الشروط المقترنة بالعقود وتطبيقاتها المعاصرة في المعاملات المالية

Stipulation in contracts and their contemporary applications in financial transactions

محمد اسد[1]

Abstract

This paper discusses the stipulations in contracts with special reference to commercial transactions; elaborates the different kinds of stipulationsdiscussed by classical jurists; choses the best opinion by analyzing different opinions about stipulations in contracts.It also elaborates some contemporary applications of stipulations infinancial transactions, namely: *Ijarah Muntahia Bittamleek*, supply contract, contracting, and *istisna.*

An applied and juristic research approach has been employed for the collection and analysis of data.

The article is divided into two main sections. First section deals with introduction and some important definition relent to this paper. Second deals with the modern applications of stipulationsassociated with commercial transactions and their legitimacy.

Keywords: Stipulations, contracts, financial transactions, contemporary applications.

[1]- Muhammad Asad, PhD Shariah scholar, International Islamic university, Islamabad.

المقدمة

وهي تحتوي على أهمية البحث، أهداف البحث،منهج البحث، الدراسات السابقة وخطة البحث

أهمية الموضوع: العقد متى صدر بإرادة المتعاقدين، ووجدت فيه أركانه، وتوافرت شروطه، فإنه يقع صحيحاً نافذاً، ويترتب عليه الآثار والأحكام التي حددها الشارع، ومن أحكامه أن البائع يملك الثمن على الفور، والمشتري يملك المبيع على الفور، وربما اشترط العاقدان في العقد شروطاً يتأثر بها العقد، وتتأخر آثارها وأحكامها، بل قد يبطل بها العقد أو يفسد، فموضوع الشروط المقترنة بالعقود من أهم موضوعات الفقه الإسلامي تكلم عنها الفقهاء، وتزداد أهمية هذا الموضوع في العصر الحاضر لكون العقود غالباًلا تخلو عن الشروط المقترنة بالعقود، فمست الحاجة إلى دراسة الشروط المقترنة بالعقود، لكي نطبقها على المعاملات المالية المعاصرة، ونعرف ما كان منها جائز وما كان منها محظور، وبالله التوفيق والصواب.

أهداف البحث: بيان آراء الفقهاء المختلفة في الشروط المقترنة بالعقود، والراجح منها، ثم تطبيقاتها على المعاملات المالية المعاصرة.

منهج البحث: سأتبع في هذا البحث المنهج الاستقرائي في بيان الشروط المتعلقة بالمعاملات المالية،ثم سأعرج عليها مستخدما المنهج التطبيقي في حل المسائل الفقهية المالية المعاصرة.

الدراسات السابقة: توجد كتابات حول القواعد الفقهية عموما والمالية خصوصا، ومن أهمها:

1 التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية"لمحمد عبد الله على طلاقحة، وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة في الفقه وأصوله، ذكر فيها المؤلف التطبيقات المعاصرة للشروط المتعلقة بالمعاملات المالية، ولكن تخلف عنه كثير من أهم التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية.

خطة البحث:والبحث يتكون من مبحثين .

المبحث الأول الشروط المقترنة بالعقود، وموقف العلماء عنها، وفيه مطلبان

المطلب الأول: مفهوم الشروط المقترنة بالعقود

المطلب الثاني: موقف العلماء عن الشروط القترنة بالعقود

المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرةللشروط المقترنة بالعقود المالية، وفيه أربعة مطالب.

المطلب الأول: الشروط المقترنة بالإجارة المنتهية بالتمليك.

المطلب الثاني: الشروط المقترنة بعقد التوريد.

المطلب الثالث: الشروط المقترنة بعقد المقاولة.

المطلب الرابع: الشروط المقترنة بعقد الاستصناع.

المبحث الأول: الشروط المقترنة بالعقود، وموقف الفقهاء عنها

المطلب الأول: مفهوم الشروط المقترنة بالعقود

وقبل أن أبيّن مفهوم الشروط المقترنة بالعقد يجدر بي أن أبيّن معنى الشرط والعقد

معنى الشرط: والشرط بسكون الراء، جمعها الشروط،وهو"إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه"[2]، والشرط يأتي بمعنى العلامة، جمعها أشراط، يقال: أشراط الساعة، أي علاماتها[3]، وفي التنزيل: ﴿ فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا[4]﴾، والشَّرَط بفتح الراء "رديء المال من الإبل والغنم"[5]، وشرَط المال، أي صغارها[6]، وقد يطلق عليه "كل مسيل صغير يجيء من قدر عشر أذرع"[7].

---

[2]- ابن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد، (دار الكتب العلميةبيروت، ٢٠٠٠م)ج ٨،ص١٣. المخصص:ج ٣،ص٣٣٣.محمّد بن محمّد الزبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، (دار الهداية بدون طبعة وتاريخ)ج١٩،ص٤٠٤

[3]- ينظر: المرسي، المحكم:ج 8،ص13. أحمد بن فارِس، معجم مقاييس اللغة: تحقيق: عبد السَّلام ، (دار الفكر ، ١٣٩٩)ج ٣،ص٢٦٠

[4]- القرآن ٤٧: ١٨.

[5]- محمد بن الحسن الأزدي، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير، (دار العلم للملايين بيروت، ١٩٨٧م.) ج٢،ص٧٢٦

أما الشرط في الاصطلاح فعرفه الغزالي: بأن الشرط هو"ما لا يوجد المشروط مع عدمه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده"[8]، وعرفه المتأخرون:"ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته"[9].

وعرفه القرافي : "فهو الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره"[10] كالطهارة فإنها شرط لصحة الصلاة، إذا عدمت الطهارة عدمت الصلاة، ولا يلزم من وجود الطهارة وجود صحة الصلاة ولا عدم صحتها[11].

فقوله:"يلزم من عدمه العدم" ، احتراز من المانع[12]، لأنه يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته، كقتل المورث مانع عن الإرث، فيلزم من وجود قتل الوارث لمورثه حرمانه من إرثه، ولا يلزم من عدم قتله له وجود الإرث ولا عدم الإرث.

وقوله:"ولا يلزم من وجوده وجود"، احتراز من السبب، لأنه يلزم من وجوده وجود الشيء ومن عدمه عدم الشيء[13]، كدلوك الشمس سبب لوجوب صلاة الظهر، فوجود دلوك الشمس يلزم وجوب صلاة الظهر، وعدمه عدمه.

وقوله:"ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره" احتراز عن العلة، إذ العلة وإن كانت لا يلزم من عدمها وجود ولا عدم لذاتها، لكن لا بد من وجود المناسبة الظاهرة بين العلة ومعلولها،

---

[6] - ينظر:محمد بن أحمد الأزهري،تهذيب اللغة،تحقيق:محمد عوض،(داراحياءالتراث بيروت،٢٠٠١)،ج١١، ص٢١٢

[7] - محمد بن يعقوب الفيروزآبادى، القاموس المحيط، (مؤسسة الرسالة بيروت١٤٢٦ه)،ج١،ص٦٧٣

[8] - محمد بن محمد الغزالي، المستصفى، (دار الكتب العلمية، ١٤١٣) ص ٢٦١.

[9] - محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط، (دار الكتب،- ١٤١٤)،ج٤،ص٤٣٧

[10] - الفروق:ج١،ص٦٢

[11] - ينظر: أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، (عالم الكتب،س،ن)ج،ص٦٢

[12] - ينظر: المرجع نفسه.

