



الجامعة الإسلامية - غزة
عمادة الدراسات العليا
كلية الشريعة والقانون
قسم الفقه المقارن

الجزاءات والضمانات في عقد التوريد في الفقه الإسلامي

إعداد الطالب/
محمد يوسف أبو جزر

إشراف الدكتور/
ماهر أحمد السوسي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن بكلية
الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة

١٤٣٢هـ - ٢٠١١م



الإهداء

إلى الحازم الحنون، والمربي الحكيم، ذي الهيبة والوقار، والدي الغالي.
إلى شعار القلوب الرحيمة، وعنوان الفطرة السليمة، راية الطهر، أمي الحبيبة.
إلى الرجل الفريد، صاحب الرأي السديد، شقيقي الوحيد (بشار).
إلى شريكة الحياة، وعون الطريق، الصابرة، الكتوم، زوجتي الوفية.
إلى كل من يرفع لواء العلم، أو ينصره، أو يزود عنه.
إلى كل من أرخص دمه وماله وولده؛ لتكون كلمة الله هي العليا.
إليكُم جميعاً، أهدي هذا البحث المتواضع.

شكر وتقدير

لقد جعل الله تعالى شكر الناس على ما قد يقدمونه من معروف للغير، جعله علامة لشكره تعالى، فقال صلوات ربي وسلامه عليه: (لا يشكر الله من لا يشكر الناس).^١

انطلاقاً من هذا الحديث الشريف، وعملاً بسنة المصطفى ﷺ، أتقدم بالشكر والعرفان، لصاحب الهمة العالية، والعلم الوافر، وشيخي وأستاذي الفاضل الدكتور، ماهر أحمد السوسي، نائب عميد كلية الشريعة والقانون حفظه الله ورعاه، لما خصني به من الاهتمام في أكثر لحظاته انشغالا، ولما أفاضه علي من علمه الواسع، ورأيه الرائع، وأسلوبه الماتع، فجزاه الله عني خير ما جزى شيخ عن تلميذه.

كما وأتقدم بالشكر والامتنان للشيخين الكريمين الفاضلين اللذين تكرما وتفضلا عليّ بقبولهما مناقشة هذه الرسالة، فزانوها بنصحهم، وأناروها بعلمهم.

أ- فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور/ ماهر الحولي: عميد كلية الشريعة والقانون.

ب- فضيلة الشيخ الدكتور: زياد مقداد: عميد الدراسات العليا.

وكذلك فإن الشكر موصول للأخ الحبيب صاحب الخلق الرفيع، والأدب الجم، الفاضل: محمد عوض، وذلك لما قام به من مجهود في مراجعة هذا البحث وتدقيقه لغويًا.

ولهذا الصرح العظيم والطود الشامخ، الجامعة الإسلامية في غزة، سابقى مديناً ما حييت، لقاء ما يسرته من العلم الشرعي بشتى أبوابه وفنونه، وتحديدًا كلية الشريعة والقانون والعاملين فيها.

وكذلك لا يفوتني أن أشكر كلية دار الدعوة والعلوم الإنسانية في رفح، والعاملين فيها، على ما منحتني من خبرة وتجربة.

فجزاهم الله جميعاً خير الجزاء.

^١ - حديث صحيح: رواه أحمد في المسند (٨٠١٩)، والترمذي في السنن (١٩٥٤)، وأبو داود في سننه (٤٨٣١)، والبخاري في الأدب المفرد حديث (٢١٨) وصححه الألباني في تعليقه على سنن أبي داود.

المقدمة

الحمد لله الذى هداانا للتفقه فى الدين، وشرح صدورنا لاقتفاء سلف المؤمنىن، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، أحاط بكل شىء علما، ووسع كل شىء رحمة منه وحلما، وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله، خاتم الأنبياء، وإمام الأصفياء، وسيد العلماء، وأكرم من مشى تحت أديم السماء، صلى الله عليه وعلى آله، وأصحابه، ما جرى يراع، وطابت بذكره الأسماع، وسلم تسليمًا، أما بعد..

منذ بدء الخليفة احتاج الناس إلى بعضهم البعض، سواء على الصعيد الاجتماعى، أو الاقتصادى، أو العلمى، ولا زالت هذه الحاجة تتنامى وتتسع حتى لزم إيجاد نظم وضوابط لتنظيم هذا التعامل، وذلك لما ينشأ عنه من تعلق حقوق الأفراد أو الجماعات فى ذم بعضهم البعض.

فعلى الصعيد التعاملات المالية والاقتصادية مثلاً، والتي هي مدار بحثنا، نمت الحاجة لتنظيم عملية التعاقد، والتي تعد عماد النشاط الاقتصادى، فجاءت النظم والتشريعات المدنية لهذا المقصد، حتى بعث الله نبيه محمد صلى الله عليه وسلم، بخاتم الشرائع السماوية، فما تركت باباً يخطر على بال أحد قط إلا عالجت مسائله ومتطلباته، ومن تلك الأبواب باب المعاملات المالية، فالبشرية لم تعرف شرعة أو نظاماً قبل الإسلام استطاع أن يستوعب كل هذا الكم من المعاملات، وليس كذلك وحسب، وإنما تركت الباب مفتوحاً لاستحداث عقود جديدة، بعد أن رصت القواعد والأصول العامة للتعاملات المالية فى الإسلام، فطالما كانت هذه القواعد مرعية فى العقود العصرية المستجدة فإن النظام المالى الإسلامى قابل للاستيعابها.

وعقد التوريد، يعد من المعاملات الحديثة التي ظهرت فى الزمن المعاصر، وخلال فترة وجيزة نمت الحاجة إليه بشكل كبير ومتسارع، وذلك بسبب التطور السريع الحاصل فى مجال العمران، والصناعة، والتجارة، والزراعة، فهذا العقد تجده بارزا فى كل من المجالات السابقة وبصورة لا غنى عنها سواء على مستوى الأفراد، أو الشركات، أو الدول.

وبالنظر إلى هذه المعاملة بالمنظور الشرعى نجد أن هذه المعاملة ليست معاملة مستحدثة من كل وجه، وإنما وجدنا لها أصولاً فى المعاملات الإسلامية فى عهود أسلافنا، مع اختلاف فى المسميات وبعض التفاصيل الصغيرة التي لا تضر بروح العقد، أو تعود عليه بالبطلان.

وعادة يلزم مثل هذه العقود ضمانات وجزاءات على طرفى العقد، لكي تضمن تنفيذ كل طرف ما التزم به فى العقد، ولكون المبيع غائبا عن مجلس العقد فى عقد التوريد، وأحيانا يغيب الثمن كاملاً، أو بشكل جزئى أيضاً عن المجلس، لذا كان من الضرورى فرض مثل هذه الضمانات والجزاءات على المتعاقدين لضمان سير عملية البيع وضمان وصول الحقوق إلى أصحابها.

وفي هذه الرسالة قمت بأذن الله تعالى بتسليط الضوء بداية على عقد التوريد ومبدأ الجزاء، ومبدأ الضمان في العقود المالية بصورة عامة، ثم خصصت الحديث عن الجزاءات والضمانات المتعلقة بهذا العقد، ثم قمت بدراسة بعض النماذج لعقود التوريد، مستخرجاً منها الضمانات والجزاءات المستعملة فيها وعرضها على ما قررت أثناء الدراسة من ضوابط وقواعد شرعية، مع بيان وجه الصواب والخلل فيها، محاولاً تصويب الخطأ الوارد فيها ما أمكن، نسأل الله تعالى القبول في الدنيا والآخرة.

أولاً: مشكلة البحث:

يعد موضوع الجزاءات والضمانات، من أهم ما يشغل العاملين في مجال الاقتصاد، والمعاملات المالية، والتجارة، وذلك لما لتداول رأس المال من أهمية في هذا النشاط، وخلو العقود من الضمانات والجزاءات، يعد من أهم العوامل التي تقف في طريق تداول رأس المال، وذلك لعدم وجود الزاجر والرادع لمن أراد المماطلة بأداء حقوق الغير، فأخذ الناس يستحدثون وسائل يضمنون بها حقوقهم التي على الأطراف الأخرى في عملية التعاقد، وهذه الوسائل منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير ذلك، فجاءت هذه الدراسة لبيان ما هو مشروع من هذه الجزاءات والضمانات، وما هو مخالف محظور، وذلك في عقد التوريد تحديداً، لما لهذا العقد من أهمية على شتى الصعد، كما أسلفنا.

ثانياً: طبيعة البحث:

تناول هذا البحث عقد التوريد والجزاءات والضمانات الواردة عليه، من جانبين، الأول الجانب التأصيلي، والثاني دراسة الأحكام الفقهية المتفرعة عن هذا الموضوع دراسة فقهية مقارنة، وذلك للوصول لمفهوم شرعي متكامل لهذا العقد.

ثالثاً: أهمية الموضوع:

تتبع أهمية هذا الموضوع، من عدة جوانب هي كالاتي:

- ١- حاجة المتعاملين في المجال التجاري، لبيان الحكم الشرعي، لكثير من المعاملات المستحدثة.
- ٢- أهمية عقد التوريد، وما أصبح يشغله في مجال التعاملات المستقبلية، إذ يعد من أهم العقود الحكومية، فضلاً عن المؤسسات والهيئات وحتى الأفراد في بعض الصور.
- ٣- أهمية موضوع الجزاءات والضمانات، في العقود عامة، إذ تعد بحق المحرك الأهم لكافة المعاملات المالية.

رابعاً: سبب اختيار الموضوع:

١- لما كان عقد التوريد بهذه الأهمية، يبرز دور الباحثين في المجال الشرعي لبيان مشروعية هذا العقد، والمحاذير التي يجب تجنبها، والحدود التي لا يجوز بحال تعديها، والضمانات الواجب تقديمها، والجزاءات الواجب فرضها على المخالف؛ من أجل صيانة هذا العقد وإبقائه في الإطار الشرعي لا يزيغ عنه، لذا اخترت هذا الموضوع للقيام بهذا الدور تجاه هذا العقد.

٢- استكمالاً لموضوع الجزاءات والضمانات الذي طرحه الدكتور الراحل أحمد شويديح رحمه الله، إذ طرح هذا الموضوع في عقد المناقصة، وهو من أقرب العقود لعقد التوريد، ولما رأيت أن الموضوع بحاجة إلى خدمة أكثر وبيان لأنواع أخرى لم يتطرق إليها رحمه الله ذلك كون دراسته كانت عبارة عن بحث مقدم ليوم دراسي، هدفها تسليط الضوء على الموضوع وليس الإحاطة بكل جوانبه، عازمت أن أكمل ما بدأه ولكن هذه المرة من زاوية أخرى وهي عقد التوريد نسأل الله القبول منا ومنه رحمه الله.

خامساً: الجهود السابقة:

لعل عقد التوريد من العقود التي تم تناولها بالبحث التأصيلي أكثر من باحث، ولكن بهذا التخصص، أي دراسة الجزاءات والضمانات في هذا العقد، فلم أقف على أي مجهود سابق استقصى جوانب الموضوع بالشكل الذي عليه هذا البحث، إلا من البحث الذي قدمه الدكتور أحمد شويديح والأستاذ عاطف أبو هريبيد، وكان بعنوان (الضمانات والجزاءات الشرعية لعقد المناقصة في الفقه الإسلامي)، وهو بحث مقدم لليوم الدراسي الذي أقامته كلية الشريعة وكان بعنوان عقد المناقصة في الفقه الإسلامي، وبذلك تكون هذه الدراسة الأولى في هذا المجال ذلك أنها تناولت الجزاءات والضمانات في عقد التوريد وهو أعم من عقد المناقصة، وهذا لا يمنع من الإشارة إلى الكتب أو الأبحاث التي تناولت الضمانات والجزاءات بشكل عام والتي أعاننتي كثيرا في لملمة شتات هذا الموضوع فمنها مثلا:

١- نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي.

٢- أحكام الضمان في الفقه الإسلامي للدكتور محمد فوزي فيض الله.

٣- عقد التوريد دراسة فقهية تحليلية للدكتور عبد الوهاب أبو سليمان وهو بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي

نسأل الله أن يكون هذا المجهود إضافة حقيقية للمكتبة الفقهية.

سادساً: خطة البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة، وثلاث فصول، وخاتمة جاءت على النحو التالي:

الفصل الأول**عقد التوريد حقيقته وحكمه وصوره**

المبحث الأول : حقيقة عقد التوريد.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عقد التوريد في اللغة.

المطلب الثاني عقد التوريد في الاصطلاح.

المبحث الثاني : حكم عقد التوريد.

وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول : التكييف الفقهي لعقد التوريد.

المطلب الثاني : أقوال العلماء وأدلتهم.

المطلب الثالث : مناقشة الأدلة والترجيح.

المبحث الثالث : أنواع عقد التوريد.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تقسيمات عقود التوريد.

المطلب الثاني: صور عقد التوريد.

الفصل الثاني**مبدأ الجزاء والضمان في العقود المالية في الفقه الإسلامي.**

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مبدأ الجزاء في العقود المالية في الفقه الإسلامي.

وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: حقيقة الجزاء وأنواعه.

المطلب الثاني: الجزاءات في العقود المالية.

المطلب الثالث: الشرط الجزائي.

المبحث الثاني: مبدأ الضمان في العقود المالية في الفقه الإسلامي.
وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: حقيقة الضمان.
- المطلب الثاني: أركان الضمان وأسبابه.
- المطلب الثالث: الضمان في العقود المالية.
- المطلب الرابع: خطاب الضمان.

الفصل الثالث

أحكام الجزاءات والضمانات في عقود التوريد

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أحكام الجزاءات في عقد التوريد.
وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: أحكام الجزاء المباشر.
- المطلب الثاني: أحكام التعويض الجزائي.
- المطلب الثالث: أحكام البطلان.

المبحث الثاني: أحكام الضمانات في عقد التوريد.
وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: أحكام ضمانات ما قبل، وأثناء التنفيذ.
- المطلب الثاني: أحكام ضمانات ما بعد التنفيذ.
- المطلب الثالث: نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثالث: دراسة نماذج لعقود التوريد.

سابعاً: منهج البحث:

سلكت في هذا البحث المنهج الاستقرائي من خلال الاطلاع على الدراسات والمؤلفات الخاصة بعقد التوريد ثم تجميع مادتها وتصنيفها وفق خطة البحث.

ثم المنهج التحليلي وذلك من خلال دراسة معمقة لما جمعته من مادة علمية من اجل الوقوف على الأحكام النهائية الخاصة بهذا العقد وبعض فروعها.

وبخصوص تفاصيل البحث فسأتبع التالي :

- ١- إيراد أقوال العلماء مرتبة بحسب الترتيب الزمني للمذاهب.
- ٢- اعتمدت في الترجيح على قوة الأدلة الواردة في كل قول وعلى التوجيه السليم للدليل.
- ٣- قدمت الآيات في الاستدلال ثم الحديث ثم الإجماع والقياس إن وجدا.
- ٤- حرّجت الأحاديث الواردة في البحث على الهامش مع بيان درجة الحديث.
- ٥- عزوت الآيات الكريمة إلى مواضعها في القرآن الكريم وبيان السورة ورقم الآية في الهامش.
- ٦- راعيت الدقة والتحري في النقل وعزو الأقوال إلى أصحابها وكذلك إذا قمت بنقل كلام أحد العلماء من كتاب آخر لغير هذا العالم سأقوم ببيان ذلك في محله إن شاء الله تعالى.
- ٧- بينت المصادر التي أخذت عنها أقوال السلف في الهامش.
- ٨- بينت معاني بعض الألفاظ الغريبة والمصطلحات الواردة في البحث في هامش الصفحات.
- ٩- قمت بتقديم اسم الكتاب على اسم المؤلف ثم الجزء والصفحة عند التدوين في الهامش، وفي ثبت المراجع.
- ١٠- ترجمت لبعض الشخصيات المغمورة الواردة في البحث.

الفصل الأول: عقد التوريد "حقيقته وحكمه وصوره"

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حقيقة عقد التوريد

المبحث الثاني: حكم عقد التوريد

المبحث الثالث: أنواع عقد التوريد

المبحث الأول
حقيقة عقد التوريد
وفيه مطلبان:
المطلب الأول: عقد التوريد في اللغة
المطلب الثاني: عقد التوريد في الاصطلاح

المطلب الأول

عقد التوريد في اللغة

العقد في اللغة: العين والقاف والذال أصل واحد يدل على شدّ وشِدَّةٌ وثوق، وهو نقيض الحَلِّ^١ وإليه ترجعُ فروغُ البابِ كلها^٢ ومنها:

- ١- وصل الحبل بالحبل يقال، عَقَدَ الحبل فانعَقَدَ^٣.
 - ٢- العهد والموثق، عاقَدته مثل عاهدته، وهو العَقْدُ والجمع عُقود^٤. قال الله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^٥.
 - ٣- توكيد اليمين والحلف، عَقَدُ اليمين^٦، ومنه قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾^٧.
 - ٤- الوجوب والإبرام، مثل عَقْدَةُ النكاح، والعَقْدَةُ في البيع، وعَقْدَةُ كُلِّ شَيْءٍ، وُجُوبُهُ وإِبْرَامُهُ^٨.
 - ٥- الإيمان بالقلب، اعتقد الشيء، عَقَدَ قلبه عليه فلا يَنْزِعُ عنه^٩.
 - ٦- الاقتناء يقال: اعتقد مالاً، أي اقتناه^{١٠}.
- ولعل المعنى الثاني وهو العهد والموثق هو الأقرب للمعنى الاصطلاحي لكلمة العقد.
- والتوريد لغة:** مصدر ورَدَ^{١١}.

جاء في المصباح المنير: ورد البعير وغيره الماء يَرُدُّهُ وُرُوداً أي بلغه ووافاه من غير دخول وقد يحصل دخول^{١٢}.

١- لسان العرب: ابن منظور، (٢٩٦/٣)، مقاييس اللغة: القزويني، (٨٧/٤).

٢- مختار الصحاح: محمد أبي بكر الرازي، ص ٤٧٦.

٣- مقاييس اللغة: ابن فارس القزويني، (٨٧/٤).

٤- سورة المائدة: آية ١.

٥- مقاييس اللغة: ابن فارس القزويني، (٨٧/٤).

٦- سورة المائدة: آية ٨٩.

٧- تاج العروس: أبو الفيض محمد الحسيني، (٣٩٨/٨).

٨- مقاييس اللغة: ابن فارس القزويني، (٨٦/٤).

٩- المرجع السابق، (٨٦/٤).

١٠- فقه المعاملات الحديثة: عبد الوهاب أبو سليمان، ص ٤١.

١١- المصباح المنير: الفيومي، (٦٥٤/٢).

وقيل أن الواو والراء والذال أصلان أحدهما الموافاة إلى الشيء والثاني لون من الألوان،
والوُردُ : وِرْدُ الحُمَى إذا أخذت صاحبها لوقت، والموارد : الطرق وكذلك المياه المورودة والقرى^١.

وفي لسان العرب : تَوَرَّدَ واستَوَرَّدَه كَوَرَّدَه، وتَوَرَّدَت الخيل البلدة إذا دخلتها قليلا قليلا، قطعة
قطعة^٢، ويقال يرد بالكسر وُرُودا وأوَرَّدَه وغيره واستَوَرَّدَه أحضره^٣.

وفي القاموس المحيط : تَوَرَّدَ، طلب الوُرد والبلدة^٤.

ويقال أيضا: الوُردُ خلاف الصَدْر^٥، ومن ذلك قول عمرو بن كلثوم^٦:

أبا هند لا تعجل علينا وأنظرنا نخبرك اليقينا

بأننا نُوردُ الرايات بيضا ونُصدِرهن حمرا قد رويننا^٧.

ومن التعريفات السابقة نستطيع الوقوف من مجملها على معنى يتعلّق بعمل المورد وهو
(الإحضار) فالمورد يقوم بإحضار السلعة أو الخدمة إلى البلد أو إلى المورد إليه، وهي من باب
تسمية الشيء بأبرز ما فيه^٨.

١- مقاييس اللغة: ابن فارس القزويني، (١٠٥/٦).

٢- لسان العرب: ابن منظور، (٤٥٦/٣).

٣- مختار الصحاح: أبو بكر الرازي، ص ٧٤٠.

٤- القاموس المحيط: الفيروز آبادي، ص ٤١٥ باب الدال فصل الواو.

٥- الصحاح في اللغة: الجوهري، حرف الواو.

٦- هو أبو الأسود عمرو بن كلثوم بن مالك بن عتاب توفي سنة ٣٩ قبل الهجرة وهو شاعر جاهلي من أصحاب

المعلقات من الطبقة الأولى، وهو قاتل عمرو بن هند ملك المناذرة، وقد عمّر ١٥٠ عاما، (شرح ديوان عمر

بن كلثوم التغلبي، د. رحاب عكاوي، ص (١٩-٥)).

٧- تاج العروس: الحسيني، (٢٥٤/١٤).

٨- عقد التوريد : نمر دراغمة، ص ٧، رسالة ماجستير، (غير مطبوعة) جامعة النجاح.

المطلب الثاني

عقد التوريد اصطلاحاً

إن عقد التوريد كعقد مالي، أو معاملة مالية هو عقد حديث، ولم يذكر في كتب السلف بهذه التسمية، وبالرغم من وجود بعض البيعات التي تشابهه إلى حد بعيد في كتب السلف، كبيع الأنموذج^١، وبيع الصفات^٢، إلا أنهم لم يطلقوا عليه هذه التسمية.

ومن خلال البحث في كتب المعاملات الحديثة وجد الباحث عدة تعريفات استُخدمت فيها ألفاظ متقاربة وخرج أصحابها بمفاهيم متقاربة لهذا العقد على النحو التالي:

أولاً: عرفه الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان بأنه: **عقد على عين مباحة، موجودة لا في مجلس العقد، مؤجلة التسليم، منضبطة بصفات معينة، بثمن مؤجل معلوم**^٣.

ومن خلال التأمل في التعريف السابق نستطيع أن نلاحظ التالي:

- ١- إن عقد التوريد شأنه شأن جميع العقود لا يصح إلا على المباحات.
- ٢- قوله (موجود لا في مجلس العقد) فيه إشارة إلى شرط القدرة على تسليم المعقود عليه، فلم يقل مثلاً غير موجودة في مجلس العقد وإنما قال (موجودة) للدلالة على المبالغة في تأكيد القدرة على تسليم المعقود عليه فصار كأنه بحكم الموجود، وإن يكن غير مُصنَّع في بعض الأحيان.
- ٣- قوله (منضبطة بصفات معينة) عائدة على السلعة، أو الخدمة المعقود عليها، وليس المراد هنا أن يكون المعقود عليه قابلاً للوصف فقط، وإنما المراد أن يتم وصف المعقود عليه وصفاً دقيقاً بالفعل قبل العقد سواء من قبل المورد، أو المورد له؛ وذلك للخروج من الجهالة المفضية للنزاع بين الطرفين.

١- بيع الأنموذج: وبعضهم يسميه بيع العينة، وهو أن يحضر البائع عينة من سلع معينة، ويقول: بعتك كذا من هذه السلع على ضوء هذا النموذج، يعني الباقي الذي يتكفل بإحضاره مثل هذا النموذج، وهو بيع صحيح على الرأي الراجح ولكن للمشتري الخيار، إن ظهر أن العينة أو الأنموذج بخلاف باقي أفراد السلعة. (الروض المربع: البهوتي، ٢١٠)

٢- بيع الصفات: أو المبيع الغائب على الصفة، وهو عقد على عين غير موجودة في مجلس العقد يتم وصفها وضبطها في مجلس العقد، فيتم البيع على هذا الوصف، على أن للمشتري الخيار إذا جاءت السلعة بخلاف الوصف. (فقه المعاملات الحديثة: عبد الوهاب أبو سليمان ص ٤٦ وما بعدها).

٣- فقه المعاملات الحديثة: عبد الوهاب أبو سليمان، ص ٤٢.

٤- قوله (مؤجلة التسليم) و (بئمن مؤجل معلوم) فيه إشارة إلى مشكلة عقد التوريد وهي غياب العوضين عن مجلس العقد (الئمن والمئمن).

٥- أخيراً جاء التعريف بألفاظ سهلة وقليلة ضمت في ثناياها الصورة الكاملة لعقد التوريد.

ثانياً: القاضي محمد تقي العثماني عرفه بأنه: اتفاقية بين الجهة المشتريّة، والجهة البائعة، على أن الجهة البائعة تورد إلى الجهة المشتريّة سلعا، أو مواد محددة الأوصاف، في تواريخ مستقبلية معينة، لقاء ثمن معلوم متفق عليه بين الفريقين^١.

وإذا تأملنا في تعريف القاضي العثماني نستطيع أن نلاحظ الآتي:

١- عبر القاضي العثماني بلفظ اتفاقية، ولم يعبر بلفظ عقد؛ لأنه يرى أنها لا تعدو أن تكون مواعدة لإنجاز العقد في المستقبل.

٢- لم يذكر القاضي العثماني أي لفظ يدل على تأجيل الثمن عن مجلس الاتفاق، أو العقد في المستقبل.

٣- اقتصر عند الحديث عن محل العقد بذكر (السلع أو مواد) فقط، في حين أن عقد التوريد قد يكون على خدمات ومنافع أيضاً.

٤- التعريف جاء مطولاً، وكأنه وصف لتفاصيل الاتفاقية ومن ثم العقد، فلم يراع فيه الاختصار المطلوب في التعريفات.

ثالثاً: الدكتور رفيق المصري عرفه بأنه: اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين أن يورد إلى الآخر سلعا موصوفة، على دفعة واحدة، أو على عدة دفعات، في مقابل ثمن محدد، غالباً ما يكون مقسماً على أقساط، بحيث يدفع قسط من الثمن كلما قبض قسطاً من المبيع^٢.

وهنا نستطيع أن نوجه نفس الملاحظات التي وجهناها لتعريف القاضي العثماني:

١- يرى الدكتور المصري أن التوريد لا يعدو أن يكون اتفاقاً، ولا يكون عقداً إلا عند حضور البديلين إلى مجلس العقد، وأما ما يحصل من مواعدة قبل ذلك فلا يطلق عليه عقداً وإنما اتفاق.

١- عقود التوريد والمناقصة: القاضي محمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ١٢.

٢- عقود التوريد والمناقصات: د. رفيق المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ ص ٢ من البحث المذكور.

- ٢- وصف صورة الأقساط في عقد التوريد بقوله (بحيث يدفع قسط من الثمن كلما قبض جزءاً من السلعة) في حين أنه من صور عقد التوريد أن يستلم المورد له السلعة مرة واحدة، ويقسط الثمن على أقساط.
- ٣- حصر المعقود عليه بأنه سلعة، والمعقود عليه في عقد التوريد قد يكون منافع أو خدمات.
- ٤- جاء التعريف مطولاً كأنه وصف لتفاصيل العقد أكثر من كونه تعريفاً، وهذا مخالف لعرف التعريفات.

الترجيح:

وبعد تدقيق النظر في كل من التعريفات السابقة، فإنه ترجح لدى الباحث تعريف الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان لعقد التوريد والذي عرفه بأنه:

(عقد على عين مباحة، موجودة لا في مجلس العقد، مؤجلة التسليم، منضبطة بصفات معينة، بثمن مؤجل معلوم.)

سبب الترجيح:

- ١- أن التعريف جاء بألفاظ سهلة، وقليلة، ضمت في ثناياها الصورة الكاملة لعقد التوريد.
- ٢- سلامة التعريف من الاعتراض.
- ٣- دخول الاعتراضات على التعريفات الأخرى، إضافة إلى طولها والذي يعد وصفاً قادحاً بالتعريف ما دام بالإمكان اختصاره.

المبحث الثاني:

حكم عقد التوريد

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : التكييف الفقهي لعقد التوريد.

المطلب الثاني : أقوال العلماء وأدلتهم.

المطلب الثالث : مناقشة الأدلة والترجيح.

المطلب الأول

التكييف الفقهي لعقد التوريد

إن الحديث عن التكييف الفقهي لأي من المسائل الفقهية: هو ردُّ المسألة إلى الباب الفقهي الذي يناسبها والذي تنتمي إليه، وبما أن عقد التوريد الذي نحن بصدد الحديث عنه هو عقد مالي، فمن المناسب الحديث أولاً عن التكييف الفقهي للعقود المالية عامة، قبل الشروع في الحديث عن تكييف عقد التوريد.

طرق بحث القضايا والمستجدات

عند البحث في أي عقد من العقود المالية من أجل رده إلى الباب الفقهي المناسب له، يجد الباحث أو المجتهد نفسه أمام مسلكين:

الأول: إنزال العقد على إحدى المعاملات القديمة التي ذكرت في كتب السلف والتي يتفق معها من جهة الإجراءات والمضمون والمقصد، مع الاختلاف في المسمى الذي غالباً لا يضر بروح العقد وحكمه إذ القاعدة أنه لا مشاحة في الاصطلاح.

الثاني: إذا لم يهتد الباحث إلى معاملة مشابهة للعقد المراد تكييفه فقهاً في كتب السلف، فلا ضير من اعتبار العقد عقداً مستحدثاً، وإعطاءه حكم الأصل في المعاملات وهو الإباحة، ولكن ذلك طبعاً بعد التأكد من أن العقد قد استوفى الشروط اللازمة لاستحداث العقود.

شروط اعتبار العقود

لاستحداث عقود مالية جديدة ينبغي على المجتهد مراعاة الآتي:

١- التأكد من عدم وجود نص من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، يخالف العقد الجديد سواء من جهة المقاصد، أو خطوات العقد وإجراءاته، أو آثاره، وذلك عملاً بقاعدة (لا اجتهاد مع وجود النص).

٢- التأكد من عدم وجود عقود نصت عليها كتب السلف، تشابه العقد الجديد بحيث يمكن إنزاله عليها وذلك من خلال البحث في ما يلي:

أ- كتب الآثار المرورية عن الصحابة والتابعين وإذا وجد تعارض بينها فالعمل حينئذ بالأقرب للكتاب والسنة، يقول الإمام النمري الحراني (فإن ذكر اختلاف الصحابة أو

التابعين أو غيرهم وعلّة كل قول ولم يمل إلى أحدهما (أي المجتهد أو المفتي) فمذهبه الأشبه منهما بكتاب أو سنة أو أثر^١.

ب- كتب الفروع الفقهية والتي تزخر بالمسائل الافتراضية، واجتهادات أئمة المذاهب الفقهية، فمن الممكن وجود نص مباشر لإمام يتعلق بموضوع العقد المراد بحثه، أو يمكن الترخيص عليه وذلك باستنباط الحكم من أصول وقواعد كل إمام^٢.

ت- كتب الفتاوى، وقرارات المؤتمرات، والمجامع الفقهية، والأبحاث، والرسائل العلمية المتخصصة^٣.

هذا فيما يتعلق بمجهود المجتهد أو الباحث، أما فيما يتعلق بذات العقد فيشترط فيه ما يلي:

- ١- خلو العقد من الربا بأشكاله المتعددة.
- ٢- خلو العقد من الجهالة والغرر بكل أبوابه سواء المقامرة، أو الجهل بالجنس والكم والصفة، أو تعذر التسليم.
- ٣- أن لا تخالف مقاصد العقد مقاصد الشارع في العقود وهي تحقيق المصلحة لكل أطراف العقد^٤.

التكييف الفقهي لعقد التوريد:

اختلف العلماء في تكييف عقد التوريد إلى أقوال عدة فمنهم رده إلى أحد العقود القديمة ومنهم من رفض تكييفه وجعله عقدا مستحدثا فكانت أقوالهم على النحو الآتي:

أولاً: رد بعض العلماء عقد التوريد إلى عقدي الاستصناع والسلم فإذا كان محل العقد شيء يلزمه صناعة كان عقد استصناع وأخذ أحكامه، وإذا كان محل العقد شيء لا يلزمه صناعة كان عقد سلم وأخذ أحكامه^٥.

ثانياً: رد هذا الفريق عقد التوريد إلى عقد رأوا أنه الأنسب والأكثر موافقة له، وهو عقد المبيع الغائب على الصفة وذلك لتعدد أوجه الشبه بين العقدین والتي من أهمها غياب العوضين عن مجلس العقد^٦.

١- صفة الفتوى والمفتي والمستفتي: أحمد النمري الحراني، ص ١٠٠.

٢- عقود المناقصات في الفقه الإسلامي: عاطف حسين أبو هريبد، ص ٥٩.

٣- المرجع السابق: ص ٦٠.

٤- فقه المعاملات الحديثة: عبد الوهاب أبو سليمان، ص ١٠٣ بتصرف.

٥- ومن أبرز القائلين بهذا القول الدكتور رفیق المصري والدكتور تقي الدين عثمانى في بحثيهما المقدمين لمجمع

الفقه الإسلامي، (مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد ١٢) وهو ما صدر به قرار مجمع الفقه

الإسلامي الخاص بعقد التوريد في الدورة ١٢.

٦- فقه المعاملات الحديثة: عبد الوهاب أبو سليمان، ص ٩٠.

ثالثاً: اعتبر هذا الفريق عقد التوريد أنه من العقود المستحدثة والتي لا شبيه لها في المعاملات المالية القديمة، ومن المعلوم أن الأصل في حكم المعاملات المالية الإباحة ما لم تخالف نصاً، أو أصلاً، أو تؤدي إلى ربا، أو غرر، أو جهالة^١،^٢ ولكن هناك بعض المشاكل تظهر عند دراسة عقد التوريد، ولعل الأصوات التي تعالت ورفضت استحداث عقد التوريد وآثرت رده إلى عقدي السلم والاستصناع والتقييد بقوانينهما، لعل ما دفعها لذلك تلك المشاكل، والتي ظاهرياً تشكل مشكلة عقد التوريد.

مشكلة عقد التوريد:

إن عقد التوريد في أبسط صورته، هو أن يطلب المشتري (المورّد له) سلعة أو منفعة معينة ويتقدم الموردون بعروض فيرسو العطاء على أحدهم (وهو المناقصة التي تسبق عقد التوريد) وقد يتم العقد بدون مناقصة، وفي كلتا الحالتين يبرم الطرفان عقداً يتعهد بموجبه المورد بتوريد السلع والخدمات المتفق عليها، إما دفعة واحدة، وإما على أقساط، وذلك بحسب الاتفاق المبرم بين الطرفين، وبالمقابل يتعهد المورّد له بدفع الثمن إما على أقساط أو دفعة واحدة.

فمن خلال العرض السابق نستطيع الوقوف على مشكلة مثل هذا العقد والتي تتمثل فيما يلي:

أولاً: غياب العوضين عن مجلس العقد، وهذا الأمر يفتح الباب أمام كثير من الشبهات وهي:

أ- الغرر^٣.

ب- بيع ما ليس عند الإنسان.

ت- بيع الدين بالدين.

ثانياً: المواعدة الملزمة، وهي التي تكون عند العقد ويتعهد بموجبها الطرفان ويلتزمًا بإحضار المعقود عليه وتسليمه (الثمن والمورّد) حسب الوصف والموعود المحدد.

١- هذا الأصل تولى الدفاع عنه وإثباته شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، إذ إن جمهور علماء المذاهب يرون أن الأصل في العقود المنع إلا ما ورد دليل من الشرع بإجازته، ولكنه بين في معرض إثباته لهذا الأصل أن المذاهب يتوسعون في أبواب أخرى لإباحة كثير من المعاملات كالقياس والاستحسان والعرف والمصالح المرسلة، لذا ومن هنا كان توسع شيخ الإسلام وتلميذه في هذا الباب.

٢- فقه المعاملات الحديثة: عبد الوهاب أبو سليمان، ص ٨٢.

٣- الغرر: الخطر، جاء في لسان العرب لابن منظور (البيع المجهولة التي لا يحيط بكنهها المتبايعان حتى تكون معلومة).

ومعلوم أن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي وتحديدًا في دورته الخامسة، قد أصدر قرارًا مفاده عدم لزوم المواعدة بين الطرفين قضاءً، أما إذا كان الاتفاق يتضمن وعدًا من طرف واحد فلا بأس في ذلك وهو ملزم قضاءً^١.
لذا يجب علينا قبل أن نحكم على عقد التوريد أنه عقد مستحدث أن نردّ على هذه الشبهات والإيرادات التي أوردها المانعون وذلك من خلال طرح ومناقشة الأدلة والترجيح بينها وفق قواعد الترجيح المعروفة.

١- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٢،٣) الدورة الخامسة المنعقدة في الكويت سنة ١٤٠٩هـ.

المطلب الثاني

أقوال العلماء وأدلتهم

سبق وأن عرضنا في المطلب السابق مشكلة عقد التوريد والشبهات التي أثيرت حوله من قبل المانعين اعتباره عقداً مستحدثاً، وفي هذا المطلب سنعرض بإذن الله تعالى هذه الشبهات وبالمقابل سنقوم بسرد أدلة المجيزين ثم نناقش الاعتراضات والشبهات الآتية الذكر، فنقول وبالله التوفيق:

تحرير محل النزاع:

اتفق العلماء على ضرورة تقديم الثمن في مجلس العقد في عقد السلم وجواز عدم تقديمه في عقد الاستصناع، ثم اختلفوا في عقد التوريد، هل هو من قبيل هذه العقود فيلزم فيه ما يلزم فيهما، أم هو عقد مستحدث له أحكامه الخاصة.

أقوال العلماء وأدلتهم:

أولاً: الفريق الأول، وهم المانعون:

ذهب فريق من العلماء إلى أن عقد التوريد ليس عقداً مستحدثاً ومستقلاً بأحكامه الخاصة به، وإنما هو عقد تابع يتردد بين الاستصناع والسلم، فإن كان محل العقد يلزمه صناعة أخذ أحكام عقد الاستصناع، وإذا كان محل العقد سلعة لا يلزمها صناعة أخذ أحكام عقد السلم وكان سلماً، وعليه فإن عقد التوريد ليس عقداً مستقلاً، فإذا خالف شروط وأحكام عقدي السلم أو الاستصناع كان عقداً باطلاً.^١

ثانياً: الفريق الثاني، وهم المجيزون:

ذهب أصحاب هذا الفريق إلى أن عقد التوريد عقد مستقل وإن شابه في بعض جوانبه السلم أو الاستصناع وأخذ بعض أحكامهما، إلا أنه لا يعتبر تابع لهما بالكلية، إذ قد يخالف أحكام السلم دون أن يحكم عليه بالبطلان مثل تأجيل الثمن عن مجلس العقد مثلاً، واستدلوا بأدلة من الكتاب والسنة، والمعقول.^٢

أولاً: أدلة المانعين.

واستدل أصحاب هذا الرأي بأحاديث من السنة والمعقول.

١- ومن أبرز القائلين بهذا القول الدكتور رفيع المصري والدكتور تقي الدين عثمانى في بحثيهما المقدمين لمجمع

الفقه الإسلامي، (مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد ١٢).

٢- ومن أبرز من قال بهذا الرأي د. عبد الوهاب أبو سليمان في كتابه فقه المعاملات الحديثة، ص ٤٦ وما بعدها.

أولاً: الأدلة من السنة.

١- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال (نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ)^١.

وجه الدلالة: إن غياب العوضين عن مجلس العقد يلزم منه الجهالة والغرر بلا شك، وهذا حاصل في عقد التوريد، وداخل في النهي النبي صلى الله عليه وسلم.

٢- ما رواه حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ: يَا تَبِيَّ الرَّجُلُ يَسْأَلُنِي مِنَ الْبَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدِي أَبْتَاغُ لَهُ مِنَ السُّوقِ ثُمَّ أْبِيَعُهُ قَالَ (لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)^٢.

وجه الدلالة: إن بيع المورد السلعة قبل أن يملكها وربما قبل أن تصنع هو من قبيل بيع الإنسان ما ليس عنده وكذلك من قبيل بيع المعدوم.

٣- عن ابن عمر ورافع بن خديج عن النبي ﷺ (أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ)^٣.

وجه الدلالة: إن غياب العوضين عن مجلس العقد هو من قبيل بيع الدين بالدين، فإذا تم العقد في غياب العوضين كانت السلعة ديناً في ذمة المورد والتمن ديناً في ذمة المورد له وهذا داخل في النهي الوارد في الحديث الشريف.

الأدلة من المعقول:

١- إن المواعدة التي تكون بين الطرفين عند إنشاء العقد هي بمثابة إيجاب وقبول (أي بمثابة العقد) والعوضان كما هو معلوم غائبان عن مجلس هذا الاتفاق فالأمر بتلك الحالة كأنه عقد على غائب لذا وجب أن لا تكون المواعدة ملزمة للخروج من شبهة العقد على الغائب وهذا

١- رواه مسلم كتاب البيوع (١٥١٣/٤) أبو داود في البيوع (٣٣٧٦) الترمذي في البيوع (١٢٣٠) وقال حديث حسن صحيح والنسائي في البيوع (٤٥١٨) وابن ماجة في التجارات (٢١٩٤) والدارمي في البيوع (٢٥١/٢) وأحمد في المسند (٢٥٠/٢) كلهم عن أبي هريرة ومالك في البيوع (٦٦٤/٢) عن سعيد بن المسيب.

٢- رواه الخمسة- أحمد (٣/٤٠٢)، أبو داود (٣٥٠٣)، النسائي- الكبرى- (٤/٣٩)، ابن ماجة (٢١٨٧)، الترمذي وصححه (١٢٣٢) وصححه الألباني في الإرواء (١٢٩٢).

٣- الكالِيُّ: النَّسِيئَةُ... تَكَالَتْ أَي اسْتَنْسَأَتْ نَسِيئَةً. وكذلك اسْتَكَلَّتْ كَلَاءً بِالضَّمِّ، وهو من التأخير... كَلَّتْ فِي الطَّعَامِ تَكْلِيئًا، وَأَكَلَتْ فِيهِ إِكْلَاءً: أَسْلَفَتْ فِيهِ. وما أعطيت في الطعام نسيئَةً من الدراهم فهو الكَلَاءُ بِالضَّمِّ، والكالِيُّ بِالْكَالِيِّ هو الدين بالدين. (الصحاح في اللغة: الجوهري، (١٢٠/٢).

٤- رواه الحاكم، والدرقطني، والبيهقي، والطبراني، والحديث ضعيف من كل طريقه ولكن قال الإمام أحمد (ليس في هذا أيضاً حديث يصح ولكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع الدين بالدين) أي روي الإجماع على معنى الحديث فشد ذلك من عضده فصار مثقياً بالقبول (حكاها الألباني في التعليقات الرضية (٣٦٢/٣).

غير متحقق في عقد التوريد، وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة، والذي نص صراحة على عدم إلزام المواعدة قضاءً، وإنما الجائز هو الوعد وهو الذي يكون من أحد طرفي العقد وليس كليهما^١.

٢- إن قرار مجمع الفقه الإسلامي بخصوص عقد التوريد والمناقصات جاء موافقاً للقول بتبعية عقد التوريد إلى عقدي الاستصناع أو السلم وخضوعه بالكامل لأحكامهما^٢.

وعليه ومما سبق ذكره من أدلة المانعين يتبين لنا أن عقد التوريد عندهم يجب أن يكون كالاتي:

١- إن عقد التوريد اتفاقٌ ولا يبرم بلفظ البيع، والبيع إنما يكون عند حضور العوضين، فيعقد مجلس جديد للعقد عند حضور العوضين أو أحدهما.

٢- إن عقد التوريد إن كان محله شيئاً يحتاج إلى صنعة فإنما هو عقد استصناع يجوز فيه تأجيل الثمن عن مجلس العقد.

٣- إذا كان محل العقد شيئاً لا يلزمه صنعة، فإنما هو عقد سلم يجب فيه تقديم كامل الثمن في مجلس العقد، على أن توافق شروط العقد كامل شروط عقد السلم.

٤- إذا كان محل العقد شيئاً لا يلزمه صنعة ولم يتم تقديم أو تعجيل كامل الثمن في مجلس العقد، فإن هذا لا يجوز؛ لأنه مبني على المواعدة الملزمة والتي تشبه العقد نفسه، فيكون البيع هنا بيع دين بدين؛ وذلك لغياب العوضين عن مجلس العقد.

٥- إذا لم تكن المواعدة ملزمة لأحد الطرفين (أي كانت وعداً وليس مواعدة) فإنه جاز تأجيل الثمن على أن يتم البيع بعقد جديد عند التسليم، أما العقد الأول فلا يعدو أن يكون اتفاقاً فقط.

ثانياً: أدلة الفريق الثاني (المجيزين)

الأدلة من القرآن الكريم:

١- استدلوا بعموم قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^٣.

وجه الدلالة: الآية فيها نص عام على الوفاء بالعقود بكل أشكالها وأنواعها إذ أمرت بالوفاء بالعقود أمراً عاماً ومطلقاً دون تعيين لعقد لنوع العقد فشملت العقود التي عقدها الله علينا وألزمنا بها ، والعقود التي تقع بين الناس بعضهم مع بعض، كالبيع، والإجارة، والزواج، وغيرها ، وكل عقد يتعارفه الناس ، ويحقق مصالحهم، ما لم يتعارض مع مصالح الشريعة وأصولها^٤، وعقد

١- قرار مجمع الفقه الإسلامي: الدورة الخامسة، قرار رقم (٢،٣) دورة الكويت عام ١٤٠٩هـ.

٢- قرار مجمع الفقه الإسلامي: الدورة ١٢، قرار رقم ١٠٧-دورة الرياض عام ١٤٢١هـ.

٣- سورة المائدة: آية ١.

٤- أنظر الجامع لأحكام القرآن: القرطبي، (٣٠/٦).

التوريد من العقود التي تعارفها الناس، والوفاء به نصت عليه الآية الكريمة لكونه من جملة العقود التي حضت على الوفاء بها.

٢- استدلوا بقوله تعالى ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أَخْرَهُنَّ﴾^١.

وجه الدلالة: تدل الآية على جواز إجارة الظئر للرضاع، والظئر هي المرضعة لولد غيرها، وهذا العمل هو من قبيل توريد الخدمات، حيث تقدم الظئر للطفل خدمات الإرضاع، وهذه الخدمة تستوفى مع الزمن شيئاً فشيئاً، مقابل بدل متفق عليه، ولم يعرف مصطلح التوريد في القديم، وإنما ظهر حديثاً لحاجة الناس إليه وبسبب التطور الاقتصادي الهائل في مجالات الحياة، ومن المعلوم أصولياً، أنه لا مشاحة في الاصطلاح ما دامت حقيقة المضمون واحدة، ومعلوم أنه عند الاتفاق على الإرضاع فإن العوضين غائبين عن مجلس العقد.

٣- استدلوا بقوله تعالى ﴿فَهَلْ جَعَلْ لَكَ حَرَمًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾^٢.

وجه الدلالة: إن هؤلاء القوم عرضوا على ذي القرنين أن يقوم ببناء جدار، لأنهم لا يملكون تقنية بناء صرح عظيم كهذا، فعرضوا عليه أن يورد لهم هذه التقنية على أن يدفعوا له ثمن تلك التقنية، ونلاحظ أيضاً أنهم ذكروا له سبب حاجتهم لهذا البناء، وهو صد يأجوج ومأجوج، أي بعبارة أخرى فإنهم ذكروا له الصفة التي يريدون أن يكون عليها هذا الجدار وهي أن يكون قادراً على صد هؤلاء القوم، يقول العلامة السعدي (دل ذلك على عدم اقتدارهم بأنفسهم على بنيان السد، وعرفوا اقتدار ذي القرنين عليه فبدلوا له أجره ليفعل ذلك وذكروا له السبب الداعي وهو: إفسادهم في الأرض)^٣.

الأدلة من السنة:

عن أبي سعيد الخدري أن رهطاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انطلقوا في سفرة سافروها، فنزلوا بحي من أحياء العرب، فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم، قال: فلدغ سيد ذلك الحي، فشفوا له بكل شيء، لا ينفعه شيء، فقال بعضهم لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا بكم لعل أن يكون عند بعضهم شيء ينفع صاحبكم، فقال بعضهم: إن سيدنا لدغ فشفينا له بكل شيء، فلا ينفعه شيء، فهل عند أحد منكم شيء يشفي صاحبنا يعني رقية فقال رجل من القوم: إني لأرقي ولكننا استضفناكم فأبيتكم أن تضيفونا ما أنا براق حتى تجعلوا لي جعلاً، فجعلوا له قطيعاً من الشاء،

١- سورة الطلاق: آية ٦.

٢- عقد التوريد في الفقه الإسلامي: نمر صالح دراغمة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، ص ٦٦.

٣- سورة الكهف: آية ٩٤.

٤- تيسير الكريم الرحمن: العلامة عبد الرحمن السعدي، ص ٥٢٣.

فأتاه فقرأ عليه بأمر الكتاب وينقل حتى برئ كأنما أنشط من عقال، فأوفاهم جعلهم الذي صالحوه عليه، فقالوا: اقتسموا، فقال الذي رقى: لا تفعلوا حتى نأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فنستأمره، فغدوا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا ذلك له، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من أين علمتم أنها رقية، أحسنتم، واضربوا لي معكم بسهم)^١.

وجه الدلالة:

الحديث وإن كان نصاً في مشروعية الرقية إلا أنه يؤخذ منه مشروعية توريد الخدمات الطبية والعلاجية مقابل بدل متفق عليه وهذا الجواز واضح من إقراره صلى الله عليه وسلم لعمل الصحابة ومشاركته لهم في قسمة البديل، ولو لم تكن جائزة، لما أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم مبدئياً إعجابه بفضل الصحابة، وطالبا أن يكون له نصيب من البديل^٢.

الأدلة من القياس:

إن عقد التوريد إذا أردنا إنزاله على عقد من العقود المسماة، فحري أن ننزله على (عقد البيع على الصفة) أو ما يسمى أحيانا ببيع الصفات، وهو عقد أجازته جمهور الفقهاء غير الشافعية في الجديد،^٣ فعقد التوريد يشترك معه في العلة وهي غياب البديلين عن مجلس العقد وكذلك كون المبيع في كليهما موصوف في الذمة، وقد جمع الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان أوجه الشبه بين العقدين فعدّها في ستة بنود وهي:

- ١- إن العقد في كليهما قائم على أساس التوصيف الكامل للسلعة أو الرؤية السابقة، أو مشاهدة عينة لها، أو أنموذج.
- ٢- غياب السلعة عن مجلس العقد في كلا العقدين.
- ٣- موضوع العقدين هو عموم السلع الضرورية، والحاجية، والتكميلية، والتحسينية.
- ٤- القصد الأساسي من العقدين هو التبادل الفعلي للسلع، بحصول المشتري على السلعة المطلوبة لتلبية احتياجاته واحتياجات السوق، وحصول البائع على الربح، وتسويق منتجاته، واطمئنان كل منهما على حصوله على ما يتم عليه العقد بالصفات، وفي الزمان، والمكان المحددين في العقد.

١- البخاري(٥٤٠٤)، احمد(١١٤١٧)، أبو داود(٣٩٠٠)، النسائي الكبرى(٧٥٤٧)، ابن ماجة(٢١٥٦)،

الترمذي(٢٠٦٣)، الدارقطني(ج٣حديث ٢٤٦)، البيهقي الكبرى (١١٤٧٥)، وصححه الألباني.

٢- عقد المقاوله والتوريد: د. على أبو البصل ص١٢٧، نقلا عن عقد التوريد في الفقه الإسلامي: نمر صالح دراغمة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، ص٦٨.

٣- فقه المعاملات الحديثة: عبد الوهاب أبو سليمان، ص٤٦ وما بعدها.

- ٥- كلا العقدين يحققان مفهوم عقد البيع شرعا فهما من بيوع الصفات لا الأعيان.
- ٦- لا حضور للعوضين الثمن والمُثَمَّن أثناء العقد، وإنما يتم تسليم الثمن كله، أو دفع على أقساط بعد استلام المشتري للبضاعة^١.
- وعليه ومما تقدم يتبين أن عقد التوريد يشابه بيع الصفات سواء في محل العقد، أو صفته من غياب العوضين، وحتى مقاصده، إذاً فلا مانع من قياس عقد التوريد على المبيع الغائب على الصفة، وإعطائه حكمه، أو اعتباره الصورة الحديثة لبيع الصفات.

الأدلة من المعقول:

إن عقد التوريد يمكن تنزيله على أصل آخر وهو (المقتضى وانتفاء المانع) وذلك إذا اعتبرناه من العقود المستحدثة، إذ الأصل في المعاملات الإباحة ومقتضى هذا العقد أنه بالوصف الذي ذكرناه له (الخالي من المحظورات الشرعية) يضمن تحقيق المصالح لكل أطراف العقد فضلا عن المجتمع ككل، والحاجة إلى مثل هذا العقد أصبحت اليوم ممتدة لتشمل مختلف الأمم على اختلاف مستوياتها، والقاعدة الفقهية (إن الحاجة إذا عمت، كانت كالضرورة) فهذه الأمور بمجملها تمثل المقتضى لإباحة مثل هذا العقد.

أما انتفاء المانع فهو أن يخلو العقد من أي صورة من صور المحرمات المبطللة للعقد أو المنهيات التي نهى عنها الشارع مثل الربا، والغرر، والجهالة، والمقامرة، (وسيتم الرد على هذه الشبهات عند مناقشة أدلة المانعين) وعقد التوريد خالٍ من هذه الأمور، والتي يشكل انتفاؤها انتفاء المانع الشرعي.

وعليه فإذا وجد المقتضى (مقتضى الإباحة) وانتفى المانع الشرعي، فلا مانع من استحداث هذا العقد وفق شروط لا تخالف الأصول والقواعد الشرعية في العقود^٢.

١- عقد التوريد دراسة فقهية تحليلية: عبد الوهاب أبو سليمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ١٢.

٢- فقه المعاملات الحديثة: عبد الوهاب أبو سليمان، ص ٨٢ وما بعدها.

المطلب الثالث

مناقشة الأدلة والترجيح

بعد عرض أدلة كل من الفريقين، ناقش المجيزون لعقد التوريد أدلة المانعين وتنبعوها دليلاً دليلاً على النحو الآتي:

الرد على أدلة المانعين من السنة:

أولاً: الاستدلال بحديث النهي عن بيع الغرر، استدلال لا ينطبق على عقد التوريد؛ وذلك أن بيع الغرر يجمع ثلاثة أوصاف:
الأول: تعذر التسليم غالباً.
الثاني: الجهل.
الثالث: الخطر والقمار^١.
وهذه الأمور غير متحققة في عقد التوريد.

فالأول: وهو تعذر التسليم، فمن ضروريات عقد التوريد اطمئنان المشتري من قدرة البائع على تسليم المبيع في الوقت المحدد، لذا نجد أن عقود التوريد لا تخلو من ضمانات مالية وإجراءات جزائية، وتأمينات من أجل ضمان الوفاء بالعقود، وإيصال المعقود عليه وتسليمه في موعده المحدد، ومع عمل شركات التأمين اليوم أصبحت مثل هذه المسألة ضرباً من الماضي.

والثاني: وهو الجهل، والجهل قد يرجع إلى الثمن، وقد يكون راجعاً إلى صفة المبيع، أو جنسه، أو إلى أجل العقد، ومثل هذا الأمر غير متحقق أيضاً في عقد التوريد، لأن كلا المتعاقدين حريص أن يحدد مسؤوليات الطرف الآخر، وكذلك تحديد صفات المبيع ومقداره، وموعد تسليمه لذا نجدهم يفرضون العقوبات المالية أو شروط جزائية بالغالب تكون رادعة ومانعة من حدوث أي تجاوز.

والثالث: الخطر والقمار، أما القمار فهذا معلوم عدم تحققه في مثل هذا النوع من العقود، وأما الخطر فقد يقال أنه من جهة أن المبيع قد لا ترجى سلامته مع طول المسافات والشحن والنقل من بلاد أخرى، ولعله أصبح جلياً أنه مع هذه الطفرة في عالم النقل والمواصلات، لم يعد هناك ثمة ما يخشى منه، ولو حدث أي مكروه فإنه من غير المعقول اليوم أن يتم شحن البضائع في عرض البحر أو في كبد السماء دون أن يتم التأمين عليها، لا بل إنه في بعض البلاد لا يسمح بتحميل

١- التلقين في الفقه المالكي: القاضي عبد الوهاب البغدادي، (١٥٠/٢).

أي سلع دون التأكد من قسائم التأمين الخاصة بها، وبذلك فإن مسألة الخطر هي الأخرى غير متحققة في عقد التوريد^١.

وبذلك يكون عقد التوريد خاليًا من أي من صفات الغرر الثلاثة، وعليه فإنه غير داخل في نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر لخلوه منه.

ثانياً: الاستدلال بحديث (لا تبع ما ليس عندك) وكون عقد التوريد داخل في بيع الإنسان ما لا يملك وبيع المعدوم، ففيه نظر.

يقول الإمام البغوي: (النهي في هذا لحديث عن بيوع الأعيان التي لا يملكها، أما بيع شيء موصوف في ذمته فيجوز فيه السلم بشرطه، فلو باع موصوفاً في ذمته عام الوجود عند المحل المشروط في البيع جاز، وإن لم يكن المبيع موجوداً في ملكه حالة العقد كالسلم). أه^٢.

ويقول الإمام الخطابي: (قوله لا تبع ما ليس عندك يريد بيع العين دون بيع الصفة)^٣. أه. ومعلوم أن عقد التوريد من قبيل بيوع الصفات فلا يدخل ضمن نهى النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام عن بيع ما ليس عنده، ولو أراد الباحث التوسع لنقل عددًا كبيرًا من أقوال العلماء التي تؤكد على هذا المعنى في شرح هذا الحديث، ولكن فيما ذكر الكفاية. أما قولهم أنه من قبيل بيع المعدوم، فلأن عدم جواز بيع المعدوم من الأمور التي لم يقف أحد على دليلها، لذا نجد ابن القيم رحمه الله يؤكد على ذلك إذ يقول: (ليس في كتاب الله ولا في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ولا في كلام أحد الصحابة، أن يبيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام، ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بعض الأشياء التي هي معدومة، كما في النهي عن بعض الأشياء الموجودة، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً، أو معدوماً)^٤. أه.

ثالثاً: أما عن الاستدلال بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ^٥.

