أثر الظروف الطارئة على بعض المعاملات المالية وتطبيقاتها المعاصرة

(دراسة فقهية مقارنة)

إعداد

الدكتورة/ حنان كامل عبد الحميد أحمد

المدرس بقسم الفقه المقارن

بكلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بسوهاج

الملخص

أثر الظروف الطارئة على بعض المعاملات المالية وتطبيقاتها المعاصرة

(دراسة فقهية مقارنة)

تهدف الدراسة من هذا البحث إلى بيان الظروف الطارئة، وأثرها على بعض العقود المالية المعاصرة ومنها عقد التوريد، وعقد المقاولة، والبيع بالتقسيط، وبيان أثر هذه الظروف على الحقوق والالتزامات العقدية لكل منهم.

ومنهجي في البحث أنني : جمعت آراء العلماء، والفقهاء فجعلت الآراء المتفقة في قول واحد ثم ذكرت أدلة كل قول من المنقول، والمعقول ثم مناقشة كل رأى على حدة ثم رجحت الأقوى دليلاً ثم المحقق للمصلحة المعتبرة شرعاً ثم استأنست ببعض المراجع الحديثة ليتم الربط بين القديم، والحديث لإتمام الفائدة من البحث.

ومن أهم نتائج هذا البحث:

إن نظرية الظروف الطارئة لها دور كبير في تخفيف الكثير من الآثار الضارة التى قد تلحق بطرفى العقد نتيجة لتغيير الظروف ، من آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة تحقيق العدالة بين المتعاقدين، ورفع الظلم في الالتزامات العقدية وإعادة لتوازن الاختلال التعاقدي.

الكلمات المفتاحية:

الظروف الطارئة– المعاملات– المالية– المعاصرة.

د / حنان كامل عبد الحميد أحمد.

قسم الفقه المقارن (شعبة الشريعة الإسلامية)، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، جامعة الأزهر– سوهاج، مصر.

البريد الالكتروني: hananahmed.vg@azher.edu.eg

Summary

Impact of emergency conditions on some financial transactions and their contemporary applications (Comparative doctrinal study)

The study aims from this research to indicate the emergency circumstances, and their impact on some contemporary financial contracts, including the supply contract, and the contract of contracting,

The sale is in installments, and the impact of these circumstances on their contract rights and obligations is shown.

I gathered the opinions of scholars and jurists, so I made the opinions agreed in one saying and then mentioned the evidence of each saying of the transfere, and the reasonable and then discussed each opinion separately and then the strongest evidence and then the investigator of the interest considered legitimately and then appealed to some modern references to link the old, and talk to complete the benefit of the research.

The most important results of this research include:

The theory of emergency circumstances plays a major role in mitigating many of the adverse effects that may be inflicted on the parties to the contract as a result of changing circumstances, from the effects of applying the emergency circumstances theory to justice among contractors, to redress the injustice of contractual obligations and to rebalance the contractual imbalance.

Keywords:

Emergency conditions - transactions - financial - contemporary.

Dr. Hanan Kamel Abdul Hamid Ahmed.

Department of Comparative Jurisprudence (Division of Islamic Law), Faculty of Islamic and Arab Studies for Girls, Al-Azhar University- Sohag, Egypt.

E-mail: hananahmed.vg@azher.edu.eg

المقدمة

الحمد لله المنعوت بجميل الصفات والصلاة والسلام على سيدنا محمد- صلى الله عليه وسلم- وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد

فتعتبر نظرية الظروف الطارئة لها دور كبير في تخفيف الكثير من الآثار الضارة التي قد تلحق بطرفي العقد نتيجة لتغير الظروف، كما أنها أسلوب من أساليب تحقيق العدالة بين المتعاقدين، ورفع الظلم في الالتزامات العقدية.

لذا أردت دراسة هذه النظرية وتطبيقاتها على بعض العقود المالية المعاصرة مثل عقد التوريد، عقد المقاولة، والبيع بالتقسيط، وبيان أثر نظرية الظروف الطارئة على هذه العقود.

الدراسات السابقة:

بعد البحث في ثنايا الكتب والمؤلفات والدراسات السابقة وجدت عدة مؤلفات لها صلة بهذا الموضوع نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

١ - عقد التوريد في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة" إعداد/ نمر صالح محمود دراغمة، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

وفى هذه الرسالة تكلم الباحث عن عند عقد التوريد- شروطه- أركانه- وصوره، وبيان أثر الظروف الطارئة على الالتزامات الآجلة لعقد التوريد.

أما بحثى فقد تناولت فيه عقد التوريد، وعقد المقاولة، والبيع بالتقسيط، وبيان شرح نظرية الظروف الطارئة، وشروط تطبيقها، وأثر هذه النظرية على الالتزامات الآجلة لهذه العقود.

٢ – نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير للطالب بولحية جميلة– جامعة الجزائر– معهد الحقوق والعلوم الإدارية.

وهذه الرسالة قام فيها الباحث بشرح النظرية من الناحية القانونية فقط.

٣ – الظروف الطارئة وأثرها في العقود المالية المعاصرة، تأليف عمر أحمد أحمد مقبل مرعى– وتوجد بياناته باللغة الإنجليزية.

Proceeding of International Conference of Empowering Islamic Civil canon Editors: Rahimah Embong Mohamad Zaidm Mat@ Mohamad Hanif Md Lateh@ Junid Fadzh Adam& Syed Hadzrullathfi Syed Omar.

@ Reseherch Institute for Islamic Product and Malay Civihzation (INSPIRE) University Sultan Zainal Abidin (UniSZA).

وهذا البحث شرح فيه نظرية الظروف الطارئة، وشروطها، وأركانها، وذكر تأصيل هذه النظرية من الكتاب، والسنة، والقواعد الفقهية، وأثر هذه النظرية من الناحية الاقتصادية.

إلا أن هذا البحث لم يقم بتطبيق هذه النظرية على عقد التوريد، والمقاولة، وإنما ركزت هذه الرسالة على شرح نظرية الظروف الطارئة عموماً– أما بحثي هذا فقمت بشرح لعقد التوريد، والمقاولة، والبيع بالتقسيط ثم بينت أثر الظروف الطارئة على هذه العقود.

٤ – عقود التوريد، والمناقصة، إعداد القاضي محمد تقي العثماني.

٥ – عقد التوريد، دراسة فقهية تحليلية، إعداد الدكتور/ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان.

٦ – عقود التوريد والمناقصات، إعداد الشيخ حسن الجواهري.

٧ – عقود التوريد والمناقصات، إعداد الدكتور/ رفيق يونس المصري، وجميع هذه الأبحاث منشورة بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني، سنة ١٤٢١هـ– ٢٠٠٠م.

وهذه الأبحاث عرفت عقد التوريد، وصورة، وحكم كل صورة إلا أنها لم تتكلم عن تأثير الظروف الطارئة.

٨ – عقد المقاولة إعداد الدكتور/ عجيل جاسم النشمى، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الرابع عشر، وبين في هذا البحث أحكام عقد المقاولة، وحكم غرامة التأخير على المقاول في الفقه الإسلامي.