[13] - الفروق للفرافي:ج١،ص٦٢

كالإسكار علة لحد الشرب، فبينها وبين المعلول مناسبة، وهي أن الإسكار وصف مناسب لوجوب حد الشرب.

ولعل تعريف القرافي راجح لكونه جامعا ومانعا.

الفرق بين الشرط والتعليق: قد سبق معنى الشرط، أماالتعليق فهو لغة مصدر علق، يقال: علق الشئ على غيره، أي رتبه عليه، وعلق الشئ بالشئ، أي وضعه عليه[14]،والتعليق في الاصطلاح: "هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى"[15]، مثاله، أن يعلق أحد العاقدين العقد على قدوم فلان.

وقبل بداية الفرق بين الشرط والتعليق لا بد من التنبيه هنا أن كل تعليق يتضمن شرطاً، فعندنا التعليق بالشرط والمقيد بالشرط، وفيما يلي الفرق بينهما.

1) التعليق بالشرط لا بد فيه أداة من أدوات الشرط، كإن ونحوه، مثاله: بعتك إن رضي فلان، أما المقيد بالشرط فيستعمل فيه "على أن"، أو"بشرط إن"[16]، مثاله: أجرتك بيتا على أن تكون الأجرة مقدمة.

2) المعلق بالشرط لا تترتب أحكامه إلا بعد وقوع الشرط الذي علق عليه العقد، أما المقيد بالشرط فإنه تترتب عليه أحكامه منذ صدروه.

وبألفاظ أخرى نستطيع أن نقول أن الشرط يتأكد فيه وجود الفعل الذي يقيد بالشرط، فيقع فيه الحكم حالا، ثم اشترط فيه أحد المتعاقدين أمرًا آخرًا، مثاله: بعتك على أن تعطيني الكفيل

---

[14] - ينظر: أحمد رضا، معجم متن اللغة، (دار مكتبة الحياة بيروت، ١٣٧٧ – ١٣٨٠هـ)، ج٤، ص١٨٧

.رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، - ١٤٠٨هـ /١٩٨٨م، ص ١٣٧.

[15] - علاء الدين الحصكفي، الدر المختار، (دار الكتب العلمية ١٤٢٣هـ)، ج٣، ص٣٤١

[16] - عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق، (المطبعة الكبرى الأميرية بولاق، القاهرة)، ج٥، ص٤٣

أما التعليق فلا يتأكد فيه الفعل، ولا يكون فيه الحكم واقعا في الحال، بل يكون متأخراًإلى وقوع الشرط، مثاله: وهبتك هذا المال إن جاء المطر.[17]

معنى العقد:العقود جمع عقد، وقال ابن فارس: ع ق د ثلاثة حروف تدل على شدة ووثوق[18]، يقال: عقد الحبل، أي شده[19]،والمراد من العقد في اصطلاح الفقهاء هو اقتران كلام أحد العاقدين بالآخر بوجه شرعي حيث تظهر آثاره في المعقود عليه[20].

معنى الشرط المقترن بالعقد: المراد بالشّرط المقترن بالعقد: "ما يذكر بين العاقدين، فيقيّد أثر العقد أو يعلّقه بأمر زائد على أصل العقد في المستقبل[21]"، فمثلاً: من باع بيتاً، واشترط على المشتري بأن البائع يسكن في البيت ثلاثة أشهر، فالبائع قد علّق سُكنة ثلاثة أشهر –وهو أمر زائد- على أصل العقد.

المطلب الثاني: موقف العلماء عن الشروط

اختلف الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد، فمنهم من يجيز كل شرط إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، ومنهم من لا يجيز الشروط إلا إذا كانت يقتضيها العقد، أو يلائمها، أو ورد عليها النص، أو جرى عليها العرف، فبناء على هذا الاختلاف يختلفون في تطبيقاتها المعاصرة، هذا الاختلاف يحتاج إلى أن نوضح الموقف الصحيح حول هذه الشروط، وفيما يلي مذاهب الأئمة الأربعة في الشروط المقترنة بالعقد والراجح منها، والله الموفق.

17- ينظر: جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، (دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ)ص٣٧٦.ابن عابدين، رد المحتار (دار الفكر بيروت، ١٤١٢)،ج٥،ص٢٤٠

18 - ينظر: مقاييس اللغة:ج٤،ص٨٦

19 - القاموس المحيط:ج١،ص٣٠٠

20 - ينظر: محمد البابرتي، العناية شرح الهداية، (دار الفكر)،ج٦،ص٢٤٨- محمد قدري باشا، مرشد الحيران، (المطبعة الأميرية بولاق، ١٣٠٨هـ) ص ٢٧.

21 - الموسوعة الفقهية الكويتية، (دارالسلاسل الكويت، ١٤٢٧هـ)،ج٢٩،ص٣٨

موقف الحنفية

وبعد التتبع والبحث في مؤلفات الحنفية ظهر لي أن الشروط عندهم على ثلاثة أنواع: الشروط الصحيحة، الشروط الفاسدة، والشروط الباطلة[22]، وتفصيل هذه الأنواع فيما يلي:

1) الشروط الصحيحة

وهي كل شرط يقتضيه العقد أو يلائمه أو جرى العرف به أو ثبت بالشرع فهو جائز[23]، فالشروط الصحيحة عند الحنفية على أربعة جهات.

الجهة الأولى: الشروط التي توافق مقتضى العقد[24]، وفيما يلي أمثلته التي وردت في مؤلفات الحنفية.

أ) لو اشترط البائع أنه لا يسلم المبيع إلى أن يقبض ثمنه، فالشرط جائز، لأنه من مقتضيات العقد[25].

ب) من باع بالوزن، واشترط أن يخرج عن الموزون قدر وزن الظرف، فالشرط جائز، لأنه من مقتضيات العقد[26].

الجهةالثانية: الشروط التي تلائم العقد، ومن أمثلته: لو اشترط البائع بدفع الكفيل بالثمن أو بدفع الرهن، فهذان الشرطان جائزان، لأنهما يؤكدان مقتضى العقد[27].

---

[22] - ينظر: السرخسي، المبسوط، (دار المعرفة بيروت)، ج١٣، ص١٤-١٥. العناية: ج٦، ص٤٤٣، ٤٤٢-ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، (مطبعة الحلبي القاهرة، ١٣٥٦ هـ)، ج٢، ص٢٥ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، (دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ)، ج٥، ص١٧٣. عمر بن إبراهيم، النهر الفائق، (دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ)، ج٣، ص٤٣٤-٤٣٦

[23] - ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، (دار الكتاب الإسلامي بدون تاريخ)، ج٦، ص٩٢

[24] - المراد من مقتضى العقد الأحكام والآثار الأساسية التي وضعها الشارع، أو استنتبطها الفقهاء بالاجتهاد تحقيقا للتوازن في الحقوق بين المتعاقدين.

[25] - ينظر: مجلة الأحكام: المادة ١٨٦، ص ٣٩.

[26] - ينظر: علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية، دار إحياء التراث العربي بيروت، ج٣، ص٤٨

[27] - ينظر: البحر الرائق: ج٦، ص٩٢

الجهة الثالثة: الشروط التي ورد بها الشرع، ومن أمثلته: لو اشترى السلعة، واشترط الأجل في الثمن، أو اشترط تأجيل المبيع في بيع السلم،أو اشترط أحد المتعاقدين خيار الشرط، فهذه الشروط كلها جائزة، لأن الشرع ورد بها[28].

