بنك الجزيرة
BANK ALJAZIRA

نظرية التوازن في العقود

دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية

إعداد
الدكتور محمد عبده مسلط بن سفر المرزوقي

دار التحرير للنشر والتوزيع

نظرية التوازن في العقود

دراسة متعمقة لمبادئ نظرية العقد

ⓒ الجمعية الفقهية السعودية، ١٤٤٥هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

المرزوقي، حمود بن مسلط بن ستر

نظرية التوازن في العقود دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية./ حمود بن مسلط بن ستر المرزوقي. - الرياض، ١٤٤٥هـ

٧٨٤ص؛ ٢٤×١٧

ردمك: ٠-٤-٩٢٠٨٤-٦٠٣-٩٧٨

١- العقود (فقه إسلامي) أ - العنوان

ديوي ٢٥٣,١١ ١٤٤٥/٣٣٨٦

رقم الإيداع: ١٤٤٥/٣٣٨٦

ردمك: ٠-٤-٩٢٠٨٤-٦٠٣-٩٧٨

الطبعة الأولى

جميع الحقوق محفوظة

١٤٤٥هـ - ٢٠٢٣م

الجمعية الفقهية السعودية
المملكة العربية السعودية
info@alfiqhia.org.sa
هاتف: ٢٦٣ ٥٨٢ ٢ ٠١١

بنك الجزيرة
BANK ALJAZIRA

waltahbeer@gmail.com
جوال: ٠٥٥ ١٩ ٩٢ ٥٥ ٩٦٦+

بنك الجزيرة
BANK ALJAZIRA

الجمعية الفقهية السعودية

نظرية التوازن في العقود

دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية

إعداد
الدكتور محمد دويه بن سلطان بن سفر المرزوقي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فيسرنا في الجمعية الفقهية السعودية - بالتعاون مع بنك الجزيرة - التقديم لهذا الإصدار لنشره ضمن مشروع (الرسائل العلمية في المعاملات المالية المصرفية) الذي تتعاون في تنفيذه الجمعية الفقهية وبنك الجزيرة

والجمعية الفقهية السعودية حريصة على التميز في جميع مجالاتها، ومن ذلك مجال إصدار الكتب والرسائل والبحوث؛ وتحرص الجمعية على اختيار الرسائل العلمية المتميزة؛ إذ أن الرسالة العلمية التي تنشر في الجمعية تخضع للاطلاع والفحص من قبل لجنة متخصصة قبل اعتمادها للطباعة والنشر.

ونرجو أن يكون هذا الإصدار باكورة لإصدارات قادمة في إطار الشراكة بين الجمعية الفقهية وبنك الجزيرة فيما يكون فيه النفع والفائدة لطلاب العلم ولقطاع المصرفية الإسلامية وعموم المجتمع.. وأسأل الله تعالى أن يبارك في الجهود ويسدد الخطى ،،

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ،،،،

رئيس مجلس إدارة مجلس الجمعية الفقهية السعودية

أ.د.محمد بن تركي الخثلان

في إطار الشراكة العلمية

مع

الجمعية الفقهية السعودية لنشر المعرفة

في مجال المالية الإسلامية،

يهديكم بنك الجزيرة هذا الإصدار خاصاً ومساهماً في نشره.

الرئيس التنفيذي والعضو المنتدب لبنك الجزيرة

نايف بن عبدالكريم العبدالكريم

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على النبي الأمين وبعد ..

يسعدنا في المجموعة الشرعية أن نقدم بين أيديكم هذا الإصدار الذي يأتي ضمن تعاون بنك الجزيرة مع الجمعية الفقهية السعودية بهدف تعزيز أواصر التواصل مع المؤسسات العلمية، لتطوير المنتجات المتوافقة مع الشريعة، وتقديم الدعم العلمي والمعرفي لقطاع المالية الإسلامية.

د. فهد بن علي العليان

رئيس المجموعة الشرعية ومجموعة الاستدامة والمسؤولية الاجتماعية

أصل هذا الكتاب رسالة علمية تقدم بها المؤلف لنيل الدكتوراه في الفقه الإسلامي من المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض بعنوان: (التوازن في العقود: دراسة تأصيلية تطبيقية)، وقد نوقشت بتاريخ ٢٣/٧/ ١٤٣٨هـ.

وتكونت لجنة المناقشة من:

فضيلة الأستاذ الدكتور/ زيد بن عبدالكريم الزيد

مقررا ومشرفا

فضيلة الأستاذ الدكتور/ محمد بن عبدالله الصواط

مناقشا

فضيلة الأستاذ الدكتور/ محمد بن يحيى النجيمي

مناقشا

وقد أوصت اللجنة بمنح الباحث درجة الدكتوراه في الفقه المقارن بتقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى.

والله ولي التوفيق

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:

فهذه الرسالة العلمية المميزة للباحث الكريم الشيخ الدكتور/حمود المرزوقي احتوت على مجموعة كبيرة من المعاملات المالية، وبسطتها بطريقة مبتكرة، قامت على ما يعرف الآن بنظرية المعلومات.

ونظرية المعلومات، هو الاسم المعاصر لبيان أهمية الخلفية الكاملة للمعلومات وقت التعاقد لطرفي العقد، وبيان الموقف القانوني لهما، وبيان تأثر عقد أو وجود بعض المعلومات عند طرفي التعاقد، وليس عندهما معا.

وهذه الرسالة المباركة، تدل على إحكام الشريعة المنزلة من رب العالمين لما فيه مصالح الناس، وتبين كذلك، كيف حرص العلماء والفقهاء على بيان الجوانب المهمة في صياغة الموقف القانوني لطرفي التعاقد، سواء قبل التعاقد، أم أثنائه، أم بعده.

وحرص الباحث وفقه الله على مناقشة تطبيقات مهمة في المعاملات المعاصرة، وأضاف كذلك، كيفية معالجتها قضائيا.

والسفر العظيم هذه مرجع ضروري للباحثين في القضايا التي ناقشها الدكتور/ حمود المرزوقي وفقه الله.

كتبه

أ.د/ محمد بن سعود الحصيني

الرياض، صفر ١٤٤٠

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ونشهد أن محمدا عبده ورسوله، صلى الله وسلم وبارك عليه وعلى آله وصحبه وسلم.

أما بعد: فإن علم الفقه من أجل علوم الشريعة قدرا، وأعلاها ذكرا، وأسلمها ضررا، وأعطرها زهرا، وأصبتها نشرا، ومن دلائل سمة هذا العلم وشموله تفرع كثير من العلوم عنه، كعلم أصول الفقه، وعلم القواعد الفقهية، وعلم الفروق الفقهية، وعلم النظريات الفقهية، وغيرها.

وهذه الرسالة التي بين أيدينا تهتم بعلم النظريات الفقهية، وهو لون من ألوان التأليف الفقهي حديث النشأة بالغ الأهمية، إذ من طريقه تتبين الاتجاهات الفقهية العامة، وهو وسيلة لمعرفة أسرار الشريعة ومقاصدها، وبيان كمالها وشمولها، وانتظامها وعدم تعارضها، فضلا عما في ذلك من تقريب للفقه الإسلامي للقانونيين بأيسر طريق وأوضح عبارة.

ويأتي تميز هذه الرسالة من عدة أوجه، أهمها ثلاثة:

أولها: جدة الموضوع، وقلة الدراسات السابقة حوله، فنظرية التوازن العقدي فكرة قانونية حديثة النشأة، حيث برزت في بدايات القرن العشرين -كما ذكر الباحث- وجميع الدراسات التي دارت حولها دراسات قانونية بحتة، وتعد هذه الدراسة التي بين أيدينا أول دراسة شرعية مؤصلة في هذا المجال.

وثانيها: انتماء هذه الدراسة لحقلين مهمين من حقول الفقه، ألا وهما: المعاملات المالية، والنظريات الفقهية.

ولا تخفى أهمية دراسة المعاملات المالية -وخصوصا المعاصرة منها-، لما في ذلك من تقديم الحلول الشرعية للمشكلات والنوازل الاقتصادية المعاصرة، ولما فيه من بيان لشمول الشريعة لأحوال المكلفين وتصرفاتهم، إلى فوائد أخرى يضيق المقام عن حصرها.

والشهاد أن أصل هذه الدراسة رسالة علمية لنيل درجة الدكتوراه من المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وقد كان لي شرف مناقشتها، والأصل في الرسائل العلمية أن تكون على قدر عال من التوثيق، وجدة المعلومات، وظهور شخصية الباحث، والالتزام بالمنهج العلمي المتعارف عليه وهو ما توافر في هذه الرسالة التي بين أيدينا.

وقبل أن أضع القلم أهيب بالباحثين أن يسلكوا الطريق الذي سلكه الباحث، ألا وهو التوجه لدراسة النظريات التقنينية في ضوء الشريعة الإسلامية، فهو مجال خصب، ومنجم وافر للموضوعات الفقهية، والدراسات الأكاديمية الشرعية في هذا الميدان لاتزال شحيحة ودون المستوى المأمول.

وختاما، فأشكر للشيخ الدكتور حمود بن سلطان المرزوقي جهده الكبير في ابتكار فكرة هذا الموضوع، وحسن ترتيبه لأبواب هذا البحث وفصوله ومباحثه ومطالبه، وسياحته الفقهية الدقيقة لجل مسائل هذا البحث، وأسأل الله تعالى أن يبارك في علمه وعمله، إنه خير مسؤول وأكرم مأمول.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

وكتبه

أ.د. محمد بن عبدالله الصواط

أستاذ الدراسات العليا الشرعية بجامعة أم القرى

بتاريخ ٨/١/ ١٤٤٠هـ

بمكة المكرمة شرفها الله تعالى

المقدّمَـة

وتشتمل على:

- أهمية الموضوع.
- أسباب اختيار الموضوع.
- الدراسات السابقة.
- منهج البحث.
- خطة البحث.
- مخطط البحث

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين أما بعد

فإن الشريعة الإسلامية شرعت العقود وسائل لغاياتها ومقاصدها من أجل تحقيق مصالح العباد، وجعل قوامها الوفاء امتثالا لقول الباري جلت قدرته ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ المائدة: ١. وأساسها العدل الذي ترتكز عليه، ووسيلته في العقود -المعاوضات والمشاركات- هو التوازن في الحقوق والواجبات بين المتعاقدين ابتداءً وانتهاءً.

قال تعالى ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾ النحل: ٩٠. وقال تعالى ﴿لَقَدۡ أَرۡسَلۡنَا رُسُلَنَا بِٱلۡبَيِّنَٰتِ وَأَنزَلۡنَا مَعَهُمُ ٱلۡكِتَٰبَ وَٱلۡمِيزَانَ لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلۡقِسۡطِ﴾ الحديد: ٢٥.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية[1] رحمه الله: "إن العدل في المعاملات هو قوام العالمين، لا تصلح الدنيا والآخرة إلا به، وإن عامة ما نهى عنه

---

(١) أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني ثم الدمشقي الحنبلي ناظر واستدل وهو دون البلوغ، وأما مؤلفاته ومصنفاته مشهورة منها: القواعد النورانية، بيان الدليل على بطلان التحليل، امتحن وامتثل مرات آخرها بالقلعة بدمشق فلم يزل بها إلى أن مات في سنة ٧٢٨هـ. ينظر في ترجمته: الدرة الدرية من مناقب شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، لابن عبدالهادي، الأعلام العلية في مناقب ابن تيمية، للبزار.

الكتاب والسنة من المعاملات يعود إلى تحقيق العدل والنهي عن الظلم دقه وجله»[1].

فالعدل هو مقصد الشريعة الأول، وذلك أن الشريعة نهت عن كثير من العقود التي لا تتحقق فيها المعادلة والتوازن في العقد، ففي عقود المعاوضات مثلا يتجلى العدل الذي أمرت به الشريعة في تحقيق التوازن بين المتعاقدين.

العقد ينشأ بين المتعاقدين على أساس التوازن في الالتزامات التعاقدية، بحيث يسعى كل متعاقد إلى بذل ما يُطلب منه في مقابل حصوله على مقصوده فهو التزام مقابل التزام. والعقود لها مقاصد، ومقصدها الرئيس هو تبادل الالتزامات بين المتعاقدين، قال الشاطبي: «والأحكام الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها وهي المصالح التي شرعت من أجلها»[2]. وبين ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية فقال: «فكل من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه فالعقود موجبة للقبوض، والقبوض هي المسؤولة المقصودة المطلوبة، ولهذا العقود تتم بالتقابض من الطرفين»[3].

وقد يعرض للعقد ما يخل بتوازنه، فإذا طرأ على العقد ما يخل بتوازنه وبحرفه عن مقصوده والغاية التي شرع من أجلها وفقد العقد توازنه، ولا يمكن ابتداء العقد أو تنفيذ الالتزامات المتفق عليها إلا بتحمل ضرر زائد يلحق بالدائن أو المدين أو غيرهما ممن له علاقة

(١) السياسة الشرعية (ص: ٢١١).
(٢) الموافقات (٢/ ١٢٠).
(٣) مجموع الفتاوى (٣٠/ ٢٦٤).

بالعقد، فلا بد من رفع الضرر ليعود للعقد توازنه، أو فسخ العقد منعا للضرر والإضرار، وأصله قوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"[1].

قال ابن رجب: "التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له علاقة بالعقد لم يجز"[2].

فتحقيق التوازن بين حقوق المتعاقدين وواجباتهما معتبر في الشريعة وعليه مدار العقد، فالعقود التي لا يتحقق فيها التوازن تتجلى فيها صور الظلم والجور الذي لا تأتي به الشريعة ولا تقره، وهو من الحقوق التي كفلتها الشريعة فشرعت أحكام وأقرت حماية لتوازن العقد من الاختلال، وكانت معالجة الشريعة لأسباب اختلال التوازن ظاهرة وجلية، فحرمت الشريعة ما أخل بالتوازن في العقد، وبينت وسائل منع الاختلال دفعا ورفعا.

◆ أهمية الموضوع:

• الشريعة سمتها العدل في أحكامها، لذا فقد جاءت بتحقيق المصالح وتكثيرها ودرء المفاسد وتقليلها، وفيما يتعلق بالمعاملات فإنها منعت عقودا وبينت شروطا من شأنها جلب النفع والخير للعباد، وإزالة

---

(١) أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام باب في من بنى في حقه ما يضر بجاره (١/ ٧٣٦) برقم (٢٣٤٠)، ورواه البيهقي في كتاب آداب القاضي باب مالا يحتمل القسمة (١٠/ ١٣٢) برقم (٢٠٩٨٧)، ورواه الدارقطني في كتاب الأقضية(٥/ ٤٠٧) برقم(٤٥٣٩)، ورواه الحاكم في كتاب البيع باب النهي عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة (٢/ ٥٨) برقم (٢٣٠٥)، ورواه مالك في كتاب الأقضية باب القضاء في المرافق (٢/ ٧٤٥) برقم (٣١)، ورواه الإمام أحمد في مسنده (٥/ ٣٢٧) برقم (٢٨٦٧) في مسند عبد الله بن عباس عن النبي ﷺ تعليق الأرناؤوط: حسن، قال الألباني: "ولهذا الحديث طرق كثيرة قد جاوزت العشر، وهي وإن كانت ضعيفة مفرداتها، فإن كثيراً منها لم يشتد ضعفها، فإذا قسم بعضها إلى بعض تقوى بها الحديث وارتقى إلى درجة الصحة إن شاء الله تعالى". إرواء الغليل (٣/ ٤١٣).

(٢) القواعد لابن رجب (ص: ١١٠).

الظلم والغش عنهم، وهذا هو ما يقيم التوازن ويحافظ عليه بين المتعاقدين. وقد وردت الأدلة المتكاثرة في القرآن والسنة بهذه المعاني الكلية، من إقامة العدل والمحافظة على التوازن في المعاملات وغيرها.

• موجب الالتزام هو المصلحة لا الضرر، وهو مقصود المتعاقدين عند الإنشاء، فإذا طرأ على العقد ما يحرفه عن مقصوده والغاية التي شرع من أجلها وفقد العقد توازنه الذي هو قوامه، ولا يمكن ابتداء العقد أو تنفيذ الالتزامات المتفق عليها إلا بتحمل ضرر زائد يلحق بالدائن أو المدين، فلا بد من رفع الضرر ليعود للعقد توازنه، أو فسخ العقد منعا للضرر والإضرار.

• تعدد العلاقات التعاقدية فالعقد قد ينحصر في تبادل يسير، وقد يشمل عدة عناصر تتداخل فيما بينها، فيكون العقد مركبا من عدة عقود، ومع هذه الثورة الاقتصادية الهائلة نشأت عقود معقدة، كالعقود المبرمة بين الدول في عقود نقل التكنولوجيا وعقود الشركات الصناعية الكبرى، وعقود التجارة الدولية، وهي مليئة بأحكام وشروط وآجال للتنفيذ وغير ذلك، لذا فدراسة تحقيق هذا التوازن والعدل بين الأطراف في هذه العقود ومعالجة اختلال التوازن مطلب شرعي.

• يمثل التمويل المصرفي طويل الأجل لدى المصارف التجارية في المملكة العربية السعودية نسبة عالية ومبالغ طائلة بلغت في عام ٢٠٢١م (٩٧١,٤ مليار ريال)[1]؛ لذا فإن البنوك تتجه لزيادة نسبة التمويل طويل الأجل، وهذا يظهر اتجاه توزيع القروض المصرفية نحو آجال الاستحقاق الأطول، فدراسة التوازن وأسباب اختلاله وطرق معالجة هذه

(١) ينظر: تقرير التطورات النقدية والمصرفية للربع الثالث ٢٠٢١م (ص: ٢١) الصادر من البنك المركزي السعودي SAMA.

الاختلالات لا يقتصر ضرره على العقود قصيرة ومتوسطة الأجل بل يظهر أثره جليا في العقود طويلة الأجل.

* يعد الاستثمار محورا أساسيا للمصارف، لذا فالمصارف الإسلامية تعمل على توفير الأموال من قنوات مستجدة في التعامل المالي المصرفي مثل المشاركة والمضاربة والمرابحة، فتتخذ هذه المصارف طرق لحماية استثماراتها من المخاطر التي تتعرض لها سواء كانت مرتبطة بتلف الأصل المستثمر أم بنقصان قيمته أم بالتضخم أم بتذبذب الأسعار أم بتغيرها، فنشطت هذه المصارف في مفهوم الهندسة المالية، والتحوط حماية لاستثماراتها حفظا لتوازن عقودها وحمايتها من الاختلال.

* جسامة الأضرار الناشئة عن اختلال التوازن لاسيما في العقود متراخية التنفيذ، وهذا له أثره على المشاريع الضخمة، واختلال التوازن يكبدها خسائر تؤثر على التوازن الاقتصادي، ورفع الضرر وقطع أسبابه مقصد شرعي، لذا فإن دراسة التوازن ومواضع اختلاله وبيان كيفية تصحيحه ومعالجته يحقق هذا المقصد لكلا المتعاقدين.

◆ أسباب اختيار الموضوع:

* النظام المالي في الشريعة الإسلامي نظام متكامل ووسطي قائم على التوازن، فجاءت هذه الدراسة للتدليل العملي على هذه الوسطية، ولتبيين هذا التوازن ومعياره ومواطنه وأنواعه، وبيان ما يخل به ومعالجته.

* بيان أن الشريعة الإسلامية قادرة على إيجاد الوسائل القادرة على مواجهة المشكلات التي تتعرض لها المعاملات، وذلك بما يتوافق مع قواعد الشريعة العامة وأصولها الكلية، لاسيما مع المعطيات المتغيرة والمستمرة في حياة الناس.

* أن هذا الموضوع يجمع بين التأصيل والتطبيق، مما يهيئ للباحث فرصة للنظر في كلام فقهاء الأمة، والبحث في كتبهم النفيسة، وذلك من خلال تحرير كلام أهل العلم في جملة من المسائل الفقهية المتعلقة بالموضوع، ثم تنزيل هذه الأحكام على عقود مالية معاصرة اختل توازنها، وبيان طريقة تصحيح الاختلال ومعالجته.

* أن المسائل المتعلقة بالتوازن في العقود واختلالها من المسائل التي ترد على المحاكم الشرعية، وتشغل حيزا كبيرا من القضايا المنظورة فيها، ويحتاج لها القضاة والمتقاضون، وهي بحاجة إلى جمع وبيان من المهتمين والباحثين.

* أنني لم أجد من بحث هذا الموضوع وحرر مسائله وجمعها على النحو الذي أوردته في مؤلف مستقل، مما جعلني أبحث هذا الموضوع وأخوض غماره، وأتبرأ من حولي وقوتي واطلب الله جل شأنه أن يوفق ويهيأ ويسدد ويعين إنه ولي ذلك والقادر عليه.

* انطلاقا مما سبق فإن إبراز أحكام التوازن في العقود في مؤلف مستقل، وتبيين أسباب اختلال توازن العقود، وطريقة معالجة اختلالها، واستثناءات التوازن، والتنازل عنه أمر له شأنه ليسهل الوجوع إليه.

◆ الدراسات السابقة:

بعد البحث في قاعدة بيانات مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، ومكتبة الملك فهد الوطنية، وجامعة الملك سعود، وجامعة أم القرى، والجامعة الإسلامية، وجامعة القصيم، وجامعة الملك خالد، وقائمة الرسائل الجامعية المسجلة في المعهد العالي للقضاء، وكلية الشريعة بالرياض، عن هذا الموضوع لم أقف على

من كتب في هذا العنوان الذي أرمي إلى بحثه، إلا أن أبرز ماوجدت مما له صلة بموضوعي ما يأتي:

١ - التوازن في العقد، مقدمة من الباحث/ دحمون حفيظ، للحصول على شهادة ماجستير في الحقوق من كلية الحقوق بجامعة الجزائر٢٠١١م.

٢ - التوازن العقدي، مقدمة من الباحث/درماش بن عزوز، وهي أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص من جامعة أبي بكر بلقايد بالجزائر عام ٢٠١٣م.

توصيف الرسالة الأولى:

جاءت الرسالة في بابين، تحدث في الباب الأول عن التوازن وفكرته في الفلسفة اليونانية، وعند الرومان، وفي الفقه الكنسي، وفي الفقه الفرنسي القديم، ثم في الفقه الإسلامي، وتكلم أيضا عن التوازن والقوة الملزمة للعقد من خلال الصياغة القانونية في القانون الجزائري، وتكلم أيضا عن أوصاف الضعف التعاقدي، وفي الباب الثاني تحدث آليات تحقيق التوازن العقدي، وعن الشروط التعسفية وعن التجربة الفرنسية والجزائرية في تحديده، وتحدث عن الأسلوب القضائي في الجزائر في تحديده.

توصيف الرسالة الثانية:

جاءت في فصلين، متة ورقة تقريبا، الفصل الأول تحدث الباحث عن توازن العقد من خلال صحة التراضي، والإرادة الفردية المنشئة للعقد من خلال نظر المشرع "القانون الجزائري"، وفي الفصل الثاني عن توازن العقد من خلال تعادل الالتزامات ومراعاة المشرع لهذا التعادل.

ماسأضيفه على الرسالتين:

الرسالتان ناقشتا التوازن في العقد بحسب وجهة القانون الفرنسي والجزائري، كما أن جل ماتحدثتا عنه في التوازن فيما يتعلق بالعقد الإداري، ولاشك أن مبدأ التوازن أهم من تخصيصه بالعقد الإداري، كما أنني سأتناول التوازن من جوانب لم تتعرض لها كلتا الدراستين، كمواطن تحقيق التوازن ومعياره واستثناءاته والاعتياض عنه، والإسهاب في دراسة الاختلال ومواطنه ومعياره وأسبابه وتطبيقات معاصرة على الاختلال وبيان وجه الاختلال في هذه التطبيقات، وكذلك وسائل تصحيح ومعالجته.

٣ - العدل في المعاوضات المالية رسالة لنيل الماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، إعداد الباحثة/ شادية محمد كمكي ١٤٠٤هـ

توصيف الكتاب:

جاءت الرسالة في بابين، الباب الأول في العدل وتعريفه ووجوبه وعقوبة تاركه وأقسامه، وكذلك في معنى الثمن والقيمة، ومعايير القيمة التبادلية، والباب الثاني في اختلال العدل في المعاوضات بالغبن والعيب والخيانة، ووجوب ضمان المال عند التعدي بالغصب أو الإتلاف.

ماسأضيفه على الكتاب:

يتفق موضوع البحث مع الرسالة في ذكر سبب من أسباب الاختلال وهو الغبن، وقد ذكرت -غير الغبن- خمسة أسباب من أسباب الاختلال. وسأذكر في بحثي تعريف التوازن ومفهوم التوازن العقدي وحكمه وأدلته ومعياره ومواطنه واستثناءاته، والتنازل عنه

وكذلك الاعتياض عنه، وعلاقته بالشروط العقدية، وسأتحدث عن الاختلال من حيث تعريفه، ومعياره وضوابط الاختلال المؤثر، وبيان أحكام أقرتها الشريعة حماية للعقود من الاختلال، ثم سأتكلم عن تصحيح الاختلال، وبيان كيفية إعادة التوازن للعقود المختل توازنها، وسأذكر أبرز أسباب المنازعات الناشئة عن الاختلال في التوازن، ومن ثم سأذكر تطبيقات على معاملات مالية معاصرة اختل توازنها وتبين وجه الاختلال، وتطبيقات قضائية على عقود مختلة وبيان عمل القضاة في إعادة التوازن لهذه العقود.

فرسالة العدل في المعاوضات المالية تتعلق بالمعاوضات فقط بينما بحثي يشتمل على دراسة التوازن في عقود التبرعات، وكذلك عقود المشاركات، وكذلك التوثيقات.

٤ - فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، كتاب للدكتور/ علي السويلم، من مطبوعات دار الرشد، وأصله رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة عين شمس في القانون العام عام ١٤٢٧هـ.

توصيف الكتاب:

جاء الكتاب في بابين، الباب الأول في التعريف بالعقد الإداري ومعيار تميزه عن عقود القانون الخاص، ثم عرض للتوازن المالي للعقد الإداري في الفكر المعاصر، الباب الثاني تناولت التوازن المالي للعقد الإداري في النظام والقضاء السعودي.

ما سأضيفه على الكتاب:

الكتاب يختص بالعقد الإداري وتنظيماته في المملكة العربية السعودية، ففي بحثي الحديث عن التوازن كمفهوم وأهميته وأدلته

ومعياره، ومواطنه واستثناءاته والاعتياض عنه، ثم بينت الاختلال وأنواعه وأسبابه وضوابطه وموقف الشريعة من الاختلال وسبل حماية العقود من الاختلال، ثم ذكر تطبيقات مالية معاصرة وتطبيقات قضائيين وبيان خللها.

- إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مقدمة من الباحث/عزت صلاح عبدالعزيز محمد، من منشورات دار الفكر الجامعي لعام ٢٠١٣م، وأصله رسالة ماجستير.

توصيف الكتاب:

جاء في فصل تمهيدي وفصلين وخاتمة، تكلم في الفصل الأول عن أسباب اختلال التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية، وتحدث عن الاستغلال وعناصره، ثم تحدث عن النفوذ الاقتصادي، ثم عن الحوادث المفاجئة، ثم تكلم عن الأزمة العالمية ماهيتها وأسبابها، وفي الفصل الثاني تحدث عن أسباب معالجة الاختلال الناجم عن هذه الأزمة.

ماسأضيفه على الكتاب:

الكتاب تعرض لتعريف الاختلال وذكر بعض أسبابه، وفي بحثي تحدثت عن التوازن ومباحث كثيرة لم يتحدث عنها الباحث، وذكرت أسباب لم يتعرض لها الكتاب؛ لأنه عرض لدراسة الاختلال من جهة ماسببته الأزمة لمالية العالمية، كما أنني ذكرت طرق تصحيح الاختلال ومعالجته وتطبيقات معاصرة اختل فيها التوازن وبيان وجه الاختلال، وكذلك تطبيقات قضائية على عقود اختلت وتبين وجه اختلالها وكيفية معالجتها قضاة.

٦ - اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية دراسة مقارنة، كتاب للدكتور/ حسين الكلابي، من كلية القانون بجامعة بغداد.

وصف الكتاب:

جاء الكتاب في ثلاثة فصول، في الفصل الأول تحدث عن تعريف اختلال التوازن وخصائصه، وتحدث عن الشروط التعسفية وأثرها، والفصل الثاني عن الحماية التقليدية من الشروط التعسفية، والفصل الثالث فيى تطور الحماية من الشروط التعسفية من أنظمة تشريعية في القانون الفرنسي والإنجليزي والعراقي.

ماسأضيفه على الكتاب:

يتضح أن الكتاب اقتصر على سبب من أسباب اختلال التوازن، وبحثي لايتوافق مع الكتاب إلا في تعريف اختلال التوازن، وفي بحثي سأتكلم عن التوازن تعريفه معياره أدلته، قواعده، استثناءاته، الاعتياض عنه، وكذلك الاختلال أسبابه، طرق حماية الشريعة من اختلال توازن العقود، معيار الاختلال، طرق تصحيحه ومعالجته، تطبيقات معاصرة وتبين وجه الاختلال وغير ذلك مما لم يتطرق له الباحث.

٧ - أثر تغير الظروف على العقد الإداري وإعادة التوازن المالي للعقد، للدكتور/ أحمد عبدالرزاق السعيدان، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.

وصف الكتاب:

جاء في خمسة فصول، الفصل الأول كان تقديما للكتاب، والفصل الثاني تكلم فيه عن إعادة التوازن المالي للعقد في القانون

الإداري، والثالث تكلم فيه عن نظرية عمل الأمير، والرابع تكلم فيه عن نظرية الظروف الطارئة، والخامس تحدث فيه عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ماسأضيفه على الكتاب:

انصب الكتاب في الكلام على العقد الإداري تعريفا، وعلى النظريات التي ذكرها تعريفا لها وذكرا لشروط إعمالها، وبعض التطبيقات عليها، إلا أنه لم يعرف التوازن ولا الاختلال فيه، ولا أدلتهما ولا معياريهما ولا الاعتياض عنهما ولا الاستثناءات اللاحقة بالتوازن، وغير ذلك مما بحثته.

٨ - التوازن في العقد الإداري الدولي، (الفيديك، واليونسترال) دراسة مقارنة، للدكتور/ حازم بيومي المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ٢٠١٠م.

وصف الكتاب:

قدم للكتاب بباب تمهيدي تحدث فيه عن التطورات الاقتصادية الحديثة والنظرية التقليدية للعقد الإداري، ثم قسم الكتاب إلى قسمين: الأول: تكلم فيه عن أثر التطورات الاقتصادية الحديثة على مركز المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد الإداري، والثاني: تكلم فيه عن أثر التطورات الاقتصادية الحديثة على مركز المتعاقدين في مرحلة تنفيذ العقد.

ماسأضيفه على الكتاب:

الكتاب يتناول العقود الإدارية وعلى وجه الخصوص (الفيديك، واليونسترال)، وتكلم عن الاختلال ومعالجته في العقود الإدارية، وفي بحثي الحديث عن التوازن كمفهوم وأهميته وأدلته ومعياره

ومواطنه واستثناءاته والاعتياض عنه، ثم بينت تعريف الاختلال وأنواعه وأسبابه وضوابطه وموقف الشريعة من الاختلال وسبل حماية العقود من الاختلال، ثم ذكر تطبيقات مالية معاصرة وتطبيقات قضائية وبيان خللها.

◆ منهج البحث:

- تصوير المسألة المراد بحثها تصويرا دقيقا قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها، إن احتاجت المسألة إلى تصوير.
- بعض المسائل الفقهية التي ترد في سياق البحث، وليس لها ارتباط وثيق بموضوع البحث أشير للخلاف والقائلين به في صلب الرسالة، وأحيانا في الحاشية حسب ما يقتضيه سياق المسألة.
- أما المسائل التي لها ارتباط وثيق بموضوع البحث فإما أن تكون من مسائل الاتفاق فأتبع مايلي:
- اذكر الاتفاق، وأوثقه من مصادره المعتبرة.
- أما إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف: فأتبع التالي:

أ - تحرير محل الخلاف، إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

ب - ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها، ويكون عرض الخلاف الفقهي البدء بالقول الراجح عند الكاتب.

ت - توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

ث - ذكر أدلة الأقوال مع بيان وجه الاستدلال، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب عنها إن وجد، وإلا سعى الكاتب في الإجابة، وذكر ذلك بعد القول مباشرة.

ج - الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح.

ح - الترجيح مع بيان سببه، وذكر الثمرة من الخلاف إن وجدت، وذكر سبب الخلاف إن وجد.

- الاعتماد على أمّات المصادر والمراجع الأصلية، في التحرير، والتوثيق، والتخريج، والجمع.
- تجنب الأقوال الشاذة.
- التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد.
- العناية بدراسة ما جد من القضايا مما له صلة بالبحث.
- أعزو الآيات، وذلك بذكر اسم السورة، ورقمها، مضبوطة بالشكل، ومرسومة بالرسم العثماني.
- تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، وإثبات الكتاب والباب والجزء والصفحة، وبيان أقوال أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما - فإن كانت في أحدهما فالاكتفاء بتخريجه منهما، أو من أحدهما، وإن كانت في السنن يذكر كلام أهل الفن في حكمها، وإن لم يكن ثمة حكم لهم، اجتهد الكاتب في الحكم على الحديث، وحكم على الرجال من كتب أهل الفن.
- التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.
- شرح الغريب وتوثيقه من معاجم اللغة المعتمدة، وتكون الإحالة عليها بالجزء والصفحة والمادة.
- العناية بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم، ومنها:

علامات التنصيص للآيات الكريمة، وللأحاديث الشريفة والآثار، ولأقوال العلماء، وتميز الأقواس فيكون لكل منهم علامته الخاصة.

- الترجمة للأعلام ترجمة مختصرة، بذكر العلم، ونسبه، وأبرز مؤلفاته، وتاريخ وفاته، ومصادر ترجمته، عدا الخلفاء الأربعة؛ فقد أغنت شهرتهم عن ترجمتهم، وكذلك المعاصرين فلن أترجم لهم؛ تجنبا للإطالة.
- إتباع الرسالة البحث بالفهارس الفنية المتعارف عليها، وهي:

١ - فهرس الآيات القرآنية.
٢ - فهرس الأحاديث والآثار.
٣ - فهرس الأعلام.
٤ - فهرس المراجع والمصادر.
٥ - فهرس الموضوعات.

◆ خطة البحث:

ينقسم البحث إلى أربعة أبواب، يتقدمها تمهيد، ويتضمن مقدمة - هي هذه - وخاتمة، ويلي الجميع الفهارس العلمية، وذلك على النحو التالي:

المقدمة: وتشتمل على عنوان البحث، وأهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، وخطته ومخططه.

التمهيد وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالتوازن في اللغة. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالتوازن، والألفاظ ذات الصلة: وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: التعريف الإفرادي بالتوازن العقدي.

الفرع الثاني: التعريف اللقبي للتوازن العقدي.

الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصلة. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: العدالة.

المسألة الثانية: المساواة.

المطلب الثاني: أركان العقد.

المطلب الثالث: آثار العقود.

المبحث الثاني: تاريخ فكرة التوازن العقدي.

المبحث الثالث: صلة حفظ توازن العقود بتحقيق الأمن الاقتصادي. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الأمن الاقتصادي.

المطلب الثاني: بيان صلة حفظ توازن العقود بتحقيق الأمن الاقتصادي.

الباب الأول: التأصيل الشرعي للتوازن العقدي. وفيه تمهيد وخمسة فصول:

التمهيد: أهمية التوازن في العقود، ومعياره. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أهمية التوازن في العقود.

المطلب الثاني: معيار التوازن في العقود.

الفصل الأول: الأدلة والقواعد العامة الدالة على مراعاة التوازن في العقود، وحكمه، والمقاصد الشرعية في اعتباره، والأحكام التي شرعت حفظا له. وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: الأدلة والقواعد العامة الدالة على مراعاة التوازن في العقود. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أدلة مراعاة التوازن من المنقول والمعقول. وفيه فرعان:

الفرع الأول: أدلة مراعاة التوازن في العقود من المنقول.

الفرع الثاني: أدلة مراعاة التوازن في العقود من المعقول.

المطلب الثاني: القواعد العامة الدالة على مراعاة التوازن في العقود.

المبحث الثاني: حكم التوازن في العقود.

المبحث الثالث: المقاصد الشرعية التي من أجلها حفظ التوازن في العقود.

المبحث الرابع: الأحكام التي شرعت لتحقيق التوازن في العقود. وفيه ثمانية مطالب:

المطلب الأول: وجوب الرضا في العقود. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الرضا لغة واصطلاحا.

الفرع الثاني: الأدلة على اعتبار الرضا في العقود.

الفرع الثالث: وجه حماية التراضي في العقود للتوازن.

المطلب الثاني: وجوب الوفاء بالعقود. وفيه فرعان:

الفرع الأول: الأدلة على وجوب الوفاء بالعقود.

الفرع الثاني: وجه حماية الوفاء بالعقود للتوازن.

المطلب الثالث: تحريم الربا. وفيه فرعان:

الفرع الأول: أدلة تحريم الربا.

الفرع الثاني: وجه حماية تحريم الربا للتوازن.

المطلب الرابع: النهي عن أخذ مال الغير إلا بطيب نفس منه. وفيه فرعان:

الفرع الأول: الأدلة على النهي عن أخذ مال الغير إلا بطيب نفس منه.

الفرع الثاني: وجه حماية هذا الحكم للتوازن.

المطلب الخامس: وضع الجوائح. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الجائحة لغة واصطلاحا.

الفرع الثاني: أدلة وضع الجوائح.

الفرع الثالث: وجه حماية مبدأ وضع الجوائح للتوازن في العقود.

المطلب السادس: ثبوت الخيارات في المعاملات المالية. وفيه فرعان:

الفرع الأول: أنواع الخيارات.

الفرع الثاني: وجه حماية الخيارات في المعاملات المالية للتوازن في العقود.

المطلب السابع: ثبوت الشفعة. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الشفعة لغة واصطلاحا.

الفرع الثاني: أدلة ثبوت الشفعة.

الفرع الثالث: وجه حماية ثبوت الشفعة للتوازن في العقود.

المطلب الثامن: الحجر. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الحجر لغة واصطلاحا.

الفرع الثاني: أدلة ثبوت الحجر.

الفرع الثالث: وجه حماية الحجر للتوازن في العقود.

الفصل الثاني: مواطن التوازن في العقود، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التوازن في الصيغة. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط الصيغة.

المطلب الثاني: بيان وجه التوازن في شروط صيغة العقود.

المبحث الثاني: التوازن في العاقدين. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط العاقدين.

المطلب الثاني: بيان وجه التوازن في شروط العاقدين.

المبحث الثالث: التوازن في المعقود عليه. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط المعقود عليه.

المطلب الثاني: بيان وجه التوازن في شروط المعقود عليه.

الفصل الثالث: الاستثناءات الواردة على تحقيق التوازن. وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الاستثناء الوارد على تحقيق التوازن في الصيغة. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إجبار المحتكر على بيع ما احتكره بثمن المثل. وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الاحتكار لغة واصطلاحا.

الفرع الثاني: الأدلة على إجبار المحتكر على التعاقد.

المطلب الثاني: بيان وجه الاستثناء من وجوب تحقيق التوازن في صيغة العقد.

المبحث الثاني: الاستثناء الوارد على وجوب تحقيق التوازن في العاقدين. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيع مال المفلس منه جبرا. وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف التفليس لغة واصطلاحا.

الفرع الثاني: أدلة بيع مال المفلس جبرا منه.

المطلب الثاني: بيان وجه الاستثناء من وجوب تحقيق التوازن في العاقدين.

المبحث الثالث: الاستثناء الوارد على وجوب تحقيق التوازن في المعقود عليه. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الإلزام على التعاقد تلبية لمصلحة عامة "نزع الملكية".

المطلب الثاني: الأدلة على هذا الإلزام على التعاقد.

المطلب الثالث: بيان وجه الاستثناء من وجوب تحقيق التوازن في المعقود عليه.

الفصل الرابع: التنازل عن التوازن في العقد والاعتياض عنه. وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أنواع الحقوق من حيث الاعتياض. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الحقوق التي لا تقبل الاعتياض.

المطلب الثاني: الحقوق التي تقبل الاعتياض.

المبحث الثاني: التنازل عن التوازن في العقد.

المبحث الثالث: الاعتياض عن التوازن في العقد.

الفصل الخامس: الشروط العقدية وعلاقتها بالتوازن في العقود. وفيه تمهيد ومبحثان:

التمهيد: الأصل في الشروط في العقود.

المبحث الأول: مذاهب الفقهاء في الشروط في العقود.

المبحث الثاني: مواطن الشروط في العقود وأثرها على التوازن. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الشروط المتقدمة على العقد. وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم الشروط المتقدمة على العقد.

الفرع الثاني: أثرها على التوازن في العقد.

المطلب الثاني: الشروط المقترنة بالعقد. وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم الشروط المقترنة بالعقد.

الفرع الثاني: أثرها على التوازن في العقد.

المطلب الثالث: الشروط اللاحقة بالعقد "المستحدثة ".وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم الشروط اللاحقة بالعقد.

الفرع الثاني: أثرها على التوازن في العقد.

الباب الثاني: الاختلال في توازن العقود. وفيه تمهيد وثلاثة فصول:

التمهيد. معنى الاختلال في توازن العقد، ومعياره. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الاختلال لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: معيار الاختلال في توازن العقود.

الفصل الأول: أنواع الاختلال وضوابطه المؤثر في العقود. وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أنواع الاختلال في توازن العقود.

المبحث الثاني: ضوابط الاختلال المؤثر في توازن العقود.

الفصل الثاني: أسباب اختلال التوازن في العقود. وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: الغرر. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الغرر لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: أنواع الغرر وضابطه.

المطلب الثالث: أثر الغرر على التوازن في العقود.

المبحث الثاني: الإكراه. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإكراه لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: أنواع الإكراه.

المطلب الثالث: أثر الإكراه على التوازن في العقود.

المبحث الثالث: الضرر. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الضرر لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: أنواع الضرر المؤثر على العقد وضابطه.

المطلب الثالث: أثر الضرر على التوازن في العقود.

المبحث الرابع: الغبن. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الغبن لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: أنواع الغبن.

المطلب الثالث: أثره على التوازن في العقود.

المبحث الخامس: الشروط الفاسدة. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالشروط الفاسدة.

المطلب الثاني: أنواع الشروط الفاسدة في العقود.

المطلب الثالث: أثر الشروط الفاسدة على التوازن في العقود.

المبحث السادس: الظروف الطارئة على العقد. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حقيقة الظروف الطارئة.

المطلب الثاني: أنواع الظروف الطارئة.

المطلب الثالث: أثر الظروف الطارئة على التوازن في العقد.

الفصل الثالث: أبرز أسباب المنازعات الناشئة عن اختلال التوازن في العقود. وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تلف المعقود عليه. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تلف المعقود عليه قبل القبض.

المطلب الثاني: تلف المعقود عليه بعد القبض.

المبحث الثاني: كساد المال أو تغير قيمته. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: كساد المال.

المطلب الثاني: تغير القيمة الشرائية.

المبحث الثالث: التفاوت بين المتعاقدين في القوة الاقتصادية والمعرفة والمعلومات المتعلقة بالمعقود عليه. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اختلال التوازن الناشئ عن التفاوت بين المتعاقدين في القوة الاقتصادية.

المطلب الثاني: اختلال التوازن الناشئ عن التفاوت المعرفي بالمعقود عليه.

المبحث الرابع: تعذر إتمام العقد بعد إتمام التعاقد. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعذر إتمام العقد بسبب الظروف الطارئة.

المطلب الثاني: تعذر إتمام العقد بسبب القوة القاهرة.

الباب الثالث: إعادة التوازن العقدي. وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: وسائل حماية الشريعة للعقود من الاختلال والقواعد المتعلقة بذلك. وفيه مبحثان:

المبحث الأول: وسائل حماية الشريعة الإسلامية للعقود من الاختلال. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: وسائل حماية الشريعة للاختلال في التوازن عند إنشاء العقد.

المطلب الثاني: وسائل حماية الشريعة للاختلال في التوازن أثناء تنفيذ العقد.

المطلب الثالث: وسائل حماية الشريعة للاختلال في التوازن بعد العقد.

المبحث الثاني: القواعد الأصولية والفقهية المتعلقة بحماية الشريعة للعقود من الاختلال. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: القواعد الأصولية المتعلقة بحماية العقود من الاختلال.

المطلب الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بحماية العقود من الاختلال.

الفصل الثاني: السياسة النقدية في حفظ توازن العقود وحمايتها من الاختلال. وفيه تمهيد ومبحثان:

التمهيد: معنى السياسة النقدية، وأدواتها. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف السياسة النقدية.

المطلب الثاني: أدوات السياسة النقدية.

المبحث الأول: وسائل السياسة النقدية في المصرف المركزي "مؤسسة النقد" في حفظ توازن العقود وحمايتها من الاختلال. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التأثير على حجم الائتمان. وفيه فرعان:

الفرع الأول: تحديد هوامش أرباح العقود في المصارف وتحديد السقوف الائتمانية.

الفرع الثاني: تثبيت ودعم القيمة الداخلية والخارجية للعملة.

المطلب الثاني: التأثير على السيولة.

المطلب الثالث: الرقابة على البنوك التجارية والمشتغلين بأعمال مبادلة العملات.

المبحث الثاني: وسائل السياسة النقدية في البنوك التجارية لحفظ توازن عقودها وحمايتها من الاختلال. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التقليل من المخاطر الائتمانية. وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف المخاطر الائتمانية.

الفرع الثاني: أنواع المخاطر الائتمانية التي تواجهها البنوك التجارية.

المطلب الثاني: وسائل حماية العقود من الاختلالات المؤثرة على التوازن. وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: التأمين التعاوني على الاستثمار والتمويل.

الفرع الثاني: الضمان من طرف ثالث. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعهد طرف ثالث له مصلحة عامة.

المسألة الثانية: تبرع طرف ثالث بالضمان.

الفرع الثالث: تنويع الأصول الاستثمارية.

الفرع الرابع: البيع بشرط الخيار.

الفرع الخامس: تكوين احتياطيات من حقوق المستثمرين.

الفصل الثالث: تصحيح الاختلال في توازن العقد. وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تفريق الصفقة. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف تفريق الصفقة.

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم تفريق الصفقة.

المطلب الثالث: بيان وجه حماية تفريق الصفقة للمعقود من الاختلال.

المبحث الثاني: التحول في العقود. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التحول في العقود.

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في اعتبار التحول في العقود.

المطلب الثالث: بيان وجه حماية تحول العقد للمعقود من الاختلال.

الفصل الرابع: إعادة التوازن في العقد بعد الاختلال. وفيه مبحثان:

المبحث الأول: إعادة التوازن وديا. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الصلح. وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الصلح لغة واصطلاحا.

الفرع الثاني: بيان كيفية إعادة الصلح للتوازن العقدي.

المطلب الثاني: الوساطة. وفيها فرعان:.

الفرع الأول: تعريف الوساطة لغة واصطلاحا.

الفرع الثاني: بيان كيفية إعادة الوساطة للتوازن العقدي.

المطلب الثالث: التحكيم. وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف التحكيم لغة واصطلاحا.

الفرع الثاني: بيان كيفية إعادة التحكيم للتوازن العقدي.

المبحث الثاني: إعادة التوازن قضائيا. وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: إنهاء العقد.

المطلب الثاني: فسخ العقد.

المطلب الثالث: تفسير العقد.

المطلب الرابع: تأجيل العقد.

المطلب الخامس: تعديل العقد.

الباب الرابع: التطبيقات على عقود اختل فيها التوازن. وفيه فصلان:

الفصل الأول: تطبيقات معاصرة لعقود اختل فيها التوازن وبيان وجه الاختلال. وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: المرابحة العكسية "الاستثمار المباشر". وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المرابحة العكسية.

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم المرابحة العكسية.

المطلب الثالث: بيان وجه اختلال التوازن في المرابحة العكسية.

المبحث الثاني: اشتراط التأقيت في عقد النكاح. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان المراد بالتأقيت في النكاح.

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم اشتراط التأقيت في النكاح.

المطلب الثالث: وجه اختلال التوازن في اشتراط التأقيت في النكاح.

المبحث الثالث: جهالة الربح في المضاربة التمويلية. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المضاربة التمويلية.

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم جهالة الربح في المضاربة التمويلية.

المطلب الثالث: بيان وجه اختلال التوازن جهالة الربح في المضاربة التمويلية.

المبحث الرابع: الشرط الجزائي في البطاقات الائتمانية. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المراد بالشرط الجزائي.

المطلب الثاني: تعريف البطاقات الائتمانية وأنواعها.

المطلب الثالث: وجه اختلال التوازن في الإلزام بالشرط الجزائي في البطاقات الائتمانية.

المبحث الخامس: هدايا المصارف لأصحاب الحسابات الجارية. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الهدية لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: حقيقة الحساب الجاري.

المطلب الثالث: وجه اختلال التوازن في هدايا المصارف لأصحاب الحسابات الجارية.

المبحث السادس: وقف المرهون. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مذاهب الفقهاء في حكم وقف المرهون.

المطلب الثاني: بيان وجه اختلال التوازن في وقف المرهون.

المبحث السابع: رهن الشهادات الاستثمارية. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشهادات الاستثمارية.

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم رهن الشهادات الاستثمارية.

المطلب الثالث: بيان وجه اختلال في رهن الشهادات الاستثمارية.

الفصل الثاني: تطبيقات قضائية لإعادة التوازن في العقود مع بيان الاختلال في كل تطبيق وكيفية إعادة القاضي للتوازن .واذكر في هذا الفصل خمسة تطبيقات قضائية.

◆ مخطط البحث:

المقدمة
أهمية الموضوع
أسباب اختياره
الدراسات السابقة
منهج البحث
خطة البحث
التمهيد
تعريف التوازن
الألفاظ ذات الصلة
أركان العقد وآثارها
تاريخ فكرة التوازن العقدي
صلة حفظ التوازن بتحقيق الأمن الاقتصادي
التوازن العقدي
أهمية التوازن
أدلة التوازن
حكم التوازن
معيار التوازن
مواطن تحقق التوازن
التداول والاختلاف حول التوازن
استثناءات التوازن
الشروط الفنية وعلاقتها بالتوازن
اختلال التوازن العقدي
تعريف الاختلال
معيار الاختلال
أنواع الاختلال
أسباب الاختلال
ضوابط الاختلال المؤثر في التوازن
أبرز المنازعات الناشئة عن الاختلال
إعادة التوازن العقدي
وسائل حماية الشريعة للعقود من الاختلال
القواعد المتعلقة بحماية العقود من الاختلال حكما وزجرا
السياسة الشرعية في حفظ التوازن وحمايته من الاختلال
تصحيح الاختلال
إعادة التوازن بعد الاختلال
التطبيقات
تطبيقات معاصرة
تطبيقات قضائية

وختاما :

الحمد لله ذي النعم الجزيلة، والآلاء الجسيمة، على ما أنعم به وتفضل ويسر وهيأ لعبده من إتمام البحث، ولولا توفيقه وتسديده لما كان ما كان، ولا حول ولا قوة إلا بالله، والصلاة والسلام على رسوله المجتبى، ونبيه المصطفى ما ذكره الذاكرون، وما غفل عنه الغافلون.

أما بعد

أشكر والديّ الكريمين: والذي حفظه المولى، وأطال عمره على طاعته، الذي هيأ لي أسباب التعليم، وشجع هذا المسلك وحث عليه، ووالدتي الرؤوم ما فتئت منذ نعومة الأظفار بشحذ الهمة نحو المعالي، أسأل المولى أن يجزيهما عني خير ما جزى والدين عن ولدهما، وأن يرزقني برهما وأن يحسن خاتمتهما.

ثم الشكر لزوجتي التي كان لدعمها، وتضحيتها الأثر الكبير في البدء والتمام.

وإن كلمات الشكر والعرفان لتقصر عن الوفاء لشيخي ومعلمي أ.د. زيد بن عبد الكريم الزيد - مشرف البحث - على ما أولانيه من المتابعة والتوجيه - مع عِظم مسؤولياته - ودوام النصح والتوجيه والتسديد، وقبل هذا وبعده تواضع جم وخلق رفيع.

كما أشكر جامعتي منار العلم والمعرفة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وأخص بالشكر المعهد العالي للقضاء، الذي تلقيت فيه تعليمي العالي، ثم أشكر مشايخي وزملائي الذين أفدت منهم في هذا البحث، في الدلالة على فائدة، أو حل مشكل، أو تصويب خطأ، فلهم

مني جزيل الشكر وعاطر الثناء وصالح الدعاء، وأخص منهم: د/عبدالله آل سيف، ود/ محمد بن سعود العصيمي، ود/ أحمد بلوافي، والشيخ/ محمد بن عبدالله البقمي.

وأسأل ربي المتعال أن يستعملنا في طاعته، وأن يجعلنا هداة مهتدين غير ضالين ولا مضلّين، وأن يعيذنا من الفتن ما ظهر منها وما بطن، وأن يرزقنا العلم النافع والعمل الصالح، وأن ينصر الإسلام والمسلمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

h8h8h1@outlook.sa

التمهيد

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالتوازن في العقود. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالتوازن، والألفاظ ذات الصلة:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: التعريف الإفرادي بالتوازن العقدي.

الفرع الثاني: التعريف اللقبي للتوازن العقدي.

الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصلة. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: العدالة.

المسألة الثانية: المساواة.

المطلب الثاني: أركان العقد.

المطلب الثالث: آثار العقود.

المبحث الثاني: تاريخ فكرة التوازن العقدي.

المبحث الثالث: صلة حفظ توازن العقود بتحقيق الأمن الاقتصادي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الأمن الاقتصادي.

المطلب الثاني: بيان صلة حفظ توازن العقود بتحقيق الأمن الاقتصادي.

المبحث الأول

التعريف بالتوازن في العقود

المطلب الأول

تعريف التوازن الإفرادي واللقبي

وفيه فرعان:

الفرع الأول: التعريف الإفرادي بالتوازن العقدي:

تعريف التوازن لغة: كلمة مأخوذة من الفعل "وزن" يقال وزن الشيء وزناً وزنةً. قال ابن منظور[1] : "ووازنت بين الشيئين موازنة ووزاناً وهذا يوازن هذا إذا كان على زِنته أو كان محاذيه، ويقال وزن المعطي واتزن الآخذ"[2].

وقال الفيروزآبادي[3] "وازنه: عادله وقابله وحاذاه، ووزنت له

---

(١) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي الرويفعي الأنصاري الأفريقي، من نسل الصحابي رويفع بن ثابت الأنصاري ﷺ، لغوي حجة، من آثاره: لسان العرب، ومختار الأغاني. توفي سنة: ٧١١هـ. ينظر في ترجمته: فوات الوفيات، لابن شاكر الكتبي (٤/٣٩)، وبغية الوعاة في تراجم اللغويين والنحاة، السيوطي(١/٢٤٨).

(٢) لسان العرب (١٣/ ٤٤٦-٤٤٨) مادة (وزن).

(٣) أبو طاهر محمد بن يعقوب بن محمد الفيروزآبادي الشافعي إمام في اللغة، وله مصنفات منها: تنوير المقباس في تفسير ابن عباس، والقاموس المحيط والقابوس الوسيط الجامع لما ذهب من لغة العرب شماطيط، توفي سنة ٨١٧هـ بزبيد. ينظر في ترجمته: البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، الشوكاني (٢/ ٢٨٢)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لابن العماد (٩/ ١٩٠).

الدراهم فاتزنها، ووزن الشعر فاتزن»[1]. ومنه قول الرسول ﷺ: «لو كانت الدنيا تزن عند الله جناح بعوضة ما سقى منها كافراً شربة ماء أبداً»[2]. فقوله ﷺ تزن: أي تعدل وتساوي[3].

تعريف التوازن اصطلاحا: لم يذكر الفقهاء تعريفا اصطلاحياً للتوازن، ولكنهم ذكروا أحكامه مبثوثةً في أبواب الفقه، كما في ثبوت الخيارات، وأحكام وضع الجوائح، وأحكام الحجر، والشفعة، واعتبار الرضا، وتحريم الربا، وغير ذلك.

تعريف العقد[4] لغة:

العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شَدٍّ وشِدَّةٍ وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها[5]. وعاقدته مثل عاهدته، وجمعه عقود، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، والعقد عقد اليمين، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَ﴾ [المائدة: 89]، وعقدة النكاح وكل شيء: وجوبه وإبرامه، والعقدة في البيع: إيجابه[6].

---

(1) القاموس المحيط (ص: 1228) مادة [وزن].

(2) أخرجه الترمذي في كتاب الزهد باب ما جاء في هوان الدنيا على الله ﷻ (4/ 560) برقم (2320)، وأخرجه ابن ماجه في كتاب الزهد باب مثل الدنيا (5/ 330) برقم (4110)، والحاكم في المستدرك (4/ 341) برقم (7847)، وأخرجه البزار في مسنده (10/ 9) برقم (8176)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (6/ 178) برقم (5971)، وقال عنه الألباني: «صحيح». السلسلة الصحيحة (2/ 301) ح (686).

(3) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، لأبي العلا المباركفوري (6/ 503)، وينظر: مختار الصحاح، زين الدين عبد القادر الحنفي (1/ 740).

(4) وردت كلمة العقد في القرآن في سبعة مواضع: في سورة البقرة الآية رقم (235)، والآية رقم (237)، وفي سورة النساء الآية رقم (33)، وفي سورة المائدة الآية رقم (1)، والآية رقم (89)، وفي سورة طه الآية رقم (27)، وفي سورة الفلق الآية رقم (4).

(5) ينظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس اللغة مادة [عقد] (4/86).

(6) ينظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس اللغة مادة [عقد] (4/86).

والعَقْد: الضمان، والعهد، وموضع العَقْد: وهو ما عقد عليه، والبيعة المعقودة لهم[1]. والعقد: تقيض الحل والمعاقدة: المعاهدة والميثاق، فإذا قلت: عاقدته أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق[2].

يقول الراغب الأصفهاني: "الأصل في العقد أنه استعمل في الربط الحسي بين أطراف الشيء كعقد الحبل وعقد البناء ثم استعمله العرب للربط المعنوي كعقد البيع والعهد واليمين"[3].

تعريف العقد اصطلاحا[4]: يطلق العقد على معنيين:

المعنى العام: وهو كل ما يعقد الشخص أن يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه، وعلى ذلك فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقودا، لأن كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به، وهو ما أشير إليه في قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١].

قال العلماء في تفسيرها: يعني بذلك عقود الدين، وهي ما عقده المرء على نفسه من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخيير وعتق وتدبير وغير ذلك من الأمور ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة، وكذلك ما عقده على نفسه لله من الطاعات كالحج والصيام والاعتكاف والقيام والنذر وما أشبه ذلك من طاعات ملة الإسلام. وهو ما فسرها به الصدر الأول، قال ابن عباس: أوفوا

---

(١) ينظر: القاموس المحيط، للفيروزآبادي (ص: ٣٠٠).
(٢) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (٣/ ٢٩٦)، الصحاح، للجوهري (٢/ ٥١٠).
(٣) المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني (ص: ٣٤١).
(٤) لم يفرد متقدمو الفقهاء -رحمهم الله- بابا للعقد مستقلا، وإنما يذكرونه في معرض الكلام عن عقود البيوع، أو النكاح، أو غيرها من العقود.

بالعقود، معناه: بما أحل وبما حرم وبما فرض، وبما حد في جميع الأشياء، وكذلك قال مجاهد وغيره[1].

المعنى الخاص: لقد عرف الفقهاء العقد بمعناه الخاص بعدة تعريفات، منها ما يلي: أنه مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما[2]. وقيل: ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما[3]. وقيل: هو عبارة عن انضمام كلام أحد المتعاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل شرعاً[4]. وقيل: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه[5].

---

(١) ينظر: جامع البيان، للطبري (٨/٥-٦)، أحكام القرآن، الإمام الشافعي (٢/ ٦٦)، أحكام القرآن، للجصاص (٢/ ٣٦٨) إلا أنه اشترط أن يكون التزامه بشيء يتحقق في المستقبل)، أحكام القرآن، لابن العربي المالكي (٢/ ٥)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٦/ ٣٢)، تفسير روح المعاني، للآلوسي (٢/ ٢٢٣)، قاعدة العقود، لابن تيمية ص: (٩٥-٩٦)، وهو اسمه الأصلي كذا في طبعته الأولى (مطبعة السنة المحمدية)، ويُعرف الكتاب أيضاً بـ"نظرية العقد"، وقد غيّر اسمه إلى نظرية العقد، الأستاذ الشيخ/ محمد حامد الفقي، أما طبع بمسماه عام ١٣٦٨هـ، وقلم له بمقدمة تشعر بأنه غيّر اسمه، قاله الشيخ/مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام (١/ ٤٤٤) في حاشية رقم (١).

(٢) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٦/ ٢٤٨)، بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٣٣)، البحر الرائق، لابن نجيم (٥/ ٢٧٩)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٥-٦)، حاشية ابن قاسم على تحفة المحتاج (٢/ ٢١٤)، حاشية البجيرمي على شرح المنهج (٢/ ١٦٥)، والتعريفات، للجرجاني (ص: ١٥٣).

(٣) المنثور، للزركشي (٢/ ٣٩٧)، ينظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنهوري (١/ ٧٤)، الملكية ونظرية العقد، لمحمد أبو زهرة (ص: ٢٠١).

(٤) ينظر: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، لقاسم القنوي، (ص: ٧٢)، العناية شرح الهداية، للبابرتي (٦/ ٢٤٨)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، لمنلا خسرو (٢/ ١٤٢).

(٥) ينظر: مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان، لقدري باشا (ص: ٢٧).

وبعد عرض تعريفات الفقهاء للعقد بمعناه الخاص، أفاد مجموع هذه العبارات أن العقد: "ربطٌ بين العاقدين بما صدر منهما على وجه يظهر أثره في المحل شرعاً"[1].

والمعنى العام والخاص للعقد يرادان عند الفقهاء، فعند إطلاقهم لكلمة (عقد) ويريدون به المعنى العام، فإنهم يقصدون به التوثيق واللزوم، وعندما يتكلمون عن أحكام كل عقد وما يترتب عليه من التزامات ينصرف ذلك إلى المعنى الخاص. فإطلاق كلمة العقد على المعنى الخاص من باب إطلاق العام لإرادة الخصوص، وإطلاق العقد على المعنى العام من باب إطلاق العموم لإرادة العموم، يدل ذلك على ما ذكره الجصاص[2]،[3] وأشار إليه الزركشي[4]،[5] وابن تيمية كذلك

---

(١) ينظر: الغش وأثره في العقود، للسلمي (١/ ٢٨). الحنفية فرقوا بين العقد والانعقاد، فالعقد عندهم هو: الإيجاب والقبول، سواء ترتب عليه أثر شرعي كالملك في عقد البيع مثلاً أم لم يترتب عليه أثر، أما الانعقاد فإنه: ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله. وذكر التفريق في مجلة الأحكام العدلية، فقد عُرف العقد فيها بأنه: التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول، وعُرف الانعقاد فيها بأنه: تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما. ينظر: فتح القدير، لابن الهمام، (٣/ ١٨٩)؛ العناية شرح الهداية، للبابرتي (٦/ ٢٤٨)؛ مجلة الأحكام العدلية مادة [رقم ١٠٣]، والمادة [رقم ١٠٤].

(٢) أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي، المعروف بالجصاص وهو لقب له، إليه انتهت رئاسة المذهب الحنفي، مات سنة ٣٧٠هـ، له مصنفات عدة منها: شرح مختصر الطحاوي، شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن. ينظر في ترجمته: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لعبدالقادر الحنفي (١/ ٨٤)، طبقات المفسرين، للداودي (١/ ٥٦).

(٣) ينظر: أحكام القرآن (٣/ ٢٨٥).

(٤) أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله، بدر الدين: عالم بفقه الشافعية والأصول، تركي الأصل، ولقد عرف والده باشتغاله بصناعة الزركش وهو التطريز بالذهب، التحق بها الابن وزاولها، له مصنفات في عدة فنون منها: الإجابة لإيراد ما استدركته عائشة على الصحابة، ولقطة العجلان، ومات بمصر سنة ٧٩٤هـ. ينظر في ترجمته: طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة (٣/ ١٦٧-١٦٨)، الدرر الكامنة، لابن حجر (٥/ ١٣٤).

(٥) ينظر: المنثور في القواعد الفقهية، للزركشي (٢/ ٣٩٨).

يطلق العقد على الأيمان والنذور؛ لأن الإنسان عقدها على نفسه[1].

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للتوازن العقدي:

ذكر المعاصرون عدة تعريفات للتوازن:

التعريف الأول: "التعادل بين الأداءات المالية المتقابلة في العقد"[2].

مناقشة التعريف:

يناقش التعريف بأنه غير جامع، فالتوازن ليس مقتصرا على الأداءات المالية فحسب، بل يشمل الظروف التي نشأ فيها العقد، والعاقدان، والمعقود عليه، وكذلك لم يشتمل التعريف على تحقيق التوازن في كافة مراحل العقد عند إنشائه وفي أثنائه وبعد تنفيذه.

التعريف الثاني: "التناسب والتعادل بين الأداء المقدم والمنفعة الحاصلة من العقد"[3].

مناقشة التعريف:

(المقدم): قد يتفاوت الأداء ويكون العقد متوازنا، كمن غبن وعلم ورضي، فلا يشترط فيه التعادل ولا التناسب، وقد يكون الأداء مؤجلا ليس مقدما ويكون العقد متوازنا، كما في عقد الاستصناع، وعقد الحوالة، وعقد النكاح، وقد يكون دينا.

التعريف الثالث: "أن تكون حقوق والتزامات الأطراف وقت نشوء العقد قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة ماليًا، وتتجه الإرادة المشتركة

---

(١) ينظر: القواعد النورانية (ص: ٧٣)، قاعدة النذور (ص: ٢١-٦٠-٦٨-٦٩).

(٢) الدور القضائي إزاء الرغبة في إنهاء الرابطة التعاقدية، لمحمد عبد الظاهر (ص: ١٨٥).

(٣) الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، لأحمد الرفاعي (ص: ٢٦٢).

للمتعاقدين منذ لحظة إبرام العقد إلى استمرار هذا التوازن المالي حتى تمام تنفيذ العقد»[1].

مناقشة التعريف:

(متوازنة ماليا): التوازن أعم من كونه ماليا فقط، بل يشمل المتعاقدين، والصيغة.

(الإرادة المشتركة): ليست الإرادة المشتركة هي معيار التوازن في العقد؛ لأن من التوازن ما هو نتيجة للإرادة المشتركة ومنه ما هو ألزم يترتب على العقد، ولو لم تتجه الإرادة له، وهو من أجود التعريفات للتوازن، لولا ما ورد عليه.

التعريف الرابع: «هو أن تتاح الفرصة على وجه المساواة والتبادل بين الطرفين لكي يرتب كل منهما وضعه التعاقدي بحرية تامة»[2].

مناقشة التعريف:

(على وجه المساواة): ليست المساواة في الأداء والثمن دائما توازنا، فمن العقود ما يجب فيه التساوي الدقيق، ومنها ما يبنى على المغالبة والتناسب؛ لأن التفاوت بينهما أصل ما يطلبه الناس في تجاراتهم.

(يرتب كل منهما وضعه التعاقدي): من آثار العقد ما لا يتدخل المتعاقدين في ترتيبه بل هي آثار رتبها الشارع على العقود.

وهذه التعريفات يظهر أنها أقرب لوصف التوازن أكثر من كونها

---

(١) سلطة الإرادة في تعديل العقد الإداري، لعلي القسام (ص: ٣١١).

(٢) إعادة التوازن العقدي، لعزت صلاح الدين (ص: ٢٩).

تعطي تعريفاً جامعاً مانعاً، لكن بمجموع هذه التعريفات يمكن تعريف التوازن بأنه:

"هو مقياس لعدالة العقد في كافة مراحله وأطرافه وأعماله بحيث تتناسب فيه الحقوق والالتزامات والمراكز".

شرح التعريف:

(مقياس لعدالة العقد): العقد ربطٌ بين العاقدين بما صدر منهما على وجه يظهر أثره في المحل شرعاً، يلتزم من خلاله المتعاقدين أو أحدهما بتقديم أداء معين لجلب منفعة مقصودة، فيجب توافر شروط في العاقدين، والمعقود عليه، وصيغة العقد، وتوافرها هو المقياس.

(مراحله): أي في وقت إنشائه، وأثناء تنفيذه، وبعد تنفيذه.

(أطرافه): العاقدان سواء كانا بصفة شخصية، أو بصفة معنوية.

(تتناسب فيه الحقوق والالتزامات والمراكز): قد تتناسب المنفعة مع الأداء وقد تتفاوت، بالنظر إلى طبيعة العقد والغرض منه وتباين قدراتهم ومراكزهم. ويتم الاتفاق بقصد تحقيق هذه المصالح المالية المتباينة، بمجرد تبادل الإرادتين المتطابقتين.

(المراكز): كأن يكون أحد المتعاقدين يتمتّع بقوة ناتجة عن مركزه الاقتصادي، وامتلاكه مقوّمات العلم والدراية بكل ما يتصل بالعقد المراد عقده، وهذه القوة الاقتصادية ولّدت ما يسمّى بالطرف الضعيف فهذا التفاوت إذا نجم عنه غبنا أو تدليسا أو تعسفا يُخلُّ بمقصود الشارع أو مقصود العقد كان ذلك مؤثرا وإلا فلا يُعدُّ مؤثراً.

المعنى الإجمالي للتعريف:

العقد إذ يعتبر وسيلة لترتيب الالتزامات، يعد كذلك مصدرا للحقوق، فيتعقد لابتغاء الفائدة من المباطلة لهذه الحقوق. والمصلحة التي يتطلبها المتعاقدان من خلال العقد، هي مصلحة مباشرة لهما ترقى إلى منزلة الحق وتنتج منه، باعتبارها غاية لصاحب الحق[1]. وتكون هذه المصلحة معتبرة في الشرع، والعقود مهما اختلفت مقاصدها وأنواعها، وأسباب انعقادها، فوجود التفاوت بين قدرات المتعاقدين وخبراتهم، وكذلك التفاوت بين التزامات المتعاقدين أمر سائغ؛ لاختلاف معلوماتهم، واختلاف حاجاتهم من إجراء العقود ومصالحهم من عقدها، فكل منهما يسعى لتحقيق أكبر قدر من الفائدة من العقد، وإلا لو لم يكن العقد محققاً لتلك الفائدة لانتفى الباعث من وراءه، ولَمَا أقدم أي من المتعاقدين على إبرام ذلك العقد، ومقصد العقود الأساس هو تبادل الالتزامات بين المتعاقدين، يبين ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية فيقول: "فكل من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه فالعقود موجبة للقبوض، والقبوض هي المسؤولة المقصودة المطلوبة، ولهذا تتم العقود بالتقابض من الطرفين"[2]. ويقول أيضا: "والمقصود من العقود: إنما هو القبض والاستيفاء، فإن المعاقدات تفيد وجوب القبض وجوازه، بمنزلة إيجاب الشارع، ثم التقابض ونحوه وفاء بالعقود، بمنزلة فعل المأمور به في الشرعيات"[3].

ومع هذا التفاوت يجب الحفاظ على توازن كل من حقوق

---

(١) ينظر: نظرية العقد، للسنهوري (ص: ٨٠-٨٥)، مصادر الالتزام، لرمضان أبو السعود (ص: ١٦).

(٢) مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٣٠/٢٦٤).

(٣) القواعد النورانية، لابن تيمية (ص: ١٦٧).

والتزامات طرفي العلاقة العقدية منذ بداية إنشاء العقد بتراضيهما وإلى نهايته بأي طريقة من طرق انتهاء العقود، وعدم جور أي من الطرفين على حساب المتعاقد الآخر منعاً من اختلال التوازن في العلاقة بين الطرفي باعتبار كل منهما دائنا ومدينا في الوقت نفسه.

المطلب الثاني

الألفاظ ذات الصلة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: العدالة:

العدالة لغة: العدل ضد الجور، وبسط الوالي عدله ومَعْدِلَتَه -بكسر الدال وفتحها-، وفلان من أهل المَعْدَلَة - بفتح الدال -، أي: من أهل العدل، والعدالة: وصف بالمصدر معناه ذو عدل، قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]. وتعديل الشيء تقويمه، يقال عدلته فاعتدل[(١)].

والعدالة عند الفقهاء اصطلاحا: "هي استواء أحواله في دينه، واعتدال أقواله وأفعاله"[(٢)]. وتنوعت فيها عبارات العلماء من محدثين وأصوليين وفقهاء، وهي مفهوم واسع، وتدور حول التوسط والاعتدال بين طرفين، وذلك حسب السياق الذي ورد فيه، فالمعنى الأوفق المراد في هذا السياق هو الأمر المتوسط بين طرفي الإفراط والتفريط[(٣)].

علاقة العدالة بالتوازن:

العدالة تنطبق على العقد الذي يُفترض أن العلاقات بين طرفيه متوازنة، فتبرز العدالة بين المتعاقدين في علاقة التبادل، فالتوازن من مفهومه الموازنة في الأخذ والعطاء بين المتعاقدين، فما يأخذه كل طرف

---

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور(١١/ ٤٣٠)، المصباح المنير، للفيومي (٢/ ٣٩٦)، القاموس المحيط، للفيروزآبادي (١/ ١٠٣٨)، تاج العروس، الزبيدي، مادة [ع د ل] (٢٩/ ٤٤٣).

(٢) الإنصاف، للمرداوي (١٢/ ٤٣).

(٣) ينظر: التعريفات، للجرجاني ص: (١٤٧).

بمقتضى العقد ينبغي أن يكون معادلا نوعا ما لما يعطيه الطرف الآخر، فتحقيقه بين المتعاقدين إنما هو وسيلة لتحقيق العدل، وإقامة العدل هي مقصد الشريعة الذي قامت به السماوات والأرض، والعدل في المعاملات مقصد شرعي يقوم في أصله على الإنصاف، فالمحافظة على اتزان العقد من الاختلال وسيلة العدل؛ لأن العدالة تقتضي وجوب توازن العقد. قال الجرجاني[1]: "والتعادل التساوي وعدلته تعديلا فاعتدل سويته فاستوى ومنه قسمة التعديل وهي قسمة الشيء باعتبار القيمة والمنفعة لا باعتبار المقدار فيجوز أن يكون الجزء الأقل يعادل الجزء الأعظم في قيمته ومنفعته"[2].

الفرع الثاني: المساواة:

المساواة لغة: قال ابن فارس[3]: "(سوي) السين والواو والياء أصل يدل على استقامة واعتدال بين شيئين. يقال هذا لا يساوي كذا، أي لا يعادله"[4]. ويقال هذا يساوي درهمًا أي يعادله بالقيمة، قال الخليل[5]:

---

(١) أبو الحسن علي بن محمد بن علي السيد الزين الحسيني الجرجاني، يعرف بالسيد الشريف، وله تصانيف نافعة منها: شرح مواقف الإيجي، ومقاليد العلوم، مات سنة ٨١٦هـ. ينظر ترجمته: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، للسخاوي (٥/ ٣٢٩)، وبغية الوعاة في تراجم اللغويين والنحاة، للسيوطي (٢/ ١٩٧).

(٢) التعريفات، للجرجاني ص: (١٤٧).

(٣) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، من أئمة اللغة والأدب والنحو على طريقة الكوفيين، وله حسن التصنيف، من آثاره: مقاييس اللغة، والمجمل، توفي سنة ٣٩٥هـ. ينظر في ترجمته: سير أعلام النبلاء، للذهبي (١٧/ ١٠٣)، وبغية الوعاة في تراجم اللغويين والنحاة، للسيوطي (١/ ٣٩٢).

(٤) مقاييس اللغة، لابن فارس، باب السين والواو وما يثلثهما (٣/ ١١٢).

(٥) أبو عبد الرحمن، الخليل بن أحمد الفراهيدي، البصري، صاحب العربية، ومنشئ علم العروض، له مؤلفات منها: كتاب: "العين" في اللغة، ولم يتمه ولا هذبه، ولكن العلماء يغرفون من بحره، ومات سنة بضع وستين ومائة. ينظر في ترجمته: إنباه الرواة على أنباه النحاة، للقفطي (١/ ٣٨٠)، سير أعلام النبلاء، للذهبي (٧/ ٤٣٠).

"وساويت هذا بهذا، أي: رفعته حتى بلغ قدرَهُ ومَبلَغَه"[1].

وعليه فالمساواة تعني المماثلة والمعادلة من حيث القدر أو القيمة، والمساواة في الاصطلاح لا يتعدى معناها في اللغة، هو تسوية الشيء وتعديله[2].

علاقة المساواة بالتوازن في العقود:

العقود تنشأ على أساس من التساوي أو مقاربته في الالتزامات والحقوق، فمقتضى المعاوضة التسوية بين المتعاقدين في الحقوق والالتزامات، ففي عقد البيع مثلا المساواة تقتضي التساوي في التمليك والتسليم، والمساواة في المعاوضات مطلوبة للمتعاوضين عادة، وحق المشتري في المبيع قد تعين في العقد، وحق البائع في الثمن لم يتعين بالعقد؛ لأن الثمن في الذمة فلا يتعين بالتعيين إلا بالقبض فيسلم الثمن أولا ليتعين فتتحقق المساواة[3].

والمساواة المرادة في هذا السياق، ليست المساواة الحسابية الدقيقة[4] ليتحقق التوازن؛ لأن الأصل في العقود التي تقوم على المشاحة - كبيع القيميّات والمثليّات بالنقود، والقيميّات بالقيميّات،

---

(١) كتاب العين، للخليل الفراهيدي، باب اللفيف من السين (٧/٣٢٦).

(٢) ينظر: معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس (ص: ٤٩٤).

(٣) المبسوط، للسرخسي (١٤/١٤٩)، (١٢/ ٢٣٢)، وبدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ٣٣٢).

(٤) وهذا بخلاف الأموال الربوية إذا اتحد جنسها، فلا بد فيها من التساوي الدقيق، وكذلك إذا كانت البيوع من بيوع الأمانة-كبيع التولية، والوضيعة، والمرابحة، والمشاركة- إذا شرط أن يكون البيع الثاني بمثل الثمن الأول، أو بزيادة عليه، أو بنقص حط، فيجب أن يكون ذلك واقعا وصدقا، فأي زيادة أو نقص عما ذكر البائع عُدَّ ذلك ظلما وخيانة. العدل في المعاوضات المالية، لشاهة كحكي (ص: ٢٢) بتصرف.

والمثليّات بالمثليات[1] إذا اختلف الجنس-، هو التقارب في القيمة؛ حتى يتزن العقد. قال الغزالي: " فأما أصل المقابلة فمأذون فيه؛ لأن البيع للربح، ولا يمكن ذلك إلا بتبين ما، ولكن يراعى فيه التقريب"[2].

فمصطلحا التوازن والمساواة وسيلتان لتحقيق غاية الشريعة وهي إقامة العدل. قال الراغب[3]: "فإنَّ العدل هو المساواة في المكافأة، إن خيرًا فخير، وإن شرًا فشر، والإحسان أن يقابل الخير بأكثر منه، والشرُّ بأقلَّ منه"[4].

والعلاقة بين هذه المصطلحات الثلاثة أن كل توازن وسيلة للعدل، وكل عدل توازن، وليس كل مساواة توازن ولا كل مساواة عدل، وبين العدل والتوازن عموم وخصوص، فإذا أطلق العدل في معناه العام دخل فيه التوازن، وإذا وردا جميعا، كان معنى التوازن أخص من العدل، والعدل عام في العقود وغيرها، فإطلاق التوازن في معناه الخاص من باب إرادة المعنى الخاص-العدل في العقود-، وإطلاق التوازن في معناه العام من باب إطلاق العموم لإرادة العموم-العدل في مفهومه العام-.

(١) أما معاوضة المثلي بالمثلي من مكيل أو موزون فيشترط فيه مساواة حقيقية مع التماثل والتقابض.

(٢) إحياء علوم الدين، للغزالي (٢/٧٩).

(٣) أبو القاسم الحسين بن محمد بن المفضل الأصبهاني أو الأصفهاني، الملقب بالراغب، له مصنفات منها: المفردات في غريب القرآن، وأقانين البلاغة، ومحاضرات الأدباء، توفي سنة ٥٠٢هـ. ينظر في ترجمته: بغية الوعاة في تراجم اللغويين والنحاة، للسيوطي (٢/ ٢٩٧)، وطبقات المفسرين، للداودي (٢/ ٣٢٩).

(٤) مفردات ألفاظ القرآن، للراغب الأصفهاني ص: (٥٥٢).

المطلب الثالث

أركـــان العـقد

الركن لغة: جانب الشيء الأقوى، والركن: الناحية القوية وما تقوى به من ملك وجند وغيره، وبذلك فسر قوله ﷻ ﴿فَتَوَلَّىٰ بِرُكْنِهِۦ﴾ [الذاريات: ٣٩]. ودليل ذلك قوله تعالى ﴿فَلَأَكُونَنَّ ظَهِيرًا لِّلْمُجْرِمِينَ﴾ [القصص: ١٧]، أي أعضاء، وركنه الذي تولى به، والجمع أركان وأركن، وركن الإنسان: قوته وشدته. وركن الرجل: قومه وعدده وعاقته. وفي التنزيل العزيز ﴿قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَىٰ رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾ [هود: ٨٠]. ويقال للرجل الكثير العدد: إنه ليأوي إلى ركن شديد. وفلان رُكْنٌ من أركان قومه أي شريف من أشرافهم، وهو يأوي إلى ركن شديد: أي عز ومنعة[1].

وفي اصطلاح جمهور الفقهاء[2] هو: ما توقف عليه، سواء كان جزءا من حقيقته أم كان خارجا عنه.

ويخالف في هذا الحنفية إذ قصروا الركن على ما كان داخلا في الماهية[3]. والراجح -والله أعلم- هو قول الجمهور؛ لأن لا توجد حقيقته إلا به، وبسبب هذا الخلاف حصل خلاف بين الجمهور والحنفية[4]: في أركان العقد على قولين:

---

(١) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٢/ ٤٣٠)، لسان العرب، لابن منظور (١٣/ ١٨٥)، مادة [ركن].

(٢) ينظر: الشرح الصغير على أقرب المسالك، للدردير (٣/ ١٤)، فتح العزيز، للرافعي (٨/ ٩٨)، المجموع شرح المهذب، للنووي (٩/ ١٤٩)، دقائق أولي النهى في شرح المنتهى، للبهوتي (٢/ ٥).

(٣) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (١/ ٣٠٩)، رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (١/ ٣٠٣).

(٤) ينظر: التوضيح على التنقيح، للبخاري (٢/ ١٣٠)، التلويح على التوضيح، للتفتازاني (٢/ ١٣١).

القول الأول: قول الجمهور[1] أنها ثلاثة:

الأول: الصيغة المراد بها الإيجاب والقبول.

والثاني: العاقدان اللذان يصدران الإيجاب والقبول.

والثالث: المحل، وهو المعقود عليه.

القول الثاني: قول الحنفية أن للعقد ركن واحد هو الصيغة؛ فالركن هو الإيجاب والقبول[2].

أما العاقدان والمحل فمما يستلزمه وجود الصيغة، وليسا من الأركان؛ لأن ماعدا الصيغة ليس جزءاً من حقيقة العقد وإن كان يتوقف وجوده عليه[3].

والذي يترجح -والله أعلم- هو تقسيم الجمهور، وإن كان هذا الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء اختلاف في الاصطلاح لا تأثير له من حيث النتيجة؛ لأنهم جميعا متفقون على أن أي عقد من العقود لا يتصور وجوده دون وجود الصيغة والعاقد والمعقود عليه. وأما عدد الأركان فتباين فيه الجمهور، فبعض المالكية يقسمون الأركان إلى أربعة،[4] وبعضهم إلى خمسة[5]، وبعض الشافعية والحنابلة يجعلها ستة[6]، وحاصل هذه التقسيمات واحد حيث إنهم متفقون على وجود الصيغة والعاقد والمعقود عليه.

---

(١) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٦/ ٢٩٤)، الفروق، للقرافي (ف: ٧٠) (٢/ ٨٣)، وإعانة الطالبين، للبكري (٣/ ٦)، والمجموع، للنووي (٩/ ١٤٩)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٤٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٣٤)، الاختيار لتعليل المختار، للموصلي (٢/ ٤).

(٣) الاختيار لتعليل المختار، للموصلي (٢/ ٤).

(٤) ينظر: المعلم بفوائد مسلم، للمازري (٢/ ٢٣٦)، الفروق، للقرافي (٢/ ٨٣).

(٥) ينظر: القوانين الفقهية، لابن جزي (ص: ١٦٣)، الشرح الصغير، للدردير (٣/ ١٤).

(٦) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٣٣)، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٤/ ٢١٥)، دقائق أولي النهى، للبهوتي (٣/ ١٣٣).

المطلب الرابع

آثار العقود

آثار العقد هي: ما يترتب على العقد وما يهدف إليه العاقدان، وهي المقصود الأصلي للعاقدين من انعقاد العقد بينهما، وتختلف هذه الآثار حسب اختلاف العقود.

وتحديد آثار العقد يتضح من عدة أمور:

الأول: أن الشارع رتّب على العقود آثاراً ألزم بها المتعاقدين، لا يجوز لهما الإخلال بها، فمن ذلك: أنه جعل موجبَ عقد النكاح إمساكا بمعروف أو تسريحا بإحسان، وموجب عقد البيع سلامة المبيع، والقدرة على تسليمه، ونحو ذلك[1].

والثاني: ما يشترطه المتعاقدان، ويتفقان على ما هو ملزم لكلٍّ منهما، فيكون موجب العقد هو ما تراضيا عليه مما تلفظا به[2].

والثالث: العرف، وقرائن الأحوال المصاحبة للعقد التي تدل على ما يجب على كلٍّ منهما أن يلتزمه[3].

فالمحدد الثاني والثالث لآثار العقود ليست على إطلاقها بل تقيّد بما لا يخالف الشرع، ولا يخالف مقصود العقد، فموجبات العقود تُتلقّى من اللفظ تارة، ومن العرف تارة أخرى؛ لكن كليهما مقيّد بما لم يحرّمه الله ورسوله فإن لكل من العاقدين أن يوجب للآخر على نفسه ما لم

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ١٤٨)، قاعدة في العقود (ص: ١٧١ و ٢١٧).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٠/ ٢٤٢-٢٤٣ و ٥٤٤) و (٣٠/ ٢٧٥) و (٣٢/ ١٦٠).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٣٤/ ٩١)، قاعدة في العقود (ص: ١٥٤).

يمنعه الله من إيجابه ولا يمنعه أن يوجب في المعاوضة ما يباح بذله بلا عوض»[1].

قال ابن تيمية: «الأحكام الثابتة بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع وملك البضع الثابت بالنكاح نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا لم نثبته ابتداء كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدأة، فإذا كنا نحن المثبتين لذلك الحكم، ولم يحرّم الشارع علينا رفعه لم يحرّم علينا رفعه...، فإذا وجد بيع معين أثبت ملكا معينا، فهذا المعين سببه فعل العبد، فإذا رفعه العبد فإنما رفع ما أثبته هو بفعله، لا ما أثبته الله من الحكم الكلي، إذ أثبته الله من الحكم الجزئي إنما هو تابع لفعل العبد فقط؛ لأن الشارع أثبته ابتداء، وفرق بين تعيين الحكم المعين الخاص الذي أثبته العبد بإدخاله في المطلق، وبين تعيين الحكم العام الذي أثبته الشارع عند وجود سببه من العبد»[2].

وقال رحمه الله: «ونكتة المسألة التي يتبين بها مأخذها، وهو أن الأحكام الجزئية -من حل هذا المال لزيد وحرمته على عمرو- لم يشرعها الشارع شرعا جزئيًا، وإنما شرعها شرعا كليًا، مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، وقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣]، وهذا الحكم الكلي ثابت، سواء وجد هذا البيع المعين أو لم يوجد»[3].

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٣٤/ ٩١)، إقامة الدليل على بطلان التحليل (ص: ١٣٤)، القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية، للمحسن (٢/ ١٧٥).

(٢) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٤/ ٩٢).

(٣) القواعد النورانية، لابن تيمية (ص: ٢٧٨).

فالعقود تتكون بالتزاماتها بإرادة العاقد، ولكن ذلك بإعطاء الشارع ذلك الحكم لها، وبما أُلزِم به المكلف من وجوب الوفاء بالعقود، وعدم خفر العهود[١].

والأصل أن أثر العقد ينصرف إلى العاقد نفسه، وما ترتب عليه من التزامات وحقوق، ولا ينصرف إلى غيره مالم يكن طرفا في العقد[٢]، فقد يقتصر أثر العقد على الطرف المباشر فيه، وقد ينصرف إلى أشخاص لم يكونوا طرفا في العقد، كالتأمين على السيارات لصالح الغير، فالمستأمن يشترط على شركة التأمين أن تلتزم مقابل الأقساط التي يدفعها، بأداء ما يلزمه من حقوق تجاه غيره.

وآثار العقود إما: عامةٌ أو خاصة:

فالعامة: ما تشترك فيه العقود من أحكام ونتائج، من نفاذ ولزوم والتزام.

والآثار الخاصة: هي الأحكام والنتائج المترتبة على كل عقد بحسبه[٣].

ففي عقود الملكية التي ترد على الأعيان -كالبيع والهبة- أثر العقد نقل الملكية من عاقد إلى آخر إذا استوفت أركانها وشروطها، سواء أكان بعوض -كما في عقد البيع فإنه ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، وملكية الثمن إلى البائع- أم بغير عوض كما في عقد الهبة.

وفي عقود المنفعة أثر العقد نقل المنفعة أو إباحة الانتفاع من

---

(١) ينظر: الملكية ونظرية العقد، لمحمد أبو زهرة (٢/ ٢٥٥).
(٢) ينظر: التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، للخفيف (ص: ٢٤٦).
(٣) ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقا (١/ ٤٩٧).

المعقود عليه بعوض كما في عقد الإجارة، أو بغير عوض كما في عقدي الإعارة والوصية، وفي عقود التوثيق كعقد الكفالة والرهن أثر العقد توثيق الدين باشتراك ذمة جديدة مع ذمة المدين، أو حبس الرهن حتى يؤدي الدين، وفي عقد الحوالة ينقل الدين من ذمة المدين إلى شخص ثالث.

وفي عقود العمل حق التصرف في المعقود عليه بالعمل فيه، كما في عقد المضاربة وعقود الشركة، وكما في عقدي المزارعة والمساقاة ونحوهما، وفي عقد الحفظ حفظ الوديعة بيد المودَع عنده، وفي عقد النكاح حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر، وهكذا في كل عقد يعقد لغرض من الأغراض المشروعة[1].

(١) مصادر الحق، للسنهوري (٦/ ٥٤).

المبحث الثاني

تاريخ فكرة التوازن العقدي

العقود مرتبطة بفكرة العدالة في العصور القديمة، مع اختلاف مفهوم العدالة ومصدرها، ومن ثَمَّ لا يعد التوازن العقدي أو العدالة العقدية مبدأً حديث النشأة، فالتوازن له مفهوم في كل عصر بحسب الاعتقاد السائد حول الالتزامات التعاقدية[1].

وأما مصطلح التوازن العقدي[2] كمصطلح فقد ظهر في بدايات القرن العشرين[3]، وأما فكرة العدالة العقدية فقد ظهرت قبل ذلك[4].

وقد تعرّضت الكثير من القوانين الوضعية لمعنى هذا المصطلح

---

(١) ينظر: اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، لمعمت عبدالمجيد بكر (ص: ٢-٥).

(٢) التوازن له عدة مفاهيم بحسب ورودها، وهو مهم في كل موارده: ففي علم الديناميكا يعرف بأنه: حالة الاستقرار التي يكون فيها جسم معرض لقوتين متساويتين ومتعاكستين، حيث تكون محصلتهما تساوي الصفر، وفي الجانب البيولوجي يعتبر التوازن أحد الخصائص الجوهرية لكل الكائنات الحية، وفي المجال الاقتصادي هو: التناسب بين العرض الكلي والطلب الكلي، والتوازن المالي: هو الانسجام بين المداخيل والمصاريف للميزانية السنوية للدولة. ويلاحظ أنه في جميع تصاريفه يدور حول الاستقرار والتعادل. ينظر: رسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة العالمية، لسلامة فارس (ص: ١٥٣)، السياسة المالية ودورها في تحقيق التوازن الاقتصادي، لدراوسي المسعود (ص: ٢٢)، التوازن العقدي، لدرماش عزوز (ص: ٢٢-٢٤).

(٣) ينظر: التوازن العقدي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبي بكر بلقايد بالجزائر، لدرماش عزوز (ص: ٢٢).

(٤) ينظر: نظرية السبب والعدالة العقدية، لأيمن المشعاوي (ص: ١٤٠).

وتقريره، بحسب اعتقادها فيما يتعلق بالعقود، ففي القانون الروماني: طغى مبدأ سلطان الإرادة، حتى أغفلوا فكرة التوازن نزولاً على ما اتفق عليه أطراف العقد ولو كان ظالماً لأحدهم، وكان من شأنه إعلاء الحرية الفردية، ويسمى "التوازن الشخصي"، ثم تراجعت فكرة التوازن العقدي ولم تلاقِ الاعتراف أو القبول العام، فجاءت فكرة "التوازن الموضوعي" وهو المساواة الماثلة بين قيم أداءات الطرفين، وهذا هو المذهب الاجتماعي، الذي ينظر إلى التوازن كوسيلة لتبادل السلع أو الخدمات المتكافئة، وأما التوازن في الفلسفة اليونانية فيقول أرسطو[1]: تتجلى فكرة التوازن العقدي في العدالة التبادلية التي تقوم على المساواة المطلقة، وحاول أن يربط بين التوازن العقدي والتوازن الاجتماعي، وجعل الأول وسيلة لتحقيق الثاني، وأما فكرة التوازن في الفقه الكنسي: فقامت على أساس نظرية السبب، فجعلوا من توازن الأداءات تعبيراً عن سبب الالتزام نفسه، ونادوا بحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية[2].

ويتبين عناية الشريعة بالتوازن العقدي وتبيين معالمه منذ بزوغ فجر الرسالة، فالأسس التي يقوم عليها مفهوم التوازن أقوى بنياناً؛ لأنها من لدن حكيم عليم، أما التشريعات الوضعية فقد فشلت في مراعاة التوازن

---

(١) هو أرسطوطاليس فيلسوف يوناني، تلميذ أفلاطون وأستاذ الإسكندر المقدوني، وطلب علم الفلسفة، مؤلفاته: كتاب السياسة، وكتاب ما وراء الطبيعة، كتاب الطبيعة. ينظر ترجمته: عيون الأنباء في طبقات الأطباء، لابن أبي أصيبعة (١/ ٩١) وما بعدها، الفهرست، لابن النديم (ص: ٣٠٥).

(٢) ينظر: أزمة العدالة التعاقدية في القانون الروماني، لمحمد مصطفى (ص: ٢١٢)، تأثير الهيمنة الاجتماعية على التوازن العقدي، لعمرو طلحون(ص: ٢٦)، إعادة التوازن العقدي، لعزت صلاح(ص: ٤٢-٤٨)، التسلط الاجتماعي وأثره على التوازن العقدي، لمحمد سليم(ص: ٥-٧)، العقد في الفقه الإسلامي، لعباس حسني(ص:٩٦).

العقدي، فأجازت كثيرا من العقود، التي تتضمن غرراً وظلما. وأما شريعتنا الغرّاء فهي قائمة على العدل في أحكامها، والصدق في أخبارها، يقول ابن القيم: "إن الشريعة الإسلامية عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها وحكمة كلها، فهي عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه، وبترتب على ذلك حقيقة علمية تتمثل في أن الأصل في العقود كلها إنما هو العدل، الذي بعث الله به الرسل، وأنزل به الكتب، وقرر بموجبه مختلف الأحكام، فإذا خرجت مسألة منها من العدل إلى الجور فليست من الشريعة"[1].

فالشريعة جعلت التوازن في العقد بين أطراف العلاقة التعاقدية قائمٌ على التعادل بينهما في الحقوق والالتزامات والمراكز، وقد أكدت الشريعة على تحقيق التوازن على الدوام، وشُرِعَ من الأحكام ما يثبت ذلك ويقرّره، من تحريم للربا، والغش، ونفي الضرر، ومما يدل على ذلك، إقامة العقد على الرضا وحرية التعاقد، ووجوب الوفاء بالتزامات العقد، وكذلك إعادة العقد إلى التوازن إذا عرض له ما أخلّ به، يقول ابن تيمية: "وذلك أن الأصل في هذه المعاوضات والمقابلات هو التعادل من الجانبين، فإن اشتمل أحدهما على غرر أو ربا دخلها الظلم، فحرمها الله الذي حرم الظلم على نفسه، وجعله محرما على عباده"[2].

فمقتضيات العدالة هي المهيمنة في أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة ما يتعلق بفقه المعاملات، فبين المولى جلّت قدرته الحكمة منها، وأن غايتها تحقيق المصالح ودفع المفاسد، وإزالة الظلم والغش من العقود، ولا يتأتى ذلك إلا بإقامة العدل بين الأطراف، الذي يمثل

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم (٣/ ١١و١٦٨).
(٢) القواعد النورانية، لابن تيمية (ص: ٢٤٠).

التوازن وسيلة لتحقيق هذه الغاية. ويتحقق التوازن في العقود التي تُبْرَم وفقا لرضا المتعاقدين فيما لا يخالف الشرع، إذا كانت التزاماتهما متعادلة تعادلا ينتفي معه الاختلال الفاحش بين مركزي التعاقد.

فالتوازن يظهر جليًّا في المعاوضات، إلا أنه ظهوره في التبرعات أخف؛ لأنها لا يشترط فيها التعادل بين الأداءات، ولأنها تقوم في أصلها على عدم التكافؤ، ووجه ظهور اختلال التوازن في مخالفة عقود التبرعات للشرع، كالجور في العطية، وظهور الاختلال في المشاركات أقوى من ظهوره في التبرعات، فعقود المشاركات مقصودها تحقيق منفعة مشتركة بين أطرافها، فيظهر في المضاربة ويكون ظهوره في المساقاة[1] والمزارعة[2] أقل؛ لأنه إن لم ينبت الزرع فإن رب الأرض لم يأخذ منفعة الآخر، إذ هو لم يستوفها ولا ملكها بالعقد ولا هي مقصوده، بل ذهبت منفعة بدنه، كما ذهبت منفعة أرض هذا، ورب الأرض لم يحصل له شيء حتى يكون قد أخذه، والآخر لم يأخذ شيئا، بخلاف بيوع الغرر وإجارة الغرر، فإن أحد المتعاوضين يأخذ شيئا والآخر يبقى تحت الخطر، فيفضي إلى ندم أحدهما وخصومتهما، وفي المضاربة، فلو

---

(١) المساقاة في اللغة: السين والقاف والحرف المعتل أصل واحد، وهو إشراب الشيء الماء وما أشبهه، وهي مفاعلة من العمل، مشتقة من السقي للثمرة؛ لأنه معظم عملها، واصطلاحا: عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير فلك لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٣/ ٨٥) مادة [س ق ى]، بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ١٨٩)، الشرح الكبير، للدردير (٣/ ٥٣٩)، شرح حدود ابن عرفة، للرصاع (١/ ٣٨٩)، الحاوي الكبير، للماوردي (٧/ ٣٠٧)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٢٩٠).

(٢) المزارعة في اللغة: الزاي والراء والعين أصل يدل على تنمية الشيء، وهي مفاعلة من الزرع والإنبات، وفي الاصطلاح: عقد بين مالك: أرض ومزارع على أن يزرعها ويكون الخارج بينهما حسب الاتفاق وتسمى كذلك بالمساقلة والقراح، والمخابرة. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٣/ ٥٠) مادة [زرع]، بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ١٧٥)، الشرح الكبير، للدردير (٣/ ٥٣٧)، الحاوي الكبير، للماوردي (٧/ ٤٥٠)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٣٠٩).

اشترط ربح ثوب بعينه لم يجز، وهذا الغرر في المشاركات نظير الغرر في المعاوضات[1].

قال ابن تيمية: "وذلك أن الأصل في هذه المعاوضات والمقابلات هو التعادل من الجانبين، فإن اشتمل أحدهما على غرر أو ربا دخلها الظلم، فحرمها الله الذي حرم الظلم على نفسه، وجعله محرما على عباده، فإذا كان أحد المتبايعين إذا ملك الثمن بقي الآخر تحت الخطر لم يجز؛ ولذلك نهى النبي ﷺ بيع الثمر قبل بدو صلاحه"[2] [3].

ففكرة التوازن تقوم على مبدأ التناسب والتعادل في الأخذ والعطاء بين طرفي العلاقة التعاقدية، في كل مراحل العقد، والمحافظة على توازن العقد من الاختلال عند تكوينه، وعند تنفيذه، من الاختلال والإخلال[4].

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٥٣) و(٢٠/ ٥٠٩)، (٢٥/ ٦٢)، (٢٩/ ٨٨)، الفتاوى الكبرى (٤/ ٥٢)، القواعد النورانية، لابن تيمية (ص: ٢٣٤)، الحسبة في الإسلام، لابن تيمية (ص: ٢٨)، تهذيب السنن، لابن القيم (٣/ ١٦١٢)، الطرق الحكمية، لابن القيم (ص: ٢١١)، الغرر في العقود، للصديق الضرير (ص: ٣٦).

(٢) أخرجه البخاري: كتاب البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ح(٢٠٨٥)، ح(٢٢٥٢)، وأخرجه مسلم: كتاب البيوع باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ح(١٥٣٤)، ح(١٥٣٦).

(٣) الفتاوى الكبرى (٤/ ٢٤).

(٤) اختلال التنفيذ: هو ما يكون نتيجة لامتناع عند تنفيذ العقد على الشكل الذي تم التراضي عليه، وهذا يسبب الرضا ويسوغ إبطال العقد، أما الإخلال بالتنفيذ: هو ما يكون امتناعاً من أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد على الشكل المتفق عليه، وهذا لا يؤدي لإبطال العقد دائماً. ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقا (١/ ٤٩٤).

المبحث الثالث

صلة حفظ توازن العقود بتحقيق الأمن الاقتصادي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعريف الأمن[1] الاقتصادي

جاءت عدة تعريفات في مصطلح الأمن الاقتصادي[2] أجمعها:

أن الأمن الاقتصادي: "حزمة الإجراءات والتدابير، التي تتخذها الدولة لتوفير الاحتياجات الرئيسة لمواطنيها من مأكل ومشرب ومسكن صحي وتعليم وعلاج وملبس ومال وضمان، وحماية لممتلكاتهم وأقواتهم، لتحقيق الحياة المستقرة الآمنة العادلة وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية"[3].

---

(١) الأمن في اللغة: أصل الأمن طمأنينة النفس وزوال الخوف، والأصل أن يستعمل في سكون القلب، المفردات في غريب ألفاظ القرآن، للراغب الأصفهاني (ص: ٧٥)، المصباح المنير، للفيومي (١/ ٤٢) مادة [أ م ن].

(٢) ومن تعريفات الأمن الاقتصادي: "اتخاذ تدابير الحماية والضمان التي تؤهل الإنسان الحصول على احتياجاته الأساسية من المأكل والمشرب والملبس والعلاج وضمان الحد الأدنى لمستوى المعيشة"، في بحث بعنوان: دور مؤسسة الوقف في تحقيق الأمن الاقتصادي، لحسين الأسرج (ص: ٤)، وينظر: تعريف الأمن عند نزيه عبدالمقصود، الأمن الاقتصادي (ص: ١٩)، وحاولت الأمم المتحدة في وضع تفسير للأمن الاقتصادي: "هو أن يملك المرء الوسائل الدائمة التي تمكّنه من أن يحيا حياة مستقرة ومشبعة"،
http://www.ilo.org/public/english/protection/ses/info/publ/economic_security.htm

(٣) الأمن الاقتصادي في الشريعة الإسلامية، لحسن أبو غربية (ص: ٢١).

المطلب الثاني

بيان صلة حفظ توازن العقود بتحقيق الأمن الاقتصادي

الشريعة جاءت لحِكَم ومصالح للعباد في المعاش والمعاد، فالشريعة كان لها السبق في الحديث عن الأمن الاقتصادي، والعمل على تحقيقه، بل نصّت على أصول حفظ هذا الأمن، وهي الضروريات الخمس، التي لابد من الحفاظ عليها والدفاع عنها، قال الشاطبي: "ومجموع الضروريات خمس: وهي حفظ الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل، وقد قالوا: إنها مراعاة في كل ملة"[1].

ويعدُّ المال[2] إحدى الضروريات الخمس، وهو مادة البدن، وبه قوام حياة الناس ومصالحهم، فكل الناس بحاجة إليه في نفقاتهم وصدقاتهم وما به بقاؤهم، والله فطر الناس وجبلهم على حبِّ المال وجمعه، فهذه سنّة من سنن الله جرت على عباده قال تعالى: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ ذَٰلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَاللَّهُ عِندَهُ حُسْنُ الْمَآبِ﴾ [آل عمران: ١٤].

فشُرِعت أحكام تتعلق بالمال تملكاً وحفظاً وتنمية وتداولاً، وتنظيماً في طريقة كسبه وإنفاقه، وصيانته في أسباب وجوده ونفي الفساد عنه؛

---

(١) الموافقات، للشاطبي (٢/١٧).

(٢) وقد ورد ذكر المال وما تصرف منه في القرآن الكريم (٨٩) مرة، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، لمحمد فؤاد عبدالباقي (ص: ٦٨٢).

لأن المال يعتبر أساساً لكثير من متطلبات الحياة وقوةً للأفراد وللأمة جميعاً، وتنظم هذه الأحكام المعاملات بين الناس.

يقول الطاهر بن عاشور[1]: "إن من مقاصد الشريعة أن يكون المال دولة بين الأمة الإسلامية على نظام محكم في انتقاله، من كل مال، لم يسبق عليه ملك لأحد، مثل: الموات، والفيء، واللقطات، والركاز، أو كان جزءاً معيناً مثل: الزكاة، والكفارات، وتخميس المغانم، والخراج، والمواريث، أو عقود المعاملات التي بين جانبي مال وعمل مثل: القراض، والمغارسة، والمساقاة"[2].

فالعلاقة بين الأمن والاقتصاد التلازم فلا تنمية اقتصادية بلا أمن ولا أمن بدون استقرار اقتصادي، ولا استقرار اقتصادي إلا بتوازن العقود، وإعادة التوازن لها إن اختلت، وعليه فلا يتم نماء للأموال ولا استثمار إلا بتحقيق الأمن، وقد نقل الماوردي[3] عن بعض الحكماء: "الأمن أهنأ عيش، والعدل أفضل جيش"[4].

فالدول تتخذ من الإجراءات والأساليب، ما يجعلها تحافظ على استثماراتها وتنمية اقتصادياتها وتعزيز قدراتها بما يحفظ لها أمنها

---

(١) محمد الطاهر بن عاشور: رئيس المجلس العلمي بتونس وشيخ جامع الزيتونة وفروعه بتونس، له مصنفات مطبوعة، من أشهرها: مقاصد الشريعة الإسلامية، والتحرير والتنوير في تفسير القرآن، توفي ١٣٩٣هـ بالزيتونة. ينظر في ترجمته: الأعلام، للزركلي (٦/١٧٤).

(٢) تفسير التحرير والتنوير، لابن عاشور (٢٨/ ٨٩).

(٣) أبو الحسن علي بن محمد ابن حبيب البصري الشافعي، وله تصانيف عدة منها: الحاوي، وتفسيره "النكت والعيون"، عظيم القدر، لكونه مشحونا بكثير من تأويلات أهل الباطل، تدسيسا وتلبيسا، وليس معتزليا مطلقا، فإنه لا يوافقهم في جميع أصولهم، توفي سنة ٤٥٠هـ. ينظر في ترجمته: تاريخ بغداد، للخطيب البغدادي (١٢/ ١٠١)، طبقات الفقهاء الشافعية، لابن الصلاح (٢/٦٢٨).

(٤) أدب الدنيا والدين، للماوردي (ص: ١٤٢).

الاقتصادي، فالمال هو عصب الاقتصاد، ولذا فهو عنصرٌ أساس من عناصر تحقيق الأمن الاقتصادي، فعند تحقق الأمن الاقتصادي تنتقل الدولة نقلة نوعية، تبلغها السيادة وتجعلها في مصاف الدول المتقدمة، وحرص الدول على المحافظة على الأمن الاقتصادي بأساليب ووسائل عدة منها: وسائل تتعلق بالجانب الإيماني، ووسائل تتعلق بالجانب التربوي، ومنها ما يتعلق بالجانب الأخلاقي ورعاية الحقوق[1].

وتشكل العقود بأنواعها سببا من أسباب تثبيت الأمن الاقتصادي أو اختلاله، فاختلالها خطر يتربص باقتصادها وتنميتها، فتحقيق التوازن ركن ركين في المحافظة على العقود من الاختلال التي تشكل بدورها رافدا مهمًا من روافد تحقيق الأمن الاقتصادي.

وفي التقرير الصادر عن منظمة العمل الدولية (I.L.O)[2] الذي يشير إلى أن الأمن الاقتصادي، يعزز الرفاهية الشخصية والسعادة والقدرة على التحمل كما يعزز النمو والتنمية[3]. فإشباع الحاجات الأساسية على المستوى الفردي يمكن أن تؤدي إلى تحقيق الأمن الاقتصادي للمجتمع والعكس صحيح في حالة عدم إشباع هذه الحاجات الأساسية فإن الأفراد يصبحون مهدداً اقتصادياً للمجتمع باعتبار أن الإنسان هو الذي يقوم

---

(١) ينظر: الأمن الاقتصادي في الشريعة الإسلامية، لحسن أبو شويمة (ص: ٢١٠-٢١١)، الأمن الاقتصادي، لوليد عبدالحميد (ص: ٨).

(٢) مهمتها: السعي إلى ضمان أن يقوم هذا العالم الجديد على العدالة الاجتماعية؛ على ضرورة إقناة الرؤية المتفرعة على الوثيقة في جنيف: "من كان يبتغي السلام فليزرع العدل". موقع الأمم المتحدة على الشبكة.

http://www.un.org/ar/sections/un-chief-peace-prize/international-labor-organization-ilo/index.html

(٣) جاء التقرير تحت عنوان "الأمن الاقتصادي لعالم أفضل".

http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo-centre/news/WCMS_322603/lang--ar/index.htm

بعمليات الإنتاج والتوزيع والإشراف عليها وهو المحرك الأساسي للنشاط الاقتصادي.

فالمحافظة على الأمن الاقتصادي مرهون بعدة توازنات، التوازن الاجتماعي، والتوازن الثقافي، والتوازن البيئي، ويشكل التوازن الاقتصادي مكونا مهمًا بين هذه التوازنات؛ لتأثيره على باقي التوازنات، فاكتسب التوازن في العقود بُعدا آخر في تأثيره على الأمن الاقتصادي. وللأمن الاقتصادي أهمية عظمى عند تحققه، فالأمن الاقتصادي إن تحقق فعلا يكتنف بين طيّاته أمنا بدنيًا وصحيًا وثقافيًا وغذائيًا[1]. فالتوازن في العقود يتيح الفرص المواتية والمشجعة للزيادة النسبية لإنتاجيّة العمل ورأس المال والتي تضمن للأفراد مستوى معيشة مرتفعا ويتحسن باستمرار وتأمين وضع اقتصادي عادل وآمن يشجع الاستثمار الداخلي والخارجي والنمو، وكذلك يحد من سوءات التضخم، وهذه أهداف أساسية للنظام الاقتصادي؛ تؤدي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة[2]. ويعد كذلك من أكبر العوامل المؤثرة على الأمن الاقتصادي فاستقرارها استقرار للأمن الاقتصادي والعكس بالعكس.

وعند من النظريات تحدثت عن علاقة الأمن الاقتصادي بالحاجات الأساسية للإنسان وهي ما يعرف بنظريات الحاجات الأساسية، التي

---

(١) ينظر: بحث بعنوان: التخطيط الاستراتيجي لتحقيق الأمن الاقتصادي والتنمية المستدامة بالمملكة العربية السعودية، لسعيد علي حسن القليلي (ص: ٦)
http://www.kau.edu.sa/Show_File.aspx?fileg_ID=0063047799=36147

(٢) ينظر: العلاقة بين البنوك الإسلامية والبنوك التقليدية، بحث مقدم إلى مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، (ص: ٣٨)، الإسلام والتنمية الاقتصادية، لتوفيق البشير (ص: ١١٥-١١٦).

تتمثل في نظرية ماسلو[1]، ونظرية موري[2]، ونظرية هيرزبرج[3][4].

(١) حيث فكر الأمن في قسم احتياجات الأمان، وجعل التوازن في الاحتياجات الفسيولوجية الضرورية التي تمثل قاعدة الهرم، والأمن في الدرجة الثانية من حيث الأهمية.

(٢) حيث قسم الحاجات بحسب خصائصها، فجعل التوازن في الحاجات الأولية، والأمن في الحاجات الثانوية.

(٣) حيث جعلهما في قسم العلاجات الوقائية، وهي تتفق مع الخلاف الدرجات الأولى لماسلو، الاحتياجات الفسيولوجية، واحتياجات الأمان، والاحتياجات الاجتماعية.

(٤) ينظر: مقال "أثر المنهج الإسلامي في تحقيق الأمن الاقتصادي"، للدكتور/ تنية العاني، مجلة الاقتصاد الإسلامي http://www.sibtayn.com بتصرف.

الباب الأول

التأصيل الشرعي للتوازن العقدي

وفيه تمهيد وخمسة فصول:

التمهيد: أهمية التوازن في العقود ومعياره.

الفصل الأول: الأدلة والقواعد العامة الدالة على مراعاة التوازن في العقود وحكمه، والمقاصد الشرعية في اعتباره، والأحكام التي شرعت حفظا له.

الفصل الثاني: مواطن التوازن في العقود.

الفصل الثالث: الامتناعات الواردة على تحقيق التوازن.

الفصل الرابع: التنازل عن التوازن في العقد والاعتياض عنه.

الفصل الخامس: الشروط العقدية وعلاقتها بالتوازن في العقود.

التمهيد

أهمية التوازن في العقود، ومعياره

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

بيان أهمية التوازن في العقود

الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها، وترجيح خير الخيرَيْن، ودفع شرّ الشرَّيْن، وتحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما، ودفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما، وهذا المضمون يحقق للعباد مصالح الدنيا والآخرة، ومن مصالح العباد، وضرورة بقائهم ما يجري بينهم من معاملات، فلم تغفل الشريعة ذلك.

قال ابن تيمية: "والقول الجامع أن الشريعة لا تهمل مصلحة قط بل الله تعالى قد أكمل لنا الدين وأتم النعمة فما من شيء يقرب إلى الجنة إلا وقد حدثنا به النبي ﷺ وتركنا على البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها بعده إلا هالك لكن ما اعتقده العقل مصلحة وإن كان الشرع لم يرد به فأحد الأمرين لازم له إما أن الشرع دل عليه من حيث لم يعلم هذا الناظر أو أنه ليس بمصلحة وإن اعتقده مصلحة؛ لأن المصلحة هي المنفعة الحاصلة أو الغالبة وكثيرا ما يتوهم الناس أن الشيء ينفع في الدين والدنيا ويكون فيه مفسدة مرجوحة بالمضرة"[1].

---

(١) مجموع الفتاوى (١١/ ٣٤٤-٣٤٥) و(٢٤/ ٢٧٨)، في عدة مواضع بهذا اللفظ وما يقاربه منها: (٢٠/ ٤٨، ٢٦٥)، (٢٧/ ١٧٨)، (٢٨/ ٢٨٤)، (٢٩/ ٤٩٢، ٥٩١)، (٣٠/ ١٣٦، ٣٥٩)، (٣١/ ٢٦٦).

جاءت الشريعة من عند الله ﷻ، فمنزلتها رفيعة ومكانتها عظيمة فضلا عن شأن مقاصدها التي تمثل أسرارها وغاياتها، فالشريعة بجميع أحكامها بمثابة الوسيلة لتحقيق مقاصدها، فمقامها في غاية الرفعة والقداسة، وهي تختلف عن القوانين الوضعية ومقاصدها التي صدرت من عقلية البشر القاصرة، وتتجلى رفعة هذه الشريعة ومقاصدها من خلال صلاحيتها في كل زمان ومكان، وتحقيق مصالح العباد في حياتهم وبعد مماتهم.

ومع تطور التقنيات الحديثة، أصبحت معاملات الناس المالية تتطور، فيما يتعلق بالاتصال والتبادل وإنشاء العقود، وتبعا لهذه التطورات زادت حاجتهم في الاستزادة والكسب، ووجدت عقود حديثة ومعقدة، ومنتجات مصرفية احتاج الناس إلى بيان أحكامها وموافقتها لما تقتضيه الشريعة من عدل، وأن تكون هذه العقود قائمة على قَدَم التوازن بين المتعاقدين، فلا تشتمل على ما يجعلها باطلة أو ينجم عنها ضررٌ لا يحتمل أو إضرار، ومع تطور هذه العقود وتسارعها، كان بيان حكمها وتوازنها من هدمه، فيه بيان لسعة الإسلام، وشموله لكافة نواحي الحياة، بما يحقق للمسلمين عزهم وسعادتهم، وهو يمثل التطبيق العملي؛ لإبراز محاسن الإسلام، ودعوة غير المسلمين لاعتناقه.

فتوازن العقود تبرز أهميته بعدة أمور:

الأمر الأول: ما يتعلق بآحاد المتعاقدين: فتتجلى أهميته في توفير العدل بينهما، وذلك بحفظ حق كل منهما ووفاء كل منهما بما التزمه، وكذلك تظهر أهميته في أثناء تنفيذ العقد وبعده، وإعادة التوازن عندما يعرض للعقد ما يخلُّ به في أي مرحلة من مراحل التعاقد.

والأمر الثاني الذي تبرز من جهته أهمية التوازن بالنسبة للمصارف:

المحافظة على استقرار عقودها القصيرة الأجل والمتوسطة والطويلة، فالتوازن في عقودها وعدم اختلالها يساهم كذلك في جذب الإيرادات، من خلال الودائع، وتقديم التمويل لطالبيه، ومساهمات المستثمرين، وهذا يساهم في توظيف هذه الأموال، بما يزيد من مكاسب المصارف ونموّ أرباحها، وعوائدها، والاختلالات التي تتعرض لها العقود المبرمة في المصارف، ينجم عنها خسائر فادحة، ومخاطر جسيمة، لذا كان التوازن في العقود التي تجريها مطلبا لا محيد عنه.

والأمر الثالث الذي يظهر فيه أهمية التوازن ما يتعلق بالمجتمعات: فالتوازن العقدي يكفل استقرار المعاملات، ويحقق العدل بين المتعاقدين، ويقطع النزاع والخلاف، ويرفع الضرر والحرج عنهم، ويحقق مصلحة المتعاقدين من العقود، وتحقيق الاستقرار المالي للعقود البسيط منها والمركب، وما تبرمه الشركات والمؤسسات وكذلك الأفراد، يؤدي إلى الأمن الاقتصادي، وخلق مناخ خصب للاستثمارات والمشاريع التي تساهم في رفاهية المجتمع وتقدمه وازدهاره.[1]

الأمر الرابع أهمية التوازن على الصعيد الدولي: فأهميته لا تقتصر على العلاقات التعاقدية الداخلية -الوطنية-، بل يؤثر كذلك في العلاقات الاقتصادية الدولية، وبصفة خاصة فيما يتعلّق بالبيوع الدولية، فكل عملية تجارية دولية تقوم على مبدأ التعادل في الالتزامات بين المتعاقدين، وتعرض لمبدأ التوازن، وما يخل به ضمن المبادئ الأساسية في قانون التجارة الدولية[2].

---

(١) ينظر: البدائل المشروعة، للبيانوني، (ص: ١٩٥)، الأسهم والسندات وأحكامها، لأحمد الخليل، (ص: ٢٢٣)، نظرية البدائل الإسلامية، لطالب الكثيري (١/٥٧-٥٨).

(٢) ينظر: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المادة [٣٧]، والمواد [٤٩]، [٦٣]، ـ

فلما كانت المعاملات المالية بهذا القدر من الأهمية في حياة الناس، وفي تحقيق مناهجهم، كانت مراعاة التوازن في عقودهم وحمايتها من الاختلالات ابتداءً وإعادته بعد الاختلال مما يتأكد جلباً للمصلحة، ودفعاً للمفسدة في الدين والدنيا.

قال ابن تيمية: "وأصل هذا أن الله جل وعز بعث الرسل لتحصيل المصالح وتكميلها بحسب الإمكان وتقديم خير الأمرين بتفويت أدناهما، والله سبحانه حرم الظلم على عباده وأوجب العدل فإذا قدر ظلم وفساد ولم يمكن دفعه كان الواجب تخفيفه وتحري العدل والمصلحة بحسب الإمكان"[1].

فتحقق العدالة العقدية مقصد من مقاصد الشريعة، وتتجلّى في حماية الطرف الضعيف في العقد، بل تقيّد إرادة المتعاقدين؛ حماية للجانب الضعيف من التفاوت في المراكز، الذي ينتج عنه استغلال للجانب الضعيف، أو غبنه، فإذا طرأ على العقد ما يجعل تنفيذه مستحيلاً أو مرهقاً، كان مبرّراً لتدخل القاضي؛ لإعادة النظر في التزامات وحقوق المتعاقدَين؛ ولإرجاع العقد إلى التوازن، إما تعديلاً للعقد، أو إمضاءً، أو فسخاً، أو انقضاءً، أو زيادة التزام.

فابتعاد العقود عن ما يخل بها، وإقامة التوازن فيها، تحقيق لمقاصد العقود ولوظيفة المال الحقيقية؛ من كونه قياماً لمصالح الناس، ودُولةً

= [٧١]. http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html

وينظر: التوازن بين التزامات المتعاقدين في البيع التجاري الدولي، لعبدالله البلوي، بحث مقدم في برنامج دراسات الأنظمة بمعهد الإدارة بالرياض ١٤٣٠هـ (غير منشور اطلعت عليه في مكتبة معهد الإدارة، واستفدت منه).

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/٢٧١).

بينهم، بما يحقق التوازن بينهم، وتغطية حاجات الإنتاج والتسويق والاستهلاك، وصولاً إلى النمو والاستقرار الاقتصادي[1].

ويهدف التوازن إلى إعطاء المتعاقدين حقهما، ويقومان بم التزماه من التزامات بما لم يخالف الشرع، ولا مقصود ما تعاقدا عليه، فمقصود الشارع حفظ العدل بينهما، فإذا اختلّت الغايات ولم يحقق المتعاقدان ما طلباه بتعاقدهما، فقد وقع الاختلال للتوازن، سواء كان ذلك في مرحلة تكوين العقد لما يحتله أحد المتعاقدين من مركز قوي بحيث يتمكن من فرض شروطه على الطرف الآخر، أو أن يستغل أحد المتعاقدين؛ لضعف فيه كالطيش والهوى والحاجة وعدم الخبرة وضعف إدراكه، أو كان مرجع هذا الاختلال إخلالهما أو أحدهما بمخالفة حكما شرعيا كتعاقدهما على الربا، أو كان الاختلال راجع إلى عدم وفاء أحدهما بما التزمه، أو تعسفه في استعمال حقه، أو كان الاختلال نتيجة ظروف قاهرة، أو ظروف طارئة على العقد أو على أحد طرفيه.

التوازن أساس العقد ولذا يجب أن يكون موجودا في كل مراحل العقد، في بدايته أثناء إنشاء العقد وتكوينه، وفي أثنائه وبعد الانتهاء منه، فيجب أن يراعى في العقود في كل ذلك، وكذلك يجب أن يراعى كذلك في مركز المتعاقدين.

وحفظ التوازن في العقود من الحقوق التي كفلتها الشريعة فشرعت أحكاما وأقرت حماية لتوازن العقد من الاختلال، وكانت معالجة الشريعة لأسباب اختلال التوازن ظاهرة وجلية، فحرّمت الشريعة ما أخل بالتوازن في العقد، وعالجت وسائل منع الاختلال دفعا ورفعا.

---

(١) ينظر: خاطرات حول المصرفية الإسلامية، لصالح الحسين، (ص: ٧٩-٨٤)؛ المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، لمحمد أبو ركاب، (ص: ٣٨٦-٣٨٧).

المطلب الثاني

معيار التوازن في العقود "Equite standard"

مهما كانت ظروف إنشاء العقد أو نتائجه فإن العقد يبقى دائما تبعا لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية المحققة للتوازن، مالم يحتو على ما يُخلُّ به.

فالعدالة التعاقدية "Justice contractuelly" تهدف إلى إيجاد عدالة متبادلة وحماية التوازن، وتهدف إلى حماية الالتزام الوارد بالعقد، بل هي شرط لشرعية مبدأ القوة الملزمة للعقد، فاستقرار العقد والحفاظ عليه تقتضي الإبقاء عليه، لاسيما إذا كان في فسخه ضرر للمصالح المشروعة للمتعاقدين[1].

إن الوقت الذي يتم فيه تقدير التوازن يختلف، وبناء على هذا الاختلاف يختلف المعيار:

فالاتجاه الأول: يرى أن وقت تقدير التوازن العقدي هو وقت تكوين العقد.

والاتجاه الآخر: أن وقت تقدير التوازن العقدي هو وقت تنفيذه، انطلاقا من اختلاف الوقت بينهما.

ويختلف مفهوم التوازن بينهما، فمن يرى أن وقت تقدير التوازن هو وقت تكوين العقد، يذهب إلى أن المقصود بالتوازن هو المساواة بين طرفي العقد، فهو ينظر إلى إرادة كل طرف، فوجود التوازن عندهم

---

(١) ينظر: أبعاد الأمن التعاقدي وارتباطاته، لعبدالمجيد ضيفة (ص: ٤)، نظرية السبب والعدالة العقدية، لأيمن المشماري (ص: ١٤٠).

يتوقف على التوازن المعرفي بين طرفي العقد، وأما الاتجاه الذي يرى وقت تقدير التوازن يكون أثناء تنفيذ العقد، فيرى أن إرادة أطراف العقد لا دخل لها في تحديد التوازن العقدي، بل يتحدد التوازن عندهم في التكافؤ بين الالتزامات المترتبة على العقد[1].

فمعيار التوازن عند أصحاب الاتجاه الأول، هو الوقاية مما يؤدي إلى عدم التكافؤ في الالتزامات، والاتفاق بين الإرادات هو الضامن لتحقيق التوازن؛ لذا يجعلون الالتزام بالإعلام[2] قبل التعاقد وسيلة قانونية لتحقيق التوازن، وأما معيار التوازن عند أرباب الاتجاه الآخر، هو التكافؤ في الحقوق والالتزامات.

والذي يترجح -والله أعلم- أن التوازن العقدي، يعتبر وقت تكوين العقد، ويعتبر كذلك وقت تنفيذ العقد؛ فعدم التوازن المعرفي لا يصلح أن يكون معيارا لعدم التوازن؛ لأن العقود تطورت، وتعقدت، فيصعب على غير المتخصص فهم البيانات المتعلقة بالعقد، وكذلك لا يصلح التكافؤ بين الأداءات وحده معيارا للتوازن؛ لأن عدم التوازن المعرفي وقت تكوين العقد مؤثر على الرضاء الذي هو أساس التعاقد.

والتوازن باعتباره مطلب في العقود، ينقسم اعتبار المعيار المؤثر في حكمه إلى قسمين:

القسم الأول: معيار للتوازن العام، وينقسم كذلك بحسب نوع العقد إلى نوعين: النوع الأول: عقود المعاوضات: فمعيار التوازن في

---

(١) ينظر: عدم التوازن المعرفي في العقود، لإبراهيم داود (ص: ٦٦).

(٢) تعددت الأسماء التي أطلقت على هذا الالتزام: البعض يكيفه التزام بالإعلام، وآخرون على أنه التزام بالتبصير، وآخرين على أنه التزام بالإفضاء بالبيانات والمعلومات، والبعض على أنه التزام بالإخبار، ينظر في تلك التسميات "الالتزام بالتبصير"، لسهير منصر (ص: ٤١).

هذه العقود تعادل الحقوق والالتزامات، ولا يلزم من التوازن التساوي المطلق في عقود المعاوضات -في غير العقود الربوية-، ولا يترتب عليه ضرر أو إضرار بأحد المتعاقدين، أو غيرهما.

والنوع الثاني: عقود التبرعات: فمعيار توازنها أن لا تخالف حكما شرعيا، وإن كانت في الأصل لم تبنَ على التوازن.

والقسم الثاني: توازن خاص "توازن ذاتي": وهذا التوازن يُقصد به: ما يحدّده المتعاقدان من حقوق والتزامات يتفقان عليها ويلتزمانها، وهذا التوازن يراعى في مرحلة إبرام العقد، ففي هذه المرحلة للمتعاقدين أن يتفقا على التوازن اللذان يريانه، ويرغبان في تحقيقه، ومرحلة أثناء التنفيذ، ومعياره تنفيذ ما التزماه واتفقا عليه عند إبرام العقد، ومرحلة انتهاء العقد، ومعياره سلامة العقد من الخطأ، ومدى مطابقته لما تعاقدا عليه.

والمعيار في القسمين معيار موضوعي، لا معيارا شخصيا كما يراه أصحاب المذهب الفردي، القائلون بأن التوازن يعتبر بما يراه المتعاقدان، ولو بدا العقد مشتملا على ظلم أو غرر.

فالمعيار الموضوعي ينظر إلى مقصود العقد، وهو المعيار للحكم على التوازن، فإن وافق ما التزماه مقصود العقد كان العقد متوازنا، وإلا اختل، أما المعيار الشخصي، ينظر إلى المساواة المطلقة بين الالتزامات والحقوق، وتحديد التوازن والاختلال الذي يخل به، لا بد أن يكون مرنا، وليس له مقدار ثابت؛ لاختلاف الظروف التي نشأ فيها العقد، وعرضت لها[1].

---

(١) الوسيط، للسنهوري (١/ ٧٢٢) بتصرف.

وكذلك من المحددات لتوازن العقد، النظر إلى ما يطرأ على العقد من ظروف تُخِلُّ بتوازنه، وكذلك نوع العقد المبرم؛ لأن التوازن في المعاوضات يختلف عن التبرعات، عن غيرها من العقود. فالمعيار الرئيس في توازن العقود أن تكون الحقوق والالتزامات والمراكز متناسبة، وأن لا يخالف العقد حكما شرعيا، ولا يخالف مقصود العقد، ولا يترتب عليه ضرر أو إضرار يخل بهذا التوازن.

وجود الاختلال في التوازن لا يعني انتفاء توازن العقد تماماً، وكذلك وجود التوازن في العقد لا يعني انتفاء الاختلال تماماً، لكن الاختلال في توازن العقود يتفاوت في كل عقد مختلٌ بحسبه، فقد يكون الاختلال مُذهباً للتوازن ومُعدِماً له، وقد يكون الاختلال مؤثراً على التوازن لا مُعدِماً له، ففي هذه الحالة يمكن إرجاع العقد للتوازن؛ ليؤدي مصلحة المتعاقدين منه، وقد يكون التوازن موجود، ولكنه ناقص، فيحتاج إلى تكميل، وقد يكون منعدما تماما، وهذا يؤكد اعتبار المعيار الموضوعي للحكم على التوازن في العقود.

الفصل الأول

الأدلة والقواعد العامة الدالة على مراعاة التوازن في العقود، وحكمه، والمقاصد الشرعية في اعتباره، والأحكام التي شرعت حفظا له

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: الأدلة والقواعد العامة الدالة على رعاية التوازن في العقود.

المبحث الثاني: حكم التوازن في العقود.

المبحث الثالث: المقاصد الشرعية التي من أجلها حفظ التوازن في العقود.

المبحث الرابع: الأحكام التي شرعت لتحقيق التوازن في العقود.

المبحث الأول

الأدلة والقواعد العامة الدالة على مراعاة التوازن في العقود

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

أدلة مراعاة التوازن من المنقول والمعقول

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أدلة مراعاة التوازن في العقود من المنقول:

◆ الأدلة من القرآن الكريم:

أ - قال تعالى: ﴿قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ﴾ [الأعراف: ٢٩]. وقال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد: ٢٥]. أي بالحق والعدل[1].

وجه الاستدلال:

قال ابن تيمية في تفسير هذه الآية: "فبين ﷻ أنه أنزل الكتاب وأنزل العدل وما به يعرف العدل ليقوم الناس بالقسط وأنزل

---

(١) ينظر: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، للطبري (٢٢/ ٤٧٤)، معالم التنزيل في تفسير القرآن، للبغوي (٨/ ٤١)، زاد المسير في علم التفسير، لابن الجوزي (٤/ ٢٣٧)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٧/ ٢٦٠)، تفسير القرآن العظيم، لابن كثير (٨/ ٢٧)، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، للسيوطي (٨/ ٢١٤)، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير، للشوكاني (٥/ ٢١٢).

الحديد، فمن خرج عن الكتاب والميزان قوتل بالحديد، فالكتاب والعدل متلازمان والكتاب هو المبين للشرع؛ فالشرع هو العدل والعدل هو الشرع ومن حكم بالعدل فقد حكم بالشرع"[1]. وقال ابن القيم: "فالشرع مبناه على العدل فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وقد حرم الله سبحانه الظلم على نفسه وجعله محرما بين عباده والعقود كلها مبناها على العدل بين المتعاقدين عقود المعاوضات والمشاركات جائزها ولازمها"[2].

فالعدل واجب بين الناس في سائر تعاملاتهم، وهو مقصد الشارع، ومراده أن تؤدي ما عليك من التزامات من غير إخلال، وتطلبُ مالكَ من حقوق من غير تعسف ولا ظلم؛ ولأجل ذلك جعل الفقهاء الأصل في المعاوضات والمقابلات التعادل بين الجانبين الذي هو التوازن.

ب - قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ﴾ [النساء: ٥٨]. وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ﴾ [النساء: ١٣٥]. وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: ٩٠].

وجه الاستدلال:

قال ابن عطية[3]: "والعدل هو فعل كل مفروض من عقائد وشرائع وسير مع الناس في أداء الأمانات، وترك الظلم، والإنصاف

---

(١) مجموع الفتاوى (٣٥/٣٦٦).

(٢) الفروسية (ص: ١٧٣-١٧٤).

(٣) أبو محمد عبد الحق ابن أبي بكر غالب بن عطية، الغرناطي، كان فقيها، عارفا بالأحكام، والحديث، والتفسير، توفي سنة ٥٤٢هـ. ينظر ترجمته: سير أعلام النبلاء، للذهبي (١٩/٥٨٨)، طبقات المفسرين، للسيوطي (ص: ٦١).

وإعطاء الحق"[1]. ويقول ابن كثير[2]: "يخبر تعالى أنه يأمر عباده بالعدل، وهو القسط والموازنة"[3].

يقول الشيخ عبدالرحمن السعدي: "والعدل هو ما فرضه الله عليهم في كتابه، وعلى لسان رسوله، وأمرهم بسلوكه، ومن العدل في المعاملات أن تعاملهم في عقود البيع والشراء وسائر المعاوضات، بإيفاء جميع ما عليك فلا تبخس لهم حقا ولا تغشهم ولا تخدعهم وتظلمهم فالعدل واجب"[4]. ويقول ابن القيم[5]: "إن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه؛ ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان؛ فثم شرع الله ودينه"[6].

فالتوازن في العقود وسيلة لتحقيق العدل، الذي يجب على كل

---

(١) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لابن عطية (٣/ ٤١٦).

(٢) عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضوء القرشي الشافعي، صاهر الحافظ المزي وأكثر عنه، له مصنفات جليلة كثيرة منها: التكميل في معرفة الثقات والضعفاء والمجاهيل" جمع فيه بين كتاب التهذيب والميزان، وتفسير القرآن العظيم، توفي سنة ٧٧٤هـ. ينظر في ترجمته: تذكرة الحفاظ، للذهبي (٤/ ٢٠١)، والمعجم المختص له (ص: ٧٤-٧٥) مع أن الذهبي مات قبله سنة ٧٤٨هـ. طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة (٣/ ٨٥).

(٣) تفسير القرآن العظيم، لابن كثير (٤/ ٥٩٥)، القسط في اللغة: العدل والجور فهو من الأضداد، وأقسط بالألف عدل فهو مقسط إذا عدل، فكأن الهمزة في أقسط للسلب كما يقال شكا إليه فأشكاه. قسط وأقسط لغتان في العدل، أما في الجور فلغة واحدة وهي قسط بغير ألف. والقسط بإطلاقه أعم من العدل. لسان العرب، لابن منظور (٧/ ٣٧٧-٣٧٨)، القاموس المحيط، للفيروزآبادي (١/ ٦٨٢).

(٤) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، لابن سعدي (ص: ٤٤٧).

(٥) أبو عبدالله شمس الدين محمد بن أبي بكر الدمشقي الشهير بابن قيم الجوزية، لازم شيخ الإسلام ابن تيمية، وله من التصانيف: الهدي، وأعلام الموقعين، وكل تصانيفه مرغوب فيها بين الطوائف، ومات سنة ٧٥١هـ. ينظر في ترجمته: الذيل على طبقات الحنابلة، لابن رجب (٢/ ٤٤٧-٤٥٢)، البداية والنهاية، لابن كثير(١٨/ ٥٢٣).

(٦) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن القيم ص: (١٩).

أحد، وهو مأمور به على حسب الاستطاعة قال تعالى: ﴿لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [الأنعام: ١٥٢]، فعند أداء الحقوق والالتزامات كاملة، وقيام كل من المتعاقدين بما التزمه، من غير بخس ولا خديعة ولا ظلم تحقق التوازن في هذه العقود، فإن اشتملت على شيء من ذلك صارت محرمة من قِبَلِ الشرع، وتطرق إليها الاختلال.

ت - قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: ٣٤].

وجه الاستدلال:

والمراد بالعقود ما يعمّ جميعَ ما ألزمه الله تعالى عباده وعقَد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوها مما يجب الوفاء به، ويشمل عقود الذين وهي ما عقده المرء على نفسه، من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخيير وغير ذلك من الأمور[1].

وتدل الآية على وجوب الوفاء بالعقود، والوفاء بما ما وقع عليه التراضي عند إنشاء العقد، وأنه حق على المتعاقدين لا يسعهما التنصُّل منه، لاسيما عقود المعاوضات؛ لأن التوازن هو مقصود المتعاقدين، وهو قِوام العقد، والغرض الذي من أجله أنشئ العقد؛ ولأن هذه العقود مبناها على المعادلة والمساواة من الجانبين لم يبذل أحدهما ما بذله إلا ليحصل له ما طلبه، وبناء

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٦/ ٣٣)، إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، لأبي السعود (٣/ ٢).

المعاملات على هذا الأصل-العدل- يحقق التوازن بين المتعاملين، وتحصيل الثقة بينهم، وتقطع أسباب الخصومة، وتحسم النزاعات، والعقود التي يجب الوفاء بها هي الموافقة لأحكام الشريعة.

قال الماوردي: "إنك لن تجد صلاحاً كان الجور علّة وجوده، ولا فساداً كان العدل علة ظهوره، وإنما تَجْتَلِب العلل إلى الأصول نظائرها"[1].

ث - قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. وقال تعالى: ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَٱعْدِلُوا۟ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

وجه الاستدلال:

فكل خير فهو داخل في القسط والعدل وكل شر فهو داخل في الظلم، ولهذا كان العدل أمرا واجبا في كل شيء وعلى كل أحد والظلم محرما في كل شيء ولكل أحد فلا يحل ظلم أحد أصلا سواء كان مسلما أو كافرا أو كان ظالما بل الظلم إنما يباح أو يجب فيه العدل عليه أيضا، والظلم يفسد الرضا في العقد، وإذا فسد الرضا، فحقيقة العقد أكل للمال بالباطل، ومن الظلم أن يكون في العقد شيء من الاعتداء على الحقوق: بإبطالها، أو إخفائها، مثل كتمان عيوب المبيع، وادعاء العيوب في الأشياء السليمة، والكذب في الأثمان، وكل هذه صور من الظلم[2].

---

(١) تسهيل النظر وتعجيل الظفر في أخلاق الملك، للماوردي (ص: ١٨٨).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٠/ ٨٢)، التحرير والتنوير، لابن عاشور (٨/ ١٦٦-١٦٧).

فالشريعة جاءت بالعدل ونفي الظلم، والمراد بالعدل المنافي للظلم: ألا تشتمل المعاملة المالية على ظلم، سواءً كان واقعاً على أحد المتعاقدين أو غيرهما، أو يقع العقد مخالفاً لأحكام الشريعة، ومما يقتضيه التوازن دفع الظلم ورفعه.

ج - قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وجه الاستدلال:

أن المقصود من إباحة البيع وتحريم الربا، تحقيق العدل ونفي الظلم، والربا فيه ظلم محقق، يبيّنه قوله تعالى ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩]. فأثبت الله سبحانه الحقوق أمراً بأدائها، ونفى المظالم نهياً لارتكابها[1].

فحرم الربا لما يفضي إلى ظلم يضاد العدل الذي جاءت به الشريعة، قال ابن القيم: "الربا لم يكن حراماً لصورته ولفظه، وإنما كان حراماً لحقيقته التي امتاز بها عن حقيقة البيع، فتلك الحقيقة حيث وجدت وجد التحريم، في أي صورة ركبت وبأي لفظ عبر عنها، فليس الشأن في الأسماء وصور العقود، وإنما الشأن في حقائقها ومقاصدها وما عقدت له"[2].

وعليه فالتوازن وسيلة لتحقيق التعادل بين المتعاقدين، فيما التزما من حقوق والتزامات، ونفي للظلم بينهما، والربا متحقق فيه الظلم، والتوازن نفيه عن العقود، ووجوده اختلال للتوازن.

قال ابن تيمية: "الأصل في المعاوضات والمبادلات، التعادل بين

---

(١) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٣/ ٣٦٥).

(٢) إعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ١١٤).

الجانبين، فإن اشتمل أحدهما على ضرر أو ربا دخلها الظلم؛ فحرمها الله الذي حرم الظلم على نفسه، وجعله بين عباده محرماً»[1].

◆ الأدلة من السنة النبوية:

أ - الأحاديث التي نص عليها الشارع في تحريم الظلم، والتحذير منه، وعاقبته الوخيمة في الدنيا والآخرة، فهذه الأدلة سياج منيع لحماية العدل والأمر به، فمجانبة الظلم ونفيه تحقيقٌ للعدل:

١ - قال الرسول ﷺ: فيما يرويه عن ربه ﷻ: «قال الله تعالى: يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا»[2].

٢ - قول الرسول ﷺ: «اتقوا الظلم فإن الظلم ظلمات يوم القيامة»[3].

٣ - قول الرسول ﷺ: «فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا ألا ليبلغ الشاهد منكم الغائب»[4].

٤ - قول الرسول ﷺ: «من كانت له مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء فليتحلله منه اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم إن كان له عمل صالح أخذ منه بقدر مظلمته وإن لم تكن له

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٨/٢٨٠)، (٣٤/١٠٧).
(٢) أخرجه مسلم: كتاب البر والصلة والآداب باب تحريم الظلم ح (٢٥٧٧).
(٣) أخرجه مسلم: كتاب البر والصلة والآداب باب تحريم الظلم ح (٢٥٧٨).
(٤) أخرجه البخاري: كتاب العلم باب ليبلغ العلم الشاهد الغائب ح(١٠٥)، وأخرجه مسلم: كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض ح (١٦٧٩).

حسنات أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه»[1].

* - قول الرسول ﷺ: «من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة فقال له رجل وإن كان شيئا يسيرا يا رسول الله قال وإن قضيبا من أراك»[2].

وجه الاستدلال:

فهذه الأحاديث متضافرة على تحريم الظلم والمنع منه، وبخس الناس حقوقهم سواء كان ذلك عند تكوين العقد أو في أثنائه أو بعده، والمحافظة على حقوق المتعاقدين في هذه المواطن الثلاثة، هو التوازن المراد تحقيقه في العقد.

ب - الأحاديث التي فيها النهي عن الغش والخداع والكتمان والكذب:

١ - قول الرسول ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما عسى أن يربحا ربحا ويمحقا بركة بيعهما»[3].

٢ - أن الرسول ﷺ: «مر على صُبْرَة[4] طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال: ما هذا يا صاحب الطعام قال أصابته السماء يا رسول الله قال أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس من غش فليس مني»[5].

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب المظالم باب من كانت له مظلمة عند الرجل فحللها له هل يبين مظلمته؟ ح(٢٤٤٩).

(٢) أخرجه مسلم: كتاب الإيمان باب وعيد من اقتطع حق المسلم بيمين فاجرة بالنار ح (١٣٧).

(٣) أخرجه البخاري: كتاب البيوع باب إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع ح(٢١١٤)، وأخرجه مسلم: كتاب البيوع باب الصدق في البيع والبيان ح(١٥٣٢).

(٤) الصبرة: الطعام المجتمع كالكومة، وجمعها صُبَر. النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (٩/٣).

(٥) أخرجه مسلم: كتاب الإيمان باب قول النبي ﷺ من غشنا فليس منا ح(١٠٢).

٣ - عن ابن عوفة[1] قال: "ألا أقرئك كتابا كتبه لي رسول الله ﷺ قال قلت بلى فأخرج لي كتابا هذا ما اشترى العداء بن خالد بن عوفة من محمد رسول الله ﷺ اشترى منه عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة[2] بيع المسلم للمسلم"[3].

وجه الاستدلال:

أن هذه النصوص دلت على وجوب الصدق والبيان في المعاملات المالية، وأن العقود التي اشتملت على شيء من هذه المنهيات، عقود احتوت على ظلم، وفيها أكل للأموال بالباطل، وهذا يخل بتوازنها.

ت - الأحاديث التي جاءت في تحريم الضرر:

١ - قول الرسول ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"[4].

٢ - وقول الرسول ﷺ: "من ضار أضر الله به ومن شاق شاق الله عليه"[5].

---

(١) العداء بن خالد بن هوذة بن خالد بن ربيعة بن عمرو بن عامر بن ربيعة بن صعصعة، بصري، أسلم بعد الفتح وحنين، وفد على النبي ﷺ، روى عنه أبو رجاء العطاردي، وعبد الحميد بن وهب، وجهضم بن الضحاك، ينظر في ترجمته: الطبقات الكبرى، لابن سعد (٧/ ٣٦-٣٧)، أسد الغابة، لابن الأثير (٣/ ٥٠٠).

(٢) الخبثة: نوع من أنواع الخبث، النهاية في غريب الحديث، لابن الأثير (٢/ ٥).

(٣) أخرجه الترمذي: كتاب البيوع عن رسول الله ﷺ باب ما جاء في كتابة الشروط ح (١٢١٦)، وأخرجه ابن ماجه: كتاب التجارات باب شراء الرقيق ح(٢٢٥١) حسنه الشيخ الألباني في صحيح وضعيف سنن الترمذي (٣/ ٢١٩).

(٤) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ٥) في حاشية رقم (٣).

(٥) أخرجه أبو داود، أبواب من القضاء باب ح (٣٦٣٥)، وأخرجه ابن ماجه: كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ح (٢٣٤٢) حسنه الألباني في صحيح وضعيف سنن أبي داود، وأخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده: حديث أبي صرمة ﷺ (٧/ ٤٥٢) ح (١٥٧٩٣) تعليق شعيب الأرناؤوط: حديث حسن بشواهده.

وجه الاستدلال:

أن هذه الأحاديث فيها دليل على تحريم الضرر على أي صفة كان، إلا بدليل يخص به هذا العموم، ويشمل الحديث الأول كل أنواع الضرر لأن النكرة في سياق النفي تعم، وفيه حذف، أصله لا لحوق أو إلحاق، أو لا فعل ضرر أو ضرار بأحد في دينناء أي: لا يجوز شرعا إلا لموجب خاص[1]. وهذا التحريم فيه تحقيق لمصالح العباد عاجلاً وآجلاً.

فقد أحل الله تعالى المعاملات التي ليس فيها ضرر، ولم تخالف أحكام الشريعة، وحرم ما فيه ضرر، فالثابت في الشريعة إزالة الضرر ورفع الضيق والحرج عن المتعاقد؛ ولأجل ذلك جاءت الشريعة بالنهي عن المعاملات التي تتضمن ضرراً على المتعاقدين أو غيرهما، فنهى النبي ﷺ عن كثير من المعاملات، أو من المبايعات التي فيها شيء من الضرر على الغير؛ فثبت النهي عن بيوع الغرر، كحَبَل الحبَلة، وبيع الملامسة والمنابذة، وبيع الحصاة، وبيع المغانم قبل أن تقسم، وما أشبهها من المعاملات التي فيها غرر، وضرر على أحد المتبايعين. قال الشاطبي: "وآحاد الأدلة في المسائل الجزئية كثيرة وكثيرة، يقطع بمجموعها بأن كل ما فيه ضرر منفي شرعاً"[2].

فالضرر إذا وقع في هذه المعاملات أحدث النزاع والخصومة والبغضاء بين المسلمين؛ لأن هذا الذي خدع غيره، وأضره، وأخذ ماله بغير حق، يحمل على أخيه، ويسيء الظن به ويبغضه؛ فتقع بين

---

(١) ينظر: فيض القدير، للمناوي(٦/ ٤٢١)، نيل الأوطار، للشوكاني(٦/ ٣٠٨)، سبل السلام، للصنعاني (٣/ ٩٢٨).

(٢) الموافقات، للشاطبي (٣/ ١٨٥).

المسلمين المقاطعة، والعداوة والشحناء لهذه الأسباب التي لأجلها حرمت هذه المعاملات الربوية، وحرمت المعاملات المحرمة التي فيها ضرر أو غرر، وقد أبطل بعض الفقهاء من العقود ما يكون سبباً للتقاطع والتباغض، ومن ذلك: ما نصَّ عليه ابن قدامة: "فيفضي إلى التنازع، وهو مفسدة فيبطل العقد من أجله"[1].

وقال ابن العربي[2]: "ومنها ما ينهى عنها مصلحة للخلق وتألفا بينهم لما في التنابز من المفسدة"[3]. وقال القرافي: "وأما المعاملات فتحصل مصالحها التي بذلت الأعراض فيها بمسمى حقائق الشرع والشروط، بل التزام غير ذلك يؤدي إلى كثرة الخصام ونشر الفساد وإظهار العناد"[4].

وأسباب الفساد العامة في العقود يرجع إلى: تحريم عين المبيع، الربا، الغرر، الشروط التي تؤول إلى أحد هذين أو لمجموعهما، وأما التي ورد النهي فيها لأسباب من خارج؛ فمنها الغش؛ ومنها الضرر[5].

وقد يلحق بالمتعاقدين أو غيرهما ضرر بسبب العلاقة التعاقدية، نجم هذا الضرر من تصرفهما أو غيرهما، فإذا وقع الضرر اختل توازن العقد، فإعادة التوازن للعقد، مطلوبٌ شرعاً، بدليل أن الشارع حرص على تحقيق التوازن بين المتعاقدين؛ فحرم الربا، والاحتكار، والغرر،

---

(١) المغني، لابن قدامة (٦/١٦٥).

(٢) أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي، ومن تصانيفه: أحكام القرآن، وعارضة الأحوذي على كتاب الترمذي، وتوفي سنة ٥٤٣هـ. ينظر في ترجمته: الصلة في تاريخ أئمة أهل الأندلس، لابن بشكوال (١/٥٥٨)، الديباج المذهب، لابن فرحون (٢/٢٥٦).

(٣) أحكام القرآن (١/٣٢٤).

(٤) الفروق، للقرافي (٢/١٢٠).

(٥) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٢/١٤٥).

والتدليس، والغش، وشرع أحكام لحماية التوازن، كالخيارات، وحرص على مبدأ الرضا في العقود، يفهم من ذلك حرص الشارع على مبدأ التوازن العقدي بين المتعاقدين، بقدر الإمكان[1]؛ ولأن رفع الضرر وقطع أسبابه مقصد شرعي يجب تحقيقه.

◆ الآثار الوارد عن الصحابة والتابعين:

أ - ما جاء عن يحيى بن سعيد أنه بلغه عن عبد الله بن عباس ﷺ أنه قال: "ما ظهر الغلول[2] في قوم قط إلا ألقى الله في قلوبهم الرعب، ولا فشا الزنى في قوم إلا كثر فيهم الموت، ولا نقص قوم المكيال والميزان إلا قطع عنهم الرزق، ولا حكم قوم بغير الحق إلا فشا فيهم الدم، ولا ختر[3] قوم بالعهد إلا سلط الله عليهم العدو"[4].

ب - كان ابن عمر ﷺ إذا مر بالبائع يقول له: "اتق الله وأوف الكيل"[5].

ت - قال قتادة: "اعدل يا بُني آدم كما تحب أن يعدل لك، وأوف كما تحب أن يوفى لك، فإن العدل صلاح الناس"[6].

---

(١) ينظر: نظرية الضرورة الشرعية، للزحيلي (ص: ٣٢٠)، نظرية العقد، لمحمد عبدالحميد (ص: ٩٤).

(٢) الغلول: هو الخيانة في المغنم، النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (٣/ ٣٨٠).

(٣) ختر أي غدر، النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (٢/ ٩).

(٤) أخرجه مالك في الموطأ: كتاب الجهاد باب ما جاء في الغلول ح(٩٨١)، وقد رواه أبو عمر متصلاً (عن عبد الله بن عباس) وموقوفاً وحكمه الرفع لأنه لا يقال رأياً، ورواه الطبراني في المعجم الكبير مرفوعاً بنحوه من ابن عباس ح(١٠٩٩٢)، (١١/ ٤٥).

(٥) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٩/ ٣٥٣).

(٦) المرجع نفسه (١٧/ ١٥٥).

فهذه الآثار عن السلف الصالح، تبين اتباعهم لما ورد في الكتاب والسنة، من السعي في إقامة العدل بين الخلق، وتصوصهم متضافرة على حرصهم بتحقيق العدل والإيصاء به، وأطر الناس عليه، إذ بالعدل تتحقق مصالحهم، وتندفع عنهم الشرور.

الإجماع[1]:

الإجماع حق مقطوع به في دين الله ﷻ، وأصل عظيم من أصول الدين، ومصدر من مصادر الشريعة، مستمد من كتاب الله الكريم، وسنة رسوله ﷺ. قال القاضي أبو يعلى الفراء[2]: "الإجماع حجة مقطوع عليها، يجب المصير إليها، وتحرم مخالفته، ولا يجوز أن تجتمع الأمة على الخطأ"[3]. وقال الجويني[4]: "وعلى الإجماع مدار معظم الأحكام في الفرق والجمع، وإليه استناد المقاييس والعبر، وبه اعتضاد الاستنباط في طرق الفكر"[5].

---

(١) الإجماع لغة: الجيم والميم والعين أصل واحد، يدل على تمام الشيء، وأجمعت على الأمر إجماعا وأجمعته، وقيل: العزم والاتفاق، واصطلاحا: اتفاق مجتهدي الأمة في عصر على أمر ولو فعلا. مقاييس اللغة، لابن فارس(١/ ٤٧٩-٤٨٠) مادة[جمع]، التعريفات، للجرجاني(ص: ١٠)، شرح الكوكب المنير، للفتوحي (٢/ ٢١١).

(٢) أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف البغدادي، الحنبلي، شيخ الحنابلة، القاضي، ابن الفراء، وله تصانيف مفيدة في المذهب منها: عيون المسائل، العدة في أصول الفقه، توفي: سنة ٤٥٨هـ. ينظر في ترجمته: طبقات الحنابلة، لابن أبي الحسين (٢/ ٢٠٥-٢٠٦)، سير أعلام النبلاء، للذهبي (١٨/ ٩١).

(٣) العدة في أصول الفقه (٤/ ١٠٥٨).

(٤) أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد النيسابوري إمام الحرمين، ومن تصانيفه: نهاية المطلب في دراية المذهب، وغياث الأمم في التياث الظلم، توفي سنة ٤٧٨هـ. ينظر في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى، لابن السبكي (٥/ ١٦٥)، طبقات الشافعيين، لابن كثير (١/ ٤٦٦).

(٥) غياث الأمم في التياث الظلم، للجويني (ص: ٤٥).

وقد انتقيت من الإجماعات ما يكون متعلقاً بالموضوع، فذكرت الإجماعات التي حمت التوازن في العقود، سواءً كانت تتعلق بصيغة العقد، أو بالعاقدين، أو بالمعقود عليه، أو الاختلال الذي يحول دون توازن العقد.

- أجمع المسلمون على تحريم الربا[1].

- أجمع العلماء على تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وكذلك شرائه[2].

- الغش حرام بإجماع الأمة[3].

- أجمع العلماء على أنه لو احتكر إنسان شيئاً، واضطرَّ الناس إليه، ولم يجدوا غيره، أجبر على بيعه دفعاً للضرر عن الناس.[4]

- أجمع المسلمون على تحريم -بيع المعاومة- بيع الثمرة سنين[5].

---

(١) ينظر: الإجماع، لابن المنذر (ص: ١١٤)، المحلى، لابن حزم (٨/ ٤٦٧)، مراتب الإجماع (ص: ٨٩)، الكافي، لابن عبد البر (ص: ١٩١)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٣/ ٣٢٦)، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (١١/ ٩)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٣)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٤١٨)، المبدع، لإبراهيم بن مفلح (٤/ ١٢٧)، القول المجلي في تحقيق ما يحرم من الربا، للصنعاني (ص: ٤٠).

(٢) ينظر: المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (١٠/ ١٥٩)، طرح التثريب، للعراقي (٦/ ٦٩)، فتح الباري، لابن حجر (٤/ ٣٥٣)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٢٢٨)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٣١).

(٣) ينظر: إكمال المعلم، للقاضي عياض (٥/ ١٤٣)، أحكام القرآن، لابن العربي (٣/ ٢٩٠)، المعونة، للقاضي عبدالوهاب (ص: ١٠٥٠)، المغني، لابن قدامة (٤/ ١٥٧)، سبل السلام، للصنعاني (٣/ ٣٩).

(٤) حكاه النووي في المنهاج شرح مسلم بن الحجاج (١١/ ٣٦)، وابن حجر الهيتمي في نهاية المحتاج، (٣/ ٤٥٦).

(٥) ينظر: الإجماع، لابن المنذر (ص: ١١٥)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٢/ ١٤٩)، المفهم، للقرطبي (٤/ ٤٠٣)، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (١٠/ ١٩٣).

- أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن بيع المضامين والملاقيح لا يجوز[١].

- أجمعوا على أن الثمن إذا كان مجهولاً كان البيع فاسدًا[٢].

- لم يختلف العلماء من السلف والخلف أن المتعة نكاح إلى أجل لا ميراث فيه، والفرقة تقع عند انقطاع الأجل من غير طلاق، وأجمع فقهاء الأمصار على القول بتحريمها[٣].

- أجمع العلماء على تحريم بيع الميتة والخمر والخنزير وشرائهما[٤].

- أجمعوا على بطلان بيع الأجنة في البطون والطير في الهواء[٥].

- أجمعوا على تحريم النجش[٦].

---

(١) ينظر: الإجماع، لابن المنذر (ص: ١٥٨)، الإفصاح، لابن هبيرة (١/ ٣٠٢)، التمهيد، لابن عبد البر (١٣/ ٢١٤)، الحاوي، للماوردي (٥/ ٣٢٩)، الإقناع في مسائل الإجماع، لابن القطان (٢/ ٣٣٣)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٠/ ١٣)، المغني، لابن قدامة (٦/ ٢٩٩)، طرح التثريب، للعراقي (٦/ ٦٠).

(٢) ينظر: الاستذكار، لابن عبد البر (٦/ ٤٥٩)، الإقناع في مسائل الإجماع، لابن القطان (٢/ ٣٣٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٢/ ٢٧٢)، الاستذكار، لابن عبد البر (٥/ ٥٠٦)، الإقناع في مسائل الإجماع، لابن القطان (٢/ ١٦)، إكمال المعلم، للقاضي عياض (٤/ ٥٣٣)، أحكام القرآن، للجصاص (٣/ ١٠٣)، الإفصاح، لابن هبيرة (١/ ٣١٥)، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (٩/ ١٧٩).

