

الشروط المستجدة في المعاملات المعاصرة

تكييفها وحكمها الشرعي*

توطئة

هذا بحث مهم جداً يحدد طبيعة الشروط المستجدة في عالم المعاملات المعاصرة، ويحدد حكمها الشرعي، في ضوء المبادئ الآتية وهي: احترام النصوص الشرعية، ومبدأ مقتضى العقد^(١) تنفيذاً لأمر الشرع، ومراعاة قاعدة التعادل في التبادل في العقود المالية نفيًا للربا أو الغرر، وفي ضوء الأعراف العامة الصحيحة التي لا تصادم الشرع الحنيف وأصول التعامل القائم على أساس الشريعة ومبدأ استقرار المعاملات وإزالة الجهالة، منعاً للنزاع، وحفظاً للحقوق، وتحقيق مراد الشرع،

* مقدّم لندوة البركة الثالثة والعشرين للاقتصاد الإسلامي، بتاريخ ٨ - ٩ رمضان ١٤٢٣هـ الموافق ١٣ - ١٤ تشرين الثاني (نوفمبر) ٢٠٠٢م.

(١) مقتضى العقد أو حكم العقد هو: الأثر الجوهري أو النوعي المراد من العقد أو ما يستلزمه أساساً كانتقال الملكية في البيع والهبة.

ومقصود العاقدين، وحفظ التوازن، ومقاربة التساوي بين الالتزامات في المفاوضات بين أطراف التعاقد.

ويتطلب هذا تقديماً سريعاً في أنواع الشروط، وذلك في ضوء الخطة الآتية:

- أنواع الشروط (الشرعية، والجعلية، والتقييدية).
- شرط المصادقة على بيع الأسهم والحصص من قبل مجلس الإدارة.
- شرط عدم المنافسة.
- شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع الآجل.
- شرط تخفيف المسؤولية.
- شرط الإعفاء التام من المسؤولية (البراءة) أو جزء منها.
- شرط تنازل الشريك عن الأرباح التي قد تتحقق مقابل مبلغ مقطوع.
- شرط التجربة في عقود الاستصناع ونحوها.
- شرط استحقاق البائع ما يحصل عليه المشتري من ثمن أو عائد فوق المتوقع.
- اشتراط زيادة منفعة.
- اشتراط شرطين في عقد واحد.
- الشرط الجزائي.
- شرط التوثيق.
- شرط الصيانة.

- الاشتراط لمصلحة الغير.
- البيع بما ينقطع عليه السعر.
- بيع الثنيا وبيع الوفاء.

علماء بأن هناك شروطاً أخرى كثيرة تم بحثها في المجامع الفقهية والندوات المصرفية لا داعي لبحثها.

أنواع الشروط

للشروط أنواع ثلاثة: شرعية، وجعلية (اتفاقية) وتقييدية.

الشرط الشرعي: هو ما قرره الشرع من شرائط الانعقاد، والصحة والنفاد، واللزوم. فإذا اختل شرط الانعقاد كان العقد باطلاً، وإذا اختل شرط الصحة كان العقد فاسداً في اصطلاح الحنفية، أو باطلاً في اصطلاح الجمهور، وإذا اختل شرط النفاذ كان العقد موقوفاً أو غير نافذ، وإذا لم يتوافر شرط اللزوم كان العقد غير لازم أو مشتملاً على الخيار.

والشرط الجعلي: هو ما شرطه أحد العاقدين لتحقيق غرض معين، كتعليق وجود العقد على توافر الشرط، أو إضافته إلى المستقبل أو تقييده بشرط، أي التزام في التصرف القولي لا يستلزمه إطلاق التصرف.

والشرط التقييدي: أحد أنواع الشروط الجعلية، وهو التزام أمر لم يوجد في العقد، زائد عن أصل مقتضى العقد، فله صفتان: كونه زائداً على أصل التصرف، وواقعاً في المستقبل. وحكمه: أنه يؤدي إلى تعديل آثار العقد الأصلية.

والفرق بين التعليق والتقييد: أن التعليق يرتبط بأصل وجود العقد، مثل: إن قدم فلان من السفر فقد بعثك الدار، أي إن العقد ذاته لا يوجد

في الحال وإنما يوجد إذا توافر الشرط المعلق عليه، ومن المعلوم أن عقود التمليكات المالية كالبيع لا تقبل التعليق عند الحنفية، وأما الحنابلة فيجيزون التعليق في جميع العقود للضرورة أو الحاجة أو المصلحة. والإسقاطات المحضة كالوكالة والوصية يصح فيها التعليق، والكفالة والحوالة يصح تعليقها بالشرط الملائم، أي الذي يناسب مقتضى العقد دون سواه.

والفرق بين التعليق والإضافة للمستقبل في رأي الحنفية: أن التعليق لا يفيد في ترتيب حكم العقد أو مقتضاه إلا إذا وجد الشرط المعلق عليه. أما الإضافة فيترتب عليها وجود العقد في الحال، لكن لا يوجد الأثر المترتب عليه إلا في زمن مستقبلي.

يتبين من هذا أن التعليق لا تأثير له على مقتضى العقد وآثاره أو أحكامه، فإذا وجد الشرط المعلق عليه أنتج جميع آثاره، أما التقييد فله تأثير في أحكام العقد وآثاره منذ وجوده، فيعدل بعض الآثار بعد أن كانت الآثار كلها مطلقة ومنتوقعة.

والقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية لمعرفة مدى تأثير الشروط على

العقد صحة وبطلاناً

أن العقود أسباب شرعية جعلية، لا آلية عقلية وضعية أو طبيعية^(١) وقد شرعت لتحقيق نتائجها بجعل المشرع، فالشرع باتفاق الفقهاء هو: الذي يرتب آثارها وأحكامها، لا بذواتها أو هياكلها^(٢)، ضماناً لموضوعيتها وحيدتها، دون إفساح المجال للأهواء والمنافع أو المصالح الذاتية التي

(١) الموافقات للشاطبي ١/١٣١.

(٢) رد المحتار لابن عابدين ٤/١٣٦، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي،

أ.د. محمد يوسف موسى: ص ٤١١.

هي مزلة للتورط في الجور وغبن الآخرين غبناً فاحشاً، واستغلال أحد العاقدين للآخر دون وجه حق، أو فتح المجال لتسلط القوي على الضعيف، وهذا يهدر كون العقود مبنى العدل وأساس المساواة، وبهما يتحقق استقرار المعاملات، ومنع التظالم بين الناس.

وإرادة الإنسان مقصورة على إنشاء أو إبرام العقد فقط بحسب نظام التعاقد، أما ترتيب الآثار على العقود كنقل ملكية المبيع إلى المشتري أو المنفعة إلى المستأجر، واستحقاق الثمن في ذمة المشتري للبائع أو استحقاق المؤجر الأجرة، فمتروك لإرادة الشرع وتقديره.