فإن عقد التوريد ليس فيه شغل لذمة أحد المتبايعين، ذلك أن العقد يظل جائزاً قابلاً للفسخ حتى يتم تسليم المبيع، والتمن مؤجل إلى حين تسليم المبيع، إلا أن يكون المشتري متطوعاً في تعجيل الثمن، وخلال هذه المدة كل ما يوثق العقد هو الاتفاق والوعد، ويبقى العقد جائزاً غير لازم

١- انظر فقه المعاملات الحديثة: عبد الوهاب أبو سليمان، ص ٨٧ (بتصرف).

٢- نيل الأوطار: الإمام محمد بن علي الشوكاني، (١٦٣/٥).

٣- معالم السنن: أبو سليمان حمد الخطابي، (١٤٠/٣).

٤- إعلام الموقعين: ابن قيم الجوزية، (٢٠٦، ٢٠٧/٣).

٥- سبق تخريجه: ص ١٤.

(قابل للفسخ) حتى يتم التسليم والاستلام للعوضين، فأى شغل للذمة هذا في عقد جائز وقابل للفسخ؟

ولقد ذكر العلماء صوراً كثيرة لبيع الدين بالدين ومن بين هذه الصور، لم ينص الفقهاء على صورة مشابهة لعقد التوريد، وغاية ما في الأمر أن عقد التوريد يغيب فيه العوضان عن مجلس العقد، وليس معنى وجود هذه الشبهة فقط من بيع الدين بالدين، كافية لإعطاء حكم ببيع الدين بالدين لهذا العقد، لا بل إن ابن القيم جعل فعل هذا الأمر من أعظم الغلط يقول رحمه الله: (ومن سوى بين الشئيين لاشتراكهما في أمر من الأمور، يلزمه أن يسوي بين كل موجودين لاشتراكهما في مسمى الوجود، وهذا من أعظم الغلط والقياس الفاسد الذي ذمه السلف) أهـ.

الرد على أدلة المانعين من المعقول:

أولاً: الاستدلال بقرار مجمع الفقه المتعلق بمنع المواعدة الملزمة بين طرفي العقد، فهذا أمر لا نعارضه فالقرار نص أيضاً على جواز الوعد من طرف واحد، وعقد التوريد يكفي أن يكون الوعد ملزماً من طرف البائع مثلاً، وبالمقابل يقدم الطرف الآخر ضمانات تضمن تطبيقه للعقد إذا جاء البائع بالمعقود عليه مطابق للمواصفات، فالיום مثلاً أصبح ما يسمى بخطابات الضمان البنكية والذي قد يقدمه أي من طرفي العقد إذا ألزم الطرف الثاني بتنفيذ وعده، فضلاً عن الشروط الجزائية التي من الممكن أن يتم وضعها على أطراف العقد وسيتم تفصيل الحديث عن هذه الضمانات والجزاءات في محلها من الدراسة عن شاء الله.

ثانياً: الاستدلال بقرار مجمع الفقه القاضي بإلحاق عقد التوريد بعقدي السلم أو الاستصناع.

فإن هذا القرار هو مدار الاعتراض وكل ما قدمه الباحث من أدلة كانت لإثبات أن العقد مستقل وليس تابعاً، فضلاً عن أن القرار بحد ذاته عند إصداره أثار جدلاً واسعاً في أوساط الفقهاء والمختصين بالمعاملات المالية الإسلامية، حتى إنه جاء مخالفاً لأبرز الأبحاث التي قدمها الباحثون للمجمع بهذا الخصوص وهذا ما أثار جدل وحفيظة المختصين بهذا الشأن.^٢

١- إعلام الموقعين: ابن قيم الجوزية، (٢٠٥/٣).

٢- رأي في تأجيل العوضين في عقد التوريد (مقال)، دكتور عبد العزيز الشبل، موقع الإسلام اليوم،

<http://islamtoday.net/bohooth/artshow-86-4092.htm>

سبب الخلاف:

- ١- اختلافهم في فهم الأحاديث التي نهت عن البيوع السابق ذكرها.
- ٢- اختلافهم في تصور عقد التوريد فمنهم من صورته صورة توافق بيوع الدين بالدين فمنعه وعمم حكم المنع على جميع صور هذا العقد، ومنهم من صورته صورة تخالف هذه البيوع فحكم بجوازها، ومرر الحكم على جميع صور العقد.

الترجيح:

وبعد كل ما سبق ذكره فقد ترجح لدى الباحث القول الثاني القائل بأن عقد التوريد هو عقد مستقل لا يتبع لعقدي السلم أو الاستصناع، وإن شابههما في بعض مواطن العقد، أو أخذ بعض أحكامهما، إلا أنه لا يدخل تحت أحكامهما بالكلية، وإنما له أحكامه الخاصة به التي قد تخالف السلم مثل تأجيل الثمن مثلاً كما ذكرنا سابقاً.

سبب الترجيح:

- ١- قوة الأدلة التي أوردها أصحابه، وظهور دلالتها على المعنى المراد.
- ٢- ردهم أدلة الفريق الأول، ومناقشتها، وبيان ضعف دلالتها على المعنى المراد.
- ٣- إن الحكم بتبعية عقد التوريد لعقد السلم وبطلانه إذا لم يحقق شروط السلم؛ يعني الحكم على معظم عقود التوريد بالبطلان؛ لأن غالب عقود التوريد يتم فيها تأجيل الثمن لحين استلام البضائع وهذا مخالف لشروط السلم.

المبحث الثالث:

أنواع عقد التوريد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تقسيمات عقود التوريد.

المطلب الثاني: صور عقد التوريد.

المطلب الأول

تقسيمات عقود التوريد

ينقسم عقد التوريد إلى أقسام وأنواع متعددة، كما أن له صوراً متعددة، وفي هذا المطلب سنتناول تقسيمات عقود التوريد، والتي تتنوع بحسب طبيعة العقد، أو المعقود عليه، أو حرية المتعاقدين، وقد قسم الدكتور عبد الله المطلق عقود التوريد إلى عدة أقسام بحسب اعتبارات معينة، مستنبطاً ذلك من القانون التجاري في المملكة العربية السعودية^١، وهي كما يلي:

أولاً: تنقسم عقود التوريد باعتبار مدى حرية المتعاقدين في قبول العقد أو رفضه إلى كل من:

أ- **عقود التوريد الموحدة:** وهذه العقود تكون عادة بين طرفين أحدهما قوي مستغن، والآخر محتاج، فيفرض الطرف القوي شروطه وليس للطرف الآخر إلا القبول، ومثال هذا النوع توريد خدمات الكهرباء، فالمواطن إذا ما أراد الاستفادة من خدمات شركات توزيع التيار الكهربائي، فإنه (أي المواطن) سيمثل الطرف المحتاج في هذا العقد، والذي تملى عليه شروط هذه الشركة وليس أمامه إلا قبول الشروط التي تملئها الشركة الموردة للتيار الكهربائي وذلك لأسباب أهمها:

- ١- احتكار جهات معينة لهذا النوع من الخدمات غالباً.
- ٢- كثرة عدد مشتركين هذه الشركات والذي يصل إلى مئات آلاف المشتركين، وهذا العدد يجعل من المتعذر صياغة عقد خاص لكل من المشتركين، فتضع الشركة صيغة عامة لكل عقود مشتركها، يجد المشترك أو المورد له نفسه مجبراً على قبول شروط هذا العقد، ومن هنا جاءت تسمية هذا النوع بالعقود الموحدة أو عقود الإذعان.

ب- **عقود التوريد الحرة:** وهذا النوع خلاف النوع الأول، إذ يتساوى فيه طرفا العقد بالحرية المطلقة في إنشاء العقد واشتراط الشروط الخاصة بكل طرف، خاضعين في ذلك إلى القوانين والأعراف العامة المعمول بها في الدولة التي أنشئ فيها العقد، ومثال هذا النوع من العقود، جميع عقود التوريد التي تتم بين طرفين على درجة واحدة من القوة، والحاجة للطرف الآخر، وهي غالباً ما تكون في القطاع الخاص، أو الأفراد.

١- عقد التوريد: د. عبد الله المطلق، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد العاشر ص ٣٩.

ثانياً: تنقسم عقود التوريد باعتبار طبيعة العقد إلى كل من:

- أ- **عقود التوريد الإدارية:** وهي العقود التي تنشأ عادة بين الدولة والمؤسسات الحكومية من جهة، وبين أطراف عادية كأفراد، وشركات القطاع الخاص، ومثاله العقود التي تعقدتها جهة حكومية، مع إحدى شركات القطاع الخاص، لتوريد المستلزمات المكتبية، أو ملابس، أو أغذية، أو ما شابه ذلك من هذه السلع.
- ب- **عقود التوريد الخاصة:** وهي التي يكون فيها طرفا العقد أفرادا عاديين، أو شركات خاصة، فلا وجود للدولة في هذا النوع، ومن أمثلة هذا النوع:
- ١- اتفاق زيد مع عمرو على أن يورد له كل يوم مقدارا معيناً من اللحوم أو الحليب.
 - ٢- اتفاق شركة مقاولات مع شركة استيراد على أن تورد شركة الاستيراد يومياً ١٠٠ طن من الأسمت مثلاً.

ثالثاً: تنقسم عقود التوريد باعتبار عمل المورد إلى كل من:

- أ- **عقود التوريد العادية:** وهي العقود التي يكون موضوع العقد فيها عبارة عن منقولات موصوفة، على أن تكون للمورد الحرية المطلقة في اختيار المصادر التي يحصل منها على هذه المنقولات، على ألا تخالف الوصف الذي تم الاتفاق عليه، ومثالها كل عقود التوريد الإدارية، والخاصة.
- ب- **عقود التوريد الصناعية:** وهي العقود التي يكون فيها محل العقد شيئاً يلزمه صناعة، وهذه العقود قد تكون خاصة. وقد تكون إدارية، إلا أن الإدارية منها نجد فيها عادة أن للدولة حرية كبيرة في التدخل أثناء تصنيع محل العقد، ومثالها:
- ١- عقد توريد بين جهة حكومية وأحد مصانع القطاع الخاص على تصنيع بيوت متنقلة لإيواء المتضررين من الكوارث الطبيعية.
 - ٢- عقد توريد بين شركة تصنيع أثاث مكتبي وشركة استيراد وتصدير على أن تصنع شركة الأثاث المكتبي أثاثاً مكتبياً لجميع مكاتب شركة الاستيراد والتصدير.
 - ٣- عقد توريد بين صاحب منزل وصاحب محل خياطة، على أن يخيط صاحب المحل لصاحب المنزل مفروشات لجميع غرف المنزل^١.

١- انظر، عقد التوريد: د. عبد الله المطلق، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد العاشر ص ٣٩، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي: أ. عاطف محمد أبو هريبيد، ص ١٧٥ (بتصرف).

المطلب الثاني

صور عقد التوريد وطرق إبرامه

إن عقد التوريد قد يعقد بأكثر من صورة وكلها صحيح ما دام منضبطاً بالضوابط الشرعية التي حددناها سابقاً، من خلوه من وجوه الربا، والغرر، والجهالة، مع القدرة على التسليم، لذا نجد عقد التوريد قد تتغير فيه صورة دفع الثمن على أشكال متعددة، وصور مختلفة، وفيما يلي بيان تلك الصور:

أولاً: دفع الثمن كله أو بعضه مقدماً على تسليم البضاعة، على أن لا يكون تقديم الثمن باشتراط البائع، فإن كان تطوعاً من المشتري فلا بأس، والعلة في ذلك أن عقد التوريد هو عقد جائز وليس لازماً، ويبقى كذلك حتى يحضر البائع المبيع على الوصف والموعود الذي تم تحديده، والمشتري في هذه الفترة يثبت له خيار الرؤية، وعند ثبوت الخيار لا يجوز النقد إلا تطوعاً من المشتري، هذا ما نص عليه صراحةً المالكية، جاء في متن الرسالة (ولا يجوز النقد في الخيار)^١.

وذهب العلامة قاسم بن ناجي رحمه الله^٢، إلى أن هذا حكم متفق عليه في المذهب إذ يقول (إن شرط النقد فيما ذكر لا يجوز اتفاقاً)^٣؛ أي فيما ذكر من وجود الخيار، ولقد سبق وذكرنا عند الحديث عن قياس عقد التوريد على المبيع الغائب على الصفة، أن بيع الصفات عند المالكية هو الأكثر ملائمة لعقد التوريد.

ثانياً: دفع الثمن مؤجلاً بالتزامن مع استلام البضائع^٤، وهو ما يحدث غالباً في عقود التوريد وخاصة في عقود توريد مواد البناء لشركات المقاولات وما شابه ذلك.

ثالثاً: أن يقدم طرفا العقد نسبة من المال أو خطابات ضمان بنكية، لدى طرف ثالث، تكون بمثابة ضمان لتنفيذ كل طرف التزاماته، ولا مانع شرعياً في ذلك فيما أعلم والله أعلم.

رابعاً: أن يدفع المشتري عربوناً يحسب من ثمن البضاعة، أو ضماناً مالياً، أو تأميناً لتأكيد التزامه بقبول المبيع إذا جاء مطابقاً للوصف.

١- متن الرسالة: عبد الله القيرواني، ص ١٠٤.

٢- هو أبو الفضل قاسم بن عيسى التنوخي المعروف بابن ناجي، القاضي الفقيه الحافظ للمذهب، أخذ عن أئمة منهم البُرزلي والأبي وابن عرفة وعنه حلولو صاحب الضياء اللامع شرح جمع الجوامع وغيره، له شرحان على المدونة كبير وصغير كما له تعليق على معالم الإيمان للدباغ، توفي سنة ٨٣٧ هـ وقيل ٨٣٨ (كفاية المحتاج ص ٢٨٢)، شجرة النور (٣٥٢/١)، والكتابان طبعاً بدار الفكر ١٤٠٢ هـ. ١٩٨٢ م.

٣- فقه المعاملات الحديثة: عبد الوهاب أبو سليمان، ص ٦٥.

٤- المرجع السابق: ص ٩٩.

خامسا: أن يتم تسليم الثمن على دفعات أثناء فترة التوريد، أو في نهاية العقد دون أن يتم التقيد بمواعيد تسلم المبيع، وهذا غالبا ما يحدث في عقود التوريد الإدارية، وتسمى الدفعة المالية بالمستخلص المالي^١.

طرق إبرام عقد التوريد:

إذا تأملنا عقود التوريد الخاصة أو الإدارية وجدنا أنه يتم اختيار المتعاقد بها من خلال أحد الطرق التالية:

- ١ - المناقصة.
- ٢ - الممارسة.
- ٣ - التأمين المباشر.

أولا: المناقصة:

هي طريقة تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء في إنجاز عمل معين مع مطابقته للشروط والمواصفات.

وهي نوعان بحسب ما يتوفر لها من حرية التنافس بين الراغبين:

- أ - المناقصة العامة.
- ب - المناقصة المحدودة.

وفي المناقصة العامة يسمح بالاشتراك لمن يشاء ممن تتوفر فيه الشروط، ويتم الإعلان عنها تحقيقا لمبدأ المنافسة، وتقوم على مبدأ إتاحة الفرص المتساوية أمام المتنافسين الذين تتوفر فيهم الشروط.

أما المناقصة المحدودة فهي التي يقتصر الاشتراك فيها على عدد محدود من المناقصين الذين تتوفر فيهم القدرة على القيام بالعمل، وتكون الدعوة لهذه المناقصة بتوجيه خطابات للأشخاص العاملين في النشاط المطلوب، وتكون الأعمال المطروحة في هذه المناقصة مما يستلزم إمكانيات خاصة لا تتوفر عادة إلا لدى عدد محدود من المؤسسات أو الشركات المشهود لها بالكفاءة من الجهات الفنية الرسمية^٢.

١- المرجع السابق: ص ١٠٠.

٢- الأسس العامة للعقود الإدارية ٢٤٤ والعقود الإدارية ١٤٥، ١٤٨. نقلا عن عقد التوريد: د. عبد الله المطلق، مجلة جامعة الإمام ص ٤٥.

ثانيًا: الممارسة:

وتعني دعوة عدد من الموردين ومفاوضتهم علنا على ما يتقدمون به من أسعار وشروط تمهيدا للاختيار منها، وتم الممارسة بواسطة لجنة تتولى مناقشة الموردين في جلسات علنية ومفتوحة للموردين أو مندوبيهم ثم ترفع اللجنة توصياتها بالنتيجة إلى السلطة المختصة ما لم تكن مفوضة بالتعاقد مباشرة^١.

ثالثًا : التأمين المباشر :

ويعني التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بين المورد والمستورد من غير مناقصة أو ممارسة ويكثر في عقود التوريد الخاصة ويقبل في عقود التوريد الإدارية حيث قصرته الأنظمة في حالات معينة حددت فيها القيمة القصوى للعقد^٢.

١- الأسس العامة للعقود الإدارية ٣٢٦، ٣٢٨ والعقود الإدارية ١٥١، ١٤٩. نقلا عن المرجع السابق ص ٤٥.
٢- الأسس العامة للعقود الإدارية ٣٢٨، ٣٢٩ والعقود الإدارية ١٥١، ١٥٣. نقلا عن المرجع السابق ص ٤٥.

الفصل الثاني: مبدأ الجزاء والضمان في العقود المالية في الفقه الإسلامي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مبدأ الجزاء في العقود المالية في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: مبدأ الضمان في العقود المالية في الفقه الإسلامي.

تمهيد

إن التصرفات الشرعية والتي تترتب عليها الآثار من التزامات وحقوق، تقسم إلى نوعين إما تصرفات فعلية وإما تصرفات قولية.

فالتصرف الفعلي: هو ما كان قوامه عملا غير لسانی، كالإتلاف، وقبض المبيع وقبض الدين. **والتصرف القولي** نوعان: عقدي، وغير عقدي.

العقدي: هو ما يكون فيه اتفاق إرادتين، كالبيع والإجارة والشركة... الخ وغير العقدي على وجهين:

الأول: التصرف بالإرادة المنفردة، كالوقف والطلاق والإبراء.

والثاني: الأقوال التي تترتب عليها نتائج حقوقية، كالدعوى والإقرار والشهادة.^١

أما العقود المالية والتي هي محل بحثنا، فإنها على ما ذكر جزء من التصرفات القولية العقدية، وكذلك فإن التصرفات الشرعية الفعلية، ترتبط بشكل وثيق بالعقود المالية، كقبض المبيع مثلا.

وهذه العقود المالية قد قسمها الفقهاء باعتبار إفادتها للضمان إلى ثلاثة أنواع: عقود ضمان، وعقود أمانة، وعقود مزدوجة.

وبالعودة إلى مبدأ الجزاء والضمان، فالفقه الإسلامي لم يفصل بينهما في الجانب المدني من التشريع (بخلاف الجانب الجنائي) فأطلق على كليهما مسمى الضمان، وذلك لأن الجزاءات المدنية تكون دائما بإزالة أثر المخالفة، وهذا غالبا ما يكون عن طريق الضمان، لذا نجد أن مصطلح الضمان في الجانب المدني من التشريع والذي يحمل في طياته معنى الجزاء، قد أحاط بجميع التصرفات الشرعية، سواء كانت فعلية، أو قولية عقدية وغير عقدية.

أما عن جهد الباحث في هذا الفصل، فإنه سيعتبر بإذن الله تعالى، على تمييز مبدأ الجزاء في العقود المالية عن مصطلح الضمان، وبيان ما هو جزاء، وما هو ضمان، وضابط التمييز بينهما مع دراسة لإحدى الصور الحديثة للجزاء في العقود المالية وهو الشرط الجزائي، وصورة حديثة أخرى للضمان وهي خطابات الضمان المصرفية كل حسب موقعه من الدراسة، بعون الله تعالى.

١- المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا، (١/٣٨٠، ٣٧٩).

المبحث الأول

مبدأ الجزاء في العقود المالية في الفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حقيقة الجزاء وأنواعه.

المطلب الثاني: الجزاءات في العقود المالية.

المطلب الثالث: الشرط الجزائي.

المطلب الأول

حقيقة الجزاء وأنواعه

الجزاء في اللغة:

الجزاءُ المُكَافَأَةُ على الشيء، يقال جَزَاهُ به وعليه جَزَاءً، وجازاه مُجَازَةً وَجِزَاءً^١، والجزاء أيضا هو الجازية والجازية هي الثواب والعقاب، واجتزأه طلب منه الجزاء، وجازاه أثابه وعاقبه^٢، وسئل الفراء عن جَزَيْتَهُ وجَازَيْتَهُ فقال: لا يكون جَزَيْتَهُ إِلَّا في الخير وجَازَيْتَهُ يكون في الخير والشر^٣، والجمع جزاءات.

ومما سبق يتبين لنا أن الجزاء يطلق في اللغة ويراد به الثواب والعقاب ودليل ذلك قول الله تعالى: ﴿لَيْسَ بِأَمَانِيكُمْ وَلَا أَمَانِي أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَى بِهِ، وَلَا يُحِذُّ لَهُ، مِنْ دُونِ اللَّهِ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا﴾^(١٢٣) وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظَلَّمُونَ فِيهَا^(١٢٤) ﴿٤﴾.

الجزاء شرعا:

عند تتبع كتب الفقه واستقراء أبوابها قد لا نجد تعريفا واضحا ومستقلا للجزاء، رغم ذلك فإننا لن نجد بابا من أبواب الفقه يخلو من الحديث عن الجزاءات المترتبة على الأفعال أو الأقوال، السلبية منها والإيجابية ومن مجمل المواضيع التي تطرقت لمبدأ الجزاء، ومن خلال التعريف اللغوي للجزاء، استطاع الباحث أن يحدد مفهوما عاما له، تندرج تحته كل الفروع المتعلقة بهذا الأصل، ويصلح أن يكون تعريفا له.

فالجزاء دائما ليس جزءا من التكليف ابتداءً، وإنما هو أثر يترتب على فعل المكلف أو قوله سلباً وإيجاباً، لذا نستطيع أن نعرف الجزاء بأنه: (الأثر المترتب على موافقة الشريعة أو مخالفتها).

١- لسان العرب: ابن منظور، باب الواو والياء، (١٤٥/١٤).

٢- المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى وآخرون، (١٢٢/١).

٣- لسان العرب: ابن منظور، (١٤٥/١٤).

٤- سورة النساء: آية ١٢٤، ١٢٣.

شرح التعريف:

قولنا الأثر المترتب: أردنا به أن الجزاء ليس جزءاً من التكليف وإنما هو نتيجة لردة فعل المكلف تجاه هذا التكليف، وهنا يجدر بنا أن نشير إلى أن الفقه الإسلامي قد فصل بين الجزاء والتكليف، فنرى أن الجزاء هو حكم مستقل، ولكن وقوعه يترتب على وقوع مخالفة الحكم الأول (وهو التكليف) أو موافقته، لذا عبرنا عن الجزاء بأنه أثر.

قولنا مخالفة الشريعة أو موافقتها: فمخالفة الشريعة يترتب عليها آثار وعقوبات وجزاءات دنيوية، وأخرى أخروية، أما موافقتها فيترتب عليها آثار إن لم تكن دنيوية فهي في الغالب أخروية.

أدلة مشروعية الجزاء:

يدخل في التعريف السابق الجزاء بشقيه الدنيوي والأخروي، وهنا سنمثل لكل من جزاءات موافقة الشريعة أو مخالفتها، أخروياً ودنيوياً، من الكتاب والسنة بإذن الله.

أولاً: الجزاء الأخروي:

أ- **جزاء الموافقة:** قوله تعالى: ﴿ هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَنِ إِلَّا الْإِحْسَنُ ﴾^١، يقول العلامة السعدي في تفسير هذه الآية (هل جزاء من أحسن في عبادة الخالق ونفع عبده إلا أن يحسن إليه بالثواب الجزيل، والفوز الكبير، والنعيم المقيم، والعيش السليم)^٢. أهـ إذا فالإحسان في الآخرة للعبد أثر لموافقته للشريعة في الدنيا، وهذا داخل في التعريف السابق ذكره.

ب- **جزاء المخالفة:** ومثاله قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ كَسَبُوا السَّيِّئَاتِ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ بِمِثْلِهَا وَتَرْهَقُهُمْ ذِلَّةٌ مِمَّا لَّهُمْ مِنَ اللَّهِ مِنْ عَاصِرٍ ﴾^٣.

يقول الإمام الطبري رحمه الله (والذين كسبوا السيئات في الدنيا، فعصوا الله فيها، وكفروا به وبرسوله، (جزاء سيئة) من عمله السيئ الذي عمله في الدنيا، (بمثلها)، من عقاب الله في الآخرة)^٤. أهـ

وفي هذا المثال يظهر كيف أن عقاب الله هو أثر لمخالفة الشريعة في الدنيا، وهو جزاء المخالفة.

١- سورة الرحمن: آية ٦٠.

٢- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان: عبد الرحمن السعدي، ص ٨٣١.

٣- سورة يونس: الآية ٢٧.

٤- جامع البيان في تأويل القرآن: محمد بن جرير الطبري، تحقيق أحمد شاكر، (١٥/٧٣).

ثانياً: الجزاء الدنيوي:

١- على الصعيد الجنائي:

أ- **جزاء الموافقة:** فإن المفسد في الأرض الذي أصاب حد الحرابة، وكان ذا منعة بنفسه أو بجماعة، إن جاء تائباً عن ذنبه إلى الحاكم، فإنه على أرجح الأقوال، توبته تسقط الحد عنه إذا كان قد أسلم نفسه قبل أن يُقدر عليه وذلك لقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^١.

يقول الإمام الطبري رحمه الله: (توبة المحارب الممتع بنفسه أو بجماعة معه قبل القدرة عليه، تضع عنه تبعات الدنيا التي كانت لزمته في أيام حربه وجرابته، من حدود الله، وغُرم لازم، وقودٍ وقصاص، إلا ما كان قائماً في يده من أموال المسلمين والمعاهدين بعينه، فيردّ على أهله)^٢ أه.

وفي هذا المثال يظهر لنا كيف أن موافقة الشرع لها جزاء دنيوي، فالتوبة موافقة لشرع الله، وإسقاط الحد هنا تحديداً جزاء دنيوي لهذه الموافقة واثراً لها.

ب- **جزاء المخالفة:** إن جميع الحدود والتعزيرات هي جزاء لمخالفة الشرع على الصعيد الجنائي فعلى سبيل المثال قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^٣. فالزنا مخالفة للشرع وأثر هذه المخالفة وجزائها الدنيوي الجلد لغير المحصن والرجم للمحصن.

٢- على صعيد المعاملات:

أ- **جزاء الموافقة:** ومثاله ما جاء عن أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجلٍ بكرةً فقدّمت عليه إبلٌ من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً، فقال (أعطه إياه إن خيار الناس أحسنهم قضاءً)^٤.

يقول الإمام النووي رحمه الله في شرح هذا الحديث (وفيها أنه يستحب لمن عليه دين من قرض وغيره أن يرد أجود من الذي عليه وهذا من السنة ومكارم الأخلاق وليس هو من

١- سورة المائدة: آية ٣٤.

٢- جامع البيان في تأويل القرآن: محمد بن جرير الطبري، تحقيق أحمد شاکر، (١٠/٢٨٧، ٢٨٨).

٣- سورة النور آية ٢.

٤- رواه مسلم: باب من استسلف شيئاً ففضى خيراً منه، ح/٤١٩٢.

قرض جر منفعة فإنه منهي عنه لأن المنهي عنه ما كان مشروطاً في عقد القرض ومذهبنا أنه يستحب الزيادة في الأداء عما عليه ويجوز للمقرض أخذها سواء زاد في الصفة أو في العدد بأن أقرضه عشرة فأعطاه أحد عشر^١ أهـ. إن المقرض الذي فرج عن أخيه كربته قد امتثل لأمر النبي صلى الله عليه وسلم حين قال: (مَنْ سَرَّهُ أَنْ يُنَجِّيَهُ اللَّهُ مِنْ كُرْبٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَلْيُنْفَسْ عَنْ مُعْسِرٍ أَوْ يَضَعْ عَنْهُ)^٢. فكان حثه صلى الله عليه وسلم للناس على حسن القضاء من قبيل الجزاء الدنيوي للمقرض لموافقته لأمر الشارع.

ب- **جزاء المخالفة:** ومثاله من أتلف مال الغير ضمنه، يقول صاحب الإنصاف: (من أتلف مالا محترماً لغيره ضمنه سواء كان عمداً أو سهواً)^٣. وهذا عين ما نصت عليه القاعدة الفقهية (المباشر ضامن وإن لم يتعمد)^٤، فلو أتلف أحد مال غيره الذي في يده أو في يد أمينه، قصداً، أو من غير قصد، فإنه بمقتضى هذه القاعدة يضمن^٥.

إن حفظ مال النفس والغير من كليات الشريعة التي أكدت عليها، فمن أتلف مال الغير عمداً فقد خالف أمر الشارع، وعليه ضمان قيمة ما أتلفه أو مثله، جزاءً لمخالفته أمر الشارع، أما من أتلف مالا سهواً فعليه الضمان لتعلق حقوق العباد بذمته جراء فعله الضار، فالإتلاف فعل مخالف لأمر الشارع، ترتب عليه أثر وجزاء دنيوي، وهو ضمان قيمة المتلف أو مثله إن كان مثلياً.

٣- على صعيد الأحوال الشخصية:

أ- **جزاء الموافقة:** جاء في الحديث الصحيح عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن لا أطيقه! فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أتريدين عليه حديقته)؟ قالت: نعم^٦.

- ١- المنهاج شرح مسلم بن حجاج: محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (٣٧/١١).
- ٢- صحيح: رواه مسلم، باب فضل إنظار المعسر، ح/٤٠٨٣.
- ٣- الإنصاف: علي بن سليمان المرادوي، (٦/٢١٦).
- ٤- الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٢٨٤.
- ٥- انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام: علي حيدر، تحقيق فهمي الحسيني، (٨٢/١).
- ٦- صحيح: أخرجه البخاري، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ح/٥٢٧٥.

وجه الدلالة: لقد جعل الله جزاء الرجل الذي يقيم حدود الله في أهله وبيته، ويُقَابِلُ إِحْسَانَهُ بالنشوز والإعراض وطلب الطلاق من زوجه، جعل له الحق في أن يسترد ما أداه إليها من مهر، جزاء إقامته لحدود الله، فلا يعقل أن تقابل إقامته لحدود الله بالطلاق والإنفاق معاً، وما يؤكد ذلك المعنى أن النشوز وعدم إقامة حدود الله إن كان من الزوج، فإنه لا يحل له أن يأخذ مما آتاها شيئاً، وهذا دال على أن ما يأخذه الزوج عند الخلع هو جزاء دينوي لموافقته لشرع الله وإقامة حدوده، فإن لم يقيم حدود الله فلا حق له في نيل هذا الجزاء، قال القرطبي رحمه الله: (قال مالك : لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم، وهو الأمر المجتمع عليه عندنا، وهو أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسيئ إليها، ولم تؤت من قبله، وأحبت فراقه فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس وإن كان النشوز من قبله بأن يضيق عليها ويضرها رد عليها ما أخذ منها) ^١ .

ب- جزاء المخالفة: عن مُجَاهِدٍ قَالَ كُنْتُ عِنْدَ ابْنِ عَبَّاسٍ فَجَاءَ رَجُلٌ فَقَالَ إِنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا. قَالَ فَسَكَتَ حَتَّى ظَنَنْتُ أَنَّهُ رَادُّهَا إِلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ يَنْطَلِقُ أَحَدُكُمْ فَيَرْكَبُ الْحَمُوقَةَ ثُمَّ يَقُولُ: يَا ابْنَ عَبَّاسِ يَا ابْنَ عَبَّاسِ وَإِنَّ اللَّهَ قَالَ (وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا) وَإِنَّكَ لَمْ تَتَّقِ اللَّهَ فَلَمْ أَجِدْ لَكَ مَخْرَجًا عَصَيْتَ رَبَّكَ وَبَانَتْ مِنْكَ امْرَأَتُكَ ^٢ .

وجه الدلالة: إن الله جعل جزاء من يخالف شرعه في الطلاق ويأتي به على غير ما أمر الله، فيطلق ثلاث طلاقات مرة واحدة، جعل جزاءه وقوع طلاقه ثلاثاً وأن تبين زوجته منه بينونة كبرى فلا تحل له إلا إذا نكحت زوجاً غيره فيطلقها ^٣ ، يقول رب العزة جل وعلا عن الطلقة الثالثة (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ) ^٤ .

والآن وبعد عرض هذه الأمثلة للجزاءات على أكثر من صعيد توصل الباحث إلى أن الجزاء مثلما يطلق في اللغة ويراد به الثواب والعقاب فإنه يطلق شرعاً ويراد به الثواب تارة والعقاب تارة

١- الجامع لأحكام القرآن: القرطبي، (١٢٢/٣).

٢- صحيح: أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب نسخ المراجعة، ح/٢١٩٩، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الطلاق، باب الاختيار للزوج ألا يطلق (٣٣١/٧)، صححه الألباني وقال إسناده صحيح وهو كما قال الحافظ في الفتح على شرط مسلم، إرواء الغليل: كتاب الطلاق، باب سنة الطلاق وبدعته، حديث ٢٠٥٥، (١٢٠/٧).

٣- وهذا ما عليه جمهور العلماء وأئمة المذاهب الأربعة غير ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

٤- سورة البقرة ٢٣٠.

أخرى، وهذا بخلاف الشائع بين الكثيرين من أن الجزاء هو العقاب فقط، كما أنه تبيين أن الجزاء هو أثر من آثار الامتثال للشرع أو مخالفته، فما كان من ثواب فهو جزاء الامتثال لأمر الشارع، وما كان من عقاب فهو جزاء لمخالفة أمر الشارع.

أنواع الجزاء:

كما ذكرنا آنفاً، فإن مبدأ الجزاء ما ترك باباً من أبواب الفقه إلا وتطرق إليه، ولعل الحديث عن الجزاءات في كل باب منها أمر يطول، لذلك نجد أن علماء الشريعة على مر العصور حاولوا توضيح دائرة البحث، وذلك من خلال صياغة القواعد الفقهية، وحديثاً من خلال محاولة صياغة النظريات التي تضم القواعد المختصة بكل باب من أبواب الفقه، وأيضاً من خلال تقنين الفقه الإسلامي، وصياغته صياغة قانونية على شكل مواد وبنود، ومن محاولات التقنين هذه (بغض النظر عن الخلاف الدائر حولها) خرج لنا مفهوم لأنواع الجزاءات، جُمعت فيه جزاءات كل باب تحت مسمى جامع لكل الفروع المندرجة تحت هذا الباب، ولكن بالغالب كان استعمال الجزاء بمعنى العقوبة في هذه التقنيات، فكانت على النحو التالي:

أولاً: الجزاء الجنائي:

وهو الأثر المترتب على مخالفة أمر الشارع بتحريم الجناية على الأنفس والأموال والأعراض، وهو على نوعين:

- ١- حدود مقدرة في كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وهي على أنواع:
 - أ- القتل، وهو القصاص الذي يكون مقابل جريمة القتل العمد (الجناية على النفس) قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^١.
 - ب- القطع، وهو الذي يكون مقابل جريمة السرقة (جزاء الجناية على المال) قال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^٢.
 - ت- الجلد، وهو عقوبة لجرائم عدة منها ما هو جناية على العرض مثل الزنا لغير المحصن والقذف ومنها ما هو جناية على العقل مثل شرب الخمر، قال تعالى:

١- سورة البقرة: آية ١٧٨.

٢- سورة المائدة: آية ٣٨.

﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^١، وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾^٢ النور: ٤.

ث- **القطع والقتل معاً**، وهذا هو حد الحراية والإفساد في الأرض، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾^٣.

ج- **الرجم**، حتى الموت، وهذا هو حد الزاني والزانية إذا أحصنا وقد تواترت الأحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، أنه رجم الزاني والزانية المحصنين ومنها رجمه لماعز والغامدية.

٢- تعزيرات، تقدر من ولي الأمر، وهي غالباً ما تكون بالسجن، أو الغرامة المالية، أو الجلد، وقد تصل إلى القتل، ولعل أكثر المذاهب توسعاً في منح ولي الأمر سلطات أوسع في مجال التعزيرات هو المذهب المالكي، الذي أوصل التعزير إلى القتل.

ثانياً: الجزاء المدني:

وهو الأثر المترتب على مخالفة أوامر الشريعة في مجالات المعاملات المدنية والأحوال الشخصية أو الاعتداء على حق خاص أو إنكاره وهو على أنواع:

أ- **الجزاء المباشر**: ويكون بمحو أثر المخالفة كلما كان ذلك ممكناً، كإجبار المستأجر بعد انتهاء مدة الإجارة على ترك العين المؤجرة، أو الحكم بتسليم الطفل لمن له حق حضانته شرعاً، وإجبار البائع الذي تسلم الثمن على تسليم المبيع.

ب- **التعويض**: الأصل أن يكون الجزاء مباشراً بإجبار الفرد على تنفيذ عين ما التزم به، إلا أن الجزاء المدني قد يتمثل في تعويض يدفعه الشخص المرتكب للمخالفة لمن لحقه الضرر من جراء هذه المخالفة، فمن يغتصب سيارة شخص آخر وتعطب في يده فعلياً قيمتها أو مثلها.

ت- **البطلان**: وهو جزاء خاص بالتصرفات التي تفقد شروطاً من شروط انعقادها، كما لو كان مخلاً بالنظام العام، أو كان غير مشروع، أو وقع بالإكراه ومن دون رضا.^٤

١- سورة النور: آية ٢.

٢- سورة النور: آية ٤.

٣- سورة المائدة: آية ٣٣.

٤- النظام القانوني في الإسلام: الأستاذ عباس الكعبي، المجلة الفقهية، العدد ٢٩، لبنان، بيروت-٢٠٠٣.

علماً بأن للحاكم أو القاضي استخدام كل الصلاحيات المتاحة له لاستنقاذ الحق من يد المخالف، ويدخل في ذلك أشكال التعزير المختلفة مثل الحبس، أو الضرب، أو بيع ممتلكات.

ثالثاً: الجزاء الإداري:

هو الأثر المترتب على مخالفة قاعدة من قواعد القانون الإداري، وتتبع الجزاءات الإدارية: كالفصل من الخدمة، والوقف عن العمل، والخصم من المرتب، وتأخير الترقية، والحرمان من العلاوات، والإنذار، ولفت النظر.

رابعاً: الجزاء السياسي.

وهو الأثر المترتب على مخالفة أحكام السياسة الشرعية والحكم، ومن أمثلته عزل الولاة والقضاة والوزراء بسبب ارتكابهم مخالفة صريحة لقواعد السياسة الشرعية.^١

١- المرجع السابق.

المطلب الثاني

الجزاءات في العقود المالية

كما عرضنا في المطلب السابق فإن الجزاء على أنواع، منه ما هو جنائي، ومنه ما هو مدني، ومنه ما هو إداري، ومنه السياسي، وعند الحديث عن الجزاءات في العقود المالية، فإننا سنطرق باب الجزاء المدني، وسنعرض بإذن الله من خلاله تطبيقات لبعض الجزاءات في العقود المالية؛ للوقوف على صياغة لمبدأ الجزاء في هذا النوع من المعاملات، وكذلك للوقوف على ترتيب وقوع هذه الجزاءات، وطرق تطبيقها، فنقول وبالله التوفيق.

إن الجزاء المدني كما بينا هو: الأثر المترتب على مخالفة أوامر الشريعة في مجالات المعاملات المدنية والأحوال الشخصية أو الاعتداء على حق خاص أو إنكاره. وكما هو واضح فإن المعاملات المالية داخلية في هذا التعريف (أي الجزاءات المتعلقة بتلك المعاملات) وعليه فإنه سينطبق عليها التقسيم السابق ذكره للجزاء المدني ولكننا سنقوم هنا بطرح بعض التطبيقات لهذا التقسيم في مجال المعاملات المالية على النحو التالي:

أولاً: الجزاء المباشر:

ويكون بمحو أثر المخالفة كلما كان ذلك ممكناً، وذلك بالرجوع إلى الحالة التي كانت قبل المخالفة، كأنها لم تكن، وهذا النوع من الجزاء هو أول ما يبدأ به إذا كان محل النزاع قائماً ولم يتلف، وذلك بإرجاع عين الحق المعتدى عليه إلى صاحبه؛ لأن مقصد الشارع من الجزاء الدنيوي في المعاملات المالية، هو إيصال الحقوق إلى أصحابها، لذا فإن أول الطرق لإيصال هذه الحقوق هي الطريقة المباشرة والمتمثلة بإزالة أثر هذه المخالفة، وذلك بإجبار المخالف الرجوع عن فعله الضار، ومثال ذلك.

مسألة المدين المماطل:

المدين: هو كل من ثبت في ذمته حق للغير، ويدخل في معنى المدين في البيوع كل من البائع والمشتري، إذا انشغلت ذمة أحدهما بحق للآخر.

والمدين على ثلاثة أنواع:

١- المدين المعسر، وحكمه وجوب إنظاره، وذلك لقوله تعالى ﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُوْعُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ

مَيْسَرَةٍ ۗ ﴾^١.

٢- المدين الموسر المبادر إلى الوفاء.

٣- المدين الموسر المماطل.

والنوع الثالث هو محل مثالنا، إذ حذر رسول الله صلى الله عليه وسلم من هذا الفعل الشنيع، الذي يترتب عليه من الظلم للعباد وأكل أموالهم في حين قد يكونوا بأمر الحاجة لها، فقال صلى الله عليه وسلم: (مطل الغني ظلم)^٢، وقال أيضا: (لَيْتِي الْوَأَجِدُ يُجْلُ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ)^٣، لذا فإن المدين المماطل الموسر يجبره القاضي أو الحاكم على أداء دينه، أو ذات العين إذا كان الحق عينا، وذلك لإزالة أثر هذه المخالفة بأداء ما عليه من حق للدائن، مستخدما في ذلك كل ما يندفع به الضرر عن الدائن، من موعظة، أو حبس، أو بيع ملك، أو ضرب، فبأي منها اندفع الضرر يكتفى، ولا يعدل إلى الجزاء الأشد إلا إذا استعصى دفع الضرر بالأيسر، وقد نقل شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله اتفاق العلماء على ذلك إذ يقول: (والأصل في ذلك: أن كل من عليه مال، يجب أدائه، كرجل عنده وديعة، أو مضاربة، أو شركة، أو مال لموكله، أو مال يتيم، أو مال وقف، أو مال لبيت المال، أو عنده دين هو قادر على أدائه، فإنه إذا امتنع من أداء الحق الواجب من عين أو دين، وعرف أنه قادر على أدائه، فإنه يستحق العقوبة، حتى يظهر المال - أو يدل على موضعه - فإذا عرف المال، وصير في الحبس فإنه يستوفى الحق من المال، ولا حاجة إلى ضربه، وإن امتنع من الدلالة على ماله ومن الإيفاء، ضرب حتى يؤدي الحق أو يمكن من أدائه..... وقد نص على ذلك الفقهاء من أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم، رضي الله عنهم، ولا أعلم فيه خلافا)^٤ أه.

ولكن يجدر التنويه هنا أنه في الجزاء المباشر يطالب المخالف برد ذات العين لا مثلها ولا قيمتها، فالبائع الذي قبض الثمن من المشتري وماطل في تسليم المبيع، يجبر على تسليم المبيع بعينه لا مثله ولا قيمته وتتخذ بحقه الإجراءات السابقة لاستيفاء المبيع منه.

١- سورة البقرة: آية ٢٨٠.

٢- متفق عليه: البخاري ج/٢٤٠٠ - مسلم ج/٤٠٨٥.

٣- علقه البخاري: (١١٨/٣)، وصححه ابن حبان ج/٥٠٨٩، ورواه أبو داود ج/٣٦٣٠، أحمد ج/١٧٩٤٦، ابن ماجة ج/٢٤٢٧، نسائي ج/٤٧٠٣، وحسنه الألباني، وإحلال عرضه كما جاء في الحديث في مسند أحمد (قال وكيع عرضه شكايته وعقوبته حبسه).

٤- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية: ابن تيمية، ص ٣٩، ٣٨.

ثانياً: التعويض:

سبق وأن ذكرنا أن الجزاء المباشر هو أول ما يصار إليه لاستنقاذ عين الحق ممن وجب عليه، سواء بالموعظة، أو بالإرشاد، أو بالحبس، أو ببيع الملك، أو بالضرب وذلك إذا كانت العين محل النزاع قائمة، إذ الواجب رد الحق بعينه لا مثله أو قيمته، ولكن إذا ما تلف الحق المعتدى عليه وهو بذمة المعتدي أو تصرف به تصرفاً فوت منافعه، أو غير وصفه، فإنه حينها يعدل عن الجزاء المباشر بأشكاله إلى التعويض.

وفقهاء الشريعة لم يستعملوا لفظ التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما استعملوا لفظ الضمان، لا بل تضافرت عباراتهم في تأكيد هذا المعنى وهذا بعضها:

أ- **الحنفية:** جاء في شرح مجلة الأحكام العدلية: (المباشر ضامن وإن لم يتعمد) أي أنه سواء تعمد المباشر إتلاف مال الغير أو لم يتعمد، يكون ضامناً.... فعليه لو أتلّف أحد مال غيره الذي في يده أو في يد أمينه قصداً أو من غير قصد فإنه يضمن^١ أهـ. وقد نصت المادة ٩١٣ من المجلة على ما يلي: (إذا زلق أحد على مال آخر وأتلفه يضمن). وكذلك المادة ٩١٤ من نفس المجلة: (لو أتلّف أحد مال غيره طائفاً أنه ماله يضمن)^٢.

ب- **المالكية:** جاء في شرح ميارة الفاسي: (قال القاضي عبد الوهاب في المعونة إذا أتلّف على غيره شيئاً لزمه بدل المتلف إلى صاحبه والبدل نوعان مثل من طريق الخلقة والصورة ومثل من طريق القيمة فالذي من طريق الخلقة والصورة وهو كل ما يكال أو يوزن لزمه رد مثله لا قيمته.... فأما ما لا يكال ولا يوزن كالثياب وسائر العروض والرقيق والحيوان فيلزمه بإتلاف قيمته دون مثله من جنسه)^٣ أهـ.

ت- **الشافعية:** قال الهيتمي في تحفة المحتاج: (ومن أتلّف مالا لغيره أو تعدى باستعماله وجب عليه دفع بدل ما أتلّفه وأجرة استعماله ونحو ذلك وإن لم يطلبه صاحبه)^٤ أهـ.

١- درر الحكام شرح مجلة الأحكام: علي حيدر، المادة ٩٢.

٢- مجلة الأحكام العدلية: مجموعة من علماء الخلافة العثمانية، المواد ٩١٢ إلى ٩١٤.

٣- شرح ميارة: أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي، (١٧٧/٢).

٤- تحفة المحتاج شرح المنهاج: ابن حجر الهيتمي، (٣/ ١٢٠).

ث- **الحنابلة**: كتب شيخ الإسلام المرادوي في الإنصاف: من أتلّف ما لا محترماً لغيره ضمنه سواء كان عمداً أو سهواً^١ أه^٢.

ولكن ما ذكرناه من أقوال العلماء إنما هو كلام عام يفيد مشروعية جبر الضرر، ولكن عند الحديث عن العقود المالية تحديداً، وعن التعويض الذي هو من قبيل الجزاء، يجب أن نميز بين أنواع الضمان الداخلة في العقود، وغير الداخلة فيها، وبعد ذلك نقوم بتميز ما هو جزء وما هو ضمان، في هذه الأنواع الداخلة في العقود.

إن الضمانات الداخلة في العقود المالية لا تعدو أن تكون نوعين: ضمان عقد، و ضمان يد^٣. أما ضمان المتلف فلا يتعلق بالعقود فهو كما عرفه الدكتور فيض الله: (تعويض مفسدة مالية لم تقترن بعقد)^٤.

إذا بقي أن نميز ما هو جزء وما هو ضمان في هذه الأنواع (ضمان العقد و ضمان اليد) فالتعويض في هذه الأنواع قد يكون تارة جزائياً يحمل معنى الجزاء وتارة يكون بمعنى الضمان، وفي العقود المالية ينظر لإيجاب التعويض إلى طبيعة العقد، هل هو من عقود الضمان، أم من عقود الأمانة، ف ضمان العقد يتعلق بعقود الضمان و ضمان اليد يتعلق بعقود الأمانة وهذا بيانها أورده على النحو الآتي:

١- **عقود الضمان**: فعقد البيع مثلاً من عقود الضمان، وهي التي يكون المال محلها مضموناً على الطرف القابض، فمهما يصبه من تلف فما دونه ولو بأفة سماوية يكن على مسؤوليته وحسابه^٥، فلو هلك المبيع بيد البائع، سواء قبل القبض الثمن أو بعده، عمداً أو سهواً، يفسخ العقد، وتفرق الصفقة؛ لهلاك محل العقد، وإن كان قد تسلم البائع الثمن عليه رده، وهو قول الجمهور. وقال الشافعي رحمه الله: في حال قبض البائع الثمن وهلك المبيع في يده، لا يفسخ العقد، وعلى البائع الضمان، المثل أو القيمة، ووجه قوله: أنه لو أتلّف مالاً

١- الإنصاف: علاء الدين أبي الحسن المرادوي، (٢١٦/٦).

٢- ومما ذكر يتبين اتفاق المذاهب على هذا الأصل ولقد تعدد الباحث ذكر أقوال المذاهب في مسألة ضمان المتلف؛ لما لمس من تحرج بعض المجتمعات من قبول العوض تارة بحكم الأعراف السائدة، وتارة ظناً أنه مخالف لقواعد الشريعة، وهو ظنٌ خطأ كما تبين.

٣- وسيأتي تفصيل ذلك في صفحة ٨١ وما بعدها من هذه الرسالة.

٤- أحكام الضمان في الفقه الإسلامي: د. محمد فوزي فيض الله، ص ٥٥.

٥- فكرة ضمان العقد: د. أيمن أبو العيال، مجلة جامعة دمشق، المجلد ١٩ العدد ٢ ص ٨٥.

مملوكا للغير بغير إذنه فيجب عليه ضمان المثل أو القيمة، كما لو أتلفه بعد القبض^١.
ولقد رد الكاساني على قول الشافعي رحمهما الله بقوله: إن المبيع في يد البائع - سواء
قبل قبض الثمن أم بعده- مضمون بأحد الضمانين، وهو الثمن، ألا ترى لو هلك في يده
-قبل قبض الثمن- سقط الثمن عن المشتري، فلا يكون مضمونا بضمان آخر؛ - غير
الثمن- إذ المحل الواحد لا يقبل الضمانين^٢.

والراجح والله أعلم هو قول الجمهور؛ لأن ضمان العقد هو: ضمان المبيع بالثمن أو ما
تم الاتفاق عليه بالعقد لا بالقيمة أو بالمثل وهذا هو ما يميز ضمان العقد في عقود الضمان
عن ضمان اليد، فلو اشترطنا القيمة أو المثل في ضمان العقد؛ لانعدم الفرق بين ضمان اليد
وضمان العقد.

وبالرجوع إلى الحديث عن التعويض الجزائي في عقود الضمان، نستطيع القول أن
التعويض في هذا النوع من العقود ليس من قبيل الجزاء وإنما هو ضمان، حيث يظهر واضحا
أنه أثر لانفساخ العقد بهلاك محله، وليس أثرا لمخالفة شرعية، وكذلك لو كان البائع متعمدا
إهلاك المبيع قبل القبض وقاصدا الإضرار بالمشتري، فإن التعويض يبقى أيضا من قبيل
الضمان والجزاء حينها يكون هو فسخ العقد وحرمانه من آثاره، ويجوز للقاضي حينها تعزيره
وتأديبه بما يزجره عن تكرار ذلك.

٢- عقود الأمانة: ومثالها عقد الوكالة وهو من عقود الأمانة، التي يكون المال المقبوض في
تنفيذها أمانة في يد قابضه لحساب صاحبه، فلا يكون القابض مسؤولاً عما يصيبه من
تلف فما دونه إلا إذا تعدى أو قصر في حفظه^٣، فلو هلك المال بيد الوكيل دون تقصير
أو اعتداء منه فلا ضمان عليه؛ لأن يده على المال يد أمانة لا يد ضمان، أما إن هلك
المال جراء اعتداء أو تقصير من قبل الوكيل، فإنه يلزمه تعويض الموكل عن ماله مثلا
أو قيمة، جزاء لا ضمانا، ولعل التفريق بين الجزاء والضمان يظهر بصورة أوضح في
عقود الأمانة، فالوكيل لا يلزمه الضمان ابتداءً لأن يده على المال يد أمانة، ولكن ألزم
بتعويض الموكل جزاءً لما تعمد منه من إتلاف أو تقصير في حفظ المال، لذا قلنا أنه جزاء لا
ضمان؛ لأن يد الوكيل يد أمانة لا يد ضمان، ولا يجب الضمان عليها.

١- بدائع الصنائع: الكاساني، (٢٣٨/٥).

٢- المرجع السابق.

٣- فكرة ضمان العقد: د. أيمن أبو العيال، مجلة جامعة دمشق، المجلد ١٩ العدد ٢ ص ٨٥.

٣- **العقود المزدوجة:** وهي التي تنشئ الضمان من وجه والأمانة من وجه، ومثالها عقد الإجارة، فإنه من عقود الضمان بالنسبة للمنفعة والأجرة، فينطبق عليها ما تقدم ذكره في عقود الضمان من ضمان، أما العين المستأجرة فالعقد بالنسبة لها عقد أمانة، بيد المستأجر، وينطبق عليها (إذا هلكت) ما قيل في عقود الأمانة من جزاء.^١

التعويض عن تبعات الفعل الضار:

كما ذكرنا قبل قليل فإن السبب الأول للتعويض الجزائي في العقود المالية، هو التلف أو الهلاك الذي يلحق بمحل العقد، من جراء الاعتداء الناتج عن إرادة وقصد أو التقصير في الحفظ، وهناك سبب آخر للتعويض في العقود المالية، وهو التعويض عن الضرر المادي الحقيقي الواقع بسبب الفعل الضار، ومثاله: نفقات الشكاية، والمطالبة، والمحاماة، وأجور التحصيل، والتعقب، التي يتكبدها صاحب الحق لأجل حصوله على ماله من المعتدي، فهذه الأضرار المادية يستحق التعويض عنها إذا كان غرمه لها على القدر المعتاد لا وكس ولا شطط^٢، يقول صاحب تبصرة الحكام: (وإذا تبين أن المطلوب ألد بالمدعي، ودعاه الطالب إلى الارتفاع إلى القاضي فأبى، فيكون على المطلوب أجره الرسول إليه، ولا يكون على الطالب من ذلك شيء)^٣.

وكذلك يقول الإمام البهوتي: (وما غرم رب دين بسببه أي بسبب مطل مدين أوج رب الدين إلى شكواه فعلى المماطل لتسببه في غرمه أشبه ما لو تعدى - أي بالغصب - على مال لحمله أجرة وحمله لبلد أخرى وغاب ثم غرم مالكة أجرة حمله لعوده إلى محله الأول فإنه يرجع به على من تعدى بنقله)^٤. وجاء في مجموعة فتاوى ابن تيمية رحمه الله: (وإذا كان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء، ومطل صاحب الحق حقه، حتى أحوجه إلى الشكاية، فما غرمه بسبب ذلك، فهو على الظالم المبطل، إذا كان غرمه على الوجه المعتاد)^٥.

وفي هذه المسألة يظهر جلياً مدى أهمية الفصل بين الجزاء والضمان، فالمطلوب إذا ماطل في أداء ما عليه، حتى ألجئ صاحب الحق للشكاية والمقاضاة فإنه يأخذ حكم المدين المماطل، والمدين المماطل لا يلزمه سوى أداء عين الحق أو مثله أو قيمته، دون أي زيادة، ولم يقف الباحث على أي دليل يجيز أخذ زيادة من المماطل أو تكاليف القضية التي يرفعها صاحب الدين، وكل

١- المرجع السابق.

٢- التعويض عن الأضرار المترتبة على المماطل في الدين: د. سلمان بن صالح الدخيل، ص ٢٥.

٣- تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام: ابن فرحون، (٢٥٩/١).

٤- شرح منتهى الإرادات: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، (٤٤١/٣).

٥- مجموعة الفتاوى: ابن تيمية، (١٨/٣٠).

ذلك إذا تم تخريج المسألة على أنها ضمان، ولكن إذا تم تخريجها على أنها نوع من أنواع الجزاء فحينها جاز ذلك، وفهمت عبارة الفقهاء^١، فالذي يماطل في أداء حقوق الناس وهو مليء موسر، إذا ثبت تعمده ذلك دون أي مبرر أو عذر شرعي فإنه يلزمه تحمل كل النفقات السابقة الذكر جزاءً، أما إن تمتع بعذر يعتبر شرعاً فإنه لا يتحمل أيّاً من تلك التكاليف أو النفقات.

شروط استحقاق الضرر للتعويض في المعاملات المالية:

- اشتراط الفقهاء جملة من الشرائط لاستحقاق الضرر للتعويض وتحدثوا عنها تحت مسمى شروط الضمان لعدم ظهور مصطلح التعويض في زمانهم كما بينا وهي على النحو الآتي:
- ١- أن يكون المتلف مالاً، فلا يجب الضمان بإتلاف الميتة والدم والكلب وغير ذلك مما ليس بمال.
 - ٢- أن يكون المال متقوماً، فلا يجب الضمان بإتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المتلف مسلماً، أو ذمياً؛ لسقوط تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم.
 - ٣- أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان عليه، فصاحب البهيمة لا يضمن ما أتلفته؛ لأن (العجماء جرحها جباراً)^٢، فكان هدرًا، ولا إتلاف من مالها، فلا يجب الضمان عليه.
 - ٤- أن يكون في الوجوب فائدة، أي إمكان الوصول إلى الحق، ودفع الضرر؛ حتى لا يكون إيجاب التعويض ضرباً من العبث؛ لعدم القدرة على الوصول إلى الحق، فلا يضمن المسلم بإتلاف مال الحربي والعكس^٣.
 - ٥- أن يكون المال مملوكاً للمتلف عليه^٤.
 - ٦- أن يكون الضرر متحقق الوقوع، فلا تعويض بمجرد الفعل الضار دون حصول الضرر واستمراره، كمن حفر حفرة في الطريق فسقط فيها إنسان فلم يصب بشيء، أو قلع سناً

١- بغض النظر عن الخلاف المثار حول جواز أخذ الغرامة المالية كجزاء، والتي يرى الباحث جوازها في هذا العصر بعد ما شرع من قوانين وهيئات رقابية تنظم هذا الأمر، فعلة المنع في السابق كانت الخوف من تسلط الأمراء الظلمة على أموال الناس بالمصادرة، ولعل هذه العلة قد انتفت الآن مع ما تم استحداثه من تدابير رقابية.

