

الباب العاشر
الشرط الجزائي
في ضوء الفقه الإسلامي

الباب العاشر

الشرط الجزائى فى ضوء الفقه الإسلامى

هذا أسلوب آخر من أساليب المعاملات الاقتصادية التى راجت فى العصر الحديث ، وبما أننا نلاحظ هذه المعاملات ، فقد كان لزاماً علينا أن نعالج قضية (الشرط الجزائى) باعتباره أسلوباً من أساليب التعامل الداخلة فى المعاملات الحديثة ، والشرط الجزائى أسلوب لضمان أداء العمل فى زمان محدد ، وبالمواصفات المحددة فى عصرنا الذى أصبح للزمان فيه ثمن غال كل الغلاء . وأصبحت (فنية العمل وتعقيده) تقتضى الالتزام الحرفى الدقيق بالمواصفات .

وثمة سبب آخر يوجب أن يحتل الشرط الجزائى مكانته فى العصر الحديث . . فإن أسلوب (المشاريع الكبيرة) التى تصل تكلفتها - أحياناً - إلى عدد من المليارات - أو مئات الملايين - تجعل لكل يوم ثمنًا باهظًا . . فإذا أضيف إلى هذا شيوع المادية فى أوساط الناس والميل إلى الثراء ولو من طرق التحايل والإخلاف فى المواعيد (وهذا الإخلاف صفة من صفات المنافقين) ، إذا أضيف كل هذا ، عرفنا كم كان ضروريًا أن يحتل الشرط الجزائى على التأخير فى تسليم المشروعات والوفاء بالعقود مكانته الكبيرة فى المعاملات الاقتصادية الحديثة !

الشرط الجزائى مرتبط بفكرة المصلحة :

والشرط الجزائى ، أى إقرار العقوبة المالية على الذى لا يفى بالتزاماته المنصوص عليها فى العقد - هو عمل قائم على النصوص القرآنية والنبوية التى توجب الوفاء بالعقود ، كما أنه قائم على القواعد الأصولية التى تقول : بأنه لا ضرر ولا ضرار ، وبأن الضرر يجب أن يزال ، كما يقوم على فكرة المصلحة . وحول دوران بعض الأقضية على فكرة المصلحة يحدثنا الدكتور معروف الدواليبى (السعودية) فىقول :

كانت العبرية لدى المسلمين الأسلاف أنهم فى مجمل القضايا التى تعرض عليهم مما ليس فيه نص من كتاب أو سنة ، قد استطاعوا بسرعة أن يجتهدوا وأن يردوا أبحاثهم فى اجتهادهم إلى قسمين أساسيين هما :

أولاً : قسم يتعلق (بتحديد معنى النص المتعلق فيه البحث) من النصوص القرآنية

أو النبوية ، وذلك من أجل معرفة ما إذا كان هذا النص فى استطاعته أن يتناول فى حكمه تلك القضية الحديثة المعروضة ، وهذا هو الفرع الأول من الاجتهاد الذى نسميه « بالبيان والتفسير » أو « الاجتهاد البيانى » .

ثانياً : قسم آخر يتعلق باستنباط العلل المناسبة ، وبالتحديد روح الشريعة مما يستنبط من روح الأحكام المنصوص عليها ، ويقدمون لنا فى ذلك مبدأ من مبادئ العدل وأصلاً من أصول التشريع يساعدنا على حل القضايا الجديدة المعروضة والتي ليس فيها نص خاص . وإن هذا القسم الثانى من الاجتهاد إما أن يكون :

أ - عن طريق (الحمل على النصوص) القرآنية والنبوية بطريقة (القياس) ويمكن أن نطلق عليه اسم : (الاجتهاد القياسى) .

ب - أو عن طريق (الرأى الاستصلاحي) وفقاً لمبدأ المصلحة الشرعية المطلقة ، ويمكن أن نطلق عليه عندئذ اسم (الاجتهاد الاستصلاحي) .

وتبعاً لهذه الأنواع الثلاثة بتفصيلها ، فقد أبدع العلماء فى وضع القواعد العلمية لكل نوع منها .

أما النوع الأول من القواعد : فهو ذلك القسم المتعلق (بقواعد البيان للنصوص) وهو قاصر على مباحث الألفاظ البالغة ستة عشر مبحثاً ، وفى مقدمتها مبحثاً (الخاص والعام) من النص . بالإضافة إلى أربعة مباحث تتعلق (بمعانى الألفاظ) ومنها المعنى الموقوف عليه بالعبارة ، والمعنى الموقوف عليه بالإشارة مما قد أبدع العلماء فى قواعدها على اختلاف مذاهبهم كقول بعضهم : النص الخاص حجة قطعية ، والنص العام حجة ظنية .

وأما النوع الثانى من القواعد : فهو ذلك القسم الخاص (بقواعد الحمل) على النصوص على طريق (القياس) ، أو ما نسميه باسم (الاجتهاد القياسى) وذلك كقولهم بالإجماع : « إن القياس على النص والحمل عليه هو الحاق أمر بآخر فى الحكم الشرعى لاتحاد بينهما فى العلة » وقولهم : « إن القياس الذى يعتمد على علة منصوص عليها فى النصوص الشرعية حجة عند الجميع » وقولهم « إن القياس النصى يعتمد على علة غير منصوص عليها » هو حجة فقط عند مثبتى القياس ، وأما نفاة القياس فقد ذهبوا إلى أنه ليس بحجة . . إلى آخر ما هنالك من القواعد الكثيرة والبحوث الفلسفية التى تعتبر من أعظم سباحث المعرفة القانونية التى انفرد بها فقه الشريعة فى الإسلام .

