرط أن يعتقها المشتري فالبيع فاسد في ظاهر الرواية عن أصحابنا، وروى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما - أنه جائز)^(١).

ومع أن فقه الحديث يؤيد رأي الجمهور، غير أنهم اختلفوا في بيان سبب الجواز:

فقال المالكية بأن السبب هو أن العتق عمل من أعمال البر كما سبق بيانه. وفي المدونة: (قلت): رأيت إن اشترت عبداً على أن أعتقه، أيجوز هذا الشراء في قول مالك؟ (قال): نعم. (قلت): لم أجزته وهذا البائع لم يستقص الثمن كله للشرط الذي في العبد؟ (قال): لأن البائع وضع من الثمن للشرط الذي في العبد فلم يقع فيه الغرر^(٢).

وهذا يرجح أن صحة مثل هذا الشرط لا يقف عند العتق وحده دون غيره، فأعمال البر كثيرة منها ما يفضل العتق. فيكون الحديث دالاً على صحة الشرط المنافي لمقتضى العقد إذا كان لمعنى من معاني البر. وما جاء في المدونة ينطبق على غير العتق؛ فمثلاً من باع أرضاً لتكون وقفاً، أو لبناء مسجد، أو لأي مشروع خيري، يمكن أن يضع من الثمن للشرط الذي في العقد، ولولا الشرط لما رضي.

أما الشافعية فإنهم يأخذون بحديث النهي عن بيع وشرط، وسيأتي في موضعه، وجعلوا الشروط خمسة أضرب كما سبق بيانه، ورأوا فساد الشرط الذي لا يقتضيه مطلق العقد ولا يتعلق بمصلحته، غير أنهم وقفوا عند البيع بشرط

= اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، وباب إذا قال المكاتب اشترني وأعتقني - فاشترته لذلك. (راجع الكتب والأبواب في صحيح البخاري، وفي فتح الباري: ٣٢٤/٥، ١٨٧، ١٩٦).

(١) بدائع الصنائع: ١٧٠/٥.

(٢) المدونة: ١٥٢/٤.

العتق، ففيه ثلاثة أقوال، الصحيح المشهور أن البيع صحيح والشرط لازم، وهو المذهب.

وجواز شرط العتق دون سواه عندهم اتباعاً للسنة، ولفراق العتق لما سواه كما ذكر الإمام الشافعي، وقال: (فإن قال رجل ما فرق بين العتق وغيره؟ قيل: قد يكون لي نصف العبد فأهبه أو أبيعته وأصنع به ما شئت غير العتق، ولا يلزمني ضمان نصيب شريكه فيه؛ ولا يخرج نصيب شريكه من يده، لأن كلاً مالك لما ملك. فإن أعتقته وأنا موسر عتق على نصف شريكه الذي لا أملك ولم أعتق، وضمنت قيمته، وخرج من يدي شريكه بغير أمره)^(١).

والاستدلال بالسنة واضح، ولكن عدم إلحاق شيء بالعتق فيه نظر، لأن ما ذكره من السراية شرع مثله في غير العتق، وبيان هذا يأتي في مناقشة رأي الحنابلة.

وقال النووي:

ولو اشترى داراً بشرط أن يجعلها وقفاً، فالأصح أن البيع باطل، وقيل: إنه كشرط الإعتاق^(٢).

والوقف قد يكون أولى من العتق، فكيف لا يلحق به؟

هذا موقف الشافعية من البيع بشرط العتق، فما موقف الحنابلة؟

معظم كتب الحنابلة تشير إلى روايتين: إحداهما: صحة الشرط، والثانية: الشرط فاسد.

وبعض الكتب تطلقهما، وبعضها تذكر أن الصحة هي الصحيح والمذهب، وبعضها لا تشير إلى الرواية الثانية^(٣).

(١) الأم: ٧٨/٣.

(٢) انظر روضة الطالبين: ٤٠٢/٣ - ٤٠٣.

(٣) راجع ما نقل من كتب الحنابلة في المبحث السابق، وراجع أيضاً الفروع، وتصحيح الفروع: ٦٤/٤، ومجلة الأحكام الشرعية: مادة ٢٥٢.

والعتق ينافي مقتضى البيع ، فلماذا أجازوه؟ .

ذكر من قبل قول بعض الحنابلة بأن العتق قرينة التزامها المشتري فيجبر عليه ، وليس معنى ذلك أنهم يجيزون كل قرينة ، ولذلك نص بعضهم على عدم جواز شرط الوقف^(١) ، وقيل : الوقف كالعتق^(٢) .

وذكر ابن قدامة وغيره أن العتق أجزى لأنه مبني على التغليب والسراية ، ولذلك لا يلحق به غيره .

وقد بين ابن تيمية فيما سبق أن هذا رأي طائفة من أصحاب أحمد ، وأصول أحمد ونصوصه تقتضي جواز شرط كل تصرف فيه مقصود صحيح ، وإن كان فيه منع من غيره ، ثم ذكر استدلاله بالحديث الأول حديث جابر ، وهذا الحديث على صحة الشرط الواحد^(٣) .

إذن استدلال الإمام أحمد بحديث بريرة ليس على جواز العتق فقط وإنما على جواز الشرط الواحد ، وإن كان يتنافى مع مقتضى العقد ، غير أنه يتفق مع مقصوده ، فمقصود العقد هنا ليس مجرد الملك وكل ما يترتب عليه من آثار ، وإنما الملك للعتق .

ووضح ابن تيمية رأي القائلين بالتغليب والسراية فقال : قالوا : وإنما جوزته السنة لأن الشارع له إلى العتق تشوف لا يوجد في غيره ، ولذلك أوجب فيه السراية ، مع ما فيه من إخراج ملك الشريك بغير اختياره ، وإذا كان مبناه على التغليب والسراية ، والنفوذ في ملك الغير ، لم يلحق به غيره ، فلا يجوز اشتراط غيره^(٤) .

(١) انظر مثلاً المادة السابقة من مجلة الأحكام الشرعية ، والمغني : ٦ / ٣٢٥ ؛ ومطالب أولي النهي : ٧٤ / ٣ .

(٢) الفروع : ٦٤ / ٤ .

(٣) راجع المبحث السابق ومجموع الفتاوى : ١٦٨ / ٢٩ - ١٦٩ .

(٤) مجموع الفتاوى : ١٦٩ / ٢٩ .

ثم رد بقوله :

(وأما التفريق بين العتق وغيره بما في العتق من الفضل الذي يتشوفه الشارع : فضعيف ؛ فإن بعض أنواع التبرعات أفضل منه).

وذكر عدداً من هذه الأنواع ، ثم قال :

(وأما السراية فإنما كانت لتكميل الحرية . وقد شرع مثل ذلك في الأموال ، وهو حق الشفعة ، فإنها شرعت لتكميل الملك للشفيع ، لما في الشركة من الضرر ، ونحن نقول :

شرع ذلك في جميع المشاركات فيمكن الشريك من المقاسمة . فإن أمكن قسمة العين وإلا قسمنا ثمنها إذا طلب أحدهما ذلك .

فتكميل العتق نوع من ذلك ؛ إذ الشركة تزول بالقسمة تارة ، وبالتكميل أخرى^(١) .

وفي الحديث شرط باطل ، وهو شرط الولاء لغير المعتق ، حيث قال الرسول ﷺ : «إنما الولاء لمن أعتق» .

وبطلان الشرط هنا لمخالفته للشرع وليس لمقتضى العقد ، فلو لم يمنعه الشرع لجاز ، أو لكان من المسائل الخلافية ؛ فهو لا يتنافى مع مقصود العقد .

ولا خلاف حول صحة العقد وبطلان الشرط ، ولكن الخلاف فيما يلحق بهذا الشرط ، وسبق بيان هذا في المباحث السابقة عند الحديث عن الشروط غير الصحيحة في كل مذهب ، وتفسير ابن تيمية لما جاء في هذا الحديث من قول الرسول ﷺ : «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل» .

والحديث الثالث : النهي عن الثنيا :

روى مسلم في صحيحه أن الرسول ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة

(١) راجع المرجع السابق : ١٧٧/٢٩ - ١٧٨ .

والمعاومة والمخابرة، وعن الثنيا، ورخص في العرايا^(١).

والثنيا هنا ذكرت مطلقة غير مقيدة، أي أن الحديث يتعارض مع حديث جابر: «واستثنيت حملانه إلى المدينة». وذكر أيضاً أن البخاري روى أن الرسول ﷺ نهى عن الثنيا، أي أن الحديث متفق عليه. وهذا غير صحيح؛ فالبخاري لم يروه، ولكن جاء في كتاب الشروط باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار، وذكر حديثاً واحداً وهو: «إن لله تسعة وتسعين اسماً مائة إلا واحداً من أحصاها دخل الجنة»^(٢).

وأما حديث مسلم فقد رواه النسائي؛ وذكر رواية قبل هذه الرواية، ومنها: «وعن الثنيا إلا أن تعلم»، وجعل الروایتين تحت باب «النهي عن الثنيا حتى تعلم»^(٣).

وأبو داود روى الروایتين أيضاً^(٤).

أما الترمذي فلم يرو إلا رواية واحدة، وهي: «والثنيا إلا أن تعلم»^(٥).

(١) انظر صحيح مسلم كتاب البيوع باب النهي عن المحاقلة والمزابنة، وعن المخابرة: ح ٨٥؛ وقرأ شرح النووي: ٤٥٩/٥.

(٢) راجع الصحيح، وذكر الباب يدل على جواز الثنيا وليس على النهي، وكذلك الحديث. وفي مفتاح كنوز السنة في البيوع ذكر النهي عن الثنيا وأشار إلى هذا الموضوع من البخاري وباقى الكتب التي روت النهي، وأظن أن ذكر البخاري هنا غير دقيق، ولم يذكر موضعاً آخر. وراجع الثنيا في المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي. وفي تحفة الأشراف ذكر رواة الحديث وليس من بينهم البخاري. انظر: ١٨٢/٢، ١٨٣، ح ٢٢٦١؛ ص ٢٢٤: ح ٢٤١٤؛ ص ٢٨٩: ح ٢٦٦٦. وانظر تخريج الحديث في المغني: ١٧٢/٦؛ وفيه بيان خطأ ابن قدامة في نسبه للبخاري. وقال الحافظ ابن حجر في تخريج الحديث: «وهم ابن الجوزي فذكر في جامع المسانيد أنه متفق عليه، ولم يذكر البخاري في كتابه الثنيا، انظر تلخيص الحبير: ٥/٣ ح ١١٢٨.

(٣) راجع سنن النسائي، كتاب البيوع، باب ٧٤، ج ٧، ص ٢٩٦.

(٤) راجع سنن أبي داود كتاب البيوع، باب في المخابرة، ح ٣٣٨٧-٣٣٨٨؛ عون المعبود: ٢٦٩/٩-٢٧١.

(٥) وانظر سنن الترمذي: كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثنيا: حديث ١٢٩٠ =

وهذا يؤيد حديث جابر، فالثنيا كانت معلومة.

والحديث الرابع: حديث النهي عن بيع وشرط:

وهذا يتعارض مع الأحاديث الثلاثة السابقة، ففي كل منها شرط صح مع البيع.

والحنفية والشافعية هم الذين استدلوا بهذا الحديث كما رأينا من قبل، فلننظر في تخريجه:

قال الحافظ الزيلعي: روي أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط، قلت - أي الزيلعي - رواه الطبراني في معجمه الأوسط، ورواه الحاكم في كتاب علوم الحديث في باب الأحاديث المتعارضة، ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في أحكامه، وسكت عنه.

ثم ذكر الزيلعي تضعيف ابن القطان للحديث، ثم قال: واستدل ابن الجوزي في التحقيق على صحة البيع بشرط العتق بحديث بريرة عن عائشة، اشترتها بشرط العتق، فأجاز النبي ﷺ ذلك، وصحح البيع والشرط، وأقره صاحب التنقيح عليه^(١).

واستدل السبكي بالحديث، فاستغربه النووي^(٢).

وذكر ابن حجر استغراب النووي، وكذلك ابن أبي الفوارس^(٣).

وذكر الشوكاني أيضاً استغراب النووي وابن أبي الفوارس^(٤).

= وفي التخريج قال محمد فؤاد عبد الباقي رحمه الله: أخرجه البخاري في: ٤٢ كتاب الشرب والمساقاة، ١٧ باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط، حديث ٧٩٤ والحديث الذي أشار إليه فيه بداية الحديث وليس فيه ذكر الثنيا، وهو الذي أراده الترمذي من الباب فسبحان الله! كيف غاب هذا عن العلامة الفذ خادم الكتاب والسنة!؟

(١) انظر نصب الراية: ٤/٤٧: ١٨.

(٢) انظر المجموع: ٩/٣٦٣.

(٣) انظر تلخيص الحبير: ٣/١٢.

(٤) راجع نيل الأوطار: ٥/٢٠٢.

وقال ابن تيمية: (قد ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث. وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء، وذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه)^(١).

والحديث موجود في المعجم الأوسط للطبراني كما قال الزليعي وغيره، في الجزء الرابع، ص ٣٣٥ رقم ٤٣٦١، وهو:

حدثنا عبد الله بن أيوب القربي، قال: نا محمد بن سليمان الذهلي، قال: نا عبد الوارث بن سعيد، قال: قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة، قلت: ما تقول في رجل باع بيعاً وشرط شرطاً؟ قال: البيع باطل والشرط باطل. ثم أتيت ابن أبي ليلى، فسألته، فقال: البيع جائز والشرط باطل. ثم أتيت ابن شبرمة، فسألته، فقال: البيع جائز والشرط جائز. فقلت: يا سبحان الله، ثلاثة من فقهاء العراق اختلفتم عليّ في مسألة واحدة.

فأتيت أبا حنيفة، فأخبرته. فقال: لا أدري ما قالوا؛ حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط.

البيع باطل، والشرط باطل.

ثم أتيت ابن أبي ليلى، فأخبرته، فقال: لا أدري ما قالوا؛ حدثني هشام بن عروة، عن أبيه عن عائشة، قالت: أمرني رسول الله ﷺ أن أشتري بريرة، فأعتقتها. البيع جائز، والشرط باطل.

ثم أتيت ابن شبرمة، فأخبرته، فقال لا أدري ما قالوا، حدثني مسعر بن كدام، عن محارب بن دثار عن جابر بن عبد الله، قال: بعث النبي ﷺ رجلاً وشَرَطَ لي حملانه إلى المدينة. البيع جائز، والشرط جائز. اهـ.

وفي مجمع البحرين في زوائد المعجمين ذكر الحديث كاملاً، وجاء بعده: لم يروه عن هؤلاء الثلاثة إلا عبد الوارث.

(١) مجموع الفتاوى: ١٣٢/٢٩، وذكر هذا في المبحث السابق.

وقال المحقق في تراجم رجال الإسناد:

- عبد الله بن أيوب بن زاذان أبو محمد الضرير القربي، البصري. قال الدارقطني: متروك.

- محمد بن سليمان الذهلي: لم أجد من ترجمه. مجهول^(١).

والحديث جاء أيضاً في مجمع الزوائد، وفيه أن في سنده مقالاً^(٢).

وإذا نظرنا في سند الحديث وجدنا أن شيخ الطبراني متروك كما ذكر المحقق، ولذلك ذكره الذهبي في الضعفاء^(٣)، وذكر قول الدارقطني، وذكر قوله أيضاً في ميزان الاعتدال^(٤).

والقول نفسه جاء في لسان الميزان^(٥).

أما محمد بن سليمان الذهلي فأنا أيضاً لم أجد له ترجمة في الكتب التي رجعت إليها، وليس لاسمه ذكر مع تلامذة عبد الوارث بن سعيد في تهذيب الكمال.

إذن: الحديث لا يصح سنداً ولا متناً.

والحديث الخامس: النهي عن شرطين في البيع:

روى الترمذي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك».

(١) المرجع المذكور: ٣/٣٦٧. والمحقق هو عبد القدوس بن محمد نذير.

(٢) راجع مجمع الزوائد: ٤/٨٥، وفيه: وفي طريق عبد الله بن عمرو مقال. واختلط الأمر على محمد صبحي حسن محقق بداية المجتهد حيث نسب للهشمي أنه قال: وفيه يحيى بن صالح الأيلي، والهشمي إنما ذكر هذا في حديث آخر. انظر بداية المجتهد: ٢٨٨/٣.

(٣) ١/٤٧٣، ترجمة رقم ٣١٠٨.

(٤) ٢/٣٩٤، ترجمة رقم ٤٢١٨.

(٥) ٢/٢٦٢، ترجمة رقم ١١٢٤.

وقال: هذا حديث حسن صحيح^(١).

والحديث رواه أحمد^(٢)، وأبو داود^(٣)، والنسائي^(٤)، وغيرهم^(٥).

ولا حاجة إلى النظر في سند الحديث ورواياته المختلفة، فهو حديث صحيح، ولا ينزل عن درجة الحسن^(٦). وصححه أيضاً النووي^(٧)، والإمام أحمد لم يروه فقط وإنما استدل وعمل به^(٨). ومنطوقه لا يتعارض مع الأحاديث السابقة الأربعة، ولكن مفهومه يجيز الشرط الواحد، أي يتعارض مع حديث النهي عن بيع وشرط، وقد ظهر عدم صحته فلا حاجة لإزالة التعارض.

ولكن ما المراد بالشرطين؟ هذا ما يحتاج إلى النظر.

في كتاب مسائل الإمام أحمد، في باب بيعتين في بيعة، قال أحمد عن شرطين في بيع: أن تقول أبيعك إلى شهر كذا، وينقد بكذا^(٩).

(١) سنن الترمذي: كتاب البيوع: باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك: ٥٣٥/٣-٥٣٦ حديث ١٢٣٤.

(٢) راجع المسند بشرح الشيخ أحمد محمد شاكر: ١٠/١٢٠: ح ٦٦٢٨، ص ١٥٤: ح ٦٦٧١. والرواية الأولى بلفظ «بيعتين في بيعة» بدلاً من الشرطين في بيع، فاعتبرهما بمعنى واحد، وصحح الروائيتين وهذا يؤيد ما سيأتي من المراد بالشرطين.

(٣) انظر عون المعبود: ٩/٤٠١-٤٠٣؛ كتاب البيوع، باب الرجل يبيع ما ليس عنده: ح ٣٤٨٧.

(٤) راجع سنن النسائي: كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع: ٧/٢٨٨، حديث ٤٦١١؛ وباب سلف وبيع؛ وباب شرطان في بيع وهو أن يقول أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا وإلى شهرين بكذا: ٧/٢٩٥، حديث ٤٦٢٩، ٤٦٣٠، ٤٦٣١.

(٥) أفاض الحافظ الزيلعي في تناول هذا الحديث. راجع نصب الراية: ٤/١٨-٢٠.

(٦) حسنه الشيخ الألباني. انظر إرواء الغليل: ٥/١٤٦، حديث ١٣٠٥؛ ٥/١٤٨، حديث ١٣٠٦.

(٧) راجع المجموع: ٩/٣٧٢.

(٨) وصححه الشيخ شاكر كما ذكر آنفاً.

(٩) راجع الكتاب المذكور، ص ٢٠٢.

أي أن اجتماع الشرطين يؤدي إلى بيعتين في بيعة .

والنسائي روى الحديث تحت باب عنوانه (شرطان في بيع وهو أن يقول أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا وإلى شهرين بكذا)^(١) .

وذكر الشيخ الألباني حديث النهي عن بيعتين في بيعة، ثم قال : ورواه غيرهم بلفظ «ولا شرطان في بيع» .

ثم قال : ويظهر أن اللفظين بمعنى واحد، ورواه بعض الرواة عن عمرو بن شعيب بهذا، وبعضهم بهذا، ويؤيده قول ابن قتيبة في غريب الحديث : ومن البيوع المنهي عنها شرطان في بيع، وهو أن يشتري الرجل السلعة إلى شهرين بدينارين، وإلى ثلاثة أشهر بثلاثة دنانير، وهو بمعنى (بيعتين في بيعة) . وكذلك فسره عبد الوهاب بن عطاء فقال : (يعني يقول : هو لك بتقد بعشرة، وبسنيئة بعشرين) . رواه البيهقي^(٢) .

وفي عون المعبود ونيل الأوطار جاء في شرح الحديث :

«ولا شرطان في بيع» : قال البغوي : هو أن يقول بعتك هذا العبد بألف نقداً أو بألفين نسيئة، فهذا بيع واحد تضمن شرطين يختلف المقصود فيه باختلافهما، ولا فرق بين شرطين وشروط، وهذا التفسير مروى عن زيد بن علي وأبي حنيفة، وقيل معناه أن يقول بعتك ثوبي بكذا وعلي قصارته وخياطته، فهذا فاسد عند أكثر العلماء، وقال أحمد : إنه صحيح^(٣) .

وقال ابن القيم في شرحه للحديث :

هذا الحديث أصل من أصول المعاملات، وهو نص في تحريم الحيل الربوية، وقد اشتمل على أربعة أحكام .

(١) الباب المذكور في كتاب البيوع من سننه : ٢٩٥ / ٧ .

(٢) إرواء الغليل : ١٥١ / ٥ ، وراجع بدء أمن ، ص ١٤٦ ؛ وانظر السنن الكبرى : ٣٤٣ / ٥ .

(٣) عون المعبود : ٤٠٣ / ٩ ؛ ونيل الأوطار : ٢٠٣ / ٥ .

وقول أحمد إنه صحيح وروى عنه غير هذا . انظر عون المعبود شرح ابن القيم : ٤٠٤ / ٩ .

الحكم الأول: تحريم الشرطين في البيع، وقد أشكل على أكثر الفقهاء معناه من حيث إن الشرطين إن كانا فاسدين فالواحد حرام، فأى فائدة لذكر الشرطين؟ وإن كانا صحيحين لم يحرم.

فقال ابن المنذر: قال أحمد وإسحاق فيمن اشترى ثوباً واشترط على البائع حياكته وقصارته، أو طعاماً واشترط طحنه وحمله، إن شرط أحد هذه الأشياء فالبيع جائز، وإن شرط شرطين فالبيع باطل.

واستبعد ابن القيم هذا التفسير، وقال: اشترط منفعة البائع في المبيع إن كان فاسداً فسد الشرط والشرطان، وإن كان صحيحاً فأى فرق بين منفعة أو منفعتين أو منافع؟ لا سيما والمصححون لهذا الشرط قالوا: هو عقد جمع بيعاً وإجارة، وهما معلومان لم يتضمنا غرراً، فكانا صحيحين، وإذا كان كذلك فما الموجب لفساد الإجارة على منفعتين وصحتها على منفعة؟ وأي فرق بين أن يشترط على بائع الحطب حمله، أو حمله ونقله، أو حمله وتكسيه؟.

وبعد أن استبعد هذا التفسير وغيره قال:

فإذا تبين ضعف هذه الأقوال فالأولى تفسير كلام النبي ﷺ بعضه ببعض، فنفسر كلامه بكلامه.

فنقول: نظير هذا نهيه ﷺ عن صفقتين في صفقة، وعن بيعتين في بيعة. ووضح ابن القيم أن المراد بالنهاي هنا هو مسألة العينة، وأنه هو بعينه الشرطان في بيع، فالشرطان كالصفقتين سواء.

ثم قال:

وإذا أردت أن يتضح لك هذا المعنى فتأمل نهيه ﷺ في حديث ابن عمر عن بيعتين في بيعة، وعن سلف وبيع. رواه أحمد، ونهيه في هذا الحديث عن شرطين في بيع، وعن سلف في بيع، فيجمع السلف والبيع مع الشرطين في البيع، ومع البيعتين في البيعة.

وسر ذلك : أن كلا الأمرين يؤول إلى الربا، وهو ذريعة إليه . . . إلخ^(١).
ومن هذا كله نرى أن الراجح أن النهي عن الشرطين في البيع هو نفسه النهي
عن البيعتين في بيعة، والله عزَّ وجلَّ هو الأعلَم .

* * *

(١) راجع عون المعبود شرح ابن القيم : ٩/٤٠٢-٤٠٧ .

المبحث السابع

الشرط الجزائي

الشرط الجزائي : من الشروط الوضعية التي يتفق عليها المتعاقدون وهي التي تحدثنا عنها من قبل .

ومن الدراسة السابقة يظهر لنا ترجيح ما يأتي :

١- الأصل في العقود والشروط الوضعية أو الجعلية التي يشترطها المكلف في المعاملات الإباحة لا الحظر ، «فالمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً»^(١).

٢- لا يصح القول بالنهاي عن بيع وشرط ، ويلحق بالبيع عقود المعاوضات ؛ فقد ثبت عدم صحة حديث النهي عن بيع وشرط ، وعارضه ثلاثة أحاديث صحيحة بمنطوقها ، وحديث رابع بمفهومه .

ومن استدلال بالحديث ، أيد الاستدلال بما روي أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية ، وشرطت عليه أنك إن بعتهأ فهي لي بالثمن ، فاستفتى - عبد الله بن عمر رضي الله عنهما - فقال : (لا تقربها وفيها شرط لأحد) .

وهذا الأثر - فيما يبدو - لا يدل على بطلان الشرط ، فلم يأمره بفسخ العقد أو إبطال الشرط ، بل على العكس ؛ فلو كان الشرط باطلاً لم يمنع من قربانها ؛ بل علل ذلك بالشرط ، فدل على أن المانع من القربان هو الشرط ، وأن قربانها

(١) «المسلمون على شروطهم» رواه الترمذي وقال : حديث حسن صحيح ، وخالفه غيره ، وفصل ابن تيمية القول فيه من قبل ، وقواه - راجع مجموع الفتاوى : ١٤٦/٢٩ - ١٤٧ ؛ وإرواء الغليل : ١٤٤/٥ - ١٤٥ .

يتضمن إبطال ذلك الشرط ، لأنها قد تحمل فيمتنع عودها إليها^(١) . وسبق بيان ابن تيمية أن الإمام أحمد صحح العقد والشرط . ولو صح استدلال الحنفية والشافعية بهذا الأثر فإنه يعارض بالأحاديث الشريفة المذكورة .

٣- من الواضح صحة قول الحنفية بأن الشرط الفاسد يؤدي إلى الغرر ، أو الربا ، فيجب ألا يكون المشروط محظوراً ، ولكن يبدو من الواضح أيضاً أن هذا لا ينطبق على كل شرط لا يقتضيه العقد ، وليس بملائم له ، وليس فيه تعامل للناس ولا عرف ظاهر ، حيث جعل الحنفية هذا شرطاً غير صحيح ، والأحاديث الثلاثة الأولى تبين صحته .

ومن غير الواضح تفسيرهم للربا! فقد جعلوا المنفعة المشروطة لأحد المتعاقدين من الربا! أي أن شرط جابر يعتبر من الربا المحرم!! ومثله كل منفعة وإن كانت مشروعة في ذاتها ، وقد ذكر الكاساني كثيراً منها فيما سبق .

والقول بأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، وتصحيح الشروط التي جرى التعامل بها بين الناس ، هذا فيه نظر ، فصحة الشروط ليس ردها إلى العرف وتعامل الناس ؛ فما أكثر ما يتعارف الناس على أمور غير مشروعة! وهذا واضح كل الوضوح في عصرنا . وإنما تصح الشروط التي تخلو من الربا والغرر وأي محظور شرعي ، سواء أجرى العرف بها أم لم يجز^(٢) . والمراد بالربا هو الربا المعلوم من الكتاب والسنة والإجماع والقياس الصحيح ، وهو أشد تحريماً من الغرر ، ولذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة من الغرر اليسير ، وحرّم الربا قليلاً وكثيراً ، ولهذا لا يجوز الجمع بين الربا والغرر عند الحديث عن القليل الذي يصح معه العقد والشرط كما جاء مثلاً في كلام ابن رشد الحفيد^(٣) .

-
- (١) وانظر شرح ابن القيم في عون المعبود: ٤٠٤/٩ ؛ والفروع: ٦/٤ .
(٢) في قرار المجمع رقم ٤٧ (٥/٩) بشأن العرف جاء أن العرف المعبر شرعاً لا يخالف الشريعة ، فإن خالف العرف نصاً شرعياً ، أو قاعدة من قواعد الشريعة فإنه عرف فاسد .
(٣) أشار ابن رشد الحفيد إلى صنفين الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر ، وقال : فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله مالك وأبطل الشرط ، =

٤ - قول المالكية بجواز اشتراط المنفعة إذا كانت يسيرة، وعدم جوازها في غير ذلك، فيه نظر، فلعل الأولى أن يقال إذا كانت معلومة، فهذا هو الذي ثبت في حديث النهي عن الثنيا إلا أن تعلم، واشتراط ظهر بعير جابر كان لمسافة معلومة، وهذا هو المذهب الحنبلي، وفيما يبدو هو الراجح.

٥ - البيع بشرط العتق: عدم جوازه كما ذهب إليه الحنفية لتعارضه مع النص، وجوازه عند المالكية لأنه عمل من أعمال البر يستلزم جواز شرط كل عمل من أعمال البر، والوقوف عند العتق بحيث لا يتعداه إلى غيره بسبب السراية كما بين الإمام الشافعي، أو سبب التغليب والسراية كما قال أصحاب الإمام أحمد، هذا أمر فيه نظر، وذكرنا ما يدل على عدم ترجيحه.

٦ - ما ذهب إليه الإمام أحمد من عدم جواز الشرطين في البيع يستند إلى حديث صحيح، والراجح أن الشرطين يراد بهما البيعتان في بيعة، فاجتماع الشرطين يؤدي إلى الربا كما بين ابن القيم، أو فيه غرر كما بين غيره. أما الشرطان أو الشروط الصحيحة التي لا يؤدي اجتماعها إلى ربا أو غرر أو محذور شرعي فإنها تبقى صحيحة ويصح معها العقد.

٧ - بيّن ابن تيمية الفرق بين مقتضى العقد، ومقصوده، ومقصود الشرع، وذهب إلى أن الشرط لا يبطل بمخالفة مقتضى العقد وإنما بمخالفة مقصوده أو مقصود الشرع، واستدل بأدلة كثيرة، ووضح رأيه بأثلة متعددة، فلعل رأيه يعتبر راجحاً.

٨ - قول الحنفية بأن الشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين فاسد ويفسد العقد لأنه له مطالب فتحدث المنازعة، وقول الشافعية بأن الشروط الفاسدة تبطل البيع لمنافاة مقتضاه، وهو رواية عند الحنابلة غير المنصوص عن أحمد، هذه الأقوال فيها نظر؛ ففي حديث بريرة صح العقد وبطل الشرط.

= وما كان قليلاً أجازته وأجاز الشرط فيه. راجع قوله في المبحث الثالث: الشروط عند المالكية.

وقول المالكية بأن الاشتراط إذا كان بعد انقضاء الملك، يصح العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة، أما مدة الملك في غير العتق: فقيل عن مالك: البيع مفسوخ، وقيل: بل يبطل الشرط فقط، هذه التفرقة التي انفرد بها المالكية سببها غير واضح لدي.

وقول المالكية بصحة البيع وفسخ الشرط إذا كان خفيفاً فلم يقع عليه حصة من الثمن قول لعله راجح؛ فلو وقع عليه حصة من الثمن لما أمكن فسخ الشرط دون البيع لأثر ذلك على البائع.

ولعل من الراجح أيضاً قول الحنابلة بأن اشتراط عقد في عقد آخر فاسد يفسد به البيع، فهذا بيعتان فيبيعة.

ويمكن القول بأن الشرط الفاسد إذا أمكن إبطاله دون أن يؤثر على العقد: صح العقد وبطل الشرط، وذلك مثل حديث بريرة.

أما إذا لم يمكن إبطاله إلا بإبطال العقد، كالشرط الذي يؤدي إلى غرر فاحش في الثمن أو المثلون، أو يمكن إبطاله ولكن ذلك يؤدي إلى ضرر أو غبن أو أكل لأموال الناس بالباطل، فعندئذ يبطل العقد والشرط، ومعنى ذلك أن نجعل حديث بريرة هو الأصل الذي نقيس عليه كلما أمكن.

وإذا كان هذا في عقود المعاوضات المالية، فلعل من الأرجح والأولى أن نأخذ برأي الجمهور في النكاح، فلا يبطل العقد بالشروط الفاسدة، بل يبطل الشروط ويبقى العقد صحيحاً، والله عزّ وجلّ هو الأعلم.

بعد هذه الدراسة التي أعاننا الله سبحانه وتعالى عليها، ووفقنا إليها، نستطيع في ضوئها أن ننظر إلى الشروط الجزائية في التطبيق العملي، وأن نسترد بها للحكم على هذه الشروط، وهو ما نتناوله في المبحث التالي.

* * *

المبحث الثامن

الشرط الجزائي في المعاملات المعاصرة

أولاً- تأخير الديون والحقوق:

في البنوك الربوية يلتزم المقرض بدفع فوائد على القرض، وإن تأخر عن أداء الدين في مواعده يلتزم بدفع فوائد مركبة على الدين الأصلي وفوائده.

وفي عقود البيع بالتقسيط نجد في بعض العقود النص على فوائد التأخير.

وفي عقود الإجارة نجد أيضاً في بعض العقود النص على أن المستأجر إذا تأخر في دفع الأجرة يلتزم بدفع فوائد التأخير.

وفي بطاقات الائتمان التي تصدرها البنوك الربوية، وبعض الشركات، نجد النص على فوائد التأخير.

وفي بعض العقود الحكومية كعقود استهلاك المياه والكهرباء في كثير من البلاد نجد النص على فوائد التأخير.

وهكذا ينص على غرامة التأخير في معظم الحالات في الديون، والحقوق التي تصبح ديناً في الذمة.

ومن الواضح أن هذا شرط جزائي باطل؛ ففوائد التأخير من الربا المحرم.

وإذا كان الذين يشترطون فوائد التأخير لا يبالون من أين أخذوا المال: أمن الحلال أو من الحرام؟ فما موقف المصارف الإسلامية من تأخير الديون الناشئة عن بيع آجل أو عن إجارة؟

بالنسبة للتأجير لا أعلم أن مصرفاً إسلامياً يشترط فوائد تأخير تحت أي اسم من الأسماء، فالعين المؤجرة في ملك المصرف، ويستطيع أن يفسخ العقد إن لم

يلتزم المستأجر. أما في البيع فالذي أعلمه أن عدداً من المصارف الإسلامية - للإسف الشديد - تطبق فوائد التأخير بشرط جزائي منصوص عليه في العقد، أو بدون نص عليه، غير أنها لا تسميها فوائد، وإنما تتخذ أسماء أخرى، أكثرها تداولاً (غرامات التأخير)، ومنها (تعويض الربحية)، بل وجدت في أحد المصارف عبارة (تعويض ربحية الربحية)!! وهي الفوائد المركبة!!

وقام أحد الإخوة بعمل استبيان ضم سبعة وعشرين مصرفاً إسلامياً، فنظرت فيه فوجدت الآتي:

١ - عدد المصارف التي تطبق غرامات التأخير: (١٢) اثنا عشر مصرفاً، وكلها تطبق على المدين المماطل فقط.

٢ - غرامات التأخير بقرار من هيئة الرقابة الشرعية: (٩) تسعة مصارف. غير أن التطبيق العملي لا يوافق القرار في ثلاثة منها.

٣ - النص على شرط الغرامة في العقود: (٩) تسعة مصارف، ومصرف منها النص بدون قرار من الهيئة!

٤ - طريقة حساب الغرامات هي نفسها طريقة حساب الأرباح: (٥) خمسة مصارف.

٥ - الإيرادات تضاف لإيرادات المصرف: (٤) أربعة مصارف.

ومن هذا يتبين أن الهدف من شرط غرامة التأخير هو زجر المدين المماطل وردعه وعقوبته، وإدراك أن هذه الغرامات من الربا المحرم، فتتفق في الصالح العام، ما عدا أربعة مصارف استحلّت الغرامات، وأضافتها لإيرادات المصرف، فاختلط الحلال بالحرام، وأحد هذه المصارف الأربعة يقوم بهذا مستنداً إلى قرار من هيئة الرقابة الشرعية!!

فما الذي دفع هذه المصارف إلى وضع هذا الشرط؟ وبم استدلت هيئات الرقابة الشرعية؟ وما حكم هذا الشرط الجزائي؟

في بحث عن البيع بالتقسيط قدّمته للمجمع في دورته السادسة تناولت هذا

الموضوع، وألحق بهذا البحث صورة من بحثي السابق، وفي الدورة المذكورة صدر قرار المجمع رقم ٥١ (٦/٢)، ومما جاء فيه:

(ثالثاً: إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين، بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم.

رابعاً: يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حلّ من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء).

وجاء في القرار نفسه:

خامساً: يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها، عند تأخر المدين عن أداء بعضها، ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد).

وقد طبقت بعض المصارف الإسلامية هذا الشرط، وابتعدت عن الربا.

أما الحقوق إذا لم تكن ديوناً فالأمر فيها مختلف:

فمثلاً في المقاولات إذا تم التعاقد على الانتهاء من العمل في موعد محدد، مع الاتفاق على شرط جزائي إذا تأخر المقاول دون عذر مقبول، فإن هذا الشرط جائز، ولكن الأولى أن يرتبط هذا الشرط بالضرر الفعلي نتيجة للتأخير، كأن يتأخر تأجير المبنى، فيقدر الإيجار، أو يتأخر الانتفاع بالعين، فيقدر إيجار المثل، أو ترتفع الأسعار فيتأثر بها صاحب المبنى، وهكذا.

وفي عقد الاستصناع كذلك يجوز الشرط الجزائي، وصدر قرار المجمع رقم ٦٥ (٧/٣) في دورة مؤتمره السابع، وفيه:

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.

وكما يكون الشرط الجزائي لتأخير النفع المستهدف كما ذكرنا آنفاً في

المقاولات، فيجوز أيضاً أن يكون الشرط الجزائي لأصل الإخلال بالنفع المستهدف للمشرط، كأن يتم العمل في المقاولات في الموعد المحدد ولكن مع عدم الالتزام بالمواسفات المتفق عليها، فلا يتحقق الانتفاع بالمبنى بالمستوى المطلوب فيترتب على ذلك ضرر عند التأجير مثلاً، أو يكون الاستصناع لسيارات، فيفاجأ المستصنع بأن نقل السرعات فيها يدوي على خلاف الاتفاق، أو أن عجلة القيادة تتفق مع التزام اليسار في السير وليس اليمين، ففي مثل هذه الحالات يصح الشرط الجزائي .

ثانياً - من معاملات المصارف:

١ - وعد المرابحة:

الوعد في بيع المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية يكون معه دفع عربون للمصرف، وبيع العربون في الفقه الإسلامي معلوم، منعه الجمهور خلافاً للإمام أحمد، وعرضه ومناقشته ليس هدفاً هنا، وإنما ننظر إلى الشرط الجزائي في هذا الوعد .

حدث خلاف حول الإلزام بالوعد: فإذا لم يكن الوعد ملزماً فلا يجوز الشرط الجزائي، وإذا كان ملزماً جاز، ولكن ما الذي يترتب على هذا الشرط؟ .

لو أخذنا بجواز بيع العربون فإن العربون يصبح ملكاً للمصرف عندما لا يلتزم الواعد بالشراء بوعده، وإن لم يترتب على خلف الوعد أي ضرر، وهذا ما أخذ به القانون الوضعي .

وإن قلنا بعدم جواز بيع العربون مع القول بأن الوعد ملزم، فما الذي يترتب على الشرط الجزائي؟ .

الجواب لا يحتاج إلى بحث لأن المجمع قد حسم الموضوع .

ففي قرار المجمع رقم ٤٠ - ٤١ (٥ / ٢ و ٥ / ٣) بشأن الوفاء بالوعد، والمرابحة للآمر بالشراء في دورة مؤتمره الخامس جاء ما يلي:

ثانياً: الوعد وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب، ودخل الموعد في كلفة نتيجة الوعد.

ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ويؤخذ من هذا القرار ترجيح رأي الجمهور في عدم جواز بيع العربون.

٢- الاعتماد المستندي:

عند الاستيراد يقوم المصرف بما يعرف بفتح الاعتماد المستندي، فإذا كان الاستيراد للمتعامل مع المصرف أخذ أجراً من العميل مقابل العمل والتكاليف. أما في المربحات الخارجية فإن الاعتماد يكون باسم المصرف. وأحياناً يلغى الاعتماد ولا يتم الاستيراد، ففي الحالة الأولى لا يرد الأجر إلى العميل، وقد يرد جزء منه، وفي الحالة الثانية إذا كان المصرف هو الذي ألغى الاعتماد فلا شيء على العميل، أما إذا كان الإلغاء بسبب العميل فمن الشروط الجزائية إلزامه بدفع أجر فتح الاعتماد.

ولعل هذا الشرط صحيح، فالضرر الذي لحق المصرف يجب أن يتحمله العميل المتسبب في هذا الضرر.

وهنا حالة أخرى وهي إذا لم يرسل المصدر السلعة، وألغى الاعتماد، فمن الذي يتحمل تبعه الضرر؟.

معظم المصارف - فيما أعلم - لا تحمل العميل شيئاً، ولكن وجدت بعض المصارف تضع شرطاً جزائياً يحمل العميل تبعه الضرر لأنه هو الذي أُرشد المصرف إلى المصدر وعرفه به.

وأظن أن هذا الشرط غير صحيح، فالمشتري من المصدر هو المصرف وليس العميل، ولا شيء على العميل إلا بعد وصول البضاعة والمطالبة بتنفيذ

الوعد. بل إن المصرف يتحمل أكثر من هذا، فتقع عليه مسؤولية تلف السلعة قبل التسليم، وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وذلك كما جاء في قرار المجمع رقم ٤٠ - ٤١ (٥/٢ و ٥/٣) في دورة مؤتمره الخامس.

ثالثاً - عقد المناقصة:

تضمن عقد المناقصة شرطاً جزائياً ينص على غرامة مالية على التاجر إذا تأخر عن المواعيد المحددة للإنجاز.

هذا الشرط مثل الشروط التي ذكرناها في المقاولات وفي الاستصناع، واسترشاداً بقرار المجمع المذكور آنفاً، يرتبط الشرط بالضرر الواقع فعلاً.

أما تضمن عقد المناقصة شرطاً جزائياً ينص على غرامة مالية على المشتري إذا تأخر عن سداد الثمن فإنه غير جائز، لأن هذا مثل غرامة التأخير، من الربا المحرم، ولكن يمكن أن تكون الغرامة المالية إذا لم يلتزم بالشراء.

وكذلك يمكن تضمن عقد المناقصة شرطاً جزائياً ينص على غرامة مالية على البائع إذا لم يلتزم بالبيع تبعاً لشروط المناقصة، والله عز وجل هو الأعلّم.

* * *

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذا البحث بمباحثة الثمانية بحمد الله تعالى وفضله ومته
نتتهي إلى النتائج التالية :

١ - الأصل في العقود والشروط الوضعية التي يشترطها المكلف في
المعاملات : الإباحة لا الحظر ، ومنها الشرط الجزائي .

٢- لا يصح القول بالنهي عن بيع وشرط ، ويلحق بالبيع عقود المعاوضات .

٣ - المراد بالنهي عن شرطين في بيع البيعتان في بيعة ، وتصح الشروط
الصحيحة وإن تعددت في العقد الواحد ما لم يؤد اجتماعها إلى محذور شرعي
كبيعتين في بيعة .

٤ - صنفا الفساد الذي يخل بصحة عقود المعاوضات والشروط هما الربا
والغرر ، والربا تحريمه أشد ، وقليله وكثيره حرام ، ولهذا لا يجوز الجمع بينهما
عند الحديث عن القليل أو اليسير الذي لا يؤثر في العقود والشروط ، فهذا خاص
بالغرر .

٥ - لا يجوز تصحيح الشروط التي جرى بها التعامل بين الناس إلا إذا لم
تخالف نصاً شرعياً ، أو قاعدة من قواعد الشريعة .

٦ - الشرط الفاسد إذا أمكن إبطاله دون أن يؤثر على العقد : صح العقد
وبطل الشرط قياساً على حديث بريرة .

٧ - في المعاملات المعاصرة لا يجوز الشرط الجزائي الذي يؤدي إلى
زيادة على الدين كالفوائد وغرامات التأخير ، مهما كانت الأسباب ؛ فهذا من الربا
المحرم ، ولكن يجوز الشرط الجزائي في الحقوق والالتزامات - ما عدا الدين -

للتعويض عن الضرر الواقع فعلاً.

هذا بعض ما انتهيت إليه في بحثي، فإن كان صواباً فمن الله عزّ وجلّ وإن كان خطأ فمني ومن الشيطان (ومن المهم جداً أن يعلم أنني لا أقول الرأي على سبيل الإفتاء، وإنما ليعرض على المجمع، وما يفتى به هو ما يقرره المجمع).

﴿ سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعَزَّوَجَمَا يَصْفُونَ ﴿١٨٠﴾ وَسَلَامٌ عَلَى الْمُرْسَلِينَ ﴿١٨١﴾ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿﴾ [الصفات: ١٨٠-١٨٢].

* * *

تلخيص البحث

يتكون البحث من ثمانية مباحث :

في المبحث الأول: تحدثت على تعريف الشرط، والفرق بينه وبين كل من السبب والمانع، وعن الشروط الشرعية، والشروط الوضعية أو الجعلية التي منها الشرط الجزائي.

وفي المبحث الثاني: بينت الشروط عند الحنفية.

وفي المبحث الثالث: جعلته للشروط عند المالكية، وختمته بذكر رأي الشاطبي.

وفي المبحث الرابع: للشروط عند الشافعية.

والمبحث الخامس: للشروط عند الحنابلة، وختمته برأي ابن تيمية.

والمبحث السادس: جعلته للمناقشة والترجيح: فنظرت في الأحاديث الشريفة التي استدل بها الأئمة الأعلام؛ تخريجها ودرجتها وفقهاها، وناقشت الأقوال المختلفة مع الترجيح.

والمبحث السابع: جعلته لما أظهرته الدراسة السابقة من ترجيح ما يتصل بالشروط الوضعية، ومنها الشرط الجزائي.

والمبحث الثامن: وهو الأخير، جعلته للحديث عن الشرط الجزائي في المعاملات المعاصرة.

* * *

الشرط الجزائي في العقود

إعداد
الشيخ محمد علي التسخيري

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الشرط الجزائي في العقود:

وينبغي تمحيص البحث أولاً عن الشروط وما يترتب عليها من أحكام وآثار بنحو عام، ثم دراسة الشرط الجزائي بشكل خاص.

مفهوم الشرط وبيان حقيقته:

الشرط يطلق في العرف على معنيين:

١ - المعنى الحدتي، يعني الالتزام والتعهد، ففي القاموس: (أنه إلزام الشيء والتزامه في البيع وغيره)^(١).

وقد يطلق الشرط بهذا المعنى على نفس المشروط، كالخلق بمعنى المخلوق، فيراد منه ما يلتزم الإنسان على نفسه.

٢ - ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده الوجود، كالطهارة للصلاة والحول للزكاة.

وفي لسان الفقهاء يطلق الشرط على كلا المعنيين، فإن إطلاقه على الشروط الوضعية يكون بالمعنى الأول وعلى الشروط الشرعية بالمعنى الثاني.

والظاهر أن الشرط له معنى واحد، وأن الأصل فيه هو نحو من الربط والشد، فإن إطلاق الشرط في جميع موارد إتما هو بلحاظ تقيّد أمرٍ بآخر وارتباطه به بنحو تكويني أو جعلي شرعي أو بجعل المتعاقدين واتفاقهما عليه. ففي المنجد:

(١) القاموس المحيط: ٢/٣٦٨ مادة (شرط).

(الشرط (مص): إلزام الشيء والتزامه . . شرط الشيء : شدّه وربطه)^(١) .

هل الشرط مطلق الإلزام والالتزام أو خصوص ما يكون في ضمن عقدٍ آخر؟ الظاهر والمتبادر من الشرط هو الضمني، ولا يطلق على الابتدائي بنحو الحقيقة، فإذا التزم إتيان شيء لا يقال: شرط إتيانه أو شرط عليه ذلك. وأكثر من ذكر الإلزام والالتزام معنى للشرط قيدها بكونهما في بيع ونحوه، بل لم نجد في كلمات أهل اللغة من أطلقهما مقام التعريف، فشمول مفهوم الشرط للالتزامات الابتدائية المستقلة لا يخلو عن خفاء بل منع، فإنه بناءً على تفسيره بالربط والشدّ عدم صدقه على التعهد الابتدائي أو ما يسمى في المصطلح بـ(الوعد) أوضح من أن يخفى، إذ الربط من المعاني الحرفية القائمة بالغير والذي لا يمكن فصله عن طرفيه ولحاظه مستقلاً ومجرداً عنهما، وعلى تقدير تفسيره بالإلزام وللالتزام فهو مقيدٌ بكونهما في ضمن عقدٍ آخر. ومع الشك في الشمول فالأصل يقتضي عدم الشمول، لأنّ عمومها له وصدقه عليه هو المحتاج إلى الإثبات. ومما يؤيد عدم الشمول: اتفاق الأصحاب على عدم وجوب الوفاء بالتعهدات الابتدائية، والظاهر أنه ليس ذلك إلا باعتبار أنّ التعهد الابتدائي ليس شرطاً في الحقيقة، وإنما هو وعدٌ محض.

تقسيمات الشرط:

ينقسم الشرط بمعناه العام - ربط شيءٍ بشيءٍ وشدّه به - إلى تقسيماتٍ عديدة، نستعرضها على نحو الإجمال:

الشرط الحقيقي والاعتباري:

ينقسم الشرط مبدئياً إلى شرطٍ تكويني ذاتي وشرطٍ اعتباريٍّ جعلي، ذلك أنّ الربط بين شيئين تارة يكون ربطاً حقيقياً ذاتياً مأخوذاً فيها في مقام الخلق والتكوين بحيث لا تناله يد الجعل والاعتبار بعد ذلك وضعاً أو رفعاً كالربط بين النار والحرارة، وأخرى يكون اعتبارياً جعلياً يتبع إرادة الجاعل وتحديده.

(١) المنجد، ص ٣٨٢.

ثمّ الشرط الاعتباري الجعلي ينقسم :

تارة بلحاظ جاعله ومصدره إلى :

أ- الشروط العقلية، كاشتراط القدرة في التكليف .

ب- الشروط العرفيّة والعقلائيّة، كاشتراط المألّيّة في العوضين .

ج- الشروط الشرعيّة، وهي ما يتوقّف عليه انعقاد التصرف كالقصد في العقود- إذ العقود تابعة للقصد- أو صحته كرضا المتعاقدين، أو ما يتوقّف عليه التكليف شرعاً كالبلوغ والعقل .

د- شروط المتعاقدين، وهي ما يتفق عليه المتعاقدان في العقد، وتسمى بالشروط الجعليّة أو الوضعيّة في قبال الشروط الشرعيّة .

وأخرى بلحاظ مورده وسعة دائرته وضيقتها إلى :

أ- الشروط العامّة الثابتة في جميع موارد التكليف، كالبلوغ والعقل والاختيار .

ب- الشرائط الخاصّة الثابتة في بعض الموارد بلحاظ دليل ذلك المورد، كاشتراط القبض في بيع الصرف والسلم .

وثالثة بلحاظ تأثيره في متعلّقة إلى :

أ- شروط الصحّة: وهي ما يعتبر في أصل صحة العقد بحيث لولاه يحكم بفساده رأساً، كاشتراط معلوميّة العوضين في البيع .

ب- شروط اللزوم: وهي ما يعتبر في الحكم بلزوم العقد بعد وقوعه صحيحاً، كاشتراط عدم الخيار في العقد .

ورابعة بلحاظ متعلّقه إلى :

أ- شرط الوصف، كاشتراط الكتابة في العبد والحمل في الجارية .

ب- شرط النتيجة، كاشتراط انعقاد المملوك أو تملك عين خاصة .

جـ- شرط الفعل، كاشتراط الإعتاق والتملك، أو اشتراط خياطة الثوب أو تعليم الكتابة .

وخامسةً بلحاظ استقلالية تعهده أو ارتباطه بغيره إلي :

أ- الشرط الابتدائي، وهو التعهد ابتداءً، ويسمى بـ(الوعد).

ب- الشرط الضمني، وهو التعهد المرتبط بعقدٍ آخر .

وسادسةً بلحاظ التصريح به وعدمه إلى :

أ- الشرط المصرح به في متن العقد .

ب- الشرط الارتكازي الضمني، كشرط الصحة والسلامة .

جـ- الشرط المبني عليه العقد .

وهناك تقسيماتٌ أخرى ليست مهمة .

الشروط الوضعية :

الشروط الوضعية - كما قلنا - عبارة عن الشروط التي يتفق عليها المتعاقدان

ويلتزمان بها أو يتعهدان بها في ضمن العقد، وهي على نحوين :

١ - اشتراط الخيار وحقّ فسخ العقد المتضمّن له، وهو ما يصطلح عليه

بـ(خيار الشرط) أو (شرط الخيار) باعتبار ثبوته بسبب اشتراطه في العقد .

٢ - اشتراط ما عدا الخيار في العقد، وهو ما يصطلح عليه بـ(باب الشرط)

أو (الشرط في العقد) والشرط الجزائي من هذا القبيل كما يتضح .

الإطار العام لصحة الشرط ونفوذه:

يعتبر في صحة الشرط ووجوب الوفاء به عدّة أمور :

١ - أن يكون سائغاً في نفسه فلا يجوز أن يبيعه شيئاً بشرط أن يرتكب محرماً

من المحرّمات الإلهية، كأن يبيعه العنب بشرط أن يجعله خمراً، أو يستأجره

للعمل في نهار شهر رمضان بشرط أن يفطر ، وذلك لعدم نفوذ الالتزام بالمحرّم ، كما يدلّ عليه قول الإمام علي : (إنّ المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً)^(١) ، فإنّ الشرط إذا كان محرّماً كان اشتراطه والالتزام به إحلالاً للحرام .

٢ - أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة فإذا تزوّج أمته بشرط أن يكون ولدها رقاً ، أو باعه أو وهبه مالاً بشرط أن لا يرثه منه ورثته أو بعضهم وأمثال ذلك ، فإنّ الشرط في جميع هذه الموارد باطلٌ ، لأنّ مخالفة الكتاب والسنة لا يسوغها شيءٌ .

والمستند فيه النصوص المستفيضة أو المتواترة :

منها : ما رواه عبد الله بن سنان عن الإمام الصادق : « قال : سمعته يقول : من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه ، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عزّ وجلّ »^(٢) ومنها : ما رواه محمد بن قيس عن الإمام الباقر : (في من تزوّج امرأة اشترطت عليه أن يبدها الجماع والطلاق؟ ف قضى أنّ عليه الصداق ويده الجماع والطلاق ، وذلك السنة)^(٣) .

ومنها : ما في تفسير العياشي عن محمّد بن مسلم عن الإمام الباقر : قال : قضى أمير المؤمنين في امرأة تزوّجها رجلٌ وشرط عليها وعلى أهلها إن تزوّج عليها أو هجرها أو أتى عليها سريةً فهي طالق ، فقال : شرط الله قبل شرطكم إن شاء وفي بشرطه وإن شاء أمسك امرأته وتزوّج عليها وتسرى وهجرها إن أبت بسبب ذلك ، قال الله تعالى : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَى وَتِلْكَ رِبْعٌ ﴾ ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ [النساء : ٣] ، ﴿ وَالَّذِينَ تَخَافُونَ سُورَهُمْ ﴾ [النساء : ٣٤] ^(٤) .

-
- (١) وسائل الشيعة : ٣٥٤ / ١٢ ، الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ٥ .
(٢) وسائل الشيعة : ٣٥٣ / ١٢ ، الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ١ .
(٣) وسائل الشيعة : ٤٠ / ١٥ - ٤١ ، الباب ٢٩ من أبواب المهور الحديث ١ .
(٤) تفسير العياشي : ٢٤٠ / ١ ، الحديث ١٢١ .

ومنها: ما رواه ابن زهرة في الغنية: «الشرط جائزٌ بين المسلمين ما لم يمنع منه كتابٌ أو سنة»^(١).

٣ - أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد أو حكمه، كما إذا باعه بشرط أن لا يكون له ثمن أو أجره الدار بشرط أن لا تكون لها أجرة، فإنه إذا كان الشرط منافياً لمدلول العقد فلا يتحقق قصد إنشاء ذلك المدلول، ومع عدم القصد لا يتحقق العقد، إذ العقود تابعة للقصد، ولا عقد من دون قصد، كما إذا قال: بعثك المال على أن لا يكون المبيع ملكاً لك فعلاً أو مطلقاً، أو وهبتك المال على أن يكون المال لي لا لك، وإذا كان الشرط منافياً لحكم العقد سواء كان حكماً إمضائياً أو تأسيسياً فإن كان المشروط عدم ذلك الحكم فلا يصح الشرط أيضاً لكونه يخالف الكتاب والسنة الدالين على عدم تخلف العقد عن ذلك الحكم، إذ الشريعة دلّت على أنّ العقد الفلاني حكمه كذا، فإذا شرطنا عدم ذلك الحكم فقد خالفنا الشريعة، كما إذا اشترط البائع على المشتري أن لا يتصرّف في المبيع أو اشترطت الزوجة على زوجها أن لا يستمتع بها.

٤ - أن يلتزم به في متن العقد، فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور، لأن المشروط عليه إن أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاماً ابتدائياً لا يجب الوفاء به قطعاً كما تقدّم، وإن وعد بإيقاع العقد مقروناً بالتزامه فإذا ترك ذكره في العقد لم يحصل ملزمٌ له.

٥ - أن لا يكون مجهولاً جهالةً توجب الغرر في البيع، لأن الشرط في الحقيقة كالجزم من العوضين، والجهالة في أحد العوضين غررٌ في البيع، والنبي ﷺ قد نهى عن بيع الغرر فالالتزام بأمر مجهول كذلك يبطل البيع فيبطل ما التزم فيه من الشرط المجهول، كما لو اشترط المشتري في بيع الأم كونها حاملاً.

٦ - أن يكون مقدوراً للمشروط عليه، بأن يكون متمكناً من تحقيق المشروط أو تحصيله في الخارج، لأن الشرط في المعاملات عبارة عن الإلزام والالتزام كما

(١) غنية التزوع، ص ٥٢٤.

ذكرنا، ومن الواضح أنّ الالتزام لا يتعلّق بغير المقدور، مثل أن يبيع الزرع على أن يجعله سنبلاً أو الرطب على أن يجعله تمرّاً.

٧ - أن يكون فيه غرض عقلائيّ معتدّاً به نوعاً أو للشارط، لأنّ الشرط إنّما يكون حقّاً للشارط، وما ليس فيه غرض عقلائي لا يعدّ حقّاً ولا يعتني به الشارع فيوجب الوفاء به، مثل ما لو باع العبد بشرط أن لا يأكل إلاّ الهريسة ولا يلبس إلاّ الخنزير.

حكم الشرط الصحيح:

١ - كما يجب الوفاء بالعقد اللازم كذلك يجب الوفاء بالشرط المجعول فيه وجوباً تكليفاً شرعياً، لظاهر الحديث النبوي: «المؤمنون عند شروطهم»^(١) والعلوي: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فإنّ المسلمين عند شروطهم إلاّ شرطاً حرّم حلالاً أو حلّ حراماً»^(٢). فإنّ معنى كون المؤمن عند شرطه هو ملازمته إيّاه وقيامه بمقتضاه وتعيّن إنهائه عليه شرعاً، وهو يعني وجوب الوفاء به تكليفاً.

مضافاً إلى عموم وجوب الوفاء بالعقد^(٣) بعد كون الشرط كالجزء من العقد.

٢ - إذا امتنع المشروط عليه عن الوفاء بالشرط جاز إجباره عليه، لأنّ الشرط حقٌّ للشارط في ذمّة المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فيجبر على تسليمه لكونه ممتنعاً عمّا يستحقّه الغير عليه.

٣ - يثبت الخيار للشارط عند عدم سلامة الشرط له، لأنّ حقيقة الربط القائم بين الشرط والعقد المتضمّن له تعود إلى تعليق الالتزام بالعقد على تحقق المشروط في الخارج بحيث لو لم يوجد ما شرطه فلا التزام للشارط بالعقد وله رفع اليد عنه وإبطاله، وهو ما يعبر عنه بـ(خيار تخلف الشرط).

(١) وسائل الشريعة: ٣٠/١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشريعة: ٥٠/١٥، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٣) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْمُعْثَدَاتِ﴾ [المائدة: ١].

قال السيد الخوئي: (إذا امتنع المشروط عليه من فعل الشرط جاز للمشروط له إجباره عليه، والظاهر أن خياره غير مشروط بتعذر إجباره بل له الخيار عند مخالفته وعدم إتيانه بما اشترط عليه حتى مع التمكن من الإجبار - ثم قال - إذا لم يتمكن المشروط عليه من فعل الشرط كان للمشروط له الخيار في الفسخ . . .)^(١).

٤ - لا ينبغي الإشكال في قابلية الشرط للإسقاط بمعنى رفع الشارط يده عنه مجاناً أو بعوض، وبإسقاطه ينتفي موضوع الحكم الشرعي بوجود الوفاء به، لأن الشرط حقٌّ للمشروط له فله أن يرفع يده عنه.

حكم الشرط الفاسد:

١ - إذا كان الشرط في المعاملة فاسداً فلا ينبغي الإشكال في أنه لا يجب الوفاء به، لأن معنى فساده عدم ترتب حكمه عليه.

٢ - هل الشرط الفاسد مفسدٌ للعقد أم لا؟ فإن كان فاسد الشرط موجباً لاختلال العقد نفسه - كالشرط المنافي لمقتضى العقد - بطل العقد، وكذا إذا كان موجباً لاختلال شيءٍ من الأمور المعتبرة في العوضين، كما لو اشترط وجود وصفٍ مجهولٍ في أحد العوضين حيث إنه يوجب الجهالة فيه، إنما الكلام فيما إذا لم يكن مخالفاً بالعقد ولا بشرائط العوضين.

والأقوال فيه ثلاثة: ١ - ما نقل عن الشيخ والإسكافي وابني البراج وسعيد وهو القول بعدم الإفساد، ٢ - ما نقل عن جملة من المتأخرين كالعلامة والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم وهو الإفساد، والأولون على قولين: الصّحة مع الخيار وبدونه.

قال السيد الخوئي: (الظاهر أنّ فساد الشرط لا يسري إلى العقد المشروط فيه فيصح العقد ويلغو الشرط)^(٢).

(١) منهاج الصالحين: ٤٣/٢، المسألة ١٦٧ و١٦٨.

(٢) منهاج الصالحين، ص ٤٣، المسألة ١٦٦.

تعريف الشرط الجزائي:

المقصود من الشرط الجزائي هو التعويض الذي يحدده المتعاقدان مقدماً في العقد جزاءً على إخلال أحدهما بما تعاقدا عليه أو التزم به أو تعهده في ضمن العقد، وقد يعبر عنه بـ(التعويض الاتفاقي) أو (وجه الالتزام).

الأمثلة:

أمثلة الشرط الجزائي كثيرة، كما إذا تعهد البائع للمشتري أن يسلمه المبيع في يوم معين وإلا فعليه أن يدفع مبلغ كذا، أو شرط عليه أنه إذا ظهر المبيع مستحقاً للغير فعليه أن يدفع كذا غرامة، أو تعهد الزوج لزوجته أن لا يتزوج عليها أو لا يطلقها وإلا كان عليه كذا من التعويض، أو اشتراط الدائن على المدين أنه لو لم يؤد الدين في الأجل المحدد فعليه أن يدفع كل شهر أو كل يوم كذا من المبلغ جزاءً على التأخير.

وقد يعدّ من ذلك: العربون الذي يدفعه المشتري إلى البائع عند نكوله عن الشراء، أو الضمان الذي يشترطه المشتري على البائع عند بيعه مالا غير منقول خارج دائرة الطابو^(١) . . . إلى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة للشرط الجزائي.

حكم الشرط الجزائي:

اتضح أنّ الغرض من الشرط الجزائي أن يكون ضماناً للناس على العقود التي يعقدونها أو ما يلتزمون أو يتعهدون به ضمن العقود التي عقدها مخافة نكول أحدهم عمّا عقد عليه أو التزمه أو تعهده به . وعليه يكون الشرط الجزائي من حيث الصّحة والنفوذ مرتباً بذلك العقد أو الالتزام المتفق عليه، فإن كان العقد أو الالتزام المتضمن للشرط الجزائي صحيحاً من حيث الأمور المعتبرة في صحتهما كان الشرط الجزائي المبتني عليه نافذاً ومستحقاً، وإلا فسوف يكون الشرط الجزائي باطلاً ببطلان أصله، إذ ليس الشرط الجزائي إلا فرعاً من ذلك العقد

(١) أي السجل العقاري.

أو الالتزام، وأن الفرع يتبع الأصل، فإذا كان الأصل غير معتبر وغير ملزم بشيء للطرفين المتعاقدين كان الشرط الجزائي المبتني عليه غير معتبر قهراً وغير ملزم بشيء على المشروط عليه. وكذا يعتبر في صحة الشرط الجزائي أن لا يكون مستتباً لأمر باطل كالربا، وإلا فيكون باطلاً، إذ ما يستلزم الباطل باطلاً.

وعليه فالضابط العام في صحة الشرط الجزائي هو: أن لا يكون مبتنياً على أمر باطل ولا مستتباً لما هو باطل، وأنه إذا كان كذلك صحّ ونفذ ووجب الوفاء به وجوباً تكليفاً شرعياً، لما ذكرنا من أدلة وجوب الوفاء بالشرط، وأن المؤمنين - أو المسلمين - عند شروطهم، مضافاً إلى ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقد بعد كون الشرط كالجاء من العقد، وعلى أساس هذا الضابط فلا تصحّ الشروط الجزائية في الموارد التالية:

١ - الشروط الجزائية في المعاملات الباطلة الفاقدة لما يعتبر في صحة العقد من حيث شروط الصيغة أو العوضين أو المتعاقدين، كعقد الصبي إذا تضمن شرطاً جزائياً أو المعاملات الربوية المتضمنة لشروط جزائية.

٢ - إذا كان الشرط الجزائي مبتنياً على التزام باطل، كالاتزامات غير السائغة في أنفسها أو المخالفة للكتاب والسنة أو التي تكون منافية لمقتضى العقد أو الالتزامات الابتدائية أو ما تكون مجهولة بحيث توجب الغرر في البيع أو الالتزامات غير المقدورة أو ما ليس فيها غرض معتدّ به. فلو باعه العنب - مثلاً - على أن يجعله خمرًا وإلا فعليه كذا من المبلغ فهذا الشرط الجزائي باطلٌ لكونه مبتنياً على التزام غير سائغ في نفسه أو مخالف للكتاب والسنة. أو باعه شيئاً بشرط أن لا يتصرف المشتري فيه وإلا فعليه كذا غرامة، أو اشترطت الزوجة في عقد النكاح أن لا يستمتع الزوج بها وإلا فعليه كذا من المبلغ، فالشرط الجزائي في هذين المثالين باطلٌ لكونه مبتنياً على ما هو مناف لمقتضى العقد أو حكمه. ولو وعد رجل امرأةً بالزواج منها فإن مجرد الوعد من حيث إنه التزام ابتدائي لا يترتب عليه إلزام أحد الطرفين بالعقد في المستقبل، وكل شرط جزائي يتضمنه هذا الوعد يكون باطلاً. وكذا لو اشترط المشتري في بيع الأم كونها حاملاً مع جهالة الحمل

فهذا الشرط باطلٌ من حيث الجهالة ولزوم الغرر، والشرط الجزائي المبني عليه يكون باطلاً قهراً.

وكما لو اشترط البائع في بيع الزرع أن يجعله سنبلاً أو الرطب أن يجعله تمراً وإلا كان عليه كذا من المبلغ أو باعه العبد بشرط أن لا يأكل إلا الهريسة ولا يلبس إلا الخنز وإلا فعليه كذا. فإنَّ الشرط الجزائي في جميع هذا الصور باطلٌ ببطلان أصله.

٣ - إذا كان الشرط الجزائي مستتبعاً لباطل، كما لو اشترط الدائن على المدين أن يدفع غرامةً عن تأخيرته عن أداء الدين، فإنَّ هذا الشرط الجزائي باطلٌ لاستلزامه الربا في القرض، كما سيأتي تفصيل ذلك.

التطبيقات:

١ - من أمثلة الشرط الجزائي - كما ذكرنا - العربون الذي يدفعه المشتري ضماناً على الشراء، وله صور:

أ - أن تنشأ المعاملة ثم يدفع المشتري جزءاً من الثمن بعنوان العربون ضماناً على العقد. ففي هذه الصورة يجب على المشتري أن يدفع بقية الثمن لأنَّ المعاملة قطعية ولازمة فيجب الوفاء بها، وإلا كان للطرف الآخر فسخ العقد.

ب - إذا لم تنشأ المعاملة بعد وإنما دفع المشتري مبلغاً بعنوان العربون كي يحتفظ البائع بالسلعة للمشتري ولا يبيعها للغير، فحينئذٍ يكون دفع العربون مجرد التزام ابتدائي لا يلزم بشيء على المشتري، فإذا انصرف المشتري عن الشراء كان على البائع أن يردَّ العربون إليه لأنَّ أكله حينئذٍ من دون رضاه أكلٌ للمال بالباطل من دون أن تكون تجارة عن تراض.

وهناك صورة ثالثة وهي أن يعقد العقد ويجعل في ضمنه حقَّ الفسخ للمشتري بإزاء العربون، ومرجعه في الحقيقة إلى اشتراط تملك البائع للعربون عند فسخ المشتري، فلا محذور في هذا الشرط، وبمجرد فسخ المشتري ينتج ملكية البائع للعربون، وإن لم يفسخ كان العربون جزءاً من الثمن وعليه أن يدفع بقية الثمن.

٢ - إذا تعاقد بعقد واشترط في ضمنه أنه إذا انصرف أحدهما كان له الحق في الفسخ بشرط أن يدفع كذا من المبلغ لصاحبه، ومرده في الحقيقة إلى جعل حق الفسخ للمتعاقدين بإزاء مبلغ معين، فهذا من أمثلة الشرط الجزائي الصحيح وفقاً للضابط الذي ذكرناه، فإذا انصرف أحدهما عن المعاملة ودفع الشرط الجزائي المتفق عليه ثبت له الحق في الفسخ، ومن دون أداء الشرط الجزائي لا يجوز له فسخ المعاملة. نعم لو اشترط في ضمن العقد مجرد أنه إذا انصرف أحدهما كان عليه أن يدفع مبلغ كذا بطل الشرط الجزائي لأنه على خلاف الكتاب والسنة، إذ ليس في مقابله شيء له مآلية، فيكون أكله أكلاً للمال بالباطل ومن دون صدق «تجارة عن تراض» عليه. وإن أمكنت المناقشة في هذا المثال.

٣ - من أمثلة الشرط الجزائي - كما ذكرنا - هو الضمان الذي يشترطه المشتري على البائع عند بيعه مالا غير منقول خارج دائرة الطابو، فهذا الشرط صحيح ولا بأس به بناءً على ما ذكرنا من الضابط للشروط الصحيحة.

٤ - لو اشترط المشتري على البائع أنه متى ظهر المبيع مستحقاً للغير فعليه أن يدفع كذا من المبلغ، فالظاهر أن هذا الشرط ليس بصحيح، لأنه عند تبين كونه مستحقاً للغير تبطل المعاملة فيبطل الشرط الذي في ضمنه قهراً، وينقلب إلى كونه شرطاً ابتدائياً، اللهم إلا إذا أوجب ذلك ضرراً عليه وقد غره البائع في ذلك فيكون ضامناً بمقدار الضرر من باب قاعدتي (نفي الضرر) و(أن المغرور يرجع على من غره). نعم لو اشترط هذا الشرط في ضمن عقد آخر فالظاهر صحة الشرط ووجوب الوفاء به.

٥ - إذا شرط المشتري على البائع أنه لو لم يسلمه المبيع في اليوم المعين فعليه أن يدفع كل يوم أو كل شهر مبلغ كذا جزاءً على التأخير، أو شرط البائع ذلك على المشتري بالنسبة إلى الثمن، فهذا من أمثلة الشرط الجزائي. وحكمه أنه إذا كان المثلث أو الثمن كلياً في الذمة فالشرط الجزائي المجعول جزاءً على تأخيره باطل لأنه من قبيل الربا في القرض، وإن كان عيناً شخصية لها منفعة فالشرط الجزائي المجعول على تأخيره - كل يوم بكذا - لا محذور فيه لأنه من قبيل

الأجرة، وليست إجارة مستقلة ليعتبر فيه تعيين المدة بل هو شرط ضمن العقد. فلو ابتاع داراً بشرط أنه لو لم يسلّمها في اليوم المعين فعليه كلّ يوم كذا أجرة فهذا الشرط صحيح ولا بأس به. نعم لو اشترط في ضمن العقد أنه لو لم يسلّم المبيع في اليوم المعين ينقص من ثمنه كلّ يوم كذا جزءاً على التأخير بطلت المعاملة على المشهور لأنّه من قبيل البيع بثمانين، وقد ورد عن الإمام الصادق عليه السلام أنّ رسول الله ﷺ بعث رجلاً إلى أهل مكة وأمره أن ينهاهم عن شرطين في بيع^(١).

٦ - إذا اشترطت الزوجة على زوجها في ضمن عقد النكاح أنه إن طلقها أو تزوّج عليها كان عليه كذا من التعويض فهذا من أمثلة الشرط الجزائي، وحكمه أنه إذا اشترطت عليه أن لا يكون له حقّ الطلاق أو التزوّج عليها فهذا الشرط باطل لأنّه يخالف الكتاب والسنة، وأمّا إذا شرطت عليه مجرد التّرك بأن لا يطلقها أو لا يتزوّج عليها فهذا الشرط صحيح ولا يخالف الكتاب والسنة، إذ الحلال يجوز فعله وتركه فالتزام تركه ليس على خلاف الشريعة، فإذا تخلف الزوج عن التّزامه هذا ثبت على عهده الشرط الجزائي.

٧ - لو خطب امرأة أو وعدها بالزواج فلا شك أن مجرد الخطبة أو الوعد لا يترتب عليه إلزام أحد الطرفين بعقد النكاح في المستقبل، وكلّ شرط جزائي يتضمّنه هذا الوعد بقصد ضمان تنفيذه يكون باطلاً، لأنّ مجرد الوعد التّزام ابتدائي غير واجب الوفاء. نعم لو تعهّد الزواج في ضمن عقد لازم وجب الوفاء به وبكلّ ما يتضمّنه من شروط جزائية لما ذكرنا من وجوب الوفاء بالشروط الصحيحة.

٨ - إذا اشترط الدائن على المدين أنه لو لم يؤدّ الدين عند الأجل المحدّد فعليه أن يدفع كلّ شهر أو كلّ يوم كذا من المبلغ جزءاً على التأخير، فهذا من مواد الشروط الجزائية الباطلة، لأنّ الزيادة ربا، حيث إنّ حقيقة الربا في القرض راجعة إلى أخذ الزيادة في مقابل إهمال المديون وتأخير مطالبته بالدين، وقد ورد في عدّة روايات أنّ الربا من ناحية الشروط^(٢).

(١) وسائل الشريعة: ٣٦٧/١٢، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود الحديث ٣.

(٢) راجع وسائل الشريعة: ٤٧٦/١٢، الباب ١٢ من أبواب الصرف.

وأود التنبيه على أمور:

١ - الشرط الجزائي كسائر الشروط التي يجوز إسقاطها مجاناً أو بعوض ، لأنه حقٌّ للشارط فله أن يرفع يده عنه .

٢ - يثبت الشرط الجزائي في ذمة المشروط عليه بمجرد تخلّفه عن الوفاء بما تعهّد به ، ويجوز للشارط إجباره على أدائه عند الامتناع ، ويثبت له الخيار في الفسخ إذا امتنع عن الأداء . والظاهر أنّ خياره غير مشروط بتعذّر إجباره ، بل له الخيار عند مخالفته وامتناعه حتّى مع التمكن من الإيجاب .

٣ - لا فرق في ثبوت الشرط الجزائي عند عدم قيام المتعهد بإجراء ما تعهّد به بين إخلاله بأصل النفع المستهدف للشارط وبين تأخيره في ذلك . فلو اشترطت امرأة على رجل في ضمن عقد لازم أن يتزوّج بها في زمانٍ معيّن وإلا كان عليه كذا من المبلغ ، فسواء لم يتزوّج المشروط عليه بها أصلاً أو تأخّر في الزواج منها عن الزمان المعيّن فإنّه على كلا التقديرين يثبت عليه الجزاء المتفق عليه ، لأنّ المتعهد به لم يكن مجرد الزواج بل كان هو الزواج في زمان معيّن وقد تخلّف عنه فيثبت عليه الجزاء المقرّر .

٤ - لا يشترط وقوع الضرر لتحقيق الشرط الجزائي ، فإنّه بمجرد تخلّف المشروط عليه عمّا تعهّد به يثبت على عهده الجزاء وإن لم يحصل ضرر للشارط أو كان ضرره أقلّ من مقدار الجزاء المتفق عليه .

٥ - الظاهر أنّه يجوز أخذ الضمان أو الرهن أو الكفالة لتوثيق موجب الشرط الجزائي ، لأنه حقٌّ مالي يثبت في ذمة المشروط عليه عند عدم قيامه بما تعهّد به ، فيجوز أخذ الوثيقة عليه بأحد الأنحاء المذكورة .

٦ - إذا كان الشرط الجزائي مطلقاً غير مقيدٍ بترتيب خاص فالظاهر ثبوت الجزاء في ذمة المتعهد بمجرد عدم قيامه بما تعهّد به ، سواء كان عدم إجراء التعهّد باختيارٍ أو ناشئاً عن سبب اضطراري ، مثل الحرب والثورة والإضراب والحريق والمرض ونحوها .

* * *

الشرط البحراني في الفقه الإسلامي

إعداد
الدكتور ناجي شفيق عجم
جامعة الملك عبد العزيز - جدة
قسم الدراسات الإسلامية

بَيِّنَاتُ الشَّرْطِ وَالشَّرْطِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد إمام الأنبياء والمرسلين . أما بعد :

١ - تعريف الشرط وأقسامه:

الشَّرْطُ: (بتسكين الراء) في اللغة، ما يوضع ليلتزم في بيع أو نحوه، وفي الفقه: ما لا يتم الشيء إلا به، وعند النحاة: ترتيب أمر على آخر بأداة، وأدوات الشرط، الألفاظ التي تستعمل في هذا الترتيب مثل: إن وما ومهما ولو وإذا، والشرط بهذا المعنى جَمَعَهُ شروط .

أما الشَّرْطُ (بفتح الراء) فهو العَلَامَةُ، جمعه أشرط، قال الله تعالى: ﴿ فَكَدَّ جَاءَ أَشْرَاطُهُ ﴾ [محمد: ١٨] أي: علامات الساعة^(١).

وأما تعريف الشرط عند الأصوليين: فهو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وجوداً شرعياً، ويكون خارجاً عن حقيقته، ويلزم من عدمه عدم الحكم. وذلك مثل حضور الشاهدين، فإنه شرط في صحة عقد الزواج، فإذا لم يحضر عقد الزواج شاهدان لم يصح الزواج ولم يترتب على العقد الآثار المشروعة، والشاهدان خارجان عن حقيقة الزواج فليس جزءاً منه، وقد يوجدان ولا يوجد الزواج.

وهكذا يتبين أن الشيء الذي وضع الشارع شرطاً لتحقيقه لا يتحقق إلا بوجود ذلك الشرط وإن لم يكن جزءاً من حقيقته، ومن أمثله أيضاً: الطهارة للصلاة،

(١) المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى وزملائه مادة: شرط .

وَحَوْلَانِ الحَوْلِ لوجوبِ الزكاةِ، والقدرة على تسليم المبيع لصحة البيع، والإحصان لسببية الزنا للرجم، والرشد لدفع مال اليتيم إليه^(١).

٢ - أقسام الشرط:

١ - الشرط الشرعي أو الحقيقي: هو الذي يكون اشتراطه بحكم الشارع كالطهارة من الحدثين الأكبر والأصغر بالنسبة إلى الصلاة، فقد جعلها الله مكملة للصلاة فيما شرعت الصلاة لتحقيقه وهو تعظيم الله تعالى إذ الوقوف بين يديه مع الطهارة أكمل في معنى الاحترام والتعظيم، ولهذا اشترطت للصلاة الشرعية، فلا تتحقق صلاة شرعية إلا بها^(٢).

٢ - الشرط العقلي: كالحياة للعلم فإنها شرط له، إذ لا يعقل عالم إلا وهو حي، فالحياة يلزم من انتفائها انتفاء العلم، إذ الجسم بدونها جماد، وقيام العلم بالجماد محال، وإنما يسمى هذا شرطاً عقلياً، لأن العقل أدرك لزومه لشروطه، وعدم تصور انفكاكه عنه^(٣).

٣ - الشرط العادي: كالسلم مع صعود السطح، وكالغيم لنزول المطر.

٤ - الشرط اللغوي أو الجعلي أو الوضعي: هو ما كان مصدر اشتراطه إرادة المكلف، كالشروط التي يشترطها الناس بعضهم على بعض في عقودهم وتصرفاتهم، كقوله: إن خرجت من الدار فأنت طالق، أو كالشروط التي يشترطها المكلف بإرادته المنفردة كالوقف والهبة والوصية، أو الشروط التي يكون فيها منفعة لأحد المتعاقدين كأن يبيع منزلاً على أن يسكنه شهراً أو لسنة.

(١) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للفتازاني، طبعة محمد علي صبيح، ١٩٥٧م؛ ومصادر التشريع ومناهج الاستنباط، د. محمد أديب الصالح، الطبعة الأولى، ١٩٦٨م.

(٢) التيسير في أصول الفقه، د. إبراهيم محمد السلقيني، الطبعة الثانية، ١٩٩٦م دار الفكر بدمشق، ص ٢٢١.

(٣) الفروق للقرافي: ١/٦٢، ٨٢، طبعة عالم الكتب بيروت؛ وأنيس الفقهاء لقاسم القنوي، تحقيق د. أحمد عبد الرزاق الكبيسي، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ، ص ٨٤.

٣- أنواع الشروط الجعلية:

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، أي يتوقف وجود العقد على وجود الشرط. وهذا من شروط السبب؛ مثل تعليق الكفالة على عجز المدين عن الوفاء.

والشرط الجعلي المعلق هو بمعنى السبب عند الأصوليين الذين يقولون في تعريفه: ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم.
وقد وضح هذا الإمام القرافي في كتابه الفروق^(١).

ب - الشرط المقيد: وهو ما يقترن بالعقود والتصرفات من التزامات يشترطها الناس بعضهم على بعض. وحكمه أنه يعدل من آثار العقد الأصلية، مثل النكاح بشرط أن لا يُخْرِج الزوج زوجته من بلدها، وكالبيع بشرط أن يقدم المشتري كفيلاً بالثمن، أو بشرط أن يسكن البائع في الدار المبيعة لمدة سنة مثلاً.

والشرط الجعلي إذا اعتبره الشارع صار كالشرط الشرعي أي في الحكم على صحة العقد، وإذا لم يعتبره الشارع فلا يعتبر مثله، وعلى هذا فالحكم الشرعي في الشرط إنما هو قضاء الشارع على الوصف لكونه شرطاً، لا نفس الوصف المحكوم عليه وهذا محل الشرط الجزائي وهو من الشرط الجعلي الذي ستتكلم عنه إن شاء الله تعالى.

ج- شرط الإضافة: وهو الذي يقصد به تأخير سريان أحكام العقد إلى زمن المستقبل، كالاتفاق على بدء الإجارة من يوم معين، وحكمه أن العقد ينعقد في الحال سبباً للحكم في المستقبل فهو عقد قائم بين المتعاقدين منذ إنشاء الإضافة^(٢).

(١) الفروق: ١/ ٨١-٨٢.

(٢) أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي: ١٠٠/١-١٠٢، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ؛ الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، ص ٦١-٦٢، طبعة ١٩٨٧م.

٤ - مفهوم الشروط الوضعية:

قلنا إن الشرط الوضعي ما ينشئه الإنسان بتصرفه وإرادته، ويجعل عقوده والتزاماته معلقة عليه بحيث إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات (الشرط الجعلي المعلق) أو ما يقترن بالعقود والتصرفات من التزامات يشترطها الناس بعضهم على بعض (الشرط الجعلي المقيد) وهذا النوع من الشروط هو محل خلاف بين العلماء فبعضهم لا يجيز تعليق جميع العقود والتصرفات بالشرط، كما لا يجيزون اقتراها بأي شرط كان، فمنهم المضيِّق ومنهم الموسع ومنهم المتوسط بين هذا وذلك، وهذه خلاصة قبل بسط القول في هذه القضية على طريقة اللف والنشر عند أهل البلاغة.

فالمضيِّقون: يلغون إرادة المكلف ويجعلون الأصل في العقود والشروط التحريم، إلا إذا ورد النص الشرعي بالإباحة وهؤلاء هم الظاهرية ومن تابعهم.

والموسعون: يطلقون إرادة المكلف ويجعلون لها سلطاناً كبيراً في باب العقود والشروط إذ الأصل عندهم الإباحة في الشروط والعقود إلا إذا ورد النص بالتحريم وهؤلاء هم الحنابلة، وأوسع الحنابلة في هذا الباب شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى، حيث عقد فصلاً كاملاً فقال: فصل القاعدة الثالثة في العقود والشروط فيها فيما يحل ويحرم وما يصح منها ويفسد^(١)، وخلاصته أنه لا يبطل من هذه الشروط إلا ما دل دليل على بطلانه، فأما ما دل على اعتباره أو سكت عنه فإنه صحيح معتد به كما سنعلم إن شاء الله تعالى.

ومن المتوسطين الحنفية فإنهم يقسمون الشروط إلى ثلاثة أنواع:

شرط صحيح: وهو ما كان موافقاً لمقتضى العقد أو مؤكداً له، أو أذن به الشرع أو جرى به العرف.

وشرط فاسد وهو ما كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما، ولم يكن من النوع الصحيح.

وشرط باطل وهو ما لم يتحقق فيه؛ لا معنى الصحيح ولا معنى الفاسد، كالذي يبيع داره بشرط أن لا يسكنه أحد.

(١) الفتاوى لابن تيمية: ١٢٦/٢٩ - ١٨٠.

والشرط الفاسد يفسد العقد، والشرط الباطل لغو ولكن العقد صحيح^(١).

٥ - الشرط الجزائي:

إن هذا الشرط يدخل في الشروط العقدية أي في الشروط التي يشترطانها في العقد، إذ يضيف العاقدان بهذه الشروط إلى نتائج العقد بينهما حقوقاً والتزامات لم يكن ليقضيهما أصل العقد لو خلا عما اشترطاه فيه، وبالتالي تحدد هذه الشروط آثار العقد المسمى، وتعديل نتائجه الأصلية بين الطرفين المتعاقدين في حقوقهما الخاصة بينهما، باسئراط ما يشاءان من شروط بحسب إرادتهما. أي إنشاء ما يشاءان من التزامات وقود في العقد بإرادتهما.

فيمكن تعريفه بأنه: شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر^(٢). وهو في معنى التعريف الوارد في ورقة موضوعات الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي حيث عرّفه: بأنه التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة.

وعرفه الدكتور السنهوري: أنه اتفاق بين متعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير^(٣).

فالشرط الجزائي في الظاهر هو منفعة لأحد المتعاقدين، والحقيقة ليست منفعة خالصة لأحد الطرفين، وإنما هي نتيجة مخالفة الطرف الآخر لمقتضى العقد وشروطه الصحيحة وسببت هذه المخالفة ضرراً أو أذى للشراط، فجزير الضرر بهذا الشرط الجزائي.

(١) الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، ص ٦١ - ٦٢.

(٢) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، د. محمد فوزي فيض الله، الطبعة الأولى، ١٩٨٣ م.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨ م: ٨٥١/٢.

٦ - الشروط المقرنة بالعقد:

إن الله تعالى صان التصرفات من أن تصبح نتائجها رهناً بالإرادة الإنسانية المطلقة التي كثيراً ما تطغى وتتكب عن جادة الحق في التعامل بدافع من الأنانية والهوى والجشع ولا سيما إذا كانت في مركز أقوى، لذلك تولى الشارع بنفسه ترتيب هذه الحقوق التي يطلق عليها أحياناً أحكام العقد.

ولكل عقد حكم أصلي شرع من أجله وهو المقصود الأصلي من شرعية العقد، ويطلق عليه مقتضى العقد أو غايته النوعية، كانتقال ملكية المبيع إلى المشتري تلقائياً فور إنشاء العقد، وثبوت ملكية منفعة العقار للمستأجر في عقد الإجارة، وحقه في استيفائها، وغير ذلك من المقتضيات الأصلية للعقود التي تتنوع بحسب طبيعة كل عقد.

وإذا أراد أحد العاقدين أن يعدل من آثار العقد زيادة أو نقصاً، كان له ذلك عن طريق الشروط العقدية التقييدية المقرنة، فالشرط التقييدي المقرن بالعقد: هو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه شرعاً^(١).

أ- لا خلاف في أن الشروط التي يقتضيها العقد جائزة كاشتراط المشتري أن يتصرف في المبيع بيعاً أو إجارة أو رهناً، لأن هذا يثبت بمطلق العقد فاشتراطها وعدمها سواء إذ لا يزيد ولا ينقص شيئاً من أحكام العقد التي رتبها الشارع، لأنه من مقتضى العقد فصح إجماعاً وهذا النوع من الشروط ينبغي أن لا يدرج في الشروط التقييدية لأن ما يوجب يثبت بالعقد قبل الاشتراط ولأنه زائد صورة لمعنى.

ب- الشرط الذي ينافي مقتضى العقد باطل، ويبطل العقد أيضاً إذا كان من عقود المعاوضات، لأنه شرط يلغي الحكم الأصلي للعقد لأنه مناقض لقصده الشرع، ومناقضة قصد الشارع باطلة. يقول الإمام الشاطبي: إذا اشترط - البائع على المشتري - أن لا ينتفع بالمبيع، أو شرط الصانع على المستصنع أن لا يضمن

(١) الفقه الإسلامي المقارن، د. محمد فتحي الدريني، الطبعة الخامسة، ١٩٩٥، ص ٥٩٧.

المستأجر عليه إن تلف وأن يصدقه في دعوى التلف^(١) فهذا القسم أيضاً لا إشكال في إبطاله لأنه مناف لحكمة السبب، ولأن الأصل أن ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط^(٢). فما ثبت بالشرع هو من النظام الشرعي العام في التعامل فيرتقي إلى مستوى الشرع الملزم الذي تتمثل فيه الإرادة الحقيقية للمشرع وأما ما ثبت بالشرط محض تصرف بالإرادة الإنسانية فكانت المنافاة بين الشرع الملزم، والتصرف الإرادي وهذه هي المناقضة أو المضادة للمشرع، والمناقضة باطلة بالإجماع، فكذلك ما يؤدي إليها بالإجماع ضرورة^(٣).

٧- ضوابط الشرط المشروع:

الشروط عند الحنفية: خلاصة ضوابط الشرط الصحيح عند الحنفية كما أوردها الكاساني في كتابه بدائع الصنائع وهي:

١- أن يكون الشرط من مقتضى العقد كاشتراط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسليم المبيع.

٢- أو يكون ملائماً لمقتضاه، كاشتراط كفيل أو رهن بالثمن المؤجل.

٣- أو يكون مما ورد به نص، كاشتراط الخيار، واشتراط خيار الرؤية، وهذا مخالف لمقتضى العقد، لأن مقتضى العقد أن تثبت آثاره فور انعقاده لازمة لكن ورد بخيار الشرط والرؤية نصوص، كما قال النبي ﷺ لمنقذ بن عمرو رضي الله عنه وكان رجلاً قد أصابته أمّة في رأسه فكسرت لسانه، وكان لا يدع ذلك

(١) الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي: ٢٥٢/١، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧م.

(٢) الفوائد الجنية لأبي الفيض محمد ياسين الفاداني: ٢٩٢/٢، الطبعة الثانية، ١٩٩٦م؛ والمنثور في القواعد لبدر الدين الزركشي: ١٤٣/٣، الطبعة الأولى، ١٩٨٢م.

(٣) الفقه الإسلامي المقارن، د. فتحي الدريني، ص ٥٩٨؛ وانظر الفتاوى الهندية: ١٣٣/٣ - ١٤٦ للشیخ نظام وجماعة من علماء الهند، الطبعة الرابعة، ١٩٨٦م، وانظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني، الطبعة الثانية، ١٩٨٢م: ١٦١/٥ - ١٧٢.

التجارة، وكان لا يزال يُغَبَّن فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له، فقال له: «إذا أنت بايعت فقل لا خِلاَبَهُ، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردها على صاحبها»^(١).

وفي خيار الرؤية ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه»^(٢).

٤ - أن يكون مما جرى به عرف التعامل كاشتراط المشتري على البائع التعهد بصيانة السيارة مدة معينة فهذا مما تعارفه الناس وإن كان فيها زيادة منفعة لأحد العاقدين بدليل أن النبي ﷺ اشترى في السفر من جابر بن عبد الله بغيراً وشرط لجابر ركوبه وحملانه عليه إلى المدينة، 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 العامة^(٣).

وعلى هذا فالشرط الفاسد عند الحنفية هو ما لا يتوافر فيه أي ضابط من ضوابط الشرط الصحيح وذلك:

أ- بأن لا يكون من مقتضى العقد.

ب- ولا ملائماً له.

ج- ولا ما ورد به نص.

د- ولا مما جرى به العرف.

هـ - وكانت فيه منفعة لأحد العاقدين أو لغيرهما، لأنها منفعة خالية عن

(١) سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي: ٧٨٩/٢؛ ونصب الرأية لأحاديث

الهداية للزليعي: ٦/٤-٨.

(٢) نصب الرأية: ٩/٤.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: ٢٠٤/٤، الطبعة الثانية، ١٩٨٥ م.

عوض فتمكنت في هذا الشرط شبهة الربا^(١).

لكن تقدم أن الشرط الملائم لمقتضى العقد وجرى به العرف مستثنى من الضابط الخامس المتقدم كما إذا اشترط تقديم كفيل أو رهن عند تأجيل الثمن .

فالعرف - ولو خالف القياس العام - والملاءمة عند الحنفية يفتحان باب الاشتراط على مصراعيه مجارة لاحتياجات التعامل أو مقتضيات المعاملات التجارية المتطورة، والنشاط الاقتصادي بوجه عام، وهي معظمها تقوم على الأعراف السارية التي تسود تلك المعاملات .

الشروط عند الشافعية :

الشرط الصحيح عندهم ينبغي أن يتوافر فيه ما يلي :

- ١- أن يكون من مقتضى العقد .
 - ٢- أو يكون ملائماً لمقتضى العقد ويطلقون عليه اسم الشرط الذي في مصلحة العقد ولا معارضة له من جهة الشرع .
 - ٣- الشرط الذي ورد فيه نص .
 - ٤- الشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولا ينافي مقتضاه، وليس فيه مضرة كاشتراط الراهن أن لا يأكل المرهون إلا كذا .
 - ٥- شرط وصف خاص بالمبيع .
- وعليه لا يعتبر الشافعية العرف ضابطاً للشرط الصحيح .