٢- متفق عليه: البخاري ح/١٤٩٩، مسلم ح/٤٥٦٢، واللفظ لمسلم.

٣- بدائع الصنائع: الكاساني، (٧/١٦٧، ١٦٨).

٤- بحث التعويض عن الأضرار المترتبة على المماطلة في الديون: د. سلمان بن صالح الدخيل ص٢، وقد رد الكاساني هذا الشرط ولم يرجحه إذ قال (وإن شئت قلت أن يكون مملوكاً، في نفسه ليس بشرط لوجوب الضمان، فإن الموقوف مضمون بالإتلاف وليس بمملوك أصلاً) بدائع الصنائع: الكاساني، (٧/١٦٨).

فنبئت أخرى مكانها^١، وكذلك لا يضمن الضرر المعنوي أو ضرر تفويت الفرصة كما في الديون المتأخرة أو الضرر المحتمل وقوعه^٢.

ثالثاً: البطلان:

كما بينا من قبل فإن الجزاء في المعاملات المالية إما أن يكون مباشراً، وذلك باستيفاء عين الحق المطلوب من المعتدي أو المخالف، وإما تعويضاً، وذلك إذا هلك الحق في يد المعتدي، فإنه يعدل من الجزاء المباشر إلى التعويض، المثل في المثلي والقيمة بالقيمي، والآن نحن أمام نوع ثالث من أنواع الجزاء في العقود المالية وهو البطلان، فالبطلان أمر يتعلق بالعقد والخلل الذي يلحق بصيغته وأركانه وشروط صحته، إذ جعل الشارع لصحة العقود أركاناً وشروطاً تبنى عليها صحة هذه العقود من عدمها، وهنا سنبين مفهوم البطلان وكيف أنه يعتبر من الجزاءات في العقود المالية، مع ذكر مراتب البطلان، والفرق بينه وبين الفسخ.

مفهوم البطلان:

اختلفت عبارة العلماء في تحديد مفهوم البطلان، أو صياغة تعريف له، ولكنها في مجملها متقاربة المعنى ودالة على نفس الأثر الناتج عنه.

ف قيل أن البطلان هو ما يقابل معنى الصحة، ويراد به عدم ترتب آثار العمل عليه في الدنيا، أو في الآخرة^٣.

وعرفه الشيخ مصطفى الزرقا بأنه: (عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع)^٤.

وقيل أنه: (جزاء تخلف شروط صحة العقد المؤدي إلى انعدام آثاره)^٥.

ومما ذكر يظهر لنا قاسم مشترك سواء بين ما ذكر من التعريفات أو حتى بين ما أعرض الباحث عن ذكره، وهو انعدام أثر التصرف الشرعي سواء كان قولياً أو فعلياً؛ لسبب أو عيب وقع عند إنشاء التصرف أخل به سواء من جهة أركان التصرف أو من جهة شروط صحته، فأفقد التصرف الآثار الشرعية المترتبة عليه، وحتى إن كان للتصرف وجود حسي فإنه

١- المرجع السابق: (٣١٥/٧).

٢- بحث التعويض عن الأضرار المترتبة على المماطلة في الديون: د. سلمان بن صالح الدخيل، ص ٢.

٣- الموافقات: الشاطبي: (٤٥٢/١ و ٤٥٦).

٤- المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا، (٧٠٣/٢).

٥- تحول العقد المالي وأثره: إبراهيم بن عبد الرحمن السحيلي، رسالة ماجستير جامعة أم القرى، ص ٨٩.

لا قيمة له لانعدام الوجود الاعتباري للتصرف^١؛ بسبب هذا العيب أو الخلل الذي اقترن بالتصرف منذ إنشائه، وللتمثيل لذلك في مجال المعاملات المالية، نأخذ عقد البيع، وهو من التصرفات القولية العقدية، هذا العقد إذا تم مستوفياً لأركانه من صيغة وعاقدين ومحل وجاءت هذه الأركان مستوفية لشروطها الأساسية، اعتُبر منعقداً، أي موجوداً شرعاً كما وجد حساً، وترتبت عليه أحكامه ونتائجها التي رتبها الشارع على انعقاده من تمليك وغيره.

أما إذا وقع عقد البيع على خلاف ما ذكرنا أي غير مستوفٍ لأركانه وشروط صحته كأن يصدر البيع من مجنون أو يعقد على خمر أو خنزير، فإن العقد في هذه الحال رغم وجوده حساً فإنه معدوم اعتباراً، أي غير منعقد، فلا يترتب عليه حكمه وأثره من تملك وغيره.^٢

وبالعودة إلى مبدأ الجزاء، فإن الشارع جعل لمخالفة الأركان والشروط الشرعية التي اعتبرها في التصرفات جزاء دنيوياً، وهو الحكم على هذه التصرفات بالبطلان وكأنها لم تكن، فمن رام التكبس مثلاً وعقد لأجله عقداً كان محله محرماً أو طرفه الآخر صبيّاً غير مميز أو أنشأه بصيغة ربوية، فإنه جاء بالعقد ولكنه أخل بالشروط التي جعلها الشارع لمثل هذا العقد فكان جزاء تعديده حدود الله، أن يحرم من أثر هذا العقد وهو التكبس، بأن يتم إلغاء العقد بالكلية واعتباره لم يكن أصلاً، لذا فإنه يحسن بنا عند الحديث عن البطلان من هذا الجانب (أي جانب الجزاء) أن نختار التعريف الأخير وهو: (جزاء تخلف شروط صحة العقد المؤدي إلى انعدام آثاره).

مراتب البطلان:

اختلف الفقهاء من الجمهور والحنفية في هذه المسألة خلافاً طويلاً جداً، ليس محله بحثنا هذا ولكن سنذكر هنا صورة مجملة لتكتمل الفائدة المرجوة من هذه الدراسة بإذن الله.

لم يختلف الجمهور من غير الحنفية على عدم التفريق بين الفاسد والباطل واعتبروا أن التصرف إما صحيح، وإما باطل، وجعلوا الباطل مرتبة واحدة، يقول الغزالي في المستصفي: (والفاسد مرادف للباطل في اصطلاح أصحاب الشافعي رضي الله عنه، فالعقد إما صحيح وإما باطل وكل باطل فاسد)^٣. وقال ابن قدامة في الروضة: (الفاسد مرادف للباطل فهما اسمان لمسمى

١- الوجود الحسي: هو وقوع التصرف بحركته وصورته المادية. أما الوجود الاعتباري: فهو أن يعتبر الشارع له بعد وقوعه صفة الصلوح لأن تترتب عليه أحكامه، وهي آثاره المقررة له شرعاً. المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا، (٧٠٣/٢).

٢- المرجع السابق: (٧٠٤/٣)، بدائع الصنائع: الكاساني، (٣٠٥/٥).

٣- المستصفي: أبو حامد الغزالي، مسألة الأمر بالشرط والمشروط.

واحد^١. وذكر الشنقيطي في المذكرة اتفاق الجمهور على هذا المبدأ فقال: (والفاسد والباطل مترادفان فمعناهما واحد عند الجمهور)^٢.

أما الحنفية فقد جعلوا التصرف إما صحيح، وإما فاسد، وإما باطل، أي إنهم أضافوا مرتبة بين الباطل والصحيح وهي الفاسد، وفرقوا بين الباطل والفاسد فقالوا: الباطل هو: ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه. والفاسد هو: ما شرع بأصله ولم يشرع بوصفه.

ومثال الأول عندهم: إذا باعه حمل الحمل الذي في بطن ناقته، أو باع الدم بدرهم، فالعقد باطل في الصورتين؛ لأن الخلل في المبيع، فحمل حمل الناقة معدوم، والدم نجس^٣.

ومثال الثاني أي الفاسد: العقود الربوية، فإذا باع رشيد من رشيد درهما بدرهمين فالعقد فاسد وليس بباطل، فالعقد الفاسد يمكن إصلاحه برد الزيادة إذا كانت هي سبب الفساد فيكون الباقي حلالاً طيباً، أما الباطل فهو لغو لا فائدة فيه ولا يمكن إصلاحه.

وبالرغم من الاعتراضات الطويلة التي وجهها الجمهور لتقسيم الحنفية إلا إنهم أي الجمهور وافقوا الحنفية في تقسيمهم في بعض الفروع مثل الكتابة عند الشافعية والنكاح عند الحنابلة^٤.

بين الفسخ والبطلان:

قد يحدث لبس بين الفسخ والبطلان لكون أن كلا منهما يؤدي إلى عدم نفاذ العقد، ولكن في حقيقة الأمر الفسخ والبطلان يفترقان من عدة وجوه نذكر بعضها:

أ- البطلان سببه خلل يلحق بأحد أركان العقد أو شروط صحته، فالعقد عندئذ باطلٌ من أصله، أما الفسخ فينشأ العقد صحيحاً مستوفياً لأركانه وشروطه ولكنه يزول لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فيسقط التزام الآخر.

ب- البطلان يلحق العقود الملزمة لجانبين، وكذلك الملزمة لجانب واحد، أما الفسخ فلا يلحق إلا العقود الملزمة لجانبين^٥.

ت- البطلان معلوم ومتقرر من قيود الشريعة أما الفسخ ففي الغالب لا يتقرر إلا بحكم القاضي.

١- روضة الناظر وجنة المناظر: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المانع.

٢- مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر: الشيخ محمد الأمين الشنقيطي، ص ٤٤.

٣- أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه الجهل به: أ.د. عياض بن نامي السلمي، ص ٥٩، ٦٠.

٤- المرجع السابق.

٥- تحول العقد المالي وأثره: إبراهيم بن عبد الرحمن السحيلي، ص ١٠٥.

ث- في البطلان يكون العقد معه معدوماً من أصله أبداً. أما الانفساخ فقد يرفع العقد من أصله كهلاك المبيع قبل التسليم، وقد يزول به العقد من وقت الانفساخ فقط، أما ما مضى فيبقى على حكم التعاقد، كما في انفساخ الإجارة والشركة ونحوها من العقود المستمرة^١.

الخلاصة:

وفي ختام الحديث عن الجزاءات المقررة في العقود المالية نورد ملخصاً لما سبق ذكره لنخرج بفكرة عامة لمبدأ الجزاء في العقود المالية:

- ١- الجزاءات في العقود المالية جزء من الجزاء المدني وهو على ثلاثة ضروب؛ أولاً: الجزاء المباشر، ثانياً: التعويض، ثالثاً: البطلان.
- ٢- الجزاء المباشر يكون بإجبار المعتدي على رد عين الحق الذي لزمه لصاحب الحق لا مثله ولا قيمته ويستخدم في ذلك كل الوسائل المتاحة من وعظ، وحبس، وبيع ملك، وضرب، ولا يُعدل إلى الجزاء الأشد لاستنقاذ الحق إلا إذا تعذر استنقاذه بالجزاء الأخف.
- ٣- إذا ثبت هلاك الحق في يد المعتدي في عقد من عقود الضمان، مثل المبيع في يد البائع إذا تعمد إتلافه بعد قبض الثمن أو قبله فإنه يلزم من ذلك فسخ العقد وتفريق الصفقة جزاءً له وتعويض البائع برد الثمن إن كان قد أداه.
- ٤- إذا ثبت هلاك الحق في يد المعتدي، في عقد من عقود الأمانة، فإنه يلزم المعتدي التعويض مثلاً أو قيمة، جزاءً تعديبه وتقصيره، وإن كان الإتلاف من غير قصد أو إرادة فلا شيء عليه لأن يده على المال يد أمانة لا يد ضمان.
- ٥- مثلما يكون التعويض الجزائي بسبب الإتلاف، كذلك يكون عن التسبب، ومثالها نفقات الشكاية والتحاكم والمحاماة يتحملها المعتدي المتعمد، جزاءً لما تسبب به فعله من ضرر.
- ٦- البطلان هو: جزاء تخلف شروط صحة العقد المؤدي إلى انعدام آثاره، أي إن الإخلال بأركان وشروط صحة العقد جزاءه إلغاء العقد بالكلية وكأنه لم يكن، وحرمان العاقدين من الآثار التي قصدها من العقد.
- ٧- الباطل عند الجمهور مرتبة واحدة أما عند الحنفية فمرتبتان فاسد وباطل، وعبارة الحنفية أدق.
- ٨- يفرق بين البطلان والفسخ من عدة وجوه، تم بيانها في موضعها من الدراسة.

١- المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا، (٢/٧١٣).

المطلب الثالث

الشرط الجزائي

الشرط الجزائي مسمى حديث لم يرد في الفقه الإسلامي قديماً ولم يستعمله المتقدمون، إذ هي معاملة وافدة على نظام المعاملات الإسلامي، وأول من سنّها الغرب وتحديداً الفرنسيون، وهم الذين دخلت عن طريق قانونهم هذه المعاملة إلى نظام المعاملات في الدول العربية وتحديداً إلى القانون المصري، ومن ثم انتقلت إلى العراق، وسوريا، ولبنان، وليبيا، وهذا الانتشار السريع هو ما دفع العلماء المعاصرين إلى تناول هذه المعاملة مبكراً وكان ذلك في سبعينيات القرن المنصرم على يد هيئة كبار العلماء في السعودية ثم بعدها بقرابة الثلاثين عاماً نشط البحث فيها مرة أخرى وهذه المرة عن طريق مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، فضلاً عن الأبحاث المتفرقة، وبعض الآراء الجانبية في كتب المعاملات. وهنا سأقوم بإذن الله تعالى بدراسة هذه المعاملة بعد عرض صورتها وتتبع أقوال العلماء وأدلّتهم؛ للوقوف على الرأي الراجح فيها بإذن الله تعالى.

تعريف الشرط الجزائي:

اختلفت عبارة العلماء المعاصرين في تعريف الشرط الجزائي باختلاف تكييفه عند كل منهم، فمنهم من جعله عقوبة، ومنهم من جعله من قبيل الضمان، ومنهم من رده إلى العيوب، ولكن من جملة تعريفاتهم نستطيع أن نختار التعريف الآتي للشرط الجزائي وهو: (اتفاق بين المتعاقدين على تقدير احتمالي للتعويض الذي يستحقه من شرط له، عن الضرر الذي قد يلحقه، إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه)^١. ومعنى ذلك أن المتعاقدين يتفقان قبل حدوث الضرر على قيمة التعويض الذي يستحقه الطرف المشتري إذا أخل المشتري عليه بالتزامه سواء كان الإخلال من جهة عدم تنفيذ الالتزام أو من جهة التأخير في التنفيذ.

١- بحث الشرط الجزائي: د. الصديق محمد أمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ج ٢٤ ص ٥٠، القانون المدني المصري: قانون رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨، المادة ٢٢٤، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: د. محمد بن عبد العزيز اليماني، ص ١٢٩ رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود.

أنواع الشرط الجزائي:

ينقسم الشرط الجزائي باعتبار موضوع العقد إلى نوعين:

١- الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها مبلغاً من النقود -دَيْن-

ومن صورته^١:

الشرط الجزائي الداخل على عقود القروض أو البيع بالتقسيط، والذي ينص على دفع مبلغ معين عن كل يوم تأخير أو أكثر، عن موعد الدفع الذي تم تعيينه في العقد.

٢- الشرط الجزائي المقرر للإخلال بالعقود التي محلها عمل وله صور كثيرة منها:

أ- الشرط الجزائي المقترن بعقد المقاولة الذي يتضمن دفع مبلغ من النقود عن كل يوم

يتأخر فيه المقاول عن تسليم المباني كلها، أو بعضها عن الوقت المحدد.

ب- الشرط الجزائي المقترن بعقد التوريد الذي ينص على خصم مبلغ معين عن كل يوم

يتأخر فيه المورد عن تسليم البضائع المستوردة عن وقتها المحدد، أو خصم مبلغ كذا

من قيمة البضائع إذا لم تكن موافقة للشروط المتفق عليها^٢.

حكم الشرط الجزائي:

عند الحديث عن حكم الشرط الجزائي فلا سبيل لتعميم حكم معين سواء بالإيجاب أو السلب على جميع صورته، وإنما ينظر إلى صورة المسألة ومحل العقد، وهو - أي محل العقد - كما بينا سابقاً عند الحديث عن أنواع الشرط الجزائي، إما أن يكون ديناً، كعقود البيع الأجل وعقود القروض، وإما أن يكون عملاً أو التزاماً، كعقد المقاولة وعقد التوريد مثلاً، والحديث عن حكم كل منها بالتفصيل أمر يطول، لذا سأحاول إيجازه في الصفحات القادمة، سائلاً المولى التوفيق.

تحرير محل النزاع:

أجمع العلماء قدامى ومعاصرون على تحريم اشتراط زيادة مقابل الأجل في العقود التي محلها دين، لأن هذه الزيادة المشتربة هي من قبيل الربا الصريح الذي تواترت نصوص الشريعة في التحذير والنهي عنه، كما ونقل الإجماع على ذلك جمع من العلماء، يقول الإمام أبو بكر الجصاص: (ولا خلاف أنه لو كان عليه ألف درهم حالة فقال له أجلي وأزيدك فيها مائة درهم لا

١- بحث في قضايا اقتصادية معاصرة: محمد سليمان الأشقر وآخرون، (١٥٨/٢).

٢- المرجع السابق: (١٥٧/٢).

يجوز لأن المائة عوض من الأجل كذلك الحط في معنى الزيادة إذ جعله عوضاً من الأجل وهذا هو الأصل في امتناع جواز أخذ الأبدال عن الآجال^١.

وكذلك نقل هذا الإجماع ابن عبد البر إذ يقول: (وأجمع العلماء من السلف والخلف أن الربا الذي نزل القرآن بتحريمه هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضاً عينا أو عرضاً وهو معنى قول العرب إما أن تقضي وما أن تربي)^٢.

والشرط الجزائي في الديون داخل بلا شك فيما ذكرناه آنفاً وهو ما نصت عليه عبارة مجمع الفقه الإسلامي في قرارها الخاص بالشرط الجزائي: (يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح)^٣، ولا أعلم مخالفاً لذلك والله أعلم.

ثم اختلفوا بعد إجماعهم هذا في حكم الشرط الجزائي في غير الديون - أي العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها عملاً مثل عقد المقاولة وعقد التوريد - إلى ثلاثة أقوال، نوردتها مع أدلتها على الترتيب.

أقوال العلماء:

الفريق الأول: المجيزون:

ذهب الفريق الأول وهم جمهور العلماء المعاصرون، إلى جواز الشرط الجزائي في غير الديون، وأنه شرط صحيح يجب الوفاء به، بشرط أن يتحقق وقوع الضرر، وفي حال الزيادة الفاحشة في قيمة الشرط الجزائي أجازوا للقاضي التدخل لتعديل قيمته لتناسب قيمة الضرر الحقيقي إذا رفع الأمر إليه^٤.

١- أحكام القرآن: أبو بكر الجصاص، (١٨٧/٢).

٢- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: أبو عمر يوسف بن عبد البر، (٦٣٣/٢).

٣- قرارات مجمع الفقه الإسلامي: قرار رقم ١٠٩ (٣ / ١٢)، لعام ١٤٢١هـ الرياض.

٤- وممن قال بهذا القول مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي وهيئة كبار العلماء السعودية ودار الإفتاء المصرية والشيخ مصطفى الزرقا والدكتور الصديق الضرير والدكتور علي سالوس وآخرين.

الفريق الثاني: القائلون بالتفصيل:

ذهب هذا الفريق إلى جواز الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ، ومنعه في حالة تأخير التنفيذ، والكلام طبعاً هنا عن الشرط الجزائي في غير الديون. وذهب إلى هذا القول كل من الدكتور رفيع المصري، وحسن الجواهري والدكتور محيي الدين القره داغي^١.

الفريق الثالث: المانعون:

وقال أصحابه إن الضرر الحاصل نتيجة الامتناع عن الوفاء بالعقد أو التأخر في الوفاء في الوقت المحدد لا يوجب التعويض في الفقه الإسلامي، إذ التعويض المالي شرعاً، إنما يعني قيام مال بدل مال أُلْتَف، وتأخير التنفيذ أو عدمه ليس بمال، فلا تعويض فيه؛ لأنه ضرب من أكل أموال الناس بالباطل^٢، فضلاً عن أن تحديد قيمة التعويض للضرر مسبقاً قبل حدوثه، فيه تقديم للمسبب على السبب، وفيه جهالة وغرر ظاهران. ولازم ذلك كله، عدم جواز الشرط الجزائي في الديون وغير الديون. ففي الديون هو مفسد للعقد، وفي غيرها يعد شرطاً فاسداً غير مفسد للعقد، والصواب أنه مفسد ولكن لعموم البلوى ولكي لا يحكم على معاملات الناس بالفساد نعه لغواً وشرطاً فاسداً^٣.

وقال بهذا القول كل من الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود^٤ -رحمه الله- والدكتور فتحي الدريني^٥، والشيخ علي الخفيف ومحمد حافظ صبري والدكتور محمد عبد العزيز اليميني^٦.

-
- ١- الشرط الجزائي: د. الصديق الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ١٢ ج ٢ ص ٥٠ وما بعدها، وجميعهم من أعضاء مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.
 - ٢- نظريات فقهية: د. فتحي الدريني، ص ٢٢٦.
 - ٣- الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: د. محمد عبد العزيز اليميني، ص ٢٣٥.
 - ٤- أحكام عقود التأمين: مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، ص ٨٥.
 - ٥- نظريات فقهية: د. فتحي الدريني، ص ٢٢٦.
 - ٦- الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: د. محمد عبد العزيز اليميني، ص ٢٢٤.

عرض الأدلة:

أدلة الفريق الأول:

١- استدلوا من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم (الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا)¹.

وجه الدلالة: نص الحديث على وجوب الوفاء بالشروط إلا ما خالف الشرع منها، والشرط الجزائي لا خلاف أنه من الشروط، ولم يقدّم دليل على مخالفته أمر من أوامر الشارع، وعليه فهو شرط يجب الوفاء به.

٢- واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)².

وجه الدلالة: الحديث نص صريح بتحريم الضرر، وعدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه وما يؤدي إليه من تفويت فرصة، أو كسب متوقع وألم نفسي، ضرر يوجب التعويض³.

٣- واستدلوا بما رواه البخاري معلقاً في صحيحه إذ قال: (وَاشْتَرَى نَافِعُ بْنُ عَبْدِ الْحَارِثِ دَارًا لِلسَّجْنِ بِمَكَّةَ مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ عَلَى أَنْ عُمَرَ إِنْ رَضِيَ فَالْبَيْعُ بِيَعُهُ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ عُمَرُ فَلِصَفْوَانَ أَرْبَعُمِائَةِ دِينَارٍ)⁴.

١- رواه الترمذي في سننه: ح/١٣٥٢ وقال حسن صحيح.

٢- الحديث روى مرسلًا وروي مرفوعًا من حديث عبادة بن الصامت وابن عباس، وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة، وجابر، وعائشة، وثعلبة بن أبي مالك القرظي، وابن لبابة رضي الله عنهم، وأخرجه مالك مرسلًا في كتاب الأفضية باب القضاء في المرفق الموطأ بشرح الزرقاني (٤٠/٤) ومرفوعاً ابن ماجة في كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره سنن ابن ماجة (٧٨٤/٢) الدارقطني في كتاب الأفضية والأحكام (٢٢٧، ٢٢٨/٤)، والبيهقي في كتاب آداب القاضي باب ما لا يحتمل القسمة السنن الكبرى (١٣٣/١٠)، والحاكم في المستدرک في كتاب البيوع (٦٦/٢)، وقال: (حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجه) ووافقه الذهبي في تلخيصه بذيل المستدرک، وأحمد في المسند (٣١٣/١) و (٣٢٦/٥)، والطبراني في الكبير (٢٢٨/١١)، والحديث لا تخلو طرقه الكثيرة من مقال لكنه بمجموعها لا يقل عن درجة الحسن، فطرقه تقوي بعضها بعضاً. قال النووي: (حديث حسن... وله طرق يقوي بعضها بعضاً) الأربعون النووية ص ٦٧، قال ابن رجب بعد أن ذكر قول النووي السابق: (وهو كما قال) جامع العلوم والحكم (٢٧٠/٢)، وقال ابن الصلاح: (وهذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه ومجموعها يقوي الحديث ويحسنه وقد قبله جماهير أهل العلم واحتجوا به) جامع العلوم والحكم (٢١١/٢) وقال الألباني: (قلت: فهذه طرق كثيرة لهذا الحديث قد جاوزت العشر وهي وإن كانت ضعيفة مفرداتها؛ فإن كثيراً منها لم يشتد ضعفها، فإذا ضم بعضها إلى بعض تقوى الحديث بها وارتقى إلى درجة الصحيح إن شاء الله تعالى) الإرواء (٤١٣/٣).

٣- الشرط الجزائي: ناجي عجم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ١٢ ج ص.

٤- رواه البخاري معلقاً: باب الربط والحبس في الحرم، (١٢٣/٣).

وجه الدلالة: الخبر نص صريح في جواز العربون ومعلوم أن طريقة العربون هي أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطيل والانتظار^١، والشرط الجزائي يشبه بيع العربون في أن كلاً منهما شرط يوجب على من أخل بالشرط عقوبة مالية يجري تعينها قبل حصول ذلك^٢.

٤- واستدلوا بقاعدة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة)^٣.

وجه الدلالة: أن بعض العقود في الشريعة الإسلامية رخص فيها وأبيحت خلافاً للقياس لحاجة الناس إليها ورفعاً للضرر عنهم كالسلم والإجارة مع أن الأصل فيها التحريم لأنها عقود على معدوم فالشرط الجزائي كذلك مباح للحاجة الماسة إليه^٤.

٥- وكذلك استدلوا بأن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد، الإباحة، إلا ما دل دليل على حرمة، والشرط الجزائي لم يأت دليل يدل على حرمة فيبقى على أصل الإباحة^٥.

أدلة الفريق الثاني:

إن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام (الدين) وإدخال الشرط الجزائي فيه يحمل شبهة ربا النسيئة "تقضي أم تربي" بل هو في حكم ربا النسيئة.

أدلة الفريق الثالث:

١- إن الشرط الجزائي هو اتفاق على تقدير جزافي للتعويض عن الضرر قبل وقوعه وهذا لا يجوز لأنه يؤدي إلى محاذير شرعية، ومن تلك المحاذير:

أ- الجهالة والغرر.

ب- الرهان المحرم والمقامرة.

ت- أكل أموال الناس بالباطل؛ لأن الشرط الجزائي قد يكون أكثر أو أقل من الضرر

الواقع^٦.

١- المدخل الفقهي العام: الشيخ مصطفى الزرقا، (١ /) .

٢- أبحاث هيئة كبار العلماء: هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، (١/٢٨٧).

٣- الأشباه والنظائر: جلال الدين السيوطي، ص ٨٨.

٤- الشرط الجزائي: الشهري، ص ١٦٢، نقلاً عن الشرط الجزائي وأثره في العقود المالية المعاصرة: د. محمد عبد العزيز اليمني، ص ٢٢٢.

٥- الشرط الجزائي: د. الصديق محمد أمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ١٢ ج ٢ ص ٥٠ وما بعدها.

٦- وأكثر الأنظمة والقوانين تجيز هذا النقص أو هذه الزيادة، ولم يخالف إلا القانون الأردني والإماراتي.

ث- يؤدي إلى التنازع والاختلاف، وليس أدل على ذلك من جواز تعديله في حالة المغالاة فيه.

وهذه الأمور كل منها يكفي دليلاً لمنع هذا الشرط فهي بجملتها تخالف أحكام الشريعة ومقاصدها فكيف تصح معاملة هذا حالها^١؟!.

٢- سد الذريعة فالشرط الجزائي إذا كان يؤدي إلى ما سبق ذكره في الدليل الأول، فإنه ذريعة للإفضاء إلى المحرم يجب سدها.

٣- إن تقدير التعويض عن الضرر موكول إلى القضاء في جميع الأحوال فلا يجوز تقديره مقدماً بالشرط الجزائي.

٤- إن الشريعة كفلت تعويض المتضرر بعد وقوع الضرر تحريماً للعدل والحق والإنصاف والمساواة بين التعويض والضرر، ومراعاة الجانبين ولا أدل على ذلك من حديث (لا ضرر ولا ضرار)^٢، والقواعد الفقهية المستقاة منه فلا يعدل عن هذا إلى هذه المعاملة المستحدثة المنقولة عن القانون الوضعي البشري القاصر الذي نظر إلى مصلحة المشتري دون الطرف الثاني^٣.

مناقشة الأدلة:

أولاً : مناقشة أدلة الفريق الأول:

١- الاستدلال بحديث (المسلمون على شروطهم) وأن الشرط الجزائي شرط يجب الوفاء به لعدم معارضته أحكام الشريعة، نوقش بأنه لا يسلم أنه لا دليل على مخالفته أحكام الشريعة فما ذكرناه من اشتماله على الغرر والمقامرة وأكل لأموال الناس بالباطل والمنازعة والخصومة أمام القضاء كل ذلك كاف لإبطاله.

٢- أما الدليل الثاني وهو حديث (لا ضرر ولا ضرار)^٤، وأن تفويت الكسب والريح المظنون والألم النفسي ضرر يجب تعويضه فيجاب عليه، لو سلمنا جديلاً أن مجرد الإخلال ضرر يوجب التعويض - وهذا مختلف فيه - فإن التعويض يكون بعد حدوث الضرر لا قبله،

١- الشرط الجزائي وأثره في العقود المالية المعاصرة: د. محمد عبد العزيز اليمني، ص ٢٢٢.

٢- سبق تخريجه: ص ٥٥.

٣- الشرط الجزائي وأثره في العقود المالية المعاصرة: د. محمد عبد العزيز اليمني، ص ٢٢٨.

٤- سبق تخريجه: ص ٥٥.

لأن ذلك مؤداه إما زيادة التعويض أو نقصانه وكلاهما فيه أكل لأموال الناس بالباطل، فضلا عن ما في التقدير المسبق للضرر من جهالة وغرر منهي عنهما^١.

٣- أما الاستدلال بأثر دار صفوان بن أمية وكونه عربونا والشرط الجزائي كالعربون من حيث كونه عقوبة تفرض على المخالف، فالإجابة عليه من وجوه متعددة:

أولها: إن الأربعمئة التي أقر بها نافع لصفوان ليست عربوناً واليك كلام شراح البخاري راوي الأثر، يقول الإمام العيني: (قوله: وإن لم يرض عمر فلصفوان أربعمئة أي وإن لم يرض عمر بالابتياح المذكور يكون لصفوان أربعمئة في مقابلة الانتفاع بتلك الدار إلى أن يعود الجواب من عمر)^٢. وهو ما ذكره الحافظ أيضاً في الفتح^٣. أما ابن بطل فنقل عن المهلب^٤ قوله: (اشترى نافع الدار من صفوان وشرط عليه إن رضي عمر الابتياح فهو لعمر وإن لم يرض ذلك بالثمن المذكور فالدار لنافع بأربعمئة، وهذا بيع جائز)^٥.

الثاني: من جهة كون العربون كالشرط الجزائي فقد عد الدكتور الضرير جملة فروق

بينها وهي :

أ- العربون هو المقابل لحق عدول المشتري عن العقد، أما الشرط الجزائي فهو تقدير للتعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن بسبب عدم تنفيذ المدين للعقد.
ب- الالتزام بدفع العربون عند عدول المشتري قائم ولو لم يترتب على العدول ضرر، لأنه مقابل العدول، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر على الدائن، لأنه تقدير للتعويض عن الضرر.

ت- العربون لا يجوز تعديله من القاضي، والشرط الجزائي يجوز تخفيضه وزيادته كما رأينا.
ث- في بيع العربون المشتري مخير بين تنفيذ العقد وترك العربون، أما في العقد الذي فيه شرط جزائي فلا خيار للمدين، وعليه تنفيذ التزامه الأصلي ما دام تنفيذه ممكناً^٦.

١- الشرط الجزائي وأثره في العقود المالية المعاصرة: د. محمد عبد العزيز اليمني، ص ٢١٩.

٢- عمدة القاري شرح صحيح البخاري: الإمام بدر الدين محمود العيني، (١٢/٢٦٢).

٣- فتح الباري: الحافظ ابن حجر العسقلاني، (٥/٧٦).

٤- المهلب بن أحمد بن أبي صفرة، أسيد بن عبد الله الأسدي الأندلسي المريي مصنف (شرح صحيح البخاري). وكان أحد الأئمة الفصحاء، الموصوفين بالنكاء... توفي في شوال سنة خمس وثلاثين وأربعمئة. سير أعلام النبلاء: الذهبي، (١٧/٥٧٩) وهو ليس المهلب بن أبي صفرة الأزدي (٥٨-٨٢هـ) القائد المشهور الذي قاتل الخوارج طويلاً في الدولة الأموية.

٥- شرح صحيح البخاري: أبو الحسن علي بن خلف بن بطل القرطبي، (٦/٥٤٣).

٦- الشرط الجزائي: د. الصديق الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ١٢ ج ٢ ص ٥٠ وما بعدها.

٤- أما استدلالهم الرابع: فكان بقاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة، وقولهم أن الشرط الجزائي جائز قياساً على السلم والإجارة واللذان أبيحا على خلاف القياس لحاجة الناس إليهما، ويجاب على هذا من ثلاثة أوجه:

- أ- لا يُسَلَّم بوجود حاجة ماسة إلى الشرط الجزائي ففي التعويض بعد وقوع الضرر غنية عن تقدير التعويض بالشرط الجزائي مسبقاً وجزافاً قبل وقوع الضرر.
- ب- إن قياس الشرط الجزائي على السلم والإجارة قياس مع الفارق لورود الأدلة بإباحتهما خلافاً للشرط الجزائي الذي جاءت الأدلة بتحريمه كما بيّنا.
- ت- أنه لا يسلم أن السلم والإجارة على خلاف القياس وأن الأصل فيهما التحريم، لأنها عقود على معدوم^١، فقد تكفل برد هذه الشبهة شيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم في غيرما موضع، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في معرض رده على من جعل السلم والإجارة على خلاف القياس لأنها عقود على معدوم: (فليس في كتاب الله ولا سنة رسوله، بل ولا عن أحد من الصحابة أن يبيع المعدوم لا يجوز لا لفظ عام ولا معنى عام، وإنما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة وليست العلة في المنع لا الوجود ولا العدم بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر^٢، والغرر ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً، أو معدوماً^٣).

٥- أما استدلالهم الخامس: بأن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد، الإباحة، إلا ما دل دليل على حرمة، والشرط الجزائي لم يأت دليل يدل على حرمة فيبقى على أصل الإباحة، فهذا لا يسلم من الاعتراض، لا بل الأدلة متظافرة على منعه لما جمعه هذا الشرط من معاني فاسدة مفسدة سبق أن ذكرناها في الاستدلال على منعه.

١- الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: د. محمد عبد العزيز اليميني، ص ٢٢٢.

٢- رواه مسلم كتاب البيوع (١٥١٣/٤) أبو داود في البيوع ح/ (٣٣٧٦) الترمذي في البيوع ح/ (١٢٣٠) وقال حديث حسن صحيح والنسائي في البيوع ح/ (٤٥١٨) وابن ماجة في التجارات ح/ (٢١٩٤) والدارمي في البيوع (٢٥١/٢) وأحمد في المسند (٢٥٠/٢) كلهم عن أبي هريرة ومالك في البيوع (٦٦٤/٢) عن سعيد ابن المسيب.

٣- مجموعة الفتاوى: شيخ الإسلام ابن تيمية، (٢٠/٢٩٦)، إعلام الموقعين: ابن قيم الجوزية، (٣/٢٠٦، ٢٠٧).

مناقشة أدلة الفريق الثاني:

واستدلوا بأن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام (الدين) وإدخال الشرط الجزائي فيه يحمل شبهة ربا النسيئة "تقضي أم تري" بل هو في حكم ربا النسيئة.

وأجاب على ذلك المجيزون بأنه كون المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام لا خلاف فيه، وأما كون هذا الالتزام مساوياً للدين فغير مسلم، لأن الالتزام أعم من الدين، فكل دين التزام، وليس كل التزام ديناً، والالتزام في عقد المقاولة ليس ديناً، وإنما هو التزام بأداء عمل، والمقاول قد يكون دائناً لا مدينياً في كثير من الحالات، فالبنوك العقارية تقوم ببناء المساكن مقاولة وتتقاضى المقابل على أقساط بعد تسليم المبنى، وكذلك يفعل كبار المقاولين.

والفرق كبير جداً بين التزام المقاول والمورد، والتزام المقترض والمشتري بثمن مؤجل والمسلم إليه، فالتزام هؤلاء الثلاثة دين حقيقي ثبت في ذمتهم وأخذوا بمقابلته، أما التزام المقاول والمورد فهو التزام بأداء عمل لا يستحقون مقابلته إلا بعد أدائه^١.

مناقشة أدلة الفريق الثالث:

نوقشت دعوى الغرر والجهالة والرهن والمقامرة وأكل الأموال بالباطل والتنازع بأنها غير متصورة في الشرط الجزائي، لأنه عند التنازع على قيمة الشرط يرجع في ذلك إلى القضاء ليعدله وما يوافق العدل^٢.

أجيب على ذلك: طالما أن الأمر سيؤول في نهاية المطاف إلى القضاء ليفصل فيه فلم لا يترك من بداية الأمر للقضاء بدلا من التقدير الجزافي الذي يؤدي إلى مزيد من الشحناء، ثم إن الشرط الجزائي في واقع الأمر أصبح يستحق بمجرد الإخلال وأصبح ذلك عرفاً جرى بين الناس وأكده الحكم بجواز الشرط الجزائي وأنه لا يعدل إلا في حالة المغالاة فيه^٣، مما يجعل الزيادة غير المبالغ فيها عن الضرر حقاً مستحقاً كثرن المبيع وهنا مكنم الخطر إذ أن فيه تأكيداً لأكل أموال الناس بالباطل، فلا تسلم هذه الإجابة، بل واقع الحال يدل على أن الحكم بجوازه يؤدي إلى الغرر لا إلى عدمه واستباحة أكل أموال الناس بالباطل (وإلا فعلى أي وجه تخرج الزيادة عن مقدار

١- الشرط الجزائي: د. الصديق الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ١٢ ج ٢ ص ٥٠ وما بعدها.

٢- الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله: د. أسامة الحموي، ص ٣٨٢. نقلا عن الشرط الجزائي: لليمني ص ٢٢٥.

٣- مجلة البحوث الإسلامية: العدد الثاني ص ١٤٢، وقرارات مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشر.

الضرر) ولا سبيل إلى منع هذه المحرمات إلا بترك تقدير التعويض عن الضرر إلى وقت وقوع الضرر لا قبله^١.

وأجاب المجيزون على هذا الرد:

لا نسلم أن الشرط الجزائي يؤدي إلى التنازع فقط بل لهذا الشرط فوائد كثيرة مثل التوثيق والالتزام وغير ذلك.

وأجيب على ذلك:

إن الشرط الجزائي لا يخلو من ثلاث حالات:

١- أن تزيد قيمة الشرط أو تنقص عن قيمة الضرر الفعلية ويتم دفعه وهذا أكل لحقوق العباد وأموالهم.

٢- أن يتنازع الطرفان على قيمة الشرط ويرفعا الأمر إلى القضاء، وهنا زاد الشرط الجزائي من التنازع بل وأدى إليه.

٣- أن يساوي التعويض قيمة الضرر وهذه حالة من ثلاث فلا تجوز معاملة هذا حالها^٢.

الترجيح:

بعد ما تم ذكره من أقوال العلماء الأفاضل وبسط الأدلة لكل قول ومناقشتها، الذي ترجح عندي والله أعلم هو القول الثالث القاضي بعدم صحة الشرط الجزائي في الديون وغير الديون، ولهذا الترجيح أسباب نوردها.

أسباب الترجيح:

١- إن قوة أدلة الفريق الثالث وحسن توجيهها ووجاهتها، وفي المقابل عدم صحة توجيه أدلة كل من الفريقين الأول والثاني، مع سلامة وصحة النقد الموجه لأدلتهم، كل ذلك مجتمعاً كان من أقوى أسباب ترجيح قول المانعين.

٢- إن كل من كتب وبحث في موضوع الشرط الجزائي بنى ونسج على قرار هيئة كبار العلماء، والذين كانوا السابقين لدراسة هذه المعاملة، مع أن قرار الهيئة كان مجملاً بخصوص الزيادة أو النقص في قيمة الشرط عن الضرر الحقيقي، إذ جاء فيه: (وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيداً عن مقتضى

١- الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: د. محمد اليمني، ص ٢٢٥.

٢- المرجع السابق: ص ٢٢٦، ٢٢٨.

القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة، أو لحق من مضرة^١.

لا بل إن الشيخ عبد الله المنيع عضو الهيئة والذي شارك في إصدار هذا القرار أقر بعد سنين أنه جاء مجملاً، مما فتح الباب للتفسيرات إذ يقول: (الشرط الجزائي صدر فيه قرار من هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية وفي هذا الشرط أو القرار فيه إجمال، وصار محل تفسيرات لهذا الإجمال)^٢.

٣- إن قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الشرط الجزائي في غير الديون جاء متناقضاً باعتقادي مع مقررات المجمع السابقة واللاحقة إذ جاء في قرار المجمع جواز الشرط الجزائي في عقود التوريد على المورد مطلقاً دون تحديد لصورة عقد التوريد إذ جاء في القرار: (فيجوز هذا الشرط مثلاً في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه)^٣. ثم جاء في نفس القرار تأييد لما قرره المجمع سابقاً من عدم جواز الشرط الجزائي في عقود السلم: (لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير)^٤. ثم لما جاء قرار عقد التوريد والذي صدر في نفس دورة الشرط الجزائي اعتبر أن عقد التوريد في السلع التي لا يلزمها صناعة هو عقد تابع للسلم^٥ إذ جاء في القرار: (إذا كان محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة، وهي موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها عند الأجل، فهذا يتم بإحدى طريقتين:

أولاً: أن يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فهذا عقد يأخذ حكم السلم فيجوز بشروطه المعتمدة شرعاً المبينة في قرار المجمع رقم ٨٥ (٩/٢).

ثانياً: إن لم يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فإن هذا لا يجوز لأنه مبنٍ على المواعدة الملزمة بين الطرفين، قد صدر قرار المجمع رقم (٤٠ - ٤١) المتضمن أن المواعدة الملزمة تشبه العقد نفسه فيكون البيع هنا من بيع الكالئ بالكالئ. أما إذا كانت

١- أبحاث هيئة كبار العلماء: هيئة كبار العلماء السعودية، (١/٢٩٣).

٢- مجلة مجمع الفقه الإسلامي: مناقشات عقود المناقصات، العدد التاسع.

٣- قرارات مجمع الفقه الإسلامي: قرار رقم ١٠٩ (١٢/٣)، الدورة ١٢ الرياض عام ١٤٢١هـ.

٤- قرارات مجمع الفقه الإسلامي: قرار رقم ٨٩ (٩/٢)، الدورة ٩ أبو ظبي ١٤١٥هـ.

٥- وهو الأمر الذي عارضه الباحث في الفصل الأول وأقام الدلائل ضده.

المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين أو لكليهما فتكون جائزة على أن يتم البيع بعقد جديد أو بالتسليم).^١

وهنا السؤال المهم: كيف أجاز المجمع الشرط الجزائي في عقود التوريد ثم منعه في السلم ثم عاد في نفس الدورة ليقرر أن عقد التوريد في غير الصناعات تابع لعقد السلم!!؟

٤- إن الأبحاث التي عرضت على المجمع لم تتناول موضوع الشرط الجزائي وفق منهج علمي سليم وهذا ما اشتكى منه أكثر من عضو خلال مناقشة أبحاث الشرط الجزائي المقدمة للمجمع، يقول الدكتور وهبة الزحيلي عضو لجنة صياغة قرار الشرط الجزائي في جلسة التعقيب على الأبحاث: (في الحقيقة كل هذه إما تمهيدات أو استطرادات لا تمس صلب الحقيقة بشيء، لذلك كان المرجو أن يكون بحثنا متعلقاً في الموضوع ذاته، وحينئذ نجد أن بعض العبارات فيها شيء من العموم، وعموم أحياناً غير مقصود)^٢. وهو رأي الشيخ علي محيي الدين قره داغي إذ قال: (بالنسبة للبحوث قرأتها فوجدت أنها أطالت النفس في أحكام الشروط العامة حتى إن بعض البحوث تحدثت عن هذه الأحكام العامة في خمس وأربعين صفحة، والحديث عن الشرط الجزائي تقريباً عشر صفحات، وبعض البحوث فعلاً قرأتها أكثر من مرة ووجدت أن الأمر عام، وبعض البحوث في غاية من الأهمية والجدية والأصالة. وكنت أود أن تكون البحوث مركزة على ما نحن بصدده)^٣. لا بل هو رأي الأمين العام للمجمع ذاته حيث قال: (هناك ملاحظة قد تسمونها تنظيمية أو ترتيبية أو غير ذلك لكن أنا أطرحها. أطرحها من أجل الحد من هذا الخلاف الذي لاحظناه في كتابة البحوث ومن حيث المنهجية، ومن حيث الشمول، ومن حيث الانتشار، فكل واحد منا عندما يكتب يسلك المنهج الذي اعتاده ويريده، ولكن كثرة الموضوعات تندرج في البحث الواحد تجعل الناس غير قادرين على الخروج بنتيجة، ويجري الكلام هنا في هذه القاعدة كما لاحظته من الجلسة الأولى تكراراً واجتراراً، بمعنى كأن كل واحد كتب في هذا الموضوع وما عنده يعرضه، ولا يمسك عنه إذا سمع أن البحث قد سبق إليه أحد. نحن نريد أن ننتهي من هذه الجلسات إلى أشياء عملية، إلى قرارات)^٤.

١- قرارات مجمع الفقه الإسلامي: قرار رقم ١٠٧ (١٢/١)، الدورة ١٢ الرياض عام ١٤٢١هـ.

٢- مجلة مجمع الفقه الإسلامي: مناقشات الشرط الجزائي، العدد الثاني عشر.

٣- المرجع السابق.

٤- المرجع السابق.

وبالتالي نستطيع القول إن هذا الخلل في منهجية البحث أثر سلباً على تصور الأعضاء لموضوع البحث وبالتالي القرار المتخذ والذي بنت عليه كثير من المؤسسات النقدية أحكامها بخصوص الشرط الجزائي وهذا الخلل في البحث إنما يعتبر عامل تضعيف لرأي القائلين بالجواز، ومرجحا لما تم ترجيحه في هذا البحث. هذا والله أعلم.

المبحث الثاني

مبدأ الضمان في العقود المالية في الفقه الإسلامي

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: حقيقة الضمان.

المطلب الثاني: أركان الضمان وأسبابه.

المطلب الثالث: الضمان في العقود المالية.

المطلب الرابع: خطاب الضمان.

المطلب الأول

حقيقة الضمان

الضمان لغة: الضاد والميم والنون أصلٌ صحيح^١، يطلق ويراد به معان كثيرة جداً أهمها:

١- **الكفالة:** يقال: ضَمِنَ الشيءَ إذا كَفَلَهُ، وَضَمَّنَهُ إِيَّاهُ كَفَّلَهُ، وَالضَّمِينُ الْكَفِيلُ، وَالْمَضْمُونُ الْمَكْفُولُ، وَالضَّامِنُ الْكَافِلُ^٢، وفي الحديث الذي رواه أبو هريرة عن النبي محمد صلى الله عليه وسلم قال: (تَضَمَّنَ اللَّهُ لِمَنْ خَرَجَ فِي سَبِيلِهِ لَا يُخْرِجُهُ إِلَّا جِهَادًا فِي سَبِيلِي وَإِيمَانًا بِي وَتَصَدِيقًا بِرُسُلِي فَهُوَ عَلَى ضَامِنٍ أَنْ أُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ أَوْ أَرْجِعَهُ إِلَى مَسْكِنِهِ الَّذِي خَرَجَ مِنْهُ نَائِلًا مَا نَالَ مِنْ أَجْرٍ أَوْ غَنِيمَةٍ... الحديث)^٣، ورواه البخاري بلفظ (تَكْفَلَّ اللَّهُ لِمَنْ جَاهَدَ فِي سَبِيلِهِ... الحديث)^٤.

٢- **التغريم:** فيقال: ضَمَّنْتُهُ الشيءَ تَضْمِينًا إِذَا عَرَّمْتُهُ فَالْتَرَمَهُ^٥.

٣- **الإيداع:** ضَمَّنَ الشيءَ الشيءَ، أَوْدَعَهُ، إِيَّاهُ كَمَا تُودِعُ الْوِعَاءَ الْمَتَاعَ، وَالْمَيْتَ الْقَبْرَ، وَقَدْ تَضَمَّنَهُ^٦.

٤- **الالتزام:** جاء في المصباح المنير: ضَمِنْتُ الْمَالَ، التَّرَمْتُهُ، وَيَتَعَدَى بِالتَّضْعِيفِ فيقال: ضَمَّنْتُهُ الْمَالَ أَلْزَمْتُهُ إِيَّاهُ^٧.

الضمان اصطلاحاً: لقد اختلف الفقهاء في تعريف الضمان على عدة أقوال؛ وذلك لاختلافهم في المعنى الذي يطلق عليه الضمان، وقبل عرض تعريفات العلماء للضمان، هذه جملة من المعاني التي أطلق عليها الضمان في الاصطلاح الشرعي:

١- كفالة النفس، وكفالة المال، عند جمهور الفقهاء غير الحنفية، ولهذا يعنونون للكفالة بالضمان.

٢- يطلق على ضمان المال والتزامه بعقد، وبغير عقد.

٣- يطلق أيضاً على وضع اليد على المال بحق أو بغير حق.

١- مقاييس اللغة: ابن فارس القزويني، (٣/٣٧٢).

٢- لسان العرب: ابن منظور، (١٣/٢٥٧).

٣- متفق عليه: وهذا لفظ مسلم، باب فضل الجهاد والخروج في سبيل الله ح/٤٩٦٧.

٤- متفق عليه: وهذا لفظ البخاري، كتاب فرض الخمس باب أحلت لكم الغنائم، ح/٣١٢٣.

٥- القاموس المحيط، الفيروز آبادي، حرف النون مادة: ضمن.

٦- لسان العرب: ابن منظور، (١٣/٢٥٧).

٧- المصباح المنير: الفيومي، (٢/٣٦٤).

٤- ويطلق على غرامة المتلفات، والغصوب، والعيوب.

٥- يطلق على ما أوجبه الشارع بسبب الاعتداءات كالكفارات ونحوها^١.

أما عن تعريف الضمان فقد اختلفت تعريفات العلماء وفقا لاختلافهم في المعاني الآتفة الذكر على النحو التالي:

أ- عرفه الحنفية بأنه: إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمه إن كان من القيميات^٢.

ب- المالكية عرفوه بأنه: شغل ذمة أخرى بالحق^٣.

ت- الشافعية قالوا: هو التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة^٤.

ث- وأخيرا عرفه الحنابلة بأنه: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق^٥.

ولكن هذه التعريفات لا تخلو من نقد، فتعريف الحنفية شمل نوعين من أنواع الضمان وهما (ضمان اليد) و(ضمان المتلف) ولم يدخل فيه (ضمان العقد)^٦.

أما تعريفات الجمهور، المالكية، والشافعية، والحنابلة، فقد استخدموا لفظ الضمان للتعبير عن الكفالة كما هو واضح في تعريفاتهم، والضمان بهذا المعنى ليس هو محل بحثنا وإنما بحثنا في الضمان بمعنى الالتزام والتعويض^٧.

ولكن عرف بعض العلماء المعاصرين الضمان بتعريفات متقاربة، هي أدل في عباراتها من تعريفات القدامى على المعنى المراد ومنها:

أ- عرفه الشيخ الزرقا -رحمه الله- قائلا: هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير^٨.

ب- أما الدكتور وهبة الزحيلي فقال: هو التزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالإنسانية^٩.

١- أحكام الضمان في الفقه الإسلامي العام: د. فيض الله، ص ٩، بحث الضمان: د. خالد المشيقح، ص ٤،

بحث منشور، موقع الدكتور خالد المشيقح، شبكة الانترنت.

٢- مجلة الأحكام العدلية: مجموعة من علماء الدولة العثمانية، المادة ٤١٦.

٣- الشرح الكبير: الدردير، (٣/٣٢٩).

٤- مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، (٢/١٩٨).

٥- المغني: ابن قدامة، (٧/٧١).

٦- هذه أسماء أنواع الضمان وسيأتي تفصيلها خلال الدراسة في هذا المبحث.

٧- نظرية الضمان: د. وهبة الزحيلي، ص ١٦.

٨- المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا،

٩- نظرية الضمان: د. وهبة الزحيلي، ص ١٥.

ج- وأخيرا عرفه الدكتور فيض الله بأنه: شغل الذمة بحق أو تعويض عن ضرر^١.

وبتأمل التعريفات الثلاثة الأخيرة ومقارنتها، أرى والله أعلم رجحان التعريف الثالث وهو: (شغل الذمة بحق أو تعويض عن ضرر)، وهو للدكتور محمد فوزي فيض الله وذلك للأسباب التالية:

- أ- جاء التعريف جامعا لكل أنواع الضمان دون إسهاب.
- ب- تعريف الدكتور الزحيلي جاء مفصلا صرح به بكثير من الجزئيات التي يدخل عليها الضمان وكما هو معلوم فإن التعريفات تصان عن الإسهاب.
- ت- لا تعليق على تعريف الشيخ الزرقا فقد جاء مقاربا للتعريف المختار.

أدلة مشروعية الضمان:

تعددت أدلة الضمان وتنوعت بتنوع استخدامات هذا المصطلح، ولكل نوع أدلته نوردها باسم الله وعونه.

١- الضمان بمعنى الكفالة، قوله تعالى: ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾^٢.

وجه الدلالة: تكفل المؤذن بأمر من سيدنا يوسف عليه السلام أن يؤدي لإخوة يوسف حمل بعير إن جاءوا بالصواع، يقول الطبري رحمه الله: (وأنا كفيلاً بأن أوفيه حمل بعير من الطعام إذا جاءني بصواع الملك)^٣.

٢- ضمان المال والتزامه بعقد، وبغير عقد، عن أنس بن مالك، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ)^٤.

وجه الدلالة: بين رسول الله صلى الله عليه وسلم أن كل مال لمسلم حرام على غيره إلا بالطرق المشروعة مثل المعاوضة أو الهبة وما شابهه فمن أقدم على هذا المال بغير هذه الطرق فقد سقط في المحذور، ولزمه إبراء ذمته مما علق بها عن طريق ضمانه.

١- أحكام الضمان في الفقه الإسلامي العام: د. محمد فوزي فيض الله، ص ١٠.

٢- سورة يوسف: آية ٧٢.

٣- جامع البيان: الطبري، (١٦/١٧٨).

٤- رواه الدارقطني: ح/٢٨٨٥، (٣/٤٢٤).

٣- الضمان بمعنى وضع اليد على المال بحق أو بغير حق، عن سمرة بن جندب عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)^١.

وجه الدلالة: الحديث نص ظاهر الدلالة على أن كل صاحب يد ضامنٌ ما تحت يده، فما يصيبه من هلاك أو تلف بعضه فعلى صاحب اليد.

٤- الضمان بمعنى غرامة المتلفات، عن أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إلى النبي صلى الله عليه وسلم طعاما في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها فقال النبي صلى الله عليه وسلم: (طَعَامٌ بِطَعَامٍ وَإِنَاءٌ بِإِنَاءٍ)^٢.

وجه الدلالة: حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم على من أتلّف مالا محترما لغيره بمثل ما أتلّف، وما هذا إلا ضمان المتلفات.

٥- ضمان جنایات البهائم، عن حرام بن محيصة (أن ناقة للبراء دخلت حائطا فأفسدت فيه فقاضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها)^٣.

وجه الدلالة: دل الحديث على أن أصحاب المواشي يضمنون ما أفسدته مواشيهم من زروع للغير ليلا، لأن الواجب عليهم حفظ البهائم ليلا لا تسريحها، لذا جعل عليهم ضمان ذلك، وبالمقابل لما كان النهار وقت عمل ومعاش جعل حفظ الحوائط نهارا مسؤولية أصحابها فما أصاب الحوائط من فعل البهائم نهارا فعلى أصحاب الحوائط لتقصيرهم في حفظ مال أنفسهم.

وبعد هذا السرد لجملة من النصوص والأحاديث، والتي دلت على مشروعية الضمان في شتى المجالات، يتجلى لنا عظم هذه الشريعة التي احتاطت لحقوق العباد أيما احتياط، فما تركت شاردة ولا واردة إلا وأحاطت بها وبينتها، فالحمد لله على نعمة الإسلام وكفى بها من نعمة.

١- رواه أحمد في المسند: ح/٢٠١٦٨، أبو داود في السنن: ح/٣٥٦٣، الترمذي في سننه: ح/١٢٦٦، ابن ماجة: ح/٢٤٠٠، النسائي في الكبرى: ح/٥٧٥١، صححه الحاكم في المستدرک وقال على شرط البخاري من حديث الحسن بن سمرة، ويرد على تصحيح الحاكم أن علة الحديث ظاهرة وهي عدم سماع الحسن البصري من سمرة وقد ضعف الألباني الحديث من هذا الطريق، الجامع الصغير وزيادته، ح/٨١٧٦، وقال الأرئوط في مسند أحمد حسن لغيره.

٢- رواه الجماعة بمعناه إلا مسلما، واللفظ للترمذي: ح/١٣٥٩، البخاري: ح/٢٤٨١، أبو داود: ح/٣٥٦٩، النسائي: ح/٣٩٦٥، ابن ماجة: ح/٢٣٣٣.