وأما النوع الثالث من القواعد : فهو ذلك القسم الخاص (بقواعد الاستصلاح) أو ما نسمى باسم (الاجتهاد الاستصلاحى) وذلك فيما يتعلق (بالعمل بالرأى) فى «المصالح المرسله» أى الرأى المبني على (فكرة المصلحة) لحماية المصالح الجديدة التى لم يرد فى الشريعة نص خاص يشهد لنوعها بالاعتبار وأن هذا النوع من الاجتهاد ، وما قد أبدع فيه العلماء من وضع قواعد له إزالة لفكرة الغموض من المصلحة ، وتحديدًا لما هو معتبر منها ، وقد كان من أعظم أنواع الاجتهاد أثرًا فى حيويته الشريعة الإسلامية .

هذا وعلى ضوء (فكرة المصلحة) هذه التى أحيطت بما أحيطت به من قواعد حيوية خالدة ، جعل المجتهدون من الشريعة الإسلامية كما أرادها لهم الله : شريعة تقوم على عنصرى (الحيوية والأبدية) التى لا تغفل عن المصالح الجديدة التى تحيط بالإنسان والتى لا تقصر عن مطالب الأزمان ، وهذا أيضًا ما قد شهد به المنصفون فى (مؤتمر أسبوع الفقه الإسلامى العالمى) الذى عقد فى ضيافة جامعة باريس لعام ١٩٥١م ، وبدعوة من (مؤسسة الحقوق الدولية المقارنة) ، فى لاهائى حيث جاء فى فقرة من قرار المؤتمر النهائى قوله : (إن مبادئ الشريعة الإسلامية لها قيمة لا شك فيها ، وإن تعدد المذاهب فى هذه المجموعة الحقوقية العظمى ينطوى على ثروة من المفاهيم والمعلومات الحقوقية ، وعلى أصول وأساليب هى مناط الإعجاب ، وذلك عما يسمح لهذه الشريعة أن تلبى جميع الحاجات التى تقتضيها مطالب الحياة الحديثة) .

و (الشرط الجزائى) هو صورة من صور تلبية الشريعة الإسلامية وفقهها الخصب لمطالب هذه الحياة الحديثة .

مفهوم الشرط الجزائى ودواعيه :

كثير من (الأفضية المعاصرة) عرفت لها جذور ونماذج فى المعاملات القديمة ، لكن وقع الاختلاف فى المصطلحات - حينًا - كما وقع الاختلاف فى صور التطبيق ، حيث إن القضايا الاقتصادية ، وقضايا المعاملات المعاصرة تأخذ أشكالاً كبيرة ، ومن هنا فإن أرباحها أو خسائرها قد تأخذ حجمًا كبيرًا كذلك ، ومن هنا فإن هذه المعاملات تحتاج إلى ضبط أكبر ، وإلى توثيق أكثر ، وإلى تقدير خاص لعنصر الزمان ولعناصر المواصفات . ومن هنا جاء الشرط الجزائى .

ومصطلح الشرط الجزائى لم يكن معروفًا بهذا الاسم لدى فقهاءنا الأقدمين ، وإنما جاء ذكره فى صور مسائل فقهية ، ولعل أول وجود له فى الفقه الإسلامى ما روى

البخارى فى صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكَرْبِيَّه :

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 : إن رجلاً باع طعاماً وقال : إن لم آتكَ الأربعاء فليس بينى وبينك بيع فلم يجئ ، فقال شريح للمشتري : أنت أخلفت ففضى عليه (١) .

أما الفقهاء المعاصرون فقد تعرضوا لبحثه فى كتبهم بهذا الاسم وبينوا العوامل التى أدت إلى التوسع فى الأخذ به فقال الأستاذ مصطفى الزرقا :

فى أواخر العهد العثمانى اتسعت فى الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا وتطورت أساليب التجارة الداخلية والصنائع ، وتولدت فى العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة كامتياز المؤلف والمخترع وكل ذى أثر فنى جديد فى استثمار مؤلفاته ، أو مخترعاته ، أو آثاره الفنية مما سما بالملكية الأدبية والصناعية ، واحتاج أصحاب هذه الحقوق والامتيازات إلى بيعها والتنازل عنها لغيرهم من القادرين على استثمارها . . إلى أن قال : واتسع مجال عقود الاستصناع فى التعامل بطريق الإيصاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية وكذا عقود التعهد بتقديم اللوازم والأرزاق والمواد الأولية إلى الدوائر الحكومية والشركات والمعامل والمدارس مما سُمى « عقود التوريد » وكل ذلك يعتمد على المشاركات فى شتى صورها ، وقد ازدادت أيضاً قيمة الزمن فى الحركة الاقتصادية فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته فى مواعيدها المشروطة مضرّاً بالطرف الآخر فى وقته وماله أكثر مما قبل ، فلو أن متعهداً بتقديم المواد الصناعية إلى صاحب معمل تأخر عن تسليمها إليه فى الموعد المضروب لتعطل المعمل وعمله ، ولو أن بائع بضاعة لتاجر تأخر فى تسليمها حتى هبط سعرها لتضرر التاجر المشتري بخسارة قد تكون فادحة ، وكذا تأخر الصانع عن القيام بعمله فى وقته ، وكل متعاقد إذا تأخر أو امتنع عن تنفيذ عقده فى موعده .

ولا يعوض هذا الضرر القضاء على الملتزم بتنفيذ التزامه الأسمى ؛ لأن هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه وليس فيه جبر لضرر التعطل أو الخسارة ، ذلك الضرر الذى يلحقه من جراء تأخر خصمه عن وفاء الالتزام فى حينه تهاوناً منه أو امتناعاً ، وهذا قد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا فى عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذى يتأخر عن تنفيذ التزامه فى حينه ، ومثل هذا الشرط يسمى فى اصطلاح الفقه

(١) البخارى فى الشروط معلقاً (الفتح ٥ / ٣٥٤) .