والشرط الباطل عند الشافعية هو الذي لا يقتضيه العقد، وليس من مصلحته، والشرط الذي يوجب الربا، أو يورث غرراً، أو جهالة تفضي إلى المنازعة، أو يوجب منعاً لمقتضى العقد وذلك كاشتراط قرض في بيع أو اشتراط أن لا يتصرف المشتري في المبيع، ومثل هذا الشرط يبطل العقد^(٢) .

(١) الفقه الإسلامي المقارن، د. فتحي الدريني، ص ٣٠٦ .

(٢) الفقه الإسلامي المقارن، د. فتحي الدريني، ص ٦٠٦؛ وحلية العلماء في معرفة =

الشروط عند المالكية :

يرى المالكية أن الشرط الصحيح ماكان :

١ - فيما يقتضي العقد .

٢ - أو يلائم مقتضاه .

٣ - أن يكون مما جرى به العرف والتعامل .

٤ - أن لا ينافي مقتضى العقد، وإن كان العقد لا يقتضيه ولا يلائمه، وهذا الضابط جعل الفقه المالكي أكثر تصحيحاً للشروط التقييدية المقترنة بالعقد .

٥ - ألا يخل بالثمن بأن يورثه جهالة كبيع الثنثيا^(١)، إلا أن يكون الغرر يسيراً .

فقد روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة، وعن الثنثيا إلا أن تعلم، وفي رواية قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنثيا ورخص في العرايا^(٢) .

= مذهب الفقهاء: ٤/ ١٢٦ - ١٣٧، سيف الدين محمد الشاشي القفال، الطبعة الأولى، ١٩٨٨م، تحقيق د. ياسين أحمد درادكه .

(١) الثنثيا هو البيع بشرط .

(٢) مختصر سنن النسائي، اختصار د. مصطفى ديب البغا، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م، ص ٥٨٥ .

العرايا: بيع الرطب على النخل خرصاً جزراً (تقديراً بالظن) بتمر .
الثنثيا: بضم الثاء وسكون النون، والاستثناء هو أن يستثنى البائع من المبيع شيئاً مجهولاً فلا يصح البيع، وأما إن كان معلوماً فيصح .
المعاومة: وهو بيع السنين، بيع ثمر الشجر أعواماً كثيرة أو اكتراء الأرض سنين، فهذا بيع الغرر .

المخابرة: وهي المزارعة: كراء الأرض أو إيجارها بالثلث أو الربع .
المحاقلة: بيع الزرع قبل بدو صلاحه أو بيع الطعام في سنبله، وقيل: اشتراء الزرع بالحنطة .

ومثاله أيضاً البيع بشرط إذا باع المشتري السلعة فالبائع الأول أحق بالثمن الذي باع به المشتري حسب الأموال، فهو شرط غير جائز عند المالكية، والعلة في فساد هذا الشرط هي جهالة الثمن ذلك لأن فيه مصلحة للبائع أو المشتري حسب الأموال لأن الزمن يزيد وينقص وانتفاء معلومية الزيادة أو النقص جهالة^(١).

٦- أن لا يكون الشرط متضمناً إلزاماً بالإقراض في عقد بيع للنهي الصريح عن بيع وسلف.

فالمالكية لا تشترط الاقتضاء ولا الملاءمة ولا العرف ضابطاً للشرط الصحيح.

ويمكن القول أن الشرط الفاسد عند المالكية هو ما اتصف بأحد أمور ثلاثة:

١- بأن كان مناقضاً أو منافياً لمقتضى العقد، وهذا باطل بالإجماع لأنه لا يتحقق به مقصود بل يلغيه.

٢- إذا كان الشرط يخل بالثمن فيورث جهالة كبيع الثنيا.

٣- إذا كان شرطاً بالإقراض في عقد بيع لورود النهي الصحيح عنه بالذات وكل شرط ورد النص الشرعي بالنهي عنه فهو باطل إجماعاً^(٢).

الشروط المقترنة بالعقد تقيدها عند الحنابلة:

الحنابلة أكثر الأئمة عملاً بمبدأ حرية التعاقد أو بمبدأ سلطان الإرادة

= المزانية: بيع رطب من النخيل بكيل من التمر أو بيع العنب بالزبيب.
انظر أنيس الفقهاء لقاسم القونوي، والتعريفات للجرجاني.

(١) بداية المجتهد، محمد بن أحمد بن رشد، تحقيق عبد المجيد طعمة، حلب، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م: ٢/٢١٤-٢١٨، والفقهاء المقارن، ص ٦٠٩.

(٢) الفقهاء المقارن، ص ٦١.

العقدية، ويرون أن الشارع الحكيم هو الذي أذن أو فوض للإرادة أن تنشئ من العقود والشروط ما تشاء، وذلك بأن جعل الرضا مناطاً للجل والمشروعية سواء في العقود التبادلية (المعاوضات) أم التبرعات بحكم الشرع لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحَرُّرًا عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ولقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبِقَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا رِيبًا﴾ [النساء: ٤].

ولا يفسد الشرط إلا إذا أوجب أمراً يحرمه الشارع بدليل شرعي بأن كان مشتملاً على معنى الربا أو الغرر، أو أوجب ما ينقض الحكم الأصلي للعقد وبلغيه (ينافي مقتضاه)، أو ينافي الشرع نفسه في قواعد مقاصده، فالأصل الإباحة، والمنع استثناء.

يقول ابن تيمية - رحمه الله تعالى - (الأصل في الشروط الصحة واللزوم إلا ما دل الدليل على خلافه. . فإن الكتاب والسنة دلاً على الوفاء بالعقود والعهود، ودَمَّ الغدر والنكث. ولكن إذا لم يكن المشروط مخالفاً لكتاب الله وشرطه، فإذا كان المشروط مخالفاً لكتاب الله وشرطه كان الشرط باطلاً. وهذا معنى قوله ﷺ: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط. كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق»^(١).

(١) فتاوى ابن تيمية: ٣٤٦/٢٩ - ٣٤٧، رواه البخاري: (٥/٣٢٦ فتح الباري - ط السلفية)؛ ومسلم: ١٥٠٤؛ والترمذي: ٢١٢٤؛ وأبو داود: ٣٩٢٩؛ والنسائي: ٤٦٥٥؛ وانظر روايات الحديث في جامع الأصول: ٩٤-٩٨.

والمراد بما ليس في كتاب الله ما يتضمن مخالفة لأسس الشريعة التي قررها القرآن. فالتعاقد على ذلك واشترائه باطل، كما يعتبر اليوم في النظريات القانونية الحقوقية التعاقد على ما يخالف النظام العام والآداب العامة أو يخالف النصوص القانونية باطلاً. ونظيره قول عمر المتقدم في وصيته القضائية لأبي موسى الأشعري: (الصلح جائز إلا صلحاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً).

فكتاب الله هنا ليس معناه القرآن، بل معناه: ما كتبه الله وأوجبه، أي شريعته التي شرعها، فالكتاب هنا مصدر بمعنى اسم المفعول، أي المكتوب بمعنى المفروض، كما في قوله تعالى في القرآن: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا﴾ [النساء: ١٠٣].
المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقا: ١/١٧٠-١٧١، طبعة ١٩٩٨ م.

ويقول أيضاً: (فمقصود الشروط وجوب مالم يكن واجباً ولا حراماً وعدم الإيجاب ليس نفيّاً للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضاً للشرع، وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب مالم يكن واجباً، فإن المتبايعين يجب لكل منهما على الآخر من الإقباض ما لم يكن واجباً، ويباح أيضاً لكل منهما ما لم يكن مباحاً، ويحرم على كل منهما ما لم يكن حراماً، وكذلك كل من المتأجرين والمتكاحين. وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع أو رهناً، أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها، فإنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك^(١) .

وعلى هذا أجاز الإمام أحمد البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت إنشاء العقد، وهو شرط يوجب جهالة بالثمن. قال ابن القيم: واختاره شيخنا (يعني ابن تيمية رحمه الله تعالى) وقال: وأجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل وأكثرهم يجوزون الإجارة بأجرة المثل كالنكاح والغسال والخباز والملاح وقيّم الحمام والمكاري، وهذا شرط يوجب جهالة في الثمن ولكن أجازته للحاجة، ولمكان العسر والحرّج في التعاقد على ما يتم شراؤه يومياً من البقال والجزار من قبل من يعاملونهم^(٢) .

ويتمسك الحنابلة أيضاً في هذا المقام بما رواه الإمام البخاري في صحيحه في قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها السكنى في دارها، ولما أراد نقلها إلى بيته رفضت وطلبت الوفاء بما اشترط على نفسه، فتقاضيا إلى عمر فقال: (لها شرطها) فقال الزوج: إذن يطلقنا. فأجاب عمر بتلك الكلمة الدستورية الخالدة: (مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت)^(٣) .

ويروي ابن القيم - رحمه الله - عن البخاري في صحيحه عن ابن عون عن ابن سيرين أنه قال: قال رجل لكرئته: أرحل ركابك فإن لم أرحل معك في يوم كذا

(١) فتاوى ابن تيمية: ١٤٨/٢٩ .

(٢) إعلام الموقعين: ٤/٥-٦، لابن القيم .

(٣) علقه البخاري في صحيحه في موضعين: في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح: ٥/٣٢٢، وفي كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح: ٩/٢١٧؛ وقال الحافظ ابن حجر في الفتح: وصله سعيد بن منصور، المدخل الفقهي: ١/٥٦٠ .

فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه^(١).

ثم يقول الشيخ الزرقا - رحمه الله -: وهذا النوع من الاشتراط المروري عن القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار هو ما يسمى في الفقه الأجنبي الحديث (الشرط الجزائي)^(٢).

وعليه أجاز متأخرو الحنابلة كل شرط إلا ما كان منافياً لمقتضى العقد أو كان منافياً للشرع نفسه. ويمثل لهذا ابن رشد في قوله: (والعلة في النهي عن تعدد الصفقة (الشروط) إما الربا أو الضرر أو الجهالة المفضية إلى النزاع الذي يتعذر معه تنفيذ العقد أو إلغاء مقتضاه، والمقصود الأصلي منه، أو منافاته للشرع نفسه بنص خاص به أو اتخاذه ذريعة لتحليل محرم، أو إسقاط واجب تنفيذاً لباعث غير مشروع (محرم يبطل العقد) تحايلاً على مقاصد التشريع وقواعده، لأن القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي، ومناقض له، أو لمجرد المضرة والعبث حتى إذا خلا من كل أولئك، كان صحيحاً رغم التعدد، إذ النهي عن التعدد لا لذاته، بل هو معقول المعنى، ومعلل بالمعاني التي أشرنا إليها تحقيقاً للمصلحة والعدل، كما يقول الإمام مالك)^(٣).

ملخص الشروط المذهب الحنبلي:

١ - شرط يصح ويلزم، وهو الأصل في كلمة الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد.

(١) رواه البخاري في كتاب الشروط باب ما يجوز من الاشتراط: ٣٥٤/٥، مع الفتح.

(٢) المدخل: ٥٦٦/١، والكبرى بتشديد الياء، وزان غني هو المكاري الذي يؤجر دوابه للسفر.

وأرحل ركابك أي شد على دوابك رحالها استعداداً للسفر، وشريح (بصيغة التصغير) هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي، من أشهر القضاة الألمعيين، والفقهاء المجتهدين في صدر الإسلام، ولاه عمر بن الخطاب قضاء الكوفة واستمر فيه حتى استعفى في أيام الحجاج فأعفاه وكان ثقة في الحديث، مأموناً في القضاء، له باع في الأدب والشعر وعمر طويلاً - الأعلام للزركلي -.

(٣) بداية المجتهد: ١٩٣/٢، لابن رشد؛ والفقه الإسلامي المقارن، ص ٦٢٠.

٢ - شرط يصح ولا يلزم، وهو الذي يمنع العاقد من حق الشرع على بقائه
كاشتراط المرأة على الرجل في عقد الزواج أن لا يطلقها أو لا يتزوج عليها،
وثمره صحته جواز الفسخ عند المخالفة.

٣ - شرط لا يصح ويُلغى، وهو ما ينافي مقتضى العقد، كاشتراط الزوجة
عدم معاشرة الزوج لها.

٤ - شرط لا يصح ويُلغى أي يبطل العقد، وهو ما تنعدم به غاية العقد
كاشتراط المرأة أن لا تحل للزوج بالزواج^(١).

وعليه فلا يحكم على العقد المستحدث، أو الشرط التقييدي المقترن
بالعقد، بالمنع إلا بأحد الشرطين التاليين أو كليهما:

الأول: مناقضة شرع الله ورسوله ونظامه الشرعي العام؛ من حفظ التوازن
ومنع التغابن، وضبط النظام العام، وذلك إذا أحل الشرط ما حرم الله ورسوله أو
العكس.

الثاني: منافاة الشرط لمقتضى العقد^(٢).

فلو اتفق المتبايعان على عدم انتقال ملكية المبيع إلى المشتري قبل أداء
جميع الثمن المؤجل أو المقسط، أو على عدم ضمان البائع إذا هلك المبيع عنده
قبل التسليم فذلك على ما اتفقا^(٣).

* * *

(١) المدخل الفقهي: ٥٦٧/١.

(٢) الفقه الإسلامي المقارن، ص ٦٣٣.

(٣) المدخل الفقهي: ٧٦٥/٢.

ملحق رقم (٤)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المملكة العربية السعودية
إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد
الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء

قرار رقم (٢٥) وتاريخ (٢١/٨/١٣٩٤هـ)

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد وعلى آله
وصحبه، وبعد:

فبناء على ما تقرر في الدورة الرابعة لمجلس هيئة كبار العلماء المنعقدة فيما
بين (١٠/٢٨) و (١٤/١١/١٣٩٣هـ) من الرغبة في دراسة موضوع الشرط
الجزائي. فقد جرى إدراجه في جدول أعمال الهيئة في دورتها الخامسة المنعقدة
فيما بين (٥ و ٢٢/٨/١٣٩٤هـ) في مدينة الطائف.

ثم جرى دراسة الموضوع في هذه الدورة بعد الاطلاع على البحث المعد
في ذلك من قبل اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، وبعد مداولة الرأي
والمناقشة، واستعراض المسائل التي يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائي،
ومناقشة توجيه قياسه على تلك المسائل والإيراد عليه، وتأمل قوله تعالى:
﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وما روي عنه ﷺ من قوله:
«المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»، ولقول عمر
رضي الله عنه: (مقاطع الحقوق عند الشروط) والاعتماد على القول الصحيح من

أن الأصل في الشروط الصحة، وأنه لا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً.

واستعراض ما ذكره أهل العلم من تقسيم الشروط في العقود إلى صحيحة وفسادة وتقسيم الصحيحة إلى ثلاثة أنواع أحدها: شرط يقتضيه العقد كاشتراط التقابض وحلول الثمن. الثاني: شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الكفيل به أو صفة في المضمن ككون الأمة بكرأ. الثالث: شرط فيه منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا منافياً لمقتضاه كاشتراط البائع سكنى الدار شهراً.

وتقسيم الفاسدة إلى ثلاثة أنواع أحدها: اشتراط أحد طرفي العقد على الطرف الثاني عقداً آخر كبيع أو إجارة أو نحو ذلك. الثاني: اشتراط ما ينافي مقتضى العقد كأن يشترط في المبيع ألا خسارة عليه أو ألا يبيع أو يهب ولا يعتق. الثالث: الشرط الذي يتعلق به العقد كقوله بعتك إن جاء فلان، وتطبيق الشرط الجزائي عليها وظهور أنه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدد له والاستئناس بما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكرهه: أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه، وقال أيوب عن ابن سيرين: أن رجلاً باع طعاماً وقال: إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجيء فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت فقضى عليه.

وفضلاً عن ذلك فهو في مقابلة الإخلال بالالتزام حيث إن الإخلال به مظنه الضرر وتفويت المنافع، وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله، وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول.

وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من ضرر ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَعْلَمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْرٍ عَلَيْكُمْ إِلَّا تَعَدَّلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٨]، ويقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار».

وبالله التوفيق وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم . . .

هيئة كبار العلماء

رئيس الدورة الخامسة

عبد العزيز بن عبد الله بن باز

عبد الرزاق عفيفي	عبد الله خياط	عبد الله بن حميد
عبد العزيز بن صالح	عبد المجيد حسن	محمد الحرکان
سليمان بن عبيد	إبراهيم بن محمد آل الشيخ	صالح بن غصون
راشد بن خنين	عبد الله بن غديان	محمد بن جبير

* * *

وعليه فالشروط الباطلة هي: التي فيها غرر أو جهالة أو التي تتضمن ربا أو التي تنافي مقتضى العقد وتلغي حكمه، أو باطلة لمخالفة حكم الشارع في نص من النصوص أو الإجماع أو لكونها تعارض قاعدة عامة من قواعد الشرع. ومثال الشرط الجزائي المتضمن ربا مثل حالة إذا كان الشرط الجزائي نقوداً ومحل الالتزام نقود أيضاً ففي هذه الحالة إذا استحق الشرط الجزائي بشرط التأخير في تنفيذ العقد أو الالتزام فهو الربا المحرم النسبته.

وإذا كان الشرط الجزائي ليس مما سبق ذكره يكون لازماً لأنه يكون تعويضاً عن عدم تنفيذ العقد، أو التأخر فيه بل فيه مصلحة للعقد وللعاقد الدائن فهو يدفع المتعاقد على تنفيذ العقد، والقيام بما التزم به على الوجه الكامل.

فالشرط الجزائي شرط جائز ومشروع حتى إنه صحيح عند المذاهب لأنه شرط مقترن بالعقد جرى به العرف وفيه مصلحة للعقد، وهو شرط ملائم للعقد، ولذلك فهو صحيح عند الحنفية لجريان العرف به، وصحيح عند الشافعية لأن فيه مصلحة للعقد، وصحيح عند المالكية لأن فيه مصلحة للعقد ولأنه شرط ملائم لم يرد بإلغائه وتحريمه أو جوازها نص خاص فهو ملائم مرسل^(١). وهو جائز وصحيح من باب أولى عند الحنابلة الذين لا يحرمون إلا الشروط التي ورد بتحريمها نص أو التي تنافي مقتضى العقد^(٢).

ثم إن الشرط الجزائي هو شبيه بالعربون، والعربون يكون في البيع عادة وقد يكون في غيره فمثلاً أن يشتري الرجل السلعة ويدفع للبائع مبلغاً من المال على أنه إن أخذ السلعة يكون ذلك المبلغ جزءاً من الثمن وإن ترك المشتري السلعة فالمبلغ للبائع.

(١) الملائم المرسل: هو الوصف الذي لا يشهد له نص من الشارع بالإلغاء أو بالاعتبار، وقد اختلف الفقهاء في بناء الحكم عليه، فالمالكية والحنابلة أخذوا به، واعتبروه حجة في بناء الأحكام عليه وسموه بالمصالح المرسله، أما الحنفية والشافعية فلم يأخذوا به. انظر أصول الفقه لأبي زهرة، ص ٢٢٦ والذي يليها.

(٢) الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، د. أسامة الحموي، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ، مطبعة الزرعي بدمشق.

وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي الدولي بيع العربون في دورته الثامنة في بروناي (محرم ١٤١٤هـ في القرار رقم ٧٢) وجاء فيه :

(يجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزم من محدود، ويحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء)^(١). ويرى الدكتور رفيق المصري في بحثه (مناقصات العقود الإدارية) ويقول :

رأينا في الشرط الجزائي: التمييز بين التخلف والتأخير:

١ - وعلى هذا فإن الرأي في الشرط الجزائي إن كان لعدم التنفيذ فهو جائز، ويأخذ حكم العربون .

٢ - وإذا كان الشرط الجزائي لأجل التأخير في التنفيذ فإنه غير جائز، لأنه يكون عندئذ في حكم ربا النسيئة، والله أعلم .

٣ - وبهذا نكون قد ميزنا في الشرط الجزائي بين التخلف (عدم التنفيذ) والتأخير . وبهذا تمتنع غرامة التأخير في عقود التوريد وعقود الأشغال . ويخطئ من يظن جوازها في عقود الأشغال، على أساس أن هذه العقود من باب الإجارة، والإجارة لا يدخلها الربا، وقد أجاز بعض العلماء هذا الشرط: إن خبط هذا الثوب اليوم فلك درهم، وإن خبطته غداً فلك نصف درهم .

٤ - فلا يجوز للدولة في عقود التوريد والأشغال أن تفرض غرامات تأخير^(٢) .

٨ - حكم الشرط الجزائي:

أرى أن الوفاء بالشرط الجزائي واجب بالضوابط الآتية . فيه سد لأبواب

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ص ١٦٥ .
(٢) انظر إعلاء السنن: ١٤ / ٤٧٤؛ والجامع في أصول الربا، ص ١٤٣ و ٢٠١ . مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة التاسعة - : ٢ / ٢٣٥ - ٢٣٦ .

الفوضى والتلاعب بحقوق العباد، وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالوعود والعهود تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وعملاً بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار».

لأن مفهوم الضرر عام وشامل لكل ما يتأذى به المرء في جسمه وماله ونفسه وحقوقه الأخرى التي كفلها له الشارع، وهذا يدل على:

١ - مشروعية الشرط الجزائي لأن ضمان الأضرار الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات والعهود أو التأخر فيها، إذا كان مشروعاً بدلالة العموم الواردة بالحديث، فإن المتعاقدين إذا اتفقوا على هذا الضمان مسبقاً في العقد قبل وقوعه جائز لأنه يوافق الشرع.

٢ - إن الضرر الناشئ عن ضياع المصلحة من جراء التأخير في تنفيذ الالتزامات والعهود، كضياع مصلحة محققة لعدم قيام المتعهد بتوريد السلعة في الوقت المحدد، أو عدم الوفاء بالالتزام بشحن وتصدير بضاعة في وقت معين^(١).

٣ - بقياس الشرط الجزائي على شرط العربون في الصحة وذلك للتشابه فيما بينهما، فكلاهما يتضمن التزام أحد العاقدين بدفع مبلغ من المال عند عدم تنفيذ العقد جزاءً على تقصيره وكلاهما يقصد منه سلامة العقود من التلاعب بها، وحث المتعاقد على التنفيذ، وذلك بتخويفه من مغبة عدم التنفيذ، لأن هذا يعرضه لخسارة العربون الذي دفعه وقت العقد، أو دفع المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي^(٢).

٤ - والتعزير بالمال أجازته الكثير من العلماء عملاً بالأثار الواردة عن الرسول ﷺ والخلفاء الراشدين من بعده فقد هدم عليه الصلاة والسلام مسجد الضرار، وأمر بتحريق المتاع للذي غلّ من الغنيمة وإضعاف الغرم على سارق ما لا قطع فيه من التمر والكثير، وفيها إضعاف العزم على كاتم الضلالة، ومصادرة

(١) الشرط الجزائي، د. الحموي، ص ١٧٢، ١٧٣.

(٢) المصدر السابق، ص ١٨٨.

عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - عماله بأخذ شطر أموالهم فقسّمها بينهم وبين المسلمين، ومنها أنه رضي الله عنه أراق اللبن المغشوش، قال ابن القيم الجوزية - رحمه الله - وأكثر هذه المسائل شائعة في مذهب الأمام أحمد - رضي الله عنه - وبعضها شائع في مذهب مالك - رضي الله عنه -^(١).

٥ - ومع هذا لا بد من بيان الفرق بين الشرط الجزائي والتعزير المالي فالتعزير المالي عقوبة تعزيرية يفرضها القاضي على المدين . والشرط الجزائي تم عن طريق الاتفاق على التعويض بين المتعاقدين بالشرط في العقد، فالتعويض في الشرط الجزائي سببه الإخلال بالعقد وتم تحديده بالشرط فهو من ضمان العقد، وتعويض لضرر لحق بالدائن، فهو حق للعبد فهو من الجوابر التي وجبت لجبر ما فات من حقوق الأفراد المتمثل في جبر الضرر المالي الذي قد يلحق به بسبب عدم تنفيذ التعهدات والالتزامات .

ونتيجة لذلك فإن الشرط الجزائي يجوز التنازل أو العفو أو الإبراء بعد استحقاقه، وكذلك يجوز الصلح عليه باعتباره حقاً للعبد، كما أنه يورث بموت صاحبه، ويجوز للورثة المطالبة به برفع الأمر للقضاء .

فالشرط الجزائي ليس من العقوبات التي هي من الزواجر ومن المسؤولية الجنائية، ولا يجوز فيها الصلح أو العفو أو الإبراء لأن الحق فيها للمجتمع وحق الله فيها غالب^(٢) .

٦ - يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان (مادة ٨٣ من المجلة) فيجب احترام وتنفيذ الشرط المتفق عليه في العقد إذا كان موافقاً للشرع، أو لمقتضى العقد وكان تنفيذه ممكناً ومفيداً، والمراد بالشرط هنا الشرط التقييدي لا الشرط التعليقي، والدليل على وجوب احترام الشروط في العقود هو قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» .

(١) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام، لمحمد بن فرحون المالكي، طبعة دار الكتب العلمية ببلنات: ٢٠٣/٢ .

(٢) المصدر السابق، ص ٢٥٢ .

٧ - الضرر يزال (مادة ٢٠ من المجلة)، وإذا وقع الضرر فإن إزالته عن حقه لا تكون في بعض الأحيان إلا بالتعويض عليه، لأن معاقبة المتسبب في الضرر قد لا تفيد المضرور شيئاً دون التعويض عليه في بعض الأحوال، فالتعويض هو وحده الذي يزيل الضرر عنه^(١).

٨ - قد يعترض البعض فيقول: إن الفقه الإسلامي قد حمى الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين للالتزام، بكونه شرع التنفيذ الجبري على المدين والتعزير بالحبس. ويرد على ذلك بأن الاعتداد بالتنفيذ الجبري وحده قد لا يكفي لرفع الضرر عن الدائن في جميع الظروف المختلفة، وذلك كما لو ترك الأجير الزرع وتلف، فإن إجباره على السقي أو استئجار غيره على نفقته لن يفيد في رفع الضرر في هذه الحالة، بل يتعين التعويض لإزالة الضرر عندئذ^(٢).

٩ - شروط تطبيق الشرط الجزائي للزوم الضمان:

إن ضمان الأموال لا فرق فيه بين العمد والخطأ ولا بين الصغير والكبير.

١ - يجب على المدعي لاستحقاق الضمان إثبات صحة العقد والشرط ولزومه، وإثبات وقوع الضرر على الدائن، وعدم تنفيذ المدين للعقد أو الإهمال أو التعدي.

٢ - إن الشرط الجزائي يرتبط عند استحقاقه بالالتزام الذي رصد لضمان تنفيذه ولا يتعداه إلى غيره.

٣ - الضرر شرط لوجوب الضمان وعلة استحقاقه وشرط للحكم به، فإذا كان الخطأ أو التعدي بعدم تنفيذ الالتزام والعقد، أو التأخر فيه هو السبب للحكم بالتعويض المالي أو الضمان في الشرط الجزائي فإن وقوع الضرر هو العلة المؤثرة في إيجابه واستحقاقه.

(١) الشرط الجزائي، د. الحموي، ص ١٩٠ - ١٩٢.

(٢) المصدر السابق، ص ٢٠٩.

وعلى ذلك لو وجد التعدي أو الفعل الخطأ ولم يوجد الضرر فلا يجب الضمان^(١).

قال البغدادي في مجمع الضمانات: رجل كسر جَوْزَ رَجُلٍ فوجد داخله فاسداً قالوا: لا يضمن^(٢).

فلو أثبت المدين انتفاء الضرر سقط الشرط الجزائي ولم يستحق الدائن، وكذلك الأمر إذا وقع الضرر وتدارك المدين قبل الدعوى سقط الشرط الجزائي.

٤ - الضرر الموجب للتعويض في الشرط الجزائي؛ هو الضرر المحقق بأن كان واقعاً فعلاً أو أنه يقع في المستقبل حتماً، فهو في حكم الضرر الواقع حالاً كما يجب أن يكون الكسب الذي يعوض؛ فواته أكيداً لا شك فيه، أما الكسب الاحتمالي المأمول فلا تعويض فيه^(٣).

٥ - ثم ينبغي أن يكون الضرر الواقع على الدائن نتيجة الفعل الخطأ من المدين، فمجرد وقوع الفعل الخطأ ووقوع الضرر لا يكفي لتقرير المسؤولية على المدين، لأن هذا الضرر قد يقع على الدائن لأسباب أخرى غير الخطأ الواقع من المدين^(٤).

٦ - أما إذا حصل الضرر بسبب آفة سماوية كحريق غالب أو قحط أو صقيع أو فيضانات أو ريح أو غرق فلا يجب الضمان على المدين لأن القاعدة الفقهية تقول: (ما لا يمكن التحرز عن فعله لا ضمان فيه)^(٥).

٧ - حتى لو حصل اتفاق واشترط الدائن في العقد مسؤولية المدين بالشرط الجزائي في حالة الآفة السماوية ففي هذه الحالة لا يعتد بالشرط ولا يجب على

(١) المصدر السابق، ص ٢٦٤، ٢٦٥.

(٢) مجمع الضمانات: أبو محمد البغدادي: ٣٤٨/١، الطبعة الأولى دار السلام، القاهرة، (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م).

(٣) الشرط الجزائي، د. الحموي، ص ٢٦٨.

(٤) المصدر السابق، ص ٢٧٦.

(٥) مجمع الضمانات: ١٠٣٥/٢.

المدين التعويض عن الضرر لأن ما لا يجب ضمانه لا يصير بالشرط مضموناً، مثل لو شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين المؤجرة في حالة هلاكها بأفة سماوية فإن الشرط باطل ولا يجب الضمان على المستأجر.

وعليه يمكن تلخيص شروط تطبيق الشرط الجزائي على المدين وجود الخطأ أو الإهمال من المدين، وهذا الخطأ سبب ضرراً للدائن حقيقياً. أما إذا كان الضرر بغير خطأ المدين كآفة السماوية أو فعل الدائن أو الغير فلا يضمن المدين.

١٠ - خصائص الشرط الجزائي:

قدمنا أن المقصود هنا بالشرط: هو الشرط الجعلي، والشروط عقود فلا بد فيها من:

١ - الرضا، فالشرط الجزائي يخضع لأحكام العقود عامة فيشترط فيه مشروعيته وأن يكون المال متقوماً موجوداً أو موصوفاً بالذمة وألا يكون محل العقد الأصلي ومحل الشرط الجزائي ماليين ربويين، وعليه يلحق الشرط الجزائي وصف الصحة والبطالان.

٢ - غالباً ما يكون الشرط الجزائي ضاراً ضرراً محضاً، وعليه لا يجوز لولي القاصر أو وصيه أن يلتزم بشرط جزائي على القاصر.

٣ - الشروط تتبع العقود فإذا بطلت العقود بطلت معها الشروط، وكذلك الشرط الجزائي، لأن العقد الباطل معدوم شرعاً وهو معصية، والمعصية لا يجوز أن تكون سبباً في النفع أو النعمة.

٤ - الشرط الجزائي المالي لا يستحق إلا عند تعذر أو استحالة التنفيذ العيني، ولا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي، فهو ليس التزاماً بديلاً أو تخييرياً فلا يجوز للدائن المطالبة به إلا في حالة امتناع المدين عن تنفيذ الالتزام الأصلي وتعنته أو استحالة التنفيذ العيني أو تعنته في الزمن المتفق عليه^(١).

(١) الشرط الجزائي، ص ٣٢٦ بتصرف.

١١ - أمثلة للعقود التي يجوز فيها الشرط الجزائي:

١ - عقد الاستصناع: وقد أجاز فيه الشرط الجزائي مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره السابع بالقرار رقم ٧/٣/٦٥ وقد جاء فيه:

يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة^(١). وعقد الاستصناع هذا ملزم مثل عقد المقاولة المشهور في القوانين الوضعية، لأن المادة والعمل من طرف، والأجرة والثمن من الطرف الآخر الثاني، لكن يجب ربط مقدار الشرط الجزائي بالضرر الفعلي نتيجة التأخير أو ارتفاع أو تغيير الأسعار أو الضرر من الإخلال بالمواسفات التي تفوت المنفعة على المشتري فلا يتحقق الانتفاع من المبنى على المستوى المطلوب.

٢ - عقد البيع بالتقسيط: وكذلك أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس بجدة القرار رقم ٦/٢/٥١:

خامساً: يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها ما دام المدين رضي بهذا الشرط عند التعاقد^(٢).

٣ - عقد البيع: إذا كان المبيع عيناً له منفعة كالعقارات والآلات، فيجوز للمشتري أن يشترط على البائع إذا لم يسلم المبيع في الوقت المحدد، فعليه كذا عن كل يوم تأخير، وهذا من قبيل التعويض عن المنافع في الأجرة.

٤ - الاعتماد المستندي: تشترط المصارف إذا ألغى العميل استيراد البضاعة، وقد فتح له البنك اعتماداً وخاطب وكيله في بلد البضاعة، تشترط المصارف في حالة الإلغاء أن يتحمل العميل تكاليف فتح الاعتماد، ولا أرى مانعاً من هذا الشرط، وهذا ما جاء في قرارات المجمع رقم (٤٠ - ٤١) في دورة مؤتمره الخامس (١٩٨٨م) في فقرة: (ثانياً).

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ص ١٤٥.

(٢) المصدر السابق، ص ١١٠.

٥ - عقد الشركة والإجارة: لو أدخل الشريك أو الأجير في استمرارية العقد واشترط المؤجر عليه شرطاً جزائياً وجب الشرط الجزائي على المشروط عليه إذا لحق الشارط ضرراً، وكذلك كل العقود المستمرة التي لها صفة الاستمرار، أي التي يستغرق تنفيذها مدة ممتدة من الزمن، بحيث يكون الزمن عنصراً أساسياً في تنفيذها (العقود الزمنية).

٦ - عقد المناقصة: يجوز فيه الشرط الجزائي مع ربطه بالضرر الفعلي. أما شرط الغرامة المالية على المشتري إذا تأخر عن سداد الثمن فإنه غير جائز لأنه ربا. ولكن يجوز هذا الشرط إذا ترك الشراء اعتباراً بالعربون، وكذلك يجوز الشرط الجزائي على البائع إذا أخل بالبيع.

٧ - عقود التعهدات والتوريد: بتقديم المواد الأولية للمصانع كالحبوب الغذائية للمصانع الغذائية، والبلاستيكية لمصانع البلاستيك، ولوزام الدوائر الحكومية والشركات والمعامل والمدارس والملابس العسكرية للثكنات... ، يجوز الشرط الجزائي على المشروط عليه إذا لحق الشارط ضرراً فعلياً بسبب إخلال أو إهمال المشروط عليه ما لم يكن الالتزام الأصلي فيها من المثليات (الديون).

وكذلك عقود النقل وعقود العمل ما دام الشرط لا يخالف الشرع، فلا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً.

١٢ - أمثلة لعقود لا يجوز فيها الشرط الجزائي:

١ - عقد القرض: لا يجوز أن يشترط المقرض على المستقرض أن يدفع مبلغاً من المال زيادة، فالشرط الجزائي في عقد القرض باطل لأنه ربا وكذلك الأمر في حالة القرض المستتر في شكل بيع أو تعاقد آخر، فكل شرط في عقد القرض يجزى نفعاً ربا، سواء كان النفع زيادة في القدر أو زيادة في الصفة.

٢ - عقد البيع بالتقسيط: قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس في قراره برقم ٥١ / ٢ / ٦ بشأن البيع بالتقسيط جاء فيه:

١ - إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين ، بشرط سابق أو بدون شرط لأن ذلك ربا محرم .

٢ - يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء^(١) .

٣ - عقد السَّلَم : وكذلك قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره التاسع القرار ٩ / ٢ / ٨٥ بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة جاء فيه :

ز - لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المُسَلَّم فيه لأنه عبارة عن دين ، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير .

١٣ - سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي :

قواعد الفقه الإسلامي التي توجب العدل والإنصاف ، ورفع الظلم والضرر ، وتحرم الاستغلال والربا وأكل أموال الناس بالباطل ، تشكل الأساس الكافي المبرر لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي أو إنهائه ، إذا أدى تطبيق هذا الشرط إلى الخروج عن مهمته كتعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن ، ليلحق بالمدين الضرر والظلم ، ويجعله عرضة للاستغلال .

وتكون سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ضرورة لمواجهة أشكال التعسف والظلم ، أو اختلال التوازن بين الالتزامات العقدية ، أو لمواجهة الإثراء بلا سبب الذي قد يسببه الشرط الجزائي في بعض الحالات^(٢) .

ويقول عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار » .

والقاعدة الفقهية المأخوذة منه (الضرر يزال)^(٣) .

* * *

(١) المصدر السابق ، ص ١٠٩ ، ١١٠ .

(٢) الشرط الجزائي ، د . الحموي ، ص ٣٤٤ .

(٣) المدخل الفقهي للشيخ الزرقا : ٢ / ١٠٨٠ .

قرارات

مجلس المجمع الفقهي الإسلامي
المنعقد بمكة المكرمة في الفترة من (٨ - ١٦) ربيع الثاني
سنة (١٤٠٢هـ) الدورة الخامسة

القرار السابع

١٤ - بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية :

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا ونبينا محمد وآله وصحبه . أما بعد :

فقد عرض على مجلس المجمع الفقهي الإسلامي مشكلة ما قد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد ونحوها من العقود ذات التنفيذ المتراخي في مختلف الموضوعات من تبدل مفاجئ في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل الذي بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما فيما يعطيه العقد كلاً منهما من حقوق وما يحمله إياه من التزامات، مما يسمى اليوم في العرف التجاري (بالظروف الطارئة).

وقد عرضت مع المشكلة أمثلة لها من واقع أحوال التعامل وأشكاله توجب التفكير في حل فقهي مناسب عادل يقضي على المشكلة في تلك الأمثلة ونظائرها الكثيرة . فمن صور هذه المشكلة الأمثلة التالية :

١ - لو أن عقد مقاوله على إنشاء بناية كبيرة يحتاج إنشاؤها إلى مدة طويلة تمَّ بين طرفين، وحدد فيه سعر المتر المكعب من البناء وكسوته بمبلغ مائة دينار مثلاً، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وإسمنت وأخشاب وسواها وأجور

عمال تبلغ عند العقد للمتر الواحد ثمانين ديناراً فوَقعت حرب غير متوقعة أو حادث آخر خلال التنفيذ قطعت الاتصالات والاستيراد وارتفعت بها الأسعار ارتفاعاً كبيراً يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً جداً.

٢- لو أن متعهداً في عقد توريد أرزاق عينية يومياً من لحم وجبن ولبن وبيض وخضراوات وفواكه ونحوها إلى مستشفى أو إلى جامعة فيها أقسام داخلية، أو إلى دار ضيافة حكومية، بأسعر اتفق عليها في كل صنف لمدة عام. فحدثت جائحة في البلاد أو طوفان أو فيضان أو زلزال. أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية. فارتفعت الأسعار إلى أضعاف كثيرة عما كانت عليه عند عقد التوريد، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في هذا المجال.

فما الحكم الشرعي الذي يوجهه فقه الشريعة في مثل هذه الأحوال التي أصبحت كثيرة الوقوع في العصر الحاضر الذي تميز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين، كالتعهد مع الحكومات في شق الطرق الكبيرة وفتح الأنفاق في الجبال، وإنشاء الجسور العظيمة، والمجمعات لدوائر الحكومة أو للسكنى، والمستشفيات العظيمة أو الجامعات، وكذا المقاولات التي تعقد مع مؤسسات أو شركات كبرى لبناء مصانع ضخمة، ونحو ذلك مما لم يكن له وجود في الماضي البعيد.

فهل يبقى المتعاقد الملتزم على حدود عقده وأسعاره قبل تبدل الظروف وطروء التغييرات الكبيرة المشار إليها مهما تكبد في ذلك من خسائر ماحقة أو ساحقة، تمسكاً بمقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات، أو له مخرج وعلاج من فقه الشريعة الحكيمة السمحة العادلة يعيد كفتي الميزان إلى التعادل، ويحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين؟.

وقد نظر مجلس المجمع في النظائر الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع من فقه المذاهب واستعرض قواعد الشريعة ذات العلاقة مما يستأنس به ويمكن أن يوصى بالحكم القياسي والاجتهاد الواجب فقهاً في هذا الشأن كما رجع إلى آراء فقهاء المذاهب فوجد ما يلي:

١ - إن الإجارة يجوز للمستأجر فسخها بالطوارئ العامة التي يتعذر فيها استيفاء المنفعة كالحرب والطفوف ونحو ذلك . بل الحنفية يسوغون فسخ الإجارة أيضاً بالأعذار الخاصة بالمستأجر ، مما يدل على أن جواز فسخها بالطوارئ العامة مقبول لديهم أيضاً بطريق الأولوية فيمكن القول إنه محل اتفاق . وذكر ابن رشد في بداية المجتهد (٢/ ١٩٢) من طبعة الخانجي الأولى بالمطبعة الجمالية بمصر) تحت عنوان: (أحكام الطوارئ) أنه: (عند مالك أن أرض المطر (أي البعلية التي تشرب من ماء السماء فقط) إذا كريت فمنع القحط من زراعتها، أو إذا زرعها المكتري فلم ينبت الزرع لمكان القحط (أي بسببه) أن الكراء يفسخ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكتري من زرعها) انتهى كلام ابن رشد .

٢ - وذكر ابن قدامة المقدسي في كتاب الإجارة من المغني (المطبوع مع الشرح الكبير: ٦/ ٣٠) إنه: (إذا حدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع أو نحو ذلك، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة. فأما إذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر، مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه . . . لم يملك الفسخ، لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبهه مرضه).

٣ - وقد نص الإمام النووي - رحمه الله - في روضة الطالبين (٥/ ٢٣٩) أنه لا تنفسخ الإجارة بالأعذار، سواء أكانت إجارة عين أم ذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرض، أو حانوتاً لحرفة فندم، أو هلكت آلات تلك الحرفة أو استأجر حماماً فتعذر الوقود. قال النووي: وكذا لو كان العذر للمؤجر بأن مرض وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وكان أهله مسافرين فعادوا واحتاج إلى الدار أو تأهل قال: فلا فسخ في شيء من ذلك، إذ لا خلل في المعقود عليه. اهـ.

٤ - ما يذكره العلماء - رحمهم الله - في الجوائح التي تجتاح الثمار المبيعة على الأشجار بالأسباب العامة كالبرد والجراد وشدة الحر والأمطار والرياح ونحو ذلك مما هو عام حيث يقررون سقوط ما يقابل الهالك بالجوائح من الثمن وهي قضية الجوائح المشهورة في السنة والفقه .

٥ - ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - في مختصر الفتاوى (ص ٣٧٦) :
إن من استأجر ما تكون منفعة إجارته لعامة الناس ، مثل الحمام والفندق والقيسارية ، فنقصت المنفعة المعروفة لقلة الزيتون أو الخوف أو حرب أو تحول سلطان ونحوه فإنه يحط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة .

٦ - وقال ابن قدامة أيضاً في الصفحة (٢٩) من الجزء السابق الذكر نفسه :
(ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين ، فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث ، أو اكرت إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق ، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة (جاز) .

وقال الكاساني من فقهاء الحنفية في الإجارة من كتاب بدائع الصنائع (١٩٧/٤) : (إن الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضرر ، وإن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع ، لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره ، فاستأجر رجلاً لقلعها ، فسكن الوجع يجبر على القلع ، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً) .

هذا وقد ذكر فقهاء المذاهب في حكم الأعداء الطارئة في المزارعة والمساقاة والمغارة شبيه ما ذكره في الإجارة .

٧ - قضى رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده ، وقرر كثير من فقهاء المذاهب في الجوائح التي تجتاح الثمار ببرد أو صقيع ، أو جراد ، أو دودة ، ونحو ذلك من الآفات ، أنها تسقط من ثمن الثمار التي بيعت على أشجارها ما يعادل قيمة ما أتلفته الجائحة ، وإن عمّت الثمر كله تسقط الثمن كله .

٨- قال رسول الله ﷺ فيما ثبت عنه: «لا ضرر ولا ضرار». وقد اتخذ فقهاء المذاهب من قوله هذا قاعدة فقهية اعتبروها من دعائم الفقه الكبرى الأساسية، وفرعوا عليها أحكاماً لا تحصى في دفع الضرر وإزالته في مختلف الأبواب.

ومما لا شك فيه أن العقد الذي يعقد وفقاً لنظامه الشرعي يكون ملزماً لعاقديه قضاء، عملاً بقوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

ولكن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به كافة، وقد وجد المجمع في مقاييس التكليف الشرعية، ومعايير حكمة التشريع أن المشقة لا ينفك عنها التكليف عادة بحسب طبيعته، كمشقة القيام في الصلاة، ومشقة الجوع والعطش في الصيام، لا تسقط التكليف، ولا توجب فيه التخفيف، ولكنها إذا تجاوزت الحدود الطبيعية للمشقة المعتادة في كل تكليف بحسبه، أسقطته أو خففته. كمشقة المريض في قيامه في الصلاة ومشقته في الصيام وكمشقة الأعمى والأعرج في الجهاد، فإن المشقة المرهقة عندئذ بالسبب الطارئ الاستثنائي توجب تدبيراً استثنائياً يدفع الحد المرهق منها، وقد نص على ذلك وأسهب في بيانه، وأتى عليه بكثير من الأمثلة في أحكام الشريعة الإمام أبو إسحاق الشاطبي رحمه الله في كتابه (الموافقات في أصول الشريعة).

فيتضح من ذلك أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة لا تأثير لها في العقود لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا تجاوزت المعتاد المؤلف كثيراً بمثل تلك الأسباب الطارئة الآتفة الذكر توجب عندئذ تدبيراً استثنائياً.

ويقول ابن القيم - رحمه الله - في كتابه (أعلام الموقعين):

(إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه بالعدل الذي قامت به السموات والأرض وكل أمر أخرج من العدل إلى الجور، ومن المصلحة إلى عكسها فليس من شرع

الله في شيء وحيثما ظهرت دلائل العدل وسفر وجهه فثم شرع الله وأمره). وقصر العاقدين إنما تكشف عنه وتحدده ظروف العقد، وهذا القصر لا يمكن تجاهله والأخذ بحرفية العقد مهما كانت النتائج، فمن القواعد المقررة في فقه الشريعة أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ولا يخفى أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المعروضة آنفاً في العقود المتراخية التنفيذ لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل الجور إنما هو من اختصاص القضاء، ففي ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التي تنير طريق الحل الفقهي السديد في هذه القضية المستجدة الأهمية، يقرر الفقه الإسلامي ما يلي:

١ - في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غيّر الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاب للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات.

٢ - ويحق للقاضي أيضاً أن يهمل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإهمال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد

العاقدين بسبب لا يدل له فيه ، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم ، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها . والله ولي التوفيق .

وصلى الله وسلم على نبيينا محمد وآله وصحبه .

[توقيع]	[اعتذر لمرضه]
نائب الرئيس	رئيس مجلس المجمع الفقهي
محمد علي الحركان	عبد الله بن حميد

الأعضاء

[توقيع]	[توقيع]	[توقيع]
عبد العزيز عبد الله بن باز	محمد محمود الصواف	صالح بن عثيمين
[توقيع]	[تخلف عن الحضور]	[توقيع]
محمد بن عبد الله بن السبيل	مبروك العوادي	محمد الشاذلي النيفر
[توقيع]	[توقيع]	[توقيع]
مصطفى أحمد الزرقاء	عبد القدوس الهاشمي	محمد رشيد
[تخلف عن الحضور]	[توقيع]	[تخلف عن الحضور]
أبو الحسن علي الحسيني الندوي	أبو بكر محمود جومي	حسنين محمد مخلوف
[توقيع]	[تخلف عن الحضور]	[توقيع]
محمد رشيد قباني	محمود شيت خطاب	محمد سالم
[مقرر المجمع الفقهي الإسلامي]		
محمد عبد الرحيم الخالد		

وعليه تمثل سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي مطلباً ملحقاً لمواجهة كل أشكال الظلم أو التعسفات التي قد يتسبب الشرط الجزائي فيها، لأن هذا الشرط كثيراً ما يستخدم لغير ما شرع له كأداة للاستغلال والحصول على بعض الأموال دون مقابل، مما يتعارض مع مبدأ العدالة والإنصاف الذي يجب أن يسود المعاملات، والذي حرصت أحكام الفقه الإسلامي على إقامة أحكامها عليه، كما يتعارض مع حرمة أكل أموال الناس بالباطل.

* * *

١٥ - خلاصة البحث

- ١ - الشروط الجعلية التي يشترطها أحد العاقدين أو كلاهما الأصل فيها الإباحة ومنها الشرط الجزائي بالضوابط التي سبق بيانها، ما لم تخل بمقاصد العقود التي جاءت لحفظ النظام العام والعدل والتوازن ومنع التغاين.
- ٢ - الشرط الجزائي من المسؤولية العقدية وهو تعويض عن ضرر فعلي نشأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناءً على العقد.
- ٣ - الشرط الجزائي المباح هو: الخالي من الربا والغرر وأي محظور شرعي.
- ٤ - أساس التعويض مقابلة المال بالمال فإذا قوبل المال بغير المال كان أكلاً للربا وهو حرام، أما إذا كان التعويض عن ضرر فعلي لِحَقِّ الشارط فجائز.
- ٥ - لا يجوز الشرط الجزائي في العقود التي الالتزام الأصلي فيها دين.
- ٦ - لا يجوز الشرط الجزائي في الأضرار الأدبية والمعنوية.
- ٧ - لا يجوز اشتراط ما يسمى (تعويض الربحية) الذي تشترطه بعض البنوك الإسلامية أو غرامات التأخير في البنوك لأن الحقوق فيها كلها ديون، وليست أعياناً التي منافعها الزمنية معتبرة.
- فشرط الربحية ذريعة إلى الربا لأنه قد يطلب المدين من البنك التأجيل وقد وضع الشرط الجزائي على التأجيل.
- ٨ - لا اعتبار للشرط الجزائي في الضرر الذي سببه الآفات السماوية أو لم يلحق الدائن ضرر.

٩- إذا رغب أحد الطرفين الاستعانة بالقضاء فيجوز للمحكمة تعديل مقدار التعويض .

١٠- أعرض نتائجي هذه على مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي الموقر، والفتوى لما يقرره مجلسه الكريم والله الموفق .

* * *

الخاتمة

لعلّي قد يسّرت فقه هذه الشريعة السمحة للعلم والعمل ، راجياً الله تعالى أن يغفر لي خطيئي وتقصيري .

ورحم الله العماد الأصفهاني في قولته المشهورة :

إني رأيت ألا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده :

لو غير هذا لكان أحسن ! .

ولو زيد هذا لكان يستحسن ! .

ولو قدم هذا لكان أفضل ! .

ولو ترك هذا لكان أجمل ! .

وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على كافة البشر .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

* * *

الشرط الجزائي

دراسة معمقة حول الشرط الجزائي فقها وقانونا

إعداد
القاضي محمد شمام
رئيس محكمة التعقيب الشرقي
رادس - تونس

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

والصلاة والسلام على محمد بن عبد الله وآله وصحبه

الشرط الجزائي

جاء بالعنوان الشرط الجزائي ويمكن أن نعنون البحث بالشرط التثقيلي أو الشرط التفريمي أو شرط ضمان التنفيذ وهذه العناوين كلها كما سنرى تصب في مصب واحد سنكتشف أمره بعد حين .

وشأن الأفراد أن يكونوا أحراراً في التصرف المدني وفي المعاملات والعقود وامتلاك الأشياء، والتشريع يحمي هذه الحرية ويردّ عنها الأيدي المعتدية . وقد يجد أحياناً من تلك الحرية التي يتمتع بها الفرد مراعيّاً في ذلك المصلحة العامة للنظام والمجتمع وحتى مصلحة الأفراد أنفسهم .

فالحرية الفردية موجودة وشرعية لكنها محددة بقاعدة أو قواعد وشروط تهم النظام وتهم المجتمع وعلاقات أفراد هذا المجتمع ببعضه ببعض كالوصية التي حددها الشرع ومنع أصحاب المال من التصرف المطلق في أموالهم بعد الممات لأن الحق منح الفرد ولصالح الجماعة لكن تحت حدود وقيود الشرع وفي نطاقه .

فحرية التعاقد والتعامل واشتراط الشروط مباحة غير مقيدة ومحترمة واجبة النفاذ ما احترمت مبادئ الشرع والأخلاق وحقوق الآخرين .

وقد اختلف الفقهاء هل أن آثار العقود من عمل الشارع يجب التقيّد بها وتنفيذ شروطها والوفاء بها لكن لا على الإطلاق أو أن الناس أحرار في أن يعقدوا ما شاؤوا من العقود ويشترطوا ما شاؤوا من الشروط ويتحتم الوفاء بذلك إلا إذا قام دليل على المنع فحينئذ لا نفاذ ولا وفاء .

وأبرز مثال يطرح هنا هو ما يشترطه أحد الأطراف لتوثيق نفاذ العقد وتحقيق وقوعه وهو الشرط التثقيلي أو الجزائي الذي يقيد حرية القاضي وتدخله عند حدوث الخلاف حتى ولو كان الشرط مبالغاً فيه به لإجحاف بين واضح أو مخالف للعدل والإنصاف بصرف النظر عن المبادئ العامة التي تسمح بحرية العقد والاشتراط والاتفاق .

فما هي حقيقة الشرط الجزائي التثقيلي؟:

يجب أن نضع بين أيدي الجواب عن ذلك الملاحظة التالية :

هل يصنف الشرط الجزائي في باب اشتراط الشروط وتنطبق عليه الأحكام المسجلة هناك؟ أم أنه صنف قائم بذاته له أحكامه الخاصة؟ .

يجدر بنا أن نشير بادئ ذي بدء إلى أن الشرط الجزائي هو بند يوضع في نفس العقد أو بعقد مستقل عنه حتى تطمئن النفس لضمان تنفيذ العقد بكامل أوصافه ومقتضياته، وحتى يكون هذا النفاذ في الأجل المحدد من كل الأطراف حسب الاتفاق .

الشرط الجزائي:

الأصل فيه كما قال القاضي شريح : (من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه) .

أي أن الأصل الجواز لأن الناس عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً .

ويحقق ذلك ما جاء في باب التعهد بجبر الضرر عن عدم التنفيذ وعن الانتظار لحصول الوفاء أو دفع العربون لتلك الغاية أو الفوز به عند عدم الإنجاز .

وفي الأثر أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أقر هذا الشرط التغريمي أي شرط الجزاء لما اشترى له نافع بن الحارث داراً وكان الشرط لفائدة البائع إن لم يرض عمر فللبائع مبلغ كذا من المال .

والفقهاء يجيزون هذا الشرط غير المنافي لمضمون ومقتضى العقد وغير المنهي عنه شرعاً وعرفاً وأخلاقاً، وذلك لما أخرجه الشيخان وأحمد أن جابراً باع النبي عليه الصلاة والسلام بغيراً واشترط الحمل عليه إلى أهله فأقره ﷺ ونقده ثمنه .

والشرط الجزائي لا يناقض العقد ولا ينافيه ولا يفسده ولا يبطله ضرورة أنه يسعى لإتمام العقد ويصون نفاذه وتحقق الوفاء به ولأنه يجوز في البيع شرط ورهن وأجل .

والشرط الجزائي له من ناحية أخرى صبغة خاصة مميزة فهو شرط تعويض عن ضرر مادي أو معنوي كما له صبغة الجزاء، فالطرفان يتفقان على غرامة تعويضية يقدرانها مسبقاً عند حدوث عدم الوفاء وهي في نفس الوقت تجازي المتخلف عن الوفاء وتعاقبه بغرم قد يتجاوز مقداره الضرر الفعلي الحاصل للطرف المتضرر .

ودليل هذا أن القاضي الذي يفزع له الطرفان ويحتكما إليه يكون مكتوف الأيدي عند حدوث موجب الشرط ولا يستطيع التدخل لفائدة أحد المتنازعين المتعاقدين الملزمين . مع أن القاضي يمكنه عند القضاء بغرامة غير متفق عليها عند عدم الوفاء وهو حر في تقديرها وفي تعديلها متى اتضح له أن المدين وفقى بالتزامه أو بعضه وأنه لم يحدث ضرر يذكر .

وكل ما ذكرنا لا يبعدنا عن نطاق اشتراط الشروط في العقود وعند إبرامها لغايات ومقاصد يرمي إليها الأطراف وقواعد وأحكام ذلك تقرّبنا من موضوع بحثنا الذي نعالج .

* * *

أحكام الشرط شرعاً وفقهاً

اختلف فقهاء الإسلام في موضوع اشتراط الشروط اعتماداً على: الأصل في العقود والشروط الإباحة، ولا عبرة لمن يرى أن الأصل المنع. والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: ٣٤].

فالحنفية يجيزون الشروط التي لا تتنافى مع طبيعة العقد أو التي جاء نص بجواز موضوعها أو جرى العرف والعادة بها. وعندهم أن الشرط الصحيح هو ما كان موافقاً لمقتضى العقد أو مؤكداً لمقتضاه أو جاء به الشرع أو جرى به العرف. فهناك شروط يقتضيها العقد وأخرى تؤكد موجهه، وثالثة جرى بها العمل واقتضاها العرف، والرابعة التي أجازها الشرع ولم يحرمها.

وهكذا تكون الشروط سالمة الصحة نافذة المفعول إذا لم تكن منافية لمقاصد الشريعة ومبادئ وأحكام التشريع الإسلامي.

«ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق» حديث رواه البخاري.

أما الشافعية: فهم يجيزون بصفة عامة كل الشروط التي يقتضيها العقد وتؤكد وجوده، وكذلك ما جاءت به مصلحة كالخيار والأجل.

أما ما ليس فيه مصلحة لأحد الأطراف ولا يرمي إليه العقد ولا يقتضيه فهو باطل ولا التفات لمن يجيزه.

والمالكية: يقول ابن رشد الحفيد في بداية المجتهد:

وأما مالك فالشروط عنده تنقسم إلى ثلاثة أقسام: شروط تبطل هي والعقد، وشروط تجوز هي والعقد، وشروط تبطل ويثبت العقد.

وقد يظن أن عنده قسماً رابعاً وهو أن من الشروط ما أن تمسك المشتراط

بشرط بطل البيع وإن تركه جاز البيع . وإعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير وقد رام ذلك كثير من الفقهاء ، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن من الشروط من صنفى الفساد الذي يخل بصحة البيع وهي الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك أو إلى ما يفيد نقصاً في الملك ، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط وما كان قليلاً أجازته وأجاز الشرط فيها وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع .

ويرى أصحاب مالك أن مذهبه هو أولى المذاهب إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من الترجيح .

وسنرى أن الشرط الجزائي يأخذ أحكامه الفقهية على ضوء ما سبق .

والحنابلة : الأصل عندهم في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ولا يطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله بالطرق الأصولية نصاً أو قياساً عند من يراه ويقول به .

وقد بسط الفقيه الكبير ابن تيمية الموضوع بسطاً شافياً في فتاواه .

ويقول ابن القيم : الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما كان أبطله الشارع أو نهى عنه . والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم الدليل على التحريم والبطلان .

بعد هذه البسطة الموجزة حول الشرط في الفقه ، وبما أن الناس تحدث لهم أفضية يجب الكشف عن أحكامها وبيان حليتها من حرمتها ، وللمقارنة والإيضاح وإيجاد أرضية سليمة للفتوى فيما يتعامل به الناس اليوم ويسجلونه في كتابهم وعقودهم نشير إلى حقيقة الشرط الجزائي في القوانين الحديثة المتعامل بها والتي عالجت هذا الموضوع .

الشرط الجزائي:

هو بند خاص يضعه المتعاقدان داخل العقد حين إبرامه أو إخراجه بعد عقده وإبرامه ، ولا يمس أصلاً بجوهر الاتفاق وأركانه وغايته ولا يعلق الاتفاق ولا يوقفه . وهو يرمي إلى تنفيذ الاتفاق وإنجازه وإلى عدم المماطلة في الوفاء به

لأنه في غالب الصور يضع عقاباً للمماطل المخل بالوفاء ويحكم مسبقاً بغرامة قد تناسب الضرر أولاً تناسبه يجب على المخالف دفعها عند عدم الوفاء .

ومن هنا يتضح الفرق فالشرط قد يترتب عليه عدم تواجد الالتزام وبطلانه وفساده، أما بند الشرط الجزائي فهو جزء عن عدم الوفاء بالالتزام وشروطه وأركانه المتفق عليها ثم تقدير المضرة والخسارة التي قد تنتج ووضع تصور عنها قبل حدوثها وهو أمر تخميني قد لا يصور الضرر تصويراً جليلاً وحقيقياً .

يقول الفقيه عبد الرزاق السنهوري الفقيه المصري المعروف: إن الدائن والمدين لا يتركان للقاضي حق تقدير الضرر والتعويض عنه^(١) .

ويقول أحد شراح القانون الفرنسي:

إن الشرط الجزائي يجنبنا مشاكل تقدير الغرامة ويحول دون صعوبة في ذلك .

والقانون المصري يعرف الشرط الجزائي ويحدد معالمه ويصور وجوده بقوله في الفصل (٢٢٣) مدني: (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في عقد لاحق بعده).

والقانون الفرنسي يعرف الشرط الجزائي التغميمي بقوله في الفصل (١٢٢٦) مدني: (إن الشرط التغميمي هو ذلك البند الذي يتعهد بمقتضاه شخص ضمان التنفيذ بالالتزم بشتى ما في صورة عدم الوفاء).

وينص الفصل (١٢٢٩) منه على:

(الشرط التغميمي هو تعويض الأضرار التي تلحق الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي).

ويعرف الشرط الجزائي أحد رجال وشراح القانون الفرنسي العميد كاربوني: (هو الشرط الذي بمقتضاه يحدد المتعاقدان التعويض جزافاً)^(٢) .

(١) الوسيط: ٨٥١/٢ .

(٢) القانون المدني: ٣١٥/٤ .

أما القانون اللبناني فإنه يوضح حقيقة الشرط الجزائي بفصله (٢٦٦) إذ ينص :
للمتعاقدين أن يعينوا مقدماً في العقد أو في صك لاحق بدل العطل
والضرر في حالة تخلف المديون عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه .

ومن هنا نفهم أن استحقاق ما جاء به بند الشرط الجزائي يتوقف على وجود
سبب أو خطأ ينسب للمعاقد وهو لا يتوقف على اختبار أو تقدير أو نظر من القاضي
سواء في وجود الضرر وتحديده أو تقديره .

وهذه النظرية هي التي يعتمدها غالباً الفقهاء ورجال القانون حيث يحترمون
إرادة الأطراف وحريةهم في اشتراط الشروط . ولا يسعون لتقييدها والحد منها حتى
ولو ظهر أن فيها تهوراً وإفراطاً .

والقانون الفرنسي ينص في مادته (١١٥٢) : (إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف
الذي يقصر في تنفيذ الاتفاق يدفع مبلغاً معيناً على سبيل التعويض فلا يجوز أن
يقضي بمبلغ أكثر أو أقل) .

أي أنه إذا وجد التقصير وجد الغرم المتفق عليه سلفاً وهذا يمنع من حدوث
المجادلة والمناقشة وهل حدث ضرر وكيف يقدر وما هو مقداره وهل هناك
تقصير جسيم أو بسيط .

فالطرفان يحتكمان إلى بند وضعاه في العقد بالاتفاق والتراضي ومنعا
بذلك تدخل القضاء في شأنهما وفي شأن اتفاقهما .

وهذا موجود يشبه التحكيم فالمتعاقدون يفوضون الأمر إلى المحكمين .

ويلتزمون سلفاً بالعمل بما يصدره هؤلاء والقضاء لا يتدخل إلا لتنفيذ
ما قرره المحكمون والخصوم قد يتفقون على مقررات لهم غير مقررهم الأصلي
ويغيرون بذلك مرجع النظر واتفاقهم نافذ لا شأن للقانون ولا للقضاء فيه .

ولذا فإن القضاء أمام الشرط الجزائي ينظر في ثبوت المخالفة ثم يقضي بنفاذ
الاتفاق . وسنرى الرأي المخالف لهذا فيما بعد .

أمثلة الشرط الجزائي :

إذا تصورنا حقيقة الشرط الجزائي فقهاً وقانوناً فلنضرب أمثلة له توضحه وتمدنا بتصور كامل يعيننا على الفتوى .

١ - حدثت قضية نشر ملفها أمام المحكمة صورتها :

تعاقد شخصان على بناء دار سكني والتزم البناء بالعمل والمواد والتزم بتسليم المحل لصاحبه جاهزاً تماماً صالحاً للسكن في ظرف عام من تاريخ الاتفاق كما التزم بدفع غرامة مالية عيناً إذا مضى الأجل ولم يسلم المحل جاهزاً لصاحبه مع دفع مصاريف الإنجاز .

ويأشر العامل عمله وبنى المحل وقبل إتمامه بقليل توقف عن العمل ومضى شهران على الأجل فقام صاحب المحل بالقضية مطالباً بأمرين : الحكم بإتمام البناء على نفقة العامل ثم إلزامه بأداء الغرامة المتحددة بالعقد .

واتضح أن مصاريف البناية كلها تقل عن مبلغ الغرامة ومع ذلك حكم له بما طلب اعتماداً على قاعدة أن ما يتفق عليه الطرفان هو الذي يجب تنفيذه إذا سلم من شوائب المنع الشرعي .

وهكذا يكون صاحب المحل قد أخذ البناية دون مقابل لمجرد فوات الأجل ببضعة أشهر .

٢ - صدر حكم آخر يقول في أسانيده :

حين تبين بالاطلاع على صحة المغارسة أن الطرفين اتفقا على أنه إن مضت المدة المعينة بالعقد ولم تثمر الأشجار فعمل العامل يذهب سدى وتبقى الأرض ملكاً لصاحبها .

وهذا الشرط المتفق عليه يفيد أنه عند عدم وفاء العامل المغارس بواجبه فإنه يقع الفسخ ولا يمكن له الرجوع على صاحب الأرض بما أنشأه .

يقول الحكم : وحيث اقتضى الفصل من المجلة المدنية (إن ما يتفق عليه الطرفان يقوم مقام القانون) .

وحيث ثبت أن العامل لم يوف بما التزم به فقد حكم ضده وذهب مجهوده وماله وما صرفه سدى .

وكان نظر محكمة النقض والتعقيب مؤيداً على صحة الشرط وأن العقد يقوم مقام القانون بين طرفيه .

واعتبر أن إرادة الأطراف هي المتحكمة في الموضوع ولا شأن لغيرها في أمر ارتضته وحيثئذ يمكن تعديل ما أراده الطرفان^(١) .

* * *

(١) المغارسة عند مالك أن يعطي الرجل أرضه لرجل على أن يغرس عدداً من الثمار فإذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الأرض .
والطرفان قد يتفقان على أجل فإذا لم يوف العامل الغارس بواجباته يحدث النزاع ويقضي بأن لا شيء للعامل إذا كان هناك شرط .

الحق والعدل والتحقيق

لقد منح الحق والعدل للفرد ولصالح الجماعة لكن تحت رعاية ورقابة التشريع وقواعده المبنية على العدل والإنصاف وحرية التعامل .

فالأشخاص والأفراد قد يتفقون ويسطرون اتفاقاتهم ويبرمجون خرائط أعمالهم طبق مصالحهم .

والقانون قد يحد من حرية القاضي ويسمح للأفراد بالحد من هذه الحرية وتقليصها تحت لواء المصلحة العامة والرسول الكريم عليه أفضل الصلاة والتسليم يقول: «لا ضرر ولا ضرار» .

فإذا اجتمع ضرران اهتم التشريع بدفع وردّ الضرر الأكبر وسمح بتحمل الأصغر كهدم دار خربة ليتمكن الناس من المرور بسلامة وأمن .

والإسلام يقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة كتحرим الربا لما فيه من الإثراء على حساب الغير واستغلال حاجة وضعف هذا الغير . وكتحریم الخمر لما فيه من مضار تطفى على ما عداها .

والقانون قد يحد من حرية القاضي فيحرم عليه الأخذ بدليل معين أو يمنعه من الحكم بأمر إلا إذا توفر لديه دليل معين، وما لم يتوفر لا يمكن للقاضي أن يعتبر الواقعة المنظور فيها ثابتة حتى ولو حصل له الاقتناع بذلك، فلا بد من الحجة والدليل والبحث عن وسائل الإثبات .

والدليل القانوني هو وسيلة إثبات وإظهار للحق وفي المادة المدنية وفي المعاملات بين الناس لا يجوز أن يكتفي القاضي باقتناعه وارتياحه اعتماداً على شهادة أو قرينة بل لا بد من إبراز صحة الوسيلة التي اعتمدت كطريقة إثبات وقد يحتم عليه القانون في بعض صورته عدم الاكتفاء بالقرينة والشهادة بل لا بد من

التوثيق بالكتابة على صورة معينة تزيل كل الشكوك .

نعم هو حر في اقتناعه في المادة الجزائية الجزية بالكتابة أو الشهود أو القرائن ، لكنه يخضع لبند القانون إذا حدد له طريقة خاصة للإثبات وهو مع كل ذلك مقيد في قضائه بشرح أسانيد وإظهار المعطيات التي اعتمدها والتي لها أصل ثابت موجود بين أوراق القضية المنشورة أمامه .

وليس له حق الاجتهاد والتأويل إزاء النصوص الواضحة الجلية عملاً بالقاعدة الأصولية : (ما ورد فيه نص قطعي الثبوت قطعي الدلالة لا يجوز فيه الاجتهاد) .

والفقهاء يقولون : إن نص الواقف كنص الشارع يجب احترامه وعدم تجاوزه إذا احترم هو نصوص التشريع الإسلامي .

ويتضح من كل ذلك أن الطرفين إذا تعهدا بأمر واتفقا عليه فالواجب الوفاء به . والشرط الجزائي لا يتصور له وجود في عقد من العقود إلا إذا رضي به المتعهد والتزم بنفاذه وهكذا يحرم القاضي من حرية التدخل في شأنه .

والمجلة المدنية التونسية التي بنت أحكامها على القواعد والمبادئ الفقهية الإسلامية مقتبسة نصوصها منها أغفلت التنصيص على الشرط الجزائي لكنها عالجت موضوعه في بنود لها منتشرة هنا وهناك .

فالفصل (٨٤٠) في الإجارة يقول :

من التزم بإتمام عمل أو مباشرة خدمة استحق الأجر بتمامه ولو تعذر عليه مباشرة الخدمة أو إتمام العمل إذا كان ذلك لسبب من المؤجر وكان الأجير حاضراً للخدمة أو للعمل ولم يؤجر نفسه لشخص آخر .

لكن للمجلس أن يحط من الأجرة المتفق عليها بحسب ما يقتضيه الحال .

أي إن التقصير إذا كان من المؤجر فإن الأجير يأخذ أجره كاملاً .

وقد خول عجز الفصل (٨٤٠) للحاكم حق التعديل لكن محكمة النقض والتعقيب فسرت هذا الحق بأنه لا يكون إلا عند عدم وجود شرط أما إذا وجد

الشرط المانع فلا حق للقاضي في التداخل بالتعديل . (قرار تعقيبي ٨ أكتوبر ١٩٢٩م).

وقد سبق أن قلنا: إن القانون الفرنسي بفضله (١١٥٢) يمنع القاضي من تعديل الشرط الجزائي .

هذا ما جاءت به ظواهر النصوص ولوائح القوانين ، فالقاضي شريح يرشدنا إلى طريق جلي واضح لا لبس فيه وهو الحكم والقضاء بما جاء به الشرط بصرف النظر عن كل المعطيات الأخرى؛ لأن الناس عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً .

لكن يلاحظ بعض رجال القانون أن الاتفاق وإن كان واجب النفاذ حسب نصح فإن ذلك قد يكون سبباً لمظلمة تلحق أحد المتعاقدين و هذا يدعو للتثبت وعدم التسرع في الحكم حتى لا نقع في المحذور .

وَحَقُّ أن العدل والإنصاف غاية كل أفراد البشر وحق أيضاً أن التشريع بني على جلب المصلحة ودرء المفسدة .

والإمام ابن تيمية يشير في رسالته (المظالم المشتركة) إلى أنه من العدل أن يتقاسم الناس المظالم وحرام أن يتصل أحد منها فيحمل وزرها على سواه . (الفتاوي : ٢٨) .

ولما كان العدل أساس العمران فالواجب أن يسمح للقاضي بالتدخل لتحقيق هذا الهدف الأسمى .

ولمعالجة الجواب عن هذا التوقف نوضح أن القاضي قد يسمح له بالتأويل والقياس والشرح لكن ليس إزاء النص فالقانون وضع لحماية الناس ورد الأعيب المحتملين والتشريع الإسلامي حث على سلوك طرق الإثبات بالكتابة ومفاد ذلك أن النصوص لها حرمتها وليس من حق القاضي الإقدام على إلغائها أو تفسيرها تفسيراً يتنافى أهدافها ومراميها .

والناس عند اتفاقاتهم المشروعة التي لا تنافي المقاصد والمبادئ الشرعية والأخلاقية ، يضعون لأنفسهم دستوراً يحمون به مصالحهم وحقوقهم وهو دستور يقف في وجه كل متحذِّ له حتى ولو كان بيده ميزان العدالة .

اختلاف النظر بين القوانين:

قد شرحتنا سابقاً أن الشرط الجزائي هو تقدير مسبق للضرر الذي يحدث عنه والتعويض عنه بمبلغ معين من حين الاتفاق وحينئذ فلا يسمح للقاضي بإعادة المراجعة والإثبات والتقدير .

وهذا ماذهب إليه جمهور رجال القانون وشراحه .

والقانون الفرنسي ينص صراحة على ذلك بالفصل (١١٥٢) مدني :

(إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من المال على سبيل التعويض فلا نقصان أو زيادة) .

وهذا يدل صراحة على أن القاضي لا يتدخل لمعاينة الضرر وجوداً أو عدماً وإن وجد فلا يطالب بإثباته وتقديره وليس من حقه أن يعدل ما حصل الاتفاق عليه .

يقول فقيه القانون عبد الرزاق السنهوري : وذلك حتى يكون الغرض من الشرط الجزائي منع أي جدل يدور حول وقوع الضرر ومقدار التعويض .

(التعليق آخر الصفحة ٨٥٧ : ٢ الوسيط) .

هذا وقد كان القانون المصري القديم يتمشى مع ذلك إذ ينص (إذا كان المقدار معيناً في العقد فلا يجوز الحكم بأقل أو أكثر منه) .

إلا أن التقنين الجديد سمح للقاضي بمعاينة الضرر وتقديره ومن ثم مكنه من التعديل فقد خصت (المادة ٢٢٤) مدني (لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه) .

ومع هذا النص فالقانون المصري يوضح حتى الآن بفصله (١٤٧) مدني (أن العقد شريعة الطرفين المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون) .

وهذا ماكرسه الفقه القضائي التونسي وعمل به لأن الشرط الجزائي جزء من الاتفاق بمثل إرادة المتعاقدين .

ونجد القانون اللبناني (الموجبات والعقود) في مادته (٢٢٦) يشرح أنه لا يجوز للدائن أن يطالب بالأصل والضرر إلا إذا كان البند الجزائي قد وضع للمجرد التأخير أو على سبيل إجبار المدين على الوفاء بما التزم به .

ويشير الفقيه اللبناني صبحي محمصاني إلى أن فقه القضاء بלבnan يسير طبق الاجتهاد الفرنسي فيعفى الدائن من إثبات الضرر ومقدار تعويضه على اعتبار أن الغاية من تعيين التعويض مسبقاً هي تحديده بوجه يقطع الخصام والتزاع ويمنع من سماع دعوة الزيادة والنقصان .

(شرح قانون الواجبات للمحصاني).

وعلى كل فإذا لم ينص القانون على حق التداخل من القاضي لتقدير الضرر وتعديل المقدار المتفق عليه فإنه يقع الرجوع إلى الأصل وهو المنع .

والمحصاني في كتابه يشرح فيقول : إن الرأي الذي تؤيده أصول مذهب مالك والإمام ابن حنبل ويتفق مع المبادئ الحديثة يرى أن كل عقد وكل شرط لم ينه عنه الشارع فهو جائز يجب الوفاء به ، إذ الأصل في العقود والشروط الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان .

فالعقد والشرط المسكوت عنهما في جانب الإباحة وعلى هذا إذا عقد عاقد عقداً أو اشترط شرطاً فطعن طاعن بالبطلان أو الفساد فعلى الطاعن إقامة الدليل .

ويقول ابن تيمية في فتاويه : (إن حكمة الله وعدله قاضيان بصحة عقد كل عقد وكل شرط لم يرد نهي عنه من الشارع)^(١) .

هذا ومتى اتضحت وتجلت تلکم الحقائق والمعاني فقد أمكن الإفتاء إذ تبلورت الأسانيد والمباني .

والله وليّ التوفيق والهادي إلى سواء السبيل وإليه المرجع والمصير .

محمود شمام

(١) شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني : ٣١٥ / ١ .

العرض - التعقيب والمناقشة

العرض

العرض

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على
نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد،

موضوع هذه الجلسة الصباحية - بإذن الله - هو (الشرط الجزائي). والعارض
هو الشيخ علي السالوس والمقرر هو الشيخ حمداتي.

الشيخ علي السالوس:

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد كله لله نحمده سبحانه وتعالى ونستعينه ونستغفره ونتوب
إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له
ومن يضلل فلا هادي له، ونسأله عز وجل أن يجنبنا الزلل في القول والعمل، وأن
يرينا الحق حقاً ويرزقنا اتباعه، وأن يرينا الباطل باطلاً ويرزقنا اجتنابه، ونصلي
ونسلم على رسوله خير البشر وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه واتبع سنته إلى
يوم الدين.

أما بعد، أيها الإخوة الكرام، السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

هذا الموضوع فيه ستة أبحاث، وهي:

- ١- بحث فضيلة الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير.
- ٢- بحث فضيلة الشيخ محمد علي التسخيري.
- ٣- بحث فضيلة الشيخ الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين.

٤- بحث فضيلة الدكتور ناجي شفيق عجم .

٥- بحث معالي الرئيس محمود شمام .

٦- بحث العارض الدكتور علي السالوس .

وأبدأ بحسب الترتيب وهو بحث فضيلة الشيخ الدكتور الصديق الضيرير حيث بدأ بتعريف الشرط الجزائي وقال بأنه غير معروف في كتب الفقه القديمة فأخذهُ من القانون المصري وهو التعويض الاتفاقي . وذكر أمثلة له وشروطه كما جاء في (الوسيط للسهنوري) . ثم تحدث عنه في القانون المدني الأردني الملتزم بأحكام الفقه الإسلامي ، ثم حاول البحث عن شبيهه في الفقه يمكن أن يقاس عليه الشرط الجزائي فذكر العربون والشبه بينه وبين الشرط الجزائي حيث إن كلاهما تقدير للتعويض ، ثم ذكر فروقاً أربعة بينهما ، ورفض ما جاء عن هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية من أن الشرط الجزائي يشبه العربون . ثم قال أيضاً في موضوع آخر : أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم ، فهيتة كبار العلماء والشيخ مصطفى الزرقاء - رحمه الله - اعتبروا هذا من أنواع الشرط الجزائي ، واعتبره هو من باب الاستئناس فقط ورفض هذا . وهذه نقطة أساسية في الموضوع أقرؤها من بحثه . قال حفظه الله : «ويمكن أن يقال بأن الشرط الجزائي يشبه بيع العربون في أن كلاهما شرط يوجب على من أخلّ بالشرط عقوبة مالية يجري تعيينها قبل حصول ذلك» .

هذا القول إذا صح بالنسبة للعربون فإنه لا يصح بالنسبة للشرط الجزائي ، لأن الشرط الجزائي الذي نتحدث عنه ليس عقوبة ، وإنما هو تقدير اتفاقي للتعويض فإذا اعتبرنا العربون عقوبة ينتفي وجه الشبه الذي ذكرناه في أول الكلام ، ثم إن بيع العربون ليس فيه إخلال بالشرط وإنما هو إعمال للخيار .

ويرى الأستاذ مصطفى الزرقاء - رحمه الله - : «أن طريقة العربون هي أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار» ثم قال : «أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم» وذكر ما رواه البخاري

وقول شريح: «من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه». وقال: «أوردت اللجنة التي أعدت البحث لهيئة كبار العلماء هذا النص وقالت: فهذه المسألة صريحة في أنها من أنواع الشروط الجزائية». وقال الأستاذ مصطفى الزرقاء - رحمه الله - تعليقاً على قول شريح: «وهذا النوع من الاشتراط المروي عن القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار ما يسمى في الفقه الأجنبي الحديث: الشرط الجزائي».

وقال في موضع آخر - أي الشيخ مصطفى الزرقاء -: «والشرط الجزائي هذا يتخرج على مذهب القاضي شريح، فقد روي عنه نظيره كما سلف».

ثم عقب فضيلة الشيخ الضرير على هذا بقوله: «ولا أرى وجه شبه بين هذه المسألة والشرط الجزائي».

إذن المسألة هنا هي الخلاف في اعتبار الشرط الجزائي هل هو عقوبة أم غير عقوبة؟ لأنه من المعروف أن كلمة (الجزاء) تعني المكافأة، والمكافأة قد تكون ثواباً وقد تكون عقاباً، وهنا ليست ثواباً، فهي إذن من باب العقاب. فكل شرط فيه مكافأة من باب العقاب عند الإخلال بالشرط يعتبر شرطاً جزائياً. فضيلة الشيخ الضرير خالف هذا. ومجموع الأبحاث لا تتعارض مع ما جاء عن هيئة كبار العلماء في السعودية، ثم انتقل فضيلته إلى عنوان آخر: هل يوجد دليل على تحريم الشرط الجزائي؟. فذكر قول الرسول ﷺ في قصة بريرة: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟» ويبيّن أن المراد به ما خالف كتاب الله وليس المراد أنه جاء منطوقاً به في كتاب الله. ثم ذكر حديث النهي عن بيع وشرط، وذكر بعض ما جاء في كتب الفقه تضعيفاً له.

وبعد ذلك انتقل إلى عنوان الضرر الذي يعرض عنه في الشرط الجزائي وقال: «الاتفاق بين الفقه والقانون في التعويض عن الضرر المالي، والاختلاف في التعويض عن الضرر الأدبي حيث إن القانون يبيح هذا والفقه ليس فيه هذا».

ثم انتقل إلى الحديث عن العقود التي يجوز فيها الشرط الجزائي والعقود التي لا يجوز فيها اشتراطه. وذكر قرارات المجمع في الاستصناع وفيها الشرط

الجزائي، وفي البيع بالتقسيط بحلول الأقساط وعدم جواز اشتراط الزيادة على الدين، وفي عقد السلم عدم جوازه عن التأخير في تسليم المسلم فيه .
وهذا لا خلاف فيه بين فضيلته وبين باقي الأبحاث .

ثم ذكر قرار مجلس هيئة كبار العلماء وبين ما تضمنه، وذكر أن كلمة (العقود) في نص القرار . . لأن نص القرار هو: (إن الشرط الجزائي الذي يجب اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر). فقال فضيلته بأنه لا يراد منها كل العقود، لأن هناك بالطبع عقوداً لا تقبل هذا.

ثم وضع ضابطاً للعقود التي يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيها والتي لا يجوز، وقال: يجوز اشتراط الشرط الجزائي في جميع العقود ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، وهي: القرض، والبيع بضمن مؤجل، وعقد السلم.

ورأى جواز الشرط الجزائي في عقد المقاولة وعقد التوريد في حالة التأخير في التنفيذ، ورد على القائلين بعدم جوازه في حالة التأخير . ثم جاء بعنوان غرامات التأخير غير الشرط الجزائي . وقال: «غرامات التأخير تفرضها الحكومة على المتعامل معها في المناقصات الحكومية وهي أقرب إلى العقوبة المالية». وفضيلته لا يعتبر الشرط الجزائي نوعاً من العقوبة فقال: «أما الشرط الجزائي فهو تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد، ولهذا يطلق عليه بعضهم (التعويض الاتفاقي)، - هذا في القانون في كتاب الدكتور السنهوري - وهذه التسمية أولى عندي من تسميته الشرط الجزائي». ولذلك يوجد اختلاف كبير في هذه النقطة ولا بد أن يُتفق عليها، هل الشرط الجزائي يؤخذ كما هو معروف في اللغة بأن الجزاء بمعنى المكافأة أي العقوبة هنا، فكل مكافأة من باب العقوبة عند الإخلال بالشرط هل هو شرط جزائي أم تعويض اتفاقي؟ بمعنى هل نأخذ بما جاء في اللغة وما جاء عن هيئة كبار العلماء في السعودية أم نأخذ بالقانون؟ .

ثم انتهى إلى الخاتمة والملخص . ثم اقترح مشروع قرار بشأن الشرط

الجزائي . ثم أضاف عدداً من الملاحق المتصلة بالموضوع . هذا عرض موجز للبحث الأول .

ونلاحظ أن فضيلته في هذا البحث انتهى إلى أن الشروط : الأصل فيها الحِلّ وليس المنع إلا إذا كان هناك ربا أو غرر أو غير ذلك . فهو أخذ بأن الأصل في المعاملة الإباحة والأصل في العقود الإباحة وكذلك في الشروط ، وهذا ما سارت عليه كل الأبحاث تقريباً لأننا لا نجد بحثاً خالفه في هذا ، وكل الأبحاث انتهت إلى هذا .

البحث الثاني لفضيلة الشيخ محمد علي التسخيري . تحدث عن مفهوم الشرط وبيان حقيقته وتقسيماته ، وذكر أن الشرط الجزائي من الشروط الوضعية التي يتفق عليها المتعاقدان ويلتزمان بها . كل الأبحاث ذكرت هذا وهو أن الشرط الجزائي من الشروط الوضعية إلا بحث فضيلة الدكتور حمداتي حيث اعتبر الشرط الشرعي يندرج تحته الشرط الجزائي . ثم تحدث عن الإطار العام لصحة الشروط وحكم الشرط الصحيح وهو وجوب الوفاء به وعند الامتناع يجبر ويثبت الخيار للشارط وجواز إسقاطه مجاناً أم بعوض ؟ ثم تحدث عن حكم الشرط الفاسد ويبيّن متى يكون مفسداً للعقد ، ومتى يصح العقد ويلغو الشرط . ثم جاء بتعريف للشرط الجزائي وقال : « هو التعويض الذي يحدده المتعاقدان مقدماً في العقد » . التعويض الاتفاقي أو وجه الالتزام . وهذا ما جاء في القانون ويتفق مع التعريف الذي جاء به فضيلة الشيخ الضرير . ثم ذكر بعض الأمثلة وذكرها بعد ذلك مفصلة في التطبيقات .

وتحدث بعد ذلك عن حكم الشرط الجزائي وقال : « الضابط العام في صحته ألا يكون مبتنياً على أمر باطل ولا مستتبعاً لما هو باطل » . والمهم ما جاء في التطبيقات . فتحدث عن العربون أنه من الشرط الجزائي ، وأكثر الأبحاث ذكرت العربون على أنه من الشرط الجزائي اتفاقاً مع ما جاء عن هيئة كبار العلماء في السعودية ، وخلافاً لما جاء في بحث أستاذنا الشيخ الضرير . وذكر صوراً للعربون ، ثم تحدث بعد ذلك عن حق فسخ العقد بإزاء مبلغ معين ، وقال : « هذا

شرط جزائي صحيح». وتحدث كذلك عن الضمان الذي يشترطه المشتري على البائع عند بيعه مالا غير منقول خارج دائرة الطابو - أي خارج دائرة التسجيل - وقال بأن هذا شرط صحيح. ثم تحدث عن التأخير في تسليم المبيع والضمن وفصله، حيث قال بأن تأخير المبيع يجوز، وذلك مثل عقار له أجرة فيمكن أن تؤخذ هذه الأجرة أو ما يعادل هذه الأجرة. فالجائز في المبيع إذا كان له منفعة كالدار، أما في الثمن فلا يجوز لأنه دين. ثم تحدث عن شرط آخر وهو إذا اشترطت الزوجة على زوجها في ضمن عقد النكاح أنه إن طلقها وتزوج عليها كان عليه كذا من التعويض، وصحح هذا الشرط. ثم ذكر إذا اشترط الدائن على المدين أنه لو لم يؤد الدين عند الأجل المحدد فعليه أن يدفع كل شهر أو كل يوم من المبلغ جزاء على التأخير فهذا من موارد الشروط الجزائية الباطلة والتي هي فوائد التأخير أو غرامات التأخير التي لم يعتبرها أستاذنا الدكتور الضير من الشروط الجزائية، وفضيلة الشيخ التسخيري اعتبرها من الشروط الجزائية.

البحث الثالث لفضيلة الدكتور حمداتي: وقرأت البحث كله ثم نظرت فيه مرة أخرى ومع ذلك أعترف بأنني عجزت عن تلخيصه، ولهذا طلبت من فضيلته أن يكتب لنا تلخيصاً في حدود صفحة فكتب ثلاثة صفحات وقال: اختر منها. لذلك الآن أتحدث عن تلخيص التلخيص. فضيلته قسّم بحثه إلى ثلاثة مباحث، وهي:

المبحث الأول: تعريف الشرط الجزائي ومختلف صورته.

المبحث الثاني: الأحكام التي تترتب على الشرط الجزائي.

المبحث الثالث: الشرط الجزائي بين الشريعة والقانون.

المبحث الأول وبعد التعريف اللغوي قسّم الشرط إلى ثلاثة، هي:

١- شرط عقلي.

٢- شرط عادي.

٣- شرط شرعي، أوقف عليه الشارع مشروطات كالطهارة للعبادة وسلامة

العقد من الربا في المعاملات، واصطلاحاً: عرّفه الشاطبي بأنه: ما كان وصفاً مكماً لمشروطه.

وفضيلته جعل الشرط الجزائي يندرج تحت هذا الشرط، كما أشرت من قبل.

وبعد سرد طويل لمختلف تعاريف الشرط وأنواعه تعرض للأحكام التي يمكن أن تطبق على الشرط بصفة عامة، فاستعرض كثيراً من أقوال مختلف علماء المذاهب، وعلّق على كثير من الأقوال التي تعرض لها إما بالتفسير أو الملاحظة، ثم قال بصفة خاصة عن الشرط الجزائي في آخر هذا المبحث: ثم حدد الشاطبي دوراً أساسياً يمكن أن يترتب عليه الجزاء مثل أن ينص المتعاقدان على صفة مشروعة يجب أن ينفذ عليها العقد، فمن أخلّ منهما بالتزامه وجب عليه التعويض والذي هو الجزاء. ثم قال بأن الشرط واقعة شرعية تعترها بعض الأحكام من جواز، ومنهم من حسب الطريقة التي تم بها الشرط. بمعنى أنه فصل في هذا.

وعندما تعرض في المبحث الثالث للشرط بين الشريعة والقانون قال بأن الشرط الجزائي يأتي نتيجة إرادة مشتركة بين طرفي الالتزام يهدفان من خلالها إلى جعل مراحل تنفيذ العقد لا تنتظر حكم القاضي، ثم أطلق عليه الشرط الجزائي لمصاحبه لتكوين العقد فتوضع شروطه ضمن التداول العام لتكوين العقد. ثم تعرض لمختلف النصوص القانونية التي تعرضت للشرط الجزائي، وأظن أننا لسنا في حاجة للنصوص القانونية، ثم قال: إن القوانين، قوانين الدول الإسلامية التي قننت أحكام الشرط الجزائي تأثرت كثيراً بأقوال علماء الأصول، وتتفق تماماً مع الشريعة الإسلامية. وهذا بالطبع فيه ملحظ لأن قوانين الدول الإسلامية معظمها إن لم يكن كلها يجيز الشرط الجزائي الربوي فلا أدري كيف تتفق تماماً مع الشريعة الإسلامية!!

وختم بأن ما اعتمده قرار مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية الشقيقة قد تضمن كثيراً من الآراء والفتاوى الشاملة لكثير من أحكام الشرط الجزائي وأثنى على هذا القرار.

بعد ذلك تأتي إلى بحث الدكتور ناجي شفيق عجم . تحدث فضيلته عن تعريف الشرط وأقسامه، ثم أقسام الشرط (الشرط الشرعي والحقيقي والشرط العقلي والعادي واللغوي والجعلي والوضعي، وأنواع الشروط الجعلية والشرط المعبر، وشرط الإضافة)، ومفهوم الشروط الوضعية وما ينشئه الإنسان بتصرفه وإرادته، وأشار إلى اختلاف الفقهاء . والشرط الجزائي يدخل في الشروط العقدية .

أما تعريفه فهو شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر - هذا نقلاً عن الدكتور محمد فوزي فيض الله، ثم نقل التعريف من الوسيط للسنهوري . ثم تحدث عن الشروط المقترنة بالعقد، وصحة الشروط التي يقتضيها العقد، وبطلان ما ينافي مقتضى العقد . ثم وضع ضابط الشرط المشروع، وذكر الشروط عند المذاهب الأربعة، ثم نقل قرار هيئة كبار العلماء في الشرط الجزائي، ثم قال: وعليه فالشروط الباطلة هي التي فيها غرر أو جهالة أو التي تتضمن ربا أو التي تنافي مقتضى العقد وتلغي حكمه، أو باطلة لمخالفة حكم الشرع . ثم ذكر الشرط الجزائي الذي فيه ربا عند الزيادة على النقود للتأخير . ثم بين صحة الشرط الجزائي عند المذاهب الأربعة وقال: الشرط الجزائي شبيه بالعربون الذي أجازاه المجمع، ثم تحدث عن حكم الشرط الجزائي وذكر وجوب الوفاء به بضوابطه، وذكر شروط تطبيق الشرط الجزائي للزوم الضمان، ثم تحدث عن خصائص الشرط الجزائي، ثم انتقل بعد ذلك لأمثلة للعقود التي يجوز فيها الشرط الجزائي وهي: الاستصناع، والبيع بالتقسيط، وإذا كان المبيع عيناً له منفعة كالعقارات، والاعتماد المستندي ومنه إذا ألغى العميل استيراد البضاعة، وعقد الشركة والإجارة، ولا أدري هل عقد الشركة يدخل أم الإجارة فقط؟ وعقد المناقصة، وعقود التعهدات والتوريد .

ثم ذكر أمثلة للعقود لا يجوز فيها الشرط الجزائي وهي: عقد القرض، وعقد البيع بالتقسيط ويقصد بالبيع بالتقسيط هنا إذا كان الشرط الجزائي في تأخير الثمن وكذلك في السلم، وتحدث عن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وذكر قرار مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة بشأن الظروف الطارئة، ثم بعد ذلك خلاصة البحث وهذا ما أراه أن يقرأ .

خلاصة البحث:

أولاً- الشروط الجعلية التي يشترطها أحد العاقدين أو كلاهما الأصل فيها الإباحة ومنها الشرط الجزائي بالضوابط التي سبق بيانها - وكل الأبحاث تتفق مع هذا - ما لم تخل بمقاصد العقود التي جاءت لحفظ النظام العام والعدل والتوازن ومنع التغبين .

ثانياً- الشرط الجزائي من المسؤولية العقدية وهو تعويض عن ضرر فعلي نشأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناء على العقد .

ثالثاً- الشرط الجزائي المباح هو الخالي من الربا والغرر وأي محظور شرعي .