(٤) ينظر: الإجماع، لابن المنذر (ص: ١١٤)، المحلى، لابن حزم (٧/ ٣٩٢)، فتح القدير، لابن الهمام (٦/ ٤٠٣)، التمهيد، لابن عبد البر (٤/ ١٤٤)، المنهاج شرح صحيح مسلم، للنووي (١١/ ٨)، المغني، لابن قدامة (٤/ ١٩٢).

(٥) ينظر: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (١٠/ ١٥٦)، التمهيد، لابن عبد البر (١٣/ ٢١٤)، سبل السلام، للصنعاني (٢/ ٤٢)، نيل الأوطار، للشوكاني (٥/ ١٧٧).

(٦) ينظر: المنهاج شرح مسلم، للنووي(١٠/ ١٥٩)، التمهيد، لابن عبد البر (١٣/ ٢٤٨)، بداية المجتهد، لابن رشد (٢/ ١٦٧)، طرح التثريب، للعراقي (٦/ ٢٢)، سبل السلام، للصنعاني(٢/ ٢٤)، نيل الأوطار، للشوكاني (٥/ ١٩٧).

- أجمع المسلمون على ثبوت الشفعة للشريك في العقار مالم يقسم[1].

وهذه الإجماعات المنقولة تدل على أن العدل في العقود، أمر مجمع عليه، بل كل ما خالفه أو أخلّ به يدخل المعاملة في حيّز الظلم، الذي يفسد العقود، وحرمه الله ﷻ على نفسه وجعله بين عباده محرماً.

الفرع الثاني: الأدلة من المعقول على مراعاة مبدأ التوازن في العقود:

١ - المعاملات المالية هي مما تقوم به مصالح العباد، ولا غنى لهم عنها، بيعاً وشراءً وتعاملاً، فمراعاة التوازن فيها سبب لإقامة العدل ونفي الظلم عن المتعاقدين، فتحقيق التوازن فيه مصالح الدنيا والآخرة، وضرورة لاستمرار حياتهم وسيرها بلا مشقة لا يحتملونها. قال ابن تيمية: "وبالجملة فوجوب المعاوضات من ضرورة الدنيا والدين؛ إذ الإنسان لا ينفرد بمصلحة نفسه بل لا بد له من الاستعانة ببني جنسه فلو لم يجب على بني آدم أن يبذل هذا لهذا ما يحتاج إليه وهذا لهذا ما يحتاج إليه لفسد الناس وفسد أمر دنياهم ودينهم فلا تتم مصالحهم إلا بالمعاوضة وصلاحها بالعدل الذي أنزل الله له الكتب وبعث به الرسل... ولا ريب أن النفوس مجبولة على بذل المعاوضة لحاجتها إليها فالشارع إذا بذل ما يحتاج إليه بلا إكراه لم يشرع الإكراه ورد الأمر إلى التراضي في أصل المعاوضة وفي مقدار العوض[2].

---

(١) ينظر: شرح النووي على مسلم (١١/ ٤٥)، الإجماع، لابن المنذر (ص: ٢١)، مراتب الإجماع، لابن حزم (ص: ٩١)، التمهيد، لابن عبد البر (٧/ ٥٠)، شرح السنة، للبغوي (٨/ ٢٤١)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٢/ ٢٥٧)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٢٢٩)، فتح الباري، لابن حجر (٤/ ٤٣٦)، نيل الأوطار، للشوكاني (٥/ ٢٩٦).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٨٩-١٩٠).

ب - ثبوت أحكام في الشريعة المتأمل فيها يُدرِك أنها ثبتت لتحقيق التعادل بين المتعاقدين، ودفع اختلال العقود ورفعه، من ذلك مشروعية الشفعة؛ فإنها شرعت لدفع ضرر من الجار يتوقع ضرره، والخيارات في البيوع، فعند إتمام النظر فإن ثبوتها دليلٌ على مراعاة التوازن في العقود؛ فالخيارات ثبتت لدفع الضرر قبل وقوعه، فخيار الشرط مثلا شُرع لدفع الضرر الناشئ عن التغرير، أو الخديعة، أو التدليس.

ت - عدم جواز الفسخ في العقود الجائزة، إذا تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين، دفعا للضرر ولمنع اختلال توازن العقد، ومحافظة على استقرار العقود، فالتفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين، أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز[1].

ث - تضمين الصنّاع فيه دلالة على حفظ التوازن في العقود من وجهين: الوجه الأول: حفظ الأموال من الضياع، والوجه الثاني: المحافظة على استقرار العقود ومنع اختلالها. وقال الشاطبي: "إن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع، قال علي بن أبي طالب ﷺ: لا يُصلح الناس إلا ذاك"[2].

ج - التجارات والمعاوضات بأنواعها التي تنشأ بين المتعاقدين تدور في الغالب على المشاحّة والمعاوضة، والأصل في الإنسان الظلم والجهل كما قال تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا

(١) ينظر: المنثور في القواعد، للزركشي (٢/ ٤٠١)، القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب (ص: ١١١).
(٢) الاعتصام، للشاطبي (٢/ ١١٩).

﴿مَوْلَاكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥]، لذا كانت هذه التجارات والمعاوضات مشتملة على أبواب كثيرة من الظلم، كان من مصلحة العباد تفصيل الأحكام لتجنب الظلم، قال ابن تيمية: "فإن التجارة فيها باب عظيم من ظلم الناس، وأكل أموالهم بالباطل"[1]، فتوافرت النصوص في الشريعة الإسلامية على تحريم الظلم بجميع صوره، بل يعتبر من أظهر الأسباب الموجبة لفساد كثير من المعاملات المالية قديمها وعصريّها، بل يعد سبباً في اختلال توازن كثير من العقود.

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/٤٦٩).

المطلب الثاني

القواعد[1] الأصولية والفقهية العامّة الدالة على مراعاة التوازن في العقود

لقد أولى الفقهاء كتبهم بقواعد الفقه، وضبطوا بها فروع مذاهبهم، سواء فيما كانوا يتثرونه في كتب الفروع، أو ما ألفوه استقلالا في قواعد الفقه. والاطلاع عليها مما يضبط لِمُريد تحصيل الفقه، وإحكام فروعه، والاطلاع على أصول العلماء في تخريجاتهم، والتمكن من معرفة الأحكام لمسائل جديدة بتطبيق القاعدة، والنظر في مدى انطباقها على المسألة، وعلم القواعد الفقهية فيه إظهارٌ لشمولية الشريعة وكمالها، واستيعابها لما استجد من معاملات وعقود، وفيها تبيين لحفظ الشريعة للحقوق والواجبات.

قال ابن تيمية-مبينا ضرورة العلم بالقواعد والكليات-: "لا بد أن يكون مع الإنسان أصول كلية يرد إليها الجزئيات ليتكلم عن علم وعدل، ثم يصرف الجزئيات كيف وقعت، وإلا فيبقى في كذب وجهل في الجزئيات، وجهل وظلم في الكليات، فيتولد فساد عظيم"[2].

فالقواعد الفقهية يحصل بها الاستغناء عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات. قال ابن رجب[3]: "فهذه قواعد مهمة وفوائد

---

(١) تعريف القاعدة في اللغة: قواعد البيت: أساسه، والواحد قاعدة، وفي الاصطلاح: هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها. فالقاعدة الفقهية: "القضايا الكلية التي يُعرف بالنظر فيها قضايا جزئية". ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٥/١٠٩) مادة [قعد]؛ التعريفات، للجرجاني (ص: ١٧١)؛ شرح مختصر الروضة، للطوفي (٣/ ٩٥).

(٢) مجموع الفتاوى، لابن تيمية (١٩/٢٠٣).

(٣) عبد الرحمن بن الحسن ابن محمد بن أبي البركات الحنبلي الشيخ زين الدين، له مصنفات منها: وقطعة من البخاري، وذيل الطبقات للحنابلة، ومات في سنة ٧٩٥هـ. ينظر ترجمته: =

جمة، تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد، وتقيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد»[1].

ويحكم المعاملات بصفة خاصة مجموعة من القواعد الفقهية المستنبطة من مصادر الشريعة الإسلامية منها ما هو عام، ومنها ما له صلة وثيقة بالمعاملات المالية، ولقد تمكن الفقهاء من استخراج القواعد والاستدلال لها، مما يسّر على الناس ضبط معاملاتهم؛ ببيان القواعد الفقهية والضوابط الشرعية للمعاملات المالية.

والقواعد الفقهية يصعب حصرها، لكن اخترت في هذا المبحث منها ما له صلة بالعقود، من جهة الأصل فيها، ولزومها، والألفاظ التي تعقد بها، والشروط فيها، والغرر المؤثر فيها، والضرر اللاحق بأحد المتعاقدين، من جهة دفعه ورفعه، وأثر الكذب والجهالة والتدليس عليها، وأثر العرف على العقود.

القاعدة الأولى: المشقة تجلب التيسير[2].

أدلة هذه القاعدة كثيرة من القرآن الكريم، والسنة النبوية، ومشروعية الرخص، والأدلة المشتملة على نفي الحرج، والإجماع، فمجموع هذه الأدلة يبين أن أصل الشريعة مبني على اليسر لا العسر، وعلى السماحة لا المشقة، فلو كان التكليف بالمشقة واقعًا لحصل في الشريعة الإسلامية

= الدرر الكامنة، لابن حجر (٢/١٠٩)، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، لبرهان الدين ابن مفلح إبراهيم بن محمد بن عبدالله ابن مفلح (٢/٨١-٨٢).

(١) القواعد، لابن رجب (ص: ٣).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٦٤)، الأشباه والنظائر، لابن السبكي (١/٤٩)، المنثور في القواعد، للزركشي (٣/١٦٩)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٧٦).

تناقض واضح واختلاف بين، وذلك منفي عنها. وبناءً على هذه الأدلة وغيرها، استنبط الفقهاء القاعدة الكبرى "المشقة تجلب التيسير"، قال العلماء: يتخرج على هذه القاعدة رخص الشرع وتخفيفاته[1]، ومما شرع من التخفيفات في باب المعاملات، الخيارات، والإقالة، والإبراء، وجواز العقود الجائزة، وغير ذلك، ومناط التخفيف هو الضرر، في سبيل رفعه عمن وقع في جانبه، فالمناط يتحقق بصورة جليّة في تغير الظروف التي أبرم فيها العقد، مما يُلزِم المتعاقد ضرراً، لم يكن ليلتزمه لولا تغير الظروف؛ فثبت أن سبب الضرر، هو تغير الظروف وتبدلها[2].

فمشروعية كثير من العقود مقصودها التيسير، والرفق، منها: القرض، والإجارة، والعارية، وهذه العقود شرعت لإباحة الانتفاع بملك الغير؛ وذلك لحاجة عامة الناس، وشرعت الوكالة، والشركة، والمساقاة، والمزارعة؛ لاستفادة الإنسان من غيره، واستفادت غيره منه.

وعليه فمتى وجد الإعنات في تنفيذ أمر من الأمور أو معاملة من المعاملات جاء التيسير، بما يحقق رفع المشقة عن الناس، كبيع الموصوف في الذمة، والعفو عن الغرر اليسير، وعن الجهالة التي لا تفضي إلى نزاع، عقود نُظِر فيها إلى رفع المشقة، ومراعاة التيسير. فأي عقد طرأ عليه بعد عقده ما يجعل تنفيذه إما مرهقا أو شاقًا، فإن الشريعة كفلت للمتضرر مراعاة تضرره، ويدفع عنه الضرر بقدره، دفعا للاختلال وتحصيلاً للرفق والتيسير عليه. وليست كل مشقة تجلب التيسير، إنما التي اعتبرها الشرع سببا للتيسير هي ما كان بالنص، وحتى إذا لم تتحقق المشقة في الواقع. قال ابن القيم: "فلو جاز لكل مشغول وكل مشقوق

---

(١) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٦٤-٦٥).

(٢) ينظر: العذر وأثره في العقود المالية، للغنايم (ص: ٤٠).

عليه الترخيص، لضياع الواجب واضمحل بالكلية، وإن جواز البعض دون البعض لم ينضبط فإنه لا وصف ينضبط»[1].

القاعدة الثانية: الأصل في العقود رضا المتعاقدين وموجبها هو ما أوجباه[2].

الأصل في المعاملات أن تتم على أساس التراضي التام بين الأطراف، ودليل ذلك قول الله تبارك وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. قال الطحاوي: «فرقَ الله تعالى الأشياء إلى رضا أصحابها بإخراجها عن ملكهم إلى من يخرجونها إليه، أو احتباسها إلى أنفسهم، وأخبر أن ما جرى على خلاف ذلك، كان أكلاً للمال بالباطل»[3].

فتبطل العقود القائمة على الإكراه بغير حق، أو لا يتوافر في أحد الأطراف أهلية التعاقد، ولا يجب التراضي على أمور منهي عنها شرعاً، مثل التراضي على التعامل بالربا أو التراضي على الميسر، أو التراضي على التزوير، أو التراضي على منع حقوق الغير، ولو تراضيا على العقد المحرم فإن هذا التراضي لا يفيد حل العقد، قال ابن عبد البر: «أن الأصل في البيوع أنها حلال إذا كانت تجارة عن تراضٍ إلا ما حرم الله ﷻ على لسان رسوله ﷺ نصاً أو كان في معنى النص فإن ذلك حرام

---

(١) إعلام الموقعين (٢/ ٨٦).

(٢) ينظر: الذخيرة، للقرافي (٦/ ٢٢٨)، مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٢٨)، غياث الأمم، للجويني (ص: ٤٩٤)، تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني (ص: ١٤٣)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٦) و (١٥٥و١٨٨و١٩٠)، وقاعدة في العقود، لابن تيمية (ص: ٢٢٩)، القواعد والأصول الجامعة، لابن سعدي (ص: ٤٦).

(٣) شرح مشكل الآثار (١٤/ ٨٥).

وإن تراضى به المتبايعان"[1]. وتراضيهما لا يحل؛ لأن الحق للشارع فلا يحل أن يتراضيا على ما نهى الشارع عنه، ورضاهما غير معتبر[2]، قال الإمام الشافعي: "فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائز الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى رسول الله ﷺ منها"[3].

فالبيوع أو المعاملات لابد أن تقوم على التراضي، فإذا اشتملت المعاملة المالية على فقد للتراضي، فيفقد التوازن، وإذا عدم التوازن لم يكن بيعاً شرعيًا، ولو تراضيا به.

القاعدة الثالثة: الأصل في الأموال التحريم[4].

تقضي هذه القاعدة بأن الأصل حرمة الاعتداء على أموال الغير، فكل معاملة مالية ترتب عليها أكل أموال الناس بدون وجه حق تعتبر حراما شرعا و يجب أن ترد إلى صاحبها.

قال الله تبارك وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩]. وقال تعالى: ﴿فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا﴾ [النساء: ٤]. فالآية الأولى من جنس المعاوضات، والآية الثانية من جنس التبرعات، ولا يوجد في إحداهما اشتراط لفظ معين، ولا فعل معين يدل على التراضي، وعلى طيب النفس[5].

---

(١) الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، لابن عبد البر (٦/ ٤١٩).

(٢) إرشاد أولي البصائر والألباب، لابن سعدي (ص: ١٧١).

(٣) الأم، للشافعي (٣/ ٣).

(٤) القواعد الفقهية، لابن سعدي (ص: ٣٧).

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٥-١٥).

الآية الأولى تدل على أصل عظيم في حرمة الأموال إلا ماحل منها عن طيب نفس[١]. والآية الثانية تدل على اعتبار التراضي وأنه من شروط جعل المال حلالا طيبا.

وأجمعت الأمة على أن التصرف في المال بالباطل حرام[٢]. فالغبن، والغش، والتدليس، والسرقة، والرشوة، والتزوير، من السبل المشتملة أكل أموال الناس بالباطل.

وهناك مسائل نُهي عنها لتحقق هذه العلة، وهي أكل أموال الناس بالباطل، فنهي عن حلوان الكاهن، والقمار وغير ذلك، فهذه المسائل نهي عنها تحقيقاً للتوازن في العقود.

القاعدة الرابعة: الغرر الكثير يفسد العقود[٣].

الأصل أن بيع الغرر باطل، والمراد بالغرر الذي يبطل العقود ما كان ظاهراً يمكن الاحتراز عنه، وأما ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر وذكر أو أنثى وكامل الأعضاء أو ناقصها وكشراء الشاة في ضرعها لبن ونحو ذلك فهذا يصح بيعه بالإجماع[٤].

قال الشاطبي: "أصل البيع ضروري، ومنع الغرر والجهالة مكمل، فلو اشترط نفي الغرر جملة لانحسم البيع"[٥].

---

(١) التحرير والتنوير، لابن عاشور (٥/ ٢٤).

(٢) المجموع شرح المهذب، للنووي (٩/ ١٤٥).

(٣) ينظر: التمهيد، لابن عبد البر (١٤/ ٢١٣)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ١٧٤)، القواعد الكبرى، للعز بن عبد السلام (٢/ ١٠٩٦)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٥٨)، زاد المعاد، لابن القيم (٥/ ٨٢٠).

(٤) المجموع شرح المهذب، للنووي (٩/ ٢٥٨).

(٥) الموافقات، للشاطبي (٢/ ١٤)، الاعتصام له (٢/ ١٤٤).

ويعتبر الغرر فاحشاً إذا كان الضرر كبيراً، ويعتبر الغرر يسيرا إذا كان الضرر يسيرا، وعليه فالعقود التي بها غررٌ كثيرٌ تفسد، ولا تفسد إذا كان بها غرراً يسيرا، ويُرجع إلى أهل العلم والاختصاص في تقدير الفاحش واليسير. ومن نماذج الغرر الفاحش المنهي عنه في البيوع، بيع السمك في الماء، وبيع الطير في الهواء، وبيع المجهول ثمنا أو وصفا أو أجلا، وبيع غير المقدور على تسليمه، وكذلك والغرر في مقصود العقود يفسدها.

والغرر إنما نهي عنه لما فيه من أكل أموال الناس بالباطل، وقطعاً للخصومة والنزاع بين الناس[1]. وقد وردت نصوص في النهي عن بعض البيوع لما فيها من الغرر أو تؤول إلى الغرر، والجهالة والغرر[2] سبب لفقد الرضا، وبفقد الرضا يفقد العقد توازنه ويختل، اختلالاً كليًا، وهذا يؤدي إلى النزاع والخصومة، ويؤدي إلى الظلم وضياع الحقوق وأكل أموال الناس بالباطل فيكون العقد باطلاً، ومن مقاصد الشريعة الإسلامية

---

(١) ينظر: معالم السنن، للخطابي (٥/٧٧)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/٩٩-١٠٠).

(٢) يرى بعض الفقهاء أن الغرر أعم من الجهالة، وأن الجهالة نوع من الغرر، ينظر: المعونة، للقاضي عبدالوهاب (١/٦٨٠)، حاشية قليوبي على شرح المحلي على منهاج الطالبين(٢/٢٠٢)، وبعضهم يفرّق بينهما كالقرافي على الفرق بينهما فقال: "اعلم أن العلماء قد يتوسعون في عبارتين فيستعملون إحداهما موضع الأخرى وأصل الغرر هو الذي لا يدرى هل يحصل أم لا كالطير في الهواء والسمك في الماء، وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول، كبيعه ما في كمه فهو يحصل قطعا لكن لا يدرى أي شيء هو؛ فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه فيوجد كل واحد منهما مع الآخر ويتوك أما وجوده الغرر بدون الجهالة كشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق لا جهالة فيه وهو غرر؛ لأنه لا يدري هل يحصل أم لا، والجهالة بدون الغرر كشراء حجر يراه لا يدري أزجاج هو أم ياقوت مشاهدته تنفي الغرر بحصوله فلا غرر، وعدم معرفته تنفي الجهالة به، وأما اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الآبق المجهول الصفة قبل الإباق". الفروق (٣/٢٦٥).

سد أي ذريعة تؤدي إلى إلقاء العداوة بين الإخوة، وبين المسلمين؛ فلذلك نهيَ عن بيع الغرر.

القاعدة الخامسة: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني:[1]

وتعتبر هذه القاعدة فرع من فروع القاعدة الكبرى "الأمور بمقاصدها"، قال ابن القيم: "أن القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ المجردة التي لم تقصد بها معانيها وحقائقها أو قصد غيرها"[2]. وقال ابن العربي: "النية أصل الشريعة، وعماد الأعمال، وعيار التكليف"[3].

تعني هذه القاعدة أن الاعتبار في العقود يدور حول المعنى المقصود، وليست الألفاظ والمصطلحات، والأولى أن يتفق المقصد مع اللفظ، وإن اختلف القصد مع اللفظ فمراعاة القصد أولى.

فلكل عقد شرعي غاية يقصدها المتعاقدين، فإذا قصدا المعاني التي رتبها الشارع على كل عقد، واستوفى العقد الشروط كان العقد صحيحاً، وإن كان ظاهر العقد أنه أراد منه غاية جائزة شرعاً، وفي قصده مراد آخر محرم لم يجز، ومن أمثلة ذلك: التورق المنظم، فلا البيع مقصودٌ للبنك، ولا الشراء مقصودٌ للعميل، وإنما قصد العميل الحصول على

---

(١) وردت بعدة ألفاظ متقاربة في كتب الأئمة الفقهاء، بهذا النص عند الحنفية، أما الجمهور فصاغوها بصيغة الاستفهام، وقد أشارة إلى اختلافهم في مضمونها. ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٣)، تبيين الحقائق، للزيلعي (٥/ ١٥١)، المنتقى شرح الموطأ، للباجي (٤/ ٢٨٢)، الذخيرة، القرافي (٦/ ٢٣٦)، الموافقات، للشاطبي (٢/ ٣٣٢)، المعيار، للونشريسي (٤/ ٩٥)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٠/ ١٥٢)، القواعد، للمقري (٢/ ٥٧٢)، المنثور، للزركشي (٢/ ٣٧١)، القواعد، لابن رجب (ص: ١٣).

(٢) إعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٨٦) و(٣/ ٩٧)، إغاثة اللهفان، لابن القيم (١/ ٣٤٢).

(٣) أحكام القرآن (٤/ ٧١).

النقد، وأراد البنك التربّح من وراء حاجة العميل، ولذلك لا يجري فيها قبض، وهذه الصورة هي بيع العينة[1] المحرم، ومقصودهما من التعاقد أوجد اختلالاً في توازن العقد أبطله.

القاعدة السادسة: المعروف عرفا كالمشروط شرطا[2]:

تعني هذه القاعدة إذا تعارف الناس على أمر من الأمور، وغير مخالف لنصوص التشريع أو نص صريح وارد بالعقد يعتبر هذا العرف نافذا وكأنه شرط واجب الالتزام به.

قال القرافي: "لأن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات والعيوب في الأعراض في البياعات ونحو ذلك ... وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه"[3].

وقال ابن تيمية: "العرف في الشروط وجعل الشرط العرفي كالشرط اللفظي والاكتفاء في العقود المطلقة بما يعرفه الناس وأن ما عده الناس

---

(١) العينة في اللغة: العين والياء والنون أصل واحد صحيح يدل على حضور به يبصر وينظر، ثم يشتق منه، سميت بذلك؛ لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها حينا أي نقدا حاضرا، وفي الاصطلاح: هو أن يبيع من رجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل مسمى، ثم يشتريها منه بأقل من الثمن الذي باعها به. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٤/١٩٩)[حاشيتين]، النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (٣/٢٣٣)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٨٦).

(٢) ينظر: الإشراف، للقاضي عبد الوهاب (٢/٦٦٣)، الذخيرة، للقرافي (١٢/ ١٦٤)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٣٠/٩٨)، زاد المعاد، لابن القيم (٥/١٠٩)، وتعرف عند المتأخرين "العادة محكمة". ينظر: الأشباه والنظائر، لابن السبكي (١/ ٥٠)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٨٤)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٩٦)، مجلة الأحكام العدلية م [٣٤]، شرح المجلة، للأتاسي، لعلي حيدر (١/ ١٠٠).

(٣) الفروق، للقرافي (١/١٧٦).

بيعا فهو بيع"[1]. وكذلك ما يتعلق بالعيوب، فما يكون عيبا في العرف يرد به المبيع.

قال ابن القيم: "المطلق من العقود ينصرف إلى العرف والعادة عند المتعاقدين، كما في النقد، والسكة، والصفة، والوزن"[2]. ومن ذلك مثلا إذا لم يُحدَّد أجر العامل يُقدَّر على أساس ما تعارف الناس في حالته، وكذلك تكون نفقات نقل الشيء المبيع على المشتري، كما يعامل الشيك في الصرف بديلا عن الصرف النقدي إذا كان تاريخ استحقاقه هو يوم الصرف.

فالالتزامات التبعية الناشئة بعد المعاوضة: كأجرة السمسار، وكتابة الصك، وأجرة إخراج البضاعة من مستودعها، وأجرة كيلها، أو وزنها لأجل تسليمها، وكلفة وزن الثمن، أو نقله إذا كان مما يحتاج إلى كلفة، وأجرة قطع الثمار المبيعة على شجرها.... كل ذلك إذا سكت المتعاقدان عن بيان ما يلتزم كل منهما، فقد اعتبر الفقهاء العرف أصلا في كل منهما[3].

وعلى هذا فتقاليد وممارسات الاعتمادات المستندية الموحدة (UCP) المعتمدة في غرفة التجارة الدولية هي القواعد التي تطبقها البنوك في تمويل ما قيمته بلايين الدولارات، فهذه القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية محل اعتبار، بشرط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك نصوص نشرة غرفة التجارة الدولية، ومنها ما يتعلق

---

(١) مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٠/ ٢٣٠) و(٢٩/ ١٧٣-١٧٤).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٨٢)، وينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني (١/ ٢٦٢)، المبدع، لإبراهيم بن مفلح (٤/ ١٤٤).

(٣) ينظر: المدخل العام، الزرقا (٢/ ٨٦٥).

بتسليم البضائع وتحديد أماكنها[1]، فتكون هذه الأعراف أحكاماً متبعة عرفاً، وواجبة التنفيذ لمن يلتزم بها. والتزام العرف الذي لا يخالف قواعد الشرع، ولا مقاصد العقود واجب، والتزامه توازن والإخلال به إخلال بالتوازن، وأما الشرط فهو أقوى من العرف؛ لأنه يعبر عنه باللفظ، والكتابة، وأما العرف من قبيل الدلالة، ولذلك جاز اشتراط خلافه بالشرط الصحيح[2].

القاعدة السابعة: الأصل في المعاملات الإباحة (الحل)[3]:

يقصد بهذه القاعدة أن الأصل في الأشياء أنه مباح الانتفاع منها بطريقة مشروعة ما لم يرد نص بالتحريم من الكتاب أو السنة أو الإجماع. قال ابن عبد البر[4]: "الأصل في البيوع أنها حلال إذا كانت تجارة عن تراض"[5]. هذا الأصل متقرر عند أهل العلم، وغالبا ما يمثلون له بإباحة بعض الأعيان.

قال ابن تيمية -عن هذه القاعدة-: "كلمة جامعة، ومقالة عامة، وقضية فاضلة عظيمة المنفعة، واسعة البركة، يفزع إليها حملة الشريعة

---

(١) الاستثمار والرقابة الشرعية، لعبد الحميد البعلي (ص: ٧٤).

(٢) موسوعة الأحكام والضوابط الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، للندوي (١/١٩٢).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٥٦)، الاستذكار، لابن عبد البر (٢٠/ ٢٩٥)، الذخيرة، للقرافي (١/١٦٤)، المجموع للنووي (١/ ٢١٠)، المنثور في القواعد، للزركشي (١/١٧٦)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٦٠)، المغني، لابن قدامة (٤/١٩٣)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ١٣٢)، المحلى، لابن حزم (٧/ ٧٣).

(٤) أبو عمر يوسف بن عمر بن عبد البر النمري، من أهل قرطبة، له مصنفات جليلة منها: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، وكتاب الاستيعاب في معرفة الأصحاب، توفي سنة ٤٦٣هـ. ينظر في ترجمته: بغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس، لأبي جعفر الضبي (ص: ٤٨٩)، الديباج المذهب، لابن فرحون (٢/ ٣٦٧-٣٧٠).

(٥) الاستذكار، لابن عبد البر (٢٠/ ٩١).

فيما لا يحصى من الأعمال وحوادث الناس»[1]. وقد عبّر عنها - بلفظ أخص فقال: «الأصل في العقود الإباحة، فلا يحرم منها إلا ما حرمه الله ورسوله»[2].

وعليه فقد استحدثت كثير من العقود، وتباينت صورها، فالأصل فيها الإباحة، سالم تقترن بما يحرفها عن جادة التوازن فيخل توازنها.

القاعدة الثامنة: الأصل في العقود اللزوم[3]:

قال القرافي: «اعلم أن الأصل في العقد اللزوم لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه، ودفع الحاجات فيناسب ذلك اللزوم دفعا للحاجة، وتحصيلا للمقصود»[4].

فيجب على أطراف العقد الالتزام بما ورد به من شروط تراضيا عليها ما دام هذا العقد قد استوفى أركانه الشرعية، خلا أي شرط مخالف لشرع الله، حيث يعتبر باطلا.

فعلى سبيل المثال لا يتم الالتزام في عقد البيع إذا وجد شرط به ربا أو جهالة أو تدليساً أو غررا فاحشاً؛ لأنه يخالف مقصود الشارع، كما لا يتم الالتزام في عقد المضاربة بشرط ضمان رأس المال أو ضمان حد أدنى من الربح؛ لأن هذا يخالف مقصود العقد، فهذه اختلالات تؤثر على توازن العقد.

---

(١) مجموع الفتاوى (٢١/٥٣٥).

(٢) المرجع نفسه (٢٩/٢٢٦).

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٧/١٩٩)، فتح القدير، لابن الهمام (٨/ ١٤١)، مواهب الجليل، للحطاب (٤/٤٠٩)، المعيار المعرب، للونشريسي (٦/٥٤٨)، الفروق، للقرافي (٣/٢٦٩)، تكملة المجموع شرح المهذب، للسبكي (١٢/١٢٩)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٣٤٦)، إعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٣٣٧).

(٤) الفروق، للقرافي (٤/١٣).

القاعدة التاسعة: المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا[1]:

تعني هذه القاعدة وجوب الالتزام بالشروط الواردة بالعقود والعهود ما لم تتعارض مع نصوص الكتاب والسنة، و مالم يرد بها شرطا يحل حراما أو يحرم حلالا، أو يخالف الشرط مقصود العقد. فالأصل في الشروط الصحة واللزوم إلا ما دل الدليل على خلافه[2]. وبناة على هذه القاعدة يجب عرض هذه الشروط أولا على كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، ولم تخالف مقصود العقد، فإن صحت وجب الالتزام بها، وإن كان بها شرطٌ يخالف شرع الله يعتبر هذا الشرط باطلا و لا يعتبر ملزما لطرفي العقد.

فإذا كانت الشروط لا تخالف كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، وقد التزمها المتعاقدان، فيجب عليهما الوفاء بما التزما به، وما تعاهدا عليه، والتزامها من الأدلة على التوازن في العقد، فإن أخلَّ بها أحدهما اختل التوازن كلياً أو جزئياً.

القاعدة العاشرة: لا ضرر ولا ضرار[3]:

تعني هذه القاعدة رفع الضرر قبل وقوعه، وإن وقع ضرر فعلا يجب أن يزال، وفي مجال المعاملات يجب تجنب أي معاملة تشتمل على

---

(١) ويعبر عنها: الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة. ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ١٣٢) و(٢٩/ ٣٤٦)؛ إعلام الموقعين، لابن القيم(١/ ٣٤٤)؛ نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، للشاذلي (ص: ٤٨٧).

(٢) مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٣٤٥-٣٤٧).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٧٤)؛ الحاوي الكبير، للماوردي (٦/ ٤٠١)؛ الأشباه والنظائر، لابن السبكي (١/ ٤١)؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٨٤)؛ جامع العلوم والحكم، لابن رجب (٢/ ٩٢٨).

ضرر بالإنسان أو بغيره، وإذا كان هناك اضطرارا لوقوع ضررين، فيختار أخف الضررين، و يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، وأصل هذه القاعدة حديث رسول الله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"[1].

فعند تحقق الضرر في المعاملة المالية، فإنه لايزال بضرر مثله أو أكثر منه، وإلا كان في ذلك مجافاة للعدل الذي جاءت به الشريعة الشاملة لكل مصلحة، فإذا اختلت العقود، فلا بد من مراعاة التفاوت بين الاختلالات، وأثره على المعاملة المالية. فإذا ظهر في المبيع عيب قديم، وحدث عند المشتري عيب جديد، امتنع رد المبيع بالعيب القديم؛ لأن البائع يتضرر بالعيب الحادث، بل يزال ضرر المشتري بإلزام البائع بالتعويض عن العيب القديم، مالم يرض برد المبيع مع عيبه الحادث[2]. وعند اجتماع الضررين، ينظر في أعظمهما لكي يزال ويرفع، وذلك بارتكاب أخفهما. وأما ما يطرأ على العقود من ظروف طارئة، مما يرجع على أحد المتعاقدين بالضرر الكبير والخسائر الفادحة، كأن يوقع الطرفان عقد مقاولة على إنشاء مبنى معين ويتفقان على الثمن المقابل، ثم يفاجأ الطرف المسؤول عن التنفيذ بارتفاع شديد في الأسعار بسبب من الأسباب الطارئة، مما يترتب عليه خسارة كبيرة، ومثل ذلك قد يحدث في عقود الاستيراد والتصدير، فيرفع الضرر عن المتضرر.

وقد ناقش المجمع الفقهي الظروف المؤثرة على العقود متراخية التنفيذ: "في العقود المتراخية التنفيذ -كعقود التوريد والتمهدات- إذا

---

(١) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ٥) في حاشية رقم (٣).

(٢) وجاءت الإشارة إلى هذه القاعدة في عدد من المراجع منها: روضة الطالبين، للنووي (١٦٧/٤)، المنثور في القواعد، للزركشي (٣/ ٤٠١)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (١٨٩/٢٩)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٧١).

تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلا غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغيرا كبيرا بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، يلحق بالملتزم خسائر جسيمة، دون إهمال أو تقصير منه، فإنه يجوز تعديل الحقوق والالتزامات بصورة توزيع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز فسخ العقد إذا كان فسخه أصلح وأسهل، مع تعويض عادل للملتزم له يجبر له جانبا معقولا من الخسارة التي تلحقه في العقد، وتعتمد هذه الموازنات على رأي أهل الخبرة والاختصاص[1].

(١) القرار السابع للمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في الدورة السادسة ١٤٠٢هـ.

المبحث الثاني

حكم التوازن في العقود

حكم التوازن في العقود يتفاوت بعدة اعتبارات، تارة باعتبار محله فحكمه حال إنشاء العقد، يختلف عن حكمه بعد العقد، وكذلك أثناء تنفيذه، وتارة باعتبار الحق فيه، فحكمه عندما يكون الحق لله، يختلف عن حكمه إذا كان الحق يتعلق بالمخلوق، وتارة باعتبار نوع العقد، فحكم التوازن في العقود اللازمة، يختلف عن حكمه في العقود الجائزة، وبناءً على التفاوت في الحكم بهذه الاعتبارات، والمرجع في هذا التقسيم بهذه الاعتبارات هو الاستقراء، وسأورد كل اعتبار على حدة، وأذكر حكم التوازن فيه:

الاعتبار الأول: حكم التوازن باعتبار الحق فيه:

فالتوازن إما أن يكون الحق فيه لله ﷻ، وإما أن يكون الحق فيه للمخلوق:

فإذا كان الحق فيه لله، كأن يخالف حكماً شرعيًّا، كالتعاقد على الربا، والخمر، وعدم الوفاء، فالتوازن واجب، ومخالفته محرمة، ولو تراضيا أو تواطأ على عقده.

وأما إن كان الحق فيه للمخلوق، فلا يخلو: إما أن يكون عالما بوجه الاختلال، كالغبن، والعيب، مما منع لحفظ حقه، ودفع الضرر عنه، ورضي به فالتوازن غير واجب، وأما إذا لم يعلم به، أو علِم به العقد وطالب به، فالتوازن واجب، وعدم علمه لا يسقط حقه، فإذا علم به لاحقا، كان العقد موقوفاً على إجازته.

الاعتبار الثاني: حكم التوازن باعتبار محله:

التوازن بالنسبة للعقد يظهر في ثلاثة مواطن، وفي كل موطن من هذه المواطن حكم يختص به، فالتوازن له حكم عند إنشاء العقد، وله حكم بعد العقد، وله حكم في أثناء تنفيذ العقد:

فالموطن الأول: عند إنشاء العقد قد يكون واجباً، وقد لا يجب:

فيجب التوازن إذا كان العقد مخالفاً لحكم شرعي، أو مخالف لمقصود العقد.

ولا يجب التوازن إذا اشتمل العقد على غبن أو عيب وعلم به المتعاقد ورضي به، فسبب الاختلال في العقد غبن أو عيب ورضي به فالحق لا يعدوه.

والموطن الثاني: بعد العقد، فقد يجب وقد لا يجب:

فيجب إذا كان في العقد ظلم وضرر يلحقه ولم يعلم به، كأن يكون دلّس المشتري في السلعة عند العقد، أو غبنه، ولم يعلم بذلك إلا بعد أن تم العقد، فيجب التوازن، وله الخيار بين الفسخ، والأرش.

ولا يجب إذا علم بالسلعة وعيوبها، فالحق له ولا يعدوه.

والموطن الثالث: أثناء تنفيذ العقد، فقد يجب، وقد لا يجب:

فيجب التوازن أثناء العقد، والقيام بما أُتفق عليه على حسب ما اتفقا عليه عند إنشاء العقد.

وقد لا يجب إذا عرض للعقد أثناء تنفيذه ما يجعل التنفيذ، إما مستحيلاً نتيجة ظروف قاهرة، كزلازل وفيضانات وكوارث عامة، وإما يعرض للعقد ما يجعل تنفيذه يحتوي على مشقة وعنت.

الاعتبار الثالث: حكم التوازن باعتبار نوع العقد:

العقود من حيث اللزوم تنقسم إلى قسمين: عقود لازمة، وعقود غير لازمة (جائزة).

فالعقود اللازمة التوازن فيها قد يكون واجباً، وقد يكون دون ذلك:

فيكون واجبا إذا اشتمل العقد على ما مُنِع حفظاً لحق الله.

ويكون غير واجب إذا كان الاختلال في العقد سببه لا يخالف حكماً شرعيًا، ولم يخالف مقصود العقد.

وأما العقود غير اللازمة فقد يكون التوازن واجباً، وقد يكون غير واجب:

فيكون واجباً إذا اشتمل على جور وظلم وضرر، كالجور في العطية.

وقد لا يكون واجباً إذا لم يشتمل على ضرر أو ظلم، فلا يجب التعادل في هذه العقود؛ لأنها مبنية على التسامح والرفق.

الاعتبار الثالث: حكم التوازن باعتبار اختلاف الحكم الشرعي:

التوازن قد يختلف حكمه باختلاف حكمه الشرعي:

فحكم التوازن التكليفي: قد يكون واجبا، وقد يكون مستحبا:

فيكون واجبا إذا كان العقد مخالفاً لحكمٍ شرعي، أو مخالف لمقصود العقد.

ولا يكون مستحبا إذا اشتمل العقد على غبنٍ أو عيبٍ وعلم به المتعاقد ورضي به، فسبب الاختلال في العقد غبن أو عيب ورضي به فالحق لا يعدوه.

وأما حكم التوازن باعتبار الحكم الوضعي: فالتوازن في عقود المعاوضات شرط إذا خالف العقد حكما شرعيا، وخالف مقصود العقد، ولا يكون شرطا إذا كان فيه غبن أو عيب وعلم به المتعاقد ورضي.

المبحث الثالث

المقاصد[1] الشرعية التي من أجلها حفظ التوازن في العقود

الشريعة جاءت لما فيه صلاح الخلق في العاجل والآجل، وقد راعت الشريعة المقاصد الشرعية، التي تتعلق بالمعاني والحِكَم والعلل التي راعاها الشارع في أحوال التشريع، وهذا مقتضى حكمته ورحمته، قال ابن تيمية: "وما اشتملت عليه شريعة الإسلام من المحاسن التي تفوق التعداد، وما تضمنته من مصالح العباد في المعاش والمعاد، وما فيها من الحكمة البالغة، والرحمة السابغة، والعدل التام"[2]. وهذه المقاصد ليست على درجة واحدة من حيث عموم التشريع وخصوصه، فمنها مقاصد عامة، تتعلق بغايات الشريعة العامة، ومنها مقاصد خاصة، وهي تتعلق ببعض الأبواب والتصرفات دون بعض، والمقاصد الشرعية الخاصة في أبواب المعاملات، يراد بها الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة[3]، ومنها مقاصد جزئية متعلقة بالأحكام الشرعية التفصيلية، أي

---

(١) لم يَرِد الفقهاء المتقدمون لها تعريفا، وإن كانوا يعبِّرون عنها بألفاظ منها: الأمور بمقاصدها، مراد الشارع، أسرار الشريعة، الاستصلاح، رفع الحرج والضيق، العلل المعللة للأحكام الفقهية، وعرّفها المعاصرون بتعريفات من أبرزها: أن مقاصد الشريعة: هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها. مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور (ص: ٥٥).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٠/ ٥٨٣)، إعلام الموقعين، لابن القيم (٢/ ٣٠٠).

(٣) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور (ص: ١٤٦). وقد تعرض الجويني للكلام عن مقصود المعاملات في كتابه الغياثي (ص: ٤٩٤).

أنها مرتبطة بأحكام فقهية تفصيلية، والكلام في هذا المبحث سيدور حول المقاصد الشريعة التي وجب تحقيق التوازن، حفاظاً عليها، ومراعاة لها، سواء كانت عامة أو خاصة أو جزئية.

المقصد الأول: تحقيق المصالح ودرء المفاسد للمتعاقدين، أو أحدهما، أو غيرهما:

وردت الأحكام الشرعية بجلب المصالح للناس، ودفع المفاسد عنهم، وأن كل حكم شرعي إنما لجلب، أو لدفع مفسدة، أو لتحقيق الأمرين معًا. وما من مصلحة في الدنيا والآخرة إلا وقد رعاها الشارع، وأوجد لها الأحكام التي تكفل إيجادها والحفاظ عليها، فمصلحة الدين أساس للمصالح الأخرى ومقدمة عليها وعليه فيجب التضحية بما سواها مما يعارضها من المصالح الأخرى، أي إلغاء كل مصلحة تعارض الدين إذ هو أساس المصالح فالدين أصل والمصلحة فرع عنه فلا يكون الدين تابعاً لمصالح الناس وأهوائهم وهو لا يضيع مصلحة معقولة أبداً إلا إذا عارضها ما هو أعظم مفسدة منها وعليه. وأشار ابن تيمية إلى ذلك بقوله "وأما فعل مأمور في الشرع، ليس فيه مصلحة ولا منفعة ولا حكمة، إلا مجرد الطاعة والمؤمنون يفعلونه، فهذا لا أعرفه"[1].

قال ابن القيم: "وإذا تأملت شرائع دينه التي وضعها بين عباده وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان، وإن تزاحمت قدم أهمها وأجلها وإن فات أدناها، وتعطيل المفاسد الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان، وإن تزاحمت عطل أعظمها فساداً باحتمال أدناها"[2]. ومصالح الناس في الدنيا هي كل ما

---

(١) مجموع الفتاوى (١٤/ ١٤٤-١٤٦).

(٢) مفتاح دار السعادة (٢/ ٢٢-٢٣).

فيه نفعهم وفائدتهم وصلاحهم وسعادتهم وراحتهم، وكل ما يساعدهم على تجنب الأذى والضرر، ودفع الفساد، إن عاجلاً أو آجلاً.

قال الآمدي[1]: "المقصود من شرع الحكم: إما جلب مصلحة أو دفع مضرة أو مجموع الأمرين"[2].

قال الشاطبي: "والأحكام الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها وهي المصالح التي شرعت من أجلها"[3]. وقال العز بن عبد السلام[4]: "ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك"[5]. وقال الشاطبي: "أن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا"[6]. وقال أيضا: "ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية"[7]. ويقول

---

(١) أبو الحسن علي بن أبي علي التغلبي، السيف الآمدي، نسبة إلى آمد، وهي مدينة كبيرة في ديار بكر، كان في أول اشتغاله حنبلي المذهب ثم انتقل إلى مذهب الإمام الشافعي، له مصنفات كثيرة منها: الإحكام في أصول الأحكام، ومنتهى السول في علم الأصول، توفي سنة ٦٣١هـ. ينظر في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى، لابن السبكي (٨/٣٠٦)، وفيات الأعيان، لابن خلكان (٣/ ٢٩٣-٢٩٤).

(٢) الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (٣/ ٢٧١).

(٣) الموافقات، للشاطبي (٢/ ١٢٠).

(٤) هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم الدمشقي، لقب بسلطان العلماء، من مصنفاته: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المعروف بالقواعد الكبرى، واختصاره المقاصد في كتابه القواعد الصغرى، توفي سنة ٦٦٠هـ، ينظر في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى، لابن السبكي (٨/٢٠٩)، طبقات الشافعيين، لابن كثير (ص: ٨٧٣).

(٥) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام (٢/ ١٨٩).

(٦) الموافقات، للشاطبي (٢/٩).

(٧) المصدر نفسه (٢/ ٦٢).

ابن سعدي[1] في منظومته في القواعد الفقهية:

الدين مبني على المصالح ... في جلبها والدرء للقبائح
فإن تزاحم عند المصالح ... يقدم الأعلى من المصالح
وضده تزاحم المفاسد ... يرتكب الأدنى من المفاسد

والأصل أن موجب الالتزام هو المصلحة لا الضرر، وهو مقصود المتعاقدين عند الإنشاء، فإذا طرأ على العقد ما يحرفه عن مقصوده وغايته وفقد العقد توازنه الذي هو قوامه، فلا بد من رفع الضرر ليعود للعقد توازنه، أو فسخ العقد منعا للضرر، والأضرار الناشئة عن اختلال التوازن لاسيما في العقود متراخية التنفيذ جسيمة[2]، وهذا له أثره على المشاريع الضخمة، واختلال التوازن يكبدها خسائر تؤثر بدورها على التوازن الاقتصادي، ودفع المفسدة ورفع الضرر وقطع أسبابه مقصد شرعي، لذا فإن دراسة التوازن ومواضع اختلاله وبيان كيفية تصحيحه ومعالجته يحقق هذا المقصد لكلا المتعاقدين. وإلحاق الضرر بغيره بغير حق فعلى نوعين: أحدهما: أن لا يكون له غرض سوى الضرر بذلك الغير، والثاني: أن يكون له غرض صحيح، فقد يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له، فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه، فيتضرر الممنوع بذلك[3].

---

(١) هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله بن ناصر آل سعدي من قبيلة تميم، ومن مصنفاته: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، القول السديد في مقاصد التوحيد، توفي سنة ١٣٧٦هـ. ينظر في ترجمته: علماء نجد خلال ثمانية قرون، لعبدالله البسام (٢/٢١٨).

(٢) أشار إلى ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي برقم (٨٩) في دورته التاسعة ١٤١٥هـ.

(٣) ينظر: جامع العلوم والحكم، لابن رجب (١/ ٢١٤-٢١٧).

المقصد الثاني: حفظ الأموال ومنع إضاعتها:

حفظ الأموال من الضروريات الخمس التي اتُّفق على حفظها ورعايتها، ولحفظ المال وسائل من جانب الوجود، وأخرى من جانب العدم، فأما التي من جانب الوجود كالمعاملات الشرعية التي تكفل الحصول عليه، وإحياء الموات، أما التي من جانب العدم، كالمنع من التعدي على حق الغير، وإيجاب الضمان، ومعاقبة السارق، ويتمثل هذا الحفظ في طرق كسبها، وتنميتها، ومداولتها، وإنفاقها، فيجب أن يكون طريق كسبها من الطرق التي أباح الله الكسب من التجارات وغيرها، وأما تنميتها فلا تنمّى من أموال الناس بالباطل، والتحايل، والطرق المحرمة، التي نهى عنها الشارع الحكيم، وأما التداول بيعا وشراءً وتبرّعاً، فيجب أن يكون موافقاً للشرع، وأما الإنفاق فبين الشارع أوجه الإنفاق الواجبة وما هو دونها، والمحرمة وما هو دونها، والمباحة. قال ابن عاشور: "والمقصد الشرعي في الأموال كلها خمسة أمور: رواجها، ورضوحها، وحفظها، وثباتها، والعدل فيها"[1]. فرواجها: تداولها بين الناس بوجه حق، وأما رضوحها: البعد عن تعرضها لشرر الخصومة، وأما حفظها: ما يُسنُّه ولاة الأمور لتنظيم الأسواق ومنع الاحتكار والتعامل مع الأمم الأخرى، وأما ثباتها: تقريرها لأصحابها بلا خطر ولا منازعة، وأما العدل فيها: بأن يكون حصولها بوجه حق لا ظلم فيه، وحفظ المصالح العامة ودفع الأضرار[2].

والمال في العقود يحفظ التوازن فيه بأن يكون معلوماً، ومقدّراً، وأن يكون مباحاً، ومملوكاً، ومتقوّماً، ومقدوراً على تسليمه، فلو اختلت

(1) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور (ص: 196).

(2) ينظر: المرجع نفسه (ص: 197) بتصرف.

أحد هذه الشروط لاختل التوازن في العقد، فجاءت الشريعة بالأحكام التي تحفظ التوازن في الأموال.

المقصد الثالث: تحقيق العدل بين المتعاقدين ونفي الظلم:

هذا المقصد من المقاصد الجليلة التي بنيت عليه الشريعة، وعليه فالمعاملات وأحكامها، وما يتعلق بها، إنما شرعت لحفظ العدل وتحقيقه، والتوازن في العقود وسيلة لتحقيق هذا المقصد، فاختلال التوازن في أي مرحلة من مراحله، عند إنشائه، أو في أثنائه، أو بعده يميل بالعقد عن التوازن والعدل إلى الاختلال والظلم، فتحريم الربا، والنهي عن الغرر، وبيع الإنسان ما ليس عنده، والجهالة في الثمن والمثمن، وربح ما لم يضمن، والإلزام بالتسعير، كلها أحكام شرعت لتحقيق التوازن الموصل للعدل، والأصل في العقود كلها إنما هو العدل الذي بعثت به الرسل وأنزلت به الكتب.

فالمعاملات من المبايعات والإجارات والوكالات والمشاركات والهبات والوقوف والوصايا ونحو ذلك من المعاملات المتعلقة بالعقود والقبوض؛ فإن العدل فيها هو قوام العالمين لا تصلح الدنيا والآخرة إلا به، فمن العدل فيها ما هو ظاهر يعرفه كل أحد بعقله كوجوب تسليم الثمن على المشتري وتسليم المبيع على البائع للمشتري وتحريم تطفيف المكيال والميزان ووجوب الصدق والبيان وتحريم الكذب والخيانة والغش وأن جزاء القرض الوفاء والحمد، فعامة ما نهى عنه الكتاب والسنة من المعاملات يعود إلى تحقيق العدل والنهي عن الظلم: دقه وجله؛ مثل أكل المال بالباطل[1]. فكثير من العقود التي نُهي عنها،

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٨/ ٣٨٥)، الاستقامة (١/ ٤٦٤-٤٦٥).

كبيوع الغرر: كالملامسة، والمنابذة، وبيع الحصاة، وبيوع المضامين، وغيرها، من مقاصد تحريمها، أنها تشتمل على أكل للمال بالباطل، ولما تشتمل من خطر شبّهها بالقمار، فلتحقيق التوازن في العقود منعت، ودفعاً للظلم والاختلال، وأكل المال بالباطل.

المقصد الرابع: استقرار العقود ومنع اضطرابها:

لقد أولى الفقهاء استقرار العقود عناية ظاهرة، ورتّبوا للعقود أركاناً وشروطاً تبين حدودها، ويعبّر الفقهاء عن استقرار العقود بلزوم البيع[1]، والمحافظة على هذا الاستقرار؛ ليكون لكلٍّ من المتعاقدين حق التصرف فيما عقده، ولينتج كل عقد أثره الذي عقد من أجله، ويأمن المتعاقدان من فسخ العقد، وكذلك من معانيه أن يعرف المتعاقدان ما على كلٍّ منهما من حقوق والتزامات؛ ليكون العقد متوازناً، وينتفي الاختلال، بل لو وقع الاختلال فيعرف المتعاقدان، ما يلزم كلٌّ منهما، وما يترتب على هذا الاختلال ودرجته، فلو ظهر في المبيع عيبٌ، ماذا يترتب على ذلك؟ وكيف يصنع بالمبيع المعيب؟ وغير ذلك، ولو اشترط أحد المتعاقدين شروطاً، وكانت هذه الشروط لا تخالف حكماً شرعيًّا، ولا تخالف مقصود العقد، والتزمها الطرف الثاني، فيجب عليه الوفاء بما التزمه، حفاظاً على التوازن، وعند استقرار العقود المبرمة تستقر المعاملات بين الناس، مما يؤدي إلى اطمئنان المتعاملين للعقود التي يجرونها، ومن المحافظة على التوازن المحافظة على المصالح العامة للمسلمين، والمنوطة بولي الأمر المحافظة على استقرار العملة النقدية؛ لأن

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٧/١٩٩)، فتح القدير، لابن الهمام (٨/ ١٤١)، مواهب الجليل، للحطاب (٤/٤٠٩)، المجموع، للنووي (١٣/١٣٩)، المغني، لابن قدامة (٣/٥٠١).

انخفاضها يحصل به غلاء للأقوات، والسلع، ويزداد معدل التضخم، ويؤثر هذا على العقود المبرمة، وعلى التعاملات المالية، قال ابن تيمية: "ولهذا ينبغي للسلطان أن يضرب لهم فلوسا تكون بقيمة العدل في معاملاتهم؛ من غير ظلم لهم"[1].

قال ابن القيم: "أن الأثمان يجب أن تكون مما يتمتع بثبات القيمة، لا يرتفع ولا ينخفض، قال: ومن أجل ذلك حرم ربا الفضل والنسأ في الذهب والفضة، إذ لو أبيح ذلك فيهما لكانا سلعا تقصد لأعيانها، فيؤدي ذلك إلى فساد أمر الناس"[2].

فالخيار شرع نظرا للمتعاقدين للاحتراز عن الغبن والظلامة[3]، وكذلك يثبت لنفي الضرر[4]، وهو موضوع لتمام البيع واستقراره لا للفسخ[5].

وهذا اللزوم يترتب عليه آثار، من تسليم للمبيع، والحق في التعويض عند اختلال توازن العقد، أو الإخلال بالتنفيذ، أو اختلال التنفيذ، أو عدم جواز إنهاء العقد إلا باتفاقهما، لكن لو عَرَضَ للعقد ظروفاً أخلّت به بحيث يصبح تنفيذه فيه ضرر على أحد المتعاقدين، أو لغبن أو عيب لم يعلم به إلا بعد إتمام العقد فيقوم القاضي بتعديل العقد وإرجاعه إلى التوازن، ولما كان شرع البياعات من ضروريات الخلق من حيث إن الإنسان لا يمكنه أن يقتصر على ما في يده بل لا بد أن ينتفع

---

(1) مجموع الفتاوى (٢٩/٤٦٩).

(2) إعلام الموقعين (٢/١٥٦).

(3) ينظر: الاختيار لتعليل الاختيار، للموصلي (٢/١٢).

(4) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٢/٣١٥).

(5) ينظر: المعونة، للقاضي عبد الوهاب (ص: ٩٤٣).

كل واحد من الخلق بما في يد صاحبه اقتضت الشريعة تحقيق هذا المقصود بنفي الأضرار والأخطار المؤدية بالجهالات عن مصادر العقود وموارده من حيث أن الحرص على المال قد يحمل المرء على الرضى بالعقود المشتملة على الأضرار الخفية وإهمال الشروط المرعية وكانت حرية لهم بالمنع لتهذيب لهم تجائرهم وليكونوا على بصيرة من أمرهم[1].

المقصد الخامس: قطع الخصومة والتنازع وأسبابهما:

قطع الخصومة في العقود مقصد من المقاصد التي عنيت الشريعة باعتباره، فنهى المولى جلّت قدرته عن الميسر مثلاً؛ لإيقاعه العداوة والبغضاء؛ ولأن المتخاطرين في المعاملات، لابد أن يغبن أحدهما الآخر، ويكون الآخر مغبوناً، فالمغبون يضمر ويظهر العداوة لغابنه، وكذلك شرع التوثيق في البيع، والرهن، وغيرهما من العقود، وشرعت أحكام الجوائح؛ لما يطرأ على العقد من ظروف تجعل تنفيذه فيه مشقة، أو استحالة، وتغيّر الظروف التي أنشأ فيها العقد، سيؤدي إلى الاختلال في مقصد المتعاقدين الذي هو قِوام العقد، وهذا الاختلال إذا صاحبه استغلال من الطرف المستفيد من تغير الظروف وأثره، وهذا مسبب للنزاع والخلاف، فشرع إعادة التوازن إلى ما كان عليه قبل الاختلال.

قال ابن تيمية: "فوصول الحقوق هو المصلحة وقطع المخاصمة

---

(1) ينظر: تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني (ص: ٥١٥)، وينظر: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، للباحث: طلاق عبد القادر رسالة ماجستير، من جامعة أبو بكر بلقايد بالجزائر، وبحث محكم في مجلة العدل، العدد (٦٢) بعنوان" نظرية استقرار المعاملات وأثرها على العقود وتطبيقها على بعض المعاملات المالية، لياسين الشطيب، بحث بعنوان "القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد"، لمنصور حاتم محسن وإيمان طارق مكي، بكلية القانون، بجامعة بابل،
http://repository.uobabylon.edu.iq/journal_view.aspx?idpp=484

إزالة المفسدة، فالمقصود هو جلب تلك المصلحة وإزالة هذه المفسدة، ووصول الحقوق هو من العدل الذي تقوم به السماء والأرض، وقطع الخصومة هو من "باب دفع الظلم والضرر" وكلاهما ينقسم إلى إبقاء موجود ودفع مفقود، ففي وصول الحقوق إلى مستحقها يحفظ موجودها ويحصل مقصودها وفي الخصومة يقطع موجودها ويدفع مفقودها، فإذا حصل الصلح زالت الخصومة التي هي أحد المقصودين»[1].

(١) مجموع الفتاوى (٣٥/٣٥٥).

المبحث الرابع

الأحكام التي شرعت لتحقيق التوازن في العقود

وفيه ثمانية مطالب:

المطلب الأول

وجوب الرضا في العقود

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الرضا لغة واصطلاحاً:

الرضا لغة: الراء والضاد والحرف المعتل أصل واحد يدل على خلاف السخط[1]. وهو الاختيار والقبول، ومنه رضي النكاح: إذا اختاره وقبله[2]. والفرق بين الرضا والرضاء والتراضي، الأول مصدر محض معناه طيب النفس، وارتياحها، أو الاختيار، أو خلاف السخط، والثاني اسم مصدر لعملية الرضا[3]، وأما التراضي فهو حقيقة في المشاركة؛ لأنها جاءت من التفاعل، إذ التجارة بين اثنين أي عن رضا كلٍّ منهما[4]، فقد دل على أن الفعل تعلّق بينهما على سبيل المساواة[5].

---

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (٢/ ٤٠٢)، لسان العرب، لابن منظور (١٤/ ٣٢٢)، المصباح المنير، للفيومي (١/ ٢٢٩)، القاموس المحيط، للفيروز آبادي (ص: ١٢١٨)، مادة [ر ض ى].

(٢) ينظر: معجم لغة الفقهاء، قرعاس (ص: ١٩٩).

(٣) ينظر: المصباح المنير، للفيومي (١/ ٢٢٩).

(٤) ينظر: أحكام القرآن للقرطبي (٥/ ١٥٣).

(٥) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، للقره داغي (١/ ١٨٨-١٨٩).

وفي الاصطلاح: قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه[1].

الفرع الثاني: الأدلة على اعتبار الرضا في العقود:

١ - قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الاستدلال:

أن المولى جلّت قدرته نهى عن تعاطي الأسباب المحرمة في اكتساب الأموال، لكن أباح المتاجر المشروعة التي تكون عن تراض من البائع والمشتري فافعلوها وتسببوا بها في تحصيل الأموال[2]، وإنما نص الله سبحانه على التجارة دون سائر أنواع المعاوضات لكونها أكثرها وأغلبها[3].

قال ابن سعدي: "ولما نهى عن أكل الأموال بالباطل التي فيها غاية الضرر عليهم، على الأكل، ومن أخذ ماله، أباح لهم ما فيه مصلحتهم من أنواع المكاسب والتجارات، وأنواع الحرف والإجارات، فقال: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ أي: فإنها مباحة لكم، وشرط التراضي -مع كونها تجارة- لدلالة أنه يشترط أن يكون العقد غير عقد ربا لأن الربا ليس من التجارة، بل مخالف لمقصدها، وأنه لا بد أن يرضى كل من المتعاقدين ويأتي به اختيارا[4].

---

(١) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/٢٤٥)، حاشية القسولي (٣/٥)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (٤/٢٢٩)، نهاية المحتاج، للرملي (٣/٣٨٧)، الإنصاف، للمرداوي (٤/٢٦٥)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/١٤٩).

(٢) ينظر: تفسير ابن كثير (٢/٢٦٨).

(٣) ينظر: فتح القدير، للشوكاني (١/٢٥٦).

(٤) ينظر: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان (ص: ١٧٥).

فحصر المولى ﷻ حِلَّ المتاجرة والحصول على الأموال مبني على وجود التراضي، فإذا انعدم التراضي كانت المتاجرات أكلاً لأموال الناس بالباطل.

ب - قول الرسول ﷺ: "ولا تصروا الغنم ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر"(١).

وجه الاستدلال:

أنه علّق صحة البيع وتمامه على رضى المشتري، فإن اختار المشتري إمضاء البيع، فدليل على رضاه، وإن لم يختر الإمضاء فتعين له حق الفسخ.

ت - قول الرسول ﷺ: "إنما البيع عن تراض"(٢).

وجه الاستدلال:

أن هذا النص النبوي حصرٌ للبيع الذي تترتب عليه آثاره، وهو البيع الشرعي الصحيح فيما كان عن تراضي، وأما خلو عقد البيع عن التراضي، ينزع اسم البيع، حتى وإن عقد، فيقع فاسدا.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب البيوع باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم ح (٢١٤٨) و(٢١٤٩)، وأخرجه مسلم: كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سوم وتحريم النجش وتحريم التصرية ح(١٥١٥).

(٢) أخرجه أبو داود: كتاب الإجارة باب في خيار المتبايعين ح(٣٤٥٨)، وأخرجه الترمذي: كتاب البيوع عن رسول الله ﷺ باب ح(١٢٤٨)، وأخرجه ابن ماجه: كتاب التجارات باب بيع الخيار ح(٢١٨٥)، وأخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده: مسند أبي هريرة ﷺ ٢/٣٤٦ ح(١٠٩٣٥) تعليق شعيب الأرناؤوط: إسناده قوي ورجاله ثقات رجال الشيخين، وصححه الألباني، إرواء الغليل (٥/ ١٢٥).

الفرع الثالث: وجه حماية التراضي في العقود للتوازن:

الرضا ركن من أركان البيع[1]، ولا ينعقد العقد بدون رضا، فالعقد الذي ينعدم فيه الرضا، يقع فيه الاختلال، فالرضا أصل المعاوضات، ولا بد من توافره فيها، وعليه فالرضا من أدلة التوازن الظاهرة، ومراعاته في العقود تدل على توازنها، والإخلال بالرضا إخلال بالعقد، ووجود التراضي ركن وتمامه واجب فمن ذلك أن يكون المعقود عليه معلوما، لأنه إذا لم يكن كذلك لا يتصور الرضا مقدورا على تسليمه؛ لأن غير المقدور عليه شبيه ببيع القمار، فبيع الغرر بجميع أنواعه خال من الرضا فلا ينفذ عقده، وتنعقد العقود بما دل عليها من قول أو فعل؛ لأن الله شرط الرضا فبأي طريق حصل الرضا انعقد به العقد[2]. قال ابن تيمية: "ويقال: قامت السوقُ، إذا حَصَلَ فيها التبايعُ بالتراضي الذي هو أصل العدل، ولابدَّ أن يَبقَى ذلك زمنًا، ففي قيام السوق معنى العدل والثبات، قال الشاعر: أقامتْ سُوْقها عشرينَ عامًا"[3].

---

(١) وهو قول الجمهور خلافاً للحنفية القائلين بأن شرط صحة للعقود. ينظر قول الجمهور: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٤٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ٥)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢٢٩)، نهاية المحتاج، للرملي (٣/ ٢٨٧)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٢٦٥)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٤٩)، وقول الحنفية ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٥/ ٢٧٧)، مجمع الأنهر، لشيخي زاده (٢/ ٣).

(٢) ينظر: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان (ص: ١٧٥).

(٣) جامع المسائل، لابن تيمية (٥/ ٢٦٦-٢٦٧).

المطلب الثاني

وجوب الوفاء بالعقود

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الأدلة على وجوب الوفاء بالعقود:

1 - قول الله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: 1].

وجه الاستدلال:

أي أوفوا بالعهود التي عاهدتموها ربكم والعقود التي عاقدتموها إياه، وأوجبتم بها على أنفسكم حقوقا والزمتم أنفسكم بها لله فروضا، فأتموها بالوفاء والكمال والتمام منكم لله بما ألزمكم بها، ولمن عاقدتموه منكم بما أوجبتموه له بها على أنفسكم، ولا تنكثوها فتنقضوها بعد توكيدها[1]. قال القرطبي: "قال ابن عباس ﷺ: " أوفوا بالعقود" معناه بما أحل وبما حرم وبما فرض وبما حد في جميع الأشياء، وقال الحسن: يعني بذلك عقود الدين وهي ما عقده المرء على نفسه، من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخيير وعتق وتدبير وغير ذلك من الأمور، ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة"[2]. فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وبأداء الأمانة ورعاية ذلك والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك[3]. فالله تعالى يأمر في هذه الآية

---

(1) ينظر: جامع البيان، للطبري (8/9).

(2) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (6/ 32).

(3) مجموع الفتاوى، لابن تيمية (29/ 146).

المؤمنين بالوفاء بما عقدوه، وارتبطوا به قولا وفعلا، كما أمر الله ما لم يكن يحرم حلالا، أو يحلل حراما: كالعقد على الربا، أو أكل أموال الناس بالباطل.

ب - قوله تعالى﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ۖ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وجه الاستدلال:

أن أداء الأمانة هو الوفاء بموجب العقود في المعاملات من القبض والتسليم؛ فإن ذلك واجب بعقده فقط[1]. وإذا ظهر أن العقود لا يحرم منها إلا ما حرمه الشارع فإنما وجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقا إلا ما خصه الدليل على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل؛ بل والعقلاء جميعهم[2].

ث - قوله تعالى﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾ [النساء: ١].

وجه الاستدلال:

أن المولى جلت قدرته أمر بالوفاء بما يتعاقد ويعاهد عليه المتعاقدين، قال ابن تيمية: "أي تتعاهدون وتتعاقدون وهذا هو موجب العقود ومقتضاها؛ لأن كلا من المتعاقدين أوجب على نفسه بالعقد ما طلبه الآخر وسأله منه"[3].

ث - قول الرسول ﷺ: "أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ومن كانت

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٠/١٥٦).
(٢) المرجع نفسه (٢٩/١٥٤).
(٣) مجموع الفتاوى (٢٠/٢٦٤).

فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها إذا أؤتمن خان وإذا حدث كذب وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر»[1].

وجه الاستدلال:

أن (المعاهدة) المحالفة والموالفة (والغدر) ترك الوفاء وأصل الفجور الميل عن القصد والشق[2]؛ ولأن الغدر خيانة فيما عليه من عهده[3].

ج - قول الرسول ﷺ: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[4].

وجه الاستدلال:

دل النص على أن الوفاء بالشروط في النكاح أولى منه بالوفاء بالشروط في البيع؛ فإذا كانت الشروط الفاسدة في البيع لا يلزم العقد بدونها؛ بل إما أن يبطل العقد وإما أن يثبت الخيار لمن فات غرضه بالاشتراط إذا بطل الشرط فكيف بالمشروط في النكاح[5].
ودل على استحقاق الشروط بالوفاء وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها[6].

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الإيمان باب علامة المنافق ح(٣٤) و كتاب المظالم باب إذا خاصم فجر ح(٢٣٧٧)، وأخرجه مسلم: كتاب الإيمان باب بيان خصال المنافق ح(٥٨).

(٢) ينظر: الكواكب الدراري في شرح صحيح البخاري، للكرماني (١/ ١٥١)، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، للقسطلاني (١/ ١٢٠).

(٣) ينظر: إكمال المعلم بفوائد مسلم، للقاضي عياض (١/ ٢١٥).

(٤) أخرجه البخاري: كتاب الشروط باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ح(٢٧٢١)، وأخرجه مسلم في كتاب النكاح باب الوفاء بالشروط في النكاح ح(١٤١٨).

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ١٢٥).

(٦) المرجع نفسه (٢٩/ ١٤٦).

الفرع الثاني: وجه حماية وجوب الوفاء بالعقود للتوازن:

الأصل وجوب الوفاء بما تعاقد عليه المتعاقدان، فالعقود لها غايات عقدت من أجلها، والوصول إلى غاية العقد مرهون بالوفاء بالالتزامات مقابل الحقوق، والتناسب بينهما هو التوازن المعني والمراد، فإذا قام المتعاقدان بما التزماه على الكيفية الملتزم بها، ولم يخلّا بذلك وقع العقد متوازنا، وإن أخلّ أحدهم بما ثبت عليه والتزمه، كان ذلك اختلالا، يؤدي إلى إلغاء العقد، أو إنقاصه، أو التعويض عن الاختلال فيه، وإذا كان في العقد شروط فيشترط أن لا تخالف حكما شرعيًا ولا تخالف مقصود العقد؛ ليجب التزامها والوفاء بها. قال ابن تيمية: "فإن العقود إنما وجبت موجباتها لإيجاب المتعاقدين لها على أنفسهما ومطلق العقد له معنى مفهوم فإذا أطلق كانا قد أوجبا ما هو المفهوم منه؛ فإن موجب العقد هو واجب بالعقد، فإذا كان له موجب معلوم بلفظ مطلق أو يعرف المتعاقدان إيجابه بلفظ خاص: كان هذا من باب عطف الخاص على العام فيكون قد أوجبه مرتين أو جعل له إيجابا خاصا يستغني به عن الإيجاب العام"[1].

(1) المرجع نفسه (٢٠/١٥٧).

المطلب الثالث

تحريم الربـــا

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أدلة تحريم الربا:

1 - قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ ۚ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ ۖ وَمَنْ عَادَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وجه الاستدلال:

أن الله تعالى قال رادًا عليهم ومبينا حكمته العظيمة ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] أي: لما فيه من عموم المصلحة وشدة الحاجة وحصول الضرر بتحريمه، وهذا أصل في حل جميع أنواع التصرفات الكسبية حتى يرد ما يدل على المنع ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥] لما فيه من الظلم وسوء العاقبة، والربا نوعان: ربا نسيئة كبيع الربا بما يشاركه في العلة نسيئة، ومنه جعل ما في الذمة رأس مال، سلم، وربا فضل، وهو بيع ما يجري فيه الربا بجنسه متفاضلا وكلاهما محرم بالكتاب والسنة، والإجماع على ربا النسيئة، وشذ من أباح ربا الفضل وخالف النصوص المستفيضة، بل الربا من كبائر الذنوب وموبقاتها ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ﴾ [البقرة: ٢٧٥] أي: وعظ وتذكير وترهيب عن تعاطي الربا على يد من قيضه الله لموعظته رحمة من الله بالموعوظ، وإقامة للحجة عليه ﴿فَٱنتَهَىٰ﴾ [البقرة: ٢٧٥] عن فعله وانزجر عن تعاطيه ﴿فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] أي: ما تقدم من المعاملات التي فعلها قبل أن

تبلغه الموعظة جزاء لقبوله للنصيحة، دل مفهوم الآية أن من لم يته جوزي بالأول والآخر ﴿وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٧٥] في مجازاته وفيما يستقبل من أموره ﴿وَمَنْ عَادَ﴾ [المائدة: ٩٥] إلى تعاطي الربا ولم تنفعه الموعظة، بل أصر على ذلك ﴿فَأُو۟لَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٥][1]. وليس المراد بقوله هنا: الذين يأكلون الربا اختصاص هذا الوعيد بمن يأكله، بل هو عام لكل من يعامل بالربا فيأخذه ويعطيه، وإنما خص الأكل لزيادة التشنيع على فاعله، ولكونه هو الغرض الأهم فإن آخذ الربا إنما أخذه للأكل[2].

ب - قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٧٨].

وجه الاستدلال:

أن قوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟﴾ [البقرة: ٢٧٨] قيل: "نزلت في العباس بن عبدالمطلب، ورجل من بني المغيرة، كانا شريكين في الجاهلية يسلفان الربا إلى ناس من ثقيف، فجاء الإسلام ولهما أموال عظيمة في الربا فأنزل الله هذه الآية، وأخرج ابن جرير عن ابن جريج قال: "كانت ثقيف قد صالحت النبي ﷺ على أن ما لهم من ربا على الناس، وما كان للناس عليهم من ربا فهو موضوع، فلما كان الفتح استعمل عتاب بن أسيد[3] على مكة، وكانت بنو عمرو بن عوف يأخذون

---

(١) ينظر: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، لابن سعدي (ص: ١١٦).

(٢) ينظر: فتح القدير، للشوكاني (١/ ٣٢٨).

(٣) أبو عبد الرحمن عتاب بن أسيد بن أبي العيص بن أمية بن عبد شمس القرشي الأموي، أسلم يوم فتح مكة، واستعمله النبي ﷺ على مكة عام الفتح حين خروجه إلى حنين، فأقام للناس الحج تلك السنة، وهي سنة ثمان، وكانت وفاته يوم مات أبي بكر الصديق ﷺ. ينظر في=

الربا من بني المغيرة، وكان بنو المغيرة يُرْبُون لهم في الجاهلية، فجاء الإسلام ولهم عليهم مال كثير، فأتاهم بنو عمرو يطلبون رباهم فأبى بنو المغيرة أن يعطوهم في الإسلام، ورفعوا ذلك إلى عتّاب بن أسيد، فكتب عتاب إلى رسول الله ﷺ فنزلت ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا﴾ [البقرة: ٢٧٨][1]. والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فالربا تحريمه مما تضافرت عليه الأدلة القطعية.

ت - قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟ أَضْعَٰفًا مُّضَٰعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠].

وجه الاستدلال:

أن الله تعالى يقول ناهيا عباده المؤمنين عن تعاطي الربا وأكله أضعافا مضاعفة، كما كانوا يقولون في الجاهلية إذا حل أجل الدين: إما أن يقضي وإما أن يربي، فإن قضاه وإلا زاده في المدة وزاده الآخر في القدر، وهكذا كل عام، فربما تضاعف القليل حتى يصير كثيرا مضاعفا[2]. ألا ترى أنه لما حرم الربا لما فيه من الظلم وأكل المال بالباطل، قرن بذلك ذكر البيع الذي هو عدل، وقدم عليه ذكر الصدقة التي هي إحسان، فذكر في آخر سورة البقرة حكم الأموال المحسن والعادل والظالم. ذكر الصدقة، والبيع،

= ترجمته: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر (٣/ ١٠٢٤)، أسد الغابة، لابن الأثير (٣/ ٥٤٩).

(١) ينظر: جامع البيان، للطبري (٥/ ٥٠)، تفسير ابن المنذر (١/ ٥٩)، تفسير ابن أبي حاتم (٢/ ٥٤٨).

(٢) ينظر: تفسير القرآن العظيم، لابن كثير (٢/ ١١٧).

والربا والظلم في الربا، وأكل المال بالباطل به أبين منه في الميسر، فإن المرابي يأخذ فضلا محققا من المحتاج، ولهذا عاقبه الله بنقيض قصده[1].

ث - قول الرسول ﷺ: "اجتنبوا السبع الموبقات قالوا: يا رسول الله وما هن قال: الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات"[2].

وجه الاستدلال:

(اجتنبوا)، أي: ابتعدوا، من الاجتناب من باب الافتعال من الجنب، وهو أبلغ من: أبعدوا واحذروا؛ لأن نهي القربان أبلغ من نهي المباشرة. قوله: (الموبقات) أي: المهلكات، ثم قال أكل الربا، وهو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال[3].

والله ﷻ أحل البيع وأحل التجارة وحرم الربا فالمبتاع يبتاع ما يستنفع به كطعام ولباس ومسكن ومركب وغير ذلك والتاجر يشتري ما يريد أن يبيعه ليربح فيه وأما آخذ الربا فإنما مقصوده أن يأخذ دراهم بدراهم إلى أجل فيلزم الآخر أكثر مما أخذ بلا فائدة حصلت له لم يبع ولم يتجر والمربي آكل مال بالباطل بظلمه ولم

(1) ينظر: الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (4/ 471).

(2) أخرجه البخاري: كتاب الوصايا باب قول الله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: 10] ح(2766)، كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة باب رمي المحصنات ح(6469)، وأخرجه مسلم: كتاب الإيمان باب بيان الكبائر وأكبرها ح(89).

(3) ينظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، للعيني (14/ 22).

ينفع الناس لا بتجارة ولا غيرها؛ بل ينفق دراهمه بزيادة بلا منفعة حصلت له ولا للناس. فإذا كان هذا مقصودهما فبأي شيء توصلوا إليه حصل الفساد والظلم[1].

ج - قول الرسول ﷺ: "لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه وقال: هم سواء"[2].

وجه الاستدلال:

هذا تصريح بتحريم كتابة المبايعة بين المترابيين والشهادة عليهما وفيه تحريم الإعانة على الباطل والله أعلم[3].

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/٢٤٩).

(٢) أخرجه مسلم: كتاب المساقاة باب لعن آكل الربا وموكله ح(١٥٩٨).

(٣) ينظر: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (١١/٢٦).

الفرع الثاني: وجه حماية تحريم الربا للتوازن:

الشارع نهى عن الربا لما فيه من الظلم، وعن الميسر لما فيه من الظلم، والقرآن جاء بتحريم هذا وهذا، وكلاهما أكل المال بالباطل[1]. قال تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَوٰا۟ وَقَدْ نُهُوا۟ عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَٰلَ ٱلنَّاسِ بِٱلْبَٰطِلِ ۚ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَٰفِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ [النساء: ١٦١]. يخبر تعالى، أنه بسبب ظلم اليهود بما ارتكبوه من الذنوب العظيمة، حرم عليهم طيبات كان أحلها لهم، وأن الله قد نهاهم عن الربا فتناولوه وأخذوه، واحتالوا عليه بأنواع من الحيل وصنوف من الشبه، وأكلوا أموال الناس بالباطل[2]. فالربا سبب من أسباب الظلم.

وأورد الفخر الرازي[3] وغيره عدة أوجه لتحريم الربا: أن الربا يقتضي أخذ مال الإنسان من غير عوض؛ لأن من يبيع الدرهم بالدرهمين نقداً أو نسيئة، فيحصل له زيادة درهم من غير عوض، ومال الإنسان متعلق حاجته، وله حرمة عظيمة، فوجب أن يكون أخذ ماله من غير عوض محرماً، وقال بعضهم: إن الله تعالى إنما حرم الربا من حيث إنه يمنع الناس عن الاشتغال بالمكاسب، وذلك لأن صاحب الدرهم إذا تمكن بواسطة عقد الربا من تحصيل الدرهم الزائد - نقداً كان أو نسيئة - خف عليه اكتساب وجه المعيشة، فلا يكاد يتحمل مشقة الكسب والتجارة والصناعات الشاقة، وذلك يفضي إلى انقطاع منافع الخلق، ومن

---

(١) ينظر: إعلام الموقعين، لابن القيم (١/ ٢٩٢).

(٢) ينظر: تفسير ابن كثير (٢/ ٤٦٧).

(٣) أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين الرازي، له مصنفات: تفسيره المشهور، ولم يكمله، وشرح المفصل والمحصول في أصول الفقه، حكى غير واحد توبته عن علم الكلام والخوض فيه، والله أعلم توفي سنة ٦٠٦هـ. ينظر في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى، لابن السبكي (٨/ ٨١)، طبقات الشافعين، لابن كثير (ص: ٧٧٩).

المعلوم أن مصالح العالم لا تنتظم إلا بالتجارات والحرف والصناعات والعمارات، وقيل: السبب في تحريم عقد الربا، أنه يفضي إلى انقطاع المعروف بين الناس من القرض، وقيل الغالب إن المقرض يكون غنياً، والمستقرض يكون فقيراً، فالقول بتجويز عقد الربا تمكين للغني من أن يأخذ من الفقير الضعيف مالاً زائداً، وذلك غير جائز[1].

فالربا لا يضر المتعاقدين فحسب بل يضر الأمة كلها، وهو استجلاب لغضب الله، ولكي يصبح المال وسيلة لممتلكات الآخرين لا بد أن تبقى قيمته ثابتة لا يزيد المال إلا بإنتاجية فعلية ولا يتناقص إلا بخسارة حقيقية، والربا إضافة للمال دون جهد ودون مخاطرة ودون إنتاجية فعلية مما يؤدي إلى التضخم. لذلك فإنه من أسباب تحريم الربا حماية الفقراء في المجتمع وفي الوقت نفسه الوقوف أمام النماء غير الحقيقي لمال؛ مما يفضي إلى تضخم طبقةٍ من المجتمع على حساب طبقة أو طبقات أخرى، ومما يخلق الأحقاد والضغائن، ويورث نار الصراع بين المجتمع بعضه ببعض، فهذه الآثار والمخاطر تطال المجتمع وهي مقاصد الشريعة من تحريم الربا. قال الرسول ﷺ: "الربا وإن كثر فإن عاقبته تصير إلى قل"[2]. أي أنه وإن كان زيادة في المال عاجلا يؤول إلى نقص ومحق آجلا، بما يفتح على المرابي من المغارم والمهالك فهو مما يكون هباء منثورا[3]. وهذا من باب المعاملة بنقيض المقصود.

---

(١) ينظر: مفاتيح الغيب، للرازي (٧/ ٧٤)، الربا في ضوء الكتاب والسنة، الشيخ عبدالله خياط، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ١١ – ذو القعدة ١٤٠٤هـ.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب التجارات برقم (٢٢٧٩)، وأخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده (١/ ٣٩٥) ح(٣٧٥٤) تعليق شعيب الأرناؤوط: صحيح، ومحمد الألباني في صحيح الجامع الصغير (٥/ ١٢٠).

(٣) ينظر: فيض القدير، للمناوي (٤/ ٥٠).

والربا فيه ظلم محقق لمحتاج، ولهذا كان ضد الصدقة، فإن الله تعالى لم يدع الأغنياء حتى أوجب عليهم إعطاء الفقراء، فإن مصلحة الغني والفقير في الدين والدنيا لا تتم إلا بذلك، فإذا أربى معه فهو بمنزلة من له على رجل دين فمنعه دينه، وظلمه زيادة أخرى، والغريم محتاج إلى دينه، فهو من أشد أنواع الظلم، ولعظمته لعن النبي ﷺ آكله وهو الآخذ، وموكله هو المحتاج المعطي للزيادة، وشاهديه وكاتبه لإعانتهم عليه. ثم إن النبي ﷺ حرم أشياء منها ما يخفى فيها الفساد لإفضائها إلى الفساد المحقق، كما حرم قليل الخمر؛ لأنه يدعو إلى كثيرها، مثل: ربا الفضل فإن الحكمة فيه قد تخفى إذ عاقل لا يبيع درهمين بدرهم إلا لاختلاف الصفات، مثل كون الدرهم صحيحا، والدرهمين مكسورين، أو كون الدرهم مصوغا أو من نقد نافق ونحو ذلك[1]. فنهى عن الربا لما فيه من الظلم وهو المعاوضة عن الشيء بما هو أكبر منه في الديون الثابتة في الذمة بعوض أو غيره وهو أحق بتنزيهه عن الظلم من عباده[2].

(١) ينظر: الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٤/١٦-١٧).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٢/ ٢٣٦)، بيان تلبيس الجهمية، لابن تيمية (٥/ ٤٢٥).

المطلب الرابع

النهي عن أخذ مال الغير إلا بطيب نفس منه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الأدلة على النهي عن أخذ مال الغير إلا بطيب نفس منه

1 - قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُوا بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٨].

وجه الاستدلال:

أن الله نهى عن أكل الأموال فيما بيننا بالباطل، وأكله بالباطل أكله من غير الوجه الذي أباحه الله لآكليه، وأما قوله: ﴿وَتُدْلُوا بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ﴾ [البقرة: ١٨٨] فإنه يعني: وتخاصموا بها، يعني بأموالكم إلى الحكام لتأكلوا فريقا، طائفة من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون، يعني تعالى ذكره بذلك: ولا يأكل بعضكم مال بعض بالباطل فجعل تعالى ذكره بذلك أكل مال أخيه بالباطل كالأكل مال نفسه بالباطل[1]. والمعنى: لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق، فيدخل في هذا: القمار والخداع والغصوب وجحد الحقوق، وما لا تطيب به نفس مالكه، أو حرمته الشريعة وإن طابت به نفس مالكه، كمهر البغي وحلوان الكاهن وأثمان الخمور والخنازير وغير ذلك[2].

وفي هذه الآية عموم يشمل جميع الأمة وجميع الأموال، ولا

---

(١) ينظر: جامع البيان، للطبري (٢/٣٧٦).

(٢) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٢/٣٢٨).

يخرج عن ذلك إلا ما ورد الدليل على جواز أخذه، فكل ما لم يبح الشرع أخذه من مالكه فهو مأكول بالباطل، وإن طابت به نفس مالكه، ولا شك أن من أخذ مال مسلم بغير طيب نفسه آخذٌ له بالباطل.

ب - قول الرسول ﷺ: "فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ليبلغ الشاهد الغائب فإن الشاهد عسى أن يبلغ من هو أوعى له منه"[1].

ت - قول الرسول ﷺ: "لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه"[2].

وجه الاستدلال:

أنه قد حُكي الإجماع على أن من أخذ منه شيء على سبيل الحياء من غير رضا منه بذلك أنه لا يملكه الآخذ، وعللوه بأن فيه إكراهاً بسيف الحياء فهو كالإكراه بالسيف الحسي، بل كثيرون يقابلون هذا السيف ويتحملون مرار جرحه ولا يقابلون الأول خوفاً على مروءتهم ووجاهتهم التي يؤثرها العقلاء ويخافون عليها أتم

---

(١) سبق تخريجه (ص: ٦٣)، حاشية رقم (٣).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ٧٢/٥ ح(٢٠٧١٤) وفي إسناده علي بن زيد بن جدعان وفيه ضعف، وله طريق أخرى عند الدارقطني (٣/ ٤٢٤) أيضا من حميد عن أنس، وفي إسنادها داود بن الزبرقان وهو متروك، وأخرجه الحاكم من حديث ابن عباس من طريق عكرمة، وأخرجه الدارقطني من حديث ابن عباس أيضا من طريق مقسم وفي إسناده العرزمي وهو ضعيف، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٦٠) برقم (١١٥٢٤)، وفي الشعب ح(٥٤٩٣)، وابن حبان ح(٥٩٧٨)، والحاكم في صحيحيهما من حديث أبي حميد الساعدي بلفظ "لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه" قال البيهقي: وهو أصح ما في الباب، وحديث ابن أبي ليلى سكت عنه أبو داود والمنذري وإسناده لا بأس به. مختصر الخلافيات، للبيهقي(٣/ ٤٢٠)، وينظر: البدر المنير، لابن الملقن(٦/ ٦٩٤)، نيل الأوطار، للشوكاني(٥/ ٣٧٩)، وصححه الألباني بشواهده في إرواء الغليل (٥/ ٣٧٩) برقم (١٧٦١).

الخوف[1].

ث - قول الرسول ﷺ: "لا يحلبنّ أحد ماشية امرئ بغير إذنه أيحب أحدكم أن تؤتى مشربته[2] فتكسر خزانته فينتقل طعامه فإنما تخزن لهم ضروع مواشيهم أطعماتهم فلا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه"[3].

وجه الاستدلال:

فحرّم أخذ مال الإنسان بغير إذنه والأكل منه والتصرف فيه وأنه لا فرق بين اللبن وغيره وسواء المحتاج وغيره وسواء المحتاج وغيره[4]. وكذلك النهي عن أن يأكل أحد أو يشرب أو يأخذ من مال أخيه شيئا إلا بإذنه، وهو محمول على ما لا تطيب به نفس صاحبه[5].

(١) ينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى، لابن حجر الهيتمي (٣/ ٣٠).

(٢) المشربة بالضم والفتح: الغرفة. غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (٢/ ٤٥٥).

(٣) أخرجه البخاري: كتاب في اللقطة باب لا تحتلب ماشية أحد بغير إذنه ح(٢٤٣٥)، وأخرجه مسلم: كتاب اللقطة باب تحريم حلب الماشية بغير إذن مالكها ح(١٧٢٦).

(٤) ينظر: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (١٢/ ٢٩).

(٥) ينظر: التمهيد، لابن عبد البر (١٤/ ٢٠٦).

الفرع الثاني: وجه حماية هذا الحكم للتوازن:

يعد المال أحد الضروريات الخمس التي جاءت الشريعة الإسلامية بوجوب حمايتها ودرء المفاسد عنها، وما ذلك إلا لما في التفريط فيها من الفساد العظيم، والإثم الكبير، والشر المستطير، والعواقب الوخيمة، بل سعى الشارع إلى المحافظة عليه بأقوم الطرق وأعدلها، وأعظمها وأنفعها، فمنع أخذه بغير حق شرعي، ووجه معتبر، فالله ﷻ قد نهانا أن نأكل أموال بعضنا بالباطل، وبدون وجه حق. قال الشافعي: "الناس مسلّطون على أموالهم، ليس لأحد أن يأخذها أو شيئا منها بغير طيب نفس منهم، إلا في المواضع التي تلزمهم الأخذ فيها"[1]. وعليه فأخذ أموال الناس بغير طيب نفس منهم، أو أخذها بسيف الحياء إخلالا بالتوازن، والتوازن أن يدفع الناس أموالهم بطيب أنفسهم في معاملاتهم بلا إكراه وإرهام، مالم تخالف هذه المعاملة حكم الشارع، ومقاصد العقود.

(١) مختصر المزني المطبوع مع الأم للشافعي (٨/ ١٩١).

المطلب الخامس

وضع الجوائح

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الجائحة لغة واصطلاحا:

الجائحة لغة: الجيم والواو والحاء أصل واحد، وهو الاستئصال، يقال جاح الشيء يجوحه استأصله. ومنه اشتقاق الجائحة. يقال: جاحتهم الجائحة واجتاحتهم. وجاح الله ماله وأجاحه بمعنى أي أهلكه بالجائحة[1].

وتعريفها اصطلاحا:

عرّفها المالكية: كل شيء لا يستطاع دفعه لو علم به، كسماوي، كالبرد والحر، ومثل ذلك ريح السموم، والثلج، والمطر، والجراد، والفئران والغبار، والنار ونحو ذلك، أو غير سماوي وجيش[2].

وعرفها الشافعية والحنابلة: بأنها كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمي، كريح ومطر وثلج، وبرد، وجليد، وصاعقة، وحر، وعطش ونحوها[3].

والتعريف المختار للجائحة: أنها الآفات السماوية التي لا يمكن معها تضمين أحد: مثل الريح والبرد والحر والمطر والجليد والصاعقة.

---

(١) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (١/ ٤٩٢)، مادة [ج و ح]، مختار الصحاح، للرازي (ص: ٦٢)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي (١/ ١١٢).

(٢) ينظر: عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/ ٧٣٥)، شرح مختصر خليل، للخرشي (٥/ ١٩٣).

(٣) ينظر: الأم، للشافعي (٣/ ٥٨)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٢٨٥)، ثم أجد للحنفية تعريفاً على حسب بحثي.

وأدخل في مفهوم الجائحة فعل الآدمي الذي لا يمكن منعه الضمان كالجيش واللصوص[1].

الفرع الثاني: أدلة اعتبار وضع الجوائح:

أ - قوله تعالى﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]. وقوله تعالى﴿لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]. وقوله تعالى﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

وجه الاستدلال:

ما جاء عن ابن عباس ﷺ قال: "هم المؤمنون وسع الله عليهم أمر دينهم"[2]. وقيل: المعنى: لا تحمّلنا ما يَثقُلُ علينا أداؤه، وإن كنا مطيقين له على تجشم، وتحمل مكروه[3]. وقيل: أي لا يكلف أحدا فوق طاقته، وهذا من لطفه تعالى بخلقه ورأفته بهم وإحسانه إليهم[4]. وقال بعض أهل العلم هذه الآية تدخل في كثير من الأحكام، وهي مما خص الله بها هذه الأمة[5].

ب - قول الرسول ﷺ: "لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق"[6]. ﷺ "أمر بوضع الجوائح"[7].

---

(١) وهو تعريف ابن تيمية للجائحة، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٣٠/٢٧٨)، وسبب اختيار تعريفه؛ توسعه في مفهوم الجائحة، حيث أدخل فعل الآدمي الذي لا يمكن تضمينه.

(٢) ينظر: جامع البيان، للطبري (٥/١٥٣).

(٣) ينظر: زاد المسير، لابن الجوزي (١/ ٢٥٥).

(٤) ينظر: تفسير ابن كثير (١/ ٧٣٧).

(٥) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٢/ ١٠٠).

(٦) أخرجه مسلم: كتاب المساقاة: باب وضع الجوائح ح(١٥٥٤).

(٧) أخرجه مسلم: كتاب المساقاة: باب وضع الجوائح ح(١٥٥٤).

وجه الاستدلال:

أنه إذا تلف المقصود بالعقد المعقود عليه قبل التمكن من قبضه - مثل تلف العين المؤجرة قبل التمكن من قبضها وتلف ما بيع بكيل أو وزن قبل تمييزه بذلك وإقباضه ونحو ذلك- لم يجب على المؤجر أو المشتري أداء الأجرة أو الثمن. ثم إن كان التلف على وجه لا يمكن ضمانه- وهو التلف بأمر سماوي- بطل العقد ووجب رد الثمن إلى المشتري إن كان قبض منه ويرئ منه إن لم يكن قبض. وإن كان على وجه يمكن فيه الضمان وهو أن يتلفه آدمي يمكن تضمينه فللمشتري الفسخ لأجل تلفه قبل التمكن من قبضه وله الإمضاء لإمكان مطالبة المتلف، والأصل في أن تلف المبيع والمستأجر قبل التمكن من قبضه ينفسخ به العقد[1]. فثبت بالنص أن الجوائح توضع بلا محذور في ذلك أصلا بل المنع من بيع ذلك من الفساد والله لا يحب الفساد، وإن كان بيع ذلك قد يفضي إلى نوع من الفساد فالفساد في تحريم ذلك أعظم فيجب دفع أعظم الفسادين باحتمال أدناهما إذ ذلك قاعدة مستقرة في الشريعة[2].

واختلف الفقهاء في اعتبار الجائحة:

فأما الحنفية فقالوا: إنه بمجرد التخلية بين المشتري وبين ثمر النخل يعد المشتري قابضا له وإن لم يقطعه، فما حدث فيها من جائحة أتت عليها كلها، أو على بعضها فهي ذاهبة من مال المشتري، لا من مال البائع، وهذا قول أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن[3].

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٠/ ٢٦٦).

(٢) ينظر: المرجع نفسه (٢٩/ ٤٨٥).

(٣) ينظر: المبسوط، لمحمد بن الحسن (٢/ ٥٥٦-٥٥٧)، شرح معاني الآثار، للطحاوي (٤/ ٢٦).

وقال مالك: والجائحة التي توضع عن المشتري هي الثلث فصاعدا، ولا يكون فيما دون ذلك جائحة[1].

والشافعي[2] يقول بوضع الجوائح في مذهبه القديم، أما الجديد فلا يقول بوضع الجوائح؛ لأن حديث وضع الجوائح لم يثبت عنده، وأيضا لأنه يرى أن التخلية بين المشتري والثمرة بمثابة قبض، فيكون التلف من مال المشتري، وليس من مال البائع[3].

والراجح -والله أعلم- أن العقد يبطل ويجب رد الثمن إلى المشتري إن أصابته الجائحة قبل القبض، وهو من ضمان البائع، وإن أصابته بعد القبض برئ منه البائع، وضمانه على المشتري. ويرى الإمام الشافعي أنه لو ثبت عنده القول بوضع الجائحة لقال بوضع كل قليل وكثير. أما أن يوضع الثلث فصاعدا، ولا يضع ما دون الثلث، فهذا لا يؤيده خبر، ولا قياس، ولا معقول[4].

بينما يرى الحنابلة أنه لا فرق بين القليل والكثير إلا أن يكون التالف يسيرا جرت العادة بتلف مثله، قال أحمد لا أقول في عشر ثمرات، ولا عشرين ثمرة، ولا أدري ما الثلث، وذلك لأن الشرع أمر بوضع الجوائح دون تحديد فوجب رده إلى ما يتعارفه الناس[5]. وفي

---

(١) ينظر: المدونة، للإمام مالك (٣/٥٨١)، التاج والإكليل، للمواق (٦/٤٥٩).

(٢) محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع الهاشمي القرشي، من أعلام الفقهاء، درس على الإمام مالك، ومحمد بن الحسن، وينسب إليه الفقه الشافعي، أشهر كتبه (الأم) وهو مذهب الجديد في مصر، توفي سنة ٢٠٤هـ، ينظر: طبقات الفقهاء ١/ ٧١، وفيات الأعيان، لابن خلكان (٤/ ١٦٣).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٢٠٥)، المهذب، للشيرازي (٢/ ٧١).

(٤) ينظر: الأم (٣/ ٩٧).

(٥) ينظر: الكافي، لابن قدامة (٢/ ٧٧).

رواية أخرى عن الإمام أحمد أن ما دون الثلث من ضمان المشتري؛ لأن الثمرة لا بد من تلف شيء منها، فلابد من حد فاصل، والثلث يصلح أن يكون ضابطاً؛ لقول الرسول ﷺ: "فالثلث والثلث كثير"[1].

(١) أخرجه البخاري: كتاب الوصايا باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس ح(٢٧٤٢)، وأخرجه مسلم: كتاب الوصية باب الوصية بالثلث ح(١٦٢٨).

الفرع الثالث: وجه حماية مبدأ وضع الجوائح للتوازن في العقود:

التوازن في العقد قد يختل؛ بتغير الظروف التي صاحبت العقد بعد عقده في أثناء تنفيذه، أو في الجزء الذي لم ينفذ بعد منه، وهذا التفاوت البيّن في الحقوق والالتزامات بين المتعاقدين، تختل به عقود المعاوضات؛ لأنها قائمة على المباطلة، والتعادل في الحقوق والالتزامات. بل يتعدّى أثر هذا التفاوت إلى الإخلال بالرضا، فالتعسف من الطرف الأول في إتمام العقد مع وجود ضرر يلحق بالطرف الثاني في العقد، إضرار به، وإجبار له على تحمل ضرر لم يَلتزِم بأصل العقد، وهذا لا يتوافق مع العدالة التي أقرّتها الشريعة، وأثر هذه الظروف هو الضرر اللاحق بالعقد؛ بسبب فوات المنفعة المقصودة بالعقد، أو انتقاصها، وهذا ضرر كذلك؛ لأنه يوجب عجز المتعاقد عن إتمام العقد إلا باستحقاق ذلك، وهذا الضرر يوجب رفعه، فالشريعة وضعت الجوائح منعا لأكل مال المشتري بغير حق، ويظهر أثر هذه الظروف التي تلحق بالعقود، في العقود متراخية التنفيذ، فالعقود المتراخية في التنفيذ تشمل كذلك، العقود الفورية، إذا ما تأجل تنفيذها باتفاق الطرفين، كعقد البيع، فمثل هذه العقود، وإن لم تكن بطبيعتها تمتد في الزمن، إلا أن إضافة تنفيذها إلى أجل أو آجال متعاقبة من شأنه أن يسمح بحدوث ظروف جديدة تجعل من التنفيذ مرهقا أثناء الأجل. أما إذا لم يكن العقد الفوري مؤجل التنفيذ فالأصل أن ينفذ فور انعقاده، فتنقضي الالتزامات الناشئة عنه بهذا التنفيذ، دون أن تترك مجالا لحدوث ظروف جديدة تؤثر على توازن العقد، ومع ذلك فهذا العقد يمكن أن يتأخر تنفيذه بسبب أجنبي عن المدين، كقوة قاهرة، أو لخطأ من المدين ذاته، فيحدث ظرف طارئ يجعل التنفيذ مرهقا أثناء التأخير يخول المتضرر المطالبة بتعديل العقد. والراجح أن تأخير التنفيذ بسبب أجنبي، يخول المتضرر

المطالبة بتعديل العقد، أما التأخير الراجع إلى خطأ المدين فتبعته تقع عليه وحده، بحيث لا يجوز له المطالبة بتعديل العقد، تأسيسا على تأثير ما طرأ من ظروف على العقد الذي تأخر في تنفيذه.

ومن النوازل المالية المعاصرة التي وضع الجوائح من أصولها، التغير في القيمة النقدية؛ مما يسبب تضخماً[1] أو انكماشاً، فتصدى مجمع الفقه الإسلامي لبحثه، وإصدار قرار مجمعي فيه، فاعتبر أن التضخم من الجوائح وتعويض المتضرر بتغير الأسعار وسماها الظروف الطارئة، وذكر الأدلة التي تنفي شبهة الربا، وتثبت إنصاف صاحب الحق الآجل المتضرر بسبب التدهور النقدي، وفيه إرجاع للعقد المختل بسبب الظروف التي طرأت عليه إلى التوازن، الذي يحقق التعادل بين المتعاقدين. ومما لا شك فيه أن العقد الذي عقد وفقًا لنظامه الشرعي يكون ملزمًا لعاقديه قضاءً عملًا بقوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

ولكن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به كافة، وقد وجد المجمع في مقاييس التكاليف الشرعية،

---

(١) التضخم: مصطلح اقتصادي حديث يراد به: وضع يكون فيه الطلب الكلي متجاوزًا العرض الكلي، وعادة ما تكون هناك زيادة كبيرة في كمية النقود في الدولة -أوراق البنكنوت والودائع المصرفية- دون أن تصاحب تلك زيادة مناظرة في حجم الناتج من مختلف السلع. وهذا فإن الزيادة في القوة الشرائية والطلب الفعال يؤدي في الاقتصاد العمر إلى ارتفاع في الأسعار والأجور، مما يفضي في النهاية إلى "دورة مفرغة" من الزيادات المتلاحقة في الأجور والأسعار. وعندما تفرض الدولة قيودًا على إنفاق المستهلكين في صور رقابة على الأسعار ونظام البطاقات فإن التضخم لا تتكشف مظاهره المألوفة. أما الانكماش: فيدل على الحالة العكسية، أي الحالة التي تعيد فيها السلطات النقدية إلى إنقاص كمية النقود والائتمان، وهنا يهبط مستوى الأسعار والأجور وتتفشى البطالة بين العمال. ينظر: موسوعة المصطلحات الاقتصادية، للدكتور حسين عمر (ص: ٢٦٩).

ومعايير حكمة التشريع، أن المشقة لا ينفك عنها التكليف عادة بحسب طبيعته، كمشقة القيام في الصلاة، ومشقة الجوع والعطش في الصيام، لا تسقط التكليف ولا توجب فيه التخفيف، ولكنها إذا جاوزت الحدود الطبيعية للمشقة المعتادة في كل تكليف بحسبه، أسقطته أو خففته، كمشقة المريض في قيامه للصلاة ومشقته في الصيام، وكمشقة الأعمى والأعرج في الجهاد، فإن المشقة المرهقة عندئذ بالسبب الطارئ الاستثنائي، توجب تدبيرًا استثنائيًا يدفع الحد المرهق منه. وهذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً لتضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها[1].

وفسخ الإجارة بالأعذار، وإنقاص الثمن بالجوائح في بيع الثمار من الحوادث الطارئة عند فقهاء الإسلام، وتعتبر أمثلة لمفهوم الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي تطبيقا لمبدأ العدالة ومراعاة لما يجب من توافر التعادل والتوازن في الالتزامات وتنفيذه[2].

فالأصل في العقود اللزوم والوفاء، لكن قد تحدث ظروف طارئة تحول دون ذلك فتتسبب في مظلمة لم تكن معتبرة وقت العقد، والشريعة الإسلامية قد قامت على أساس تحقيق العدالة عند التطبيق العملي لعقود المعاملات المالية التي تقوم على أساس التراضي غير المشتمل على الظلم وأكل أموال الناس بالباطل، فهي تنظم حقوق العباد لتبادل الأموال

---

(١) نقلت جزءًا من قراري؛ لأهميته وعلاقته بالموضوع. مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، في دورته الرابعة، المنعقدة في عام ١٤٠٨هـ.

(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (٤/ ٢٠٣).

والمنافع بينهم، وعليه فإن نظرية الظروف الطارئة تهدف إلى تعديل الالتزامات العقدية على نحو يحقق العدالة بين المتعاقدين؛ لأن مبنى النظرية يقوم على إزالة الضرر الناتج من جراء إمضاء العقد على مقتضاه، نتيجة ظرف لم يكن متوقعاً، ولم يتسبب به أحد العاقدين.

المطلب السادس

ثبوت الخيارات في المعاملات المالية

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أنواع الخيارات[1]:

الخيارات منها ما ورد به نص خاص -كخيار الشرط وخيار الرؤية- ومنها ما ثبت بمقتضى القواعد العامة - كخيار العيب والتدليس؛ ولذلك نجد الفقهاء لم يتفقوا إلا على بعضها فقط، والباقي كان مجالاً لاختلاف الاجتهاد بينهم -رحمهم الله-.

فبعض هذه الخيارات يثبت بإيجاب الشارع حتى لو لم يشترطه المتعاقدان -كخيار الرؤية، وخيار المجلس، وخيار العيب- ومنها ما يتوقف ثبوته على اتفاق العاقدين، فلا يثبت إلا بالاشتراط -كخيار الشرط وخيار التعيين-، كما أن الفسخ الذي يثبت بهذه الخيارات قد يثبت متى أراد صاحب الخيار بدون توقف على قضاء القاضي - كما في خيار الشرط والرؤية- وقد يتوقف على قضاء القاضي فلا يثبت قبله كما في خيار العيب؛ لأن العيوب الموجبة للفسخ تحتاج إلى تقدير خاص لا يكفي فيه نظر العاقدين. والخيارات أنواع منها:

---

(1) الخيار لغة: الخاء والياء والراء أصل الخلف والميل، ثم يحمل عليه. فالخير: خلاف الشر؛ لأن كل أحد يميل إليه ويحلف على صاحبه. والخيرة: الخيار، والخيار الاسم من الاختيار، وهو طلب خير الأمرين إما إمضاء البيع، أو فسخه. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٢/٢٣٢)، النهاية في الغريب والأثر، لابن الأثير (٢/ ٩١)، لسان العرب، لابن منظور (٤/٢٦٧)، مادة [خ ي ر]، وفي الاصطلاح: طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه. ينظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٣/٣٨٢)، المبدع شرح المقنع، لابن مفلح (٤/٦٢).

النوع الأول: خيار المجلس:

- تعريفه لغة: كلمة (المجلس) -بكسر اللام- فهي ترد في اللغة مصدرا ميميًّا، واسما للزمان، واسما للمكان، من مادة (الجلوس) وكلمة (المجلس) تحمل معنى (مجلس العقد) فهي ليست لمطلق مجلس، بل لمجلس العقد خاصة، وهذا التقييد تشير إليه (أل) فهي للدلالة على المعهود في الذهن، والمجلس مكان التبايع أو التعاقد[1]. والمعنى في الاصطلاح قريب من المعنى في اللغة[2].

اختلف الفقهاء في اعتباره على قولين:

الأول: قول الشافعية[3]، والحنابلة[4]، وابن حبيب من المالكية[5] على اعتباره، وهذا قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومَن بعدهم، ومما حكي عنه ذلك من الصحابة، علي بن أبي طالب وابن عباس وابن عمر وأبو هريرة ﷺ، ومن التابعين سعيد بن المسيب[6]،

---

(١) ينظر: نهاية المحتاج، للرملي (٣/ ٨٥)، دقائق أولي النهى، للبهوتي (٣/ ٨٣).

(٢) ينظر: المبدع، لإبراهيم بن مفلح (٤/ ٦٣)، معجم لغة الفقهاء، لرواس قلعجي (ص: ٢٠٢).

(٣) ينظر: الإقناع، للماوردي (ص: ٩١)، المهذب، للشيرازي (١/ ٢٢٢)، المجموع شرح المهذب، للنووي (٩/ ١٧٧).

(٤) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ٦)، المبدع في شرح المقنع، لابن مفلح (٤/ ٦٢)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٩٨).

(٥) ينظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل (٥/ ١٩٨).

(٦) سعيد بن المسيَّب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي المدني، من كبار علماء التابعين، أثنى عليه ابن عمر ﷺ، وروى عن عدد من الصحابة، وبالأخص عن أبي هريرة ﷺ جمع بين الحديث، والفقه، والعبادة، والورع، توفي سنة ٩٣هـ، وقيل: غير ذلك، ينظر: وفيات الأعيان، لابن خلكان (٢/ ٣٧٥)، وطبقات الفقهاء، للشيرازي (١/ ٥٧).

وطاووس والحسن[١]، وغيرهم[٢].

وعلى هذا فإن العقد لا يلزم إلا بالتفرق عن مجلس العقد مهما طال أو بالتخاير فيه.

والقول الثاني: قول الحنفية[٣]، وقول مالك[٤]، وبعض أصحابه[٥] إلى عدم اعتباره، وأوجبوا لزومَ العقد بنفس الإيجاب والقبول وإن لم يتفرقا.

والراجح -والله أعلم- اعتباره؛ لثبوته عن النبي ﷺ، ولثبوته عن الصحابة من بعده. فخيار المجلس يثبت بحكم الشرع لكلا المتعاقدين من غير توقف في ثبوته على اشتراط العاقدين أو أحدهما له، فالشارع نفسه هو الذي أوجبه.

- من أدلته:

١ - أن رسول الله ﷺ أنه قال: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو قال حتى يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كتما وكذبا

---

(١) أبو سعيد، الحسن بن أبي الحسن يسار، مولى زيد بن ثابت الأنصاري، ويقال مولى أبي اليسر كعب بن عمرو السلمي، رأس طبقة التابعين، وإمام أهل البصرة رأى عثمان، وطلحة، والكبار، مات الحسن في رجب سنة ١١٠هـ. ينظر في ترجمته: الطبقات الكبرى، لابن سعد (١٥٦/٧) وما بعدها، سير أعلام النبلاء، للذهبي (٤/ ٥٦٣-٥٨٨).

(٢) ينظر: المغني، لابن قدامة (٦/٤)، صحيح البخاري باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (١٠/ ١٧٣).

(٣) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٧٨/٥)، بدائع الصنائع، للكاساني (٢٢٨/٥).

(٤) الإمام مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي المدني، إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة، أخذ عن ربيعة الرأي، وسمع الزهري، ونافعاً، له الموطأ، توفي سنة ١٧٩هـ بالمدينة، ينظر: الديباج المذهب، لابن فرحون (١/ ٨٢)، وفيات الأعيان، لابن خلكان (٤/ ١٣٧).

(٥) ينظر: المدونة الكبرى، للإمام مالك (١٠/ ٢٠)، التمهيد، لابن عبد البر (٨/١٤)، شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٤٧٩).

محقت بركة بيعهما"[1].

٢ - "أنه ﷺ خير أعرابيا بعد البيع، أي قال له: اختر، لكي يتبرم العقد، وذلك مصرح به في الحديث بروايته الأخرى، أنه ﷺ بايع رجلا فلما بايعه قال له: اختر، ثم قال: هكذا البيع"[2].

وجه الاستدلال:

أن خيار المجلس شُرع مأمنًا للرضا، ورفقًا بالمتعاقدين؛ لأن العاقد قد يندم على العقد بأن تظهر له أمور خفية تدعوه إلى عدم إبرام العقد وإتمامه، لذا فقد منح الشارع كِلَا المتعاقدين الحقَّ في إمضاء العقد وفسخه ما دام المجلس منعقدًا؛ تداركًا لِمَا قد يطرأ. ويثبت خيار المجلس في كل بيع للخبر، ولأنه شرع للنظر في الحظ، وهذا يوجد في كل بيع[3].

ولخيار المجلس آثار، في العقد فهو يمنع لزوم العقد، ويترتب على امتناع لزوم العقد آثار متفرّعة عنه تتّصل بانتقال الملك وغيره. قال ابن قدامة: "أن البيع يلزم بتفرقهما لدلالة الحديث عليه، ولا خلاف في لزومه بعد التفرق، والمرجع في التفرق إلى عرف الناس، وعادتهم فيما يعدونه تفرقا؛ لأن الشارع علق عليه حكماً ولم يبينه، فدل ذلك على أنه أراد ما يعرفه الناس، كالقبض والإحراز"[4].

---

(١) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ٨٧) حاشية رقم (١).

(٢) أخرجه الترمذي: كتاب البيوع عن رسول الله ﷺ باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا (٥٤٢/٢) ح(١٢٤٩) وصححه الألباني، والرواية الأخرى، أخرجها البيهقي في السنن الكبرى في كتاب البيوع باب المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار (٢٧٠/٥)، وأخرجه ابن ماجة في كتاب التجارات باب بيع الخيار برقم (٢١٨٤)، وأخرجه الحاكم في المستدرك كتاب البيوع برقم (٢٣٠٦)، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٣) ينظر: قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام (١٤٨/٢)، الكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة (٢/ ٢٧).

(٤) المغني، لابن قدامة (٦/٤).

النوع الثاني: خيار الشرط:

الشرط لغة: الشين والراء والطاء أصل يدل على علم وعلامة، وما قارب ذلك من علم من ذلك، الشَّرَط: العلامة. وأشراط الساعة: علاماتها. وسمي الشُّرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها، ويقولون: أشرط فلان نفسه للهلكة، إذا جعلها علما للهلاك. ويقال: أشرط من إبله وغنمه، إذا أعد منها شيئا للبيع[1]. والشرط: إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه[2]. واصطلاحا: "وهو أن يشترطا في العقد أو بعده في زمن من الخيارين لا بعد لزومه مدة معلومة فيثبت فيها"[3]. وقال ابن عابدين[4]: "إنّ خيار الشّرط مركّب إضافيّ صار علماً في اصطلاح الفقهاء على: ما يثبت "بالاشتراط" لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ"[5]. وقد عرّفه من المالكيّة ابن عرفة[6] بقوله: "بيع وقف بتّه أوّلاً على إمضاء يتوقّع"[7].

والتعريف الراجح -والله أعلم- هو إلزام أحد المتبايعين العاقد

---

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (٣/ ٢٦٠)، مادة [شرط].

(٢) ينظر: المخصص، لابن سيده (٣/ ٤٣٣)، القاموس المحيط، للفيروزآبادي (١/ ٢٧٣).

(٣) الإقناع في فقه الإمام أحمد، للحجاوي (٢/ ٨٥).

(٤) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، ولد سنة ١١٩٨هـ، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. مولده ووفاته في دمشق، له عدة تصانيف منها: رد المحتار على الدر المختار، يعرف بحاشية ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، توفي سنة ١٢٥٢هـ. ينظر في ترجمته: الأعلام، للزركلي (٦/ ٤٢).

(٥) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٤/ ٧٤).

(٦) محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، التونسي، إمامها وعالمها وخطيبها، صنف عدة مصنفات منها: كمختصره الفقهي، وحدوده الأثيرة، وله تأليف في المنطق، توفي سنة ٨٠٣هـ. ينظر في ترجمته: نيل الابتهاج بتطريز الديباج، للتنبكتي (ص:٤٦٣-٤٦٩)، شجرة النور الزكية، لابن مخلوف (١/ ٣٣٦).

(٧) شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٦٥).

الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة، ويعتبر لترتب الحكم عليه مقارنته للعقد»[1].

فخيار الشرط لا يثبت إلا إذا اشترطه أحد المتعاقدين، فيثبت لمن اشترطه أو اشتراطاه، فيثبت لهما. وهو مستفاد من اسمه لا يثبت إلا بالشرط خلافًا لخيار المجلس، فسبب ثبوته هو الشرط نفسه، سواء صدر من أحد المتعاقدين أم منهما معًا، فالشرط سببه، وأصل التركيب شرط الخيار، وعليه عبارة بعض الفقهاء كالنووي يسميه شرط الخيار[2]، وأما قولهم: خيار الشرط، فمن باب إضافة المسبب إلى السبب، الشرط هو المسبب، والخيار هو الذي ترتب على هذا الشرط، أي: خيار سببُه الشرط.

- من أدلته:

١ - «أن رجلا ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال إذا بايعت فقل لا خلابة فكان الرجل يقوله»[3] وفي رواية «أن رسول الله ﷺ من بايعت فقل لا خلابة فكان إذا بايع يقول لا خيابة»[4] وهو حِبّان بن منقذ الأنصاري[5] أن يُغبن في البياعات؛ لأنه شج في بعض مغازيه مع النبي ﷺ في بعض الحصون بحجر فأصابته في رأسه مأمومة فتغير بها لسانه وعقله لكن لم يخرج عن التمييز[6].

---

(١) كشاف القناع، للبهوتي (٣/١٨٨).

(٢) ينظر: المجموع، للنووي (٩/١٩٢).

(٣) أخرجه البخاري: كتاب البيوع باب ما يكره من الخداع في البيع ح(٢١١٧)، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس باب ما يجوز من إضاعة المال ح(٢٢٧٦).

(٤) أخرجه مسلم: كتاب البيوع باب من يخدع في البيع ح(١٥٣٣).

(٥) هو حبان بن منقذ بن عمرو بن عطية الأنصاري المازني، شهد أحداً، وما بعدها، كان في لسانه ثقل، وكان يخدع في البيوع، فجعل له النبي ﷺ الخيار، توفي في خلافة عثمان ﷺ. ينظر في ترجمته: أسد الغابة (١/٦٦٦).

(٦) ينظر: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (١٠/١٧٧).

٢ - قول رسول الله ﷺ: "المسلمون على شروطهم"[1].

وجه الاستدلال:

أنه نص على الشرط فيرجع إلى شرطه، تحقيقا لهذا الحديث.

والعلماء اختلفوا في ثبوته:

فذهب جمهور الفقهاء من الأئمة الأربعة ومَن وافقهم إلى مشروعية خيار الشرط[2].

وذهب بعض الفقهاء كالثوري وأبي شُبرمة وطائفة من أهل الظاهر إلى نفيه وعدم مشروعيته[3].

وحَكى الإجماع غير واحدٍ على صحة اشتراط الخيار في البيع بالإجماع إذا كانت مدته معلومة[4]. فالخيار يؤثر في العقد، فيمنع لزومه بالنسبة لمن له الخيار حتى يبت فيه بالإمضاء فيلزم.

النوع الثالث: خيار العيب:

- تعريفه لغة: كلمة عيب، في اللغة مصدر الفعل عاب، يقال:

---

(١) أخرجه البخاري معلقا بصيغة الجزم كتاب الإجارة باب أجر السمسرة (٢/ ٩٢)، وفي سنن أبي داود: كتاب الأقضية باب في الصلح ح(٣٥٩٤)، وأخرجه الترمذي: كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ح(١٣٥٢)، وأخرجه ابن ماجه: كتاب الأحكام باب الصلح ح(٢٣٥٣)، وأخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده: في مسند أبي هريرة ﷺ ٢/ ٣٦٦ ح(٨٧٨٤) تعليق شعيب الأرناؤوط: إسناده حسن. وقال الألباني: صحيح لغيره، إرواء الغليل (٥/ ١٤٥-١٤٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٦٤)، تنبيه السفاقس، للزلعي (٤/ ١٤)، الذخيرة، للقرافي (٥/ ٢٤)، التاج والإكليل، للمواق (٦/ ٣٠٣)، الحاوي الكبير، للماوردي (٦/ ٨٠)، المهذب، للشيرازي (٢/ ٥)، الكافي، لابن قدامة (٢/ ٢٧)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٢٠٢).

(٣) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ٢٢٥).

(٤) ابن قدامة، والنووي، وابن الهمام، الكافي، لابن قدامة (٢/ ٢٧)، المجموع، للنووي (٩/ ١٩٠)، فتح القدير (٥/ ١١١).

عاب المتاع يعيب عيبا: أي صار ذا عيب، وجمعه عيوب وأعياب، والمعيب مكان العيب وزمانه[1]. وتعريفه اصطلاحا: هو أن يكون لأحد المتعاقدين الحق في منع العقد أو إمضائه إذا وجد عيبًا[2]. ويسمى عند المالكية "الخيار الحكمي" و "خيار النقيصة"[3]، وعند الشافعية يسمى "خيار النقص"[4]. ويعد المالكية[5]، والشافعية[6] خيار التدليس داخلاً في خيار العيب.

- من أدلته:

١ - "أن رسول الله ﷺ مرّ في السوق على صبرة طعام، فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال: "ما هذا يا صاحب الطعام؟"، قال: يا رسول الله، أصابته السماء، فقال: "ألا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟ من غش فليس مني"[7].

٢ - قال رسول الله ﷺ "الخراج بالضمان"[8].

---

(١) ينظر: القاموس المحيط، للفيروز آبادي (١/ ٩١٨)، لسان العرب، لابن منظور (٢/ ١٢٤)، مادة [ع ي ب].

(٢) مجموع من عدة تعريفات ذكرها الأئمة الفقهاء: فتح القدير، لابن الهمام (١٤/ ٤٠٥)، المبسوط، للسرخسي (٢١/ ٢٠٧)، حاشية قليوبي وعميرة على المنهج (٢/ ٤٩٧)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٢٩٢)، كشاف القناع، للبهوتي (٩/ ١٠٢).

(٣) منح الجليل، لعليش (٥/ ١١٢).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٣٦)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٤٠٢).

(٥) ينظر: جواهر الإكليل، (٢/ ٤٢)، والشرح الكبير (٣/ ١١٥-١١٦).

(٦) ينظر: الأم، للشافعي (٧/ ١١١)، روضة الطالبين، للنووي (٣/ ٢٧٢).

(٧) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ٦٤) حاشية رقم (٣).

(٨) أخرجه أبو داود: كتاب الإجارة باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا ح (٣٥٠٨)، وأخرجه الترمذي في كتاب البيوع باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا ح(١٢٨٥)، أخرجه النسائي في المجتبى: كتاب البيوع باب الخراج بالضمان ح(٤٤٩٠)، وأخرجه ابن ماجه: كتاب التجارات باب الخراج بالضمان ح(٢٢٤٣)، وأخرجه الإمام أحمد =

٣ - قول الرسول ﷺ: "المسلم أخو المسلم ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا فيه عيب إلا بينه له"[1].

والمعيار الذي يقوم عليه حق خيار العيب هو العيب الذي يوجب نقصاً في قيمة المبيع بحسب عادة التجار، وكون العادة في هذا المبيع السلامة منه، أما العيب الذي لا يؤثر في المبيع بالنقص فلا يعدُّ عيباً يلزم منه الخيار[2]. فإن الأصل في البيع أنه على شرط السلامة، وأن المشتري ما بذل كامل الثمن إلا ليسلم له كامل المبيع لتحصيل المقابلة بين الثمن والمثمن وتلك رغبة المشتري الذي رضي بالبيع، فإذا اختل شيء من ذلك بسبب العيب فقد فات مقصوده ولم يتحقق رضاه اختل توازنه، فثبت له حق الفسخ ورد المبيع واسترداد الثمن؛ لإرجاع التوازن للعقد.

إثبات النَّبيّ ﷺ الخيار بالتَّصرية تنبيه على ثبوته بالعيب، جواز بيع الشيء المعيب إذا بينه البائع ورضي به المشتري سواء بينه البائع قبل العقد أو بعده لكن إذا أخر بيانه عن العقد ثبت الخيار للمشتري[3]. ووجود خيار العيب في العقد لا أثر له على حكم العقد الّذي هو انتقال الملك، فملك المبيع يثبت للمشتري حالاً، وملك الثّمن ينتقل إلى البائع

- في مسنده: حديث عائشة رضي الله تعالى عنها (٤٩/٦) ح(٢٤٢٧٠) تعليق شعيب الأرناؤوط: حديث حسن. وصححه الألباني، إرواء الغليل (١٥٨/٥) برقم (١٣١٥).

(١) أخرجه البخاري موقوفا على عقبة بن عامر ﷺ، وأخرجه أبو داود: كتاب الأدب باب المزاحة ح(٤٩٩٣)، وأخرجه ابن ماجه: كتاب التجارات باب من باع عيبا فليبينه ح(٢٢٤٦)، وأخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده: حديث عقبة بن عمار الجهني عن النبي ﷺ (١٥٨/٤) ح(١٧٤٨٧) تعليق شعيب الأرناؤوط: حديث حسن. وصححه الألباني، إرواء الغليل (٥/ ١٦٥) برقم (١٣٢١).

(٢) ينظر: تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (١٣٩/٤)، تكملة المجموع، للسبكي (٣٤٣/١٢)، وينظر: العيب وأثره في عقد البيع، لعبدالله السعلان (ص: ١٤).

(٣) ينظر: المغني، لابن قدامة (١٠٩/٤)، فتح الباري، لابن حجر (٣٢٢/٤).

في الحال؛ لأنَّ ركن البيع مطلق عن الشَّرط. والثَّابت بدلالة النَّصّ شرط السَّلامة لا شرط السَّبب " كما في خيار الشَّرط " ولا شرط الحكم " كما في خيار الرُّؤية "وأثر شرط السَّلامة يقتصر على منع لزوم العقد ولا سلطان له على منع أصل حكم العقد. فالسلامة شرط في العقد دلالةً، فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع، فلا يلزم حكمه، والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد أن السلامة في المبيع مطلوبة المشتري عادة إلى آخره؛ لأن غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة، فكانت كالمشروطة نصاً، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار[1]. والمعول عليه في معرفة العيوب؛ وهي النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار؛ لأن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصا فيها يكون عيبا، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل هذا الشأن، وهم التجار[2]. وخيار العيب متفق عليه بين الفقهاء، فيقول به الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6].

النوع الرابع: خيار الرؤية[7]:

- تعريفه لغة: إدراك الشيء بحاسة البصر، وقيل الرؤية: النظر بالعين والقلب، والغالب في استعمال الفقهاء له هو المعنى الأول،

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٢٧٢)، المغني، لابن قدامة (٤/ ١٠٩).

(٢) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ١١٥).

(٣) ينظر: مختصر القدوري (ص: ٨١)، البحر الرائق، لابن نجيم (٦/ ٥).

(٤) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ١٩٢)، التاج والإكليل، للمواق (٦/ ٣٢٤).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٢٢).

(٦) ينظر: الإقناع، لابن قدامة (٢/ ٩٤)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٢١٥).

(٧) جاء في فتح القدير: "باب خيار الرؤية عقد على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك =

وذلك كما في رؤية الهلال، ورؤية المبيع، ورؤية الشاهد للشيء المشهود به وهكذا، ويقال: رأيته بعيني رؤية ورأيته رأي العين أي حيث يقع البصر[١]. وتعريفه اصطلاحا: هو حق شرعي يثبت بمقتضاه الحق في فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية المعقود عليه إذا لم يكن قد رآه عند إنشاء العقد، أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة[٢]. والإضافة في خيار الرؤية من إضافة السَّبب إلى المسبَّب أي خيار سببه الرؤية.

وخيار الرؤية يثبت بحكم الشرع نظرًا للعاقد الذي أقدم على شراء ما لم يره، فربَما لا يكون موافقاً له، فقد أباح له الشَّارع حقّ الخيار بين فسخه أو الاستمرار فيه، وهكذا لا يحتاج خيار الرؤية إلى اشتراط عند جمهور القائلين به، إلّا المالكيّة فهو عندهم خيار يشترط في بيع الغائب[٣].

- من أدلته:

١ - قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وجه الاستدلال:

أن الآية عامة تشمل بيع الحاضر والغائب[٤].

٢ - أن عثمان بن عفان ﷺ باع لطلحة بن عبيد الله ﷺ أرضاً

= بمنع لزوم الحكم، واللازم بعد التمام. فتح القدير، لابن الهمام (٥/ ٢٧١)، وقال الكاساني: "إن شراء عالم بره المشتري غير لازم، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة. بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٢).

(١) ينظر: المخصص، لابن سيده (١/ ٩٦)، مختار الصحاح، للرازي (١/ ١١٥).

(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (ص: ٢٦٧).

(٣) ينظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لابن عبد البر (١٣/ ١٥).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٢٦٦)، المجموع، للنووي (٩/ ٢٨٨)، المغني، لابن قدامة (٣/ ٤٩٥).

بالبصرة، لم يرها واحد منهما ولما قيل لكل منهما إنك قد غبنت، قال: إليَّ الخيار، ثم حكَّما جبير بن مطعم ﷺ بينهما فحكم بالخيار لطلحة[١]. وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً سكوتياً ظاهراً[٢].

ويثبت هذا الخيار بحكم الشرع من غير حاجة إلى اشتراطه في العقد، مثله في ذلك مثل خيار المجلس، من حيث إن كلا منهما قد أعطاه الشرع لكل من المتعاقدين.

والعلماء اختلفوا في مشروعية خيار الرؤية، واختلافهم هذا ينبني على اختلافهم في مسألة بيع العين الغائبة، وقد اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للحنفية فهم يجوزون بيع العين الغائبة موصوفة كانت أو غير موصوفة[٣].

والقول الثاني: قول المالكية والقول القديم عند الشافعي[٤] وظاهر مذهب الحنابلة[٥] بجواز بيع العين الغائبة الموصوفة[٦].

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع باب من يقول: يجوز بيع العين الغائبة (٥/ ٢٦٩) برقم (١٠٤٢٤)، معاني الآثار باب تلقي الجلب، للطحاوي (٤/ ١٠).

(٢) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٥/ ٤١)، وقد حكي الإجماع على جوازه، حكاه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٩)، قاعدة في المحبة، لابن تيمية (ص: ٢٢٥).

(٣) ينظر: العناية شرح الهداية، للبابرتي (٦/ ٢٢٩).

(٤) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٥٧)، معرفة السنن والآثار، للبيهقي (٨/ ٩) برقم (١٠٩٥١).

(٥) ينظر: المغني، لابن قدامة (٣/ ٤٩٥).

(٦) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٢/ ٢٢١)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٤٧).

والقول الثالث: قول الشافعي في الجديد[1] والإمام أحمد[2] في رواية إلى عدم جواز بيع العين الغائبة مطلقاً[3].

واختلف الفقهاء بناءً على ذلك في مشروعيّة خيار الرّؤية على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ما ذهب إليه الحنفيّة[4]، ورواية عن أحمد، قال ابن قدامة: "أنها أشهر الروايتين[5]، إثبات خيار الرّؤية، بحكم الشّرع وتمكين العاقد بموجبه من الفسخ أو الإمضاء على سبيل التّروّي، ولو كان ما اشتراه موافقاً لما وصف له عند العقد. والقول الثاني: المالكية يصححون بيع الغائب في إحدى صورتين: الأولى إذا وصف بما يبين جنسه ونوعه، والثانية إذا لم يوصف ولكنه اشترط الخيار عند رؤيته - فإذا لم يوجد وصف ولا اشتراط لا يصح بيع الغائب وعلى هذا فهم لا يعترفون بخيار الرؤية القول وهذا تحقيق ما ذهب إليه المالكيّة[6]. والقول الثالث: القول الجديد المعتبر في مذهب الشّافعيّة[7]، وإحدى الرّوايتين

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ١٤)، المهذب، للشيرازي (١/ ٢٦٢).

(٢) أبو عبد الله الإمام أحمد بن محمد بن حنبل، الشيباني، من أعلام أئمة الحديث، والفقه، إليه ينسب المذهب الحنبلي، له المسند، والتفسير، والناسخ والمنسوخ، توفي سنة ٢٤١هـ، ينظر: سيرة الإمام أحمد بن حنبل، لابن صالح، الثقات، لابن حبان (٨/ ١٨)، وفيات الأعيان، لابن خلكان (١/ ٢٦٢).

(٣) ينظر: المغني، لابن قدامة (٣/ ٤٩٤).

(٤) ينظر: البحر الرائق، للزيلعي (٦/ ٢٩)، العناية شرح الهداية، (٥/ ٥٢)، المبسوط، للسرخسي (١٣/ ٦٣).

(٥) ينظر: المغني، لابن قدامة (٦/ ٣١)، المبدع، لإبراهيم بن مفلح (٤/ ٢٩)، وقال المرداوي في الإنصاف: أنها أصح الروايتين. (٤/ ٢٩٦).

(٦) ينظر: المدونة الكبرى، للإمام مالك(٣/ ٢١٤)، مواهب الجليل، للحطاب(٦/ ٣٠٢)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٢).

(٧) ينظر: الأم، للشافعي (٣/ ٣٨)، المهذب، للشيرازي (٢/ ٧).

عن أحمد[1]، نفي خيار الرؤية مطلقاً.

المراد بالرؤية: رؤية ما سبيل العلم به الرؤية لا يشترط رؤية جميعه، بل يكفي رؤية ما يدلّ على العلم بالمقصود، ويختلف ذلك بين كون المحلّ شيئاً واحداً، أو أشياء لا تتفاوت آحادها كالمثليّات[2]، وفي رؤية ففي الشّيء الواحد يعتبر رؤية ما يدلّ على العلم بالمقصود[3]، ورؤية كل شيء بحسبه.

فعند تحقّق الرّؤية يكون العقد لازماً، ولكن لا يترتّب عليه أيّ أثر في حكم العقد، فلا يمنع انتقال الملك في البدلين؛ لأنّ العقد علّق على الرؤية وقد تمت، فيكون أثره كاملاً كانتقال الملك وغيره.

النوع الخامس: خيار الغبن[4]:

- من أدلته:

١ - قول الرسول ﷺ: "الدين النصيحة قلنا لمن قال لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم"[5].

وجه الاستدلال:

أن من أخذ من آخر فيما يبيع منه أكثر مما يساوي بغير علم المشتري ولا رضاه، ومن أعطاء آخر فيما يشتري منه أقل مما يساوي بغير علم البائع ولا رضاه فقد غشه ولم ينصحه[6].

---

(١) المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٣).
(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٦٨).
(٣) ينظر: العناية شرح الهداية، (٥/ ٥٦).
(٤) سيرد مبحث كامل في الباب الثاني في المبحث الرابع (ص: ٢٩٣).
(٥) صحيح مسلم: كتاب الإيمان باب بيان أن الدين النصيحة ح(٥٥).
(٦) ينظر: المحلى، لابن حزم (٨/ ٣٦١).

٢ - "قال عبدالله بن عمر ﷺ بعت من أمير المؤمنين عثمان ﷺمالا بالوادي بمال له بخيبر فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا قال عبد الله فلما وجب بيعي وبيعه رأيت أني قد غبنته بأني سقته إلى أرض ثمود بثلاث ليال وساقني إلى المدينة بثلاث ليال[1]"[2].

وجه الاستدلال:

أن خروج عبدالله بن عمر ﷺ ليقطع الخيار، فدل على أن الخيار مشروع، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا، وأنه فعل ذلك ليجب له البيع ولا يبقى لعثمان خيار في فسخه[3].

وتفاوتت أنظار الفقهاء في الغبن الموجب للخيار، فالحنفية جعلوه مشروعاً عند اقتران الغبن الفاحش بالتغرير وقد أطلقوا عليه اسم خيار الغبن مع التغرير، أو كان غبنًا للقاصر، يعني: ما كان دون البلوغ؛ لأن الأصل عندهم في المعاملات اللزوم:

أما الحنابلة: فقد جعلوه مشروعاً في صور ثلاث هي: تلقي الركبان بيع النجش بيع المسترسل.

---

(١) قال الحافظ ابن حجر: أي زادت المسافة التي بيته وبين أرضه التي صارت إليه على المسافة التي كانت بيته وبين أرضه التي باعها بثلاث ليال قوله: وساقني إلى المدينة بثلاث ليال يعني أن قدر المسافة التي بيني وبين أرضي التي أخذ بها من المسافة التي كانت بيني وبين أرضي التي بعتها بثلاث ليال وإنما قال إلى المدينة لأنهما جميعا كانا بها فرأى بن عمر الغبطة في القرب من المدينة. فتح الباري (٤/ ٣٢٧).

(٢) أخرجه البخاري: كتاب البيوع باب إذا اشترى شيئا فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا ولم ينكر البائع على المشتري أو اشترى عبدا فأعتقه ح(٢١١٦).

(٣) ينظر: فتح الباري، لابن حجر (٤/ ٣٢٦).

والشافعية: فقد أثبتوا خيار الغبن في رأي وفي رأي آخر وحدوده مع خيار الشرط.

والمالكية: يقولون في رأي بالخيار للمغبون مطلقاً، إذا كان مسترسلاً لبائعه. فجمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى مشروعية خيار الغبن على الرغم من اختلافهم في شروطه. فالعقد الذي اشتمل على غبن فاحش وجب فسخ العقد أو إعادة التوازن إليه عند وجود الغبن الفاحش من دون أن يشترط التغرير بل اشترط الجهل بالقيمة فقط.

وللغبن عند الحنابلة ثلاث صور:

الصورة الأولى: تلقي الركبان[1] فإذا تلقى الركبان فباعهم أو اشترى منهم فلهم الخيار إذا هبطوا السوق، وعلموا أنهم قد غبنوا غبناً يخرج عن العادة.

- من أدلته:

١ - قول رسول الله ﷺ: "لا تلقوا الركبان[2] ولا يبيع حاضر لباد قال فقلت لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا"[3]. والمقصود بالحديث: هم الذين يجلبون الأرزاق سواء كانوا ركباناً، أو مشاة، أو واحداً وإنما خرج الحديث على الأغلب في أن الجالب يكون عندا[4].

---

(١) الركب: أصحاب الإبل في السفر دون الثلاثين، وهم العشرة فما فوقها، والركبان: الجماعة منهم. ينظر: الصحاح، للجوهري (١/٥٠٢)، لسان العرب، لابن منظور (١/١٢١٢).

(٢) هو أن يتلقى القافلة و يخبرهم بكساد ما معهم من متاع ليغبنهم. المهذب، للشيرازي (١/٢٩٢).

(٣) صحيح البخاري: كتاب البيوع باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم ح(٢١٥٠)، وباب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر وهل ينصحه ح (٢١٥٨).

(٤) ينظر: سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، للصنعاني (٣/٢٦).

٢ - "نهى رسول الله ﷺ: أن يتلقى الجَلَب[١]"[٢].

اختلف الفقهاء في حكم تلقي الركبان: كثير من العلماء، ومنهم عمر بن عبدالعزيز ومالك والليث[٣]، والشافعي[٤]، ورواية عن الإمام أحمد عليها جماهير أصحابه[٥]، على كراهيته، ويصححون البيع، ويجعلون للمغبون الخيار، وأبو حنيفة[٦] لا يرى في تلقي الركبان بأساً، إذا كان لا يضرهم[٧]. وروي عن الإمام أحمد أن البيع باطل لظاهر النهي في إحدى الروايتين[٨]، وهو مذهب الإمام البخاري[٩]، والقول بصحة البيع يؤيده ما جاء أن رسول الله ﷺ قال: "لا تلقوا الجَلَب فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار"[١٠].

والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح؛ ولأن النهي لا لمعنى في

---

(١) الجلب: ما يجلب للبيع من كل شيء، واجتلابه أي: ساقه من موضع لآخر، ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (١/ ٢٨٧)، القاموس المحيط، للفيروز آبادي (١/ ٦٨).

(٢) أخرجه مسلم: كتاب البيوع باب تحريم تلقي الجلب ح(١٥١٩).

(٣) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ٢٨٦)، التمهيد، لابن عبد البر (١٨/ ٢٨٦).

(٤) ينظر: الأم، للشافعي (٥/ ٢٨٧)، الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٣٤٣).

(٥) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٩٤)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٢١١).

(٦) النعمان بن ثابت بن زوطى التيمي، الفقيه صاحب المذهب المتبع، إمام أهل الرأي، أخذ الفقه عن حماد عن إبراهيم النخعي، ورأى أربعة من الصحابة أنس، وابن أبي أوفى، أبو الطفيل، وسهل الساعدي ﷺ، ولم يلق أحداً منهم، توفي سنة ١٥٠هـ، ينظر: طبقات الفقهاء (١/ ٨٦)، وفيات الأعيان، لابن خلكان (٥/ ٤٠٦).

(٧) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٦٨).

(٨) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ٣١٢)، المبدع، لابن مفلح (٤/ ٧٨).

(٩) ذكره البخاري في كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان وأن بيعه مردود؛ لأن صاحبه آثم إذا كان به عالما، وهو خداع في البيع، والخداع لا يجوز.

(١٠) أخرجه مسلم: كتاب البيوع باب تحريم تلقي الجلب ح(١٥١٩).

البيع، بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار فأشبه بيع المصراة -وفارق بيع الحاضر للبادي- فإنه لا يمكن استدراكه بالخيار إذ ليس الغرور عليه إنما هو على المسلمين، وعلى ذلك يكون للبائع الخيار، إذا علم أنه غبن.

ويحمل إطلاق الحديث في إطلاق الخيار في قوله ﷺ "فهو بالخيار" إذا علم أنه غبن، يؤيد ذلك أن النبي ﷺ جعل له الخيار إذا أتى السوق، فيفهم منه أنه إشارة إلى معرفته بالغبن في السوق، ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع. وظاهر كلام الخرقي[1]، أن الخيار يثبت له بمجرد الغبن وإن قل والأولى أن يتقيد بما يخرج عن العادة؛ لأن ما دون ذلك لا ينضبط[2].

وقال بعض أصحاب مالك إنما نهي عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرِّفق بأهل السوق لئلا ينقطع عنهم مَالَّهُ جلسوا من ابتغاء فضل الله، ومنع الخاص من بعض منافعه لما فيه من ضرر العامة[3].

فالمعتبر عند الجمهور[4] أن النهي عن التلقي إلى أن يصل الركبان السوق، خلافاً للشافعية[5]، أن المعتبر البلد؛ لأن أصحاب السلع إذا لم

---

(١) أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي، شيخ الحنابلة، له المصنفات الكثيرة في المذهب لم ينتشر منها إلا المختصر في الفقه؛ لأنه خرج من بغداد لما ظهر سب الصحابة ﷺ وأودع كتبه في دور سليمان فاحترقت النار التي كانت فيها الكتب، توفي سنة ٣٣٤هـ، ينظر في ترجمته: طبقات الحنابلة، لابن أبي يعلى (٢/ ٧٥)، سير أعلام النبلاء، للذهبي (١٥/ ٣٦٤-٣٦٥).

(٢) ينظر: الشرح الكبير على متن المقنع، لعبد الرحمن بن قدامة (٤/ ٧٨).

(٣) ينظر: منح الجليل، لعليش (٢/ ١٥٥).

(٤) ينظر: العناية، للبابرتي (٥/ ٢٤٠)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ١٨٣)، المغني، لابن قدامة (٤/ ١٦٥).

(٥) ينظر: روضة الطالبين، للنووي (٣/ ٤٥١)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (٤/ ٣١٢).

يعرفوا أسعار السلع فهو من تقصيرهم. والراجح-والله أعلم- ما ذهب إليه الجمهور؛ لما ثبت من النصوص الدالة على ذلك. ومما يُلحق بمسألة التلقّي، صورة ذكرها ابن تيميّة: "إذا اتفق أهل السوق على أن لا يزايدوا في سلع هم محتاجون لها ليبيعها صاحبها بدون قيمتها ويتقاسمونها بينهم فإن هذا قد يضر صاحبها أكثر مما يضر تلقي السلع إذا باعها مساومة؛ فإن ذلك فيه من بخس الناس ما لا يخفى والله أعلم"[1].

الصورة الثانية: النجش:

النجش لغة: من نجشت الصَّيد إذا أثرته[2]. واصطلاحا: أن يزيد في ثمن السلعة لا لرغبة فيها بل ليخدع غيره ويغرّه ليزيد ويشتريها[3].

والنجش محرم، نقل البخاري[4] قول ابن أبي أوفى[5]: "الناجش آكل ربا خائن، وهو خداع باطل لا يحل"[6]. ولما روى ابن عمر ﷺ

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/٣٠٤).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٥/٣٩٤) مادة [نجش]، والمصباح المنير، للفيومي (٢/٥٩٤) مادة [ن ج ش].

(٣) ينظر: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (١٠/١٥٩).

(٤) أبو عبدالله الحافظ محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي بالولاء، البخاري، أمير المؤمنين في الحديث له مصنفات جليلة منها: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، الأدب المفرد، توفي سنة ٢٥٦هـ، ينظر في ترجمته: الجرح والتعديل، لابن أبي حاتم (٧/١٩١)، وفيات الأعيان، لابن خلكان (٤/١٨٨).

(٥) عبد الله بن أبي أوفى واسم أبي أوفى علقمة بن خالد الأسلمي، يكنى أبا معاوية، وقيل غير ذلك، شهد الحديبية، وبايع بيعة الرضوان، وشهد خيبر وما بعدها من المشاهد، ولم يزل بالمدينة حتى قبض رَسُول اللَّه ﷺ، ثم تحول إلى الكوفة، وهو آخر من بقي بالكوفة من أصحاب النَّبِيّ ﷺ. ينظر في ترجمته: معجم الصحابة، لابن قانع (٢/٨٩)، أسد الغابة، لابن الأثير (٣/٧٨).

(٦) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب النجش.

أن رسول الله ﷺ: "نهى عن النجش"[1].

أقوال الفقهاء في بيع النجش:

ذهب الحنفية[2]، والمشهور من مذهب المالكية[3]، والشافعية في قول[4]، [5] إلى صحة العقد مع النجش ويثبت له الخيار، واشترط الشافعية لثبوت الخيار، لا يكون النجش بمواطأة من البائع وعلمه، فإذا كان بمواطأة منه قال بعضهم: لا خيار للمشتري؛ لأن التفريط منه حيث اشترى مالا يعرف قيمته[6]. ورواية عن الإمام أحمد[7]، ورواية عن مالك[8]، ونقله ابن المنذر[9] عن طائفة من أهل الحديث[10]، إلى بطلان العقد إذا كان في البيع غبن، لم تجر العادة بمثله، فللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء، فإن كان يتغابن بمثله فلا خيار له، وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن[11].

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب البيوع باب النجش ح(٢١٤٢)، وأخرجه مسلم: كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه وتحريم النجش وتحريم التصرية ح(١٥١٦).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/٦٩).

(٣) ينظر: عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/٧١٧)، التمهيد، لابن عبد البر (١٣/٢٤٨).

(٤) الأم، للشافعي (٣/ ٩١). صحح هذا القول الغزالي من أئمتهم، إحياء علوم الدين (٢/ ٧٨).

(٥) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٩٥).

(٦) ينظر: المهذب، للشيرازي (ص: ٢٦١)، جواهر العقود، للمنهاجي (ص: ٤٩).

(٧) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٩٥).

(٨) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٢/ ٥٤١)، المنهاج شرح صحيح مسلم، للنووي (١٠/١٥٩).

(٩) أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، كان فقيها عالما مطلعا، صنف في اختلاف العلماء كتبا احتاج إليها الموافق والمخالف، ومن كتبه المشهورة في اختلاف العلماء "كتاب الإشراف" وهو كتاب كبير، وله كتاب "المبسوط" أكبر من "الاشراف"، وهو في اختلاف العلماء ونقل مذاهبهم أيضا، وتوفي بمكة سنة ٣١٩هـ. ينظر في ترجمته: طبقات الفقهاء، للشيرازي (ص: ١٠٨)، وفيات الأعيان، لابن خلكان (٤/٢٠٧).

(١٠) ينظر: الإشراف في مذاهب الأشراف (٦/ ٣٨).

(١١) ينظر: الشرح الكبير، لعبدالرحمن بن قدامة (٤/ ٧٩).

الصورة الثالثة: غبن المسترسل: والاسترسال لغة: الاستئناس، والاطمئنان[1]. واصطلاحا: هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة، وهو الذي لا يماكس فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه[2].

- من أدلته:

١ - قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الاستدلال:

ولا يكون التراضي البتة إلا على معلوم القدر ولا شك في أن من لم يعلم بالغبن ولا بقدره فلم يرض به، فصح أن البيع بذلك أكل مال بالباطل[3].

٢ - قول الرسول ﷺ: "فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ليبلغ الشاهد الغائب فإن الشاهد عسى أن يبلغ من هو أوعى له منه"[4].

وجه الاستدلال:

فأخذ مال الذي لا يحسن المماكسة وغبنه أكل لماله بغير حق، والحديث فيه بيان تؤكيد فلظ تحريم الأموال والدماء والأعراض

---

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (١١/ ٢٨٣) مادة [رسل].

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٢٨٢)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٢/ ٩٢)، المهذب، للشيرازي (١/ ٢٧٠)، الشرح الكبير، لعبدالرحمن بن قدامة (٤/ ٩٧)، المنح الشافيات، للبهوتي (١/ ٤١٠)، شرحات المذاهب معناها واحد.

(٣) ينظر: المحلى، لابن حزم (٨/ ٤٤٠).

(٤) سبق تخريجه (ص: ٦٣)، حاشية رقم (٣).

والتحذير من ذلك[1].

٣ - قول الرسول ﷺ: "الدين النصيحة قلنا لمن قال لله ولكتابه ولرسوله ولائمة المسلمين وعامتهم"[2].

وجه الاستدلال:

أن من أخذ من آخر فيما يبيع منه أكثر مما يساوي بغير علم المشتري ولا رضاه، ومن أعطاه آخر فيما يشتري منه أقل مما يساوي بغير علم البائع ولا رضاه فقد غشه ولم ينصحه[3].

٤ - عن أبي أمامة ﷺ قال النبي ﷺ: "غبن المسترسل ربا"[4].

وجه الاستدلال:

أن الحديث نص في تحريم غبن المسترسل، وليس لأهل السوق أن يبيعوا المماكس بسعر، ويبيعوا المسترسل بغيره[5].

---

(١) ينظر: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (١١/ ١٦٩) بتصرف.

(٢) أخرجه مسلم: كتاب الإيمان باب بيان أن الدين النصيحة ح(٥٥).

(٣) ينظر: المحلى، لابن حزم (٧/ ٣٦١).

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٨/ ١٣٦) برقم (٧٥٧٦)، والسيوطي في الجامع الصغير (٢/ ٣٥٥). وأخرجه البيهقي من أنس وعن جابر وعلي بن أبي طالب (٥/ ٥٧١) برقم (١٠٩٢٤) وقال بأنه ضعيف، وقال المناوي: قال الحافظ سنده هنا جيد. يعني السند الذي من علي. فيض القدير، (٤/ ٤٠٠) برقم (٥٧٥٧)، وقال الهيثمي: فيه موسى بن عمير الأعمى، وهو ضعيف جداً، مجمع الزوائد، للهيثمي (٤/ ٧٦)، وقال الذهبي: بعد سياقه للحديث من موسى بن عمير، عن مكحول، عن أبي أمامة ﷺ موسى ضعيف، وساقه عن يعيش بن هشام القرقساني، عن مالك، عن الزهري، عن أنس ثم قال: قلت: المتهم بوضعه يعيش. تنقيح التحقيق، للذهبي (٢/ ٩٠)، وضعفه الشيخ الألباني بكل طرقه في سلسلة الأحاديث الضعيفة قال: ضعيف جداً (٢/ ١١٨) برقم (٦٦٧).

(٥) ينظر: الطرق الحكمية، لابن القيم (١/ ٢٠٤).

أقوال الفقهاء في الغبن المسترسل:

الأول: أنه إذا غبن المسترسل الغبن الذي يخرج عن العادة، فالعقد صحيح، ويثبت له الخيار. قال به مالك[١]، وإليه ذهب الحنابلة[٢]، وهو اختيار ابن تيمية[٣]، .

والقول الثاني: أن البيع يلزمه ولا فسخ له؛ لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كغير المسترسل، وكالغبن اليسير. قال به أبو حنيفة[٤]، [٥] ورواية عن الإمام مالك[٦].

والراجح -والله أعلم- القول الأول؛ لأن البائع قبل أن يهبط السوق يكون جاهلا بقيمة السلع فنهى النبي ﷺ عن أن يخرج المشتري إليه ويبتاع منه؛ لما في ذلك من تغريره والتدليس.

وأثبت له الخيار إذا علم بحقيقة الحال[٧]. ولكن الشارع راعى المصلحة العامة؛ فإن الجالب إذا لم يعرف السعر كان جاهلا بثمن المثل فيكون المشتري غارا له، والمسترسل: الذي لا يماكس والجاهل بقيمة المبيع؛ فإنه بمنزلة الجالبين الجاهلين بالسعر فتبين أنه يجب على الإنسان أن لا يبيع مثل هؤلاء إلا بالسعر المعروف وهو ثمن المثل؛ وإن لم يكن هؤلاء محتاجين إلى الابتياع من ذلك البائع؛ لكن لكونهم جاهلين بالقيمة أو مسلمين إلى البائع غير مماكسين له، والبيع يعتبر فيه الرضا والرضا

(١) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٤٧٠)، منح الجليل، لعليش (٥/ ٢١٨).
(٢) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٩٧)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٢١٢).
(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٥٩-٣٦٠).
(٤) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٤/ ١٥٩).
(٥) ينظر: تكملة المجموع، للسبكي (١٢/ ٣٢٨).
(٦) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٤٧٠).
(٧) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٥٩).

يتبع العلم ومن لم يعلم أنه غبن فقد يرضى وقد لا يرضى فإذا علم أنه غبن ورضي فلا بأس بذلك وإذا لم يرض بثمن المثل لم يلتفت إلى سخطه[1].

فالمسترسل غبن لجهله بالمبيع فأثبت له الخيار، وأما غير المسترسل فإنه دخل على بصيرة بالغبن، فهو كالعالم بالعيب، وكذا لو استعجل فجهل ما لو ثبت لعلمه لم يكن له خيار؛ لأنه اثبتى على تفريطه وتقصيره، ويثبت للمشتري الخيار إذا غُبن في السعر أو في وصف المبيع وغرر به تغريرًا فاحشًا.

النوع السادس: خيار التدليس:

التدليس لغة: مصدر دلَّس، مأخوذ من الدَّلس، وهي: الظُّلمة[2]. واصطلاحا: كأن البائع بفعله الآتي صيَّر المشتري في ظلمة بما يزيد به الثمن ولو لم يكن عيبا[3].

- من أدلته:

١ - قول الرسول ﷺ: "من غشنا فليس منا"[4].

٢ - قول الرسول ﷺ: "لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر"[5]. ولهذا الحديث ثبت خيار الرد.

---

(١) المرجع نفسه (٢٨/١٠٢).

(٢) ينظر: القاموس المحيط، للفيروز آبادي (١/٥٤٦)، والمصباح المنير، للفيومي (١/١٩٨). مادة [د ل س].

(٣) ينظر: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، للبهوتي (٢/٤٢).

(٤) أخرجه مسلم: كتاب الإيمان باب قول النبي ﷺ من غشنا فليس منا ح(١٠١).

(٥) أخرجه البخاري: كتاب البيوع باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم=

قال ابن عبد البر: "هذا الحديث أصل في النهي عن الغش وأصل في أنه (أي التدليس) لا يفسد أصل البيع، وأصل في أن مدة الخيار ثلاثة أيام، وأصل في تحريم التصرية، وثبوت الخيار بها"[1]. فإذا كان التدليس من البائع بدون قصد انتفت الحرمة، مع ثبوت الخيار للمشتري دفعاً للضرر عنه. وقال البخاري: "أصل التصرية حبس الماء، يقال صريت الماء إذ حبسته"[2]. والتصرية حرام، إذا أريد بها التدليس على المشتري، فمن اشترى مصراة من بهيمة الأنعام، وهو لا يعلم تصريتها ثم علم:

له الخيار في الرد أو الإمساك روي ذلك عن: ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس[3]، وإليه ذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم[4].

وذهب أبو حنيفة ومحمد[5] إلى أنه لا خيار له؛ لأن ذلك ليس بعيب بدليل أنها لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار، ويترجح للباحث-والله أعلم- أن له خيار التدليس؛ لأن البيع اشتمل على خديعة، فكان تمام العدل في إعطاء المشتري الحق في الفسخ أو تركه، وإعادة لتوازن العقد.

= ح(٢١٤٨)، وأخرجه مسلم: كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سوم وتحريم النجش وتحريم التصرية ح(١٥١٥).

(١) التمهيد، لابن عبد البر (١٨/ ٢٠٥).

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل، والبقر والغنم وكل محفلة (٣/ ٧٠).

(٣) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ١٠٢).

(٤) ينظر: المهذب، للشيرازي (ص: ٤٩)، تكملة المجموع، للسبكي (١٢/ ٢٥)، المبدع، لإبراهيم ابن مفلح (٤/ ٧٩)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٢١٢).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٨٢).

الفرع الثاني: وجه حماية الخيارات في المعاملات المالية للتوازن في العقود:

الأصل في عقد البيع أنه إذا وجدت أركانه وتحققت شروطه أن ينعقد مبرمًا بحيث تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري وملكية الثمن إلى البائع، إلا أن الشارع راعى مصالح المكلفين فشرع الخيارات رحمة بالمتعاقدين لضمان رضاهما وحفظ مصلحتهما ودفع الضرر عنهما، ومن أجل نفي المنازعات والخصومات وذلك من أهم مقاصد الشريعة، وكذلك من أجل تحقيق التوازن ومنع الظلم ورفعه، في المعاملات والوصول إلى تمام الرضا والتوسعة على العاقدين.

فالخيار شرع نظرا للمتعاقدين للاحتراز عن الغبن والظلامة[1]، وكذلك يثبت لنفي الضرر[2]، وهو موضوع لتمام البيع واستقراره لا للفسخ[3]، وكذلك ثبت الخيار رفقا بالمتعاقدين رخصة إما لدفع الضرر وإما للتروي[4].

فإقدام المشتري على الشراء إنما هو للاستفادة بمنفعة السلع المباعة بأي وجه من أوجه التصرف المباحة، فمقتضى العقد أن تكون السلعة سالمة من كل العيوب المؤثرة التي تعيق تمتع المشتري بما ابتاعه؛ لأن الأصل في العقد سلامة العوضين، والعيوب مخالفة للظاهر، ومتى فات الغرض من المبيع فإن من حق مشتريه رده على بائعه وأخذ الثمن[5].

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل الاختيار، للموصلي (٢/١٢).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٢/٢١٥).

(٣) المعونة، للقاضي عبد الوهاب (ص: ١٠٤٢).

(٤) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، للشربيني (٢/٤٠٢)؛ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، له (٢/ ٢٨٣)؛ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي (٤/ ٣).

(٥) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/١٠٩).

فالسلامة من مقتضيات العقد؛ لأنه عقد معاوضة، والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة، وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالمبدل، والسلامة بالسلامة، فكان إطلاق العقد مقتضياً للسلامة، فإذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار؛ لأن المشتري يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب، وهو عاجز عن تسليمه، فيثبت له الخيار[1].

الخيارات في العقود على خلاف الأصل؛ لأن الأصل في العقد أن يكون لازمًا لكلا الطرفين بنفس الإيجاب والقبول؛ رفعًا للنزاع، وضمانًا لاستقرار المعاملات بين الناس، لكن مصلحة المتعاقدين تقتضي في بعض المعاملات عدم لزوم العقد بمجرد صدور الإيجاب والقبول من طرفيه، فمن اشترى سلعة من غير رؤية، ولا مشاورة لأهل الخبرة؛ خوفًا من فوات السلعة، أو لكي يسبق غيره إلى العقد عليها، وهذا ينجم عنه اختلال في العقد، يؤثر على الرضا، فلو لزم العقد؛ لأدى ذلك إلى الحرج. فالشارع بتشريعه للخيارات لضمان الأمان والطمأنينة للمتعاقدين، لإرجاع العقد إلى التوازن بعد اختلاله. قال محمد بن الحسن: "واعلم أن للبائع حق حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن؛ لأن مقتضى العقد المساواة بين العاقدين"[2].