الباب العاشر : الشرط الجزائي فى ضوء الفقه الإسلامى _____ ٢٠٧
الأجنبى (الشرط الجزائى) .

وقد ذكر الدكتور عبد الرازق السنهورى تعريف الشرط الجزائى وسبب تسميته بذلك فقال : يحدث كثيراً أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضى كما هو الأصل بل يعمدان إلى الاتفاق مقدماً على تقدير هذا التعويض ، فيتفقان على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه ، وهذا التعويض عن عدم التنفيذ أو على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، وهو التعويض عن التأخير ، هذا الاتفاق مقدماً على التعويض يسمى (الشرط الجزائى) ، وسمى بالشرط الجزائى لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلى الذى يستحق التعويض على أساسه .

وقد ورد فى الموسوعة العربية الميسرة ما نصه : « الشرط الجزائى : هو اتفاق يقدر المتعاقدان سلفاً التعويض الذى يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر فى تنفيذه » .

وجاء فى نظام المناقصات والمزايدات السعودى ما نصه : « إذا تأخر المقاول عن إتمام العمل وتسليمه كاملاً فى المواعيد المحددة ، ولم تر اللجنة صاحبة المقابلة داعياً لسحب العمل منه توقع عليه غرامة عن المدة التى يتأخر فيها إتمام العمل بعد الميعاد المحدد للتسليم إلى أن يتم الاستلام المؤقت دون حاجة إلى أى تنبيه للمقاول ، ويكون توقيع الغرامة على المقاول كما يلى : ١٪ عن الأسبوع الأول ، ١,٥ ٪ عن الأسبوع الثانى ، ٢٪ عن الأسبوع الثالث ، ٢,٥ ٪ عن الأسبوع الرابع ، ٣٪ عن أية مدة تزيد عن أربعة أسابيع .

وهذا الذى أقره نظام المناقصات فى المملكة يمكن أن تطبقه كل دولة بما يتلاءم مع ظروفها فى حدود شريعة الله .

الأصل فى الشروط الإباحة :

الشروط جائزة فى أصلها إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، ومعروف أن جواز الشروط مرتبطة بالقواعد التشريعية العامة كالعدل ، والمصلحة العامة ، والمحافظة على الحقوق ، ومن هنا فلا ضير فى أن يتعامل الناس بالشرط الجزائى فى حدود الالتزام بشرع الله ، وضبط الأعمال ، وتحقيق المصلحة .

وفى التمهيد لاستخلاص حكم الشرط الجزائى من خلال دراسة شاملة أوردتها

إدارة البحوث والإفتاء بالمملكة ، ورد أن الأصل فى الشروط الإباحة ، على أساس أن العقود والشروط لا تخلو ، إما أن يقال فيها (لا تحل وتصح) أو يقال : (تصح ولا تحرم) .

والقول الأول : باطل ، لأن الكتاب والسنة دلا على صحة العقود والقبوض التى وقعت فى حال الكفر ، وأمر الله بالوفاء بها ، إذا لم يكن فيها بعد الإسلام شىء محرم فقال سبحانه فى آية الربا : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾ (٢٧٨) [البقرة] فأمرهم بترك ما بقى لهم من الربا فى الذمم ، ولم يأمرهم برد ما قبضوه بعقد الربا ، بل مفهوم الآية - الذى اتفق العمل عليه - يوجب أنه غير منتهى عنه . ولذلك فإن النبى ﷺ أسقط عام حجة الوداع الربا الذى فى الذمم ، ولم يأمرهم برد المقبوض . وقال ﷺ : « كل قسم فى الجاهلية فهو على ما قسم له وكل قسم أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام » (١) وأقر الناس على أنكحتهم التى عقدوها فى الجاهلية ولم يسأل : هل عقد به فى عدة أو غير عدة ؟ بولى أو بغير ولى؟ بشهود أو بغير شهود ؟ ولم يأمر أحداً بتجديد نكاح ولا بفراق امرأته ، إلا أن يكون السبب المحرم موجوداً حين الإسلام . . كما أمر (غيلان بن سلمة الثقفى) الذى أسلم وتحتة عشر نوسة أن يمك أربعاً ويفارق سائرهن ، وكما أمر فيروز الديلمى الذى أسلم وتحتة أختان أن يختار إحدهما ويفارق الأخت الأخرى ، وكما أمر الصحابة من أسلم من المجوس أن يفارق ذوات المحارم ، ولهذا اتفق المسلمون على أن العقود التى عقدها الكفار يحكم بصحتها بعد الإسلام إذا لم تكن محرمة على المسلمين ، حتى وإن كان الكفار لم يعقدوها باذن الشارع .

وأىضا فإن المسلمين إذا تعاقدوا بينهم عقوداً ولم يكونوا يعلمون لا تحريمها ولا تحليلها ، فإن الفقهاء جميعهم - فيما أعلمه - يصححونها إذا لم يعتقدوا تحريمها ، وإن كان العاقد لم يكن حيثذ يعلم تحليلها لا باجتهاد ولا بتقليد ، ولا يقول أحد لا يصح العقد إلا الذى يعتقد العاقد أن الشارع أحله ، فلو كان إذن الشارع الخاص شرطاً فى صحة العقود لم يصح عقد إلا بعد ثبوت إذنه كما لو حكم الحاكم بغير اجتهاد ، فإنه آثم ، وإن كان قد صادف الحق .

وأما إن قيل : لا بد من دليل شرعى يدل على حلها ، سواء كان عاماً أو خاصاً ،

(١) أبو داود (٢٩١٤) فى الفرائض ، باب : فىمن أسلم على ميراث ، وابن ماجه (٢٤٨٥) فى الرهون ، باب : قسمة الماء ، وصححه الألبانى فى الإرواء (١٧١٧) .