وتستمد إرادة العاقدين سلطانها من الشرع بالحدود التي حددها لكل عقد، وقد تُحقق حدود الشرع حاجة المتعاقدين، فلا يحتاجان إلى اشتراط شروط تنقص أو تزيد من آثار العقد المشروعة، وإذا لم تتحقق حاجتهما، أضيفت شروط تحقق الغرض المطلوب دون مصادمة لأصول الشريعة^(١).

وللفقهاء اتجاهان في مدى حرية الاشتراط في العقود^(٢):

الاتجاه الأول للظاهرية: وهم القائلون بأن الأصل في العقود والشروط المنع، فكل عقد أو شرط لم يقره الشرع في القرآن الكريم أو السنة النبوية فهو باطل.

الاتجاه الثاني لبقية الفقهاء: وهو أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، لكن أصحاب هذا الاتجاه فريقان:

١ - الحنابلة ولاسيما المتأخرون منهم كابن تيمية وابن القيم يقولون:

الأصل في الشروط العقدية هو الإطلاق في الإباحة، أي إطلاق حرية الاشتراط في العقود المالية للعاقدين، فكل شرط لم يرد الشرع بتحريمه

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للباحث ٢٠١/٤، ط أولى.

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا: ف٢١٥، ٢١٧.

فهو جائز، تحقيقاً لحاجات الناس ومصالحهم، ومراعاة حاجة التطورات، حتى لا تجمد أو تشل حركة النشاط الاقتصادي أساس تقدم المجتمعات، وهو اتجاه الأحرار، لكن لا يعني هذا مصادمة الشرع أو إهدار مقتضى العقد، فإن حدث ذلك كان الشرط باطلاً.

٢ - الجمهور يقولون: الأصل في الشروط العقدية هو التقييد، فكل شرط خالف الشرع أو مقتضى العقد^(١) فهو باطل، وما عداه فهو صحيح، وهو اتجاه الملزمين أو المحافظين.

٣ - وبناء على ما تقدم أبين حكم الشروط الآتية المطلوبة في الخطة، والمضافة من عندي بحسب الحاجة.

شروط المصادقة على بيع الأسهم والحصص من قبل مجلس الإدارة

لا يحجر الشرع على أحد شيئاً دون وجه حق، ولا يمنع وجود شروط في العقد تحقق مصلحة العاقدين أو أحدهما دون إضرار بالآخر، وهذا ما قرره الفقهاء، حيث صححوا ما يسمى بالشروط الملائم لمقتضى العقد، فهو إن خالف مقتضى العقد في الظاهر، فإنه يؤكد مقتضاه في المعنى والحقيقة، فيكون جائزاً استحساناً في تعبير الحنفية^(٢)، ويسمى عند الشافعية «الشرط الذي في مصلحة العقد»^(٣) رعاية لحاجة المتعاقدين، وتحقيق مصلحتهما، أو حاجة التعامل، وهو موافق أيضاً لرأي المالكية والحنابلة^(٤).

(١) مقتضى العقد: هو الأحكام الأساسية التي قررها الشرع لكل عقد، سواء بالنص عليها مباشرة أو باستنباط المجتهدين بقصد تحقيق التوازن في الحقوق بين العاقدين.

(٢) فتح القدير ٢١٤/٥ وما بعدها.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٤٥٣.

(٤) بداية المجتهد ١٩٣/٢، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٣٩/٣، أعلام الموقعين

وبناءً عليه، فلا مانع من تضمين العقد شرطاً يتفق مع مقتضاه، حفظاً للمصلحة ورعاية الحاجة، فيكون جائزاً شرط المصادقة على بيع الأسهم والحصص في شركة من الشركات من قبل مجلس الإدارة، أي رئيس مجلس الإدارة، لأنه يمثل المجلس والشركاء، حتى يضمن المشتري حقه في انتقال الملكية، وتعترف الشركة به ويملكيته لما اشترى من الأسهم والحصص، لأنه لا قيمة للملكية إذا لم يعترف بها من يشرف عليها ويستثمرها، أو يمارس سلطانه عليها من استعمال واستغلال (استثمار مشروع) وتصرف المالك بحسب الأصول الممنوحة له، أو الإجراءات المقررة له إذا أراد التنازل عن ملكيته يوماً ما.

وهذا الشرط معقول ومنطقي، ولا يتصادم مع أوامر الشرع أو مقتضى العقد، وإنما يؤكد مقتضاه، ويحقق الغاية من التعاقد، وهي استقرار التعامل، وصيانة الحقوق، من غير إخلال بمبدأ التوازن أو التعادل بين الطرفين المتعاقدين.

شرط عدم المنافسة

لا مانع من هذا الشرط أيضاً لأن تعقّد الحياة الاقتصادية في العصر الحاضر، وكثرة الناس، وازدحام المجتمعات، ورعاية المصالح الناشئة بسبب تملك معمل أو مصنع تقتضي هذا الاشتراط على شخص آخر أو أكثر، لحماية بعض الأنشطة الجديدة، وحتى يتمكن المالك من تصريف منتجاته في الأسواق المحلية، دون مزاحمة في عرض سلعة مشابهة أو مماثلة، ودون إضرار بمصلحة الأمة، وإلا تعرّض المعمل للإفلاس أو الدمار والتعطّل بسبب وجود منافسة حرة تؤدي إلى تنزيل الأسعار، أو المضاربة في السوق من غير حاجة عامة، سواء كان ذلك الشرط لمدة معينة، أو في بلد معين.

وتأصيله: جريان العرف الحالي به دون مصادمة لشيء من النصوص الشرعية، أو مقتضى العقد، ولا يؤدي لمنازعة، ولا يضر بالمصلحة العامة.

ويستأنس لذلك بأن قانون الوجبات اللبناني استثنى من الشرط الباطل الذي يحظر على المتعاقد الآخر استعمال حقوقه الشخصية أو العامة ما يأتي: الشرط الذي موضوعه التعهد بالامتناع عن ممارسة صناعة أو مهنة لفترة معينة، وهو من الشرط الفاسخ^(١)، كما إذا قيل: أشتري محللك التجاري بشرط ألا تفتح مثله لمدة سنة، أو أكثر أو أقل^(٢).

شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع الآجل

إن من مقتضى العقد الناقل للملكية كالبيع أو الهبة هو انتقال الملك بمجرد إبرام العقد وتطابق القبول مع الإيجاب، وهذا متفق عليه بين الفقهاء لأن حكم العقد أو مقتضاه قرره الشرع أو الفقهاء، حفظاً لتوازن الحقوق بين العاقدين، فلا يجوز مخالفته أو تجاوزه، وإلا كان العقد فاسداً، سواء في البيع الحالّ أو المؤجل، ولقوله: **«كُلُّ شَرَطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِئَةَ شَرَطٍ»**^(٣). قال النووي في بيان معنى حديث عائشة: **«الولاء لمن أعتق، وإن اشترطوا مئة شرط»**^(٤): أي

(١) الشرط الفاسخ:

هو اشتراط أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على تحققه زوال الالتزام، كما يترتب على تخلفه بقاء الالتزام وتأبيده، وهو شرط إلغاء، لأنه يترتب عليه إلغاء الالتزام وزواله.