رابعاً- أساس التعويض مقابلة المال بالمال، فإذا قوبل المال بغير المال كان أكلاً للربا وهو حرام، أما إذا كان التعويض عن ضرر فعلي كحق الشارط فجائز .

خامساً- لا يجوز الشرط الجزائي في العقود التي الالتزام الأصلي فيها دين .

سادساً- لا يجوز الشرط الجزائي في الأضرار الأدبية والمعنوية .

سابعاً- لا يجوز اشتراط ما يسمى تعويض الربحية الذي تشترطه بعض البنوك الإسلامية أو غرامات التأخير في البنوك لأن الحقوق فيها كلها ديون وليست أعياناً التي منافعتها الزمنية معتبرة . فشرط الربحية ذريعة إلى الربا لأنه قد يطلب المدين من البنك التأجيل، وقد وضع الشرط الجزائي على التأجيل .

ثامناً- لا اعتبار للشرط الجزائي في الضرر الذي سببه الآفات السماوية أو لم يلحق ضرراً بالدائن .

تاسعاً- إذا رغب أحد الطرفين الاستعانة بالقضاء فيجوز للمحكمة تعديل مقدار التعويض .

هذه خلاصة بحث الدكتور ناجي شفيق عجم .

بعد ذلك بحث معالي الرئيس محمود شمام .

تحدث فضيلته عن الشرط الجزائي وقال يمكن أن نعنون بالشرط التقريري أو ضمان التنفيذ أو الشرط الجزائي . وقال في الشرط الجزائي : الأصل الجواز لأن الناس عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً ، وكما ذكرت آنفاً أن كل الأبحاث تتجه إلى هذا . وذكر أن الفقهاء يجيزونه لحديث جابر ، وحديث جابر هذا فيه الآن توقف فمنهم من رفض الأخذ به . وهو شرط تعويضي عن ضرر مادي أو معنوي كما له صبغة الجزاء ، ثم تحدث عن أحكام الشرط شرعاً وفقهاً ، وذكر آراء المذاهب الأربعة ، ثم ذكر القوانين الوضعية ، وتحدث عن أمثلة للشرط الجزائي فذكر قضيتين حكم فيهما ، القضية الأولى : بناء توقف فيه البناء قبل إتمامه بقليل فأخذ صاحب المحل الغرامة التي زادت عن مصاريف البناء كلها ، والقضاء هنا لم يستطع أن يرد هذا الظلم . وقضية أخرى مغارسة وهي لغرس أشجار ويكون للعامل نصيباً من الأشجار والثمار والأرض ولكن بشرط إن مضت مدة معينة ولم تثمر الأشجار - وليس ولم تزرع ولم تغرس - فلا شيء للعامل ، وحيث إن ما يتفق عليه الطرفان يقوم مقام القانون فليس للعامل حق في الأرض ولا يرجع على صاحبها بشيء .

ثم تحدث عن الحق والعدل وتحدث فيها عن وجوب الحق والعدل ومنع الضرر ، وبيّن متى يتدخل القاضي لتعديل الاتفاق الذي تم بين المتعاقدين ، وإذا وجد الشرط المانع فلا حق للقاضي في التدخل بالتعديل كما أشرنا في القضيتين السابقتين ، فالقاضي لا يستطيع أن يتدخل مادام الشرط مانعاً ، وختم البحث بالحديث عن اختلاف النظر بين القوانين .

بقي بحث العارض . وقسمت البحث إلى ثمانية مباحث ، جعلت المبحث الأول للتعريف بالشروط وأقسامها ، ثم المباحث الأربعة التي تليه لبيان الشرط عند المذاهب الأربعة ، فكل مذهب خصصته بمبحث ، أما جوهر البحث ولبه فهو في المباحث الثلاثة الأخيرة . ففي المبحث السادس نظرت في الأحاديث الشريفة

التي استدل بها الأئمة الأعلام، وامت بتخريجها، وبيان درجتها، وفقها، وناقشت الأقوال المختلفة مع الترجيح. وفي المبحث السابع جعلته لما أظهرته الدراسة السابقة من ترجيح ما يتصل بالشروط الوضعية ومنها الشرط الجزائي. والمبحث الأخير جعلته للحديث عن الشرط الجزائي في المعاملات المعاصرة.

ولعلنا نفق عند هذا الأخير لأنه التطبيق العملي. فالشرط الجزائي في المعاملات المعاصرة أولاً تحدثت عن تأخير الديون والحقوق، وكل الأبحاث ماعدا بحث فضيلة الشيخ الصديق الضرير لم يعتبر هذا شرطاً جزائياً. فقلت هنا يدخل في الشرط الجزائي فوائد البنوك الربوية وفوائد التأخير في عقود البيع بالتقسيط، والإجارة، وبطاقات الائتمان، وفي بعض العقود الحكومية، وكلها من الربا المحرم.

ثم تحدثت عن موقف المصارف الإسلامية من فوائد التأخير، وذكرت استبيانياً تبين منه أن اثني عشر بنكاً إسلامياً من سبعة وعشرين يقومون بتوقيع عقوبة الشرط الجزائي في غرامات التأخير، ولكنه يقصره على المماطل. والواقع العملي يبين أنه على المماطل وغير المماطل. وللأسف الشديد قرأت في الصحف أن أحد المتعاملين مع بنك إسلامي كان قد بقي عليه من الثمن ثلاثة وثلاثون ألفاً فاحترقت المنشأة وقام البنك بالتعيين والتأمين بالتعيين. ثم التأمين دفع المبلغ بعد مدة فالبنك الإسلامي أخذ سبعة وتسعين، فعندما سأله قال: هذا غرامة التأخير!! فعلى إخواننا الذين يبيعون غرامة التأخير أن ينتبهوا إلى هذا.

في البيع بالتقسيط فيه قرار المجمع بعدم جواز اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء وجواز حلول الأقساط قبل موعدها. ويجوز الشرط الجزائي في الحقوق إذالم تكن ديوناً مثل المقاولات والاستصناع وتحدثت عن هذا بالتفصيل.

ثم تحدثت عن معاملات المصارف. ومن معاملات المصارف وعد المرابحة. ومعلوم أن المجمع له قرار في بيع العربون، وله قرار في أن هذا لا يدخل في وعد المرابحة، ولكن أنا أعرض هنا ما أعرضه كما ذكرت في البحث أنني لا أعرضه على سبيل الإفتاء إنما أعرضه لبحث في المجمع. فالوعد في

المرابحة في المصارف الإسلامية يكون معه عادة دفع مبلغ يسمى عربوناً، وإذا انطبق عليه العربون فبيع العربون في الفقه الإسلامي منعه الجمهور خلافاً للإمام أحمد، وحدث خلاف حول الإلزام بالوعد، فإذا لم يكن الوعد ملزماً فلا يجوز الشرط الجزائي، وإذا كان ملزماً جاز، ولكن ما الذي يترتب على هذا الشرط؟ لو أخذنا بجواز بيع العربون فإن العربون يصبح ملكاً للمصرف عندما لا يلتزم الواعد بالشراء بوعده وإن لم يترتب على خلف الوعد أي ضرر، وهذا ما أخذ به القانون الوضعي، وإن قلنا بعدم جواز بيع العربون مع القول بأن الوعد ملزم فما الذي يترتب على الشرط الجزائي؟ .

المجمع الموقر قال هنا بالنسبة للوعد: الوعد هو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد يكون ملزماً للواعد ديانةً إلا لعذر، وهو ملزم قضاءً إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً لسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر، والقول هنا بالتعويض عن الضرر يفهم منه عدم جواز بيع العربون. فأنا قلت هذا استنباطاً من هذا القرار وليس مخالفة لقرار المجمع الآخر.

ثم تحدثت بعد ذلك عن الاعتماد المستندي. إذا ألغى الاعتماد المستندي بسبب العميل فمن الشروط الجزائية إلزامه بدفع أجر فتح الاعتماد وهذا صحيح، ولكن هناك حالة أخرى إذا لم يرسل المصدر السلعة وألغى الاعتماد فمن الذي يتحمل تبعة الضرر؟ معظم المصارف فيما أعلم لا تُحمّل العميل شيئاً، ولكن وجدت بعض المصارف الإسلامية تضع شرطاً جزائياً يُحمّل العميل تبعة الضرر لأنه هو الذي أرشد المصرف إلى المصدر وعرفه به، وأعتقد أن هذا الشرط غير صحيح.

ثم تحدثت عن عقد المناقصة، وقلت: تضمين عقد المناقصة شرطاً جزائياً ينص على غرامة مالية على التاجر إذا تأخر عن المواعيد المحددة للإنجاز. هذا الشرط مثل الشروط التي ذكرناها في المقاولات وفي الاستصناع، واسترشاداً

بقرار المجمع المذكور آنفاً، يرتبط الشرط بالضرر الواقع فعلاً، أما تضمين عقد المناقصة شرطاً جزائياً ينص على غرامة مالية على المشتري إذا تأخر عن سداد الثمن فإنه غير جائز، لأن هذا مثل غرامة التأخير، من الربا المحرّم، ولكن يمكن أن تكون الغرامة المالية إذا لم يلتزم بالشراء وكذلك يمكن تضمين عقد المناقصة شرطاً جزائياً ينص على غرامة مالية على البائع إذا لم يلتزم بالبيع تبعاً لشروط المناقصة.

وبهذا ينتهي البحث، والملاحظ أنني سرت في هذا البحث على أساس أن الشرط الجزائي مأخوذ من كلمة الجزاء أي المكافأة، والمكافأة ثواب أو عقاب، وهنا من باب العقاب.

والله عز وجل هو الأعلم والأعلى، سبحانه ربك رب العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين.

وشكر الله لكم، وأعتذر عن التقصير، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

* * *

التعقيب والمناقشة

الدكتور إبراهيم الغويل:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله.

إذ أخذ مكبر الصوت لأول مرة فإنه لا بد من توجيه التحية للمملكة العربية السعودية ولأمير هذه المنطقة (الرياض) على استضافة اجتماعنا هذا، وتوجيه الشكر الدائم الموصول لفضيلة الشيخ الجليل رئيس هذا المجمع وأمينه العام أيضاً.

الأمر الذي توقفت فيه بالأمس صباحاً ومساءً وهذا الصباح، هو أمر يتعلق بالمنهجية التي نسير بها في معالجة هذه المواضيع، مع تقديم جليل الاحترام والتقدير لإخواننا الباحثين ممن تقدّموا بأبحاثهم لهذا المجمع وما بذلوا من جهد مشكور ومقدّر دائماً. المنهجية التي تحدّثت عنها سابقاً في هذا المجمع والذي ذكرت أننا في الجماهيرية العربية الليبية قد سرنا عليها لفترة ولكننا لم نكن نعتبرها أنها الطريقة التي تُقدّم البديل. نحن نأخذ أوضاعاً قننت من قبل غيرنا ونحاول أقصى ما نعمل أن نُؤصلها تأصيلاً فقهياً يستند إلى تراثنا وفقهنا وشريعتنا، ونحاول تنقيتها مع ما يتعارض تعارضاً واضحاً وصريحاً مع النصوص الشرعية الصريحة، ولكن ليس هذا هو البديل الذي يمكن أن يبدل من أحوالنا ويجعلنا شهداء على الناس فنبدّل من أحوالهم وفقاً لشرعة الإسلام. هم يعملون أوضاعاً ويقننون لها ونحن نبحث عن تأصيلها في مصادر تعود إلى فقهنا وإلى شرعنا، ولكن الذي كُنّا نتوقّعه والذي يجب أن يظّل بديلاً منتظراً يقدّمه هذا المجمع للأمة الإسلامية وللعالم كله هو أن نقدم رؤية تنطلق من شرع الله، ومع أول مرجوع إليه هو القرآن الكريم وسنة رسول الله ﷺ، ومع الاستئناس وفقهنا وأصولنا.

مثلاً في الشرط الجزائي، نحن ضمن المراجعات التي قمنا بها أول قيام

الثورة في أول السبعينيات راجعنا القانون المدني والقانون التجاري وعلى أساس تنقيته مما يتعارض تعارضاً صريحاً مع الشريعة الإسلامية وأصولها، ولكننا لم نكن نعتبر أن هذا هو البديل، وفي ذلك الوقت كنا قد ألغينا الشرط الجزائي لشبهة الربا فيه، وتركنا الأمر يعالج في قضايا التعويض إن كان قد حدث ضرر. الذي أريد أن أقوله: بالأمس عالجتنا عقد التوريد ولكننا لم نعالجه ضمن إطار القوانين الإدارية ونظرياته المختلفة. عقد التوريد وعقد الأشغال العامة وعقد إدارة المرافق العامة هو جزء من القانون الإداري الذي لم يقنن في كثير من البلاد، ولكن له نظريات مثل نظرية القوة القاهرة، ونظرية تغير الظروف، ونظرية فعل الأمير وما إليها، وهي أمور إذا أردنا أن نعالجها يجب أن نعالجها ضمن إطارها الكامل. عالجتنا بطاقة الائتمان وهي أيضاً ضمن قضية الائتمان أصلاً وما يتعلق بها. وهل الوظيفة الثالثة للنقود ووظيفة اختزان أو اكتناز القيمة ووظيفة معترف بها في شريعتنا؟. هذه المعالجة التي تنطلق من أصولنا ستكون مختلفة عما يجري. الذي يجري هنا الآن في هذا الشرط الجزائي ومن قبله في بطاقة الائتمان ومن قبله في عقد التوريد هو محاولة تأصيل فكر قد وضعه غيرنا، وشرّح له غيرنا، وقتن له غيرنا، ولكننا نحاول أن نبحث له عن تأصيل في مصادر فقهية عندنا، ونحاول أن نقيه مما يتعارض تعارضاً صريحاً مع الشريعة الإسلامية، ولكنه ليس هو البديل الذي تنتظره هذه الأمة من مجمعنا هذا ليغير من أحوالها ويغير من أحوال العالم كله. لذلك رأيت أن أكرر هذا الكلام الذي سبق أن سمعته إخواني مني، ورأيت أن أصحح لأخي الدكتور علي السالوس حينما أشار فيما يتعلق بالشرط الجزائي وما أورده الشيخ حمداتي أن الكثير من التشريعات فعلاً حاولت أن ترجع إلى أصول ومصادر شرعية لتتقي شرعياتها منه.

فنحن في الجماهيرية قد قمنا بذلك منذ أوائل السبعينيات في مراجعة القانون المدني وتأصيل ما يمكن تأصيله على أساس من مصادر الفقه الإسلامي واستبعاد ما يتعارض تعارضاً صريحاً مع أحكام الشريعة الإسلامية، ولكننا لم نكن نعتبر أن ذلك هو العمل الذي يمكن أن يجتمع له مثل هؤلاء الأجلاء العلماء الذين نتوقع أن تكون معالجاتهم تقديم بديلاً إسلامياً للعالم الإسلامي وللإنسانية

كلها . مع الشكر الواجب للسيد الرئيس والسيد الأمين العام ولمن هم أهل لكل هذا الشكر . وشكراً لكم .

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم

قبل أن أعطي الكلمة للشيخ وهبة أحب أن أشير إلى أن موضوع (الشرط الجزائي) سبق التعرض له ضمن قراراتين من قرارات هذا المجمع . في القرار الأول في عام (١٤١٢هـ) في عقد الاستصناع، جاء فيه ما نصه: «يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة» .

الموضع الثاني: في قرار السلم في عام (١٤١٥هـ)، جاء فيه ما نصه: «لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه - يعني في الديون - لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير» .

الشيخ وهبة الزحيلي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، وأصلي وأسلم على سيدنا رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه .

أما بعد، فكلنا السنة، ولسان القول والحال نقدم جزيل الشكر والامتنان لما يسمح به معالي رئيس المجمع .

هذه الأبحاث فيها كثير من الاستطرادات وفيها أحياناً بعض الثغرات، وأحياناً بعض السليبيات . أما هذا الموضوع فقد جلاّه فضيلة الدكتور الصديق الضرير، وأعتقد أن بحثه كان متميزاً بالدقة والعمق والشمول وأنه جلى ووضع الضابط الدقيق لما يجوز من الشروط الجزائية وما لا يجوز . فالجائر أن يكون الشرط الجزائي مثلاً في الاستصناع، وفي المقاولات، وفي عقود التوريد، وفي التقسيط أحياناً بمعنى حلول الأقساط إذا لم يؤد بعضها، وهنا تحل بقية الأقساط، وأما لا يجوز: فكل ما كان الالتزام الأصلي فيه ديناً، وهذا يشمل عقود القرض

والسلم وبيع التسييط فيما إذا كان القصد منه التفرير على عدم قيام المدين بسداد بعض الأقساط . وكذلك أيضاً الفوائد الربوية، أو ما يسمى في بعض البنوك الإسلامية (الربحية)، فهذا أيضاً لا يجوز ولا يحل . وكذلك الالتزامات التي يفرضها منظم المناقصة على المتقدمين لها فيما لا يخل بالتنفيذ، وإنما فيما يتعلق بسداد بعض الالتزامات .

هذه البحوث في الواقع تعطينا الحل المناسب لهذا الموضوع، أما ما يتعلق ببعض هذه الاستطادات مثلاً، كالكلام عن فسخ الإجارة بعذر من الأعدار أو ما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة أو ما يتعلق بالشروط بصفة عامة، في الحقيقة كل هذه إما تمهيدات أو استطادات لا تمس صلب الحقيقة بشيء . لذلك كان المرجو أن يكون بحثنا متعلقاً في الموضوع ذاته، وحينئذ نجد أن بعض العبارات فيها شيء من العموم، وعموم أحياناً غير مقصود، ويزاد على هذا قرار هيئة كبار العلماء في السعودية، هذا القرار أخذ صفة العموم . وحينما كنا نسأل عن صيغة هذا القرار قالوا إنهم يريدون في إجارة الشرط الجزائي الأمور المتعلقة بالتوريد أو المقاولات، وليس الهدف من إباحة هذا الشرط الجزائي فيما يتعلق بتأخر الديون .

فلذلك جاء بحث الدكتور الضرير مؤكداً هذا الالتزام بضابط الشرط الجزائي ومحققاً الغاية منه بحيث يدفع الالتباس، ويرفع الحرج عن الناس . وأما فيما يتعلق بمهمتنا فنحن لا نملك إلا الإفتاء، وقراراتنا كلها لها صفة الإفتاء، وليس في الإمكان أبدع مما كان، أما مهمة الدول فهي المطالبة بالألا تكتفي بإزالة التعارض بين قوانينها وبين الشريعة الإسلامية وإنما يجب أن تبدأ من نقطة الصفر وأن تصدر قوانين مستقلة تعتمد على الأصول الشرعية . لا مانع من أن نستفيد نحن مما هو موجود في الساحة العالمية أو الاقتصادية فنبحث عن حلول لها في الشريعة الإسلامية لأن هذه من المستجدات، فلا عيب فينا حينما نتحدث عن هذه الأمور المستجدة أو القضايا الطارئة ونحاول أن نوجد البديل الإسلامي لها ونقرر ما يتفق مع مصادرنا وأصولنا وأدلة هذه الشريعة .

فهذا في الحقيقة هو أقصى ما نملكه، وأما تكليفنا بأكثر من هذا فهذه مهمة

الدول، وتشكر الجماهيرية على التصرف الذي قامت به في بدء السبعينيات لكن هل وضعت قوانين مستجدة في غير الحدود نابعة كلها من الشريعة الإسلامية؟ هذا ما لا أعلمه، وإنما الذي أعلمه أن تشريعات الحدود كانت مبادرة جيدة من الجماهيرية في بداية السبعينيات أما بقية القوانين فوقفوا عند هذا الحد وهو إزالة التعارض كما فعلت الكويت أيضاً في إزالة التعارض بين بعض قوانينها وبين الشريعة الإسلامية.

وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ علي محيي الدين القره داغي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن تبع هداه.

الشكر الجزيل موصول للأساتذة الباحثين الذين استفدنا من بحوثهم فجزاهم الله خيراً، والشكر الجزيل لفضيلة الدكتور علي السالوس على عرضه الأمين الطيب القيم، فجزاه الله خيراً.

عندي ملاحظات حول ما عرض:

بالنسبة للبحوث قرأتها فوجدت أنها أطالت النفس في أحكام الشروط العامة حتى إن بعض البحوث تحدثت عن هذه الأحكام العامة في خمس وأربعين صفحة، والحديث عن الشرط الجزائي تقريباً عشر صفحات. وبعض البحوث فعلاً قرأتها أكثر من مرة ووجدت أن الأمر عام، وبعض البحوث في غاية من الأهمية والجدية والأصالة. وكنت أود أن تكون البحوث مركزة على ما نحن بصدد، وقد أشار فضيلة الشيخ الجليل رئيس المجلس الموقر الآن إلى قضية كنت أريد أن تكون هذه القضية محور النقاش ومحور البحوث، حيث أشار فضيلته إلى أن المجمع الموقر قد أصدر قراراتين بل إن المجمع الموقر قد أصدر أربعة قرارات بخصوص هذا الموضوع: قرار بعدم الجواز في السلم، وقرار كذلك بعدم الجواز في البيع بالتقسيط أيضاً، وقراران أصدرهما بالجواز وهما:

قرار في مسألة الاستصناع وقرار بحلول الأقساط في البيع بالتقسيط .

فهذه القرارات إضافة إلى قرارات المجمع الأخرى وهيئة كبار العلماء لها دور كبير جداً بل إن تعليل المجمع الموقر في قضية السلم بأنه دُيِّنَ كان يمكن أن يكون منطقاً جيداً للبحوث، ولكن في الحقيقة بعض البحوث ركزت وبعض البحوث أفاضت في هذه المسائل .

وكذلك كنت أود أن تكون هذه البحوث تركز على بعض القضايا المهمة جداً، فشيخنا الصديق أشار إلى مسألة تكيف الشرط الجزائي هل هو شرط تعويضي أم جزائي؟ نحن كلامنا في الشرط الجزائي في المسؤولية التعاقدية، فلو صدر القضاء بالتعويض هل يجوز للإنسان المسلم أن يأخذ هذا التعويض؟ .

هناك ثلاثة آراء في مسألة الشرط الجزائي، فمنهم من يجيز الشرط الجزائي مطلقاً بناء على ظاهر كلام شريح، والمستند الذي استند عليه قرار أو فتوى هيئة كبار العلماء باعتبار أن هذا تم بالاتفاق وهذا غير الربا، لأن الربا زيادة في مقابل، يعني الإنسان يأخذ مالمالاً بمال مع الزيادة، وهذا ليس فيه زيادة وإنما هو شرط . فليس قصدي التوجه للإباحة، وإنما هناك حقيقة أن هؤلاء ذكروا أن منهم من يجيز مطلقاً ومنهم من يعتمد على ظاهر النصوص وبعض الآثار، ومنهم من يمنع مطلقاً حتى في الاستصناع وغيره، ومنهم من أجاز مع التخلص عن غرامة التأخير لوجوه الخير . وقد صدر بذلك فتوى من إحدى الندوات أو حلقات البركة . هذه الآراء التي صدرت آراء أسندت إلى أصحابها وبعضها صدر به قرارات من الندوات العلمية الأصيلة . كان بودي في الحقيقة أن تناقش هذه الآراء على منهجنا الفقهي دون تعصب، ونذكر آراءهم ونناقش أدلتهم ثم نصل إلى الترجيح .

حقيقة هذه جملة من الملاحظات، وأعتقد أن هذه الأشياء التي أشرت إليها من خلال المداخلات ومن خلال لجنة الصياغة يكون القرار شاملاً إن شاء الله، حتى نتخلص من هذه الفوضى التي تعاني منها البنوك الإسلامية والفتاوى المضطربة التي تصدر من هيئات الرقابة الشرعية فمنهم من يجيز، ومنهم من لا يجيز، ومنهم من يجيز بقيود .

فأملنا كبير أمام هذا الجمع الكبير وهذه الإدارة القيمة، فجزاكم الله خيراً والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الرئيس:

فيما يتعلق ببيع التقييط ليس فيه ذكر للشرط الجزائي وإنما هو شرط التعويض، وقرر المجمع التحريم على أنه رباً محرماً، ولهذا ليس مستدركاً على قراري الاستصناع والسلم .

الشيخ محمد عبد الرحيم:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله .

أولاً: أشكر سماحة الرئيس على إتاحة الفرصة للمداخلة .

ثانياً: أشكر للباحثين جهودهم في إبراز المسألة ومحاولتهم إيجاد حل وحكم للقضية محل البحث .

ثالثاً: هناك مداخلة تقتصر على بعض النقاط في بحثين وهما: بحث معالي القاضي محمود شمام وبحث الشيخ محمد علي التسخيري .

بالنسبة لبحث القاضي محمود حديث شراء النبي ﷺ البعير من جابر لا أرى فيه شرطاً جزائياً بالمفهوم الذي يبحثه المجمع . وكذلك لا يمكن التسليم للباحث بأن الشرط الجزائي لا يناقض العقد ولا ينافيه ولا يفسده مطلقاً، بل في كثير من الأحيان يناقض العقد وخاصة في صورة ما إذا كان الشرط الجزائي أكثر من العقد .

النقطة الثالثة في هذا البحث: ذهب إلى جواز اشتراط الغرم بأكثر من الضرر الفعلي، أليس اشتراط الغرم بأكثر من الضرر الفعلي يؤدي إلى الإضرار الفاحش بالمتعهد ويكون من قبيل أكل أموال الناس بالباطل؟ .

كذلك ذكر في بحثه (أن الفقهاء ورجال القانون يحترمون إرادة الأطراف وحرمتهم في اشتراط الشروط ولا يسعون لتقييدها والحد منها حتى ولو ظهر أن فيها إفراطاً أو تهوراً)، وهذا الكلام غير مسلم للباحث، فالفقهاء لا يقبلون

بالإفراط، والأطراف ليس لهم الحرية في اشتراط ما يشاؤون بل هم مقيدون وممنوعون من أي شرط يُحلُّ حراماً أو يحرم حلالاً.

ثم ذكر قضية طالب فيها صاحب العمل إتمام البناء على نفقة العامل مع دفع الشرط الجزائي، وترتب على ذلك ما يأتي:

١ - المبلغ المحدد للغرامة يزيد عن تكلفة البناء .

٢ - جمع صاحب العمل بين عوضين: إتمام البناء والشرط الجزائي .

وترتب على ذلك أن صاحب العمل أخذ البنائة دون مقابل، ولم يعقب معاليه بأنه هل يؤيد هذا الحكم أم لا؟ .

ثم ذكر بعد ذلك في بحثه أن التشريع الإسلامي حث على سلوك طرق الإثبات بالكتابة، ومفاد ذلك أن النصوص لها حرمتها وليس من حق القاضي الإقدام على إلغائها أو تفسيرها تفسيراً يتنافى أهدافها ومراميتها .

والسؤال: حتى وإن كان فيها إجحافاً وظلماً يتنأ؟ .

أما بخصوص بحث الشيخ محمد علي التسخيري ذكر في بحثه - ولو أن موضوع الرق ليس أوانه الآن إلا أن تمثيله لهذا المثل - فقال: فإذا زوجه أمته بشرط أن يكون ولدها رقاً، فإن الشرط في جميع هذه الموارد باطل لأن مخالفة الكتاب والسنة لا يسوغهما شيء .

الذي أراه أن المثل غير صحيح لأن من المقرر عند الفقهاء أن الولد يتبع الأم حرية أو رقاً، فلا داعي لاشتراط ذلك، ومن ثم حرم الله الزواج بالإماء عند التمكن من الزواج بالحرائر تجنباً لرق الأبناء . إذن هنا لا يوجد شرط يخالف الكتاب والسنة . وقد يكون العكس صحيحاً لو اشترط حرية الأولاد .

كذلك يرى الباحث أن العقد إذا اشترط فيه إثبات حق الفسخ مقابل دفع مبلغ من المال فإنه عقد صحيح وشرط جزائي صحيح، لكن إذا اشترط دفع المبلغ بمجرد الانصراف عن إتمام العقد دون شرط حق الفسخ فإن الشرط باطل لعدم وجود شيء مالي يقابل الشرط .

فكانه يجيز شرط المال مقابل حق الفسخ دون مجرد الانصراف، وهذا غير واضح. هذا أولاً.

ثانياً: لو اشترط لنفسه حق الفسخ عند بيع النقيدين مقابل مبلغ من المال فهل يصح في رأيكم؟.

كذلك ذهب الباحث إلى عدم اشتراط وقوع الضرر لثبوت الشرط الجزائي، وهذا توسع يفتح أبواباً لأكل أموال الناس بالباطل.

كذلك ذهب الشيخ إلى وجوب أداء الشرط الجزائي وإن كان تأخيره ناشئاً عن سبب اضطراري خارج عن إرادته، بل وإن كان سبباً أو بلاء عامين ومثل لذلك بالحرب والثورة والإضراب الذي لا دخل له بأحدها.

وهذا القول غريب، لاسيما وقد ذهب المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في الدورة الخامسة إلى أن المشقة المرهقة بالسبب الطارئ الاستثنائي توجب تدبيراً استثنائياً يدفع الحد المرهق منها، وبتت على ذلك أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة لا تأثير لها في العقود لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا جاوزت المعتاد المألوف كثيراً يمثل تلك الأسباب الطارئة الأنفة الذكر توجب عندئذ تدبيراً استثنائياً.

وشكر أسماحة الشيخ.

الشيخ عبد اللطيف الرفور:

بسم الله الرحمن الرحيم،

الشكر للسيد الرئيس، والشكر للباحثين الكرام باعتبار هذه الكلمة أول كلمة لي في مجمعنا الموقر.

الواقع أننا في هذه الأبحاث الكريمة التي كتبها الباحثون الكرام من الزملاء - جزاهم الله عنا كل خير - نحتاج إلى وضع الضوابط أكثر مما نحتاج إلى جمع المعلومات أو تنخلها. ففي قضية الشروط الجزائية هناك ثلاثة تيارات كما تفضل

الزملاء، وقرأت أكثر هذه الأبحاث: تيار كان سابقاً قائماً وهو الجواز مطلقاً، وتيار يحظر ويمنع، وتيار ثالث يفصل. وطبعاً التيار الذي يفصل هو التيار الذي ترتاح إليه النفوس، وفي الواقع نحتاج إليه، لكن لا بد لنا من نصب الضوابط، وقد أعجبت كل الإعجاب ببحث أستاذنا الشيخ الصديق الضرير فقرأته أكثر من مرة وسررت لوضع ضابط عام له في هذا الموضوع ولكن ربما نحتاج إلى نصب أكثر من ضابط، فهذا الموضوع مفتوحاً للدراسة. فهناك مثلاً ضابط استبعاد شبهة الربا مطلقاً في قضية الشروط الجزائية واستبعاد المداينات بصورة عامة عن الشرط الجزائي إلا أن الصور التي استثنيت في الأبحاث فلكل قاعدة استثناء، وبصورة عامة فإن وظيفة مجمعنا الموقر أن نصب الضوابط وأن نقعد القواعد وأن نؤطر الأطر التي يتخرج منها القرار منضبطاً لا عائماً، فلسنا في مجال المحاضرات والدراسات وإنما نحن في مجال التقييد والضبط.

أسأل الله السداد والرشاد، وشكراً لمجمعنا الكريم برئاستكم، وشكراً كذلك لمعالي الأمين العام، وأشكر حسن إصغائكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ عكرمة صبري:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن وآله،

بأدنى ذي بدء أشكر فضيلة الرئيس والأمين العام للمجمع، كما أشكر الإخوة الباحثين والأخ الدكتور السالوس الذي عرض الأبحاث. وأبدأ مداخلة على شكل نقاط:

النقطة الأولى: إن القواعد العامة للشريعة الإسلامية تتوسع في موضوع الشروط، وهذا يؤكد على مرونة التشريع الإسلامي وقدرته على مواكبة الأحداث وحل القضايا المستجدة، وهذا ما يثري الفقه الإسلامي. فإن إقرار الشرط الجزائي ليس بأمر مستهجن لأن القواعد العامة للشريعة الإسلامية تتوسع في موضوع الشروط ما لم يحرم حلالاً أو يحلل حراماً، وهذا هو الضابط العام لموضوع الشروط.

النقطة الثانية: هناك نصوص شرعية تحتاج إلى آلية تنفيذ. يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، وفي الحديث النبوي الشريف يقول الرسول عليه الصلاة والسلام: «مطل الغني ظلم»، فما الآلة التي تحفظ حقوق الناس؟ وكيف نستطيع أن نطبق النصوص الشرعية؟ فأرى أن من ضمن الوسائل المشروعة هو إقرار الشرط الجزائي وبخاصة بأننا نعيش في ظرف كثرت فيه المماطلات وأكل أموال الناس بالباطل وكذلك كثرت فيه أساليب النصب والاحتيال، فلا بد من المحافظة على حقوق الآخرين.

النقطة الثالثة: الضابط للشرط الجزائي: إذا طرأت ظروف قاهرة لا يجوز العمل في حينه بالشرط الجزائي، والذي يقرر الظروف القاهرة هم أهل الخبرة وأهل المعرفة والدين ليقولوا بأن الشخص المطلوب منه الالتزامات أو المتعهد قد طرأت عليه ظروف قاهرة وبالتالي يحصل هناك التحكيم، لكن الأصل هو إقرار الشرط الجزائي.

أيضاً ضابط آخر وهو موضوع الربا. لا أرى داع لربط الشرط الجزائي بالربا. من السهل أن نجنب الشرط الجزائي الربا، ولا داعي لأن يكون هناك أي اتصال بين الشرط الجزائي والربا.

النقطة الأخيرة فيما يتعلق بتصرفات الدولة أو المؤسسات العامة بحق المواطنين الذين لا يوفون ما في ذممهم، وهذا أمر أصبح منتشر مع الأسف في عدم دفع المواطنين الفواتير المطلوبة منهم في الكهرباء، وفي الماء، وفي الهاتف، وغير ذلك، فإن الدولة أو المؤسسات العامة حتى تحفظ حقها لا بد وأن تضع آلية لاستيفاء هذه الحقوق، والذين كانوا يعترضون على موضوع الشرط الجزائي هم الذين لا يدفعون ما في ذممهم، فإن اعتبروا أن الشرط الجزائي غير مشروع فليدفع ما في ذمته للآخرين، ولكن الذي يحصل أن الذين يأكلون حقوق الآخرين يتمسكون بأن الشرط الجزائي غير مشروع، وعليه هو غير مقر بالشرط الجزائي، في نفس الوقت غير مبرى ذمته لدفع ما يطلب منه. فأرى أن الشرط الجزائي من حيث المبدأ هو مشروع وينطوي تحت القواعد العامة الشرعية، وأرى أيضاً أن ما تقوم به

المؤسسات العامة والدولة لحفظ حقوقها من فرض الشرط الجزائي على المواطنين الذين يماطلون والذين لا يدفعون حقوقهم المترتبة عليهم .

وأخيراً فإنني أقدم توصية في هذا المجال بأن نطالب المواطنين ونطالب جميع المسلمين أفراداً ومؤسسات بأن يوفوا ما في ذمهم وأن يدفعوا الحقوق المترتبة عليهم حتى لا يتعرضوا للشرط الجزائي . وبارك الله فيكم وشكر ألكم .

الشيخ عبد الستار أبو غدة:

بسم الله الرحمن الرحيم ،

عندي ملاحظات :

الأولى: ما جاء في بحث الشيخ الصديق الضرير حيث قال : « لا نتوقع وجود نص في القرآن أو السنة أو قول لصحابي أو فقيه من المتقدمين في حكم الشرط الجزائي الذي بيّنا حقيقته في القانون» ، ثم عمد إلى تلمس أشباه هذا الموضوع فأتى بشبهه بالعربون وشبهه بالإدخال (إدخال الواعد الموعود في أمر لم يدخل فيه لولا الواعد) ، وأدخِل ركبك فإن لم أرحل معك فلك كذا ، وبالرهن والكفيل ، وأشار إلى أنه معاملة مستحدثة . وكل هذه جهود فقهية مبرورة مأجورة مشكورة ، ولكنني اطلعت على المغني لابن قدامة فعثرت على نص فقهي يصلح أساساً للشرط الجزائي ، وهي مسألة من مسائل الإجارة يقول : « إذا قال الشخص لمن يخطط ثوباً : إن خطت هذا الثوب بيومين فلك كذا ، وإن خطته في يوم واحد فلك كذا» ، هذه مسألة مقررة في الإجارة وهي تنظر إلى أن المنفعة تتأثر بالزمن الذي تسلم فيه . فالمقاول إذا سلّم المصنوع أو المشروع في زمن مثلاً ستة أشهر يختلف أجره ومقابله عمّا إذا سلّمه في تسعة أشهر مثلاً ، من هذا المنطلق كان من النصوص الفقهية القديمة التي يستأنس بها : أن تقدير العمل المطلوب وليس الدين الملتزم في الذمة يتأثر بالتأخر .

هذا ما أحببت أن أنوه به وأشير إليه ، وهذا أيضاً يجيب على تساؤل طرحه بالأمس أحد أعضاء هيئة التدريس بكلية الهندسة بأن عقد التوريد يجب أن يكون

له ثمنان، فربما يمكن أن يقال مثلاً في عقود تسليم الأعمال: إذا سلم العمل في تاريخ كذا فله ثمن كذا. وهذا يختلف عن البيع، فالبيع يجب أن يكون له ثمن واحد لأنه ليس فيه منفعة ولا عمل ولا صنع، وأما إذا كان كالإجارة أو الاستصناع فمن الممكن ترديد الثمن بما يغطي فترة التبكير أو التأخير.

الثانية: أيضاً جاءت في بحثه القيم وهو أنه أشار في الصياغة التي اقترحها وهي صياغة نفيسة بأنه يشترط لاستحقاق التعويض بالشرط الجزائي أن يلحق المشترط ضررٌ حيث يقول في البند الخامس: «لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته - وهذا طبعاً لوجود نظرية الظروف الطارئة التي أصلها الشرعي مبدأ الجوائح - أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد». هذه المسألة تجعل الموضوع عائماً ومثاراً للجدل وكأنها تبطل مفعول هذا الشرط ولا يتمكن الإنسان من الحصول عليه إلا بعد مراجعة القضاء أو مراجعة الخبراء، وهذا طريق طويل. إذا كان الشرط الجزائي مربوطاً بالتأخير فلا ينظر إلى حصول ضرر أو عدم الضرر، ولا سيما أن النص الفقهي الذي أشرت إليه ربط المسألة بالإنجاز في وقت محدد مبكراً أو متأخراً، وقد لا يحصل ضرر من تأخير يوم.

الثالثة: أن بعض الاتفاقيات التي تستخدم الشرط الجزائي تضع نصاً فيه نوع من الرأفة وهو أنه لا يجوز أن يبلغ التعويض حداً معيناً، لأنه لو فتح الباب على مصراعيه وكان مبلغ المشروع مثلاً مائة ألف والشرط الجزائي خمسة آلاف أو عشرة آلاف مثلاً ومدة المشروع سنة فلو مضى العداد على عدد الأيام قد يزيد عن هذا المبلغ الذي يستحقه الصانع أو المقاول فيقدم هذا العمل مجاناً ويكون ما أخذه المشترط لهذا الشرط كأنه أخذ مالا بالشرط وليس من خلال سلعة أو تحصيل منفعة مربوطة بزمن، وهذا ربما يكون من باب تطبيق العدل، أو المصلحة بأن يكون هناك حدٌ للشرط الجزائي إما بعدد الأيام - أيام التأخير - أو بمقدار مبلغ التعويض. والله أعلم.

الرئيس:

ياشيخ عبد الستار: النص الذي ذكرتموه عن ابن قدامة - رحمه الله تعالى - في المغني فيما أعتقد أنه منتشر في كلام الفقهاء، لكن يبقى ما هو وجه العلاقة بينه وبين الشرط الجزائي؟ .

الشيخ عبد الستار أبو غدة:

وجه العلاقة واضح وهو أنه ربطه بالزمن . يقول: إذا أنجزت هذا المشروع في موعد كذا فلك كذا .

الرئيس:

في الديون المبتوتة، أما هذا فهو تخيير بين عقدين .

الشيخ علي محيي الدين القره داغي:

هذه في رواية عن أحمد، حتى هذا غير جائز لتردده بين أمرين، والحنفية قالوا بالجواز بنص العبارة، أما الحنابلة فلهم في هذه المسألة روايتان، ومثل ما تفضلتم هذا ترديد بين الثمنين أو بين الأجرتين وليس شيئاً بعد الثمن .

الشيخ عبد السلام العبادي:

بسم الله الرحمن الرحيم،

شكراً معالي الرئيس .

حقيقة نحن أمام أبحاث عرضت لهذا الموضوع بشمولية وتفصيل، وفي طرح هذه القضايا كلمة في المنهج . لا بدّ في الواقع من أن تبلور القضايا محل النزاع حتى ينصب النقاش والحوار على القضايا التي هي محل النزاع، وبالتالي تتداول في الجلسة حول هذه القضايا لنتهي بعد ذلك إلى ما هو مناسب في معالجتها .

نعم، طرح البدائل بصفة عامة مطلوب والأصل أن يكون التوجه إليه، لكن

إذا كانت هنالك صيغة من الصيغ موجودة في التعامل الإنساني وكانت هذه الصيغة في تفاصيلها وفي مدلولاتها لا حرج من الناحية الشرعية في تبنيها، فالحكمة ضالة المؤمن أينما وجدها أخذها، لكن في القضايا الحضارية الكبرى لابدّ في الواقع من أن يكون منهج طرح البدائل هو الأساس .

الذي أثار موضوع الشرط الجزائي على نطاق واسع هو تجربة البنوك الإسلامية . البنوك الإسلامية بعد أن توسعت في عمليات التمويل وفي قواعد المرابحة وغيرها، بات كثير من الناس لا يقومون بسداد الديون التي تترتب في ذممهم، وبما أن الأصل في موضوع الشرط الجزائي - كما أوضح أستاذنا الشيخ الضرير - أنه لا غرامة ولا شروط جزائية في موضوع الديون، الإشكال ما زال ينمو ويتسع ويأخذ أبعاداً كبيرة في التعامل، عندما تطرح تجربة تشريعية شاملة في قضية من القضايا لابدّ في الواقع أن تلحظ هذه التجربة في التطبيق لتعالج مشكلاتها . وواضح أن هذا الأمر يتطلب من العلماء والباحثين والدارسين العناية بهذه القضية . وإذا كانت لجان الرقابة الشرعية في البنوك أو المستشارين الشرعيين قد تصدوا لهذه القضية فهم يتصدون حقيقة لمشكلة عملية باتت تعاني منها البنوك الإسلامية .

لم ألحظ في الدراسات التي أماننا هذه القضية بشكل واضح . نص على استثناء موضوع الديون وقيل : إن هذا يتعلق بغرامة التأخير، وغرامات التأخير بت في أمرها، لكن لم تقوم التجربة التي قدمتها بعض الاجتماعات الشرعية في هذا المجال . من حيث النظر إلى الأمر ليس من زاوية الربا (ربا النسيئة) وأن التأخير يقود إلى زيادة على رأس المال إنما من زاوية العقوبة المالية، وبالتالي اشترطوا - الذين قالوا بالجواز وذلك ضمن ما اشترطوا - ألا تعود غرامات التأخير التي ينص عليها من خلال الشرط الجزائي في البنك إنما إلى جهات الخير الأخرى . وفي ظني أن كثيراً من العقود التي تقوم الآن في عدد من البنوك الإسلامية تعتمد هذا المبدأ وتقف طويلاً عند حديث : «مطل الغني ظلم»، وفي الرواية الأخرى : «لَيَّ الواجد ظلم»، وفي بعض الروايات : «يحل عرضه وعقوبته» واستندوا على أن الأمر من قبيل العقوبة المالية وليس الربا، لأن الربا يعود إلى صاحب رأس

المال . وكون البنوك الإسلامية لجأت إلى هذا الأمر تحت مظلة الشرط الجزائري على أساس أن المعالجات العامة في القوانين والأنظمة لم تتبنَّ هذا النهج باعتبار أن البنوك الإسلامية لا يتبنى نهجها على نطاق واسع في الدول كتبنُّ كامل ، وبالتالي كنت أمل من هذه البحوث أن تتصدى للقضية التي هي في الأساس كانت سبباً في طرح هذا الموضوع على نطاق واسع ، ويكثر الحديث عن موضوع الشرط الجزائري من أجل هذا الأمر لكن واضح أن علاقة الشرط الجزائري بكثير من الأمور غير هذا الأمر .

وأنا مع البحوث الكريمة التي بين أيدينا والتي تأخذ بالكثير من الحالات التي يجوز فيها الشرط الجزائري وما انتهى إليه التطبيق في كثير من القوانين في البلاد العربية وخاصة القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي بالأخذ بمبدأ الشرط الجزائري في شموله، لكن هذا ليس هو الموضوع الملح الذي يحتاج إلى تصدي من هذا المجمع الكبير الجليل لقضية مقتولة بحثاً ومتبناة على نطاق فقهي بشكل لا بأس به في كثير من التشريعات القائمة ، وقد بين لنا بحث الشيخ الصديق صوراً من ذلك وكيف أن هذا الأمر متبنى ومأخوذ به .

نحن في تصدينا لهذه القضايا يجب أن نعرض للقضايا التي هي أكثر إلحاحاً والتي فيها مجالاً للخلاف والتي تحتاج إلى استنباط حلول جديدة للمشكلات القائمة وللقضايا الحادثة ، أما ما قتل بحثاً وتم تبنيه في التشريعات القائمة فهذا حقيقة لا يتطلب منا هذا الجهد وهذا الاستعراض حيث رأينا في بعض البحوث أن معظمها قد تصدى لهذه العموميات ولهذا الأمر المبتوت به ، لكن كنت أمل حقيقة أن نأخذ هذا الأمر بشكل تفصيلي خاصة وأنه يقودنا إلى غرامات التأخير بصفة عامة ، وأنا قدرت في الواقع الملاحظة الأخيرة التي ختم بها الشيخ الصديق بحثه بقوله : إن بحثه في الشرط الجزائري وليس في غرامات التأخير لكن الشرط الجزائري بات هو المظلة لغرامات التأخير في عقودنا . فلا نكتفي فقط بأنه ليس مما يبحث تحت هذا العنوان ، هو في الحقيقة بات يبحث تحت هذا العنوان وبالتالي لا بدَّ من التصدي له بشمولية ولا بدَّ من الاطلاع على ما كتب في هذا المجال . أذكر

أن البحوث التي قدمت لندوة البركة السابعة والثامنة والتاسعة قد عالجت هذا الموضوع في إطار العمل بالبنوك الإسلامية، وكنا نأمل أن نرى انعكاسات هذه البحوث على البحوث المقدمة والتي هي بين أيدينا. وأرجو على الأقل أن يستكمل هذا البحث تحت مفهوم العقوبة المالية في المستقبل استثناساً بما ورد في الحديث النبوي.

وشكراً، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ حسن الجواهري:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطيبين الطاهرين وصحبه أجمعين.

أرى الخلط بين الشرط الجزائي وبين التعويض عن الضرر الواقع بسبب عدم الوفاء بالعقد.

طبعاً الشرط الجزائي الذي هو واقع في الخارج في العقود أعم من تعويض الضرر، والدليل عليه هو تحديده عند بدء العقد، بينما إذا كان تعويضاً عن الضرر فلا بدّ ألا يذكر من أول العقد بل يحدده الأخصائون بعد ثبوت الضرر، ويؤيد ما ذكر من أن الشرط الجزائي أعم من تعويض الضرر قرار المجمع في دورته السابعة قال: «إن الشرط الجزائي يكون بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان»، ومعنى ذلك أنه قد يكون أكثر من الضرر، وقد يكون أقل، أو بقدره، أو ليس في صورة وجود ضرراً أصلاً.

إذن صحة الشرط الجزائي عن القول بعدم جواز بيع العربون كما صرح بذلك الدكتور السالوس مع القول بأن الوعد ملزم، هذا ليس مما حسمه قرار المجمع بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء، لأن قرار المجمع أخص من الشرط الجزائي الذي يراد بحثه هنا. فقرار المجمع يقول: الوعد ملزم للواعد ديانة إلا لعذر، وهو - أي الوعد - ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعد في كلفة نتيجة الوعد، وأثر الإلزام يتحدد بصورتين:

- إما الوفاء بالوعد وتنفيذه .

- وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر .

أقول: هذه صورة واحدة من الشرط الجزائي أقرت من المجمع، بينما كلامنا في الشرط الجزائي الذي يستحقه المشتري عند عدم التزام المشتري عليه سواء كان هناك ضرر أم لا، وسواء كان الضرر بقدر الشرط الجزائي أو أكثر، وهذا يختلف عن التعويض عن الضرر الذي يتوقف على نقطتين:

أولاً: إثبات أصل الضرر .

ثانياً: تقدير الضرر .

فالتعويض عن الضرر حتى لو ثبت الضرر، وقُدِّر فهو أخص من الشرط الجزائي المبحوث عنه والذي يذكر في العقود، فلا بد للمجمع أن يقول كلمته في الشرط الجزائي الذي هو أعم من التعويض عن الضرر أو على الأقل هو أعم من تحديد مقدار الضرر الذي يثبتته الأخصائيون إذا قلنا: إن الشرط الجزائي مختص بصورة الضرر . حتى لو قلنا: إنه مختص بصورة الضرر إلا أنه أعم من تحديد مقدار الضرر الذي يثبتته الأخصائيون فيما بعد لأنه قُدِّر من الأول وذكر من الأول وحُدِّد من الأول .

بالنسبة لقرار المجمع في دورته السابعة جوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم يكن هناك ظروف قاهرة. أنا أحب أن أقول إن هذا الإطلاق لو قيد يكون أجمل وأحسن، لأن هذا الإطلاق يشمل عقد الاستصناع الذي يكون على أمر كلي كصناعة الطائرات أو القطارات مثلاً الموصوفة وتأخر البائع عن تسليمها في وقتها المحدد، فيدفع البائع عن كل يوم تأخر فيه - مثلاً - مقداراً من المال كشرط جزائي، إلا أن هذا سوف يدخل في الربا الجاهلي لأن المشتري دين في ذمة البائع، فإن تأخر البائع عن التسليم وألزمناه بالشرط الجزائي فمعنى ذلك تأخر قضاء الدين في مقابل المال وهو الربا المحرم . ولذا أرى أن يقيّد مثلاً صحة الشرط الجزائي في عقد الاستصناع بهذه

الجملة: (إذا لم يف المستصنع بالعقد أصلاً)، ولا تترك على إطلاقها لأنها تشمل ما إذا تأخر عن تسليم ما استصنع له. طبعاً وإن كان هذا المعنى الذي أقوله هنا في التقييد لهذه العبارة المطلقة هو مفهوم إذا ضممتنا فقرة ثانية من قرارات المجمع في عدم صحة الشرط الجزائي في السلم. إذا ضممتنا تلك الجملة مع هذه الجملة يكون المعنى واضحاً، ولكن إطلاق الجملة هنا لوحدها يشمل صورة ثانية.

الشيء الذي أذكره فقط في هذه النقطة هو أن الشرط الجزائي عند الإمامية في صورة جوازه في الإجارة أو في بيع الأعيان الخارجية وعدم تسليمها في موعدها المحدد وبالخلاصة في كل مورد جوزوا الشرط الجزائي إذا لم يكن ربا أو محرماً آخر هو جائز ما لم يحط بجميع الأجرة أو جميع عوض المعاوضة، وفي ذلك نصوص يستدلون بها على أن الشرط الجزائي جائز ما لم يحط بجميع الكراء في الإجارة أو ما لم يحط بجميع ثمن المعاوضة في المعاوضات في صورة جوازه الذي لم يؤدّ إلى محرّم آخر. وشكراً.

الشيخ عوض عبد الله أبو بكر:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله حمداً يليق بجلاله وكماله وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

أولاً: أود أن أنضم إلى قافلة المتقدمين بالشكر إلى حكومة خادم الحرمين الشريفين - حفظه الله - على استضافتها هذه الدورة من دورات المجمع، ثم الشكر الموصول لمعالي الشيخ رئيس المجمع بآرك الله فيه وله، ومعالي الأمين العام متعه الله بالصحة والعافية.

أما مداخلتني في هذا الموضوع على قصرها ومنعاً للتكرار لما قيل فأول ما أود التحدث عنه عن منهجية البحث، وقد سبقني بعض المعقبين وهي أن الشرط الجزائي جائز إلا في المواضع التي يكون الشرط الجزائي يقضي بزيادة في الدين على المدين لأجل التأخير لما يقضي إليه من الربا المحرم، ولعل هذه قاعدة عامة ينبغي أن تكون في قرار المجمع وهو أن الشرط الجزائي جائز إلا إذا كان يقضي بزيادة في الدين وذلك من أجل التأخير في الدين.

ملاحظتي أيضاً على بحث الشيخ السالوس أنه قد ذكر أنه يرى حرمة الشرط الجزائي في عقود المناقصات إذا أدت إلى غرامة مالية إذ أن هذه الغرامة المالية تمثل زيادة في الدين نظير التأخير .

وفي نظري أن هذا الرأي مقبول إذا انتهت المناقصة إلى دين في ذمة المشتري ، غير أن المناقصة قد تكون في شكل مقاولات ، فإن التزام المقاول هنا عمل ولا يكون الشرط الجزائي إذا قضى بغرامة مالية نظير العمل لا يكون ربا من الربا المحرم ، وقد بين ذلك شيخنا الضرير في بحثه إذ فرّق بين الالتزام بالعمل والالتزام الذي هو دين .
وشكراً جزيلاً .

الشيخ الصديق الضرير:

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين ، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين .

المقصود من النظر في المعاملات الجارية في البلاد العربية هو بيان هل هي مقبولة شرعاً أم غير مقبولة؟ وهذا هو السبب الداعي إلى النظر في حكم الشرط الجزائي . المتحدث عنه هو الشرط الجزائي المعمول به في البلاد العربية ، هل هو جائز شرعاً ومقبول جملة وتفصيلاً؟ أم مرفوض جملة وتفصيلاً؟ أم مقبول في الجملة مرفوض في بعض جزئياته؟ هذا هو المنهج الذي سرت عليه في بحثي في هذا الموضوع .

النقطة الثانية : مسألة العقود التي تعرض إليها المجمع :

ذكرت في البحث هذه العقود واستأنست بها في استخلاص القرارات ، والعقود أكثر من أربعة ، هي خمسة عقود في الواقع ، أذكرها لكم تفصيلاً .
أولاً : ذكرت تحت عنوان العقود التي يجوز فيها اشتراط الشرط الجزائي ، وبدأت بما ورد فيه قرار من مجمع الفقه .

الأول: عقد الاستصناع، وهذا صدر فيه قرار هذا نصه (يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة)، وأخضعت هذا القرار إلى ما توصلت إليه بالنسبة للشرط الجزائي .

عقد الاستصناع هذا الذي أصدر فيه المجمع قراره يقابل عقد المقاوله في القوانين الوضعية عندما تكون المادة والعمل من المقاول ويطابقه تماماً على الرأي القائل: إن عقد الاستصناع عقد ملزم، وهو ما قرره مجمع الفقه. هذا القرار يجيز اشتراط الشرط الجزائي في عقد الاستصناع ويلزم المتعاقدين بتنفيذ ما اتفقا عليه ما لم تكن هناك ظروف قاهرة. ويلحظ على هذا أن القرار يضع شرطاً واحداً لاستحقاق الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد، هو ألا تكون هناك ظروف قاهرة تمنع تنفيذ العقد. وهذا الشرط يقابل شرط وجود الخطأ من المدين الذي يشترطه القانون لاستحقاق الشرط الجزائي، ولكن القرار لم يشر إلى باقي الشروط التي يشترطها القانون والتي أوردتها في بياني لحقيقة الشرط الجزائي، لا بد من الرجوع إليها والتحقق منها. فهل يفهم من هذا أن القرار لا يشترط حدوث ضرر لاستحقاق الشرط الجزائي؟ .

جميع القوانين في البلاد العربية التي لا تلتزم بالشرعية، والقوانين في البلاد التي تلتزم بالشرعية (القانون الأردني والقانون السوداني) تشترط حدوث هذا الضرر. وهذا خلاف ما أشار إليه الأخ الدكتور عبد الستار وأراد أن يحذف ما اقترحته من أنه إذا ثبت عدم الضرر لا يستحق التعويض، هذا محل اتفاق بين جميع القوانين وهو العدل لأن الشرط الجزائي هو اتفاق على التعويض لكنه يفترض أن التعويض حدث وأن هذا الاتفاق مقابل هذا الضرر. ولذلك ألقى عبء إثبات عدم الضرر على الطرف الآخر، لكن المفترض أن هناك ضرر وأن التعويض أو المبلغ الذي اتفق عليه مساو لهذا الضرر ما لم يثبت خلافه.

ففي هذا القرار الجزئية هذه غير واضحة ولذلك أنا قلت: ينبغي ألا يفهم هذا من القرار لأن القرار لم يصدر بناء على دراسة للشرط الجزائي، وإنما جاء ذكر الشرط الجزائي عرضاً في بعض البحوث عن عقد الاستصناع. والقرار لم

يُقصد منه بيان أحكام الشرط الجزائي كلها وإنما قصد منه جواز اشتراطه في عقد الاستصناع بصفة عامة، فيجب أن يخضع لكل شروط ثبوت التعويض في الشرط الجزائي .

ويلاحظ أيضاً - وهذه نقطة أشار إليها بعض المتحدين - أن القرار لم يفرق بين ما إذا كان الشرط الجزائي على الصانع إذا أخلّ بالتزامه أو على المستصنع إذا أخلّ بالتزامه في دفع الثمن في موعده . والواجب التفرقة بينهما لأن الشرط الجزائي يجوز اشتراطه على الصانع ولا يجوز اشتراطه على المستصنع ، لأن اشتراطه على المستصنع إذا تأخر في الدفع ربا محرم من غير شك .

وقد جاء في بعض البحوث التي سبق وأن قدمت في ذلك إلى أن هذا الشرط الجزائي يسري في الحالتين ، وهذا خطأ واضح .

الحالة الثانية هي عقد البيع بالتقسيط والذي ورد فيه أيضاً قرار من المجمع ، وهو : (يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها مادام المدين قد رضي بهذا الشرط) . هذا شرط جزائي منصوص عليه في القوانين ، القانون المدني المصري ينص على هذا الشرط ، وإن كان هذا في الواقع لا يوجد فيه تعويض مالي لكنه تعويض من ناحية أخرى ، لا مانع فيه ، وقبلته القوانين وأقره المجمع فهو مقبول شرعاً .

هناك قرار آخر في هذا الموضوع وهذه نقطة مهمة بالنسبة للقرارات : (يجوز اتفاق المتدائنين على حلول سائر الأقساط عند امتناع المدين عن وفاء أي قسط من الأقساط المستحقة عليه ما لم يكن معسراً) ، ونص آخر : (إذا اعتبر الدين حالاً لموت المدين أو إفلاسه أو مباطلته ، فيجوز في جميع هذه الحالات الحط منه للتعجيل بالتراضي) . هذا المثال من أمثلة الشرط الجزائي المنصوص عليها كما قلنا في القانون . لكن يلحظ أن المجمع أصدر في الشرط الجزائي في البيع بالتقسيط قراراتين في الدوريتين اللتين بحث فيهما عقد البيع بالتقسيط . القراران يتفقان في جواز الشرط الجزائي في عقد البيع بالتقسيط ولكنهما يختلفان في الآتي :

أولاً: القرار نص على أن الاشتراط يكون في حالة البيع بالأجل، أما القرار الثاني فعبر باتفاق المتدائنين . وهذا التعبير يشمل دين البيع كما يشمل دين القرض، وهذا يعني أن المجمع أجاز هذا الشرط الجزائي في القرض إذا كان أداؤه مقسطاً .
ثانياً: القرار الأول عبر بتأخر المدين، والقرار الثاني عبر بامتناع المدين، وفرق بين التعبيرين .

ثالثاً: استثنى القرار الثاني من تطبيق الشرط الجزائي حالة إعسار المدين ولم يتعرض لها القرار الأول، لا مانع هنا أن نحمل هذه على تلك .

رابعاً: زاد القرار الثاني فقرة بين فيها ما يدفعه المدين المماطل الذي حكم عليه بحلول الأقساط الباقية بناء على الشرط الجزائي، هل يدفعها كاملة، أم يحط عنه منها للتعجيل؟ فبين القرار أنه يجوز في هذه الحالة الحط من المبلغ للتعجيل بالتراضي، وعلقت على هذا بأن هذا الحكم غير كاف في نظري وكان الأولى أن يكون القرار باتاً في الحكم بالحط للتعجيل أو عدمه لا أن يترك الأمر لتراضي الطرفين . ثم بعد ذلك ذكرت عقوداً منع مجمع الفقه الإسلامي اشتراط الشرط الجزائي فيها، وهي عقد البيع بالتقسيط، ففي حالة أجزائه وفي حالة منعه . لا مانع من هذا . القرار هو: إذا تأخر المشتري (المدين) في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك رباً محرماً . وهذا هو ما قررته في اقتراحاتي . هذا القرار يمنع الشرط الجزائي في حالة تأخر المدين عن الأداء، سواء أكان الدين دين قرض أم دين بيع، لأن هذا رباً محرماً . ويفهم من هذا القرار والقرار السابق أن العقد الواحد يجوز أن يشترط فيه الشرط الجزائي من جهة، ولا يجوز اشتراطه فيه من جهة أخرى .

القرار الثاني هو عقد السلم . فأصدر مجمع الفقه القرار التالي: (لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير) .

هذه هي القرارات التي صدرت والتي ضمنت مضمونها كلها فيما اقترحتة من قرارات .

أنتقل بعد هذا إلى كلام الدكتور عبد الستار واعتراضه على الاقتراح الخامس الذي ينص على: «لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت - وهذا هو موضع الاعتراض الثاني - أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد». يعترض الدكتور عبد الستار على العبارة الأخيرة ويريد أن يطبق الشرط الجزائي سواء حدث ضرر أم لم يحدث. هذا هدم للشرط الجزائي من أصله، لأن الشرط الجزائي هو: (تقدير اتفاقي عن التعويض)، فتطبق عليه شروط التعويض كاملة، وجميع القوانين نصت على هذا، على أنه لا بدّ من حدوث ضرر. لكن هذا الحدوث مفترض بحكم اتفاق الطرفين، فالطرف الذي يدعي أنه لم يحدث ضرر عليه أن يثبته، إذا لم يثبته فالضرر حاصل. ولهذا اعتراض الدكتور عبد الستار لا محل له في نظري.

أيضاً الدكتور عبد الستار اعترض على عبارتي بأنه لا يوجد نص في القرآن ولا في السنة ولا من فقيه من المتقدمين، وجاء بمسألة عارضه فيها السيد الرئيس وهي عبارة المغني. لا علاقة لها بموضوعي، المدار ليس على الزمن، المدار على التعويض عن الضرر، هل حدث ضرر أو لم يحدث؟ هذا هو مدار التعويض، لا علاقة لهذا بالزمن، وهذا كما قلت لكم هو الذي مشت عليه جميع القوانين. ولذلك تطبق كل الشروط التي تطبق في حالة التعويض.

الشيخ عبد الستار أبو غدة:

نجعل سقف للتعويض أو حد أعلى للتعويض.

الشيخ الصديق الضريع:

لا يوجد حد أعلى للتعويض.

تعليقي الأخير هو أن بعض الإخوة يعترض على التسمية. التسمية المتعارف عليها هي الشرط الجزائي، وهذه ترجمة. أصل هذا الموضوع جاءنا من الغرب، الأصل فيه القانون الفرنسي، أخذه عنه القانون المصري وترجمه بالشرط

استدلال الدكتور رفيق هو أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام يساوي الدين . هذه هي حجته . أقول : كون المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام لا خلاف فيه ، وأما كون هذا الالتزام مساوياً للدين فغير مسلم ، لأن الالتزام أعم من الدين فكل دين التزم وليس كل التزم ديناً ، والالتزام في عقد المقاولة ليس ديناً وإنما هو التزم بأداء عمل ، والمقاول قد يكون دائئاً لا مديناً في كثير من الحالات ، فالبنوك العقارية تقوم ببناء المساكن مقاولة وتتقاضى المقابل على أقساط بعد تسليم المبنى ، وكذلك يفعل كبار المقاولين . والفرق كبير جداً بين التزم المقاول والمورد ، والتزم المقترض والمشتري بضمن مؤجل والمسلم إليه ، فالتزام هؤلاء الثلاثة - المقترض والمشتري بضمن مؤجل والمسلم إليه - دين حقيقي ثبت في ذمتهم وأخذوا بمقابلة فعلاً ، أما التزم المقاول والمورد فهو التزم بأداء عمل لا يستحقون مقابلة إلا بعد أدائه ، فلا يدخله الربا من أي جهة كانت .

وأكتفي بهذا وإن كان عندي بعض التعليقات أتركها لضيق الزمن .

شكراً لكم ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ محمد علي التسخيري :

بسم الله الرحمن الرحيم .

أؤكد أن الشروط الجزائية إنما تصح وفق الأصل الذي يؤكد الوفاء بالعقود ، وأن المسلمين عند شروطهم ، هذه الأصول تصحح لنا كل شرط دخل في العقد ورضي عليه المتعاقدان مهما كان الأعم من الشرط الجزائي وغيره ، فهو طبق الأصل مقبول من الفقهاء ، وبطبيعة الحال مقبول من الحاضرين والباحثين . هذه نقطة أقولها لكي أرد على من يقول بأن الشرط الجزائي أمر مستحدث أو أمر لم يعرفه الفقه من قبل . هو طبق القاعدة وطبق هذه النصوص الشريفة . ومن هنا أفرع على أنني أعتقد أن الشرط الجزائي ليس دائماً مجرد اتفاق على التعويض عن ضرر ، وإنما هو تعويض يحدده المتعاقدان جزاء على إخلال أحدهما بما تعاقدا

عليه ولو لم يصب الآخر ضرر . إنه جزاء على إخلال أحدهما بما تعاقدا عليه .
فالمنتقل هنا ليس قاعدة (لا ضرر) أو غير هذه القاعدة وإنما المنتقل هي الأصول
العامة التي قررت وجوب الوفاء بما تعاقدا عليه الطرفان . وهذه نقطة مهمة .

الشيء الثاني : اعترض عليّ بعض الإخوة ومنهم الشيخ محمد عبد الرحيم
بأنني مثلت في بحثي بقولي ألا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة ، فإذا زوجه
أمته بشرط أن يكون ولدها رقاً . قلت : هذا الشرط غير صحيح ، وأكد أن ابن
الأمّة هو عبد ولكني أقول بأن المتيقن به لدينا أن الولد يتبع أشرف الأبوين ،
وحيث فلن يكون ولدها بهذه الصورة حتى ولو كانت الأم أمة ، لن يكون رقاً .
وأشار أيضاً إلى أنني قلت : إنه إذا تعاقدا اشترط في ضمن العقد أنه إذا انصرف
أحدهما كان له الحق في الفسخ بشرط أن يدفع كذا من المبلغ ، فإذا جعل المبلغ
مقابل حق الفسخ قبلته ، أما إذا لم يجعل المبلغ مقابل حق الفسخ وانصرف
أحدهما بهذا الشكل فهو أكل للمال بالباطل . فرقت بين جعل حق الفسخ وعدمه .
وناقش الأخ ، وأذكره بأنني كتبت في ذيل هذا : وإن أمكنت المناقشة في المثل
هذا . أنا أيضاً كانت لي مناقشة ، لعله لا فرق بين الصورتين فإن الانصراف إنما
يكون عند وجود حق الفسخ . واعترض عليّ لقولي في آخر المقال بأنه إذا كان
الشرط الجزائي مطلقاً غير مقيد بترتيب خاص فالظاهر ثبوته في ذمة المتعهد
بمجرد عدم قيامه ، سواء كان باختيار أو غير اختيار . يقول : لا ، في الفتوى التي
صدرت تقول الأشياء القهرية ليس عليها جزاء . أنا لا أستند إلى هذه الفتوى ،
أستند إلى الأصل في لزوم تنفيذ الشروط ، فمادام قد اتفقا مطلقاً ، قال : إذا لم
يتحقق هذا الشرط من قبلك أو من قبل أي أحد آخر مطلقاً اتفقا على لزوم الجزاء
فإن هذا الجزاء يترتب مادام اتفقا عليه ، فإن التزامهما هو إمضاء الشرع الشريف
لهذا الالتزام يوجب وضعاً وهو تنفيذ الشرط الجزائي . وأعتقد أن هذا منسجم مع
القواعد بشكل كامل .

هناك نقطة أشار إليها أيضاً الدكتور عبد السلام وهو أن البحوث لم تشر إلى
النقطة المهمة التي قصدتها الأمانة العامة وهي مسألة التأخير الذي يحصل في

الأقساط وما يترتب عليها من شروط جزائية. أعتقد أن البحوث كلها أشارت إلى هذه النقطة، وطبعاً لو كانت الأمانة العامة تركز على هذه النقطة أو تركز على البدائل المطروحة لكان البحث يتركز على هذا الشيء بشكل كامل.

وعلى أي حال الشرط الجزائي للتأخير في الدفع لا يمكن القبول به، وقد رفضه المجمع كما أعتقد في قرار سابق، وحتى لو دفعت التأخيرات المالية إلى جهة ثالثة ففيها بلا ريب شبهة الربا الصريح الجاهلي الذي تشير إليه النصوص. فعلى أي حال لا أعتقد أن هذا أمر يمكن القبول به.

وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ نظام يعقوبي:

بسم الله الرحمن الرحيم.

الأبحاث لم تركز على الشرط الجزائي في الديون، وبعض الإخوة قال: إن هذا الأمر قد حُسم بالنسبة لديون المرابحة والتسييط. في الحقيقة هذا هو موضع الخلاف والإشكال. والمقاولات والاستصناعات لا إشكال كبير فيها وقد أفتت فيها هيئات كبيرة وهو معمول به. المشكلة المماثلة في الديون، و«مطل الغني ظلم» كما قال عليه الصلاة والسلام و«لي الواجد يحل عرضه وعقوبته» والعقوبة الأصل فيها أن تكون من ولي الأمر كما هو معروف قضاء. المشكلة القضاء في أكثر البلدان بطيء جداً، وفيه تأخير شديد وضياع لكثير من الحقوق لسنوات طويلة، والحق إذا تأخر أخذُه لصاحبه فقد ظُلم صاحب الحق. لو كان القضاء يسعفنا لما أصبحنا بحاجة إلى مثل هذا، ولكن للأسف بسبب التأخير والتأجيل وضياع الحقوق في معظم المحاكم بل وعدم القدرة على التنفيذ في أكثر الحالات لهذا السبب تتحاكم الدول الإسلامية في عقودها الدولية إلى محاكم لندن وفرنسا، بل حتى في بعض العقود المحلية مثل وزارة في دولة من الدول الإسلامية تعقد عقداً مع وزارة أخرى في نفس الدولة فنجد أن بند التحاكم يشير إلى محاكم لندن وباريس، ومن قال غير ذلك فأرجو أن يراجع نفسه ويتحقق من هذه المسألة. فهناك مشكلة حقيقية يستغل بعض المتعاملين مع المصارف الإسلامية يستغلونها

إذا لم يوجد في عقودها شرط مثل هذه الجزائية فيأخذون أموالها ثم يودعونه في البنوك الربوية بالربا، ثم يماطلون لسنوات طويلة، ثم بعد عشر سنوات أو عشرين سنة يقولون خذوا أموالكم ليس لكم إلا هذا، وسيدنا عمر - رضي الله عنه - يقول: (لست بالخب ولا الخبُّ يخدعني). وهناك أمثلة واقعية كثيرة لهذه الأمور، فلا بدَّ من حل لهذه المشكلة الواقعة ولهذه النازلة من النوازل.

الإخوة العلماء والسادة الأفاضل يدعون إلى البنوك الإسلامية وأن تحارب البنوك الربوية، ولكن لا بدَّ من إيجاد الحلول العملية ولا يكفي أن نقول كما قال بعض مشائخنا إن هذا واجب الدول ونحن نفتي وكفى، فهذا أظن أنه هروب من المسؤولية، فواجبنا أن نصحح معاملات الناس ما استطعنا إلى ذلك سبيلاً. كثير من الدول لديها بيروقراطيات ومشاكل وروتين قاتل لا تستطيع أن تغير القوانين والأنظمة في يوم وليلة، وأمر المال والاستثمار أيها الإخوة الكرام يتعلق بالملايين ومئات الملايين والمليارات لا يستطيع أصحاب هذه الملايين أن ينتظروا السنوات الطويلة وأموال البنوك الإسلامية هي أموالنا، هي أموال المودعين والمساهمين، هي أموال المسلمين، ونحن مسؤولون عن هذه الأموال.

الاستثمار اليوم يتم باللحظة وبالدقيقة والثانية، والأسواق العالمية تفتح على مدار (٢٤) ساعة، فما هو الحل لهذه المشكلة؟ الربا حرام قطعاً، أخذ الزيادة للدائن نفسه فيه مخالفة أيضاً وشبهة الربا. فأخذت بعض الاجتهادات الجماعية والفردية بقول وسط كما أشار شيخنا القره داغي وهو أن يوضع شرط في العقد بشرط صرف هذه الأموال الزائدة في جهات البر والخير ومصالح المسلمين، كما ذكره بعض الفقهاء من المالكية الحطاب وغيره على جواز اشتراط التصديق على المدين. هذه المسألة المهمة لم يتعرض إليها أحد من الباحثين إلا بحثاً واحداً عرضاً. فإذا كانت هناك حلول أخرى غير هذا الحل فنرجو أن يأتي بها أصحابها، ولكن لا بدَّ أن يحسم قرار مجمعكم الموقر هذا الأمر فهو لا يحتمل التأجيل والتأخير، وبسبب ذلك يتسبب في ضياع أموال المسلمين وذهابها إلى جهات مختلفة كما تعلمون. والله أعلم.

الشيخ عبد الله بن منيع:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

أشكر لسماحة الرئيس هذه الفرصة المباركة، وأسأل الله - سبحانه وتعالى - التوفيق للجميع.

أولاً: قبل البدء في مداخلتني أتقدم بالرجاء إلى سماحة الرئيس وسماحة أمينه بلفت نظر الإخوة إلى حصر المداخلات في الموضوع نفسه حتى تنجلي جوانبه وتتم الإفادة والاستفادة.

ثانياً: أؤكد ما أكده مجموعة من الإخوة بأن البحوث التي قدمت بذل أصحابها في سبيل إعدادها مجهوداً مشكوراً، فجزاهم الله خيراً وأنا بهم ووفقهم.

ثالثاً: في الواقع أتساءل الآن هل الشرط الجزائي تعويض عن ضرر أو عقوبة مالية؟ الذي يظهر لي أن الشرط الجزائي عقوبة مالية في مقابلة الإخلال بالعمل سواء أكان ذلك يتعلق بالعمل نفسه أم يتعلق بزمان أدائه. وقرار هيئة كبار العلماء في الواقع مبادرة من مجلسها قبل خمسة وعشرين عاماً وهو قرار عام، إلا أنني بصفتي أحد أعضائه لم يكن في تصور المجلس إقرار شرط جزائي في العقود في حال التخلف في سداد الديون. أحب أن يكون هذا تنبيهاً على قرار المجلس وإن كان ليس لي حق أن أفسر قرار المجلس وإن كنت أحد أفراده لكن التفسير لا يكون إلا من المجلس نفسه، ونحن نبحت هذا الموضوع لم يكن في خلدنا أن يكون الشرط الجزائي خاصاً أو شاملاً لسداد الديون المتأخرة.

والذي يظهر لي أن الشرط الجزائي بالنسبة لسداد الديون هو أخذ بالمنهج الجاهلي: (أتربي أم تقضي)، بل قد يكون أشد من ذلك لأن المنهج الجاهلي يبدأ عند حلول أجل السداد، وهذا يُقرُّ عند التعاقد، فهو إقرار بالربا الجاهلي عند التعاقد. وهيئة كبار العلماء اشترطوا في الأخذ بالشرط الجزائي ألا يكن مبالغاً فيه، وفي حال المبالغة فيه يرجع في تقديره إلى القضاء.

رابعاً: مسألة وهي في الواقع جديرة بالتنبيه؛ ألا يخلط بين الشرط الجزائي وبين العقوبة المالية بالنسبة للمماطل في أداء الحق. فالعقوبة المالية ليست عقوبة على تخلف السداد في المستقبل وإنما هي عقوبة مالية لقاء التأخر في السداد دون النص عليه في العقد أو رضا المماطل.

المثال الذي ذكره الدكتور السالوس - حفظه الله - في تخلف المديونية من ثلاثين ألفاً إلى سبعة وتسعين ألفاً، هذا في الواقع تجاوز في التطبيق، والتجاوزات في التطبيق لا ينبغي أن تأتي على المبادئ أو على القرارات. فكل من تجاوز في تطبيق فتوى، أو في تطبيق قرار، أو في تطبيق أي إجراء لا يجوز أن ينسب إلى القرار نفسه أو للفتوى، وإنما هو منسوب إلى ذلك المتجاوز فضلاً عن أن هذا التجاوز ليس من الشروط الجزائية المعتبرة.

خامساً: ورد في بعض البحوث خلط في العربون بين اعتباره شرطاً تعويضياً وبين اعتباره شرطاً جزائياً. هو في الواقع تعويض، والواقع أن العربون ليس في مقابلة الإخلال بالوعد، فلا يجوز أن يؤخذ عربون في حال الوعد وإن كان الوعد ملزماً، لكن ما يؤخذ يمكن أن يُعبر عنه بأنه هامش جدية أو شيء من هذا، وهو في الواقع يعتبر أمانة بيد الموعود حتى إذا ترتب عليه ضرر في حال الإخلال بالوعد وعلى اعتبار الإلزام به يكون له حق أخذ الضرر من هذا والذي هو هامش جدية، ولكن ليس عربوناً، وإنما العربون لا يكون إلا بعد تمام البيع بإيجابه وقبوله وانتقال العين من مالكها إلى مشتريها، ويكون للمشتري خيار الرد أو الإمساك مدة معينة وببذل في سبيل ذلك ما يسمى بالعربون، هذا العربون إن رضي أو اختار الرد صار هذا العربون حقاً للبايع نفسه لقاء حبسه لسلخته، وإن وقى وأمضى العقد صار جزءاً من الثمن.

سادساً: الدكتور عبد السلام العبادي - حفظه الله - أكد وجود الإشكال في تخلف مديونيات البنوك الإسلامية وأن حصر الشرط الجزائي في العقود والمقاولات وليس في الديون، هذا في الواقع يعتبر إشكالاً، لكننا في الواقع نقول أولاً لاشكاً أن حصر الشرط الجزائي في العقود وفي التوريدات وفي المقاولات

ونحو ذلك، لاشك أن هذا هو ما يقتضيه الشرط الجزائري، ولكن ما ذكره معالي الدكتور عبد السلام هو صحيح، والآن نفس المصارف الإسلامية تعاني معاناة بالغة ويعتبر أعظم مشكلة وعرقلة في سبيل تقدمها ونجاحها هو هذه الديون المتعثرة. لديها الآن ديون متعثرة عظيمة، وهي بحكم منهجها ممنوعة أو ممانعة نفسها من أن ترتب فوائد ربوية.

إذن ماذا يكون؟ المصارف التقليدية تقول: اللهم زد من هذا التأجيل وفي ربح هذا التأجيل. لكن المصارف الإسلامية ماذا تقول؟ تقول: إنا لله وإنا إليه راجعون. فيجب علينا أن ننظر إلى هذا الشيء، ورسول الله ﷺ أوجد لنا الحل لكننا في الواقع لا نزال في تردد من قبول هذا الحل مع الأسف الشديد وهو نص نبوي في قوله ﷺ: «مطل الغني ظلم»، وقوله الآخر «لي الواجد يحل عقوبته وعرضه»، والعموم في قوله ﷺ يتناول العقوبات المالية، ولهذا أضمت صوتي إلى صوت الدكتور عبد السلام في أن البنوك الإسلامية تعاني مشكلة تعثر السداد فلا بد من حل لذلك.

والله المستعان، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ عبد الله بن بيه:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، اللهم صل وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه.

مسألة الشروط مسألة قديمة قديم الفقه الإسلامي، ولعلكم تعرفون ذلك الرجل الذي سأل في الحج أبا حنيفة وابن شبرمة وابن أبي ليلى فاختلفوا جميعاً في موسم الحج ودار عليهم وكل منهم ذكر ما استدل به من أحاديث الشروط. فمسألة الشروط بصفة عامة هي مسألة قديمة.

أما بالنسبة للشرط الجزائري فأنا أظن أن الشرط الجزائري بالنسبة للديون منصوص عليه بالتحريم لأنه من ربا الجاهلية. أهل الجاهلية كانوا يبحثون عن تعويض الضرر لتأخر الدين (إما أن تقضي أو تربى)، ولذلك فسّر القرطبي

- رحمه الله تعالى - آيات الدين في قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ تَبَتُّمُ فَلَكُمْ زُؤُوسٌ آمَوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾ [٢٧٩ - ٢٨٠]، قال: الله سبحانه وتعالى جعل المدينين بين اثنين: موسر يجب عليه رد ما عليه من الدين، ومعسر يجب انتظاره، فلا يوجد قسم ثالث ولا يوجد تفصيل آخر. الموسر ليس عليه إلا أن يجبر على رد الدين، والمعسر يجب إنظاره بالدين، وهذا أمر مجمع عليه لا خلاف فيه بين المسلمين.

وقد ذكر البناني على الزرقاني وهو يعلل ذلك، قال: بأن من دايته لا يجب عليه إلا أداء الدين، لأن من دايته داخل على المطل وداخل على أن يفلس وداخل على أن يموت. إذاً هذا الشرط هو ربا الجاهلية الذي لا يُشك فيه كما يقول الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - أن هذا هو ربا الجاهلية الذي لا يُشك فيه إما أن تقضي وإما أن تربي. ومن العجيب أن نرجع اليوم إلى هذا الربا الذي لا يشك فيه وأن نحاول أن نعطيه اسماً جديداً كما تستحل الخمر ويُعطى لها اسم آخر غير اسم الخمر كما جاء في الحديث.

يبدو لي أن هذه المسألة يجب أن نبتَّ فيها بقوة وأن نبين على المستوى الدولي أن الشرط الجزائي هو الذي أهلك الدول الإسلامية بالديون للبنك الدولي. هذا الشرط (إما أن تقضي وإما أن تربي) هو الذي جعل الديون تتراكم على كثير من دول العالم الإسلامي بحيث أصبحت رهينة بيد البنك الدولي. فيجب أن نحاول أن نجعل الاقتصاد العالمي اقتصاداً أخلاقياً يهتم بالأخلاق، وأن يرفع هذا المجلس عقيرته بأن الشرط الجزائي مضر، وأن الربا مضر بالعالم كله لا بالمسلمين فقط.

يجب أن ننبه على ثلاثة أمور:

أولاً: ننبه المجلس على الإفساد الذي أدى إليه الشرط الجزائي على المستوى العالمي.

ثانياً: أن نطلب توثيق الديون واتخاذ تدابير صارمة لحجز أموال المدين، وهذا ممكن وذلك بأن نطلب من المحاكم في الدول الإسلامية أن تحدث بعض

المصالح التي تهتم بمتابعة الديون، وأعتقد أن هذا ممكن جداً بحيث تحجز هذه المصالح وهذه المحاكم على أموال المدين الذي لا يريد سداد الدين بدلاً من أن تراكم فوائد هي حرام بإجماع المسلمين، وقائم هذا الإجماع من نص القرآن في تحريم الربا ومن نصوص السنة بأن النبي ﷺ وضع ربا الجاهلية، وربا الجاهلية نريد أن نكرره في هذا القرن الخامس عشر!! .

ثالثاً: أن نهيب بهذه البنوك الإسلامية التي خرجت على قرارات المجمع أن تعود إليها، وأن نطلب من مجالس الإفتاء في هذه البنوك الإسلامية أن ترجع إلى الصواب وألا تخرج على قرارات مجمع الفقه .

وهذا هو الحل الذي لا أب له ولا أم أن يجعل في صندوق آخر لا تتقاضاه البنوك ولكنه تجعله في صندوق آخر . هذا إلزام للمدين بأموال لا تلزمه شرعاً . إما أن يكون موسراً فيجب أن نلزمه بقضاء هذا الدين، وإما أن يكون معسراً فلا شيء عليه . أما أن نحدث هذا الحدث وهذه البدعة التي ما أنزل الله بها من سلطان ونحتج بالحديث، هذه المصلحة ملغاة، والحديث قال (العقوبة) العقوبة هذه عقوبة السجن كما أجمع عليه علماء المسلمين في تفسير هذا الحديث . لماذا نخرج عن هذا الإجماع ونحاول أن نجد حلوياً ما أنزل الله بها من سلطان؟ نطلب من البنوك الإسلامية أن تتوثق من زبائنها وأن تكون منضبطة في تسيير أمورها وألا تتعامل إلا مع شخص معروف بالنزاهة والاستقامة، كل هذا ممكن حتى قال علماؤنا - رحمهم الله تعالى -: «وإن سَأَقَيْتَهُ أو أكرَيْتَهُ فألفَيْتَهُ سارقاً لم يَنْفَسَخْ، وليتَحَفَظْ مِنْهُ كِبَيْعِهِ ولم يعلم لفلسه» وهذا نص خليل .

بمعنى أن النتائج التي يصل إليها الإنسان في عدم تحفظه ليست محسوبة على الشرع . وإذا باعه ولم يعلم بفسله فهو أسوأ الغرماء كغيره .

وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الدكتور رفيع المصري:

بسم الله الرحمن الرحيم .

شيخنا الصديق قال : «الشرط الجزائي ليس عقوبة بل هو تعويض»، وقال أيضاً : «تسميته بالتعويض الاتفاقي أولى عندي من تسميته بالشرط الجزائي» .

لفظ الجزاء في اللغة العربية يعني : الثواب والعقاب ، وقد يعني الشرط الجزائي ثواباً (تعويضاً) بالنسبة للقابض ، وعقوبة بالنسبة للدافع .

كما أن الجزاء هنا قد يراد منه العقاب دون الثواب ، وهو هنا ترجمة للفظ الفرنسي (Penalit) ، أو الإنجليزي (Penalty) بمعنى العقوبة . والشرط أو البند الجزائي مستمد في اللغتين الفرنسية والإنجليزية من هذا اللفظ (Penalty - Close Pinal Close) بالإنجليزية . فإذا ادعى الأستاذ الضرير أن الشرط الجزائي ليس جزائياً فعليه أن يناقش المسألة لفظاً ومضموناً ، وأن يرد على العرب والأجانب وعلى الفرنسيين والإنجليز وعلى أهل الفقه والقانون .

ثم إن الفوائد التأخيرية ضرب من الشرط الجزائي ، ويراعى فيها أن تكون أعلى من الفوائد التعويضية ، لما في التأخيرية من معنى الجزاء (العقوبة) ، فكيف يقول شيخنا : إن الشرط الجزائي ليس عقوبة أو أن الشرط الجزائي ليس جزائياً؟ قال أيضاً : «حاولوا أن يؤصلوا التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي فلم يوقفوا في نظري» . وقال أيضاً لدى اقتراح مشروع القرار : «استثنى الضرر الأدبي من التعويض» . إنني أرى أن المسألة مختلف فيها بين الفقهاء المعاصرين كما ذكر ، ولا يمكن أن يتخذ منها موقف بسطر أو بسطرين ، بل تحتاج إلى بحوث مفردة ، ولم يتعرض لها من الباحثين إلا شيخنا الصديق وبشكل عارض وموجز .

عندي تعليق أو سؤال لأستاذي الشيخ الضرير ولسائر الأساتذة الباحثين في الشرط الجزائي : لو اتفق المتدانيان في بيع التقسيط على حلول باقي الأقساط بقيمتها الاسمية لا الحالية إذا تخلف أو تأخر المدين في دفع أحد الأقساط هل يجوز بناء على الشرط الجزائي تعويض فيه معنى الجزاء والعقوبة؟ رأيت ورأى معي باحثون آخرون أن الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ جائز وفي حالة التأخر في التنفيذ غير جائز . ورأى أستاذنا أن كليهما جائز . لأننا هاهنا أمام

التزام لا دين . لكنني أسأل أستاذنا الضيرير : هل بمجرد العدول عن لفظ الالتزام تنجلي الشبهة لدينا، شبهة ربا النسبية؟ أليس ثمة تقارب بين الالتزام والدين أليس لدين نوعاً من الالتزام؟ ثم لماذا رأى الشيخ الضيرير جواز الشرط الجزائي عند التأخر في التوريد ولم ير جوازه عند التأخر في السلم؟ فأى فرق هاهنا بين التوريد والسلم؟ .

أجاز شيخنا أيضاً الشرط الجزائي على الصانع ومنعه على المستصنع أما كان الأولى أن يمنعه عليهما معاً؟ .

إن المسألة بحاجة إلى مناقشة أكبر من مجرد تهريبها من الدين إلى الالتزام، ويبقى الشرط الجزائي في حالة التأخير موضع شبهة لم يناقشها الضيرير المناقشة الكافية .

قال أيضاً: «والفرق كبير جداً بين الالتزام والدين» .

أقول: هذه مبالغة كبيرة جداً . أليس المسلم إليه كالمورد كلاهما يلتزم بتسليم كمية محددة من السلع؟ فأين هذا الفرق الكبير جداً؟ ! سؤال: لو أن المناقصة غير حكومية بل هي بين طرفين كلاهما من القطاع الخاص وكانت هناك غرامات تأخير أفليست هذه الغرامات من باب الشرط الجزائي؟ ربما يكون سبب ما ذهب إليه الدكتور الضيرير هو أنه رأى أن الشرط الجزائي ليس عقوبة وقد سبق الاعتراض على هذا .

اعترض عليّ في اعتباري غرامات التأخير من الشرط الجزائي ونسبة ذلك للسهنوري .

أما الأول فقد سبق الرد عليه ، وأما الثاني فقد قال السهنوري بالنص : «شروط المقاوله قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو أسبوع يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل» ، وقد نقل الضيرير نفسه هذا النص ، أليست هذه غرامات تأخير أو شرطاً جزائياً عن التأخير؟ .

وقال أيضاً: إن المملكة العربية السعودية لا تأخذ بالتعويض الاتفاقي

للضرر - أي لا تأخذ بالشرط الجزائي - وإنما تفرض غرامة على المقاول المتأخر
أليست غرامة التأخير هنا في معنى الشرط الجزائي في حال التأخير؟ .

تعليقي على ورقة الدكتور حمداتي، لم يستعرض صور الشرط الجزائي،
وأجاز الشرط الجزائي بجميع صورته دون استعراض لها، وحكم أن الشرط
الجزائي ذو أصول إسلامية لكن ما أدراه؟ ربما أضاف أهل القانون صوراً أخرى أو
تعديلاً، ولم يبين حكم غرامات التأخير في المناقصات .

وأما باقي البحوث فقد وصلتني متأخرة لم أستطع الاطلاع عليها .
وشكراً لكم .

الدكتور عبد السلام العبادي:

بسم الله الرحمن الرحيم .

عندي تعليق على الموضوع الذي طرحته أنا، أنا لم أعط رأياً في الموضوع،
بمعنى أنني لم أقل هذا هو الذي يجب أن يتبنى وإنما طلبنا أن تتصدى البحوث وأن
يتصدى المجمع لهذه المسألة . وحقيقة عندما قال الشيخ ابن بيه: هذا التنديد
الواسع في هذا الأمر، والذي قال به بعض الباحثين، نعم هنالك موسر وهنالك
معسر . الموسر عليه أن يدفع والمعسر ينظر حتى يوسر . لكن سؤالنا عن الموسر
الذي لا يدفع . لذلك كل الذين تصدوا لهذه القضية بالحل الذي ذكرته اشترطوا أن
يكون الشخص غير معسر، أما إذا كان معسراً فلا خلاف بأنه يجب أن ينظر حتى
يوسر، ثم القول بأن العقوبة - عقوبة السجن - إجماع، واقتراح فضيلته بالحجر أو
بالحجز على أموال المدين هي عقوبة مالية، المطلوب من هذا المجمع قبل أن
يحسم في هذا الأمر ويتخذ قراراً أن يكون لديه مجموعة من البحوث وأن يكون
لديه تصدي لهذه القضية حتى إذا قلنا بالتحريم قلنا بناء على استقصاء وبحث
واستدلال، وإذا قلنا أيضاً بالجواز ضمن ما اقترحه هؤلاء الإخوة قلنا أيضاً بناء
على معرفة وإدراك للمعاني التي أقاموا عليها رأيهم وكلامهم .

نعم هذه القضية كبيرة كما أشار إليها بعض الإخوة ولذلك فالحسم في هذا

الموضوع بهذه الطريقة واعتبارها إحياء لمفاهيم الجاهلية بهذا الأسلوب الذي تستعمل فيه العبارات الشديدة، حقيقة يجب ألا يكون إلا بعد بحث واستقصاء .

وأحب أن أقول لأخي الكريم إن المديونية والبنك الدولي ليس مشكلتها مشكلة الشرط الجزائي، مشكلتها مشكلة الاقتراض بربا. الأصل في القروض أنها قروض ربوية، أما موضوع أن الفوائد تزيد بتأخير السداد فهذا موضوع لاحق ولا علاقة له بالشرط الجزائي وشكراً .

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

مع الأخذ في الاعتبار بما صدر في قرارات المجلس السابقة ترون مناسباً أن تتألف لجنة إعداد مشروع القرار بالإضافة إلى العارض والمقرر: الشيخ الصديق، الشيخ وهبة الزحيلي، الشيخ عبد الله بن بيه، الشيخ محمد عبد الرحيم .

الأمين العام:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

هناك ملاحظة قد تسمونها تنظيمية أو ترتيبية أو غير ذلك لكن أنا أطرحها . أطرحها من أجل الحد من هذا الخلاف الذي لاحظناه في كتابة البحوث من حيث المنهجية، ومن حيث الشمول، ومن حيث الانتشار، فكل واحد منا عندما يكتب يسلك المنهج الذي اعتاده ويريده، ولكن كثرة الموضوعات تندرج في البحث الواحد تجعل الناس غير قادرين على الخروج بنتيجة، ويجري الكلام هنا في هذه القاعة كما لاحظته من الجلسة الأولى تكراراً واجتراراً، بمعنى كأن كل واحد كتب في هذا الموضوع وما عنده يعرضه ولا يمسك عنه إذاسمع أن البحث قد سبق إليه أحد. نحن نريد أن تنتهي من هذه الجلسات إلى أشياء عملية، إلى قرارات، ولذلك عندما تعرض القضية بشكل آخر أو الموضوع بشكل آخر أي أن يكون

الموضوع مثلاً يشكل بأربعة عناصر أو أربعة محاور فإن الموضوع الواحد يعطى لكل الإخوان الذين يريدون الكتابة فيه لكن مع تحديد المحور، وبهذا الشكل نستطيع أن نناقش المحاور التي وردت في الموضوعات كلها ونخرج بنتيجة إن شاء الله .

وشكرًا لحضراتكم .

* * *

القرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين
وعلى آله وصحبه أجمعين.

قرار رقم: ١٠٩ (١٢/٣)

بشأن موضوع

الشرط الجزائي

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر
الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من ٢٥
جمادى الآخرة ١٤٢١هـ إلى غرة رجب ١٤٢١هـ (٢٣- ٢٨ سبتمبر ٢٠٠٠م).