فيرد عليه بجوابين :

أحدهما : المنع .

والثاني : أن يقول : قد دلت الأدلة الشرعية العامة على إباحة العقود والشروط جملة ، إلا ما استثناء الشارع الحكيم بنص صريح .

وأما قوله ﷺ : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط : كتاب الله أحق وشرط الله أوثق » (١) فهذا إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه ، بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى .

وأما إذا كان المشروط مما لم يحرمه الله ، فلم يخالف كتاب الله وشرطه ، حتى يقال : « كتاب الله أحق وشرط الله أوثق » فيكون المعنى : من اشترط أمراً ليس في حكم الله ولا في كتابه ، بواسطة وبغير واسطة : فهو باطل ؛ لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط ، حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط .

فمضمون الحديث : إن المشروط إذا لم يكن من الأفعال المباحة ، أو يقال : ليس في كتاب الله : أى ليس في كتاب الله نفيه ، كما قال : « سيكون في آخر أمتي أناس يحدثونكم ما لم تسمعوا أنتم ولا آباؤكم فياياكم وإياهم » (٢) أى : بما تعرفون خلافه ، وإلا فما لا يعرف كثير .

ثم نقول إذا لم يرد النبي ﷺ أن العقود والشروط التي لم يبحتها الشارع تكون باطلة ، بمعنى أنه لا يلزم بها شيء ، لا إيجاب ولا تحريم ، فإن هذا خلاف الكتاب والسنة ، بل العقود والشروط المحرمة قد يلزم بها أحكام ، فإن الله قد حرم عقد الظهار في نفس كتابه ، وسماه : ﴿ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ [المجادلة : ٢] ثم إنه أوجب به على من عاد : الكفارة ، ومن لم يعد ، جعل في حقه مقصود التحريم من ترك الوطء أو ترك العقد ، وكذا النذر . فإن النبي ﷺ نهى عن النذر ، كما ثبت ذلك عنه من حديث أبي هريرة وابن عمر رضي الله عنهما فقال : « إنه لا يأتي بخير » ثم أوجب الوفاء به ، إذا كان طاعة في قوله ﷺ : « من نذر أن يطبع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » (٣) .

(١) البخارى (٢٧٢٩) فى الشروط ، باب : الشروط فى الولاية ، ومسلم (٤ / ١٥٠٤) فى العتق ، باب : إنما الولاية لمن أعتق .

(٢) مسلم (٦ / ٦) فى المقدمة ، باب : النهى عن الرواية عن الضعفاء والاحتياط فى تحملها .

(٣) البخارى (٦٦٩٦ ، ٦٧٠٠) فى الإيمان ، باب : النذر فى الطاعة ، وباب : النذر فيما لا يملك وفى معصية .

فالعقد المحرم قد يكون سبباً لإيجاب أو تحريم ، نعم لا يكون سبباً لإباحة ، كما أنه نهى عن بيع الغرر ، وعن عقد الربا . وعن نكاح ذوات المحارم ، ونحو ذلك لم يستفد المنهى بفعله ، لما نهى عنه الاستباحة لأن المنهى عنه معصية ، والأصل فى المعاصى : أنها لا تكون سبباً لنعمة الله ورحمته ، والإباحة من نعم الله ورحمته ، وإن كانت قد تكون سبباً لعقوبة الله والإيجاب والتحريم قد يكون سبباً فى عقوبة كما قال تعالى : ﴿ فَبِظُلْمٍ مِّنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ ﴾ [النساء : ١٦٠] وإن كان قد يكون رحمة أيضاً ، كما جاءت شريعتنا الحنيفة .

والمخالفون فى هذه القاعدة من أهل الظاهر ونحوهم قد يجعلون كل ما لم يؤذن فيه إذن خاص : فهو عقد حرام ، وكل عقد حرام فوجوده كعدمه ، وكلا المقدمتين ممنوعة منعاً باتاً .

الشرط الفاسد فى العقود :

الشرط الجزائى - إذا كان شرطاً فى إطار الشريعة وفى حدود المعمول به عرفاً - لا يعتبر شرطاً فاسداً كما يتوهم بعضهم ، وخلال دراسة مستفيضة موضوعية قدمتها إدارة البحوث العلمية والإفتاء بالملكة ، تحدت الشروط الفاسدة فى العقود تحديداً دقيقاً ينتهى بنا إلى أن الشرط الجزائى المعروف ليس من الشروط الفاسدة .

ويمكن القول بوجه عام أن الشرط الفاسد الذى يفسد العقد هو الذى فيه منفعة لها صاحب يطالب بها ؛ وهذه المنفعة إما أن تكون للمبيع إذا كان رقيقاً ، أو للبائع ، أو للمشتري ، أو لأجنبى غير المتعاقدين .

فمثل المنفعة التى تكون للمبيع ، إذا كان رقيقاً : أن يشتري عبداً على ألا يبيعه أو يهبه أو يخرج من ملكه بحال ، أو على أن يبيعه من فلان دون غيره ، أو على ألا يخرج من بلد معين أو على أن يدبره أو يكاتبه ، أو على أن يعتقه على خلاف بين المذاهب ، أو يشتري أمة على أن يستولدها . وفى هذه الأمثلة نرى الرقيق المبيع قد صارت له منفعة بعقد البيع يستوفىها من المشتري ، فمن مصلحة الرقيق ألا يباع أو يخرج من ملك المشتري حتى لا تتداوله الأيدي أو فى القليل ألا يباع إلا إلى شخص بالذات فيتحدد بذلك مجال التعامل فيه ، أو أن يبقى فى بلد معين له فى الاستقرار فيه مصلحة ، ومن مصلحته أن يدبر أو يكاتب ، أو يستولد إذا كان أمة ، فهذا هو طريقه إلى العتق . ومن مصلحته بالأولى أن يشترط البائع عتقه .

