

**أحكام النزاعات في المتاجر الإلكترونية**  
**Provisions for disputes in electronic stores**

إعرارو

**سلمان بن فهد بن سالم الدبيب**

قسم الفقه المقارن - جامعة القصيم - المملكة العربية  
السعودية

## أحكام النزاعات في المتاجر الإلكترونية

سلمان بن فهد بن سالم الدبيب

قسم الفقه المقارن - جامعة القصيم - المملكة العربية السعودية

البريد الإلكتروني : sa11920@hotmail.com

الملخص:

المتاجر الإلكترونية من أكثر الوسائل التي يتعامل بها الناس اليوم، ومع هذا الانتشار الضخم تزايدت النزاعات الناشئة عن هذه العقود، ابتداءً بالنزاع في محل التقاضي ومرجعية التحاكم، ومرورا بالنزاعات الواردة حول محل العقد والشروط الواردة في العقد، وانتهاءً بأثر الطوارئ على هذه العقود. فإن عقود المتاجر الإلكترونية لا تخلو من نزاعات بين أطرافها، فالباع والشراء والإجارة وغيرها من العقود مظنةً لوقوع النزاع والتخاصم، هذا في العقود المعتادة، وهو في العقود الإلكترونية أشد؛ لسهولة التلاعب فيها، وعدم رؤية المبيع إلا بالصورة -وهي صورة لمماثل وليست لذات المبيع- أو بالوصف، ومن هنا رأيت أن أفرد بحثاً مستقلاً في هذا الموضوع، يتناول عامة المسائل المتعلقة به، ابتداءً بالنزاع في محل التقاضي ومرجعية التحاكم، ومرورا بالنزاعات الواردة على المعقود عليه والشروط الواردة في العقد، وانتهاءً بأثر الطوارئ على هذه العقود، فأسأل الإعانة والتوفيق والسداد. وتكمن مشكلة البحث في كثرة النزاعات الناشئة عن عقود المتاجر الإلكترونية، مع تعدد مواردها واختلاف كبير في الحكم عليها، من الفقهاء والقانونيين، ولذا تثور كثير من الاختلافات في محل النزاع المحتكم إليه في عقود المتاجر الإلكترونية، وما الضابط في تحديده؟ ومن يتحمل الضمان في هذه العقود، أهو المتجر، أم العميل، أم شركة الشحن؟ ثم ما أثر الطوارئ على الإخلال بالتزامات عقود المتاجر الإلكترونية؟ إلى غير ذلك من الأسئلة المهمة. وتقدم هذه الأطروحة دراسةً فقهيةً شاملةً لأحكام النزاعات الناشئة عن عقود المتاجر الإلكترونية، مع بيان الأنظمة والقرارات الصادرة في هذا الشأن.

**الكلمات المفتاحية:** النزاعات الإلكترونية، مرجعية التقاضي، الخلاف بين المتعاقدين، تحمل الضمان، الطوارئ في العقود.

**Provisions for disputes in electronic stores**  
**Salman bin Fahad bin Salem Al-Dobayb**  
**Department of Comparative Jurisprudence - Al-Qassim**  
**University - Kingdom of Saudi Arabia**  
**E-mail : sa11920@hotmail.com**

**Abstract:**

E-stores are one of the most common means by which people deal today, and with this huge spread, disputes arising from these contracts have increased, starting with the dispute regarding the subject of litigation and the reference for the trial, passing through disputes regarding the subject of the contract and the conditions contained in the contract, and ending with the impact of the emergency on these contracts. Electronic store contracts are not devoid of disputes between their parties. Buying, selling, leasing, and other contracts are likely to cause disputes and disputes. This is in regular contracts, and it is more severe in electronic contracts. Because of the ease of tampering with it, and not seeing the sold item except by the picture - which is a picture of a similar item and not the same item sold - or by description, and from here I decided to devote an independent study to this topic, dealing in general with the issues related to it, starting with the dispute in the place of litigation and the reference for the trial, and passing through the disputes related to the contract. And the conditions contained in the contract, and ending with the impact of the emergency on these contracts, so I ask for assistance, conciliation, and payment. The problem of the research lies in the large number of disputes arising from electronic store contracts, with their multiple resources and a large difference in ruling on them, from jurists and jurists. Therefore, many differences arise regarding the subject of the dispute that is adjudicated in electronic store contracts, and what is the criterion for determining it? Who bears the warranty in these contracts: is it the store, the customer, or the shipping company? Then what is the impact of emergency on breach of e-store contract obligations? And other important questions. This thesis provides a comprehensive jurisprudential study of the provisions of disputes arising from electronic store contracts, with an explanation of the regulations and decisions issued in this regard.

**Keywords:** Electronic Disputes, Litigation Reference, Dispute Between Contractors, Warranty Liability, Contingencies In Contracts.

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، أما بعد:

فإن عقود المتاجر الإلكترونية لا تخلو من نزاعات بين أطرافها، فالبيع والشراء والإجارة وغيرها من العقود مظنةً لوقوع النزاع والتخاصم، هذا في العقود المعتادة، وهو في العقود الإلكترونية أشد؛ لسهولة التلاعب فيها، وعدم رؤية المبيع إلا بالصورة -وهي صورة لمماثل وليست لذات المبيع- أو بالوصف، ومن هنا رأيت أن أفرد بحثاً مستقلاً في هذا الموضوع، يتناول عامة المسائل المتعلقة به، ابتداءً بالنزاع في محل التقاضي ومرجعية التحاكم، ومروراً بالنزاعات الواردة على المعقود عليه والشروط الواردة في العقد، وانتهاءً بأثر الطوارئ على هذه العقود، فأسأل الإعانة والتوفيق والسداد.

### مشكلة البحث:

وتكمن مشكلة البحث في كثرة النزاعات الناشئة عن عقود المتاجر الإلكترونية، مع تعدد مواردها واختلاف كبير في الحكم عليها، من الفقهاء والقانونيين، ولذا تثور كثير من الاختلافات في محل النزاع المحتكم إليه في عقود المتاجر الإلكترونية، وما الضابط في تحديده؟ ومن يتحمل الضمان في هذه العقود، أهو المتجر، أم العميل، أم شركة الشحن؟ ثم ما أثر الطوارئ على الإخلال بالتزامات عقود المتاجر الإلكترونية؟ إلى غير ذلك من الأسئلة المهمة.

وتسعى هذه الدراسة إلى الإجابة الوافية عن جميع هذه الإشكالات.

### أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

المتاجر الإلكترونية من أكثر الوسائل التي يتعامل بها الناس اليوم، مع انتشار كبير لها، وتتنوع في أغراضها وخدماتها، ومع هذا الانتشار الضخم تزايدت النزاعات الناشئة عن هذه العقود.

ومن أهم أسباب اختياري لهذا الموضوع ما يلي:

١. عدم إفراد هذا الموضوع ببحث مستقل يتناوله في دراسة فقهية.

٢. كثرة المستخدمين للمتاجر الإلكترونية والمتعاملين معها.
٣. كثرة النزاعات الناشئة عن عقود المتاجر الإلكترونية.
٤. الاهتمام العالمي المتنامي بالتجارة الإلكترونية عمومًا، وبالمتاجر الإلكترونية خصوصًا.

#### حدود البحث:

هذه الدراسة دراسة فقهية، تختص بالمتاجر الإلكترونية، دون غيرها من عقود التجارة الإلكترونية، مثل: أحكام العقود الجارية عبر الاتصال المباشر، والبريد الإلكتروني، ويخرج أحكام التطبيقات الإلكترونية من غير المتاجر؛ كأحكام مواقع التواصل الاجتماعي، وأحكام تطبيقات التوصيل، والمنصات التعليمية، وغيرها.

ومع أن الأصل فيها هو الدراسة الفقهية إلا أنني أشبعتها بالنصوص القانونية والأنظمة الصادرة في هذا الشأن، لا سيما نظام المعاملات المدنية في المملكة العربية السعودية.

#### الدراسات السابقة:

بعد البحث في قواعد المعلومات الخاصة بالرسائل العلمية، ومواقع الإنترنت، ومكتبة الملك فهد الوطنية، لم أعثر على دراسة فقهية شاملة تتناول النزاعات الناشئة عن عقود المتاجر الإلكترونية.

#### خطة البحث:

**المبحث الأول: محل التقاضي في نزاعات المتاجر الإلكترونية، وفيه مطلبان:**

**المطلب الأول:** تعيين محل التقاضي ومرجعية التحاكم، وفيه مسألتان:

**المسألة الأولى:** تعيين مكان التقاضي في نزاعات المتاجر الإلكترونية.

**المسألة الثانية:** مرجعية التحاكم في نزاعات المتاجر الإلكترونية.

**المطلب الثاني:** التحاكم إلى الأنظمة غير الإسلامية في نزاعات المتاجر الإلكترونية، وفيه مسألتان:

**المسألة الأولى:** حكم اشتراط المتجر التحاكم إلى نظام غير إسلامي عند وقوع النزاع.

**المسألة الثانية:** حكم دخول العميل في عقد يُشترط فيه التحاكم إلى نظام غير إسلامي عند وقوع النزاع.

**المبحث الثاني: الخلاف بين المتعاقدين، وفيه ثلاثة مطالب:**

**المطلب الأول:** الخلاف في الضمان، وفيه أربع مسائل:

**المسألة الأولى:** الأصل في تحمل الحق المضمون.

**المسألة الثانية:** ضمان الضرر الناشئ عن الإخلال بالتزامات العقد.

**المسألة الثالثة:** ضمان تلف المبيع.

**المسألة الرابعة:** تحمّل الضرائب والتكاليف الجمركية.

**المطلب الثاني:** الخلاف في المعقود عليه، وفيه ثلاث مسائل:

**المسألة الأولى:** أثر الخلف في صفة المعقود عليه.

**المسألة الثانية:** الأثر المترتب على العيب الحاصل في المعقود عليه.

**المسألة الثالثة:** أثر الغش والتدليس في المعقود عليه.

**المطلب الثالث:** الخلاف في الشروط الجعلية للعقد، وفيه ثلاث مسائل:

**المسألة الأولى:** الخلاف في شرط الصفة.

**المسألة الثانية:** الخلاف في شرط الأجل.

**المسألة الثالثة:** الخلاف في شرط خيار الفسخ.

**المبحث الثالث: الطوارئ في عقود المتاجر الإلكترونية، وفيه أربعة مطالب:**

**المطلب الأول:** المقصود بالطوارئ في عقود المتاجر الإلكترونية.

**المطلب الثاني:** أثر القوة القاهرة على الإخلال بالتزامات عقود المتاجر

الإلكترونية، وفيه مسائل:

**المسألة الأولى:** أثر القوة القاهرة على الإخلال بالالتزام الناشئ عن عقد البيع.

**المسألة الثانية:** أثر القوة القاهرة على الإخلال بالالتزام الناشئ عن عقد

الإجارة.

**المطلب الثالث:** أثر الظروف الطارئة على الإخلال بالتزامات عقود المتاجر

الإلكترونية.

**الخاتمة:** وفيها أهم النتائج والتوصيات.

## المبحث الأول: محل التقاضي في نزاعات المتاجر الإلكترونية

### المطلب الأول: تعيين محل التقاضي ومرجعية التحاكم:

محل التقاضي يراد به أمران:

الأول: مكان التقاضي (الاختصاص المكاني).

الثاني: مرجعية التقاضي (القانون واجب التطبيق).

وتعيين هذه الأمور في المتاجر الإلكترونية يعترضه بعض الصعوبات، منها<sup>(١)</sup>:

١. عدم الوجود المادي للأطراف في مكان واحد، وذلك أن أطراف العقد في المتاجر الإلكترونية يكونون في دول مختلفة غالبًا.

٢. عالمية التعاقد عبر المتاجر الإلكترونية التي لا تعترف بالحدود الجغرافية والسياسية للدول، وسهولة إجراء العمليات التجارية الإلكترونية في أي وقتٍ وأي مكان، يقابله في الجانب الآخر تعدد الأنظمة، وتنوع القوانين، واختلاف الأديان والأعراف والتقاليد بين دول العالم مما يجعل تطبيق نظام على غيره، أو قانون دون سواه من الصعوبة بمكان.

٣. إجراءات التقاضي، ورفع الدعوى، وما يستتبع ذلك من حضور المتخاصمين، والترافع عند القضاء، وطلب القرائن والشهود وتكاليف الدعاوى، وسفر المدعي لموطن محكمة المدعى عليه، أو العكس. هذه أهم الصعوبات التي تواجه تعيين محل التقاضي ومرجعية التحاكم، وفيما يلي بيان لأحكامها.

المسألة الأولى: تعيين مكان التقاضي في نزاعات المتاجر الإلكترونية (الاختصاص المكاني):

### الفرع الأول: تعيين مكان التقاضي في الفقه الإسلامي:

حدد الفقهاء المعايير التي تحكم الاختصاص القضائي المكاني عند التنازع بين المدعي والمدعى عليه، ومن أهم هذه المعايير: "معيار الإقامة"، فإذا تميّز المدعي من المدعى عليه وكانا مختلفين في موطنهما، أو كان محل

(١) انظر: الهاشمي، التجارة الإلكترونية وأحكامها (ص: ٢٨٢).

الدعوى المتنازع فيها في موطن وبلد آخر، فقد اختلف الفقهاء في القاضي المختص في نظر الدعوى: أهو قاضي موطن المدعي؟ أم قاضي موطن المدعى عليه؟ أم قاضي محل الدعوى أم ماذا؟<sup>(١)</sup>.

### تحرير محل النزاع:

١. ظاهر كلام الفقهاء أن محل الخلاف عند التنازع في مكان الدعوى، أما إن رضي أحدهما بالتنازع في مكان الآخر فلا إشكال في إقامة الدعوى في المكان المتفق عليه<sup>(٢)</sup>، ويدخل في هذا إذا اشترط المتعاقدان مكاناً يحتكمان إليه عند وقوع النزاع.

٢. وظاهر كلامهم أيضاً أنه إذا كان في بلد الخصمين قاضٍ واحدٌ يختص بالطرفين فإنه هو الذي ترفع إليه الدعوى<sup>(٣)</sup>.

**الحكم:** اختلف الفقهاء في تحديد القاضي المختص بالنظر في النزاع بين المدعي والمدعى عليه عند الاختلاف المكاني بينهما، أو عندما يكون محل الدعوى في بلد آخر، على ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** أن القاضي المختص هو الذي يختاره المدعي، وهذا قول أبي يوسف من الحنفية<sup>(٤)</sup>، وقول المالكية إذا تعدد القضاة في نطاق بلد واحد، وكان المتنازعان من أهل هذا البلد<sup>(٥)</sup>، وهو قول الشافعية<sup>(١)</sup>، والحنابلة<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: ناصر الغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي (ص: ٤١٨).

(٢) انظر: ابن الشحنة، لسان الحكام (ص: ٢٢٢). وانظر: الحاشية اللاحقة.

(٣) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق (٧/١٩٣). الدريبر، الشرح الكبير (٤/١٣٥). الشربيني، مغني المحتاج (٦/٣٦٩). البهوتي، كشف القناع (١٥/٢٦).

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق (٧/١٩٣). ابن عابدين، حاشية على الدر المختار (٥/٥٤٢).

(٥) الحطاب، مواهب الجليل (٦/١٤٦). الخرشبي، شرح خليل (٧/١٧٤). الدريبر، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/١٣٥، ١٦٤). وأما إذا لم يكونا في بلد واحد فللمالكية تفصيلات في المسألة، لخصها الدسوقي بقوله: "واعلم أن محل الخلاف المذكور إذا كان المدعى عليه متوطناً في بلد والمدعى به في أخرى كانت بلد المدعي أو غيرها، وكلُّ منهما في ولاية قاضٍ غير الآخر فقال ابن الماجشون تكون الخصومة حيث



**القول الثاني:** أن القاضي المختص هو القاضي الذي يختاره المدعى عليه، وهذا قول محمد بن الحسن من الحنفية وعليه الفتوى عندهم<sup>(٣)</sup>، وهو قول بعض المالكية<sup>(٤)</sup>، وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية<sup>(٥)</sup>، وصدر به نظام

=

المدعى به وقال مطرف وأصبغ حيث المدعى عليه، فإن كان المتداعيان من بلدين وكلاهما من ولاية قاض واحد فالدعوى بمحل القاضي كان بلد المدعي أو المدعى عليه أو غيرهما كان المدعى به بمحل أحدهما أم لا، وهو محمل قوله: (وجلب الخصم) إلخ، وإن كان المتداعيان من محل واحد وتعدد فيه القاضي فالقول للطالب كما مر كان المدعى به بمحله أيضا أم لا... قوله: (في العقار وغيره من المعينات) بخلاف ما تعلق بالذمم كالدين فإن الخصام حيث تعلق الطالب بالمطلوب -أي: في المكان الذي تعلق فيه بخصمه- اتفاقاً". حاشية الشرح الكبير (١٦٤/٤). وانظر: تبصرة الحكام (٩٥/١).

(١) الشرييني، مغني المحتاج (٣٦٩/٦). وقال بعدها: "فإن تساويا بأن كان كل منهما طالبا ومطلوبا كتحاكمهما في قسمة ملك أو اختلفا في قدر ثمن مبيع أو صداق اختلفا يوجب تخالفهما تحاكما عند أقرب القاضيين إليهما، فإن استويا في القرب إليهما عمل بالقرعة".

(٢) البهوتي، كشاف القناع (٢٦/١٥). هذا من حيث الأصل، ولهم تفصيل في هذا بينه البهوتي بعد ذكره للحكم السابق، وهو قريب من كلام الشافعية المتقدم في الحاشية السابقة، يقول البهوتي: "فلو تساويا أي: الخصمان في الدعوى، كمدعيين اختلفا في ثمن مبيع باق، اعتُبر أقرب الحاكمين إليهما؛ لأنه لا حاجة إلى التكلف للأبعد منهما فإن استويا، أي: الحاكمان في القرب أفرع بينهما أي: بين الخصمين، إذا طلب كل واحدٍ منهما قاضياً؛ لعدم الترجيح بدون القرعة". المصدر نفسه.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق (١٩٣/٧).

(٤) مواهب الجليل (١٤٦/٦). الخرشي، شرح خليل (١٧٤/٧). الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٣٥/٤، ١٦٤).

(٥) جاء في المادة: (١٨٠٣) من مجلة الأحكام: "إذا طلب أحد الخصمين المرافعة في حضور قاض وطلب آخر المرافعة في حضور قاض آخر في البلدة التي تعدد قضاتها ووقع الاختلاف بينهما على هذا الوجه يرجح القاضي الذي اختاره المدعى عليه". (ص: ٣٦٨).

المرافعات الشرعية في المملكة<sup>(١)</sup>.

**القول الثالث:** أن القاضي المختص هو القاضي الذي يختاره المدعي إلا إذا تعلق الحق بعقار فإن القاضي المختص هو قاضي المكان الذي فيه محل الدعوى، وهذا قول بعض المالكية<sup>(٢)</sup>.

**الأدلة:**

**دليل القول الأول:** أن المدعي هو المنشئ للخصومة، وهو صاحب الحق فيها؛ لأنه إذا ترك ترك، فيعتبر قاضيه حينئذ، وله الحق أن يقيم الدعوى عند قاضيه أو قاضي خصمه<sup>(٣)</sup>.

**نوقش من وجهين:**

(١) أن صاحب الحق أولى في المجيء إليه<sup>(٤)</sup>.

(٢) أن تخيير المدعي مطلقاً مردوداً بأنه مظنة التهمة بوجود علاقة بينهما، أو أنه يعرف ميوله في الحكم، وهذه شبهة يحسن الابتعاد عنها تحقيقاً لمقاصد الشريعة في درء الشبهات<sup>(٥)</sup>.

**ويجاب:** بأن الأصل في القضاة العدالة والورع والديانة، والغالب على الأنظمة المعاصرة أنها معروفة ومنتشرة بين الناس، والقاضي يقضي بناءً

---

(١) جاء في المادة: (٣٦) من النظام: "يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مكان إقامة المدعى عليه، فإن لم يكن له مكان إقامة في المملكة فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مكان إقامة المدعي". نظام المرافعات الشرعية الصادر بمرسوم ملكي رقم (١/م) بتاريخ ٢٢ / ١ / ١٤٣٥ هـ. وانظر: المادة السابعة عشرة، من نظام المحاكم التجارية، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٥١١ بتاريخ ١٤/٨/١٤٤١ هـ.

(٢) مواهب الجليل (١٤٦/٦). الخرشي، شرح خليل (١٧٤/٧). الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٣٥/٤، ١٦٤).

(٣) انظر: البحر الرائق (١٩٣/٧). كشف القناع (٢٦/١٥).

(٤) انظر: ابن عابدين، حاشية على الدر المختار (٥٤٢/٥).

(٥) الغامدي، الاختصاص القضائي (ص: ٤٢٠).

عليها.

### أدلة القول الثاني<sup>(١)</sup>:

١. أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه، فكان أولى بعدم الكفة عليه بالانتقال إلى محل الخصوم وتعطيل مصالحه حتى يثبت شغل ذمته أو تعديده.
٢. أن المدعى عليه يريد الدفاع عن نفسه والمدعي يريد أن يوجب عليه الأخذ بالمطالبة، ومن طلب السلامة فهو أولى بالنظر ممن طلب ضدها.

**دليل القول الثالث:** أن القاضي الذي يقع العقار في اختصاصه المكاني أقدر من غيره على الفصل في الدعوى؛ إذ يسهل عليه أن يشاهد العقار ويعاينه إذا احتاج إلى ذلك، ويتيسر عليه الاستماع إلى الشهود إذا اقتضى الأمر<sup>(٢)</sup>.

**ويناقش:** بأن القاضي يمكنه أن يستعين بأهل الخبرة في ذلك المكان ليقفوا على العقار ويفيدوه بما يحتاج إليه، ويمكنه أن يكتب إلى قاض آخر في مكان العقار، ثم يحكم بموجب كلامه.

**الترجيح:** الحقيقة أن لكل قول وجاهته وحظه من النظر، والأدلة في المسألة غير صريحة، ولكني أميل إلى أن الدعوى تقام في بلد المدعى عليه؛ لأن الأصل براءة ذمته، وجانبه في الدعوى أرجح كما هو معلوم، والمدعي يدعي حقاً له، وصاحب الحق أولى في المجيء إليه، والقول بإقامة الدعوى في بلد المدعي يتضمن إضراراً على كثير من الناس، لا سيما مع توسع البلدان، فليس بين أحد من الناس وبين إيقاع الضرر بغيره وتكليفه المشاق إلى مجرد دعوى مدعٍ لا يعلم هل هو صادق أم كاذب كائد؟ والمدعي هو المستفيد من الدعوى فلا يضره أن يتحمل المشاق فيها؛ لإقامة الدعوى في موطن المدعي عليه ليحصل على حقه إن ثبت له، أو يتنازل عن الدعوى ويتركها خوفاً من

(١) انظر: المرجع السابق، وابن عابدين، حاشية على الدر المختار (٥/٤٢٠).

(٢) الغامدي، الاختصاص القضائي (ص: ٤٢٢).

التكاليف إن لم يكن له الحق<sup>(١)</sup>.

وهذه المسألة وإن كانت في الأصل تبحث الاختصاص المكاني للنظر في الدعوى إلا أن لها تعلقًا ظاهرًا في مرجعية التحاكم، فكلا الخصمين يريد أن يرجع في الحكم إلى القاضي الذي يرتضي مرجعيته، ولذا مثل بعض الفقهاء لهذه المسألة بما إذا أراد المدعي قاضيًا لمذهب معين، وأراد الآخر قاضيًا لمذهب آخر، وجعل الحكم فيهما واحدًا، قال ابن نجيم في ذلك: "وهو بإطلاقه شامل لما إذا أراد المدعي قاضي محلة المدعى عليه، وأراد المدعى عليه قاضي محلة المدعي، وما إذا تعدد القضاة في المذاهب الأربعة وكثروا كما في القاهرة فأراد المدعي قاضيًا شافعيًا مثلًا، وأراد الآخر مالكيًا مثلًا ولم يكونا من محلتهما فإن الخيار للمدعى عليه"<sup>(٢)</sup>، وهذه المسألة في الوقت المعاصر أكثر ما تظهر في النزاعات الدولية؛ لاختصاص كل دولة بنظام معين، وسيأتي مزيد تفصيل لهذا في المسألة الثانية بإذن الله.

والترجيح المتقدم يصعب تطبيقه بإطلاق في عقود المتاجر الإلكترونية الدولية، والأظهر أن هذه المسألة لما صاحبها من تغيرات كبيرة عن واقع الفقهاء فإنها تعتبر من النوازل التي تحتاج إلى اجتهاد جديد، ولذا سأذكر التفصيل فيها عقب الانتهاء من الفرع التالي للارتباط بين المسألتين.

### الفرع الثاني: تعيين مكان التقاضي في الأنظمة المعاصرة:

العادة أنه لا يقوم النزاع في الاختصاص المكاني إذا كان الخصمان من نفس النطاق المكاني<sup>(٣)</sup>، وإنما يأتي النزاع في العقود التي تبرم بين طرفين

(١) انظر: الغامدي، الاختصاص القضائي (ص: ٤٢٤).

(٢) البحر الرائق (١٩٣/٧).

(٣) جاء في نظام المرافعات الشرعية تحديد المقصود بالنطاق المكاني/المحلي، فقد نصت المادة (٣٨) على أنه "تعد المدينة أو المحافظة أو المركز نطاقًا مكانيًا للمحكمة التي هي فيها، وعند تعدد المحاكم فيها يحدد المجلس الأعلى للقضاء النطاق المكاني لكل منها. وتتبع المراكز التي ليس فيها محاكم محكمة أقرب بلدة إليها في منطقتها، ما لم

بعيدين عن بعضهم؛ كما لو كانوا في دول مختلفة، أو في أماكن بعيدة في دولة واحدة، فيأتي حينها السؤال عن المكان المختص بالنظر في النزاع. وكما سبق أنه يخرج من النزاع إذا اتفق الطرفان على المكان المحتم إليه<sup>(١)</sup>، وأما عند ترك الاشتراط فإن أهل الأنظمة المعاصرة اختلفوا في تعيين مكان التقاضي على آراء عدة، وهي:

**الرأي الأول:** أن الاختصاص المكاني لمحكمة المستهلك، وذلك أنه الطرف الأضعف عادةً، والمستهلك يتعامل مع متاجر إلكترونية كثيرة، وهذه المتاجر تقع في بقاع شتى، وقد تكون في آخر العالم بالنسبة للمستهلك، ولو أُلزم بإقامة الدعوى في مواطن هؤلاء لكن من شأن ذلك أن يقعد المستهلك عن طلب حماية حقه، وهذا من ضروب إنكار العدالة، إضافةً إلى ما فيه من إغراء للشركات العالمية الكبرى في التمادي بالباطل<sup>(٢)</sup>.

**الرأي الثاني:** أن الاختصاص المكاني يكون للمحكمة التي أبرم العقد فيها، فلو أبرم في مدينة بريدة فإن المحكمة المختصة هي محكمة بريدة، وإبرام العقد يكون بتلاقي الإيجاب والقبول<sup>(٣)</sup>.

**وبناقش:** بأنه في عقود المتاجر الإلكترونية يصعب تحديد هذا الأمر؛

=

يقرر المجلس الأعلى للقضاء تبعيتها لمحكمة أخرى في المنطقة نفسها. وعند التنازع على الاختصاص المكاني -إيجاباً أو سلباً- تحال الدعوى إلى المحكمة العليا للفصل في ذلك".

(١) انظر: الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص (ص: ١٦٥٤).

(٢) انظر: أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات المتحدة (٤/١٦٥١). سلطان الهاشمي، التجارة الإلكترونية (ص: ٢٩٤).

(٣) انظر: حسين عقيل، الاختصاص القضائي (ص: ٣٣٤). البختي، التجارة الإلكترونية وآليات تسوية النزاعات المرتبطة بها، مجلة الحقوق، العدد: (٢١)، ٢٠١٩م (ص: ١٦٣).

لأنها تجري آلياً، فالمتجر يقدم إجابته لكل الناس، ثم متى ما وافق العميل على الشراء ودفع الثمن وقع القبول، ويصعب تحديد مكان الشراء؛ فالتعاملات الإلكترونية لا تقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد، ثم مع تحديدها فإنها لا ترتبط بعلاقة جوهرية بموضوع العقد، وكثيراً ما يكون المكان عرضياً؛ كالطائرة والقطار والسيارة وغيرها، ولو قيل: إن مكان العقد هو مكان المشتري -أي: محل إقامته- فإننا سنرجع إلى الرأي الأول، الذي ينصّ على أن المحكمة المختصة في النظر هي محكمة المستهلك مطلقاً.

**الرأي الثالث:** أنه للمحكمة التي كان فيها تنفيذ العقد<sup>(١)</sup>.

**ويناقش:** بأن تحديد هذا الأمر يعترضه بعض الصعوبات، لا سيما إذا كان محل العقد خدمةً أو سلعةً غير مادية، وقد يكون مكان التسليم غير المكان الذي يريده المشتري، فلا يمكن القبول بهذا الرأي باعتباره قاعدة عامة. **الرأي الرابع:** أنه للمحكمة التي يقيم فيها المدعى عليه، وهذا ما أخذ به نظام المرافعات الشرعية في المملكة كما سبق.

**الرأي المختار في الاختصاص المكاني لنزاعات عقود المتاجر الإلكترونية:**

الذي يظهر للباحث -والله أعلم- أن الأنسب في هذه المسألة أن يقال: إذا اشترط المتنازعان مكاناً يحتكمان إليه فهو المرجع في التحاكم، ويدخل في هذا التحكيم<sup>(٢)</sup> الإلكتروني الذي يقوم على سلطان الإرادة. وأما إذا لم يشترطاً؛ فإنهما لا يخلوان من حالين:

**الأولى:** إما أن يكونا في دولة واحدة، أو في دول معينة ذات اختصاص قضائي واحد، فهنا يُطبق عليهم نظام الترافع في الدولة التي يسكنان فيها،

(١) انظر: حسين عقيل، الاختصاص القضائي (ص: ٣٣٤). طارق البختي، التجارة

الإلكترونية وآليات تسوية النزاعات المرتبطة بها، مجلة الحقوق (ص: ١٦٣).

(٢) وهو: "اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم

ملزم". قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، رقم: ٩١ (٨/٩)، بشأن: مبدأ التحكيم في

الفقه الإسلامي.

فمثلاً: إذا تنازع مواطن سعودي أو مقيم في السعودية على متجر سعودي مثل: متجر (جرير)، فيطبّق عليه نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، والذي ينص في المادة: (٣٨) على التالي: "تقام الدعوى المتعلقة بالشركات أو الجمعيات القائمة أو التي في دور التصفية أو المؤسسات الخاصة في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مركز إدارتها، سواء كانت الدعوى على الشركة أو الجمعية أو المؤسسة، أو من الشركة أو الجمعية أو المؤسسة على أحد الشركاء أو الأعضاء، أو من شريك أو عضو على آخر، ويجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة، وذلك في المسائل المتعلقة بهذا الفرع"<sup>(١)</sup>، ومتجر (جرير) يعتبر شركة، فيسري عليه هذا النظام<sup>(٢)</sup>.

**الثانية:** ألا يكونا في دولة واحدة أو في دول ذات اختصاص قضائي واحد، فهنا لا تخلو المسألة من حالين:

١. أن يُقصد به المكان خاصةً دون القانون المطبّق؛ كما لو كان النزاع في مكانين يطبقان القانون الإنجليزي، الذي يعد الأكثر إحالةً في نزاعات العقود التجارية الدولية الإسلامية، إن لم تكن العقود الدولية عموماً<sup>(٣)</sup>، أو كان النزاع بين أماكن يُعلم أنها تطبق قانون الأونسيترال بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فالأعدل في هذه الحالة -والله أعلم- أن يكون مكان التقاضي هو المكان

(١) نظام المرافعات الشرعية الصادر بمرسوم ملكي رقم (١/م) بتاريخ ٢٢ / ١ / ١٤٣٥ هـ.

(٢) انظر: متجر (جرير)، عن الشركة: <https://www.jarir.com/customer-care>

(٣) وذلك أنه من أكثر الأنظمة العدلية مرونة وإعلاءً لشأن العقد وإنفاذاً لما يتفق عليه أطرافه. انظر: سليمان التركي، القانون الواجب التطبيق وشرط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية أمام المحاكم الغربية، مجلة قضاء، الجمعية العلمية القضائية السعودية، العدد: (٢٦)، رجب ١٤٤٣ هـ (ص: ٣٥٤).

الذي يختاره المستهلك، وذلك أنه الطرف الأضعف، ويتعامل مع متاجر إلكترونية كثيرة تقع في بقاع شتى، ولو أُلزم بإقامة الدعوى في مواطن هؤلاء لكن من شأن ذلك أن يقعه عن طلب حماية حقه، وهذا من ضروب إنكار العدالة، وإغراء المتاجر الإلكترونية بالتمادي في التزييف والخداع.

٢. أن يُقصد به القانون المطبق، فهنا ينتقل البحث من هذه المسألة إلى مسألة: "مرجعية التحاكم" وهي محل البحث في المسألة التالية.