وقد سلكت في بحث هذا الموضوع ودراسته ما يلى:

جمعت آراء العلماء والفقهاء فجعلت الآراء المتفقة في قول واحد ثم ذكرت أدلة كل قول من المنقول، والمعقول، ثم مناقشة كل قول على حدة ثم رجحت الأقوى دليلاً ثم المحقق للمصلحة المعتبرة شرعاً ثم استأنست ببعض المراجع الحديثة ليتم الربط بين القديم، والحديث لإتمام الفائدة من البحث.

خطة البحث:

اقتضت طبيعة البحث أن أقسمه إلى مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة.

أما المقدمة فقد تناولت فيه التعريف بالموضوع والمنهج المتبع وخطة البحث، والدراسات السابقة، وأما التمهيد فتحدثت فيه عن تعريف نظرية الظروف الطارئة، وشروط تطبيقها، والآثار المترتبة عليها..

المبحث الأول: وفيه تحدثت عن عقد التوريد، والظروف الطارئة، وتأثيرها في الحقوق، والالتزامات العقدية في عقد التوريد.

المبحث الثاني: وتحدثت فيه عن عقد المقاولة، والظروف الطارئة، وتأثيرها في الحقوق، والالتزامات العقدية في عقد المقاولة.

المبحث الثالث: وتحدثت فيه عن عقد البيع بالتقسيط، والظروف الطارئة، وتأثيرها على هذا العقد.

وفى نهاية البحث ختمت بخاتمة وضمنتها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث وأهم التوصيات.

وبعد:

فأرجو من الله العلى القدير أن يتقبل هذا العمل، ويجعله خالصاً لوجهه الكريم إنه نعم المولى ونعم النصير، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

* * * * * *

التمهيد

وسوف أتناول فيه تعريف نظرية الظروف الطارئة، وبيان شروط تطبيقها، والآثار المترتبة عليها.

أولاً: تعريف نظرية الظروف الطارئة:

عرفت عند علماء القانون: بأنها ظرف يطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري لم يكن متوقعاً عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته(١).

وعرفت كذلك عند رجال القانون بأنها: ظرف يحصل بعد التعاقد بصورة مفاجئة لم يكن في حسبان العاقدين وقت التعاقد تختلف فيه قيمة الالتزام الذى التزمه أحدهما تجاه الآخر اختلافاً جسيماً من شأنه أن يجعل الالتزام مرهقاً للملتزم إرهاقاً شديداً(٢).

ثانياً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة شروط يجب توافرها نذكر منها:

١- أن يطرأ بعد إبرام العقد حادث استثنائي عام كما لو حدث زلزال، أو حرب، أو إضراب مفاجئ، أو قيام تسعيرة رسمية، أو إلغاؤها، أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش، أو استيلاء إداري، أو وباء ينتشر.

---

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة للدكتور/ سليمان محمد الطماوى، ص ٦٤٣، ط دار الفكر العربي سنة ١٤٣٢ هـ- ٢٠١١م.

(٢) انخفاض قيمة العملة الورقية بسبب التضخم النقدي وأثره بالنسبة للديون السابقة، وفى أي حد يعتبر الانخفاض ملحقاً بالكساد للدكتور/ مصطفى أحمد الزرقا، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، الجزء الثاني ص ٣٥٨-٣٥٩، سنة ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م.

٢- كون الظرف الطارئ غير متوقع، ولا يمكن دفعه وهذا هو الشرط الجوهري الذى سميت النظرية باسمه، ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر، ويزنها عند إبرام العقد، فإذا قصر في ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره. أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده فهو الظرف الذى يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان.

٣- كون الظرف خارجاً عن إرادة المتعاقد.

٤- أن يترتب على وقوع هذا الظرف الطارئ أن يصبح تنفيذ العقد مرهقاً إرهاقاً شديداً بالنسبة للمدين دون أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وبهذه الشروط قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٩ يونيه، سنة ١٩٦٠م، (السنة ١٤، ص ٢٦١). "إن مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل، وأشق كلفة مما قدره المتعاقدان تقديراً معقولاً، بأن تكون الخسارة الناشئة عنه، والتي تلحق المتعاقد، فادحة، واستثنائية تجاوز الخسارة العادية بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما، أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في مجموعة، أو انحصر كان أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد، فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية[١].

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٥٠، ٦٥٣، ٦٥٧، ٦٥٨.

ثالثاً: **الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة**:

وبناء على ما سبق فإنه متى تحققت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة؛ فإنه يظهر الأثر المترتب على هذه النظرية، وتظهر هذه الآثار في ثلاثة أمور هي:

(١) **بقاء التزامات المتعاقد**:

فالظرف الطارئ لا يحرر المتعاقد من التزامه؛ لأن هذا الالتزام- إذا كان مرهقاً- إلا أنه ممكن.

وبناء على هذا فإنه يتعين على المتعاقد الذى يريد أن يستفيد من نظرية الظروف الطارئة أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الظرف الطارئ ما دام التنفيذ في ذاته ممكناً، ولم يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة تحول دون التنفيذ- فإذا توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته استناداً إلى الظرف الطارئ، فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات، ومنها عقوبة غرامة التأخير.

(٢) **حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة**:

حيث يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب التعويض عن الظروف الطارئة التي تعرض لها- وعلى الإدارة معاونة المتعاقد معها على التغلب على الظروف حتى يستطيع أن يتمكن من الوفاء بالتزاماته.

(٣) **كون هذه المعاونة مؤقتة**:

تفرض نظرية الظروف الطارئة للمتعاقد الذى تعرض لظروف مؤقتة مصيرها إلى الزوال تمكين المتعاقد من التغلب على هذه الظروف، حتى تعود الحالة الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها، ويتولى كل من الطرفين تنفيذ التزاماته كما حددها العقد[١].

---

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية ، ص ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٨، ٦٧٥.

المبحث الأول

الظروف الطارئة وأثرها على عقد التوريد

ويشتمل على خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد التوريد، وبيان خصائصه.

المطلب الثاني: الفرق بين عقد التوريد، وبين غيره من أنواع البيوع.

المطلب الثالث: الغرض من إبرام عقد التوريد، وتكييفه الفقهي.

المطلب الرابع: حكم عقد التوريد.

المطلب الخامس: الظروف الطارئة، وتأثيرها في الحقوق، والالتزامات العقدية في عقد التوريد

المطلب الأول

تعريف عقد التوريد، وبيان خصائصه

أولاً: تعريف عقد التوريد في اللغة:

التوريد: مصدر ورّد بتشديد الراء.

قال ابن سيدة: تورده، واستورده كورده، وتوردت الخيل البلدة إذا دخلتها قليلاً، وقطعة قطعة.

يقال: أورد فلان الشيء أحضره، واستورد السلعة، ونحوها جلبها من خارج البلد- ويقال: ورد البعير، وغيره الماء يرده وروداً حضر ومنه ورد الكتاب على الاستعارة(١).

ثانياً: تعريف عقد التوريد في اصطلاح الفقهاء:

هو عبارة عن اتفاقية بين الجهة المشترية، والجهة البائعة، على أن الجهة البائعة تورد إلى الجهة المشترية سلعاً، أو مواد محددة الأوصاف في تواريخ مستقبلة معينة لقاء ثمن معلوم متفق عليه بين الفريقين(٢).

