الشروط المستحدثة
في مجال البيع*

تمهيد

هذا بحث جديد كل الجدة، وهو حيوي وعملي نابع من ظروف السوق وأوضاع الواقع، ففيه يجنح بعض الناس لإيراد شرط من الشروط النفعية في عقود البيع تأثراً بالأهواء والرغبات ورعاية المصالح، ظانين أن لهم كامل الحرية في اشتراط ما يريدون، وتقييد الطرف الآخر ببعض القيود التي تحقق المصلحة، وانطلاقاً مما يتردد في أوساط التعامل بأن «العقد شريعة المتعاقدين» وهي قاعدة قانونية، لا شرعية، وتقليداً لما يشيع بين الناس من عادات وأعراف أخذاً برأي بعض العلماء كالقاضي شريح، وابن شبرمة وابن أبي ليلى، وابن تيمية وابن قيم الجوزية وبعض المعاصرين المتحمسين لهذا الرأي القائلين بأن «الأصل في العقود والشروط الإباحة» أو حرية التعاقد أو الاشتراط، وهو ما يسمى في القانون الوضعي بسلطان الإرادة.

فما مدى صحة طائفة من تلك الشروط الشائعة والمستحدثة، هل يؤثر

---

* مقدم إلى ندوة البركة الخامسة والعشرين للاقتصاد الإسلامي، رمضان ١٤٢٥هـ.

اشتراطها على العقد فتفسده، أو إنها شروط صحيح لا إشكال فيها، أو إنها شروط لاغية باطلة والعقد صحيح؟ هذه احتمالات ثلاثة.

وهل اشتراط شرط من الشروط محل البحث يتفق مع مقتضى العقد أو يصادمه؟

والمطلوب دراسة أهم الشروط المستحدثة في مجال البيع، على سبيل الحصر، دون تكرار لما هو مبحوث بالطريقة التقليدية لدى الفقهاء، علماً بأن لي بحثاً سابقاً في الموضوع، على هذه الشاكلة.

وهذه ثمانية شروط، قد تقترن بالبيع، تحتاج إلى توصيفها أو تكييفها الشرعي بالإباحة أو الحظر، ومعرفة حكمها شرعاً صحةً أو بطلاناً، حتى يتبين ذلك للمتعاملين، فيقدموا على اشتراطها، أو يعرضوا عنها، لمصادمتها المقررات الشرعية، وضرورة اجتناب ما يوقعهم في شراك المعصية والإثم.

وهذه الشروط المستحدثة هي:

١- شرط عدم المنافسة.

٢- شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع الآجل.

٣- شرط التجربة في المصنوعات لمدة معينة.

٤- شرط التدريب على استخدام المعدات المشتراة.

٥- شرط استحقاق البائع ما يحصل عليه المشتري من زيادة على الثمن المتوقع عند بيع السلعة المشتراة.

٦- شرط استرداد المستصنع ما يحققه الصانع من تخفيض للتكلفة المتوقعة.

٧- اشتراط عدم تصرف المشتري في المبيع بيعاً أو هبةً إلا بموافقة البائع.

٨- اشتراط تعديل الثمن ومراجعته بصورة دورية بحجم الأرباح.

وستكون دراسة هذه الشروط في ضوء المقرر لدى الفقهاء في بحث شروط البيع، وحكم العقد أو مقتضى العقد، في كل محور على حدة، دون التوغل في بحث آراء الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد البيع، والله هو الهادي لأقوم السبيل.

شرط عدم المنافسة:

هو اتفاق البائع مع المشتري على ألا يترتب على تملك الشيء المبيع من آلة أو مادة معينة أو مصنع ونحو ذلك إلحاق ضرر بالبائع بمنافسته في إنتاج سلعة مشابهة ذات مواصفات محددة، سواء بالاسم التجاري أو بالأنموذج، أو بالسلعة في حدِّ ذاتها، مع تطابق الوصف أو مع التغيير الطفيف في الشكل.

هذا الشرط قيد في البيع، يحقق منفعة لحساب البائع وهو أن يظل إنتاجه هو المسيطر والرائج في السوق، فيحقق وحده الربح، ولكنه يضر بمصلحة المشتري بمنعه من المنافسة في الإنتاج والتسويق والتوزيع.

فما مدى مشروعيته؟

المبدأ المقرر في الإسلام هو حرية التجارة والعمل والاكتساب، لقوله عليه الصلاة والسلام: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»[1].

---

(١) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) إلا البخاري من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

ومن المعلوم فقهاً أنه يترتب على عقد البيع (وهو حكم البيع، أي أثره الجوهري) انتقال الملكية التامة في المبيع للمشتري في مقابل ما دفعه من الثمن، والملك التام يمنح المالك ثلاث سلطات أو صلاحيات هي: الحق المطلق في التصرف، والاستعمال، والاستغلال، أي الاستثمار، فالعقد يثبت حرية التصرف للمالك كما يشاء.

ووجود شرط عدم المنافسة يتنافى مع هذه الحقوق الثلاثة، ومع حرية المالك في استغلال المبيع والإفادة مما ينجم عنه من ثمرات أو غلال، فيكون شرطاً فاسداً، والشرط الفاسد: هو ما كان مخالفاً لمقتضى العقد، أو لم يؤكد أو يلائم مقتضاه، ولا أذن به الشرع، ولا جرى به العرف. وحكمه عند جمهور العلماء غير الحنابلة: أنه يفسد البيع وبقية عقود المعاوضات المالية، كالإجارة، والقسمة مثلاً، ولكنه يكون لغواً في العقود الأخرى كالتبرعات والتوثيقات والزواج. وأما الحنابلة فذهبوا إلى أن الشرط المفسد لا يفسد العقد، ولو كان من عقود المعاوضات المالية، أي إن العقد صحيح، والشرط لاغٍ[١].