والمنفعة التي تكون للبائع إما أن تكون منفعة تتعلق بالمبيع ذاته أو منفعة مستقلة عن المبيع ، فمثل المنفعة التي تتعلق بالمبيع أن يبيع عبداً ويشترط على المشتري أن يبقى في خدمته وقتاً من الزمن ، أو يبيع داراً ويشترط أن تتعلق بسكنها شهراً ، أو يبيع أرضاً ، ويشترط أن يزرعها سنة ، أو يبيع دابة ويشترط أن يركبها إلى مكان معين ، أو يبيع ثوباً ويشترط أن يلبسه أسبوعاً .

ونرى في هذه الأمثلة أن البيع يتضمن إجارة أو إعارة ، فيتضمن إجارة أن كان للشرط مقابل من الثمن فإن لم يكن له مقابل فالبيع يتضمن إعارة ، ومثل المنفعة المستقلة عن المبيع أن يشترط البائع على المشتري أن يقرضه قرضاً ، أو أن يهب له هبة ، أو أن يتصدق عليه بصدقة ، أو أن يشتري منه شيئاً آخر ، أو أن يبيع له كما اشترى منه ، أو أن يزوج منه ابنته .

ونرى في هذه الأمثلة أن عقد البيع قد تضمن عقداً آخر : قرضاً أو هبة أو صدقة أو بيعاً أو زواجا .

والمنفعة التي تكون للمشتري تكون هي أيضاً إما منفعة تتعلق بالمبيع ذاته أو منفعة مستقلة عن المبيع ، فمثل المنفعة التي تتعلق بالمبيع أن يشترط حنطة ويشترط على البائع أن يطحنها ، أو ثوباً ويشترط على البائع أن يخيظه أو محصولاً ويشترط على البائع أن يحصده ، أو يشترط أن يتركه في الأرض حتى ينضج ، أو ربطة قائمة على الأرض ، ويشترط على البائع أن يجزها ، أو يشتري ماله حمل ومؤونة ، ويشترط على البائع أن يحمل المبيع إلى منزله .

وفي هذه الأمثلة نرى البيع قد اقترن بعقد آخر ، هو في أغلبه إجارة عمل البائع ، وهو إعارة الأرض أو إيجارها في شرط ترك المحصول في الأرض حتى ينضج . ومثل المنفعة المستقلة عن المبيع أن يشترط المشتري على البائع أن يقرضه قرضاً ، أو يهب له هبة ، أو أن يتصدق عليه بصدقة . أو أن يبيع له شيئاً آخر ، أو أن يشتري منه كما باع له ، أو أن يتزوج ابنته . . وهكذا دواليك من هذه الشروط المستقلة عن المبيع نفسه .

وهذا بصفة عامة ، وعلى نحو يكاد يكون شاهلاً وشائعاً بين كل المذاهب أو أكثرها . وجدير بالذكر أن الخنابلة - وهم الميسرون في قضية العقود - ينتهون إلى نتيجة قريبة من هذه النتيجة ، فلا يكون الشرط فاسداً عند الخنابلة إلا في موضعين .

الأول : إذا كان الشرط ينافي مقتضى العقد ، مثل ذلك أن يشترط البائع على

المشترى ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه ، أو يشترط عليه إن أعتقه أن يكون الولاء للبائع ، فهذه الشروط كلها تنافى مقتضى العقد ، إذ إن مقتضى العقد حرية المشتري فى التصرف فى المبيع بعد أن صار ملكه ، يبيعه أو لا يبيعه ويهبه أو لا يهبه ، وإذا كان رقيقاً فأعتقه فإن الولاء يكون له هو لا للبائع لأنه هو المعتق والولاء لمن أعتقه .

والثانى من الموضوعين : أن الشرط يكون فاسداً أيضاً إذا ورد فى النهى عنه نص خاص ، وقد نهى النبى ﷺ عن بيعتين فى بيعة وعن شرطين فى بيع وسلف ، وقال ﷺ : « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان فى بيع ، ولا بيع ما ليس عندك » (١) ، فهناك إذن نص خاص فى النهى عن الجمع بين شرطين فى العقد ، وفى النهى عن الجمع بين بيع وسلف .

أما الجمع بين شرطين فى العقد فممنوع فى مذهب أحمد ، والشرطان المنهى عنهما هما الشرطان اللذان فيهما منفعة لأحد المتعاقدين دون أن يقتضيهما العقد أو يلائمهما ، ولو انفرد أى منهما كان صحيحاً ، مثل ذلك من اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته وحمله ، أو طعاماً واشترط طبخه وحمله ، فاجتماع الشرطين فى العقد يبطل الكل ، فالشرطان باطلان والعقد باطل ، أما إن شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو مما يلائم العقد ، مثل أن يبيعه بشرط الرهن أو الضمين ، وبشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن ، فهذا لا يؤثر فى العقد وإن كثر .

وأما الجمع بين بيع وسلف فممنوع أيضاً ، فى مذهب الإمام أحمد .

العربون : ليس من الشروط الفاسدة :

من أساليب التعامل المرتبطة بالشرط الجزائي التعامل بالعربون ، وقد يطلق عليه أحياناً (الضمان المالى) المقدم لتأكيد استمرار الصفقة . وهو ضمان قد يقدم من البائع أو المشتري ، وإن كان قد غلب عليه أن يقدم من المشتري ، وقد يقدم من المتعهد بالقيام بالعمل فى المعاملات الحديثة ، والمناقصات بخاصة .