### **المسألة الثانية: مرجعية التحاكم في نزاعات المتاجر الإلكترونية (القانون واجب التطبيق):**

مرجعية التحاكم أو "القانون واجب التطبيق" كما هو دارج في كتب الأنظمة؛ من أكثر قضايا التجارة الإلكترونية نزاعاً، وهذه القضية لا تثور إذا كان أطراف التعاقد في دولة واحدة؛ لأن الدولة ستطبق قانونها، وإنما يأتي بحث المسألة في النزاعات الدولية، التي يكون الخصمان فيها من دول مختلفة، ولذا يبحث فقهاء الأنظمة هذه المسألة في أبواب القانون الدولي الخاص<sup>(١)</sup>.

والنزاع الدولي في عقود المتاجر الإلكترونية لا يخلو من حالين:

### **الحالة الأولى: عند الاتفاق (قانون الإرادة).**

وذلك عند اتفاق الطرفين اتفاقاً صريحاً أو ضمناً على القانون واجب التطبيق عند نشوب نزاع بينهما، ويدخل في هذا التحكيم الإلكتروني كما سبق في الاختصاص المكاني، وعامة القوانين الوطنية تعمل بقانون الإرادة<sup>(٢)</sup>.

وكما سبق أن الاتفاق على القانون المطبق قد يكون صريحاً، وهذا مجمع على قبوله، وقد يكون ضمناً؛ وهذا يعرف من ظروف الحال وملابسات العقد والظروف المحيطة به؛ كأن يستعمل المتعاقدان مصطلحات قانونية معروفة في قانون معين، أو يختارا عملة دولة معينة للوفاء، أو لغة معينة،

(١) انظر: ماجد أبا الخيل، العقد لإلكتروني (ص: ١١٥).

(٢) انظر: الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص (ص: ١٦٥٤).



أو يشترطاً تنفيذ العقد في دولة معينة<sup>(١)</sup>، ولكن معرفة ذلك في عقود المتاجر الإلكترونية يعترضه كثير من الاحتمالات التي يصعب معها القطع بأن هذا الإجراء دليلٌ على إرادة المتعاقدين لذلك القانون المعين؛ فاللغة -مثلاً- غالباً ما تكون بالإنجليزية، وعند استخدام لغة أخرى غيرها فإنها تترجم بطريقة آلية، والعملة المستعملة في الوفاء لا تشكل قرينة واضحة في هذا الأمر، ومكان التنفيذ ومصطلحات العقد تتطرق إليها كثير من الاحتمالات<sup>(٢)</sup>.

وهذه الإرادة لا يلزم أن تنشأ من حين العقد، فلو اتفق الطرفان على قانون معين بعد نشوب النزاع بينهما فإنه يعمل به.

### الحالة الثانية: عند عدم الاتفاق.

ذكر أهل الأنظمة عدة ضوابط يُستند إليها في تحديد القانون واجب التطبيق عند عدم الاتفاق عليه، ومن الضوابط التي ذكرها ما يلي:

**الضابط الأول:** قانون محل إبرام العقد أو تنفيذه، وهذا القانون سارت عليه كثير من التشريعات العربية والغربية<sup>(٣)</sup>.

وسبق بيان صعوبة الاحتكام إلى هذا الضابط في عقود المتاجر الإلكترونية عند بحث الاختصاص المكاني فيها<sup>(٤)</sup>.

**الضابط الثاني:** قانون الجنسية المشتركة؛ كأن يكون المتجر لرجل بريطاني، والعميل المتنازع معه ذو جنسية بريطانية، فهنا يطبق عليهم القانون الإنجليزي<sup>(٥)</sup>.

وهو ضابط جيد إلى حد ما، ولكن النزاعات الموجودة لا تقتصر عليه،

---

(١) انظر: المرجع السابق. ومحمد بلاق، التحديات التي تواجه منازعات عقود التجارة الإلكترونية في ظل مناهج القانون الدولي الخاص (ص: ٨٢٨).

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: البختي، التجارة الإلكترونية وآليات تسوية النزاعات المرتبطة بها (ص: ١٤١).

(٤) انظر: الفرع الثاني من المسألة السابقة.

(٥) انظر: مسعودة دير، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (ص: ٤٤).

فيحتاج معها إلى ضابط جامع، يشمل عامة النزاعات الإلكترونية الدولية، سواء اتفقت جنسية المتنازعين أم لا.

**الضابط الثالث:** قانون الموطن المشترك، والموطن هو: المكان الذي يقيم فيه الشخص، أو يتخذ منه مركزاً لأعماله<sup>(١)</sup>.

ولكن في العقود الإلكترونية ليس ثمة مكان حقيقي بالمعنى المتعارف عليه، إضافةً إلى بعض الصعوبات الأخرى، وهو ما دعى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى الإقرار بضعف ضابط الموطن المشترك<sup>(٢)</sup>.

**وفي الجملة** فإن هذه الضوابط تقوم على مبادئ إقليمية، والمبادئ الإقليمية يعسر تطبيقها في العالم الافتراضي، كما أنها وضعت لتنظيم مجتمع مقسم إلى دول وأقاليم يفصل بينها حدود سياسية وجغرافية لا تتلاءم مع المجتمع الإلكتروني الذي ينقسم إلى مواقع ويب وشبكات ونحوها، إضافةً إلى أن التعامل من خلال الشبكات الإلكترونية ينشئ عالماً خاضعاً لقانونه الخاص<sup>(٣)</sup>.

وبناءً عليه فإنني أقترح حلاً لهذه المشكلة، وهو: **وضع قانون موضوعي إلكتروني موحد.**

وهذا الحل أشار إليه بعض فقهاء الأنظمة المعاصرين، وذلك أن وجود قانون موحد سينظم حركة التجارة الإلكترونية الدولية، ويجعل القانون مواكباً للتقدم التقني الكبير والتغير السريع في طبيعة الإنترنت، وهناك طرقتان لتوحيد القانون واجب التطبيق على عقود المتاجر الإلكترونية<sup>(٤)</sup>:

**الأولى:** قيام الدول بإصدار قانون عام موحد للمعاملات الإلكترونية، مثل:

(١) انظر: مسعودة دير، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (ص: ٣٩).

(٢) انظر: سليمان فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص (ص: ٢٠٤).

(٣) انظر: أبا الخيل، العقد الإلكتروني (ص: ١١٦).

(٤) المرجع السابق (ص: ١١٧).

النظام النقدي الدولي.

**الثانية:** وضع صياغة لمعاهدات أو اتفاقيات دولية عن طريق المنظمات الدولية، مثل: منظمة التجارة العالمية، ومنظمة الأمم المتحدة. وأرى أن الدول الإسلامية قادرة على الاتفاق على قانون إسلامي موحد بينها يكون واجب التطبيق في المعاملات الإلكترونية الدولية، وقد أثبتت المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية والإسلامية (أيوفي)؛ نجاحًا باهرًا في عقود المالية الإسلامية، وجرى تطبيقه في عدة دول إسلامية<sup>(١)</sup>، فلو اعتمدت هذه المعايير في النزاعات الناشئة في اختصاص الدول الإسلامية لكان حسنًا، والله أعلى وأعلم<sup>(٢)</sup>.

(١) موقع (أيوفي)، اعتماد معايير الهيئة: <https://aaoifi.com>

(٢) جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، في دورة مؤتمره التاسع المنعقدة بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، عام ١٤١٥ هـ، رقم: ٩١ (٨/٩)، بشأن مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي الوصية بما يلي:  
"دعوة الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي إلى استكمال الإجراءات اللازمة لإقامة محكمة العدل الإسلامية الدولية، وتمكينها من أداء مهامها المنصوص عليها في نظامها".

وجاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته العشرين المنعقدة بمكة المكرمة، عام ١٤٣٢ هـ، القرار الأول: (بشأن: اشتراط التحكيم أو التحاكم إلى قانون وضعي مخالف للشرعية الإسلامية) ما يلي:  
"خامسًا: يدعو المجمع الفقهي قادة العالم الإسلامي والمسؤولين فيه إلى إقامة مراكز تحكيم إسلامية بالشروط المعتمدة شرعًا، وتقوية القائم منها؛ لتكون مرجعًا للتحاكم عند الخصومة في العقود، مع بذل الجهد في أن تكون تلك المراكز على قد عال من الكفاية، والحياد والتخصص، وتعتمد آليات عالية المستوى بحيث لا تأخذ إجراءات القضايا فيها وقتًا طويلاً.

سادسًا: يؤكد المجمع على أهمية الإسراع في إنشاء محكمة العدل الدولية الإسلامية للفصل في النزاعات على وفق الشريعة الإسلامية".

## المطلب الثاني: التحاكم إلى الأنظمة غير الإسلامية في نزاعات المتاجر الإلكترونية:

أدى اتساع نطاق التعاملات التجارية الإلكترونية إلى التعامل مع متاجر وشركات أجنبية، وليضمن العاقدان حقوقهما ينصان على التفاصيل التي تمس الحاجة إليها، ومن ذلك مسألة فض النزاع عند وقوعه؛ لأنه لا بد من وجود مرجعية لمثل هذه العقود يحتكم إليها عند النزاع.

وهذه المرجعيات المحتكم إليها لا تخلو من حالين:

**الأولى:** أن تكون هي الشريعة الإسلامية، وهذا لا إشكال فيه؛ لأنه الأصل والواجب على المسلمين، فإن احتكما إلى قضاء يطبق النظام الإسلامي، أو اتفقا على التحكيم بشرط أن تكون المرجعية فيه للشريعة الإسلامية، فقد حصل المطلوب.

**الثانية:** أن تكون إلى غيرها؛ كما لو اتفقا على الاحتكام إلى النظام الإنجليزي أو الفرنسي، أو قانون الأونستزل الصادر من الأمم المتحدة، أو ما تطبقه محكمة العدل الدولية، ونحو ذلك، فهذا محل البحث في هذا المطلب، وهو كثير في المتاجر الإلكترونية، لا سيما مع انتشار المتاجر الدولية.

**والبحث في هذا المطلب مقيد بما يلي:**

**أولاً:** المقصود بالقضايا المحتكم إليها: قضايا العقود والمعاملات المالية، فيخرج بهذا قضايا الأسرة وغيرها.

**ثانياً:** المقصود بالتحاكم هنا: تحاكم الخصمين، فلا يدخل في البحث حكم تشريع الحكم بغير ما أنزل الله، أو حكم القضاء أو المحاماة في بلد يحكم بغير ما أنزل الله، وإنما البحث ينحصر في قضية واحدة، وهي: حكم اشتراط الاحتكام إلى نظام غير إسلامي عند وقوع النزاع، وهذا يشمل: العاقد المشتراط لهذا الشرط (وهو: المتجر في العادة)، وحكم الدخول معه في هذا العقد (وهو: العميل في العادة، سواء كان مشترياً أو وسيطاً أو غير ذلك).

فكل ما سيبحث في هذا المطلب إنما يراد به هذه القضية خاصة.

ويتبين مما سبق أن هذه المسألة لها مقامان:

**المقام الأول:** مقام المتجر، وهو الذي يشترط المرجع في التحاكم.

**المقام الثاني:** مقام العميل الذي يدخل معه في عقد يحتوي ذلك الشرط.

ولكلّ حكمٍ يخصّه، وبيان ذلك في المسألتين التاليتين:

**المسألة الأولى:** حكم اشتراط المتجر التحاكم إلى نظام غير إسلامي عند وقوع النزاع:

**صورة المسألة:** أن ينص المتجر الإلكتروني في الشروط والأحكام

الخاصة به أنه في حال التنازع مع العملاء -مشتريين كانوا أو مستأجرين

أو سماسرة أو غيرهم- فإن التحاكم سيكون إلى النظام الإنجليزي،

أو الأمريكي، أو غيرهما من الأنظمة غير الإسلامية.

**مثال ذلك:** نصّت شركة آبل (Apple) في الشروط والأحكام المكتوبة

في موقعها على الآتي: " تخضع هذه الاتفاقية والعلاقة بينك وبين

شركة Apple لقوانين ولاية كاليفورنيا"<sup>(١)</sup>.

ونصت شركة بوكنق (Booking) في الشروط والأحكام المكتوبة في

موقعها على الآتي: "إلى الحد الذي يسمح به قانون (المستهلك) المحلي

الإلزامي، ستخضع هذه الشروط وخدماتنا للقانون الهولندي (بالنسبة لأماكن

الإقامة أو رحلات الطيران أو المعالم السياحية) أو القانون الإنجليزي (بالنسبة

لعمليات استئجار السيارات ووسائل النقل العام / الخاص)"<sup>(٢)</sup>.

**الحكم:** من خلال النظر في حقيقة الأنظمة غير الإسلامية يتبين أنها

(١) انظر: موقع آبل، شروط وأحكام خدمات وسائط Apple:

<https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/ae/terms.html>

(٢) انظر: موقع "بوكنق"، شروط الاستخدام الخاصة بالعملاء، القانون المعمول به

والمحكمة المختصة:

<https://www.booking.com/content/terms.ar.html?aid>

ليست على صعيد واحد في مرجعيتها وأحكامها، ولهذا لا بد من التفرقة بين الأنظمة التي تركز على عقائد وقواعد تخالف الشريعة الإسلامية، وبين الأنظمة الدولية التي تقوم على العدالة والمساواة بين الأمم والأفراد<sup>(١)</sup>، ولعله يدخل في الأخيرة: التحاكم إلى الأنظمة التي تستند في حكمها على ما ينص عليه العاقدان في شروط التعاقد؛ باعتبار العقد شريعة المتعاقدين، وبناء عليه فإن الحكم الشرعي لهذا التحاكم يتبين من خلال المسألتين التاليتين:

١. حكم اشتراط التحاكم إلى الأنظمة الدولية التي تركز على القواعد والعقائد المخالفة للشريعة الإسلامية.

٢. حكم اشتراط التحاكم إلى الأنظمة الدولية التي تستند على العدالة والمساواة بين الأفراد.

**الفرع الأول: حكم اشتراط التحاكم إلى الأنظمة الدولية التي تركز على القواعد والعقائد المخالفة للشريعة الإسلامية:**

**صورة المسألة:** أن يشترط المتجر في عقودها على أن المرجعية المحتكم إليها عند وقوع النزاع هي النظام الأمريكي أو الفرنسي أو غيرها من أنظمة الدول المخالفة للشريعة الإسلامية في أصولها وفروعها ومرجعيتها.

**تحليل محل البحث:** هذه المسألة لها بُعدٌ عقدي وُبعُدٌ فقهي، أما الأول فالحكم فيه متعلق بالكفر من عدمه، وهذا خارج عن حدود هذه الدراسة فهي دراسة فقهية<sup>(٢)</sup>، وأما الثاني فالحكم فيه متعلقٌ بالجواز من عدمه، وهذا محل الدراسة

(١) الهاشمي، التجارة الإلكترونية وأحكامها (ص: ٣٠٥).

(٢) انظر في الكلام على هذه المسألة:

فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ (٢٩١/١٢). محمد الشويعر، مجموع فتاوى ومقالات متنوعة لابن باز (٢٣/٢١٤). فهد السليمان، مجموع رسائل الشيخ ابن عثيمين (١٤٣/١٢-١٤٤٤).

حمزة الشريف، حكم اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعية في العقود التجارية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته العشرين المنعقدة بمقر الرابطة، ١٤٣٢هـ.

في هذا البحث.

**الحكم:** اتفقت كافة الدراسات المعاصرة لهذه المسألة أن التحاكم إلى غير الشريعة الإسلامية في حال السعة والاختيار لا يجوز، وهو من الكبائر، ومن ذلك:

ما جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته العشرين المنعقدة بمكة المكرمة، في عام ١٤٣٢هـ، القرار الأول: (بشأن: اشتراط التحكيم أو التحاكم إلى قانون وضعي مخالف للشريعة الإسلامية)، وفيه ما يلي:

"ثانيًا: ... فإن اشتراط التحكيم لا يجوز إلا إلى شرع الله سبحانه وتعالى، وهذا ما ألزم الله به عباد المؤمنين؛ لأنه علامة الإيمان والتسليم والانقياد لله، وما يجري في هذا الزمان من بعض المسلمين من اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعية أمر يتعارض مع الأدلة الشرعية الصريحة الصحيحة، ولا يجوز للمسلم فعله، ولا القبول به"<sup>(١)</sup>.

وجاء في فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية رقم (٦٣١٠) ما يلي:

"وإن كان لم يستحل التحاكم إلى غيرهما ولكنه يتحاكم إلى غيرهما من القوانين الوضعية بدافع طمع في مال أو جاه أو منصب فهو مرتكب معصية

---

عجيل النشمي، الحكم الشرعي في التحاكم إلى القوانين الدولية، بحث مقدم للمؤتمر الثامن للهيئات الشرعية، البحرين، ٢٠٠٩م. صالح عبدالله اللحيدان، التحاكم للقوانين الوضعية في العقود والمعاملات المالية، بحث مقدم للندوة الفقهية بمصرف الراجحي، الرياض، غير منشور، ٢٠٠٩م

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين، الإصدار الثالث (ص: ٥١٦).

وفاسق فسقا دون فسق ولا يخرج من دائرة الإيمان"<sup>(١)</sup>.

وهذا مقتضى كلام الفقهاء المتقدمين كافة<sup>(٢)</sup>.

وأما إذا لم يمكن التحاكم إلى الشريعة الإسلامية، فالواجب الذهاب إلى التحكيم مع اشتراط الخضوع إلى حكم الشرع، وإذا لم يمكن ذلك وأمكن الإصلاح مع الخصم فالأظهر أنه يجب المصير إليه تفادياً من التحاكم إلى غير الشريعة.

وإذا لم يمكن ذلك كله، فهنا يجوز التحاكم إلى غير الشريعة؛ كي لا تضيع الحقوق، ولكن لا بنية قبول حكمهم، وإنما بنية قبول ما وافق الشرع<sup>(٣)</sup>، وهذا ما الذي أفتت به المجامع الفقهية ومؤسسات الاجتهاد الجماعي، ومن ذلك:

ما صدر به قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، رقم: ٩١ (٨/٩)،

بشأن مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، وفيه ما يلي:

"سادساً: إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلًا لما هو جائز شرعاً"<sup>(٤)</sup>.

وجاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي

في دورته العشرين المنعقدة بمكة المكرمة، في عام ١٤٣٢ هـ، القرار الأول:

(١) فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، الفتوى رقم: (٦٣١٠). (٧٨٢/١). وانظر:

الفتوى رقم: (١٩٥٠٤) (٥٠٢/٢٣). وانظر أيضاً: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي،

رقم: ٩٥ / ٨ / ٩٥ بشأن مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي.

(٢) الطبري، جامع البيان (تفسير الطبري) (٤٦٧/٨). الجامع لعلوم الإمام أحمد - العقيدة

(٢٣٥/٣). وانظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٣٨٨/٣٥). ابن القيم، مدارج السالكين

(٥١٩/١-٥٢٠). ابن أبي العز، شرح العقيدة الطحاوية (ص: ٣٠٤).

(٣) انظر: ابن عثيمين، تفسير سورة النساء (٤٧٣/١).

(٤) مجلة المجمع، العدد التاسع (٥/٤).



(بشأن: اشتراط التحكيم أو التحاكم إلى قانون وضعي مخالف للشرعية الإسلامية) ما يلي:

"رابعاً: المسلمون الذين يقيمون في مجتمعات أو دول غير إسلامية يجوز لهم عند الضرورة أو الحاجة المنزلة منزلتها التحاكم إلى المحاكم القانونية في بلدانها حفظاً لحقوقهم ودفعاً للأضرار عنهم، وذلك ما لم تكن لديهم هيئة تحكيم إسلامية يمكن التحاكم إليها"<sup>(١)</sup>.

وينبغي أن يقيد جواز الاحتكام إليها عند الضرورة بالقيود التالية:

١. الاقتصار على المطالبة بحقه فقط، وأخذه -عند الحكم به- من غير زيادة<sup>(٢)</sup>.

٢. كراهة القلب للاحتكام إلى غير الشريعة.

مع التأكيد على أن هذا الاحتكام -كما سبق- لا يكون إلا عند تعذر استخلاص الحق أو الوصول إليه إلا بهذه الطريقة<sup>(٣)</sup>.

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين، الإصدار الثالث

(ص: ٥١٦). وانظر: فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، الفتوى رقم: (٦٣١٠).

(٧٨٢/١). والفتوى رقم: (١٩٥٠٤) (٥٠٢/٢٣). محمد بن إبراهيم، تحكيم القوانين،

نقلًا عن كتاب: الدرر السنية في الأجوبة النجدية (٢١٣/١٦). وما بعدها.

(٢) عن أم سلمة ~: أن رسول الله ' قال: «إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته

من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً بقوله، فإنما أقطع له قطعة من النار، فلا

يأخذها». صحيح البخاري (١٨٠/٣). رقم: (٢٦٨٠).

(٣) بيان حكم الضرورة في هذه المسألة من باب تنميط المسألة، وإلا فالظاهر أن هذه الحالة

قليلة في عالم المتاجر الإلكترونية، والله أعلم.

وفي رسالة الماجستير للكاتب: "أحكام المتاجر الإلكترونية" تفصيل أوسع لهذه المسألة والأقوال الواردة فيها.

## الفرع الأول: حكم اشتراط التحاكم إلى الأنظمة الدولية التي تستند على العدالة والمساواة بين الأفراد:

**صورة المسألة:** أن يكون هناك نظام دولي يستند على العدالة بين الطرفين والانتصار للمظلوم، ويقوم على قواعد ومبادئ لا تخالف القواعد الشرعية، فهل يجوز الاحتكام إليه؟ ويدخل في هذا -كما سبق- الأنظمة التي تبني حكمها على ما يشترطه العاقدان في العقد، ومثاله: القانون الإنجليزي.

فما حكم اشتراط المتجر التحاكم إلى هذه القوانين؟

**التكليف الفقهي:** هذه الأنظمة يتنازعها أصلان في تكليفها وتخريجها الفقهي:

**الأول:** الاحتكام إلى غير الشريعة؛ لأنه يصدق عليها، وإن وافقت

الشريعة فإنها توافقها من باب المصادفة.

**ويمكن أن يناقش:** بأن العدل والانتصار للمظلوم من حكم الشريعة،

فكيف يكون الاحتكام إليها من الاحتكام إلى غير الشريعة؟

**الثاني:** الأحلاف التي كانت في الجاهلية وبنيت على قواعد العدل

والانتصار للمظلومين؛ مثل: حلف الفضول الذي شهدته النبي ﷺ وأقره واستحسنه مع أنه ناشئ من أهل الكفر، ولم يبين على نصوص الشريعة، وإنما هو محض اجتهاد الرجل، وكان مما تضمنه هذا الحلف: أن تُردَّ الفضول على أهلها، وألا يَعْرِ ظالم مظلوماً.

ولعل هذا هو التكليف الأقرب -والله أعلم- لأن العبرة في الحقائق

والمضامين، فهذه الأحلاف التي شهدها النبي ﷺ صادرة من غير المسلمين، ومع ذلك أقرها؛ لأنها موافقة لحكم الشارع، فصارت بهذا شبيهة بالمسألة محل البحث.

**الحكم:** أما عند الاضطرار إلى التحاكم إليها فينطبق عليها ما قيل في

المسألة السابقة.

وأما في حال السعة والاختيار فلا شك أن الأولى للإنسان أن يحتكم إلى

القوانين المبنية في مرجعيتها وأصولها وفروعها على الشريعة الإسلامية، فهذا

هو الأصل وبه يخرج المسلم من العهدة، وهو متيسر والله الحمد، لكن إذا

وجدت قوانين تستند على قواعد العدل والانتصار للمظلوم والطرف الأضعف، أو كانت تحتكم إلى ما نص عليه العاقدان في العقد، ولم يكن في العقد شرط محرم؛ فالأظهر في هذه الحالة الجواز، وذلك قياساً على أحلاف الكفار التي بنيت على قواعد العدل الموافقة لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذه بعض النصوص الدالة على إقرار النبي ' لهذه الأحلاف وأمثالها:

١. عن عبدالرحمن بن عوف ؓ أن رسول الله ' قال: ((شهدتُ حلف المطيِّبين مع عمومتي وأنا غلام، فما أحب أن لي حمر النعم، وأني أنكته))<sup>(١)</sup>.

قال ابن حجر: "وحلفُ المطيِّبين كان قبل المبعث بمدة، ذكره ابن إسحاق وغيره، وكان جمع من قريش اجتمعوا فتعاقدوا على أن ينصروا المظلوم وينصفوا بين الناس ونحو ذلك من خلال الخير واستمر ذلك بعد المبعث"<sup>(٢)</sup>.

فالنبي ' أقر هذا الحلف الذي يقوم على نصر المظلوم، وأبدى استعداداه للإجابة بعد الإسلام لمن ناداه به.

٢. عن طلحة بن عبدالله بن عوف أن رسول ' قال: ((لقد شهدتُ في دارِ عبدِ الله بنِ جدعانَ حلفاً، ما أحبُّ أن لي به حُمْرُ النَّعَمِ، ولو أدعى به في الإسلام لأجبتُ))<sup>(٣)</sup>.

قال البيهقي: "وكان سبب الحلف أن قريشا كانت تتظالم بالحرم، فقام عبد الله بن جدعان والزيير بن عبد المطلب، فدعواهم إلى التحالف على

(١) مسند الإمام أحمد (٣/١٩٣). رقم: (١٦٥٥). قال الألباني والأرنؤوط: صحيح.

(٢) فتح الباري (١٠/٥٠٢).

(٣) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب إعطاء الفيء على الديوان، ومن نفع به البداية (١٣/٣٤٥)، رقم: (١٣٢١١).

التناصر والأخذ للمظلوم من الظالم، فأجابهما بنو هاشم وبعض القبائل من قريش<sup>(١)</sup>.

ووجه الدلالة فيه مطابق لوجه الحديث السابق، وبعضهم يجعل القصة واحدة، قال محمد بن نصر المروزي: "قال بعض أهل المعرفة بالسير وأيام الناس: إن قوله في هذا الحديث: "حلف المطيبين" غلط؛ إنما هو حلف الفضول، وذلك أن النبي ' لم يدرك حلف المطيبين؛ لأن ذلك كان قديماً قبل أن يولد بزمان"<sup>(٢)</sup>.

وهذا الذي يتفق مع أصول الإسلام وقواعده، فالإسلام يقر العدل وإن صدر من غير المسلم، فإذا كانت هذه الأنظمة تقوم على مبادئ العدل ونصر المظلوم فإن الشريعة تؤيدها<sup>(٣)</sup>، فالشريعة مبناها على العدل، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾<sup>(٤)</sup>. وقوله: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾<sup>(٥)</sup>.

قال ابن القيم: "فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له، فلا يقال: إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع، بل هي موافقة لما جاء به، بل هي جزء من أجزائه، ونحن نسميها سياسة تبعا لمصطلحهم، وإنما هي عدل الله ورسوله"<sup>(٦)</sup>.

فكل حكم بالعدل فهو حكم الله ورسوله، وكل حكم بالظلم فهو حكم بغير

(١) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب إعطاء الفيء على الديوان، ومن تقع به البداية (٣٤٥/١٣)، رقم: (١٣٢١١).

(٢) السابق (٣٤٦/١٣).

(٣) انظر: الهاشمي، التجارة الإلكترونية وأحكامها (ص: ٣٠٥). عبدالله محمد، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٨١٨/٦).

(٤) سورة النحل: ٩٠.

(٥) سورة الحديد: ٢٥.

(٦) الطرق الحكمية، عطاءات العلم، الرياض، الطبعة: الرابعة، ١٤٤٠هـ (٣١/١).

ما أنزل الله ورسوله، ولذا قال تعالى: ﴿فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾<sup>(١)</sup>، وقال بعدها: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾<sup>(٢)</sup>. فالحكم بما أنزل الله هو الحكم بالقسط، والحكم بالقسط هو الحكم بما أنزل الله.

**فالأقرب** - كما يظهر والله أعلم - في هذه المسألة جواز الاحتكام إلى هذه الأنظمة، ولكن بشرط التحقق من قيامها على قواعد العدل، وأنها لا تخالف بقية قواعد الشريعة الإسلامية.

وإذا كانت من الأنظمة التي تحتكم على ما نص عليه العاقدان في العقد فلا بد من النص الواضح على أن هذا العقد في جميع أحكامه وشروطه مقيد بما لا يخالف الشريعة الإسلامية، ولو فصلت فيه بعض الأحكام التفصيلية قطعاً للنزاع فهو أحسن؛ كالنص على أن هذا العقد لا يجوز أن يشتمل على غرامات التأخير أو أي فائدة ربوية، وينصح كذلك بالنص على أحد التفسيرات المعتمدة للشريعة؛ مثل: المعايير الشرعية الصادرة عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية (أيوبي)<sup>(٣)</sup>، والله أعلم.

**المسألة الثانية: حكم دخول العميل في عقد يُشترط فيه التحاكم إلى نظام غير إسلامي عند وقوع النزاع:**

**صورة المسألة:** أن يتعاقد العميل مع متجر إلكتروني يشترط على عملائه الاحتكام إلى نظام غير إسلامي عند وقوع النزاع بينهما. وقد أشرت في المسألة السابقة إلى بعض المتاجر التي تشترط هذا، وهو شرط واسع الانتشار في المتاجر الأجنبية، بل هو الأصل فيها؛ لأن أصحابها في الأصل من غير هذه الملة، فلا يشكل عندهم الاحتكام إلى الشريعة أو غيرها.

(١) سورة المائدة: ٤٢.

(٢) سورة المائدة: ٤٨.

(٣) انظر: التركي، القانون الواجب التطبيق وشرط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية أمام المحاكم الغربية، (ص: ٣٨٤).

**الحكم:** هذه المسألة لا تخلو من حالين:

**الأولى:** إما أن يكون العميل مضطراً أو محتاجاً إلى الشراء من هذا المتجر، فهنا يجوز له الشراء منه بشرط كراهة القلب للاحتكام إلى غير الشريعة، ثم إذا وقع النزاع بينهما واحتكما إلى ذلك النظام فيشترط: الاقتصار على المطالبة بحقه الشرعي فقط، وأن يأخذه عند الحكم به من غير زيادة.

والحقيقة أن الشراء من هذه المتاجر الكبرى، مثل: (أمازون، بوكنق، أبل باي، آب ستور، علي بابا، إي باي، ومتاجر الطيران الأجنبية، وغيرها) مما تدعو إليه الحاجة العامة، فالسلع والخدمات التي تقدمها لا توجد في غيرها من المتاجر التي لا تشترط هذا الشرط، وإن وجدت فتكون بثمن أعلى غالباً، أو جودة أقل، ولو لم يكن هذا موجوداً لما احتاج الناس إلى الشراء منها، ومثع الناس من هذه المتاجر بالكلية في حرج كبير عليهم، لا سيما مع الانتشار الواسع لها، فلو قيل بالجواز للحاجة العامة لها، لم يكن هذا بعيداً، والله أعلم.

**ثانياً:** ألا يكون مضطراً إلى ذلك أو محتاجاً إليه، فهنا لا يخلو العقد

من حالين:

١. أن يكون صحيحاً جائزاً بغير هذا الشرط، بحيث لو قضي على العميل فإنه سيقضى عليه بأمر جائز؛ لأن بقية شروط العقد وأحكامه صحيحة جائزة، فهنا يظهر أنه لا حرج في الدخول بهذا العقد، لا سيما مع وجود الحاجة العامة كما سبق.

٢. ألا يكون صحيحاً؛ كما لو تضمن شرطاً رويًا عند التأخر في السداد، فهنا يأتي الإشكال من ذات الشرط المحرم، ويمكن القول: إن هذه الحالة لا تخلو من ثلاث أحوال:

(١) أن يغلب على ظن العميل أن النظام المحتكم إليه لن ينفذ الشرط المحرم في حال وقوع موجبه، فيظهر هنا - والله أعلم - أن العقد جائز، ويكون له حكم الاحتكام إلى الأنظمة التي تستند على القواعد التي تؤيدها الشريعة، ويدل على ذلك قوله 'لعائشة ~ في أمر بريرة ~: ((اشترىها وأعتقها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق))، وفي رواية ((لا يمنعك ذلك

فإنما الولاء لمن أعتق)) (١) .

**وجه الدلالة:** أن النبي ' أمر عائشة ~ بالدخول في هذا العقد رغم تضمنه شرطاً مخالفاً للشرع، والمقصود بـ(اشتراطي لهم الولاء) الإهانة وعدم المبالاة بالاشتراط وأن وجوده كعدمه، ولذا قال ' عقب هذه القصة: ((فما بال رجال منكم يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، فأياً شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل، وإن كان مائة شرط، فقضاء الله أحق وشرط الله أوثق)) (٢).

يقول ابن تيمية في هذا: "القوم كانوا قد علموا أن هذا الشرط منهي عنه فأقدموا على ذلك بعد نهي النبي ' فكان وجود اشتراطهم كعدمه، وبين لعائشة أن اشتراطك لهم الولاء لا يضررك فليس هو أمراً بالشرط؛ لكن إذنا للمشتري في اشتراطه إذا أبى البائع أن يبيع إلا به وإخباراً للمشتري أن هذا لا يضره ويجوز للإنسان أن يدخل في مثل ذلك" (٣).

(٢) أن يغلب على ظن العميل أن النظام المحتكم إليه سينفذ الشرط المحرم في حال وقوع مجببه، فهنا يظهر أنه لا يجوز الدخول في هذا العقد؛ لأن الحاكم لن يفسد الشرط المحرم، فلا يصح الاستدلال بحديث بريرة المتقدم.