والعلة في هذه التفرقة - على رأي الجمهور -: أن القصد من العقود المالية: هو تعادل كل من طرفي العقد، فالتعادل في التبادل شرط، فإذا أبطلنا الشرط الذي رضي أحد العاقدين بالعقد على أساسه، وجعلنا العقد مع هذا صحيحاً، ذهب التعادل المقصود، وفات الرضا بالعقد، فيُضَارّ صاحب الشرط[٢]، وفي الشريعة أنه «لا ضرر ولا ضرار»[٣]. لكن الحنابلة

---

(١) فتح القدير ٥/ ٢١٧، رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢٥، بداية المجتهد ٢/ ١٢٥، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/ ٧٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٥٣، تحفة المحتاج ٤/ ٢٩٧، ٥/ ٥٣

(٢) الأموال ونظرية العقد، أ. د. محمد يوسف موسى ٤٢٣

(٣) أخرجه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس، وابن ماجه والدارقطني مسنداً عن عبادة بن الصامت وعن أبي سعيد الخدري، وهو حديث حسن، ورواه مالك في

يتوسعون في تفسير مقتضى العقد وحدوده، ويقصرون منافاة الشرط لمقتضى العقد على النواحي الأساسية التي تخل بالغاية الشرعية من العقد، فقد يبطل العقد بالشرط، وقد يبطل الشرط ويصح العقد[١].

وهذا واضح على رأي الجمهور، أما على رأي القاضي شريح وابن شبرمة وابن تيمية وابن القيم الذين يتوسعون في إباحة الشروط، فإنهم لا يجيزون العقد الذي يناقض حكم الله ورسوله، أو شرطاً يتعارض والمقصود من العقد، أي يصادم مقتضى العقد، لكن ابن شبرمة قاضي الكوفة (ت ١٤٤ هـ) وابن أبي ليلى (ت ١٤٨ هـ) ذهبا إلى أن الشروط الفاسدة لا تؤثر في مختلف العقود، سواء المعاوضات المالية وغيرها، فتبطل هي، ويكون العقد صحيحاً.

ويؤيد ما قررنا نص قانون الموجبات والعقود اللبناني (م ٨٣) في بطلان شرط عدم المنافسة، وكل شرط مثيله، وهو الشرط الذي يحظر على المتعاقد الآخر استعمال حقوقه الشخصية أو العامة، كتعهد شخص بالامتناع عن ترشيح نفسه للانتخابات مقابل مبلغ مالي، أو الامتناع عن الذهاب لانتخاب منافسه.

ونص المادة (٨٣) هو:

باطل كل شرط من شأنه ن يقيد أو يمنع استعمال الحقوق المختصة بكل إنسان، كاستعمال حقوقه في الزواج، أو حقوقه المدنية. واستثنى هذا القانون حالتين وهما:

١) الشرط الذي موضوعه التعهد بالامتناع عن ممارسة صناعة أو مهنة

= الموطأ مرسلاً عن عمرو بن يحيى عن أبيه، عن النبيﷺ، فأسقط أبا سعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضاً.

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/ ٤٣٩، أعلام الموقعين ٣/ ٣٣٩ وما بعدها، ط المنيرية.

لفترة معينة، وهو من الشرط الفاسخ، كما إذا قلت: أشتري محلك بشرط ألا تفتح مثله لمدة سنة، أو أكثر أو أقل.

٢) الاشتراط على المرأة ببقائها مترملة، وذلك إذا وهب شخص لزوجته مالاً بشرط ألا تتزوج بعد وفاته، وذلك عندما يكون الدافع إلى ذلك مشروعاً، كالقيام على تربية أبنائه مثلاً. أما إذا كان الدافع غير مشروع، كأن كان الشرط لمحض الأنانية، فيبطل الشرط وتصح الهبة[١].

شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع لأجل

لا بد من التفرقة بين حكم العقد أو مقتضاه وبين حقوق العقد، فمقتضى العقد: هو الأثر الجوهري أو الغاية النوعية المقصودة أساساً منه، ومقتضى البيع: هو انتقال الملكية بمجرد إبرامه أو تلاقي الإيجاب والقبول، الذي يرتب ذلك إنما هو الشرع، والشريعة تدخل في ترتيب ما للعقد من حكم وآثار، لذا يقول الفقهاء: إن العقود أسباب «جعلية شرعية» لأحكامها وآثارها.

وأما حقوق العقد: فهي الآثار الفرعية المترتبة على العقد، كالمطالبة بتسليم المبيع وتسلُّم الثمن، وردّ المبيع المعيب على صاحبه، أو الرَّد بالاستحقاق. وإرادة العاقدين هي التي تنشئ للعقد هذه الحقوق، لكن حكم العقد أو مقتضاه مقصور على إرادة الشرع كما تقدم، أي إن الرابطة بين العقد وحكمه، باعتبار أحدهما سبباً والآخر مسبباً أو نتيجة، ليست رابطة طبيعية عقلية، بمعنى أنه إذا وجد السبب ترتب عليه وجود المسبب حتماً، بل هي رابطة جعلها الشارع بينهما[٢].

وعلى هذا الأساس، فإن تقرير انتقال الملكية إنما هو للشرع، وليس

---

(١) نظرية الالتزامات، أ. د. محسن شفيق، ص ١٨٠ وما بعدها.

(٢) أ. د. محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ٤١١

للعاقدين إلا ممارسة العقد فقط، وحينئذ فإن ملكية المبيع تنتقل من البائع للمشتري عقب العقد حكماً ويستحق البائع أن يطالب المشتري بالثمن الذي ترتب عليه في ذمته.

فإذا كان البيع حالاً استحق البائع الثمن عقب العقد، وإذا كان مؤجلاً أو مقسطاً استحق البائع المطالبة بالثمن عند حلول الأجل، أو تاريخ استحقاق الأقساط المتفق عليها.