(٢) نظرية الالتزام، أ.د. محسن شفيق، ص ١٨٠ وما بعدها.

(٣) رواه البزار والطبراني عن ابن عباس **«كُلُّ شَرَطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى فَهُوَ بَاطِلٌ»**، وهو صحيح.

(٤) رواه البخاري، ولمسلم معناه.

لو شرطوا مئة مرة توكيداً، فالشرط باطل. وإنما حمل ذلك على التوكيد، لأن الدليل قد دل على بطلان جميع الشروط التي ليست في كتاب الله، فلا حاجة إلى تقييدها بالمئة، فإنها لو زاد عليها، كان الحكم كذلك.

هذا هو حكم الشريعة الإسلامية، لكن تورطت بعض القوانين الإسلامية والقوانين الوضعية، فقرروا جواز اشتراط تعليق نقل الملكية إلى المشتري في البيع المؤجل حتى يؤدي جميع الثمن. نصت المادة (٥١٣) من قانون المعاملات المدنية 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^(١) أي بأثر رجعي.

جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون: تجيز هذه المادة للبائع في حالة تأجيل الثمن أو تقسيطه أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري، حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع، فإذا تم استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع.

وقد عرفنا أن هذا الشرط باطل شرعاً، والواقع أن استناد هذه القوانين لمواد المجلة وغيرها غير صحيح، لأن المنصوص عليه في هذه المواد ليس في تعليق البيع وإنما في شرط ملائم للعقد كالرهن والكفيل أو في شرط منفعة زائدة متعارف عليها كخياطة ظهارة على فروة، أو تسمير قفل في الباب، أو ترقيع ثوب، فهو تدليس.

(١) وانظر المادة (٤٨٧) أردني، (٤٣٠) مصري، (٣٩٨) سوري، (٥٣٤) عراقي، وكذا القانون السوداني. وزعمت المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنها مستمدة من المواد (١٨٧، ١٨٨) من المجلة، و(٤٥٤، ٤٥٥) من مرشد الحيران.

شرط تخفيف المسؤولية

للعاقدين تخفيف مسؤولية أحدهم ما لم يصادم ذلك نصاً شرعياً، أو مقتضى العقد، ولا مصلحة فيه لأحد، أو للمشتري عند الجمهور غير الحنابلة، أو يخل بالنظام العام أو الآداب، بدليل أن النبي ﷺ لم يقر سادة «بريرة» الأمة المكاتبه على اشتراط الولاء لهم حينما باعوها للسيدة عائشة ؓ قائلاً: «أشتريتها فأعتقيها، ويشترطوا ما شاؤوا» قالت: فاشتريتها، فاعتقتها، واشترط أهلها ولاءها، فقال النبي ﷺ: «الولاء لمن اعتق، وإن اشترطوا مئة شرط»^(١) وفي لفظ آخر للبخاري: «خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق».

والولاء: هو الإرث المتبادل بين السيد وعتيقه (من أعتقه) إذا مات أحدهما ولم يكن له وارث.

قال النووي رحمه الله: قال العلماء: الشرط في البيع أقسام: أحدهما يقتضيه إطلاق العقد كشرط تسليمه. الثاني: شرط فيه مصلحة كالرهن، وهما جائزان اتفاقاً. الثالث: اشتراط العتق في العبد وهو جائز عند الجمهور للحديث المتقدم: «أشتريتها وأعتقها، فإنما الولاء لمن أعتق»^(٢). الرابع: ما يزيد على مقتضى العقد، ولا مصلحة فيه للمشتري كاستثناء منفعة، فهو باطل^(٣).

ولا مانع أيضاً من تخفيف المسؤولية ضمن الضوابط السابقة، كالبراءة من عيب معين لا يعلمه البائع، اتفاقاً، وكتحميل المشتري الضرائب والرسوم المقررة لمالية الدولة، مع أن القاعدة كون هذه التكاليف على البائع، فيكون الشرط جائزاً بالتراضي.

(١) رواه البخاري، ولمسلم معناه.

(٢) متفق عليه عن عائشة ؓ.

(٣) نيل الأوطار ٥/٢٠٠، ط دار الخير، بتحقيق الباحث.

شرط الإعفاء التام من المسؤولية (البراءة) أو جزء منها:

قد يحصل اتفاق بين العاقدين على إعفاء البائع إعفاءً تاماً أو جزئياً من بعض الالتزامات المتعلقة بسلامة المعقود عليه، الذي يفترض تحققه فيه، عملاً بالأصل المقرر، وتحقيقاً لسلامة التعامل واستقرار المعاملات، لكن استثناء من ذلك قد يتفق العاقدان على الإعفاء الكلي أو الجزئي من المسؤولية، وهذا من حيث المبدأ جائز شرعاً، ومتفق عليه فقهاً؛ لأن العقد عن تراض، وقد تعرض فقهاؤنا لهذه المسألة في بيان شرط البراءة من العيوب في خيار العيب في عقد البيع.

١ - فإن شرط البائع براءته من ضمان العيب، أي عدم مسؤوليته عما يمكن أن يظهر من عيوب في المبيع، فرضي المشتري بهذا الشرط، اعتماداً على السلامة الظاهرة، ثم ظهر في المبيع عيب قديم قبل البيع أو بعده وقبل القبض، فلا يرد على البائع في رأي جماعة، لكن للفقهاء في مدى صحة هذا الشرط اتجاهان:

- اتجاه جمهور الحنفية^(١): يصح البيع بشرط البراءة من كل عيب، سواء علم بها البائع فكتمها عن المشتري، أم كان جاهلاً بها، وسواء أكان العيب قديماً لدى البائع أم حادثاً قبل التسليم، لأن الإبراء إسقاط لا تمليك، والإسقاط لا تفضي الجهالة فيه إلى المنازعة، لعدم الحاجة إلى التسليم. وهذا ما اختاره ابن قدامة الحنبلي وغيره من إحدى روايتين عن الإمام أحمد^(٢).

- اتجاه بقية العلماء (محمد بن الحسن وزفر والحسن بن زياد من

(١) البدائع ٥/٢٢٧، فتح القدير ٥/١٨٢، الدر المختار ورد المحتار ٤/١٠٠.

(٢) المغني ٤/١٧٨، غاية المنتهى ٢/٢٧.