(٣) ألا يتبين له شيء في ذلك، فهنا يتنازع هذه المسألة أصلاً: أصل الحل الإباحة في المعاملات، وأصل الرضا بالشرط المحرم وهو الاحتكام إلى غير الشريعة عند وقوع النزاع، والمسألة محل تردد، فإذا نظرت إلى الأصل الأول وجدت أنه أصل عام يرجع إليه عند الشك في غيره من الأصول، وإذا نظرت إلى الأصل الثاني وجدت أنه مؤيد ببعض القرائن،

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل (٧٣/٣). رقم: ٢١٦٨ و ٢١٦٩.

(٢) صحيح البخاري، كتاب المكاتب، باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس (١٥٢/٣). رقم: ٢٥٦٣. وانظر: أبو غدة، بطاقة الائتمان وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٢٩١/٧).

(٣) مجموع الفتاوى (٣٣٩/٢٩).

منها: أن الأنظمة الأجنبية في الأصل ستطبق جميع الشروط، ولا يعينها موافقة الشريعة لها أو لا، فالشرط شريعة المتعاقدين كما يقولون، ولذا فيتوجه المنع لأجل هذه القرينة، والله أعلم.

### المبحث الثاني: الخلاف بين المتعاقدين

إذا أبرم العقد بين المتبايعين صار كل واحد منهما ملتزماً بما عليه للآخر، ولكنهم قد يختلفون في طبيعة هذا الالتزام وما يندرج تحته؛ فقد يختلفون في أصل العقد أو جنسه أو عين المعقود عليه أو صفته أو قبضه أو قدره أو أجله أو تلفه، وهذه الخلافات بحثها الفقهاء وبينوا الحكم فيها، وقبل أن بحث المسائل التي اختلفوا فيها -مما له صلة بالبحث- سأذكر هنا ما اتفقوا عليه من مسائل الخلاف بين المتعاقدين<sup>(١)</sup>، وهي كما يلي:

١. أجمع العلماء على أنه إذا اختلف المتعاقدان في أصل العقد، وليس لأحدهما بينة؛ فإن القول قول من ينكره -سواء كان البائع أو المشتري- مع يمينه (٢)؛ لأن الأصل عدم وجود العقد، حتى يثبت الدليل الناقل، ولم يثبت.

٢. أجمع العلماء على أنه إذا اختلف المتعاقدان في قبض المبيع، ولم يكن لأحدهما بينة؛ فالقول قول المشتري إذا أنكر القبض<sup>(٣)</sup>؛ لأن عدم القبض

---

(١) والمراد الأساس فيها: مسائل الخلاف بين المتعاقدين في البيع. وينظر في مسائل الخلاف بين المتبايعين: صالح السلطان، أثر اختلاف المتبايعين على عقد البيع، دار أصداء المجتمع، بريدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ.

(٢) القرافي، الذخيرة (٣٢١/٥). والإجماع على أن القول قول من ينكره، وأما اليمين فاختلف أهل العلم في بعض صورها، ومن ذلك ما جاء في تبصرة الحكام: "إذا تداعى رجلان في عقد البيع هل كان أو لم يكن فالقول قول المدعى عليه البيع أو الشراء، ولا يمين على المدعى عليه إن كانت السلعة بيد صاحبها". (٣٨٦/١).

(٣) الفتاوى الهندية (١٨٩/٤). الذخيرة (٣٢٥/٥). النووي، روضة الطالبين (٥٨٠/٣). البهوتي، كشاف القناع (٤٦٣/٧). ونص على الإجماع الزيلعي في تبيين الحقائق (١٩/٥). واشترط المالكية: ألا يشهد عرف لأحدهما، فمن شهد له العرف، كان القول



- أصل، والقبض عارض، فكان المشتري متمسكا بالأصل، والبائع يدعي أمراً عارضاً، فكان الظاهر شاهداً للمشتري، فكان القول قوله مع يمينه<sup>(١)</sup>.
٣. اتفقت المذاهب الأربعة على أنه إذا اختلف المتبايعان في قبض الثمن، ولم يكن لأحدهما بينة؛ فالقول قول البائع -أنه ما قبض الثمن- مع يمينه<sup>(٢)</sup>؛ وذلك لأن عدم القبض أصل، والقبض عارض، فكان البائع متمسكا بالأصل، فالقول قوله مع يمينه<sup>(٣)</sup>.
٤. اتفقت المذاهب الأربعة على أنه إذا كان البيع مؤجلاً، واتفق المتبايعان على قدر الأجل، واختلفا في انتهاء الأجل، ولم يكن لأحدهما بينة؛ فالقول قول من ينكر انتهاء الأجل بيمينه<sup>(٤)</sup>؛ وذلك لأن الأصل بقاء الأجل، والمنكر ينكر استيفاءه، فيكون القول قوله بيمينه<sup>(٥)</sup>.
٥. اتفقت المذاهب الأربعة على أنه إذا اختلف المتبايعان في العلم بالعيب الذي في المبيع، فقال البائع: اشتراه عالماً بالعيب، وأنكر المشتري العلم

=

- قوله. وأن يبين المشتري بالمبيع، أي يفصل به، فإن لم يبين به، وكان النزاع بحضرته؛ فإن القول قول البائع؛ لأن المشتري اعترف بانشغال ذمته بقبض المبيع، فادعاه أنه دفع الثمن لا يبرئه حتى يثبت. منح الجليل (٣٢٣/٥).
- (١) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٢٤٨/٥).
- (٢) بدائع الصنائع (٢٤٨/٥). عليش، منح الجليل (٣٢٣/٥). روضة الطالبين (٢٨٧/٤).
- كشاف القناع (١٠٦/٨).
- (٣) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٢٤٨/٥).
- (٤) البابرتي، العناية (٢١٣/٨). الدريبر، الشرح الكبير (١٩١/٣). النووي، روضة الطالبين (٥٨١/٣). كشاف القناع (٤٨٧/٧). والجمهور ذكروا هذا القول نصاً، وأما الحنابلة فلم ينصوا عليه ولكنه مقتضى قولهم؛ لأنهم نصوا في الاختلاف في أصل الأجل، وفي قدره، على أن القول قول من ينفيه أو ينفي القدر الزائد.
- (٥) انظر: العناية (٢١٣/٨). الدريبر، الشرح الكبير (١٩١/٣).

به حين العقد، ولم يكن لأحدهما بينة؛ فالقول قول المشتري<sup>(١)</sup>؛ لأن الأصل عدمه، والقول قول من ينكره، وهو المشتري<sup>(٢)</sup>.

٦. اتفقت المذاهب الأربعة على أنه إذا اختلف المتبايعان في وقت حدوث العيب الذي لا يحتمل إلا قول أحدهما فإنه يقبل قوله؛ كالإصبع الزائد في الرقيق، فإن القول قول المشتري، والعكس بالعكس؛ كالجرح الطري في الدابة والصدمة الجديدة في السيارة ونحو ذلك، فإن القول قول البائع لدلالة الحال على صدقه<sup>(٣)</sup>.

٧. اتفقت المذاهب الأربعة على أنه إذا اختلف المتبايعان في عين السلعة المعقود عليها عند ردها إلى البائع لأجل العيب، ولم يكن لأحدهما بينة؛ فالقول قول البائع مع يمينه<sup>(٤)</sup>؛ لأن الأصل السلامة وبقاء العقد؛ لأن البائع هو المنكر، والقول قول المنكر مع يمينه<sup>(٥)</sup>.

فهذه سبع مسائل أجمع أهل العلم أو اتفقت المذاهب الأربعة على حكمها، وما سواها فمختلف فيها<sup>(٦)</sup>، أو متفرع عن هذه المجمع عليها، وفي المطالب التالية شيء من المسائل التي اختلفوا فيها مما له صلة بالبحث،

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع (٢٧٩/٥). الزيلعي، تبيين الحقائق (٤٠/٤). الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير (١٣٢/٣). روضة الطالبين (٤٩١/٣). ابن قدامة، المغني (٦٤/١٠).

(٢) انظر: المغني (٦٤/١٠).

(٣) بدائع الصنائع (٢٧٩/٥). تبيين الحقائق (٤٠/٤). الزرقاني، شرح مختصر خليل (٢٦٩/٥). روضة الطالبين (٤٩٠/٣). ابن مفلح الحفيد، المبدع (٩٨/٤). والأظهر أنه بلا يمين.

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق (٦٧/٦). الحطاب، مواهب الجليل (٤٦٢/٤). روضة الطالبين (٥٧٩/٣). المغني (٢٥٢/٦). وموضع الاتفاق في الرد لأجل العيب، ويخرج به الرد بخيار الشرط ونحوه؛ ذكره في المغني.

(٥) انظر: المغني (٢٥٢/٦).

(٦) انظر: السلطان، أثر اختلاف المتبايعين على عقد البيع.

وشيء من المسائل المعاصرة التي يتردد النظر في تحقيق المناط فيها.

### المطلب الأول: الخلاف في الضمان:

الضمان في اصطلاح الفقهاء يطلق على معنيين: معنى خاص، وعام، أما المعنى الخاص فهو إطلاق الضمان على الكفالة، وهو: ضم ذمة إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق<sup>(١)</sup>، والفقهاء يعقدون لهذا المعنى باباً خاصاً بعنوان (الضمان)، وليس هو المراد في هذا المطلب.

وأما المعنى العام فهو: شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل<sup>(٢)</sup>.

وهذا هو المعنى المراد في هذا المطلب، ولم يفرد الفقهاء له باباً خاصاً كما فعلوا في المعنى الخاص، بل بثوا مسائله وأحكامه في ثنايا الأبواب الفقهية الأخرى، بل تجاوز ذلك إلى العبادات؛ كأحكام الكفارات والفدية وغيرها، فالضمان بمفهومه العام يتعلق بأغلب المسائل الفقهية من عبادات ومعاملات، ولكنه -حتى بهذا المعنى العام- لا يتعلق بما يجب على المرء من عقوبة أو جزاء؛ لأن هذه العقوبات لا تجب في الذمة إلا إذا كانت غرامة مالية؛ كالكفارات<sup>(٣)</sup>.

### المسألة الأولى: الأصل في تحمل الحق المضمون:

سبق أن الضمان هو: شغل الذمة بما يجب الوفاء به، وشغل الذمة هنا هو المقصود بتحمل الحق المضمون، فالذمة -في العقود الثنائية- إما أن تنشغل بالعاقدين الأول -كالبائع- أو الثاني -كالمشتري-، وهذا يختلف باختلاف

(١) ابن قدامة، المغني (٧/٧١). وانظر: ابن عابدين، حاشية على الدر المختار

(٢٨١/٥). الدردير، الشرح الكبير (٣/٣٢٩). الشريبي، مغني المحتاج (٣/١٩٨).

وتعريفاتهم متقاربة في المعنى، والحنفية يستعملون مصطلح الكفالة بدل الضمان، ويجعلونه متضمناً للكفالة بالمال (الضمان عند الجمهور)، والكفالة بالنفس.

(٢) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص: ٨).

(٣) انظر: حمد الهاجري، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي (ص: ٦٢).

العقود وحال العاقدين فيها، فعقود الأمانة -كالوكالة- لا يضمنها واضع اليد - كالوكيل- وإنما يضمنها المالك الأصلي؛ لأن واضع اليد فيها أمين، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، وأما عقود الضمان، فإن واضع اليد فيها يضمن ما تحت يده، حسب حالته مع المعقود عليه، وخالصة الكلام في تحمل الحق المضمون أن يقال:

١. إذا كان العقد عقد أمانة فإن الأصل في تحمل الحق المضمون على صاحب المال؛ الموكل، والمودع، والواهب، ونحو ذلك.
٢. وإذا كان العقد عقد ضمان فإن هذا يختلف باختلاف حالة العاقد مع المعقود عليه، فالبيع قبل القبض يختلف عنه بعد القبض، وكذا الإجارة، وبيان حكمهم فيما يلي<sup>(١)</sup>:

#### الفرع الأول: الأصل في تحمل الضمان في عقد البيع:

المبيع المعقود عليه في المتاجر الإلكترونية لا يخلو من حالين:  
الحال الأولى: أن يكون المبيع في الذمة -وهذا هو الغالب- فهنا لا يضمن العميل المبيع حتى يقبضه<sup>(٢)</sup>، ثم إن محل التلف في هذا المبيع لا يخلو من حالين:

١. أن يكون قبل قبض شركة الشحن له، فهذا من ضمان المتجر بلا إشكال.
٢. أن يكون بعد قبض شركة الشحن له، فهذا يرجع إلى التكليف الفقهي لشركة الشحن، والذي يدل عليه واقع هذه الشركات أن العقد بينها وبين المتجر عقد لازم بعوض<sup>(٣)</sup>، وأنها وكيلة عن المتجر بأجر، فتأخذ حكم الأجير المشترك في الضمان، وسيأتي بيان الحكم فيه في الفرع الثاني.

---

(١) نتعذر دراسة جميع عقود المعاوضات، ولكنني سأذكر أصق ثلاثة منها ببحثي، وهي: البيع والإجارة والجعالة.

(٢) انظر: البهوتي، كشاف القناع (٧/٤٩٩).

(٣) انظر: هجيرة بن عبيد، عقد النقل الجوي (ص: ١١). زهراء السعدي، مسؤولية شركات الشحن الجوي المدنية في ظل جائحة كورونا (ص: ١٦). عالية الدباغ، الأحكام

**الحالة الثانية: أن يكون المبيع معيناً، سواء كان تعيينه بالعقد أو بعده،**  
 فهنا إذا تلف المبيع أو نقص فإن هذا لا يخلو من حالين<sup>(١)</sup>:  
**الأولى: قبل قبض المشتري للمبيع،** فهنا لا يخلو التلف والنقص من  
 حالين:

**أ/ أن يكون من فعل آدمي،** سواء كان بنفسه أو بغيره؛ كإتلاف دوابه التي  
 فرط في حفظها؛ كما لو أثلّفت بالليل، أو أن يرسلها نهاراً بقرب ما تتلفه عادة،  
 ونحو ذلك، فهنا لا يخلو التلف من ثلاث أحوال:

١. **أن يكون من فعل البائع،** فيضمن البائع باتفاق الفقهاء<sup>(٢)</sup>؛ لأن  
 الإتلاف كالعيب، وقد حصل في موضع يلزم البائع ضمانه<sup>(٣)</sup>، ولأن  
 بقاء سلطة البائع عليه يفيد بقاء ضمانه، وهو مضمون عليه بالثمن  
 فإذا أثلّفه سقط الثمن<sup>(٤)</sup>.
٢. **أن يكون من فعل المشتري،** فيضمن المشتري باتفاق الفقهاء<sup>(٥)</sup>،  
 ويكون إتلافه بمثابة قبضه للمبيع، فإن إتلاف المشتري للمبيع يقوم  
 مقام القبض.

=

القانونية لسند الشحن البحري الإلكتروني، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل،  
 العراق، المجلد (١٥)، العدد: (٥٥)، ٢٠١٢م، (ص: ١٢٣).

(١) انظر في التقسيم: الكاساني، بدائع الصنائع (٢٣٨/٥).

(٢) بدائع الصنائع (٢٣٨/٥). السبكي، تكملة المجموع (١٢٤/١٢). الهيتمي، تحفة  
 المحتاج (٣٩٨/٤). الخطاب، مواهب الجليل (٤٨٢/٤). البهوتي، كشف القناع  
 (٤٩٥/٧).

(٣) كشف القناع (٤٩٥/٧).

(٤) الهيتمي، تحفة المحتاج (٣٩٨/٤).

(٥) بدائع الصنائع (٢٣٨/٥). عليش، منح الجليل (٢٤٣/٥). تحفة المحتاج (٣٩٧/٤).

المرداوي، الإتيصاف (٥١٨/١١). وذكر الحنابلة أنه إذا عرض البائع المبيع على  
 المشتري، فامتنع من قبضه، ثم تَلَفَ، كان من ضمان المشتري. كشف القناع

### ٣. أن يكون من فعل أجنبي، فيضمن الأجنبي باتفاق الفقهاء<sup>(١)</sup>، ويخير

المشتري بين:

١/ فسخ البيع واسترداد الثمن من البائع. ٢/ وبين أن يُمضي البيع.  
وفي الحالة الأولى يرجع البائع على المتلف (الأجنبي) بالمثل إن كان المبيع مثلياً، وبالقيمة وقت الإلتلاف إن كان المبيع قيمياً، وفي الحالة الثانية يرجع المشتري على المتلف (الأجنبي) بالمثل في المثلي، وبالقيمة وقت الإلتلاف في القيمي<sup>(٢)</sup>.

ب/ أن يكون ذلك من غير فعل آدمي، وهي التي يسميها الفقهاء عادةً بالآفة السماوية أو العاهة، وتشمل كل مفسد لا صنع للآدمي فيه، سماوياً كان أو أرضياً، وكذا إذا هلك المبيع بفعل نفسه؛ كأن يكون حيواناً فيقتل نفسه، فهذا حكمه حكم الآفة، وهو من غير فعل آدمي، فالمبيع في هذه الحالة لا يخلو من حالين:

=

(٧/٤٩٥). ولعله يدخل في هذا إذا اشترى عميل المتجر السلعة في المتجر ثم امتنع من أخذها بعد شحنها ووصولها إليه، فعلى هذا يضمن العميل مبلغ شحن العودة من مكان العميل إلى مخزن المتجر، وإن تلفت في الرجوع فيضمنها المشتري، هذا ما يتخرج على كلامهم، والله أعلم.

(١) بدائع الصنائع (٥/٢٣٨). الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير (٣/١٥٠). الأنصاري، أسنى المطالب (٢/٥٤، ٧٩). كشاف القناع (٧/٤٩٦).

(٢) المصادر السابقة. وانظر: الخفيف، الضمان (ص: ٢٠-٢١). وقال البهوتي: وفارق ما إذا كان تلفه بآفة سماوية؛ لأنه لم يوجد ما يقتضي الضمان، بخلاف ما إذا أتلفه آدمي، فإن إلتافه يقتضي الضمان بالبدل، وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن، فكانت الخيرة للمشتري في التضمنين بأيهما شاء". كشاف القناع (٧/٤٩٦).

١. مكبلا أو موزونا أو مذبوعا أو معدودا؛ فلا بخلو ببعه من حالين:  
 (١) أن بباع بالتقدير المخصص له، فالمكيل بالكيل، والموزون بالوزن، وهكذا، فهذا من ضمان البائع باتفاق المذاهب الأربعة<sup>(١)</sup>؛ لأن بقاء سلطة البائع على المبيع يفيد بقاء ضمانه<sup>(٢)</sup>، فإذا تلف المبيع قبل قبض المشتري له انفسخ العقد، ولا يملك البائع مطالبة المشتري بالثمن<sup>(٣)</sup>.
- (٢) ألا بباع بالتقدير المخصص له (ومنه بيع الجزاف)، فضمانه على المشتري، وهو قول جماهير الفقهاء<sup>(٤)</sup>.
٢. ألا يكون كذلك؛ كالسيارة، فلا بخلو من حالين:  
 (١) أن بباع بصفة أو رؤية سابقة، فهذا له حكم المبيع بالكيل ونحوه، فيضمنه البائع باتفاق المذاهب الأربعة<sup>(٥)</sup>، ولذا بجمع الفقهاء هاتين الصورتين بعبارة (ما فيه حق توفية)، فالتوفية واجبة على البائع حتى يقبضها المشتري.
- (٢) ألا يكون كذلك (ببيع برؤية حاضرة)، فهذا مختلف في ضمانه، فإذا تلف المبيع أو تعيب قبل القبض فقد اختلف الفقهاء في ضمانه على قولين في الجملة:

- (١) الكاساني، بدائع الصنائع (٢٣٨/٥). الخرشي، شرح خليل (١٥٧/٥). الأنصاري أسنى المطالب (٧٨/٢). البهوتي، شرح المنتهى (٥٨/٢). على خلاف عند بعضهم في إدخال المذروع والمعدود في هذا الحكم.
- (٢) انظر: الهبتمي، تحفة المحتاج (٣٩٣/٤).
- (٣) ابن القيم، إعلام الموقعين (٢٩/٤). وانظر: تحفة المحتاج (٣٩٧/٤).
- (٤) الخرشي، شرح خليل (١٦٤/٥). أسنى المطالب (٧٨/٢)، ولم أجزم بهذا القول للشافعية. شرح المنتهى (٥٨/٢). وأما الحنفية فالظاهر أن الضمان فيه على البائع حتى يخلى بينه وبين المشتري، فالقبض عندهم يحصل بالتخلية في الأصل، مع الكيل أو الوزن في بعض الحالات. بدائع الصنائع (٢٣٨/٥)، وقولهم بحتاج إلى مزيد تحرير.
- (٥) بدائع الصنائع (٢٣٨/٥). الخرشي، شرح خليل (١٥٩/٥)، واستثنوا من هذه الصورة العقار. أسنى المطالب (٧٨/٢). الإنصاف (٥٠٥/١١).

**القول الأول:** أن الضمان على البائع، وهو قول الحنفية<sup>(١)</sup>، والشافعية<sup>(٢)</sup>، ورواية عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

**القول الثاني:** أن الضمان على المشتري، وهو قول المالكية<sup>(٤)</sup>، والمشهور عند الحنابلة<sup>(٥)</sup>.

**الأدلة:**

**أدلة القول الأول:**

١. أن تسليم المبيع واجبٌ على البائع؛ لأنه في يده، فإذا تعذر بتلفه، كان من ضمانه وانفسخ العقد، كالمكيل ونحوه<sup>(٦)</sup>.

٢. نهى النبي ﷺ عن بيع الشيء قبل قبضه، كما في حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال النبي ﷺ: ((من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه))<sup>(٧)</sup>.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع (٥/٢٣٨).

(٢) أسنى المطالب (٢/٧٨).

(٣) المرادوي، الإنصاف (١١/٥٠٦).

(٤) ابن جزري، القوانين الفقهية (ص: ١٦٤). الخرشي، شرح خليل (٥/١٥٨). وذكر بعض الاستثناءات التي يكون الضمان فيها على البائع، منها:

الأول: ما بيع على الخيار. الثاني: ما بيع من الثمار قبل كمال طبيها. الثالث: السلعة التي حبسها بائعها عنده لأجل أن يشهد على تسليمها، أو حبسها عنده من أجل إتيان المشتري بثمنها الحال في ذمته، ولم يقبضه منه. الخامس: البيع الفاسد بالضمان فيه من البائع حتى يقبضه المشتري.

(٥) الإنصاف (١١/٥٠٦). واستثنى الحنابلة من ذلك ثلاث مسائل:

الأول: إذا منع البائع المشتري من قبض المبيع، وهذه يكون ضمانه على البائع ضمان غصب.

الثاني: إذا كان المبيع ثمرًا على شجر مبقى إلى الجذاد.

فهذه يضمنها البائع. انظر: البهوتي، شرح المنتهى (٢/٥٩-٦٠). كشاف القناع (٧/٤٩٤)، (٤٩٧).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٣٨). ابن قدامة، المغني (٦/١٨٦).



**وجه الدلالة:** أن سبب المنع لأن ضمانه قبل القبض على البائع، فلا يجوز للمشتري أن يريح فيما لم يضمنه، ولذا مُنِع من بيعه حتى يقبضه؛ ليكون ضمانه عليه<sup>(٢)</sup>.

### نوقش من وجهين:

(١) على التسليم بأن الحديث عام في كل مبيع؛ فإنه لا يلزم من البيع قبل القبض أن يريح فيه؛ كما لو باعه بالثمن نفسه دون أن يريح فيه، فالقول بتلازمهما مطلقاً مشكل<sup>(٣)</sup>، لا سيما أن بعض القائلين بتضمين البائع في هذه المسألة يجيزون بعض الصور التي يريح فيها المشتري قبل القبض؛ كما في العقار عند الحنفية<sup>(٤)</sup>.

(٢) أنه لا تلازم بين التصرف والضمان، بدليل أن المنافع المستأجرة يجوز أن يؤجرها المستأجر وهي مضمونة على المؤجر الأول، والثمر المبيع على شجره يجوز بيعه وهو مضمون على البائع الأول، والمقبوض قبضاً فاسداً كالمكيل إذا قبض جزافاً ينتقل الضمان فيه إلى المشتري<sup>(٥)</sup>.

**ويمكن الجواب عليه:** بأن الأصل التلازم بينهما إلا في مسائل يسيرة، والحكم للأصل لا للاستثناء.

=

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة (٦٨/٣). رقم: (٢١٣٣).

(٢) قال ابن حجر في شرحه للحديث: "والأصل في ذلك اشتراط القبض في صحة البيع فمن اشترطه في كل شيء جعله من ضمان البائع ومن لم يشترطه جعله من ضمان المشتري". فتح الباري (٣٥٢/٤).

(٣) انظر: الديبان، المعاملات المالية (١٤٠/٣).

(٤) هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد بن الحسن. انظر: السرخسي، المبسوط (٩/١٣).

(٥) ابن رجب، القواعد (٣٥٢-٣٥٠/١).

## أدلة القول الثاني:

١. حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((من ابتاع نخلا بعد أن تؤبّر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع))<sup>(١)</sup>.

**وجه الدلالة:** أن النبي ﷺ جعل انتقال الملك بمجرد العقد، والأصل أن الضمان على من انتقل الملك إليه، لقول النبي ﷺ قال: ((الخراج بالضمان))<sup>(٢)</sup> <sup>(٣)</sup>.

**ويمكن أن يناقش:** بأن الخراج هو الزيادة والنماء والريح وليس معناه انتقال الملك، ولا يلزم من كل ملك أن يشمل الزيادة، فلا يصح الاستدلال به.

٢. أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: (ما أدركت الصفقة حيًّا، فهو من المبتاع)<sup>(٤)</sup>.

**وجه الدلالة:** أنه جعل الأصل في المال المعقود عليه مما لا يحتاج إلى استيفاء من ضمان المشتري (المبتاع)، ولو لم يقبضه<sup>(٥)</sup>.

**نوقش:** بأن (المبتاع) في النص المتقدم معناه: العين المباعة، وليس المشتري<sup>(١)</sup>.

---

(١) صحيح البخاري، كتاب: الشرب والمساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط...، (١١٥/٣). رقم: (٢٣٧٩). صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب من باع نخلا...، (١١٧٣/٣). رقم: (١٥٤٣).

(٢) أحمد ٢٤٢٢٤، وأبو داود ٣٥٠٨، والترمذي ١٢٨٥، والنسائي ٤٤٩٠، وابن ماجه ٢٢٤٣

(٣) انظر: ابن قدامة، المغني (١٨٦/٦). ابن عثيمين، الشرح الممتع (٣٨١/٨).

(٤) رواه البخاري معلقًا بصيغة الجزم، ووصله الطحاوي وغيره. صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: إذا اشترى متاعا أو دابة... (٧٥١/٢). الطحاوي، شرح معاني الآثار (١٦/٤). وانظر: ابن حجر، فتح الباري (٣٥٢/٤).

(٥) انظر: المغني (١٨٦/٦).

**يجاب عليه:** بأن الروايات الأخرى تدل على خلاف ذلك، فقد جاء في الرواية الموصولة أنه (من مال المبتاع)<sup>(٢)</sup>، وجاء عند أحمد بلفظ (من مال المشتري)<sup>(٣)</sup>، فلا يصح تفسيره بالعين المبيعة.

**الترجيح:** يظهر أن الأقرب - والله أعلم - أن المدار في الضمان على التمكّن من القبض والانتفاع بالمبيع، فإذا مكّن البائع المشتري من المبيع وتمكّن المشتري من القبض والانتفاع فالضمان عليه، وإن لم يتمكن من ذلك فالضمان على البائع؛ بقاءً على الأصل، وهذا ما يتسق مع ما ذكره أصحاب القول الثاني -رداً على القول الأول- من ضمان البائع للثمرة المبيعة على الشجر، فهذه إنما كانت من ضمان البائع؛ لأن المشتري لا يتمكن من قبضها، فالمشتري لن يأخذها جملة، بل سيقفكها ويأخذها شيئاً فشيئاً، وكذا بيع الشيء جزافاً فإنه إذا تلف فمن ضمان المشتري؛ لتمكّنه من قبضه<sup>(٤)</sup>، **فالحاصل** أن المعبر في انتقال الضمان في هذه الصورة هو في تمكين البائع الذي يحصل به تمكّن المشتري من الانتفاع بالمبيع، والله أعلم.

**القسم الثاني: بعد تسليم المبيع للمشتري، فالضمان هنا على المشتري بالاتفاق<sup>(٥)</sup>؛ لاستقرار ملكه عليه، وهذا الضمان عند صحة العقد يكون ضمان**

=

(١) قال ابن حجر: "وقد فسر بعض الشراح المبتاع في أثر بن عمر بالعين المبيعة وهو جيد". فتح الباري (٣٥٢/٤).

(٢) شرح معاني الآثار (١٦/٤).

(٣) مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله (ص: ٣٠٢).

(٤) انظر: البعلي، القواعد النورانية في اختصار الدرر المضية، المشهور بـ: مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية (٣٧/٢). ابن القيم، إعلام الموقعين (٢٩/٤). ابن عثيمين، الشرح الممتع (٣٨٣/٨).

ويمكن أن يكون هذا قولاً ثالثاً في المسألة، وجعله ابن تيمية رواية عن الإمام أحمد رحمه الله.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع (٢٣٩/٥). ابن جزري، القوانين الفقهية (ص: ١٦٤). تحفة

=

عقد، وعند فساده يكون ضمان يد، والله أعلم.

### الفرع الثاني: الأصل في تحمل الضمان في عقد الإجارة:

الإجارة إما أن تكون على منفعة العين؛ كإجارة البيوت، أو على منفعة

العمل؛ كالإجارة على الخياطة، وفيما بيان لحكم الضمان فيهما:

#### أ. الإجارة على منفعة العين:

العين المستأجرة لا بد أن تحتوي على منفعة؛ لأن عقد الإجارة عقد على

منفعة، فهي ركن من أركان العقد، وهذه العين قد تتعيب أو تتلف، فإذا حصل

شيء من هذا فإنه لا يخلو من أن يكون بفعل المستأجر، أو بغير فعله:

الحال الأول: إذا تلفت العين أو تعيبت بغير فعل المستأجر.

أجمع العلماء على أن المستأجر أمين، فإذا تلفت العين فإنها ليست من

ضمانه، ما لم يتعد أو يفرط؛ لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها،

فكانت أمانة<sup>(١)</sup>، ومن باب أولى أنها إذا تلفت قبل وضع يده عليها فإنه

لا يضمنها بالاتفاق<sup>(٢)</sup>، وهذا كله قبل انتهاء مدة العقد، وأما إذا انتهى عقد

=

المحتاج (٣٩٧/٤). البهوتي، كشاف القناع (٤٩٧/٧-٤٩٨).

هذا من حيث الأصل، واستثنى المالكية والحنابلة مسألة وضع الجوائح، وهي في الثمر

المبيع على شجره إذا بيع دون أصله، وقد بدا صلاحه، ولم يتم نضجه، إذا قبضه

المشتري، فأصابته جائحة، فإن ضمانه على البائع، وإنما خالفوا القياس فيها لورود

النصوص بخصوصها. انظر: ابن قدامة، المغني (١٧٧/٦). وقال بعدها: "ظاهر

المذهب أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله،

كالشيء اليسير الذي لا ينضب، فلا يلتفت إليه". (١٧٩/٦). وهذا خلاف ما عليه

مذهب المالكية فلا يعتبر وضع الجوائح إلا إذا ذهب ثلث الثمر فأكثر. انظر: المنتقى

(٢٣٢/٤) وسيأتي الكلام على هذه المسألة مفصلة.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع (٢١٠/٤). ابن قدامة، المغني (١١٣/٨-١١٤). وقد فصل

ابن قدامة في حكم استحقاق الأجرة إذا تلفت العين المستأجرة. انظر: المغني (٢٨/٨).

(٢) المغني (٢٨/٨).

الإجارة، فإن الواجب عليه أن يرفع يده عنها<sup>(١)</sup>، أما إن استمر ممسكًا العين، فإنه لا يخلو من ثلاث أحوال:

١. أن يكون إمساكه لعذر؛ كأن يكون المالك غائبًا، فهنا تبقى العين أمانة عنده؛ استصحابًا للأصل، ولا أجره عليه، ويكون لها حكم الوديعة<sup>(٢)</sup>.

٢. أن يكون إمساكه بإذن من المالك؛ كأن يستنظر المستأجر المالك، فينظره مختارًا، فإن كان ذلك **بعوض** فهي إجارة مبتدأة، لا يضمن فيها إلا بالتعدي والتفريط، ومثله لو أمهله ولم يذكر عوضًا، فالأصل الإجارة؛ لأن الأصل أن الإنسان لا يبذل ماله إلا بمقابل، وقد بذلها في الإجارة الأولى بعوض، فيستصحب الحال في المدة الثانية<sup>(٣)</sup>، وإن كان ذلك **بغير عوض** فيكون له حكم العارية<sup>(٤)</sup>.

٣. أن يكون ذلك بغير عذر ولا إذن من المالك، فهذه لها أربعة أضرب<sup>(٥)</sup>:

(١) أن يطالبه المؤجر بها فيمنعه، فهذا له حكم الغاصب.

(٢) أن يطالبه المؤجر بها، فيستنظره المستأجر فيها، فينظره مختارًا، فهذا له حكم العارية؛ كالحالة الثانية.

(٣) أن يبذلها المستأجر للمؤجر فلا يقبلها، فهذا له حكم الوديعة.