وإذا كان هذا هو الشأن في المقررات الشرعية أو الفقهية، فإن تأجيل انتقال الملكية إلى إيفاء الثمن، أو تعليق انتقال الملكية إلى المشتري حتى يؤدي الثمن إذا كان مؤجلاً أو مقسطاً شرط باطل، وكذلك يكون البيع باطلاً، لمنافاة هذا الشرط لمقتضى البيع.

أما ما يقرره القانون الوضعي، ومنه قانون المعاملات الإماراتي من مشروعية هذا التأجيل فهو في تقدير الشريعة خطأ محض، والبيع باطل.

نصت المادة (٥١٣) من القانون الإماراتي على ما يأتي:

١) يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن، ولو تم تسليم المبيع.

٢) وإذا تم استيفاء الثمن، تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع. أي يكون لها أثر رجعي.

وأما ما ذكرته المذكرة الإيضاحية من وجود مستند لهذه المادة في كل من المجلة (م ١٨٧، ١٨٨) ومرشد الحيران (م ٤٥٤، ٤٥٥) فهو غير صحيح.

لأن المادة (١٨٧) من المجلة في البيع بشرط يؤيد مقتضى العقد، كالشرط على تقديم رهن أو كفيل، ونصها واضح لما ورد فيها: «لأن هذا الشرط مؤيد للتسليم الذي هو مقتضى العقد» فيكون الشرط معتبراً،

والمادة (١٨٨) من المجلة في البيع بشرط متعارف لا يؤدي إلى النزاع، كاشتراط أن يخيط البائع الثوب أو يرقعه أو يسمِّر القفل في الباب، فهذا شرط صحيح، ويلزم البائع الوفاء بهذه الشروط.

شرط التجربة في المصنوعات المعدة لمدة معينة

الأصل العام المقرر في عقود البيع أن للمشتري حقاً أساسياً في المبيع، وهو تسلم المبيع سليماً من كل العيوب التي يخلو عنها أصل الفطرة السليمة، ويوجب نقصان الثمن في عرف التجار نقصاً فاحشاً، ويقابله تسلم البائع الثمن في عصرنا من النقود الرائجة لا الباطلة في التعامل، إن كان الثمن نقداً، وهو الغالب، وتسلم المقابل المتفق عليه إن كان الثمن عيناً من الأعيان، وهو المقايضة. وهذا ما نصت عليه المادة (٣٣٦) من المجلة. ونصت المادة (٣٨٩) من القانون المدني السوري على جواز البيع بشرط التجربة، وعلى البائع أن يمكن المشتري من التجربة.

وهناك عيوب غير مشاهدة عند التسلم ولا تعرف إلا بالتجربة، مثل كل الآلات الحديثة من سيارات وطائرات وسفن وغيرها من آلات المصانع، ومثل إباق الحيوان، وجنون الشاة ونحو ذلك.

فهل يجوز اشتراط المشتري على البائع تجربة الآلة المصنوعة مدة معينة قصيرة من الزمان؟

لا مانع فقهاً من هذا الشرط إذا كانت المدة قصيرة، لاتفاقه مع مقتضى العقد وحقوقه، فمن حق المشتري اشتراط هذا الشرط، ليسلم له المبيع من العيوب الخفية غير المدركة أو غير المشاهدة عند البيع أو عند وجود الخصومة والنزاع في شأن وجود العيب أو عدمه، فالشرط صحيح والعقد صحيح.

وهذا شيء طبيعي وعقلي وعادي، فإن ثبوت خيار العيب المقرر شرعاً يتوقف على هذه التجربة، سواء وجد الشرط أم لم يوجد، فإذا قصر البائع في بيان العيب، ثبت الحق للمشتري تلقائياً في اكتشاف هذا العيب، وذلك مقرر في طائفة من الأحاديث النبوية الصحيحة، ومنها: «المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً، وفيه عيب، إلا بيَّنه له»[١].

وقد نص فقهاء الحنفية على أن من طرق إثبات العيب: العيب الذي ليس بمشاهد عند الخصومة ولا يعرف إلا بالتجربة كالإباق والجنون والسرقة[٢].

شرط التدريب على استخدام المعدات المشتراة

من الأمور البدهية ومقتضيات العمل أن تكون الآلات والمعدات الصناعية المستقلة، أو المركبة، صالحة للعمل، لا عيب فيها، ولا خلل، وتحقق الغاية المقصودة منها، وهي الاستعمال، وإلا فلا فائدة من شرائها، ويكفي توافر الحدّ الأدنى أو المعقول عند استعمالها.

والعرف جرى على أن صاحب المصنع أو المنتج هو الذي يقوم بتركيب الآلة وتشغيلها على يد الخبراء أو العمال المدربين على استعمال هذه الآلة، ويسلِّمها للمشتري بعد التركيب والتشغيل المؤقت.

فإذا اشترط المشتري على البائع القيام بهذا الشرط للاطمئنان على سلامة الحركة، وعدم تعرض الآلة أو المصنوع كله للتعطل أو التوقف

---

(١) رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني والحاكم والطبراني عن عقبة بن عامر ﷺ، قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: وإسناده جيد.

(٢) البدائع ٥/ ٢٧٩ وما بعدها.

بسبب السخونة وارتفاع الحرارة مثلاً، جاز هذا الشرط وصح العقد، لأن سلامة المبيع وصلاحيته للعمل وحسن الأداء مقصد أساسي في البيع والشراء.

لكن الإشكال يثور فيمن يقوم بهذا الإجراء أهو البائع أو خبيره أو صانعه الذي يعمل عنده أم المشتري؟ لا بد من الاتفاق على هذا، لأن توقف الآلة أو خرابها قد يكون بسبب انعدام الخبرة أو ضعفها، فإذا وافق البائع أو أشرف على التدريب، أو التزم بأن يدرب عمال المشتري على كيفية تشغيل الآلة، فهذا شرط فاسد.