الحنفية، ومالك والشافعي، وأحمد في رواية عنه^(١): يشمل شرط البراءة التامة العيب الموجود عند العقد فقط، لا الحادث بعده وقبل القبض، لأن البراءة تتناول الشيء الثابت الموجود، ولا تتناول المعدوم، فالإبراء منه لا يتصور، والحادث لم يكن موجوداً عند البيع، فلا يدخل تحت الإبراء.

لكن قصر المالكية جواز هذا الشرط في عيب الرقيق الذي لا يعلم به البائع، وطالت إقامة الرقيق عند بائه، وكذلك الشافعية في الأظهر قصرها البراءة على كل عيب باطن في الحيوان خاصة إذا لم يعلم به البائع، ولا يبرأ عن عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار مطلقاً، ولا عن عيب ظاهر بالحيوان، علمه أم لا، ولا عن عيب باطن بالحيوان علم به. والمراد بالباطن: ما لا يطلع عليه غائباً.

وصرح أصحاب الاتجاه الأول (جمهور الحنفية وجماعة من الحنابلة) بأنه إذا خصص الإبراء عن بعض العيوب، لم يشمل غيرها، كالإبراء من مرض معين أو كَيِّ بالنار ونحوه، لأنه أسقط حقه من نوع خاص.

وبإمكاننا العمل بالاتجاه الأول في كل عقد عند الحاجة ورعاية المصلحة العامة، واستثناساً بقاعدة القانونيين لا الشرعيين: «العقد شريعة المتعاقدين» فهذه القاعدة مقيدة عند الشرعيين بعدم مصادمة الشرط للنص أو مقتضى العقد، أو مقاصد الشريعة. ويتفق الشرع والقانون على تقييد القاعدة بما لا يصادم النظام العام أو الآداب.

شرط تنازل الشريك عن الأرباح التي قد تتحقق مقابل مبلغ مقطوع

قد يحتاج الشريك للمال في ظروف معينة، ولا يتمكن من انتظار

(١) البدائع ٥/٢٧٧، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/١١٩، الشرح الصغير ٣/١٦٤، مغني المحتاج ٢/٥٣.

تصفية الشركة وظهور الأرباح التي يستحقها الشركاء في المستقبل، فيعلن للشركة رغبته بالتنازل عن نصيبه من الربح المتوقع مقابل مبلغ معين، فإذا تم الاتفاق بين الطرفين على هذا، أخذ الشريك المتنازل المبلغ المقطوع، وصرح بهذا التنازل خطياً للشركة، بحسب العادة.

وهذا لا مانع منه شرعاً، لأنه نوع من الصلح بالتراضي، وقد قرر الفقهاء مشروعية هذا الصلح في التنازل عن حصة أحد الورثة عن نصيبه في التركة، وسموا هذا الصلح مخارجة أو تخارجاً.

والمخارجة هي: عقد يتصلح فيه أحد الورثة على أن يخرج من التركة، فلا يأخذ نصيبه، مقابل مال يأخذه من التركة أو من غيرها.

لكن اشترط الحنفية^(١) التقابض فيما هو عقد صرف، وأن تكون التركة معلومة، وأن يعلم المتخارج بنصيبه من التركة خشية الغرر، ولم يشترطوا كون التخارج في غير الأموال الربوية، أو فيها من جنس مختلف، بمقدار الحصة تماماً. واشترط العلم، لأن هذا العقد بيع، والعلم بالمبيع شرط لإمكان التسليم، وكذلك عدم الوقوع في الربا شرط، وذكروا بعض الأحكام في المسألة، لا بد من تبيانها فقالوا:

أ - إن كانت التركة أشياء عينية كعقارات أو عروض تجارية، صح الصلح مهما كان مقدار العوض قليلاً كان أو كثيراً، لأنه بيع، وقد صالح الخليفة عثمان بن عفان رضي الله عنه امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه على ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار.

ب - وأما إن كانت التركة نقداً (ذهباً أو فضة أو ورقاً نقدياً في عصرنا) فيصح الصلح مهما كان العوض إذا كان من جنس مال التركة، كإعطاء ذهب بفضة أو على العكس، لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس،

(١) اللباب شرح الكتاب ٢/١٧٠، تكملة رد المحتار ٧/٢٠٥ وما بعدها.

فلا يعتبر التساوي، ولكن بشرط قبض العوضين في مجلس العقد لأنه عقد صرف منعاً من الوقوع في الربا.

وهذا يعني أن التخارج على مبلغ من النقود الورقية، والتركة نقود ورقية، من جنس واحد، لا يصح بأقل أو أكثر من الحق أو النصيب الذي يستحقه الوارث، تحاشياً للربا.

ج - وإن كانت التركة خليطاً من أشياء عينية ونقدية - وهو الغالب - فلا بد من أن يكون العوض أكثر من النصيب النقدي للوارث في التركة، حتى يتساوى نصيبه بمثله، وتغطي الزيادة الأشياء العينية الأخرى، مثل العروض التجارية والعقارات ونحوها، منعاً من الوقوع في الربا، ولا بد من التقابض في مجلس العقد فيما يقابل نصيبه من الذهب أو الفضة أو الورق النقدي، لأن هذا عقد صرف في هذا القدر.

شرط التجربة في عقود الاستصناع وغيرها

الأصل سلامة المعقود عليه في الاستصناع وغيره من أي خلل أو نقص أو عيب، أو عدم كفاية، وبخاصة الآلات الحديثة، ويثبت للمستصنع أو المشتري دلالة أو ضماناً الحق في سلامة المعقود عليه من العيوب، فإذا لم تتوافر السلامة، كان العقد غير لازم، أي يثبت الخيار للمتملك في إبقاء المعقود عليه أو رده، وهذا سبب مشروعية خيار العيب.

فإذا وجد شرط التجربة للمعقود عليه، كان الشرط صحيحاً، لأنه يلائم مقتضى العقد، ولا يخل بصحة العقد، وإذا لم يكن المعقود عليه سليماً، كان المستصنع أو المشتري بالخيار بين إجازة العقد أو رفضه.

وقد نظمت القوانين الإسلامية البيع بشرط التجربة، وأصلته من الناحية الشرعية إما على أساس البيع على سوم الشراء لتجربة المبيع، أو

تصفية الشركة وظهور الأرباح التي يستحقها الشركاء في المستقبل، فيعلن للشركة رغبته بالتنازل عن نصيبه من الربح المتوقع مقابل مبلغ معين، فإذا تم الاتفاق بين الطرفين على هذا، أخذ الشريك المتنازل المبلغ المقطوع، وصرح بهذا التنازل خطياً للشركة، بحسب العادة.

وهذا لا مانع منه شرعاً، لأنه نوع من الصلح بالتراضي، وقد قرر الفقهاء مشروعية هذا الصلح في التنازل عن حصة أحد الورثة عن نصيبه في التركة، وسموا هذا الصلح مخارجه أو تخارجاً.