فالخيارات شرعت؛ لتخفيف مثبة الإخلال بالعقد في البداية لعدم المعرفة التامة، أو لدخول اللبس والغبن ونحوه مما يؤدي إلى الإضرار بالعاقد، أو في بعد العقد كاختلال التنفيذ، وكذلك لتمحيص الإرادتين وتنقية عنصر التراضي مما يعرض له؛ لدفع الضرر عن العاقد.

وعليه فإن على البائع إبلاغ المشتري بعيب المبيع إن كان يعلمه

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٢٧٤).

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي (٤/ ١٤).

خاصةً إذا كان العيب مؤثراً يثبت به الخيار؛ إذ أن كتمانه يعرض صاحبه للإثم حتى لو رضي به المشتري فيما بعد؛ لأن الأمانة توجب الإبلاغ بالعيب ابتداءً بغضّ النظر عن رضا المشتري، أو علمه، حتى لو كان الإخبار من طرف آخر، فلا شك أن من أبرز الالتزامات التي نبه عليها ديننا الحنيف النصيحة لكل مسلم، وقد جاء ذلك جلياً في قوله ﷺ: "الدين النصيحة، قلنا لمن يا رسول الله ؟ قال: لله ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم"[1]؛ وهذا فيه دلالة على مراعاة الشريعة المقاصد الشرعية التي تحفظ حقوق المتعاقدين.

وكذلك فيما لو علم طرف آخر غير المتعاقدين وجود عيب في السِّلعة المبيعة، وغلب على ظنه جهل المشتري بها، وعدم إبلاغ البائع له بالعيب فإن من الواجب عليه أن يقوم بدوره في إعلام المشتري، وإن غلب على ظنه أن البائع أبلغ المشتري، فلا مانع أن يتأكد من علم المشتري منفرداً به تجنباً لحصول الظنينة، ويكون الإعلام قبل الشراء إن تيسر له أو بعده[2].

قال ابن رشد: "والخيار يكون لوجهين: للمشورة واختبار المبيع، أو لأحد الوجهين، ويقول بعدئذ: العلّة في إجازة البيع على الخيار وحاجة النّاس إلى المشورة فيه، أو الاختيار"[3]. وهذا كلّه في المشتري، أمّا البائع فلا يتصوّر في حقّه إلّا كون الغرض المشورة، لأنّ المبادلة منه تهدف إلى الثّمن، والثّمن لا مجال لاختباره غالباً، إنّما يتصوّر أن يراجع البائع من يثق به في كون الثّمن متكافئاً مع المبيع فلا غبن ولا وكس.

---

(١) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ١٥٢) حاشية رقم (٥).

(٢) ينظر: تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي(٤/ ٣١٥).

(٣) ينظر: المقدمات الممهدات، لأبي الوليد ابن رشد (٢/٨٦-٨٨).

فالبيع سبب للإيقاع في الندم، والندم يحوج إلى النظر فأثبت الشارع الخيار، وبين الإسلام يراعي مصالح العباد ويرفع عنهم الحرج والمشقة فجعل للعاقد طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه، وفي ذلك مصلحة وفائدة لكلٍ من البائع والمشتري، وحفظ لتوازن العقود، وإعادة التوازن بعد اختلالها.

وتختلف الخيارات عن الإقالة، فلو لزم العقد بوصفه وحكمه لما شرعت الإقالة لكنها شرعت نظرا للمتعاقدين إلا أنها شرعت لاستدراك ندم ينفرد به أحدهما فلم تجب وخيار المجلس شرع لاستدراك ندم يشتركان فيه فوجب[1].

(١) ينظر: فتح الباري، لابن حجر (٤/ ٣٣٢).

المطلب السابع

ثبوت الشفعة

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف بالشفعة[1] لغة واصطلاحا:

الشفعة لغة: الشين والفاء والعين أصل صحيح يدل على مقارنة الشيئين، والشفعة في الدار من هذا[2]. ومن له الشفعة يشفع عقاره بالعقار الذي يأخذه[3]. فإن الشفيع كان تعييه منفردا في ملكه، فبالشفعة يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به. واصطلاحا: فعند الحنفية: تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه بمثله لو مثليا وإلا فبقيمته، وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشتري بشركة أو جوار[4]. وعند المالكية: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه[5]. وعند الشافعية: والشفعة حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض[6]. وعند الحنابلة: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد

---

(١) والأصل في تسميتها بذلك هو أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطا أو منزلا أو نخلا من حائط أو منزل أتاه المجاور أو الشريك فشفع له في أن يوليه إياه ليتصل له الملك أو يدفع عنه الضرر حتى يشفعه فيه فسمي ذلك شفعة وسمي الآخذ شفيعا والمأخوذ منه مشفوعا عليه. وقيل: اشتقاقها من الزيادة؛ لأن الشفيع يزيد المبيع في ملكه. ينظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد (٣/ ٦١)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٣٢٩).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٣/ ٢٠١)، مادة (ش ف ع).

(٣) ينظر: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، للنسفي (ص: ١١٩).

(٤) ينظر: كنز الدقائق، للنسفي (ص: ٥٨٣)، الدر المختار، للحصكفي (ص: ٦٢١).

(٥) ينظر: حدود ابن عرفة (ص: ٣٥٦).

(٦) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني (٣/ ٣٧٣)، تكملة المجموع، للمطيعي (١٤/ ٣٠٢) حيث عرفها: انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى.

من انتقلت إليه[1]. والأقرب -والله أعلم- لحقيقة الشفعة تعريف الشافعية؛ لأنه ذُكِر فيه عوض انتزاع حصة الشريك.

الفرع الثاني: أدلة ثبوت الشفعة:

١ - «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[2].

٢ - قول الرسول ﷺ: "الجار أحق بسقبه[3]»[4].

٣ - "قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة[5] أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»[6].

٤ - أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط[7].

---

(١) ينظر: المغني، لابن قدامة (٥/٢٢٩).

(٢) أخرجه البخاري: كتاب الشفعة باب الشفعة في ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ح(٢٢٥٧)، وأخرجه مسلم: كتاب المساقاة: باب الشفعة ح(١٦٠٨).

(٣) السَّقب: بالسين والصاد في الأصل: القرب، يقال سقبت الدار وأسقبت: أي قربت، ويجوز فتح القاف وإسكانها للقرب والملاصقة. ينظر: غريب الحديث، لابن الأثير(٢/٣٧٧)، فتح الباري، لابن حجر(٤/٤٣٨).

(٤) أخرجه البخاري: كتاب الشفعة باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع ح(٢٢٥٨)

(٥) الربعة: الربع: المنزل ودار الإقامة، وربع القوم محلتهم، والرباع جمعه. وهي بفتح الراء تأنيث الربع وهو المنزل والحائط والبستان. غريب الحديث، لابن الأثير (٢/١٨٩)، شرح الزرقاني على الموطأ (٣/٥٥٩).

(٦) أخرجه مسلم: كتاب المساقاة باب الشفعة ح(١٦٠٨).

(٧) ينظر: الإجماع، لابن المنذر(ص: ١٣٦)، التمهيد، لابن عبد البر (٧/٤٦)، المقدمات الممهدات، لابن رشد (٣/٦٦)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ١٠)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (١١/٤٥)، فتح الباري، لابن حجر (٤/٤٣٦)، المغني، لابن قدامة (٥/٢٢٩).

الفرع الثالث: وجه حماية ثبوت الشفعة للتوازن في العقود:

الشريعة المحققة لمصالح العباد في الدارين، تراعي مصالحهم، وتدفع عنهم ما ينتج عنه ضرر بهم، أو إضرار بغيرهم. قال ابن القيم: من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة، ولا يليق بها غير ذلك؛ فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقاء على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به، ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب فإن الخلطاء يكثر فيهم بغي بعضهم على بعض شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر: بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه، وبالشفعة تارة وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك؛ فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان؛ فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي، ويزول عنه ضرر الشركة، ولا يتضرر البائع؛ لأنه يصل إلى حقه من الثمن، وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد، ومن هنا يعلم أن التحيل لإسقاط الشفعة مناقض لهذا المعنى الذي قصده الشارع ومضاد له[1]. فالضرر الذي يلحق بالشريك، يشكل اختلالا في التوازن؛ فالتوازن في العقود يقتضي أن ينتفي الضرر والإضرار عن المتعاقدين، وعن من يؤثر العقد عليه من الغير، الذي يترتب على العقد إضرار به. فالشفعة ثبتت على خلاف الأصل لمعنى معدوم في الجار وهو أن الشريك ربما دخل عليه شريكه فتأذى به فدعت الحاجة إلى مقاسمته فيدخل عليه الضرر بنقص قيمة ملكه... والعلة في مشروعية الشفعة لما

---

(١) ينظر: إعلام الموقعين، لابن القيم (٢/ ٩٢).

يحصل من الضرر بمشاركة الغير الأجنبي[١]. ولأن الضرر في العقار يتأبد من جهة الشريك فثبت فيه الشفعة لإزالة الضرر[٢]. فوجبت الشفعة تخوفا من سوء عشرة الداخل عليه[٣]. وكذلك فهي موضوعة لارتفاق الشفيع بها في التماس الحظ لنفسه في الأخذ والترك والاختيار والمشترى في حسن المشاركة ليقر أو في سوء المشاركة ليصرف[٤]. وقيل الحكمة في ثبوت الشفعة إزالة الضرر عن الشريك وخصت بالعقار لأنه أكثر الأنواع ضررا[٥]. فالأخذ بالشفعة تملك مال المشتري من غير رضاه، وعصمة ملكه، وكون التملك إضرارا يمنع من ذلك فكان ينبغي أن لا يثبت حق الأخذ أصلا[٦]. فالفقهاء متفقون على عدم اعتبار الرضا والاختيار من المشتري متى طالب الشفيع بحقه في الأخذ بالشفعة[٧].

وأما التحايل لإسقاطها فيشكل اختلالا في التوازن؛ لذا حرمه جمهور أهل العلم[٨] هذا التصرف؛ لأن في إسقاطه ضرر بالشريك،

---

(١) ينظر: فتح الباري، لابن حجر(٤/٣٢٨-٣٢٩).

(٢) ينظر: المهذب، للشيرازي (٢/ ٢١٢)، تكملة المجموع، للمطيعي (١٤/٢٩٩).

(٣) ينظر: تكملة المجموع، للمطيعي (١٤/ ٣٠٤).

(٤) ينظر: تكملة المجموع، للسبكي (١٢/ ٣٣٣).

(٥) ينظر: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (١١/ ٤٥).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٤).

(٧) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي (٥/ ٢٢٩)، مواهب الجليل، للحطاب (٥/ ٣١٠)، مغني المحتاج، للشربيني (٥/ ٢٩٦)، غاية المنتهى، للكرمي (٢/ ٢٥٠).

(٨) اختلف الفقهاء على قولين: الأول: أنه لا يجوز الاحتيال لإسقاط الشفعة، كأن يشتري الملك ثم يبيعه الباقي مع الكراهة، وهو المقرر عند الحنفية والشافعية، ومحمد بن الحسن من الحنفية يكره ذلك أشد الكراهية، والقول الثاني: أنه يحرم الاحتيال لإسقاط الشفعة، فإن فعل ثم تسقط؛ لأنها شرعت لدفع الضرر، فلو سقطت بالتحايل لترتب الضرر. قال به المالكية والحنابلة: ينظر في أقوالهم: بدائع الصنائع، للكاساني(٢/ ١٥)، تبيين الحقائق، للزيلعي(٥/ ٢٦١)، منح الجليل، لعليش(٥/ ٢٥٤)، المهذب، للشيرازي(٢/ ٢٢٢)، الإنصاف، للمرداوي (٦/ ٢٨٦).

والغرور ترفعه الشريعة، فكان التحايل لإسقاطه مخالفا لمقصد الشارع من تشريع الشفعة؛ لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع فالذي يحتال لإسقاطها بمنزلة القاصد إلى الإضرار بالغير، وذلك مكروه ولا سيما إن كان بين المشتري وبين الشفيع عداوة ويتضرر من مشاركته[1]. ولأنها وضعت لدفع الضرر فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر[2].

(١) ينظر: فتح الباري، لابن حجر (١٢/ ٣٤٦).
(٢) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي (٤/ ١٣٥).

المطلب الثامن

الحجر

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الحجر لغة واصطلاحا:

الحجر لغة: الحاء والجيم والراء أصل واحد مطرد، وهو المنع والإحاطة على الشيء. والحجر بكسر الحاء الحرام؛ لأنه منع عنه والحجر العقل؛ لأنه مانع عن القبائح والحجر حطيم الكعبة في مكة؛ لأنه منع عن الإدخال في قواعد البيت وحجر السفيه منعه عن التصرفات[1]. والحجر مصدر: حجر يحجر ويحجر بضم الجيم وكسرها وهو لغة حصر الإنسان والمنع والحرام، وتثلث حاؤه في المعاني الثلاث[2]. واصطلاحا: عند الحنفية: عبارة عن منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه[3]. وعند المالكية: صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله[4]. وعند الشافعية والحنابلة: منع الإنسان من التصرف في ماله[5]. والتعريف الأقرب-والله أعلم- تعريف الحنفية؛ لأن المحجور عليه لا يمنع من كل التصرفات، وإنما التصرفات التي تضر بحق الغرماء إذا كان الحجر لمصلحة غيره، وإن كان الحجر عليه لمصلحة نفسه فإنما يحجر عليه في التصرفات التي يترتب عليه ضرر بالمتعاقد نفسه.

---

(١) ينظر: طلبة الطلبة، للنسفي (ص: ١٦٢).

(٢) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (٤/ ١٦٧)، القاموس المحيط، للفيروز آبادي (١/ ٢٧١).

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي (٢/ ٩٤)، حاشية ابن عابدين (٦/ ١٤٣).

(٤) ينظر: شرح حدود ابن عرفة، للرصاع (١/ ٣١٣)، الذخيرة، للقرافي ٨/ ٢٢٨.

(٥) ينظر: تكملة المجموع، للمطيعي (١٣/ ٢٤٤)، المغني لابن قدامة (٤/ ٣٤٣).

الفرع الثاني: أدلة ثبوت الحجر:

١ - قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَتَبَدَّلُوا۟ ٱلْخَبِيثَ بِٱلطَّيِّبِ ۖ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا ﴿٢﴾ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟ ﴿٣﴾ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴿٤﴾ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴿٥﴾ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟ ۚ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ﴾ [النساء: ٢-٦].

وجه الاستدلال:

أن الله جل ثناؤه عمّ بقوله: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥] فلم يخصص سفيها دون سفيه، فغير جائز لأحد أن يؤتي سفيها ماله صبيا صغيرا كان أو رجلا كبيرا ذكرا كان أو أنثى، والسفيه الذي لا يجوز لوليه أن يؤتيه ماله، هو المستحق الحجر بتضييعه ماله وفساده وإفساده وسوء تدبيره ذلك[1]. قال أبو موسى الأشعري ﷺ: السفهاء هنا كل من يستحق الحجر[2].

لذا ينهى تعالى عن تمكين السفهاء من التصرف في الأموال التي جعلها الله للناس قياما، أي: تقوم بها معايشهم من التجارات وغيرها. وقوله ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم﴾ [النساء: ٦] أي علمتم منهم رشدا. ثم قال تعالى: ﴿فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ﴾ [النساء: ٦] يعني التي تحت أيديكم ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟ ۚ﴾ [النساء: ٦] أي لا تأخذوها إسرافا يعني على غير ما أباح الله لكم وأصل الإسراف: تجاوز الحد المباح. ﴿وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟ ۚ﴾ [النساء: ٦] يعني تأكل مال اليتيم

(١) ينظر: جامع البيان، للطبري (٦/٣٩٤).

(٢) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٥/٢٨).

مبادرا أن يبلغ فيحول بينه وبين ماله[1]. وأضيفت الأموال إلى ضمير المخاطبين إشارة بديعة إلى أن المال الرائج بين الناس هو حق لمالكيه المختصين به في ظاهر الأمر، ولكنه عند التأمل تلوح فيه حقوق الأمة جمعاء؛ لأن في حصوله منفعة للأمة كلها، ولأن ما في أيدي بعض أفرادها يعود إلى الجميع بالمصالحة، وتورث عنهم إذا ماتوا فينتقل المال بذلك من يد إلى غيرها فينتفع العاجز وغيره، ومتى قلت الأموال من أيدي الناس تقاربوا في الحاجة والخصاصة، فأصبحوا في شدة، واحتاجوا إلى غيرهم، وذلك من أسباب ابتزاز عزهم، وامتلاك بلادهم، وتصيير منافعهم لخدمة غيرهم، فلأجل هاته الحكمة أضاف الله تعالى الأموال إلى جميع المخاطبين ليكون لهم الحق في إقامة الأحكام التي تحفظ الأموال والثروة العامة[2].

ب - أن النبي ﷺ حجر على معاذ[3] ماله وباعه في دين كان عليه[4].

---

(١) ينظر: النكت والعيون، للماوردي (٦/ ٣٤٠).

(٢) ينظر: تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، لابن عاشور (٤/ ٢٢٤-٢٢٥).

(٣) أبو عبدالرحمن معاذ بن جبل بن عمرو الأنصاري الخزرجي، وهو أحد السبعين الذين شهدوا العقبة من الأنصار، وآخى رسول الله ﷺ بينه وبين عبد الله بن مسعود، وكان من أعيان الصحابة، بعثه النبي ﷺ إلى اليمن قاضيا ومعلما، شهد بدرا والمشاهد كلها، مات معاذ بن جبل بناحية الأردن في طاعون عمواس سنة ١٨هـ، وهو ابن ثمان وثلاثين سنة. ينظر في ترجمته: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر (٣/ ١٤٠٢-١٤٠٧)، أسد الغابة في معرفة الصحابة، لابن الأثير (٤/ ٤١٨).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى موصولا (٦/ ٨٠) برقم (١١٢٦٠)، ورواه مرسلا برقم (١١٣٦٢)، وخالف عبد الرزاق فرواه مرسلا عن معمر (٨/ ٢٦٧) برقم (١٥١٧٧)، وأخرجه الحاكم في المستدرك وصححه (٢/ ٦٧) برقم (٢٣٤٨)، وأخرجه الدارقطني (٤/ ٢٣١)، وصوب عبد الحق الأشبيلي: إرساله في الأحكام الوسطى (٣/ ٢٨٧)، وعبد الرزاق رواه=

ت - أتى عبد الله بن جعفر[1] الزبير، فقال: "إني ابتعت بيعا بكذا وكذا، وإن عليا يريد أن يأتي عثمان فيسأله أن يحجر علي، فقال له الزبير: فأنا شريكك في البيع، فأتى علي عثمان فقال له: إن ابن جعفر ابتاع كذا وكذا، فاحجر عليه، فقال الزبير: أنا شريكه في هذا البيع، فقال عثمان: "كيف أحجر على رجل في بيع شريكه الزبير؟"[2].

ث - قول الرسول ﷺ: "من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره"[3].

ج - أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج فيشتري الرواحل فيغلي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب

= موصلا (٨/ ٣٢٧) برقم (١٥١٧٧)، ورواه أبو داود في مراسيله (١/ ١٦٢) برقم (١٧١)، ورواه الطبراني في المعجم الأوسط (٦/ ١٠٥) برقم (٥٩٣٩)، وقال ابن عبد الهادي في التنقيح (٤/ ١٣٢): "والمشهور في الحديث الإرسال"، وضعف الألباني رفعه في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (٥/ ٢٦١) برقم (١٤٣٥). ونقل ابن حجر عن عبد الحق قوله: المرسل أصح من المتصل، وقال ابن الطلاع في الأحكام: هو حديث ثابت، سنن البيهقي (٦/ ٤٨)، والحديث مرسل، ينظر: تنقيح التحقيق، للذهبي (٢/ ١١١)، البدر المنير، لابن الملقن (٦/ ٦٤٥)، التلخيص الحبير، لابن حجر (٣/ ٨٦، ٩٨).

(١) هو أبو جعفر عبد الله بن جعفر ذي الجناحين بن أبي طالب، القرشي الهاشمي، ولد بأرض الحبشة، وهو أول مولود بها، وقدم مع أبيه المدينة، وحفظ عن رسول الله ﷺ، وروى عنه، وتوفي بالمدينة سنة ٨٠هـ. ينظر في ترجمته: الاستيعاب، لابن عبدالبر(٣/ ٨٨٠-٨٨١)، أسد الغابة، لابن الأثير (٣/ ١٩٩).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك (٣/ ٤٧٤) برقم (٤٤٧٢)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٨/ ٢٧١) برقم (١١٨٩٦)، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/ ٢٦٧) برقم (١٥١٧٦)، مسند الشافعي (٣/ ٢١٧) برقم (١٤٨٢)، وصححه الألباني، في إرواء الغليل (٥/ ٣٧٣) برقم (١٤٤٩).

(٣) أخرجه البخاري: كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به ح(٢٤٠٢)، وأخرجه مسلم: كتاب المساقاة باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه ح(١٥٥٩).

ﷺ فقال: "أما بعد أيها الناس فإن الأسيفع[1] أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ألا وإنه قد دان معرضا[2] فأصبح قد رين به[3] فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم وإياكم والدين فإن أوله هم وآخره حرب"[4].

ح - قول الرسول ﷺ: "لي الواجد يحل عرضه وعقوبته"[5]. قال ابن المبارك: "يحل عرضه يغلظ له وعقوبته يحبس له". وقال أحمد: "قال وكيع عرضه شكايته وعقوبته حبسه"[6].

الفرع الثالث: وجه حماية الحجر للتوازن في العقود:

العقود والتصرفات التي يجريها المكلف، إذا كان مكلفا راشدا، والتصرفات مباحة شرعا، كان أداؤها من الوفاء بالعهود الذي أوجبه المولى جلت قدرته، لكن هذا التصرف إذا ترتب عليه ضرر بالمتعاقد نفسه، كأن يكون لا يحسن التصرف، أو يكون صغيرا أو سفيها، فتسلب

---

(١) أسيفع تصغير أسفع، والسفعة في اللون السواد. النهاية في غريب الحديث، لابن الأثير (٢/٣٧٤).

(٢) معرضا: وهو الذي يتعرض الناس فيستدين ممن أمكنه. وقيل: أي أخذ الدين ولم يبال ألا يؤديه. تهذيب اللغة، لابن فارس (١/٢٩٢).

(٣) رين به: أي أصبح قد أحاط بماله الدين. تهذيب اللغة، لابن فارس (١٥/١٦٢).

(٤) أخرجه الإمام مالك في الموطأ: كتاب الوصية باب جامع القضاء وكراهيته ح(١٤٦٠)، معرفة السنن والآثار، للبيهقي (٨/ ٢٩٢) برقم (١١٨٥٢)، فصله الألباني، إرواء الغليل (٥/ ٣٦٢) برقم (١٤٣٦).

(٥) أخرجه أبو داود: كتاب الأقضية باب في الحبس في الدين وغيره ح(٣٦٢٨)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى: كتاب البيوع باب مطل الغني(٦/ ٨٩) برقم (٦٢٤٢)، وأخرجه أحمد: من حديث الشريد بن سويد الثقفي ﷺ(٤/ ٣٨٩)ح(١٩٤٨١)قال الأرناؤوط: "شيخ أحمد هنا هو الضحاك بن مخلد وهو أبو عاصم النبيل ثقة من رجال الشيخين، وعلقه البخاري في باب لصاحب الحق مقال"، وصححه الألباني، إرواء الغليل(٥/ ٣٥٩)برقم (١٤٣٤).

(٦) ينظر: البدر المنير، لابن الملقن (٦/ ٦٥٦).

أمواله، وتؤخذ بغير وجه حق، أو ينفقها في غير حلّها، أو يتصرّف فيها على سَنَن المبذرين، وطريقة المسرفين[١]، والأصل صحة التصرف وعدم الحجر حتى يثبت[٢]. وقد يترتب على تصرفه ضرر بالغير، كأن يأخذ أموال الناس وسلعهم، ولا يفي بما التزمه، فيطالب الناس بحقهم، فيطالبه أهل الحقوق، فلا يتمكن من الوفاء، ويفلس؛ فلحفظ حقوق الناس، شُرع الحجر؛ لتحقيق مصالح المتعاقدين، وحفظ توازن العقود التي أجراها، ودرءً لمفسدة اختلال العقود، وضياع الحقوق، قال الإمام أحمد: لولا الحجر لذهبت أموال الناس[٣]. ومن محاسن الحجر النظر والشفقة على المحجور وقد يكون النظر والشفقة لغيره ودفع الأذى عنه كما في حجر المديون والسفيه على قولهما وحجر المريض عن التصرف في الزهن وحجر العبد لحق المولى[٤].

والحجر نوعان: نوع شرع لمصلحة الغير، كحجر المفلس أي الحجر عليه في ماله لحق الغرماء، ونوع شرع لمصلحة المحجور عليه، كالحجر المجنون والصغير والمجنون؛ ولأن إطلاقهم في التصرف يفضي إلى ضياع أموالهم، وفيه ضرر عليهم. وزاد الماوردي نوعا ثالثا، وهو ما شرع للأمرين يعني مصلحة نفسه وغيره وهو المكاتب ومن له أدنى تمييز فكالصبي المميز في الحجر عليه في التصرفات المالية[٥]. فمن قلّ مالُه، وكثرت ديونه، فللقاضي أن يحجر عليه، لأجل غرمائه إذا استدعَوْا ذلك

---

(١) الفرق بينهما: الإسراف صرف الشيء فيما ينبغي زائدا على ما ينبغي، والتبذير صرفه فيما لا ينبغي. حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٦٠).

(٢) مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٣٠/ ٤٥).

(٣) ينظر: مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه، برواية إسحاق بن منصور الكوسج (٢/ ٢٢).

(٤) ينظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٥/ ١٩٠).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٦/ ٢٤٢).

منه، ويستغيثون باستدعاء الحجر تحرّ يده عن التصرفات في ماله؛ حتى تُصرف أمواله إلى جهات ديونه[1]. قال ابن كثير: "الحجر على السفهاء، وهم أقسام: فتارة يكون الحجر للصغر؛ فإن الصغير مسلوب العبارة، وتارة يكون الحجر للجنون، وتارة لسوء التصرف لنقص العقل أو الدين، وتارة يكون الحجر للفلس، وهو ما إذا أحاطت الديون برجل وضاق ماله عن وفائها، فإذا سأل الغرماء الحاكم الحجر عليه حجر عليه"[2].

ولو تطلب حفظ حقوق الناس، وعدم اختلال التوازن في العقود المبرمة مع المفلس حبسه، فإنه يحبس؛ لئلا تضيع الحقوق، وتختل العقود. وحبس من أخذ أموال الناس وتقعد عليها وادعى العدم فتبين كذبه، فإنه يحبس أبدا حتى يؤدي أموال الناس، أو يموت في السجن، يقعدون على أموال الناس، ويرضون بالسجن ويستخفونه ليأكلوا أموال الناس ويستهضموها؛ هو الواجب الذي لا تصح مخالفته[3]. فكل من في منعه من ماله صلاح له وفي تركه معه إتلافه وإضاعة له وخوف الفقر عليه فإن الحجر عليه مستحق أصله الصغير، ولأن البلوغ لا يمنع الحجر مع تبذير المال وإضاعته أصله إذا بلغ مبذرًا[4]. ولأن في تركه متصرفا في ماله إضاعة لديون الدائنين وإبطالا لحقوقهم، وأنه ربما عجل قضاء بعضهم وترك ديون الباقين تالفة فكان الحجر عليه أولى ليمتنع من التبذير ويصل جميع الغرماء إلى حقوقهم بالسواء[5]. فإن العدل في الوفاء بين

---

(١) ينظر: نهاية المطلب، للجويني (٦/ ٣٠٢).
(٢) تفسير القرآن العظيم، لابن كثير (٢/ ٢١٤).
(٣) ينظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد (٢/ ٣٠٨).
(٤) ينظر: المعونة، للقاضي عبد الوهاب (١/ ١١٧٣).
(٥) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٦/ ٢٥٦).

الفقراء بعد الحجر على المفلس واجب باتفاق الأئمة[1]. ولو عقد المحجور عليه عقداً، فإن الحجر يعدُّ عارضاً من عوارض الأهلية، فالحجر بالسفه والجنون ينافي ابتداء العقد من المحجور عليه ولا ينافي دوامه[2].

وقرّر الشارع الحجر على من يصاب بخلل في عقله كجنون وهته حتى تكون الأموال معصونة من الأيدي التي تسلب أموال الناس بالباطل والغش والتدليس، وتكون معصونة أيضا من سوء تصرف المالك، وقُرِّر الحجر أيضا على السفهاء المبذرين صونا لأموالهم، وحرصا على أرزاق أولادهم، ومن يعولونهم في حياتهم وبعد مماتهم، وكذا يحجر على المكاري المفلس، لأنه يتلف أموال الناس بالباطل[3].

والحَجْر ليس فيه إهدارٌ لكرامة الإنسان، ولا تسوّرٌ على حقه، وإنما هو رحمة ومصلحة؛ فهو مصلحة له ولغيره، ودفعٌ الضرر عنهما، وذلك بحفظ مال المحجور عليه وحقوقه، ولمصلحة غيره؛ لحفظ حقوقهم، وما التزمه قِبَلَهم، وحفظا للمال من الإنفاق في سرف، وليس في الحجر أضرار بأموال المحجور عليهم؛ لأن الشارع جعل عليهم ولاة ماليين يحفظون أموالهم، ويستثمرونها بالمعروف وبما فيه نفعهم، ومن لا ولي له من أب أو جد أو وصي أوجب الشارع على القاضي أن يدير شئون أمواله بما يتفق ومصلحته بواسطة من يقيمهم من الوصاة أو القوام[4].

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٥٤١).
(٢) ينظر: إعلام الموقعين، لابن القيم (٢/ ٢٤٦).
(٣) ينظر: حكمة التشريع وفلسفته، للجرجاوي (ص: ٢٤٧).
(٤) ينظر: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، لعبدالوهاب خلاف (١/ ٢٣٦).

الفصل الثاني

مواطن التوازن في العقود

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التوازن في الصيغة. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط الصيغة.

المطلب الثاني: بيان وجه التوازن في شروط صيغة العقود.

المبحث الثاني: التوازن في العاقدين. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط العاقدين.

المطلب الثاني: بيان وجه التوازن في شروط العاقدين.

المبحث الثالث: التوازن في المعقود عليه. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط المعقود عليه.

المطلب الثاني: بيان وجه التوازن في شروط المعقود عليه.

المبحث الأول

التوازن في الصيغة

وفيه مطلبان:

صيغة العقد لغة: تطلق الصيغة في اللغة على عدة معانٍ منها: الكذب والتزوير: يقال رجل صواغ يصوغ الكلام ويزوره، ومنها: حسن العمل، يقال فلان حسن الصيغة: أي حسن الخلقة، ومنها: ترتيب الكلام وسبكه: أي صاغ شعرا ورتبه[1].

وصيغة العقد اصطلاحا: هي كلام أو فعل يصدر من العاقد ويدل على رضاه، ويعبر عنها الفقهاء بـ (الإيجاب والقبول)[2]. وعرّفها ابن القيم: "إخبار عمّا في النفس من المعنى الذي أراده الشارع"[3].

اختلف الفقهاء في الإيجاب والقبول على قولين:

الأول: قول الجمهور[4]:

أن الإيجاب: ما صدر ممن يكون منه التمليك كالبائع والمؤجر والزوجة أو وليها، سواء صدر أولا أو آخرا.

---

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (٨/ ٤٤٢) مادة [صوغ]، تاج العروس، للزبيدي (٢٢/ ٥٢٢) مادة [صوغ].

(٢) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٢٨).

(٣) ينظر: إعلام الموقعين (٣/ ٩٦).

(٤) ينظر: منح الجليل، لعليش (٤/ ٤٣٥)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٢٢٤)، المغني، لابن قدامة (٣/ ٥٦١)، الفروع، لابن مفلح (٤/ ١).

والقبول: هو ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولا، فالمعتبر عندهم هو أن الملك هو الموجب والمتملك هو القابل، ولا اعتبار لما صدر أولا أو آخرا.

والقول الثاني: قول الحنفية [1]:

أن المراد بالإيجاب[2] في العقود هو: ما صدر أولا من كلام أحد المتعاقدين، أو ما يقوم مقام الكلام، سواء أكان من الملك أم من المتملك.

والقبول[3]: ما صدر ثانيا عن أحد المتعاقدين دالا على موافقته بما أوجبه الأول، فالمعتبر عندهم أولية الصدور في الإيجاب وثانويته في القبول، سواء أكان من الملك أم من المتملك.

والراجح- والله أعلم- قول الجمهور؛ لأن المقصود حصول الرضا من المتعاقدين، ورضاهما لا يتأثر بتقدم أحدهما على الآخر، والعبرة من الإيجاب والقبول حصول الرضا من المتعاقدين.

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي (٢/٤)، فتح القدير، لابن الهمام (٦/٢٤٨).

(٢) الإيجاب في اللغة: يقال وجب البيع والحق (يجب) و (وجوبا) و (وجبة): لزم وثبت. المصباح المنير، للفيومي (٢/٦٤٨) مادة [و ج ب].

(٣) القبول في اللغة: التصديق. المصباح المنير، للفيومي (٢/٤١٨) مادة [ق ب ل].

المطلب الأول

شروط الصيغة

شروط الصيغة:

الشرط الأول: توافق الإيجاب والقبول:

اتفق الفقهاء على أنه لا بد لانعقاد العقد من توافق القبول الإيجاب من جميع الوجوه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه، أو بعض ما أوجبه، أو بغير ما أوجبه، فلا ينعقد العقد[1]. فيتوافق الإيجاب والقبول في الثمن، والصفة، والجنس، والنوع، ويتوافقان في زمن الوفاء حلولا وتأجيلا، ولا تشترط الموافقة اللفظية؛ لأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ، وبكل ما يدل على الرضا، والرضا لا بد من مظهر خارجي يدل عليه، سواءً كان ذلك لفظا، أو كتابة، أو إشارة مفهمة، أو فعلا كما في المعاطاة. يقول ابن تيمية: "إنها -العقود- تنعقد بكل ما دلّ على مقصودها من قول أو فعل، فكل ما عده الناس بيعا وإجارة فهو بيع وإجارة، وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال، وليس لذلك حد مستمر، لا في شرع ولا لغة، بل تتنوع بتنوع اصطلاح الناس، كما تتنوع لغاتهم"[2].

وعدم اشتراط لفظ معيّن للتعبير عن الرضا بالبيع، لا يعني انعقاده

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/١٣٦)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٢٦)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٢/١٨٧)، الذخيرة، للقرافي (٨/٩٨)، روضة الطالبين، للنووي (٣/ ٣٤٠)، حاشية البجيرمي على شرح المنهج (٣/ ١٧١)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٤٦).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/٧).

بأي لفظ، بل لا بُدَّ أن يكون هذا اللفظ دالا على معنى البيع في عرف المتبايعين، سواء بالألفاظ الصريحة الدلالة على المراد مثل بعتك وملكتك، واشتريت، وقبلت، أو ضمنية مثل: تصدق بهذا الشيء عني بكذا، أي بعنيه بكذا، وتصدق به عني[1]. فإن تخالفا فذهب الجمهور إلى فساد العقد لعدم مطابقة القبول للإيجاب[2].

والحنفية يعدون القبول المخالف إيجابا جديداً يحتاج حتى ينعقد العقد إلى قبول من الطرف الآخر (الموجب سابقا)، فيكون القبول إيجابا، والرضا قبولا[3].

والراجح -والله أعلم- قول الجمهور؛ لأن اختلافهما يدل على عدم قبول ولا رضا، والرضا أصل التعاقد.

الشرط الثاني: اتحاد مجلس العقد[4]:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال:

الأول: قول الجمهور[5] وهو عدم اشتراط الفورية في القبول، فلو

---

(١) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٢٢٨).

(٢) ينظر: المجموع، للنووي (٩/ ١٧٠)، حاشية البجيرمي على شرح المنهج (٢/ ١٧٢).

(٣) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٥/ ٢٨٩)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٢٦).

(٤) مجلس العقد: هو الاجتماع الواقع للعقد، مجلة الأحكام العدلية مادة [١٨١]. وعرفه الزرقا بقوله: "مجلس العقد هو المحل التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد المدخل الفقهي العام (١/ ٣٤٨)، وقيل: بأنه المحل الذي يشتغل فيه المتعاقدان بالكلام حقيقة أو حكماً بشأن العقد والأصل في مجلس العقد أن يجتمع المتعاقدان بأبدانهما ولكن هذا الاجتماع ليس لذاته وإنما هو لتحقيق تلاقي الإيجاب والقبول وتواقفهما. العقد في الفقه الإسلامي، لعباس حسني (ص: ١٣٥).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٣٧)، درر الحكام، لمنلا خسرو (٢/ ١٤٤)، مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٢٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ٥)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٢٦٣)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٤٧).

تراخي القبول عن الإيجاب[1] صح العقد ما داما في مجلس العقد، ولم يظهر منهما ما يدل على الإعراض عن العقد.

والثاني: مذهب المالكية[2] أن للبائع إلزام المشتري في بيع المزايدة خاصة، ولو انفض المجلس.

والثالث: قول أبي بكر بن العربي من المالكية[3] أنه لا يشترط اتصال القبول بالإيجاب، وينعقد العقد مهما تأخر القبول عنه، ولا يقطعه طول المدة أن يكون قبولا له.

والرابع: وهو مذهب الشافعية[4] اشتراط اتصال القبول بالإيجاب، فلو فصل بينهما بكلمة أجنبية، أو بسكوت طويل لا يتم العقد، وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقا[5].

والراجح -والله أعلم- قول الجمهور بأن مجلس العقد قائم ما دام الطرفان لم يتشاغلا بما يقطعه عرفا؛ لأن العقد يلزم بافتراقهما، وهما لم يفترقا، وما زالوا في مجلس العقد، فلو تراخى القبول عن الإيجاب لم يبطل العقد.

---

(١) هناك عقود لا يشترط فيها اتصال القبول مع الإيجاب: كعقد الوصية، فلو وصى، وبعد مدة قبل الموصى له، صح ذلك، وكذلك عقد الوكالة، وكذلك عقد العمالة، وعقد الضمان، وعقد الكفالة. ينظر في تفصيل هذه العقود، وأمثلتها: صيغ العقود في الفقه الإسلامي، تصالح الغليقة، وقواعد العقد، لصلاح المشيقح (ص: ٣٧-٣٨).

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٥).

(٣) ينظر: القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، لأبي بكر بن العربي (ص: ٧٧٧).

(٤) ينظر: المجموع، للنووي (٩/ ١٩٩)، أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٢/ ٤).

(٥) حكاه المطيعي، مواهب الجليل (٤/ ٢٤٠)، ونفى النزاع ابن تيمية، مجموع الفتاوى (١٢/ ٤١٠)، (٢١/ ٥٢٩).

فاتحاد المجلس شرط لتمام العقد، سواء كان بين حاضرين أو غائبين، إلا أن الغائبين يحتاجان إلى وسيلة؛ لنقل كلام أحدهما إلى الآخر؛ لتبين تحقق الإيجاب والقبول، وسواء كانت الوسيلة مكاتبة، أو باستخدام وسائل الاتصال الحديثة. وقد درس مجمع الفقه الإسلامي حكم إجراء العقود باستخدام وسائل الاتصال الحديثة بدقة وتفصيل، ومما جاء في القرار الآتي:

١ - إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الكمبيوتر) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

٢ - إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقدًا بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

٣ - إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجابًا محدد المدة يكون ملزمًا بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه.

٤ - إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف[1]

---

(١) الصرف في اللغة: الصاد والراء والفاء صحيح يدل على رجع الشيء، كأن الدينار صرف إلى الدراهم، أي رجع إليها، إذا أخذت بدله، وفي الاصطلاح: بيع الأثمان بعضها ببعض. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٣/ ٣٤٢-٣٤٣) مادة [صرف]، المغني، لابن قدامة (٤/ ٤١).

لاشتراط التقابض، ولا السلم[1] لاشتراط تعجيل رأس المال.

- ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات[2].

ويتحقق الاتصال بين الإيجاب والقبول بأن يعلم كل من المتعاقدين بما صدر عن الآخر، بحيث يسمع الإيجاب ويفهمه، دون أن يصدر من أي منهما ما يدل على الإعراض[3].

الشرط الثالث: صيغة الإيجاب والقبول:

تنقسم الصيغة إلى قسمين:

القسم الأول: الصيغ اللفظية: وهناك عدة صيغ لفظية: أولها: صيغة الماضي: ولا خلاف بين الفقهاء في أن الإيجاب والقبول إذا كانا بصيغة الماضي ينعقد بهما العقد ولا حاجة في هذه الحالة إلى النية؛ لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعا لكنها جعلت إيجابا للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على الوضع[4]. ولا ينعقد بما

---

(١) السلم في اللغة: هو السلف وزناً ومعنى، وفي الاصطلاح: عقد لموصوف في الذمة، مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد. فالمبيع يسمى مسلمًا به، والثمن يسمى: رأس المال، والبائع يسمى: مسلمًا إليه، والمشتري يسمى: رب السلم. ينظر: المصباح المنير، للفيومي (١/ ٢٨٦) مادة (س ل م)، التعريفات، للجرجاني (ص: ١٣٠)، المطلع على أبواب المقنع، للبعلي (ص: ٢٩٣)، مغني المحتاج، للشربيني (٣/ ٣)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٢٨٩).

(٢) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية ١٤١٠هـ.

(٣) ينظر: نهاية المحتاج، للرملي (٣/ ٣٨٢).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٣٣)، فتح القدير، لابن الهمام (٦/ ٢٤٩)، مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٩٩)، حاشية الدسوقي (٤/ ٦)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٣)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٢٤٩).

يدل على الاستقبال كصيغة الاستفهام[1] والمضارع المراد به الاستقبال[2]. أما صيغة المضارع فإذا أراد بها الحال ينعقد العقد وإلا فلا، واختلفوا في صيغة الأمر[3]. وتختلف الصيغة في العقد حسب اختلاف العقود.

والقسم الثاني: الصيغ غير اللفظية: أولها: المعاطاة، والسكوت ودلالة الحال[4]، والكتابة[5]، .....

---

(١) اختلف الفقهاء في إنشاء العقود بصيغة الاستفهام على قولين: الأول: ذهب الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة أنها لا تصلح لإنشاء العقود، الثاني: ذهب المالكية على صلاحيتها لإنشاء العقود. ينظر تفصيل أقوالهم وأدلتهم -رحمهم الله- في: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٣٣) وحكى الاتفاق الإمام الكاساني على عدم انعقاد العقد بصيغة الاستفهام، واستثنى الحنفية صيغة الاستفهام في النكاح المقترنة بما يفيد تحققها للحال، فتح القدير، لابن الهمام (٣/ ١٩١)، مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٣٣٠)، المجموع، للنووي (٩/ ١٦٩)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٢٦٢)، والراجح -والله أعلم- عدم صلاحيتها لإنشاء العقود؛ لأنها لا تدل لغة على الحال، لكن لو اقترن بها نية أو عرف يدل على إرادة العقد والرضا به انعقد بها العقد.

(٢) اتفق الفقهاء على أنه لا يصح بلفظ المضارع المقترن بسين أو سوف؛ لأن ذلك يناقض إرادة الحال؛ ولأنه معلق على مستقبل يجهل ما يتم فيه، مثل قوله: سأبيعك، سأشتري. ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٣)، روضة الطالبين، للنووي (٣/ ٥)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٢٧)، المغني، لابن قدامة (٣/ ٥٦٠)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٢٥١).

(٣) لو قال له بعني فأجابه الآخر بقوله: بعتك، اختلف الفقهاء على قولين: الأول: قول الحنفية، وهو رواية عند الحنابلة ومقابل الأظهر عند الشافعية: أن اللفظ الثاني إيجابا واحتاج إلى قبول من الأول، الثاني: قول المالكية وهو الأظهر عند الشافعية ورواية عند الحنابلة: أنه ينعقد بهما البيع، ولا يحتاج إلى قبول من الأول. والراجح -والله أعلم- انعقاد البيع به؛ لأن المراد الرضا وقد حدث. ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٣٤)، منح الجليل، لعليش (٤/ ٣٢٥)، مغني المحتاج (٢/ ٣٢٧)، المغني، لابن قدامة (٣/ ٥٦١)، دقائق أولي النهى، للبهوتي (٢/ ١٤٠).

(٤) للفقهاء -رحمهم الله- نصوص متوافرة تدل على اعتبارهم للسكوت ودلالة الحال في إجراء العقود ينظر: المبسوط، للسرخسي (١١/ ١٥٠)، مواهب الجليل، للحطاب (٥/ ٢٥٢)، الذخيرة، للقرافي (٨/ ٩٨)، قواعد الأحكام، للعز بن عبدالسلام (٢/ ١٠٧) وما بعدها، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (١٩/ ٢٠)، إعلام الموقعين، لابن القيم (١/ ٢١٨) وينظر تفصيلها وأبرز العقود المبنية عليهما في: صيغ العقود، لصالح الخليفة (ص: ٢٠٣-٢١٠).

(٥) تنقسم الكتابة إلى كتابة غير مستبينة وجماهير الفقهاء إلى عدم الاعتداد بها، وكتابة مستبينة -

والرسول، والإشارة[1].

الشرط الرابع: عدم تعليق العقد على شرط[2] وتقييده بوقت:

التعليق لغة: عدم العزم أو الترك، أو عدم القطع بالأمر. ويقال: إذا

- اختلف الفقهاء إلى ثلاثة أقوال: الأول: ذهب الجمهور: إلى الاعتداد بها ودلالتها من قبيل الكناية، الثاني: قول عند الشافعية صححه الماوردي، واستظهره النووي ورواية عند الحنابلة: أنه يعتد بها وهي من قبيل الصريح، الثالث: قول عند الشافعية: أنه لا يعتد بها. ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٣/١٠٩)، رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٣/٢٤٦)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٣٨٤)، شرح مختصر خليل، للخرشي (٤/ ٩٤)، الحاوي الكبير، للماوردي (١٣/ ٢٥)، المجموع، للنووي (٩/ ١٦٧)، المغني، لابن قدامة (١٠/ ٥٠٣)، الإنصاف، للمرداوي (٨/ ٣٧٢)، والراجح-والله أعلم- أن الكناية المستبينة يعتد بها، لكنها من قبيل الكناية؛ لأنه يتطرق إليها الاحتمال من إرادة غير ما كتب من عدم ذلك.

(١) اختلف الفقهاء فيها إلى ثلاثة أقوال: الأول: والراجح ذهب الجمهور أن عقد الإشارة من الأخرس غرسا أصليا صحيح مطلقا، الثاني: وهو ما ذهب إليه الشافعية، وقول عند الحنفية: أن عقده لا يصح إذا كان قادرا على الكتابة، الثالث: وهو وجه عند الشافعية: أن عقده يصح في سائر التصرفات ما عدا عقد الضمان، وعقد النكاح. ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٣٥)، فتح القدير، لابن الهمام (٤/ ٦٨)، عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/ ٣٢٧)، مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٣٢٩)، المجموع، للنووي (٩/ ١٧١)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٧)، الشرح الكبير، لعبدالرحمن بن قدامة (٤/ ١٦٨)، كشاف القناع، للبهوتي (٥/ ٣٩) والراجح-والله أعلم- صحة عقد الأخرس غرسا أصليا بالإشارة مطلقا؛ تصحيح بيع المعاطاة بجعل تصحيح عقد الأخرس من باب أولى، ينظر تفصيل وأدلة الأقوال، وتبين الفروس العاوي وأحكامه، صيغ العقود، لصالح الخليفة (ص: ٢٢٨-٢٥٠).

(٢) اختلف الفقهاء في تصحيح العقد المعلق على قولين: الأول: رواية عند الحنابلة اختارها ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وجمع من المعاصرين: جواز تعليق العقد على الشرط. والقول الثاني: والراجح ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة: عدم جواز تعليق العقد على الشرط ولا يصح العقد المعلق. والراجح-والله أعلم- جواز التعليق؛ لأنه من مصلحة العاقد ولا يترتب عليه ضرر على أحدهما. ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٦/ ١٩٥)، رد المحتار، لابن عابدين (٥/ ٢٤٠)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٢/ ١٧٩)، منح الجليل، لعليش (٥/ ١١٣)، المجموع، للنووي(٩/ ٢٦٦)، مغني المحتاج، للشربيني(٢/ ٣٢١)، المبدع في شرح المقنع، لابن مفلح (٤/ ٥٨)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٩٥)، قاعدة في العقود، لابن تيمية (ص: ٢٢٧)، إعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٣٩٩).

لم يعصمه ولم يتركه[1]. واصطلاحا: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى[2].

ومدار التعليق أن يكون المعلق عليه أمرا غير موجود وقت التعليق ولكنه ممكن الوجود، أما إذا كان المعلق عليه موجودا وقت التعليق فالعقد منجز في حقيقته، وأما إذا كان المعلق عليه أمرا مستحيل الحصول فان الغرض بيان استحالة الأمر وليس التعليق. وهاتان الحالتان يعتبر التعليق فيهما صوريا، وهناك حالة صورية ثالثة وهي التعليق على مشيئة المخاطب مثل: "بعتك هذه السيارة بألف إن شئت" فهو في حكم المنجز بقبول الآخر لأن قبوله إظهارٌ للمشيئة[3]. وذلك بأن تكون الصيغة تدل على التنجيز في العقد والتأبيد في التمليك.

الشرط الخامس: انتفاء الصورية[4]:

الصورية لها عدة تعريفات إلا أن هذه التعريفات تتفق مع بعضها البعض على وجود عناصر أساسية من أجل تحقق الصورية، وهي: وجود طرفين متعاقدين، ووجود عقدين مختلفين أحدهما ظاهر وهو العقد الصوري والآخر مستتر وهو العقد الحقيقي، ويكون العقدان مختلفين من حيث الطبيعة والأركان والشروط، وأن يكون بين العقدين معاصرة ذهنية.

ويجب توافر هذه الشروط في الصورية سواء أكانت مطلقة أو نسبية،

---

(١) ينظر: تاج العروس، للزبيدي مادة [ع ل ق]، المعجم الوسيط مادة [ع ل ق].

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/٢٤٠)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٣٦٧)، التعريفات، للجرجاني (ص: ١٢٥)، الكليات، للكفوي (ص: ٦٥٥).

(٣) ينظر: التعليق في عقود المعاوضات، لعبدالستار أبو غدة (ص: ٣).

(٤) مصطلح الصورية في العقود حديث الاستعمال، ولا يعرف عند فقهاء السلف بهذا الاسم، وإنما يعتبرا الصورية في العقود تحت مسمى عقد التلجئة وعقد الهزل. صيغ العقود في الفقه الإسلامي، لصالح الخليفة (ص: ٢٧٠).

فالصورية المطلقة هي التي تلغي كل أثر للعقد الظاهر، أما الصورية النسبية فهي التي تعدل فقط في بعض أحكامه[١].

والصورية لها عدة أقسام: باعتبار السبب الدافع له، وباعتبار مشروعيته، وصورية في جنس العوض، والصورية في قدر العوض، وصورية في أصل العقد. ويلجأ المتعاقدان إلى الصورية عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه لسبب معين.[٢] فقد تكون الصورية خللا في صيغة العقد، وخلو العقد منها دليل توازن في الصيغة، وقد يكون وجود الصورية في بعض الأحوال مأذونا فيه؛[٣] إذا كان في الصورية حفظٌ للحقوق من التعدي والتلف.

(١) ينظر: الصورية في التعاقد (ص: ١٠)، رسالة ماجستير للباحث/ عرفات نواف مهني، قدمت لجامعة النجاح الوطنية في نابلس بفلسطين ٢٠١٠م، وينظر في التفريق بين الصورية المطلقة والنسبية: نظرية العقد، للسنهوري (٢/ ٨٢٨)، وأحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير للباحث/ عدنان عبدالهادي حسن، مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة ١٤٢٧ (ص: ٧٢) وما بعدها.

(٢) ينظر: نظرية العقد، للسنهوري (٢/ ٨٢٨) بتصرف يسير.

(٣) تبين أمثلة على بعض ما أذن فيه باعتبار الصورية ينظر: صيغ العقود، لمصالح الغليقة (ص: ٢٧٠).

المطلب الثاني

بيان وجه التوازن في شروط صيغة العقود

يظهر التوازن في شروط الصيغة ظهورا بينا، فالشرط الأول-توافق الإيجاب والقبول-: بأن موافقة الإيجاب للقبول، محققة لمقصود المتعاقدين، وعدم التوافق بينهما خلل في التوازن؛ لأن كلا العاقدين أرادا من العقد مصلحة، لا تتم إلا بالتوافق بين الإيجاب والقبول. والقبول إذا عدل في الإيجاب تعديلا مؤثرا فالعقد لم يتم، والمتعاقدين في مرحلة المساومة قبل العقد، ولم ينتقلا منه إلى الإيجاب المُثمر للعقد، فالمتعاقدين وإن أظهرا خلاف ما اتفقا عليه في الباطن فالعبرة لما أضمراه واتفقا عليه وقصداه بالعقد، ومن تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها بل جرت على غير قصد منه، كالنائم والناسي والسكران والجاهل والمكره والمخطئ من شدة الفرح أو الغضب أو المرض، ونحوهم، فكيف يعتبر الألفاظ التي يقطع بأن مراد قائلها خلافها. والقصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار المقصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فعلم أن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها[1].

ووجه ظهور التوازن في الشرط الثاني-اتحاد المجلس-: بأن يكون له الخيار، سواء التروي أو حق الرجوع قبل أن يصدر القبول، أو يفترقا. فالحاجة دعت إلى ضرورة وجود مجلس العقد حتى ينعقد العقد؛ لأنه

---

(١) ينظر: إعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ١٠٦-١٠٧).

بدون مجلس العقد لا يتصور وجود العقد وبالتالي يُسَدُّ باب البيع، ويحقق مجلس العقد المصلحة لكلا المتعاقدين، بحيث يتمكن مَن عُرِض عليه الإيجاب أن يتدبّر أمره، فيقبل الإيجاب أو يرفضه، وهذا فيه اليسر، ورفع الحرج عن أشخاص التعاقد[1].

ويترتّب على مجلس العقد بعد قيامه بشروطه أمور منها:

- خيار القبول بعد صدور الإيجاب من الموجب.

- خيار رجوع الموجب عن إيجابه طالما لم يصدر قبول ممّن وجّه إليه الخطاب بالإيجاب.

- خيار المجلس يكون لطرفي العقد بعد انعقاده.

ويظهر التوازن في الشرط الثالث-صيغة الإيجاب والقبول-: بأن الأصل أن كل ما يدل على الإيجاب والقبول لغة أو عرفا ينعقد به العقد، فلا يشترط في انعقاد العقد في الأصل لفظ خاص، ولا صيغة خاصة[2].

يقول ابن القيم: "إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئا عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل، أو قول، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علما"[3].

---

(1) ينظر: مصادر الحق، للسنهوري (٦/٢).

(2) ينظر: إعلام الموقعين، لابن القيم (١٠٦/٣).

(3) المرجع نفسه (١٠٥/٣).

وإنما احتيج في البيع إلى الصيغة؛ لأنه منوط بالرضا، والرضا أمر خفي لا يطلع عليه، فأنيط الحكم بسبب ظاهر وهو الصيغة[1].

ويظهر التوازن في الشرط الرابع -عدم تعليق العقد على شرط وتقييده بوقت-: بأن تعليق العقد على أمر غير موجود أثناء إنشاء العقد إذا كان في مصلحة العاقد ورضي الآخر وكان المعلق عليه غير مستحيل وفي إمكان من علق على التنجيز كان توازنا، أما إذا علق على أمر مستحيل فهذا بيان منه على نيته في عدم إتمامه، أو كان لا يملك التنجيز فهذا فيه إخلال بالعقد فلا يصح التعليق.

ويظهر وجه التوازن -في انتفاء الصورية-: بأن وجودها فيه دليل على إخفاء المتعاقدين لما تعاقدا عليه، وهذا الإخفاء يتنافى مع التوازن؛ لأنه يخفي في العقد المستتر ما لو ظهر للعيان كان سببا في اختلال توازن العقد إلا في بعض الصور؛ التي يكون فيها الإخفاء محققا لمصلحة راجحة كما مر في الكلام عن شرط انتفاء الصورية.

(١) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٢٠).

المبحث الثاني

التوازن في العاقدين[1]

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

شروط العاقدين

الشرط الأول: الأهلية[2]:

وتتنوع الأهلية إلى نوعين: هما أهلية وجوب، وأهلية أداء: فأهلية الوجوب هي: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه. وأهلية الأداء هي: صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا[3]. وهو أن يكون العاقد أهلا للتصرف، وهو: البالغ الرشيد. وشروط العاقد أن يكون بالغا عاقلا مختارا بصيرا غير محجور عليه[4].

---

(١) المراد بالعاقد: كل من يتولى العقد، إما أصالة، أو وكالة، والذي يبرم العقد وهنه يصدر الإيجاب أو القبول، وهو ركيزة العقد الأصلية. الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (٤/ ٢٩٥٨) بتصرف.

(٢) مصدر صناعي لكلمة (أهل) ومعناها لغة: الصلاحية. ينظر: كشف الأسرار عن أصول البزدوي، لعلاء الدين البخاري (٤/ ٣٣٧)، القاموس المحيط، للفيروز آبادي، لسان العرب، لابن منظور مادة [أ هـ ل]. وفي الاصطلاح: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه، وصحة التصرفات منه. الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (٤/ ٢٩٦٠).

(٣) ينظر: التلويح على التوضيح، للتفتازاني (٢/ ١٦١)، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، لعبد العلي اللكنوي (ص: ٦٥).

(٤) ينظر: المجموع، للنووي (٩/ ١٤٩)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٢٢)، نهاية المحتاج، للرملي (٣/ ٣٨٥).

ويشترط أهلية المتصرف؛ لأن أهليته شرط انعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه، فأما البلوغ فليس بشرط لانعقاد البيع[1].

فالصبي الغير مميز اتفق الفقهاء على عدم اعتبار تصرفاته بيعا وشراء، وإن أذن وليه؛ لأن عبارته غير معتبرة[2]. أما الصبي المميز فتصح عقوده وتصرفاته النافعة نفعا محضا، كقبول الهبة والصدقة والوصية والوقف دون حاجة إلى إذن الولي، ولا تصح عقوده وتصرفاته الضارة ضررا محضا، كالهبة والوصية للغير والطلاق والكفالة بالدين ونحوها، ولو أجاز هذه التصرفات وليّه أو وصيّه، أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة ونحوهما: فذهب الجمهور[3]: أنها تصح من الصبي المميز بإجازة الولي، ولا تصح بدونها.

وأما الشافعية: يشترطون لصحة البيع في العاقد الرشد[4]، وهو رواية عند أحمد[5]. والراجح -والله أعلم- قول الجمهور؛ لأن الولي أتم نظرا وأكمل، والأصل أنه يسعى لدفع الضرر عنه، وتحقيق مصالحه.

والجنون هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهجه إلا نادرا[6].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٣٥).

(٢) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٦/ ٢٤٨)، حاشية الدسوقي (٣/ ٥)، المجموع، للنووي (٩/ ١٥٥)، المغني، لابن قدامة (٤/ ١٨٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٣٥) و (٧/ ١٧٠)، الفتاوى الهندية (٥/ ٥٦)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ١٨٩)، عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/ ٦١٤)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٣/ ٢٨٢)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٥١).

(٤) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٢٢)، روضة الطالبين، للنووي (٤/ ١٧٧).

(٥) ينظر: الفروع، لابن مفلح (٦/ ١٢٥)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٢٦٧).

(٦) ينظر: التعريفات، للجرجاني (ص: ٧٩).

وقد اتفق الفقهاء[١] أن الجنون من عوارض الأهلية فهو يزيل أهلية الأداء إن كان مطبقا، فلا تترتب على تصرفاته آثارها الشرعية، أما إذا كان الجنون متقطعا فإنه لا يمنع التكليف في حال الإفاقة ولا ينفي أصل الوجوب[٢].

وأما العته[٣]: فهو آفة توجب خللا في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه كلامه كلام العقلاء ويعضه كلام المجانين، وكذا سائر أموره[٤]. وقد يكون بحالة لا يعقل فيها ألفاظ التصرفات وآثارها، فيكون كالصغير غير المميز، أو يكون بحالة يعقل فيها ألفاظ التصرفات وآثارها، فيكون كالصغير المميز[٥].

وأما السفيه الذي يسرف في إنفاق ماله، ويضيعه على خلاف مقتضى العقل أو الشرع فيما لا مصلحة له فيه، اختلف الفقهاء على قولين: الأول: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية[٦]، الشافعية[٧]،

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٣٥)، الشرح الكبير، للدردير (٣/ ٥)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٢٢٥)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٥١).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٩)، القوانين الفقهية، لابن جزي (ص: ٢١١)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٢٢٢)، كشاف القناع، للبهوتي (٣ /٤١٧).

(٣) العته في اللغة: النقص في العقل، فإذا نقص عقل الرجل من غير جنون فهو معتوه. القاموس المحيط، للفيروزآبادي (ص: ١١٢٥)، وقيل العته: زوال العقل. تهذيب الأسماء واللغات، للنووي (٣/ ١٩٠).

(٤) ينظر: التعريفات، للجرجاني (ص:١٤٧)، كشف الأسرار، لعلاء الدين البخاري (٤/ ٣٧٤)، التلويح على التوضيح، للتفتازاني (٢/ ٣٢٧).

(٥) ينظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ١٤٤)، الشرح الكبير على مختصر خليل، للدردير (٣/ ٢٩٢)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٢٢٢)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٤١٧).

(٦) ينظر: المدونة، للإمام مالك (٥/ ٢٢٠)، التاج والإكليل، للمواق (٥/ ٧٢).

(٧) ينظر: روضة الطالبين، للنووي (٣/ ٤٦٥)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٢٢٢).

والحنابلة[١]، والصاحبان من الحنفية[٢]،أن السفيه يحجر عليه، فيمنع من التصرفات القولية: من بيع وإجارة وهبة وغير ذلك، وإذا وقعت هذه التصرفات كانت غير صحيحة.

الثاني: وذهب أبو حنيفة[٣] إلى عدم الحجر على البالغ ولو كان سفيها لتمام أهليته، وأن في الحجر عليه إهدارا لكرامته وآدميته، ولا يكون المال أعز من النفس الإنسانية. والراجح -والله أعلم-قول الجمهور؛ صيانة لأمواله من إنفاقها وصرفها فيما لا نفع فيه، وحفظا للمال لمن تحت يده.

الشرط الثاني: الولاية[٤]:

ولكي ينعقد العقد صحيحا نافذا تظهر آثاره شرعا لا بد في العاقد -بجانب أهلية الأداء- أن تكون له ولاية التصرف ليعقد العقد. فالصغير تثبت عليه الولاية بالاتفاق[٥]، وكذلك اتفق الفقهاء على الولاية على المجنون[٦]، واختلفوا في المعتوه :

فالجمهور: على إلحاقه بالمجنون[٧].

---

(١) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ٥١٦)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٤٠٢).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ١٧٢)، الهداية، للمرغيناني (٣/ ٢٨٧).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي (٥/ ١٩٢).

(٤) في اللغة: مأخوذة من الولي، وهو في اللغة: بمعنى القرب، والولاية: النصرة. المصباح المنير، للفيومي (ص:٦٥٨) مادة [و ل ي]. وفي الاصطلاح: تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو لا. التعريفات، للجرجاني (ص: ٢٥٤).

(٥) ينظر: العناية شرح الهداية، للبابرتي (٣/ ٢٧٧)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ٦٣)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ١٦٦)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٤٤٢).

(٦) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٩/ ٢٥٣)، التاج والإكليل، للمواق (٥/ ٥٤)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٣٢)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٤٤٦)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٥/ ٢٩).

(٧) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ٥٤٣)، الحاوي الكبير، للماوردي (١٠/ ٣٢٤)، كشاف القناع، للبهوتي (٤/١٧٨).

والحنفية: فرّقوا بينهما فجعلوا العته نوعًا مختلفاً؛ فهو عندهم من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون[1]، فجعلوا تصرفاته كالصبي المميز العاقل، أما إذا أفاق فإنه كالبالغ العاقل[2]. وهو الراجح -والله أعلم-.

فالولاية الجبرية التي يُفوّض فيها الشرع أو القضاء؛ للنظر في مصلحة القاصر، وتدبير شؤونه، وبمقتضاها يقوم مقامه في الحقوق التي تقبل النيابة، وتكون تصرفاته نافذة عليه جبرا إذا كانت موافقة للشرع وفي مصلحة القاصر، بحيث لا يكون للقاصر بعد بلوغه راشدا الحق في نقض شيء منها[3].

ويشترط في ولي النفس والمال كمال الأهلية، وذلك بالبلوغ والعقل، فالولد الصغير لا يصلح لولاية النفس، لفقده شرطها، ولا يصلح لولاية المال، لأنه ليس من أهلها.

الشرط الثالث: الرضا:

اتفق الفقهاء على أن الرضا أساس العقود، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩]. فهو مناط العقود المالية، ويتحقق التراضي يثبت حل أموال الناس.

فالرضا عند جمهور الفقهاء أصل وركن في العقود كلها، فلا ينعقد العقد إذا لم يتحقق الرضا سواء أكان ماليا أو غير مالي، فاشترطوا وجود

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ١٤٤).

(٢) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي (٥/ ١٩١).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ١٥٤)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص:١٨٦).

الرضا -أي الاختيار- في جميع العقود[١]. والرضا عند الحنفية شرط لصحة العقود التي تقبل الفسخ وهي العقود المالية من بيع وإجارة ونحوهما، فهي لا تصح إلا مع التراضي، وقد تنعقد العقود المالية لكنها تكون فاسدة، كما في بيع المكره ونحوه؛ لأن من شروط صحة هذه العقود التراضي، ولا يكون الرضا شرطا في العقود التي لا تقبل الفسخ عندهم[٢]، والرضا عند الحنفية أخص من الاختيار[٣]؛ لأنهم يقصدون بالرضا امتلاء الاختيار، يلزم من وجوده وجود الاختيار لكنه لا يلزم من وجود الاختيار وجود الرضا؛ لأنه عبارة عن القصد إلى الشيء وإرادته[٤].

والراجح -والله أعلم- قول الجمهور؛ لأن مجرد القصد إلى تحقيق أثر في المعقود عليه يسمى الرضا وإن لم يبلغ الاختيار غايته[٥].

(١) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٤٥)، نهاية المحتاج، للرملي(٦/ ٣٣٥)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٢٦٥).

(٢) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٨/ ٨١).

(٣) ينظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، لعلاء الدين البخاري (٤/ ٣٨٣).

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٧)، الملكية ونظرية العقد، لمحمد أبو زهرة (ص: ٣٣٢)، مبدأ الرضا في العقود، للفرء خاني (١/ ٢٠٧).

(٥) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب(٤/ ٢٤٥)، مغني المحتاج، للشربيني(٢/ ٣٣٥)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٥).

المطلب الثاني

بيان وجه التوازن في شروط العاقدين

كل شرط من شروط العاقدين يمثل تحقيقا للتوازن، فاشتراط الأهلية يحقق التوازن في المراكز، وكونهما يمتلكان الأهلية لإنشاء هذا العقد، يكون هذا العقد متوازنا أما تخلّف شرط الأهلية يخل بالتوازن بل يعدمه؛ لأن فاقد أهلية الأداء أو ناقصها سواء بجنون أو عته أو سفه، لا يستطيع دفع الضرر، والخسارة عنه، ولا يقدّر مصلحة نفسه، فكانت تصرفاته لغوا، وشرط الولاية على فاقد الأهلية يحقق التوازن؛ لأن الولي أو الوصي الأصل أنه يسعى بما فيه نفع ومصلحة لفاقد الأهلية، وأما شرط الرضا فهو مناط العقود المالية، فإذا شابه عيب من العيوب القادحة في الرضا اختل التوازن وبطل العقد. فالمطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا، وانتقال الملك متوقف على الرضا. قال الزنجاني: "والأصل الذي تبنى عليه العقود المالية اتباع التراضي"[1].

وأثر أهلية الأداء صحة التصرفات القولية، فمن كانت عبارته صالحة لثبوت الحقوق له وعليه فعنده أهلية أداء، ومن لم تكن عبارته صالحة لتلك السببية فهو ناقص لأهلية الأداء، فالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه غير المميز، الأثر الشرعي لها في الجملة أن عباراتهم ملغاة، ولا تصلح سببا شرعيا لإثبات الحقوق، وأما من كان له أهلية كاملة أو ناقصة، فحينما وجد العقل ومعه التمييز وجدت أهلية الأداء، وتكون كاملة أو ناقصة تبعا للعقل كماله ونقصانه، وأما ناقص الأهلية الصبي

(١) ينظر: تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني (ص: ١٤٣).

المميز، والمعتوه المميز تثبت لهم أهلية الوجوب كاملة ويتولى المعاملة الولي أو الوصي[1].

فالرضا يتحقق إذا وجد القصد إلى آثار العقد، ولكنه إنما تترتب عليه الآثار الشرعية إذا سلم من كل عيب يؤثر فيه، وذلك إنما يتحقق إذا كان الرضا سليما لا يشوبه عيب من عيوب الرضا كالإكراه والجهل والغلط، والتدليس والتغرير، والاستغلال. ويتطلب العقد لوجوده و نفاذه وترتيب آثاره الشرعية أن يكون العاقد ذا أهلية أداء، وذا ولاية على العقد بأن يكون أصيلاً عن نفسه أو ولياً أو وصياً على غيره، وإلا كان تصرفه فضولياً.

(١) ينظر: الملكية ونظرية العقد، لمحمد أبو زهرة (ص: ٣٨٤-٣٢٨) بتصرف.

المبحث الثالث

التوازن في المعقود عليه[1]

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

شروط المعقود عليه

المعقود عليه يختلف باختلاف العقود، فقد يكون عينا كدابة، وقد يكون منفعةً كدارٍ مستأجرة، وقد يكون عملاً كعمل مزارع في عقد مزارعة، ومع تفاوت أنواع المعقود عليه، إلا أن أهل العلم اشترطوا في المعقود شروطاً تجعل منه محلاً صالحاً للتعاقد منها:

الشرط الأول: كونه مما فيه منفعة مباحة لغير حاجة، أي الانتفاع به شرعا ولو في المآل فلا يصح بيع ما لا نفع فيه لأنه لا يعد مالا، فأخذ المال في مقابلته ممتنع للنهي عن إضاعة المال، وعدم منفعته[2].

فلابد أن يكون المبيع والثمن مالا لأنه مقابَلٌ بالمال، والمال شرعا: ما فيه منفعة أو لغير حاجة ضرورة[3]. .....

---

(١) ما يقع عليه العقد وتظهر فيه أحكامه وآثاره، ويختلف المحل باختلاف العقود. الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (٤/ ٣٠١٨).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٤٠)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، للدردير (٣/ ٢٢)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٤٢)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي (٤/ ٣٧٠).

(٣) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٥٢-١٦٢)، وتعريف الحنفية وصفا آخر للمال، وهو أن يكون متقوما بناء على تقسيمهم المال إلى متقوم وغير متقوم، فالخمر عندهم مال، ولكنه غير متقوم. حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠١).

قال الشاطبي[1]: "إن كل مالا منفعة فيه من المعقود عليه في المعاوضات لا يصح العقد عليه"[2].

والشرط الثاني: اشترط الجمهور[3] أن يكون طاهرا غير نجس ولا متنجس، خلافا للحنفية فلم يشترطوا هذا الشرط، فأجازوا بيع النجاسات كشعر الخنزير وجلد الميتة للانتفاع بها إلا ما ورد النهي عن بيعه بعينه منها كالخمر والخنزير والميتة والدم[4].

والشرط الثالث: كونه معلوما للمتعاقدين برؤية حال العقد بلا ريب، وكذلك على المذهب بصفة ضابطة لما يختلف به الثمن غالبا، أو برؤية متقدمة بشرط عدم تغير المبيع غالبا، وهذا الشرط مطلوب في المعاوضات المالية كالبيع والإيجار باتفاق الفقهاء[5]، أما اشتراطه في غيرها فمحل اختلاف:

فالشافعية[6]، والحنابلة[7]: يشترطونه في عقود المعاوضات المالية

---

(1) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، عالم محقق، له مصنفات منها: الموافقات في الفقه، الاعتصام، توفي سنة ٧٩٠هـ. ينظر في ترجمته: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لابن مخلوف (١/ ٢٢٢)، ديل الابتهاج بتطريز الديباج، للتنبكتي، (١/ ٤٨).

(2) الموافقات، للشاطبي (٢/ ٦).

(3) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٥٨)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ١٤٥)، المهذب، للشيرازي (١/ ٢٦١)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٢٢٩)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٥١)، غاية المنتهى، للكرمي (٢/ ٦).

(4) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٤٢)، فتح القدير، لابن الهمام (٥/ ١٨٨).

(5) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٣٩)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١٦)، القوانين الفقهية، لابن جزي (ص: ٢٤١)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ١١٤)، المجموع، للنووي (٩/ ٣١٠)، نهاية المحتاج، للرملي (٣/ ٣٩٢)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٠٠)، نظرية العقد، لابن تيمية (ص: ٢٢٤).

(6) ينظر: المهذب، للشيرازي (٢/ ١٢)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٢٥٢).

(7) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٠٩)، غاية المنتهى، لمرعي الكرمي (٢/ ١١و٢٢٢).

وفي غير المالية كعقد الزواج، وفي عقود التبرعات كالهبة والوصية والوقف.

وقصره الحنفية[1]: على المعاوضات المالية وغير المالية، ولا يشترطونه في عقود التبرعات، واكتفى المالكية[2]: باشتراطه في عقود المعاوضات المالية.

والراجح -والله أعلم- أنه يشترط في المعاوضات المالية وغيرها؛ لأن ما يخشى منه في المعاوضات محتمل في غيره.

والشرط الرابع: كونه مقدورا على تسليمه، ثم لا بد من انتفاء مانعه، وهو مقارنة نهي من الشارع وهذا الشرط مطلوب في المعاوضات المالية باتفاق العلماء[3]، وعند غير الإمام مالك في التبرعات، فلا يصح بيع الحيوان الشارد ولا إجارته ورهنه وهبته ووقفه ونحوها[4].

والشرط الخامس: أن يكون مملوكا لبائعه وقت العقد وكذا الثمن ملكا تاما؛[5] لأن البيع تمليك فلا ينعقد فيما ليس بمملوك، واختلفوا في بيع الفضولي[6]:

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/١٥٨)، فتح القدير، لابن الهمام (٥/٢٧).

(2) ينظر: القوانين الفقهية، لابن جزي (ص: ٢٤١)، المعلى على الموطأ، للباجي (٤/٢٩٩-٣٠٠).

(3) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٤/١٨٧) و (٥/١٤٧) و (٦/١١٩)، مواهب الجليل، للحطاب (٤/٢٦٨)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٤٤)، المنثور، للزركشي (٢/ ٤٠٠)،كشاف القناع، للبهوتي (٣/١٦٢).

(4) ينظر: الشرح الصغير، للدردير (٤/١٤٢).

(5) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/١٤٦)، منح الجليل، لعليش (٤/٤٥٨)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٢٨٣)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/١٥٨).

(6) الفضول: في اللغة: الفاء والضاد واللام أصل صحيح يدل على زيادة في شيء، من ذلك الفضل: الزيادة والخير. مادة [ف ض ل]. مقاييس اللغة، لابن فارس (٤/٥٠٨)، وفي الاصطلاح: هو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي. ينظر: حاشية الشلبي على =

فذهب الشافعية[1]، [2] إلى بطلان بيع الفضولي وشرائه.

وذهب أبو حنيفة[3]، ومالك[4]، وقول الشافعي القديم[5]، ورواية عن الإمام أحمد[6]، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية[7]، وابن القيم[8]: إلى أن تصرف الفضولي موقوف على الإجازة، فإن أجازه المالك صح وإلا فلا.

وهو الراجح -والله أعلم-؛ لأن تصرف الفضولي فيه مصلحة للمالك ولا ضرر فيه، والشريعة تأتي بمثل ذلك. قال ابن تيمية: "وليس ذلك إضراراً أصلاً، بل صلاح بلا فساد، فإن الرجل قد يرى أن يشتري لغيره أو يبيع له، أو يستأجر له أو يوجب له، ثم يشاوره فإن رضي وإلا لم يصبه ما يضره"[9]. وتصرف الفضولي متوقف على إجازة المالك.

- تبيين الحقائق (٤/ ١٠٣)، التعريفات، للجرجاني (ص: ١٦٧)، المغرب في ترتيب المعرب، لبرهان الدين المطرزي (١/ ٣٦٢).

(١) ينظر: روضة الطالبين، للنووي (٣/ ٣٩٤)، نهاية المحتاج، للرملي (٣/ ٤٠٢).

(٢) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٨٣)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٥٨).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٤٨)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١٦).

(٤) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٣٧٠)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٢).

(٥) ينظر: تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (٤/ ٤٢٦)، نهاية المحتاج، للرملي (٣/ ٤٠٢).

(٦) ينظر: الفروع، لابن مفلح (٤/ ٣٦)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٨٣).

(٧) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٨٠) و (٢٩/ ٢٤٩) و (٣١/ ٣٨٦).

(٨) ينظر: إعلام الموقعين (٣/ ٢٤).

(٩) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٨٠).

المطلب الثاني

بيان وجه التوازن في شروط المعقود عليه

المعقود عليه إذا توافرت فيه شروطه، كان موافقا للشرع، وجاز أن يكون محلا للتعاقد، فإن اختل شرط منها كان هذا ميلا بالعقد من التوازن إلى الاختلال، سواء كان الاختلال راجعا إلى طهارة المعقود عليه، أو منفعته، أو القدرة على تسليمه، أو غير ذلك من شروط المعقود عليه، وإن توافرت اكتملت أركان العقد، ووقع متوازنا.

فالمعقود عليه، يشترط فيه سلامته من الغرر والربا، والغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود، معلوم الصفة، معلوم القدر، مقدورا على تسليمه، وذلك في الطرفين الثمن والمثمون، معلوم الأجل أيضا إن كان بيعا مؤجلا[1]، فإذا لم يسلم المعقود عليه منها كان ذلك سببا في اختلال الرضا، فإذا اختل الرضا فقد العقد توازنه وبطل، ومطلق البيع يقتضي سلامة المعقود عليه ووجوب العيب يثبت للمشتري حق الرد فالبائع يدعي عليه إسقاط حقه بعد ما ظهر سببه فلا يقبل قوله إلا بحجة؛ لأن العيب فوات وصف من المعقود عليه والوصف يستحق باستحقاق الأصل فصار ذلك الجزء حقا للمشتري باستحقاقه أصل المبيع والبائع يدعي بطلان استحقاقه بعد ظهور سببه، وإن لم يكن له بينة استحلف المشتري بالله ما أبراه ولا رضي به ولا خرج من ملكه؛[2] ولأنه بمطلق العقد يستحق المعقود عليه بصفة السلامة ولا يستحق صفة الجودة إلا بالشرط[3].

---

(١) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/١٨٩).
(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٣/١٣٣).
(٣) المرجع نفسه (١٣/٣٨).

ومما يحفظ التوازن كذلك كون المعقود عليه قائما قابلا للتصرف ابتداء حتى لا تصح الزيادة في الثمن بعد هلاكه[1]. والجهالة في المعقود عليه تفضي إلى المنازعة، والشريعة من مقاصدها قطع الخصومات والمنازعات، بل قطع ما يخشى أن يفضي إلى ذلك.

(1) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي (٢/٨).

الفصل الثالث

الاستثناءات الواردة على تحقيق التوازن.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الاستثناء الوارد على التوازن في الصيغة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إجبار المحتكر على بيع ما احتكره بثمن المثل.

المطلب الثاني: بيان وجه الاستثناء من وجوب تحقيق التوازن في صيغة العقد.

المبحث الثاني: الاستثناء الوارد على وجوب تحقيق التوازن في العاقدين. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيع مال المفلس منه جبرا.

المطلب الثاني: بيان وجه الاستثناء من وجوب تحقيق التوازن في العاقدين.

المبحث الثالث: الاستثناء الوارد على وجوب تحقيق التوازن في المعقود عليه. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الإلزام على التعاقد تلبية لمصلحة عامة "نزع الملكية".

المطلب الثاني: الأدلة على هذا الإلزام على التعاقد.

المطلب الثالث: بيان وجه الاستثناء من وجوب تحقيق التوازن في المعقود عليه.

المبحث الأول

الاستثناء الوارد على التوازن في الصيغة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

إجبار المحتكر على بيع ما احتكره بثمن المثل

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الاحتكار لغة واصطلاحا:

الاحتكار لغة: الحاء والكاف والراء أصل واحد، وهو الحبس، والحكرة: حبس الطعام منتظرا لغلائه، وأصله في كلام العرب الحكر، وهو الماء المجتمع، كأنه احتكره لقلته[1]، وأصل الحكر: الجمع والإمساك[2]. وتعريفه اصطلاحا:

عند الحنفية: اشتراء طعام ونحوه، وحبسه إلى الغلاء أربعين يوما[3].

عند المالكية: هو الادخار للمبيع، وطلب الربح بتقلب الأسواق[4].

---

(1) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٥/٩٢)، المغرب في ترتيب المعرب، لبرهان الدين المطرزي (ص: ١٢٤)، القاموس المحيط، للفيروز آبادي (١/٣٧٨) مادة [ح ك ر].

(2) ينظر: النهاية في غريب الحديث، لابن الأثير (١/٤١٨).

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين (٦/٣٩٨).

(4) ينظر: المنتقى شرح الموطأ، للباجي (٥/ ١٥).

عند الشافعية: وهو أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه[1].

عند الحنابلة: الشراء للتجارة وحبسه، مع حاجة الناس إليه في قوت آدمي[2].

ومن التعريفات المعاصرة الاحتكار: "هو حبس مال، أو منفعة، أو عمل، والامتناع عن بيعه، وبذله، حتى يغلو سعره غلاء فاحشا غير معتاد، بسبب قلته، أو انعدام وجوده في مظانه، مع شدة حاجة الناس أو الدولة أو الحيوان إليه"[3].

فتعريفات الفقهاء -رحمهم الله- كانت تدور حول الأقوات؛ لأن غالب ما كان يجري فيه الاحتكار القوت، ولأن بعض الفقهاء كان لا يرى الاحتكار إلا في القوت[4]، ومع تطور المعاملات المالية وتعقدها، نشأت صور للاحتكار ضررها كضرر احتكار القوت، بل يفوق ذلك.

الفرع الثاني: الأدلة على إجبار المحتكر على التعاقد:

١ - قول الرسول ﷺ: "من احتكر فهو خاطئ"[5]. قال النووي:

---

(١) ينظر: المهذب، للشيرازي (٢/ ٦٤).

(٢) ينظر: دقائق أولي النهى، للبهوتي (٢/ ٢٦).

(٣) ينظر: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، للدكتور محمد الزحيلي (١/ ٤٤٥).

(٤) وهو قول أبي حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن، والشافعية، والحنابلة. ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٢٩)، تبيين الحقائق، للزيلعي (٦/ ٢٧)، روضة الطالبين، للنووي (٣/ ٤١١)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٨)، المغني، لابن قدامة (٤/ ١٥٤)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٨٧). وقول لأبي يوسف، ومذهب المالكية، وقول في مذهب الحنابلة، وهو اختيار ابن تيمية، وهو الراجح -والله أعلم- أنه يعم في كل ما يتضرر الناس باحتكاره؛ لأن الضرر المتحقق في القوت موجود في غيره. المدونة، للإمام مالك (٤/ ٢٩١)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٣٨)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ١٩٠ و٣٤٠)، الفتاوى الكبرى (٤/ ٤٧٠).

(٥) أخرجه مسلم: كتاب المساقاة: باب تحريم الاحتكار في الأقوات ح(١٦٠٥).

"الخاطئ بالهمز: هو العاصي الآثم، وهذا الحديث صريح في تحريم الاحتكار"[1].

٢ - قول الرسول ﷺ: "من احتكر على المسلمين طعاما ضربه الله بالجذام والإفلاس"[2].

٣ - قول الرسول ﷺ: "من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله تعالى وبرئ الله تعالى منه وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله تعالى"[3].

(١) المنهاج شرح صحيح مسلم (١١/٤٣).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١/ ٧٨٤) ح(٣٣٥)، أخرجه ابن ماجه: كتاب التجارات باب الحكرة والجلب ح(٢١٥٥) في إسناده أبو يحيى المكي، ذكره البخاري في التاريخ الكبير، وسكت عليه (١/ ٨٢)، وقال الذهبي: أبو يحيى المكي لا يعرف، والخبر منكر. ميزان الاعتدال (٤/ ٦٢٢)، وقد حسن هذا الحديث الحافظان ابن كثير في "مسند عمر" (١/ ٣٤٨)، وابن حجر في "فتح الباري" (٤/ ٤٤٠)، وصحح إسناده البوصيري في "إتحاف الخيرة" عقب الحديث (٣٦٨٠)، قاله شعيب الأرناؤوط في تحقيقه لسنن ابن ماجه (٢/ ٧٨٣)، وإسناده حسن.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في: مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب ﷺ (٢/ ٦٢) ح(٤٨٨٠)، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٢٠٢) برقم (٢٠٣٩٦)، والبزار في مسنده (١٢/ ١٤) برقم (٥٢٧٨)، وأبو يعلى الموصلي في مسنده (١٠/ ١١٥) برقم (٥٧٤٦)، والحاكم في المستدرك، كتاب البيوع (٢/ ١٤) برقم (٢١٦٥)، والطبراني في معجمه الأوسط (٨/ ٢١٠) برقم (٨٤٢٦)، وأبو نعيم في الحلية، قال أبو حاتم في أبي بشر: لا أعرفه. الجرح والتعديل (٩/ ٣٤٧)، وذكر ابن أبي حاتم عن أبيه أنه قال كما في العلل (١/ ٣٩٢): "هذا حديث منكر، وأبو بشر لا أعرفه"، وفي تعليق شعيب الأرناؤوط على مسند أحمد: إسناده ضعيف لجهالة أبي بشر. ينظر: نصب الراية، للزيلعي (٤/ ٢٦٢) وهو ضعيف.

المطلب الثاني

بيان وجه الامتناع من وجوب تحقيق التوازن في صيغة العقد

الأصل أن تكون الصيغة مثمرة للرضا بين المتعاقدين، ولكن عند وجود الإكراه في صيغة العقد لا تثمر الرضا، بيد أن تجاوز الصيغة المثمرة للرضا إلى صيغة تثمر الإكراه يصح، فالشريعة بشمولية أحكامها، أجازت تجاوز الرضا إلى الإكراه على التعاقد في بعض العقود كما في إجبار المحتكر على بيع ما احتكره بثمن المثل؛ وذلك دفعا للضرر العام، وإزالة للظلم، ومنع الحقد والبغضاء بين المسلمين، ومنعا للمحتكر من الإضرار بغيره، فأجبرته على بيع ما احتكره، إذا كان المحتَكَرُ مما يلحق الناس ضررا باحتكاره، فلولي الأمر إجباره على بيع ملكه؛ لأن امتناعه عن البيع إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم.

ولذا فقد أجمع العلماء[1] على أنه لو احتكر إنسان شيئا، واضطرَّ الناس إليه، ولم يجدوا غيره، أُجبِر على بيعه دفعا للضرر عن الناس، وتعاونا على حصول العيش[2]. وإن لم يضر ذلك بالناس ولا بالأسواق، فلا بأس به، وكل هذا فيمن اشترى في الأسواق، فأما من جلب طعاما؛ فإن شاء باع، وإن شاء احتكر إلا إن نزلت حاجة فادحة أو أمر ضروري بالمسلمين، فيجب على من كان عنده ذلك أن يبيعه بسعر وقته؛ فإن لم

---

(١) حكاه النووي في المنهاج شرح مسلم بن الحجاج (١١/ ٤٣)، وابن حجر الهيتمي في تحفة المحتاج، (٤/ ٤٥٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٢٩)، مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٨٨)، أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٢/ ٣٨)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٤١).

يفعل أجبر على ذلك إحياء للمهج وإبقاء للرمق[1]. وإن لحق بالناس إضرار باحتكار تلك السلعة، يجبر المحتكر على بيعه كما يبيع الناس؛ إزالة للظلم لكن إنما يؤمر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله فإن لم يفعل وأصر على الاحتكار، فرقه الإمام على المحتاجين إليه ويردون أي الآخذون له من الإمام بدله أي مثل مثلي وقيمة متقوم وكذا سلاح لحاجة إليه فيفرقه الإمام ويردونه أو بدله[2].

يقول ابن تيمية: "إذا اضطر الناس ضرورة عامة وعند أقوام فضول أطعمة مخزونة فإنه يجب عليهم بيعها وعلى السلطان أن يجبرهم على ذلك أو يبيعها عليهم؛ لأنه فعل واجب عليهم يقبل النيابة فيجب إلزامهم بما وجب عليهم شرعا وهو حق للمسلمين عندهم فيجب استنقاذه منهم، وهكذا كل ما اضطر الناس إليه: من لباس وسلاح وغير ذلك مما يستغني عنه صاحبه فإنه يجب بذله بثمن المثل، والمحتكر مشتر متجر؛ لكن لما كان يشتري ما يضر الناس، ولا يحتاج إليه حرم عليه والبيع والشراء في الأصل جائزان غير واجبين؛ لكن لحاجة الناس يجب البيع تارة ويحرم الشراء أخرى"[3]. وكذلك لو تواطأ أهل حرفة أو تجار على احتكار ما يحتاج الناس إليه، وغالوا في ثمنه بغير حق، فهذا منهم جور وبغي، ولا بد من تدخل ولي الأمر في إلزامهم بثمن المثل؛ من أجل ضرورة الناس إليها[4].

والاحتكار قد يحتفُّ به أحوالٌ تجعله سائغا؛ لتحقيق مصلحة

---

(١) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٢٨).

(٢) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٢٩)، دقائق أولي النهى، للبهوتي (٢/ ٢٧).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ١٩٠-١٩٤).

(٤) ينظر: الحسبة، لابن تيمية (ص: ٢٤٨)، الطرق الحكمية، لابن القيم (ص: ٢٠٩) بتصرف.

أعظم، وذلك ما يتعلق بالمصالح العامة للدولة، التي قد تحتكرها الدولة؛ لإيصالها إلى المستفيدين بأقل التكاليف، وبأحسن الوسائل، كطباعة النقود؛ لأن هذه الوظيفة فيها حفظ لقوة النقود، والحفاظ على استقرار العقود، وثبات للعملة وعدم اضطرابها، كما أنه يمكن لمنتج واحد أن يتولى إنتاج سلعة أو خدمة معينة بحكم النظام، ففي حالة اختراع أو ابتكار سلعة معينة يحق لصاحبها بحكم براءة الاختراع أن يستغلها دون غيره، كذلك في حالة شراء حق امتياز من الدولة لاستغلال مورد طبيعي معين كالمناجم والمحافر أو حق امتياز إنتاج سلعة أو خدمة معينة يسمى الاحتكار البحت، وفي مثل هذه الحالات لا يجوز لمنتج آخر منافسة هذا المنتج فيما يحصل عليه من حقوق.

وأما إذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم وقد ارتفع السعر إما لقلة الشيء وإما لكثرة الخلق: فهذا إلى الله، فإلزام الخلق أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق[1].

ومنع الشارع الاحتكار لما فيه من ظلم لعموم الناس، وظلم للسوق، وظلم للتجار، وإضرار بالمجتمع: أما الظلم على المستهلكين فلما يقع فيه من التضييق عليهم في أرزاقهم، ورفع الأسعار عليهم، وأما الظلم على التجار فلأن السلع تكون فقط في يد المحتكر دون بقية التجار، وكساد السلع، وفي ذلك إهدار لحرية التجارة والصناعة، وزوال المنافسة، وعدم التكافؤ في الفرص، وظلم للسوق حيث ينتج من الاحتكار عدم توفر السلع في السوق، فالعقل دال على تحريم مثل هذا الفعل لما فيه من الظلم[2]. ومن مضارّه على المجتمع دوره في التضخم

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٨/ ٧٥-٧٧).

(٢) الطرق الحكمية، لابن القيم (ص: ٢٠٩). وينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، للدبيان (٤٧٤/٤).

وارتفاع الأسعار، ودوره في قيام مؤسسات احتكارية تسيطر على الأسواق، ودوره في البطالة.

إن مفهوم الاحتكار عند الاقتصاديين أوسع بكثير منه عند الفقهاء، ويشمل صورًا كثيرة ليست من الاحتكار المحرم حتى عند الموسعين من الفقهاء. فلا بد قبل إبداء الحكم الفقهي في وضع يصفه الاقتصاديون بالاحتكار من تمحيص حقيقته وعدم الوقوف عند تسميته. ولذا نفهم أن كلمة مونوبولي "Monopoly" لا تطلق على حبس سلع (موجودة أصلا) انتظارا لغلائها، كأن يقوم باعون بحبس تمر أو طعام آخر انتظارا لشحّه أو نفاده من السوق بعد أيام أو أسابيع قليلة، ومن ثم تكون الفرصة لارتفاع سعره، وليس من اللازم أن يكون أولئك الحابسون منفردين في بيع السلعة، أو مهيمنين على السوق[1]. ومن ذلك أن المحتكر في النظرية الاقتصادية هو المنتج، والمحتكر في الفكر الإسلامي هو المضارب، حيث يُستثنى من ذلك المنتج الذي ينتج السلعة بنفسه والجالب الذي يجلبها من الخارج إلى السوق، فعن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال: "لا حكرة في سوقنا لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب إلى رزق من رزق الله تنزل بساحتنا فيحتكرونه علينا ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده[2] في الشتاء والصيف فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله"[3].

---

(١) مقالات منشورة، د/صالح السلطان بعنوان: علم الاقتصاد والاقتصاد الإسلامي: تأصيل إشكالات المعاني، مقال: ليس دلالة الكلمات بين الفقهاء والاقتصاديين، جريدة الاقتصادية ٢٠ سبتمبر ٢٠٠٧م العدد (٥٠٧٤).

(٢) عموده كبده: معناه على ما يعتمد عليه من كبده، ويريد بذلك إن كان يجلب على ظهره أو على ظهر دابته فأضاف كبدها إليه بحق ملك لها، واختصاصها به. وقوله ﷺ فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله، وليمسك كيف شاء الله يريد أن عمر يمنعه ممن أراد إجباره على البيع. المنتقى شرح الموطأ، للباجي (٥/ ١٧).

(٣) موطأ الإمام مالك: كتاب البيوع باب الحكرة والتربص ح(١٣٢٧).

ولم تترك الشريعة الاحتكار ليدمّر المجتمع وينشر فيه الفساد، فجعلت وسائل تعالج الاحتكار، وتحد منه، ومن الوسائل: ترغيب الشريعة في تصريف السلع الضرورية؛ تيسيرا على المحتاجين، والترهيب بالوعيد بالعقاب في الدنيا والآخرة، والأخذ على أيدي المحتكرين، وإجبارهم على بيع ما احتكروه، فإن أبوا فرّقوه على الناس، وردوا مثله؛ وذلك لإزالة الضيق ورفع الظلم عنهم، وكذلك زيادة الإنتاج لزيادة المعروض الذي يحتاجه الناس من السلع الضرورية فينخفض الثمن، والسعي في توفير هذه السلع، بتشجيع التبادل مع الدول الأخرى، ومن الوسائل التسعير حيث يقوم ولي الأمر بتحديد ثمن معلوم للسلع بحيث لا يظلم البائع أو المشتري مع تحري العدل[1].

وبهذه الوسائل وغيرها يحفظ توازن العقود، وتسلم من الاضطراب وعدم الاستقرار، مما يخل بها.

(1) القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، لسعدي سلطح (ص: ١٩٢-١٩٩) بتصرف.

المبحث الثاني

الاستثناء الوارد على وجوب تحقيق التوازن في العاقدين

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

بيع مال المفلس عنه جبرا

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف التفليس لغة واصطلاحا:

التفليس لغة: (الفلس) الفاء واللام والسين كلمة واحدة، وهي الفلس، معروف، والجمع فلوس، ويقولون: أفلس الرجل، قالوا: معناه صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم. ومعناه صارت دراهمه فلوسا، أي: كأنما صارت دراهمه فلوسا، أو صار بحيث يقال: ليس معه فلس، وفلّسه القاضي تفليسا: حكم بإفلاسه[1].

واصطلاحا: هو الذي ليس له مال يفي بديونه، فيشمل من لا مال له أصلا، ومن له مال لكنه لا يفي بديونه[2].

---

(١) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٤/ ٤٥١) مادة [ف ل س]، القاموس المحيط، للفيروز آبادي (١/ ٥٦٣).

(٢) ينظر: رد المحتار، للحصكفي (٥/ ٩٦)، القوانين الفقهية، لابن جزي (ص: ٢٠٩)، مواهب الجليل، للحطاب (٥/ ٣٣)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٩٧)، نهاية المحتاج، للرملي (٤/ ٢١٠)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٣٠٦)، الفروع، لابن مفلح (٦/ ٤٥٢).

قال ابن قدامة: وإنما سمي من غلب دينه ماله مفلسا وإن كان له مال؛ لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه، فكأنه معدوم[1].

الفرع الثاني: من أدلة بيع مال المفلس جبرا عنه:

١ - أن النبي ﷺ حجر على معاذ وباع ماله في دين كان عليه وقسمه بين غرمائه، فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم، فقال لهم النبي ﷺ: "ليس لكم إلا ذلك"[2].

٢ - قول الرسول ﷺ: "من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره"[3].

٣ - قول الرسول ﷺ: "أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجد متاعه بعينه فهو أحق به وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء"[4].

---

(١) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/٤٠٨).

(٢) حديث مرسل صحيح، سبق تخريجه (ص: ١٤٨) حاشية رقم (٣).

(٣) سبق تخريجه (ص: ٤٩) حاشية رقم (٢).

(٤) أخرجه أبو داود: كتاب الإجارة باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ح(٣٥٢٠)، وأخرجه ابن ماجه في سننه كتاب الأحكام باب من وجد متاعه بعينه عند رجل أفلس رقم (٢٣٦١)، ورواه الإمام مالك في موطأه: كتاب البيوع باب ما جاء في افلاس الغريم ح(١٣٩٧)، قال البيهقي: "لا يصح موصولا"، السنن الكبرى كتاب التفليس (٦/٧٥)، قال الألباني: وهو وإن كان مرسلا على الراجح، فقد روي من طريقين آخرين موصولا من أبي هريرة ﷺ وصححه في إرواء الغليل (٥/٧٢) برقم (١٤٤٣).

المطلب الثاني

بيان وجه الاستثناء من وجوب تحقيق التوازن في العاقدين

الأصل أن البالغ الرشيد له الحرية الكاملة في إنشاء العقود، أو إسقاط ما له من حقوق، أو إنهاء ما شاء منها، لكن إن تعلق بماله حق لغيره، وامتنع عن أدائه، أو عجز، ورفع الغرماء لولي الأمر طلب استيفاء حقوقهم منه؛ لئلا تضيع حقوقهم، ولا يستهلك المدين ماله، فيضيق المال عن الوفاء بما لهم، وكانت الديون التي عليه حالّة، وتزيد عما في يده، فلولي الأمر الحجر عليه، ومنعه من التصرف في ماله؛ حتى يؤدي ما عليه، فالحجر فيه مصلحة للغرماء، فقد يختص بعضهم بالوفاء فيضر الباقين، وقد يتصرف فيه فيضيع حق الجميع[1]. وهذا من حماية الشريعة لأصحاب الحقوق المتقررة، فمنعه من التصرف في ماله، تسور على كمال أهليته، وآدميته، وهذا من اختلال بالتوازن في العقود التي يجريها، لكن أبيح هذا الإخلال؛ لحفظ حقوق الدائنين وممتلكاتهم، ولا يحجر على المفلس إلا الحاكم؛ لأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد.

فإذا أحاط الدين بمال المدين، وطلب الغرماء الحجر عليه، فعند المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، وصاحبي أبي حنيفة، وهو المفتى به عند الحنفية[5]، وجب على الحاكم تفليسه، واشترط المالكية

---

(١) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٩٨).

(٢) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٢/ ٢٨٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٦٢).

(٣) ينظر: حاشية قليوبي على شرح المحلي على منهاج الطالبين (٢/ ٢٨٩).

(٤) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ٤٢٨)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٤٢٢).

(٥) الاختيار لتعليل المختار، للموصلي (١/ ٢٦٩).

لوجوب ذلك ألا يمكن للغرماء الوصول إلى حقهم إلا به، أما إذا أمكن الوصول إلى حقهم بغير ذلك كبيع بعض ماله، فإنه لا يصار إلى التفليس[1]. وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يفلس، لأنه كامل الأهلية، وفي الحجر عليه إهدار لآدميته[2]. ويستحب إظهار الحجر عليه وإشهاره لتجتنب معاملته، كي لا يستمر الناس بضياع أموالهم[3].

والراجح -والله أعلم- وجوب حبسه؛ تأديبا له، وزجرا لمن يماثله، وحفظا لحق أصحاب الحقوق المتقررة.

ووضع الفقهاء شروطا، توافرها يقتضي الحجر على المفلس: وهي أن يطلب الغرماء تفليسه كلهم أو بعضهم، وأن يكون الدين الذي عليه وطلب التفليس لأجله حالا، وأن يكون ذلك الدين الحال يزيد على ما بيد المدين من المال أو كان ما بيد المدين يزيد على الدين الحال ولكن تلك الزيادة لا تفي بالدين المؤجل[4].

وقد رتّب الفقهاء أحكاما على المفلس، منها: منعه في التصرف في ماله، ومنها حكم تصرفاته بعد تفليسه فهي على ثلاثة أنواع:

الأول: تصرفات نافعة للغرماء، كقبوله الهبة والصدقة، فهذه لا يمنع منها.

الثاني: تصرفات ضارة، كهبته لماله، ووقفه له، وتصدقه به،

---

(١) ينظر: المدونة، للإمام مالك (٤/ ٥٦)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ٦٧)، شرح الزرقاني (٥/ ٢٦١).

(٢) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي (٥/ ١٩٩)، المبسوط، للسرخسي (٢٧/ ٢٧).

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٢٦٤)، نهاية المحتاج، للرملي (٤/ ٢٠٢).

(٤) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٦٤)، الحاوي الكبير، للماوردي (٦/ ٢٦٥)، وعند الشافعية: ويصير بطلب المفلس في الأصح. مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٩٩).

والإبراء منه، وسائر التبرعات، فعند الحنفية[1]، والمالكية[2]، والحنابلة[3]، وعلى الأظهر عند الشافعية[4]، أنها يؤثر فيها الحجر.

الثالث: تصرفات دائرة بين النفع والضرر، كالبيوع والإجارة.

ذهب بعض الفقهاء: منهم الحنابلة[5]، والشافعية في الأظهر[6]، أن الأصل في هذا النوع أنه باطل.

مذهب المالكية: أنه يمنع من التصرف المذكور، فإن أوقعه وقع موقوفا على نظر الحاكم إن اختلف الغرماء، وعلى نظرهم إن اتفقوا[7].

وقال الحنفية: إن باع ماله من الغريم، وجعل الدين بالثمن على سبيل المقاصة صح إن كان الغريم واحدا، وإن كان الغريم أكثر من واحد، فباع ماله من أحدهم بمثل قيمته يصح، كما لو باع من أجنبي بمثل قيمته، ولكن المقاصة لا تصح، كما لو قضى دين بعض الغرماء دون بعض[8].

والراجح -والله أعلم- بطلان التصرفات الدائرة بين النفع والضرر؛ لأن عين ماله تعلق به حق لغرمائه، ولاحتمال الضرر في تصرفه.

---

(1) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي (1/ 269).

(2) ينظر: القوانين الفقهية، لابن جزي (ص: 318)، مواهب الجليل، للحطاب (5/ 32).

(3) ينظر: دقائق أولي النهى، للبهوتي (2/ 278).

(4) ينظر: حاشية قليوبي (2/ 280).

(5) ينظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (4/ 260)؛ كشاف القناع، للبهوتي (3/ 411).

(6) ينظر: المهذب، للشيرازي (1/ 321).

(7) ينظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل (5/ 261)، عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (2/ 780).

(8) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي (1/ 269).

قال المرداوي[1]: "ولا تخلص الحقوق في هذه الأزمنة غالباً إلا به - أي بالحجر - وبما هو أشد منه"[2].

وفي الحجر على المفلس عقوبة للمماطل؛ إذ إنه لما حجز عن الغرماء أموالهم، ومنعهم من حقهم، ناسب أن يُحْجَر عن أمواله بما يُبرِئ لحقهم، والجزاء من جنس العمل، ويتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام[3]. الحجر على المدين المفلس في تصرفاته المالية، حفاظاً على حقوق الدائنين وأموالهم من الضياع[4].

---

(١) هو علي بن سليمان بن أحمد بن محمد العلاء النعماني الصالحي المعروف بالمرداوي، حفظ القرآن وقرأ الفقه، له مصنفات جليلة منها: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، والتحبير في شرح التحرير، توفي سنة ٨٨٥هـ، ودفن بسفح قاسيون. ينظر في ترجمته تسهيل السابلة للنعيمي (٢/ ١٤١٣-١٤١٥).

(٢) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٥/ ٣٧٥).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٨٧).

(٤) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (٦/ ٤٥١٠).

المبحث الثالث

الاستثناء الوارد على وجوب تحقيق التوازن في المعقود عليه

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

الإلزام على التعاقد تلبية لمصلحة عامة "نزع الملكية"

ويُعرَّف نزع الملكية: "بأنه حرمان مالك عقار من ملكه جبرا لتحقيق المنفعة العامة نظير تعويض عما يناله من ضرر"[1]. وقيل في تعريفه: "هو استملاك الأرض بسعرها العادل جبراً عن صاحبها للضرورة أو المصلحة العامة، كتوسيع مسجد، أو طريق ونحو ذلك"[2].

ويطلق عليها التأميم "Nationalization" ويقصد به: انتقال وسائل الإنتاج الصناعية، والتجارية، والاقتصادية، من ملكية الأفراد أشخاصاً طبيعية، أو معنوية إلى الدولة بشكل جبري مقابل تعويض[3].

والأصل في المعاقدات التراضي، إلا أن بعض العقود قد يستثنى فيها ذلك، فيجبر المالك على بيع ما يملكه، وإن أبى نزعت منه، وأعطي تعويضا عادلا؛ وذلك تقديما لمصلحة عامة كتوسيع الشوارع، والمساجد، ونحو ذلك من المصالح العامة، وعلى ذلك اتفق الفقهاء[4]،

---

(١) مبادئ القانون الإداري، للطماوي (ص: ٩١٢).

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (٤/ ٢٩١٣).

(٣) ينظر: معجم لغة الفقهاء، لقلعجي (ص: ١١٩).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي (٣/ ٣٢١)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٧٩)، مواهب الجليل، =

وهي مقدمة على مصلحة المالك الخاصة لهذه الأملاك، ويشترط أن تكون المصلحة معتبرة، فلا يكون اعتبارها مفوّتا لمصلحة أخرى أهم منها، أو مساوية لها في الاعتبار[1].

- للمطاب (٤/٢٥٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٦)، الأحكام السلطانية، للماوردي (ص: ١٦٢)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٤٨١)، الإنصاف، للمرداوي (٤/٢٨٨)، الأحكام السلطانية، لأبي يعلى (ص: ١٩٠).

(١) ينظر: الموافقات، للشاطبي (٢/ ٨)، بتصرف.

المطلب الثاني

الأدلة على الإلزام على التعاقد

١ - "أن رسول الله ﷺ... ركب على راحلته فسار يمشي معه الناس حتى بركت عند مسجده ﷺ بالمدينة وهو يصلي فيه يومئذ رجال من المسلمين وكان مربدا[1] للتمر لسهيل وسهل[2] غلامين يتيمين في حجر أسعد بن زرارة[3] فقال رسول الله ﷺ حين بركت به راحلته: "هذا إن شاء الله المنزل"، ثم دعا رسول الله ﷺ الغلامين فساومهما بالمربد ليتخذه مسجدا، فقالا: لا بل نهبه لك يا رسول الله، فأبى رسول الله ﷺ أن يقبله منهما هبة حتى ابتاعه منهما، ثم بناه مسجدا وطفق رسول الله ﷺ ينقل معهم اللبن في بنيانه"[4].

وجه الاستدلال:

فيه دليل على جواز بيع عقار اليتيم وإن لم يكن محتاجا إلى بيعه للنفقة إذا كان في البيع مصلحة للمسلمين عامة لبناء مسجد أو سور

---

(١) المربد: وهو بكسر الميم وفتح الباء، من ربد بالمكان إذا أقام فيه، وربده إذا حبسه. وهو الموضع الذي يجعل فيه التمر لينشف، كالبيدر للحنطة. غريب الحديث والأثر، لابن الأثير(٢/ ١٨٢).

(٢) سهل وسهيل ابنا عمرو بن أبي عمرو الأنصاري، من بني النجار، ينظر في ترجمتهما: الاستيعاب، لابن عبد البر (٢/ ٦٦٦)، وأسد الغابة، لابن الأثير (٢/ ٣١٩).

(٣) أبو أمامة أسعد بن زرارة الأنصاري الخزرجي، غلبت عليه كنيته واشتهر بها، وكان عقبيا نقيبا، شهد العقبة الأولى والثانية وبايع فيهما، ومات أبو أمامة أسعد بن زرارة هذا قبل بدر، أخذته الذبحة، والمسجد يبنى، فكواه النبي ﷺ ومات في تلك الأيام. ينظر في ترجمته: الاستيعاب، لابن عبد البر (١/ ٨١)، أسد الغابة، لابن الأثير (١/ ٨٦).

(٤) أخرجه البخاري: كتاب فضائل الصحابة باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة ح(٣٩٠٤)، وأخرجه مسلم: كتاب المساقاة والمحاربين والقصاص والديات باب القسامة ح(١٦٦٩).

أو نحوه[1].

٢ - "ما جاء عن سمرة بن جندب ﷺ أنه كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار قال: ومع الرجل أهله قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه فطلب إليه أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى قال: فهبه له ولك كذا وكذا أمرا رغبة فيه فأبى فقال: "أنت مضار"، فقال: رسول الله ﷺ للأنصاري: "اذهب فاقلع نخله"[2].

وجه الاستدلال:

دل هذا الأثر على جواز نزع الملكية الخاصة؛ لإزالة الضرر. قال ابن القيم: "وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن يبيعها، لما في ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذيه بدخول صاحب الشجرة، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة، وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه"[3].

٣ - عن أبي هريرة ﷺ قال: لما أراد عمر بن الخطاب ﷺ أن يزيد في مسجد رسول الله ﷺ وقعت زيادته على دار العباس بن عبد

---

(١) ينظر: بدائع الفوائد (٣/٢٠٨) بتصرف.

(٢) أخرجه أبو داود: كتاب الأقضية أبواب من القضاء باب ح(٣٦٣٦)، وأخرجه البيهقي: كتاب إحياء الموات باب من قضى بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد (٦/١٥٧) قال الشيخ الألباني: صحيح.

(٣) الطرق الحكمية (ص: ٢٢٢).

المطلب ﷺ[1]، فأراد عمر ﷺ أن يدخلها في مسجد رسول الله ﷺ ويعوضه منها، فأبى وقال: قطيعة رسول الله ﷺ واختلفا فجعلا بينهما أبي بن كعب ﷺ، فأتياه في منزله، وكان يسمى سيد المسلمين، فأمر لهما بوسادة فألقيت لهما، فجلسا عليها بين يديه، فذكر عمر ما أراد، وذكر العباس قطيعة رسول الله ﷺ، فقال أبي: "إن الله ﷻ أمر عبده ونبيه داود ﷺ أن يبني له بيتا، قال: أي رب، وأين هذا البيت؟ قال: حيث ترى الملك شاهرا سيفه، فرآه على الصخرة، وإذا ما هناك يومئذ أثذر لغلام من بني إسرائيل، فأتاه داود فقال: إني قد أمرت أن أبني هذا المكان بيتا لله ﷻ، فقال له الفتى: آلله أمرك أن تأخذها مني بغير رضاي؟ قال: لا، فأوحى الله إلى داود ﷺ أني قد جعلت في يدك خزائن الأرض فأرضه، فأتاه داود فقال: إني قد أمرت برضاك، فلك بها قنطار من ذهب، قال: قد قبلت يا داود، وهي خير أم القنطار؟ قال: بل هي خير، قال: فأرضني، قال: فلك بها ثلاث قناطير، قال: فلم يزل يشدد على داود حتى رضي منه بتسع قناطير"، قال العباس: اللهم لا آخذ لها ثوابا وقد تصدقت بها على جماعة المسلمين، فقبلها عمر ﷺ منه فأدخلها في مسجد رسول الله ﷺ"[2].

---

(١) العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة، عم رسول الله ﷺ وصنو أبيه، يكنى أبا الفضل، وكان في الجاهلية رئيسا في قريش، وإليه كانت عمارة المسجد الحرام والسقاية في الجاهلية، أسلم وكان ﷺ يكرمه بعد إسلامه ويعظمه ويجله، وكان جواد معظما وصولا للرحم ذا رأي حسن، وتوفي العباس بالمدينة سنة ٣٢هـ. ينظر في ترجمته: الاستيعاب، لابن عبد البر(٢/ ٨١٠-٨١٧)، أسد الغابة، لابن الأثير(٣/ ٦٠-٦٢).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه: كتاب الوقف باب اتخاذ المسجد والسقايات وغيرها (٦/ ٣٧٧) برقم ح(١١٩٣٧)، وأخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى (٤/ ٢٢)، وقد ورد في بعض الروايات التصريح برفعه إلى النبي ﷺ، ولا يصح.

٤ - في عهد عمر بن الخطاب ﷺ لم يكن بالمسجد جدران تحيطه، إنما كانت الدور مطلّة عليه من كل مكان، فضاق على الناس المكان فاشترى عمر البيوت القريبة من الحرم وهدمها، وأبى البعض أن يأخذ ثمن البيت، وامتنع آخرون عن البيع، فوضعت أثمان بيوتهم في خزانة الكعبة حتى أخذوها فيما بعد، ثم أحاط المسجد بجدار قصير، وقال عمر ﷺ: "إنما نزلتم على الكعبة فهَو فناؤها، ولم تنزل الكعبة عليكم"[1].

٥ - وفي عهد عثمان ﷺ لما كثر الناس وسع المسجد، واشترى من قوم، وأبى آخرون أن يبيعوا، فهدم عليهم فصيحوا به فدعاهم فقال: "إنما جرأكم علي حلمي عنكم فقد فعل بكم عمر هذا فلم يصبح به أحد، فاحتذيت على مثاله فصيحتم بي، ثم أمر بهم إلى الحبس، حتى كلمه فيهم عبدالله بن خالد بن أسيد فتركهم"[2].

وهذا عمل الخليفتين الراشدين عمر وعثمان ﷺ، حيث أمرا بهدم المساكن التي حول المسجد الحرام؛ للتوسعة على الناس، وعوضا أهل هذه الدور عنها. فمن أجل دفع ضرر عام يتحمل الضرر الخاص، والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة[3].

(١) ينظر: أخبار مكة، للأزرقي (٢/٢٦٩)، فتوح البلدان، للبلاذري (١/٥٤)، الكامل، لابن الأثير (٢/٣٦٠).

(٢) ينظر: أخبار مكة، للأزرقي (٢/٢٦٩)، فتوح البلدان، للبلاذري (١/٥٤)، تاريخ الطبري (٤/٣٥١).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٨٧)، بتصرف.

المطلب الثالث

بيان وجه الاستثناء من وجوب تحقيق التوازن في المعقود عليه

التملّك مشروع بالكتاب والسنة، ولذا كفلت الشريعة الإسلامية المحافظة عليه، وحمايته من التعدي عليه بغير حق، وشُرِعت أحكام رادعة، جزاء على التعدي عليه، وألزمت بضمان المتلفات لأصحابها؛ حفظا لهذه الملكيّة، كما جاء "أن النبي ﷺ قال: إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ليبلغ الشاهد الغائب فإن الشاهد عسى أن يبلغ من هو أوعى له منه"[1]. قال النووي: "المراد بهذا كله بيان تؤكيد غلظ تحريم الأموال والدماء والأعراض والتحذير من ذلك"[2].

وغير ذلك من الأدلة المقررة لحفظ الأموال من التعدي عليها، بل جاء النهي عن أخذ مال المسلم ولو على سبيل الهزل، وحتى لو كانت قيمته قليلة. قال رسول الله ﷺ: "لا يأخذ أحدكم عصا أخيه لاعبا أو جادا فمن أخذ عصا أخيه فليردها إليه"[3]. بل جعل القتل في سبيل المحافظة على المال، ومنع من يحتال لأخذه شهادة في سبيل الله. فقد

---

(١) سبق تخريجه (ص: ٢٦٢)، حاشية رقم (٣).

(٢) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (١١/١٦٩).

(٣) أخرجه أبو داود: كتاب الأدب باب من يأخذ الشيء على المزاح ح(٥٠٠٣)، وأخرجه الترمذي: كتاب الفتن عن رسول الله ﷺ باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلما ح(٢١٦٠) قال الشيخ الألباني: حسن، والإمام أحمد بن حنبل في مسنده: حديث يزيد بن السائب بن يزيد ﷺ ٤/ ٢٢١ ح(١٧٩٦٩) تعليق شعيب الأرناؤوط: إسناده صحيح، وأخرجه البيهقي، في كتاب الغصب باب تحريم الغصب وأخذ أموال الناس بغير حق(٦/ ١٥٤) برقم (١١٤٩٩).

جاء في الصحيح: "أنه جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي قال فلا تعطه مالك قال أرأيت إن قاتلني قال قاتله قال أرأيت إن قتلني قال فأنت شهيد قال أرأيت إن قتلته قال هو في النار"(١).

وهذه الأدلة تبين عِظم جُرم التعدي على الأموال بغير حق، وكذلك الأصل في انتقال الأموال بين الناس وحلّها التراضي وطيب النفس، سواءً كانت معاوضات أو تبرعات، وهو ما يقتضيه التوازن في سائر العقود، ومع تضافر هذه الأدلة وتأكيدها على حفظ الحقوق، ومنع التعدي عليها، إلا أن الشريعة أجازت نزع الملكية الخاصة -المعقود عليه- من صاحبها، مراعاة لمصلحة عامة، أو مصلحة فردية أولى بالاعتبار من مصلحة المالك كنزع الملكية بالشفعة- فتكون مصلحة الشفيع أولى بالاعتبار من المالك الجديد-، أو نزع ملكية المفلس؛ لقضاء الديون التي عجز عن الإيفاء بها، وطالبه بها الغرماء، فاستثنت رغبة المالك ولم تعتبره، ومع أن انعدام الرغبة مخل بالتوازن إلا أن المصلحة المترجحة في انعدامه، جعلت العقد صحيحا ولو افتقده، وحفظت الشريعة حق المالك بتعويضه التعويض العادل لما أُنتزع منه، فالشريعة لم تهمل حق التملك الخاص، بل أقرت له بالتعويض؛ وهذا فيه إثبات لحقه في ما تملكه، وأقرت بمصلحة الجماعة في مقابل الفرد؛ تقديما للنفع العام على الخاص، وفي ذلك يظهر التوازن بين المنفعة الخاصة، والمنفعة العامة. يقول الإمام العز بن عبدالسلام: "المصلحة العامة كالضرورة الخاصة"(٢).

---

(١) أخرجه مسلم: كتاب الإيمان باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه وإن قتل كان في النار وأن من قتل دون ماله فهو شهيد ح(١٤٠).

(٢) القواعد الكبرى (٢/ ١٨٨).

كما أنَّ مجلس مجمع الفقه الإسلامي أصدر قراراً بشأن انتزاع الملكية للمصلحة العامة(حيث تضمن هذا القرار بأنه بعد الاطلاع على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع انتزاع الملكية للمصلحة العامة، وفي ضوء ما هو مسلم به في أصول الشريعة، من احترام الملكية الفردية، حتى أصبح ذلك من قواطع الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، وأنَّ حفظ المال أحد الضروريات الخمس التي عرف من مقاصد الشريعة رعايتها، وتواردت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة على صونها، مع استحضار ما ثبت بدلالة السنة النبوية وعمل الصحابة ﷺ فمن بعدهم من نزع ملكية العقار للمصلحة العامة، تطبيقاً لقواعد الشريعة العامة في رعاية المصالح وتنزيل الحاجة العامة منزلة الضرورة وتحمل الضرر الخاص لتفادي الضرر العام[1].

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في مؤتمره الرابع رقم (٧٩) ١٤٠٨هـ.

الفصل الرابع

التنازل عن التوازن في العقد والاعتياض عنه

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أنواع الحقوق من حيث الاعتياض .

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الحقوق التي لا تقبل الاعتياض.

المطلب الثاني: الحقوق التي تقبل الاعتياض.

المبحث الثاني: التنازل عن التوازن في العقد.

المبحث الثالث: الاعتياض عن التوازن في العقد.

الفصل الرابع

التنازل عن التوازن في العقد والاعتياض عنه

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث:

تمهيد. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الحق لغة واصطلاحاً

الحق لغة: مصدر حق الشيء يَحِق، ويَحُق حَقّاً وحُقُوقاً، أي: صار حقا وثبت، واستحق الشيء: استوجبه[1]. وهو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره[2]. وقد استُعمل في اللغة لعدة معانٍ[3]. ويطلق على الاختصاص بالشيء من غير مشاركة، يقال: فلان أحق بماله أي: لا حق لغيره فيه[4].

---

(1) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (١٠/٤٩-٥٠)، معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (٢/١٥) مادة [حق].

(2) ينظر: التعريفات، للجرجاني (ص: ٨٩).

(3) فيطلق على خلاف الباطل ومنه قوله تعالى سورة الإسراء: ٨١، وعلى النصيب المحدد ومنه قوله تعالى ﴿وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلْمِسْكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الإسراء: ٢٦]، وعلى النصيب المحدد ومنه قوله تعالى ﴿وَٱلَّذِينَ فِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ﴾ [المعارج: ٢٤]، وعلى الإسلام، وعلى اليقين، وعلى الصدق، وعلى القرآن، وعلى الحزم، وعلى العدل، وعلى الموت، كما أنه اسم لله تعالى. ينظر: تاج العروس، للزبيدي (٢٥/١٦٦)، المعجم الوسيط، (١/١٨٧) مادة [ح ق].

(4) ينظر: تهذيب اللغة، للأزهري (٣/٢٤١)، معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (٢/١٥).

والحق اصطلاحاً: استعمل بعض الفقهاء مصطلح الحق في عدة سياقات، واستعمالهم للفظ الحق كان على نحوٍ معانيه اللغوية، كقول الإمام الشافعيّ: "حق على الناس غسل الميت"[1] أي: واجب. وقول الماوردي: "فإن سأل إحلاف المدعى عليه بأن ابتياعه كان حقا"[2] أي: صدقا. وقال الدسوقي[3]: "الحق جنس يتناول المال وغيره"[4]. فتارة يطلقونه ويريدون به المعنى العام للحق فيشمل جميع المملوكات سواء أكانت مالية من عين أو دين أو منفعة أو غير مالية، سواء أكانت متعلقة بالمال كحق الخيار والشفعة أو غير متعلقة بالمال كحق القصاص، وحق ولاية التصرف في مال الغير، والولاية على النفس وبهذا يقترب هذا استعمالهم لهذا المصطلح من المعنى اللغوي للحق[5]. ويستعملونه في معنى خاص، فيطلقونه ويريدون به ما يتعلق بالعقار من مرافق، كحق الشرب، والمسيل، وحق التعلي، وتارة يطلقونه ويريدون به ما يتعلق بالعقد من لوازم تتصل بتنفيذه، كحق تسليم الثمن وقبض المبيع، والرد بالعيب، وضمان الدَّرَك[6]. والتعريف المختار للحق هو: "اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً"[7].

---

(١) الأم (١/ ٢١٢).

(٢) الأحكام السلطانية، للماوردي (ص: ١٤٥).

(٣) محمد بن أحمد عرفة الدسوقي المالكي الأزهري، ولد ببلدة دسوق من قرى مصر، له مصنفات كثيرة منها: حاشية على مختصر السعد على التلخيص، والمنورة الفقهية، توفي سنة ١٢٣٠هـ. ينظر في ترجمته: حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، لابن البيطار الدمشقي (١/ ١٢٦٣)، الأعلام، للزركلي (٦/ ١٧).

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٤٥٧).

(٥) ينظر: الذمة والحق والالتزام، لعبد المكاشفي (ص: ٥٧)، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، لنزيه حماد (ص: ١٨١)، فقه المعاملات المالية المعاصرة، لمحمد شبير (ص: ٣٤).

(٦) ينظر: المدخل للفقه الإسلامي، لمحمد سلام مدكور (ص: ٤٢٧).

(٧) المدخل الفقهي العام، للزرقا (٢/ ١٠).

المطلب الثاني

تعريف المال لغة واصطلاحا

المال لغة: مَالَ الرجل يمولُ ويمال مولاً ومؤولا إذا صار ذا مال، وتصغيره مويل، والعامة تقول مويّل، بتشديد الياء، وهو رجل مال، وتموّل مثله وموّله غيره[1].

قال ابن الأثير[2]: "المال في الأصل: ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل، لأنها كانت أكثر أموالهم"[3]. والمشهور من كلام العرب: أن كل ما تُمُوّلَ وتُمُلِّكَ فهو مال. قاله ابن عبد البر[4]، والقاضي عياض[5]، وقيل: وإنما سُمِّيَ مالاً؛ لأنه يميل إليه الناس بالقلوب[6]. والمال يذكر ويؤنث فنقول هو المال، وهي المال[7].

وتعريفه اصطلاحاً: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفاتهم للمال:

عند الحنفية: "ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت

---

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (١١/ ٦٣٦) مادة (م و ل)، المصباح المنير، للفيومي (٢/ ٥٨٦).

(٢) أبو السعادات مجد الدين المبارك بن محمد الشيباني العلامة مجد الدين الجزري ابن الأثير، له مصنفات جليلة منها: جامع الأصول، والنهاية في غريب الحديث، توفي سنة ٦٠٦هـ. ينظر في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي (٨/ ٣١٦-٣٦٧)، طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة (٢/ ٢١).

(٣) ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (٤/ ٣٧٢).

(٤) ينظر: التمهيد (٢/ ٥).

(٥) ينظر: مشارق الأنوار على صحاح الآثار (١/ ٢٩٠).

(٦) ينظر: حلية الفقهاء، لابن فارس (ص: ١٢٣).

(٧) ينظر: المصباح المنير، للفيومي (٢/ ٥٨٦).

الحاجة»[1].

عند المالكية: «هو ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك»[2].

عند الشافعية: «أن اسم المال لا يقع إلا على ماله قيمة يباع بها، وتلزم مُتلِفَه، وإن قلّت، ومالا يطرحه الناس مثل الفلس، وما أشبه ذلك»[3].

عند الحنابلة: ما يباح نفعه مطلقا، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة[4].

والتعريف المختار للمال: ما كان له قيمة مادية بين الناس وجاز شرعا الانتفاع به في حال السعة والاختيار[5].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/٥٠١).

(٢) الموافقات، للشاطبي (٢/٣٢).

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٣٢٧).

(٤) ينظر: دقائق أولي النهى، للبهوتي (٢/٧).

(٥) هذا تعريف د/العباجي في كتابه: الملكية في الشريعة الإسلامية (١/١٧٩)، وينظر: المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور محمد شبير (ص:١١).

المطلب الثالث

تعريف المعاوضة لغة واصطلاحاً

المعاوضة لغة: العين والواو والضاد تدل على بدل للشيء، والفعل منه العوض، قال الخليل: عَاضَنِ يَعوضُ عِوضًا وعِياضًا، والاسم العِوَضُ، والمستعمل التعويض، تقول: عَوَّضتُه من هِبَتِه خيرا. واعتاضني فلان، إذا جاء طالباً للعِوض والصلة، واستعاضني، إذا سألك العِوض. وقال رؤبة بن العجاج[1]:

نعم الفتى ومرغب الممتاض والله يجزي القرض بالإقراض[2].

ومن إطلاقات العوض ثواب الآخرة[3]. والمعاوضات في الاصطلاح لا تخرج عن المعنى اللغوي[4]. وعُرِّفت بأنها: "ما يبذل في مقابلة غيره"[5].

---

(١) رؤبة بن العجاج البصري التميمي السعدي، ورؤبة: قطعة من خشب، يشعب بها الإناء، جمعها: رؤاب، وكان رأسا في اللغة، قال النسائي في رؤبة: ليس بالقوي، توفي سنة ١٤٥هـ، وأما مات قال الخليل: دفنا الشعر واللغة والفصاحة. ينظر ترجمته: وفيات الأعيان، لابن خلكان(٧/ ٣٠٤)، سير أعلام النبلاء، للذهبي (٦/ ١٦٢).

(٢) ينظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (٤/ ١٨٨)، لسان العرب، لابن منظور (٧/ ١٩٢) مادة [عوض].

(٣) الفروق، للقرافي (٣/ ٤).

(٤) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٢)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٢٢)، الكليات، للكفوي (ص: ٦٣١).

(٥) المطلع على أبواب المقنع، للبعلي (ص: ٢٥٥).

المبحث الأول

أنواع الحقوق من حيث الاعتياض

المطلب الأول

الحقوق التي لا تقبل الاعتياض

إن المولى جلّت قدرته قد اختص بحقوق تُمايز حقوق المخلوقين، ومن الحقوق ما يجتذبه طرفان، طرف لله ﷻ، وطرف فيه مُتعلّق للمخلوق، قال القرافي: "الحقوق ثلاثة: حق لله محض، وحق للعبد محض، وحق مختلَفٌ فيه: هل يغلب فيه حق الله أم حق العبد؟ فالأول: كالإيمان. والثاني: كالنقود. والثالث: كحد القذف أي بينهما عموم وخصوص مطلق، وإنما يعرف ذلك بصحة الإسقاط، فكل ما للعبد إسقاطه فهو الذي نعني به حق العبد"[1].

وتختلف حقوق الآدميين من حيث قابليتها للإسقاط والتنازل والاعتياض عنها، قال ابن القيم: "الحقوق نوعان: حق لله، وحق الآدمي، فحق الله لا مدخل للصلح فيه: كالحدود، والزكوات، والكفارات، ونحوها.....، وأما حقوق الآدميين فهي التي تقبل الصلح، والإسقاط، والمعاوضة عليها"[2].

وأما الحقوق التي لا تقبل الاعتياض:

---

(١) الذخيرة، للقرافي (٥/٩٣).

(٢) إعلام الموقعين (١/ ٨٥).

فكل حق محض ثبت للمولى ﷻ -حقوق الله الخالصة-، فهو حق لا يملك أحدٌ إسقاطه، أو التنازل عنه، أو الاعتياض عنه.

وأما حقوق الآدميين فمنها: ما لا يقبل الاعتياض: وهي الحقوق التي أثبتها الشارع لأصحابها دفعا للضرر عنهم كحق الشفعة، وحق المرأة في القسم، وحق الخيار، وحق الحضانة، فهذه الحقوق لا يجوز الاعتياض عنها، لا عن طريق البيع، ولا عن طريق الصلح والتنازل، فحق الشفعة ليس حقا ثابتا بالأصل؛ لأن المتبايعين إذا عقدا بيعا عن تراض منهما، فلا حق للثالث أن يتدخل بينهما، ولكن الشريعة أثبتت حق الشفعة للشريك؛ دفعا للضرر عنه، فلا يجوز الاعتياض عنها؛[1] لأن التنازل عنها دليل انتفاء الضرر، وإذا انتفى الضرر فليس ثَمَّة حق.

قال ابن رجب: "الحقوق الثابتة دفعا لضرر الأملاك، لا يصح النقل فيها بحال"[2]. ومثل ذلك حق المرأة في القَسم، فليس لها طلب العوض، وكذلك زوجة العِنِّين، أعطاها الشرع حق فسخ النكاح من زوجها؛ لدفع الضرر عنها، فإذا اختارت البقاء معه ورضيت، فليس لها أن تأخذ عوضا مقابل ذلك، إذ تبين أنه لا ضرر عليها بهذا النكاح[3].

قال ابن عابدين: "وحاصله: أن ثبوت حق الشفعة للشفيع، وحق القسم للزوجة وكذا حق الخيار في النكاح للمخيرة إنما هو لدفع الضرر

---

(١) بل كذلك الإمام على الامتناع من الشفعة، ورغب في أن يُؤدب، قال أبو داود السجستاني في مسائله التي رواها عن الإمام أحمد: سمعت أحمد، سئل عن رجل اشترى دارا بستة آلاف درهم، فكتب الشراء بثمانية آلاف من أجل الشفعة؟ قال: ما أحوج هذا إلى أدب، أو قال: ضرب، قيل: فما تصنع؟ قال: يوخذ بالاثنين، فيرد على المشتري، ويقال له: اتق الله ولا تفعل مثل هذا". (ص: ٢٧٦) مسألة رقم (١٣٢٤).

(٢) تقرير القواعد وتحرير الفوائد (١/ ٩٨).

(٣) ينظر: بحوث فقهية معاصرة، لمحمد تقي العثماني (ص: ٧٧-٧٨).

عن الشفيع والمرأة، وما ثبت لذلك لا يصح الصلح عنه؛ لأن صاحب الحق لما رضي علم أنه لا يتضرر بذلك فلا يستحق شيئا»[1].

فهذه حقوق ثبتت لأجل دفع الضرر عن صاحبها، سواء حق الشفعة، وحق القسم للزوجة بأن يقسم لها كما يقسم لضرائرها، وحكم هذه الحقوق أنه لا يجوز الاعتياض عنها بمال؛ لأنها حقوق ثبتت لدفع الضرر، وما ثبت لدفع الضرر لا يصح الاعتياض عنه، قال ابن قدامة: «فإن صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح لأنه حق شرع على خلاف الأصل لدفع ضرر الشركة فإذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد القذف إلا أن يسقط ههنا رجها واحدا لكونه حقا لآدمي»[2].

قال البهوتي[3]: «أو صالح شفيعا عن شفعة لم يصح لأنها ثبتت لإزالة الضرر فإذا رضي بالعوض تبينا أن لا ضرر، فلا استحقاق فيبطل العوض لبطلان معوضه»[4]. وكذلك حق الفسخ لا يجوز الاعتياض عنه؛[5] لأن الفسخ جزاء لعدم التنفيذ أو الإخلال بالعقد من طرفي العقد، فشرع لدفع الضرر عن المتضرر منهما، فإذا رضي بتأخر التنفيذ أو عدمه فلا يُعتاض عنه.

وهناك ما يقبل الاعتياض بمال لكن على سبيل الصلح: وهذه

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٢٠).

(٢) المغني (٤/ ٣٧٣).

(٣) منصور بن يونس البهوتي الحنبلي المصري، انتهى إليه الإفتاء والتدريس، وله مصنفات نافعة منها: كشاف القناع عن الإقناع، عمدة الطالب، توفي سنة ١٠٥١هـ. ينظر في ترجمته: السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة، لعبدالقادر النعيمي (ص: ١١٣١-١١٣٣)، الدرة الأكمل لأصحاب الإمام أحمد بن حنبل، للبعلي (ص: ٢١٠-٢١٣).

(٤) كشاف القناع (٣/ ٤٠١).

(٥) ينظر: الشرح الكبير، لعبدالرحمن ابن قدامة (٤/ ٧٧).

الحقوق لا تقبل المعاوضة ولكن تقبل الصلح: وهي حقوق ثبتت لصاحبها أصالة لا على وجه رفع الضرر، كحق ولي المقتول بالقصاص، وحق الزوج في إبقاء عقد النكاح قائماً، وحق السيد في تملك عبده، وحكم هذه الحقوق أنه يجوز الاعتياض عنها بمال لكن على سبيل الصلح، ولأصحابها فقط، فلا يجوز لولي القتيل أن يبيع حق الاقتصاص لرجل آخر، ولا للوارث أن يبيع حق إرثه إلى رجل آخر، بأن يرث عوضا عنه[1]. فهذه الحقوق لا تقبل المعاوضة والانتقال لشخص آخر؛ لأن الشرع أثبتها لرجل مخصوص بصفة مخصوصة، فإذا انعدمت هذه الصفة، انعدمت تلك الحقوق[2].

أما التنازل عن هذا الحق بالصلح فهو جائز، فلولي القتيل المصالحة مع القاتل على مال، وليس هذا المال عوض الحق، فالقاتل لا يشتري الحق من صاحبه، بل يدفع ضرر الموت عن نفسه، فالعوض المالي نظير الإسقاط؛ لحمل ولي القتيل عليه، مكافأة له، لا ثمنا للحق ذاته؛ لأنه ليس بمال[3]. ويشترط لجواز الاعتياض عن هذه الحقوق بالمصالحة، أن كانت ثابتة لصاحبها في الحال، بخلاف ما لو كانت متوقعة في المستقبل، وغير ثابتة، فإنه لا يجوز المعاوضة عليها بالصلح ولا بغيره، كما في حق الوراثة في حياة المورث، فإنه لا يجوز التنازل عنه بمال؛ لأن هذا الحق ليس ثابتا في حياة المورث، إنما يثبت بالوفاة[4].

---

(١) ينظر: المجموعة الكاملة لبحوث ندوة المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة 'بحث الضوابط الشرعية في المعاوضة على الحقوق والالتزامات'، لعبدالله السلطان (ص: ٣٠٤).

(٢) ينظر: بحوث فقهية معاصرة، لمحمد تقي العثماني (ص: ٧٨-٧٩).

(٣) ينظر: الفقه المقارن مع المذاهب، لفتحي الدريني (ص: ٢٤١-٢٤٢).

(٤) ينظر: بحوث فقهية معاصرة، لمحمد تقي العثماني (ص: ٨٠) بتصرف.

المطلب الثاني

الحقوق التي تقبل الاعتياض

حقوق الآدميين التي تقبل الاعتياض: هي الحقوق التي ثبتت لأصحابها بحكم العرف والعادة، فهي مشروعة، باعتبار مشروعية العرف والعادة، ومن ذلك حقوق الارتفاق[1]: حق المرور، وحق الشرب[2]، وحق المسيل، وحق التعلّي.

واختلف الفقهاء على المعاوضة على هذه الحقوق على قولين:

الأول: الجمهور[3] يعتبر هذه الحقوق مالا، فيجوز بيعها، وهبتها؛ وهذا إعمالاً لأصلهم في معنى الأموال-وهذا في كل حقوق الارتفاق إجمالا-[4].

الثاني: والحنفية[5] يرون أنها ليست أموالا؛ وسبب الخلاف هو

---

(١) لغة: الراء والفاء والقاف أصل واحد يدل على موافقة ومقاربة بلا عنف. فالرفق: خلاف العنف، هذا هو الأصل ثم يشتق منه كل شيء ينحو إلى راحة وموافقة. مقاييس اللغة، لابن فارس (٣/ ٤١٨)، وفي لسان العرب، لابن منظور: والمرافق المغتسل. ومرافق النار: مصاب الماء ومنحدرها. (١٠/ ١١٨) مادة [رفق]. والاصطلاح: منفعة مقررة لعقار على آخر مملوك لغير الأول. المدخل الفقهي العام، للزرقا (٣/ ٣٥).

(٢) أجاز الاعتياض عنه المالكية، وبعض الحنفية، أما الجمهور فعلى المنع من الاعتياض عنه، ينظر: المدونة، للإمام مالك (٣/ ٣١٢)، الذخيرة، للقرافي (٦/ ١٦٨)، تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٥٢)، روضة الطالبين، للنووي (٥/ ٣١٠)، الإنصاف، للمرداوي (٥/ ٣٥٠).

(٣) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٥٠٧)، مغني المحتاج، للشربيني (٣/ ٥٠٩)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٣٩١).

(٤) لأن الفقهاء متفاوتون في اعتبار مالية بعض هذه الحقوق، يقول الخفيف: "جواز الاعتياض عن بعض الحقوق، وعدم جوازه لا يرجع في الفقه الإسلامي إلى ضابط عام واضح المعنى، وإنما يختلف باختلاف الحقوق، واختلاف الأعراف". الملكية في الشريعة الإسلامية (ص: ٨٥).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٤٥). استثنى منه الفقهاء بعض الحقوق التي تتعلق =

تعريف البيع، فمن عرفه بمبادلة المال بالمال وخص المال بالأعيان، منع بيع الحقوق المجردة، لأنها ليست أعيانًا، ومن عمم تعريفه بما يشمل المنافع أجاز بيعها.

وقسم القرافي التصرف في الحقوق والأملاك إلى نقل وإسقاط:

فالنقل ينقسم إلى:

الأول: ما هو بعوض في الأعيان: كالبيع والقرض وإلى ما هو عوض في المنافع: كالإجارة والمساقاة والمزارعة والقراض والجعالة.

الثاني: ما هو بغير عوض: كالهدايا والوصايا، والعمرى، والوقف، والهبات، والصدقات، والكفارات، والمسروق من أموال الكفار، والغنيمة في الجهاد فإن ذلك كله نقل ملك في أعيان بغير عوض.

وأما الإسقاط: فإما بعوض كالخلع والعفو على مال والكتابة والصلح على الدين والتعزير فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل إلى الباذل ما كان يملكه المبذول له من العصمة وبيع العبد ونحوهما.

وإما بغير عوض: كالإبراء من الديون والقصاص والتعزير وحد القذف والطلاق والعتاق وإيقاف المساجد وغيرها فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل لغير الأول[1].

- بالأعيان مثل جواز بيع حق الممر؛ لكونه حقًا يتعلق بالعين فأخذ حكم العين في جواز البيع. ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٥/٢٠٥).

(١) الفروق، للقرافي (٣/ ١١٠) بتصرف.

مالية المنافع:

لا خلاف بين الفقهاء في أن المنافع تكون محلاً للملك[١]، وإنما الخلاف في قابليتها للاتصاف بالمالية، وللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول:

قول زفر من الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥] أن المنافع تعد أموالاً:

ومن أدلتهم على ذلك ما يأتي:

١ - أن الله جعل المهر من الأموال فقال تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤].

وجه الاستدلال:

أن الصداق[٦] قد يكون منفعة، مما يدل على دخول المنافع في الأموال[٧].

٢ - حديث الواهبة: "قالت يا رسول الله جئت أهب لك نفسي فنظر إليها رسول الله ﷺ فصعّد النظر فيها وصوّبه ثم طأطأ رسول الله

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي (٢/٥٣)، الفروق، للقرافي (٤/٩)، مغني المحتاج، للشربيني (٣/٥٠٤)، المغني لابن قدامة (٤/ ٧٥).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ٣٣٥)، البحر الرائق، لابن نجيم (٨/ ١٩).

(٣) ينظر: عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/ ٧٤٤)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٤٢).

(٤) ينظر: روضة الطالبين، للنووي (٥/ ١٣)، مغني المحتاج، للشربيني (٣/٥٠٤).

(٥) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي (٤/ ٧٨).

(٦) الصداق: اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح، ويسمى في العرف مهراً وصداقاً. وله ثمانية أسماء نظمها البعلي في قوله: صَدَاقٌ ومَهْرٌ نِحْلَةٌ وفَرِيضَةٌ ... حِبَاءٌ وأَجْرٌ ثم عَقْرٌ عَلائِقُ. المطلع على أبواب المقنع (ص: ٣٩٦).

(٧) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٤٩٨)، (٢/ ١٤٠٩)، نهاية المحتاج، للرملي (٦/ ٣٦٢).

ﷺ رأسه فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها شيئا جلست فقام رجل من أصحابه فقال: يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها فقال: فهل عندك من شيء فقال: لا والله يا رسول الله فقال: اذهب إلى أهلك فانظر هل تجد شيئا فذهب ثم رجع فقال: لا والله ما وجدت شيئا فقال رسول الله ﷺ: انظر ولو خاتما من حديد فذهب ثم رجع فقال: لا والله يا رسول الله ولا خاتما من حديد ولكن هذا إزاري فلها نصفه فقال رسول الله ﷺ: ما تصنع بإزارك إن لبسته لم يكن عليها منه شيء وإن لبسته لم يكن عليك منه شيء فجلس الرجل حتى إذا طال مجلسه قام فرآه رسول الله ﷺ مولیا فأمر به فدعي فلما جاء قال: ماذا معك من القرآن قال معي سورة كذا وسورة كذا عددها فقال: تقرؤهن عن ظهر قلبك قال نعم قال اذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن"[1].

وجه الاستدلال:

قال الخطابي[2]: "وليس في الحديث أنه جعل المهر ديناً عليه إلى أجل فكان الظاهر أنه جعل تعليمه القرآن إياها مهراً لها"[3]. وقال النووي: "وفي هذا الحديث دليل لجواز كون الصداق تعليم القرآن"[4].

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الوكالة باب وكالة المرأة الإمام في النكاح ح(٢١٨٦)، وأخرجه مسلم: كتاب النكاح باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يجحف به ح(١٤٢٥)، واللفظ لمسلم.

(٢) أبو سليمان حمد بن محمد البستي، الخطابي، كان فقيهاً أديباً محدثاً، من مصنفاته: معالم السنن في شرح سنن أبي داود، وأعلام السنن في شرح البخاري، توفي سنة ٣٨٨هـ. ينظر في ترجمته: وفيات الأعيان، لابن خلكان (٢/ ٢١٤)، سير أعلام النبلاء، للذهبي (١٧/ ٢٣).

(٣) معالم السنن، للخطابي (٣/ ٢١١).

(٤) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (٩/ ٢١٤).

٣ - أن المالية إنما تعرف بالتموّل، والناس يعتادون تموّل المنفعة بالتجارة فيها، فإن أكثر الناس تجارة الباعة، ورأس أموالهم المنفعة، مما يدل على أن المنافع أموال كالأعيان[١].

٤ - أن العقد قد ورد على المنافع فتكون مضمونة به حينئذ سواء أكان العقد صحيحًا أم فاسدًا، وضمانها دليل على أنها تكون مالا بالعقد عليها. ولو لم تكن أموالا في ذاتها ما قبلها العقد مالا[٢].

٥ - قياس مالية المنافع على منافع الأعيان، بجامع أن كلاً منهما مال، فيجب الضمان كما في الغصب والإتلاف[٣].

٦ - عدم اعتبارها أموالاً تضييع لحقوق الناس، وإغراء للظلمة في الاعتداء على منافع الأعيان التي يملكها غيرهم[٤].

٧ - أن الشرع قد قوّمها ونزّلها منزلة الأموال؛ لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال[٥].

٨ - أن المنافع تملك بالإرث والوصية، شأنها شأن المال، وقد تقرر أن الوصية بالمنافع معتبرة من الثلث؛ فكانت مالا كالرقاب[٦].

---

(١) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٢٤٤)، نهاية المحتاج، للرملي (٥/ ١٦٩)، المبسوط، للسرخسي (١١/ ٧٨)، وقد استدل السرخسي لمذهب الجمهور بأدلة وتفصيل لم نقف على مثله في كتب الشافعية، قال جميل الشلحي في مجلة المجمع الفقهي، "بيع الاسم التجاري" (٥/ ١٨٨١).

(٢) ينظر: الملكية ونظرية العقد، لمحمد أبو زهرة (ص: ٥٧).

(٣) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ٨).

(٤) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي (٦/ ١٢٩)، روضة الطالبين، للنووي (٥/ ١٢-١٣).

(٥) ينظر: قواعد الأحكام، للعز بن عبدالسلام (١/ ٢٦٩).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٧/ ١٦١).

القول الثاني:

وهو قول الحنفية[١]، وبعض المالكية[٢]، أن المنافع لاتعد أموالاً، فلا يمكن وصفها بالمالية.

ومن أدلتهم على ذلك ما يأتي:

١ - أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتموّل، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، ولكنها أعراض كما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى وإذا كانت كذلك لم يمكن إحرازها، فلا تكون مالاً، لأن المال ما يمكن حيازته[٣].

نوقش:

أنه ليس بلازم في المال أن يحوز ويحاز بنفسه، بل يكفي أن يحاز بحيازة أصله ومصدره، ولاشك أن المنافع تحاز بحيازة أصلها ومصدرها[٤].

٢ - أن المنفعة قبل كسبها معدومة، والمعدوم ليس مالا[٥].

نوقش:

أن الشرع قد حكم بكون المنفعة مالا بمقابلتها بالمال في عقد

---

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (١١/ ٧٨)، تبين الحقائق للزيلعي (٥/ ٢٣٤).

(٢) ينظر: الذخيرة، للقرافي (٨/ ٢٨١-٢٨٢).

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١١/ ٧٩)، بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ١٤٦)، أحكام المعاملات المالية، للخفيف (ص: ٣٠).

(٤) ينظر: تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني (ص: ٢٢٥)، المجموعة الكاملة لبحوث ندوة المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة "بحث المعاوضة في الالتزامات"، لعبدالكريم الساعيل (ص: ١٠).

(٥) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١١/ ٧٨)، بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ١٤٦).

الإجارة، وهو من عقود المعاوضات المالية[1].

أجيب:

بأن هذا ثبت على خلاف القياس، وما كان على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه[2].

نوقش:

بأن المالية لم تثبت لاحتياج العقد إليها؛ لأن العقد قد يصح دون تقوم المنفعة كالخلع؛ فإن منافع البضع غير متقومة في حال الخروج عن العقد، وإن كانت متقومة في حال الدخول فيه؛ ولما صح مقابلتها بالمال حال الخروج وهي ليست متقومة، علمنا أن المنافع متقومة بنفسها دون العقد[3].

وكذلك فإنما قوّمت المنافع بعقد الإجارة على خلاف القياس، من أجل المصلحة، وهو متحقق في أصل المنافع، سواءٌ ورد عليها العقد أم لم يرد، مما يقضي بوجوب اعتبار أصل المنافع أموالاً؛ لاتحاد العلة، وهي المصلحة[4].

٣ - أن المنافع لو كانت أموالاً لضُمنت عند الاعتداء عليها؛ لكونها مثلاً لها، وهو أعدل، فإذا لم تضمن فلا يمكن أن تضمن بالأعيان، لأن الأعراض ليست بمثل للأعيان؛ لأن ما لا يبقى لا يكون مثلاً لما يبقى؛ وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص

---

(١) ينظر: تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني (ص: ١٧١)، قضايا فقهية معاصرة، لتوبة حمام (ص: ٣٥).

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١١/٧٩).

(٣) ينظر: شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني (١/٣٢٩).

(٤) ينظر: الفقه المقارن مع المذاهب، للدريني (ص: ٢٨٢).

والإجماع[١].

ونوقش:

بأن الضمان بالمثل لا يكون إلا مع إمكانه، أما عند عدم الإمكان فإنه يصار إلى القيمة.

٤ - أن المنافع لا تقوّم على المفلس، ولو كانت مالا لقوّمت واستوفي منها حق الدائنين[٢].

ونوقش:

بأن هذا الاستدلال فيه نظر، فقد نص متأخرو المالكية على أن حق الحُلو[٣] وهو من ملك المنفعة، يسد منه حق الدائنين[٤].

٥ - أن المنافع لا تجب فيها الزكاة؛ ولو كانت مالا لوجب فيها الزكاة شأنها شأن كل الأموال[٥].

ونوقش:

لا تجب فيها الزكاة؛ لأن المنافع ليست بأموال حاصلة وإنما هو "بعوض"[٦].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ٢٣٤)، الذخيرة، للقرافي (٨/ ٢٨١).

(٢) ينظر: الذخيرة، للقرافي (٨/ ٢٨١)، الحقوق المجردة في الفقه الإسلامي، لسامي حميلي (ص: ١٢٢).

(٣) وهو المنفعة التي يملكها دافع الدراهم لمالك الأصل مع بقاء ملكه للرقبة، الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (٥/ ٣٨٢٩)، وينظر قرار مجمع الفقه الإسلامي في جدة رقم (٦) لعام ١٤٠٨هـ بشأن بذل الحلو.

(٤) ينظر: منح الجليل، لعليش (٧/ ٥٢).

(٥) ينظر: الذخيرة، للقرافي (٨/ ٢٨١).

(٦) ينظر: المنثور في القواعد، للزركشي (٣/ ١٩٧).

سبب الخلاف:

أن المال عند الحنفية: لا يكون إلا عينا، وإن كان متأخروهم لا يشترطون ذلك[1]، ولا تعد المنافع ولا الحقوق عندهم من الأموال. بينما الجمهور[2]: المال عندهم: أن يكون مباحا، وأن تكون المنفعة مباحة شرعا في حال السعة والاختيار، وأن تكون لها قيمة بين الناس.

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- القول بمالية المنافع؛ لقوة أدلة الجمهور، ولما ورد على قول الحنفية من المناقشات، لأن اعتبار المنافع أموالاً هو المتفق مع عرف الناس، ومعاملاتهم؛ المال من المسميات التي وردت في إطلاقات الشرع مطلقة فترد إلى عرفهم، وفي اعتبار المنافع أموالاً سداً لذريعة ضياع الحقوق وتسلط الظلمة على منافع الأعيان التي يمتلكها غيرهم.

ثمرة الخلاف[3]:

نشأ عن اختلاف الفقهاء في مالية المنافع من عدمها، مسائل متعددة منها:

- ضمان منافع المغصوب، فالحنفية لا يضمنونه[4]، والجمهور

---

(١) ينظر: الدر المختار، للحصكفي (١/ ٤١٣)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠١). كما جازتهم لبيع حق المرور؛ لأنه حق يتعلق بعين.

(٢) ينظر: عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/ ٧٤٤)، تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني (ص: ٢٢٥)، دقائق أولي النهى، للبهوتي (٢/ ٣٢٠).

(٣) ينظر في ثمرة الخلاف: تأسيس النظر، للدبوسي (ص: ١٢٨-١٢٩)، بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ١٣٩)، تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني (ص: ١٩٣، ٢٠٥، ٢٢٠).

(٤) بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ١٤٣).

يضمنونه بأجر مثل المغصوب خلال مدة غصبه[1].

- المهر في الصداق فالحنفية يشترطونه مالا متقوّما[2]، وأما الجمهور فيصح أن يكون منفعة[3].

(١) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٥/ ٣٧٤)، وروضة الطالبين، للنووي (٥/ ٨)، المغني، لابن قدامة (٥/ ١٧٩).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٢/ ٢٧٧).

(٣) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ٤٨)، الحاوي الكبير، للماوردي (٩/ ٣٩٦)، المغني، لابن قدامة (٧/ ٢٢٥).

المبحث الثاني

التنازل عن التوازن في العقد

تنقسم الحقوق من حيث قابليتها للتنازل عنها إلى قسمين:

القسم الأول: الحقوق المجردة: وهي التي لا تترك أثرا بالتنازل عنها، صلحا أو إبراءً، بل يبقى محل الحق عند المكلف (أو المدين) بعد التنازل كما كان قبل التنازل، مثل حق الشفعة فإذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة، فإن ملكية المشتري للعقار بعد التنازل عن الشفعة هي بعينها قبل الشفعة، ومثل ذلك حق الخيار، فإنه حق غير مالي متعلق بالمال[1].

والقسم الثاني: الحقوق غير المجردة: هي التي تترك أثراً بالتنازل عنه كحق القصاص، فإنه بالتنازل عنه يصبح القاتل معصوم الدم، ومثل ذلك حق استمتاع الزوج بزوجته، فإنه يمنعها من إباحة نفسها لغير زوجها بالعقد، فإن تنازل الزوج عن هذا الحق بالطلاق استردت المرأة حريتها[2].

وعليه فالتنازل عن التوازن ينقسم على ما سبق إلى قسمين:

القسم الأول: ما كان منه حقا مجردا فالتوازن أن يتنازل عنه بدون مقابل، وإن أراد استيفاء حقه فالأمر له.

والقسم الآخر: التنازل عن الحقوق غير المجردة فالتوازن فيه أن يمكّن من له الحق فإن أراد التنازل بمقابل فله ذلك.

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ١٧٨).

(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزرقا (٤/ ٢١)؛ المدخل للفقه الإسلامي، لمذكور (ص: ٤٣٥).

المبحث الثالث

الاعتياض عن التوازن في العقد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

الاعتياض عن الحقوق

أولا: الحقوق المالية:

وهي الحقوق التي تشتمل على الأعيان كالدور، والمنافع كسكنى الدار، والديون، كثمن مبيع، وأجرة منفعة، فالعين: ما تحتمل التعيين، سواء أكانت عقاراً[1] كالأراضي، والدور، أو منقولاً[2] كالحيوانات، والثياب، وقد اتفق الفقهاء على أن الأعيان تعد من الأموال[3]. وأما الدَّيْن: هو ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته[4]، كقيمة

---

(١) العقار في اللغة: هو كل ملك ثابت له أصل، كالأرض، والدار، والشجر، ويطلق كذلك على متاع البيت، وخيار كل شيء. ينظر: المعجم الوسيط (ص: ٦١٩)، مادة [عقار]، وفي الاصطلاح: هو ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر، كالدور، والأراضي. مجلة الأحكام العدلية: م (١٢٩).

(٢) المَنْقُول في اللغة هو: المُتَحَوَّل، يقال: نقل الشيء نقلاً: حوَّله من موضع إلى موضع. ينظر: المعجم الوسيط (ص: ٩٤٩)، مادة [نقل]، وفي الاصطلاح: هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر، ويشمل النقود، والعروض والحيوانات، والمكيلات، والموزونات. مجلة الأحكام العدلية: م (١٢٨).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي (٥/٢٣٤)، حاشية ابن عابدين (٥/٥٤)، حاشية الدسوقي (٣/٤٤٢)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/٣٤٩)، كشاف القناع، للبهوتي (٤/١١٢).

(٤) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٣/٣٩٢)، حاشية ابن عابدين (٥/١٥٨)، حاشية الدسوقي (٣/١٩٥)، نهاية المحتاج، للرملي (٣/ ١٣١)، الكافي، لابن قدامة (٢/ ١١١).

متلف، وثمن مبيع، وبدل قرض إذا ثبتت في ذمة إنسان، وكذلك اتفق الفقهاء[١] على أن الديون تعد مالاً، إلا أن الحنفية[٢] قد اعتبروا الدين من قبيل الأموال الحكمية وليس من الأموال الحقيقية؛ لكونهم يشترطون في المال أن يكون عيناً، ولذلك لا يمكن قبض الديون حقيقة لكونها تثبت في الذمة .والمنفعة: الفائدة التي تحصل باستعمال العين كسكنى الدار، وركوب الدابة ونحوها[٣].

ثانيا: الحقوق غير المالية:

أو ما يسمى بالحقوق المطلقة: وهي كل حق ليس عيناً ولا ديناً ولا منفعة، كحق الشفعة، وحق الخيار، وحق القصاص، فبعض الحقوق غير المالية تدخلها المعاوضة، ليس لكونها مالاً يدخلها المعاوضة بالبيع، بل معاوضة تنازل وصلح بعوض، كحق القصاص، ويمكن الاعتياض عن الحقوق بأحد أمرين:

الأول: الاعتياض عن طريق البيع، وحقيقته نقل ما كان يملكه البائع إلى المشتري بجميع مقتضيات النقل.

الثاني: الاعتياض عن طريق الإسقاط والتنازل، وحقيقته أن التنازل يسقط حقه، ولكن لا ينتقل الحق إلى المنزول له بمجرد نزوله، ولكن يزول مزاحمة النازل بمقابلة المنزول له.

فالحقوق التي ثبتت لأصحابها أصالة، لا على وجه دفع الضرر،

---

(١) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٥/ ٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢١١)، المنثور في القواعد، للزركشي (٢/ ١٦٠)، دقائق أولي النهى، للبهوتي (٢/ ٥).

(٢) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٥/ ٣)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٠٧).

(٣) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر (١/ ١٠٠) م (١٢٥)، المنثور، للزركشي (٢/ ٢٢٠).