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع (الشرط
الجزائي). وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة
أعضاء المجمع وخبرائه وعدد من الفقهاء.

قرر ما يلي:

أولاً: الشرط الجزائي في القانون هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير
التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم يُنفذ الطرف
الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

ثانياً: يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في
قراره في السّلم رقم ٨٥ (٩/٢)، ونصه: «لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في
تسليم المسلم فيه؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند
التأخير»، وقراره في الاستصناع رقم ٦٥ (٧/٣). ونصه: «يجوز أن يتضمن عقد
الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف
قاهرة»، وقراره في البيع بالتقسيط رقم ٥١ (٦/٢) ونصه: «إذا تأخر المشتري
المدين في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين
بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم».

ثالثاً: يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترناً بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.

رابعاً: يجوز أن يُشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح.

وبناء على هذا، فيجوز هذا الشرط - مثلاً - في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

ولا يجوز - مثلاً - في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء كان بسبب الإعسار، أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه.

خامساً: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

سادساً: لا يُعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

سابعاً: يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تُعدّل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغاً فيه.

توصيات:

- يوصي المجمع بعقد ندوة متخصصة لبحث الشروط والتدابير التي تقترح للمصارف الإسلامية لضمان حصولها على الديون المستحقة لها.
والله سبحانه وتعالى أعلم.

* * *

عقود التوريد والمناقصة

البحوث

- بحث القاضي محمد تقي العثماني
- بحث الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان
- بحث الشيخ حسن الجواهري
- بحث الدكتور رفيع يونس المصري

عقود التوريث والمناقصة

إعداد
القاضي محمد تقي العثماني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.
أما بعد:

فإن عقد التوريد عبارة عن اتفاقية بين الجهة المشترية والجهة البائعة، على أن الجهة البائعة تورد إلى الجهة المشترية سلعاً أو مواد محددة الأوصاف في تواريخ مستقبلية معينة لقاء ثمن معلوم متفق عليه بين الفريقين.

وبما أن الاتفاقية تنص على أن الجهة البائعة تسلم المبيع في تاريخ لاحق، وأن الجهة المشترية تدفع الثمن بعد التسلم، فالبدلان في هذه الاتفاقية مؤجلان. وإنما تحتاج المؤسسات التجارية إلى مثل هذه العقود ليتمكن لها تخطيط نشاطاتها التجارية، فإن ذلك لا يتيسر إلا بالتزام تعاقدية غير قابل للنقض، يتم به الحصول على المواد الخام أو المواد المطلوبة الأخرى في أوقات محددة في المستقبل. وبما أن البدلين في هذا العقد مؤجل كلاهما، فقد يستشكل هذا العقد من الناحية الشرعية بأنه بيع كالي بكالي، أو أنه بيع ما لا يملكه الإنسان. ومن هذه الناحية يجب دراسة هذا الموضوع بدقة.

فإن كل محل عقد التوريد شيء يحتاج إلى صناعة، فيمكن تعقيده على أساس الاستصناع، وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي بجوازه^(١).

أما إذا كان محل التوريد شيء لا يحتاج إلى صناعة، فهو محل البحث، ويتأتى فيه الإشكال من الجهات الآتية:

(١) قرار رقم ٦٦ (٧/٣) من الدورة السابعة للمجمع المنعقدة في جدة سنة (١٤١٢هـ).

١ - هو عقد مضاف إلى المستقبل ، ومنعه جمهور الفقهاء .

٢ - هو عقد يتأجل فيه البدلان ، فيصير بيع الكالئ بالكالئ ، وقد ورد في منعه حديث عمل به جمهور الفقهاء .

٣ - إن محل التوريد في كثير من الأحوال لا يملكه البائع عند العقد ، فيصير بيعاً لما لا يملكه الإنسان ، وهو ممنوع بنص الحديث .

٤ - إن محل التوريد قد يكون معدوماً ، فيصير بيعاً للمعدوم ، وقد منعه جمهور الفقهاء .

وقد رأى بعض المعاصرين أن يُفتَى بجواز هذا العقد ، بالرغم من كونه مخالفاً للأصول المذكورة ، وذلك على أساس الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة ، ولأنه ليس في هذا العقد ما يؤدي إلى الربا أو القمار أو الغرر الفاحش الذي هو علة لمنع بيع الكالئ بالكالئ وبيع المعدوم وغيره .

ولكن هذا الرأي فيه نظر من وجوه ، ولو فتحنا باب غض النظر عن هذه المبادئ التي استمر عليها الفقه الإسلامي عبر القرون ، فإن ذلك يفتح المجال لإباحة كثير من العقود الفاسدة التي ابتدعتها السوق الرأسمالية ، مثل المستقبليات وغيرها .

والواقع في نظري أن اتفاقية التوريد لا تعدو من الناحية الشرعية أن تكون تفاهماً ومواعدة من الطرفين ، أما البيع الفعلي فلا ينعقد إلا عند تسليم المبيعات ، فالإشكال الوحيد إذن هو في جعل هذه المواعدة لازمة . والحكم عند أكثر الفقهاء أن المواعدة لا تكون لازمة في القضاء ، وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي في موضوع لزوم الوعد على هذا الأساس بأن الوعد إنما يجوز الإلزام به إذا كان من طرف واحد . أما إذا كان المواعدة من الطرفين ، فإنها لا تلزم^(١)

(١) راجع مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الخامس : ١٥٩٩/٢ ، قرار رقم (٢ ، ٣) من الدورة الخامسة المنعقدة بالكويت سنة (١٤٠٩هـ) .

ولكن يوجد عند بعض الفقهاء القول بلزوم المواعدة عند الحاجة ولذلك نظائر في الفقه :

أما النظر الأول، فهو بيع الوفاء، وقال فيه قاضي خان من الحنفية :

«واختلفوا في البيع الذي يسميه الناس بيع الوفاء أو بيع الجائر قال أكثر المشايخ منهم السيد الإمام أبو شجاع والقاضي الإمام أبو الحسن السُّغدي: حكمه حكم الرهن . . . والصحيح أن العقد الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع، لا يكون رهناً ثم ينظر إن ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وإن ذكرا البيع من غير شرط، ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة جاز البيع، ويلزمه الوفاء بالوعد، لأن المواعدة قد تكون لازمة، فتجعل لازمة لحاجة الناس»^(١).

وبمثله أفتى بعض علماء المالكية في بيع الوفاء الذي يسمى عندهم بيع الثنبا أو بيع الثنبا، فإنه لا يجوز عندهم في الأصل، ولكن إذا وقع البيع مطلقاً من هذا الشرط، ثم وعد المشتري البائع بأنه سوف يبيعه إن جاءه بالثمن، فإن هذا الوعد صحيح لازم، قال الحطاب رحمه الله :

«قال في معين الحكام: ويجوز للمشتري أن يتطوع للبائع بعد العقد بأنه إن جاءه بالثمن إلى أجل كذا، فالمبيع له . ويلزم المشتري متى جاءه بالثمن في خلال الأجل أو عند انقضاءه أو بعده على القرب منه، ولا يكون للمشتري تفويت في خلال الأجل، فإن فعل ببيع أو هبة أو شبه ذلك نقض إن أراده البائع ورد إليه»^(٢).

وقد يستشكل هذا القياس بأن الوعد في بيع الوفاء لازم على طرف واحد، وهو المشتري الأول، وليس على البائع، فإنه يسع للبائع الأول أن لا يشتريه حتى يمضي الأجل، ولكن المقصود من هذا التنظير أن الفقهاء اعتبروا حاجات الناس في إلزام ما لم يكن لازماً في الأصل.

(١) الفتاوى الخانية، بهامش الفتاوى الهندية: ١٦٥/٢، فصل في الشروط المفسدة في البيع.

(٢) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطاب، ص ٢٣٣.

وإن عبارة قاضي خان - رحمه الله تعالى - بصفة خاصة صريحة في أن المواعدة يمكن أن تجعل لازمة لحاجة الناس، والمواعدة إنما تكون من الطرفين، فتيين أنه لا بأس بجعلها لازمة عند الحنفية لحاجة الناس.

ولاشك أن الحاجة في إزام المواعدة ظاهرة، ليس في عقود التوريد فقط، بل في كثير من أنواع التجارة المعاصرة، ولاسيما في التجارة الدولية، فإنه لا يمكن في كثير من الحالات أن يقع البيع على سلع موجودة متعينة عند إبرام اتفاقية البيع، فكثيراً ما تريد جهة أن تشتري كمية كبيرة من سلعة، يحتاج البائع لتوفيرها إلى وقت، ولكن من صالح الطرفين أن تكون بينهما اتفاقية ملزمة للطرفين غير قابلة للنقض، لأنه لو ترك الأمر بيد كل فريق أن يمتنع من إبرام البيع كلما شاء، لتضرر به الفريق الآخر ضرراً بيتناً، فمثلاً أبدى المشتري رغبة في شراء ألف طن من القمح وإن البائع لا يوجد عنده القمح بهذه الكمية، فاتفق مع المشتري أنه سوف يوفره لتاريخ معين بعد أسبوع مثلاً، ووعد المشتري بأنه سوف يشتريه في ذلك التاريخ، وإن البائع - اعتماداً على وعده - أنفق مبالغ باهظة للحصول على هذه الكمية من القمح، وصرف جهده ووقته. وإنه استطاع بعد هذا الجهد أن يوفر القمح في التاريخ المتفق عليه، فلما عرضه على المشتري، امتنع المشتري من إبرام الشراء، فلو لم يكن وعد المشتري ملزماً، تضرر به البائع ضرراً بيتناً، فإنه لم يتكبد هذا الجهد، ولم ينفق هذه المبالغ الخطيرة إلا لهذا المشتري، وربما لا يوجد من يشتري منه ذلك النوع من القمح بهذه الكمية الكبيرة، فرفض المشتري شراءه يضيع ماله ووقته وجهده، ويسبب له خسائر لا تتحمل.

وفي جانب آخر لو لم يكن وعد البائع ببيع هذا القمح ملزماً، ربما يتضرر به المشتري، وذلك أنه لما وعده البائع بتوفير هذه الكمية من القمح، فإنه يمسك عن طلبها من تاجر آخر اعتماداً على وعد البائع، في حين أنه يحتاج إليه في التاريخ المتفق عليه، فلو أخل البائع بوعده، وامتنع من توفير القمح في ذلك التاريخ، فإن المشتري لا يمكن له أن يحصل على هذه الكمية في ذلك التاريخ، وإنه يحتاج إلى أن يطلب تاجراً آخر يتفق معه لتوفير الكمية المطلوبة خلال الأسبوع القادم،

مع أنه يحتاج إليها في هذا الأسبوع . ثم عدم إلزام الوعد يجري على التاجر الجديد أيضاً، فيمكن أن يمتنع هو عن إبرام البيع، كما امتنع البائع الأول، فلا سبيل إلى اطمئنان المشتري بتوفير الكمية المطلوبة في أي تاريخ مستقبل إلا بأن يكون الوعد ملزماً على البائع . فمن صالح كلتا الجهتين أن يكون وعد كل منهما وعداً ملزماً، وفي جعل هذه المواعدة غير ملزمة لأحد من الطرفين حرج بين كما أسلفنا .

وقد ذكر الإمام أبو بكر الجصاص في تفسير قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ [الصف : ٢]، ما نصه :

«يحتج به في أن كل من ألزم نفسه عبادة أو قرية، وأوجب على نفسه عقداً لزمه الوفاء به، إذ ترك الوفاء به يوجب أن يكون قائلاً ما لا يفعل، وقد ذمَّ الله فاعل ذلك، وهذا فيما لم يكن معصية، فأما المعصية فإن إيجابها في القول لا يلزمه الوفاء بها . . . وإنما يلزم ذلك فيما عقده على نفسه مما يتقرب إلى الله عزَّ وجلَّ، مثل النذور، وفي حقوق الآدميين، العقود التي يتعاقدونها»^(١).

وظاهر آخر هذه العبارة يدل على أن الوعود يجب إيفاءها إذا كانت متعلقة بالعقود التي يتعاقد بها الناس، وإن كانت الوعود من الطرفين .

وقد يستشكل هذا بأنه إذا جعلنا المواعدة من الطرفين لازمة فلا يبقى هناك فرق بين هذه المواعدة اللازمة على الطرفين وبين البيع المضاف إلى المستقبل الذي اتفق الأئمة الأربعة على عدم جوازه .

والجواب أن المواعدة ليست عقداً باتاً، وإنما هي موافقة الطرفين على إنجاز العقد في تاريخ لاحق وهو يحتاج إلى الإيجاب والقبول في ذلك التاريخ اللاحق، والفرق أن إنجاز العقد ينقل المعقود عليه من ذمة إلى ذمة، فمن أنجز الشراء فإنه جعل الثمن ديناً في ذمته، ومن أنجز البيع، فإنه نقل ملكية المبيع إلى المشتري، أو جعل المبيع ديناً في ذمته إن كان البيع سلماً، وإن هذا الانتقال من ذمة إلى ذمة يحدث فور ما يتم الإيجاب والقبول، ولذلك من اشترى داراً لسكنائه،

(١) أحكام القرآن، للجصاص: ٤٤٢/٣ .

ولم يدفع الثمن إلى بائعها، فإنه صار مديناً للبائع بمقدار الثمن، وتجري عليه سائر أحكام المديون، فلا تجب عليه الزكاة بمقدار هذا الدين على قول من يجعل الدين مانعاً لوجوب الزكاة حالاً كان أو مؤجلاً^(١)، وإذا أفلس المشتري فإن البائع أسوة للغرماء على قول الحنفية، وكذلك من باع الحنطة سلماً، فإنه أصبح مديناً للمشتري بذلك المقدار من الحنطة، فتسقط عنه الزكاة بذلك المقدار، لكونه ديناً عليه. ولا يسقط هذا الدين بموت المسلم إليه، فيؤخذ المسلم فيه من تركته حالاً^(٢).

أما المواعدة فلا تنشئ ديناً على أحد من الطرفين، فلا تحدث بها هذه النتائج. فإذا تواعدا على بيع الشيء في تاريخ لاحق، لم يكن الثمن ديناً في ذمة الواعد بالشراء فلا تسقط عنه الزكاة بمقدار الثمن، ولم يكن المبيع ديناً في ذمة الواعد بالبيع، فلا تسقط عنه زكاته، ولا يحق للواعد بالشراء أن يأخذ الشيء الموعود ببيعه من تركه الواعد بالبيع بعد موته، أو بعد إفلاسه. فظهر أن المواعدة ليست عقداً ولا تنتج عنها آثار العقد ولا المديونية إلا في التاريخ الموعود، ولا تحدث هذه النتائج بصفة تلقائية، حتى في التاريخ الموعود، بل يجب عند ذلك أن يتم الإيجاب والقبول من الطرفين، على أنه إن عرض لأحد الطرفين في المواعدة عذر حقيقي مقبول منعه من إنجاز الوعد، فإنه يُعد معذوراً ولا يجبر على إنجاز العقد، ولا على دفع التعويض. أما في البيع المضاف إلى المستقبل فعجز أحد الطرفين من تنفيذ مسؤولياته العقدية لا يسبب فسخ البيع تلقائياً، وإنما يحتاج إلى الإقالة بالتراضي.

أما أثر كون المواعدة لازماً، فلا يتجاوز من أن يجبر الحاكمُ الفريقين بإنجاز العقد في التاريخ الموعود. وإن أخلَّ أحدهما بالوفاء بوعده، حملته الحاكم ما تضرر به الآخر من الضرر المالي الفعلي الذي حدث بسبب تخلفه عن

(١) راجع بدائع الصنائع، للكاساني: ٨٣/٢، طبع دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٤١٧هـ.

(٢) راجع رد المحتار: ٢٣/٤، باب السلم.

الوفاء^(١). وهذه النتيجة مختلفة تماماً عن نتائج إنجاز العقد الذي ينقل المعقود عليه من ذمة إلى ذمة .

ولاشك أن هذه الفروق بين المواعدة وبين إنجاز العقد فروق دقيقة، وإذا وقعت المواعدة الملزمة من الطرفين، فإنها تشابه العقد ولو لم تكن عقداً، فلا ينبغي في عامة الأحوال أن تجعل المواعدة ملزمة في القضاء، تفادياً لشبهة العقد في تاريخ مستقبل، كما صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي . ولكن بما أن المواعدة الملزمة ليست عقداً باتاً في حقيقة الأمر لفوارق ذكرناها، فإنها يمكن أن يصار إليها في مواقع الحاجة العامة، وهو الذي نص عليه قاضي خان - رحمه الله - بقوله: «لأن المواعدة قد تكون لازمة، فتجعل لازمة لحاجة الناس»^(٢).

والحاجة العامة في عقود التوريد واردة بلا شك لما قدمناه فتجعل اتفاقيات التوريد مواعدة ملزمة على الطرفين بإنشاء عقد في المستقبل، ثم يتم العقد في حينه على أساس الإيجاب والقبول، أو على أساس التعاطي والاستحجار^(٣).

وهذا هو التكييف الفقهي السليم عندي لاتفاقيات التوريد، دون أن نجعلها عقوداً بآتة مضافة إلى تاريخ مستقبل، والله سبحانه وتعالى أعلم .

ولكن لا تكون هذه المواعدة ملزمة للطرفين إلا إذا كانت الاتفاقية واضحة محددة لقدر المبيع، ومواصفاته، وثمانه، أو على أساس معلوم محدد لتحديد الثمن بما ينفي الجهالة عن المبيع وثمانه كليهما . أما إذا كانت الاتفاقية فيها جهالة في مثل هذه الأمور، فلا تعد المواعدة ملزمة .

وقد يطالب المشتري في اتفاقيات التوريد بمبلغ عند التوقيع على الاتفاقية،

(١) وهذا ما صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي في إخلاف الوعد من طرف واحد، في دورة مؤتمره الخامس بالكويت سنة (١٤٠٩هـ)، قرار رقم (٢، ٣)، مجمع الفقه الإسلامي، عدد(٥): ١٥٩٩/٢ .

(٢) الفتاوى الخانية بهامش الهندية: ١٦٥/٢ .

(٣) وقد درست عقود التعاطي والاستحجار في كتابي (بحوث في قضايا فقهية معاصرة)، ص ٥٣- ٦٨، طبع دار القلم بدمشق .

وذلك ضماناً لجديته في الشراء، وتيسيراً على البائع للحصول على المبيعات المطلوبة، وإن هذا المبلغ ليس عزبوناً على أساس التكييف الفقهي الذي ذكرناه. وذلك لأن اتفاقية التوريد ليست عقداً باتاً، وإنما هي مواعدة لإنجاز العقد في المستقبل. أما العزبون فإنه (عند من يقول بجوازه) بيع يثبت فيه الخيار للمشتري، فإذا أمضى البيع اعتبر مبلغ العربون جزء من الثمن، وإن ردَّ البيع كان مبلغ العربون للمالك، يقول ابن قدامة - رحمه الله تعالى -:

«والعربون في البيع: هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره، على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع»^(١).

فتبين أن بيع العربون بيع يثبت فيه الخيار للمشتري، يقابله شيء من المال في حالة رد البيع فقط، وحيث إن اتفاقية التوريد ليست عقداً للبيع أو الشراء، وإنما هي مواعدة فقط، فلا يمكن أن نجعل هذا المبلغ عربوناً، ولا مانع من أن يطالب به المشتري ضماناً لجديته في الموضوع، ولكنه يكون أمانة عند البائع وإن خلطه بماله أو صرفه، فإنه يكون مضموناً عليه بكامله. نعم إذا تخلف الواعد بالشراء عن وعده بدون عذر مقبول، وحمَّله الحاكم تعويضاً عن الضرر الفعلي الذي أصاب الفريق الآخر بتخلفه، فإنه يجوز أن تقع المقاصة بين ضمان الجدية وبين التعويض المفروض على الواعد بالشراء، فإن كان التعويض المفروض من الحاكم أقل من المبلغ المدفوع ضماناً للجدية، رد الواعد بالبيع ما بقي، وإن كان التعويض المفروض أكثر، دفع الواعد بالشراء ما زاد على ضمان الجدية.

وخلاصة ما وصلنا إليه في اتفاقيات التوريد ما يلي:

- ١- إن كان محل التوريد شيء يقتضي صناعة، فإن عقد التوريد يُخرَج على أساس الاستصناع، ويكون عقداً باتاً، وتجري عليه أحكام الاستصناع.
- ٢- وإن كان محل التوريد شيء لا يقتضي صناعة، فإنه لا يكون عقداً باتاً، وإنما يكون مواعدة لإنجاز العقد في تاريخ لاحق. ثم يتم العقد في حينه بإيجاب وقبول.

(١) المغني، لابن قدامة مع الشرح الكبير: ٤/٢٨٩.

٣- يجوز أن تجعل هذه المواعدة ملزمة للطرفين للحاجة العامة .

٤- إن أثر إلزام هذه المواعدة، أن يجبر كل واحد من الطرفين على إنجاز وعده من قبل الحاكم، وإن امتنع أحد منهما عن الوفاء بوعده، وتضرر به الآخر ضرراً فعلياً، فإن المتخلف يعوضه عن الضرر الفعلي الحقيقي .

٥- يجوز أن يطالب الواعد بالبيع ممن وعد بالشراء مبلغاً لضمان جديته، وإن هذا المبلغ ليس عربوناً، ولكنه أمانة بيد الواعد بالبيع، وإن خلطه بماله أو تصرف فيه صار ضامناً له، والله أعلم بالصواب .

* * *

عقود المناقصة

المناقصة طريقة تتبعها جهات تريد شراء سلع أو خدمات بأقل ما يعرض عليهم من سعر، وهو في حقيقته ضد المزايدة أو بيع من يزيد، فالمزايدة يجريها البائعون، فيريدون أن يعقدوا البيع بأكثر ما يُعرض عليهم من ثمن، فيطلبون العروض من المشتريين، ويعقدون في الأخير مع من يقدم أعلى عطاء.

والمناقصة يجريها المشترون، ويطلبون العروض من البائعين، ويرسون العطاء على من يتقدم إليهم بأقل الأسعار.

وإن المناقصات في عصرنا تجري إما في عقود المقاولات، أو في عقود التوريد. والطريقة المتبعة لإجراء المناقصة أن الجهة التي تريد أن تعقد مع مقاول لبناء عمارة مثلاً، وتريد أن يتقدم إليها المقاولون بعروض مختلفة، فإنها تدون تفاصيل البناء ومواصفاتها وشروط العقد في دفتر، ثم تدعو المقاولين إلى المناقصة عن طريق الإعلان في الجرائد أو الصحف، ويحدد في الإعلان العمل المطلوب وبعض تفاصيله، أما دفتر الشروط الذي يحتوي على تفاصيل العمل بكاملها، وعلى الشروط الأخرى للعقد، فإنما يعطى للمشاركين في المناقصة بثمان يحدد في الإعلان المنشور في الجرائد أو الصحف، كما أن الإعلان يحدّد آخر موعد لتقديم العروض، وتاريخ فضّ العروض، وفي بعض الحالات يطالب المقاولون بتقديم ضمان ابتدائي يبنى عن جدّتهم في تقديم العرض.

وعلى أساس هذا الإعلان يتقدم المقاولون بعروضهم في ظروف مختومة مع مبلغ الضمان الابتدائي، ثم إن الجهة الطالبة للمناقصة تفتح الظروف المختومة في موعد محدد بحضور المشاركين في المناقصة أو ممثلهم، ويعلن اسم كل صاحب عرض، وسعره، ويسجل، ثم يتم فحص العروض للتأكد من توافر

الشروط ومطابقة العروض للمواصفات المطلوبة، وموافقتها للإجراءات القانونية، ثم تختار الجهة الطالبة للمناقصة العرض الأقل سعراً إلا إذا كان ذلك السعر - بالرغم من كونه أقل بالنسبة لسائر العروض - أعلى بالنسبة إلى سعر السوق، فحينئذ تفاوض الجهة الطالبة مع صاحب العرض الأقل لتخفيض سعره ليكون موافقاً لسعر السوق. وكذلك إذا تساوت بعض العروض في أسعارها، ربما يلجأ إلى إجراء مفاوضة علنية بين أصحاب هذه العروض لاختيار الأصلح، أو يقسم العمل بينهم حسبما تقتضيه مصلحة الجهة الطالبة.

وبعد هذه الإجراءات يرسى العطاء لمن قُبل عرضه، ومثل هذه الإجراءات تُتخذ أيضاً في المناقصات التي تطلب فيها عقود التوريد، فأعلان طلب المناقصة يحتوي على مواصفات الأشياء المطلوبة وكمياتها، ويتقدم التجار بعروضهم لبيع هذه الأشياء، ويرسى العطاء لأقلها سعراً بالطريقة التي ذكرناها في المقابلة سواء بسواء.

وإن في البلاد المختلفة قوانين مختلفة تخضع لها المناقصات، وإجراءات لا داعي لذكر تفاصيلها في هذه العجالة، لأنها أمور إدارية لا يتعلق بها حكم فقهي، ولكننا نريد أن ندرس هنا الأسئلة الفقهية التي تتعلق بالمناقصات، وهي ما يلي:

- ١ - تكييف عقود المناقصة من الناحية الفقهية .
- ٢ - إن كانت المناقصة عقداً، فمتى يتم الإيجاب والقبول؟ .
- ٣ - هل يختلف الحكم باختلاف أنواع المناقصة؟ .
- ٤ - حكم أخذ عوض على دفتر الشروط .
- ٥ - حكم المطالبة بالضمان الابتدائي الذي يطلب من المشاركين في المناقصة، أو الضمان الانتهائي الذي يطلب ممن يرسوله العطاء .
- ٦ - حكم تقديم نسبة من الثمن من قبل الجهة الطالبة للمناقصة .
- ٧ - هل يجب على الجهة الطالبة للعروض أن تقبل عرض من تقدم إليها بالسعر الأقل؟ .

التكييف الفقهي للمناقصات:

لا يوجد ذكر للمناقصات في الكتب الفقهية، مع وجود ذكر المزايدات. لأن المناقصات ظاهرة جديدة أوجدها حاجات المشاريع الكبيرة من التجارة والصناعة، ولكن ليس معنى ذلك أن لا تكون المناقصة مقبولة شرعاً، ما لم يكن فيها ما هو محظور من الناحية الشرعية، ويمكن قياسها في بعض الأمور على المزايدة أو بيع من يزيد.

أما تكييفها الفقهي، فيختلف عندنا باختلاف موضوع المناقصة، فإن كان موضوع المناقصة عقداً يجوز إنجازه على الفور شرعاً، مثل عقد البيع للمبيعات الموجودة عند البائع، أو عقد الإجارة، أو عقد الاستصناع أو المقاوله، فالدعوة إلى المناقصة في هذه العقود دعوة إلى هذه العقود. وقد يزعم بعض الناس أن الدعوة إلى المناقصة عن طريق الإعلان الصحفي إيجاب من قبل الجهة الطالبة، وإرساء العطاء قبول من قبل صاحب العرض، وليس الأمر كذلك، لأن الإيجاب الفقهي لا بد له من تحديد السعر، أما الإعلان الصحفي فلا يتحدد فيه السعر من قبل الجهة الطالبة للمناقصة، ولأن العقد لا يتم بمجرد فتح العرض الأقل، فقد يحق للجهة الطالبة أن تجري مفاوضة مع صاحب العرض الأقل إذا كان سعره المعروف أكثر من سعر السوق، وفي بعض الحالات الأخرى أيضاً. فالصحيح أن الإعلان الصحفي ليس إلا دعوة للدخول في العقد، والإيجاب الفقهي هو تقدم صاحب العرض بعرضه، ويتوقف قبوله على إرساء العطاء، فكلما أرسى العطاء، ولو بعد إجراء المفاوضة، تحقق القبول، وتم العقد إذا كان الموضوع بيعاً منجزاً، أو إجارة أو استصناعاً.

وهذا هو الموقف المختار عند الفقهاء في بيع المزايدة، ويقول الحطاب رحمه الله تعالى:

«أما بيع المزايدة فالحكم فيه أن كل من زاد في السلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يمضيها له»^(١).

(١) مواهب الجليل، للحطاب: ٢٣٧/٤.

فقوله: «إن أراد صاحبها أن يمضيها له» صريح في أن العرض الزائد يحتاج إلى القبول.

ومن هنا قال الدكتور عبد الرزاق السنهوري:

«وبعينا في العقود التي تتم بالمزايدة أن نعرف متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول، فقد يُظن أن طرح الصفقة في المزاد هو الإيجاب، والتقدم بالعبء هو القبول. وليس هذا صحيحاً، فإن طرح الصفقة في المزاد لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقديم بعبء، والتقدم بعبء هو الإيجاب، أما القبول فلا يتم إلا برُسُوّ المزاد، ويكون هو إرساء المزاد على من يرسو عليه، وهذا هو الذي جرى عليه القضاء المصري في ظل القانون القديم»^(١).

ولما كان التقدم بعبء إيجاباً، فالظاهر من ضوابط الإيجاب الفقهية أن يجوز للموجب الرجوع عن إيجابه قبل رسو العبء الذي يعتبر قبولاً في بيع المزايدة وعلى هذا جرى القانون المصري، كما ذكره الدكتور السنهوري حيث يقول:

«فقد كان يعتبر التقدم بالعبء إيجاباً لا قبولاً، ويرتب على ذلك جواز الرجوع فيه قبل إرساء المزاد»^(٢).

وقد ذكر في الحاشية على أن على هذا الأساس صدر الحكم من محكمة الاستئناف المصرية، وهذا هو القياس، وإن لم يتعرض لبيانه معظم فقهاء الحنفية، ولكن يظهر من كتب المالكية أن الذي يتقدم بالعبء في المزايدة - وهو الموجب - لا يحق له الرجوع من إيجابه إلى أن يرسو العبء. قال ابن رشد - رحمه الله تعالى -:

«والحكم فيه أن كل من زاد في السلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن

(١) الوسيط: ٢٢٦/١، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(٢) المصدر السابق نفسه.

يُضئها له بما أعطي فيها ما لم يسترده سلخته فيبيع بعدها أخرى أو يمسكها حتى ينقضي مجلس المناذاة»^(١).

وقال الحطاب - رحمه الله تعالى -:

«إذا تبين له أنه يصيح عليهم ثلاثة أيام للزيادة، فكل من أعطاه شيئاً لزمه الشراء على أن البائع بالخيار ما لم تنقض أيام الصياح، فلصاحب العبيد أن يلزم المشتري الشراء وإن انقضت أيام الصياح ما لم يتباعد ذلك، وقد قيل: إنه ليس للمشتري أن يرد السلعة بعد مضي أيام الخيار، فعلى هذا القول ليس له أن يلزمه الشراء بعد انقضاء أيام الصياح، ولو كان الذي يُصاح عليه في بيع المزايدة مما العرف فيه أن يمضي أو يرد في المجلس، ولم يشترط أن يصيح عليه أياماً، لم يلزمه الشراء بعد أن ينقلب بالسلعة عن المجلس»^(٢).

وقال بعد ذلك:

«فتحصل من كلام ابن رشد والمازري وابن عرفة في بيع المزايدة أن كل من زاد في السلعة، فلربها أن يلزمه إياها بما زاد، إلا أن يسترده البائع سلخته، ويبيع بعدها أخرى، أو يمسكها حتى ينقطع مجلس المناذاة، إلا أن يكون العرف للزوم بعد الافتراق أو يشترط ذلك البائع، فيلزم المشتري البيع بعد الافتراق في مسألة العرف بمقدار ما جرى به العرف وفي مسألة الشرط في الأيام المشروطة وبعدها بقرب ذلك على مذهب المدونة، فإن شرط المشتري أنه لا يلزم البيع إلا مادام في المجلس فله شرطه ولو كان العرف بخلافه»^(٣).

وهذه النصوص صريحة في أن المتقدم بالعطاء في المزايدة ليس له الرجوع عن إيجابه إلى أن يرسو العطاء، أو تلغى المزايدة، فإن كان العرف على امتداد هذا اللزوم على المشتري حتى بعد مجلس المناذاة، عمل به، إلا أن يشترط

(١) البيان والتحصيل: ٤٧٦/٨، ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت (١٤٠٤هـ).

(٢) مواهب الجليل، للحطاب: ٢٣٨/٤، طبع (١٣٩٨هـ).

(٣) المصدر السابق: ٢٣٩/٤.

المشتري أنه لا يلزمه الشراء إلا مادام في المجلس، فالشرط يقضي على العرف .
فظهر بهذا أن المالكية فرقوا بين بيوع المساومة العامة وبين المزادات، حيث
يحق للمشتري في المساومة أن يرجع عن إيجابه متى شاء قبل قبول البائع، ولا يحق
له ذلك في بيوع المزادة .

ولاشكَّ أنه لا فرق بين المزادة والمناقصة في هذا الموضوع، فينطبق
عليها جميع أحكام المزادة من هذه الجهة، فمقتضى القواعد العامة أنه يجوز
لمن تقدم في المناقصة بعبء أن يرجع عن إيجابه قبل رسو العطاء، ولكن مقتضى
ما ذكره المالكية أنه لا يجوز له الرجوع بعد تقدمه بالعرض، وعلى هذا الأخير
جرت معظم قوانين المناقصة المعاصرة، وبما أن المسألة اجتهادية، فهناك سعة
بأخذ ما فيه مصلحة، ولكن الذي يظهر لي أن القول بإعطاء صاحب العرض الحق
في الرجوع أعدل وأقيس، لأننا متى جعلنا عرضه إيجاباً، فلا وجه لحرمانه من
الحقوق التي يستحقها الموجب في البيوع الأخرى .

ثم إن الفقهاء المالكية إنما ألزموا الإيجاب على الموجب في المزاد العلني
الذي يتقدم فيه كل أحد بعبئه عن بصيرة تامة وعن علم بما تقدم به الآخرون،
ويرسو العطاء فيه فوراً. أما المناقصات فمعظمها تجري على أساس السرية ويقع
البت فيها بعد مدة، وحينئذ قد يضطر فيها صاحب العرض إلى سحب عرضه
لتقلبات الأسعار في السوق أو لأعداء أخرى حقيقية، فلا تقاس المناقصة السرية
على المزاد العلني الذي يقع فيه البت في المجلس .

هل العرض الأقل لازم على صاحب المناقصة؟:

ومن النتائج المنطقية لجعل العرض إيجاباً، أن يحق لصاحب المناقصة أن
يقبل ما شاء من عطاء ويرفض ما شاء . وبهذا صرح الفقهاء المالكية في المزادة،
فقال ابن رشد رحمه الله :

«وهو (أي البائع في المزادة) مخير في أن يمضيها لمن شاء ممن أعطى
فيها ثمناً وإن كان غيره قد زاد عليه، هذا الذي أحفظ في هذا من قول الشيخ
أبي جعفر بن رزق رحمه الله، وهو صحيح في المعنى، لأن حق صاحب السلعة

أن يقول للذي أراد أن يلزمها إياه إن أبي من التزامها، وقال له بع سلعتك من الذي زاد عليّ فيها لأنك إنما طلبت الزيادة وقد جدتها: أنا لا أحب معاملة الذي زاد في السلعة عليك، وليس طلبتي الزيادة فيها»^(١).

فلو أجرينا المناقصة على أساس هذا القول، جاز لصاحب المناقصة أن يقبل أي عرض شاء، سواء كان أقل أو أكثر، وربما تضطر الجهة الطالبة للمناقصة إلى قبول عرض سعره أكثر لمصالح أخرى، مثل كون صاحب العرض أتقن وأوثق بالنسبة لمن عرض سعراً أقل، ولكن بما أن المناقصات تجري عموماً من قبل الجهات الحكومية أو المؤسسات الكبرى التي تمر فيها العملية من خلال أيدي كثير من الناس، فإن قبول السعر الأكثر معرض لتهمة التواطؤ، والرشوة وغيرها، فينبغي أن تكون مثل هذه المناقصات خاضعة لتشريعات تضمن شفافية العملية، ويؤمن معها من التواطؤ والرشوة.

هذا كله بالنسبة للمناقصات التي موضوعها عقد باتّ، كالبيع أو الإجارة، أو المقاوله والاستصناع. أما إذا كان موضوعه توريد أشياء غير مملوكة للبائع، فقد ذكرنا فيما سبق أن اتفاقية التوريد في هذه الحالة مواعدة لإنجاز العقد في المستقبل. فليس هناك إيجاب وقبول لإنجاز العقد في هذه المرحلة، وإنما الإعلان الصحفي لمثل هذه المناقصة دعوة للتجار للدخول في مواعدة أو التفاهم العام، ولكن لا بأس أن تتخذ لها جميع الإجراءات التي ذكرناها، بشرط أن لا يُظن أن إرساء العطاء عقد باتّ للبيع مضاف إلى المستقبل، بل يرسو العطاء على أنه مواعدة من الطرفين ملزمة عليهما، لإنجاز البيع في تاريخ مستقبل. وقد فصلنا الفرق بين الأمرين عندما تكلمنا عن التوريد.

الأنواع المختلفة للمناقصة:

وللمناقصة أنواع مختلفة، فمعظم المناقصات مناقصات عامة تتجه دعوة المشاركة فيها إلى كل من يريد ذلك، ولذلك تنشر الدعوة في الجرائد والصحف،

(١) البيان والتحصيل، لابن رشد، ص ٤٧٦.

وبعضها مناقصات خاصة لا تعلن في الصحف، وإنما توجه فيها الدعوة إلى عدد محدود من المشاركين بتوجيه الرسائل إليهم، ولا فرق بين النوعين من الناحية الشرعية، فكل ما ذكرنا من تكييف المناقصة وأحكامها ينطبق على النوعين سواء بسواء.

وكذلك تنقسم المناقصات إلى مناقصات محلية تقتصر الدعوة فيها إلى التجار والمقاولين في داخل البلد، وإلى مناقصات دولية يشترك فيها التجار من خارج البلد أيضاً، ولا فرق بينهما أيضاً من حيث أحكام الشريعة.

وهناك مناقصات علنية تكون عروض الأسعار فيها مكشوفة لكل أحد. ومناقصات سرية تقدم فيها العروض في ظروف مختومة، ولا يطلع أحد من المشاركين على تفاصيل عرض الآخر إلى أن يرسو العطاء. والمعهود في الفقه الإسلامي هو المزاد العلني، وما وجدت للمزاد السري ذكراً في كتب الفقه، ولكن ليس معنى ذلك أن المزاد السري ممنوع شرعاً، لأنه لا يلزم بسرية العروض محظور شرعي، بل العروض السرية أبعد عن شبهة النجش وغيره، فلا مانع من كونها سرية، وكذلك المناقصة والتكييف الفقهي والأحكام المتعلقة به في كلا النوعين سواء.

قيمة دفتر الشروط:

والمعمول به في المناقصات عموماً أن الجهة الإدارية التي تريد أن تجري المناقصة تسجل تفاصيل العقد ومواصفاته في دفتر، وهذا الدفتر يعطى للمشاركين بعوض مالي، فالسؤال الفقهي: هل يجوز للجهة الإدارية أخذ عوض مقابل دفتر الشروط؟ فإذا نظرنا إلى أن هذا الدفتر إنما يرجع نفعه إلى الجهة الإدارية، حيث إنها هي التي تريد أن تجري المناقصة لصالحها، لم يكن هناك مبرر لها في أخذ عوض مقابل هذا الدفتر. ولكن هناك ناحية أخرى لا يمكن غض النظر عنها، وهي أن إعداد دفتر الشروط ربما يحتاج إلى دراسات فنية، ورسم خرائط دقيقة، مما يتطلب جهداً ومالاً، ومن ناحية أخرى، إن هذا الدفتر يخفف مؤونة المقاولين أو التجار، لأنه لولا هذا الدفتر لاحتاج كل عارض إلى أن يجري هذه الدراسات

الفنية بنفسه، ويتكبد في ذلك جهداً، ويبدل لأجله مالا، ومن هذه الجهة يبدو أن الجهة الإدارية تستحق أن تطالب عوضاً مقابل هذا الدفتر.

والذي يظهر لهذا العبد الضعيف - عفا الله عنه - أنه لو كان دفتر الشروط لا يتضمن دراسات فنية، وكان مشتملاً على مجرد شروط العقد، فلا يجوز للجهة الإدارية أن تتقاضى عليه ثمناً، لأنه بمنزلة بيان شروط العقد من أحد العاقدين، ولا يجوز أخذ العوض على ذلك. أما إذا كان هذا الدفتر مشتملاً على دراسات فنية يحتاج إليها المشاركون في المناقصة لإعداد عروضهم، فيجوز للجهة الإدارية أن تأخذ على دفعه عوضاً يغطي تكاليف الجهة الإدارية في إعداده.

وهذا قريب مما صدر به قرار من مجمع الفقه الإسلامي في موضوع بيع المزايدة، ونصه ما يلي:

«لا مانع شرعاً من استيفاء رسم الدخول - قيمة دفتر الشروط بما لا يزيد عن القيمة الفعلية - لكونه ثمناً له»^(١).

طلب الضمان من المشاركين:

وإن الجهة الإدارية صاحبة المناقصة تطالب المشاركين بتقديم ضمان، وهذا المضمن على قسمين:

القسم الأول، هو الضمان الابتدائي الذي يطالب بتقديمه مصحوباً بتقديم العرض، والغرض منه التأكد من جدية العارض في تقديم عرضه، ويكون مبلغ هذا الضمان نسبة من قيمة العرض عموماً، والمعمول به أن هذا المبلغ يصادر عليه إذا سحب العارض عرضه قبل موعد إرساء العطاء ويرد هذا المبلغ إلى أصحاب العروض الذين لم يفوزوا بالصفقة.

والقسم الثاني، هو الضمان النهائي: ويطلب به من رسا عطاؤه وفاز

(١) قرار رقم (٧٣): ٨/٤، للدورة الثامنة للمجمع المنعقدة في بروناي، دار السلام سنة (١٤١٤هـ)، راجع مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن: ٢/٢٥، فقرة (٥).

بالصفقة، والمقصود من مطالبة هذا الضمان إلزام من نجح في المناقصة بتنفيذ العقد بشروطه ومواصفاته ومواعيده الزمنية، فهو ضمان يقدمه المتعاقد لتوثيق التزاماته وأنه سوف يقوم بمسؤولياته العقدية في وقتها الموعود.

حكم الضمان الابتدائي:

فأما الضمان الابتدائي، فحكمه أنه لا يظهر هناك مانع من المطالبة به للتأكد من جدية العارض مادام أنه لا يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، وهذا إنما يحصل إذا بقي مبلغ الضمان كأمانة عند الجهة الإدارية، ولو وقع خلطه بالأموال الأخرى، فيكون مضموناً عليها، وإن وقع استثماره، فيجب أن يرجع ربحه إلى صاحب العرض الذي قدمه، وإن لم يفز هذا العارض بالصفقة، بمعنى أنه لم يقبل عرضه، فإنه يرد عليه كامل المبلغ، مع ربحه إذا أودع في وعاء استثماري مقبول شرعاً^(١).

وما يعمل به عموماً من مصادرة هذا المبلغ إذا سحب العارض عرضه قبل موعد إرساء العطاء، غير مقبول من الناحية الشرعية إطلاقاً، وهو من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، لأننا حققنا فيما سبق أن التقدم بالعرض إيجاب من قبل العارض. ويحق شرعاً لكل من يتقدم بالإيجاب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر، فلا وجه لمصادرة ما تقدم به من الضمان الابتدائي، وكثيراً ما تقع حالات يضطر فيها العارض لسحب عرضه، فكيف يجوز معاقبته في مثل هذه الحالات؟ حتى لو أخذنا بقول المالكية الذين يرون التقدم بالعرض في المزايدة ملزماً على الموجب/ العارض، ولا يعترفون بحقه في الرجوع، فإن غاية هذا الإلزام أن يجبر على العقد قضاء، أو يُحمّل الضرر المالي الذي تضررت به الجهة صاحبة المناقصة فعلاً، وإلا صارت هذه المصادرة عقوبة مالية لا يجوز لأحد أن يتفدّها إلا القاضي على قول من يجوز الغرامة المالية كعقوبة مشروعة، وخاصة في حين أن المالكية إنما ألزموا الإيجاب على العارض في المزاد العلني الذي يرسو فيه

(١) البيان والتحصيل: ٤٨٦/٨، وقد سبق تفصيله.

العطاء في مجلس المزاد، ولا ينطبق ذلك تماماً على المناقصات السرية التي يتم البت فيها بعد مدة تحتل فيها تقلبات الأسعار بصفة غير متوقعة.

فلا يجوز شرعاً مصادرة الضمان الابتدائي إذا سحب العارض عرضه قبل إرساء العطاء. وقد يستشكل هذا بأنه لا تظهر هناك فائدة لهذا الضمان إذا وجب رد مبلغه إلى العارض في جميع الحالات. والجواب عن هذا الإشكال أن هذا المبلغ ليس إلا للتأكد من جدية صاحب العرض، وليس ضماناً في مفهومه الفقهي، فإن الضمان إنما تسبقه مديونية، وإن مجرد التقدم بالعرض لا ينشئ ديناً على صاحب العرض. ولا شك أن من يتقدم بهذا المبلغ عند تقديم عرضه، فإنه ينيئ عن جديته في الاشتراك، لأنه لا يتنازل أحد عن سيولته، ولو لمدة قصيرة، إلا من يريد أن يدخل في العقد حقيقة، وهذه الفائدة حاصلة، والله سبحانه أعلم.

حكم الضمان النهائي:

أما الضمان النهائي، فإنه يطالب به من يفوز بالصفقة من بين العارضين، وإنما يطالب به لتوثيق أن الفائز بالصفقة يلتزم بمسؤولياته التعاقدية، وقد يزعم بعض الناس أنه من قبيل العربون، وليس الأمر كذلك، لأن العربون الذي أجازته الحنابلة إنما يقدمه المشتري، وصاحب العرض في المناقصات هو البائع إذا كان موضوع المناقصة توريداً، أو استصناعاً، والمؤجر إن كانت المناقصة موضوعها تقديم بعض الخدمات. والواقع أنه لا يوجد هناك نظير في الفقه الإسلامي بمطالبة شيء من البائع أو المؤجر إلا مطالبة الرهن من المسلم إليه الذي جوزه بعض الفقهاء ومنعه آخرون. ولكن ذلك إنما يمكن إذا كان البيع باتاً، كما في السلم أو الاستصناع. أما في عقود التوريد فلا. وغاية ما يمكن أن يبرر به هذا الضمان هو على أساس (ضمان الجديّة) فينطبق عليه كل ما ذكرنا في الضمان الابتدائي من أنه أمانة ابتداء، وإن خلط بمال آخر، فإنه مضمون على صاحب المناقصة. وإن وقع استثماره فإنه يرجع ربحه إلى المتقدم به، ويجب رده، مع ربحه (إذا كان مستثمراً في جهة مقبولة شرعاً) إلى صاحبه عند تمام تنفيذ العقد. ولا يجوز مصادرته إلا إذا تخلف صاحبه من أداء واجبه، وحصل بالتخلف ضرر مالي لصاحب المناقصة

فعلاً، فيمكن أن تقع المقاصة بين هذا المبلغ وبين ما يجب على المتعاقد من تعويض مالي .

وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي بشأن الضمان في بيوع المزايدة بما نصه :

«طلب الضمان ممن يريد الدخول في المزايدة جائز شرعاً، ويجب أن يُردّ لكل مشارك لم يرسُ عليه العطاء، ويحتسب الضمان المالي من الثمن لمن فاز بالصفقة»^(١).

وبما أن هذا القرار كان موضوعه المزايدة، ويطلب فيه الضمان من المشتري، فيمكن تخريجه على أساس العربون، وليس الأمر كذلك في المناقصات التي يطلب فيها الضمان من البائع أو المقاول، فلا بدّ من رد هذا المبلغ بعد تنفيذ العقد مع سائر واجبات المتعاقد الأخرى، ولا يصادر هذا المبلغ إلا في الصورة التي ذكرناها من تخلف المتعاقد عن تنفيذ العقد، وتحمله الضرر الفعلي المالي الذي أصاب صاحب المناقصة، فحينئذ تقع المقاصة بين المالين، والله سبحانه وتعالى أعلم . وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

* * *

(١) قرار رقم (٧٣) : ٨/٤ ، في الدورة الثامنة للمجمع المنعقدة في بروناي سنة (١٤١٤هـ) ، مطبوعاً في مجلة المجمع (العدد الثامن) : ٢٥/٢ ، فقرة (٤) .

عقد التوريد
دراسةً فقهيةً تحليليةً

إعداد
الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ملخص بحث (عقد التوريد)

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد:

فإن (عقد التوريد) من العقود التجارية التي تمخض عنها العصر الحديث، وما نتج عنه من تطور صناعي في التاج الكمي والنوعي، وتطور وسائل النقل، وحفظ البضائع وتأمينها، وتطور وسائل الاتصال الهاتفي والالكتروني، وقيام المؤسسات الاقتصادية المختلفة.

كان هذا أوجد مناخات تجارية، وعقوداً مالية واقتصادية تختلف تماماً كما وكيفاً عن التجارة في القرون الماضية.

عقد التوريد بمفهومه التجاري المتداول:

هو إحضار سلع من خارج حدود البلاد السياسية، وترتها الوطنية للراغبين فيها، يتكفل بها مكاتب متخصصة، أصحابها ذو خبرة واسعة بمواقع السلع ومصادرهما يبرمون عقوداً في داخل بلادهم مع التجار الراغبين فيها، يقومون بهذا الأمر إما بصفتهم وكلاء عن المصانع والشركات الخارجية حيناً، أو أنهم يمثلون الطرف الأول (بائعاً) في العقد، والتجار المحليين (مشتريين) طرفاً ثانياً حيناً آخر.

يرم العقد بين الطرفين على أحد هذين الوجهين مع وصف دقيق للسلعة بما يكون له أثر في اختلاف الأسعار، أو تقديم عينة وأنموذج لها، وتعيين الزمان والمكان لتسليمها للمشتري حسب المتفق عليه في العقد، واتخاذ إجراءات

تعاقدية لتأمين وصولها سليمة مع إحدى شركات التأمين، على أن يتم دفع الثمن مؤجلاً، أو على أقساط.

في ضوء هذه العناصر الرئيسة لهذا العقد يمكن تعريف (عقد التوريد) تعريفاً فقهيّاً بأنه: «عقد على عين موصوفة في الذمة بثمن مؤجل معلوم، إلى أجل معلوم في مكان معين».

العناصر المؤثرة في صحة هذا العقد أو عدمها:

١ - السلعة غير موجودة في مجلس العقد، وقد تكون معدومة في البلد المصدر لها لأنها مما يصنع حسب الطلب، وهذا هو الغالب.

٢ - أن العقد يتم على أساس الوصف، أو مشاهدة عينه لها.

٣ - أن المشتري لا يدفع الثمن حالاً، ولكن يدفعه لدى تسلمه السلعة إما دفعة واحدة، أو على أقساط.

يمكن أن ينظر إلى مشروعية هذا العقد من عدمها من خلال أصليين شرعيين، وتنزيله على أحدهما، أو على كليهما إن أمكن هذا.

الأصل الأول: تنزيله على عقد هو أكثر شبيهاً به، واتفاقاً معه في حقيقته، وأخص صفاته.

الأصل الثاني: أن يعد عقداً جديداً في ذاته، وصفاته، يخضع أولاً لقاعدة (الأصل في المعاملات الإباحة) والقواعد الشرعية الأخرى مثل قاعدة (المقتضي والمانع) وغيرها مما له علاقة موضوعية بهذا الأصل.

هذا ما يتم عرضه ملخصاً من كتابة البحث.

أما بالنسبة للأصل الأول وهو تنزيله على عقد من العقود المسماة الأكثر شبيهاً به فهو (عقد البيع على الصفة)، أو ما يسمى (بيع الصفات)، يجتمع معه في صفات رئيسة منها:

١ - أن العقد في كليهما قائم على أساس التوصيف الكامل للسلعة أو رؤية سابقة، أو مشاهدة عينة لها، وأنموذج منها.

٢ - غياب السلعة عن مجلس العقد في كلا العقدين، وينفرد عقد التوريد بعدم وجودها في الخارج حال العقد، ولكنها تصنع، أو تستنبت بعد تمام العقد، وقد تكون موجودة ولكن في بلد ناء بمئات بل بآلاف الكيلومترات، غير أن البائع، أو الوكيل يضمن حضورها سليمة في المكان والزمان والمواصفات المتفق عليها.

٣ - موضوع العقدين هو عموم السلع الضرورية، والحاجية والتكميلية والتحسينية.

٤ - القصد الأساس من العقدين هو التبادل الفعلي للسلع بحصول المشتري على السلعة المطلوبة لتلبية احتياجاته، أو احتياجات السوق، وحصول البائع على الربح لتسويق منتجاته، واطمئنان كل منهما على حصوله على ما يتم عليه العقد بالصفات، وفي الزمان، والمكان المحددين في العقد.

٥ - كلا العقدين يحققان مفهوم عقد البيع شرعاً فهماً من (بيوع الصفات) لا (الأعيان).

٦ - لا حضور للعوضين الثمن والمثمن أثناء العقد، وإنما يتم تسليم الثمن كله، أو دفعه على أقساط بعد استلام المشتري للبضاعة.

المحظور والمحاذير التي رآها الفقهاء القائلون بجواز البيع على الصفة وهم الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والقول المرجوح عن الشافعية في المبيع الغائب على الصفة أمور:

الأول: أن البعد المكاني يؤدي إلى تغير الصفات، ويعرض السلعة للهلاك.

الثاني: أن العدول عن الرؤية إلى الوصف غرر ومخاطرة، ويفضي إلى المنازعة.

ما من شك أن التحوط للأمر الأول وجيه، ووضعه في الاعتبار الفقهي في الماضي منطقي ومنسجم مع الوضع الاجتماعي، والتجاري، والأمني السابق، أما وقد زالت أسبابه في الوقت الحاضر بسبب التطور في وسائل النقل، وأساليب الحفظ، ووجود مؤسسات التأمين لضمان سلامة البضائع، فقد أصبح اعتبار هذا وافتراضه غير وارد، وغير مؤثر في صحة العقد إذ انتفى وجوده، بل إنه مرتفع عن كلا العقدين (عقد البيع على الصفات) و(عقد التوريد) في العصر الحديث.

أما الأمر الآخر: الغرر والمخاطرة بسبب عدم الرؤية واللجوء إلى الوصف، وعدم وجود أحد العوضين في مجلس العقد فقد ذكر الفقهاء من الشروط والقيود، والآثار المترتبة على عدم الرؤية للمبيع ما يحفظ حق الطرفين ويمنع أسباب النزاع بينهما، وهو ما يحاول الفقه الإسلامي أن يتفاداه المتعاقدان في جميع الأحوال والأزمان.

ولا يشكل على الفقيه انعدام السلعة، ولا يؤثر هذا على صحة العقد مادام الوصف في العقد يمنع الجهالة والغرر، ويسد باب المنازعة بين الطرفين، يقول العلامة ابن القيم رحمه الله: «ليس في كتاب الله، ولا في سنة رسول الله ﷺ، ولا في كلام أحد من الصحابة أن يبيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام، ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بعض الأشياء الموجودة، فليست العلة في المنع لا العدم، ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو لا يقدر على تسليسه، سواء كان موجوداً، أو معدوماً»^(١).

من خلال هذه القاعدة الفقهية التي قررها العلامة ابن القيم يتوجه النظر إلى (عقد التوريد) ليتم تنزيله متساوياً مع نظيره في العقد على (المبيع الغائب).

وفيما يلي عرض ملخص لبعض النصوص الفقهية من المذاهب تقدم تصوراً لتوقي الغرر والمخاطرة في البيع على الصفات، وتقطع دابر المنازعة بين

(١) إعلام الموقعين: ٩/٢.

الطرفين، وقد نبّه العلامة ابن تيمية رحمه الله: «أن من البيوع ما لا يقع فيها النزاع فتكون جائزة»^(١).

المذهب الحنفي:

جاء في الاختيار لتعليل المختار للعلامة عبد الله الموصلي: «ولابدّ من معرفة المبيع معرفة نافية للجهالة» قطعاً للمنازعة، فإن كان حاضراً فيكتفى بالمباشرة لأنها موجبة للتفريق، قاطعة للمنازعة. وإن كان غائباً فإن كان مما يعرف بالأنموذج كالكيّليّ والوزنيّ، والعدد المتقارب ف رؤية الأنموذج ك رؤية الجميع، إلا أن يختلف فيكون له خيار العيب، فإن كان مما لا يعرف بالأنموذج كالثياب، والحيوان فيذكر له جميع الأوصاف قطعاً للمنازعة، ويكون له خيار الرؤية»^(٢).

ولا يلزم دفع الثمن قبل استلام السلعة وهو ما ورد به النص: «فإن كان المبيع غائباً عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع؛ وإذا كان المبيع غائباً لا تتحقق المساواة بالتقديم»^(٣).

المذهب المالكي:

«باب بيع الصفات والبرامج: ولا بأس ببيع الأعيان الغائبة على الصفة، فإن وافقت الصفة لزم البيع فيها، ولم يكن للمشتري خيار الرؤية، وإن خالفت الصفة فالمشتري بالخيار في إجازة البيع، أو رده. . . وإن كانت السلعة المبيعة على الصفة مأمونة فلا بأس بنقد ثمنها، وإن كانت غير مأمونة فلا ينقد ثمنها قبل قبضها. ولا بأس ببيع البرنامج إذا كانت فيه الصفات التي تكون في السلعة. . .»^(٤).

(١) أبو غدة، عبد الفتاح، تراجم ستة من فقهاء العالم الإسلامي، ص ٦٠.

(٢) الاختيار لتعليل المختار، الطبعة الثالثة، تعليقات محمود أبو دققة، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، عام ١٣٩٥هـ، ١٩٧٥م: ٥/٢.

(٣) الكاساني، إعلاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٥/٢٣٧.

(٤) ابن الجلاب، أبو القاسم عبد الله، التفريع: ١٧٠/٢؛ انظر البحث، ص ٣٧٢.

المذهب الحنبلي:

«ويصح البيع (بصفة) تضبط ما يصح السلم فيه : لأنها تقوم مقام الرؤية في تمييزه (وهو) أي البيع بالصفة (نوعان : أحدهما : بيع عين معينة سواء كانت العين المعينة غائبة . . أو كانت العين المبعة بالصفة حاضرة مستورة كجارية منتقبة، وأمتعة في ظروفها . . والنوع الثاني) من نوعي البيع بالصفة : (بيع موصوف غير معين، ويصفه بصفة تكفي في السلم، إن صح السلم فيه) بأن انضبطت صفاته . . .»^(١).

أما بالنسبة للنوع الأول: «فيجوز التفريق قبل قبض الثمن، وقبل قبض المبيع .

وأما بالنسبة للنوع الثاني : فإنه يجب دفع الثمن قبل مغادرة المجلس وأجاز القاضي أبو يعلى التفريق من مجلس العقد قبل قبض المبيع والثمن دون تفرقة»^(٢).

المذهب الشافعي:

«الأظهر أنه لا يصح بيع الغائب (الثمن، أو المثلث) بأن لم يره أحد المتعاقدين، وإن كان حاضراً في مجلس البيع، بأن بالغ في وصفه أو سمعه بطريق التواتر .

والثاني وبه قال الأئمة الثلاثة يصح البيع إن ذكر جنسه، وإن لم يرياه، ويثبت الخيار للمشتري، وكذا البائع على خلاف فيه عند الرؤية . . .»^(٣).

أما تنزيله على الأصل الثاني قاعدة (المقتضى والمنع) وذلك بحسبه عقداً جديداً بذاته، فإنه يدخل دخولاً أولياً تحت قاعدة (الأصل في المعاملات الإباحة).

(١) البهوتي، كشف القناع: ٣/١٦٤-١٦٥.

(٢) انظر البحث، ص ٣٨٣.

(٣) تحفة المحتاج بشرح المنهاج، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر: ٤/٢٦٣.

أما المقتضى لهذا العقد فإنه في صورته الشائعة الآتفة الذكر، وصيغته السليمة الخالية من المحظورات يحقق مصالح متعددة لأطراف متعددين: البائع، المشتري، المصدر، المستورد، والمجتمع.

الحاجة إلى عقد التوريد ليست خاصة بأمة دون أمة بل أصبح حاجة الأمم والشعوب في كافة أقطار الدنيا مهما كان مستواها الحضاري والاجتماعي متقدمة، أو متخلفة، والقاعدة (أن الحاجة إذا عمت كانت كالضرورة).

تمثل هذه الأمور مجتمعة (المقتضى) للإباحة. إذا افترض سلامة العقد وتمامه وفق الأحكام الشرعية المطلوبة في العاقدين، والحال التي وقع عليها العقد ثمت أمور يحرمها الشرع وترجع إلى صفة العقد وهي ضروب: الربا ووجوهه، الغرر وأبوابه، تقتضي فساد عقد التوريد مثل غيره من العقود، فإذا خلا من الربا ووجوهه وأقسامه، ومن الغرر^(١) وأبوابه.

الوصفان الأوليان: (تعذر التسليم والجهل) منتفیان في عقود التوريد؛ حيث من ضرورياته اطمئنان المشتري من قدرة البائع على تسليم المبيع، وحرصه على التأكد من ذلك بأخذ ضمانات مالية للوفاء عن طريق مؤسسة تأمينية في أبسط عقود التجارة.

أما الجهل بالجنس، أو الصفات فهو ما لا يحدث في أي عقد تجاري بل يحرص كل من الطرفين أن يبين أخص الصفات ومقدارها وموعد التسليم دون تأجيل، أو مماثلة.

أما الخطر والمقامرة ببيع وشراء ما لا ترجى سلامته فإن التاجر في الوقت الحاضر مصدراً، أو مستورداً لا يقدم على إبرام عقد على توريد بضاعة حتى يضمن سلامة وصول السلعة وتأمين وصولها إلى أصحابها سليمة.

وإذا توافر المقتضى في هذا العقد، وانتفى المانع فقد خلص البحث في

(١) الغرر إذا أطلق فقهاً يقصد منه: تعذر التسليم، الجهل، الخطر، والقمار.

خاتمته إلى مشروعية عقد التوريد بمعناه الفقهي الأنف الذكر، استناداً على النصوص الفقهية المعتمدة، والقواعد الفقهية والأصولية الإجمالية، بشرط خلوه من المحظورات الشرعية فيما يتعلق بالعاقدين، والعوضين، وصفة العقد، يخضع في جميع مراحلها للمبادئ والقواعد الشرعية المقررة، وعدم المعارضة لقاعدة أو ضابط شرعي، فضلاً عن معارضة نص من الكتاب والسنة.

هذا العقد في تفاصيله وخصوصياته هو البديل السليم المناسب للبنوك الإسلامية عن بيع (المرابحة للآمر بالشراء) الذي طال فيه الخلاف بين الفقهاء المعاصرين بسبب الوعد للآمر بالشراء، ومدى لزومه شرعاً للمشتري.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام الدائمان الأتمان على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خيرته من خلقه سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين .

القسم الأول

عقد التوريد^(١)

التوصيف والتعريف

المبحث الأول

التوصيف

تقديم:

إن تطور الصناعة وتقدمها أوجد مناخات تجارية واقتصادية متباينة تماماً

(١) يصنف (عقد التوريد) في القانون بين العقود الإدارية تارة فيعرف بأنه: «اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وفرد، أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد، أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين». الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، مصر: مطبعة عين شمس، عام ١٩٨٤م، ص ١٢١ .

كما يصنف في القانون المدني والتجاري عندما يكون أطرافه أفراداً أو مؤسسات وشركات، تمثل أنفسها ليست لها علاقة بشخصيات القانون العام، والمرافق العامة، وإنما يرم بتمثيل عادي ولمصلحة خاصة. انظر: الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ٥٢، ٥٥، ١٢٣؛ وانظر: اتحاد المجامع اللغوية العلمية العربية، مصطلحات قانونية، العراق: مطبعة المجمع العلمي العراقي، عام ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م، ص ١٧٦ .

وبحسب الأطراف والأهداف في العقد يكون عقد التوريد من العقود التي قد تكون إدارية، أو مدنية وفقاً لخصائصها الذاتية، انظر: الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ٥٢، ٥٥، ١٢٣؛ وانظر: اتحاد المجامع اللغوية العلمية العربية، مصطلحات قانونية، العراق: مطبعة المجمع العلمي العراقي، عام ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م، ص ١٧٦ .

عما كان في الماضي ، فقد انتقلت التجارة من القلة والندرة إلى الكثرة والوفرة ، ومن التعامل البسيط إلى التعامل المعقد ، وأصبح لوسائل النقل السريعة والاتصال الهاتفي الأثر الكبير على تطور التجارة ، وتنوع أساليبها وصيغها فأفرزت عقوداً من المعاملات لم يكن للأمم بها سابق عهد ، ومن أبرز هذه العقود ، وأوسعها انتشاراً (عقد التوريد) ، يمارسه التجار في كل بلاد العالم على مختلف المستويات ، على المستوى المحلي ، والمستوى الدولي ، وعلى المستوى الفردي ، والمستوى الرسمي .

وفرة السلع في الأسواق العالمية ومراكز التجارة ظاهرة من مظاهر العصر الحديث بسبب التقنيات المتقدمة ، والآلات ذات التناج الغزير صناعياً وزراعياً ، حسب مواصفات معينة ، ودرجات متفاوتة ؛ إذ أصبح لكل نوع منها وبخاصة الغذائية والاستهلاكية أسواق عالمية ، فأصبحت معظم السلع متوافرة في جميع الأوقات والفصول على مدار العام .

يبيع التاجر سلعة من السلع في بلده قد يملكها في مخازنه ومستودعاته ، وقد يكون وكيلاً لمنتجها الذي يقيم في بلد ناء عنه ، وقد يكون صاحب مكتب لاستيراد السلع متنوعة بما يسمى في المصطلح التجاري (Comission Agent) الدليل التجاري . وهو في الغالب لا يملكها ، ولكنه ذو خبرة بمواقعها ومصادرها ، يبرم عقود البيع لها ، مع الراغبين فيها كما لو كانت ملكه وتحت يده ، دون أن يثير هذا اعتراضاً من مشتر بدعوى أنه يبيع ما لا يملكه ، وفي معظم الحالات يتم تسلم السلعة للمشتري حسب المواصفات والكميات المطلوبة في الزمان والمكان المحددين حسبما تم الاتفاق عليه في العقد في حضور عينة وأنموذج لدى البائع ، أو وصف دقيق بما ينفي الجهالة عنها .

أصبح هذا عرفاً خاصاً وعماماً ، محلياً وعالمياً فمن ثم يمكن تصنيف المبيع الغائب إلى نوعين :

الأول : مبيع معين موجود غير أنه غائب عن مجلس العقد ، يتم العقد عليه بذكر صفاته التي تتباين بها الأسعار ، وتتفاوت من أجلها الرغبات ، وهو ما يسمى

في الفقه الإسلامي (البيع بالصفة)، أو (البيع على الصفة).

يتميز هذا النوع من البيع بتأجيل العوضين الثمن والسلعة عن مجلس العقد، المبيع موجود ولكنه غائب عن مجلس العقد، والثمن مؤجل كله أو بعضه حتى يتسلم المشتري البضاعة جملة، أو أقساطاً.

النوع الثاني: مبيع معدوم ولكنه موصوف في الذمة: يختص هذا النوع بعدم وجود المبيع في الوجود الخارجي أصلاً، يصفه الطرفان بصفات تكفي في السلم.

هذا النوع يختص بتعجيل الثمن في مجلس العقد وتأجيل المبيع إلى وقت معلوم، وهو السلم في الذمة.

في جميع الحالات: قد تكون السلعة المبيعة على الصفة ملكاً للبائع، وقد لا تكون ملكاً له ولكن لديه القدرة على امتلاكها وتسليمها للمشتري في الزمان والمكان المعينين.

البحث هنا يركز بصفة خاصة على ما هو متملك للبائع فعلاً، أو حكماً، يقصد بهذا الصور والصيغ التي تبرم فيها العقود على بضاعة لا يملكها البائع ولكن لديه الثقة واليقين على القدرة على إحضارها وتسليمها في الزمان والمكان المعينين في العقد، كما هو غالب عقود التجارات في عالمنا المعاصر.

وفيما يلي عرض للطريقة والصور التي يتم بها عقد التوريد في النشاط التجاري اليومي:

الطريقة التي يتم بها عقد التوريد:

الخطوة الأولى التي يرتبط من خلالها المتعاقدان بمثل هذا العقد تبدأ بعرض البائع في البلد المصدر بيع سلعته على أساس عينة، أو نموذج، أو على أساس مواصفات معيرة (standarized) معروفة ليسلم الكمية التي يتعاقد عليها في المستقبل على أن يدفع ثمنها عند التسليم (أو قبله، أو بعده إذا كانت العملية تتضمن تمويلًا من واحد منهما للآخر).

ولتوثيق هذا الاتفاق المستقبلي نشأت الاعتمادات المستندية التي تتوسط فيها البنوك لتضمن تنفيذ هذا الاتفاق المستقبلي بدفع الثمن عند تسليم البضاعة (مرموزاً له بتسليم الأوراق التي تدل على أنها أصبحت في حوزة الشركة الناقلة).

فالاعتماد المستندي يقوم توطيداً وترسيخاً للعقد بين المصدر والمستورد على بضاعة تسلم في المستقبل، ويدفع ثمنها في المستقبل أيضاً^(١).

هكذا تتم عملية توريد البضاعة بدءاً وانتهاءً مع اتخاذ كافة الوسائل والسبل المجدية لضمان حقوق المتعاقدين وتوثيقها حسبما يتم عليه التعاقد.

«قد يتضمن التسليم المتفق عليه تسليم الكمية دفعة واحدة، أو على دفعات محددة، كمية كل دفعة معروفة، ومحدد ميعاد تسليمها»^(٢).

موضوع العقد:

عموم السلع الغذائية، والدوائية، والصناعية من الأثاث، والملبوسات، والأدوات، والآلات، والمواد الأولية والمصنوعة وغيرها من المتطلبات الضرورية، والحاجية، والكمالية، الموجودة أعيانها، المملوكة لبائعيها، أو ما يكون للبائع القدرة على إحضارها في الزمان والمكان المعينين.

صور عقد التوريد:

يمكن عرض أهم الصور الشائعة التي يتم بها عقد التوريد في المعاملات التجارية في العصر الحاضر:

أولاً: دفع الثمن مؤجلاً بحيث يتزامن وتسليم السلعة، أو يتقدم أحدهما على الآخر في التأجيل حسب شروط العقد.

ثانياً: يدفع المشتري عربوناً، أو تأميناً، أو ضماناً يحسب من ثمن السلعة المؤجل تسليمها.

(١) د. منذر قحف، عقد التوريد، دراسة اقتصادية مقدمة لمجمع الفقه الإسلامي بجدة،

ص ٣، ٥.

(٢) المصدر السابق نفسه.

ثالثاً: يدفع كل من المتعاقدين مبلغاً من المال يحسب على أساس نسبة الثمن لضمان التزام كل منهما بالعقد وتنفيذه، ويودع لدى طرف ثالث، أو إدارة السوق كي تضمن تنفيذ العقد من الطرفين، يعاد للبائع ما دفعه عند التنفيذ، ويحسب ما دفعه المشتري جزءاً من الثمن الكلي.

القصد الأساسي من إبرام العقد في صورته السابقة التبادل الفعلي للسلع، وحصول المشتري على السلعة المطلوبة لتلبية احتياجاته، والبائع على الربح وتسويق منتجاته هو الباعث لكلا المتعاقدين.

رابعاً: تسليم السلعة على دفعات متفاوتة ودفع الثمن مؤجلاً.

خامساً: بعض من صور عقود التوريد يحتاج فيها العاقد السلعة على فترات متفاوتة منتظمة حسب احتياجه على أن يتم دفع الثمن كله، أو بعضه مؤجلاً في وقت محدد بعد استيفاء كامل للدفعات المطلوبة، كما هو الحال في عقود التغذية في الملاجئ، والمستشفيات، والمطارات، وغيرها من العقود المشابهة يستوفى لها كافة الصفات، والنوعيات، والمستويات المطلوبة، وتسليمها حسب جدول زمني معين.

الغرض من إبرام هذا العقد:

«أن يطمئن المشتري إلى حصوله على السلعة التي يريدتها في الميعاد الذي يريده في المستقبل، وأن يطمئن البائع إلى أن ما سينتجه من بضاعة قد يبيع فعلاً، وسيتم تسليمه إلى المشتري في الميعاد المضروب...»^(١).

التكييف الفقهي لعقد التوريد:

عقد التوريد في جوهره ومضمونه عقد من عقود المعاوضات ينتهي بتسليم السلعة للمشتري، والثمن للبائع بصورة مؤبدة.

(١) د. منذر قحف، عقد التوريد، ص ٥.

بهذا المعنى يحقق مفهوم البيع شرعاً، وهو من قبيل (بيوع الصفات)
لا (بيوع الأعيان) حيث إن الوصف غالباً أو العينة أو الأنموذج أو الرؤية السابقة
هي وسيلة التعريف بالمبيع، لا الرؤية والمشاهدة الآتية.

* * *

المبحث الثاني

تعريف عقد التوريد

التوريد لغة: مصدر ورّد بتشديد الراء .

قال أبو الحسين أحمد بن فارس: «الواو والراء والذال أصلان: أحدهما: الموافقة إلى الشيء، والثاني: لون من الألوان»^(١).

وقال الجوهري، إسماعيل بن حماد: «ورد فلان وروداً: حضر، وأورده غيره، واستورده: أي أحضره»^(٢).

وقال: «... ابن سيده: تورده، واستورده كورده، وتوردت الخيل البلدة: إذا دخلتها قليلاً، قطعة قطعة»^(٣).

يقال: أورد فلان الشيء أحضره، واستورد السلعة ونحوها: جلبها من خارج البلد^(٤).

التعريف الفقهي:

يمكن أن يستنبط في ضوء العناصر الماضية، ومن خلال الممارسة اليومية للتجار، وإبرامهم لهذا النوع من العقود التجارية تعريف يوضح أهم خصائصه على النحو التالي:

-
- (١) معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، كلمة (ورد): ١٠٥/٦.
 - (٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الطبعة الأولى، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، بيروت: دار العلم للملايين، ١٣٧٦هـ-١٩٥٦م، (ورد)، باب الدال، فصل الواو.
 - (٣) ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت: دار صادر، (ورد)، باب الدال، فصل الواو.
 - (٤) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة (ورد)، باب الدال، فصل الواو.

(عقد على عين موصوفة في الذمة بثمن مؤجل معلوم إلى أجل معلوم).
يتبين من هذا التعريف أن عقد التوريد يشترك مع أنواع البيوع في بعض
الشروط وينفرد عنها في أخرى .

أما ما يشترك معها فمن أهمها:

١ - وصف المبيع وصفاً دقيقاً يميزه عما عداه بما يمثل فارق الثمن،
وتختلف به الأغراض .

٢ - تحديد مكان التسليم، وزمانه، وإجراءاته .

٣ - توضيح مقدار كمية المبيع وتسليمه جملة، أو على دفعات وأقساط .

٤ - تحديد الثمن، وتعيين وقت الدفع مستقبلاً جملة، أو على أقساط .

٥ - قدرة البائع (المورد) على تسليم المبيع حسب الشروط والمواصفات
المتفق عليها، وفي الموعد المحدد .

أما التي ينفرد بها فهي:

١ - غياب المبيع عن مجلس العقد، والاكتفاء برؤية متقدمة له، أو أنموذج
منه، أو وصفه حسبما تقدم سابقاً في الخصائص المشتركة .

٢ - تأجيل الثمن كله حتى استلام المبيع كاملاً، أو تقسيطه حسب دفعات
تسليم المبيع .

٣ - يظل العقد غير لازم حتى يوفي البائع بكافة الصفات المشروطة في
المبيع .

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية عقد التوريد في غياب العوضين عن مجلس العقد: المبيع
والثمن؛ إذ لا يوجد بين أنواع البيع الجائزة ما يماثله بينها .

حصر الجائز منها في الفقه الإسلامي وصفاً وعنواناً كمال الدين محمد بن
عبد الواحد السيواس المعروف بابن الهمام بقوله: «البيع جائز، وغير جائز» .

«والجائز ثلاثة أنواع: بيع الدين بالعين وهو السلم، وبيع العين بالعين وهو المقايضة، وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق. وغير الجائز ثلاثة أنواع: باطل وفساد: وهو بيع ما ليس بمال: الخمر، والمدبر، والمعدوم كالسمن في اللبن، وغير مقدور التسليم كالآبق، وموقوف، حصره في الخلاصة في خمسة عشر...»^(١).

كما عد في المذهب الحنبلي غياب العوضين عن مجلس العقد من قبيل بيع الدين بالدين. يقول منصور بن إدريس البهوتي: «ولا يصح بيع ما لا يملكه البائع، ولا أذن له فيه، لحديث حكيم بن حزام مرفوعاً (لا تبع ما ليس عندك) رواه ابن ماجه، والترمذي وصححه (إلا موصوفاً) بصفات سلم (لم يعين) فيصح، لقبول ذمته للتصرف (إذا قبض) المبيع (أو قبض) ثمنه بمجلس العقد فإن لم يقبض أحدهما فيه لم يصح: لأنه بيع دين بدين، وقد نهى عنه»^(٢).

هذه هي إشكالية البحث التي سيتعرض لها في القسمين التاليين بالدراسة والتفصيل.

* * *

(١) فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ، الطبعة الأولى، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، عام ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م: ٦/٤٠٠.

(٢) شرح منتهى الإرادات، المدينة المنورة: المكتبة السلفية: ١٤٤/٢.

القسم الثاني

الدراسة الفقهية التحليلية

- المبحث الأول: العقد على المبيع الغائب في المذهب الحنفي.
- المبحث الثاني: العقد على المبيع الغائب في المذهب المالكي.
- المبحث الثالث: العقد على المبيع الغائب في المذهب الحنبلي.
- المبحث الرابع: العقد على المبيع الغائب في المذهب الشافعي.

* * *

المبحث الأول

العقد على المبيع الغائب على الصفة في المذهب الحنفي

شروطه:

المعتمد من مذهب الحنفية صحة العقد على المبيع الغائب عن مجلس العقد بشرطين:

الأول: أن يكون المبيع مملوكاً للبائع، أو مقدوراً على تسليمه في الموعد المحدد.

وردت العبارة الأولى تفسيراً لقول الرسول ﷺ في حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: سألت رسول الله ﷺ: فقلت يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيع منه؟ قال: «لا تبع ما ليس عندك». رواه الترمذي رحمه الله، وغيره، وفي رواية النسائي: أبيع منه ثم أبتاعه له من السوق؟ فقال: «لا تبع ما ليس عندك»^(١).

قال الكمال بن الهمام: «أما النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه: ما ليس في الملك اتفاقاً لا ما ليس في حضرتك، ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكاً للبائع فقضينا عهده»^(٢).

أما (القدرة على التسليم في الموعد المحدد) فقد وردت عند الإمام

(١) العيني، أبو محمد محمود بن أحمد. البناء في شرح الهداية، الطبعة الأولى، تصحيح المولى محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري، بيروت: دار الفكر، عام ١٤٠١هـ - ١٩٨١م/٦/٣٠٢.

(٢) فتح القدير، الطبعة الأولى، مصر: مكتبة مصطفى البايي الحلبي: ٣٣٦/٦.

بدر الدين العيني في صدر الاحتجاج لصحة العقد على المبيع الغائب بقوله: «وفي نوادر الفقهاء لابن بنت نعيم: أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على جواز بيع الغائب المقدور على تسليمه، وأن لمشتره خيار الرؤية إذا رآه»^(١).

الثاني: ذكر صفات المبيع التي ترتفع بها الجهالة الفاحشة عنه.

بيّن هذا بشكل مفصل العلامة عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي بقوله: «(ولابدّ من معرفة المبيع معرفة نافية للجهالة)، قطعاً للمنازعة، فإن كان حاضراً فيكتفى بالمباشرة؛ لأنها موجبة للتفريق، قاطعة للمنازعة.

وإن كان غائباً فإن كان مما يعرف بالأنموذج كالكيالي، والوزني، والعدي المتقارب فرؤية الأنموذج كروية الجميع، إلا أن يختلف فيكون له خيار العيب، فإن كان مما لا يعرف بالأنموذج كالثياب، والحيوان فيذكر له جميع الأوصاف قطعاً للمنازعة، ويكون له خيار الرؤية»^(٢).

بل ذهب بعض المحققين في المذهب إلى الاكتفاء بذكر جنس المبيع، وهو ما جرى تقريره في عبارة العلامة حسن بن عمار الشرنبلاني مبيناً السبب في الاكتفاء بذكر جنس المبيع قائلاً: «إن المبيع المسمى جنسه لا حاجة فيه إلى بيان قدره ولا وصفه، ولو غير مشار إليه، أو إلى مكانه؛ لأن الجهالة المانعة من الصحة تنتفي بثبوت خيار الرؤية؛ لأنه إذا لم يوافقه يردده فلم تكن الجهالة مفضية إلى المنازعة...»^(٣).

الاستدلال:

استدل الحنفية لصحة العقد على المبيع الغائب بأدلة منها:

-
- (١) البناية في شرح الهداية: ٣٠٢/٦.
 - (٢) الاختيار لتعليل المختار، الطبعة الثالثة، تعليقات محمود أبو دقيقة، بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر، عام ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م: ٥/٢.
 - (٣) ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، بيروت: دار الكتب العلمية: ٢١/٤.

أولاً: العمومات المجوزة للبيع مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] (١).

ثانياً: الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من اشترى شيئاً فلم يره فهو بالخيار إذا رآه».

قال الإمام بدر الدين العيني في تخريج الحديث: «الحديث روي مرسلًا ومسنداً، فالمسند أخرجه الدارقطني في سننه . . وأما المرسل فرواه ابن أبي شيبة في مصنفه، والدارقطني رحمه الله، ثم البيهقي في سننهما . . . عن مكحول رفعه إلى النبي ﷺ قال: من اشترى . . . إلى آخره، وزاد: (إن شاء أخذه، وإن شاء تركه . . .) قلت: أما حديث أبي هريرة فإن أبا حنيفة ومحمداً رحمهما الله روياه بإسنادهما، ذكره صاحب المبسوط وغيره من أصحابنا، وهم ثقات، وذكر في المبسوط أيضاً: أن ابن عباس رضي الله عنهما والحسن البصري، وسلمة بن الحسين (٢) رحمهم الله رووه مرسلًا، وهو حجة عندنا، والحديث الذي رواه العلماء الكبار رحمهم الله إذا كان في طريق من طرقه منهما لا يترك، مع أن الطعن بهم لا يقبل، وعمل بهذا الحديث كثير من العلماء رحمهم الله مثل مالك وأحمد وغيرهما» (٣).

قال الإمام شمس الدين السرخسي في بيان معنى الحديث: (من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه): الهاء في قوله (لم يره) كناية فينصرف إلى المكني السابق وهو الشيء المشتري، والمراد خيار لا يثبت إلا بعد تقدم الشراء، وذلك الخيار بين فسخ العقد وإلزامه دون خيار الشراء ابتداءً، وتصريحه بإثبات هذا

(١) القاري، ملا علي، شرح مختصر الوقاية، الطبعة الثانية، قازان: خاريطوف، مطبعة سي، عام ١٣٢٤: ٣/٢.

(٢) ورد اسمه في المبسوط: سلمة بن المجير، السرخسي، شمس الدين، الطبعة الأولى، مصر: مطبعة السعادة: ٦٩/١٣.

(٣) البناءة في شرح الهداية: ٦/٣٠١ - ٣٠٢؛ وانظر لتخريجه: القاري، ملا علي، شرح مختصر الوقاية: ١٣/٢.

الخيار له تنصيب على جواز شرائه . . .^(١) .

أبان الحنفية أن المقصود من حديث النهي عن الغرر، وحديث «لا تبع ما ليس عندك» إنما هو في البيع البات الذي لا مجال للرجوع فيه، أما وأن الخيار حق ثابت للمشتري فليس النهي فيهما وارداً عليه، في قولهم: «فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه؛ لأنه هو الذي يوجب ضرر المشتري، والنهي قطعاً ليس إلا لذلك، فظهر أن كلاً من الحديثين لم ينف ما أجزأه، فكان نفيه قولاً بلا دليل، وكفانا في إثباته المعنى: وهو أنه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزاً، ويبقى الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخبر . . .»^(٢) .

اعترض على هذا بدعوى الغرر في هذا النوع من البيوع، والاستدلال له بنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر، والغرر مستور العاقبة، وذلك موجود فيما لم يره^(٣) .

أجاب عنه الحنفية بقولهم: «إن النهي عن بيع الغرر ينصرف إلى ما لا يكون معلوم العين»^(٤) . كما أن لفظ الحديث يفيد أنه غير المبيع على الصفة، فالغرر «ليس إلا بأن يظهر له ما ليس في الواقع فيبنى عليه فيكون مغروراً بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به، وكيف كان فلاشك بعد القطع، ونحن نقطع بأن النهي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه»^(٥) .

الآثار الشرعية التي تترتب على صحة العقد على المبيع الغائب عند

الحنفية:

يترتب على صحة العقد على المبيع الغائب الموصوف عند الحنفية آثار

شرعية عديدة منها:

- (١) المبسوط: ٧٠/١٣ .
- (٢) ابن الهمام، فتح القدير: ٣٣٦/٦ .
- (٣) انظر: السرخسي، شمس الدين، المبسوط: ٦٨/١٣ .
- (٤) السرخسي، شمس الدين، المبسوط: ٧٠/١٣ .
- (٥) ابن الهمام، الكمال، فتح القدير: ٣٣٦/٦ .

أولاً- عدم لزوم البيع في جميع الحالات حتى إعلان المشتري موافقته :

ذلك أن « شرط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته أن يكون خالياً عن خيارات أربعة: خيار التعيين، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية»^(١)، وهذا الأخير ثابت حكماً في المبيع الغائب الموصوف فهو مانع تمام الحكم، وهو لزوم الملك^(٢).

يوضح العلامة أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي العلة الشرعية لعدم لزوم العقد مع خيار الرؤية قائلاً: «والعقد هنا قبل الرؤية غير لازم لتمكن الخلل في الرضا؛ إذ هو استحسان، واستحسان الشيء مع الجهل بأوصافه لا يتحقق، واللزوم يعتمد الرضا، وتامه بأوصاف هي مقصودة، وإنما تصير معلومة بالرؤية، فكذا لا يعتبر قوله: رضيت قبل الرؤية؛ لأنه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية يلزم امتناع الخيار بتقدير الرؤية، والخيار ثابت بتقديرها، فما أدى إلى إبطاله يكون باطلاً.»^(٣).

والمقرر فقهاً أن (العقد الذي ليس بلازم يجوز فسخه)^(٤).

ثانياً- خيار الرؤية :

يثبت للمشتري للمبيع الغائب الموصوف خيار الرؤية حكماً بدون شرط؛ إذ يصبح الخيار لازماً من لوازم البيع بالصفة، فقد «ثبت حكماً لا بالشرط، وهو مانع تمام الحكم، وهو لزوم الملك.»^(٥).

(١) الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، بيروت: دار الكتاب العربي، عام ١٣٩٤هـ- ١٩٧٤م: ٢٢٨/٥.

(٢) انظر: الشرنبلاني، حسن بن عمار، غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام، حاشية على كتاب درر الحكام في شرح غرر الأحكام، دار الخلافة: مطبعة أحمد كامل، عام ١٣٣٠: ١٥٦/٢.

(٣) الكافي على الوافي، مخطوط، مكة المكرمة: مكتبة مكة المكرمة، فقه حنفي رقم (٥٦)، ورقة (٣٣٩).

(٤) قدري، عبد القادر يوسف، واقعات المفتين، باكستان: آسيابآباد، مكران، ص ٩١.

(٥) الشرنبلاني، حسان بن عمار: ١٥٦/٢.

مقتضى هذا العقد أن يثبت الخيار للمشتري في جميع الحالات سواء أحضر المبيع مطابقاً ومتفقاً مع الصفات المشروطة، أو لم يكن مطابقاً بل هذا أولى بحق الخيار، قال في الهداية: «من اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار: إن شاء أخذه، وإن شاء رده»^(١).

وقال أبو البركات حافظ الدين النسفي رحمه الله: «شراء ما لم يره جائز، وله أن يرده إذا رآه وإن رضي قبله»^(٢).

يعلق على هذا شهاب الدين أحمد الشلبي في حاشيته قائلاً: «وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده، سواء رآه على الصفة التي وصفت له، أو على خلافها..»^(٣).

يتضح من النصوص السابقة: أن عدم اشتراط المشتري خيار الرؤية في العقد لا يبطل حقه فيه؛ إذ الخيار مقتضى من مقتضيات هذا النوع من العقود يستحقه المشتري تلقائياً ولهذا وضع الفقهاء الضوابط التالية لبدء وقت هذا الخيار وانتهائه:

«وقت ثبوت خيار الرؤية عند رؤية المشتري لا قبلها، حتى لو أجاز البيع قبل الرؤية لا يلزم البيع، ولا يسقط الخيار، وهل يملك الفسخ قبل الرؤية؟ لا رواية في هذا».

واختلف المشايخ فيه: قال بعضهم لا يملك؛ لأنه لا يملك الإجازة قبل الرؤية فلا يملك الفسخ؛ لأن الخيار لم يثبت، وبعضهم قال يملك الفسخ لا بسبب الخيار؛ لأنه غير ثابت، ولكن شراء ما لم يره المشتري غير لازم، والعقد الذي

(١) المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، الطبعة الأخيرة، مصر: شركة مطبعة مصطفى البابي الحلبي: ٣/ ٣٢.

(٢) الزيلعي، فخر الدين عثمان، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر: ٤/ ٢٤؛ بهامشه حاشية شهاب الدين الشلبي: ٤/ ٢٤.

(٣) المصدر السابق نفسه.

ليس بلازم يجوز فسخه كالعارية والوديعة كذا في التحفة، وذكر في شرح الطحاوي مطلقاً بقوله: ويجوز الرد قبل الرؤية؛ لأن الرد بخيار الرؤية فسخ، وقبل الرؤية أقرب إلى الفسخ^(١).

استدل الحنفية لثبوت خيار الرؤية في هذا النوع من العقود بالأدلة الآتية:

١ - الحديث السابق الذي رواه أبو هريرة وابن عباس رضي الله عنهم مسنداً ومرسلاً من قوله ﷺ: «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه» (نص في الباب فلا يترك بلا معارض)^(٢).

أما حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه الذي قال له رسول الله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك» الذي يبدو أنه معارض للحديث السابق فقد أجاب الحنفية عنه بأن «المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فإن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: يارسول الله، إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه، ثم أدخل السوق فأستجدها فأشترتها، فأسلمها إليه؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «لا تبع ما ليس عندك»، وقد أجمعنا على أنه لو باع عيناً مرئياً لم يملكه ثم ملكه لم يجز وذلك دليل واضح على أن المراد ما ليس في ملكه...»^(٣).

٢ - ما روي أن عثمان رضي الله تعالى عنه باع أرضاً له بالبصرة من طلحة بن عبد الله رضي الله عنه فقيل لطلحة: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار لأنني اشترت ما لم أره، وقيل لعثمان رضي الله عنه: إنك قد غبنت. فقال: لي الخيار؛ لأنني بعته ما لم أره، فحكماً جبير بن مطعم ففضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين^(٤).

(١) قدرني أفندي، عبد القادر بن يوسف، واقعات المفتين، ص ٩١.

(٢) البابر تي، أكمل الدين محمد بن محمود، العناية على الهداية، هامش فتح القدير، الطبعة الأولى، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، عام ١٩٨٩ - ١٩٧٠م: ٣٣٦/٦.

(٣) البابر تي، أكمل الدين محمد، العناية على الهداية: ٢٣٦/٦.

(٤) ملا خسرو، محمد بن فراموز، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، دار الخلافة: مطبعة=

٣- انتفاء الضرر قطعاً:

إن إعطاء المشتري الخيار وحق الفسخ للعقد لدى عدم مطابقة المبيع للمواصفات المشروطة في العقد يحميه من لحوق أي ضرر يلحق به بسبب غياب المبيع عن مجلس العقد. يقول الكمال بن الهمام رحمه الله: «ونقطع أن لا ضرر فيما أجزنا من ذلك، إنما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار إذا رآه، فأما إذا أوجبنا له الخيار إذا رآه فلا ضرر فيه أصلاً، بل فيه محض مصلحة..»^(١).

٤- ثبوت مصلحة محققة:

إن في إجازة المبيع الغائب والحكم بصحته مصلحة محققة للمكلفين ذلك هو: «إدراك حاجة كل من البائع والمشتري؛ فإنه لو كان له به حاجة وهو غائب وأوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته ربما تفوت بأن يذهب فيساومه فيه آخر رآه فيشتريه منه، فكان في شرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من إثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير لحوق شيء من الضرر فأني يتناوله النهي عن بيع الغرر، والأحكام لم تشرع إلا لمصالح العباد قطعاً فكان مشروعاً قطعاً»^(٢).

٥- انتفاء الجهالة الفاحشة وما ينتج عنها من شقاق:

«إن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة مع وجود الخيار، فإنه إذا لم يوافق رده، ولا نزاع ثمة يقتضي خياره، وإنما أفضت إليها لو قلنا بانبرام العقد، ولم يقل به، فصار ذلك كجهالة الوصف في المعائن المشار إليه بأن اشترى ثوباً مشاراً إليه غير معلوم عدد ذرعانه فإنه يجوز لكونه معلوم العين، وإن كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي إلى المنازعة»^(٣).

= أحمد كامل، عام ١٣٣٠هـ: ١٥٦/٢.

(١) فتح القدير: ٣٣٦/٦.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير: ٣٣٦/٦.

(٣) البابرتي، أكمل الدين محمد، شرح العناية على الهداية، بهامش فتح القدير: ٣٣٦/٦.

يؤكد هذا الرأي العلامة العيني بقوله: «وإنما يفضي إلى المنازعة لو قلنا بانبرام العقد ولم نقل به، (فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار إليه) بأن اشترى ثوباً مشاراً إليه غير معلوم عدد ذراعانه، يجوز لكونه معلوم العين وإن لم يكن ثمة جهالة لا يفضي إلى النزاع»^(١).

انتهاء خيار الرؤية:

الصحيح أن خيار الرؤية ليست نهايته محدودة بزمان، إنما تثبت النهاية ويصبح العقد لازماً إذا صرح المشتري بموافقته على المبيع، أو بدا منه ما يدل على ذلك، قال العلامة محمد علاء الدين الحصكفي رحمه الله: «(ويثبت الخيار) للرؤية (مطلقاً غير مؤقت) بمدة، وهو الأصح * عناية * لإطلاق النص ما لم يوجد مبطله، وهو مبطل خيار الشرط مطلقاً، ومفيد الرضا بعد الرؤية لا قبلها * درر*»^(٢).

يقول العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي رحمه الله: «والصحيح أنه مطلق غير مقيد بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره ما لم يسقط بالقول، أو بفعل يدل على الرضا به، نص عليه ابن رستم، وكذا ذكره محمد في الأصل؛ لأن النص ورد بإثبات الخيار مطلقاً»^(٣).