(٤) ألا يكون من المستأجر رد ولا من المؤجر طلب، فمذهب الشافعي أن على المستأجر عند نقض الإجارة أن يخلي بين المؤجر وبينها وليس عليه ردها بنفسه؛ كالوديعة.

(١) انظر: الشرييني، مغني المحتاج (٤٧٦/٣). ابن مفلح الحفيد، المبدع (٤٤٩/٤).

(٢) انظر: الماوردي، الحاوي (٤٤٠/٧). الرملي، نهاية المحتاج (٣٠٨/٥). ابن قدامة،

المغني (١١٤/٨). البهوتي، كشف القناع (١٥٤/٩).

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) الحاوي (٤٤٠/٧).

(٥) المصدر السابق نفسه.

## الحال الثانية: إذا تلفت العين أو تعيبت بفعل المستأجر.

لا يخلو هذا الفعل من حالين:

١. أن يكون فعلاً قد تعدى فيه، أو فرط، فهنا يضمن المستأجر بالإجماع<sup>(١)</sup>.
٢. أن يكون فعلاً مأذوناً له فيه؛ كأن يكون فعلاً معتاداً، له فعله بمقتضى العقد، فهنا لا يضمن المستأجر بالاتفاق؛ لأنه أمين، والتلف قد حصل بفعل مستحق له، فلم يضمنه<sup>(٢)</sup>.

### ب. الإجارة على منفعة عمل.

لا خلاف بين الفقهاء في أن الأجير على عمل -خاصاً كان أو مشتركاً<sup>(٣)</sup>- يضمن المال إذا تعدى فيه بأن يفعل ما ليس له فعله من إتلاف أو إفساد، أو فرط بأن يترك ما يجب عليه فعله من حفظ<sup>(٤)</sup>.

أما إذا قام الأجير بما يجب عليه فلم يتعد ولم يفرط، فهل يضمن أو لا؟ يختلف القول فيه باختلاف نوع الإجارة على عمل، فالأجير إما أن يكون خاصاً أو مشتركاً:

### أولاً: الأجير الخاص:

اتفق الفقهاء في الجملة على أنه لا يضمن؛ لأنه أمين، فلا يضمن

(١) ابن قدامة، المغني (١٢٣/٨).

(٢) انظر: الطحاوي، شرح مشكل الآثار (٣٩٤/٢-٣٩٥). السرخسي، المبسوط (١٥٤/١٥-١٥٥). الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير (٣٧/٤). الشافعي، الأم (٣٨/٤). المغني (١١٧/٨، ١٢٣).

(٣) الأجير المشترك هو: "الذي لا يخص أحداً بعمله، بل يعمل لكل من يقصده بالعمل؛ كالخياط في مقاعد السوق". الفيومي، المصباح المنير (٣١١/١). والأجير الخاص هو: "من يعمل لواحد عملاً مؤقتاً بالتخصيص". ابن عابدين، حاشية على الدر المختار (٦٩/٦). وانظر: النووي، روضة الطالبين (٢٢٨/٥).

(٤) المغني (١٢٣/٨).

إلا بالتعدي أو التقريط<sup>(١)</sup>.

**ثانياً: الأجير المشترك:**

اختلف الفقهاء في ضمان الأجير المشترك إذا تلف محل الإجارة (المعقود عليها) في يده من غير تعدُّ منه ولا تقريط، وكان خلافهم على ثلاثة أقوال في الجملة:

**القول الأول:** أنه يضمن ما تلف بسبب يرجع إلى فعله، ولا يضمن ما تلف بسبب لا يرجع إلى فعله؛ كما لو تلف بحرزه فلا يضمنه، وهذا قول أبي حنيفة<sup>(٢)</sup>، والمذهب عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

**القول الثاني:** أن الأجير المشترك يضمن بالقبض مطلقاً سواء كان الهلاك بفعله أو بغير فعله، إلا إذا وقع التلف بسبب لا يستطيع دفعه (لا يمكنه الاحتراز عنه) كالحريق والغرق العام، والعدو الغالب، وهذا قول شريح وابن أبي ليلى ومسروق والنخعي والحسن البصري ومكحول<sup>(٤)</sup>، وعبدالله بن عتبة بن مسعود<sup>(٥)</sup>، وروي عن ابن سيرين<sup>(٦)</sup>، وأبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية<sup>(٧)</sup>، ومذهب المالكية<sup>(٨)</sup>، وقول عند الشافعية<sup>(٩)</sup>، ورواية عن

(١) قال الكاساني: " فإن كان الأجير خاصاً لم يضمن بالإجماع" بدائع الصنائع (٤/٢١١).

وانظر فيمن خالف: ابن قدامة، المغني (٨/١٠٦). (٨/١٢٣).

(٢) السرخسي، المبسوط (١٦/٩-١٠). الكاساني، بدائع الصنائع (٤/٢٠٥).

(٣) ابن قدامة، المغني (٤/٤٧٩). المرادوي، الإتنصاف (٤/٤٧٦-٤٧٩). ابن مفلح الحفيد، المبدع (٤/٤٤٦).

(٤) مصنف عبدالرزاق، كتاب البيوع، باب: ضمان الأجير الذي يعمل لغيره (٨/٢١٧-٢٢٠). رقم: (١٤٩٥٠-١٤٩٥١-١٤٩٥٥-١٤٩٦٠-١٤٩٦٤). وابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأفضية، باب: في القصار والصباغ وغيره (١١/٣٨١، ٥١٤-٥١٥). رقم: (٢١٧٢١، ٢٢٣٤٤، ٢٢٣٤٦).

(٥) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأفضية، باب في الأجير يضمن أم لا؟ (١١/٣٨٠). رقم: (٢١٧١٤).

(٦) السابق، رقم: (٢١٧١٩).

(٧) بدائع الصنائع (٤/٢١٠).

(٨) ابن رشد الجد، المقدمات الممهديات (٢/٢٤٣). البيان والتحصيل (١٥/٣٣٥). وذكر أن

الإمام أحمد<sup>(٢)</sup>.

### القول الثالث: أن يد الأجير المشترك يد أمانة مطلقاً، وهو قول

- تضمنه من باب المصالح العامة. وقال ابن المنذر: " فقالت طائفة: هم ضامنون، إلا أن يجيء شيء غالب. هذا قول مالك". الإشراف (٣١٣/٦).
- واشترط المالكية لتضمن الأجير المشترك (الصانع) عدة شروط، وهي:
١. أن ينصب نفسه للصناعة لدى عامة الناس، فلا ضمان على الصانع الخاص بشخص أو جماعة مخصوصة.
  ٢. أن يكون صنع السلعة بغير حضور ربه، وبغير بيته، فإن صنعها ببيته، ولو بغير حضوره، أو صنعها بحضوره، لم يضمن الصانع ما نشأ من غير فعله؛ كسرقة، أو تلف بنار مثلاً بلا تفريط أو نشأ عن فعله مما فيه تغيير.
  ٣. أن يكون المصنوع مما يغاب عليه بأن يكون ثوباً، أو حلياً، ونحوها، فلا ضمان على معلم الأطفال إذا ادعى هروب الولد.
  ٤. ألا يكون في الصناعة تغيير، وإلا فلا ضمان؛ كحرق الخبز عند الفرن، وكالخاتن لصبي يموت عند خنته، والطبيب للمريض يموت تحت يده، فلا ضمان على هؤلاء، ما لم يحصل تقصير منهم أو خطأ.
  ٥. ألا تقوم بينة على ما ادعاه الصانع من تلف أو ضياع، فإن قامت بينة بهلاكه بغير سببه لم يضمن.
  ٦. ألا يكون الصانع أحضره لربه مصنوعاً على الصفة المطلوبة، ويتركه ربه اختياراً فيضيع.
  ٧. أن يكون الضمان في شيء له فيه صناعة، فلا ضمان فيما لا صناعة له فيه؛ كأحد الخفين يحتاج إلى إصلاح فيدفع الفردتين إلى الصانع فتضيع التي لا صناعة له فيها.
- انظر في الشروط: النفراوي، الفواكه الدواني (١١٧/٢). الخرشي، شرح خليل (٢٨/٧).
- الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٨/٤).
- (١) الماوردي، الحاوي (٥٠١/٦).
- (٢) أبو يعلى، الروابيتين والوجهين (٤٢٨/١). وذكر عنه رواية بتضمنه مطلقاً. ابن قدامة، المغني (١٠٦/٨).



عطاء<sup>(١)</sup>، والشعبي<sup>(٢)</sup>، وروي عن ابن سيرين كذلك<sup>(٣)</sup>، وهو قول زفر من الحنفية<sup>(٤)</sup>، والصحيح من قول الشافعي<sup>(٥)</sup>، وقول ابن المنذر<sup>(٦)</sup>، ورواية عن الإمام أحمد<sup>(٧)</sup>، وهو قول ابن حزم<sup>(٨)</sup>.

**الأدلة:**

### أدلة القول الأول والثاني في تضمين الأجير المشترك:

١. عن سمرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه))<sup>(٩)</sup>.  
**نوقش:** بأنه ضعيف؛ لأن في سنده انقطاع بين الحسن وسمرة، والحسن

(١) البيهقي، معرفة السنن والآثار (٣٥/١٢).

(٢) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأفضية، باب: في القصار والصباغ وغيره (٥١٥/١١). رقم: (٢٢٣٥٠).

(٣) السابق (٣٨٠/١١). رقم: (٢١٧١٨). وانظر: ابن حزم، المحلى (٢٩/٧). فيكون لابن سيرين قولان.

(٤) المحلى (٣٠/٧). الكاساني، بدائع الصنائع (٢١١/٤).

(٥) الأم (١٨٨/٦). النووي، روضة الطالبين (٢٢٨/٥). الشريبي، مغني المحتاج (٤٧٧/٣).

(٦) ابن المنذر، الإقناع (٢٧١/١). الإشراف (٣١٥/٦).

(٧) أبو يعلى، الروايتين والوجهين (٤٢٨/١). وصححها أبو يعلى. المرادوي، الإنصاف (٤٧٨/١٤). وقواها.

(٨) المحلى (٢٨/٧).

(٩) سنن أبي داود كتاب الإجارة، باب في تضمين العارية، (٢٩٦/٣) رقم: (٣٥٦١).

سنن الترمذي كتاب البيوع عن رسول صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٥٥٨/٣) رقم: (١٢٦٦) قال الترمذي: هذا حديث حسن. وقد ذهب بعض أهل العلم من أصحاب النبي ' وغيرهم إلى هذا، وقالوا: يضمن صاحب العارية - وهو قول الشافعي وأحمد.

سنن ابن ماجه كتاب الصدقات، باب العارية، (٨٠٢/٢)، رقم: (٢٤٠٠)

مسند الإمام أحمد بن حنبل ومن حديث سمرة بن جندب عن النبي صلى الله عليه وسلم، (١٢/٥) رقم: (٢٠١٤٣).

لم يسمع منه إلا حديث العقيقة<sup>(١)</sup>.

٢. أن تضمين الصناعات هو الذي عليه عمل الصحابة، ومنهم عمر<sup>(٢)</sup>، وعلي<sup>(٣)</sup>.

### نوقش من وجهين:

(١) أن ما روي عن عمر وعلي<sup>(٤)</sup> كلها أحاديث ضعيفة، قال الإمام الشافعي: "وليس بهذا سنة علمتها ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبي<sup>(٥)</sup>، وقد روي فيه شيء عن عمر وعلي<sup>(٦)</sup> ليس يثبت عند أهل الحديث عنهما"<sup>(٤)</sup>.

ويمكن أن يجاب عنه: بأن تعدد الروايات عنهما وإن كان بها ضعف إلا إنها إذا ضمت أخذت قوة، ولذا قال البيهقي -بعد نقله لنص الشافعي المتقدم:- "وإذا ضمت هذه المراسيل بعضها إلى بعض أخذت قوة"<sup>(٥)</sup>. وهو المشهور في زمانهما، وهو الذي قضى به شريح قاضي عمر<sup>(٦)</sup>، وهو المشهور في

(١) انظر: المصادر السابقة. والبيهقي، معرفة السنن والآثار (٣٥/١٢).

(٢) المدونة (٤٠٠/٣). رواها ابن وهب عن طلحة بن أبي سعيد، أن بكير بن الأشج حدثه أن عمر كان يضمن الصناعات.

وقال ابن وهب في موطنه: "أخبرني رجال من أهل العلم، عن عطاء بن يسار، ويحيى بن سعيد، وربيع بن أبي عبد الرحمن، وابن شهاب، وشريح الكندي مثله. وقال يحيى: ما زال الخلفاء يضمنون الصناعات". رقم: (٢١٩). ورواه عبدالرزاق في المصنف، كتاب البيوع، باب: ضمان الأجير الذي يعمل لغيره (٢١٧/٨). رقم: (١٤٩٤٩). وابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأفضية، باب: في القصار والصباغ وغيره (٥١٣/١١). رقم: (٢٢٣٤٢-٢٢٣٤١).

(٣) مصنف عبدالرزاق، كتاب البيوع، باب: ضمان الأجير الذي يعمل لغيره (٢١٧/٨). رقم: ١٤٩٤٨.

(٤) الأم (١٨٨/٦). وانظر: البيهقي، معرفة السنن والآثار (٣٣٨/٨).

(٥) معرفة السنن والآثار (٣٣٨/٨).

زمن التابعين حيث يقول النخعي (ت ٩٦ هـ): "كانوا يضمنون الأجير"<sup>(١)</sup>، وقال يحيى بن سعيد الأنصاري (ت ١٤٣ هـ): "ما زال الخلفاء يضمنون الصناع"<sup>(٢)</sup>، ولم يكن الخلفاء، ليضمنوهم والصحابة متوافرون إلا بعد مشورتهم واجتماع ملائهم على ذلك<sup>(٣)</sup>، وهذا مشعر باشتهار القول في زمن الصحابة وأنه كالإجماع.

<sup>(٢)</sup> أن فعلهما يحتمل أنه كان في بعض الأجراء، وهو المتهم بالخيانة، وبه نقول<sup>(٤)</sup>.

**ويجاب عنه:** بأن النصوص المتقدمة عن التابعين وقضاء شريح بالعموم يدل على أن فعلهما يعم كل أجير مشترك، وهذا هو الأصل.

٣. أن العمل مضمون عليه؛ لأنه قدر نفعه بالعمل، ولا يستحق العوض إلا بالعمل، فإذا أخطأ ولم يؤد العمل الذي هو مضمون عليه لزمه الضمان<sup>(٥)</sup>.

٤. أن هذا من المصالح العامة فوجب أن يكون مشروعاً، لنهيهِ عن الاحتكار وتلنقي الركبان وبيع الحاضر للبادي<sup>(٦)</sup>.

**قال ابن حزم مناقشاً:** "قضّمُوا الودائع إذن! فقد صح عن عمر بن الخطاب أنه ضمنها أنس بن مالك"<sup>(٧)</sup>.

(١) مصنف عبدالرزاق، كتاب البيوع، باب: ضمان الأجير الذي يعمل لغيره (٢١٧/٨).

رقم: ١٤٩٦٤.

(٢) المدونة (٤٠٠/٣).

(٣) ابن رشد، المقدمات الممهدة (٢٤٥/٢).

(٤) بدائع الصنائع (٢١٠/٤).

(٥) ابن عثيمين، الشرح الممتع (٨٢/١٠). والشيخ يستدل للمذهب، وإلا فإنه يرجح القول الثالث.

(٦) الذخيرة (٥٠٣/٥).

(٧) المحلى (٣١/٧).

**ويمكن الجواب:** بأن المصلحة في تضمين الصناع مصلحة راجحة، بخلاف المصلحة بتضمين الوديع -إن سلم بها-؛ لأن هؤلاء الأجراء تخاف الخيانة منهم غالباً، فلو علموا أنهم لا يضمنون؛ لهلكت أموال الناس؛ لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك، والقول قولهم حينئذ، ثم إن صاحب الوديعة لم يؤثر في العين تأثيراً يوجب التهمة على أخذ بسبب التغيير، بخلاف الأجير المشترك فإنه يغير بالسلعة وتؤثر صنعته فيها<sup>(١)</sup>.

**دليل القول الأول على التفريق بين ما تلف بفعله، فيضمنه، وما تلف بغير فعله فلا يضمنه:** أن المعقود عليه العمل وليس الحفظ، ولهذا لا يقابله شيء من الأجر، ولو كان المعقود عليه هو الحفظ -مع العمل- لكان له حصة من الأجر فصار كالأجير الخاص<sup>(٢)</sup>.

**نوقش:** بأنه لا يتمكن من إيفاء الشيء المستحق -وهو العمل- إلا بحفظ العين، وما لا يتوصل إلى الواجب إلا به يكون واجباً كوجوبه فكان العقد وارداً عليه<sup>(٣)</sup>، ثم أن الأصل عموم الأدلة الواجبة في التضمنين حتى يثبت المخصص، ولم يثبت فيما تقولونه.

وأصحاب القول الثاني عمموا الأدلة الواردة في تضمينه، باستثناء ما لا يستطيع الأجير دفعه، لعدم إمكان التحرز منه، ولما استثنى هذا الجزء من الأصل رجع إلى حكم الأصل في عدم تضمين الأجراء؛ إذا الأصل عدم تضمينهم، وإنما استثنى الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس.

ثم إن المعنى الذي ضمّنوا لأجله (وهو أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم، فلو علموا أنهم لا يضمنون؛ لهلكت أموال الناس؛ لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك)، هذا المعنى لا يوجد في

(١) انظر: بدائع الصنائع (٤/٢١٠). الذخيرة (٥/٥٠٣). أبو يعلى، الروائتين والوجهين (٤٢٩/١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٤/٢١٠). الزيلعي، تبیین الحقائق (٥/١٣٥).

(٣) الزيلعي، تبیین الحقائق (٥/١٣٥).

الحرق الغالب، والغرق الغالب، والسرق الغالب<sup>(١)</sup>.

### أدلة القول الثالث:

١. أن القول بعدم التضمن هو مقتضى القياس، وذلك أن الأصول تدل

على أن الأموال ثلاثة أقسام لا رابع لها:

(١) فقسّم ينتفع به الدافع وحده لا المدفوع إليه؛ كالوديعة، فهذا لا ضمان فيه.

(٢) وقسّم ينتفع به المدفوع إليه وحده؛ كالقرض، فهذا مضمون عليه، ووجب

أن تكون العارية مثله؛ أن من أخذ مال غيره لمنفعة نفسه ضمنه.

(٣) وقسم ثالث ينتفع به الدافع والمدفوع إليه؛ كالمضاربة والرهن، فهذا

لا يضمن إلا بالتعدي، وهكذا كل من أخذ المال لمنفعة مشتركة بينه وبين

مالكه، والأجير المشترك داخل في هذا القسم؛ لأنه قد قبض العين لمنفعته

ومنفعة المالك فلم يضمنه إلا بالتعدي أو التفريط<sup>(٢)</sup>.

**نوقش:** بأن الأجير المشترك قد أخذ المال لمنفعة نفسه ليأخذ الأجرة فوجب أن

يضمن كالمقترض في القرض، والمستعير في العارية<sup>(٣)</sup>.

**ويمكن الجواب عنه:** بأن المقترض والمستعير منفردان بالنعف؛ خلأفأ

للأجير المشترك.

٢. أن الأجير المشترك قبض العين لمنفعة غيره؛ فلا يضمن؛ كالمودع

والوكيل والمساقى (في المساقاة) والمضارب<sup>(٤)</sup>.

**نوقش:** بعدم التسليم أنه لم يقبض لحق نفسه، وأما الرد على

القياسات الواردة فيها: "المودع لم يؤثر في العين تأثيراً يوجب التهمة على

أخذ بسبب التغيير، وهو الفرق في الوكيل، وأما المساقى: فكذلك أيضاً؛

(١) انظر: بدائع الصنائع (٤/٢١٠).

(٢) انظر: ابن حزم، المحلى (٧/٣٢). وابن حزم لا يقول بالقياس، ولكنه نقله عن بعض

أصحاب القياس، وقال بعده: "لو صح قياس في العالم لكان هذا".

(٣) انظر: القرافي، الذخيرة (٥/٥٠٣). ابن قدامة، المغني (٨/١١٣).

(٤) المغني (٨/١١٣).

لأن الله تعالى هو منمي الثمار، وأما المقارض (المضارب) فلو ضمن مع أن المال بصدد الذهاب والخسارة في الأسفار لامتنع الناس منه، فتتعطل مصلحته بخلاف السلع عند الصناعات فظهر الفرق<sup>(١)</sup>.

٣. أن الأجير المشترك قبض العمل بإذن صاحبه ولم يحصل منه تعد ولا تفريط فلا يلزمه الضمان؛ كالأجير الخاص<sup>(٢)</sup>.

**نوقش:** بعدم التسليم؛ لأن التلف حصل بعمل غير مأذون فيه فيكون مضمونا عليه، فالعمل المأذون فيه هو العمل الصحيح لا المعيب والمفسد، هذا مقتضى العقد<sup>(٣)</sup>، ولأن العاقل لا يرضى بإفساد ماله، ولا يلتزم الأجرة بمقابلة ذلك فينتقيد الأمر بالعمل الصحيح دلالة<sup>(٤)</sup>.

**الترجيح:** تبين مما سبق أن هذا المسألة من المسائل التي قوي الخلاف فيها، حتى بين فقهاء التابعين -رحمهم الله-، ولكن من خلال عرض أدلة الأقوال ومناقشتها، يظهر -والله أعلم- أن أقوى الأقوال هو القول بتضمين الأجير المشترك؛ لأنه المروي عن الصحابة، والمفتى به عند أكثر تابعيهم، وأشهر قضاتهم، والخلفاء من بعدهم، وهذا كله سبق بيانه.

والظاهر أنه يضمن إلا فيما لا يستطيع التحرز عنه؛ كالحريق الغالب، فهذا الذي يصلح للناس، لا سيما في هذا الزمن الذي كثر فيه التهاون في الحقوق، وخراب الذمم، فلا يصلح للناس إلا هذا، والقول بعدم التضمين يؤدي إلى تساهل الأجراء وكثرة الإلتفادات بدعوى عدم التفريط وكثرة الخصومات والمنازعات لإثبات التفريط أو عدمه، فالذي تقتضيه مصلحة الناس: تضمين الأجير المشترك، تضميناً يشمل ما تلف بفعلهم وما تلف بغير فعلهم، وسبق بيان وجه ذلك، والله أعلم.

(١) الذخيرة (٥٠٣/٥).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٢١١/٤). وانظر: المغني (١١٣/٨).

(٣) انظر: تبين الحقائق (١٣٥/٥).

(٤) بدائع الصنائع (٢١١/٤).

### الفرع الثالث: الأصل في تحمل الضمان في عقد الجعالة:

محل الضمان في الجعالة هو مال الجعالة المعقود عليه، وقد اتفق القائلون بالجعالة على أن يد العامل عليه يد أمانة إلى أن يرده، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط<sup>(١)</sup>، كذلك قال الحنفية في رد الآبق، فإن يده عليه يد أمانة<sup>(٢)</sup>، وذلك أن العامل وضع يده على المال بإذن صاحبه، وما ترتب على المأذون فغير مضمون؛ فحاله كحال العامل في المضاربة<sup>(٣)</sup>.

والكلام في تحمل الحق المضمون في جميع ما سبق يشمل العقد الصحيح والفساد؛ فقد اتفق الفقهاء على أن كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده عدا الكفالة، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده<sup>(٤)</sup>.

### المسألة الثانية: ضمان الضرر الناشئ عن الإخلال بالتزامات العقد.

الالتزامات تختلف بحسب نوع العقد، فالتزامات عقد البيع تختلف عن التزامات الإجارة أو القرض، ففي البيع يعتبر كل من البائع والمشتري ملتزمًا وملتزمًا له، ومحل الالتزام بالنسبة إلى البائع هو المبيع الذي انتقلت ملكيته، وبالنسبة إلى المشتري هو الثمن، أما موضوع الالتزام فهو التسليم في كل منهما، وفي القرض يعتبر المقرض ملتزمًا بوفاء القرض، فوجوب الوفاء هو الالتزام الذي أنشأه عقد القرض على المقرض (الملتزم)<sup>(٥)</sup>، والكلام هنا سيكون

(١) القرافي، الذخيرة (١٨/٦). الأنصاري، أسنى المطالب (٤٤٤/٢). اليهودي، شرح المنتهى (٣٧٦/٢).

(٢) تبين الحقائق (٣٠٩/٣).

(٣) انظر: المصادر السابقة

(٤) الخفيف، الضمان (ص: ٢٠).

(٥) انظر: الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي (ص: ٦٤).

وذكر أن أركان الالتزام خمسة وهي: (الملتزم) وهو الشخص المكلف، و(الملتزم له) وهو صاحب الحق، و(محل الالتزام) وهو الشيء الذي تعلق به الفعل، و(موضوع الالتزام) وهو الفعل المكلف، و(الالتزام) التكليف نفسه أو العهدة.

في التعويض الناشئ عن غير القرض<sup>(١)</sup>.

**صورة المسألة:** أن يتعاقد العميل مع متجر شركة طيران على أن يقدم له خدمة الطيران في وقت معين، ويرتب العميل حجوزاته للسفر بناءً على ذلك، فيتعاقد مع الفندق ومكتب تأجير السيارات ونحوها، وفي موعد الطيران المحدد يتفاجأ العميل بإلغاء تذكرته لوجود خلل تقني أو غيره، مما يتسبب بتضرره المالي في حجوزاته التي بناها على موعد الطيران المتفق عليه.

**الحكم:** إذا أحل أحد العاقدين بالالتزامات الواجبة عليه، فتضرر الطرف الآخر بذلك، ولم تكن العلاقة بينهما ديناً، فإن المخلّ يعتبر مفرطاً في التزامه، ومن القواعد المقررة عند أهل العلم: "أن من ترك واجباً في الصون ضمن"<sup>(٢)</sup>، وقال ابن تيمية: "فإن ترك الواجبات عندنا في الضمان كفعل المحرمات"<sup>(٣)</sup>.

واقفقت المذاهب الأربعة على أن الأمين يتحمل ضمان الضرر الناتج عن تركه للحفظ الواجب في الأمانة؛ لأنه مفرط<sup>(٤)</sup>، فكذلك الملتزم يتحمل ضمان الضرر الناتج عن تركه للالتزام الواجب في العقد، بجامع الإضرار في كل، بل هو أولى؛ لأن الأول أمين، ولا يلزم من الثاني أن يكون كذلك.

وجاء في المادة رقم: (١٠٧) من نظام المعاملات المدنية في المملكة: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، فللمتعاقد الآخر بعد إعداره المتعاقد المخل أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض، وللمحكمة أن ترفض طلب الفسخ

(١) انظر في مسألة التعويض عن الضرر الناشئ من عقد القرض: بحث "وسيط الدفع الآجل وأحكامه" للكاتب، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، المجلد ١٧، العدد ٢، نوفمبر ٢٠٢٣م.

(٢) القرافي، الفروق (٢/٢٠٥).

(٣) المستدرك على مجموع الفتاوى (٥/١١٤).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع (٦/٢١١). الفروق (٢/٢٠٧). النووي، روضة الطالبين (٦/٣٢٩-٣٣٢). البهوتي، شرح المنتهى (٢/٣٥٣).



إذا كان الجزء الذي لم يوف به المخل قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام<sup>(١)</sup>.  
**ومما سبق يتبين أن وقوع الضرر هو العلة المؤثرة في استحقاق**  
 التعويض الذي هو نتيجة الضمان، فمتى وقع الضرر استحقَّ التعويض، ومتى  
 وجد التفريط والتعدي من غير ضرر لم يجب الضمان ولا التعويض؛ كما  
 لو رمى قدحاً لغيره فلم يصب القدح بشيء، لعدم وقوع التلف والضرر.  
 وإذا تقرر استحقاق الضرر فإن الفقهاء ذكروا عدة شروط للضرر الذي  
 يُستحق به التعويض المالي، أهمهما ما يلي<sup>(٢)</sup>:

١. أن يكون الضرر في مال، والمال هو: كل ما له قيمة عرفاً، وجاز الانتفاع به في حال السعة والاختيار<sup>(٣)</sup>، فلا ضمان للكلب والخمر والصنم، لأنه ليست أموالاً شرعية وقيمتها مهدرة.
٢. أن يكون في إيجاب التعويض فائدة، بأن يمكن الوصول إلى الحق ودفع الضرر حتى لا يكون إيجاب التعويض عبثاً.  
 ويمثل الفقهاء لهذا بإتلاف المسلم مال الحربي، وإتلاف الحربي مال المسلم في دار الحرب، وإتلاف العادل مال الباغي، والعكس؛ لأنه لا فائدة في إيجاب الضمان؛ لعدم إمكان الوصول إلى الحق لانعدام الولاية<sup>(٤)</sup>.

(١) نظام المعاملات المدنية الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ١١/٢٩/١٤٤٤هـ.

(٢) محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي (ص: ١٧٧ وما بعدها).

(٣) انظر: صالح اللحيدان، العناصر المكونة لصفة المالية عند الفقهاء، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، السعودية (١٨١/٧٣). نقل التعريف عن د. إبراهيم الدبو.

(٤) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع (١٦٨/٧). وبعض الفقهاء يجعل علة عدم التضمين في الحربي ونحوه: عدم الاحترام، فمال الحربي غير محترم وليس له عصمة. انظر: البهوتي، كشاف القناع (٣٠٢/٩).

٣. أن يكون المتلف من أهل الضمان، بأن يكون له أهلية وجوب،

وهي تثبت لكل إنسان بدون قيد ولا شرط.

٤. أن يكون الضرر محقق الوقوع بصفة دائمة، فلا ضمان بمجرد

حدوث الفعل الضار دون حصول الضرر واستمراره، كمن حفر حفرة في طريق، فسقط فيها إنسان وسلم فلم يصب بشيء؛ لأن العبرة في التعويض هي جبر النقص الحادث في مال المتضرر.

وبناءً على ما سبق فإن العميل يستحق التعويض عن الضرر الذي وقع عليه نتيجة لإخلال المتجر بالتزامات العقد بينهما، ويكون ذلك وفق الضوابط المذكورة في استحقاق التعويض، والله أعلم.

#### المسألة الثالثة: ضمان تلف المبيع.

صورة المسألة: أن يتعاقد العميل مع المتجر على منتج معين، وقبل

وصول المنتج إلى العميل يتلف أو يتعيب، فعلى من يجب ضمان التلف؟ على العميل أو المتجر أو شركة الشحن؟

الحكم: هذه المسألة تنبني على ما سبقت دراسته في المسألة الأولى من

الأصل في تحمل الحق المضمون، وعلى ما سبق بحثه في الفرق بين المبيع الموصوف في الذمة والمبيع المعين، وعليه فإن هذا التلف له أحوال متعددة(١):

الحال الأولى: أن يكون المبيع موصوفاً في الذمة، فهنا لا يضمن

العميل المبيع حتى يقبضه، وسبق أن التلف قبل قبض العميل لا يخلو محله من حالين:

١/ أن يكون قبل قبض شركة الشحن، فهذا من ضمان المتجر بلا إشكال.

٢/ أن يكون بعد قبض شركة الشحن، فالذي يدل عليه واقع الحال، أن شركات الشحن وكيلة عن المتجر بأجر؛ لأنه هو الذي يتعاقد معها بنفسه،

(١) بعض ما ذكر هنا بينته فيما سبق؛ لكن لا بأس بتكراره لتعلقه بغيره، وإلتزام عملية التقسيم وحالات التلف.

فالإيجاب والقبول إنما يكون بينهما، وهو الذي يدفع لها أجره الشحن، والعملاء لا يعرفون من الشركة إلا اسمها، ولا يجري بينهم أي اتفاق، فالأصل في هذه الشركات أنها وكيلة عن المتجر بأجر، وهذه الوكالة لما دخل عليها العوض، واكتسبت صفة اللزوم، علمنا أن لها حكم الإجارة. **فإن قيل:** إن الأجرة التي تأخذها الشركة يتحملها العميل لا المتجر، كما هو الغالب على عقود المتاجر، وما دام أنه يدفع لهم الأجرة فهو موكلهم إذن. **فيجاب:** بأن هذه الأجرة واجبة في الأصل على المتجر، وهو الذي أوجبها على العميل، ولذا فإنه يسقطها عنهم أحياناً؛ كما لو طلب العميل بمبلغ كبير، أو كان الشراء في مواسم العروض، ولو كانت الأجرة واجبة في الأصل على العميل تجاه شركة الشحن لما ملك المتجر إسقاط الأجرة حينئذ، فالمتجر لما غرم الأجرة طلب من العميل أن يتحملها عنه لكي يوصل له السلعة التي اشتراها، فوافق العميل على هذا، ودفع الأجرة للمتجر، الذي سيدفعها بعد ذلك لشركة الشحن؛ لأنها وكيلة عنه بأجر.

والأجير المشترك يضمن ما تلف بيده إلا إذا كان التلف بسبب لا يمكنه الاحتراز عنه كالغرق الغالب والحريق الغالب ونحوهما، وعليه فإذا تلفت السلعة مع شركة الشحن فإنها تضمن التلف؛ لأنها -في حقيقة الأمر- أجير مشترك، فهي تعمل للمتجر ولغيره، لكن إذا كان التلف بأمر غالب؛ فإن الضمان يكون على المتجر؛ لأن الأصل ضمانه، ولكن الأجير المشترك ضمن استحصاناً لكي لا تضيع أموال الناس<sup>(١)</sup>.