وأما إذا شرط المشتري التدريب أو التدرب على استخدام المعدات المشتراة من قبله أو وكيله الخبير بالآلة لمجرد معرفة سلامة الآلة، فهذا شرط يعتمد على التراضي، والحديث ينص: «إنما البيع عن تراضٍ»[(١)]. وأما إن كانت المدة طويلة فالشرط غير صحيح، والبيع صحيح، والمعمول في ذلك كله هو العرف، وطبيعة الآلة.

والخلاصة: إن تشغيل الآلة ومعرفة مدى سلامتها هو أمر لازم على البائع، شُرط عليه أو لم يشرط، أما الزائد على هذا القدر وهو تدريب عمال المشتري أو المشتري نفسه، فهذا شرط زائد على البيع لمنفعة المشتري، فهو شرط فاسد، وإن نظم ذلك عقد مستقل وهو عقد التدريب أو الصيانة والتشغيل، فذلك جائز.

شرط استحقاق البائع ما يحصل عليه المشتري من زيادة على الثمن المتوقع عند بيع السلعة المشتراة

هذا الشرط وأمثاله نابع من الفكر الرأسمالي والقانوني الذي يترك

---

(١) رواه البيهقي وابن ماجه، وصححه ابن حبان عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

الحرية للمتعاقدين في اشتراط ما شاؤوا من الشروط على ألا تخالف النظام العام والآداب.

وأما الفقه الإسلامي فنظرته موضوعية حيادية للعقود، قائمة على العدالة والمساواة أو مبدأ التعادل في التبادل، وعلى مبدأ أو قاعدة استقرار المعاملات، فإذا انتقلت الملكية للمشتري، فهو صاحب الحق المطلق في ملكه، ويترك الأمر له بحسب حظه في الربح أو احتمال تعرضه للخسارة.

وعليه يكون المشتري هو الأحق فيما يطرأ على السلعة من زيادة السعر أو الثمن عند بيعها، في مقابل تحمله للوقوع في الخسارة فيما لو حدثت، تطبيقاً للقاعدة الشرعية «الخراج بالضمان»[1] أو «الغرم بالغنم، أو الغنم بالغرم» أي إن استحقاق الغلة أو الثمرة هو في مقابل تحمل الخسارة.

يترتب على هذا أن شرط البائع على المشتري استحقاق ما يطرأ من زيادة على الثمن المتوقع عند بيع السلعة المشتراة، هو شرط فاسد، لما فيه من تضمن الرِّبا، بزيادة منفعة مشروطة في العقد، لا يقابلها عوض، ولأن هذه الزيادة حق خالص للمشتري، متولدة من ملكه، وليس للبائع إلا حقه في الثمن المسمى في البيع.

ويختلف الشرط الفاسد في اصطلاح الحنفية عن الشرط الباطل في أن الباطل ضرر محض لأحد العاقدين، ولا منفعة فيه لأحد، أما الشرط الفاسد فيترتب عليه زيادة منفعة لأحد المتعاقدين على حساب الآخر.

---

(١) هذه القاعدة هي نص حديث نبوي رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة) والحاكم هي في المستدرك، وصححه الترمذي، ومعناها أن الغلة الحاصلة من الشيء كمنافعه وأجرة الدابة أو السيارة في مقابل الضمان أي المسؤولية عن التلف أو الخسارة، فاستحقاق الخراج سببه تحمل الضمان، أي تبعة الهلاك.

اشتراط استرداد المستصنع ما يحققه الصانع من تخفيض للتكلفة المتوقعة

هذا الشرط على عكس الشرط السابق، ومن المعلوم أن الاستصناع بيع، فهو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة، أي شراء ما سيصنعه الصانع من مواد له وعمل فيه، وهو كالسلم أجيز استثناء من بطلان بيع المعدوم، رعاية لحاجة الناس إليه، دون حاجة لتعجيل الثمن، وإنما يدفع المشتري عادة عربوناً، كما لا حاجة لبيان مدة الصنع والتسليم، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق.

ويكون الاتفاق على الاستصناع ملزماً لكل من الصانع والمستصنع، إلا عند عدم تطابق المصنوع مع المواصفات المطلوبة، وهو عقد نافذ ومبرم في الحال، ويترتب عليه تنفيذ كل من العاقدين لالتزاماته نحو الآخر.

وأما احتمالات ارتفاع الأسعار أو انخفاضها فلا يؤثر على العقد، سواء الصانع أو المستصنع.

ويترتب عليه أن شرط المستصنع ردّ المصنوع على الصانع إذا حقق ربحاً ضمنياً زائداً على ثمن السلعة المصنعة بسبب انخفاض أسعار المواد المصنعة، الذي يترتب عليه تخفيض للتكلفة المتوقعة، يكون شرطاً فاسداً، لأنه يحقق منفعة للمستصنع على حساب الصانع، وانخفاض سعر التكلفة هو من حظ الصانع، وليس للمستصنع أي حق فيه، والعكس بالعكس، فلو ارتفع سعر المادة المصنعة لا يحق للصانع الرجوع على المستصنع بزيادة على السعر المتفق عليه بسبب ارتفاع التكلفة؛ لأن البيع يفيد التنجيز بعد انعقاده، ولا يجوز تعليقه على شرط أو إضافته للمستقبل، بعداً عن الاحتمالات الموقعة في الزيادة أو النقص، فيكون

أي شرط فيه منفعة لأحد العاقدين على حساب الآخر فاسداً أو قلقاً يهزُّ مبدأ استقرار التعاقد وحقوقه المرتبة عليه، ولأنه كما تقدم في الشرط السابق: «الغرم بالغرم».

اشتراط عدم تصرف المشتري في المبيع بيعاً أو هبةً إلا بموافقة البائع

تبين مما سبق بحثه في الشروط المتقدمة أن البائع ينقطع تعلقه بالمبيع بمجرد إبرام البيع إلا إذا وجد ما يجيز فسخ العقد من الخيارات كخيار الشرط أو العيب أو الرؤية، وذلك بسبب انتقال الملكية الذي هو حكم العقد أو مقتضاه إلى المشتري.