الجهة الرابعة: الشروط التي جرى بها العرف ومن أمثلته: لو اشترى النعل بشرط أن يجعل فيه البائع شراكا، فهو جائز لجريان العرف به.[29]

2) الشروط الفاسدة:وهي كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما[30]، وتفصيله أن الحنفية منعوا عن الشروط التي لا يقتضيها العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولعل الحكمة لمنعها هي أن الأصل أن يكون العقد خاليا عن الشروط، وإذا كان مشروطا بشرط من الشروط فلا بد أن يكون الشرط يقتضيه العقد، ولا ينتفع به أحد المتعاقدين منفعة زائدة، ومن أمثلتها:

أ)من باع دارا بشرط أن يسكن فيها البائع شهرا، فالشرط فاسد.[31]

ب) من باع زيتا بشرط أن البائع يزنه بظرفه، ويخرج من كل ظرف خمسين رطلا، لا يجوز هذا البيع، لأن الشرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للبائع[32].

ج) من أجّر داره بشرط أن المستأجر يطيّن جدرانها، أو يرمّمها، أو يدخل الجذع في السقف، هذا الشرط فاسد، لأنه مما لا يقتضيه العقد، وكذا لو أجّر دارا على أن المستأجر يعمرها، لأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد[33].

د) من أجّر الأرض، واشترط على المستأجر بأنه يكريها، أو سمّدها بالسرقين، أو حفر بئر فيها، لا يجوز هذا الشرط، إذ لا يقتضيه العقد[34].

---

[28] - ينظر: المرجع نفسه.

[29] - ينظر: النهر الفائق:ج٣،ص٤٣٤

[30] - ينظر: الاختيار لتعليل المختار،ج٢،ص٢٥

[31] - ينظر: البحر الرائق:ج٦،ص١٩٤

[32] - ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، (مطبعة الكبرى الأميرية القاهرة، ١٣١٣ هـ)،ج٤،ص٥٦

[33] - ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني،(دار الكتب العلمية بيروت، ١٤٢٤هـ)،ج٧،ص٤٧٠

هـ) من باع دارا بشرط أن يسكن فيها البائع شهرا، فالشرط فاسد[35].

و) من باع سيارة بشرط أن تحمله إلى بيته، فالشرط فاسد.

هذا، والشرط الفاسد لغو في جميع العقود لا يجب الوفاء به، إلا أن فساده يتعدى إلى بعض العقود، وهي عقود المعاوضات المالية، أما غيرها من المعاوضات التبرعات فلا يتعدى إليها الفساد، فيبقى العقد صحيحا، ويلغو الشرط وحده، ووجهه أن الشرط الفاسد من باب الربا لما فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين (أي فضل خال عن العوض)، والربا يختص بالمعاوضات المالية، أما المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال الخلع، أو التبرعات كالهبة فلا يتصور فيها الربا، وبالتالي يصح فيها التصرف ويلغو الشرط[36].

3) الشروط الباطلة: هي الشروط التي لا يوجد فيها أحد أنواع الشروط الصحيحة، وكذلك لا تكون فيها منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما، بل فيها مضرة لأحد المتعاقدين، من أمثلته هذه الشروط:

أ) من باع ثوبا بشرط أن لا يبيعه المشتري أو لا يهبه، أو باع دابة بشرط أن لا يبيعها أو يهبها أو باع طعاما على أن يأكله ولا يبيعه، فهذ الشروط باطلة[37].

ب)"لو باع ثوبا على أن يحرقه المشتري أو دارا على أن يخربه[38]".

ج) لو باع أمة بشرط أن لا يطأها المشتري، فالشرط باطل[39].

ثم الشروط الباطلة لا تفسد العقود عند الحنفية ،بل الشرط لغو وباطل، والعقد صحيح، ذلك الشرط المضر فاسد في نفسه، ولا يؤثر في البيع.

---

[34] - ينظر: تبيين الحقائق،ج٥،ص١٢١

[35] - ينظر: البحر الرائق،ج٦،ص١٩٤

[36] - ينظر: تبيين الحقائق،ج٤،ص١٣١

[37] - ينظر:بدائع الصنائع،ج٥،ص١٧٠

[38] - المرجع نفسه.

[39] - المرجع نفسه.

مذهب المالكية: الشروط عند المالكية على أربعة أنواع، وهي كالتالي:

1) الشروط التي يقتضيها العقد كاشتراط تسليم المبيع أو رد المبيع بالعيب[40].

2) الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا تنافيه، كاشتراط الأجل والخيار والرهن.

3) الشروط لا يقتضيها العقد وينافي المقصود منه، كاشتراط البائع على المشتري أن يبيع المبيع أو لا يهبه.

4) الشروط المُخلّةبشرط من شروط صحة العقد، كأن يشترط أحد المتعاقدين ما يؤدي إلى الغرر أو الجهل، فهذا الشرط يوجب فسخ البيع.

4) الشرط لا علاقة له بالعقد، كشرط عدم إخراج الزوجة من بلدها، هذا الشرط مكروه، والنكاح صحيح، ولا يلزم الشرط[41].

ثالثا: مذهب الشافعية: الشروط عند الشافعية على أربعة أقسام، وهي كالتالي:

1) الشروط التي يقتضيها العقد، كاشتراط تسليم المبيع، أو خيار المجلس، فهذا الشرط صحيح، لأنه يؤكد العقد.

2) الشروط التي لا يقتضيها العقد، ولكن فيها مصلحة، كشرط الخيار، أو الرهن، أو الأجل، ونحو ذلك، هذا الشرط لا يخل بصحة البيع، بل يصح البيع والشرط كلاهما.

3) الشروط المنافية لمقتضى العقد، كشرط أن لا ينتفع المشتري بالسلعة، هذا النوع من الشروط يبطل البيع والشرط[42].

4) الشروط التي لا تنافي العقد، ولا يقتضيها العقد، ولا غرض فيه، هذا النوع من الشروط يصح فيه البيع ويبطل الشرط[43].

---

[40]- ينظر: محمد عليش، منح الجليل، (دار الفكر بيروت، ١٤٠٩هـ)،ج٥،ص٥٨

[41]- ينظر: ابن رشد، المقدمات الممهدات، (دار الغرب الإسلامي بيروت، ١٤٠٨هـ)،ج٢،ص١٧٢ ـ محمد عليش، منح الجليل، (دار الفكر يروت)،ج٥،ص٥٨ـ٥٩

[42]- ينظر: أبو اسحاق الشيرازي، المهذب، (دار الكتب العلمية)،ج٢،ص٢٢ـ٢٣

[43]- عمر بن رسلان البلقيني، التدريب، (دار القبلتين الرياض، ١٤٣٣هـ)،ج٢،ص٩

اتضح مما سبق أن الحنفية والمالكية والشافعية لا يختلفون في الشروط المقترنة بالعقد فرقا كبيرا، واتفقوا على أن كل شرط يقتضيه العقد هو شرط صحيح، وكل شرط يناقض مقتضى العقد فهو باطل .