وربما وقع خلاف في تسلم الشركة للسلعة، فيقول المتجر لقد سلمتها للشركة، وتكرر ذلك، وتقول: لم أتسلمها، فمن القول قوله حينئذ؟

(١) ذكرت أن الأصل تكليف الشركة بأنها وكيلة بأجر عن المتجر، أما لو كانت وكيلة عن العميل؛ كما لو رتب المتجر ذلك لأجل مخرج شرعي أو غيره؛ فإن الضمان ينتقل من المتجر من حين قبض شركة الشحن للسلعة، ثم تكون مضمونة على الشركة -ما لم تتلف بأمر لا يمكن الاحتراز عنه- وذلك أنها أجير مشترك، ثم ينتقل الضمان إلى العميل بتسلمه السلعة.

إذا أنكرت الشركة تسلم السلعة، ولم يكن لأحدهما بينة في ذلك، فإن القول قول الشركة؛ لأنها المنكرة، والأصل عدم الاستلام، وهذا مقتضى قول المذاهب الأربعة<sup>(١)</sup>، وعليه فإن الضمان في هذه المسألة يكون على المتجر البائع، فتبقى السلعة في ذمته؛ لأنها لم تتعين بالتسليم، لا للمشتري ولا للوكيل، فتبقى ذمته مشغولة بما وقع العقد عليه.

وكذا لو أنكر العميل تسلم السلعة من شركة الشحن، فإن القول قول العميل بيمينه.

**الحال الثانية:** أن يكون المبيع عيناً معينة، فهنا إذا قبض العميل السلعة ثم تلفت فإنه يضمن تلفها بالاتفاق<sup>(٢)</sup>، أما لو تلفت قبل قبضه فإن المسألة تنبني

(١) انظر: بداية المبحث الثاني.

(٢) انظر: الفرع الأول من المسألة الأولى.

وهذا الحكم باتفاق المذاهب إذا لم يكن في العقد خيار الفسخ، ولكن في بعض الأحيان يكون للعميل المشتري خيار الفسخ بالشرط فما الحكم حينئذ؟ أما إن ثبت أن تلفه بسبب المشتري فإنه من ضمانه بالاتفاق، ويكون الضمان بالثمن المسمى عند الجمهور، وعند المالكية يضمن الأكثر من الثمن أو القيمة، وأما إذا لم تقم بينة على أن التلف بسبب المشتري ولا تقريره فإن الفقهاء مختلفون في ذلك على أقوال: فذهب الحنفية إلى أن الضمان على المشتري، فيبطل الخيار ويلزم البيع، ويجب على المشتري أداء الثمن المسمى لا القيمة.

ويرى المالكية أنه إن كان المبيع مما يغاب عليه أي: يمكن إخفاؤه؛ كالثياب ونحوها - وهذا الغالب في عقود المتاجر - فإن الضمان على المشتري، ويكون بالثمن المسمى دون القيمة إن كانت القيمة أقل من الثمن أو مساوية له، فإن كانت القيمة أكثر من الثمن فينظر: إن حلف المشتري أن التلف بغير سببه أو تقريره، فعليه الثمن دون القيمة الزائدة، وإن لم يحلف فعليه القيمة. وإن كان المبيع التالف مما لا يغاب عليه؛ كالحيوان، فإن الضمان على البائع مع يمين المشتري أن ما تلف ليس بسببه وتقريره.

وذهب الشافعية إلى أنه إن كان التلف بأفة سماوية فإن الخيار يبقى ولا يفسخ العقد، لدخوله في ضمان المشتري بالقبض على الصحيح عندهم، فإن تم العقد بأن أجاز

=

على ما سبق بحثه في المسألة الأولى من هذا المطلب، وسبق التفصيل فيها في ذلك الموضوع.

#### المسألة الرابعة: تحمل الضرائب والتكاليف الجمركية:

**صورة المسألة:** أن يتطلب توصيل السلعة إلى محل العميل ضرائب أو تكاليف جمركية ونحوها، فمن الذي يتحمل هذه التكاليف في الأصل؟ أهو المتجر أم العميل.

**الحكم:** الذي يتخرج على كلام الفقهاء في هذه المسائل أن من كان ضامناً للشيء فإنه يتحمل مؤنته، ومن وجب عليه الأداء أو الرد فيلزمه مؤنته، ومن نصوصهم في هذه المسألة ما يلي:

قال ابن نجيم: "قوله ومؤنة الرد على المستعير؛ لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه"<sup>(١)</sup>.

وقال التقي السبكي: "إذا كان في رد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشتري؛ لأن المبيع مضمون في يده والمال إذا كان مضمون العين كان مضمون

=

المشتري البيع لزمه الثمن، وإن لم يتم العقد لزمته القيمة، وإن كان التلف بصنع آدمي، فإن كان المشتري فيضمن الثمن، وإن كان البائع فكحكم الآفة، وإن كان من أجنبي فلا يفسخ العقد، والخيار بحاله، ويغرم الأجنبي، فإن تم البيع فالمبيع للمشتري، وبأخذ القيمة من الأجنبي المتلف، وإن لم يتم بأن فسخ بالخيار فالمبيع للبائع، ويسترد منه المشتري الثمن، ويغرم الأجنبي القيمة للبائع. وذهب الحنابلة إلى أن الضمان على المشتري، ويبطل خيار المشتري حينئذ، لاستقرار الثمن بذلك في ذمته.

انظر فيما سبق: الكاساني، بدائع الصنائع (٥/٢٣٨، ٢٧٢). عليش، منح الجليل (٥/١٣٣-١٣٧). حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/١١٦). وحاشية البجيرمي على الخطيب (٣/٣٨). البهوتي، كشاف القناع (٧/٤٢٤).

(١) البحر الرائق (٧/٢٨٣). وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/٢٠٥، ٢١٨). (٧/١٤٨).

## الرد<sup>(١)</sup>.

وقال البهوتي في مؤنة رد العين المستأجرة: "وإذا انقضت المدة أي: مدة الإجارة، أو استوفى العمل من العين المؤجرة رفع المستأجر يده عن العين المؤجرة ولم يلزمه أي: المستأجر الرد، ولا مؤنته، كمودع؛ لأنه عقد لا يقتضي الضمان، فلا يقتضي الرد ولا مؤنته، بخلاف العارية"<sup>(٢)</sup>.

ولم أجد نصًا صريحًا للمالكية في هذا الأصل، لكنهم نصوا على بعض المسائل التي تفيد بأن من وجب عليه أداء شيء أو رده فقد وجبت عليه مؤنته، ومن ذلك أن أجرة الكيال على البائع؛ لأنه الذي عليه أن يكيل، قال ابن رشد الجدي: "أجرة الكيل إنما تجب على الذي عليه أن يكيل، فهي في المشهور على البائع؛ لأن عليه أن يكيل، وهي على قول مالك القديم على المبتاع؛ لأن عليه أن يكتال لنفسه"<sup>(٣)</sup>. ففي كلا الروايتين عن مالك جعل المناط في وجوب الفعل، وعليه يتخرج الأصل المتقدم، وهو: أن من وجب عليه الأداء فيلزمه مؤنته، وأشار الرجراجي في شرحه على مختصر خليل إلى سبب اختلاف القول في أجرة الكيل فيقول: "وسبب الخلاف: أجرة الكيل على من تكون؟ قيل: على البائع، وقيل: على المشتري، فمن رآها على البائع قال: الضمان منه - وهو الأظهر - ومن رآها على المشتري قال الضمان منه"<sup>(٤)</sup>، وهذه إشارة ظاهرة إلى الأصل الثاني الذي تتخرج عليه أقوال الفقهاء فيمن يضمن مؤنة التسليم والرد، وهو: أن من كان ضمانًا للشيء فإنه يتحمل مؤنته.

(١) تكملة المجموع (١٥٩/١٢). والشافعية أصرح المذاهب في هذا الدلالة على هذا الأصل، ولذلك استخرجوا عدة قواعد في هذه المسألة، منها ما ذكره التاج السبكي في الأشباه والنظائر، وهي: "كل يد كانت يد ضمان وجب على صاحبها مؤنة الرد، وإن كانت يد أمانة فلا". (٣٢٩/١). وانظر: الأنصاري، أسنى المطالب (٧٧/٢).

(٢) كشف القناع (١٥٣/٩).

(٣) البيان والتحصيل (٢٩٣/٧).

(٤) مناهج التحصيل، دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨ هـ (١٤٢/٧).

وفي هذه المسألة -أعني ضمان أجرة الكيل- نصوص كثيرة للمالكية تدل على هذا الأصل، وتدل على أن الفرع محل البحث -وهو: أن ضمان الضرائب ونحوها- على من يجب عليه الأداء والوفاء، وفي هذا يقول: صاحب "تحبير المختصر": "وَضَمَنَ بَائِعٌ مَكِيلًا لِقَبْضِهِ بِكَيْلٍ كَمَوْزُونٍ وَمَعْدُودٍ، يَرِيدُ أَنْ كُلَّ مَا فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ، فَإِنَّ الْبَائِعَ يَضْمَنُهُ إِلَى حِينِ يَقْبِضُهُ الْمُبْتَاعُ، وَقَبْضُهُ إِذَا كَانَ مِمَّا يَكَالُ بِالْكَيْلِ وَإِنْ كَانَ مِمَّا يوزن أو يعد فيوزنه أو عدده"<sup>(١)</sup>، فالضمان يشمل التكاليف إلى حين قبض المشتري للمبيع.

**وبناءً على ما تقدم فإن تحمّل الضرائب والرسوم الجمركية ونحوها في الأصل على ضامن المبيع -حسب التفصيل والأقوال المذكور في المسائل السابقة- فمن يضمن المبيع يتحمّل هذه الضرائب، وعليه فالمتجر يتحمل هذه الرسوم في بيع الموصوف في الذمة وفي بيع المعينات حتى يمكّن المشتري منها، والمشتري يتحملها إذا ردها لأجل خيار الفسخ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، والله أعلم.**

**المطلب الثاني: الخلاف في المعقود عليه:**

**المسألة الأولى: أثر الخلف في صفة المعقود عليه:**

**الفرع الأول: الخلاف في صفة المبيع:**

**صورة المسألة:** أن يختلف العميل والمتجر الإلكتروني في صفة المبيع فيدعي العميل أنه اشترى الجوال -مثلاً- بسعة تخزين (١٢٨ قيقا)، وينكر المتجر، ويقول إنك اشتريت مني (٦٤ قيقا)، فمن القول قوله في هذه المسألة؟ ومحل الخلاف في المبيع المعين، وليس في الموصوف في الذمة، فإن الأخير لا يثبت في الخيار.

**الحكم:** أما إذا كان مع أحدهما بينة أو قرينة تشهد له فظاهر أن القول قوله، وأما إذا لم يكن لهما بينة، أو كان لكليهما بينة، فقد اختلف الفقهاء في

(١) تاج الدين بهرام الدميري، تحبير المختصر (٦٤١/٣). وانظر: الصاوي، حاشية على الشرح الصغير (١٩٧/٣).

ذلك على قولين:

**القول الأول:** أن القول قول البائع، وهو قول الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، وقول للشافعية<sup>(٣)</sup>، وللحنابلة<sup>(٤)</sup>، واختاره من المعاصرين ابن عثيمين<sup>(٥)</sup>.

**القول الثاني:** أنهما يتحالفان، ثم يفسخ البيع، وهو قول عند المالكية<sup>(٦)</sup>، والمذهب عند الشافعية<sup>(٧)</sup>، ورواية عند الحنابلة<sup>(٨)</sup>.

**القول الثالث:** أن القول قول المشتري، وهو المشهور في مذهب الحنابلة<sup>(٩)</sup>.

**الأدلة:**

**أدلة القول الأول:**

١. أن المشتري مدعٍ لصفة زائدة على ما يقوله البائع، والبائع منكر لها، فعلى مدعي الزيادة البينة، فإن لم يأت بها حلف البائع وكان القول قوله؛ إذا القول قول المنكر مع يمينه؛ لأنه المدعى عليه، وقد قال ﷺ: ((لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه))<sup>(١٠)</sup><sup>(١)</sup>.

(١) ابن عابدين، حاشية على الدر المختار (٣٦/٥-٣٧).

(٢) مالك، المدونة (٣/٣٢٢). الخرشي، شرح خليل (٥/١٣٩). وقيداه بأن يكون البائع قد انتقد الثمن، وإلا فالقول قول المشتري. والقول الثاني عندهم: أن القول قول البائع انتقد الثمن أو لا، واختاره أشهب وأصبغ. انظر: الحطاب، مواهب الجليل (٤/٤٦٠).

(٣) النووي، روضة الطالبين (٣/٥٨١).

(٤) انظر: ابن مفلح، الفروع (٦/١٤٥). المرदाوي، الإتناف (١١/١٠٢).

(٥) ابن عثيمين، الممتع (٨/٣٦٥).

(٦) ابن عبد البر، الكافي (٢/٦٩٨).

(٧) الرافعي، الشرح الكبير (٤/٣٧٥). الرملي، نهاية المحتاج (٤/١٦٠).

(٨) ابن قدامة، المغني (٦/٢٨٢). الفروع (٦/١٤٥). الإتناف (١١/١٠٢).

(٩) المغني (٦/٢٨٢-٢٨٣). الإتناف (١١/١٠٢). البهوتي، شرح المنتهى (٢/٥٦).

(١٠) صحيح البخاري، كتاب: الرهن، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن (٣/١٤٣).



٢. حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال سمعتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يقول: ((إذا اختلف البيعانَ ولم يَسْ بيْنهما بيْنة، فهو ما يقولُ ربُّ السلعة، أو يتتاركان)) وفي رواية: ((إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بيْنة، فهو ما يقول البائع أو يترادان))<sup>(٢)</sup>.

**وجه الدلالة:** أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل القول عند النزاع إلى صاحب السلعة وهو البائع، فإن رضي قوله المشتري وإلا يتتاركان، أي: يتفاسخان العقد<sup>(٣)</sup>، وهذا نص عام في الخلافات بين المتعاقدين، ولم يأت ما يصرفه عن عمومه في هذه المسألة.

**أدلة القول الثاني:**

١. ما جاء عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ((إذا اختلف البيعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا))<sup>(٤)</sup>.

وجه الدلالة: أن الحديث أثبت التحالف بين المتعاقدين عند الاختلاف

=

رقم: (٢٥١٤). صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب (١)، (١٣٣٦/٣)، رقم: (١٧١١). وقال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن البيْنة على المدعي، واليمين على المدعى عليه". الإجماع (ص: ٦٥).

(١) انظر: المدونة (٣/٣٢٢).

(٢) سنن أبي داود: (٣٧١/٥)، كتاب البيوع، باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم، حديث رقم (٣٥١١)، سنن النسائي: (٣٠٢/٧)، كتاب البيوع، باب اختلاف المتبايعين في الثمن، سنن ابن ماجه: (٣٠٦/٣)، كتاب التجارات، باب البيعان يختلفان رقم (٢١٨٦)، سنن الترمذي: (٥٦٢/٣)، كتاب البيوع، باب ما جاء إذا اختلف البيعان، رقم: (١٢٧٠)، وأخرجه أحمد، (٤٤٦/٧). رقم: (٤٤٤٦).

(٣) الخطابي، معالم السنن (٣/١٥٠).

(٤) انظر: السرخسي، المبسوط (٢٩/١٣). ونقله عن الحنفية والمالكية ابنُ حزم، المحلى (٧/٢٥٨). ولكنه بهذا اللفظ غير موجود في كتب الحديث.

وعدم البينة<sup>(١)</sup>.

**نوقش:** أن الحديث بلفظ "تحالفا" لا يعرف في شيء من كتب الحديث لا من مرسل ولا من مسند، كما نص عليه ابن حزم<sup>(٢)</sup>، وابن حجر<sup>(٣)</sup>، والمشهور والصحيح رواية: ((فالقول قول البائع)) - كما سبق -. ٢. حديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه))<sup>(٤)</sup>.  
**وجه الدلالة:** أن كل واحد منهما مدعى عليه، فالبائع يدعي البيع على صفة معينة، وينكر أن يكون البيع وقع على ما يدعيه المشتري، والمشتري يدعي أن البيع وقع على صفة أخرى، وينكر أن يكون وقع على ما يدعيه المشتري، فيجب على كل واحد منهما اليمين لنفي ما ادعى عليه، عملاً بعموم قوله: ((اليمين على المدعى عليه))<sup>(٥)</sup>.

**يناقش:** بعدم التسليم، فالبائعان متفقان على الصفة الأقل، ومختلفان في الزيادة، فالمشتري مدع لها، والبائع ينكرها، فكان القول قوله، واليمين عليه. ولو سلم فإن هذا النص مخصوص بحديث ابن مسعود الذي تقدم.  
**دليل القول الثالث:** أن المشتري غارم بالشراء، فكان القول قوله؛ لأن القول قول الغارم<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: الماوردي، الحاوي (٢٩٨/٥). الرافعي، الشرح الكبير (٣٧٥/٤).

(٢) قال ابن حزم في رواية التحالف: "وهذا لا يوجد أبداً لا في مرسل ولا في مسند، لا في قوي ولا في ضعيف، إلا أن يوضع للوقت". المحلى (٢٥٨/٧).

(٣) قال ابن حجر: "أما رواية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث وإنما توجد في كتب الفقه". التلخيص الحبير (٨٤/٣).

(٤) صحيح البخاري، كتاب: الرهن، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن (١٤٣/٣). رقم: (٢٥١٤). صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب (١)، (١٣٣٦/٣)، رقم: (١٧١١).

(٥) انظر: الماوردي، الحاوي (٢٩٨/٥). الرافعي، الشرح الكبير (٣٧٥/٤).

(٦) انظر: المغني (٢٨٣/٦). البهوتي، شرح المنتهى (٥٦/٢).

### يناقش من وجهين:

(١) عدم التسليم؛ لأن الغارم البائع؛ فالمشتري يطالبه بصفة زائدة، والأصل عدمها.

(٢) أن هذا قياس في مقابلة النص؛ فهو مردود، والنص المراد حديث ابن مسعود المتقدم.

**الترجيح:** يظهر - والله أعلم - أن القول الأرجح في هذه المسألة هو القول الأول، وهو أن القول قول البائع مع يمينه، لأنه موافق لمقتضى حديث ابن مسعود رضي الله عنه، ولمناقشة أدلة الأقوال الأخرى، وكما سبق أن البائع مدعى عليه بالزيادة، والقول قول المدعى عليه كما ثبت في الصحيحين.

### الفرع الثاني: الخلاف في صفة الثمن.

**صورة المسألة:** أن يتعاقد العميل على سلعة معينة في المتجر الإلكتروني، ويعقد عليها بمئة، ثم عند تسليم المئة، يدعي العميل أنه اشترى السلعة بمئة ريال، ويدعي المتجر أن باعها بمئة دولار، ولا بينة لأحدهما ولا قرينة في إثبات قوله ونفي القول الآخر، فمن القول قوله في هذه المسألة؟

**الحكم:** سبق بحث الخلاف في صفة المبيع، ولا يختلف الحكم في الخلاف في صفة الثمن، بجامع أن كلاً منهما معقودٌ عليه، إلا أن **الحنابلة** فرقوا بينهما وقالوا إن الواجب عند الخلاف في صفة الثمن هو: نقد البلد، فإن تعدد أخذ الغالب رواجاً، فإن استوت نقود البلد في الرواج فالوسط منها، وإذا لم يكن في البلد إلا نقدان متساويان فينبغي أن يتحالفا؛ لأنهما اختلفا في الثمن على وجه لم يترجح قول أحدهما، فيتحالفان كما لو اختلفا في قدر الثمن.

**قال البهوتي:** "وإن اختلفا أي: المتعاقدان في صفة ثمن اتفقا على تسميته في العقد أخذ نقد البلد إن لم يكن بها إلا نقدٌ واحد، وأدعاه أحدهما، فيقضى له به، عملاً بالقرينة، على ما ذكره ابن نصر الله.

ثم إن كان بالبلد نقود واختلفت رواجاً، أخذ غالبه رواجاً؛ لأن الظاهر وقوع العقد به لغلبته فإذا استوت النقود رواجاً فالوسط تسوية بين حقيهما؛ لأن العدول عنه ميل على أحدهما، وعلى مدعى نقد البلد أو غالبه رواجاً،

أو الوسط اليمين<sup>(١)</sup>.

وهذا التفريق متوجه؛ لأنه قرينة في إثبات الجانب الأقوى، ولكن لا أظنه ينطبق على عقود المتاجر الإلكترونية إلا نادرًا؛ لظهور العملة فيها، ولأن الخلاف في عملة الثمن غالبًا ما تكون في المتاجر الأجنبية، وهذه يصعب معها تحديد البلد المحتكم إليه، وسبقت الإشارة إلى هذه القضية والتفصيل فيها عند بحث القانون واجب التطبيق، والله أعلى وأعلم.

**المسألة الثانية: الأثر المترتب على العيب الحاصل في المعقود عليه.**

العيب في اصطلاح الفقهاء هو: "ما يَنْقُصُ العَيْنَ أو القِيَمَةَ تَنْقِيسًا يَفُوتُ به غَرَضٌ صَحِيحٌ والغالب في أمثاله عدمه"<sup>(٢)</sup>.

وخيار العيب هو: "حق المشتري في فسخ العقد لظهور عيب خفي لم يظهر للمشتري عند التعاقد"<sup>(٣)</sup>.

وسأذكر في هذه المسألة الأحكام التي تترتب على وجود العيب في المبيع، ثم أدلف إلى ذكر الأحكام المترتبة على خلاف المتعاقدين في العيب.

**الفرع الأول: الأحكام المترتبة على العيب الحاصل في المعقود عليه:**

**أولاً: حكم كتمان العيب:**

أجمع العلماء على تحريم كتمان العيب في المعقود عليه<sup>(٤)</sup>، وذلك لأنه غش وخداع للعاقدين الآخر، وقد أجمعوا على تحريم الغش<sup>(٥)</sup>.

**ثانياً: حكم خيار العيب:**

اتفق العلماء على مشروعية خيار العيب<sup>(٦)</sup>؛ لأن مطلق العقد يقتضي

(١) كشف القناع (٤٨٧/٧).

(٢) أسنى المطالب (٦٠/٢). وانظر: الإنصاف (٣٦٦/١١).

(٣) المعايير الشرعية، خيارات السلامة، رقم (٥١)، البند (١/٢).

(٤) السبكي، تكملة المجموع (١١٥/١٢).

(٥) الشوكاني، نيل الأوطار (٢٥١/٥).

(٦) القرافي، الذخيرة (٥٧/٥). ابن قدامة، المغني (٣٠/٦). ويحكى عن داود الظاهري أن

وصف السلامة، فعند فوته يتخير كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به<sup>(١)</sup>، والأدلة على ذلك كثيرة، منها: حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ' قال: ((ولا تصروا الغنم ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر))<sup>(٢)</sup>.

**وجه الدلالة:** أن إثبات النبي ' الخيار بالتصيرية تنبيه على ثبوته بالعيب<sup>(٣)</sup>.

### ثالثاً: شروط الرد بخيار العيب في عقد البيع:

اشتراط الفقهاء لاستحقاق الرد بالعيب عدة شروط، وهي:

١. ثبوت العيب عند من يستحقه، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة<sup>(٤)</sup>؛ لأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب، فلا يعدل عن هذا إلا عند ثبوت خلافه<sup>(٥)</sup>.

٢. جهل المشتري بوجود العيب، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة<sup>(٦)</sup>، وحكي

=

البيع باطل، فلا خيار للمشتري. انظر: الماوردي، الحاوي (٢٦٩/٥).

(١) المرغياني، الهداية (٣٧/٣).

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبايع ألا يحفل الإبل والبقر والغنم (٧١/٣). رقم: (٢٠١٥).

صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١١٥/٣). رقم: (١٥١٥).

(٣) المغني (٢٢٥/٦).

(٤) الزيلعي، تبين الحقائق (٣١/٤). النفراوي، الفواكه الدواني (٨١/٢). الهيثمي، تحفة المحتاج (٣٥١/٤). ابن مفلح الحفيد، المبدع (٤٢٥/٣).

(٥) انظر: تبين الحقائق (٣١/٤).

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع (٢٧٦/٥). الفواكه الدواني (٨١/٢). الشربيني، مغني المحتاج (٥٠/٢). المبدع (٤٢٥/٣).

الإجماع عليه<sup>(١)</sup>؛ لأن الإقدام على الشراء مع العلم بالعيب دليل على الرضا به معيياً<sup>(٢)</sup>.

٣. أن يكون العيب مؤثراً بحيث ينقص العين أو القيمة، سواء كان النقص يسيراً أو كثيراً، وهذا ما عليه المذاهب الأربعة في المعتمد عندها<sup>(٣)</sup>؛ لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً<sup>(٤)</sup>، والنقص في القيمة ظاهر، وأما في العين فالأظهر أنه يعود إلى أمرين: الغرض الصحيح للمشتري، والعرف، فما كان نقصاً في أحدهما اعتبر، وإلا فلا<sup>(٥)</sup>.

٤. ألا يشترط البائع البراءة من العيوب، وحاصل هذه المسألة أن البائع إذا اشترط البراءة من العيب في المبيع فإنه لا يخلو من حالين:

(١) أن يكون عالماً بالعيب عندما اشترط البراءة، فهذا لا يبرأ عند جماهير الصحابة<sup>(٦)</sup> وجماهير الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(١)</sup>، خلافاً

(١) السبكي، تكملة المجموع (١٢١/١٢).

(٢) بدائع الصنائع (٢٧٦/٥).

(٣) بدائع الصنائع (٢٧٤/٥). ابن الهمام، فتح القدير (٣٥٧/٦). منح الجليل (١٥٦/٥). السبكي، تكملة المجموع (٣٠٩/١٢). ابن قدامة، المغني (٢٣٥/٦).

واستثنى المالكية اليسير في البيوت والدور؛ لأن اليسير فيها لا يعيب إلا موضعه ويصلح ويزول بحيث لا يبقى شيء منه، بخلاف غيرها فيعيب جميعه ولا يزول بالإصلاح، وأنها لا تنفك عن العيب، فلو رد باليسير لأضر بالبائع، وإن الدور تشتري للفتية فيتسامح في عيبها اليسير بخلاف غيرها.

(٤) المغني (٢٣٥/٦).

(٥) انظر: المعايير الشرعية، خيارات السلامة، رقم (٥١)، البند (١/٢/٢). ونص الشافعية على اعتبار الغرض الصحيح كما في تكملة المجموع (٣٠٩/١٢). ونص الحنفية والحنابلة على تأثير العرف في النقص المعتبر كما في بدائع الصنائع (٢٧٤/٥). والمغني (٢٣٥/٦). ظاهر الأخيرين عدم اعتبار ما لم يثبت تأثيره بالعرف، ولو ثبت به غرض صحيح.

(٦) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى (٣٨٩/٥).

للحنفية فإنه يبرأ عندهم<sup>(٢)</sup>.

ودليل الجمهور: (أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما باع غلاما له بثمان مائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما: بالغلام داء لم تسمه، فاختصما إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه، فقال الرجل: باعني عبدا، وبه داء لم يسمه لي، فقال عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر باليمين أن يحلف له: لقد باعه الغلام وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف له<sup>(٣)</sup> وارتجع العبد، فباعه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما بعد ذلك بألف وخمس مائة درهم<sup>(٤)</sup>، فعثمان رضي الله عنه اعتبر علم البائع بالعيب، وجعله المناط الحاكم في المسألة، وهذه القصة كانت بمحضر من الصحابة، ولم تتكر، فكانت كالإجماع<sup>(٥)</sup>، ولما اختار ابن تيمية هذا القول

=

(١) ابن جُزَي، القوانين الفقهية (ص: ١٧٥). النووي، روضة الطالبين (٣/٤٧٢). البهوتي، كشف القناع (٧/٤٠٦). وعند ولشافعية والحنابلة لا يبرأ مطلقا بهذا الشرط، علم أو لم يعلم، إلا في الحيوان عند الشافعية فيبرأ به إذا لم يعلم العيب.

(٢) ابن عابدين، حاشية على الدر المختار (٥/٤٢). وعند الحنفية يبرأ مطلقا بهذا الشرط، علم أو لم يعلم.

(٣) لم يكن ذلك تدليسا منه رضي الله عنه وإنما صيانة لليمين عن البيع، ولذا روي عنه أنه قال: (تركت اليمين لله فعوضني). انظر: الماوردي، الحاوي (٥/٢٧٣)، ولم أجد هذه الرواية عنه في الكتب المتقدمة.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق (٤/٨٨٥). رقم: (٢٢٧١). والبيهقي، السنن الكبرى (١١/٢١٤)، رقم: (١٠٨٨٨). وقال البيهقي: "أصح ما روي في هذا الباب". وإسناد مالك فائق الصحة، فقد رواه عن يحيى بن سعيد عن سالم عن عبدالله بن عمر، ويحيى وسالم ثقات من أثبت الناس. وانظر: التلخيص الحبير (٣/٦٧).

(٥) وروي أن الذي ابتاع من ابن عمر هو زيد بن ثابت، فيكون هذا بإقرار من عثمان وزيد وابن عمر، فابن عمر لم ينكر عليهم، وإنما امتنع من قبول اليمين؛ لأنه لم يعلم بالعيب أو اتقاء لليمين في البيوع. انظر: الحاوي (٥/٢٧٣).

قال: "وهذا [وهذا] الذي قضى به الصحابة، وعليه أكثر أهل العلم"<sup>(١)</sup>. وهذا التفصيل هو المقرر في نظام المعاملات المدنية في المملكة<sup>(٢)</sup>.  
٢) أن يكون جاهلاً به عندما اشترط البراءة، فهذا مما وقع النزاع فيه، فعند الحنفية والمالكية يبرأ، وعند الشافعية -إلا في الحيوان- والحنبلة لا يبرأ، والأول هو الأظهر، دليله حديث ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم.  
٥. ألا يكون العيب حدث بفعل المشتري<sup>(٣)</sup>.

#### رابعاً: موانع الرد بالعيب:

ذكر الفقهاء عدة أمور تمنع الرد بالعيب وتسقط أحقيته، وهي:  
١. الرضا بالعيب، وهو إما صريح أو ضمني؛ ومثال الضمني: الاستمرار في استعمال المبيع المعيب، أو إخراجه عن ملكه، أو التأخر بدون عذر في ممارسة خيار العيب، وكل ذلك بعد العلم بالعيب<sup>(٤)</sup>.

(١) الفتاوى الكبرى (٥/٣٨٩).

(٢) جاء في المادة (٣٣٧) من النظام: "يصح الاتفاق على إعفاء البائع من ضمان الاستحقاق أو الحد من هذا الضمان أو زيادته، عدا ما يكون منه ناشئاً عن فعل البائع أو كان قد تعمد إخفاءه". نظام المعاملات المدنية الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ.

(٣) المعايير الشرعية، خيارات السلامة، رقم (٥١)، البند (٥/٢/٢). وهذا قد يحدث في المتاجر الإلكترونية كما لو تأخر العميل باستلام السلعة المعينة وهي قد وصلت إلى مخزن المتجر في بلد العميل، أو مخزن شركة الشحن في بلده، وأشعر العميل بذلك، وفي فترة تأخره بالاستلام يتعيب المبيع بسبب تأخر استهلاكه؛ كما في الأطعمة ونحوها مما يتلف سريعاً، فالظاهر في هذه المسألة وأمثالها أن العميل لا يستحق الرد بخيار العيب؛ لأنه متسبب بالإتلاف، ثم إن هذا يعود إلى مسألة انتقال الضمان من المتجر إلى العميل، وقد سبق أنه -على الأرجح- يكون بالوقت الذي يمكن فيه المتجر العميل من أخذ السلعة.

(٤) الرضا الصريح متفق عليه، وأما الرضا الضمني فقد اتفق عامة أهل العلم على قبوله، خلافاً لابن حزم.



٢. تلف المبيع المعيب قبل رده إلى البائع، فإذا تلف عند المشتري سقط خياره، وله الأرش، باتفاق الفقهاء<sup>(١)</sup>؛ لأنه بامتناع الرد وتلف المبيع يفوت محل الرد<sup>(٢)</sup>.

٣. زوال العيب قبل المطالبة بالرد، باتفاق الفقهاء<sup>(٣)</sup>.

٤. إذا كان العيب مما جرى العرف على التسامح فيه، وهذا ما قرره نظام المعاملات المدنية<sup>(٤)</sup>.

**خامساً: توقيت خيار الرد بالعيب (الفورية والتراخي فيه).**

اختلف الفقهاء في توقيت خيار العيب على ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** أن الخيار على التراخي ما لم يوجد دليل الرضا من صاحب الخيار، وهذا مذهب الحنفية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>.

**القول الثاني:** أنه على الفور، وهذا مذهب الشافعية<sup>(٧)</sup>.

**القول الثالث:** أنه على الفور لكن يؤقت بيومين، فمن اطلع على العيب

=

انظر: ابن حزم، المحلى (٥٨٥/٧). ابن قدامة، المغني (٢٤٩/٦). ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٣٦٦/٢٩).

(١) ابن نجيم، البحر الرائق (٥٨/٦). الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير (١٣٤/٣).

النووي، روضة الطالبين (٤٧٤/٣). ابن مفلح، المبدع (٨٦/٤).

(٢) انظر: الذخيرة، القرافي (٩٨/٥). الشربيني، مغني المحتاج (٤٣٣/٢).