فإنه يجوز المعاوضة عليها عن طريق الصلح والتنازل بمال لا عن طريق البيع، فلا يجوز لولي القتيل بيع حق القصاص لغيره ليستوفيه بدله؛ لأن هذه الحقوق إنما أثبتها الشارع لرجل مخصوص بصفة مخصوصة، فإذا انتفت هذه الصفة تعدم الحقوق، ولكن يجوز الصلح والتنازل بمال، أي أن المستحق يمسك عن استعمال حقه بمال يأخذه ممن يتضرر باستعمال ذلك الحق، وبإسقاطه لهذا الحق يتغير حكم المحل فيصبح القاتل معصوم الدم بعد أن كان مهدراً[1]، وعلى ذلك فيجوز لولي المقتول أخذ المال مقابل إسقاط حقه[2].

وأما الحقوق التي ليست حقا ثابتًا بالأصالة، وإنما أثبتها الشارع لدفع الضرر عن أصحابها، كالشفعة وحق المرأة في قسم زوجها لها، وحق الحضانة، وولاية اليتيم، وخيار المخيرة، اختلف الفقهاء في الاعتياض عنه على قولين:

القول الأول: ذهب الجمهور[3] إلى عدم جواز الاعتياض عنها.

من أدلتهم:

١ - "نهى رسول الله ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته"[4].

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٤١).

(٢) ينظر: مجمع الأنهر، لشيخي زاده (٤/ ١١٨)، المدخل للفقه الإسلامي، للمذكور (ص: ٤٣٥).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ٤٩)، حاشية ابن عابدين (٤/ ١٦)، مغني المحتاج، للشربيني (٣/ ٣٩٦)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٢٤٤). إلا أن الحنابلة فرقوا في الاعتياض عن حق القسم بين أن يكون العوض مالا فمنعوه، وأما إن كان المقابل ليس بمال كخدمة مثلاً فإنهم يجيزون ذلك. المغني، لابن قدامة (٧/ ٣١٢).

(٤) أخرجه البخاري: كتاب العتق باب بيع الولاء وهبته ح(٢٥٣٥)، وأخرجه مسلم: كتاب العتق باب النهي عن بيع الولاء وهبته ح(١٥٠٦).

وجه الاستدلال:

أن هذه الحقوق لا تقبل الانتقال من واحد إلى آخر شرعًا، فلا تباع ولا توهب، ولا تورث، فبما أن الشريعة لا تأذن بنقل هذه الحقوق من واحد إلى آخر، فلا يجوز الاعتياض عنها بطريق البيع والمبادلة.

٢ - أن الحق لم يكن ثابتًا لصاحبه أصالة، وإنما ثبت له لدفع الضرر عنه، فإن رضي بإعطائه لغيره، أو تنازل عنه لآخر، ظهر أنه لا ضرر له عند علمه، فيرجع الأمر إلى الأصل، وهو عدم ثبوت الحق له، فلا يجوز له أن يطالب على ذلك بعوض، كالشفعة إذا تنازل عنها الشفيع، ظهر أنه لا ضرر له في البيع الذي كان سببًا لثبوت حقه فانتفى حقه في نقض ذلك البيع، فلا يحق له أن يأخذ على ذلك مالًا[1].

نوقش:

بأن الإنسان قد يتحمّل ضررا لدفع ضرر أكبر منه، وليس بالضرورة أن يكون تركه لحقه لازما لانتفاء الضرر، وصنيع صفية مع عائشة ﵂ فيه دليل على ذلك؛ فقد تنازلت عن ليلتها؛ لدفع ضرر أكبر وهو دفع ما وجد رسول الله ﷺ في نفسه منها[2].

أجيب:

أن هذه الحقوق أحكام معللة، فحكمها يدور مع علته وجودا وعدما، فمتى وجد الضرر شرع الحق، ومتى انتفى أو وُجد

---

(١) ينظر: المبدع شرح المقنع، لإبراهيم بن مفلح (٤/٢٦٩)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/١١٠).

(٢) ينظر: الحقوق المجردة في الفقه الإسلامي، سامي حيلي (ص: ١٣٦).

وتحمّل المتضرر وأسقط حقه انتفى موجبُه. وإسقاط صاحبه دل على عدم تضرره، فسقط الحق، فإسقاطه إلى غير بدل، وإلا ترتب على ذلك تحويل هذه الحقوق إلى محلا للتعاقد وليس هذا من خصائصها.

٣ - أن حق الشفعة غير ثابت في المحل؛ لأن الثابت للشفيع حق التملك وأنه عبارة عن ولاية التملك وأنها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه[١]. وهو حقّ غير مالي متعلق بمال وهو العقار، فإذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة، فإن ملكية المشتري للعقار بعد الإسقاط كقبلها.[٢]

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه المالكية[٣]، ورواية عن أحمد[٤]، مال إليه ابن تيمية[٥]، واختاره ابن سعدي[٦]، وابن عثيمين[٧]، إلى جواز المعاوضة في الحقوق غير المالية بمال، فيجوزون المعاوضة على الحقوق، كحق الشفعة، وحق الزوجة في القسم.

أدلتهم:

١ - عموم قول الرسول ﷺ: "الصلح جائز بين المسلمين زاد أحمد إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا وزاد سليمان بن داود وقال

---

(١) بدائع الصنائع، للكاساني (٥/٢١).
(٢) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٢١٢)، حاشية ابن عابدين (٤/٥١٨).
(٣) ينظر: التاج والإكليل لمختصر خليل، للمواق (٧/٣٧٨)، الشرح الكبير، للدردير (٣/ ٣٤١).
(٤) المغني، لابن قدامة (٥/٢٤٤) إذا طلب الشفيع الاعتياض من المشتري.
(٥) ينظر: الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٤/١٠٦)، الاختيارات الفقهية، للبعلي (ص: ٢٤٩).
(٦) ينظر: القواعد والأصول الجامعة (ص: ٥٥)، المختارات الجلية (ص: ٨٥-٨٦).
(٧) ينظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع (٩/٢٤٦-٢٤٧).

رسول الله ﷺ المسلمون على شروطهم»[1].

نوقش:

بأن الصلح الوارد في الحديث إنما يتحقق مفهومه إذا كان مبنى الصلح صحيحاً والحق ثابتاً، فإنه إذا كان الصلح بالمال فلابد أن يكون الحق ماليًا حتى يجوز أخذ المال عليه، وإلا جاز أخذ المال عن كل حق[2].

٢ - أن كل من أوصل نفعاً إلى آخر فإنه يستحق عوضه.[3]

نوقش:

أولا: بعدم التسليم، فليس كل ما أوصل نفعا استحق العوض، بهذا العموم.

وثانيا: وإن سُلِّمَ بهذا الكلام فهذه الحقوق الغير مالية المجردة فإنما شرعت لمصلحة، ولم تشرع بأن تكون محلاً للبيع والتداول، ومجالا للإثراء، فالمتبايعين إذا عقدا بيعًا عن تراض منهما، فلا حق للثالث أن يتدخل بينهما، ولكن الشريعة إنما أثبتت حق الشفعة للشريك والخليط والجار لدفع الضرر عنهم.

٣ - ما جاء من نصوص عن بعض الفقهاء تدل على جواز الاعتياض منها:

أ - ما جاء في الشرح الكبير: "جاز للزوج أو الغيرة (شراء

---

(١) حديث صحيح لغيره سبق تخريجه في (ص: ١٢٢)، حاشية رقم (٦).

(٢) ينظر: الحقوق المالية ومدى جواز الاعتياض عنها، للفرد عاض (ص: ١٣٣).

(٣) ينظر: الفروق، للقرافي (٣/٢٢٨).

يومها منها) بعوض معين"، فهذا حق ثبت لصاحبه وله فيه منفعة فلا مانع من الاعتياض عنه[1].

ب - قال ابن تيمية: "قال أصحابنا: ولا يجوز أن تأخذ المرأة عوضاً عن حقها في المبيت، وكذا الوطء. ووقع في كلام القاضي ما يقتضي جوازه. قال أبو العباس: وقياس المذهب عندي جواز أخذ العوض عن سائر حقوقها من القسم وغيره؛ لأنه إذا جاز للزوج أن يأخذ العوض عن حقه منها، جاز لها أن تأخذ العوض عن حقها منه؛ لأن كلاً منهما منفعة بدنية، وقد نص الإمام أحمد في غير موضع على أنه يجوز أن تبذل المرأة العوض ليصير أمرها بيدها، ولأنها تستحق حبس الزوج، كما يستحق الزوج حبسها، وهو نوع من الرق، فيجوز أخذ العوض عنه، وقد تشبه هذه المسألة الصلح عن الشفعة وحد القذف"[2].

نوقش:

بأن حق القَسْم للمضرة ثبت لدفع الضرر عنها، فإن انتفى الضرر عنها، سقط موجبه، وإلا فالزوج له الخيار في أن يتمتع بزوجته ويبيت عندها متى شاء، ولم يجز الاعتياض عنه. وأما أخذه للعوض منها عن حقه، ثبت لإثبات الشارع له، وأما اعتياضها منه فلم يثبت به دليل، والحكمة من تشريعه تخالف جعله محلاً للتعاقد.

سبب الخلاف:

مستند الحنفية في المنع؛ هو كون هذه الحقوق مجردة عن محل

---

(١) ينظر: الشرح الكبير، للدردير (٢/ ٣٤١).

(٢) الاختيارات الفقهية، للبعلي (ص: ٢٤٩).

الملك، فيلزم من ذلك عدم جواز التصرف فيه بطريق المعاوضة، أما الشافعية والحنابلة؛ فإن المنع مرده إلى طبيعة هذه الحقوق، وهو كونه شرع لدفع الضرر، بينما انفرد المالكية بجواز المعاوضة عن هذه الحقوق؛ لأنها ملك؛ والمالك حر في التصرف في ما يملك بالاعتياض أو بغيره[1].

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- قول الجمهور بعدم جواز الاعتياض عن هذه الحقوق لا عن طريق البيع، ولا عن طريق الصلح والتنازل بمال؛ لأن هذه الحقوق ليست حقا ثابتًا بالأصالة، وإنما أثبتها الشارع لدفع الضرر عن أصحابها، فانتفاء الضرر أو إسقاط الحق، دليلٌ على استغنائه عن هذا الحق، فلا يكون محلا للتداول. وهو ما أخذت به هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية[2].

وبعد سياق اختلاف الفقهاء في مالية الحقوق، وفي الاعتياض عنها، فالاعتياض عن التوازن[3] يبنى على هذا الخلاف، فالتوازن منه ما ثبت لحق الله، فهذا لا يجوز إسقاطه، ولا التنازل عنه، ولا الاعتياض عنه؛ لأن الشارع بينه وأثبته، وأما ما كان ثبوته لحق العبد، فعلى ثلاثة أقسام: القسم الأول: التوازن الذي ليس ثابتًا بالأصالة، وإنما أثبته الشارع لدفع الضرر عن أصحابه، فالمتبايعين إذا عقدا بيعًا عن تراض

---

(١) ينظر: الحقوق المجردة في الفقه الإسلامي، لسامي حيلي (ص: ٤٤)، رسالة ماجستير مقدمة للجامعة الأردنية ٢٠٠٥م، بتصرف.

(٢) ينظر: المعيار الشرعي رقم (٤٢)، معيار "الحقوق المالية والتصرف فيها" الفقرة (١٠/ ٢).

(٣) التوازن هنا حق انتفاع حق ثابت يقتصر في استيفاء على صاحبه، فلا يجوز أن يباشرها غيره، ويسمى بهلاك العين أو بمنع استيفاء المنفعة المتفق عليها.

منهما، فلا حق للثالث أن يتدخل بينهما، ولكن الشريعة إنما أثبتت حق الشفعة للشريك والخليط والجار لدفع الضرر عنهم، ويدخل فيه حق الحضانة، وولاية اليتيم. وحكم هذا النوع من التوازن-والله أعلم- عدم جواز الاعتياض عنه، لا عن طريق البيع، ولا عن طريق الصلح والتنازل بمال؛ لأنها حقوق ثبتت لدفع الضرر عنه، فإذا انتفى الضرر انتفى الحق. وأما القسم الثاني: توازن ثبت لحق العبد، وأصله ثابتٌ للعبد، لا على وجه دفع الضرر، فحكمه-والله أعلم-جواز المعاوضة عليه عن طريق الصلح والتنازل بمال لا عن طريق البيع، فلا يجوز لولي القتيل بيع حق القصاص لغيره ليستوفيه بدله؛ لأن هذه الحقوق إنما أثبتها الشارع لرجل مخصوص بصفة مخصوصة، فإذا انتفت هذه الصفة تعدم الحقوق، ولكن يجوز الاعتياض عنها بطريق الصلح والتنازل بمال. والقسم الثالث: توازن ثبت لحق العبد في العرف والعادة، كحقوق الارتفاق، كحق المسيل والشرب، وحق التعلّي، فحكمه-والله أعلم- يختلف باختلاف نوع الحق؛ لأن الاعتياض عنها لا يرجع إلى قاعدة منضبطة، ولذا فقد وقع الاختلاف في الاعتياض عن بعضها دون البعض الآخر.

المطلب الثاني

مدى تحقق المالية في الالتزامات والتوازن فيها

تعريف الالتزام: هو إيجاب الإنسان على نفسه أمراً جائزاً شرعاً[1]. والالتزام عام في التصرفات الاختيارية، وهي تشمل جميع العقود، سواء في ذلك المعاوضات والتبرعات[2]. والإلزام سبب الالتزام، سواء أكان ذلك: بإلزام الشخص نفسه شيئاً، أم بإلزام الشارع له. وفي ذلك يقول ابن قدامة: "لأن الإنسان لا يلزمه في ذمته شيء إلا بإلزام، أو التزام"[3].

الالتزام قد يكون محله أمراً مشروعاً أو محظوراً، فالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري، والتزام المستعير والمستأجر بعدم التعدي في استعمال العين المعارة والمؤجرة، والتزام الزوج أن لا يتزوج على زوجته أو أن لا يخرجها من بلدها بموجب الشرط في عقد النكاح، كل ذلك من قبيل الالتزام بأمر مشروع، أما التزام المقترض بزيادة ربوية، والتزام المحلل في نكاح التحليل للزوجة أو لزوجها الأول بطلاقها، فهذا يعد من قبيل الالتزام بأمر محظور[4].

وأسباب الالتزام عديدة:

منها: الشرع. يقول الكاساني: "لأن اللزوم هناك بإلزام من له ولاية

---

(١) نظرية الأجل في الالتزام، لعبد الناصر العطار (ص: ٤٠)، أحكام العقد، لأحمد فلوه (٢٦/١).

(٢) ينظر: المنثور، للزركشي (٣/ ٣٩٢)، إعلام الموقعين، لابن القيم (٣٤٩/١) و (٣٩/٣).

(٣) المغني (٣٣٩/٧).

(٤) ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقا (٤٣٦/١)، المجموعة الكاملة لسلسلة بحوث ندوة "المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة" بحث بعنوان "حكم الالتزام بخطية الاكتتاب"، لعبدالله السعاني (ص: ٥٦٥).

الإلزام، وهو الله - تبارك وتعالى - فلم يقف على القبول كسائر الأحكام التي تلزم بإلزام الشرع ابتداء[١].

ومنها: التصرفات الاختيارية التي ينشئها الانسان باختياره، ويوجب حقا على نفسه، والمشتغلون بالفقه في العصر الحديث زادوا ثلاثة مصادر أخرى ليست في الحقيقة التزاما، بل هي إلزام أو لزوم، ولكن يترتب عليها مثل ما يترتب بالالتزام باعتبار التسبب أو المباشرة[٢]. وهي كما يلي:

الأول: الالتزام بفعل: كالالتزام بالنفقة على الزوجة والأقارب، سببه الشرع[٣]، والتزام البائع بتسليم المبيع، والمشتري بتسليم الثمن، سببه العقد، والالتزام بالتعويض عن الإتلاف، وسببه الفعل الضار[٤].

والثاني: الالتزام بالامتناع عن فعل: عدم التعدي على نفس إنسان أو جسمه، أو ماله، أو كرامته، وسببه الشرع، وعدم تجاوز الحد المعتاد في استعمال العارية، وهذا لمصلحة المعير، سببه العقد[٥].

وآثار الالتزام، ثبوت الملك، وحق التصرف، ومنعه، وحق الحبس، وثبوت الضمان. والأصل أن الوفاء بهذه الالتزامات واجب، مالم تخالف الشرع.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ٢٣٢).

(٢) ينظر: المجموعة الكاملة لبحوث ندوة المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة "بحث الضوابط الشرعية في المعاوضة على الحقوق والالتزامات"، لعبدالله الطيار (ص: ١٠٥).

(٣) قال الكاساني: إلزام من له ولاية الإلزام، وهو الله تبارك وتعالى، فلم يتوقف على القبول، كسائر الأحكام التي تلزم بإلزام الشرع ابتداء. بدائع الصنائع (٧/ ٢٣٢).

(٤) قال الزركشي: أن التعدي مضمون أبدا إلا ما قام دليله، وفعل المباح ساقط إلا ما قام دليله. المنثور في القواعد (٢/ ٦٠، ٣٢٢، ٣٢٣).

(٥) ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقا (١/ ٤٣٦).

والالتزام قد يطلق: ويراد به محل الالتزام، كما يطلق الرهن على العين المرهونة، وكما يطلق الوديعة على العين المودعة، فإن كان المقصود ذلك فمحل الالتزام قد يكون عيناً أو ديناً أو منفعة أو عملاً أو حقاً مطلقاً.

والثالث: قد يطلق: ويراد به ما هو أعم من المحل فيطلق على مجموع أركان الالتزام، كما يطلق الرهن، والوديعة على العقد وليس على العين المرهونة أو العين المودعة. وقد يتوسع بعض الباحثين فيطلق الالتزام على المحل الملتزم به، وهذا الإطلاق ليس دقيقاً؛ لأن المحل عنصر من عناصر الالتزام، وليس هو الالتزام[1]. والمراد بحث مالية الالتزام ذاته، أو مجرد الالتزام.

أما حكم الاعتياض عن الالتزام المجرد بالمال يرجع إلى اعتبار هذا الالتزام مالا أو ليس بمال، ولذا فقد جرى الخلاف بين الفقهاء في الاعتياض عن الالتزام المجرد على قولين:

القول الأول: ما جاء من نصوص عند الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، واختاره ابن تيمية[6]، أن الالتزام المجرد يجوز الاعتياض عنه بالمال، وأخذت به الهيئة الشرعية ببنك البلاد مالم

(١) ينظر: المرجع نفسه (٣/ ٥١).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ٦٢).
(٣) ينظر: المدونة، للإمام مالك (١٥/ ٢٤)، الذخيرة، للقرافي (٩/ ٢١٣).
(٤) ينظر: تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (٦/ ٣٦٥).
(٥) ينظر: المغني، لابن قدامة (٥/ ٦)، الفروع، لابن مفلح (٥/ ١٦٤).
(٦) ينظر: الفتاوى الكبرى (٥/ ٤٨٠)، الاختيارات الفقهية، للبعلي (ص: ٢٤٩).

يؤول إلى قرض[1]، والهيئة الشرعية ببنك الجزيرة[2].

أدلتهم:

١ - أخبرني ابن وهب، عن ابن جريج، عن ابن شهاب قال: كان عثمان ﷺ وعبدالرحمن بن عوف ﷺ من أجد أصحاب رسول الله ﷺ في البيع، فكان الناس يقولون: ليتهما قد تبايعا، حتى ننظر أيهما أجد، فابتاع عبدالرحمن من عثمان بن عفان ﷺ فرساً فاكية باثني عشر ألفاً، إن كانت هذا اليوم صحيحة فهي مني -ولا إخال عبدالرحمن إلا عرفها- ثم إن عبدالرحمن قال لعثمان ﷺ: هل لك أن أزيدك أربعة آلاف، وهي منك حتى يقبضها رسولي. قال: نعم. فزاده عبدالرحمن أربعة آلاف على ذلك، فماتت، وقدم رسول عبدالرحمن، فعلم الناس أن عبدالرحمن أجد من عثمان ﷺ. وأخبرني ابن وهب عن يونس بن يزيد، عن ابن شهاب قال: وإنه وجد الفرس حين خلع رسنها قد هلكت، فكانت من البائع»[3].

---

(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (٣٦) في ١٤٢٦/٧/٢٤هـ، و(٨٥) في ١٤٢٧/٧/٢٨هـ.

(٢) ينظر: قرار الهيئة الشرعية لبنك الجزيرة رقم (٤٤) في ١٤٢٥/٣/١٧هـ.

(٣) المدونة، للإمام مالك (٣/ ٣٢٧). ورجال السند ثقات حفاظ عدا ابن جريج، فإنه مع حفظه وفقهه كان يدلّس ويرسل، وتكلّم الأئمة النقاد في روايته عنعنة، وأخرج له البخاري ومسلم، وكان قليل التدليس، وأما روايته عن الزهري، فإنه لقيه وسمع منه، قال الحافظ الذهبي: "وكان ابن جريج، يرى الرواية بالإجازة والمناولة، ويتوسع في ذلك، ومن ثم دخل عليه الداخل في روايته عن الزهري؛ لأنه حمل عنه مناولة، وهذه الأشياء يدخلها التصحيف، ولا سيما في تلك العصور، ثم يكن حدث في الخط بعد شكل ولا نقط". سير أعلام النبلاء (٦/ ٣٣١)، فتح الباري، لابن حجر (٢/ ٤١٢) و(١٠/ ٣٦٤)، قال المعلمي: "وأما عنعنة ابن جريج، فإنها وإن كانت قادحة في الصحة، فإنها لا تقتضي شدة الضعف؛ لأنها تحتمل الوصل وعدمه، فإن كان الأول فالحديث صحيح، وإن كان الثاني فالحديث حسن، عند ابن جريج؛ لأنه لا يدلّس إلا من ثقة عنده على الأقل، ولذلك جعلوا ما عنعنه المدلّس، مما=

وجه الاستدلال:

أن عثمان بن عفان ﷺ باع عبدالرحمن بن عوف ﷺ التزامه بضمان فرسه (بعد أن خرجت من ملكه وضمانه بعقد البيع) بأربعة آلاف درهم، وعلى ذلك فلما ماتت كان غرم هلاكها من ماله بموجب المعاوضة عن الالتزام بالضمان، وحيث إنه لم يعرف مخالف أو منكر من الصحابة لما وقع، كان ذلك إجماعاً سكوتياً على جواز المعاوضة عن الالتزام بتحمل تبعة هلاك ما الغير[1].

٢ - الشريعة جاءت برفع المشقة والحرج عن المكلفين قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

وجه الاستدلال:

قال ابن تيمية: "فقد أخبر أنه ما جعل علينا في الدين من حرج نفيا عاما مؤكدا فمن اعتقد أن فيما أمر الله به مثقال ذرة من حرج فقد كذب الله ورسوله"[2]. ومنع طائفة التجار والمقاولين وأرباب الصناعات ونحوهم، الذين يستوردون البضائع والمواد الأولية في مواعيد منضبطة، على دفعات متلاحقة، بعملة من العملات، ثم يبيعون تلك البضائع أو منتجاتهم الصناعية المتولدة عنها أو المتضمنة لها دفعة واحدة أو على دفعات متتالية بعملة أخرى غير التي يشترون بها بالنقد والنسيئة وبعقود سلم وعقود استصناع موازٍ

= يصلح أن يبلغ درجة الحسن لغيره، إلا اعتقد". عمارة القبور (ص: ٢٠٠)، تقريب التهذيب، لابن حجر (ص: ٥٥٦ و ٦٢٤ و ٨٩٦). فالأثر صحيح.

(١) ينظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة، بحث بعنوان "المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل"، لوديه حماد (ص: ٢١٣).

(٢) جامع الرسائل (٢/ ٢٧٠).

وعقود توريد مستمرة ونحو ذلك .. من شراء الالتزام بصرف مستأخر لعملة من العملات التي يحتاجون إليها لوفاء التزاماتهم في مواعيدها في المستقبل حرجاً وعسراً ومشقة بالغة، ومخاطرة قد تلحق بهم إفلاساً أو خسائر فادحة لا سبيل إلى تحملها، وذلك لحاجتهم الحقيقية في التاريخ المحدد إلى تلك العملات من جهة، وحاجتهم الماسة إلى تحديد سعر تلك البضائع أو المواد الخام بعملتهم المحلية مسبقاً، من أجل معرفة تكلفة مشترياتهم من البضائع أو المواد الخام، وتكلفة منتجاتهم الصناعة بعملتهم المحلية من جهة أخرى، وذلك ليتمكنوا من مواصلة عمليات الاستيراد والتوريد والإنتاج الصناعي والتسويق المبكر لسلعهم بدون تحمل مخاطر تغيرات أسعار الصرف، التي قد تعصف بتجاراتهم أو صناعاتهم أو تفيذ عقود التوريد التي يلتزمون بها[1].

٣ - صحة بيع العربون[2]، فإن مبلغ العربون في الحقيقة ونفس الأمر ليس إلا ثمن التزام البائع بفسخ العقد إذا اختار المشتري ذلك خلال الفترة المحددة في العقد تقديراً. وإن القسط الباقي من الثمن صورة هو البدل الحقيقي للمبيع. وعلى ذلك، فإذا اختار المشتري

---

(١) ينظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة، بحث بعنوان "المعارضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل"، لوبه حماد (ص: ٢١٨).

(٢) قال ابن ماجه: "العربان: أن يشتري دابة فيعطيه دينارين عربوناً، فيقول: إن لم آخذ الدابة فالدينارات لك". سنن ابن ماجه (٢/٧٣٩). اختلف الفقهاء في حكمه، فالجمهور على منعه وتحريمه، والصحيح من مذهب أحمد جوازه وهو الراجح-والله أعلم-، وبه أفتت اللجنة الدائمة في المملكة العربية السعودية، وبه صدر قرار المجمع الفقهي. ينظر: التمهيد، لابن عبد البر (٢٤/١٧٨)، المجموع، للنووي (٩/٢١٧)، الإنصاف، للمرداوي (٤/٣٥٧)، المجمع الفقهي "الدورة الثانية / قرار (٧٦/ ٣/ ٨٥)، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء (١٣/١٣٢).

الفسخ، سقط عنه الثمن الحقيقي للمبيع، وإن اختار الإمضاء، كان عليه دفعه للبائع. أما مبلغ العربون، فقد استحقه البائع ثمناً لالتزامه، سواء اختار المشتري الإمضاء أو الفسخ[1].

ثالثاً:

أن قبول البائع وأخذه للعربون من أكل أموال الناس بالباطل. قال القرطبي: "ومن أكل أموال الناس بالباطل بيع العربان فهذا لا يصلح، ولا يجوز عند جماعة فقهاء الأمصار من الحجازيين والعراقيين لأنه من باب بيع القمار، والغرر، والمخاطرة، وأكل المال بالباطل بغير عوض ولا هبة، وذلك باطل بالإجماع"[2].

أجيب:

بأنه ليس من أكل أموال الناس بالباطل، وإنما هو مقابل انتظار البائع للمشتري، ولكي يصح استحقاق العربون ينبغي أن يكون وقت الانتظار لحين إتمام الصفقة محدداً بوقت معين لئلا تدخل في العقد الجهالة من حيث الوقت[3].

٤ - ما نص عليه فقهاء الحنفية على المعتمد في المذهب من أنه يجوز للشخص أن يتقبل عملاً من الأعمال -كخياطة ثوب وبناء جدار- ويتعهد بإنجازه في وقت معين لقاء أجر معلوم، ثم يتفق مع آخر

---

(١) ينظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة، "المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل"، لنزيه حماد(ص: ٢١١).

(٢) أحكام القرآن له (٥/ ١٥٠).

(٣) ينظر: مجلة المجتمع، العدد (١٦٩٧)، بتاريخ: ١٥ /٤/ ٢٠٠٦، فتوى للدكتور صديق الضرير، المجموعة الكاملة لبحوث ندوة المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة "بحث المعاوضة على الالتزام بالإقراض"، لعادل باريان (ص: ٤٨٤).

على القيام بهذا العمل بأجر أقل من الأجر الأول، ويربح هو فرق ما بينهما حلالاً طيباً، لمجرد أنه ضمن العمل (أي التزم به) دون أن يقوم به، وعسى أن لا يكون له مال أصلاً[1].

ه - ما جاء من نصوص عن فقهاء المذاهب تدل على جواز المعاوضة عن الالتزام منها:

أ - ما جاء في تحرير الكلام في مسائل الالتزام: (وأما إعطاء الرجل زوجته أو أم ولده شيئاً على أن لا تتزوج، فذلك جائز، وكذا عكسه، ولا يمتنعان من الزواج، ولكن يرجع عليهما بما أخذتا، قال أبو الحسن: وكذلك إذا أوصى لزوجته على أن لا تتزوج، جاز ذلك، ابن يونس: كما جاز أن تعطي المرأة زوجها مالاً على أن لا يتزوج عليها، وإن كان ذلك حلالاً لهما، إلا أنهما منعا أنفسهما من الانتفاع بالنكاح لانتفاعهما بالمال، فمتى رجعا عن ذلك، رجع عليهما بما أخذا)[2].

ب - وجاء في كتاب الوصايا من المدونة: ومن أسند وصيته إلى أم ولده على أن لا تتزوج، جاز ذلك، فإن تزوجت عزلت، وكذا لو أوصى لها بألف درهم على أن لا تتزوج، فأخذتها، فإن تزوجت أخذت منها[3].

ت - وما جاء في الاختيارات الفقهية: قال أبو العباس: "وقياس المذهب عندي جواز أخذ العوض عن سائر حقوقها من

---

(١) ينظر: فتح القدير، ابن الهمام (٥/ ٤٠٥)، بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ٢٦٢).

(٢) ينظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطاب (ص: ١١١).

(٣) ينظر: المدونة، للإمام مالك (١٥/ ٢٤).

القسم وغيره؛ لأنه إذا جاز للزوج أن يأخذ العوض عن حقه منها، جاز لها أن تأخذ العوض عن حقها منه؛ لأن كلاً منهما منفعة بدنية، وقد نص الإمام أحمد في غير موضع على أنه يجوز أن تبذل المرأة العوض ليصير أمرها بيدها، ولأنها تستحق حبس الزوج، كما يستحق الزوج حبسها، وهو نوع من الرق، فيجوز أخذ العوض عنه، وقد تشبه هذه المسألة الصلح عن الشفعة وحد القذف»[1].

ث - وجاء في الشرح الصغير: «وإن كان الجعل من رب الدين أو من أجنبي للمدين على أن يأتيه بضامن، فإنه جائز»[2]. وهذا الجعل عوض عن توفير التزام من الضامن.

ج - وجاء في الفروع عند الحنابلة ما نصه «وإن أعطته مالا واشترطت عليه أن لا يتزوج عليها يرد عليها المال إذا تزوج، وأنه لو دفع إليها مالاً على أن لا تتزوج بعد موته فتزوجت ترد المال إلى ورثته»[3].

٦ - ومن الأدلة العقلية التي يمكن الاستدلال بها: أن الالتزام يقابله حق هو موضوع الالتزام، وإذا بيعت الشركة بما فيها من أعيان ومنافع وحقوق، ومنها حق تغطية الإصدار فإن ذلك جائز، فإذا كان جائزاً في الكل جاز في البعض؛ إذ هذا الحق له قيمة ووقع في الثمن. وإذا قبلت المعاوضة في الحق تقبل في الالتزام[4].

---

(١) الاختيارات الفقهية، للبعلي (ص: ٢٤٩).

(٢) الشرح الصغير، للدردير (٣/ ٢٤٤). (٣) الفروع، لابن مفلح (٥/ ١٦٤).

(٤) يُنظر: المجموعة الكاملة لسلسلة بحوث ندوة "المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة" بحث بعنوان "حكم الالتزام بتغطية الاكتتاب وأخذ العوض عليه"، للعمراني (ص: ٥٧١-٥٧٣).

يناقش:

بأنه جائز تبعاً، ويجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً، إضافة إلى أن التسليم بجواز ذلك قد لا يرتضيه المخالف.

ويجاب عن ذلك:

بأنه عوض له قيمة في الصفقة، ولا مانع من جوازه إذ على المخالف إقامة الدليل على المنع. ولو قيل بعدم جوازه فيصار إلى تفريق الصفقة، وحينئذ يبقى الخلاف قائماً[1].

- وأشار بعض المعاصرين إلى صور عديدة جرى العمل بها في بلاد المسلمين من غير نكير تدل على بيع الالتزام، مثل بيع مؤسسات وشركات الاتصالات والتلكس والكهرباء والغاز التزامها بتوفير خدماتها للمشتركين مقابل ثمن محدد هو بدل الاشتراك سواء استخدم المشترك منافعها أو لم يستخدمها، ثم إن اختيار مشتري الالتزام (المشترك) الاستفادة منها، فإن الشركات تبيعه وحدات منافعها بالبدل المعلوم المحدد مسبقاً[2].

القول الثاني: ما جاء من نصوص عند الحنفية[3] المالكية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6]، أن الالتزام المجرد لا يجوز الاعتياض عنه بالمال، وبه أخذ المجمع الفقهي بجدة[7]. وهيئة المحاسبة والمراجعة

---

(١) المرجع السابق نفسه (٥٧٢-٥٧٣).

(٢) ينظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة، بحث بعنوان "المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل"، لنزيه حماد (ص: ٢١٦).

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٢).

(٤) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٠٢).

(٥) ينظر: روضة الطالبين، للنووي (٣/ ٤٧٥). (٦) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ١٧٦).

(٧) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم (٥) عام ١٤٠٦هـ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٢/ ١٠٣٠).

للمؤسسات المالية الإسلامية[1]. والهيئة الشرعية بمصرف الراجحي[2].

أدلتهم:

١ - قوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

وجه الاستدلال:

أن أخذ الأجر على الضمان يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل؛ لأن الأجر إنما يستحق مقابل عمل، والضامن لم يقدم عملا للمضمون عنه يستحق عليه الأجر[3]. ومنه العربون، وهو أن يشتري أو يكتري السلعة ويعطيه أي يعطي المشتري البائع شيئاً من الثمن على أنه أي المشتري إن كره البيع لم يعد إليه ما أعطاه، وإن أحبه حاسبه من الثمن أو تركه مجاناً؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل[4]. قال ابن قدامة: "وإن لم يشتر السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم؛ لأنه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه، ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخر بيعه من أجله؛ لأنه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء، ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه، ولو جازت توجب أن يكون معلوم المقدار كما في الإجارة"[5].

أجيب:

بعدم التسليم بأن أخذ الأجر مقابل الالتزام من أكل المال

---

(١) ينظر: المعيار الشرعي رقم (٥) الضمانات الفقرة (٧/ ٧).

(٢) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي رقم (٢٩) تاريخ ٤/ ٨/ ١٤١٠هـ.

(٣) ينظر: الشرح الصغير، للدردير (٣/ ٤٤٢).

(٤) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٠٢).

(٥) المغني، لابن قدامة (٤/ ١٧٦).

بالباطل؛ لأن الالتزام فيه منفعة ومصلحة تصلح أن تكون محلاً للمعاوضة.

نوقش:

بأن منفعة الالتزام ليست محلا للمعاوضة، وإنما تبذل تبرّعاً، كمنفعة الإقراض، فكذلك منفعة الالتزام لا يجوز أخذ لأجر عليها، لأن الضمان بمنزلة الإقراض[1]، من حيث أنه استعداد للإقراض[2].

أجيب:

بأن قياس الالتزام بالضمان على الإقراض قياس مع الفارق؛ لأن عقد الضمان مختلف في طبيعته وأحكامه عن القرض، وهو من عقود التوثيق، والقرض من عقود التمليك.

نوقش:

أن الالتزام الذي في الضمان وإن كان فيه منفعة، ولو لم يؤول إلى قرض هو في حقيقته استعداد للإقراض، وأخذ العوض عن الاستعداد على الإقراض محرم؛ لأنه إذا حرم أخذ العوض عن الإقراض فمن باب أولى أن يحرم العوض على الاستعداد للإقراض[3].

أجيب:

بعدم التسليم بأنه إقراض؛ لأن الضامن إنما ملك المال للمضمون له لا للمضمون عنه، ولهذا لا يصح تسمية الأخير مقترضا من

---

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي (٢٠/١٤٨)، وروضة الطالبين، للنووي (٣/ ٤٧٥).

(٢) ينظر: العمولات المصرفية، لعبد الكريم السماعيل (١٣٨).

(٣) ينظر: المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص (١٣٤).

الضامن، ولا اعتبار لذلك في الأحكام، صحيح أنه بعد الأداء يكون مديناً له بمثل ما أدى عنه، ولكن الدين ليس هو نفس القرض في الاسم ولا في الأحكام، بل أعم منه مطلقاً، فكل قرض دين، وليس كل دين قرضاً أو ناشئاً عنه[1].

- القاعدة الفقهية التي تنص على "أن الأجر والضمان لا يجتمعان"[2].

يناقش:

بأن هذه القاعدة من قواعد المذهب الحنفي دون غيره من المذاهب[3]، وأن الضمان المقصود في هذه القاعدة هو ضمان المتلفات[4].

- أن الأجر إنما يستحق شرعاً في مقابلة مال أو عمل، وليس الضمان مالاً ولا عملاً، فيكون أخذه بسببه من أكل أموال الناس بالباطل[5].

يناقش:

بأن الالتزام فيه منفعة مقصودة ومصلحة مشروعة، مشابهة للمنافع التي تبذل في الوديعة والعارية والوكالة، ولذلك صح كونه محلاً

---

(١) ينظر: قضايا فقهية معاصرة، بحث "مدى جواز أخذ الأجرة على الضمان"، لنزيه حماد (ص: ٢٢٤).

(٢) ينظر: ترتيب اللآلي في سلك الأمالي، لناظر زاده (١/ ٢٥٢)، مجلة الأحكام العدلية، المادة (٨٦)، وشرحها لسليم رستم (١/ ٥٧-٥٨).

(٣) صرح بذلك الزرقا في كتابه شرح القواعد الفقهية (١/ ٤٣٦)، القواعد الفقهية، للزحيلي (ص: ٨٦).

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي "بحث خطاب الضمان"، لبكر أبو زيد (٢/ ٨٦٠).

(٥) ينظر: غمز عيون البصائر، لشهاب الدين الحسيني (٣/ ١٥٤)، الحاوي الكبير، للماوردي (٨/ ١٢١).

للعقد في الضمان والوديعة، كما جاز مبادلته بالمال في كثير من الفروع والمسائل الفقهية[١]، ومن ذلك:

أ - أن الحنفية والحنابلة[٢] أجازوا الربح في مقابل الضمان، إذ أجازوا شركة الوجوه، وهي شركة على الذمم من غير صنعة ولا مال.

ب - ما قرّره المالكية من جواز أخذ العوض المالي على صنوف من الالتزامات الجائزة شرعاً، ولو كان محلها ليس بمال، كالتزام الزوج لزوجته أن لا يتزوج عليها مقابل جعل يأخذه منها، وكالتزام الزوجة بعدم الزواج بعد موت زوجها مقابل جعل على ذلك[٣]. ومن ذلك أيضاً أن الحنابلة وبعض الشافعية والمالكية أجازوا أخذ الأجر على الجاه مطلقاً ولو لم يكن فيه كلفة[٤].

٤ - أن المالية لا ترد إلا على المحل الذي هو أحد مقومات الالتزام، وفي ذلك يقول السرخسي: "فإن ركن العقد: المالية في البدلين"[٥].

يناقش:

صحة بيع العربون[٦]، فإن مبلغ العربون في الحقيقة وتفس الأمر

---

(١) ينظر: المخدمات الاستثمارية في المصارف، ليوسف الشبيلي (٢/١٦٩).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ٥٠٢)، المغني، لابن قدامة (٧/ ١٢١).

(٣) ينظر: فتح العلي المالك ١/ ٣٢٤.

(٤) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢٤)، المعيار المعرب، للونشريسي (٦/ ٢٢٩)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (٦/ ٣٦٥)، الفروع، لابن مفلح (٤/ ٢٠٧)، دقائق أولي النهى، للبهوتي (٢/ ٢٢٥).

(٥) المبسوط، للسرخسي (١٣/ ٢٥).

(٦) جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم ٨/٣/٧٣ ما يلي:

ليس إلا ثمن التزام البائع بفسخ العقد إذا اختار المشتري ذلك خلال الفترة المحددة في العقد تقديراً.

سبب الخلاف:

أنه إن اعتُبر الالتزام مالاً جازت المعاوضةُ عنه بمال، وصحَّ بيعُ ذلك الالتزام ببدلٍ مالي معلوم، إذ البيعُ مباطلةُ مالٍ بمال. وإنْ لم يُعتبر مالاً بحدِّ ذاته، فلا تجوز المعاوضةُ عنه بمال، لأنها تكون حينئذ من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، وذلك محظورٌ شرعاً[1].

الترجيح:

والذي يظهر لي رجحانه -والله أعلم- جواز الاعتياض عن الالتزام المجرد إذا كان فيه منفعة مشروعة للملتزم له، وأن يكون فيه منفعة مقصودة، وأن تكون منفعته متقومة، وأن لا تكون هذه العقود عقود غرر ومقامرة، ولا تخالف مقصود الشارع، ولا مقصود العقد، فإن الالتزام إن توافرت فيه هذه العناصر كان التوازن جواز الاعتياض عنه، وإن اختلّت عناصره اختل، وإن اختل فلا يجوز الاعتياض عنه.

ثانياً: المعاوضة على الالتزام في عقود التبرعات:

عقود التبرعات هي التي: تقوم على أساس التبرع والمنحة من أحد العاقدين للآخر من غير مقابل، فالمتبرع لا يطلب عوضاً عما تبرعَ به[2].

- ١. المراد ببيع العربون بيع السلعة مع دفع المشتري مبلغاً من المال إلى البائع على أنه إن أخذ السلعة احتسب المبلغ من الثمن، وإن تركها فالمبلغ للبائع.
٢. يجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمن محدود، ويحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء، ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء.

(١) ينظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة، بحث بعنوان "المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل"، لنزيه حماد (ص: ١٩٩).

(٢) ينظر: الفروق، للقرافي (١/ ١٥٠).

الأصل في عقود التبرعات كالهبة، والوقف، والوصية، والصدقة وغيرها أنها لا تقبل المعاوضة؛ لأنَّ المعاوضة فيها تنقلها عن موضوعها[1]. ويقرِّر جمهور الفقهاء[2] جواز انقلاب عقود التبرعات سوى القرض[3] إلى معاوضات بالتراضي، فإنه لا يمتنع شرعا أن ينقلب محض الالتزام في -الكفالة بالمال- وإن كان الأصل فيه التبرع إلى معاوضة إذا اشترط ذلك؛ لأن الالتزام بحد ذاته فيه منفعة ومصلحة مشروعة كسائر المنافع والمصالح المعتبرة المتقوَّمة للآدميين والأعيان، فجاز أخذ الأجر عليه في عقد الكفالة، سواء أدّى الكفيل الدين إلى المكفول له أو لم يؤدِّه، وذلك بشرط واحد وهو أن لا يترتب على عقد الضمان بأجر مداينة إلى أجل؛ لأنه يكون عندئذٍ حيلة إلى ربا النسيئة، وستاراً للتعامل بربا الديون المحرَّم تحت عنوان الكفالة[4].

---

(١) ينظر: الموسوعة الكاملة لسلسلة بحوث ندوة "المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة" بحث بعنوان "المعاوضة على الالتزام بالإقراض"، لعادل باريان (ص: ٤٩٠).

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٩/ ٩٦)، بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ٢٠٧)، المقدمات الممهدات، لابن رشد (٢/ ٤٦٧)، مواهب الجليل، للحطاب (٥/ ١٨٨)، حاشية الرملي على أسنى المطالب (٢/ ٧٦)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (٧/ ١٠٠)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٦٠)، كشاف القناع، للبهوتي (٤/ ٦٣).

(٣) القرض في النظر الشرعي على أربعة أوجه: الأول: أن يكون لوجه الله، وللمقترض فيه الأجر والمثوبة، الثاني: أن يكون لوجه المقترض؛ لاسترفاقه وتطييب نفسه، فكلا النظرين سائغ شرعاً، الثالث: أن يكون لنفع المقرِض والمقترض من غير مضرَّة بهما، كما في السفتجة والصحيح أنها لا تكره، الرابع: أن يكون لنفع المقرِض بأخذ زيادة مشروطة، فهذا قرض ربوي محرم. ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٥٣٠)، المعاملات الاستثمارية، ليوسف الشبيلي (٢/ ١٦٧)، قضايا فقهية معاصرة، بحث "مدى جواز أخذ الأجر على الضمان"، لنزيه حماد (ص: ٢١٨).

(٤) ينظر: قضايا فقهية معاصرة، بحث "مدى جواز أخذ الأجر على الضمان"، لنزيه حماد (ص: ٢٠٦).

ولقد جاءت نصوص عن الأئمة الفقهاء تؤيد ذلك:

أ - قال البهوتي: "وإن شرط المعير لها عوضا معلوما في عارية مؤقتة بزمن معلوم صح ذلك وتصير إجارة تغليبا للمعنى، كالهبة إذا شرط فيها ثواب معلوم كانت بيعا"[1].

ب - الشافعية في -الأصح عندهم- جواز أخذ الأجرة على الواجب العيني كإنقاذ غريق وتعليم نحو الفاتحة[2].

ت - قول كثير من فقهاء المالكية بأنه يجوز أن يشترط الضامن على المكفول له في عقد الكفالة أن يحط عن المكفول بعض دينه الحال على أن يضمن له باقيه إلى أجل يضربانه[3].

ث - تجويز الحنابلة على المعتمد في المذهب أخذ الربح في مقابل الضمان (الكفالة بالمال) في شركة الوجوه، واستحقاق الربح فيها عندهم، فإنه يكون بينهما بحسب ما يتفقان عليه. وبناءً على ذلك، فإن الشريك الذي اشترط له من الربح أكثر من حصته في ملكية المتاع المشترى، إنما يستحق الزيادة في الربح في مقابلة ضمانه، أي التزامه[4].

ج - ما جاء في هبة الثواب: وأما هبة الثواب فكالبيع قاله في المدونة[5].

وجاء أيضاً: الهبة تجوز بشرط الثواب وسواء عين الواهب الثواب

---

(١) كشاف القناع (٤/ ٦٣).

(٢) ينظر: تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (٧/ ١٠٠).

(٣) ينظر: الذخيرة، للقرافي (٩/ ٢١٣).

(٤) ينظر: المبدع، لإبراهيم بن مفلح (٥/ ٣٨)؛ كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٥١٧).

(٥) ينظر: مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، للحطاب (٤/ ١٤٣).

الذي يريد أم لا أما إذا عينه فقالوا إنها جائزة وهي حينئذ من البيوع، قال في التوضيح: كما لو قال: أهبها لك بمائة دينار ويشترط في ذلك شروط البيع[1].

فالمعاوضة إذا دخلت في عقود التبرعات فقد خرجت عن مقصودها، فلا تعدُّ حينئذٍ من عقود التبرعات، بل تنقلب إلى معاوضة، وتأخذ أحكامها سواءً بسواء وكذلك في التوازن.

وأختم هذا الفصل بالتفريق بين الحق والالتزام: أولا: من جهة الحد، فالحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً، بينما الالتزام هو إيجاب الإنسان على نفسه أمراً جائزاً شرعا، والثاني: من حيث المعنى فمفهوم الحق ليس مرادفا لمفهوم الالتزام، بل هو مقابل وملازم له في الوقت ذاته، والتلازم بين الأمرين شيء، واتحاد مفهومهما شيء آخر، فكما أن الأخذ مقابل للإعطاء وملازم له فإن ذلك لا يسوغ أن نجعلهما شيئاً واحداً، وذلك أن طبيعة الحق إيجابية تقوم على فرض الاستيفاء في أحد الجانبين، وطبيعة الالتزام سلبية تقوم على فكرة الإيفاء بتفريغ الذمة من الجانب الآخر[2].

فالحق هو موضوع الالتزام، أي ما يلتزم به الإنسان من حق تجاه الله، أو حق تجاه غيره من الآدميين[3]. والالتزام أعم من الحق؛ لأنه يشمل كل ما يلتزمه الإنسان من حقوق، والقيام بعمل، أو الامتناع عنه، أو حق مجرد.

---

(١) المرجع نفسه (٦/٦٦).

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقا (٢/ ٥٠-٥١).

(٣) ينظر: إدرار الشروق على أنوار الفروق، لابن الشاط (١/ ٢٤٠)، المنثور، للزركشي (٢/ ٦٠)، المجموعة الكاملة لسلسلة بحوث ندوة "المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة" بحث بعنوان "حكم الالتزام بتعلية الاكتتاب"، لعبدالله العمراني (ص: ٥٦٤).

الفصل الخامس

الشروط العقدية وعلاقتها بالتوازن في العقود

وفيه تمهيد ومبحثان:

التمهيد: الأصل في الشروط في العقود.

المبحث الأول: مذاهب الفقهاء في الشروط في العقود.

المبحث الثاني: مواطن الشروط في العقود وأثرها على التوازن.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الشروط المتقدمة على العقد.

المطلب الثاني: الشروط المقترنة بالعقد.

المطلب الثالث: الشروط اللاحقة بالعقد "المستجدة".

التمهيد

الأصل في الشروط في العقود

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الأصل لغة واصطلاحا

الأصل لغة: الهمزة والصاد واللام، أساس الشيء، فالأصل: أصل الشيء، قال الكسائي[1] في قولهم: "لا أصل له ولا فصل له": إن الأصل الحسب، والفصل اللسان. ويقال: مجد أصيل[2]. والجمع أصل وأصلان مثل بعير وبعران وآصال وأصائل كأنه جمع أصيلة؛ قال أبو ذؤيب الهذلي[3]:

لعمري لأنت البيت أكرم أهله ... وأقعد في أفنائه بالأصائل[4].

---

(١) أبو الحسن علي بن حمزة بن عبد الله الأسدي بالولاء، الكوفي، إمام في اللغة والنحو والقراءة، قرأ النحو بعد الكبر، له تصانيف، منها: معاني القرآن، والمصادر، والحروف، وتوفي بالري سنة ١٨٩هـ، وهو مؤدب الرشيد العباسي وابنه الأمين. ينظر في ترجمته: طبقات النحويين واللغويين، للزبيدي (ص: ١٣٧)، إنباه الرواة على أنباه النحاة، للقفطي (٢/ ٢٥٦).

(٢) ينظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (١/ ١٠٩) مادة [أصل].

(٣) أبو ذؤيب خويلد بن خالد بن محرث، من بني هذيل بن مدركة، من مضر: شاعر فحل، مخضرم، أدرك الجاهلية والإسلام، وسكن المدينة، واشترك في الغزو والفتوح، وعاش إلى أيام عثمان ﷺ فخرج في جند عبد الله بن سعد بن أبي سرح إلى إفريقية سنة ٢٦هـ غازيا، فشهد فتح إفريقية، ورثاه على النبي ﷺ ليلة وفاته، فأدركه وهو مسجى وشهد دفنه، توفي سنة ٢٧هـ في خلافة عثمان. ينظر في ترجمته: إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب، لياقوت الحموي (٣/ ١٢٧٥-١٢٧٧)، الكامل في التاريخ، لابن الأثير (٢/ ٤٦٤).

(٤) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (١١/ ١٦).

واصطلاحا: هو عبارة عما يبنى عليه غيره، ولا يبنى هو على غيره[1].

(١) ينظر: التعريفات، للجرجاني (ص: ٢٨).

المطلب الثاني

تعريف الشرط[1] لغة واصطلاحا

الشرط لغة: الشين والراء والطاء أصل يدل على علم وعلامة، وما قارب ذلك من علم من ذلك، الشَّرَط: العلامة. والشرط: إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه[2].

والمراد بالشرط في هذا المبحث هو ما عرَّفه البهوتي: "إلزام أحد المتبايعين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة"[3].

---

(١) والشرط له ثلاث إطلاقات في الشرع: الأول: ما يذكر في الأصول مقابلا للسبب والمانع، وما يذكر في كلام المتكلمين: شرط العلم الحياة، وقول الفقهاء: شرط صحة البيع التراضي، والثاني: الشرط اللغوي، والمراد به صيغ التعليق، وهي عند الفقهاء تعليق البيع على شرط، أو تعليق الطلاق على دخول الدار، والثالث: جعل الشيء قيدا في شيء، كشراء الدابة بشرط كونها حاملا، ونحو ذلك. قاله ابن النجار في شرح الكوكب المنير (١/ ٤٩٣-٤٩٤)، وراجع تفصيل التعريف (ص: ١١٥).

(٢) ينظر: المخصص، لابن سيده (٣/ ٤٣٣)، القاموس المحيط، للفيروزآبادي (١/ ٦٧٣).

(٣) كشاف القناع (٣/١٨٩).

المطلب الثالث

بيان خلاف الفقهاء في الأصل في الشروط

تحرير محل النزاع:

- لا خلاف بين الفقهاء في فساد ما دل الدليل على فساده من الشروط.

- لا خلاف بينهم في صحة ما جاء الدليل بصحته منها.

ولكن كان الخلاف في الشروط المسكوت عنها، كالشروط المستحدثة السالمة من المعاني المحرمة، كالربا، والغرر، والميسر[1].

فاختلف الفقهاء في الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة أو الأصل فيها التحريم والبطلان على قولين[2]:

القول الأول:

هو مذهب الحنابلة أن الأصل في الشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها، ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، وهو أوسع المذاهب

---

(١) ينظر: الشرط الجزائي، لمحمد اليمني (ص: ١١٨).

(٢) وَهِمَ بعض من بحث هذه المسألة، فجعل فيها ثلاثة أقوال: قول بالإباحة، وقول بالحظر، وقول بالوقف، وفي هذا نظر، كما قال الزركشي في البحر المحيط في أصول الفقه (٨/٨): "لم يحكوا هنا - أي في مسألة الأصل في الأشياء بعد ورود الشرع قولاً ثالثاً بالوقف كما هناك - أي في حكم الأشياء قبل ورود الشرع -؛ لأن الشرع ناقل، وقد خلط بعضهم بين الصورتين، وأجرى الخلاف هنا أيضاً - أي في مسألة حكم الأشياء بعد ورود الشرع". وممن وقع في هذا الذي أشار إليه الزركشي الشوكاني في إرشاد الفحول ص (٢/ ٢٨٣)؛ حيث حكى في المسألة قولاً بالوقف، ونسبه إلى جماعة عُرف عنهم القول بالوقف في المسألة الأولى. ينظر: شرح اللمع، للشيرازي (ص: ١٢٢)، المستصفى، للغزالي (ص: ٥١)، التمهيد، للإسنوي (ص: ٥١٠)، نظرية الشرط، لحسن الشاذلي (ص: ٤٨٣)، الحوافز التجارية، لخالد المصلح (ص: ١٦).

على الإطلاق في تصحيح الشروط[١]، وقريب منه مذهب الإمام مالك[٢]، ونسب ابن القيم القول به للجمهور[٣]، وعليه تدل نصوصهم[٤]، واختيار ابن تيمية[٥]، وابن القيم[٦]، والشاطبي[٧]، وحُكي الإجماع عليه[٨]، لكن ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، والشاطبي يقتصرون في تحريم الشروط على ما خالف مقصود العقد، وما خالف مقصود الشارع.

أدلتهم:

١ - الأدلة المتضافرة الدالة على الأمر بالوفاء بالعهود والمواثيق، والأمانات، والتغليظ على من نقضها وغدر وخان:

١ - قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

٢ - قوله تعالى ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ﴾ [النحل: ٩١].

٣ - قوله تعالى ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ﴾ [المؤمنون: ٨].

٤ - قول الرسول ﷺ: "أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"[٩].

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ١٣٢).

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٦٥)، منح الجليل، لعليش (٥/ ٥٨).

(٣) ينظر: إعلام الموقعين (١/ ٣٥٩).

(٤) ينظر: غمز عيون البصائر، لشهاب الدين الحسيني (١/ ٣٣٣)، تيسير التحرير، لأمير بادشاه، شرح مختصر خليل، للخرشي (٤/ ١٧٩)، الذخيرة، للقرافي (١/ ١٣٤)، غياث الأمم في التياث الظلم، للجويني (ص: ٤٩٢)، البحر المحيط، للزركشي (١/ ٢١٢).

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٤٥)، الفتاوى الكبرى (٤/ ٩٠).

(٦) ينظر: إعلام الموقعين (١/ ٣٥٩).

(٧) ينظر: الموافقات، للشاطبي (١/ ٣٨٤).

(٨) نقله ابن رجب، جامع العلوم والحكم (٢/ ١٦٦).

(٩) أخرجه البخاري: كتاب الشروط باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ح(٢٧٢١)، وأخرجه مسلم: كتاب النكاح باب الوفاء بالشروط في النكاح ح(١٤١٨).

* - قول الرسول ﷺ: "أربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا ومن إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها"[1].

وجه الاستدلال:

أن ما جاء في الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق، والعقود وبأداء الأمانة ورعاية ذلك والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك. ولما كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع: لم يجز أن يأمر بها مطلقا ويذم من نقضها وغدر مطلقا كما أن قتل النفس لما كان الأصل فيه الحظر إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لم يجز أن يؤمر بقتل النفوس ويحمل على القدر المباح؛ بخلاف ما كان جنسه واجبا كالصلاة والزكاة فإنه يؤمر به مطلقا، وإن كان لذلك شروط وموانع فينهى عن الصلاة بغير طهارة وعن الصدقة بما يضر النفس ونحو ذلك، وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورا به: علم أن الأصل صحة العقود والشروط؛ إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده، ومقصود العقد: هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة[2].

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الإيمان باب علامة المنافق ح(٣٤)، وأخرجه مسلم: كتاب الإيمان باب بيان خصال المنافق ح(٥٨).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ١٤٥-١٤٦).

ثالثاً:

أن أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود: لا يختلف اثنان في أنه ليس على عمومه ولا على ظاهره، وقد جاء القرآن بأن نجتنب نواهي الله تعالى ومعاصيه، فمن عقد على معصية فحرام عليه الوفاء بها، وقد صح أن كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل، والباطل محرم، فكل محرم فلا يحل الوفاء به. فلا يعلم ما هو عهد الله إلا بنص وارد فيه، وقد علمنا أن كل عهد نهى الله عنه فليس هو عهد الله تعالى، بل هو عهد الشيطان فلا يحل الوفاء به[1].

أجيب:

بأن هذا التخصيص لا وجه له، بل يدخل فيها كل عقد وعهد نص الشارع على الوفاء به بخصوصه، كما يدخل فيها العقود والعهود التي لم ينص الشارع على الوفاء بها بخصوصها، ولم ينهنا عن الوفاء بها، لدخولها في العموم، وأما تخصيصها فلا وجه له، وهو يتضمن إبطال ما دلت عليه من العموم، وذلك غير جائز إلا ببرهان من الله ورسوله.[2]

ب - قول الرسول ﷺ : "الصلح جائز بين المسلمين زاد أحمد إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا وزاد سليمان بن داود وقال رسول الله ﷺ المسلمون على شروطهم"[3].

---

(١) ينظر: المحلى، لابن حزم (٨/ ٣٣٢)، الإحكام له (٥/ ١٤).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين (١/ ٣٦٢).

(٣) حديث صحيح لغيره، سبق تخريجه في (ص: ١٢٢) حاشية رقم (٦).

نوقش:

بأن هذا الحديث ضعفه بعض أهل العلم[1].

أجيب:

بأن له طرقا وشواهد يتقوى بها[2].

---

(١) قال ابن عبد الهادي: "رواه الترمذي، وصححه، ولم يتابع على تصحيحه، فإن كثيرا تكلم فيه الأئمة، وضعفوه، وضرب الإمام أحمد على حديثه في المسند، ولم يحدث به". المحرر (ص: ٤٩٥)، وقال الذهبي في ميزان الاعتدال (٦٩٤٩): "وأما الترمذي فروى من حديثه: الصلح جائز بين المسلمين، وصححه، فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيح الترمذي". وقال ابن الملقن كما في خلاصة البدر المنير (٢/ ٨٧): "رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح، وفي هذا نظر، فكثير أجمعوا على ضعفه، حتى قال الشافعي فيه: إنه ركن من أركان الكذب، قال ابن القطان: وعبد الله بن عمرو والده مجهول الحال".

(٢) وله شاهد من حديث أبي هريرة، وسنده أمثل من هذا، ومداره على كثير بن زيد، عن الوليد ابن رباح، عن أبي هريرة. ويروى عن كثير جماعة، وقد اختلفوا في متنه على حرف (الصلح جائز بين المسلمين) وزاد بعضهم على بعض فيما سوى هذا الحرف: فأخرجه ابن الجارود في المنتقى (٦٢٨) من طريق سفيان بن حمزة، والدارقطني (٣/ ٤٣١)برقم (٢٨٩١)، والبيهقي (٦/ ٦٥) من طريق عبد العزيز بن أبي حازم، والحاكم (٤/ ١١٢) برقم (٧٠٥٨)من طريق عبد العزيز بن محمد، ثلاثتهم عن كثير بن زيد به، بلفظ: الصلح جائز بين المسلمين. ورواه سليمان بن بلال، عن كثير، واختلف على سليمان في لفظه، فقد أخرجه أحمد (٢/ ٣٦٦) والبيهقي (٦/ ٦٤، ٦٥) من منصور بن سلمة، عن سليمان بن بلال، عن كثير بن زيد، عن الوليد بن رباح، عن أبي هريرة. والحاكم (٤٩/٢) من طريق ابن وهب، عن سليمان بن بلال به. وزاد في آخره: وقال رسول الله ﷺ: المسلمون على شروطهم، وأخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، ومن طريقه البيهقي (٦/ ٦٥) برقم (١١٢٥١) من طريق مروان بن محمد، عن سليمان بن بلال أو عبد العزيز بن محمد بالشك، عن كثير به، بلفظ: الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما، أو حرم حلالا، وأخرجه ابن حبان (٥٠٩١) بالمتن نفسه من طريق مروان بن محمد الطاطري، عن سليمان بن بلال، حدثني كثير بن زيد به، بدون شك، وبدون ذكر عبد العزيز بن محمد. على أن كثير بن زيد ليس بالقوي. قال فيه أبو زرعة: صدوق فيه لين. الجرح والتعديل (٧/ ١٥٠-١٥١). وقال أبو حاتم: صالح، ليس بالقوي، يكتب حديثه. وقال فيه المقدسي في الأحاديث المختارة (٣/ ٢٥٩) برقم (١٠٦٣): تكلم فيه بعضهم، ومدحه بعضهم، وذكره البخاري وسكت عليه، فلم يذكر فيه شيئا. التاريخ الكبير (٧/ ٢١٦). وذكره ابن حبان في الثقات (٧/ ٣٥٤) برقم (١٠٤١١)، قال ابن تيمية في مجموع الفتاوى =

ت - أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، كما أن الأعيان: الأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ (الأنعام: ١١٩)، عام في الأعيان والأفعال؛ وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة[1].

ث - أنه ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت حله بعينه، وأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم، فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم فيكون فعلها إما حلالا وإما عفوا كالأعيان التي لم تحرم[2].

ج - أنه قد جاء في دواوين السنة عدة أحاديث ثبت فيها أن الرسول ﷺ أجاز فيها الاشتراط في العقود، ومن هذه الأحاديث قوله ﷺ: "من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع"[3]. فلو كان الشرط لا يصح فإن المبتاع لا يجوز له اشتراط الثمر، وروى البخاري أن جابر بن عبدالله ﷺ باع للرسول ﷺ وشرط ظهره إلى المدينة[4]، ولو كان الشرط باطلاً لما رضي الرسول ﷺ

= (٢٩/ ١٤٧) والفتاوى الكبرى (٤/ ٨٩): "هذه الأسانيد وإن كان الواحد منها ضعيفا، فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضا"، وقال الألباني: صحيح لغيره، إرواء الغليل (٥/ ١٤٥-١٤٦).

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ١٥٠).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٥٠).

(٣) أخرجه البخاري: كتاب البيوع باب من باع نخلا قد أبرت أو أرضا مزروعة أو بإجارة ح(٢٠٩٠)، وأخرجه مسلم: كتاب البيوع باب من باع نخلا عليها ثمر ح(١٥٤٣).

(٤) أخرجه البخاري: كتاب البيوع باب شراء الدواب والحمير وإذا اشترى طعاما أو جملا وهو عليه =

بشرط جابر ﷺ. وقد ترجم البخاري على بعض الأحاديث الدالة على جواز الشروط بقوله: "باب ما يجوز من الشروط في الإسلام والأحكام والمبايعة"(١).

ح - وما جاء في فقه الصحابة، من إقناعهم وحكمهم به. ففي صحيح البخاري تعليقاً عن ابن عمر أو عمر بن الخطاب ﷺ "كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط مائة شرط"(٢)، وفي الصحيح عن عمر بن الخطاب ﷺ تعليقاً: "إن مقاطع الحقوق عند الشروط، ولك ما شرطت"(٣).

خ - ما جاء عن ابن سيرين(٤) أنه قال: قال رجل لكريه: أرحل ركابك فإن لم ارحل معك في يوم كذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه(٥).

= هل يكون ذلك قبضا قبل أن ينزل ح(١٩٩١)، وأخرجه مسلم: كتاب الرضاع باب استحباب نكاح البكر ح(٧١٥).

(١) أخرجه البخاري: كتاب الشروط باب ما يجوز من الشروط في الإسلام والأحكام والمبايعة.

(٢) أخرجه البخاري: كتاب الشروط باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه بصيغة الجزم: باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، ووصله عبدالرزاق في مصنفه كتاب النكاح، باب الشرط في النكاح (٦/ ٢٢٧) برقم (١٠٦١٠)، ووصله كذلك سعيد بن منصور في سننه (١/ ٢١٦) برقم (٦٨٠)، وذكره ابن عبد البر بالإسناد نفسه، الاستذكار، لابن عبد البر (١٦/ ١٤٦).

(٤) محمد بن سيرين البصري، الأنصاري بالولاء، إمام وقته في البصرة، تابعي، نشأ بزازا، في أيام عثمان، واشتهر بالورع وتعبير الرؤيا. واستكتبه أنس بن مالك، فارس، وكاتب أبوه مولى لأنس. ينسب له كتاب تعبير الرؤيا ذكره ابن النديم، وهو غير متثبت الكلام في تفسير الأحلام المطبوع، المنسوب إليه أيضا، وليس له. وفاته في البصرة سنة ١١٠هـ. ينظر في ترجمته: الثقات، للعجلي (١/ ٤٠٥) برقم (١٤٦٤)، طبقات الفقهاء، للشيرازي (١/ ٨٨).

(٥) أخرجه البخاري: كتاب الشروط باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار، والشروط التي يتعارفها الناس بينهم، وإذا قال: مائة إلا واحدة أو ثنتين.

د - ما روي أن صهيباً ﷺ باع داره من عثمان ﷺ، واشترط سكناها كذا وكذا[1].

القول الثاني:

ذهب الأبهري[2] من المالكية[3]، وابن حزم[4][5] أن الأصل في العقود والشروط البطلان والتحريم إلا ما نص الشرع على جوازه. قال ابن تيمية: "وكثير من أصول أبي حنيفة تنبني على هذا، وكثير من أصول الشافعي، وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد"[6].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب البيوع والأقضية باب الرجل يبيع داره (٤/ ٥٤٦) برقم (٢٢٠١١).

(٢) أبو بكر محمد بن عبد الله الأبهري، وكان من الفقهاء النظار المحققين وجلة أئمة المالكيين، من مصنفاته: شرح المختصر الكبير والصغير لابن عبد الحكم، توفي ٣٧٥هـ. ينظر في ترجمته: الديباج المذهب، لابن فرحون (١/ ٢١٧)، شجرة النور الزكية، لابن مخلوف (١/ ١٣٦).

(٣) ينظر: الذخيرة، للقرافي (١/ ١٣٤).

(٤) ينظر: المحلى، (٧/ ٤١٩) مسألة ١٤٤٧.

(٥) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب أصله من الفرس، كان حافظاً عالماً بعلوم الحديث وفقهه، وله مصنفات منها: المحلى بالآثار، والإحكام لأصول الأحكام، والإجماع ومسائله على أبواب الفقه، توفي ٤٥٦هـ. ينظر في ترجمته: جذوة المقتبس في ولاة الأندلس، لابن حميد الأزدي (ص: ٣٠٩)، بغية الملتمس في تاريخ رجال الأندلس، لأبي جعفر الضبي (ص: ٤١٥).

(٦) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٢٦)، الفتاوى الكبرى (٤/ ٧٦)، وقد استشكل بعضهم ما حكاه ابن تيمية من أن كثيرا من أصول أبي حنيفة، وطائفة من أصحاب مالك على أن الأصل في الشروط البطلان، وأورد كلام ابن حزم: "والعجب كله من احتجاج المقلدين والمالكين بهذه الأخبار"، حيث ذكر ذلك عند مناقشة أقوال من قال أن الأصل في الشروط الإباحة، والذي يظهر أنه لا تنافر بين كلاميهما -رحمهما الله- فشيخ الإسلام بيّن أن من تنبني أصولهم على ذلك يختلفون اختلافا بينا عن قول أهل الظاهر حيث قال: "هؤلاء الفرق الثلاث يخالفون أهل الظاهر، ويتوسعون في الشروط أكثر منهم؛ لقولهم بالقياس، والمعاني، وآثار الصحابة، وأما يفهمونه من معاني النصوص التي ينفردون بها عن أهل الظاهر"، القواعد النورانية (ص: ٣٦٩)، وشيخ الإسلام ساق أقوالهم وتصورهم فحكايته ليست تناقضا بل موافقا لما حكاه

أدلتهم:

١ - الأدلة التي تدل على كمال الدين وتمامه، وأن الأحكام التي يحتاجها العباد قد بينت، وما لم يرد به نص لا يكون اشتراطه مباحا:

١ - قوله تعالى ﴿مَّا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِن شَيْءٍ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ﴾ [الأنعام: ٣٨].

٢ - قوله تعالى ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [المائدة: ٣].

٣ - قوله تعالى ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وجه الاستدلال:

فإذا كان الله قد أكمل لنا ديننا، ولم يفرط في الكتاب بترك الأشياء التي يحتاج إليها المسلمون، كان ذلك دليلا على أن الشروط التي

= ابن حزم؛ لأن شيخ الإسلام أشار إلى أن كثير من أصولهم تقتضي ذلك، ولم ينسب القول لهم مطلقا؛ ولعل ابن تيمية حكى ذلك باعتبار أن الشروط التي يصححها الحنفية محدودة فالأصل عندهم المنع إلا هذه الشروط، وكذا مذهب الشافعية وطائفة، أما المالكية فحكى من طائفة وأثبت أن الأقرب أن مذهب مالك من أوسع المذاهب في تصحيح الشروط بعد الحنابلة، فالمذاهب الثلاثة سوى الحنابلة أخذت بما روي أن النبي ﷺ "نهى عن بيع وشرط"، وأن ما صححوه إنما يكون استثناء بنص من كتاب الله تعالى أو سنة رسوله ﷺ أو حرفي، فاقتضى تصحيحهم للحديث التضييق في الشروط المقترنة بالعقود، وأن الأصل فيها الفساد للحديث، وأما أحمد فلم يثبت الحديث فاعتبر صحة الشروط إلا ما دل على إبطاله نص، وأما ما ورد من نصوص فقهاء المذاهب ففيها تصحيح لكثير من الشروط، لكن أصولهم في الشروط الأقرب أنها للمنع، باعتبار أن ما استثني منها قليل بالنسبة للشروط المقترنة بالعقود. ينظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطاب (١/ ٢٤٠)، حاشية الدسوقي (٣/ ٦٥)، الفروق البهية، لزكريا الأنصاري(٢/ ٤٢٧)، فتح العزيز، للقزويني (٨/ ٢٠٨)، مبدأ الرضا في العقود، للفقه حاضي (٢/ ١١٨٧)، نظرية الشرط، للشاذلي (ص: ٢٤٤)، نظرية الشروط المقترنة، لزكي الدين شعبان (ص:١٩).

يحتاج إليها المسلمون، وتكون مباحة في حكم الله هي الشروط التي جاءت النصوص صريحة في إباحتها، فإن لم يكن هذا الشرط منصوصا على إباحته بعينه لم يكن من الشروط المباحة، وأن كل شرط لم يأت به نص فتجويزه تعد لحدود الله، وزيادة في الدين[1].

أجيب:

بأن تعدي حدود الله إنما يكون في تحريم ما أحله الله، أو في إباحة ما حرمه الله، أو في إسقاط ما أوجبه الله، أما إباحة ما سكت عنه، وعفا عنه فليس فيه تعد لحدود الله، بل تحريم مثل ذلك المسكوت عنه هو من تعدي حدوده. فكل ما كان حراما بدون الشرط: فالشرط لا يبيحه كالربا وكالوطء في ملك الغير وكثبوت الولاء لغير المعتق؛ ...وأما ما كان مباحا بدون الشرط: فالشرط يوجبه كالزيادة في المهر والثمن والمثمن والرهن وتأخير الاستيفاء.. .وأما ما أباحه الله في حال مخصوصة ولم يبحه مطلقا فإذا حوله الشرط عن تلك الحال لم يكن الشرط قد حرم ما أحله الله وكذلك ما حرمه الله في حال مخصوصة ولم يحرمه مطلقا: لم يكن الشرط قد أباح ما حرمه الله وإن كان بدون الشرط يستصحب حكم الإباحة والتحريم؛ لكن فرق بين ثبوت الإباحة والتحريم بالخطاب وبين ثبوته بمجرد الاستصحاب[2].

ب - أن عائشة ﵂ قالت: "دخلت علي بريرة[3] قالت إن أهلي

---

(١) ينظر: الإحكام، لابن حزم (٥/ ١٤).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ١٤٨-١٤٩).

(٣) بريرة مولاة عائشة بنت أبي بكر الصديق ﵄، وكانت مولاة لبعض بني هلال، وقيل: غير ذلك، فكاتبوها ثم باعوها من عائشة، فأعتقتها. ينظر: أسد الغابة، لابن الأثير (٧/ ٣٧)؛ الاستيعاب، لابن عبد البر (٤/ ١٧٩).

كاتبوني على تسع أواق في تسع سنين في كل سنة أوقية فأعينيني فقلت لها إن شاء أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة وأعتقك ويكون الولاء لي فعلت فذكرت ذلك لأهلها فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم فأتيتي فذكرت ذلك قالت فانتهرتها فقالت لاها الله إذا قالت فسمع رسول الله ﷺ فسألني فأخبرته فقال اشتريها وأعتقيها واشترطي لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق ففعلت قالت ثم خطب رسول الله ﷺ عشية فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله ﷻ فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق فلانا والولاء لي إنما الولاء لمن أعتق".[1]

وجه الاستدلال:

أن هذه الأخبار براهين قاطعة في إبطال كل عهد، وكل عقد، وكل وعد، وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به، أو النص على إباحة عقده؛ لأن العقود والعهود والأوعاد شروط، واسم الشرط يقع على جميع ذلك[2].

أجيب:

أن الشرط يراد به المصدر تارة والمفعول أخرى، والمراد به هنا -والله أعلم- المشروط؛ لا نفس المتكلم، ولهذا قال ﷺ: "وإن كان مائة شرط" أي: وإن كان مائة مشروط وليس المراد تعديد

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب البيوع باب البيع والشراء مع النساء ح(٢١٥٥)، وأخرجه مسلم: كتاب العتق باب إنما الولاء لمن أعتق ح(١٥٠٤)، واللفظ لمسلم.

(٢) ينظر: الإحكام، لابن حزم (٥/ ٣١).

التكلم بالشرط، وإنما المراد تمديد المشروط، والدليل على ذلك قوله ﷺ: "كتاب الله أحق وشرط الله أوثق" أي: كتاب الله أحق من هذا الشرط وشرط الله أوثق منه. وهذا 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 يُقال: "كتاب الله أحق وشرط الله أوثق" فيكون المعنى: من اشترط أمرا ليس في حكم الله أو في كتابه بواسطة أو بغير واسطة: فهو باطل؛ لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط ولما لم يكن في كتاب الله أن الولاء لغير المعتق أبدا كان هذا المشروط وهو ثبوت الولاء لغير المعتق - شرطا ليس في كتاب الله[1].

ت - قول الرسول ﷺ: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"[2].

وجه الاستدلال:

قال ابن حزم: "فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحته والتزامه بعينه"[3].

أجيب:

وقوله ﷺ رد معناه: أي مردود من إطلاق المصدر على اسم المفعول مثل خلق ومخلوق ونسخ ومنسوخ وكأنه قال فهو باطل

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ١٦٠).
(٢) أخرجه مسلم: كتاب الأقضية باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور ح(١٧١٨).
(٣) الإحكام (٥/ ٣٢).

غير معتد به واللفظ الثاني وهو قوله من عمل أعم من اللفظ الأول وهو قوله من أحدث فيحتج به في إبطال جميع العقود المنهية وعدم وجود ثمراتها المرتبة عليها وفيه رد المحدثات وأن النهي يقتضي الفساد لأن المنهيات كلها ليست من أمر الدين فيجب ردها[1]. والشروط ليس منهيًا عنها فدل على أن الأصل فيها الصحة.

ث - ما جاء عند عبد الرزاق قال: أخبرنا ابن جريج، عن عطاء[2] "وكل بيع فيه شرط فليس بيعا"[3].

أجيب:

كلام عطاء قول تابعي لا يحتج به، لا سيما مع معارضة غيره من التابعين له، كعكرمة[4]، وإبراهيم النخعي.

ج - أن كل شرط اشترط في بيع أو غيره من أحد ثلاثة أوجه لا رابع لها -: إما إباحة مال لم يجب في العقد، وإما إيجاب عمل، وإما

---

(١) ينظر: فتح الباري، لابن حجر (٥/ ٣٠٢).

(٢) أبو محمد عطاء بن أبي رباح أسلم - وقيل سالم - بن صفوان مولى بني فهر أو جُمَح المكي، كان من أجلاء الفقهاء وتابعي مكة وزهادها، سمع جابر بن عبد الله الأنصاري وعبد الله بن عباس وعبد الله بن الزبير وخلقاً كثيراً من الصحابة ﷺ، وكان مفلفل الشعر أسود أعور أفلس أفل أعرج، ثم عمي. توفي سنة ١١٥هـ. ينظر في ترجمته: الطبقات الكبرى، لابن سعد (٢/ ٣٨٦)، وفيات الأعيان، لابن خلكان (٣/ ٢٦١-٢٦٢).

(٣) مصنف عبدالرزاق: كتاب البيوع باب الشرط في البيع (٨/ ٥٨) برقم (١٤٢٩٩).

(٤) أبو عبد الله عكرمة بن عبد الله مولى عبد الله بن عباس، ﷺ؛ أصله من البربر من أهل المغرب، كان لحصين بن الحر العنبري، فوهبه لابن عباس ﷺ، حين ولي البصرة لعلي بن أبي طالب ﷺ واجتهد ابن عباس في تعليمه القرآن والسنن وسماه بأسماء العرب، وحدث عن جمع من الصحابة ﷺ، وهو أحد فقهاء مكة وتابعيها، روي أنه ابن عباس قال له: انطلق فأفت الناس، توفي سنة ١٠٥هـ وقيل غير ذلك. ينظر في ترجمته: الطبقات الكبرى، لابن سعد (٢/ ٣٨٥)، وفيات الأعيان، لابن خلكان (٣/ ٢٦٥).

المنع من عمل، وكل ذلك حرام بالنص، فصح بطلان كل شرط جملة إلا شرطا جاء النص من القرآن أو السنة بإباحته[1].

أجيب:

بأن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شرطه يكون حينئذ إبطالا لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه، فمقصود الشروط: وجوب ما لم يكن واجبا، ولا حراما، وعدم الإيجاب ليس نفيا للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضا للشرع، وكل شرط صحيح فلابد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجبا، أو يبيح لكل منهما أو لأحدهما ما لم يكن مباحا، أو يحرم على كل منهما أو على أحدهما ما لم يكن حراما، وكذلك كل من المتآجرين والمتناكحين، وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع أو رهنا، أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها، فإنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك[2].

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- القول الأول؛ لقوة الأدلة التي استدل بها القائلين بأن الأصل في الشروط الصحة، ولأنه الموافق لعدالة الشريعة، وصلاحيتها لكل زمان ومكان، والإجابة عن ما أورد على ما استدلوا به، ولعدم نهوض أدلة القول الثاني وعدم سلامتها من المعارضة.

(١) ينظر: المحلى، لابن حزم (٩/ ٢٢٤).

(٢) ينظر: القواعد النورانية، لابن تيمية (ص: ٢٧٤).

المبحث الأول

مذاهب الفقهاء في الشروط في العقود[١]

في هذا المبحث سأورد مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقود، وسأرتبها من أكثر المذاهب توسعا في اعتبار الشروط إلى أكثرها تضييقا في اعتبارها:

تحرير محل النزاع:

- اتفق الفقهاء على وجوب الوفاء بالشرط، إذا كان مما يقتضيه العقد[٢].
- اتفق الفقهاء على فساد الشرط الذي ينافي ما يقتضيه العقد[٣].
- أجمع الفقهاء على أن شرط صفة في المبيع ونحوه، شرط صحيح[٤].
- اتفق العلماء أن من شرط شرطا يناقض حكم الله ورسوله ﷺ فهو باطل[٥].

---

(١) المراد الشروط المقترنة: وهي التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف حال إطلاقه. المدخل الفقهي العام، للزرقا (١/ ٥٠٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٦٨)، شرح مختصر خليل، للخرشي (٣/ ٤٣٦)، المجموع، للنووي (٩/ ٣٦٤)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٩٤)، والمحلى، لابن حزم (٩/ ٥١٨). اشتراط ما يقتضيه العقد لا يوجب التزاما زائدا عن مقتضى العقد، بل غايته أن يقيد ما أفاده العقد المطلق. نظرية العقد، للشافعي (ص: ٢٠٧).

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي (٢/ ٢٥)، مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٧٧)، المهذب، للشيرازي (٢/ ٣٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار (٢/ ٢٩١).

(٤) حكاه ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٣٢)، والقواعد النورانية (ص: ٢١٠).

(٥) حكى هذا الاتفاق ابن تيمية في قاعدة العقود (ص: ١٥).

- اتفق العلماء على جواز اشتراط صفة مباحة مقصودة في المعقود عليه[١].
- اختلف الفقهاء في الشروط التي لا يقتضيها العقد، ولا تؤكد ما يقتضيه، ولكن فيها مصلحة لأحد المتعاقدين[٢].

المذهب الحنبلي:

قسّم الحنابلة الشروط إلى قسمين: القسم الأول: الشروط الصحيحة وتنقسم هذه إلى ثلاثة أقسام: الأول: اشتراط ما يقتضيه العقد[٣]، كاشتراط التقابض في البيع، واشتراط حلول الثمن، الثاني: اشتراط ما فيه مصلحة العقد[٤]، كاشتراط الرهن، واشتراط الأجل، الثالث: اشتراط ما فيه منفعة مباحة معلومة غير منافية لمقتضى العقد[٥]، كاستثناء بعض منافع محل العقد[٦]، كما لو باع داراً واشترط سكناها شهراً، أو اشتراط القيام بعمل في محل العقد[٧]، كما لو اشترى حطباً واشترط على البائع تكسيره، القسم الثاني من الشروط: الشروط الباطلة وتنقسم إلى قسمين: الأول: شروط باطلة لا تبطل العقد، كاشتراط ما ينافي مقتضى العقد[٨]، كما لو باع شيئاً واشترط على المشتري ألا

---

(١) حكى هذا الاتفاق ابن تيمية في قاعدة العقود (ص: ١٦).
(٢) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٢/ ٥٩)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٤٩).
(٣) ينظر: الكافي، لابن قدامة (٢/ ٥٧)، دليل الطالب، للكرمي (ص: ٧٧).
(٤) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ١٧٠)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٨٩).
(٥) ينظر: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، للرحيباني (٣/ ٧٠)، الإقناع، للحجاوي (٢/ ١٩٠).
(٦) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٤٤)، منتهى الإرادات، لابن النجار (٢/ ٢٨٨).
(٧) ينظر: الفروع، لابن مفلح (٦/ ١٨٨)، الإقناع، للحجاوي (٢/ ٨٠).
(٨) مقتضى العقد: ألا يجب بالعقد من غير شرط. البحر الرائق، لابن نجيم (٦/ ٩٢). وقيل: هو الأحكام الأساسية التي قررها الشرع لكل عقد سواء بالنص عليها مباشرة، أو باستنباط =

يبيعه[١]، الثاني: شروط باطلة تبطل العقد وتشتمل على ثلاثة أقسام: الأول: اشتراط عقدين في عقد[٢]، كأن يبيعه بشرط أن يبيعه عيناً أخرى أو يؤجره بعوضين مختلفين، الثاني: اشتراط شرطين فاسدين في العقد[٣]، كما لو اشترى طعاماً واشترط على البائع طحنه وحمله، بخلاف اشتراط شرطين أو أكثر مما يقتضيه العقد أو ما كان في مصلحته فهذا لا يؤثر في العقد[٤]، الثالث: اشتراط ما ينافي مقصود العقد[٥]، كما لو اشترط في النكاح أنها لا تحل له.

المذهب المالكي:

الشروط الصحيحة عند المالكية أجملت "بالشروط التي تحقق مصلحة العقد أو أحد المتعاقدين"، كالشرط الذي يقتضيه العقد[٦]، كما لو يشترط المشتري على البائع تسليم المبيع، أو الشرط الذي يلائم العقد[٧]، كاشتراط الخيار والرهن، أو اشتراط منفعة في المعقود

= المجتهدين بقصد تحقيق التوازن في الحقوق بين المتعاقدين. الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (٤/٣٠٩٢)، وقيل: هو مجموعة الالتزامات التي يستلزمها العقد، فيعتبر العاقد مكلفا بها دون حاجة إلى اشتراطها عليه صراحة من قبل العاقد الآخر، حيث نظمها الشارع آثارا للعقد التي ينشئها بحسب الحاجة، تحقيقا لتوازن الواجب الرعاية بين العاقدين في الحقوق والواجبات فيستغني العاقدان عن ذكر هذا النوع من الالتزامات في كل عقد، اعتمادا على ما هو مقرر في النصوص الشرعية. حكم الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الإسلامي، لنعمان جغيم، بحث محكم منشور في مجلة المحكمة، عدد (١٦) ١٤٢٨هـ.

(١) منتهى الإرادات، لابن النجار (٢/ ٢٩١)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٩٣).

(٢) ينظر: الكافي، لابن قدامة (٢/ ٣٢)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٤٩).

(٣) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ١٦٩)، منتهى الإرادات، لابن النجار (٢/ ٢٨٩).

(٤) ينظر: الشرح الكبير، لعبد الرحمن ابن قدامة (١١/ ٢٣٦)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٣١).

(٥) ينظر: منتهى الإرادات، لابن النجار (٢/ ٢٩٣)، الإقناع، للحجاوي (٢/ ١٩٣).

(٦) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٦٥)، فتح العلي المالك، لعليش (ص: ٣٣٨).

(٧) مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٣٧٦)، حاشية الدسوقي (٣/ ٦٥).

عليه[١]، كما لو باع داراً لآخر واشترط سكناها أشهر معلومة، أو اشتراط عملا في المعقود عليه أو غيره[٢]، كما لو اشترى طعاما بعينه بالإسكندرية بشرط أن يحمله إلى الفسطاط -بالقاهرة- ويوصله إلى منزله، وهو يستوفيه بالإسكندرية[٣]، أو اشتراط البائع منع المشتري من تصرف يسير في المعقود عليه[٤]، كما لو باع داراً وشرط على المشتري ألا يبيعها من نفرٍ قليل، أو اشترط على المشتري معنى من معاني البر[٥]،

كما لو اشترط البائع على المشتري عتق المبيع فإنه يصح إذا كان منجزاً، أما إن كان مضافا إلى الغد، أو كان تدبيرا[٦]، أو كتابة[٧]، فلا يصح لما يترتب عليه من الغرر والمخاطرة[٨].

أما الشروط الباطلة عندهم تنقسم إلى قسمين: شروط باطلة تبطل العقد: كالشروط التي تؤدي إلى محظور[٩]، كما لو باع داراً واشترط على المشتري اتخاذها مجمعا لأهل الفساد، أو الشروط التي تؤدي إلى

---

(١) ينظر: القوانين الفقهية، لابن جزي (ص: ١٧٢)، عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/ ٧٧٠).

(٢) ينظر: الشرح الصغير، للدردير (٣/ ١٧٤)، شرح مختصر خليل، للخرشي (٧/ ٥).

(٣) جاء النص على هذا المثال في المدونة الكبرى، للإمام مالك (٩/ ٢١٩).

(٤) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٣٧٣)، الإتقان والإحكام على تحفة الحكام، لابن عبارة (١/ ٢٨١).

(٥) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ١٧٩)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، لأبي نصر البغدادي (٢/ ٩٦٤).

(٦) التدبير: يقال دبرت العبد إذا علقت عتقه بموتك: أي أنه يعتق بعد ما يدبره سيده وبموته. النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (٢/ ٩٨).

(٧) الكتابة: أن يكاتب الرجل عبده على مال يؤديه إليه منجما، فإذا أداه صار حرا، كأنه يكتب على نفسه لمولاه، ثمنه، ويكتب مولاه له عليه العتق. النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (٤/ ١٤٨).

(٨) ينظر: المدونة الكبرى، للإمام مالك (٩/ ١٥٢).

(٩) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ١٧٨)، التاج والإكليل، للمواق (٦/ ٧٥).

الغرر[1]، كما لو اشترى ثمراً لم يبد صلاحه، وشرط أن تكون الزكاة على البائع، وهناك شروط باطلة تبطل العقد إلا إذا أسقط المشترط شرطه[2]، كما لو اشترط شرطاً يناقض مقصود العقد[3]، كشرطه على المرأة ألا إرث بينهما، أو اشترط شرطاً يخل بالثمن[4]، كما لو اشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يسلفه دراهم، فيبطل الشرط والعقد إلا إذا أسقط الشرط، والقسم الثاني من الشروط الباطلة: شروط تبطل وتسقط ويصح العقد، كالشرط الذي يؤدي إلى إسقاط حق ثبت بالعقد[5]، كما لو باع سلعة بثمن مؤجل وشرط على المشتري أنه إن لم يأته بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بينهما، أو اشترط ما لا غرض فيه ولا مالية[6]، كما لو شرط كون العبد أميًّا فوجده كاتبا، أو اشترط شرطا يخالف النص[7] كأن يبيع الأمة أو العبد، ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري.

المذهب الشافعي:

الشروط عندهم تنوع إلى نوعين: النوع الأول: الشروط الصحيحة عندهم وتشتمل كذلك على ثلاثة أنواع: النوع الأول: الشرط الذي يقتضيه العقد[8]، كما لو اشترط البائع على المشتري أن ينتفع بالمبيع

---

(١) ينظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد (١/ ٢٧٤)، شرح مختصر خليل، للخرشي (٥/ ١٨٤).
(٢) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٦٥)، مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٧٢).
(٣) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي (٥/ ٨٠)، مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٧٧).
(٤) ينظر: القوانين الفقهية، لابن جزي (ص: ١٧٢)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ١٧٩).
(٥) ينظر: مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل، للزجراجي (٦/ ٣١١)، مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٤٩٩).
(٦) ينظر: التاج والإكليل، للمواق (٦/ ٤٥١)، فتح العلي المالك، لعليش (ص: ٣٦٠).
(٧) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ١٧٩)، منح الجليل، لعليش (٥/ ٥٩).
(٨) ينظر: نهاية المحتاج، للرملي (٣/ ٤٥٩)، حاشية البجيرمي على منهج الطلاب (٣/ ١٢).

كيفما أراد، النوع الثاني: شرط فيه مصلحة للعقد[١]، كاشتراط الخيار ثلاثة أيام، أو أن يشترط رهنا، أو أن يشترط أجلا، والنوع الثالث: اشتراط إيقاع تصرف في المعقود عليه فيه معنى من معاني البر[٢]، كما لو باع عبداً واشترط على المشتري العتق فوراً، والنوع الثاني من الشروط: الشروط الباطلة وتشتمل على نوعين: الأول: شروط باطلة تبطل العقد وينقسم إلى قسمين: القسم الأول: شروط تؤدي إلى مخالفة الشرع[٣]، كأن يخالف النص، أو يؤدي إلى محظور، أو يؤدي إلى إيجاب ما ليس بواجب، كما لو باع سيفاً واشترط أن يقطع به الطريق، والقسم الثاني: شروط تنافي مقتضى العقد[٤]، كما لو باع دابة واشترط ظهرها مدة، النوع الثاني من الشروط الباطلة: شروط باطلة لا تبطل العقد، كاشتراط مالا غرض فيه[٥]، كما لو باعه عبدا بشرط ألا يأكل إلا كذا.

المذهب الحنفي:

الحنفية يجيزون من الشروط ثلاثة أنواع، لا يقتضيها العقد وهي:

الشرط الذي يقتضيه العقد[٦]، كما لو اشترى ثوبا بشرط أن يلبسه، والشرط الذي يلائم العقد[٧]، كاشتراط الرهن أو الكفيل، والشرط الذي ثبت بالنص[٨]، كاشتراط الأجل، والشرط الذي يقضي

---

(١) ينظر: المجموع، للنووي (٩/ ٣٦٤)، نهاية المحتاج، للرملي (٣/ ٤٦٠).
(٢) ينظر: جواهر العقود، للمنهاجي (١/ ٥٤)، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، لزكريا الأنصاري (٢/ ٤٢٧).
(٣) ينظر: الغرر البهية، لزكريا الأنصاري (٢/ ٤٢٢)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٨٥).
(٤) ينظر: المهذب، للشيرازي (٢/ ٣٢)، جواهر العقود، للمنهاجي (١/ ٥٤).
(٥) ينظر: العزيز بشرح الوجيز، للقزويني (٤/ ١٢٠)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٨٥).
(٦) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٦/ ٤٤٢)، تحفة الفقهاء، للسمرقندي (٢/ ٤٩).
(٧) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٧٠)، كنز الدقائق، للنسفي (ص: ٤٩١).
(٨) ينظر: الاختيار، للموصلي (٢/ ١٣)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم (٦/ ٦).

بشرطه العرف[1]، كأن يشتري جرابا على أن يخرزه خفًا.

وما عدا هذه الشروط شروط فاسدة: إما فاسدة تفسد العقد، كالشرط الذي يؤدي إلى الغرر[2]، كأن يشتري بقرة على أنها حلوب، أو الشرط الذي يؤدي إلى محظور[3]، كأن يشتري جارية ويشترط كونها مغنية لا على سبيل البراءة من العيب، أو الشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه[4]، كما لو باع دارا واشترط أن يسكنها شهرا، أو باطلة لا تبطل العقد: كالشروط التي فيها منفعة للمعقود عليه من غير الآدمي أو شرط فيه ضرر[5]، كما لو باع ثوبا بشرط أن يحرقه المشتري، أو الشروط التي توجب منفعة لأجنبي عن العقد[6]، كما لو اشترى داراً على أن يقرض البائع فلاناً الأجنبي كذا من الدراهم، أو الشروط التي ليس فيها منفعة ولا مضرة[7]، كما لو باع ثوباً وشرط على المشتري أن يلبسه.

ولم يفرّق الجمهور بين الفساد والبطلان، في فساد المعاملات وعدم ترتب الأثر المقصود من العقد على العقد، وهو بهذا مرادف للبطلان[8]، وفرّق الحنفية بين الفساد والبطلان في المعاملات فذهبوا إلى أنه إن لم يترتب أثر المعاملة عليها فهو البطلان، وإن ترتب فإن كان

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٧٣)، العناية شرح الهداية، للبابرتي (٦/ ٦٩).
(٢) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٥/ ٢٢٢)، الهداية، للمرغيناني (٣/ ٤٤).
(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٦٩)، فتح القدير، لابن الهمام (٦/ ٤٦٠).
(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٥)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٨٦).
(٥) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني، لابن مازه (٦/ ٢٩٢)، المبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٥).
(٦) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٦/ ٤٤٧)، الاختيار، للموصلي (٢/ ٢٥).
(٧) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٧٠-١٧١)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٦).
(٨) ينظر: نهاية السول، للإسنوي (١/ ٢٨)، روضة الناظر، لابن قدامة (١/ ١٨٣).

المطلوب التفاسخ شرعاً فهو الفساد، وإلا فهو الصحة[1]. وبمعنى آخر: الفاسد ما كان مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه، بخلاف الباطل، فهو ما كان غير مشروع بأصله ولا بوصفه[2].

◆ عرض الإمام ابن تيمية لمذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة ورأيه[3]:

قال رحمه الله: "فالإمام أبو حنيفة فأصوله تقتضي أنه لا يصح في العقود شروطا يخالف مقتضاها في المطلق، وإنما يصحح الشرط في المعقود عليه إذا كان العقد مما يمكن فسخه. ولم يصحح في النكاح شرطا أصلا؛ لأن النكاح عنده لا يقبل الفسخ، ولهذا لا ينفسخ عنده بعيب أو إعسار أو نحوهما، ولا يبطل بالشروط الفاسدة مطلقا، وإنما صحح أبو حنيفة خيار الثلاثة الأيام للأثر، وهو عنده موضع استحسان.

والشافعي يوافقه على أن كل شرط خالف مقتضى العقد فهو باطل، لكنه يستثني مواضع للدليل الخاص. .. وطائفة من أصحاب أحمد يوافقون الشافعي على معاني هذه الأصول، لكنهم يستثنون أكثر مما يستثنيه الشافعي، كالخيار أكثر من ثلاث، وكاستثناء البائع منفعة المبيع، واشتراط المرأة على زوجها أن لا ينقلها ولا يزاحمها بغيرها، ونحو ذلك من المصالح.

وذلك أن نصوص أحمد تقتضي أنه جوز من الشروط في العقود

---

(١) ينظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي (١/ ٣٥٩)، وحاشية ابن عابدين (٧/ ٣٣٢).

(٢) ينظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي (١/ ٣٥٩)، وروضة الناظر، لابن قدامة (١/ ١٨٣).

(٣) أوردتُ رأي ابن تيمية، وإن كان الترتيب التاريخي للمذاهب يضع مذهب آخر المذاهب؛ لأمور منها: أنه من مجتهدي المذهب الحنبلي بل من محققيه، ورأيه له تأثيره على من بعده من الفقهاء، وخلافه بما أرجحه كما سيتبين في آخر المبحث.

أكثر مما جوزه الشافعي، فقد يوافقونه في الأصل، ويستثنون للمعارض أكثر مما استثنى، كما قد يوافق هو أبا حنيفة في الأصل، ويستثني أكثر مما يستثني للمعارض. ..والأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، نصا أو قياسا، عند من يقول به. وأصول أحمد المنصوصة عنه: أكثرها يجري على هذا القول. ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه»[1].

◆ رأي ابن تيمية في الشروط المقترنة بالعقود

يقرر ابن تيمية رحمه الله في غير ما موضع أن الأصل في الشروط في العقود الجواز والصحة، واستدل على ذلك بالكتاب، والسنة، والإجماع، والاعتبار مع الاستصحاب والدليل النافي للتحريم[2]، واستثنى من الشروط نوعين:

الأول: إذا كان الشرط ينافي المقصود من العقد، مثل أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يؤجره، ذلك أن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره ثم شرط العاقد فيه ما ينافي هذا المقصود- فقد جمع بين المتناقضين، بين إثبات المقصود ونفيه، فمثل هذا الشرط عنده باطل.

وتفسيره رحمه الله للمعنى المراد بالشرط الذي ينافي المقصود في العقد وفي تمييزه بين هذا الشرط والشرط الذي يناقض الشرع ما يأتي: «إن العقد له حالان: حال إطلاق، وحال تقييد، ففرق بين العقد المطلق

---

(١) ينظر: القواعد النورانية (ص:٢٥٦-٢٦١).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٣٢)؛ القواعد النورانية (ص: ٢٦١)؛ الفتاوى الكبرى (٤/ ٩٠).

وبين المعنى المطلق من العقود. فإذا قيل: هذا شرط ينافي مقتضى العقد، فإن أريد به: ينافي العقد المطلق، فكذلك كل شرط زائد، وهذا لا يضره، وإن أريد: ينافي مقتضى العقد المطلق والمقيد احتاج إلى دليل على ذلك، وإنما يصح هذا إذا نافى مقصود العقد. فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره، وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود فقد جمع بين المتناقضين، بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شيء، ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق، بل هو مبطل للعقد عندنا[1].

والنوع الثاني من الشروط المستثناة من وجوب الوفاء والإلزام بها: الشروط التي تنافي مقصود الشارع، مثل: اشتراط الولاء لغير المعتق، فإن هذا لا ينافي مقتضى العقد ولا مقصوده، فإن مقصوده الملك، والعتق قد يكون مقصودا للعقد، فإن اشتراء العبد لعتقه يقصد كثيرا، فثبوت الولاء لا ينافي مقصود العقد، وإنما ينافي كتاب الله وشرطه، كما بينه النبي ﷺ بقوله: "كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق"، فإذا كان الشرط منافيا لمقصود العقد كان العقد لغوا، وإذا كان منافيا لمقصود الشارع كان مخالفا لله ورسوله، فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما: إذا لم يكن لغوا، ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله فلا وجه لتحريمه، بل الواجب حله؛ لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه، ولم يثبت تحريمه فيباح لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج[2].

ويفرّق ﷺ بين الشرط الذي يخالف مقصود العقد، والشرط الذي

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/١٥٥-١٥٦)، الفتاوى الكبرى (٤/٩٣)، قاعدة في العقود (ص: ١٩٢).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/١٥٦).

يخالف مقصود الشارع من حيث الأثر، فالشرط الذي يخالف مقصود العقد باطل مبطل للعقد، أما الشرط المخالف لمقصود الشارع، فإنه يفرّق بين من يعلم أن الشرط محرم لا يحل له اشتراطه، فهذا يلغو الشرط ويصح العقد، قال ﷺ: "إن كان المشترط يعلم أنه شرط محرم لا يحل اشتراطه فوجود اشتراطه كعدمه؛ مثل هؤلاء القوم، فيصح اشتراء المشتري ويملك المشتري ويلغو هذا الشرط الذي قد علم البائع أنه محرم لا يجوز الوفاء به"[1]. وأما إن كان جاهلا بتحريم الشرط فهذا لا يكون العقد في حقه لازما، ولا يكون باطلا، وإنما له الخيار في الفسخ، يقول ﷺ: "وأما إن كان المشترط لمثل هذا الشرط الباطل جاهلا بالتحريم ظانا أنه شرط لازم، فهذا لا يكون البيع في حقه لازما ولا يكون أيضا باطلا. وهذا ظاهر مذهب أحمد؛ بل له الفسخ إذا لم يعلم أن هذا الشرط لا يجب الوفاء به؛ فإنه إنما رضي بزوال ملكه بهذا الشرط فإذا لم يحصل له فملكه له إن شاء وإن شاء أن ينفذ البيع أنفذه كما لو ظهر بالمبيع عيب وكالشروط الصحيحة إذا لم يوف له بها إذا باع بشرط رهن أو ضمين فلم يأت به فله الفسخ وله الإمضاء"[2]. ويقرّر أيضا أنهما لو لم يرضيا إلا بالشرط المخالف لكتاب الله فلا يلزم العقد، قال: "أن الشرط المخالف لكتاب الله إذا لم يرضيا إلا به فقد التزما ما حرمه الله. فلا يلزم كما لو نذر المعصية. وسواء كانا عالمين أو جاهلين وإن اشترطه أحدهما على الآخر يعتقد جوازه فلم يرض إلا به فلا يلزمه العقد إلا أن يكون التزمه لله فيلزمه ما كان لله؛ دون ما لم يكن: كالنذر والوقف والوصية وغير ذلك مما تتفرق فيه الصفقة... ولا فرق في ذلك بين النكاح والبيع وغير ذلك من العقود"[3].

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/٣٢٩).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٤٠)، قاعدة في الخلوة (ص: ٢١٨).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/٣٤٨).

ويقرر ﷺ أن الشرط لا يمكن أن يجعل الحرام حلالا، بل كل ما كان حراما بدون الشرط فالشرط لا يبيحه، كالزنا، وكثبوت الولاء لغير المعتق، وأما ما كان مباحا بدون الشرط، كالزيادة في مهر المثل، فيصح أن يوجب الشرط فعله بعد أن كان تركه مباحا، بل كان تركه هو الأصل المعمول به ما دام الشرط الموجب لفعله لم يوجد، وليس في ذلك تحريم للحلال أو تحليل للحرام، فيكون الشرط الموجب لفعل المباح شرطا مشروعا، ومن ثم يكون صحيحا.

ويقول ابن تيمية في هذا المعنى: "فإن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما... وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجبا. . .وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع أو رهنا، أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها فإنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك، وهذا المعنى هو الذي أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشرط "[1].

ويقرر ابن تيمية أن الشرط أن اشتراط الزيادة على مطلق العقد والنقص منه جائز سالم يمنع منه الشرع[2]، ويجيز ﷺ اشتراط كل تصرف فيه مقصود صحيح وإن كان فيه منع من غيره[3].

فابن تيمية ﷺ يرجح أن الأصل في الشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ولا يبطل منها إلا ما دل دليل على تحريمه وإبطاله، أو خالف مقصود العقد، ويرى جواز اشتراط كل تصرف فيه مقصود صحيح،

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٤٨-١٤٩).
(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٣٣)، الفتاوى الكبرى (٤/ ١٠٥).
(٣) ينظر: الفتاوى الكبرى (٤/ ١٠١).

وخالف ابن تيمية مسلك الحنابلة في اجتماع شرطين في عقد، حيث يرى ابن تيمية جواز اجتماع شرطين في عقد، حيث جاء في الإنصاف " قوله (وإن جمع بين شرطين لم يصح). هذا المذهب، وعليه الأصحاب. وعنه يصح. اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله"[1].

وعند الحنابلة لا يصح اجتماع عقدين[2] في عقد، وقد ثبت النهي عن الرسول ﷺ: "لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم تضمن ولا بيع ما ليس عندك"[3]. وحرم النبي ﷺ الجمع بين السلف

---

(١) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٤٨).

(٢) اشتراط عقد في عقد، له أربع صور، الأولى: اشتراط عقد معاوضة مع عقد قرض، فهذا قد حُكي الإجماع على منعه وفساد العقد، حكاه ابن عبد البر، التمهيد (٢٤/ ٣٨٩)، وحكاه ابن قدامة، المغني (٤/ ١٧٧)، والباجي، المنتقى شرح الموطأ (٥/ ٢٩)، والكتابة: اشتراط عقد قرض آخر مع عقد قرض، سواء لنفس المقترض، أو غيره، أو قرض مضمة بمضمة، كل الصور الثلاث لا تخلو من خلاف، ليس هنا محل بسطه، الثالثة: اشتراط عقد معاوضة مع عقد معاوضة، اختلف الفقهاء على قولين، الجمهور على تحريمه، تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٤٤)، الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٣٤١)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٤٩)، خلافا للمالكية فيرون جوازه إلا ما كان شرط تبرع، مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٣٠٢)، وهو اختيار ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥٢)، الرابعة: اشتراط عقد معاوضة مع عقد تبرع سوى القرض، فنصوص الأئمة تدل على جوازه بشرط عدم المحاباة والتحايل، النتف في الفتاوى، للسغدي (١/ ٤٨٥)، النوادر والزيادات، لابن أبي زيد القيرواني، معالم السنن، للخطابي (٣/ ١٤١)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٨٩)، وهو اختيار ابن تيمية. ينظر: قضايا فقهية معاصرة، لنزيه حماد (ص: ٩٦)، رتاج المعاملات، لفهد السعوه (٢٠٦) وما بعدها، المضة في القرض، للصواني (ص: ٢٠٠) وما بعدها.

(٣) أخرجه أبو داود: كتاب الإجارة باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ح(٣٥٠٤) وأخرجه الترمذي: كتاب البيوع عن رسول الله ﷺ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ح(١٢٣٢)، وأخرجه النسائي: كتاب البيوع باب بيع ما ليس عند البائع ح(٤٦١١)، سنن الدارمي: من كتاب البيوع باب في النهي عن شرطين في بيع ح(٢٥٦٠)، مسند الإمام أحمد بن حنبل: مسند عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ ٢/ ١٧٨ ح(٦٦٧١) وحسنه الأرناؤوط. قال أبو عيسى وهذا حديث حسن صحيح، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب البيوع باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة (٥/ ٢٦٧) برقم (١٠١٩٩)، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على=

والبيع؛ لأنه إذا أقرضه وباعه: حاباه في البيع لأجل القرض وكذلك إذا آجره وباعه. فيخصص ابن تيمية اجتماع العقدين في العقد باجتماع عقد معاوضة وعقد تبرع، كبيع وقرض؛ لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة لا تبرّعا مطلقا. وأما اجتماع عقدين من عقود المعاوضات في عقد واحد، كبيع وإجارة، أو زواج وبيع فقد صححهما ابن تيمية؛ لأن الأصل في الشروط والعقود الإباحة، والتحريم يحتاج إلى نص أو إجماع، ويقرر جواز اجتماع عقد الزواج مع البيع فإذا تزوجها على أن يبيعها داره بدون ثمن المثل[1].

ويقرر: "أن كل شرط لا يرضي الرب ولا ينتفع به المخلوق أنه باطل في جميع العقود"[2]، ويقرر كذلك أن البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب، وهي موجبه عند الإطلاق"[3]. وأن العقد المطلق يُحمل على عرف الناس وعادتهم[4].

سبب الخلاف بين الفقهاء في الشروط:

يرجع الخلاف بين العلماء في هذه المسألة إلى أسباب منها:

أ - الاختلاف في تفسير الأدلة الواردة فيها.

ب - الاختلاف في الجمع والتوفيق بين الأدلة المتعارضة والواردة في

= شرط جملة من أئمة المسلمين، المستدرك (٢/ ٢١) برقم (٢١٨٨)، ومن طريقه ابن حزم في المحلى(٧/ ٤٥٧)، والطحاوي في معاني السنن (٣/ ١٤٠)، البدر المنير، لابن الملقن (٦/ ٥٨). والحديث حسنه الألباني، إرواء الغليل (٥/ ١٤٨) برقم (١٣٠٦).

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٢)، قاعدة في العقود (ص: ١٨٩-١٩٩).

(٢) قاعدة في العقود (ص: ٢٥).

(٣) قاعدة في العقود (ص: ١٥٢)، (ص: ٢١٧).

(٤) المرجع نفسه (ص: ١٥٤).

هذه المسألة، يقول ابن رشد[1]: "وسبب اختلافهم مُعارضة العموم للخصوص، فأما العموم، فحديث عائشة رضي الله عنها: "أنَّ النبي ﷺ خطب الناس، فقال في خطبته: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، ولو كان مائة شرط"، وأمَّا الخصوص، فحديثُ عُقبة بن عامر، عن النبيّ ﷺ، أنه قال: "أحقّ الشروط أن يوفَّى به، ما استحللتم به الفروج".

والحديثان صَحيحان خرَّجهما البخاري ومسلم، إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم، وهو لزوم الشروط"[2].

ت - الاختلاف في تفسير المراد بالشرط الذي ينافي مقتضى العقد، فمن اشترط المنافاة الكاملة كالحنابلة[3]، [4] لم يفسدوا الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد منافاة تامة، كاشتراط عمل في المعقود عليه، كشراء حطب مع اشتراط تكسيره، ومن اعتبر المنافاة ولو لم تكن تامة أفسدوا الشروط، كالشافعية[5]، والحنفية أفسدوه إن لم يجر به عرف[6].

ث - الاختلاف في الأصول، فمن توسع في اعتبار العرف كالحنفية، لم

---

(١) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد، قرطبي فقيه الأندلس والمغرب، وله مصنفات منها: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، والضروري في علم أصول الفقه، توفي سنة ٥٩٥هـ. ينظر في ترجمته: الديباج المُذْهَب في معرفة أعيان علماء المذهب، لابن فرحون (٢/٢٥٨)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمخلوف (١/ ٢١٢).

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٢ / ٩٥).

(٣) ينظر: الإقناع، للحجاوي (٢/ ١٩٢).

(٤) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٣٧٧).

(٥) ينظر: جواهر العقود، للمنهاجي (١/ ٥٤).

(٦) ينظر: الهداية، للمرغيناني (٦/ ٤٤٢).

يفسدوا كثيراً من الشروط التي يشملها حديث النهي عن بيع وشرط استنادا على العرف، بخلاف الشافعية الذين لم يعتبروا العرف مع أخذهم بالحديث فكانوا أقل المذاهب تصحيحا للشروط[1].

ثمرة الخلاف:

ينبني على اختلاف الأئمة -رحمهم الله- في الشروط ما يصح اشتراطه منها في العقود وما لا يصح، اختلافهم في أثر هذه الشروط في العقود، صحةً وفسادا. واختلافهم في حرية الاشتراط أثناء التعاقد، فمن مقيِّدٍ لهذه الحرية كالظاهرية، فلا يصححون عقدا ولا شرطا إلا ما ثبت بنص أو إجماع، والمذاهب الثلاثة عدا الحنابلة أقل تقييدا لحرية الاشتراط، ويجمعهم الأخذ بمقتضى العقد، وإن لم يكونوا في الأخذ به على درجة واحدة، فالحنفية أكثر المذاهب الثلاثة تمسكا بتصحيح ما يقتضيه العقد، ولم يجوزوا غيره من الشروط إلا على وجه الاستحسان، ثم الشافعية أكثر توسّعا من الحنفية؛ لاعتبارهم الشروط التي فيها مصلحة للعقد، والشرط الذي تدعو إليه الحاجة الغير مخالف لمقتضى العقد، ثم المالكية وهم أوسع المذاهب الثلاثة في الأخذ بتصحيح الشروط، فصححوا كل شرط يقتضيه العقد، ولا يناقضه، وأما الحنابلة فأكثر المذاهب توسّعا في حرية الاشتراط، فالأصل في الشروط عندهم الصحة، سالم لخالف نصًا شرعيا، أو لخالف مقتضاه، وأما ابن تيمية فالشروط عنده صحيحة ومعتبرة، سالم لخالف مقصود العقد، أو لخالف مقصود الشارع، وعلى هذا الخلاف يترتب قولهم في تصحيح وإفساد العقود.

وما استجد من شروط معاصرة في العقود يتفاوت نظر الفقهاء فيه

(١) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، لمحمد اليمني (ص:٥١٦).

بناء" على ما سبق، كالشرط الجزائي، واشتراط عدم المنافسة ومن أهم العقود التي تبنى على هذا الشرط عقود الفرينشايز[1] (Franchise) ومنها شرط التدريب على استخدام المعدات المشتراة، ومنها شرط التجربة في المصنوعات لمدة معينة[2].

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- في الشروط المقترنة بالعقود هو ما ذهب إليه ابن تيمية، من جواز الشروط المقترنة بالعقود، مالم تخالف مقصود الشارع، ولم تخالف مقصود العقد؛ لما فيه من محافظة على استقرار المعاملات، واستيعاب ما استجد من شروط، وتحقيقا لصلاحية الشريعة لكل زمان ومكان.

(١) هو عقد يتكفل بموجبه شخص (المانح) بتعليم شخص آخر(الممنوح له) المعرفة العملية، والتي تشمل نقل المعرفة الفنية، وتقديم المساعدة التقنية، وتطويله استعمال علامته التجارية، وتزويده بالسلع، أما الممنوح له فيتكفل باستثمار المعرفة العملية واستعمال العلامة التجارية والتزوده من الممنوح بالإضافة إلى التزام الممنوح له بدفع الثمن والالتزام بعدم المنافسة والمحافظة على السرية. عقد الفرينشايز وآثاره (ص: ٢٢)، للباحثة/ دعاء طارق، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة النجاح الوطنية قسم القانون الخاص لعام ٢٠٠٨م.

(٢) ينظر: بحث محكم بعنوان "حكم الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الإسلامي"، لنعمان بن مبارك جنيم، منشور في مجلة المحكمة، عدد ١٦، ١٤٣٨م، بحث محكم بعنوان "الشروط في العقود وتطبيقاتها في المسائل المستجدة"، للمرابي فلاح، بحث مقدم إلى مؤتمر هيئات الرقابة الشرعية، منشور في مركز أبحاث ك http://www.kantakji.com/media/2008/4063.txt.

المبحث الثاني

مواطن الشروط في العقود وأثرها على التوازن

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

الشروط المتقدمة على العقد

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم الشروط المتقدمة على العقد

اختلف الفقهاء في الوفاء بالشرط المتقدم على العقد مالم يصرحا أثناء التعاقد بنفيه على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية[1]، وقول عند الشافعية[2]، والصحيح من مذهب الحنابلة[3]، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[4]، وابن القيم[5] أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن في الصحة ووجوب الوفاء، أو في الفساد والإلغاء.

أدلتهم:

١ - قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ الإسراء: ٣٤.

---

(١) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٢/ ١٠٧)، التاج والإكليل، للمواق (٥/ ١٢١).

(٢) ينظر: المهذب، للشيرازي (٢/ ٥٠).

(٣) ينظر: الفروع، لابن مفلح (٧/ ٢٦٤)، الإنصاف، للمرداوي (٨/ ١٥٤).

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٣٦)، قاعدة الشروط (ص: ٢٠٤).

(٥) ينظر: إعلام الموقعين (٣/ ١٠٧) و (١٤٦).

٢ - قوله تعالى﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَٰنَٰتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَٰعُونَ﴾ المؤمنون: ٨.

وجه الاستدلال:

قال ابن تيمية: "ولم يفرّق سبحانه بين عقدٍ وعقد وعهدٍ وعهد، ومن شارط غيره في بيع أو نكاح على صفات اتفقا عليها، ثم تعاقدا بناءً عليها، فهي من عقودهم وعهودهم لا يعقلون ولا يفهمون إلا ذلك، والقرآن نزل بلغتهم"[1].

٣ - قوله تعالى: ﴿فَمَن نَّكَثَ فَإِنَّمَا يَنكُثُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ﴾ الفتح: ١٠. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ النحل: ٩١.

وجه الاستدلال:

قال ابن تيمية: "يعني العهود، ومن نكث الشرط المتقدم فهو ناكث كمن نكث المقارن، لا تفرق العرب بينهما في ذلك"[2].

٥ - قول الرسول ﷺ: "المسلمون على شروطهم"[3].

وجه الاستدلال:

أن المفهوم من لغة العرب أن ما تقدم على العقد من اتفاقات تتعلق به يطلق عليه اسم الشرط، كما يطلق على ما يقارنه، حتى إنهم وقت الخصام يقول أحدهما لصاحبه: ألم يكن الشرط بيننا كذا؟ أم اشارطك كذا، والأصل عدم نقل اللغة وتغييرها[4].

٦ - ومن المعقول: أن ملاك العقود هو الرضا، وإنما بنيت العقود

---

(١) ينظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص: ٤٤٤).

(٢) بيان الدليل (ص: ٤٤٤).

(٣) حديث صحيح لغيره سبق تخريجه في (ص: ١٢٢) حاشية رقم (٦).

(٤) ينظر: بيان الدليل، لابن تيمية (ص: ٤٤٥)، وبحث "المواطأة على إجراء العقود المتعددة في صفقة واحدة"، لتوفيق حماد، منشور في مجلة العدل، العدد ٢٧ (ص: ٩٩).

عليه، وكلام المتعاقدين هو الذي يبين رضاهما، والكلام الصادر منهما دليل الرضا، فإذا تشارطا على أمر يتعاقدان عليه ثم تعاقدا، فمن المعلوم أن كلاً منهما إنما رضي بالعقد المشروط فيه الشرط الذي تشارطا عليه أوّلا، فالشرط المتقدم كالمقارن معتبر[1].

القول الثاني: ذهب الحنفية[2]، والمشهور عند الشافعية[3]، ورواية عن أحمد[4]، وقول ابن حزم[5]، إلى أن الشرط المتقدم على العقد لا يلحق العقد، ولا يلزم الوفاء به.

أدلتهم:

١ - قول الرسول ﷺ: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو قال حتى يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما"[6].

٢ - قول الرسول ﷺ: "إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع"[7].

---

(١) ينظر: بيان الدليل، لابن تيمية (ص: ٤٤٧)، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، لزكي شعبان (ص: ٥٠).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٧٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٢١٢)، البيان، للعمراني (٥/ ١٢٧).

(٤) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٨/ ١٥٤)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٨٩).

(٥) المحلى بالآثار (٧/ ٣١٩).

(٦) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ٨٧) حاشية رقم (١).

(٧) أخرجه البخاري: كتاب البيوع باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع ح(٢١١٢)، وأخرجه مسلم: كتاب البيوع باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ح(١٥٣١).

وجه الاستدلال:

قال الإمام الشافعي: "إنما يكونان قبل التساوم غير متساومين ثم يكونان متساومين قبل التبايع ثم يكونان بعد التساوم متبايعين ولا يقع عليهما اسم متبايعين حتى يتبايعا ويفترقا في الكلام على التبايع"[1].

نوقش:

وحتى لو وصف المبيع أو الثمن المعين بصفات عند التساوم، ثم بعد ذلك بزمان تعاقدا، كان العقد مبنيًا على ما تقدم بينهما من الصفة، حتى إذا ظهر المبيع ناقصا عن تلك الصفة كان له الفسخ، ولولا أن الصفة المتقدمة كالمقارنة لما وجب ذلك[2].

٣ - أن الشرط المتقدم على العقد لا يؤثر على العقد؛ لأنه لا يكون شرطا وإنما يكون وعدا أو إنشاء أو خبرا[3].

نوقش:

أن صيغ العقود إخبارات عن المعاني التي في القلب، وتلك المعاني إنشاءات، فاللفظ خبر والمعنى إنشاء، وإنما يتم حكمه باللفظ، فإن كانت إخبارات، ولا يختلف بجمع الكلام في وقت أو تفرقه في وقتين، والشريعة لا تفرق بين متماثلين من كل وجه لافتراقهما في تقدم لفظ وتأخره مع استواء العقدين في الحقيقة والمعنى والقصد[4].

---

(١) الأم، للإمام الشافعي (٣/٧).

(٢) ينظر: بيان الدليل على بطلان التحليل، لابن تيمية (ص: ٤٤٦).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٢٦٢).

(٤) ينظر: بيان الدليل، لابن تيمية (ص: ١٧٠)، (ص: ٤٤٨)، إعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ١٠٧).

٤ - أن الشرط السابق لا يلحق العقد ولا يؤثر فيه فلا يلزم الوفاء به ولا يفسد العقد به؛ لأن ما قبل العقد لغو[1].

ونوقش:

أن القصود في العقود معتبرة، إذ الاعتبار بالمعاني والمقاصد في الأقوال والأفعال، فإن الألفاظ إذا اختلفت عباراتها أو مواضعها بالتقدم والتأخر والمعنى واحد كان حكمها واحدا، ولو اتفقت ألفاظها واختلفت معانيها كان حكمها مختلفا، وكذلك الأعمال، ومن تأمل الشريعة حق التأمل علم صحة هذا بالاضطرار؛ فالأمر المحتال عليه بتقدم الشرط دون مقارنة صورته صورة الحلال المشروع ومقصوده مقصود الحرام الباطل، فلا تراعى الصورة وتلغى الحقيقة والمقصود، بل مشاركة هذا للحرام صورة ومعنى وإلحاقه به لاشتراكهما في القصد والحقيقة أولى من إلحاقه بالحلال المأذون فيه بمشاركته له في مجرد الصورة[2].

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلتهم، ولأن في اعتبار الشرط المتقدم إغلاقا لسبل التحايل؛ للوصول إلى الشروط التي جاءت الشريعة بتحريمها، بخلاف القول الآخر فيه فتح لباب التحايل؛ لأن من رغب في عقدٍ يخالف أمر الله وأمر رسوله ﷺ؛ لما انطوى عليه من شرط فاسد، فيتواطأ مع من تعاقد عليه على ذلك الشرط، ثم يغفلونه حال التعاقد؛ ليتم مرادهما.

---

(١) ينظر: المجموع، للنووي (٩/٣٧٤).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين، لابن القيم (٣/١٠٨).

الفرع الثاني: أثرها على التوازن في العقد:

فالشروط المتقدمة معتبرة في العقود، فما تشارطا عليه ورضيا، ولم يخالف مقصود العقد، ولا يخالف حكما شرعيًا لزمهما، والوفاء به مما يعتبر توازنا في العقد، وإن لم يلتزم أحدهما بما تشارطا عليه، كان ذلك إخلالا بالتوازن، ولزم إرجاع العقد إلى التوازن، وللمُشترِط فسخ العقد، أو إتمام العقد بدون ما اشترطه، وتعتبر كالشروط المقترنة بالعقد من حيث صحتها وفسادها، والالتزام بها، ولو تواطآ العاقدان على ما يخل بالتوازن لفظا، أو عرفاً فإن ذلك معتبر؛ لأن القصود معتبرة في العقود، والتواطؤ لا يغير حكم الشرط المقترن المخالف. يقول ابن تيمية: "فإذا تواطآ على أمر، ثم عقد العقد مطلقاً، حُمِلَ على ما تواطآ عليه"[1].

(1) قاعدة في العقود (ص: ٢٠٤).

المطلب الثاني

الشروط المقترنة بالعقد

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم الشرط المقترن بالعقد:

يختلف حكم الشرط المقترن بالعقد باختلاف نوعه وكما يأتي:

إذا كان الشرط صحيحاً التحق بأصل العقد ووجب الوفاء به على من التزمه؛ للأدلة التي سبق بيانها.

أما إذا كان الشرط باطلا أو فاسداً، فقد اختلف الفقهاء في حكمه تبعاً لأصل كل منهم في هذه المسألة وكما يأتي:

أ - يرى الحنفية أن كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملائم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجز التعامل فيه وفيه منفعة لأحد المستحقين مفسد، وأن الشرط المخالف لمقتضى العقد الداخل في صلب العقد يفسد العقد، فإن لم يخالف مقتضى العقد جاز الشرط والعقد، وإن خالف مقتضى العقد لكنه لم يدخل في صلبه يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا[1]. وفرقوا بين العقود من حيث اقترانها بالشرط الفاسد، فالعقود التي تفسد بالشرط الفاسد هي ما كان من قبيل المعاوضات المالية، دون غيرها من العقود كعقود المعاوضات الغير مالية، وعقود التبرعات، وعقود الولايات، وعقود المشاركات، وعقود التوثيقات، عدا الشرط الذي يؤدي إلى محظور، والشرط الذي يؤدي إلى ضرر، فإن فسادهما لأمر خارج

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (4/ 141)، تبين الحقائق، للزيلعي (4/ 57).

عن الشرط ذاته[١].

ب - وذهب المالكية إلى أن الشرط إذا كان يولد ضرراً كبيراً كاشتراط الخيار الى أجل بعيد، أو يفضي إلى محظور، أو يؤدي إلى غرر فإنه يفسد العقد فيبطل الشرط والعقد معاً، وكذا الشرط المنافي لمقتضى فيبطل الشرط الفاسد وحده ويبقى العقد صحيحاً[٢].

ت - ويرى الشافعية: أنه اذا كان الشرط منافيا لمقتضى العقد وليس فيه مصلحة، فإنه فاسد ويبطل العقد، أما غيره فيسقط الشرط الفاسد وحده ويبقى العقد صحيحاً[٣].

ث - أما الحنابلة فلهم في فساد العقد بالشرط روايتان: الأولى: عدم فساد العقد ويسقط الشرط فقط وهي المنصوص عليها عند الإمام أحمد، وإلى هذا ذهب ابن تيمية، إلا إذا كان الشرط منافيا لمقتضى العقد منافاةً تامة، فحينئذ يبطل ويبطل العقد معه، الثانية: فساد الشرط والعقد معاً[٤].

ج - ذهب ابن حزم إلى أن الشرط الفاسد يفسد العقد ويبطله، بناء على أصله في أن كل شرط ليس منصوصاً عليه من الشارع باطل ومبطل للعقد[٥].

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- أن العقد لا يفسد بالشرط الفاسد، إلا إذا

---

(١) ينظر: العناية شرح الهداية، للبابرتي (٦/ ٤٠٢)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٩).

(٢) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ١٧٨)، التاج والإكليل، للمواق (٦/ ٢٤٢).

(٣) ينظر: المهذب، للشيرازي (٢/ ٢٣)، المجموع، للنووي (٩/ ٣٦٧)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٤٥٣).

(٤) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ٧٦)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٣٠-٣٣٤).

(٥) ينظر: المحلى (٨/ ٤٧٧).

خالف مقصود العقد، أو خالف مقصود الشارع؛ لأن الشروط عمل مقصود للناس، ويحتاجون إليه، ولهم فيه منفعة، ولم يثبت تحريمه، ولم يخالف مقصود العقد، وفي إفساد العقود بالشروط الفاسدة التي لا تفسد العقد حرج وضيق، والشريعة من مقاصدها رفع الضرر عن المكلفين.

الفرع الثاني: أثرها على التوازن في العقد:

الشروط إما أن تكون صحيحة، فالوفاء بها والتزامها واجب، وهو مقتضى التوازن، وإما أن تكون باطلة، فإن كانت باطلة مبطلة للعقد، فلا يجب الوفاء بها ولا التزامها، وهذه الشروط ينعدم عندها التوازن، ويكون التوازن مختلاً اختلالا لا يمكن معه إتمام العقد، وأما إن كانت باطلة غير مبطلة للعقد، فالاختلال فيها ظاهر، لكن هذا الاختلال يمكن معالجته؛ ليعود العقد متوازنا، وتأثيرها على التوازن يعتبر بمخالفتها لمقصود الشارع، أو مخالفتها لمقصود العقد، فالشروط التي تسلم من هاتين المخالفتين، شروط معتبرة وتلتزم، والتزامها توازن، ومخالفتها، أو انتقاضها، أو الإخلال بتنفيذها يعد اختلالا للتوازن.

فالشروط المقترنة بالعقود التي لا تخالف مقصود العقد، ولا مقصود الشارع معتبرة، والوفاء به واجب -على القول المختار-، فمن وفى بها وبما التزمه منها اتزن العقد، ومن أخلّ بها، اختل توازن العقد، فتخلفها يدل على اختلال التوازن.

وعليه فلا يحكم على العقد المستحدث، أو الشرط المقترن بالعقد، بالمنع إلا بأحد الشرطين التاليين أو كليهما:

الأول: مناقضة شرع الله ورسوله ونظامه الشرعي العام، من حفظ التوازن ومنع التغابن، وذلك إذا أحل الشرط ما حرم الله ورسوله أو العكس.

الثاني: منافاة الشرط لمقتضى العقد[1].

ومن الأمثلة على الشروط المقترنة المعاصرة، الشرط الجزائي مثلا الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول. وإذا كان الشرط الجزائي كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من ضرر ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر[2].

(١) ينظر: الفقه الإسلامي المقارن، لقحص الدريني (ص: ٢٢٣).

(٢) ينظر: قرار مجلس هيئة كبار العلماء رقم (٢٥) وتاريخ (٢١/٨/١٣٩٤هـ) في دورتها الخامسة المنعقدة في مدينة الطائف.

المطلب الثالث

الشروط اللاحقة بالعقد "المستحدثة"

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم الشروط اللاحقة بالعقد:

الشرط اللاحق بالعقد لا يخلو:

إما أن يكون صحيحا، كاشتراط الخيار الصحيح في البيع البات، وكاشتراط رهن أو كفيل، فإنه يلحق به اتفاقاً[1]، ويلزم الوفاء به.

وأما إن كان الشرط فاسدا، فاتفق الفقهاء على عدم الوفاء به، واختلفوا في أثره على العقد على قولين:

القول الأول: ذهب الصاحبان[2] من الحنفية، والمالكية[3]، والشافعية[4]، وهو المنصوص عليه عند الحنابلة[5]، أن الشرط لا يلتحق بالعقد، ولا يفسد به.

أدلتهم:

١ - أن إلحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة إلى الفساد فلا يصح؛ فبقي العقد صحيحا كما كان؛ لأن العقد كلام لا بقاء

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٧٦)، المبسوط، للسرخسي (٢٠/ ١٢٧)، مواهب الجليل، للحطاب (٥/ ٢٢)، الحاوي الكبير، للماوردي (٦/ ١٢٩)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٢٠٠).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء، للسمرقندي (٢/ ٣٤)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٤).

(٣) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ١٨٠)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٩٨).

(٤) بعد لزوم العقد، أما قبل لزومه في زمن الخيار، فاختلف الشافعية على ثلاثة أوجه أصحها عندهم أنه يلحق بالعقد المجموع، للنووي (٩/ ٢٢١)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٤٢١).

(٥) ينظر: الفروع، لابن مفلح (٦/ ١٩٣)، الإنصاف، للمرداوي (٨/ ١٥٤)، بعد لزوم العقد.

له، فلا حاجة إلى إلحاق الشرط الفاسد ليفسد العقد[1].

٢ - لأن في إلحاق الشروط الفاسدة بالعقود، إلزاما للمشتري بما لم يلزمه[2].

٣ - لأنه لو جاز أن يكون ما زيد في الثمن لاحقا بالعقد لكان الإبراء منه رافعا لجميع العقد[3].

٤ - ولأن الشرط أمر إضافي خارج عن حقيقة العقد فإذا بطل بقي العقد صحيحا[4].

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة[5] إلى اقتران الشرط الفاسد بالعقد، وإلحاقه به سواء في الحكم، حيث يلحق به الشرط ويفسد به العقد.

دليله:

- أن اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف واجب إذا كان هو أهلا والمحل قابلا، وقد أوقعه مفسدا للعقد، إذ الإلحاق لفساد العقد فوجب اعتباره كما أوقعه فاسدا في الأصل[6].

نوقش:

بأن القول بالإلحاق تغيير للعقد من الصحة إلى الفساد، لا يصح؛

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٧٦).
(٢) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٨٩).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٣٩٩).
(٤) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٨/ ١٥٤).
(٥) ينظر: تحفة الفقهاء، للسمرقندي (٢/ ٢٤)، البحر الرائق، لابن نجيم (٦/ ٩٤)، إلا إذا كان عقد نكاح فإنه لا يفسد بالشرط الفاسد باتفاق الحنفية. ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ١١٨)، درر الحكام، لمنلا خسرو (٢/ ٢٠٠)، المبسوط، للسرخسي (١٢/ ٧٢).
(٦) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٧٦).

لأنه يرده أنه إن كان تغييرا فلهما ولاية التغيير، ألا ترى أن لهما ولاية التغيير بالزيادة في الثمن، والمثمن، والحط عن الثمن وبإلحاق الشرط الصحيح وإن كان تغييرا؛ ولأنهما يملكان الفسخ فالتغيير أولى؛ لأن التغيير تبديل الوصف، والفسخ رفع الأصل والوصف[1].

الترجيح:

الراجح-والله أعلم-قول الجمهور بعدم اعتباره وعدم لحوقه بالعقد؛ لأنه إلزام للمشتري بما لم يلزمه، وللمحافظة على استقرار العقود.

الفرع الثاني: أثرها على التوازن في العقد:

الشروط اللاحقة بالعقد تلحقه إن كانت صحيحة، وأما إن كانت فاسدة فلا تلحقه ولا تفسده، فمن المحافظة على توازن العقود، أن يحافظ على استقرارها وعدم اختلالها، فإلحاق الشروط الفاسدة بالعقود إخلال بها، أما الشروط الصحيحة فإن اشتملت على مصلحة للمتعاقدين فإن ارتضياها كان إلحاقها تحقيقا لمقصودهما.

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٧٦)، نظرية الشرط، للشلقاني (ص: ٢٦٨).

الباب الثاني

الاختلال في توازن العقود

وفيه تمهيد وثلاثة فصول:

التمهيد: تعريف اختلال التوازن في العقود ومعياره.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف اختلاف التوازن.

المطلب الثاني: معيار اختلال توازن العقود.

الفصل الأول: أنواع الاختلال وضوابط الاختلال المؤثر في العقود.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أنواع الاختلال في توازن العقود.

المبحث الثاني: ضوابط الاختلال المؤثر في توازن العقود.

الفصل الثاني: أسباب اختلال التوازن في العقود.

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: الغرر.

المبحث الثاني: الإكراه.

المبحث الثالث: الضرر.

المبحث الرابع: الغبن.

المبحث الخامس: الشروط الفاسدة.

المبحث السادس: الظروف الطارئة على العقد.
المبحث السابع: الشروط التعسفية.

الفصل الثالث: أبرز أسباب المنازعات الناشئة من اختلال التوازن في العقود.
وفيه أربعة مباحث:
المبحث الأول: تلف المعقود عليه.
المبحث الثاني: تلف المال أو تغير قيمته.
المبحث الثالث: التفاوت بين المتعاقدين في القوة الاقتصادية والمعرفة والمعلومات المتعلقة بالمعقود عليه.

وفيه مطلبان:
المبحث الرابع: تعذر إتمام العقد بعد إتمام التعاقد.

التمهيد

تعريف اختلال التوازن في العقود ومعياره

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعريف الاختلال في التوازن لغة واصطلاحا

الاختلال لغة: والخلل في الأمر والحرب كالوهن والفساد. وأمر مختل: واهن. وأخل بالشيء: أجحف[1]. والخلل اضطراب الشيء وعدم انتظامه[2].

واختلَّ فعل: خماسي لازم متعد بحرف. إختَلَّ، يَختَلُّ، مصدر إختِلالٌ[3].

والاختلال اصطلاحا: قد ذكر بعض المعاصرين تعريفات عديدة للاختلال في التوازن منها:

التعريف الأول: "الاختلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات"[4].

مناقشة التعريف:

(الاختلال الظاهر): فيه دور، فعرف الاختلال بأنه الاختلال

---

(1) لسان العرب، لابن منظور (11/ 219) مادة [خلل].

(2) المصباح المنير (1/ 180) مادة [خ ل ل].

(3) ينظر: المعجم الوسيط (1/ 253)، معجم المعاني، لعبدالغني أبو العزم (1/ 2724).

(4) التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه في كلية الحقوق بجامعة الجزائر، لعمراوة صالي (ص: 186).

الظاهر وهذا دور، ومع ذلك فلا يكون الاختلال دائما مضرا بالتوازن.

التعريف الثاني: "هو الحالة التي أدت أن يتمتع أحد المتعاقدين بمركز اقتصادي متفوق، وهذا التفوق أتاح له إرادة متغلبة يمكنها أن تفرض شروطا لا تقبل لها تعديلا ولا تحويرا"[1].

مناقشة التعريف:

(مركز اقتصاد متفوق): ليس للمراكز تأثير على التوازن إلا إذا أدت إلى ظلم، وليس توحيد المراكز بمقدور لنا، بل الله قسم وأعطى، وقدر التفاوت بين عباده.

(تعديلا وتحويرا): ليست كل الشروط مؤدية بالضرورة إلى الاختلال في التوازن، وإن بدا فيها ما يمكن أن يظن أنه يسبب الاختلال.

التعريف الثالث: "هو نوع من الإكراه الاقتصادي الذي لا يمس المتعاقد إلا في نطاق المال ولا أثر له في صحة الرضا مع تقارب بين مركزي التعاقد"[2].

مناقشة التعريف:

(الإكراه الاقتصادي): هو سبب من أسباب الاختلال في توازنات العقود، فالاقتصار عليه قصور في التعريف.

التعريف الرابع: "هو الحالة التي تكون فيها التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة

---

(1) عقود الإذعان في التشريع المصري، لعبد المنعم فرج الصدة (ص: ٧٦-٧٧).

(2) اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، لمحمد عبد المجيد بكر (ص: ٨٦).

بموجب العقد، أو لا تتعادل مطلقاً مع المتعاقد الآخر"[1].

مناقشة التعريف:

(لا تتعادل مطلقا): ليس عدم التعادل المطلق في الالتزامات اختلالا دائما، فقد يكون العقد فيه تفاوت كبير في قيمته لكنه متوازن؛ لعلم المتعاقدين ومعرفتهم بالتفاوت كما في الغبن مع علم المتعاقدين مثلا.

وهذه التعريفات مع ما ورد عليها من مناقشات إلا أن فيها أيضا وصفا للاختلال في بعض مراحل العقد، والاختلال أعم من ذلك، فيشمل الحقوق والالتزامات، وقد يعرض للعقد في كل مراحله، فالتعريف المختار -والله أعلم-: "هو كل ما يحرف العقد عن مقصوده في الحقوق والالتزامات انحرافا يضر بالمتعاقدين أو بأحدهما أو بغيرهما سواء كان عند إنشاء العقد أو أثناء تنفيذه أو بعده".

شرح التعريف:

الاختلال قد يكون معدما للتوازن، وقد يكون منقصاً له، وذلك باعتبار سبب الاختلال وموطنه، فالاختلال عند إنشاء العقد، يتفاوت عن الاختلال أثناء التنفيذ، يختلف عن الاختلال بعده.

وليس كل اختلال في توازن العقد يعد مبرراً كافياً لإطلاق حكم الاختلال؛ فهناك قدر من الاختلال الطبيعي الذي تسببه ما يسمى بالمخاطر العادية "Risk Normal" التي يجب أن يعتبرها كل متعاقد وقت التعاقد. فمجرد التغير في الأسعار أو في قيمة التكلفة أو في ثمن المواد الأولية الناتج عن التقلّبات الاقتصادية المعتادة لا يعد كافياً للحكم بوجود اختلال في توازن العقد، مالم ينجم عن ذلك ضررٌ مؤثر على أحد المتعاقدين.

---

(١) اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، لحسين النكلاي (ص: ٢١٤).

المطلب الثاني

معيار الاختلال في توازن العقود

التفاوت بين حقوق المتعاقدين والتزاماتهم أمر تقتضيه طبائع الناس، وتفاوت خبراتهم، ومعارفهم، وطاياتهم من التعاقد، والظروف التي حملتهم على التعاقد، إلا أن هذا التفاوت إذا تضمّن مجانبةً للتوازن، ومخالفةً للعدالة العقدية، الذي يقرّها الشرع الحنيف وينشُدها، أو تضمن مخالفة لمقصود الشارع، أو مقصود العقد كان العقد مختلاً، ومع تطور وسائل التعاقد، وظهور عقود جديدة مركبة ومعقدة، وظهور تقنيات ذات تعقيد، تزايدت مشكلة التفاوت بين المتعاقدين، فالاختلاف في المراكز مثلاً كأن يكون أحد المتعاقدين يتمتّع بقوة ناتجة عن مركزه الاقتصادي، وامتلاكه مقوّمات العلم والدراية بكل ما يتصل بالعقد المراد عقده، وهذه القوة الاقتصادية ولّدت ما يسمّى بالطرف الضعيف فهذا التفاوت إذا لم ينجم عنه غبنا أو تدليسا أو تصرفا يُخلُّ بمقصود الشارع أو مقصود العقد لا يُعدُّ مؤثراً. لا بد من دفع اختلال التوازن في كافة مراحل العقد، عند تكوينه وإنشائه، وأثناء تنفيذه، وبعد تنفيذه، وأن كل ما يعرض للعقد فيحرفه عن جادة التوازن، يعد سبباً من أسباب اختلال توازن العقد الذي ينجم عنه ضررٌ وإضرارٌ بأحد المتعاقدين، أو كليهما، أو غيرهما، والتوازن الذي تقتضيه قواعد العدل رفع هذا الاختلال، بل إن الشريعة جعلت من الأحكام ما يدفع الاختلال قبل وقوعه؛ حماية لقيمة العدل.

وأما المعيار الذي يُستدل به للحكم على الاختلال في العقد:

إما أن يكون معياراً شخصيًا: وذلك بالنظر إلى شخص المتعاقد وظروفه الخاصة، والاقتصار على هذا المعيار فيه نظر؛ كون بعض من يعقد العقود مليئا ولا يتأثر بالاختلال، فالمعيار الشخصي ينظر للعاقد

بمعزل عن موضوع العقد، وهذا يجافي مبدأ العدالة والإنصاف في الشريعة.

والنظر الثاني في معيار اختلال توازن العقد أن يكون المعيار موضوعياً: فينظر لمحل العقد، وإلى العقد نفسه دون اعتبار لشخص العاقد، فمتى لحق الضرر بأحد المتعاقدين اختل العقد.

والذي يظهر لي -والله أعلم- اعتبار كلا المعيارين دليلاً على الاختلال، فشخص المتعاقد لابد من اعتباره؛ لضمان أهليته ورضاه، ولا بد من اعتبار موضوع العقد؛ ليكون العقد موافقا لمقصود الشارع، ومن ثَمَّ موافقا لمقصود العاقد، فاعتبار المعيارين -من وجهة نظري- أَسَدّ؛ لحماية العقد من الاختلال، وهما متكاملان من حيث النظر[1].

(١) ينظر: الوسيط، للسنهوري (١-٨٧٨-٨٨٢)، نظرية الظروف الطارئة أركانها وشروطها، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ١٤٢٨ العدد الثاني، لأحمد شليك (ص: ١٧)، التوازن العقدي عند نشأة العقد رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة الجزائر، لعرعارة عسالي (ص: ٢١٤)، إجازة العقد القابل للإبطال، لعبدي المخاوري (ص: ١٧٢).

الفصل الأول

أنواع الاختلال وضوابط الاختلال المؤثر في العقود

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أنواع الاختلال في توازن العقود.

المبحث الثاني: ضوابط الاختلال المؤثر في توازن العقود.

المبحث الأول

أنواع الاختلال في توازن العقود

الاختلال في توازن العقود يتفاوت بحسب النظر إليه من عدة اعتبارات:

الاعتبار الأول: أنواع الاختلال من حيث النظر إلى الركن الذي وقع فيه الاختلال: فنوع من الاختلالات تقع في صيغة العقد، ونوع يقع في العاقد، ونوع يقع في المعقود عليه، ويتفاوت نوع الاختلال إبطالا للتوازن أو إنقاصا منه بحسب الركن الذي وقع فيه، فما يتعلّق بالنوع الأول: الاختلال في الصيغة: كالاختلال في الإيجاب والقبول، إما لعدم تطابقهما، أو اختلاف الصيغة، كالتعاقد بصيغة الاستفهام.

والنوع الثاني: الاختلال في العاقد، كأن يكون فاقد للأهلية، أو مكره على التعاقد، أو فاقدا لولاية التصرف.

والنوع الثالث: الاختلال الراجع لاختلال شرط في المعقود عليه، كأن يكون غير مقدور على تسليمه، أو محرّما، أو لا يملكه البائع.

الاعتبار الثاني: أنوع الاختلال من حيث النظر إلى سببه: ويتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: سبب عام، كالزلازل والبراكين، وكل ما يخرج عن تدبير المتعاقدين وما لا يد لهم فيه، وخارج عن إرادتهم، فهذا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، فينفسخ به العقد.

والنوع الثاني: سبب خاص يتعلّق بالمدين، فهذا على قسمين:

القسم الأول: إذا كانت الظروف التي تعرّض لها المدين غير متوقعة، تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا، وربما تحمّل خسارة، فالقاضي يتدخل؛ لرد الالتزام إلى حد يستطيع معه المدين تنفيذه، مع مراعاة الطرفين.

والقسم الثاني: إذا كان إخلالا من المدين بالتزامه، وتقصيرا وتفريطا، فإنه يلزم بالتنفيذ والتعويض.

الاعتبار الثالث: أنواع الاختلال من حيث النظر إلى موطن الاختلال: وينوع إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: اختلال وقع في مرحلة إنشاء العقد، كأن يتعاقدان على ما لا يملكه البائع، أو يكون فيه إكراه، أو لا يكون الإيجاب والقبول متطابقاً.

النوع الثاني: اختلال وقع في مرحلة التنفيذ، وهذا على قسمين:

القسم الأول: إخلال من المتعاقد نفسه، بالمماطلة وعدم الوفاء بما التزم به، فيتحمّل التبعة.

والقسم الثاني: اختلال لظروف قاهرة، فيقتضي الالتزام[1] وينفسخ العقد.

والنوع الثالث: اختلال وقع بعد العقد، كالخطأ في التنفيذ أو العيوب فيه، أو التعسف في استعمال الحق، فللقاضي تقييم الخطأ والعيب، وإلزام المتفّذ بما يحفظ للمتفَّذ له حقه، ويحقق العدالة.

---

(1) قد يقتضي الالتزام بعدة أمور منها: إبراء الدائن للمدين، المقاصة في الديون، انعدام الأهلية في العقود الجائزة، الإفلاس، عدم إمكان التنفيذ، وغيرها.

الاعتبار الرابع: أنواع الاختلال من حيث النظر إلى الأثر: وينقسم إلى قسمين: القسم الأول: اختلال لا يمكن للعقد أن يستقيم ويتم بوجوده، كأن يقع العقد مخالفا لمقصود الشارع، أو مقصود العاقد، فينعدم التوازن ويبطل العقد.

والقسم الثاني: اختلال لا ينعدم فيه التوازن وإنما يختل اختلالا لا يفضي به إلى الانعدام، فيعالج الاختلال، ويرد العقد إلى التوازن، ويستمر العقد؛ لينتج أثره، وتتحقق غايته[1].

(١) هذه الأنواع أنتجها الاستقراء والتمعن في الاختلال وأسبابه.

المبحث الثاني

ضوابط الاختلال المؤثر في توازن العقود

الاختلال في العقود يتفاوت أثره اعتبارا بنوع العقد، فالاختلالات الواقعة في عقود المعاوضات أشد تأثيرا على توازن العقد، بينما الاختلالات الواقعة في عقود التبرعات أقل تأثيرا، فالاختلال في عقود التبرعات لا يؤثر إلا إذا خالفت مقصود الشارع؛ لأن عقود التبرعات في أصلها لم تُبنَ على التعادل في الأداءات والحقوق والالتزامات، بل هي عقود مبنية على التسامح وطيب النفس، بيد أن الاختلال المؤثر لا بد له من ضوابط تبيّنه، بل تبيّن درجته ومن تلك الضوابط:

الضابط الأول: مخالفة مقصود الشارع:

فكل عقد خالف مقصود الشارع فهو مختل اختلالا تامًا لا يمكن تعديله ولا معالجته، ولو تراضى المتعاقدين عليه، بل آثاره منعدمة، قال رسول الله ﷺ: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"[1]. وفي حديث بريرة المتفق عليه قول الرسول ﷺ: "من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق".

قال ابن تيمية: "وهذا الحديث الشريف المستفيض الذي اتفق العلماء على تلقيه بالقبول، اتفقوا على أنه عام في الشروط في جميع

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الصلح باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود ح(٢٥٥٠)، وأخرجه مسلم: كتاب الأقضية باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور ح(١٧١٨)، واللفظ لمسلم.

العقود، ليس ذلك مخصوصا عند أحد منهم بالشروط في البيع، بل من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة أو البيع أو النكاح أو الإجارة أو النذر أو غير ذلك شروطا تخالف ما كتبه الله على عباده، بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله عنه، أو النهي عما أمر به، أو تحليل ما حرمه، أو تحريم ما حلله، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود»[1].

الضابط الثاني: مخالفة مقصود العقد:

العقود لها مقاصد وغايات، فأي تصرف يحول بين تحقيق مقصودها، يعد اختلالا، فمقصود البيع تملك السلعة، فلو اشترط عليه البائع أن لا يتصرف فيها ولا يملكها، كان هذا الشرط مصادما لمقصود العقد، فكان اختلالا، وكما في عقد النكاح تشترط عليه ما ينافي المقصود الأصلي للنكاح؛ وهو: المعاشرة الزوجية، بأن تشترط ألا يطأها، أو يشترط هو: ألا مهر لها، كلها شروط مخالفة لمقصود العقد فيختل العقد بها. ومن القواعد الفقهية الدالة على ذلك "ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط»[2]. والرضا بالعقد مع مخالفته لمقصود العقد لا يبيحه، يقول الإمام الجويني: "ولو تراضيا الملّاك على تعدي الحدود لم يصح منهم مع التواطئ والتراضي»[3].

الضابط الثالث: أن يشتمل العقد على نوع من أنواع الظلم[4]:

الأصل أن العقود المبرمة بين المتعاقدين تقوم على العدل، ودفع

---

(1) الفتاوى الكبرى (٤/٢٤٨).

(2) ينظر: الأشباه والنظائر، تاج الدين السبكي (١/١٤٩)؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ١٤٩).

(3) غياث الأمم في التياث الظلم (ص: ٤٩٥).

(4) الظلم لغة: وضع الشيء غير موضعه تعديا، واصطلاحا: عبارة عن التعدي عن الحق إلى =

الظلم، فلو اشتمل العقد على ربا أو غرر مؤثر أو غبن فاحش أو غش، أو غير ذلك من الأمور التي تُحرِّف العقد عن جادة العدل، فهو عقد احتوى على ما أخلَّ به والتوازن نفيه عن العقد، والظلم لا يحل في أي حال من الأحوال، بل الواجب العدل، والعدل في المعاملات من أهم مقاصد التي تتشوف لها الشريعة، ، فمنع الظلم، ووجوب العدل من أكبر قواعد الشريعة في باب المعاملات، وأهمها[1]، يقول ابن تيمية: "فإن عامة ما نهى عنه الكتاب والسنة من المعاملات يعود إلى تحقيق العدل، والنهي عن الظلم: دقه وجله، مثل أكل المال بالباطل، وجنسه من الربا والميسر[2]"[3].

ويقول ابن القيم: "والشارع نهى عن الربا لما فيه من الظلم، وعن الميسر لما فيه من الظلم، والقرآن جاء بتحريم هذا وهذا، وكلاهما أكل المال بالباطل، وما نهى عنه النبي ﷺ من المعاملات -كبيع الغرر-، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه، وبيع السنين، وبيع حبل الحبلة، وبيع المزابنة، والمحاقلة، وبيع الحصاة، وبيع الملاقيح والمضامين، ونحو

= الباطل، وهو الجور، وقيل: هو التصرف في ملك الغير ومجاوزة الحد. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٤٦٨/٣) مادة [ظلم]، المصباح المنير، للفيومي (٣٦٨/٢) مادة [ظ ل م]، والتعريفات، للجرجاني (ص: ١٤٤)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (١٨/ ١٩٧)، طريق الهجرتين، لابن القيم (ص: ١١٨).

(١) ينظر: أحكام القرآن، لابن العربي (١/ ٥٤١)، الموافقات، للشاطبي (٤/ ٧).

(٢) الميسر لغة: القمار، الجزور التي كانوا يتقامرون عليها، كانوا إذا أرادوا أن يسروا، اشتروا جزورا نسيئة، ونحروه قبل أن يسروا، وقسموه ثمانية وعشرين قسما، أو عشرة أقسام، فإذا خرج واحد واحد باسم رجل رجل، ظهر فوز من خرج لهم قداح الأنصباء، وغرم من خرج له الغفل، واصطلاحا: لعب على مال ليأخذ الغالب من المغلوب كائناً من كان. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٦/ ١٥٦) مادة [يسر]، القاموس المحيط، للفيروزآبادي (ص: ٥٠٠) مادة [ي س ر]، المطلع، لابن أبي الفتح البعلي (ص: ٣٠٧).

(٣) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية (ص: ١٢٤).

ذلك- هي داخلة إما في الربا وإما في الميسر»[1].

الضابط الرابع: الجمع بين العقود المتضادة[2]:

فالعقدان المتضادان لا يجوز اجتماعهما في عقد واحد، قال القرافي: « أن العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمتها في مسبباتها بطريق المناسبة والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد»[3].

والضابط: ألا يكون العقدان متضادين وضعا متناقضين حكما[4]. والتضاد بين عقدين، أو شرطين في عقد واحد كل ذلك مبطل للعقد، فاجتماع عقدين مختلفين في الشروط والأحكام، وترتب تضاد في موجباتها وآثارهما كان هذا اختلالا في توازن العقد، بل معدما للتوازن، كالجمع بين هبة عين وبيعها للموهوب، أو هبتها وإجارتها.

الضابط الخامس: أن يكون في العقد استغلال لضعف المتعاقد:

مقتضى العقود سلامتها مما يخلّ بها، وأن المتعاقد يبيّن ما في سلعته من مزايا وعيوب، إلا أن تداعيات التطوّر الصناعي والتكنولوجي وما صاحبه من تطور صناعي، أدت إلى ظهور وتمكن طرف قوي، يمتلك النفوذ والقوة الاقتصادية فيما يبرم من عقود، وطرف ضعيف اقتصادياً، مستهلك محتاج لتلك السلع، وعقد تلك العقود؛ وهذا ألقى

---

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين (١/ ٢٩٢).

(٢) العقود المتضادة: هي العقود التي لا يمكن اجتماعها في عقد واحد لتنافر مقتضاهما. ينظر: العقود المتضادة، رسالة ماجستير مقدمة للمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، للباحث/ محمد البقمي ١٤٣٤هـ (ص: ٢٢)، العقود المالية المركبة، للعمراني (ص: ٦٤).

(٣) الفروق، للقرافي (٣/ ١٤٢) ف (١٥٦).

(٤) ينظر: قضايا فقهية معاصرة، نزيه حماد (ص: ٢٨١).

بظلاله على الطبيعة التعاقدية، وأثر على الحرية التعاقدية، وظهر التفاوت البيّن بين الأداءات في العقود والتزامات المتعاقدين، وهذا التفاوت يخلّ بالتوازن في كل عقد بحسبه سواء كان بسبب القوة الاقتصادية، أو اشتمل على استغلال طيش وهوى جامح في المتعاقد، ونتج عنه تفاوتاً مؤثراً، فالاستغلال عيب في الرضاء يجعل التوازن في العقد مختلاً.

الضابط السادس: مخالفة ما اتفق على تنفيذه:

إذا تم العقد واتفقا على تنفيذه بصورة معينة، وبمواصفات معينة ومحددة، فالتوازن تنفيذها على الوجه المتفق عليه، وعدم التزامها يشكّل اختلالا في توازن العقد؛ لأن الشريعة توجب على المتعاقدين الوفاء بما التزموه بالعقد، مالم يخالف مقصود الشارع ومقصود العقد، فالأصل أن يقوم المدين بالوفاء بعين ما التزم به، وذلك طبقًا للعلاقة التي تربطه بالدائن فإذا عرض المدين شيئًا آخر غير ما التزم به، عندئذ للدائن أن يرفض هذا الوفاء، بمعنى أن المدين لا يستطيع أن يجبر الدائن على قبول غير المتفق عليه حتى لو كان مساويًا له في القيمة أو أكبر منه قيمة، لكن ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن يقدم المدين شيئًا غير الشيء الذي في ذمته، ويقبل الدائن بهذا الشيء، كما لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول شيء غير الشيء المتفق عليه بينهما، فإنه لا يجوز للدائن أن يطلب من المدين شيئًا آخر غير المتفق عليه، حتى لو كان هذا الشيء أقل قيمة من قيمة الشيء محل الاتفاق الأصلي، وعند قبول الدائن استيفاء شيء آخر من المدين مقابل دينه، ينقضي الدين وتبرأ ذمة المدين عن طريق الوفاء بمقابل وليس عن طريق الوفاء[1].

---

(١) ينظر: الوسيط، للسنهوري (٣/ ٩٣٦)، المبسوط في شرح القانون المدني، لحسن الفكهاني (٢/ ٣٢٢-٣٢٤).

فالأصل أن يقوم المدين بالوفاء بعين ما التزم به، على الوجه الذي التزم به.

الضابط السابع: أن يشتمل العقد على ضرر بالمتعاقدين أو غيرهما:

الأصل أن الشريعة هي أساس معرفة الحقوق واعتبارها، سواءً كانت حقوق شخصية أو اجتماعية، لكن هذه الحقوق مقيّدة بقيود؛ لتؤدي مراداتها وغاياتها دون المساس بما يضر بغيرها، فالشريعة التي هي منشأ الحقوق مبنية على تحقيق المصالح وتكميلها ودرء المفاسد وتقليلها، فإذا استعمل هذا الحق للإضرار، دون مصلحة تعود لصاحبه، أو لتحقيق غرض لا يتناسب مع الإضرار اللاحق بالغير، أو استعمل في مناقضة مقصود الشارع أو العقد، أو كان ذريعة لتحصيل حقوق غير مشروعة كان تعسّفاً في استعمال حقه[1].

قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [البقرة: ٢٣١].