والمخارجه هي: عقد يتصلح فيه أحد الورثة على أن يخرج من التركة، فلا يأخذ نصيبه، مقابل مال يأخذه من التركة أو من غيرها.

لكن اشترط الحنفية^(١) التقابض فيما هو عقد صرف، وأن تكون التركة معلومة، وأن يعلم المتخارج بنصيبه من التركة خشية الغرر، ولم يشترطوا كون التخارج في غير الأموال الربوية، أو فيها من جنس مختلف، بمقدار الحصة تماماً. واشترط العلم، لأن هذا العقد بيع، والعلم بالمبيع شرط لإمكان التسليم، وكذلك عدم الوقوع في الربا شرط، وذكروا بعض الأحكام في المسألة، لا بد من تبيانها فقالوا:

أ - إن كانت التركة أشياء عينية كعقارات أو عروض تجارية، صح الصلح مهما كان مقدار العوض قليلاً كان أو كثيراً، لأنه بيع، وقد صالح الخليفة عثمان بن عفان رضي الله عنه امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه على ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار.

ب - وأما إن كانت التركة نقداً (ذهباً أو فضة أو ورقاً نقدياً في عصرنا) فيصح الصلح مهما كان العوض إذا كان من جنس مال التركة، كإعطاء ذهب بفضة أو على العكس، لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس،

(١) الباب شرح الكتاب ٢/١٧٠، تكملة رد المحتار ٧/٢٠٥ وما بعدها.

فلا يعتبر التساوي، ولكن بشرط قبض العوضين في مجلس العقد لأنه عقد صرف منعاً من الوقوع في الربا.

وهذا يعني أن التخارج على مبلغ من النقود الورقية، والتركة نقود ورقية، من جنس واحد، لا يصح بأقل أو أكثر من الحق أو النصيب الذي يستحقه الوارث، تحاشياً للربا.

ج - وإن كانت التركة خليطاً من أشياء عينية ونقدية - وهو الغالب - فلا بد من أن يكون العوض أكثر من النصيب النقدي للوارث في التركة، حتى يتساوى نصيبه بمثله، وتغطي الزيادة الأشياء العينية الأخرى، مثل العروض التجارية والعقارات ونحوها، منعاً من الوقوع في الربا، ولا بد من التقابض في مجلس العقد فيما يقابل نصيبه من الذهب أو الفضة أو الورق النقدي، لأن هذا عقد صرف في هذا القدر.

شرط التجربة في عقود الاستصناع وغيرها

الأصل سلامة المعقود عليه في الاستصناع وغيره من أي خلل أو نقص أو عيب، أو عدم كفاية، وبخاصة الآلات الحديثة، ويثبت للمستصنع أو المشتري دلالة أو ضماناً الحق في سلامة المعقود عليه من العيوب، فإذا لم تتوافر السلامة، كان العقد غير لازم، أي يثبت الخيار للمتملك في إبقاء المعقود عليه أو رده، وهذا سبب مشروعية خيار العيب.

فإذا وجد شرط التجربة للمعقود عليه، كان الشرط صحيحاً، لأنه يلائم مقتضى العقد، ولا يخل بصحة العقد، وإذا لم يكن المعقود عليه سليماً، كان المستصنع أو المشتري بالخيار بين إجازة العقد أو رفضه.

وقد نظمت القوانين الإسلامية البيع بشرط التجربة، وأصلته من الناحية الشرعية إما على أساس البيع على سوم الشراء لتجربة المبيع، أو

أحكام خيار الشرط^(١) لكن يلاحظ أنه في الحالة الأولى البيع لم ينعقد، وفي الحالة الثانية البيع بشرط الخيار. وهذه بعض أحكامه المقررة في هذه القوانين التي تصلح للعمل بها في وقتنا الحاضر من الناحية الشرعية أيضاً. نصت المادة (٤٩٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على ما يأتي:

١ - يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معلومة، فإن سكت المتبايعان عن تحديدها في العقد، حملت على المدة المعتادة.

٢ - ويلتزم البائع بتمكين المشتري من التجربة. والمادة (٤٩٥) تنص على ما يأتي:

١ - يجوز للمشتري في مدة التجربة إجازة المبيع أو رفضه، ولو لم يجرب المبيع، ويشترط في حالة الرفض إعلام البائع.

٢ - وإذا انقضت مدة التجربة، وسكت المشتري، مع تمكنه من تجربة المبيع، اعتبر سكوته قبولاً ولزم البيع.

ويلاحظ أن تحديد مدة استعمال حق الخيار بناء على شرط التجربة، ينسجم مع ما قرره فقهاؤنا في مدة خيار العيب، ولهم في ذلك رأيان^(٢):

يرى الحنفية والحنابلة: أن خيار الرد بالعيب على التراخي، لا على الفور، لأنه خيار لدفع ضرر متحقق، فكان على التراخي كالقصاص، ولا تعد دلالة الإمساك (الاحتفاظ بالمبيع) على الرضا به.

(١) المجلة (م ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٥، ٣٠٩)، مشروع التقنين المالكي لمجمع البحوث الإسلامية المصري (م ٨٠، ٨٢) رد المحتار ٥٠/٤، العقود المسماة للأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا: ف٥٧، ٥٩.

(٢) البدائع ٥/٢٨١، رد المحتار ٤/٩٣، مغني المحتاج ٢/٥٦-٥٧.

والثنيا: المراد بها الاستثناء في البيع نحو أن يبيع الرجل شيئاً ويستثنى بعضه، فإن كان المستثنى معلوماً كاستثناء واحدة من الأشجار أو منزل من المنازل أو موضع معلوم من الأرض، صح الاتفاق، وإن كان مجهولاً نحو أن يستثنى شيئاً غير معلوم لم يصح البيع، لما في الجهالة حال البيع من الغرر^(١)، والغرر منهي عنه شرعاً، فتكون الحكمة في النهي عن استثناء المجهول ما يتضمنه من الغرر مع الجهالة.

ويلاحظ أن حديث النهي عن بيع وشرط لم يثبت، وحديث النهي عن بيع الثنيا مقيد بقوله: «إلا أن يعلم».

لكن أجاز الحنفية استحساناً بعض الشروط المتعارف عليها، لأن الناس تعاملوا بها، كما تعاملوا في الاستصناع، ولم يعد الشرط المتعارف عليه مفضياً إلى المنازعة، فيصير شرطاً صحيحاً لا يفسد العقد، كشراء القفل على أن يسمره البائع في الباب، وشراء الخف على أن يخززه البائع أو يضع له نعلًا، وشراء الساعة أو الغسالة أو الثلاجة أو المذياع ونحو ذلك من الآلات الحديثة، بشرط تعهد البائع بالإصلاح لمدة سنة إذا أصاب المبيع خلل.