(٣) السرخسي، المبسوط (٩٦/١٣). الحطاب، مواهب الجليل (٤٤٠/٤). النووي، روضة

الطالبين (٢٢٨/٢). البهوتي، كشف القناع (٤٤١/٧).

(٤) المادة (٣٣٩). من نظام المعاملات المدنية الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٩١)

وتاريخ ١٤٤٤/١١/٢٩ هـ.

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق (٤١/٦ و ٦٦). الزيلعي، تبيين الحقائق (٣١/٤). ابن عابدين،

الحاشية (٣٢/٥).

(٦) الرحيباني، مطالب أولي النهى (١١٩/٣).

(٧) النووي، روضة الطالبين (٤٧٨/٣). وانظر: الماوردي، الحاوي (٢٢٢-٢٣).

وسكت لأكثر من يومين فإن خياره يسقط؛ لأن سكوته فيها دليل الرضا، وهذا مذهب المالكية<sup>(١)</sup>.

ومقتضى قول المالكية أنهم يقولون: إنه على الفور، لكنهم لا يعتبرون اليوم واليومين فاصلاً مؤثراً في الفورية، وهذا نظير قولهم في السلم فقد أجازوا تأخير تسليم الثمن ليوم أو يومين، وكذا أجازوا في خيار الشرط أن يفسخ العقد بعد انتهاء مدة الخيار بيوم أو يومين، وهذا ينطلق من قاعدتهم التي ذكروها في هذه العقود، وهي: "أن ما قارب الشيء يعطى حكمه"<sup>(٢)</sup>.  
الأدلة:

**دليل القول الأول:** أن هذا الخيار شرع لدفع الضرر المتحقق، فكان على التراخي؛ كخيار القصاص<sup>(٣)</sup>.

**دليل القول الثاني:** أن الأصل في البيع اللزوم، فإذا لم يقم المشتري بالرد فوراً بطل حقه بالرد، وبقي العقد على أصله، وهو اللزوم.  
**نوقش:** بأن القول "إن المشتري إذا لم يقم بالرد فوراً بطل حقه" هذه دعوى في محل النزاع، وتحتاج إلى دليل لثبوتها<sup>(٤)</sup>.  
**دليل القول الثالث:** أن ما قارب الشيء يعطى حكمه، واليوم واليومين تعطى حكم الفور.

---

(١) الدردير، الشرح الصغير، مع حاشية الصاوي (١٦٦/٣). الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير (١٢١/٣).

(٢) انظر: الخطاب، مواهب الجليل (٤/٤٢٥). الدسوقي، الشرح الكبير (٣/١٩٥). وهذه المسألة حرية بأن تفرد في رسالة علمية، فتكون في نحو هذا العنوان: "المسائل التي استدلت المالكية فيها بقاعدة: ما قارب الشيء أخذ حكمه". ففائدتها في أحكام المعاملات المالية المعاصرة كبيرة، والله أعلم.

وذكرت في هذا البحث مسألة أخرى استدلت بها المالكية بهذا الأصل، وهي: الحكم عند اختلاف المتعاقدين في شرط الأجل.

(٣) ابن قدامة، المغني (١٠/٦٢).

(٤) انظر: الديبان، المعاملات المالية (٦/٣٩٦).

**يناقش:** بأن هذا منطلق من اعتبار الفورية في هذا الخيار وهذا غير مسلم.

**الترجيح:** المسألة محل تردد عند الباحث لكن يظهر أن الخيار في هذا الزمن على الفور، فالمشتري إذا تسلّم المبيع عليه أن يتحقق من حالته بمجرد ما يتمكّن من ذلك، فإن اكتشف عيباً أعلم البائع على الفور - أو فيما له حكم الفور؛ كإخباره في اليوم نفسه- فإذا أخلّ بذلك سقط خياره، مع مراعاة اختلاف حال السلع في المدة التي يحصل بها اكتشاف العيب.

وهذا الترجيح للقول الثاني من باب السياسة الشرعية، فلا يضبط الناس اليوم إلا هذا، وهذا الذي تستقيم به التجارة المعاصرة، وإلا فمن حيث الأصل خيار العيب شرع لدفع ضرر مستحق عن المشتري؛ فلم يبطل بالتأخير. وهذا الاختيار هو ما صدر به نظام المعاملات المدنية، فقد جاء في المادة رقم: (٣٤٠):

"١/ إذا تسلّم المشتري المبيع فعليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكّن من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع فعليه أن يعلمه به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل عدّ قابلاً للمبيع بما فيه من عيب.

٢/ إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري، فعليه أن يعلم به البائع بمجرد ظهوره، وإلا قابلاً للمبيع بما فيه من عيب" (١).

**الفرع الثاني: اختلاف المتبايعين في العيب الحاصل في المعقود عليه:**

العيب المتنازع فيه في عقود المتاجر الإلكترونية لا يكون -غالباً- إلا في المبيع، ولذا سيكون البحث منصّباً في كلام الفقهاء على العيب في المبيع، ولهذا صورّ متعددة بحثها الفقهاء:

**أولاً: الخلاف في العلم بالعيب:**

**صورة المسألة:** أن يختلف العميل مع المتجر الإلكتروني في علم

(١) نظام المعاملات المدنية الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ١١/٩/١٤٤٤هـ.

العميل بالعيب الذي في السلعة، فيقول المتجر البائع: بعته السلع وهو يعلم ما فيها من عيب، ويقول العميل المشتري، لم أعلم بها، فمن القول قوله حينئذ؟ وسبق أن علم المشتري بالعيب يسقط خياره، ولهذا يحصل النزاع في هذا.

**الحكم:** سبق نقل اتفاق الفقهاء على أنه إذا اختلف المتبايعان في العلم بالعيب الذي في المبيع، ولم يكن لأحدهما بينة؛ فالقول قول المشتري<sup>(١)</sup>؛ لأن الأصل عدم العيب، والقول قول من ينكره، وهو المشتري<sup>(٢)</sup>.

والجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة على أن القول قوله مع اليمين، وقال المالكية: القول قوله بلا يمين<sup>(٣)</sup>.

وهذا ما لم تشهد قرينة لصدق قول البائع، كما لو كان الثمن أقل من ثمن المثل للسلعة السليمة، ومتناسباً مع السلعة المعيبة، ونحو ذلك، فإنه يقدم قول المتجر لدلالة القرينة على صدقه<sup>(٤)</sup>.

**ثانياً: الخلاف في وقت حدوث العيب:**

لهذه المسألة حالان:

**الحال الأولى: ألا يحتمل إلا قول أحدهما:**

سبق نقل اتفاق الفقهاء على أنه إذا اختلف المتبايعان في وقت حدوث العيب الذي لا يحتمل إلا قول أحدهما فإنه يقبل قوله، كالإصبع الزائد في الرقيق، فالقول فيه للمشتري، والعكس بالعكس، كالجرح الطري في الدابة، فإن القول قول البائع لدلالة الحال على صدقه<sup>(٥)</sup>.

(١) السرخسي، المبسوط (١١٦/١٨). الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير (١٣٢/٣).

النووي، روضة الطالبين (٤٩١/٣). ابن قدامة، المغني (٦٤/١٠).

(٢) انظر: المغني (٦٤/١٠).

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) انظر: السلطان، أثر اختلاف المتبايعين (ص: ٧٩).

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع (٢٧٩/٥). الزيلعي، تبيين الحقائق (٤٠/٤). الزرقاني، شرح

**الحال الثانية: أن يحتمل قول كل واحد منهما:**

**ومن أمثلة ذلك:** الكسر الذي يكون في المبيع، وهذا كثير في عقود المتاجر الإلكترونية، فإذا اختلفا في وقت حدوث الكسر الذي السلعة، فمن يكون القول قوله حينئذ؟ العميل (المشتري) أو المتجر (البائع)؟  
**الحكم:** اختلف الفقهاء فيمن القول قوله في هذه الحال على ثلاثة أقوال:  
**القول الأول:** أن القول قول البائع، وهو قول الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>، ورواية عن الإمام أحمد<sup>(٤)</sup>.

**القول الثاني:** أنهما يتحالفان، وهو قول للشافعية صححه النووي<sup>(٥)</sup>.

**القول الثالث:** أن القول قول المشتري، وهو المشهور في مذهب الحنابلة<sup>(٦)</sup>.

**الأدلة:**

**أدلة القول الأول:**

١. أن الأصل سلامة المبيع من عيب قديم حتى يعلم حدوثه، والقول قول من معه الأصل<sup>(٧)</sup>.

**نوقش:** بأنه وإن كان الأصل سلامة المعقود عليه إلا أن حدوث العيب وخفاه

=

مختصر خليل (٢٦٩/٥). النووي، روضة الطالبين (٤٩٠/٣). ابن مفلح الحفيد، المبدع (٤٣٨/٣).

(١) السمرقندي، تحفة الفقهاء (١٠٤/٢). ابن الهمام، فتح القدير (٣٧٨/٦).

(٢) الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير (١٣٧/٣).

(٣) الماوردي، الحاوي (٢٥٩/٥). النووي، روضة الطالبين (٥٨٨/٣).

(٤) أبو يعلى، الروابيتين والوجهين (٣٤٠/١).

(٥) روضة الطالبين (٥٨٨/٣).

(٦) البهوتي، شرح المنتهى (٤٩/٢). كشاف القناع (٤٦٣/٧).

(٧) أبو يعلى، الروابيتين والوجهين (٣٤٠/١).

يحدث كثيرا، فالزام المشتري بقول البائع -لهذا الأصل- مع كثرة حدوث العيب، فيه إضرار به مع احتمال صدق قوله<sup>(١)</sup>.

٢. أن المشتري يدعي على البائع حقَّ فسخ العقد، والبائع ينكر، والقول قول المنكر<sup>(٢)</sup>.

**نوقش:** بأن المشتري ينكر حق القبض في الجزء المعيب، وليس قول أحدهما بأولى من الآخر<sup>(٣)</sup>.

**أجيب:** بأن الأصل أن المسؤولية تقع على اليد، فالسلعة في يد المشتري، فإما أن يقدم بينة على أن يده غير مسؤولة، وإلا كان الضمان عليه<sup>(٤)</sup>.

٣. أن حدوث العيب يقين، وقد تقدمه شك، والحكم باليقين أولى من الحكم بالشك<sup>(٥)</sup>.

**نوقش:** بأن التعارض ليس بين حدوث العيب وقدمه حتى يقال: إن حدوث العيب يقين، وقدمه مشكوك فيه، وإنما التعارض بين حدوثه قبل العقد أو بعد العقد، وكلاهما مشكوك فيه، فلا يقدم أحدهما على الآخر إلا ببينة<sup>(٦)</sup>.

٤. أن دعوى المشتري تقتضي الفسخ بعد لزوم العقد وتاممه، ودعوى البائع تقتضي الإمضاء، ولزوم العقد من قبل يعاضد قول من ادعى الإمضاء دون الفسخ<sup>(٧)</sup>.

(١) السلطان، أثر اختلاف المتبايعين (ص: ٨٢).

(٢) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٥/٢٨٠). ابن القيم، الطرق الحكيمة (١/٥٦).

(٣) السلطان، أثر اختلاف المتبايعين (ص: ٨١).

(٤) الديبان، المعاملات المالية (٧/١٧٣).

(٥) الحاوي، الماوردي (٥/٢٥٩).

(٦) انظر: السلطان، أثر اختلاف المتبايعين (ص: ٨٢)، الديبان، المعاملات المالية (٧/١٧٤).

(٧) الحاوي، الماوردي (٥/٢٥٩).

**أدلة القول الثاني:** هي ذات الأدلة المتقدمة في الخلاف في صفة المبيع، وسبقت مناقشتها<sup>(١)</sup>.

**دليل القول الثالث:** أن الأصل عدم القبض في الجزء الفائت (المعيب)، وعدم استحقاق ما يقابله من الثمن، فكان القول قول من ينفي القبض، كما لو اختلفا في قبض المبيع<sup>(٢)</sup>.

**نوقش:** بأن هذا الأصل معارض بأصل آخر، وهو أن الأصل السلامة من العيوب، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فلا يصح القياس على ما لو اختلفا في أصل القبض؛ لأن الأصل فيه عدم القبض، وهنا المنازع يقول: الأصل القبض؛ لأنه قَبِضَه ثم وجد فيه العيب، والعيب حادث، والأصل السلامة منه<sup>(٣)</sup>.

**الترجيح:** الحقيقة أن جميع الأقوال لها حظ من النظر، ويشهد له بعض الأصول التي تقويه، فالأول معه الأصل السلامة، وهو المنكر لحدوث العيب، ويمكن أن يشهد له حديث ابن مسعود رضي الله عنه، والقول الثالث ينكر تسلمه السلعة سليمةً، ومعه أصل عدم القبض للمعيب، ويتقوى جانبه في عقود المتاجر الإلكترونية التي يكون العميل فيها الطرف الأضعف، والتي تكثر معها العيوب في فترة توصيل المبيع، وأما القول الثاني فوسط بينهما، ويقويه تعارض الأصول التي تشهد لكلا الطرفين، ولذا فتصويب أحد الأقوال في هذه المسألة من الصعوبة بمكان، وإن كنت أميل إلى القول الأول الذي يعضده عموم حديث ابن مسعود رضي الله عنه وفيه أن القول قول البائع، ولأن الأصول المتقدمة فيه أظهر وأكثر، والله أعلم.

(١) انظر: الفرع الأول، المسألة الأولى، المطلب الثاني من هذا البحث.

(٢) انظر: كشاف القناع (٤٦٣/٧).

(٣) السلطان، أثر اختلاف المتبايعين (ص: ٨٣).

### ثالثاً: اختلاف المتبايعين في عين السلعة المعيبة عند ردها:

**صورة المسألة:** إذا وجد العميل السلعة معيبة، وأراد ردها على المتجر لأجل العيب، فقال المتجر: ليست هذه هي السلعة التي أعطيتك إياها، فمن القول قوله حينئذ؟

**الحكم:** اتفق الفقهاء في هذه المسألة على أن القول قول البائع (المتجر) مع يمينه، بشرط ألا يكون في العقد خيار شرط، أي: خيار الرد بالشرط<sup>(١)</sup>؛ وسبب ترجيح قول البائع؛ لأنه ينكر كون هذه سلعته، وينكر استحقاق الفسخ، فكان القول قوله، ولأن الأصل براءة ذمته وعدم وقوع العقد على هذا العيب<sup>(٢)</sup>. واشترط الشافعية والحنابلة في المسألة شرطاً آخر، وهو أن يكون المبيع معيناً في العقد -كهذه الدابة-، فإن كان في الذمة - كبيع الموصوف في الذمة- فإن القول قول المشتري؛ لأن المشتري هنا لم يعترف بقبض ما ورد عليه العقد، والأصل بقاء شغل ذمة البائع، فاشتغال ذمة البائع بالمبيع الذي في الذمة معلوم، والبراءة منه غير معلومة، بخلاف بيع المعين، فإن المشتري فيه اعترف بقبض المبيع، ووقع الاختلاف في سبب الفسخ، والأصل عدمه<sup>(٣)</sup>.

**المسألة الثالثة: أثر الغش والتدليس في المعقود عليه.**

**التدليس هو:** كتمان العيب، أو إيهام الكمال الكاذب بالمبيع، قال ابن عرفة المالكي: "الغش التدليس وهو إبداء البائع ما يوهم كمالاً في مبيعه كاذباً

---

(١) إذا كان الرد مع وجود خيار شرط فإن القول قول المشتري لا البائع في صورة رد المبيع، وقول البائع لا المشتري في صورة رد القمن؛ لأنهما اتفقا على استحقاق الفسخ بالخيار.

انظر: ابن الهمام، فتح القدير (٣٥٢/٦). الوئشريسسي، المعيار المعرب (٥٢/٦). النووي، روضة الطالبين (٥٧٩/٣). البهوتي، كشاف القناع (٤٦٤/٧).

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣) انظر: النووي، روضة الطالبين (٥٨٠/٣). البهوتي، كشاف القناع (٤٦٤/٧).



أو كتم عيب وهو محرم إجماعاً<sup>(١)</sup>.

والفقهاء متفقون على أن البيع لا يبطل بالتدليس ولكنهم اختلفوا في الأثر المبني عليه، فذهب الجمهور من المالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup> إلى ثبوت الخيار به، وخالفهم الحنفية فلم يثبت الخيار هنا، والمسألة مشهورة فلا يحسن إعادة ذكرها في هذا البحث<sup>(٥)</sup>.

**والأرجح:** ثبوت الخيار لمن دلس عليه أو غش في البيع؛ لثبوت النص فيه<sup>(٦)</sup>، ولما فيه من العدل، وحفظ الأموال، وحمل الباعة على الصدق والبيان.

### المطلب الثالث: الخلاف في الشروط الجعلية للعقد:

الشروط الجعلية، هي الشروط التي يتفق عليها العاقدان في العقد، كشرط الصفة والمنفعة في المبيع ونحوها، وهذه الشروط يكثر التنازع فيها، ولها عدة أحوال تختلف أقوال الفقهاء بحسبها، وبيان ذلك في المسائل التالية:

### المسألة الأولى: الخلاف في شرط الصفة:

قد يختلف الطرفان في شرط الصفة، إما بوجودها أو بنوع الصفة المتفق عليها بعد الاتفاق على وجودها، كما لو اتفقا على وجود ضمان في الجهاز الآلي، ولكن المشتري يقول إن الضمان المتفق عليه هو كذا، والبائع يقول

(١) المواق، التاج والإكليل (١٩٥/٦).

(٢) الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١١٥/٣).

(٣) النووي، روضة الطالبين (٤٦٨/٣).

(٤) ابن مفلح الحفيد (٨٠/٤).

(٥) انظر في المسألة: رسالة الماجستير للكاتب: أحكام المتاجر الإلكترونية (ص: ٥٣٣).

(٦) حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ' قال: ((ولا تصروا الغنم ومن ابتاعها فهو بخير

النظرين بعد أن يحتلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر)).

صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبايع ألا يحفل الإبل والبقر والغنم (٧١/٣).

رقم: (٢٠١٥). صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه

(١١٥٥/٣). رقم: (١٥١٥).

بخلافه، فمن القول قوله حينئذ؟

**الحكم:** يظهر أن الخلاف في هذه المسألة مطابق لما سبق بحثه من الخلاف في صفة المبيع، فلا فرق بين الخلاف في وجود الصفة من حيث الأصل، وبين الخلاف في نوعها بعد إثبات وجودها، فكلا الأمرين لا يدخلان في المبيع إلا بالشرط<sup>(١)</sup>، والأرجح في كليهما تقديم قول البائع مع يمينه؛ لأنه المنكر للزيادة، والله أعلم.

#### **المسألة الثانية: الخلاف في شرط الأجل:**

والخلاف في الأجل إما أن يكون على أصل وجوده في العقد، أو على قدره، أو على انتهائه.

#### **الفرع الأول: الخلاف في أصل شرط الأجل:**

**صورة المسألة:** أن يختلف المتجر والعميل في اشتراط الأجل في المعقود عليه، سواء كان الثمن -وأكثر- كلام الفقهاء في هذا النوع، وهو الأكثر في الخلاف -أو المبيع.

**ومثال الاختلاف في تأجيل الثمن:** أن يقول العميل جرى الاتفاق على أن الدفع عند الاستلام، وينكر المتجر ذلك.

**ومثال الاختلاف في تأجيل المبيع:** أن يقول المتجر جرى الاتفاق على أن تسليم المبيع سيكون بعد عشرة أيام -وهي مدة تزيد في العادة على مدة التجهيز والنقل الاعتيادية- فينكر العميل ويقول: بل البيع حال على الأصل.

والحلول في المبيع لا يلزم منه التسليم في مجلس العقد، فإن هذا متعذر في عقود المتاجر الإلكترونية -إلا في المنتجات الرقمية- ولكن موضع الحلول فيها إذا كانت المدة المحددة لتسليم المبيع إنما هي لغرض إتمام إجراءات التسليم في الشحن والنقل، بحيث تبدأ الإجراءات من حين صدور العقد، فالببيع هنا مدخول على الحلول، وهذه المدة جرى عرف التجار على اغتقارها، وأنها

(١) الديبان، المعاملات المالية (٧/١٦١). وانظر: السلطان، أثر اختلاف المتبايعين (ص: ٧٣).

لا تعد تأجيلًا.

**الحكم:** اختلف الفقهاء في شرط الأجل على ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** أن القول قول من ينفيه، وهو قول الحنفية<sup>(١)</sup>، والمذهب عند الحنابلة<sup>(٢)</sup>.

**القول الثاني:** أنهما يتحالفان، ثم يفسخ البيع، وهو قول زفر من الحنفية<sup>(٣)</sup>، وقول الشافعية<sup>(٤)</sup>، ورواية عن الإمام أحمد<sup>(٥)</sup>.

**القول الثالث:** أنهما يتحالفان ويتفاسخان إذا كانت السلعة قائمة، سواء كانت بيد البائع أو المشتري، وإذا كانت فائتة فقول المشتري إن ادعى أجلاً قريباً لا يهتم فيه، وأما إن ادعى أمدا بعيدا فقول البائع، ما لم يكن هناك عرف؛ فيعمل به في جميع ما تقدم، وهذا المشهور في مذهب المالكية<sup>(٦)</sup>.

(١) السرخسي، المبسوط (٥٩/١٣).

(٢) المرداوي، الإنصاف (٤٨٠/١١). البهوتي، شرح المنتهى (٥٦/٢). وقال المرداوي: "تنبه: مثل ذلك -خلافًا ومذهبًا- إذا اختلفا في رهن، أو في ضمين، أو في قدر الأجل أو الرهن أو المبيع".

(٣) البناية (٣٥٦/٩).

(٤) الحاوي (٢٩٩ /٥). النووي، روضة الطالبين (٥٧٧/٣).

(٥) ابن قدامة، المغني (٢٨٥/٦). المرداوي، الإنصاف (٤٨٠/١١).

(٦) القرافي، الذخيرة (٣٢١/٥). الحطاب، مواهب الجليل (٥١٠-٥١١/٤). الدردير، الشرح الكبير (١٩١/٣). العدوي، حاشية على شرح الخرشي لمختصر خليل (١٩٩/٥). ولهم في المسألة أقوال وتفصيلات متعددة، ولكن هذا التفصيل هو المشهور في كتب المتأخرين.

ومما ذكره في العرف الذي يشهد بقول أحدهما: أن العرف في السلع كاللحوم والبقول والأبزار والثياب؛ بيعها بالحلول، والعرف في العقار: بيعه بالتأجيل، فيحكم بمن يشهد له العرف، بيمينه.

والقول في الأمد القريب والبعيد متفرع عن التأجيل في الثمن وهو الأصل والأكثر -كما سبق-، وأما إن كان التأجيل في المبيع، فلازم قولهم أن يكون الحكم بعكس ذلك، والله أعلم.

## الأدلة:

### أدلة القول الأول:

١. الأصل عدم اشتراط الأجل؛ لأن الأصل في البيع انعقاده خاليًا من أي شرط إضافي، فالأجل لا يثبت إلا بعارض الشرط، والأصل عدم العوارض، ولذلك كان القول قول من يتمسك بالأصل: وهو خلو العقد من الشروط الجعلية<sup>(١)</sup>.

٢. القياس على الاختلاف في أصل العقد، فإذا كان المتبايعان إذا اختلفا في أصل العقد كان القول قول من ينكره بالإجماع، فكذلك الاختلاف في اشتراط الأجل، لأن الأصل عدمه، فكان القول قول من ينفيه<sup>(٢)</sup>.

٣. أن أحد المتبايعين يدعي الأجل، والآخر ينكره، والقاعدة النبوية أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، فكانت اليمين في حق من ينفي الأجل؛ لأنه مدعى عليه<sup>(٣)</sup>.

**دليل القول الثاني:** هي ذاتها الأدلة المتقدمة في الخلاف في صفة

المبيع، وسبقت مناقشتها.

### أدلة القول الثالث:

أما دليلهم على التحالف إذا كانت السلعة قائمة: فهي ما استدلل به أصحاب القول الثاني، لا سيما الرواية التي فيها: ((إذا اختلف البيعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا))<sup>(٤)</sup>.

وسبقت مناقشة هذه الرواية، وأنها لا توجد في شيء من كتب الحديث.

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٣٥٧/٩).

(٢) انظر: ابن قدامة، المغني (٢٨٥/٦).

(٣) الديبان، المعاملات المالية (١٢٢/٧).

(٤) انظر: السرخسي، المبسوط (٢٩/١٣). ونقله عن الحنفية والمالكية ابن حزم، المحلى

(٢٥٨/٧). ولكنه بهذا اللفظ غير موجود في كتب الحديث.

وأما دليلهم على عدم التحالف، وتقديم قول المشتري إذا كانت السلعة فائتة والأجل قريبا، وتقديم قول البائع إذا كان الأجل بعيدا: أنه إذا كان الأجل الذي يدعيه المشتري قريبا فإنه في حكم الحال، فيقبل قول المشتري فيه، وقولهم هذا أصل في فروع كثيرة؛ كتأجيل رأس المال في السلم اليومين والثلاثة، ويستدلون له بقاعدة: (ما قارب الشيء له حكمه)<sup>(١)</sup>، واستدل لهم بأن الأمد القريب يكثر اشتراطه، فيكون في حكم الغالب، فلا أثر له يذكر على البائع<sup>(٢)</sup>، وأما في الأمد البعيد فيستدلون له بما استدل به أصحاب القول الأول من أن المشتري مدعي للأجل والبائع منكر به، فيقدم قوله<sup>(٣)</sup>.

**الترجيح:** يظهر - والله أعلم - أن القول الأرجح في المسألة هو القول الأول، وهو: تقديم قول البائع عند اختلاف المتعاقدين في اشتراط الأجل، وذلك لأن الأصل عدم التأجيل، والقول قول من معه الأصل، وهو المنكر للزيادة. وما ذكره المالكية في العرف فيمكن اعتباره قرينة من القرائن، فإذا ثبت للقاضي موجب العرف؛ حكم به باعتباره قرينة شاهدة لأحد المتنازعين، ومثله لو كان لأحدهما بينة، وهذا في جميع المسائل المبحوثة، فمتى وجدت بينة أو قرينة تشهد لأحدهما وتتفي قول الآخر؛ حكم بها. وهذا الترجيح ينصب على جميع الخلافات في الشروط الجعلية؛ كالإختلاف في الرهن والضمين، بجامع أنها لا تثبت إلا بالاشتراط، وأشار إلى هذا المعنى غير واحد من الفقهاء<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر في القاعدة: الحطاب، مواهب الجليل (٤/٤٢٥). الدسوقي، الشرح الكبير

(٢) وانظر في الدليل: الديبان، المعاملات المالية (٧/١٢٦).

(٣) انظر: السلطان، أثر اختلاف المتبايعين (ص: ٦٦).

(٤) انظر: مواهب الجليل (٤/٥١١).

(٤) انظر: ابن عابدين، حاشية على الدر المختار (٥/٥٦٠). الخرشبي، شرح خليل

(٥/١٩٦). الماوردي، الحاوي (٥/٢٩٩). ابن قدامة، المغني (٦/٢٨٥). المرادوي،

الإنصاف (١١/٤٨٠).

### الفرع الثاني: الخلاف في قدر الأجل المشتراط:

**صورة المسألة:** أن يتفق العاقدان على اشتراط الأجل، ويختلفا في قدره. مثال ذلك: أن يقول العميل: اتفقنا على أن يكون الدفع عند الاستلام بعد شهر، وينكر المتجر ذلك، ويقول بل هو إلى عشرة أيام، ويظهر هذا الأمر في المتاجر التي يكون نشاطها في إجارة المنافع، مثل: تأجير المساكن، أو المتاجر المتخصصة بالطيران، ونحوها.

**الحكم:** الخلاف في هذه المسألة كالخلاف في المسألة السابقة، إلا إن المالكية قالوا: إذا فاتت السلعة فالقول قول الأشبه، أي: من تشهد له القرينة، فإذا لم تشهد لأحد منهما -في حال فوات السلعة- تحالفا.

**ويكن مناقشته:** بأنه إذا اعتبرت القرينة عند فوات السلعة فلماذا لا تعتبر عند قيامها، فما الفرق بين فوات السلعة وقيامها؟  
**فإن قالوا:** لأجل النص الوارد في السلعة القائمة.

**فيجاب:** بأنه نص ضعيف كما سبق في المسائل المتقدمة.

**الترجيح:** الأرجح في هذه المسألة هو الأرجح في المسألة السابقة، فالقول في كليهما قول المنكر للزيادة، فلا فرق في الحكم بين أن تكون هذه الزيادة في أصل اشتراطها، أو في قدرها، والله أعلم.

### الفرع الثالث: الخلاف في انتهاء الأجل المشتراط:

**صورة المسألة:** أن يتفق الطرفان على اشتراط الأجل ومقداره، ويختلفا في انتهائه، فيقول أحدهما: انتهى الأجل، ويقول الآخر: لم ينته بعد.

مثال ذلك: أن يكون الأجل شهراً، فيقول المتجر: ابتداء الأجل في ١ محرم، وعليه فينتهي في نهاية شهر محرم، ويقول العميل: بل ابتداء في ٥ محرم؛ فينتهي في ٥ صفر، فصار الخلاف منصباً في انتهاء الأجل، هل هو بنهاية شهر محرم، أو في ٥ صفر؟ فمن يؤخذ بقوله حينئذ؟

**الحكم:** سبق نقل اتفاق المذاهب الأربعة على أنه إذا كان البيع مؤجلاً، واتفق المتبايعان على قدر الأجل، واختلفا المتعاقدان في انتهاء الأجل، ولم يكن لأحدهما بينة؛ فالقول قول من ينكر انتهاء الأجل (وهو العميل في الصورة

السابقة) بيمينه<sup>(١)</sup>؛ وذلك لأن المنكر ينكر استيفاء الأجل، فيكون القول قوله بيمينه<sup>(٢)</sup>.

إلا أن المالكية قالوا: إن كانت السلعة قائمة تحالفا، وإن كانت فائتة، فالقول قول من ينكر انتهاء الأجل، وهو المشتري (العميل في الصورة السابقة)، إلا أن يكون قول البائع أشبه بالقرائن.

وسبقت مناقشة قولهم في المسألة السابقة، فالأرجح تقديم قول من ينكر انتهاء الأجل؛ لأن القول قول المنكر بيمينه، والله أعلم.

### المسألة الثالثة: الخلاف في شرط خيار الفسخ:

**صورة المسألة:** أن يختلف العاقدان في اشتراط خيار فسخ العقد مدة معينة، فيدعي أحدهما وجود الخيار في العقد، وينكر الآخر، وكذا لو اختلفا في مدة الخيار، فمن يقبل قوله حينئذ؟

مثال ذلك: أن يقول العميل اشترطنا في العقد خيار الفسخ مدة ثلاثة أيام، وينكر المتجر ذلك، ويقول بل العقد على البتّ واللزوم من دون خيار.

**الحكم:** اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** أن القول قول من ينفيه، وهو قول الحنفية<sup>(٣)</sup>، والمالكية<sup>(٤)</sup>، والمذهب عند الحنابلة<sup>(٥)</sup>.

**القول الثاني:** أنهما يتحالفاً، ثم يفسخ البيع، وهو قول زفر من الحنفية<sup>(٦)</sup>، وقول الشافعية<sup>(٧)</sup>، ورواية عن الإمام أحمد<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: بداية المبحث الثاني.

(٢) انظر: العناية (٢١٣/٨).

(٣) السرخسي، المبسوط (٥٩/١٣).

(٤) الخرشي، شرح خليل (٢٠٠/٥). قال: "وهذا ما لم يجر العرف بخلاف ذلك".

(٥) المرادوي، الإنصاف (٤٨٠/١١). البهوتي، شرح المنتهى (٥٦/٢).

(٦) البناية (٣٥٦/٩).

(٧) الحاوي (٢٩٩/٥). النووي، روضة الطالبين (٥٧٧/٣).

(٨) ابن قدامة، المغني (٢٨٥/٦). المرادوي، الإنصاف (٤٨٠/١١).

**القول الثالث:** أن القول قول مدعي الخيار، وهو رواية عن أبي

حنيفة<sup>(١)</sup>، وقول أشهب من المالكية<sup>(٢)</sup>.

**الأدلة:**

**أدلة القول الأول والثاني:** هي أدلتهم فيما إذا اختلفا في شرط الأجل،

وقد تقدمت.

**دليل القول الثالث:** أن الأصل عدم انتقال الملك، ومدعي الخيار ينكر

الانتقال عن ملكه إن كان بائعاً، أو ينكر وجوب الثمن عليه إن كان مشترياً،

والقول قول المنكر<sup>(٣)</sup>.

**نوقش من وجهين:**

(١) هذا القول مبني على أن الملك في زمن الخيار للبائع كما هو مذهب

المالكية، فإن قيل: إن الملك في زمن الخيار للمشتري، لم يكن المشتري

ينكر انتقال الملك، بل هو يدعيه<sup>(٤)</sup>.

(٢) البيع هو الذي ينقل الملك، وهو في نفسه لم يختلف عليه، فكل منهما مقر

بوقوعه، والخلاف في اشتراط الخيار، فالمشتري يدعي الخيار، وهو أمر

زائد على البيع، لا يثبت إلا بالشرط، فالأصل عدمه حتى يثبت العكس.