٣- رواه أحمد في المسند: ح/٢٣٦٩١، أبو داود: ح/٣٥٧١، ابن ماجة: ح/٢٣٣٢، وصححه الألباني: صحيح وضعيف سنن أبي داود، ح/٣٥٦٩.

المطلب الثاني

أركان الضمان وأسبابه

أركان الضمان:

تحدث الفقهاء قديما وحديثا عن أركان الضمان، أو مقوماته، ولم يختلفوا في تحديد هذه الأركان، إذ جعلوها ثلاثة، أولها: التعدي، والثاني: الضرر، والثالث: الإفضاء^١.

الركن الأول: التعدي:

التعدي في اللغة هو: تجاوز الحد.

وفي الاصطلاح: مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا، أو عرفا، أو عادة^٢.

ومن تعريف التعدي يتضح أنه التجاوز مطلقا سواء كان سلبا أو إيجابا، أو سواء كان المتجاوز كبيرا أو صغيرا، متسببا أو مباشرا قاصدا أو مخطئا، وهذه هي أنواع التعدي الأربعة نورد بيانها مع التمثيل:

١- التعدي السلبي والتعدي الإيجابي:

أ- **التعدي السلبي:** ويتمثل في الترك والكف عن الفعل^٣، ومن صورته إذا اضطر شخص إلى طعام وشراب لغيره، فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال، فمات بذلك، ضمنه المطلوب وإذا لم يطلبه لم يضمن^٤.

ب- **التعدي الإيجابي:** وهو الإقدام على الفعل ومباشرته مثل إتلاف أموال الغير أو إحراقها، وفاعله يضمن بلا خلاف^٥.

٢- اعتداء الكبير واعتداء الصغير:

أ- **ضمان الأموال:** في الأموال لا فرق بين كبير وصغير فكلاهما ضامن لما أتلفه، قال ابن الحاجب: (ويؤخذ بحق المغصوب من مال الصبي المميز ويؤدب، وقيل لا يؤدب من لم يبلغ الحلم لقوله عليه الصلاة والسلام: (رفع القلم عن ثلاث)^٦. وذهب بعض

١- أحكام الضمان في الفقه الإسلامي: فيض الله، ص ١٧.

٢- المرجع السابق ص ١٩.

٣- المرجع السابق: ص ٢١.

٤- المغني: موفق الدين ابن قدامة المقدسي، (٥٦٠/١١).

٥- أحكام الضمان في الفقه الإسلامي: فيض الله، ص ٢١.

٦- مواهب الجليل: الحطاب الرعيني، (٣٠٨/٧).

المالكية إلى أن الصبي لا ضمان عليه فيما أتلف من مال: جاء في القوانين الفقهية: (وأما الصبي الذي لا يعقل فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجماء وقيل المال هدر والدماء على العاقلة كالمجنون)^١.

ب- **الجنائية على الأنفس:** بخلاف الأموال، يميز في القصاص بين الكبير والصغير، فيقتص من الكبير دون الصغير^٢.

٣- **التعدي بالمباشرة والتعدي بالتسبب:**

أ- **التعدي بالمباشرة:** المباشرة هي: إتلاف الشيء بالذات، من غير أن يتخلل بين فعل الفاعل وبين التلف شيء آخر، والفاعل هو المباشر^٣. فمن أشعل نارا وألقى بها على كومة قش فأحرقها، فإنه مباشر للإتلاف وفعله تعدي بالمباشرة.

ب- **التعدي بالتسبب:** التسبب هو: أن يقع الفعل على شيء يفضي إلى تلف شيء آخر، والفاعل هو المتسبب^٤. ومثال ذلك من حفر حفرة في الطريق، فتردى فيها حيوان، فالحفر كان سبباً في تلف الحيوان، والحافر هو المتسبب.

٤- **التعدي العمد والخطأ:**

أ- **التعدي العمد:** وهو ما كان من فعل عن إرادة وقصد، والفاعل هو المتعمد، وحكم العمد يختلف عن الخطأ في ضمان الأنفس فالعمد جزاؤه القصاص، أما في ضمان الأموال فإنه يشدد على المتعمد فضلاً عن ضمان المال المتلف فإنه يعزر ويسجن، يقول صاحب مواهب الجليل: (يجتمع في الغصب حق الله وحق المغصوب منه فيجب على الغاصب لحق الله تعالى الأدب والسجن على قدر اجتهاد الحاكم ليتناهى الناس عن حرمان الله ولا يسقط ذلك عنه عفو المغصوب منه)^٥. ومعلوم أن الغاصب متعمد، لذا قلنا تجتمع العقوبة وضمان المال في كل متعمد إتلاف مال الغير بدون مبرر شرعي، ولقد بينا سابقاً أن التعويض هنا من قبيل الجزاء.

ب- **التعدي خطأ:** الخطأ هو: ما ليس للإنسان فيه قصد^٦، والخطأ إذا اقترن بالأفعال، كان سبباً في تغير كثير من الأحكام، فالخطأ عذر مسقط لحق الله تعالى؛ لقوله صلى الله

١- القوانين الفقهية: محمد بن جزي، ص ٢١٨.

٢- نظرية الضمان: وهبة الزحيلي، ص ١٩.

٣- مجلة الأحكام العدلية: جمعية المجلة، المادة (٨٨٧).

٤- مجلة الأحكام العدلية: جمعية المجلة، مادة (٨٨٨).

٥- مواهب الجليل: الحطاب الرعيني، (٣٨٠/٧).

٦- التعريفات: الجرجاني، ص ١٣٤.

عليه وسلم: (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^١. فلا يقتص من القاتل خطأً مثلاً، ولا يعزر أو يؤدب متلف المال خطأً، ولكن حقوق العباد لا تسقط بعذر الخطأ، ويلزم متلفها الضمان، جاء في الإنصاف: (من أتلف مالا محترماً لغيره ضمنه سواء كان عمداً أو سهواً)^٢.

الركن الثاني: الضرر:

في اللغة: الضَّرُّ بالفتح ضد النفع، والضَّرُّ بالضم الهزلُ وسوء الحال^٣.

واصطلاحاً: عرفه الهيثمي بأنه: (إلحاق مفسدة بالغير)^٤.

وهذا التعريف كما نرى عام يشمل جميع أنواع الضرر، سواء المتفق عليها كالضرر المادي، أو المختلف فيها كالضرر المعنوي.

ونحن هنا إذ نطرح موضوع الضرر، فإننا نطرحه كركن ثانٍ من أركان الضمان، لذا سنتناول فيه أنواع الضرر الذي يلزم تعويضه.

أنواع الضرر:

يؤيد الباحث القول القاضي بأن الضرر ينقسم إلى نوعين فقط إما ضرر مادي، وإما ضرر معنوي، بالرغم من أن بعض من كتب في موضوع الضرر قد توسع في ذكر الأنواع، ولكن الناظر إلى هذه الأنواع يجد أنها لا تعدو أن تكون أحد هذين النوعين، وهذا بيانها مع التفصيل لكل نوع.

أولاً: الضرر المادي:

الضرر المادي هو: الأذى المتمثل بالتلف أو النقص، والذي يلحق الشخص، سواء أكان في مال منقول محترم، أو جسم معصوم^٥.

١- أخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم ٤٣٥١- والحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط الشيخين حديث

رقم ٢٧٥٢ - وابن حبان في صحيحه حديث رقم ٧٢١٩ - وآخرون وصححه العلامة أحمد شاكر والألباني

في الإرواء حديث رقم ٨٢.

٢- الإنصاف: علاء الدين أبي الحسن المرادوي، (٢١٦/٦).

٣- لسان العرب: ابن منظور، مادة ضرر.

٤- شرح الأربعين الندوية: الهيثمي، ص ٢١١، نقلاً عن الضمان في الفقه الإسلامي، فيض الله، ص ٣١.

٥- التعويض عن الأضرار المترتبة على المماطلة في الديون: د. سلمان الدخيل، ص ١.

ولهذا النوع من الضرر صور متعددة نذكر بعضها:

- أ- **الضرر الإيجابي الناتج عن فعل**، أي إتلاف المال المحترم، ومثاله تمزيق الثياب وتكسير الزجاج وإحراق ثمار الغير بغير وجه حق، ففاعله يضمن بلا خلاف.
- ب- **الضرر السلبي**: ومثاله لو رأى دابته تأكل قمح غيره، فلم يمنعها حتى أكلته، فإنه يضمن ما أكلت^١.

ج- **الضرر اللاحق**: وهو الضرر المتوقع في المستقبل^٢، ومثاله كثير في الجراح، فالجراح إذا امتدت لتتال من عضو آخر بالتلف مستقبلاً، فإن المعتدي يضمن، لذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يُتَّعَجَل بالافتصاص قبل بُرء الجرح، فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في رجل طعن رجلاً بقرن في رجله فقال يا رسول الله أقدني فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: **(لا تعجل حتى يبرأ جرحك)** قال فأبى الرجل إلا أن يستقيد فأقاده رسول الله صلى الله عليه وسلم منه قال فعرج المستقيد وبرأ المستقاد منه فأتى المستقيد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له يا رسول الله عرجت ويرئى صاحبي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: **(ألم أمرك أن لا تستقيد حتى يبرأ جرحك فعصيتني فأبعدك الله وبطل جرحك)** ثم أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه و سلم بعد الرجل الذي عرج من كان به جرح أن لا يستقيد حتى تبرأ جراحته فإذا برئت جراحته استقاد^٣.

ثانياً: الضرر المعنوي:

الضرر المعنوي أو الأدبي كما عبر عنه البعض، مصطلح حديث يطلق ويراد به، الأذى الذي يصيب الإنسان في شعوره أو شرفه أو كرامته^٤، وبعبارة أخرى قالوا: هو ما يصيب الإنسان من ألم نتيجة الاعتداء على حق من حقوقه المالية وغير المالية^٥.

فما كان من ضرر هذه صورته، هل يلزم ضمانه أو تعويضه تعويضاً مالياً؟

١- الضمان في الفقه الإسلامي: فيض الله، ص ٣٤.

٢- المرجع السابق: ص ٣٥.

٣- رواه أحمد في المسند: ح/٧٠٣٤، وقال شعيب الأرنؤوط: إسناده ضعيف.

٤- التعويض عن الضرر الأدبي: الدهمسي، ص ٨، نقلاً عن التعويض عن الأضرار المترتبة على المماطلة في

الديون: الدخيل، ص ٣٠.

٥- النظرية العامة للالتزام: جميل الشرقاوي، ص ٤٨٤، نقلاً عن المرجع السابق ص ٣٠.

بالنسبة للقضاء لم نجد أحداً منهم استعمل مصطلح الضرر الأدبي أو المعنوي، فضلا عن أننا لم نجد في الكتب الفقهية القديمة أحدا من الفقهاء تكلم عن التعويض المالي في شيء من الأضرار المعنوية^١.

وعلى العكس بالنسبة للمعاصرين فإننا نجدهم انقسموا في مسألة ضمان الأضرار المعنوية إلى فريقين:

أقوال العلماء

الفريق الأول: المجيزون

وذهب أصحابه إلى جواز التعويض المالي عن الضرر المعنوي، وممن قال بهذا الرأي، الشيخ محمد شلتوت، والدكتور محمد فوزي فيض الله، والدكتور وهبه الزحيلي^٢.

الفريق الثاني: المانعون

وذهب أصحابه إلى عدم جواز التعويض المالي عن الضرر المعنوي، وممن قال بذلك الشيخ علي الخفيف، والشيخ مصطفى الزرقا، والدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، واختارته بعض المجامع الفقهية^٣.

عرض الأدلة:

أدلة الفريق الأول: المجيزون:

١- استدلوا بقول أبي يوسف من الحنفية في الشجة إذا برئت بأن فيها أرش الألم. جاء في مجمع الضمانات: (ولو شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف عليه أرش الألم وهو حكومة عدل وقال محمد عليه أجره الطبيب وثنم الدواء)^٤.

وجه الدلالة: إن الألم ضرر معنوي، وأبو يوسف جعل مقابله تعويضا ماليا وهو حكومة العدل.

١- الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف الكويتية، (٤٠/١٣).

٢- نظرية الضمان: الزحيلي، ص ٢٥، أحكام الضمان، فيض الله ص ٩٢، المسؤولية المدنية شلتوت ص ٣٥.

٣- الضمان في الفقه الإسلامي: علي الخفيف، ص ٤٥، الفعل الضار مصطفى الزرقا، ص ١٢١-١٢٤، بحث الشرط الجزائي، الصديق الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ ج ٢ ص ٦٤-٦٧.

٤- مجمع الضمانات: البغدادي، (٣٩١/١)، تبين الحقائق: الزيلعي، (١٣٨/٦).

٢- إن الضرر المعنوي يلزمه التعزير. والعقوبة المالية نوع من أنواع التعزير، والتعويض المالي عن الضرر المعنوي لا يعدو أن يكون تعزيراً مالياً^١.

أدلة الفريق الثاني: المانعون:

١- إن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض، وذلك بإحلال مال محل مال فاقد مكافئ؛ لرد الحال إلى ما كانت عليه؛ إزالةً للضرر؛ وجبراً للنقص، وذلك لا يتحقق إلا بإحلال مال محل مال مكافئ له ليقوم مقامه ويسد مسده، وكأنه لم يضع على صاحب المال الفاقد شيء، وليس ذلك بمتحقق في التعويض عن الضرر المعنوي والأدبي^٢.

٢- إن أبرز صور الضرر الأدبي أو المعنوي القذف، وشرع فيه الحد ثمانون جلدة، وهي عقوبة بدنية زاجرة، ولذا لا يجوز الصلح عنه بمال؛ إذ لا يحتمل المعاوضة؛ لأن التعويض يخرج عن موضوعه، مع أن القذف حق خالص للمقذوف، ومثل القذف غيره من الأضرار المعنوية فلا تعوض بالمال^٣.

٣- إن الضرر الأدبي أو المعنوي لا يجبره التعويض المالي، فهو يجحف في حق الفقير، ولا يردع الغني، أما العقوبة البدنية: فهي زاجرة للمعتدي فقيراً كان أم غنياً، ولذا شرع لهذا الضرر ما يناسبه من الحد، والتعزير الزاجر، والتأديب الرادع، وهو كافٍ في شفاء غيظ المتضرر، وإزالة ضرره، وزوال العار عنه، وإعادة الاعتبار له^٤.

مناقشة الأدلة:

ولقد ناقش المانعون أدلة المجيزين على النحو التالي:

مناقشة الدليل الأول:

نوقش استدلالهم بقول أبي يوسف بأن الضرر هنا ليس معنوياً خالصاً، بل هو مبني على ضرر مادي، فيكون كآثر له متصل به، فيخرج عن محل النزاع^٥.

١- نظرية الضمان: وهبه الزحيلي، ص ٢٥.

٢- الضمان في الفقه الإسلامي: علي الخفيف، ص ٤٥.

٣- التعويض عن الأضرار المترتبة على المماثلة في الديون: الدخيل، ص ٣٢.

٤- التعويض عن الضرر: محمد بوساق، ص ٣٥، نقلاً عن المرجع السابق.

٥- الجرائم المعلوماتية المالية: محمد البيشي، رسالة ماجستير، معهد القضاء العالي، نقلاً عن ملتقى أهل

الحديث، <http://www.ahlalhdeth.com/vb/showthread.php?t=169879>.

مناقشة الدليل الثاني:

نوقش الاستدلال بأن التعويض عن الضرر المعنوي نوع من أنواع التعزير، بأن الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الأضرار الأدبية إنما هو: التعزير الزاجر، وليس التعويض المالي، إذ لا تعد الشريعة شرف الإنسان وسمعته مالا متقوما يعوض بمال آخر إذا اعتدي عليه^١.

الترجيح:

وبعد هذا العرض اليسير يرى الباحث - والله أعلم - رجحان القول الثاني القاضي بمنع التعويض المالي عن الضرر المعنوي.

سبب الترجيح:

١- قوة أدلة المانعين وبالمقابل ضعف أدلة مخالفيهم، وذلك ظاهر من خلال المناقشة التي وردت عليهم.

٢- العقوبة البدنية من جنس الضرر الأدبي إذ الضرر حاصل بأذى المضرور، وهذا يمكن إزالته بمثله، وذلك بالتعزير والتأديب الذي يشفى غيظ المضرور ويؤذي الضار في شعوره وكرامته ويلحق به الأذى^٢.

الضرر المعنوي غير المحض:

ويقصد به الضرر المعنوي الذي يترتب عليه ضرر مادي، وله صور كثيرة، منها الضرب الذي لا يتلف الأعضاء ولكنه يترك تشوهاً أو عجزاً بنسب معينة تؤثر على أداء الشخص و جودة عمله، أو شهادة الزور التي تؤدي إلى القصاص أو القطع أو خسارة المال، أو الفرية التي تؤدي إلى طرد الشخص من عمله وفقد مصدر كسبه.

كل هذه الصور واضح أنها أضرار معنوية ولكن من الواضح أيضاً أنه ترتب عليها ضرر مادي حقيقي، فما حكم تعويض هذا النوع من الضرر؟

من المعلوم أن الضرر المادي الحقيقي يُلزم محدثه بضمانه، ومثل هذه الحالات الضرر المادي فيها واضح، فالمفتري الذي تسببت فريته بطرد إنسان من عمله يضمن ما خسره المفتري عليه من جراء فريته، جاء في كشف القناع: (وإن غرم إنسان بسبب كذب عليه عند ولي الأمر،

١- الفعل الضار: مصطفى الزرقا، ص ١٢٤.

٢- التعويض عن الأضرار: الدخيل، ص ٣٤.

فله تغريم الكاذب لتسببه في ظلمه^١ أه. والشهود إذا رجعوا عن شهادتهم، وكان المشهود عليه قد حد أو قتل قصاصاً بسبب شهادتهم، فإن عليهم القصاص؛ لتسببهم في إهلاك المشهود وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة وبعض المالكية^٢.

واستدلوا بما رواه البخاري: قال مطرف عن الشعبي في رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعه علي ثم جاء بأخر وقالوا أخطأنا فأبطل شهادتهما وأخذنا بدية الأول وقال لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما^٣.

وكذلك إذا رجع الشاهدان عن شهادتهما للمدعي بمال، بعد حكم القاضي وقبض المدعي المال، فلا يفسخ الحكم، ويضمنان ما أنفاه علي المشهود عليه سواء كان المتلف عينا أو ديناً، لأن التسبب على وجه التعدي يوجب الضمان وقد وجد ذلك منهما^٤.

ومما تقدم يرى الباحث إن التعويض بالمال عن الضرر المعنوي غير المحض جائز ولكن بشروط هي:

- ١- إمكانية تقويم الضرر مالياً، ومثالها مسألة الفرية التي تؤدي إلى فقدان العمل، فهذا ضرر مادي يمكن تقويمه، فيجب فيه الضمان على المفترى.
- ٢- أن لا يكون الضرر المعنوي قد أدى إلى أمر فيه حد أو قصاص، فحينها لا يجوز العدول عن القصاص إلى التعويض المالي، ومثاله رجوع الشهود الزور بعد الاقتصاص من المشهود عليه.
- ٣- إذا كان الضرر المعنوي غير المحض يندفع بالتعزير فلا يجوز العدول إلى التعويض؛ لأنه حينها سيكون ضرراً مادياً متوهماً ما دام أنه اندفع بالتعزير، فيأخذ حكم الضرر المعنوي المحض.

الركن الثالث: الإفضاء:

ويقصد به أن يكون التعدي مؤدياً للضرر المستحق للضمان، بحيث لا يوجد للضرر أو الإلتلاف سبب آخر غير^٥ سواء كان التعدي بالمباشرة أو بالتسبب.

١- كشف القناع: البهوتي، (١١٦/٤).

٢- وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: د. شحادة السويركي، رسالة دكتوراه، ص ٢٠٩.

٣- رواه البخاري معلقاً: باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم، (٨/٩).

٤- تبيين الحقائق: الزيلعي، (٢٤٤/٤).

٥- الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف الكويتية، (٢٢٣/٢٨).

ويقصد بالمباشرة: أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف، كما لو جرح إنسان غيره أو ضربه فمات^١.

أما التسبب: فهو أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره، لا حقيقة فعله، فيتلف به، كمن حفر بئراً، فسقط به أحدهم دون أحدهم^٢.

والمباشرة والتسبب إذا انفرد بأحدهما المعتدي ضمن فالمباشر ضامن والمتسبب ضامن، أما إذا اجتمعا؛ أي اجتمع في الفعل الواحد مباشر ومتسبب، فإن المباشر في هذه الحال هو الذي يضمن ومثال ذلك، إذا نقب رجل حائط، واستغل آخر ذلك فدخل الحرز وسرق المال، فالناقب متسبب، والسارق مباشر لذا يضمن المباشر المال، إلا إذا تواطأ على الفعل فحينها كلاهما مباشر.

لذا نستطيع القول إنه يشترط لتحقيق ركن الإفضاء أمرين:

- ١- أن لا يوجد للضرر أو الإلتلاف سبب آخر غير فعل المعتدي.
- ٢- أن لا يتخلل بين السبب وبين الضرر فعل فاعل مختار، وإلا أضيف الضمان إليه لا إلى السبب، وذلك لمباشرته^٣.

أسباب الضمان:

يقصد بأسباب الضمان: تلك التصرفات الشرعية - باختلاف أنواعها - التي يترتب عليها آثارها سواء بإرادة فاعلها أم لا^٤.

وهو من باب تسمية الشيء بسببه وهو أمر دارج عند العرب، فحيثما وجد سبب من أسباب الضمان، وجد الضمان وتسمى بالسبب الذي أوجده، ومن تلك الأسباب، إلزام الشارع، والعقد، والاعتداء، والإلتلاف، والغصب، والتقويت، والتعيب، والتغيير، والشرط، والغرور، والحيلولة، والتسبب.

ولكن هذا أمر يطول، فكثير من هذه الأسباب يمكن تداخلها، واختصارها لذا نجد أن الإمام السيوطي - رحمه الله - جعل أسباب الضمان أربعة فقط، يقول رحمه الله: أسباب الضمان أربعة:

- ١- نظرية الضمان: وهبه الزحيلي، ص ٢٦.
- ٢- المرجع السابق: ص ٢٦.
- ٣- الضمان في الفقه الإسلامي: فيض الله، ص ٣٧.
- ٤- ينظر تمهيد الفصل الثاني من هذه الرسالة للتذكير بمبدأ الواقعة الشرعية والتصرفات الشرعية.

أحدها: العقد كالمبيع، والتمن المعين قبل القبض، والسلم، والإجارة.

الثاني: اليد مؤتمنة كانت كالوديعة، والشركة، والوكالة، والمقارضة إذا حصل التعدي أولاً كالغصب، والسوم، والعارية، والشراء فاسداً.

الثالث: الإتلاف، نفساً أو مالا، ويفارق ضمان اليد في أنه يتعلق الحكم فيه بالمباشر دون السبب وضمنان اليد يتعلق بهما.

الرابع: الحيلولة^١.

هذه الجملة الجامعة للسيوطي رحمه الله شملت جميع أسباب الضمان، وهنا سنأتي على كل نوع مما ذكر بشيء يسير من البيان والتوضيح:

١- **ضمان العقد:** ويقصد به ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان، وضمانه عندئذ يكون بما يقتضيه العقد من بدل دون مراعاة لقيمة المال كأساس في التقدير، فالمبيع عند هلاكه في يد البائع مضمون بالتمن، فيسقط التمن بهلاكه، ويبطل عقد البيع ويرد التمن إذا كان قد أدَّى قبل الهلاك^٢.

٢- **ضمان اليد:** وضع اليد على المال سبب لضمانه في حال تلفه سواء كانت اليد يداً غير مؤتمنة - يد ضمان - أو مؤتمنة - يد أمانة.

٣- **أما اليد غير المؤتمنة:** فكيد الغاصب، ويد البائع على المبيع بعد القبض.. فإن هؤلاء يضمنون المال إذا هلك لأي سبب كان ولو بأفة سماوية فيدهم على المال يد ضمان. **واليد المؤتمنة:** مثل يد الوكيل على مال موكله، ويد الأوصياء على مال اليتامى، والحكام على أموال الأمة، كل هؤلاء يدهم على المال يد أمانة فلا يضمنون ما تلف من المال الذي تحت أيديهم إلا إذا تعدوا أو قصرُوا في الحفظ فإنهم يضمنون، بالقيمة أو المثل^٣. وكذلك فإن صاحب اليد يضمن سواء كان الإتلاف بالتسبب أو بالمباشرة بخلاف ضمان الإتلاف الذي يختص بالمباشرة^٤. وهذا خلاف الحنفية الذين لا يفرقون بين المباشرة والتسبب من حيث الضمان، سواء كان ضمان يد أو إتلاف^٥.

١- الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٣٦٠.

٢- فكرة ضمان العقد: د. أيمن أبو العيال، مجلة جامعة دمشق، العدد الثاني عام ٢٠٠٣، (١٩/٨٨).

٣- نظرية الضمان: وهبه الزحيلي، ص ٦٥، ٦٦.

٤- المنثور في القواعد: الزركشي، (٢/٣٢٤)، الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٣٦٢.

٥- بدائع الصنائع: الكاساني، (٧/١٦٧).

٤- **ضمان المتلف:** إن إتلاف مال محترم للغير بغير وجه حق يوجب الضمان على متلفه وهو محل اتفاق، وبالتالي لا خلاف في أن الإتلاف سببٌ من أسباب الضمان، ويكون ضمان المتلف بالقيمة في المتقوم والمثل في المثلي، دون اعتبار الخطأ أو العمد، جاء في الإنصاف: (من أتلف مالا محترما لغيره ضمنه سواء كان عمدا أو سهوا) ^١ أهـ. وفي شرح ميارة: (إذا أتلف على غيره شيئا لزمه بدل المتلف إلى صاحبه والبدل نوعان مثل من طريق الخلقة والصورة ومثل من طريق القيمة فالذي من طريق الخلقة والصورة وهو كل ما يكال أو يوزن لزمه رد مثله لا قيمته..... فأما ما لا يكال ولا يوزن كالثياب وسائر العروض والرقيق والحيوان فيلزمه بإتلاف قيمته دون مثله من جنسه) ^٢ أهـ.

٥- **الحيلولة:** ويقصد بها أن يحال بين المال ومالكة بغير وجه حق، ومثاله الغاصب الذي ينقل المغصوب من محله فإنه يلزمه رده وتحمل مؤونة رده وإن علت؛ لحيلولته بين المال ومالكة، وهو محل اتفاق بين المذاهب، يقول الكاساني: (ومؤنة الرد على الغاصب لأنها من ضرورات الرد فإذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته) ^٣ أهـ. وفي مغني المحتاج: (وعلى الغاصب الرد للمغصوب على الفور عند التمكن وإن عظمت المؤنة في رده) ^٤ أهـ. وكذلك جاء في الشرح الكبير: (فان غصب شيئا فبعده، لزم رده وان غرم عليه أضعاف قيمته لأنه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه) ^٥ أهـ.

١- الإنصاف: علاء الدين أبي الحسن المرادوي، (٢١٦/٦).

٢- شرح ميارة: أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي، (١٧٧/٢).

٣- بدائع الصنائع: الكاساني، (١٤٨/٧).

٤- مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، (٢٧٦/٢).

٥- الشرح الكبير بحاشية المغني: عبد الرحمن بن قدامة المقدسي، (٣٨/٧).

المطلب الثالث

الضمانات في العقود المالية

سبق وأن ذكرنا أن التصرفات الشرعية إما أن تكون قولية وإما أن تكون فعلية، والقولية منها: إذا التفت فيها إرادتان، كانت تصرفات عقدية، أما الفعلية فهي كالإتلاف وقبض المبيع، وقبض الدين.

وعليه فإن العقود المالية هي: ثمرة تصرف قولي عقدي متمثل بالنقاء الإيرادات في إنشاء العقد، وتصرف فعلي مثل قبض المبيع، أو الدين، أو العين المرهونة.

وينشأ من هذا الاجتماع للتصرفات القولية والفعلية، - العقود المالية - التزامات على كلا طرفي العقد، ومن أهم هذه الالتزامات، الضمانات.

وقد عرضنا في المطالب السابقة، تفصيلاً ميسراً لمبدأ الضمان بشكل عام، ابتداءً بحقيقته وأدلة مشروعيته، مروراً بأركانه، وانتهاءً بأسبابه، وهنا في هذا المطلب سنتناول بإذن الله تعالى، الضمانات المتعلقة بالعقود المالية على وجه الخصوص، أسأله تعالى التوفيق.

تقسيمات العقود:

تنقسم العقود إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة، ولتقريب فكرة الضمان في العقود، سنذكر تقسيمين للعقود، الأول: باعتبار طبيعة العقد، والثاني: باعتبار الضمان.

أولاً: تقسيم العقود باعتبار طبيعتها.

تقسم العقود باعتبار طبيعة العقد ووظيفته إلى خمسة أنواع:

- ١ - عقود المعاوضات: وهي العقود التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه، مثل عقد البيع بأنواعه، والإجارة، وما شابههما.
- ٢ - عقود التبرعات: وهي العقود التي لا يأخذ فيها أحد المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه، ومثالها عقود: الهبة، والوقف، والوصية.
- ٣ - عقود الإرفاق: وهي العقود التي يعطي فيها أحد طرفي العقد مثل ما أخذه، أو عين ما أخذه من الطرف الآخر، وتنشأ بقصد القرية والثواب عادة، ومثالها: القرض، والعارية.
- ٤ - عقود التوثيق: وهي العقود التي تنشأ بقصد حفظ الحقوق، واستيفائها، وإثباتها، عند تعذر ذلك بالطرق المباشرة، ومثالها: عقد الرهن والكفالة.

٥- عقود الأمانات: وهي العقود التي تنشأ بقصد حفظ الأموال من التلف والضياع، ومثالها، عقد الوديعة.^١

ثانياً: تقسيم العقود باعتبار إفادتها لضمان الأموال:
وتنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع هي:

١- عقود ضمان: وهي التي يكون المال محلها مضموناً على الطرف القابض له، فمهما يصبه من تلف فما دونه ولو بأفة سماوية يكن على مسؤوليته وحسابه، وهي عقود البيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والقرض، وإقالة هذه العقود، والعارية على رأي الشافعية والحنابلة.

٢- عقود أمانة: وهي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد قابضه لحساب صاحبه فلا يكون القابض مسؤولاً عما يصيبه من تلف فما دونه، إلا إذا تعدى أو قصر في حفظه، وهذه العقود هي: الإيداع، والشركة، والوكالة، والوصاية، والعارية عند الأحناف والمالكية.

٣- عقود مزدوجة: وهي التي تنشئ الضمان من وجه، والأمانة من وجه، وهي عقود الإجارة، والصلح عن مال بمنفعة، والرهن.^٢

أنواع الضمان في العقود المالية:

مر معنا أن الضمان على أنواع، سميت بأسماء مسبباته، وهي ضمان العقد واليد والإتلاف والحيولة، والضمان في العقود المالية يتحقق فيه بعض هذه الأنواع دون بعض، وسنبحث في الصفحات القادمة أوجه تحقق هذه الأنواع في العقود المالية.

أولاً: ضمان العقد:

هو ضمان مال تلف بناء على عقد من عقود الضمان، وضمانه يكون بما يقتضيه العقد من بدل. ويدخل ضمان العقد على عقود المعاوضات فقط، سواء كانت المعاوضة ابتداءً أو انتهاءً، ابتداءً كعقود البيع والإجارة، وانتهاءً مثل عقود الإرفاق كالقرض وعقود التوثيق كالرهن، ويفرق في ضمان العقد بين العقود التي تفيد المعاوضة ابتداءً والتي تفيد المعاوضة انتهاءً، على النحو التالي:

١- ضمان العقود التي تفيد المعاوضة ابتداءً:

١- ملتقى أهل الحديث ، <http://www.ahlalhdeth.com/vb/showthread.php?t=6045>

٢- فكرة ضمان العقد: أيمن أبو العيال، مجلة جامعة دمشق، المجلد ١٩، العدد الثاني، ص ٨٥.

هذه العقود كالبيع والإجارة مثلا، يكون ضمانها بناء على ما يقتضيه العقد من بدل، دون مراعاة للمثل أو القيمة كأساس في التعويض.

فبالنسبة لعقد البيع: فإن المبيع قبل التسليم مضمون بيد البائع بالثمن. فمهما يصبه من تلف ولو بأفة سماوية، انفسخ البيع، واحتفظ المشتري بالثمن فكان المبيع مضمون بالثمن الذي بيد المشتري، وإن كان المشتري قد أدى الثمن، على البائع رد الثمن وفسخ العقد. وقال الشافعي رحمه الله في حال قبض البائع الثمن وهلك المبيع في يده، لا يفسخ العقد، وعلى البائع الضمان، المثل أو القيمة، ووجه قوله: أنه لو أتلف مالا مملوكا للغير بغير إذنه فيجب عليه ضمان المثل أو القيمة، كما لو أتلفه بعد القبض^١.

ولقد رد الكاساني على قول الشافعي رحمه الله بقوله: إن المبيع في يد البائع - سواء قبل قبض الثمن أم بعده - مضمون بأحد الضمانين، وهو الثمن، ألا ترى لو هلك في يده - قبل قبض الثمن - سقط الثمن عن المشتري، فلا يكون مضمونا بضمان آخر؛ - غير الثمن - إذ المحل الواحد لا يقبل الضمانين^٢.

٢- ضمان العقود التي تفيد المعاوضة انتهاءً.

ومثالها عقود الإرفاق: كالقرض والعارية^٣، وعقود التوثيق كالرهن والكفالة، فهذه العقود وإن كانت تحمل معنى الإرفاق والتوثيق ابتداء إلا إن مآلها إلى المعاوضة، فهي من عقود الضمان، ويكون ضمانها بالمثل أو القيمة.

فقد القرض مثلا: هو من العقود الإرفاق، والتبرع ابتداءً، والمعاوضة انتهاءً، لأن المقترض يتعهد برد مثل القرض عوضاً عنه، فصار معاوضة، فإن تعذر رد المثل لزم رد قيمة القرض، لذلك قلنا أنه من عقود الضمان؛ لأن القرض مضمون القيمة أو المثل.

ولعل سائلاً يسأل: إذا كان الضمان في عقود المعاوضة (ابتداءً وانتهاءً) هو ضمان عقد، فلم قلنا أن ضمان العقد في العقود التي تفيد المعاوضة ابتداءً، يكون بالبدل المتفق عليه بالعقد لا

١- بدائع الصنائع: الكاساني، (٢٣٨/٥).

٢- المرجع السابق.

٣- العارية مضمونة بيد المستعير عند الشافعية والحنابلة لذا فأنها من عقود الضمان التي تفيد المعاوضة انتهاءً، أما المالكية والحنفية: فإنهم يرون عدم تضمين المستعير ويرون أن يده على المال يد أمانة والراجح ما ذهب إليه الحنابلة والشافعية؛ وذلك لما روي عن صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدراعا يوم حنين، فقال أغصبا يا محمد؟ قال بل عارية مضمونة، فكرة ضمان العقد: أيمن أبو العيال، مجلة جامعة دمشق، المجلد ١٩، العدد الثاني، ص ٨٥.

بالمثل أو القيمة، وفي العقود التي تفيد المعاوضة انتهاء جعلنا الضمان بالمثل أو القيمة، ومعلوم أن ضمان العقد لا يكون بالمثل أو القيمة ؟
ويجاب على ذلك: أن ضمان العقد يكون بالبدل فقط، وهو متحقق في جميع عقود المعاوضة ابتداء وانتهاء. ولكن العقود التي تفيد المعاوضة انتهاء كالقرض، البذل فيها هو المثل أو القيمة، فلو اقترض أحدهم خمسة دنانير معدنية، فهو مطالب برد مثلها لا عين الدنانير التي أخذها، وإن تعذر ردها معدنًا وهو المثل، ردها دنانير ورقية وهي القيمة، وقبلت منه و أجزأته، إذ البذل في هذه العقود هو المثل أو القيمة وهي داخلة في ضمان العقد.

والخلاصة: أن ضمان العقد يدخل على عقود الضمان والتي تفيد المعاوضة ابتداء كالبيع بأنواعه أو انتهاء كعقود الإرفاق والتوثيق، ويكون الضمان فيها برد البذل المتفق عليه في العقد.

ثانياً: ضمان اليد:

ضمان اليد في العقود: هو ضمان مال تُلّف بناء على عقد من عقود الأمانة وهو -أي الضمان- لا يكون في هذه العقود إلا بالتقصير أو التعدي، ويكون بالمثل أو بالقيمة.
وعلى ذلك فإن ضمان اليد في العقود يدخل على عقود الأمانة وعقود التبرع وهي: الإيداع، والشركة، والوكالة، والوصاية، (والعارية عند الأحناف والمالكية).

ففي الإيداع مثلاً: إذا هلكت الوديعة في يد الوديع، فإنه ينظر: إن كان الهلاك دون تعدي أو تقصير من الوديع، فلا شيء عليه ولا يضمن لأن يده على المال يد أمانة، وإن اعتدى أو قصر في الحفظ فإنه يضمن بالمثل، أو القيمة، وضمانه هذا هو ضمان يد.

رأي الباحث:

يرى الباحث أن التعويض في عقود الأمانة في حال التلف بتعدُّ وتقصير من صاحب اليد، لا يعد نوعاً من أنواع الضمان، وإنما هو جزاء، وقد سبق أن وضعنا ذلك في المبحث السابق، فالجزاء في عقود الأمانة هو قرين التعدي فحيث ما حل، حل الجزاء، والشارع لم ينص على تضمين أصحاب هذه الأيدي ابتداء، وإنما هم أمناء على المال الذي في أيديهم، وتلف المال بأيديهم لا يوجب عليهم الضمان، ولكن لما اقترن التلف بالتعدي منهم، وجب بحقهم التعويض، وهو جزاء التعدي والتقصير. وليس أدل على أن إيجاب التعويض على هؤلاء، جزاء وليس ضمان، ليس أدل على ذلك من جواز إضافة التعزير والتأديب عليهم مع التعويض، وهذا يدل على أن كل ذلك جزاء وعقاب لهم لتعديهم بإتلاف المال الذي أوتمنوا عليه، وإلا فإن أيديهم أمانة ولا توجب الضمان عليهم.

فإذا كان ضمان اليد غير متحقق في عقود الضمان لتتحقق ضمان العقد فيها، وغير متحقق في عقود الأمانة لتتحقق الجزاء فيها، وبالتالي فلن يكون متحققاً في العقود المزدوجة، إذاً فهو غير متحقق في العقود المالية.

ثالثاً: ضمان المتلف:

ضمان المتلف هو الأثر المترتب على الإلتلاف، سواء كان المباشر للإلتلاف متعمداً، أو مخطئاً، ويكون ببذل قيمة المتلف، أو مثله إن كان مثلياً.

وهو بهذا الوصف لا يدخل على العقود المالية، لسببين:

الأول: إذا كان العقد من عقود الضمان فإن ضمانه يكون بالبذل الذي تراضى عليه الطرفان، لا بالمثل ولا بالقيمة، وضمان المتلف لا يكون إلا برد المثل أو القيمة، من هنا فارق عقود الضمان. **الثاني:** لا تمييز في ضمان المتلف بين العمد، والخطأ، فكلاهما يضمن ما أتلّفه، في حين أن عقود الأمانة، لا يضمن فيها صاحب اليد إذا لم يتعمد، وعليه: لا يدخل ضمان المتلف على عقود الأمانة.

ولما فارق ضمان المتلف عقود الضمان، وعقود الأمانة، فإنه بالتالي فارق العقود المزدوجة التي تحمل الضمان من وجه والأمانة من وجه، إذاً لا محل لضمان المتلف أيضاً في العقود المالية.

رابعاً: ضمان الحيلولة:

كما مر معنا سابقاً، فإن الحيلولة يقصد بها: أن يحال بين المال ومالكة بغير وجه حق، وصور ذلك متعددة فمنها: إبعاد المال إلى مكان يعسر على صاحبه الشرعي الوصول إليه، أو إبعاده المال إلى مكان بعيد تعظم فيه مؤونة رده، أو أن يحول بين المال ومالكة ذو سلطان، أو سطوة، كالغاصب مثلاً، وسنبين هنا إمكانية دخول هذا النوع من الضمان على العقود المالية.

أولاً: عقود الضمان:

ففي البيع مثلاً: لو حال البائع بين المشتري والمبيع، أو حال المشتري بين البائع والثمن، فإن ذلك بموجب ضمان العقد سبباً لفسخ العقد وتفريق الصفقة، وإن كان المشتري قد أدى الثمن استرده، فلا مجال لضمان الحيلولة هنا.

ولكن إذا حال البائع بين المشتري والمبيع، بأن بعد المبيع، فكلّف المشتري قبض المبيع مؤونة عالية، وقد أداها فعلاً وقبض المبيع، فهل يضمن البائع ذلك؟

يرى المالكية أن المبيع ينتقل ملكه إلى المشتري بمجرد العقد^١، ومقتضى ذلك أن البائع معتد بحيلولته بين مال الغير ومالكه، فعليه مؤونة الرد، ويؤيد هذا القول قياس تحميل البائع مؤونة تسليم المبيع الذي حال بينه وبين مالكه عدواناً، قياسه على تحميل الغاصب أجره رد المغصوب إلى موضعه بجامع التسبب في غرم المال بغير حق، جاء في شرح المنتهى: (لو تعدى -بالغصب- على مال بتحميله أجره، وحمله لبلد أخرى، وغاب، ثم غرم مالكه أجره حملة لعوده إلى محله الأول، فإنه يرجع به على من تعدى بنقله)^٢.

أما الجمهور فيرون أن ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري إلا بالقبض^٣، والقبض هنا متعذر، والمبيع مضمون بالثمن، فيفسخ البيع، وإذا اختار المشتري إمضاء البيع على هذه الحال، يتحمل هو مؤونة النقل؛ لأنه تنازل عن حقه في ضمان العقد وهو الفسخ واسترداد الثمن، فلا يستفيد من ضمان الحيلولة؛ وذلك (لأن المحل الواحد لا يقبل ضمانين)^٤، وضمن العقد واقع هنا فلا مجال لتحقيق ضمان الحيلولة، جاء في مجلة الأحكام العدلية: (إذا كان المشتري لا يعلم أن المبيع في أي محل وقت العقد وعلم به بعد ذلك كان مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أمضاه وقبض المبيع حيث كان موجوداً)^٥.

وعلى ما ذكر نخلص إلى أن ضمان الحيلولة غير متحقق في عقود الضمان.

ثانياً عقود الأمانة:

في عقود الأمانة صاحب اليد لا يغرم شيئاً ما لم يعتد أو يقصر في الحفظ، لأن يده يد أمانة، فلو أبعده الوديع الوديعة بقصد حفظها وعظمت مؤونة ردها لا يضمن، أما إذا أبعدها متعدياً، وقاصدا الأضرار بالمودع فعلى صاحب اليد ردها جزاء لتعديه، ولا يسمى ضماناً كما قررنا سابقاً، فلا يدخل ضمان الحيلولة على عقود الأمانة وإنما يتحمل المؤونة جزاء، وعلى القول بأن ما يدفعه صاحب يد الأمانة إذا تعدى ضماناً وليس جزاء؛ فهو ضمان يد وليس ضمان حيلولة؛ لأن عقود الأمانة تضمن باليد والمحل الواحد لا يقبل الضمانين.

ومما سبق ذكره تبين أن ضمان الحيلولة هو الآخر غير داخل في العقود المالية.

١- القوانين الفقهية: ابن جزري، ص ١٦٤.

٢- شرح منتهى الإرادات: البهوتي، (١٥٧/٢).

٣- القوانين الفقهية: ابن جزري، ص ١٦٤.

٤- بدائع الصنائع: الكاساني، (٢٣٨/٥).

٥- مجلة الأحكام العدلية: جمعية المجلة، المادة ٢٨٦.

الخلاصة.

وبذلك توصل الباحث إلى أن العقود المالية لا يدخل عليها إلا ضمان العقد وذلك في عقود الضمان؛ لتحقق مبدأ المعاوضة فيها.

أما ضمان اليد فغير متحقق في عقود الضمان لتحقق ضمان العقد فيها، وغير متحقق في عقود الأمانة؛ لأن صاحب اليد فيها لا يضمن إلا بالتعدي، وعند التعدي يكون ما يغرمه جزاء وليس ضمان.

وكذلك فإن ضمان المتلف غير متحقق في العقود، لأنه قائم على التعويض بالمثل أو القيمة، وهذا لا يسلم به في عقود الضمان التي تضمن بالبدل، وكذلك لعدم التفريق في ضمان المتلف بين الخطأ والعمد، وهذا محال في عقود الأمانة.

وأخيراً ضمان الحيلولة وقد سبق بيان وجوه عدم تحققه قريباً.

الضمان في العقود الباطلة والفاصلة:

العقود من حيث الصحة وعدمها على وجهين عند الجمهور، وعلى ثلاثة أوجه عند الحنفية، أما الجمهور فيرون أنها إما صحيحة وإما باطلة، وأما الحنفية فقد أوجدوا منزلة بين المنزلتين وهي: العقد الفاسد. فالصحيح عند الجمهور: ما استوفى شروطه وأركانه، والباطل والفاصل كلاهما واحد وهو: كل ما كان غير صحيح، وبالتالي هو: كل ما لا يترتب عليه أثره^١.

أما الحنفية فقد عبروا عن الباطل بأنه: كل ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، والفاصل هو: ما شرع بأصله ولم يشرع بوصفه. فالباطل عندهم لا يمكن تصويبه بحال لأنه فاقد ركنًا من أركانه، كالأهلية وطهارة محل العقد، أما الفاسد فيمكن تصويبه إذا انتفت الصفة الفاسدة الداخلة عليه ومثاله القرض بمنفعة فهو عقد صحيح، ولكن اشتراط المنفعة هو ما أدخل الفساد، فإذا انتفى هذا الشرط صح العقد، وقد سبق الكلام عن ذلك في المبحث السابق، ولكننا هنا سنتناول حكم الضمان في مثل هذه العقود.

١- أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله: د. عياض السلمي، ص ٥٩.

أولاً: الحنفية:

الباطل في البيع عند الحنفية: كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الأهلية والمحلية وغيرهما^١، كبيع دم أو ميتة، أما حكمه من جهة انتقال الملك: فهو لا يفيد الملك حتى بالقبض^٢؛ لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع؛ فالتصرفات الشرعية لا يعتبر وجودها إلا إذا صدرت من أهل لها وفي محل مشروع وانعدام أحدهما يؤدي إلى البطلان وعدم اعتبار التصرف^٣.

هذا من جهة انتقال الملك، أما من جهة ضمان المبيع في العقد الباطل فللحنفية فيه قولان:

الأول: إذا تم التقابض بعقد باطل؛ فإن يد المشتري على المبيع يد أمانة، لا يضمن إلا بالتعدي والتقصير، وعللوا ذلك؛ بأن العقد غير معتبر فبقى مجرد القبض بإذن المالك وذلك لا يوجب الضمان^٤، وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية^٥ من رواية عن أبي حنيفة.

الثاني: إذا تم التقابض بعقد باطل؛ فإن يد المشتري على المبيع يد ضمان، يضمن المبيع إذا هلك ولو بأفة سماوية بالمثل والقيمة، وعللوا ذلك؛ بأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء، وهو ما ذهب إليه الصحابان ورواية عن أبي حنيفة، واختاره السرخسي^٦.

أما الفاسد من البيوع: فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة^٧، مثل اشتراط الزيادة في بيع المتماثلات، كبيع الدرهم بدرهمين، فاشتراط الزيادة شرط فاسد، ويصح العقد بإلغاء الشرط.

ويرون أن المبيع بعقد فاسد يملك بالقبض، إذا خلا من خيار الشرط ولكنه ملك خبيث يجب رده.

أما عن ضمان المبيع بهذا العقد بعد القبض، فإن يد المشتري عليه يد ضمان؛ أي يضمنه إذا هلك ولو بأفة سماوية، المثل بالمثل والقيمة بالقيمي^٨.

١- بدائع الصنائع: الكاساني، (٣٠٥/٥).

٢- رد المحتار: ابن عابدين، (٥٩/٥). مجمع الضمانات: البغدادي، (٤٧٨/١). فتح القدير: ابن همام، (٤٠٤/٦).

٣- بدائع الصنائع: الكاساني، (٣٠٥/٥).

٤- فتح القدير: ابن همام، (٤٠٤/٦).

٥- مجلة الأحكام العدلية: جمعية المجلة، مادة ٣٧٠.

٦- رد المحتار: ابن عابدين، (٥٩/٥). فتح القدير: ابن همام، (٤٠٤/٦).

٧- بدائع الصنائع: الكاساني، (٢٩٩/٥).

٨- مجمع الضمانات: البغدادي، (٤٧٨/١).

ثانياً: المالكية:

لا يرى المالكية التفريق الذي يراه الحنفية بين الفاسد والباطل، ولكنهم يفرقون بين المجمع على فساده ويسمونه باطلاً، وبين المختلف على فساده ويسمونه فاسداً.

والباطل إما يكون البطلان من جهة المحل، كبيع الميتة، أو من غير جهة المحل كجهة العاقد.

فإذا كان البطلان من جهة المحل كبيع خمر، أو ميتة، أو دم، فإنه لا يملكه وإن دفع الثمن وقبضه، لأنه مما يحرم ملكه، وعليه؛ فإن قبضه المشتري بإذن المالك فهلك في يديه فلا ضمان عليه؛ لأن المحل لا يعد مالاً.

وإذا كان البطلان من غير جهة المحل، كبيع ناقص أهلية، فإنه من جهة الملك، لا يملك المشتري المبيع، ولكنه إذا قبضه فإن يده عليه يد ضمان، لأنه قبضه على جهة التمليك بحسب زعمه، وإن لم ينتقل له الملك في حقيقة الأمر^١.

أما الفاسد عندهم: فهو المختلف في فساده ولو خارج المذهب^٢، كالبيع عند الأذان لصلاة الجمعة، فإن قبض المشتري المبيع في مثل هذا العقد، قبضاً مستمراً، - لا يتخلله فترة أعاد فيها المبيع للبائع ثم استرده - إن قبضه كذلك؛ فإنه يدخل في ضمانه، وعليه رده بعينه، إن لم يفوت^٣ المبيع، فإن فات المبيع بيد المشتري، رد قيمته ورجع بثمنه^٤، وقيل أنه إذا وجب رد القيمة فإنه يقاصه بها من الثمن، وأجرة المَقوم على كلا المتبايعين، وقيل كذلك أن قيمتها ثمنها الأول^٥.

ثالثاً: الشافعية والحنابلة:

الشافعية والحنابلة لا يرون أي تفريق بين الفاسد والباطل فهو عندهم واحد ولا يفرقون في الحكم في بعض أجزائه كما فعل المالكية، ويرون أن المبيع بعقد فاسد أو باطل لا يملك بالقبض، لأنه العقد بحكم المعدوم فلا يترتب عليه أثر، وبالتالي فإن يد المشتري على السلعة يد ضمان،

١ - حاشية العدوي: علي العدوي، (٣/٣٣٤).

٢ - المرجع السابق: (٣/٣٣٦).

٣ - والفوات يكون بخمسة أشياء (الأول) تغيير الذات وتلفها كالموت والعتق وهدم الدار وغرس الأرض وقلع غرسها وفناء الشيء جملة كأكل الطعام (الثاني) حوالة الأسواق (أي تغيير الأسعار) (الثالث) البيع (الرابع) حدوث عيب (الخامس) تعلق حق الغير كرهن السلعة. (القوانين الفقهية: ابن جزري، (١/١٧١)).

٤ - مواهب الجليل: الخطاب الرعيني، (٦/٢٥٦). الشرح الكبير: الدردير، (٣/٧١، ٧٠). حاشية الدسوقي: محمد عرفة الدسوقي، (١/٣٨٩)، (٣/٧١).

٥ - حاشية العدوي: علي العدوي، (٣/٣٣٥). الاستنكار: ابن عبد البر، (٧/٢٩٧).

يضمنها بالقيمة والمثل وإن هلكت بأفة سماوية. جاء في الحاوي الكبير: (إذا ابتاع الرجل شيئاً بيعاً فاسداً وقبضه يضمنه ضمان غصب)^١، وفي الشرح الكبير: (ومتى حكمنا بفساد العقد لم يثبت به ملك سواء اتصل به القبض أو لا، ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع، ولا هبة، ولا عتق، ولا غيره، وبهذا قال الشافعي). وقال أيضاً: (إذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح لأنه باع ملك غيره بغير إذنه، وعلى المشتري رده على البائع الأول لأنه مالكة ولبائعه أخذه حيث وجده، ويرجع المشتري الثاني بالثمن على الذي باعه، ويرجع الأول على بائعه، فإن تلف في يد الثاني؛ فللبائع مطالبة من شاء منهما؛ لأن الأول ضامن والثاني قبضه من يد ضامنه بغير إذن صاحبه فكان ضامناً)^٢.

١- الحاوي الكبير: الماوردي، (٨٣/٦).

٢- الشرح الكبير بحاشية المغني: عبد الرحمن ابن قدامة المقدسي، (٢٨٩، ٢٨٨، ٢٨٧/٥).

المطلب الرابع

خطاب الضمان

إن تطور نظم المعاملات، واستحداث عقود تجارية حديثة، وتطور وسائل الاتصال والنقل، كل هذه التطورات؛ سارعت من وتيرة التبادل التجاري وتداول الأموال، فالتجار اليوم باتت تجاراتهم وبضائعهم تجوب شتى أصقاع الأرض ويتم تداولها بين العديد من الشركات، وكل ذلك دون أن يخرج أحدهم من مكتبه فضلا عن أن يضطر للسفر، فقد يتعامل التاجر مع أشخاص سنوات عدة دون أن يراهم أو يدخل بلادهم، وهذا من جهته فرض استحداث وسائل جديدة للضمان، وكان على رأس هذه الوسائل المستحدثة وأكثرها وأوسعها انتشارا، خطابات الضمان البنكية.

وفي هذا المطلب إن شاء الله سنقوم ببيان التكييف الفقهي لهذه المعاملة، والأحكام المتعلقة بأنواعها المتعددة، ولكن هذا الأمر لا يتأتى قبل بيان معنى خطاب الضمان وصوره، وأنواعه، فالحكم على الأمر فرع عن تصويره، أسأل الله التوفيق.

تعريف خطاب الضمان:

هو عبارة عن تعهد كتابي، يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه (طالب الإصدار) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضمانا لوفاء هذا العميل بالتزامه اتجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان، دون التفات لما قد يبديه العميل من معارضة^١.

وعرفوه كذلك بأنه: تعهد المصرف للمستفيد بضمان عميله بناء على طلب ذلك العميل، وذلك بدفع القيمة التي نص عليها التعهد في وقت محدد إذا أخل العميل بالتزامه تجاه المستفيد^٢.

أنواع خطابات الضمان:

تتنوع خطابات الضمان وتتعدد بتعدد استخداماتها، بمعنى أن لكل نوع من العقود، أو مرحلة من مراحل العقد الواحد، نوعاً محددًا من خطابات الضمان، وهي على الشكل التالي:

١- موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة: د. علي السالوس، ص ٦٤١.

٢- خطاب الضمان في المصارف الإسلامية: سليمان القرم، رسالة ماجستير جامعة النجاح، ص ٢٧، ٢٨.

١ - خطاب الضمان الابتدائي:

محلّه: عقود المناقصات والعطاءات سواء كانت حكومية أو مناقصات القطاع الخاص، ولكنه في الغالب يقدم لدخول المناقصات الحكومية.

طريقة استخراجّه: يقوم العميل الراغب بدخول المناقصة بتقديم طلب للمصرف لإصدار خطاب ضمان ابتدائي، يتعهد المصرف بموجبه بدفع مبلغ معين من المال للجهة صاحبة المناقصة يشكل عادة من ١% إلى ٣% من قيمة المناقصة التي يتنافس طالب الخطاب للحصول عليها، وذلك في حال تخلف العميل أو عجزه عن إتمام التعاقد خلال فترة معينة مع الجهة صاحبة المناقصة إذا ما رست عليه، وغالبا هذه المدة لا تتجاوز عشرة أيام، وتكون مدة تعهد البنك عادة من شهر إلى ثلاثة شهور، ويحصل المصرف لقاء هذا التعهد من العميل على مبلغ معين يتم احتسابه في بعض المصارف بحسب قيمة الضمان.

فوائده: يضمن جدية المتقدم للمناقصات في دخولها وإتمامها، وعدم الانسحاب منها، وسمي بالابتدائي؛ لأنه أول ما يبدأ به، فهو مقدمة لخطابات أخرى في حال رست المناقصة على العميل، وكذلك لأن نسبته تمثل نسبة ضئيلة من حجم المناقصة.^١

٢ - خطاب الضمان النهائي:

في حال رست المناقصة على العميل مقدم خطاب الضمان الابتدائي، تقوم الجهة صاحبة المناقصة أو المشروع برد خطاب الضمان الابتدائي على أن يسلمها العميل خطاب ضمان، آخر هو خطاب الضمان النهائي.

طريقة استخراجّه: يقوم العميل بطلب خطاب ضمان نهائي من المصرف من ذات المصرف أو غيره، وهو خطاب يتعهد البنك بموجبه للجهة صاحبة المناقصة بدفع مبلغ من المال تتراوح نسبته ما بين ٥% إلى ١٠% من قيمة العطاء، في حال تخلف العميل أو عجزه عن إتمام التزامه الذي تعهد به للجهة صاحبة المناقصة، وتكون مدة الخطاب عادة عامًا قابلا للتجديد، ويتقاضى المصرف عادة ما قيمته ١% إلى ٣% من مبلغ الضمان لكل عام مقابل إصدار هذا الخطاب.

فوائده: يضمن حسن التنفيذ وسلامة الأداء، في العملية من مناقصة أو مشروع من ابتدائها إلى منتهاها.^٢

١ - خطاب الضمان: د. بكر أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد ٢، (١٠٤٠/٢).

٢ - المرجع السابق.