الاتجاه الثاني للحنابلة والمالكية^(٢) وهو: أنه يجوز اشتراط منفعة المبيع وما في معناه، لحديث جابر «أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فأراد أن يسيبه، قال: ولحقني النبي ﷺ، فدعا لي، وضربه، فسار سيراً لم يسر مثله، فقال: بعنيه، فقلت: لا، ثم قال: بعنيه، فبعته، واستثنيت حُمْلانه إلى أهلي»^(٣) وفي لفظ لأحمد والبخاري: «وشرطت ظهره إلى

(١) الغرر: بيع الأشياء الاحتمالية غير المحققة الوجود أو الحدود.

(٢) المغني ٤/٢٢٤-٢٢٦، ٢٣٥، غاية المنتهى ٢/٢٣ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير ٣/٦٥، بداية المجتهد ٢/١٥٩، القوانين الفقهية: ص ٢٥٩.

(٣) متفق عليه، والمراد بالحملان: الحمل عليه.

المدينة» أي الركوب عليه إلى المدينة، وهو يدل على جواز البيع مع استثناء الركوب.

إلا أن الإمام مالكاً أجاز ذلك إذا كانت مسافة السفر قريبة، وحدّها بثلاثة أيام، ودليله واضح من حديث «النهي عن الثنيا إلا أن تعلم» وحديث جابر المذكور.

والعمل بالاتجاه الثاني أولى وأصح، ويشمل شراء السلعة واشترط المشتري على البائع حملها أو توصيلها إلى منزل المشتري أو محله التجاري أو أرضه ونحو ذلك.

اشتراط شرطين في عقد واحد

لا فرق عند جمهور الفقهاء: بين شرط وشرطين وشروط، فكلها مفسدة للعقد لا تصح، مثل أن يقول: بعتك ثوبي بكذا، وعلي قصارته وخطاطته، ودليلهم حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»^(١). والمراد بربح ما لا يضمن: أن يأخذ ربح سلعة لم يضمنها، كأن يشتري متاعاً ويبيعه إلى آخر قبل قبضه من البائع، فهذا البيع باطل، وربحه لا يجوز، لأن المبيع في ضمان البائع الأول، وليس في ضمان المشتري منه لعدم القبض. وبيع ما ليس عندك: بيع ما لا يملكه.

وذهب الإمام أحمد^(٢): إلى أنه يبطل البيع إذا كان فيه شرطان أو أكثر، ولا يبطله شرط واحد، عملاً بظاهر الحديث المتقدم عن ابن عمر،

(١) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) إلا ابن ماجه، فإن له منه بدل «ربح ما لم يضمن»: «وبيع ما ليس عندك» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٢) المغني ٤/٢٤٤-٢٣٥، ٢٢٦، غاية المتهي ٢٣/٢ وما بعدها.

والمراد بالشرطين: ما ليسا من مصلحة العقد، فيصح مثلاً أن يقول: بعتك ثوبي على أن أخيطه، ولا يصح أن يقول: على أن أقصره وأخيطه، أو بعتك طعاماً (قمحاً) واشترط المشتري على البائع طحنه وحمله.

والمراد بالشرطين: ما ليسا من مصلحة العقد.

وعلى هذا فإنهم اتفقوا على عدم صحة ما فيه شرطان أو أكثر.

والشروط عند الحنابلة أربعة أنواع يحسن ذكرها لبيان مدى فائدتها وإمكان العمل بها للسعة والسماحة فيها وهي ما يأتي:

أحدها: ما هو مقتضى العقد: كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقبض في الحال، فهذا وجوده كعدمه، لا يفيد حكماً معيناً، ولا يؤثر في العقد.

الثاني: ما تتعلق به مصلحة لأحد العاقدين أو لكليهما، كالأجل والخيار والرهن والضمين (الكفيل) والشهادة على البيع، واشتراط صفة مقصودة في المبيع، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء له. قال ابن قدامة: ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً.

الثالث: ما ليس من مقتضى العقد، ولا من مصلحته، ولا ينافي مقتضاه، وهو نوعان:

١ - اشتراط منفعة للبائع في المبيع: فإن كان شرطاً واحداً، فلا بأس به، كاشتراط المشتري على البائع أن يخيط له الثوب المشتري، أو اشتراط حمل حزمة الحطب إلى موضع معلوم، أو سكنى الدار مدة شهر مثلاً، أو حملانه على الدابة أو السيارة أو المركب إلى محل معين، عملاً بحديث جابر المتقدم.

٢ - أن يشترط عقد في عقد: نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر، أو يشتري منه، أو يؤجره، أو يزوجه، أو يسلفه، أو يصرف له

الثلثن أو غيره، فهذا شرط فاسد، يفسد به البيع، للنهي عن بيعتين في بيعة^(١).

الرابع: اشتراط ما ينافي مقتضى البيع: مثل أن يشترط ألا يبيع المبيع أو ألا يهبه، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه، ففي هذا روايتان عن أحمد، أصحهما أن البيع صحيح، والشرط باطل.

الشرط الجزائي

هو اتفاق طرفي الالتزام سلفاً على مقدار التعويض الذي يدفعه المدين عند عدم تنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه^(٢).

وحكمه بإيجاز على الرغم من كثرة الكلام فيه وصدور قرارات مجمعية في شأنه:

- أنه جائز في المقاولات لتعويض صاحب العمل عن الضرر الناجم من تأخر المتعهد في الوقت المحدد له، كبناء مشفى أو مدرسة أو مصنع أو عمارة سكنية ونحو ذلك، فيجوز الاتفاق سلفاً بين صاحب العمل والمتعهد أو المقاول على تعويض عادل محدد يدفعه لصاحب العمل، لتعويضه عن الخسارة أو الضرر الذي يلحق به، تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقدين، ما لم يتسبب صاحب العمل في وقوع الضرر أو الزيادة فيه، أو تأخير إنجاز الخطة.

- أما الشرط الجزائي في الديون أو النقود فلا يحل شرعاً، لأنه - سواء أكان باتفاق العاقدين أم بحكم القاضي بعد الادعاء الشخصي - يعدّ

(١) هذا معنى الحديث، ولفظه: «نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة» رواه أحمد

والنسائي والترمذي وصححه، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) نظرية الالتزام العامة للأستاذ مصطفى الزرقا ٧٥/٢.

رباً، والربا محرم شرعاً، لأنه حكم بفوائد تأخيرية أو غرامة تهديدية في مقابل الأجل.