---

(١) لسان العرب تأليف محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ٤٨١٠/٦، وما بعدها مادة (ورد) حققه عبد الله على الكبير- محمد أحمد حسب الله- هاشم محمد الشاذلي، ط دار المعارف، القاموس المحيط، تأليف مجد الدين الفيروز آبادي ٣٤٤/١، ٣٤٥ ، ط دار الحديث- القاهرة، مختار الصحاح- تأليف الإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر ص ٣٣٦، ط المكتبة العصرية- صيدا- بيروت- ط الرابعة سنة ١٤١٨هـ- ١٩٩٨م، المعجم الوسيط، تأليف هيئة من كبار مجمع اللغة العربية، ص ١٠٢٤، ط مكتبة الشروق، ط الرابعة، المصباح المنير، تأليف أحمد بن محمد بن على الفيومي المصري، ص ٢٥١، ط مكتبة لبنان، بيروت، سنة ١٩٨٧م.

(٢) عقود التوريد والمناقصة للقاضي محمد تقى العثماني، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني ص ٣١٣، سنة ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

ثالثاً: **تعريف عقد التوريد في القانون**:

فقد عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢م، بأنه {اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وفرد، أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد، أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين}(١).

خصائص عقد التوريد:

تتمثل خصائص عقد التوريد فيما يلي:

١- إن عقد التوريد لا يرد إلا على المنقولات فقط كالبضائع، ومواد التموين، أو الفحم، أو السفن، أو المواد الحربية المختلفة، فلا يرد على العقار سواء أكانت عقارات بطبيعتها أم عقارات بالتخصيص، لعدم تصور توريدها.

٢- إن عقد التوريد قد يكون فورياً، وقد يكون مستمراً.

٣- يعد عقد التوريد من العقود الإدارية المسماة بمقتضى القانون، ومن ثم فهو يخضع للقواعد التي تحكم العقود الإدارية عامة بما فيها من شروط استثنائية غير مألوفة(٢).

* * * * * *

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، تأليف سليمان محمد الطماوى، ص ١٣١، مبادئ القانون الإداري- دراسة مقارنة، الكتاب الثالث أموال الإدارة العامة وامتيازاتها للدكتور/ سليمان محمد الطماوى، ٣١٧/٣، ط دار الفكر العربي، سنة ١٩٧٣م.

(٢) الأسس العامة للعقود الإدارية للدكتور/سليمان الطماوى، ص١٣١، ١٣٣.

المطلب الثاني

الفرق بين عقد التوريد وبين غيره من أنواع البيوع

نظراً لأن عقد التوريد عقد على عين موصوفة في الذمة بثمن مؤجل معلوم إلى أجل معلوم كما عرفه الدكتور/ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان فيتضح أن عقد التوريد يشترك مع أنواع البيوع في بعض الشروط وينفرد عنها في أخرى.

أما ما يشترك معها فمن أهمها:

١- وصف المبيع وصفاً دقيقاً يميزه عما عداه بما يمثل فارق الثمن، وتختلف به الأغراض.

٢- تحديد مكان التسليم، وزمانه، وإجراءاته.

٣- توضيح مقدار كمية المبيع، وتسليمه جملة، أو على دفعات، وأقساط.

٤- تحديد الثمن، وتعيين وقت الدفع مستقبلاً جملة، أو على أقساط.

٥- قدرة البائع (المورد) على تسليم المبيع حسب الشروط، والمواصفات المتفق عليها، وفى الموعد المحدد.

أما التي ينفرد بها فهي:

١- غياب المبيع عن مجلس العقد، والاكتفاء برؤية متقدمة له، أو أنموذج منه، أو وصفه.

٢- تأجيل الثمن كله حتى استلام المبيع كاملاً، أو تقسيطه حسب دفعات تسليم المبيع.

٣- يظل العقد غير لازم حتى يوفى البائع بكافة الصفات المشروطة في المبيع[١].

---

(١) عقد التوريد، دراسة فقهية تحليلية للدكتور/ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني، ص ٣٥٢، سنة ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

المطلب الثالث

الغرض من إبرام عقد التوريد، وتكييفه الفقهي

الغرض من عقد التوريد:

هو أن يطمئن المشترى إلى حصوله على السلعة التي يريدها في الميعاد الذى يريده في المستقبل، وأن يطمئن البائع إلى أن ما سينتجه من بضاعة قد بيع فعلاً، وسيتم تسليمه إلى المشترى في الميعاد المضروب.

التكيف الفقهي لعقد التوريد:

عقد التوريد في جوهره، ومضمونه عقد من عقود المعاوضات ينتهى بتمليك السلعة للمشترى، والثمن للبائع بصورة مؤبدة بهذا المعنى يحقق مفهوم البيع شرعاً، وهو من قبيل (بيوع الصفات) لا (بيوع الأعيان) حيث إن الوصف غالباً أو العينة أو الأنموذج أو الرؤية السابقة هي وسيلة التعريف بالمبيع، لا الرؤية، والمشاهدة الآتية[1].

* * * * * *

(١) عقد التوريد للدكتور/ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ٣٤٩/٢، ٣٥٠.

المطلب الرابع

حكم عقد التوريد

نظراً لأن الاتفاقية في عقد التوريد تنص على أن الجهة البائعة تسلم المبيع في تاريخ لاحق، وأن الجهة المشترية تدفع الثمن بعد التسليم، فالبدلان في هذه الاتفاقية مؤجلان، وإنما تحتاج المؤسسات التجارية إلى مثل هذه العقود ليمكن لها تخطيط نشاطاتها التجارية، فإن ذلك لا يتيسر إلا بالتزام تعاقدي غير قابل للنقض، يتم به الحصول على المواد الخام أو المواد المطلوبة الأخرى في أوقات محددة في المستقبل، وبما أن البدلين في هذا العقد مؤجل كلاهما فقد يتشكل هذا العقد من الناحية الشرعية بأنه بيع كالئ بكالئ[(١)]، أو أنه بيع ما لا يملكه الإنسان، ولعقد التوريد عدة صور ولكل صورة منها حكم خاص بها:

الصورة الأولى: إن كان محل عقد التوريد شيء يحتاج إلى صناعة، فيمكن تقعيده على أساس الاستصناع [(٢)]، وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي بجوازه.

الصورة الثانية: هي أن يتأجل البدلان فيصير بيع الكالئ بالكالئ أو يكون محل التوريد لا يملكه البائع فيصير بيعاً لما لا يملكه الإنسان، أو يكون محل التوريد معدوماً فيصير بيعًا معدومًا[(٣)].

---

(١) الكالئ: يطلق الكالئ في اللغة ويراد به المؤخر أو النسيئة، يقال: كلأ الدين أي تأخر، والكالئ والكلأة، النسيئة والسلفة. ينظر: مادة (كلأ) في لسان العرب لابن منظور، ٣٩٠٩/٥، مختار الصحاح للرازي ص ٢٧٢.

(٢) الاستصناع: هو الاستئجار للصناعة ونحوها- فالمعقود عليه هو الوصف الذى يحدث في المحل بعمل العامل (ينظر: المبسوط لشمس الدين السرخسي، ٨٤/٥ط دار المعرفة- بيروت، سنة ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م، .

(٣) عقد التوريد والمناقصة لمحمد تقى العثماني، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ٣١٣/٢، ٣١٤.