فيكون حق التصرف المترتب على انتقال الملكية في البيع حقاً تاماً يمنح المشتري بسبب الملكية التامة أن يتصرف فيما صار ملكاً له كما يشاء بيعاً أو هبةً أو وصيةً أو وقفاً وغير ذلك.

ويترتب عليه عدم تعلق أي حق للبائع في السلعة بعد قبضها أو تسلمها من المشتري، وتنتقل تبعة الهلاك أو الضمان بالقبض من البائع للمشتري.

وبناء عليه، يكون اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في الشيء الذي صار ملكاً له كالبيع أو الهبة إلا بموافقته تدخلاً بغير حق في حقوق المشتري.

ويكون هذا الشرط لغواً لا قيمة له، أو باطلاً في اصطلاح فقهاء الحنفية، والبيع صحيح جائز؛ لأن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد، فلا يقتضي الفساد، إلا أنه شرط فاسد في ذاته أو نفسه، فلا يؤثر في العقد، أي إن البيع يكون جائزاً، والشرط باطلاً[1].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٣/ ١٥، البدائع للكاساني ٥/ ١٧٠، فتح القدير لابن الهمام ٥/ ١١١

اشتراط تعديل الثمن ومراجعته بصورة دورية بحجم الأرباح

من المعلوم شرعاً أن عقد البيع باتّ لازم لا خيار فيه إذا لم يوجد فيه أحد الخيارات المشروعة، وتنتقل فيه الملكية كاملة بالتسليم للمشتري وتثبت لكل من البائع والمشتري حقوق معينة، فمن حقوق البائع: استيفاء الثمن المعجل كله عقب البيع، والأقساط المستحقة في أوقاتها المحددة. ومن حقوق المشتري: تسلّم المبيع الخالي من العيوب بعد إيفائه الثمن المسمى في البيع الصحيح أو ثمن المثل في البيع الفاسد في رأي الحنفية.

ومقتضى العقد ملكية المشتري بلا قيد لما اشتراه، ولا ترتيب أي حقوق للمالك عليه، ما لم تكن حقوق ارتفاق مثلاً.

فإذا اشترط البائع على المشتري تعديل الثمن دورياً بحسب حجم الأرباح الحاصلة مع الزمن والظروف، يكون هذا الشرط فاسداً، والبيع فاسداً في رأي الجمهور، وصحيحاً في رأي آخرين، وهم الحنابلة؛ لأن الشرط كما يرى الجمهور فيه منفعة للبائع على حساب المشتري، وهو شرط غير صحيح، ولأن هذا الشرط يشتمل أيضاً على جهالة، والجهالة تفسد العقد، كما أن البائع لا يتحمل أي شيء لو انخفضت الأسعار.

والشروط المحترمة في البيوع شرعاً إنما هي الشروط التي لا تؤدي إلى تحليل الحرام، أو تحريم الحلال، عملاً بقوله ﷺ: «المسلمون - أو المؤمنون - على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[1].

---

(١) رواه أبو داود والترمذي وصححه الترمذي وابن حبان.

وكذلك المنفعة التي يجوز اشتراطها على حساب المشتري، كالركوب على دابته، والسكنى في منزله بعد البيع، ليس هذا الشرط منطبقاً عليها، لوجود العرف الصحيح بذلك، وتعامل الناس على هذا النحو، ولورود النص الشرعي بجواز استثناء هذه المنفعة، وهو ما رواه البخاري: أن جابر بن عبد الله رضي الله عنه باع النبي ﷺ جملاً، واشترط حملانه عليه إلى أهله في المدينة، فأقرَّه النبي ﷺ، ودفع الثمن له[1].

(١) سبل السلام ٣/ ٦

استقلال أعضاء الهيئة الشرعية في المصارف الإسلامية*

هذا بحث يعد محور النجاح في أعمال الهيئات الشرعية للمؤسسات الإسلامية، وأساس وجودها، وتفعيل مهامها وأداء واجباتها، وممارسة اختصاصاتها، ومن دونه ودون الالتزام بقراراتها، يكون وجود الهيئة الشرعية في المؤسسات الإسلامية من مصارف وشركات هامشياً، ومجرد ظاهرة تسويق ودعاية، لذا فإن الغاية من الهيئة الشرعية على النحو المطلوب لا تتحقق من غير استقلالها وقيامها بعنصري الرقابة الداخلية والخارجية على أنشطة المؤسسة من عقود ومعاملات، وكيفية توزيع الأرباح والخسائر، ومعرفة مصادر التمويل والإنفاق، وحينئذ تكون أعمال المؤسسة فعلاً مقيدة بأحكام الشريعة الإسلامية وآدابها ومبادئها وقيمها ومقاصدها، فليست الشريعة مجرد مظلة لتغطية الواقع، وإنما هي منهج، وأداء، وتنفيذ أو تطبيق عملي فلا تقصير ولا غموض ولا مجاملة، وهي الإطار والجوهر أو الأساس، والغاية، لتحظى المؤسسة فعلاً برضوان الله

---

* مقدَّم للمؤتمر الثاني للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، ٢٤ - ٢٤ شعبان ١٤٢٣هـ الموافق ٢٩ - ٣٠ تشرين الأول (أكتوبر) ٢٠٠٢م.

تعالى، وتتحقق البركة في مكاسبها، وتبقى في مسيرة الشريعة الغراء على الدوام، لا في البدء أو الختام فقط.

وبحث استقلال الهيئة يتطلب ما يأتي:

- الاستقلال وأسلوب العمل.
- الاستقلال وأداء المهام.
- الاستقلال ونوعا الرقابة.
- الاستقلال والإلزام بالقرارات.
- معايير الرقابة الشرعية والاستقلال.