ثالثاً - تأجيل الثمن:

تمام عقد البيع في المبيع الغائب متوقف على رؤية المشتري التي يكون بها تمامه وإذا لم يتم البيع شرعاً فلا يحق للبائع مطالبة المشتري بالثمن؛ ذلك أن «البيع عقد معاوضة، والمساواة في المعاوضات مطلوبة المتعاضدين عادة.. فإن كان المبيع غائباً عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع؛ لأن تقديم تسليم الثمن للتحقق المساواة، وإذا كان المبيع غائباً لا تتحقق

(١) البناية في شرح الهداية: ٣٠٢/٦.

(٢) شرح الدر المختار، مصر: مطبعة صبيح وأولاده: ٥٢/٢.

(٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٥/٤.

المساواة بالتقديم . . .»^(١) .

كما ذكر هذا صريحاً العلامة محمد علاء الدين الحصكفي في العبارة التالية: «شري شيئاً لم يره ليس للبائع مطالبته بالثمن قبل الرؤية»^(٢) .

قال ابن عابدين رحمه الله تعليلاً له بقوله: «لعدم تمام العقد قبلها»^(٣) .
أصبح هذا مقررأ عند فقهاء الحنفية ومسلماً به .

ذكر شهاب الدين أحمد شلبي قوله: «وليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط خيار الرؤية منه»^(٤) .

على هذا انعقدت فتاوى الحنفية؛ جاء في الفتاوى الكبرى: «من اشترى شيئاً لم يره جاز، وله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء رده، وإن رضي قبله، يعني لو قال: رضيت ثم رآه، له أن يرده فليس له أن يطالبه بالثمن قبل الرؤية»^(٥) .

* * *

-
- (١) الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢٣٧/٥ .
 - (٢) شرح الدر المختار، مصر: مطبعة صبيح وأولاده: ٥٤/٢ .
 - (٣) رد المختار على الدر المختار: ٧٠/٤ .
 - (٤) حاشية على تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٤/٤ .
 - (٥) الصدر الشهيد، حسام الدين عمر بن عبد العزيز، مخطوط، مكة المكرمة: مكتبة مكة المكرمة، حنفي رقم (٢٥)، ورقة (٥٤) .

المبحث الثاني

العقد على المبيع الغائب على الصفة في المذهب المالكي

أقسام المبيع من حيث الحضور:

يقسم المالكية المبيعات من حيث حضورها في مجلس العقد وعدمه إلى ثلاثة أنواع: «عين حاضرة مرئية، وعين غائبة عن المتعاقدين، والنوع الثالث: هو السلم في الذمة».

وفيما يتصل بالنوع الثاني: العين الغائبة عن المتعاقدين يجيز المالكية بيعها بالصفة التي تنبئ عن ذاتها، وأخص صفاتها بما ينفي الجهالة عنها، ويحول دون حدوث نزاع بين المتبايعين.

«فيجوز بيعها بالصفة، ويجب أن تحصر بالصفات المقصودة التي تختلف الأثمان باختلافها، وتقل الرغبة وتكثر لأجلها، ولا يكتفى بذكر الجنس والنوع فقط...»^(١).

كما يذهب المالكية أيضاً إلى صحة المبيع الغائب ولو بلا وصف إذا تم العقد بشرط الخيار للمشتري.

قرر هذه الحقائق الفقهية العلامة الفقيه الشيخ خليل بن إسحاق في المعتمد من المذهب وأيده الشارحون له في العبارات التالية حيث يعدد الحالات التي يجوز فيها بيع الغائب في قوله: «وبقاء الصفة إن شك، وغائب ولو بلا وصف

(١) البغدادي، القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، عام ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، ص ١٠٦.

على خياره بالرؤية، أو على يوم، أو وصفه غير بائعه إن لم يبعد كخراسان من إفريقية، ولم تمكن رؤيته بلا مشقة...»^(١).

يقول أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب تعليقاً على هذه الجملة: «وغائب ولو بلا وصف على خيار الرؤية) ش: يعني أنه يجوز بيع الغائب ولو بلا وصف لكن بشرط أن يجعل للمشتري الخيار إذا رآه، وأما إذا انعقد البيع على الإلزام، أو سكتنا عن شرط الخيار فالبيع فاسد، نقله ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح، ويفهم هذا من قول المصنف (على خياره).

وأشار بـ(لو) إلى القول الثاني: أن الغائب لا يباع إلا على الصفة، أو رؤية متقدمة، قال في المقدمات: وهو الصحيح»^(٢).

هذا ما أثبتته سيدي عبد الباقي الزرقاني بقوله: «(و) جاز بيع غائب ولو بلا وصف) لنوعه أو جنسه... وقيد جواز بيع غير الموصوف بما إذا بيع (على) شرط (خياره) أي خيار المشتري، لا الخيار المبوب له فلا يشترط، (بالرؤية) للمبيع ليخف غرره، لا على اللزوم، أو السكت فيفسد»^(٣).

إذا تحقق الضبط لصفات المبيع الغائب بما تقدم انتفى عنه الغرر، يقول أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد رحمه الله: «وبيع السلعة الغائبة على الصفة خارج مما نهى عنه النبي ﷺ من بيع الغرر في مذهب مالك وجميع أصحابه»^(٤).
ويصح في المرجوح من مذهب المالكية العقد على المبيع الغائب بلا وصف إذا اشترط المشتري الخيار.

(١) متن خليل على هامشه جواهر الإكليل لصالح عبد السمیع الآبی الأزهری، مصر: دار إحياء الكتب العربية: ٩/٢ - ١٠.

(٢) مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل، الطبعة الأولى، مصر: مطبعة السعادة، عام ١٣٢٩: ٤/٢٩٦.

(٣) شرح الزرقاني على مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، عام ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م: ٣٨/٥.

(٤) المقدمات الممهدة، الطبعة الأولى، تحقيق سعيد أحمد أعراب، وعبد الله الأنصاري، بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م: ٧٦/٢.

الاستدلال:

استدل المالكية على صحة العقد على المبيع الغائب على الصفة بدليلين عام وخاص:

الأول - الدليل العام:

إن الشريعة الإسلامية المطهرة أثبتت أحكاماً كثيرة في عقود عديدة مختلفة اعتمدت فيها الوصف للغائب، ونزلته منزلة المحسوس، وأثبتت له أحكامه ليس في البيع فقط بل فيما هو أهم منه، ذلك لأن الأوصاف الدقيقة المميزة للشيء عن غيره تقوم مقام رؤية الموصوف، من هذه الأدلة: (الحديث الذي رواه الإمام البخاري، وأبو داود قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تنعت المرأة للزوج حتى كأنه ينظر إليها»، أو كما قال ﷺ فشبّه ﷺ بالمبالغة في الصفة بالنظر.

وقال الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَمَّا جَاءَهُمْ كِتَابٌ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَهُمْ وَكَانُوا مِنْ قَبْلُ يَسْتَفْتِحُونَ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ فَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾ [البقرة: ٨٩].

وجه الدليل من هذه الآية أن اليهود كانوا يجدون في التوراة نعت النبي ﷺ وصفته، فكانوا يحدثون بذلك، ويستفتحون به على الذين كفروا. . . ﴿فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا﴾ وهم لم يعرفوه إلا بصفته التي وجدوها في التوراة، دل ذلك على أن المعرفة بالصفة معرفة يعين الشيء الموصوف.

وفي قول رسول الله ﷺ في حديث أبي هريرة الواقع في الكتاب: «لا ينظرون إليها، ولا يخبرون عنها» دليل بين على أن الخبر عنها بمنزلة النظر إليها^(١).

الثاني - الاستدلال الخاص للمبيع الغائب على الصفة:

استدل المالكية لهذا النوع من البيع بالأدلة الآتية:

(١) ابن رشد، المقدمات الممهدة: ٧٧/٢ - ٧٨.

١- من القرآن الكريم :

عموم الحكم في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] إذ الحِل هنا يشمل البيع الحاضر عن رؤية والمبيع الغائب بالصفة دون تفرقة بينهما.

وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ رَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، والحكم بالإباحة للتجارة عام مشروط بالتراضي بين العاقدین فحسب دون تخصيص بكونها موجودة، أو غائبة.

٢- من السنة النبوية الشريفة :

القياس على ما روي عن رسول الله ﷺ قوله: «لا تبيعوا الحب في سنبله حتى يبيض في أكمامه»^(١)، فإذا جاز بيع الحب في أكمامه وهو غير مرئي على صفة ما فرك عنه إن كان حاضراً جاز أن يشتري منه إذا كان غائباً على صفة، إذ لا فرق إذا غاب المبيع بين أن يبيعه على الصفة، أو على مثال يريه إياه^(٢).

ثالثاً- ومن المعقول :

قدم القاضي عبد الوهاب البغدادي أدلة عديدة من المعقول استدلالاً على صحة المبيع الغائب على الصفة تنتظم الفقرات التالية:

(١) ورد معنى هذا الحديث بلفظ آخر في سنن أبي داود من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن من العاعة، نهى البائع والمشتري»، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، تعليق محيي الدين عبد الحميد، مصر: دار إحياء السنة النبوية: ٣/ ٢٥٢؛ وفي مسند الإمام أحمد عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «نهى النبي ﷺ عن بيع النخل حتى يزهو، والحب حتى يفرك، وعن الثمار حتى تطعم»، باب النهي عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها؛ الساعاتي، أحمد عبد الرحمن البناء، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، الطبعة الأولى، مصر: مطبعة الإخوان المسلمين، عام ١٣٧٠: ٤٣/١٤.

(٢) ابن رشد، المقدمات الممهدة: ٧٨/٢.

أ - إذا جاز أن يسلم الرجل إلى الرجل في ثوب، أو عبد على صفة، ولم يكن ذلك غرراً صح أن تقوم الصفة مقام الرؤية في غيره عند تعذرهما، ونفي الغرر بها، إذ لا فرق بين الموضوعين .

ب - إن بيع الغائب على الصفة معلوم للمتبايعين مقدور على تسليمه غالباً فصح بيعه كالمرثي .

ج - البيع بالصفة أحد حالات العين فجاز بيعها معها كحال المشاهدة .

د - لو كانت الرؤية شرطاً في بيوع الأعيان لم يجز ألا يوجد في المقصود من المبيع، وأن يشترط فيما ليس بمقصود منه كالصفة في السلم .

يوضح القاضي عبد الوهاب المقصود من هذا الاستدلال قائلاً: «ثبت أن بيع الجوز واللوز في قشرهما جائز وإن اشترى المقصود بالبيع على الرؤية فدل على أنها ليست شرطاً فيه، ولأن ما كان شرطاً في صحة عقد وجب مقارنته له، ولا يكتفى برؤيته له إذا لم يوجد في ذلك معنى العقد على التسليم، فلما اتفقا على جواز بيع العين الغائبة إذا تقدمتها الرؤية دل على أنها ليست بشرط فيه، ولأنه عقد معاوضة فلم يبطله عدم رؤية المعقود عليه كالنكاح»^(١).

الأثار الشرعية المترتبة على صحة العقد على المبيع الغائب بالصفة عند الملكية:

يترتب على صحة العقد على المبيع الغائب الموصوف عند الملكية آثار عديدة منها:

أولاً - لزوم البيع، أو عدم لزومه:

يصح العقد المذكور لازماً إذا وفي البائع بكافة الصفات المشروطة في المبيع، ولا يحق للمشتري الفسخ في هذه الحالة؛ حيث لم يحدث من البائع تخلف في المطلوب منه .

(١) المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق ودراسة جَمَيْش عبد الحق، رسالة دكتوراه منسوخة على الآلة عام ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، مكة المكرمة: جامعة أم القرى: ٢/٧٣٤ .

ويقع العقد غير لازم للمشتري إذا لم تتوافر في المبيع الصفات المشروطة في المبيع، وحينئذ فمن حقه فسخ العقد.

يقول أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الجلاب البصري: «ولا بأس ببيع الأعيان الغائبة على الصفة، فإن وافقت الصفة لزم البيع فيها (ولم يكن للمشتري خيار الرؤية)»^(١). هذا هو المذهب، حكاه العلامة الحطاب قائلاً: «فرع: فإن وجد الغائب على الصفة المشترطة بموافقة المشتري، أو شهدت بذلك بينة لزوم البيع وإلا فلا»^(٢).

يشترط المالكية شرطين ليكون العقد لازماً في المبيع الغائب على الصفة هما:

١- أن لا يؤدي بعده المكاني إلى تغيير صفاته، أو تعريضه للهلاك.

٢- أن تحصل رؤيته بشدة ومشقة كما ورد النص بهما في العبارة التالية:

«وشرط ما يبيع غائباً على اللزوم بوصف أمران: أشار إلى الأول بقوله (إن لم يبعد) جداً بحيث يعلم، أو يظن أن المبيع يدرك على ما وصف، فإن بعد جداً (كخراسان من إفريقية) من كل ما ظهر فيه التغير قبل إدراكه لم يجز، ويجري هذا الشرط أيضاً فيما يبيع على رؤية سابقة، ومفهوم قولنا (على اللزوم) أن ما يبيع على الخيار لا يشترط فيه ذلك، وهو كذلك.

وإلى الثاني بقوله: (ولم تمكن رؤيته بلا مشقة) بأن أمكنت بمشقة، فإن أمكنت بدونها بأن كان على أقل من يوم فلا يجوز بالوصف، لأن العدول عن الرؤية إلى الوصف غرر ومخاطرة، فهو شرط في الغائب المبيع على الصفة باللزوم فقط...»^(٣).

(١) التفریح، الطبعة الأولى، دراسة وتحقيق حسين بن سالم الدهماني، بيروت: دار الغرب الإسلامي: ١٧٠/٢.

(٢) مواهب الجليل شرح مختصر أبي الضياء خليل: ٢٩٧/٤.

(٣) الدردير، سيد أحمد، الشرح الكبير على خليل، بيروت: دار الفكر: ٢٧/٣.

ولاشكَّ أن شرط المالكية (عدم البعد جداً) في المبيع الغائب الموصوف له أسبابه الوجيهة ومبرراته المعقولة في الماضي حيث الاعتماد في النقل والترحال على الدواب في البر، أو البواخر الشراعية في البحر تمضي الأيام الطويلة أو الشهور العديدة لقطع المسافات البعيدة جداً، سلامتها غير مأمونة ولا مضمونة، والتمثيل في البعد بين خراسان وإفريقية واضح في المعنى المقصود، إذ مثل هذا البعد يؤدي في الغالب إلى تغير المبيع على غير ما وصف، وهذا وارد ومتوقع.

أما في الوقت الحاضر مع اختراع المواد الحافظة ووسائل الحفظ المتنوعة، وتوافر النقل السريع التي تطوي المسافات البعيدة جداً في سويعات ما كان يطوى منها في شهور يبقى من الشرط الأول علته، وهو (إدراك المبيع على ما وصف) بصرف النظر عن البعد المكاني والزمني.

وليكون العقد على المبيع الغائب الموصوف لازماً أن تكون مشقة وصعوبة في رؤيته، وهو ما يبرر العقد عليه بالوصف، وهو شرط معقول في لزوم العقد، حيث لا مجال لفسخ العقد.

أما إذا كان البيع مشروطاً بالخيار للمشتري فلا يشترط فيه شيء من ذلك.

ثانياً - خيار النقيصة (الخيار الحكمي):

هو «ما كان موجه ظهور عيب في المبيع أو استحقات فهو خيار النقيصة، ويسمى الخيار الحكمي»^(١).

يعرفه فقهاء المالكية بأنه: «ما ثبت بسبب نقص يخالف ما التزم البائع شرطاً، أو عرفاً في زمان ضمانه»^(٢)، وهو قسمان:

(١) الخطاب، مواهب الجليل: ٤/٤٠٩.

(٢) الخطاب، مواهب الجليل: ٤/٤٢٧؛ انظر: الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة الهداية الكافية الشافية، الطبعة الأولى، تحقيق محمد أبو الأجنان والظاهر المعموري، بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٩٩٣م: ١/٣٦٨.

أحدهما: «ما ثبت بفوات أمر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرط، أو قضاء عرفي، أو تغرير فعلي .

ثانيهما: ما ثبت عن غبن»^(١) .

ثبت هذا النوع من الخيار شرعاً للمشتري وفق عقد البيع على المبيع الغائب بالصفة، من دون شرط من قبل، بل يقتضيه العقد حكماً إذا تبين له أن المبيع مخالف للشروط والصفات المطلوبة «فالمشتري بالخيار في إجازة البيع، أو رده»^(٢) .

يقرر القاضي عبد الوهاب البغدادي هذا الحكم بأنه مقتضى العقد في النص التالي :

«والخيار يثبت في البيع بأمرين :

أحدهما : بمقتضى العقد، والآخر بالشرط . فالأول ضربان : أحدهما : أن يخرج المبيع على خلاف ما دخل عليه، وذلك بأن يخالف ما شرطه من الصفة، أو بأن يوجد به عيب .

والآخر : مختلف فيه، وهو أن تكون فيه مغابنة خارجة عن حد ما يتغابن الناس بمثله، فقيل : إن البيع لازم ولا خيار، وقيل : للمغبون الخيار إذا دخل على بيع الناس المعتاد .

فأما خيار الشرط فلا يثبت بمقتضى العقد، وإنما يثبت بالشرط . . «^(٣) .

وللمشتري حسبما تقرر فقهاً أن يمارس حقه في القبول، أو الرد كما هو المعتمد في المذهب في النص التالي :

(١) المواق، أبو عبد الله سيدي محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل بهامش الحطاب، الطبعة الأولى، مصر: مطبعة السعادة، عام ١٣٢٨ : ٤٢٧/٤ .

(٢) ابن الجلاب، التفریع : ١٧٠ / ٢ .

(٣) البغدادي، القاضي عبد الوهاب، التلقين، ص ١٠٧ .

«(ورد) المبيع . . . أي ثبت الخيار في رده (بعدم) وجود وصف (مشروط) ذلك الوصف للمبتاع، وله (فيه غرض) كان فيه مالية . . . ، أو لا مالية»^(١).

ثالثاً: تأجيل الثمن:

يعد المالكية تأجيل الثمن في (الخيار) واحداً من خمسة أمور لا يجوز فيها النقد عاجلاً بل لا بد من تأجيله حتى استلام المبيع والتأكد من سلامته، وقد جرى النص على البيع بالخيار في العبارة التالية:

«ولا يجوز النقد في الخيار»^(٢).

في أثناء شرح هذه العبارة يعدد العلامة الفقيه أحمد بن محمد البرنسي المعروف بزروق هذه الأمور الخمسة بقوله: «يعني أن من شرط الخيار أن لا يشترط فيه النقد، وكذلك المواصفة»^(٣)، وعهدة الثلاث^(٤)، وزاد بعد هذا بيع الغائب على الصفة، والأرض غير المأمونة قبل أن تروى. فهي إذاً خمس لا يجوز فيها النقد بشرط»

حكى العلامة الفقيه قاسم بن ناجي رحمه الله الاتفاق على هذا الحكم قائلاً: «إن شرط النقد فيما ذكر لا يجوز اتفاقاً»^(٥).

أما إن دفعه المشتري تطوعاً من عنده فلا بأس به، قال العلامة قاسم بن ناجي رحمه الله: «ظاهر كلام الشيخ أن التطوع بالنقد جائز، وهو كذلك»^(٦).

(١) الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل: ١٢٧/٥.

(٢) ابن أبي زيد القيرواني، الرسالة الفقهية، الطبعة الأولى، تحقيق الهادي حمودة وزميله، بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ص ٢١٤.

(٣) المواصفة: «جعل الأمة على يد أمين إلى أن تظهر براءة رحمة فيبرم بيعها»، زروق، شرح الرسالة، بيروت: دار الفكر: ١١٨/٢.

(٤) عهدة الثلاثة: «الرجوع بكل ما يحدث في الرقيق من العيوب في ثلاثة أيام بعد عقد البيع»، زروق، شرح الرسالة: ١١٨/٢.

(٥) شرح الرسالة بهامش شرح زروق، بيروت: دار الفكر: ١١٨/٢.

(٦) المصدر السابق: ١٣٤/٢.

ورد التصريح بجملته هذه الأحكام في كتب المذهب المعتمدة .

قال العلامة الزرقاني في شرحه على خليل : «(و) فسد بيع الخيار (بشرط نقد) لثمنه ، وإن لم يحصل بالفعل على المعتمد لتردده مع حصوله بشرط بين السلفية والثمنية ، ولكون الغالب مع شرطه حصوله ، فنزل الغالب - وإن لم ينقد فيه حتى مضى زمن الخيار - منزلة الموجود المحقق ، وظاهر المصنف الفساد ولو أسقط الشرط ، وهو كذلك . . . »^(١) .

هذا موضع اتفاق بينهم ، تواترت بهذا نصوص المتقدمين والمتأخرين من هذا ما ذكره أبو عبد الله محمد بن أبي زيد القيرواني بقوله : «ولا بأس ببيع الشيء الغائب على الصفة ، ولا ينقد فيه بشرط إلا أن يقرب مكانه ، أو يكون مما يؤمن تغييره من دار ، أو أرض ، أو شجر فيجوز النقد فيه»^(٢) .

يستشهد المالكية لصحة هذا الحكم بما ورد في المدونة في مواطن عديدة بعناوين متعددة منها :

«في اشتراء سلعة غائبة ، أو وصفت له فيريد أن ينقد فيها ، أو يبيعها من صاحبها قبل أن يستوفيها ، أو من غيره» .

جاء التمثيل والتوضيح للموضوع الأول في هذا العنوان بقوله : «قلت : رأيت إن اشتريت سلعة ، أو حيواناً قد رأيت ذلك قبل أن أشتريه ، أو اشتريت ذلك على صفة وهم في موضع بعيد مثل المدينة من مصر ، أو برقة من مصر ، أو من إفريقية يصلح لي فيه النقد في قول مالك؟ قال : لا»^(٣) .

يعلل المالكية عدم جواز نقد الثمن في مثل هذا العقد لما يتوقع من تغيير المبيع ، أو هلاكه بسبب غيبته وبعده .

(١) شرح الزرقاني على متن سيدي خليل : ١١٤ / ٥ .

(٢) الرسالة الفقهية ، ص ٢١٦ .

(٣) الإمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى رواية سحنون عن ابن القاسم ، الطبعة الأولى ،

بيروت : دار الفكر ، عام ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م : ٢٥٩ / ٣ .

وهذا بدوره يؤثر تأثيراً مباشراً على لزوم العقد وتمامه؛ ذلك أن العقد في هذه الفترة (فترة الخيار) يظل متردداً بين أن يكون العقد عقد بيع في حالة سلامة المبيع، وتوافر الصفات المشروطة فيه، أو سلفاً إذا تبين عدمها، ولا يعلم هذا إلا عند حضور المبيع، كل هذه الاحتمالات والتوقعات تجعل نقد الثمن مع عدم معرفة واقع المبيع من سلامة وعدمها نوعاً من الغرر، وهو ممنوع منهبي عنه شرعاً. نصوا على هذه العلة والأحكام في العبارة التالية:

«ولم يجز النقد فيه [بعيد الغيبة] لغلبة الغرر فيه من تغيير، أو هلاك فيصير النقد فيه تارة ثمناً، وتارة سلفاً، وكذلك النقد فيما بيع على خيار، أو مواضعة إلا أن يتطوع، فالنقد بعد العقد في ذلك كله يجوز...»^(١).

يستثني المالكية مما تقدم إذا كان المبيع الغائب عقاراً فإنهم يجيزون دفع النقد بشرط، ويكون البيع لازماً إذا بيع جزافاً، وأن يكون وصف المبيع من غير بائنه، وأما إذا بيع مذارعة لم يجز النقد فيه إذا كان البائع هو الواصف له، وأما إن كان غيره فالنقد جائز. معللين لهذا الاستثناء بعدم سرعة تغير العقار، أما عن الشرط الثاني، ففي الموازية والعتبية: «لا يجوز أن يباع الشيء بوصف بائنه؛ لأنه لا يوثق بوصفه؛ إذ قد يقصد الزيادة في الصفة لإنفاق سلخته، جرى النص على هذا في المعتمد من المذهب بقولهم: وجاز النقد (مع الشرط في العقار) المبيع على اللزوم بوصف غير البائع، وإن بُعد؛ لأنه مأمون لا يسرع إليه التغير بخلاف غيره، وأما بوصف البائع فلا يجوز النقد فيه ولو تطوعاً لتردده بين السلفية والثمن، ولا بدّ من ذكر ذرع الدار في وصفها فقط دون وصف غيرها من الأرض البيضاء...»^(٢).

(١) المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل: ٢٩٩/٤.

(٢) الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل: ٣٩/٥؛ وانظر: لبعض التفاصيل في العقار: الحطاب، مواهب الجليل: ٢٩٩/٤؛ الدردير، سيد أحمد، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع: ٢٧-٢٨.

ثالثاً - الضمان :

خص المالكية العقار الغائب المباع على الصفة بأحكام تختلف عما سواه ، ذلك أن العقار لا يخاف سرعة تغيره مما يجعل العقد فيه لازماً منذ إبرامه ، فمن ثم يدخل في ضمان المشتري حال تمام العقد إذا عرفت سلامته وقت عقد الصفقة .

أما غير العقار فهو من ضمان البائع حتى يتسلمه المشتري خالياً من النقص والعيوب ، ولا يكون من ضمانه إلا إذا شرطه البائع عليه أثناء العقد ، نص على هذا العلامة خليل بن إسحاق وأقره عليه علماء المذهب كما جاء في شرح الزرقاني بقوله : «(وضمنه) أي العقار المبيع غائباً جزافاً ، وأدرسته الصفقة سليماً(المشتري) أي دخل في ضمانه بمجرد العقد ، بيع بشرط النقد أم لا ، سواء اشترط الضمان على البائع أم لا ، كما هو ظاهر الموازية . . . (وضمنه) غير العقار يبيع بشرط النقد أم لا (بائع إلا لشرط) من بائع غير العقار أن ضمانه على المشتري فلا يضمنه البائع . . . »^(١) .

* * *

(١) الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل : ٤٠ / ٥ .

المبحث الثالث

العقد على المبيع الغائب على الصفة في المذهب الحنبلي

يذهب الحنابلة إلى جواز العقد على المبيع الغائب على الصفة، ويقسمونه إلى نوعين:

الأول: مبيع معين موجود ولكنه غائب عن مجلس العقد قريباً، أو بعيداً. يمثل لهذا بضائع التجار المودعة في مستودعاتهم ومخازنهم المحلية، أو الخارجية، أو لدى وكالاتهم في البلاد الخارجية، يبيعون أصنافاً معينة من البضائع، أو المصنوعات لماركات مخصوصة معلومة.

الثاني: بيع موصوف غير معين: يصفه البائع بصفاته المميزة عن صنفه ونوعه بما يمثل اختلاف الأسعار بذكر جنسه ونوعه، وبلده، ومستوى جودته، وقدره وزناً، أو كيلاً، أو عدداً، وبعبارة فقهية مختصرة «بصفة تضبط ما يصح السلم فيه»^(١).

يشترط لصحة العقد على هذا النوع من البيع الشروط التالية:

١ - أن يكون «فيما يمكن ضبط صفاته»؛ لأن ما لا تنضبط صفاته يختلف كثيراً فيفضي إلى المنازعة، والمطلوب عدمها . . . من المكيل والموزون . . .»^(٢)، أما المعدود المختلف فيصح فيما يتأتى ضبطه^(٣). هذا هو المعبر عنه فقهاً في

-
- (١) البهوتي، كشاف القناع، راجعه وعلق عليه هلال مصيلحي مصطفى هلال، الرياض: مكتبة النصر الحديثة: ٦٣/٣ .
(٢) البهوتي، كشاف القناع: ٢٩١/٣ .
(٣) المصدر السابق نفسه .

الجملة الشرطية «إن صح السلم فيه»^(١).

٢- أن تحصل معرفة المبيع للمشتري برؤية متقدمة، ويتم القبض في فترة يؤمن تغييره فيها، والمهم هو قدرة البائع على إحضاره سالماً وقت حلول العقد دون اعتبار لبعد المسافة، أو قربها، وكذلك الزمن، نظراً لاختلاف طبيعة المبيعات والسلع. نص على هذا الشرط في العبارة التالية:

«و) يحصل العلم بمعرفة المبيع (برؤية متقدمة) على العقد (بزمن لا يتغير فيه المبيع يقيناً، أو) لا يتغير فيه ظاهراً؛ لأن شرط الصحة العلم، وقد حصل بطريقة، وهي الرؤية المتقدمة، والمبيع منه ما يسرع فساده كالفاكهة وما يتوسط كالحيوان، وما يتباعد كالعقارات، فيعتبر كل نوع بحسبه، ولو (مع غيبة المبيع، ولو في مكان بعيد لا يقدر) البائع (على تسليمه في الحال، ولكن يقدر على استحضاره...)»^(٢).

٣- أن يبرم العقد في هذا النوع على أنه بيع، وليس سلفاً أو سلماً، كما نص عليه في المذهب ضمن الشروط السابقة في العبارة التالية:

«ويشترط أيضاً أن لا يكون بلفظ سلم أو سلف»^(٣).

جرى النص على صحة هذا البيع وأنواعه في العبارة التالية:

«(ويصح) البيع (بصفة) تضبط ما يصح السلم فيه؛ لأنها تقوم مقام الرؤية في تمييزه (وهو) أي البيع بالصفة (نوعان: أحدهما بيع عين معينة، سواء كانت العين المعينة غائبة مثل أن يقول: بعتك عبدي التركي، ويذكر صفاته) التي تضبط... (أو) كانت العين المبعة بالصفة (حاضرة مستورة، كجارية منتقبة، وأمتعة في ظروفها... والنوع الثاني) من نوعي البيع بالصفة: (بيع موصوف غير معين، ويصفه بصفة تكفي في السلم، إن صح السلم فيه) بأن انضبطت صفاته

(١) البهوتي، كشاف القناع: ١٦٤/٣.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) المصدر السابق نفسه.

(مثل أن يقول: بعتك عبداً تركياً ثم يستقصي صفات السلم فيه . . .)»^(١).

الآثار الشرعية المترتبة على صحة العقد على المبيع الغائب على الصفة عند الحنابلة:

يترتب على هذا التفصيل في التقسيم عند الحنابلة آثار فقهية متفحة بين النوعين السابقين حيناً، ومختلفة حيناً آخر وفيما يلي عرض مفصل لها حسب الترتيب التالي:

أولاً- ينعقد البيع لازماً، وغير لازم:

ينعقد البيع لازماً إذا وفّى البائع بالصفات المطلوبة في المبيع، لأنه وجده وفق الصفات المشروطة فلا يحق له الفسخ؛ «ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعاقده فيه الخيار في جميع الأحوال كالسلم»^(٢).

ويكون غير لازم إذا لم يستوف المبيع الصفات المطلوبة.

احتج للزوم العقد لدى مطابقة المبيع للصفات المشروطة بما يأتي:

«أنه سلم له [للمشتري] المعقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالسلم فيه؛ ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعاقده فيه الخيار في جميع الأحوال كالسلم».

يذكر موفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامة في الرد على القائلين بالخيار بكل حال وأنه يسمى بيع خيار الرؤية كالإمامين الثوري وأبي حنيفة قائلين: «وقولهم إنه يسمى بيع خيار الرؤية لا نعرف صحته فإن ثبت فيحتمل أن يسميه من يرى ثبوت الخيار، ولا يحتج به على غيره، فأما إن وجده بخلاف الصفة فله الخيار، ويسمى خيار الخلف في الصفة؛ لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة، فلم يلزمه كالسلم»^(٣).

(١) البهوتي، كشاف القناع: ٣/١٦٤-١٦٥.

(٢) ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، الطبعة الثالثة، علق على بعض الهوامش السيد محمد رشيد رضا، مصر: دار المنار، عام ١٣٦٨: ٣/٥٨٢.

(٣) المغني: ٣/٥٨٢.

ثانياً- الضمان :

يعد المبيع الغائب على الصفة من ضمان البائع في كلا النوعين كما ورد النص بهذا: «(والمبيع بصفة) معيناً كان أو في الذمة، (أو برؤية سابقة) بزمن يتغير فيه المبيع غالباً (من ضمان البائع حتى يقبضه مشتر)؛ لأنه تعلق به حق توفية، أشبه المبيع بكيل، أو نحوه... وإن تلف المكيل ونحوه) أي الموزون، والمعدود، والمذروع المبيع بالكيل ونحوه، (أو) تلف (بعضه بأفة) أي عاهة (سماوية) لا صنع لآدمي فيها (قبل قبضه) أي قبل قبض المشتري له (ف) هو (من) مال بائع؛ لأنه ﷺ (نهى عن ربح ما لم يضمن)، والمراد ربح ما يبيع قبل القبض، قال في المبدع: لكن إن عرض البائع المبيع على المشتري فامتنع من قبضه، ثم تلف كان من ضمان المشتري... (وينفسخ العقد فيما تلف) بأفة سماوية مما يبيع بكيل، أو نحوه قبل قبضه سواء كان التالف الكل، أو البعض؛ لأنه من ضمان بائعه، (ويخير مشتر) إذا تلف بعضه وبقي بعضه (في الباقي بين أخذه بقسطه من الثمن، وبين رده وأخذ الثمن كله لتفريق الصفة...»^(١).

ثالثاً- التصرف في المبيع الغائب الموصوف قبل القبض :

المبيع الغائب على الصفة في كلا النوعين من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري لا يصح للمشتري التصرف فيه قبل قبضه، وهو المنصوص عليه في العبارة التالية:

«ولا يجوز للمشتري التصرف فيه، أي فيما يبيع بصفة أو رؤية سابقة (قبل قبضه) ظاهره ولو بعثق، أو جعله مهراً ونحوه... (ولو غير مكيل ونحوه) من موزون ومعدود ومذروع...»^(٢).

الثاني- الآثار الفقهية المختلفة بين نوعي المبيع الغائب على الصفة:

من هذه الآثار:

(١) البهوتي، كشاف القناع: ٣/٢٤٢-٢٤٣.

(٢) المصدر السابق: ٣/٢٤٢.

أولاً- دفع الثمن مؤجلاً:

يختلف حكم دفع الثمن بين النوعين السابقين؛ إذ يجوز تأجيله إلى حين قبض المبيع في النوع الأول (المبيع الغائب المعين الموصوف).

يقول العلامة شرف الدين موسى الحجاوي فيما يخص هذا النوع: «ويجوز التفريق قبل قبض الثمن، وقبل قبض المبيع كحاضر»^(١).

أما بالنسبة للنوع الثاني (المبيع الموصوف وغير المعين) فإنه يجب دفع الثمن قبل مغادرة المجلس، ذلك لأن الحنابلة عدوا هذا النوع في معنى السلم. قال شرف الدين موسى الحجاوي فيما يخص هذا النوع من أحكام: «ويشترط في هذا النوع قبض المبيع، أو قبض ثمنه في مجلس العقد...»^(٢)، ويعلل لهذا بقوله: «لأنه في معنى السلم»^(٣).

واختار القاضي أبو يعلى الحنبلي من المتقدمين جواز التفريق من مجلس العقد قبل قبض المبيع، والثمن دون تفرقة بين النوعين.

قال في الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد: «فعلى المذهب لا يجوز التفريق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع، أو قبض ثمنه على الصحيح من المذهب، وقدمه في المغني، والشرح، والرعاية الكبرى، وجزم به في الوجيز، وقال القاضي: يجوز، وهو ظاهر ما جزم به في المستوعب في باب السلم...»^(٤).

(١) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تصحيح وتعليق عبد اللطيف محمد موسى السبكي، مصر: المطبعة الأميرية: ٦٥/٢.

(٢) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: ٦٥/٢.

(٣) كشاف القناع: ١٦٤/٣.

(٤) المرادوي، أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، الطبعة الأولى، صححه وحققه محمد حامد الفقي، مصر: مطبعة السنة المحمدية، عام ١٣٧٥هـ-١٩٥٦م: ٣٠٠/٤.

ثانياً- موجبات العيب والنقص والتلف في نوعي البيع على الصفة :

إذا ظهر في (المبيع المعين الموصوف) حاضراً كان أو غائباً عيب، أو نقص، أو تلف قبل قبض المشتري فللمشتري أخذ قسط ما نقص من الثمن في العيب والنقص، وقيمته في حالة التلف، وليس له طلب بدل عنه؛ لأن العقد كان على عين معينة، ولا يصح الانتقال بالعقد إلى غيره، فإذا لم يرض بذلك فليس أمامه إلا فسخ العقد.

قال في كشاف القناع: «وإن وقع العقد على معين رد البائع قسط ما نقص من الثمن . . .»^(١).

وقال بالنسبة لحالة اختيار رد المبيع في هذا النوع وما يترتب عليه من أحكام: «فهذا النوع (بيع عين معينة) يفسخ العقد عليه برده على البائع بنحو عيب، أو نقص صفة، وليس للمشتري طلب بدله لوقوع العقد على عينه كحاضر، فإن شرط ذلك في عقد البيع بأن قال: إن فاتك شيء من هذه الصفات أعطيتك ما هذه صفاته لم يصح العقد، قاله في المستوعب، وينفسخ العقد عليه أيضاً بـ(تلفه قبل قبضه) لزوال محل العقد . . .»^(٢).

في حين تختلف الأحكام الفقهية تماماً بالنسبة للنوع الثاني الموصوف غير المعين: فإن وجده المشتري متغيراً عما رآه، أو على غير ما وصف له فله الفسخ على التراخي، ويسمى هذا الخيار (خيار الخلف في الصفة)؛ لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة.

قال في كشاف القناع: «وإن وجد (المبيع الموصوف غير المعين) متغيراً فله الفسخ على التراخي، كخيار العيب، وكذا لو وجد بالصفة ناقصاً صفة (ويسمى) هذا الخيار (خيار الخلف في الصفة) . . . إلا أن يوجد منه ما يدل على

(١) البهوتي: ٢٤٢/٣.

(٢) المصدر السابق: ١٦٣/٣.

الرضا بالمبيع . . . (وإن زاد) كثيراً (أو نقص كثيراً مما لا يتغابن بمثله) عادة (فالزيادة للبائع، والنقصان عليه) أي على البائع، فإن كان المبيع قفيزاً من صبرة مثلاً تممه البائع منها . . .»^(١).

ولما كان المقصود من هذا النوع (المبيع الموصوف غير المعين) هو الصفات التي يتحراها المشتري في المبيع دون تحديد عين معينة جاز استبدال آخر عنه من جنسه تتوافر فيه الصفات المطلوبة دون أن يؤثر هذا على صحة العقد، أو يوجب فسخ العقد، ورد النص على هذا في العبارة التالية:

«(فتمت سلم) البائع (إليه عبداً على غير ما وصفه، فرده) المشتري عليه (أو) سلم إليه عبداً على ما وصف له فأبدله المشتري لنحو عيب (لم يفسد العقد) برده؛ لأن العقد لم يقع على عينه، بخلاف النوع الأول»^(٢).

* * *

(١) البهوتي، منصور إدريس: ٢٤٢/٣.

(٢) البهوتي، كشاف القناع: ١٦٤/٣.

المبحث الرابع

العقد على المبيع الغائب على الصفة في المذهب الشافعي

المفهوم صراحة من كلام الإمام الشافعي في كتابه (الأم) جواز العقد على المبيع الغائب الموصوف مع تأجيل الثمن، وذلك في باين:

الأول في بيع العروض، ذكر فيه المسائل التالية:

«ولو أنه اشتراه على صفة مضمونة إلى أجل معلوم فجاءه بالصفة لزم المشتري أحب، أو كره، وذلك أن شراءه ليس بعين، ولو وجد تلك الصفة في يد البائع فأراد أن يأخذها كان للبائع أن يمنعه إياها إذا أعطاه صفة غيرها، وهذا فرق بين شراء الأعيان والصفات.

الأعيان لا يجوز أن يحول الشراء منها في غيرها إلا أن يرضى المبتاع، والصفات يجوز أن تحول صفة في غيرها إذا أوفى أدنى صفة.

ويجوز النقد في الشيء الغائب، وفي الشيء الحاضر بالخيار، وليس هذا من بيع وسلف بسبيل. ولا بأس أن يشتري الشيء الغالب بدين إلى أجل معلوم، والأجل من يوم تقع الصفقة.

وفي (باب في بيع الغائب إلى أجل) ذكر الآتي: «ولا بأس بشراء الدار حاضرة وغائبة ونقد ثمنها ومذارعة وغير مذارعة (قال) ولا بأس بالنقد في بيع الخيار»^(١).

يتبين من المسائل السابقة المدونة في كتاب الأم وهو يمثل القول الجديد للإمام الشافعي رحمه الله تعالى:

(١) الأم، الطبعة الأولى، تصحيح محمد زهري النجار، مصر: مكتبة الكليات الأزهرية: ٤٠/٣.

أولاً: إجازته للعقد على المبيع الغائب الموصوف .

ثانياً: إثبات خيار الرؤية للمشتري إذا لم يأت على الصفات المشروطة في العقد .

ثالثاً: دفع القيمة مؤجلة لدى تسليم المبيع .

رابعاً: إن تعبيره في بعض تلك المسائل (ولا بأس بالنقد في بيع الخيار) يدل مفهوماً أن الأصل عدم النقد في المبيع الغائب المؤجل . الأمر الذي يجعله يتفق عموماً مع المذاهب الثلاثة السابقة .

لكن الذي تقرر في المذهب الشافعي في هذه المسألة هو القول القديم ، وأصبح الرأي في المذهب كالأتي :

١ - بيع العين الغائبة غير الموصوفة باطل .

٢ - بيع العين الغائبة الموصوفة بذكر جنسها ونوعها على قولين : الجواز ، وعدم الجواز هو الأظهر ، وعليه المذهب .

هذا ما حكاه الإمام الماوردي بعد الاستدلال على بطلان المبيع الغائب بقوله : «فإذا ثبت أن بيع العين الغائبة باطل إذا لم توصف ففي جواز بيعها إذا وصفت قولان :

أحدهما : يجوز ، نص عليه في ستة كتب : في القديم ، والإملاء ، والصلح ، والصدق ، والصرف ، والمزارعة ، وبه قال جمهور أصحابنا .

والقول الثاني : أنه لا يجوز ، وهو أظهرهما نص عليه في ستة كتب : في الرسالة ، والسنن ، والإجارة ، والغصب ، والاستبراء ، والصرف في باب العروض ، وبه قال حماد بن أبي سليمان ، والحكم بن عتبة ، وهو اختيار المزني ، والربيع ، والبويطي^(١) .

(١) الحاوي ، كتاب البيوع ، دراسة وتحقيق محمد مفضل مصلح الدين ، رسالة دكتوراه =

الاستدلال:

ذكر الإمام أبو الحسن علي بن محمد الماوردي أدلة المذهب الشافعي لبطلان العقد على المبيع الغائب غير الموصوف تفصيلاً، تم تنسيقها في الفقرات التالية:

أولاً: الحديث الذي رواه الإمام مسلم رحمه الله عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر. وحقيقة الغرر: ما تردد بين جائزين أخوفهما أغلبهما.

وبيع خيار الرؤية غرر من وجهين:

أحدهما: أنه لا يعلم هل المبيع سالم، أو هالك؟.

الثاني: أنه لا يعلم هل يصل إليه، أم لا يصل؟.

ثانياً: ما روي «أن النبي ﷺ نهى عن بيع غائب بناجز»، ولم يفصل بين صرف وغيره فهو على عمومه.

ثالثاً: روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الملامسة، واللامسة: بيع الثوب المطوي، فإذا نهى عن الملامسة لجهله بالمبيع وإن كان ثوباً حاضراً كان بطلانه أولى إذا كان غائباً.

رابعاً: أن بيع الصفة إذا علق بالعين بطل، كذلك بيع العين إذا علق بالصفة بطل، وتحريره قياساً: أنه بيع عين بصفة موجب أن يكون باطلاً كالسلم في الأعيان.

خامساً: أن الاعتماد في السلم على الصفة، والاعتماد في الأعيان على الرؤية؛ لأن السلم يصير معلوماً بالصفة، كما أن العين تصير معلومة بالرؤية، فلما تقرر أن السلم إذا لم يوصف حتى يصير المسلم فيه معلوماً بطل العقد،

= منسوخة على الآلة، مكة المكرمة: جامعة أم القرى، عام ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م: ١٢٩/١.

وجب إذا لم تر العين حتى تصير معلومة بالرؤية يبطل العقد، إذ الإخلال بالرؤية في الميراث كالإخلال بالصفة في الموصوفات .

وتحرير ذلك قياساً: أن جهل المشتري بصفات المبيع تمنع صحة العقد كالسلم إذا لم يوصف، ولأنه مبيع مجهول الصفة عند المتعاقدين فوجب أن يكون باطلاً كقوله بعثك ثوباً، أو عبداً.

سادساً: لأنه بيع عين لم ير شيئاً منها، فوجب أن لا يصح كالسمك في الماء، والطير في الهواء .

سابعاً: ولأنه خيار ممتد بعد المجلس غير موضوع لاستدراك الغبن، فوجب أن يمنع صحة العقد أصلاً إذا اشترط خياراً مطلقاً^(١) .

القول المعتمد في المذهب:

وفي مجال الترجيح بين الأقوال، وتنقيح المعتمد في المذهب بالنسبة للمبيع الغائب على الصفة ذهب المتأخرون من الشافعية إلى أن: الأصح والمعتمد مذهباً عدم صحة بيع المبيع الغائب مطلقاً موصوفاً وغير موصوف .

هذا ما نص عليه في المنهاج، واتفق عليه شارحاه العلامة الفقيه شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي وشمس الدين الرملي .

قال ابن حجر الهيتمي: «(والأظهر أنه لا يصح بيع الغائب) الثمن، أو المضمن بأن لم يره أحد العاقدين، وإن كان حاضراً في مجلس البيع، وبالغاً في وصفه، أو سمعه بطريق التواتر . . .

(والثاني) وبه قال الأئمة الثلاثة (يصح) البيع إن ذكر جنسه، وإن لم يرياه، ويثبت الخيار) للمشتري، وكذا البائع على خلاف فيه (عند الرؤية) لحديث فيه ضعيف، بل قال الدارقطني باطل . . .»^(٢) .

(١) الحاوي، كتاب البيوع: ١٢٢/١-١٢٥ .

(٢) تحفة المحتاج بشرح المنهاج، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر: ٤/٢٦٣ .

يتفق معه في هذا العلامة شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي جملة وتفصيلاً^(١)، وكلاهما يكتفي لصحة هذا القول اشتراط التعريف والتوصيف بالجنس.

يضيف العلامة جلال الدين المحلي جواز ذكر الجنس أو النوع لإباحة المبيع الغائب وفق القول الثاني، ويثبت الخيار للمشتري على الرغم من توافر الصفات المطلوبة فيقول: «والأظهر أنه لا يصح بيع الغائب» وهو ما لم يره المتعاقدان، أو أحدهما، (والثاني يصح) اعتماداً على الوصف بذكر جنسه، ونوعه^(٢)، كأن يقول: بعتك عبدي التركي، وفرسي العربي، ولا يفتقر بعد ذلك إلى ذكر صفات آخر، نعم لو كان له عبدان من نوع فلا بدّ من زيادة يقع بها التمييز كالتعرض للسن، أو غيره، (ويثبت الخيار) للمشتري (عند الرؤية)، وإن وجده كما وصف...»^(٣).

ويعتمد الخطيب الشربيني القول بصحة العقد على خلاف الأظهر في المذهب «إذا وصف بذكر جنسه ونوعه اعتماداً على الوصف فيقول: بعتك عبدي التركي، أو فرسي العربي...»^(٤).

* * *

-
- (١) انظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده: ٤١٥/٣.
 - (٢) هذا هو المثبت في النسخة المطبوعة.
 - (٣) ذكر العلامة أبو الضياء علي بن علي الشيرازي: أن الواو هنا بمعنى (أو)، حاشية على نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مصر: شركة مطبعة مصطفى البابي الحلبي: ٤١٦/٣.
 - (٤) شرح جلال الدين محمد بن أحمد المحلي على منهاج الطالبين، الطبعة الرابعة، بيروت: دار الفكر: ١٦٤/٢.
 - (٤) الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عام ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م: ١٨/٢.

القسم الثالث

المقتضي والمانع وتام الاستدلال في عقد التوريد

المبحث الأول

المقتضي

من أسباب الإباحة الشرعية وجود (المقتضي) لها . عقد التوريد في صيغته السلمية التي تتفق مع قواعد الشريعة ومقاصدها يحقق مصالح متعددة لأطراف متعددين: للبائع، والمشتري، والمجتمع كلاً، تمثل مجموعة: (المقتضي) للإباحة، واحداً من أسبابها، وفيما يلي بيان ذلك :

١ - بالنسبة للبائع: يهدف البائع من إبرام عقد التوريد إلى أمور ضرورية من أهمها:

أ- التأكد والاطمئنان من تسويق السلعة التي يتاجر فيها، أو ينتجها، يتفادى بذلك كساد السوق، ووبار السلعة .

ب - ضمان تشغيل الأيدي العاملة فيما يمتهنه من تجارة أو صناعة دون عجز أو تقصير في دفع الأجور .

ج- القدرة على الاستمرار بمعدل ومستوى معين دون انخفاض في التجارة إن كانت تجارة، والتاج إن كان صناعة، أو زراعة .

٢ - بالنسبة للمشتري: يتمكن المشتري عن طريق (عقد التوريد) إلى تحقيق الأغراض والأهداف التالية:

أ- حصوله على السلعة التي يريد في الموعد المحدد مستقبلاً دون تأخير .
وقد أصبح هذا مهماً جداً في العقود والمعاملات للوفاء بالالتزامات مع

الأفراد، وهو مهم أيضاً بالنسبة لهؤلاء عندما يمثلون طرف (المشتري) بأشخاصهم أو شخصياتهم المعنوية الاعتبارية لتنفيذ مشروع خاص، أو تأمين احتياج معين.

الحاجة إلى عقد التوريد ليست خاصة بأمة دون أمة بل أصبح حاجة الأمم والشعوب في كافة أقطار الدنيا مهما كان مستواها الحضاري والاجتماعي متقدمة، أو متخلفة، الإسلامية وغير الإسلامية على مختلف الديانات والمذاهب، فقيرة، أو غنية، ولهذا الأمر تقديره عند فقهاء الإسلام في تكليف الحكم ومناسبته.

يقول إمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك الجويني: «... المرعي في حق الآحاد حقيقة الضرورة، وقد ذكرنا أنه لا يرعى فيما يعم الكافة الضرورة، بل يكتفي بحاجة عامة»^(١).

وما قرره إمام الحرمين هنا هو التوجه الذي أخذ به جمهور الفقهاء أعربوا عنه بصياغته في قواعد محكمة تنير للفقهاء طريق الاجتهاد وفيما سبيله كذلك، منها قولهم: «الحاجة إذا عمت كانت كالضرورة»^(٢).

وقولهم: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت، أو خاصة»^(٣)، «وفي المنع مما يحتاج إليه الناس ضرر أعظم مما لو كان تخلله شيء من المخاطر، فلا يزيل أدنى الضررين بأعلاهما، بل قاعدة الشريعة ضد ذلك وهو دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما»^(٤).

وضح الدكتور منذر قحف مدى الحاجة إلى عقد التوريد في عالما المعاصر بصورة تفصيلية، وأهميته للنواحي الاقتصادية والصناعية، والاجتماعية، وأثره

(١) الغيائي، غياث الأمم في التياث الظلم، الطبعة الأولى، تحقيق ودراسة عبد العظيم الديب، قطر: الشؤون الدينية، عام ١٤٠٠هـ، ص ٤٨٥.

(٢) السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنظائر، ضبط وتعليق الشيخ علي مالكي، مصر: مطبعة مصطفى محمد، ص ٧٩؛ ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، مصر: مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع، عام ١٣٨٧-١٩٦٨م، ص ٩١.

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) ابن القيم، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين، الطبعة الأولى، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، مصر: مطبعة السعادة: ٧/٢.

على تنمية الحياة وتطوير مرافقها في كافة المجالات العملية الناتجة للمصنوعات التي تكتظ بها مستودعات التجار قائلًا: «تقوم الحياة الاقتصادية في جميع المجتمعات على الترتيب ، والتحضير المسبقين لعمليات الإنتاج، ينطبق ذلك على الصناعة والتجارة، والنقل، والزراعة، والتعليم، وسائر الأنشطة، وإن تفاوتت الدرجات .

فالصناعات الاستخراجية تستخرج من الأرض الأتربة والصخور والسوائل الحاملة للمعادن، وتقوم بفصل المعدن منها عن الشوائب لتقوم ببيعه لأصحاب الصناعات الأخرى، وهي في عملها هذا تحتاج إلى آلات ومواد كثيرة إضافة إلى الأيدي العاملة .

وهي تقوم بعملياتها الإنتاجية حسب برنامج عمل، لا بد له من تنسيق وتوافق بحيث تصلها الآلة، أو السلعة في الوقت المناسب، من أجل ذلك لا بد لها من إجراء عقود توريد مع منتجي، أو بائعي الآلات والمواد، التي تحتاجها حتى تطمئن إلى وصولها في الوقت المناسب . وكذلك لا بد لها من التعاقد المسبق مع اليد العاملة التي تحتاج إليها بحيث تبدأ عملها في الوقت المطلوب تماماً . يضاف إلى ذلك أن ظروف السوق من منافسة ورغبة في ضغط للنفقات، ومفاهيم الربحية والسعي لها والكفاءة في الإنتاج، والظروف المادية للنقل والتخزين، كل ذلك يستدعي الارتباط بعقود توريد تتعلق بإنتاجها، بحيث يكون لديها برنامج تسليم للمنتوج معروف لديها مسبقاً . ومن جهة أخرى فإن هذه الحاجات ؛ بل الضرورات التي تضطر الصانع للارتباط بعقود توريد للأشياء وعقود إجارة مستقبلية للعاملين، لها انعكاسات مالية تتعلق ببرنامج إيراداتها المالية ومصروفاته . وتقتضي مبادئ الكفاءة وتعظيم الربحية أن يعمد الصانع إلى ترتيب مصروفاته مع إيراداته بحيث يدفع نفقاته من الإيرادات دون تعطيل أو تجميد للمال، ودون الحاجة إلى اللجوء إلى التمويل الخارجي إلا إذا كان أقل كلفة من التمويل الذاتي . والصانع عندما يلجأ للتمويل يفاضل بين مصادره وأدواته ويختار الأقل كلفة فيما بينها . فحاجات الصناعات الاستخراجية لعقود التوريد ولعقود الإجارة المستقبلية هي حاجات حقيقية من دون تلبيتها لا تستطيع الصناعة أن تعمل بكفاءة، وبالتالي تخرجها

المنافسة من السوق، أي أنها تخسر أموالها، فضلاً عن أن في العمل دون مستوى الكفاءة الأعلى خسارة للأفراد وللمجتمع وإضاعة لموارده النادرة.

وهذه الحاجات ليست حاجات تمويلية، بل هي حاجات مادية مباشرة تقوم عليها الصناعة الاستخراجية.

ومثل الصناعة الاستخراجية الصناعات الوسيطة التي تنتج مواد وآلات تستعمل في صناعات أخرى، وكذلك الصناعات التحويلية بكل أنواعها. كل ذلك يضطر إلى الدخول في عقود توريد للحصول على الآلات والمواد الداخلة في الإنتاج ولتسويق المنتجات التي تقوم بصناعتها.

والزراعة أيضاً قد وصلت إليها الثورة الصناعية وصيغ العلاقات الاقتصادية الجديدة التي نشأت عنها. فصارت تقوم على الآلات والمدخلات الزراعية الكثيرة والوقود. وكل ذلك يحتاج إلى عقود توريد تحدد مواعيد استلامها ودخولها في عملية الإنتاج. وكذلك فإن الزراعة المعاصرة صارت تحتاج إلى التعاقد على بيع محاصيلها على طريقة عقد التوريد، لأنه لا بد في الزراعة أيضاً من تخطيط للمبيعات حتى يتمكن الزارع من تحقيق الكفاءة في استخدام أمواله وموجوداته ويعظم ربحه.

ومثل الصناعة والزراعة سائر القطاعات الاقتصادية والاجتماعية. فالتعليم يحتاج إلى المباني والأجهزة والمخابر، كما يحتاج إلى التعاقد مع المعلمين والموظفين كل ذلك يقوم على عقود التوريد بالنسبة للسلع والمواد والإجارة المستقبلية بالنسبة لليد العاملة. والمستشفيات والخدمات الصحية مثل ذلك، ومثلها أيضاً قطاع النقل والمواصلات والاتصالات والفنادق، حتى الإدارة الحكومية نفسها تحتاج إلى حاجات كثيرة أساسية إلى عقود التوريد بعد دخول الآلة والمواد المصنوعة في الإدارة الحكومية إلى حدود بعيدة. هذا إلى جانب المشاريع الإنمائية والإنشائية التي هي أكثر اعتماداً في العادة على عقود التوريد^(١)

* * *

(١) عقد التوريد، دراسة اقتصادية مقدمة لمجمع الفقه الإسلامي بجدة، ص ١٠-١٣.

المبحث الثاني انتفاء المانع

من القواعد الأصولية للإباحة (انتفاء المانع)؛ إذ لا يكفي (وجود المقتضى) بل لابدَّ من انتفاء المانع، وهو كل ما يتعارض مع القواعد الشرعية، ومقاصدها. والمانع في عقود المعاملات ضروب متعددة، وأنواع مختلفة بحسب أركان العقد، منها ما يرجع إلى العاقدين، ومنها ما يرجع إلى العوضين، ومنها ما يرجع إلى صفة العقد، ومنها ما يرجع إلى الحال التي وقع عليها العقد. فإذا افترضنا سلامة العقد وتمامه وفق الأحكام الشرعية المطلوبة في العاقدين، والعوضين، والحال التي وقع عليها العقد، والمقصود منه أن لا يكون بيع نجش، أو بيع الإنسان على بيع أخيه، أو تلقي السلع قبل ورود الأسواق، أو بيع الحاضر للباد، أو البيع يوم الجمعة بعد النداء ممن يلزمهما، أو أحدهما الجمعة، فلاحتمال الكبير أن يكون المانع من إباحة عقد التوريد هو من جهة ما يرجع إلى صفة العقد، وهذا ضروب وأنواع أتى بتفصيلها وتحليلها القاضي عبد الوهاب البغدادي رحمه الله بقوله:

«وما يرجع إلى صفة العقد ضروب منها: الربا ووجوهه، ومنها الغرر وأبوابه، ومنها المزبنة والبيع والسلف، وغير ذلك...»^(١).

إذا افترض خلو (عقد التوريد) من الربا بأقسامه فلاحتمال الأكبر هو وجود الغرر وأبوابه، وهو ما قد يتذرع به من لا يرى إباحة هذا العقد حسب الصيغة التي

(١) التلقين، الطبعة الأولى، المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، عام ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ص ١٠٦.

نزل عليها وكُتِفَ بها وهو: البيع على الصفة بشروطه. حينئذ لا بدَّ من تحديد المقصود من الغرر، وهو «ما يجمع ثلاثة أوصاف: أحدها: تعذر التسليم، والثاني: الجهل، والثالث: الخطر والقمار...».

فأما ما يرجع إلى تعذر التسليم فكالأبق، والضالة، والمغصوب، والطير في الهواء، والسّمك في الماء، وبيع الأجنة، واستثنائها، وحبل الحبلّة، وهو نتاج ما تنتج الناقة، والمضامين وهي ما في ظهر الفحول.

وأما ما يرجع إلى الجهل فيتنوع؛ فمنه الجهل بجنس المبيع كقوله: بعثك في كمي (أو في يدي)، أو ما في صندوقي. ومنه ما يرجع إلى الجهل بصفاته كقوله: بعثك ثوباً في بيتي، أو فرساً في اصطبلي. ومنه الجهل بالثمن في جنسه أو مقداره أو أجله، مثل أن يقول: بعثك بما يخرج به سعر اليوم، أو بما يبيع به فلان متاعه، أو بما يحكم به زيد. ومنه البيعتان في بيعة وهو قوله: بعثك هذا الثوب بعشرة نقداً، أو بخمسة عشر إلى أجل، على أنه قد وجب بأحد الثمنين، ومنه بيع اللحم في جلده، والحنطة في تنبها، ومنه شرط الخيار الممتد والأجل المجهول نحو قدوم زيد، وموت فلان وما أشبه ذلك.

وأما الخطر فبيع ما لا ترجى سلامته كالمريض في السياق، وما لا يدرى أيسلم أو يتلف، ولا ظاهر، ولا أمانة تغلب على الظن معه سلامة كبيع الثمر قبل بدو صلاحها. وأما القمار فكبيع الملامسة وهو أن يلمس الرجل الثوب فيلزمه البيع بلمسه وإن لم يتبينه، وبيع المنابذة، وهو أن ينبذ أحدهما ثوبه إلى الآخر فيلزمه الآخر ثوبه إليه فيجب البيع بذلك. ومنه بيع الحصاة، وصفته أن تكون بيده حصاة فيقول: إذا سقطت من يدي فقد وجب البيع، وقيل: تكون ثياب عدة فيقول: على أيها سقطت الحصاة فقد وجب. ومنه المزبنة - وقد ذكرناها - فهذه كلها بيوع الجاهلية، وكثير منها يتداخل فيجمعه الجهل وتعذر التسليم كالأبق والشارد، فإن انضم إلى ذلك جهل الثمن أو الأجل تأكد الغرر لكثرة أسبابه^(١).

(١) البغدادي، القاضي عبد الوهاب، التلقين، ص ١١٢ - ١١٣؛ انظر تعريف الغرر عند الحنفية، ص ٣٦٠ من هذا البحث.

لدى تطبيق هذه القاعدة الفقهية للغرر على عقد التوريد في صيغته الجائزة (البيع على الصفة) من خلال عرض عناصره يتجلى التالي :

١ - ما يرجع إلى تعذر التسليم:

من ضروريات عقد التوريد اطمئنان المشتري من قدرة البائع على تسليم المبيع في الوقت المحدد، وحرصه على التأكد من ذلك، وأخذ ضمانات قد تكون مالية أحياناً للوفاء بالعقد كالعربون، أو التأمين.

أما البائع في مقابل الضمانات المالية والقانونية التي يضعها المشتري عليه فإنها تملي عليه أن يرم العقد ويوقعه متأكداً من إنجازها، وتسمح إمكاناته المادية به، وبهذا ينتفي هذا العنصر منه، يبلغ الأمر أحياناً بالمشتري في العقود التجارية الحديثة أن يضع شرطاً جزائياً وغرامة مالية في حالة تخلف البائع (المستورد) عن التسليم في الموعد المحدد.

٢ - ما يرجع إلى الجهل بجنس المبيع، أو صفته، أو الجهل بالثمن في جنسه ومقداره، أو شرط الخيار الممتد والأجل المجهول:

مثل هذا لا يجري في عقود التوريد الحديثة بحال، بل كل من المتعاقدين حريص أن يحدد مسؤولية الآخر وبيان جنس المبيع، وموعد استلامه، وكذلك المشتري حريص كل الحرص أن يبين جنس المبيع وصفته ومقداره وموعد استلامه دون تأجيل، أو مباطلة من البائع، فمن ثم يضع للتحقق من تنفيذ كل ذلك شروطاً جزائية، وعقوبات مالية مرهقة في غالب الأحيان^(١).

٣ - الخطر ببيع ما لا ترجى سلامته:

إن التاجر في الوقت الحاضر بائعاً، أو مشترياً، مصدرراً، أو مورداً لا يقدم

(١) انظر لمعرفة الشرط الجزائي: أبو سليمان، عبد الوهاب، فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة، الطبعة الأولى، جدة: البنك الإسلامي للتنمية، معهد البحوث والتدريب، عام ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ص ١٤٢.

على إبرام عقد التوريد أو غيره ما لم يكن متأكداً من سلامة وصول البضاعة،
وتأمين تسليمها إلى أصحابها .

يعطي التجار في بلاد العالم الاعتبار الأول والأهم لضمان وصول بضائعهم
سليمة إلى أيدي المشتريين . بل أضحى من غير الممكن في الوقت الحاضر أن يتم
عقد توريد من دون تأمين يضمن سلامة وصول السلع إلى أصحابها .

أصبح أمنُ التجارة الدولية والمحلية وسلامة انتقالها من بلد إلى آخر هاجس
الدول والمؤسسات والمنظمات الدولية، وعنصراً مهماً فيها، أسست من أجلها
شركات التأمين، وجندت الدول لحمايتها إمكاناتها المادية والبشرية، ووضعت
لها الأنظمة والقوانين في السلم والحرب .

وفي جميع الظروف والحالات يتحرى التاجر في عقد التوريد وغيره اتخاذ
كافة الاجراءات لسلامة وصول السلعة إلى صاحبها قدر الجهد والإمكان كما هو
الواقع المشاهد في العقود، وسير التجارة في معظم أجزاء العالم .

بانتفاء عناصر الغرر السابقة ينتفي مانع إباحة عقد التوريد، ولو فرضنا
- جـداً - وجود غرر يسير فإنه مما يتسامح فيه، ولا يؤثر على صحة العقد، ولو
قل بغير ذلك لأصاب الأمة حرج ومشقة تنأى عنه الشريعة السمحة .

تأكيداً لما سبق من وجود المقتضى وانتفاء المانع في عقد التوريد وتأييداً
لصحته يقول شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية: «والحاجة الشديدة
يندفع بها يسير الغرر، والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم
إذا عارضها حاجة راجحة أبيع المحرم، فكيف إذا كانت المفسدة منتفية . . فكل
ما احتاج الناس إليه في معاشهم، ولم يكن سببه معصية هي ترك واجب، أو فعل
محرم لم يحرم عليهم؛ لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد»^(١) .

* * *

(١) القواعد التورانية، الطبعة الأولى، مصر: مطبعة السنة المحمدية، عام ١٣٧٠هـ -
١٩٥١م، ص ١٣٣ - ١٤٣ .

المبحث الثالث

تمام الاستدلال

تمام الاستدلال لأحكام النوازل والواقعات والعقود الجديدة يقتضي سلامتها وخلوها من معارضة نص صريح، أو قاعدة شرعية ثابتة، أو مقصد من مقاصد الشريعة.

إذا سلم الاستدلال لإباحة عقد التوريد في الصيغة والصور المقبولة شرعاً، فتمامه خلوه من معارضة نص صريح.

والذي يبدو ظاهراً أن القول بصحة عقد التوريد وإباحته تتعارض مع نصين صريحين قررا مبدأين ثابتين في الشريعة الإسلامية:

أحدهما: أنه يتضمن بيع الدين بالدين المنهي عنه شرعاً في حديث رواه ابن عمر ورافع بن خديج رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ (نهى عن بيع الكالئ بالكالئ)، وفي رواية ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ، وقال: (هو النسيئة بالنسيئة)، قال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه»^(١).

وعقد التوريد في صيغته وصوره يتضمن ظاهراً بيع الدين بالدين: البائع يبيع سلعته بثمن مؤجل، يمثل دائنية الثمن في ذمة المشتري، والمشتري يشتري السلعة لا يدفع الثمن، يمثل دائنية المبيع في ذمة البائع، كلاهما مدين ودائن للآخر باعتبارات مختلفة.

(١) الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله، نصب الراية لأحاديث الهداية، الطبعة الأولى، مصر: مطبعة دار المأمون، عام ١٣٥٧هـ-١٩٣٨م: ٤/٣٩-٤٠.

ثانيهما: بيع المعدوم الذي ورد النهي عنه في حديث الصحابي الجليل حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: «نهاني رسول الله ﷺ أن أبيع ما ليس عندي» رواه الترمذي في رواية له^(١)، ولأبي داود والنسائي: «قال: قلت يا رسول الله: يأتيني الرجل فيريد مني البيع وليس عندي، فأبتاع له من السوق؟ قال: لا تبع ما ليس عندك»^(٢).

التأمل الدقيق لفقهاء الحديثين، وتفهم معناهما في ضوء ما كتبه المحدثون الفقهاء سوف يكشف الحقيقة، ويميط اللثام عن العلاقة بينهما وبين عقد التوريد إما بالتوافق والانسجام، وإما بالتعارض والتضاد، وهو ما يتبين خلال المناقشة والعرض التاليين:

١ - بالنسبة للحديث الأول الذي يتضمن النهي عن بيع الدين بالدين يجاب عنه:

أ - أن عقد التوريد ليس من قبيل بيع الدين بالدين؛ ذلك أن الدين شغل ذمة أحد المتبايعين للآخر بدين، وليس هذا في عقد التوريد من الدين بشيء، وإنما هو في حدود الاتفاق والوعد لا يتجاوزهما العقد، فمن ثم يظل العقد جائزاً قابلاً للفسخ حتى يتم تسليم المبيع، ومقتضى هذا العقد (عقد التوريد) تأجيل دفع الثمن حتى يتم تسليم البضاعة إلا أن يكون المشتري متطوعاً بتقديمه اختياراً.

ب - (النهي عن بيع الكالئ بالكالئ): معناه، كما ذكره المحدث الفقيه علي بن سلطان محمد القاري نقلاً عن النهاية: «وذلك أن يشتري الرجل شيئاً إلى أجل فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضي فيقول: بعنيه إلى أجل آخر بزيادة شيء فيبيعه منه، ولا يجري بينهما تقابض، . . . وقيل: هو أن يبيع الرجل دينه على

(١) جامع الترمذي مع عارضة الأحوذى، الطبعة الأولى، مصر: المطبعة المصرية الأزهرية،

عام ١٣٥٠هـ - ١٩٣١م، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك: ٣/ ٥٤١.

(٢) سنن أبي داود، مراجعة وتعليق محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت: دار إحياء

التراث العربي: ٣/ ٢٨٣.

المشتري بدين آخر للمشتري على ثالث . ذكره الطيبي . . . »^(١) .

قال العلامة محمد بن إسماعيل الصنعاني في شرح حديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ يعني الدين بالدين» :

«وظاهر الحديث أن تفسيره بذلك مرفوع، والكالئ من كالأ الدين كلوءاً فهو كالأ إذا تأخر، وكلاؤه إذا أنسأته، وقد لا يهمز تخفيفاً. قال في النهاية: هو أن يشتري الرجل شيئاً إلى أجل فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضي به، فيقول: بعنيه إلى أجل آخر بزيادة شيء فيبيعه، ولا يجري بينهما تقابض، والحديث دل على تحريم ذلك، وإذا وقع كان باطلاً»^(٢) .

اتضح من النصوص السابقة أن هذا الحديث له معنى معين تناقله المحدثون وأقروه، ولا يندرج ضمن معناه (عقد التوريد) ولا يدل عليه منطوقاً ولا مفهوماً حسبما تقدم .

جـ - كون العوضين غير موجودين أثناء العقد هنا في عقد التوريد لا يصح حمله على الصورة التي ذكرها بعض المحدثين والفقهاء تفسيراً لمعناه؛ فليس وجود مجرد شبه في جانب معين بين أمرين يقضي بإعطاء حكم أحدهما للآخر، على أن الفقهاء رحمهم الله توسعوا في معناه والتمثيل له تورعاً واحتياطاً، فمن ثم اختلفت آراؤهم في تحديده والتمثيل له .

يقول ابن القيم رحمه الله: «ومن سوى بين الشئيين لاشتراكهما في أمر من الأمور يلزمه أن يسوي بين كل موجودين لاشتراكهما في مسمى الوجود، وهذا من أعظم الغلط، والقياس الفاسد الذي ذمه السلف»^(٣) .

(١) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، قدم له خليل الميس، مكة المكرمة: المكتبة التجارية: ٨٦/٦ .

(٢) سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، مصر: مطبعة الاستقامة، عام ١٣٥٧ هـ: ١٨/٣ .

(٣) إعلام الموقعين: ٨/٢ .

٢ - تضمنه لبيع المعدوم المنهي عنه بقول الرسول ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» .

وموافقة لهذا الحديث نص الفقهاء أنه: «لا يصح بيع مال لا يملكه البائع، ولا إذن له فيه لحديث حكيم بن حزام مرفوعاً: لا تبع ما ليس عندك»^(١) .

هذا الحديث قيده علماء الحديث وفقهاء الشريعة ببيع الأعيان دون البيع على الصفة، والعقد الذي يصدد هذا البحث قد تم تكييفه على البيع على الصفة وفي ضوئه تم تخريجه .

يقتصر هذا البحث على النقل من ثلاثة من المحدثين الفقهاء فيما يخص هذا التقييد في معنى حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه:

* الإمام أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي قائلاً: «(قوله: لا تبع ما ليس عندك) يريد بيع العين دون بيع الصفة، ألا ترى أنه أجاز السلم إلى الآجال، وهو بيع ما ليس عنده في الحال، وإنما نهى عن بيع ما ليس عند البائع من قبل الغرر»^(٢) .

* العلامة المحدث الفقيه ملا علي القاري ينقل من شرح السنة للبغوي فيقول: «(لا تبع ما ليس عندك) أي شيئاً ليس في ملكك حال العقد. في شرح السنة: هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات، فلذا قيل: السلم في شيء موصوف عام الوجود عند المحل المشروط يجوز وإن لم يكن في ملكه حال العقد...»^(٣) .

* العلامة ابن القيم يقدم تحليلاً موضوعياً بقوله: «وأما قول النبي ﷺ لحكيم ابن حزام (لا تبع ما ليس عندك) فيحمل على معنيين:

(١) البهوتي، شرح منتهى الإرادات: ١٤٤/٢ .

(٢) معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري، تحقيق محمد حامد الفقي، مصر: مطبعة السنة المحمدية، عام ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م: ١٤٣/٥ .

(٣) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: ٨٨/٦ .

أحدهما : أن يبيع عيناً معينة وليست عنده بل ملك للغير ، فيبيعها ثم يسعى في تحصيلها وتسليمها للمشتري .

والثاني : أن يريد بيع ما لا يقدر على تسليمه وإن كان في الذمة ، وهذا أشبه فليس عنده حساً ولا معنى فيكون قد باعه شيئاً لا يدري هل يحصل له أم لا؟ وهذا يتناول أموراً :

أحدها : بيع عين معينة ليست عنده .

الثاني : السلم الحال في الذمة إذا لم يكن عنده ما يوفيه .

الثالث : السلم المؤجل إذا لم يكن على ثقة من توفيته عادة . . .^(١) .

وقسم في موضع آخر المعدوم إلى ثلاثة أقسام مبيناً القسم الذي يعنيه النهي في الحديث بقوله : «والمعدوم ثلاثة أقسام :

معدوم موصوف في الذمة : فهذا يجوز بيعه اتفاقاً . . .

والثاني : معدوم تبع للموجود ، وإن كان أكثر منه ، وهو نوعان : نوع متفق عليه ، ونوع مختلف فيه ، فالمتفق عليه بيع الثمار بعد بدو صلاح ثمرة واحدة منها فاتفق الناس على جواز بيع ذلك الصنف الذي بدا صلاح واحدة منه ، وإن كانت بقية أجزاء الثمار معدومة وقت العقد ، ولكن جاز بيعها تبعاً للموجود ، وقد يكون المعدوم متصلاً بالموجود ، وقد يكون أعياناً آخر منفصلة عن الوجود لم تخلق بعد .

والنوع المختلف فيه كبيع المقائي ، والمباطخ إذا طابت فهذا فيه قولان : أنه يجوز بيعها جملة ويأخذها المشتري شيئاً بعد شيء كما جرت به العادة ، ويجري مجرى بيع الثمرة بعد بدو صلاحها ، وهذا هو الصحيح من القولين الذي استقر عليه عمل الأمة . . .

(١) إعلام الموقعين : ٣٩٩ / ١ .

الثالث: بيع معدوم لا يدري يحصل، أو لا يحصل، فهذا الذي منع الشارع بيعه لا لكونه معدوماً بل لكونه غرراً، فمنه صورة النهي التي تضمنها حديث حكيم بن حزام وابن عمر رضي الله عنهما، فإن البائع إذا باع ما ليس في ملكه، ولا قدرة له على تسليمه، ليذهب ويحصله، ويسلمه إلى المشتري كان ذلك شبيهاً بالقمار والمخاطرة من غير حاجة إلى هذا العقد، ولا تتوقف مصلحتهما عليه...»^(١).

يؤكد ابن القيم رحمه الله أنه «... ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ، ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام، ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن 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 موجوداً، أو معدوماً...»^(٢).

يتبين من النصوص السابقة أن موضوع النهي في هذا الحديث هو بيع الأعيان، وهو المخصوص به، وأن معناه: أن البائع الذي يختص به هذا النهي بين واحد من أمرين: إما أن لا يقدر على تحصيل السلعة وتسليمها، أو لا يدري إذا كان يستطيع تحصيلها أو لا؟.

كلا المعنيين منتفیان في عقد التوريد؛ لأنه أولاً: من قبيل البيع على الصفة، وثانياً: أن البائع يبرم العقد عندما تكون لديه الثقة من الحصول على المبيع في الوقت المحدد.

يؤيد هذا المعنى ويؤكده العلامة أبو الوليد سليمان الباجي حيث يخص النهي الوارد في الحديث بالمبيع المعين ثم يذكر سبب النهي في العبارة التالية:

(١) زاد المعاد في هدي خير العباد، الطبعة الأولى، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة، عام ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م: ٨٠٨/٥ - ٨١٠.

(٢) إعلام الموقعين: ٩/٢.

« . . . المبيع على ضربين معين وهو الذي ينطلق عليه اسم المبيع فلا يجوز إلا أن يكون معيناً كالثوب، أو الدابة، أو العبد، أو معيناً بالجملة مثل أن يكون قفيزاً من هذه الصبرة، وأما ما كان في الذمة فاسم السلم أخص به، فإنه يتعلق بالذمة، ولا يجوز أن يكون معيناً، ولا حالاً . . . ويتعلق المنع ببيع ما ليس عنده بالوجهين جميعاً.

وأما البيع فإنه أيضاً ممنوع من تعلقه بما ليس عنده؛ لأننا قد قلنا إنه يجب أن يكون معيناً، ويكون في ملكه، فإن لم يكن في ملكه وكان معيناً لم يصح لما فيه من الغرر؛ لأنه لا يمكنه تخليصه، وإذا لم يقدر على تخليصه لم يمكنه تسليمه، وما لا يمكن تسليمه لا يصح بيعه، ولذلك لم يجز بيع العبد الآبق، والجمل الشارد، والطائر في الهواء، والسلمك في البحر، وغير ذلك مما لا يمكن تسليمه . . .»^(١).

اتجه الإمام الباجي هذا الاتجاه في تخصيص معنى الحديث بالأعيان المعينة في البيع الحال البات وأيده الأستاذ الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير بقوله: «وأرى أن عدم جواز بيع ما ليس عند البائع خاص فيما كان فيه البيع حالاً كما يستفاد من قصة الحديث؛ ولأن هذه هي الحالة التي يتصور فيها النزاع، أما لو تم البيع على أن يسلم البائع المبيع بعد مدة من الزمن فإن هذا ينطبق عليه حكم تأجيل المبيع . . .»^(٢).

ثم خلص من هذا إلى النتيجة التالية: «ولهذا فلا ينبغي أن يقال: إن بيع الاستيراد المتعارف عليه عند التجار يتناوله النهي عن بيع ما ليس عند البائع؛ لأن بيع الاستيراد مدخول فيه على تأجيل المبيع، وبيع ما ليس عند البائع المنهي عنه مدخول فيه على تسليم المبيع في الحال»^(٣).

(١) المنتقى شرح موطأ مالك، مصورة عن الطبعة الأولى عام (١٣٣٢هـ)، بيروت: دار الكتاب العربي: ٢٨٦/٤.

(٢) الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مصر: مطبعة دار نشر الثقافة، عام ١٣٨٦هـ-١٩٦٧م، ص ٣٢٠.

(٣) الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ص ٣٢٠.

يتضح من كل ما تقدم : أن عقد التوريد في صيغته المقبولة شرعاً لا يتعارض مع الحديتين السابقتين بوجه من الوجوه .

بهذا يتم الاستدلال ، ويخلص القول إلى إباحة عقد التوريد إذا لم يخالف الأركان والشروط المعتمدة في عقد البيع ؛ إذ هو نوع منه ، وفرد من أفراده .

* * *

الخاتمة

كشفت البحث في عرضه وتحليلاته السابقة أن عقد التوريد لا يعدو أن يكون نوعاً من أنواع البيع على الصفة في الفقه الإسلامي؛ إذ يتفق معه في الأهداف والوسائل، في الطريقة بدءاً وتاماماً، من أهم ذلك:

أولاً: الهدف في العقدين تأييد الملكية في المبيع للمشتري، والتمن للبائع.

ثانياً: غياب العوضين (المبيع والتمن) عن مجلس العقد، وتأجيلهما جملة، أو أقساطاً إلى زمن مستقبل.

ثالثاً: وصف المبيع وصفاً يحدد جنسه، ونوعه، ويضبط مقداره، ومستوى جودته، وكل ما يحصل به تفاوت السعر.

رابعاً: انتفاء الغرر، وكل ما يلحق الضرر.

بالإضافة إلى الجوانب الأخرى المشتركة من شروط وأركان لعقد البيع، تخلص الدراسة الفقهية التحليلية في البحث إلى أن المذهب المالكي أكثر ملاءمة ومناسبة من بين المذاهب الأخرى لما يتم إنجازه من عقود التوريد في الوقت الحاضر؛ لما اشتمل عليه من مميزات وخصائص فقهية مجتمعة من دون تلفيق، لم تتوافر مجتمعة في بقية المذاهب، من الأمثلة على ذلك:

أولاً: عدم لزوم العقد:

المذهب الحنفي يجيز بيع الغائب المجهول الصفة، والمعلوم الصفة على السواء، يعطي للمشتري حق الخيار ولو كان المبيع مطابقاً للمواصفات المشروطة، فله حق الفسخ في جميع الحالات.

فإذا كان البيع على الصفة معلومة، أو مجهولة يحقق مرونة فقهية في العقد يبررها ثبوت الخيار للمشتري . غير أن إعطاءه حق الفسخ في جميع الحالات حتى ولو أحضر البائع المبيع، متوافر الصفات المطلوبة المشروطة في العقد يتسبب بلاشك في زعزعة الثقة بين المتبايعين، ويؤثر على العقد وحركة السوق بعدم الاستقرار. فالعقد في مثل هذه الحالة غير لازم في جميع الأحوال حتى يعلن المشتري رضاه، الأمر الذي لا يتفق وطبيعة العقود في المعاملات، بل هو أمر مرفوض في أسواق المال .

في حين أن المالكية وشاركهم في هذا الحنبلة وفقوا في سد هذه الثغرة فحكموا بلزوم العقد إذا أحضر البائع المبيع متفقاً ومتطابقاً مع الصفات المشروطة في العقد، لا يحق للمشتري الفسخ بحال، وإنما له الخيار فقط حين يفتقد الصفات المطلوبة في المبيع، ومن حقه أيضاً فسخ العقد، أو المطالبة بالبديل، أو أرش النقص .

يحقق هذا المبدأ الفقهي، والقانون الشرعي إنصاف المتعاقدين على حد سواء. ييث الثقة والاطمئنان في نفس البائع من نفاق مبيعاته، كما يدفعه على الحرص على تنفيذ المواصفات المطلوبة في المبيع حتى يضمن لزوم العقد .

كما يحقق هذا المبدأ استقرار الأسواق وإيجاد الثقة بين التجار، وازدهار التجارة .

ثانياً: الأصل عند المالكية عدم نقد الثمن في بيع الخيار بعامه، وفي المبيع الغائب على الصفة بخاصة، يصبح العقد فاسداً باشتراط دفعه، ولا بأس بدفعه من قبل المشتري تطوعاً .

يتفق في هذا الحنفية والمالكية، وموقف المالكية فيه أوضح وأكثر بياناً .

في حين يذهب الحنبلة إلى جواز تأجيل الثمن في حالة واحدة إذا كان المبيع الغائب معيناً موصوفاً، أما إذا كان موصوفاً غير معين فلا بد من دفع الثمن،

معللين هذا بأنه في معنى السلم .

ثالثاً: لم يقيد المالكية جواز البيع الغائب على الصفة بنوع معين من السلع، كل ما في الأمر أنه لا بدّ من ذكر الصفات المميزة التي تختلف بها الأسعار، يوافقهم في هذا الحنفية .

في حين يخص الحنابلة الجواز بالمبيعات التي يصح السلم فيها وهي: المكيلات، والموزونات، والمعدودات التي لا تختلف آحادها .

إلى غير ذلك من المسائل التي يترجح فيها الأخذ بمذهب المالكية بخصوص هذا العقد .

يندرج ضمن عقد التوريد بمعناه وأحكامه الشرعية المقررة للبيع على الصفة الصور التالية:

الصورة الأولى: دفع الثمن مؤجلاً متزامناً مع تسليم البضاعة .

الصورة الثانية: دفع الثمن أو بعضه مقدماً على تسليم البضاعة من دون شرط من البائع .

الصورة الثالثة: دفع المشتري عربوناً، أو تأميناً، أو ضماناً مالياً يحسب من ثمن السلعة .

الصورة الرابعة: دفع نسبة من المال من قبل المتعاقدين على أساس نسبة الثمن لضمان التزام كل منهما وتنفيذه يودع لدى طرف ثالث لضمان تنفيذ العقد؛ إذ أن هذا وما سبقه في الصورة الثالثة يعد في مصلحة العقد .

كل هذا فيما يقصد به أساساً التبادل الفعلي للسلع والأثمان، أما ما كان من قبيل المستقبليات والخيارات في مصطلح المعاملات الحديثة التي يقصد منها الاسترباح بفروق الأسعار، فليست تدرج تحت عقد التوريد، ولا يمكن إلحاقها بالمبيع الغائب على الصفة حيث تختلف عنه في الأغراض، والوسائل، وتوافر الشروط والأركان للعقد الأساس: (عقد التوريد) .

الصورة الخامسة: عقود الإعاشة والتغذية للمدارس، وشركات الطيران، والمستشفيات التي تعقدتها الدولة، أو المؤسسات.

طبيعة هذه العقود أن يتم التسليم على دفعات يومية، أو شهرية لفترات طويلة ممتدة على مدى عام أو أكثر، أو أقل، يتم دفع الثمن في نهاية العقد، أو أثناء التنفيذ على أقساط، يبدأ غالباً في تسليم الدفعات اليومية، أو الشهرية مباشرة مما يملكه البائع ويحتفظ بمواده في مستودعاته.

هذا النوع من العقود هو عقد البيع على الصفة وهو نفسه فيما يسمى اليوم بعقد الإعاشة والتغذية، وهو عقد توريد في مدلوله ومضمونه، ولا يخرج في أحكامه عما يجري تقريره في البيع على الصفة.

وهو أشبه ما يكون بما هو معروف في المذهب المالكي بـ(بيعة أهل المدينة) ورد النص عليها في المدونة، واعتمد صحتها فقهاء المذهب:

«قال: وقد كان الناس يتعاون اللحم بسعر معلوم فيأخذ كل يوم وزناً معلوماً، والثمن إلى العطاء، فلم ير الناس بذلك بأساً، واللحم وكل ما يباع في الأسواق مما يتبايع الناس به فهو كذلك لا يكون إلا بأمر معروف، ويبين ما يأخذ كل يوم، وإن كان الثمن إلى أجل معلوم، أو إلى العطاء، إذا كان ذلك العطاء معلوماً مأموناً، إذا كان يشترع في أخذ ما اشترى، ولم يره مالك من الدين بالدين.

قال مالك، ولقد حدثني عبد الرحمن بن المجبر عن سالم بن عبد الله قال: كنا نبتاع اللحم كذا وكذا رطلاً بدينار يأخذ كل يوم كذا وكذا، والثمن إلى العطاء فلم ير أحد ذلك ديناً بدين، ولم يروا به بأساً»^(١).

قال العلامة أبو عبد الله محمد الرعيني الحطاب: «هذه تسمى بيعة أهل المدينة لاشتهارها بينهم... وليس ذلك محض سلم، ولذلك جاز تأخير رأس المال إليه فيه، ولا شراء شيء بعينه حقيقة ولذلك جاز أن يتأخر قبض جميعه إذا

(١) المدونة: ٢٩٠/٣.

شرح في قبض أوله . . . وإجازة ذلك مع تسمية الأبطال التي يأخذ منه في كل يوم رطلين أو ثلاثة على الشرطين المذكورين [هما: الشروع في قبض أوله، وأن يكون أصله عند البائع] هو المشهور في المذهب .

يضيف العلامة الحطاب تأييده لهذا البيع بقوله: «وأنا أراه حسناً معناه، وأنا أجز ذلك استحساناً اتباعاً لعمل أهل المدينة، وإن كان القياس يخالفه»^(١).

وقد نص على هذا في المعتمد من المذهب، قال العلامة الزرقاني في شرحه على خليل بقوله: «وجاز الشراء من دائم العمل كالخباز وهو بيع . . . (و) جاز (الشراء من دائم العمل) حقيقة، وهو من لا يفتر عنه غالباً، أو حكماً ككون البائع من أهل حرفة ذلك الشيء لتيسره عنده فيشبه تعيين المعقود عليه حكماً في صورتين، فعلم أنه لا بد من وجود المبيع عنده، أو كونه من أهل حرفته، والشراء إما لجملة يأخذها مفرقة على أيام، أو يعقد معه على أن يشتري منه كل يوم عدداً معيناً، وليس لأحدهما الفسخ في الأولى دون الثانية، وشملهما تمثيله بقوله (كالخباز) والجزار بنقد وبغيره؛ لقول سالم بن عمر: كنا نبتاع اللحم من الجزارين، أي بالمدينة المنورة، بسعر معلوم كل يوم رطلين، أو ثلاثة بشرط أن ندفع الثمن من العطاء معروفاً، أي ومأموناً، ولا يضرب فيه أجل لأنه بيع كما قال (وهو بيع) فلا يشترط فيه تعجيل رأس المال، ولا تأجيل الثمن فيخالف السلم في هذين، وفي فسخ العقد بموت البائع في الصورة الثانية لا الأولى، وفي كيفية الشراء، وفي أنه يشترط هنا الشروع في الأخذ ولو حكماً كتأخيره خمسة عشر يوماً، واستخفوا ذلك للضرورة، فليس فيه ابتداء دين بدين . . .»^(٢).

هذه جملة الصور الشائعة في عقد التوريد في الوقت الحاضر، وهي التي تندرج تحت تعريفه وأحكامه .

وجود السلعة في (المبيع الغائب على الصفة) شرط في صحة العقد لدى

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء خليل: ٥٣٨/٤ .

(٢) شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل: ٥/٢٢١ .

المذهب المالكي بخاصة والمذاهب الموافقة له بعامه، غير أن العلامة ابن القيم رحمه الله لا يرى الإلزام بهذا الشرط إذا خلا العقد من الغرر - كما سبق عرضه (١) في النص التالي:

«ليس في كتاب الله، ولا في سنة رسول الله ﷺ، ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام، ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بعض الأشياء الموجودة فليس العلة في المنع لا العدم ولا الوجود بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه، سواء كان موجوداً أو معدوماً» (٢).

وإن خُلُوَّ عقد التوريد من الغرر بمعانيه المتعددة السابقة واللاحقة ومن الجهالة، ومن المحظورات الشرعية الأخرى كالربا والميسر ينفي عنه أسباب الفساد والبطلان، وهو ما ينسجم مع القواعد الكلية الأصولية. يقول العلامة محمد علي بن حسين المالكي المكي:

«قسّم مالك رحمه الله تعالى التصرفات ثلاثة أقسام:

أحدهما: معاوضة صرفة يقصد بها تنمية المال، فاقتضت حكمة الشرع أن يجتنب فيها من الغرر والجهالة ما إذا فات المبيع به ضاع المال المبذول في مقابلته، إلا ما دعت الضرورة إليه عادة، وذلك أن الغرر والجهالة كما يؤخذ مما مر ثلاثة أقسام: أحدها: ما لا يحصل معه المعقود عليه أصلاً، والثاني: ما يحصل معه ذلك ديناً ونزراً، والثالث: ما يحصل معه غالب المعقود عليه، فيجتنب الأولان، ويغتفر الثالث.

وقسّم أبو الوليد الغرر إلى ثلاثة أقسام: كثير وقليل ووسط. وجعل الكثير عبارة عن القسمين الأولين في هذا التقسيم، فقال في بداية المجتهد: وبالجملة فالفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز، وأن القليل يجوز،

(١) ص ٤٠٦ من هذا البحث.

(٢) إعلام الموقعين: ٨/٢.

ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر . . .»^(١).

يؤكد هذا ويعضده ثبوت الخيار للمشتري بمقتضى العقد إذا لم تطابق السلعة الشروط والمواصفات المذكورة في العقد .

أخيراً يخلص البحث في نهاية الدراسة والمقارنة إلى النتائج الشرعية التالية:

مشروعية عقد التوريد بمعناه الفقهي وصوره الأنفة الذكر وما جرى مجراها استناداً على النصوص الفقهية المعتمدة، والقواعد الأصولية الإجمالية بشرط خلوه من المحظورات الشرعية فيما يتعلق بالعاقدين، والعوضين، وصفة العقد، خاضعاً في جميع مراحل للمبادئ والقوانين الشرعية، وعدم المعارضة لقاعدة أو ضابط شرعي فضلاً عن نص صريح من الكتاب والسنة .

عقد التوريد في تفاصيله وخصوصياته هو البديل السليم المناسب للبنوك الإسلامية عن بيع (المرابحة للآمر بالشراء) الذي طال فيه الخلاف بين الفقهاء المعاصرين بسبب الوعد للآمر بالشراء ومدى لزمه شرعاً للمشتري .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلاة وسلاماً دائماً على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان

(١) تهذيب الفروق والقواعد السنية، الطبعة الأولى، مصر: مطبعة عيسى البابي الحلبي، عام ١٣٤٤هـ: ١٧٠/١؛ وانظر: ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصر: مطبعة الاستقامة، عام ١٩٥١-١٩٥٢: ١٥٣/٢ .

مصادر بحث عقد التوريد

- * القرآن الكريم .
- * اتحاد المجامع اللغوية العلمية .
- مصطلحات قانونية . العراق : مطبعة المجمع العلمي العراقي ، عام ١٣٩٤هـ / ١٩٧٤م .
- * إمام الحرمين ، عبد الملك الجويني .
- الغياثي (غياث الأمم في التياث الظلم) . الطبعة الأولى ، تحقيق ودراسة عبد العظيم الديب . قطر : الشؤون الدينية ، عام ١٤٠٠هـ .
- * أنيس إبراهيم ، وعبد الحلیم منتصر ، وعطية الصوالحي ، ومحمد خلف أحمد .
- المعجم الوسيط ، الطبعة الثانية .
- معلومات النشر : بدون .
- * البارتي ، أكمل الدين .
- العناية على الهداية بهامش فتح القدير . الطبعة الأولى . مصر : شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ، عام ١٣٨٩هـ / ١٩٧٠م .
- * الحجاوي ، شرف الدين موسى .
- الإقناع في فقه الإمام أحمد ، تصحيح وتعليق عبد اللطيف محمد موسى السبكي . مصر : المطبعة المصرية .