١- هل يدخل عقد التوريد في بيع المعدوم؟

اتفق الفقهاء[١]، على أن بيع المعدوم باطل لنهيه ﷺ عن الغرر[٢]، والمعدوم أكثر الغرر، وإذا كان عقد التوريد يتأجل فيه البدلان أو أحدهما فهل يدخل في بيع المعدوم؟

اختلف الفقهاء في هذا على رأيين؟

الرأي الأول: ذهب أكثر العلماء المعاصرين إلى أن عقد التوريد ليس فيه بيع المعدوم حسب وصفه الشرعي لأنه ليس فيه ما يؤدى إلى الربا، أو القمار، أو الغرر الفاحش الذى هو علة لمنع بيع المعدوم- ومن ثم فهو عقد جائز على أساس الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة[٣].

الرأي الثاني: ذهب إليه القاضي محمد تقى العثماني أن عقد التوريد يشتمل على بيع المعدوم، ومن الأفضل تغيير هيئته بأن يكون مواعدة بين الطرفين، ويتم العقد عند التقابض خروجاً من هذا المبدأ المستقر في الفقه الإسلامي، ولا يجوز غض النظر عنه[٤].

---

(١) بدائع الصنائع، تأليف علاء الدين الكاسانى ١٣٨/٥، ط دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م، المجموع شرح المهذب تأليف/ أبى زكريا محي الدين بن شرف النووي، ١٤٥/٩، ط دار الفكر، العدة شرح العمدة، ص ٢١٦، في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تأليف بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، ص٢١٦، ط دار إحياء الكتب العربية.

(٢) الغرر: هو ما انطوى أمره وخفى عليه عاقبته (ينظر: المجموع ٢٥٧/٩).

(٣) عقد التوريد والمناقصة، إعداد القاضي/ محمد تقى العثماني، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ٢/ ٣١٤، عقد التوريد دراسة = فقهية تحليلية للدكتور/ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ٢/ ٤١٤.

(٤) عقد التوريد والمناقصة، لمحمد تقى العثماني، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٣١٤/٢.

الراجح:

هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول هو أن عقد التوريد لا يشتمل على بيع المعدوم لأن عقد التوريد يكون على مبيع غائب مقدور التسليم فيكون جائزاً على أساس الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة.

٢- هل يدخل عقد التوريد في بيع الدين بالدين المنهى عنه؟

اتفق الفقهاء على أن بيع الدين بالدين حرام(١)، لنهى النبيﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ(٢)، والمراد به عند الفقهاء بيع النسيئة بالنسيئة، أو الدين المؤخر بالدين المؤخر(٣).

وبناء على أن عقد التوريد يتأجل فيه البدلان، أو أحدهما فهل يدخل فيه بيع الدين بالدين، أو الكالئ بالكالئ المنهى عنه، أم بعيد عنه؟

اختلف العلماء المعاصرون في هذا إلى رأيين:

الرأي الأول: ذهب إلى هذا الرأي جمع من العلماء المعاصرين نذكر منهم الدكتور رفيق المصري(٤)، والدكتور عبد الوهاب

---

(١) المبسوط، تأليف شمس الدين السرخسي ١٤٣/٧، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، أبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، ٢/ ٢٣٣، ط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، سنة ١٤١٨- ١٩٩٧م، الروض المربع، شرح زاد المستقنع للإمام البهوتى، ص ٢٢٥، تحقيق عماد عامر، ط دار الحديث، القاهرة.

(٢) أخرجه الدارقطنى في سننه ٧١/٣، كتاب البيوع- تحقيق سيد عبد الله هاشم، ط دار المحاسن، الحاكم في المستدرك ٢/ ٥٧، كتاب البيوع- باب النهى عن بيع الكالئ بالكالئ، ط دار المعرفة، بيروت، لبنان، وقال عنه: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٢٠٤.

(٤) عقود التوريد والمناقصات، للدكتور/ رفيق يونس المصري، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ٤٨١/٢.

أبو سليمان[١]، الشيخ حسن الجواهري[٢]، وذهبوا جميعاً إلى أن مناقصة التوريد التي يتأجل فيها البدلان لا تدخل في بيع الدين بالدين، أو ما يسمى ببيع الكالئ بالكالئ المنهى عنه، ومن ثم فإنها معاملة صحيحة، وجائزة شرعاً.

الرأي الثاني: وهو رأى القاضي محمد تقى العثماني[٣]، ويرى أن عقد التوريد ليس فيه تأجيل؛ لأن البيع الفعلي لا ينعقد إلا عند تسليم المبيعات فلا يقال إنه بيع دين بدين، وإنما التكييف الفقهي السليم أنه مواعدة من الطرفين على البيع عند تأجيل الثمن، والسلعة، وليست عقوداً باتة مضافة إلى المستقبل.

الأدلـــة:

أولاً: **أدلة الرأي الأول**:

استدلوا على أن عقد التوريد جائز ،ولا يدخل تحت بيع الدين بالدين بما يلي:

١- حديث نهى النبيﷺ عن بيع الدين بالدين، حديث ضعيف؛ لأنه تفرد به موسى بن عبيده الربذى، وقد قال فيه ابن حنبل: لا تحل روايته عنه، ولا يعرف هذا الحديث من غيره، وقال عنه: إنه منكر الحديث لم يثبت حديثه، وقيل: ليس بشيء في الحديث[٤].

---

(١) عقود التوريد للدكتور/ عبد الوهاب أبو سليمان، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ٢/ ٤٠٢.

(٢) عقود التوريد والمناقصات، للشيخ/ حسن الجواهري، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر ٢/٤٣٣.

(٣) عقد التوريد والمناقصة، للقاضي/ محمد تقى العثماني، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثاني عشر، ٢/ ٣١٩.

(٤) التلخيص الحبير، تأليف/ أبى الفضل شهاب الدين أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلاني، ٣/٢٦، علق عليه السيد عبد الله هاشم، بالمدينة المنورة، الحجاز ١٣٨٤هـ ١٩٦٤م، عقود التوريد والمناقصات للشيخ/ حسن الجواهري بمجلة الفقه الإسلامي العدد الثاني عشر ٢/٤٣٣.

٢- من أسباب الإباحة الشرعية وجود (المقتضى) لها، وعقد التوريد في صيغته السليمة التي تتفق مع قواعد الشريعة ومقاصدها يحقق مصالح متعددة لأطراف متعددين: للبائع، والمشترى، والمجتمع كله، وكذلك انتفى المانع حيث لا يوجد دليل شرعي على تحريمه- ومتى وجد المقتضى وانتفى المانع كان العقد مشروعاً[١].

٣- أن عقد التوريد ليس من قبيل بيع الدين بالدين، وذلك أن الدين شغل ذمة أحد المتبايعين للآخر بدين، وليس هذا في عقد التوريد من الدين بشيء وإنما هو في حدود الاتفاق والوعد لا يتجاوزهما العقد، فمن ثم يظل العقد جائزاً قابلاً للفسخ حتى يتم تسليم المبيع، ومقتضى هذا العقد (عقد التوريد) تأجيل دفع الثمن حتى يتم تسليم البضاعة إلا أن يكون المشترى متطوعاً بتقديمه اختياريا[٢].