رابعا: مذهب الحنابلة

مذهب الحنابلة خصوصا ابن تيمية وابن القيم أوسع المذاهب في جواز الشروط وحريتها، وكل شرط اشترطه العاقدان فهو جائز عندهم إلا الشرط الذي يخالف الشرع، أو ينافي مقتضى العقد[44].

واستدلوا على جواز الشروط بالأدلة التالية:

قال الله تعالى: ﴿ "يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"[45] ﴾، وقالوا: إن الشرط بمنزلة العقد.

واستدلوا بقوله ﷺ "المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما"[46]، وبما روي عن جابر τ، قال:"كنت أسير على جمل لي فأعيا[47]، فأردت أن أسيبه[48]، قال: فلحقني رسول الله ρ : فضربه برجله، ودعا له، فسار سيرا لم يسر مثله، وقال: "بعنيه بوُقِيّة"[49] ، فكرهت أن أبيعه،

---

[44] - ينظر: المرداوي، الإنصاف، (هجر القاهرة، ١٤١٥هـ)،ج٤،ص٣٤٠-٣٤٤ .ابن تيمية، مجموع الفتاوى، (مجمع الملك فهد لمدينة النبوية)،ج٢٩،ص١٣٣- ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين، (دار الكتب العلمية بيروت، ١٤١١هـ)، ج٣،ص٣٠٢

[45] - القرآن ٦: ١

[46] - سنن الترمذي، أبواب الأحكام، رقم لحديث،"باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس"، رقم الحديث: ١٣٥٢.قال الترمذي: حسن صحيح، المرجع نفسه.وقال الألباني: صحيح. إرواء الغليل، (المكتب الإسلامي بيروت، ١٤٠٥هـ)، ج٥،ص٢٣٠

[47] - أعيا" تعب وعجز عن السير. نيل الأوطار: ج٥،ص٢١٢

[48] - أن يسيبه: أن يطلقه ويتركه لكي يمشي على قدميه، ينظر: تيسير العلام: عبد الله بسام، تحقيق: محمد صبحي، مكتبة التابعين–القاهرة، - ١٤٢٦، ص ٤٩١. فتح ذي الجلال والإكرام: ج٣،ص٤٨٤

[49] - "وقية" بضم الواؤ وبكسر القاف وتشديد الياء، وهي أربعون درهما. ينظر: مرقاة المفاتيح: ج٥،ص١٩٤١

قال: "بعنيه" ، فبعته منه، واشترطت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيته بالجمل، فقال: " ظننت حين ماكستك[50] أن أذهب بجملك، خذ جملك، وثمنه هما لك "[51].

الترجيح: يرى الباحث أن رأي ابن تيمية وابن القيم راجح لما فيه من التوسع على العباد خاصة في زماننا لوجود الشروط التي لم تكن موجودة في زمن الفقهاء القدامى، وشريعتنا الغراء تصلح لكل زمان وبكل مكان.

هذا، والأصل في الشروط الإباحة، والشروط الفاسدة أو الباطلة هي كما تلي:

1) الشروط التي تحل حراما.

2) الشروط التي تحرم حلالا.

3) الشروط التي تضر أحد المتعاقدين، وليس فيها منفعة لأحدهما.

4) الشروط التي تنافي العقد.

المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالي

من يتأمل في العقود المالية المعاصرة يجد أنها لا تكاد تخلو عن الشروط التي اشترطها أحد المتعاقدين على الآخر، ولا يخفى على أحد أن نسبة الشروط المقترنة بالعقود المعاصرة قد ازدادت، ولعل سببه رجحان عدم الثقةبين الناس، أو ظهور الغش والخداع في المعاملات المالية، لذا يحاول كل واحد من المتعاقدين أن يشترط الشروط التي تصونه عن الظلم والخسارة.

هذا الفصل يحتوي على الشروط المقترنة بالعقود المالية المعاصرة، منها الشروط المقترية بالإجارة المنتهية بالتمليك، والشروط المقترنة بالعقود متراخية التنفيذ، والشروط المقترنة بعقد الاستصناع، وبما أن طبيعة هذه الشروط وكيفيته مختلفة فلا يحكم على هذه الشروط

---

[50] - المكالمة في النقص عن الثمن، يقال: ماكس الشّخص، أي طلب منه أن ينقص الثمن. ينظر: سبل السلام: ج٣،ص٧

[51] - مسند أحمد: رقم الحديث ١٤١٩٥ ، ج٢٢،ص١٠٧. وينطر أيضا: صحيح البخاري: كتاب البيوع،"باب شراء الدواب والحمر"، رقم الحديث ٢٠٩٧، ج٣،ص٦٢

بالجواز أو الفساد إطلاقا، بل لا بد من معرفة طبيعتها وكيفيتها، ليحكم عليها حكما شرعيا، وهذا ما سأبيّنه فيما يأتي في الصفحات، وبالله التوفيق والسداد.

المطلب الأول: الشروط المقترنة بالإجارة المنتهية بالتمليك

انتشرت في عصرنا الحاضر عمليات الإجارة طويلة الأجل في الأصول الثابتة والمتغيرة من البيوت والسيارات، ومن اطلع على عمليات هذا العقد، فإنه يعرف أن البيع في هذا العقد معلق بشرط سداد الأقساط حيث إن المؤجر ينص ببيع العين المؤجرة على سداد جميع الأقساط بثمن رمزي أو حقيقي، أو بدون الثمن، أو مع الوعد بالبيع، ونحو ذلك، هذا المطلب يتناول الحكم الشرعي لهذه الشروط.

أولا: معنى الإجارة المنتهية بالتمليكالإجارة المنتهية بالتمليك شبه بعقد الإجارة وعقد البيع بالتقسيط، وهي عقد يخوله العميل أن يملك العين في شكل الإجارة التي تنتهي بتمليك العين، والشرط الأساسي لانقلاب الإجارة إلى التمليك هو أن يدفع المستأجر جميع الأقساط، فإذا تحقق هذا الشرط وقع المشروط، وإلا يبقى العقد إجارة، ولا ينقلب إلى التمليك.وعرف الإجارة المنتهية بالتمليك أنها اتفاق المؤسسة مع عميل على أنها تؤجره شيئا معينا بأقساط معينة، وأن العميل يملك العين المؤجرة بعد أدائه جميع الأقساط، ويتم التمليك بوعد بالبيع أو بوعد بالهبة، ونحو ذلك [52].

ثانيا: الشروط المقترنة بالإجارة المنتهية بالتميلكقد يشترط في الإجارة المنتهية بالتمليك الشروط الأخرى ما عدا اشتراط دفع الأقساط، أذكر هذه الشروط مع حكمها الشرعي، وذلك في الفروع الآتية.

1) الإجارة بشرط بيع المحل عند نهاية المدةمن صورة الإجارة المتنهية بالتمليك بأن المؤسسة تؤجر عينا، وتشترط ببيعه للمستأجر عند انتهاء مدة الإجارة، صورته أن يقول المؤجر للمستأجر:

---

[52]. ينظر: المعايير الشرعية، رقم المعيار ٩، ص ١٣٩. محمد يوسف،عقد الإجارة المنتهي بالتمليك، جامعة النجاح – فلسطين، ٢٠٠٣، ص ٦٩.

أجرتك هذه السيارة بكذا مبلغ من المال الذي تدفعه في كل شهر على أنك إذا سددت جميع الأقساط في الوقت المحدد بعتك هذه السيارة بكذا من المال.