٣- خطاب ضمان مقابل غطاء كامل لنفقات المشروع:

خلال مدة تنفيذ المشروع تقوم الجهة صاحبة المناقصة بتسديد دفعات مقدمة للمقاول (العميل) لقاء ما سينجزه من أعمال المناقصة، ولضمان هذه الدفعات في حال تخلف العميل عن تنفيذ ما تقاضى لأجله هذه المبالغ، يطلب منه خطاب ضمان مقابل غطاء كامل لنفقات المشروع.

طريقة استخراجها: لا تختلف طريقة استخراجها عن سابقه الابتدائي والنهائي، وكذلك يتقاضى البنك مبلغاً من العميل يحسب بناء على نسبة المال المضمون ومدة الضمان.

فوائده: ضمان عدم تهرب المقاول من تنفيذ التزاماته بعد قبض الدفعات المسبقة من الجهة صاحبة المشروع.^١

٤- الاعتماد المستندي:

محلّه: محل هذا النوع من الخطابات عقود الاستيراد والتصدير.

طريقة استخراجها: بعد أن يتم عقد البيع بين المستورد (المشتري) والمصدر (البائع) يطلب البائع من المشتري اعتماداً مستندياً من أحد المصارف يتعهد بموجبه المصرف بسداد كامل مبلغ الصفقة أو الأقساط المتفق عليها إذا كان البيع بالتقسيط فور وصول أوراق الجمارك و شحن البضائع من المصدر للمصرف بشرط أن تكون الكميات التي في أوراق شحن البضائع موافقة لما تم الاتفاق عليه في العقد، ويقوم المصرف بعد طلب العميل للاعتماد بإبلاغ المصدر بتعهده بما ذكرنا، وطريقة الإبلاغ تكون إما مباشرة مع المصدر وإما عن طريق تبليغ مكتب يمثل المصدر في بلد المصرف، وإما عن طريق إبلاغ مصرف آخر في بلد المصدر، ويسمى المصرف المراسل، هذا المصرف المراسل هو الذي يقوم بإبلاغ المصدر بالاعتماد وهو كذلك الذي يقوم بنك الاعتماد في نهاية الصفقة بتحويل الأموال إليه ليستلمها المصدر دون أن يكون للبنك المراسل أي دور في عملية الضمان، وكذلك من الممكن أن يقوم هذا البنك المراسل بتبليغ المصدر بالاعتماد وإضافة تعزيره للاعتماد فيتكفل حينها بدفع كامل المستحقات بشرط تطبيق المصدر شروط العقد، وفي بعض الأحيان النادرة تصل البضائع إلى الموانئ قبل وصول أوراق الجمارك والشحن والتأمين إلى مصرف الاعتماد، في هذه الحال يقوم المصرف بالحجز على البضائع إلى حين استلامه أوراق البضائع، وإذا

١- المرجع السابق.

رغب المستورد رفع الحجز عن البضائع واستلامها فحينها على المصدر هذه المرة أن يقدم خطاب ضمان لمصرف الاعتماد بقيمة المبالغ التي استلمها المصدر من المصرف، ينتهي مفعوله بوصول أوراق البضائع إلى مصرف الاعتماد^١.

فوائده: بالنسبة للمصدر، يكون لديه الضمان أنه سوف يقبض قيمة البضائع التي يكون قد تعاقد على تصديرها وذلك فور تقديم وثائق شحن البضاعة إلى المصرف الذي أشعره بورود الاعتماد.

وبالنسبة للمستورد، فإنه يضمن أن المصرف الفاتح للاعتماد لن يدفع قيمة البضاعة المتعاقد على استيرادها إلا بتقديم وثائق شحن البضاعة بشكل مستكمل للشروط الواردة في الاعتماد المستندي المفتوح لديه^٢.

هذه الصور الأربعة تعتبر أنواع خطاب الضمان الشائعة، ولكن كلاً من هذه الأنواع الأربعة لا يخلو في حقيقته أن يكون واحداً من ثلاث حالات هي:

١- **خطاب ضمان مغطى:** أي أن العميل يقوم بإيداع كامل مبلغ الخطاب في حسابه لدى المصرف مصدر الخطاب.

٢- **خطاب ضمان غير مغطى:** أي أن المصرف يصدر الخطاب دون أن يكون للعميل طالب الخطاب أي مبلغ في من قيمة الخطاب في حسابه، فيضمن المصرف قيمة الخطاب من مال المصرف الخاص.

٣- **خطاب ضمان مغطى جزئياً:** أي أن العميل يقوم بإيداع جزء من قيمة الخطاب في حسابه، وباقي قيمة الخطاب يضمنها المصرف من مال المصرف الخاص.

إذاً هذه صورة مختصرة لما عليه خطاب الضمان، وصوره، وحالاته، وبهذا يبقى أن نضع هذه المعاملة المستحدثة على الميزان الفقهي، وأول خطوة في هذا المجال هي تكييف المعاملة في محاولة لتحديد الباب الفقهي الذي تنتمي إليه^٣.

التكييف الفقهي لخطاب الضمان:

إن موضوع خطاب الضمان موضوع واسع ويلزم لدراسته دراسة شرعية مفصلة في بحث مستقل، ولكنني سأحاول هنا سرد أوجه الخلاف بين العلماء في تكييف هذه المعاملة، بشيء من الاختصار غير المخل إن شاء الله، مع ترجيح ما أراه أكثر موافقة وانسجاماً مع القواعد العامة للتشريع ومقاصده الخاصة بهذا الباب، بقدر ما أملك من وسع سائلا المولى التوفيق.

١- بحث الاعتماد المستندي: شبكة قانون نت، ص ٢، ٥، www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/4209.doc

٢- المرجع السابق: ص ١.

٣- مقابلة مع السيد أيمن الشاعر: مدير البنك الإسلامي الفلسطيني، فرع رفح، بتاريخ ٢/١١/٢٠١٠.

تحرير محل النزاع:

لقد اختلف العلماء المعاصرون في تكييف هذه المسألة إلى أقوال متعددة وقف الباحث على عدد منها، ولكن قبل ذكر هذه التكييفات يجدر التنبيه إلى أن العلماء لم يختلفوا في تكييف خطاب الضمان المغطى بالكامل من قبل طالبه بأنه وكالة.

ولكنهم اختلفوا في تكييف خطاب الضمان غير المغطى، والمغطى جزئياً على عدة أقوال.

أقوال العلماء:

التكييف الأول: يرى أصحابه أن خطاب الضمان كفالة^١، وحجتهم في ذلك أن كلاً من خطاب الضمان والكفالة التزام بمال على الغير للغير، فضلاً عن اتفاقهما من عدة وجوه مثل:

أ- اتفاقهما من حيث أن كليهما ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، فالمستفيد من خطاب الضمان يطالب المصرف إذا أخل طالب الخطاب بالتزامه، والمكفول له يطالب الكفيل إذا أخل الأصيل بالتزامه.

ب- مقصد كل من الكفالة وخطاب الضمان، تقوية المركز المالي للمكفول تجاه المستفيد بشكل يكون معه مطمئناً أن حقه لن يضيع^٢.

التكييف الثاني: يرى أصحابه أن خطاب الضمان وكالة^٣: ويرى صاحب هذا القول أن الكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة بالأداء، فالوكيل يرجع بما دفع على موكله، والمصرف يرجع على طالب خطاب الضمان بما دفع.

التكييف الثالث: ويرى أصحابه أن خطاب الضمان وكالة من وجه، وكفالة من وجه آخر^٤،

١- أبرز من قال بهذا القول ممن وقفت على قولهم الدكتور الصديق الضرير: في بحثه خطاب الضمان في الشريعة الإسلامية، مجلة المشكاة، <http://www.meshkat.net/index.php/meshkat/index/5/5081/content>، والدكتور بكر أبو زيد: في بحثه خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثاني، (١٠٣٧/٢) وما بعدها.

٢- المعاملات المالية المعاصرة: محمد القلعه جي، ص ١٠٦، نقلاً عن خطاب الضمان في المصارف الإسلامية: سليمان أحمد القرم، ص ٤٩.

٣- صاحب هذا الرأي هو الدكتور سامي حمود في كتابه: تطوير الأعمال المصرفية، نقلاً عن موقع الدكتور رفيق المصري، قسم المقالات الغير منشورة

٤- أبرز أصحاب هذا الرأي الدكتور علي السالوس: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة: ص ٦٤٣، عبد الستار أبو غدة: مجلة مجمع الفقه، العدد الثاني، (١١٠٦/٢).

ووجه هذا القول أن خطاب الضمان إذا كان مغطى بالكامل من قبل العميل فإن العلاقة بينه وبين المصرف علاقة وكالة، وإذا كان غير مغطى فالعلاقة علاقة كفالة، وإذا كان مغطى جزئياً، فالعلاقة وكالة في الجزء المغطى، وكفالة في الجزء الغير مغطى.

مناقشة الأقوال:

القول الأول: وقد نوقش قولهم بأن خطاب الضمان كفالة من عدة وجوه:

- ١- خطاب الضمان إذا أصدره المصرف فهو باتّ والمصرف ملزم بما تعهد به، فليس له الرجوع عنه مطلقاً، في حين أن للكفيل الرجوع عن كفالته، حتى بعد بدء المعاملة التي كفلها ويكون حينها كفيلاً لما تم من المعاملة، جاء في الشرح الكبير للدريير: (للضامن في مسألة دايين فلانا الرجوع عن الضمان قبل المعاملة لا بعدها فإن عامله في البعض لزم فيما عامل به دون ما لم يعامل به) ^١ أهـ.
- ٢- في خطاب الضمان يدفع العميل للمصرف رسوماً متفقاً عليها بينهما عند تنظيم عقد الضمان، في حين لا يجيز أحد من الفقهاء الأربعة أخذ الأجرة على الكفالة لأنها تبرع من أعمال الإحسان، وأخذ الأجرة عليها يناقض مقتضى العقد ^٢.

فإذا ثبتت مفارقة خطاب الضمان للكفالة من هذين الوجهين فقط؛ لزم بطلان قياسه على الكفالة، فإن الفرع في القياس يلزم أن يوافق الأصل من كل وجه، لا من بعض الوجوه فقط، يقول ابن القيم رحمه الله: (ومن سوى بين الشئيين لاشتراكهما في أمر من الأمور، يلزمه أن يسوي بين كل موجودين؛ لاشتراكهما في مسمى الوجود، وهذا من أعظم الغلط والقياس الفاسد الذي ذمه السلف) ^٣ أهـ.

القول الثاني: إن التسليم بأن خطاب الضمان المغطى بالكامل من قبل العميل هو عقد وكالة، لا يعني التسليم أن الخطاب غير المغطى، والمغطى جزئياً، هما وكالة أيضاً، فالموكل الأصل أنه يستطيع القيام بأعماله ولسبب ما يترك أمر القيام بهذه الأعمال للوكيل بإرادته، أما في خطاب الضمان فإن طالبه لا يستطيع أن يقوم بعمله إلا بتقديم خطاب الضمان، فهو مجبر على ذلك، ولو ترك الأمر لإرادته لما استخرج خطاب الضمان، فلأي سبب يحمل نفسه مصاريف إضافية لولا أن الأمر مفروض عليه، وبالنظر إلى حقيقة خطاب الضمان هل طالب الخطاب يهدف منه توكيل المصرف بالدفع، أم هو مجرد ضمان لبيان جديته في إتمام الأعمال، والجواب قطعاً أنه

١- الشرح الكبير: الدريير، (٣/٣٣٣).

٢- خطاب الضمان في المصارف الإسلامية: سليمان القرني، ص ٥١.

٣- إعلام الموقعين: ابن قيم الجوزية، (٣/٢٠٥).

مجرد ضمان لا يقصد به أي توكيل، وفي الخطاب المغطى بالكامل لم يدفع العلماء إلى القول بأنه وكالة سوى كون المصرف لا يدفع شيئاً من ماله وإنما يدفع من مال طالب الخطاب الذي أذن للمصرف أن يدفع هذا المال لهذه الجهة، فأين هذا في خطاب الضمان غير المغطى أو المغطى جزئياً، والذي يدفع فيهما المصرف مبلغ الضمان من مال المصرف ثم يعود على العميل بالمبلغ وأجر الضمان، إن هذا عين الربا، وبالفعل لم يظهر هذا القول إلا من باب التحايل لإباحة أخذ الأجر على خطاب الضمان، وذلك أن الوكالة تجوز بأجر وبدون أجر، وسنفصل القول عن هذه المسألة عند الحديث عن حكم الأجر على خطاب الضمان^١.

الترجيح:

بعد هذا العرض اليسير المقتضب لأقوال العلماء وبعض أدلتهم وأبرز ما نوقشت به، يرى الباحث أن التكييف الثالث هو الراجح والقاضي أن خطاب الضمان المغطى يرد إلى عقد لوكالة، وخطاب الضمان غير المغطى يرد إلى عقد الكفالة، والمغطى جزئياً يعد وكالة في الجزء المغطى، كفالة في جزئه غير المغطى، وهذا التكييف قد نصره مجمع الفقه الإسلامي الدولي وكثير من الهيئات والمؤسسات المالية، فقد جاء في قرار المجمع بخصوص خطاب الضمان: (إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي و النهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه، فإن كان بدون غطاء، فهو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مآلاً، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم: الضمان أو الكفالة. وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد المكفول له)^٢.

أخذ الأجر على إصدار خطاب الضمان:

لقد بينا عند الحديث عن صور خطاب، أن المصرف يتقاضى عادة مبالغ من العميل لقاء إصدار هذا الخطاب، وهنا ظهرت المشكلة الحقيقية لهذه المعاملة، وهي حكم الأجر على إصدار خطابات الضمان المصرفية.

اختلف العلماء المعاصرون في حكم هذا الأجر باختلاف تكييفهم لخطاب الضمان، والذي سبق ذكره في الفقرة السابقة فمنهم مجيز له مطلقاً، ومنهم من يمنعه مطلقاً، ومنهم من قال بالتفصيل.

١- خطاب الضمان في المصارف الإسلامية: سليمان أحمد القرم، ص ٥٢.

٢- قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن خطاب الضمان: الدورة الثانية، قرار رقم ٥، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٢، (١٢٠٩/٢).

أقوال العلماء:

القول الأول: ذهب أصحابه إلى جواز أخذ الأجرة على إصدار مثل هذه الخطابات مطلقاً، سواء كان الخطاب مغطى كلياً، أم جزئياً، أم غير مغطى^١.

القول الثاني: ويرى أصحابه التفصيل، فإذا كان خطاب الضمان مغطى بالكامل: جاز أخذ الأجر على إصداره.

وإذا لم يكن مغطى: لم يجز أخذ الأجر على إصداره.

وإذا كان مغطى جزئياً: جاز أخذ الأجر على الجزء المغطى، ولم يجز في الجزء غير المغطى^٢.

القول الثالث: ويرى أصحابه عدم جواز أخذ الأجرة على خطاب الضمان مطلقاً، سواء كان مغطى، أم غير مغطى، أم مغطى جزئياً، وإنما يحق للمصرف أخذ التكاليف الحقيقية لإصدار هذا الخطاب، دون زيادة، وهي ثابتة في جميع الخطابات مهما زادت قيمة أو مدة الخطاب.

عرض أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

١- استدلوا بما روته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، عن النبي محمد صلى الله عليه وسلم، أنه قال: **(الخراج بالضمان)**^٣.

وجه الدلالة: أن الضامن يغرم في حال عدم تأدية المضمون، فله أن يريح بمقابلة ذلك.

٢- إن التعهد الذي يشتمل عليه هذا الخطاب يعزز قيمة التزامات الشخص المقاول، وبذلك يكون عملاً محترماً يمكن فرض جعالة عليه، أو عمولة من قبل ذلك الشخص، فضلاً عما يتحمله مصدر الخطاب من مخاطرة تستحق الأجر^٤.

١- وذهب إليه كل من الشيخ علي الخفيف، عبد الرحمن عيسى، عبد الحلیم محمود، ونزيه حماد، ومحمد باقر الصدر، ينظر: البنك اللاروي في الإسلام: الصدر، ص ١٣٢، جواز الأجر على الكفالة: نزيه حماد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز العدد ٩ ص ٩٥.

٢- وذهب إليه كل من الشيخ علي السالوس: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، ص ٦٤٦، وعبد الستار أبو غدة، بحثه لمجلة مجمع الفقه الإسلامي: العدد الثاني: (١١٠٥/٢) وما بعدها، بكر أبو زيد: المرجع السابق نفس العدد، (١٠٤٤/٢)، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته: (٣٦٠/٩)، الصديق الضيرير:

٣- حديث حسن: أخرجه أبو داود: ح/٣٥١٠، النسائي: ح/٤٥٠٢، الترمذي: ح/١٢٨٥، وقال حسن غريب صحيح، وابن ماجه: ح/٢٢٤٣، وأحمد: ح/٢٦٠٤١، ح/٢٤٢٧٠، وقال الأرناؤوط والألباني: حديث حسن، إرواء الغليل: ح/١٣١٥.

٤- المعاملات المالية المعاصرة: القلعة جي، ص ١٠٥.

٣- استدلوا بقياس الضمان على الجاه^١، فكما جاز أخذ الأجر على الجاه يجوز أخذ الأجر على الضمان^٢.

أدلة القول الثاني:

- ١- إذا كان خطاب الضمان مغطى بالكامل: جاز أخذ الأجر عليه، لأنه هنا عقد وكالة، والوكالة جائزة بأجر وبغير أجر؛ وكذلك لأن الخطاب هنا لن يؤول إلى قرض، فالمصرف يدفع من مال الموكل لا من ماله، جاء في الموسوعة الكويتية: (الوكالة بأجر (بجعل) حكمها حكم الإجازات، فيستحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل - إن كان مما يمكن تسليمه - كثوب يخيظه فمتى سلمه مخيطة فله الأجر)^٣. وفي الحاوي الكبير: (الوكالة تجوز بجعل وبغير جعل، ولا يصح الجعل إلا أن يكون معلوما)^٤.
- ٢- إذا كان خطاب الضمان غير مغطى: حرم أخذ الأجر عليه؛ ذلك لأن خطاب الضمان غير المغطى كفالة محضة، ولا يجوز أخذ الأجر على الكفالة باتفاق أهل العلم؛ لأن عقد الكفالة إذا عاد فيه الكفيل على المكفول بما دفع صار قرضاً في ذمة المكفول، والأجر سيكون بمثابة الزيادة على القرض، فكان قرضاً جر نفعا فحرم^٥.
- ٣- إذا كان خطاب الضمان مغطى جزئياً: جاز أخذ الأجر على الجزء المغطى فقط، لكون العقد في الجزء المغطى وكالة، وكما بينا فإن الوكالة جائزة بأجر، أما في الجزء الغير مغطى فهي كفالة والكفالة بأجر حرام كما ذكرنا في الدليل الثاني، وبالتالي يحرم اخذ الأجر على الجزء غير المغطى.

أدلة القول الثالث:

- ١- استدل أصحابه على تحريم أخذ الأجر على الكفالة بالإجماع كما ذكر في أدلة الفريق الثاني.

١- الجاه: هو المنزلة والمكانة العالية والقدر، انظر لسان العرب: حرف الهاء، مادة وجه، ويراد به هنا ما يتعهد به صاحب الجاه من التزام عن أشخاص لا جاه لهم، فيعزز مكانتهم المالية؛ لما له من قبول عند الناس، وقد أجاز بعض الفقهاء شركة الوجوه، التي يتشارك فيها أصحاب الجاه لا برأس مال لهم بل لما لهم من منزلة ومكانة فينتقاضوا من أرباح الشركة مقابل هذا الجاه.

٢- جواز الأجر على الكفالة: نزيه حماد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، العدد ٩، ص ١١٠.

٣- الموسوعة الكويتية: وزارة الأوقاف الكويتية، (١١/٣٢٣).

٤- الحاوي الكبير: الماوردي، (٨/٢٢٤).

٥- بحث حكم أخذ الأجر على الضمان: د. يوسف الشيبلي، <http://www.shubily.com/index.php?news=92>.

٢- استدلوا بأن خطاب الضمان المغطى وإن كان وكالة من وجه فهو كفالة من وجه آخر، أي وإن كانت العلاقة بين المصرف والعميل وكالة تجوز بأجر وبدون أجر، فإن هذه العلاقة ليست وكالة خالصة لبقاء علاقة الكفالة لصالح المكفول له أو المستفيد، وكما تقرر فلا يجوز الأجر على الكفالة بحال.

٣- استدلوا بقرار مجمع الفقه الإسلامي حيث جاء فيه:
(أولاً: إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان (والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته)، سواء أكان بغطاء أم بدونه.
ثانياً: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجازة شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي، يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء).^١

مناقشة الأدلة:

مناقشة أدلة القول الأول:

١- نوقش الاستدلال بحديث (الخراج بالضمان) بأن الاستدلال بهذا الحديث في غير محله، فإن موضوع الحديث العقود التي يكون فيها الضمان تبعاً لا أصلاً، كمن اشترى دابة فإنه في مدة الخيار يضمنها، وفي المقابل يستحق منافعتها أثناء تلك المدة، فالضمان هنا تابع لعقد البيع، وليس مقصوداً، وقد يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً^٢، ويرد على ذلك أيضاً بما رواه أبو أمامة الباهلي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (الزعيم غارم)^٣، فإذا كان الأصل في الزعامة - الكفالة - أنها غرم كيف تحولت في عصرنا إلى غنم^٤.

٢- ونوقش استدلالهم بأن الضمان عمل محترم يجوز أخذ الأجر عليه بما يلي:
نعم الضمان أو الكفالة عمل محترم، يثاب فاعله إن شاء الله، ولكن ليس كل عمل محترم يجوز أخذ الأجر عليه، فالإقراض عمل محترم ولا يجوز أخذ الأجر عليه، فكيف يجوز

١- قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن خطاب الضمان: الدورة الثانية، قرار رقم ٥، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٢، (١٢٠٩/٢).

٢- بحث حكم أخذ الأجر على الضمان: د. يوسف الشبيلي، <http://www.shubily.com/index.php?news=92>.

٣- حديث صحيح: رواه أحمد في المسند: ح/٢٢٢٩٥، وابن ماجه: ح/٢٤٠٥، والبيهقي في السنن الكبرى: ح/١١٧٢٥، وعبد الرزاق في مصنفه: ح/١٤٧٦٧، وقال الألباني حديث صحيح: الجامع الصغير وزيادته: ح/٧٥٦٥.

٤- موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة: د. علي سالوس، ص ٦٤٧، ٦٤٨.

أخذ الأجر على الإقراض المتوقع المستتر في الضمان^١. وكذلك فإن دعوى أخذ الأجر على المخاطرة هي دعوى باطلة، فعقود الضمان والقرض من عقود الإرفاق والإحسان، فلو جاز أخذ الأجر على خطاب الضمان للمخاطرة والذي غالباً لا يدفع المصرف شيئاً منه، لكان أخذ الأجر على القرض جائزاً من باب أولى؛ إذ يبذل فيه المقرض ماله يقيناً، ومعلوم تحريم ذلك باتفاق.

٣- وأجيب على قياسهم الضمان على الجاه لجواز أخذ الأجر، بأن هذا قياس مع الفارق فالجاه ليس شقيق الضمان في شيء لأن الضمان فيه شغل ذمة بدين، والجاه ليس كذلك، والضمان قد يغرم فيه الضامن، والجاه ليس كذلك، والضمان أقرب إلى القرض منه إلى الجاه. والجامع بين هذه الثلاثة هو أنها من أعمال البر التي لا يجوز أخذ الأجر عليها كما جاء في الأثر ثلاثة لا تكون إلا لله: القرض والجاه، والضمان^٢.

مناقشة أدلة القول الثاني:

نوقشت أدلة هذا القول من وجهين:

- ١- وإن سلمنا أن خطاب الضمان المغطى بالكامل يمكن تكيفه على أنه وكالة، ولكننا لا نسلم أنه وكالة من كل وجه بحيث يضع الوكيل الأجر الذي يريد، وإنما عليه أخذ التكاليف الحقيقية فقط وذلك لتعلق الكفالة بهذا العقد من وجه آخر، والتي لا يجوز أخذ الأجر عليها، لا بل إن معنى الكفالة هو الغالب، فالعميل لا يحتاج أصلاً إلى وكيل لو ترك الأمر لإرادته، ولكنه في الحقيقة يتوجه إلى المصرف كونه كفيل بالدرجة الأولى^٣.
- ٢- إن القول بجواز أخذ جعلٍ على الوكالة في خطاب الضمان المغطى جزئياً يفتح الباب للمتحايلين على الربا ليفرضوا ما يشاءون من عمولات على الجزء الموكلين فيه، مراعين في هذه العمولات قيمة الجزء الذي هم كفلاء له والذي لا يجوز لهم تقاضي أجرٍ على كفالته، وهو حادث ومنتشر في المصارف الإسلامية.

١- خطاب الضمان في الشريعة الإسلامية: د. الصديق الضيرير، ص ١٥، مجلة المشكاة،

<http://www.meshkat.net/index.php/meshkat/index/5/5081/content>

٢- المرجع السابق: ص ١٥، ١٦، والأثر لم أفق عليه في أي من كتب السنة ولم يورده إلا الصاوي في كتابه:

حاشية على الشرح الصغير على أقرب المسالك، (٤٤٢/٣).

١- خطاب الضمان في الشريعة الإسلامية: د. الصديق الضيرير، ص ١٥، مجلة المشكاة،

<http://www.meshkat.net/index.php/meshkat/index/5/5081/content>

مناقشة أدلة القول الثالث:

نوقش استدلال أصحاب هذا القول بقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بأن القرار نص على جواز أخذ الأجر على الجزء المغطى من خطاب الضمان المغطى جزئياً، إذ جاء فيه: (إن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي (الوكالة) والوكالة تصح بأجر أو بدونه)^١.

وأجيب على ذلك:

إن ما أوردتموه كان في الشرح التمهيدي للقرار، ثم ليس في ذلك أي دلالة على جواز أخذ أجر على خطاب الضمان المغطى يفوق التكاليف الحقيقية، فغاية ما فيه تبيين العلاقة بين العميل والمصرف في خطاب الضمان المغطى وهي علاقة الوكالة والتي تجوز بأجر وبدون أجر، والذي يعول عليه في القرار هي بنوده والتي جاء فيها:

(أولاً: إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان (والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته)، سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجازة شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي، يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء)^٢.

الترجيح:

وبعد هذا العرض للأقوال، وأدلتها، ومناقشة تلك الأدلة، فإنه ترجح لدى الباحث القول الثالث، والقائل بعدم جواز أخذ الأجرة على خطاب الضمان مطلقاً، سواء كان مغطى، أم غير مغطى، أم مغطى جزئياً، وإنما يحق للمصرف أخذ التكاليف الحقيقية لإصدار هذا الخطاب، دون زيادة، وهي ثابتة في جميع الخطابات مهما زادت قيمة أو مدة الخطاب.

وهنا تجدر الإشارة إلا أن هذه المعاملة بحاجة إلى تصويب أوضاعها في المصارف الإسلامية، فكثير من المصارف تحايلت على الناس بدعوى تكاليف الإصدار لتحصل على أجر لإصدار هذه الخطابات، رابطةً بين قيمة الأجر وبين مدة وقيمة المبلغ المضمون، حصل وأن زرت

١- قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن خطاب الضمان: الدورة الثانية، قرار رقم ٥، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،

العدد ٢، (١٢٠٩/٢).

٢- نفس القرار السابق.

أحد المصارف الإسلامية أثناء إعداد هذا البحث، وسألته عما يتقاضاه البنك عند إصداره هذه الخطابات فقال: (لا فرق بين المصرف الإسلامي والمصرف الربوي في طريقة حساب الأجر على خطاب الضمان فكلنا نستخدم نفس المعادلة لحساب الأجر هم يسمونه فائدة ونحن نسميه عمولة مقابل أعمال مصرفية من طوابع وأجر موظف وحاسوب.. الخ) ^١ وزودني بهذه المعادلة التي يتم بها احتساب قيمة الأجر الذي يتقاضاه المصرف الإسلامي على خطاب الضمان، فعلى فرض أن المبلغ الذي سيضمنه المصرف مائة ألف دولار فإن المعادلة ستكون كالآتي:

$$1000000 \times \$1000000 \div 3 \text{ أشهر (الربع السنوي)} = 12 \text{ شهر (السنة)} = 250000 \times \$1000000 \times 1\% \text{ (النسبة المئوية لأجر المصرف)} = 250 \text{ لكل ثلاثة أشهر} \times 4 \text{ (الأرباع السنوية)} = 1000 \text{ قيمة الأجر السنوي.}$$

ومن هذه المعادلة يتضح كيف أن المصرف يتقاضى ألف دولار مقابل خطاب ضمان بمائة ألف دولار، لمدة عام، ووفق نفس المعادلة لو كانت المدة سنتين، أو كان المبلغ مائتي ألف دولار فإن الأجر سيتضاعف إلى ألفي دولار، وهكذا دواليك.

إن ما تقوم به هذه المصارف هو عين الربا، فالأجر هنا بحسب هذه المعادلة ليس عمولة مقابل التكاليف الفعلية كما تدعي، ولو كانت كذلك لكانت ثابتة مهما تغيرت قيمة الخطاب، فالتكاليف هي التكاليف، ولكن في الحقيقة الأجر مقابل الضمان يزيد بزيادة المدة وقيمة المبلغ، نسأل الله المغفرة لنا ولإخواننا.

مصادرة خطاب الضمان:

إن خطاب الضمان سواء كان ابتدائياً أو نهائياً إذا تمت مصادرته؛ فإن مآله تعويض عن الضرر الواقع على الجهة المستفيدة من خطاب الضمان، وفي هذه الحالة سنكون أمام احتمالين:

١- زيادة قيمة الضرر عن قيمة الخطاب.

٢- زيادة قيمة الخطاب عن قيمة الضرر.

ففي الحالة الأولى فإن الجهة صاحبة المشروع تملك خطابات ضمان أخرى تستطيع أن تستوفي حقها عن طريقها وهي خطابات ضمان لكافة تكاليف المشروع، فتسترد به ما تم دفعه للمقاول أو المنفذ من دفعات مسبقة.

أما في الحالة الثانية فإنه لا يجوز دفع التعويض عن الضرر قبل تقدير الضرر الحقيقي، لذا يلزم أولاً تقدير قيمة الضرر الفعلية، وتقاضي هذه القيمة فقط من خطاب الضمان، ولا يتم دفع أي مبلغ من قبل المصرف إلا بعد تقدير الضرر، وإلا كان أكلاً لأموال الناس بالباطل، ولكن أما وقد عمت

١- مقابلة مع السيد أيمن الشاعر: مدير البنك الإسلامي الفلسطيني، فرع رفح، بتاريخ ٢٠١٠/١١/٢.

البلوى بهذا النوع من المعاملة، وأصبحت المصارف ملزمة بموجب قوانين الدولة بسداد قيمة الخطاب دون النظر إلى قيمة الضرر، ففي هذه الحال ليس أمام العميل أو المقاول إلا الرجوع إلى القضاء ورفع دعوى لتقدير الضرر واسترداد ما زاد على قيمة الضرر، ويُستأنس هنا بما جاء في المادة ١٨٦ من القانون المدني الفلسطيني والتي نصت على: (يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر، وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار) والمادة ١٨٨ والتي تنص على: (إذا لم يتيسر للقاضي أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، احتفظ للمضرور بطلب إعادة النظر في التقدير خلال مدة محددة)^١.

١- القانون المدني الفلسطيني: الفصل الثالث: الفعل الضار، المادة ١٨٦، والمادة ١٨٨.

الفصل الثالث: أحكام الجزاءات والضمانات في عقود التوريد

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أحكام الجزاءات في عقد التوريد.

المبحث الثاني: أحكام الضمانات في عقد التوريد.

المبحث الثالث: دراسة نماذج لعقود التوريد.

تمهيد

إن عقد التوريد بات من العقود التي لا يستغنى عنها بحال سواء على صعيد القطاع العام، أو الخاص، فقد غزا هذا النوع من العقود جميع مجالات التعامل ابتداء بالأطعمة، فالمباني، والآلات، والأسلحة، والنفط، وحتى العمالة البشرية، ولما كان منتشرا بهذا الشكل فمن الطبيعي أن العقادين سيحرصان على توثيق التزامات كل طرف من أطراف العقد، ومقابل هذا التوثيق يلزم وضع شروط رادعة وزاجرة لكل من يخل بالتزاماته، فالتزامات كل طرف يبنني عليها التزامات أخرى من قبل الطرف الثاني وأي إخلال في العقد سيتعدى غالبا إلى طرفه الآخر، وما ذكرناه من وسائل توثيق وشروط زجر وتعويض هي ما يسمى اليوم (الضمانات والجزاءات).

وفي هذا الفصل إن شاء الله سأبين كلاً من الجزاءات والضمانات في عقد التوريد، وستكون البداية مع الجزاءات وسأعرض فيها كلاً من الجزاءات المتعلقة بالمورد والمورد له.

يلي ذلك ذكر الضمانات التي من الممكن استخدامها في عقد التوريد في كل مرحلته سواء قبل استلام المعقود عليه أو بعد استلامه، وأخيرا النهاية ستكون مع دراسة لبعض النماذج من عقود التوريد، أسأل المولى في علاه التوفيق والقبول.

المبحث الأول

أحكام الجزاءات في عقد التوريد.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أحكام الجزاء المباشر.

المطلب الثاني: أحكام التعويض الجزائي.

المطلب الثالث: أحكام البطلان.

المطلب الأول

أحكام الجزاء المباشر

المورّد في عقد التوريد يمثل عادة البائع، والمورّد له يمثل المشتري، وهما يمثلان طرفا العقد، وبموجب العقد تفرض على كل منهما، أو كليهما جزاءات في حال حدوث مخالفة لمقتضى الالتزام الذي تعهدا به، أو في حال حدوث مخالفة شرعية عند إنشاء العقد، ولما كان عقد التوريد معاملة مالية؛ فإن الجزاءات الواردة عليه هي من قبيل الجزاء المدني والمتمثل إما بالجزاء المباشر، وإما بالتعويض، أو البطلان، وهنا سنبدأ في هذا المطلب بالجزاء المباشر، سائلا المولى التوفيق.

صور الجزاء المباشر المتعلقة بالمورّد:

ذكرنا أن الجزاء المباشر يكون بمحو أثر المخالفة كلما كان ذلك ممكنا، وذلك بالرجوع إلى الحالة التي كانت قبل المخالفة، كأنها لم تكن، ولهذا الجزاء صور مستخدمة في عقد التوريد نذكرها على النحو الآتي:

أولاً: الإنذارات:

تنشأ عن عقد التوريد التزامات على المورّد كما أسلفنا، مثل التقيد بالمواعيد، ومطابقة المواصفات وغير ذلك، والإخلال بأي من هذه الالتزامات يعني إيقاع الجزاءات المقررة ضمن مواد العقد، وأولى هذه الجزاءات هو الإنذار، ولعل سائل يسأل أي جزاء هذا يكون بالإنذار فقط؟

بعد دراسة نماذج متعددة من عقود التوريد سواء المحلية منها أو العربية، توصل الباحث إلى أن الإنذار شرط لإيقاع العقوبة؛ فالعقوبة لا يجوز إيقاعها إلا بعد صدور إنذار أو أكثر للجهة المخالفة وإمهالها مدة لتصويب أوضاعها قبل إيقاع الجزاء إن فشلت في ذلك، ولا يخفى على أحد اليوم ما تمثله السمعة التجارية للشركات العاملة في هذا المجال، فصدور إنذار من جهة حكومية، أو جهة ذات ثقل مالي لشركة ما لتصويب أوضاعها، إنما هو مؤشر على تعثر أداء هذه الشركة، وهو ما ينشأ عنه زعزعة الثقة بها على صعيد التعاملات المستقبلية، أو هبوط قيمة أسهمها إن كانت لها أسهم مطروحة في أسواق الأسهم (البورصة)، لذا توصل الباحث إن الإنذارات هي في حقيقة الأمر أولى الجزاءات التي يتم استعمالها ضد المورّد، بل قد تكون من أقسى الجزاءات عند بعض الشركات ذات السمعة التجارية المرموقة.

١- انظر الجزاء المباشر: ص ٤١، ٤٢ من هذا البحث.

وقد وجد الباحث لهذه العقوبة أصلاً في كتب السلف يصلح القياس عليه، وهو تعزير الأشراف وعلية القوم حيث يكون بالإندار والإعلام فقط، جاء في الجوهرة النيرة: (فتعزير الأشراف الإعلام، والجر إلى باب القاضي وتعزير أشراف الأشراف الإعلام لا غير وهو أن يقول له القاضي: بلغني أنك تفعل كذا) ^١ أهـ ، وفي البدائع: (تعزير الأشراف بالإعلام والجر إلى باب القاضي والخطاب بالواجهة) ^٢ أهـ. فمجرد إعلام ذوي الهيئات بخطئهم وإنذارهم يعد عقوبة بحقهم، وكذلك أصحاب المكانة التجارية الرفيعة مجرد إنذارهم يعد عقوبة تؤثر على هذه المكانة.

وعلى صعيد الطرف الآخر وهو المورد له، يكون الإنذار عند تخلفه عن تسديد الدفعات المتفق عليها، ويعد مثل هذا الإنذار علامة على تعثر أوضاعه المالية، مما قد يكون له أثرٌ سلبيٌّ على سمعة شركته، وهو - أي الإنذار - يكون عادة مقدمة لجزاءات لاحقة بحق المورد له مثل الفسخ وتعجيل الأقساط، والتي سنأتي على تفصيلها خلال هذا المطلب.

أما إن كان المورد له يمثل جهة حكومية، فلم يقف الباحث على حالات تفيد استخدام الإنذار ضد هذه الجهة وإنما يعدل مباشرة إلى القضاء للفصل بين المورد وبين الحكومة.

ثانياً: الحبس:

ويحدث في حالات نادرة في عقود التوريد، ففي بعض العقود لا يقدم المورد الضمانات اللازمة؛ وذلك لثقة الجهة المورد لها بالمورد في بعض الأحيان، أو بسبب التلاعب بأوراق الضمان المقدمة، فيتقاضى المورد مبالغ مقابل البضائع المعقود عليها، ثم يمتنع عن تسليم المعقود عليه أو جزء منه مع قدرته على ذلك دون مبرر، ولما كانت الضمانات المقدمة غير كافية لاستيفاء الحق منه فإن للمورد له اللجوء للقضاء وحينها إذا علم أن المورد قادر على تنفيذ العقد، وترك ذلك عدواناً دون أي مبرر شرعي، فإنه يحبس حتى يؤدي ما عليه من حقوق، ففي الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لي الواجد يحل عرضه وعقوبته) ^٣ وقد جاء في مسند أحمد عن وكيع أنه قال (عرضه شكايته وعقوبته حبسه).

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (والأصل في ذلك: أن كل من عليه مال، يجب أدائه، كرجل عنده وديعة، أو مضاربة، أو شركة، أو مال لموكله، أو مال يتيم، أو مال وقف، أو مال لبيت المال، أو عنده دين هو قادر على أدائه، فإنه إذا امتنع من أداء الحق الواجب من عين أو دين،

١- الجوهرة النيرة: أبو بكر الزبيدي، (١٧٤/٥).

٢- بدائع الصنائع: الكاساني، (٦٤/٧).

٣- سبق تخريجه: ص ٤٢.

وعرف أنه قادر على أدائه، فإنه يستحق العقوبة، حتى يظهر المال - أو يدل على موضعه - فإذا عرف المال، وصُيِّر في الحبس فإنه يستوفى الحق من المال، ولا حاجة إلى ضربه، وإن امتنع من الدلالة على ماله ومن الإيفاء، ضرب حتى يؤدي الحق أو يُمكن من أدائه..... وقد نص على ذلك الفقهاء من أصحاب مالك و الشافعي و أحمد وغيرهم، رضي الله عنهم، ولا أعلم فيه خلافاً^١ أهـ.

ومما ذكر من كلام شيخ الإسلام يتضح أن جزاء الحبس يشمل كلا طرفي العقد، ففي حالة المورد له يكون الحبس جزاء له إذا تخلف وامتنع عن تسديد الدفعات المستحقة دون مبرر شرعي، مع قدرته على السداد، فيحبس حتى يؤدي ما عليه من دين أو حتى يتم عقد اتفاق بينه وبين المورد صاحب الحق، ولا يستعمل هذا الجزاء بحق المورد له إذا كان يمثل جهة حكومية.

ثالثاً: بيع الأملاك:

في الجزاء المباشر في عقد التوريد يطالب المورد بأداء عين الحق المعقود عليه، لا مثله ولا قيمته، فإن تعذر ذلك بأن هلك المعقود عليه مثلاً، فإن العقد يفسخ وتفرق الصفقة لهلاك محل العقد (كما سيأتي ذكره في الجزاء الرابع)، وكذلك الحال بالنسبة للمورد له إذا هلك الثمن أو أعلن إفلاسه فللمورد أن يفسخ العقد.

ولكن قد يترتب على كل واحد منهما حقوق مالية للطرف الآخر، بموجب هذا العقد، كأن يكون تقاضى دفعات مسبقة كما ذكرنا، أو يكون قد ترتب عليه ديون لجهات ضامنة له كالمصارف المصدرة لخطاب الضمان في حال أدت عنه التزامه، فإن ماطل المخالف - أي منهما - بأداء ما عليه وتبين أنه قادر على الوفاء ومماطل في ذلك، فإنه يُلجأ إلى الحبس الذي ذكر في الجزاء السابق، فإن لم يجد نفعاً في أداء ما عليه؛ فإنه يُعدل إلى بيع أملاكه لقضاء دينه، قياساً على المفلس والمحجور عليه، ولقد تضافرت آراء العلماء واتفقت على ذلك.

نقل المروزي عن الإمام أحمد في المسائل: (إذا حبس الرجل فطال حبسه وله مال لا يريد أن يبيع ماله...؟ قال أحمد: يباع عليه، إلا مسكناً، أو خادماً، أو شيئاً لا بد له منه، يبيع عليه الحاكم، وإن لم يفسله القاضي)^٢ أهـ.

١- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية: ابن تيمية، ص ٣٨، ٣٩.

٢- مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه: إسحاق بن منصور المروزي، مسألة (٣٢٤٧).

وفي الإنصاف: (ذكر جماعة أنه يحبس فإن لم يقضه - أي دينه - باع الحاكم وقضاه... نقل حنبل: إذا تقاعد بحقوق الناس يباع عليه ويقضي) ^١ أه.

وفي الأم: (وما يباع من مال ذي الدين ضربان: أحدهما: مرهون قبل أن يقام عليه. والآخر: غير مرهون. فإذا باع المرهون من ماله دفع ثمنه إلى المرتهن ساعة يبيعه إذا كان قد أثبت رهنه عند الحاكم وحلف على ثبوت حقه، فإن فضل عن رهنه شيء وقفه وجميع ما باع مما ليس برهن حتى يجتمع ماله وغرماءه فيفرق عليهم) ^٢ أه.

ويستفاد من عبارة الإمام الشافعي الأخيرة: أن طالب خطاب الضمان في عقد التوريد إذا كان قد رهن بعض أملاكه للمصرف لقاء إصدار خطاب الضمان، وترتب على تقاعسه عن تنفيذ التزامه أن دفع المصرف المال الذي ضمنه، فإنه في حال بيع أملاكه يُقدّم مال المصرف أولاً إذا كان هناك ما يثبت رهن الملك للمصرف، وما زاد يوزع على باقي الغرماء، إن وجدوا.

رابعاً: الفسخ، والتنفيذ على حساب المورد:

الفسخ يعد جزءاً مختلفاً عن التنفيذ على حساب المورد، ولكن يجمع بينهما الأسباب المؤدية إليهما، فكلاهما يعد جزءاً لنفس الحالات أو المخالفات، وقبل الحديث عن هذه الحالات يجدر هنا توضيح المراد أولاً بكل من الفسخ والتنفيذ على حساب المورد.

الفسخ في العقود: هو الحل لرابطة العقد، وبالرغم من إنشاء العقد صحيحاً مستوفياً لأركانه قد تبرز أمور لا يستقيم معها بقاء العقد، مثل الإخلال بتنفيذ الالتزام، وحينها وبموجب الفسخ فإن العقد يرفع من تاريخ الفسخ لا من تاريخ إنشائه، أي أنه تترتب الآثار الشرعية للعقد قبل الفسخ فما مضى من العقد يبقى على حكم التعاقد ^٣، وهو غالباً لا يكون إلا بحكم القاضي ^٤.

أما التنفيذ على حساب المورد، فيقصد به التعاقد مع جهة ثالثة لتنفيذ ما تقاعس المورد عن تنفيذه والرجوع بمستحقات الجهة الثالثة على المورد، وتخصم من قيمة عقده.

وهذان الجزاءان، جمعتهما نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية، وجعلهما، أو أحدهما جزءاً لعدة حالات، حيث جاء في نص المادة الثالثة والخمسون، من هذا النظام ما يلي:

١- الإنصاف: المرادوي، (٢٧٦/٥).

٢- الأم: الإمام الشافعي، (٢٠٨/٣).

٣- المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا، (٧١٣/٢).

٤- انظر بين الفسخ والبطلان: ص ٥٠ من هذا البحث.

يجوز للجهة الحكومية سحب العمل من المتعاقد، ومن ثم فسخ العقد أو التنفيذ على حسابه مع بقاء حق الجهة في الرجوع على المتعاقد بالتعويض المستحق عما لحقها من ضرر بسبب ذلك في أي من الحالات التالية :

- ١- إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه، أو بوساطة غيره بطريق مباشر، أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا النظام، أو حصل على العقد عن طريق الرشوة.
- ٢- إذا تأخر عن البدء في العمل، أو تباطأ في تنفيذه، أو أخل بأي شرط من شروط العقد، ولم يصلح أوضاعه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه كتابة بتصحيح الوضع.
- ٣- إذا تنازل عن العقد، أو تعاقد لتنفيذه من الباطن دون إذن خطي مسبق من الجهة الحكومية.
- ٤- إذا أفلس، أو طلب إشهار إفلاسه، أو ثبت إعساره، أو صدر أمر بوضعه تحت الحراسة، أو كان شركة وجرى حلها أو تصفيتها.
- ٥- إذا توفي المتعاقد وكانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، ويجوز للجهة الحكومية الاستمرار في التعاقد مع الورثة إذا توافرت الضمانات الفنية أو المالية الكافية لدى الورثة.^١

أما المورد له فيستخدم الفسخ في حقه كجزاء إذا تخلف عن تنفيذ التزامه، وهو دفع الدفعات أو تهيئة مكان العمل للمورد، إن كان العقد توريد مباني مثلاً، ففي مثل هذه الحالات يحق للمورد فسخ العقد تلقائياً إن كان قد نص على ذلك العقد، وإلا فإن عليه الرجوع للقضاء لاستصدار حكم بفسخ العقد.

خامساً: تعجيل الأقساط:

تنص بعض عقود التوريد على تأجيل جزء من الثمن وتقسيمه على دفعات معلومة الأجل، ولكن قد يلجأ المورد له إلى المماطلة في تسديد الدفعات المستحقة وتأخير دفعها عن مواعيدها، ومعلوم أن مثل هذا الفعل يعود على المورد بالضرر، فقد يكون أنشأ على نفسه التزامات مالية بناءً على مواعيد هذه الدفعات، فضلاً عن تفويت فرصة تداول هذه المبالغ والاتجار بها وجني أرباح إضافية، فهل يحق للمورد أن يطالب المورد له المماطل بتعويض مالي عن هذه الأضرار؟

إن المال المستحق على المورد له أصبح ديناً في ذمته والمورد هو الدائن أو المقرض، وفرض أي زيادة على القرض مقابل الأجل الإضافي هو من باب الربا، بل هو عين ربا الجاهلية

١- نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي: الغرامات وتمديد العقود، المادة (٥٣).

(تقضي أو تُربي)، وبالرغم حرمة المماطلة في سداد أموال الناس إذا كان المدين مليئاً، إلا إن ذلك لا يبرر هذا الفعل الشنيع الذي توعد الله فاعله بالحرب من عنده سبحانه.

ولكن يجوز للمورّد أن يشترط على المورّد له حلول باقي الأقساط إن تخلف المورّد له عن بعضها، جزاء لعدم التزامه وإخلاله لما التزم به من دفع الأقساط في آجالها، وقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٦/٢/٥٣) بشأن البيع بالتقسيط على ذلك إذ جاء فيه:

(ثالثاً: إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم.

رابعاً: يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء.

خامساً: يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد).^١

وأخيراً فإن هذه هي جملة ما وقف عليه الباحث من الجزاءات المباشرة المستخدمة في عقود التوريد التي تمت دراستها، وفي مواد القوانين الملزمة بأحكام الشريعة الإسلامية، وكتب السلف.

١- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٦/٢/٥٣) : مجلة المجمع، العدد الثامن.

المطلب الثاني

أحكام التعويض الجزائي

التعويض الجزائي يقصد به التعويض الذي يراد به العقاب والزجر، فالمخالف أو المعتدي إذا علم أنه سيعود عليه اعتداؤه بكل ما فوته على الطرف الآخر فإنه زاجر له في أغلب الأحيان عن الإقدام على مثل تلك الأفعال، وهذا التعويض يأخذ أشكالا متعددة وله كذلك أسباب متعددة وهو ما سنبينه في هذا المطلب إن شاء الله.

صور التعويض الجزائي:

أولا: الشروط التعويضية:

ويقصد بها الشروط التي تنص على تحمل كل من المتعاقدين وتعهده بدفع التعويض اللازم عند مخالفة أي من بنود العقد، وهذه الشروط تتنوع بتنوع عقود التوريد، ولكن الأصل فيها جميعاً أنها تعويض عن ضرر أصاب الطرف الآخر من جراء إخلال المخالف بالتعهدات التي نص عليها العقد، وبناء على ما رجحه الباحث عند دراسة الشرط الجزائي¹، فإن هذا التعويض لا يجوز بحال تحديد قيمته مسبقاً عند إنشاء العقد، فالتعويض هنا عن ضرر، والضرر عند إنشاء العقد غير واقع وغير متحقق، وتقدير الضرر قبل وقوعه، فيه من المجازفة والمقامرة وأكل أموال الناس بالباطل ما فيه، لذا رجحنا أن تقدير التعويض مسبقاً عند إنشاء العقد لا يجوز، وعليه فإن الشرط الذي ينص على مثل هذا التعويض يعد شرطاً فاسداً.

والصواب في هذه الشروط، أن تنص على تحمل المخل كل ضرر يصيب الطرف الآخر من جراء إخلال الطرف الأول بتعهداته، دون ذكر لقيمة التعويض وإنما يترك تقديره لحين وقوع الضرر وتحققه، ولما كان الهدف من هذه الشروط ليس تعويضياً فقط وإنما للتوثق وإظهار جدية الأطراف، فإن الباحث يرى أن باستطاعة طرفي العقد أن يضمنوه بنداً ينص على تشكيل لجنة مسماة بعينها من أهل الخبرة وذوي الهيئات، وظيفتها تقدير قيمة الضرر حين وقوعه ويتعهد الطرفان بقبول نتائج اللجنة مسبقاً عند العقد، فهذا الإجراء كفيل بإحراز الهدفين الآخرين من اشتراط التعويض وهما التوثق وإظهار الجدية، على أن تكون أجرة هذه اللجنة على المخالف جزاء لمخالفته وتحقيقاً لهدف العقوبة.

ووجد الباحث أيضاً أصلاً لهذا الإجراء في كتب السادة المالكية، فقد جاء فيها أن العقد إذا عقد فاسداً، وكان طرفاه متواطئين على إنشائه رغم علمهم بفساده، وقبض المشتري المبيع وهلك أو فات

١- الشرط الجزائي: ص ٥٢ وما بعدها من هذا البحث.

في يده، فإنه يلزم رد قيمته، وأجرة المُقوّم على كلا الطرفين، جاء في حاشية العدوي: (وأجرة المُقوّم على المتبايعين في باب الفساد)^١.

يفهم من عبارة المالكية أن طرفي العقد إذا اشتركا بالتعدي فكلاهما يتحمل أجرة المقوّم، وبالمقابل إذا كان الإخلال من طرف واحد، فإنه وحده من يتحمل أجرة المقوّم؛ لانفراده بالإخلال بالعقد، وهذا يصلح للقياس عليه فيما يخص أجرة اللجنة التي تقيم الضرر، فإذا أخل المخالف ببنود العقد وألحق ضرراً حقيقياً بالطرف الآخر، وكان قد تضمن العقد تشكيل لجنة لتقييم الأضرار، فإن أجرة اللجنة على الطرف الذي تسبب بالضرر والله أعلم.

ثانياً: مصادرة خطاب الضمان الابتدائي:

سبق أن بينا أن خطاب الضمان الابتدائي يقدمه المورد إذا كان إنشاء عقد التوريد عن طريق المناقصة، فيقدم هذا الخطاب لبيان جديته في التعاقد مع الجهة صاحبة المناقصة، وفي حال نكوله عن التعاقد بعد رُسُو المناقصة عليه تصدر الجهة صاحبة المناقصة قيمة خطاب الضمان الابتدائي، أما خطاب الضمان النهائي فهو الخطاب الذي يقدمه المورد بعد التعاقد لضمان الالتزام ببنود العقد فعند إحداثه أي إخلال بهذه البنود يحق للجهة صاحبة المناقصة مصادرة خطاب الضمان النهائي وذلك طبعاً بعد إنذار المورد بضرورة تصويب أوضاعه، والناظر لهذه المعاملة قد يجد مبرراً لمصادرة خطاب الضمان النهائي، ذلك أن المورد أنشأ العقد فعلاً وشرع في تنفيذه فالتخلف بعد الشروع قد يسبب ضرراً معلوماً بالضرورة للمورد له، ولكن السؤال هنا ما المبرر لمصادرة خطاب الضمان الابتدائي، خاصة وأن المورد لم ينشئ العقد أصلاً، وما وجه الضرر الذي يمكن حدوثه للمورد له قبل إنشاء العقد؟

وللإجابة على هذا التساؤل يلزم معرفة التكيف الفقهي لمصادرة خطاب الضمان:

التكيف الأول: يرى الدكتور رفيق المصري أن مصادرة خطاب الضمان الابتدائي هي في حقيقة الأمر مثل مصادرة العربون عند نكول صاحبه عن العقد^٢.
ولكن هذا القول فيه مخالفة ظاهرة لما عليه الحال في عقد التوريد، فالعربون يدفعه المشتري والمورد في عقد التوريد يمثل البائع، فلا وجه للقياس، هذا من وجه ومن وجه آخر العربون عند إمضاء العقد يعد جزءاً من الثمن وهذا غير متحقق في عقد التوريد فالمورد هو المستحق للثمن^٣.

١ - حاشية العدوي: علي العدوي، (٣/٣٣٥).

٢ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي: مناقصات العقود الإدارية، د. رفيق المصري، العدد التاسع، ونصر هذا الرأي كل من الدكتور أحمد شويح - رحمه الله - والأستاذ عاطف أبو هرييد في بحثهما الجزاءات والضمانات في عقد المناقصة، ص ١١.

٣ - ونصر هذا القول كل من الشيخ عبد الله المنيع، والدكتور عبد السلام عبادي، مجلة المجمع العدد التاسع.

أما التكييف الثاني: فيقضي بأن مصادرة خطاب الضمان الابتدائي هو من باب التعويض الجزائي عن الضرر الذي لحق بالجهة صاحبة المناقصة، من جراء تخلف المورد عن إبرام العقد بعد ترسيته عليه^١، فالتحضير اليوم لإجراء مناقصة أمر مكلف، يتطلب إعلاناً في الصحف ووسائل الإعلام وطباعة كتيبات بالمواد المطلوبة وأوصافها، وأجرة لصالات المناقصات، فعند رؤسٍ المناقصة على المورد ونكوله عن التعاقد فإن كل هذه المصاريف ستذهب هباءً بسبب نكوله والذي هو فعل ضار، فعلى أساس هذا المبدأ يصادر هذا الخطاب تعويضاً للجهة صاحبة المناقصة عما لحقها من ضرر، وهذا يقتضي طبعاً إجراء مناقصة جديدة، ولكن ما يحدث اليوم وللأسف، هو أن الجهة صاحبة المناقصة عند نكول المورد تصادر خطاب الضمان الابتدائي، ثم تنتقل مباشرة إلى المورد التالي له في المناقصة، دون إجراء مناقصة جديدة، فإذا كان الأمر كذلك فإنها لن تتكلف أي مصاريف جديدة لإجراء مناقصة أخرى، فما وجه مصادرة خطاب الضمان الابتدائي في هذه الحال؟

يرى الباحث أنه إذا تم تكييف هذه المصادرة على أنها تعويض جزائي عن الضرر اللاحق بهذه الجهة فإنه يلزم من ذلك أحد أمرين:

أ- إما إجراء مناقصة جديدة على نفقة المورد الناكل تخصم تكاليفها من خطاب الضمان الابتدائي والرجوع بالباقي عليه.

ب- وإما الانتقال إلى المورد التالي له في المناقصة، وحساب قيمة الأضرار الفعلية التي تكبدتها الجهة صاحبة المناقصة وخصمها من قيمة خطاب الضمان الابتدائي والرجوع بالباقي عليه أيضاً.

وفي كلتا الحالتين إذا لم يف خطاب الضمان الابتدائي بقيمة الضرر فإن المورد مطالب بالوفاء بباقي المبالغ المترتبة من جراء فعله الضار.

ثالثاً: التعويض عن الضرر المعنوي غير المحض:

بينما في الفصل السابق أن التعويض المالي عن الضرر المعنوي المحض غير جائز، وكذلك بينا جوازه في الأضرار المعنوية غير المحضة إذا لم تف عقوبة التعزير بالمقصود^٢، وفي حالة عقد التوريد قد يلجأ المورد إلى التلاعب بالعلامات التجارية، ومثال ذلك أن ينص العقد مثلاً على أن المنتج المطلوب توريده يجب أن يكون حاملاً للعلامة التجارية كذا... فيقوم المورد بإحضار منتج

١- هو رأي كل من الشيخ عبد الله المنيع والدكتور عبد السلام عبادي نفس المرجع السابق.

٢- انظر ص ٧٤ وما بعدها من هذا البحث.