ولا يدخل هذا في الغرامات المالية أو التعزير بالغرامة المالية، لأن من يجيز هذا النوع من التعزير المالي بصفته عقوبة تعزيرية، يريد به استعماله جزاءً لبعض المخالفات أو المعاصي الشرعية، كمنع الزكاة، وعقوبة سارق الثمر، وكاتم ضالة الإبل، وكسر أواني الخمر وشق ظروفها، وتحريم حانات الخمر، وتغريم تجويع الخادم، وتغليظ الدية على القاتل في الشهر الحرام أو البلد الحرام، وتحريق المال المحترق أو بيعه عليه، وعقوبة الولاية المستغلين نفوذهم، وإراقة اللبن المغشوش، أخذ طعام السائل غير المحتاج، ونحو ذلك، من الوقائع المعينة الواردة على سبيل الاستثناء، فلا يتوسع فيها.

شرط التوثيق

اتفق الفقهاء^(١) على بعض شروط التوثيق، لأنها تلائم مقتضى العقد كالبيع بثمن مؤجل، بشرط أن يقدم المشتري كفيلاً معيناً، أو رهناً معيناً بالثمن فإن الكفالة أو الرهن استيثاق بالثمن، فيلائم البيع، ويؤيد الالتزام بتسليم العوض، لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً لمقتضى العقد صورة، فهو موافق له معنى، لأن الرهن والكفالة شرعاً توثيق للثمن، ويتأكد حق البائع به بالرهن والكفالة، فكان كل واحد منهما مقررراً لمقتضى العقد معنى، فأشبه اشتراط صفة الجودة للثمن.

وهذا في تعبير الحنفية من قبيل الاستحسان، لكن يشترط كون الكفيل

(١) فتح القدير ٥/٢١٤ وما بعدها، رد المحتار ٤/١٢٦ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير ٣/٦٥، القوانين الفقهية: ص ٢٥٩، مغني المحتاج ٢/٣١، المهذب ١/٢٦٥، ٢٦٨، المغني ٤/٢٢٤ وما بعدها.

حاضراً في مجلس العقد ويقبل الكفالة، أو غائباً ثم حضر في المجلس وقبل، فكان كما لو قبل عند العقد، لأن لمجلس العقد حكم العقد.

أما الرهن فلا يشترط وجود المرهون في مجلس البيع، لأن تقديم الرهن يكون من المشتري، والمشتري حاضر، وقد التزم الرهن، فيكون البيع صحيحاً، والرهن صحيحاً.

لكن لا يجبر الراهن على تسليم المرهون لأن الرهن عقد تبرع في الأصل، فإذا لم يسلمه قيل له: إما أن تدفع الرهن أو قيمته، أو تدفع الثمن، أو تفسخ البيع، لأن البائع لم يرض بوجوب الثمن في ذمة المشتري، إلا بوثيقة الرهن، فإن لم يفعل المشتري شيئاً مما ذكر، فللبائع أن يفسخ البيع، لأنه فات عرضه.

وقد عقدت لائحة مجلة الأحكام الشرعية في تونس مقارنة بين بيع الوفاء عند الحنفية وبيع الثنيا عند المالكية.

فذكرت المادة (١٦٢٥، ١٦٢٧) من المجلة، حيث نصت المادة الأولى بقولها:

«من البيع بشرط بيع الوفاء وهو أن يبيع شيئاً بكذا أو بدين عليه على أن البائع متى رد الثمن إلى المشتري أو أداه الدين الذي له عليه، يرد له العين المباعة وفاء».

ونصت المادة (١٦٢٧) على أن «للبيع وفاء أن يرد الثمن ويأخذ المبيع، وكذلك المشتري وفاء أن يرد المبيع ويسترد الثمن».

وفي مقابل ذلك نصت مجلة الالتزامات التونسية:

من البيع بشرط مفسد للعقد: بيع الثنيا: وهو البيع على شرط إرجاع المبيع للبايع متى رد الثمن للمشتري، وحكمه: وجوب الفسخ بعد الوقوع، ما لم يفت بيد المشتري، وإلا قضى بالقيمة.

فوات العقار بيع ثنياً، يكون بالهدم، والبناء والغرس لا بطول الزمان ولا بحوالة الأسواق.

شرط الصيانة

تتطلب الآلات الحديثة من مصاعد ومعامل وتمديدات كهربائية وآلات تبريد ونحوها في المباني والمصانع والشركات وغيرها صيانة مستمرة، يتفق من أجلها صاحب العمل أو المصلحة مع خبير أو مهندس مثلاً على إنجاز الصيانة الدورية من تشحيم وتزييت بعض الأسلاك أو التمديدات الكهربائية بين الحين والآخر كشهر أو سنة، أو بصفة دائمة، ويعد هذا عملاً مشروعاً، وإن كان عقد الصيانة عقداً مستحدثاً في عالمنا اليوم. فإن قَدّم الخبير أو المهندس بعض قطع الغيار أو الآلات، كان له صفة البائع، ويستحق الثمن الذي يدوّنه بفاتورة الشراء، أو وصل الاستحقاق، مثل عقد الاستجرار في المواد الاستهلاكية.

وإن كان الخبير يقدم خدمة معينة يجري الكشف والفحص الدوري، ويعمل الإصلاحات اللازمة مع تقديم بعض المواد اليسيرة، أو كان صاحب العمل هو الملتزم بتقديم المواد، كان له صفة المستأجر على إجارة الأعمال، وهو الأجير العام أو المشترك. أو صفة الأجير الخاص الذي يقدم خدمة معينة خاصة بشخص معين في زمن محدد.

وقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته في المنامة - البحرين عام ١٩٩٨ على صورتين لعقد الصيانة:

الصورة الأولى: صورة عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة، لا يقيم العاقدان لها حساباً في العادة، وهو عقد جائز شرعاً بشرط أن يكون العمل معلوماً والأجر معلوماً، وهو عقد إجارة على عمل.

الصورة الثانية: عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر، يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل، ويلتزم المالك بتقديم المواد، وحكم هذه مثل حكم الصورة الأولى.

وتكون الجهالة مغتفرة لأنها إما يسيرة، وجرى بها العرف، وإما أنه تقتضيها الضرورة ورفع الحرج عن الناس، لأنه يتعذر على صاحب العمل معرفة ما تحتاجه الآلة من صيانة أو عمارة أو نفقة، كما يتعذر عادة على الخبير الرجوع على صاحب العمل في جزئيات العمل ومقتضيات الإصلاح، ويتضح دوز الخبير فيما أجراه من إصلاحات أو قدمه من قطع الغيار أو الأدوات المستهلكة، وأصبحت متطلبات الخبرة معروفة غالباً في أوساط الخبراء.

وعلى هذا فلا مانع من تضمين شرط الصيانة في عقد الإجارة، أو في عقد البيع، عملاً بما قرره الحنابلة، من جواز الشرط الذي لم يمنعه الشرع، ولم يخالف مقصود الشرع من العقد، وبما قرره الحنفية من صحة الشرط الذي جرى العرف في التعامل فيه بين الناس.