أي ولا تراجعوهن إن راجعتموهن في عدتهن مضارة لهن لتطولوا عليهن مدة انقضاء عدتهن، أو لتأخذوا منهن بعض ما آتيتموهن بطلبهن الخلع منكم لمضارتكم إياهن بإمساككم إياهن، ومراجعتكم وهن ضرارا واعتداء[2].

فالمراجعة حق للزوج لكن لما كان قصده الإضرار بالزوجة كان هذا استعمالا لما شرعه الله في الإضرار بها فنهي عنه.

---

(١) ينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، لفتحي الدريني (ص: ٢٥) بتصرف. والتعسف كمصطلح منقول من كتب القانونيين الغربيين، وعرفه الدريني: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً". (ص: ٢١٣).

(٢) ينظر: جامع البيان، للطبري (٤/١٧٨-١٧٩).

قال ابن فرحون: "إنه من حق المالك أن يفتح في داره نافذة لدخول النور والهواء بشرط عدم تجاوز حقه، بأن تكون هذه النافذة كاشفة على جاره يستطيع بواسطتها الاطلاع على أحواله"[1]. وكالبيع الذي يقصد منه إسقاط الشفعة[2].

وما جاء أن سمرة بن جندب ﷺ[3] كانت له عضد[4] من نخل في حائط رجل من الأنصار قال: ومع الرجل أهله قال: فكان سمرة ﷺ يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه فطلب إليه أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى قال فهبه له ولك كذا وكذا أمرا رغبة فيه فأبى فقال: "أنت مضار"، فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: "اذهب فاقلع نخله"[5].

قال الإمام أحمد بن حنبل ﷺ: "كل ما كان على هذه الجهة، وفيه ضرر، يمنع من ذلك، فإن أجاب وإلا أجبره السلطان، ولا يَضرُّ بأخيه في ذلك، وفيه مرفق له"[6].

قال الخطابي: "وفيه من العلم أنه أمر بإزالة الضرر عنه وليس في

---

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (٢/ ٣٥٩).

(٢) ينظر: المغني، لابن قدامة (٥/ ٣٦٢).

(٣) سمرة بن جندب بن هلال من فزارة، كان له حلف في الأنصار وصحب النبي ﷺ، شهد أحدا، ونزل البصرة بعد ذلك، فاختط بها، ثم أتى الكوفة، ومات بها، وله بقية وعقب، وروى عن رسول الله ﷺ أحاديث كثيرة، مات سنة ٥٨هـ، وقيل: غير ذلك. ينظر في ترجمته: الطبقات الكبرى، لابن سعد (٦/ ٣٤)، معرفة الصحابة، لابن منده (ص: ٨١٠)، أسد الغابة، لابن الأثير (٧/ ٥٥٤).

(٤) إذا صار للنخلة جذع يتناول منه فهو عضيد. النهاية في غريب الحديث، لابن الأثير (٣/ ٢٥٢).

(٥) سبق تخريجه (ص: ١٨٨)، حاشية (٦).

(٦) الفروع، لابن مفلح (٦/ ٤٥١).

هذا الخبر أنه قلع نخله، ويشبه أن يكون أنه إنما قال ذلك ليردعه به عن الأضرار»[1].

فاستعمال الحق في غير ما شرع له يؤدي إلى اختلال في التوازن في العقد، والمضارّة بالغير، ووفقا للقاعدة الفقهية الكلية "الضرر يزال" يعالج هذا الاختلال بما لا يضرُّ بالمتعاقدين أو غيرهما.

وهذه الضوابط تبيّن الاختلال ونوعه، لكن لا ريب أن نشأة العقد على أساس التوازن أولى من إيجاد حلول الاختلال عند تكوينه أو تنفيذه أو بعد تنفيذه، وقيامه على ساق التوازن أمر مهم؛ لاستقرار المعاملات والحيلولة دون تعرض العقد للبطلان أو التصحيح.

(1) معالم السنن (4/ 181).

الفصل الثاني

أسباب اختلال التوازن في العقود

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: الغرر. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الغرر لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: أنواع الغرر وضابطه.

المطلب الثالث: أثر الغرر على التوازن في العقود.

المبحث الثاني: الإكراه. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإكراه لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: أقسام الإكراه.

المطلب الثالث: أثر الإكراه على التوازن في العقود.

المبحث الثالث: الضرر. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الضرر لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: أنواع الضرر الداخلة على العقد.

المطلب الثالث: أثر الضرر على التوازن في العقود.

المبحث الرابع: الغبن. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الغبن لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: أنواع الغبن.

المطلب الثالث: أثره على التوازن في العقود.

المبحث الخامس: الشروط الفاسدة .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالشروط الفاسدة.

المطلب الثاني: أنواع الشروط الفاسدة في العقود.

المطلب الثالث: أثر الشروط الفاسدة على التوازن في العقود.

المبحث السادس: الظروف الطارئة على العقد.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حقيقة الظروف الطارئة.

المطلب الثاني: أنواع الظروف الطارئة.

المطلب الثالث: أثر الظروف الطارئة على التوازن في العقد.

المبحث السابع: الشروط التعسفية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الشروط التعسفية.

المطلب الثاني: أثر الشروط التعسفية على التوازن في العقد.

المبحث الأول

الغـــــرر

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الغرر[١] لغة واصطلاحا

تعريف الغرر لغة: غرّه يغره غرا وغرورا وغرة، فهو مغرور وغرير: خدعه وأطمعه بالباطل، وهو ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول، يقال: إياك وبيع الغرور؛ قال: بيع الغرر أن يكون على غير عهدة ولا ثقة[٢].

والغرر الخطر[٣]، وهو ما كان له ظاهر يغر المشتري، وباطن مجهول[٤].

---

(١) والتغرير إما أن يكون بالفعل، كتزوير وصف في محل العقد يوهم المتعاقد، كبيع المصراة، وإما أن يكون تغريرا قوليا، سواء في ثمن السلعة أو في سعر السوق، التغرير بالمتعاقد بمعلومات مضللة، وقد يكون التغرير بالكتمان، وذلك بالتغاضي عن ذكر عيب في الشيء معروف لديه. ينظر: نظرية العقد، لمصطفى عبدالمجيد (ص: ٣٦٠-٣٦١)، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، لمحمد محمد أحمد أبو سيد (ص: ٢٦٠).

(٢) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (٥/١١-١٤) مادة [غرر]، القاموس المحيط، للفيروزآبادي (١/٤٤٩) مادة [غرر].

(٣) ينظر: المصباح المنير، للفيومي (٢/ ٤٤٤) مادة [غ ر ر]، معجم مقاليد العلوم، للسيوطي (ص: ٥٣).

(٤) ينظر: النهاية في غريب الحديث (٣/ ٣٥٥).

وقيل: هو ما يكون مجهول العاقبة لا يدرى أيكون أم لا[١].

وقيل: هو الخطر الذي لا يدرى أيكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء[٢]. وعرّفه المازري[٣]: "بأنه ما تردد بين السلامة والعطب"[٤].

والغرور اصطلاحاً: عرّفه ابن عابدين: "بأنه الشك في وجود المبيع"[٥].

وعرّفه ابن حزم: "الغرر في البيع هو مالا يدري فيه المشتري ما اشترى، ولا البائع ما باع"[٦].

وأكثر الفقهاء على أن الغرر: ما كان مستور العاقبة[٧]. وهو أشمل التعريفات؛ لأنه أجمع للجزئيات الفقهية التي أدخلها الفقهاء تحت باب الغرر[٨].

---

(١) ينظر: التعريفات، للجرجاني (ص: ١٦١)، الكليات، للكفوي (ص: ٧٧٢).

(٢) ينظر: المغرب في ترتيب ألفاظ المعرب، للمطرزي (ص:٣٣٨)، أنيس الفقهاء، لقاسم القنوي (١/ ٨٠).

(٣) هو أبو عبدالله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، أصله من مازر: مدينة في جزيرة صقلية على ساحل البحر، له مصنفات جليلة منها: المعلم بفوائد مسلم، إيضاح المحصول من برهان الأصول، توفي سنة ٥٣٦هـ، ينظر في ترجمته: الديباج المذهب، لابن فرحون (٢/ ٢٥٠-٢٥٢)، التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الأول، لمحمد صديق خان بن حسن (١/ ١٠٥).

(٤) شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٥٣).

(٥) حاشية ابن عابدين (٤/ ١٤٧).

(٦) المحلى (٨/ ٣٤٣).

(٧) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٣/ ١٩٤)، الفروق، للقرافي (٣/ ٢٦٤)، المهذب، للشيرازي (٢/ ١٢)، الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٣/ ٢٧٥).

(٨) ينظر: الغرر وأثره في العقود، للضرير (ص: ٥٤)، نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية، لياسين درادكه (١/ ٧٨).

المطلب الثاني

أنواع الغرر[1] وضابطه

يتنوع الغرر من حيث تأثيره على العقد إلى نوعين:

النوع الأول: الغرر المؤثر: هو الغرر الذي يكون العقد معه غير صحيح، كبيع الملاقيح والمضامين، وبيع الثمرة قبل ظهورها[2].

والنوع الثاني: الغرر الغير مؤثر: هو الغرر الذي لا يؤثر على صحة العقد بالرغم من وجوده فيه؛ "لأن نفي جميع الغرر في العقود لا يقدر عليه، وهو يضيّق باب المعاملات"[3]. قال الدسوقي: "الغرر اليسير هو ما شأن الناس التسامح فيه"[4].

ضابط الغرر المؤثر:

تفاوتت أنظار الفقهاء في تحديد ضابط الغرر المؤثر، فذكر بعض الحنفية ضابطا، أن الغرر المؤثر هو ما يفضي إلى النزاع[5]، وذكر الحافظ النووي: "الأصل أن بيع الغرر باطل....والمراد ما كان فيه غرر

---

(١) تفاوتت أنظار الفقهاء في تقسيم الغرر، فالحنفية لم يفردوا للغرر بابا مستقلا إلا ما ورد عن أبي العلاء السمرقندي حيث تكلّم عن الغرر في باب البيع الفاسد عرضا، تحفة الفقهاء (٢/ ٦٢-٦٨)، أما المالكية فهم أكثر الفقهاء اهتماما بالغرر وتبويبا له وذكر أقسامه، بل وفي داخل المذهب أكثر من تقسيم، تقسيم ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات (٢/ ٧٣-٧٦)، والتقسيم الآخر لحفيده، بداية المجتهد (٢/ ١٦٦)، وتقسيم آخر لابن جزيء، القوانين الفقهية (ص: ١٦٩)، وتقسيم آخر للقرافي، الفروق (٣/ ٢٦٥)، وأما الشافعية فقد بوّب الشيرازي بابا للغرر، المهذب (٢/ ١٢-١٧)، وشرحه النووي شرحا وافيا، المجموع (٩/ ٢٥٧-٢٦٢)، وأما الحنابلة فقد ذكر ابن تيمية الغرر وأقسامه، القواعد النورانية (ص: ١٧١-١٧٦).

(٢) ينظر: الغرر وأثره على العقود، للغرير (ص: ٥٨٣).

(٣) الاعتصام، للشاطبي (٢/ ٥٤).

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٦٠).

(٥) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٦/ ٤١١).

ظاهر يمكن الاحتراز عنه فأما ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر وذكر أو أنثى وكامل الأعضاء أو ناقصها وكشراء الشاة في ضرعها لبن ونحو ذلك فهذا يصح بيعه بالإجماع"[1].

حاول بعض الفقهاء وضع ضابط يوضّح الغرر المؤثر وغير المؤثر، ومن ذلك ما ذكره الباجي[2]: "فإذا غلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر فهذا الذي لا خلاف في المنع منه، وأما يسير الغرر فإنه لا يؤثر في فساد عقد بيع فإنه لا يكاد يخلو عقد منه، وإنما يختلف العلماء في فساد أعيان العقود لاختلافهما فيما فيه من الغرر، وهل هو من حيز الكثير الذي يمنع الصحة أو من حيز القليل الذي لا يمنعها"[3].

قال ابن رشد: "الذي يكثر فيه الغرر ويغلب عليه حتى يوصف به.....فلا يصح البيع إلا أن يكون سالما من الغرر الكثير، لأن الغرر اليسير الذي لا تنفك البيوع منه"[4].

حاول بعض المعاصرين استنتاج ضابط من كلام الفقهاء، فجعل الغرر المؤثر: هو الغرر الكثير في عقود المعاوضات المالية، إذا كان في المعقود عليه أصالة، ولم تدع للعقد حاجة[5]. والذي يظهر -والله أعلم-

---

(١) المجموع (٩/٢٥٨).

(٢) أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي نسبة إلى باجة الأندلس، له تآليف مشهورة منها: كتاب الاستيفاء في شرح الموطأ وكتاب المنتقى في شرح الموطأ وهو اختصار الاستيفاء ثم اختصر المنتقى في كتاب سماه: الإيماء فلم يرع المنتقى، وكتاب المقتبس من علم مالك بن أنس لم يتم، توفي سنة ٤٩٧هـ. ينظر في ترجمته: ترتيب المدارك، للقاضي عياض (٨/ ١١٧)؛ الديباج المذهب، لابن فرحون (١/ ٢٧٧-٢٨٥).

(٣) المنتقى شرح الموطأ (٥/ ٤١).

(٤) المقدمات الممهدات (٢/ ٧٣، ٧١).

(٥) ينظر: الغرر وأثره على العقود، للضرير (ص: ٥٨٤).

أنه يصعب وضع ضابط معيّن بوقوعه يلزم وقوع الغرر؛ لاختلاف الظروف والأحوال المصاحبة لتكوين العقود، واختلاف النظر فيما إذا كان الغرر مؤثرا أم لا، لكن يمكن أن توضع شروط توضّح الغرر المؤثر في العقد منها:

-أن يكون الغرر ظاهرا، ومنها أن يكون في المعقود عليه أصالة.

- أن يغلب على العقد حتى يوصف به.

- ألا يؤدي إلى نزاع.

- ألا تدعو إليه الحاجة[1].

(١) ذكر بعض هذه الشروط الشيخ الضرير، الغرر وأثره على العقود (ص: ٣٨٥)؛ نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية، لياسين درادكة (١/١٠١-١٠٧)، بتصرف.

المطلب الثالث

أثر الغرر على التوازن في العقود

يتفاوت تأثير الغرر المؤثر على العقود، ففي عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة[1] يبطلها وهذا لا خلاف بين الفقهاء في أصله وإنما يتفاوتون في تطبيقه[2]. فاشتمال العقد على غرر مؤثر يُخِلُّ بتوازنه إخلالا تاما لا يمكن استمرار العقد معه، وأما عقود التبرّعات فقد جرى الخلاف بين الفقهاء -رحمهم الله- في تأثير الغرر فيها:

القول الأول: للحنفية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، أنه يؤثر عندهم الغرر في التبرعات كما في المعاوضات فيشترطون في الهبة كشروط البيع. وإن كان تأثير الغرر عند الحنفية والحنابلة أخف من تأثير الغرر عند الشافعية[6].

القول الثاني: المالكية[7]، لا يرون تأثيرا للغرر على عقود التبرّعات، ووافقهم ابن تيمية[8]، وابن القيم[9].

---

(١) وإن كانا من عقود المعاوضات المالية لكن بينهما بعض الفروق، كالإضافة والتعليق على خلاف بين الفقهاء.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٥)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ٥)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٤٤)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٣٢٥).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ١١٨).

(٤) ينظر: نهاية المحتاج، للرملي (٥/ ٤٠٦)، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي لمنهاج الطالبين (٣/ ١١٠).

(٥) ينظر: المغني، لابن قدامة (٦/ ٤٤)، كشاف القناع، للبهوتي (٤/ ٢٩٨).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ١١٨)، المجموع، للنووي (٩/ ٣٤٠)، كشاف القناع، للبهوتي (٤/ ٢٩٨).

(٧) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٩٧-٩٩)، الفروق، للقرافي (١/ ١٥٠-١٥١).

(٨) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥٥)، القواعد النورانية (ص: ١٧٨).

(٩) ينظر: إعلام الموقعين (٣/ ٨).

فالمذاهب كلها هذا المالكية -ومن وافقهم- يقولون بتأثير الغرر على التبرّعات، لكنهم يتفاوتون في مدى هذا التأثير[1].

والراجح -والله أعلم- تأثير الغرر على عقود التبرعات، لكنه أخف من تأثيره على عقود المعاوضات المالية.

واشتمال العقد على الغرر المؤثر يبطله ولو تراضيا عليه قال القرافي: " كتحريمه تعالى لعقود الربا والغرر والجهالات فإن الله تعالى إنما حرمها صونا لمال العبد عليه وصونا له عن الضياع بعقود الغرر والجهل فلا يحصل المعقود عليه أو يحصل دنيّاً ونزرا حقيرا فيضيع المال فحجر الرب تعالى برحمته على عبده في تضييع ماله الذي هو عونه على أمر دنياه وآخرته ولو رضي العبد بإسقاط حقه في ذلك لم يؤثر رضاه"[2].

وقال ابن القيم: "فليس كل غرر سببا للتحريم، والغرر إذا كان يسيرا، أو لا يمكن الاحتراز منه، لم يكن مانعا من صحة العقد، فإن الغرر الحاصل في أساسات الجدران، وداخل بطون الحيوان، أو آخر الثمار التي بدا صلاح بعضها دون بعض لا يمكن الاحتراز منه، والغرر الذي في دخول الحمام، والشرب من السقاء ونحوه غرر يسير، فهذان النوعان لا يمنعان البيع بخلاف الغرر الكثير الذي يمكن الاحتراز منه، وهو المذكور في الأنواع التي نهى عنها رسول الله ﷺ وما كان مساويا لها لا فرق بينها وبينه، فهذا هو المانع من صحة العقد"[3].

---

(1) وأما الوصية فيغتفر فيها مالا يغتفر عند جميع الفقهاء. ينظر: حاشية ابن عابدين (٦/٦٤٩)، حاشية الدسوقي (٤/٤٣٩-٤٤٠)، المجموع، للنووي (٩/٣٢٨)، المغني، لابن قدامة (٦/١٤٨-١٥٠).

(2) الفروق (١/ ١٤٧) الفرق (٢٣).

(3) زاد المعاد (٥/٧٢٧-٧٢٨).

فمنع الغرر من مقاصد الشريعة المهيمنة الصالحة لكل زمان ومكان، المحقق لمصالح العباد، سواء في المعاوضات، أو التبرعات.

◆ استقراء ابن تيمية لمذاهب الفقهاء في الغرر:

قال ابن تيمية: "وأما الغرر فأشد الناس قولا فيه أبو حنيفة والشافعي، وأما الشافعي فإنه يدخل في هذا الاسم من الأنواع ما لا يدخل غيره من الفقهاء، مثل: الحب والثمر في قشره الذي ليس بصوان، كالباقلاء، والجوز، واللوز في قشره الأخضر، وكالحب في سنبله، وقاس على بيع الغرر جميع العقود من التبرعات والمعاوضات، وأبو حنيفة يجوز بعض ذلك ويجوز من الوكالات والشركات ما لا يجوزه الشافعي، وأما مالك فمذهبه أحسن المذاهب في هذا، فيجوز بيع هذه الأشياء وجميع ما تدعو إليه الحاجة، أو يقل غرره بحيث يحتمل في العقود، وأحمد قريب منه في ذلك"[1].

والاختلال في التوازن في عقود التبرعات أخف من الاختلال في عقود المعاوضات، لكن الاختلال في التبرعات قد يكون من أكثر من جهة، من جهة المتبرَّع به من حيث حكمه وحلّيته وعدمها، كالتبرع بخمر أو لحم خنزير أو غير ذلك، ومن جهة أحكامه المتعلّقة به، كهبة المجهول والمعدوم وغير ذلك، أو من جهة مخالفته للشرع، كما في الجور في العطية.

(١) الفتاوى الكبرى (٤/ ٢١-٢٢)، القواعد النورانية (ص: ١٧٦).

المبحث الثاني

الإكـــــراه

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الإكراه لغة واصطلاحا

الإكراه لغة: الكاف والراء والهاء أصل صحيح واحد، يدل على خلاف الرضا والمحبة[1]. وأكرهته على الأمر إكراها حملته عليه قهرا يقال فعلته كرها بالفتح أي إكراها[2]. والإكراه الإجبار وهو الحمل على فعل الشيء كارها وكراهية بالتخفيف وهي ضد الطواعية والكره بالضم المشقة والكره بالفتح تكليف ما يكره فعله وقيل هما لغتان في المشقة[3].

وأما الإكراه اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في حد الإكراه:

فعند الحنفية: حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته لو خلي ونفسه، فيكون معدماً للرضا لا للاختيار[4].

وعند المالكية: ما فُعِل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه[5].

---

(١) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٥/ ١٧٢) مادة [كره].

(٢) ينظر: المصباح المنير، للفيومي (٢/ ٥٢٢) مادة [ك ر ه].

(٣) ينظر: طلبة الطلبة، للنسفي (ص: ١٦١).

(٤) ينظر: شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني (٢/ ٣٩٠).

(٥) ينظر: عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/ ٥١٩).

وعند الشافعية: هو إلزام الغير بما لا يرضيه[1].

وعند الحنابلة: الحمل على ما أكره عليه من غير اختيار[2].

وهذه التعريفات وغيرها، وإن اختلفت وتنوعت عباراتها، فهي متفقة معنى واعتبارا. والتعريف المختار هو تعريف الحنابلة؛ لأنه لم يتقيد بالأفعال دون الأقوال فهو يشمل الأقوال والأفعال، أما التعريفات الأخرى فاقتصر فيها الإكراه على الأفعال، فقد يقع الإكراه على الأقوال كوقوعه على الأفعال.

(1) ينظر: فتح الباري، لابن حجر (١٢/ ٣١١)، تحفة المحتاج، للرملي (٣/ ٤٢٧).

(2) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم (٤/ ٢٥).

المطلب الثاني

أقسام الإكراه

لقد قسّم الفقهاء الإكراه إلى أقسام، ولكل مذهب تقسيم قد اصطلح عليه وبنى عليه أحكام الإكراه:

■ أقسام الإكراه عند الحنفية: قسّم الحنفية[1] الإكراه على قسمين هما:

أولاً: الإكراه الملجئ أو الكامل، وهو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار كأن يهدد بقتل أو قطع عضو، وحكمه أنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار ويُلجئ الفاعل إلى مباشرة التصرف المطلوب.

ثانياً: الإكراه غير الملجئ أو الناقص، وحكمه أنه يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار كأن يهدده بالضرب أو الحبس وغير ذلك مما لا يفضي إلى إتلاف نفس أو عضو.

ثالثاً: الإكراه المعنوي ويسمّى الإكراه الأدبي.

■ أقسام الإكراه عند المالكية: قسّم المالكية[2] الإكراه إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الإكراه الشرعي: هو الذي تعلق به حق لمخلوق، مثاله عندهم: من حلف بالطلاق على زوجته ألا ينفق عليها فأجبره القاضي على الإنفاق فطلاقه واقع على المذهب لأن الإكراه شرعي، والقسم الثاني: الإكراه غير الشرعي: هو الذي لم يتعلق به حق لمخلوق،

---

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٨/ ٧٠)، واللباب في شرح الكتاب، لزكريا بن محمود الأنصاري (٢/ ٢٨٨).

(٢) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٨٨)، حاشية الدسوقي (٣/ ٣٦٧-٣٦٨).

مثاله عندهم: من حلف بالطلاق أن لا يدخل دار فلان فأكره أو حُمِلَ ليدخلها، فحكمه أن طلاقه لا يقع، والقسم الثالث: الإكراه المعنوي: وهو ما يكون بالوعيد والتهديد. مثاله عندهم: التهديد بقتل الوالد أو الولد وإن سفل كذلك التهديد بإتلاف المال أو أخذه بالقوة والقهر.

■ تقسيم الإكراه عند الشافعية[1] والحنابلة[2]: قسموا الإكراه إلى قسمين:

١ - إكراه بحق، كمن أكره على بيع ماله لوفاء دينه، فإنه يصح ولا تنقطع به نسبة الفعل عن الفاعل، إقامة لرضا الشرع مقام رضاه.

٢ - إكراه بغير حق، وهذا على قسمين: الأول: إكراه على فعل أباح الشارع الإقدام عليه بسبب الإكراه، وحكمه: انقطاع نسبة الفعل عن الفاعل سواء كان قولاً او فعلاً[3]. والقسم الثاني: إكراه على فعل لم يبح الشارع الإقدام عليه بالإكراه، كالإكراه على القتل والزنا، وحكمه: أنه لا تنقطع نسبة الفعل عن الفاعل، فيقتص منه في القتل لمباشرته القتل، ويقام عليه الحد في الزنا[4].

وتقسيم الحنفية ينبع من تفريقهم بين الرضا والاختيار[5]، وهذا التفريق خاص بهم دون المذاهب الأخرى التي لا تفرق بين الرضا والاختيار، ومبنى تقسيم المالكية قائم على أساس هل الإكراه شرعي أم أنه غير شرعي وهذا ما ذُهب إليه هل الإكراه بحق أم بغير حق ولم ينظر

---

(١) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٣٣)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٢٠٦).

(٢) ينظر: المغني، لابن قدامة (٧/ ٢٨٣)، كشاف القناع، للبهوتي (٥/ ٢٣٦).

(٣) ينظر: المغني، لابن قدامة (١٠/ ٣٥١)، وحاشية البجيرمي على شرح المنهج (٤/ ٤).

(٤) ينظر: المحصول، للرازي (٢/ ٢٦٧)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٥/ ٢٨٩).

(٥) سبق بيان فروق الحنفية بين الرضا والاختيار وقول الجمهور في (ص: ٢٦٢).

إلى قدرة المكره ورضاه واختياره، لكن مبنى تقسيم الشافعية والحنابلة يعتمد على النظر إلى قدرة المكره هل سلبت منه فهو ملجأ كالآلة في يد غيره معدوم الرضا والاختيار والإرادة، أم انعدم رضاه وبقيت له قدرة واختيار فهو غير ملجأ[1].

والتقسيم المختار -والله أعلم- هو ما ذهب الشافعية والحنابلة؛ لنظره إلى قدرة المكلّف واعتبارها في الحكم بالإكراه من عدمه، ومع إضافة الإكراه المعنوي الذي أثبته الحنفية والمالكية على أن يعتبر حال المكره باختياره ورضاه وإرادته. وعليه يكون التقسيم المختار: الإكراه الملجئ، والإكراه غير الملجئ، والإكراه المعنوي.

(١) ينظر: أثر الإكراه على المعاملات المالية، رسالة ماجستير مقدمة لقسم الفقه المقارن بجامعة الأزهر بغزة، للباحث/إياد عودة ١٤٢٢هـ، (ص: ٢٤٠٣٦)، وأحكام الإكراه في المعاملات المالية، للدكتور/ محمد المحمد، بحث منشور في مجلة الدراسات الاجتماعية العدد(١٢) عام ٢٠٠١م، (ص: ١٩٢-١٩٣).

المطلب الثالث

أثر الإكراه على التوازن في العقود

الأصل أن العقود تقوم على التراضي بين المتعاقدين، والرضا ركن مهم في العقود، إلا أن الإكراه الاقتصادي[1] يُعَدُّ سببا ظاهرا في اختلال توازن العقود؛ لأنه يعيب الرضا، فيكون العقد مختلا اختلالا تاما لا يمكن معه إتمامه البتة، فالإكراه المعتبر شرعاً يخل بالعقد ويغير آثاره، فلو أكره أحدٌ على عقد بغير حق فإن العقد باطل، ولا تترتب عليه آثاره. والتصرفات الشرعية إما أن تكون إقراراً أو إنشاءً والتصرفات الإنشائية نوعان:

الأول: تصرفات لا تحتمل الفسخ: كالطلاق والنكاح والظهار ونحو ذلك.

الثاني: تصرفات تحتمل الفسخ: كالبيع والشراء والإجارة ونحو ذلك[2].

اختلف الفقهاء في التصرفات التي تحتمل الفسخ على قولين: القول الأول: ذهب الحنفية[3] والمالكية[4] إلى إعطاء المكرَه حق الإجازة

---

(1) الإكراه الاقتصادي": أن الطرف الأقوى اقتصاديا وصاحب القوة على فرض شروط ومزايا يتجبر من خلالها الطرف الآخر الى القبول مضطرا وخصائص الإكراه الاقتصادي هي أن تكون الخشية من القوة الاقتصادي كلما كان هذا حصول المتعاقد قوة الاقتصادي على ميزة فاحشة. التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الجزائر، لعوارة صالي (ص: ٦٧-٦٨).

(2) ينظر: مجمع الأنهر، لشيخي زاده (٢/ ٤٣٥)، رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٦/ ١٣٩).

(3) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ١٨٦)، البحر الرائق، لابن نجيم (٥/ ٢٧٨).

(4) مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٤٨).

والفسخ لتصرفاته المكره عليها وحق الاسترداد. والقول الثاني: ذهب الجمهور إلى إبطال كل تصرفاته، وللمكرَه حق إلزام المكرِه أو نائبه ضمان العين إذا تلفت. فعند الحنفية[1]، [2] أنه إذا أكره شخص على عقد، أو على إقرار، أو على يمين أو غير ذلك لم يلزم المكره شيء. ويرى الشافعية أن المكره عليه إذا كان عقداً، أو حلاً، أو أي تصرف قولي، أو فعلي، لا يصح[3]. ويرى الحنابلة أن التصرفات القولية، تقع باطلة مع الإكراه، واستثنوا من ذلك النكاح، ولم يوقعوا طلاق المكره[4].

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ١٨٩)، تبيين الحقائق، للزيلعي (٥/ ١٨١).
(٢) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ١٠٢)، حاشية الدسوقي (٢/ ٢٦٨).
(٣) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٢٢٢)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٢٩٢).
(٤) ينظر: المغني، لابن قدامة (٧/ ٢٨٢)، الروض المربع، للبهوتي (ص: ٢٧٨).

المبحث الثالث

الضرر[1]

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الضرر لغة واصطلاحا

الضرر لغة: ضره يضره ضرا وضر به وأضر به وضاره مضارة وضرارا بمعنى، والاسم الضرر، والضرر: الضيق[2]. أي لا يضر الرجل أخاه فينقص شيئا من حقه أو مسلكه، وهو ضد النفع. والضرار فعال من الضر أي لا يضار الرجل جاره مجازاة فينقصه ويدخل عليه الضرر في شيء فيجازيه بمثله، فالضرار منهما معا، والضرر فعل واحد[3]. والضُّر: بالفتح شائع في كل ضرر، وبالضم خاص بما في النفس كمرض وهزال[4].

والضرر اصطلاحاً: هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقا[5].

---

(١) وردت مادة (ضرر) ومشتقاتها في القرآن الكريم في أربعة وعشرين موضعا.

(٢) ينظر: لسان العرب، لابن منظور(٤/ ٤٨٢)مادة[ضرر]، القاموس المحيط، للفيروزآبادي (١/ ٤٢٨) مادة [ضر].

(٣) ينظر: تهذيب اللغة، للأزهري (١١/ ٣١٤).

(٤) ينظر: الكليات، للكفوي (ص: ٥٧٨).

(٥) ينظر: الفتح المبين شرح الأربعين، لابن حجر أحمد بن محمد الهيتمي (ص: ٥١٦)، فيض القدير شرح الجامع الصغير، للمناوي (٦/ ٥٥٩)، شرح الموطأ، للزرقاني (٤/ ٤٠).

وقيل: ما قصد الإنسان به منفعة نفسه، وكان فيه ضرر على غيره[1].

وقيل: الضرر خلاف النفع[2].

والتعريف المختار -والله أعلم- هو: "الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعديا أو تعسفا أو إهمالا"[3]؛ لأنه موافق لمراد الشارع الحكيم من تحريم الضرر عامة، وأشمل؛ لأنه مشتمل على جميع حالات الضرر.

(١) ينظر: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، للطرابلسي (ص: ٢١٢)، المنتقى شرح الموطأ، للباجي (٦/ ٤٠)، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، للقاضي عياض (٢/ ٥٧).

(٢) ينظر: أحكام القرآن، لابن العربي (١/ ٨١)، فتح المبين لشرح الأربعين، لابن حجر الهيتمي (ص: ٥١٥)، سبل السلام، للصنعاني (٣/ ٢١٨).

(٣) الضرر في الفقه الإسلامي، لأحمد موافي (١/ ٨٩).

المطلب الثاني

أنواع الضرر الداخلة على العقد

يمكن تنويع الضرر إلى نوعين[1]:

النوع الأول: الإضرار بحق:

كالاقتصاص من القاتل، وإجبار الظالم على رد الحقوق المغتصبة إلى أصحابها، وإقامة الحدود، وجهاد العدو، وقتال البغاة، وقطاع الطريق، ودفع الصائل، والحجر على السفيه، وذبح الحيوان، وغير ذلك مما نصت عليه الشريعة، واستوجبته العقول الصحيحة. وحكم هذا النوع من الإضرار، مشروع بالإجماع، وجائز في العقول الصحيحة؛ لأن هذا النوع من الإضرار، فيه مصلحة عظيمة، ومنفعة كبيرة، وفي تركه مفسدة عظيمة، ومضرة كبيرة، فلولم يكن مشروعا لتعطلت مصالح العباد، ولانتشر الضرر والفساد.

وهذا النوع من الإضرار، لا يدخل في مسمى الضرر، بل هو أقرب للنفع من الضرر؛ لأن اعتبار الأمور يكون بمآلاتها، وما يؤول إليه هذا النوع من الإضرار خير ومنفعة، كقول الرسول ﷺ: "انصر أخاك ظالما أو مظلوما فقال: رجل يا رسول الله أنصره إذا كان مظلوما فرأيت إذا كان ظالما كيف أنصره قال: تحجزه أو تمنعه من الظلم فإن ذلك نصره"[2].

---

(١) ينظر: المنتقى شرح الموطأ، للباجي (٦/٤٠-٤٢)، شرح الزرقاني على الموطأ (٤/٤٧٩)، جامع العلوم والحكم، لابن رجب (٢/٢١٢)، سبل السلام، للصنعاني (٣/٢١٨).

(٢) أخرجه البخاري: كتاب الإكراه، باب يمين الرجل لصاحبه إنه أخوه إذا خاف عليه القتل أو نحوه، ح(٦٩٥٢).

فجعل الأخذ على يد الظالم، ومنعه وحجزه عن الظلم، نصرا له[1]، ولا شك أن النصر لا يسمى ضررا، لأن النبي ﷺ أمر به، وهو لا يأمر بالضرر والشر، فوجب أن يكون هذا النصر نفعا وخيرا، كما لا شك أن منع الظالم يستوجب أذيته وإلحاق الضرر به في الغالب[2].

فالحجر فيه ضرر على المحجور، بيد أن المصلحة في حفظ ماله، وحفظ مال غيره، تربو على هذا الضرر الخاص، فيكون الإضرار به إضرارا بحق.

والنوع الثاني: الإضرار بغير حق:

وذلك مثل قتل النفس التي حرم الله، والظلم، والغصب، والسرقة، والشتم والغيبة، وأكل أموال الناس بالباطل، وأمثال هذه الأمور. وحكم هذا النوع من الإضرار محرم، في كتاب الله، وسنة نبيه ﷺ وإجماع العلماء، وفي العقول الصحيحة.

قال ابن رجب رحمه الله: "وبكل حال فالنبي ﷺ إنما نفى الضرر والضرار بغير حق، فأما إدخال الضرر على أحد يستحقه، إما لكونه تعدى حدود الله فيعاقب بقدر جريمته، أو كونه ظلم نفسه وغيره، فيطلب المظلوم مقابلته بالعدل، فهذا غير مراد قطعا، وإنما المراد إلحاق الضرر بغير حق"[3].

---

(١) ينظر: فتح الباري، لابن حجر (٥/ ٩٨).

(٢) ينظر: قاعدة الضرر يزال وأثرها في المعاملات المالية والفقية، رسالة ماجستير مقدمة لقسم الفقه المقارن بكلية التربية بجامعة الأزهر بغزة، للباحث/ أحمد درويش ١٤٣٣هـ، (ص: ٦٥-٦٦).

(٣) جامع العلوم والحكم، ابن رجب (٢/ ٢١٢).

المطلب الثالث

أثر الضرر على التوازن في العقود

الشريعة جاءت نافية للضرر على المكلف بغير حق، ورفع وقوعه، وجاءت بأحكام تدل على وجوب إزالته بعد وقوعه ورفعه؛ تحقيقا للعدل. وهذه من المصالح التي راعتها الشريعة وكفلتها، فالمصلحة للعباد في جلب النفع لهم ودفع المضرة عنهم، يقول الإمام الشاطبي رحمه الله: "فالأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به، وإيلامه"[1].

فالشريعة مع قيامها من أجل تحقيق مصالح العباد، وحفظ الحقوق الثابتة، إلا أن حفظ هذه الحقوق مقيّد بعدم الضرر، والدليل على ذلك استقراء مصادر الشريعة وموارِدها، والنظر في أدلتها الكليّة والجزئية، ولذا فالشريعة تعتبر الضرر في أحكامها[2].

فالعقود المشتملة على ضرر لا يحتمل، تقع مختلة، سواء كان الضرر في نشأة العقد[3] كالتعاقد على الربا والرشوة والقمار، أو كان في أثناء العقد كأن ينتج من إخلال أحد المتعاقدين وتقصيرهم، أو كان الضرر لظروف قاهرة قدّرها الله كالزلازل والبراكين، أو كان الضرر نتج من كساد للعملة أو تغير لقيمتها، فالشريعة تعتبر ذلك، فالعدل معالجة الضرر إعادةً لتوازن العقد، ودرءً للاختلال وحفظا للحقوق.

---

(١) الموافقات، للشاطبي (٣/٧٨).

(٢) ينظر: الضرر في الفقه الإسلامي، لأحمد موافي (١/ ٩٤-٩٥).

(٣) أكل المال بخلاف قواعد الشرع يعد أكلا بالباطل، وهو في نظر الشرعي ضرر مستوجبٌ للمنع، حتى وإن تراضى المتعاقدان عليه. الضرر في الفقه الإسلامي، لأحمد موافي (١/١٦٨).

المبحث الرابع
الغبن[1]

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول
تعريف الغبن لغة واصطلاحا

تعريف الغبن لغة: الغين والباء والنون كلمة تدل على ضعف واهتضام. يقال غبن الرجل في بيعه، فهو يغبن غبنا، وذلك إذا اهتضم فيه[2].

والغبن في البيع والشراء: الوكس، غبنه يغبنه غبنا هذا الأكثر أي خدعه، وقد غبن فهو مغبون، وغبنت في البيع غبنا إذا غفلت عنه، بيعا كان أو شراء[3].

وتعريف الغبن اصطلاحا: هو النقص في الثمن في البيع

---

(١) بعض العلماء يرى أن الغبن يندرج تحت الغرر، والغرر أعم من الغبن؛ لأن الغبن يكون في شيء لا يستحق قيمته، وهذا غالباً ما يكون فيه نوع مضمة وهو نوع من أنواع الغرر، ولهي النبي ﷺ عن الغرر ولم ينه عن الغبن، أي: ما جاء الأسلوب بالغبن؛ لأنه أخف، وإنما جاء بالتعبير بالغرر؛ لأنه أعم، ومن العلماء من فرق بينهما فالغبن في الثمن، والغرر في المثمن، في السلعة. الغرر جهلٌ بحقيقة الشيء، وفي الغبن جهلٌ بمقاربته، هو يعرف السعر لكن ما يعرف أن هذا سعرها في السوق، أو ليس كذلك، فلذا هذا الفرق بين الغرر والغبن. ينظر: الفروق، للقرافي (٣/٢٦٥-٢٦٦)، الغرر وأثره في العقود، للضرير (ص: ٣٥).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٤/ ٤١١) مادة [غبن].

(٣) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (١٣/ ٣١٠) مادة [غبن].

والشراء[1].

ويصوره القانونيون: أنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه[2].

وقيل: أنه الضرر المالي الذي ينتج عنه عدم التوازن، أو الناتج عن عدم وجود تعادل بين الأداءات التعاقدية، حيث يأخذ أحد الطرفين أقل مما قدمه للطرف الآخر[3]. وهو التعريف الراجح-والله أعلم-؛ لأنه يصف أثر الغرر اللاحق للعقد، وصورة الأثر على المتعاقدين.

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٦/٢٦٩).

(٢) ينظر: نظرية العقد، للسنهوري (١/٤٤٦).

(٣) ينظر: نظرية السبب والعدالة العقدية، لأيمن العشماوي(ص: ١٢٦)، إعادة التوازن العقدي، لعزت صلاح (ص: ٩١).

المطلب الثاني

أقسام الغبن

يقسم الفقهاء الغبن إلى قسمين: إلى فاحش ويسير، واختلفوا في تقديرهما على طريقين:

الأول: جعل تقديره منوطًا بأهل الخبرة والدراية بالمعقود عليه، وتقويمهم إياه. فالغبن اليسير: هو ما يقوم به مقوّم، والغبن الفاحش: هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين.

وقيل: ما لا يتغابن الناس فيه[1].

فذهب الحنفية[2]، والمالكية في الراجح[3]، وهو القول المعتمد عند الشافعية[4]، وقول عند الحنابلة هو الصحيح من المذهب، ونص عليه[5]، إلى أن الدخول تحت التقويم في الجملة من بعض المقومين هو الحد الفاصل بين فاحش الغبن ويسيره[6].

الثاني: ذهب المالكية في قول[7]، وقول عند الحنابلة[8]. إلى أن التمييز بين الفاحش واليسير بتقديرات معينة.

---

(١) ينظر: التعريفات، للجرجاني (ص: ١٦١).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٤٢)، حاشية ابن عابدين (١/ ٢٥١).
(٣) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٤٧٢).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٦/ ٥٤٠).
(٥) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٩٤).
(٦) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٢٧٢) و (٥/ ٢٩)، الكليات، للكفوي (ص: ٢٧١).
(٧) ينظر: منح الجليل شرح مختصر خليل، لعليش (٥/ ٢١٩).
(٨) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٩٤).

والسالكون لهذا الطريق اختلفوا في تحديد التقدير الذي يميز اليسير عن الفاحش، فمنهم من قدره بالثلث، ومنهم من قدره بما زاد عن الثلث، قال بذلك المالكية في قول[1]، ومنهم من قدره بالسدس، وهو قول عند الحنابلة[2].

والراجح -والله أعلم- هو القول الأول بإرجاع الحكم لأهل الدراية والخبرة؛ لأن تقدير الغبن يختلف باختلاف السلع، واختلاف الأحوال؛ ولأن السلع تتغير قيمتها تبعا لظروف مختلفة غلاء ورخصا، وكسادا.

(١) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ١٤٠).

(٢) ينظر: الشرح الكبير، لعبدالرحمن ابن قدامة (٤/٧٩).

المطلب الثالث

أثره على التوازن في العقود

الغبن المؤثر على توازن العقد يقدر وقت تمام العقد فينظر إلى التعادل في هذا الوقت ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك، والغبن يصعب الاحتراز منه فلابد من التسامح في الغبن اليسير فقد اتفقوا على أن الغبن في البيع بما لا يفحش لا يؤثر في صحته[١]. أما الغبن الفاحش فإنه يؤثر على العقد، ويخل بتوازنه، فإذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين غشه ومخادعته، فيقع الاختلال في توازن العقد.

فالغبن الفاحش يؤثر على العقود، لكن الفقهاء اختلفوا من جهة ثبوت الخيار أو الفسخ أو عدمهما على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية في ظاهر الرواية[٢]، والمالكية في المشهور[٣]، والشافعية[٤] إلى أن الغبن الفاحش لا يثبت الخيار، ولا يوجب الرد[٥].

والقول الثاني: ذهب بعض الحنفية[٦]، وبعض المالكية[٧]،

---

(١) ينظر: الإفصاح عن معاني الصحاح، لابن هبيرة (١/ ٢٧٥).
(٢) ينظر: الدر المختار، للحصكفي (ص: ٤٢٦).
(٣) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٤٧٠).
(٤) ينظر: روضة الطالبين، للنووي (٣/ ٤٧٢).
(٥) استثنى الحنفية والمالكية بعض العقود والتصرفات وقالوا بأثر الغبن الفاحش فيها وإن لم يصاحبه تغرير، ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٧/ ١٦٩)، التاج والإكليل، للمواق (٦/ ٣٩٩).
(٦) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٧٩).
(٧) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٤٧٠).

والحنابلة[1]، إلى أن المغبون له الخيار بين إمضاء العقد وفسخه وإن لم يصاحب الغبن تغرير.

والقول الثالث: ذهب بعض الحنفية[2]، إلى إعطاء المغبون الخيار إذا صاحبه تغرير. والراجح -والله أعلم- هو القول بثبوت الخيار للمغبون غبناً يخرج عن العادة؛ لأن فيه ظلم بالطرف الآخر في العقد، والشريعة حرمت الظلم، بل وسعت لمنعه قبل وقوعه، وفيه قطع للتنازع والتخاصم، والغبن الفاحش يتنافى مع النصيحة للمسلمين، قال الغزالي[3]: "ليس له أن يغتنم فرصة وينتهز غفلة صاحب المتاع ويخفي من البائع غلاء السعر أو من المشتري تراجع الأسعار فإن فعل ذلك كان ظالما تاركا للعدل والنصح للمسلمين"[4]. فالمتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، فيجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد، لكن لو وقع التراضي لجاز أن يكون هناك تفاوت بين الأداءات سواء كان التفاوت زيادة أو نقصا؛ لأن نفسه قد طابت بذلك، والحق له ولا يعدوه، وأما لو كان التفاوت ناجما عن خديعة وغش، ففيه ظلم وإضرار، وقد دلّت الأدلة على النهي عن ذلك؛ لأنه من باب أكل أموال الناس بالباطل والغبن في حد ذاته تصرف ضار بالغير والضرر منهي عنه لقول الرسول ﷺ: "لا ضرر

---

(١) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٩٥).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٧٩)، رسالة تنوير التحرير، لابن عابدين (٢/ ٧٠).

(٣) هو أبو حامد محمد بن محمد بن محمد ابن محمد بن أحمد الغزالي الطوسي، الفقيه، المتكلم، له مصنفات مشهورة منها: في الفقه الوسيط والبسيط والوجيز والخلاصة، توفي سنة ٥٠٥هـ. ينظر في ترجمته: طبقات الشافعية، لابن الصلاح (١/ ٢٦٣)، طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي (٦/ ١٩١-٢٨٩) في ترجمة حافلة.

(٤) إحياء علوم الدين (٢/ ٧٩).

ولا ضرار»[1]. لكن أجمع الفقهاء على جواز بيع الشيء النفيس بالثمن الحقير إذا علم[2]. وجمهور أصحاب المذاهب يقررون أنه لا يعتد بالغبن ولو كان فاحشاً إلا إذا صاحبه تغرير أو تدليس[3].

فلا يجزم دائما أن عدم التعادل بين الأداءات يؤدي بالضرورة إلى حدوث اختلال في التوازن العقدي، حتى يقوم مع هذا التفاوت استغلال ضعف المتعاقد، فيظهر الاختلال على توازن العقد، ولا يعتبر كل تفاوت بين الأداءات مظهرا على الاختلال بل لا بد أن يكون التفاوت مؤثرا[4].

(١) سبق تخريجه في ص (٦) حاشية رقم (٣).

(٢) نقل هذا الإجماع في: إكمال المعلم، للقاضي عياض (٥/٥٣٧)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (١١/٢١٢)، سبل السلام، للصنعاني (٤/١١١).

(٣) ينظر: شرح الخرشي على شرح خليل (٥/١٥٢)، نهاية المحتاج، للرملي (٤/ ٧٥)، كشاف القناع، للبهوتي (٤/ ٥٥٧).

(٤) ينظر: التوازن العقدي، لنوماش حوزو(ص: ١٢٥)، إجازة العقد القابل للإبطال، للمغاوري (ص: ١٧٣).

المبحث الخامس

الشروط الفاسدة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

التعريف بالشروط الفاسدة

تعريفها عند الحنفية: اشتراط أمرٍ يؤدي إلى ضرر غير يسير أو اشتراط أمرٍ محظور أو اشتراط ما لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه ولا يلائم مقتضى العقد ولا مما جرى عليه التعامل بين الناس ولا مما ورد في الشرع دليل بجوازه[1].

عند المالكيّة: اشتراط أمرٍ محظور، أو أمرٍ يؤدي إلى ضرر، أو اشتراط ما ينافي مقتضى العقد[2].

عند الشافعية: اشتراط أمرٍ لم يرد في الشرع أو اشتراط أمرٍ يخالف مقتضى العقد أو اشتراط أمرٍ يؤدي إلى جهالة[3].

عند الحنابلة: اشتراط عقدين في عقد أو اشتراط شرطين في عقدٍ

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/١٦٩)، فتح القدير، لابن الهمام (٦/٤٦٠)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٨٦).

(2) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد(٢/ ١٧٨)، التاج والإكليل، للمواق(٦/ ٧٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ٦٥).

(3) ينظر: المهذب، للشيرازي (٢/ ٢٣)، الغرر البهية، لزكريا الأنصاري (٢/ ٤٣٣)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٨٥).

واحد أو اشتراط ما يخالف مقصود العقد[1].

والمختار -والله أعلم- أن الشروط الفاسدة: هي الشروط التي تخالف مقصود الشارع، أو مقصود العقد؛ لأنه يشمل جميع الشروط المؤثرة على العقد، وسبب فسادها. وهو ما رجحه شيخ الإسلام[2].

(١) ينظر: الكافي، لابن قدامة (٢/ ٣٢)، منتهى الإرادات، لابن النجار (٢/ ٢٩١)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ١٩٣).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٣٢)، القواعد النورانية (ص: ٢٦١)، الفتاوى الكبرى (٤/ ٩٠).

المطلب الثاني

أنواع الشروط الفاسدة في العقود

وقسم الفقهاء[1] الشروط الفاسدة إلى قسمين:

الأول: شرط يبطل العقد من أصله، كاشتراط أحدهما على الآخر عقداً آخر، كسلف أي سلم، وقرض[2]. أو كنكاح الشغار، ونكاح المحلل، ونكاح المتعة.

والثاني: فاسد يبطل الشرط ويصح العقد، وهو الشرط المنافي لمقتضى العقد[3] كأن يشترط أن لا خسارة عليه، أو لا يبيع السلعة، أو لا يهبها، أو أن يبيعها على فلان، أو يهبها لفلان، أو أنها لا مهر لها -لا نفقة لها-.

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/١٦٩)، فتح القدير، لابن الهمام (٦/ ٤٦٠)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٢/١٧٨)، منح الجليل، لعليش (٥/٥٩)، المهذب، للشيرازي (٢/٢٢)، جواهر العقود، للمنهاجي (١/ ٥٤)، الشرح الكبير، لعبد الرحمن ابن قدامة (١١/ ٢٢٦)، الإقناع، للحجاوي (٢/١٩٢).

(٢) روضة الطالبين، للنووي (٥/ ٢١٣).

(٣) سبق بحث ذلك في الكلام على الشروط في العقود (ص: ٢٤١).

المطلب الثالث

أثر الشروط الفاسدة[1] على التوازن في العقود

الأصل في الشروط الإباحة مالم تخالف مقصود الشارع، ولم تخالف مقصود العقد، فإذا اشتمل العقد على شرط فاسد، كان الاختلال في التوازن بقدر تأثير الشرط على العقد، فمن الشروط الفاسدة ما يكون الاختلال تاما فلا يمكن توازنه معه، فالعقد يصح لو ترك الشرط، ففساد العقد من وجود هذا الشرط، ومن الشروط الفاسدة ما يكون الاختلال فيه أقل، فلا يبطل العقد وإنما يبطل الشرط نفسه، وهذا لا أثر له على توازن العقد، وإنما يلغو الشرط ويصح العقد.

فالشروط الفاسدة التي لا تفسد العقد، لم يذكر الفقهاء لها ضابطا؛ ويعود ذلك إلى اختلافهم في أصل الشروط أولا، ومن ثَمّ اختلافهم في اعتبار الشرط الفاسد، ومن الأمثلة على الشروط الفاسدة التي تخل بتوازنات العقود، مثلا:

- اشتراط الفائدة في القرض، وهي فائدة ربوية محرّمة، وفيها ظلم كبير للمقترض، وقد أدت هذه الفوائد إلى اختلال في العقد في أكثر من جهة لا من جهة الشرط الفاسد عند إنشائه، ولا من جهة ما آل إليه العقد بعد تراكم هذه الفوائد.

- اشتراط مضاعفة الفائدة عند التأخر عن السداد، فإذا تأخر

---

(١) أما الشروط التي ليس الغرض منها المعاوضة المالية، كالنكاح، والهبة والوصية وغيرها فإن الشرط يفسد، ويصح العقد. ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٣١٨)، العناية، للبابرتي (٦/ ٤٧٥)، تبين الحقائق، للزيلعي (٤/ ١٣١)، نظرية الشرط للشاقلي (ص: ١٨٨)، نظرية الشروط المقترنة، لشعبان (ص: ١١١)، والملكية ونظرية العقد، لأبي زهرة (ص: ٣٧٧).

المدين عن سداد أي دفعة تضاعفت أسعار الفائدة، وهذا شرط ربوي فاسد ساهم مساهمة كبيرة في حدوث اختلال التوازن؛ للعجز عن الوفاء بهذا الشرط.

- اشتراط انتقال العقار المرهون إلى ملك المرتهن في حال عدم الوفاء، وهذا شرط فاسد[1]، إذ جاء قوله ﷺ: "لا يغلق الرهن من صاحبه"[2].

- ومن أظهر الأمثلة على اعتبار الشروط الفاسدة سببا في حصول اختلالات في توازنات العقود ما حصل من أزمة قروض الرهن العقاري في أمريكا، فالقروض العقارية الممنوحة بمعدل فائدة ربوية ومرتبطة بسعر فائدة البنك المركزي، وعلى هذا الأساس ومع الارتفاع المفاجئ لنسب الفوائد في الأسواق المصرفية الأمريكية من ٢٪ إلى حوالي ٥,٧٪، هذا جعل الأسر ضعيفة الملاءة غير قادرة على تحمل أعباء ديونها وتفاقمت الأزمة بحلول النصف الثاني من عام ٢٠٠٧م، حيث توقف عدد كبير من المقترضين عن سداد الأقساط المالية المستحقة عليهم،وازداد عددهم فأدى بأسعار العقارات إلى الانخفاض، فتراجعت أسعار المنازل إلى أقل

---

(١) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٨٨).

(٢) أخرجه ابن ماجه كتاب الرهون باب لا يغلق الرهن برقم (٢٤٤١)، وأخرجه الحاكم في المستدرك من حديث أبي هريرة ﷺ (٢/ ٣١٠)، وابن حبان في صحيحه كتاب: الرهن، (١٢/ ٢٥٣) برقم (٥٩٣٤)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب: الرهن، باب: الرهن غير مضمون، (٦/ ٣٩) برقم (١١٠٠٢)، والدارقطني في سننه كتاب: البيوع (٣/ ٣٦) برقم (١٢٥). قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. قال الأنباني: وجملة القول أنه روي من عدة طرق وليس في هذه الطرق ما يسلم من علة، ولذلك فالبعض تعلمتن لرواية الجماعة الذين أرسلوه أكثر، لاسيما وهم ثقات أثبات، وهو الذي جزم به البيهقي، وتبعه جماعة منهم ابن عبد الهادي، فقال في التنقيح (٣/ ١٩٦): ورواه جماعة من الحفاظ بالإرسال، وهو الصحيح، وأما ابن عبد البر فقد صحح اتصاله، وكذلك عبد الحق، والله أعلم. إرواء الغليل (٥/ ٢٤٣) برقم (١٤٠٦).

من قيمة القروض التي تفترض هذه المنازل كضمانات لها، فلما أرادت المصارف بيع العقارات المرهونة وتخليص الديون التي عجز المقترضون عن الوفاء بها لم تف قيم وأثمان هذه العقارات بشيء بسبب الانخفاض الكبير في الأسعار مما أدى إلى إفلاس المصارف. فزيادة العجز عن التسديد بسبب الفوائد الربوية وإعادة بيع المنازل المرهونة زاد من حدة الانخفاض في أسعار العقارات، إذ تضررت البنوك المختصة في القروض العالية المخاطر، وتأثيرها على أوضاع المقترضين ذوي الدخل المتواضع[1]. فمن خالف شريعة الرحيم الرحمن الذي غايتها تحقيق العدل للمتعاقدين في جميع العقود، سيقع ولا محالة في الاختلال والضرر والهلكة.

(١) ينظر: الأزمة المالية العالمية، أسباب وحلول من منظور إسلامي، (ص: ٩) إعداد مجموعة من الباحثين بمركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ، علاج الأزمة الاقتصادية من وجهة نظر الإسلام، أسامة المهني، بحث مقدم لمؤتمر "الأزمة الاقتصادية -أسبابها وتداعياتها وعلاجها"، في بالأردن(ص: ١٠).

المبحث السادس

الظروف الطارئة[1] على العقد

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

حقيقة الظروف الطارئة

هي كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلال بين المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف[2].

قد يواجه أحد المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد ظرفا طارئا يؤدي إلى

---

(١) الظروف في اللغة: الظرف: الظاء والراء والفاء كلمة كأنها صحيحة. يقولون: هذا وعاء الشيء وظرفه، جمع ظرف، ومن ذلك إطلاق الظرف على المال، أما كلمة الطارئة: فهي مؤنث الطارئ: اسم فاعل من طرأ ومعناها: الناقية. معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (٣/ ٤٧٤) مادة [ظرف]، القاموس المحيط، للفيروز آبادي (١/ ٤٦) مادة[طرأ]. أما الفقهاء فلم يستعملوا هذا المصطلح في مؤلفاتهم وكتبهم. لكن الفقهاء الحنفية تعرضوا لتعريف العذر الطارئ: العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد. ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٨/ ٤٢)، تبيين الحقائق، للزيلعي (٥/ ١٤٥)، وقد جرى استعمال هذا المصطلح عند علماء القانون.

(٢) الوسيط في القانون المدني، للسنهوري (١/ ٧٠٥). هناك تعريفات أخرى لمالها وصف للظروف الطارئة على الجملة دون وضع تعريف ثابت؛ لاختلافهم في اعتبار الظرف الطارئ زمانا ومكانا، لكن هناك تقارب في وصف الظرف الطارئ.

إرهاقه في تنفيذ التزامه، مما يخل بتوازن العقد، فلا بد من رفع هذا الضرر عن هذا المتعاقد، وذلك عن طريق تعديل التزامات الأطراف أو شروط تنفيذ العقد. فتغير الظروف التي أبرم أثناءها العقد أدى إلى جعل تنفيذ التزام أحد الأطراف مرهقا له، بحيث إذا أجبر على تنفيذه تحمل خسارة كبيرة يعدّ ظرفا طارئا على العقد.

المطلب الثاني

أنواع الظروف الطارئة

قد يحصل اختلال في التوازن الاقتصادي في مرحلة تكوين العقد، أي أن العقد لا يتطلب تنفيذه إلى مدة -العقود الفورية- فلا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة؛ لأن طبيعة العقود الفورية تنفذ فور انعقادها، وينقضي الالتزام الناشئ عن العقد، ولكن قد يتوقف تنفيذها لسبب ما، أو يقع الاتفاق على تأجيل تسليم المبيع، أو الثمن من الطرفين، وهذه تعرف بالعقود الفورية المؤجلة التنفيذ[1]. أما إذا حدث في مرحلة لاحقة على تكوين العقد -مرحلة تنفيذ العقد- وذلك بسبب حوادث استثنائية عامة وغير متوقعة، فإن معالجة مثل هذا الاختلال تعيد للعقد توازنه، وذلك بتخفيف المشقة اللاحقة بالمدين إلى حد يستطيع معه تنفيذ التزامه والمضي في العقد.

ومحل إعمال النظرية أن عقدا من العقود طويلة الأجل، أو متراخية التنفيذ، كعقد الإجارة، والمساقاة، والمزارعة، إذا أجل تنفيذها، وعقود التوريد، والمقاولة، وعقود التزام المرافق العامة، أو أي عقد أبرم في ظل الأحوال العادية، فإذا بالظروف الاقتصادية التي كانت أساسا يرتكز عليه توازن العقد وقت تكوينه قد تغيرت بصورة مفاجئة، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا مؤثرا، ويؤدي هذا التغير في الظروف إلى أن يصبح تنفيذ العقد والوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد ليس مستحيلا استحالة تامة ينقضي بها الالتزام، وإنما مرهقا للمدين بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه، أو ينزل به على الأقل خسارة فادحة تخرج عن الحد

---

(١) نظرية الظروف الطارئة، للترمانيني (ص: ١٢٣).

المألوف، فتتدخل النظرية لإزالة الظلم اللاحق بالمدين، ورد التزامات العقد إلى الحد المعقول تحقيقا لمقتضيات العدالة، ورفعا للظلم عن المتعاقدين[١].

ولغرض الوصول إلى تقدير الإرهاق يتم الاعتماد على معيار موضوعي وهو يتعلق بالعقد ذاته وعلى أساسه يتم تحديد الفرق في القيمة بين كل من قيمة الالتزام أثناء التعاقد وقيمته أثناء التنفيذ ووقوع الظرف الطارئ. وهو المعتمد في كل خطوة من خطوات تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ومن ثم البحث حول ما إذا كان الفرق المذكور يصل إلى مستوى الخسارة الفادحة للمدين[٢].

ولا تعتبر الخسارة المادية المألوفة في التعامل من قبيل الإرهاق، فكما يحتمل التعامل التجاري الربح فإنه يحتمل الخسارة أيضاً ما دامت مألوفة ومتوقعة وذلك تطبيقاً لقاعدة (الغرم بالغنم)[٣].

(١) ينظر: الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي، يوسف القلب، المنشور في مجلة كلية الدعوة الإسلامية، بطرابلس ليبيا العدد(١)، ١٩٩١م، (ص: ١٣٦)، النظريات الفقهية، الدوري (ص: ١٤٣).

(٢) ينظر: التوازن العقدي، لدرماش عزوز (ص: ٢٦٢).

(٣) ينظر: المنثور في القواعد الفقهية، للزركشي (٢/ ١٢٠)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ١٣٦).

المطلب الثالث

أثر الظروف الطارئة على التوازن في العقد

تسمية هذه الظروف بالطارئة بهذا الاسم، فيه الدلالة الكافية على معناها، حيث تفترض هذه النظرية أن عقدا يتراخى تنفيذه إلى آجال، وعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيرا فجائيا لم يكن منظوراً وقت إبرام العقد فيصبح الوفاء بالالتزامات الناشئة من العقد لا مستحيلا استحالة تامة ينقضي بها الالتزام كالاستحالة التي تنشأ من القوة القاهرة مثلا، وإنما يصبح مرهقا للمدين بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو ينزل به على الأقل خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف. ولا يجوز للمتعاقد الآخر التمسك بالحق المكتسب بالعقد في طلب تنفيذ الالتزام؛ لأن استعماله لحقه يؤدي إلى تفاوت واضح بين الالتزامات، ما ينشأ عنه إضرارا بالغا بغيره، وإثراء على حسابه، وليس من مقتضى العدل تنفيذ هذا العقد، وإلزام المتعاقد المتضرر به[1].

والأصل في العقد الصحيح واللازم عدم استطاعة أحد العاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة، حيث يكون ملزماً لطرفيه ويجب عليهما الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه، ولا يستطيع أي منهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله إلا باتفاقهما فليس للمتعاقد أن يتحلل من التزام نشأ عن عقد هو طرف فيه، فالعقد شريعة المتعاقدين بمعنى يتضمن التزامات كل من طرفيه، وعليهما تنفيذه بكل ما اشتمل عليه.ومن المفروض أن تتوازن التزامات طرفي العقد من الناحية الاقتصادية في مرحلة تكوين العقد، فإذا

---

(1) ينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، لفتحي الدريني(ص: ١٤٠)، التوازن العقدي، لدرماني عزوز (ص: ٤٠).

ثبت حصول اختلال في تلك الالتزامات فمن هذه المرحلة فإن معالجة مثل هذا الاختلال والآثار الناجمة أو الناشئة عنه أو بسببه وصولاً إلى إزالة الضرر الذي لحق بأحد المتعاقدين[1]. أما إذا حصل اختلال في التوازن الاقتصادي في مرحلة لاحقة على تكوين العقد -مرحلة تنفيذ العقد- وذلك بسبب حوادث استثنائية عامة وغير متوقعة، فالمدين الذي تصيبه بعض التغيرات المفاجئة يخفف التزامه بقدر ما يخفف من المشقة اللاحقة به، أو بسبب التعسف في بعض عناصر العقد.

فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة بإعادة التوازن إلى العقد الذي أدى تغير الظروف إلى اختلال توازن الالتزامات المتقابلة فيه؛ بسبب الظلم وذلك أن العقد وقت إبرامه انعقد على أساس مصالح متوازنة بين طرفيه، فكل طرف في العقد كان يهدف من خلاله إلى تحقيق مصلحة معينة تعاقد من أجلها، غير أن تغير الظروف حال دون ذلك وأدى إلى اختلال توازن تلك المصالح وانعدام المساواة بينهما، بحيث يصبح طرفا الرابطة العقدية بين كاسب وخاسر، مما يؤدي إلى إلحاق خسارة فادحة لأحدهما، في حين يتحقق بالمقابل للطرف الآخر ثراء فاحش على حساب الخاسر.

(١) ينظر: إعادة التوازن العقدي، لعزت صلاح عبدالعزيز (ص: ٢١٩).

المبحث السابع

الشروط التعسفية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعريف الشروط التعسفية[1]

التعسف لغة: العين والسين والفاء كلمات تتقارب ليست تدل على خير إنما هي كالحيرة وقلة البصيرة[2]. والتعسف والاعتساف، والعسف: ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هداية ولا توخي صوب ولا طريق مسلوك[3].

عرفه الدريني: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً"[4].

---

(١) تنقسم الشروط التعسفية إلى نوعين: شروط تعسفية بذاتها وهي التي يظهر فيها التعسف منذ إبرامه بالعقد في مرحلة تكوين العقد، وشروط تعسفية بحكم الاستعمال لا تظهر عند إبرامها بالعقد، وإنما تظهر عند التعليق بالتمسك بحرفيتها، وهذا الفرق بين الشروط الفاسدة والشروط التعسفية، فالشروط الفاسدة يكون محلها عند تكوين العقد، والشروط التعسفية يظهر أثرها عند تعليقها أثناء العقد وبعده. ينظر: تفسير العقد، لعبد الحكيم فودة (ص: ٢٢٩)، التوازن في العقد، لمحمود حفيظ (ص: ٨٥).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٣١١/٤) مادة [عسف].

(٣) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (٢٤٥/٩)، المصباح المنير، للفيومي (٤٠٩/٢) مادة [ع س ف].

(٤) ينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، لفتحي الدريني (ص: ٢١٣).

والشرط التعسفي اصطلاحا: هو الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفية وفقا لما تقتضي به العدالة[1].

(١) ينظر: الشروط التعسفية في العقود، لمحمد بودالي (ص: ٢٠).

المطلب الثاني

أثر الشروط التعسفية على التوازن في العقد

الأصل أن العقود تنشأ بين طرفين متساويين في المراكز؛ ليمكنهما من التراضي على شروط العقد وبنوده بكل حرية تعاقدية، وينتج من ذلك توازن بينهما في الأداءات والحقوق، فإذا انفرد أحدهما بوضع شروط العقد؛ بسبب ما يملكه من نفوذ اقتصادي، أو استغلال لحاجة الطرف الآخر، أو ما يملكه من تمكن وإحاطة بسلعته وبالظروف المتعلقة بالعقد -مهنية واحترافية-، وتكون هذه الشروط مشتملة على بنود مجحفة بحق الطرف الضعيف تتنافى مع العدالة التي تنشدها الشريعة وتقرّها، فلم يعد مبدأ المساواة القانونية قائما على أن يحقق التوازن العقدي في ظل عدم المساواة الفعلية بين طرفي العقد، فأصبحت الشروط التعسفية سبب لاختلال التوازن العقدي، وهي في حقيقتها استثناء على القاعدة العامة، وهي أن العقد يحقق توازنه الذاتي طبقاً لحرية التعاقد والمساواة التي يتمتع بها طرفاه من الناحية القانونية، فغالبا ما تتضمن عقود الإذعان شروطاً كثيرة يقبلها الطرف المذعن قبولاً مرده الثقة وغالبا ما يجهل هذه الشروط[1].

فالشروط التعسفية تكون فيها العلاقة بين المهني الطرف القوي والمستهلك الطرف الضعيف، وأساسها التفاوت الكبير في المراكز القانونية والفنية والتقنية للأطراف، وتعتبر الشروط التعسفية سببا من أسباب اختلال التوازن في العقود.

وليس كل شرط يمليه الطرف القوي يكون تعسفيا، إنما الشرط

---

(١) ينظر: الوسيط في القانون المدني، للسنهوري (١/ ٣٤٧).

التعسفي الذي يميل بالعقد عن جادة التوازن وينافي العدالة ويوقع الاختلال في توازن العقد، إلا أن اعتبار الشرط تعسفيًا أم لا؟ يقتضي إيجاد معيار للحكم على هذا الشرط.

ومن المعايير الحاكمة: معيار الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، وكذا معيار الميزة الفاحشة، إضافة إلى استخدامه لمعيار العدالة[1].

(١) ينظر: التوازن في العقد، للدكتور حفيظ (ص: ٨٦-٨٧).

الفصل الثالث

أبرز أسباب المنازعات الناشئة عن اختلال التوازن في العقود

وفيه أربعة مباحث

المبحث الأول: تلف المعقود عليه. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تلف المعقود عليه قبل القبض.

المطلب الثاني: تلف المعقود عليه بعد القبض.

المبحث الثاني: كساد المال أو تغير قيمته.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: كساد المال.

المطلب الثاني: تغير القيمة الفرائية.

المبحث الثالث: التفاوت بين المتعاقدين في القوة الاقتصادية والمعرفة والمعلومات المتعلقة بالمعقود عليه.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اختلال التوازن الناشئ من التفاوت في القوة الاقتصادية.

المطلب الثاني: اختلال التوازن الناشئ من التفاوت المعرفي بالمعقود عليه.

المبحث الرابع: تعذر إتمام العقد بعد إتمام التعاقد.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعذر إتمام العقد بسبب الظروف الطارئة.

المطلب الثاني: تعذر إتمام العقد بسبب القوة القاهرة.

المبحث الأول

تلف المعقود عليه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تلف المعقود عليه قبل القبض.

وفيه ثلاثة فروع:

تلف المعقود عليه قرينة على اختلال التوازن في محل العقد، وسبب للاختلاف والتنازع، إلا أن هذا الإتلاف يتفاوت بحسب سببه فتارة يكون المتلف هو البائع وتارة المشتري وثالثة يكون بأمر سماوي، ولكل من هذه الحالات نظر لأهل العلم:

الفرع الأول: أثر فوات كل المبيع قبل القبض بآفة سماوية.

■ اختلف الفقهاء إذا تلف كل المبيع قبل قبضه بآفة سماوية على قولين.

القول الأول: ذهب الحنفية[1]، والشافعية[2] والحنابلة في رواية[3]. إلى فسخ البيع، وسقوط الثمن عن المشتري، وضمان المبيع من البائع.

---

(١) ينظر: تحفة الفقهاء، للسمرقندي (٢/ ٥٤)، البناية شرح الهداية، للعيني (٨/ ٢٤٨).

(٢) ينظر: مختصر المزني (ص: ١٧٩)، منهاج الطالبين، للنووي (ص: ١٠٢).

(٣) ينظر: الكافي، لابن قدامة (٢/ ١٩)، المحرر، لأبي البركات ابن تيمية (١/ ٣٢٢).

الأدلة:

١ - قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ۝ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٨-٢٧٩].

وجه الدلالة:

أن قبض المبيع من تمام البيع وأن سقوط القبض يوجب بطلان العقد وذلك لأن الله تعالى لما أسقط قبض الربا أبطل العقد الذي عقداه وأمر بالاقتصار على رأس المال فدل ذلك على أن قبض المبيع من شرائط صحة العقد وأنه متى طرأ على العقد ما يسقطه أوجب ذلك بطلانه[1].

٢ - ما جاء من أحاديث في النهي عن بيع طالم يقبض:

أ - "قال حكيم بن حزام[2] ﷺ ابتعت طعاما من طعام الصدقة فربحت فيه قبل أن أقبضه فأتيت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال لا تبعه حتى تقبضه"[3].

---

(١) ينظر: أحكام القرآن، للجصاص (٢/١٩١).

(٢) حكيم بن حزام بن خويلد القرشي الأسدي، ولد في الكعبة، من مسلمة الفتح، ومن أشراف قريش ووجوهها في الجاهلية والإسلام، وهاش مائة وعشرين سنة، نصفها في الجاهلية، والنصف الآخر في الإسلام، وتوفي سنة ٥٤هـ وقيل ٥٨هـ. ينظر في ترجمته: أسد الغابة، لابن الأثير (٢/٥٨)، الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر (٢/٩٧).

(٣) أخرجه النسائي: كتاب البيوع باب بيع الطعام قبل أن يستوفي ح(٤٦٠٣)، وأخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسند حكيم بن حزام عن النبي ﷺ (٣/٤٠٢) ح(١٥٣٥١) تعليق شعيب الأرناؤوط: حديث صحيح لغيره وهذا إسناد حسن من أجل عبد الله بن حكيمة وهو الهاشمي السعداوي فقد روى عنه جمع وذكره ابن حبان في "الثقات". وصححه الألباني، إرواء الغليل (٥/١٣٢).

ب - وعن ابن عمر - رضي الله تعالى عنهم - قال: "ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لنفسي لقيني رجل فأعطاني به ربحا حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فإذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم"[1].

ت - "أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض قال ابن عباس ﷺ ولا أحسب كل شيء إلا مثله"[2].

وجه الاستدلال:

تدل بمجموعها على عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه، وحكى الخطابي الإجماع على ذلك[3].

٣ - أن هلاك المبيع كله قبل القبض بآفة سماوية ينفسخ به البيع؛ لأنه لو بقي أوجب مطالبة المشتري بالثمن، وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع، وأنه عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلا فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ، وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري، لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل[4].

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٣٥/٥٢٢) برقم (٢١٦٦٨)، وأخرجه أبو داود: كتاب الإجارة: باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ح(٣٤٩٩)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير برقم (٤٧٨٢)، والدارقطني في سننه برقم (٢٨٣١)، والحاكم في المستدرك برقم (٢٢٧١)، وأخرجه البيهقي في سننه برقم (١٠٦٩٢)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه برقم (٤٩٨٤) وصححه، وحسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود برقم (٣٤٩٩).

(٢) أخرجه البخاري: كتاب البيوع باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك ح(٢٠٢٨).

(٣) ينظر: معالم السنن (٣/ ١٢٥).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٢٢٨).

٤ - ولأن المبيع إذا تلف قبل قبضه، فات التسليم المستحق بالعقد فيبطل؛ كما إذا تفرق المتعاقدان في عقد الصرف قبل القبض: حيث يبطل الصرف؛ لفوات التسليم فكذلك هنا[1].

القول الثاني: مذهب المالكية[2]، والمذهب عند الحنابلة[3] وهو التفصيل بين أن يكون المبيع مما يتعلق به حق توفية أو لا: فإن كان مما يتعلق به حق توفية على البائع: كالمكيل، أو الموزون، أو المعدود، أو المذروع، فإن البيع ينفسخ بتلفه، ويسقط الثمن عن المشتري، وضمانه من البائع. أما إن كان المبيع مما لا يتعلق به حق توفية: وهو ما عدا ما ذكر كدابّة، فلا ينفسخ البيع بتلفه، وضمانه من المشتري، ويلزمه الثمن.

أدلتهم:

١ - الأدلة التي وردت في النهي عن بيع الطعام حتى يقبض التي استدل بها أصحاب القول الأول، لكن وجه الدلالة عندهم: تدل بمنطوقها على أنه لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه، وكان الطعام يباع غالبًا كيلا أو وزنًا[4]، فدل على أن ما يتعلّق به حق توفية كالطعام لا يجوز بيعه قبل قبضه، وإذا كان المشتري لا يملك بيعه قبل قبضه، فهو غير داخل في ضمانه، بل هو باقٍ في ضمان البائع[5]، فيكون هلاكه عليه، وينفسخ به العقد.

---

(١) ينظر: الغرر البهية، لزكريا الأنصاري (٣/ ٩)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (٤/ ٣٩٠).
(٢) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٣/ ٢٠١)، شرح مختصر خليل، للخرشي (٥/ ١٦٣).
(٣) ينظر: مختصر الخرقي (ص: ٦٦)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٤٦١).
(٤) ينظر: المبدع شرح المقنع، لإبراهيم بن مفلح (٤/ ١١٦).
(٥) ينظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٣/ ٥٣٨).

يناقش:

إن الاستدلال بمفهوم المخالفة هنا هو من نوع مفهوم اللقب[1]، وهو ليس بحجة، فلا يدل تعليق الحكم هنا باسم الجنس (الطعام) على أن غيره يجوز بيعه قبل قبضه، لو سلمنا حجية مفهوم اللقب، فإن الاستدلال به هنا غير مسلم؛ لأن المسكوت عنه هنا (غير الطعام) أولى بالحكم من المنطوق به (الطعام): فإذا كان النبي ﷺ قد نهى عن بيع الطعام قبل قبضه، والطعام مما يكثر بيعه، وتدعو الحاجة إلى المسامحة فيه، فغيره مما هو دونه في الوقوع ومسيس الحاجة أولى بالنهي[2].

٢ - أن المبيع بكيل، أو وزن، أوعد، أو ذرع، من ضمان بائعه حتى يقبضه مشتريه لتلفه قبل تمام ملك المشتري عليه، فأشبه ما تلف قبل تمام البيع فيكون من ضمان البائع.[3]

يناقش:

القياس على المقبوض قياس مع الفارق؛ فالمقبوض استقر ملك المشتري عليه بقبضه، فلا ينفسخ البيع بتلفه، ويكون ضمانه منه، أما غير المقبوض فلم يستقر عليه ملك المشتري، فينفسخ البيع

---

(١) مفهوم اللقب: درجة من درجات مفهوم المخالفة وهو: تخصيص اسم بحكم، وصورته: إذا علق الحكم باسم جنس، كتخصيص الربويات الستة بتحريم التفاضل، أو اسم علم كقولك: زيد عالم. قلت: فجعل اسم الجنس والعلم من باب مفهوم اللقب، فوأنكره الأكثرون». شرح مختصر الروضة، للطوفي (٢/ ٧٧١-٧٧٢).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٢٢٢) بتصرف.

(٣) ينظر: الكافي، لابن قدامة (٢/ ١٩)، منار السبيل، لابن ضويان (٢/ ٢٢٢)، أثر فوات الحد في المعاملات المالية، رسالة دكتوراه مقدمة لقسم الفقه وأصوله في الجامعة الأردنية، لأحمد أبو سرحان (ص: ٣٤).

بتلفه، ولا يكون ضمانه منه[1].

٣ - وقياسًا على ما إذا أتلف المشتري المبيع وهو في يد البائع قبل قبضه: حيث يكون ضمانه منه، فكذلك إذا تلف بآفة سماوية[2].

يناقش:

بأنه قياس مع الفارق؛ فالمشتري إذا أتلف المبيع صار قابضًا له؛ إذ لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه، وهذا معنى القبض، فيتقرر البيع، ويلزمه الثمن[3].

أما كون المبيع الذي لا يتعلق به حق توفية لا ينفسخ البيع بتلفه، ويكون من ضمان المشتري: فلحديث عائشة أن النبي ﷺ قال: "الخراج بالضمان"[4].

وجه الاستدلال:

يدل الحديث بمنطوقه على أن الخراج بالضمان (أي أن ما يخرج من العين: كل ما خرج من شيء فهو خراجه؛ فخراج الشجرة ثمره، وخراج الحيوان درّه ونسله[5]، يكون لمن عليه ضمانها. وخراج المبيع قبل قبضه من ربح أو نماء للمشتري، فيكون ضمانه عليه[6].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ١٣٧).

(٢) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبدالوهاب (٢/ ٥٤٧).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٢٨٦).

(٤) حديث صحيح سبق تخريجه في ص (١٤٨)-حاشية رقم (٩).

(٥) ينظر: الفائق في غريب الحديث والأثر، للزمخشري (ص ٣٦٥).

(٦) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ٨٥).

يناقش:

من وجهين:

أحدهما: أنه لا دليل فيه لأنه جعل الخراج لمن عليه الضمان وهم عكسوا الأمر فجعلوا الضمان على من له الخراج.

والثاني: أنه يرجع عليهم لأنهم يقولون إنه مضمون على البائع بالقيمة والخراج للمشتري. فلما جاز أن يكون مضموناً على البائع بالقيمة وإن كان الخراج للمشتري فلم جاز أن يكون مضموناً على البائع بالثمن ويكون الخراج للمشتري[1].

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- القول الأول؛ بأن المبيع إذا تلف كله قبل القبض بآفة سماوية فإن البيع ينفسخ، ويسقط الثمن عن المشتري، ويكون ضمان المبيع من البائع؛ وذلك لما ساقه أصحاب هذا القول من أدلة تدل على قولهم، ولما ثبت عن رسول الله ﷺ: "لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق"[2].

فقد بين النبي ﷺ في هذا الحديث الصحيح أنه إذا باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل له أن يأخذ منه شيئاً، ثم بين سبب ذلك وعلته فقال: "بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟". وهذا دلالة على ما ذكره الله في كتابه من تحريم أكل المال بالباطل وأنه إذا تلف المبيع قبل التمكن من قبضه كان أخذ شيء من الثمن أخذ ماله بغير حق بل بالباطل، وقد حرم الله

(1) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ١٣٧).

(2) سبق تخريجه (ص: ١١٣) حاشية رقم (٧).

أكل المال بالباطل لأنه من الظلم المخالف للقسط الذي تقوم به السماء والأرض[1].

وهو المحقق للتوازن في العقد، والعدالة بين أطراف العقد الموافقة لأحكام الشرع، فالمشتري لم يدفع الثمن إلا للحصول على المبيع، وهو متعذر هنا؛ لتلفه، فلو أمضينا العقد، وألزمناه بثمنه، لكان فيه مجافاة ومناقضة لتلك العدالة. سيما وأن تلف المبيع لا يد للمشتري فيه، بل كان بآفة سماوية. كما أن البيع كغيره من العقود شرع لتحقيق مصالح العباد، ويقصده المتعاقدان بغية تحقيق أغراض مشروعة لهما.

(١) ينظر: مجموع الرسائل، لابن تيمية (٥/ ٣١٢).

الفرع الثاني: أثر فوات كل المبيع قبل القبض بفعل المشتري:

إذا أتلف المشتري كل المبيع قبل قبضه بفعله فإن البيع لا ينفسخ بذلك، ويصير قابضًا له بإتلافه، ويلزمه جميع الثمن وهو قول عامة أهل العلم من الحنفية[1]، والمالكية[2] والشافعية[3]، والحنابلة[4]. وذلك لأن المشتري لما أتلف المبيع صار قابضا له أو كالقابض له، فكأنه أتلفه بعد قبضه، وإذا تلفه بعد قبضه يكون قد أتلف ملكه فيستق عليه الثمن[5].

الفرع الثالث: أثر فوات كل المبيع قبل القبض بفعل أجنبي:

ذهب الحنفية[6]، والمالكية[7] والشافعية[8] والحنابلة[9] إلى أنه إذا تلف المبيع قبل القبض بفعل أجنبي فالضمان منه؛ لأنه هو المتلف.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٢٤١)، رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٤/ ٥٦٣).

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ١٥٠)، عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/ ٧٢٢).

(٣) ينظر: المجموع، للنووي (٩/ ٢٢٠)، جواهر العقود، للسهامي (ص: ٢٣).

(٤) ينظر: الشرح الكبير على متن المقنع، لعبدالرحمن ابن قدامة (٤/ ٧٥)، دقائق أولي النهى، للبهوتي (٢/ ٤٠).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٢٢٨)، روضة الطالبين، للنووي (٣/ ٤٩٩-٥٠٠).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٢٢٨)، كنز الدقائق، للنسفي (١/ ٢٢٠).

(٧) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ١٥٠)، عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/ ٧٢٢).

(٨) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ٢٠٩)، المجموع، للنووي (٩/ ٢٢٠).

(٩) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ٨٤)، الفروع، لابن مفلح (٦/ ٢٨٢).

المطلب الثاني

تلف المعقود عليه بعد القبض

اتفق الفقهاء على أن المشتري إذا قبض المبيع فإنه يدخل في ضمانه. فإن تلف المبيع بعد ذلك فلا ينفسخ البيع بتلفه، وعلى المشتري جميع الثمن. وهو قول الحنفية[1]، والمالكية[2] والشافعية[3]، والحنابلة[4]، ولا شيء له إن كان التلف بآفة سماوية، أو بفعله. فإن كان بفعل البائع أو الأجنبي ضمناه للمشتري.

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٢٤١)، البحر الرائق، لابن نجيم (٦/ ١٦).

(٢) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ٧٠)، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٥/ ٢٨٢).

(٣) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٤٥٧)، العزيز شرح الوجيز، للرافعي (٤/ ٢٨٦).

(٤) ينظر: المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن مفلح (٤/ ٧٢)، الإنصاف، للمرداوي (٤/ ٣٨٠).

المبحث الثاني

كساد المال أو تغير قيمته

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

كساد المال[1]

الفرع الأول: تعريف الكساد لغة واصطلاحا:

تعريف الكساد لغة: الكاف والسين والدال أصل صحيح يدل على الشيء الدون لا يرغب فيه. من ذلك: كسد الشيء كسادا فهو كاسد وكسيد[2]. وهو خلاف النفاق ونقيضه، وكسدت السوق تكسد كسادا: لم تنفق، وأكسد القوم: كسدت سوقهم[3].

الكساد اصطلاحا: أن يبطل التداول بنوع من النقود، ويسقط رواجه في البلاد كافة[4]. فتترك المعاملة بها في جميع البلاد، وإن كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل لكنه يتعيب إذا لم يرج في بلدهم فيتخير البائع إن شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته، وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق

---

(1) إحدى مراحل الدورة الاقتصادية، عادة ما تزداد فيها البطالة وتنخفض قيمة الاستثمارات وأرباح الشركات.

(2) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (5/ 180) مادة [كسد].

(3) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (3/ 380) مادة [كسد].

(4) ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، لنزيه حماد (ص: 279).

وإن كان يوجد في يد الصيارفة وفي البيوت[1].

أما الانقطاع: أن يُفقد من أيدي الناس، ولا يتوفر في السوق لمن يريده، ولو كان موجوداً في البيوت أو في أيدي الصيارفة[2].

عرفه الفقهاء بمثل: "عدم وجود مثل الشيء في الأسواق ولو وجد ذلك المثل في البيوت فإنه ما لم يوجد في الأسواق فيعد منقطعًا"[3].

فالكساد ترك الناس التعامل بالنقد سواءً كان النقد قائما موجودًا في أيدي الناس أو لا. وقد تنقطع العملة دون أن تكون كاسدة، وذلك بأن لا توجد في الأسواق، رغم أن الناس لم يتركوا التعامل بها برغبتهم، ولكن واقعة عدم وجودها تفرض عدم التعامل بها. وكذلك، قد تكسد العملة، دون أن تنقطع، بأن يرغب الناس عن التعامل بها، زهدًا بها من أنفسهم، أو تنفيذًا لنهي السلطان عنها. هو ترك التعامل بالنقود في جميع البلاد؛ لأن بطلان النقود وترك التعامل بها في بلد دون غيره لا يسقط عنها وصف الثمنية[4].

ويشترك الكساد والانقطاع، بأن كليهما يعني، أن المعاملات بين الناس تعترضها مشكلات إذا أريد أن يتم تنفيذها بالنقد، إما لعدم توفره في السوق، أو لعدم رغبة الناس به عزوفًا منهم عنه، أو لمنع السلطان التعامل به، رغم وجوده في السوق في الحالتين الأخيرتين. ولم أجد عند

---

(1) ينظر: بذل المجهود في تغير النقود، للتمرتاشي (ص: ٥٩-٦٠)، تنبيه الرقود، لابن عابدين (٢/٥٨).

(2) ينظر: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، لرواس (ص: ٨٧)، درر الحكام، لعلي حيدر المادة [١٤٣] (١/١٢٥)، مجمع الأنهر، لشيخي زاده (٢/ ١٢١)، رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٤/ ٢٢٤)، الخرشي على مختصر خليل (٥/ ٥٥).

(3) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ٩٤٣)، درر الحكام، لعلي حيدر (١/ ١٠٨).

(4) ينظر: التضخم النقدي في الفقه الإسلامي، لخالد المصلح (ص: ٦٠).

غير الحنفية تعريفًا للكساد أو الانقطاع وإن كان كل منهما مذكورًا ومعروفًا عند الفقهاء كلهم[١].

وأما تعريف الكساد لدى الاقتصاديين هو: "أن توقف الجهة المصدرة للنقد التعامل به فتُترك المعاملة في كل الأقطار"[٢].

وألحق بعض الفقهاء التغير الفاحش لقيمة العملة انخفاضًا بالكساد. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "ينبغي للسلطان أن يضرب لهم فلوساً تكون بقيمة العدل في معاملاتهم، من غير ظلم لهم.. فإنه إذا حرم المعاملة بها حتى صارت عرضاً، وضرب لهم فلوساً أخرى: أفسد ما عندهم من الأموال ينقص أسعارها، فيظلمهم فيها، ولظلمهم فيها بصرفها بأغلى سعرها. فإذا اختلفت مقادير الفلوس: صارت ذريعة إلى أن الظلمة يأخذون صغاراً فيصرفونها، وينقلونها إلى بلد آخر، ويخرجون صغارها، فتفسد أموال الناس، وفي السنن عن النبي ﷺ "أنه نهى عن كسر سكة المسلمين الجائزة بينهم، إلا من بأس" فإذا كانت مستوية المقدار بسعر النحاس، ولم يشتر ولي الأمر النحاس، والفلوس الكاسدة ليضربها فلوساً، ويتجر بذلك: حصل بها المقصود من الثمنية"[٣].

فكساد النقود أو انقطاعها يسبب اختلالا في توازن العقود، ويكون سببا في التنازع بين المتعاقدين؛ لأن المتعاقدين قد تفرّقا على ثمن محدد

---

(١) ينظر: كساد النقود وانقطاعها بين الفقه والاقتصاد، أمنير قحف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٩/١١٣٣).

(٢) ينظر: تغيرات النقود والأحكام المتعلقة بها في الفقه الإسلامي، نزيه حماد، مجلة المجمع الفقهي (٣/١٦٦٣)، أحكام النقود الأوراق في الفقه الإسلامي، محمد عبد اللطيف الفرفور مجلة المجمع الفقهي (٥/٣/١٧٦٥).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/٤٦٩).

فكسدت النقود فأصبح الثمن لا يقابل السلعة أو لا يقاربها، فإذا أبرم عقد بنقد بلد من هذه الفلوس أو هذه الدراهم ولم يدفع الثمن حتى بطل التعامل بهذه الفلوس وأصبحت غير رائجة في هذا البلد فإن العقد يختل. فإذا هبطت قيم العملات التي كان يحصل بها الوفاء هبوطاً متفاوتاً، فالضرر الناشئ من هذا الهبوط لا يتحمله أحد العاقدين وحده، وإنما يتحمله الاثنان معاً؛ تحقيقا لمبدأ العدالة، وتحقيق التوازن، فاختلال العلاقات التعاقدية من آثار التضخم النقدي وتفضي إلى الإضرار بالعلاقات التعاقدية السابقة له لاسيما إذا كان التضخم النقدي غير متوقع أو كان معدله مرتفعاً.

فعقود المداينات[1] مثلاً تختل بسبب التضخم النقدي الذي يؤدي إلى انخفاض القيمة الحقيقية[2] للديون المستحقة فيخسر بذلك الدائنون حيث إن الذي يرده المدينون أقل مما أخذوه قيمة، وإن ساواه في العدد، فينشأ بذلك إشكالات كثيرة ومنازعات بين المتعاقدين. وكذلك ما يطرأ من اختلال على العقود المستمرة الممتدة كالإجارة الطويلة[3]، وعقود

---

(١) المداينات لغة: دان الرجل يدين دينا من المداينة، ومداينات جمع مداينة، والمداينة مفاعلة منه؛ لأن أحدهما يرضاه والآخر يلتزمه. اصطلاحاً: هي كل عقد واقع على دين سواء كان بدل مالاً أو بضعاً أو منافع أو دم عمد أو غير ذلك. ينظر: المصباح المنير، للفيومي (ص: ٢٠٥) مادة (دين)، القاموس المحيط، للفيروز آبادي (ص: ١١٩٨) مادة [دين]، أحكام القرآن، لابن العربي (٣٢٧/١)، المبسوط، للسرخسي (٢٠/ ٥١).

(٢) القيمة الحقيقية: هي عبارة عن مقدار السلع والخدمات التي يمكن أن تتبادل بها وحدة النقد في السوق الداخلية، ويقابله ما يسمى بالقيمة الاسمية، وهو القيمة المكتوبة على العملة. آثار التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الاقتصاد الإسلامي، لموسى آدم عيسى (ص: ٢٦).

(٣) الإجارة الطويلة: عقد يقتضي تمليك منفعة مقصودة معلومة بعوض معلوم مدة طويلة عرفاً. ينظر: الإجارة الطويلة والمنتهية بالتمليك في الفقه الإسلامي، لسليمان الخميس، رسالة ـ

المقاولات، والتوريد، وما أشبه ذلك بسبب ارتفاع الأسعار[1].

= ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية (ص: ٤٦)؛ معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، قرواس (ص: ٢١).

(١) ينظر: مبادئ الاقتصاد الكلي، لفايز النصيب (ص: ٤٠٤)؛ تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، لهايل عبد الحفيظ (ص: ٢٠٠-٢٠١)؛ التضخم النقدي، لخالد المصلح (ص: ٩٩).

المطلب الثاني

تغير القيمة الشرائية

• تعريفه باعتباره مركبا إضافيا:

التغير لغة: الغين والياء والراء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على صلاح وإصلاح ومنفعة، والآخر على اختلاف شيئين. فالأول الغيرة، وهي الميرة بها صلاح العيال. يقال غارهم الله - تعالى - بالغيث يغيرهم ويغورهم، أي أصلح شأنهم ونفعهم. والأصل الآخر: قولنا: هذا الشيء غير ذاك، أي هو سواه وخلافه[1].

والمعنى الاصطلاحي يوافق الأصل الثاني.

والقيمة لغة: ثمن الشيء بالتقويم. تقول: تقاوموه فيما بينهم، ويقال: كم قامت ناقتك أي كم بلغت"[2].

والقيمة اصطلاحا: عبارة عن مقدار السلع والخدمات التي تستطيع أن تحصل عليها وحدة النقد في زمن معين"[3].

• تعريفه باعتباره لقبا:

هو عبارة عن مقدار السلع والخدمات التي يمكن أن تتبادل بها وحدة النقد في السوق[4].

قال ابن القيم: "فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات، والثمن هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال، فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً

---

(١) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٤/٤٠٣-٤٠٤) مادة [غير].

(٢) ينظر: لسان العرب (١٢/٥٠٠) مادة [قيم].

(٣) ينظر: مبادئ الاقتصاد الكلي، لسامي خليل (ص: ٦٥٧).

(٤) ينظر: تغير القيمة الشرائية للنقود، هايل عبد الحفيظ يوسف (ص: ١٨١).

لا يرتفع، ولا ينخفض، إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلع لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات، بل الجميع سلع، وحاجة الناس إلى ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة ضرورية عامة، وذلك لا يمكن إلا بسعر تعرف به القيمة، وذلك لا يكون إلا بثمن تقوم به الأشياء، ولا يقوم هو بغيره، إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض، فتفسد معاملات الناس، ويقع الخلف ويشتد الضرر كما رأيت من فساد معاملاتهم، والضرر اللاحق بهم حين اتخذت الفلوس سلعة تعد للربح فعم الضرر وحصل الظلم، ولو جعلت ثمناً واحداً لا يزداد ولا ينقص بل تقوم به الأشياء ولا تقوم هي بغيرها لصلح أمر الناس[1].

فالتغير في قيمة النقد من أبرز المشكلات الاقتصادية التي يتعدى ضررها الأفراد إلى الجماعات، بل وإلى الدول:

فعلى مستوى الأفراد: فتغير القوة الشرائية يلقي بظلاله على تعاملات الأفراد، كالقروض الفردية أو التعاملات بين الأشخاص، والالتزامات بينهم والحقوق لكل منهما، فالتعاملات المالية التي من شأنها أن تكون مؤجلة تؤثر فيها تغير قيمة العملة تأثيرا ظاهرا، كالمهور المؤجلة، والقروض، والعقود الزمنية.

وأما على مستوى الدول: تقوم بخفض قيمة عملتها وفقا لسياسات اقتصادية معينة، أو لتحقيق مقاصد، أو نتيجة لأزمات اقتصادية، وقد تقوم بعض الدول برفع قيمة عملتها فترفعها، وقد تلقي بعض الدول شيئا من عملاتها الرائجة وتستبدلها بنقد آخر تصطلح على التعامل به. مما يترتب عليه آثار خطيرة على مستوى الحقوق والالتزامات واختلالات في توازنات العقود، وهضم لحقوق الناس، وعدم استقرار في العملة،

---

(١) ينظر: إعلام الموقعين (٣/ ١٢٣).

وطروء المنازعات بين المتعاقدين، وكذلك القوة الشرائية لقل فترخص النقود بمقابلة السلع والمنافع والخدمات.

وتغير القيمة الشرائية للنقود من المسائل المهمة؛ لتعلّقها بحياة الناس اليومية، وما يبرمونه من عقود.

فالتوازن في العقود يفترض التعادل والتقارب بين ما يبذله المتعاقد وما يأخذه، إلا أن هذا التغير يؤثر على العقود، فيسبب اختلالا في توازناتها، ويسبب منازعات حول إتمام العقد بمثل ما اتفق عليه وقت العقد ولا عبرة بالتغير[1]، أم بقيمته في حالة الرخص والغلاء[2]، أو يكون اعتبار القيمة في حال التغير الفاحش دون التغير البسيط[3].

---

(١) وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وقال به أكثر المعاصرين وأخذ به مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي والمجمع الفقهي الإسلامي الدولي وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية. ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٢٤٧)، مجموعة رسائل ابن عابدين "رسالة تنبيه الرقود" (٢/ ٦٠)، المدونة، للإمام مالك (٣/ ٥٠-٥١)، البيان والتحصيل، لابن رشد (٦/ ٤٨٧-٤٨٨)، الأم، للشافعي (٣/ ٣٣)، روضة الطالبين، للنووي (٤/ ٣٧)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٤٠)، منتهى الإرادات، لابن النجار (١/ ٣٩٨)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٥٣٥)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥/ ١٨٤٥) قرار رقم (٤)، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ رقم (٤٢)، فتاوى اللجنة الدائمة (١٤/ ١٤٦).

(٢) قال به محمد بن الحسن وأبي يوسف وقال به بعض المعاصرين منهم محمد بن سليمان الأشقر، وصبحي النشمي، وعلي القره داغي، ينظر: مجموعة رسائل ابن عابدين "رسالة تنبيه الرقود" (٢/ ٦٠)، فتاوى قاضي خان، (٢/ ٢٩٤)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الأشقر (٣/ ٨٣٧) والنشمي (٥/ ١٢٥١) والقره داغي (٥/ ١٣٧٦).

(٣) قال به بعض المالكية، وأخذ به بعض المعاصرين منهم: نور الغالي وناجي محمد شفيق صوم، ينظر: حاشية الرهوني (٥/ ١٢٠-١٢١). ويلاحظ عند الرهوني استعمال كلمات الفساد والكساد، والبطلان، والانقطاع دون تمييز لمعانيها عن بعضها البعض، ولا يخرج عن ذلك ما جاء في المعيار المعرب، للونشريسي (٦/ ١٦٣)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٩/ ١٠٨٨)، أحكام تغير قيمة العملة النقدية وأثرها في تسديد القرض، لنور الغالي (ص: ١٢٥).

وتغير قيمة النقود[1] يترك آثاراً عدة منها:

- عدم قيام النقود بوظائفها الأساسية بوصفها وسيطاً للتبادل ومعياراً للقيم على الوجه الأكمل، وبسبب اختلال المركز التعاقدي للمتعاقدين، ويلحق الضرر بالدائنين عند انخفاض قيمة النقود.

- توجه الاستثمار نحو المضاربة في أسواق العملات بدل الإنتاج مما يعيق التنمية والنشاط الإنتاجي[2].

- نقص قيمة النقود يعني زيادة تكاليف المعيشة بنفس النسبة، وهذا يقع على عاتق أصحاب الدخل[3] المحدود؛ لأن التجار في الغالب يعيدون تعويضه على طبقة المستهلكين. ومن ذلك ما ذكر المقريزي[4] أن وقت الغلاء الذي ضرب البلاد سنة ٦٩٥هـ تأثر الفقراء والمساكين وزاد الموت بينهم ولم يكونوا يجدون ما يأكلونه، أما التجار والباعة وأصحاب المصانع فاستفادوا وكثرت أرباحهم[5].

---

(١) تغير قيمة النقود أحكام وآثار ليس هذا محل بسطها. ينظر: مجلة المجمع الفقهي في الدورة الثالثة، والدورة الخامسة، ومن البحوث: تغيرات النقود والأحكام المتعلقة بها في الفقه الإسلامي، لنزيه حماد (٣/ ٧٤٥)، أحكام أوراق النقود والعملات، لمحمد تقي العثماني (٣/ ٧٦٧)، أثر تغير قيمة النقود في الحقوق والالتزامات، لعلي السالوس (٥/ ٢٣٠٦)، تغير قيمة العملة في الفقه الإسلامي، لجميل النشمي (٥/ ١١٥٨)، تذبذب قيمة النقود الورقية وأثره على الحقوق والالتزامات، لعلي القره داغي (٥/ ١٣٥٣).

(٢) ينظر: تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، لهايل عبد الحفيظ، ص١٩٧، بتصرف.

(٣) الدخل: هو الدخل النقدي الذي يتحقق لفرد أو مؤسسة أو مجموعة أفراد خلال فترة من الزمن محددة. موسوعة المصطلحات الاقتصادية والإحصائية، لعبدالعزيز فهمي (ص: ٤٠١).

(٤) أبو العباس تقي الدين أحمد بن علي ويعرف بابن المقريزي، وهي نسبة لعمارة في بعلبك تعرف بعمارة المقاورة، له مصنفات عدة منها: المواعظ والاعتبار في ذكر الخطط والآثار، وعقد جواهر الأسفاط في ملوك مصر والفسطاط، توفي سنة ٨٤٥هـ. ينظر: الضوء اللامع، للسخاوي (٢/ ٢١-٢٤)، شذرات الذهب، لابن العماد (٩/ ٣٧٠-٣٧١).

(٥) ينظر: كشف الغمة للمقريزي، (ص: ٣٦- ٤٢).

المبحث الثالث

التفاوت بين المتعاقدين في القوة الاقتصادية والمعرفة والمعلومات المتعلقة بالمعقود عليه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

اختلال التوازن الناشئ عن التفاوت في القوة الاقتصادية

إن التقدم الذي هيأه الله لعباده في شتى مناحي الحياة، وما صاحبه من نقلة في التعاملات المالية بين المتعاقدين، وازدحام الأسواق بأشكال من منتجات لم تكن معهودة، كتوحيد نماذج وأنماط السلع، والمنتجات وتعقد صناعتها، ووفرة التوزيع وتعدد أساليب التسويق وطرق الإعلان عنها مما يرتب الأثر الفاعل في تطور صيغ العقود ومع هذا التطور الذي سهّل للإنسان حياته وسبل معيشته إلا أن التزايد في الإنتاج أدى إلى تزايد التفاوت الاقتصادي بين منتجي السلع ومستهلكيها، لهذا يتم وضع بعض العقود بصيغة مسبقة بالكامل بواسطة أحد المتعاقدين كما في شركات التأمين، وعقود العمل المتعلقة باستخدامات برامج الحاسوب والانترنت، وعقود المصارف، فأضحت كثير من تعاقدات الناس اليوم من العقود التي يمدها طرف واحد ويضمنها الشروط المحققة لغاياته والمرجحة لمصلحته على مصالح الطرف الضعيف[1]، وهذه العقود المعدة مسبقا يتولى إعدادها

---

(1) يكون الضعف التعاقدي على نوعين: الأول: ضعف ملازم: وهو ضعف المتعاقد لأسباب ـ

مختصون يتمتعون بالتفوق الاقتصادي والكفاءة الفنية حيث تبدو شروطا عادية لا تنال من سلامة الرضا، ولكنها في حقيقتها مجحفة ظالمة لرهق المتعاقد، والذي يترتب عنه من جانب المستهلك عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، فنتج تفاوت ظاهر في القوة الاقتصادية، جعلت الطرف القوي اقتصاديا يفرض شروطه على الطرف الضعيف المحتاج لهذه السلعة دون مناقشة أو مراجعة، وهذا كرّس التفاوت الاقتصادي، ونتج عنه اختلالا في المراكز بين المتعاقدين[1].

وهذا التفاوت بين المتعاقدين في مراكزهما، وإملاء الطرف القوي لما يرجّح كفته ومصلحته نتج عنه نزاعات بين المتعاقدين، والتفاوت في المراكز المالية بينهما أنتج نوعاً من العقود أطلق عليها اصطلاح عقود الإذعان[2] وما قد يدور في فلك تلك العقود من شروط تعسفية أو غير ذلك.

والشريعة أقرت لحماية الطرف الضعيف أحكام منها: تحريم الغش

- غاية، كفسخه في الثمن المثلي، أو المستوى المعرفي، الثاني: فسخ نسبي: أن يكون على علم بموضوع العقد وبما التزم به، لكنه يكون مرغما على قبول الشروط المجحفة، إما لفسخه اقتصاديا، أو لحاجته. التوازن العقدي، لنورماش جزوز (ص: ٨٢).

(١) ينظر: اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، عصمت عبد المجيد، (ص: ١٠٠)، الإيجاب في عقود الإذعان، لطوبة كاظم، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الأول (ص: ٢٧٨).

(٢) الإذعان لغة: أذعن إذعانا انقاد ولم يستعص وناقة مذعان منقادة. أذعن له: خضع، وذل، وأقر، وأسرع في الطاعة، وانقاد. ينظر: المصباح المنير، للفيومي(١/٢٠٨) مادة (ذ ع ن)، القاموس المحيط، للفيروز آبادي (١/١١٩٨) مادة [أذعن]، واصطلاحا: العقد الذي يملي فيه أحد طرفيه شروطه ويقبلها الطرف الآخر دون أن يكون له حق مناقشتها أو تعديلها. ينظر: ضوابط العقود، البعلي (ص: ٢١٤)، نظرية العقد، للسنهوري (١/٢٧٩)، وعقود الإذعان بين التفاوت الاقتصادي بين طرفي العقد ولا تتناول تبيين مفهوم الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية. التوازن العقدي، لنورماش جزوز (ص: ٨٨).

والتدليس والإضرار وخيانة السعر وكتم العيوب، وتحريم الاحتكار، وحثت الشريعة على الصدق في التعامل والبيان والوضوح في كل ما يتصل بالعقد وعلى وجه أخص المعقود عليه؛ لأنه من واجب النصح للمسلمين، وهذه لأحكام تحقق التوازن في العقد وتجنب العقد الاختلال وتقطع سبل التنازع بين المتعاقدين الناشئة من التسوّر على أحكام الشرع ومجانبتها.

وتحقيق هذه الأحكام كفيل بإعادة مبدأ تحقق التوازن بين أطراف العقد، وحماية كلا المتعاقدَين وحفظ حقوقهما، وقطعا لسبل التنازع.

المطلب الثاني

اختلال التوازن الناشئ عن التفاوت المعرفي بالمعقود عليه

إن الشريعة الغراء حاربت مظاهر الاختلال بين المتعاقدين وغيرهم بشرع الأحكام التي من شأنها حماية الحقوق لكلا المتعاقدين وغيرهم، وبالذات الطرف الضعيف في العقد، وأخذت هذه الحماية صوراً متعددة، فالتباين بين المتعاقدين لا شك في وجوده؛ لتباين الملكات والقدرات التي يتفضّل بها على عباده، لكن هذا التفاوت إذا صار سببا لأكل الأموال بالباطل، والتدليس على الناس، وأخذ حقوقهم فقد حمت الشريعة الطرف الضعيف[1] وشرعت من الأحكام ما يحميه في مرحلة ما قبل التعاقد وفي أثناء التعاقد وبعده بل من كمال الشريعة وشمولها لمصالح العباد أن حمت المتعاقدين مما يضر بأبدانهما مما حرمته ولو تراضيا عليه كالسلع الضارة والمفسدة لدينهما وعقلهما ولبدنهما ولطبعهما[2] بل أبعد من ذلك أن حمته حتى وإن اضطر إلى تناول محرم بأن أباحت له قدر الحاجة فلله الحمد على أن هدانا لهذه الشريعة السمحة.

لكن مع التقدم والتطور في المكتشفات العلمية والتكنولوجية، ووجود كم هائل من السلع المعقدة، وظهور شركات عملاقة متعددة

---

(١) تبدو حالة الضعف في مرحلة من مراحل العقد أكثر ظهورا من المراحل الأخرى، فقد يكون عند تكوين العقد في حالة قوة؛ لأن المنافسة كانت متاحة، لكن بعد إبرام العقد يجد نفسه في مركز ضعيف مقابل متعاقد قوي، وقد يكون العكس فينتقل المتعاقد من مركز الضعف إلى القوة، كما في عقد التأمين. ينظر: التوازن العقدي، لدرماش عزوز (ص: ٨٩-٩٠).

(٢) الطبع: الطاء والباء والعين أصل صحيح، يقال: طبعت على الشيء طابعا، ثم يقال على هذا: طبع الإنسان وسجيته. مقاييس اللغة، لابن فارس (٤٣٨/٣) مادة [طبع].

الجنسية[1] أحيانا ذات رؤوس أموال طائلة، وشركات متطورة في التوزيع والتسويق، وظهور وسائل متجددة في آلية التعاقد، أصبح الإلمام بصفات المعقود عليه من الصعوبة بمكان، فظهر التفاوت العلمي في محل العقد، واكب ذلك تطورا في العقود وأكثر تعقيدا من ذي قبل، أصبح بعض المتعاقدين يتفوّق علما ودراية بكل ما يتصل بالعقد مما يسبب تفاوتا بين المتعاقدين في المراكز، وهذا التفاوت بين المتعاقدين-الطرف القوي والطرف الضعيف- ألقى بظلاله على العلاقة التعاقدية فنشأ ما يسمى بالعقود النموذجية[2] ولّد ذلك انعداما للتفاوض والمساكسة بين المتعاقدين[3].

وهذا التفاوت يسبب نزاعا بين المتعاقدين، لاسيّما إن كان الطرف القوي غير متحلّي بالصدق والأمانة وحسن النية، ولم يبين الطرف القوي المعلومات التي تهم المتعاقد الآخر المتعلقة بالسلعة، ونتيجة لهذا التفاوت وما صاحبه من اختلال في توازن العقد، كان لا بد من ظهور

---

(١) الشركة المتعددة الجنسية: شركات ضخمة تقوم بدور مهم في التجارة الدولية وتمارس أنشطتها في أكثر من دولة من طريق وحدات مستقلة تنتشر في الدول تسمى 'شركات وليدة' وتقع على رأس هذه المشروعات شركة كبيرة تتبعها هذه الشركات الوليدة تسمى 'الشركة الأم'. شركة المساهمة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، لفتحي زناكي (ص: ٩٦).

(٢) العقود النموذجية: إعداد واعتماد صيغ ثابتة لعقود من حيث الأركان والشروط بحيث تمثل هذه الصيغ أنماطًا محددة ولا يخلط بين العقد النموذجي وعقود الإذعان، فالعقد النموذجي ليس بالضرورة من عقود الإذعان، لأنه لم يعد عقد الإذعان اليوم محصورا في العقود التي يكون أحد الطرفين فيها محتكرا لسلعة أو خدمة ضرورية، وإنما يتسع ليشمل كل حالة يتم فيها إعداد شروط العقد من قبل أحد الطرفين بشكل مسبق ويتم إبرام العقد على أساسها على نحو متكرر مع كل من يريد التعاقد مع هذا الطرف. التوازن في العقد، لمحمود حفيظ (ص: ٥٠).

(٣) ينظر: حماية المستهلك، للشرباصي (ص: ١٧٩)، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك، لبخة حفيظة، رسالة ماجستير مقدمة لقسم القانون الخاص بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أكلي محند أولحاج بالجزائر ٢٠١٢م (ص: ١٦-١٧).

الالتزام بالإعلام[1] كآلية أساسية لتحقيق التوازن العقدي، من خلال إعادة المساواة في العلم بين الطرفين المقبلين على التعاقد، على نحو يستطيع فيه الطرف الضعيف، الوقوف على مدى ملاءمة العقد لتطلعاته ورغباته[2]. غير أنه لا يكفي توافر التسلّط الاقتصادي للقول بعدم توازن العقد بل يجب فوق ذلك ممارسته وتحركه نحو الإخلال التعاقدي للقول بعدم التوازن[3].

(١) يقصد به: التزام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، ويتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك". حماية المستهلك، لعبد المنعم موسى (ص: ٢٧٦).

(٢) ينظر: التوازن العقدي، لدرماش عزوز (ص: ١٩٤).

(٣) ينظر: التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، لمحمد محي الدين سليم (ص: ١٥).

المبحث الرابع

تعذر إتمام العقد بعد إتمام التعاقد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعذر إتمام العقد بسبب الظروف الطارئة

الظرف الطارئ: هي كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلال بين المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف[1].

ونظرية الظروف الطارئة تفترض وجود عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل وعندما يحل أجل التنفيذ تتغير الظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه، تغيراً فجائياً لحادث لم يكن في تقدير المتعاقدين حدوثه أثناء إنشاء العقد فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً مؤثراً بحيث يصبح تنفيذ المدين للعقد يؤدي بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف. وطبقاً لهذه النظرية فإن التزام المدين لا ينقضي، لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة بل يتوجب إزالة الإرهاق الذي نشأ بسبب الظرف الطارئ أو تخفيفه إلى حد معقول.

---

(١) ينظر: الوسيط في القانون المدني، للسنهوري (١/ ٧٠٥).

فهذه الظروف التي تعرض للعقد تجعل تنفيذ الالتزام يشق على المدين مشقة لا يحتملها، ولم يكن عنده علم بها أثناء إنشاء العقد، فيختل توازن العقد اختلالا بيّنا، فيتضرر المدين بهذه الظروف، والشريعة لا تُقِرُّ هذا الاختلال؛ رفعا للضرر عن أحد المتعاقدين الناشئ بسبب تغير ظروف تنفيذ العقد، قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦].

وثبت عن الرسول ﷺ قوله: "لا ضرر ولا ضرار"[1].

وقوله ﷺ: "إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بمَ تأخذ مال أخيك بغير حق"[2].

ولما كان الثابت في الشريعة الإجماع على إزالة الضرر ورفع الضيق والحرج عن المتعاقد، وحيث أن الظروف الطارئة قد تؤدي إلى إرهاق المدين، وتسبب تنازعا بين المتعاقدين، إذ المدين لا يستطيع تنفيذ ما التزم به والدائن يطالبه بالتنفيذ، فجاءت هذه النظرية لتخفف الخسارة على المدين وتعيد التوازن للعقد، فتوزع التبعة بينهما.

ففي إعمال هذه النظرية إعمالاً لمبادئ العدالة وتحقيقا للتوازن بين المتعاقدين في الحقوق والالتزامات طوال مدة العقد عند التطبيق العملي للالتزامات العقدية، وما أمر به الشرع من إزالة الضرر عن المدين إذا ما عجز عن المضي في موجب العقد بسبب الحادث الطارئ الذي لم يتوقعه عند إبرامه، معالجة الكثير من الآثار الضارة التي قد تلحق بطرفي العقد نتيجة لتغير الظروف.

---

(١) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ٥) في حاشية رقم (٣).

(٢) سبق تخريجه في (ص: ١١٣) حاشية رقم (٧).

وعليه فإن نظرية الظروف الطارئة تهدف إلى تعديل الالتزامات العقدية على نحو يحقق العدالة بين المتعاقدين؛ لأن مبنى النظرية يقوم على إزالة الضرر الناتج من جراء إمضاء العقد على مقتضاه، نتيجة ظرف لم يكن متوقعاً، ولم يتسبب به أحد العاقدين، وتهدف هذه النظرية لقطع سبل التنازع.

المطلب الثاني

تعذر إتمام العقد بسبب القوة القاهرة[1]

يُقصد بالقوة القاهرة التي تعرض للعقود: هي الحادث المفاجئ الذي يجعل تنفيذ العقد مستحيلا[2].

فإذا كانت القوة القاهرة السبب الوحيد في وقوع الضرر؛ فإنها تؤدي إلى نفي المسؤولية عن المدين، وذلك لأنها أدت إلى انقطاع علاقة السببية بين فعل المدين وبين الضرر، فإذا انعدمت الرابطة السببية انتفت المسؤولية لانعدام ركن من أركانها، والسببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية وهي ركن مستقل[3].

والقوة القاهرة التي تحول بين إجراء التعاقد وتنفيذه تارة تكون بما يقع من كوارث عامة كالزلازل والبراكين والعواصف وغيرها، وتارة تكون بفعل البشر كفعل السلطة، كإصدار قرارا يمنع إتمام ما تم التعاقد عليه أو بعض أجزائه، أو كإلغاء العقد.

ولطروء هذه القوة القاهرة تبعات وآثار تلحق بالعقد المبرم بين

---

(١) الظروف الطارئة والقوة القاهرة لا يمكن توقعها ولا يستطاع دفعها، إلا أنهما يختلفان من حيث أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ويقضي به، الالتزام وأما الظروف الطارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا يعود بخسارة على المدين. ينظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنهوري (٦/ ٢٠ وما بعدها)، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية، للغنايم (ص: ٣٠٣)، مصادر الالتزام، لأنور سلطان (ص: ٢٢٩).

(٢) ينظر: الوسيط، للسنهوري (١/٨٧٨).

(٣) مقال بعنوان "الخطأ والضرر والرابطة السببية في المسؤولية من الفعل الشخصي كأساس للتعويض (التضمين)"، فارس حامد عبدالكريم.
http://www.ahnaf.net/articles.asp?id=36814.

المتعاقدين لجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا والتي تنتج عنها مجموعة من الآثار منها:

- استحالة تنفيذ الالتزام.

- الإعفاء من المسؤولية العقدية؛ لأن المدين يتعذر عليه الوفاء بما التزم به لأسباب خارجة عن إرادته، فإذا كانت القوة القاهرة هي السبب في وقوع الضرر فإن علاقة السببية بين الخطأ والضرر تكون مفقودة فلا تتحقق المسؤولية، أما إذا اشتركت القوة القاهرة مع خطأ المدعى عليه في إحداث الضرر كان المدعى عليه مسؤولا مسؤولية كاملة، لأن خطأه هو الذي يعتبر السبب في وقوع الضرر[1].

فإذا وقعت القوة القاهرة أحالت تنفيذ العقد، واختل العقد اختلال لا يمكن معه إتمام العقد، ولا يمكن تعديل العقد لضمان استمراره، فثبوت وقوع الظرف القاهر على العقود متراخية التنفيذ يفقدها توازنها، والمطالبة بتنفيذ العقد إضرار، والشرع جاء لإزالة الضرر ورفعه.

(١) ينظر: نظرية العقد، للسنهوري (٢/ ٩٦٠-٩٦١).

الباب الثالث

إعادة التوازن العقدي

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: وسائل حماية الشريعة للعقود من الاختلال والقواعد المتعلقة بحماية العقود من الاختلال .

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: وسائل حماية الشريعة الإسلامية للعقود من الاختلال.

المبحث الثاني: القواعد الأصولية والفقهية المتعلقة بحماية الشريعة للعقود من الاختلال.

الفصل الثاني: السياسة النقدية في حفظ توازن العقود وحمايتها من الاختلال .

وفيه تمهيد ومبحثان:

التمهيد.

المبحث الأول: وسائل السياسة النقدية في المصرف المركزي "مؤسسة النقد" في حفظ توازن العقود وحمايتها من الاختلال.

المبحث الثاني: وسائل السياسة النقدية في البنوك التجارية لحفظ توازن عقودها وحمايتها من الاختلال.

الفصل الثالث: تصحيح الاختلال في توازن العقد.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: طريق الصفقة.

المبحث الثاني: التحول في العقود.

الفصل الرابع: إعادة التوازن في العقد بعد الاختلال.

الفصل الأول

وسائل حماية الشريعة للعقود من الاختلال والقواعد المتعلقة بحماية العقود من الاختلال

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: وسائل حماية الشريعة الإسلامية للعقود من الاختلال .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: وسائل حماية الشريعة للعقود من الاختلال في التوازن عند إنشائها.

المطلب الثاني: وسائل حماية الشريعة للعقود من الاختلال في التوازن أثناء تنفيذ العقد.

المطلب الثالث: وسائل حماية الشريعة للعقود من الاختلال في التوازن بعد العقد.

المبحث الثاني: القواعد الأصولية والفقهية المتعلقة بحماية الشريعة للعقود من الاختلال .

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: القواعد الأصولية المتعلقة بحماية العقود من الاختلال.

المطلب الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بحماية العقود من الاختلال.

المبحث الأول

وسائل حماية الشريعة الإسلامية للعقود من الاختلال

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

وسائل حماية الشريعة للعقود من الاختلال في التوازن عند إنشائها

إن من أعظم مقاصد الشريعة تحقيق العدل في شؤون العباد، ومن ذلك تحقيق العدل في باب المعاملات التي لا تقوم مصالح العباد الضرورية والحاجية والتحسينية إلا بوجودها، فالمتعاقدان عند إبرام العقد، أوجبت الشريعة أن يكونا متراضيين، وأوجبت أهليتهما -أهلية الأداء-، وأوجبت أن يشتمل العقد على الإيجاب والقبول متوافقين في جميع الوجوه؛ ليثمر التراضي قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]. فالرضا مناط العقود المالية، وبدونه لا تحل أموال الناس، وهو الأصل الذي تبنى عليه العقود المالية اتباع التراضي[1].

وحرّمت الشريعة الربا قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. فالمقصود من إباحة البيع وتحريم الربا، تحقيق العدل ونفي الظلم، والربا فيه ظلم محقق، وعليه فالتوازن وسيلة لتحقيق التعادل بين

(١) ينظر: تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني (ص: ١٤٣).

المتعاقدين، فيما التزماه من حقوق والتزامات، ونفي للظلم بينهما، والربا متحقق فيه الظلم، والتوازن نفيه عن العقود، ووجوده اختلال للتوازن يبيّن ذلك قوله تعالى ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩]. فأثبت الله سبحانه الحقوق أمراً بأدائها، ونفي المظالم نهياً لارتكابها[1]. وقول الرسول ﷺ: "من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة فقال له رجل وإن كان شيئا يسيرا يا رسول الله قال وإن قضيبا من أراك"[2].

فهذه الأدلة متضافرة على تحريم الظلم والمنع منه، وبخس الناس حقوقهم، والمحافظة على حقوق المتعاقدين هو التوازن المراد تحقيقه في العقد. وكذلك النهي عن الغش والخداع والكتمان والكذب: قال الرسول ﷺ: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما عسى أن يربحا ربحا ويمحقا بركة بيعهما"[3].

ومن الأدلة أن الرسول ﷺ: "مر على صُبْرَة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال: ما هذا يا صاحب الطعام قال أصابته السماء يا رسول الله قال أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس من غش فليس مني"[4].

وقد أحل الله تعالى المعاملات التي ليس فيها ضرر، ولم تخالف أحكام الشريعة، وحرم ما فيه ضرر قال الرسول ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"[5].

---

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٣/ ٣٦٥).
(٢) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ٦٣) حاشية رقم (٥).
(٣) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ٦٤) حاشية رقم (١).
(٤) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ٦٤) حاشية رقم (٣).
(٥) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ٥) حاشية رقم (٣).

والأصل أن بيع الغرر باطل، والمراد بالغرر الذي يبطل العقود ما كان ظاهراً يمكن الاحتراز عنه، وأما ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر وذكر أو أنثى وكامل الأعضاء أو ناقصها وكشراء الشاة في ضرعها لبن ونحو ذلك فهذا يصح بيعه بالإجماع[1]. والغرر إنما نهي عنه لما فيه من أكل أموال الناس بالباطل، وقطعاً للمخصومة والنزاع بين الناس[2].

وقد وردت نصوص في النهي عن بعض البيوع لما فيها من الغرر أو تؤول إلى الغرر، والجهالة والغرر سبب لفقد الرضا، ويفقد الرضا يفقد العقد توازنه ويختل، اختلالاً كليًا، وكذلك النهي عن تلقي الركبان قال الرسول ﷺ: "لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد"[3]. وأقرت الخيارات فالخيارات ثبتت لدفع الضرر قبل وقوعه، فخيار الشرط مثلا شُرع لدفع الضرر الناشئ عن التغرير، أو الخديعة، أو التدليس، ونهت الشريعة عن بخس الناس حقوقهم ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾ [الأعراف: ٨٥]. أي: ولا تظلموا الناس حقوقهم ولا تنقصوهم إياها[4]. فالشريعة تسعى إلى إقامة العدل الذي يحفظ لكلٍّ حقه بغير نقصان ولا بخس. فهذه الأحكام شرعت حماية للعقد عند تكوينه من الاختلال؛ ليكون متوازنا.

(١) ينظر: المجموع شرح المهذب، للنووي (٩/٢٥٨).
(٢) ينظر: معالم السنن، للخطابي (٥/٧٧)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/٩٩-١٠٠).
(٣) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ١٣٠) حاشية رقم (٣).
(٤) ينظر: جامع البيان، للطبري (١٠/٣١١).

المطلب الثاني

وسائل حماية الشريعة للعقود من الاختلال في التوازن أثناء تنفيذ العقد

من الوسائل التي أقرّتها الشريعة حماية من الاختلال وجوب الوفاء بما التزم تنفيذه على الوجه الذي اتفقا عليه عند إنشاء العقد قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]. قال الحسن البصري: "يعني بذلك عقود الدين وهي ما عقده المرء على نفسه، من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك وتحرير وعتق وتدبير وغير ذلك من الأمور، ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة"[(١)].

وأقرت وضع الجوائح قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق"[(٢)]. وأمر النبي ﷺ "بوضع الجوائح"[(٣)].

ولو تعرض العقد إلى ظروف إما تجعل تنفيذه مستحيلا كما في الظروف القاهرة، أو تجعل تنفيذه يُحمِّل المدين خسارة تشق عليه، فهذه الظروف التي تعرض للعقد تجعل تنفيذ الالتزام يشق على المدين مشقة لا يحتملها، ولم يكن عنده علم بها أثناء إنشاء العقد، فيختل توازن العقد اختلالا بيّنا، فيتضرر المدين بهذه الظروف، والشريعة لا تُقِرُّ هذا الاختلال؛ رفعا للضرر عن أحد المتعاقدين الناشئ بسبب تغير ظروف

---

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٦/ ٢٢).

(٢) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ١١٣) حاشية رقم (٧).

(٣) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ١١٣) حاشية رقم (٨).

تنفيذ العقد، قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة: ٢٨٦].

فالمقصود تعديل الالتزامات العقدية على نحو يحقق العدالة بين المتعاقدين، ويعيد للعقد توازنه.

المطلب الثالث

وسائل حماية الشريعة للعقود من الاختلال في التوازن بعد العقد

ومن الأحكام التي أقرتها الشريعة حماية للعقد من اختلال توازنه بعد عقده:

تحريم الاحتكار قال الرسول ﷺ: "من احتكر فهو خاطئ"[1]. ولذا فقد أجمع العلماء[2] على أنه لو احتكر إنسان شيئا، واضطرَّ الناس إليه، ولم يجدوا غيره، أُجبِر على بيعه دفعا للضرر عن الناس، وتعاونا على حصول العيش[3].

وكذلك من الأحكام إقرار الحجر ومن ذلك أن النبي ﷺ حجر على معاذ وباع ماله في دين كان عليه وقسمه بين غرمائه، فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم، فقال لهم النبي ﷺ: "ليس لكم إلا ذلك"[4].

وكذلك أُقِرّت الشفعة بعد العقد دفعا للضرر اللاحق بالجار فالضرر الذي يلحق بالشريك، الذي يشكل اختلالا في التوازن؛ فالتوازن في العقود يقتضي أن ينتفي الضرر والإضرار عن المتعاقدين، وعن من يؤثر العقد عليه من الغير، الذي يترتب على العقد إضرار به.

ومن ذلك قول الرسول ﷺ: "الجار أحق بسقبه"[5]. "قضى رسول

---

(١) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ١٧٨) حاشية رقم (٢).

(٢) حكاه النووي في المنهاج شرح مسلم بن الحجاج (١١/ ٣٦)، وابن حجر الهيتمي في تحفة المحتاج، (٤/ ٤٥٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٢٩)، مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٨٨)، أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٢/ ٣٨)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٤١).

(٤) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ١٤٨) حاشية رقم (٣).

(٥) حديث مرسل صحيح سبق تخريجه (ص: ١٤٤) حاشية رقم (٣).

الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»[1]. وأجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط[2].

ومن أوجه حماية الشريعة للتوازن بعد العقد، حماية الدائن من الخطأ والغلط[3] في تنفيذ ما اتفق عليه، بل للقاضي إلزام المدين بتعديل العقد، ومعالجة الخطأ، أو يلزمه بالتعويض عنه.

والنهي عن بيع النجش يمنع اختلال توازن العقد، لأن بيع النجش فيه مضرة على الناس وإفساد لمعايشهم وفيه فساد وغرور، وهو موقوف على الإجازة.

وهذه الأحكام من كمال الشريعة وشموليتها لما يقيم مصالح الناس في الدنيا والآخرة على قدم العدل، فتحقيق العدل من مرادات الشريعة العظيمة، وما هذه الأحكام التي أقرت العدل ومنعت الظلم ورفعته إلا كان ثمرتها تحقيق التوازن في العقد، ورفعا للاختلال عنه.

---

(١) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ١٦٩) حاشية رقم (٥).

(٢) ينظر: الإجماع، لابن المنذر (ص: ١٣٦)، التمهيد، لابن عبد البر (٧/ ٤٦)، المقدمات الممهدات، لابن رشد (٢/ ٦٦)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ٤٠)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (١١/ ٤٥)، فتح الباري، لابن حجر (٤/ ٤٣٦)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٣٢٩).

(٣) الغلط لغة: الغين واللام والطاء كلمة واحدة، وهي الغلط: خلاف الإصابة، وغلط أخطأ وجه الصواب، والتسمية بالغلط أشار إليها النووي في الشرح الكبير، والدسوقي في حاشيته عليه، واصطلاحا: عرّفه الزرقا: بأنه توهم يتصور الواقع واقعا فيعمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا الوهم لما أقدم عليه. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس(٤/ ٣٩٠) مادة[غلط]، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٣/ ١٣٩)، المدخل الفقهي العام(١/ ٤٩١)، الملكية ونظرية العقد، لمحمد أبو زهرة (ص: ٣٩٢)، إجازة العقد القابل للإبطال، لمحمدي المنياوي (ص: ١٩٦).

المبحث الثاني

القواعد الأصولية والفقهية[1] المتعلقة بحماية الشريعة للعقود من الاختلال

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

القواعد الأصولية[2] المتعلقة بحماية العقود من الاختلال

---

(١) ميّز الإمام القرافي بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية، قال: "فإن الشريعة المعظمة المحمدية -زاد الله تعالى منارها شرفًا وعلوًا- اشتملت على أصول وفروع؛ وأصولها قسمان: أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة من الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح نحو: الأمر للوجوب والنهي للتحريم، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك. والقسم الثاني: قواعد فقهية كلية، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر شيء منها في أصول الفقه، وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال، فبقي تفصيله لم يتحصل". الفروق، للقرافي (١/ ٢-٣)، وينظر في تفصيل الفروق بينهما: موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو (١/ ٢٥-٢٨)، والمفصل في القواعد الفقهية، ليعقوب الباحسين (ص: ٤٣-٥٠).

(٢) القواعد الأصولية: لم يتطرق الفقهاء المتقدمين لتعريف القواعد الأصولية باعتبارها علما على نوع معين من القواعد، وقد ذكر المعاصرون تعريفات عدة: تعريف أيمن البدارين، نظرية التقعيد الأصولي (ص: ٥٩)، وتعريف الشوابكة، القواعد الأصولية تأصيل وتطبيق (ص: ٢٥)، والطيب السنوسي، الاستقراء وأثره في القواعد الأصولية والفقهية (ص: ٤٢٠)، ومحمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الكلية في الشريعة الإسلامية (ص: ٢٧)، ومن أجمعها -والله أعلم- أنها: قضايا كلية يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة". القواعد الأصولية عند ابن تيمية وتطبيقاتها في المعاملات التقليدية والاقتصادات المعاصرة، لمحمد بن الله بن الصالح الهاشمي (ص: ٢٥٢)، وتعرف القاعدة الفقهية: حكم كلي ينطبق على جزئياته ليتعرف أحكامها منه. شرح التلويح على التوضيح على التنقيح، للتفتازاني (١/ ٣٥)، وينظر: موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو (١/ ٢٠-٢٢)، والمفصل في القواعد الفقهية، ليعقوب الباحسين (ص: ٣٦).

القاعدة الأولى: أن النهي يقتضي الفساد[1].

والمراد بالفساد عدم ترتب الآثار على المنهي عنه فأثر النهي في العبادات عدم براءة الذمة وأثره في المعاملات عدم إفادة الملك[2]. فالمنهي عنه من جهة الحق في المنهي عنه: إما أن يكون لحق الله جل وعز، وإما أن يكون لحق الآدميين، فما كان النهي فيه لحق الله فهذا يقتضي فساد المنهي عنه مطلقا، سواء كان النهي في العبادات أو كان في المعاملات، وأما إن كان النهي لحق الآدميين، فالحق له ولا يعدوه، إما أن يرضاه ويسقط حقه، أو إن يشأ يبطل العقد.

قال التلمساني[3]: "أن النهي عن الشيء إن كان لحق الله تعالى فإنه يفسد المنهي عنه، وإن كان لحق العبد فلا يفسد المنهي عنه، ألا ترى أن النبي ﷺ نهى عن التصرية قال: "لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر"[4]. فلم يحكم النبي ﷺ بفسخ البيع، ولو كان مفسوخا لم يجعل للمشتري خيارا في الإمساك، فلما جعل له الخيار في الإمساك

---

(١) ينظر: الإحكام، للآمدي (٢/ ١٨٨)، كشف الأسرار، للبزدوي (١/ ٣٥٨-٣٥٩)، فتح القدير، لابن الهمام (٦/ ٤٢٢)، شرح تنقيح الفصول، للقرافي (١/ ١٧٣-١٧٤)، المحصول، للرازي (٢/ ٢٩٢)، نهاية السول، للإسنوي (ص: ١٧٧-١٧٩)، البحر المحيط، للزركشي (٢/ ٣٨٠)، شرح مختصر الروضة، للطوفي (٢/ ٤٣١)، القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام (١/ ٣١١-٣١٢)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٣٣/ ٢٥).

(٢) ينظر: تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، للحلاني (ص: ١٢٨).

(٣) هو أبو عبد الله التلمساني محمد بن أحمد بن علي، أصله من تلمسان، له تصانيف عدة منها: مفتاح الأصول في بناء الفروع على الأصول، شرح جمل الخونجي، توفي سنة ٧٧١هـ. ينظر في ترجمته: البستان في ذكر الأولياء والعلماء بتلمسان، لابن مريم (ص: ١٦٤-١٨٤)، ذيل الابتهاج، للتنبكتي (١/ ٤٣١-٤٤٢).

(٤) سبق تخريجه (ص: ١٥٩) حاشية رقم (٥).

دل على أنه لم يفسخه؛ وذلك لأن الحق فيه للعبد لا لله تعالى»[1].

قال ابن تيمية: «لكن من البيوع ما نهي عنه لما فيها من ظلم أحدهما للآخر كبيع المصراة والمعيب وتلقي السلع والنجش ونحو ذلك؛ ولكن هذه البيوع لم يجعلها الشارع لازمة كالبيوع الحلال؛ بل جعلها غير لازمة والخيرة فيها إلى المظلوم إن شاء أبطلها وإن شاء أجازها فإن الحق في ذلك له والشارع لم ينه عنها لحق مختص بالله كما نهى عن الفواحش؛ بل هذه إذا علم المظلوم بالحال في ابتداء العقد مثل أن يعلم بالعيب والتدليس والتصرية ويعلم السعر إذا كان قادما بالسلعة ويرضى بأن هبنه المتلقي جاز ذلك فكذلك إذا علم بعد العقد إن رضي جاز وإن لم يرض كان له الفسخ. وهذا يدل على أن العقد يقع غير لازم بل موقوفا على الإجازة إن شاء أجازه صاحب الحق وإن شاء رده، وهذا متفق عليه في مثل بيع المعيب مما فيه الرضا بشرط السلامة من العيب فإذا فقد الشرط بقي موقوفا على الإجازة فهو لازم إن كان على صفة وغير لازم إن كان على صفة»[2].

القاعدة الثانية: أن حكم الشيء حكم مثله[3].

قد استقرّت شريعة المولى -جل وعز- سبحانه أن حكم الشيء حكم مثله، فلا تفرق شريعته بين متماثلين أبدا، ولا تجمع بين متضادين، ومن ظن خلاف ذلك، فإما لقلة علمه بالشريعة، وإما لتقصيره في معرفة التماثل والاختلاف، وإما لنسبته إلى شريعته ما لم ينزل به سلطانا، بل

---

(١) مفتاح الوصول، للتلمساني (٤٢١-٤٢٢).

(٢) مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٢٨٣-٢٨٥).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية(٢٩/ ٥٢٢)، منهاج السنة (٣/ ٨٩)، إعلام الموقعين، لابن القيم (١/ ١٠١).

يكون من آراء الرجال، فبحكمته وعدله ظهر خلقه وشرعه، وبالعدل والميزان قام الخلق والشرع، وهو التسوية بين المتماثلين، والتفريق بين المختلفين[1].

فمما تقتضيه حكمة الباري في تشريعه الدين لعباده أنه لا يجمع بين أمرين مختلفين، ولا يفرق بين أمرين متماثلين، بل إلحاق النظير بنظيره هو من حكمته ﷻ.

قال ابن تيمية: "وإذا تأملت أسرار هذه الشريعة الكاملة وجدتها في غاية الحكمة ورعاية المصالح لا تفرق بين متماثلين البتة ولا تسوي بين مختلفين ولا تحرم شيئا لمفسدة وتبيح ما مفسدته مساوية لما حرمته أو رجحته عليه ولا تبيح شيئا لمصلحة وتحرم ما مصلحته تساويه لما إباحته البتة ولا يوجد فيما جاء به الرسول شيء من ذلك البتة"[2].

فالناس بمجرد علمهم بالتماثل يبادرون إلى التسوية في الحكم؛ لأن نفس العلم بالتماثل يوجب ذلك بالبديهة العقلية فكما علم بالبديهة العقلية: أن الواحد نصف الاثنين علم بها أن حكم الشيء حكم مثله وأن الواحد مثل الواحد كما علم أن الأشياء المساوية لشيء واحد متساوية. فالتماثل والاختلاف في الصفة أو القدر قد يعلم بالإحساس الباطن والظاهر والعلم بأن المثلين سواء وأن الأكثر والأكبر أعظم وأرجح يعلم ببديهة العقل[3].

وقد أرشد الله تعالى عباده إليه في غير موضع من كتابه، فقاس النشأة الثانية على النشأة الأولى في الإمكان، وقاس حياة الأموات بعد

---

(١) ينظر: زاد المعاد، لابن القيم (٤/ ٢٤٨).

(٢) ينظر: بدائع الفوائد، لابن القيم (٣/ ١٤١).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٩/ ٧٦-٧٧) بتصرف.

الموت على حياة الأرض بعد موتها بالنبات، وقاس الخلق الجديد الذي أنكره أعداؤه على خلق السموات والأرض، وجعله من قياس الأولى كما جعل قياس النشأة الثانية على الأولى من قياس الأولى؛ وقاس الحياة بعد الموت على اليقظة بعد النوم، وضرب الأمثال، وصرفها في الأنواع المختلفة، وكلها أقيسة عقلية ينبه بها عباده على أن حكم الشيء حكم مثله، فإن الأمثال كلها قياسات يعلم منها حكم الممثل من الممثل به، وقد اشتمل القرآن على بضعة وأربعين مثلا تتضمن تشبيه الشيء بنظيره والتسوية بينهما في الحكم[1].

ومن هذا الباب الحكم على الشيئين المتماثلين من كل وجه مؤثر في الحكم بحكمين مختلفين، فإن هذا تناقض أيضاً، إذ حكم الشيء حكم مثله، فإذا حكم على مثله بنقيض حكمه كان كما لو حكم عليه بنقيض حكمه. وهذا التناقض العام هو الاختلاف الذي نفاه الله تعالى عن كتابه[2].

فالشريعة لا تجمع بين أمرين مختلفين في العلة ولا تساوي بينهما، وهذا دليل على كمال حكمته -تعالى- وعلمه المقتضي أنه لا يفرق بين متماثلين ولا يسوي بين مختلفين وأنه ينزل الأشياء منازلها ويرتبها مراتبها[3].

فكل عقد نهي عنه لعلة وتحققت هذه العلة فيما استجد من عقود- بسيطها ومركبها- أخذ حكمه، ووقع الاختلال فيه، إلا إذا اختص أحدهما بما يوجب الاختصاص. فإذا عجز الإنسان عن أداء ما التزمه من

---

(١) ينظر: إعلام الموقعين، لابن القيم (١/ ١٠١).

(٢) ينظر: درء تعارض العقل والنقل، لابن تيمية (١/ ٢٧٤).

(٣) ينظر: مفتاح دار السعادة، لابن القيم (٢/ ٢٢- ٢٣).

عقود على الوجه المطلوب جاز أداؤها بما يقاربها ويقوم مقامه.

ففي الضمان مثلا: إذا أتلف رجل على آخر مالا متقومًا ولم يكن لهم نقد ففي هذه الحالة يقوم المتلف بنقد أقرب البلاد إليهم. والمثلي أعدل في دفع الضرر ومعالجة اختلال توازن العقد؛ لما فيه من اجتماع الجنس والمالية، والقيمة تقوم مقام المثل، وهي بحكم المثل في سناه واعتباره.

القاعدة الثالثة: سد الذرائع[1] حجة معتبرة شرعا[2].

والمراد بسد الذرائع أي منع المسألة التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل المحظور[3].

من أدلة هذه القاعدة:

١ - قوله ﷺ: "إياكم والجلوس على الطرقات فقالوا: ما لنا بد إنما هي مجالسنا نتحدث فيها قال: فإذا أبيتم إلا المجالس فأعطوا الطريق حقها قالوا: وما حق الطريق قال: غض البصر وكف

---

(١) ومن شروطها الشرط الأول: أن يكون التوسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور كثيرا بمقتضى العادة، جاء في الموافقات للشاطبي قوله: "قاعدة الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبوابه الفقه .. بشرط أن يظهر لذلك قصد، ويكثر في الناس بمقتضى العادة"، الشرط الثاني: أن لا يكون هناك حاجة أو مصلحة راجحة، فما حرم سدا للذريعة أخف مما حرم تحريم المقاصد، وكما قال السيوطي: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"، والشرط الثالث: أن لا يكون سد الذريعة شاملاً عاماً لكل صور الممنوع فيه وكل أحواله؛ بل بقدر ما تدرأ المفسدة، وإذا زالت الحاجة زال الحظر. ينظر: الموافقات (٥/ ١٨٣)، الأشباه والنظائر (ص: ١٥٨).

(٢) ينظر: شرح تنقيح الفصول، للقرافي (ص: ٤٤٨)، البحر المحيط، للزركشي (٨/ ٩١)، شرح مختصر الروضة، للطوفي (٢/ ٦٤٠).

(٣) ينظر: البحر المحيط، للزركشي (٨/ ٨٩)، التحبير شرح التحرير، للمرداوي (٨/ ٣٨٣١)، شرح الكوكب المنير، لابن النجار (٤/ ٤٣٤). وعرفها الشاطبي: التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة. الموافقات (٤/ ٥٥٦).

الأذى ورد السلام وأمر بالمعروف ونهي عن المنكر»[1].

قال ابن حجر: «وفيه حجة لمن يقول بأن سد الذرائع بطريق الأولى لا على الحتم لأنه نهى أولا عن الجلوس حسما للمادة فلما قالوا ما لنا منها بد ذكر لهم المقاصد الأصلية للمنع فعرف أن النهي الأول للإرشاد إلى الأصلح»[2].

٢ - ما ورد عن عثمان بن عفان ﷺ أنه ورث زوجة عبد الرحمن بن عوف ﷺ[3] حين طلقها البتة[4]، وهو مريض، فورثها بعد انقضاء عدتها»[5]. والسبب الذي جعل عثمان ﷺ يورثها هو خوفه من أن يكون ذريعة لحرمانها من الميراث. والذرائع منها ما هو معتبر إجماعا، كالمنع من حفر الآبار في طريق المسلمين، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله. ومنها ما هو ملغي إجماعا، كزراعة العنب، فإنها لا تمنع خشية الخمر وإن كان

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب المظالم باب أفنية الدور والجلوس فيها والجلوس على الصعدات ح(٢٤٦٥)، وأخرجه مسلم: كتاب اللباس والزينة باب النهي عن الجلوس في الطرقات وإعطاء الطريق حقه ح(٢١٢١).

(٢) فتح الباري (٥/ ١١٣).

(٣) أبو محمد عبد الرحمن بن عوف بن عبد الحارث، القرشي، أسلم قديماً، هاجر الهجرتين، وشهد بدراً وجميع المشاهد كلها، آخى النبي ﷺ بينه وبين سعد بن الربيع الأنصاري، وهو من العشرة المشهود لهم بالجنة ﷺ، توفي سنة ٣٢هـ في خلافة عثمان ﷺ. ينظر ترجمته: الاستيعاب، لابن عبدالبر (٢/ ٨٤٤)، الإصابة، لابن حجر (٤/ ٢٩٠).

(٤) البتة: القطع، النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (١/ ٩٢).

(٥) رواه مالك، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، (٢/ ٨٣). ورواه عن مالك: أبو مصعب الزهري برقم (١٦٣٤)، وسويد بن سعيد برقم (٣٥٧)، ومحمد بن الحسن الشيباني برقم (٥٧٦)، وسنده حدثني يحيى، عن مالك، عن ابن شهاب، عن ملسة بن عبد الله بن عوف، قال وكان أعلمهم بذلك، وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، أن عبد الرحمن بن عوف، هو صحيح إلى عثمان ﷺ.

وسيلة إلى المحرم، ومنها ما هو مختلف فيه[1].

والذريعة التي يعنيها الفقهاء بالسدّ ما كان إفضاؤها إلى شيء محظور شرعاً، وإنْ كانت تبدو دون ذلك الإفضاء غير ممنوعة. قال ابن عاشور: "وأما الذرائع فهي ما يُفْضي إلى فساد، سواء قصد الناس به إفضاءه إلى فساد أم لم يقصدوا، وذلك في الأحوال العامة"[2].

فيُمنع شرعاً كل وسيلة قد تؤدي عن قصد، أو عن غير قصد إلى ما حظر الشارع ونهى عنه، وإنْ كان المتذرّع به فيه مصلحة. فإنّ الفعل إذا تنازعته مصلحة ومفسدة، فينظر في هذه الحال إلى الأثر الغالب؛ فإذا حصل غلبة المصلحة على المفسدة فيكون حكمه الجواز بناء على جلب المصالح وفتح ذرائع الخير والنفع. وأما إذا حصل غلبة المفسدة على المصلحة، فيكون حكمه حينئذ التحريمَ بناء على دفع المفاسد وسدّ ذرائع الشرّ والفجور. ولذا فإنّ اعتبار الشريعة بسدّ الذرائع يحصل عند ظهور غلبة مفسدة المآل على مصلحة الأصل، فهذه هي الذريعة الواجب سدّها[3].

قال ابن القيم: "وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف؛ فإنه أمر ونهي، والأمر نوعان؛ أحدهما: مقصود لنفسه، والثاني: وسيلة إلى المقصود، والنهي نوعان؛ أحدهما: ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه، والثاني: ما يكون وسيلة إلى المفسدة؛ فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين"[4].

---

(١) ينظر: إعلام الموقعين، لابن القيم (٣/١١٨)؛ الاعتصام، للشاطبي (١/٣٢٨).
(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية (ص: ٢٦٨).
(٣) ينظر: المرجع نفسه (ص: ٢٦٩).
(٤) إعلام الموقعين (٣/١٢١).

ومن الأمثلة على مراعاة لشريعة لهذا المقصد:

- أن الحكمة في النهي عن أن يبيع الإنسان ما اشتراه قبل أن يقبضه أن الشيء قبل قبض المشتري له لا يدخل في ضمانه، فإذا باعه قبل قبضه له نشأ الربح عن بيع شيء لم يضمنه، فاقتضى المنع منه سدا للذريعة، وقد قال ﷺ: "لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم تضمن ولا بيع ما ليس عندك"[1].

- تحريم الاحتكار؛ سدا لذريعة الضرر على المسلمين، ودفعا للضرر العام، وإزالة للظلم، ومنعا للحقد والبغضاء بين المسلمين،،، ومنعا للمحتكر من الإضرار بغيره، فمنعه من الاحتكار حماية للعقود من اختلالها، وحفظا على توازن العقود، وغير ذلك.

القاعدة الرابعة: قاعدة: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[2].

تعتبر هذه القاعدة من القواعد المتفرعة عن القاعدة "الوسائل لها أحكام المقاصد"، ومعناها أن أي: شيء واجب عليك لا يمكن أن تصل إليه إلا بأمر آخر، فالأمر الآخر الذي سيوصلك إلى الواجب أيضاً واجب، ومن الأدلة على هذه القاعدة قوله تعالى﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْا۟ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ﴾ الجمعة: ١٩.

---

(١) أخرجه أبو داود: كتاب الإجارة باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ح(٣٥٠٤)، وأخرجه الترمذي: كتاب البيوع عن رسول الله ﷺ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ح(١٢٣٢)، وأخرجه النسائي: كتاب البيوع باب بيع ما ليس عند البائع ح (٤٦١١)، وأخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسند عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ (٢/ ١٧٨) ح(٦٦٧١) تعليق شعيب الأرناؤوط: إسناده حسن، وحسنه الألباني في إرواء الغليل (٥/ ١٤٦).

(٢) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٨/ ١٠٧)، الفروق، للقرافي (١/ ١٦٦)، نهاية السول، للإسنوي (ص: ٤٥)، البحر المحيط، للزركشي (١/ ٢٩٦)، شرح مختصر الروضة، للطوفي (١/ ٣٣٥)، القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام (ص: ١٤٢)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٠/ ١٥٩-١٦٠).

فالجمعة واجبة بإجماع أهل العلم[١] ولا يتحقق هذا الواجب إلا بالسعي إليها، فالسعي واجب؛ لأن مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فلا خلاف في لزوم السعي إلى الجمعة[٢]، وأجمعوا أن الذكر المراد في الآية الصلاة والخطبة[٣]، لأن السعي إلى الخطبة إنما يجب لأجل الصلاة، فكان فرض السعي إلى الخطبة فرعا للصلاة[٤]، وكل ما أشغل عن السعي إلى ذكر الله والصلاة فهو محرم من صناعة أو غيرها[٥].

قال ابن تيمية: "الأمر بالشيء أمر بلوازمه وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، والنهي عن الشيء نهي عما لا يتم اجتنابه إلا به. فإن وجود المأمور يستلزم وجود لوازمه وانتفاء أضداده، بل وجود كل شيء هو كذلك يستلزم وجوده وانتفاء أضداده وعدم النهي عنه؛ بل وعدم كل شيء يستلزم عدم ملزوماته"[٦]. وقال أيضا: "من عليه دين فطولب به وليس له إلا عرض فعليه أن يبيعه ليوفيه الدين فإن وفاء الدين واجب ولا يتم إلا بالبيع وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وللحاكم أن يكرهه على بيع العرض في وفاء دينه وله أن يبيع عليه إذا امتنع؛ لأنه حق وجب عليه فقبل النيابة فقام فو السلطان فيهم مقامه كما يقوم في توفية الدين وتزويج الأيم من كفئها إذا طلبته وغير ذلك وكما يقبض الزكاة من ماله وسواء كان الدين الذي عليه بوفيا القريم كثمن مبيع وبدل قرض أو بغير وفاء كقيم المتلفات وأروش الجنايات"[٧].

---

(١) ينظر: الإجماع، لابن المنذر (ص: ٤٠).
(٢) ينظر: فتح الباري، لابن رجب (٨/ ١٥٦).
(٣) ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع، لابن القطان (١/ ١٦١).
(٤) ينظر: نيل الأوطار، للشوكاني (٣/ ٢٧٤).
(٥) ينظر: فتح الباري، لابن رجب (٨/ ١٦٥).
(٦) مجموع الفتاوى (١٠/ ٥٣١).
(٧) المرجع نفسه (٢٩/ ١٩٠).

فجبر المدين على الوفاء، والحجر عليه واجب؛ لما فيه من صيانة حقوق الناس وصلاح أمرهم ودفع الضرر عنهم، بالرغم من تأثير ذلك عليه، وحماية للعقود من الاختلال؛ لتضرر أصحاب الحقوق بعدم وفاء المدين، ألا ترى أن الأكل والشرب واللباس واجب على الإنسان؟ حتى لو اضطر إلى الميتة وجب عليه الأكل عند عامة العلماء فإن لم يأكل حتى مات دخل النار؛ لأن العبادات لا تؤدى إلا بهذا وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[1].

فالتوازن في أي عقد يقتضي الوفاء بالتزامات والحقوق، وكل ما حقق هذه الغاية فهو واجب، فالشروط التي يشترطها أحد المتعاقدين ويرتضيها الآخر، ولم تخالف مقصود الشارع، ولا مقصود العقد فيجب الوفاء بها؛ لأن التوازن لا يتحقق إلا بالوفاء بها.

القاعدة الخامسة: الأمر في المصالح مطّرد مطلقاً في كليات الشريعة وجزئياتها[2].

دل الاستقراء على قصد الشارع لتحقيق المصالح ودفع المفاسد بكل طريقة ممكنة من خلال أدلة كثيرة ووقائع غير محصورة، والاستقراء حجة قاطعة، فدل على حجية اعتبار المصالح والمفاسد بالجملة[3]. وليس خاصاً بوقت دون آخر، بل الشريعة في أحكامها مطردة في كل زمان ومكان، بمعنى الشمول لجميع أنواع التكليف والمكلفين والأحوال والأزمان والأماكن.

والاطراد: ألا تكون تلك المقاصد مختلفة باختلاف الأحوال

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٨/ ٣٦٧-٣٦٨).

(٢) ينظر: الموافقات، للشاطبي (٢/ ٨٦).

(٣) ينظر: المستصفى، للغزالي (١/ ٢٨٤)، شرح مختصر الروضة، للطوفي (٣/ ٢٨٤).

والأقطار والأزمان بل هي محققة لمصالح العباد في كل زمان ومكان دون اختلال. فالأحكام التي شرعت لمصالح العباد عامة، ولو اختصت لم تكن موضوعة للمصالح على الإطلاق، لكن البرهان قام على ذلك فدل على أن المصالح فيها غير مختصة[1]. فعمومها واطرادها، بمعنى شمولها لجميع أنواع التكليف والمكلفين، فهي صالحة لكل الناس مهما تفاوتت أغراضهم وتباعدت أوطانهم واختلفت أزمانهم. فلا يكون المعنى مختلفا باختلاف أحوال الأقطار والقبائل والأعصار، والسبب أن الأحكام مشروعة لمصالح العباد، ولا يتأتى أن تكون مختصة ببعض المكلفين دون بعض ولو اختصت بالبعض لم تكن موضوعة على الإطلاق.

وسر الشريعة في ذلك كله: أن الفعل إذا اشتمل على مفسدة منع منه إلا إذا عارضها مصلحة راجحة كما في إباحة الميتة للمضطر، وبيع الغرر نهي عنه لأنه من نوع الميسر الذي يفضي إلى أكل المال بالباطل فإذا عارض ذلك ضرر أعظم من ذلك أباحه دفعا لأعظم الفسادين باحتمال أدناهما[2].

وعليه فمراعاة التوازن لا تقتصر على وقت دون آخر، ولا في مرحلة في العقد دون أخرى، فيجب مراعاة العدل وتحقيق التوازن في كل المعاقدات في كل مراحل العقد.

(١) ينظر: الموافقات، للشاطبي (٢/ ٨٧).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ١٨٣).

المطلب الثاني

القواعد الفقهية المتعلقة بحماية العقود من الاختلال

القاعدة الأولى: الشرائع مبناها على تحصيل المصالح[1] وتكميلها وتعطيل المفاسد[2] وتقليلها[3].

تدل القاعدة على أن الشريعة بنيت على جلب المصالح وإتمامها ودرء المفاسد وإضعافها، فإذا اجتمع في أمر من الأمور مفسدة ومصلحة، فيجب درء المفسدة على جلب المصلحة، ومن أدلتها:

- قوله تعالى ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا وَيَسْـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ ٱلْعَفْوَ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمُ ٱلْـَٔايَٰتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ﴾ [البقرة: ٢١٩]. قال ابن كثير: ومن منافعها بيعها والانتفاع بثمنها. وما كان يقمشه بعضهم من الميسر فينفقه على نفسه أو عياله. ولكن هذه المصالح لا توازي مضرته ومفسدته

---

(١) المصلحة: يقصد بها المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة. المستصفى، للغزالي (ص: ١٧٤).

(٢) المفسدة: فهي ما قابل المصلحة، وهي وصف للفعل يحصل به الفساد، أي الضرر دائما أو غالبا بالجمهور أو للآحاد. مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور (ص: ٢٧٩).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (١/ ١٢٨) و (١٠/ ٥١٢) و (٢٨/ ٢٨٤) و (٣٠/ ١٩٣) و (٣٢/ ٢٣٣)، الاستقامة (١/ ٣٣٠)، منهاج السنة النبوية (٦/ ١١٨، ٤٠٤، ٤٧١)، الجواب الكافي، لابن القيم (ص: ٢١٢)، شفاء العليل (ص: ٢١٧)، مفتاح دار السعادة (٢/ ٢٢)، وقاعدة درء المفاسد أولى من جلب المصالح عند استوائهما مقارنة لهذه القاعدة ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٧٨)، قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام (١/ ٧٤)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٨٧)، القواعد، لابن رجب (١/ ٢٨٢).

الراجحة، لتعلقها بالعقل والدين[1].

قال العز بن عبدالسلام: "حرمهما لأن مفسدتهما أكبر من منفعتهما. أما منفعة الخمر فبالتجارة ونحوها، وأما منفعة الميسر فبما يأخذه القامر من المقمور. وأما مفسدة الخمر فبإزالتها العقول، وما تحدثه من العداوة والبغضاء، والصد عن ذكر الله وعن الصلاة. وأما مفسدة القمار فبإيقاع العداوة والبغضاء، والصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وهذه مفاسد عظيمة لا نسبة إلى المنافع المذكورة إليها"[2].

فالآية بيّنت أنّ كلا من الخمر والميسر يشتمل على مصالح ومفاسد، وعند وقوع مثل هذا التعارض يتمّ الموازنة بين المصالح والمفاسد المعبّر عنهما في الآية بالمنافع والإثم. فلّما رجحت مفاسد الخمر والميسر على المصالح فيهما، قدّم الشارع درء المفسدة على جلب المصلحة فكان حكمهما المنع والتحريم.

- قوله ﷺ: "بايعوني على أن لا تشركوا بالله شيئا ولا تسرقوا ولا تزنوا ولا تقتلوا أولادكم ولا تأتوا ببهتان تفترونه بين أيديكم وأرجلكم ولا تعصوا في معروف فمن وفي منكم فأجره على الله ومن أصاب من ذلك شيئا فعوقب في الدنيا فهو كفارة له ومن أصاب من ذلك شيئا ثم ستره الله فهو إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عاقبه فبايعناه على ذلك"[3]. قال ابن حجر: "والحكمة في التنصيص على كثير من المنهيات دون المأمورات أن الكف أيسر من إن شاء الفعل لأن اجتناب

(١) ينظر: تفسير القرآن العظيم، لابن كثير (٥٧٩/١).