يحمل نفس الصفات ولكنه لا يحمل هذه العلامة التجارية المنصوص عليها، فيُزوّر هذه العلامة لتوافق متطلبات العقد.

إن الضرر الذي يلحق بالمورد له في هذه الحال هو ضرر معنوي فهو قد حصل على منتج يحمل نفس الصفات ونفس العلامة التجارية (المزيفة) ولكن هذا الضرر ليس معنوياً محضاً فقد يترتب عليه خسائر مادية، فهذه البضائع إن افْتُضح أمرها قد تكسب في الأسواق وقد تهبط قيمتها فضلاً عن احتمال تعرضها للمصادرة، أو رفع الشكاوى من قبل الجهة المالكة لهذه العلامة، كل هذه الأضرار ليست معنوية وإنما هي مادية.

وعليه وبناءً على ما ترجح لدى الباحث عند دراسة الأضرار المعنوية، فإن مثل هذه الأضرار تعد أضراراً معنوية غير محضة، فإذا تعرض المورد له لأي من الحالات الآتية الذكر فله الرجوع على المورد بالتعويض المناسب والموافق لقيمة هذه الأضرار.

ولقد وجد الباحث ما يؤيد هذا الاتجاه في القانون السعودي إذ ينص القانون التجارية السعودي، نظام العلامات التجارية في المادة الثالثة والأربعون على الآتي:

مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل على خمسين ألف ريال ولا تزيد على مليون ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين:

أ- كل من زور علامة مسجلة أو قلدها بطريقة تتسبب في تضليل الجمهور، وكل من استعمل بسوء القصد علامة مزورة أو مقلدة.

ب- كل من وضع بسوء القصد على منتجاته أو استعمل فيما يتعلق بخدماته علامة مملوكة لغيره.

ج- كل من عرض أو طرح للبيع أو باع أو حاز بقصد البيع منتجات عليها علامة مزورة أو مقلدة أو موضوعة أو مستعملة بغير وجه حق مع علمه بذلك، وكذلك كل من عرض خدمات في ظل مثل هذه العلامة مع علمه بذلك.

وكذلك نصت المادة الثامنة والأربعون من نفس القانون على الآتي:

(المادة الثامنة والأربعون: يجوز لكل من أصابه ضرر نتيجة ارتكاب إحدى المخالفات المنصوص عليها في هذا النظام أن يطالب المسؤول عن هذه المخالفة بالتعويض المناسب عما لحقه من ضرر).^١

١- القانون التجاري السعودي: نظام العلامات التجارية، الباب التاسع، الجرائم والعقوبات، المواد: (٤٨، ٤٣)، المصدر: موسوعة جوريبيديا القانون المشارك، ar.jurispedia.org/index.php القانون التجاري(sa).

رابعاً: التعويض عن نفاقات الشكاية:

في عقد التوريد قد يتعرض كل من المورد والمورد له لمعوقات تعيق تنفيذ التزامه، مما يعرضه لجزاءات التخلف عن التنفيذ التي ينص عليها العقد، ولكن الأمر ليس على إطلاقه، فليس كل تخلف يوجب الجزاء، ولكن ينظر إلى أسباب التخلف، فما كان منها عائداً إلى الطرف الآخر للعقد، فإن المتخلف في هذه الحال لا يتحمل مسؤولية التخلف، ومن هذه المعوقات ما هو عائد لظرف خارجي لا يد للمورد ولا المورد له به، كاندلاع حرب، أو إغلاق الموانئ، أو حصار دولي للبلد المورد لها، وهذه أيضاً لا يتحمل فيها أي طرف مسؤولية التخلف، ولكن هناك حالات لا يعذر فيها المخالف عن تخلفه، كأن يعتمد الإضرار بالمورد له بأن يورد له بضائع مغشوشة أو يتخلف المورد له عن مواعيد الدفعات بشكل يعود على الطرف الآخر بضرر فاحش، مثل هذه الحالات توجب على المتضرر إنذار المخالف، فإن لم يلتزم فله نقل الأمر إلى القضاء وملاحقته قضائياً؛ لدفعه لتنفيذ التزامه، وتعويض المتضرر عما لحقه من ضرر من جراء التخلف غير المبرر من قبله، ومن المعلوم أن مثل هذه القضايا (قضايا العقود والشركات) مكلفة جداً، فأجور المحاماة فيها عادة مرتفع جداً فضلاً عن أجور التحصيل والتعقب وبعض الرسوم التي تطلبها المحاكم في مثل هذه القضايا فما حكم هذه المصاريف التي يتكبدها المتضرر في مثل هذه الحال؟

إذا كان الحال كما بينا من تعدي أي من المورد أو المورد له، وذلك بتخلفه عن التزامه دون مبرر مقبول، فهو هنا يأخذ حكم المدين المماطل^١، وقد نصت كتب السلف صراحة أن هذا المدين المليء المماطل والذي يقصد الإضرار، يتحمل كل ما يغرمه الطرف الآخر في سبيل تحصيل حقه، جزاءً لتعمده الإضرار بالدائن، وقد نص على ذلك جملة من السلف الصالح، يقول ابن مفلح رحمه الله: (لو مطل غريمه حتى أحوجه إلى الشكاية فما غرمه بسبب ذلك يلزم المماطل)^٢، وكذلك قاله شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: (وإذا كان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء، ومطل صاحب الحق حقه، حتى أحوجه إلى الشكاية، فما غرمه بسبب ذلك، فهو على الظالم المبطل، إذا كان غرمه على الوجه المعتاد)^٣.

ومما ذكر يتبين أن هذه المصروفات إن كانت على الوجه المعتاد دون زيادة أو إفراط، فإن على المخالف تحملها جزاءً لما تعمه من إضرار، وتخلف عن الالتزام.

١- أنظر التعويض عن تبعات الفعل الضار: ص ٤٥ من هذا البحث.

٢- الفروع: ابن مفلح، (٤٥٧/٦)، الإنصاف: المرادوي، (٢٧٦/٥).

٣- مجموعة الفتاوى: ابن تيمية، (١٨/٣٠).

أما إن تقدم المخالف بعذر شرعي مقبول كأن يكون قد أعسر، وقدم البينة على ذلك فإنه يبرأ من تلك النفقات ولا يلحقه شيء منها، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُوْعُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^١، جاء في الإنصاف: (وإن ادعى الإعسار وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض أو عرف له مال سابق حبس، إلا أن يقدم البينة على نفاذ ماله أو إعساره، وهل يحلف معها؟ على وجهين... ويحلف معها على الأصح)^٢.

لا بل إن في إنظاره قربة عظيمة، بشر بها صلى الله عليه وسلم في كثير من المواطن وهذه جملة من أحاديثه صلى الله عليه وسلم:

عن حذيفة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أَنَّ رَجُلًا أَتَىٰ بِهِ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فَقَالَ مَاذَا عَمِلْتَ فِي الدُّنْيَا فَقَالَ لَهُ الرَّجُلُ مَا عَمِلْتُ مِنْ مِثْقَالِ ذَرَّةٍ مِنْ خَيْرٍ أَرْجُوكَ بِهَا فَقَالَ لَهُ ثَلَاثًا وَقَالَ فِي الثَّلَاثَةِ أَيُّ رَبِّ كُنْتَ أَعْطَيْتَنِي فَضْلًا مِنْ مَالٍ فِي الدُّنْيَا فَكُنْتُ أُبَايِعُ النَّاسَ وَكَانَ مِنْ خُلُقِي أَنْتَجَاوَزُ عَنْهُ وَكُنْتُ أَيْسَرُ عَلَىٰ الْمُوسِرِ وَأَنْظِرُ الْمُعْسِرَ فَقَالَ عَزَّ وَجَلَّ نَحْنُ أَوْلَىٰ بِذَلِكَ مِنْكَ تَجَاوَزُوا عَنْ عَبْدِي فَغَفِرَ لَهُ)^٣.

عن أبي اليسر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِرًا أَوْ وَضَعَ عَنْهُ أَظْلَهُ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ)^٤.

عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِرًا إِلَىٰ مَيْسَرَتِهِ أَنْظَرَهُ اللَّهُ بِدَنْبِهِ إِلَىٰ تَوْبَتِهِ)^٥.

خامساً: العربون:

مسألة العربون من المسائل الخلافية التي طال الخلاف حولها على مر العصور فمن مجيز ومانع ومن قائل بالجواز بقدر الضرر، وتفصيل القول في مسألة العربون ليس محل بحثنا ولكن ليكتمل التصور لهذه المسألة سأورد أقوال العلماء فيها على عجلة، ولكن ينبغي أن نصور أولاً هذه المعاملة.

١- سورة البقرة: آية ٢٨٠.

٢- الإنصاف: المرادوي، (٢٧٧/٥).

٣- متفق عليه: صحيح البخاري: ح/٢٣٩١، ٣٤٥١، وصحيح مسلم: (٣٣/٥)، أحمد: ح/١٧٠٦٤ واللفظ له.

٤- رواه مسلم في صحيحه: (٢٣٢، ٢٣١/٨).

٥- رواه الطبراني: المعجم الكبير، (١٥١/١١).

بيع العربون أو العريان، صورته أن يشتري رجل سلعة ويدفع للبائع مبلغاً من المال، على أنه أي المشتري إذا رضي السلعة وأمضى البيع كان المال جزءاً من الثمن، وإن رد السلعة وتراجع عن الشراء كان المال من حق البائع.

وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول: المانعون:

وهم كل من الحنفية^١، والمالكية^٢ والشافعية^٣، وذهبوا إلى أن بيع العربون غير جائز مستدلين لذلك بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع العريان)^٤.

القول الثاني: المجيزون:

وأصحاب هذا القول هم الحنابلة، وجمهور العلماء المعاصرين وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وذهبوا إلى جواز بيع العربون، على أن تحدد المدة عند البيع، واستدلوا بما رواه البخاري معلقاً في صحيحه إذ قال: (وَاشْتَرَى نَافِعُ بْنُ عَبْدِ الْحَارِثِ دَارًا لِلسَّجْنِ بِمَكَّةَ مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ عَلَى أَنْ عَمَرَ إِنْ رَضِيَ فَالْبَيْعُ بِيَعُهُ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ عَمَرَ فَلِصَفْوَانَ أَرْبَعُمِائَةِ دِينَارٍ)^٥.

القول الثالث: القائلون بالجواز بقدر:

وأصحاب هذا الرأي جملة من العلماء المعاصرين^٦، وذهبوا إلى جواز أخذ العربون بشرط أن يقدر الضرر الحقيقي، ويخصم من قيمة العربون ويرد الباقي على المشتري الناكل، مستدلين لقولهم بأن ذلك أقرب إلى العدل الذي جاءت الشريعة به وهدفت مقاصدها كلها لإقامته.

- ١- الننف في الفتاوى: أبو الحسن السعدي، باب أنواع البيوع الفاسدة، النوع الثاني والعشرون.
- ٢- البهجة في شرح التحفة: أبو الحسن التسولي، (ج٢/١٢)، التلقين: القاضي عبد الوهاب، (١٥٣/٢).
- ٣- الحاوي: الماوردي، (٣٣٨/٥)، الشرح الكبير: الرافعي، (٢٢٨/٨).
- ٤- حديث ضعيف: رواه احمد في المسند: ح/٦٧٢٣، داود في السنن: ح/٣٥٠٤، مالك في الموطأ: ح/٢٢٥٧، وابن ماجة في سننه: ح/٢١٩٢، وضعفه الألباني والأرنؤوط.
- ٥- رواه البخاري معلقاً: باب الربط والحبس في الحرم، (١٢٣/٣).
- ٦- وهم كل من عبد العزيز الخياط، الصديق الضرير، عبد الستار أبو غدة، محيي الدين القره داغي وإبراهيم الغويل، وجميعهم من أعضاء مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع: العدد الثامن، مناقشات قرار بيع العربون.

الترجيح:

مما ذكر يترجح لدى الباحث القول الثالث والقاضي بجواز أخذ العربون بقدر الضرر الحقيقي وما زاد يرد إلى المشتري وإلا فهو أكل لأموال الناس بالباطل ودون مقابل، وسبب ترجيح هذا القول هو ما ثبت لدى الباحث على مدار هذا البحث من أن التعويض لا يجوز بحال أن يزيد عن القيمة الحقيقية للضرر، وما العربون إلا تعويض عن ضرر الانتظار، يقول الشيخ مصطفى الزرقا: (من المعلوم أن طريقة العربون هي وثيقة الارتباط العامة في التعامل التجاري في العصور الحديثة، وتعتمدها قوانين التجارة وعرفها، وهي أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار)^١.

العربون في عقد التوريد:

في عقد التوريد قد يدفع المورد له عربونا للمورد، فإذا أمضى المورد له البيع كان جزءاً من الثمن وإذا نكل عن إتمام العقد كان العربون من حق المورد فما حكم العربون في مثل هذه الحال؟

إن عقد التوريد كما سبق وبيننا في الفصل الأول يثبت فيه خيار الرؤية؛ ذلك أنه يبيع للغائب على الصفة، فإذا جاء المبيع مطابقاً للوصف الذي تعاقد عليه الطرفان فلا خيار للمورد له في قبوله، وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة، وعليه فإن العربون لا يثبت حق تملكه للمورد إلا إذا جاء بالمبيع موافقاً للوصف الذي اشترط في العقد ونكل المورد له عن البيع، فإن جاء المبيع غير موافقاً للوصف فللمورد له عدم إتمام البيع لتثبيت خيار الرؤية له، وحينها على المورد رد العربون الذي تسلمه لأنه لم يأت بالمعقود كما تم وصفه بالعقد.

يقول الدكتور الزحيلي: (يجوز بيع العين أو السلعة الحاضرة، والغائبة أو غير المرئية عند جمهور الفقهاء غير الشافعية، ويثبت خيار الرؤية في بيع الغائب الموصوف، وفي هذه الحالة سواء دفع العربون أو لم يدفع، يصح العقد، ولكن يبقى الخيار للمشتري، ويظل العقد غير لازم يجوز فسخه، واسترداد العربون)^٢.

ولكن إذا ثبت للمورد تملك العربون، وذلك بأن جاء بالمبيع مستوفياً للصفات المشروطة ونكل المورد له عن البيع؛ فإنه لا يحل له من هذا العربون إلا بقدر الضرر الحقيقي الذي أصابه من نكول المورد له، وذلك على ما رجحه الباحث في مسألة العربون السابقة والله تعالى أعلم.

١- المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا، (١/٥٦٦).

٢- بيع العربون: وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثامن.

المطلب الثالث

أحكام البطلان

سبق ذكر تعريف البطلان بأنه: (جزء تخلف شروط صحة العقد المؤدي إلى انعدام آثاره)^١. وكذلك بينا الخلاف بين الجمهور والحنفية حول الباطل والفاقد، وهنا في هذا المطلب سنتناول موضوع البطلان بشكل تطبيقي على عقود التوريد كجزء مستخدم في هذه العقود، فنقول وبالله التوفيق.

البطلان يدخل إلى العقود من أبواب متعددة، منها ما هو عائد إلى محل العقد، ومنها ما هو عائد إلى المتعاقدين، وعقد التوريد كسائر العقود، يدخله البطلان من هذين الوجهين، ولكن عند تتبع فروع هذه المسألة فإن الحديث يطول، لذا سأذكر أبرز الصور المبطله للعقد، عن طريق المسائل الآتية:

المسألة الأولى: بيع ما لم يُر أو يوصف:

عقد التوريد في حقيقته هو عقد على المبيع الغائب بالصفة، كما سبق أن بينا في الفصل الأول من هذه الدراسة، ومثل هذه العقود التي يغيب فيها المبيع عن مجلس العقد، يكون الوصف شرطاً لصحة البيع، حل محل الرؤية، مع ثبوت خيار الرؤية، عند الحنفية سواء جاء المبيع مطابقاً للوصف أم لا^٢، وعند المالكية والحنابلة^٣، لا يثبت خيار الرؤية في حال جاء المبيع مطابقاً للوصف، أما الشافعية فلم يجيزوا بيع الغائب بالصفة مطلقاً، على القول المعتمد في المذهب.

ولكن ما حكم العقد إذا لم يتم وصف المبيع ولا رؤيته؟

ذهب العلماء في هذه المسألة إلى قولين، الأول للجمهور، والثاني للحنفية.

القول الأول: الحنفية:

وذهبوا إلى أن المبيع الغائب لا يلزم وصفه عند العقد وإنما يكفي بذكر جنسه، وعللوا ذلك بأن ثبوت خيار الرؤية للمشتري يجعل من مسألة الوصف أمراً شكلياً، فخيار الرؤية يمنع الجهالة أو الغرر، نقل صاحب رد المحتار: (أن المبيع المسمى جنسه لا حاجة فيه إلى بيان قدره ولا

١- انظر: البطلان، ص ٤٨ وما بعدها من هذا البحث.

٢- الهداية شرح البداية: المرغيناني، (٣٢/٣)، تبين الحقائق: الزيلعي، (٢٤/٤).

٣- مواهب الجليل: الرعيني، (١٢٠/٦)، المغني: ابن قدامة، (٣١٧/٥).

وصفه ولو غير مشار إليه أو إلى مكانه لأن الجهالة المانعة من الصحة تنتفي بثبوت خيار الرؤية لأنه إذا لم يوافقه يرده فلم تكن الجهالة مفضية إلى المنازعة)^١.

القول الثاني: الجمهور:

وهم المالكية والحنابلة والشافعية في أحد القولين، وذهبوا إلى بطلان بيع الغائب غير الموصوف، مستدلين لذلك بحديث أبي هريرة: (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر)^٢. فالمبيع الغائب وغير الموصوف ينطوي على جهالة وغرر، وأيضا يستدل لذلك بقياس المبيع الغائب على السلم، فالسلم باطل إذا لم يوصف المسلم فيه، وكذلك المبيع الغائب، بجامع غياب المعقود عليه في كليهما عن مجلس العقد.

يقول الإمام الرعيني رحمه الله: (وغائب، ولو بلا وصف على خياره بالرؤية) ش: يعني أنه يجوز بيع الغائب، ولو بلا وصف لكن بشرط أن يجعل للمشتري الخيار إذا رآه، وأما إذا انعقد البيع على الإلزام أو سكتنا عن شرط الخيار، فالبيع فاسد... أن الغائب لا يباع إلا على الصفة أو رؤية متقدمة قال في المقدمات، وهو الصحيح وفي كتاب الغرر من المدونة دليل هذا القول)^٣.

وكذلك جاء في مجموعة الفتاوى: (إذا لم ير المبيع ولم يوصف له: فالبيع باطل وعليه رده بمثله أو قيمته)^٤.

ويرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من أن مثل هذا العقد يقع باطلا إذا تم بهذه الصورة ولا تترتب عليه آثاره لما ينطوي عليه من جهالة فاحشة، والتي هي نوع من أنواع الغرر الذي نهى عنه صلى الله عليه وسلم، والعلة في منع مثل هذا العقد؛ هو ما يفضي إليه عادة من تنازع، وهو الأمر الذي جاءت الشريعة لاستئصاله من المجتمع المسلم، وهذا البطلان يعد جزاء لكلا العاقدين؛ لتعديهما ببيعهما مجهولا لم يرى، أو يوصف،

إذا ينبغي في عقود التوريد وصف المعقود عليه وصفا مفصلا لا يدع وجهًا للجهالة به فإن وقع على غير هذا الحال كان العقد باطلا، ويحق حينها للقضاء أن يحكم ببطلان العقد إذا رفع الأمر إليه.

١- رد المحتار: ابن عابدين، (٤/٥٢٩).

٢- سبق تخريجه: ص ١٣ من هذا البحث.

٣- مواهب الجليل: الرعيني، (٦/١١٨).

٤- مجموعة الفتاوى: ابن تيمية، (٢٩/١٢٣).

المسألة الثانية: ثبوت استحقاق المبيع للغير:

صورة هذه المسألة: أن يبيع المورد سلعةً للمورد له، فيثبت استحقاق طرف ثالث لهذه السلع، أو بعضها، بأن يكون وارثاً لبعضها، فما حكم العقد في هذه الحال؟
هذه المسألة اختلف فيها الجمهور على قولين وهما:

القول الأول: الحنفية، والمالكية:

ذهب الحنفية، والمالكية، إلى أن العقد لا يبطل بظهور المبيع مستحقاً لغير البائع، وإنما يتوقف على إجازة المستحق، فإن أجازته صح العقد وإلا فللمشتري الرجوع على البائع بالثمن، وهو ما نصت عليه الفتاوى الهندية: (استحقاق المبيع على المشتري يوجب توقف العقد السابق على إجازة المستحق ولا يوجب نقضه وفسخه في ظاهر الرواية)^١.

القول الثاني: الجمهور:

وهم الشافعية، والحنابلة، والقرافي من المالكية، ويرون أن مجرد ظهور المبيع مستحقاً يوجب فساد العقد وبطلانه، يقول الإمام القرافي في الفروق: (من اشترى سلعة معينة فاستحققت انفسخ العقد)^٢، وفي الحاوي: (فأما استحقاق بعض المبيع فموجب لبطلان البيع، وفيه قولان من تفريق الصفة: أحدهما: باطل في الجميع.... والثاني: باطل في المستحق صحيح في الباقي)^٣.

فإن كان استحقاق بعض المبيع يوجب البطلان وتفريق الصفة فاستحقاق جميعه موجب للبطلان من باب أولى.

وجاء أيضاً في الروض المريع: (أحال البائع على المشتري مدينه بالثمن، فبان البيع باطلاً، بأن كان المبيع مستحقاً، أو حراً، أو خمراً، فلا حوالة؛ لظهور أن لا ثمن على المشتري؛ لبطلان البيع)^٤.

ويرى الباحث رجحان ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، من أن البيع يبطل بمجرد ظهور الاستحقاق، لأن البائع باع ما لا يملك، وهذا مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام:

١- الفتاوى الهندية: الشيخ نظام، (١٦٥/٣).

٢- الفروق: القرافي، الفرق (٨٧).

٣- الحاوي: الماوردي، (٨٧/٣).

٤- الروض المريع: البهوتي، (٢٤٧/١).

(لا تبع ما ليس عندك)^١، الذي يفيد بطلان مثل هذا البيع، والباطل لا تدخل عليه الإجازة لأنه بحكم المعدوم الذي لم يكن.

وعليه إذا ظهر استحقاق محل العقد، أو بعضه، في عقد التوريد لغير المورد، بطل العقد، وتفرقت الصفقة، وإن أجاز المستحق العقد، وذلك جزاء للمورد؛ لما أقدم عليه من بيع مال غيره، أو جزاء لهما إن تواطأ المورد له مع المورد، مع علمه باستحقاق المبيع.

ولتصويب هذه المعاملة، ينبغي إجراء عقد جديد مع المستحق، أو مع البائع الأول والمستحق إن كان مستحقا لبعض المبيع، والله تعالى أعلم.

المسألة الثالثة: طرء البطلان على العقد الصحيح:

هذه المسألة تتعدد صورها في عقود التوريد، ويكثر حدوثها، ومن أمثلتها:

أ- إذا أبرم عقد توريد لحوم (حلال) وبعد عام من التوريد تبين أنه ورد لحوم ميتة أو ذبائح وثنيين.

ب- إذا أبرم عقد توريد مياه شحير خالية من الكحول، ثم تبين بعد مدة أنها محتوية على نسبة من الكحول.

إذا كان الحال كذلك فما حكم العقد قبل العلم بالمخالفة للبطلان للعقد وبعد العلم، وكذلك ما حكم المبيع قبل العلم بهذه المخالفة؟.

من الواضح أن العقد في هذه المعاملة أبرم صحيحاً، ثم بعد فترة طرأ عليه ما يبطله، فالمورد له كان في مثل هذا العقد معتقدا صحة العقد، بخلاف المورد، الذي علم علته، مثل هذه المسألة يحكم ببطلان العقد منذ حصول العلم بالمبطل، أما ما كان قبل العلم فهو باقٍ على حكم التعاقد ولا يبطل، وكذلك المبيع ما كان قبل حصول العلم باقي على حكم العقد ولا يحكم ببطلانه، وما كان بعد حصول العلم بالمبطل فقبضه باطل لبطلان العقد.

ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾^(٢٧٨)

فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۗ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ۗ^٢

١- سبق تخريجه: ص ١٤ من هذا البحث.

٢- سورة البقرة: آية (٢٧٨، ٢٧٩).

وجه الدلالة: إن الله تعالى أمر برد ما بقي من الربا بعد الإسلام ولم يأمرهم برد ما قبضوه قبل الإسلام، وإنما جعل لهم بعد علمهم بالحكم الشرعي رؤوس أموالهم فقط، وكذلك حكم ما قبض قبل العلم بالبطلان فإنه على حكم التعاقد، ولا يؤمر المشتري برده.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (كل عقد اعتقد المسلم صحته بتأويل من اجتهاد أو تقرير: مثل المعاملات الربوية التي يبيحها مجوزو الحيل، مثل بيع النبيذ المتنازع فيه عند من يعتقد صحته، ومثل بيوع الغرر المنهي عنها عند من يجوز بعضها؛ فإن هذه العقود إذا حصل فيها التقابض مع اعتقاد الصحة لم تنقض بعد ذلك؛ لا بحكم ولا برجوع عن ذلك الاجتهاد. وأما إذا تحاكم المتعاقدان إلى من يعلم بطلانها قبل التقابض، أو استفتياه إذا تبين لهما الخطأ فرجع عن الرأي الأول، فما كان قد قبض بالاعتقاد الأول أمضي، وإذا كان قد بقي في الذمة رأس المال وزيادة ربوية: أسقطت الزيادة ورجع إلى رأس المال. ولم يجب على القابض رد ما قبضه قبل ذلك بالاعتقاد الأول كأهل الذمة وأولى لأن ذلك الاعتقاد باطل قطعاً).^١

١- مجموعة الفتاوى: ابن تيمية، (٢٢٦/٢٩).

المبحث الثاني

أحكام الضمانات في عقد التوريد.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أحكام ضمانات ما قبل، وأثناء التنفيذ

المطلب الثاني: أحكام ضمانات ما بعد التنفيذ

المطلب الثالث: نظرية الظروف الطارئة

المطلب الأول

أحكام ضمانات ما قبل، وأثناء التنفيذ

تتنوع الضمانات في عقد التوريد وتختلف وظائفها، باختلاف موضوع العقد، فكلما كان موضوع العقد سلعة تتطلب مدة أو مبلغًا أكبر لتوريدها، كلما زادت واختلفت الضمانات المطلوبة، ولكن إجمالاً، هدف هذه الضمانات واحد مهما زادت أو تنوعت وهو: التزام أطراف العقد بتنفيذ التزاماتها دون أي إخلال، وبالتالي طمأنة المتعاقدين أن كل منهما سيحصل على ما مبتغاه من العقد.

ولما كان عقد التوريد في الغالب عقد طبيعته استمرارية، أي إن تنفيذه قد يستمر لفترات زمنية، فإن هذه الطبيعة فرضت أنواعاً متعددة من الضمانات في هذا العقد على المتعاقدين، لتحقيق الهدف السابق ذكره بسلاسة، وهنا سنذكر مجموعة من الضمانات التي تستخدم قبل، وأثناء تنفيذ عقد التوريد، وذلك من منظور شرعي، مع توجيه النقد والتصحيح لكل من هذه المعاملات إن وجد.

أولاً: الضمان الشخصي:

ويعد هذا النوع من أبسط الضمانات المستخدمة في عقود التوريد وأكثرها انتشاراً على صعيد العقود غير الحكومية، أو ذات المبالغ اليسيرة.

والضمان الشخصي الذي نقصده هنا له صورتان، هما المنتشرتان في الغالب في عقود التوريد وهما:

١- المكانة الشخصية، والمركز المالي، لنفس المورد، أو المورد له، إذ يُعدّان ضماناً في العقود ذات المبالغ اليسيرة، وخاصة إذا كان التعامل متكرراً وعنصر الثقة موجوداً لكل من الطرفين، فأصحاب المكانة والمركز المالي كالشركات والمؤسسات الكبيرة، لا تسمح بحدوث أي تخلف يعرض سمعتها ومكانتها للاختلال، وإذا كان هذا في العقود الكبيرة، ففي العقود الصغيرة من باب أولى.

٢- المكانة الشخصية، والمركز المالي، لجهة غير المورد، أو المورد له، وذلك بأن يتم العقد ويضمن تنفيذه جهة ثالثة غير المتعاقدين لما لها من مكانة أو مركز مالي، فيضمن تنفيذ الالتزام من قبل الطرف المضمون، على أن تتحمل هذه الجهة الضامنة مسؤولية أي إخلال يصدر عن الطرف المضمون.

وبالنظر إلى هذا النوع من الضمان نظرة شرعية نجد أنه يمثل الشكل التقليدي للضمان، **فالصورة الأولى:** تمثل ضمان العقد في الفقه الإسلامي، ونقصد به تحمل كل من طرفي العقد مسؤولياته التعاقدية، وعند حدوث الإخلال المفوت لمقصد العقد تفرق الصفقة، مع الرجوع على الطرف المخل بكل الخسائر التي نتجت عن فعله الضار، وهذا الإجراء يحمل الأطراف عادة على الالتزام، كي لا يحرّموا من آثار العقد، أو يتعرضوا لجزاءه، مما أصبح يشكل ضماناً شخصياً لكل من الطرفين.

والصورة الثانية: تمثل الكفالة في الفقه الإسلامي، فالكفالة هي: التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو العين المضمونة^١.

وقيل أنها: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق^٢.

ومن هذه التعريفات يتبين أن الصورة الثانية، ما هي إلا الضمان أو الكفالة بأبسط صورها في الفقه الإسلامي، ولا محذور شرعي في استخدامها إذا خلا العقد من المحرمات، أو أدى إلى محرم.

ثانياً: الضمانات النقدية:

تعد الضمانات النقدية، أو التأمين النقدي، من الضمانات المباشرة في عقد التوريد، وهو عبارة عن مبالغ نقدية، أو رصيد في أحد المصارف يوضع تحت تصرف المستفيد، على أن يستوفى من هذه المبالغ قيمة أي ضرر نتج عن الإخلال بشروط العقد.

ويستخدم هذا النوع من الضمان في عقد التوريد في حالتين:

الحالة الأولى: الضمان الابتدائي، أو ضمان دخول المناقصات، ويستخدم في العطاءات، والمناقصات، كضمان لجدية المناقص ورغبته في إجراء العقد، وهو لا يختلف عن هدف خطاب الضمان الابتدائي، وفي حال رسوّ المناقصة على المناقص، يتم استرداد التأمين النقدي، وفي حال تخلفه عن إبرام العقد بعد رسوّ المناقصة عليه، يصادر التأمين النقدي الذي وضعه في تصرف الجهة صاحبة المناقصة.

الحالة الثانية: عقود التوريد المستمرة، كعقود التغذية، أو عقود توريد مواد البناء (كالأسمنت) للمشاريع الضخمة، في مثل هذه العقود يطلب المورد تأميناً نقدياً يغطي قيمة السلع الموردة لمدة

١- مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، (١٩٨/٢).

٢- المغني: ابن قدامة، (٧١/٧).

مستقبلية معينة تكون في غالب العقود ثلاثة أيام، يتم الاستيفاء منها في حال عجز المورد له من تغطية قيمة السلع التي تم توريدها في هذه الأيام الثلاثة، وقد يكون المورد، هو من يقدم هذا التأمين النقدي، ليتم التنفيذ على حسابه في حال تخلفه عن التوريد لعدة أيام، ويتم وضعه عادة في حساب مصرفي، أو عن طريق شيكات تسلم للمضمون له عند التعاقد أو بدء التنفيذ.

أما الحالة الأولى: فلا يوجد مانع شرعي لها ما دام أن التأمين المدفوع سوف يسترد، في حال رسو المناقصة وإبرام العقد مع أحد المتقدمين، ولكن هناك محاذير شرعية يجب التنبيه لها كثيرا ما تحصل في مثل هذه الحالات:

١- مصادرة التأمين النقدي لكل من ينسحب من المناقصة قبل إجرائها أو أثناءها، إن مثل هذا الفعل لهو أكل لأموال الناس بالباطل، فالمناقص لا تربطه أي علاقة عقدية بعد بالمناقص له، ولا يوجد أي مانع شرعي من رجوعه عن دخول المناقصة، فإذا جاز للبائع الرجوع عن البيع بعد العقد خلال فترة الخيار، فكيف لم يجز ذلك للمناقص الذي لا تربطه أي علاقة عقدية بالمناقص له.

٢- طلب تأمينات نقدية غير مستردة لقاء حق الدخول في المناقصة (ولا نقصد بذلك دفتر الشروط الذي طال الخلاف حوله)؛ ذلك أن المناقصة تعود بالفائدة بالدرجة الأولى على المناقص له، وواحد من المناقصين فقط هو المستفيد الثاني، فيما استحل المناقص له أخذ هذه الأموال، دون مقابل أو عوض!!

٣- عند مصادرة التأمين النقدي للمناقص المتخلف عن التعاقد، يجب أن يعاد إجراء المناقصة، ولا يُعدل إلى المناقص التالي؛ ذلك أن المبلغ المصادر هو في الحقيقة تعويض عن تكاليف إجراء المناقصة التي أفسدها المناقص المتخلف، وفي حال العدول إلى المناقص التالي، ودون إجراء مناقصة جديدة، يجب حساب القيمة الحقيقية للضرر الواقع على المناقص له، والرجوع بالباقي على المناقص المتخلف، وهو نفس ما رجحه الباحث في مسألة مصادرة خطاب الضمان الابتدائي^٢.

ثالثاً: خطابات الضمان:

١- انقسم العلماء في مسألة جواز بيع دفتر الشروط إلى ثلاث أقوال منهم المجيز مطلقاً، ومنهم المانع مطلقاً، ومنهم المجيز على أن لا يزيد عن التكلفة الحقيقية، وهو ما تبناه مجمع الفقه الإسلامي، ويرى الباحث أن لا مانع شرعي من بيع دفتر الشروط، فهو لا يعدو أن يكون سلعة يقدمها المناقص له للبيع، ومنم ذهب إلى هذا الرأي الشيخ عبد الله المنيع، عضو هيئة كبار العلماء، والدكتور ماهر الحولي، موقع الجامعة الإسلامية غزة صفحة الدكتور ماهر الحولي بحث حكم عقد المناقصة، <http://site.iugaza.edu.ps/mholiy/researches/>.

٣- انظر مصادرة خطاب الضمان الابتدائي: ص ١٢ من هذا البحث وما بعدها.

وقد سبق دراستها دراسة مفصلة، في مطلب مستقل من هذا البحث^١.

رابعاً: الكمبيالة:

تعد الكمبيالة وسيلة من وسائل الضمان، وينتشر استخدامها بكثرة في المعاملات التجارية لهذا الهدف، ولإعطائها الحكم الشرعي المناسب يلزم أولاً تعريفها. الكمبيالة هي: وثيقة أو صك محرر يتضمن الأمر من شخص يدفع مال معين في وقت معين لآخر من طرف ثالث^٢.

وتعرف أيضاً بأنها: صك محرر مكتوب وفق أوضاع شكلية، حددها القانون، قابلة للتداول ويتم فيها أمر بالدفع غير مشروط من الساحب إلى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغاً من المال في تاريخ محدد أو بمجرد الاطلاع إلى الطرف الثالث وهو المستفيد أو حامل الصك^٣. ومن هذا التعريف يتضح لنا أن أطراف هذه المعاملة ثلاثة: الساحب: وهو مصدر الكمبيالة، والمسحوب عليه: وهو الجهة التي ستدفع قيمة الكمبيالة وغالباً ما تكون مصرف، والمستفيد وهو حاملها.

التكييف الشرعي للكمبيالة:

وجد الباحث أن كثيراً من الاقتصاديين والقانونيين عندما تكلموا عن الكمبيالة شرعاً كيفوها على أنها عقد حوالة، يحيل بموجبها المدين (المُحيل)، الدائن (المُحال)، على جهة أخرى (المحال عليه)، لاستيفاء الحق الذي على الدائن من هذه الجهة المحال عليها. وهذا خطأ، فالحوالة شرعاً هي: نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى؛ أي نقل الدين والمطالبة به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه^٤.

فالمحال عليه إذا أفلس أو حجر عليه ليس للمحال الرجوع على المحيل بدينه، وهو قول الشافعية والحنابلة وابن المنذر وليث وعامة أهل العلم، فقد جاء في مغني المحتاج: (فإن تعذر أخذه من المحال عليه؛ بفلس طراً بعد الحوالة، أو جحد منه للدين أو للحوالة، وحلف، لم يرجع أي

١- انظر المطلب الرابع من المبحث الثاني من الفصل الثاني: خطاب الضمان، ص ٨٩، وكذلك ص ١١٢ من هذا البحث.

٢- موقع صحيفة الاقتصادية: http://www.aleqt.com/2006/04/06/article_34062.html

٣- ملتقى طلبة الجامعة الإسلامية: <http://www.iugst.com/vb/t68.html>

٤- درر الحكام: الحسيني، (٣/٢)، شرح المادة ٦٧٣ من مجلة الأحكام العدلية.

المحتال على المحيل، كما لو أخذ عوضاً عن الدين وتلف في يده، فلو شرط عليه الرجوع بشيء من ذلك لم تصح الحوالة.. وهو ظاهر لاقترانها بشرط يخالف مقتضاها^١.

وفي الشرح الكبير: (والحوالة تنتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فلا يملك المحتال الرجوع عليه بحال)^٢.

واستدلوا لذلك بأن حزنا جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين، فأحاله به، فمات المحال عليه، فأخبره فقال: اخترت علينا أبعذك الله. فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع^٣.

وفي الكمبيالة، إذا أفلس المصرف، أو أنكر أن يكون عليه دين للمحيل لا يسقط حق المحال بالرجوع على المحيل، ولا تبرأ ذمة المحيل من الدين، وبعبارة أخرى يثبت لحامل الكمبيالة المطالبة مع بقاء الدين في ذمة محررها.

ويرى الباحث أن التكييف المناسب للكمبيالة هو الوكالة: فالكمبيالة وكالة من المدين إلى الجهة التي تدفع قيمتها، وتمثل الوكيل، والمال المدفوع هو الموكل به، ولم أجد مانعاً شرعياً من تكييفها على هذا النحو، فضلاً عن أن الدائن لو وجد الطرف الثالث مفلساً أو أنكر أن للمدين عليه حقاً، كان للدائن الرجوع على المدين محرر الكمبيالة بدينه، والله أعلم.

الفرق بين الكمبيالة والشيك:

الشيك المصرفي هو: صك محرر وفقاً لأوضاع معينة، يتضمن أمراً من الساحب وهو محرر الشيك، إلى المسحوب عليه، وهو عادة ما يكون مصرفاً، بدفع مبلغ معين لأمر شخص ثالث وهو المستفيد، أو لحامله بمجرد الاطلاع، ويجب أن يذكر على متن الصك عبارة شيك^٤.

ووفقاً لهذا التعريف يتضح أن بين الشيك وبين الكمبيالة تشابهاً كبيراً، وذلك من وجوه:

- ١- أن كلاهما يصنف على أنه ورقة تجارية.
- ٢- كل منهما يمثل حقاً نقدياً واجب الدفع.
- ٣- لكل منهما ثلاثة أطراف: ساحب، ومسحوب عليه، ومستفيد^٥.

١- مغني المحتاج: الشرييني، (٢/١٩٥، ١٩٦).

٢- الشرح الكبير بحاشية المغني: ابن قدامة، (٦/٢٩٦).

٣- المرجع السابق: (٦/٢٩٦).

٤- موقع اقتصاديات: <http://www.4eqt.com/vb/thread26668.html>.

٥- موقع فهد النويصر للاستشارات القانونية: <http://www.fan.com.sa/inf/articles.php?action=show&id=32>.

ولكن بالرغم من هذا التشابه تبقى هنالك فروق كثيرة تفرق بينهما وبين وظائفهما وهي ما يلي:

- ١- الشيك واجب الدفع بمجرد الاطلاع، أما الكمبيالة فيجوز تقديمها إلى المسحوب عليه لقبولها قبل وفائها، وفي حالات معينة يلزم تقديمها للقبول.
- ٢- في الشيك يجب أن يكون هناك رصيد قائم للساحب يفي بمبلغ الشيك قبل إصداره أو في وقت إصداره، وأن يكون هذا الرصيد قابلاً للسحب، ومعلوم أن القوانين تُجرّم كل من أصدر شيك دون رصيد أما الكمبيالة: فلا يلزم توفر مقابل الوفاء حين إصدارها، ويكفي توفره في ميعاد الاستحقاق.
- ٣- يعد الشيك أداة وفاء فقط، ولا يجوز استعماله كضمان، لذا فهو واجب الوفاء دائماً لدى الاطلاع، في حين أن الكمبيالة تعتبر أداة وفاء وضمان، لذا نجد أنها مؤجلة الدفع ويلزم إطلاع المصرف عليها أولاً.
- ٤- يشترط في الكمبيالة ذكر اسم المفيد، بينما لا يشترط ذلك في الشيك فيجوز أن يحرر لحامله.
- ٥- يجوز أن يكون المسحوب عليه في الكمبيالة مصرفاً أو شخصاً عادياً، أما في الشيك فلا يسحب عادة إلا على مصرف.
- ٦- يجوز تحرير الكمبيالة على أي ورقة عادية، أما الشيك فقد جرت العادة على ألا يكتب إلا على نموذج خاص مطبوع يقدمه المصرف إلى عميله^١.

وفي عقد التوريد تستخدم الكمبيالات كضمان، إما من جهة المورد وذلك بدلا عن التأمين النقدي المقدم عند المناقصة، وإما من جهة المورد له، ويستخدمها كضمان للدفعات المستحقة عليه للمورد، وهو حاصل وشائع بكثرة.

خامساً: السند الإذني، أو السند لأمر:

السند لإذن أو لأمر هو أيضا صك محرر وفقاً لأوضاع معينة نص عليها القانون، يتضمن تعهد من قام بتحريره بدفع مبلغ معين في تاريخ معين أو بمجرد الاطلاع، لأمر شخص آخر يسمى المستفيد^٢.

١- المرجع السابق، وكذلك ملتقى طلبة الجامعة الإسلامية: <http://www.iugst.com/vb/t68.html> ، موقع كلية

الحقوق، جامعة الأزهر: <http://y-law.org/vb/showthread.php?t=27648>.

٢- موقع اقتصاديات: <http://www.4eqt.com/vb/thread26668.html>.

ومما ذكر يتضح أن السند الإذني أو لأمر لا يعدو أن يكون وثيقة دين، وهو مشروع، لا بل يستحب ويندب فعله، لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^١.

ولا يوجد فرق بين السند الإذني والسند لأمر، غير أنه في حال السند الإذني يتم كتابة اسم المستفيد، أما في حال السند لأمر، فلا يكتب اسم المستفيد، ويكون لحامله، ولا يرى الباحث محظوراً شرعياً في عدم ذكر اسم المستفيد فقد يوكل المستفيد غيره لاستيفاء الحق، وبما أن مصدره أصدره بهذا الشكل فإن هذا يكون بمثابة موافقة منه على دفع الدين لمن ينوب عن المستحق الأصلي للدين، وإن لم يكن كذلك عليه إصدار سند إذني يشتمل على اسم الدائن الأصلي.

ويستخدم السند الإذني أو لأمر في عقد التوريد من قبل المورد له فقط، كضمان للدفعات المستحقة عليه للمورد، وهو نفس استخدام الكمبيالة السابق الذكر من جهة المورد له.

سادساً: الرهن:

الرهن في اللغة: الحبس، ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾^٢.

وكذلك يطلق ويراد به الثبوت والدوام: ومنه ماء رهن ونعمة رهن، أرهنت لهم الطعام والشراب أدمته لهم، وهو طعام رهن^٣.

وفي الاصطلاح هو: جعل عين مالية وثيقة دين يستوفى منها عند تعذر وفائه^٤.

وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾^٥.

وهو جائز كذلك في الحضر لما روته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: (أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه)^٦.

ونحن لسنا هنا في معرض التوسع في مسألة الرهن وتفريعاتها، ولكننا نطرح الرهن كوسيلة من وسائل الضمان المستخدمة في عقود التوريد، فقد يُستخدم كضمان مقابل استصدار خطابات الضمان من المصارف، وقد يقدمه كل من المورد والمورد له كضمان للطرف الآخر، إما مقابل دفعات مالية قد تستحق على المورد له، وإما مقابل التزامات تقع على عاتق المورد بموجب العقد.

١- سورة البقرة: آية ٢٨٢.

٢- سورة الطور: آية ٢١.

٣- تهذيب اللغة: الهروي، (٢٧٤/٦).

٤- حاشيتا قليوبي وعميرة: قليوبي وعميرة، (٢٦١/٢).

٥- سورة البقرة: آية ٢٨٣.

٦- رواه البخاري: ح/٢٥٠٩، باب من رهن درعه.

ولكن مسألة الرهن اليوم أخذت أشكالاً وترتيبات تختلف عن ما كانت عليه سابقاً، وذلك من جهة نوع المرهون، وطريقة توثيق الرهن، وسنعرض هنا بعض أشكال الرهن الحديثة المستخدمة كضمانات في عقود التوريد، مع بيان الحكم الشرعي لكل منها.

النوع الأول: رهن المنقولات المعنوية:

نقصد بالمنقولات المعنوية الوثائق التي تثبت لأصحابها حقوقاً في أعيان، أو ذمة معلومة، فنقلها يثبت نقل ملكية هذه الأعيان، أو هذه الديون المترتبة على الغير؛ أي لا يلزم مع نقلها نقل حقيقة الشيء.

وتنقسم هذه المنقولات المعنوية إلى أقسام، وهي:

١- الأوراق التجارية: وهي الكمبيالات، والسند الإذني، أو لأمر.

٢- الأسهم وحصص الشركات.

١- رهن الأوراق التجارية:

كما مر معنا فإن الأوراق التجارية تمثل الكمبيالات، والسند الإذني أو لأمر، وهذه الأوراق تمثل حقوق مالية لأصحابها على الغير.

وفي عقد التوريد قد يضطر المورد أو المورد له إلى أن يرهن بعض الأشياء التي يمكن استيفاء الحق منها في حال عجزه عن ذلك، مثل تقديم المورد رهن للمصرف المصدر لخطاب الضمان، أو تقديم المورد له رهناً للمورد يستوفي منه قيمة السلع التي وردها في حال عجز المورد له عن ذلك.

فهو يصح رهن هذه الأوراق التجارية التي تمثل حق للراهن في ذمة طرف آخر، للطرف الثاني في العقد وهو المرتهن، كضمان يستوفي منه حقه في حال عجز مقدمها عن تنفيذ التزامه؟

المتأمل في هذه المسألة يجد أن الراهن يرهن ديناً له في ذمة آخر، وقد تناول العلماء قديماً هذه المسألة تحت عنوان (رهن الدين).

وقد انقسموا فيها إلى فريقين:

الفريق الأول: الجمهور:

وذهبوا إلى عدم جواز رهن الدين ابتداءً وأجازوه انتهاءً، بمعنى أن تقديم الدين كرهن في بداية المعاملة غير جائز مطلقاً، هذا ابتداءً، أما جوازه انتهاءً، أي إذا قدم عيناً رهناً فأنقلها غير

المرتهن وكان ضمان هذا الرهن المتلف ديناً في ذمة المتلف، جاز وإن كان المتلف هو الراهن، وهذا هو رأي الجمهور من الحنفية، والشافعية، وظاهر مذهب الحنابلة^١.

الفريق الثاني: المالكية:

ذهب المالكية إلى جواز رهن الدين مطلقاً، ابتداءً وانتهاءً، سواء رهن الدين عند المدين أو عند غيره، أي إذا استدان زيد من عمرو مائة دينار، واشترى عمرو من زيد سيارة بمائة دينار نسيئة، فجاز لعمرو أن يرهن عند زيد المائة التي أقرضها له، كضمان لثمن السيارة، هذا هو رهن الدين عند نفس المدين، أما رهنه عند غيره، فهو كمسألة رهن الكميالة، وجميع ذلك جائز على مذهب المالكية^٢.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بأن الدين يجب أن يكون عيناً مقبوضة لقوله تعالى: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^٣، والدين غير مقدور على تسليمه، في حين دلت الآية أن القبض شرط للزوم الرهن^٤.

وكذلك فإن رهن الكميالة هو أوضح صور لبيع الدين بالدين، فعن ابن عمر ورافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم (أَنَّهُ نَهَى عَنِ بَيْعِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ)^٥،

وجه الدلالة:

الرهن وإن كان عقد توثيق ابتداءً، فهو عقد معاوضة مآلاً، فالمرتهن قد يعتاض عن سلعته التي باعها نسيئة بقيمة المرهون، فإن كان المرهون ديناً فإنه إذا آل به الحال إلى الوفاء من المرهون فكأنه باع سلعته ديناً بدين، وهذا عين بيع الدين بالدين.

١- انظر: تحفة الفقهاء: السمرقندي، (٤٣/٣)، نهاية المحتاج: الرملي، (٢٣٨/٤)، شرح الوجيز: الرافعي،

(٢/١٠)، كشاف القناع: البهوتي، (٣٠٧/٣)

٢- مواهب الجليل: الرعيني، (٥٣٩/٦)، القوانين الفقهية: ابن جزي، (٢١٢/١)، الشرح الكبير: الدردير، (٢٣١/٣).

٣- سورة البقرة: آية ٢٨٣.

٤- موسوعة فقه المعاملات: مجموعة من المؤلفين، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف السعودية، موقع الإسلام،

<http://moamlat.al-islam.com/Page.aspx?pageid=529&TOCID=78&BookID=507&PID=183>

٥- سبق تخريجه: صفحة ١٤ من هذا البحث.

أدلة المالكية:

واستدلوا لمذهبهم بقاعدة (كل ما جاز بيعه جاز رهنه)، وبيع الدين جائز عند المالكية، ولكن بشروط مثل إسهاد المدين أن الدين الذي في ذمته صار لازماً لفلان^١، وأن يقبض بائع الدين السلعة التي باع بها دينه دون تأخير كي لا تكون بيع دين بدين^٢، وشروط أخرى ليس محلها هنا.

الترجيح:

يرى الباحث رجحان مذهب الجمهور، وهو منع رهن الدين ابتداءً، وفي حالة الأوراق التجارية يسري هذا المنع الذي ذهب إليه الجمهور، ولكن يمكن استثناء بعض الحالات من هذا المنع، مثل أن يكون الطرف المكلف بسداد قيمة الورقة التجارية جهة موثوقة وذات مكانة مالية قوية كأن تكون مصرفاً مثلاً، فحينها يجوز رهن هذه الورقة؛ ذلك أن العلة التي من أجلها حرم بيع الدين بالدين هو الجهالة بالقدرة على التسليم، فإذا كان الطرف الذي عليه سداد هذه الورقة جهة موثوقة بقدرتها على تسليم قيمة الكمبيالة انتفت العلة، أما عن اشتراط القبض في الرهن فإذا كانت الجهة التي ستدفع قيمة الورقة التجارية ذات مركز مالي موثوق فقبض هذه الورقة سيكون بمثابة قبض لقيمة الرهن لا محالة، ويستدل لهذا الاستثناء من المنع بما رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **(مَطْلُ الْغَنِيِّ ظَلْمٌ وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ)**^٣، وكذلك يستدل على جواز استثناء هذه الحالة من بيع الدين بالدين، بالقياس، على الحوالة فهي مستثناة من بيع الدين بالدين، للحاجة، بشرط تيقن وفاء المحال عليه.

أما إذا كان الطرف المكلف بسداد قيمة الورقة التجارية طرفاً غير موثوق، أو ذا مركز مالي متذبذب، أو في ماله شبهة، فحينها الحكم هو البقاء على الأصل وهو منع رهن الورقة التجارية، هذا والله أعلم.

٢- رهن الأسهم وحصص الشركات:

السهم: هو الوثيقة التي تصدرها الشركة المساهمة، والتي تمثل حق المساهم فيها وملكيته لحصة مشاعة في موجوداتها^٤.

١- شرح ميارة: محمد بن أحمد المالكي، (٢٣٩/١).

٢- القوانين الفقهية: ابن جزي، (١٦٩/١).

٣- متفق عليه: البخاري: ح/٢٢٨٨، ومسلم: ح/٤٠٨٥.

٤- الأسهم أنواعها والمعاملات التي تجري بها: محمد علي القري، مجلة مجمع الفقه العدد ٧ ج ١.

ومن خلال التعريف يتضح أن مسألتنا تتبع باب المشاع أو الشيوخ، فالسهم حصة لا على التعيين في شركة تضم عددًا من الشركاء لكل منهم أسهمه وحصصه غير المفترزة. إذاً التكليف الفقهي لمسألة رهن الأسهم، هو رهن المشاع، وحول هذه المسألة انقسمت آراء الفقهاء إلى فريقين:

الفريق الأول: الحنفية:

ذهب الحنفية^١، وأشهب من المالكية^٢، إلى عدم جواز رهن المشاع مطلقًا، سواء من الشريك أو غيره، سواء أمكن قسمته أم لم يمكن، وعلق أشهب الجواز على إذن الشريك، وإلا فلا.

الفريق الثاني: الجمهور:

وهم كل من المالكية^٣، والشافعية^٤، والحنابلة^٥، وذهبوا إلى صحة رهن المشاع مطلقًا، سواء من الشريك، أو من غيره، سواء قبل القسمة أم لم يقبلها.

أدلة الفريق الأول:

استدلوا بأن موجب عقد الرهن دوام يد المرتهن على الرهن واستحقاق الحبس الدائم، ولا يتصور الحبس الدائم في المشاع لأنه يبطل بالمهابة^٦ قبضه، كأنه رهنه يوماً ويوماً لا^٧.

أدلة الفريق الثاني:

- ١- استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾^٨.
- وجه الدلالة: إن الآية جاءت عامة، ومطلقة، فلم تخصص أو تقيد، مشاعاً من مقسوم^٩.
- ٢- إن العين المشاعة يجوز بيعها في محل الحق، فيصح رهنها كالمفترزة^{١٠}.

- ١- بدائع الصنائع: الكاساني، (١٣٨/٦)، تبيين الحقائق: الزيلعي، (٦٥/٦)، مجمع الأنهر: شيخ زاده، (٢٧٨/٤).
- ٢- التاج والإكليل: العبدري، (٥/٥)، الذخيرة: القرافي، (٨٢/٨).
- ٣- الكافي: ابن عبد البر، (٨١٣/٢)، القوانين الفقهية: ابن جزري، (٢١٢/١).
- ٤- الحاوي: الماوردي، (٢١٨، ١٥/٦)، الإقناع: الشربيني، (٢٧٣/١).
- ٥- الإنصاف: المرداوي، (١٤١/٥)، الإقناع: الحجاوي، (١٥٢/٢)، الروض المربع: البهوتي، (٢٣٩/٢).
- ٦- تهذيب القوم، هأياًئُهُ و مهأياًئُهُ، من الهيئة أي جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد النوبة، (المصباح المنير: الرافي، (٦٤٥/٢).
- ٧- البحر الرائق: ابن نجيم، (٢٧٥/٨)، تبيين الحقائق: الزيلعي، (٦٩/٦).
- ٨- سورة البقرة: آية ٢٨٣.
- ٩- الجامع لأحكام القرآن: القرطبي، (٣٦٠/٣)، رهن الأسهم وأحكامه: خالد الوديناني، مجلة العدل، ع ٢٨ ص ٩٠.
- ١٠- المغني: ابن قدامة، (٣٢/٦).

مناقشة أدلة الفريق الأول:

- ١- نوقش استدلالهم أن مقصود الرهن الحبس الدائم بأن ذلك ليس مقصود الرهن، وإنما مقصوده استيفاء الدين من قيمته عند تعذره من غيره، والمشاع قابل لذلك^١.
- ٢- ونوقش استدلالهم أن الشيوخ يقتضي أن يكون قبضه يوماً دون يوم، بأنه قول غير مسلم به، فقبضه حكم مستدام، وخروجه في يوم المهايأة عن يده لا يزيل حكم قبضه عنه، وإن حصل في يد غيره، فصار كمن رهن شيئاً على أنه يكون في يد مرتنه يوماً، وعلى يد عدل يوماً، لم يمنع ذلك من صحة الرهن وكان هذا بخلاف قوله: أرهناك يوماً وأسترجه منك يوماً^٢.

الترجيح:

وعلى ما سبق، فإنه قد ترجح لدى الباحث القول الثاني وهو قول الجمهور، والقاضي بصحة رهن المشاع، وذلك لما أورده من أدلة ومناقشة لقول الفريق الثاني.

وبالتالي فإن رهن الأسهم في عقود التوريد جائز ومباح استعماله لكل من المورد والمورد له، ولكن ينبغي التحذير من أن أسهم الشركات التي تتعامل بالأنشطة المحرمة كتجارة الخمر أو صناعتها أو أسهم الشركات والمصارف الربوية، مثل هذه الأسهم لا يجوز بحال ارتهانها أو التعامل بها بأي شكل من أشكال التعامل وذلك لخبث مالها وحرمتها، والله أعلم.

النوع الثاني: الرهن العقاري:

اتفق الفقهاء على أن كل ما صح بيعه كالعروض والحيوان والعقار صح رهنه؛ لأن المقصود من الرهن الاستيثاق بالدين ليتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن عند تعذر استيفائه من الراهن، وهذا يتحقق في كل عين يصح بيعها^٣.

وعليه فلا مانع شرعياً في رهن العقار، إلا إن طريقة الرهن تختلف من زمان إلى آخر، فقديمًا كان يكفي لإثبات أن العقار مرهون أن يكتب الراهن والمرتهن وثيقة بينهما تبين ذلك، أو أن يخلي الراهن بين المرتهن وبين العقار ليحبسه، أما اليوم فقد تغيرت طرق التوثيق، فمسألة وضع يد الراهن على العقار نجدها نادرة الحدوث ويكتفى عادة بالوثيقة الدالة على أن العقار مرهون لزيد أو عمرو، ولكن في الفقه الإسلامي مثل هذا التصرف لا يكون إلا برضى المرتهن، ذلك أن الرهن هو

١- المرجع السابق: (٣٢/٦).

٢- الحاوي الكبير: الماوردي، (١٦/٦).