ومما سبق من جواز الشروط، أن الأصل فيها الإباحة، وبناء على ذلك يمكن القول بجواز عقد الإجارة المنتهية بالتمليك بطريق البيع المعلق على شرط، فإن قال قائل: إن عقد البيع يحتوي على الغرر بسبب التعليق، قلنا في جوابه: إن العين المؤجرة تحت يد المستأجر طيلة مدة العقد، فلا غرر في تسليمه، وثمن السلعة الذي حصل عليه البائع عند انتهاء مدة الإجارة هو ثمن رمزي، والمستأجر لا يقصر في العين المؤجرة التي دفع ثمنها كاملا[53].

2) الإجارة بشرط هبة العين المؤجرة عند نهاية المدةهذا الفرع يتناول الإجارة المنتهية بتمليك العين المؤجرة بطريق الهبة المشروطة بالعقد، وصورته أن يقول المؤجر: أجرتك هذه السيارة في مقابل مبلغ معين تدفعه أنت في كل شهر على أنك إذا سددت جميع الأقساط في الوقت المحدد،فالعين هبة لك.

حكم هذا العقد مبنى على جواز تعليق الهبة على الشرط، وسبق اختلاف العلماء في تعليق العقود بالشرط، ورجحت أن تعليق العقود بالشرط جائز، إذ قد يحتاج إليه العاقدان مثل هذه الشروط[54]، وبناء على ذلك يستطيع الباحث أن يقول: إن الاشتراط بالوعد جائز.

المطلب الثاني: الشروط المقترنة بعقد التوريد

من العقود التي يكون محلها السلعة، والسلعة غالبا تكون موجودة عند البائع، وقد لا تكون موجودة عند التعاقد، ولكن البائع يقدر على استحضارها في الوقت الموعود، كعقد السلم والاستصناع وعقد التوريد وعقد المقاولة، ولما كانت السلعة في مثل هذه العقود تتأخر إلى موعد الاستحقاق، فهي غالبا مقترنة بالشروط، في هذا المطلب أتكلم عن جواز تلك الشروط، وبالله التوفيق.

أولا: الشروط المقترنة بعقد التوريد[55]

---

[53] - فراس محمد الأسطل، الإجارة المنتهية بالتمليك، الجامعة الإسلامية – غزة، ١٤٢٣هـ، ص ٧٥.

[54] - ينظر: المرجع نفسه.

أ) ما اشترطه المستورد على المورد

1) اشتراط المستورد بأن إذا لم يوافق العين المستوردة للمواصفات التي اتفق عليها العاقدان، فعلى المورد ضمانها، فهذا الشرط لا بأس به، لأنه موافق لمصلحة المستورد، ووجب على المورد أن يسلم العين المستوردة حسب ما اتفق عليه عند التعاقد، فإذا خالف ذلك يكون ضامنا.

2) اشتراط المستورد على المورد بأنه يضمن بإصلاح المعقود عليه أو تبديله إذا وقع الخلل في حين أدائه خلال مدة معينة، وهذا الشرط جائز، لأن عرف المسلمين يجري على التعامل مع هذا الشرط ، وهذا ما يسمى في عرفنا، (warranty)[56].

3) اشتراط المستورد بأنه يقوم بالخيار إذا وصلت العين المستوردة معيبة، أو أنه يأخذها بأقل من السعر الذي اتفق عليه عند التعاقد، هذا الشرط مقبول، لأنه ملائم للعقد[57].

4) اشتراط المستورد بأن المورد يقوم بدفع النفقات التي وجبت بانتقال البضاعة من حيازة المورد إلى حيازة المستورد، هذا الشرط مقبول، لأنه لا ينافي العقد.

5) اشتراط المستورد بأن المورد إذا تأخر في تسليم العين المستوردة في الوقت الذي اتفق عليه عند التعاقد، فعليه غرامة مالية إلا إذا كان هناك ظروف قاهرة[58].

ب) ما اشترطه المورد على المستورد

1) اشتراط المورد على المستورد بأنه لا يبيع البضاعة بأقل من ثمن كذا وكذا، والغرض من هذا الشرط استقرار

---

[55]- وهو عقد يلتزم فيه المتعاقد أن يدفع سلعة معينة مؤجلة متتالية، خلال أوقات محددة لطرف آخر، وذلك في مقابل مقابل ثمن معين مؤخر كله أو بعضه. الوسيط: عبد الرزاق السنهوري، الجزء السابع من المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ١٩٦٤، ص ٥

[56]- عقد التوريد: ص ٥٧.

[57]- عمر رشيد، الشروط المقترنة بالعقود وتطبيقاتها في المعاملات المالية، الجامعة الإسلامية العالمية- إسلام آباد، ٢٠١٣، ص ٧٤.

[58]- المرجع نفسه.

سعر البضاعة في الأسواق، ومنع المنافسة بين التجار، وهذا الشرط مقبول، لأن فيه مصلحة للمورد[59].

2) اشتراط المورد على المستورد بأن يقتصر على بيع بضاعته، ولا يبيع البضائع الأخربالتي ينتجها غيره، فمثلا: أن يتفقالموردعلى توريد نوع معين من الصابون، ويشترط على المستورد أن لا يستورد أنواع أخرى من الصابون[60].

هذا الشرط لصالح المورد، ولكن فيه خسارة وضرر يلحق بالمستورد، فيرى الباحث بعدم جوازه، لأن كل شرط فيه مضرة لأحد المتعاقدين فهو فاسد، كما قلنا ذلك سابقا.

ثانيا: الشرط الجزائي في عقد التوريد ذكرت هذا الشرط منفردا، وذلك نظرا إلى أهميته في العقود المعاصرة، وفيما يلي أذكر معنى الشرط الجزائي وجوازه.

أ) معنى الشرط الجزائيو عرف بأنه: "اتفاق يقدر فيه المتعاقدان التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه"[61]. وعرّف أيضا أنه: "اتفاق المتعاقدين عند العقد على مقدار التعويض الذي يستحقه من وفى بالتزامه منهما على من لم ينفذ التزامه أو تأخر في تنفيذه"[62].

ب) حكم الشرط الجزائي في عقد التوريد

الشرط الجزائي جائز في العقود بشرط أن تتوفر فيه الشروط التالية:

1) أن لا يكون الشرط الجزائي في العقود التي يتم فيها الالتزام الأصلي بصورة دين، لأن الشرط فيها يسبب الربا الصريح، ومن أبرز العقود التي يكون الالتزام فيها دينا أربعة، وهي كالتالي.

---

[59]- ينظر: عقد التوريد : ص ٥٨.

[60]- ينظر: المرجع نفسه: ص ٦٠.

[61]- شفيق غربال، الموسوعة العربية الميسرة، مكتبة العصرية، ص ٢٠١٣. أبحاث هيئة كبار العلماء: ج١،ص١٥٤- مجلة البحوث الإسلامية: ج٢،ص٦٢

[62]- عقد التوريد: ص ٦٠. مجلة البحوث الإسلامية: ج٩١،ص٢٧٥

أ) القرض ب) بيع السلم ج) البيع بثمن مؤجل د) البيع بالتقسيط[63].

2) أن يكون العوض المالي المتفق عليه في الشرط الجزائي مساويا أو مقاربا للضرر المتوقع بعدم تنفيذ العقد، وبناء على ذلك لا يجوز أن يكون العوض المالي أكبر من الضرر المتوقع أو أقل بكثير منه[64].