ثانياً: أدلة الرأي الثاني:

استدل القاضي محمد تقى العثماني على قوله بأن عقد التوريد مواعده وليس بيعاً مضافاً إلى المستقبل حتى يكون من باب بيع الدين بالدين بالمعقول: أن عقد التوريد قد ثبت كونه من باب بيع الكالئ بالكالئ ولكنه جوز عند بعض الفقهاء على أساس الحاجة تنزل منزلة الضرورة، ولكن الفتوى عندي أنه لو جوز فإن ذلك يفتح المجال لإباحة كثير من العقود الفاسدة، فكان الأفضل القول بأن عقد التوريد مواعدة، وأما البيع الفعلي فلا ينعقد إلا عند تسليم المبيعات والمواعدة إنما تكون لازمة إذا كانت من طرف واحد أما المواعدة من الطرفين فإنها تلزم عند بعض الفقهاء[٣].

---

(١) عقود التوريد للدكتور/ عبد الوهاب أبو سليمان، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ٣٩٣/٢، ٣٩٧ بتصرف.

(٢) عقود التوريد لعبد الوهاب أبو سليمان ٢/ ٤٠٢.

(٣) عقد التوريد والمناقصة، للقاضي/ محمد تقى العثماني، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ٢/ ٣١٤، ٣١٥.

الراجح:

هو الرأي الأول القائل بأن عقد التوريد لا يدخل في بيع الدين بالدين أو ما يسمى ببيع الكالئ بالكالئ المنهى عنه؛ لأن عقد التوريد، وإن كان فيه الغرر فهو يسير، والغرر اليسير معفو عنه للحاجة الماسة لهذا العقد فكان جائزاً.

٣-هل عقد التوريد عقد على غرر؟

أما بالنسبة إلى أن عقد التوريد عقد على غرر لكونه مضافاً إلى المستقبل. فيرى بعض العلماء المعاصرين ومنهم الدكتور/ عبد الوهاب أبو سليمان، والدكتور/ رفيق المصري، أن عقد التوريد، وإن كان يتأجل فيه البدلين فإن هذا لا يجعل العقد من بيوع الغرر، لأن كلاً من المبيع، والثمن معلوم، ومقسط على آجال معلومة، والغرر المنهى عنه المفسد للعقود بخلاف ذلك فهو ما كان المعقود عليه غير موجود، أو غير مقدور التسليم أو تردد بين الوجود، وعدمه وأن عقد التوريد وإن كان فيه غرر إلا أنه غرر يسير يتسامح فيه، ولا يؤثر على صحة العقد لأن الحاجة تدعو إلى مشروعيته(١).

٤- هل عقد التوريد يعتبر بيع ما ليس عند الإنسان؟

فقد ذهب جمع من العلماء المعاصرين إلى عدم دخول عقود التوريد في النهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، لأنه ثبت بأدلة متعددة النهى عن (بيع ما ليس عند البائع)، ولكن عقد التوريد للسلع في الآجال المعلومة لا يدخل في بيع ما ليس عندك؛ لأن النهى عن بيع ما ليس عندك مخصص

(١) عقود التوريد للدكتور/ عبد الوهاب أبو سليمان، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ٢/٤٠٠، عقود التوريد والمناقصات للدكتور/ رفيق يونس المصري، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/ ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٥.

في صورة بيع المال الخارجي المملوك للغير للبائع بدون إذن الغير بذلك، وذلك لما يلى:

٤- لما ثبت من جواز بيع السلم، وهو في صورة عدم ملك المال خارجاً حين العقد بل يكفى أن يغلب الظن بكون السلعة عامة الوجود حين التسليم.

٥- لما ثبت من صحة بيع الفضولي إذا أجاز المالك وكان البيع له.

وحينئذ تكون أدلة ثبوت هذين الموردين مخصصة لعموم النهى عن بيع ما ليس عندك بالمبيع الشخصي الذى يكون مملوكاً للغير، فيبيعه البائع لنفسه قبل تملكه وبدون إذن مالكه.

وحينئذٍ لا يشمل هذا النهى عقد التوريد الذى هو عبارة عن بيع كلى موصوف في الذمة على أن يسلم في مواعيد محددة لقاء ثمن مقسم على نجوم معينة، فتبين أن العلاقة بين عقد التوريد، والعقد على المبيع الغائب هي علاقة التباين.

٦- لا علاقة لعقد التوريد بالنهى عن بيع ما ليس عندك، لأن التوريد غالباً ما يكون على سلعة موصوفة كلية، بينما النهى عن بيع ما ليس عندك يختص بالسلعة الشخصية الخارجية فيما إذا باعها غير مالكه لنفسه، بينما عقد التوريد، وإن كان على سلعة شخصية معينة فإن المفروض بيعها من قِبل صاحبها إلى المشترى فلا محذور فيه[١].

(١) عقد التوريد والمناقصات، للشيخ/ حسن الجواهري، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ٤٣٦/٢، ٤٦٥، عقود التوريد والمناقصات، للدكتور/ رفيق يونس المصري، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ٢/ ٤٨٠.

قرار مجمع الفقه الإسلامي

قرر مجمع الفقه الإسلامي قراراً بشأن عقد التوريد قرار رقم ١٠٧ (١٢/١) وجاء فيه ما يلى:

أولاً: عقد التوريد عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعاً معلومة مؤجلة، بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف آخر مقابل مبلغ معين مؤجل كله، أو بعضه.

ثانياً: إذا كان محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة فالعقد استصناع تنطبق عليه أحكامه، وقد صدر بشأن الاستصناع قرار المجمع رقم ٦٥ (٧/٣).

ثالثاً: إذا كان محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة، وهى موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها عند الأجل فهذا يتم بإحدى طريقتين:

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

ب- إن لم يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد فإن هذا لا يجوز لأنه مبنى على المواعدة الملزمة بين الطرفين، وقد صدر قرار المجمع رقم (٤٠- ٤١) المتضمن أن المواعدة تشبه العقد نفسه فيكون البيع هذا من بيع الكالئ بالكالئ، أما إذا كانت المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين، أو لكيها فتكون جائزة على أن يتم البيع بعقد جديد أو بالتسليم[1].

(١) ينظر القرار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ٥٧١/٢، وما بعدها.

المطلب الخامس

الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية في عقد التوريد

فقد عرض على مجلس المجمع الفقهي الإسلامي ما قد يطرأ بعد إبرام العقود ذات التنفيذ المتراخي في مختلف الموضوعات من تبدل مفاجئ في الظروف، والأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل الذى بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما فيما يعطيه العقد كلاً منهما من حقوق، وما يحمله إياه من التزامات، مما يسمى اليوم في العرف التعاملى (بالظروف الطارئة).

وقد عرضت مع المشكلة أمثلة لها من واقع أحوال التعامل وأشكاله توجب التفكير في حل فقهى مناسب عادل يقضى على المشكلة في تلك الأمثلة ونظائرها الكثيرة.