٣- الموسوعة الكويتية: وزارة الأوقاف الكويتية، (١٩٦/٣٠).

الحبس، والحبس لا يكون إلا بقبض العين المرهونة، من هنا جاز للمرتهن أن يرفض الرهن الذي يقدمه الراهن إذا لم يقترن بقبضه، وقبض العقار يكون بالتخلية بينه وبين المرتهن أن يضع يده عليه ففي المغني: (وإن كان مما لا ينقل، كالنقل والأرضين، فقبضه تخلية رهنه بينه وبين مرتته لا حائل دونه)^١.

هذا على صعيد القبض، أما على صعيد توثيق عقد الرهن وتسجيله، فقد استحدثت اليوم بعض الإجراءات الشكلية لعملية تسجيل الرهن، وهي غالباً بإحدى طريقتين:

الأولى: أن يقوم الراهن والمرتهن بالتوجه إلى دوائر تسجيل الدور والأراضي، (الشهر العقاري، وفي فلسطين تتم العملية في دائرة الطابو) وتدوين موقع العقار المرهون وقيمة المبلغ الذي رهن به، ويستلم كل من الراهن والمرتهن وثيقة بذلك وتحفظ أخرى في ملفات الدائرة لحين فك الرهن عن العقار، إما باستلام المرتهن مستحقاته وإما ببيع العقار من أجل قضاء المرتهن، وتشتترط عدة هذه الدوائر تسوية كل المتعلقات المالية المترتبة على العقار المرهون للجهات الحكومية قبل رهنه.

الثانية: أن يتم التسجيل في المحكمة التي يقع العقار في الجغرافي لنفوذها، وهذا الإجراء هو المتبع عادة في عمليان رهن العقارات وكذلك يحصل كل من الراهن والمرتهن من المحكمة على وثائق تفيد حصول هذا الإجراء وتسجيله لديها^٢.

وأياً كانت طريقة التسجيل، فإنها تبقى إجراء قد يأخذ أشكالاً مختلفة لا يضر بجوهر العقد أو صحته.

١- المغني: ابن قدامة المقدسي، (٢٩/٦).

٢- مقابلة مع الأستاذ يوسف أبو هاشم، مدرس مادة القانون كلية دار الدعوة، قسم حقوق الإنسان ٢٠١٠/١١/٤.

المطلب الثاني

أحكام ضمانات ما بعد التنفيذ

نقصد بضمانات ما بعد التنفيذ، الضمانات التي يقدمها المورد بعد إتمام الصفقة وتوريد السلعة محل العقد. وموضوعها غالبا لا يخرج عن ثلاثة أمور، منها ما هو إلزامي، مثل ضمان معايير الجودة وضمن صلاحية السلعة، ومنها ما هو ترويجي دعائي، مثل ضمان الأعطال الحادثة في المستقبل البعيد، ويجمع بينها، أن جميعها يعد من ضمانات بعد التنفيذ. وفي هذا المطلب إن شاء الله سنبين الحكم الشرعي لكل من هذه الضمانات.

أولا: الضمانات الملزمة:

١- ضمان معايير الجودة:

معايير الجودة على صعيد المنتجات والسلع هي: حزمة من الخصائص والمواصفات القياسية، تضعها جهات حكومية أو هيئات محايدة، يشترط توافرها في المنتج؛ لحصوله على شهادة تبين أنه يتمتع بأعلى درجات الدقة، وبالتالي ترفع من قيمته السوقية، وتحقق للمستهلك جودة وأداء أفضل.

وهذه المعايير منها ما هو محلي يختلف من بلد لآخر، مثل معايير الجودة الفلسطينية، أو المصرية.. وهكذا، ومنها ما هو دولي مثل، معايير منظمة المواصفات والمقاييس الدولية (International Organization for Standardization) والمعروفة اختصارا بالـ(ISO).

وتقوم هذه الهيئات باختبار المنتج والتأكد من مطابقته للمواصفات والمقاييس التي حددتها، وفي حال نجاحه؛ تقوم بالإعلان عن ذلك، أو بوضع ملصقات على المنتج تبين تجاوزه اختبار الجودة، مثل: (يوصى باستعمالها، أو شرائها)، أو (تتوفر فيه شروط الجودة)، أو (مطابق لمعايير الجودة الفلانية)^١.

وفي عقود التوريد وخاصة تلك الحكومية منها أو المتعلقة بالهيئات والمؤسسات، غالبا ما يشترط توفر هذه الصفات والمعايير، وقد يحدث في بعض الأحيان أن يتخلف المورد عن توفير هذه الصفات في المنتج المورد، فما حكم ضمان هذه المعايير؟

١- خدمات ما بعد البيع وأحكامها في الفقه الإسلامي: بدر بن عبد الله الجدوع، موقع رسالة الإسلام،

<http://fiqhforum.com/articles.aspx?cid=2&acid=146&aid=17186>

إن اشتراط مثل هذه المواصفات لا يعارض أي نص، ولا يعود بالضرر على أي من جهات العقد، لا بل قد يعود بالنفع على العاقدين فضلا عن المستهلكين، ولما كانت القاعدة أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، ولما كان مثل هذا الشرط يحقق المصلحة، ولا يعود بالضرر، ولا يعارض نصا، فلا مانع من اشتراطه، لا بل قد يندب إليه، إذا كثر الغش والتلاعب بالمنتجات.

هذا من جهة حكمه الشرعي، أما حكم ضمان تحقيق هذه المعايير فيرى الباحث أنه يلزم فيه التفصيل.

أولا يجب التأكيد أن اشتراط الحصول على إعلان من هيئة المعايير يفيد بمطابقة المنتج لشروطها، مثل هذا الشرط إذا لم يتم تنفيذه في عقد التوريد، فإنه يكفي لثبوت خيار الرد بالعيب من قبل المورد له، ذلك أن عقد التوريد يعد من بيوع الصفات، وهذه المعايير هي عبارة عن صفات طلبها المورد له، وتعهد المورد بتوفيرها وعلى ذلك تم العقد، ففواتها يمثل عيبا يعطي المورد له حق خيار الرد بالعيب.

ولكن إذا كان هناك فوات لبعض الصفات اليسيرة التي لا تؤثر على جودة السلعة ولا ثمنها ولا تعود بأي شكل من أشكال الضرر على المورد له، فإنه قد يغتفر في مثل هذا الحال عن هذا الإخلال، وذلك ترجيحاً لمصلحة إتمام العقد^١.

ومما ذكرنا يتبين إن ضمان معايير الجودة هو ضمان ملزم إذا تم اشتراطها (أي المعايير)، وفوات هذه المعايير يلزم المورد بالضمان، حتى وإن لم يذكر ضمانها في العقد.

٢- ضمان صلاحية المبيع:

في بعض عقود التوريد نجد أن المورد يضمن للطرف الآخر، صلاحية وحسن أداء المبيع لمدة زمنية، عادة ما تكون بضعة شهور، فإذا أثبتت صلاحيته خلال هذه المدة غلب على الظن صلاحيته بعد ذلك، وفي حال فشل المنتج المورد خلال هذه المدة؛ فإن المورد يتعهد إما بإصلاحه، أو تغييره إن لم يكن قابلاً للإصلاح^٢.

١- البحر الرائق: ابن نجيم الحنفي، (٤٢/٦)، الشرح الكبير: الدردير، (١٠٨/٣)، كشاف القناع: البهوتي، (٢١٦/٣).

٢- ضمان عيوب المبيع الخفية: عبد الكريم علوان، ص ١٨٣، رسالة ماجستير، مكتبة الجامعة الأردنية.

ويلجأ الموردون وأصحاب الشركات لمثل هذا الضمان لأسباب، منها:

أ- تقديم صورة حسنة لشركاتهم، ودعاية لمنتجاتها، مما قد يعود على هذه الشركات بمزيد من العقود.

ب- تفادي المطالبة والرجوع عليها بالتعويض عن أي أضرار قد تظهر مستقبلاً بعد المدة التي تعهدوا فيها بالضمان.

وهنا يلزم تبين التكيف الفقهي، والحكم الشرعي، لمثل هذا النوع من الضمان.

ينظر في ضمان الأداء والصلاحية إلى أمرين:

الأول: ضمان سلامة المبيع من العيوب المصنعية والفنية.

الثاني: ضمان صلاحية المبيع وقيامه بالعمل^١.

أما الأول: فيمكن تخريجه على أنه ضمان العيب الذي لا يعلم إلا بامتحان وتجربة واستعلام. ولكن العلماء اختلفوا في هذا النوع، هل هو من ضمان البائع أم المشتري على قولين:

الفريق الأول: المالكية:

ذهب المالكية إلى أن المبيع في هذه الحال من ضمان المشتري، إلا أن يشترط المشتري على البائع ضمان هذا العيب، جاء في شرح الخرشي: (أن ما لا يطلع على وجوده إلا بتغير ذات المبيع فإنه لا يكون عيباً على المشهور، ولا قيمة للمشتري على البائع في نظير ذلك، سواء كان حيواناً، أو غيره، كخضرة بطن الشاة، وكسوس الخشب بعد شقه، وفساد باطن الجوز، وممر القثاء، ونحوه إلا أن يشترط الرد به فيعمل بشرطه لأنه شرط فيه غرض، ومالية)^٢ أهـ.

الفريق الثاني: الجمهور:

وهم كل من الحنفية^٣، والشافعية^٤، والحنابلة^٥، وذهبوا إلى أن ما تبين من عيب بعد الاستعلام من ضمان البائع، واستدلوا لقولهم بالقياس على المصراة، وجواز ردها، بعد حلبها، حيث جعل ضمان عيبها على البائع، جاء في مغني المحتاج: (ولو حدث عيب لا يعرف القديم إلا به،

١- الحوافز التجارية التسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي: د. خالد المصلح، ص ٢٧٨، موقع الدرر السنية،

http://www.dorar.net/book_end/10202

٢- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: الخرشي، (٥/١٣٠، ١٣١).

٣- فتح القدير: ابن الهمام، (٦/٣٧٢).

٤- تحفة المحتاج: الهيتمي، (٤/٣٨١).

٥- الإنصاف: المرادوي، (٤/٤٢٤، ٤٢٦).

ككسر بيض.. لا أرش عليه للحادث في الأظهر وكذا كل ما كان مأكوله في جوفه كالرمان والجوز واللوز لعذره في تعاطيه لاستكشاف العيب كما في المصرة ولا أرش عليه بسببه لذلك) أه.

الترجيح:

يرى الباحث والله أعلم رجحان قول الجمهور القاضي بجعل ضمان العيب المتبين بعد الاختبار على البائع، وذلك لوجهة قولهم وقربه إلى تحقيق العدل، فالمشتري لا خبرة له بعد بالمبيع، بخلاف البائع الذي ينبغي أنها سلعته ويعلم خباياها.

وعليه ومما تم ذكره يتبين مشروعية الأمر الأول وهو ضمان ما كان متعلقا بسلامة المبيع من العيوب المصنعية والفنية، وأنه من ضمان البائع أو المورد إلزاما، سواء اشترطه أم لا.

أما الثاني: وهو ضمان صلاحية المبيع وقيامه بالعمل.

فإنه يمكن أن يخرج على ضمان العيب الحادث في المبيع عند المشتري والمستند إلى سبب سابق^٢.

وهذا النوع من العيوب حدث فيه نفس الخلاف السابق، هل هو من ضمان البائع أم المشتري.

القول الأول: المالكية وقول للحنابلة:

ذهبوا إلى أن العيب الحادث بسبب سابق للقبض من ضمان المشتري ما لم يدلس البائع، ذلك أن العيب وجد عند المشتري بعد القبض، فصار كأنه لم يستند إلى سبب قبل القبض^٣.

الفريق الثاني: الحنفية والشافعية وقول للحنابلة:

وذهبوا إلى أن العيب الحادث بعد القبض والمستند إلى سبب سابق للقبض، هو من ضمان البائع، فبتقدم السبب أصبح كالعيب المتقدم^٤.

١- مغني المحتاج: الشرييني، (٤٤٣/٢).

٢- خدمات ما بعد البيع وأحكامها في الفقه الإسلامي: بدر بن عبد الله الجدوع، موقع رسالة الإسلام،

<http://fiqhforum.com/articles.aspx?cid=2&acid=146&aid=17186>

٣- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: الخرشي، (١٤٢/٥)، حاشية الدسوقي: الدسوقي، (١٢٨/٣)،

الإتصاف: المرادوي، (٤٣١/٤).

٤- تبين الحقائق: الزيلعي، (٤٢/٤)، حاشيتا قليوبي وعميرة: (٢١١/٢)، الإتصاف: المرادوي، (٤٣١/٤).

الترجيح:

يرى الباحث أن الرأي الثاني والقاضي بأن العيب الحادث بعد القبض والمستند إلى سبب سابق للقبض، هو من ضمان البائع، فالسبب يترتب عليه مسببه^١، ووجود سبب العيب ترتب عليه وجود العيب^٢.

وعليه فإن ضمان ما كان متعلقاً بصلاحيّة المبيع وقيامه بالعمل، أمر مشروع، وهو من ضمان البائع أو المورد إلزاماً سواء اشترطه أم لا.

وبذلك يتبين إن ضمان كل من معايير الجودة وصلاحيّة المبيع، هو من الضمانات الملزمة للمورد، سواء تم اشتراطها في العقد أم لم تشترط، لا كما يروج من أنه خدمة، يقدمها البائع على سبيل التبرع للزبائن.

النوع الثاني: الضمانات التطوعية:

هذا النوع من الضمانات لا يُلزم بها أحد طرفي العقد ابتداءً، وإنما تكون على سبيل التطوع، وبالغالب في عقد التوريد تكون من جهة المورد، ومثالها ضمان العيب بعيد الأجل، هذا الضمان له أحوال لكل منها أحكام خاصة، وهذا بيانها.

ضمان العيب بعيد الأجل:

أصل الضمان في البيوع أن ينتقل المبيع من ضمان البائع إلى ضمان المشتري بمجرد التقابض، وعقد التوريد هو نوع من أنواع البيوع، والتي تعد من عقود الضمان، وهي التي يكون المال محلها مضموناً على الطرف القابض له، فمهما يصبه من تلف فما دونه ولو بأفة سماوية يكن على مسؤوليته وحسابه^٣، ولكن قد يعرض البائع ضمان السلعة لفترات طويلة بعد قبض المشتري لها، أو قد يطلب المشتري منه ذلك، وهو ما يسمى ضمان العيب بعيد الأجل.

لا يختلف هذا النوع عن ضمان الصلاحيّة السابق الذكر من حيث الوظيفة، إلا أنه يختلف من حيث مدة الضمان التي يعطيها المورد، فمدة الضمان بعيد الأجل قد تصل إلى خمس سنوات

١- الفروق: القرافي، (١/١٣٢).

٢- خدمات ما بعد البيع وأحكامها في الفقه الإسلامي: بدر بن عبد الله الجدوع، موقع رسالة الإسلام،

<http://fiqhforum.com/articles.aspx?cid=2&acid=146&aid=17186>

٣- فكرة ضمان العقد: أيمن أبو العيال، مجلة جامعة دمشق، المجلد ١٩، العدد الثاني، ص ٨٥.

أو يزيد^١، وغالبًا ما يتم فرض سعر مستقل مقابل ضمان هذه الأعطال لآجال البعيدة، وفي بعض الأحيان يتم زيادة سعر السلعة في نفس العقد مقابل الضمان بعيد الأجل، فما حكم هذا النوع من الضمان وفقاً للصورة التي ذكرنا؟

أولاً: حكم ضمان العيب بعيد الأجل بأجر مستقل:

صورته: أن يقوم المورد بتوريد سلع معينة، ويعرض على الطرف الآخر أن يضمن له السلعة لمدة سنتين أو ثلاث، على أن يتم زيادة مبلغ معين على سعر السلعة مقابل هذا الضمان، وقد يكون ذلك بطلب من المورد له.

يرى الباحث أن هذه المعاملة ما هي إلا عقد تأمين، ومثل هذا العقد بلا أدنى شك فيه من الجهالة والمقامرة ما فيه، فالضامن لا يعلم ما قيمة العطل الذي سيحدث مستقبلاً، فقد يكون أكبر بكثير من قيمة المبلغ الذي تقاضاه لقاء هذا الضمان، فيما يستحل المضمون له مال أخيه، وبالمقابل قد لا تتعرض السلعة لأي عطل خلال هذه المدة، فبمّ يستحل الضامن مال أخيه، إذًا فالأمر بجملته محض مقامرة.

وعليه فإن مثل هذه المعاملة محرمة فاسدة، ومفسدة للعقد أيضاً، ولا يصح العقد إلا بإلغاء هذا الشرط أو البند من بنوده.

وبهذا المعنى صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن التأمين، إذ جاء فيه: (أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد. ولذا فهو حرام شرعاً).^٢

ثانياً: حكم ضمان العيب بعيد الأجل بأجر مقترن بثمن السلعة:

صورته: أن يقوم المورد بتوريد سلعة ما بثمن معين، على أن تكون أعمال الصيانة لمدة ثلاث سنوات مثلاً، على الجهة الموردة، دون أن تُخص أعمال الصيانة بسعر مستقل عن ثمن السلعة، وذلك إما أن يكون بعرض من المورد، أو بطلب من المورد له.

يرى الباحث أن هذه الحالة يلزم في حكمها التفصيل على النحو الآتي:

١- خدمات ما بعد البيع وأحكامها في الفقه الإسلامي: بدر بن عبد الله الجدوع، موقع رسالة الإسلام،

<http://fiqhforum.com/articles.aspx?cid=2&acid=146&aid=17186>

٢- مجلة مجمع الفقه الإسلامي: العدد الثاني، (٢/٥٤٥).

- ١- إذا كان هذا الضمان محض تطوع من قبل المورد، أي لا يقابله أي زيادة في ثمن السلعة الأصلي مقابل التزامه، فهو هبة أو تبرع، ولا مانع شرعاً من ذلك، ولكن هناك ضوابط يجب مراعاتها، وسيأتي ذكرها.
- ٢- إذا كان المورد رفع سعر السلعة، مقابل التزامه ضمانتها، وكان ذلك دون علم المورد له، فإن المورد في هذه الحال أكل مالا حراماً، لتحقق معنى المقامرة والغرر من طرفه، إلا أن فعله هذا لا يؤثر على صحة العقد، طالما كان ذلك أمراً مستتراً ودون علم المورد له.
- ٣- إذا تواطأ الطرفان على رفع سعر السلعة، مقابل ضمانها لآجال بعيدة، فإن العقد يعتبر فاسداً، ولا يصح إلا بإلغاء هذه الزيادة وخصمها من ثمن السلعة وردها للمشتري.

ضوابط يجب مراعاتها في مثل هذا النوع من الضمان:

- قد يُورد على هذه المعاملة أنها وإن كانت على سبيل التطوع والهبة، إلا أن فيها شيئاً من الجهالة والغرر، فالضامن لا يعلم ما حجم هبته أو القدر الذي تبرع به؛ ذلك أن العيب الذي تعهد بضمانه لم يظهر بعد؛ لذا يجب تقييد هذا النوع من الضمان ببعض الضوابط التي تجعل الغرر يسيراً يغتفر لوجود مثله، وهذه الضوابط هي:
- أ- أن تكون مدة الضمان متناسبة مع جودة السلعة، وتكون في حدود الحاجة، فلا يجعل الضمان مثلاً لسلعة مستهلكة لمدة طويلة.
 - ب- أن ينص في الضمان على أن سوء استخدام المشتري للسلعة يلغي ضمان البائع لها.
 - ج- أن لا يقوم البائع بضمان سلعة إلا بعد فحصها وإجراء اختبارات دقيقة لها حتى يتمكن من معرفة احتمال طرور العيب عليها^١.

ولعل جملة المصالح التي تتحقق لطرفي العقد من هذا الضمان، هي التي أدت إلى غفران هذا القدر اليسير من الغرر، وهذه المصالح عدها الدكتور منذر قحف في بحثه "عقود الصيانة" فكانت على النحو الآتي:

- ١- مصلحة طرفي العقد (والمصلحة العامة أيضاً) في استقرار العقود والتقليل من حالات الرجوع فيها بالرد بالعيب.
- ٢- مصلحة البائع في التخفيف من آثار أي عيب خفي في الآلة قد تؤدي إلى تحميله مسؤولية تعاقدية تجاه المشتري أو تقصيرية تجاه المشتري وغيره ممن يتصل بالآلة التي صنعها وباعها.

١- خدمات ما بعد البيع: الجدوع، <http://fiqhforum.com/articles.aspx?cid=2&acid=146&aid=17186>

- ٣- مصلحة البائع بالاحتفاظ بأسرار آلتة دون أن تصل إلى منافسيه، وبالتالي فهو يرغب في أن يكشف للمشتري أقل قدر ممكن من هذه الأسرار، ويحتفظ لنفسه بأسرار صيانتها.
- ٤- مصلحة البائع في تحسين سمعته وتعظيم مبيعاته وأرباحه بإظهار أن سلعته (خدمته) ذات جودة عالية، وأنه مستعد دائماً لدعم كفاءتها وإنجازها.
- ٥- مصلحة المشتري في التقليل من آثار تعطل الآلة عن تقديم المنافع المرجوة منها إلى أدنى حد ممكن، مما يجعله يحرص على الإصلاح السريع كلما دعت الحاجة.
- ٦- مصلحة المشتري في إتقان وسائل التعامل مع الآلة في حالتها التشغيل والتعطيل، مع علمه بأن الصانع هو أقدر الناس على هذا الإتقان^١.

١- عقود الصيانة: د. منذر قحف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد ١١، (١٦١/٢).

المطلب الثالث

نظرية الظروف الطارئة

يعد التشريع الإسلامي، أول تشريع على وجه الأرض يضع أسس نظرية الظروف الطارئة، ولا غرابة في ذلك، بل إن هذا الاتجاه يسير متناغماً مع المقاصد العامة التي جاءت الشريعة بها وهدفت لتحقيقها، فمقصد العدل، والتراحم، والتآخي، والتناصر، جميعها متحقق في نظرية الظروف الطارئة، يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: (يدرك كل مطلع في فقه الغرب أن من أحدث نظرياته في القرن العشرين (نظرية التعسف في استعمال الحق) و (نظرية الظروف الطارئة)... ولكل نظرية من هذه النظريات أساس في الشريعة الإسلامية لا يحتاج إلا إلى الصياغة والبناء).^١

وفي مجال العقود المستمرة عامة، وعقد التوريد خاصة، قد تطرأ أحوال وظروف يستحيل معها تطبيق العقد، منها ما هو عائد لأحد طرفي العقد، ومنها ما هو عائد لسبب خارجي لا علاقة للمتعاقدين به.

فما كان عائداً لطرفي العقد يمكن التمثيل له، بالانهيار المالي والإفلاس لأحدهما.

وما كان عائداً لسبب خارجي، يمثل له بالكوارث، والحروب، والحصار الدولي.. الخ.

المصادر الفقهية لنظرية الظروف الطارئة:

أمام ما ذكرنا من ظروف قد تطرأ على العقد فيتعذر معها إنجازه وتنفيذه، ظهرت الحاجة لحل شرعي للخروج من التزام العقد، بعد أن استحال تنفيذه، فكانت الشريعة الإسلامية السباقة كما أسلفنا بوضع أسس وقواعد عامة يُتوصل بها لصياغة نظرية لمبدأ الظروف الطارئة، وسنورد هنا باختصار أهم المبادئ والقواعد التي ارتكزت عليها نظرية الظروف الطارئة.

١- **مبدأ العذر:** ويقصد به: العجز عن المضي على موجب العقد، إلا بتحمل ضرر غير مستحق به أي بعقد^٢، وهو مبدأ توسع فيه الأحناف في باب المعاملات وبخاصة الإجارة والمزارعة.

٢- **مبدأ الجوائح:** الجائحة في اللغة: من الجَوْح وهو الاستئصال من الاجْتِيَا ح، جاحتهم السَّنة جَوْحًا، استأصلت أموالهم^٣.

١- المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا، (٣٠٩/٢).

٢- مجمع الأنهر: شيخي زاده، (٣٩٩/٣).

٣- لسان العرب: ابن منظور، (٣٤١/٢).

وفي الاصطلاح الفقهي ننقل تعريف ابن مفلح إذ يقول: (الجائحة كل آفة سماوية لا صنع للآدمي فيها كالريح والحر والبرد والعطش فكل ما تهلكه من الثمر على أصوله قبل أوان جده فهو من ضمان البائع)^١. وبهذا المعنى جاءت معظم تعريفات الفقهاء، بخلاف المالكية الذين أضافوا ما أتلّفه الجيش خلال مسيره، غير أن المعاصرين توسعوا في مسألة الجوائح فعرفوها بأنها: (حدث عام طارئ أثناء تنفيذ العقد، غير متوقع الحدوث وقت إبرامه، ويتعذر دفعه أو تجنب آثاره، مما يسبب خسارة فادحة للمدين إذا استمر في تنفيذ التزامه بشروطه السابقة)^٢.

٣- **نظرية الضرورة:** وتعد من أعظم نظريات الفقه الإسلامي، والقواعد المكونة لها تعد من أهم مكونات نظرية الظروف الطارئة، مثل قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، (الضرر يزال)، (المشقة تجلب التيسير)، (الضرورات تبيح المحظورات)، (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)، (الضرورة تقدر بقدرها)، (درء المفسد، أولى من جلب المصالح)... وغيرها من القواعد.

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود المالية:

الأصل أن العقد إذا تم إبرامه مستوفياً شروطه وأركانه، فإنه ملزم لطرفيه، ولا رجوع فيه، ولكن في ظروف خاصة قد يستحيل معها أو قد يكون من المتعذر تنفيذ الالتزام، وهي ما تعرف على تسميته الظروف الطارئة وسبق أن مثلنا لها، ولكن في العقود المالية يشترط بعض الشروط لاعتبار أن الطرف طارئ؛ لينبني على اعتباره كذلك، تغيير بعض التزاماته وشروطه أو حتى فسخه، وهذه الشروط هي:

- ١- أن يكون العقد من عقود المدة، وهي التي يقع تنفيذها في مدة زمنية، وليس فوراً.
- ٢- أن يطرأ بعد العقد، وقبل أو أثناء تنفيذه، عذر يعجز معه العاقدان أو أحدهما بتنفيذ الالتزام، فإذا لم يعجز لم يكن الأمر طارئاً.
- ٣- أن يصيب أحد المتعاقدين ضرر من جراء المضي في العقد، فيجعل من تنفيذه أمراً مرهقاً.
- ٤- أن يكون الضرر غير مستحق للتعويض بموجب العقد، فإن كان العقد ينص على تعويضه فلا يعد أمراً طارئاً.
- ٥- أن يكون الحادث استثنائياً وغير متوقع، فإن كان متوقعاً لا يعد أمراً طارئاً^٣.

١- المبدع شرح المقنع: ابن مفلح، (١٧٠/٤).

٢- أثر الجائحة على العقد: مصطفى عياد، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد الثاني، (٦/٢٨٠)، وهو ما رجحه الدكتور أحمد شويح رحمه الله في بحثه الضمانات والجزاءات في عقد المقاوله، ص ٢٢.

٣- نظرية الظروف الطارئة: محمد رشيد قباني، مجلة مجمع الرابطة، العدد الثاني، ص ١٥٥، مصادر الالتزام: أنور سلطان، ص ٢٢٨، عقد التوريد: نمر دراغمة، رسالة ماجستير جامعة النجاح ص ٨٠.

حكم الضمان في عقد التوريد أثناء الظروف الطارئة:

إن الحديث عن الضمانات في الظروف الطارئة حديث متشعب، فطبيعة الظرف الطارئ وأحوال كل من المتعاقدين، كل هذه الأمور تعتبر عوامل أساسية في بناء حكم الضمان في الظرف الطارئ، وبناء على هذه العوامل نجد أنه من الصعب تعميم الأمر وإعطاء أحكام عامة؛ ذلك أن لكل ظرف طارئ طبيعته، وتأثيره الخاص على العقد ما يميزه عن غيره.

وانطلاقاً من هذه المعطيات، يرى الباحث أن يترك تقدير كل ظرف، ومدى تأثيره على الإلزام العقدي، للقضاء، ليبت في أمر كل حالة بشكل مستقل يتناسب مع ما رافقها من ظروف طارئة،

ولكن إجمالاً، وأياً كان الحال، نستطيع القول أن الحكم لن يخرج عن أربعة أحوال وهي:

١- أن يحكم القاضي بفسخ العقد، واعتبار ما تم تنفيذه باقياً على حكم التعاقد، وما بقي من الالتزام يسقط بحكم القاضي بفسخ العقد، وذلك لتعذر التنفيذ.

٢- وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ، إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال.

٣- زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، كأن تتعهد شركة بتوريد كميات من الدقيق لأحد الأفران، بسعر خمسة دنانير للكيس، فيرتفع سعر الكيس في الأسواق إلى عشرين ديناراً، فللقاضي في هذه الحال رفع سعر الكيس الذي في العقد مثلاً إلى عشرة دنانير، ولكن دون إجبار الطرف الآخر بالسعر، وإنما يخيره بين القبول، وبين فسخ العقد^١.

٤- إنقاص الالتزام المرهق، ووفقاً للمثال السابق لو أن كميات الدقيق شحت من الأسواق بسبب حرب أو حصار، ولم تتمكن الشركة من توريد هذه الكميات الكبيرة، فللقاضي إنقاص هذه الكمية بما يتناسب وحجم السلعة المقدر على تسليمها وفقاً للوضع العام.

ويجدر التنبيه هنا أنه في حالتي (إنقاص الالتزام المرهق، وزيادة الالتزام المقابل) يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول بالنسبة للحاضر فقط، ولا شأن له بالمستقبل؛ لأنه غير معروف؛ فقد يزول أثر الحادث الطارئ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان في الأصل^٢.

١- نظرية الظروف الطارئة في التشريعات العربية والفقه الإسلامي: أ. وارث الطيب، الشبكة القانونية السعودية،

<http://www.ksa-law.com/vb/showthread.php?t=8856>

٢- المرجع السابق.

المبحث الثالث

دراسة نماذج لعقود التوريد

إن دراسة العقود تعد التطبيق العملي لأي دراسة مالية، وهذه الدراسة استعرضنا فيها جميع ما قد يرد في عقود التوريد من جزاءات أو ضمانات، والآن ننتقل بالدراسة من الجانب التأصيلي، إلى الجانب التطبيقي، وهو دراسة عينة من عقود التوريد المحلية والعربية، وستركز الدراسة على جانب الجزاءات والضمانات في هذه العقود، بدءًا من تحديدها، مروراً بنقدها، وانتهاءً بتصويبها ما أمكن.

النموذج الأول

جامعة الملك سعود
إدارة المشتريات والمستودعات



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي

عقد توريد

اسم العملية : إنشاء برنامج حاسوبي لبناء قاعدة بيانات لمؤشرات الأداء

إنه في يوم..... الموافق / ٧ / ١٤٢٩ هـ.

تم الاتفاق بين كل من :

أولاً : جامعة الملك سعود ويمثلها سعادة الأستاذ الدكتور عبد العزيز بن سالم الرويس والمشار إليها فيما بعد ب..(الطرف الأول).

ثانياً : شركة/مؤسسة مؤسسه بدل للتجارة ويمثلها السيد/..... والمشار إليها فيما بعد ب..(الطرف الثاني).

المقر الرئيسي الرياض

العنوان : ص ب ٦٨٧٨٧ الرياض ١١٥٣٧

السجل التجاري : ٠٠١١٠١٠٠٨٤٠٦٧

يجب إخطار الطرف الأول بكل تغيير يحدث في هذه البيانات، ولا يحتج قبله بأي تغيير فيها لا يتم إبلاغه به. حيث أن الطرف الأول يرغب إنشاء برنامج حاسوبي لبناء قاعدة بيانات لمؤشرات الأداء وحيث أبدى الطرف الثاني استعداداه للقيام بهذا العمل وإتمامه وفقا للشروط والمواصفات، والعرض المقدم منه ، والذي قبله الطرف الأول فقد اتفق الطرفان على ما يلي :

• يلتزم الطرف الثاني بإنشاء برنامج حاسوبي لبناء قاعدة بيانات لمؤشرات الأداء وفق أفضل الطرق وحسب الشروط العامة والمواصفات الفنية.

• مستندات هذا العقد تقرأ وتفسر باعتبارها جزءا لا يتجزأ منه، ويشتمل العقد ومستنداته على الآتي :

- وثيقة العقد.
- الشروط والمواصفات الفنية الخاصة بالعملية.
- الشروط العامة والملاحق.
- خطاب الطرف الأول رقم ٢٩٩٥٠٠٠١٧٩ وتاريخ ١٤٢٩/٦/٢٧ هـ بتعميد الطرف الثاني برسو الأعمال موضوع العقد على الطرف الثاني.
- العرض المقدم من الطرف الثاني بتاريخ ١٤٢٩/٤/٢٩ والخطاب الإلحاقى المؤرخ في.....

ويجب العمل بجميع مستندات العقد ، وإذا وجد تعارض بين أي نص من نصوصها فإن من حق الطرف الأول وحده تفسير النصوص المتعارضة، ويلتزم الطرف الثاني بتنفيذ العقد وفقا لهذا التفسير على أن يراعى أن ما تضمنه المستند السابق في الترتيب له الأفضلية في التطبيق على ما ورد بالمستند اللاحق.

جامعة الملك سعود
إدارة المشتريات والمستودعات



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي

مدة هذا العقد (٤ شهور) تبدأ من ٢٧ / ٦ / ١٤٢٩ هـ ويلتزم الطرف الثاني بتنفيذ هذا العقد خلال هذه المدة وفقاً لمستنداته.

قيمة هذا العقد (٤١٠,٠٠٠) ريال. (فقط اربعمائه وعشره آلاف ريال لا غير). وهي شاملة ومغطية للتكاليف والنفقات التي يتحملها الطرف الثاني في سبيل تنفيذ مهام هذا العقد بما فيها الضرائب والرسوم الجمركية، تدفع بموجب مستندات رسمية معتمدة من الجهة المختصة لدى الطرف الأول حسب الاعتماد المتاح في البند المخصص لذلك. ولا تؤدي قيمة العقد إلى الطرف الثاني إلا بعد تقديم شهادة من مصلحة الزكاة والدخل بسداده المستحق عليه لها. وكذلك تقديم شهادة صادرة من مكتب التأمينات المختص يثبت فيها أن منشأته مسجلة في المؤسسة وأنه قام بجميع التزاماته تجاهها أو أنه لا يخضع لأحكام هذا النظام حسب نص المادة (٦/١٩) من نظام التأمينات الاجتماعية. للطرف الأول حق رفض أي آلات أو أجهزة إذا كانت مخالفة لمستندات العقد. ويتم إثبات ذلك بواسطة لجنة يشكلها الطرف الأول، ويدعى الطرف الثاني لحضورها بنفسه أو بمندوب عنه، ويكون قرار هذه اللجنة نهائياً وملزماً للطرف الثاني مع التزامه بالاستمرار في تنفيذ سائر أحكام العقد.

يجب أن تكون الأجهزة الكهربائية - ٢٢٠ فولت ٦٠ سيكل، أو ١١٠ فولت ٦٠ سيكل، على أن يتم الاتفاق مع الطرف الأول مسبقاً وكتابة على نوع الفولت المطلوب قبل التوريد.

يلتزم الطرف الثاني بصيانة الآلات والأجهزة وضمانها لمدة..... من تاريخ تسلم الطرف الأول لها سليمة وصالحة للاستعمال والتشغيل على أكمل وجه.

يجب على الطرف الثاني تنفيذ هذا العقد وفقاً لشروطه بكل دقة فإذا تأخر عن البدء في العمل أو تباطأ في تنفيذه أو أخل بأي شرط من شروط العقد ولم يصلح أوضاعه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه بكتابه بتصحيح الوضع فإنه يجوز للجامعة سحب العمل من الطرف الثاني ومن ثم فسخ العقد أو التنفيذ على حسابه مع بقاء حق الجامعة في الرجوع عليه بالتعويض المستحق عما لحقها من ضرر بسبب ذلك وفقاً للمادة (٥٣) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

دون الإخلال بحكم البند (٨) من هذا العقد يكون للطرف الأول حق فسخ هذا العقد في إحدى الحالات التالية :

- أ- إذا أستعمل الطرف الثاني الغش أو التلاعب في تعامله مع الطرف الأول
- ب- إذا أفلس الطرف الثاني أو أعسر.
- ت- إذا ثبت أن الطرف الثاني قدم بالذات أو بالواسطة رشوة لأحد منسوبي الطرف الأول ممن لهم علاقة بالأعمال موضوع هذا العقد، أو شرع في ذلك.

جامعة الملك سعود
إدارة المشتريات والمستودعات



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي

ث- إذا تأخر عن البدء في العمل أو تباطأ في تنفيذه أو أخل بأي شرط من شروط العقد ولم يصلح أوضاعه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه.

ويتم الفسخ بخطاب مسجل يوجهه الطرف الأول للطرف الثاني دون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر، ويكون من حق الطرف الأول الرجوع على الطرف الثاني بالتعويضات عن الأضرار الناشئة من جراء فسخ العقد، وذلك فضلاً عن العقوبات الأخرى المقررة نظاماً.

إذا تأخر الطرف الثاني في تنفيذ التزاماته بموجب هذا العقد يخضع لغرامة تأخير مقدارها (١%) (واحد بالمائة) من قيمة البنود التي تأخر فيها وذلك عن كل أسبوع تأخير على ألا يزيد مجموع الغرامة على (٦%) (سنة بالمائة) من كامل قيمة العقد.

لا يجوز للطرف الثاني التنازل عن هذا العقد أو عن جزء منه بدون موافقة كتابية مسبقة من الطرف الأول، ومع ذلك يظل الطرف الثاني مسؤولاً بطريق التضامن مع المتنازل إليه عن تنفيذ هذا العقد. بما في ذلك الصيانة والضمان، كما لا يجوز للطرف الثاني التنازل عن المبالغ المستحقة له بموجب هذا العقد إلا بموافقة كتابية مسبقة من الطرف الأول، ولا يخل هذا التنازل بأحقية الطرف الأول في حسم أي مستحقات له أو لأي جهة حكومية أو مؤسسة عامة أو حقوق عمالة الطرف الثاني التي لم يؤديها إليهم من مستحقات الطرف الثاني، ويلتزم الطرف الثاني بإثبات مضمون هذا الالتزام في الطلب الذي يتنازل بمقتضاه عن أي من مستحقاته للغير.

يلتزم الطرف الثاني باستعمال اللغة العربية في مراسلاته مع الطرف الأول، وكذلك كتابة اسمه بها وعلى جميع معداته وسياراته ومبانيه وفقاً لبرقية صاحب السمو الملكي وزير الداخلية رقم ٥٧١/١٢ وتاريخ ١٤١٧/١/٢هـ. يلتزم الطرف الثاني بالتوجيه السامي رقم ٢١٩١/م وتاريخ ١٤٠٩/١١/٢٥هـ باعتماد التاريخ الهجري في جميع المكاتبات والمواعيد اللازمة لتنفيذ هذا العقد.

قدم الطرف الثاني للطرف الأول خطاب ضمان صادراً من برقم وتاريخ بمبلغ (.....) ريال وساري المفعول حتى.....

ويحتفظ الطرف الأول بهذا الضمان، ويجوز له عند الاقتضاء طلب تمديد سريانه دون معارضة من الطرف الثاني، ولا يرد الضمان إلا بعد تمام وفاء الطرف الثاني بكامل التزاماته طبقاً للعقد.

يلتزم الطرف الثاني ومن يتعاقد معه من الباطن بما يلي :

استخدام الخطوط الجوية العربية السعودية أو بواسطتها في تنقلاته وموظفيه وعماله وما يدخل في تنفيذ العقد مما ينقل جواً. وفي حالة مخالفة ذلك يخضع لغرامة جزائية وفقاً لما هو محدد بتعميم وزارة المالية رقم ٢٣٨٦/١٧ وتاريخ ١٤٠٥/٨/١١هـ

استخدام السفن والبواخر السعودية في نقل المواد والمعدات اللازمة لتنفيذ العقد كلما كان ذلك ممكناً وذلك وفقاً للتعميم السامي رقم ١١٤٨

جامعة الملك سعود
إدارة المشتريات والمستودعات



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي

وتاريخ ٢٥/٣/١٤٠٥هـ ووفقاً للقائمة التي أصدرتها وزارة النقل بتعميمها رقم ٨٨١ وتاريخ ٢٨/٦/١٤٠٥هـ وما تصدره من قوائم.

يلتزم الطرف الثاني بمضمون قرار مجلس الوزراء رقم ١٣٩ في ٢٥/٦/١٤٠٧هـ القاضي بتطبيق القواعد الموحدة لإعطاء الأولوية للمنتجات الوطنية والمنتجات ذات المنشأ الوطني بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.

وتعطي المنتجات الوطنية أفضلية في الأسعار على مثيلاتها الأجنبية بنسبة لا تقل عن ١٠%، وعلى مثيلاتها من المنتجات ذات المنشأ الوطني بنسبة لا تزيد على ٥% ويعتبر الإخلال بذلك إخلالاً بالعقد يترتب عليه غرامة لا تقل عن ٢٠% من قيمة المشتريات إضافة إلى تطبيق الأحكام النظامية الأخرى.

يقر الطرف الثاني بعلمه بأن أنظمة وأحكام الاستيراد والجمارك في المملكة العربية السعودية هي التي يجري تطبيقها على توريد وشحن أي منتجات أو أجزاء منها إلى المملكة أو منها بما في ذلك الأحكام المتعلقة بحظر الاستيراد

يلتزم الطرف الثاني بتطبيق القواعد المشار إليها في قرار مجلس الوزراء رقم ٢١٠ وتاريخ ١٨/١٠/١٤٠١هـ بشأن استئجار المرافق السكنية له ولموظفيه أثناء تنفيذ العقد.

مع مراعاة أحكام هذا العقد يختص ديوان المظالم بالفصل في المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين حول تنفيذ العقد. وتعتبر أحكامه نهائية وملزمة للطرفين.

يخضع هذا العقد ومستنداته لنظام تأمين المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية وللأنظمة واللوائح والقرارات والتعاميم المعمول بها في المملكة، وفي حالة وجود تعارض بين نصوص العقد أو مستنداته وبين أحكام الأنظمة وملحقاتها فإن هذه الأخيرة هي التي تطبق.

حُرر هذا العقد من أربع نسخ تسلّم الطرف الثاني نسخة منها ويتولى الطرف الأول توزيع النسخ الباقية.

والله الموفق

الطرف الأول جامعة الملك سعود
د. عبد العزيز بن سالم الرويس

الطرف الثاني
وكيل الجامعة

دراسة النموذج الأول

عقد التوريد في هذا النموذج من العقود الإدارية، حيث يمثل الطرف الأول، المورد له وهو جهة حكومية، والطرف الثاني، المورد وهو إحدى شركات القطاع الخاص.

الجزاءات الواردة في النموذج الأول.

أولاً: نص البند الثامن من العقد على جملة من الجزاءات، وهي:

- ١- **الإنذار:** وهو جزاء أولي عن التأخر أو التباطؤ في بدء العمل أو إتمامه، وقد بينا أثناء الدراسة أن مثل هذا الإنذار يشكل مصدر قلق لكثير من الشركات، لأن فيه مؤشر على تزعزع قدرة الشركة المالية أو الإدارية التي تم إنذارها، وقد منحت الشركة في هذا النموذج مدة خمسة عشر يوماً لتصويب أوضاعها قبل إنزال باقي العقوبات عليها، ومن الناحية الشرعية لا محذور شرعي في هذه الإنذارات، لا بل يستحب البدء بها لما تعطيه من فرصة للطرف المخالف لتصحيح أوضاعه.
- ٢- **سحب العمل وفسخ العقد:** هذا الجزاء يعد التالي للإنذار عادة، فخلال المدة التي تلت الإنذار إذا فشل المورد في تصويب أوضاعه، فهذا يعني فشله في تنفيذ العقد، وبالتالي فإن سحب العمل منه وفسخ العقد، يعد جزاء مشروع؛ لعدم القدرة على تسليم المبيع.
- ٣- **التنفيذ على حساب المورد:** قد لا تلجأ الجهة المورد لها - وخاصة إذا كانت حكومية- إلى فسخ العقد، وإنما تعدل عن ذلك إلى جزاء لعله أشد على المورد وهو نقل تنفيذ العمل إلى جهة أخرى، وغالبا ما تكون الشركة التالية للمورد في المناقصة التي تسبق العقد، وبالتالي فإن سعرها سيكون أعلى، وفي هذه الحال تعود الجهة المورد لها بجميع أجور هذه الجهة الجديدة المنفذة على المورد الأول، دون أن تتحمل الزيادة في السعر، ثم تقوم بدفع القيمة التي تم الاتفاق عليها في العقد الأول للمورد الذي تم تنفيذ العمل على حسابه، والتنفيذ على حسابه يكون غالبا من قيمة خطابات الضمان التي قدمها مسبقا.
- ٤- **التعويض الجزائي:** كما هو ملاحظ في هذا النموذج فإن المورد له، احتفظ لنفسه بحق المطالبة بالتعويض عن أي ضرر ناتج عن الإخلال بالعقد، ويلاحظ أيضا أنه لم يتم تحديد قيمة هذا الضرر مسبقا، ذلك أن الضرر غير متحقق بعد ولا يعلم مقداره بعد، وهو ما أقره الباحث عند دراسة الشرط الجزائي (أي منع التقدير المسبق للضرر في العقد).

ثانياً: البند التاسع، استعمل الفسخ كجزاء لجملة المخالفات وهي:

- ١- الغش بكل أشكاله في التعامل مع الطرف الأول.
- ٢- الإفلاس والإعسار.
- ٣- الرشوة، أو الوساطة لأي من موظفي الطرف الأول ممن لهم علاقة بموضوع العقد.
- ٤- التباطؤ في بدء العمل أو إتمامه.

الفسخ يعد جزءاً مشروعاً في كل من الحالات السابقة الذكر، إلا أنه قد يرد في بال أحداهم أن ما ورد من فسخ العقد بسبب الإعسار فيه مخلفة لقاعدة الإنظار عند الإعسار، وهذا غير صحيح، فلو أن المورد له أجبر المورد المعسر على التنفيذ، لكان هذا مخالفاً لمبدأ الإنظار، ولكنه هنا أعفاه من مسؤولياته العقدية، فكان ذلك تخفيف عنه أيضاً، مع كونه جزءاً فيما يخص حرمانه من آثار العقد.

ثالثاً: البند العاشر، استعمل جزاء العقوبة المالية (التعزير بالمال):

نص العقد على غرامة مالية قيمتها ١% من قيمة البنود التي تأخر المورد في تنفيذها، على أن لا يزيد مجموعها ٦% من قيمة العقد الكلية.

لا يعد هذا الشرط من قبيل الشرط الجزائي أو التعويضي، الذي أثبتنا منعه، وإنما هو من قبيل العقوبة المالية التعزيرية، وهذه العقوبة يعد استخدامها من صلاحيات الحاكم أو ولي الأمر، ويكون موردها بيت مال المسلمين (خزينة الدولة) ومصرفها في مصالح المسلمين، وبما أن المورد له في هذا العقد جهة حكومية، كان هذا البند بمثابة عقوبة مالية تعزيرية، وليس شرطاً تعويضياً، ولو كان تعويضياً لما اشترط المورد لنفسه حق المطالبة بالتعويض في البند الثامن والذي بينا فيه أنه لم ينص على قيمة التعويض، وقد نصت المادة ٤٨ من نظام المشتريات الحكومية السعودي على ما يلي: (إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الموعد المحدد تفرض عليه غرامة تأخير لا تتجاوز (٦%) ستة في المائة من قيمة عقود التوريد، ولا تتجاوز (١٠%) عشرة في المائة من قيمة العقود الأخرى).^١

الضمانات الواردة في النموذج الأول:

نص هذا العقد على نوعين من الضمان، أحدهما يختص بضمان أموال أخرى للمورد له على المورد لا علاقة لها بموضوع العقد، والثاني ضمان يختص بموضوع العقد.

^١ - نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي: فصل الغرامات وتمديد العقود، المادة ٤٨.

أولاً: البند الرابع، ونص على أن للطرف الأول المورد له الاحتفاظ بقيمة العقد، لحين تقديم ما يثبت خلو ذمة المورد تجاه أي جهة حكومية، وبما أن المورد له في هذا العقد جهة حكومية أيضاً، فكأنها استعملت قيمة العقد كضمان لأموال لها على المورد لا تتعلق بموضوع العقد، ونجد أيضاً أن البند الحادي عشر من العقد نص على أحقية الطرف الأول في حسم أي مستحقات له أو لأي جهة حكومية أو مؤسسة عامة أو حقوق عمالة الطرف الثاني التي لم يؤديها إليهم من مستحقات الطرف الثاني، وذلك عن طريق عمل مقاصة لهذه الحقوق من قيمة العقد، وهذا الشرط كما تبين ليس مما له علاقة بموضوع العقد، ولكن فيه من إيصال الحقوق إلى أصحابها، كتخليص أجور العمال العالقة، ودفع الزكاة، وتأدية حقوق بيت المال (خزينة الدولة) وهذا كله شيء محمود، وبما أن المورد قد وافق على هذه الشروط، فليس في ذلك أي مخالفة شرعية، خاصة وأنها كلها شروط جائزة.

ثانياً: البند الرابع عشر، خطاب الضمان:

يتبين من هذا العقد أن خطاب الضمان المقدم هنا هو خطاب ضمان نهائي، ولذلك لما ورد في العقد من احتفاظ المورد له بهذا الخطاب لغاية إنهاء المورد التزامه، وهذه وظيفة خطاب الضمان النهائي.

ويلاحظ أنه لم يتم ذكر حق المورد له، مصادرة خطاب الضمان في حال إخلال المورد، ولعل هذا الشرط يعد عرفاً تجارياً لا حاجة لذكره في العقد، فمجرد تقديم خطاب الضمان من قبل المورد يعد تفويضاً منه للاستيفاء منه عند الإخلال، لكن ذلك لا يمنع وجوب ذكر مسألة مصادرة خطاب الضمان في العقد، حسماً لمادة الخلاف في المستقبل، فهل سيسحب المورد له قيمة الضرر فقط أم جميع قيمة خطاب الضمان؟ هذه أسئلة قد تورث التنازع عند وقوعها، لذا كان يجب ذكر مسألة مصادرة خطاب الضمان وتفصيلها.

النموذج الثاني عقد توريد اسمنت

أنه وفي يوم..... الموافق.....، تمّ الاتفاق بين كل من:

١- السيد/.....، الجنسية.....، ويحمل بطاقة شخصية رقم..... (.....)،
وعنوانه.....، حي.....، ص.ب.....، فاكس.....، تليفون.....
ويُشار إليه فيما بعد ولأغراض هذا العقد بـ "الطرف الأول . المُشتري.

٢ - السادة/ شركة.....، الجنسية.....، سجل تجاري رقم (.....)،
وعنوانها.....، ص.ب.....، فاكس.....، تليفون.....
ويُشار إليها فيما بعد ولأغراض هذا العقد بـ "الطرف الثاني . المورّد
وبعد أن أقر الطرفان بأهليتهما للمعترية للتعاقد، اتفقا على ما يلي من شروط وبنود.

تمهيد

لما كان الطرف الأول يرغب في توريد كميات كبيرة من الأسمنت لاستعمالها في مشاريعه
العقارية بمختلف المناطق ب---، ولما كان الطرف الثاني هي شركة رائدة ولديها خبرة طويلة في
أعمال التوريد وبخاصة توريد الأسمنت، وقد وافقت الشركة على توريد الكميات المطلوبة
بالمواصفات والشروط والكميات المبينة بصلب هذا العقد .

لذا فقد تمّ الاتفاق بين الطرفين على ما يلي من شروط بنود:

البند الأول: يُعتبر هذا التمهيد جزءًا لا يتجزأ من هذا العقد ومكملًا له في كافة شروطه وبنوده.

البند الثاني: إلّتم الطرف الثاني بتوريد عدد (٨٠٠٠٠٠٠٠) كيس من الأسمنت " فقط ثمانمائة ألف
كيس من الأسمنت " بالمواصفات والكميات (الدفعات) المبينة بالبندين الثالث و الرابع أدناه للطرف
الأول، كما إلّتم الطرف الثاني بتوريد كميات الأسمنت المذكورة بمواقع المشاريع أو مخازن الطرف
الأول.....، بحسب توجيهات الطرف الأول.

البند الثالث: إلّتم الطرف الثاني بتوريد الكمية المبينة بالبند الثاني أعلاه، على أن يكون الأسمنت
بالمواصفات التالية:

- النوع : أسمنت بورتلاند.
- بلد المنشأ :.....
- زنة الكيس : (٥٠) كيلو، بحيث يتألف الطن الواحد من (٥٠) كيس أسمنت.

- عدد طبقات الكيس : (٥) طبقات .. (five ply)
- أن يكون الأسمنت المورّد مطابقاً للمواصفات والمعايير التي تشترطها إدارة المقاييس والمواصفات في دولة.....

وقد يلتزم الطرف الثاني، بأن يُقدّم للطرف الأول شهادة صادرة من إدارة المقاييس والمواصفات..... تُفيد بمطابقة الأسمنت المبّيع للمواصفات.

البند الرابع: يلتزم الطرف الثاني بتوريد الكمية المبيّنة بالبند الثاني أعلاه، على دفعات يومية، باستثناء يوم الجمعة، بحيث يورّد يومياً وبعده أدنى حمولة عدد (٥) سيارات . تريلات . بحيث تكون حمولة السيارة الواحدة عدد (٢٥) طن على الأقل، أي أنّ الكمية المورّدة يومياً عدد (١٢٥) طن على الأقل.

وقد اتفق الطرفان على إمكانية زيادة نسبة التوريد اليومية مستقبلاً.

البند الخامس: يلتزم الطرف الثاني بتوريد الكمية المبيّنة بالبند الثاني أعلاه، بحيث تكون مدة الصلاحية المبيّنة بكل كيس أسمنت سارية لمدة لا تقل عن ستة أشهر من تاريخ التسليم لمواقع أو مخازن الطرف الأول.

البند السادس: إتفق الطرفان على أنّ نفقات تفريغ السيارات وحرص الأسمنت بمواقع أو مخازن الطرف الأول ستكون على كاهل الطرف ال.....

البند السابع: يلتزم الطرف الثاني بأن يكون الأسمنت المورّد سليماً و خالياً من العيوب، سواء أكانت عيوب تعبئة أو تمزّق في الأكياس أو تحجّر بفعل الرطوبة أو الماء أو سوء الترحيل أو خلافه.

وقد تعهد الطرف الثاني باستبدال الكميات التالفة، بشرط أن يُخطره بها الطرف الأول في وقت ملائم.

البند الثامن: يلتزم الطرف الثاني بالبداية في تنفيذ التزامه المبين في البند الثاني أعلاه، خلال مدة أسبوع واحد فقط (٧) أيام فقط " سبعة أيام فقط "، تبدأ من تاريخ توقيع هذا العقد أو استلام الدفعة الأولى أيهما لاحق، على أن يستمر في التنفيذ وفقاً لما هو مُتفق عليه في البند الرابع أعلاه .

البند التاسع: إتفق الطرفان على أنّ سعر طن الأسمنت الواحد مبلغ " فقط لا غير"، بواقع سعر الكيس الواحد مبلغ وقدره، على أن يكون هذا السعر شاملاً الترحيل لمواقع مشاريع الطرف الأول أو مخازنه، بحسب ما يُقرره الطرف الأول.

وقد إتفق الطرفان على أن يكون هذا السعر ملزماً لهما طيلة فترة تنفيذ هذا العقد.

البند العاشر: إتفق الطرفان على أن طريقة السداد تكون مُقدماً، أي يلتزم الطرف الأول بتحرير شيك مصرفي بقيمة حمولة الـ (٥) سيارات مبلغ وقدره " فقط..... لا غير"، يستلمها ممثل الطرف الثاني يومياً من مكتب الطرف الأول فُبيل التوريد، على أن تتوالى عملية التحرير والاستلام خلال مدة تنفيذ العقد.

وتنفيذاً لهذا البند، فقد إلتمز الطرف الأول بتقديم خطاب ضمان مصرفي بقيمة..... للطرف الثاني، والذي يُمثل قيمة توريدات ثلاثة أيام، بواقع (١٢٥) طن يومياً، ويفوض الطرف الأول بموجب هذا البند الطرف الثاني في السحب من قيمة خطاب الضمان المذكور، إذا ما تأخر تحرير أو تسليم الشيك المُستحق وفقاً لهذا البند لأي سبب من الأسباب.

البند الحادي عشر: من المتفق عليه بين الطرفين أنه، إذا انتهت قيمة خطاب الضمان المذكور بالبند أعلاه أو انتهت مدته، ولم يقم الطرف الأول بتجديده أو إعادة إصداره خلال مدة إسبوع واحد فقط من تاريخ إخطار الطرف الثاني له بذلك، أو لم يقم الطرف الأول بتسليم ممثل الطرف الثاني الشيك، ولم يكن هناك رصيد كافي بخطاب الضمان للسحب منه، جاز للطرف الثاني التوقف عن التوريد فوراً، لحين استيفائه لقيمة الدفعة المزمع توريدها أو تجديد خطاب الضمان .

البند الثاني عشر: يضمن الطرف الثاني العيوب الخفية حسبما هي معرفة في قانون المعاملات المدنية.....، و التي قد تظهر بعد استلام الطرف الأول للأسمنت، وذلك خلال مدة (٢١) يوماً من تاريخ التوقيع على سند استلام الدفعة.

البند الثالث عشر: من المتفق عليه بين الطرفين، أنه إذا تأخر الطرف الثاني في البدء في التوريد عن المدة المحددة بالبند الثامن أعلاه أو تأخر في التوريد عمّا هو متفق عليه بالبند الرابع أعلاه أو أي جزء منه، فإنَّ الطرف الثاني يلتزم بأن يؤدي للطرف الأول مبلغ..... عن كل يوم تأخير " فقط..... عن كل يوم تأخير"، على أن يخصم هذا المبلغ من أي دفعات لاحقة مُستحقة للطرف الثاني.