- * الخطاب ، أبو عبد الله محمد بن محمد .
 - مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء خليل . مصر : مطبعة السعادة ،
 عام ١٣٢٩ م .
- * الخطابي ، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم .
 - معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري . تحقيق محمد
 حامد الفقي . مصر : مطبعة السنة المحمدية ، عام ١٣٦٨ هـ / ١٩٤٩ م .
- * البغدادى ، القاضي عبد الوهاب .
 - التلقين في الفقه المالكي . الطبعة الأولى . المغرب : وزارة الأوقاف
 والشؤون الإسلامية ، عام ١٤١٣ هـ / ١٩٩٣ م .
- المعونة على مذهب عالم المدينة . تحقيق ودراسة حميش عبد الحق .
 رسالة دكتوراه منسوخة على الآلة . مكة المكرمة : جامعة أم القرى ، ١٤١٣ هـ /
 ١٩٩٣ م .
- الإشراف على مسائل الخلاف . مصر : مطبعة الإدارة .
 * البهوتي ، منصور بن إدريس .
 - شرح منتهى الإرادات ، المدينة المنورة : المكتبة السلفية .
- كشاف القناع . راجعه وعلق عليه هلال مصيلحي مصطفى هلال . الرياض :
 مكتبة النصر الحديثة .
- * الترمذي ، أبو عيسى محمد بن سورة .
 - صحيح الترمذي بشرح ابن العربي . الطبعة الأولى . مصر : المطبعة
 المصرية ، عام ١٣٥٠ هـ / ١٩٣١ م .
- * ابن تيمية ، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم .
 - القواعد النورانية . الطبعة الأولى . مصر : مطبعة السنة المحمدية ، عام
 ١٣٧٠ هـ / ١٩٥١ م .

* ابن الجلاب، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين .
- التفریع . الطبعة الأولى، تحقيق ودراسة حسين بن سالم الدهماني،
بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٧م .

* خليل بن إسحاق .

- متن خليل في الفقه المالكي على هامشه جواهر الإكليل، مصر: دار
إحياء الكتب العربية .

* أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني .

- سنن أبي داود، ضبط أحاديثه محمد محيي الدين عبد الحميد . بيروت:
دار إحياء التراث العربي .

* الدردير، سيدي أحمد .

- الشرح الكبير على خليل . بيروت: دار الفكر .

* ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد .

- المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام
الشرعية . الطبعة الأولى . تحقيق سعيد أحمد أعراب، وعبد الله الأنصاري .
بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م .

* ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد .

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد . مصر: مطبعة الاستقامة، عام ١٣٧١هـ/

١٩٥٢م .

* الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري .

- شرح حدود ابن عرفة (الهداية الكافية الشافية) . الطبعة الأولى، تحقيق
محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام
١٩٩٣م .

* الزرقاني ، سيدي عبد الباقي .

- شرح الزرقاني على مختصر خليل . بيروت : دار الفكر ، عام ١٣٩٨هـ /
١٩٧٨م .

* زروق ، أحمد بن محمد البرنسي .

- شرح الرسالة . بيروت : دار الفكر .

* الزيلعي ، فخر الدين عثمان .

- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق . بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر .

- نصب الراية لأحاديث الهداية . الطبعة الأولى . مصر : دار المأمون ، عام
١٣٥٧هـ / ١٩٣٨م .

* الرملي ، شمس الدين محمد بن أبي العباس .

- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، مصر : شركة مكتبة ومطبعة مصطفى
الباي الحلبي وأولاده .

* ابن أبي زيد ، أبو عبد الله محمد القيرواني .

- الرسالة الفقهية . الطبعة الأولى . تحقيق الهادي حمود ، ومحمد أبو الأجنان
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، عام ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م .

* السرخسي ، شمس الدين .

- المبسوط ، الطبعة الأولى . مصر : مطبعة السعادة .

* أبو سليمان ، عبد الوهاب إبراهيم .

- فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة . الطبعة الأولى . جدة : معهد البحوث
والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية ، عام ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م .

* السيوطي ، جلال الدين .

- الأشباه والنظائر . ضبط وتعليق الشيخ علي مالكي ، مصر : مطبعة
مصطفى محمد .

* الشافعي، محمد بن إدريس .

- الرسالة . الطبعة الأولى . تحقيق وشرح أحمد محمد شاكر . مصر : شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، عام ١٣٥٨هـ / ١٩٤٠م .

- الأم . الطبعة الأولى . تصحيح محمد زهري النجاري . مصر : مكتبة الكليات الأزهرية .

* الشربيني، محمد الخطيب .

- مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج . بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عام ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م .

* الشرنبلاني، حسن بن عمار .

- غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام، حاشية على درر الحكام في شرح غرر الأحكام . دار الخلافة : مطبعة أحمد كامل، عام ١٣٣٠هـ .

* الشلبي، شهاب الدين .

- حاشية تبين الحقائق، بهامش تبين الحقائق للزليعي . بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر .

* الصدر الشهيد، حسام الدين عمر بن عبد العزيز .

- الفتاوى الكبرى، مخطوط . مكة المكرمة : مكتبة مكة المكرمة . فقه حنفي رقم (٢٥) .

* الصنعاني، محمد بن إسماعيل .

- سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام . مصر : مطبعة الاستقامة، عام ١٣٥٧هـ .

* الضرير، الصديق محمد الأمين .

- الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة . الطبعة الأولى . جدة : المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، عام ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م .

* الطماوي، سليمان محمد .

- الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة. مصر :
مطبعة عين شمس، عام ١٩٨٤ م .

* ابن عابدين، محمد أمين .

-ردالمحتار على الدر المختار. بيروت: دار الكتب العلمية .

* عبد الله، أحمد علي .

- المراجعة أصولها وأحكامها وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، الطبعة
الأولى. السودان: الدار السودانية للكتب، عام ١٤٠٧هـ/١٩٨٧ م .

* الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب .

- القاموس المحيط، الطبعة الأولى. بيروت: مؤسسة الرسالة، عام
١٤٠٦هـ/١٩٨٦ م .

* الفاري، ملا علي .

- شرح مختصر الوقاية (فتح باب العناية في شرح النقاية). الطبعة الثانية.
قازان: خاريطوف مطبعة سي، عام ١٣٢٤هـ .

- البنائة في شرح الهداية. الطبعة الأولى. تصحيح المولى محمد عمر
الشهير بناصر الإسلام الرامفوري. بيروت: دار الفكر، عام ١٤٠١هـ/١٩٨١ م .

* ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد .

- المغني. الطبعة الثالثة. علق على بعض الهوامش السيد محمد رشيد
رضا. مصر: دار المنار، عام ١٣٦٨هـ .

* قدرى أفندي، عبد القادر بن يوسف .

- واقعات المفتين. باكستان: آسيآباد، مكران .

* ابن القيم، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر .

- إعلام الموقعين . الطبعة الأولى . تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد .
مصر : المكتبة التجارية الكبرى .

- زاد المعاد في هدي خير العباد . الطبعة الأولى . تحقيق شعيب الأرنؤوط
وعبد القادر الأرنؤوط . بيروت : مؤسسة الرسالة ، عام ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م .

* الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود .

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . الطبعة الثانية . بيروت : دار الكتاب
العربي ، عام ١٣٩٤هـ / ١٩٧٤م .

* مالك بن أنس ، الإمام .

- المدونة الكبرى رواية سحنون عن ابن القاسم . الطبعة الأولى . بيروت :
دار الفكر ، عام ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م .

* المالكي المكي ، محمد علي بن حسين .

- تهذيب الفروق والقواعد السنية . الطبعة الأولى . مصر : مطبعة عيسى
الباي الحلبي ، عام ١٣٤٤هـ .

* الماوردي ، أبو الحسن علي بن حبيب .

- الحاوي . (قسم البيوع) . دراسة وتحقيق محمد مفضل مصلح الدين ،
رسالة دكتوراه منسوخة على الآلة . مكة المكرمة : جامعة أم القرى ، عام ١٤٠٨هـ /
١٩٨٨م .

* المحلى ، جلال الدين محمد بن أحمد .

- المحلى على منهج الطالبين . الطبعة الرابعة . بيروت : دار الفكر .

* المرداوي ، أبو الحسن علي بن سليمان .

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد . الطبعة
الأولى . صححه محمد حامد الفقي . مصر : مطبعة السنة المحمدية ، عام
١٣٧٥هـ / ١٩٥٦م .

- * المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر .
 - الهداية شرح بداية المبتدي . الطبعة الأخيرة . مصر : شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي .
- * ملا خسرو، محمد بن فراموزا .
 - درر الحكام في شرح غرر الأحكام . دار الخلافة : مطبعة أحمد كامل ،
 عام ١٣٣٠هـ .
- * المواق، أبو عبد الله سيدي محمد بن يوسف .
 - التاج والإكليل لمختصر خليل . الطبعة الأولى . مصر : مطبعة السعادة ،
 عام ١٣٢٨هـ .
- * الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود .
 - الاختيار لتعليل المختار . الطبعة الثالثة . تعليق محمود أبو دقيقة .
 بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر ، عام ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥ م .
- * منذر قحف .
 - عقد التوريد، دراسة اقتصادية مقدمة لمجمع الفقه الإسلامي بجدة . عام
 ١٤١٤هـ / ١٩٩٤ م ، منسوخ على الآلة .
- * ابن ناجي، قاسم .
 - شرح الرسالة بهامش شرح زروق . بيروت : دار الفكر .
- * ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم .
 - الأشباه والنظائر . مصر : مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع ، عام
 ١٣٨٧هـ / ١٩٦٨ م .
- * النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد .
 - الكافي على الوافي . مخطوط . مكة المكرمة : مكتبة مكة المكرمة . فقه
 حنفي .

- * ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواس .
- فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي . الطبعة الأولى . مصر :
شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ، عام ١٣٨٩هـ / ١٩٧٠ م .
* الهيثمي ، شهاب الدين أحمد بن حجر .
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج . بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر .

* * *

عقود التوريد والمناقصات

إعداد
الشيخ حسن الجواهري

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطيبين
الطاهرين وصحبه أجمعين .

وبعد : فقد تلقينا طلب الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي بجدة للكتابة
حول موضوع (عقود التوريد والمناقصات) فعزمتنا على الإجابة على كتابة
الموضوع شاكرين الأمانة العامة على حسن ظنها آمليين التوفيق فيما عزمنا عليه .

(عقود التوريد والمناقصات)

أولاً: عقود التوريد

تمهيد:

قبل بدء البحث لا بد من بيان أن العقود المعاملية التي أشار إليها القرآن
بقوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] هل تختص بالعقود التي كانت موجودة في
زمن الشارع المقدس ، وحينئذ يكون كل عقد - غيرها - محكوماً بالبطلان ، أو أن
المراد من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ كل عقد كان موجوداً في زمن النص أو
سيوجد فيما بعد مما ينطبق عليه عنوان العقد فهو محكوم بالصحة ويجب الوفاء به؟
وبعبارة أخرى: أن الآية القرآنية: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ هل المراد منها العقود
الخارجية أو المراد منها العقود الحقيقية، وقد أخذ العقد على نحو القضية
الحقيقية؟ .

والمعروف في الجواب على هذا التساؤل هو: أن خطابات الشارع لو خلت
وطبعتها تكون قد أخذت على نحو القضايا الحقيقية، بمعنى أن الشارع أوجد
حكمه على موضوع معين، فمتى وجد هذا الموضوع وجد حكم الشارع، فتكون

خطابات الشارع ومنها: ﴿أَوْفُوا بِالْمُقُودِ﴾ قد أخذت على نحو القضية الحقيقية .

وعلى هذا فسوف يكون كل عقد عرفي - ولو كان جديداً لم يكن متعارفاً عند نزول النص - يجب الوفاء به إذا كان مشتملاً على الشروط التي اشترطها الشارع في الثمنين أو المتعاقدين أو العقد، ككون الثمنين معلومين، وبلوغ وعقل المتعاقدين وأمثالهما .

وقد نجد في ثنايا الفقه الإمامي وغيره نتيجة هذه الإجابة، فقد ذكر السيد اليزدي في العروة الوثقى فقال: «يمكن أن يقال بإمكان تحقيق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له، لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان في الأعيان المضمونة»^(١).

وقد ذكر الإمام الخوئي (رحمه الله) في شرح مراد السيد اليزدي فقال: «ولعل مراده من كلامه هذا يرجع إلى إرادة معنى آخر غير المعنى المصطلح من الضمان، أعني نقل ما في ذمة إلى أخرى»^(٢). وقد يكون هذا المعنى هو التعهد بالمال وكون مسؤوليته عليه من دون انتقاله - بالفعل - إلى ذمته، كما هو الحال في موارد ضمان العارية مع شرط، أو كون العين المستأجرة ذهاباً أو فوضة فإن ضمانها ليس بالمعنى المصطلح جزماً، إذ لا ينتقل شيء بالعارية إلى ذمة المستعير، فإن العين لا تقبل الانتقال إلى الذمة وهو غير مشغول الذمة ببدلها قبل تلفها، فليس ضمانها إلا بمعنى كون مسؤوليتها في عهده بحيث يكون هو المتعهد بردها ولو مثلاً أو قيمة عند تلفها .

وكيف كان فإذا صح مثل هذا الضمان في الأعيان الخارجية كموارد اليد والعارية فليكن ثابتاً في الأمور الثابتة في الذمة أيضاً، فإنه لا يبعد دعوى كونه متعارفاً كثيراً في الخارج، فإن أصحاب الجاه والشأن يضمنون المجاهيل من

(١) العروة الوثقى: ٢/٥٨٨ من كتاب الضمان، طبعة (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م).

(٢) إن المشهور في فقه الإمامية أن عقد الضمان هو نقل الدين من ذمة إلى أخرى، لا ضم ذمة إلى ذمة.

الناس من دون أن يقصد بذلك انتقال المال بالفعل إلى ذمهم، وإنما يراد به تعهدهم به عند تخلف المضمون عنه عن أداء».

ثم قال الإمام الخوئي: «والحاصل: أن الضمان في المقام غير مستعمل في معناه المصطلح... وإنما هو مستعمل في التعهد والمسؤولية عن المال، وهو أمر متعارف عند العقلاء، فتشمله العمومات والإطلاقات، فإنه عقد يجب الوفاء به»^(١).

وقد ذكر الشهيد الصدر - رضوان الله تعالى عليه - النتيجة نفسها التي انتهينا إليها سابقاً فقال: إن هناك معنى للضمان غير المعنى المصطلح عند الإمامية وعند السنة، وهو معنى ثالث عبارة عن: «تعهد بالأداء لا تعهد بالمبلغ في عرض مسؤولية المدين، وأن هذا التعهد ينتج ضمان قيمة المتعهد به إذا تلف بامتناع المدين عن الأداء، ولكن حيث إن الأداء ليس له قيمة مالية إلا بلحاظ مالية مبلغ الدين فاستيفاء الدائن لقيمة الأداء من الضامن بنفسه استيفاء لقيمة الدين، فيسقط الدين بذلك».

وهذا المعنى للضمان صحيح شرعاً بحكم الارتكاز العقلاني أولاً، وللتمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ثانياً، إلا أن التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ يتوقف على أن ثبت قبل ذلك بالارتكاز العقلاني - مثلاً - عقديّة هذا النحو من التعهد والضمان، أي كون إيجاده المعاملي متقوماً بالتزامين من الطرفين، ليحصل بذلك معنى العقد بناءً على تقوم العقد بالربط بين التزامين بحيث يكون أحدهما معقوداً بالآخر»^(٢).

وعلى هذا فسوف تكون عندنا قاعدة أن كل عقد عرفي قد ثبتت عقديته عرفاً بالارتكاز العقلاني إذا كان مشتملاً على شروط صحة العقد الشرعية وخالياً عن موانع العقد يجب الوفاء به استناداً إلى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

(١) مباني العروة الوثقى: كتاب المساقاة، ص ١١٤ - ١١٦.

(٢) البنك اللاربوي في الإسلام، للشهيد الصدر، ص ٢٣١ - ٢٣٢.

تعريف عقود التوريد:

هو عقد بين طرفين على توريد سلعة أو مواد محددة الأوصاف في تواريخ معينة لقاء ثمن معين يدفع على أقساط .

فالتوريد عقد جديد ليس بسلم ولا نسيئة، لأن السلم - كما قال مشهور الفقهاء - يتقدم فيه الثمن ويتأجل المثلن، والنسيئة يتقدم فيها ويتأخر الثمن، أما هنا فالثلن والمثلن يتأجلان^(١).

حكم عقد التوريد:

والمهم هنا بيان حكم عقد التوريد المتداول الآن بين الدول والشركات، بل أصبح ضرورة من ضرورات المعاملات، حيث إن الدولة المحتاجة إلى كمية من النفط لفصل الشتاء وتشتري هذه الكمية لا تكون مستعدة لقبولها مرة واحدة؛ حيث لا توجد عندها المخازن الكافية لحفظها، كما أن الدولة نفسها لا تملك تلك الكمية الهائلة من الثمن لتقدمه إلى الدولة المصدرة. وكذا الأمر في الدولة المحتاجة إلى تأمين غذاء جيشها في حالة الحرب لمدة ستة أشهر، فهي ليست بحاجة إلى الخبز الكثير مرة واحدة، بل تحتاج إلى قسم منه كل يوم، وليس لديها المال الكافي لتقديمه مرة واحدة، بل يقدم الثمن على أقساط تشابه أقساط استلام الخبز مثلاً. وهكذا صار عقد التوريد حاجة ماسة في هذا العالم.

وقد يجاب على التساؤل المتقدم اعتماداً على التمهيدي المتقدم بعد إحراز عقديّة التوريد ارتكازاً عند العقلاء بشمول قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لهذا العقد الجديد، كما أن هذا العقد يطلق عليه عند العرف بأنه تجارة عن تراض من الطرفين، فيشمله قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ بِحُكْمٍ عَنْ رَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

(١) قد تجري المناقصة من أجل عقد التوريد كما قد يكون التوريد بطريق الشراء العادي المباشر.

ولكن قد يقال : إن المانع من صحة عقد التوريد هو صدق بيع الدين بالدين عليه، وقد ورد النهي عن بيع الدين بالدين كما روى ذلك طلحة بن زيد عن الإمام الصادق عليه السلام أنه قال : «قال رسول الله ﷺ لا يبيع الدين بالدين»^(١).

وقد ذكرت أدلة أخرى لمنع هذه المعاملة، هي :

أ- الإجماع على عدم جواز المعاملة إذا كانت نسبيّة من الطرفين .

ب- ولأنها من أبواب الربا .

ج- ولأنها شغل لذمتين (ذمة البائع وذمة المشتري) من غير فائدة^(٢).

والجواب : أما الحديث الذي نقل عن رسول الله ﷺ في النهي عن بيع الدين بالدين فهو لم يصح سنداً من طريق الإمامية ؛ لجهالة طلحة بن زيد في كتب الرجال^(٣).

وأما من طرق غيرهم فأيضاً لم يصح السند، كما قال الإمام أحمد : «ليس في هذا حديث يصح»^(٤).

كما أن دلالة الحديث لا تشمل «لما صار ديناً في العقد، بل المراد منه ما كان ديناً قبله، والمسلم فيه (أو المورد) من الأول لا الثاني الذي هو كبيع ماله في ذمة زيد بمال آخر في ذمة عمرو ونحوه مما كان ديناً قبل العقد»^(٥).

وأما الإجماع فهو مدركي، بمعنى أن إجماع العلماء على الحكم مدركه

(١) وسائل الشيعة : ج ١٣ ، ب ١٥ من الدين والقرض ، ح ١ .

(٢) راجع بحث مناقصات العقود الإدارية ، د . رفيق المصري عن أحكام القرآن للجصاص : ٤٨٣ / ١ ؛ ونظرية العقد ، ص ٢٣٥ ؛ وإعلام الموقعين : ٤٠٠ / ١ ؛ وحاشية الشراوي : ٣٠ / ٢ ؛ وغيرها .

(٣) وقد ذكر كتاب المجروحين ج ١ في ترجمة طلحة بن زيد «أنه منكر الحديث جداً، يروي عن الثقات المقلوبات، لا يحل الاحتجاج بحديثه» .

(٤) راجع نيل الأوطار : ١٧٧ / ٥ .

(٥) راجع جواهر الكلام : ٢٩٣ / ٢٤ .

الرواية المروية عن الرسول ﷺ فلا اعتبار لهذا الإجماع، وإنما الاعتبار بالرواية، وبما أن الرواية لم يذكر لها العلماء معنى واحداً متفقاً عليه، والقدر المتيقن منها ما كان ديناً قبل العقد، أما وقد صار ديناً بالعقد فلا تشمله الرواية، وقد ذهب بعضُ (السبكي) إلى أن المُجمع على تحريمه هو البيع المؤجل البدل الواحد (السلم أو النسيئة) إذا زيد في أجله لقاء الزيادة في بدله^(١).

وأما الربا في بيع الدين بالدين فهو لا يدخل في الصورة التي نحن بصدددها، لأننا نتكلم عن مبادلة سلعة بنقد، فالبديلان مختلفان.

وأما شغل الذمتين من غير فائدة فهو مصادرة، إذ الفائدة في هذه الصورة - كما قدمنا - كبرى للطرفين.

وقد يستدل على بطلان عقد التوريد: بصدق (الكالئ بالكالئ) عليه الذي ورد فيه النهي فقد روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الكالئ بالكالئ، وقد ذكر في تفسيره ما يكون ديناً بالعقد بناء على أن الكالئ هو النسيئة فمنع من بيع النسيئة بالنسيئة وهو مورد كلامنا (عقد التوريد)، وهذا النهي - كما يقول صاحب الجواهر وإن لم يكون موجوداً من طرق الإمامية ووجد من طرق غيرهم إلا أنه قد عمل به الأصحاب^(٢) فتكون الرواية منجبرة بعمل الأصحاب، فيثبت عدم صحة عقد التوريد.

المناقشة:

وقد يناقش الاستدلال المتقدم - حتى لو قبلنا المسلك القائل بأن عمل المشهور بالرواية الضعيفة يجبرها فتكون حجة - بأن معنى بيع الكالئ بالكالئ لا يشمل عقد التوريد إذ لعل المراد بالكالئ هو الدين لا مطلق المبيع المتأخر بالثمن

(١) راجع مقالة الدكتور رفيق المصري، مناقصات العقود الإدارية، ص ٣١ عن تكملة المجموع للسبكي: ١٠/١٠٦؛ وإعلام الموقعين: ٩/٢ و١١ وغيرها.

(٢) راجع جواهر الكلام: ٢٤/٢٩٥ نقلاً عن الجامع الصغير: ٢/١٩٢، طبع عبد الحميد أحمد حنفي.

المتأخر عن مجلس العقد ثم لو كان معناه هو (كما ذكره صاحب مجمع البحرين) «بيع النسبئة بالنسبئة وبيع مضمون مؤجل بمثله، وذلك كأن يسلم الرجل الدرهم في طعام إلى أجل، فإذا حل الأجل يقول الذي حل عليه الطعام: ليس عندي طعام ولكن يعني إياه إلى أجل، فهذه نسبئة انقلبت إلى نسبئة، نعم لو قبض الطعام وباعه إياه لم يكن كالثأب كالي».

فيكون معنى الحديث هو المنع من بيع دين مسبق بدين حصل في العقد، وهذا لا يشمل التوريد (الذي هو شراء سلعة بثمن) الذي يكون الدينان قد حصلوا بالعقد.

النتيجة: إذا بطلت كل الأدلة على عدم جواز هذه المعاملة يبقى عندنا عموماً القرآن الكريم مثل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و﴿يَحْكُمَةٌ عَن تَرَاضٍ﴾ و﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، فما دام يصدق على هذه المعاملة أنها عقد وتجارة وبيع فتشملها العمومات المتقدمة وهي دليل الصحة^(١).

حكم عقد التوريد عند غير الإمامية:

ثم إن عقد التوريد يشبه عقد الاستصناع عند الحنفية^(٢) الذي أجازوا فيه عدم ضرورة تعجيل الثمن، بل أجازوا تأجيله إلى أجل معلوم فإذا صح عقد الاستصناع مع تأجيل الثمن صحَّ عقد التوريد كذلك.

(١) أقول: هذا الرأي هو مخالف لرأي الإمامية حيث إنهم بين قائل بطلان هذا البيع فتوى وبين قائل بطلانه احتياطاً، ونحن إن تأملنا في صدق البيع عليها والتجارة لعدم قبض الثمن والمثمن أو أحدهما، فإننا لا نتأمل في صدق التسالم الموجود بين الطرفين فتكون صلحاً، إلا أنه حيث لا يوجد تقابض في البين ولا قبض لأحد العوضين، فلعل صدق التفاهم أولى من صدق العقد المعاملي إلا أن التفاهم إذا وصل إلى حد التعهد صار عقداً ملزماً، وبما أن موضوعه المعاملة الآتية فيجب العمل بالعقد الذي موضوعه المعاملة القادمة.

(٢) راجع المناقصات في العقود الإدارية، د. رفيق يونس المصري نقلاً عن المبسوط: ١٣٩/٢؛ وعقد الاستصناع، ص ١٧٢.

وذكر بعض^(١) أن عقد التوريد هو من قبل بيع الصفة: وبيع الصفة يشترط المالكية فيه ألا يقدم الثمن، كما أن البضاعة مؤجلة فيجب أن يؤجل الثمن، فيكون عقد التوريد لا إشكال فيه على رأي المالكية أيضاً.

علاقة عقد التوريد بالعقد على المبيع الغائب (بيع ما ليس عندك):

أقول: ثبت بأدلة متعددة^(٢) النهي عن (بيع ما ليس عند البائع)، ولكن عقد التوريد للسلع في الآجال المعلومة لا يدخل في بيع ما ليس عندك، لأن النهي عن بيع ما ليس عندك مخصص في صورة بيع المال الخارجي المملوك للغير للبائع بدون إذن الغير بذلك وذلك:

- ١ - لما ثبت من جواز بيع السلم، وهو في صورة عدم ملك المال خارجاً حين العقد بل يكفي أن يغلب الظن بكون السلعة عامة الوجود حين التسليم.
- ٢ - لما ثبت من صحة بيع الفضولي إذا أجاز المالك وكان البيع له.

وحيث أن تكون أدلة ثبوت هذين الموردتين مخصصة لعموم النهي عن بيع ما ليس عندك بالمبيع الشخصي الذي يكون مملوكاً للغير، فيبيعه البائع لنفسه قبل تملكه وبدون إذن مالكة.

وحيث لا يشمل هذا النهي عقد التوريد الذي هو عبارة عن بيع كلي موصوف في الذمة على أن يسلم في مواعيد محددة لقاء ثمن مقسم على نجوم معينة، فتبين أن العلاقة بين عقد التوريد والعقد على المبيع الغائب هي علاقة التباين.

أركان عقد التوريد وشروطه:

أركان العقد: إذا ثبت أن عقد التوريد عقد عرفي، وشملته الأدلة العامة الدالة على وجوب الوفاء بالعقد، فتكون أركانه هي أركان كل عقد (الإيجاب

(١) راجع مناقشة الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الثاني، ص ٣١٤.

(٢) راجع بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: ٣٥٢/١ وما بعدها.

والقبول) فإذا كان عقد التوريد قد تم على سلعة معينة فالإيجاب يكون من البائع وهو المورد بتملك سلعة موصوفة في الذمة إلى الآخر بضمن معين في الذمة والقبول يكون من المورد إليه بقبوله لإيجاب البائع، وهذا العقد كبقية العقود لا يشترط فيه تقديم الإيجاب، بل يجوز تقديم القبول من المشتري لكن بقوله: أشتري منك سلعة موصوفة في ذمتك بضمن معين موصوف في الذمة فيقول البائع: بعتك تلك السلعة الموصوفة بذلك الثمن الموصوف.

شروط العقد:

أما شروط عقد التوريد فهي تنقسم إلى قسمين (كبقية العقود):

أ- شروط تتعلق بالمتعاقدين: وهي البلوغ والعقل والاختيار، ولا ندخل في تفصيل شروط المتعاقدين لعدم وجود فرق بين هذا العقد وأي عقد آخر من هذه الجهة.

ب- شروط العوضين: يشترط هنا في خصوص عقد التوريد شروط السلم:

١- أن يكون العوضان موصوفين بحيث يحصل الانضباط بذكر الجنس والوصف مثلاً. فلا يجوز عقد التوريد فيما لا ينضبط من الثمن والمثمن.

٢- تقدير المبيع والثمن بما يرفع الجهالة.

٣- تعيين الأجل في تسليم قسم من البضاعة وقسم من الثمن.

٤- أن يكون المعقود عليه موجوداً غالباً وقت حلول الأجل وكذا ثمنه.

وهذه الشروط المتقدمة هي شروط بيع السلم الذي يكون المثمن فيه مؤجلاً وهي بنفسها تكون ثابتة للمثمن إذا كان مؤجلاً، لأنها إنما اشترطت من قبل الشارع في المثمن لأجل أن لا تدخل المعاملة جهالة غرورية أو يحصل نزاع من قبل المتعاقدين، فإذا كان الثمن أيضاً مؤجلاً وجد المالك الذي لأجله اشترط الشارع هذه الشروط في المثمن فتشترط أيضاً في الثمن.

ومن هنا يتبين أن عقد التوريد إنما يجري في المثليات ونحوها من السلع

والأثمان الموصوفة في الذمة. وليس معنى هذا أن عقد التوريد لا يمكن جريانه على السلع الموجودة الخارجية، فإن هذا العقد جائز بلا كلام وإن اشترط فيه قبض كمية معينة من المثلث عند كل أول شهر في مقابل تسليم مقابلها من الثمن، وإنما كان كلامنا في عقود التوريد التي تكون موصوفة في الذمة في مقابل وصف ثمنها الذي يكون في الذمة أيضاً، فهذه هي التي تجري في المثليات التي توصف في الذمة.

هل عقد التوريد لازم أو ليس بلازم؟:

ذكر علماء الإمامية للزوم العقد أدلة يمكن جريانها في عقد التوريد الذي نحن بصددده وهي كما يلي:

١- الأصل العملي: ويعنى به قاعدة الاستصحاب التي تقتضي لزوم العقد فإن الأصل للزوم في كل عقد شك في لزومه شرعاً وكذا لو شك في أن الواقع في الخارج عقد لازم أو جائز^(١) وتوضيح ذلك، أن عقد التوريد بعد انعقاده وحصول الاتفاق بين الطرفين على مضمونه يقتضي ملكية كل طرف لما في ذمة الآخر شيئاً معيناً يستحق قبضه في مدة معينة فإذا شككنا في زوال هذا العقد (التملك) بمجرد رجوع أحد الطرفين مع عدم رضا صاحبه، يجري حينئذ استصحاب بقاء العقد (الملك) وهذا معناه لزوم العقد وعدم فسخ العقد إذا حصل من أحد الطرفين مع عدم رضا الآخر.

٢- الأصل العقلائي: بناء على أن العقلاء يبنون على أصالة اللزوم في العقود إذا رجع أحد الطرفين مع عدم رضا صاحبه.

وهذا الدليل لا يفيدنا في عقد التوريد الذي لم يكن موجوداً في الأزمنة السابقة، فلا سيرة فيه في زمن المعصوم ليكون إمضاء المعصوم حجة ودليلاً.

٣- أن الحديث النبوي القائل: «الناس مسلطون على أموالهم»^(٢) يقتضي

(١) راجع المكاسب، للشيخ الأنصاري: ١/ ٨٥.

(٢) هذه الرواية ذكرت مرسله ولم تذكر إلا في كتب المتأخرين، وقيل: إنها مروية في البحار أيضاً.

أن لا يخرج المال عن ملك الإنسان إلا برضاه، وبعد أن تم عقد التوريث حصل تبادل في الأموال، ومقتضى هذا التبادل أن لا يخرج ما حصل عليه الإنسان بهذا العقد إلا برضاه، ومعنى ذلك عدم تأثير الفسخ لهذا العقد إذا لم يرض الطرف الآخر، ولو كان الفسخ من جانب واحد مؤثراً (من دون رضا الطرف الآخر) كان هذا الفسخ منافياً للسلطنة المذكورة في الحديث النبوي .

وعيب هذا الدليل هو ضعف الرواية، لأنها ذكرت مرسلة في كتب المتأخرين ٤ - الحديث المروي عن النبي ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»^(١) دل على انحصار سبب الحل في مال الغير (كما في الإباحة) أو جزء السبب للحل (كما في العقود، لأن جزئه الرضا والجزء الآخر العقد) في رضا المالك، فلا يحل مال الغير بغير رضاه وهو معنى اللزوم إذا فسخ أحد الطرفين من دون رضا صاحبه .

٥ - قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ حيث إن أكل المال ونقله من مالكة بغير رضاه هو أكل للمال بالباطل عرفاً، فيكون باطلاً شرعاً، وهو معنى عدم تأثير فسخ أحد الطرفين من دون رضا صاحبه .

نعم: لو أذن المالك الحقيقي (وهو الشارع المقدس) وحكم بالتسلط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك (كما في الخيارات الشرعية) خرج عن البطلان موضوعاً. ولكن ما دمنا نشك في عقد التوريث بحكم الشارع بجواز الفسخ فيه فيكون أخذ المال بفسخ أحد الطرفين من دون رضا صاحبه مصداقاً للآية القرآنية الشريفة فيكون أكلاً للمال بالباطل .

٦ - قال تعالى في ذيل الآية السابقة: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونُ بِحِكْمَةٍ عَنْ تَرَاضٍ﴾ فإن

(١) نيل الأوطار: ٥/ ٣٣٤ كتاب الغصب والضمانات ح ٢ وقد ورد بهذا المعنى عن رسول الله في كتاب مستدرک الوسائل قول رسول الله: «المسلم أخو المسلم لا يحل ماله إلا عن طيب نفسه»، وورد أيضاً عن علي عليه السلام: «لا يجوز أخذ مال المسلم بغير طيب نفس منه» راجع مستدرک الوسائل: ٣/ ١٤٥ كتاب الغصب الباب الأول، ح ٣ و ح ٥ .

الرجوع بدون رضا الطرف الآخر ليس تجارة ولا عن تراضٍ فلا يكون الرجوع داخلاً في الاستثناء، فلا يجوز أكل المال الذي أخذ بفسخ أحد الطرفين من دون رضا صاحبه .

٧ - قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فإن عمومه يشمل ما بعد عقد التوريد حتى في صورة فسخ أحد الطرفين من دون رضا صاحبه، ومعنى أوفوا بالعقود هو عدم تأثير الفسخ من جانب واحد وهو معنى اللزوم .

٨ - يمكن الاستدلال على اللزوم بصحيفة محمد بن مسلم عن الإمام الصادق عليه السلام أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١) فمع حصول عقد التوريد والافتراق يكون العقد مشمولاً للزوم .

٩ - صحيفة عبد الله بن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام أنه قال: «المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز»^(٢) . فإن الشرط لغة هو مطلق الالتزام، فيشتمل الالتزام بعقد التوريد ووجوبه، وحينئذٍ يكون فسخ أحد الطرفين من دون رضا صاحبه منافياً لوجوب التزام المسلم عند التزامه^(٣) .

هل يثبت خيار العيب وخيار فوات الوصف ونحوهما في عقد التوريد؟

أقول: إذا بنينا على أن التوريد عقد يجب الوفاء به فيكون حاله كحال بقية العقود بالنسبة لأحكام الخيار فيه وتوضيح ذلك:

١ - خيار المجلس:

يثبت خيار المجلس للطرفين في عقد التوريد إذا كان عقد التوريد عقد بيع وكان فيه مكان للعقد، وينقضي هذا الخيار بالافتراق، لما دل من النصوص

(١) وسائل الشريعة: ج ١٢ باب (١) من أبواب الخيار ح ١ وراجع ح ٢ وح ٣ وح ٤ وغيرها .

(٢) المصدر السابق: باب (٦) من أبواب الخيار ح ٢ .

(٣) راجع هذه الأدلة في مكاسب الشيخ الأنصاري: ١ / ٨٥ الطبعة الحجرية .

المستفيضة على ثبوت خيار المجلس في عقد البيع، ومن النصوص: صحيحة الفضيل بن يسار عن الإمام الصادق عليه السلام قال: قلت له... وما الشرط في غير الحيوان؟ (أي وما الخيار في غير الحيوان)؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما^(١). ومنها صحيحة محمد بن مسلم عن الإمام الصادق عليه السلام قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(٢).

٢- خيار الشرط:

يثبت خيار الشرط في عقد التوريد بسبب اشتراطه في العقد للطرفين أو لأحدهما، فإذا اشترط الخيار في عقد التوريد لمدة معينة كان الشرط صحيحاً قد دلت عليه الأخبار العامة المجوزة لهذا الشرط.

فمن الأخبار العامة: صحيحة عبد الله بن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز»^(٣).

وفي صحيحة أخرى لابن سنان عن الصادق عليه السلام قال: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عزَّ وجلَّ»^(٤). (والمراد من موافقة الكتاب هو عدم مخالفته لقرينة المقابلة).

٣- خيار الغبن:

إذا تصورنا وجود غبن في عقد التوريد بأن يكون تملك البضاعة بما يزيد على قيمتها بما لا يتسامح به مع جهل الطرف الآخر، فالمعروف بين علماء الإمامية وجود خيار الغبن. وقد استدلت له بأدلة أقواها: الارتكاز العقلائي الموجود بين

(١) وسائل الشريعة: ج ١٢ باب (١) من الخيار ح ٣.

(٢) المصدر السابق باب (٣) من الخيار ح ٣.

(٣) المصدر السابق باب (٦) من الخيار ح ٢.

(٤) المصدر السابق: ح ١.

المتعاملين بأن المشتري لا يشتري بأكثر من القيمة السوقية وأن البائع لا يبيع بأقل منها، فإذا بان خلاف ذلك (كالصفات المقصودة التي لا يوجب تبين فقدها إلا الخيار) كان للمغبون منها خيار فسخ العقد أو قبوله .

٤ - خيار الرؤية :

وأما خيار الرؤية المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترط فيه المتبايعان فلا يأت في عقود التوريد، وذلك : لأن مورد خيار الرؤية بيع العين الشخصية الغائبة فيما إذا وصفت ثم تبين أنها خلاف تلك الأوصاف فيثبت الخيار . نعم إذا تصورنا التوريد في سلعة شخصية معينة مرئية، ثم وجدها المشتري على خلاف الوصف أو خلاف ما رآها يثبت له خيار الرؤية^(١) .

٥ - خيار العيب :

وأما خيار العيب فهو لا يأتي أيضاً في عقد التوريد ما دام العقد قد وقع على كلي موصوف في الذمة، فإذا جاءت السلعة المطبق عليها الكلي وهي معيبة فمن حق المشتري أن يرد المبيع بحجة أن الكلي لم يطبق على مصداقه الحقيقي، ويطلب المشتري بالمصداق الحقيقي للكلي، وعلى هذا فلا يحق للمشتري أن يفسخ المعاملة بخيار العيب الموجود في السلعة الموردة، نعم له الحق في ردها والمطالبة بمصداق الكلي الصحيح .

نعم يأتي خيار العيب إذا كانت السلعة المشتراة شخصية خارجية ثم وجد بها المشتري عيباً كان موجوداً قبل الشراء أو قبل القبض ولم يعلم به .

والخلاصة:

أن خيار الرؤية وخيار العيب لا يأتيان في عقود التوريد إذا كان عقد التوريد على كلي موصوف في الذمة، أما إذا كان عقد التوريد على عين شخصية خارجية فيثبتان .

(١) لم نذكر أدلة خيار الرؤية والعيب وفرضناهما ثابتان طلباً للاختصار .

الضمان في المبيع بالتوريد:

قد يطلب البائع بالتوريد الضمان على وصول ثمن البضاعة وقد يطلب المشتري الضمان على وصول وسلامة البضاعة، وهذا الضمان الذي يطلبه المشتري قد يكون شرطاً جزائياً (غرامة) عند عدم القيام بما يجب على المورد من تسليم البضاعة المعقود عليها نهائياً أو مخالفة بعض الشروط المشترطة عليه في العقد، وقد يكون شرطاً جزائياً عند عدم تسليم البضاعة في التاريخ المعين وتسليمها بعد ذلك التاريخ بشهر أو أكثر. كما يمكن أن يتصور الضمان الذي يطلبه المشتري بصورة ضمان الضرر الذي يحصل عند القيام بما يجب على المورد من تسليم البضاعة نهائياً، أو مخالفة بعض الشروط المشترطة عليه في العقد، أو ضمان الضرر الذي يحصل من عدم تسليم البضاعة في موعدها المقرر. فحصل لدينا سبعة صور للضمان نتكلم فيها تباعاً.

الصورة الأولى:

وهي طلب البائع الضمان على وصول ثمن البضاعة، وقد يتمكن البائع أن يطلب من المشتري أن يضمن البنك ثمن البضاعة عند وصولها إلى المشتري وقبضها، وحينئذ يتقدم البنك بضمان الثمن بطلب من المشتري في صورة عدم وجود ثمن البضاعة في البنك، وأما إذا كان ثمن البضاعة موجوداً في حساب المشتري في البنك، فيتمكن البنك أن يخصم منه ثمن البضاعة ويسلمه إلى البائع عند وصول البضاعة إلى المشتري.

الصورة الثانية:

طلب المشتري الضمان بصورة الشرط الجزائي^(١) (الغرامة) عند عدم قيام

(١) ذهب أكثر علماء الشيعة إلى جواز الشرط الجزائي في عقد الإجارة، واستدلوا له بقاعدة «المسلمون عند شروطهم» وصحيح الحلبي قال: «كنت قاعداً عند قاضي من القضاة وعنده أبو جعفر (الإمام الباقر عليه السلام) جالس، فأتاه رجلان فقال أحدهما: إني تكاربت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن واشترطت عليه أن يدخلني =

المورد (البائع) بما يجب عليه من تسليم البضائع نهائياً . وهذه الصورة من الضمان صحيحة وذلك : لأنها عبارة عن غرامة يدفعها البائع للمشتري حتى يتمكن من فسخ المعاملة اللازمة حسب الفرض . فقبل دفع هذه الغرامة لا يحق له فسخ المعاملة من دون رضا صاحبه . ومع دفع الغرامة يحق له الفسخ من رضا صاحبه وعلى هذا يجب العمل بالشرط الجزائي وتقديم الغرامة للمشتري عند فسخ المعاملة .

الصورة الثالثة :

طلب المشتري الضمان بصورة الشرط الجزائي (الغرامة) عند مخالفة بعض الشروط المشترطة عليه في العقد . وهذه الصورة من الغرامة صحيحة أيضاً وذلك : لأن المشتري إذا لم يسلم له الشرط فيكون له خيار تخلف الشرط ، وحينئذ يكون دفع الغرامة له في قبال عدم فسخه وإبقائه للمعاملة ، فالشرط الجزائي (الغرامة) يكون إما في قبال إسقاط خياره أو عدم إعماله وإن كان الخيار موجوداً ، ودفع الغرامة (المال) في مقابل ذلك أمر جائز .

الصورة الرابعة :

طلب المشتري الضمان بصورة الشرط الجزائي (الغرامة) عند عدم تسليم البضاعة في التاريخ المعين وتسليمها بعد ذلك بشهر أو أكثر .

وفي هذه الصورة لا يكون الشرط الجزائي صحيحاً وذلك لمحذور الربا الجاهلي في هذا الشرط الجزائي . فنحن وإن قبلنا الشرط الجزائي في الإجارة على الأعمال وفي البيوع ، إلا أنه مختص بما لم يؤد إلى محذور باطل شرعاً ،

= المعدن يوم كذا وكذا لأنها سوق أتخوّف أن يفوتني ، فإن احتسبتُ عن ذلك حططت من الكرى لكل يوم احتبسته كذا وكذا ، وإنه حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً؟ فقال القاضي : هذا شرط فاسد وُفِّه كراه ، فلما قام الرجل أقبل إلي أبو جعفر (الإمام الباقر عليه السلام) فقال : «شرط هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه» . وسائل الشيعة : ج ١٣ باب (١٣) من الإجارة ح ٢ .

وبما أنه لا فرق بين الإجارة وبقية البيوع خصوصاً إذا جعلنا الدليل قاعدة (المسلمون عند شروطهم) فيكون الشرط الجزائي صحيحاً لم يكن هناك نهي عنه .

وهنا يكون الشرط الجزائي مؤدياً إلى محذور الربا فيكون باطلاً. وتوضيح ذلك : أن المثلث هنا مادام كلياً في الذمة ومؤجلاً إلى أجل، فإن آخر إلى أزيد من الأجل المتفق عليه في العقد في مقابل الشرط الجزائي الذي هو غرامة على التأخير صار ربا جاهلياً وهو محرم في الشريعة الإسلامية .

الصورة الخامسة :

وهي أن يطلب المشتري ضمان الضرر الذي يحصل عند عدم قيام البائع بما يجب عليه من تسليم البضاعة نهائياً، وهذا الضمان للضرر شرط صحيح يجب الوفاء به لما قلناه من أنه يؤول إلى أن حق الفسخ في العقد اللازم لا يرضى به المشتري إلا بتعويض ضرره من قبل البائع، فإذا عوض الضرر رضي المشتري بالفسخ من قبل البائع . ولكن هذا الضمان متوقف على إثبات الضرر وتقديره لأنه تعويض والتعويض فرع الضرر الثابت وتقديره . وهذا بخلاف الشرط الجزائي الذي هو غرامة حيث يكون الضرر فيها مفترضاً ولا يلزم إثباته، ولا يستطيع المتعاقد الاحتجاج بعدم وقوعه .

الصورة السادسة :

وهي أن يطلب المشتري ضمان الضرر الذي يحصل عند مخالفة البائع بعض الشروط المشترطة عليه في البضاعة، وهذا أيضاً شرط صحيح لضمان الضرر لأنه يؤول إلى أن المشتري حينما يرى بضاعته غير وافية بالشروط التي اشترطها يكون من حقه فسخ المعاملة لتخلف الشرط، فيكون تعويض الضرر من قبل البائع في مقابل إسقاط خياره أو عدم إعماله مع وجوده، فيستحق التعويض .

الصورة السابعة :

وهي أن يطلب المشتري ضمان الضرر المتوجه إليه من جهة عدم تسليم البضاعة في موعدها المقرر، وهذا الشرط لا يكون صحيحاً لمحذور وجود الربا الجاهلي منه كما تقدم في الصورة الرابعة حيث إن المثلث هنا مادام كلياً في الذمة ومؤجلاً إلى أجل فيكون تأخير البضاعة عن الأجل في مقابل تعويض مالي (ولو

كان التعويض للضرر الذي حصل من تأخير البضاعة) رباً جاهلياً وهو محرم في
الشرعية الإسلامية .

والخلاصة:

تبيّن أن الشرط الجزائي (الغرامة) أو التعويض عند حصول الضرر في العقود
جائز ما لم يصطدم بنهي شرعي عنه كما لاحظنا ذلك في الصورة الرابعة والسابعة .

تحفُّظ:

إن الشرط الجزائي الجائز وكذا التعويض الجائز إنما يكون صحيحاً بشرط
أن لا يكون الشرط الجزائي والتعويض محيطاً بكل الأجرة أو بكل الثمن ، وأما إذا
كان كذلك فيكون منافياً لمقتضى العقد أولاً ومنافياً لمقتضى الرواية التي هي دليل
للشرط الجزائي في عقد الإجارة القائلة شرط هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه .

* * *

ثانياً: عقود المناقصات

وعقد المناقصة: عقد جديد لم يرد له ذكر في القرآن والسنة والفقہ بخلاف عقد المزايدة الوارد في السنة والفقہ .

تعريف المناقصة: هي «إرساء العقد على أفضل العروض - عند وجود العروض المتعددة في وقت واحد عرفاً-» وهذا الإرساء قد يتضمن تملكاً إذا تعلقت المناقصة على توريد سلعة من السلع، وقد يتضمن تملك منفعة إذا تعلقت المناقصة على الانتفاع، وقد يتضمن عقد إجارة إذا كانت المناقصة قد تعلقت على الأعمال (المقاولات) وهكذا. فالمناقصة التي هي إرساء العقد على أفضل العروض ليست بنفسها تملكاً أو إجارة وإنما يكون التملك أو الإجارة أو المضاربة أو المزارعة أو السلم أو الاستصناع متضمناً لعقد المناقصة، كالصلح الذي هو عبارة عن التسالم والتصالح الذي يتضمن التملك إذا تعلق بعين وقد يتعلق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية (التي هي مجرد التسليط) وقد يتعلق بالحقوق فيفيد الإسقاط أو الانتقال وقد يتعلق بتقرير أمر بين المتصالحين فيفيد مجرد التقرير .

والذي يدلنا على ذلك: أن المناقصة لو كانت هي البيع والإجارة والسلم والاستصناع والاستثمار لزم كون المناقصة مشتركاً لفظياً وهو واضح البطلان، فلم يبق إلا أن يكون مفهوم المناقصة هو نفس إرساء العقد على أفضل العروض الذي يتضمن في كل مورد فائدة من الفوائد حسب ما يقتضيه متعلقه .

وعلى هذا فالمناقصة عقد يتضمن عقد بيع (توريد أو سلم) أو إجارة أو استصناع أو استثمار .

الموجب فيه هو البائع وهو المورد أو المسلم أو المقاول أو المستثمر أو المستصنع والقابل هو المشتري للبضاعة أو المسلم إليه أو المستأجر أو صاحب المال في عملية الاستثمار .

توضيح لعقود المناقصات:

إن ما يجري في الخارج لعقود المناقصات يحتوي على عمليات يكون لفهمها الأثر الخاص في تشخيص الحكم الشرعي، لذا من المستحسن أن نستعرض سير عملية المناقصة من الدعوة إلى المشاركة حتى نهاية العقد فنقول:

١ - يعلن في الصحف الكثيرة الانتشار (إذا كانت المناقصة عامة)^(١) عن الدعوة إلى المشاركة في مناقصة لشراء سلعة أو إنشاء مشروع معين، ويذكر آخر موعد لتسلم المظاريف التي فيها الاستعداد لتقبل الصفقة بسعر معين.

٢ - يشترط في الاشتراك في عملية المناقصة شراء المعلومات التي أعدتها الجهة الداعية إلى المناقصة حول المشروع.

٣ - يبدأ عقد المناقصة من تسلّم المظاريف وفتحها، ويكون تقبّل المشروع بسعر معين هو الإيجاب والداعي إلى المناقصة بما أنه قد التزم باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معه، فحينئذٍ يكون بذل السلعة أو العمل بسعر أقلّ موجباً لسقوط الإيجاب الأول وبقاء الأقل.

٤ - إذا رست المعاملة على أحد المتنافسين باعتباره الأفضل للتعاقد فقد حصل القبول وتمّ العقد في هذه اللحظة.

الإيجاب ملزم في عقد المناقصة:

ثم إن الإيجاب في كل عقد يجوز أن يُرجع عنه قبل حصول القبول إلا في عقد المناقصة فإن الإيجاب الذي يصدر من البائع أو المقاول لا يجوز الرجوع عنه قبل إتيان القبول ولهذا قد يتساءل عن سبب عدم الرجوع عن هذا الإيجاب قبل حصول القبول؟.

والجواب: هو وجود التزام بين الأطراف المتناقصة على إرساء العقد على أفضل العروض، وهذا معناه عدم جواز رجوع صاحب العرض عن عرضه (أي

(١) أو ترسل كتب إلى جهات معينة تدعوهم إلى المشاركة فيما إذا كانت المناقصة محدودة.

عدم جواز رجوع الموجب عن إيجابه) وعدم جواز اختيار المشتري غير العرض الأفضل بحجة من الحجج إلا أن يشترط جواز ذلك له صريحاً. وهذا الالتزام المتبادل بين المتناقضين مستفاد من مفهوم المناقضة التي هي إرساء العقد على أفضل العروض وقد قبل بها كل الأطراف وأقدموا عليها ورتبوا أثر أعلى ذلك فإن هذه الالتزامات التي تكون متبادلة ويرتب عليها الأثر تكون ملزمة للطرفين حسب الأدلة الشرعية في وجوب الوفاء بالشروط والالتزامات ولا تؤمن بالإجماع الدال على كون الشروط الملزمة هي التي تكون في ضمن عقد ملزم^(١).

وإذا تم عقد المناقضة: بإرساء العقد على أفضل العروض لا نجد مشكلة في عقود المقاولات حيث إن العمل يُقدّم شيئاً فشيئاً وثن العمل يجوز دفعه معجلاً أو مؤجلاً ونجوماً. وكذا لا مشكلة في الاستثمار إذا كان مضاربة أو مزارعة أو مساقاة لأن طبيعة هذه العقود لا يشترط فيها تقديم كل المال الممول للمشروع. كما لا مشكلة أيضاً في إيجار المنفعة عن طريق المناقضة وإنما الإشكال يكون في المناقضة إذا كانت عقد توريد أو سَلَم مع تأجيل الثمن والمثمن في عقود التوريد أو تأجيل ثمن السلم أيضاً ودفعه نجوماً في عقد السَلَم. وهذه المشكلة تعرضنا لحلها في عقود التوريد فراجع هناك وخلصنا إلى أن عقد التوريد أو حتى السلم إذا صدق عليه أنه عقد عرفاً مع تأجيل العوضين ودفعهما نجوماً فتشمله عمومات الوفاء بالعقد ولا مانع يمنع من صحة العقد إلى ما ذكر من أنه بيع دين بدين أو بيع كالي بكالي وقد أجبنا^(٢) عن هذين الحديثين وعرفنا أنهما لا يمنعان من صحة عقود التوريد وحتى السلم إذا تأجل الثمن ودفع نجوماً مع صدق العقدية عليه^(٣).

(١) هذا الرأي مخالف لمشهور علماء الإمامية الذين يقولون بأن الشرط والالتزام الابتدائي لا يجب الوفاء به والذي يجب الوفاء به هو ما كان في عقد لازم.

(٢) راجع بحث عقود التوريد من هذا البحث.

(٣) الرأي عند علماء الإمامية عدم صحة البيع إذا كان الثمنان مؤجلين، إما على نحو الفتوى أو على نحو الاحتياط الوجوبي، وحينئذ تكون عقود التوريد عندهم عبارة عن تفاهم على البيع فعند تسليم كل وجبة يحصل البيع بالنسبة لها فقط ولا إلزام على الطرفين قبلها.

الفرق بين المناقصة والبيع العادي:

وبما تقدم اتضح الفرق بين عقد المناقصة والبيع العادي حيث: إن عقد المناقصة هو إرساء العقد على أفضل العروض يتضمن بيعاً أو إجازة أو استثماراً باختلاف متعلق العقد، بينما البيع العادي هو إنشاء تملك شيء بعوض مع القبول .

كما أن عقد المناقصة يوجد التزام بين المتنافسين باختيار أفضل العروض وهذا يجعل الموجب المتقدم بعرضه غير مختار في سحب عرضه حتى قبل حصول القبول والإرساء، كما أن القابل لا يجوز له أن يقبل غير أفضل العروض إلا مع شرط صريح بذلك، كل ذلك لمفهوم عقد المناقصة الذي يتضمن هذا الإلزام، بينما يحق للموجب في البيوع العادية أن يسحب إيجابه قبل أن يحصل القبول .

ومن الفرق المتقدم يحصل فرق آخر هو: أن المناقصات تكون قد اشترط فيها شرطاً ضمنياً بإسقاط خيار المجلس (أو عدم إعماله) حيث إن الالتزام بالتعاقد مع أفضل من يتقدم للتعاقد ليس معناه عرفاً هو الالتزام بالتعاقد حتى يتم، ثم يفسخ بعد ذلك بخيار المجلس، ونستطيع أن نشبه ما نحن فيه من عدم وجود خيار مجلس في عقد المناقصات بمن حلف أن يبيع داره إلى شخص معين، فإنه لا يحق له أن يبيعها منه ثم يفسخ بخيار المجلس . وهذا يفسر لنا معنى ارتكازية عدم الفسخ في عقد المناقصات . بينما في البيوع العادية يكون خيار المجلس بحاله .

ومما ينبهنا على الاشتراط الضمني لسقوط خيار المجلس (أو عدم إعماله) هو أخذ خطاب الضمان الابتدائي الذي يكون لصالح من يلتزم بالعقد ضد من لم يلتزم به بعد رسو المعاملة كما سيأتي :

هل المناقصة عقد؟ وما أركانه؟ .

قد اتضح مما تقدم أن المناقصة عقد جديد (لم يكن له ذكر في القرآن والسنة والفقه) يتضمن تملك عين أو منفعة أو إجازة لعمل وأمثالها . فالمناقصة عقد تتضمن عقداً آخر يختلف باختلاف الموضوع .

وأما أركانه فهي:

١ - المناقص: الموجب الذي يعرض سلعة موصوفة أو عملاً محددًا بسعر محدد، لأن الإيجاب هو تملك السلعة أو المنفعة أو العمل كما في المقاولات .

٢ - القابل الذي يبرز قبوله لأفضل العروض، وهو الذي يملك الثمن إلا أن تملكه للثمن تبعية لملك السلعة أو المنفعة أو العمل .

وتامة العقد هنا قد تكون بصورتين :

الأولى : أن يتقدم الإيجاب وهو عرض السلعة أو العمل الموصوفين بثمان معين ثم يأتي القبول من المشتري على أفضل العروض .

الثانية : قد يتقدم القبول بقول المشتري أنا أشتري سلعة أو صافها معلومة أو أستأجر عاملاً لعمل معين باختيار أفضل العروض ثم تأتي العروض فيختار أفضلها .

وبما أنه لا يشترط تقديم الإيجاب على القبول، ويجوز أن يتقدم القبول ولكن بلفظ اشترت أو استأجرت، فيمكن أن يأتي الإيجاب بعد هذا القبول بلفظ بعثُ فيتم العقد .

لا غررية في هذه المعاملة : وهذه المناقصة التي يتقدم فيها القبول لا غرر فيها لأننا نعلم بحصول العقد مع جهل صفته، بينما الغرر الذي نهى عنه رسول الله ﷺ هو ما لم يعلم بحصول الشيء المبيع .

وحتى لو قلنا: إن الغرر يشمل جهالة صفة المبيع، فإن المبيع والمستأجر هنا ليس فيهما جهالة عند تامة العقد أو الإجارة وإن كانت الجهالة موجودة عند إنشاء القبول، فلا جهالة في العقد عند إبرامه .

علاقة المناقصة بالمزايدة:

إن العلاقة بين المناقصة والمزايدة هي علاقة تضاد من الناحية اللغوية والموضوعية فالزيادة ضد النقص، ولهذا وردت التفرقة بينهما في العقود باختلاف موضوعهما .

فالمناقصة: تستهدف اختيار من يتقدم بأحسن عطاء ويكون ذلك عادة فيما إذا أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة كالأشغال العامة أو أرادت الإدارة شراء كمية من السلع المعينة الموصوفة .

أما المزايدة: فهي تستهدف أيضاً اختيار من يتقدم بأحسن عطاء ولكن فيما إذا أرادت الإدارة أن تبيع مثلاً. . وعلى هذا اتضح أن العلاقة وإن كانت بين المناقصة والمزايدة هي علاقة تضاد إلا أن تعريفهما واحد وهو «إرساء العقد على أفضل عطاء عند وجود العروض المتعدد في وقت واحد عرفاً» غاية الأمر المناقصة تكون للشراء والمقاولات، والمزايدة تكون في البيع لما عند الإدارة من سلع أو أدوات .

أما الانتفاع بالشيء فكما يمكن أن يكون فيه المناقصة فيما إذا كان المنتفع واحداً والعرض متعددأ، يمكن أن يكون فيه المزايدة فيما إذا كان العرض واحداً والمنتفع متعددأ.

ومما تقدم يتضح أن التعريف الوارد في قرار المجمع بشأن المزايدة لا يخلو من إشكال فقد ورد في قرار رقم ٧٣ (٨/٤) بشأن عقد المزايدة تعريف عقد المزايدة: بأنها «عقد معاوضة يعتمد دعوة الراغبين نداءً أو كتابة للمشاركة في المزايدة ويتم عند رضا البائع». والإشكال على هذا التعريف يكمن في أن (دعوة الراغبين نداءً أو كتابة للمشاركة في المزايدة) التي أخذت في التعريف لا تمت إلى العقد بصله، بل هي مقدمة للعقد فلا يحسن إدراجها في تعريف عقد المزايدة، وعقد المزايدة أو المناقصة هو «إرساء العقد على أفضل العروض حينما تكون العروض متعددة في وقت واحد» ولا يخفى أن إرساء العقد معناه أن يختار أحد المتعاملين أفضل العروض المتعددة في وقت واحد. ففي المزايدة: يختار البائع أفضل العروض المتعددة من المشترين في المزايدة، وهذه العروض وإن كانت من القابل إلا أنها لا بد أن تكون بعنوان التملك بثمن معين، فيأتي الإيجاب باختيار أحدها (وهو الأفضل) بعنوان التملك فيحصل القبول المتقدم والإيجاب المتأخر ولا خيار في هذا العقد لعدم اشتراط تقديم الإيجاب على القبول إذا كان القبول بعنوان التملك بثمن معين .

وفي المناقصة: تتقدم الإيجابيات من المشتريين، ويأتي القبول من المشتري على اختيار أفضلها فتمت العقد.

التكييف الشرعي لعقد المناقصات:

بما أن المناقصات هي من العقود الجديدة التي لا أثر لها في نصوص الشرع فلا يمكن أن يستدل عليها بنصوص خاصة فيها.

ولكن بما أنها عقد عرفي بين طرفين يتضمن بيعاً أو إجازة أو مقابلة أو استثماراً، فيشملها عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و﴿يَحْكِرَةٌ عَنْ تَرَاثُي﴾ و﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ إذا كانت المناقصة تتضمن بيعاً عرفياً بين الطرفين، لما ثبت في عقود التوريد من أن العقود المعاملية التي أشار إليها القرآن الكريم بقوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لا تختص بالعقود التي كانت موجودة في زمن صدور النص، بل النصوص الواردة في الشريعة المقدسة وردت على نحو القضية الحقيقية بمعنى أن الشارع المقدس أوجد حكمه على موضوع معين، ومتى وجد هذا الموضوع وجد الحكم ولو لم يكن الموضوع موجوداً حين صدور النص، ولكن بشرط اشتغال الموضوع (وهو العقد هنا) على الشروط التي اشترطها الشارع المقدس في صحة العقد، وعدم اشتغاله على الموانع التي بيّنها الشارع لبطلان العقد^(١) وسوف نتعرض لما يقترن أو يسبق عقد المناقصات أو يلحقه من عقود أو إجراءات لنراها هل تكون مانعة من صحة عقد المناقصة أم لا؟.

علاقة المناقصة ببيع ما ليس عند البائع:

ذكرنا في عقد التوريد أن الروايات الحاكية لنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عند البائع^(٢) وروايات عدم مواجهة البيع للمشتري إلا بعد أن يشتري البائع السلعة^(٣)، (أي عدم شراء المشتري للسلعة إلا بعد أن يشتريها البائع) لا بد من تخصيصها

(١) راجع عقود التوريد من هذا البحث، تمهيد.

(٢) وسائل الشريعة، ج ١٢، باب (٧) من أحكام العقود، ح ٢ و ح ٥.

(٣) المصدر نفسه باب (٨) من أحكام العقود، ح ٤ و ح ٦ و ح ١٣.

بالعين الخارجية (الشخصية) وذلك لورود الروايات الصحيحة التي عمل بها كل المسلمين في جواز بيع الكلي الموصوف في الذمة سَلَمًا، وبما أن المناقصات إذا كانت على سلع موصوفة تسلم في وقت معين فهي من السَلَم الجائز قطعاً ولا ربط لها ببيع ما ليس عند البائع .

أما إذا كانت المناقصة ليست متضمنة للبيع، بل متضمنة للإجارة (المقاولات) أو الانتفاع بعين وأمثالهما، فلا إشكال في صحتها ولا ربط لها ببيع ما ليس عند البائع أصلاً الذي هو مختص بالعين الشخصية الخارجية التي لا يتصور فيها المناقصة بل المتصور فيه المساومة والمراوضة للوصول إلى الاتفاق وهو غير المناقصة .

أنواع المناقصات:

يذكر للمناقصات أنواع وتقسيمات لا تؤثر في تغيير الحكم الشرعي لها :

منها: المناقصات العامة والمناقصات الخاصة (المحدودة)؛ وهذا التقسيم واضح إذ المراد من المناقصات العامة: هي التي تفسح مجال لعدد غير محدود من المناقصين وما يتبع ذلك من إجراءات .

والمراد من المناقصات الخاصة: هي التي توجه فيها خطابات لمن تتوفر فيهم أهلية الاشتراك في المناقصة، فهي تقتصر على عدد محدود من المناقصين ولها إجراءاتها الخاصة أيضاً ومبرراتها .

ومنها: المناقصات الداخلية، والمناقصات الخارجية: باعتبار أن المناقصين قد يكونون من داخل البلد أو خارجه ولهما إجراءاتهما .

ومنها: المناقصات العلنية والمناقصات السرية: باعتبار حضور المناقصين في المناقصة وتقديم عروضهم بصورة علنية وعدم حضورهم وتقديم عروضهم بصورة مظاريف مختومة ويكون لكل منهما إجراءاته الخاصة .

ولكن قلنا: إن كل هذه الأقسام لا تؤثر في تغيير الحكم الشرعي فلا حاجة إلى الإطالة فيها .

نعم : إن المناقصات قد تتنوع بتنوع موضوعها (كما تقدم ذلك) في تعريف المناقصة فتكون المناقصة متضمنة لبيع (توريد سلعة) أو لانتفاع أو المقاوله على الأعمال أو الاستصناع، أو سلم، أو استثمار، وقد ذكرنا ذلك في التعريف فلا نعيد .

ولا بأس بالإشارة إلى أن جميع المناقصات تلتزم بمبدأ تكافؤ الفرص وهو مبدأ المساواة بين المتنافسين ولا يخالف هذا المبدأ إلا بنص صريح . كما أنها تلتزم بمبدأ المنافسة بين المتنافسين بمعنى عدم كونهم متواطئين على حد معين من السعر، بل يجب أن يكون كل واحد منهم مستقلاً عن الآخر في تقديم عرضه .

حكم دفتر الشروط:

إن دفتر الشروط الذي يحمل قائمة احتياجات المناقصة وما يتبعها من شروط ومواصفات اشتركت خبرات واستشارات في إعدادها وبذل المعد لهذا الدفتر في مقابلة مالا، فهو يعتبر ذا نفع للمشارك في المناقصة وإن كان النفع اطلاعه على شروط ومواصفات المناقصة . وعلى هذا يحق للمعد لهذا الدفتر بيعه على المشترك في المناقصة سواء كان بيعه على جميع المتنافسين بسعر التكلفة أو أكثر، إذ يشمل هذه المعاملة العمومات كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ .

نعم : من رست عليه المعاملة يستفيد من هذا الدفتر أكثر من غيره، ويمكن أن يباع هذا الدفتر بسعر تكلفته على كل واحد من المتنافسين ويكون خيار الفسخ لمن لم ترس المعاملة عليه . وحينئذ إذا رست المعاملة على أحدهم أخذه وشرع في العمل على طبقه . وأما الباقيون فيرجع إليهم الثمن إذا فسخ كل واحد منهم عقده .

وفرق المعاملة الأولى عن الثانية هو: أن المعاملة الأولى إذا كان دفتر الشروط قد صرف عليه أربعون ديناراً يحق لمن أعده أن يبيعه على المشتركين في المناقصة (ولنفرضهم خمسين مشاركاً) كل دفتر بدينار أو كل دفتر ب(٨٠٠) فلس

فيحصل على ما خسره على دفتر الشروط مع الزيادة أو بلا زيادة أما المعاملة الثانية: فإن الدفتر يباع على كل واحد من الخمسين بأربعين ديناراً (وهو سعر الكلفة) مع خيار فسخ لمن لم ترس المعاملة عليه، فإن رست على أحدهم أخذه بالأربعين وأرجع الثمن إلى الباقيين إذا فسخت معاملاتهم.

حكم تقديم نسبة من الثمن ضماناً من المتقدم إلى المناقصة:

وهذا ما يسمى بالضمان النقدي الذي يقدمه من يتنافس على العملية إلى المستفيد الذي يدعو إلى المناقصة، ويستحقه المستفيد عند عدم قيام الطالب باتخاذ ما يلزم من رسو العملية عليه^(١) ويسمى هذا الضمان الابتدائي، تمييزاً له عن الضمان النهائي الذي سيأتي.

وهذا الضمان يكشف عن جدية عرض الخدمات من قبل كل المشتركين وجدية إرادة المتعاقد. وتكييف هذا الضمان النقدي يكون بأحد وجوه ثلاثة:

أولاً: يمكن أن يكون في مقابل رضا (المشتري أو المقاول) لفسخ المعاملة، حيث إننا علمنا أن هذه المعاملة لازمة ومعنى ذلك عدم جواز الفسخ من قبل أحد الطرفين كالمشتري إذا لم يرض البائع، وحينئذ يكون دفع هذا الضمان النقدي إلى المستفيد في مقابل رضاه بفسخ المعاملة أو المقابلة. وهذا التوجيه يكون صحيحاً إذا كانت المعاملة قد تمت وصارت ملزمة حين قبول الداعي إلى المناقصة ويكون كتابة العقد للتوثيق فقط.

ثانياً: يمكن أن يشترط الداعي إلى المناقصة عند بيع دفتر الشروط أن يملك كمية من المال وهي (الضمان النقدي) عند عدم الالتزام بإبرام العقد من قبل من رست عليه العملية، وهذا الشرط في ضمن عقد فيكون ملزماً سواء قلنا:

(١) أقول: إن صورة خطاب الضمان النقدي يؤدي إلى تجميد المال لمدة من الزمن، وقد استبدل بخطاب ضمان بحوالة أو شيك مصرفي أو ضمان بتعهد من شركة تأمين يجب عليها الدفع عند أول طلب من الجهة الداعية إلى المناقصة دون أي معارضة تصدر من صاحب العرض.

إن العقد قد تم عند قبول الداعي إلى المناقصة كما هو الصحيح ، أو قلنا : إن العقد يتم عند كتابة العقد مع رضا الطرفين لا قبل ذلك .

ثالثاً : على أنه يمكن القول : بأن المقاول أو البائع إذا كان قد تعهد أو التزم بأن يكون المال (الذي دفعه إلى الداعي إلى المناقصة) ملكاً للداعي إلى المناقصة عند عدم القيام بالإجراءات اللازمة عليه عند رسو العملية عليه ، وقد رتب الطرف الآخر عليه الأثر فعمل كل ما يلزم لعقد المناقصة حتى رست على البائع أو المقاول ، فحينئذ يشمل هذا التعهد والالتزام من الطرفين ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ الذي معناه أوفوا بالعهد ، كما يشمله قوله ﷺ : «المسلمون عند شروطهم» .

حكم الدخول إلى المناقصة على المرخص لهم :

قد يلجأ الداعي إلى المناقصة إلى محدودية المناقصة بأن لا يسمح للدخول في المناقصة إلا لمن رخصت لهم الحكومة القيام بالتوريد أو الخدمات (المقاولات) ، وكذا قد تعتمد الدولة إلى هذه الطريقة أيضاً ، وهذه الطريقة يلجأ إليها لما فيها من التأكد من جدية الداخلين في المناقصة ومن قدراتهم الفنية الكافية لإغناء المشروع وقد تكون أقل كلفة من المناقصة العامة وتكون أسعارهم أرخص لأن المرخص لهم حكومياً في الدخول في المناقصة يكونون من المنتجين والمقاولين الحقيقيين لا من الوسطاء .

وحكم هذه العملية جائز بلا إشكال لاختيار الجهة الداعية إلى المناقصة في تعاملها مع عدد محدود من المناقصين وهم الذين تتوفر فيهم شروط معينة قد يكون من الشروط الترخيص الحكومي للمقاولات والبيع بأقسامه أو غير ذلك من الشروط التي لا تخالف كتاباً ولا سنة .

نعم : قد تكون هذه المعاملة مخلة بالعدالة والمساواة بين الراغبين في التعامل إلا أن هذا الإخلال لا يصل إلى حد البطلان أو الحرمة مادام لا يحتوي على ظلم الآخرين وإضرارهم ، وربما كان فيه نفع للداعي إلى المناقصة .

حكم التأمينات المقدمة في المناقصة:

قد يطلب الداعي إلى المناقصة تأمينات تعادل نسبة من قيمة المعاملة (نقدية أو غير نقدية كضمان من البنك لدفع مبلغ من النقود معين) يستحقها المستفيد (الداعي إلى المناقصة) إذا تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد بين المقاول والمستفيد^(١) عدا شرط التسليم في الموعد المقرر فإن هذا ستتكلم فيه في الشرط الجزائي .

أقول: إن هذا الطلب هو شرط في ضمن عقد الإيجار أو البيع، وحينئذٍ يصح لمن اشترط هذا الشرط أن يمتلك هذه التأمينات النقدية في حالة التخلف استناداً إلى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وإلى قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» فتحصل أن العقد والشرط الذي ضمنه يجب الوفاء بهما إذا لم يكن الشرط مخالفاً للقرآن والسنة (وهو المفروض).

أما التأمينات (إذا كانت غير نقدية) كضمان البنك لنسبة من قيمة العملية عند تخلف المقاول أو البائع عن الالتزام بالشروط المشترطة عليه وتخلف عن دفع النسبة من قيمة العملية، وهذا الضمان عرفي يكون البنك ملزماً بدفع تلك النسبة عند تخلف المشروط عليه من العمل بتلك الشروط وتخلفه عن دفع تلك النسبة من قيمة العملية.

حكم التأمينات إذا تأخر المقاول أو البائع عن تسليم ما يجب عليه عن الموعد المقرر:

قد يطلب الداعي إلى المناقصة غرامة في صورة التأخر عن تسليم ما يجب على المقاول من أعمال ناجزة في موعدها المقرر أو في صورة تأخر البائع عن تسليم البضاعة في موعدها المقرر فهل تكون هذه الغرامة صحيحة ويستحقها الداعي إلى المناقصة؟ .

(١) وقد يطلب العميل تأمينات (نقدية أو غير نقدية) إذا شعر بأن الجهة المقابلة قد لا تلتزم بالمعد أو قد لا تؤدي ما عليها من مال في الوقت المحدد.

والجواب: إن هذا ما يعبر عنه في الفقه بالشرط الجزائي وتتكلم في صحته تارة في عقد الإجارة وتارة في البيع .

أما في الإجارة: فقد ذكر علماء الإمامية صحة هذا الشرط بشرط أن لا يحط بجميع الكراء، استناداً إلى قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم» وقوله عليه السلام: «في صحيح الحلبي عند اشتراط المستأجر على الأجير أن يوصله إلى السوق في يوم كذا وعند عدم إيصاله يحط من الكراء كل يوم كذا وكذا قال: شرط هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه»^(١).

أما في البيوع: فإن الشرط الجزائي الذي دليله «المسلمون عند شروطهم» لا يفرق في صحته بين الإجارة والبيع، فيكون صحيحاً إذا اشترى إنسان داراً من غيره على أن يسلمها له في مدة معينة واشترط المشتري على البائع غرامة معينة في كل يوم يتأخر عن التسليم، فلو تأخر البائع عن التسليم أياماً معينة فيستحق عليه المشتري الغرامة وهذا كله صحيح في البيع الشخصي الخارجي .

أما إذا كان المبيع كلياً موصوفاً في الذمة (أي في ذمة المبيع) كبيع السلم أو التوريد إذا قلنا بصحته، فهنا يكون الشرط الجزائي (الغرامة) في مقابل تأخيره رباً جاهلياً وهو محرم فيكون الشرط الجزائي في هذه الصورة مخالفاً للسنة فلا يجوز .

اشتراط التعويض:

ونفس الكلام المتقدم في الغرامة نقوله بالنسبة إلى اشتراط المستأجر أو المشتري التعويض عن الضرر الحاصل من تأخر تسليم العمل أو السلعة إلا أن الفرق بين الغرامة والتعويض هو: أن الغرامة يكون الضرر فيها مفترضاً ولا يلزم إثباته على الداعي إلى المناقصة، ولا يستطيع المتعاقد الاحتجاج بعدم وقوعه، وهذا بخلاف التعويض الذي يجب فيه إثبات الضرر ومقداره، ويستطيع المتعاقد إثبات عدم وقوعه .

(١) تقدمت الرواية في بحث عقود التوريد من هذا البحث .

هل يلزم إخبار المشتري بأن البضاعة تملكها البائع بالأجل؟

أقول: إن كلامنا في مناقصات البيع والتوريد والمقاولات تكون على سلعة كلية موصوفة في الذمة، فقد يشتري المشتري كلياً في ذمة البائع يقدمه له بعد مدة معينة وهذا ما يسمى بالسلم، فإن كان الثمن أيضاً مؤجلاً ويسلم بعض المثلثين في وقت لاحق بنسبة من الثمن فهو عقد التوريد الشائع في هذه الأيام بين الدول.

أما إخبار المشتري بأن البضاعة قد تملكها البائع بالأجل فهو بيع المرابحة الذي نسب فيه الربح إلى الثمن (لا إلى السلعة) وهذا أحد أقسام البيع لأن «البائع إما أن يخبر برأس ماله أولاً، والثاني المساومة، والأول المرابحة إن باع بربح، والمواضعة إن باع بنقص، والتولية إن انتفيا معاً»^(١). وعلى هذا تكون المرابحة هي البيع مع الإخبار برأس المال مع الزيادة عليه.

وهذا البيع مرابحة هو مختص بالسلعة الشخصية التي اشتراها المشتري الأول وأراد بيعها للمشتري الثاني بربح ينسب إلى رأس المال فيذكر رأس ماله ويذكر زيادة عليه واحد في المائة أو عشرة في المائة.

وفي هذا البيع ذكر الفقهاء:

«يجب على البائع الصدق في الثمن والمؤن وما طرأ من موجب النقص والأجل وغيره»^(٢).

وله الحق في ذكر الثمن كأن يقول اشتريته بكذا وأريد ربح كذا، أو يقول تقوم علي بكذا فيزيد في ثمن شراه لو صدق عليه ما يوجب نقله وحفظه وأمثال ذلك.

أما في المبيع الكلي الذي نحن بصدده فلا يوجد ثمن قد اشتري به السلعة أولاً حتى يخبر به وبأجله لو كان له أجل فلا موجب لهذا العنوان في بيع المناقصات والمقاولات.

(١) جواهر الكلام: ٣٠٣/٢٣.

(٢) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية: ٤٢٨/٣.

نعم : لو أمكن أن يكون عقد التوريد منصباً على سلعة شخصية خارجية قد رؤيت من قبل المشتري واشترط توريدها، إلى بلده في أوقات معينة يُسلم فيها نسبة من الثمن إلى البائع، يمكن هنا أن يكون البيع مرابحة، وحينئذ يجب على البائع الإخبار بالأجل لو كان البائع قد اشترى سلعته بثمن مؤجل لأن المفروض أن البائع يبيع بنفس الثمن مع زيادة معينة، فلو كان قد اشتره مؤجلاً وباعه بنفس الثمن حالاً مع زيادة لم يكن بيع مرابحة وكان خيانة وكذباً .

مماطلة المشتري في تسديد ثمن البضاعة:

قد يتسلم المشتري البضاعة من البائع ويماطل في تسديد الثمن فهل هناك حالة يضمن فيها البائع عدم مماطلة المشتري في تسديد الثمن؟ .

الجواب : هناك عدة أجوبة لضمان عدم مماطلة المشتري :

الأول : أن البائع يحق له (في عقد السلم إذا تأجل الثمن تبعاً لتأجيل المبيع أو في عقد التوريد الذي يكون فيه البدلان مؤجلين) أن لا يُسلم المبيع حتى يقبض الثمن، وفي هذه الحالة تنتفي مماطلة المشتري موضوعاً .

ولكن هذه الحالة غير متيسرة في هذه العقود لأن البائع في دولة والمشتري في دولة أخرى وتسليم الثمن مباشرة إلى البائع غير متيسر، بالإضافة إلى أن المشتري قد يتصور مماطلة البائع في تسليم المثلث بعد قبضه للثمن فيتوقف عن تسليم ثمنه أولاً، وله الحق في ذلك أيضاً، ولهذا وجد الجواب التالي لضمان عدم مماطلة المشتري وهو :

الثاني : أن يدفع المشتري الثمن إلى البنك ويأمره بتسليمه إلى البائع عند تصدير البضاعة إلى المشتري حسب الوثائق التي يبرزها بنك البائع بتصدير البضاعة إلى المشتري وهذه الحالة يضمن فيها البائع ثمنه والمشتري ثمنه بواسطة بنك البائع وبنك المشتري بعد وصول مدارك إرسال البضاعة ووصولها .

وهذه الصورة الثانية هي ما يصطلح عليه بـ(الاعتمادات المستندية) المنتشرة في عمليات التجارة الخارجية، فيفتح المشتري في البنك (اعتماداً) خلاصته :

تعهد بنك المشتري للبائع (بناء على طلب المشتري) أن يدفع له مبلغاً من المال (الثمن) في مقابل كفاءة المستندات التي تبين أن البضاعة التي اشتراها المشتري قد شحنت بقصد وصولها إلى المشتري خلال مدة معينة، وهذا ما يسمى باعتماد الاستيراد^(١).

ويظهر من هذه الصورة الثانية: إن دور البنك هو دور المتعهد بوفاء دين المشتري للبضاعة الخارجية فيما إذا اطلع على شحن السلعة بواسطة الوثائق الرسمية.

وهناك صورة أخرى يكون البنك مسؤولاً عن دفع ثمن البضاعة في صورة ما إذا استلم مستندات التصدير من البائع وسلمها إلى المشتري وقبلها، ولكن هذه الصورة قد تلحق عملية ضمان ثمن البضاعة للبائع إذ قد تصدّر السلعة ولم يقبل المشتري المستندات فتحصل الماطلة.

ويستحق البنك على عمله هذا أجره لأنه عمل جائز وخدمة يقدمها البنك للمشتري لأن تسلّم المستندات التي تدل على شحن البضاعة وفحصها للتأكد من عدم تزويرها وتسديد الثمن للمصدر أو بنكه، هي أعمال يقوم بها البنك لصالح المشتري فيستحق أجره عليها.

الثالث: قد يقال: إن البائع لأجل أن يضمن عدم ماطلة المشتري في تسديد ثمن البضاعة قد يلجأ إلى الشرط الجزائي في صورة تأخر المشتري في التسديد، فيحصل عن كل يوم يتأخر فيه المشتري في التسديد للثمن غرامة معينة (أو تعويضاً معيناً) وهذا الشرط (الغرامة) أو التعويض تمنع المشتري من التأخير لأن البائع يتمكن أن يقاضيه إلى القضاء الحكومي عند تأخره فيستحق عليه الثمن والغرامات أو التعويضات التي حصلت من التأخير لتسديد الثمن.

أقول: إن الثمن مادام ديناً في ذمة المشتري يجب دفعه في مدة محددة

(١) أما اعتماد التصدير: فهو الذي يفتحه المشتري الأجنبي في الخارج لصالح المصدر (البائع) لشراء ما يبيعه هذا البائع الذي في داخل البلد.

فتأخيره في مقابل الغرامات أو التعويضات يكون رباً جاهلياً محرماً، لأن الربا الجاهلي ما عبّر عنه في الروايات (أتقضي أم تربّي) وهذا بنفسه موجود في الشرط الجزائي عند تأخر الثمن الذي هو دين على ذمة المشتري، فيكون محرماً.

* * *

خلاصة البحث

والذي تنتهي إليه من هذا البحث لعقود التوريد والمناقصات هو ما يلي:

أولاً - عقود التوريد:

١ - إن كل عقد عرفي ولو كان جديداً يجب الوفاء به إذا كان مشتملاً على الشروط التي اشترطها الشارع ولم يكن هناك ما يمنع منه شرعاً، استناداً إلى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ .

٢ - إن عقد التوريد: هو عبارة عن توريد سلعة أو مواد محددة الأوصاف في تواريخ معينة لقاء ثمن معين يدفع على أقساط .

٣ - إن عقد التوريد لا يشمل حديث نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين ، ولا حديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ ، وليس عقد التوريد عقداً ربوياً ولا إجماع على بطلانه . لأن النهي عن بيع الدين بالدين بالإضافة إلى ضعف سنده قد فسّر بما كان هناك دينان قبل العقد ويبيع أحدهما بالآخر .

كما أن حديث نهى النبي ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ ضعيف السند أيضاً ، وقد فسّر إما بمعنى بيع الدين بالدين ، أو بمعنى أن يكون هناك ديناً في سلم فيبيع في أجل ، ولم يكن عقد التوريد كذلك . كما أن من الواضح أن بيع التوريد ليس برباً لأنه بيع سلعة بثمن ، وهو عقد جديد لا إجماع على بطلانه كما هو واضح .

٤ - لا علاقة لعقد التوريد بالنهي عن بيع ما ليس عندك ، لأن التوريد غالباً ما يكون على سلعة موصوفة كلية ، بينما النهي عن بيع ما ليس عندك يختص بالسلعة الشخصية الخارجية فيما إذا باعها غير مالكها لنفسه ، بينما عقد التوريد وإن كان على سلعة شخصية معينة فإن المفروض بيعها من قبل صاحبها إلى المشتري فلا محذور فيه .

٥ - أركان عقد التوريد هو البائع (المورد) الذي يكون موجِباً والمشتري الذي يقبل البيع .

٦ - شروط عقد التوريد هي الشروط العامة للمتعاقدين (بلوغ، عقل، اختيار) وشروط العوضين هي نفس شروط السَلَم لكنها تكون للثمن وللثمن معاً .

٧ - إن عقد التوريد عقد لازم للأدلة القرآنية والروائية الدالة على اللزوم في العقود بالإضافة إلى الأصل العملي والعقلاني .

٨ - يثبت خيار المجلس في عقد التوريد إذا كان فيه مكان للعقد، وينقضي بالتفرق للحديث المشهور «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» .

٩ - يثبت خيار الشرط في عقد التوريد للأدلة العامة على صحة الشرط «المسلمون عند شروطهم» .

١٠ - يثبت خيار الغبن في عقد التوريد إذا تصورنا الغبن فيه مع جهل المغبون .

١١ - لا يثبت خيار الرؤية (وهو المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان) إذا كان التوريد على سلعة كلية موصوفة، لأن خيار الرؤية في العين الشخصية . أما إذا كان التوريد على سلعة شخصية معينة مرئية ثم اتضحت أنها على خلاف الرؤية والوصف ثبت خيار الرؤية في عقد التوريد .

١٢ - لا يأتي خيار العيب في عقد التوريد إذا وقع على كلي موصوف في الذمة . أما إذا وقع عقد التوريد على عين معينة شخصية فيثبت خيار العيب إذا وجدت معينة وكان العيب قبل القبض ولم يعلم به المشتري .

١٣ - الشرط الجزائي (غرامة أو تعويضاً) صحيح في بيع التوريد عند عدم تسليم البضاعة نهائياً من قبل البائع وهو يؤول إلى أن حق الفسخ إنما يثبت للبائع عند دفع الغرامة أو التعويض .

١٤ - الشرط الجزائي (غرامة أو تعويضاً) صحيح عند مخالفة البائع الشروط المشترطة في العقد، وهو يؤول إلى إسقاط حق المشتري في الفسخ أو عدم إعماله لخياره في مقابل الغرامة أو التعويض .

١٥ - الشرط الجزائي (غرامة أو تعويضاً) لا يصح عند عدم تسليم البضاعة في تاريخها المعين وسلمت بعد ذلك لأنه يؤول إلى الربا الجاهلي الذي منعت منه الشريعة .

ثانياً - عقود المناقصات:

١ - عقد المناقصة: هو إرساء العقد على أفضل العروض عند وجود العروض المتعددة في وقت واحد عرفاً .

٢ - عقد بالمناقصة: قد يتضمن تملكاً لعين أو لمنفعة، وقد يتضمن عقد إجارة وقد يتضمن استثماراً (كعقد مضاربة أو مزارعة أو مساقاة) حسب متعلق عقد المناقصة .

٣ - الإيجاب المتقدم به البائع أو المقاول ملزم في عقد المناقصة على خلاف بقية العقود كما أن الداعي إلى المناقصة ملزم باختيار أفضل العروض كل ذلك للتعهد الموجود بين الأطراف على ذلك المعلوم من مفهوم المناقصة التي أقدموا عليها ورتبوا عليها الأثر، فهذه الالتزامات إما تعهدات من الأطراف أو شروط مشترطة في المناقصة، ويجب العمل على وفقها حسب الأدلة الشرعية لوجوب الوفاء بالعهد أو الشرط .

٤ - إن ارتكازية عدم الفسخ في عقود المناقصات يرجع إلى الشرط الضمني بإسقاط خيار المجلس أو عدم إعماله فهو عقد يشبه بيع الدار المحلوف على بيعها لشخص آخر .

٥ - المناقصة عقد جديد لم يذكر في الكتاب والسنة والفقهاء . أركانه المناقص والمناقص . يتم بتقديم الإيجاب المتمثل بعرض السلعة أو العمل الموصوفين بثمان معين ويأتي القبول من الداعي إلى المناقصة على أفضل العروض . وقد يتم

العقد بتقديم القبول بلفظ : اشترت أو استأجرت ، ثم يأتي الإيجاب بلفظ : بعث أو أجزت .

٦ - لا غرر في عقود المناقصات ، لأننا نعلم بحصول العقد وصفه المبيع والضمن ، أو صفة العمل والأجرة عند حصول العقد وتماهه .

٧ - المناقصة والمزايدة يتفقان في التعريف ويختلفان في الهدف والغاية .

٨ - المناقصة عقد جديد يدل على صحتها العمومات القرآنية لقوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ، و ﴿ يَحْكُمُ عَنْ تَرَاضٍ ﴾ ، و ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ إذا كانت المناقصة تتضمن بيعاً .

٩ - لا علاقة للمناقصة ببيع ما ليس عندك لأن المناقصة تكون على أمر كلي ، بينما النهي عن بيع ما ليس عندك مختص بالعين الشخصية .

١٠ - يجوز بيع دفتر الشروط الذي بذل الداعي إلى المناقصة في تكوينه مالا فيصح بيعه على جميع المناقصين بسعر التكلفة مقسمة على عدد الدفاتر ، أو أكثر من التكلفة . كما يصح بيع كل دفتر بسعر التكلفة ويجعل خيار الفسخ لمن لم ترس عليه المعاملة فإن رست المعاملة على أحدهم فهو المستفيد من دفتر الشروط حيث يعتمد عليه في عمله ، أما بقية المناقصين فيعاد الثمن لهم إذا فسخوا المعاملة .

١١ - يجوز أخذ نسبة من الثمن لصالح المشتري أو المستأجر إذا امتنع البائع أو المستأجر من القيام بما يجب عليه بعد رسو المعاملة عليه ، ومعنى ذلك أن البائع يحق له الفسخ عند دفع نسبة من الثمن إلى المشتري مثلاً . كما يمكن أن يكون استحقاق المشتري أو المستأجر لهذه النسبة بواسطة الشرط الذي اشترط في ضمن عقد البيع أو الإجارة (المقاوله) كما يمكن أن يكون عقداً برأسه .

١٢ - يجوز قصر المناقصة على المرخص لهم حكومياً بالدخول في مناقصات التوريد والأعمال ، لأن الجهة الداعية إلى المناقصة مختارة في التعامل مع من تريد .

١٣ - يجوز للداعي إلى المناقصة أن يأخذ تأمينات نقدية أو غير نقدية

(كفرامة) يستحقها إذا لم يقم العميل بالوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد عدا شرط التسليم في الموعد المقرر لأنه يؤول إلى الربا الجاهلي الممنوع منه شرعاً إذا كان في عقد بيع كلي أما إذا كان في عقد إجارة أو بيع عين شخصية فهو جائز استناداً إلى عموم «المسلمون عند شروطهم» ولا مانع يمنع من ذلك لعدم وجود الربا الجاهلي هنا. وجواز أخذ التأمينات النقدية في صورة عدم القيام بالشروط (إلا شرط تأخر التسليم) استناداً إلى كونه شرطاً في ضمن عقد لازم.

١٤ - يجب إخبار البائع المشتري بالأجل الذي اشترى فيه البضاعة إذا كان البيع لبضاعة شخصية، قد اشترها بأجل، وكان البيع مرابحة ولا يجب إذا كان البيع مساومة.

وينتفي موضوع هذا الحكم إذا كان المبيع كلياً في الذمة كما هو الغالب في عقود التوريد.

١٥ - يمكن سد الباب على مماطلة المشتري في تسديد ثمن البضاعة بطلب البائع فتح الاعتماد المستندي من قبل المشتري لدى البنك، ولكن لا يجوز جعل الشرط الجزائي على المشتري في صورة تأخيره في دفع الثمن لردعه عن المماطلة، سواء كان الشرط الجزائي غرامة أو تعويضاً، وذلك في صورة كون الثمن ديناً في ذمة المشتري (كما هو الغالب) لأن هذا يؤول إلى الربا الجاهلي الممنوع منه شرعاً.

هذا آخر ما أردنا بيانه والحمد لله رب العالمين أولاً وآخرأ، وصلى الله على سيدنا ونبينا محمد وآله وصحبه الميامين وسلم تسليمأ كثيراً.

حسن الجواهري

مصادر البحث

- ١- القرآن الكريم .
- ٢- العروة الوثقى - للسيد الطباطبائي اليزدي .
- ٣- مباني العروة الوثقى - للسيد الخوئي رحمه الله .
- ٤- البنك اللاربوبي في الإسلام ، للشهيد الصدر .
- ٥- وسائل الشيعة .
- ٦- مناقصات العقود الإدارية - د . رفيق يونس المصري .
- ٧- كتاب المجروحين .
- ٨- نيل الأوطار .
- ٩- جواهر الكلام - للمحقق صاحب الجواهر .
- ١٠- المبسوط .
- ١١- مجلة مجمع الفقه الإسلامي / الدورة التاسعة / ج ٢ .
- ١٢- بحوث في الفقه المعاصر ، حسن الجواهري .
- ١٣- مستدرك الوسائل .
- ١٤- المكاسب ، للشيخ الأنصاري ، ج ١ .
- ١٥- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية .

* * *

عقود التوريد والمناقصات

إعداد
الدكتور فائق يونس المصري
مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي
جامعة الملك عبد العزيز بجدة

مقدمة

بسم الله ، والحمد لله ، والصلاة والسلام على رسول الله ، وبعد ،

فإن هذه الورقة مقسمة إلى قسمين : القسم الأول لعقد التوريد ، والقسم الثاني للمناقصات . أما عقد التوريد فسأتناول فيه ما أمكن من العناصر التي طلبها المجمع الموقر ، في هذه الدورة . وأما المناقصات فقد سبق لي أن قدمت فيها ورقة للدورة التاسعة ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م ، ولذلك فإنني سأقتصر في هذه الورقة (المكملة) على بيان العناصر التي طلبها المجمع ، ولم يسبق لي معالجتها في ورقتي السابقة .

ولابد لي هنا من أن أشير إلى الأمور التالية :

١ - الأمر الأول : إن المجمع قد حدد ، في منهج الاستكتاب ، الحد الأدنى للورقة بـ (١٦) صفحة ، والحد الأعلى (٣٢) ، وسأقتيد به ، حتى ولو لم أتمكن من استيفاء جميع العناصر المطلوبة ، ومن الغوص في المناقشة اللازمة في هذا الموضوع الشائك والدقيق . ولكنني سأغلب في هذا الأهم على المهم ، ما استطعت إلى ذلك سبيلاً .