وقد مال بعض الفقهاء إلى تحريم العربون ، لكن رأى الفقهاء الغالب ، والذى تفرضه المعاملات الحديثة ، هو ضرورة تمحيص بيع العربون حتى نصل إلى الحلال منه تحقيقاً للمصالح المرسله .

(١) أبو داود (٣٠٥٤) فى البيوع ، باب : فى الرجل يبيع ما ليس عنده ، والترمذى (١٢٣٤) فى البيوع ، باب : ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك ، والنسائى (٤٦٣٠) فى البيوع ، باب : شرطان فى بيع .

وبيع العربون هو : أن يشتري السلعة ويدفع إلى البائع مبلغاً من المال على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن ، وإن لم يأخذها فهو للبائع .

وقد بحث علماء المذاهب الإسلامية المعتبرة هذا النوع من البيوع ، واختلفوا فيه على قولين : فذهب الإمام أحمد رحمه الله إلى القول بتصحيحه ، قال أبو محمد بن قدامة رحمه الله : والعربون فى 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 . قال أحمد : لا بأس به . وفعله عمر رضي الله عنه . وعن ابن عمر أنه أجازه . وقال ابن سيرين : لا بأس به . وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين لا بأس إذا كره السلعة أن يردّها ويرد معها شيئاً ، وقال أحمد هذا فى معناه . فاختر أبو الخطاب أنه لا يصح وهو قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى .

ويروى ذلك عن ابن عباس والحسن لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان (١) ، ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض ، فلم يصح ، كما لو شرطه لأجنبى ولأنه بمنزلة «الخيار المجهول» ؛ فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح ، كما لو قال : ولى الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم ، وهذا هو القياس ، وإنما صار أحمد فيه إلى ما روى فيه عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية فإن رضى عمر ، وإلا فله كذا وكذا. قال الأثرم : قلت لأحمد تذهب إليه ؟ قال : أى شىء أقول ؟ هذا عمر رضي الله عنه ، (وضعف الحديث المروى) .

وقد لخص الدكتور السهورى أدلة القولين ورد أدلة القائلين ببطالان بيع العربون ، وذلك بعد إيراد ما ذكره ابن قدامة رحمه الله تعالى . وقد استخلص الدكتور السهورى من النصوص المتقدمة ما يأتى :

إن الذين يقولون ببطالان بيع العربون يستندون فى ذلك إلى حديث النبى صلى الله عليه وسلم الذى نهى عن بيع العربون ، ولأن العربون اشترط للبائع بغير عوض ، وهذا شرط فاسد لأنه بمنزلة الخيار المجهول إذا اشترط المشتري خيار الرجوع فى البيع من غير ذكر مدة كما يقول ولى الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم .

وإن أحمد يجيز بيع العربون ويستند فى ذلك إلى الخبر المروى عن عمر . وقد ضعف الحديث المروى فى النهى عن بيع العربون ، كما يستند إلى القياس على صورة

(١) ابن ماجه (٢١٩٢) فى التجارات ، باب : بيع العربان ، وضعفه الألبانى .

متفق على صحتها هى : أنه لا بأس إذا كره المشتري السلعة أن يردّها ويرد معها شيئاً .
قال أحمد : هذا فى معناه .

ونرى أنه يستطاع الرد على بقية حجج من يقولون ببطلان بيع العربون . فالعربون لم يشترط للبايع بغير عوض إذ العوض هو الانتظار بالمبيع ، وتوقيف السلعة ، حتى يختار المشتري ، وتقويت فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة . وليس بيع العربون بمنزلة الخيار المجهول إذ إن المشتري إنما يشترط خيار الرجوع فى البيع مع ذكر مدة معلومة إن لم يرجع فيها مضت الصفقة وانقطع الخيار .

ويمكن أن يقال : بأن الشرط الجزائي يشبه بيع العربون فى أن كلا منهما شرط يوجب على من أخل بالشرط عقوبة مالية يجرى تعيينها قبل حصول ذلك .

وقد نوّقت المقارنة والترجيح بما أتى :

أولاً : فى سند الأثر الذى فيه شراء نافع من صفوان دار السجن عبد الرحمن بن فروخ السعد مولى عمر ، وهو مجهول العين لأنه لم يرو عنه إلا عمرو بن دينار ؛ لهذا ترك مسلم الرواية عنه فى صحيحه ، ولم يرو عنه البخارى إلا فى التعليقات اللهم إلا أن يقال : إن الشهرة تقوم مقام راو آخر . ذكر معنى ذلك ابن حجر فى تهذيب التهذيب عن الحاكم .

ثانياً : هذا الأثر يحتمل منه أن يكون عقد الشراء قد أبرم فعلا بين نافع و صفوان ، ويحتمل أن يكون مجرد وعد من نافع لصفوان بالشراء ، ثم كان العقد بعد العرض على عمر ورضاه ، رَوَاهُ .

ثالثاً : دعوى الاتفاق على ما قاله ابن سيرين من أنه لا بأس إذا كره السلعة أن يردّها ويرد معها شيئاً ، تحتاج إلى إثبات حتى يتأتى قياس بيع العربون عليه ، وإلا فمجرد قول ابن سيرين ليس بأصل يرجع إليه فى الاستدلال ، والإمام أحمد ليس بمجتهد مذهب حتى يقال إن هذا من باب التخريج على مسألة فى المذهب بل هو مجتهد مطلق يرجع فى اجتهاده إلى الأصول الشرعية .

وأخيراً فالعلاقة بين الشرط الجزائي والعربون علاقة واضحة ، وكلاهما ينتهى الرأى فيه إلى الإباحة ما لم يقع فى المعاملة - عند التطبيق - تحريم خارجى طارئ ليس من أصل المعاملة .