فمن صور هذه المشكلة:

١- لو أن متعهداً في (عقد التوريد) ورد أرزاق عينية يومياً من لحم، وجبن، ولبن، وبيض، وخضروات، وفواكه، ونحوها إلى مستشفى أو إلى جامعة فيها أقسام داخلية، أو إلى دار ضيافة حكومية، بأسعار اتفق عليها في كل صنف لمدى عام، فحدثت جائحة في البلاد، أو طوفان، أو زلزال، أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية فارتفعت الأسعار إلى أضعاف كثيرة عما كانت عليه عند عقد التوريد، فما الحكم الشرعي الذى يوجبه فقه الشريعة في مثل هذه الأحوال التي أصبحت كثيرة الوقوع في العصر الحاضر الذى تميز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين. وفى العقود المتراخية التنفيذ (كعقد التوريد، والتعهدات، والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلاً

غير الأوضاع، والتكاليف، والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير، أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزامات، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع، وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات 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 دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأى أهل الخبرة الثقات، ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقدين؛ بسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة، ومقاصدها العامة وعدلها[1].

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثاني عشر، ٢/ ٢١٦ ، ٢٢٠، ٢٢١، سنة ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، الجزء الثاني، ص ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٧٠، ٣٧١، سنة ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م.

المبحث الثاني

الظروف الطارئة وأثرها على عقد المقاولة

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: **تعريف عقد المقاولة وبيان خصائصه**.

المطلب الثاني: **حكم عقد المقاولة**.

المطلب الثالث: **الظروف الطارئة، وتأثيرها في الحقوق ، والالتزامات العقدية في عقد المقاولة**.

المطلب الأول

تعريف عقد المقاولة وبيان خصائصه

أولاً: تعريف عقد المقاولة في اللغة:

مأخوذ من مادة (قول)، قال يقول قولاً ومقالة وتقاولاً أي تفاوضاً، وترد قال بمعنى: تهيأ للفعل واستعد، وقال، بمعنى: غلب، ويسمى المَلِك قيلا؛ لأنه إذا قال قولاً نفذ قوله(١).

والمقاولة: اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدود في مدة معينة.

والمقاول: من يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل لشروط خاصة بيت، أو إصلاح طريق(٢).

ثانياً: تعريف عقد المقاولة في القانون:

عرف عقد المقاولة في المادة ٦٤٦ من القانون المدني الجديد بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو يؤدى عملاً لقاء آخر يتعهد به المتعاقد الآخر فيقوم المتعهد، أو المقاول ببناء، أو ترميم، أو صيانة مباني، أو منشآت ثابتة لحساب إحدى الجهات الإدارية مقابل أجر متفق عليه"(٣).

خصائص عقد المقاولة: لعقد المقاولة خصائص أهمها ما يلى:

١- عقد المقاولة عقد رضائي لا يشترط في انعقاده شكل معين، وهو عقد ملزم للجانبين، ومن عقود المعاوضات.

٢- يقع التراضي في عقد المقاولة على عنصرين أثنين: الشيء المطلوب صنعه، أو العمل المطلوب تأديته من المقاول، وهو أحد المتعاقدين، والآجر الذى يتعهد به رب العمل وهو المتعاقد الآخر(٤).

---

(١) المصباح المنير ص ١٩٨، مادة (قال) ، مختار الصحاح ص ٢٦٢، القاموس المحيط ٤٢/٤.

(٢) المعجم الوسيط ص ٧٦٧.

(٣) الأسس العامة للعقود الإدارية للدكتور/ سليمان محمد الطماوى، ص ١٣٠.

(٤) عقد المقاولة للدكتور/ عجيل جاسم النشمي، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر، ٢/ ١٥، لسنة ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م.

المطلب الثاني

حكم عقد المقاولة

إن عقد المقاولة حسبما كيفه العلماء المعاصرون إما إجارة مشتركة، وإما عقد استصناع.

أما الإجارة المشتركة:

فتطلق على ما يقوم به الأجير المشترك، وهو من يكون عقده وارداً على عمل معلوم ببيان محله؛ لأن المعقود عليه في حقه الوصف الذى يحدث في العين بعمله، فلا يحتاج إلى ذكر المدة، ولا يمتنع عليه بعمل مثل ذلك العمل من غيره، لأن ما استحقه الأول في حكم الدين في ذمته، وهو نظير السلم مع بيع العين.

والفرق بين الأجير الخاص والأجير المشترك:

أولاً: بالنسبة للمعقود عليه في إجارة العامل:

- **أن المعقود عليه بالنسبة للأجير المشترك** هو العمل أو الأثر والوصف الذى يحدثه العامل في العين بعمله، ولذا لا يحتاج إلى ذكر مدة له إلا إذا كان عملاً ممتداً كرعي الغنم، فيحتاج إلى ذكر المدة لتقديره، أما إذا كان مما لا يمتد فلا يحتاج إليها.
- **أما المعقود عليه بالنسبة للأجير الخاص**: فهو المنفعة في المدة المبينة بالعقد، ولذا يستحق الأجرة بتسلمه نفسه في المدة، وإن لم يعمل شيئاً كالموظف يستحق مرتبه إذا ما ذهب إلى محل عمله، وإن لم يجد عملاً يقوم به؛ لأن استحقاقه للمرتب إنما يكون بحسب المدة لا بحسب العمل الذى يقوم به فيها.

ثانياً: **بالنسبة لاستحقاق الأجرة**:

فإن الأجير المشترك لا يستحق أجرة إلا بالعمل، ولابد لاستحقاقه الأجر من تسليم عمله إلى المستأجر، فإذا تلف عمله قبل التسليم لم يستحق أجراً عليه.

أما الأجير الخاص: فإنه يستحق الأجرة بمجرد تسليم نفسه في مدة الإجارة، وإن لم يعمل، وليس للمستأجر أن يمتنع عن إعطائه أجرة المدة كلها، وإن استغنى عنه فيها، بل يجب عليه أداؤها إليه متى لم يكن بالأجير عذر يجيز للمستأجر فسخ الإجارة كالمرض مثلاً.

ثالثاً: **بالنسبة لبيان المدة في إجارة العامل**:

- **بالنسبة للأجير المشترك** فإن تحديد المدة له قد يكون لتقدير المنفعة المطلوبة، إذا كانت تمتد أزماناً، وعندئذٍ يجب ذكرها، وإلا فسد العقد للجهالة، وقد يكون للاستعجال إذا كانت لا تمتد لخياطة الثُوب، وخبز كيلة من الدقيق.
- **أما بالنسبة للأجير الخاص:** فلابد من تعيين المدة، وإذا لم تعين المدة فسد العقد في جميع الأحوال؛ لأن الزمن معه معيار لما يطلبه منه من منفعة فعند عدم ذكره يكون محل العقد مجهولاً جهالة تقضى إلى النزاع فيفسد العقد.

رابعاً: **عمل الأجير لغير من استأجره**:

- **لا يجوز للأجير الخاص** أن يعمل لغير المستأجر في وقت العمل، فإذا عمل نقص من أجرته بقدر ما أضاع من الزمن في هذا العمل؛ لأن

منفعته في ذلك الزمن ملك للمستأجر، بخلاف الأجير المشترك فإنه يجوز أن يعمل لكل من يطلب منه العمل(١).

- **وأما الاستصناع:** فهو طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع(٢)، أو هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل على الصانع(٣).