ومن المتفق عليه بين الطرفين أنه، إذا كان سبب التأخير في التوريد يرجع للطرف الأول، فإنَّ غرامة التأخير لا يتم تطبيقها خلال هذه المدة.

البند الرابع عشر: إذا ثبت للطرف الأول أثناء سريان مدة التوريد المبينة في البند الخامس عشر أدناه، أنَّ الطرف الثاني يتأخر أو يُماطل أو يتكاسل في التوريد، أو أنَّ المدة المتبقية من العقد لا تكفي لتنفيذ الأعمال، أو تمَّ إنذار الطرف الثاني كتابة أكثر من مرة، بضرورة الالتزام بينود العقد و عدم التأخر، أو أنَّ الطرف الثاني ورّد أكثر من مرة كميات معيبة من الأسمنت أو مخالفة

للمواصفات، جاز للطرف الأول إنذار الطرف الثاني بأن يُعجل في التوريد وأن يستبدل الكميات المعيبة أو المخالفة للمواصفات، مع احتفاظ الطرف الأول بحقه في فسخ العقد بموجب كتاب خطي موجه للطرف الثاني دون الحاجة لانتظار حلول الأجل المشار إليه ودون الحاجة لاتخاذ أي إجراء قضائي آخر، ومع احتفاظ الطرف الأول بحقه في استرداد قيمة الشيكات التي لم تُورَد بضاعتها، و مع احتفاظ الطرف الأول بحقه أيضاً في مُطالبه الطرف الثاني بالتعويض عن أية أضرار تلحق به نتيجة هذا الإخلال.

البند الخامس عشر : يلتزم الطرف الثاني بتنفيذ أعمال التوريد المتفق عليها بحسب هذا العقد خلال مدة وقدرها (٦.٤٠٠) يوماً، وذلك بواقع (١٢٥) طن يومياً على الأقل.

البند السادس عشر : من المتفق عليه بين الطرفين أنه، إذا نشب أي نزاع بين الطرفين حول هذا العقد أو تنفيذه أو تفسيره، فإن الاختصاص ينعقد للمحاكم..... دون غيرها (محاكم..... الجزئية)، وأن القانون الواجب التطبيق هو القانون.....

البند السابع عشر : حرر هذا العقد من نسختين بيد كل طرف نسخة للعمل بما تضمنه.

توقيع الطرف الأول / المشتري:.....

توقيع الطرف الثاني / المورد:.....

دراسة النموذج الثاني

يعد النموذج الثاني من عقود التوريد الحرة، وهي التي يتساوى فيه طرفا العقد بالحريّة المطلقة في إنشاء العقد واشتراط الشروط الخاصة بكل طرف، خاضعين في ذلك إلى القوانين والأعراف العامة المعمول بها في الدولة التي أنشئ فيها العقد. وكذلك يعد من عقود التوريد الخاصة، وهي التي يكون فيها طرفا العقد، أفرادا عاديين، أو شركات خاصة، فلا وجود للدولة في هذا النوع.

الجزاءات الواردة في النموذج الثاني.

أولاً: البند الثالث عشر.

نص هذا البند على شرط جزائي، أو تعويضي، يتكفل بموجبه الموردّ بدفع مبلغ ما مقابل كل يوم تأخير في التنفيذ على أن يخصم هذا المبلغ من الدفعات التالية. سبق أن بين الباحث رأيه في مسألة الشرط الجزائي حتّ أيد منعها لما فيها من جهالة، وأكل لأموال الناس بالباطل، وذلك جراء تقدير ثمن الضرر قبل وقوعه. ولا شك أن عقداً مثل النموذج الثاني، يشكل تأخير التوريد له مشكلة حقيقية، وضرر مؤكد، فعند تأخر وصول الأسمنت، سيكلفه ذلك أجرة العمال والمعدات وأمور كثيرة. لذا يرى الباحث أن تصويب هذا الشرط يكون باشتراط التعويض فقط دون تقديره، على أن يترك تقديره ليوم حدوثه، على أن يخصم المبلغ المقدّر من مستحقات المورد التالية. ويرى الباحث أن حكم الشرط الجزائي المذكور أعلاه في هذا العقد، هو شرط فاسد غير مفسد للعقد، ويعد لغوا لا يلزم تنفيذه.

ثانياً: البند الرابع عشر.

نص هذا البند على ثلاثة جزاءات، وهي:

- ١- الإنذار.
- ٢- الفسخ.
- ٣- التعويض الجزائي.

لن يختلف وصف هذه الجزاءات عن العقد السابق، غير أنه هناك بعض النقد لمسألة اشتراط التعويض، فما دام أن المشتري اشتراط لنفسه حق التعويض في هذا البند عن أي ضرر يلحق به من جراء إخلال المورد في العقد، فما الفائدة من اشتراط الشرط الجزائي في البند السابق.

ويلاحظ أيضاً أنه اشترط فسخ العقد دون الرجوع للقضاء، وهو شرط صحيح إذا أقره الطرفان، وذلك لما تستغرقه إجراءات القضاء من فترات زمنية طويلة قد تصل إلى عدة سنوات.

ثانياً: الضمانات الواردة في النموذج الثاني.

شمل العقد على جملة من الضمانات نبينها على النحو التالي:

أولاً: البند الثالث، ضمان معايير الجودة.

كما هو مبين فقد تعهد المورد بهذا البند بضمان معايير الجودة ومطابقة المواصفات القياسية للدولة التي يحددها المشتري، والتزم بتقديم شهادة من إدارة المقاييس والمواصفات التي يحددها المشتري تفيد مطابقة المنتج لشروطها.

وهذا يعد من الشروط المشروعة بل يعد من الشروط المستحبة في العقود خاصة في مثل هذه المواد التي تتعلق بها سلامة العباد، وهو يعد من الأوصاف التي يلزم المورد بها خاصة في مسألة المبيع الغائب عن مجلس العقد.

ثانياً: البند السابع: ضمان الصلاحية.

تعهد المورد في هذا البند بصلاحية الأسمت للاستعمال، ومقابل هذا التعهد، التزم باستبدال أي كمية يثبت عدم صلاحيتها، بأخرى صالحة.

ويعد هذا الالتزام من قبيل ضمان صلاحية المنتج، وقد بينا تكييفه الفقهي، فهو إما من العيوب التي حدثت جراء سبب سابق للقبض، أو من العيوب الخفية التي لا تظهر إلا بالتجربة، وفي كلا الحالتين ضمانها على المورد، وهو ما التزم به بموجب العقد.

ثالثاً: البند العاشر: خطاب الضمان.

من الملاحظ في هذا العقد أن المورد له (المشتري) هو من يقدم خطاب الضمان، وسبب ذلك؛ أن هذا العقد من العقود الحرة والتي يتساوى فيها الطرفان من حيث المكانة المالية، هذا من جهة ومن جهة أخرى هو من عقود التوريد الخاصة، والتي لا تكون الدولة طرف فيها، فخطاب الضمان في العقود الإدارية التي تنشئها الدولة مع الشركات، يقدمه المورد وذلك بسبب المكانة المالية العالية للدولة، والتي تضمن لها تنفيذ التزامها، فيبقى أن يقدم صاحب المكانة المالية الأدنى ضماناً لالتزامه.

ويلاحظ أيضاً في موضوع مصادرة خطاب الضمان ورود هذه الجملة: (وبفوض الطرف الأول بموجب هذا البند الطرف الثاني في السحب من قيمة خطاب الضمان المذكور).

مما يعني أن المصادرة تكون لجزء من خطاب الضمان يوافق قيمة البضائع، وليس لكامل قيمة خطاب الضمان، وهو ما رجحه الباحث خلال الدراسة.

رابعاً: البند الحادي عشر، وقف التوريد.

نص هذا البند على ضمان من نوع آخر، وهو وقف التوريد إلى موقع العمل وبالتالي تعطيل المشروع، وجعل لذلك ثلاث حالات:

- ١- عدم دفع ثمن المواد الموردة.
- ٢- انتهاء قيمة خطاب الضمان.
- ٣- انتهاء مدة خطاب الضمان.

وبما أن العقد نص على أن استيفاء الثمن يكون بشكل يومي، فلا يوجد مانع شرعي من هذا التصرف، لأنه حق للمورّد يستخدمه عند إخلال المشتري.

خامساً: البند الثاني عشر، ضمان العيوب الخفية.

هذا البند يعد تابعا لما بيناه في (ثانياً) فهو من قبيل ضمان الصلاحية، فبما أن المادة الموردة هي الاسمنت، فإنه يلزم اختبارها، ومثل هذه المواد يلزم لاختبارها مدة تقدر بثلاثة أسابيع، وهي الفترة اللازمة لتحويلها لخرسانة صلبة خالية من الرطوبة، ومن الناحية الشرعية لا محذور شرعي في هذا الشرط كما بينا سابقا.

النموذج الثالث

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عقد

رقم 09-08/ل/2/3

الفريق الأول : الجامعة الإسلامية - غزة
 الفريق الثاني : شركة نبيل عطا مرتجي - غزة

يمثله : أ.د. سالم عبدالله حلس / النائب الإداري
 يمثلته : أ. محمود صالحيه

مقدمة العقد : حيث أن الفريق الأول يرغب في (توريد قرطاسية) وذلك ضمن الأصناف المطلوب توريدها بموجب العطاء رقم ل/3/09-08 والذي تم ترسيته على الفريق الثاني استناداً لمحضر لجنة عطاءات رقم ل/3/08-09 بتاريخ : 2008/10/14
 ولما كان الفريق الثاني يملك ويلتزم بتوريد الأصناف المطلوبة حسب المواصفات المتفق عليها مع الفريق الأول وفق الشروط التالية :-
 تعتبر مقدمة هذا العقد جزء لا يتجزأ منه.

يقر ويصرح الفريق الأول بأنه تعاقده مع الفريق الثاني على توريد المطلوب أعلاه وذلك مقابل مبلغ وقدره (68,750.50 شيكل) "ثمانية وستون ألفاً وسبعمائة وخمسون شيكلاً وخمسون أغورة"

مواصفات وشروط العقد:

1. يلتزم الفريق الثاني بتوريد (الأصناف المطلوبة حسب المواصفات والشروط المحددة في أمر التوريد رقم (09-08/2/3) .
2. يلتزم الفريق الثاني بكافة إجراءات النقل الى الجامعة الإسلامية بغزة ودفع الرسوم المقررة دون أي مطالبة إضافية .
3. تكون مدة التوريد أسبوع من تاريخ أمر التوريد .
4. يدفع الفريق الأول المبالغ المستحقة عليه بموجب هذا العقد بعد إنتهاء الفريق الثاني من تنفيذ كامل إلتزاماته طبقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد وذلك خلال ثلاثين يوم من تاريخ تقديم الفريق الثاني مطالبته في هذا الخصوص .
5. يلتزم الفريق الثاني بتقديم فاتورة ضريبية + إشعار خصم منيع .
6. في حالة الإخلال بالمواصفات التي تم الاتفاق عليها مع الفريق الأول يلتزم الفريق الثاني بتحمل تكاليف كافة الأضرار المترتبة على ذلك .

7. **العقوبات:** في حال تأخير الفريق الثاني في إتمام بنود هذا العقد في مواعيده المحددة يلتزم بدفع غرامة تأخير مقدارها (\$100) مائة دولار أمريكي عن كل يوم تأخير إعتباراً من تاريخ أمر التوريد .

حرر العقد في : 2008/١٥/2٨ م

وعلى هذا تم التراضي بين الفريقين ، ، ،

الفريق الثاني/ شركة نبيل عطا مرتجي

الفريق الأول/ الجامعة الإسلامية

أ. محمود صالحيه

أ.د. سالم عبدالله حلس

دراسة النموذج الثالث

هذا العقد من عقود الجامعة الإسلامية في غزة، وهو من العقود الخاصة، والتي لا تكون الحكومة أحد طرفيها، وإنما مؤسسات وشركات خاصة.

الجزاءات الواردة في النموذج الثالث.

أولاً: البند السادس.

نص هذا البند على أحقية المورد له الرجوع على المورد بالتعويض المناسب، كجزاء لتخلفه عن أي من الالتزامات التي قطعها على نفسه، وهو من قبيل التعويض الجزائي، الذي لم يحدد فيه قيمة الضرر مسبقاً، وهو جائز شرعاً ولا مانع من إيراده.

ثانياً: البند السابع.

هذا البند اشترط فيه المورد له، على المورد، شرطاً جزائياً، مقداره (\$١٠٠) مائة دولار أمريكي، عن كل يوم تأخير.

وفي الحقيقة، فإنه بعد ما نص البند السادس على أحقية المورد له بالتعويض اللازم عند إخلال المورد، لا يرى الباحث أي موجب لذكر بند الشرط الجزائي في البند السابع، أما حكمه فهو كما بينا سابقاً، شرط فاسد غير مفسد للعقد، ولا يلزم شرعاً الوفاء به، بل يعد ذكره في العقد لغواً.

الضمانات الواردة في النموذج الثالث.

كما هو ملاحظ فإن العقد لم يشتمل تقديم أي نوع من الضمانات من قبل أي طرف، ولكن يلاحظ أن المورد له استخدم ثمن السلعة المستحق عليه، استعمله كضمان، فأجل دفع الثمن لحين استيفاء كامل حقوقه من الطرف الثاني المورد، كما هو مبين في البند الرابع.

ويلاحظ أيضاً أن المورد لم يأخذ أي ضمانات من المورد له، وذلك لسببين.

- ١- المورد له ذو مكان مالية عالية، يمكن الوثوق بها.
- ٢- مبلغ العقد قليل نسبياً، وهذا إذا اقترن مع تكرار المعاملة بين هذه الأطراف، يشكل تعليلاً واضحاً، لعدم طلب المورد ضمانات من الطرف الآخر.

النتائج والتوصيات

وفي ختام هذه الدراسة خلص الباحث إلى جملة من النتائج، كانت على النحو الآتي:

- ١- عقد التوريد هو: عقد على عين مباحة، موجودة لا في مجلس العقد، مؤجلة التسليم، منضبطة بصفات معينة، بثمن مؤجل معلوم.
- ٢- لا مانع من استحداث عقود جديدة، شريطة أن لا تخالف قواعد وأصول التشريع، وأن لا يكون في كتب السلف ما يمكن إنزال المعاملة المستحدثة عليه.
- ٣- لا يعد عقد التوريد عقد سلم، وإن اجتمع معه في بعض الأوصاف مثل وصف المبيع وغيابه عن مجلس العقد.
- ٤- العقد الأقرب لعقد التوريد هو المبيع الغائب على الصفة، واعتباره عقدا مستحدثا أولى؛ لمفارقتة بيع الصفة من بعض الجوانب.
- ٥- عقد التوريد منه ما هو خاص بالجهات الحكومية كالعقود الموحدة والإدارية، ومنه ما هو خاص بالقطاع الخاص، كعقود التوريد الخاصة والحرّة.
- ٦- يتم إبرام عقد التوريد بأحد ثلاثة طرق، إما المناقصة وإما الممارسة وإما التأمين المباشر.
- ٧- الجزاء هو: الأثر المترتب على مخالفة الشريعة أو موافقتها.
- ٨- مثلما يطلق الجزاء في اللغة ويراد به الثواب والعقاب فإنه يطلق شرعا ويراد به الثواب تارة والعقاب تارة أخرى.
- ٩- الجزاء إما جنائي، وإما مدني، وإما إداري، وإما سياسي.
- ١٠- الجزاء المدني، إما جزاء مباشر، وإما تعويض، وإما البطان، والمعاملات المالية تتبع الجانب المدني من التشريع.
- ١١- الجزاء المباشر يكون بإجبار المعتدي رد عين الحق الذي لزمه لصاحب الحق لا مثله ولا قيمته، ويستخدم في ذلك كل الوسائل المتاحة من وعظ، وحبس، وبيع ملك، وضرب، ولا يُعدّل إلى الجزاء الأشد لاستتقاذ الحق إلا إذا تعذر استتقاذه بالجزاء الأخف.
- ١٢- مثلما يكون التعويض الجزائي بسبب الإلتاف، كذلك يكون عن التسبب، ومثالها نفقات الشكاية والتحاكم والمحاماة يتحملها المعتدي المتعمد، جزاءً لما تسبب به فعله من ضرر.

- ١٣- البطلان هو: جزاء تخلف شروط صحة العقد المؤدي إلى انعدام آثاره، وهو عند الجمهور مرتبة واحدة، وعند الحنفية مرتبتان: فاسد وباطل.
- ١٤- لا يعد فسخ العقد بطلاناً، بل يفارق البطلان من عدة وجوه.
- ١٥- الشرط الجزائي هو: اتفاق بين المتعاقدين على تقدير احتمالي للتعويض الذي يستحقه من شرط له، عن الضرر الذي قد يلحقه، إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.
- ١٦- اختلف العلماء في حكم الشرط الجزائي بين مجيز ومانع وقائل بجوازه في أحوال ومنعه في أخرى، وترجح لدى الباحث منع الشرط الجزائي شرعاً.
- ١٧- الضمان هو: شغل الذمة بحق أو تعويض عن ضرر. وهو مشروع بنص الكتاب والسنة.
- ١٨- للضمان ثلاثة أركان هي: التعدي، والضرر، والإفشاء، ولكل ركن أنواع متعددة.
- ١٩- الضرر المعنوي هو: الأذى الذي يصيب الإنسان في شعوره أو شرفه أو كرامته، والراجح عدم جواز تعويضه مالياً.
- ٢٠- الضرر المعنوي غير المحض هو: ويقصد به الضرر المعنوي الذي يترتب عليه ضرر مادي، والراجح جواز تعويضه مالياً.
- ٢١- أسباب الضمان كثيرة، ولكنها تتداخل، ويمكن حصرها في أربعة: العقد، واليد، والإتلاف، والحيلولة.
- ٢٢- لا يتحقق ضمان اليد، والإتلاف، والحيلولة، في العقود المالية، وإنما يتحقق ضمان العقد فقط وفي عقود الضمان تحديداً.
- ٢٣- خطاب الضمان هو: تعهد المصرف للمستفيد بضمان عميله بناء على طلب ذلك العميل، وذلك بدفع القيمة التي نص عليها التعهد في وقت محدد إذا أخل العميل بالتزامه تجاه المستفيد.
- ٢٤- خطاب الضمان إما أن يكون مغطى كلياً من قبل العميل، أو جزئياً، أو غير مغطى.
- ٢٥- اختلف العلماء في تكييف خطاب الضمان، والراجح أنه إذا كان مغطى كان وكالة، وإذا كان غير مغطى كان كفالة، وإذا كان مغطى جزئياً، كان وكالة في الجزء المغطى كفالة في الباقي غير المغطى.

- ٢٦- اختلف العلماء في أخذ الأجرة على إصدار خطاب الضمان، والراجح عدم جواز أخذ الأجرة على خطاب الضمان مطلقاً، سواء كان مغطى، أم غير مغطى، أم مغطى جزئياً، وإنما يحق للمصرف أخذ التكاليف الحقيقية لإصدار هذا الخطاب، دون زيادة، وهي ثابتة في جميع الخطابات مهما زادت قيمة أو مدة الخطاب.
- ٢٧- لا يجوز مصادرة خطاب الضمان قبل تقدير قيمة الضرر الحقيقية، وإلا كان أكلاً لأموال الناس بالباطل.
- ٢٨- الجزاء المباشر المستخدم في عقود التوريد، إما الإنذار، أو الحبس، أو بيع الأملاك، أو الفسخ والتفويض على حساب المورد، أو تعجيل الأقساط.
- ٢٩- لا يجوز النص في عقد التوريد على قيمة الضرر المتوقع حدوثه، وإلزام الطرف الآخر به في العقد، والصواب اشتراط التعويض وترك تقديره لحين وقوع الضرر.
- ٣٠- لا مانع من أن ينص العقد على تشكيل لجنة مسماة لتقدير الضرر حين وقوعه، على أن يكون أجر هذه اللجنة على الطرف المخالف.
- ٣١- مصادرة خطاب الضمان الابتدائي يعد من قبيل التعويض عن تكاليف المناقصة التي أفسدها المورد، وقياس هذه المصادرة على مصادرة العيوب في غاية الخطأ.
- ٣٢- لا يجوز مصادرة خطاب الضمان الابتدائي إلا بعد تقدير قيمة الضرر الحقيقية واستيفائها فقط، دون باقي قيمة الخطاب.
- ٣٣- إذا تمت مصادرة خطاب الضمان الابتدائي يجب إجراء مناقصة جديدة، لا العدول إلى المناقص التالي، وإذا تم الانتقال إلى المناقص التالي دون مناقصة جديدة، يلزم رد قيمة خطاب الضمان الابتدائي المصادرة.
- ٣٤- العيوب شكل من أشكال التعويض، ويجوز تقديمه في عقد التوريد من قبل المورد له.
- ٣٥- اختلف العلماء في مسألة مصادرة العيوب، والراجح جواز مصادرته بقدر الضرر الحقيقي الذي وقع على قابضه، مع وجوب رد الباقي إلى المشتري الناقل.
- ٣٦- إذا لم يأتي المورد بالمبيع مطابقاً للوصف، لا يجوز له مصادرة العيوب، ويحق للمورد له فسخ العقد لثبوت خيار الرؤية له.
- ٣٧- إن بيع ما لم يوصف، أو ثبوت استحقاقه للغير، كلها مبطل للعقد على ما رجحه الباحث.

- ٣٨- طرء البطلان على العقد الصحيح، يبطل العقد مع بقاء ما تم تنفيذه قبل طرء المبطل على حكم التعاقد.
- ٣٩- تأخذ ضمانات ما قبل وأثناء تنفيذ العقد أشكال متعددة، منها: الضمان الشخصي، والنقدي، وخطاب الضمان، والكمبيالة، والسند الإذني أو لأمر، أو الرهن.
- ٤٠- لا يجوز رهن الورقة التجارية، لأنها من قبيل بيع الدين بالدين، ويستثنى من ذلك، أن يكون الطرف المكلف بسداد قيمة الورقة التجارية جهة موثوقة وذا مكانة مالية قوية كأن تكون مصرف مثلاً.
- ٤١- يجوز رهن الأسهم وحصص الشركات، ذلك أنها من قبيل رهن المشاع والذي رجح الباحث جوازه، شريطة أن لا تكون أسهم شركات تتعامل بأنشطة محرمة.
- ٤٢- ضمانات بعد التنفيذ، إما ضمانات ملزمة، وإما ضمانات تطوعية.
- ٤٣- الضمانات الملزمة مثل ضمان معايير الجودة، وضمان صلاحية المبيع، وكلاهما يضمنهما المورد لزوماً.
- ٤٤- الضمانات التطوعية، مثل ضمان العيوب بعيد الأجل، وهو على نوعين إما بسعر مستقل، وإما بسعر مقترن بسعر المبيع.
- ٤٥- يحرم ضمان العيب بعيد الأجل بسعر مستقل؛ ذلك أنه شبيه بالتأمين التجاري، وهو محرم لما فيه من المقامرة والجهالة وأكل الأموال بالباطل.
- ٤٦- ضمان العيب بعيد الأجل بأجر مقترن بثمن السلعة، جاز للمصلحة ولكن بضوابط وشروط يجب مراعاتها، وإلا فلا.
- ٤٧- الفقه الإسلامي أول الشرائع التي أسست لنظرية الظروف الطارئة.
- ٤٨- تركز نظرية الظروف الطارئة على كل من: مبدأ العذر، ومبدأ الجوائح، ونظرية الضرورة بما فيها من قواعد.
- ٤٩- لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال المعاملات المالية شروطاً يجب مراعاتها لكي يعد الظرف طارئاً.
- ٥٠- الضمان في الظروف الطارئة يأخذ أربعة أشكال، الأول: فسخ العقد، الثاني: وقف تنفيذ العقد، الثالث: زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، والرابع: إنقاص الالتزام المرهق، على أن يخير الطرف الآخر في الشكل الثالث والرابع بين القبول أو الفسخ دون إلزامه.

التوصيات

- ١- يوصي الباحث بأن يتم تداول مثل هذه الدراسات، بين الجهات العاملة في مجال العقود لتخليص عقود هذه الجهات مما يعلق بها من المحرمات.
- ٢- أن يتم اعتماد عقد التوريد كمصدر من مصادر التمويل في المصارف الإسلامية.
- ٣- توعية موظفي المصارف الإسلامية بالجانب الشرعي لمعاملاتهم، وذلك بعقد دورات لهم في هذا المجال.
- ٤- تفعيل دور الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، أكثر مما هو عليه الآن.
- ٥- إعادة النظر والدراسة في كل من المواضيع التالية في ظل ما استجد عليها من أحوال:
 - أ- الشرط الجزائي.
 - ب- خطاب الضمان ومصادره.
 - ت- الأوراق التجارية وأحكامها.
- ٦- استحداث وظيفة المراقب الشرعي في جميع المؤسسات والشركات الحكومية والخاصة، وجعل توصياتهم ملزمة، بغية تخليص اقتصادنا الإسلامي مما علق به من شوائب التشريعات والمبادئ الاقتصادية الأخرى، المتعاقبة على البلاد الإسلامية.
- ٧- أوصي إخواني الدارسين والباحثين طرق باب المعاملات المالية، لما لمسها الباحث من إجحام عن هذا الباب، وكذلك لحاجة مجال المعاملات المالية والمصرفية منها تحديداً للبحث والتصويب.

تم

بحمد الله تعالى

ظهيرة يوم الإثنين

السابع من شهر محرم

لعام ألف وأربعمائة واثنين وثلاثين

لهجرة المصطفى صلى الله عليه وسلم

الموافق الثالث عشر من شهر كانون الأول

عام ألفين وعشرة للميلاد.

وكتبه العبد الفقير لله

محمد بن يوسف أبو جزر.

الفهارس العامة

- ١- فهرس الآيات
- ٢- فهرس الأحاديث
- ٣- فهرس المواضيع
- ٤- المراجع

أولاً: فهرس الآيات

م	الآية الكريمة	اسم السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
١	(يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى)	البقرة	١٧٨	٣٧
٢	(فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره)	البقرة	٢٣٠	٣٦
٣	(يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا)	البقرة	٢٧٩، ٢٧٨	١٢٥
٤	(وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)	البقرة	٢٨٠	١١٩، ٤١
٥	(يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه)	البقرة	٢٨٢	١٣٤
٦	(وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة)	البقرة	٢٨٣	١٣٤، ١٣٨
٧	(ليس بأمانكم ولا أمانى أهل الكتاب ..)	النساء	١٢٤، ١٢٣	٣٢
٨	(يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)	المائدة	١	١٥ ، ٣
٩	(إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله)	المائدة	٣٣	٣٨
١٠	(إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم)	المائدة	٣٤	٣٤
١١	(والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما)	المائدة	٣٨	٣٧
١٢	(ولكن يواخذكم بما عقدتم الأيمان)	المائدة	٨٩	٣
١٣	(والذين كسبوا السيئات جزاء سيئة بمثلها)	يونس	٢٧	٣٣
١٤	(قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير)	يوسف	٧٢	٦٨
١٥	(فهل نجعل لك خرجاً على أن تجعل بيننا وبينهم سداً)	الكهف	٩٤	١٦
١٦	(والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مئة جلدة)	النور	٢	٣٨ ، ٣٤
١٧	(والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء)	النور	٤	٣٨
١٨	(كل امرئ بما كسب رهين)	الطور	٢١	١٣٣
١٩	(هل جزاء الإحسان إلا الإحسان)	الرحمن	٦٠	٣٣
٢٠	(فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن)	الطلاق	٦	١٦

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية والآثار

رقم الصفحة	الحديث الشريف	م
٣٥	(أتريدن عليه حديثه)	١.
٧٢	(إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)	٢.
١١٩	(أَنَّ رَجُلًا أَتَى بِهِ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فَقَالَ مَاذَا عَمِلْتَ فِي الدُّنْيَا)	٣.
٥٥	(الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا)	٤.
٩٨	(الخراج بالضمان)	٥.
١٠٠	(الزعيم غارم)	٦.
٤٦	(العجماء جرحها جبار).	٧.
٣٤	(أعطه إياه إن خيار الناس أحسنهم قضاء)	٨.
١٣٦ ، ١٤	(أَنَّهُ نَهَى عَنِ بَيْعِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ)	٩.
١٣٤	(أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا إِلَى أَجْلِ وَرَهْنَهُ دَرَعَهُ)	١٠.
٨٣	(بل عارية مضمونة)	١١.
٦٦	(تَضَمَّنَ اللَّهُ لِمَنْ خَرَجَ فِي سَبِيلِهِ)	١٢.
٦٦	(تَكَفَّلَ اللَّهُ لِمَنْ جَاهَدَ فِي سَبِيلِهِ..)	١٣.
٦٩	(طَعَامٌ بِطَعَامٍ وَإِنَاءٌ بِإِنَاءٍ)	١٤.
٦٩	(على اليد ما أخذت حتى تؤديه)	١٥.
٦٩	(فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار..)	١٦.
١٢٥ ، ١٤	(لا تبع ما ليس عندك)	١٧.
٧٣	(لا تعجل حتى يبرأ جرحك)	١٨.
٥٧ ، ٥٥ ١٥٠	(لا ضرر ولا ضرار).	١٩.
١٠٩ ، ٤١	(لي الواجد يحل عرضه وعقوبته).	٢٠.
١٧	(من أين علمتم أنها رقية، أحسنتم، واضربوا لي معكم بسهم)	٢١.
١١٩	(مَنْ أَنْظَرَ مُغْسِرًا أَوْ وَضَعَ عَنْهُ أَظْلَةَ اللَّهِ فِي ظِلِّهِ)	٢٢.
١١٩	(مَنْ أَنْظَرَ مُغْسِرًا إِلَى مَيْسَرَتِهِ أَنْظَرَهُ اللَّهُ بِذَنْبِهِ إِلَى تَوْبَتِهِ).	٢٣.
١٣٧ ، ٤١	(مطل الغني ظلم)	٢٤.
٣٥	(مَنْ سَرَّهُ أَنْ يُنْجِيَهُ اللَّهُ مِنْ كَرْبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ فَلْيَنْفَسْ عَنِ مُغْسِرٍ أَوْ يَضَعْ عَنْهُ)	٢٥.
١٢٠	(نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع العريان).	٢٦.
١٢٣ ، ١٤	(نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر)	٢٧.
١٠١	أثر (ثلاثة لا تكون إلا لله، القرض والجاه، والضمان)	٢٨.
١٢٠ ، ٥٥	أثر (واشترى نافع بن عبد الحارث دارا للسنج بمكة من صفوان بن أمية..)	٢٩.
٧٧	أثر علي بن أبي طالب (لو علمت أنكما تعدمتما لقطعتهما)	٣٠.
٣٦	أثر ابن عباس(يَنْطَلِقُ أَحَدُكُمْ فَيَرْكَبُ الْحُمُوقَةَ ثُمَّ يَقُولُ يَا ابْنَ عَبَّاسٍ يَا ابْنَ عَبَّاسٍ)	٣١.

ثالثاً: فهرس المواضيع

أ.....	الإهداء
ج.....	شكر وتقدير
د.....	المقدمة
ه.....	مشكلة البحث
ه.....	طبيعة البحث
ه.....	أهمية الموضوع
و.....	سبب اختيار الموضوع
و.....	الجهود السابقة
ز.....	خطة البحث
١.....	الفصل الأول: عقد التوريد "حقيقته وحكمه وصوره"
٢.....	المبحث الأول: حقيقة عقد التوريد
٣.....	المطلب الأول: عقد التوريد في اللغة
٥.....	المطلب الثاني: عقد التوريد في الاصطلاح
٨.....	المبحث الثاني: حكم عقد التوريد
٩.....	المطلب الأول: التكيف الفقهي لعقد التوريد
١٣.....	المطلب الثاني: أقوال العلماء وأدلتهم
١٩.....	المطلب الثالث: مناقشة الأدلة والترجيح
٢٣.....	المبحث الثالث: أنواع عقد التوريد
٢٤.....	المطلب الأول: تقسيمات عقد التوريد
٢٦.....	المطلب الثاني: صور عقد التوريد
٢٩.....	الفصل الثاني: مبدأ الجزاء والضمان في العقود المالية في الفقه الإسلامي
٣١.....	المبحث الأول: مبدأ الجزاء في العقود المالية في الفقه الإسلامي
٣٢.....	المطلب الأول: حقيقة الجزاء
٤٠.....	المطلب الثاني: الجزاءات في العقود المالية
٥١.....	المطلب الثالث: الشرط الجزائي

٦٥	المبحث الثاني: مبدأ الضمان في العقود المالية في الفقه الإسلامي
٦٦	المطلب الأول: حقيقة الضمان
٧٠	المطلب الثاني: أركان الضمان وأسبابه
٨١	المطلب الثالث: الضمان في العقود المالية
٩١	المطلب الرابع: خطاب الضمان
١٠٥	الفصل الثالث: أحكام الجزاءات والضمانات في عقود التوريد
١٠٧	المبحث الأول: أحكام الجزاءات والضمانات في عقد التوريد
١٠٨	المطلب الأول: أحكام الجزاءات والضمانات في عقد التوريد
١١٤	المطلب الثاني: أحكام التعويض الجزائي
١٢٢	المطلب الثالث: أحكام البطلان
١٢٧	المبحث الثاني: أحكام الضمانات في عقد التوريد
١٢٨	المطلب الأول: ضمانات ما قبل، وأثناء التنفيذ
١٤١	المطلب الثاني: ضمانات ما بعد التنفيذ
١٤٩	المطلب الثالث: نظرية الظروف الطارئة
١٥٢	المبحث الثالث: دراسة نماذج لعقود التوريد
١٦٩	النتائج والتوصيات
١٧٤	الفهارس العامة
١٧٥	فهرس الآيات
١٧٦	فهرس الأحاديث النبوية والآثار
١٧٧	فهرس المواضيع
١٧٩	المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم وعلومه.

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- الجامع لأحكام القرآن: محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تقديم: هاني الحاج، المكتبة التوفيقية، مصر القاهرة.
- ٣- أحكام القرآن: أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ١٤٠٥هـ.
- ٤- تيسير الكريم الرحمن: عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تقديم: محمد بن صالح العثيمين، عبد الله بن عقيل، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.
- ٥- جامع البيان عن تأويل القرآن: محمد بن جرير الطبري، تحقيق: أحمد ومحمود شاکر، مكتبة ابن تيمية، الطبعة الثانية، القاهرة.

ثانياً: كتب الحديث الشريف وتخريجه.

- ٦- التعليقات الرضية على الروضة الندية: محمد ناصر الدين الألباني، تحقيق: علي الأثري، الطبعة الأولى، دار ابن القيم، الرياض، السعودية، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.
- ٧- السنن الكبرى للبيهقي: أحمد بن الحسين البيهقي، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، الهند، حيدر آباد، ١٣٤٤هـ.
- ٨- السنن الكبرى للنسائي: أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: حسن شلبي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.
- ٩- المستدرک علی الصحیحین: أبي عبد الله الحاكم النيسابوري، إشراف: يوسف المرعشلي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- ١٠- المعجم الكبير للطبراني: أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، الناشر: مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر.
- ١١- إرواء الغليل، في تخريج أحاديث منار السبيل: محمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٣٩٩هـ، ١٩٧٩م.

- ١٢- **جامع العلوم والحكم:** عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤٠٨هـ.
- ١٣- **سنن ابن ماجة:** الحافظ محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، تحقيق: بشار معروف، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م.
- ١٤- **سنن الترمذي، (الجامع الكبير):** محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: بشار معروف، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٩٩٦م.
- ١٥- **سنن الدارقطني:** علي بن عمر الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الطبعة الأولى، دار الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م.
- ١٦- **سنن الدرامي (مسند الدرامي):** عبد الله بن عبد الرحمن الدرامي، تحقيق: حسين سليم الداراني، الطبعة الأولى، دار المغني، الرياض، السعودية، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
- ١٧- **سنن أبي داود:** أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، حكم على أحاديثه: محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤١٧هـ.
- ١٨- **سير أعلام النبلاء:** محمد بن أحمد الذهبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م.
- ١٩- **صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان:** الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.
- ٢٠- **صحيح البخاري (الجامع الصحيح):** محمد بن إسماعيل البخاري، النسخة اليونانية، اعتنى به، محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة.
- ٢١- **صحيح مسلم (الجامع الصحيح):** مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، دار الجيل ودار آفاق الجديدة، بيروت، لبنان.
- ٢٢- **صحيح وضعيف سنن أبي داود:** محمد ناصر الدين الألباني، برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة، الإسكندرية، مصر.
- ٢٣- **صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته:** محمد ناصر الدين الألباني الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت لبنان.

- ٢٤- مسند الإمام أحمد بن حنبل: أحمد بن محمد بن حنبل الشيبانى تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.
- ٢٥- مصنف عبد الرزاق: عبد الرزاق بن همام اليمانى الصنعانى، تحقيق، حبيب الرحمن الأعظمى، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامى، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ.
- ٢٦- موطأ الإمام مالك: مالك بن أنس الأصبحى المدينى، تحقيق محمد الأعظمى، الطبعة الأولى، مؤسسة زايد آل النهيان، أبو ظبى الإمارات، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.

ثالثاً: كتب شروح الحديث.

- ٢٧- المنهاج شرح صحيح مسلم بن حجاج: محبى الدين يحيى بن شرف النووي، الطبعة الأولى، المطبعة المصرية بالأزهر، القاهرة مصر، ١٣٤٧هـ، ١٩٢٩م.
- ٢٨- شرح صحيح البخارى: أبو الحسن على بن خلف بن عبد الملك بن بطلال، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الطبعة الثانية مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.
- ٢٩- عمدة القارى شرح صحيح البخارى: بدر الدين محمود العينى، ضبط وتصحيح: عبد الله محمود عمر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.
- ٣٠- فتح البارى شرح صحيح البخارى: أحمد بن على بن حجر العسقلانى، تحقيق: عبد العزيز بن باز، دار المعرفة بيروت، لبنان.
- ٣١- معالم السنن شرح سنن الإمام أبى داود: حمد بن محمد الخطابى البستى، صححه: محمد راغب الصباح، الطبعة الأولى، المكتبة العلمية، حلب، سوريا، ١٣٥١هـ، ١٩٣٢م.
- ٣٢- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار: محمد بن على الشوكانى، تعليق: عصام الدين الصباطى، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، مصر، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.

رابعاً: كتب أصول الفقه.

- ٣٣- أصول الفقه الذى لا يسع الفقيه جهله: د. عياض بن نامى السلمى، دار ابن الجوزى، الرياض، المملكة العربية السعودية.

- ٣٤- إعلام الموقعين عن رب العالمين: أبو عبد الله ابن قيم الجوزية، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، ١٤٢٣هـ.
- ٣٥- الأشباه والنظائر: زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م.
- ٣٦- الأشباه والنظائر: عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.
- ٣٧- الفروق: أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش)، أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- ٣٨- المستصفى في علم الأصول: محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٣هـ.
- ٣٩- المنثور في القواعد: محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، ١٤٠٥هـ.
- ٤٠- الموافقات: إبراهيم بن موسى الشاطبي، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى دار ابن عفان ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.
- ٤١- روضة الناظر وجنة المناظر: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، الطبعة الثانية، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، السعودية، ١٣٩٩هـ.
- ٤٢- صفة الفتوى والمفتي والمستفتي: أحمد بن حمدان الحراني الحنبلي، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الرابعة، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.
- ٤٣- مذكرة أصول الفقه: محمد الأمين الشنقيطي، أعده للنشر الإلكتروني: ملتقى أهل الحديث، ترقيم الشاملة.

خامساً: كتب المذهب الحنفي.

- ٤٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين ابن نجيم الحنفي، الطبعة الثانية، دار المعرفة بيروت.

- ٤٥ - **الجوهرة النيرة شرح مختصر قدوري: أبو بكر علي بن الزبيدي، مكتبة المصطفى الإلكترونية.**
- ٤٦ - **الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.**
- ٤٧ - **النتف في الفتاوى: علي بن حسين السعدي، تحقيق: صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٠٤ هـ، ١٩٨٤ م.**
- ٤٨ - **الهداية شرح بداية المبتدي: أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني (ت ٥٩٣ هـ)، المكتبة الإسلامية.**
- ٤٩ - **بدائع الصنائع: علاء الدين بن مسعود الكاساني، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمي، بيروت، لبنان، ١٤٠٦ هـ، ١٩٨٩ م.**
- ٥٠ - **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار الكتب الإسلامي، القاهرة، ١٣١٣ هـ.**
- ٥١ - **تحفة الفقهاء: علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥ هـ، ١٩٨٤ م.**
- ٥٢ - **درر الحكام شرح مجلة الأحكام: علي حيدر، تحقيق تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت.**
- ٥٣ - **رد المحتار على الدر المختار: محمد أمين الشهير بابن عابدين: تحقيق: عادل عبد الموجود وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.**
- ٥٤ - **فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الشهير بابن همام، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٣ م.**
- ٥٥ - **مجلة الأحكام العدلية: جمعية المجلة، نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي.**
- ٥٦ - **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي المدعو بشيخي زاده، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، ١٤١٩ هـ، ١٩٩٨ م.**

٥٧- مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، تحقيق: أ.د. محمد أحمد سراح، أ.د. علي جمعة محمد، الطبعة الأولى، دار السلام، القاهرة، مصر، ١٤٢٠هـ.

سادساً: كتب المذهب المالكي.

٥٨- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠م.

٥٩- البهجة في شرح التحفة: أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ١٤١٨ هـ، ١٩٩٨م.

٦٠- التاج والإكليل لمختصر خليل: أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٣٩٨هـ.

٦١- التلفين في الفقه المالكي: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ)، المحقق: أبو أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.

٦٢- الذخيرة: أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، لبنان، ١٩٦٩م.

٦٣- الشرح الكبير: أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاء.

٦٤- القوانين الفقهية: لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، تحقيق: محمد أمين الضناوي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦م.

٦٥- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، المحقق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، الطبعة الثانية، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.

- ٦٦- تبصرة الحكام: برهان الدين إبراهيم بن عبد الله بن فرحون، علق عليه: جمال مرعشلي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.
- ٦٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد عرفه الدسوقي، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- ٦٨- حاشية الصاوي على الشرح الصغير: أحمد بن محمد الصاوي، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف.
- ٦٩- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: علي الصعيدي العدوي المالكي، تحقيق: يوسف البقاعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٢هـ.
- ٧٠- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: محمد بن عبد الله الخرشي، مطبعة محمد أفندي مصطفى، مصر، القاهرة، ١٣٠٦هـ.
- ٧١- شرح ميارة الفاسي: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م.
- ٧٢- متن الرسالة: ابن أبي زيد القيرواني، عبد الله بن عبد الرحمن، دار الفكر، بيروت، لبنان، موقع مكتبة المدينة الرقمية.
- ٧٣- مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل: محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني، المحقق: زكريا عميرات، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

سابعاً: كتب الفقه الشافعي.

- ٧٤- الأم: محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة النشر ١٣٩٣هـ.
- ٧٥- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: محمد الشريبي الخطيب، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، الناشر دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ.
- ٧٦- الحاوي في فقه الشافعي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الطبعة، الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

- ٧٧- الشرح الكبير، (فتح العزيز بشرح الوجيز): عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، مصدر الكتاب: موقع يعسوب، وهو موافق للمطبوع، وفقاً للشاملة.
- ٧٨- تحفة المحتاج بشرح المنهاج: أحمد بن حجر الهيتمي المكي، تحقيق، عبد الله محمود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠م.
- ٧٩- جواهر العقود: محمد بن محمد المنهاجي الأسيوطي، الطبعة الثانية وهي طبعة خاصة، على نفقة الأديب محمود سرور الصبان، بدون دار نشر.
- ٨٠- حاشيتنا قليوبي وعميرة: أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي الملقب بعميرة، الطبعة الثالثة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٥هـ، ١٩٥٦م.
- ٨١- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، مكان النشر بيروت، لبنان.
- ٨٢- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

ثامناً: كتب المذهب الحنبلي.

- ٨٣- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت - لبنان.
- ٨٤- الإنصاف: علي بن سليمان المرادوي، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٤٩١هـ.
- ٨٥- الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقتنع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المحقق: سعيد محمد اللحام، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.
- ٨٦- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية: تقي الدين أحمد بن تيمية، تحقيق: لجنة إحياء التراث، الطبعة الأولى، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.
- ٨٧- الشرح الكبير بذيل المغني: عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: محمد شرف الدين خطاب وآخرون، دار الحديث، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
- ٨٨- كتاب الفروع و معه تصحيح الفروع: علاء الدين علي بن سليمان المرادوي و محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.

- ٨٩- **المبدع شرح المقتع**: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.
- ٩٠- **المغني**: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: محمد شرف الدين خطاب وآخرون، دار الحديث، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
- ٩١- **شرح منتهى الإرادات**: المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الناشر عالم الكتب، بيروت، لبنان، ١٩٩٦م.
- ٩٢- **كشف القناع عن متن الإقناع**: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي،، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٠٢هـ.
- ٩٣- **مجموعة الفتاوى**: تقي الدين أحمد بن تيمية، تحقيق: عامر الجزار، أنور الباز، الطبعة الأولى، دار الجيل، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
- ٩٤- **مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه**: إسحاق بن منصور المروزي، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٢م.

تاسعاً: الكتب الفقهية المعاصرة.

- ٩٥- **الحوافز التجارية التسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي**: خالد بن عبد الله المصلح، الطبعة الثانية، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ١٤٢٠هـ.
- ٩٦- **الضمان في الفقه الإسلامي**: الشيخ علي الخفيف، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ٢٠٠٠م.
- ٩٧- **الفعل الضار والضمان فيه**: مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الأولى، الدار الشامية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨م.
- ٩٨- **الفقه الإسلامي وأدلته**: وهبة الزحيلي، الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، سورية.
- ٩٩- **المدخل الفقهي العام**: مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، سورية، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
- ١٠٠- **الموسوعة الفقهية الكويتية**: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الأولى والثانية، دار السلاسل الكويت، دار الصفاة مصر، من ١٤٠٤هـ، إلى ١٤٢٧هـ.

- ١٠١- أحكام الضمان في الفقه الإسلامي العام: الدكتور محمد فوزي فيض الله، الطبعة الأولى، الكويت، ٢٠٠٦م.
- ١٠٢- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: محمد سليمان الأشقر وآخرون، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان الأردن، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م.
- ١٠٣- عقود المناقصات في الفقه الإسلامي: عاطف محمد أبو هريبيد، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان الأردن، ١٤٢٦هـ.
- ١٠٤- فقه المعاملات الحديثة: د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ١٤٢٦هـ.
- ١٠٥- مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود: الطبعة الثانية، دار الميمان، الدوحة، قطر، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م.
- ١٠٦- موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي: د. علي أحمد السالوس، الطبعة السابعة، دار الثقافة، الدوحة، قطر، دار القرآن، بلبيس، مصر.
- ١٠٧- النظريات الفقهية: د. فتحي الدريني، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م.
- ١٠٨- نظرية الضمان: د. وهبة الزحيلي، الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، سوريا، ٢٠٠٦م.

عاشراً: كتب اللغة.

- ١٠٩- التعريفات: علي بن محمد بن علي الجرجاني، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥.
- ١١٠- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، ط.دار العلم للملايين - مكتبة الفارابي بيروت، ط ١ القاهرة ١٣٧٦ هـ- ١٩٥٦ م، بيروت، دار الحضارة العربية.
- ١١١- القاموس المحيط: محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (ت ٨١٧ هـ)، تحقيق: مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٠٦ هـ ١٩٨٠ م.
- ١١٢- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي (ت نحو ٧٧٠ هـ)، المكتبة العلمية بيروت.

- ١١٣- **المعجم الوسيط**: إبراهيم مصطفى، وآخرون، تحقيق مجمع اللغة العربية، الناشر دار الدعوة.
- ١١٤- **تاج العروس من جواهر القاموس**: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تحقيق مجموعة من المحققين، الناشر دار الهداية.
- ١١٥- **تهذيب اللغة**: أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى الهروي (ت ٣٧٠ هـ)، المحقق: عبد السلام هارون وآخرون، الدار المصرية مصر الجديدة، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م.
- ١١٦- **لسان العرب**: جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن احمد بن أبي القاسم بن منظور بن ثابت الأنصاري الإفريقي المصري (ت ٧١١ هـ)، حققه نخبة من الاساتذة عبد الله على الكبير - محمد احمد حسب الله - هاشم محمد الشاذلي، ط، دار المعارف.
- ١١٧- **مختار الصحاح**: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، ١٤١٥ - ١٩٩٥.
- ١١٨- **معجم مقاييس اللغة**: أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا، (ت ٣٩٥ هـ)، حققه شهاب الدين أبو عمرو، الطبعة الثانية ١٤١٨ هـ، ١٩٩٨ م، ط، دار الفكر.

الحادي عشر: المجالات العلمية.

- ١١٩- **المجلة الفقهية**: مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي، موقع المجلة الفقهية، بيروت، لبنان.
- ١٢٠- **مجلة البحوث الإسلامية**: مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية.
- ١٢١- **مجلة الجامعة الإسلامية غزة**: صادرة عن عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين.
- ١٢٢- **مجلة العدل**: وزارة العدل السعودية، موقع الوزارة، الرياض المملكة العربية السعودية.
- ١٢٣- **مجلة المجمع الفقهي**: رابطة العالم الإسلامي، الطبعة الخامسة، مكة المكرمة، السعودية، ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٣ م.
- ١٢٤- **مجلة المشكاة الإسلامية**: تصدر عن شبكة المشكاة الإسلامية، الخرطوم، السودان، موقع المجلة: <http://www.meshkat.net/index.php/meshkat/index/0>

- ١٢٥- مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية: عمادة البحث العلمي في الجامعة، الإصدار الإلكتروني الأول، شركة حرف، الرياض السعودية.
- ١٢٦- مجلة جامعة الملك عبد العزيز: عمادة البحث العلمي، جدة، المملكة العربية السعودية.
- ١٢٧- مجلة جامعة دمشق: مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ١٩، العدد الثاني، دمشق سوريا.
- ١٢٨- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي: منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية.

الثاني عشر: الرسائل الجامعية.

- ١٢٩- الجرائم المعلوماتية المالية: محمد بن علي البيشي، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض السعودية.
- ١٣٠- الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: محمد بن عبد العزيز اليمني، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية.
- ١٣١- تحول العقد المالي وأثره: إبراهيم بن عبد الرحمن السحيلي، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية، شعبة الأنظمة ١٤٢٥هـ.
- ١٣٢- خدمات ما بعد البيع: بدر بن عبد الله الجدوع، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية.
- ١٣٣- خطاب الضمان في المصارف الإسلامية: سليمان أحمد القرم، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٣م.
- ١٣٤- ضمان عيوب المبيع الخفية: عبد الكريم سالم العلوان، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٢م.
- ١٣٥- عقد التوريد في الفقه الإسلامي: نمر صالح دراغمة، رسالة ماجستير جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٤م.
- ١٣٦- وسائل الإثبات: شحادة السويركي، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان، السودان، ١٩٩٥م.

الثالث عشر: أبحاث ودراسات.

- ١٣٧- التعويض عن الأضرار المترتبة على المماثلة في الديون: د. سلمان بن صالح الدخيل، مكتبة موقع صيد الفوائد.
- ١٣٨- الجزايات والضمانات في عقد المناقصة: دكتور أحمد شويح، أ. عاطف أبو هرييد، بحث مقدم لليوم الدراسي العلمي، عقود المناقصات في الشريعة الإسلامية، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة.
- ١٣٩- أبحاث هيئة كبار العلماء: هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، المكتبة الشاملة وهو موافق للمطبوع.
- ١٤٠- حكم أخذ الأجرة على الضمان: د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، بحث منشور على موقع الدكتور الشبيلي.
- ١٤١- نظرية الظروف الطارئة في التشريعات العربية والفقه الإسلامي: وارث الطيب، بحث مبسط، الشبكة القانونية السعودية، زاوية المناقشات القانونية.
- <http://www.ksa-law.com/vb/showthread.php?p=35297>

الرابع عشر: أنظمة وقوانين.

- ١٤٢- القانون التجاري السعودي.
- ١٤٣- القانون المدني الفلسطيني.
- ١٤٤- نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي.

الخامس عشر: مواقع إلكترونية.

- ١٤٥- شبكة قانون نت، www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/4209.doc
- ١٤٦- ملتقى أهل الحديث، <http://www.ahlalhdeth.com/vb/index.php>
- ١٤٧- ملتقى طلبة الجامعة الإسلامية، <http://www.iugst.com/vb>
- ١٤٨- موسوعة جوريسبيديا، القانون، <http://ar.jurispedia.org/index.php>
- ١٤٩- موقع إسلام أون لاين، <http://www.islamonline.net/ar/Page/Home>
- ١٥٠- موقع إسلام ويب، <http://www.islamweb.net/mainpage/index.php>

- ١٥١- موقع اقتصاديات، <http://www.4eqt.com/vb/index.php>
- ١٥٢- موقع الإسلام، <http://al-islam.com/Default.aspx?PageID=590>
- ١٥٣- موقع الدرر السنيّة، <http://www.dorar.net>
- ١٥٤- موقع رسالة الإسلام، <http://www.islammessage.com>
- ١٥٥- موقع صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، <http://www.islammessage.com>
- ١٥٦- موقع صيد الفوائد، <http://saaaid.net>
- ١٥٧- موقع فهد النويصر للإستشارات القانونية، <http://www.fan.com.sa/inf>

السادس عشر: مقابلات.

- ١٥٨- مقابلة مع السيد أيمن الشاعر، مدير البنك الإسلامي الفلسطيني، فرع رفح، بتاريخ ٢٠١٠/١١/٢م.
- ١٥٩- مقابلة مع الأستاذ المحامي، يوسف أبو هاشم، مدرس القانون، في قسم حقوق الإنسان، كلية دار الدعوة والعلوم الإنسانية، رفح، بتاريخ، ٢٠١٠/١١/٤م.

الملخص

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وبعد.

لا يخفى على المنشغلين بقضايا الاقتصاد والتجارة ما لعقد التوريد من أهمية في هذا المجال؛ وذلك لشيوع استعماله في الآونة الأخيرة بشكل كبير، ولكن دائما تبرز مشكلة الضمانات والجزاءات، التي تضمن سير عملية التعاقد، شأنه شأن سائر العقود المستقبلية، وهذه الرسالة جاءت لعلاج هذه القضية من منظور شرعي، ببيان ما هو مشروع من هذه الضمانات والجزاءات المستخدمة، وما هو غير مشروع، مع بيان الحلول الشرعية البديلة ما أمكن لما هو غير مشروع .

وقد جاء هذا البحث في ثلاثة فصول وخاتمة على النحو الآتي:

الفصل الأول: تحدثت فيه عن التأصيل الفقهي لعقد التوريد، وتوصلت فيه إلى أن عقد التوريد عقد مستحدث مشروع؛ لخلوه من المقامرة والربا والغرر، وبينت أيضا في هذا الفصل صور وتقسيمات عقد التوريد.

الفصل الثاني: تناولت فيه الحديث عن الجزاءات والضمانات في العقود المالية بشكل عام، مبينا أولا معنى الجزاء بشكل عام، ثم سلطت الضوء على الجزاءات في العقود المالية، ثم تناولت بالبحث صورة حديثة للجزاء وهو الشرط الجزائي وتوصلت إلى عدم مشروعيته بالصورة الحالية المتداولة، ثم تبيت بالحديث عن الضمانات مبتدئا بمعنى الضمان ومشروعيته وصوره، ثم الضمان في العقود المالية، ثم تناولت صيغة حديثة من صيغ الضمان وهي خطاب الضمان مبينا صورته وحكم كل صورة وضوابطها.

الفصل الثالث: خصصت الحديث فيه عن الجزاءات والضمانات في عقد التوريد تحديدا، وبينت فيه أحكام الجوانب الثلاثة من الجزاءات وهي الجزاء المباشر والتعويض والبطلان، ثم انتقلت للحديث عن الضمانات الواردة على هذا العقد سواء ما كان منها قبل أو أثناء التنفيذ، أو حتى بعد التنفيذ، ثم تحدثت عن الضمان في عقد التوريد في الظروف الطارئة، وأخيرا تناولت بعض النماذج لعقود توريد متنوعة وقمت بدراسة الضمانات والجزاءات الواردة فيها من منظور شرعي، ثم ختمت البحث بالنتائج والتوصيات.

أسأله تعالى القبول في الدنيا والآخرة.

Summary

Thanks for God and peace upon our Prophet Mohamed.

It is no secret to people who working in the trade and economic issues that the Supply Contract is very important, and a lot of people use it in recent. But usually we have a Safeguards and Sanctions problem, which ensures the Functioning of the contract.

The research for the treatment of this issue from a legal aspect. And to clarify the analyst in the Safeguards and sanctions.

The research was three chapters and conclusion as follows :-

Chapter one:

The chapter talked about juristic for the Supply Contract, and found out that the Supply Contract is old new "mix", and it is possible to use, because it doesn't has a gamble and usury. And in this chapter the forms and divisions of the supply contract.

Chapter tow:

Set aside to talk about sanctions and safeguards in the financial contract in general, noting meaning the penalty in general. Then I showed a new form of penalty, a penalty clause, and the illegality of the penalty clause in the current form rolling. Then I talked about the Guarantees and said it's meaning and it's forms and how we can make guarantees in the financial contracts. After that I talked about one of the guarantees form, its letter of guarantee, talked about its form and the rule of every shape and controls.

Chapter three:

Allocated in the third chapter to talk about sanctions and guarantees in the supply contract specifically, and demonstrated the provisions of the three aspects of the sanctions which direct, compensation and invalidity .

I moved to speak about the guarantees of this contract , either before or after the execution or during execution, after that talked about the guarantees in the supply contract specially in the emergency circumstances.

Finally, I showed some various models of supply contracts. I studied the safeguards and sanctions contained therein, from the perspective of legitimate Islamic. Then in the end of the search there are results and recommendations. Ask our God to accept from me in this world and the hereafter .