الاستقلال وأسلوب العمل

إن الهيئة الشرعية تمثل مبدأ سامياً وتمارس عملاً شريفاً مقدساً نابعاً من المسؤولية أمام الله تعالى ورقابته في السر والعلن، وقائماً على أساس الأمانة في التزام الأحكام الشرعية وإتقان المهمة، فتحتاج الهيئة إلى **استقلال تام في الرقابة** لتصحيح مسيرة المؤسسة المالية، وتقويم ما اعوجّ منها دون مجاملة، وإرشاد إلى البديل الشرعي غير المشبوه أو المشتبه فيه، لتتمكن المؤسسة أيضاً من الانطلاق في آفاق العمل المنشود، وتحقق الثقة بها، وتجتذب أنظار الممولين لها.

غير أن **الطبيعة القانونية** للهيئة الشرعية يكتنفها الغموض والقصور، فهي في الأصل العام رقابة، ولكنها لا تراقب إلا ما يعرض عليها من عقود أو معاملات، ولا تفتي إلا فيما تستفتى فيه.

فلا بد حين دعوتها للاجتماع من وضع جدول عمل في القضايا المعروضة عليها، بل وتمكينها من الإشراف على أنشطة المؤسسة فيما لم يعرض عليها.

وفي بعض الأحيان تصدر قرارات من المؤسسة على مستوى رئيس أو مدير الإدارة لا تخضع للرقابة الشرعية، بل توضع موضع التنفيذ دون عرضها سلفاً على الهيئة أو القناة الشرعية.

إن حرص الإدارة على انتهاز فرصة الإسهام في مشروع استثماري معين، يجعلها تقدم على إبرام العقد مع جهة المشروع، وقد تقع فعلاً في أخطاء أو مخالفات شرعية إما في شروط العقد، وإما في أجل الاستثمار، وإما في بعض الجزاءات على التأخر في تنفيذ مقتضى العقد أو شرائطه في مدة معينة، مثل الشرط الجزائي الذي يفرض على التأخر في سداد دين أو التزام نقدي أو مال ربوي، وهو محظور شرعاً، مع أن هذا الشرط مقصور جوازه على تنفيذ الأعمال المادية في المقاولات أو عقود الاستصناع مثلاً.

وقد تعرض المسألة على الهيئة على نحو مشوه، أو مبتور، أو ناقص، فلا تستكمل عناصر المسألة بيانها، فتفتي الهيئة على النحو المعروض، والواقع خلافه، وعذر الهيئة مثل كل مفتٍ أن الجواب يكون على قدر السؤال، والمفتي أو القاضي إنما يحكم بالظاهر، والله يتولى السرائر، لذا كان لا بد من كون الممثل للمؤسسة على اطلاع معقول على أحكام الشريعة أو الفقه الإسلامي في الجملة، حتى يدرك ما للمسألة وما عليها من ملابسات أو إشكالات دون أن يتنبه لها. ويجب ألا تكتفي الهيئة بمراقبة العقود النمطية للمؤسسة فقط، بل تحرص على معرفة كيفية تنفيذها، ثم كيفية توزيع الأرباح واقتسام الخسائر على النحو المقرر في أحكام الفقه الإسلامي ومبادئه.

ولا بد أخيراً -كما جاء في معيار الضبط للمؤسسة الإسلامية رقم (١) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة في البحرين- من معرفة الهيئة الشرعية بمصادر التمويل وطرق الإنفاق، حتى لا تتورط المؤسسة في مصادمة أحكام الشريعة، ومن أمثلة ذلك الغرامات التهديدية، فهي وإن

فرضت بالتراضي على المدين المماطل لأغراض خيرية، فلا يحق للمؤسسة إدخالها في مواردها، وإنما يجب صرفها على تلك الأغراض بإشراف الهيئة.

ثم إن التقرير السنوي الذي تصوغه الهيئة الشرعية يجب ألا يقتصر على إقرار نماذج من عقود المؤسسة والوثائق المتعلقة بها، وإنما يجب أن يشمل جميع الأنشطة وجميع العقود والتوثيقات وطرق سداد المستحقات، دون ضم زيادة أو فائدة ربوية، ومع الالتزام بشرائط جواز عملية (ضع وتعجل) بحيث لا يوجد شرط سابق للتسوية، وإنما يكون الصلح مبادرة طارئة من المدين لإسقاط بعض المستحقات في مقابل تعجيل بقية الأقساط، كما نص على ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي. وعناصر التقرير تكون على النحو المقرر في معايير هيئة المحاسبة والمراجعة في البحرين.

وكذلك لا بد من أن تراقب الهيئة أسلوب توزيع الربح المقدر قبل تصفية المشروع أو قبل التنضيض (السيولة النقدية) الحكمي، وكيفية احتساب الزكاة على وفق أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها.

الاستقلال وأداء المهام:

إن رعاية قاعدة أو مبدأ استقلال الهيئة الشرعية عن المؤسسة المالية يتطلب توفير المناخ المناسب لتمكين الهيئة من ممارسة واجباتها وأداء مهامها على نحو فيه تمام الحرية والقناعة والاستقلال.

وأول مهام الهيئة: مراقبتها إجراءات عمل المؤسسة مع عملائها، وفحص كل عقد أو عملية على حدة لمعرفة مدى مطابقتها لأحكام الفقه الإسلامي ومبادئه، واختبار القوائم المالية لمعرفة كيفية توزيع الأرباح بين

المالكين والمستثمرين، فلا يكون هناك شيء من الغبن أو التدليس أو نقص الحق، أو تحميل المستثمر عبئاً ثقيلاً أكثر من اللازم ومجافاة العدل، أو تحميله تبعة بعض الأنشطة والتصرفات، وهي في الواقع تكون المسؤولية أو التبعة على الإدارة ممثلة في رئيسها ومجلسها.