ومعنى هذا أن يكون المادة والعمل من الصانع، أما إذا قدم المستصنع العين فيكون العقد إجارة، ويختلف الاستصناع عن الإجارة في

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٥/ ٨٠، ٨١، ١٠٣ ، بدائع الصنائع٤/ ١٧٤، مواهب الجليل تأليف أبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب، ٥/ ٣٩٥، ط دار الفكر سنة ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تأليف أبو القاسم الرافعي القزويني ٦/ ١٤٧، ط دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان- ط الأولى ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م، الروض المربع ص ٢٦١، ٢٦٢، العدة شرح العمدة في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تأليف بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، ص ٢٧٠، كشاف القناع للبهوتي ١١/٤، ٣٢، ٣٣، ط دار الفكر، المغنى لابن قدامة المقدسي ٥٢٤/٥، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، الناشر مكتبة الجمهورية العربية، عقد المقاولة للدكتور/ عجيل جاسم النشمي- بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر، الجزء الثاني، ص ٢٣: ٢٦، سنة ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م، كتاب الشريعة الإسلامية- الأموال والالتزامات والعقود- المعاملات الشرعية المالية، تأليف الشيخ أحمد إبراهيم بك، ص ١٦٥ : ١٦٨، الناشر المكتبة الأزهرية للتراث سنة الطبع ١٤٣٤هـ- ٢٠١٣م.

(٢) كتاب الشريعة الإسلامية الأموال والالتزامات والعقود، المعاملات الشرعية المالية، ص ١٥١.

(٣) المعاملات الربوية والبدائل الشرعية للدكتور/ صلاح الصاوي، ص ٨٧، ط دار الكتاب الحديث، سنة ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م.

أن الصانع يقدم المادة، والعمل، أما في الإجارة فإن الأجير يقدم العمل فقط، والعين تكون ملك للمستأجر، ويسمى الصانع فيها أجيراً مشتركاً، وهو الذى يعمل بدون إشراف المستأجر أو تحت إدارته.

ومحل العقد، أو المعقود عليه في الاستصناع هو العين المراد تصنيعها ومحل العقد في الإجارة هو العمل.

وأثر عقد الاستصناع عند الحنفية هو ثبوت الملك للصانع في الثمن المتفق عليه حتى جاء بالمصنوع على وفق وصفه المطلوب.

وعقد الاستصناع من حيث اللزوم وعدمه، فهو عقد غير لازم قبل العمل، أما بعد العمل فهو عقد لازم إذا أتم الصنع حسب الاتفاق- أما إذا لم يطابق المواصفات فهو بالخيار، إن شاء أخذه، وإن شاء رده، هذا عند الحنفية[١].

وقد اعتبر مجمع الفقه الإسلامي الدولي عقد الاستصناع (عقداً وارداً على العمل، والعين في الذمة ملزماً للطرفين)، والقول بلزوم العقد؛ لأنه لا يُصلح الناس إلا هذا وإلا ضاعت حقوق وترتبت أضرار قد تكون مجحفة، وفادحة لأحد الطرفين رب العمل، أو المقاول، فلا مندوحة من اللزوم، بل مع اللزوم، والشروط الجزائية، والناس يتفلتون لأدنى مصلحة تلوح، ويرون أنها قد تفوت بالالتزام، واتقان العمل وتحمل مسئوليته[٢].

---

(١) بدائع الصنائع ٢/٥، ٣، كتاب الفتاوى الهندية للعلامة الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ٥١٧/٤، ط دار صادر بيروت، المعاملات الربوية والبدائل الشرعية، ص ١٠٤، المبسوط ١٥/ ٨٤.

(٢) عقد المقاولة للدكتور/ عجيل سالم النشمي بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر، الجزء الثاني، ص ٤٥.

أما إذا اشترى العاقد شيئاً، واشتراط على البائع صناعته شيئاً معيناً، فإنه يكون اجتماع بيع وإجارة وهو جائز عند المالكية[١].

ومما سبق يتبين أن المقاولة أعم من الاستصناع: إذ بينهما عموم وخصوص مطلق، يجتمعان فيما إذا كانت المادة، والعمل من المقاول، وهو الصانع فيكون مقاولة في القانون، والعرف، واستصناعاً في الفقه، وتنفرد المقاولة فيما إذا كانت المادة من المستصنع والعمل من المقاول وهو الصانع، فهي مقاولة في القانون والعرف وإجارة على العمل عند الفقهاء وعند النظر لا نجد بعداً في المعنى والأثر بين المقاولة قانوناً والاستصناع فقهاً.

فالمقاولة عقد جمع بين بيع، وإجارة على العمل في صفقة واحدة، ولا يمانع كثير من الفقهاء في هذا الاجتماع، والاستصناع قريب في المعنى في ذلك فله شبه بالبيع، والإجارة على العمل[٢].

ومما سبق يظهر أن عقد المقاولة مشروع في الفقه الإسلامي سواء كان من باب الإجارة المشتركة، أم من باب الاستصناع .

* * * * * *

(١) مواهب الجليل للحطاب ٤/ ٥٤٠.

(٢) عقد المقاولة للدكتور/ عجيل جاسم النشمي بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر ٢/٤٤، ٤٥.

المطلب الثالث

الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية في عقد المقاولة

من المقرر عند الفقهاء المعاصرين جواز اشتراط غرامة التأخير على المقاول إذا ترتب على تقصيره أضرار فادحة نتيجة تقصيره في تسليم العمل في الوقت المناسب، أو عمل خلاف المواصفات المطلوبة، ولم يكن التقصير في العمل لعذر قاهر، أو طارئ لا يد للمقاول فيه، ولا لسبب يرجع إلى رب العمل، كأن يتأخر رب العمل في تقديم مواد مطلوبة منه إذا كان هو مقدم المادة للمقاول، أو يمتنع، أو يتأخر عن سداد أقساط مطلوبة منه للمقاول، أو يطلب إضافات وتعديلات من شأنه تأخير العمل، ونحو ذلك. فالغرامة حينئذٍ تعويض عن ضرر فعلى يمكن تقديره، ولا مانع من اتفاق الطرفين عليه بمبلغ محدد، ويراعى في تقديره العدل، والعرف بمقدار الضرر، ويحدد اتفاقاً أو برأي أهل الخبرة أو بحكم القاضي، وأيضاً فإن غرامة التأخير تحقق مصلحة لرب المال حفظاً لحقه وإنجاز مشروعه، وهو بلا شك حافز مؤثر لاتفاق والتزام المقاول بعمله ومواعيده.

وإنما جازت الغرامة في المقاولة؛ لأنها في مقابلة عمل قصر صاحبه عن الوفاء به، وليست غرامة عن دين في الذمة تأخر المدين في سداده، فهذا من الربا المتفق على منعه وحرمته؛ لأنها من الزيادة على الدين، وهى حرام[1].

(١) عقد المقاولة للدكتور/ عجيل جاسم النشمي بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر، ٤٩/٢.

هذا وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي الشرط الجزائي في المقاولات، والاستصناع، والتوريد، ومنعه في الديون فقد قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض بالمملكة العربية السعودية قرار رقم ١٠٩ (١٢/٣) سبتمبر سنة ٢٠٠٠م، وجاء فيه ما يلى:

ثالثاً: يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترناً بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.

رابعاً: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح.