الاشتراط لمصلحة الغير

الغير هذا: هو الشخص الثالث (أو الأجنبي) غير العاقدين، وغير الخلف العام لأحد العاقدين، ولا الدائن لأيهما.

والاشتراط لمصلحة الغير: هو أن يرتب العقد على المتعهد حقاً مباشراً للمتفع، فأطرافه ثلاثة: المشتري، والمتفع، والمتعهد. كاشتراط البائع أو الواهب له أو المشتري ترتيب إيراد أو أي حق آخر لمصلحة الغير، ومنه عقد التأمين على الحياة.

ولا مانع في تقديري من القول بمشروعية الاشتراط لمصلحة الغير إذا

توافرت شروط معينة لأن الحق الثابت للغير هو من مستلزمات أصل الحق الثابت للمشترط نفسه، وقد أخذت القوانين الإسلامية به، نصت المادة (٢٠٧) من القانون الأردني على حكم هذا الشرط:

«إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية تتصل بشيء، انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه». تدل هذه المادة على اشتراط شروط ثلاثة لانتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص وهي:

- ١ - أن يكون تاريخ العقد سابقاً على كسب هذا الخلف لملكية الشيء، وأن يكون ثابت التاريخ.
- ٢ - أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن اعقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشيء، ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملة له كعقود التأمين مثلاً، أو إذا كانت تلك الالتزامات تحدّ من حرية الانتفاع به، كما هو الشأن في الالتزام بعدم البناء.

٣ - أن يكون الخلف قد علم بما ينتقل إليه من حقوق والتزامات.

وتطبيق ذلك في مثالين:

الأول - الموصى له بعين معينة: كالوصية بدار إلى شخص آخر، وانتقلت الدار إلى الموصى له بعد موت الموصي، فللموصى له الرجوع على البائع بضمان العيب، وبضمان الاستحقاق، وبضمان الهلاك إذا كانت العين لاتزال في يد البائع، كما كان يرجع الموصي لو كان حياً.

الثاني - المشتري عيناً معينة: هو كالموصى له بعين معينة فيما تقدم.

البيع بما ينقطع عليه السعر

اتفق الفقهاء^(١) على اشتراط كون الثمن في المبيع أو أي عوض معلوماً للعاقدين منعاً للمنازعة والاختلاف، فلا يصح كون الثمن مجهولاً، كأن يبيع هذا الثوب بقيمته، وهذا القلم بما في يد المشتري أو جيبه، أو الفرس بمئة شاة من هذا القطيع ونحوه، فيكون العقد فاسداً، لجهالة الثمن جهالة فاحشة.

ورتب أكثر الفقهاء على هذا أنه لا يجوز البيع بما ينقطع عليه السعر في السوق، أو بما يبيع الناس، أو بما يقول فلان، لجهالة الثمن، ولكن ثبت عن الإمام أحمد أنه يجيز البيع بما ينقطع عليه السعر في المستقبل، بتاريخ معين، من غير تقدير الثمن أو تحديده وقت العقد، لتعارف الناس وتعاملهم به في كل زمان ومكان. وقد رجح ابن تيمية وابن قيم جوازه. والمراد به سعر السوق وقت البيع، لا أي سعر في المستقبل^(٢). والإحالة على سعر السوق تعد شرطاً متفقاً عليه بين العاقدين، وهو الذي يحتكم إليه، لأن البيع تم من غير تقدير الثمن وقت إنشاء العقد وهو شرط يوجب جهالة في الثمن لكن الإمام أحمد أجازه للحاجة، ودفعاً للحرج وإزالة للعسر في التعاقد على ما يتم شراؤه يومياً من الخبّاز أو البقال أو الجزار، من قبل من يعاملونهم، على حد تعبير ابن القيم.

بيع الثنيا وبيع الوفاء

تقدم الكلام عن حكم بيع الثنيا وأن النبي ﷺ في حديث جابر نهى عنه

(١) البدائع ٥/١٥٨، رد المحتار ٤/٣٠، القوانين الفقهية: ص ٢٥٧، مغني المحتاج

١٧/٢، المغني ٤/١٨٧.

(٢) المراجع السابقة، غاية المنتهى ٢/١٤، أعلام الموقعين ٤/٥ وما بعدها،

المحلى ٩/١٩.

ونصه: «أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والثنيا إلا أن تعلم»^(١) وذلك بسبب جهالة الثمن، وقد نشأ بسبب الاشتراط، والمراد بالثنيا: الاستثناء في البيع نحو أن يبيع الرجل شيئاً، ويستثنى بعضه، أو أن يشترط البائع على المشتري أنه إذا استغنى عن المبيع، وأراد بيعه فهو بثمنه، فهذا من بيوع الثنيا.

ولا يصح هذا البيع عند الفقهاء، لما في الجهالة حال البيع من الغرر، إلا إذا كان الشرط أو الاستثناء معلوماً، بنص الحديث، فيجوز، لأنه يصبح حينئذ من الغرر اليسير، فلا يدخل تحت النهي. والحكمة من النهي عن استثناء المجهول: ما يتضمنه من الغرر مع الجهالة غير اليسيرة.

وينطبق النهي عن استثناء شيء مجهول على بيع الوفاء وهو: أن يبيع المحتاج إلى النقد عقاراً على أنه متى وفى الثمن، استرد العقار. ويفترق عن الرهن في غايته من حيث إن غاية الرهن توثيقية فقط، وغاية بيع الوفاء توثيق الدين وانتفاع المشتري الدائن بالعقار، لتملكه إياه. وقد أجازَه فقهاء بخارى وسمرقند من الحنفية أواخر القرن الخامس الهجري، رعاية لحاجة الناس إليه، وتفادياً للربا.

فمن اشترى سلعة، وشرط البائع عليه أنه متى ردّ الثمن له، أخذ السلعة، فلا يجوز البيع عند أكثر الفقهاء، لجهالة وقت الثمن، لأن المشتري ملزم برد المبيع بالوفاء إلى البائع (أي أداء الثمن) متى رد البائع إلى المشتري الثمن، وهذا معنى «الوفاء» في تسميته، كما أن للمشتري متى شاء أن يطالب باسترداد الثمن وإعادة المبيع، كما يطالب كل دائن بدينه^(٢).

(١) رواه النسائي والترمذي وصححه.

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا: ف١٦/٦ح، وف٨/٤٦.

ومثله البيع بشرط أنه إذا باع المشتري السلعة، فالبايع الأول أحق بها بالثمن الذي باع به المشتري. وهو شرط غير جائز عند المالكية، لأنه من بيوع الثنبا، ويجوز ذلك عند الحنابلة^(١).

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣/٢٣٩، الفقه المقارن للدكتور فتحي الدريني: ص٦٠٩، ٦١٤.