(٢) قواعد الأحكام (٩٨/١).

(٣) أخرجه البخاري: كتاب الإيمان باب علامة الإيمان حب الأنصار ح(١٨)، أخرجه مسلم: كتاب الحدود باب الحدود كفارات لأهلها ح(١٧٠٩).

المفاسد مقدم على اجتلاب المصالح والتخلي عن الرذائل قبل التحلي بالفضائل»[1].

فالمصلحة التي يقصدها حملة الشريعة هي المصلحة التي اعتبرها الشارع نصا أو استنباطا من مقاصد الشارع، أو كانت ملائمة لتصرّفات الشارع، ومحققة لمقاصده. فيدخل في ذلك المصلحة المرسلة وهي كل منفعة داخلة في مقاصد الشارع دون أنْ يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء[2]. ومعنى كونها مرسلة أنّ الشريعة أرسلتها، فلم تُنط بها حكماً معيّناً، ولا يُلفى لها في الشريعة نظير معيّن له حكم شرعي فتقاس هي عليه[3].

وفي المسودة لآل تيمية: «أن المفاسد يجب تركها كلها بخلاف المصالح فإنما يجب تحصيل ما يحتاج إليه فإذا أوجب تحصيل مصلحة لم يجب تحصيل كل ما كان»[4].

وتظهر مراعاة الشريعة لذلك في صور منها:

- أنها أعطت الزوجة الحقّ في أنْ تفتدي من بعلها: فالنكاح مصلحة، واستمرار قيام الزوجية مصلحة، ولكنّ هذه المصلحة إذا تعارضت مع مفسدة تُربي عليها كأنْ يكون في استمرار الزوجية ضرر كبير على الزوجة، ويلحقها من الزوج شرّ مستطير، فشرع الشارع الحكيم الخلع لحصول البينونة المتضمنة افتداء المرأة من رقّ بعلها[5]. فالنكاح

---

(1) فتح الباري (1/ 210).

(2) ينظر: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، اليوبي (ص: 288).

(3) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور (ص: 309).

(4) المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية (1/ 391).

(5) ينظر: بيان الدليل على بطلان التحليل، لابن تيمية (ص: 188).

وإن كان مقصودا به التواصل والتناسل، وكذلك يقتضي استدامة الصحبة، فليس يؤمن في الطباع حدوث الأشياء بين الزوجين يخالف ما توجبه هذه الحالة، فتتنافر طباعها، واعتراض الملال من أحدهما للآخر بتغيير الأخلاق وتلوّنها، فيخرج حدوث هذه الأسباب إلى إيقاع الصلح تارة بفداء تفتدي به المرأة لتخلّص نفسها، وإلى القطع بفصل الزوج التماساً للخلاص منها[1].

- الحجر على المفلس الذي يستغرق الدّين مال المدين، فلا يكون في ماله وفاء بديونه، فيحجر عليه لمصلحة الغرماء، فالحجر على المفلس مفسدة في حقّه[2]، بمنعه من حريّة التصرّف في ماله. فمصلحة الإنسان في التصرّف المطلق في ماله إذا تعارضت مع مصلحة من لهم دَين عليه، فإنه يُمنع من التصرّف في ماله دفعا للمفسدة على الغرماء، وتقديما لذلك على مصلحة المحجور عليه.

- الحجر على السّفيه الذي لا يحسن الأخذ لنفسه ولا الإعطاء لغيره فيما يتعلّق بالتصرفات المالية، فيقع الحجر عليه، فالحجر على السّفيه ومنعه من التصرّف في ماله تتعارض فيه مصلحة ومفسدة؛ فالمصلحة في ترك السّفيه مطلق التصرّف في ماله، والمفسدة أنّ تصرّف السّفيه فيه إضاعة للمال، وإتلاف وتبذير. فلرجحان مصلحة الحجر على مفسدة الإطلاق[3]، ومنع الشارع السّفيه من التصرّف في ماله دفعا للمفسدة عن المال من التلف والضياع، وتقديم ذلك على مصلحة السّفيه

---

(١) ينظر: محاسن الشريعة في فروع الشافعية، للقفال (ص: ٤٠٤).

(٢) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد الحفيد (٤/ ٢٧٧)، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، للعز بن عبدالسلام (١/ ١٠٥).

(٣) ينظر: قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، للعز بن عبدالسلام (١/ ١٠٥).

في حريّة التصرّف في ماله، بل إنّ مصلحته تتحقق في الحجر عليه، ومنعه من إضاعة ماله.

فهذه القاعدة من أجل ما حفظ به توازنات العقود، ودفع به اختلالها بعد وقوعها، وبقاء العقد متوازنا بعد قيامه على ساق التوازن، واختلاله مفسد، فدرء المفسدة عن العقد طلبا لاستمراره مصلحة للمتعاقدين.

القاعدة الثانية: الزيادة توجب الرد إلى العادة[1].

فالزيادة الواقعة على أحد المتعاقدين، توجب الرد إلى العادة المتعارف عليها، وهو ما يحقق توازن العقد، ويرفع الضرر الناتج بسبب الظروف التي طرأت على العقد. والتدليس والتغرير والغش حرام، وإذا كان التدليس مؤثرًا في اختلاف الثمن في المعاملات ويثبت به الخيار لمن وقع عليه شيء من ذلك، فله أن يفسخ الصفقة لينفع الضرر الناشئ عن التدليس أو يمسك المبيع دون طلب تعويض عن النقص أو الغبن، فيثبت حق الفسخ هنا دون اشتراط، لأن الأصل في البيع السلامة من العيوب، وانتفاء التدليس[2].

فالظروف التي تمر على العقد تؤثر على توازنه، فإذا تغيرت الظروف التي تم فيها التعاقد وتبدلت تبدلا كبيرا بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، يلحق بالملتزم خسائر جسيمة، دون إهمال أو تقصير منه، فإنه يجوز تعديل الحقوق والالتزامات بصورة توزيع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، ويرد العقد إلى العادة التي يكون فيها الالتزامات موازنة للحقوق.

---

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٦/٢١٥)؛ تبين الحقائق، للزيلعي (١/٥٩).

(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (٤/٣٠٦٩-٣٠٧٠).

القاعدة الثالثة: التابع لا يفرد بحكم[1].

معنى القاعدة: إذا كان التابع يلحق متبوعه في حكمه فينبني على ذلك أنه لا يفرد بحكم دون متبوعه؛ لأن ما لا يوجد مستقلاً بنفسه بل وجوده تبع لوجود غيره فهو ينزل منزلة المعدوم من حيث تعلق الأحكام، فلا يجوز إفراده بالحكم[2]. أي أنه لا يصلح أن يكون محلا في العقود -أي معقودا عليه بخصوصه- كالجنين في بطن أمه، فإنه لا يجوز بيعه منفردا عن أمه، وكذا شأن اللبن في الضرع، والصوف على الظهر[3].

ومن أدلتها: ما جاء عن النبي ﷺ "أنه نهى أن يباع ثمر حتى يطعم، وصوف على ظهر، أو لبن في ضرع، أو سمن في لبن"[4].

---

(١) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ١٠٢-١٠٤)، المنثور، للزركشي (ص: ٣٢٤-٣٢٦)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ١١٧-١٢١)، وجاء في مجلة الأحكام العدلية زيادة "مالم يصر مقصودا" في المادة [٤٨]، درر الحكام، لعلي حيدر (١/ ٥٢-٥٣)، وقيّد الشيخ يعقوب الباحسين: بما لا يستثنى منه؛ دفعا للاستثناءات من القاعدة. المفصل في القواعد الفقهية (ص: ٥١٧).

(٢) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو (٢/ ١٦٤).

(٣) ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقا (ص: ١٠٢٤).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/ ٧٥)؛ وابن أبي شيبة (٥/ ٦٠)؛ وأبو داود في المراسيل (ص: ١٦٨)؛ وأخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ١٤-١٥)؛ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم، واللبن في ضروع الغنم، والسمن في اللبن، (٥/ ٥٥٩) برقم (١٠٨٩٧)؛ وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١١/ ٣٣٨) برقم (١١٩٣٥)؛ ورواه الشافعي في مسنده موقوفا على ابن عباس ﷺ من طريق سليمان بن يسار، مسند الشافعي بترتيب السنجي (٢/ ١٤٧) برقم (٥٠٣)، قال ابن حجر: "وأخرجه أبو داود في المراسيل لمكحول، وهو الراجح، وأخرجه أيضا موقوفا على ابن عباس ﷺ بإسناد قوي، ورجحه البيهقي". بلوغ المرام (ص: ٢٧٣)، نصب الراية، للزيلعي (٤/ ٤٥٧)، البدر المنير، لابن الملقن (٦/ ٤٦٢)، والحديث صحيح موقوفا، واختلف في وصله وإرساله.

وعلل الشوكاني[1] لذلك بأن فيه جهالة وغرر[2]. فبيع الجنين في بطن أمه اختلال من جهة كونه مخالفا لنهي الشارع.

فالعمل بهذه القاعدة حماية لتوازن العقود من الاختلال، ودفعا للجهالة التي تلحق العقد، وكذلك الغرر اللاحق به، وكلاهما سببان من أسباب الاختلال في توازن العقود، فلو علم المشتري أن اللبن مخلوط بالماء فلا يجوز؛ لأن المشتري لا يعلم مقدار الخلط فيبقى البيع مجهولا وهو غرر، وهكذا كلما كان من المغشوش الذي لا يعلم قدر غشه فإنه ينهى عن بيعه وعن عمله لمن يبيعه وكذلك خلط المشاق بالصوف الأبيض وكل ما كان من الغش في المطاعم والملابس وغير ذلك إذا لم يعلم مقدار الغش فإنه ينهى عن ذلك[3].

القاعدة الرابعة: ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط[4].

معنى القاعدة: إذا ثبت حكم بطريق الشرع، واشترط المتعاقد ما يخالف ما ثبت به الشرع، فالمعتبر ما ثبت بالشرع، ولا عبرة باشتراطه ولو تراضيا عليه. ومن أدلة القاعدة قوله ﷺ: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"[5].

---

(1) علي بن محمد بن علي الشوكاني، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، له تصانيف جمة منها: البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، توفي سنة ١٢٥٠هـ. ينظر في ترجمته: نيل الوطر من تراجم رجال اليمن في القرن الثالث عشر، لابن زباره (٢٩٧-٣٠٢)، الأعلام، للزركلي (٥/ ٢٩٨-٢٩٩).

(2) نيل الأوطار (٥/ ١٧٧).

(3) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٢٣٢) و (٢٩/ ٢٣٧).

(4) ينظر: الأشباه والنظائر، للسبكي (ص: ١٤٩)، المنثور، للزركشي (٣/ ١٢٤)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ١٤٩). وبلفظ مقارب "كل شرط بغير حكم الشرع يكون باطلاً"، ترتيب اللآلئ، لناظر زاده (٢/ ٩٢٤).

(5) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ٢٤٠) حاشية رقم (١).

فالشروط التي تخالف مقصود الشارع وتعارض الحكمة من التشريع فهي باطلة غير معتبرة، ولو كانت مائة شرط؛ لأنّ قضاء الله وحكمه أحقّ بالاتباع، وشرطه ﷺ أوثق وأوكد وأولى بالاتباع. فلكلّ عقد مقصوده الّذي شُرع من أجله، فأيّما عقد لم يحصل المقصود منه، ولم تترتّب عليه أحكامه المشروعة فهو عقد باطل من أصله لا يمكن تصحيحه. كأن يبيع سلعة بشرط عدم انتفاع المشترى بها، فالعقد باطل؛ لأنّ مقصود عقد البيع حلّ الانتفاع بالبدلين. وكذلك إذا شرط الضّمان في الوديعة، فهو شرط باطل؛ لأنّ الأمانات غير مضمونة بدون تعدّ أو تقصير؛ ولأنّ الأمين إنّما هو عامل لمنفعة صاحب الوديعة وليس لنفسه. وكذلك لو اشترط ما يضاد مقصود العقد فهو باطل؛ لمخالفته الحكمة من مشروعية العقد، كمن يشترط في المنكوحة أن لا يطأها زوجها[1].

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الرجل إذا تزوّج امرأة بشرط عدم دخوله بالمرأة، كان العقد باطلاً؛ لأنّ المقصود من عقد النّكاح هو حلّ الاستمتاع والجماع. فإذا انتفى ذلك انتفى مقصود العقد فبطل. فإن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله. فإن شرطه حينئذ يكون مبطلا لحكم الله. وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله؛ وإنما المشترط له أن يوجب الشرط ما لم يكن واجبا بدونه[2].

فحماية للعقود من الاختلال لا يشرط ما يخالف مقصود الشارع، أو يخالف مقصود العقد، ولو شرط ذلك وقع الاختلال، والتوازن تقديم ما ثبت بالشرع.

---

(١) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو (٨/ ٤١٦-٤١٧).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ١٤٧-١٤٨).

القاعدة الخامسة: يحمل كلام الناس على ما جرت به عادتهم في خطابهم[1].

اعتبر الفقهاء العرف[2] وحملوا عليه ألفاظ التصرفات، ولاحظوا ذلك في القضاء والفتوى ونصوا على أن كل متكلم إنما يحمل لفظه على عرفه، فإذا كان المتكلم باللفظ هو الشارع فإنه يحمل على الحقيقة الشرعية، وإذا كان المتكلم من أهل اللغة فإنه يحمل كلامه على عرفه، وتحمل ألفاظ الناس التي تدور عليها العقود والتصرفات على عرفهم في مخاطبتهم، ويجري ما يترتب على ذلك من التزامات على حسب ما يفيده اللفظ في العرف[3].

والأعراف والعادات التي تجري بين الناس في معاملاتهم تقوم مقام النطق بالألفاظ، قال العز بن عبد السلام: فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرهما، ومن الأمثلة في ذلك: التوكيل في البيع المطلق، فإنه يتقيد بثمن المثل وبغالب نقد البلد، تنزيلا للعادة الجارية في المعاملات منزلة صريح اللفظ، وكذلك حمل الإذن في النكاح على الكفء ومهر المثل؛ لأنه المتبادر إلى الأفهام فيمن وكل آخر بتزويج ابنته. ومن أدلة ذلك ما جاء

---

(١) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٢٩٨)، الفروق، للقرافي (١/ ١٧٣)، التمهيد، للإسنوي (ص: ٣٣٠)، المنثور، للزركشي (٢/ ٣٧٧)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٩٣-٩٦)، القواعد، لابن رجب (ص: ٣٧٤-٣٧٧)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٧/ ٣٦)، (٢٠/ ٤٣٧)، (٣١/ ١٨)، القواعد والأصول الجامعة، لابن سعدي (٣٥-٣٨).

(٢) العرف: ما اعتاد أكثر الناس، وساروا عليه في جميع البلدان أو في بعضها سواء أكان ذلك في جميع العصور أم في عصر معين. العرف وأثره في الشريعة والقانون، لأحمد نصر مباركي (ص: ٣٥).

(٣) ينظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص: ٢١١)، قواعد الأحكام، للعز بن عبدالسلام (٢/ ٧٧)، المستصفى، للغزالي (ص: ٢٢٣).

أن هند بنت عتبة[1] ﷺ قالت: "يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرا قال خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف"[2]. فأحالها على العرف فيما ليس فيه تحديد شرعي[3].

وليس العرف من أدلة تشريع الأحكام، وإنما يُبنى عليه في تطبيق الأحكام، وفهم المراد من ألفاظ النصوص، ومن عبارات الناس في أيمانهم، وتداعيهم، وأخبارهم، وسائر ما يحتاجون إلى تحديد المقصود منه من الأفعال والأقوال، فلا تأثير له فيما تبيَّن أمرُه، وتعيَّن المقصودُ منه[4].

ومن تطبيقات القاعدة:

- أجر السمسار إذا لم يحدد بالاتفاق فإنه يخضع للعرف بين التجار، وهذا ما يجري في عقود الإيجار والبيع لدى مكاتب العقارات، فالعرف أن المكتب العقاري يأخذ العمولة من المستأجر.

- ومنها المسائل الاقتصادية المرتبطة بالعرف ما تقرر في قرارات

---

(١) هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف، أم معاوية، أسلمت عام الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان بن حرب، فأقرهما رسول الله ﷺ على نكاحهما، وتوفيت هند بنت عتبة في خلافة عمر بن الخطاب ﷺ في اليوم الذي مات فيه أبو قحافة والد أبي بكر الصديق ﷺ. ينظر في ترجمتها: الطبقات الكبرى، لابن سعد (٨/ ٢٣٥)؛ الاستيعاب، لابن عبد البر (٤/ ١٩٢٢-١٩٢٣).

(٢) أخرجه البخاري: كتاب البيوع باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة ح(٢٢١١)، وأخرجه مسلم: كتاب الأقضية باب قضية هند ح(١٧١٤).

(٣) فتح الباري، لابن حجر (٤/ ٤٠٧).

(٤) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي قرار رقم (٥).

وفتاوى الهيئات والمجامع من اعتبار تقييد البنك لعملية مبادلة العملات في حساب المشتري بأخذ حكم القبض، فما جرى عليه عرف المصارف في مبادلة النقد بالنقد تقابض[1]. والأصل في تحديد كيفية قبض الأشياء العرف، ولهذا اختلف القبض في الأشياء بحسب اختلاف أعراف الناس[2].

- استصناع الصناع الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا بالأجرة، إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة، كالدلال والحلاق والقاعد والحجام والنجار والحمال والقصار، فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ماجرت به العادة لدلالة العرف على ذلك[3].

- ولو استأجر أجيرا يعمل له مدة معينة حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف[4].

- وكذلك إذا قال: بعتك بعشرة دراهم أو دنانير: انصرف الإطلاق إلى ما يصرفونه من مسمى هذا اللفظ في مثل ذلك العقد في ذلك المكان[5].

- وإذا قال: لا تأتني بدابة: وكان ذلك من باب التخصيص العرفي كلفظ "الدابة" إذا كان معروفا بينهم أنه للفرس أو ذوات الحافر، لم ينصرف هذا المطلق إلا إلى ذلك[6].

---

(١) ينظر: الفتاوى الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي (١/ ٣٥).

(٢) ينظر: المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة، معيار القبض، معيار رقم (١٨) (ص: ٢٥٦).

(٣) ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبدالسلام (٢/ ١٣٠).

(٤) ينظر: القواعد، لابن رجب (١/ ٢٧٧).

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٠/ ٤٣٧).

(٦) ينظر: المرجع نفسه (٢٩/ ١١١).

والمعاملات في عصرنا الحاضر قد تنوعت واتسعت وتعقدت وتباعدت الأقطار بين العاقدَين، ولو لم نقل باعتبار العرف لأدى ذلك إلى المنازعات والمشاجرات، الأمر الذي يؤدي بالناس إلى المشقة والعسر، وهما منفيان عن هذه الشريعة، ويؤديان إلى اختلال توازن العقود، فما لم يحدد في الشرع كان التوازن رده للعرف، ومع هذا التداخل بين العقود، وتطور المعاملات بين الدول فهناك أعراف دولية فيما يتعلق بالتجارة بين الدول، فالتزام العرف الذي لا يخالف قواعد الشرع، ولا مقاصد العقود واجب، والتزامه توازن والإخلال به إخلال بالتوازن.

الفصل الثاني

السياسة النقدية في حفظ توازن العقود وحمايتها من الاختلال

وفيه تمهيد ومبحثان:

التمهيد: تعريف السياسة النقدية وأثرها وأدواتها.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف السياسة النقدية.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف السياسة النقدية.

الفرع الثاني: أثر السياسة النقدية.

المطلب الثاني: أدوات السياسة النقدية.

المبحث الأول: وسائل السياسة النقدية في المصرف المركزي "مؤسسة النقد" في حفظ توازن العقود وحمايتها من الاختلال.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التأثير على حجم الائتمان.

وفيه فرعان:

المطلب الثاني: استخدام نسبة السيولة.

المطلب الثالث: الرقابة على البنوك الربوية والمشتغلين بأعمال مبادلة العملات.

المبحث الثاني: وسائل السياسة النقدية في البنوك التجارية لحفظ توازن عقودها وحمايتها من الاختلال .

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التقليل من المخاطر.

المطلب الثاني: وسائل حماية العقود من الاختلالات المؤثرة على التوازن.

التمهيد

تعريف السياسة النقدية وأثرها، وأدواتها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعريف السياسة النقدية[1] "Monetary Policy" وأثرها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف السياسة النقدية: "Monetary Policy"

هي مجموعة الإجراءات والتدابير التي تتخذها السلطات المالية والنقدية للإدارة والتأثير على الكتلة النقدية بغرض تحقيق الأهداف الاقتصادية وبما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية[2].

الفرع الثاني: أثر السياسة النقدية:

وهي لا ترتبط فقط بالإجراءات والأساليب وإنما ترتبط أيضا

---

(١) مصطلح السياسة النقدية مصطلح حديث نسبيا، ظهر في أدبيات الاقتصاد خلال القرن التاسع عشر فقط، غير أن الذين كتبوا في السياسة النقدية، كما شهد هذا القرن بدء الدراسة المنظمة لمسائل السياسة النقدية على اختلافها من قبل المنظرين الاقتصاديين، وكذلك من قبل المهتمين بالاقتصاد التطبيقي أو العملي، وقد نشأ ذلك من المشاكل التي نجمت من الدورات الاقتصادية المتكررة، وفي القرن العشرين أصبحت السياسة النقدية ودراستها من تراثيها المختلفة جزءاً لا يتجزأ من السياسة الاقتصادية العامة للدولة. البنوك المركزية والسياسات النقدية، زكريا الدوري ويسري السامرائي (ص: ١٨٥).

(٢) تحول المصرف المركزي التقليدي إلى مصرف مركزي إسلامي، يوسف الحزيم (ص: ١٣٦)، وينظر: مقدمة في النظرية الاقتصادية الكلية، أحمد محمد منور (ص: ٢٢٤).

بالأهداف التي تسعى الدولة لتحقيقها، وهي سياسة من السياسات الاقتصادية التي تباشرها الدولة لتحقيق أهدافها[1].

كذلك السياسة النقدية لها دور في معالجة التضخم وفي تحقيق التنمية الاقتصادية[2] وذلك باتخاذ الاستثمار كأولوية في الاقتصاد الإسلامي وتحقيق التوازن بين القطاعات الاقتصادية المختلفة[3].

ويتبين دور السياسة المالية لحفظ التوازن والاستقرار في الاقتصاد بالحفاظ على استقرار قيمة النقود وتؤكد مسؤولية الدولة في حماية قيمة العملة وتولي إصدارها كاحتواء معدلات التضخم[4] "Control of Inflation" وضمان استقرار قيمة النقود أو الأسعار "Financial stability"؛ تفادياً للظلم، وتبتعد الدولة عن كل ما يمكن أن يؤثر سلباً على قيمة النقود كالإسراف في طباعة النقود "Deficit financing".

(١) السياسة المالية والنقدية في الإسلام، نعوف الكفراوي (ص: ١٤٥).

(٢) هي العملية التي عن طريقها يمكن القضاء كليا أو جزيا على التخلف الاقتصادي. الإسلام والتنمية الاقتصادية، توفيق البشير (ص: ١٠٨).

(٣) السياسة النقدية والمصرفية في الإسلام، للتركماني (ص: ٤٢).

(٤) على الرغم من الاتفاق على أضرار التضخم، إلا إن بعض الحكومات مضطرة إلى زيادة معدل نمو عرض النقود في سبيل تحقيق بعض الأهداف الاقتصادية، فيعني بها الأمر إلى زيادة معدل التضخم. ينظر: اقتصاديات النقود والبنوك، لفريد طاهر، عبدالوهاب الأمين (ص: ١٢٨).

المطلب الثاني

أدوات السياسة النقدية[1] "Monetary Policy Tools"

تعد السياسة النقدية من أهم أفرع السياسة الاقتصادية العامة في كل دولة، وازدادت أهميتها مع الأزمات الاقتصادية المتلاحقة، التي ألمرت عدم الاستقرار الاقتصادي. فالسياسات النقدية في الدول النامية من أهم أسباب الاختلال الاقتصادي الداخلي والخارجي، إلى جانب المتغيرات الاقتصادية الأخرى، وإذا كانت أهم أهداف السياسة النقدية[2] هو تحقيق الاستقرار الاقتصادي نوعا ما في ظل النمو المتوازن، فيعني هذا أن هناك ارتباطا وثيقا بين النشاط الاقتصادي والنقدي ويظهر ذلك من خلال ارتباط المشاكل الاقتصادية من بينها البطالة[3]، التضخم وانخفاض العمالة الوطنية بالحلول النقدية[4].

---

(١) الأدوات: هي تلك الوسائل والطرق التي تستخدمها السلطات النقدية والاقتصادية لتحقيق أهداف المجتمع الاقتصادية والنقدية. مخطط إدارة السياسة النقدية والتمويلية، للدكتور حبيب وآخرون (ص: ٢٢).

(٢) أهداف السياسة الاقتصادية والنقدية تتباين في طبيعتها وعددها وأنواعها من دولة إلى أخرى، وفقاً لاختلاف وتباين المشاكل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تعاني منها هذه الدول نتيجة لاختلاف البيئة الاقتصادية والتركيبة الاقتصادية والنقدية والبنية الأساسية للاقتصاد، ومدى إنتاجية القطاعات الاقتصادية ومساهمتها في الإنتاج القومي، أهداف السياسة النقدية والتمويلية في الإسلام لا تختلف كثيراً عن النظام الاقتصادي التقليدي، فقط ينبغي على صانعي السياسة الاقتصادية والنقدية في النظام الاقتصادي الإسلامي مراعاة أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية عند صياغة وتحديد أهداف السياسة النقدية والتمويلية. مخطط إدارة السياسة النقدية والتمويلية، للدكتور حبيب وآخرون (ص: ١٩)، (ص: ٥٢). السياسة المالية والنقدية في الإسلام، لعرف الكفراوي (ص: ١٩٢-١٩٣).

(٣) البطالة: هي حالة التعطل عن العمل المناسب عندما يكون هناك من يرغب فيه ولا يجده. ينظر: معجم المصطلحات الاقتصادية والمالية، لمصطفى هني (ص:١٢٠)، موسوعة المصطلحات الاقتصادية والإحصائية، لعبدالعزيز فهمي (ص:٨٥٠).

(٤) ينظر: السياسات النقدية والبعد الدولي لليورو، د. أحمد مصطفى، د. سمير محمد السيد حسن (ص: ١٥٦).

وتشمل أدوات السياسة النقدية نوعين من الوسائل:

أدوات نوعية "qualitative Tools" تستهدف أنواعا محددة من الائتمان موجهة لقطاعات معينة أو لأغراض محددة.

وأدوات كميّة "Quantitative Tools" وتستهدف الحجم الكلي للائتمان المتاح دون محاولة التأثير على تخصيصه بين مختلف الاستعمالات، والسمة الأساسية المميزة للنظام المصرفي في الإسلام هي التحريم المطلق لقبض أو دفع سعر فائدة محددة -الربا-. بمعنى رفض مفهوم معدل العائد على رأس المال المحدد مسبقاً والسماح بمعدل عائد غير مضمون في كل العمليات التجارية وتوزيع الربح والخسارة، وبالتالي فغير مسموح في ظل النظام المصرفي في الإسلام استخدام أدوات مصرفية أو مالية أو نقدية لها قيمة اسمية ثابتة، أو تخضع لمعدل عائد على رأس المال ثابت أو محدد سلفاً[1]. والأدوات التي يستعملها البنك المركزي[2] للوصول إلى أهدافه، هي:

أولا: الأدوات الكمية: "Quantitative Tools"

تهدف بصفة أساسية إلى التأثير في حجم الائتمان المصرفي بصورة عامة[3]. وتُحدث هذه الأدوات أثرها عن طريق التأثير على حجم

---

(١) مخطط إدارة السياسة النقدية والتمويلية، للدكتور حبيب وآخرون (ص: ٥٣).

(٢) هو مؤسسة حكومية غير ربحية، يوكل إليها إصدار الأوراق النقدية، ومسؤولة عن تنفيذ السياسة النقدية، من خلال إدارة الكتلة النقدية، والائتمان، والمحافظة على سلامة النظام المصرفي وكفاءته. تحول المصرف المركزي التقليدي إلى مصرف مركزي إسلامي، ليوسف الحزيم (ص: ٣٧)، وقيل: المؤسسة المسؤولة عن تنظيم الهيكل النقدي والمصرفي للدولة، وعن قيادة السياسة النقدية والائتمانية إلى النمو الذي يحقق أكبر منفعة للاقتصاد القومي. اقتصاديات النقود والتمويل، لأسامة القولي، وزينب حوشي الله (ص: ١٧٨). ولد تعريفات أخرى لكن كل تعريف لذلك المركزي مشتق من وظائفه.

(٣) السياسة المالية والنقدية في الإسلام، لمنور الكفراوي (ص: ١٦٧).

الأرصدة النقدية لدى البنوك التجارية[1] ومن ثم على قدرتها على فتح الائتمان وخلق الودائع. وتتمثل الأدوات الكمية في مجموعة من التقنيات التي يستعملها البنك المركزي للتحكم في كتلة النقود والقروض التي تصدرها البنوك التجارية[2]، وهي:

١ - سعر إعادة الخصم: "Rediscount Rate"

يستطيع البنك المركزي بواسطة هذه الأداة التأثير على حجم الائتمان، وذلك عن طريق تغيير سعر الخصم "سعر الفائدة" فيرفع سعر الخصم؛ ليؤثر على البنوك التجارية فترفع البنوك سعر الفائدة على القروض الممنوحة لعملائها فيقيد الائتمان والعكس صحيح في حالة خفض سعر الخصم[3]. ففي حالة الانكماش يكون هدف السياسة الاقتصادية تحقيق النمو الاقتصادي وزيادة التشغيل وبالتالي يعتمد البنك المركزي سياسة توسعية: يعمل على التوسع في إصدار النقود، وبالتالي فإنه يخفض سعر إعادة الخصم الذي يتقاضاه ليشجع البنوك التجارية على إعادة خصم الأوراق التجارية لديه وعلى زيادة القروض التي تمنحها تلك البنوك التجارية لزبائنها. أما في حالة التضخم فيكون هدف السياسة الاقتصادية تحقيق استقرار الأسعار، وعليه فإن البنك المركزي يعتمد

---

(١) المصارف التجارية: عبارة عن مؤسسات ائتمانية غير متخصصة تطلع أساسا بتلقي ودائع الأفراد القابلة للسحب لدى الطلب أو بعد أجل قصير، والتعامل بصفة أساسية في الائتمان القصير الأجل. ينظر: مقدمة في النقود والبنوك، محمد زكي الشافعي (ص: ٣٣٢)، وينظر: اقتصاديات النقود والبنوك، فريد طاهر، وعبدالوهاب الأمين (ص: ١٤٦).

(٢) آليات السياسة النقدية المتاحة في النظام الربوي لها ارتباط بصورة مباشرة أو غير مباشرة بسعر الفائدة. فنظام سعر الخصم ودور المقرض الأخير، والأوراق المالية الخاصة بعمليات السوق المفتوحة، كلها مرتبطة بسعر الفائدة.

(٣) ينظر: السياسة المالية والنقدية في الإسلام، أنور الكفراوي (ص: ١٦٧).

سياسة انكماشية: يعمل على الحد من الإصدار النقدي وتقليص قدرة البنوك التجارية على منح القروض فيقوم البنك المركزي برفع سعر إعادة الخصم الذي يتقاضاه لتثبيط رغبة البنوك التجارية في إعادة الخصم والحد من قدرتها على الإقراض[١].

وبالتالي يعتبر سعر إعادة الخصم من أدوات السياسة النقدية والتمويلية الكمية التي تستخدم في التحكم في حجم التمويل المصرفي الممنوح وبالتالي حجم نمو الأرصدة النقدية المتداولة في الاقتصاد بما يتلاءم ومعدل نمو النشاط الاقتصادي.

٢ - الاحتياطي القانوني: "Required Reserve"

تُلزَم البنوك التجارية بالاحتفاظ بنسبة من الأموال في شكلها السائل لدى البنك المركزي. وذلك هو الاحتياطي القانوني، أي نسبة المبلغ الاحتياطي الذي يتعين على البنوك التجارية إيداعه لدى البنك المركزي[٢].

يمكن للبنك المركزي، باعتباره السلطة النقدية، أن يرفع نسبة الاحتياطي القانوني الإجباري، في حالة السياسة الانكماشية، كما يمكن له أن يخفض تلك النسبة لتمكين البنوك التجارية من التوسع في الإقراض في ظل السياسة التوسعية، والهدف من استخدام هذه الأداة هو مراقبة حجم التمويل المصرفي والودائع المصرفية.

---

(١) ينظر: أدوات السياسة النقدية التي تستخدمها البنوك الإسلامية، بحث مقدم للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، تحسين كمال فهمي(ص: ١٦)، البنوك المركزية ودورها في اقتصاديات الدول، ليوسف حسن(ص: ٩٣).

(٢) ينظر: اقتصاديات النقود والبنوك، نقرير طاهر، وعبدالوهاب الأمين (ص: ٢٤٤).

٣ - عمليات السوق المفتوحة[1] "Open Market Operations"

يمكن للبنك المركزي أن يدخل السوق فيشتري الأوراق المالية ويطرح بدلا منها كمية من النقود السائلة في حالة السياسة التوسعية، وعلى العكس من ذلك في حالة السياسة الانكماشية، إذ يدخل البنك المركزي السوق بائعا للأوراق المالية ويسحب بدلا منها كمية من النقود فينقص حجم الكتلة النقدية المتداولة[2]. ويقصد بذلك التحكم في حجم الكتلة النقدية والتمويل المصرفي المتاح، وتعتبر من أهم الأدوات الكمية التي تستخدمها السلطات النقدية للتأثير المباشر والفوري على مسار النشاط المصرفي، وامتصاص الاحتياطيات والأرصدة النقدية للمصارف، وبالتالي التأثير على قدرة هذه المصارف على منح التمويل المصرفي بالقدر الذي يؤدي إلى تحقيق الاستقرار النقدي والمالي، والتقليل من حدة التقلبات والاختلالات الاقتصادية، الأمر الذي يؤدي إلى خلق بيئة اقتصادية جاذبة لتفعيل دور القطاع الخاص في الاقتصاد[3].

وأما الأدوات الكمية التي يستعملها البنك المركزي للتحكم في كتلة

---

(١) نادراً ما تلجأ معظم دول العالم الثالث الى تطبيق سياسات عمليات السوق المفتوحة، لا سيما وأن أسواقها النقدية عادة ما توصف بالتخلف أو عدم التطور، مقارنة بتلك التي نجدها في الدول المتقدمة أو الصناعية. هذا وتتصف الأسواق النقدية في دول العالم الثالث بالثنائية المالية (Financial Dualism) بمعنى وجود سوق نقدية منظمة رسمية (وأخرى غير منظمة تمثل الجزء الأكبر من الأرصدة المالية و النقدية المتداولة في المجتمع). مخطط إدارة السياسة النقدية والتمويلية، للدكتور حبيب وآخرون (ص: ٢٤).

(٢) ينظر: السياسة المالية والنقدية في الإسلام، نعوف الكفراوي (ص: ١٦٧)، البنوك المركزية ودورها في اقتصاديات الدول، ليوسف حسن (ص: ٩٥).

(٣) ينظر: أدوات السياسة النقدية التي تستخدمها البنوك الإسلامية في الاقتصاد الإسلامي، بحث مقدم للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، لحسين كمال فهمي (ص: ٢٦)، وينظر: مخطط إدارة السياسة النقدية والتمويلية، للدكتور حبيب وآخرون (ص: ٣٣)، اقتصاديات النقود والبنوك، لفريد طاهر، وعبدالوهاب الأمين (ص: ٢٤٨).

النقود والقروض التي تصدرها البنوك الإسلامية[1] فتتميز بفعالية أكبر من مثيلتها في الاقتصاديات القائمة على أساس سعر الفائدة؛ لاعتمادها على أداة نسبة التشارك بدلا من سعر الفائدة، ولاختلاف ثقافة المجتمع الإسلامي عن ثقافة المجتمعات غير الإسلامية، ومن هذه الأدوات الكمية:

١ - هوامش المشاركة: "Participation margins"

يستطيع صانعوا السياسة الاقتصادية والنقدية تغيير معدلات العائد على الودائع المصرفية أو التمويل المصرفي وذلك من خلال التغيير المباشر لنسب المشاركة[2] والمضاربة في أرباح/خسائر العمليات المصرفية والتجارية وبالتالي التأثير على حجم الأرصدة النقدية المتاحة في الاقتصاد. فاستخدام أية هوامش المشاركة تمكن السلطات النقدية من حقن أو امتصاص الاحتياطيات والأرصدة النقدية الموجودة بحيازة القطاع الخاص بما يحقق الاستقرار النقدي والمالي وحماية الاقتصاد من التقلبات والاختلالات الاقتصادية. ويمكن للسلطات النقدية في حالة

---

(١) فالشريعة جاءت بأصول كلية وعامة تحكم جميع تصرفات البشر في جميع النشاطات، خلافا للنظم الوضعية التي كانت وما زالت عرضة للتعديل والتطوير بل ثبت خطأ بعضها. السياسة المالية والنقدية في ظل الاقتصاد الإسلامي، لعوف الكفراوي (ص: ١٧٦).

(٢) وتوزيع الربح بين الشركاء تختلف من عقد إلى عقد، ففي المضاربة أجمع أهل العلم على أنها تترك لما تصالحا عليه، الإجماع، لابن المنذر (ص: ١٤٠)، أما في عقد شركة العنان اختلفوا على قولين: الأول: جعل الربح على قدر حصة كل شريك، أو بما يتفقان عليه وهو قول الحنفية والحنابلة، تحفة الفقهاء، للسمرقندي (٣/ ٧)، كنز الدقائق، للنسفي (ص: ٤٠١)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٣٣)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٤٩٧)، والقول الثاني: أن يكون الربح والخسارة على قدر المالين فقط وهو قول المالكية والشافعية، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ٣٦)، عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/ ٨٣٣)، المهذب، للشيرازي (٢/ ١٩٦)، منهاج الطالبين، للنووي (ص: ١٣٢). وجميع المذاهب تتفق على أن الخسارة على قدر المال، (الإحالات السابقة)

انتهاجها لسياسات نقدية توسعية أن تعمل على زيادة حجم الكتلة النقدية والتمويل المصرفي، وذلك من خلال تخفيض هوامش المشاركة في التمويل المصرفي، وبالتالي زيادة الطلب على رؤوس الأموال والتمويل المصرفي بغرض الاستثمار[1]. وعلى النقيض من ذلك، فمي حالة انتهاج السلطات النقدية لسياسات نقدية انكماشية، تستطيع أن ترفع من هوامش المشاركة على التمويل المصرفي، وبالتالي يقل الطلب على التمويل المصرفي مما يؤدي إلى انخفاض حجم الأرصدة النقدية العاملة في الاقتصاد. إلا أن مدى فعالية هذه الآلية في تنفيذ وتحقيق أهداف السياسة النقدية والتمويلية مرهون بمدى تطور الجهاز المصرفي وجاذبيته في حشد المدخرات[2].

ونسبة المشاركة في الربح والخسارة بديل لنظام سعر الفائدة؛ لأن أحكام الشريعة الإسلامية تمنع استخدام سياسة سعر الخصم؛ نظرا لاعتمادها على سعر الفائدة المحرم شرعا وفي الاقتصاد الإسلامي يستطيع البنك المركزي أن يعدل من نسبة التشارك بالشكل الذي يراه مناسبا لسير النشاط الاقتصادي[3].

---

(١) الاستثمار لغة: الثاء والميم والراء أصل واحد، وهو شيء يولد من شيء متجمعا، ثم يحمل عليه غيره استعارة، حمل الشجر، وثمر الرجل: تموله، أثمر الرجل ماله: نماه وكثره. واصطلاحا: لا يخرج المفهوم الشرعي للاستثمار عن مفهومه اللغوي وكذلك بصنع الفقهاء، لكن لا يستعملونه بمعنى تنمية المال وتكثيره، لكنهم يستعملون التثمير، والاستنماء، والتنمية. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٣٨٨/١) مادة [ثمر]، لسان العرب، لابن منظور (١٠٦/٤) مادة [ث م ر]، المصباح المنير، للفيومي (ص: ٣٥٩)، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، لنزيه حماد (ص: ٥١)، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، لمصطفى هني (ص: ٤٢٢).

(٢) نحو اقتصاد إسلامي عادل، لشابرا (ص: ٨١-٨٣)، آليات تطبيق نظام نقدي إسلامي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الإدارة والاقتصاد بالجامعة المستنصرية بالعراق لنيل درجة الدكتوراه فلسفة في العلوم الاقتصادية لعمار الواهي (ص: ١٣٨) بتصرف.

(٣) ينظر: السياسة النقدية والمصرفية في الإسلام، للتركماني (ص: ١٧٧-١٧٩)، السياسة النقدية ونظرية النقود في الاقتصاد الإسلامي، لنجاح عبدالحليم (ص: ١٥٣).

٢ - الأسهم الحكومية: "Government stocks"

يمكن أن تعتبر هذه الآلية البديل المباشر لعمليات السوق المفتوحة في النظام الاقتصادي الربوي. وذلك لأن هذه الأوراق والصكوك التي تتميز بمواصفات خاصة تتفق مع روح وأحكام و مبادئ الشريعة الإسلامية تؤثر على حجم الأرصدة النقدية المتاحة للمجتمع، وبالتالي تستطيع أن تؤثر على حركة وأداء النشاط الاقتصادي وفقاً لمقتضيات الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي يمر بها المجتمع[1].

٣ - حجم القاعدة النقدية: "The size of the monetary base"

يمكن للسلطات النقدية أن تحدد سنوياً معدل نمو الكتلة النقدية المرغوب فيه الذي يتناسب مع الأهداف الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع. وهذا المعدل المستهدف في نمو حجم الكتلة النقدية يمكن تحقيقه من خلال الضبط والتحكم في حجم القاعدة النقدية وذلك من خلال إدارة إصدار العملة الجديدة[2].

٤ - نسبة الاحتياطي القانوني: "The Legal Reserve Rate"

معلوم أن نسبة الاحتياطي القانوني التي ينبغي أن تحتفظ بها المصارف التجارية لمقابلة التزاماتها تجاه الودائع المصرفية تنقسم إلى قسمين: نسبة الاحتياطي النقدي الإجبارية وهي تلك النسبة النقدية التي تحتفظ بها المصارف التجارية لدى البنك المركزي من جملة ودائعها

المصرفية، ونسبة السيولة (LR) "Liquidity Ratio": وهي نسبة السيولة التي تحتفظ بها المصارف التجارية داخلياً من جملة ودائعها

---

(١) ينظر: السياسة المالية والنقدية في الإسلام، لعوف الكفراوي (ص: ١٩٥) بتصرف.

(٢) ينظر: مضامين إدارة السياسة النقدية والتمويلية، للدكتور حبيب وآخرون (ص: ٥٥).

المصرفية. فهذه النسب يمكن التحكم فيها بواسطة السلطات النقدية بغرض ضمان ضبط مقدرة المصارف التجارية على خلق التمويل المصرفي. فيمكن رفع نسبة الاحتياطي القانوني لمقابلة الودائع المصرفية الجارية، وتخفيض نسبة الاحتياطي القانوني لمقابلة الودائع المصرفية الادخارية أو الاستثمارية أو تلك التي تودع بهدف المضاربة أو المشاركة[1].

ثانيا: الأدوات النوعية (كيفية): "qualitative Tools"

هي تلك الأدوات والوسائل التي تستخدمها السلطات النقدية في التأثير على نفقات واستخدامات التمويل المصرفي الممنوح دون أن تؤثر على الحجم الكلي للتمويل المصرفي[2]. وتهدف إلى التأثير على نوع الائتمان أي على الكيفية التي يستخدم لها وليس على حجم الائتمان الكلي[3].

استخدام الأدوات النوعية للسياسة النقدية والتمويلية هدفه التأثير على تكلفة الإقراض لدى البنوك التجارية سواء بالنقص أو الزيادة؛ مما يتيح التأثير على حجم الائتمان إما للحد منه أو التوسع فيه، وتوفير قدر كافي من الأصول القابلة للتسييل، وكذلك إعطاء القطاعات الهامة الأولوية في الاقتراض؛ مما يساعد في دفع عجلة النمو[4]. ويمكن

---

(١) ينظر: نحو اقتصاد إسلامي عادل، لشابرا (ص: ١٤٤)، مخطط إدارة السياسة النقدية والتمويلية، للدكتور حبيب وآخرون (ص: ٥٥)، السياسة النقدية ونظرية النقود، لنجاح عبد العليم (ص: ٢٠٥).

(٢) أدوات السياسة النقدية التي تستخدمها البنوك الإسلامية في الاقتصاد الإسلامي، بحث مقدم للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، لحسين كمال فهمي (ص: ١٨).

(٣) السياسة المالية والنقدية في الإسلام، لمنذر الكفراوي (ص: ١٦٨).

(٤) أدوات السياسة النقدية التي تستخدمها البنوك الإسلامية، لحسين كمال فهمي (ص: ١٨).

للسلطات النقدية أن تستخدم مجموعة من الأدوات الكيفية(النوعية) لتطبيق السياسة النقدية الضرورية الملائمة لتحقيق أهداف السياسة الاقتصادية الكلية المقررة من ذلك:

١ - الحد من الائتمان: "Credit limit"

تستطيع السلطات النقدية في حالة السياسة الانكماشية أن تحدد سقفا للقروض الممكن منحها. كما يمكن للسلطات النقدية أيضا توجيه القروض إلى قطاعات معينة ترفع فيها سقوف القروض أو توضع فيها سقوف لمعدل الفائدة مما يشجع المستثمرين على طلب القروض والاستثمار في تلك القطاعات.[1]

٢ - تخصيص التمويل: "Allocation of funding"

يعني اتجاه السلطات النقدية إلى التأثير على توزيع القروض في اتجاه القطاعات الأكثر حيوية بالنسبة العملية التنمية، أو التي تتطلب موارد مالية كبيرة. كتمويل القطاعات الصغيرة الزراعية أو التجارية أو الصناعية[2].

وأما الأدوات النوعية في الاقتصاد الإسلامي فهي متعددة، منها:

١ - السقوف التمويلية: "Financing ceilings"

يمكن تحديد سقف للمبالغ المقترضة أو لعدد المقترضين أو تحديد فترة لتسديد القرض، وكلها وسائل للحد من توزيع القروض في قطاعات معينة يمكن أيضا منع القروض في قطاعات محددة لا يتماشى الاستثمار فيها وتطبيق السياسة الاقتصادية المعتمدة[3]. فيمكن للبنك المركزي

---

(١) ينظر: نصر الاقتصاد إسلامي عادل، لشابرا (ص: ١٣٦).

(٢) ينظر: المرجع نفسه (ص: ١٧٧).

(٣) ينظر: مخطط إدارة السياسة النقدية والتمويلية، للدكتور حبيب وآخرون (ص: ٥٦).

الإسلامي أن يستمر في استخدامها لتنظيم وتوجيه الائتمان[1]. ففي ظل نظام المشاركة يمكن للمصرف المركزي ممثلا للسلطة النقدية في الاقتصاد الوطني أن يضع سقوفا وضوابط مرشدة بغية التوجيه الرشيد للائتمان بما يتلاءم وأهداف المجتمع[2].

٢ - إلزام المصارف بموانع وحدود لتوجيه الإئتمان لقطاعات معينة:

يمكن للبنك المركزي الإسلامي أن يحدد اتجاهات الائتمان ومجالاته؛ ليتلاءم مع أهداف المجتمع، وليحقق الرفاهية الاجتماعية، بحيث يمكن تشجيع أو تقييد الاستثمار في القطاعات المطلوبة[3].

وتستطيع السلطات النقدية الإسلامية أن تؤثر على حركة واتجاهات التمويل المصرفي الممنوح للقطاعات أو الوحدات الاقتصادية المختلفة في فترة زمنية محددة، وذلك من خلال توجيه المصارف التجارية والمؤسسات المالية والنقدية العاملة في الدولة بزيادة نسبة التمويل المصرفي الممنوح لصالح قطاع اقتصادي معين من إجمالي التمويل المصرفي الممنوح لكل القطاعات والوحدات الاقتصادية الأخرى، أو بتخفيض نسبة التمويل المصرفي الممنوح لقطاع آخر.

ثالثا: الأدوات المباشرة (المساعدة): "Direct Tools"

تضيف هذه الأدوات فاعلية للأدوات الكمية والنوعية، وتكون ملاذا للبنك المركزي إن لم تؤدِّ الأدوات الكمية والنوعية الدور في تحقيق السياسة النقدية للبنك المركزي، ومما تتضمنه هذه الأدوات:

---

(١) ينظر: اقتصاديات النقود -رؤية إسلامية، لعبد الفتاح عبد الرحمن عبد المجيد (ص: ٢٧٨).

(٢) ينظر: السياسة النقدية والمالية في إطار نظام المشاركة في الاقتصاد الإسلامي، صالح صالحي (ص: ٥٥).

(٣) ينظر: نحو نظام نقدي عادل، لمحمد شابرا (ص:٢٦٩).

١ - الإقناع الأدبي: "Moral Suasion"

يقوم هذا الأسلوب على قيام البنك المركزي ممثلا للسلطة النقدية في الاقتصاد بمحاولة إقناع البنوك التجارية بما يلزم إتباعه لمواجهة مشاكل الاقتصاد، وما يتعين عليهما القيام به في هذا الشأن[1]، وإلغاء نظام الفائدة لا يؤثر على ممارسة المصرف المركزي لهذه الوسيلة[2].

فيقوم البنك المركزي بالتأثير المعنوي لإقناع المصارف التجارية العاملة في الدولة للتعاون معه في تنفيذ السياسة النقدية والتمويلية، فتلتزم البنوك التجارية بهذا الأسلوب نظرا للعلاقة الوطيدة التي تربطها بالبنك المركزي، فهو بنك البنوك والملجأ الأخير الذي تلجأ إليه البنوك التجارية للإقراض.

وكما يوجد في النظام الاقتصادي الربوي، تستطيع السلطات النقدية الإسلامية أن تستخدمه في تحقيق أهداف السياسة النقدية والتمويلية وذلك من خلال إقناع المصارف التجارية والمؤسسات المالية والنقدية العاملة في الدولة بالمساهمة في تنفيذ وتحقيق أهداف السياسة الاقتصادية والنقدية التي تراها مناسبة.

٢ - المراقبة المباشرة على التمويل المصرفي: "On-Site Supervision"

تلجأ السلطات النقدية إلى أسلوب الرقابة المباشرة على حركة وتوزيع التمويل المصرفي بين الاستخدامات المختلفة في الاقتصاد عن طريق إصدار الأوامر والتعليمات المصرفية الملزمة والتي إما أن تكون في

---

(١) ينظر: السياسات النقدية والبعد الدولي لليورو، أحمد فريد ومبير محمد، مرجع سابق، (ص: ١٢١).

(٢) ينظر: السياسة النقدية والمالية في إطار نظام المشاركة في الاقتصاد الإسلامي، صالح صالحي (ص: ٥٦).

شكل تعليمات شفوية، أو على شكل تعليمات مكتوبة، تلزم بها السلطات النقدية المصارف العاملة في الدولة بهدف ضبط وتوجيه التمويل المصرفي بدقة وعناية بما يتلاءم والظروف الاقتصادية والاجتماعية التي يمر بها المجتمع[1]. وتبقى هذه الوسيلة ممكنة التطبيق في ظل نظام المشاركة في المصرفية الإسلامية.

٣ - التعليمات المباشرة والأوامر الملزمة:

بمقتضى هذا الأسلوب يصدر البنك المركزي القرارات الملزمة للبنوك التجارية، بما يتماشى مع متطلبات الإدارة النقدية التي تستهدف تحقيق أغراض السياسة النقدية[2]. ويتخذ هذا الأسلوب صورة القرارات ملزمة التنفيذ، كأن يحدد البنك المركزي نصيب كل بنك في تمويل الصناعات الصغيرة، وتخفيض القروض المقدمة لقطاع الصناعات الكمالية، أي اتخاذ البنك المركزي لأي قرار "إلزامي التنفيذ" يرى من شأنه أن يدعم السياسة الاقتصادية العامة للدولة ويحقق الأهداف المرجوّة، ولا يتأثر هذا الأسلوب بإلغاء نظام الفائدة بشكل عام، رغم اختلاف طبيعة التعليمات الصادرة من قبل البنك المركزي في ظل نظام المشاركة، عن تلك المستخدمة في ظل النظام الربوي[3].

يمكن للسلطات النقدية في الإسلام أن تلجأ إلى أسلوب التوجيهات المباشرة من خلال إصدار الأوامر والتعليمات والتوجيهات المصرفية

---

(١) ينظر: دور السياسات النقدية الإسلامية في تحقيق تنمية مستدامة، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الدولي التاسع للاقتصاد والتمويل الإسلامي، لسليمة طيابية (ص: ٢٠).

(٢) ينظر: الوظيفة الرقابية للبنوك الإسلامية "الرقابة النقدية والشرعية"، لمحمد أبو شادي (ص: ٥٩).

(٣) ينظر: السياسة النقدية والمالية في إطار نظام المشاركة في الاقتصاد الإسلامي، صالح صالحي (ص: ٥٦).

الملزمة للمصارف والمؤسسات المالية والنقدية العاملة في الدولة، وذلك بهدف ضمان تحقيق أهداف السياسة النقدية والتمويلية من خلال ضبط وتوجيه التمويل المصرفي بما يتفق والظروف الاقتصادية والاجتماعية التي يتسم بها الاقتصاد[1].

٤ - الإجراءات الزجرية: "Restorative measures"

هي تلك الإجراءات التي تطبق من قبل السلطات النقدية على المصارف الربوية العاملة في الدولة والتي لا تلتزم بتوجيهاتها، وذلك كأن يرفض البنك المركزي إعادة الخصم لتلك المصارف، أو عدم إقراض المصارف التي تخالف سياسته بصفته المقرض الأخير "lender of Last Resort" لتلك المصارف، أو فرض سعر فائدة إضافي عقابي للمصارف التي لا تلتزم بتوجيهات السياسة النقدية والتمويلية. ويعتبر هذا الأسلوب الأخير الذي يلجأ إليه البنك المركزي لضمان تنفيذ السياسات النقدية من قبل البنوك التجارية، وتجاوبها مع إجراءات البنك المركزي والتزامها بتعليماته[2].

وتبقى هذه الوسيلة ممكنة التطبيق باستخدام نظام المشاركة، حيث يلجأ البنك المركزي للجزاءات لضمان التقيد بتنفيذ إجراءات سياسته من قبل المصارف الإسلامية، فمن جهة يمارس حوافز الجزاءات الإيجابية، ومن جهة أخرى يفرض إجراءات الجزاءات السلبية على المصارف التي تتهاون، ولا تتقيد بالتوجيهات الملزمة[3].

---

(١) ينظر: السياسة المالية والنقدية في الإسلام، نوف الكفراوي (ص: ٢٠٢).

(٢) ينظر: السياسات النقدية والبعد الدولي لليورو، أحمد فريد ومبير محمد السيد، (ص: ١٢٢).

(٣) ينظر: السياسة النقدية والمالية في إطار نظام المشاركة في الاقتصاد الإسلامي، صالح صالحي (ص: ٥٧).

فالبنوك المركزية تسعى سعيا حثيثا في حماية الاستقرار النقدي، الذي باستقراره تستقر العقود، وتحفظ توازناتها من الاختلال؛ بتغير قيمة العملة، أو التضخم والكساد، وتختلف قدرة الدول في تطبيق سياستها النقدية المحققة للاستقرار النقدي، والتقارير الصادرة من الصندوق الدولي[1] بشأن تراجع آفاق النمو الاقتصادي وزيادة المخاطر في دول العالم؛ بسبب التقلبات التي أصابت الأسواق العالمية وبسبب هبوط أسعار النفط، فالسياسة النقدية الإنمائية مستمرة في تحقيق أهدافها، وتحقيق النمو يدل على قوة الأمن الاقتصادي ومتانته، وعلى تحقيق التوازن في العقود المبرمة في شتى النشاطات واعتباره؛ لأن عدم توازن العقود واختلالها من شأنه التأثير على استثمارات الأفراد والمؤسسات والشركات.

(١) ينظر: آفاق الاقتصاد الإقليمي، دراسات استقصائية للأوضاع الاقتصادية والمالية العالمية في منطقة الشرق الأوسط وآسيا الوسطى، (ص: ٢).

المبحث الأول

وسائل السياسة النقدية في المصرف المركزي "مؤسسة النقد" في حفظ توازن العقود وحمايتها من الاختلال

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

التأثير على حجم الائتمان

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تحديد هوامش أرباح العقود في المصارف وتحديد السقوف الائتمانية:

للتحكم في حجم الائتمان لابد من تحديد الحد الأدنى والحد الأعلى لنسب المشاركة في الأرباح بين المصرف والمستثمرين، ويترك المجال للمصارف للتحكم فيما بين الحد الأعلى والأدنى، وبالتأثير في هذين الحدين يمكن التحكم في حجم الإئتمان، فكلما زادت هوامش أرباح العمليات الاستثمارية زاد إيداعهم وتوظيفاتهم، وكلما قلّت تلك الهوامش ينخفض إقبالهم في حالة المصرف المضارب، أما المصرف المشارك أو الممول للمضاربات فزيادة هوامش الأرباح يجعله يتوسع في منح الإئتمان لتلك العمليات، وتخفيض الهامش يقلّل من التوسع الإئتماني للعمليات الاستثمارية المرتبطة بنظام المشاركة[1].

---

(١) ينظر: مخطط إدارة السياسة النقدية والتمويلية، بنك السودان المركزي، للدكتور حبيب وآخرون (ص: ٣٧)، اقتصاديات النقود والبنوك، لفريد طاهر، وعبدالوهاب الأمين (ص: ٢٣٥).

ولذا فقد تضع الإدارة النقدية سقوفا إجمالية لعمليات الإقراض والاستثمار للحد من توسع البنوك التجارية في تقديم الائتمان وجعله في المستوى المناسب في ضوء أهداف الخطة الوطنية للاستثمار والإنتاج وميزان المدفوعات. فعند توزيع هذه السقوف على البنوك التجارية يجب توجيه الاهتمام الكافي للتحقق من أن ذلك لا يضر بالمنافسة الصحية بينهما[1].

وفي ظل الأنظمة الربوية، تعاقب البنوك التي تتجاوز السقف المحدد بإيداع مبلغ لدى المصرف المركزي يعادل مبلغ التجاوز بدون فائدة، وأحيانا تفرض فائدة جزائية على المبلغ الذي يتجاوز به السقف، حتى تكون عمليته الائتمانية غير مربحة ويحقق خلالها خسارة لكي لا يقدم مرة أخرى على التجاوز[2].

أما في ظل نظام المشاركة فيمكن فرض غرامة مالية، أو أي جزاء عقابي عند تجاوز هذه السقوف بحيث تتناسب مع المقدار الذي يزيد عن السقف الائتماني[3].

وتكتسب أداة تحديد هوامش الأرباح وتحديد السقوف الإئتمانية الفعالية الاقتصادية فتمكن البنك المركزي من تحديد مقدار القروض أو الاستثمارات التي تقدمها البنوك التجارية، وتمكنه من خفض مقدار القروض في حالة التضخم من خلال التشدد في شروط وضمانات الحصول عليها، ويعمل عكس ذلك عند حدوث الانكماش، ويمكنه

---

(١) ينظر: نحو نظام نقدي عادل، محمد عمر شابرا، ترجمة: للغته والمصارف والسياسة النقدية في ضوء الشريعة الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي (ص: ٢٦٩).

(٢) ينظر: السياسة النقدية والمالية في إطار نظام المشاركة في الاقتصاد الإسلامي، صالح صالحي (ص: ٥٣).

(٣) ينظر: اقتصاديات النقود -رؤية إسلامية، نعبد الفتاح عبد الرحمن عبد المجيد (ص: ٢٧٧).

خفض استثمارات البنوك التجارية من خلال التشدد في شروط وضمانات التمويل المصرفي للمشروعات، ويفعل عكس ذلك عند رغبته في زيادة الاستثمارات، وقد يشترط البنك المركزي ضمانات معينة بعد بلوغ هذه الاستثمارات مقدارا معينا، فقد يشترط شراء جزء مما يصدره من سندات أو تقديم قروض حسنة لبعض القطاعات ذات الأولوية[1].

الفرع الثاني: تثبيت ودعم القيمة الداخلية والخارجية للعملة:

البنك المركزي له دور أساسي في المحافظة على الاستقرار الاقتصادي ودعم مسيرة النمو الاقتصادي، ومن أهم وظائفه المحافظة على القيمة الداخلية والخارجية للعملة المحلية، وذلك عن طريق تحقيق الاستقرار والثبات النسبي في معدلات صرفها مقابل العملات الأجنبية، وكذلك بالتأثير على الطلب على حجم الأرصدة النقدية من العملات الأجنبية المتاحة لدى الدولة، بما يتناسب مع القدر المتاح منها.

وهذا بهدف المحافظة على القوة الشرائية للعملة الوطنية وحماية الاقتصاد المحلي من الآثار السلبية لتقلبات أسعار الصرف أو ما يعرف بالتضخم المستورد "Imported Inflation"، إضافة إلى أن المحافظة على استقرار القيمة الداخلية والخارجية للعملة المحلية يحافظ على ثقة المستثمرين الوطنيين والأجانب في التعامل بالعملة المحلية مما يؤدي إلى تحسين مناخ العمل والاستثمار ليصبح جاذباً ومشجعاً للاستثمارات المحلية والأجنبية الشيء الذي قد يؤدي إلى إسهام فاعل في تحقيق التنمية الاقتصادية المطردة أو المستدامة[2].

---

(١) ينظر: تحول بنك مركزي تقليدي إلى بنك مركزي إسلامي، ليوسف الحزيم (ص: ٢١٦-٢١٧)؛ الإصدارات النقود - رؤية إسلامية، لعبد الفتاح عبد المجيد (ص: ٢٧٧).

(٢) ينظر: السياسة النقدية بين الفقه الإسلامي والاقتصاد الوضعي، لوليد مصطفى شاويش =

ويعمل البنك المركزي على التأثير في عرض النقود ليوجه النشاط الاقتصادي حسب متطلبات الظرف الاقتصادي:

ففي حالة الركود الاقتصادي: يزيد البنك المركزي من كمية النقود المعروضة ليخفض معدل الفائدة "Interest" مما يسمح بزيادة الإقراض أي زيادة حجم النقود المتداولة في السوق، مما يعني ارتفاع الطلب على السلع والخدمات في السوق، يفضي ذلك إلى طلب المؤسسات المزيد من القروض من أجل القيام بالاستثمارات لتلبية الطلب الإضافي ويترتب عن ذلك تحقيق النمو الاقتصادي وزيادة التشغيل، وهو الهدف الأساسي للسياسة الاقتصادية في هذا الظرف. تسمى هذه السياسة سياسة توسعية "Expansionary Fiscal Policy".

وفي حالة التضخم (ارتفاع الأسعار): يعمل البنك المركزي على كبح كمية النقود المتداولة والحد من القروض مما يؤدي إلى ارتفاع معدلات الفائدة فيتقلص حجم القروض التي تمنحها البنوك سواء تلك الموجهة للاستهلاك أو الموجهة للاستثمار، فيؤدي ذلك إلى خفض الطلب الكلي وبالتالي إلى انخفاض أسعار السلع والخدمات وبذلك يتحقق الاستقرار الاقتصادي وهو الهدف الأساسي الذي تسعى إليه السياسة الاقتصادية في هذا الظرف. تسمى هذه السياسة سياسة انكماشية "Contractionary Fiscal Policy"[1].

= (ص: ١١٨)، مخطط إدارة السياسة النقدية والتمويلية، بنك السودان المركزي، للدكتور حبيب وآخرون (ص: ٢١)، الإسلام والتنمية الاقتصادية، توفيق البشير (ص: ١١٤).

(١) ينظر: أدوات السياسة النقدية التي تستخدمها البنوك الإسلامية في الاقتصاد الإسلامي، بحث مقدم للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، لحسين كمال فهمي (ص: ١٦)، دور السياسات النقدية الإسلامية في تحقيق تنمية مستدامة، لسليمة طيباوي، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الدولي التاسع للاقتصاد والتمويل الإسلامي بالجزائر (ص: ١٦)، فقه المعاملات المالية المعاصرة، لمحمد شبير (ص: ٢٦٣).

فتحقيق الاستقرار النقدي من أولويات السياسة النقدية للبنك المركزي لأي بلد، وتتمثل عناصر الاستقرار النقدي التي يهدف البنك المركزي إلى تحقيقها في استقرار المستوى العام للأسعار، واستقرار سعر صرف العملة الوطنية وخلق هيكل أسعار فائدة ينسجم مع الظروف الاقتصادية المحلية والتطورات الدولية. ويسعى البنك المركزي إلى تحقيق ذلك من خلال تنظيم نمو السيولة المحلية في الاقتصاد الوطني بما يتناسب وتمويل النشاط الاقتصادي الحقيقي، وتحقيق الاستقرار النقدي يمثل الركيزة الرئيسية للسياسة النقدية في الوقت الراهن[1].

ومن طرق تثبيت قيمة العملة:

- سياسات الرقابة على النقد الأجنبي التي تعني في مفهومها الواسع تحقيق توازن العلاقات ما بين سعر صرف العملة الوطنية مقابل العملات الأجنبية الرئيسية.

- وضع آليات ووسائل التوازن والاستقرار التي تحافظ على القوة الشرائية للعملة الوطنية، وسياسات الرقابة على النقد الأجنبي من أهمية كفاءة عمل سوق النقد الأجنبي واستقرار أسعار صرف العملة الوطنية في المحافظة على استقرار سريان التجارة الخارجية بين الدول، وذلك لأن أسعار الصرف غير المستقرة أو غير المؤكدة تقود المشاركين في قطاع التجارة الخارجية إلى مخاطر جسيمة خاصة في مجال معاملات التبادل الدولي القائمة على تعاقدات قانونية ملزمة لأطراف التبادل[2].

ويتحقق التوازن في سوق النقود عندما يتوازن الطلب والعرض، أي

---

(١) ينظر: مخطط إدارة السياسة النقدية والتمويلية، بنك السودان المركزي، للدكتور حبيب وآخرون (ص: ٢١).

(٢) المرجع السابق (ص: ٢٤).

أن زيادة عرض النقود يخل بتوازن سوق النقد ولكي تعود إلى التوازن لا بد من زيادة الطلب على النقود وهذا لا يكون إلا بانخفاض سعر الفائدة أو زيادة الدخل. وفي ظل نظام اقتصادي إسلامي، تتولى الدولة إصدار النقود القانونية، وتحديد مقاديرها، ومراقبة المتداول منها، وبالتالي فهي من أعمال السيادة للدولة التي لا يجوز قيام غيرها به. فعرض النقود يمكن ضبطه بصورة فعالة في اقتصاد إسلامي، بالرغم من إلغاء الفائدة، وعدم توافر أدوات المعدل المصرفي. غير أن عددا من الأدوات التقليدية، ومنها متطلبات الاحتياطي النظامي، ونسب السيولة، والسقوف الائتمانية، ونسب المشاركة في الربح، يبقى موجودا[1].

وكذلك فإن تدفق النقد الأجنبي إلى بلد ما، أو هروب نقده إلى الخارج، له آثار مباشرة على عرض النقود المحلية.

فعند تدفق النقد الأجنبي: يمكن للبنك المركزي إصدار نقود جديدة مقابل النقد الأجنبي، كما أن له أن يطالب بالنقد الأجنبي مقابل النقد المحلي.

أما بالنسبة للمال المتوجه إلى الخارج: لما كان تدفق النقد الأجنبي، أو هروب النقد المحلي، يتأثر بسعر الصرف، فإنه يمكن للبنك المركزي التحكم في عرض النقود عن طريق تحديد سعر الصرف. أما إذا ترك البلد سعر الصرف عائما يحدده السوق، فهذا يعني تنازل البنك المركزي عن صلاحية التحكم في عرض النقد المحلي عن هذا الطريق، ولا ينبغي حينئذ اعتبار سعر الصرف الخارجي أداة للسياسة النقدية[2].

---

(١) ينظر: مستقبل علم الاقتصاد من منظور إسلامي، لمحمد عمر شابرا (ترجمة: رفيق المصري)، (ص: ٣٥٧).

(٢) ينظر: بحوث في النظام المصرفي الإسلامي، لمحمد لبيب الله صديقي، (ص: ١٩٦-١٩٧)، =

ويشير التوازن الخارجي إلى تحقيق التوازن في ميزان المدفوعات[1] حيث تستخدم السياسة النقدية لعلاج اختلال ميزان المدفوعات والعودة به إلى حالة التوازن عن طرق تغيير كل من المعروض النقدي وسعر الصرف.

- نحو نظام نقدي ومالي إسلامي: الهيكل والتطبيق، نعلي المعارجي، المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، سلسلة المطبوعات بالعربية، رقم (٥)، ١٩٨١م، (ص: ٤٠)؛ اقتصاديات النقود والبنوك، فريد طاهر، وعبدالوهاب الأمين (ص: ٢١٢).

(١) ينظر: العلاقات النقدية، عادل المهدي، (ص: ٢٠٣).

المطلب الثاني

استخدام نسبة السيولة

تلتزم المصارف بالاحتفاظ بنسبة معينة من التزاماتها في شكل نقد سائل سواء كانت أموالا نقدية في الصندوق أو أموالا نقدية في طور التحصيل والأرصدة تحت الطلب المودعة لدى المصارف الأخرى وكذا الأرصدة الموجودة لدى البنك المركزي، وتتحدد هذه النسبة عادة بالنظر إلى عدة مؤشرات أهمها[1]:

- درجة تطور العادات المصرفية.
- زيادة التعامل عن طريق المصارف.
- حدود استعمال النقود السائلة في المعاملات.
- وقت تحصيل الشيكات.

إضافة إلى حاجة الاقتصاد الوطني والمقدرة عن طريق السلطة النقدية، ممثلة في البنك المركزي الذي يحدد النسبة القانونية التي يجب على البنوك أن تحتفظ بها في شكل سائل. وبما أن استبعاد التعامل بالفائدة -الربا- يشكل المعلم الرئيس للبنك الإسلامي وبدونها يصبح البنك أي شيء آخر غير كونه بنكا إسلاميا[2]، فإنه من الممكن الحفاظ على مطلب نسبة السيولة كأداة للسياسة النقدية في ظل النظام اللاربوي ولكن مع إجراء تغيير وحيد، هو أن السندات المحتفظ بها في محافظ

---

(١) ينظر: السياسة النقدية والمالية في إطار نظام المشاركة في الاقتصاد الإسلامي، صالح صالحي (ص: ١٧).

(٢) ينظر: البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، عبد الله الطيار (ص: ٩٢).

أوراق المصارف، يجب أن لا تحمل فائدة، إذ بعد إلغاء الفائدة يطلب من المصارف أن تستبدل ما في حيازتها من سندات حكومية وسندات أخرى متعددة تحمل فائدة بمثل تلك الأدوات المالية التي تسمح بها أحكام الشريعة الإسلامية وتوافق عليها الحكومة لغرض تلبية مطلب السيولة[1].

والفعالية الاقتصادية لتعديل نسبة السيولة أنها تؤدي إلى التأثير في قدرة البنوك على تمويل الأنشطة الاقتصادية[2]. فمن طريق تغيير هذه النسبة بالزيادة أو النقصان، يمكن التأثير في حجم التمويل المتاح واتجاهاته[3]، وكذلك الإفراط في حجم الأرصدة النقدية المتداولة قد ينتج عنه آثاراً تضخمية تؤثر على استقرار القيمة المحلية للعملة، مما يؤثر سلباً على البيئة الاقتصادية التي يعمل فيها القطاع الخاص بصفة خاصة، وحركة وأداء النشاط الاقتصادي في الدولة بصفة عامة، وفي الجانب الآخر يؤدي شح الأرصدة النقدية الموجودة بحيازة القطاع المصرفي أو تلك التي خارج الجهاز المصرفي -بحيازة الأفراد- إلى ضعف مقدرة المصارف على منح القروض وتمويل استثمارات القطاع الخاص وارتفاع تكاليف رأس المال مما ينعكس سلباً أيضاً على البيئة الاقتصادية التي يعمل فيها القطاع الخاص وحركة النشاط الاقتصادي في الدولة، وتهدف تحديد نسبة للسيولة إلى هدفين:

---

(١) ينظر: عمليات المصرف المركزي والسياسات النقدية، في كتاب: دراسات في الاقتصاد الإسلامي، جدة: مركز النشر العلمي لجامعة الملك عبد العزيز، ١٤٠٧/١٩٨٧، (ص: ٢٩٧).

(٢) ينظر: اقتصاديات النقود -رؤية إسلامية، عبد الفتاح عبد المجيد، مرجع سابق، (ص: ٢٧٦).

(٣) ينظر: السياسة النقدية والمالية في إطار نظام المشاركة في الاقتصاد الإسلامي، صالح صالحي (ص: ٥٣).

الأول: تمكين السلطات النقدية من مراقبة المصارف التجارية بصفة دورية.

والثاني: سعي السلطة في التحكم في حجم الإئتمان الذي تقوم به البنوك[1].

ولذا فإن التحكم في نسبة السيولة يحمي العقود من اختلال توازنها، سواء العقود المبرمة بين المصرف والعميل، أو بين المصرف والبنك المركزي.

(١) ينظر: أدوات السياسة النقدية التي تستخدمها البنوك الإسلامية في الاقتصاد الإسلامي، بحث مقدم للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، لحسين كمال فهمي (ص: ٥٥).

المطلب الثالث

الرقابة على البنوك التجارية "Banking Supervision" والمشتغلين بأعمال مبادلة العملات:

الرقابة تعرف بأنها: "النشاط الذي تقوم به الإدارة لمتابعة تنفيذ السياسات الموضوعة وتقييمها، والعمل على إصلاح ما قد يعتريها من ضعف حتى يمكن تحقيق الأهداف المنشودة"[1].

تهدف الرقابة على البنوك إلى تقوية الأنظمة المالية، ومنع انتشار المخاطر، وحماية المستثمرين. وتعتبر الرقابة الشرعية ذات أهمية بالغة للمصارف الإسلامية، ويعتمد عليه الكثير من المتعاملين مع هذه المصارف؛ لمعرفة مدى التزام تلك المؤسسات بالأحكام الشرعية، وتعتبر من الفروق بين المصارف الإسلامية والربوية غير المشروعة[2].

يتميز الاقتصاد الإسلامي بوسائل رقابة غير المراقبة الخارجية على الأنشطة المصرفية، وهي الرقابة الذاتية التي أساسها عقيدة الإيمان بالله واليوم الآخر، وهي ضمانة قوية لسلامة السلوك الاجتماعي وشرعية النشاط الاقتصادي[3].

وتنقسم الرقابة إلى نوعين:

الأول: رقابة غير مباشرة: "Off-Site Supervision" وتعتمد

---

(1) ينظر: أصول وضوابط الإدارة العامة، لعبد العزيز صالح (ص: ٧٤).

(2) ينظر: الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، لحمزة حماد (ص: ١٨-١٩)، تحول المصرف المركزي التقليدي إلى مصرف مركزي إسلامي، ليوسف الخليم (ص: ٦١).

(3) المذهب الاقتصادي في الإسلام، لمحمد شوقي فنجري، نشر في المؤتمر الأول للاقتصاد الذي يشرف عليه المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبدالعزيز ١٤٠٠هـ (ص: ١٢٥).

إجراءات الرقابة غير المباشرة على تقييم أداء المصرف من خلال تحليل البيانات والمعلومات التي تقدمها المصارف للبنك المركزي بهدف تقييم الأداء و تحديد الانحراف عن معايير السلامة المصرفية، والتأكد من مستوى الالتزام بتطبيق القوانين واللوائح والمعايير الموضوعة بواسطة البنك المركزي واكتشاف نقاط الضعف والخلل في الأداء والعمل على معالجتها. وتعتمد نتيجة التحليل والتقييم على مدى صحة وسلامة وشفافية البيانات والمعلومات.

والثاني: رقابة مباشرة: "On-Site Supervision" وتشمل عملية المراجعة والفحص للدفاتر وسجلات المصرف وتهدف الرقابة المباشرة إلى التأكد من سلامة المركز المالي للمصرف وصحة البيانات والمعلومات المقدمة للبنك المركزي وتقييم سياسات المصرف الداخلية وتقييم كفاءة أنظمته الرقابية الداخلية "Internal Controls" وتقييم أداء الإدارة التنفيذية ومجلس الإدارة والتحقق من التزام المصرف بتوجيهات وتعليمات البنك المركزي[1].

وهنالك عدة أساليب وآليات تستخدمها السلطات النقدية في الإشراف والرقابة المصرفية للحفاظ على سلامة النظام المصرفي وتجنيب الأزمات وتقليل المخاطر التي تؤثر على النشاط المالي ووجود الأصول المالية والنقدية. ومن هذه الأدوات:

أ - الرقابة الشرعية: تنبع أهمية الرقابة الشرعية للمصرف المركزي

---

(١) ينظر: المصارف الاستثمارية الإسلامية بين النظرية والتطبيق، لعبداللطيف القراري (ص: ١٢٠-١٢٢)، مضبط الرقابة والإشراف المصرفي، لمختار سعيد وآخرون (ص: ١٠)، إدارة المخاطر (تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية)، خان طارق الله، حبيب أحمد، ترجمة حماد بابكر، البنك الإسلامي للتنمية ٢٠٠٣م، (ص: ٢٩).

الإسلامي من امتثاله والتزامه بالسياسة النقدية في الإسلام، وتعرّف هيئة الرقابة الشرعية[1]: "بأنها جهاز مستقل من الفقهاء المتخصصين في فقه المعاملات، ويجوز أن يكون أحد الأعضاء من غير الفقهاء على أن يكون من المتخصصين في مجال المؤسسات المالية الإسلامية، وله إلمام بفقه المعاملات، ويُمهّد لهيئة الرقابة الشرعية، توجيه نشاطات المؤسسة ومراقبتها، والإشراف عليها للتأكد من التزامها بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وتكون قراراتها ملزمة للمؤسسة"[2].

تعد هيئة الرقابة الشرعية من أهم المعايير لتقييم تعاملات المصرف ومنتجاته، فلا يقبل من تعاملات البنك إلا ما وافقت عليه هيئته الشرعية.

فالرقابة الشرعية ضرورة حيوية للمصارف الإسلامية؛ لأنها تراقب وترصد سير عمل المصرف الإسلامي والتزامه بتطبيق الشريعة الإسلامية على تعاملاته[3].

ب - الإجراءات واللوائح التي تستهدف إنشاء المصارف والمؤسسات المالية والنقدية وتوفيق أوضاعها بهدف إصلاحها مالياً وإدارياً لرفع

---

(١) تمارس هيئة الرقابة الشرعية للمصرف المركزي الإسلامي المهام نفسها التي تمارسها الرقابة الشرعية في المصارف التجارية الإسلامية، إلا أنها تعتبر أعلى هيئة رقابية شرعية، ويمتد سلطانها لهيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية التجارية، والمؤسسات المالية الأخرى، تحول المصرف المركزي التقليدي إلى مصرف مركزي إسلامي، ليوسف الحزيم (ص: ٢٢٠).

(٢) المعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار الضبط (٢/ ١٥).

(٣) ينظر: الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، لحمزة حماد (ص: ١٨).

كفاءتها في القيام بوظيفتها في الوساطة المالية "Financial intermediation".

ث - القوانين والإجراءات التي تهدف إلى مراقبة المصارف في مدى التزامها بالأسس المصرفية السليمة في قبول الودائع المصرفية، وتوظيف الودائع الاستثمارية والادخارية ومنح التمويل المصرفي، واشتقاق الودائع المصرفية، وإصدار الأسهم وإصدار خطابات الضمانات وفتح الاعتمادات وغيرها من الأدوار المصرفية التي تقوم بها المصارف والمؤسسات المالية والنقدية العاملة في الدولة.(١)

ث - القوانين والإجراءات التي تهدف إلى ضمان التزام المصارف والمؤسسات المالية والنقدية بموجهات السلطات الاقتصادية والنقدية في الدولة فيما يتعلق بضرورة الإدارة الحكيمة للموارد المالية والنقدية التي بحيازتها وتوظيفها وفقاً لأولويات المجتمع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية(٢).

فالسياسة النقدية الرشيدة هي السياسة الناجحة المدروسة، والقائمة على التخطيط والموازنة، وملاحظة السوق، والتضخم والإفلاس والانكماش، والسعي الدائب لتحقيق التوازن لمستوى السيولة المتداولة، أو الداخلة، أو الخارجة بشكل شهري بل أسبوعي، ويومي، وهذا لا يتحقق إلّا من خلال إدارة ناجحة لديها الكفاءة العالية، والقدرة على الحصول على المعلومات بدقة لحركات السيولة، وذلك عن طريق

---

(١) وقد صدر نظام مراقبة البنوك في المملكة العربية السعودية في عام ١٣٨٦هـ، وتضمن ٣٦ مادة.

(٢) ينظر: مخطط إدارة السياسة النقدية والتمويلية، بنك السودان المركزي، للدكتور حبيب وآخرون (ص: ٢١).

التقارير الجديدة المبتكرة من حيث التحاليل المبينة حركة السيولة في البنوك، وفي الأسواق والمحافظ الاستثمارية، مع الاحتياجات المطلوبة[1].

وكل ما مر من وسائل يتخذها البنك المركزي "مؤسسة النقد" للمحافظة على استقرار الاقتصادي، ولابد أن تكون تصرفات البنك المركزي -مؤسسة النقد- منوطة بالمصلحة؛ فتصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة[2]، ومؤسسة النقد هي التي أوكل لها ولي الأمر القيام بهذه المهمة، وسن الأنظمة التي من شأنها تحقيق أهدافها، بيد أنه يتحتم مراعاة أحكام الشريعة في كل نظام يُقَر، وكل المصلحة في اتباع ما جاء عن الله ﷻ وما جاء عن النبي ﷺ. فالواجب على السلطة النقدية بذل الجهد في اختيار ما هو أصلح للمسلمين. قال العز بن عبدالسلام: "يتصرف الولاة ونوابهم بما هو أصلح للمولّى عليه درءً للضرر والفساد وجلباً للنفع والرشاد، ولا يقتصر أحدهم على الصلاح مع القدرة على الأصلح إلا أن يؤدي إلى مشقة شديدة، ولا يتخيرون في التصرف حسب تخيرهم في حقوق أنفسهم"[3].

ومن أهم المصالح التي تسعى السلطة النقدية لتحقيقها المحافظة على الاستقرار النقدي إذ به تتم العقود المبرمة على ما اتفق عليه، وتسلم من الاختلالات؛ لأن اختلال العملة يؤثر سلبا على توازنات العقود.

(١) ينظر: إدارة السيولة في المؤسسات المالية الإسلامية، نعلي الكرم داغي (ص: ٤٢).
(٢) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ١٣٣)؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٢٢٢).
(٣) القواعد الكبرى (١/ ٧٥).

المبحث الثاني

وسائل السياسة النقدية في البنوك التجارية لحفظ توازن عقودها وحمايتها من الاختلال

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

التقليل من المخاطر

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف المخاطر المصرفية "Risks Banks"

المخاطر لغة: الخطر بالتحريك: الخطر الإشراف على الهلاك وخوف التلف[1]. وأما المخاطر اصطلاحا: فلم يفرد الفقهاء تعريفا مستقلا للمخاطر، ولكن الخطر يرد في كلامهم بمعان منها: ما تردد بين الكسب وعدمه[2]، ويطلق في كلامهم على ما كان مجهول العاقبة[3]،

---

(١) ينظر: المصباح المنير، للفيومي (ص: ٢٧٣) مادة[خ ط ر]،القاموس المحيط، للفيروزآبادي (ص: ٣٨٦) مادة [خطر].

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ٣٨٦).

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٣/ ٨٦)، شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٥٤)، الحاوي الكبير، للماوردي (٥/ ١٥)، الفروع، لابن مفلح (٧/ ١٤٥)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٢٢)، إعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ٧)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٤٤٩)، بعض الفقهاء يفرق الغرر بالخطر وهو مقتضى التعريف اللغوي، ومنهم من يفرق بين الغرر والخطر، فالخطر يشمل كلا من القمار والغرر، والخطر مالم يتيقن وجوده، والغرر ما يتيقن وجوده وشك في تمامه، وهناك فرق من حيث الأثر: فالغرر يتحقق وجوده في وقت العقد، أما ما ينشأ من المخاطر بعد العقد فلا يسمى غررا، والمخاطرة أعم من الغرر باعتبار أن أصل الغرر كله =

ومن الإطلاقات ما يقارب معناه اللغوي بأنه الإشراف على الهلاك[1].

والمخاطر المصرفية: هي احتمالية تعرّض المصرف إلى خسائر غير متوقعة وغير مخطط لها وتذبذب العائد المتوقع على استثمار معين، مما قد يؤثر على قدرة المصرف في تحقيق استمرار وسلامة موجوداته[2].

والمخاطر أنواع كثيرة ويمكن إرجاعها إلى نوعين رئيسين، هما: المخاطر المالية، وغير المالية.

الفرع الثاني: أنواع المخاطر المصرفية التي تواجهها البنوك:

النوع الأول: المخاطر المالية التي تواجهها البنوك الربوية:

١ - مخاطر السيولة: "Liquidity Risks"

وتنشأ مخاطر السيولة عن عدم قدرة المصرف على مواجهة النقص في الالتزامات أو على تمويل الزيادة في الموجودات، وعندما تكون

- ممنوع، أما أصل المخاطرة فمشروع إلا ما كان باطلا. ينظر في حكم التخريق: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ٢٠٩)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٤٤٩)، وينظر في التخريق: الغرر وأثره في العقود، للقره (ص: ٤٠-٤٢)، حاشية العدوي على كفاية الطالب (٢/ ١٩٠)، بلغة السالك لأقرب المسالك، للصاوي (٣/ ٩١)، عقود التحوط من مخاطر تذبذب أسعار العملات، لطلال الدوسري (ص: ٤٧)، المخاطرة في المعاملات المالية، لعبدالرحمن الحميس (ص: ٥٤)، التحوط ضد مخاطر الاستثمار، لحسين الفيفي (ص: ٧٦)، البعد المقاصدي لدور المخاطرة في الاقتصاد الإسلامي، لجميلة قارش، رسالة دكتوراه مقدمة إلى قسم الشريعة بكلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية بجامعة الحاج لخضر بالجزائر (ص: ١١).

(١) ينظر: فتح الباري، لابن حجر (٥/ ٢٦).

(٢) ينظر: الهندسة المالية الإسلامية، لشيرين أبو غدوه (ص: ١٥٣)، وقيل: هي التقلبات المنتظمة وغير المنتظمة، الدورية أو غير الدورية، الشاملة أو الجزئية التي تحدث في قيم الأصول الاستثمارية وعوائدها المتوقعة في ظل عدم التأكد السائدة في الأسواق المالية والنشاطات الاقتصادية على المستويين المحلي والدولي. الاستثمارات والأسواق العالمية، لمعروف هوشيار (ص: ٢٤٣).

سيولة المصرف غير كافية يتعذر عليه الحصول على أموال كافية سواء عن طريق زيادة التزامات أو تحمل تكلفة معقولة بتحويل موجوداته بسرعة إلى موجودات سائلة مما يؤثر في ربحيته، وفي الحالات القصوى من الممكن أن تؤدي عدم كفاية السيولة إلى انعدام الملاءة المالية للمصرف[1]. ومخاطر السيولة تعرض مصارف المشاركة لخسارة محتملة تنشأ عن عدم قدرتها على الوفاء بالتزاماتها أو تمويل الزيادة في الموجودات عند استحقاقها دون أن تتحمل تكاليف أو خسائر غير مقبولة[2].

٢ - مخاطر إعادة التسعير: "Repricing Risks"

تنشأ هذه المخاطر نتيجة للخسائر التي تحدث في قيم أصول البنك، بناء على قوى العرض والطلب، والظروف السائدة في الأسواق من حيث التضخم والانكماش[3]. وتنشأ هذه المخاطر من فرق التوقيت بين التغيرات في التدفق النقدي والتغيرات في بنود الموجودات والمطلوبات والأرقام خارج الميزانية.

٣ - مخاطر سعر الصرف الأجنبي: "Foreign Exchange Rate Risks"

وتتعلق هذه المخاطر بأسباب أو ظروف عامة كانخفاض في غالبية الأسهم في بلد معين أو ارتفاع صرف عملة معينة مقابل معظم العملات الأخرى أو ارتفاع سعر سلعة معينة أو سلع مرتبطة ببعضها نتيجة لظروف

---

(١) ينظر: إدارة مخاطر التمويل والاستثمار في المصارف، لعلي عبد الله شاهين في المؤتمر العلمي السنوي الدولي الأول "الاستثمار والتمويل في فلسطين بين آفاق التنمية والتحديات المعاصرة ٢٠٠٥ م، كلية التجارة، الجامعة الإسلامية بغزة (ص: ١٠).

(٢) ينظر: مجلس الخدمات المالية الإسلامية، المبادئ الإرشادية لإدارة المخاطر للمؤسسات رقم(٦) IFSB ٢٠٠٥م.

(٣) ينظر: إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، لفضل عبدالكريم محمد (ص: ٨).

عامة[1]. ويمكن أن تتعرض مصارف المشاركة إلى تقلبات في أسعار الصرف الناجمة عن التغيرات العامة في أسعار العملات الفورية في عمليات الاستيراد والتصدير، ومما ينتج عنها من ذمم مدينة ودائنة بالعملة الأجنبية.

٤ - مخاطر السوق: "Market Risks"

وتتضمن مخاطر السوق مخاطر تتعلق بأسعار السلع ومخاطر تتعلق بأسعار الفائدة ومخاطر تتعلق بأسعار الصرف، وتسمى بالمخاطر التجارية[2]. فمخاطر السوق العام تتعلق بالمخاطر بالتغير العام في الأسعار، وفي السياسات على مستوى الاقتصاد، أما مخاطر السوق الخاصة فتنشأ عند تغير أصول أو أدوات متداولة بعينها نتيجة ظروف خاصة بها[3]. وتعتبر مخاطر سعر الفائدة أهم مخاطر السوق التي تواجهها المصارف الربوية، وبما أن مصارف المشاركة لا تتعامل بأدوات ربوية، حيث يعتقد البعض أنها لا تواجه هذه المخاطر إلا أن مصارف المشاركة تواجه هذه المخاطر بصورة غير مباشرة من خلال معدل هامش الربح على عمليات البيع المؤجل والمعاملات القائمة على التأجير[4].

---

(١) ينظر: إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، تفضل عبدالكريم محمد (ص: ٩).

(٢) ينظر: إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، غالب عوض، فيصل صادق، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الدولي السنوي السابع: إدارة المخاطر واقتصاد المعرفة، جامعة الزيتونة، الأردن، ٢٠٠٧م، (ص: ٢١).

(٣) ينظر: إدارة المخاطر -تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية-، طارق الله خان، حبيب أحمد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ط ٢، ٢٠٠٣م، (ص: ٢١).

(٤) ينظر: إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، لمختار صالح، بحث مقدم في الملتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية والاقتصادية الدولية والحوكمة العالمية ٢٠٠٩م، (ص: ٣).

٥ - المخاطر الائتمانية[1] "Credit Risks"

فالمخاطر الإئتمانية: هي المخاطر التي تنشأ بسبب عدم السداد بالكامل في الوقت المحدد مما ينتج عنها خسارة مالية[2]. وتعتبر المخاطر الائتمانية أكثر المخاطر مصاحبة للعمل المصرفي؛ لأن القروض تمثل جزءً كبيراً من موارد البنوك، وتختلف الأسباب باختلاف الحالات الائتمانية المتعثرة، سواءً كان سببه التعثر والإفلاس، أو مماطلة متعمدة مقصودة. وهذه المخاطر ناشئة في الأساس عن العميل[3].

النوع الثاني: المخاطر المالية في البنوك الإسلامية وصيغ تمويلاتها:

تتفاوت المخاطر باختلاف صيغة التمويل، سواء عندما يدفع أحد المتعاقدين نقودا كما في عقد السلم والاستصناع، أو يسلم أصولا كما في المرابحة، أو كما في تخلف الشريك عن دفع قيمة الشراكة كما في حالة المشاركة والمضاربة، أو عدم انتظام دفع ما عليه من التزامات كما في عقد الإجارة.

أ - مخاطر التمويل بالمرابحة:

تكاد عملية المرابحة تكون النشاط الرئيس للاستثمار بالبنوك الإسلامية، وإن التمويل بالمرابحة لا يخلو من مخاطر منها:

---

(١) الائتمان يعرف بأنه: الثقة التي يوليها المصرف التجاري لشخص ما حين يضع تحت تصرفه مبلغا من النقود أو يكفله قبل لفترة محددة يتفق عليها بين الطرفين، ويقوم المقترض في نهايتها بالوفاء لالتزاماته وذلك لقاء عائد معين يحصل عليه المصرف من المقترض يتمثل في الفوائد والعمولات والمصاريف. ينظر: القطاع المصرفي والاقتصاد الوطني، لصلاح الدين السيسي (ص: ٢٥).

(٢) ينظر: إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني، لحمزة الزبيدي (ص: ١٧٤).

(٣) ينظر: إدارة المخاطر، لطارق عبد العال حماد (ص: ٢٤٤).

١ - تأخر التنفيذ على الضمانات في حال عجز المدين عن السداد، فالبنك يفقد عائدا على هذه الأموال طيلة فترة اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة حتى يتم تحصيل حقوق المصرف.

٢ - تحمل البنك المسؤولية تجاه البضاعة: سواء هلاك السلعة المشتراة أو غير ذلك، فمن الناحية الشرعية يجب على البنك تملك السلعة التي سيشتريها للعميل وحيازتها، ومن ثم التنازل للعميل، فإذا ما حصل أن حدثت موانع تحول دون تحويل ملكية السلعة المشتراة للعميل، فتبقى ملكيتها للمصرف الذي قد لا يستطيع بيعها ثانية ويتحمل خسارة قيمة هذه البضاعة أو في حالة تلفها أثناء هذه العملية[1]. وهذا البديل قائم على الربط بين التمويل وبين التبادل المولد للثروة، وهي صيغة تتفق مع مبادئ الاقتصاد الإسلامي[2].

ب - مخاطر التمويل بالمشاركة:

ويصاحب التمويل بالمشاركة مخاطر منها: احتمال فقدان رأس المال ذاته، إذ أن مؤسسة التمويل الإسلامية تدخل كشريك أو مساهم يقدم حصته في رأس مال الشركة مقابل عدد من الأسهم، وتنتقل ملكية الحصة إلى الشركة ويقتصر حق المؤسسة على نصيب محتمل في الربح

---

(١) ينظر: إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، لغالب عوض، وفيصل صافي، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الدولي السنوي السابع: إدارة المخاطر واقتصاد المعرفة، جامعة الزيتونة، الأردن، ٢٠٠٧م، (ص: ١٦)؛ إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، لمفتاح صالح، بحث مقدم في الملتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية والاقتصادية الدولية والحوكمة العالمية ٢٠٠٩م، (ص: ٥)؛ إدارة المخاطر (تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية)، خان طارق الله، حبيب أحمد، ترجمة حماد بابكر، البنك الإسلامي للتنمية ٢٠٠٣م، (ص: ٦٨).

(٢) ينظر: التحوط في التمويل الإسلامي، لسامي السويلم، بحث مقدم للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ١٤٢٨هـ (ص: ١٥٢)؛ الهندسة المالية الإسلامية، لشوقي أبو دحروج (ص: ١٨٥).

أو الخسارة، ومنها الاستثمار بطريق المشاركة في رأس المال هو نوع الاستثمار الدائم، والذي لا يتيسر تحويله إلى سيولة إلا ببيع الأسهم إلى طرف آخر، الأمر الذي يصعب تحقيقه، ومنها تشترط قوانين كثير من الدول أن يكون رأس مال الشركات المنشأة على أرضها بعملتها الوطنية، وكذلك إذا كان سعر صرفها غير ثابت بالنسبة للعملات الأجنبية، ففي هاتين الحالتين تتعرض البنوك الإسلامية المشاركة في التمويل إلى تقلبات سعر الصرف من ناحية، ولعدم سهولة تحويل استثماراتها إلى الخارج عند نهاية المدة من ناحية أخرى[1].

ت - مخاطر التمويل بالإجارة:

لا تخلو هذه الصيغة من مخاطر منها: مخاطر عدم انتظام دفع الأجرة: ويعني عدم دفع الأجرة بانتظام تعطيل رأس المال العامل للبنك، ومنها مخاطر تسويقية: وتتمثل في أن شراء هذه الأجهزة والمعدات من قبل البنك يحتاج إلى حملة تسويقية منظمة من قبل البنك لجذب انتباه العملاء للتعاون مع البنك في هذا الشأن، لذلك لا بد من الأخذ بعين الاعتبار عند شراء مثل هذه الأجهزة لاحتياجات السوق والطلب على هذه المعدات، وإلا تعرض البنك إلى مخاطر كبيرة تتمثل في تجميد رأس المال وقد يتسبب بخسارة كبيرة[2].

---

(1) ينظر: البنوك الإسلامية بين الفقه القانوني والتطبيق، لعائشة الشرقاوي(ص: 234)، التمويل بالمشاركة في المؤسسات الإسلامية، لعاشور عبد الجواد، بحث مقدم لمؤتمر المؤسسات المالية الإسلامية معالم الواقع وآفاق المستقبل، جامعة الإمارات العربية، 2009م(ص: 1164-1167)، إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، لمفتاح صالح، بحث مقدم للملتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية والاقتصادية الدولية والحوكمة العالمية 2009م(ص: 2).

(2) ينظر: إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، لغالب عوض الرفاعي، وفيصل صادق عارضة، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الدولي السنوي السابع: إدارة المخاطر والاقتصاد-

ث - مخاطر التمويل بالاستصناع[1]:

عندما يقدم البنك التمويل وفق عقد الاستصناع، فإنه يعرض رأس ماله لعدد من المخاطر الخاصة بالطرف الآخر منها:

١ - مخاطر العجز عن السداد وفشله في السداد بالكامل في الموعد المتفق عليه مع البنك.

٢ - أن يفشل الطرف الآخر في تسليم السلعة في موعدها أو أنها سلعة رديئة[2].

ج - مخاطر التمويل بالسلم:

السلم صيغة من صيغ التمويل من خلال تقديم نقد حاضر مقابل سلع موصوفة مؤجلة في الذمة، وتمتاز بتقديم التمويل فورا مقابل عوض مضمون في ذمة المدين، لكنها تتضمن نوعين من المخاطر، مخاطر السيولة، ومخاطر رأس المال، ويمكن الخروج من مخاطر السيولة

= المعرفة، جامعة الزيتونة، الأردن، ٢٠٠٧م، (ص: ١٧)؛ إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، لمفتاح صالح، بحث مقدم في الملتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية والاقتصادية الدولية والحوكمة العالمية ٢٠٠٩م، (ص: ٦).

(١) الاستصناع لغة: الصاد والنون والعين أصل صحيح واحد، وهو عمل الشيء صنعا، صنعه يصنعه صنعا، فهو مصنوع وصنع: عمله، ويقال: اصطنع فلان خاتما إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما. مقاييس اللغة، لابن فارس (٣/ ٣١٢) مادة [صنع]، لسان العرب، لابن منظور (٨/ ٢٠٩) مادة [صنع]. الاستصناع اصطلاحا: أدخله الجمهور ضمن السلم، أما الحنفية فنذره عقداً مستقلاً، لكنهم اختلفوا في تعريفه، قال السمرقندي: "هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع"، وقال نحوه الكاساني. تحفة الفقهاء (٣/ ٣٦٢)، بدائع الصنائع (٥/ ٢).

(٢) ينظر: إدارة المخاطر (تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية)، خان طارق الله، حبيب أحمد، ترجمة خمان بابكر، البنك الإسلامي للتنمية ٢٠٠٣م، (ص: ٦٩)؛ إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، لمفتاح صالح، بحث مقدم في الملتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية والاقتصادية الدولية والحوكمة العالمية ٢٠٠٩م، (ص: ٧).

بالسلم الموازي[1]، وأما مخاطر رأس المال تظهر المشكلة الحقيقية؛ لأنه قد يتغير سعرها وقت التسليم عن السعر المتوقع، بما يمكن أن يسبب الضرر لأحد الطرفين[2].

ويعتبر استخدام التمويل بالسلم من أقل صيغ التمويل الإسلامي في البنوك الإسلامية؛ لأنه يمول قطاعات ذات خطر عالي (وبشكل خاص القطاع الزراعي)، فقد ارتبط العقد بارتفاع الخطر، رغم أنه في الحقيقة لا يختلف كثيرا عن صيغ التمويل الأخرى[3].

النوع الثالث: المخاطر غير المالية:

١ - مخاطر التنفيذ: "Implementation Risks"

من القرارات اللازمة لمنح الائتمان أن يركز البنك على تحديث المعلومات الخاصة بالعملاء بصفة يومية، وأن أي تأخير في التأثير على التزامات العملاء بالزيادة أو النقص من خلال العمليات اليومية يعكس خطورة واضحة على سلامة القرار الائتماني سواء بالرفض أو الموافقة[4].

---

(١) السلم الموازي: وهو أن يعقد سلماً موازياً مستقلاً مع طرف ثالث للحصول على سلعة مواصفاتها مطابقة للسلعة المتعاقد على تسليمها في السلم الأول ليتمكن من الوفاء بالتزامه فيه، وفي هذه الحالة يكون البائع في السلم الأول مشترياً في السلم الثاني. المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية المعيار الشرعي المتعلق بالسلم والسلم الموازي.

(٢) ينظر: تجربة البنوك السودانية (ص: ٧٨-٨٠)، ينظر: التحوط في التمويل الإسلامي، أسامي السويلم، بحث مقدم للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ١٤٢٨هـ (ص: ١٥٦)، الهندسة المالية الإسلامية، لشوقي أبو دنيا (ص: ١٩).

(٣) ينظر: تحليل مخاطر عقد السلم وتقنيات التحوط ضدها، أمينالكريم تنوزو، بحث مقدم إلى ملتقى المشروعات للصناعة المالية السادس (ص: ٣).

(٤) ينظر: قياس وإدارة المخاطر بالبنوك، لسمير الخطيب (ص: ١٥٣).

٢ - المخاطر القانونية: "Legal Risks"

هي المخاطر التي يتعرض لها المصرف من جرّاء نقص أو قصور في مستنداته مما يجعلها غير مقبولة قانونيا[١]. وتعد متابعة الجوانب القانونية من الأمور ذات الأهمية التي تتطلب من المسؤولين عن الإقراض متابعتها وإن عدم التقيد والالتزام بها يشكل خطرا حقيقيا على صناعة خدماتها المصرفية[٢].

ويظهر هذا النوع من المخاطر نتيجة لوقوع التزامات غير متوقعة، أو فقد جانب من قيمة أصل من الأصول نتيجة لعدم توافر الرأي القانوني السليم أو لعدم كفاية المستندات التي تؤكد ملكية المصرف لذلك الأصل، ويأتي في مقدمة المخاطر القانونية توثيق هذه العقود وتنفيذها، وكذلك بما أنه لا تتوفر صور نمطية موحدة لعقود الأدوات المالية المتعددة، كما قامت مصارف المشاركة بتطوير العقود وفق الأحكام الشرعية والقوانين المحلية، ووفق احتياجاتها، ثم إن عدم وجود العقود الموحدة إضافة إلى عدم توفر نظم قضائية التي تقرر في القضايا المرتبطة بتنفيذ العقود من جانب الطرف الآخر[٣].

٣ - المخاطر التشغيلية: "Operational Risks"

هي المخاطر الناجمة عن ضعف في الرقابة الداخلية، أو ضعف في الأشخاص والأنظمة، أو حدوث ظروف خارجية[٤]. وهو التعريف

---

(١) ينظر: إدارة المصارف، لمحمد العبيدي (ص: ٦٦).

(٢) ينظر: إدارة البنوك التجارية، لإبهاج مصطفى عبد الرحمن (ص: ٤٤٤).

(٣) ينظر: إدارة المخاطر -تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية-، طارق الله خان، حبيب أحمد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية ٢٠٠٣م، (ص: ٣٦).

(٤) ينظر: أطر أساسية ومعاصرة في الرقابة على البنوك وإدارة المخاطر، لإبراهيم الكراسنة، بحث من ضمن منشورات صندوق النقد العربي ٢٠٠٦م، (ص: ٤١).

الصادر عن لجنة بازل للرقابة المصرفية ضمن اتفاق بازل[1].

ويقصد بها المخاطر الناتجة عن ممارسة المصرف لأنشطته المختلفة التي ينتج عنها أنواع مختلفة من الأخطاء منها البشرية التي تكون بسبب عدم الكفاءة والتدريب على أساليب العمل، ومنها الفنية التي تحدث نتيجة لأعطاب أجهزة الحاسوب، أو أجهزة الاتصالات المختلفة، ومنها الأخطاء المتعلقة بالعمليات التي تحدث في المواصفات، وعدم الدقة عند تنفيذ العمليات[2].

٤ - مخاطر السمعة: "Reputational Risks"

تنشأ مخاطر السمعة في حالة تكون رأي عام سلبي عن البنك؛ نتيجة عدم مقدرته على إدارة نظمه بكفاءة، وفي المصارف الإسلامية يكون في التشكيك في مطابقة منتجاتها وخدماتها للشريعة، وهذا يؤثر على سمعتها ومكانتها وأرباحها وسيولتها[3].

(١) جاءت لجنة بازل للرقابة على البنوك التي تم الإعلان عن اتفاقيتها الثانية في يناير٢٠٠١م، والمنبثقة عن لجنة بازل ومعاييرها. ينظر: "الترجمة العربية للمبادئ الأساسية للرقابة المصرفية الفعالة الصادرة عن لجنة بازل للرقابة المصرفية" سبتمبر ٢٠١٢م، وتفصيل معايير لجنة بازل١ ومعايير لجنة بازل٢ ينظر: بحث بعنوان "تعديلات مقررات لجنة بازل وتحقيق الاستقرار المصرفي" للباحثين د/مبروك بوصبي و أ/عمار عويس، مجلة البشائر الاقتصادية الثالث – العدد ١ (مارس ٢٠١٧ م) (ص: ٩٨).

(٢) ينظر: إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، فضل عبد الكريم محمد، (ص: ١٠)، بحث منشور في الموقع http://www.kantakji.com.

(٣) ينظر: إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، غالب عوقي، وفيصل صادق، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الدولي السنوي السابع: إدارة المخاطر واقتصاد المعرفة، جامعة الزيتونة، الأردن، ٢٠٠٧م، (ص: ٣٠).

المطلب الثاني

وسائل حماية العقود من الاختلالات المؤثرة على التوازن

وفيه خمسة فروع:

تمهيد:

مع تنوع المخاطر التي تتعرض لها الاستثمارات؛ نتيجة العقود المستجدة، وتطور وسائل إنشاء العقود وتعقيدها، والتسارع في طرق تنمية الأموال، فالمخاطر المحدقة بالاستثمارات تؤرق المتعاملين في البنوك، والبنوك الإسلامية على وجه الخصوص؛ لأن الشريعة حرمت الربا والتعامل به. والمخاطرة لا ينفك عنها أي نشاط اقتصادي، لكن الحاجة قائمة لأساليب تساعد على احتواء المخاطر ضمن المعايير والقواعد الشرعية التي يمتاز بها التمويل الإسلامي[1].

فأصبح التحوط[2] "Hedging" لحماية هذه الاستثمارات من المخاطر أمرا تمليه مصلحة حفظ الأموال، وقد حثّت الشريعة على حفظ الأموال، بل هو ضرورة من الضروريات التي لا تقوم الحياة إلا بها، وحفظه من جانب الوجود والعدم، قال الشاطبي: "والحفظ لها يكون بأمرين:

---

(١) ينظر: البحث من أدوات مبتكرة لمعالجة المخاطر، لسامي السويلم، ورقة مقدمة إلى ندوة مخاطر المعارف الإسلامية، المعهد المصرفي بالرياض (ص: ٢).

(٢) التحوط لغة: حاطه يحوطه حوطا وحيطة وحياطة: حفظه وتعهده، واصطلاحا: هو تبني الإجراءات والترتيبات واختيار صيغ العقود الكفيلة بتقليل المخاطر إلى الحد الأدنى مع المحافظة على احتمالات جيدة للعائد في الاستثمار. وأدوات التحوط التقليدية: عقود المستقبليات، وعقود الخيارات، وعقود المبادلات. ينظر: لسان العرب، لابن منظور (٢٧٩/٧) مادة [حوط]، آليات التحوط في العمليات الإسلامية، لمحمد القري، ورقة مقدمة إلى المؤتمر السابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (ص: ٢)، التحوط ضد مخاطر الاستثمار في المعارف الإسلامية، لحسين الغيثي (ص: ٣٥).

أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود.

والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم"[1]. وجريا بالحث على السعي لطلبه، قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾ [الملك: ١٥]. أي: فسافروا حيث شئتم من أقطارها، وترددوا في أقاليمها وأرجائها في أنواع المكاسب والتجارات[2]. هذا من جانب الوجود، أما من جانب العدم، فقد قال رسول الله ﷺ "إن الله ﷻ حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنعا وهات وكره لكم ثلاثا قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال"[3]. قال ابن حجر: "فمنع منه لأن الله تعالى جعل المال قياما لمصالح العباد وفي تبذيرها تفويت تلك المصالح إما في حق مضيعها وإما في حق غيره"[4].

وأدوات التحوط التقليدية تعتمد في الأساس على المشتقات، وأشهر أنواع هذه المشتقات المالية[5] ثلاثة:

---

(١) ينظر: الموافقات (٢/١٨).

(٢) ينظر: تفسير القرآن العظيم، لابن كثير (٨/١٧٩).

(٣) أخرجه البخاري: كتاب الزكاة باب قول الله تعالى ﴿لَا يَسْـَٔلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا﴾ [البقرة: ٢٧٣] رقم الفتى ح(١٤٧٧)، وأخرجه مسلم: كتاب الأقضية باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة والنهي عن منع وهات وهو الامتناع من أداء حق لزمه أو طلب ما لا يستحقه ح(٥٩٣)، واللفظ لمسلم.

(٤) فتح الباري (١٠/٤٠٨).

(٥) عرفها بنك التسويات الدولية على أنها: عقود تتوقف قيمتها على أسعار الأصول المالية محل التعاقد ولكنها لا تقتضي أو تتطلب استثمار الأصل المالي محل الأصول. وكعقد بين طرفين على تبادل المدفوعات على أساس الأسعار أو العوائد فإن أي انتقال لملكية الأصل محل التعاقد والتدفقات النقدية يصبح أمرا غير ضروري. ينظر: المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر و دور الهندسة المالية في صناعة أدواتها، سمير عبد الحميد رضوان (ص: ٥٩-٦٠).

عقود المستقبليات "Futures"، وعقود الخيارات "Options"، وعقود المبادلات "Swaps"، وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٦٣) بتحريم عقود الاختيارات وتداولها، وكذلك صدر المعيار الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (٢٠) بذلك[1]، ولذلك لا تستطيع مصارف المشاركة استخدام المشتقات المالية "derivatives" لإدارة الائتمان والتي يفترض أنها أدوات فعالة لتخفيف مخاطر الائتمان، ويثير عدم وجود هذه الأدوات القائمة على الفائدة لإدارة المخاطر، أهمية الرقابة الداخلية في مصارف المشاركة[2].

وكما تتحوط البنوك الربوية لأجل حماية أصولها من تقلبات الأسعار؛ وحرصا على تنمية أموالها، فإن المصارف الإسلامية تتحوط من هذه التقلبات، ولكن تحوطها في حدود ما تمليه أحكام الشريعة

---

(١) ومن أسبابه تحريمها: تأجيل البدلين أثناء العقد، فمن المعلوم أن كلا البدلين في هذه العقود يكون مؤجلا حيث يكون التسليم والتسلم في وقت مستقبلي، وأما فيها من فيها ربا؛ لأن دفع بدل التأجيل ربا ظاهرة لأنه هناك بيع دين حال بثمن مؤجل مع الزيادة، ولأنها تتضمن القمار؛ لأنها قائمة في الغالب الأعم على المضاربة على فروقات الأسعار وبذلك تدخل في الرهان الممنوع في الشريعة الإسلامية؛ ذلك لأن البائع في هذه العقود يراهن على هبوط السعر في اليوم المحدد، والمشتري يراهن على صعوده ومن يصدق تتبوه يكسب الفرق، فيها ضرر وذلك لأن هذه العقود مستقر أنها مبالغة صفرية حيث ما يكسبه طرف يمثل خسارة الطرف الآخر، ولا شك أن الطرف الخاسر متضرر، والضرر يزال، هذه العقود من العقود المضافة إلى الأجل وليس فيها ما يفيد التمليك في الحال، وصيغة العقد غير مؤدية لإحداث آثاره وأحكامه التي رتبها الشارع، وكانت غير محققة لهذا المقتضى. ينظر: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، للضرير (ص: ٦١٩)، والأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، القره داغي، (١/ ١٥٤-١٥٥).

(٢) ينظر: الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية، لمحمد عبر شابرا، طارق الله خان، بحث منشور في المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة ٢٠٠٠م، (ص: ٧٧).

ومقاصدها، ومن طرق التحوط استخدام عدد من العقود منها: التأمين التعاوني على الاستثمار والتمويل، وخيار الشرط، والتبرع بالضمان من أحد العاقدين، وضمان طرف ثالث لرأس المال أو له وللربح معاً، وغيرها.

الفرع الأول: التأمين التعاوني[1] على الاستثمار والتمويل:

وذلك بأن يُنشأ صندوق للتأمين التعاوني، أو يُتعاقد مع إحدى شركات التأمين التعاوني للتأمين على أصول الصكوك أو الوحدات الاستثمارية من الهلاك أو النقص. ويتم الإفصاح في نشرة الإصدار عن كون جزء من الموجودات سيتم دفعه كاشتراك في تأمين تعاوني على الأصول[2].

وكذلك التأمين على الديون من أساليب حفظ الدين من الضياع، والمماطلة، والأصل جواز التأمين التعاوني على الديون المشكوك في تحصيلها، والدين المماطل في وفائه. فقد جاء في المعايير الشرعية: " يجوز التأمين الإسلامي على الديون ولا يجوز التأمين غير الإسلامي عليها "[3].

---

(١) هو اتفاق أشخاص يتعرضون لمخاطر معينة على تلافي الأضرار الناشئة من هذه الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية، وله ذمة مستقلة (صندوق) يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها، وذلك طبقاً للأنظمة واللوائح. المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية المعيار الشرعي رقم (٢٦) المتعلقة بالتأمين الإسلامي (ص: ٤)، وصدر بشأنه قرار بجوازه من هيئة كبار العلماء بالأكثرية بتاريخ ١٤٢٧/٤/٤هـ.

(٢) ينظر: التحوط في المعاملات المالية، لعبدالله العمراني بحث مقدم في الدورة العاشرة والعشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ١٤٣٩هـ (ص: ١٧).

(٣) ينظر: المعايير الشرعية الصادرة من الهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية المعيار رقم (٥) (ص: ١٢٦).

وشركة التأمين الإسلامية هي الشركة التي تقوم على إدارة عمليات التأمين واستثمار أمواله لحساب حملة وثائق التأمين الذين يمثلون المؤمن عليهم في نفس الوقت، فشركة التأمين لا تملك أموال التأمين الناتجة عن الأقساط وعائد استثمارها، وما يجمع من أقساط يكون على ملك حملة وثائق التأمين أنفسهم، وعائد استثماره يكون حقا لهم، وهم ينفقون من هذه الأقساط وعائدها التعويضات اللازمة لجبر الأضرار نتيجة وقوع الأخطار المؤمن منها، وذلك على سبيل التبرع، وما يبقى من هذه الأقساط فهو ملك لهم، وتأخذ أجرة على قيامها بإدارة عمليات التأمين تغطي مصاريفها، وتحقق هامشا مناسبا من ربح لأصحابها، ويمكن تحديد هذا الأجر بطريق من طريق تحديد الأجر الشرعية، كأن يكون مبلغا مقطوعا أو نسبة من الأقساط، ويمكن أن تعطي هذه الشركة نسبة من عوائد استثمار أموال التأمين باعتبارها مضاربا يقوم باستثمار هذه الأموال، فإذا ما حدثت خسارة أو نقص الربح عن حد معين جبرت هذه الخسارة أو النقص في الربح من أموال التأمين، على أنه يجب أن يراعي أن يكون حملة وثائق التأمين أي المؤمنين هم المؤمن لهم، وأن يكون دور شركة التأمين هو دور المدير لعمليات التأمين مقابل أجر، والمستثمر لأمواله مقابل حصة معينة من الربح[1].

بناء على ذلك يمكن للمؤسسات الإسلامية التحوط من شتى أنواع المخاطر، مثل مخاطر العملات ومخاطر الائتمان ومخاطر العائد، من خلال صناديق تعاونية تنشأ لهذا الغرض، وتدار من قبل جهات متخصصة في إدارة المخاطر.

---

(١) ينظر: ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المضاربة، لحسين حامد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٤/ ١٤٦٠)، عقود التأمين، لمحمد حسن (ص: ١٤٥)، فقه المعاملات المالية المعاصرة، لمحمد شبير (ص: ٨٤).

ويمكن إنشاء صناديق متعددة لمختلف أنواع المخاطر، بالإضافة لتقديم الحماية للصناديق نفسها من خلال اشتراكها في صناديق "مركزية" تقدم حماية لمجمل الصناديق، على غرار عمليات إعادة التأمين[1].

يعد التأمين التعاوني من الحلول التي تحمي عقود الاستثمار والتمويل من الاختلال والتعرّض للمخاطر، فيؤمّن على الاستثمار تأمينا تعاونيا[2].

فالتبادل في التأمين التعاوني يخلو من ضمان المعاوضة التعويض الذي يمثّل أساس التأمين التجاري القائم على المعاوضة، بل يقتصر التعويض على موجودات صندوق اشتراكات الأعضاء، ولا يوجد جهة تلتزم في ذمتها بضمان العجز[3].

والحكم في هذه الصيغة ينبني على جواز صيغة التأمين التعاوني المستجمع للضوابط الشرعية[4]، مع التأكيد على أهمية وجود تدقيق ورقابة شرعية ذات كفاءة تتأكد من تطبيق قرارات الهيئة الشرعية في الواقع العملي للتأمين المقدم لحملة الصكوك أو الوحدات الاستثمارية[5].

---

(١) ينظر: ضوابط التحوط في المعاملات المالية، لسامي السويلم، بحث مقدم في الدورة العادية والعشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ١٤٣٩هـ (ص: ١٤).

(٢) ينظر: سندات المقارضة وسندات الاستثمار، حسن عبد الله الأمين، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٤٣٢/٤)، ينظر: الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، ٣١٦-٣١٩)، تعليقات الحماية البديلة عن عقود التحوط والضمان، ليوسف الشبيلي (ص: ١٢).

(٣) ينظر: التحوط في التمويل الإسلامي، لسامي السويلم، بحث مقدم للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ١٤٢٨هـ (ص: ١٤٠).

(٤) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (١٨٧) بشأن التأمين التعاوني الأحكام والضوابط الشرعية.

(٥) ينظر: ملكية حملة الصكوك وضماناتها، لحامد ميرة، بحث ضمن بحوث ندوة البركة الثانية والثلاثون للاقتصاد الإسلامي (ص: ٩٤).

الفرع الثاني: تبرع طرف ثالث بالضمان[1]:

المراد بضمان الطرف الثالث إصدار تعهد من طرف أجنبي عن مدير الاستثمار، سواء كان مضاربا أو شريكا مديرا أو وكيلا، بتحمله الخسارة التي تقع في رأس المال المستثمر، وتعويض المستثمر عن تلك الخسارة، دون أن يكون له حق الرجوع للمستثمر، أو مدير الاستثمار[2]. وقد أجمع أهل العلم أن يد المضارب يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي والتفريط[3]. وعلى ذلك لا يمكن تضمين العامل مالم يتعد أو يفرط، ولا بد من تحييد المخاطر بصيغة موافقة لأحكام الشريعة ومقاصده.

ويقصد بالضمان هنا الالتزام على سبيل التطوع، وذلك بأن تتضمن نشرة الإصدار وصكوك المضاربة موافقة طرف ثالث خارج عن أطراف عقد المضاربة على ضمان رأس المال أو نسبة معينة من الربح. وهذا الطرف الثالث قد يكون فردا أو شركة لها مصلحة في تشجيع نوع معين

---

(١) وقد اختلف المعاصرون في هذا العمل على قولين: الأول: ذهب بعض المعاصرين إلى تحريم ضمان رأس مال المستثمرين سواء كان الضامن هو العامل أو طرفا ثالثا، وممن ذهب إلى هذا القول د. الضرير و د. السالوس و د. العثماني ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، تقي الدين العثماني (ص: ٢٢٦)، والخدمات الاستثمارية للشبيلي (٢/ ١٤١)، وبحوثهم المقدمة في الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي ١٤٠٨هـ، والقول الثاني: جواز التزام طرف ثالث في عقد المضاربة مفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع -دون مقابل- بمبلغ مخصص لجبر الخسارة التي قد يطرأ على أموال المستثمرين. وهو ما ذهب إليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الرابعة وعدد من الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية. الضوابط في المعاملات المالية، لعبدالله العمراني بحث مقدم في الدورة العاشرة والعشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ١٤٣٩هـ (ص: ١٢-١٤).

(٢) ينظر: بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، عبد الستار أبو غدة (ج ١٢)، مجموعة البركة المصرفية، جدة، المملكة العربية السعودية، (ص: ٤٢).

(٣) ممن حكاه: ابن عبدالبر في الاستذكار(٧/ ٥)، وابن تيمية في الفتاوى (٣٠/ ٨٢).

من النشاط، أو مؤسسة خاصة تهدف إلى تشجيع المدخرات على المساهمة في مشروع معين ضمن خطة التنمية، وتجمع لذلك بعض الأموال على سبيل التبرع لمواجهة هذا الضمان، وليس في مقاصد الشريعة العامة وقواعدها الكلية، وأحكامها الجزئية ما يمنع من صحة تبرع شخص بمبلغ من المال، إذا كان تبرعه هذا معلقا على شرط معين، فغاية الأمر في هذه الحالة أن المتبرع يعلق التزامه على شرط هو تلف رأس المال أو بعضه، أو نقصان الربح عن حد معين[1]. فلو أنشأ مصرف إسلامي مؤسسة وقفية مهمتها ضمان رأس مال كل مقارض يتعامل مع هذا المصرف لجاز الضمان؛ لأنه تبرع محض[2].

والكفيل إنما تصح كفالته لما هو مضمون على الأصيل، كالقرض، وثمن البيع، وسائر الديون. أما ما لم يكن مضمونا على الأصيل، فلا تصح كفالته، مثل الوديعة ورأس مال الشركة والمضاربة، وما إلى ذلك، وعند صحة الكفالة في هذه الأمور إنما يعني أن المبلغ المكفول به لا يلزم الكفيل قضاء، فلا يجوز للمكفول له أن يطالب به الكفيل في محكمة. ولكن التزام الطرف الثالث بأداء هذا المبلغ يمكن أن يعتبر كوعد محض يلزمه الوفاء به ديانة، لا قضاء[3].

فإذا قامت الدولة بالإعلان عن التزامها بضمان رأس المال أو نسبة

---

(١) ينظر: ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المضاربة أو سندات المقارضة، لحسين حامد حسان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٤/ ١٤٩٨/١).

(٢) ينظر: سندات القراض وضمان الفريق الثالث وتطبيقاتهما في تمويل التنمية في البلدان الإسلامية، منذر قحف، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م ١، ١٤٠٩هـ (ص: ٥٧).

(٣) ينظر: سندات المقارضة، لمحمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٤/ ١٤٤٢-١٤٤٣).

معينة من الربح لحملة صكوك المضاربة في مشروع معين، وتضمنت نشرة الإصدار هذا الالتزام، والدولة تتبرع لحملة صكوك مشروع معين، إذا هلكت رؤوس أموالهم، أو نقصت أرباحهم الناتجة عن هذا المشروع عن حد معين، وهذا لا يمنع من جواز ضمان الدولة للمضارب شرعا بمعنى ضم ذمة الدولة إلى ذمته فيما يلزمه من ضمان، نتيجة التعدي أو التقصير، أو مخالفة أحكام المضاربة أو الشروط التي اشترطها رب المال عليه، فهنا تقوم الدولة بتعويض حملة الصكوك عما يلحقهم من ضرر بسبب يترتب عليه الضمان على المضارب، ذلك أن الدولة تشرف على النشاط الاقتصادي، وتقوم المشروعات، ولديها من الوسائل ما تحافظ به على مصالح حملة الصكوك، ولها في سبيل ذلك أن تطمئن أرباب المال على استثمارهم في مشروع معين، يدخل ضمن خطة التنمية للدولة[1]. بشرط أن يكون للضامن ذمة مالية مستقلة عن العامل، والأغلب أن يكون الضامن جهة حكومية، والغرض منه تشجيع الناس على المشاركة في المشاريع الاستثمارية المتعلقة بالمرافق العامة ونحوها[2]. وقد أخذ بجواز ذلك مجمع الفقه الإسلامي[3]، وهيئة المعايير الشرعية[4]، وندوة البركة[5]، وجاء في نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن

---

(١) ينظر: ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المضاربة أو سندات المقارضة، لحسين حامد حسان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٤/١٤٠٩).

(٢) ينظر: تعليقات الحماية النبيلة من شوه التحوط والضمان، ليوسف الشبيلي (ص: ١٣).

(٣) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم (٣٠) في دورته الرابعة بجدة في المملكة العربية السعودية ١٤٠٨هـ (٤/١٧٢٧).

(٤) في أكثر من معيار: معيار الضمانات رقم (٥) (ص: ٦٢)، ومعيار صكوك الاستثمار رقم (١٧)، ومعيار حماية رأس المال رقم (٤٥) (ص: ٤١).

(٥) ينظر: قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي (١-٣٠)، إعداد/ عبدالستار أبو غدة (ص: ٢١٧).

سندات المقارضة[1]: "ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث متفضل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد[2]. ولا يجوز الجمع بين الوكالة والكفالة في عقد واحد لتنافي مقتضاهما، ولأن اشتراط الضمان على الوكيل بالاستثمار يحول العملية إلى قرض بفائدة ربوية بسبب ضمان الأصل مع الحصول على عائد الاستثمار. أما إذا كانت الوكالة غير مشروطة فيها الكفالة، ثم كفل الوكيل والمضارب والشريك كل منهما، وبناء عليه فإنه يجوز أن يضمن الوكيل المتعاملين معه[3].

الفرع الثالث: تنويع الأصول الاستثمارية "Diversification"

يمكن للمؤسسات الإسلامية تنويع محافظها بين البيع الآجل وبيع السلم بما يحيد مخاطر كل منهما، فالبيع الآجل معرض للمخاطر

---

(١) سندات المقارضة: هي الوثائق الموحدة القيمة التي تصدر بأسماء مالكيها، مقابل الأموال التي قدموها لصاحب المشروع بينه، بقصد تنفيذ المشروع واستغلاله وتحقيق الربح. المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلي (ص: ٣٨٧).

(٢) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرار رقم ٣٠/٣/٤/١، في دورته الرابعة المنعقد في جدة ١٤٠٨هـ، بشأن سندات المقارضة، البند التاسع.

(٣) ينظر: مخاطر الثقة في تطبيقات المضاربة وعلاجها، الحواشي فداد، ورقة مقدمة لندوة البركة ١٤٢٦هـ (ص: ٢٤٦)، والمعيار رقم (٥) بشأن الضمانات من المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية (ص: ٢٧).

للتضخم أو انخفاض القوة الشرائية، هذه المخاطر يمكن تحييدها من خلال عقود سلم في سلع متنوعة، حيث تصبح موجودات المؤسسة المالية محفظة من الديون النقدية والنقود السلعية[1].

وقد نصت هيئة المعايير الشرعية على بعض صور تنويع الأصول الاستثمارية بما يحقق العائد المناسب ويقلل المخاطر، ومن ذلك:

الأول: الجمع بين الأصول الحقيقية مثل العقارات والسلع ونحوها، والأصول المالية مثل الأسهم والصكوك ونحوها، أو الجمع بين أصول مقومة بعملتين مختلفتين.

الثاني: استخدام عقود المرابحة والمشاركة، بحيث يقسم رأس المال إلى جزأين:

أولهما: في عقود مرابحة مع جهات ذات ملاءة ائتمانية بهامش ربح يتحقق به وبأصل المال الحماية لرأس المال.

وثانيهما: الباقي يستثمر في عقود مشاركة.

الثالث: استخدام عقود الإجارة والمشاركة، بحيث يقسم رأس المال إلى جزأين:

أولهما: في عقود إجارة مع جهات ذات ملاءة ائتمانية بأجرة يتحقق بها وبقيمة الأصل المؤجر الحماية لرأس المال.

وثانيهما: الباقي يستثمر في عقود مشاركة.

الرابع: استخدام عقود المرابحة وبيع العربون، بحيث يقسم رأس المال إلى جزأين: أولهما: في عقود مرابحة مع جهات ذات ملاءة

---

(1) ينظر: التحوط في التمويل الإسلامي، سامي السويلم، بحث مقدم للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ١٤٢٨هـ (ص: ١٣٦).

التمائية بهامش ربح يتحقق به وبأصل المال الحماية لرأس المال.

وثانيهما: الباقي يجعل عربونا في شراء أصل، فإذا ارتفعت قيمة الأصل أمضى عقد الشراء ثم باع الأصل، وإن انخفضت قيمة الأصل لم يمض العقد، وكانت الخسارة محصورة في ضياع مبلغ العربون ويبقى رأس المال محميا بعقد المرابحة، ويجب في هذه الطريقة مراعاة الضوابط الشرعية لبيع العربون ومنها الاحتفاظ بمحل العربون منذ إبرام العقد إلى التسوية، ومنها عدم تداول العربون[1].

ويعتبر تنويع الأصول الاستثمارية من أهم ما يعتمد عليه الاقتصاد الإسلامي كوسيلة للتقليل من المخاطر الملازمة للعمليات الاستثمارية، فالتنويع يؤدي إلى الحد من مخاطر النشاط الواحد[2].

ويتم تنويع الاستثمار من خلال المزج بين المشاركات والمضاربات في مختلف الأنشطة الاقتصادية مع تعدد الأساليب والمشاريع، مما يجبر المخاطرة بتغطية خسائر بعض النشاطات بأرباح النشاطات الأخرى من خلال سياسة توزيع رؤوس الأموال المخصصة للاستثمار على مجالات عدة، كما يتم التنويع من خلال تنويع آجال الاستحقاق من خلال الموازنة بين الأصول والخصوم أو الموارد والاستخدامات، وأمام هذا التنويع لا يبقى أمام المستثمرين إلا احتمال طفيف بحدوث خسارة وفي ظروف نادرة[3].

---

(١) ينظر: المعيار الشرعي رقم (٤٥) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المتعلق بحماية رأس المال والاستثمارات (ص: ٤١).

(٢) ينظر: البعد المقاصدي لدور المضاربة في الاقتصاد الإسلامي، لجميلة تارقي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى قسم الشريعة بكلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية بجامعة الحاج لخضر بالجزائر (ص: ١٣٩).

(٣) ينظر: سندات الاستثمار وحكمها في الفقه الإسلامي، لأحمد الخليل (ص: ٢٣٨-٢٣٩).

الفرع الرابع: البيع بشرط الخيار:

أن تشترى المؤسسة السلعة مع اشتراط الخيار لها خلال مدة معلومة[1]، فإذا لم يشتر العميل السلعة أمكنها رد السلعة على البائع فيضمن تلك المدة بموجب خيار الشرط المقرر شرعا، ولا يسقط الخيار بين المؤسسة والبائع الأصلي بعرض المؤسسة السلعة على العميل، بل بالبيع الفعلي له[2].

قال ابن القيم: "رجل قال لغيره: "اشتر هذه الدار -أو هذه السلعة من فلان- بكذا وكذا، وأنا أربحك فيها كذا وكذا" فخاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يربحها، ولا يتمكن من الرد، فالحيلة أن يشتريها على أنه بالخيار ثلاثة أيام أو أكثر، ثم يقول للآمر: قد اشتريتها بما ذكرت، فإن أخذها منه، وإلا تمكن من ردها على البائع بالخيار، فإن لم يشترها الآمر إلا بالخيار فالحيلة أن يشترط له خيارا أو نقص من مدة الخيار التي اشترطها هو على البائع؛ ليتسع له زمن الرد إن ردت عليه"[3].

وتطبق المصارف الإسلامية خيار الشرط للتحوط من المخاطر

---

(١) واختلف الفقهاء في مدة اشتراط الخيار على ثلاثة أقوال: الأول: ألا تزيد مدته عن ثلاثة أيام وهو قول الحنفية والشافعية، والثاني: بحسب ما يتفق عليه المتعاقدان ولو زاد عن ثلاثة أيام وهو قول الصاحبين والحنابلة، والثالث: يجوز الخيار بقدر ما تدعو إليه الحاجة وتختلف باختلاف الأموال وهو قول المالكية. والراجح -والله أعلم- القول الثاني؛ لأن المسلمين على شروطهم بشرط أن يكون محدود. ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ١٧٤)، فتح القدير، لابن الهمام (٦/ ٢٠٠)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٢/ ٢٢٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ٩١)، المجموع، للنووي (٩/ ١٩٠)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٤١٧)، المغني، لابن قدامة (٣/ ٥٠٢)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٢٠٢).

(٢) ينظر: المعيار الشرعي رقم (٨) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المتعلق بالمرابحة للآمر بالشراء (ص: ١١٩).

(٣) إعلام الموقعين (٤/ ٣٣).

بشكل واضح في الوعد بصرف العملات، وفي صيغة المرابحة للآمر بالشراء. وجاء في الضوابط الشرعية لبنك البلاد "يجوز للبنك في عقد المرابحة عند شرائه للسلعة من البائع الأول أن يأخذها بخيار الشرط - خشية عدول العميل- ثم يعرضها للآمر بالشراء خلال مدة الخيار، ولا يعد عرضها فسخا لذلك الخيار؛ فإن رغبها الآمر بالشراء وإلا ردها البنك إلى البائع الأول[1].

الفرع الخامس: تكوين احتياطيات من حقوق المستثمرين:

والمراد أن تتضمن نشرة الإصدار وصكوك المضاربة أن حملة صكوك المضاربة يوافقون على اقتطاع جزء من أرباحهم كل سنة كاحتياطي خاص لمواجهة مخاطر الاستثمار، بحيث يعوض من هذا الجزء ما ينقص من رأس المال، أو ما يقل من الأرباح عن حد معين - في سنة معينة - باعتبار ذلك تبرعا ممن يملك رأس المال وعائده، وإذا تم تداول هذه الصكوك فإن المالك الجديد للصك بقبوله لشراء صك المضاربة يوافق على هذا التبرع؛ لأن الصك يحمل في ظهره ما يفيد اقتطاع نسبة من الأرباح لتكوين احتياطي لمواجهة مخاطر الاستثمار، وهذا النظام الذي يهدف إلى تأمين مخاطر الاستثمار في صكوك المضاربة ويفضل غيره من الوسائل؛ ذلك أنه لا يعتمد على طرف ثالث خارجي، فحَمَلة صكوك المضاربة وهم أصحاب المشروع يتبرعون لتكوين احتياطي يؤمن مشروعهم ضد مخاطر الاستثمار وذلك من أرباح المشروع نفسه، ثم إن الجزء الذي يفيض عن تغطية المخاطر الفعلية

---

(١) ينظر: الضوابط الشرعية المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد (ص: ١٩)، وكذلك أخذت به الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي في قرار رقم (٤٥٨) (١/ ٢٧٥).

المطلوب تغطيتها يبقى حقا من حقوق الملكية[1]. وهو ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي بأنه ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصتهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال[2].

والشريعة تسعى إلى تحقيق التوازن بين المتعاقدين في جميع مراحل العقد، وفي كل المراحل الاقتصادية من الإنتاج إلى الاستهلاك، دون ضرر أحد الأطراف، وحرصت الشريعة على تحقيق التوازن بين مصلحة الفرد والمجتمع، دون إهدار حق أحدهما أو الإضرار به، وكذلك التوازن بين المنتج والمستهلك، وكذلك تحقيق التوازن بين عوامل الإنتاج في استحقاق الربح، وذلك من خلال منع الشريعة أن يأخذ عامل من العوامل عائدا دون غيره، وكذلك التوازن بين الدائن والمدين دون تحيز إلى طرف[3]، وأما التوازن-موضوع البحث- فقد سعت الشريعة إلى تحقيق الثمن العادل لكلا الطرفين، ومنع الاختلال في العقود سواء عند إنشائها أو في أثنائها أو بعد تنفيذها وهو ما تقتضيه قواعد العدل.

قال شيخ الإسلام: "وأما الأموال فيجب الحكم بين الناس فيها بالعدل كما أمر الله ورسوله ... وكذلك في المعاملات من المبايعات

---

(١) ينظر: ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المضاربة أو سندات المقارضة، حسين حامد حسان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٤/ ١٤٣٧).

(٢) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٣٠) في دورة الرابطة بمدة ١٤٠٨هـ (٤/ ١٧٢٧).

(٣) ينظر: البعد المقاصدي لدور المضاربة في الاقتصاد الإسلامي، لجميلة قارش، رسالة دكتوراه مقدمة إلى قسم الشريعة بكلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية بجامعة الحاج لخضر بالجزائر(ص: ٤٤)، بتصرف.

والإجارات والوكالات والمشاركات والهبات والوقوف والوصايا ونحو ذلك من المعاملات المتعلقة بالعقود والقبوض؛ فإن العدل فيها هو قوام العالمين لا تصلح الدنيا والآخرة إلا به[1].

ولذلك فهذه الحلول والمقترحات الموافقة للشريعة الإسلامية وغيرها، هي معالجة لمخاطر تتسبب في اختلالات في العقود سواء الائتمانية أو العقود الاستثمارية، والمخاطر التي تتعرض لها المصارف الإسلامية تشكل خطرا على رأس مالها وتمويلها وسمعتها، وهذه المخاطر تكبدها خسائر كبيرة، فتحييد المخاطر في البنوك الإسلامية والبنوك الربوية مقصد رئيس بيد أن البنوك الإسلامية تختلف في معالجة المخاطر وتحييدها عن البنوك الربوية من حيث طرق درء المخاطر وتقليلها انطلاقا من الشريعة الشاملة الكاملة، لا على ما تمليه العقول الشاردة عن ربها ومولاها، وتعتمد في معالجتها على محاربته ﷻ.

ولمعالجة الاختلالات في توازنات العقود وإعادة التوازن إلى نشاطات المصارف الإسلامية لا بد من إحداث تغيير في هيكل وبرامج الأساليب الاستثمارية وأدوات التمويل التي تقدمها المصارف، ومن هنا يبرز الدور المهم للأدوات الاستثمارية الإسلامية كضرورة لدعم وتطوير العمل المصرفي الإسلامي في تقديم تمويل (طويل - متوسط - قصير الأجل) وإعادة التوازن للاستثمارات وأنشطة المصارف من خلال توظيف الأموال المودعة لديها في صكوك استثمارية طويلة الأجل أو من خلال المساهمة في آلية عمل الصناديق الاستثمارية على سبيل المثال.

(١) مجموع الفتاوى (٢٨/٣٨٤-٣٨٥).

الفصل الثالث

تصحيح الاختلال في توازن العقد

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تفريق الصفقة. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف تفريق الصفقة.

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم تفريق الصفقة.

المطلب الثالث: بيان وجه حماية تفريق الصفقة للعقود من الاختلال.

المبحث الثاني: التحول في العقود. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التحول في العقود.

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في اعتبار التحول في العقود.

المطلب الثالث: بيان وجه حماية تحول العقد للعقود من الاختلال.

تصحيح[1] الاختلال في توازن العقد

المبحث الأول

تفريق الصفقة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف تفريق الصفقة

* تعريفه باعتباره مركبا إضافيا:

التفريق لغة: الفاء والراء والقاف أصيل صحيح يدل على تمييز وتزييل بين شيئين، والفرق: خلاف الجمع، وانفرق الشيء وتفرق وافترق[2]. الصفقة لغة: الصاد والفاء والقاف أصل صحيح يدل على ملاقاة شيء ذي صفحة لشيء مثله بقوة. من ذلك صفقت الشيء بيدي، إذا ضربته بباطن يدك بقوة. والصفقة: ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة، وتلك عادة جارية للمتبايعين. وصفق يده بالبيعة والبيع وعلى يده صفقا: ضرب بيده على يده، وذلك عند وجوب البيع، وتصافق القوم

---

(١) هو بذل الجهد والوسع في حماية تصرف صادر عن مكلف من الفساد والبطلان بوسيلة معتبرة شرعاً، إذا كان ذلك ممكناً. قواعد تصحيح التصرفات في الفقه الإسلامي، لمحمد العمري وأحمد القرالة، بحث منشور في مجلة المنارة المجلد ١٥ العدد ٢ بتاريخ ٢٠٠٩م، (ص: ٢٤٦).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٤/٤٩٣) مادة[فرق]، لسان العرب، لابن منظور (١٠/٢٩٩) مادة [فرق].

عند البيعة. ويقال: ربحت صفقتك، للشراء، وصفقة رابحة وصفقة خاسرة. وصفقت له بالبيع والبيعة صفقا أي ضربت يدي على يده[1].

• تعريف باعتباره لقبا:

عند الحنفية: أي تفريق العقد، بأن يوجب الملك في بعض المبيع دون البعض[2].

وعند المالكية: اشتمال الصفقة على حلال وحرام[3].

وعند الشافعية: جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه، كالحر والعبد وعبده وعبد غيره[4].

وعند الحنابلة: تفريق ما اشترى في عقد واحد[5].

أما القانونيون فيطلقون على تفريق الصفقة ما يسمى "نظرية إنقاص العقد"، ومفادها أن: العقد يتضمن مجموعة من الشروط بعضها صحيح والبعض الآخر باطل، وذلك لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة، أو أن المحل كركن العقد لم يستوف أحد شروطه ففي مثل هذه الحالات يتم إعمال ما يسمى بفكرة إنقاص العقد طالما أن البطلان لحق شقا من العقد، فانتقاص العقد بطلانٌ جزئيٌ كبطلان شطر في العقد، فيقتصر البطلان على الشطر الباطل فقط ويبقى العقد صحيحاً.

وتقوم فكرة انتقاص العقد على أنه إذا تعددت أجزاء العقد واعتبرى

---

(1) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (3/ 290) مادة[صفق]، لسان العرب، لابن منظور(10/ 200) مادة [صفق].

(2) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (4/ 603).

(3) ينظر: عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (2/ 681).

(4) ينظر: المهذب، للشيرازي (1/ 269).

(5) ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع، للبعلي (ص: 277).

البطلان بعض هذه الأجزاء ولم يعتر البعض الآخر، فإن الأجزاء التي لحقها البطلان تبطل دون بقية الأجزاء إذا تبين أن العقد يمكن أن يتم بغير الجزء الباطل. وبناء عليه فنظرية انتقاص العقد تتعلق بعقد باطل أو قابل للإبطال قضي فعلا بإبطاله، فالذي يجوز الانتقاص منه هو العقد الذي يكون جزء منه باطلا والآخر صحيحا بشرط ألا تكون الأجزاء مترابطة بحيث لا يمكن فصلها، وإلا ففي هذه الحالة يبطل العقد بأكمله[1].

(١) ينظر: مصادر الحق، للسنهوري (٤/٩٩-١٠٠).

المطلب الثاني

مذاهب الفقهاء في حكم تفريق الصفقة

يقسم تفريق الصفقة إلى ثلاثة أقسام[1]:

القسم الأول: أن يبيع معلوما ومجهولا في صفقة واحدة بثمن واحد، كأن يقول بعتك هذه الفرس، وما في بطن هذه الفرس الأخرى، بألف. فهذا باطل[2]؛ لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته، فيصير المبيع المعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته، لأن المعرفة إنما تكون بتقسيط الثمن على المبيعين، والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط.

القسم الثاني: أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء، كدار مشتركة بينه وبين غيره باعها بغير إذن شريكه، اختلف الفقهاء على قولين:

أحدهما: قول أبي حنيفة[3]، وقول مالك[4]، وأحد قولي الشافعي[5]، وإحدى الروايتين عن أحمد[6]، يصح البيع في ملكه بقسطه من الثمن، ويبطل فيما لا يملكه؛ لأن لكل واحد منهما حكم المستقل لو انفرد، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه، ولأن ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انفرد[7].

---

(1) عند الحنابلة ينظر: المغني، لابن قدامة (4/ 178-179).

(2) ينظر: المغني، لابن قدامة (4/ 178).

(3) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (5/ 140)، تبيين الحقائق، للزيلعي (4/ 138).

(4) ينظر: حاشية الدسوقي (3/ 10).

(5) ينظر: المهذب، للشيرازي (1/ 319)، مغني المحتاج، للشربيني (2/ 297).

(6) المغني، لابن قدامة (4/ 178).

(7) ينظر: المغني، لابن قدامة (4/ 178-179).

القول الثاني: قول للشافعية[1]، وإحدى الروايتين عن أحمد[2]، لا يصح فيهما، لأن الصفقة جمعت حلالا وحراما، فغلب التحريم، ولأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل، كالجمع بين الأختين[3].

والراجح -والله أعلم- أنه يصح البيع في ملكه بقسطه من الثمن، ويبطل فيما لا يملكه؛ كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحدٍ منهما حكمه، ولأن ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه، فصح كما لو انفرد، وهو ما رجحه النووي[4]، وابن قدامة[5].

ويمكن أن يستدل بما جاء أن أبا المنهال[6] سئل عن الصرف يدا بيد فقال اشتريت أنا وشريك لي شيئا يدا بيد ونسيئة فجاءنا البراء بن عازب[7] ﷺ فسألناه فقال فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم[8] ﷺ

---

(١) ينظر: أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٢/ ٤٢).

(٢) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ١٧٨).

(٣) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ١٧٨).

(٤) ينظر: المجموع (٩/ ٢٨١).

(٥) ينظر: المغني (٤/ ١٧٨).

(٦) أبو المنهال سيار بن سلامة الرياحي، وثقه ابن معين، وكذلك النسائي، وقال أبو حاتم: صدوق صالح الحديث، ووثقه ابن حجر، توفي سنة ١٢٩هـ. ينظر: الجرح والتعديل، للرازي (٤/ ٣٥٤)، تهذيب الكمال، للمزي (١٢/ ٣٠٩)، إكمال التهذيب، لمغلطاي (٦/ ١٨٤)، تقريب التهذيب، لابن حجر (ص: ٤٢٧).

(٧) أبو عمارة البراء بن عازب بن الحارث الخزرجي، ورد أنه غزا مع رسول الله ﷺ أربع عشرة غزوة، وشهد مع علي ﷺ الجمل وصفين والنهروان، ثم نزل الكوفة، ومات بها أيام مصعب ابن الزبير سنة ٧٢هـ. ينظر في ترجمته: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبدالبر (١/ ١٥٦)، الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر (١/ ٤١١).

(٨) زيد بن أرقم بن زيد الأنصاري الخزرجي، غزا مع رسول الله ﷺ سبع عشرة غزوة، أول=

وسألنا النبي ﷺ عن ذلك فقال: "ما كان يدا بيد فخذوه وما كان نسيئة فذروه"[1]. ويُستدَلُّ به لجواز تفريق الصفقة، فيصح الصحيح منها ويبطل ما لا يصح[2].

والقسم الثالث: أن يكون المبيعان معلومين، مما لا ينقسم عليهما الثمن بالأجزاء كعبد وحر، ونخل وخمر، وعبده وعبد غيره، وعبد حاضر وآبق. فاختلف الفقهاء على قولين: الأول: قول الصاحبين[3]، وأظهر القولين عند الشافعية[4]، وإحدى الروايتين عن أحمد[5]، أنه يصح فيه البيع بقسطه من الثمن؛ لأنه يصح بيعه منفردا فلم يبطل بانضمام غيره إليه، والثاني: قول أبي حنيفة[6]، ومالك[7]، وقول للشافعية[8]، والرواية

= مشاهده المعروفة، يعد في الكوفيين، نزل الكوفة وسكنها، توفي بها سنة ٦٨هـ. ينظر في ترجمته: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبدالبر (٢/ ٥٣٩)، الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر (٢/ ٤٨٧).

(١) أخرجه البخاري: كتاب الشركة باب الاشتراك في الذهب والفضة وما يكون فيه الصرف ح(٢٤٩٧)، وأخرجه مسلم: كتاب المساقاة: باب النهي عن بيع الورق بالذهب دينا ح(١٥٨٩).

(٢) نقله القسطلاني في إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري عن الزين بن المنيّر (٤/ ٢٩٠). وتعقب ابن حجر الاستدلال بذلك في فتح الباري بقوله: "وفيه نظر لاحتمال أن يكون أشار إلى حكمين مختلفين ويؤيد هذا الاحتمال ما جاء من وجه آخر عن أبي المنهال قال باع شريك لي دراهم في السوق نسيئة إلى الموسم فذكر الحديث وفيه قدم النبي ﷺ المدينة ونحن نتبايع هذا البيع فقال ما كان يدا بيد فليس به بأس وما كان نسيئة فلا يصلح فعلى هذا فمعنى قوله ما كان يدا بيد فخذوه أي ما وقع لكم فيه التقابض في المجلس فهو صحيح فامضوه وما لم يقع لكم فيه التقابض فليس بصحيح فاتركوه ولا يلزم من ذلك أن يكونا جميعا في عقد واحد والله أعلم". فتح الباري (٥/ ٣٣٥).

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٣/ ٨)، تأسيس النظر، للدبوسي (ص: ٣٦).

(٤) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٩٧).

(٥) ينظر: مسائل الإمام أحمد برواية صالح (٢/ ٣٦٩)، المغني، لابن قدامة (٤/ ١٧٩).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٢٣٦)، الاختيار، للموصلي (٢/ ٤).

(٧) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ١٥).

(٨) ينظر: أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٢/ ٤٢).

الأخرى عن الإمام أحمد[1]، أنه يبطل فيهما؛ لأن الثمن مجهول، ولأنه يتبين بتقسيط الثمن على القيمة، وذلك مجهول حين العقد. والراجح - والله أعلم- يبطل فيهما؛ لجهالة الثمن، والجهالة سبب من أسباب اختلال توازن العقود؛ لأنها مفضية للتنازع، وأما عقود التبرعات والتوثيقات وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع إلا أن الظاهر فيها الصحة؛ لأنها ليست عقود معاوضة، فلا توجد جهالة العوض فيها[2].

شروط إعمال تفريق الصفقة:

١ - أن يكون التصرف عبارة عن صفقة واحدة، أما إذا كان صفقات متعددة فلا يدخل في أحكام تفريق الصفقة.

٢ - أن تكون الصفقة الواحدة في حكم صفقات متعددة، كما لو قال: له بعتك هذا الجمل بمائة دينار، وهذه الناقة بما تجود به نفسك، فقال المشتري قبلت البيع، فالصفقة هنا اشتملت على الصحيح وهو بيع الجمل، وغير الصحيح وهو بيع الناقة لجهالة الثمن، والتصرف هنا في حكم الصفقات المتعددة، فيصح في الجمل بالثمن المذكور، ويفسد في الناقة، أما إذا كان في حكم صفقة واحدة، فالعقد فاسد بلا خلاف، كما لو باع معلوماً ومجهولاً كقول بعتك هذه الفرس، وما في بطن هذه الفرس الأخرى بألف، فهذا البيع باطل بكل حال؛ لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته، والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته؛ لأن معرفته إنما

(١) ينظر: مسائل الإمام أحمد برواية مهنا الشامي (٣/٢١٩٦)، المغني، لابن قدامة (٤/١٧٩).
(٢) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/١٧٩).

تكون بتقسيط الثمن عليهما والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط[1].

٣ - ألا يترتب على التفريق ضرر بالتسليم، فإن ترتب عليه ضرر سرى الفساد إلى الجميع، ومثاله كمن باع سيفاً محلى بفضة لا يجوز بيعه نسيئة بفضة أو ذهب؛ لأن العقد في الحلية صرف، والصرف لا بد فيه من التقابض، والبيع نسيئة يمنع التقابض، فيفسد العقد في الحلية، وهذا الفساد يسري إلى السيف؛ لأنه لا يمكن نزع الحلية من السيف إلا بضرر يلحق بصاحب السيف بالتسليم، وضرر التسليم مفسد للعقد[2].

(١) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ١٦٢).

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٤/ ١٢).

المطلب الثالث

بيان وجه حماية تفريق الصفقة للعقود من الاختلال

إن تفريق الصفقة "نظرية إنقاص العقد" في أقسامها الثلاثة، وكلام الفقهاء في أحكامها، من مقاصده، ومراداته، حماية العقود من اختلال توازنها وإبطالها؛ لأن عدم القول بتفريق الصفقة فيه إبطال لكامل العقد، والشريعة تتشوف إلى تحقيق مصالح العباد في كل شؤونهم، ومعاملاتهم على وجه الخصوص؛ لأنها من الضروريات التي عنيت الشريعة برعايتها وحفظها، فإذا عقد العقد وكان الاختلال واقعاً في جزء منه، وكان قابلا لأن يصحح، فالموافق لنظر الشريعة ومقاصدها تصحيحه ما أمكن؛ لأن في تصحيحه ضمان لاستقرار العقود واستمرارها قدر الإمكان، لا سيما إذا كان البطلان لحق شقا من العقد ولم يشمل جميع أجزائه حتى لا يؤدي إلى حدوث خسائر اقتصادية واجتماعية.

المبحث الثاني

التحول في العقود

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف التحول في العقود

التحوّل لغة: حال الشيء حولا وحؤولا وأحال: تحول. وهو الانتقال، يقال تحول من مكانه إذا انتقل عنه إلى موضع آخر[1]. قال تعالى: ﴿فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضُّرِّ عَنكُمْ وَلَا تَحْوِيلًا﴾ [الإسراء: ٥٦]. أي فانظروا هل يقدرون على دفع ذلك عنكم، أو تحويله عنكم إلى غيركم، فتدعوهم آلهة، فإنهم لا يقدرون على ذلك، ولا يملكونه، وإنما يملكه ويقدر عليه خالقكم وخالقهم[2]. فالتحويل والتحوّل قد يقصد به النقل.

والتحول العقد اصطلاحا: أنه إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال، وتضمن أركانا أو عناصر عقد آخر رغم بطلانه فإن العقد الذي قصد إليه المتعاقدان وهو العقد الباطل يتحول إلى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح وبالتالي تترتب آثار العقد الصحيح الشرعية[3].

فشروط فالتحول في العقود له ثلاثة شروط تتبين من تعريفه الاصطلاحي:

---

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (١١/ ١٨٨) مادة[حول]، المصباح المنير، للفيومي (١/ ١٥٧) مادة [ح و ل].

(٢) ينظر: جامع البيان، للطبري (١٤/ ٢٢٦).

(٣) ينظر: نظرية العقد، للسنهوري (١/ ٣٢٤)

أولا: تعرض العقد الأصلي للبطلان أو أن يكون قابلا للإبطال.

ثانيا: الإرادة من المتعاقدين في تحول العقد.

ثالثا: موافقة العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر.

المطلب الثاني

مذاهب الفقهاء في اعتبار التحول في العقود

التحوّل مصطلح قد اعتبره الفقهاء، وأثبتوا له أحكاماً، في العبادات والمعاملات، وله تطبيقات في أسفار الأئمة ﷺ، تثبت ذلك، وسأجعل الحديث عن ما يتعلق بالعقود؛ لارتباطه بالتوازن، وإلا فإن صور التحول وتطبيقاته كثيرة[1]، والتحول يتم بحسب توافر شروطه، وأحكامه الفقهية ومراعاة مقاصد أطراف العقد، والتحول في العقود بالاستقراء قد ينقسم إلى قسمين:

الأول: تحول العقود المستكملة لشرائطها: ومثالها تحول المضاربة الصحيحة إلى وكالة بالنسبة لتصرفات المضارب[2] وإلى شركة إن ربح المضارب، وإلى إجارة فاسدة إن فسدت[3]. وكذلك قول الفقهاء: المضاربة عقد ابتداءً وشركة عند حصول الربح[4].

الثاني: تحول العقود التي لم تستكمل شرائطها إلى عقد آخر:

---

(١) ينظر: دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون، لعبدالحميد البعلي، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول بكلية دبي بدولة الإمارات ٢٠٠٩م، فقد ذكر ما يزيد على عشرين تحولا في العبادات والمعاملات تحولت إلى عقود وأحكام أخرى بسبب التحول.

(٢) فالجمهور على أن تصرفات المضارب منوطة بالمصلحة كالوكيل. ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ٨٧-٩٢)، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٤٠٩)، المغني، لابن قدامة (٥/ ١٦).

(٣) ينظر: بلغة السالك، للدردير(٢/ ٢٨٣)، روضة الطالبين، للنووي (٥/ ١٤١)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٦٤).

(٤) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٤/ ٢٩٩)، نهاية المحتاج، للرملي (٥/ ٣)، حاشية المحلي على منهاج الطالبين (٣/ ٥٥).

ومثالها تعليق الهبة على شرط يصيّرها وعدا[1]. وكذلك الهبة بشرط العوض، فلا يخلو:

- إما أن يكون العوض معلوما: فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال: القول الأول: قول الحنفية[2]، والأظهر من المذهب عند الشافعية[3]، والحنابلة[4]، أن العقد يصح وتتحول الهبة إلى بيع، ويثبت فيها الخيار والشفعة وخيار الرؤية وغير ذلك من أحكام البيوع.

والقول الثاني: قول عند الشافعية[5]، وقول عند الحنابلة[6]، أن العقد يبطل؛ لأن الشرط ما ينافي مقتضاها.

والثالث: وهو مذهب المالكية، [7] أن هبة الثواب بيع ابتداءً؛ ولذا لا تبطل بموت الواهب قبل حيازة الهبة.

والراجح -والله أعلم- القول بتحول العقد إلى بيع؛ لأن استمرار العقود وحمله على ما يكمله مقصد، ويحقق الاستقرار للتعاملات.

- وإما أن يكون العوض مجهولا: فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: المذهب عند الشافعية[8]، والأصح عند الحنابلة[9]، أن الهبة تفسد؛ لتعذر صحته بيعا لجهالة العوض.

---

(١) ينظر: المغني، لابن قدامة (٦/ ٤٧).
(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٢/ ٧٩)، فتح القدير، لابن الهمام (٥/ ٢٢).
(٣) ينظر: جواهر العقود، للمنهاجي (١/ ٣١٥)، مغني المحتاج، للشربيني (٣/ ٥٧٣).
(٤) ينظر: الكافي، لابن قدامة (٢/ ٣٦١)، كشاف القناع، للبهوتي (٤/ ٣٠٠).
(٥) ينظر: المهذب، للشيرازي (٢/ ٣٣٥)، روضة الطالبين، للنووي (١٢/ ٢٧٨).
(٦) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٧/ ١١٧)، كشاف القناع، للبهوتي (٤/ ٣٠٠).
(٧) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ١١٥)، مواهب الجليل، للحطاب (٦/ ٣٧).
(٨) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني (٣/ ٥٧٣)، نهاية المحتاج، للرملي (٥/ ٤٢٤).
(٩) ينظر: الكافي، لابن قدامة (٢/ ٣٦١)، الإنصاف، للمرداوي (٧/ ١١٧).