٢ - الأمر الثاني : يلاحظ القارئ أنني أحياناً أكتفي بالإحالة إلى بعض المراجع المعاصرة ، لأجل الاختصار ، ولأنني لا أجد ما يدعو إلى الرجوع إلى المراجع الأصلية ، إلا إذا كان هناك ما يستدعي التحقق والتأكد والإضافة .

٣ - الأمر الثالث : إن القارئ سيلاحظ في هذه الورقة مناقشة لآراء بعض العلماء ، وأرجو أن لا يجد هؤلاء العلماء حرجاً في ذلك ، لأن كلاً منهم يؤخذ من أقواله ويرد ، ولأن الغاية ليست هي الانتصار للنفس ، أو لأحد ، أو لمذهب ،

إنما الغاية هي الانتصار للدين وللعلم وللقرار المجمعي الجاد، بدون مجاملات .
ويجب أن يسعى العلماء، لدى اجتهادهم في القضايا المستجدة، إلى أن يطبقوا
أصول الفقه التي دونوها في كتبهم، وعلموها لطلابهم، وأن لا يتخلوا عنها، في
قليل أو كثير، بما يؤدي إلى إثارة التعجب أو التناقض أو الشعور بعدم الاكتراث .
ويجب أن نحرص، ما أمكن، على أن لا يكون هناك أي فجوة، أو تضارب، بين
البحوث والمناقشات من جهة، وقرارات المجمع من جهة أخرى .
والله ولي التوفيق .

* * *

القسم الأول عقود التوريد

تعريف عقد التوريد:

عقد التوريد Contrat de fourniture بالفرنسية، و Supply Agreement بالإنكليزية، هو في القوانين الحديثة: «عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يسلم بضائع (أو خدمات) معينة، بصفة دورية أو منتظمة خلال فترة معينة، لشخص آخر، نظير مبلغ معين»^(١).

وإذا أردنا إعادة صياغة هذا التعريف، بطريقة ملائمة للنظر الفقهي، يمكننا أن نقول بأن عقد التوريد: اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يورّد إلى الآخر سلعاً موصوفة، على دفعة واحدة، أو عدة دفعات، في مقابل ثمن محدد، غالباً ما يكون مقسماً على أقساط، بحيث يدفع قسط من الثمن كلما تم قبض قسط من المبيع.

وعقد التوريد قد يكون محلياً أو دولياً، أي قد يتم بين منشأتين في بلد واحد، أو في بلدين مختلفين، فهو لا يعني بالضرورة أنه عقد متعلق بالاستيراد والتصدير، وإن سمي البائع مورّداً fournisseur بالفرنسية، و Supplier بالإنكليزية، والمشتري مورداً له.

ومن الأمثلة على عقد توريد السلع: توريد الأغذية والأدوية والملابس والوقود، للمستشفيات والمدارس والمطارات والوحدات العسكرية وغيرها.

ومن الأمثلة على عقد توريد الخدمات: «توريد الكهرباء والغاز والمياه،

(١) القانون التجاري السعودي، لمحمد حسن الجبر، ص ٦٧.

وتوريد الصحف والمجلات والعمال، والتعهد بنظافة وصيانة المدارس والمستشفيات»^(١).

أغراض عقد التوريد:

يرمي المشتري، في عقد التوريد، إلى ضمان حصوله على المواد أو السلع المطلوبة، في الآجال المتفق عليها، للاستفادة منها في أعمال تجارية أو صناعية أو زراعية أو خدمية.

وهو بذلك يقلل من نفقات التخزين، ومخاطره، بالنسبة للسلع أو المواد السريعة التلف، أو ذات المدة المحددة، بسبب عمرها أو تقليعتها (موضتها)، أو التي يراد أن تكون طازجة قدر الإمكان.

ويرمي البائع، في عقد التوريد، إلى تلبية طلبات هؤلاء المشتريين، من طريق الأعمال التجارية الهادفة إلى الربح، وهو بذلك يقلل من مخاطر كساد بضاعته، لأنه ينتجها بعد أن يتعاقد عليها.

وإذا كان الثمن محدداً سلفاً، عند العقد، فإن المشتري يعرف مسبقاً ثمن الشراء، ويحدد تكاليفه وأثمان منتجاته، والبائع يعرف مسبقاً ثمن البيع، ويحدد إيراداته.

أما إذا كان الثمن حسب السوق، فإن فائدة العقد تقتصر على اطمئنان كل من البائع والمشتري إلى مطلوبه، في الآجال المضروبة.

مقارنة بين التوريد وعقود أخرى قريبة منه:

١ - السَّلَم: عقد التوريد يشبه عقد السلم، من حيث إن المبيع في كليهما مؤجل، وموصوف في الذمة، ومن حيث لزمه للمشتري، إذا جاء مطابقاً للمواصفات المطلوبة.

٢ - الاستصناع: عقد التوريد يشبه عقد الاستصناع، عند الحنفية، من حيث إن الثمن في كليهما لا يشترط تعجيله.

(١) المصدر السابق، ص ٦٨.

عقد التوريد وبيع الغائب على الصفة:

قد يقال هنا: ما الفرق بين بيع الغائب على الصفة، وبيع السلم، وهو بيع صفة؟ البيوع نوعان: بيوع أعيان، وبيوع صفات. والأعيان هي التي تباع برؤية العين، والصفات هي التي تباع بوصف اللسان. فبيع الغائب هو من بيوع الأعيان، وبيع السلم هو من بيوع الصفات. قد يقال هنا: إن بيع الغائب يتم على الصفة أيضاً. المقصود هنا هو بيع عين غائبة، يتم بيعها على الصفة، فإذا رآها المشتري كان بالخيار، لأنه اشترى ما لم يره. وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا خيار له، إذا جاءت مطابقة للوصف، كما في السلم. فالسلم يتعلق ببيع سلعة مثلية، لها أمثال في السوق، والغائب يتعلق ببيع سلعة معينة، سواء كانت مثلية أو قيمة.

وبيع الغائب لا أرى فيه مشكلة، تستحق الوقوف عندها، إذا كان للمشتري خيار الرؤية. كما لا أرى فيه مشكلة كبيرة، إذا كانت السلعة موافقة للوصف، لأنها عندئذ كالسلم.

كذلك فإن ما يشترطه بعض الفقهاء، في بيع الغائب، من شروط، كأن لا تكون العين بعيدة جداً فتتغير، أو قريبة جداً فتُرى^(١). كل هذا وأمثاله ليست له قيمة، إذا كان المشتري له خيار الرؤية، أو خيار الخُلف (خيار فوات الوصف)، ولم يعجل الثمن، لأن تعجيل الثمن قد يتخذه البائع وسيلة أو ذريعة للحصول على المال، وهو لا يريد البيع، فيحصل على السلف (القرض)، تحت ستار البيع، فيكون قد أكره الآخر على تسليفه بالحيلة.

وهنا قد يكون عدم تعجيل الثمن ذا فائدة في موضوع التوريد، إذ يترتب عليه تأجيل البدلين، ولكن هذا لا يتم إلا إذا كان بيع الغائب ملزماً لا خيار فيه، وجاءت السلعة موافقة للوصف.

وهذا ما استأنس به عبد الوهاب أبو سليمان، لإثبات صحة التوريد الذي

(١) النغر للضرير، ص ٤٠٤؛ والموسوعة: ٢٣/٩.

يتأجل بدلاه^(١).

لكن قد يؤخذ عليه أن آجال بيع الغائب آجال قريبة، لا تتعدى اليوم واليومين والثلاثة. ومثل هذه الآجال ألحقها بعض الفقهاء بالعدم، واعتبروها في حكم المعجلة، في بيع السلم. أما في التوريد فالآجال أبعد من ذلك بكثير: سنة أو أكثر أو أقل.

عقد التوريد وبيع ما ليس عنده:

عن حكيم بن حزام قال: «قلت: يارسول الله يأتيني الرجل، فيسألني عن البيع، ليس عندي ما أبيع منه، ثم أبتاعه من السوق. فقال: لا تبع ما ليس عندك»^(٢).

وفي فتح الباري: «أبيعه منه، ثم أبتاعه له من السوق»^(٣).

وأحسن من رأيته شرح هذا الحديث شرحاً حسناً هو ابن القيم^(٤). ويستفاد من كلامه أن البائع الذي يشمل النهي هو البائع الذي ليس من غرضه التجارة بالسلع، والبيع والشراء، وليس داخلاً في عمله، ولا ديدناً له، ولا هو من شأنه ولا تجارته، فيبيع السلعة بثمن، ثم يشتريها بأقل، فيسلمها إلى المشتري، رغبة في العمل المضمون، ولأنه ليس تاجراً خبيراً بالسلع، إنما يريد شراء ذلك على مسؤولية الأمر، وغرضه أن يمنح تمويلاً، ربحه مضمون، لا مخاطرة فيه، فيدخل بهذا في النهي عن بيع ما ليس عنده، كما يدخل أيضاً في النهي عن ربح ما لم يضمن. فالتجارة المشروعة هي التجارة المعرضة للمخاطرة.

فالمورد في عقد التوريد يجب أن يكون تاجراً شرعياً، معرضاً للمخاطرة، حتى لا يدخل تحت أي من النهيين المبيينين آنفاً. وهذا هو الغالب في الموردين.

(١) عقد التوريد، ص ٢٧، ٣٩، ٥٠، ٧٢.

(٢) رواه الخمسة، نيل الأوطار: ١٧٥/٥.

(٣) فتح الباري: ٣٤٩/٤.

(٤) زاد المعاد: ٨١٦/٥.

عقد التوريد وبيع الكالئ بالكالئ: تأجيل البدلين:

عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ^(١). وزيد في بعض الروايات: «يعني: الدين بالدين، أو النسيئة بالنسيئة».

واستدل بعض المفسرين بالقرآن نفسه على النهي عن بيع الدين بالدين. قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُم بِدَيْنٍ إِلَهِ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُوبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. فإن قوله: (بدين) إشارة إلى امتناع الدين بالدين، ذلك أن قوله: (تدايتم) مفاعلة (مداينة) من الطرفين، وذلك يقتضي وجود الدين من الجهتين (الطرفين) فلما قال: (بدين) علم أنه دين واحد من الجهتين^(٢).

لكن هذا يرد عليه بأن مقصود الآية هو كتابة الدين، بغض النظر عن كونه ديناً واحداً أو دينين. كما أن لفظ المداينة صحيح أنه مشاركة من طرفين، غير أن معناه أن أحدهما دائن والآخر مدين، فكلاهما اشترك في المداينة، ولولاها لما انعقدت، وذلك كالمضاربة (المقارضة، القراض)، ففيها مضارب ومضارب، وكالمراوحة والمزارعة والمغارسة والمبايعة^(٣).

وما ذكره الزمخشري^(٤) أفضل، «إذ بين لماذا قيل: تدايتم بدين إلى أجل مسمى، ولم يحذف لفظ: (الدين)، فقال: ليرجع الضمير إليه، في قوله: ﴿فَاكْتُوبُوهُ﴾، إذ لو لم يذكر لوجب أن يقال: فاكتبوا الدين، فلم يكن النظم بذلك الحسن، ولأنه أبين لتنوع الدين إلى مؤجل وحال».

ذكر بعض العلماء أن المتبايعين لو تبايعا على أن يسلم البائع المبيع

-
- (١) سنن الدارقطني: ٣/٧١-٧٢؛ والمستدرک: ٥٧/٢، وصححه على شرط مسلم. قال الإمام أحمد: ليس في هذا حديث يصح، لكن إجماع الناس عليه؛ نيل الأوطار: ١٧٧/٥.
 - (٢) تفسير الرازي: ٧/١٠٩؛ والجصاص: ١/٤٨٣؛ والبرهان للزركشي: ٢/٣٩٨-٣٩٩.
 - (٣) قارن تفسير أبي حيان: ٢/٣٤٢.
 - (٤) الكشف: ١/٤٠٢.

مؤجلاً، ويسلم المشتري الثمن مؤجلاً، لكان هذا من بيع الكالئ بالكالئ، فإنه بيع سلم لا يعجل فيه المشتري الثمن، بل يتأجل فيه البدلان^(١)، وهذا ما يسميه المالكية: ابتداء الدين بالدين. ذكر ابن رشد أن كل معاملة وجدت بين اثنين، وكانت نسيئة من الطرفين، فلا تجوز بإجماع، لأنها من الدين بالدين المنهي عنه^(٢).

وبين الجصاص أن من أبواب الربا: الدين بالدين، وأن الأجل غير جائز أن يكون في البدلين جميعاً^(٣).

وأدخل الشافعية في ربا النساء (ربا اليد) لا تأخير أحد البدلين فحسب، بل كليهما أيضاً، ففي حاشية الشرقاوي: «ربا اليد هو البيع مع تأخير قبضهما (أي قبض العوضين أو قبض أحدهما)»^(٤).

غير أن البدلين إذا تم تقابضهما في أجل واحد، فلا يكون ثمة ربا نساء، وربا النساء يكون في تعجيل أحدهما، وتأجيل الآخر، أو تأجيلهما إلى أجلين مختلفين. وهذه الحرمة مخصوصة بالأموال والمبادلات الربوية، حيث يكون البدلان متجانسين، أو متقاربين. أما إذا كان البدلان مختلفين، فلا تنطبق هذه الحرمة عليهما.

إن حديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ حديث ضعيف السند، لم يثبت، وأجمع الفقهاء على لفظه، ولكن إجماعهم لم يقع على معناه، فبعضهم^(٥) يقول: إن البيع الذي يتأجل بدلاه هو المجمع على تحريمه، وآخرون^(٦) يقولون: إن

(١) تفسير الجصاص: ٤٨٣/١؛ والأم: ٨٧/٣؛ والمجموع: ٤٠٠/٩؛ وتكملة المجموع: ١٠٧/١٠؛ والقياس لابن تيمية، ص ١٦؛ والغرر للضرير، ص ٣١٢؛ وبيع الكالئ لحمام، ص ١٤.

(٢) بداية المجتهد: ١٠٤/٢، ١٢٢، ١٣٠.

(٣) تفسير الجصاص: ٤٨٣/١.

(٤) حاشية الشرقاوي: ٣٠/٢؛ وانظر تكملة المجموع للسبكي: ٢٥/١٠.

(٥) كالجصاص، وابن رشد، وابن تيمية، وابن القيم.

(٦) كالسبكي.

المجمع على تحريمه هو البيع المؤجل (سلباً أو نسيئة)، يُراد في أجله لقاء زيادة، وهكذا.

فمعلوم أن الذهب بالذهب لا يجوز فيه النساء، ومعنى النساء هنا هو تأخير أحد البديلين عن الآخر، وكذلك الذهب بالفضة لا يجوز فيه النساء. أم الذهب بالقمح فيجوز فيه النساء.

ولم يشترط الحنفية في الاستصناع تعجيل الثمن، بل يجوز عندهم تأخيره. وذكر بعض الفقهاء^(١) أن عقد السلم إذا انعقد بلفظ السلم، أو السلف، وجب تعجيل رأس المال فيه في المجلس، ولكن إذا انعقد بلفظ البيع لا يشترط فيه تعجيل رأس المال.

وأجاز المالكية تأخير رأس مال السلم، لمدة ثلاثة أيام بالشرط، ولمدة أكثر بدون شرط^(٢). وأجازوا أيضاً اكتراء الأرض، يقبضها بعد سنة، ويدفع الكراء بعد عشر سنين، «والثمار تكون ببلد، فيشتريها من صاحبها، على أن يأخذها بذلك البلد، والثمن إلى أجل معلوم أبعد من ذلك. قال: قال مالك: فلا بأس بذلك، وليس هذا من وجه الدين بالدين»^(٣).

كما احتج بعض الفقهاء بحديث جابر، على جواز تأجيل البديلين في البيع. فعنه: «أنه كان يسير على جمل له، قد أعبى^(٤)، فأراد أن يسيبه^(٥)، قال: ولحقني النبي ﷺ، فدعا لي، وضربه. فسار سيراً لم يسر مثله، فقال: بعنيه. فقلت: لا. ثم قال: بعنيه، فبعته، واستثنيت حملانه (لي) إلى أهلي، فلما بلغت، أتيته بالجمل، فتقدني ثمنه، ثم رجعت، فأرسل في أثري، فقال: أتراني ماكستك

(١) المهذب: ٣٩٢/١.

(٢) السلم والمضاربة، ص ٧٩-٨٠.

(٣) المدونة: ٤٧٠/٣؛ والجامع في أصول الربا، ص ٣٤٥.

(٤) أعبى: تعب وعجز.

(٥) يسيبه: يتركه.

لأخذ جملك؟ خذ جملك، ودرهمك، فهو لك»^(١).

استفاد منه بعض الشراح أن البيع بالنسيئة جائز، وأن تعجيل القبض ليس شرطاً في صحة البيع، وأن هذا من باب بيع بعير واستثناء ظهره (ركوبه) إلى مكان مسمى، أو بيع دار واستثناء سكنها إلى زمان مسمى.

وأجاز ذلك مالك إذا كانت مسافة السفر قريبة، وحدها بثلاثة أيام، وربما أجاز مالك تأجيل رأس مال السلم، ثلاثة أيام، بالاعتماد أيضاً على حديث جابر. لكن المبيع هنا عين (حيوان) قابلة للتغير والهلاك، فربما لو كانت شيئاً موصوفاً في الذمة لجاز التأجيل أكثر من ذلك، والله أعلم.

تأجيل البديلين وشغل الذمتين:

ذهب ابن تيمية إلى أن تأجيل البديلين قد منع: «لثلاث تبقى ذمة كل منهما مشغولة بغير فائدة حصلت، لاله ولا للآخر»^(٢).

قال عبد السمیع إمام: «للباحث أن يناقش هذا الاستدلال بأن دعوى عدم الفائدة، من مثل هذا التعامل، قد لا تسلم. فإن التجار والصناع كثيراً ما يتنافسون في تصريف بضائعهم، أو الحصول عليها. فلو أراد صانع أن يضمن تصريف بضاعته، فإنه يتفق مع أحد التجار على أن يبيع له كمية معلومة، مما ينتجه مصنعه، على أن يسلمها إليه بعد مدة، ويتسلم الثمن منه عند تسليم البضاعة إليه. وقد يكون التاجر نفسه في حاجة إلى بضاعة خاصة، ينتجها مصنع معلوم، وليس لديه المال الذي يدفعه ثمناً لها، وهو يخشى، إن انتظر حتى يحصل على الثمن، أن يسبقه غيره إلى شراء منتجات المصنع، فيحتكرها على الناس، ويغلي أسعارها عليهم. فلهذا نرى التاجر المحتاج إلى البضاعة، يسرع بالذهاب إلى صاحب المصنع، فيشتري ما يريد من البضائع، على أن يتسلمها منه بعد أجل، ويدفع

(١) متفق عليه.

(٢) نظرية العقد لابن تيمية، ص ٢٣٥؛ وانظر له أيضاً: تفسير آيات أشكلت: ٦٣٨/٢، ٦٣٩، ٦٦٥، ٦٦٦؛ وانظر أيضاً إعلام الموقعين لابن القيم: ٤٠٠/١.

الثلث إلى عند تسلمها. فهذا التعاقد بين الصانع والتاجر، وكثير ما هم، قد حصل فيه الاتفاق منهما على تأجيل المبيع والثلث، مع استفادتهما جميعاً منه، إذ ضمن الصانع تصريف بضاعته، وضمن التاجر الحصول عليها بثلث مهوود، لم يرهق بأدائه حين التعاقد (...). والوقائع أعظم شاهد على شيوع هذا التعامل، واتساع نطاقه، ووفور الحاجة إليه، وتحقق الفائدة به (...). فالذي نراه في هذا أن شغل الذمتين من الطرفين لا بأس به، وقد عهد في الشريعة جوازه، في الإجارة والكراء والجعالة والمزارعة وغيرها، إذ يجوز أن يستأجر الإنسان غيره، على عمل خاص، أو يكتري دابة، ثم يحاسب على الأجرة، في نهاية العمل. فقد اشتغلت ذمة المتعاقدين: أحدهما بالعمل الذي التزم القيام بأدائه، والآخر بالمبلغ الذي يدفعه في نظيره. وهكذا في الجعالة والمزارعة، وإذا تأجيل البديلين معاً، في عقد البيع، لا يتنافى مع أصول الشريعة الإسلامية^(١).

هل تأجيل البديلين فيه غرر أو يتعاضم فيه الغرر؟

إن البيع، إذا تم فيه التقابض في المجلس، فلا غرر فيه على الإطلاق، وهو من أبعد البيوع عن الغرر وشبهته. قال الإمام الشافعي: «الأعجل أخرج من معنى الغرر»^(٢). وإذا تم فيه قبض أحد البديلين، فقد حضره الغرر، وليس كل غرر حراماً، لأن أحدهما، ولنفرض أنه المشتري، يقبض المبيع، ويؤجل سداد الثلث، إلى أجل معين، أو إلى آجال متعددة، على نجوم (أقساط). وقد يحدث تغير في ثمن بيع السلعة، خلال مدة الدين. فإن زاد الثلث تضايق البائع، وإن نقص تضايق المشتري وهكذا يحدث في بيع السلم أيضاً.

أما لو تعاقدنا على تقابض مؤجل، فكذلك قد يقع تغير في الأسعار، فيكون له نفس الأثر على كل منهما.

(١) نظرات في أصول البيوع الممنوعة، ص ١١٤ - ١١٥؛ وانظر المدائبات ليعسوي، ص ١٤٧؛ والضرير في الغرر، ص ٣١٦، بعبارات قريبة.

(٢) الأم: ٨٣/٣.

لكن الفارق بين البيع الذي يتأجل فيه بدل واحد، والبيع الذي يتأجل فيه البدلان، أن أحد الطرفين في البيع الأول يكون قد تمتع بالبدل المعجل، فالبايع يتمتع بالثمن في بيع السلم، والمشتري يتمتع بالمبيع في بيع النسبئة. وهذا التعجيل له أثره على ثمن التعاقد. لكن الغرر، على كل حال، لا يختلف بين البيع الأول والبيع الثاني، ويستوي الطرفان معاً في تحمل المخاطرة. فإن بقيت الأسعار ثابتة، فلا مشكلة في الواقع، وإن هبطت تأثر المشتري، وإن ارتفعت تأثر البائع، لأنه باع بثمان رخيص.

وعلى هذا فلا فرق، في الغرر، بين بدل واحد يتأجل، أو بدلين يتأجلان، ولا سيما إذا كان للتعجيل والتأجيل أثر في تحديد ثمن البيع.

فأين الغرر المتعظم الذي ادعاه بعض الفقهاء إذا تأجل البدلان^(١)؟ لعلمهم نظروا إلى بدل وبدلين، مع أن النظر يجب أن يكون للمتعاقدين، لا للبدلين، والمتعاقدان هما أنفسهما لم يتغيرا في كلا البيعين.

هل يجوز في عقد التوريد أن يتفق على سعر الوحدة دون الكمية؟:

تعرض الفقهاء للبيع بسعر الوحدة، لدى كلامهم عن بيع الصبرة، كأن يقول له: بعثك هذه الصبرة من الحنطة، كل إردب بدرهم. وقد أجازته من الحنفية الصاحبان، كما أجازته المالكية والشافعية والحنابلة لأن ثمن البيع يمكن الوصول إليه، بعد معرفة كمية المبيع^(٢).

وفي عقد التوريد، غالباً ما يقوم المورد بتقدير الكمية التي سيطلبها المورد له، لكي يكون مستعداً لتسليمها^(٣). فلا أرى مانعاً شرعاً من إباحة هذه الصورة من صور التوريد.

(١) بيع الكالئ بالكالئ لتزبه حماد، ص ١٨ - ١٩.

(٢) الغرر للضرير، ص ٢٦٤.

(٣) نظرات في أصول البيوع الممنوعة، ص ٧٠.

هل يجوز في عقد التوريد أن يترك السعر لسعر السوق؟

البيع بسعر السوق، أو بسعر المثل، أو بما ينقطع به السعر، جائز عند الإمام أحمد، وابن تيمية، وابن القيم. قال ابن تيمية: «المرجع في الأجور إلى العرف، وكذلك في البيع، فقد نص أحمد على أنه يجوز أن يأخذ بالسعر، من الفامي^(١) (. . .). بل عوض المثل في البيع والإجارة أولى بالعدل، فإنه يوجد مثل المبيع والمؤجر كثيراً (. . .). فإذا كان الشارع جواز النكاح بلا تقدير، فهو بجواز البيع والإجارة، بلا تقدير ثمن وأجرة، بل بالرجوع إلى السعر المعلوم، والعرف الثابت، أولى وأحرى. وعلى هذا عمل المسلمين دائماً، لا يزالون يأخذون من الخباز الخبز، ومن اللحام اللحم (. . .)، ولا يقدرون الثمن، بل يتراضيان بالسعر المعروف (. . .). فإن الله (. . .) لم يشترط في التبائع إلا التراضي، والتراضي يحصل من غالب الخلق بالسعر العام، وبما يبيع به عموم الناس، أكثر مما يماكس عليه، وقد يكون غبنه، ولهذا يرضى الناس بتخيير^(٢) الثمن أكثر مما يرضون بالمساومة، لأن هذا بناء على خبرة المشتري بنفسه، فكيف إذا علم أن عامة الناس يشترون بهذا الثمن؟ فهذا مما يرضى به جمهور الخلق . . .»^(٣).

وقد أجاز متأخرو الحنفية هذا البيع، على سبيل الاستحسان، وسموه: بيع الاستعجار.

ولابد من الإشارة إلى أن سعر السوق هو السعر الذي يتحدد في سوق السلعة، ولا دخل لإرادة أي من المتعاقدين فيه. ذلك لأنه لو كان كذلك لأفضى إلى النزاع، حيث يسعى البائع إلى رفعه، ويسعى المشتري إلى خفضه.

لكن قد يرد على هذا أن البيع الذي أجازته هؤلاء الفقهاء يتعلق بالمبيعات القليلة القيمة. فهل يجوز أيضاً في عقد التوريد، حيث المبيعات تكون مرتفعة القيمة؟

(١) الفامي: البقال.

(٢) لعل المعنى: إخبار، ولعل المقصود: بيع الأمانة.

(٣) نظرية العقد، ص ١٦٤؛ وانظر إعلام الموقعين: ٤/٥٠٦؛ وبدائع الفوائد: ٤/٥١.

لقد بحث عبد السمیع إمام^(١) هذا البیع، بعنوان: (البیع بضمن یحدده السوق فی المستقبل)، ولم یجزه. وضرب مثلاً علیه بتجارة الأقطان.

هل یشترط فی عقد التورید أن یشترط المبیع عام الوجود، كما فی السلم؟

اشترط الفقهاء فی بیع السلم أن یشترط المبیع عام الوجود فی السوق، لكي یشترط البائع قادراً علی تسلیمه. ومنهم من اشترط عموم وجوده، فی وقت التعاقد وحتى وقت التسليم، بحيث لا ینقطع فی هذه المدة وجوده من السوق. ومنهم، وهم الجمهور، من اكتفی بعموم وجوده فی وقت التسليم فقط. ومنع الفقهاء فی بیع السلم أن یشترط المبیع منصباً علی شجرة معينة، أو بستان معین، أو مصنع معین.

وبما أن عقد التورید یشبه عقد السلم، فی أنه بیع موصوف فی الذمة، فهل یشترط فی هذا الشرط الذي اشترطه الفقهاء فی بیع السلم؟

یدو لي أن هذا الشرط مهم فی كلا العقدین، إذا كان المبیع سلعاً زراعية معتمدة علی الأمطار، ومعرضة للإصابات، نتیجة التقلبات الجوية، كالصقیع، والریح، والآفات الزراعية، ولا سيما فی البلدان المتخلفة اقتصادياً.

أما إذا كان المبیع من السلع الصناعية، التي تقوم بإنتاجها مصانع كبيرة، وتمتع بقدرة عالية علی الإنتاج والتسليم، ففي هذه الحالة قد یشترط هذا البیع جائزاً، والله أعلم.

ضمان المبیع بالتورید:

قد یحصل المشتري: «من البائع علی ضمان صلاحية المبیع للعمل لمدة معلومة، ویطمئن بذلك إلى أن اشترى شيئاً صالحاً للعمل، هذه المدة علی الأقل، ویغلب أن المبیع إذا صلح للعمل هذه المدة، یشترط المبیع بعد انقضاءها،

(١) نظرات فی أصول البیوع الممنوعة، ص ٧٦.

إلى المدى المألوف في التعامل. وهذا الشرط جائز (قانوناً)، ويجب العمل به»^(١).

فإذا أصيب المبيع بأي خلل، خلال هذه المدة، فإن: «البائع يصلح المبيع، حتى يعود صالحاً للعمل، وإذا لم يكن قابلاً للإصلاح أبدله بمثل له يكون صالحاً»^(٢). فتتحمل المنشأة الصانعة قيمة القطع المستبدلة، ونفقات الإصلاح من أجور ومواد، تعيد الجهاز أو الآلة إلى الوضع الطبيعي.

وإذا كانت الآلة متقنة الصنع، فإن هذا الضمان يصير شكلياً، لمجرد طمأننة المشتري وكسب رضاه، ولا يتكبد معه الصانع أي نفقة.

إني أرى أن هذا الضمان جائز شرعاً، كما هو جائز قانوناً، لأنه يزيل الجهالة التي يعاني منها المشتري، عند شراء السلعة، ويحقق الرضا، وفيه مصلحة للطرفين: مصلحة للمشتري، من حيث إن المبيع قد يكون شيئاً معقداً، وفيه خفايا، فيتردد المشتري في شرائه، ما لم يطمئن إلى سلامته وحسن أدائه؛ ومصلحة للبائع، من حيث زيادة ترغيب الناس في شراء سلعه. ومن البدهي أن هذا الضمان يشمل عيوب الصنع والتركيب، ولا يشمل الأعطال التي يتسبب المشتري في حدوثها، نتيجة إهماله أو تقصيره أو سوء استخدامه، وعدم مراعاته لقواعد الاستخدام والتشغيل، المتعارف عليها، أو المبينة في النشرة المقترنة بالمبيع.

المباحث الأخرى:

طلب المجمع التعرض لمباحث أخرى: صور التوريد، وحكمه التكليفي، وأركانه، وشروطه، ولزومه أو جوازه، وخيار العيب، وخيار فوت الوصف.

(١) الوسيط للسهنوري: ٧٥٩/٤.

(٢) المصدر السابق: ٧٦٠/٤؛ وانظر: ضمان عيوب المبيع الخفية لأسعد دياب، ص ٣١٧.

أما صورته فيلاحظها القارئ ضمناً من خلال المباحث التي عرضنا لها . أما حكمه التكليفي فهو الإباحة . وأما أركانه وشروطه فهي الأركان والشروط العامة ، إلا ما ذكرناه بخصوص شرط عموم الوجود . وأما لزومه أو جوازها ، فإنني أرى أنه لازم ، إذا جاء المبيع مطابقاً للمواصفات المطلوبة ، وللمشتري الخيار ، إذا جاء المبيع مخالفاً لها ، أو كان فيه عيب من العيوب .

فقهاء أجازوا عقد التوريد:

١ - عبد السمیع امام ، قال : « نرى أن قواعد الشرع لا تأبى جواز أمثال هذه البيوع ، حيث كانت الكمية المطلوبة مما تعرف بالعادة ، عند أهل الخبرة بأمثالها . . . »^(١) . وقد ذكرنا مزيداً من حججه ونصوصه ، في مواضع سابقة من هذه الورقة .

٢ - مصطفى الزرقا ، قال : « عقد التوريد صحيح شرعاً (. . .) ، كما هو صحيح قانوناً (. . .) . ويشبه إلى حد كبير بيع الاستحجار الذي نص عليه الحنفية ، كما أنه أولى بالصححة من البيع بما ينقطع عليه السعر الذي صححه الحنابلة ، مع أن فيه كمية محددة ، والسعر غير محدد عند العقد (. . .) ، ولا سيما أن الحاجة العامة اليوم تدعو إلى ممارسة عقد التوريد ، كما أنه أصبح متعارفاً (. . .) . ولا يخفى أن عقد التوريد قد أصبح فيه عرف شامل ، ولا سيما بعد أن قرره القوانين »^(٢) .

٣ - الصديق الضير ، قال : « دعوى عدم الفائدة في ابتداء الدين بالدين غير مسلمة ، فإن المشتري يصبح بالعقد مالكا للمبيع ، والبائع يصبح مالكا للثمن ، وكون التسليم يتأخر إلى أمد لا يذهب بفائدة العقد . ثم إن العاقل لا يقدم على عقد لا مصلحة له فيه ، فلو لم يكن للعاقدين غرض صحيح في ابتداء الدين بالدين لما أقدموا عليه . والغرض الصحيح في هذا العقد متصور ، فقد يعمد التجار لهذا

(١) نظرات في أصول البيوع الممنوعة ، ص ٧٠ .

(٢) فتاوى الزرقا ، ص ٤٨٧ - ٤٨٨ .

النوع من البيع، لضمان تصريف بضائعهم»^(١)، يقصد: بيع التوريد.

٤ - عبد الوهاب أبو سليمان: أجازته بالاستناد إلى بيعة أهل المدينة، والبايع الدائم العمل^(٢). وذكر نص المدونة: «كان الناس يتاعون اللحم بسعر معلوم، فيأخذ كل يوم وزناً معلوماً، والثلث إلى العطاء»^(٣)، أو إلى أجل معلوم.

* * *

(١) الغرر، ص ٣١٦.

(٢) وهو نفس ما استند إليه قبله حسن الشاذلي، محاولة منه لإثبات جواز الاستصناع في مذاهب أخرى، غير مذهب الحنفية. انظر مجلة المجمع، العدد (٧): ٤٥١/٢.

(٣) المدونة: ٢٩٠/٣؛ ومواهب الجليل: ٥٣٨/٤.

القسم الثاني

المناقصات

مقدمة:

سبق أن ذكرت ، في مقدمة الورقة ، أن لي ورقة سابقة حول المناقصات ، قدمتها للدورة التاسعة ، فلن أكرر هنا ما قلته هناك ، وسأقتصر على أمرين :

١ - الكلام في العناصر التي لم يسبق لي الكلام فيها ، وهي :

أ- الفرق بين المناقصة وطرق الشراء الأخرى .

ب- حكم قصر الدخول في المناقصة على المرخص لهم حكومياً بذلك .

ج- هل يلزم إخبار المشتري بأن البضاعة تملكها البائع بالأجل ؟

د- مماطلة المشتري في تسديد ثمن البضاعة .

٢- زيادة إيضاح مسألة بيع دفتر الشروط ، ومناقشة آراء العلماء فيها .

الفرق بين المناقصة وطرق الشراء الأخرى:

قد يقال هنا بكل سهولة : إن الغرض من المناقصة هو الوصول إلى أنقص ثمن . ولكن هذا أمر واضح ، وليس هو المراد هنا . إنما يتبين الغرض منها بالمقارنة بينها وبين طرق أخرى للشراء ، كطريقة الشراء المباشر ، الشراء بالمساومة .

في كلتا الطريقتين : المناقصة ، والمساومة ، يسعى البائع إلى أعلى ثمن ، ويسعى المشتري إلى أقل ثمن . وفي طريقتهما للوصول إلى هذا ، نجد أن المشتري في المساومة يسلك سبيل المماكسة والمكاسرة ، وأن البائع يسلك سبيل الاستقصاء أو التعظيم ، وفي المناقصة ينعكس دور البائع ، فيسلك سبيل النقص ،

بدلاً من الزيادة، لكي يظهر بالصفحة. ففي حين أنه في المساومة يتعارك مع المشتري لتحقيق أعلى ثمن ممكن، نجد أنه في المناقصة يتنافس مع الباعة الآخرين، لتحقيق أقل ثمن ممكن.

وفي حين أن المشتري، في المساومة، يطوف على عدد من الباعة، لجمع المعلومات، ثم بعد ذلك يثبت المواصفات ويطلق الثمن، ليعقد الشراء بالثمن الأدنى، نجد أن المشتري، في المناقصة، يستجمع الباعة، ويجعلهم يطوفون عليه، بدلاً من أن يطوف عليهم.

وتتقارب المناقصة والمساومة، عندما يلجأ المشتري، في المساومة، لدى تجواله على الباعة، إلى أخذ عروض منهم سارية المفعول حتى أمد محدد، ليختار بعد ذلك أرخص عرض.

لكن يبقى هناك فرق لعله هو الفرق الفاصل بين الطريقتين، وهو أن المشتري مساومة له أن يتخير من شاء من الباعة، وأن يقتصر على العدد الذي يريده منهم. أما في المناقصة فإن المشتري يفتح الباب لجميع الباعة على قدم المساواة، فتعطى لهم فرص متكافئة في البيع، وهذا شيء توفره المناقصة (والمزايدة)، ولا توفره المساومة. فإذا كانت المساومة توفر الحرية للمشتري، فإن المناقصة توفر العدالة للبائع، هذا في المناقصة، وعلى الضد من ذلك في المزايدة، فالمساومة هنا توفر الحرية للبائع، ولكن المزايدة توفر العدالة للمشتري. وإذا كان هذا أمراً يجب أن يسعى إليه كل من القطاعين العام والخاص، إلا أن القطاع العام حري به أن يكون القدوة في ذلك، لإشعار الجميع بأنهم أمامه سواسية، لا محاباة لأحد على أحد، ولولا ذلك لربما اتهم الناس القطاع العام بالمحاباة والتواطؤ والرشوة والفساد واستغلال النفوذ. فكما أن الضرائب واجب على الجميع، فكذلك البيع حق للجميع، جميع الباعة، وإلا اختل ميزان العدل والمساواة في الحقوق والواجبات.

وإذا تذكرنا أن المساومة غالباً ما يلجأ إليها في المشتريات القليلة القيمة، فإن المناقصة غالباً ما يلجأ إليها في المشتريات الكبيرة القيمة. ولما كان عدد

البائعين والمشتريين كبيراً في المساومة، والمبالغ صغيرة، فإن عمليات البيع والشراء تتعاضد فيما بينها، وتحقق العدالة للفريقين، وللأفراد بداخل كل فريق منهما. أما في المناقصة، فإن عدد المشتريين والبائعين يقل نسبياً، وترتفع قيمة المبالغ، ولذلك فإنه ما لم تقم المناقصة على مبادئ المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص، فإنها تكون مدعاة لإثارة موجات من الغضب والاستياء العام، لدى البائعين والمشتريين والجمهور.

دفتري الشروط:

تنص لوائح المناقصات عادة على أنه: «يجب أن تعد كل جهة، قبل الإعلان عن المناقصات، كراسة خاصة بشروط العطاءات، وقوائم الأصناف أو الأعمال، وملحقاتها، يتم طبعها وتوزيعها، بعد ختمها واعتماد مدير المشتريات لها، على من يطلبها، وفقاً للقواعد، وبالثمن الذي تحدده الجهة الإدارية، بشرط أن يكون بالتكلفة الفعلية لكراسة شروط العطاءات والمواصفات وكافة المستندات الملحقة بها، مضافاً إليها نسبة مئوية لا تزيد على (٢٠٪) كمصروفات إدارية»^(١).

رأي الباحث في بيع دفتري الشروط:

إنني أرى أن الجهة المنظمة للمناقصة هي التي عليها أن تتحمل تكلفة إعداد دفتري الشروط، ولا يجوز لها أن تبيعه، ولا أن تسترد كلفته، فهي المستفيدة منه، وهي التي اختارت طريقة المناقصة، فمن كان له الغنم فعليه الغرم. ولا مانع من أن تأخذ تأميناً قابلاً للرد، ممن يطلبه، خشية أن يطلبه من هو جاد ومن هو غير جاد، فيلقيه في سلة المهملات.

وتعتبر تكلفة دفتري الشروط من جملة تكاليف المناقصة والعقد.

مناقشة آراء العلماء في دفتري الشروط:

١- رأي السلامي: ذهب السلامي، مفتي تونس (سابقاً)، وعضو المجمع،

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ٧٩٥-٧٩٦، ٧١٩.

إلى جواز بيع دفتر الشروط، فقال: «إن رسم الدخول في المزايدة أمر لم يعهد من قبل، وهو مما اقتضته أنظمة الدول والمؤسسات والشركات (. . .)، وهو المعبر عنه بكراس الشروط (. . .)، وهي بين من يمكن كل راغب في نسخة منه بدون مقابل، ومن يبيع تلك النسخ للمشاركين في المزايدة (. . .)، فإنه ليس القصد في فعله أن يبيع هذا الكراس، لأن تفاهة قيمته بالنسبة للمبيع لا تجعله مقصوداً بالثمن، وإنما هو يشترط ذلك لما بيناه، من أن يكون كل مشارك على بينة من أمره في شروط العقد وضوابطه. ولذا فإن أصل بيع الكراس لا مانع منه، إذ هو وثيقة مادية مسعرة بسعر محدد، لم يلزم بها أي مشتر إلزاماً ظالمًا (. . .)، واشترط ذلك لا مانع منه، نظراً إلى أنه شرط سائغ، وليس له تأثير في العقد»^(١).

ثم لخص رأيه في آخر البحث، فقال: «لا يوجد ما يمنع البائع من اشتراط أن يكون المشارك في المزايدة قد اشترى كراس الشروط، واطلع عليه. واشترط ذلك لا مانع منه، لهوان قيمته بالنسبة لأصل الصفقة عادة، إذ لو كان رفيع الثمن لكان عامل طرد للمزيدين، وهو عكس رغبة البائع ومصالحته»^(٢).

لم أجد، في الفقه الإسلامي، من احتج بمثل ما احتج به السلامي، من تفاهة القيمة، إلا في موضعين، ومآلهما واحد:

١ - موضع الحديث عن المال المتقوم، فقالوا إن الأعيان والمنافع التافهة القيمة ليست من الأموال المتقومة، وضربوا أمثلة على ذلك بقطرة الماء، وحنة القمح، وشم التفاحة. فهل يرى السلامي أن ثمن دفتر الشروط: (١٠٠) ريال أو (١٠٠٠٠) ريال هو من هذا القبيل؟

٢ - موضع الحديث عن اللقطة، فمنها ما له قيمة، كالدينار والدرهم، فيجب تعريفها، ومنها ما لا قيمة له، بل هو تافه حقير، كالزبيبة والجوزة، فلا يجب تعريفها، ومنها ما له قيمة، إلا أنه لا تتبعه نفس صاحبه إن ضاع منه، كالرغيف والدائق، هل يعرف أو لا يعرف؟ قولان في الفقه.

(١) السلامي، مجلة المجمع، العدد (٨)، ج ٢، ص ٣٧.

(٢) المصدر السابق، ص ٤٩.

فهل ثمن دفتر الشروط كالزببية والجوزة، والرغيف والدائق؟.

٢- رأي أبو سليمان: ذهب أبو سليمان إلى أن الذي يجب أن يتحمل تكلفة دفتر الشروط هو من ترسو عليه المناقصة، دون سائر أصحاب العطاءات الأخرى الذين لم ترسو عليهم. هذا ما قاله في بحثه المقدم إلى المجمع، والمنشور في مجلته: «الأولى والأحق بدفعها من رسا عليه العطاء في المناقصة، أو المزايدة، لأنه المستفيد الوحيد، وسيحتسبها ضمن تكاليف المشروع (. . .). وربما يكون هذا من واجباته ومسؤولياته، لو لم تقم المؤسسة أو الإدارة بتجهيزها»^(١).

لكنه في خاتمة بحثه، ذكر بحق أن تكلفة دفتر الشروط: «جديرة بأن تكون مسؤولية الجهة صاحبة المصلحة»^(٢).

ولدى مناقشة البحوث، ردد رأيه بين قولين: قول بتحميل التكلفة للإدارة وقول بتحميلها لمن رسا عليه العطاء^(٣).

لقد نشر أبو سليمان بحثه هذا أيضاً في مجلة: (البحوث الفقهية المعاصرة) إلا أنه غيّر رأيه، فقال: «غير أن الواقع أن من لم يرس عليه العطاء سيستفيد من دفتر الشروط، بمعرفة مدى إمكانية تنجيذه للمطلوب، فلا يدخل مغامراً دون معرفة قدراته وإمكاناته في تنفيذ مشروع معين، وسيساعده هذا على الفوز في مناقصات مستقبلية، إذ يحفزه هذا على رفع كفاءته، وتطوير قدراته، وتحسين أدائه»^(٤).

وأكد هذا في خاتمة بحثه، فقال بأن هذه التكاليف: «يتحملها من رسا عليه العطاء ومن لم يرس عليه، لأن كليهما يستفيد منها عملياً بوجه أو بآخر»^(٥).

(١) أبو سليمان، مجلة المجمع، العدد (٨): ١١٩/٢.

(٢) المصدر السابق، ص ١٢٤.

(٣) المصدر السابق، ص ١٥٦.

(٤) أبو سليمان، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد (١٩)، ص ٥٤.

(٥) المصدر السابق، ص ٥٩.

وبهذا صار لأبو سليمان ثلاثة آراء متعارضة :

١- يتحمل التكلفة من رسا عليه العطاء .

٢- يتحمل التكلفة من رسا عليه العطاء ؛ ومن لم يرس .

٣- يتحمل التكلفة الجهة صاحبة المناقصة .

فأي واحد من هذه الآراء الثلاثة هو رأي أبو سليمان؟ لعله الرأي رقم (٢)، إذ أراد به إما موافقة رأي الأستاذ الذي حكم بحثه لمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، أو أراد به العودة عن رأيه لموافقة رأي السلامي، وقرار المجمع، لاسيما وأن هذا الرأي هو المطبق في الحياة العملية، فلماذا نصادمه ونزعج الناس عنه؟ .

٣- رأي الزحيلي : بيّن كل من السلامي وأبو سليمان رأيه في ورقة مكتوبة، أما وهبة الزحيلي فقد بيّن رأيه شفهاً خلال المناقشة، فقال : «دتر الشروط ينبغي أن يكون بثمن، ودائماً العارض والشركة والدولة تقول : إن الذي يريد أن يشارك في هذه المناقصة عليه أن يدفع ثمن هذا الدتر، ولماذا الشركة تخسر شيئاً أنفقت عليه من الخبرة والمعلومات، ثم يضيع الأمر؟ ثم تطالب أيضاً هذه الجهات التي تعرض بالمزاد العلني أن يكون هناك جدية في العرض، أن يوضع عربون يأخذه في النهاية، إذا لم يرس الثمن عليه . فلا أجد إشكالاً في قضية إباحة هذا النوع من المبيعات، إن الفقهاء يصرحون ببيعه وجوازه، لذلك إن القضية أسهل من أن يثار فيها غبار»^(١) .

والجواب :

١- الحجة الأولى ليست حجة، إنما هي بيان للواقع الذي يراد الإفتاء فيه .

٢- تخسر الشركة هذه النفقات إذا ألغت المناقصة، وعندئذ تكون هي المسؤولة، أما إذا أجريت المناقصة فإنها لا تخسر، إذ الفرض أنها أثرت أسلوب

(١) مداخلة شفهية للزحيلي، مجلة المجمع، العدد (٨) : ١٤٦/٢ .

المناقضة، على غيرها من أساليب الشراء، بعد حساب منافعها وتكاليفها وجدواها.

٣ - هناك فرق بين دفتر الشروط والعربون، فليس هذا محل الكلام عن العربون، إنما محله عند الكلام عن الضمان، لا عن دفتر الشروط.

ربما يريد الزحيلي أن قيمة دفتر الشروط هي من قبيل رسم الدخول، وليس من قبيل الثمن، وسأناقش هذه المسألة في مبحث لاحق، من هذه الورقة.

يجب أن نلاحظ أخيراً أن رأي الزحيلي، كما سبق أن قلنا، هو رأي من اشترك في مناقشة، وليس رأي من أعد بحثاً حول الموضوع، كالسلامي وأبو سليمان.

٤ - رأي ابن منيع: قال ابن منيع: «لا أرى ما يمنع من بيعه، وعندئذ تكون قيمته تجميعاً لما خسر عليه، أو ما أنفق على تهيئته، وإن كانت قيمته لا تساوي (١٠٠) ريال مثلاً، ويبيع بـ(١٠٠٠) ريال، فالغرض من ذلك هو ألا يدخل في المزايدة من يريد أن يضيع فرصة انتهاء هذه المزايدة بما يرسو عليه، لأنه قد يدخل فيها من ليس لها أهلاً، ثم بعد أن ترسو عليه المزايدة يكون عنده شيء من المكر أو عدم الجدية، ومعنى ذلك أن تضيع الفرصة، ثم يرجع إلى الذي يليه (. . .). فأرى أن أخذ قيمة، ومرتفعة نسبياً عن تكاليفها الدفترية، قد يكون هذا من المصلحة المعتبرة»^(١).

والجواب:

١ - استرداد النفقة لا يكون كيفما اتفق، لا من الناحية الفنية، ولا من الناحية الشرعية.

٢ - يجب التفرقة بين الدفتر والضمان، فهما أمران مختلفان. فالجدية هنا مسألة متعلقة بالضمان الابتدائي (وقد سبق بحثه في ورقتي السابقة)، ولا علاقة لها بدفتر الشروط.

(١) مداخلة شفوية لابن منيع، مجلة المجمع، العدد (٨): ١٥٦/٢.

هل هناك شيء اسمه رسم دخول في المناقصة؟

في قوانين المناقصة ولوائحها، رأيت أن هناك دفتر شروط (وثائق)، وضمناً مؤقتاً ونهائياً. ولكني لم أجد شيئاً اسمه رسم دخول، تكرر ذكره كثيراً في مناقشات المجمع، في الدورة الثامنة، حتى ظهر القرار بهذا الشكل: «لا مانع شرعاً من استيفاء رسم الدخول (قيمة دفتر الشروط بما لا يزيد عن القيمة الفعلية)، كونه ثمناً له»^(١).

يبدو أن المقصود أن قيمة دفتر الشروط هي رسم الدخول، لاسيما وأن بيع دفتر الشروط هو موضع نقاش، فليكن الأمر رسماً لا ثمناً.

ربما يذهب بعض العلماء، كما تبين لنا من كلام الزحيلي، إلى اعتبار الرسم في حكم العربون، لكن المأخذ على هذا أن العربون، عند الفقهاء الذين يجيزونه، يوضع من الثمن، إذا تم العقد، وهذا ما لا يحدث في المناقصة، وهناك مأخذ آخر وهو أن العربون هنا يؤخذ متعدداً بتعدد المشتركين في المناقصة، فبأي حق يؤخذ من أشخاص متعددين، تنافسوا على صفقة واحدة لم ترس عليهم؟

قرار المجمع في دفتر الشروط:

«لا مانع شرعاً من استيفاء رسم الدخول (قيمة دفتر الشروط بما لا يزيد عن القيمة الفعلية)، كونه ثمناً له»^(٢).

وقد استند القرار إلى بحثين ومناقشات، أحد الباحثين للسلامي، والآخر لـ(أبو سليمان)، واشترك في المناقشة: وهبة الزحيلي^(٣)، وعلي السالوس^(٤)، وعبد الله بن منيع^(٥).

(١) مجلة المجمع، العدد (٨): ١٧٠/٢.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) المصدر السابق، ص ١٤٦.

(٤) المصدر السابق، ص ١٥١.

(٥) المصدر السابق، ص ١٥٦.

ويلاحظ على القرار ما يلي :

١ - أن عبارته لا تختلف عن عبارات قوانين ولوائح المناقصة: «بالثمن الذي تحدده الجهة الإدارية، بشرط أن يكون بالتكلفة الفعلية . . .»^(١).

٢ - أن عبارات القوانين واللوائح فيها إضافة لم يتناولها قرار المجمع: «مضافاً إليها نسبة مئوية لا تزيد على (٢٠٪) كمصروفات إدارية»^(٢)، كما لم تتناولها الورقتان المقدمتان من المجمع.

٣ - الرسم والقيمة والثمن، لكل منها معنى مختلف، وقد جمعت معاً في القرار، بلا تمييز بينها، ولا توضيح لمعنى كل منها. وهذه أولاً مسؤولية أصحاب البحوث، ثم بدرجة أقل: مسؤولية لجنة الصياغة (الخاصة، والعامّة، وأعضاء وخبراء المجمع الذين حضروا الجلسة). وقد كان من العادات الحميدة للمجمع الموقر أن ينقل في مجلته مناقشة القرار أيضاً، ولكنهم هذه المرة اكتفوا بالقرار دون مناقشة، ولم ينقلوا إلينا آراء الحضور، لا اعتراضاتهم، ولا مناقشاتهم.

مماثلة المشتري في تسديد الثمن:

لا ريب أن مماثلة الغني، في تسديد الثمن، غير جائزة، سواء أكان المشتري من القطاع العام أم من القطاع الخاص. والمماثل الغني ظالم فاسق، مرتكب لكبيرة، مستحق للعقوبة، ويمكن التوقي من خطر المماثلة بالحصول على الكفالات والرهون.

وقد سبق لي أن بحثت هذه المسألة^(٣)، ووصلت فيها إلى ما يلي :

١ - عقوبات غير جائزة، وهي التي تفرض على المماثل الغني غرامات

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ٢١٩، ٧٩٥.

(٢) المصدر السابق، ص ٧٩٦؛ وانظر مطلع الكلام في مبحث دفتر الشروط، في هذه الورقة.

(٣) الغني المماثل: هل يجوز إلزامه بتعويض دائنه؟ مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، رجب ١٤١٧هـ، أو بيع التقييط، ط ٢، ص ١٣١.

مالية في مقابل التأخير، أو تطالبه بالتعويض عن الربح الفائت أو الضرر، على أساس ربح المثل، أو ربح الدائن، لأن هذا يدخل في ربا النسيئة: تقضي أم تربي، أو أنظرني أزدك. وهو قرار المجمع الفقهي في كل من مكة وجدة.

٢ - عقوبات جائزة، مثل حلول الأقساط غير المستحقة، وإعلان أنه مماطل، وإدراج اسمه في قائمة سوداء، بحيث يحرم من الاستدانة في المستقبل، وإمكان أن يأمر القاضي بحبسه وملازمته وضربه.

٣ - عقوبات يمكن أن تكون مقبولة، ولها سند من أقوال بعض الفقهاء القدامى، مثل:

- تحميل المماطل هبوط القوة الشرائية للنقود.

- تعزيز المماطل لصالح جهات خيرية، لا لصالح الدائن.

- اشتراك الدائن مع المدين المماطل بحصة من الربح.

- زيادة حصة الدائن من الربح.

وإذا كان المماطل إحدى مؤسسات القطاع العام، فيختار من هذه الإجراءات ما هو مناسب لحالتها.

حكم قصر الدخول في المناقصة على المرخص لهم حكومياً بذلك:

غالباً ما تضع الدولة للموردين والمقاولين تصنيفاً رسمياً، بحيث لا يسمح بالاشتراك في المناقصة إلا للمصنفين المسجلين، وقد يكون لهذا التصنيف فئات أو مراتب متفاوتة، بحسب حجم المنشأة وملاءتها وقدرتها على مباشرة العقود وتنفيذها.

وتلجأ الدولة أيضاً إلى تنظيم سجل بالممنوعين من التعاون معها، نتيجة ارتكابهم غشاً أو تلاعباً أو إهمالاً أو تقصيراً أو رشوة... إلخ.

إن كل تنظيم من هذا القبيل، يكون الغرض منه نجاح المناقصة، ورفع كفاءة عمليات التوريد والمقابلة والشراء، والاطمئنان إلى قدرة المنشأة على

تنفيذ التزاماتها، يعد جائزاً شرعاً .

أما المعاملة الاعتبائية للموردين والمقاولين، التي يظهر أن الغرض منها هو المحاباة، أو الإخلال بمبادئ المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص، أو اختيار منشآت معينة بصورة تحكومية أو استبدادية، فهذا لا يجوز، لأنه من الفساد والظلم والتعسف وسوء استعمال السلطة والنفوذ، وغالباً ما يخفي وراءه صفقات مشبوهة ورشاوى وهدر المال العام .

هل يلزم إخبار المشتري بأن البضاعة تملكها البائع بالأجل؟

لم أفهم وجهة طرح هذه المسألة في باب المناقصة . نعم هي مفيدة في باب بيع الأمانة، ولكنها ليست مفيدة في باب بيع المساومة، ولا في المناقصة .

معلوم أن بيع الأمانة ثلاثة أنواع: مرابحة، وتولية، ووضع. فإن تم البيع بالثمن الأول، مع إضافة ربح معلوم، فهو مرابحة. وإن تم بالثمن الأول، بدون ربح ولا خسارة، فهو تولية. وإن تم بالثمن الأول، بخسارة معلومة، فهو وضع.

فبيع الأمانة يعتمد على أمانة البائع، في إخبار المشتري بالثمن الذي اشترى به السلعة، فإذا كان بيع الأمانة والبيع الأول قد تما نقداً، أو لأجل واحد غير مختلف، فهذا لا مشكلة فيه. لكن إن تم البيع الأول لأجل، وبيع الأمانة نقداً، أو تما بالأجل، وكان أجل الأول أبعد من الثاني، وجب إخبار المشتري بذلك، لأن للزمن حصّة من الثمن، أي إن الثمن المؤجل يزيد على المعجل، والثمن الأبعد أجلاً يزيد على الأقرب أجلاً، وهو ما بسطناه في موضع آخر .

لكن هذا الإخبار مطلوب في بيع الأمانة، وغير مطلوب في المساومة، ولا في المناقصة .

* * *

خاتمة

هذه الخاتمة تعتمد على ورقتي هذه، بالإضافة إلى الورقة السابقة، التي ذكرتها في المقدمة .

التوريد:

عقد يتعهد فيه أحد الطرفين (المورّد) بأن يورد إلى الطرف الآخر (المورّد له) سلعاً أو خدمات موصوفة، على دفعة واحدة، أو عدة دفعات معلومة، في مقابل ثمن أو أجر محدد، بحيث يدفع قسط منه كلما تم قبض قسط من المبيع .

ويجب أن يكون المبيع عام الوجود وقت التسليم، أو تنتجه مصانع ذات إنتاج كبير، ومعروفة بقدرتها العالية على التسليم .

وهو عقد جائز شرعاً، وإن تأجل فيه البدلان، بالنظر لحاجة الناس إليه، وعموم البلوى به، وانتشاره في القوانين والأعراف الحديثة، وخلوه من الموانع الشرعية .

ويجوز فيه الاتفاق على سعر الوحدة، دون الكمية، كما يجوز فيه ترك السعر لسعر السوق . ويجوز فيه ضمان المبيع لمدة معلومة، لإزالة جهالة المشتري، وزيادة رضاه .

المناقصة:

طريقة في الشراء أو الاستئجار أو الاستصناع، تخضع لنظام محدد، وتلتزم فيه الجهة صاحبة المناقصة بدعوة المناقصين إلى تقديم عطاءاتهم (عروضهم)، وفق شروط ومواصفات محددة، من أجل الوصول إلى التعاقد مع صاحب أرخص عطاء .

والمناقصة كالمزايدة جائزة شرعاً، سواء أكانت عامة أم محدودة، داخلية أم خارجية، علنية أم سرية .

ويجوز قصر الاشتراك فيها على المصنفين رسمياً، أو المرخص لهم حكومياً، شريطة أن يكون هذا التصنيف أو الترخيص قائماً على أسس موضوعية عادلة .

ويجوز للجهة صاحبة المناقصة فرض غرامات تخلف على الموردين، الذين يتخلفون عن تنفيذ التزاماتهم بدون عذر مقبول .

ولا يجوز لها فرض غرامات تأخير، لأنها تضارع فوائد التأخير في القروض الربوية، وفي الورقة بيان للعقوبات الجائزة وغير الجائزة، في حال ماطلة المدين في التسديد .

ويجوز لها تقديم دفتر الشروط إلى المناقصين، مقابل تأمين يرد إليهم، عند إعادة الدفتر . ولكن لا يجوز لها أن تفرض عليهم تكلفته أو ثمنه، لأن منفعتهم عائدة لها، لا لهم .

* * *

المراجع

- الأسس العامة للعقود الإدارية، لسليمان محمد الطماوي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤م.
- إعلام الموقعين، لابن القيم، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م.
- الأم، للإمام الشافعي، طبعة الشعب، القاهرة، د. ت.
- بدائع الفوائد، لابن القيم، دار الكتاب العربي، بيروت، د. ت.
- بداية المجتهد، لابن رشد، دار الفكر، بيروت، د. ت.
- البرهان، للزرکشي، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، بيروت، د. ت.
- بيع الكالئ بالكالئ، لتزیه حماد، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
- تفسير ابن حيان، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د. ت.
- تفسير آيات أشكلت، لابن تيمية، تحقيق عبد العزيز الخليفة، مكتبة الرشيد، الرياض، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.
- تفسير الجصاص، دار الفكر، بيروت، د. ت.
- تفسير الرازي، دار الكتب العلمية، طهران، د. ت.
- تكملة المجموع للسبكي، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، د. ت.
- الجامع في أصول الربا، لرفیق یونس المصري، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، دار البشير، جدة، ١٤١٢هـ/١٩٩١م.

- حاشية الشراوي، دار المعرفة، بيروت، د. ت.
- زاد المعاد، لابن القيم، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.
- السلم والمضاربة، لذكريا محمد الفالح القضاة، دار الفكر، عمان، ١٩٨٤م.
- سنن الدارقطني، نشر عبد الله هاشم يماني المدني، المدينة المنورة، د. ت.
- ضمان عيوب المبيع الخفية، لأسعد دياب، دار اقرأ، بيروت، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- عقد التوريد، لعبد الوهاب أبو سليمان، ورقة مقدمة إلى مؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، الجامعة الأردنية، عمان، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
- الغرر وأثره في العقود، للصديق الضرير، د. ن، القاهرة، ١٣٨٦هـ/١٩٦٧م.
- الغني المماطل: هل يجوز إلزامه بتعويض دائنه؟ لرفيق يونس المصري، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، البنك الإسلامي للتنمية، رجب ١٤١٧هـ؛ وضمن بيع التقسيط، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، دار البشير، جدة، ط ٢، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- فتاوى الزرقا، بعناية مجد مكي، وتقديم يوسف القرضاوي، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، دار البشير، جدة، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
- فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، د. ت.
- القانون التجاري السعودي، لمحمد حسن الجبر، عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

- القياس، لابن تيمية، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.
- الكشف، للزمخشري، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م.
- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد (١٩)، الرياض، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٧)، الجزء (٢)، جدة، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٨)، الجزء (٢)، جدة، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.
- المجموع، للنووي، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، د. ت.
- المدائيات، لعيسوي أحمد عيسوي، بحث مقدم إلى الأزهر لنيل شهادة العالمية من درجة أستاذ، القاهرة، ١٣٦٥هـ/ ١٩٤٦م.
- المدونة، للإمام مالك، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م.
- المستدرک، للحاكم، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م.
- مناقصات العقود الإدارية: عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، لرفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٩)، الجزء (٢)، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.
- المهذب، للشيرازي، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٩٦هـ/ ١٩٧٦م.
- مواهب الجليل، للحطاب، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء (٩)، وزارة الأوقاف، الكويت، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م.

- نظرات في أصول البيوع الممنوعة، لعبد السميع إمام، دار الطباعة
المحمدية، القاهرة، د. ت.

- نظرية العقد، لابن تيمية، دار المعرفة، بيروت، د. ت.

- نيل الأوطار، للشوكاني، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، د. ت.

- الوسيط، للسهنوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت.

* * *

العرض - التعقيب والمناقشة

العرض

العرض

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

قبل الدخول في هذه الجلسة أعرض على مسامعكم أمرين :

الأمر الأول: جدول الأعمال وهو بين أيديكم ولعله يكون مناسباً .

الأمر الثاني: جرت العادة على اختيار مقرر عام وأقترح أن يكون الشيخ عجيل النشمي هو المقرر العام لهذه الدورة .

الشيخ عجيل النشمي:

بسم الله الرحمن الرحيم .

أرجو منك يافضيلة الشيخ أن تعفيني من هذه المهمة والإخوة خاصة الخبراء لهم سابقة في هذا الموضوع .

الرئيس:

وأنت لك سابقة، جزاك الله خير، تفضل ياشيخ .

عمل هذه الجلسة هو: عقود التوريد والمناقصات، والبحوث بين أيديكم والعارضان هما: الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان والشيخ محمد تقي الدين العثماني، والمقرر الدكتور رفيق يونس المصري .

الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد، فإن الأبحاث المقدمة في عقد التوريد، في الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة المنعقدة في مدينة الرياض، أربعة أبحاث، هي: عقود التوريد والمناقصة لفضيلة العلامة محمد تقي الدين العثماني، الثاني: عقود التوريد والمناقصات للأستاذ الدكتور رفيق يونس المصري، والثالث: عقود التوريد والمناقصات للعلامة الشيخ حسن الجواهري، والرابع: عقد التوريد دراسة فقهية تحليلية لعبد الوهاب أبو سليمان. اكتفى الباحث الأخير بما سبق وأن قدمه في عقد المزايدات في دورة ماضية عن الكلام عن المناقصات.

فيما يلي عرض موجز لأهم العناصر والأفكار المتفقة مجموعة ثم ما انفرد به كل بحث عن الآخر في عقد التوريد فحسب.

العناصر المتفقة:

تتفق الأبحاث الأربعة على أهمية عقد التوريد في العصر الحاضر وأنه عصب الحركة التجارية محلياً ودولياً، وأنه عقد جديد. تصوير العقد بمفهومه التجاري المتداول، والبعض حاول تعريفه تعريفاً فقهياً. وسأتجاوز عن هذه التعريفات نظراً لاختصار الوقت.

التخريج الفقهي، وهو المهم في هذا العرض:

فضيلة القاضي محمد تقي العثماني ذهب إلى أن عقد التوريد من قبيل المواعدة اللازمة، وتفصيل هذا أنه قسّم العين محل التوريد وموضوعه إلى قسمين:

- ١- ما يحتاج إلى صناعة فيُكيّف على أساس الاستصناع.
- ٢- وما لا يحتاج إلى صناعة وهذا لا يعدو أن يكون تفاهماً ومواعدة من الطرفين، أما البيع الفعلي فلا ينعقد إلا عند تسليم المبيعات، وأن الإشكال هو في جعل هذه المواعدة لازمة، والحكم عند أكثر الفقهاء أن المواعدة لا تكون لازمة في القضاء، ويذهب البعض إلى القول بلزوم المواعدة عند الحاجة. ثم

استشهد للرأي الأخير بما جاء في فتاوى (الخانية) وبما أفتى به بعض المالكية بما يخص بيع الوفاء. ثم عقب على هذا قائلاً: ولكن المقصود من هذا التنظير أن الفقهاء اعتبروا حاجة الناس في إلزام ما لم يكن لازماً أصلاً، وأن عبارة قاضي خان - رحمه الله تعالى - بصفة خاصة صريحة في أن المواعدة يمكن أن تجعل لازمة لحاجة الناس، والمواعدة إنما تكون من الطرفين فتبين أنه لا بأس بجعلها لازمة عند الحنفية لحاجة الناس.

ومن الملاحظ والمهم حسب توجيه العلامة القاضي العثماني أنه لم يعدّ التوريد عقداً، بل هو اتفاقية حيناً، وعقداً حيناً آخراً، وهذا يتبين من خلاصة البحث.

أما التخريج الفقهي لدى الأستاذ الدكتور رفيق يونس المصري فإنه اكتفى بسرد أسماء الفقهاء الذين أجازوه مع اقتباس نُبذ من بعض تخريجاتهم.

التخريج الفقهي لدى العلامة الشيخ حسن الجواهري: اعتمد في مشروعية هذا العقد الجديد وصحته على عموم الآيات في قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَاحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، وقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾. إن هذا العقد يُطَلَق عليه العرف بأنه تجارة بأنه عن تراض من الطرفين يدخل تحت عموم الآية السابقة، وعلى هذا فسوف يكون كل عقد عرفي ولو كان جديداً لم يكن متعارفاً عليه عند نزول النص يجب الوفاء به إذا كان مشتملاً على الشروط التي اشترطها الشارع في الثمنين أو المتعاقدين أو العقد. ثم عرض فضيلته لأدلة المانعين لهذا العقد وتصدى للإجابة عليها.

أما التخريج الفقهي لدى عبد الوهاب أبو سليمان فقد ذكر في بحثه أنه يمكن أن ينظر إلى مشروعية هذا العقد من عدمها من خلال أصليين شرعيين وتزيله على أحدهما أو على كليهما إن أمكن هذا.

الأصل الأول: تنزيلها على عقد هو أكثر شبهاً به واتفاقاً معه في حقيقته، وأخص صفاته، وهو عقد البيع على الصفة أو ما يسمى (بيع الصفات)، يجتمع

معه في صفات رئيسية ثم ذكر الشبه بين عقد البيع على الصفة وعقد التوريد .

الأصل الثاني: أن يُعدَّ عقداً جديداً في ذاته وصفاته ، يخضع أولاً لقاعدة (الأصل في المعاملات الإباحة) والقواعد الشرعية الأخرى مثل قاعدة (المقتضي والممانع) وغيرها مما له علاقة موضوعية بهذا الأصل .

الدكتور رفيق يونس المصري ذكر في المقدمة أنه يقدم ورقة وليس بحثاً، ملتزماً في هذه الورقة بالعناصر التي طلبها المجمع . كما ذكر أنه اكتفى بالإحالة إلى بعض المراجع المعاصرة من أجل الاختصار . ومن ثم صنفت الموضوعات التي درسها متفقة ومنفردة مع الأبحاث الأخرى .

تعرضت الأبحاث لدراسة ومناقشة الموضوعات التالية :

- عقد التوريد وبيع ما ليس عنده .

- بيع الكالئ بالكالئ .

انفرد الأستاذ الدكتور رفيق المصري بدراسة حكم الاتفاق على سعر الوحدة في عقد التوريد وهو لا يرى مانعاً من ذلك .

- حكم ترك السعر لسعر السوق في عقد التوريد، أحال الإجابة على هذا إلى العلامة الشيخ عبد السميع إمام - رحمه الله - بعدم الجواز .

- هل يشترط أن يكون المبيع عام الوجود في عقد التوريد؟ يعتبر هذا الشرط مهم بالنسبة للسلع الزراعية المعتمدة على الأمطار ، أما السلع الصناعية التي تقوم بإنتاجها مصانع كبيرة وتتمتع بقدرة عالية فقد يكون البيع جائزاً، ضمان المبيع جائز شرعاً كما هو جائز قانوناً . وعمل مقارنة بين التوريد وبين عقود أخرى .

انفرد بحث فضيلة الشيخ حسن الجواهري بالموضوعات التالية :

- لزوم عقد التوريد والاستدلال به .

- ثبوت خيار البيع وفوات الصفات ونحوهما .

- ضمان المبيع .

وبهذا يتم العرض الإجمالي لمجموع الأبحاث في عقد التوريد . وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

الشيخ محمد تقي العثماني:

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد خاتم النبيين وسيد المرسلين وعلى آله وأصحابه أجمعين ، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد ، فأشكر فضيلة الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان على تلخيصه للأبحاث فيما يتعلق بعقود التوريد ، ولا أريد أن أعيد ما ذكره فضيلته لكنني أريد أن أضيف إليه نقطة جاءت في بحثي كما ذكره فضيلة الدكتور وهو أنني كيف عقود التوريد على أساس أنها مواعدة ملزمة للجانبين وليست عقداً باتاً . وإنما ذهبت إلى هذا الرأي من جهة أن جمهور العلماء والفقهاء عبر القرون قد اتفقوا على عدم جواز بيع المعدوم ، وعلى عدم جواز بيع الكالئ بالكالئ . فبدلاً من أن نأتي برأي يخالف جمهور الفقهاء من الهيئ أن نقول إنها مواعدة موافقة الطرفين على إنجاز العقد في تاريخ لاحق ، وهو يحتاج إلى الإيجاب والقبول في ذلك التاريخ اللاحق . والإشكال الوحيد على هذا التكييف أنه قد صدر من مجتمعنا الموقر قرار بأنه إذا كان الوعد من طرف واحد فإنه يمكن أن يعتبر ملزماً ، أما إذا كان من الجانبين وصار مواعدة فإنه لا يمكن أن يكون ملزماً .

وإنما صدر هذا القرار على أساس أنه إذا اعتبرنا المواعدة ملزمة للجانبين فإنها تكون في قوة العقد نفسه ، ويلتبس بالعقد فلا يبقى هناك فرق بين هذه المواعدة اللازمة وبين بيع المضاف إلى المستقبل الذي اتفق الأئمة الأربعة على عدم جوازه . لكنني ذكرت في بحثي أن هناك فرق كبير بين المواعدة الملزمة وبين إنجاز العقد نفسه ، والفرق أن إنجاز العقد ينقل المعقود عليه من ذمة إلى ذمة ، فمن أنجز الشراء فإنه جعل الثمن ديناً في ذمته ، ومن أنجز البيع فإنه نقل ملكية المبيع إلى المشتري أو جعل المبيع ديناً في ذمته إن كان البيع سلماً . وإن هذا الانتقال من ذمة إلى ذمة يحدث فور ما يتم الإيجاب والقبول ، ولذلك من اشترى

داراً لسكنها مثلاً ولم يدفع الثمن إلى بائعها فإنه صار مديناً للبائع بمقدار الثمن وتجري عليه سائر أحكام المديون، فلا تجب عليه الزكاة بمقدار هذا الدين على قول من يجعل الدين مانعاً لوجوب الزكاة حالاً كان أو مؤجلاً. وإذا أفلس المشتري فإن البائع أسوة للغرماء مطلقاً على قول الحنفية، وعند تغير المبيع عند الجمهور، وكذلك من باع الحنطة سلماً فإنه أصبح مديناً للمشتري بذلك المقدار من الحنطة فتسقط عنه الزكاة بذلك المقدار لكونه ديناً عليه ولا يسقط هذا الدين بموت المسلم إليه، فيؤخذ المسلم فيه من تركته حالاً.

أما المواعدة فلا تنشئ ديناً على أحد من الطرفين، فلا تحدث بها هذه النتائج. فإذا تواعدا على بيع الشيء في تاريخ لاحق لم يكن الثمن ديناً في ذمة الواعد بالشراء فلا تسقط عنه الزكاة بمقدار الثمن، ولم يكن المبيع ديناً في ذمة الواعد بالبيع، فلا تسقط عنه زكاته. ولا يحق للواعد بالشراء أن يأخذ الشيء الموعود ببعه من تركة الواعد بالبيع بعد موته، أو بعد إفلاسه. فظهر أن المواعدة ليست عقداً ولا تنتج عنها آثار العقد ولا المديونية إلا في التاريخ الموعود، ولا تحدث هذه النتائج بصفة تلقائية، حتى في التاريخ الموعود، بل يجب عند ذلك أن يتم الإيجاب والقبول من الطرفين. على أنه إن عرض لأحد الطرفين في المواعدة عذر حقيقي مقبول منعه من إنجاز الوعد، فإنه يُعدُّ معذوراً ولا يجبر على إنجاز العقد ولا على دفع التعويض. أما في البيع المضاف إلى المستقبل فعجز أحد الطرفين من تنفيذ مسؤولياته العقدية لا يسبب فسخ البيع تلقائياً وإنما يحتاج إلى الإقالة بالتراضي.

أما أثر كون المواعدة لازماً فلا يتجاوز من أن يجبر الحاكم الفريقين بإنجاز العقد في التاريخ الموعود. وإن أحل أحدهما بالوفاء بوعدة حمّله الحاكم ما تضرر به الآخر من الضرر المالي الفعلي الذي حدث بسبب تخلفه عن الوفاء. وهذه النتيجة مختلفة تماماً عن نتائج إنجاز العقد الذي ينقل المعقود عليه من ذمة إلى ذمة.

ولذلك قلت إنه نظراً لهذه الفروق ينبغي أن نفرّق بين المواعدة وبين العقد ولكن لا يُصار إلى إلزام هذه المواعدة إلا عند الحاجة، والحاجة معترف بها في عقود التوريد.

فهذا ما أردت أن أضيفه إلى ما ذكره فضيلة الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان حفظه الله تعالى وجزاه خيراً.

والآن أنتقل إلى موضوع المناقصة . والمناقصة طريقة تتبعها جهات تريد شراء سلع أو خدمات بأقل ما يعرض عليهم من سعر . وهو في حقيقته ضد المزايدة أو بيع من يزيد .

وإن المناقصات في عصرنا تجري إما في عقود المقاولات أو في عقود التوريد . والطريقة المتبعة لإجراء المناقصة أن الجهة التي تريد أن تعقد مع مقاول لبناء عمارة مثلاً وتريد أن يتقدم إليه المقاولون بعروض مختلفة فإنها تدون تفاصيل البناء ومواصفاتها وشروط العقد في دفتر ثم تدعو المقاولين إلى المناقصة عن طريق الإعلان في الجرائد أو الصحف ، وعلى أساس هذا الإعلان يتقدم المقاولون بعروضهم مع مبلغ الضمان الابتدائي ثم إن الجهة الطالبة للمناقصة تفتح الظروف المختومة ، وتختار العرض الأقل سعراً ویرسو علیه العطاء .

وقد توسع سعادة الدكتور رفيق يونس المصري والشيخ العلامة حسن الجواهري في بيان حقيقة المناقصة والفرق بينها وبين المزايدة والمساومة ، حيث إن المزايدة يجريها البائع ليحصل على أكثر ما يكون من ثمن ، والمناقصة يجريها عامة المشترون أو المستصنعون ليحصلوا على أقل عرض لثمن البضاعة المطلوبة أو العمل المطلوب . وإن المشتري في المساومة يتخير من شاء من الباعة والمناقصة تفتح الباب لجميع الباعة على قدم المساواة .

وذكر الشيخ حسن الجواهري فرقاً آخر بين المناقصة والبيع العادية وهو أن المناقصة يسقط فيها خيار المجلس .

والمهم هو التكييف الفقهي للمناقصة ، وبما أن هذه ظاهرة جديدة أوجدتها حاجات المشاريع الكبيرة من التجارة فإنه لا يوجد ذكر للمناقصات في الكتب الفقهية . ولذلك لم ينص أو يصرح أحد من الفقهاء القدامى بهذا العقد .

وتكييفها الفقهي فقد ذكرت في بحثي أن تكييفها الفقهي يختلف باختلاف

موضوع المناقصة فإن كان موضوعها عقداً يجوز إنجازه على الفور مثل بيع المبيعات المملوكة للبائع، أو عقد الإجارة، أو الاستصناع، أو المقاوله، فالدعوة إلى المناقصة دعوة إلى هذه العقود. أما إذا كان موضوع المناقصة توريد أشياء غير مملوكة للبائع فقد ذكرت في بحثي في التوريد أن اتفاقية التوريد في هذه الحالة مواعدة لإنجاز العقد في المستقبل فليس هناك إيجاب وقبول لإنجاز العقد في هذه المرحلة، وإنما الإعلان الصحفي في مثل هذه المناقصة دعوة للتجار للدخول في مواعدة أو تفاهم عام، ولكن لا بأس أن تتخذ لها جميع الإجراءات المعهودة في المناقصة بشرط ألا يظن أن إرساء العطاء عقد بات للبيع، بل يرسو العطاء على أنه مواعدة من الطرفين ملزمة عليهما له لإنجاز البيع في تاريخ مستقبل. أما الذين يقولون بأن عقد التوريد عقد للبيع ومنهم فضيلة الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان والدكتور رفيق والشيخ الجواهري فلا فرق عندهم بين صورتين.

المسألة الثانية في موضوع المناقصة هو أنه متى يتم الإيجاب والقبول في

هذا العقد؟:

وقد تعرضت لهذه المسألة وقلت: إنه قد يفهم بعض الناس أن الدعوة إلى المناقصة عن طريق الإعلان الصحفي إيجاب من قبل الجهة الطالبة، وإرساء العطاء قبول من قبل صاحب العطاء وليس الأمر كذلك لأن الإيجاب الفقهي لا بد له من تحديد السعر، أما الإعلان الصحفي فلا يتحدد في السعر من قبل الجهة الطالبة للمناقصة. ولأن العقد لا يتم بمجرد فتح العرض الأقل فقد يحق للجهة الطالبة أن تجري مفاوضة مع صاحب العرض الأقل إذا كان سعره المعروف أكثر من سعر السوق وفي بعض الحالات الأخرى أيضاً. فالصحيح أن الإعلان الصحفي ليس إلا دعوة للدخول في العقد، والإيجاب الفقهي هو تقدم صاحب العرض بعرضه، ويتوقف قبوله على إرساء العطاء، فكلما رسا العطاء ولو بعد إجراء المفاوضة تحقق القبول وتم العقد إذا كان الموضوع بيعاً منجزاً أو إجارة أو استصناعاً. وهو الموقف الذي اختاره فضيلة الشيخ حسن الجواهري في بحثه. وهذا هو الموقف المختار عند الفقهاء في بيع المزايدة، كما يقول الحطاب - رحمه

الله تعالى - : «أما بيع المزايدة فالحكم فيه أن كل من زاد في السلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يمضيها له» .

ونقلت عدة نصوص للفقهاء الآخرين ولا حاجة لذكر جميعها . وقد ذكر الدكتور عبد الرزاق السنهوري في (الوسيط) أنه إنما يكون التقدم بالعرض هو الإيجاب ، ثم يعقبه القبول .

المسألة الثالثة : هل يصح رجوع صاحب العرض عن إيجابه قبل أن يرسو عليه العطاء؟ فلما كان التقدم بعطاء إيجاباً فالظاهر من ضوابط الإيجاب الفقهية أنه يجوز للموجب الرجوع عن إيجابه قبل رسو العطاء الذي يعتبر قبولاً في بيع المزايدة . وعلى هذا جرى القانون المصري كما ذكره الدكتور السنهوري في (الوسيط) ولكن يظهر من كتب المالكية أن الذي يتقدم بالعطاء في المزايدة - وهو المؤجر - لا يحق له الرجوع من إيجابه إلا أن يرسو العطاء .

قال ابن رشد رحمه الله تعالى : «والحكم فيه أن كل من زاد في السلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يمضيها له بما أعطي فيها ما لم يسترد سلعته فيبيع بعدها أخرى أو يمسكها حتى ينقضي مجلس المناذاة» . وبمثل ذكر الحطاب ونقلته نصه .

فظهر بهذا أن المالكية فرقوا بين بيوع المساومة العامة وبين المزايدات ، حيث يحق للمشتري في المساومة أن يرجع عن إيجابه متى شاء قبل قبول البائع ، ولا يحق له ذلك في بيوع المزايدة ، وهو الموقف الذي اختاره الشيخ حسن الجواهري في بحثه أيضاً .

ولا شك أنه لا فرق بين المزايدة والمناقصة في هذا الموضوع ، فينطبق عليها جميع أحكام المزايدة من هذه الجهة . فمقتضى القواعد العامة أن يجوز لمن تقدم في المناقصة بعطاء أن يرجع عن إيجابه قبل رسو العطاء ، ولكن مقتضى ما ذكره المالكية أنه لا يجوز له الرجوع بعد تقدمه بالعرض . وعلى هذا الأخير جرت معظم قوانين المناقصة المعاصرة . وبما أن المسألة اجتهادية فهناك سعة بأخذ ما فيه مصلحة . ولكن الذي يظهر لي أن القول بإعطاء صاحب العرض الحق

في الرجوع أعدل وأقيس، لأننا متى جعلنا عرضه إيجاباً فلا وجه لحرمانه من الحقوق التي يستحقها الموجب في البيوع الأخرى .

ثم إن فقهاء المالكية إنما ألزموا الإيجاب على الموجب في المزاد العلني الذي يتقدم فيه كل أحد بعطائه عن بصيرة تامة وعن علم بما تقدم به الآخرون، ويرسو العطاء فيها فوراً. أما المناقصات فمعظمها تجري على أساس السرية ويقع البت فيها بعد مدة، وحينئذ قد يضطر فيها صاحب العرض إلى سحب عرضه لتقلبات الأسعار في السوق أو لأعذار أخرى حقيقية، فلا تقاس المناقصة السرية على المزاد العلني الذي يقع البت فيه في المجلس .

المسألة الرابعة في موضوع المناقصات هي : هل العرض الأقل لازم على صاحب المناقصة؟ .

ومن النتائج المنطقية لجعل العرض إيجاباً أن يحق لصاحب المناقصة أن يقبل ما شاء من عطاء ويرفض ما شاء . وبهذا صرح فقهاء المالكية في المزايمة فقال ابن رشد رحمه الله : « وهو - أي البائع في المزايمة - مخير في أن يمضيها لمن شاء فمن أعطى فيها ثمناً وإن كان غيره قد زاد عليه» .

فلو أجرينا المناقصة على أساس هذا القول جاز لصاحب المناقصة أن يقبل أي عرض شاء، سواء كان أقل أو أكثر، وربما تضطر الجهة الطالبة للمناقصة إلى قبول عرض سعره أكثر لمصالح أخرى، مثل كون صاحب العرض أتقن وأوثق بالنسبة لمن عرض سعراً أقل . ولكن بما أن المناقصات تجري عموماً من قبل الجهات الحكومية أو المؤسسات الكبرى التي تمر فيها العملية من خلال أيدي كثير من الناس فإن قبول السعر الأكثر معرض لتهمة التواطؤ والرشوة وغيرها . فينبغي أن تكون مثل هذه المناقصات خاضعة لتشريعات تضمن شفافية العملية، ويؤمن معها من التواطؤ والرشوة .

المسألة الخامسة هي مسألة دفتر الشروط . وإن لوائح المناقصات تنص على أنه يجب أن يؤدي صاحب المناقصة كراسة خاصة بشروط العطاءات وقوائم

الأصناف أو الأعمال المطلوبة وغيرها . وإن هذا الدفتر يباع عموماً على من يطلبه للعلم بشروط المناقصة، وثمنه يغطي التكلفة الفعلية لطبع الكراسة وغيره . ويضاف إليها ربح لا يزيد عادة على (٢٠٪) . وأجاز الشيخ الجواهري هذا البيع وذكر احتمالاً آخر أنه من لم يرُسْ عليه العطاء يكون على خيار فسخ الشراء فيرد إليه ما دفعه من ثمن الدفتر . ومعنى ذلك أن هذه التكاليف يتحملها من رسا عليه العطاء ولا يتحمل ذلك من لم يرُسْ عليه العطاء . ورأى الدكتور رفيق المصري أنه يجب أن تتحمل الجهة المنظمة للمناقصة هذه التكاليف ولا يجوز لها أن تبعه لأنها هي المستفيدة منها وأنه لا مانع من أن تأخذ تأميناً قابلاً للرد ممن يطلبه ليكون الطالب يطلبه بجدية . وقد توسع الدكتور رفيق في الرد على من يجيز بيع دفتر الشروط .

ووافقت في بحثي الرأي القائل بأنه لا يجوز بيع هذا الدفتر من الجهة المنظمة للمناقصة ولكنني أضفت إلى ذلك : أن إعداد هذا الدفتر ربما يحتاج إلى دراسات فنية ورسم خرائط دقيقة مما يتطلب جهداً ومالاً . ومن ناحية أخرى إن هذا الدفتر يخفف مؤونة المقاولين أو التجار لأنه لولا هذا الدفتر لاحتاج كل عارض إلى أن يجري هذه الدراسات الفنية بنفسه ويتكبد في ذلك جهداً . ولذلك قلت : إنه لو كان دفتر الشروط لا يتضمن دراسات فنية ، وكان مشتملاً على مجرد شروط العقد ، فلا يجوز للجهة الإدارية أن تتقاضى عليه ثمناً ، لأنه بمنزلة بيان شروط العقد من أحد العاقدين ، ولا يجوز أخذ العوض على ذلك . أما إذا كان هذا الدفتر مشتملاً على دراسات فنية يحتاج إليها المشاركون في المناقصة لإعداد عروضهم ، فيجوز للجهة الإدارية أن تأخذ على دفعه عوضاً يغطي تكاليف الجهة الإدارية في إعداده . وهذا قريب مما صدر به قرار من مجمع الفقه الإسلامي في موضوع بيع المزايدة ونصه ما يلي : « لا مانع شرعاً من استيفاء رسم الدخول - قيمة دفتر الشروط بما لا يزيد عن القيمة الفعلية - لكونه ثمناً له » .

والمسألة السادسة في موضوع المناقصة هي طلب الضمان من المشاركين ، فإن الجهة الإدارية صاحبة المناقصة تطالب المشاركين بتقديم ضمان . وهذا الضمان على قسمين :

القسم الأول: هو الضمان الابتدائي الذي يطالب بتقديمه مصحوباً بتقديم العرض. والغرض منه التأكد من جدية العارض في تقديم عرضه، ويكون مبلغ هذا الضمان نسبة من قيمة العرض عموماً، والمعمول به أن هذا المبلغ يصادر عليه إذا سحب العارض عرضه قبل موعد إرساء العطاء ويُردُّ هذا المبلغ إلى أصحاب العروض الذين لم يفوزوا بالصفقة.

والقسم الثاني: هو الضمان النهائي: ويطلب به من رسا عطاؤه وفاز بالصفقة. والمقصود من مطالبة هذا الضمان إلزام من نجح في المناقصة بتنفيذ العقد بشروطه ومواصفاته ومواعيده الزمنية، فهو ضمان يقدمه المتعاقد لتوثيق التزاماته وأنه سوف يقوم بمسؤولياته العقدية في وقتها الموعود.

فأما الضمان الابتدائي فحكمه أنه لا يظهر هناك مانع من المطالبة به للتأكد من جدية العارض مادام أنه لا يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، وهذا إنما يحصل إذا بقي مبلغ الضمان كأمانة عند الجهة الإدارية، ولو وقع خلطه بالأموال الأخرى فيكون مضموناً عليها، وإن وقع استثماره فيجب أن يرجع ربحه إلى صاحب العرض الذي قدمه، وإن لم يفز هذا العارض بالصفقة، بمعنى أنه لم يقبل عرضه فإنه يرد عليه كامل المبلغ مع ربحه إذا أودع في وعاء استثماري مقبول شرعاً.

ويبدو من بحث الشيخ الجواهري أنه يُجوزُّ مصادرة هذا الضمان لأسباب مختلفة ربما يشرحها عند المناقشة. ولكن يظهر لي أن ما يُعمل به عموماً من مصادرة هذا المبلغ إذا سحب العارض عرضه قبل موعد إرساء العطاء غير مقبول من الناحية الشرعية إطلاقاً، وهو من قبيل أكل أموال الناس بالباطل لأننا حققنا فيما سبق أن التقدم بالعرض إيجاب من قبل العارض ويحق شرعاً لكل من يتقدم بالإيجاب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر. فلا وجه لمصادرة ما تقدم به من الضمان الابتدائي.

وقد يستشكل هذا بأنه لا تظهر هناك فائدة لهذا الضمان إذا وجب رد مبلغه إلى العارض في جميع الحالات. والجواب عن هذا الإشكال أن هذا المبلغ ليس

إلا للتأكد من جدية صاحب العرض وليس ضماناً في مفهومه الفقهي، فإن الضمان إنما تسبقه مديونية، وإن مجرد التقدم بالعرض لا ينشئ ديناً على صاحب العرض. ولا شك أن من يتقدم بهذا المبلغ عند تقديم عرضه فإنه ينبي عن جديته في الاشتراك، لأنه لا يتنازل أحد عن سيولته ولو لمدة قصيرة، إلا من يريد أن يدخل في العقد حقيقة، وهذه الفائدة حاصلة.

أما الضمان النهائي فإنه يطالب به من يفوز بالصفقة من بين العارضين وإنما يطالب به لتوثيق أن الفائز بالصفقة يلتزم بمسؤولياته التعاقدية. وقد يزعم بعض الناس أنه من قبيل العربون، وليس الأمر كذلك، لأن العربون الذي أجازته الحنابلة إنما يقدمه المشتري، وصاحب العرض في المناقصات هو البائع إذا كان موضوع المناقصة توريداً أو استصناعاً، والمؤجر إن كانت المناقصة موضوعها تقديم بعض الخدمات.

والواقع أنه لا يوجد هناك نظير في الفقه الإسلامي بمطالبة شيء من البائع أو المؤجر إلا مطالبة الرهن من المسلم إليه الذي جوزه بعض الفقهاء ومنه آخرون. ولكن ذلك إنما يمكن إذا كان البيع باتاً كما في السلم أو الاستصناع، أما في عقود التوريد فلا. وغاية ما يمكن أن يبرر به هذا الضمان هو على أساس ضمان الجدية، فينطبق عليه كل ما ذكرنا في الضمان الابتدائي من أنه أمانة ابتداءً، وإن خلط بمال آخر، فإنه مضمون على صاحب المناقصة. وإن وقع استثماره فإنه يرجع ربحه إلى المتقدم به، ويجب رده مع ربحه - إذا كان مستثمراً في جهة مقبولة شرعاً - إلى صاحبه عند تمام تنفيذ العقد، ولا يجوز مصادرته إلا إذا تخلف صاحبه عن أداء واجبه، وحصل بالتخلف ضرر مالي لصاحب المناقصة فعلاً، فيمكن أن تقع المقاصة بين هذا المبلغ وبين ما يجب على المتعاقد من تعويض مالي. وقد صدر قرار من مجمعنا الموقر بشأن الضمان في بيوع المزايدة، ونصه: «طلب الضمان ممن يريد الدخول في المزايدة جائز شرعاً، ويجب أن يرد لكل مشارك لم يرس عليه العطاء، ويحتسب الضمان المالي من الثمن لمن فاز بالصفقة» وبما أن هذا القرار كان موضوعه المزايدة ويطلب فيه الضمان من المشتري

فيمكن تخريجه على أساس العربون ، ولكن ليس الأمر كذلك في المناقصات التي يطلب فيها الضمان من البائع أو المقاول ، فلا بدّ من رد هذا المبلغ بعد تنفيذ العقد مع سائر واجبات المتعاقد الأخرى ولا يصادر هذا المبلغ إلا في الصورة التي ذكرناها من تخلف المتعاقد .

والمسألة السابعة هي ماطلة المشتري في تحديد الثمن . وهذا موضوع صدر فيه قرار من المجمع بتحريم الغرامة المالية في مقابل التأخير . وقد اتفق الدكتور رفيق والشيخ الجواهري على حرمة ذلك . وجاء الدكتور رفيق ببدائل لهذه الغرامات منها : حلول الأقساط ، ومنها إدراج اسم المماطل في قائمة سوداء وتحميل المماطل هبوط القوة الشرائية للنقود ، وهذا موضوع ربما يبحث في موضوع (تغير قيمة العملة) . وذكر الشيخ الجواهري أن بديله هو فتح الاعتماد المستندي من قبل المشتري لدى البنك .

المسألة الثامنة وهي الأخيرة ، أن الدكتور رفيق والشيخ الجواهري متفقان على أنه يجوز قصر المناقصة على المرخص لهم حكومياً بالدخول في مناقصات التوريد والأعمال ، لأن الجهة الداعية للمناقصة مختارة في التعامل مع من تريد ، ولكن اشترط الدكتور رفيق لجواز ذلك أن يكون مبنياً على غرض صحيح مثل رفع كفاءة عمليات التوريد والمقاوله ، أما إذا كان مبنياً على المحاباة وإيثار بعض الجهات على الآخرين تعسفاً واستبداداً فإن ذلك لا يجوز .

وهذه خلاصة ما توصلت إليه من دراسة هذه الأبحاث المعروضة في موضوع المناقصة وشكراً لكم ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

* * *

التعقيب والمناقشة

الشيخ عبد الله البسام:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه ومن والاه .