وعلى الهيئة أن تتعمق في معالجة القضايا، ولا تتعجل في الأحكام، وتستوعب العملية بجميع جوانبها، دون إهمال عنصر مهم فيها، وتؤدي واجباتها على النحو المعتاد الذي يفيد من مختلف الآراء الفقهية مع **الحرص على الإفتاء بالقول الراجح دليلاً أو ثبوتاً**، ولا تلجأ للأخذ بالأقوال أو الآراء الضعيفة إلا عند الضرورة، وفيما لايصادم النص الشرعي أو مقتضى العقد.

وينبغي في هذا المجال **ألا يكون هناك تصادم بين النظرية والتطبيق،** وإنما يكون الحكم المطبق متفقاً مع المقرر شرعاً.

وعمل الهيئة السليم لايقتصر على الرقابة على العمليات الاستثمارية والعقود ابتداء، **وإنما يشمل الابتداء والبقاء والانتهاء.**

وعلى الهيئة قبل إصدار تقريرها الاستنارة أولاً **بتقرير مراجع الحسابات الخارجي، ثم صياغة تقريرها على نحو مفصل**، لا كأنه برقية، وإنما تراعي توجيه التقرير لمن يناسبه وهو جمهور المستثمرين والمالكين، والجمعية العمومية للمساهمين، لا إليها فقط أو إلى مجلس الإدارة، وتحدد فيه تاريخ التقرير، والفترة التي يغطيها التقرير، وتراعي حجم التقرير المعقول، ومحتوى التقرير حيث يكون **تقريراً تقويمياً يذكر الإيجابيات والسلبيات**، لا تقرير مديح وإطراء، أو إنشاء أدبي دون انطلاق من واقع ساحة النشاط الاستثماري ومراقبته والاطلاع على حركة سيره. وكل ذلك يحقق مفهوم الاستقلال من الناحية الواقعية.

الاستقلال ونوعا الرقابة

لابد لتحقيق مفهوم الاستقلال من **الاتفاق على معيار الرقابة الشرعية** الذي يحدد الإطار العام لدور الهيئة الشرعية، ويوحد المفاهيم اللازمة، ويتجاوب مع تطلعات الفكر المعاصر الذي يقتبس منطلقاته من الفقه الإسلامي، ويلتزم نصوص الشريعة الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

واستقلال الرقابة وشمولها يتطلب توسيع نطاقها بحيث تشمل نوعي الرقابة: الداخلية والخارجية، بحسب القواعد المستقرة في الفكر الإنساني المعاصر[١].

أما الرقابة الداخلية: فهي مجموعة الأنظمة واللوائح والتعليمات والأساليب التي تضعها إدارة المؤسسة، لتوفير حماية الأصول وموجودات المؤسسة، ورعاية الدقة في البيانات والمعلومات التي تعتمد عليها، مع رفع الكفاءة الإدارية والإنتاجية، وتشجيع الالتزام بالسياسات المعلنة.

وهذا يتطلب **الالتزام بأحكام الفقه الإسلامي** في نطاق أهداف هذه الرقابة في مختلف معاملات المؤسسة، وكشف أي انحراف فيها بالسرعة الممكنة، وإبلاغ الإدارة لاتخاذ الإجراء الضروري لتصحيح الوضع وضمان عدم تكراره مرة أخرى.

ولا يمكن تحقيق مدلول هذه الرقابة إلا بوجود مايسمى **بالمراجع الشرعي** الذي ينبغي أن يكون على المستوى العلمي اللائق، فيقدم تقريره للهيئة الشرعية على نحو واضح، ومبني على أدلة إثبات وافية، وليس على

---

(١) نحو معايير للرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية للدكتور محمد فداء الدين بهجت في مجلة بحوث الاقتصاد الإسلامي ص٢٧-٣٨.

مجرد ظن أو تخمين. ولا يغني ما يسمى **بالهيئة التنفيذية** المنبثقة من الهيئة الشرعية عن وجود المراجع الشرعي الدائم.

وأما الرقابة الخارجية: فهي التي تمارسها الهيئة الشرعية، على **جميع أنشطة المؤسسة** من عقود، واستثمارات وتصفية حقوق، وتوزيع أرباح، ورصد مكاسب، لتوفير الثقة لدى المتعاملين مع المؤسسة. ويتم تعيين هذه الهيئة غالباً من الجمعية العمومية للمؤسسة.

وهذه الرقابة **تشبه إلى حد كبير مهمة مراجع الحسابات الخارجي** الذي تعينه الجمعية العمومية في الشركة المساهمة لتوفير الثقة لدى المساهمين والمتعاملين في المعلومات المالية التي تقدمها لهم الإدارة.

وهذا التشابه منصوص عليه في بعض الأنظمة، كالنظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي المصري [المادة: ٤٢] حيث جاء فيها: «تشكل هيئة الرقابة الشرعية من خمسة أعضاء على الأكثر، يختارون من علماء الشرع، وفقهاء القانون المقارن... ويكون لها في هذا الصدد مالمراقبي الحساب من وسائل واختصاصات».

وتشترك الهيئة مع مراجع الحسابات الخارجي في ضرورة وجود عنصر الاستقلال عن إدارة الجهة التي يقوم كل منهما بمراجعة أعمالها، وتحديد هذه الأعمال المطلوبة منهما، كي يستطيع كل من الهيئة والمراجع إبداء رأيه بثقة، وبناء على أدلة إثبات كافية، ثم توصيل نتائج المراجعة الشرعية للمستفيدين من نتائجها، ليطمئنوا على التزام المؤسسات الإسلامي بالشرائع الإسلامية.