والقول الثاني: قول الحنفية[1]، أن الهبة بشرط العوض يراعى فيها حكم الهبة قبل القبض والبيع بعده، فإذا وقعت الهبة بشرط العوض المعين فهي هبة ابتداء وبيع انتهاء. أما لو كان العوض مجهولا بطل اشتراطه، فيكون هبة ابتداء وانتهاء، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

الثالث: قول المالكية[2]، أنه إذا كان الثواب غير معين ولم يحصل قبض، فإن الهبة لا تلزم الواهب، أما إذا قبض الموهوب له الهبة فإنها تكون لازمة بالنسبة للواهب، أما الموهوب له فإنها لا تلزم في حقه؛ ولذلك له أن يردها بعينها، فإن فاتت عنده بزيادة أو نقص وجب عليه دفع القيمة.

والراجح -والله أعلم- أن الهبة تفسد، ويبطل العقد؛ لجهالة العوض الذي ينجم عنه اختلال من حيث مخالفة الشارع، ومفسدته أكبر من مفسدة الاختلال من حيث الأثر وهو عدم استقرار العقد، ومن قواعد الشريعة المقررة، ارتكاب المفسدة الدنيا لدرء مفسدة أعظم.

وكذلك من المسائل التي صحح الفقهاء فيها العقد بحمله إلى عقد آخر إذا استكملت شرائطه:

- أنه لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول، فهو إقالة بلفظ البيع؛ لأننا لو اعتبرنا اللفظ -وهو البيع- لم يصح؛ لأنه وقع على بيع المبيع قبل قبضه وهو بيع فاسد. وإن اعتبرنا المعنى إقالة، فهي إقالة صحيحة؛ لأن العقد شمل على جميع عناصر الإقالة[3].

---

(1) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي (2/ 52)، رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (5/ 688).

(2) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (6/ 67-68)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (4/ 114).

(3) ينظر: الأشباه والنظائر، السيوطي (166).

- ومن ذلك ما ذكره الزركشي: "فيمن قال لشخص ساقيتك على هذه النخيل مدة كذا بدراهم معلومة، فلو حملنا العقد على أنه مساقاة فإنها فاسدة، إذ إن المساقاة لا تكون بالدراهم، وإنما بما يخرج من الثمر، فيحمل هذا العقد على الإجارة تصحيحاً للعقد[1].

وهذه الأمثلة تدل على اعتبار الفقهاء تصحيح العقود من خلال تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح بدلا من إبطال العقد.

ولم تكن فكرة التحوّل في العقود من ابتكار القوانين الوضعية، بل ذكر الفقهاء ما يدل على اعتبارهم لهذه الفكرة، وذكروا تطبيقات لها منثورة في دواوينهم -رحمهم الله- والتأصيل لها، منها قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله"[2] أي أن اللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرّف إذا كان حمله على أحد المعاني الممكنة لا يترتب عليه حكم، وحمله على لفظ آخر يترتب عليه حكم، فالواجب حمله على المعنى المفيد لحكم جديد؛ لأن خلافه إهمال وإلغاء، وأن كلام العقلاء يصان عن الإلغاء ما أمكن[3]. ومنها قاعدة "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"[4].

قال ابن القيم: "والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت

---

(١) ينظر: المنثور في القواعد الفقهية (٢/ ٣٧٣).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ١١٤)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ١٢٨).

(٣) ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقا (ص: ١٠٠٩-١٠١٠).

(٤) وردت بعدة ألفاظ مقاربة في كتب الأئمة الفقهاء: ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/ ٣)، تبيين الحقائق، للزيلعي (٥/ ١٥١)، المنتقى شرح الموطأ، للباجي (٤/ ٢٨٣)، الذخيرة، القرافي (٩/ ٣٣٦)، الموافقات، للشاطبي (٢/ ٣٣٣)، المعيار، للونشريسي (٤/ ٩٥)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٣٠/ ١٥٢)، القواعد، للمقري (٢/ ٥٧٢)، المنثور، للزركشي (٢/ ٣٧١)، القواعد، لابن رجب (ص: ١٢).

بأي لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما، وهذا حكم شامل لجميع العقود، فإن الشارع لم يحد لألفاظ العقود حدا، بل ذكرها مطلقة، فكما تنعقد العقود بما يدل عليها من الألفاظ الفارسية والرومية والتركية فانعقادها بما يدل عليها من الألفاظ العربية أولى وأحرى»[1].

وقد ذكر ابن رجب أنه إذا وُصِل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟ أنه يلتفت إلى أن المعتبر هل هو اللفظ أو المعنى، ويتخرَّج على ذلك عدة مسائل[2].

ومما يدل على اعتبار هذه القاعدة كذلك قول ابن قدامة: «أن تصرفات المريض مرض الموت من بيع وإجارة ووقف، بمنزلة الوصية في اعتبارها من ثلث المال؛ لأنه تبرع، فاعتبر في مرض الموت من الثلث كالعتق والهبة، وما زاد عن الثلث فعلى إجازة الورثة»[3].

ومن الأمثلة المعاصرة التي يمكن أن تطبق على نظرية تحول العقد، البيع الذي يكون الثمن فيه تافهًا ويكون مكتوبًا في ورقة رسمية، فالبيع باطل لتفاهة الثمن ولكن هذا البيع يتضمن عناصر الهبة ففيه الإيجاب والقبول ونية التبرع لذلك يتحول البيع الباطل إلى هبة صحيحة[4].

(١) إعلام الموقعين (٣/ ٤).
(٢) ينظر: القواعد، لابن رجب ق (٢٨) (ص: ٤٨-٤٩).
(٣) المغني، لابن قدامة (٦/ ٣٥٠).
(٤) ينظر: نظرية العقد، للسنهوري (١/ ٣٣٥).

المطلب الثالث

بيان وجه حماية "تحول العقد" للعقود من الاختلال

إن العقود التي نشأت على قدم التوازن، ومحققة للعدل سعت الشريعة للمحافظة عليها مما يخل بها إبطالا لها، ولذا فإن الفقهاء قد عُنُوا بالعقود وحرصوا على أن تؤدي هذه العقود مقاصدها ومرادات عاقديها ما أمكن ذلك مالم تخالف أحكام وقواعد الشرع، لذا فإن العقد إذا أمكن تحوله من نوع إلى نوع آخر صحيح، فهو أولى من إبطال العقد بالكلية، فلو عقد عقداً باطلا واشتمل العقد على عناصر لعقد آخر، وانصرفت إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا العقد الآخر[1]، فإن العقد يتحول من العقد الأول الباطل إلى عقد صحيح، فلو تعهد شخص أن يجعل آخر من غير قرابته وارثا له دون غيره، فإن هذا العقد باطل؛ لمخالفته الشريعة، ولكن يمكن أن يتحوّل العقد إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها، وعليه فإن العقود إذا أمكن تصحيحها أولى من إبطالها، وفي ذلك يتبين حرص الشريعة الإسلامية على استقرار العقود، بل وسعت في أن تصحح هذه العقود وتؤدي ثمرتها، فإذا أمكن حمل العقد إذا كان فيه فساد إلى عقد آخر، فهذا أولى تصحيحاً للعقد وتيسيراً للمتعاقدين، لا سيما إذا اكتملت شرائطها .

قال السرخسي[2]: "وفعل المسلم محمول على الصحة ما أمكن

---

(١) هذه شروط تحول العقد ذكرها السنهوري وغيره(٢/ ٦٣٥)، ينظر: النظرية العامة للعقود، للعلايلي (٢/ ٢٢١).

(٢) أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السَّرَخْسي، أملأ المبسوط نحو خمسة عشر مجلدا وهو في السجن بأوزجند محبوس، له مصنفات منها: المبسوط، وشرح السير الكبير لمحمد بن الحسن، توفي سنة ٤٩٠هـ أو قريبا منه. ينظر في ترجمته: الجواهر المضية في تراجم الحنفية، لعبدالقادر الحنفي (٢/ ٢٨-٢٩)، تاج التراجم، لابن قُطْلُوبغا (١/ ٢٢٤).

وعلى ما هو الأفضل فلا يحمل على الفساد إلا بعد تعذر حمله على الصحة»[1].

فنظرية تحول العقد وتطبيقاتها مقررة عند الفقهاء † بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك حينما أقاموا التحول على أساس موضوعي بدلا من الأساس الذاتي، فالإرادة لديهم تنشئ العقد فقط أما أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد[2].

أوجه الاختلاف بين تفريق الصفقة "التقاص العقد" وتحول العقد[3]:

١ - إن البطلان الذي يعتري العقد لابد أن يكون كليًا في التحول أما في الانتقاص فلا بد أن يكون جزئيًا.

٢ - أن تحول العقد عبارة عن استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل، أما الانتقاص فنفترض فيه بقاء العقد القديم مع حذف الجزء الباطل وإبقاء الجزء الصحيح.

٣ - أنه في الانتقاص لابد أن تكون أجزاء العقد غير مترابطة بمعنى أنه من الممكن فصل الجزء الصحيح عن الجزء الذي اعتراه البطلان؛ لأنه إذا كانت الأجزاء مترابطة فإن البطلان يسري على العقد بأكمله أما في التحول فإنه لا مجال لاشتراط هذا الشرط لأنه يشترط في

---

(١) المبسوط، للسرخسي (٤/١١٨).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/١٤٨)، قاعدة في العقود (ص: ١٧١ و ٢١٧)، مصادر الحق، للسنهوري (٤/ ١٤٢)، تحول العقد المالي وأثره، بحث مقدم لنيل الماجستير بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، للباحث/إبراهيم الحيلي ١٤٢٥هـ (ص: ٤٢).

(٣) ينظر: مصادر الحق، للسنهوري (٤/٩٩-١٠٠)، مصادر الالتزام، لأنور سلطان (ص: ١٧١).

التحول أصلا بطلان العقد[1] الأصلي بطلانًا كليًا.

٤ - أن العقد المنتقص ينتج أثرًا أصليًا لا أثرًا عرضيًا، وينتجه باعتباره تصرفًا قانونيًا بخلاف تحول العقد فإن الأثر يكون عرضي لا أصلي وباعتباره واقعه.

(١) الفرق بين انحلال العقد وبطلانه يتجلى في أن البطلان: هو الحالة التي كان للعقد فيها وجوداً حسياً فقط، دون أن يكتسب وجوده الاعتباري في نظر الشرع، أي إن العقد في حالة البطلان غير منعقد من أصله، كمولود يولد ميتاً، أما الانحلال فهو الحالة التي يكون فيها العقد منعقداً منتجاً لآثاره بين طرفيه، ولكنه بعد الوجود يزول وينعدم بسبب غير إرادي، أو بسبب إرادي فهو كتخلص تعذراً عليه الوفاء. المدخل الفقهي العام، للزرقا (ص: ٥٩٣).

الفصل الرابع

إعادة التوازن في العقد بعد الاختلال

وفيه تمهيد ومبحثان:

المبحث الأول: إعادة التوازن رضائيا. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الصلح.

المطلب الثاني: الوساطة.

المطلب الثالث: التحكيم.

المبحث الثاني: إعادة التوازن قضائيا. وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: إمضاء العقد.

المطلب الثاني: فسخ العقد.

المطلب الثالث: تفسير العقد.

المطلب الرابع: تأجيل العقد.

المطلب الخامس: تعديل العقد.

التمهيد

الشريعة جاءت محققة لمصالح العباد في العاجل والآجل، ومقيمة للحقوق بينهم على العدل، إيفاءً بالحقوق والالتزامات، ودافعة لكل ما يقتضي التنازع والخصومة بين أفرادها، لكن عند وقوع التنازع فقد بيّنت الشريعة الكاملة ما تُحفَظُ به حقوق المتنازعين، وطريقة استيفاء هذه الحقوق، وغاية ذلك تحقيق العدل.

فإذا اختلّت توازنات العقود، واختل نظامها، ولم تعد محققة لغاياتها، يقع التنازع والتخاصم، عالجت الشريعة التنازع والتخاصم بطرق متعددة منها بطريقة ودية، ومنها ما يتطلب علاجه اللجوء إلى القضاء للفصل فيه؛ بغية إعادة العقود إلى توازنها المقتضي استمرارها، وتحقق ثمرتها.

فطرق إعادة التوازن وديا تتفاوت بحسب موضعها، فمنها ما يكون عند أول حدوث للتخاصم، كالصلح، والوساطة تكون بعد فشل مساعي الصلح في مرحلة متوسطة بين الصلح والتحكيم، فإن لم تفلح الوساطة كان التحكيم هو الطريقة الأخيرة قبل اللجوء إلى التقاضي، فالتحكيم يكون في مرحلة متأخرة، على أن هذا الترتيب ليس إلزاميا؛ وإنما رتبته من الأسهل إلى الأصعب، وهو المتناسب مع حقيقة كل من هذه الطرق، بيد أن المقصود من هذه الطرق تسوية النزاع بطريقة ودية بإحداها.

المبحث الأول

إعادة التوازن رضائيا

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

الصلـــــح

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الصلح لغة واصطلاحا:

الصلح لغة: الصاد واللام والحاء أصل واحد يدل على خلاف الفساد. والاسم الصلح يذكّر ويؤنّث، ومنه التوفيق كصلح الحديبية[1] وأصلحت بين القوم وفقت وتصالح القوم واصطلحوا[2]. والصلح: من المصالحة: وهي المسالمة بعد المنازعة، وهو عقد يرفع النزاع[3]. قال الراغب: والصُّلْحُ يختصّ بإزالة التّفار بين الناس[4].

والصلح اصطلاحا: اختلفت عبارات الفقهاء في التعبير عن الصلح:

---

(١) الحُدَيبية: بضم الحاء، وفتح الدال، وياء ساكنة، وباء موحدة مكسورة، وياء مختلفوا فيها فمنهم من شددها ومنهم من خففها، وهي قرية متوسطة ليست بالكبيرة، سميت بئر هناك عند مسجد الشجرة التي بايع رسول الله ﷺ تحتها، وبين الحديبية ومكة مرحلة، وبينها وبين المدينة تسع مراحل. معجم البلدان، لياقوت الحموي (٢/ ٢٢٩).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٣/ ٣٠٣) مادة [صلح]، الصحاح، للجوهري (ص: ١٧٨) مادة[ص ل ح]، المصباح المنير، للفيومي (١/ ٣٤٥) مادة [ص ل ح].

(٣) ينظر: التعريفات، للجرجاني (ص: ١٣٤).

(٤) ينظر: المفردات في غريب القرآن (ص: ٤٨٩).

فالحنفية يعرفونه: بأنه عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة[1].

والمالكية عرفوه: أنه انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه[2].

والشافعية عرفوه بأنه: العقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين[3].

والحنابلة عرفوه بأنه: معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين[4].

قال الإمام النووي: وليس هذا على سبيل الحد، بل أرادوا ضربا من التعريف، إشارة إلى أن هذه اللفظة تستعمل عند سبق المخاصمة غالبا[5].

والتعريف المختار -والله أعلم- هو تعريف المالكية؛ لأن تعريفات الفقهاء الأخرى لم تفرّق بين الصلح والحكم، لأن الحكم كذلك يرفع النزاع، فالصلح قد يكون التنازل عن بعض الحق وليس باستيفاء كل الحق[6].

ويتنوع أنواعًا: صلح بين المسلمين وأهل الحرب، وصلح بين أهل العدل وأهل البغي، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما[7]. والحديث في هذا المطلب الصلح بين المتخاصمين في الأموال.

---

(1) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٨/ ٤٠٢).
(2) ينظر: الشرح الصغير، للدردير (٣/ ٤٠٥).
(3) ينظر: روضة الطالبين، للنووي (٤/ ١٩٣).
(4) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ٣٥٧).
(5) ينظر: روضة الطالبين، للنووي (٤/ ١٩٣).
(6) ينظر: الصلح في ضوء الكتاب والسنة، ليسري حمور (ص: ٢٢).
(7) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ٣٥٧).

الفرع الثاني: بيان كيفية إعادة الصلح للتوازن العقدي:

إن الشريعة الإسلامية حثّت على الصلح ورغبت فيه، ورتبت عليه الأجور؛ لأن الصلح فيه حفظ للضروريات فيه حفظ للأنفس والأموال والأعراض، فبدره بالصلح النزاعات والخصومات ومما يدل على ذلك:

- قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]. وهذا لفظ عام مطلق يقتضي أن الصلح الحقيقي الذي تسكن إليه النفوس ويزول به الخلاف خير على الإطلاق، ثم قال والصلح خير من الفرقة، فإن التمادي على الخلاف والشحناء والمباغضة هي قواعد الشر[1].

- وقوله تعالى: ﴿فَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَأَصْلِحُوا۟ ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾ [الأنفال: ١].

- وما أخرجه البخاري عن ابن عباس ﷺ قال: هذا تحريج من الله على المؤمنين أن يتقوا الله وأن يصلحوا ذات بينهم[2].

- وقوله تعالى: ﴿لَّا خَيْرَ فِى كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَٰحٍۭ بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ [النساء: ١١٤].

وهذا عام في الدماء والأموال والأعراض، وفي كل شيء يقع التداعي والاختلاف فيه بين المسلمين، وفي كل كلام يراد به وجه الله تعالى[3].

- وما جاء عن النّبيّ ﷺ قال: "الصّلح جائز بين المسلمين إلّا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً".[4]

---

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٥/ ٤٠٦).

(٢) ينظر: الأدب المفرد في باب إصلاح ذات البين (ص: ١٤٢) برقم (٣٩٣).

(٣) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٥/ ٣٨٤)، فتح القدير، للشوكاني (١/ ٥٩٤).

(٤) حديث صحيح لغيره، سبق تخريجه في (ص: ١٢٢)، حاشية رقم (٦).

وإذا اختلَّ توازن العقد، ووقع النزاع والخصام في أي مرحلة من مراحل العقد سواءً كان الاختلال عند إنشاء العقد أو تنفيذه أو بعد تنفيذه، شُرِعَ الصلح رافعا للنزاع، ومُذْهِبا لفسادٍ واقع أو خلل في العقد، في أي مرحلة من مراحله؛ محاولة لإتمام العقد وتصحيحه بما يتراضيان عليه، مالم يخالف هذا الصلح أحكام الشرع، والنزاع سبب الفساد، قال تعالى: ﴿وَلَا تَنَٰزَعُوا۟ فَتَفْشَلُوا۟ وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ﴾ [الأنفال: ٤٦].

والصلح يذهب النزاع ويرفعه، ولهذا كان من أجلّ المحاسن. والصلح يتميز عن القضاء لما فيه من الاتفاق والتراضي عقدا وفسخا، وهذا الاتفاق والتراضي محدود بالشرع. وكذلك الصلح يعتبر عقداً كاشفاً للحقوق وليس منشئا لها[1].

قال السرخسي: "يجوز بطريق الصلح والتراضي ما لا يجوز بدونه"[2].

فالصلح في الأموال داخل فيما حثت الشريعة ورغبت فيه؛ لأن الأموال لها حرمه والشريعة تكفل حفظ الأموال وعدم الاعتداء عليها بأحكام من جانب الوجود والعدم، والصلح في الأموال فيه داع من دواعي الأمن والاستقرار التعاقدي، إذا كان هذا الصلح محققاً لمقصود الشارع، ومراد الطرفين.

(١) ينظر: أحكام الصلح في المواد المدنية والجنائية، لعبدالحكيم فودة (ص: ٥١) و (ص: ٢١).
(٢) المبسوط، للسرخسي (٢٠/١٣٧).

المطلب الثاني
الوســاطــة[1]

وفيها فرعان:

الفرع الأول: تعريف الوساطة لغة واصطلاحا:

تعريف الوساطة: (وسط) الواو والسين والطاء: بناء صحيح يدل على العدل والنصف[2]. والوَسَط اسم لما بين طرفي الشيء. ووسط الرجل قومه وفيهم وساطة توسط في الحق والعدل[3]. وتوسط بينهم: عمل الوساطة[4]. وهذا أقرب، فالوسيط هو المتوسط بين المتخاصمين، والمتوسط بين المتبايعين أو المتعاملين[5].

والوساطة اصطلاحا لا تختلف عن المراد في اللغة.

---

(١) وجد الفرق بين الصلح والوساطة: أن الصلح: توفيق وتقريب وجهات النظر للوصول إلى اتفاق بين المتنازعين بصورة ودية، والموفق حق إبداء المقترحات الكفيلة بحل يرتضيه الأطراف، وفيه يترك كل منهما جزءا من ادعاءه على وجه التقابل، والوساطة: دور الوسيط يقتصر على تقديم المساعدة وتقريب وجهات النظر وصولاً للحل وبعقد اجتماعات وانفرادات ودية وثنائية ولا يقوم بإصدار قرار في الموضوع إلا على ما اتفق عليه المتنازعين، والوسيط يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً، كرجل قانون مثلاً، أو هيئة معنوية (كمركز متخصص)، والوساطة تتناول الموضوع كله أو بعضه، بينما الصلح يتناول الموضوع كله. ينظر: الوسيط في القانون المدني، للسنهوري (٥/ ٥١٣)، عقد الصلح في المعاملات المالية، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة النجاح الوطنية بفلسطين ٢٠٠٦م، للباحث/أسيد صلاح عودة سمحان (ص: ٦٦)، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة محمد خيضر بسكره ٢٠١٣م، للباحث/ سوالم سفيان.

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٦/ ١٠٨) مادة [وسط].

(٣) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (٧/ ٤٢٧) مادة[وسط]، المصباح المنير، للفيومي (٢/ ٦٥٨) مادة [و س ط].

(٤) ينظر: القاموس المحيط (ص: ٦٩٢) مادة [وسط].

(٥) ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ١٠٣١) مادة [و س ط].

الفرع الثاني: بيان كيفية إعادة الوساطة للتوازن العقدي:

الوساطة طريقة من طرق فض الخصومات والمنازعات ودِّيًا، حيث يلتقي المتخاصمان للحوار ومحاولة التراضي على طريقة تثمر استمرارهما فيما التزماه، ويكون بحضور جهة ثالثة شخصا عاديا أو اعتباريا، شريطة أن يكون تراضيهما بما يوافق الشرع ومقاصده ولا يخالفه، فالمعتبر في النظر في تراضيهما هو الشرع.

وقد ندبت الشريعة إلى بذل الشفاعات المثمرة للتراضي بين المتخاصمين، قال تعالى: ﴿مَّن يَشْفَعْ شَفَٰعَةً حَسَنَةً يَكُن لَّهُۥ نَصِيبٌ مِّنْهَا﴾ [النساء: ٨٥]. قال الإمام القرطبي[1] رحمه الله: "فمن شفع شفاعة حسنة لصلح بين اثنين، استوجب الأجر"[2].

والوساطة بالخير بين الناس، والاشتغال بالصلح بين المتخاصمين أفضل من الاشتغال بنوافل العبادات؛ لما في الإصلاح بين الناس من النفع المتعدي الذي يكون سببا في إذهاب الأحقاد والتقاطع والتدابر، وذلك يؤدي إلى متانة المجتمع وقوته بتآلف أفراده وتماسكهم، قال رسول الله ﷺ: "ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة قالوا بلى قال إصلاح ذات البين وفساد ذات البين الحالقة"[3][4].

---

(١) أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فَرْح القرطبي، له مصنفات جليلة منها: جامع أحكام القرآن، التذكرة بأمور الآخرة، توفي سنة ٦٧١هـ، ينظر ترجمته: الديباج المذهب، لابن فرحون (٢/٣٠٧-٣٠٨)، شجرة النور الزكية، لابن مخلوف (١/٢٨٢).

(٢) الجامع لأحكام القرآن (٥/ ٢٩٥).

(٣) الحالقة: الخصلة التي من شأنها أن تحلق: أي تهلك وتستأصل الدين كما يستأصل الموسى الشعر، وقيل هي فعلية الرجم والخطائم. غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (١/٤٢٨).

(٤) أخرجه أبو داود: كتاب الأدب باب في إصلاح ذات البين ح(٤٩١٩)، وأخرجه الترمذي: كتاب صفة القيامة والرقائق والورع عن رسول الله ﷺ باب ح(٢٥٠٩)، وأخرجه الإمام مالك في الموطأ: كتاب حسن الخلق باب ما جاء في حسن الخلق ح(١٦٠٨)، وأخرجه الإمام=

الوساطة طريقة من طرق تسوية المنازعات التجارية وغيرها ودية، فطرفا التنازع يملكان التحكم في تسوية المنازعة من غير إجبار وإلزام إلا بما تراضيا عليه، وتنتهي رفض الوساطة تحويل قضية التنازع إلى التحكيم أو التقاضي، وتتميّز الوساطة بأنها أسرع من التحكيم والتقاضي من جهة الإسراع في تسوية النزاع، وفي التسوية عن طريق الوساطة عدم خسارة للطرفين، ولا يلتزمان إلا بما ارتضياه، أما التحكيم والتقاضي ففي كثير من الأحيان يلزم بغير ما يرتضيه.

والوساطة أقل في التكاليف من التحكيم والتقاضي فتكاليفهما الباهظة من رسوم وأتعاب وغير ذلك لمباشرة أي نزاع أمام القضاء أو في التحكيم. وهذا بخلاف المدة التي قد تصل لسنوات عديدة للوصول لحكم نهائي وتنفيذه. وكل هذا دون الأخذ في الاعتبار لمدى المعاناة والحمل الذي تمثله المنازعات أمام المحاكم على اقتصاد الدولة ومواردها فالكثير من الدول قد أعطت لمحاكمها حق أن تأمر أطراف المنازعات المنظورة أمامها أن تلجأ للوساطة[1].

فعند وقوع الاختلال في توازن العقد وعدم مقدرة المتعاقدين على الوفاء بما التزماه عند إنشاء العقد، مما سبب خصاما ونزاعاً بينهما، قد يعصف بالعقد ويزيله، كانت الوساطة من الحلول الودية بين المتعاقدين المتنازعين قبل اللجوء إلى القضاء، هدف الوساطة إقامة التوازن في

= أحمد بن حنبل في مسنده: من حديث أبي الدرداء ﷺ (٦/ ٤٤٤) ح(٢٧٥٤٨) تعليق شعيب الأرناؤوط: إسناده صحيح، وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزيادته (١/ ٥٠٦) برقم (٢٥٩٥).

(١) ينظر: الوساطة في المنازعات التجارية-قواعد الحاضر وآفاق المستقبل في مصر والعالم" (ص: ٨-١١).

العقد؛ ليثمر المقصود منه، وتهدف كذلك إلى المحافظة على العلاقة بين طرفي المنازعة.

فالتوسط في تسوية النزاعات يؤثر على توازنات العقود بالمحافظة على استقراراها واستمرارها، ويحافظ على الاستثمارات نموا وجذبا للمستثمرين، لتوفر بيئة اقتصادية مناسبة للاستثمارات.

المطلب الثالث

التحكيم[1]

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف التحكيم لغة واصطلاحا:

التحكيم لغة: الحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع، وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم. والحكم: العلم والفقه والقضاء بالعدل. وحكّمت الرجل بالتشديد فوّضت الحكم إليه[2]. والتحكيم لا يشارك معنى القضاء إلا في بعض صفته لا خاصيته[3].

والتحكيم اصطلاحا: عند الحنفية: تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما[4]. وهذه التولية قد تكون من القاضي، وقد تكون من قبل الخصمين.

---

(١) جرى الخلاف في تكييف التحكيم، فإن قلنا أنه عقد، لزم تطبيق أحكام بطلان التصرفات وفق نظام العقود، فيبطل التحكيم بما تبطل به العقود من الغرر ونحوه، وإن قلنا أنه قضاء لزم تطبيق أحكام بطلان الإجراءات في نظام المرافعات، فيبطل التحكيم بما يبطل به القضاء، والواقع الذي عليه العمل أن التحكيم قضاء، ولكن مع تطور الأنظمة وظهور التخريجات، واستقلال كل منها بنظام خاص به، وظهور نظام خاص للتحكيم، برز رأي جديد أن التحكيم نظام مستقل...، أرى أن التحكيم أيا كانت نشأته، هو نظام قضائي مستقل، أصله عقد ساند الشرع ورفع مقامه وأثره، ليساند القضاء ويوازره. ينظر: وظيفة المحكَّم في الفقه الإسلامي، لزيد الزيد (ص: ٣٦-٤٠) بتصرف.

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٢/ ٩١) مادة [حكم]، لسان العرب، لابن منظور (١٢/ ١٤١) مادة [ح ك م]، المصباح المنير، للفيومي (١/ ١٤٥) مادة [ح ك م].

(٣) ينظر: شرح حدود ابن عرفة، للرصاع (١/ ٤٣٥).

(٤) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٧/ ٢٤)، عليّة القلّيّة، للسغدي (ص: ١٤٦)، الفتاوى الهندية (٣/ ٣٤٧).

قال ابن فرحون المالكي[1]: "أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه"[2].

وقال الشيرازي[3]: "فإن تحاكم رجلان إلى من يصلح أن يكون حاكماً ليحكم بينهما جاز"[4].

وقال ابن قدامة: "وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه، وكان ممن يصلح للقضاء، فحكم بينهما، جاز ذلك، ونفذ حكمه عليهما"[5].

والتحكيم: ولاية مستفادة من آحاد الناس وهي شعبة من شعب القضاء[6].

وكلام الفقهاء ﷺ شرح لمعنى التحكيم لا حدٌّ له.

وفي مجلة الأحكام العدلية: التحكيم: هو عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حاكما برضاهما؛ لفصل خصومتهما ودعواهما[7].

وعرّفه أرباب القانون: أنه الاتفاق على طرح النزاع على شخص

---

(١) هو أبو الوفاء إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون اليعمري، له مصنفات جليلة منها: شرح مختصر ابن الحاجب سماه "تسهيل المهمات في شرح جامع الأمهات"، ودر الغواص في محاضرة الأكياس، توفي سنة ٧٩٩هـ. ينظر في ترجمته: ليل الابتهاج، للتنبكتي (ص: ٣٥)، شجرة النور الزكية، لابن مخلوف (١/٣١٩).

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (١/٦٢).

(٣) أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، له مصنفات جليلة منها: التكت في الخلاف، والمعونة في الجدل، توفي سنة ٤٧٦هـ. ينظر في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي (٤/٢١٥-٢٢٩)، طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة (١/٢٢٨-٢٣٩).

(٤) المهذب في فقه الإمام الشافعي (٣/٣٧٨).

(٥) المغني (١٠/ ٩٤).

(٦) ينظر: شرح حدود ابن عرفة، للرصاع (١/٤٣٩).

(٧) ينظر: مجلة الأحكام العدلية المادة (١٧٩٠) (ص: ٣٦٥).

معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم[1].

وعرفته هيئة المحاسبة والمراجعة بأنه: اتفاق طرفين أو أكثر على تولية من يفصل في منازعة بينهم بحكم ملزم[2]. وهو الراجح -والله أعلم-؛ لأنه الإلزام هو ما يميز التحكيم عن غيره من طرق التسوية الودية.

الفرع الثاني: بيان كيفية إعادة التحكيم[3] للتوازن العقدي:

التحكيم جائز في الشرع، ووسيلة من وسائل تحقيق العدل، وإعادة العقود المختلة إلى توازنها، وقد جاءت في مشروعيته نصوص من الكتاب والسنة ونقل الإجماع على جوازه، وعمل به أصحاب النبي ﷺ، ومن تلك النصوص:

---

(١) ينظر: التحكيم الاختياري والإجباري، أحمد مسعود أبو الوفاء (ص: ١٥).

(٢) ينظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار رقم (٣٢) (ص: ٤٣٢).

(٣) اختلف الفقهاء في حكم التحكيم على قولين: الأول: جوازه وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة والأظهر عند الشافعية، والقول الثاني: عدم الجواز وهو قول لبعض الحنفية، وقول عند الشافعية، ونُقل الاتفاق على جوازه، حكاه علاء الدين الطرابلسي، معين الحكام (١/ ٢٤)، بغية التمام (١/ ٢٤٤)، لعبدالكريم الزيد. ينظر في حكاية أقوال الفقهاء: ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ٣)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٣٠)، فتح القدير، لابن الهمام (٧/ ٣١٦)، مواهب الجليل، للحطاب (٦/ ١١٢)، حاشية الدسوقي (٤/ ١٣٥)، مغني المحتاج، للشربيني (٦/ ٢٦٨)، نهاية المحتاج، للرملي (٨/ ٢٤٢)، المغني، لابن قدامة (٩/ ١٠٧)، كشاف القناع، للبهوتي (٦/ ٣٠٨). وأخذ بالجواز مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة قرار رقم (٩٥) في دورته التاسعة ١٤١٥هـ، وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية (١/ ٢١٠)، وهو الراجح-والله أعلم-.

- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء: ٣٥]. وهي من الآيات الأصول في الشريعة[1]، دلّت هذه الآية على جواز التحكيم في شأن الزوجين، ولما جاز التحكيم في حق الزوجين دلّ على جواز التحكيم في سائر الخصومات والدعاوى[2]. قال القرطبي: "وفي هذه الآية دليل على إثبات التحكيم، وليس كما تقول الخوارج[3] إنه ليس التحكيم لأحد سوى الله تعالى، وهذه كلمة حق يريدون بها الباطل"[4].

- وقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥]. وفي هذه الآية دليل على التحكيم[5].

- وما جاء في قصة نزول أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ فأرسل النبي ﷺ إلى سعد فأتى على حمار فلما دنا من المسجد قال ﷺ للأنصار: "قوموا إلى سيدكم أو خيركم فقال: هؤلاء نزلوا على حكمك فقال: تقتل مقاتلتهم وتسبي ذراريهم قال: قضيت بحكم الله وربما قال: بحكم الملك"[6].

---

(١) ينظر: أحكام القرآن، لابن العربي (١/ ٥٢٧).

(٢) ينظر: شرح أدب القاضي، لابن مازه (٤/ ٥٨).

(٣) الخوارج: كلّ مَن خرج على الإمام الحق الذي اتفقت الجماعة عليه يُسمَّى خارجيًا. الملل والنحل، للشهرستاني (١/ ١١٣)، وقد عرَّفهم ابن حجر العسقلاني بقوله: "الخوارج الذين أنكروا على علي التحكيم، وتبرؤوا منه ومن عثمان وقريته، وقاتلوهم". فتح الباري (١٢/ ٢٨٩).

(٤) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٥/ ١٧٩).

(٥) ينظر: أحكام القرآن، لابن العربي (٢/ ١٨٥).

(٦) أخرجه البخاري: كتاب المغازي باب مرجع النبي ﷺ من الأحزاب ومخرجه إلى بني قريظة=

قال النووي: "فيه جواز التحكيم في أمور المسلمين وفي مهماتهم العظام وقد أجمع العلماء عليه"[1].

ويجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس اتفاقا[2]. والتحكيم في المنازعات المالية هو الأصل[3]. وفي دعاوى الطلاق والنكاح والكفالة والنفقة والديون والبيوع[4]. أما التحكيم في حقوق الله كحد الزنا وحد السرقة فغير جائز لأن إجراء الطرفين التحكيم بينهما هو بمنزلة عقد الصلح وربما أنه ليس لهما ولاية على دمائهما فليس لهما إباحة دمائهما[5]. ويصح التحكيم فيما يملكان فعل ذلك بأنفسهما وهو حقوق العباد، ولا يصح فيما لا يملكان - وهو حقوق الله تعالى[6]. ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل حكمه، فإذا حكم المحكَّمين صار ملزما للمتخاصِمَين[7]، وعدم القول بإلزام حكم المحكَّمين يؤدي إلى فوات الحكمة من مشروعيته، وإنما يكون طريقًا إلى المماطلة بالحق، وإطالة أمد الخصومات، قال ابن تيمية: "فإذا تحاكم إليه اثنان في دعوى يدعيها أحدهما، فصل بينهما كما أمر الله ورسوله،

- ومحاصرته إياهم ح(٤١٢١)، وأخرجه مسلم: كتاب الجهاد والسير باب جواز قتال من نقض العهد وجواز إنزال أهل الحصن على حكم حاكم عدل أهل للحكم ح(١٧٦٨).

(١) المنهاج شرح مسلم بن الحجاج (١٢/ ٩٢).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٣٠)، تبصرة الحكام، لابن فرحون (١/ ٢٠)، الحاوي الكبير، للماوردي (١١/ ١٣٣)، الإنصاف، للمرداوي (١١/ ١٩٨).

(٣) ينظر: أدب القاضي، للماوردي (٢/ ٣٨١).

(٤) ينظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر (٤/ ٦٩٥).

(٥) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي (٤/ ١٩٣).

(٦) ينظر: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لعلاء الدين الطرابلسي (١/ ٢٥).

(٧) وهو قول جمهور الفقهاء خلافا لبعض الشافعية، والمذهب منهم مع قول الجمهور، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ٣)، حاشية الدسوقي (٤/ ١٣٥)، مغني المحتاج، للشربيني (٦/ ٣٦٨)، الكافي، لابن قدامة (٤/ ٣٢٤).

وألزم المحكوم عليه بما حكم به، وليس له أن يقول: أنت حكمت علي بالقول الذي لا أختاره»[1].

وقد شرع التحكيم لحكم جليلة منها:

- الفصل في النزاعات بين العباد.

- دفع انتشار العداوة والبغضاء.

- تخفيف العبء عن القضاء، ويُعدُّ مندوحة عن التقاضي، إذ التقاضي قد يورث التشاحن والتباغض كما قال عمر ﷺ: «ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن بين الناس»[2].

والتحكيم يتناسب وظروف أطراف النزاع، اللين يحددون بالاتفاق مع المحتكم إليهم ما يلائمهم من أوقات لا تتعارض من أعمالهم وارتباطاتهم. وقد يلجأ أطراف النزاع إلى التحكيم حفاظًا على الخصوصية التي تسود علاقاتهم، ولا يرغبون في عرضها علنًا أمام القضاء.

ومما يشجع على تفضيل التحكيم، حرية أطراف النزاع في اختيار محكمين على درجة كبيرة من الخبرة الفنية التي لا بد منها في فهم طبيعة النزاع ودقة الحكم فيه[3]. وكذلك أن حسم النزاع فيه بعد التراضي بطيب

---

(١) مجموع الفتاوى (٣٥/ ٣٦٠).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب البيوع، أبواب القضاء باب هل يرد القاضي الخصوم حتى يصطلحوا (٨/ ٣٠٢-٣٠٤) برقم (١٥٣٠٤)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب البيوع والأقضية باب في الصلح بين الخصوم (٤/ ٥٢٤) برقم (٢٢٢٩٨)، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الصلح باب ما جاء في التحلل، وما يحتج به من أجاز الصلح على الإنكار (٦/ ١٠٩) برقم (١١٣٦٠). قال البيهقي: «هذه الروايات عن عمر ﷺ منقطعة، والله أعلم»، وقد قال عنه ابن حزم في المحلى (٨/ ١٦٤): «هذا لا يصح عن عمر».

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٩/ ١٨٣٣)، بحث «التحكيم في الفقه الإسلامي»، =

نفس وبطريقة ودية؛ لأن المحكّمين حائزين على ثقتهم، والتحكيم يتيح الطمأنينة للشركات الكبيرة متعددة الجنسيات التي لا ترغب في الخضوع إلى قوانين أجنبية لا تعرف تفاصيلها، فتلجأ إلى النص على اشتراط التحكيم وفق قانون معيّن[1].

ويعد التحكيم أشد طرق التسوية الودية تأثيرا على المتحاكمين؛ لأنهم يأذنون في تصرّف المحكّمين في أموالهم بغير حد معلوم، وبناءً على ذلك لا تكاد تخلو حالة تحكيم من الالتجاء إلى القضاء: إما للطعن في صحة التحكيم أو الطعن في حكم المحكّمين، أو في تحصيل أتعاب المحكّمين، فكان سببا في كثرة القضايا التي تعرض على المحاكم[2]. لكن هذا لا يقلّل من أهمية التحكيم في تسوية النزاعات بطريقة ودية، إذ تراضي المتنازعين بطريقة التحكيم محققٌ ومرجعٌ لتوازنات العقود، ومصححا للاختلال اللاحق بتوازن العقد، فإن لم يتراضيا كان اللجوء إلى التقاضي حتميًا، ومرد الخصومات والتنازعات للقضاء الذي مهمته تحقيق العدل بين المتخاصمين. فالتحكيم وسيلة لفض النزاع بين الناس وتحقيق العدل ورفع الحيف والظلم يقول ابن تيمية: "وأمور الناس تستقيم في الدنيا مع العدل الذي فيه الاشتراك في أنواع الإثم، أكثر مما تستقيم مع الظلم في الحقوق وإن لم تشترك في إثم، ولهذا قيل: إن الله يقيم الدولة العادلة وإن كانت كافرة، ولا يقيم الظالمة إن كانت مسلمة"[3].

= لمحمد الأنفي، نشر في مجلة أبحاث اليرموك "سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية" المجلد ١٣، العدد ٤، ١٩٩٧م، (ص: ٤٤).

(١) ينظر: وظيفة المحكّم في الفقه الإسلامي، نزيه الزيد (ص: ٤٥).

(٢) ينظر: التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، قسطاس الدوري (ص: ٣٥).

(٣) الحسبة في الإسلام (ص: ٧).

فغاية العدل هي مقصد الشريعة، وقد صدر نظام التحكيم السعودي[1] مبينا التحكيم وأحكامه، ومراكبا للتطورات المتلاحقة نتيجة اتساع الارتباطات التجارية.

(١) صدر أول تنظيم للتحكيم والذي تضمن نظام الغرف التجارية الصناعية الصادر بالمرسوم ملكي رقم(م/ ٦) وتاريخ ٢٢/ ٤/ ١٤٠٠هـ، ثم صدر نظام التحكيم السعودي رقم(م/ ٣٤) بتاريخ ١٢/ ٧/ ١٤٠٣هـ، ومن ثم صدر نظام التحكيم السعودي الحالي الصادر بالمرسوم الملكي رقم(م/ ٣٤) وتاريخ ٢٤/ ٥/ ١٤٣٣هـ المشتمل على ٥٨ مادة.

المبحث الثاني

إعادة التوازن قضائيا[1]

وفيه خمسة مطالب:

عند وقوع الاختلال في توازنات العقود، ووقوع التخاصم والتنازع، واستحالة إعادة التوازن للعقد بطرق التسوية الودية، فإن لا مناص للمتخاصمَين من اللجوء إلى القضاء؛ لإعادة التوازن للعقد، وإذا وقع الاختلال في العقد، سواءً في مرحلة إنشاء العقد وتكوينه، كالاستغلال[2] والغبن، أو تضمن العقد لشروط مجحفة لا يتمكن المتعاقد من المناقشة والتعديل؛ لاحتكار الجهة المتعاقد معها -عقود الإذعان-، أو كان الاختلال أثناء تنفيذ العقد، كالظروف التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، أو يتضمن مشقة لا يتحملها المدين، أو كان

---

(١) القضاء لغة: له عدة معانٍ أقربها للمراد: الفصل والحكم. واصطلاحا: الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٥/٩٩) مادة [قضى]، كشاف القناع، للبهوتي (٦/٢٨٥).

(٢) الاستغلال: لم يذكر الفقهاء تعريف خاصا للاستغلال، لكنهم عالجوا ما يشمله هذا الباب في عدة مسائل كالغبن والتغرير، والاضطرار والغش، والقانونيون يعرفونه: بأنه استغلاة أحد المتعاقدَين من الضعف المؤقت للمتعاقد الآخر استغلاة تؤدي إلى انعدام التعادل المألوف بين التزامات أحد المتعاقدين، وما يحصل عليه من فائدة وبين التزامات الطرف الآخر. الوسيط في القانون المدني، للسنهوري (١/٣٨٦)، وقيل: استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد، يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض. ينظر: الاستغلال والغبن في العقود، لمحمود عبدالرحمن (ص: ٣١٢)، وينظر: التوازن العقدي، لنرماش مزوز(ص: ١٥٩)، إعادة التوازن العقدي، لعزت صلاح عبدالعزيز (ص: ٨٠).

الاختلال بعد العقد، كالخطأ في تنفيذ ما اتفق عليه عند إنشاء العقد، فلا بد من إعادة التوازن للعقد بمعالجة هذا الاختلال، وحيث أن المعالجة بالطرق الودية لم تنجح في إعادة التوازن، فإن القاضي له سلطةٌ تقديرية[1] في إرجاع التوازن بعدة طرق، بيد أن هذه المعالجات مشروطة بإقامة العدل، ومن الطرق التي يسلكها القاضي لإعادة التوازن:

(١) هي صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداءً من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي. ينظر: السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، لمحمود بركات (ص: ٨١).

المطلب الثاني

تكميل العقد

قد يعقد المتعاقدَين العقد، ويتفقان إلا أنهما يؤخران بعض المسائل التفصيلية في العقد للاتفاق عليه لاحقا، فإن كان تركهما عن قصد وكمّلا، لاحقا فلا إشكال؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين[1]، وإما إن كان تركهما عن غير قصد، أو كان عن قصد واختصما وتنازعا فيه ولجأ إلى القضاء فيقوم القاضي بتكميل العقد، يقصد بتكميل العقد، سد النقص الواقع في تنظيم العقد. فيقوم القاضي بتحديد مضمونه. وتحديد مضمون العقد لا يقتصر على ما ورد في العقد وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل يتناول كذلك ما يعتبر من متممات العقد[2].

ومتممات العقد تتحدد وفقاً لأحكام الشريعة، والنظام المتبع، والعرف الجاري وما تقتضيه العدالة، بحسب طبيعة الالتزام. وهذه الالتزامات التي يضيفها القاضي مما يستلزمه العقد من حيث طبيعته، ومما يساعد على تحقيق هدف العقد[3].

فتكميل العقد وسدُّ النقص فيه يعيد للعقد التوازن، وذلك ببيان الأمور الجوهرية والثانوية في العقد؛ ليحقق العقد غايته المقصودة من عقده، فأساس التكميل هو نقص في تنظيم العقد.

---

(1) إن هذه العبارة التي ترددت كثيرا في الكتب التي عنيت بالعقود يحملها مُطلقوها على غير مقصدها، فإن هذه الجملة لا تعني استبعاد العدل من العقد بقرينة أن العقد ما تعاقدا عليه مطلقا، فالتوازن الذي تقتضي العقود وجوده لا تنفيه ولا يخفف إطلاق مثل هذه الجمل. التوازن في العقد، لمحمود حفيظ (ص: 8). بتصرف.

(2) ينظر: تكميل العقد، لخالد العدواني (ص: 36).

(3) ينظر: سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية بجامعة الحاج لخضر بالجزائر، لمحمد بركماش (ص: 80).

المطلب الثاني

فسخ العقد - الفسخ القضائي -

هو حل ارتباط العقد الملزم للجانبين بحكم القضاء بناء على طلب أحد المتعاقدين[1]. فالفسخ الذي يحكم به القاضي المختص يكون بناء على دعوى يقيمها الطرف صاحب المصلحة يطالب بموجبها إصدار حكما بالفسخ. ومن الأسباب الموجبة لإصدار الحكم بالفسخ، القوة القاهرة، أو حالة وقوع خطأ من جانب أحد طرفي العقد، أو امتناع المدين من وفاء ما هو ملزم بالوفاء-الفسخ لعدم التنفيذ- وهو لا ينطبق إلا في العقود الملزمة للجانبين[2]. وقد لا يحكم القاضي بالفسخ إذا وجد بأن المدين قد نفذ التزامه في جزء كبير منه أو كانت الظروف المحيطة بالمدين هي التي تحول دون تنفيذه لالتزامه.

الفسخ القضائي الذي يقع بناء على طلب الدائن يتضمن تغييرا في المراكز القانونية لأطراف العقد. وفي ظل الفسخ القضائي يكون للقاضي سلطة تقديرية بمعنى أن له حق التقدير فيما إذا كان يقضي بفسخ البيع أو لا يقضي به.

كما أنه يجوز في العقود التبادلية بدلا من طلب فسخ العقد لعدم وفاء العاقد الآخر بالتزاماته، أن يوقف تنفيذ التزامه حتى يتم تنفيذ الالتزام المقابل له، وهو ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ، وهو وسيلة يلجأ إليها العاقد للضغط على العاقد الآخر وحمله تنفيذ التزامه دون حاجة إلى الترافع أمام القضاء[3].

---

(١) ينظر: انحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة لنيل الماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري بالجزائر، للباحث/حمو حمية ٢٠١٢م (ص: ١٨).

(٢) ينظر: نظرية العقد، للسنهوري (٢/ ٦٨١)، ينظر: نظرية العقد، لمحمد عبدالمجيد (ص: ٣٧٩).

(٣) ينظر: مصادر الالتزام، لأنور سلطان (ص: ٣٦).

المطلب الثالث

تفسير العقد

هو ما يقوم به المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض من أجل الوصول إلى الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين مستندا إلى العقد في حد ذاته والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به[1].

ويهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين، وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين، حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها[2].

وما يقوم به المفسر للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به[3].

فحقيقة تفسير العقد هو استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، وأساس التفسير فهو غموض عبارة المتعاقدين.

فيكتسب تفسير العقد أهميته من أهمية العقود، وإثمارها لغاياتها، فالتفسير يحدد ما اشتمل عليه العقد، ويكشف إرادة المتعاقدين، بغية تحديد حقوق والتزامات كل منهما، فإذا تنازعا ولم تكن إرادتهما واضحة بينة وقع الاختلال في توازن العقد، فتفسير العقد يرجع العقد لتوازنه، وذلك بالكشف عن مرادهما من خلال تفسير العقد. فإرادتهما قد تكون

---

(١) ينظر: تفسير العقد، لعبد الحكيم فوده (ص: ١١).

(٢) ينظر: النظرية العامة للالتزام، لتوفيق حسن فرج (ص: ٢٧٤).

(٣) ينظر: تفسير العقد في القانون، لعبد الحكيم فوده (ص: ١١).

واضحة وصريحة في دلالتها، فإذا كان اللفظ صريحا وجب حمل كلام المتكلم على ظاهره.

قال ابن الملك[1]: "بأن ما ظهر المراد به ظهورا بيّنا أن حكمه تعلّق الحكم بعين الكلام وقيامه قيام معناه حتى استغنى عن العزيمة -أي النية-"[2].

وقد حُكي الإجماع على أن صرائح الألفاظ لا تحتاج إلى نية[3].

فإذا كان نص العقد واضحاً فلا مجال للحديث عن تفسيره، ويلتزم القاضي بتطبيق نصوص العقد وشروطه وأحكامه. وعليه فمتى كانت إرادتهما ونيتهما واضحة فليس للقاضي أن يَعدِل عن ذلك إلى إرادة أخرى، تُفرَض عليهما غير ما وضحاه من تعبيرهما[4].

وأما إن صيغة العقد كنائية وغير متبيّنة، فيستخدم القاضي من القرائن ما يمكنه الكشف عن مرادهما في عقد العقد، فللقاضي أن يفسّر العقد، ويستعمل الإرادة الظاهرة[5] .....

---

(١) هو عبد اللطيف بن عبد العزيز بن أمين الدين الحنفي المعروف بابن الملك. ويقال له ابن فرشته أي الملك أيضا، من تصانيفه: بدر الواعظين وزاجر المعاندين، شرح مجمع البحرين لابن الساعاتي في الفروع، توفي سنة ٨٠١هـ. ينظر في ترجمته: الشقائق النعمانية، لطاشكبري زاده (ص: ٣٠)، شذرات الذهب، لابن العماد (٩/ ٥١٢).

(٢) ينظر: شرح منار الأنوار في أصول الفقه، لابن الملك (ص: ١٦٠).

(٣) ينظر: شرح تنقيح الفصول، للقرافي (١/ ١٢٠)، نهاية المحتاج، للرملي (٦/ ٤٢٤)، المغني، لابن قدامة (٧/ ٣٩٧).

(٤) ينظر: نظرية العقد، للسنهوري (١/ ٢٧٤)، تفسير العقد، لعبد الحكيم فودة (ص: ٦٢-٦٥).

(٥) هي التي تبرز بالتعبير أو ما يقوم مقامه. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا (ص: ٣٤١). مصطلح الإرادة الظاهرة والباطنة لم يُذكر في كتب الفقه، وإنما كان الفقهاء تكلموا في الألفاظ الصريحة والكنائية وأثر النية، واعتبار القصود والألفاظ في العبادات والمعاملات. وقد جرى الخلاف بين الفقهاء في العقود هل المعتبر اللفظ أم المعنى، فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة -

والإرادة الباطنة[1] وما يصاحبها من قرائن أخرى؛ لتلمّس الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وله أن يستخدم ما يعينه على هذه الغاية، كالعادات والعرف الجاري[2]. والقواعد التي يستخدمها القاضي في تفسير العقد منها ما يرجع إلى نفس العقد، كقاعدة "إعمال الكلام خير من إهماله"، وقاعدة "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"، ومنها ما يرجع إلى محل العقد؛ لأن المتعاقدين يتعاقدان على موضوع محدد، ومنها ما له علاقة بالعوامل الخارجية، كالعرف الجاري[3].

فالإرادة الباطنة هي المعوّل الأساسي في الآثار القانونية في أي عقد أو تصرف قانوني، وأما اعتبار الإرادة الظاهرة، فيعتد بها ما دامت موافقة ومطابقة للإرادة الباطنة[4].

وأما إذا كان الظاهر مخالفاً للباطن، أو لم يكن معبرا عنه بحق ووضوح، فلا يجوز الأخذ بالظاهر، لأنه لم يكن مقصوداً، وإنما هو أمارة للباطن ولم يُعبِّر عنها كما أُريد، وذلك بوجود القرائن الصارفة للباطن عن الظاهر وحينها يترجح الباطن على الظاهر[5]. وقد يحتاج

= لاعتبار المعنى والقصد، وذهب الشافعية لاعتبار الألفاظ. ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٢/٩٥)، الموافقات، للشاطبي (٣/٧)، المهذب، للشيرازي (٢/٤)، المغني، لابن قدامة (٧/٥١٠).

(١) وهي ما تتفق عليه النية ويجزم به القلب، والتعبير هو دليل هذه الإرادة. مصادر الالتزام، لعبد المنعم الصده، (ص: ٩٤).

(٢) ينظر: نظرية العقد، للسنهوري (٢/٩٣٩)، نظرية العقد، لصبحي عبدالمجيد (ص: ٣٢٥-٣٢٦).

(٣) ينظر: نظرية العقد، للسنهوري (٢/٩٣٩-٩٤٤)، مصادر الالتزام، لأنور سلطان (ص: ١٩٨).

(٤) ينظر: قاعدة الأمور بمقاصدها، ليعقوب الباحسين، (ص: ١٢٩).

(٥) ينظر: قاعدة "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه" دراسة تحليلية تطبيقية، لأحمد ياسين القرالة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، (٣١/١١٨)، العدد١، ط ٢٠٠٤م، يقول=

للعمل بالإرادتين لكشف سوء نية أحد المتعاقدين، فالأحوال تختلف باختلاف العقود ومقاصد عاقديها.

- ابن قيم الجوزية: "الظاهر إنما يكون دليلا صحيحا إذا لم يثبت أن الباطن بخلافه، فإذا قام دليل على الباطن لم يلتفت إلى ظاهر قد عُلِم أن الباطن بخلافه". إعلام الموقعين (٣/ ١٤٣)، سهلة الأحكام العدلية المادة [٣].

المطلب الرابع

تأجيل العقد

يلجأ القاضي إلى وسيلة وقف تنفيذ العقد إذا تبيّن له أنّ الظّرف الطّارئ مقدّر له الزّوال في وقت قصير، وأنّ اللّجوء إلى وسيلة الإنقاص أو الزّيادة يؤدّي إلى اختلال في التّوازن الاقتصادي للعقد، وفي هذه الحالة يأمر القاضي بوقف التّنفيذ لفترة محدّدة، أو غير محدّدة من الوقت، حتّى تزول آثار الظّرف الطارئ[1].

ومثال ذلك: أن يتعهّد مقاول بإقامة مبنى، وترتفع أسعار بعض مواد البناء ارتفاعًا فاحشًا بسبب حادث طارئ، لكن هذا الارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد، فيوقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه حتى يتمكن من القيام بالتزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى[2]. والحُكم بوقف التّنفيذ لا يؤثر على مضمون العقد، فتظلّ الالتزامات محتفظة بقيمتها دون أن تتأثّر بهذا الوقف المؤقّت، أي أن مضمون العقد لا يتأثر بالوقف.

أما الأجل القضائي ما يعرف بنظرة الميسرة[3] أو المقدرة هو أن يجيز القاضي بتوافر شروط معينة أن يمنح للمدين أجلا أو آجالا يفي فيها بديونه.

وتعد نظرة الميسرة حالة من الحالات التي يستند إليها القاضي

---

(1) ينظر: النظرية العامة للالتزام، لأنور سلطان (ص: ٢٢٦).

(2) ينظر: الوسيط في القانون المدني، للسنهوري (٢/ ٧٢٩).

(3) هي مهلة تمنح للمعسر إلى وقت اليسار. الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (٦/ ٤٧١٥).

للتدخل في العقود بالتعديل، وأغلب التشريعات نظمت فكرة الأجل، فللقاضي سلطةٌ في تعديل الأجل المتفق عليه في العقد أو منحه بما يعرف خروجا عن مبدأ سلطان الإرادة الذي يهيمن على العلاقات العقدية[1].

فيوقف التنفيذ حتى ينقضي الأجل الذي منحه القاضي للمدين، فإذا ما انقضى الأجل الذي منحه القاضي للمدين ولم يوف هذا الأخير بالدين، فإن الدائن يواصل إجراءات التنفيذ. وإذا كان القاضي قد قسط بالدين على المدين بأن منحه آجالا متعاقبة، فإن تأخر المدين في أي قسط من هذه الأقساط يجعل جميع الأقساط الباقية حالة ويستطيع الدائن أن يُنَفِّذَ عليه.

وأثر نظرة الميسرة مقصور كذلك على الدائن الذي حكم في مواجهته بها، فلا يتعدى إلى الدائنين الآخرين ولو كانوا متضامنين مع الدائن الأول لأن الحكم على أحد الدائنين المتضامنين لا يضر بالباقي، والواجب على المدين أن يدخل كل الدائنين المتضامنين في الدعوى ليحصل على حكم في مواجهتهم جميعا بمنحه نظرة الميسرة[2].

(١) ينظر: سلطة القاضي والأطراف في تعديل العقد، للقاضيين: بريك دلال، حمو العين فيصل، بحث مقدم لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء بوزارة العدل بالجزائر ٢٠٠٥م (ص: ٤٩).

(٢) ينظر: الوسيط في القانون المدني، للسنهوري (٣/ ٩٠).

المطلب الثامن

تعديل العقد[1]

المراد بتعديل العقد: إجراء تغيير جزئي في العقد في عنصر من عناصره أو بند من بنوده، وذلك بالحذف والإضافة أو غير ذلك، على أن لا يصل هذا التغيير إلى إزالة العقد أو نقضه[2].

فالظروف التي ينشأ فيها العقد يفترض أنها نفسها التي تصاحب تنفيذه، لذا فإن تغير الظروف من شأنه أن يخل بتوازن العقد، فينتج عنه ضرر بأحد المتعاقدين أو كليهما وعدم تحقق مقصود العقد، باعتبار أن العقد وسيلة لتحقيق مرادات المتعاقدين، وهذا يدفع بالأطراف للبحث عن طرق من أجل إعادة التوازن للعقد، مع الإنقاص من حدة تلك الظروف دون إلحاق ضرر بالمتعاقدين في حدود مضمون العقد ومستلزماته، ففي العقود الملزمة ليس لأحد من المتعاقدين أن ينفرد بتعديل العقد؛ لأن العقد ثمرة اتفاق بين إرادتين، فلا يمكن تصور أن يحصل التعديل من جهة واحدة.

واستباقا لأي ظرف ينتج منه خلل بتوازن العقد، فيمكن للأطراف عند إبرامهم للعقد أن يضعوا من الحلول ما يحافظ على التوازن بين الالتزامات والحقوق لكلا الطرفين بالاتفاق المسبق على التنصيص على بعض القيود والاشتراطات عند إنشاء العقد، أو في مرحلة التنفيذ إن

---

(1) قد يتفق الدائن والمدين على تعديل العقد دون اللجوء إلى القضاء عند إبرام العقد، وكيفية ملاحظة، وقد لا يتفقان ويختلفان، فحينئذ يلجآن إلى القضاء لتعديله. إعادة التوازن العقدي، تعزت صلاح عبدالعزيز (ص: ٢٢٥).

(2) ينظر: سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية بجامعة الحاج لخضر بالجزائر، لمحمد بركماش (ص: ٦٨).

طرأت بعض الظروف وأثرت على العقد فللأطراف حرية التعديل دون الإخلال بالعقد وإخراجه عن مقصوده.

أما إذا لم يتفق الأطراف على التعديل رغم اختلال التوازن للعقد فللطرف الذي لحقه الضرر اللجوء إلى القضاء في أحوال معينة لأجل رفع الضرر. وللقاضي تعديل العقد إذا اختل التوازن له بسبب الاستغلال والغش وغيرها، وقد يقع أحد المتعاقدين ضحية استغلال من المتعاقد معه مما يجعله يتحمل التزامات تفوق كثيرا ما اكتسبه من حقوق تحت استغلال طيش بيّن أو هوى جامح، كما يجيز له تعديل الشروط التعسفية حيث لا يتمتع الأطراف بنفس المراكز القانونية في بعض العقود، فيحتل أحدهما مركزا قويا لاحتكاره سلعة أو خدمة ضرورية للمستهلكين، ويمكنه من فرض ما يشاء من شروط قد تكون مرهقة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وليس لهذا الأخير سوى الإذعان لشروط العقد كما هي دون مناقشتها، أو يمتنع عن التعاقد أصلا[1].

وللقاضي كذلك أن يعدل الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان أو يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضيه العدالة، وللقاضي تقدير ما إذا كان البند تعسفيا فيعدله أو يلغيه أو ليس تعسفيا فيبقي عليه. فإذا كشف شرطا تعسفيا في عقد الإذعان فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف، بل أن له أن يلغيه و يعفي الطرف المذعن منه، في حدود ما تقتضيه العدالة، ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك[2]. وكذلك سلطة القاضي في مرحلة

(١) ينظر: التوازن في العقد، للدكتور حفيظ (ص: ٨٨).

(٢) ينظر: الوسيط في القانون المدني، للسنهوري (١/ ٣٥٠).

تنفيذ العقد، تقتصر في إعادتها للتوازن على ثلاث حالات: نظرية الظروف الطارئة، الشرط الجزائي، نظرة الميسرة.

وفي الظروف الطارئة: إذا توافرت شروط إعمالها[1] جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فقد يرى إنقاص الالتزام المرهق، وقد يرى زيادة الالتزام المقابل، وقد يرى وقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ أي أن القاضي يتدخل في توزيع عبء الظرف الطارئ وذلك بإيجاد توازن في شروط العقد حتى لا يقع ضرر فاحش نتيجة الظرف الطارئ. ويتدخّل القاضي لتعديل العقد عن طريق الإنقاص سواء تعلّق الإنقاص من حيث الكم أو من حيث الكيف. فمن حيث الكم كأن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لأحد مصانع الحلوى ثم تقل كميات السكر المتداولة في السوق لحادث طارئ (حرب منعت استيراد السكر أو إغلاق بعض المصانع) الأمر الذي يجعل توريد الكميات المتفق عليها أمرا مرهقا، فيجوز للقاضي أن ينقص من كمية السكر المتفق عليها حتى يرد الالتزام المرهق إلى الحد الذي يستطيع التاجر القيام بتوريده[2].

وأما إذا أدّى الظرف الطارئ إلى ارتفاع فاحش في الأسعار، يقوم القاضي بزيادة السّعر المبيّن في العقد، حتّى يتحمّل الطرفان الزّيادة غير المألوفة، وذلك بزيادة التزامات الدائن، بهدف الوصول إلى التّوازن بين مصلحة الطّرفين[3].

---

(١) أن يكون الحادث استثنائيا عاما غير متوقع أن يصبح تنفيذ المدين لالتزاماته أمرا مرهقا بحيث يتهدد عند خسارة فادحة. ينظر: النظرية العامة للالتزام، لدريد علي (ص: ٢٨٧-٢٨٨)، إعادة التوازن العقدي، لعزت صلاح (ص: ١١٤-١١٥).

(٢) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري (١/ ٧٣٦-٧٣٧).

(٣) ينظر: مصادر الالتزام، لأنور سلطان (ص: ٢٢٩).

ويقدر التعويض من قبل القاضي وهو ما يعرف بالتعويض القضائي، وقد يحدده القانون في حالة التأخر في التنفيذ وهو التعويض القانوني، وقد يتفق الطرفان مقدما على مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين إذا لم ينفذ التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه وهو الشرط الجزائي، فهو اتفاق على تعويض ضرر لم يقع بعد، فإذا وقع الخطأ و ترتب عليه ضرر لحق بالطرف الآخر و قامت علاقة السببية بين الخطأ و الضرر، استحق المشترط التعويض الذي سبق الاتفاق عليه[1]. فيتدخل القاضي لتعديل مضمون الشرط الجزائي عن طريق التخفيض سواء كان الشرط الجزائي مبالغا فيه، أو إذا قام المدين بالتنفيذ الجزئي لالتزامه، للقاضي سلطة التعديل عن طريق الزيادة في التعويض المتفق عليه إذا ثبت أنّ المدين قد ارتكب غشًا أو خطأ جسيمًا.

ومن أعظم الأسباب التي تؤدي إلى خلل في العقد وحاجته للتعديل، عدم رعاية توازن العقد بين المتعاقدين، ويتمثل هذا الخلل، في وجود النقص أو الزيادة في أحد جهتي العقد، أو أن يتضمن العقد ما يؤدي إلى اختلال التوازن. فمثال وجود الزيادة: الربا، والشرط الفاسد، والغبن الفاحش.

ومثال وجود النقص: العيب، ووجود الغش والتدليس، ومثال ما يؤدي إلى اختلال التوازن المفضي إلى عدم تحقيق العدالة: وجود الجهالة، أو الغرر، أو الاستثناء من المجهول.

(١) ينظر: مصادر الالتزام، لأنور سلطان (ص: ٢٤٨)؛ سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية بجامعة الحاج لخضر بالجزائر، لمحمد بركماش (ص: ٧١).

الباب الرابع

تطبيقات على اختلال التوازن في العقود

وفيه فصلان:

الفصل الأول: تطبيقات معاصرة لعقود اختل فيها التوازن وبيان وجه الاختلال. وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: المرابحة المكسية "الاستثمار المباشر".

المبحث الثاني: اشتراط التأقيت في عقد النكاح.

المبحث الثالث: جهالة الربح في المضاربة التمويلية.

المبحث الرابع: الشرط الجزائي في البطاقات الائتمانية.

المبحث الخامس: هدايا المصارف لأصحاب الحسابات الجارية.

المبحث السادس: وقف المرهون.

المبحث السابع: رهن الشهادات الاستثمارية.

الفصل الثاني: تطبيقات قضائية لإعادة التوازن في العقود مع بيان الاختلال في كل تطبيق وكيفية إعادة القاضي للتوازن.

الفصل الأول

تطبيقات معاصرة لعقود اختل فيها التوازن وبيان وجه الاختلال

المبحث الأول: المرابحة العكسية "الاستثمار المباشر".

المبحث الثاني: اشتراط التأقيت في عقد النكاح.

المبحث الثالث: جهالة الربح في المضاربة التمويلية.

المبحث الرابع: الشرط الجزائي في البطاقات الائتمانية.

المبحث الخامس: هدايا المصارف لأصحاب الحسابات الجارية.

المبحث السادس: وقف المرهون.

المبحث السابع: رهن الشهادات الاستثمارية.

المبحث الأول

المرابحة العكسية[1] "الاستثمار المباشر"

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف المرابحة العكسية

* تعريفها باعتبارها مركبا إضافيا:

المرابحة لغة: الراء والباء والحاء أصل واحد، يدل على شف في مبايعة[2]. وهي البيع بما اشترى وبزيادة ربح معلوم عليه[3]. وهي مفاعلة من الربح وهو الزيادة، يقال رابحته على سلعة مرابحة، أي أعطيته ربحا[4].

واصطلاحا: هي البيع بزيادة على الثمن الأول[5]. أن يقول البائع

---

(1) سميت عكسية لأنها خلاف الغالب في التورق بكونه لصالح العميل المحتاج للسيولة، وفي التورق المعتاد المستمر لعمله هو البنك لحصوله على ربح المرابحة التي يجريها مع العميل ثم بيع العميل السلعة بثمن حال، أما في تورق البنوك أو المؤسسات المالية فالذي يستثمر أمواله هو العميل لأنه هو الذي يبيع سلعته بالمرابحة مع البنك. التورق، لإبراهيم أحمد عثمان، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة (ص: 41).

(2) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (3/ 474) مادة [ربح].

(3) ينظر: طلبة الطلبة، للنسفي (ص: 111) مادة [ر ب ح].

(4) ينظر: المعجم الاقتصادي الإسلامي، للشرباصي (ص: 410-416)، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، لنزيه حماد (ص: 208).

(5) ينظر: التعريفات، للجرجاني (ص: 210).

اشتريتها بعشرة وتربحني دينارا أو دينارين أو يقول تربحني درهما لكل دينار أو غير ذلك[1].

* تعريفها باعتبارها لقبا:

المقصود بالمرابحة العكسية، ويسمى أيضاً بالتورق[2] العكسي، والصورة الشائعة لهذه المعاملة تقوم على توكيل العميل (المودع) المصرف في شراء سلعة محددة، وتسليم العميل للمصرف الثمن حاضراً، ثم يقوم المصرف بشراء السلعة من العميل بثمن مؤجل وبهامش ربح يجري الاتفاق عليه.

صورة هذه المعاملة:

أن يقوم العميل بتسليم المصرف الإسلامي مبلغاً معيناً من المال كمائة ألف ريال، ويوكل المصرف في شراء سلعة محددة بذلك المبلغ، فيشتريها المصرف من الأسواق الدولية، ومن ثم يقوم الوكيل (المصرف) ببيعها لنفسه بثمن مؤجل، وبهامش ربح يتم الاتفاق عليه بين المصرف

---

(١) ينظر: القوانين الفقهية، لابن جزيء (ص: ١٧٤).

(٢) التورق لغة: الواو والراء والقاف: يدل على خير ومال، ويقال في اللغة: أورق الرجل: أي صار ذا ورق، واسترق: أي طلب الورق، فهو مُسْتَورِق، والوَرِق: الدراهم المضروبة (أي المسكوكة من الفضة، وقيل: الفضة مضروبة أو غير مضروبة، واصطلاحا -نص على تعريفها الحنابلة-: أن يشتري المرءُ سلعةً نسيئةً، ثم يبيعها نقداً لغير البائع بأقل مما اشتراها به، ليحصل بذلك على النقد". والشافعية يسمونها الزرنقة، أما بقية الفقهاء، فقد عَرَّفوا هذه المسألة، وأشاروا لحكمها الشرعي في معرض كلامهم عن العينة أو بيوع الآجال، ولكن دون إطلاق أية تسمية خاصة عليها. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٦/ ١٠١) مادة [ورق]، القاموس المحيط، للفيروزآبادي (ص: ٩٢٨) مادة [ورق]، المطلع على ألفاظ المقنع، للبعلي (ص: ٢٤٦)، الإنصاف، للمرداوي (٤/٣٣٧)، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، لأبي منصور الأزهري (ص: ٢١٣)، في فقه المعاملات المالية المصرفية المعاصرة، لنزيه حماد (ص: ١٥٠).

والعميل، قد يصل إلى مائة وعشرة آلاف ريال[1].

وتجري بعض المصارف هذه المعاملة في الوقت الحاضر تحت أسماء عديدة منها: المرابحة العكسية والتورق العكسي أو مقلوب التورق، والاستثمار المباشر والاستثمار بالمرابحة، ونحوها ذلك.

(١) ينظر: التورق الفقهي وتطبيقاته المعاصرة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة، لمحمد عثمان شبير (ص: ٣٠)، المعاملات المالية المعاصرة، لوهبة الزحيلي (ص: ٥٢٣).

المطلب الثاني

مذاهب الفقهاء في حكم المرابحة العكسية

اختلف الفقهاء المعاصرون في الحكم الشرعي في التورق العكسي تبعاً لاختلافهم في التكييف الفقهي[١] له على قولين وهما:

القول الأول: ما ذهب إليه المجمع الفقهي[٢]، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي[٣]، وبه أفتت ندوة البركة[٤]، واختاره سماحة مفتي المملكة الشيخ عبدالعزيز آل الشيخ[٥]، والشيخ علي السالوس[٦]،

---

(١) اختلفوا الفقهاء المعاصرون في تكييف المرابحة العكسية-التورق العكسي- على ثلاثة تكييفات، الأول: أنها عقد مركب يجمع عدة عقود: التورق المصرفي المنظم، والمتاجرة في السلع الدولية، ومسألة شراء الوكيل لنفسه، وإلزام الموكل بالشراء والبيع لنفسه بهامش ربح معين، وتقسيط لرأس المال، وهو قول علي القره داغي، بحث تطبيقات الوكالة والفضالة والمرابحة بصفة البنك مشترياً، المقدم لندوة البركة الثامنة والعشرين للاقتصاد الإسلامي، بجدة ٢٠٠٧م، (ص: ٣٨-٣٩)، والتكييف الثاني: أنها وديعة مصرفية إلى أجل، وهي في حقيقتها قرض بزيادة مشروطة، وهذا ما ذهب إليه سماحة مفتي المملكة الشيخ عبدالعزيز آل الشيخ، في بحث قدمه للمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته التاسعة عشرة في موضوع التورق العكسي أو "المنتج البديل للوديعة لأجل"، والتكييف الثالث: تكييف على أنها بيع وشراء بطريق التورق الفقهي، ويتضمن مسألة: "ضع وتعجل"، وهذا ما ذهب إليه الشيخ ابن منيع، حكم التورق كما تجريه المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر، مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة (أعمال وبحوث الدورة: ص٣١٣)، والتكييف الراجح للباحث -والله أعلم- الأول؛ لوجود اختلافات جوهرية بين التورق العكسي والتكييفين الآخرين. ينظر: التورق الفقهي وتطبيقاته، لمحمد عثمان شبير (ص: ٦١).

(٢) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة المنعقد بمكة المكرمة ١٤٢٨هـ.

(٣) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (١٧٩) في دورته التاسعة عشرة بشأن التورق: حقيقته، أنواعه.

(٤) في قراراها رقم (٢٨/٣).

(٥) في بحث قدمه للمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته التاسعة عشرة في موضوع التورق العكسي أو "المنتج البديل للوديعة لأجل".

(٦) في بحث المقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة (ص: ٤٨٨) ضمن بحوث المجمع.

وصديق الضرير[١]، ووهبة الزحيلي[٢]، وسامي السويلم[٣]، وعلي القره داغي[٤]، وجماعة، من عدم جواز المرابحة العكسية.

واستدلوا:

١ - إن هذه المعاملة مماثلة لمسألة العينة المحرمة شرعاً، من جهة كون السلعة المبيعة ليست مقصودة لذاتها فتأخذ حكمها، خصوصاً أن المصرف يلتزم للعميل مسبقاً بشراء هذه السلعة منه.

٢ - إن هذه المعاملة تدخل في مفهوم (التورق المنظم)[٥]، وما علل به منع التورق المصرفي من علل يوجد في هذه المعاملة[٦].

---

(١) بحث مقدم ضمن البحوث المعدة للدورة السابعة عشرة لمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي ١٤٢٤هـ.

(٢) ينظر: التورق حقيقته وأنواعه، في بحث المقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة (ص: ٢٤).

(٣) في بحث قدمه للمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بعنوان 'المنتج البديل للوديعة لأجل' مقارب التورق أو الاستثمار المباشر (ص: ٢).

(٤) بحث تعليقات الوكالة والفضالة والمرابحة بصفة البنك مشترياً، المقدم لندوة البركة الثامنة والعشرين للاقتصاد الإسلامي، بجدة ٢٠٠٧م، (ص: ٣٨-٣٩). وأجازت هيئة الرقابة الشرعية البنك الوطني الإسلامي بقطر، والقره داغي نائب رئيس الهيئة الشرعية التورق العكسي بين المصارف الإسلامية، لضرورة توفير السيولة، فليس على الإطلاق؛ وإنما يكون ذلك لغرض سداد الديون.

(٥) هو أن يتولى البائع ترتيب الحصول على النقد للمتورق (المشتري)، بأن يبيعه سلعة بثمن آجل، ثم يبيعها (البائع) نيابة عن المتورق (المشتري) بثمن نقد لطرف آخر أقل من الثمن الأول، ويسلم الثمن النقدي للمتورق. فيسمى منظماً لما تقوم عليه هذه المعاملة من تنظيم بين أطراف عدة، فقد يتفق البائع مع الطرف الآخر مسبقاً ليشتري السلعة نقداً بثمن أقل من السعر الفوري السائد. منتجات التورق المصرفية، لسامي السويلم، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة (ص: ٤٠).

(٦) صدر بعدم جواز التعامل به قرار من مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشر ١٤٢٤هـ.

٣ - إن هذه المعاملة تنافي الهدف من التمويل الإسلامي القائم على ربط التمويل بالنشاط الحقيقي بما يعزز النمو والرخاء الاقتصادي[١].

٤ - التورق العكسي يتضمن معاملة: "الوديعة لأجل" التي عُرفت في البنوك التجارية، وهي تدخل في مفهوم المبدأ الفقهي: "كل قرض جرّ نفعًا فهو ربا". فالفائدة المأخوذة عليه في الحقيقة هي ربا محرم شرعًا[٢].

٥ - التورق العكسي يتضمن أن يبيع الوكيل لنفسه، وهو ممنوع شرعًا[٣].

القول الثاني: ما اختاره الشيخ ابن منيع[٤]، ونزيه حماد[٥]، ومحمد عبدالغفار الشريف[٦]، وإبراهيم أحمد عثمان[٧]، وحسن الشاذلي[٨]، وبه

---

(١) ينظر: قرارات وتوصيات المجمع الفقهي الإسلامي في دورته التاسعة عشرة، - (١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م)، التورق حقيقته وأنواعه، لإبراهيم الدبو، بحث مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي (ص: ٧).

(٢) ينظر: التورق الفقهي وتطبيقاته، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة، لمحمد عثمان شبير (ص: ٦٢).

(٣) ينظر: المرجع السابق (ص: ٦١).

(٤) ينظر: حكم التورق كما تجريه المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر' بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة (أعمال ودورات الدورة: ص٣١٣).

(٥) التورق حكمه وتطبيقاته المعاصرة، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي في دورته السابعة عشرة (ص: ٤٣).

(٦) ينظر: بحث "التطبيقات المصرفية للتورق" مقدم إلى ندوة البركة الثالثة والعشرين، ١٤٢٣هـ، نوفمبر ٢٠٠٢م.

(٧) ينظر: التورق، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة (ص: ٤١).

(٨) ينظر: التورق حقيقته وحكمه، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة (ص: ٤٨).

أخذت الهيئة الشرعية في مصرف الراجحي[1]، والهيئة الشرعية في بنك البلاد[2]، وهو جواز المرابحة العكسية.

استدلوا:

١ - عموم قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥][3]، وإباحة كل بيع، والتورُّق بيع، وعملاً بالقاعدة الشرعية "الأصل في الأقوال والأفعال والعقود والشروط الإباحة". فيدل على إباحة التورق، لأنه لا دليل هنا على حرمة التورق، فهذه المعاملة داخلة في عموم ما أحل الله من البيع[4].

نوقش:

الأخذ بظواهر النصوص مقبول ما لم يدل دليل على المنع، وقد ورد في السنة ما يدل على منع بيع العينة، فلا يلجأ إلى القول بإباحة كل بيع عند وجود النهي عن بعض البيوع، وبيع العينة منهي عنه[5]. فقد ثبت أن رسول الله ﷺ قال: «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم»[6]. قال الشوكاني: وفيه دليل على أنه لا

---

(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي قرار رقم (١٥١) (٢/ ٩٩٣-٩٩٥).

(٢) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية ببنك البلاد قرار رقم (١٤) وقرار (٦١) مع تسقُّط بعض أعضاء.

(٣) سورة البقرة الآية رقم (٢٧٥).

(٤) ينظر: التورق المصرفي من طريق المعادن، لخالد المشيقح، مجلة البحوث الإسلامية، مجلة دورية محكمة تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، ١٤٢٥هـ، العدد ٧٣ (ص: ٢٦٢).

(٥) ينظر: التورق حقيقته وأنواعه، لوهبة الزحيلي بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورة السابعة عشرة (ص: ١٠).

(٦) أخرجه أبو داود: كتاب الإجارة باب في النهي عن العينة ح(٣٤٦٢)، وأخرجه موطأ الإمام مالك: كتاب البيوع باب جامع الدين والصرف ح(١٣٠٠)، وأخرجه الإمام أحمد بن حنبل في=

يجوز لمن باع شيئاً بثمن نسيئة أن يشتريه من المشتري بدون ذلك الثمن نقداً قبل قبض الثمن الأول. أما إذا كان المقصود التحيل لأخذ النقد في الحال ورد أكثر منه بعد أيام فلا شك أن ذلك من الربا المحرم الذي لا يضع في تحليله الحيل الباطلة[1].

٢ - التورق العكسي يحقق عدة فوائد منها: أن هذا المنتج يعطي العميل فرصة الاستفادة من المبالغ المودعة في حسابه لدى المصرف، كما يعطيه مرونة في السحب والإيداع، فهو منتج مبني على البيع والشراء[2].

نوقش:

بأن الربا الذي حرّمه الإسلام لا يخلو من فوائد ومنافع، ولكن نتيجة الموازنة الشرعية بين المنافع والمضار هي المعتبرة في تقرير الحكم في ذلك، فإذا أجرينا تلك الموازنة بين المنافع والمضار في التورق العكسي كانت النتيجة أن المضار أعظم من المنافع التي تترتب عليه، ولذا فإن هذه المنافع لا تؤثر في الحكم بعدم الجواز[3].

والراجح -والله أعلم- هو القول الأول، وهو عدم الجواز؛ لقوة أدلتهم، ولأنه يتضمن التورق المصرفي المنظم، وغيره مما نهى الشرع، كأن يبيع الوكيل لنفسه، وأنها قرض جرّ نفعاً. ولأن واقع تعاملات البنوك بهذا المنتج لا يوافق التورق الجائز عند القائلين به من أهل العلم.

= مسنده في مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب ﷺ ٢/ ٤١ ح(٥٠٠٧)، صححه الألباني بمجموع طرقه في السلسلة الصحيحة (١/ ٤٢) برقم (١١).

(١) نيل الأوطار، للشوكاني (٥/ ٢٤٨).

(٢) ينظر: حكم التورق كما تجريه المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة (أعمال ومحاضر الدورة : ص٣١٣).

(٣) ينظر: التورق الفقهي وتطبيقاته، لمحمد عثمان شبير (ص: ٦٤).

المطلب الثالث

بيان وجه اختلال التوازن في المرابحة العكسية

المرابحة العكسية يترتب على التعامل بها اختلالات عديدة منها:

الأول: ما يرجع لحقيقة العقد.

الثاني: ما يرجع إلى محل العقد.

الثالث: ما يرجع إلى الضمان.

الرابع: ما يتعدى أثره إلى التأثير على المصرفية الإسلامية، وتحول البنوك التجارية الإسلامية إلى مصدر للنقد، بدلا من دوره في جذب الأموال وتوظيفها عن طريق المشاركة، فإن مقلوب التورق أصبح مصدراً للنقد للمصرف نفسه، فالتمويل النقدي (نقد مقابل نقد) أصبح هو أساس نشاط كثير من المصارف الإسلامية، في الأصول وفي الخصوم. وبهذا ينتهي دور المصرف الإسلامي الذي كان قائماً على أساس النشاط الحقيقي في الجانبين[1].

فالاختلال في حقيقة العقد:

أن التورق حيلة مشروعة ومخرج جائز للحصول على النقود، ولكنها بالرغم من كونها جائزة، لا تخرج من كونها حيلة ومخرجا. والحيل والمخارج إنما وضعت للخروج من مأزق عند الحاجات الحقيقية على مستوى الأفراد، أو على مستوى المؤسسات أحيانا، وإنها لا تصلح لأن تكون هي النشاط الأساس لمؤسسات تجارية كبيرة، ولا تمثل نظام

---

(١) ينظر: منتجات التورق المصرفية، لسامي السويلم، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثامنة عشرة (ص: ٤٠).

الاقتصاد الذي تهدف إليه الشريعة الغراء، فالتوسع في هذه الحيل والمخارج على مستوى المؤسسات المالية الكبيرة يعرقل المسير الطبيعي للاقتصاد الإسلامي، فإنه كلما توسعت هذه المؤسسات في مثل هذه الحيل والمخارج، ضاق النطاق على النشاطات الاقتصادية التي تحث عليها الشريعة، والتي تمهد السبيل إلى إنشاء مجتمع اقتصادي مطلوب[1]. وقد أشارت هيئة المعايير والمحاسبة لذلك بعدم اعتبار التورق العكسي وسيلة لتوفير السيولة ووضعت معيارين لدرء ذلك:

١ - التورق ليس صيغة من صيغ الاستثمار أو التمويل، وإنما أجيز للحاجة بشروطها المعتبرة شرعاً.

٢ - أن تتجنب المؤسسة المالية التوكيل عند بيع السلعة محل التورق، ولو كان التوكيل لغير من باع إليها السلعة[2].

وأما الاختلال في توازن العقد من جهة قبض المصرف للمال:

أن المصرف عندما يقبض الثمن من العميل نقداً فهو يقبضه قبض ضمان وليس قبض أمانة، إذ يتصرف فيه بمجرد قبضه لمصلحته، كما هو الحال في جميع الأموال التي ترد للخزينة. وإذا كان القبض قبض ضمان امتنع أن يكون المصرف وكيلاً عن العميل، بل يكون بمثابة المقترض لأنه ضامن للمال. ثم في نهاية الأمر يثبت في ذمة المصرف دين نقدي للعميل أكثر مما قبضه منه، وهذا هو الربا[3].

---

(١) ينظر: أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية، لمحمد تقي العثماني، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الخامسة عشرة (ص: ١٨).

(٢) هيئة المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣٠) في البند ٤، ٥.

(٣) ينظر: منتجات التورق المصرفية، لسامي السويلم، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الخامسة عشرة (ص: ٤٣).

وأما وجه الاختلال في أثر المرابحة العكسية على المصارف الإسلامية:

هو جعل المؤسسات المالية الإسلامية تدور في فلك المنتجات التي تتعامل بها البنوك الربوية، حيث تنتظر المصارف الإسلامية ماذا يقدمون من منتجات، ثم تلبسها الرداء الإسلامي، وتعتبر هذا المنتج من ابتكارات البنوك الإسلامية. وهذا مما قد يحمل البعض على التساهل في تحليل ما حرَّم الله من المعاملات الربوية[1].

وأما الاختلال في محل العقد:

أن السلع محل العقد لا تقبض السلعة حقيقة أو حكماً، سواء كانت سلع محلية أو دولية[2]، ويكون مجرد عقد صوري يستر تعاملاً ربوياً أو قرضاً صريحاً بفائدة، فهو حيلة على الربا.

قال ابن تيمية: "فإن الله حرم أخذ دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل لما في ذلك من ضرر المحتاج وأكل ماله بالباطل، وإنما الأعمال

---

(١) ينظر: التورق الفقهي وتطبيقاته، لمحمد عثمان شبير (ص: ٦٢).

(٢) بورصات السلع العالمية تجرى فيها بيوع كثيرة ليست حقيقية، لا تُسلَّم فيها السلع إلى المشتري، وإنما تدرج بيوع كثيرة متعاقبة على الحاسب الآلي، ثم تتم التصفية على أساس فروق الأسعار، فمنها ما هي بيوع مستقبلية وهي ممنوعة شرعاً، ومنها ما هي بيوع حالَّة، ولكنها لا تراعى فيها الشروط الشرعية من تعيين المبيع وإفرازه عن غير المبيع، ومن كون المبيع في ملك البائع وحوزته، وإنما تتم البيوع المتعلقة بتبادل الأوراق، وهي في كثير من الأحيان لا تمثل بضاعة معينة، وإنما تمثل حق العامل في تسلم كمية من المعادن التي توزع فيها آلاف الأطنان من نفس السلعة. والكمية التي تمثلها هذه الأوراق غير متميزة عن الكمية الباقية، فلا تأتي الكمية المشتراة في ضمان المشتري، وربحها المشتري إلى آخر قبل أن تتميز وتُضمن من قبل المشتري، فيقع فيها مضطور ربح ما لم يضمن. والبيع الحقيقي الشرعي لا يتحقق في هذه البورصات إلا بالتزام الشروط الشرعية تحت مراقبة فقهاء متخصصين في هذا المجال. ينظر: أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية، لمحمد تقي العثماني، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الخامسة عشرة (ص: ٢٢).

بالنيات وإنما لكل إمرئ ما نوى، وإنما الذي أباحه الله البيع والتجارة، وهو أن يكون المشتري غرضه أن يتجر فيها، فأما إذا كان مقصده مجرد الدراهم بدراهم أكثر منها فهذه لا خير فيه»[1].

ومما يبيّن أن حقيقة العقد هو جلب المال للبنك، فالبنوك تجري عملية التورق "كمُنتَج مصرفي"؛ فهو يقوم بالترويج للتورق بالإعلان عنه وبيان ميزاته، من حيث توفير السيولة النقدية للعملاء، ويقبل طلبات العملاء المستورقين ويدرس حالاتهم المالية ومقدراتهم الوفائية، ويقوم البنك بقبض السلعة المباعة بالوكالة عن المتورق وإعادة بيعها أيضاً بالوكالة عنه، مقابل دفع المتورق للمصروفات اللازمة[2]. وكذلك التورق العكسي ينظر إليه كمنتج مصرفي، ودخل للسيولة للبنك.

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/٢٢٨).

(٢) ينظر: التورق مفهومه وممارساته والآثار الاقتصادية المترتبة على ترويجه من خلال بنوك إسلامية، لعبد الرحمن يسري (ص: ١٩).

المبحث الثاني

اشتراط التأقيت في عقد النكاح

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

بيان المراد بالتأقيت في النكاح

التأقيت لغة: (وقت) الواو والقاف والتاء: أصل يدل على حد شيء وكنهه في زمان وغيره. والوقت: الزمان المعلوم. والموقوت: الشيء المحدود. والتأقيت مصدر أقّت أو وقّت ومعناه في اللغة: تحديد الأوقات، وهو يتناول الشيء الذي قدرت له حينا أو غاية. وتقول: وقته ليوم كذا مثل أجلته[1].

والتأقيت اصطلاحا: تحديد وقت الفعل ابتداء وانتهاء، والتأقيت قد يكون من الشارع في العبادات مثلا، وقد يكون من غيره[2].

وقيل: هو أن يتزوج الرجل المرأة وفي نيته طلاقها بعد انتهاء دراسته أو إقامته أو حاجته[3].

---

(١) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٦/ ١٣١) مادة[وقت]، لسان العرب، لابن منظور (٢/ ١٠٧) مادة[و ق ت]، المصباح المنير، للفيومي (٢/ ٦٦٧) مادة [و ق ت].

(٢) ينظر: الكليات، للكفوي (ص: ٢١٢).

(٣) ينظر: الزواج بنية الطلاق، لصالح المنصور (ص: ٤٢).

المطلب الثاني

مذاهب الفقهاء في حكم اشتراط التأقيت في النكاح

التأقيت في النكاح إما أن يكون مصرحا به وإما أن يكون مضمرا:

- إن كان مصرحا به: فقد اتفق الفقهاء[1] على أن النكاح لا يقبل التأقيت سواء أكان بلفظ المتعة أم بلفظ التزويج، وسواء أكان التأقيت بمدة طويلة أم قصيرة، معلومة أم مجهولة. فهو نكاح المتعة[2]، وحكي الإجماع[3] على منعه، ولم يخالف فيه إلا طائفة من المبتدعة وما حكي عن ابن عباس من أنه كان يقول بجوازه فقد رجع عنه[4].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٢/ ٢٧٢-٢٧٣)، البحر الرائق، لابن نجيم (٣/ ١١٥)، ومواهب الجليل، للحطاب (٣/ ٤٤٦)، وحاشية الدسوقي (٢/ ٢٢٨)، الحاوي الكبير، للماوردي (٩/ ٢٢٨)، روضة الطالبين (٧/ ٤٢)، المغني، لابن قدامة (٧/ ١٧٨)، كشاف القناع، للبهوتي (٥/ ٩٦-٩٧).

(٢) أن يتزوج الرجل المرأة بشيء مسمى إلى أجل معلوم يومًا أو شهرًا، أو مدة من الزمان معلومة، على أن الزوجية تنقضي بانقضاء الأجل. الكافي، لابن عبدالبر (٢/ ٥٣٢).

(٣) ينظر: الإقناع، لابن القطان (٢/ ٦٦)، الاستذكار، لابن عبدالبر (٥/ ٥٠٦)، حاشية الدسوقي (٢/ ٢٢٩)، جواهر العقود، للمنهاجي (٢/ ٢٢).

(٤) قال الحافظ ابن حجر العسقلاني: "وأما ما أخرجه الترمذي من طريق محمد بن كعب عن ابن عباس قال: إنما كانت المتعة في أول الإسلام، كان الرجل يقدم البلدة ليس له فيها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يقيم، فتحفظ له متاعه، فإسناده ضعيف، وهو شاذ، مخالف لما تقدم من علة إباحتها، يشير الحافظ بقوله: مخالف لما تقدم من علة إباحتها إلى ما رواه البخاري في باب نهي النبي ﷺ عن نكاح المتعة، آخيرًا من صحيحه حيث قال: حدثنا محمد بن بشار حدثنا غندر حدثنا شعبة عن أبي حمزة قال: سمعت ابن عباس يسأل عن متعة النساء فرخص، فقال مولى له: إنما ذلك في الحال الشديد وفي النساء قلة، أو نحوه، فقال ابن عباس: نعم. وفي ما في رواية الإسماعيلي: إنما كان ذلك في المجهد والنساء قليل، وفي ما أورده الحافظ في شرح ذلك الحديث أي حديث البخاري، من أحاديث فقد قال: وعند مسلم من طريق الزهري عن خالد بن المهاجر أو ابن أبي عمرة الأنصاري قال: قال رجل - يعني ابن عباس وصرح به البيهقي في روايته - إنما كانت رخصة في أول الإسلام لمن اضطر إليها كالميتة =

- أما إذا كان التأقيت مضمرا في نفس الزوج غير مصرح به فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: وهو القول الصحيح من مذهب الحنابلة[1]، وأحد القولين المنقولة عن شيخ الإسلام ابن تيمية[2]، وأخذ به المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي[3]، واختارته اللجنة الدائمة المملكة العربية

= والثم والثم الخنزير، قال: ويؤيده ما أخرجه الطحاوي والفاكهي من طريق سعيد بن جبير قال: قلت لابن عباس: لقد سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشعراء - يعني في المتعة - فقال: وأي ما يهذا أفتيت، وما هي إلا كالميتة لا تحل إلا للمضطر، وأخرجه البيهقي من وجه آخر عن سعيد بن جبير نحوه في آخره: "ألا إنما هي كالميتة والدم ولحم الخنزير"، وأخرجه محمد بن خلف المعروف بوكيع في كتاب الغرر من الأخبار بإسناد أحسن منه، عن سعيد بن جبير بالقصة، لكن ليس في آخره قول ابن عباس المذكور، وفي حديث سهل المذي أشرت إليه قريبًا نحوه، ثم قال الحافظ ابن حجر: فهذه أخبار يقوي بعضها ببعض، وحاصلها أن المتعة إنما رخص فيها بسبب العزبة في حال السفر، وهو يوافق حديث ابن مسعود الماضي في أوائل النكاح، وأخرج البيهقي من حديث أبي نضرة بإسناد حسن: إنما كانت المتعة لحوبنا وخوفنا". فتح الباري (٩/ ١٧١-١٧٢)، وقال الطحاوي: "حدثنا ابن مرزوق قال: ثنا وهب قال: ثنا شعبة عن أبي حمزة قال: سألت ابن عباس عن متعة النساء فقال مولى له: إنما كان ذلك في الحبل والنساء قليل، فقال ابن عباس ﷺ: صدقت، ثم قال الطحاوي: هذا ابن عباس ﷺ يقول: إنما أبيحت والنساء قليل، فلما كثرت ارتفع المعنى الذي من أجله أبيحت. شرح معاني الآثار (٣/ ٢٧). قال الشيخ الالباني: "أخرج البخاري عن أبي جمرة قال: "سمعت ابن عباس يسأل عن متعة النساء؟ فرخص فقال له مولى له: إنما ذلك في الحال الشديد وفي النساء قلة أو نحوه فقال ابن عباس: نعم". وهذا بظاهره يدل على أنه رجع عن القول بإباحة المتعة إطلاقا إلى القول بعدم جوازها مطلقا أو مقيدة بحال عدم وجود الضرورة وكأنه رجع إلى ذلك بعد أن عارضه جماعة من الصحابة في إطلاق القول بإباحتها. وقال: وجملة القول: أن ابن عباس ﷺ روي عنه في المتعة ثلاثة أقوال: الأول: الإباحة مطلقا. الثاني: الإباحة عند الضرورة. والآخر: التحريم مطلقا وهذا مما لم يثبت عنه صراحة بخلاف القولين الأولين فهما ثابتان عنه. إرواء الغليل (٦/ ٣١٦-٣١٩)، ينظر: فتاوى الشيخ ابن باز (٢٠/ ٢٩١-٢٩٦) بحث قدمه سماحة الشيخ عبد العزيز بن باز - رحمه الله - إلى رابطة العالم الإسلامي في جلستها عام ١٤٠٢هـ.

(١) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٨/ ١٦٣)، شرح الزركشي (٥/ ٢٢٩).

(٢) ينظر: الفتاوى الكبرى (٤/ ٧٢-٧٣).

(٣) ينظر: قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عشر قرار رقم (٥).

السعودية[1]، واختاره الشيخ سليمان ابن عبد الله ابن الشيخ محمد ابن عبدالوهاب[2]، وقال به محمد رشيد رضا[3]، ومن العلماء المعاصرين الشيخ ابن عثيمين[4]، والشيخ الألباني[5]، والشيخ صالح اللحيدان[6]، والشيخ صالح الفوزان[7]، والشيخ صالح المنصور[8]، والشيخ وهبة الزحيلي[9]، والشيخ محمد النجيمي[10]، والشيخ أحمد السهلي[11]، وهو القول بالمنع.

أدلتهم:

١ - أن الزواج يقتضي التأبيد والدوام، وهذه النية تنافيه، وهي كافية في المنع[12].

ونيته في الإخفاء لها اعتبارات، لعلمه لو باح بنيته لما عقدوا له على موليتهم، وإخفاء نيته ينفعه للعزوف عن الإنجاب خشية من

---

(١) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة (١٨/ ٤٤٨-٤٤٩) برئاسة سماحة المفتي الشيخ عبدالعزيز آل الشيخ.

(٢) ينظر: حاشيته على المنتقى (٣/ ٤٨).

(٣) ينظر: تفسير المنار (٥/ ١٥).

(٤) ينظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع (١٢/ ١٨٥).

(٥) ينظر: السلسلة الصحيحة (٣/ ٩).

(٦) ينظر: تقريظ الشيخ صالح اللحيدان لكتاب الزواج بنية الطلاق، لصالح المنصور (ص: ١).

(٧) ينظر: تقريظ الشيخ صالح الفوزان لكتاب الزواج بنية الطلاق حقيقته وحكمه وآثاره، لأحمد السهلي (ص: ١)، وتقريظه لكتاب الزواج بنية الطلاق، لصالح المنصور (ص: ١٤).

(٨) ينظر: الزواج بنية الطلاق من خلال أدلة الكتاب والسنة ومقاصد الشريعة (ص: ٧٠).

(٩) في بحثه المقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عشر (ص: ١٣).

(١٠) في بحثه المقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عشر (ص: ٥٦).

(١١) ينظر: حكم الزواج المستدمة وحكمها في الشريعة، لأحمد السهلي بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عشر (ص: ٥٥).

(١٢) ينظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٥/ ٢٢٩).

لبعائه، فهذا هدم لمقاصد الشريعة من النكاح؛ لأنه النية مبيتةٌ لقضاء الشهوة فقط[١].

٢ - أن كتمان النية المستقبلية عن الزوجة أو أهلها يعتبر من الخداع والخيانة من الغش مما يجعله أجدر بالبطلان من نكاح المتعة[٢]، وقد قال النبي ﷺ: «من غشنا فليس منا»[٣].

لولقا:

القول بأنه خيانة للمرأة ووليها غير سديد، وذلك لأن الرجل في اختياره أن يطلق متى شاء، فهم داخلون على مغامرة ومخاطرة، فهم لا يدرون متى يطلق؟.

أجيب:

نسلم بأن الأمر بيده إن شاء طلق وإن شاء أبقى، لكن ثمة فرق بين إنسان تزوج نكاح رغبة، ثم لما دخل على زوجته ما رغب فيها، وبين إنسان نوى من الأصل نكاح متعة بنيته، فهو ما قصد إلا أن يتمتع هذه الأيام ثم يطلقها، فبينهما فرق[٤].

٣ - أن الأصل في الأبضاع الحرمة، ويحتاط لها أكثر مما يحتاط للأموال[٥]. فكثير من أهل العلم عدّ النكاح من أبواب العبادات،

---

(١) ينظر: عقود الزواج المستجدة وحكمها في الشريعة، لأحمد السهلي بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عشر (ص: ٣٨).

(٢) ينظر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، لأسامة الأشقر (ص: ٢٢٤).

(٣) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ٨٧) حاشية رقم (٣).

(٤) ينظر: الشرح الممتع، لابن عثيمين (١٢/ ١٨٩).

(٥) ينظر: أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٣/ ١٢١)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٢١)، قاعدة في العقود، لابن تيمية (ص: ١٥٥)، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، للحميري (ص: ٤٨٠).

والأصل في العبادات الحظر، والنكاح يجمع حقوق الله وحقوق العباد، وعامة ما نهى الله عنه فيما يتعلق بحقوق العباد، يعود إلى تحقيق العدل والنهي عن الظلم دقّه وجلّه، يلحظ هذا في مناهي متعددة عن بيوع حرمها الإسلام، وهي أقل خطورة من الأبضاع[1].

٤ - من الأدلة على تحريم هذا النوع من الزواج قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"[2]. ووجه ذلك أن فيه إضرار بالمعقود عليها، وهدم لرضاها، وذهاب لبكورتها إن كانت بكرا، وقدح في سمعتها في مجتمعها، وكل هذه اختلال ظاهر في توازن عقد النكاح.

ومن قواعد الشريعة قاعدة أن العزم التام إذا اقترن به ما يمكن من الفعل أو مقدمات الفعل نزل صاحبه في الثواب والعقاب منزلة الفاعل التام[3].

كما دل عليه قوله ﷺ: "إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار فقلت يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول قال إنه كان حريصا على قتل صاحبه"[4].

قال النووي: "فيه دلالة للمذهب الصحيح الذي عليه الجمهور أن من نوى المعصية وأصر على النية يكون آثما وإن لم يفعلها ولا تكلم"[5].

---

(١) ينظر: عقود الزواج المستحدثة وحكمها في الشريعة، لأحمد السهلي بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عشر (ص: ٩).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٥٩).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٢/ ٢٤٢)، (٢٣/ ٢٣٦)، (٢٦/ ٢٩٤)، طريق الهجرتين وباب السعادتين، لابن القيم (ص: ٣٦٠).

(٤) أخرجه البخاري: كتاب الإيمان باب ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا﴾ الحجرات: ٩ فسماهم المؤمنين ح(٣١)، وأخرجه مسلم كتاب الفتن وأشراط الساعة باب إذا تواجه المسلمان بسيفيهما ح(٢٨٨٨).

(٥) المنهاج شرح مسلم بن الحجاج (١٨/ ١٢).

القول الثاني: قول جمهور أهل العلم من الحنفية[1]، [2] [3] وقول عند الحنابلة اختاره ابن قدامة[4]، والقول الآخر لشيخ الإسلام ابن تيمية[5]، واختاره من المعاصرين سماحة الشيخ عبدالعزيز بن باز[6]، ومحمد تقي العثماني[7]، وهو القول بصحة هذا النكاح، وقد حُكي الإجماع على صحته[8].

وصرّح الشافعية بكراهته[9]، وهو المنصوص عليه عند الحنابلة[10]، وكرهه الأوزاعي[11]،[12] وبهرام[13] .....

---

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٣/ ١١٦)، تبيين الحقائق، للزيلعي (٢/ ١١٥-١١٦).

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي (٢/ ٢٣٩)، الفواكه الدواني، للنفراوي (٢/ ١٢).

(٣) ينظر: أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٣/ ١٥٦).

(٤) ينظر: المغني (٧/ ٥٧٣).

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٢/ ١٤٧-١٤٨).

(٦) وكان الشيخ رحمه الله لا يقول به مطلقا وإنما لأسباب قال: "أما أن يتزوج في بلاد سافر إليها للدراسة أو لكونه سفيرا أو لأسباب أخرى تسوغ له السفر إلى بلاد الكفار فإنه يجوز له النكاح بنية الطلاق إذا أراد أن يرجع كما تقدم إذا احتاج إلى الزواج خوفا على نفسه، ولكن ترك هذه النية أولى احتياطا للدين وخروجا من خلاف العلماء، ولأنه ليس هناك حاجة إلى هذه النية؛ لأن الزوج ليس ممنوعا من الطلاق إذا رأى المصلحة في ذلك ولو لم ينوه عند النكاح". ينظر: مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، لابن باز (٥/ ٤٢).

(٧) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة (ص: ٢٤٢).

(٨) ينظر: شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ١٢٦)، وما نقله الشاطبي عن ابن القاسم في الموافقات (١/ ٣٨٧)، لكن نقل الإجماع فيه نظر ظاهر؛ لثبوت المخالفة فيه من الفقهاء.

(٩) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني (٤/ ٢٠١)، إعانة الطالبين، للبكري (٤/ ٢٠).

(١٠) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٨/ ١٦٣)، كشاف القناع، للبهوتي (٥/ ٩٧).

(١١) أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد الأوزاعي، وكان ثقة مأمونا، حجة، إمام النيار الشامية في الفقه والزهد، له كتاب (السنن) في الفقه، و (المسائل) وقدر ما سئل عنه بسبعين ألف مسألة أجاب عليها كلها، توفي سنة ١٥٧هـ، ينظر في ترجمته: الطبقات الكبرى، لابن سعد (٧/ ٤٨٨)، وفيات الأعيان، لابن خلكان (٣/ ١٢٧).

(١٢) ينظر: الاستذكار، لابن عبدالبر (٥/ ٥٠٨)، المغني، لابن قدامة (٧/ ٥٧٣).

(١٣) أبو البقاء بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، حامل لواء المذهب المالكي بمصر، كان=

من المالكية[1].

أدلتهم:

١ - أن العقد اكتملت شروطه وأركانه، والنية المستقبلية للتطليق لا تضر؛ لأنها احتمالية فربما يتغير فيبقى على زوجته[2].

نوقش:

أن اكتمال الشروط والأركان في ظاهر العقد لا تكون كافية في الحكم على العقد، إذ قد يوسم بالتحريم لعارض من عوارضه، فيكون أشبه بالصلاة في الثوب المغصوب، فهل يقال لا تنظر إلى الحرمة ما لم تكن مؤثرة على الصحة[3].

والأصل في الزواج الدوام والاستمرار، فكل من تزوج، تزوج بنية الدوام والاستمرار، وهذا هو الزواج المعروف لكل من الزوجين، ويعرف لدى المسلمين والكافرين، والطلاق نادر، لا يتوقعه لا الزوج نفسه ولا الزوجة ولا أولياؤهما، والأحكام الشرعية تبنى على الغالب والظن الراجح. أما الزواج بنية الطلاق: فقد عزم وصمم فيه المتزوج ووطّن نفسه على الطلاق بعد انتهاء غرضه؛ لأنه محتاج إليه لعارض، كشهوة، أو خدمة، وربما هيأ الأسباب التي تجعله لا يستمر في الزواج، من عدم

- محمود السيرة طيب السريرة صالحاً، له مصنفات منها: الشامل في الفقه، شرح أصول ابن الحاجب، توفي سنة ٨٠٥هـ. ينظر في ترجمته: ليل الابتهاج، للتنبكتي (ص: ٢٤٨)، شجرة النور الزكية، لابن مخلوف (١/ ٣٤٥).

(١) ينظر: حاشية الدسوقي (٢/ ٢٣٩)، الفواكه الدواني، للنفراوي (٢/ ١٢).

(٢) ينظر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، لأسامة الأشقر (ص: ٢٣٢).

(٣) ينظر: عقود الزواج المستجدة وحكمها في الشريعة، لأحمد السهلي بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عشر (ص: ٤٣).

الإنجاب أو الاستقرار[1].

٢ - النكاح بنية الطلاق لا ينطبق عليه تعريف نكاح المتعة؛ لعدم تحديده وتصريحه بالوقت[2].

نوقش:

بأن عزمه ونيته على الطلاق بإنقضاء المدة ولو أضمره، يصيّره في حقيقته متعة، وقد قال ﷺ: "إنما الأعمال بالنية وإنما لامرئ ما نوى"[3].

أجيب:

لا يلزم إذا أبطله شرط التوقيت أن تبطله نية التطليق فيما بعد، فإن النية المبطلة ما كانت مناقضة لمقصود العقد، والطلاق بعد مدة أمر جائز لا يناقض مقصود العقد إلى حين الطلاق[4].

نوقش:

بأن المسألتين حكمهما واحد، فنية التطليق عند العقد غير جائزة، وذلك لمناقضته مقصود الشرع وما خالف مقصود الشرع فهو باطل، ونية الدوام والاستمرار عند العقد من مقاصد الشريعة، ويدوام النكاح واستمراره تحصل الحِكَمُ العظيمة من شرعية النكاح[5].

---

(١) ينظر: الزواج بنية الطلاق من خلال أدلة الكتاب والسنة ومقاصد الشريعة، لصالح المنصور (ص: ٧٨-٧٩).

(٢) ينظر: مستمدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، لأسامة الأشقر (ص: ٣٢٢) بتصرف.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب الأيمان والنذور باب النية في الأيمان ح(٦٦٨٩)، وأخرجه مسلم: كتاب الإمارة باب قوله ﷺ إنما الأعمال بالنية وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال ح(١٩٠٧).

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٣/ ١٥١).

(٥) ينظر: الزواج بنية الطلاق من خلال أدلة الكتاب والسنة ومقاصد الشريعة، لصالح المنصور (ص: ٩٧-٩٨).

٣ - أن هذا الزواج فيه مصالح متعددة للمغتربين، من إحصانهم وإعفافهم، وذره لمفسدة وقوعهم في الزنا.

نوقش:

يرد عليه من وجهين:

الأول: بعدم التسليم؛ فمفاسده تربو على ما ذُكِر من مصالح، وهذه المفسدة مظنونة.

الثاني: وإن سلمنا بوجود المصلحة؛ فإن هذا الزواج يهدم مقاصد النكاح، فلا مودة ولا رحمة، ولا تناسل ولا إنجاب، ولا تعاون، وقد قرر الفقهاء أن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح[1].

٤ - أن الزوج لا يريد الدوام مع المرأة، والدوام معها ليس بشرط[2].

نوقش:

نسلّم أن البقاء معها ليس بشرط، ولكن وجود هذا المقصد يغير بالمقصد الأصلي الذي من أجله شرع النكاح، ويرجع على مقصود صاحب الشرع بالإبطال[3]. قال ابن القيم: "وكل شرط أو علة أو ضابط يرجع على مقصود الشارع بالإبطال كان هو الباطل المحال"[4].

---

(١) ينظر: حكم الزواج المستمدة وحكمها في الشريعة، لأحمد السهلي بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عشر (ص: ٥٣).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٢/ ١٤٧).

(٣) ينظر: الزواج بنية الطلاق من خلال أدلة الكتاب والسنة ومقاصد الشريعة، لصالح المنصور (ص: ٨٥).

(٤) ينظر: حاشية ابن القيم على سنن أبي داود (١/ ٨١).

والراجح -والله أعلم- القول الأول، القاضي بعدم تجويزه؛ لقوة وظهور أدلة أصحاب القول الأول، وللمناقشات الواردة على أدلة القول الثاني، لكن المنع ليس من جهة كونه متعة، بل لما اشتمل عليه من غش وخيانة وظلم للزوجة وأهلها، وللمفاسد الواقعة وليست الموهومة الناجمة عن مثل هذا النكاح، من هدم لمقاصد النكاح، ومن تضييع وخلط للأنساب، على أن المتأمل في عبارات أهل العلم المجوّزين له تدور حول من احتاج وخشي على نفسه العنت والمشقة، وهوائل الشهوة، أما من أنشأ السفر من أجل هذا النكاح، لمقصد الاستمتاع والعبث بنساء المسلمين، فلا ينطبق عليه قول من أجاز، بل فيه من الإساءة لسمعة المسلمين ويؤدي إلى مفاسد عظيمة وأضرار جسيمة[1].

(١) ينظر: قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عشر قرار رقم (٥).

المطلب الثالث

وجه اختلال التوازن في اشتراط التأقيت في النكاح

إن الشارع الحكيم جاء بحفظ الحقوق للعباد، وذلك بحفظ التوازن فيها في حقوقها والتزاماتها ومراكز عاقديها، والتأقيت في النكاح مخلٌّ بهذا التوازن، من جهة المعقود عليها؛ كونه يشتمل ظلم لها ظاهر، مع الغش والخيانة وتبييت هضم الحقوق، فإن النكاح شُرع لمقاصد شريفة سامية، تقتضي دوامه، وتحقيق مقاصده من سكن ومودة ورحمة، وإنجاب وإعفاف، بيد أن التأقيت يهدم جلّ هذه المقاصد، عدا مقصد الإعفاف، لكن تحقيق هذا المقصد ينطوي على ثبة الفراق المخفية عن المولية وأهلها، فلو علمت وعلموا لما تم هذا العقد، ففيه تغرير وغش، قال ابن تيمية: "التأجيل يخل بمقصود النكاح من المودة والرحمة والسكن، ويجعل الزوجة بمنزلة المستأجرة"[1]. ولذا فمن القواعد المقررة عند أهل العلم أن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح، وأن كل ذريعة تفضي إلى الحرام فالواجب سدها، والتأقيت يفضي إلى ضياع الأنساب واختلاطها، ويفضي إلى سلب المرأة حقوقها، بل وهدم ركن الإيجاب؛ إذ الإيجاب بُنِي على استمرار النكاح، لا على تبييت عدم الاستمرار قبل العقد.

فالتأقيت في النكاح منهي عنه؛ لما يعتريه من الخيانة والخداع والغش والله تعالى يقول: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا﴾ [النساء: ٢١].

فقد سمى الله النكاح ميثاقا غليظا، وهذا النكاح فيه تلاعب وعبث

---

(١) مجموع الفتاوى (٣٢/١٠٧-١٠٨).

وتساهل بهذا الميثاق، فكتمان العاقد لنية الطلاق يعد خداعاً وغشاً. وهو أجدر بالبطلان من العقد الذي يشترط فيه التوقيت الذي يكون بالتراضي بين الزوج والمرأة ووليها. ولا يكون فيه من المفسدة إلا العبث بهذه الرابطة العظيمة التي هي من أعظم الروابط البشرية، وإيثار التنقل في مرائع الشهوات بين الذواقين والذواقات، وما يترتب على ذلك من المنكرات. واشتماله على التأقيت فيه غش وخداع تترتب عليه مفاسدُ أخرى من العداوة والبغضاء وذهاب الثقة حتى بالصادقين الذين يريدون بالزواج حقيقته[1]. لكن لو عقد أحد النكاح مع تبييت نية الطلاق قلنا له العقد صحيح فتثبت جميع أحكام النكاح؛ لأنه مستوف لشروط صحة العقد.

قال الشاطبي: "للشارع في شرع الأحكام العادية والعبادية مقاصد أصلية ومقاصد تابعة. مثال ذلك النكاح؛ فإنه مشروع للتناسل على المقصد الأول، ويليه طلب السكن والازدواج، والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية؛ من الاستمتاع بالحلال، والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء، والتجمل بمال المرأة، أو قيامها عليه وعلى أولاده منها أو من غيرها أو إخوته، والتحفظ من الوقوع في المحظور من شهوة الفرج ونظر العين، والازدياد من الشكر بمزيد النعم من الله على العبد، وما أشبه ذلك فجميع هذا مقصود للشارع من شرع النكاح؛ فمنه منصوص عليه أو مشار إليه، ومنه ما علم بدليل آخر ومسلك استقرئ من ذلك المنصوص، وذلك أن ما نص عليه من هذه المقاصد التوابع هو مثبت للمقصد الأصلي، ومقو لحكمته، ومستدع لطلبه وإدامته، ومستجلب لتوالي التراحم والتواصل والتعاطف، الذي يحصل به مقصد الشارع

(١) ينظر: تفسير المنار، لمحمد رشيد رضا (٥/ ١٥).

الأصلي من التناسل؛ فاستدللنا بذلك، وعند ذلك يتبين أن تواقض هذه الأمور مضادة لمقاصد الشارع بإطلاق، من حيث كان مآلها إلى ضد المواصلة والسكن والموافقة، كما إذا نكحها ليحلها لمن طلقها ثلاثا؛ فإنه عند القائل بمنعه مضاد لقصد المواصلة التي جعلها الشارع مستدامة إلى انقطاع الحياة من غير شرط؛ إذ كان المقصود منه المقاطعة بالطلاق، وكذلك نكاح المتعة وكل نكاح على هذا السبيل، وهو أشد في ظهور محافظة الشارع على دوام المواصلة، حيث نهى عما لم يكن فيه ذلك[1]. وقد ذكرت النقل مع طوله؛ لأنه يبين المقاصد التي من أجلها شُرع النكاح، التي لا يتوفر أغلبها في الزواج بنية الطلاق، بل اشتمل على ما يضاد وينقض هذه المقاصد.

(١) الموافقات، للشاطبي (٣/١٣٩-١٤٠).

المبحث الثالث

جهالة الربح في المضاربة التمويلية[1]

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف المضاربة التمويلية

• تعريفها باعتبارها مركبا إضافيا:

لغة: المضاربة، مفاعلة من الضرب في الأرض والسير فيها للتجارة[2]. قال ابن منظور: وضرب في الأرض يضرب ضربا وضربانا ومضربا، بالفتح، خرج فيها تاجرا أو غازيا[3]، والضرب، والسعي في الأرض، تقول: قارضته قرضا دفع إليه مالا ليتجر فيه، ويكون الربح بينهما على ما شرطا[4].

---

(١) التمويل عن طريق المضاربة ينقسم إلى قسمين: المضاربة المطلقة: هي التي لا تتقيد بشروط معينة يضعها رب المال وذلك من حيث الزمان و المكان و طبيعة النشاط، المضاربة المقيدة: وهي التي تكون في عملية معينة أو مشروع محدد و بشروط خاصة يضعها رب المال على المضارب. هذا التقسيم لم يرد إلا في كتب الحنفية، أما الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة أوردوا ما شمله تقسيم الحنفية في أركان المضاربة وشروطها. ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/٨٧)، تبيين الحقائق، للزيلعي (٥/٥٧)، وأشار إلى ذلك: فيصل الشمري في كتابه صكوك المضاربة (ص: ١٣٥).

(٢) ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (٣/٧٩).

(٣) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (١/ ٥١٤) مادة [ض ر ب].

(٤) ينظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس(٥/ ٧٢) مادة[قرض]، القاموس المحيط، للفيروزآبادي مادة[قرض] (١/ ٦٩٢).

واصطلاحا: "هو أن يدفع إنسان ماله إلى آخر يتجر فيه، والربح بينهما"[١].

مفهوم التمويل: لغة: مال الرجل يمول ويمال، وتمول مثله وموله غيره، أي أعطيه المال، فالتمويل هو إنفاقه أي أموله تمويلا، أي أزوده بالمال[٢].

والتمويل اصطلاحا: الإمداد بالأموال في أوقات الحاجة إليها[٣].

وأما التمويل في الاقتصاد الإسلامي: فهو تقديم تمويل عيني أو معنوي إلى المنشآت المختلفة بالصيغ التي تتفق مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، ووفق معايير وضوابط شرعية وفنية لتساهم بدور فعال في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية"[٤].

* تعريفها باعتبارها لقبا:

المضاربة التمويلية: أسلوب تمويلي تقدمه المؤسسات لتمويل الأنشطة الاقتصادية المختلفة فتكون شريكا بالمال (رب المال) مع طرف آخر (المضارب) يكون شريكا بالعمل ويتولى الإدارة، ويتم توزيع الأرباح المتحققة وفقا لحصص شائعة محددة النسبة في العقد ويتحمل رب المال الخسائر التي تتحقق ما لم يثبت تعدي المضارب أو تقصيره[٥]. فهي

---

(١) الكافي، لابن قدامة (٢/ ١٥١).

(٢) ينظر: الصحاح، للجوهري (٥/ ١٨٢٢) مادة [موّل]، لسان العرب، لابن منظور (١١/ ٦٣٦) مادة [مال].

(٣) ينظر: مبادئ التمويل، لطارق الحاج (ص: ٢١).

(٤) ينظر: صيغ مقترحة لتمويل المنشآت الصغيرة والمتناهية المحاسبية لصيغة المشاركة المنتهية بالتمليك، لمحمد حسن، المؤتمر السنوي الثاني عشر للأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، ٢٠٠٥م، عمان - الأردن، (ص: ١٤).

(٥) ينظر: المعيار الشرعي رقم (٢٧) الأنشطة الإنمائية من المعايير الشرعية.. (ص: ٢).

شركة في الربح بين البنك وعميل أو أكثر من الأفراد والشخصيات الاعتبارية يكون فيها البنك رب مال وفقاً لقواعد المضاربة المعروفة في الفقه الإسلامي.

وأطراف المضاربة التمويلية:

رب المال (البنك): وهو الذي يقوم بتقديم التمويل الكامل الذي يحتاجه العميل، وعمل المضارب: الذي ما يقدم من جهد وعمل.

والمضارب: عميل المصرف الذي يباشر العمل في رأس مال المضاربة، ورأس المال: هو المبلغ النقدي الذي يسلم للمضارب عند التعاقد.

والربح: هو المبلغ الزائد على رأس مال المضاربة بعد حسم نفقاتها ويعرف عن طريق التنضيض[1] الفعلي أو الحكمي، وصيغة المضاربة[2].

فالمضاربة التمويلية هي إحدى الأساليب التي تستخدمها البنوك الإسلامية[3] مع عملائها على أساس المضاربة بحيث تقوم بدور رب المال فتسلم رأس المال لعملائها للعمل فيه وتثميره في مشروعات محددة

---

(١) التنضيض: تصيير المتاع نقدا بيع أو مفارقة. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه: للنووي؛ النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (٥/ ٧٢)؛ معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، لنزيه حماد (ص: ١٩٢).

(٢) ينظر: المضاربة حقيقتها-أحكامها-تطبيقاتها المعاصرة، لمحمد علي يوسفي (ص: ٢٥).

(٣) لا تفضل البنوك الإسلامية الاستثمار بطريقة المضاربة التمويلية؛ لزيادة المخاطرة، وعدم قدرة البنك على متابعة المشروع وإدارته؛ لأنه يتنافى مع طبيعة المضاربة، ولاعتماد المضاربة التمويلية على الأجل الطويل في الاستثمارات. الخدمات الاستثمارية في المصارف، ليوسف الشبيلي (٢/ ٤٩٣) بتصرف.

من أجل تحقيق الربح الذي يوزع بين الطرفين حسب نسب متفق عليها[1].

فإذا كان التمويل بمفهومه العام يعني المال، وإذا كان الاستثمار بمفهومه البسيط يعني استخدام المال في العمليات الاقتصادية بغية الحصول على مردود أو نتيجة -التمويل بالمضاربة-، فإن كل استثمار يعتبر بالضرورة تمويلا، ولكن التمويل لا يعتبر في كل الحالات استثمارا إلا أن كلا المصطلحين مهمين في الفكر الاقتصادي خاصة إذا ربطناهما بالمشروعات[2].

(١) ينظر: المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية، لمحمد الطاهر الهاشمي (ص: ١٨٨)، المعاملات المالية المعاصرة، لوهبة الزحيلي (ص: ٤٤٥)، الهندسة المالية، لشيرين أبو فخرة (ص: ٨٢).

(٢) ينظر: ضوابط الاستثمار المالي في الاقتصاد الإسلامي، لزيد الخير، ورقة مقدمة الملتقى الدولي الأول: الاقتصاد الإسلامي، الواقع.. ورهانات المستقبل (ص: ١٣) بتصرف.

المطلب الثاني

مذاهب الفقهاء في حكم جهالة الربح[1] في المضاربة التمويلية[2]

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة المضاربة أن يكون نصيب كل من العاقدين من الربح معلوما لأن المعقود عليه هو الربح، وجهالة المعقود عليه ترجب فساد العقد[3]. فكل ما يعود بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضاربِ جزءا من الربح مجهولا، أو ربح أحد الكسبين، أو أحد الألفين، أو أحد العبدين، أو ربح إحدى السفرتين، أو ما يربح في هذا الشهر، أو أن حق أحدهما في عبد يشتريه، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه، أو يشترط جزءا من الربح لأجنبي،

---

(١) الربح لغة: الراء والباء والحاء أصل واحد، يدل على شف في مبايعة. من ذلك ربح فلان في بيعه يربح، إذا استشف، واصطلاحا: عند الفقهاء: هو الزيادة على رأس المال، وعند المحاسبين: هو الزيادة في صافي الثروة، وعند الاقتصاديين: هو عائد التنظيم من ناتج المشروع التجاري، أو الزراعي، أو المشترك، وهو ذلك التنظيم الذي قام به الإنسان في مال نفسه، أو مال غيره. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٢/ ٤٧٤) مادة [ربح]، مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٤٧٤)، المغني، لابن قدامة (٢/ ٢٦٨)، أحكام الربح في الفقه الإسلامي، لموسى مسعلي، رسالة دكتوراه، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ١٤١٤هـ (ص: ٣٩)، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية، لعبدالله الحبابي (ص: ١٩٣)، المصارف الاستثمارية، لبدر الزامل (ص: ٧٢).

(٢) المضاربة التمويلية: إما أن تكون فردية، وإما أن تكون المضاربة المشتركة أو الجماعية والمشتركة تنشئ علاقتين. فالعلاقة الأولى: هي علاقة أرباب الأموال فيما بينهم، وهي علاقة شركة العقد، والعلاقة الثانية: بين مجموع أرباب الأموال والمضارب، وهي علاقة مضاربة. المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة، تحسين كامل فهمي بحث مقدم في مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثالثة عشر ١٤٢٢هـ (١٣/ ١٠٦٦-١٠٧٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ٨٥)، الشرح الصغير، للدردير (٣/ ٦٨٢-٦٨٧)، مغني المحتاج، للشربيني (٣/ ٣٩٩)، مطالب أولي النهى، للرحيباني (٣/ ٥١٤).

فهذه شروط فاسدة؛ لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح، أو إلى فواته بالكلية، ومتى اشترط شرطا فاسدا يعود بجهالة الربح، فسدت المضاربة؛ لأن الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه، فأفسد العقد، كما لو جعل رأس المال خمرا أو خنزيرا، ولأن الجهالة تمنع من التسليم، فتفضي إلى التنازع والاختلاف، ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب[1].

شروط الربح[2]:

الأصل في الربح كونه مشتركاً بين العامل وربِّ المال؛ لأنَّ ذلك موجبُ عقد المضاربة؛ فالمال والعمل متقابلان، فوجب اشتراكهما في الربح بجزءٍ مُشاعٍ معلومٍ، ولا يجوزُ اختصاص أحدهما أو كليهما بدراهم معلومة؛ لما في ذلك من الجهالة والغرر.

وذلك كلهُ يتبيَّنُ بشروط الربح، كما يلي:

الشرط الأول: كون الربح معلوماً:

ويُرادُ به: معرفةُ ما لكلٍ من ربِّ المال، والعامل فيه؛ لأنَّ المعقودَ عليه هو الربح، وجهالةُ المعقود عليه تُوجِبُ فساد العقد[3].

---

(١) ينظر: المغني، لابن قدامة (٥/ ٥١-٥٢).

(٢) ذكر الكاساني أنها أنواع: وعد منها: الأول: إعلام مقدار الربح، الثاني: أن يكون المشروط جزءاً شائعاً، بدائع الصنائع (٦/ ٨٥-٨٦)، وذكر النووي أنها أربعة في روضة الطالبين وهي: أن يكون مخصوصا بالمتعاقدين، الثاني: أن يكون مشتركا بينهما، الثالث: أن يكون معلوما، الرابع: أن يكون العلم به من حيث الجزئية، لا من حيث القدر (٥/ ١٢٢-١٢٣)، وأشار ابن رشد الحفيد إلى شروط الربح في مقدمة كتاب القراض فقال: الأول: أن يكون الربح جزء معلوم، الثاني: أن يكون شائعا في بداية المجتهد (٤/ ٢١)، وأشار ابن قدامة إلى شروط الربح في المغني (٥/ ٥١-٥٢)-وهو ما جريت عليه في تعداد شروط الربح-.

(٣) ينظر: المضاربة في الشريعة الإسلامية، لعبدالله الطريطر (ص: ٢٠١).

فذهب الحنفيّة[1]، والمالكية[2] والشافعيّة في الأصح[3]، والحنابلة[4]: إلى أنه يكفي في الإعلام ذكرُ أنهما شريكان فيه، كما لو دفع إليه مالاً مضاربةً، على أنهما يشتركان في الرّبح؛ لأن هذا اللفظ يُفيد التساوي عُرفاً، فلا جهل فيه فيكون جائزاً؛ ولأن الشركة تقتضي المساواة، قال الله تعالى ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] . قال القرطبي: "هذا التشريك يقتضي التسوية بين الذكر والأنثى وإن كثروا"[5]. قوله: والربحُ بيننا، فتصحُّ، وتكون مضاربة بالنصف؛ لإضافته إليهما إضافةً واحدة، ولا مُرجِّح فاقتضى ذلك التسوية. وقال ابن عبدالبر: "أجمعوا على أن القراض لا يكون إلا على جزء معلوم من الربح نصفا كان أو أقل أو أكثر"[6].

الشرط الثاني: كون الربح جزءً شائعاً:

ذهب الفقهاء إلى أنّه يشترط أن يكون المشروط لكلٍّ من المضارب وربّ المال من الربح جزءاً شائعا نصفا أو ثلثاً أو ربعاً، فإن شرطا قدراً معينا بأن شرطا أن يكون لأحدهما قدراً محدداً من الربح والباقي للآخر، فلا يجوز، والمضاربة فاسدة؛ لأن المضاربة نوع من الشركة، وهي الشركة في الربح، وهذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح؛ لجواز أن لا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور، فيكون ذلك لأحدهما دون

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ٨١)، المبسوط، للسرخسي (٢٢/ ٢٢).
(٢) ينظر: القوانين الفقهية، لابن جزيء (ص: ١٨٦)، مواهب الجليل، للحطاب (٥/ ٣٥٥).
(٣) ينظر: المهذب، للشيرازي (٢/ ٢٢٧)، مغني المحتاج، للشربيني (٣/ ٣٩٩).
(٤) ينظر: المغني، لابن قدامة (٥/ ٢٢)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٤٩٨).
(٥) الجامع لأحكام القرآن (٥/ ٧٩).
(٦) الاستذكار (٧/ ٥).

الآخر فلا تتحقق الشركة، وربما كان أضعافاً مضاعفة، فيتضرر الآخر[1].

وقد نقل الإجماع على هذا الشرط غير واحدٍ من أهل العلم، كابن عبدالبر[2]، وابن رشد[3]، وابن حزم[4].

اشتراط جزء معيّن من الربح:

لا يجوزُ أن يُحدَّد لأحدهما مبلغٌ معيّن، ولا أن يُشترط لأحدهما حصةٌ شائعةٌ مع مبلغٍ مُحدد، كنصف الربح مع عشرة دراهم، أو مخصوماً منها، كنصف الربح إلا عشرةَ دراهم. ويدل عليه الإجماع، قال ابن المنذر: "وأجمعوا على إبطال القراض الذي يشترط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة"[5].

ولأنَّ في اشتراط أحدهما مبلغاً محدداً إضراراً بأحد العاقدين، والغرور يُزال، ولأنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها، فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً، وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم[6]. الاختلاف في الربح الحاصل بالمضاربة:

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ٨٦)، رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٥/ ٦٥٤)، شرح مختصر خليل، للخرشي (٦/ ٢٠٣)، منح الجليل، لعليش (٨/ ٢٣٣)، روضة الطالبين، للنووي (٥/ ١٣٣)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (٦/ ١٠٢)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٢١)، الإنصاف، للمرداوي (٥/ ٤١٢)، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، لحسين الأمين، بحث مقدم للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية ١٤٢١هـ (ص: ٢٨-٢٩).

(٢) ينظر: الاستذكار (٧/ ١٧).

(٣) ينظر: بداية المجتهد (٤/ ٥١).

(٤) ينظر: مراتب الإجماع (ص: ٩٢).

(٥) الإجماع (ص: ٩٨).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ٨٦)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٢٢).

إذا اختلف العامل والمالك في الربح، فقال العامل: ما ربحت، أو ما ربحت إلا ألفاً، فقال المالك: بل ألفين.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الشافعية في قول[1]، ورواية عند الحنابلة[2]: إلى أنَّ القول قول العامل، لأن الأصل عدم القبض فلا يلزمه إلا ما أقر به.

القول الثاني: ذهب المالكية والشافعية أن العامل يصدق بيمينه[3].

القول الثالث: ذهب الحنفية[4]، والمذهب عند الحنابلة[5]، بأن القول قول رب المال؛ لأن المضارب يدعي أجرا واجبا في ذمة رب المال، ورب المال ينكر ذلك، فيكون القول قوله.

والراجح -والله أعلم- أن القول قول العامل بيمينه؛ لأن المال في يده، فكان أولى بما يدعيه من الربح.

(١) ينظر: المهذب، للشيرازي (٢/ ٣٢٤)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢/ ٣٩١).
(٢) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٥/ ٤٥٦)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٥٢٤).
(٣) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٥/ ٣٧١)، روضة الطالبين، للنووي (٥/ ١٤٦).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ١١٠)، المبسوط، للسرخسي (٢٢/ ٨٩).
(٥) ينظر: المغني، لابن قدامة (٥/ ٥٧)، الإنصاف، للمرداوي (٥/ ٤٥٦).

المطلب الثالث

بيان وجه اختلال التوازن جهالة الربح في المضاربة التمويلية

المضاربة أو القراض من أفضل الطرق الإسلامية للتمويل، فالمال فيها من جانب، والعمل من جانب آخر، والربح الحاصل مقسوم بينهما بالنسب المتفق عليها، فإنها من أقوى الوسائل للتوزيع العادل لثروة المجتمع إذا استخدم في المصارف والمؤسسات المالية[1]. وتستخدم صيغة التمويل بالمضاربة في مختلف الآجال، قصيرة، متوسطة وطويلة الأجل، وهذا التنويع الذي توفره هذه الصيغة جعلها محطّ إقبال العديد من المشروعات خاصة الصغيرة والمتوسطة. وهي صيغة شرعية لها تأصيلها في الفقه الإسلامي وتعد من أول البدائل الشرعية "كصيغة استثمارية" لعمليات البنوك الربوية، وكانت سببا في وجود التعامل المصرفي الإسلامي في شكل مؤسسات اعتبارية "شركات ومصارف" تعتبر بمثابة المضارب بودائع المستثمرين والمساهمين من ناحية، ورب المال بالوكالة عنهم من ناحية أخرى. ويمكن أن يكون المضارب شخصًا حقيقيًا، ويمكن أن يكون شخصًا معنويًا، وفي هذه الحالة التزامات المضارب وحقوقه ترجع إلى هذا الشخص المعنوي، ولا ترجع إلى الجمعية العمومية، أو إلى مجلس الإدارة، أو إلى المدير، وإن هذا الشخص المعنوي يبقى بصفته مضاربًا، ولو وقع أي تغيير في الأشخاص الحقيقيين في مجلس الإدارة وغيره[2].

---

(١) ينظر: المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة، بحث مقدم في مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثالثة عشر ١٤٢٢هـ (١٣/ ١٠٥٥).

(٢) ينظر: المرجع السابق (١٣/ ١٠٦٦-١٠٧٣).

فالمضاربة التمويلية إذا جهل كيفية توزيع ربحها اختل توازنها وفسدت اتفاقا؛ ووجه الاختلال من جهة كون المعقود عليه-الربح- مجهولا، والجهالة من أسباب اختلال توازنات العقود، فالعدل هو الأساس الذي قامت عليه مصالح العباد، وبتطبيقه على المعاملات المالية الخاصة بالتمويل نجد أنه أساس المعاملات القائمة على المعاوضات التي يتم فيها تبادل المنافع بين طرفي المعاملة بحيث يحصل كل طرف على حقه في عدالة وتوازن ومثل هذه المعاملات البيع والسلم والاستصناع والإجارة والمشاركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة[1].

ولذلك يجب أن يتم الاتفاق على نسبة توزيع الربح عند التعاقد[2]، كما يجوز باتفاق الطرفين أن يغيرا نسبة التوزيع في أي وقت مع بيان الفترة التي يسري عليها هذا الاتفاق، فإذا سكت الطرفان عن نسبة توزيع الربح فإن كان ثمة عرف يرجع إليه في التوزيع لزم اعتماده، كما إذا كان العرف أن يوزع الربح بينهما مناصفة، وإن لم يكن هناك عرف فسدت المضاربة، ويأخذ المضارب أجر المثل فيما قام به من عمل، ولا ربح في المضاربة إلا بعد سلامة رأس المال، ومتى تحقق ربح فإنه يوزع بين الطرفين وفق الاتفاق بينهما[3].

---

(١) ينظر: أساليب التمويل الإسلامية للمشروعات الصغيرة، لمحمد عبد الحليم عمر (ص: ٤٣).

(٢) قد تكون المضاربة التمويلية قصيرة الأجل، وتنتهي خلال سنة مالية واحدة، فيسترد البنك رأس ماله، مضافا إليه نسبة الربح، أو مخصوما منه قيمة الخسارة إن وجدت، وقد تكون طويلة الأجل، أو قصيرة الأجل لكنها كبيرة القيمة، فقواعد المحاسبة السليمة تقتضي تحميل كل سنة مالية بنصيبها من الربح، ويتم إجراء المحاسبة لكل سنة مالية على حدة؛ لأن الموزعين الذين يستحقون أرباح السنة الأولى قد لا يستمرون إلى السنة الثالثة. ينظر: المنتجات الاستثمارية في المصارف، ليوسف الشبيلي (ص: ٥٢٦-٥٢٧)، بتصرف، وينظر: سياسة توزيع الأرباح في المؤسسات المالية الإسلامية، لموسى آدم، بحث مقدم إلى مؤتمر المنتجات المالية الإسلامية الثاني ٢٠١٠م (ص: ٢٣).

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار رقم (١٢) ١٤٢٤هـ (ص: ٢٤٠-٢٤١).

المبحث الرابع

الشرط الجزائي في البطاقات الائتمانية[1]

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الشرط الجزائي

• تعريفه باعتباره مركبا إضافيا:

الشرط: سبق تعريفه لغة واصطلاحا[2].

الجزاء لغة: مصدر جزى يجزي، ويطلق في اللغة على عدة معان: المكافأة على الشيء، ومنها: الجزاء: العقاب، ومنها: الجزاء بمعنى القضاء يقال جزيت فلانا حقه أي قضيته، ومنها: الجزاء بمعنى العوض والبدل-وهو أقرب المعاني للمراد-[3]. والجزاء اصطلاحا: هو الثواب على العمل الحسن، والعقاب على العمل السيئ[4].

---

(١) سميت هذه البطاقات بالبطاقات الائتمانية؛ لاشتمالها على القرض، والقرض من صور الائتمان؛ لأن الائتمان مبادلة مالٍ حاضرٍ بمؤجل، والقرض كذلك. مقدمة في المعاملات المالية وبعض التطبيقات المعاصرة، ليوسف الشبيلي (ص: ٥٣) http://www.shubily.com/index.php?news=82.

(٢) في صفحة رقم (١٤٥).

(٣) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (١٤/ ١٤٣-١٤٦) مادة [جزى]، تاج العروس، للزبيدي (١/ ١٧١) مادة [جزا]، النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (١/ ٢٧٠)

(٤) ينظر: الشرط الجزائي، لمحمد اليمني (ص: ٤٨).

* تعريفه باعتباره لقبا:

تعريفه عند الفقهاء المعاصرين: اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن على المدين، إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو تأخر في تنفيذه[1].

وقيل :هو التزام زائد مضاف إلى العقد بالتعويض المعيّن متى وقع الاخلال الاختياري المؤدي إلى الضرر[2].

وتعريفه عند القانونيين: أنه اتفاق بين متعاقدين إذا لم يقم المدين بالتزامه، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن، إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه. وهذا هو التعويض عن التأخير. هذا الاتفاق يسمى بالشرط الجزائي، ويسمونه أيضاً بالتعويض الاتفاقي[3].

وقيل: هو اتفاق الطرفين مسبقاً في العقد، أو في عقد لاحق يكمله على مقدار التعويض عن الضرر الواقع عن الإخلال بتنفيذ الالتزام على أن يتم هذا الاتفاق قبل وقوع الإخلال بالتنفيذ[4].

(١) ينظر: بحث "الشرط الجزائي"، للصديق الضرير، المقدم إلى المجمع الفقهي في دورته الثانية عشر (٢/ ٥٤١٢).

(٢) ينظر: الشرط الجزائي، لمحمد اليمني (ص: ٤٩).

(٣) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، للسنهوري (٢/ ٨٥١).

(٤) ينظر: الوافي في شرح القانون المدني، لسليمان مرقس (٤/ ١٧٧).

المطلب الثاني

تعريف البطاقات الائتمانية وأنواعها، Credit Card

تعريفها[١]:

هي مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري - بناء على عقد بينهما - يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالًا لتضمنه التزام المصدر بالدفع[٢]. بحيث يكون قد تم الاتفاق بين العميل والبنك المصدر على إعطائه سقفا كالحساب الجاري المدين يستطيع استخدام البطاقة به. وهي بطاقة التي تصدرها البنوك للعملاء بالتعاون مع شركات الدفع الدولية مثل: "فيزا، ماستركارد، أمريكان اكسبريس"، حيث يستطيع حامل البطاقة استخدامها في إجراء عمليات سحب نقدي أو لدفع قيمة مشترياته من المحلات التجارية التي تقبل التعامل فيها ومن ثم تسديد قيمتها لاحقاً، حيث يمكن للعميل إما تسديد إجمالي المبلغ أو تسديد الحد الأدنى[٣].

أنواعها[٤]:

١ - بطاقة الائتمان العادية: "بطاقات الخصم الشهري":

---

(١) ورد لها تعريفات عديدة زادت عن بضع وعشرين تعريفا، البطاقات الذكية، لمحمد العريمي (٧٢-٩٣).

(٢) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة ١٤١٢هـ (٧/ ١/ ٦٥)، مجلة المجمع (٧/ ٨٣٥).

(٣) ينظر: موقع مؤسسة النقد بالمملكة العربية السعودية SAMA.
http://www.sama.gov.sa/ar-sa/ConsumerProtection/Pages/topBanksconsumers.aspx

(٤) كما تقسم عند بعض المعاصرين إلى بطاقات ائتمانية مغطاة وغير مغطاة، ومنهم من يقسمها إلى بطاقات سحب من الرصيد وبطاقات إقراض. ينظر: مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته العاشرة رقم ١٠٢/ ٤/ ١٠ وفي دورته الثانية عشرة، موضوع (بطاقات الائتمان غير المغطاة).

وهي التي يمنح فيها البنك المصدر حامل البطاقة قرضا في حدود معينة، بحسب درجة البطاقة: فضية أو ذهبية، ولزمن معين، يجب تسديده كاملا في وقت محدد متفق عليه عند الإصدار، يترتب على حاملها لدى تأخير السداد زيادة مالية ربوية[1].

وتقوم فكرتها على أن تدخل الشركة المصدرة ممولة للمشتري، على أن يخصم من المبلغ المسدد للتاجر جزء يسير للشركة المصدرة[2]. وهي بطاقة محلية، ودولية، تصدر برسوم اشتراك، ورسوم تجديد، تمكن حاملها من استخدامها في المحلات التجارية للشراء، أو تلقي الخدمات في مكاتب الطيران، أو الفنادق، أو المطاعم ونحوها، ويطالب البنك -المصدر لها- حاملها بتسديد مسحوباته خلال مدة لا تزيد عن شهر غالباً، وفي حال المماطلة يقوم بالبنك بمطالبته، ويلقي البنك البطاقة، ويرتب عليه فوائد التأخير[3].

وأشهر أنواع هذه البطاقة: أمريكان اكسبرس(البطاقة الخضراء) "American Express Credit Card" (Green Card).

٢ - بطاقة الائتمان الإقراضية: "الدين المتجدد".

وهي التي تمنحها البنوك المصدرة لها لعملائها، على أن يكون لهم حق الشراء والسحب نقدا في حدود مبلغ معين، ولهم تسهيلات في دفع قرض مؤجل على أقساط، وفي صيغة قرض ممتد متجدد على فترات،

---

(١) وتسمى أيضا: بطاقة الوفاء المسهل، أو بطاقة السحب(الخصم) الشهري، بطاقة الدفع الشهري، ينظر: المعاملات المالية المعاصرة، لوهبة الزحيلي (ص: ٥٤١)، قضايا فقهية معاصرة، لنزيه حماد (ص: ١٤٩).

(٢) ينظر: البطاقات الائتمانية، لمحمد العصيمي (ص: ١٠٤).

(٣) ينظر: بطاقات الائتمان حقيقتها البنكية التجارية وأحكامها الشرعية، لبكر أبو زيد (ص: ٩).

بفائدة محددة هي الزيادة الربوية[1]. ويقوم شهريًا بدفع فوائد تأخير، وتحسب الفوائد بصفة يومية على المبالغ المعلقة. وهذه أكثر أنواع البطاقات انتشارًا وخصوصًا في الدول المتقدمة.

وأشهر أنواع هذه البطاقات فيزا "Visa"، وماستر كارد "Master Card"، وأمريكان اكسبرس "America Express"، وفي بريطانيا أكسس "Access"، ويورو كارد "Eurocard"[2].

(١) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة، لوهبة الزحيلي (ص: ٥٤٣).

(٢) ينظر: الائتمان المولد على شكل بطاقة، مع صيغة مقترحة لبطاقة ائتمانية خالية من المحظورات الشرعية، لمحمد القري، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة ١٤١٤هـ (٨/ ١٠٤٢)، المعيار الشرعي رقم (٢) من المعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ١٤٢١هـ (ص: ٦٦)، بطاقات الائتمان البنكية في الفقه الإسلامي، لفتحي شوكت، رسالة ماجستير مقدمة لقسم الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية بفلسطين ٢٠٠٧م (ص: ٢٠-٢١).

المطلب الثالث

وجه اختلال التوازن في الالتزام بالشرط الجزائي في البطاقات الائتمانية

الشرط الجزائي يُصحح؛ لأنه في مصلحة العقد إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدود له، وبناءً على اعتباره عقوبة مالية في مقابلة الاخلال بالالتزام حيث أن الاخلال به مظنة الضرر وتفويت المنافع ولأن في تصحيحه ورجوب الوفاء به سداً لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله، وسبباً من أسباب الحفز على الوفاء بالوعود والعهود تحقيقاً لقوله تعالى﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١][1].

أما الشرط الجزائي في بطاقات الائتمان التي تصدرها البنوك الربوية، فالبنوك الربوية تشترط على العميل أنه متى ما تأخر عن السداد لو تأخر عن السداد ولو ليوم واحد فإن البنك يأخذ عليه غرامة تأخير[2] يزيد في الدين المستحق عليه، يقول: عن كل يوم تتأخر فيه عن السداد تأخذ مثلا واحد بالمائة من قيمة الدين المستحق في ذمتك فإذا اشتمل عقد البطاقة على هذا الشرط فإن البطاقة تكون محرمة؛ لأن هذا الشرط فاسد، ولا يجوز، وهو شرط ربوي، فلا يجوز للمسلم أن يدخل في

---

(١) بعض ما ورد في قرار هيئة كبار العلماء رقم (٢٥) في دورته الخامسة المتعلق بالشرط الجزائي ١٣٩٤هـ.

(٢) هناك فتاوى صادرة من بنك المغرب الإسلامي في السودان، وبيت التمويل الكويتي، ندوة البركة الثانية عشرة قرارات وتوصيات الندوة (ص: ٢٠٦)، أجازت ذلك بشرط كون المدين مماطلا وليس معسرا مستحقا للإنظار، وأن تصرفه في وجوه الخير العامة، ينظر: بطاقات الإئتمان وتصورها والحكم الشرعي عليها، لعبدالستار أبو غدة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة (١٢/ ١٣٣٦). والذي يترجح للباحث أن هذه الغرامات ربا، ولا يجوز فرضها، وصرفها في وجوه الخير لا يغير حكمها.

عقد فيه شرط فاسد قد يلزم به؛ لأنه قد يقع في الربا فيتأخر عن السداد فيلزم بدفع الربا، فيكون قد وقع في المحظور.

فهذا الشرط فيه اختلال لتوازن العقد؛ بمخالفته لأحكام الشارع لتضمنه الربا؛ لأن الشرط الجزائي نقودا ومحل الالتزام نقود أيضا ففي هذه الحالة إذا استحق الشرط الجزائي بشرط التأخير في تنفيذ العقد أو الالتزام فهو الربا المحرم النسيئة. فتضمن الربا، فيكون العقد باطلا مختلا؛ وسبب اختلاله هو مخالفة حكم الشارع في تحريم الربا، ولأن هذا الشرط تضمن ضررا للمتأخر عن السداد؛ وذلك بإلزامه بأكثر مما اقترض، فالأصل أن القروض ترد بمثلها، واشتراط الزيادة لا يجوز إجماعا[1].

فيجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينًا؛ فإن هذا من الربا الصريح، ولا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه -يعني في الديون- لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير[2].

(1) الزيادة المشروطة لا تجوز بالإجماع، ينظر في نقل الإجماع: الإجماع، لابن المنذر (ص: ١٣٦)، الإقناع، لابن القطان (٢/ ١٩٦)، الاستذكار، لابن عبدالبر (٢١/ ٥٤)، مراتب الإجماع، لابن حزم (ص: ٩٤)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٣/ ٤١٣)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٤٣٤)، فتح الباري، لابن حجر (٥/ ٥٧).

(2) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (١٠٩) ١٤١٥هـ، فتاوى هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية فتوى رقم (١٧٣٨٩)، والفتوى رقم (١٧٣٨٩)، فتاوى اللجنة الدائمة (١٣/ ٥٢٤-٥٢٧)، المعيار الشرعي رقم (٢) الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ١٤٢١هـ (ص: ٢١).

المبحث الخامس

هدايا المصارف لأصحاب الحسابات الجارية[1]

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الهدية لغة واصطلاحا

الهدية لغة: ما أتحفت به، يقال: أهديت له وإليه. والجمع هدايا، يقال: وأهدى الهدية إهداء وهداها[2]. وقيل الهدية: ما يؤخذ بلا شرط الإعادة[3].

والهدية اصطلاحا: تعريفات الفقهاء للهدية متقاربة وعرّفوها بأنها: تمليك في الحياة بغير عوض[4].

---

(1) وتسمى الودائع الاستثمارية، وتسمى الودائع المصرفية النقدية، وتسمى الودائع تحت الطلب، وتسمى الودائع الحسابية. ينظر: الحساب الجاري: الودائع المصرفية، أسامي حمود، بحث مقدم للمجمع الفقهي في دورته التاسعة مجلة المجمع (٩/ ٤٩٦)، العلاقة المصرفية والآثار الشرعية، لعبدالله السعراني، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات الشرعية، العدد الثامن ١٤٣٤هـ (ص: ١٤)، فقه المعاملات المالية المعاصرة، لمحمد شبير (ص: ١٦٠).

(2) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (١٥/ ٣٥٧-٣٥٨) مادة [هدي]، القاموس المحيط، للفيروزآبادي (ص: ١٣٤٥) مادة [هدي].

(3) ينظر: التعريفات، للجرجاني (ص: ٢٥٦).

(4) هذا تعريف الحنابلة، المغني، لابن قدامة (٦/ ٤١)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، للبهوتي (٢/ ٤٣٠)، ينظر في تعريفات المذاهب: البحر الرائق، لابن نجيم (٤/ ٤٠١)، تبين الحقائق، للزيلعي (٥/ ٩١)، مواهب الجليل، للحطاب (٦/ ٤٩)، الشرح الكبير، للدردير (٤/ ٩٧)، المهذب، للشيرازي (٢/ ٣٢٥)، روضة الطالبين، للنووي (٥/ ٣٦٤).

وفرّق الفقهاء بناءً على باعث التمليك، فإن كان يقصد به وجه الله تعالى عبادةً محضةً من غير قصد في شخص معين، ولا طلب عوض من جهته فهذا صدقة[1]. وإن كان المقصود منه الإكرام، أو التودد أو الصلة، أو التألف، أو المكافأة، أو طلب حاجة، أو نحو ذلك، فهو هدية[2]، فيقال الهدية: تمليك من غير عوض، لغير حاجة المُعطِي[3].

(١) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي (٥/ ١٠٤)، الذخيرة، للقرافي (٦/ ٢٢٣)، مغني المحتاج، للشربيني (٣/ ٥٥٩)، منتهى الإرادات، لابن النجار (٣/ ٣٩٠)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٣١/ ٢٦٩).

(٢) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني (٣/ ٥٥٩)، الشرح الكبير، لعبدالرحمن ابن قدامة (٦/ ٢٨٩)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٣١/ ٢٦٩)، الإنصاف، للمرداوي (٧/ ١٦٤). فذهب الحنفية، والمالكية إلى أن الهبة هي الهدية، فكل مالا يقصد به وجه الله من التمليكات بلا عوض، فإنها هبات. ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١١٥)، مواهب الجليل (٦/ ٤٩).

(٣) ينظر: الحوافز التجارية التسويقية، لخالد المصلح (ص: ٦٦)، أحكام الهدية في الفقه الإسلامي، لسعيد وجيه، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، بجامعة النجاح الوطنية بفلسطين ٢٠١١م (ص: ٢٢).

المطلب الثاني

تعريف الحساب الجاري[١]

تعريفه: هو سجل في دفاتر البنك يخصصه لأحد عملائه، يتمكن خلاله من إيداع الأموال في أي وقت، واسترداد تلك الأموال بالسحب عند طلبه أو الحوالة عليه.

وقد سمي جاريا لأنه يزيد وينخفض بدون قيود عن طريق استخدام الشيكات. ويمكن لهذا العميل أن يودع أي مبلغ يشاء، إذ لا حدود عليا لذلك، ويمكنه أن يسحب أي مبلغ في أي وقت وبأي وسيلة ممكنة له ضمن حدود رصيده الدائن (دائن للبنك) في ذلك الحساب[٢]. وقيل الوديعة المصرفية: هي مال يضعه صاحبه لدى أحد بيوت المال - البنوك والمصارف - إما بصفة محققة أو من أجل استثماره والاستفادة من ريعه[٣].

يقصد بالوديعة المصرفية النقدية في خصوص هذا المطلب- النقود التي يعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى البنك، على أن يتعهد الأخير بردها أو برد مبلغ مساو لها إليهم أو إلى شخص آخر معين، لدى الطلب أو

---

(١) ولا يشترط أن يكون أحد طرفي الحساب الجاري بنكا، إذ يجوز أن يفتح الحساب الجاري بين شخصين بينهما عمليات مالية متصلة، كما هو الشأن بين الموكل والوكيل بالعمولة وبين الشركاء والشركة، ولكن الغالب أن يفتح الحساب الجاري بين البنك وعميله التاجر-وهو المراد في هذا المطلب-. ينظر: العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، لمحمد الجبر (ص: ٢٤٢) بتصرف يسير.

(٢) ينظر: الحسابات والودائع المصرفية، لعلي القره داغي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته التاسعة مجلة المجمع (٩/ ٣٢٣)، الاصطلاحات الفقه والبنوك، لقريد طاهر، وعبدالوهاب الأمين(ص: ١٤٧).

(٣) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة، لوهبة الزحيلي (ص: ٤٥٧).

بالشروط المتفق عليها[1].

والحساب الجاري يكيّف على أنه قرض[2]، والقرض[3] له أحكام في الشريعة تخصه، لا من جهة أصله، ولا من جهة الأحكام المتعلقة به، كالضمان، وكالمنفعة اللاحقة للعقد: سواء كانت المنفعة للمقترض، أو للمقرض، أو كانت منفعة مشتركة للمقترض والمقرض معاً، والمنفعة الحاصلة للمُقرِض هي محل البحث.

وبناءً على هذا التكييف -الراجح- للحساب الجاري يترتب عدة أمور:

---

(١) ينظر: عمليات البنوك، لعلي جمال الدين عوض (ص: ٢٥).

(٢) وهو ما اختاره مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في قرار رقم (٩٠) ١٤١٥هـ، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم (٨٦) ١٤١٥هـ، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية-المعيار (١٩) (ص: ٢٧١)، وعليه عامة هيئات الفتوى المعاصرة، وأكثر الباحثين المعاصرين. ينظر: الربا والمعاملات المصرفية، لعمر المترك (ص: ٢٤٦)، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية، للسالوس (١/ ١٦٤)، والحسابات والودائع المصرفية للقري، مجلة المجمع (٩/ ٥٤٣)، والحسابات والودائع المصرفية، لمحمد تقي العثماني، مجلة المجمع (٩/ ٥٩١)، المضمضة في القرض، لعبدالله العمراني (ص: ٢٩٤)، والقول الثاني أنها وديعة بالمعنى الشرعي، وقال به حسن الأمين، وعبدالرزاق الهيتي. ينظر: الودائع المصرفية النقدية (ص: ٢٣)، والمصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق (ص: ٢٦١)، والقول الثالث: وديعة مضمونة، وهذا قول الأستاذ الدكتور نزيه حماد، ينظر: التكييف الفقهي للحساب الجاري، لنزيه حماد (ص: ١)، والقول الرابع: أنه عقد مستحدث ويميل إلى أنه قرض. ينظر: التكييف الشرعي للحساب الجاري، د. يوسف الشبيلي (ص: ١).

(٣) القرض لغة: القاف والراء والضاد أصل صحيح، وهو يدل على القطع، ما تعطيه من المال لتقضاه، وكسر القاف لغة فيه. و (استقرض) منه طلب منه القرض (فأقرضه)، و(اقترض) منه أخذ منه القرض. القرض اصطلاحاً: وهو دفع المال إلى الغير ليتفع به ويرد بدله. ينظر مقاييس اللغة، لابن فارس (٥/ ٧١) مادة [قرض]، مختار الصحاح، للمرهوري (ص: ٢٥١) مادة [ق ر ض]، المبدع شرح المقنع، لإبراهيم بن مفلح (٤/ ١٩٤)، وقريباً من تعريف الحنابلة تعريفات المذاهب الأخرى، ينظر: الدر المختار، للحصكفي (ص: ٤٢٩)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٢٢)، روضة الطالبين، للنووي (٤/ ٣٢).

الأول: أن يد البنك يد ضمان فهو يضمن تلك الأموال على أية حال سواء فرط أو تعدى أو لم يفرط ولم يتعد.

والثاني: أنه لا يجوز للبنك أن يعطي العميل فوائد على تلك الحسابات؛ لأنه إن أعطاه فائدة فهذا يدخل في ربا القروض، يكون من ربا القروض فلذلك لا يجوز.

الثالث: الهدايا التي يقدمها البنك لعملائه، دون أن تختص بأصحاب الحسابات الجارية، فالأظهر جوازها؛ لأنها ليست بسبب القرض[1].

(١) ينظر: فقه المعاملات المصرفية، ليوسف الشبيلي (ص: ٤٢).