أما بعد، نشكر أصحاب البحوث على بحوثهم القيمة الممتعة النافعة، ولا أحب أن أطيل، والذي أحب أن أقوله هو أن الأفضل في هذه البحوث هو تكييف المسائل . لأننا إذا كيفنا المسألة على باب من أبواب الفقه، وذلك أن هذه المسألة المستجدة استطعنا أن نطبقها على ذلك الباب من أبواب الفقه، وأما إذا لم تكيف على بعض من أبواب الفقه تبقى عائمة، وتبقى المسائل والأبواب تتجاوزها، ولا يستطيع الإنسان أن يقررها على باب خاص من أبواب العلم . فلذا أحب إن كان هذا من أصحاب البحوث فإن هذا يستدرك وإن كان من العارضين فينبغي عليهم أول ما يتدوّن بالعرض أن يكيفوا الأبواب . هذه مسألة .

المسألة الثانية: أن الارتباك الذي وقع في هذه العقود ومتى تتم؟ وكيف تتم عقود الاستيراد وغيرها مما جاء ذكره؟ إن هذا الارتباك راجع إلى أننا لم نميز بين المبيع بالصفة المعينة وبين المبيع بالصفة بالذمة . هذا هو الذي يجعل الباحث يعوم ولا يستطيع أن يطبق المسائل على هذا الباب لأنه لم يجعلها مثلاً مبيعاً معيناً موصوفاً يجوز العقد عليه ولو لم يحصل القبض بالثمن ولا أنه موصوف في الذمة، والموصوف في الذمة كثير من الإخوان يشته عليهم لحديث حكيم بن حزام، والبيع بالذمة لا يدخل لأنه مثل بيع السلم، ليس هذا من بيع ما ليس عندك وإنما هو من بيع الذم، والذم بابها واسع إلا أنه يشترط فيها القبض عند العقد وإلا فبابها واسع ولا تحتاج منا إلى أن نقول إن العقد يتم عند التوريد، أو إن العقد موصوف بالوعد فقط . هذا ما أردت ذكره، وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ عبد السلام العبادي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين وأصلي وأسلم على رسوله الكريم.

في البداية أتقدم بالشكر الجزيل على هذا العرض المتميز للبحوث المقدمة لهذه الدورة في موضوع (عقد التوريد والمناقصات) لكن لي تعليق يقترب من تعليق فضيلة الشيخ عبد الله البسام وهو أننا في البداية عرضنا الأمر على أساس أنه عقد جديد وأنه من أهم وسائل التعامل المعاصر، وتحدثنا عن أهمية هذا العقد في البحوث التي بين أيدينا. ثم بعد ذلك ضيقنا هذا الأمر الواسع ودخلنا في محاولة تخريج هذا العقد على صيغ فقهية مقررة في السابق، بينما لدينا سعة كبيرة في مجال أن العقود الجديدة مرَّحَب بها في الشريعة مادامت قائمة على التراضي ومادامت لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً. فلو دخلنا من هذا المدخل لكان الأمر في ظني أجدى وأنفع وبخاصة أننا لاحظنا أن معظم إخواننا قد توجهوا فيما قدموا من بحوث إلى الإباحة إلا في بعضها ورد بعض التقييدات وبعض الشروط البسيطة التي لو لجأنا فيها إلى معالجتها من المدخل الواسع لكان الأمر أجدى وأنفع. هذا تعليق بصفة عامة.

أما التعليق بصفة تفصيلية وخاصة على ما ورد من إحجاج فقهي في هذا المجال أبدأ بما يتعلق بعقد التوريد.

أطال الشيخ الجليل محمد تقي العثماني في تحليل أن الأمر . . . من قبيل العقد وإنما هو من قبيل المواعدة اللازمة إلا إذا كان الأمر يتعلق بالصناعة فالأولى تخريجه على أنه عقد استصناع. وكرر أكثر من مرة بأنه مواعدة وليس عقداً باتاً. والحقيقة أن هذا عقد، وجعل مضمونه المواعدة لا يخرج من دائرة العقود لكنه عقد قائم على مواعدة بمضمونها، وإلا كيف نجوز بعد ذلك الإلزام على التنفيذ؟ فهو عقد ارتبط من خلاله الإيجاب بالقبول، لكن الإيجاب والقبول ليس الالتزامات اللاحقة إنما الإلزام بهذه الالتزامات اللاحقة، والعقود واسعة في هذا المجال فقد تكون عملية الإلزام بتحقيق التزامات لاحقة هي مضمون هذا العقد.

وهذا يجعل الذهاب إلى أنه عقد جديد وصيغة جديدة للتعامل أولى من محاولة حشر هذا العقد في الصيغ التي عرفها فقهاءنا وقررها الفقه على نطاق واسع .

ومن هنا أميل مع التوجه الذي عرضه لاحقاً الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان من أنه عقد جديد وبالتالي نخرج من كل هذه الإشكالات .

أما فيما يتعلق بعقد المناقصات فإنني هنا أحب أن أنبه إلى أن القضية في النظر المعاصر أكبر من موضوع التوريد ومن موضوع المناقصة، وقد عرض بعض الباحثين لموضوع المزايدة كمقابل للمناقصة، لكن ما نراه في التعامل المعاصر يحصر المناقصة في زوايا معينة في التعامل الحكومي، ولدينا قضية أكبر وأوسع وهي قرينة للمزايدة وللمناقصة وترتبط بها في كثير من أحكامها ما يسمى (طرح العطاءات لتنفيذ الأعمال)، وهنالك لدينا في الأنظمة الحكومية المعاصرة ما يسمى بـ(نظام الأشغال) وما يسمى بـ(نظام اللوازم) ونلجأ في هذين النظامين إلى قضايا المناقصة وقضايا المزاودة وقضايا طرح العطاء، وتستخدم النظم المعاصرة في هذا المجال تعبيراً آخر غير تعبير الضمان الذي درج عليه الإخوة الكرام في تحليلهم وهو ما يسمى (تقديم الكفالة) وبدل دفتر المناقصة هناك ما يسمى بـ(وثائق العطاء) ووثائق العطاء هو الذي غالباً ما يحتاج إلى مخططات وتفصيلات ووثائق مواصفات عديدة وواسعة في هذا المجال . فكنت أمل أن البحوث تعرّج على هذه القضية المرتبطة ارتباطاً كاملاً بهذا الموضوع، ونفس ما يتقرر من أحكام في موضوع المناقصات يندرج عليها .

وتعليقي الأخير في موضوع (الضمان)، أن دفع مبلغ عند بدء المناقصة وهو المبلغ الذي يطلب، وهنا ما يسمى بكفالة دخول العطاء، حتى نضمن جدية هذا المتقدم من أنه عازم عزمياً أكيداً على أنه إذا وافقت الشروط التي ذكرها في عرضه والتي طلبتها الجهة التي طرحت العطاء أو طلبت المناقصة أنها إذا أحالت عليه الأمر التزم بها، وبالتالي إذا لم يلتزم ستقع الجهة هذه - وهذا الذي لم أره في البحوث - في ضرر بالغ لأنها قد أضاعت وقتاً كبيراً . لنفرض أن جهة معينة تريد أن تنفذ مشروعاً كبيراً وطرحت عطاء واسعاً أو طلبت مناقصة واسعة من عدد كبير

من الناس ووضعت وثائق ودفاتر واشتغلت سنوات حتى أعدت هذا المشروع ثم بعد ذلك تطرح هذا الأمر فقد يأتي شخص غير جاد فيعرض عرضاً غير دقيق وغير واضح فإذا أحيل عليه نكل . فإذا لم يكن هنالك كفالة لدخول العطاء أو لدخول المناقصة فإن هذا سيلحق الضرر البالغ بهذه الجهة .

فكنت أمل في هذا العرض هنا أن يشار ولا مانع من وضع قيد ألا يكون المبلغ المطلوب أو الكفالة المطلوبة أو الضمان المطلوب أمراً زائداً زيادة فاحشة عن الضرر الذي يكون قد لحق بهذه الجهة نتيجة عدم التزام هذا المتقدم بالشروط التي تقررت .

وأما الشكل الثاني من الضمان والذي يقابله في موضوع العطاءات (كفالة حسن التنفيذ) فهو أيضاً أمر يرتبط بجملة الشروط الواردة في عقد المناقصة أو الواردة في طرح العطاء ، مثل التأخر في التنفيذ ، وما يسمى بالعتل والضرر ، إذا تخلف عن تنفيذ الالتزام الذي التزم به يوماً أو أياماً يقدر ضرر معين يلحق بالجهة صاحبة العطاء أو صاحبة المناقصة بمبلغ معين أو بنسبة معينة ، فهذا الأمر يجب أن يدرس على أساس أنه تعويض وليس على أساس أنه نوع من الربا أو نوع من أخذ المال بالباطل ، وعلى الأقل أن توضع الشروط وأن تضمن ألا يتقلب هذا الأمر الذي هو تعويض عادل عن ضرر يلحق بالجهة المصدرة للمناقصة أو للعطاء ، وذلك بأن توضع له شروط تضمن ألا يتقلب أداة للظلم أو أداة لأكل أموال الناس بالباطل . وعلى فكرة ، في هذا المجال الجهات الواضعة للأنظمة هذه تضع من القيود والشروط ما يضمن ألا تتحول الغرامات هذه أو الكفالات هذه إلى أداة لظلم المتعهدين والمتقدمين بعروضهم في المناقصات ، كأن تشترط ألا يتجاوز نسبة الكفالة كذا من العطاء الذي تم تنفيذه ، وبالتالي تعطى شروط أخرى كأن يبرر التأخر تحت ظروف جوية معينة أو تحت أحوال معينة تتعلق بالظروف العامة من قلاقل أو مشاكل أو غير ذلك . فهذه الأنظمة حقيقة إذا أردنا أن نجيد في هذا الموضوع لابد أن تكون في ذهننا ونحن نتحدث عن هذا الموضوع لأنه تعامل معاصر فلا يصح أن نأخذ أجزاء وتفاريق إنما يجب أن ننظر إلى النظام المنظم

لهذا النوع من المعاملات بشموله ونظره لأنه قد يكون بعض ما تحفظنا عليه قد تم تلافيه في نصوص أخرى في الأنظمة التي تضبط هذا الأمر وتنظم ما يتعلق به .

لا أريد ان أطيل لكن أحببت أن أقول إن مدخلنا كان يجب أن يكون أنه عقد معاصر ثم نظر لتفصيلاته من منطلق قواعد الشريعة العامة في تنظيم العقود . والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ وهبة الزحيلي:

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله ، وأصلي وأسلم على سيدنا رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه .

أما بعد ، فإن طروحات الحياة المعاصرة وما قفزت إليه أنظمة التعامل من خلال الأنظمة الغربية أصبح في أمسّ الحاجة بأن يعرف له الحكم الشرعي من الناحية الإسلامية . والواقع ان كلاً من عقد التوريد وعقد المناقصة إنما هما جديدان كل الجدة ، ولا إشكال في الوصول إلى تكييف كل منهما على أسس شرعية واضحة . لذا أستغرب من خلال الأوراق التي تقدم بها السادة الإخوة الكرام أن بعض الناس لا يجيزون هذه التصرفات أو الاتفاقات إما بحجة وجود الربا فيها ، أو كونها بيع الكالئ بالكالئ ، أو بيع شيء غير موجود ، أو بيع معدوم ، ويطلقون في سرد هذه الأدلة لهؤلاء وهم في الواقع بعيدون كل البعد عن الصواب وعن إدراك حقيقة هذه العقود . لذلك فإننا من باب التيسير والتسهيل والوصول إلى المراد من أقرب الطرق أقول : إن عقد التوريد والمناقصات إنما تنظمها وتعرضها الأعراف المعاصرة الآن ، ولا أجد أي إشكال في جواز هذين الأمرين لأنه لا يتحقق لا غبن ولا إضرار ولا إشكالات وكل ذلك يتم بالتراضي والاتفاق الشامل لجميع جزئيات كل من هذين الموضوعين . فما يتعلق بعقد التوريد ، هو في الواقع مجرد اتفاق أولي بين الجهة المستفيدة والجهة المقدمة لهذه الخدمات . فهو اتفاق ينقلب في نهاية الأمر إلى عقود فردية متكررة ، كلما تقدّم المورد بصفقة معينة يقدم فاتورة المبيعات ويذكر الثمن ثم تأتي الجهة التي تستفيد من هذا التنفيذ بإقرار هذا العمل وتدفع له الثمن على هذه الصفقة التي قدمها . فإذاً هناك عدة

عقود انفرادية من خلال اتفاق شامل وهو الذي تسميه القوانين (عقود التوريد) والأدق أن يقال له: (اتفاق التوريد). فإذا ينقلب الأمر من اتفاق إلى عقد عند التنفيذ وحينئذٍ تظهر مزية هذه العقود من الناحية الشرعية. ولا مانع من إقرار عقد التوريد عند التنفيذ وليس على الاتفاق برمته وذلك من خلال جعل عقد التوريد ليس مجرد إلزام أو مواعدة ملزمة للطرفين فهذا يمكن أن يقال عن الاتفاق العام لتسوية هذا الموضوع بين الطرفين المتفقين، والاتفاق أعم من العقد فهو يشمل العقد ويشمل التصرف ويشمل غير ذلك. فالواقع عقد التوريد ينطبق عليه تماماً ما أسماه فقهاء الحنفية بأنه (بيع الاسترجار) وهو مطبق.

الآن أغلب الموظفين الذين لا يستطيعون أن يدفعوا ثمن السلعة على الفور يتفقون مع البقاليات ومع الجزارين ومع باعة الخضار والفواكه في أن يقدم لهم يوماً أو في كل فترة زمنية أشياء معينة وفي نهاية الشهر يتم الحساب، فالقضية ليست قضية أن المبيع مجهول أو أن الثمن مجهول وإنما الجهالة تزول في الواقع بالموصفات، فهو بيع شيء موصوف وهناك مواصفات معينة دقيقة للأمر التي يقدمها المورد من خلال الاتفاق العام والإطار العام الذي تم مع هذه الجهة. فإذا هو في النتيجة ينقلب من اتفاق إلى بيع مفصل ودقيق وهو ما قرره الحنفية بأنه (بيع الاسترجار) ولا حاجة للدخول في تعقيدات كثيرة على الرغم من أنني أفدر البحث العظيم والمعمق لفضيلة الشيخ محمد تقي العثماني لكن هذه الدوشة التي أدخلنا فيها فإننا نجد أن المتعاملين يريدون الأمور مبسطة أكثر من هذا التعقيد الذي نجده في الساحة الفقهية. فإذا عقد التوريد هو في الواقع بيع من البيوع المتعارف عليها والمتفق على مضمونها ولا إشكال فيه من الناحية الشرعية وقرره الفقهاء تحت ستار ما يسمى ببيع الاسترجار.

أما ما يتعلق بالمناقضة، المناقضة هي في الواقع صورة عكسية للمزايدة، ومادام شرعنا أقر بالمزايدة، مقابلة الأضداد بعضها ببعض وأخذ الحكم منها قبل عكس هذه الأمور هو أيضاً مبدأ مقرر فقهاً. قضية العكس والطرده هذه مقررة فقهاً. فما ينطبق على المزايدة ينطبق على المناقضة. كل ما في الأمر أن المناقضة لا يتم فيها في الواقع إبرام عقد لأول وهلة وإنما هي أشبه بالمساومة أولاً، ثم يأتي

بعد ذلك رسو العطاء على شخص معين وهو من يتقدم بأقل العروض، هذا إذا أحسنا الظن، ولكن الذي أؤكد أنه في عصرنا الحاضر (٩٠٪) من المناقصات تتم بالغش والاحتيال والرشوة والتواطؤ، والذي يدفع أكثر رشوة هو الذي يرسو عليه العطاء. هذه ناحية جانبية، لكن إذا التزمنا الناحية الشرعية فإن مقدم العطاء الأقل هو الذي ينبغي أن يرسو عليه الموضوع ثم يتم الاتفاق، إذ لا يجوز أن نجعل الإيجاب معلقاً حتى يأتي القبول من الجهة المنظمة للمناقصة لأنه لا يجوز أن يتأخر القبول عن الإيجاب في هذه المرحلة الزمنية الطويلة التي تتم بين المناقصة وبين رسوها. فالواقع القيود الفقهية في هذا الموضوع تمنع من وصف المناقصة أنه بمثابة الإيجاب المعلق، فهذا لا يجوز تعليقه ولا توقيفه إلى هذه الفترة الزمنية الطويلة وإنما هو عرض مثل عروض الممارسات والمساومات ثم يتم الاتفاق عليه في نهاية الأمر.

أما الأمور الجانبية الأخرى مثل قضية دفتر الشروط فالواقع هذا أمر أيضاً تفره العدالة، وكل شيء حتى نفقات الطباعة تكلف الجهة المنظمة، ويربح من يتقدم إلى هذه المناقصة بدلاً من التردد على الموظفين وتقديم الرشوات لمعرفة شروط المناقصة، هذا الدفتر واضح المعالم فإذا دفع ثمنه فهو يدفع ثمن تكلفة طباعة لهذا الدفتر فلا إشكال فيه.

أما قضية الضمان من المشاركين، نحن ينبغي أن نلتزم في هذا بقرارات مجمع الفقه الإسلامي السابقة وهي قضية الضمان الابتدائي والضمان النهائي من خلال قراراتنا في خطابات الضمان. والواقع أن ما يتغرمه كل من المخل بمقتضى الضمان الابتدائي والنهائي هو مشروع، حتى إننا نجد شبهة لهذا في بعض الجوانب وهي قضية العربون. بعض الكاتيب يقولون إننا شبهنا الضمان الابتدائي بالعربون، هذا التشبيه ليس من كل الأوجه، فنحن نشبه بأن العربون يدفع والخسارة يتحملها مقدم العربون لضمان الجدية. فالجدية هنا أيضاً متوافرة وهو حلال شرعاً ولنا قرار سابق ببيروناي من إنجاز بيع العربون. فنحن لا نُسبّه هذا الضمان بالعربون من كل جوانبه، صحيح أن العربون لا يكون إلا بعد عقد بيع أو عقد من العقود لكن

نحن نشبهه في أن العربون إذا خسره مقدمه فإنما يخسره بسبب إلحاقه ضرراً بالبائع، فالشبهه في هذه الزاوية فقط. شبه استحلال واستحقاق مبلغ العربون أو مبلغ الضمان في هذا الموضوع. وهناك جزئيات كثيرة إن كنا نسير على ما تفضل به الشيخ تقي ففي الواقع أنا أقره في هذا التحليل المعمق لهذا الموضوع المترامي الأطراف لكن القضية تحتاج منا إلى تبسيط أكثر مما نجده في هذه الكتابات. وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ حسن الجواهري:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطيبين الطاهرين وصحبه الميامين.

إن مشكلة عقود التوريد عبارة عن وقوع العقد الملزم مع تأجيل العوضين سواء كانت السلعة موجودة في الخارج أو غير موجودة. وإنما أصبحت هذه المشكلة لأن البيع الموجود المتعارف في زمان النبي ﷺ وما بعده هو إما بيع نقد يجب فيه تسليم الثمن والمثمن بعد العقد مباشرة، أو بيع نسيئة يسلم فيه المثمن ويبقى الثمن في ذمة المشتري، أو بيع سلم فيسلم الثمن ويبقى المثمن مؤجلاً كلياً في ذمة البائع. أما البيع الذي لا توجد فيه هذه الموصفات فليس هو بيع نقد ولا نسيئة ولا سلم بل العوضان فيه مؤجلان ويكون عقداً ملزماً. فهل هو بيع صحيح وشرعي؟ هذا هو ما يراد بحثه هنا.

ذهب الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان إلى اندراج قسم منه في بيع الصفة، بيع الشيء الغائب، وقسم منه يندرج تحت بيع الدين بالدين وقد ذكره آخر البحث.

أما اندراج عقد التوريد تحت بيع الصفة فقد لا أراه صواباً وذلك لأن بيع الصفة إذا كان المراد به هو بيع الموصوف - بيع الشيء الغائب - عند من يقول به إنما يصح في صورتين.

الصورة الأولى: إذا وقع البيع على عين خارجية شخصية إما نقداً أو نسيئة فيما إذا كان البائع مالكاً للسلعة الخارجية. فالبيع النقدي قد يحصل فيه تسليم

الثلث والثلث في مجلس العقد، وقد يتأخر فيه تسليم الثلث والثلث، ولكن تأخير تسليم الثلث والثلث لا يضر بصحة العقد الحال. وحينئذ إذا وقع البيع على عين موصوفة غائبة وحصل القبول فقد تم العقد، إلا أن المشتري قد لا يسلم الثلث إلا بعد رؤية العين واستلامها كما وصفت له. كما أن البائع قد لا يسلم المبيع إلا بعد أن يستلم الثلث وهذا شيء آخر غير كون العقد حالاً. ومما يؤيد أن بيع الصفة هو في مبيع العين الخارجية الشخصية المملوكة للبائع هو ثبوت خيار الرؤية للمشتري كما ذكر ذلك الفقهاء قاطبة، فيثبت الخيار عند الرؤية إذا رأى المشتري ما اشتراه مخالفاً للوصف الذي وصف له، بينما إذا كان المبيع كلياً في الذمة وقد سلّم على خلاف الوصف فلا خيار للمشتري في فسخ البيع بل له المطالبة بالتسليم الكلي الذي وصف له بتطبيقه على فرد آخر واجد للأوصاف. إذن ليس من الصحيح استدلال الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان على تأجيل الثلث في بيع العين الغائبة بنصوص الفقهاء الذين يقولون في المبيع الغائب بأن للمشتري أن يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع الغائب. فإن هذا ليس تأجيلاً للثلث في العقد، كما أنه ليس تأجيلاً للثلث بل البيع حال ولكن التسليم والتسليم يتوقف على إحضار الثلث وتسلمه ليتم تسليم الثلث أو يحصل التسليم والتسليم في وقت واحد.

إذن البيع النقدي ينسجم مع الامتناع عن إعطاء الثلث إلا أن يتسلم الثلث. كما أن البائع قد يمتنع من تسليم الثلث حتى يتسلم الثلث. فإن التسليم والتسليم بالثلث والثلث يكون عادة بعد تمامية العقد في العقود النقدية، إذ تمامية العقد إنما تكون بتمامية الإيجاب والقبول، أما التسليم والتسليم فهي مرحلة متأخرة عن تمامية العقد.

إذن بيع الصفة على العين الخارجية قد يتأجل فيه العوضان عن مجلس العقد، وهو بيع صحيح بخلاف عقود التوريد الذي يكون فيها تأجيل الثلث والثلث في متن العقد، فلا يصح الاستدلال بالأول على الثاني كما هو واضح.

أما الصورة الثانية التي يصح فيها بيع الصفة - بيع الموصوف - فهو البيع

الكلي الموصوف فيما إذا كان البيع ليس واقعاً على عين خارجية مملوكة . وهذا البيع الكلي للموصوف وإن كان يتأجل فيه المثلن في متن العقد إلا أن الثمن يجب أن يكون معجلاً وهو بيع السلم أو السلف الذي ذهب إليه الجدل لا الكل إلى اشتراط تقديم الثمن حتى يصح . بينما عقود التوريد فالعوضان مؤجلان في متن العقد ، فهذه هي المشكلة التي نحن بصدد أن نوجد لها حلاً شرعياً . فعقد التوريد سواء كان على عين خارجية موصوفة لأنها غائبة أو كان على عين كلية موصوفة يختلف اختلافاً أساسياً وموضوعياً عن بيع الصفة سواء كان على عين خارجية أو كلي موصوف في الذمة .

إذن نصوص الفقهاء التي أتعب الدكتور أبو سليمان نفسه في سردها واستدل بها على صحة عقود التوريد لا تنفعه أصلاً لأنها في غير عقود التوريد الذي يتأجل فيه العوضان في متن العقد بل هي في بيع الصفة للعين الشخصية وهنا يتأخر تسليم الثمن ويتأخر تسليم المثلن عن مجلس العقد أيضاً . على أن الاستدلال بنصوص الفقهاء قد لا يكون لوحده كافياً في المطلوب .

إذن عقد التوريد عقد جديد يتأجل فيه العوضان في متن العقد وهو يختلف عن بيع الصفة فإن وجدت عمومات قرآنية تصححه مثل : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ أو ﴿ يَحْكُمُ عَنِ تَرَاضٍ ﴾ أو ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ بناءً على أن هذه النصوص وردت على نحو القضية الحقيقية التي تشمل كل عقد يوجد بعد زمن التشريع كما هو الصحيح أن عمومات القرآن وردت على نحو القضايا الحقيقية لا الشخصية . فحينئذ ينحصر البحث عن المانع عن صحته كالنهي الوارد عن بيع الدين بالدين ، أو النهي الوارد عن بيع الكالئ بالكالئ . فلابد إذن لمن يريد أن يصحح هذه العقود من مناقشة هذه النصوص بمثل عدم شمولها لما نحن فيه بناءً على تفسير النهي عن بيع الدين بالدين بما إذا كان الدينان قبل البيع لا فيما إذا حصل بالبيع ، أو تناقض النصوص الناهية بعدم صحة إسنادها كما ذكر ذلك البعض .

إذن لا يصح جعل المانع من صحة عقود التوريد هو اشتماله على الربا أو الغرر فقط ، كما فعل الدكتور أبو سليمان في بحثه المقدم ، لأننا حينما نتكلم في

صحة عقد التوريد نبحت عن دليل على صحته بعد افتراض وجود الأركان والشروط
المعتبرة في صحة العقد. كما لا أرى من الصحة جعل الحاجة والضرورة إلى عقد
التوريد دليلاً لصحته لأن الحاجة والضرورة إنما تصحح العقد - لو قلنا بها - في
صورة استثنائية ويكون الحكم ثانوياً مقيداً بها وهو أخص من محل الكلام.

بالنسبة للقاضي العثماني - حفظه الله - ينحصر كلامنا في أمور: الأمر الأول
الذي ذكره قال: إن محل التوريد إذا لم يكن شيئاً يحتاج إلى صنعة - وهو محل
البحث في هذا الموضوع - يتأتى فيه الإشكال من جهات أربع:

الإشكال الأول: قال: «هو عقد مضاف إلى المستقبل ومنعه جمهور
الفقهاء».

أقول: ليس عقد التوريد عقداً يضاف إلى المستقبل، أي ليس عقداً معلقاً،
بل هو عقد ناجز إذ قد ملك كلٌّ من المتعاملين شيئاً في ذمة الآخر عند تمامية
الإيجاب والقبول. أما المراد من العقد المضاف إلى المستقبل - أي العقد المعلق -
فهو عبارة عن كون التملك معلقاً ونفس التملك مضافاً إلى المستقبل، هذا الذي
منعه جمهور الفقهاء لا ما نحن فيه، الذي يكون التملك فيه منجزاً. فكلٌّ من
الطرفين يملك ما في ذمة الآخر عند تمامية العقد.

الإشكال الثاني: وقال فيه: إن عقد التوريد عقد يتأجل فيه البدلان فيصير
بيع الكالئ بالكالئ، وقد ورد في منعه حديث عمل به جمهور الفقهاء.

نعم، هذا هو الإشكال الوحيد في الباب وهو إشكال يحتاج إلى جواب
علمي ويستحق البحث.

الإشكال الثالث: الذي ذكره قال: إن محل التوريد في كثير من الأحوال لا
يملكه البائع عند العقد فيصير بيعاً بما لا يملكه الإنسان وهو ممنوع بنص الحديث.

طبعاً هذا الإشكال إنما يكون صحيحاً فيما إذا وقع عقد التوريد على بيع
عين شخصية خارجية غير مملوكة للبائع كما في حديث حكيم بن حزام، أما إذا
كان محل التوريد كلياً في الذمة فلا نهي ولا منع عنه.

والإشكال الرابع الذي ذكره قال : إن محل التوريد قد يكون معدوماً فيصير بيعاً للمعدوم ، وقد منعه جمهور الفقهاء .

أقول : إن محل التوريد لا بأس أن يكون معدوماً بشرط أن يبيع البائع ما في ذمته موصوفاً بصفات معينة ومحددة كما هو وارد في بيع السلم . بيع السلم هو بيع المعدوم .

إذن الإشكال الوحيد في بيع التوريد هو صدق بيع الكالئ بالكالئ عليه والذي ورد في منعه حديث عمل به الجمهور .

الأمر الثاني الذي ذهب إليه الشيخ العثماني في تكييف عقد التوريد قال : «إنه اتفاق ومواعدة من الطرفين» فأخرجه عن العقدية وربطه بالاتفاق والمواعدة وأخذ يستدل على لزوم هذه المواعدة بكلمات بعض الفقهاء الحنفية في بيع الوفاء بأن الشرط إذا كان على وجه المواعدة من الطرفين فهي لازمة . وأيضاً استدل ببعض الكلمات للمالكية في بيع الوفاء أيضاً بأن المشتري إذا وعد البائع بأنه سوف يبيعه إذا جاء بالثمن فإن هذا الوعد صحيح ولازم . ومقصوده - حفظه الله - من هذا الاحتجاج بكلمات هؤلاء الفقهاء هو تقنين قاعدة تنص في حالة اعتبار حاجات الناس على إلزام ما لم يكن لازماً في الأصل . وبما أن عقد التوريد هو من حاجات الناس فتكون المواعدة فيه لازمة . واستدل ثانياً بما ذكره الإمام أبو بكر الجصاص في تفسيره قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَعْمَلُونَ ﴾ [الصف : ٢] في مثل النذور والعقود التي يتعاقد بها ، إذ كل ما قاله في النذر الذي ليس بمعصية وفي العقد الذي تعاقد به يلزمه الوفاء به حتى لا يكون مصداقاً للذم الذي ذكرته الآية فيما إذا لم يعمل به .

أقول : هذا الاستدلال قد يكون بعيداً عن الصواب إذا اعتبر المواعدة لازمة وأبعدها عن العقد بموجب ما قاله بعض الفقهاء . طبعاً ليس أقوال الفقهاء وحدها كافية للاستدلال بل لا بد من دليلهم وتبنيه وتأييده . ثم الذي جعل هذه الموافقة على إنجاز عقد التوريد لازمة ما هو؟ فيما أعتقد هو وصول الموافقة والمواعدة

إلى حد العهد والعقد فشملمها ﴿أَوْفُوا بِالْمُعْهُودِ﴾ . إذن لا داعي للتهرب من عقديتها وعهديتها فإنها عقد وعهد ناجز . فكل من الطرفين في عقد التوريد قد التزم بشيء يعمله وهو عقد وعهد لأنه عبارة عن التزام في مقابل التزام وهو معنى العقد والعهد . إذا ثبت أن هذه الموافقة عقد وعهد - كما ذكر ذلك الشيخ العثماني - فلا حاجة إلى جعلها مقدمة لإيقاع عقد التوريد فيما يأتي من الزمان ، بل نعقد عقد التوريد على تمليك سلعة موصوفة في ذمة زيد بثمن موصوف في ذمة عمرو ويكون العقد ناجزاً وحالاً ، إذ كل واحد قد ملك في ذمة الآخر شيئاً حالاً ، نعم ، أما التسليم والتسلم فهو يتم في مراحل متأخرة ونجوم معينة بعد تمامية العقد ، وقد تعقبنا هذا حتى في بيع النقد ، أن العقد يتم ولكن التسلم والتسليم قد يتأخر . نعم ، يقف في وجه هذا التكييف النهي الوارد عن بيع الكالئ بالكالئ ، أو الدين بالدين ، الذي عمل به الجمهور . فهل نتمكن من جعل مورداً مختلفاً عن بيع الكالئ بالكالئ ، أو الدين بالدين ؟ أو هل نتمكن من الخدشة في سند هذين الحديثين أم لا ؟ هذا هو البحث الحقيقي في بيع التوريد ليس إلا . ثم أتصور أن الشيخ العثماني يمكنه أن يستدل على جعل المواعدة لازمة بطريق آخر مناسب مثل أن يتمسك بحديث «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً» .

هذا ما أردنا بيانه ولنا كلام عن الدكتور رفيق المصري إلا أن الوقت ليس بكاف ، والحمد لله رب العالمين .

الشيخ محمد المختار السلامي :

بسم الله الرحمن الرحيم ، اللهم صل وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً . ربنا عليك توكلنا ، وإليك أنبنا ، وإليك المصير .

شكراً سيادة الرئيس على إتاحة فرصة الكلام لهذا الجمع الكريم ، وأريد أن أعلق على عقود التوريد والمناقصات ، بعد شكري للباحثين على ما قاموا به من جهود وعلى عمق تحليلاتهم .

عقد التوريد هو عقد فرض وجوده في المجتمعات الإسلامية وغير الإسلامية ، فلا بدّ من بحث الأسباب التي فرض بها هذا العقد على المسلمين

وعلى غير المسلمين . الذي فرض عقد التوريد أمران :

الأمر الأول : هو دخول الآلة في حياة الناس .

الأمر الثاني : هو التنظيم للموازين للدول تنظيماً محكماً يقع في بداية كل سنة .

فلنأخذ العامل الأول . دخلت الآلة في الإنتاج وصحبتها الطاقة ، فأصبحت القدرة على الإنتاج قدرة تتضاعف كل يوم تضاعفاً يعجز عنه من يستخدم الآلة عن إعداد ما تأكله الآلة وما تلتهمه في كل أوقات تشغيلها سنة كاملة . لأضرب لذلك مثلين . مثل بسيط : هذا رجل يصنع الحلوى ، الذي يصنع الحلوى لا بد له من أن يضمن توريد أو يضمن وجود المادة الأولية من السكر ومن القيرطاسية ومن الأصباغ سنة كاملة ، ولا يستطيع أبداً أن يكون له من الوفرة المالي ما يسمح له بشراء هذه المواد كلها وخزنها . فالقضية قضية خزن ، وثانياً : قضية تثبيت الثمن حتى يعرف بماذا يبيع ، وثالثاً : تنوع ما هو في حاجة إليه . فإذا ذهبنا من هذا الرجل الذي له مصنع للحلوى إلى معمل كبير من المعامل المنتجة للطائرات أو للسيارات أو لغيرها من المعامل الكبيرة فإننا نجد ما يحتاجه هذا المعمل من مواد أولية يعجز صاحبها عن شرائها سلباً . فعقد السلم لا يمكن أن يحل الإشكال الذي دخلت فيه البشرية جميعاً ، ولا يمكن أن نقول للناس إما أن تشتروا بالسلم وتدفعوا الثمن حالاً وإما أن تغلقوا معاملكم . أعطي مثلاً ثالثاً : الذين يبيعون الثياب الجاهزة ، نحن الآن في نهاية الصيف فلو ذهبت إلى معمل من هذه المعامل لتقول له : أعندك مخزون أشترته منك للتقليعات التي ستظهر في الشتاء القادم ، يقول لك : لا ، أنا الآن بصدد إعداد للصيف القادم . فالقضية قضية ضخمة كبرى . هذه ناحية .

الناحية الثانية هي أن الدول نظمت موازينها فهي تعرف ما هي في حاجة إليه ويكون هذا قبل إعداد الميزانية ، تعرف ما هي في حاجة إليه من ثياب للجيش ومن أحذية للجيش وتعرف ما هي في حاجة إليه من تجهيزات في المستشفيات ومن تجهيزات للمعاهد وللكتليات والجامعات ، فهذه الحاجات لا يمكن أن تكون تتبع

سعر السوق نزولاً وهبوطاً ولكن الميزانية لا بد أن تبنى على أمر ثابت حتى توزع توزيعاً عادلاً، وحتى تكون الميزانية ميزانية صالحة للتطبيق لا تتناقض عند التطبيق . فكان عقد التوريد الذي تنشئه الدول، والدول لا تختزن كامل الميزانية في أول السنة حتى تستطيع أن تشتري سلماً وإنما هي تحصل على الواردات شيئاً فشيئاً وتدفع الأثمان شيئاً فشيئاً. فعقد التوريد إذن عقد فرض نفسه لأمرين: دخول الآلة، والتنظيم الداخلى اللازم في الدول وفي تنظيم ميزانية الدول. فلو نظرنا في هذا العقد نجد أن العاقد أو المشتري يلتزم بشراء كمية محدودة معلومة موزعة لها مواصفاتها، ويلتزم البائع أيضاً بذلك، ولكن هو ابتداء دين بدين حسب التعبير الفقهي. وابتداء الدين بالدين لاشك في تحريره، وذلك أن المعاملات التي أباحها الله للناس إنما هي المعاملات التي يقع فيها تقديم مال مقابل عين أو العكس. أما أن تصبح الذمم هي التي محل العقود فهذا فساد في الكون وفساد في المجتمع وخروج بالتعامل عن الأصل الذي وضع عليه. جاء الإخوان شكر الله لهم فنظروا في أبواب الفقه وفي جزئياته وأرادوا أن يجدوا مخارج لابتداء الدين بالدين.

أول تخريج رأيته هو أن ابتداء الدين بالدين ليس كفسخ الدين بالدين، وأن ابتداء الدين بالدين لا مانع منه. وأعتمد في هذا على مناقشة الإمام ابن تيمية في تحليله لا في أصل القضية، فالإمام ابن تيمية لما قال: إن ابتداء الدين بالدين حرام، قال: «وذلك لأنه عمل لا فائدة منه»، فناقشوا هذا التعليل وقالوا إنه فيه فائدة، وأنه لولا أنه فيه فائدة لما أقدم عليه كل واحد من الطرفين. فحتى لو فرض قبول هذه المناقشة لابن تيمية فإنما الذي يسقط هو تعليل ابن تيمية لا الحكم الشرعي الأصلي وهو النهي عن بيع الكالئ بالكالئ.

آخرون نظروا في جزئيات من الفقه وابتسروها ابتساراً، وهذا ابتسار أو قطع للنص عن تمامه، فتمام النص أن صاحب المدونة يقول: «وليس هذا من باب الدين بالدين». كما ابتسروا نصاً آخر في المدونة وهو ما يسمى ببيع أهل المدينة في اشتراء اللحم لمدة زمنية معينة وأن يكون الثمن العطاء، وقالوا: «هذا جائز وهو قد عُمِّرت فيه الذمتان»، ولم يتابعوا النص في نهايته، ففي نهاية النص «أن

هذا ليس من بيع الدين بالدين». وهنا لا بد أن نفهم أن هؤلاء الفقهاء الكبار الذين تركوا لنا هذه الثروة الفقهية ليسوا من البساطة في العقول أن يقولوا: (ليس هذا من بيع الدين بالدين) ثم يجدوه وهو في الواقع من بيع الدين بالدين. فما هو السر؟ السر في ذلك هو أن كراء الأرض لا يكون لازماً إلا إذا كانت مأمونة بالسقي أو نزلت الأمطار بما تكفي للزراعة والإنبات، وأنه قبل هذه الفترة ولو للسنة ذاتها العقد غير لازم، فهو عقد منحل. ولما ذكروا قضية اللحم لمدة معلومة اشترطوا في ذلك شروطاً، الشرط الأول: وهو أن يشرع المشتري في أخذ القسط الأول من اللحم. وهو ما عبّر عنه من قواعد الفقهاء المعلومة بأن قبض الأوائل يُعدُّ قبضاً للأوخر. فليس هناك تعميم ذمتين ولكن هناك تواصل يتبدئ من اليوم الأول الذي يأخذ فيه مشتري اللحم القسط الأول ينتهي في نهاية الشهر أو عند أجل العطاء الذي كان معلوماً كما قال مالك لما سئل عن هذا.

إذن القضية الكبرى الآن التي أمامنا - أو الإشكالية الكبرى - هو أنه عندنا عقد ضروري لا بد منه لأنه لا يمكن أن نقول للعالم الإسلامي: اتركوا المعامل واستمروا في الصناعة اليدوية. ومن ناحية أخرى قاعدة من قواعد الشرع أو من الأحكام العامة أنه لا يجوز ابتداء الدين بالدين. فكيف يمكن التوفيق في هذه الإشكالية؟ هنا نعود إلى الأصول، فإنه لما تحدث الفقهاء أو كبار الفقهاء عن تقسيم المصالح المعتبرة ليس ذلك التقسيم هو تقسيم لإظهار الحكمة الشرعية في الأحكام الموجودة ولكنه فتح لآفاق التشريع الذي عبر عنه الإمام مالك بالمصالح المرسلة. فالمصالح المرسلة هي العودة بالقضايا الجزئية إلى هذه القواعد العامة التي انبنت عليها الشريعة والتي هي تراعى والتي كما قال المحققون من الأصوليين: إنها قواعد يقينية أكثر من الجزئيات لأنها مستمدة من جزئيات متعددة تصل بصاحبها إلى اليقين. فإذا الحاجة متأكدة إلى هذه العقود، ولما كان هذا من نوع الحاجي الذي يوقع المسلمين في حرج إذا لم يراعوا الحاجة، كما هو تعريف الحاجي، هنا نقول: إنه يقع الاقتصار في بيع الدين بالدين أو فيما يعبر عنه بهذه العقود أو ابتداء الدين بالدين يقتصر في ذلك فقط على هذه العقود التي يكون الناس في حاجة إليها، ولا تخرج خروجاً عاماً حتى تدخل فيها ما هو موجود الآن

في الأسواق العالمية في بيع السلع من أنهم يبيعون بدم ثم بعد ذلك تقع المقاصة بينهما. فبيع السلع بالدمم بيعاً عاماً هو قمار، وهذا القمار ممنوع وما أدى إليه ممنوع، فنقول: إن ابتداء الدين بالدين إذا لم يكن لحاجة هو ممنوع لأنه من القمار. وأما ابتداء الدين بالدين في عقود التوريد فهو جائز لحاجة المسلمين سواء أكان ذلك في دولهم أو كان ذلك في معاملهم.

هذا ما أردت تحريره في أصل القضية.

ثانياً: هنالك قضية منهجية وأرجو أنه عندما يقع في البحوث مقارنة عقد بعقد ألا يقتصر على النواحي التي يتفق فيها العقدان، ولكن لا بدّ من بيان ما يتفق فيه العقد مع هذا العقد والنواحي التي يختلف فيها هذا العقد مع هذا العقد، وأنه إذا اقتصرنا فقط على نواحي التشابه واعتمدنا قياس الشبه بقياس الشبه غير معتمد إنما المعتمد هو قياس العلة. ولذا لا أريد أن أذكر كل باحث بما اعتمده من قياس الشبه المبتسر ولكن أقول أرجو أن تكون هذه قاعدة في البحث.

الأمر الثالث والأخير - وأشكركم إذا صبرتم على إطالتي - هو أن يقع الالتزام بما اتفقنا عليه في جلستنا السابقة وما ذكرت به الأمانة العامة مشكورة ألا تطول البحوث إلى أكثر من مائة صفحة، فليختصر كل باحث بحثه على القضايا المرتبطة بالموضوع دون الدخول في قضايا أخرى بعيدة. وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ عبد الستار أبو غدة:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه.

أول ما أريد أن أنوه به أن هذه الأبحاث تمثل غرضاً أساسياً من أغراض المجمع، فالعقود المستجدة هي أحوج ما يكون في أن تدرس في هذه اللقاءات الجماعية لأنها تنشط الاجتهاد الجزئي أو ما يسمى اجتهاد المسألة، وتحرك الأذهان للتخريج واستخلاص التكييفات الشرعية من النصوص أو القواعد الفقهية أو العقود.

والأمر الثاني: أن هذه المداخلات يحصل فيه تكرار، والذي سألتم به أنه ما سبق سوف أقصر على تأكيده وأركز على الجديد مما لم يقع تناوله ولاسيما حينما يتأخر من يتدخل.

عقد التوريد هو عقد فعلاً، وهو عقد مستجد، ولكن لا مانع بل من المطلوب أن يستأنس في تأصيل هذه العقود المستجدة ببعض القواعد أو بعض المقررات الشرعية السابقة المسلمة. فالإشارة إلى مبدأ المواعدة الملزمة إنما هي للاستئناس وليس للتأصيل المباشر. كذلك يستأنس ببيع الاستجرار الذي نوّه به الباحثون الآن وسبق إلى ذكره المرحوم العلامة الزرقا - رحمه الله - في كتبه. وأريد هنا أن أبين أن طبيعة اللزوم في العقود التي لا ينفك عنها عقد التوريد ليست نمطاً واحداً، فالإلزام تختلف أسبابه، فقد ينشأ عن العقد وقد ينشأ عن الوعد. كما أنه تختلف آثاره أو درجاته فأحياناً يكون إلزاماً بالمعقود عليه وهو الالتزام العيني، وأحياناً يكون التزاماً بما ينوب عنه وهو ما يسمى بالالتزام التعويضي أو دفع الضرر إذا لم ينفذ العقد.

أيضاً هناك فرق بين عقد التوريد الذي لا يخفى أنه عقد على دين بدين. هناك فرق بينه وبين عقود المستقبلات التي انتهى المجمع إلى منعها، فعقود المستقبلات التي يتأجل فيها البدلان تعاقد متردد بين الحصول على المعقود عليه أو الحصول على النقود والتي هي فرق السعر في الإقدام على العقد أو الإحجام عنه. أما عقد التوريد وعقود المناقصات فإن التعاقد يستهدف منه الحصول على المعقود عليه ولكن لا يمنع ذلك من أن يصار إلى التعويض عن الضرر إذا وقع إخلال بهذا الأثر العقدي المستهدف من عقود التوريد وعقود المناقصات.

بالنسبة للإيجاب. الإيجاب كما هو معلوم يحق للموجب أن يرجع عن إيجابه مادام في مجلس العقد ولكن هناك مذهب المالكية يعطي الإيجاب المؤقت بوقت صفة الإلزام للموجب إلى أن يحصل هذا الوقت أو ينتهي ذلك الوقت، وهذا أمر نحتاجه كثيراً في عقد المناقصة لأنه لا يصلح هذا العقد إذا ظل طرفاً الإرادة مترددين، فالموجب يحق له الرجوع والقابل يحق له عدم القبول. إذن

لا يحصل هناك استقرار للتعامل، لا بد أن أحد الطرفين يلزم نفسه بأمر حتى ترد عليه إرادة الطرف الآخر وإلا نقع في الدور والتسلسل، لأننا إذا قلنا إن الموجب يمكن أن يرجع، فإذا حصل القبول يكون هذا القبول إيجابياً ويحتاج إلى قبول من الطرف الآخر، وهكذا، ولا تنتهي ولا تستقر المعاملات في ذلك.

أما بالنسبة لعقود المناقصات فإنه من المستحسن والمستجد ما نوه به فضيلة الشيخ تقي العثماني من أنه ينقسم إلى نوعين، فهو إما أن يكون على موجود أو على غير موجود. فإذا كان على بضاعة موجودة لدى البائع فهو لا يبعد عن الزيادة مع مراعاة الفرق بين عقود التوريد والمناقصات بأن عقود التوريد الثمن فيها محدد، أما المناقصات فإن الثمن فيها مربوط بأساس يؤول ويحصل به التحديد. وهنا لا بد وأن يراعى في المناقصات أنها هي والمزايدة استثناء من النهي عن البيع على بيع الغير أو السوم على سوم الغير.

أخيراً ما طُرح بشأن دفتر الشروط أو وثائق العطاء فإن هذه لا تعدو أن تكون من قبيل نفقات إعداد العقود ولو لم يقع العقد، لأن العقود تعد قبل التعاقد، وهذه النفقات - نفقات العقود أو الوثيقة كما عبر الفقهاء - هي على من يلتزم بها ويتحملها أو من يلزم بها، وإذا لم يكن هناك إلزام أو التزام يتحمل هذه النفقات الفعلية فإنها تقسم على الطرفين العاقدين لأن كليهما يستفيد من هذه الشروط وهذه العقود وهذه المستندات. والله أعلم.

الشيخ سعود الثبيتي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن دعا بدعوته إلى يوم الدين.

شكراً معالي الشيخ والشكر موصول للباحثين الذين قدموا لنا هذه الأبحاث التي جُلنا فيها كثيراً والله الحمد وأفدنا منها فائدة عظيمة، وجمعنا معها بعض ما عرفناه في التدريس في الجامعات، وإن كان لي من إضافات أو تثنية فأنا أثني أولاً على ما تفضل به شيخنا الشيخ العلامة عبد الله البسام وما ثنى به أيضاً الشيخ

الجواهري، وأريد أن أحصر كلامي في عدة نقاط موجزة، ولعل أول ما أريد الكلام فيه هو:

ما يتعلق بصفة عقد التوريد، هل هو عقد أو وعد؟ وقد أطلت في هذا الشيخ تقي العثماني - حفظه الله - ومال إلى أنه وعد وليس بعقد. والواقع أن عقد التوريد عقد ملزم للطرفين يترتب عليه الإلزام لكل واحد منهما بما عقده، وإلا لو كان وعداً لما أمكن الإلزام به، ولما أمكن ترتيب الشرط عليه.

الأمر الثاني: الذي أريد الكلام فيه هو محل عقد التوريد. فمحل عقد التوريد من المسلمات أنه لا بد أن يكون محلاً مباحاً، والأشياء المحرمة لا يجوز عقد التوريد عليها كما يحصل في كثير من الدول ومنها الإسلامية حيث يتعاقدون على توريد أشياء ممنوعة لعل منها ما يتعلق بآلات اللهو والطرب والدخان والشيش وغيرها من الممنوعات.

الأمر الثالث: من أوجه الإشكالات المرتبطة بعقد التوريد ما يتعلق بالتأمين التجاري، وهذا سبق للمجمع فيه بحث وقرار.

الأمر الرابع: يتعلق بمحل عقد التوريد. فهل عقد التوريد يقع على عين معينة؟ والعين هي الشيء المشخص المعين الموجود. فإن كان عقد التوريد يقع على عين معينة مشخصة موجودة مرئية فهو بيع الرؤية، وهذا لا بأس فيه بتأجيل الثمن. وإن كان عقد التوريد يقع على عين معينة موجودة مشخصة لكنها غائبة تباع بالصفة أو بالأنموذج فهذا بيع الموصوف المعين، وهذا أيضاً لا مانع من بيعه آجلاً أو مقسطاً أو غير ذلك. إن لم يكن هذا ولا هذا فإما أن يكون محل العقد مما تدخله الصنعة، وإن كان محل العقد مما تدخله الصنعة فهو أكثر ما يحصل فيه عقد التوريد. فجميع الآلات والأطعمة التي تدخلها الصناعة وكذلك الملابس كل هذه داخلة في باب الاستصناع، والاستصناع سبق للمجمع فيه فتوى سابقة وأنه يجوز بتأجيل الثمن وتقسيطه.

الأمر الخامس: يبقى أمر وهذا الأمر يتعلق بما لا تدخله الصنعة وليس من

الأعيان الموجودة المرئية ولا الموصوفة كالمكيلات والموزونات التي لا تدخلها الصنعة وهذا يجب أن يطبق عليه عقد السلم بشرطه وهو: ألا يباع إلا بتقديم الثمن وإلا أغلقنا باب السلم، وأغيناه من الفقه الإسلامي. والمحاولات التي سبقت كثيرة وكررت في أكثر من مرة في دورات المجمع لمحاولة تبرير بعض العقود وإخراجها من عقد السلم فأرجو ألا تكرر - إن شاء الله - مرة أخرى لأن عقد السلم باب مُقرَّر في الفقه الإسلامي ولا يمكن المساس به.

فما لا يمكن وصفه كالحبوب والثمار التي تكال وتوزن أو تباع عدداً كالفواكه وغيرها هذا لا بدَّ فيه من تحقق شرط السلم وهو تعجيل الثمن وتأجيل المثلثم وإلا أصبح بيع دين بدين، والنبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ، ونهى عن بيع الدين بالدين.

وأما ما أراد البعض أن يجعل محل عقد التوريد من بيع الصفات فبيع الصفات أو الموصوفات ينقسم إلى قسمين: بيع للموصوفات الموجودة المعينة، وبيع للموصوفات في الذمة. فبيع الموصوفات المعينة الموجودة المشخصة هذا لا ينطبق عليها ما ورد في الحديث الصحيح أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الشخص: «لا تبع ما ليس عندك». فالنهي عن بيع ما ليس عند الإنسان إنما هو من بيع الأعيان، أما ما في الذمم فكل ما في الذمم يصح بيعه وهو ليس عند الشخص لأنه متعلق بالذمة.

فلعل معرفة محل العقد هل هو بيع عين موجودة، أو بيع عين موصوفة بالأنموذج أو بالوصف الذي يكفي في السلم، أو بيع المستصنعات بشرطها وبقرار المجمع فيها في السابق، أو بيع ما لا تدخله الصنعة وهو المحل المشكل والذي قد يستشكله البعض في هذه الأبحاث؟ فلا بدَّ من تحقيق شرط السلم فيه.

أمر أحببت أن أضيفه وهو ما يتعلق بكلام الشيخ وهبة الزحيلي - حفظه الله - والذي نفيده منه كثيراً إلا أنه قال: (التعقيد الفقهي) ودعانا إلى الخروج من هذا التعقيد الذي ذكره. والواقع أن هذا تعقيد لن نخرج منه إلا إليه، وكل ما ورد في أكثر العقود المستجدة إنما هو موجود في الفقه الإسلامي ومستوفى فيه،

وما علينا إلا الرجوع إلى ما قاله أهل العلم والتخريج عليه .

فأرجو أن يكون محل البحث والنقاش ينصب على محل عقد التوريد،
وتفصيل كل ناحية من النواحي وإعطائها الحكم الشرعي الذي ينطبق عليه .
وشكر ألكم ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ عبد الله بن بيه:

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، اللهم صل وسلم وبارك
على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه .

يبدو لي أن هذا العقد الذي نتحدث عنه اليوم والذي قدم فيه كل واحد من
الباحثين جهداً طيباً لا يستهان به ، هذا العقد هو عقد سلم تأخر فيه العوضان ،
يجب أن نواجه ذلك وأن نرى الأدلة التي ترد على هذا العقد .
أولاً : نتحدث عن الكالئ بالكالئ .

ثانياً : نتحدث عن الإجماع إذا كان قد وجد إجماع .

ثالثاً : نتحدث عن الحاجة وما تدخله الحاجة .

هذه ثلاثة أمور ينبغي أن تكون مقدمات ضرورية حتى تكون النتائج بحسب
المقدمات .

فالحديث : «نهى النبي ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ» ، قد روى بعض العلماء
هذا الحديث وقال الإمام أحمد ، رحمه الله تعالى : «إنه لم يصح شيء في ذلك
ولم يثبت عن النبي ﷺ إلا أنه اتفاق الناس في العمل» .

ثانياً : بالنسبة لدلالة (الكالئ بالكالئ) هذا عام ينطبق على جملة أفراد
وآحاد ، هذه الآحاد منها فسخ الدين بالدين وهذا أقوى (الكالئ بالكالئ) ، وربما
هو الفرد الذي لا يختلف فيه في دلالة (الكالئ بالكالئ) عليه . أن تفسخ ديناً لك
على شخص لا يجد قضاءه في دين آخر وهذا حرام لأنه من باب إما أن تقضي وإما
أن تربي ، وتنطبق عليه قاعدة أخرى وحديث آخر .

إذن (الكالئ بالكالئ) عام ينطبق على عدة أفراد، هذه الأفراد طبعاً منها تأجيل العوضين وهو من باب الكالئ بالكالئ ومن باب ابتداء الدين بالدين، وابتداء الدين بالدين المالكية وضعوه في المرتبة الثالثة بعد فسخ الدين بالدين وهذا نص خليل حيث قال: «إن ابتداء الدين بالدين يتأخر عن ذلك لأنه يجوز في السلم بشرط في اليومين أو الثلاثة ويجوز بلا شرط مطلقاً». إذن يجوز ابتداء الدين بالدين من هذه الناحية ثم أجازته مالك في الاستصناع وابن رشد لما علق على هذا وغيره، وقالوا: إن هذا لا يسعه قياس ولكنه عمل الناس بأن تقول لرجل: اصنع لي هذه الدار أو اعمل لي هذه الدار أو ابن لي هذه الدار وعليك الجص والآجر. وحتى إنه لم يقيد أجلاً، قال: (الأجل معروف عرفاً). فالكالئ بالكالئ خرجت عنه أحاد من صورته استثنيت للحاجة. هنا نقول الحاجة، في أي شيء تدخل الحاجة؟ الحاجة يقول العلماء إنها لا تدخل في الربا وإنما تدخل في الغرر. إذا كان الغرر مضافاً حسب عبارة المواق. الغرر المضاف إذا انضاف إلى أصل جائز أمكن أن تعمل فيه الحاجة. إذن الحاجة يمكن أن تعمل في هذا بشروط الحاجة، وهذه الشروط منها: أن يكون العام ضعيفاً في بعض أفرادها، بأن يكون هذا الفرد من نواذر الصور أو تكون صور غير معروفة فيمكن للحاجة أن تدخل في ذلك. الحاجة يمكن أن تدخل في بعض عقود الجهالة إذا لم يكن الغرر كبيراً جداً وهذا لا خلاف أن الحاجة لا تدخل فيه، لكن إذا كان متوسطاً - كما يقول القرافي والنووي - فقد يلحق هذا المتوسط بالأدنى وهو الغرر المغتفر لوجود حاجة كما قال خليل: «واغتفر غرر يسير لم يقصد للحاجة للنقصان»، وعبر عنها المازري بأنها للضرورة، واستشكلوا عبارة المازري بأن هذا الغرر يغتفر للضرورة، وقالوا: إن الضرورة أخص من الحاجة، والخطب سهل كما يقول البتاني.

المسألة الثالثة هي الإجماع. هل هناك إجماع على منع تأجيل العوضين؟ كثير من العلماء أطلقوا الإجماع، وابن رشد في بداية المجتهد قال: إنه لا خلاف، وإنه من الأمر المجمع عليه أنه لا تجوز النسبئة بالنسبئة. لكن الأمر مع ذلك فيه تفصيل إذا أجزنا الاستصناع وأجزنا أيضاً - عند أشهب - الدين في مقابل منافع

يتأخر قبضها، هذا لا يجوز عند ابن القاسم ولكنه يجوز عند أشهب . ثم - وهذا هو الأمر المهم جداً - إن سعيد بن المسيب - رحمه الله تعالى - من المعلوم أنه كان مرجعاً في البيوع ونص على ذلك ابن تيمية وغيره، قال: «إن سعيد بن المسيب هو أعلم التابعين بالبيوع»، وهو يحتج بذلك لأن مذهب مالك ومذهب أحمد هما أصح المذاهب في البيوع، سعيد بن المسيب يقول بجواز تأجيل العوضين صراحة . نص على ذلك ابن يونس في جامعه . وحينئذٍ فلسنا أمام إجماع ثابت . قد يكون الإجماع في الجملة على الكالئ بالكالئ، لكن بالنسبة لآحاد الكالئ بالكالئ لا يوجد إجماع في تعيين هذه الآحاد، هناك فرد من أفرادها وطبعاً العام وهو على فرد يدل حتماً، فالعام يدل على فرد من أفرادها وهذا الفرد هو فسخ الدين بالدين، هذا لا خلاف فيه، وكثير من العلماء فسروا به (الكالئ بالكالئ) أنه فسخ الدين بالدين . يبقى بعد ذلك تأجيل العوضين، فيه خلاف، وهذا الخلاف كما قلنا سعيد بن المسيب يقول بجواز تأجيل العوضين وتأجيل البدلين، ومالك يفهم من نصوصه المختلفة أنه لا يرى ذلك أمراً إذأً أي أنه لا يراه أمراً عظيماً .

بناء على هذا يمكن أن نستثني هذا العقد، وكما قال الشيخ المختار السلامي ألا نقول إنه يجوز تأجيل العوضين مطلقاً بل نستثني جزءاً أو فرداً من أفراد العامي بناء على حاجة يمكن أن تدخل هذه الحاجة إذا كان النهي ليس صريحاً في الموضوع أو كانت الأسس الثلاثة لمنع البيع وهي الغرر والجهالة والربا، إذا تجنبنا هذه العيوب الثلاثة أو الأمراض الثلاثة للبيوع إذا تجاوزنا هذه الأمراض وقلنا إن التوريدات الآن لا توجد فيها جهالة كبيرة ولا غرر كبير ولا يوجد بيع فيمكن أن نجيز هذا العقد بناء على الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة . يعني عبارة السيوطي لاحظ عليها بعض العلماء أنها ليست دقيقة، وابن نجيم: الحاجة تنزل منزلة الضرورة . الحاجة قد - بقدر التقليدية - تنزل منزلة الضرورة وهذا من باب الحاجي العام الذي يمكن أن يعمل في فرد من الأفراد ولكنه لا يمكن أن يكرّ على عموم كله بالإبطال . وهذا هو الأمر الذي يجب أن ننبه عليه في المجمع لأن كثيراً من الإخوة يستعملون الحاجة ويدخلون من خلالها إلى أي شيء مع الأسف . فلا بد أن نهتم بذلك . هذا بالنسبة للعقد الأول .

بالنسبة للإيجاب والقبول. الإيجاب، بعض الإخوة ذكروا عن المالكية مسألة أن صاحب الإيجاب يكون نافعاً، هناك نص آخر ذكره البناني وغيره وهو أن من أوجب على نفسه شيئاً وقال: أبيع هذه السلعة بعشرة مثلاً، فمن سمع كلامه أو أبلغ له فإنه يجوز له أن يتمسك بهذا الإيجاب وبالتالي لا يستطيع الأول أن يتراجع عن إيجابه الموجه للجميع. فقد يكون ذلك نافعاً في هذا الموضوع.

النقطة الأخيرة فيما يتعلق بالوضعية والحطيطة وهي مسألة النقصان. هذا من باب الوضعية والحطيطة وأنا أرى أن له أصل والعلماء تكلموا عنه في باب المراجعة، وقالوا: يقابل هذا الوضعية والحطيطة وهي نوع من البيوع، وبخاصة إذا قلنا إن الموجب هو الشخص الذي يشتري السلعة.

هذا باختصار رأبي في هذه المعاملة التي أرى أن تكون جائزة وأن نترك قضية الشروط أن نبحثها أو الظروف التي تحيط بها من ضمان وغيره بأن يبحث مستقلاً عن أصل العقد بمعنى أن نحكم في أصل العقد ثم نتقل إلى ما يحيط به من الضمانات لنحكم فيها حكماً مستقلاً.

وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ حمداتي شببهنا ماء العينين:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

لاشكاً أن البحوث التي قدمت في هذا الموضوع امتازت بالدقة في الملاحظة وملاحظة المراجع لاستخراج النص الشرعي الذي يمكن أن توضع تحته هذه العقود التي قذفت بها المعاملات الجديدة. والتي فرضت نفسها على الساحة الإسلامية بسبب تراكم الصناعات وكثرة الحاجة إليها، وأيضاً بسبب ما يعرفه أصحاب القوانين بطبيعة تنفيذ العقد، وما تفرضه طبيعة تكوين العقد من إعطائه مدة حتى يمكن أن تنتج البضاعة التي تكون محل العقد. والذي يثلج الصدر هو أن أصحاب البحوث ذهبوا في مجمل أقوالهم إلى جواز هذه المعاملة في مبادئها

العامة إن وقع شرط استبعاد الربا والغرر من المعاملة نفسها . والذي ذهبوا في كثير من بحوثهم وتناقضاتهم إليه هو البحث عن الاسم الشرعي الذي يمكن أن يعطى لهذه المعاملة .

الحقيقة أن كثيراً من الملاحظات التي كنت سأقولها قالها شيوخي وأساتذتي قبلي ولكن لي بعض التساؤلات حول التكييف العلمي الذي قدمه العالم الجليل محمد تقي العثماني في بحثه القيم عن عقد التوريد وفي تقديمه للموضوع جعل اتفاقيات التوريد مواعيد ملزمة على الطرفين بإنشاء عقد، ثم يتم العقد في حينه على أساس الإيجاب والقبول، أو على أساس التعاطي والاستحجار .

التساؤل الأول هو أن عقد التوريد الإيجاب والقبول تما فيه عند وقت إبرام الاتفاقية بين أصحاب العقد، وإذا كنا جعلناه غير ملزم فما هي الصيغة التي يمكن أن تضمن بها مصالح كل طرفي العقد عند توريد البضاعة؟ .

ثم استبعد الأستاذ المبلغ الذي يدفعه الطالب، استبعده من أن يعطى له اسم العربون قائلاً بأنه لا يمكن أن يكون عربوناً مبرراً ذلك بأن اتفاقية التوريد ليست عقداً باتاً، والحال أننا إن حددنا الثمن والمقدار وتاريخ التسليم فلا مانع من تقديم عربون لتوثيق عملية الاتفاق على التوريد الذي سيشمل وقائع لا بدَّ من مراعاة مصالح طرفي العقد فيها، فكثيراً ما يكون المحل بضاعة ستصنع أو سيتم شراؤها من جهات أخرى، أو إنتاج فلاحي يجنى في وقت معين، فكثيراً ما يكون عليه الطلب خلال تلك المدة فإذا فاتت فرصته تغير الطلب على إثر ذلك، فهل من العدل أن يترك صاحب التوريد تحت اتفاق على وعد بالبيع؟ إنني أرى أن المصلحة الشرعية تقتضي أن يتم النص على أن هذا الاتفاق يجب أن يوثق إما بعربون أو بشكل آخر لا يجعل صاحب الطلب تحت رحمة اختيار المورد. وإن أحكام العربون في الفقه الإسلامي لا تتناقض مع هذا العقد. إذا كانت اتفاقية التوريد ليست عقداً للبيع عند أصحاب القوانين الوضعية فإن هذا هو محل الريبة فيها عندنا نحن المسلمين، ولكن إذا نظرنا إلى ميسس الحاجة إليها اليوم تحتم علينا أن نبحث لها عن مندوحة تخرجها من الغرر الذي يحفها حسب المسطرة التي يتبعها أصحاب

القوانين الوضعية ومراعاة لذلك فإن ما قاله القرافي من أن الناس يجب أن تتبع أعرافهم، حسب ما ذهب إليه عندما قال: إن حمل الناس على أعرافهم ومقاصدهم واجب، والحكم عليهم بخلاف ذلك من الزيف والجور إذا لم تتناقض هذه الأعراف مع الشريعة. ولا بن عرفة تعريف قيم لعقد السلم يمكن أن يسحب على عقد التوريد وذلك التعريف هو: «عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة في غير متماثل للعوضين»، وقوله: «عقد معاوضة يشمل جميع أنواع البيع والكراء» وقوله: «يوجب عمارة الذمة» أخرج به بيع العين الموجودة. وفي المدونة أنه رخصة مستثناة مما ليس عندك على أن يكون المسلم فيه موصوفاً حتى يتم التأكيد على شرعيته، لأن التشريع الإسلامي لا يقر عمارة الذمة بغير مشروع لأنه غير محمي بقواعد الحكم التي تحتم على من عمرت ذمته أداء ما عمرت به.

إن قول العلامة محمد علاء الدين الحصكفي في العبارة التي أوردها الشيخ الجليل عبد الوهاب أبو سليمان حول الحديث الذي تعرض إليه الإخوة يمكن أن تطبق على هذه الحالة من حالات التوريد والتي تجعله عقداً ذاتيعة ازدواجية، وهو يأخذ جانباً من جوانب عقد السلم وذلك عندما قال صاحب التحفة:

فيما عدا الوصول جوز السلم	وصح في المال وليس في الذم
والشرح لذمة وصف قام	يقبل الالتزام والإلزام
وهو بالاشتراط عند العقد	ولا يجوز فيه شرط النقد
كشروط ما يسلم فيه أن يرى	متصفاً، مؤجلاً، مقدرًا

ثم هو يأخذ طبيعة أخرى من بيع الخيار والذي أشار إليه:

بيع الخيار جائز الوقوع	لأجل أن يليق في المبيع
كالشهر في الأصل والأيام	في غيره كالعرض والطعام

هذه الحالات لا نجد كل مقوم من مقومات عقد من هذه العقود يمكن أن يطبق على عقد التوريد، ولكن نجد صفات توفر عليها في كل عقد من تلك العقود يمكن أن تجعله عقداً ذاتيعة ازدواجية، ولكن التكييف الشرعي الذي يعطى له

تكييفاً متميزاً نظراً لحالته المتجددة، ولا أرى أن هناك داع للقول بأنه داخل في السلم في حد ذاته، ولا في بيع الثنيا، وإنما القواعد التي توفر عليها تجعله عقداً صالحاً لأن نتعامل معه على أساس، وهذه هي النقطة الأساسية، لأن القوانين الوضعية لا تستبعد منه إمكانية الربا والغرر. إذا أقره المجمع فيجب أن يلزمه بشرط تحاشي الطرفين لكل معاملة يمكن أن تسوق إلى غرر أو ربا.

وشكراً، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ عبد الله بن منيع:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

أشكر سماحة الرئيس على إتاحة الفرصة المباركة وأسأل الله - سبحانه وتعالى - أن يوفقنا جميعاً لما يحبه ويرضاه.

في الواقع أولاً أنا أؤيد ما ذكره إختوتي الأعزاء السابقين من الشناء على هذه الجهود الجيدة التي قدمها الباحثون حفظهم الله وأدام توفيقهم ويسر لهم كل طريق من طرق الخير والسعادة.

ما يتعلق ببحث الدكتور عبد الوهاب، أولاً - حفظه الله - صور السلع محل العقود بأنها ما بين غائبة ومعدومة، وذكر محاذير عقود التوريد ومنه أمران ذكرهما في خلاصة البحث هما:

الأول: أن البعد المكاني يؤدي إلى تغير الصفات ويعرض السلعة للهلاك.

الثاني: أن العدول عن الرؤية إلى الوصف غرر ومخاطرة ويفضي إلى المنازعة.

هو - حفظه الله - من ألمع فقهاؤنا ويعرف ذلك جيداً ويعرف أن اختلاف الصفة لمشتري سلعة بالصفة إذا اختلفت الصفة فله خيار الصفة، وفي نفس الأمر كذلك له خيار الرؤية. فإذا كيف نقول بأن في ذلك محذوران أو نحو ذلك؟

كذلك ذكر نصوصاً عن الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة عن الموضوع إلا أن النصوص التي ذكرها عن الحنفية والمالكية والشافعية خاصة بالسلع الموجودة الغائبة. والحنابلة فيما ذكره عنهم تحدثوا عن السلعة الغائبة أو المعدومة. فالسلعة الغائبة يثبت لمشتريها خيار الرؤية، والسلعة المعدومة لها أحكام بيوع السلم. وقال بأن عقود التوريد يمكن إجازتها للحاجة إليها، ويمكن أن تعتبر بديلاً عن المرابحة التي قيل فيها ما قيل. ولا يخفى أن مجموعة كبيرة من العقود تباع على سبيل المرابحة، فكيف يكون الشيء بديلاً عن نفسه؟. ثم أتمنى أن يكون قد تحدث عن السلع المستوردة وهي معدومة وقت العقد، وكذلك لو تحدث عن الثمن وأنه يجب أن يكون مدفوعاً وإلا فما وجه تأخيرها؟ هل يكون على سبيل الاستصناع أم لا؟. هذه نقطة تحتاج إلى مزيد من النظر.

ثم في نفس الأمر إذا قلنا بأن عقود التوريد عقود مستجدة فيجب أن يكون في صورتها ما يقتضي اعتبارها كذلك، أما أن تكون هي صور لتعامل موجود مثله فيما ذكره الفقهاء السابقين وذكروا أحكامه فكيف نعتبره تعاملاً جديداً على سبيل التحكم والدعوى حيث إن السلع المستوردة لا يخلو أمرها إما أن تكون موجودة أو معدومة؟ وفقهاؤنا السابقون - رحمهم الله - ذكروا أحكام البيوع على أعيان موصوفة موجودة غائبة، أو على أعيان معدومة وقت العقد، ذكروا هذا وذكروا هذا. فإذا لا يتصور أن يقال بأن هذه من العقود المستحدثة التي يجب أن نأخذ بها على الأصل في أن الأصل في العقود أو في المعاملات الإباحة. رأي أن عقود التوريد ليس في أمرها إشكال حتى نخرجها عن مقتضيات أحكام بيوع الصفة، ما كان منها موجوداً غائباً أو كان منها معدوماً، وعلماؤنا - رحمهم الله - ذكروا أحكام ذلك وليس في المسألة شيء جديد حتى نقول بأنه يجب أن نأخذ بأحكام ما يستجد لدينا.

ما ذكره الأخ الكريم القاضي العثماني باعتبار عقود التوريد عقود موارد أو عقود وعد، وإن قال بأن الوعد ملزم وهو ما اختاره المجمع وأصدر به قراراً لكن هذا القول مخالف للواقع، فهي بيوع يجري عليها التصرف بها من بيع ونحوه قبل

التسلم على رأي من يقول بجواز تصرف البائع فيما اشتراه قبل قبضه إياه . فإذا هي بيوع وليست عقوداً ، فيجب أن يكون بحث الموضوع منطبقاً مع واقع وجوده ، وإذا كان مخالفاً للمقتضى الشرعي بحثنا البديل عنه .

كذلك ذكر الشيخ العثماني - حفظه الله - أن بيع دفتر المزايدة أو المناقصة يجب أن يكون بقيمة التكلفة . والواقع أن وراء رفع سعر الدفتر مقصداً وهو مقصد مصلحي في أنه لا يتقدم لهذه المناقصة أو لهذه المزايدة إلا من هو أهل لها . وهذا في الواقع يعتبر حماية من أن يُشغِلَ القائمون بهذا العمل أو بهذا التعامل التجاري من ليس أهلاً لذلك .

هذا ما أحببت التنبيه إليه ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير:

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

البحوث طويلة شكر الله لكاتبها ، والتعليقات كثيرة ، والوقت قصير . ولذا سأقتصر في حديثي على مسألتين فقط :

المسألة الأولى: تتعلق بما نسبته إليّ الدكتور عبد الوهاب وما نسبته إليّ أيضاً الدكتور رفيق المصري .

الدكتور عبد الوهاب ذكر في بحثه في الكلام عن حديث حكيم بن حزام الذي قال له فيه الرسول ﷺ: « لا تبع ما ليس عندك » واختلف المفسرون في تفسير هذا الحديث وذهبوا مذاهب متعددة . ذكر الدكتور عبد الوهاب رأي الباجي وهو أنه يرى أن هذا خاص بالأعيان المعينة ، ثم قال : صحيح هذا هو رأي الباجي . ولكنه قال : وأيده الأستاذ الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير فذكر عبارة لا تدل على هذا المعنى . أنا رأيي عكس هذا الرأي تماماً ليس في الأعيان المعينة وإنما قلت «إنما هو فيما إذا كان فيه البيع حالاً» يعني دخل البائع والمشتري على أن يتسلم المشتري المبيع في الحال وليس فيما إذا كان المدخول فيه على تأجيل

الثلث. وأردت بهذا أن أخرج بيع الاستيراد، لأن بيع الاستيراد أو بيع التوريد مدخول فيه على التسليم في المآل (فيما بعد)، أي مؤجل التسليم. هذه هي النقطة الأولى.

النقطة الثانية: ما نسبة إليّ الدكتور رفيق المصري من أنني أقول بجواز بيع الدين بالدين - وهذه أعظم - معتمداً في ذلك على اعتراض علي بن القيم في تعليقه لمنع بيع الدين بالدين بأنه لا فائدة فيه. صحيح اعترضت أنا على هذا وقلت: «إن هذا البيع فيه فائدة»، لكن لم أقل يجوز بيع الدين بالدين ومنعت هذا صراحة لعلّة أخرى غير العلة التي ذكرها ابن تيمية وهي بيع الإنسان ما لا يملكه على غير وجه السلم.

ولهذا وجب التنبيه على هاتين الحالتين.

أنتقل بعد ذلك إلى صلب الموضوع وهي المسألة الثانية، سأحدث فيها عن هل عقد التوريد هذا عقد جديد أم عقد يدخل في العقود المسماة؟ وهذه هي الطريقة التي يجب أن نبحث بها في أي عقد من العقود بعد أن نكيّفه.

الباحثون كلهم كيفوا هذا العقد بأنه عقد المحل فيه أو المبيع غير مملوك للبائع ومؤجل التسليم، فهو من بيع الإنسان ما لا يملك على الصفة في الذمة. هذا هو تكييفه الصحيح. بيع الإنسان ما لا يملك على الصفة وليس معيناً في الذمة، فهو في هذا شبيه بعقد السلم، لأن عقد السلم هو أيضاً بيع الإنسان ما لا يملك في الذمة. وقد عجت للدكتور عبد الوهاب كيف شبهه ببيع العين الغائبة على الصفة! هذا شيء آخر. بيع العين الغائبة على الصفة يكون في بيع عين موجودة ومملوكة للبائع ولكنها غير مرئية، فلا محل لها في التوريد أو الاستيراد، ولا يمكن أن يقاس عليها، لكن يمكن أن يقاس بل هو فعلاً من البيع على الصفة في الذمة، وهي هذه الصفة ملازمة له. فإذا كان هذا هو تكييف بيع التوريد وأنه من بيع الإنسان ما لا يملك على الصفة فالحكم فيه واضح وهو أنه لا يجوز إلا على وجه السلم، أي أن يكون الثمن مقدماً. والفقهاء عندما قالوا ذلك عللوه بقولهم: «لثلا يكون من بيع الدين بالدين»، وهذه هي المشكلة بالنسبة لهذا البيع أو هذه هي أهم مشكلة.

الشيخ العثماني ذكر مشاكل متعددة، لكن يمكن الرد عليها ماعدا هذه المشكلة في نظري وهي التي تعترض بيع الاستيراد حتى لو اعتبرناه عقداً جديداً. لو اعتبرناه عقداً للاستيراد عقداً جديداً فإن هذه المشكلة ستعترضه، لأن القاعدة في العقود الجديدة هي أن الأصل فيها الجواز والصحة ما لم يرد نص أو إجماع أو قياس صحيح على المنع، وهنا ورد نص وإجماع وقياس صحيح على المنع، وهو كون هذا البيع من ابتداء الدين بالدين. ومنع هذه الصورة من صور بيع الدين لاختلاف فيها. كيف المخرج؟.

رأى بعض الأساتذة أن المخرج في الحاجة (مبدأ الحاجة)، ومبدأ الحاجة معترف به في إجازة بعض العقود الممنوعة وبخاصة العقود الممنوعة بسبب الغرر. والمنع في بيع الدين بالدين سببه الغرر، فقد نص جميع الفقهاء على أن العقد الذي فيه غرر أنه إذا دعت الحاجة إليه بضوابطها الشرعية يجوز. هذه الضوابط هي أن تكون الحاجة عامة أو خاصة، وأن تكون متعينة، بمعنى أن تنسد جميع الطرق التي توصل إلى المطلوب إلا هذا الطريق. فهل هذه الضوابط موجودة في هذه المعاملة؟ هذا هو ما يحتاج إلى تحقيق وتدبر قبل أن نحكم بالجواز أو المنع، ويجب أن ننظر فيما يترتب عليه هذا الجواز لو بنيناه على الحاجة، وقد أشار الشيخ العثماني إلى هذا التخوف بقوله بعد أن ذكر المحاذير، وهي عبارة جيدة، قال: لو فتحنا باب غض النظر عن هذه المبادئ التي استمر عليها الفقه الإسلامي - ويقصد بذلك الموانع - ومن بينها منع ابتداء الدين بالدين عبر القرون، فإن ذلك يفتح المجال لإباحة كثير من العقود الفاسدة التي ابتدعها سوق الرأسمالية مثل المستقبلات وغيرها.

ولهذا فإني متوقف في هذا الحكم حتى يتبين لنا فائدة هذا العقد وأن مبدأ الحاجة ينطبق عليه انطباقاً كاملاً. وشكراً لكم.

الدكتور إبراهيم حمادي:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيد المرسلين.

شكراً سيادة الرئيس لإتاحة الفرصة لطرح بعض التساؤلات. أشرف

بسماعي لثلة العلماء وكذلك الفقهاء، وأود أن أثنى على الأوراق البحثية في موضوع المناقصات والتي سبق وأن تطرق لها المجمع . أحب أن أثنى على ورقة الشيخ القاضي العثماني والمقدمة في موضوع المناقصات . ولي بعض التساؤلات فهو قد طرح عدة مسائل وياحبذا لو تقرب متن البحث إلى الواقع المحلي . نحن نعاني من واقع الممارسة في هذه الأعمال، فعلى سبيل المثال: لو نتطرق للمناقصات او أن المجمع يتطرق ويتكلم عن الأنظمة المعاصرة وعلى سبيل المثال في المملكة العربية السعودية نجد أن من الأنظمة التي تحكم هذا العمل نظام تأمين المشتريات الحكومي وتنفيذ مشاريعها وعقد الأشغال العامة، وهذا ما يطلق عليه العقود الإدارية، وهو موجود في معظم الدول الإسلامية، حيث إن الدولة هي الطرف القوي في العقد .

الحقيقة، إن الذي أحببت أن أطرحه هو مطلب تقديم مسودة نماذج عقود عصرية تساعد الأجهزة الهندسية ومسؤولي الرقابة والقضاة على تحديد الحقوق في كثير من شروط عقود الأشغال العامة . على سبيل المثال: نحن عندما نتكلم عن وثائق العقد، هنالك وثيقة تسمى (جداول كميات)، وكثير من الأحيان يختلف الطرفان المتعاقدين على تحديد هذه الكميات بسبب طبيعة الأعمال الهندسية مثل الحفر، نحن لا نتوقع الحفر في بعض المواقع لبعض المباني بأنه يتجاوز كمية محددة، فهذا تساؤل . في بعض العقود تفرض مقدماً التكلفة أو القيمة المدفوعة وإن تجاوزت كمية الحفر عن المفترض أو عن المتوقع . هذا من ناحية . الناحية الأخرى هو يثير عدة تساؤلات إضافة إلى ذلك وهو أن بعض البنود قد تكون مجحفة مثل غرامة التأخير، ولا يكون هنالك مقابل لها وهو مكافأة المقاول عند إنجازها للعمل بوقت أقصر من الوقت المتفق عليه من قبل الطرفين .
وجزاكم الله خيراً عنا، وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الدكتور رفيق المصري:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على رسول الله .
وبعد، فضيلة القاضي العثماني لم يقبل بتخريج عقد التوريد على أساس

الاستحسان ومخالفته لبعض القواعد والأصول. وقد رأى تخريجه على أساس المواعدة الملزمة، واحتج ببيع الوفاء. والمأخذ على اتجاهه هو:

أولاً: بيع الوفاء حيلة مكشوفة ومنعه المجمع. وعندما تكلم عن الاستصناع ذكر أن المجمع أجازته، ولكنه عندما تكلم عن بيع الوفاء لم يذكر أن المجمع منعه.

ثانياً: المواعدة الملزمة حيلة أخرى وبواسطتها يمكن استباحة أي معاوضة محرمة كما بينت سابقاً في بحثي عن بيع المرابحة وفي مداخلتني في المجمع حول المواعدة.

حاول بيان بعض الفروق الناعمة جداً بين العقد والوعد الملزم، وهذه الفروق لا يكاد يشعر بها القارئ إلا بتكلف ظاهر.

العثماني حنفي والحنفية خرجوا الاستصناع على أساس الاستحسان، والتوريد مثله، قال: «أما المواعدة فلا تنشئ ديناً»، ثم قال: «المواعدة ليست عقداً»، هذا صحيح إذا كانت غير ملزمة، والكلام في المواعدة الملزمة. ثم لا أدري لماذا حذف وصف الملزمة هنا ولم يحذفه في مواضع أخرى؟.

رأى أن مبلغ الضمان لا يشبه العربون، والذي جعله يرى هذا رأيه وأنه خرّج التوريد على أساس المواعدة. ميز بين توريد يحتاج إلى صناعة وتوريد لا يحتاج إلى صناعة، وخرج الأول على أساس الاستصناع وخرج الثاني على أساس المواعدة، وذكر أن تخريج التوريد على أساس الاستحسان ومخالفته للقواعد والقياس يفتح المجال لإباحة كثير من العقود الفاسدة. ومأخذي ما يلي:

العثماني حنفي والحنفية كما هو معلوم خرّجوا الاستصناع على أساس الاستحسان، فكيف يرضى بتخريج التوريد تارة على أساس الاستحسان وتارة على أساس رفض الاستحسان؟. يفهم من كلامه أن المواعدة ليست من قبيل الاستحسان بل هي متمشية مع القواعد، وهذا الكلام غير صحيح في نظري، فالقول بالإنذار في المواعدة من أخطر المخالفات للقواعد ولكن المسألة تحتاج إلى دقة وتعمق.

تخريج هذه المعاملات على أساس الاستحسان أقوى وأصدق من تخريجها على أساس القواعد، لأن ملف الاستحسان قد يعاد فتحه إذا تغيرت الظروف واستردت الحضارة الإسلامية مكانتها، أما التخريج على أساس القواعد ففيه تلبس بالنسبة للحاضر وبالنسبة للمستقبل. قال: «لولا هذا الدفتر - دفتر الشروط - لاحتاج كل عارض إلى أن يجري هذه الدراسات الفنية بنفسه» انتهى كلامه، هاهنا حذف تقديره. (لاحتاج إلى أن يجري هذه الدراسات بنفسه لصالح الجهة صاحبة المناقصة)، وبذلك يبطل مدعاه. قال: «وهذا قريب مما صدر به قرار المجمع»، والحق أنه ليس قريباً فهو قد ميز بين دفتر شروط لا يتضمن دراسات فنية فلا يجوز بيعه، ودفتر شروط يتضمن دراسات فنية فيجوز بيعه، وقرار المجمع لا يميز هذا التمييز. فكيف يقول هذا قريب من قرار المجمع؟!.

قال «لا يجوز شرعاً مصادرة الضمان الابتدائي إذا سحب العارض عرضه قبل إرساء العطاء» تعليقي أن الضمان الابتدائي ما جعل إلا لهذا وإلا كان صورياً لا معنى له، كما أن إعطاء الحق للعارض بالانسحاب يتعارض مع مقتضيات المناقصة، بل إنه يؤدي إلى انهيارها من أساسها، والأخذ بمذهب المالكية هنا لا غضاضة فيه بل هو وجيه، وهناك عمليات يجيزها بعض الفقهاء المعاصرين لا سند لها من مذهب أو فقيه. فما معنى أن نترخص تارة فيما لا يفهم ثم نتشدد تارة فيما لا يفهم؟!.

قال: «مجرد التقدم بالعرض لا ينشئ ديناً» وبنى عليه جواز انسحاب العارض قبل إرساء العطاء. والتعليق أنه ينشئ التزاماً. قال: «قد يزعم بعض الناس أنه من قبيل العربون»، كنت أتمنى أن يقول: (قد يزعم بعض العلماء أو بعض الباحثين أو بعض الدارسين) فهذا أليق مع خصوم الرأي وخصومه أكثر من واحد لاسيما وأنه لم يستطع هو تخريجه على العربون، لأنه خرج التوريد على أساس المواعدة، وخصومه خرجوه على أساس المعاقدة. ثم إنه في عرضه لعله لم يتعرض لغرامات التأخير وهذه المشكلة من أهم المشكلات المطروحة في هذه التدوة.

ورقة الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، هناك بعض التعليقات وردت في ورقته لأنني رجعت إلى بحثه هذا الذي كان قدمه سابقاً إلى ندوة المستجدات الفقهية في عمان عام (١٤١٤هـ). تأجيل البدلين في عقد التوريد منعه بعض العلماء وجعلوه من الكالئ بالكالئ، ولا ينفع الباحث تجاهل آراء هؤلاء العلماء بل يجب مناقشتها. قال أيضاً: «إن عقد التوريد ليس من قبيل بيع الدين بالدين وإنما هو في حدود الاتفاق والوعد لا يتجاوزهما العقد، ومقتضى هذا العقد - أي عقد التوريد - تأجيل دفع الثمن حتى يتم تسليم البضاعة إلا أن يكون المشتري متطوعاً بتقديمه اختياراً». هنالك جملتان لم أفهمهما، الأولى (إنما هو في حدود الاتفاق والوعد لا يتجاوزهما العقد)، هل يريد الباحث أن يتم عقد التوريد على أساس الوعد أولاً، أم ماذا؟. والجملتان الثانية (إلا أن يكون المشتري متطوعاً بتقديمه اختياراً)، ولا أدري كيف يتطوع المشتري للبائع إلا أن يكون سفيهاً غير رشيداً؟!.

قال في الخاتمة: «لم يُقَيّد المالكية جواز البيع الغائب على الصفة بنوع معين من السلع» في حين يخص الحنابلة الجواز بالمبيعات التي يصح السلم فيها. تعليقي: ما أهمية هذا في موضوع التوريد؟ فالتوريد ليس من باب بيع معين للغائب على الصفة، بل هو أشبه بالسلم من حيث ضرورة أن تكون السلع مثلية قابلة للوصف بالذمة ديناً.

وقال في الخاتمة: «عقد البيع على الصفة هو عقد توريد في مدلوله ومضمونه». هذا غير مسلم، لأن عقد التوريد يشبه البيع على الصفة من حيث تأجيل الثمن ويشبه بيع السلم من حيث إن المبيع يجب أن يكون مثلياً، ولكن إذا اعتبرنا بيع أهل المدينة عند المالكية ضرباً من بيع الصفة فإن بيع التوريد ينطبق عليها.

وقال كذلك: «وجود السلعة في البيع الغائب على الصفة شرط في صحة العقد لدى المذهب المالكي والمذاهب الموافقة له». تعليقي أن وجود السلعة مطلوب في بيع العين الغائبة على الصفة ولكنه غير مطلوب في السلم.

ما نقله عن ابن القيم أرى أنه الأنسب للسلم منه لبيع العين الغائبة على الصفة.

قال أيضاً: «عقد التوريد هو البديل السليم المناسب للبنوك الإسلامية عن بيع المرابحة للأمر بالشراء الذي طال فيه الخلاف بين الفقهاء المعاصرين بسبب الوعد». أو أفاقه على هذا، وهذا ما كنت اقترحت على مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي منذ عام (١٤٠٤هـ) وتعرضت فيه لبيع الغائب على الصفة، وأرسل هذا الاقتراح إلى حوالي خمسين عالماً وجاءت ردود من اثني عشر عالماً منهم، ونشر الاقتراح في النشرة الاقتصادية لبنك فيصل الإسلامي السوداني لشهر ربيع الأول (١٤٠٧هـ) مع رد الدكتور الضرير، ووقتها قلت في الاقتراح «وهذا البيع لا يشمل النهي عن بيع ما ليس عنده، لأنه بيع صفة مضمونة في الذمة قابلة للتسليم ولازمة للمشتري إذا جاءت مطابقة ولا خلاف على هذا بين عامة الفقهاء». وكان رد الدكتور الضرير وقتها: «هذه دعوى لو استطاع الباحث إثباتها فإنها تغنيننا حقاً عن بيع المرابحة، ولكن الذي أعلمه أنه لا خلاف بين عامة الفقهاء في أن بيع الصفة المضمونة في الذمة يشمل النهي عن بيع ما ليس عند البائع ما لم يكن سلباً انتهى قول الأستاذ الضرير.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

لاشك أن تكييف العقود أصل مهم في معرفة التوصل إلى الحكم الشرعي السليم، ولكن ليس شرطاً في كل نازلة أو معاملة مستجدة أن تكييف. ولهذا فإن الإمام ابن القيم - رحمه الله تعالى - في كتاب (الفروسية) في بعض صور الرهان ذكر تكييفات الفقهاء المتعددة ثم قال: «وقد أجهدوا أنفسهم فأخطؤوا الحكم الشرعي»، والصحيح أن هذا عقد مستجد يطلب له الحكم الشرعي. وقد عمل

المجمع في هذا في عقد الصيانة في دورته الحادية عشرة . وعلى كل فقد ترون
مناسباً أن تشكل اللجنة أو تؤلف اللجنة من وجهات النظر التي سمعتم المداولة
بشأنها وهم : الشيخ تقي العثماني ، الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان ، الشيخ
الصديق الضرير ، الشيخ سعود ، بالإضافة إلى المقرر . وبهذا ترفع الجلسة .

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

* * *

القرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين
وعلى آله وصحبه أجمعين.

قرار رقم: ١٠٧ (١٢/١) بشأن موضوع عقود التوريد والمناقصات

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر
الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من ٢٥
جمادى الآخرة ١٤٢١هـ إلى غرة رجب ١٤٢١هـ (٢٣-٢٨ سبتمبر ٢٠٠٠م).

بعد اطلاعه على الأبحاث المقدمة إلى المجمع بخصوص موضوع (عقود
التوريد والمناقصات). وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع
بمشاركة أعضاء المجمع وخبرائه وعدد من الفقهاء.

قرر ما يلي:

١ - عقد التوريد:

أولاً: عقد التوريد: عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعاً معلومة،
مؤجلة، بصفة دورية، خلال فترة معينة، لطرف آخر، مقابل مبلغ معين مؤجل
كله أو بعضه.

ثانياً: إذا كان محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة، فالعقد استصناع
تنطبق عليه أحكامه، وقد صدر بشأن الاستصناع قرار المجمع رقم: ٦٥ (٧/٣).

ثالثاً: إذا كان محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة، وهي موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها عند الأجل، فهذا يتم بإحدى طريقتين:

أ- أن يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فهذا عقد يأخذ حكم السلم فيجوز بشروطه المعتبرة شرعاً المبينة في قرار المجمع رقم ٨٥ (٩/٢).

ب- إن لم يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فإن هذا لا يجوز لأنه مبني على المواعدة الملزمة بين الطرفين، وقد صدر قرار المجمع رقم (٤٠-٤١) المتضمن أن المواعدة الملزمة تشبه العقد نفسه فيكون البيع هنا من بيع الكالئ بالكالئ. أما إذا كانت المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين أو لكليهما فتكون جائزة على أن يتم البيع بعقد جديد أو بالتسليم.

٢- عقد المناقصات:

أولاً: المناقصة: طلب الوصول إلى أرخص عطاء، لشراء سلعة أو خدمة، تقوم فيها الجهة الطالبة لها دعوة الراغبين إلى تقديم عطاءاتهم، وفق شروط ومواصفات محددة.

ثانياً: المناقصة جائزة شرعاً، وهي كالمزايدة، فتطبق عليها أحكامها، سواء أكانت مناقصة عامة، أم محددة، داخلية، أم خارجية، علنية، أم سرية. وقد صدر بشأن المزايدة قرار المجمع رقم ٧٣ (٤/٨) في دورته الثامنة.

ثالثاً: يجوز قصر الاشتراك في المناقصة على المصنّفين رسمياً، أو المرخص لهم حكومياً، ويجب أن يكون هذا التصنيف، أو الترخيص قائماً على أسس موضوعية عادلة.

والله سبحانه وتعالى أعلم.

* * *

محتوى الجزء الثاني من العدد الثاني عشر

الموضوع	الصفحة
● الشرط الجزائي	٥
البحوث	٧
- بحث الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين	٩
- بحث الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير	٤٧
- بحث الدكتور علي أحمد السالوس	٩١
- بحث الشيخ محمد علي التسخيري	١٦٩
- بحث الدكتور ناجي محمد شفيق عجم	١٨٥
- بحث القاضي محمود شمام	٢٢٧
العرض - التعقيب والمناقشة	٢٤٣
العرض	٢٤٥
التعقيب والمناقشة	٢٦١
القرار	٣٠٣
● عقود التوريد والمناقصة	٣٠٧
البحوث	٣٠٩
- بحث القاضي محمد تقي العثماني	٣١١
- بحث الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان	٣٣٥

٤٢٧	- بحث الشيخ حسن الجواهري
٤٧٣	- بحث الدكتور رفيع يونس المصري
٥١١	العرض - التعقيب والمناقشة
٥١٣	العرض
٥٢٩	التعقيب والمناقشة
٥٦٩	القرار
٥٧٣	محتوى الجزء الثاني من العدد الثاني عشر