3) أن لا يكون تنفيذ الشرط الجزائي إلا بوقوع الضرر الحقيقي، ولا يشمل الضرر الأدبي65.وبما أن الالتزام الأصلي في عقد التوريد ليس بدين، فجاز فيه الشرط الجزائي بالنسبة للمورد، وذلك أن يشترط المستورد على المورد بأن المورد يضمن كذا قدرا من المال إذا تأخر توريد البضاعة عن الوقت المتفق عليه عند التعاقد[66]

المطلب الثالث: الشروط المقترنة بعقد المقاولة وتطبيقاتها

عقد المقاولة جائز ومشروع، وهو عقد يماثل عقد الإجارة من وجه، ويماثل عقد الاستصناع من وجه، وتفصيله أنه إذا كان العمل والمواد الخام من المقاول، فالعقد يكون استصناعا، وإن كان المواد الخام من رب المال، والعمل من المقاول فالعقد يكون إجارة[67]، وفي هذا المطلب أذكر حكم الشروط المقترنة بعقد المقاولة، والله الموفق.

الفرع الأول: شرط البراءة من العيوب في عقد المقاولة[68]

---

[63]- ينظر: قرارت مجمع الفقه الإسلامي: رقم قرار ١٠٩، بشأن الشرط الجزائي في دورته الثانية عشر بالرياض من سبتمبر ٢٣ – ٢٨، ٢٠٠٠.

[64]- عقد التوريد: ص ٦١.

[65]- ينظر: فرخنده ناصر، الشرط الجزائي وأثره في العقود: الجامعة الإسلامية العالمية – إسلام آباد، ٢٠٠٧، ص ٦٩.

[66]- ينظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي بشأن الشرط الجزائي في دورته ثانية عشرة.

[67]- يوسف الشبيلي، الخدمات المصرفية الاستشارية في المصارف، (بدون طبعية وتاريخ)، ص ٤٥٥.

[68]- هي عقد يلتزم فيه أحد العاقدين بصنع شيء للآخر، أو يتعهد بالتزام عمل من الأعمال مقابل بدل يلتزمه الطرف الآخر.

قبل أن أبدأ حكم اشتراط البراءة من العيوب في عقد المقاولة، ينبغي أن أبيّن رأي الفقهاء في اشتراط البراءة من العيوب، فاختلف الفقهاء في حكم اشتراط براءة المبيع من كل عيب، وفيما يلي آرائهم.

الرأي الأول: جواز البراءة من العيوب كليا أو جزئيا، سواء كان يعلمها البائع أو لا يعلمها، وهذا مذهب الحنفية[69] ، ورواية عن الشافعية[70] والحنابلة[71].

الرأي الثاني: يجوز للبائع البراءة من العيوب التي لا يعلمها البائع، أما العيوب التي يعلمها البائع فلا يجوز له أن يبرأ عنها.وهذا رأي علماء المالكية [72]، وقول من الشافعية[73] والحنابلة[74]

الرأي الثالث: جواز البراءة من العيوب الباطنة[75] التي توجد في الحيوان ولا يعلمها البائع، أما العيوب في غير الحيوان، فلا يبرأ عنها البائع سواء أكان يعلمها أو لا يعلمها، وهذا هو الأظهر في المسألة عند الشافعية[76].

69- ينظر:أبو يوسف،اختلاف أبي حَنيفة وابن أبي ليلى،(لجنة إحياء المعارف النعمانية- الهند،) ، ص ١٥. الأصل للشيباني: ج٥،ص١٧٧

70- ينظر: المهذب: ج٢،ص٥٦. أمام الحرمين الجويني، نهاية المطلب، (دار المنهاج، ١٤٢٨هـ)، ج٥،ص٢٨٢

71- ينظر: المغني: ج٤،ص١٣٥- الشرح الكبير: ج٤،ص٥٩

72- ينظر: الكافي: ج٢،ص١٣٧- بداية المجتهد: ج٣،ص٢٠٠-عبد الوهاب البغدادي، المعونة، (المكتبة التجارية مكة المكرمة)، ص ١٠٦٦.

73- ينظر: البيان في مذهب الشافعي: ج٥،ص٣٢٧

74- ينظر: الكافي: ج٢،ص٥٤-ابن تيمية الجد، المحرر في الفقه، (مكتبة المعارفالرياض، ١٤٠٤هـ)، ج١،ص٣٢٦- الشرح الكبير: ج٤،ص٥٩

75- المراد من العيوب الباطنة ما يطلع عليها غالبا. البيع باشتراط البراءة من العيب في الفقه الإسلامي، وتطبيقاته المعاصر: إبراهيم عماري، www.http://almoslim.net

76- ينظر: الشافعي، الأم، (دار المعرفة بيروت، ١٤١٠هـ)، ج٧،ص١٠٥-النووي، منهاج الطالبين، (دار الفكر، ١٤٢٥هـ) ص ١٠٠. عبد الكريم الرافعي، الشرح الكبير، (دار الفكر)، ج٤،ص٢٤٠

أدلة الرأي الأول: قوله ﷺ "المسلمون عند شروطهم"[77]، ووجه الدلالة أن البراءة من العيوب شرط اشترطه البائع[78]، ورضي به المشتري، فلا مانع من صحة هذا الشرط.

واستدلوا أيضا بقوله صلى الله عليه وسلمللرجلين اللذين يتنازعان في مواريث قديمة "فاقتسما، وتوخيا الحق، ثم استهما، ثم تحالا"[8079].

ووجه الاستدلال أن قوله ﷺ"تحالا" يدل على أن البراءة من المجهول جائز[81]، لأنها لا تفضي إلى المنازعة[82].

دليل الرأي الثاني: استدل أصحاب هذا الرأي بما روي عن ابن عمر أنه "باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان ، فقال الرجل: باعني عبدا، وبه داء لم يسمه لي، وقال عبد الله: بعته بالبراءة، فقضى عثمان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد، وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف، وارتجع[83] العبد فصح عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم"[84].

78- المبسوط: ج١٣،ص٩٢- البناية: ج٨،ص١٣٦

79- توخيا بتشديد الخاء، معناه اطلبا العدل، استهما معناه اقترعا، وقوله تحالا معناه أن يعفو كل واحد من كما الآخر ما لعله حصل عليه من حقه. ينظر: عمدة القاري: ج٢٤،ص٢٥٧-

80- سنن أبي داؤد، كتاب الأقضية،"باب في قضاء القاضي إذا أخطأ"، رقم الحديث: ٣٥٨٤، ج٣،ص٣٠١- مصنف ابن شيبة: كتاب البيوع والأقضية، "ما لا يحله قضاء القاضي"، رقم الحديث: ٢٢٩٧٤، ج٤،ص٥٤١

81- ينظر: المبسوط للسرخسي: ج٢٠،ص١٤٣- شرح مختصر الطحاوي: ج٣،ص٧٦

82- حاشية ابن عابدين: ج٥،ص٤٢

83- ارتجع معناه استرد واسترجع، ينظر: المغرب: برهان الدين المُطَرِّزِيّ،دار الكتاب العربي، دون طبعة وتاريخ، ص ١٨٤

84- موطأ مالك: كتاب البيوع، العيب في الرقيق، رقم الحديث ٨٨٥. مصنف عبد الرزاق: كتاب البيوع، " باب: البيع بالبراءة ولا يسمي الداء"،رقم الحديث ٧٢٢٨، ج١٤،ص١٦٣-السنن الصغير: كتاب البيوع، "باب البيع بالبراءة من العيب"، رقم الحديث ١٩٤٠.