الاستقلال والإلزام بالقرارات

استقلال الهيئة الشرعية وإلزام المؤسسة بقراراتها **عنصران متلازمان**، لا تتحقق الغاية من وجود الهيئة الشرعية إلا بتوافرهما، فما تقدمه الهيئة

ليس مجرد مشورة، تخير فيها المؤسسة بين الأخذ بقرارها أو الترك لها، وإنما لا بد من عنصر الإلزام، وإلا كان وجود الهيئة ثانوياً غير أساسي. ولا تتمكن الهيئة من إصدار قراراتها بقوة، وصراحة، وحسم، وجدية، دون استقلالها عن الجهة التي تقدم لها هذه القرارات، وذلك لأن الهيئة في الحالتين: الإلزام بقراراتها، واستقلال أعضائها عن الجهاز الإداري للمؤسسة، إنما تعبر عن **مقوم أساسي تقوم عليه المؤسسة**، وهو الانطلاق من أحكام الشريعة ومبادئها، وتحرص على تحقيق غاياتها، وتنفيذ قراراتها الإيجابية بامتثال نظام الشريعة، والسلبية باجتناب ما تحظره أو تنهى عنه.

وإذا لم يتحقق الاستقلال وإلزام القرارات، **تفقد المؤسسة البنية** التي قامت عليها، وهي صفتها الإسلامية، وتهتز الثقة بها، ويعدل المستثمرون الأخلاقيون أو المتدينون عن التعامل معها.

معايير الرقابة الشرعية والاستقلال

لكل من الرقابة الشرعية الداخلية والخارجية **معايير معينة**، تكون هي الأساس في توافر عنصر الاستقلال الذي ينبغي أن تتصف فيه الهيئة الشرعية، لتمكينها من أداء مهامها على الوجه الأمثل أو المطلوب، وهي ما يأتي:

١- **تعيين أعضاء الهيئة الشرعية الداخلية والخارجية من الجمعية العمومية للمؤسسة**، لا من مجلس الإدارة حتى تكون متصفة بالقوة والحصانة والجرأة في إصدار قراراتها. وهذا هو الحد الأدنى الضروري للاستقلال، لوجود فئة هي من أهم المساهمين، وهي فئة المستثمرين (المودعين في حسابات الاستثمار).

٢- أن يكون هناك **هيئة عليا للرقابة الشرعية**، كما هو مقتضى القرار الوزاري رقم (٣١٩) لسنة ١٩٩٣م الصادر في السودان بإنشاء الهيئة العليا للرقابة الشرعية على أعمال التأميم، والتي ثبت نجاحها في كل المصارف

والشركات، بحيث تكون لكل هيئة شرعية أمانة عامة متفرغة، ولو من شخص واحد إلى أن توجد الرقابة الشرعية الداخلية.

٣- تتطلب أنظمة الرقابة الداخلية خمسة مقومات مقترحة هي[١]:

أولاً- حسن اختيار العاملين في المؤسسة: بحيث يكونون متصفين بصفات الأمانة والنزاهة والاستقامة والحرص على تطبيق أحكام الشريعة، ثم متابعتهم وتدريبهم وتفقيههم.

ثانياً- الفصل بين الوظائف المتعارضة وهي وظيفة الفتوى، وتنفيذ الأعمال واعتمادها، والتسجيل في الدفاتر المحاسبية والسجلات، والمراجعة الشرعية الداخلية التي تكون إما جزءاً من إدارة المراجعة الداخلية، أو يكون لها صفة الإدارة المستقلة، لتشجيع العاملين على الالتزام بالشريعة الإسلامية وتأهيلهم التأهيل الشرعي المناسب، من خلال دورات تدريبية لتأصيل المعاني الشرعية، ثم المتابعة والمراجعة للتأكد من الالتزام بالشريعة.

ثالثاً- وجود إجراءات واضحة لمعالجة عمليات المؤسسة، بحيث لا يترك للعاملين مجال للانحراف في تفسير معنى الالتزام بالشريعة.

رابعاً- وجود مجموعة مستندية ودفترية ملائمة بحيث تسجل فيها جميع معاملات المؤسسة، ويسهل مراجعتها للتأكد نت الالتزام بالشريعة.

خامساً- وجود مراجعة داخلية للتأكد من التزام مختلف معاملات المؤسسة والعاملين فيها بأحكام الشريعة.

ومعايير المراجعة الداخلية خمسة هي:

١) الاستقلال.

٢) والكفاءة المهنية.

---

(١) المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها.

٣) ومعيار نطاق العمل، أي بحسب رغبة الإدارة وإمكاناتها المتاحة لها بتفسير مفهوم «الالتزام بالشريعة الإسلامية» تطبيقاً واتساعاً.

٤) ومعيار تنفيذ العمل الميداني، أي التخطيط لعملية المراجعة، وتقويم المعلومات وأدلة الإثبات وبنائها على حسن الظن بالآخرين، واقتراح الدورات التدريبية لرفع مستوى فقه العاملين في المؤسسة.

٥) والإشراف على إدارة المراجعة الداخلية، إما من خلال المراجعة الداخلية، أو من خلال إدارة خاصة بالمراجعة الداخلية الشرعية.

٤- للرقابة الخارجية معايير ثلاثة عامة وهي[١]:

أولاً- معيار التأهيل العلمي بأن يكون القائم بالمراجع الخارجي مؤهلاً تأهيلاً علمياً وعملياً في عملية المراجعة، ويتم ذلك بعقد دورات تدريبية يحضرها أعضاء هيئات المراجعة الشرعية، ويشرف عليها هيئة عليا توجه أعمال الهيئات المختلفة.

ثانياً- معيار الاستقلال والحياد: بأن يستقل المراجع الخارجي استقلالاً تاماً بأعمال المراجعة.

ثالثاً- معيار بذل العناية الملائمة: بأن يقوم المراجع الخارجي ببذل العناية المهنية اللازمة أثناء قيامه بعملية المراجعة، وأثناء إعداد تقريره.

يتبين من إيراد هذه المعايير المقترحة أن استقلال أعضاء الهيئة الشرعية الداخلية والخارجية من أهم المعايير، وعليها وبها يتوقف النجاح المطلوب في أداء الهيئة الشرعية مهامها على الوجه الصحيح.

---

(١) المرجع السابق، ص (٣٩) وما بعدها.