**الترجيح:** يظهر - والله أعلم - أن الأقرب في هذه المسألة هو القول الأول، وهو

تقديم قول من ينفي اشتراط الخيار، لأن الأصل عدمه، وتقدم أن الراجح

في كل خلافات الشروط الجعلية؛ تقديم قول من يدعي نفيها، إلا إذا

وجدت بينة لأحد العاقدين، أو قرينة تشهد لأحدهما؛ كالعرف والعادة،

فيحكم بها.

(١) البناية (٣٥٧/٩).

(٢) القرافي، الذخيرة (٣٢٨/٥).

(٣) انظر: البناية (٣٥٧/٩). القرافي، الذخيرة (٣٢٨/٥).

(٤) الديبان، المعاملات المالية (١١٧/٧).



### المبحث الثالث: الطوارئ في عقود المتاجر الإلكترونية

#### المطلب الأول: المقصود بالطوارئ في عقود المتاجر الإلكترونية:

الطوارئ جمع طارئ، وهو في اللغة: ما يحدث فجأة<sup>(١)</sup>، وليس هذا ببعيد عن المعنى الاصطلاحي لها، فقد عرفها بعض المعاصرين بأنها: الأمور الخارجة عن العادة التي تحدث فجأة دون توقع لها<sup>(٢)</sup>، وجاء في المعايير الشرعية تعريف العوارض الطارئة على الالتزامات بأنها: "الأمور التي تطرأ على التصرفات أو الالتزامات الناشئة عنها -بعد وقوعها صحيحة- فتؤثر فيها"<sup>(٣)</sup>.

فالطوارئ أمور استثنائية لا علم للعاقدين بها وقت العقد، ولا قدرة لهم على دفعها، تحدث بعد إبرام العقد، ويترتب على حدوثها استحالة تنفيذ محل الالتزام في العقد أو أن تجعل تنفيذه مرهقا للمدين الملتزم به، بحيث يهدده بخسارة فادحة<sup>(٤)</sup>، وقد تكون هذه الطوارئ غير مؤثرة على محل الالتزام. وبناءً على ما سبق فالطوارئ الاستثنائية على العقود قد تكون يسيرة فلا تؤثر على العقد وليس لها أثر فقهي، وقد يكون التنفيذ معها مرهقا للمدين، فيتعذر عليه المضي في العقد إلا بوقوع ضرر كبير عليه وخسارة غير محتملة، وهذه تسمى: (الظروف الطارئة)، وقد تكون قاهرة بحيث يستحيل معها تنفيذ محل الالتزام، وهي ما اصطلح عليها بـ(القوة القاهرة).

(١) المعجم الوسيط (٢/٥٥٢). مادة: (طراً).

(٢) محمد منصور، أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي وأدلته (ص: ١٩٥).

(٣) المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة الشرعية (أبوفي)، المعيار رقم

(٣٦)، العوارض الطارئة على الالتزامات، (ص: ٩٢٣).

(٤) انظر: إبراهيم العنزي، أثر جائحة كورونا على العقود المالية، ضمن السجل العلمي

لحلقة بحث آثار جائحة كورونا على العقود المالية، مجلة مركز التميز البحثي، جامعة

الإمام، الرياض ١٤٤٢ هـ (ص: ٥٤). مصعب الكروي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها

على العقد الإداري (ص: ٦).

وقد ذكر أهل الأنظمة والقانون عدة تعريفات لهذين المصطلحين، وفيما

يلي بيان لهما:

أما **الظروف الطارئة** فقد عرفت بأنها: "حوادث وظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد تؤدي إلى قلب اقتصادات العقد، وخسارة المتعاقد خسارة غير محتملة"<sup>(١)</sup>.

وأما **القوة القاهرة** فقد عرفت بأنها: "وقوع حادث مفاجئ خارج عن إرادة أطراف العقد، ويتصف بعدم إمكانية توقعه أو دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد"<sup>(٢)</sup>.

فخلاصة الفرق بينهما أن الظروف الطارئة يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدية معها مرهقاً يجاوز حدود السعة، دون أن يكون مستحيلاً، وأما القوة القاهرة فهي التي تتحقق فيها الاستحالة<sup>(٣)</sup>.

ومحل الدراسة هنا في الطوارئ التي تقع بعد إبرام العقد وقبل التنفيذ؛ لأن الالتزام ينشأ مع العقد، لذا لا تُبحث هذه المسألة إلا في العقود متراخية التنفيذ<sup>(٤)</sup>؛ كعقد الإجارة، ولكن يدخل فيها عقد البيع الإلكتروني؛ لأن إبرام العقد وقع في المتجر، فالالتزام ناشئ حينئذ، والتنفيذ -أو تمام التنفيذ- متراخ إلى وقت تسليم السلعة للعميل، لا سيما أن العقود في المتاجر الإلكترونية عامتها من بيع الموصوف في الذمة التي لها حكم السلم في الجملة، فالحاصل أن هذه المسألة (أي: الطوارئ في العقود) من المسائل المرتبطة بالمتاجر الإلكترونية؛

(١) العنزي، أثر جائحة كورونا على العقود المالية (ص: ٥٤). ينقله عن: د. حسان أبو العلا، الظروف الطارئة وأثرها على العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية (ص: ٤٣).

(٢) المرجعان السابقان نفسهما.

(٣) انظر: كمال الدين جعيط، عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي (٩٧٥/٧).

(٤) انظر: الكروي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري (ص: ٥١).

لأن العقود فيها إما أن تكون على الخدمات (ودخول الإجارة في هذا ظاهر)، أو على السلع، وهي عقود متراخية التنفيذ، فتكون محلاً للدراسة.

وسيكون البحث في المسائل التالية عن أثر هذه الطوارئ على عقود المتاجر الإلكترونية، مبتدئاً بأثر القوة القاهرة عليها؛ فالتنفيذ معها يكون مستحيلاً، والتعذر فيها كلي، ثم سأتابعها ببيان أثر ما يعرف بـ"الظروف الطارئة"؛ إذ التنفيذ معها لا يكون مستحيلاً، وإنما يكون مرهقاً لصاحب الالتزام، وكثيراً من أحكامها تلتحق بحكم القوة القاهرة، كما سيتضح في ثنايا البحث.

**المطلب الثاني: أثر القوة القاهرة على الإخلال بالتزامات عقود المتاجر الإلكترونية:**

الأثر الفقهي المترتب على هذه القوة يختلف من عقد لآخر، وعليه فسيكون البحث فيما يلي عن أثرها في عقد البيع، وأثرها في عقد الإجارة، فهما أصول القضايا المتنازع فيها في المتاجر، وعليهما تنبني بقية المسائل.

**المسألة الأولى: أثر القوة القاهرة على الإخلال بالالتزام الناشئ عن عقد البيع:**

القوة القاهرة قد تؤثر على المبيع المعقود عليه، فتؤدي إلى تلفه أو تعيبه، أو إلى صعوبة الوصول إليه بحيث يكون تسليمه للمشتري مستحيلاً، فحينئذ يكون لها حكم المبيع إذا تضرر بأفة سماوية قبل قبض المشتري، وقد سبقت دراسة المسألة وتفصيل الكلام فيها، وتجنباً للتكرار يُرجع إلى المسألة في موضعها<sup>(١)</sup>.

وتبقى مسألة وحيدة لم أفصل الكلام فيها، وهي: الثمر المبيع على شجره إذا بيع دون أصله، بعد بدو صلاحه، وقبل أوان جذاذه، وقد حصلت التخلية من البائع، فأصابته جائحة، فعلى من يكون ضمانها، أعلى المشتري أم البائع؟ هذه مسألة "وضع الجوائح"، فهل يوضع عن المشتري ما اجتبح من الثمر

(١) المطلب الأول من المبحث الثاني. وانظر: عادل المطيرت، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي (ص: ٣٩٧).

ويكون من ضمان البائع، أم لا يوضع عن المشتري فيكون من ضمانه؟  
اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

**القول الأول:** ضمان المبيع على المشتري (عدم وجوب وضع الجوائح عن المشتري)، وهو قول الحنفية<sup>(١)</sup>، والقول الجديد للشافعي<sup>(٢)</sup>.

**القول الثاني:** ضمانه على البائع (وجوب وضع الجوائح عن المشتري) وهو قول المالكية<sup>(٣)</sup>، والقول القديم للشافعي<sup>(٤)</sup>، وقول الحنابلة<sup>(٥)</sup>.

**الأدلة:**

**أدلة القول الأول:**

**الدليل الأول:** حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: أصيب رجلٌ في عهد رسول الله ' في ثمار ابتاعها، فكثُرَ دينُهُ. فقال رسول الله ' : ((تصدقوا عليه)). فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاءَ دينه. فقال رسول الله ' لغرمائه: ((خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك))<sup>(٦)</sup>.

وجه الدلالة: أن النبي ' لم يبطل دين الغرماء بذهاب الثمر بالعاهات، فدل ذلك على عدم وجوب وضع الجوائح، وأن ضمان الثمر على المشتري؛

(١) الطحاوي، شرح معاني الآثار (٣٥/٤).

(٢) الشريبي، مغني المحتاج (٥٠١/٢).

(٣) الباجي، المنتقى (٢٣٢/٤).

(٤) الشريبي، مغني المحتاج (٥٠١/٢).

(٥) ابن قدامة، المغني (١٧٧/٦). وقال بعدها: "ظاهر المذهب أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله، كالشيء اليسير الذي لا ينضبط، فلا يلتفت إليه". (١٧٩/٦). وهذا خلاف ما عليه مذهب المالكية فلا يعتبر وضع الجوائح إلا إذا ذهب ثلث الثمر فأكثر. انظر: المنتقى (٢٣٢/٤).

(٦) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين (١١٩١/٣). رقم:

لأنه قَبَضَهُ بالتخلية<sup>(١)</sup>.

**نوقش:** أن هذه حكاية عن فعل، وقضية عين، ترد عليها عدة احتمالات، منها:

أ/ يحتمل أنه أصيب بغير جائحة، فالحديث ليس فيه أنه أصيب في الثمر بجائحة، فقد يكون أصيب فيها بانحطاط سعرها، وإن قدر أنه أصيب فيها بجائحة فليس في الحديث أنها كانت جائحة عامة، بل لعلها خاصة كسرقة اللصوص التي يمكن الاحتراز منها<sup>(٢)</sup>.

ب/ وإن قدر أن الجائحة عامة فهذا -أيضا- يرد عليه احتمالات متعددة، منها:

(١) أن التلف كانت بتفريطه، ومثل هذا لا يستحق وضع الجائحة<sup>(٣)</sup>.

(٢) أنه لم يطلب الفسخ، فالحق في ذلك له، إن شاء طلبه وإن شاء تركه<sup>(٤)</sup>.

(٣) أنها تلفت بعد كمال الصلاح وحوزها إلى الجرين<sup>(٥)</sup> أو السوق أو البيت<sup>(٦)</sup>.

(٤) أن هذا قبل النهي بيع الثمار قبل بدو صلاحها<sup>(٧)</sup>.

فهذه القضية من المتشابه الذي يردّ إلى المحكم، وهو النصوص الصحيحة الصريحة في وضع الجوائح، وسيأتي ذكرها عند بيان أدلة القول الثاني، ولو فرض أن هذا الحديث كان مخالفاً للنص الصريح لكان منسوخاً؛

(١) انظر: الطحاوي، شرح معاني الآثار (٣٥/٤). الماوردي، الحاوي (٢٠٧/٥).

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين (٢٥٨/٢).

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) السابق نفسه.

(٥) الجرين: البيدر الذي يداس فيه الطعام، والموضع الذي يجفف فيه الثمار. المصباح المنير (٩٧/١). مادة: (جرن).

(٦) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٢٧٣/٣٠).

(٧) المصدر السابق نفسه.

لأنه باقٍ على حكم الأصل، ووضع الجوائح ناقل عنه، وفيه سنة جديدة، فلو خولفت لوقع التغيير مرتين، وهذا بعيد<sup>(١)</sup>.

**الدليل الثاني:** حديث أنس رضي الله عنه أن النبي ' نهى عن بيع ثمر النخل حتى تزهو. فقالوا لأنس: ما زهوها؟ قال: تحمرّ وتصفرّ، رأيتك إن منع الله الثمرة، بم تستحل مال أخيك؟<sup>(٢)</sup>.

**وجه الدلالة:** أن الحديث فيه النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وعلته حفظ مال المسلم عن التلف كما يدل عليه قوله: (أرأيتك إن منع الله الثمرة، بم تستحل مال أخيك)، فلو كان الأمر بوضع الجوائح للوجوب مطلقاً؛ لم يكن لنهي النبي ' عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه معنى؛ لأنه محفوظ إن تلف في الحالين بالرجوع إلى البائع، فلما نهى النبي ' عن البيع في الحال التي يخاف من الجائحة فيها، لئلا يأخذ مال المشتري بغير حق؛ علم منه أن الجائحة لا تكون مضمونة على البائع، وأنها مضمونة فيما صح بيعه على المشتري<sup>(٣)</sup>.

### نوقش من وجهين:

(١) أن تعرض الثمار للتلف قبل بدو الصلاح كثير، فنهى عن بيعه مطلقاً، وتعرضها للتلف بعد بدو الصلاح نادر، فأذن في بيعها، وإن أصابها جائحة فإنّ ضمانها على البائع، والحاجة داعية إلى جواز بيع الثمار، فإن الثمار قد لا يمكن بيعها إلا كذلك، فلو منعناه من بيعها أضررنا بالبائع، ولو جعلناها من ضمان المشتري إذا تلفت بجائحة أضررنا بالمشتري، فجوّز بيعها؛ لأنها في حكم المقبوض بالتخلية بينه وبينها، وصارت من

(١) السابق نفسه.

(٢) البخاري، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة (٧٧/٣). رقم: (٢١٩٨). صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح

(٣) (١١٩٠/٣)، رقم: (١٥٥٥). واللفظ له.

(٣) انظر: الماوردي، الحاوي (٢٠٦/٥).

ضمان البائع بالجائحة؛ لأنها ليست في حكم المقبوض من جميع الوجوه، ولهذا يجب عليه تمام التسليم بالوجه المحتاج إليه<sup>(١)</sup>.

(٢) أن الحديث حجة على القول الأول لا لهم؛ لأن النبي ' جعل المال لأخيه دونه بسبب الجائحة، فمفهوم الحديث أن العوض ينتقي بانتقاء الثمر فلا يحل للبائع أخذ الثمن بلا عوض<sup>(٢)</sup>، يدل على ذلك رواية مسلم: ((لو بعث من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟))<sup>(٣)</sup>.

**الدليل الثالث:** أن التخلية كافية في جواز التصرف، فكانت كافية في جواز نقل الضمان قياسا على العقار<sup>(٤)</sup>.

**نوقش:** بأن التخلية ليست قبضًا تامًا يوجب نقل الضمان إلى المشتري، بدليل ما لو تلفت بعطش فإنها من ضمان البائع، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض، بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها، ولو تلفت -بعد التخلية وقبل الاستيفاء- كانت من ضمان المؤجر، كذلك الثمرة فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها، توجد حالًا فحالًا<sup>(٥)</sup>، وقبض الثمرة إنما يتحقق بحدّ الثمرة ويبسها، وأما قبل ذلك ففيها حق توفية البقاء<sup>(٦)</sup>، ولذا فإنَّ عُلُقَ البائع لم تنقطع عن المبيع، فإن عليه سقي الأصل وتعاهده، كما لم تنقطع عُلُقُ المؤجر عن العين المستأجرة<sup>(٧)</sup>.

(١) الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١٦٤/٣).

(٢) المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي (ص: ٣٥٣).

(٣) صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب وضع الجوائح (٣/١١٩٠). رقم: (١٥٥٤).

والحديث عن جابر رضي الله عنه.

(٤) الشرييني، مغني المحتاج (٥٠١/٢).

(٥) ابن قدامة، المغني (١٧٨/٦).

(٦) القرافي، الذخيرة (٢١٤/٥).

(٧) ابن القيم، إعلام الموقعين (٢٥٧/٢).

## أدلة القول الثاني:

**الدليل الأول:** حديث جابر رضي الله عنه: (أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح)<sup>(١)</sup>، وفيه أن جابرًا رضي الله عنه سمع النبي ﷺ يقول: ((لو بعث من أخيك ثمرًا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟))<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة: أن هذا النص صريح في وجوب وضع الجوائح، أي: وجوب إسقاط ما اجتبح من الثمر عن المشتري، وأنها من ضمان البائع<sup>(٣)</sup>.  
**نوقش:** بأن هذا الحديث ضعيف، كما ذكره الإمام الشافعي<sup>(٤)</sup>.

**ويجاب عنه:** بأن هذا النص ثابت من غير طريق الشافعي -رحمه الله-، فالشافعي يرويه عن سفيان بن عيينة، ويذكر أنه مع طول مجالسته لسفيان سمعه يحدث بحديث جابر رضي الله عنه كثيرًا ولم يذكر فيه الأمر بوضع الجوائح، يقول الشافعي: "أخبرنا سفيان عن حميد بن قيس عن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبد الله «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السنين وأمر بوضع الجوائح». سمعت سفيان يحدث هذا الحديث كثيرًا في طول مجالستي له لا أحصي ما سمعته يحدثه من كثرته لا يذكر فيه أمر بوضع الجوائح، لا يزيد على «أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنين ثم زاد بعد ذلك وأمر بوضع الجوائح»<sup>(٥)</sup>.

والجواب أن النص ثابت من غير طريق سفيان، فقد رواه مسلم -كما في الرواية السابقة- من طريق ابن جريج عن أبي الزبير أنه سمع جابرًا يحدث

(١) صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوائح (١١٩١/٣). رقم: (١٥٥٤).

(٢) السابق (١١٩٠/٣).

(٣) انظر: ابن قدامة، المغني (١٧٨/٦).

(٤) الأم (٥٧/٣). وانظر: المغني (١٧٨/٦).

(٥) الأم (٥٧/٣).



بهذا الحديث، ولو وصلت هذه الرواية الشافعيّ لقال بها<sup>(١)</sup>، ثم إن أئمة الشأن أثبتوا هذا النص عن سفيان، فقد رواه -متضمناً وضع الجوائح- الإمام أحمد ويحيى بن معين وعلي بن المدني، وغيرهم عن سفيان بن عيينة، عن حميد الأعرج، عن سليمان بن عتيق عن جابر، فالحديث ثابت<sup>(٢)</sup>.

**الدليل الثاني:** أن هذا مقتضى القياس الصحيح، وذلك "أن المشتري لم يتسلم الثمرة ولم يقبضها القبض التام الذي يوجب نقل الضمان إليه؛ فإن قبض كل شيء بحسبه، وقبض الثمار إنما يكون عند كمال إدراكها شيئاً فشيئاً فهو كقبض المنافع في الإجارة، وتسليم الشجرة إليه كتسليم العين المؤجرة من الأرض والعقار، وعلق البائع لم تنقطع عن المبيع، فإن له سقي الأصل وتعاهده، كما لم تنقطع علق المؤجر عن العين المستأجرة، والمشتري لم يتسلم التسليم التام كما لم يتسلم المستأجر التسليم التام، فإذا جاء أمر غالب اجتاحت الثمرة من غير تفریط من المشتري لم يحل للبائع إلزامه بثمن ما أتلفه الله سبحانه منها قبل تمكنه من قبضها القبض المعتاد"<sup>(٣)</sup>.

**الترجيح:** يظهر مما سبق أن القول الأرجح في المسألة هو القول بوضع الجوائح، وأن ضمان الثمرة يبقى على البائع حتى يستوفيه المشتري منه،

(١) ولذا ذكّر في المصدر السابق أن هذه الرواية لو ثبتت عنده لقال بمقتضاها، فلم لم تثبت عنه -في الطريق الذي يعرف الحديث منه- لم يقل بوضع الجوائح، وبناءً عليه هل يقال: إن مذهب الشافعي هو القول بوضع الجوائح؛ لأنه قال: "إذا صح الحديث فهو مذهبي" وقد صح من طريق لا يعرفه، فهل يكون هذا مذهبه؟ يحتمل ذلك، وهي طريقة يستعملها كبار فقهاء الشافعية أحياناً؛ كالجويني، والنووي. انظر: المجموع (٩٢/١).

(٣٧٠/٦).

ولتقي الدين السبكي رسالة سماها: "معنى قول المطلبي: إذا صح الحديث فهو مذهبي"، شرح فيها هذه الكلمة وما يجب أن تحمل عليه وتفيد به. وهي مطبوعة ضمن مجموعة الرسائل المنيرية، ط ١، ١٣٤٣ هـ (٩٨/٣).

(٢) انظر: المغني (١٧٨/٦).

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين (٢٥٧/٢).

ولا يكفي مجرد التخلية بانتقال ضمان الثمار؛ لأنه ليس قبضاً تاماً فيها، فهي كالتخلية بين المستأجر والعين المعقود على منفعتها؛ فلا يعد قبضاً تاماً للمنفعة، وسبق بيان الأدلة الصريحة في المسألة وهي نصوص محكمة لا تقبل التأويل، وإذا ورد الحديث عن المعصوم، فلا نظر إلى حديث غيره.

ويتفرع عن الترجيح السابق أنه إذا جاء وقت الاستيفاء وقد كمل طيب الثمرة، وتمكّن المشتري من القبض المعتاد في وقته ثم أخره لتفريط منه أو لانتظار غلاء السعر أو نحوًا من ذلك؛ كان التلف من ضمانه، ولم توضع عنه الجائحة<sup>(١)</sup>؛ لأن وضع الجوائح عنه لعدم القبض التام للثمرة، وهنا قد تمكن من القبض التام فأخره بتفريط منه؛ فيتحمله، والله أعلم.

والقائلون بوضع الجوائح -في الجملة- يثبتونها في جميع الشجر، فليست حصراً على النخل الذي ثبت فيه النص<sup>(٢)</sup>.

والصحيح من قول الحنابلة والمالكية -وهم القائلون بوضع الجوائح- أن الجائحة التي تكون من الأدميين الذين لا يمكن تضمينهم؛ لها حكم الجائحة التي لا تكون من الأدميين، ومثلوا لذلك بالجيوش وللصوص الغالبين<sup>(٣)</sup>، ومن الأمثلة المعاصرة حظر التجول من الدولة.

وتبقى مسألة وحيدة وهي: هل يقضى بوضع الجوائح في غير الثمر؟

لعل هذا ينبني على ما سبق بيانه عند بحث حكم تلف المبيع قبل القبض، فقد تقدم أن المبيع إذا تضرر بأفة قبل قبض المشتري له، وكان فيه حق توفية، -ولو لم يكن ثمرًا- فإنه من ضمان البائع بالاتفاق، وإن لم يكن فيه حق توفية، فالحنفية والشافعية يرون أنه من ضمان البائع أيضاً، ويرى المالكية والحنابلة أنه من ضمان المشتري، والأرجح أن هذا يعود إلى التسليم الذي يمكن معه انتفاع المشتري بالمبيع، فمتى ما تمكن المشتري من استلام السلعة

(١) إعلام الموقعين (٢/٢٥٨).

(٢) مجموع الفتاوى (٣٠/٢٨٠).

(٣) السابق (٣٠/٢٧٨).

والانتفاع بها؛ انتقل الضمان إليه، والعكس بالعكس، وهذا يقال أيضاً في المبيع الموصوف في الذمة، فإنه يبقى في ذمة البائع حتى يتسلمه المشتري، وتقدم تفصيل هذا، ومن المفارقات أن القائلين بوضع الجوائح عن المشتري - وهم المالكية والحنابلة- يرون في تلف المبيع بأفة سماوية إذا لم يكن فيه حق توفية أن الضمان على المشتري، والذين لا يقولون بوضعها عنه - وهم الحنفية والشافعية في المشهور - يقولون إن الضمان على البائع! ولعل المنزع في المسألتين مختلف عندهم، أو أن النص ثبت في وضع الجوائح، فخالفوا لأجله قياسهم وأصلهم.

والقول الذي يتسق مع جميع ما تقدم هو: ما سبق ترجيحه في أن الضمان لا ينتقل إلا عند التمكين التام من الانتفاع؛ لأن البائع ملتزم بتسليم المبيع إلى المشتري، ولا يسقط عنه الالتزام إلا بالأداء، الذي هو التمكين من الانتفاع، وهذا ما يتسق أيضاً مع ما سيأتي في أثر الطوارئ على عقد الإجارة كما سيتضح في المسألة القادمة، والله أعلم.

والتقرير السابق هو المتفق مع ما جاء في توصيات مؤتمر معالجة الشريعة الإسلامية لآثار جائحة كورونا بالكويت، حيث جاء في البيان الختامي للمؤتمر:

"لنظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة أثر في عقود التوريد المتراخية التنفيذ، فإذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فتعتبر قوة القاهرة، فإن كانت الاستحالة كلية انفسخ العقد من تلقاء نفسه، وإن كانت جزئية خير الدائن بين أن يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن التنفيذ، أو أن يطلب فسخ العقد ولا يستحق الدائن تعويضاً عما ناله بسبب تفويت الصفقة كلياً أو جزئياً..."<sup>(١)</sup>.

وهو ما يفهم من قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة، حيث قرر انفساخ العقد عند استحالة تنفيذ

(١) البيان الختامي: القرارات والتوصيات لمؤتمر معالجة الشريعة الإسلامية لآثار جائحة كورونا، جامعة الكويت (ص:٩).

العقود المتراخية التنفيذ؛ كالتوريد والاستصناع، وهي عقود لها شبهه ببيع الموصوف وشبهه بعقد الإجارة، ولكن محلها العين الموصوفة.

جاء في القرار السابع من قرارات الدورة الخامسة للمجمع بشأن الظروف

الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية، ما يلي:

"في العقود المتراخية التنفيذ - كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات - إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غيّر الأوضاع والتكاليف والأسعار، تغييراً كبيراً، بأسباب طارئة عامة، لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معادة، من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة عند التنازع، وبناءً على الطلب، تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد، فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى أن فسحه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه..."<sup>(١)</sup>، وسيكون لهذا القرار اتصال بما سيأتي في عقد الإجارة.

**المسألة الثانية: أثر القوة القاهرة على الإخلال بالالتزام الناشئ عن عقد الإجارة:**

**الفرع الأول: إجارة الأعيان:**

النزاع المتقدم كله في البيع، وأما الإجارة فلا نزاع بين الفقهاء أن منافع العين المؤجرة إذا تعطلت بالجائحة قبل التمكن من استيفائها سقطت الأجرة عن المستأجر، قال ابن تيمية: "وأما الجوائح في الإجارة فنقول: لا نزاع بين الأئمة أن منافع الإجارة إذا تعطلت قبل التمكن من استيفائها سقطت الأجرة، لم يتنازعوها في ذلك كما تنازعوها في تلف الثمرة المبيعة؛ لأن الثمرة هناك قد يقولون: قبضت بالتخلية، وأما المنفعة التي لم توجد فلم تقبض بحال، ولهذا

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الإصدار الثالث (ص: ١١٧).

نقل الإجماع على أن العين المؤجرة إذا تلفت قبل قبضها بطلت الإجارة، وكذلك إذا تلفت عقب قبضها وقبل التمكّن من الانتفاع؛ إلا خلافاً شاذاً حكوه عن أبي ثور<sup>(١)</sup>.

وقال أيضاً: "ولا خلاف بين الأمة أن تعطل المنفعة بأمر سماوي يوجب سقوط الأجرة أو نقصها أو الفسخ، وإن لم يكن للمستأجر فيه صنع؛ كموت الدابة وانهدام الدار وانقطاع ماء السماء: فكذاك حدوث الغرق وغيره من الآفات المانعة من كمال الانتفاع بالزرع"<sup>(٢)</sup>.

فهنا ينقل ابن تيمية الاتفاق على أمرين: عدم استحقاق الأجرة إذا تعطلت المنفعة، وعدم لزوم العقد، فالمستأجر يستحق الفسخ بذلك<sup>(٣)</sup>.

وأشار إلى اتفاقهم على مسألة إنقاص الأجرة، وهذا يثبت إذا مضت مدة من العقد يمكن الانتفاع بها، فإن الفسخ يكون لما بقي؛ لتعذر الانتفاع به، وتثبت أجرة ما مضى بقسطه، ومن نصوص الفقهاء في هذه المسألة:

قول الدردير: "وفسخت الإجارة بتعذر ما يستوفى منه المنفعة... والتعذر أعم من التلف؛ فيشمل الضياع والمرض والغصب وغلط الحوانيت قهراً وغير ذلك، وإذا فسخت رجع للمحاسبة باعتبار ما حصل من المنفعة وما لم يحصل وباعتبار المسافة طويلاً وقصراً وسهولة وصعوبة"<sup>(٤)</sup>.

ويقول الرافعي: "وإن قلنا بعدم الانفساخ، فله الفسخ في المدة الباقية، وفي الماضية الوجهان، فإن منعاه، فعليه قسط ما مضى من المسمى"<sup>(٥)</sup>.  
ويقول ابن تيمية في نظير هذه المسألة: "إذا استأجر ما تكون منفعة

(١) مجموع الفتاوى (٢٨٨/٣٠). وانظر: ابن حزم، المحلى (١٠/٧).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩٣/٣٠).

(٣) وانظر في نصوص الفقهاء على عدم لزوم العقد: محمد بن الحسن، الأصل (١٠/٤).

عليش، منح الجليل (٥٢١/٧). الرافعي، الشرح الكبير (١٧٠/٦). ابن أبي عمر، الشرح الكبير (٤٥٩/١٤).

(٤) الشرح الصغير (٥٠/٤).

(٥) الشرح الكبير (١٧١/٦).

إيجاره للناس، مثل: الحمام والفندق والقيسارية ونحو ذلك، فنقصت المنفعة المعروفة، مثل: أن ينتقل جيران المكان ويقل الزبون لخوف أو خراب أو تحويل ذي سلطان لهم ونحو ذلك؛ فإنه يحط من المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة المعروفة؛ سواء رضي الناظر وأهل الوقف أو سخطوا، ولا يرجع على المستأجر بما وضع عنه إذا لم توضع إلا قدر ما نقص من المنفعة المعروفة<sup>(١)</sup>.

ويكون حساب الأجرة بقسمتها على الزمن إن كانت قيمة المنفعة لا تختلف باختلاف زمن العقد، وإن كانت تتفاوت باختلاف زمن العقد - كحال ما يرتفع ثمنه زمن المواسم - فإن القيمة تقسم على مدة العقد بحيث تحدد نسبة كل فترة من فتراته، ثم تحسب الأجرة بالنسبة كحساب النسبة في القيمة<sup>(٢)</sup>.

مثال ذلك: إذا كانت قيمة منفعة المحل المستأجر في الصيف ضعفي قيمتها في الشتاء، فهذا يعني أن أجرته تقسم أثلاثاً: ثلثان للصيف، وثلث للشتاء، فلو كان تعذر الانتفاع خلال فترة الصيف، فإنه يسقط من الأجرة ثلثها؛ كما هو الحال في بعض المواقع التجارية في المصايف، التي يكون جل نشاطها التجاري خلال أشهر الصيف<sup>(٣)</sup>.

ومحل الكلام المتقدم إذا أضرت الجائحة بالمعقود عليه نفسه<sup>(٤)</sup>، أما لو كانت لم تضر بذات المعقود عليه ولكنها تمنع المستأجر من استيفاء المنفعة منها؛ كما لو كان وصوله إليها متعذراً، فهل للمستأجر حق الفسخ حينئذ؟

(١) مجموع الفتاوى (٣٠/٣١١). وانظر كيف اعتبر هذا حتى في الأرض الموقوفة، ولو لم يرض الناظر والموقوف عليهم.

(٢) عبدالله التميمي، أثر الإجراءات الاحترازية في عقد الإجارة بسبب انتشار وباء كورونا (ص: ٥١٢).

(٣) المرجع السابق نفسه. وانظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٣٠/١٨٧، ٢٥٧). فقد ذكر نحوًا من هذا.

(٤) المطيريات، أحكام الجوائح (ص: ٤٠٣).

ذهب الجمهور من الحنفية<sup>(١)</sup> والمالكية<sup>(٢)</sup> والحنابلة<sup>(٣)</sup> إلى أنه يستحق الفسخ أيضاً؛ لأنها أمر غالب يمنع من استيفاء المنفعة، فيثبت للمستأجر حق الفسخ، كما لو أضرت بالمعقود عليه.

وخالفهم الشافعية في ذلك، فقالوا: لا تنفسخ الإجارة بالجوائح إلا إذا أضرت بالمعقود عليه نفسه، فلا يثبت للمستأجر حق الفسخ في هذه الصورة<sup>(٤)</sup> وقول الجمهور هو الأقرب للصواب؛ لأن المعنى الذي يستحق المستأجر معه الفسخ هو تعذر استيفاء المنفعة، وأما كون التعذر محل العين أو العاقد؛ فطردِيٌّ لا تتعلق به الأحكام.

وبناءً عليه فإذا تعاقد العميل مع المتجر على السكن في فندق معين، ثم وقعت ظروف قاهرة تمنع العميل من استيفاء المنفعة في المدة المتفق عليها؛ فإن له خيار الفسخ، ولا تلزمه الأجرة؛ لتعذر استيفاء الحق، فكل معنى يتعذر معه استيفاء المنفعة فهو مثبت للفسخ، لكن لو علم القاضي أن عقد الإجارة مقدّر بالزمن، وأن القوة القاهرة يغلب على الظن زوالها قبل انتهاء المدة المتعاقد عليها، فإن الذي تقتضيه الأصول أن يُمضي العقد؛ لأن الأصل إضاء العقود بقدر الإمكان، ثم يسقط من الأجرة بقدر ما فات من المنفعة، ولعله يقيد هذا بعدم الضرر على المستأجر، فإذا كان هذا يضر به؛ لم يحكم به، لأن إضاء العقد في هذه الحالة موضوع لمصلحته، فإذا لم تتحقق معه المصلحة لم يحكم به، والله أعلم.