المطلب الثالث

وجه اختلال التوازن في هدايا المصارف لأصحاب الحسابات الجارية[1]

الأصل أن الهدية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾ [النحل: ٩٠]. فالعدل هو كل مفروض، من عقائد وشرائع في أداء الأمانات، وترك الظلم والإنصاف، وإعطاء الحق، والإحسان هو فعل كل مندوب إليه، فمن الأشياء ما هو كله مندوب إليه، ومنها ما هو فرض، إلا أن حد الإجزاء منه داخل في العدل، والتكميل الزائد على الإجزاء داخل في الإحسان[2]. والهدية داخلة في عموم الإحسان الوارد في الآية. وقال ﷺ: «لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت ولو أهدي إلي ذراع أو كراع لقبلت»[3]. قال ابن بطال[4]: «أشار ﷺ بالكراع والفرسن إلى الحض على قبول الهدية ولو قلت لئلا يمتنع

---

(١) ويجوز تقديم البنك جوائز إلى أصحاب حسابات الاستثمار؛ لأن أرصدة هذه الحسابات مملوكة لأصحابها والبنك مضارب لهم فيها بحصته من الربح، على أن لا يؤدي منح هذه الجوائز إلى ضمان رأسمال المضاربة أو جزء منه كما في حالة حدوث خسارة، وذلك لأن ضمان المضارب لرأس مال المضاربة لا يجوز شرعا، على أن يكون دفع هذه الجوائز من أموال البنك لا من أرباح حسابات الاستثمار لأن المضارب ليس له التبرع من أموال المضاربة. ينظر: قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي رقم (٢٥٥) (١/ ٥٤٣)، قرارات وتوصيات ندوة البركة الثالثة والعشرون للاقتصاد الإسلامي ١٤٣٢هـ.

(٢) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٠/١٦٦).

(٣) أخرجه البخاري: كتاب الهبة وفضلها باب القليل من الهبة ح(٢٥٦٨)، وأخرجه مسلم في كتاب النكاح باب من أجاب إلى كراع ح(٤٨٨٣).

(٤) أبو الحسن علي بن خلف بن بطال البكري، يعرف بابن اللحام، أصلهم بقرطبة، كان من أهل العلم والمعرفة، له مصنفات منها: شرح البخاري، وكتاب في الزهد والرقائق، توفي سنة ٤٤٩هـ. ينظر في ترجمته: ترتيب المدارك، للقاضي عياض (٨/ ١٦٠)، الديباج المذهب، لابن فرحون (٢/ ١٠٥).

الباعث من الهدية لاحتقار الشيء فحض على ذلك لما فيه من التآلف»[1]. وقد نقل الإجماع غير واحد من أهل العلم[2].

بيد أن الهدايا التي تقدمها البنوك لعملائها لها أحكام تخصها، بعد أن تقرر أن ما يودعه العملاء في البنك ما هو إلا قرض، والقرض عقد اجتمع فيه جانب المعاوضة وجانب التبرع، أما المعاوضة: فلأن المستقرض يجب عليه رد بدل مماثل عوضا عما استقرضه، وأما التبرع: لأنه تبرع من المقرض للمستقرض بالانتفاع بالمال المقرّض بسائر التصرفات، غير أن جانب التبرع في هذا العقد أرجح؛ لأن غايته وثمرته إنما هي بذل منافع المال المقرض للمقترض مجانا؛ لأنه لا يقابله عوض في الحال من عقود التبرّعات، ولأنه شرع رفقا بأهل الحاجات، ويختلف حكم هذه المنفعة وحالها بين نوعين:

النوع الأول: أن تكون المنفعة -الهدايا- مشروطة في العقد، أو بعده، أو كان العرف يقتضيها، فهي ملحقة بربا القرض بإجماع أهل العلم.[3]

النوع الثاني: المنافع غير المشروطة وتنقسم إلى قسمين:

---

(١) شرح صحيح البخاري (٧/ ٨٧-٨٨).

(٢) نقله الزيلعي في تبيين الحقائق (٥/ ٩١)، والصاوي في بلغة السالك (٤/ ١٣٩)، والماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٤٣٤)، وابن قدامة في المغني (٦/ ٤١).

(٣) المنافع المشروطة لا تجوز بالإجماع، ينظر في نقل الإجماع: الإجماع، لابن المنذر (ص: ١٣٦)، الإقناع، لابن القطان (٢/ ١٩٦)، الاستذكار، لابن عبدالبر (٢١/ ٥٤)، مراتب الإجماع، لابن حزم (ص: ٩٤)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٣/ ٤١٣)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/ ٣٣٤)، فتح الباري، لابن حجر (٥/ ٥٧)، وينظر في اتفاق المذاهب: بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ٣٩٥)، الكافي، لابن عبدالبر (٢/ ٧٢٨)، روضة الطالبين، للنووي (٤/ ٣٤)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٤٣).

أ - الهدايا المالية غير المشروطة: تعمد بعض المصارف إلى توزيع عوائد نقدية على الحسابات الجارية، باعتبار أن تلك العوائد هبة من المصرف لأصحاب الحسابات الجارية، من غير أن تكون مشروطة في العقد، ويراعى عادة مقدار الحساب الجاري ومدة بقائه، والحكم في هذه الهدايا النقدية التحريم؛[1] فلا يجوز للمصرف تقديم هدايا للعميل إذا كان سببها القرض؛ لقوله ﷺ "إذا أقرض أحدكم قرضا، فأهدى له، أو حمله على الدابة، فلا يركبها ولا يقبله، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك"[2]. وأتى رجل عبد الله بن عمر ﷺ فقال: إني أقرضت رجلا بغير معرفة فأهدى إلي هدية جزلة، فقال: رد إليه هديته أو احسبها له[3].

---

(١) ينظر: المعيار الشرعي رقم (١٩) الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، القرض (ص: ٢٧١)، قرارات وتوصيات ندوة البركة الثالثة والعشرون للاقتصاد الإسلامي ١٤٢٣هـ.

(٢) أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام باب القرض (٢/ ٨١٢) برقم (٢٤٣٢)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى كتاب البيوع باب كل قرض جر منفعة فهو ربا (٥/ ٥٧٣) برقم (١٠٩٣٤) ثم قال البيهقي: " رواه هشام بن عمار، عن إسماعيل، عن حبة، عن يحيى بن أبي إسحاق عن أنس بن مالك به، قال هشام: في هذا الحديث يحيى بن أبي إسحاق الهنائي ولا أراه إلا وهم، وهذا حديث يحيى بن يزيد الهنائي، عن أنس ورواه شعبة ومحمد بن دينار فوقفاه. ورجح ابن التركماني في الجوهر النقي (٥/ ٣٥٠) أن الحديث لابن أبي اسحاق لا ابن يزيد. وضعف هذا الإسناد غير واحد من أهل العلم لأكثر من علة: البوصيري في مصباح الزجاجة (٣/ ٧٠)، الشوكاني في نيل الأوطار (٥/ ٢٧٤)، وقد ذكر الألباني للحديث خمس علل، السلسلة الضعيفة (٣/ ٢٠٣)، وحسنه ابن تيمية في الفتاوى الكبرى (٦/ ١٥٩)، وحسنه المناوي، فيض القدير (١/ ٢٩٢)، وأصلح إسناده عبد الحق الإشبيلي في كتاب الأحكام الوسطى (٣/ ٢٨٩)، والراجح-والله أعلم- أن الحديث حسن لغيره؛ لوروده من عدة طرق، رجاه عن النبي ﷺ قال: "إذا أقرض الرجل الرجل فلا يأخذ هدية"، رواه البخاري في تاريخه، ورواه سعيد بن منصور في سننه، ولما له من شواهد موقوفة عن الصحابة تدل على معناه وتؤيده. ينظر في تنقيح الأنظار: إعلام الموقعين، لابن القيم (٣/ ١٣٥)، مرقاة المفاتيح في شرح مشكاة المصابيح، للملا علي قاري (٥/ ١٩٣٦).

(٣) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه كتاب البيوع باب الرجل يهدي لمن أسلفه (٨/ ١٤٤) برقم =

وجاء رجل إلى ابن عباس ﷺ فقال: إني أقرضت رجلا يبيع السمك عشرين درهما، فأهدى إلي سمكة قومتها بثلاثة عشر درهما، فقال: خذ منه سبعة دراهم[1]. وجاء عن ابن عباس ﷺ أنه قال: إذا أسلفت رجلا سلفا فلا تأخذ منه هدية ولا عارية ركوب دابة[2]. فنهى النبي ﷺ هو وأصحابه المقرض عن قبول هدية المقترض قبل الوفاء؛ فإن المقصود بالهدية أن يؤخر الاقتضاء - وإن كان لم يشترط ذلك - سدا لذريعة الربا[3]. وقال القرافي: "لا تقبل هدية غريمك إلا أن يعتاد مهاداتك قبل الدين وتعلم أن هديته ليس لأجل الدين؛ لأنه يهاديك رجاء التأخير فهو ذريعة لربا الجاهلية"[4]. والهدية تكون ذريعة إذا كانت لأجل التأخير في ربا النسيئة، وأما في ربا الفضل فالهدية ربا بعينه، وهما متداخلان فالمقرض إنما يقرض لأجل الزيادة، والمقترض إنما يهدي لأجل

= (١٤٦٥٥)، وفي لفظ آخر "أرددها له أو اقبله عليها" برقم (١٤٦٥٤)، وأخرج ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية باب الرجل يكون له القرض على الرجل فيهدي إليه(٤/ ٣٢٦) برقم(٢٠٦٧٢)، وإسناده صحيح، صححه ابن حزم، المحلى(٦/ ٣٦٠).

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى مختصرا في كتاب البيوع باب كل قرض جر منفعة فهو ربا (٥/ ٥٧٢) برقم (١٠٩٣١)، ورواه الأثرم، وذكره ابن قدامة في المغني (٤/ ٢٤١)، وصححه الشيخ عبد الله بن الشيخ محمد بن عبد الوهاب، الدرر السنية (٦/ ٢١٥)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٥/ ٢٢٨) برقم (١٤٠١).

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه كتاب البيوع باب الرجل يهدي لمن أسلفه (٨/ ١٤٢) برقم (١٤٦٥٠) قال: أخبرنا معمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن عكرمة، عن ابن عباس ﷺ، ورواه حرب الكرماني في مسائله عن الإمام أحمد (ص: ٦٩٤)، والحديث إسناده صحيح ورجاله ثقات، وصححه ابن حزم في المحلى (٦/ ٣٦٠).

(٣) ينظر: الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٦/ ١٦٠)، إعلام الموقعين، لابن القيم (٢/ ١٣٦).

(٤) ينظر: الذخيرة (٥/ ٢٩٤)، وجاء مثله عن غير واحد من علماء المالكية، كالدردير في الشرح الكبير (٣/ ٢٢٤)، والحطاب في مواهب الجليل (٤/ ٥٤٧)، وابن شاس في عقد الجواهر الثمينة (٢/ ٧٥٩).

التأخير، فلا يتم التأجيل إلا بالزيادة، ولا تدفع الزيادة إلا من أجل التأخير، والهدية إنما هي من أجل التأجيل[1].

ب - الهدايا العينية[2]: ولها ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن تكون متفاوتة بتفاوت مقدار ما يحتوي عليه الحساب الجاري ومدته، فهذه الأظهر -والله أعلم- منعها؛ لأنها بسبب القرض، ولدخولها في ما روي عن النبي ﷺ "كل قرض جر نفعا فهو ربا"[3].

---

(١) ينظر: مقاصد الأحكام المالية عند ابن القيم، لمحمد اليسعي (ص: ٥٥٤).

(٢) اختلف الفقهاء في حكمها إذا كانت من غير شرط على قولين-في المجملة-: الأول: ما ذهب إليه المالكية، والمذهب عند الحنابلة، وبه قال جمع من الصحابة المنع منها وتحريمها، والثاني: هو مذهب الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد، قال بها ابن حزم بجوازها. ينظر في الأول: مواهب الجليل، للحطاب (٦/ ٥٢٩)، عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/ ٧٦٠)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٤١)، الإنصاف، للمرداوي (٥/ ١٣٣)؛ وينظر في الثاني: مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٣٤)، نهاية المحتاج، للرملي (٤/ ٢٣١)، المبدع، لإبراهيم ابن مفلح (٤/ ٢١٠)، المحلى، لابن حزم (٦/ ٣٥٩).

(٣) روي مرفوعا من علي بن أبي طالب ﷺ، أخرجه بن أبي أسامة في بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث، انتقاه الهيثمي (١/ ٥٠٠) برقم (٤٣٧)، المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، لابن حجر (٧/ ٣٦٢)، نصب الراية، للزيلعي (٤/ ٦٠)، البدر المنير، لابن الملقن (٦/ ٦٢٢)، وضعف رفعه الصنعاني، سبل السلام (٣/ ٧٤)، والشوكاني، نيل الأوطار (٥/ ٢٧٦)، والألباني، إرواء الغليل (٥/ ٢٣٩)، وفي المغني عن الحفظ والكتاب، لابن بدر الموصلي باب كل قرض جر منفعة فهو ربا: لم يصح فيه شيء عن رسول الله ﷺ (٢/ ٤٠٢)، وروي موقوفا عن فضالة بن عبيد ﷺ، السنن الكبرى، للبيهقي (٥/ ٥٧٣) برقم (١٠٩٢٢)، وقد تكلم في بعض رجال الحديث كعبدالله بن عياش وإدريس بن يحيى، الجرح والتعديل، لابن أبي حاتم (٥/ ١٢٦) و (٢/ ٢٦٥)، الثقات، لابن حبان (٣/ ٢١٨)و (٨/ ١٢٢)، تهذيب التهذيب، لابن حجر (٥/ ٣٥١)، وأخرج البيهقي آثارا عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس ﷺ، معرفة السنن والآثار (٨/ ١٦٨) برقم (١١٥١٧-١١٥١٨)، وحكاه عطاء عن الصحابة ﷺ، أخرجه ابن أبي شيبة كتاب البيوع والأقضية باب من كره كل قرض جر منفعة (٤/ ٢٢٧) برقم (٢٠٦٨٩)، وفي سنده حجاج بن أرطاة، وأبو خالد الأحمر، وروي مقطوعا في آثار عن النخعي والحسن ومحمد بن سيرين وقتادة، مصنف عبدالرزاق، ومصنف

إلا إذا جرت عادة بينهما بالتهادي قبل القرض، فإن كان بينهما عادة جارية به جاز.

وسبب المنع أن ذلك ذريعة إلى الزيادة في القرض، وقد يقصد المقترض محاباة المقرض بها ليمهله في الوفاء. قال الإمام مالك: لا تقبل هدية المديون ما لم يكن مثلها قبل أو حدث موجب لها[1]. وقال الشوكاني: "والحاصل أن الهدية والعارية ونحوهما إذا كانت لأجل التنفيس في أجل الدين، أو لأجل رشوة صاحب الدين، أو لأجل أن يكون لصاحب الدين منفعة في مقابل دينه فذلك محرم؛ لأنه نوع من الربا أو رشوة وإن كان ذلك لأجل عادة جارية بين المقرض والمستقرض قبل التداين فلا بأس"[2].

الحالة الثانية: أن تكون الهدايا لعملاء البنك، دون أن تختص بأصحاب الحسابات الجارية، فالأظهر جوازها؛ لأنها ليست بسبب القرض[3]. قال ابن القيم: " وإن كان المقرض قد ينتفع أيضا بالقرض كما في مسألة السفتجة، ولهذا كرهها من كرهها، والصحيح أنها لا تكره؛ لأن المنفعة لا تخص المقرض، بل ينتفعان بها جميعا"[4].

- ابن أبي شيبة (٤/ ٣٢٧-٣٢٨) برقم (٢٠٦٩١) و(٢٠٦٩٢)، المحلى، لابن حزم (٨/ ٨٦). فالحديث وإن كان ضعيفا إلا أن العلماء تلقوه بالقبول، واستدلوا به في مصنفاتهم، وجعلوه قاعدة، والتزموا عليه. ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ٣٩٥)، البحر الرائق، لابن نجيم (٦/ ١٣٢)، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، لخليل (٦/ ٦٤)، المقدمات الممهدات، لابن رشد (٢/ ٣١)، الوسيط، للغزالي (٣/ ٤٥٣)، أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٢/ ١٤٢)، الكافي، لابن قدامة (٢/ ٧٢)، المبدع، لإبراهيم بن مفلح (٤/ ٢٠٠).

(١) ينظر: المدونة (٣/ ١٧٩).

(٢) نيل الأوطار (٥/ ٢٧٥).

(٣) ينظر: المنفعة في القرض، لعبدالله العمراني (ص: ٤٠٤)، التحولات المصرفية، لعبدالكريم الخاطيل (ص: ١٣٠)، قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي رقم (٣٥٤) (١/ ٥٤٠).

(٤) إعلام الموقعين (١/ ٢٩٥).

الحالة الثالثة: أن تكون الهدايا من قبيل الهدايا التسويقية، والدعائية، كالتقاويم، والأقلام التي تحمل شعار المصرف. والذي يظهر -والله أعلم- جوازها هذه الهدايا المقدمة من المصارف الإسلامية؛ لأنها قد تكون للعميل صاحب الحساب الجاري أو لغير عملاء المصرف، فهي هدايا لعموم الناس، العميل وغيره، ولا يراعي البنك عند تقديمه لها رصيد العميل، فليست بسبب القرض، وإنما لغرض الدعاية والتعريف بالمصرف[1].

والاختلال في توازن العقد بين المقرض والمقترض، أن التوازن في عقد القرض يقتضي أن يرد القرض بمثله، فالزيادة عليه ظلم في حق المقترض سبب اختلالا افقد العقد توازنه، ووجه الظلم في اختلال طرفي المعادلة: الزيادة من جهة، وتكلفة الفرصة البديلة من جهة أخرى. فالزيادة على أصل القرض -وصورتها الشائعة الفائدة المصرفية- مؤكدة الحصول ومعلومة القدر، أما ما يتنازل عنه المقرض من عائد استثمار رأس ماله فهو غير مؤكد الحصول، وإن حصل فهو غير معلوم القدر، هذا التفاوت بين الزيادة ومقابلها هو مضمون الظلم الذي يجره القرض بزيادة على أصله[2].

---

(١) ينظر: قضايا فقهية معاصرة، تنزيه حماد (ص: ١٦٥)، فقه المعاملات المصرفية، أيوسف الشبيلي (ص: ٤٢-٤٣)، الحساب الجاري العلاقة المصرفية والآثار الشرعية، لعبدالله العمراني، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات الشرعية، العدد الثامن ١٤٣٤هـ (ص: ٣٠)، عقد القرض ومشكلة الفائدة، لمحمد رشيد الجزائري (ص: ٢٩٥)، قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي رقم (٣٥٥) (٥٤٣/١)، قال الشيخ ابن جبرين: "لو كانت البنوك تهدي لمن وضع المال فيها، هدية عامة تهديها لكل أحد. مثل أن بعض البنوك تهدي تقاويم، فلا بأس أن يقبلها؛ لأنها تهدى لمن أقرضهم المال ومن لم يقرضهم". لقاء الباب المفتوح عند (١٩٦) السؤال الثامن، مقاصد الأحكام المالية، لمحمد اليسي (ص: ٥٦٠).

(٢) مفهوم الزمن في الاقتصاد الإسلامي، أرفا سعد الله، ورقة مناقشة منشورة ضمن منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ١٤٢٠هـ (ص: ٣٧).

والزيادة تدخله في القرض الذي جر نفعاً، لا سيما أن البنك لم يسدد للعميل لأنه ما دام للعميل حساب لدى البنك فما دام الحساب مفتوحًا فهو ما زال مقترضًا، وقد ذهب عامة الفقهاء إلى تحريم إهداء المقترض للمقرض قبل السداد إلا أنْ يحتسبها من دينه وهذا لا يكون في الحسابات الجارية.

والاختلال كذلك راجع إلى مخالفة أحكام الشارع، لأن ذلك يؤدي إلى القرض بمنفعة يدخله في الربا وقد جاء أن عبد الله بن سلام ﷺ[1] قال لأبي بُرْدَةَ بن أبي موسى الأشعري ﷺ: "إنَّك بأرضٍ الرِّبا بها فاشٍ -يقصد أرض العراق- فإذا كان لك على رجُلٍ حقٌّ فأهدَى إليك حِمْلَ تِبْنٍ أو حمل شعيرٍ أو حمل قتٍّ فلا تأخذه فإنَّه ربا"[2]. أي أن قبول هدية المستقرض جار مجرى الربا من حيث إنه زائد على ما أخذه من المستقرض[3]. لأنه ذريعة أو قد يكون سببًا للزيادة في القرض. وكذلك ما يتعلق بالهدايا المصرفية. وأما ما يقدمه البنك من خدمات لا تعتبر هدايا وإنما كنوع من الخدمة التي تساعد العميل، أو تسهل له الحصول، أو الوصول إلى رصيده مثل أن يعطيه دفتر شيكات، أو يصدر البطاقة المصرفية بطاقة الصراف العادية بدون مقابل، مع أن البنك يتحمل رسومًا لإصدارها الأقرب -والله أعلم- أن هذه الخدمات ليست من الفائدة في القرض وأنها جائزة؛ لأنها فهي خدمة يقدمها البنك لِعَمِيلِهِ ليسهل له

---

(١) أبو الحارث الإسرائيلي عبد الله بن سلام ابن الحارث، وهو من ولد يوسف بن يعقوب عليهما السلام، الإمام الحبر، المشهور له بالجنة، حليف الأنصار من خواص أصحاب النبي ﷺ، اسمه: الحصين، فغيره النبي ﷺ بعبد الله توفي سنة ٤٣هـ. ينظر في ترجمته: أسد الغابة، لابن الأثير (٣/ ٢٦٥)، سير أعلام النبلاء، للذهبي (٢/ ٤١٥-٤٢٥).

(٢) أخرجه البخاري كتاب مناقب الأنصار باب مناقب عبدالله بن سلام ﷺ (٥/ ٣٨) برقم (٣٨١٤).

(٣) عمدة القاري، للعيني (١٦/ ٣٧٧).

الوصول إلى رصيده فهذه الخدمة جائزة مثل تخفيض أسعار الخدمات الأخرى أو إعفائه من تكاليفها[1].

(١) ينظر: المعيار الشرعي رقم (١٩) الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، (ص: ٢٧٠)، فقه المعاملات المصرفية، لوسف الشبيلي (ص: ٤٣)، الحسابات والودائع المصرفية، لعلي القره داغي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته التاسعة مجلة المجمع (٩/ ٥٤٦).

المبحث السادس

وقف[1] المرهون

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

مذاهب الفقهاء في حكم وقف المرهون

اختلف الفقهاء رحمهم الله في وقف المرهون على قولين:

الأول: قول الجمهور من المالكية[2]، والمذهب عند الشافعية[3]، ومذهب الحنابلة[4]، وبه أفتت اللجنة الدائمة بالمملكة العربية السعودية[5]. بعدم صحة وقف المرهون.

أدلتهم:

١ - لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير فلا يصح كالبيع والهبة[6].

---

(١) الوقف لغة: الحبس، ووقفت الدار وقفا حبستها في سبيل الله وشيء موقوف ووقف أيضا تسمية بالمصدر والجمع أوقاف، والوقف اصطلاحا: تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته. ينظر: المصباح المنير، للفيومي (٢/٦٦٩) مادة [و ق ف]، القاموس المحيط، للفيروزآبادي (ص: ٨٦٠) مادة [و ق ف]، الكافي، لابن قدامة (٢/ ٢٥٠)، كشاف القناع، للبهوتي (٤/ ٢٤٠).

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي (٤/ ٧٧)، الشرح الصغير، للدردير (٤/ ١٠٨). وحظروا صحة الوقف على إجازة المرتهن. بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ٦٠).

(٣) ينظر: روضة الطالبين، للنووي (٤/ ٤٠)، أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٢/ ٥٢).

(٤) ينظر: الشرح الكبير، لعبدالرحمن ابن قدامة (٤/ ٧٦)، دقائق أولي النهى، للبهوتي (٢/ ٤٠٠).

(٥) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة للإفتاء (١٦/ ١٤٥).

(٦) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٧٢).

٢ - للقاعدة الفقهية "المشغول لا يشغل"[١].

فلا يجوز إيراد عقدين على عين في محل واحد[٢].

فالعقدان -رهن ووقف- في محل واحد، في مكان واحد، في جهة واحدة؛ فهذا العقدُ لا يَقبل أن يُعقد عقد آخر في محله.

٣ - لأن تصحيح الوقف فيه إبطال لحق المرتهن من وثيقة الوقف[٣]، وقد قال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٤].

٤ - لأنه حق لله تعالى لا يصح إسقاطه بعد ثبوته فصار كالعتق[٥].

القول الثاني: قول الحنفية[٦]، ووجه عند الشافعية[٧]، وقول عند الحنابلة[٨]، وهو صحة وقف المرهون إذا كان الراهن حيا موسرا، وأما إن كان معسرا فلا يصح وقفه.

أدلتهم:

١ - لأنه يملكه، لكن يبقى حق المرتهن متعلقاً بالمرهون، فإن وفى الدين تطهرت وخلصت العين المرهونة من تعلق حق المرتهن بها، وإلا فله أن يطلب إبطال الوقف وبيع المرهون[٩].

---

(١) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٢٤٨)، المنثور، للزركشي (٣/ ١٧٤)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ١٥١).

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ١٥١)، وينظر: غمز عيون البصائر، لشهاب الدين الحسيني (٣/ ٢٤٢).

(٣) ينظر: الأم، للشافعي (٣/ ٢٠٠)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٣٢٤).

(٤) حديث صحيح سبق تخريجه (ص: ٥) في حاشية رقم (٣).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ٢٢٠).

(٦) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٦/ ٢٠١)، الدر المختار، للحصكفي (ص: ٤٧٧).

(٧) ينظر: المهذب، للشيرازي (٢/ ١٠٠)، فتح العزيز، للرافعي (١٠/ ٩٦).

(٨) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٥/ ١٥٥).

(٩) ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٦٧).

نوقش:

أن الرهن شُرِعَ مقبوضا بيد المرتهن، وللمالك فيه حق الملك، وللمرتهن فيه حق التوثقة، وتصرفه فيه بما يخالف ما شرع له باطل، ومخرج لعقد الرهن عن مقصوده.

٢ - أن حق المرتهن إنما هو في مالية المرهون، لا في عينه، وأما الوقف فمتعلق بعين الموقوف وبماليته، فإذا أمكن الجمع بين تنفيذ حق الجهة الموقوفة عليها، وحق المرتهن معا وجب المصير إليه[1].

نوقش:

أن حق المرتهن في الرهن، توثيقا لحقه، واستيفاء من الرهن إن لم يف الراهن، وهو سابق لوقفه، فالعقد ورد على محل قد شغل بعقد آخر، فهذا التصرف يسقط حق المرتهن في الاستيفاء عند عجز الراهن عن السداد، وهذا مما نهت عنه الشريعة من ضياع الحقوق، وحذرت منه. ووقفه للمرهون غير نافذ في حق المرتهن، ولا يمنع بيع المرهون لسداد الدين[2].

والراجح -والله أعلم- عدم صحة وقف المرهون؛ لأنه انتقل من ملك الراهن، وأصبح ملكا لغيره، فلا يسري تصرفه إليه، وتصرفه يخرجه عن مقصوده.

(١) ينظر: أحكام الأوقاف، لمصطفى الزرقا (ص: ٩٩)، بتصرف.
(٢) ينظر: محاضرات في الوقف، لمحمد أبو زهرة (ص: ١٢٢).

المطلب الثاني

بيان وجه اختلال التوازن في وقف المرهون[1]

أن الشريعة عنيت بما يصلح أحوال العباد في تعاملاتهم، ومن الأحكام التي شرعها الرب جلّت قدرته الرهن، وشرع لحكمة سامية، تدل على حفظ الشريعة للحقوق، وتوثيقها، ويقلّل النزاعات والخصومات بين المتعاقدين، قال تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. أي: فارتهنوا ممن تداينونه رهونا لتكون وثيقة لكم بأموالكم[2].

وقد اشتملت هذه الأحكام الحسنة التي أرشد الله عباده إليها على حكم عظيمة ومصالح عميمة دلت على أن الخلق لو اهتدوا بإرشاد الله لصلحت دنياهم مع صلاح دينهم، لاشتمالها على العدل والمصلحة، وحفظ الحقوق وقطع المشاجرات والمنازعات، وانتظام أمر المعاش، فلله الحمد كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه لا نحصي ثناء عليه[3].

وقد رهن النبي ﷺ درعه وتوفي ﷺ: "ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعا من شعير"[4]. فهذا دليل على مشروعية الرهن وهو مجمع على جوازه[5].

---

(١) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (١٠/٧٦١٥).

(٢) ينظر: معالم التنزيل في تفسير القرآن، للبغوي (١/ ٣٠٢).

(٣) ينظر: تيسير الكريم الرحمن، لابن سعدي (ص: ١١٩).

(٤) أخرجه البخاري: كتاب الجهاد والسير باب ما قيل في درع النبي ﷺ والقميص في الحرب ح(٢٩١٦)، وأخرجه مسلم: كتاب المساقاة: باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر ح(١٦٠٣).

(٥) ينظر: نيل الأوطار، للشوكاني (٥/ ٢٧٨).

فالحاجة إلى الوثيقة ماسة من الجانبين، فإن المستدين قلما يجد من يدينه بلا رهن والدائن يأمن بالرهن من التوى بالجحود أو بإسراف المدين في ماله بحيث لم يبق منه شيء أو بمحاصة غيره من الغرماء فكان فيه نفع لهما[1].

فهذه الحكمة من تشريع الرهن، توثيق للديون وقطع للتنازع، فهذا التوازن في عقد الرهن، وهو الموافق لمشروعيته، إلا أن إخراج عقد الرهن عن مقصوده بأي تصرف مخلٌّ بهذا التوازن، ومضيعٌ لحق المرتهن، وعلى هذا فوقف المرهون فيه إخلال بالتوازن، إلا أن يسدد الراهن ما لزمه للمرتهن من غير المرهون.

(١) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي (٦/ ٢٦٣).

البحث السابع

رهن[1] الشهادات الاستثمارية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الشهادات الاستثمارية[2]

هي سندات تمثل نصيبا في ملكية المحفظة ويصدرها البنك

---

(١) الرهن لغة: الراء والهاء والنون أصل يدل على ثبات شيء يمسك بحق أو غيره، من ذلك الرهن: الشيء يرهن، تقول رهنت الشيء رهنا، والجمع رهون ورهان ورهن، وتقول: ماء راهن، أي: راكد، ونعمة راهنة، أي: ثابتة دائمة، وقيل: هو من الحبس. واصطلاحا: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه. ينظر مقاييس اللغة، لابن فارس (٤٥٢/٢) مادة [رهن]، لسان العرب، لابن منظور (١٨٨/١٣) مادة [رهن]، المطلع على ألفاظ المقنع، للبعلي (ص: ٢٩٦)، الكافي، لابن قدامة (٧/ ٧٤).

(٢) وهي البديل الإسلامي لسندات الاستثمار في البنوك الربوية وتعرّف بأنها: سندات يشتريها الشخص بقصد الربح والادخار من طرق استثمارات خاصة، مع ضمان رد المثل. فهي وثيقة يعطيها البنك للشخص مقابل مبلغ من المال يعطيه الشخص للبنك على أن يقوم البنك بدفع فوائد مالية معينة بعد فترة زمنية محددة على حسب نوع الوثيقة. ينظر: سندات الاستثمار، لأحمد الخليل (ص: ٨٤)، المعاملات المالية المعاصرة، لوهبة الزحيلي (ص: ٣٨٤-٣٨٦)، المعاملات المالية المعاصرة، للسالوس (ص: ١٩٤)، وتسمى عند بعض الدول "بسندات الاستثمار"، وتسمى عند بعضها الآخر "شهادات الاستثمار"، فبعض البنوك الربوية يسمون شهادات القروض بشهادات الاستثمار؛ حتى لا ينفر الناس من هذه التسمية، ولكن العبرة بالحقائق، وتسميتها لا تغير حقيقتها، وهي محرمة شرعا من حيث الإصدار أو الشراء أو التداول، لأنها قروض ربوية سواء أكانت الجهة المصدرة لها خاصة أو عامة ترتبط بالدولة ولا أثر لتسميتها شهادات أو صكوكا استثمارية أو ادخارية أو تسمية الفائدة الربوية الملتزم بها ربحا أو ريعا أو عمولة أو عائدا. قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة قرار رقم (٦٢/ ١١/ ٦) بتاريخ ١٤١٠هـ، فتاوى اللجنة الدائمة (٣٠١/١٣-٣٠٢).

الإسلامي وتسجل في سجل الشهادات بأسماء مالكيها[1].

فهي وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك وقفل باب الاكتتاب وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله[2]. وتعرف بالصكوك الاستثمارية تمييزًا لها عن السندات الاستثمارية المحرمة.

أنواع شهادات الاستثمار:

وهذه الشهادات أو السندات مختلفة حسَب طبيعة الشهادة من جهة وقتها، والفوائد المترتبة عليها، ومن أنواع هذه الشهادات:

١ - الشهادة ذات القيمة المتزايدة، بحيث تُضاف الفوائد التي تتحقق لكل ستة أشهر إلى أصل قيمة الشهادة، وذلك إلى أن ينتهي أجل الشهادة بعد عشر سنوات، أو إلى أن يقرر صاحبها استردادها قبل ذلك.

٢ - شهادات استثمار ذات عائد جارٍ، يقوم المدخر بالحصول على الفوائد المستحقة عليها أولاً بأوّل كل ستة أشهر.

٣ - شهادات استثمار ذات جوائز، وهذه الشهادات لخدمة المدخرين الصغار الذين قد لا يجدون أي إغراء في سعر الفائدة؛ بسبب ضآلة مدخراتهم، وقيمة الشهادة ذاتها: جنيه مثلاً[3].

---

(١) تعريف مجمع الفقه الإسلامي بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية (٦/ ١١١٢).

(٢) ينظر: المعيار الشرعي رقم (١٧) الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (ص: ٢٣٨).

(٣) ينظر: سندات الاستثمار، لأحمد الخليل (ص: ٨٨-٨٩)، المعاملات المالية المعاصرة، لمحمد كبير (ص: ٢١٤).

المطلب الثاني

مذاهب الفقهاء في حكم رهن الشهادات الاستثمارية

القول في حكم رهن الشهادات الاستثمارية يُبْنَى على تحقق شروط العين المرهونة فيها وقد اختلفت اتجاهات الفقهاء في شروطها:

فمن الشروط ما اتفقوا عليه:

١ - أن يكون مالا متقوما شرعا[١].

٢ - أنه لا يشترط أن يكون ملكا للراهن، فيصح رهن المستعار[٢].

الشروط التي اختلفوا فيها:

١ - أن يكون عينا، لا دينا ولا منفعة[٣].

٢ - أن يكون مما يصح بيعه[٤].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ١٣٥)، الاختيار لتعليل المختار، للموصلي (٢/ ٦٢)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ٥٥)، مواهب الجليل، للحطاب (٥/ ٢)، الحاوي الكبير، للماوردي (٦/ ١١)، روضة الطالبين، للنووي (٤/ ٣٨)، الشرح الكبير على متن المقنع، لعبدالرحمن بن قدامة (٤/ ٣٦٨)، دقائق أولي النهى، للبهوتي (٢/ ١٠٤).

(٢) ينظر: الإجماع، لابن المنذر (ص: ١٣٩).

(٣) عند الجمهور خلافا للمالكية، وقول مرجوح عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة. ينظر قول الجمهور: تبيين الحقائق، للزيلعي (٦/ ٦٢)، مغني المحتاج، للشربيني (٣/ ٤٦)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (٥/ ٥٥)، الإنصاف، للمرداوي (٥/ ١٤٠)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٣٢٠)، قول المالكية: الكافي، لابن عبدالبر (٢/ ٨١٢)، والراجح-والله أعلم- قول الجمهور؛ لأن الرهن وثيقة بالدين، والدين قبل قبضه غير موثوق به.

(٤) هذا الشرط عند الحنفية، والشافعية، تحفة الفقهاء، للسمرقندي (٣/ ٤٠)، نهاية المطلب، للجويني (٧/ ٢٢٥)، وجوز المالكية رهن المجهول وغير المقدور على تسليمه، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ٥٥)، وجوز الحنابلة رهن الثمر والزرع الأخضر قبل بدو الصلاح بدون شرط القطع، الكافي، لابن قدامة (٢/ ٧٩).

٣ - ألا يكون المرهون مما يسرع إليه الفساد، اختص به الشافعية ومن معهم[1].

٤ - أن يكون مقسوما، وهو شرط اختص به الحنفية، أنه لا يصح رهن المشاع[2].

٥ - أن يكون المرهون مقبوضا[3].

وعليه فإن شروط العين المرهونة متحققة في الشهادات الاستثمارية، عدا لزوم القبض، فيصح العقد قبل القبض، لكنه غير لازم في حق الراهن، وله أن يفسخ العقد مالم يقبض المرتهن الرهن، وشرط ألا يكون المرهون دينا.

---

(١) ينظر: المهذب، للشيرازي (٢/ ٩٠)؛ أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٢/ ١٤٦).

(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي (٢/ ٦٤)؛ البحر الرائق، لابن نجيم (٨/ ٢٦٤)؛ والجمهور على خلاف، والراجح -والله أعلم- قول الجمهور؛ لأن موجب الرهن استحقاق الدين في الذمة، والمشاع مع بعوز بيعها فيصح رهنها كالمقسوم.

(٣) اختلف الفقهاء في اشتراط قبض المرهون على ثلاثة أقوال: الأول: قول الجمهور من الحنفية، والشافعية، والمذهب عند الحنابلة أن القبض شرط لزوم، فيصح العقد قبل القبض لكنه غير لازم في حق الراهن، القول الثاني: قول عند الحنفية، ورواية عند الحنابلة أنه شرط صحة، القول الثالث: مذهب المالكية، وبعض الحنابلة أنه من شروط التمام، ويلزم بمجرد العقد. ينظر في أقوال الأئمة: البناية شرح الهداية، للعيني (١٢/ ٤٦٧)؛ تبيين الحقائق، للزيلعي (٧/ ١٣٨)؛ بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (٤/ ٥٧)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٣١)؛ فتح العزيز شرح الوجيز، للرافعي (١٠/ ٦٢)؛ تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (٥/ ٥٥)؛ المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٤٧)؛ الإنصاف، للمرداوي (٥/ ١٤٩)؛ والراجح -والله أعلم- أنه شرط لزوم؛ لأن المقصود من الرهن توثقة حق المرتهن، وليس عند صور المنين من المناد، فوجوده وتصرفه في المرهون، فيه إضرار بالمرتهن، وهذا المعاني لا تتحقق وهو لم يقبضه، إلا أن قبض كل شيء بحسبه.

المطلب الثالث

بيان وجه الاختلال في رهن الشهادات الاستثمارية

الودائع الاستثمارية في البنوك الربوية، حكمها أنها قروض. أما في البنوك الإسلامية، فليست الودائع الاستثمارية[1] دينا على البنك، وإنما هي حصة مشاعة للمستثمر في موجودات البنك[2]. فالشهادات الاستثمارية حصة في المشاركة بين صاحبها والمصرف. فالتصرف بالحساب الاستثماري محصورٌ بين صاحب الحساب والمصرف الذي يتعامل معه[3].

والأصل في الرهن أن تتحقق به للراهن قدرة في منع التصرف بالمرهون حتى يستوفي حقه منه، لكن الشهادات الاستثمارية لا يمكن رهنها، ووجه الاختلال في ذلك، من جهتين: من جهة قبضها، ومن جهة موجوداتها، فأما من جهة قبضها، فعلى قول الجمهور-هو ما أرجحه- أن القبض شرط لزوم[4]، ويصح معه العقد، لكن غير لازم في

---

(١) الوديعة الاستثمارية: اتفاق بين المصرف والعميل، يودع الأخير بموجبه مبلغا من النقود لدى المصرف، على أن يتاجر المصرف به في مختلف المجالات الاستثمارية، أو أن يتصرف على نوع معين محدد في العقد، وفي مقابل ذلك يحصل المودع على جزء من أرباح تلك العمليات، ويحصل المصرف على جزء منها. ينظر: الحسابات الاستثمارية لدى المصارف الإسلامية، لبنر الزامل (ص: ٥٤)، الخدمات الاستثمارية، لوسف الشبيلي (١/ ١٣٢-١٣٣).

(٢) ينظر: أحكام الودائع المصرفية، لمحمد تقي العثماني، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته التاسعة مجلة المجمع (٩/ ٦٠٢)، مجلة المجمع الفقهي (٩/ ٥٦٩).

(٣) ينظر: الودائع المصرفية وحسابات المصارف، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورة التاسعة، لسامي حسن حمود مجلة المجمع الفقهي (٩/ ٤٩٩).

(٤) وقد رجح فضيلة الشيخ يوسف الشبيلي جواز رهن الشهادات الاستثمارية، قال: "إلا أنه لم يصح تصرف المستثمر بها ملكيتها؛ لأنها مشغولة بحق المرتهن، والأولى-موافقة لرأي الجمهور- أن يتم إقباض الرهن". ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف، لفضيلته (٢/ ٢١٠-٢١١).

حق الراهن، وله أن يفسخ العقد مالم يقبض المرتهن الرهن، وهذا فيه مخالفة لمقصود عقد الرهن، فمقصوده الاستيثاق والاستيفاء من العين المرهونة عند العجز عن السداد، وطالما أن المرتهن لم يقبض الرهن فكيف يحقق مقصوده؟ وأما الاختلال من جهة موجودات الشهادات الاستثمارية، فإن كانت موجوداتها أو غالبها ديونا، فعلى قول الجمهور- وهو الراجح- أنه يشترط في المرهون أن يكون عينا.

الفصل الثاني

تطبيقات قضائية لإعادة التوازن في العقود مع بيان الاختلال في كل تطبيق وكيفية إعادة القاضي للتوازن

التطبيق الأول[1]

ادعى المدعي بأنه اشترى من المدعى عليه مزرعة موصوفة في الدعوى بالثمن المذكور وسلمه جزءاً من الثمن ثم تبين له أن المزارع المجاورة لها أقل من ثمنها بكثير وأنه مغبون في هذه البيعة، ولذا طلب تقدير قيمة المزرعة وإعادة المبلغ الزائد الذي دفعه للمدعى عليه أو فسخ البيع، أقر المدعى عليه ما جاء في الدعوى ودفع بأن المدعي عاين المزرعة ما لا يقل عن خمس مرات ثم أصرّ على شرائها كما أن غيره طلب شراء المزرعة فأخبره بأنه قد باعها على المدعي ولذلك فهو غير مستعد بفسخ البيع أو تعويض المدعي، قررت المحكمة تكليف قسم الخبراء بتقدير قيمة المزرعة وقت بيعها فأفادوا بأن الثمن الذي بيعت به المزرعة فيه غبن على المشتري، المدعي غبن في البيعة المذكورة غبنا تجاوز الثلث أكثر من ست مرات ويضعف قيمتها ثلاث مرات بما يعتبر غبنا فاحشا ظاهرا، قضت المحكمة بثبوت وجود غبن فاحش على المدعي من البيعة المذكورة وحكمت بفسخ البيع المذكور وبموجبه يلزم المدعي بإعادة المزرعة المذكورة للمدعى عليه وإعادة المدعى عليه المبلغ الذي استلمه للمدعي، قنع المدعي بالحكم وعارض عليه المدعى عليه، قررت محكمة الاستئناف الموافقة على الحكم، تقدم المدعى عليه بالتماس إعادة نظر إلى محكمة الاستئناف فقررت بالأكثرية رفض الالتماس لعدم انطباق التعليمات عليه.

---

(١) رقم الصك: ٣٤١٦٧٠٨٦ تاريخه: ٢١/ ٢/ ١٤٣٤هـ، ورقم الدعوى ٣٢٥٠٠٢١٢، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف: ٣٤٢٧٧٧٠٦ تاريخه: ٢٤/ ٧/ ١٤٣٤هـ. مجموعة الأحكام القضائية (٢/ ١٧).

وجه الاختلال:

أن الغبن الفاحش الذي قدره -قسم الخبراء- ويعد سبب من أسباب اختلال توازن العقد، وقد تعرّضت لدراسة الغبن، وبيّن أنه سبب من أسباب اختلال التوازن[1].

كيفية إعادة القاضي للتوازن:

بعد ثبوت اختلال التوازن في العقد -الغبن الفاحش- فإن القاضي أبطل الاختلال، بالحكم برد المال للمدعي، إعادة للمتعاقدين إلى التعادل في المراكز التعاقدية.

(١) وتم الكلام عن الغبن وأثره على التوازن في الباب الثاني في المبحث الرابع (ص: ٢٩٨).

التطبيق الثاني[1]:

ادعى المدعي بأنه باع سيارة ذكر وصفها للمدعى عليه، حول المدعى عليه المدعي على شخص آخر، اشترط المدعي أن يكون المحال عليه غير معسر، قبل المحال عليه الحوالة، تبين للمحال أن المحال عليه عليه دعوى إعسار ولا يمكنه السداد، طلب المدعي إلزام المدعى عليه بدفع المبلغ، صادق المدعى عليه على الدعوى ودفع بأن المحال عليه غير معسر ومتى ما صدر صك بإعسار المحال عليه فله الرجوع حينئذ عليه، ولما سبق من الدعوى والإجابة وما قرره الفقهاء: (وإذا كان المحال عليه مفلسا أو غير مليء ولم يكن المحال رضي، رجع بدينه على المحيل، والمليء هو القادر على الوفاء غير المماطل)، صدر الحكم بعدم صحة الحوالة وإلزام المدعى عليه بدفع المبلغ المدعى به، اعترض المدعى عليه، صدق الحكم من محكمة الاستئناف.

وجه الاختلال:

أن عقد الحوالة من عقود التوثقة، فمقصود عقد الحوالة استيفاء حق المُحال من المحال عليه، وفي هذا التطبيق، فقد أحيل المحال على معسر، فلم يحقق العقد مقصوده فاختل توازنه[2].

كيفية إعادة القاضي للتوازن:

حكم بعدم صحة الحوالة، وإلزام المدعى عليه -المحيل- بدفع المبلغ المدعى به، وسداد الالتزام على المدعى عليه، هو ما يقتضيه توازن عقد البيع، ليثمر تعادل الحق والالتزام، من تسليم للسلعة، ووفاء بقيمتها للبائع.

---

(١) رقم الصك: ٣٣٣٩٤٣٨٤ وتاريخه: ١٤٣٣/٨/٢١هـ، ورقم الدعوى ٣٣٦٠٤١٣٣، ورقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف: ٣٤٢١٧٦٤١ تاريخه: ١٤٣٤/٥/٢٠هـ، مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل (٢/ ٢٨-٢٩).

(٢) وتعرض الباحث لبيان مقاصد العقود وأن تحققها توازن، وعدمها اختلال في الباب الأول في المبحث الثالث من المقاصد التي حفظ من أجلها التوازن (ص: ٨٦).

التطبيق الثالث[1]:

ادعى المدعي وكالة بأن المدعى عليه اشترى من موكله (المدّعي) وحدة سكنية من عمارته المملوكة له بموجب صك صادر من كتابة العدل بمبلغ أربعمائة وخمسون ألف ريال، وأن المدعى عليه سدد مائتي ألف ريال وتبقى مائتان وخمسون ألف ريال تدفع بعد ستة أشهر من تاريخ العقد، حل الأجل ولم يسدد المدعى عليه هذا المبلغ المتبقي لموكله، أقر المدعى عليه بالدعوى، قرر المدعى عليه أنه غير قادر على الوفاء في الوقت الحاضر ورغب في إلغاء البيع وتسليم الوحدة السكنية للمدعي بعد تقدير أجرتها للمدة التي بقي فيها وحسمها من المبلغ الذي استلمه، طلب المدعي وكالة الرجوع لموكله، في جلسة أخرى طلب المدعى عليه إمضاء العقد، حضر المدعي أصالة وطلب فسخ العقد، جرى الاطلاع على صك الملك، كما جرى الاطلاع على عقد البيع ورصد مضمونه، حضر أحد شهود العقد ورصدت شهادته، اختلف الطرفان في تفسير بعض بنود العقد، قررت المحكمة أن شرط بقاء المبيع في ملك البائع لحين سداد كامل الثمن شرط فاسد لمخالفته لمقصود البيع، صدر الحكم برد دعوى المدعي في مطالبته بفسخ عقد البيع، الحكم بصحة عقد البيع ولزومه، جرى إفهام المدعي بأن له مطالبة المدعى عليه بدفع ما تبقى من قيمه المبيع، اعترض المدعي على الحكم، صدق الحكم من محكمة الاستئناف.

وجه الاختلال:

عدم الوفاء بالشرط الذي لم يخالف مقصود الشارع، ولم يخالف

---

(١) رقم الصك: ٣٣٣٨٨٩٩٤ وتاريخه: ٢١/ ٨/ ١٤٣٣هـ، ورقم الدعوى ٤٥٢٠، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف: ٣٣٤٦٨٤٧٧ تاريخه: ٢٩/ ١١/ ١٤٣٣هـ، مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل (٢/ ٧٢-٧٣).

مقصوده بل هو من مصلحة العقد، فالوفاء به توازن، وعدم الوفاء اختلال من جهة أن العقد لم يتم مقصوده، فعقد البيع يقتضي تسليم السلعة، ودفع ما يقابلها وهو شرط التزمه المدعى عليه، ولم يوف به فنتج منه اختلال في العقد[1].

كيفية إعادة القاضي للتوازن:

إن السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بإمضاء العقد أو فسخه، وكذلك تفسيره لشروط العقد هي من طرق إعادة التوازن قضائيا، فالقاضي أمضى العقد، وألزم بالوفاء بالشرط، تحقيقا لتوازن العقد بدفع ما التزمه للبائع[2].

(١) وقد مر في المبحث الكلام عن الشروط في العقود، متى تكون مخلة بالتوازن، ومتى يكون التوازن الوفاء بها، في الباب الأول في الفصل الخامس (ص: ٢٢٩).

(٢) وقد تم الكلام عن كيفية إعادة التوازن قضائيا، بما يملكه من سلطة تقديرية، في الباب الثالث في الفصل الرابع في المبحث الثاني (ص: ٤٢٧).

التطبيق الرابع[1]:

تعاقدت الشركة المُدَّعِية مع المصنع المُدَّعَى عليه على أن يورد لها حديد تسليح بموجب عقدين -أخل المُدَّعَى عليه بالتعاقد ولم يورد كامل الكمية المتعاقَد عليها- طلبت المُدَّعِية إلزام المُدَّعَى عليه بتوريد الكميات المتبقية والتعويض عن الخسائر التي تكبدتها بمبلغ (٣٠٠,٠٠٠) ريال، ومصاريف المداعاة بمبلغ (٧٥٠٠٠)ريال - ارتفاع أسعار الحديد على المورد المُدَّعَى عليه -أثر ذلك:

إ ضرار بالغ بالمدَّعي عليه إذا تم إلزامه بالتوريد بسعر التعاقد ذاته- علة ذلك: الظروف القاهرة التي يراعى فيها جانب المتضرر- تقدير المُدَّعِية للخسائر والأضرار التي أصابتها بمبلغ (٣٠٠٠٠٠) ريال كتعويض- أثره:

القضاء لها بالتعويض الذي طلبته دون القضاء بتنفيذ باقي العقد - أساس ذلك: جبر الضرر عن المُدَّعِية تطبيقاً للقاعدة الشرعية (لا ضرر ولا ضرار)، وتحميل المُدَّعَى عليه أهون الضررين؛ لما جاء في القاعدة المتفرعة عن القاعدة السابقة (يُرتكب أهون الضررين) - علة ذلك:

مراعاة طرفي الدعوى، فالمدَّعية جُبر ضررها بالتعويض الذي تدَّعيه عن عدم تنفيذ باقي العقد، والمدَّعى عليه دُفع عنه الضرر البالغ فيما لو تم إلزامه بتوريد الباقي بعد ارتفاع أسعار الحديد -استحقاق المُدَّعِية لمبلغ (٧٥٠٠٠) ريال مقابل أتعاب المحاماة- أساس ذلك: ظهور حقها في الدعوى؛ لكون المُدَّعِي هو من ألجأها إلى التقاضي.

---

(١) رقم القضية ١٧٤٠/١/ق لعام ١٤٣٣هـ، ورقم الحكم الابتدائي ٤١٤/د/تج/ ٤ لعام ١٤٣٨هـ، ورقم حكم التدقيق ٢٥/ت/ ٣ لعام ١٤٣٩هـ، تاريخ الجلسة ١٩/ ١/ ١٤٣٩هـ، مدونة الأحكام القضائية، الأحكام والمبادئ لعام ١٤٣٩هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية (٢/ ٧٧٣).

وجه الاختلال:

أن العقد تعرض أثناء تنفيذه لظروف جعلت إتمامه يؤثر على المتعَّد تأثيرا بالغا، ويتضمن مشقة لا يحتملها المتعَّد، والظروف الطارئة تعد سببا من أسباب اختلالات توازنات العقود[1].

كيفية إعادة القاضي للتوازن:

أرجع للعقد توازنه، بأن أعمل القاعدة الشرعية (لا ضرر ولا ضرار)، فألزم الشركة بدفع التعويض لطالبة التنفيذ، ولم يلزم الشركة بإتمام باقي العقد؛ دفعا للضرر عنها في توريد المتبقي بعد ارتفاع الأسعار، فألزم الشركة بأهون الضررين لدفع أعلاهما.

(١) مر الكلام عن الظروف الطارئة تعريفها، وتسببها في اختلال التوازن، في الباب الثاني في الفصل الثاني في المبحث السادس (ص: ٣٠٦).

التطبيق الخامس[1]:

ادعت المدعية ضد المدعى عليه أنه زوجها دخل بها وأنجبت منه ابناً واحداً مولوداً في ١٦/ ٧/ ١٤٣١هـ وأنه أخرجها من بيت الزوجية إلى بيت أهلها في ٢٨/ ٦/ ١٤٣٢هـ لأنها طلبت منه سكناً مستقلاً لأنه اسكنها في بيت أهله ولم يجعل لها سكناً مستقلاً حسب ما شرط عليه في العقد وطلبت إلزام المدعى عليه بنفقتها الماضية والقادمة ونفقة ابنها الماضية والقادمة حيث أنها تنفق على ابنها بنية الرجوع على المدعى عليه، أجاب المدعى عليه بالمصادقة على الدعوى وقرر أنها غادرت إلى بيت أهلها بسبب رفض استمرار السكن مع أهله وأنه لا مانع لديه من تسليمها النفقة لها ولابنها بعد تقديرها علماً أن ظروفه المادية لا تسمح له بتأمين سكن مستقل، ثم تقدير النفقة للمدعية وابنها من قبل مكتب الصلح لكل واحد منهما مبلغ أربعمائة ريال، قرر ناظر القضية للأسباب التي ذكرها في نص القضية ولقوله تعالى﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ الطلاق: ٧ إلزام المدعى عليه بنفقة الابن ووالدته الماضية لكل واحد منهما مبلغاً قدره ثمانية آلاف وأربعمائة ريال، وإلزامه بنفقة الابن أربعمائة ريال شهرياً مادام مع والدته في حضانتها ونفقة شهرية للمدعية أربعمائة ريال حتى يهيئ بيتاً مستقلاً لها مستقبلاً أو ينقطع عقد الزوجة بطلاق و نحوه، قررت المدعية المعارضة وقرر المدعى عليه القناعة، صدر قرار محكمة الاستئناف بالمصادقة على الحكم.

---

(١) رَقْمُ الصَّكِّ: ٣٤١٨٠١٢١ تاريخه: ٢/ ٤/ ١٤٣٤هـ، رَقْمُ الدعوى: ٣٢٢٤٨٦٩، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف: ٣٤٢٥٨٢٧٠ تاريخه: ٣/ ٧/ ١٤٣٤هـ، مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل (١٢/ ٦٦-٦٧).

وجه الاختلال:

الاختلال في هذه القضية واقع في أكثر من جهة، أولا: من جهة ما التزم به في العقد؛ لأنه أخل بشروط العقد حيث لم يف بالتزامه بتوفير سكن مستقل، وإخلال من جهة تركه النفقة على زوجته طيلة مدة مكوثها عند أهلها، وهي ما زالت زوجته، وإخلال من جهة تركه النفقة على ابنه منها[1].

كيفية إعادة القاضي للتوازن:

ألزم الزوج بالوفاء بما شُرِط عليه في العقد، وألزمه بالنفقة الماضية لها ولابنه، وألزمه بنفقتها المستقبلية إلى حين توفيره سكنا مستقلا، ونفقة لابنه، وهذا فيه إعادة لتوازن عقد النكاح؛ لأن توازنه يقتضي الوفاء بشروطه، ورفع الضرر عن الزوجة بدفعها النفقة عنها وعن ولدها، وهي واجبة عليه.

(1) وقد تم الكلام عن مخالفة الشروط، وأثرها على توازن العقد، في الباب الثاني، في الفصل الثاني، في المبحث الخامس (ص: ٢٥٧).

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والي النِّعَم، والمتفضِّل على عباده بصنوف المنن، له الحمد في الأولى والأخرى، وله الحمد حتى يرضى، والصلاة على أزكى البشرية، قائد الغرِّ المحجَّلين، البشير النذير ﷺ أما بعد.

أحمد ربي تعالى ذكره وتقدست أسماؤه أن أعان وهيأ ويسّر، على إتمام الكتابة في هذا الموضوع، وأسأله أن يجعله خالصا صوابا، وأشير إلى أبرز النتائج التي توصلت إليها في موضوع "التوازن في العقود":

١ - "التوازن في العقود": هو تحقيق التعادل بين المتعاقدين في الحقوق والالتزامات والمراكز ابتداء وانتهاء.

٢ - أن العلاقة بين (العدالة -المساواة- التوازن) أن كل توازن عدل، وليس كل مساواة توازن ولا عدل، وبين العدل والتوازن عموم وخصوص، فإذا أطلق العدل في معناه العام دخل فيه التوازن، وإذا وردا جميعا، كان معنى التوازن أخص من العدل، والعدل عام في العقود وغيرها، وإطلاق التوازن في معناه الخاص من باب إرادة المعنى الخاص -العدل في العقود-، وإطلاق التوازن في معناه العام من باب إطلاق العموم لإرادة العموم -العدل في مفهومه العام-.

٣ - أن "العقد": ربط بين العاقدين بما صدر منهما على وجه يظهر أثره في المحل شرعاً. والعقد له معنيان: معنى عام، ومعنى

خاص: وهو الالتزام الحاصل بين طرفين، وأما العقد بمعناه العام، وهو يطلق على كل عهد.

٤ - أن آثار العقد تتبين من عدة أمور: أولها أن الشارع رتّب على العقود آثاراً ألزم بها المتعاقدين، لا يجوز لهما الإخلال بها، وثانيها: ما يشترطه المتعاقدين، ويتفقان على ما هو ملزم لكلٍّ منهما، فيكون موجب العقد هو ما تراضيا عليه مما تلفظا به، وثالثها: العرف، وقرائن الأحوال المصاحبة للعقد التي تدل على ما يجب على كلٍّ منهما أن يلتزمه. فالمحدد الثاني والثالث لآثار العقود ليست على إطلاقها بل تقيّد بما لا يخالف الشرع، ولا يخالف مقصود العقد.

٥ - أن مصطلح التوازن العقدي كمصطلح ظهر في بدايات القرن العشرين، وأما فكرة العدالة العقدية فقد ظهرت قبل ذلك، وقد تعرّضت القوانين الوضعية لمعنى هذا المصطلح وتقريره، بحسب اعتقادها فيما يتعلق بالعقود، وعنيت الشريعة بالتوازن العقدي وتبيين معالمه منذ بزوغ فجر الرسالة، فالأسس التي يقوم عليها مفهوم التوازن أقوى بنياناً؛ لأنها من لدن حكيم عليم، فالشريعة جعلت التوازن في العقد بين أطراف العلاقة التعاقدية قائمٌ على التعادل بينهما في الحقوق والالتزامات والمراكز.

٦ - أن العلاقة بين الأمن الاقتصادي والتوازن التلازم فلا تنمية اقتصادية بلا أمن ولا أمن بدون رخاء اقتصادي، ولا رخاء اقتصادي إلا بتوازن العقود، واستقرارها، وإعادة التوازن لها إن اختلت، وعليه فلا يتم نماء للأموال ولا استثمار إلا بتحقيق الأمن.

٧ - أن توازن العقود له أهمية في المعاملات وتبرز أهميته بعدة أمور:

منها ما يتعلق بآحاد المتعاقدين، والثاني الذي تبرز من جهته أهمية التوازن بالنسبة للمصارف، والثالث ما يتعلق بالمجتمعات، والرابع أهمية التوازن على الصعيد الدولي.

٨ - أن المعيار الذي يحكم به على التوازن في العقد هو المعيار الموضوعي ينظر إلى مقصود العقد، فإن وافق ما التزماه مقصود العقد كان العقد متوازنا، وإلا اختل، ووقت اعتباره يكون وقت تكوين العقد، ويعتبر كذلك وقت تنفيذ العقد.

٩ - تضافرت الأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقواعد الفقهية والأصولية والمقاصد الشرعية التي راعت مفهوم التوازن في الأحكام، من جهة الوجود والعدم، فمن جهة الوجود حثّت الشريعة على تحقيق العدل في المعاملات، وندبت إليه، وأوجبت الرضا في التعاقد، وأوجبت الوفاء بالعقود، ومن جهة العدم حرّمت ما يخل بهذا العدل، فحرّمت الظلم، والعقود المتضمنة للضرر أو الإضرار، وحرمت أخذ الأموال بغير طيب نفس، وغير ذلك من الأحكام التي شرعت لإقامة العقود على ساق التوازن.

١٠ - أن حكم التوازن في العقود يتفاوت بعدة اعتبارات، تارة باعتبار محله فحكمه حال نشأة العقد، يختلف عن حكمه بعد العقد، وكذلك أثناء تنفيذه، وتارة باعتبار الحق فيه، فحكمه عندما يكون الحق لله، يختلف عن حكمه إذا كان الحق يتعلق بالمخلوق، وتارة باعتبار نوع العقد، فحكم التوازن في العقود اللازمة، يختلف عن حكمه في العقود الجائزة.

١١ - أن المعاملات المالية مناطها التراضي، فالرضا أصل لحل الأموال بين الناس، ما لم تخالف أحكام الشريعة، ومع تأكيد الشريعة على

اعتبار الرضا، ومكانته في العقود، إلا أنها أجازت تجاوز الرضا إلى الإكراه على التعاقد؛ وذلك دفعا للضرر العام، وإزالة للظلم، ومنع الحقد والبغضاء بين المسلمين.

١٢ - أن التنازل عن التوازن ينقسم من حيث الحقوق التي تقبل التنازل: توازن ثبت لحق الله، وتوازن ثبت لحق العبد، فما ثبت حقًا لله، فلا يملك أحد المتعاقدين التنازل عنه أو إسقاطه، كأن يتعاملان بالربا، أو ببيوع محرمة شرعا، وأما ما ثبت حقا لدفع الضرر عن العبد، كحق الشفعة، وحق الخيار، فهذا ليس له الاعتياض عنها، ولكن له التنازل عنها بدون مقابل.

١٣ - الاعتياض عن التوازن يتفاوت بحسب نوع الحق، فالتوازن منه ما ثبت لحق الله، فهذا لا يجوز إسقاطه، ولا التنازل عنه، ولا الاعتياض عنه، وأما ما كان ثبوته لحق العبد، فعلى ثلاثة أقسام: القسم الأول: التوازن الذي ليس ثابتًا بالأصالة، وإنما أثبته الشارع لدفع الضرر عن أصحابه، وحكم هذا النوع من التوازن-والله أعلم- عدم جواز الاعتياض عنها، لا عن طريق البيع، ولا عن طريق الصلح والتنازل بمال. وأما القسم الثاني: توازن ثبت لحق العبد، وأصله ثابتٌ للعبد، لا على وجه دفع الضرر، فحكمه-والله أعلم-جواز المعاوضة عليه عن طريق الصلح والتنازل بمال لا عن طريق البيع. والقسم الثالث: توازن ثبت لحق العبد في العرف والعادة، كحقوق الارتفاق، كحق المسيل والشرب، وحق التعلّي، فحكمه-والله أعلم- يختلف باختلاف نوع الحق؛ لأن الاعتياض عنها لا يرجع إلى قاعدة منضبطة.

١٤ - أنه يجوز الاعتياض عن الالتزام المجرد إذا كان فيه منفعة مشروعة للملتزم له، وأن يكون فيه منفعة مقصودة، وأن تكون منفعته

متقومة، وأن لا تكون هذه العقود عقود غرر ومقامرة، ولا تخالف مقصود الشارع، ولا مقصود العقد، فإن الالتزام إن توافرت فيه هذه العناصر كان التوازن جواز الاعتياض عنه، وإن اختلّت عناصره اختل، وإن اختل فلا يجوز الاعتياض عنه.

١٥ - "اختلال التوازن": هو كل ما يحرف العقد عن مقصود الشارع ومقصود العقد في الحقوق والالتزامات والمراكز سواء كان عند إنشاء العقد أو أثناء تنفيذه أو بعده.

١٦ - المعيار الذي يُستدل به للحكم على الاختلال في العقد، إما أن يكون معياراً شخصيًا، أو يكون المعيار موضوعياً، والذي يظهر اعتبار كلا المعيارين دليلاً على الاختلال، فشخص المتعاقد لابد من اعتباره؛ لضمان أهليته ورضاه، ولا بد من اعتبار موضوع العقد؛ ليكون العقد موافقا لمقصود الشارع، ومن ثَمَّ موافقا لمقصود العاقد، فاعتبار المعيارين-من وجهة نظري- أَسَدّ؛ لحماية العقد من الاختلال، وهما متكاملان من حيث النظر.

١٧ - أن كل اختلال في توازن العقد لا يعد مبرراً كافياً لإطلاق حكم الاختلال؛ فهناك قدر من الاختلال الطبيعي الذي تسببه ما يسمى بالمخاطر العادية التي يجب أن يعتبرها كل متعاقد وقت التعاقد.

١٨ - أن وجود الاختلال في التوازن لا يعني انتفاء توازن العقد تماماً، وكذلك وجود التوازن في العقد لا يعني انتفاء الاختلال، لكن الاختلال في توازن العقود يتفاوت في كل عقد مختلٌ بحسبه، فقد يكون الاختلال مُذهباً ومُعدِماً للتوازن، وقد يكون الاختلال مؤثراً على التوازن لا مُعدِماً له، وقد يكون التوازن موجوداً، ولكنه ناقص، فيحتاج إلى تكميل، وقد يكون منعدم تماما.

١٩ - يتنوّع الاختلال في توازن العقود بتفاوت بحسب النظر إليه من عدة اعتبارات: الأول: أنواع الاختلال من حيث النظر إلى الركن الذي وقع فيه الاختلال، الثاني: أنوع الاختلال من حيث النظر إلى السبب فيه، الثالث: أنواع الاختلال من حيث النظر إلى موطن الاختلال، الرابع: أنواع الاختلال من حيث النظر إلى الأثر.

٢٠ - ضوابط الاختلال المؤثر في توازن العقود: مخالفة مقصود الشارع، ومخالفة مقصود العقد، وأن يشتمل العقد على نوع من أنواع الظلم، وأن يجمع بين العقود المتضادة، وأن يكون في العقد استغلال لضعف المتعاقد الضعيف، وأن يشتمل العقد على ضرر للمتعاقدين أو غيرهما، ومخالفة ما اتفق على تنفيذه.

٢١ - عندما يقع الاختلال في توازن العقد، فالشريعة تتشوف إلى استقرار العقود، ومحاولة تحقيق التوازن، ومن ذلك تصحيح الاختلال في توازن العقد، ويتم ذلك إما عن تفريق الصفقة "إنقاص العقد" أو من خلال تحول العقد.

٢٢ - أن الاختلال يصحح حمايةً للعقود من اختلال توازنها وإبطالها؛ لأن عدم القول بتصحيح العقد فيه إبطال لكامل العقد، والشريعة تتشوف إلى تحقيق مصالح العباد في كل شؤونهم، ومعاملاتهم على وجه الخصوص؛ لأنها من الضروريات التي عنيت الشريعة برعايتها وحفظها.

٢٣ - إذا اختلّت توازنات العقود، واختل نظامها، ولم تعد محققة لغاياتها، يقع التنازع والتخاصم، وقد عالجت الشريعة التنازع والتخاصم بطرق متعددة منها بطريقة ودية، ومنها ما يتطلب علاجه اللجوء إلى القضاء للفصل فيه؛ بغية إعادة العقود إلى توازنها المقتضي استمرارها، وتحقق ثمرتها.

٢٤ - أن القاضي له سلطةٌ تقديرية في إرجاع التوازن بعدة طرق، بيد أن هذه المعالجات مشروطة بإقامة العدل، ومن الطرق التي يسلكها القاضي لإعادة التوازن: تعديل العقد، أو تكميله، أو تفسيره، أو إمضاؤه، أو فسخه، وسلطة القاضي تتضمن هذه الطرق؛ لإعادة التوازن للعقد بعد اختلاله، وقطع التنازع والتخاصم.

التوصيات:

- أن موضوع "التوازن في العقود" موضوع كبير؛ لتعدد متعلّقاته، وصوره، واعتباره في العقود المالية كلها، وهذا يستدعي مزيدًا من البحوث وحلقات النقاش على المستوى الفردي والجماعي.

- السعي إلى حماية العقود بين الأفراد، أو بين الأفراد والشركات، أو الشركات مع بعضها البعض، من الاختلالات التي تعرض للعقود، والتنصيص على طريقة إعادة التوازن في العقود المبرمة بعد اختلالها.

- زيادة ثقافة المتعاقدين وإرشادهم إلى أهمية مراعاة التوازن في عقودهم، وطرق حمايته، ومعالجته بعد اختلاله.

- إنشاء صندوق غير ربحي من المشتركين (الكهرباء-المياه-الاتصالات) أو غيرها من الخدمات العامة التي يترتب على قطعها ضرر بالمشتركين فيقع الاختلال؛ بسبب قوة الشركة، مع حاجة المستهلكين، فيعالج هذا الاختلال، باستقطاع من المشتركين، مبلغ يسير من كل مشترك؛ فيسدد عن العاجزين، للحيلولة دون الاختلالات الناجمة عن منع الخدمة، ويكون هذا الصندوق على هيئة تأمين تعاوني[1].

---

(١) أشار بفكرة المقترح الشيخ الدكتور/ محمد بن سعود الحصيني مشافهة بتاريخ ١٤٣٧/٣/١٨هـ في مركز المقاصد للاستشارات الاقتصادية الذي يشرف عليه فضيلته.

- أن هناك بعض المعاملات المالية البنوك الإسلامية، تشتمل على بعض الحيل في المعاملات المالية المعاصرة، فلابد من إيجاد بدائل إسلامية موافقة لمرادات الشريعة، ومحققة لمقاصدها، غير مشتملة على اختلالات في توازنها.

- أقترح أن تقوم المؤسسات المالية، والهيئات المتخصصة، بتطوير العمل المصرفي في المصارف الإسلامية وضع معيار للتوازن في العقود، يشتمل على تصوره، وأنواعه، والاعتياض عنه، أو التنازل عنه وإسقاطه، ووضع أدوات تقيس مدى وجوده في العقود من عدمه، وتعريف الاختلال، وضوابطه، ومعياره، وطرق معالجته.

الفهارس العامة

وتشتمل على:

- فهرس المصادر والمراجع.
- فهرس الموضوعات.

فهرس المصادر والمراجع

١ - أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية: إعداد الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء- الإدارة العامة للطبع، الطبعة الثانية ١٤٢٩هـ.

٢ - أبعاد الأمن التعاقدي وارتباطاته، لعبد المجيد ضيحة، بحث ملقدم في اللقاء الدولي حول "الأمن التعاقدي وتحديات التنمية"، مجلة العلوم القانونية ٢٠١٤م.

٣ - آثار التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الاقتصاد الإسلامي، لموسى آدم عيسى، مجموعة دلة البركة، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.

٤ - أثر تلف المعقود عليه، د.عبدالحميد السعودي: مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ١٤٢٦هـ.

٥ - أثر نظرية العذر على الالتزامات التعاقدية، لأسامة عبد الرحمن، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء سنة ١٩٩٠م.

٦ - الإجارة الطويلة والمقترنة بالتمليك في الفقه الإسلامي، لسليمان ابن صالح الخميس، بحث قدم لنيل درجة الماجستير في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في كلية الشريعة في قسم الفقه ١٤٢١هـ.

٧ - إجازة العقد القابل للإبطال، لحمدي المغاوري، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى ٢٠١٣م.

٨ - الإجماع، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، دار عالم الكتب، الطبعة الثانية ١٤٢٤هـ.

٩ - الأحاديث المختارة أو المستخرج من الأحاديث المختارة مما لم يخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما، لضياء الدين محمد عبد الواحد المقدسي، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٢٠هـ.

١٠ - أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، لعبدالوهاب خلاف، مطبعة دار الكتب المصرية، مصر، الطبعة الثانية ١٩٣٨م.
١١ - أحكام الأوقاف، لمصطفى الزرقا، دار عمار، الأردن، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.
١٢ - أحكام التمويل المصرفي المشترك، لعبدالملك آل قربان، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ.
١٣ - الأحكام السلطانية، للقاضي أبي يعلى الفراء، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٢١هـ.
١٤ - الأحكام السلطانية، للماوردي الشافعي، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى.
١٥ - أحكام الصلح في المواد الجنائية والمدنية، لعبدالحكيم فودة، دار الفكر الجامعي، مصر ١٩٩٥م.
١٦ - أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، لأحمد محمد علي داود، دار الثقافة، الأردن ١٤٣٢هـ.
١٧ - أحكام القرآن للشافعي -جمع البيهقي-، مكتبة الخانجي، مصر، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ.
١٨ - أحكام القرآن، لابن العربي المالكي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٢٤هـ.
١٩ - أحكام القرآن، لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.
٢٠ - أحكام تغير قيمة العملة النقدية وأثرها في تسديد القرض، مضر نزار العاني، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية ١٤٣٢هـ.
٢١ - الإحكام في أصول الأحكام، لعلي بن أبي علي الآمدي، المكتب الإسلامي، لبنان.
٢٢ - الإحكام في أصول الأحكام، لمحمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، دار الآفاق الجديدة، لبنان.

٢٣ - أحكام لزوم العقد، لعبدالرحمن الجلعود، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ.

٢٤ - أخبار مكة وما جاء فيها من الآثار، لأبي الوليد محمد بن عبد الله المعروف بالأزرقي، مطابع دار الثقافة، الطبعة الخامسة ١٤٠٨هـ.

٢٥ - اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، لعصمت عبد المجيد بكر، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة بغداد ١٩٨٧م.

٢٦ - الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، دار المعرفة، لبنان، الطبعة السادسة ١٤٣٣هـ.

٢٧ - إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني، لحمزة محمود الزبيدي، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن ٢٠٠٠م.

٢٨ - إدارة البنوك التجارية، لابتهاج مصطفى عبد الرحمن، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠م.

٢٩ - إدارة المخاطر -تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية-، لطارق الله خان، حبيب أحمد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، الطبعة الثالثة ٢٠٠٣م.

٣٠ - إدارة المخاطر(أفراد-إدارات-شركات-بنوك)، لطارق عبد العال حماد، الدار الجامعية، مصر، ٢٠٠٣م.

٣١ - إدارة المصارف، لمحمد الصيرفي، دار الوفاء، الطبعة الأولى، الإسكندرية ٢٠٠٧م.

٣٢ - الأدب المفرد، لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثالثة ١٤٠٩هـ.

٣٣ - إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، للقسطلاني، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة السابعة.

٣٤ - إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، لأبي السعود العمادي، دار إحياء التراث العربي - بيروت-، لبنان.

٣٥ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي الشوكاني، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.

٣٦ - إرشاد أولي البصائر والألباب، لعبدالرحمن بن سعدي، دار أضواء السلف، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ.

٣٧ - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، لبنان، الطبعة: الثانية ١٤٠٥هـ.

٣٨ - أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر القانوني الحديث، لمحمد محسوب، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة ٢٠٠١م.

٣٩ - أساليب التمويل الإسلامية للمشروعات الصغيرة، لمحمد عبد الحليم عمر دراسة عربية، مصر ٢٠٠٤م.

٤٠ - الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية والإسلامية، لعبد الحميد البعلي، الناشر مكتبة وهبة، مصر، الطبعة الأولى ١٤١١هـ.

٤١ - الاستثمارات والأسواق العالمية، لمعروف هوشيار، دار الصفاء للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.

٤٢ - الاستذكار، لابن عبدالبر، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.

٤٣ - الاستقراء وأثره في القواعد الأصولية والفقهية، للطيب السنوسي، دار التدمرية، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.

٤٤ - الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبدالبر، دار الجيل، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

٤٥ - أسد الغابة في معرفة الصحابة، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد، عز الدين ابن الأثير، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة: الأولى ١٤١٥هـ.

٤٦ - الإسلام والتنمية الاقتصادية، لتوفيق البشير، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.

٤٧ - أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزكريا بن محمد الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي، لبنان.

٤٨ - الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، لأحمد الخليل، دار ابن الجوزي، الطبعة الثانية ١٤٢٧هـ.

٤٩ - الأشباه والنظائر، لابن نجيم المصري، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.

٥٠ - الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١١هـ.

٥١ - الأشباه والنظائر، لجلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١١هـ.

٥٢ - الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.

٥٣ - الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.

٥٤ - أصول السرخسي، لشمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة - بيروت، لبنان.

٥٥ - أصول ومبادئ الإدارة العامة، لعبد العزيز صالح، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن ٢٠٠٠ م.

٥٦ - إعادة التوازن العملي في ظل الأزمة المالية العالمية، لعزت صلاح عبدالعزيز، دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى ٢٠١٣م.

٥٧ - الاعتصام، لإبراهيم بن موسى بالشاطبي، دار ابن عفان، السعودية، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

٥٨ - الأعلام العلية في مناقب ابن تيمية، للحافظ البزار، المكتب الإسلامي، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٠٠هـ.

٥٩ - إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١١هـ.

٦٠ - الأعلام، لخير الدين الزركلي الدمشقي، دار العلم للملايين، لبنان، الطبعة الخامسة عشر ٢٠٠٢ م.

٦١ - إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، لابن القيم، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى.

٦٢ - الإفصاح عن معاني الصحاح، للوزير ابن هبيرة، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

٦٣ - الاقتصاد الإسلامي رؤية مقاصدية، لمحمد الصحري، دار إحياء للنشر الرقمي ٢٠١٣م.

٦٤ - الاقتصاد الإسلامي، بحوث مختارة من المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي، المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ.

٦٥ - اقتصاديات النقود -رؤية إسلامية-، لعبد الفتاح عبد الرحمن عبد المجيد، دار النسر الذهبي، مصر ١٩٩٦م.

٦٦ - اقتصاديات النقود والبنوك، لفريد طاهر، وعبدالوهاب الأمين، مكتبة المتنبي، الطبعة الأولى ٢٠١٢م.

٦٧ - اقتصاديات النقود والتمويل، لأسامة الفولي، وزينب عوض الله، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٥م.

٦٨ - الإقناع في الفقه الشافعي، للماوردي، دار إحسان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ.

٦٩ - الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لشرف الدين موسى بن أحمد الحجاوي المقدسي، دار المعرفة بيروت - لبنان.

٧٠ - الإقناع في مسائل الإجماع، لأبي الحسن ابن القطان، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، مصر، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.

٧١ - إكمَالُ المُعْلِم بفوائد مُسْلِم، للقاضي عياض، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.

٧٢ - إكمال تهذيب الكمال في أسماء الرجال، لمغلطاي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، مصر، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

٧٣ - الالتزام بالتبصير، سوبير منتصر، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٨م

٧٤ - الأم، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ وملحق به مختصر المزني في آخره.

٧٥ - الأمن الاقتصادي في الشريعة الإسلامية، لحسن أبو شويمة، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى ١٤٣٧هـ

٧٦ - الأمن الاقتصادي مفوماته-آليات تحقيقه-، لنزيه عبدالمقصود، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى ٢٠١٤م

٧٧ - إنباه الرواة على أنباه النحاة، لجمال الدين القفطي، دار الفكر العربي مصر، ومؤسسة الكتب الثقافية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ

٧٨ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبو الحسن المرداوي الحنبلي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، مصر، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ

٧٩ - أنوار البروق في أنواء الفروق، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ

٨٠ - أنوار التنزيل وأسرار التأويل، للبيضاوي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ

٨١ - أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، لقاسم القونوي الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٤م

٨٢ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم المصري، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي.

٨٣ - البحر المحيط في أصول الفقه، لبدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، دار الكتبي، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ

٨٤ - بحوث في النظام المصرفي الإسلامي، لمحمد نجاة الله صديقي (تحرير: رفيق المصري)، مركز النشر العلمي، بجامعة الملك عبد العزيز، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.

٨٥ - بحوث في قلة المعاملات المالية المعاصرة، لعلي القره داغي، دار البشائر، لبنان ١٤٣٠هـ.

٨٦ - بحوث في قضايا فقهية معاصرة، لمحمد تقي العثماني: دار القلم، سوريا، الطبعة الثانية ١٤٣٣هـ.

٨٧ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.

٨٨ - البداية والنهاية، لابن كثير، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، مصر، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.

٨٩ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ.

٩٠ - بدائع الفوائد، لابن القيم، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.

٩١ - البدائل المشروعة وأهميتها في نجاح الدعوة الإسلامية، لسالم محمد أبو الفتوح البيانوني، دار إقرأ الدولية، الطبعة الأولى ٢٠٠٦م.

٩٢ - البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، محمد بن علي الشوكاني، دار المعرفة- بيروت، لبنان.

٩٣ - البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى ١٤٢٥هـ.

٩٤ - بذل المجهود في تغيير النقود، للتمرتاشي، قدم لها وحققها وعلّق عليها الدكتور/ حسام الدين بن موسى عفّانه، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

٩٥ - البرهان، لأبي المعالي عبدالملك الجويني، دار إحياء التراث، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ.

٩٦ - البستان في ذكر الأولياء والعلماء بتلمسان، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد الملقب بابن مريم، طبعة الثعالبية ١٣٢٦هـ.

٩٧ - بطاقات الإئتمان حقيقتها البنكية التجارية وأحكامها الشرعية، لبكر أبو زيد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية ١٤٢٢هـ.

٩٨ - البطاقات الائتمانية تاريخها، وأنواعها، وتعاريفها وتوصيفها، ومزاياها، وعيوبها، لمحمد بن سعود العصيمي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.

٩٩ - بطاقة التخفيض حقيقتها التجارية وأحكامها الشرعية. لبكر بن عبدالله أبوزيد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.

١٠٠ - بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، لجلال الدين السيوطي، المكتبة العصرية، لبنان.

١٠١ - بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، دار المعارف، ومعه الشرح الصغير للشيخ الدردير لكتابه أقرب المسالك.

١٠٢ - البنوك الإسلامية بين الفقه القانوني والتطبيق، لعائشة الشرقاوي، طباعة المركز الثقافي العربي-بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م.

١٠٣ - البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، لعبد الله بن محمد الطيار الرياض، دار الوطن للطباعة، توزيع مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ.

١٠٤ - البنوك المركزية والسياسات النقدية، زكريا الدوري ود. يسري السامرائي، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى ٢٠٠٦ م.

١٠٥ - البنوك المركزية ودورها في اقتصاديات الدول، ليوسف حسن يوسف، دار التعليم الجامعي، مصر، الطبعة الأولى ٢٠١٤م.

١٠٦ - البهجة في شرح التحفة شرح تحفة الحكام، لعلي بن عبد السلام أبو الحسن التُسُولي دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

١٠٧ - بيان الدليل على بطلان التحليل، لأحمد ابن تيمية، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.

١٠٨ - البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين العمراني الشافعي، دار المنهاج، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.

١٠٩ - البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد بن رشد القرطبي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ.

١١٠ - تأثير الهيمنة الاقتصادية على التوازن العقدي، لعمرو طاحون، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق من جامعة المنوفية، بمصر ٢٠١٠م.

١١١ - تاج العروس من جواهر القاموس، لمرتضى الزَّبيدي، دار الهداية للنشر والتوزيع.

١١٢ - التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول، لصديق خان القِنَّوجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ.

١١٣ - تاج التراجم، لأبي الفداء زين الدين أبو العدل قاسم بن قُطْلُوبغا، دار القلم، سوريا، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ.

١١٤ - التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله المواق المالكي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.

١١٥ - تاريخ الطبري، ومعه صلة تاريخ الطبري لعريب بن سعد القرطبي، دار التراث، لبنان، الطبعة الثانية.

١١٦ - التاريخ الكبير، لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م.

١١٧ - تاريخ بغداد، لأحمد بن علي الخطيب البغدادي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

١١٨ - تأسيس النظر، لأبي زيد عبيد الله عمر ابن عيسى الدبوسي الحنفي، دار ابن زيدون، وتحقيق مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى.

١١٩ – التأمين وأحكامه، لسليمان الثنيان، دار ابن حزم، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ

١٢٠ – تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، لفخر الدين الزيلعي الحنفي، والحاشية: لشهاب الدين أحمد بن محمد الشِّلْبِيِّ، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية

١٢١ – تحرير ألفاظ التنبيه، للنووي، دار القلم، سوريا، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ

١٢٢ – تحرير الكلام في مسائل الالتزام، لشمس الدين محمد بن محمد المعروف بالحطاب الرُّعيني، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ

١٢٣ – تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، لابن عاشور، الدار التونسية للنشر – تونس، الطبعة الأولى ١٩٨٤ م.

١٢٤ – تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، لأبي العلا المباركفوري، دار الكتب العلمية- بيروت

١٢٥ – تحفة الحبيب على شرح الخطيب =حاشية البجيرمي على الخطيب=، لسليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ

١٢٦ – تحفة الفقهاء، لأبي بكر علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ

١٢٧ – تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، الطبعة الأولى.

١٢٨ – تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، للحافظ العلائي، دار الكتب الثقافية – الكويت، الطبعة الأولى ٢٠١٠م

١٢٩ – التحكيم الاختياري والإجباري، أحمد محمود أبو الوفاء، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، مصر الطبعة الثانية ٢٠٠٧م.

١٣٠ - التحوط ضد مخاطر الاستثمار، لحسين الفيفي، دار ابن الأثير، الطبعة الأولى١٤٣٤هـ

١٣١ - تحول المصرف المركزي التقليدي إلى مصرف مركزي إسلامي، ليوسف الحزيم، مكتبة دار السلام، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ

١٣٢ - تخريج الفروع على الأصول، لمحمود بن أحمد الزَّنجاني، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ

١٣٣ - تذكرة الحفاظ، لشمس الدين الذهبي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ

١٣٤ - التراضي في عقود المبادلات المالية، لنشأت الدريني، دار الشروق، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م.

١٣٥ - ترتيب اللآلي في سلك الأمالي، لمحمد بن سليمان الشهير بناظر زاده، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ

١٣٦ - ترتيب المدارك وتقريب المسالك، للقاضي عياض، مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب، الطبعة الأولى.

١٣٧ - التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، لمحمد محيي الدين سليم، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.

١٣٨ - تسهيل النظر وتعجيل الظفر في أخلاق الملك، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الشهير بالماوردي، دار النهضة العربية، لبنان، الطبعة الأولى.

١٣٩ - التسويق التجاري وأحكامه في الفقه الإسلامي، لحسين الشهراني، دار التدمرية، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ

١٤٠ - التصرف الانفرادي وأثره في بناء العقود والالتزامات، لعبدالله الدرعان، مكتبة التوبة، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ

١٤١ - التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، للشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ

١٤٢ – التضخم النقدي في الفقه الإسلامي، لخالد المصلح، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.

١٤٣ – تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، لهايل عبد الحفيظ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى١٩٩٩م.

١٤٤ – تفسير العقد في القانون المدني المصري مقارن، لعبد الحكيم فوده، منشأة المعارف، مصر الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.

١٤٥ – تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، لمحمد رشيد بن علي رضا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة النشر ١٩٩٠ م.

١٤٦ – تفسير القرآن العظيم لابن أبي حاتم، لأبي محمد عبد الرحمن بن محمد الرازي ابن أبي حاتم، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة: الثالثة ١٤١٩هـ.

١٤٧ – تفسير القرآن العظيم، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ١٤٢٠هـ.

١٤٨ – تقريب التهذيب، لابن حجر العسقلاني، دار العاصمة، الطبعة الثانية ١٤٣٣هـ.

١٤٩ – تكميل العقد دراسة فقهية، لخالد الحديثي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى ٢٠١٢م.

١٥٠ – التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأبي الفضل أحمد بن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.

١٥١ – التلقين في الفقه المالكي، لعبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.

١٥٢ – التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لعبد الرحيم بن الحسن الإسنوي، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ.

١٥٣ – التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لابن عبدالبر، الناشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية – المغرب.

١٥٤ - تنبيه الرقود، ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

١٥٥ - تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، لشمس الدين الذهبي، دار الوطن، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.

١٥٦ - تهذيب الأسماء واللغات، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

١٥٧ - تهذيب التهذيب، لابن حجر العسقلاني، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ.

١٥٨ - تهذيب الكمال في أسماء الرجال، للحافظ المزي، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ.

١٥٩ - تهذيب اللغة، لأبي منصور الأزهري، دار إحياء التراث العربي، لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠١م.

١٦٠ - توثيق تجربة السودان في مجال المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، مخطط الرقابة والإشراف المصرفي، بنك السودان المركزي.- ط ١.- الخرطوم: بنك السودان، إعداد: مختار سعيد بدري، نصر الدين سليمان هارون، عبد الرحمن المهدي زكريا ٢٠٠٦م.

١٦١ - تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، لعبد الرحمن بن ناصر السعدي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ.

١٦٢ - الثقات، لابن حبان، دار الفكر، الطبعة الأولى.

١٦٣ - جامع البيان عن تأويل آي القرآن، لمحمد بن جرير الطبري، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.

١٦٤ - جامع الرسائل، لتقي الدين أحمد ابن تيمية، دار العطاء، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

١٦٥ - جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة السابعة، ١٤٢٢هـ.

١٦٦ - الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، لمحمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى١٤٢٢هـ

١٦٧ - الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، دار الكتب المصرية، مصر، الطبعة الثانية١٣٨٤هـ

١٦٨ - جلوة المقتبس في ذكر ولاة الأندلس، لمحمد بن فتوح الحميدي، الدار المصرية للتأليف والنشر، الطبعة الأولى.

١٦٩ - الجرح والتعديل، لابن أبي حاتم، دار إحياء التراث العربي - بيروت، لبنان.

١٧٠ - جريدة الاقتصادية ٢٠ سبتمبر ٢٠٠٧م العدد (٥٠٧٤)، مقال: ليس دلالة الكلمات بين الفقهاء والاقتصاديين.

١٧١ - جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لشمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ

١٧٢ - الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لعبد القادر بن محمد بن نصر الله الحنفي، دار هجر، مصر، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ

١٧٣ - الجوهر النقي على سنن البيهقي، لعلاء الدين علي بن عثمان المارديني، الشهير بابن التركماني، دار الفكر، لبنان.

١٧٤ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ومعه الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت لبنان

١٧٥ - حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ

١٧٦ - حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلّي، لأحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ

١٧٧ - الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، للماوردي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ

١٧٨ - الحجة على أهل المدينة، لمحمد بن الحسن، دار عالم الكتب، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٠٣هـ.

١٧٩ - الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، لزكريا الأنصاري، دار الفكر المعاصر، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١١هـ.

١٨٠ - الحسابات الاستثمارية لدى المصارف الإسلامية، لبدر الزامل، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ.

١٨١ - الحسبة في الإسلام، لتقي الدين أحمد ابن تيمية، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى.

١٨٢ - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، لفتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة ١٤٠٤هـ.

١٨٣ - حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، لحسين الشهراني، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.

١٨٤ - الحقوق المالية ومدى جواز الاعتياض عنها، لعلي القره داغي، دار البشائر الإسلامية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٣٢هـ.

١٨٥ - حكمة التشريع وفلسفته (سلوك وعبادات ومعاملات)، لعلي بن أحمد الجرجاوي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٩٩٩م.

١٨٦ - حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، لأبي نعيم الأصفهاني، مكتبة الخانجي، مصر، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.

١٨٧ - حلية الفقهاء، لابن فارس، الشركة المتحدة للتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ.

١٨٨ - الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، لأحمد محمد الرفاعي، دار النهضة العربية، مصر ١٩٩٤م.

١٨٩ - حماية المستهلك، لرمضان علي السيد الشرنباصي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م.

١٩٠ - حماية المستهلك، لعبد المنعم موسى إبراهيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.

١٩١ - الحوائز التجارية التسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي، لخالد بن عبد الله المصلح، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، عام ١٤١٩هـ.

١٩٢ - الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء في الفقه الإسلامي، ليوسف الشبيلي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.

١٩٣ - الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، لعلاء الدين الحصكفي الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤٢٣هـ.

١٩٤ - الدر المنثور، لجلال الدين السيوطي، دار الفكر - بيروت، لبنان.

١٩٥ - درء تعارض العقل والنقل، لتقي الدين أحمد ابن تيمية، الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الثانية ١٤١١هـ.

١٩٦ - درر الحكام شرح غرر الأحكام، لمحمد بن فراموز بن علي الشهير بملا خسرو، دار إحياء الكتب العربية.

١٩٧ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الجيل - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ.

١٩٨ - الدرر السنية في الأجوبة النجدية، جمع عبدالرحمن ابن قاسم، الطبعة السابعة ١٤٢٥هـ.

١٩٩ - الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لابن حجر العسقلاني، دار إحياء التراث، مصر.

٢٠٠ - دقائق أولي النهى لشرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس البهوتي الحنبلي، دار عالم الكتب، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

٢٠١ - دليل الطالب لنيل المطالب، لمرعي بن يوسف الكرمي المقدسي الحنبلي، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.

٢٠٢ - الدور اللفظاني إزاء الرغبة في إنهاء الرابطة التعاقدية، لمحمد عبد الظاهر، دار النهضة العربية، مصر ١٤٢١هـ.

٢٠٣ - الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم ابن فرحون، دار التراث للطبع والنشر، مصر، بدون طبعة.

٢٠٤ - الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى ١٩٩٤ م.

٢٠٥ - ذيل طبقات الحنابلة، لزين الدين عبد الرحمن بن رجب، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.

٢٠٦ - الربا والمعاملات المصرفية، لعمر المترك، دار العاصمة، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.

٢٠٧ - رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر ابن عابدين، دار الفكر، لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ.

٢٠٨ - الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية، لحمزة عبدالكريم حماد، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ.

٢٠٩ - الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية، لمحمد عمر شابرا، وطارق الله خان: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م.

٢١٠ - الروض المربع شرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس البهوتي الحنبلي، دار المؤيد- مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى.

٢١١ - روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ.

٢١٢ - روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ.

٢١٣ - زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم، مؤسسة الرسالة، لبنان - مكتبة المنار الإسلامية-، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون ١٤١٥هـ.

٢١٤ - الزواج بنية الطلاق حقيقته، وحكمه، وآثاره، لأحمد السهلي، دار البيان الحديثة، الطائف، الطبعة الأولى ٢٠٠١م.

٢١٥ - الزواج بنية الطلاق من خلال أدلة الكتاب والسنة ومقاصد الشريعة الإسلامية، لصالح المنصور، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ.

٢١٦ - سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، للصنعاني، دار ابن الجوزي، الطبعة الخامسة ١٤٢٥هـ.

٢١٧ - السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة. محمد بن عبدالله بن حميد النجدي، مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ).

٢١٨ - سدّ الذرائع في الشريعة الإسلامية، لمحمد هشام البرهاني، مطبعة الريحاني، لبنان ١٤٠٦هـ.

٢١٩ - سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، لمحمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.

٢٢٠ - سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، لمحمد ناصر الدين، مكتبة دار المعارف، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ.

٢٢١ - سلطة الإرادة في تعديل العقد الإداري، لعلي الفحام، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى.

٢٢٢ - السلطة التقديرية للقاضي الإداري، لوليد الصمعاني، دار الميمان، الطبعة الأولى ١٤٣٦هـ.

٢٢٣ - السلطة التقديرية للقاضي في الفقه، لمحمود محمد ناصر بركات، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.

٢٢٤ - سندات الاستثمار وحكمها في الفقه الإسلامي، لأحمد الخليل، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.

٢٢٥ - سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، دار إحياء الكتب العربية.

٢٢٦ - سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السِّجِسْتاني، المكتبة العصرية.

٢٢٧ - سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى بن سَوْرة الترمذي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة: الثانية، ١٣٩٥هـ.

٢٢٨ - سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.

٢٢٩ - سنن الدارمي، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بَهرام بن عبد الصمد الدارمي، دار المغني للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ

٢٣٠ - السنن الصغرى للنسائي، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية، سوريا، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ

٢٣١ - السنن الكبرى، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ

٢٣٢ - السنن الكبرى، لأحمد بن الحسين بن علي البيهقي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٢٤هـ

٢٣٣ - سنن سعيد بن منصور، لأبي عثمان سعيد بن منصور، الدار السلفية، الهند، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ

٢٣٤ - سؤالات أبي عبيد الآجري أبا داود السجستاني في الجرح والتعديل، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ

٢٣٥ - السياسات النقدية والبعد الدولي لليورو، لأحمد مصطفى، وسمير محمد السيد حسن، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، ٢٠٠٠م

٢٣٦ - السياسة الشرعية، لتقي الدين أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني الحنبلي، الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد -المملكة العربية السعودية-، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ

٢٣٧ - السياسة المالية والنقدية في ظل الاقتصاد الإسلامي، لعوف الكفراوي، مكتبة الإشعاع للطباعة، مصر، الطبعة الأولى ١٩٩٧م.

٢٣٨ - السياسة النقدية بين الفقه الإسلامي والاقتصاد الوضعي، لوليد مصطفى شاويش، المعهد العالمي للفكر الإسلامي.

٢٣٩ - السياسة النقدية والمالية في إطار نظام المشاركة في الاقتصاد الإسلامي، لصالح صالحي، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٢١هـ

٢٤٠ - السياسة النقدية والمصرفية في الإسلام، لعدنان التركماني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.

٢٤١ - السياسة النقدية ونظرية النقود في الاقتصاد الإسلامي، لنجاح أبو الفتوح، دار عالم الكتب الحديث، الأردن، الطبعة الأولى ٢٠١٥م.

٢٤٢ - سير أعلام النبلاء، لشمس الدين الذهبي، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ.

٢٤٣ - شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لابن مخلوف، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.

٢٤٤ - شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لابن العماد، دار ابن كثير، سوريا، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ.

٢٤٥ - شرح التلويح على التوضيح، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، مكتبة صبيح بمصر.

٢٤٦ - شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.

٢٤٧ - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.

٢٤٨ - شرح الزركشي على مختصر الخرقي، لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، دار العبيكان، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ.

٢٤٩ - شرح السنة، للبغوي، المكتب الإسلامي، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.

٢٥٠ - الشرح الكبير على متن المقنع، لعبد الرحمن بن قدامة المقدسي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، مصر، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.

٢٥١ - شرح الكوكب المنير، لابن النجار الفتوحي، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد ١٤٢٤هـ.

٢٥٢ - الشرح الممتع على زاد المستقنع، لمحمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

٢٥٣ – شرح تنقيح الفصول، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ.

٢٥٤ – شرح صحيح البخاري لابن بطال، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ.

٢٥٥ – شرح مختصر الروضة، لسليمان بن عبد القوي الطوفي الصرصري، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ.

٢٥٦ – شرح مختصر خليل، للخرشي المالكي، دار الفكر للطباعة –بيروت، لبنان.

٢٥٧ – شرح مشكل الآثار، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.

٢٥٨ – شرح معاني الآثار، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، دار عالم الكتب، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

٢٥٩ – الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، لمحمد اليمني، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.

٢٦٠ – شركة المساهمة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، لفتحي زناكي، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ.

٢٦١ – الشروط في العقود عند الحنابلة: رسالة ماجستير مقدمة من الباحث/ محمد السهلي لكلية الشريعة بجامعة أم القرى ١٤١٢هـ.

٢٦٢ – الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، لبدران أبو العينين، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، الطبعة الأولى ١٩٩٨م.

٢٦٣ – الشقائق النعمانية في علماء الدولة العثمانية، عصام الدين طاشكُبْري زَادَهْ، دار الكتاب العربي – بيروت، لبنان.

٢٦٤ – الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر الجوهري، دار العلم للملايين، لبنان، الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ.

٢٦٥ – صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، لمحمد بن حبان بن أحمد بن حبان التميمي، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ.

٢٦٦ - صحيح ابن خزيمة، لأبي بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة النيسابوري، المكتب الإسلامي- بيروت، لبنان.

٢٦٧ - صحيح أبي داود، لمحمد ناصر الدين الألباني، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ.

٢٦٨ - صحيح الجامع الصغير وزياداته، لمحمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي.

٢٦٩ - صكوك المضاربة، لفيصل الشمري، دار الميمان، الطبعة الأولى ١٤٣٥هـ.

٢٧٠ - الصلة في تاريخ أئمة الأندلس، أبو القاسم خلف بن عبد الملك بن بشكوال، مكتبة الخانجي، الطبعة الثانية ١٣٧٤هـ.

٢٧١ - الصلح في ضوء الكتاب والسنة، لبسري عبد العليم حجور، مؤسسة العلياء للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ.

٢٧٢ - صيغ العلوه في الفقه الإسلامي، لصالح الغليقة، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.

٢٧٣ - الضرر في الفقه الإسلامي، لأحمد مواقي، دار ابن القيم-الرياض- و دار ابن حزم، مصر ١٤٢٩هـ.

٢٧٤ - ضعيف سنن الترمذي، للألباني، المكتب الاسلامي، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١١هـ.

٢٧٥ - الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، لشمس الدين السخاوي، منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت، لبنان.

٢٧٦ - الضوابط الشرعية المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ.

٢٧٧ - ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، لمحمد سعيد رمضان، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة السادسة، ١٤٣٢هـ.

٢٧٨ - طبقات الحنابلة، للقاضي ابن أبي يعلى، دارة الملك عبدالعزيز، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ.

٢٧٩ - طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ.

٢٨٠ - طبقات الشافعية، لتقي الدين ابن قاضي شهبة، دار عالم الكتب، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ.

٢٨١ - طبقات الشافعيين، لأبي الفداء إسماعيل بن كثير، مكتبة الثقافة الدينية، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ.

٢٨٢ - الطبقات الكبرى، لأبي عبد الله محمد بن سعد، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد، دار صادر، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٦٨م.

٢٨٣ - طبقات المفسرين، لشمس الدين الداوودي المالكي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ.

٢٨٤ - طبقات المفسرين، لجلال الدين السيوطي، مكتبة وهبة - القاهرة، مصر.

٢٨٥ - طبقات النحويين واللغويين، للزبيدي الأندلسي، دار المعارف، الطبعة الثانية.

٢٨٦ - طرح التثريب في شرح تقريب الأسانيد وترتيب المسانيد، لزين الدين العراقي، مع تكملته لابنه: أحمد ابن العراقي، دار إحياء التراث العربي، لبنان.

٢٨٧ - الطرق الحكمية، لابن القيم، مكتبة دار البيان، الطبعة الأولى.

٢٨٨ - طريق الهجرتين وباب السعادتين، لابن القيم، دار السلفية، مصر، الطبعة الثانية.

٢٨٩ - طلبة الطَّلَبَة في الاصطلاحات الفقهية، للنسفي، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية ١٤٣٣هـ.

٢٩٠ - العدة في أصول الفقه، للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، حققه وعلق عليه وخرج نصه : د أحمد بن علي بن سير المباركي، الأستاذ المشارك في كلية الشريعة بالرياض جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الثانية ١٤١٠هـ.

٢٩١ – علم التوازن المعرفي في العقود، لإبراهيم عبدالعزيز داود، دار الجامعة الجديدة، مصر، الطبعة الأولى ٢٠١٤م.

٢٩٢ – العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، قلقاني الفنانيم: دار النفائس، الأردن ١٤٢٨هـ

٢٩٣ – العرف وأثره في الشريعة والقانون، لأحمد مباركي، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ

٢٩٤ – عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لأبي محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس المالكي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى١٤٢٣هـ

٢٩٥ – عقد القرض ومشكلة الفائدة، لمحمد رشيد الجزائري، مؤسسة الريان، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ

٢٩٦ – العقد في الفقه الإسلامي، لعباس حسني محمد، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ

٢٩٧ – عقود الإذعان في التشريع المصري، لعبد المنعم فرج الصدة، مطبعة فؤاد الأول، مصر، الطبعة الأولى.

٢٩٨ – عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي، لمحمد حسن، دار السلام، الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ

٢٩٩ – عقود التحوط من مخاطر تقلبات أسعار العملات، لطلال الدوسري، المجموعة الشرعية بمصرف الراجحي، ودار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ

٣٠٠ – العقود المالية المركبة، لعبدالله العمراني: دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ

٣٠١ – العقود المبتكرة في التمويل والاستثمار والصكوك الإسلامية، لخالد الرشود، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ

٣٠٢ – العلاقات الدولية، لعادل المهدي، نشر وتوزيع الكتاب الجامعي، جامعة حلوان، مصر، ٢٠٠٢-٢٠٠٣م.

٣٠٣ - العلل، لابن أبي حاتم، مطابع الحميضي، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.
٣٠٤ - علماء نجد خلال ثمانية قرون، لعبدالله بن عبدالرحمن البسام، دار العاصمة، الطبعة الثانية، عام (١٤١٩هـ).
٣٠٥ - عمارة القبور، لعبدالرحمن المعلمي، المكتبة المكية، الطبعة الأولى.
٣٠٦ - عمدة الطالب لنيل المآرب، لمنصور بن يونس البهوتي الحنبلي، مؤسسة الجليل النافع للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ.
٣٠٧ - عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لبدر الدين العيني، دار إحياء التراث العربي- بيروت، لبنان.
٣٠٨ - عمليات البنوك من الوجهة القانونية، لعلي جمال الدين عوض، دار النهضة العربية، مصر ١٩٨٨م.
٣٠٩ - العملات المصرفية حقيقتها وأحكامها الفقهية، لعبدالكريم السماعيل، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ.
٣١٠ - العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد بن محمود البابرتي، دار الفكر، بيروت- لبنان.
٣١١ - عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، لمحمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، العظيم آبادي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ.
٣١٢ - العيب وأثره في عقد البيع، لعبدالله العجلان، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ.
٣١٣ - عيون الأنباء في طبقات الأطباء، لأحمد بن القاسم ابن أبي أصيبعة، دار مكتبة الحياة، لبنان، الطبعة الأولى.
٣١٤ - الغاية القصوى في دراية الفتوى، للإمام عبدالله بن عمر البيضاوي، دار البشائر الإسلامية، لبنان.
٣١٥ - غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، لمرعي الكرمي، مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر.
٣١٦ - الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، لزكريا بن محمد الأنصاري، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٩٧م.

٣١٧ - الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، للصديق محمد الأمين الضرير، مطبوعات البنك الإسلامي للتنمية ١٤١٤هـ.

٣١٨ - غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، لشهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ.

٣١٩ - غياث الأمم في التياث الظلم، لأبي المعالي عبد الملك الجويني، مكتبة إمام الحرمين، الطبعة الثانية ١٤٠١هـ.

٣٢٠ - الفائق في غريب الحديث والأثر، لجارالله الزمخشري، دار المعرفة، لبنان، الطبعة الثانية.

٣٢١ - الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية بيت التمويل الكويتي، (١٩٧٩- ١٩٨٩م).

٣٢٢ - الفتاوى الفقهية الكبرى، لأحمد بن حجر الهيتمي، جمعها: تلميذ ابن حجر الهيتمي، الشيخ عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي، المكتبة الإسلامية.

٣٢٣ - فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء. جمع أحمد الدويش، دار العاصمة، الرياض، الطبعة الرابعة، عام ١٤٢٣هـ.

٣٢٤ - الفتاوى الهندية، ألفها لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، لبنان، الطبعة الثانية.

٣٢٥ - فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد ابن حجر العسقلاني، دار السلام، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.

٣٢٦ - فتح الباري شرح صحيح البخاري، لزين الدين عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، مكتبة الغرباء الأثرية، والحقوق: مكتب تحقيق دار الحرمين، مصر، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

٣٢٧ - الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ومعه بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني، لأحمد بن عبد الرحمن بن محمد الساعاتي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، الطبعة الثانية.

٣٢٨ - فتح العزيز بشرح الوجيز -الشرح الكبير-، لعبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

٣٣٩ - فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام، دار الفكر، بيروت-لبنان.

٣٤٠ - فتح القدير، لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، دار ابن كثير، سوريا، ودار الكلم الطيب، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

٣٤١ - فتوح البلدان، للبَلاذُري، دار ومكتبة الهلال، لبنان، الطبعة الأولى ١٩٨٨م.

٣٤٢ - الفروسية، لابن القيم، دار الأندلس، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

٣٤٣ - الفروع، لشمس الدين محمد بن مفلح الحنبلي، ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.

٣٤٤ - الفروق، لأسعد بن حسين الكرابيسي، حققه محمد طموم، وراجعه عبدالستار أبو غدة، الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ.

٣٤٥ - فصل فيمن أوقع الطلاق المحرم ثم تاب، لأحمد ابن تيمية، دار أضداء المجتمع، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ.

٣٤٦ - الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، دار الفكر، سوريا، الطبعة الرابعة.

٣٤٧ - فقه الهندسة المالية الإسلامية، لمرضي العنزي، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٣٦هـ.

٣٤٨ - الفهرست، لابن النديم، دار المعرفة، لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٧هـ.

٣٤٩ - فوات الوفيات، لمحمد بن شاكر، دار صادر، لبنان، الطبعة الأولى.

٣٥٠ - فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، لعبد العلي محمد بن نظام الدين محمد اللكنوي، دار الكتب العلمية، لبنان ١٤٢٣هـ.

٣٥١ - الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لشهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.

٣٥٢ - الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لمحمد عبدالحي اللكنوي، دار الأرقم، الطبعة الأولى ١٩٩٨م.

٣٤٣ - فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، لنزيه حماد: دار القلم، سوريا، الطبعة الثانية ١٤٣١هـ.

٣٤٤ - فيض القدير شرح الجامع الصغير، للمناوي، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، الطبعة الأولى.

٣٤٥ - قاعدة الأمور بمقاصدها - دراسة نظرية وتأصيلية، د. يعقوب الباحسين، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٣٤٦ - قاعدة في العقود، لتقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية الحراني، دار المعرفة-بيروت- لبنان.

٣٤٧ - القاموس المحيط، للفيروزآبادي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الثامنة ١٤٢٦هـ.

٣٤٨ - اللباب في شرح موطأ مالك بن أنس، لأبي بكر بن العربي المالكي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى ١٩٩٢ م.

٣٤٩ - قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ.

٣٥٠ - قرارات وتوصيات ندوة البركة الثانية عشرة، الثانية والعشرون، والثالثة والعشرون، الثامنة والعشرون، والثلاثون، والثانية والثلاثون.

٣٥١ - القطاع المصرفي والاقتصاد الوطني، لصلاح الدين حسن السيسي، دار عالم الكتب، مصر ٢٠٠٣م.

٣٥٢ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، مكتبة الكليات الأزهرية، طبعة ١٤١٤هـ.

٣٥٣ - القواعد الأصولية تأصيل وتطبيق، لعثمان ضيف الله الشوابكة، دار النفائس، الطبعة الأولى ٢٠١١م.

٣٥٤ - القواعد الأصولية عند ابن تيمية وتطبيقاتها في المعاملات القلبية والاقتصاديات المعاصرة، لمحمد بن الله بن الحاج الهاشمي، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ.

٣٥٥ - القواعد الفقهية والضوابط الشرعية للمعاملات المالية المعاصرة، بحث منشور للدكتور/ حسين شحاتة

٣٥٦ - القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، لمحمد مصطفى الزحيلي: دار الفكر، سوريا.

٣٥٧ - القواعد الفقهية، لعبدالرحمن بن سعدي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ

٣٥٨ - القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، محمد عثمان شبير، دار الفرقان، الأردن، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ

٣٥٩ - القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ليوسف بن الحسن بن عبدالهادي الدمشقي الحنبلي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤١٥.

٣٦٠ - القواعد النورانية، لتقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية الحراني، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ

٣٦١ - القواعد لابن رجب، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.

٣٦٢ - القواعد، لأبي عبدالله المقري، مطبوعات جامعة أم القرى، بتحقيق الشيخ أحمد بن عبدالله بن حميد.

٣٦٣ - القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة، لعبدالرحمن بن سعدي، دار ابن الجوزي، الطبعة الثالثة ١٤٢٤هـ

٣٦٤ - القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للمحصيري، جمع علي بن أحمد الندوي، الناشر مطبعة المدني، مصر، الطبعة الأولى ١٤١١هـ

٣٦٥ - القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية، لعبدالسلام السحيم، دار التأصيل، الطبعة الأولى ١٤٣٢هـ

٣٦٦ - القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية لابن اللحام، الناشر: المكتبة العصرية، لبنان الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ

٣٦٧ - القوانين الفقهية، لأبي القاسم، محمد بن أحمد ابن جزي، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ

٣٦٨ - القول المجتبى في تحقيق ما يحرم من الربا، لمحمد بن إسماعيل الصنعاني، مكتبة دار القدس، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

٣٦٩ - الربا المباشرة بين المفهوم التقليدي والحديث لمبدأ نسبية أثر العقد -بحث من إعداد د/ هشام طه محمود سليم- نشره مركز الإعلام الأمني بالبحرين بهذا الرابط http://www.policemc.gov.bh/mcms/research/legal-topics/?page=0 .

٣٧٠ - قياس وإدارة المخاطر بالبنوك، سمير الخطيب، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٥م.

٣٧١ - القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، لحمدي محمد إسماعيل سلطح، دار الفكر الجامعي، مصر ٢٠٠٦هـ.

٣٧٢ - الكافي في فقه الإمام أحمد، لأبي محمد موفق بن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

٣٧٣ - الكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر النمري، مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ.

٣٧٤ - الكامل في التاريخ، لعز الدين ابن الأثير، دار الكتاب العربي، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

٣٧٥ - كتاب التعريفات، للشريف الجرجاني، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ.

٣٧٦ - كتاب العين، للخليل بن أحمد الفراهيدي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.

٣٧٧ - الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر بن أبي شيبة، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.

٣٧٨ - كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي الحنبلي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى.

٣٧٩ - كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، لعبد العزيز بن أحمد البخاري الحنفي، دار الكتاب الإسلامي.

٣٨٠ - الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، للكفوي الحنفي، مؤسسة الرسالة- بيروت، لبنان.

٣٨١ - كنز الدقائق، لأبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤٣٢هـ

٣٨٢ - الكواكب الدراري في شرح صحيح البخاري، للكرماني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠١هـ

٣٨٣ - اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، لجمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري، دار القلم، سوريا، والدار الشامية، لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ

٣٨٤ - لسان العرب، لجمال الدين ابن منظور، دار صادر، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ

٣٨٥ - لقاء الباب المفتوح. للشيخ: محمد بن صالح العثيمين، إعداد الدكتور: عبدالله بن محمد الطيار، دار الوطن للنشر، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ

٣٨٦ - مبادئ الاقتصاد الكلي، لسامي خليل، مؤسسة الصباح، الكويت، الطبعة الأولى ١٩٨٠م.

٣٨٧ - مبادئ الاقتصاد الكلي، لفايز الحبيب، مطابع الفرزدق التجارية، الطبعة الرابعة، ١٤٢١هـ

٣٨٨ - مبادئ التمويل، لطارق الحاج، دار صفاء للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ

٣٨٩ - مبادئ القانون الإداري، لسليمان الطماوي، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى ٢٠١٤م.

٣٩٠ - مبدأ الرضا في العقود، لعلي الله داغي، دار البشائر الإسلامية، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٢٩هـ

٣٩١ - المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ

٣٩٢ - المبسوط في شرح القانون المدني، لحسن اللتوني، دار وائل للنشر والطباعة، الطبعة الأولى ٢٠٠٦م.

٣٩٣ - المبسوط، لشمس الأئمة السرخسي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٢٩هـ.

٣٩٤ - متن الخرقي على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، لأبي القاسم عمر بن الحسين الخرقي، دار الصحابة للتراث، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ.

٣٩٥ - مجلة الأحكام العدلية، ألفها لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية.

٣٩٦ - مجلة البحوث الإسلامية -مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد-، طباعة الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد.

٣٩٧ - مجلة البحوث الإسلامية. العدد (١١)، الربا في ضوء الكتاب والسنة، الشيخ عبدالله خياط، ١٤٠٤هـ، والعدد (٧٣)، الشورق المصرفي من طريق المعادن، لخالد المشيقح ١٤٢٥هـ.

٣٩٨ - مجلة البيان عدد (٣٢٦) شوال ١٤٣٠هـ، التسويق الشبكي تحت المجهر، لزاهر سالم بلفقيه.

٣٩٩ - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الصادرة عن رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة.

٤٠٠ - مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م ١، ١٤٠٩هـ، سندات المقارضة وضمان الفريق الثالث وتطبيقاتهما في تمويل التنمية في البلدان الإسلامية، منذر قحف.

٤٠١ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد المعروف بشيخي زاده، دار إحياء التراث العربي.

٤٠٢ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لأبي الحسن نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مكتبة القدسي، مصر، ١٤١٤هـ.

٤٠٣ - مجموع الفتاوى، لتقي الدين أحمد ابن تيمية، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية ١٤١٦هـ.

٤٠٤ - المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، لبنان.

٤٠٥ - مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، للعلامة عبد العزيز بن باز، أشرف على جمعه وطبعه: محمد بن سعد الشويعر، تحت إشراف الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، الطبعة الرابعة ١٤٢٧هـ.

٤٠٦ - مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل.

٤٠٧ - المجموعة الكاملة لبحوث ندوة المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ.

٤٠٨ - محاسن الشريعة في فروع الشافعية، لمحمد بن علي بن إسماعيل القفال، دار الكتب العلمية، لبنان ١٤٢٨هـ.

٤٠٩ - محاضرات في الوقف، لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الثانية ١٩٧١م.

٤١٠ - المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لابن عطية الأندلسي المحاربي، الناشر دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

٤١١ - المحصول، لمحمد بن عمر بن الحسن الملقب بفخر الدين الرازي، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤١٨هـ.

٤١٢ - المحلى بالآثار، لأبي محمد بن حزم الأندلسي، دار الفكر - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.

٤١٣ - المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، لأبي المعالي برهان الدين محمود بن مَازَة البخاري الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.

٤١٤ - المخاطرة في المعاملات المالية المعاصرة، لعبدالرحمن الخميس، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ.

٤١٥ - مختار الصحاح، لزين الدين محمد بن أبي بكر الحنفي، المكتبة العصرية، لبنان، الطبعة الخامسة ١٤٢٠هـ.

٤١٦ - مختصر العلامة خليل، لخليل بن إسحاق بن موسى المالكي، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ.

٤١٧ - مختصر القدوري في الفقه الحنفي، لأحمد بن محمد القدوري، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.

٤١٨ - المخصص، لابن سيده، دار إحياء التراث العربي، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

٤١٩ - مدارك التنزيل وحقائق التأويل، لأبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي، دار الكلم الطيب، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.

٤٢٠ - المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا، دار القلم، سوريا، الطبعة الثانية ١٤٢٥هـ.

٤٢١ - المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، لمصطفى الزرقا، دار القلم، سوريا، الطبعة الثانية ١٤٣٤هـ.

٤٢٢ - المدخل لدراسة الشريعة، لعبدالكريم زيدان، دار عمر بن الخطاب، مصر، الطبعة الأولى ٢٠٠١م.

٤٢٣ - المدخل للفقه الإسلامي، لمحمد سلام مدكور، دار الكتاب الحديث، مصر، الطبعة الثانية ١٩٩٦م.

٤٢٤ - مدونة الأحكام القضائية، الأحكام والمبادئ لعام ١٤٢٩هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ القضائية.

٤٢٥ - المدونة، للإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.

٤٢٦ - مراتب الإجماع، لابن حزم، ويليه: نقد مراتب الإجماع، لابن تيمية، دار ابن حزم، لبنان، (طباعة ونشر وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية).

٤٢٧ - المراسيل، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السِّجِسْتاني، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.

٤٢٨ - مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، لمحمد قدري باشا، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ.

٤٢٩ - مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لعلي ملا قاري، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

٤٣٠ - مسائل الإمام أحمد برواية حرب الكرماني جمع ودراسة، لعبدالباري الثبيتي، مطبوعات الجامعة الإسلامية، عمادة البحث العلمي، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ.

٤٣١ - مسائل الإمام أحمد برواية مهنا الشامي، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ.

٤٣٢ - مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، الدار العلمية، الهند، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.

٤٣٣ - مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني، لأبي داود سليمان بن الأشعث السِّجِسْتاني، مكتبة ابن تيمية، مصر، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ.

٤٣٤ - مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، لأسامة عمر الأشقر، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثالثة ١٤٣١هـ.

٤٣٥ - المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن البيع، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١١هـ.

٤٣٦ - المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام، لتقي الدين أحمد ابن تيمية، جمعه ورتبه وطبعه على نفقته: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.

٤٣٧ - المستصفى، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ.

٤٣٨ - مستقبل علم الاقتصاد من منظور إسلامي، محمد عمر لشابرا، (ترجمة:

رفيق يونس المصري)، دار الفكر، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥م.

٤٣٩ - مسند أبي يعلى، لأبي يعلى أحمد بن علي بن المثنى التميمي، الموصلي، دار المأمون للتراث، سوريا، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ.

٤٤٠ - مسند الإمام أحمد بن حنبل، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.

٤٤١ - مسند الإمام الشافعي، لمحمد بن إدريس الشافعي، رتبه على الأبواب الفقهية: محمد عابد السندي، دار الكتب العلمية، لبنان، عام النشر ١٣٧٠هـ.

٤٤٢ - مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار، لأبي بكر أحمد العتكي المعروف بالبزار، مكتبة العلوم والحكم، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩م.

٤٤٣ - المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي - بيروت، لبنان.

٤٤٤ - المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية [بدأ بتصنيفها الجدّ: مجد الدين عبد السلام بن تيمية (ت: ٦٥٢هـ)، وأضاف إليها الأب: عبد الحليم بن تيمية (ت: ٦٨٢هـ)، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تيمية (٧٢٨هـ)]، دار الكتاب العربي.

٤٤٥ - مشارق الأنوار على صحاح الآثار، للقاضي عياض اليحصبي، دار المكتبة العتيقة، مصر، ودار التراث، تونس، مصورة من الطبعة القديمة ١٩٧٨م.

٤٤٦ - المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر و دور الهندسة المالية في صناعة أدواتها، لسمير عبد الحميد رضوان، دار النشر للجامعات، مصر، ٢٠٠٥م.

٤٤٧ - مصادر الالتزام في القانون المدني، لأنور سلطان، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الرابعة ١٤٣١هـ.

٤٤٨ - مصادر الالتزام، لرمضان أبو السعود، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى ٢٠١٢م.

٤٤٩ - مصادر الالتزام، لعبد المنعم فرج الصده، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى ١٩٩٢م.

٤٥٠ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي، لعبدالرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية ١٩٩٨م.

٤٥١ - المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، لعبدالرزاق الهيتي، دار أسامة، الأردن، الطبعة الأولى ١٩٩٨م.

٤٥٢ - المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية: الأساس الفكري والممارسات الواقعية ودورها في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لمحمد الطاهر الهاشمي، دار المنهل ٢٠١٠م.

٤٥٣ - مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، لأبي العباس أحمد بن أبي بكر البوصيري الكناني الشافعي، دار العربية، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.

٤٥٤ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي، المكتبة العلمية - بيروت، لبنان.

٤٥٥ - المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ.

٤٥٦ - المضاربة حقيقتها-أحكامها-تطبيقاتها المعاصرة، لمحمد علي بيومي، دار الميمان، الطبعة الأولى ١٤٣٢هـ.

٤٥٧ - المضاربة في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة، لعبدالله الخويطر، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.

٤٥٨ - المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، لأبي الفضل أحمد حجر العسقلاني، دار العاصمة، دار الغيث، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.

٤٥٩ - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى بن سعد الرحيباني الدمشقي الحنبلي، المكتب الإسلامي، لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ.

٤٦٥ – المطلع على ألفاظ المقنع، لأبي الفتح البعلي، مكتبة السوادي للتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ

٤٦١ – معالم التنزيل في تفسير القرآن، لمحمد الحسين بن مسعود البغوي، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة ١٤١٧هـ

٤٦٢ – معالم السنن شرح سنن أبي داود، للخطابي، المطبعة العلمية، سوريا، الطبعة الأولى.

٤٦٣ – المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، لدبيان الدبيان، الناشر: مكتبة الملك فهد الوطنية، الطبعة: الثانية، ١٤٣٢هـ

٤٦٤ – المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، لمحمد عثمان شبير، دار النفائس، الطبعة السادسة ١٤٢٧هـ

٤٦٥ – المعاملات المالية المعاصرة، لوهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة السابعة ١٤٣٠هـ

٤٦٦ – المعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

٤٦٧ – المعجم الاقتصادي الإسلامي، لأحمد الشرباصي، دار الجيل، الطبعة الأولى ١٤٠١هـ

٤٦٨ – المعجم الأوسط، لسليمان بن أحمد الطبراني، دار الحرمين – القاهرة، مصر.

٤٦٩ – معجم البلدان، لياقوت الحموي، دار صادر، لبنان، الطبعة الثانية ١٩٩٥م.

٤٧٠ – معجم الصحابة، لابن قانع، مكتبة الغرباء الأثرية، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ

٤٧١ – المعجم الصغير، لسليمان بن أحمد الطبراني، المكتب الإسلامي، لبنان، ودار عمار، الأردن، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ

٤٧٢ – المعجم الكبير، لسليمان بن أحمد الطبراني، مكتبة ابن تيمية، مصر، الطبعة: الثانية.

٤٧٣ – المعجم المختص بالمحدثين، لشمس الدين الذهبي، مكتبة الصديق، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.

٤٧٤ – معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء. للدكتور: نزيه حماد، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الثالثة (١٤١٥هـ،- ١٩٩٥م).

٤٧٥ – معجم المصطلحات الاقتصادية والمالية، لمصطفى هني، مكتبة لبنان، الطبعة الثانية ٢٠٠١م.

٤٧٦ – المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، المكتب الإسلامي، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.

٤٧٧ – المعجم الوسيط، المؤلف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، دار الدعوة.

٤٧٨ – معجم لغة الفقهاء. للدكتور محمد رواس قلعه جي و حامد قنيبي، دار النفائس، بيروت، الطبعة الثالثة، عام ١٤٣١هـ.

٤٧٩ – معرفة السنن والآثار، لأحمد بن الحسين بن علي البيهقي، جامعة الدراسات الإسلامية (باكستان)، دار قتيبة (لبنان)، دار الوعي (سوريا)، دار الوفاء (مصر)، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ.

٤٨٠ – المُعْلم بفوائد مسلم، للمازري، الدار التونسية للنشر، والمؤسّسة الوطنية للكتاب بالجزائر، والمؤسّسة الوطنية للترجمة والتحقيق والدّراسات بيت الحكمة الطبعة الثانية ١٩٨٨م.

٤٨١ – المعونة على مذهب عالم المدينة، لعبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز – مكة المكرمة.

٤٨٢ – المعيار المعرب، للونشريسي، نشر وزارة الأوقاف المغربية ودار الغرب الإسلامي ١٤٠١هـ.

٤٨٣ – المغرب في ترتيب المعرب، للمطرّزي، مكتبة أسامة بن زيد، سوريا، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ.

٤٨٤ – مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.

٤٨٥ - المغني لابن قدامة، لأبي محمد موفق بن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، مصر، الطبعة الأولى.

٤٨٦ - مفاتيح الغيب، لفخر الدين الرازي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٢٠هـ.

٤٨٧ - مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، لمحمد بن أحمد الحسني التلمساني، المكتبة المكية، مؤسسة الريان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.

٤٨٨ - مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة، لابن القيم، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان.

٤٨٩ - المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني، دار القلم، سوريا، والدار الشامية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

٤٩٠ - المفصل في القواعد الفقهية، ليعقوب الباحسين، دار التدمرية، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ.

٤٩١ - مقاصد الأحكام المالية عند الإمام ابن القيم وأثرها الفقهي، لمحمد اليحيى، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ.

٤٩٢ - مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر ابن عاشور، دار السلام، الطبعة الخامسة ١٤٣٣هـ.

٤٩٣ - المقدمات الممهدات، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.

٤٩٤ - مقدمة في النظرية الاقتصادية الكلية، لأحمد محمد منصور، الدار الجامعية، مصر، ٢٠٠٣-٢٠٠٤م.

٤٩٥ - مقدمة في النقود والبنوك، محمد زكي الشافعي، دار النهضة العربية، مصر ١٩٨٢م.

٤٩٦ - المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ.

٤٩٧ - مقاييس اللغة، لابن فارس القزويني، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ.

٤٩٨ - مكافحة الشروط التعسفية في العقود، لمحمد بودالي، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.

٤٩٩ - الملكية ونظرية العقد، لمحمد أبو زهرة: دار الفكر العربي، مصر ١٣٩٦هـ.

٥٠٠ - الملل والنحل، للشهرستاني، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ.

٥٠١ - منار السبيل في شرح الدليل، لابن ضويان، المكتب الإسلامي، لبنان، الطبعة السابعة ١٤٠٩هـ.

٥٠٢ - مَنَاهِج التَّحصيل ونتائج لطائف التَّأويل في شرح المدَوَّنة وحَلِّ مُشكِلاتها، لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى١٤٢٨هـ.

٥٠٣ - المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد الباجي، دار الكتاب الإسلامي، مصر، الطبعة الثانية.

٥٠٤ - المنتقى من السنن المسندة، لأبي محمد عبد الله بن علي بن الجارود، مؤسسة الكتاب الثقافية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.

٥٠٥ - منتهى الإرادات، لتقي الدين محمد الفتوحي الحنبلي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.

٥٠٦ - المنثور في القواعد الفقهية، لبدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.

٥٠٧ - منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد بن محمد عليش، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.

٥٠٨ - المنَحُ الشَّافيات بشرْح مُفردات الإمام أحمد، لمنصور بن يونس البهوتي الحنبلي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.

٥٠٩ - المنفعة في القرض، لعبدالله العمراني، دار كنوز إشبيليا، إصدارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، الطبعة الثانية ١٤٣١هـ.

٥١٠ - منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ

٥١١ - المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، لشرف الدين النووي، إحياء التراث العربي، لبنان، الطبعة الثانية

٥١٢ - المهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي اسحاق الشيرازي، دار المعرفة، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ

٥١٣ - الموافقات، لإبراهيم بن موسى الشاطبي، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ

٥١٤ - مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، دار الفكر، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ

٥١٥ - موسوعة القواعد الفقهية، لمحمد البورنو، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ

٥١٦ - موسوعة المصطلحات الاقتصادية، للدكتور حسين عمر، الناشر مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، الطبعة الأولى ٢٠١٣م

٥١٧ - موطأ الإمام مالك، للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، لبنان: ١٤٠٦هـ

٥١٨ - موقف الشريعة من المصارف الإسلامية، لعبدالله العبادي، المكتبة العصرية، بيروت، بدون طبعة.

٥١٩ - ميزان الاعتدال في نقد الرجال، لشمس الدين الذهبي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان.

٥٢٠ - نحو نظام نقدي عادل، دراسة للنقود والمصارف والسياسة النقدية في ضوء الشريعة الإسلامية، لمحمد عمر شابرا، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الثانية ١٤١٠هـ

٥٢١ - نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج

الزيلعي، لجمال الدين الزيلعي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.

٢٢* - النظريات الفقهية، لفتحي الدريني؛ منشورات جامعة دمشق، الطبعة الرابعة ١٤١٦هـ.

٢٣* - النظريات الفقهية، لمحمد الزحيلي، دار القلم، الطبعة الثالثة ١٤٣٠هـ.

٢٤* - نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، أحمد حشمت أبو ستيت، مطبعة مصر، الطبعة الثانية ١٩٥٤م.

٢٥* - نظرية البدائل الإسلامية للمعاملات المصرفية، لطالب الكبيري، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٣٦هـ.

٢٦* - نظرية التقعيد الأصولي، أيمن عبدالحميد البدارين، دار ابن حزم، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.

٢٧* - نظرية السبب والعدالة العقدية، لأيمن العشماوي، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى ٢٠٠٨م.

٢٨* - نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، لحسن الشاذلي، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ.

٢٩* - نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، لزكي الدين شعبان، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى.

٣٠* - نظرية الضرورة الشرعية، لوهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ.

٣١* - نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، فاضل شاكر النعيمي، مطبعة الفكر، بغداد ١٩٧١م.

٣٢* - نظرية الظروف الطارئة بين النظرية والتطبيق، لأسامة عبد الرحمن، رسالة النيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط ١٩٨٣م.

٣٣* - نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة

الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية، لعبد السلام الترمانيني، دار الفكر، بغداد ١٩٦٩م.

٥٣٤ - النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، توفيق حسن فرج، دار النهضة العربية، مصر الطبعة الثالثة.

٥٣٥ - النظرية العامة للالتزام، للربد محمود علي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ٢٠١٢م.

٥٣٦ - النظرية العامة للعقود، لبهاء الدين العلايلي، دار الشواف، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ.

٥٣٧ - نظرية العقد في الفقه الإسلامي، لمصمت عبدالمجيد، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م.

٥٣٨ - نظرية العقد، لعبدالرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية ١٩٩٨م.

٥٣٩ - نظرية العقد، لعلي الخفيف، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى.

٥٤٠ - نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، لياسين أحمد درادكة، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الأردن.

٥٤١ - نهاية السول شرح منهاج الوصول، لعبد الرحيم بن الحسن الإسنوي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ.

٥٤٢ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشهاب الدين الرملي، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأخيرة ١٤٠٤هـ.

٥٤٣ - نهاية المطلب في دراية المذهب، لأبي المعالي عبد الملك الجويني، دار المنهاج، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ.

٥٤٤ - النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير، المكتبة العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ.

٥٤٥ - النوادر والزيادات على ما في المدوّنة من غيرها من الأمهات، لابن أبي زيد القيرواني، المالكي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى ١٩٩٩م.

٤٦ - نيل الابتهاج بتطريز الديباج، لأحمد بابا التنبكتي السوداني، دار الكاتب، ليبيا، الطبعة الثانية ٢٠٠٠ م.

٤٧ - نيل الأوطار، للشوكاني، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ.

٤٨ - نيل الوطر من تراجم رجال اليمن في القرن الثالث عشر من هجرة سيد البشر، محمد بن محمد بن يحيى ابن زباره اليمني الصنعاني.

٤٩ - الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، للرصاع المالكي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.

٥٠ - الهداية في شرح بداية المبتدي، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، دار احياء التراث العربي، بيروت -لبنان.

٥١ - الهندسة المالية الإسلامية، لشيرين أبو غنونة، دار النفائس، الطبعة الأولى ١٤٣٧هـ.

٥٢ - الوافي بالوفيات، لصلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي، دار إحياء التراث، لبنان، الطبعة الأولى١٤٢٠هـ.

٥٣ - الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، لحسن عبد الله الأمين، دار الشروق، الطبعة الأولى ١٩٦٣م.

٥٤ - الوسيط في الملاعب، لأبي حامد الغزالي، دار السلام، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

٥٥ - الوسيط في شرح القانون المدني، لعبدالرزاق السنهوري: دار إحياء التراث، لبنان ١٩٦٤م.

٥٦ - الوظيفة الرقابية للبنوك الإسلامية "الرقابة النقدية والشرعية"، لمحمد إبراهيم أبو شادي، دار النهضة العربية، مصر ١٤٢٠هـ.

٥٧ - وظيفة المحكم في الفقه الإسلامي، لزيد الزيد، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.

٥٨ - وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لابن خلكان، دار صادر - بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٤م.

◆ مواقع إلكترونية:

١ - موقع الأمم المتحدة. www.un.org/ar

٢ - موقع الدكتور/ سامي السويلم
http://www.suwailem.net/NewsDetails/MARKETING-SYSTEM-106

٣ - موقع الدكتور/ عبدالله بن محمد الطيار على الشبكة
http://www.m-islam.com/new/s/3578.

٤ - موقع الدكتور/ علي القره داغي
http://www.qaradaghi.com/chapterDetails.aspx?ID=1241.

٥ - موقع الدكتور/ محمد العصيمي http://qa.halal2.com.

٦ - موقع الدكتور/ وهبة الزحيلي www.zuhayli.com.

٧ - موقع الدكتور/ حسين شحاته شبهات حول التسويق الشبكي على موقع
http://www.darelmashora.com.

٨ - موقع الشيخ/ يوسف الشبيلي www.shubily.com.

٩ - موقع الهيئة العامة للاستثمار SAGIA.

١٠ - موقع بنك الجزيرة www.baj.com.sa.

١١ - موقع بنك الراجحي www.alrajhibank.com.sa.

١٢ - موقع صندوق النقد الدولي www.imf.org/external/arabic

١٣ - موقع علي السالوس فتوى الشيخ على موقعه
http://www.alsalous.com/fatwa/read/704.

١٤ - موقع لجنة الفتوى بالجزائر -http://www.marw.dz/index.php/2015-03
24-13-16-07/2015-03-24-13-17-13/64-2010-04-08-15-35-52/
1149-2014-03-27-09-48-36.html.

١٥ - موقع لجنة بازل /https://www.bis.org/bcbs.

١٦ - موقع مركز أبحاث الفقه العالمي الإسلامي www.kantakji.org.

١٧ - موقع البنك المركزي السعودي SAMA.
١٨ - موقع وزارة الاستثمار المصرية www.gafi.gov.eg.
١٩ - موقع وزارة التجارة والصناعة http://mci.gov.sa.

فهرس الموضوعات

المقدمة ١٩
أهمية الموضوع ٢١
أسباب اختيار الموضوع ٢٣
الدراسات السابقة ٢٤
منهج البحث ٣١
خطة البحث ٣٣
مخطط البحث ٤٩
التمهيد ٥٣
المبحث الأول: التعريف بالتوازن في العقود ٥٥
المطلب الأول: تعريف التوازن الإقرادي واللتبي ٥٥
الفرع الأول: التعريف الإقرادي بالتوازن العقدي ٥٥
الفرع الثاني: التعريف اللتبي بالتوازن العقدي ٦٠
المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة ٦٥
الفرع الأول: العدالة ٦٥
الفرع الثاني: المساواة ٦٦
المطلب الثالث: أركان العقد ٦٩
المطلب الرابع: آثار العقد ٧١
المبحث الثاني: تاريخ فكرة التوازن العقدي ٧٥
المبحث الثالث: صلة حفظ توازن العقود بتحقيق الأمن الاقتصادي ٨٠
المطلب الأول: تعريف الأمن الاقتصادي ٨٠

المطلب الثاني: بيان صلة حفظ توازن العقود بتحقيق الأمن الاقتصادي ٨١
الباب الأول: التأصيل الشرعي للتوازن العقدي ٨٧
التمهيد أهمية التوازن في العقود ومعياره ٨٩
المطلب الأول: بيان أهمية التوازن في العقود. ٨٩
المطلب الثاني: معيار التوازن في العقود. ٩٤
الفصل الأول: الأدلة والقواعد العامة الدالة على مراعاة التوازن في العقود، وحكمه، والمقاصد الشرعية في اعتباره، والأحكام التي شرعت حفظا له .. ٩٩
المبحث الأول: الأدلة والقواعد العامة الدالة على مراعاة التوازن في العقود .. ١٠١
المطلب الأول: أدلة مراعاة التوازن من المنقول والمعقول ١٠١
الفرع الأول: أدلة مراعاة التوازن في العقود من المنقول ١٠١
الفرع الثاني: الأدلة من المعقول على مراعاة مبدأ التوازن في العقود ١١٦
المطلب الثاني: القواعد الفقهية العامة الدالة على مراعاة التوازن في العقود. ١١٩
المبحث الثاني: حكم التوازن في العقود. ١٣٤
المبحث الثالث: المقاصد الشرعية التي من أجلها حفظ التوازن في العقود ١٣٨
المبحث الرابع: الأحكام التي شرعت لتحقيق التوازن في العقود ١٤٨
المطلب الأول: وجوب الرضا في العقود ١٤٨
الفرع الأول: تعريف الرضا لغة واصطلاحا. ١٤٨
الفرع الثاني: الأدلة على اعتبار الرضا في العقود. ١٤٩
الفرع الثالث: وجه حماية التراضي في العقود للتوازن ١٥١
المطلب الثاني: وجوب الوفاء بالعقود ١٥٢
الفرع الأول: الأدلة على وجوب الوفاء بالعقود. ١٥٢
الفرع الثاني: وجه حماية الوفاء بالعقود للتوازن. ١٥٥

المطلب الثالث: تحريم الربا ١٥٦
الفرع الأول: أدلة تحريم الربا. ١٥٦
الفرع الثاني: وجه حماية تحريم الربا للتوازن. ١٦١
المطلب الرابع: النهي عن أخذ مال الغير إلا بطيب نفس منه ١٦٤
الفرع الأول: الأدلة على النهي عن أخذ مال الغير إلا بطيب نفس منه ... ١٦٤
الفرع الثاني: وجه حماية هذا الحكم للتوازن. ١٦٧
المطلب الخامس: وضع الجوائح ١٦٨
الفرع الأول: تعريف الجائحة لغة واصطلاحا. ١٦٨
الفرع الثاني: أدلة وضع الجوائح. ١٦٩
الفرع الثالث: وجه حماية مبدأ وضع الجوائح للتوازن في العقود. ١٧٣
المطلب السادس: ثبوت الخيارات في المعاملات المالية ١٧٧
الفرع الأول: أنواع الخيارات. ١٧٧
الفرع الثاني: وجه حماية الخيارات في المعاملات المالية للتوازن في العقود. ٢٠٢
المطلب السابع: ثبوت الشفعة ٢٠٦
الفرع الأول: تعريف بالشفعة لغة واصطلاحا. ٢٠٦
الفرع الثاني: أدلة ثبوت الشفعة. ٢٠٧
الفرع الثالث: وجه حماية ثبوت الشفعة للتوازن في العقود. ٢٠٨
المطلب الثامن: الحجر ٢١١
الفرع الأول: تعريف الحجر لغة واصطلاحا. ٢١١
الفرع الثاني: أدلة ثبوت الحجر. ٢١٢
الفرع الثالث: وجه حماية الحجر للتوازن في العقود. ٢١٥
الفصل الثاني: مواطن التوازن في العقود ٢١٩

المبحث الأول: التوازن في الصيغة ٢٢١
المطلب الأول: شروط الصيغة. ٢٢٣
المطلب الثاني: بيان وجه التوازن في شروط صيغة العقود. ٢٣٢
المبحث الثاني: التوازن في العاقدين ٢٣٥
المطلب الأول: شروط العاقدين. ٢٣٥
المطلب الثاني: بيان وجه التوازن في شروط العاقدين. ٢٤١
المبحث الثالث: التوازن في المعقود عليه ٢٤٣
المطلب الأول: شروط المعقود عليه. ٢٤٣
المطلب الثاني: بيان وجه التوازن في شروط المعقود عليه. ٢٤٧
الفصل الثالث: الاستثناءات الواردة على تحقيق التوازن ٢٤٩
المبحث الأول: الاستثناء الوارد على التوازن في الصيغة ٢٥١
المطلب الأول: إجبار المحتكر على بيع ما احتكره بثمن المثل ٢٥١
الفرع الأول: تعريف الاحتكار لغة واصطلاحا. ٢٥١
الفرع الثاني: الأدلة على إجبار المحتكر على التعاقد. ٢٥٢
المطلب الثاني: بيان وجه الاستثناء من وجوب تحقيق التوازن في صيغة العقد ٢٥٤
المبحث الثاني: الاستثناء الوارد على وجوب تحقيق التوازن في العاقدين ٢٥٩
المطلب الأول: بيع مال المفلس منه جبرا ٢٥٩
الفرع الأول: تعريف التفليس لغة واصطلاحا. ٢٥٩
الفرع الثاني: أدلة بيع مال المفلس جبرا منه ٢٦٠
المطلب الثاني: بيان وجه الاستثناء من وجوب تحقيق التوازن في العاقدين. ٢٦١
المبحث الثالث: الاستثناء الوارد على وجوب تحقيق التوازن في المعقود عليه. ٢٦٥
المطلب الأول: الإلزام على التعاقد تلبية لمصلحة عامة "نزع الملكية". ... ٢٦٥

المطلب الثاني: الأدلة على هذا الإلزام على التعاقد ٢٦٧
المطلب الثالث: بيان وجه الاستثناء من وجوب تحقيق التوازن في المعقود عليه ٢٧١
الفصل الرابع: التنازل عن التوازن في العقد والاعتياض عنه ٢٧٥
المبحث الأول: أنواع الحقوق من حيث الاعتياض ٢٨٢
المطلب الأول: الحقوق التي لا تقبل الاعتياض ٢٨٢
المطلب الثاني: الحقوق التي تقبل الاعتياض ٢٨٦
المبحث الثاني: التنازل عن التوازن في العقد ٢٩٦
المبحث الثالث: الاعتياض عن التوازن في العقد ٢٩٧
المطلب الأول: الاعتياض عن الحقوق ٢٩٧
المطلب الثاني: مدى تعلق المالية في الالتزامات ٣٠٦
الفصل الخامس: الشروط العقدية وعلاقتها بالتوازن في العقود ٣٢٥
التمهيد: الأصل في الشروط في العقود ٣٢٧
المطلب الأول: تعريف الأصل لغة واصطلاحا ٣٢٧
المطلب الثاني: تعريف الشرط لغة واصطلاحا ٣٢٩
المطلب الثالث: بيان خلاف الفقهاء في الأصل في الشروط ٣٣٠
المبحث الأول: مذاهب الفقهاء في الشروط في العقود ٣٤٤
المبحث الثاني: مواطن الشروط في العقود وأثرها على التوازن ٣٦١
المطلب الأول: الشروط المتقدمة على العقد ٣٦١
الفرع الأول: حكم الشروط المتقدمة على العقد ٣٦١
الفرع الثاني: أثرها على التوازن في العقد ٣٦٦
المطلب الثاني: الشروط المقترنة بالعقد ٣٦٧
الفرع الأول: حكم الشروط المقترنة بالعقد ٣٦٧

الفرع الثاني: أثرها على التوازن في العقد. ٣٦٩
المطلب الثالث: الشروط اللاحقة بالعقد "المستحدثة" ٣٧١
الفرع الأول: حكم الشروط اللاحقة بالعقد. ٣٧١
الفرع الثاني: أثرها على التوازن في العقد. ٣٧٣
الباب الثاني: الاختلال في توازن العقود ٣٧٥
التمهيد ٣٧٧
المطلب الأول: تعريف الاختلال لغة واصطلاحا. ٣٧٧
المطلب الثاني: معيار الاختلال في توازن العقود. ٣٨٠
الفصل الأول: أنواع الاختلال وضوابط الاختلال المؤثر في العقود ٣٨٣
المبحث الأول: أنواع الاختلال في توازن العقود. ٣٨٥
المبحث الثاني: ضوابط الاختلال المؤثر في توازن العقود. ٣٨٨
الفصل الثاني: أسباب اختلال التوازن في العقود ٣٩٧
المبحث الأول: الغرر ٣٩٩
المطلب الأول: تعريف الغرر لغة واصطلاحا. ٣٩٩
المطلب الثاني: أنواع الغرر وضابطه. ٤٠١
المطلب الثالث: أثر الغرر على التوازن في العقود. ٤٠٤
المبحث الثاني: الإكراه ٤٠٧
المطلب الأول: تعريف الإكراه لغة واصطلاحا. ٤٠٧
المطلب الثاني: أقسام الإكراه. ٤٠٩
المطلب الثالث: أثر الإكراه على التوازن في العقود. ٤١٢
المبحث الثالث: الضرر ٤١٤
المطلب الأول: تعريف الضرر لغة واصطلاحا. ٤١٤
المطلب الثاني: أنواع الضرر المؤثر على العقد وضابطه. ٤١٦

المطلب الثالث: أثر الضرر على التوازن في العقود. ٤١٨
المبحث الرابع: الغبن ٤١٩
المطلب الأول: تعريف الغبن لغة واصطلاحا. ٤١٩
المطلب الثاني: أقسام الغبن. ٤٢١
المطلب الثالث: أثره على التوازن في العقود. ٤٢٣
المبحث الخامس: الشروط الفاسدة ٤٢٦
المطلب الأول: التعريف بالشروط الفاسدة. ٤٢٦
المطلب الثاني: أنواع الشروط الفاسدة في العقود. ٤٢٨
المطلب الثالث: أثر الشروط الفاسدة على التوازن في العقود. ٤٢٩
المبحث السادس: الظروف الطارئة على العقد ٤٣٢
المطلب الأول: حقيقة الظروف الطارئة ٤٣٢
المطلب الثاني: أنواع الظروف الطارئة ٤٣٤
المطلب الثالث: أثر الظروف الطارئة على التوازن في العقد ٤٣٦
المبحث السادس: الشروط التعسفية ٤٣٨
المطلب الأول: تعريف الشروط التعسفية ٤٣٨
المطلب الثاني: أثر الشروط التعسفية على التوازن في العقد ٤٤٠
الفصل الثالث: أبرز أسباب المنازعات الناشئة عن اختلال التوازن في العقود . ٤٤٣
المبحث الأول: تلف المعقود عليه ٤٤٥
المطلب الأول: تلف المعقود عليه قبل القبض. ٤٤٥
الفرع الأول: أثر فوات كل المبيع قبل القبض بآفة سماوية ٤٤٥
الفرع الثاني: أثر فوات كل المبيع قبل القبض بفعل المشتري ٤٥٣
الفرع الثالث: أثر فوات كل المبيع قبل القبض بفعل أجنبي ٤٥٣
المطلب الثاني: تلف المعقود عليه بعد القبض. ٤٥٤

المبحث الثاني: كساد المال أو تغير قيمته ٤٥٥
المطلب الأول: كساد المال. ٤٥٥
الفرع الأول: تعريف الكساد لغة واصطلاحا ٤٥٥
المطلب الثاني: تغير القيمة الشرائية. ٤٦٠
المبحث الثالث: التفاوت بين المتعاقدين في القوة الاقتصادية والمعرفة والمعلومات المتعلقة بالمعقود عليه ٤٦٤
المطلب الأول: اختلال التوازن الناشئ عن التفاوت في القوة الاقتصادية. ٤٦٤
المطلب الثاني: اختلال التوازن الناشئ عن التفاوت المعرفي بالمعقود عليه ٤٦٧
المبحث الرابع: تعذر إتمام العقد بعد إتمام العاقد ٤٧٠
المطلب الأول: تعذر إتمام العقد بسبب الظروف الطارئة. ٤٧٠
المطلب الثاني: تعذر إتمام العقد بسبب القوة القاهرة. ٤٧٣
الباب الثالث: إعادة التوازن العقدي ٤٧٥
الفصل الأول: وسائل حماية الشريعة للعقود من الاختلال والقواعد المتعلقة بحماية العقود من الاختلال ٤٧٧
المبحث الأول: وسائل حماية الشريعة الإسلامية للعقود من الاختلال ٤٧٩
المطلب الأول: وسائل حماية الشريعة للعقود من الاختلال في التوازن عند إنشائها ٤٧٩
المطلب الثاني: وسائل حماية الشريعة للعقود من الاختلال في التوازن أثناء تنفيذ العقد ٤٨٢
المطلب الثالث: وسائل حماية الشريعة للعقود من الاختلال في التوازن بعد العقد. ٤٨٤
المبحث الثاني: القواعد الأصولية والفقهية المتعلقة بحماية الشريعة للعقود من الاختلال ٤٨٦

المطلب الأول: القواعد الأصولية المتعلقة بحماية العقود من الاختلال. ... ٤٨٦
المطلب الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بحماية العقود من الاختلال. ٤٩٨
الفصل الثاني: السياسة النقدية في حفظ توازن العقود وحمايتها من الاختلال . ٥١١
التمهيد ٥١٣
المطلب الأول: تعريف السياسة النقدية. ٥١٣
المطلب الثاني: أدوات السياسة النقدية. ٥١٥
المبحث الأول: وسائل السياسة النقدية في المصرف المركزي "مؤسسة النقد" في حفظ توازن العقود وحمايتها من الاختلال ٥٣٠
المطلب الأول: التأثير على حجم الائتمان ٥٣٠
الفرع الأول: تحديد هوامش أرباح العقود في المصارف وتحديد السقوف الائتمانية. ٥٣٠
الفرع الثاني: تثبيت ودعم القيمة الداخلية والخارجية للعملة. ٥٣٢
المطلب الثاني: استخدام نسبة السيولة. ٥٣٧
المطلب الثالث: الرقابة على البنوك التجارية والمشتغلين بأعمال مبادلة العملات. ٥٤٠
المبحث الثاني: وسائل السياسة النقدية في البنوك التجارية لحفظ توازن عقودها وحمايتها من الاختلال ٥٤٥
المطلب الأول: التقليل من المخاطر ٥٤٥
الفرع الأول: تعريف المخاطر المصرفية. ٥٤٥
الفرع الثاني: أنواع المخاطر المصرفية التي تواجهها البنوك التجارية. ... ٥٤٦
المطلب الثاني: وسائل حماية العقود من الاختلالات المؤثرة على التوازن ٥٥٦
الفرع الأول: التأمين التعاوني على الاستثمار والتمويل. ٥٥٩
الفرع الثاني: تبرع طرف ثالث بالضمان ٥٦٢

الفرع الثالث: تنويع الأصول الاستثمارية. ٥٦٥
الفرع الرابع: البيع بشرط الخيار. ٥٦٨
الفرع الخامس: تكوين احتياطيات من حقوق المستثمرين. ٥٦٩
الفصل الثالث: تصحيح الاختلال في توازن العقد ٥٧٣
المبحث الأول: تفريق الصفقة ٥٧٥
المطلب الأول: تعريف تفريق الصفقة. ٥٧٥
المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم تفريق الصفقة. ٥٧٨
المطلب الثالث: بيان وجه حماية تفريق الصفقة للعقود من الاختلال. ٥٨٣
المبحث الثاني: التحول في العقود ٥٨٤
المطلب الأول: تعريف التحول في العقود ٥٨٤
المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في اعتبار التحول في العقود ٥٨٦
المطلب الثالث: بيان وجه حماية تحول العقد للعقود من الاختلال. ٥٩١
الفصل الرابع: إعادة التوازن في العقد بعد الاختلال ٥٩٥
المبحث الأول: إعادة التوازن رضائيا ٥٩٨
المطلب الأول: الصلح ٥٩٨
الفرع الأول: تعريف الصلح لغة واصطلاحا. ٥٩٨
الفرع الثاني: بيان كيفية إعادة الصلح للتوازن العقدي. ٦٠٠
المطلب الثاني: الوساطة ٦٠٢
الفرع الأول: تعريف الوساطة لغة واصطلاحا. ٦٠٢
الفرع الثاني: بيان كيفية إعادة الوساطة للتوازن العقدي. ٦٠٣
المطلب الثالث: التحكيم ٦٠٦
الفرع الأول: تعريف التحكيم لغة واصطلاحا. ٦٠٦
الفرع الثاني: بيان كيفية إعادة التحكيم للتوازن العقدي. ٦٠٨

المبحث الثاني: إعادة التوازن تلقائيا ٦١٤
المطلب الأول: تكميل العقد. ٦١٦
المطلب الثاني: فسخ العقد. ٦١٧
المطلب الثالث: تفسير العقد ٦١٨
المطلب الرابع: تأجيل العقد. ٦٢٢
المطلب الخامس: تعديل العقد. ٦٢٤
الباب الرابع: التطبيقات على عقود اخل فيها التوازن ٦٢٩
الفصل الأول: تطبيقات معاصرة لعقود اخل فيها التوازن وبيان وجه الاخلال ٦٣١
المبحث الأول: المرابحة العكسية "الاستثمار المباشر". ٦٣٣
المطلب الأول: تعريف المرابحة العكسية. ٦٣٣
المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم المرابحة العكسية. ٦٣٦
المطلب الثالث: بيان وجه اختلال التوازن في المرابحة العكسية. ٦٤١
المبحث الثاني: اشتراط التأقيت في عقد النكاح ٦٤٥
المطلب الأول: بيان المراد بالتأقيت في النكاح. ٦٤٥
المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم اشتراط التأقيت في النكاح ٦٤٦
المطلب الثالث: وجه اختلال التوازن في اشتراط التأقيت في النكاح. ٦٥٦
المبحث الثالث: جهالة الربح في المضاربة التمويلية ٦٥٩
المطلب الأول: حقيقة المضاربة التمويلية. ٦٥٩
المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم جهالة الربح في المضاربة التمويلية ٦٦٣
المطلب الثالث: بيان وجه اختلال التوازن جهالة الربح في المضاربة التمويلية ٦٦٨
المبحث الرابع: الشرط الجزائي في البطاقات الائتمانية ٦٧٠
المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي. ٦٧٠
المطلب الثاني: تعريف البطاقات الائتمانية وأنواعها. ٦٧٢

المطلب الثالث: وجه اختلال التوازن في الإلزام بالشرط الجزائي في البطاقات الائتمانية. ٦٧٥
المبحث الخامس: هدايا المصارف لأصحاب الحسابات الجارية ٦٧٧
المطلب الأول: تعريف الهدية لغة واصطلاحا. ٦٧٧
المطلب الثاني: حقيقة الحساب الجاري. ٦٧٩
المطلب الثالث: وجه اختلال التوازن في هدايا المصارف لأصحاب الحسابات الجارية. ٦٨٢
المبحث السادس: وقف المرهون ٦٩١
المطلب الأول: مذاهب الفقهاء في حكم وقف المرهون ٦٩١
المطلب الثاني: بيان وجه اختلال التوازن في وقف المرهون ٦٩٤
المبحث السابع: رهن الشهادات الاستثمارية ٦٩٦
المطلب الأول: تعريف الشهادات الاستثمارية. ٦٩٦
المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم رهن الشهادات الاستثمارية. ٦٩٨
المطلب الثالث: بيان وجه اختلال في رهن الشهادات الاستثمارية. ٧٠٠
الفصل الثاني: تطبيقات قضائية لإعادة التوازن في العقود مع بيان الاختلال في كل تطبيق وكيفية إعادة القاضي للتوازن. ٧٠٣
الخاتمة: وفيها: أهم النتائج والتوصيات ٧١٥
الفهارس العامة ٧٢٣
فهرس المصادر والمراجع ٧٢٥
فهرس الموضوعات ٧٧٣

نظرية التوازن في العقود

الحمد لله

المعاملات المالية المعاصرة بحر خضم ومضمار جرت فيه أقدام الباحثين حتى أضحت المالية الإسلامية منارة يُشار إليها مؤكدة استيعاب الشريعة لما ينفع الناس في دينهم ودنياهم. ومن المحاولات في هذا المضمار هذه الأطروحة- نظرية التوازن في العقود- أوجبه تعدد العلاقات التعاقدية في المعاملات وتداخلها.

فالعقد ينشأ بين المتعاقدين شريطة توازن الحقوق والالتزامات.

فكل ما يطرأ على العقود مما يخل بها ويذهب توازنها أو يفقدها إياه مما يصيرها لا تحقق الغرض من إنشائها.

اشتمل المؤلف على تعريف التوازن والأحكام في الشريعة الموجبة له ومفهومه واشتمل على بيان الاختلالات المؤثرة عليها وطريقة معالجتها و إرجاع العقد إلى توازنه، واشتمل على تطبيقات فقهية وقضائية فيها اختلالا في التوازن ودراسة وجه الاختلال وبيانه.

أسأل الله أن ينفع به

رقم الإيداع: ١٤٤٥/٣٣٨٦
ردمك: ٩٧٨-٦٠٣-٩٢٠٨٤-٠-٤

بنك الجزيرة
BANK ALJAZIRA

دار التدمرية
للنشر والتوزيع