ووجه الاستدلال أن استحلاف عثمان عن ابن عمر ، على أنه باع العبد وليس به عيب، يدل على أنه لو باع العبد وبه عيب الذي لا يدريه البائع، فالبيع صحيح[85].

دليل الرأي الثالث: إن البراءة من كل عيب براءة من المجهول، والبراءة من المجهول لا تصح لما فيه من الغرر، أما جواز البراءة في الحيوان فوجهه أن الحيوان يتناول الغذاء في حالة الصحة والسقم، وقلما يبرأ من العيوب الظاهرة أو الباطنة، فمست الحاجة إلى البراءة من عيوبه الباطنة، إذ لا طريق إلى معرفتها، وهذا الوجه لم يكن موجودا في غير الحيوان، فلا يجوز براءة العيوب في غير الحيوان[86].

الترجيح: والذي يبدو لي - والعلم عند الله- أن القول بجواز اشتراط البراءة من العيوب التي لا يعلمها البائع، وعدم جواز اشتراط البراءة مما يعلمه البائع قول راجح، وذلك لأن اشتراط البراءة من العيوب من الأمور النسبية يختلف باختلاف السلع، فإذا كان المبيع فيهصفات داخلية وباطنيةمثل الجوال، والحاسوب والثلاجة، وما إلى ذلك من السلع التي فيصعب لكل أحد أن يطلع على صفاتها الداخلية والباطنية، فحينئذ جاز للبائع أن يشترط ببراءة من العيوب التي لا يعلمها. هذا، ثم إذا كان العقد يتعلق بصنعة شيء أو بانشاء شيء ذات مواصفات فنية دقيقة مثل إنشاء البيوت والمباني، ففي هذه الحالة لا يجوز لصاحب العمل أن يبرأ من العيوب التي ستحدث في البناء.فظهر من ذلك أنه لا يجوز للمقاول أن يشترط البراءة من العيوب، حتى ولو استخدم المقاول الخبراء في تعمير البناء، وذلك لأن قد حدث عمليا أن بعض المقاولين يشتري حديد تسليح من النوع الرديء، فإذا رُفعت عليه طبقة أسمنت أدى إلى ظهور التشقق في المبنى، ومثل تلك العيوب تسبب إزهاق أرواح سكان المبنى أو مستخدمي الجسور[87].

الفرع الثاني: اشتراط المقاول لنفسه بعدم الضمان

---

[85]- ينظر: المعونة: ص ١٠٦٤.

[86]- ينظر: المهذب: ج٢،ص٥٧- الماروردي، الحاوي الكبير، (دار الكتب العلمية بيروت، ١٤١٩هـ)، ج٥،ص٢٧٢- النووي، المجموع شرح المهذب، (دار الفكر)، ج١٢،ص٣٦٣

[87]- ينظر: محمد جبر الألفي، عقد المقاولة، (جامعة الإمام – الرياض، ١٤٢٣هـ)، ص ٢٥.

لو اشترط المقاول لنفسه بعدم الضمان، فهل يصح الشرط، أم لا؟

هذه المسألة مبنية على مسألة أخرى، وهي أنه ما يجب ضمانه هل يصيّره الشرط غير مضمون، وذلك على قولين، وهما كالتالي:

القول الأول: هذا الشرط باطل، لأن ما وجب ضمانه لا ينتفي ضمانه باشتراط نفيه، وذهب إلى هذا القول الحنفية [88] المالكية[89]، وهو قول عند الشافعية[90] والمشهور عند الحنابلة[91].

واستدلوا على بطلان هذا الشرط بأنه يخالف مقتضى العقد، وكل شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل.

القول الثاني: يصح الشرط، لأن ما وجب ضمانه ينتفي ضمانه باشتراط نفيه، هذا قول عند الحنابلة[92].

واستدلوا بقوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم" ، ونوقش أن الحديث ورد في الشروط الصحيحة، أما الشروط التي تخالف العقد، فهي باطل[93]، ويبدو لي أن القول الأول راجح، وذلك حفظا لأموال الناس من الضياع والهلاك.

المطلب الرابع: الشروط المقترنة بعقد الاستصناع وتطبيقاتها

إن الصناعة الإلكترونية تتطور تطورا سريعا، بل تتطور كل يوم، وما كان صنعا جديدا اليوم يكون صنعا قديما في الغد، واحتياج الإنسان إلى السلع المتجددة سبب أساسي للثورة الصناعية.

88- ينظر: البحر الرائق: ج٧، ص٢٧٤- مجمع الضمانات: ص ٣٣. حاشية ابن عابدين: ج٥، ص٦٦٣

89- المقدمات الممهدات: ج٢، ص٢٥١-الذخيرة للقرافي: ج٥، ص٥٠٥

90- ينظر: المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي: ج١٥، ص٥١. أسنى المطالب: ج٣، ص٧٦

91- ينظر: المغني: ج٥، ص٣٩٧

92- ينظر: المغني: ج٥، ص٣٩٧

93- ينظر: عبد الرحمن بن عايد، عقد المقاولة، (جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٥هـ)، ص ٢٤٦.

وعقد الاستصناع بيع ما ليس عند الإنسان، وهو بيع يثبت في الذمة، لذا يلجأ فيه الصانع والمستصنع إلى الشروط أكثر مما يلجؤون في غيره من العقود، وفيما يلي أذكر معنى عقد الاستصناع، وحكم الشروط المقترنة بعقد الاستصناع، وبالله التوفيق والسداد.

الفرع الأول: معنى عقد الاستصناع

الاستصناع لغة: هو طلب الصنع، والصنع هو العمل، وفي التنزيل: ﴿ صُنْعَ اللهِ الَّذِي أَتْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ[94]﴾، ومنه الصناعة، وهي الحرفة يعملها الصانع بيده[95].

الاستصناع في اصطلاح الفقهاء: منهج الحنفية في تناول موضوع الاستصناع يختلف عن منهج الأئمة الثلاثة في تناول الموضوع نفسه، فإن الحنفية تناولوا عقد الاستصناع عقدا مستقلا، أما بقية المذاهب الثلاثة فقد أدرجوه تحت عقد البيع أو عقد السلم، وفيما يلي تعريف عقد الاستصناع.

الاستصناع عند الحنفية: "هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع"[96].

وقال ابن نجيم: الاستصناع هو أن يقول الرجل: "اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا"[97].

وقال ابن عابدين "الاستصناع هو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص"[98].

أما المالكية[99] والشافعية[100] فهؤلاء أدرجوا الاستصناع في السلم، ولم يعتبروه عقدا مستقلا كما أن الحنابلة لم يعتبروه عقدا مستقلا، وأدرجوه في كتاب البيع[101].

94- النمل: ٨٨.

95- ينظر: تاج العروس: ج٢١،ص٣٧٥- ناصر الدين المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، (دار الكتاب العربي)، ص ٢٧٣

96- تحفة الفقهاء: ج٢،ص٣٦٢

97- البحر الرائق: ج٦،ص١٨٥

98- الرد المحتار: ج٥،ص٢٢٣- مرشد الحيران: ص ٧٤.