فتوى إدارة البحوث والإفتاء حول الشرط الجزائي

كان حسنا ما قامت به الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء بالمملكة ، حين طرحت موضوع الشرط الجزائي على مائدة البحث ، بصورة مستفيضة ، مستعرضة سائر الآراء - تقريباً - فى فقها الموروث ، ومن خلال الرؤى الحديثة ، المتكئة - كالقديمة - على الأصول التشريعية التى يقوم عليها - بعد القرآن والسنة - الاجتهاد الفقهي فى استنباط الأحكام .

وعلى أساس من شمول هذه الدراسة وتنوع صور الاجتهاد فيها ، انتهت اللجنة إلى اتخاذ قرارها بالإجماع حول إباحة الشرط الجزائي فى ظل الظروف الحديثة ومراعاة المصلحة والضوابط الشرعية .

وهذا نص القرار :

الحمد لله - وبعد : فإنه بعد مداولة الرأى والمناقشة ، واستعراض المسائل التى يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائي ، ومناقشة توجيه قياسه على تلك المسائل والإيراد عليه وتأمل قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] وما روى عنه ﷺ من قوله : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » (١) . ولقول عمر رضي الله عنه : « مقاطع الحقوق عند الشروط » والاعتماد على القول الصحيح من أن الأصل فى الشروط الصحة وأنه لا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً .

وبعد استعراض ما ذكره أهل العلم من تقسيم الشروط فى العقود إلى صحيحة وفاسدة وتقسيم الصحيح إلى ثلاثة أنواع :

الأول : شرط يقتضيه العقد : كاشتراط التقابض وحلول الثمن .

الثانى : شرط من مصلحة العقد ، كاشتراط صفة فى الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الكفيل به أو صفة فى المثلن ككون الأمة بكرأ .

الثالث : شرط فيه منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا

(١) الترمذى (١٣٥٢) فى الأحكام ، باب : (١٧) ، وقال : « حسن صحيح » ، وابن ماجه (٢٣٥٣) فى الأحكام ، باب : فى الصلح ، وانظر : إرواء الغليل للألبانى (١٣٠٣) .

منافياً لقتضاه ، كاشتراط البائع سكن الدار شهراً ، وتقسيم الفاسدة إلى ثلاثة أنواع :

الأول : اشتراط أحد طرفى العقد على الطرف الثانى عقداً آخر كبيع أو إجارة أو نحو ذلك .

الثانى : اشتراط ما ينافى مقتضى العقد ، كأن يشترط فى المبيع أن لا خسارة عليه أو لا يبيع أو يهب ولا يعتق .

الثالث : الشرط الذى يتعلق به العقد كقوله : بعتك إن جاء فلان ، وتطبيق الشرط الجزائى عليها وظهور أنه من الشروط التى تعتبر من مصلحة العقد إذ هو حافظ لإكمال العقد فى وقته المحدود له ، والاستثناس بما رواه البخارى فى 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 بينى وبينك بيع ، فلم يجئ فقال شريح للمشتري : أنت أخلفت فضى عليه (١) . وفضلاً عن ذلك فهو فى مقابلة الإخلال بالالتزام حيث أن الإخلال به مظنة الضرر وتفويت المنافع وفى القول بتصحيح الشرط الجزائى سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله ، وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود تحقيقاً لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] .

لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع : أن الشرط الجزائى الذى يجرى اشتراطه فى العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر فى الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً ، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول ، وإذا كان الشرط الجزائى كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالى ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع فى ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة ، ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعى على طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حُكِمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ [النساء : ٥٨] وقوله سبحانه : ﴿ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة : ٨] وبقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » (٢) .

(١) البخارى فى الشروط معلقاً (الفتح ٥ / ٣٥٤) .

(٢) ابن ماجه (٢٣٤٠ ، ٢٣٤١) فى الأحكام ، باب : من بنى فى حقه ما يضر بجاره ، وصححه الألبانى .

وبناء على هذا القرار من لجنة الفتوى بإدارة البحوث العلمية والإفتاء بالمملكة ، فإننا نعتبر الشرط الجزائي شرطاً صحيحاً ملزماً في سائر العقود الحديثة ، ما لم يكن شرطاً مخالفاً للشرع في شيء ، وما لم يكن مخالفاً للمنطق والعقل ، لجسامته مثلاً ، فيقدر الضرر بقدره عن طريق لجنة فنية ، أما أصل الشرط فيعتبر صحيحاً . وبالله التوفيق .

فتوى المجمع الفقهي بمكة المكرمة حول الظروف الطارئة على العقود

الظروف الطارئة يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند الحديث حول الشرط الجزائي في المعاملات وفي العقود ، ولهذا نشير إلى أن المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامى بمكة المكرمة قد أصدر قراراً حول الظروف الطارئة وتأثيرها على الحقوق والالتزامات العقدية ، ونحن ننقل هذا القرار فى السطور التالية منوهين بأن الظروف الطارئة يجب أن تعتبر وتقدر بقدرها وهى تكمل اباحة الشرط الجزائي . جاء فى القرار :

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً .

أما بعد :

فقد عرض على المجمع الفقهي الإسلامى مشكلة ما قد طرأت بعد إبرام عقود التعهد ونحوها من العقود ذات التنفيذ المتراخى فى مختلف الموضوعات من تبدل مفاجئ فى الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير فى ميزان التعامل الذى بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتها فيما يعطيه العقد كلاً منهما من حقوق وما يحمله إياه من التزامات ، مما يسمى اليوم فى العرف التعاملى بالظروف الطارئة .