واستحقاق الفسخ في هذه الحال هو ما قرره المعايير الشرعية، فقد جاء في معيار الإجارة (٩): "تنتهي الإجارة بالهلاك للعين في إجارة العين المعينة، أو بتعذر استيفاء المنفعة، وذلك لفوات المنفعة المقصودة"<sup>(٥)</sup>.

(١) حيدر، درر الحكام (١/٤٨٨).

(٢) الدردير، الشرح الصغير (٤/٥٠).

(٣) ابن قدامة، المغني (٨/٣١).

(٤) النووي، روضة الطالبين (٥/٢٤٠). وانظر: المطيرت، أحكام الجوائح (ص: ٤٠٤).

(٥) المعيار (٩)، الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، البند (٤/٢/٧). (ص: ٢٥٢).

وهو ما جاءت به الأنظمة في المملكة العربية السعودية، فقد جاء في المادة (١١٠) من نظام المعاملات المدنية: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا بسبب لا يد للمدين فيه، انقضى التزامه والالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه"<sup>(١)</sup>.

ونصت المادة (١٧١) من النظام البحري التجاري على أنه: "ينفسخ عقد إيجار السفينة دون تعويض على المؤجر أو المستأجر إذا قامت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الرحلة مستحيلًا"<sup>(٢)</sup>.

وصدر به حكم من المحكمة العامة بمكة المكرمة بتاريخ ١٠/٢/١٤٤٢هـ، في دعوى بفسخ عقد الإجارة بسبب جائحة كورونا، وكان العقد على إجارة فندق، وقد تعطلت منفعته بسبب تعليق إداء العمرة، وتقليل عدد الحجاج، فحكمت المحكمة بفسخ العقد"<sup>(٣)</sup>.

**الفرع الثاني: إجارة الأعمال/ الأشخاص:**

إجارة الأشخاص يفرق فيها بين الأجير الخاص والمشارك:

**أولاً: الأجير الخاص:**

اتفقت كلمة المذاهب الأربعة على أن الأجير الخاص يستحق الأجرة بتسليم نفسه ومضي إمكان الفعل، وإن لم يعمل<sup>(٤)</sup>؛ لأن الإجارة معقودة على عينه، والعقد وقع على المدة لا على العمل، بخلاف الإجارة في الأجير

---

(١) نظام المعاملات المدنية الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ١١/٢٩/١٤٤٤هـ.

(٢) النظام البحري التجاري الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/٣٣) بتاريخ ٥/٤/١٤٤٠هـ.

(٣) حكم غير منشور، نقلته عن بحث: العنزي، أثر جائحة كورونا على العقود المالية (ص: ٧٧).

(٤) والمقصود بعدم عمله إذا كان بسبب لا يرجع إليه؛ كما لو استأجره المستأجر وأبقاه في منزله من دون عمل، فالأجير هنا مستحق للأجرة مع أنه لم يعمل، أما لو استأجره ثم امتنع عن العمل من نفسه، فهذا لا يستحق الأجرة؛ لعدم تنفيذه الالتزام المتفق عليه.



المشترك؛ لأن العقد على عمله الذي في الذمة<sup>(١)</sup>.

لكن لو حصلت جائحة منعه من تقديم العمل، فما الحكم؟

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وهو احتمال عند الشافعية إلى أن المستأجر يستحق الفسخ حينئذ، وأن الأجير لا يستحق الأجرة عن فترة تعذره عن العمل، ولكون بعض نصوصهم محتملة لهذا الحكم فإني سأنقلها بنصها:

قال الغنيمي الحنفي: "والأجير الخاص... يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة المعقود عليها وإن لم يعمل وذلك كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم؛ لأن المعقود عليه تسليم نفسه، لا عمله، كالدار المستأجرة للسكنى، والأجر مقابل بها، فيستحقه ما لم يمنع من العمل مانع كمرض ومطر ونحوهما مما يمنع التمكن من العمل"<sup>(٢)</sup>.

ويقول ابن أبي زيد القيرواني المالكي: "وكذلك) أي مثل الدابة المعينة (الأجير) المستأجرة عينه لخدمة بيت أو رعاية غنم ونحو ذلك مدة معلومة، (يموت) أو يحصل له ما يمنع الاستيفاء منه في أثناء المدة، فإن الإجارة تنفسخ في المدة وله بحساب ما عمل"<sup>(٣)</sup>، فحكمه حكم العين المستأجرة إذا تعذر استيفاء المنفعة منها.

ويقول ابن الرفعة الشافعي: "لو قال: استأجرتك هذا اليوم بعينه لتبيع لي كذا وكذا شيئاً بعينه.

قال ابن القطان في "التهذيب": يحتمل أن يجوز؛ لأن الأغلب إمكانه، فإن تعذر البيع فيه كان له الأجرة المسماة؛ لأنه شغلّه عن منافع نفسه،

(١) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع (١٧٥/٤). العيني، البناءة (٢٣٩/١٠). ابن عبد البر،

الكافي (٧٥٤/٢). البغوي، التهذيب (٤٦٧/٤). ابن قدامة، المغني (١٠٤/٨).

(٢) اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، د. ط ت (٩٤/٢).

(٣) الفواكه الدواني (١١٣/٢).

ويحتمل أن يقال: لا أجره له؛ لأن العمل لم يحصل<sup>(١)</sup>، فالمسألة محتملة عندهم كما سبق، فهل يتخرج هذا الكلام على المسألة محل البحث؟ هذا محل تردد.

ويقول البهوتي الحنبلي: "وإن تعذر عمل الأجير، فله أي: المستأجر الفسخ لتعذر وصوله إلى حقه"<sup>(٢)</sup>، فمقتضى قوله أن الأجير الخاص إذا تعذر عمله استحقّ مستأجره الفسخ مطلقاً.

وهذا ما قرره المعايير الشرعية فقد جاء في المعيار (٣٤): "عقد إجارة الأشخاص عقد لازم، لا يملك أحد الطرفين أن ينفرد بفسخه أو تعديله دون موافقة الآخر، إلا عند الإخلال بشروط العقد، أو لعذر طارئ، أو لظروف قاهرة"<sup>(٣)</sup>.

وصدر بذلك نظام العمل السعودي، فقد نصت المادة (٧٤) من النظام على أنه: "ينتهي عقد العمل في أي من الأحوال التالية..: ٥- القوة القاهرة"<sup>(٤)</sup>. فالأجير إذا تعذر عليه العمل بسبب القوة القاهرة؛ لم يستحق من الأجرة إلا قدر ما عمل، وللمستأجر أن يطلب الفسخ من القاضي؛ لتعذر استيفاء المنفعة، والله أعلم.

#### ثانياً: الأجير المشترك:

اتفقت المذاهب الأربعة على الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله<sup>(٥)</sup>، والأجير المشترك -كما يُعلم- معقودٌ على منفعته التي في الذمة لا على عينه، فهو أقرب إلى إجارة العين الموصوفة في الذمة، التي

(١) كفاية النبيه (٢٢٢/١١).

(٢) كشاف القناع (١٢٦/٩).

(٣) المعيار (٣٤) إجارة الأشخاص، البند: (٧/٤). (ص: ٨٥٣).

(٤) نظام العمل الصادر بمرسوم ملكي رقم (٥١/م) بتاريخ ٢٣/٨/١٤٢٦هـ.

(٥) العيني، البناءة (٢٣٩/١٠). القرافي، الذخيرة (٤٤٠/٥). البغوي، التهذيب (٤٦٧/٤).

البهوتي، كشاف القناع (١٢٦/٩).

ينفسخ فيها العقد عند تعذر استيفاء المنفعة منها.

وبناءً على الحكم السابق فيمكن أن يقال: إن القوة القاهرة إذا منعت الأجير المشترك من تنفيذ العمل الذي في ذمته تجاه المستأجر فإنها تقتضي بذلك استحقاق المستأجر فسخ العقد، لعدم إمكان الوصول إلى حقه، وهو أولى بهذا الحكم من الأجير الخاص؛ لأن الخاص في الأصل يستحق الأجرة بمجرد تسليم نفسه، وأما المشترك فلا يستحق الأجرة إلا بتسليم عمله الذي في الذمة. فإن عمل الأجير المشترك جزءاً من العمل ثم وقعت الجائحة؛ نُظِرَ في مقدار ما عمله قبل وقوع الجائحة، واستحقَّ من الأجرة المسماة مقدار ما نفذه من العمل، كما سبق في إجارة الأعيان، وقد نص أكثر الفقهاء على أن الأجير المشترك إذا عمل بعض العمل ثم احترق محل العقد أو تلف من غير فعله، فإنه يستحق من الأجرة مقدار ما عمل<sup>(١)</sup>، فكذلك الحال في الجوائح التي تمنع من إكمال الالتزام في الإجارة، وهذا قد يحصل مع شركات الشحن التي هي أجير مشترك للمتجر، فقد تأخذ السلعة من المتجر وتبدأ بعملية التوصيل، ثم يكون للجائحة تأثير على تسليم السلعة للعميل، فلا تستطيع الشركة تنفيذ العمل المتفق عليه، فهل تأخذ من الأجرة مقدار ما عملت؟ بناءً على ما سبق فيظهر أنها تستحقها؛ لأن عقد الإجارة على الأداء لا على التنفيذ، وبهذا تفتقر عن الجعالة التي هي معقودة على التنفيذ لا الأداء<sup>(٢)</sup>، فيكون للأجير قسط ما عمل من الأجرة، هذا ما تقتضيه قواعد العدل في الشريعة، والله أعلم.

والكلام المتقدم هو المقرر في نظام المعاملات المدنية، فقد جاء في المادة (١١٠): "إذا كانت الاستحالة جزئية انقضت الالتزام في الجزء المستحيل وما يقابله فقط، ويسري هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود الزمنية، وفي كلتا الحالتين يجوز للدائن طلب فسخ العقد، وللمحكمة

(١) العيني، البناية (٢٣٩/١٠). القرافي، الذخيرة (٤٤٠/٥). البغوي، التهذيب (٤٦٨/٤).

وهو خلاف ظاهر قول الحنابلة. انظر: كشاف القناع (١٤٤/٩-١٤٥).

(٢) انظر: الذخيرة (٤٤٠/٥-٤٤١).

رفض طلب الفسخ إذا كان القدر المستحيل قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام<sup>(١)</sup>.

**وتعذر التنفيذ من الأجير المشترك يراد به تعذر تنفيذ العمل مطلقاً لا تعذر تنفيذه بعينه للعمل، فهذا حال الأجير الخاص المعقود على عينه، أما المشترك فإنه إذا تعذر عليه تنفيذ العمل وجب عليه أن يقيم غيره مقامه؛ فالعقد واقع على العمل الذي في الذمة، ولعله يشهد لهذا ما صدرت به المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أبوفي)، فقد جاء في معيار إجارة الأشخاص: "إذا فأتت المنفعة المعينة كلياً انفسخ العقد، وإذا فأتت جزئياً فللمستأجر حق الفسخ، أما إذا فأتت المنفعة المقدمة في الإجارة الموصوفة في الذمة فلا يفسخ العقد بفوات المنفعة، وعلى الأجير أن يأتي بمثلها"<sup>(٢)</sup>، ثم في البند الذي يليه نصوا على أنه: "يجوز فسخ عقد الإجارة باتفاق الطرفين، ولا يحق لأحدهما فسخه إلا لعذر طارئ أو لظروف قاهرة..."<sup>(٣)</sup>.**

وإذا تقرر فسخ العقد بسبب القوة القاهرة فإن الفسخ يكون تلقائياً، ولذا جاء في المادة (١١٠) من نظام المعاملات المدنية: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا بسبب لا يد للمدين فيه، انقضى التزامه والالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه"<sup>(٤)</sup>. وهو ما صدر به قرار مؤتمر معالجة الشريعة الإسلامية لآثار جائحة كورونا، في جامعة الكويت<sup>(٥)</sup>.

(١) نظام المعاملات المدنية الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ١١/٢٩/١٤٤٤هـ.

(٢) المعيار الشرعي رقم (٣٤) إجارة الأشخاص، البند: (١/٢/٨). (ص: ٨٦٠).

(٣) المرجع نفسه، البند: (٢/٢/٨).

(٤) نظام المعاملات المدنية الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ١١/٢٩/١٤٤٤هـ.

(٥) انظر: (ص: ٩) من البيان، وسبق نقل نص القرار.

### المطلب الثالث: أثر الظروف الطارئة على الإخلال بالتزامات عقود المتاجر الإلكترونية:

تقدم في المطلب السابق أن الظروف الطارئة تجعل تنفيذ الالتزام في العقد مرهقا للمدين، فلا يقدر على تنفيذه إلا بخسائر بالغة، وضرر غير محتمل، فإذا حصل شيء من ذلك في أحد عقود المتاجر الإلكترونية؛ كما لو حظرت الدولة التجول في المدينة؛ بسبب تفشي الوباء، أو لوقوع زلزال أو حرب على بلد المخزن الخاص بالمتجر، فتضررت بذلك كثير من سلعه، وعسر عليه تنفيذ الخدمات المعقود عليها، فما الحكم الشرعي في هذه الحال؟ هل يُلزم الأجير بالأجرة أو لا؟ وهل يفسخ العقد أو لا؟ وما مدى صلاحية القاضي في تعديل الالتزام المنفق عليه في هذه العقود أو فسخه لها؟

من خلال القراءة في كلام الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة<sup>(١)</sup>، وقرارات المجامع الفقهية<sup>(٢)</sup>، والأنظمة المتعلقة بأحكام عقود الالتزام<sup>(٣)</sup>؛ تبين لي أن الظروف الطارئة لها حكم القوة القاهرة، لا يفترقان في شروطهما، ولا في آثارهما، إلا في حكم واحد، وهو: تدخل القاضي في تعديل العقد، فعند حدوث القوة القاهرة لا يمكن للقاضي أن يعدل العقد؛ لاستحالة التنفيذ، أما في الظروف الطارئة فالتنفيذ مرهق للمدين وليس مستحيلا، فتعديل القاضي للعقد يمنع الضرر عن صاحبه، بخلاف دفع الضرر في القوة القاهرة فلا يكون إلا بفسخ العقد، وردّ الأجرة لصاحبها، وسأبين حكم تعديل القاضي للعقد فيما

(١) انظر: المطيريات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي. التيميمي، أثر الإجراءات الاحترازية في عقد الإجارة. العنزي، أثر جائحة كورونا على العقود المالية، مع تعليقات المشايخ الحاضرين على هذه الورقة الأخيرة، في مركز التميز البحثي.

(٢) انظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة، الدورة الخامسة، الإصدار الثالث (ص: ١١٧). والمعايير الشرعية: معيار إجارة الأشخاص (٣٤)، البند: (٢/٢/٨). ومعيار العوارض الطارئة على الالتزامات (٣٦)، البند: (٤/٥).

(٣) انظر: المادة (٧٤) من نظام العمل السعودي، وانظر: اللائحة التنفيذية للنظام، المادة رقم: (٤١). وانظر: المادة (٩٧) من نظام المعاملات المدنية الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ١١/٢٩/١٤٤٤هـ. والنظام الموحد للتعيين لدول مجلس التعاون الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٢٨٩) وتاريخ ٦/٧/١٤٣٥هـ، المادة (٢٨) منه.

يلي:

### تدخل القاضي في تعديل العقد:

جاء في القرار رقم (٧) بالدورة الخامسة للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي:

"في العقود المتراخية التنفيذ -كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات- إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلاً غيّر الأوضاع والتكاليف والأسعار، تغييراً كبيراً، بأسباب طارئة عامة، لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة، من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة عند التنازع، وبناءً على الطلب، تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد، فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له، صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة، التي تلحقه من فسخ العقد، بحيث يتحقق عدل بينهما"<sup>(١)</sup>.

وجاء في المادة (٩٧) من نظام المعاملات المدنية: "٣. إذا لم يتوصل إلى اتفاق خلال مدة معقولة؛ فللمحكمة تبعاً للظروف وبعد موازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"<sup>(٢)</sup>.

وجاء في المادة (٧٤) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر في عام ١٤٤٠هـ: "يكون تمديد العقد والإعفاء من الغرامة في الحالات التالية: ٣. إذا كان التأخير يعود إلى الجهة الحكومية أو ظروف طارئة"<sup>(٣)</sup>.

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الإصدار الثالث (ص: ١١٧).

(٢) نظام المعاملات المدنية الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ١٤٤٤/١١/٢٩هـ.

(٣) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ

١٤٤٠/١١/١٣هـ.

فتعديل العقد إنما يلجأ إليه عندما يكون التنفيذ مرهقا للمدين، فيعدّل القاضي العقد بما يكون فيه مصلحة للطرفين، بناءً على قواعد العدل ورفع الضرر في الشريعة الإسلامية.

ومن التطبيقات القضائية لهذه القاعدة ما صدر به حكم المحكمة العامة في الرياض بتاريخ ١٤٣٩/١٢/٢ هـ في دعوى إنقاص أجره عقار؛ نظراً لانخفاض سوق التأجير في المملكة، وانخفاض أجره العقارات المجاورة لعقار المدعي، وقد انتدبت المحكمة خبيراً عقارياً قرر في خطابه للمحكمة حصول ضرر بالغ على المدعي جراء انخفاض أجره العقارات وارتفاع تكلفة استهلاك الكهرباء فحكمت المحكمة بتعديل الأجرة السنوية للعقد بتخفيض قيمتها<sup>(١)</sup>.

وهذه الدعوى المعروضة تشبه الفتوى التي ذكرت لشيخ الإسلام ابن تيمية، عندما سئل: "عن رجل استأجر أملاً موقوفة، وقلّت الرغبات في سكانها، وعمِلَ بذلك محضراً بأرباب الخبرة، فهل يضع عنه شيئاً إذا رأى في ذلك مصلحة للوقف؟ وإذا حطّ عنه هل يرجع عليه إذا انقضت مدة الإجازة؟ وهل لمستحقي ريع الوقف التعرض على الناظر بسبب ذلك؟

**فأجاب:** الحمد لله، إذا استأجر ما تكون منفعة إيجاره للناس، مثل: الحمام والفندق والقيسارية ونحو ذلك، فنقصت المنفعة المعروفة مثل: أن ينتقل جيران المكان، ويقلّ الزبون لخوف أو خراب أو تحويل ذي سلطان لهم ونحو ذلك؛ فإنه يحطّ من المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة المعروفة، سواء رضي الناظر وأهل الوقف أو سخطوا، ولا يرجع على المستأجر بما وضع عنه إذا لم توضع إلا قدر ما نقص من المنفعة المعروفة، والله أعلم<sup>(٢)</sup>.

(١) حكم غير منشور، أذنته من: العنزي، أثر جائحة كورونا على العقود المالية (ص: ١١٥).

(٢) مجموع الفتاوى (٣٠/٣١١).

## الخاتمة

أحمد الله الذي يسر إتمام هذا البحث، وأسأله تعالى أن يجعل هذا العمل خالصاً صواباً، وفي ختام البحث أوجز أبرز النتائج التي توصلت إليها، والتوصيات التي خرجت بها بعد البحث:

### أولاً: النتائج:

١. الأقرب أن مكان التقاضي عند التنازع في الاختصاص هو الذي يحدده الشرط بين المتعاقدين، فإن لم يكن ثمة شرط ولا اتفاق، فإن المعتبر فيه هو المكان الذي يختاره المستهلك، وذلك أنه الطرف الأضعف، ويتعامل مع متاجر إلكترونية كثيرة تقع في بقاع شتى.

٢. إذا اشترط المتجر الاحتكام إلى غير الشريعة عند وقوع النزاع، فهذا لا يخلو من حالين:

**الحال الأولى:** أن يكون المرجع الذي اشترطه من الأنظمة المخالفة للشريعة في أصولها وفروعها ومرجعيتها، فهذا لا يجوز، إلا عند الضرورة، وإذا ثبتت الضرورة فإن الجواز يتقيد بأمرين:

١/ الإقتصار على المطالبة بحقه فقط، وأخذه -عند الحكم به- من غير زيادة.  
٢/ كراهة القلب للاحتكام إلى غير الشريعة.

**الحال الثانية:** أن يكون المرجع الذي احتكم إليه من الأنظمة التي تستند على العدالة والانتصار للمظلوم، فهذا يتخرج على الأحلاف التي كانت في الجاهلية وبنيت على قواعد العدل والانتصار للمظلومين، مثل: حلف الفضول الذي شهدته النبي ' وأقره واستحسنه، والأقرب -والله أعلم- جواز الاحتكام إلى هذه الأنظمة، ولكن بشرط التحقق من قيامها على قواعد العدل، وأنها لا تخالف بقية قواعد الشريعة الإسلامية.

٣. دخول العميل في عقد يشترط فيه التحاكم إلى غير الشريعة عند وقوع النزاع، لا يخلو من حالين:

**الحال الأولى:** أن يكون العميل مضطراً أو محتاجاً إلى الشراء من هذا المتجر، فيجوز له الشراء منه بشرط كراهة القلب للاحتكام إلى غير الشريعة، ثم إذا



وقع النزاع بينهما واحتكما إلى ذلك النظام فيشترط: الاقتصار على المطالبة بحقه فقط، وأن يأخذه عند الحكم به من غير زيادة.

والحقيقة أن الشراء من المتاجر الكبرى، مثل: (أمازون، بوكنق، أبل باي، علي بابا، علي إكسبريس، ومتاجر الطيران الأجنبية، وغيرها) مما تدعو إليه الحاجة العامة.

**الحال الثانية:** ألا يكون مضطراً إلى ذلك أو محتاجاً إليه، فهنا لا يخلو العقد من حالين:

(١) أن يكون صحيحاً جائزاً بغير هذا الشرط، بحيث لو قضي على العميل فإنه سيقضى عليه بأمر جائز؛ لأن بقية شروط العقد وأحكامه صحيحة جائزة، فيظهر هنا أنه لا إشكال في التعاقد معها، لا سيما مع وجود الحاجة العامة إلى هذه المتاجر.

(٢) ألا يكون صحيحاً؛ كما لو تضمن شرطاً رويًا عند التأخر في السداد، فيأتي الإشكال هنا من ذات الشرط المحرم، والأصل في هذه الأنظمة أنها تطبق شروط العقد مطلقاً، فالظاهر عدم جواز الدخول في هذا العقد إذا تحقق المناط السابق.

٤. المدار في الضمان على التمكن من القبض، فمحل انتقال الضمان من البائع إلى المشتري هو التمكن من القبض والانتفاع، فإن تمكن المشتري من ذلك انتقل الضمان إليه، وإن لم يتمكن فالضمان على البائع؛ بقاءً على الأصل.

٥. ضمان تلف المبيع في المتاجر الإلكترونية له أحوال متعددة، يمكن تلخيصها فيما يلي:

**الحال الأولى:** أن يكون المبيع موصوفاً في الذمة -وهو الغالب- فهنا لا يضمن العميل المبيع حتى يقبضه، ثم إن محل التلف في هذا المبيع لا يخلو من:

(١) أن يكون قبل قبض شركة الشحن، فهذا من ضمان المتجر بلا إشكال.

(٢) أن يكون بعد قبض شركة الشحن، فهذا يرجع إلى التكييف الفقهي لشركة الشحن، والذي يدل عليه واقع هذه الشركات أنها وكيلة عن المتجر بأجر، فتأخذ حكم الأجير المشترك في الضمان، وحكمه أنه يضمن التلف، إلا إذا كان هذا بأمر غالب؛ كالحريق العام ونحوه.

**الحال الثانية:** أن يكون المبيع عيناً معينة، فهنا إذا قبض العميل السلعة ثم تلفت فإنه يضمن تلفها، أما لو تلفت قبل قبضه فإن التلف لا يخلو من حالين: (١) أن يكون بفعل آدمي، فالضمان عليه، سواء كان البائع أو المشتري أو أجنبياً.

(٢) أن يكون بغير فعل آدمي؛ كما لو كان بأفة سماوية، فهذا لا يخلو من: أ/ أن يكون فيه حق توفية؛ كالمكيل والموزون والمذروع، فالضمان في هذه الحالة على المتجر (البائع)، وينفسخ العقد بالآفة باتفاق المذاهب الأربعة. ب/ ألا يكون فيه حق توفية، ففي هذه الحالة -على الأرجح- تبقى السلعة من ضمان المتجر حتى يمكن العميل منها، وينتقل الضمان إلى العميل في الوقت الذي يمكنه المتجر من استلامها، والعادة أن هذا يكون عند محل المشتري، أو عند شركة الشحن، وعليه فإذا حصل التمكين ثم تأخر العميل باستلامها فتلفت السلعة حينئذ، فإنها تكون من ضمان العميل.

٦. تحمل الضرائب والتكاليف الجمركية يكون على الضامن للشيء، فمن وجب عليه الأداء أو الرد فيلزمه مؤنته، ما يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

٧. إذا اختلف المتجر البائع مع العميل المشتري على صفة المبيع المعين، ولم يكن لأحدهما بينة، فإن القول قول المتجر بيمينه؛ لأنه المنكر للصفة الزائدة، والقول قول المنكر.

٨. إذا اختلف المتجر والعميل في وقت حصول العيب في المبيع فإن القول قول المتجر بيمينه، ما لكن هناك قرينة تؤيد قول الآخر.

٩. الأقرب في جميع خلافات الشروط الجعلية؛ تقديم قول من يدعي نفيها، أو نفي القدر الزائد فيها، ما لم توجد بينة لأحد العاقدين، أو قرينة تشهد له؛ كالعرف، فيحكم بها.

١٠. إذا تعاقد العميل مع المتجر الإلكتروني على السكن في فندق معين، ثم وقعت ظروف قاهرة تمنع العميل من استيفاء المنفعة في المدة المتفق عليها؛ فإن له خيار الفسخ، ولا تلزمه الأجرة؛ لتعذر استيفاء الحق، فكلُّ معنى يتعذر معه استيفاء المنفعة فهو مثبتٌ للفسخ.

لكن لو علم القاضي أن عقد الإجارة مقدرٌ بالزمن، وأن القوة القاهرة يغلب على الظن زوالها قبل انتهاء المدة المتعاقد عليها، فإن الذي تقتضيه الأصول أن يُمضيَّ العقد؛ لأن الأصل إمضاء العقود بقدر الإمكان، ثم يُسقط من الأجرة بقدر ما فات من المنفعة، ولعله يقيد هذا بعدم الضرر على المستأجر، فإذا كان هذا يضر به؛ لم يحكم به، لأن إمضاء العقد في هذه الحالة موضوع لمصلحته، فإذا لم تتحقق معه المصلحة لم يحكم به.

#### ثانياً: التوصيات:

من المشكلات التي تواجه العقود الإلكترونية الدولية أن لها معطيات خاصة تتطلب أنظمةً وحلولاً تتلاءم معها، ومن الصعب وضع قاعدة عامة يُحتكم إليها دائماً في نزاعات القانون المطبق في النزاع الدولي.

وعليه فإنني أقترح حلاً لهذه المشكلة، وهو: وضع قانون موضوعي

#### إلكتروني موحد.

وأرى أن الدول الإسلامية تستطيع الاتفاق على قانون شرعي موحد بينها يكون واجب التطبيق في المعاملات الإلكترونية الدولية، وقد أثبتت المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية والإسلامية (أيوفي)؛ نجاحاً باهراً في عقود المالية الإسلامية، وجرى تطبيقه في عشرات الدول الإسلامية، وهي قادرة على إخراج معايير متكاملة في شأن عقود التجارة الإلكترونية إذا أوكلت المهمة إليها.

### أهم المصادر والمراجع

١. أثر اختلاف المتبايعين على عقد البيع، تأليف: صالح السلطان، دار أصدقاء المجتمع، بريدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ.
٢. الإجماع، تأليف: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى لدار المسلم، ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م
٣. أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي، عادل المطيرات، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، ١٤٢٢هـ .
٤. الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، تأليف: ناصر الغامدي، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ.
٥. الإشراف على مذاهب العلماء، تأليف: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، مكتبة مكة الثقافية، الإمارات، ط١، ١٤٢٥هـ .
٦. إعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١هـ .
٧. الأئم، تأليف: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر، بيروت-لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ (١٢/٣).
٨. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تأليف: علاء الدين المرادوي، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
٩. بدائع الصنائع، تأليف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، مطبعة شركة المطبوعات العلمية ومطبعة الجمالية، مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٢٧هـ .
١٠. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تأليف: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
١١. التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، تأليف: د. سلطان الهاشمي، دار كنوز إشبيليا، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ .
١٢. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، تأليف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، الطبعة: بدون طبعة، عام النشر: ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م.

١٣. **التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي**، تأليف: محمد المدني بوساق، دار كنوز إشبيليا، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ .
١٤. **تقرير القواعد وتحليل الفوائد = قواعد ابن رجب**، تأليف: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي، أبو الفرج، دار ركائز، الكويت، الطبعة: الأولى، ١٤٤٠ هـ .
١٥. **حاشية ابن عابدين على الدر المختار للحصكفي**، ابن عابدين، مطبعة الحلبي، ط٢، ١٣٨٦ هـ .
١٦. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير**، تأليف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر، د. ط ت .
١٧. **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، تأليف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م .
١٨. **الدرر السنوية في الأجوبة النجدية**، تأليف: عبدالرحمن بن قاسم، د.ن، الطبعة: السادسة، ١٤١٧ هـ .
١٩. **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، المعروف بشرح منتهى الإرادات**، تأليف: منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .
٢٠. **الذخيرة**، تأليف: أبو العباس شهاب الدين القرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م .
٢١. **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تأليف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت-دمشق-عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢ هـ .
٢٢. **السجل العلمي لحلقة بحث الإيجاب الممتد وتطبيقاته في المصارف والتسويق التجاري**، مجموعة من المؤلفين، مركز التميز البحثي، جامعة الإمام، ١٤٤٣ هـ .
٢٣. **الضمان في الفقه الإسلامي**، تأليف: علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، ٢٠٠٠ م .
٢٤. **الطرق الحكمية**، تأليف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، عطاءات العلم، الرياض، الطبعة: الرابعة، ١٤٤٠ هـ .
٢٥. **العقد لإلكتروني**، ماجد أبا الخيل، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ .

٢٦. **فتاوى اللجنة الدائمة**، تأليف: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء - الإدارة العامة للطبع - الرياض.
٢٧. **الفتاوى الهندية**، تأليف: لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة: الثانية، ١٣١٠ هـ.
٢٨. **فتح القدير لابن الهمام**، تأليف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٢٩. **القواعد النورانية في اختصار الدرر المضية، المشهور بـ: مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية**، تأليف: البعلبي، دار ركانز، الكويت، الطبعة: الأولى، ١٤٤٠ هـ.
٣٠. **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تأليف: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، دار الكتب العلمية، وزارة العدل، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢١-١٤٢٩ هـ.
٣١. **المبسوط**، تأليف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت-لبنان، د. ط، ١٤١٤ هـ.
٣٢. **مجلة الأحكام العدلية**، تأليف: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجاريت كتب، آرام باغ، كراتشي.
٣٣. **مجموع الفتاوى**، تأليف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، عام النشر: ١٤١٦ هـ/١٩٩٥م.
٣٤. **المجموع شرح المذهب**، تأليف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.
٣٥. **المحلى بالآثار**، تأليف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٣٦. **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**، تأليف: مصطفى بن أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ.
٣٧. **المدونة**، تأليف: مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ.
٣٨. **المسائل الأصولية من كتاب الروايتين والوجهين**، تأليف: القاضي أبو يعلى الحنبلي، المحقق: الدكتور عبد الكريم محمد اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.

٣٩. **مصنف ابن أبي شيبة**، تأليف: أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواسطي العبسي، المحقق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩هـ.
٤٠. **مصنف عبدالرزاق**، تأليف: أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي - الهند، يطلب من: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ.
٤١. **معالم السنن**، وهو شرح سنن أبي داود، تأليف: أبو سليمان حمد بن محمد بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، المطبعة العلمية - حلب، الطبعة: الأولى ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م.
٤٢. **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، تأليف: ديبان الديبان، دن، الطبعة: الثانية، ١٤٣٢هـ.
٤٣. **المعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)**، المنامة البحرين، د. ط، ١٤٣٩هـ.
٤٤. **المعجم الوسيط**، لإبراهيم مصطفى وآخرون، بإشراف مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، الإسكندرية-مصر، د.ت.
٤٥. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، تأليف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٤٦. **المغني**، تأليف: موفق الدين أبو محمد ابن قدامة المقدسي، تحقيق: التركي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، الطبعة: الثالثة، ١٤١٧هـ .
٤٧. **المقدمات الممهديات**، تأليف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
٤٨. **المنتقى شرح الموطأ**، تأليف: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد القرطبي الباجي الأندلسي، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢ هـ.
٤٩. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، تأليف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الرحمن المغربي، المعروف بالحطاب الزُّعيني المالكي، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ.
٥٠. **نيل الأوطار**، تأليف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، تحقيق: عصام الدين الصبايطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