99- وفي المدونة تحت كتاب السلم يوجد عنوان "السلف في الصناعات" ينظر: المدونة: ج٣،ص٦٨-وفي المقدمات تحت كتاب السلم يوجد عنوان "السلم في الصناعات". ينظر: المقدمات الممهدات: ج٢،ص٣٢/-

الفرع الثاني: الشروط المقترنة بعقد الاستصناع

يشترط كل من الصانع والمستصنع في عقد الاستصناع ما كان موافقا لمصلحته، لا نجيز هذه الشروط على الإطلاق كما لا نبطلها على الإطلاق، بل لا بد من التأمل في هذه الشروط، فإن كانت موافقة للقواعد الشرعية فهي جائزة، وإذا كانت مخالفة لها فهي ممنوعة، وفي الفرعين التاليين أذكر ما اشترط المستصنع والصانع من الشروط مع حكمها الشرعي.

أولا: ما اشترطه المستصنع على الصانع

أ) اشتراط صلاحية المستصنَع للعمل لمدة معينةقد اشتهر في زمامنا ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة، هذا ما يسمى في الإنجليزي (warranty)، وهو ضمان صلاحية المبيع وقيامه بالعمل سليماً مدة معينة، بحيث إذا ثبت صلاحه في هذه المدة فغلب على الظن صلاحه فيما بعد[102].

وهذا معظم ما يجري في الأشياء الكهربائية دقيقة الصنع وسريعة الخلل مثل الجوال، الساعات، والثلاجات ونحو ذلك.

صورته في عقد الاستصناع: أن يشترط المستصنع على الصانع أنه إن وقع الخلل في المستصنَع في مدة كذا، يحق للمستصنع برده، أو يقوم الصانع بصيانته وإصلاحه، هذا الشرط جائز، لأنه يحقق ما يكون مقصودا من الاستصناع، وهو انتفاع المستصنع به، وذلك لا يتحقق إلا بسلامته من العيوب.

ب) اشتراط المستصنع على الصانع أنه يعمل ويصنع الشيء بنفسه، ولا يفوّض العمل إلى من يعمل تحته أو يعمل مستقلا كالصانع، هذا الشرط يتعلق بمقتضى العقد، لأن المستصنع رضي بصنعة صانع معين، ولا يرضى بغيره، وذلك لأنه قد تختلف صنعة الشيء باختلاف الصانع[103].

---

[100] - ينظر: الأم ج٣،ص١٣٢- روضة الطالبين: ج٤،ص٢٧

[101] - ينظر: الإقناع: ج٢،ص٦٦- الإنصاف: ج١١،ص١٠٥- كشاف القناع: ج٣،ص١٦٥

[102] - الوسيط للسنهوري: ج٤،ص٧٥٨- الحوافز التجارية التسويقية: خالد بن عبد الله المصلح، ص ٣٠٥.

[103] - ينظر: المعايير الشرعية: رقم المعيار: ١١، البند: ٣-١-٤ الشروط المقترنة بالعقود: ص ٩٨-٩٩

ج) اشتراط المستصنع أن المعقود عليه إذا لم يكن على المواصفات التي اتفق عليه عند التعاقد، فله الخيار في قبوله أو رده، أو بأخذه بأقل من السعر الذي اتفق عليه عند التعاقد، هذا الشرط أيضا جائز، لأن العقد لا بد أن يكون حسب المواصفات التي اتفقا عليها عند العقد.

ثانيا: ما اشترطه الصانع على المستصنع

أ) اشتراط الصانع أنه يرجع بالضمان ما استعمله من المواد الخام إن توقف المستصنع عن إتمام العقد، هذا الشرط أيضا جائز لما فيه مصلحة للصانع.

ب) الشرط الجزائي في عقد الاستصناع

لو شرط الصانع على المستصنع شرطا جزائيا بالتأخير عن سداد الثمن، فهذا الشرط باطل، لأن الثمن دين، والشرط بدفع مبلغ معين لأجل التأخير عن الثمن صريح الربا[104].

وبالنسبة للمستصنع جاز له أن يشترط على الصانع شرطا جزائيا إذا تأخر عن تسليم المستصنَع، لأن هذا الشرط

من مصلحة العقد[105].

ج) اشتراط الصاتع على المستصنع على أن الشروط الجديدة التي تفرضها السلطات المختصة- مما لم يتفق عليها العاقدان عند التعاقد- ويترتب عليها تبعات فإنها تكون على المستصنع، وليست على الصانع، هذا الشرط جائز[106].

د) اشتراط الصانع على أنه بريء من كل عيب، لا يجوز هذا الشرط[107]، وقلنا في مبحث الشروط المقترنة بعقد المقاولة: إن العقد إذا يتعلق بصنعة شيء أو بإنشاء شيء ذات مواصفات فنية دقيقة مثل إنشاء البيوت والمباني والثلاجات والسيارات والجوال ونحو ذلك، فإنه في هذه الحالة

---

[104]- ينظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي: رقم قرار ١٠٩، الدورة الثانية عشرة المنعقدة في السعودية من ٢٥ -رجب جمادى الآخرة ١٤٢١هـ.

[105]- ينظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي: رقم قرار٦٥، الدورة السابعة المنعقدة في السعودية من ٧-١٢ ذي القعدة ١٤١٢. المعايير الشرعية: رقم المعيار: ١٢، البند، ٦-٧

[106]- ينظر: المعايير الشرعية: رقم المعيار: ١١، البند: ٤-٢-٥

[107]- ينظر: المرجع نفسه، رقم المعيار ١١، البند ٢-٣

لا يجوز للصانع أن يبرأ من العيوب التي تحدث في المستصنَع، فظهر من ذلك أنه لا يجوز للمستصنع أن يشترط البراءة من العيوب، ولأن البراءة لا تكون إلا في بيع معين، والاستصناع بيع يثبث في الذمة، فكيف يجوز اشتراط الصانع ببراءة عيوب المستصنَع الذي لم يصنع بعد.

خاتمة البحث: وهي تشتمل على نتائج البحث والتوصيات كالتالي:

أولا: نتائج البحث، توصلت من خلال هذا البحث إلى النتائج التالية:

1) الأصل في الشروط الجواز إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا.

2) الشروط الصحيحة أو الجائزة هي كما تلي:

أ) الشروط التي توافق مقتضى العقدب) الشروط التي تلائم العقد.

ج) الشروط التي ورد بها الشرع.د) الشروط التي جرى بها العرف، ولا تخالف القرآن والسنة، وكذلك لا تضر بها أحد المتعاقدين.

3) الشروط الفاسدة أو الباطلة هي كما تلي:

أ) الشروط التي تحل حراما) الشروط التي تحرم حلالا.

ج) الشروط التي تضر أحد المتعاقدين، وليس فيها منفعة لأحدهما د) الشروط التي تنافي العقد.

4) الشرط الجزائي جائز في سائر العقود إلا في القرض، و بيع السلم، والبيع بثمن مؤجل، والبيع بالتقسيط.

5) اشتراط صلاحية المبيع للعمل مدة معينة - هذا ما يسمى في الإنجليزي (warranty)– جائز.

6) يجوز اشتراط البراءة من العيوب التي لا يعلمها البائع، وعدم جواز اشتراط البراءة مما يعلمه البائع.