فما الحكم الشرعى الذى يوجه فقه الشريعة فى مثل هذه الأحوال التى أصبحت كثيرة الوقوع فى العصر الحاضر الذى تميز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين ؛ كالتعهد مع الحكومات أو إنشاء الجسور العظيمة ، والمجمعات لدوائر الحكومة أو للسكن ، والمستشفيات العظيمة أو الجامعات ، وكذا المقاولات التى تعقد مع مؤسسات أو شركات كبرى لبناء مصانع ضخمة ، ونحو ذلك مما لم يكن له وجود فى الماضى البعيد .

فهل يبقى المتعاقد الملتزم على حدود عقده وأسعاره قبل تبدل الظروف وطروء التغييرات الكبيرة التى قد تطرأ عليها مما تكبد من ذلك من خسائر ماحقة ، تسكناً بمقتضى العقد وحدوده فى الأسعار والكميات ، أو هل له مخرج وعلاج من فقه الشريعة الحكيمة السمحة العادلة يعيد كفتى الميزان إلى التعادل ، ويحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين ؟

وقد نظر مجلس المجمع فى النظائر الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع من فقه المذاهب ، واستعرض قواعد الشريعة ذات العلاقة مما يستأنس به ويمكن أن يؤدى بالحكم القياسى والاجتهاد الواجب فقها فى هذا الشأن ، كما رجع إلى آراء فقهاء المذاهب فوجد ما يلى :

١ - إن الإجارة يجوز للمستأجر فسخها بالطوارئ العامة التى يتعذر فيها استيفاء المنفعة كالحرب والطوفان ونحو ذلك ، بل إن الحنفية يسوغون فسخ الإجارة أيضاً بالاعذار الخاصة بالمستأجر ، مما يدل على أن جواز فسخها بالطوارئ العامة مقبول لديهم أيضاً بطريق الأولوية فيمكن القول أنه محل اتفاق .

٢ - وذكر ابن قدامة المقدسى فى كتاب الإجارة من « المعنى » (المطبوع مع الشرح الكبير (٦ / ٣٠) أنه إذا حدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذى 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 به استيفاء المنفعة بالكلية فأشبهه مرضه .

٣ - وقد نص الإمام النووى رحمه الله فى « روضة الطالبين » (٦ / ٢٣٩) أنه لا تنفسخ الإجارة بالأعذار ، سواء أكانت إجارة عين أو ذمة .

٤ - ما يذكره العلماء رحمهم الله ، فى الجوائح التى تجتاح الثمار الميعة على الأشجار بالأسباب العامة كالبرد والجراد وشدة الحر والأمطار والرياح ونحو ذلك مما هو عام حيث يقررون سقوط ما يقابل الهالك بالجوائح من الثمن ، وهى قضية الجوائح المشهورة فى السنة والفقه .

٥ - ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله فى « مختصر الفتاوى » (ص ٣٧٥) أن من استأجر ما تكون منفعته جارية لعامة الناس ، مثل الحمام وال فندق والقيسارية ، فنقضت المنفعة المعروفة لقلّة الزبون أو لخوف أو لحرب أو تحول سلطان ونحوه ، فإنه يخفف عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة .

٦ - وقال ابن قدامة أيضاً فى الصفحة (٢٩) من الجزء السابق ذكره ما يأتى :

« 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 فللكل

واحد منها فسخ الإجارة وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز . . . » .
هذا وقد ذكر فقهاء المذاهب في حكم الأعدار الطارئة في المزارعة والمساقاة والمغارسة شبيه ما ذكروا في الإجارة .

٧ - قضى رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده ، وقرر كثير من فقهاء المذاهب في الجوائح التي تحتاج 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 عمت الثمار كلها يسقط الثمن كله .

٨ - قال رسول الله فيما ثبت عنه « لا ضرر ولا ضرار » (١) وقد اتخذ فقهاء المذاهب من قوله هذا قاعدة فقهية اعتبروها من دعائم الفقه الكبرى الأساسية ، وفرعوا عليها أحكاماً لا تحصى في وقع الضرر وإزالته في مختلف الأبواب .

ومع أن الأصل الوفاء بالعقود فإن 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 يتفك 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 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 » .

ويتضح 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 المألوف كثيراً بمثل تلك الأسباب الطارئة الأنفة الذكر توجب عندئذ تدبيراً استثنائياً .

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

(١) ابن ماجه (٢٣٤٠ ، ٢٣٤١) في الأحكام ، باب : من بنى في حقه ما يضر بجاره ، وصححه الألباني .

القضاء ، فى ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التى تنير طريق الحل الفقهى السديد فى هذه القضية المستجدة الأهمية ، يقرر مجمع الفقه الإسلامى ما يلى :

١ - فى العقود المتراخية التنفيذ كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات إذا تبدلت الظروف التى تم فيها التعاقد تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد ، فأصبح بها تنفيذ الإلزام العقدى يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار فى طرق التجارة ، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم فى تنفيذ التزاماته ، فإنه يحق للقاضى فى هذه الحال عند التنازع ، وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمعتاد من الخسائر على الطرفين المتعاقدين ، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل فى القضية المعروضة عليه ، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق فى التنفيذ .

٢ - لا يحق للقاضى أيضاً أن يمهّل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال فى وقت قصير ، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال .

٣ - هذا وإن مجلس المجمع الفقهى يرى فى هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفى العقد ، ومنعاً للضرر المرهق لأحد المتعاقدين بسبب لا يد له فيه ، وإن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعى الحكيم ، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها ، والله ولى التوفيق .

وهكذا ينتهى بنا المطاف إلى معرفة الحكم الشرعى فى الشرط الجزائى من ناحية أصله ، وهو الإباحة ثم معرفة وجوب تقدير الظروف الطارئة التى فوق طاقة البشر بقدرها الملائم لها ، وهذا هو العدل المتوقع من شريعة الله ، ﴿ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ [المائدة] .