وبناء على هذا، فيجوز هذا الشرط– مثلاً– في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

ولا يجوز– مثلاً– في البيع بالتقسيط؛ بسبب تأخير المدين عن سداد الأقساط المتبقية، سواء كان بسبب الإعسار، أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه.

خامساً: الضرر الذى يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

سادساً: لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شُرط عليه ان إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت من شُرط له أنه لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد(١).

(١) ينظر القرار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثاني عشر ٢/ ٣٠٦، سنة ١٤١٢هـ – ٢٠٠٠م.

أما إذا قصر المقاول فيما اشترطه عليه رب العمل؛ بسبب عذر قاهر، أو تعرض لظروف طارئه، أو تعرض لنوازل، وأحداث عامة، كالحروب، والزلازل، والحر، والبرد الشديد، والأعاصير، وغيرها من الأمور التي لم تكن متوقعة أثناء إبرام العقد، والتي تجعل من تنفيذ العقد مرهقاً للملتزم، وتحقق له خسائر فادحة لم تكن يتوقعها عند الدخول فيه، فهل ينطبق عليه وضع الجوائح؟ لذا علينا أولاً: تعريف الجائحة ثم بيان حكم وضع الحوائج عند الفقهاء.

أولاً: تعريف الجائحة:

تعريف الجائحة لغة: الشدة والمصيبة، والنازلة العظيمة التي تجتاح المال من سنة، أو فتنة، وهى مشتقة من الفعل جوح جوحاً، ويقال: جاحتهم الجائحة واجتاحتهم، وهى بمعنى الاستئصال، والهلاك وقيل الجائحة هي المصيبة تحل بالرجل في ماله فتجتاحه كله(١).

وأما في اصطلاح الفقهاء:

هي كل آفة سماوية لا صنع للآدمي فيها كالريح، والبرد، والحر، والعطش، فكل ما تهلكه من الثمر على أصوله قبل آوان جذها، فهو من ضمان البائع(٢).

---

(١) لسان العرب ١/ ٧١٩، مادة (جوح)، مختار الصحاح، ص ٦٣، القاموس المحيط ١/ ٢١٩، المصباح المنير، ص ٤٤.

(٢) المغنى تأليف أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة على مختصر أبى القاسم عمر بن حسين بن عبد الله أحمد الخرقى ١١٩/٤- تحقيق وتعليق/ محمد سالم محيس، وشعبان محمد إسماعيل- ط مكتبة الكليات الأزهرية، الروض المربع ص ٢٢٨، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام تأليف محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الأمير الحسيني الصنعاني ٦١/٣- خرج أحاديثه محمد محمد عويضة، ط: دار المنار سنة ١٤٢٢هـ- ٢٠٠٢م، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تأليف محمد بن على محمد الشوكاني، ١٧٧/٥، ط مكتبة الدعوة الإسلامية.

ثانياً: **حكم وضع الجوائح عند الفقهاء**:

اتفق الفقهاء على أن ما لا يحتاج إلى بقائه في أصله لتمام صلاحه، ولا لبقاء نضارته لا توضع فيه جائحة، لأن تسليمه قد كمل بتخلي البائع عنه؛ لأنه ليس في أصله منفعة مستثناه ينتظر استيفاؤها، واختلفوا بعد ذلك في حكم وضع الجوائح فيما يحتاج إلى بقائه في أصله على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية[١]،والشافعي في الجديد[٢]، والليث[٣]، إلى أن الجوائح لا توضع، ولا تأثير لها في العقد سواء أكانت في الثمار، أو في غيرها.

القول الثاني: ذهب المالكية[٤]، والشافعي في القديم[٥]، والحنابلة[٦]، إلى أن الجوائح توضع متى كانت في الثمار، أو غيرها.

ولكنها لا توضع في الزرع؛ لأنه لا يجوز بيعه قبل يبسه.

---

(١) شرح معانى الآثار للإمام أبى جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي ٣٥/٤، حققه محمد زهري النجار، ط دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان- ط الثانية ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.

(٢) التهذيب تأليف أبى الحسن بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي ٣/ ٣٩٢ ط دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان- ط الأولى ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م.

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٢٩٠.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف محمد بن عرفة الدسوقي ١٨٣/٣، ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

وجاء فيه أن المالكية اشترطوا شروطاً ومنها (١) أن تبلغ الجائحة ثلث قيمة الجميع، وهو قول البعض من المالكية وقال بعضهم بوضع الجوائح قليلها وكثيرها، (ينظر: بداية المجتهد ٢/ ٢٩٠، ٢٩٣).

(٥) التهذيب للبغوى ٣/ ٣٩٣.

(٦) المغنى ١١٨/٤، الروض المربع ص ٢٢٨، العُدة شرح العمدة ص ٢٢٧.

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه- وقد صرف كل واحد من الفريقين الحديث المعارض للحديث الذى هو الأصل عنده بالتأويل(١).

الأدلة:

أولاً: أدلة القول الأول:

القائلين: بعدم وضع الجوائح فقد استدلوا على قولهم بالسنة والمعقول:

أما السنة:

(١) ما روى عن أنس- رضى الله عنه- أن النبيﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى، قالوا: وما تزهى؟ قال: تحمر وتصفر، أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك(٢).

وجه الدلالة:

إن النهى عن البيع قبل بدو الصلاح منهى عنه، ولا يحدث وضع الجوائح إلا في هذه الحالة فكان ممنوعاً، ولا توضع الجائحة.

نوقش هذا:

بأن التنصيص على الوضع مع البيع قبل الصلاح لا ينافى الوضع مع البيع بعده، ولا يصلح مثله لتخصيص ما دل على وضع الجوائح ولا على تقييده(٣).

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ٢٩١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ١٠٢/٣، ١٠٣، كتاب البيوع- باب بيع المخاضرة ط دار مطابع الشعب- واللفظ له، مسلم في صحيحه ص ٧٧٢، كتاب المساقاة- باب وضع الجوائح ط مكتبة الإيمان.

(٣) نيل الأوطار للشوكانى٥/ ١٧٨.

(٢) عن أبى سعيد الخدري- ﷺ- قال: أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول اللهﷺ " تصدقوا عليه"، فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال رسول الله ﷺ لغرمائه "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"(١).

وجه الدلالة:

أن النبيﷺ هنا لم يبطل دين الرجل مع إصابته في ثماره بالعاهات، ولم يأخذ الثمن ممن باعها، فدل على أن وضع الجوائح ليس على عمومه(٢).

نوقش هذا:

بأن هذا الحديث غير صالح للاستدلال هنا؛ لأنه لا تصريح فيه بأن ذهاب ثمرة ذلك الرجل كان بعاهات سماوية، وأيضاً عدم نقل تضمين بائع الثمرة لا يصلح للاستدلال به، لأنه قد نقل ما يشعر بالتضمين على العموم فلا ينافيه عدم النقل في قضية خاصة(٣).

وأما المعقول:

فلأن البيع هنا شبيه بسائر البيوع، وأن التخلية في هذا المبيع هو القبض، وضمان المبيع بعد القبض من المشترى بالاتفاق، فكذا هنا(٤).

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ص ٧٧٢، كتاب المساقاة- باب استحباب وضع الدين.

(٢) فتح البارى لابن حجر العسقلاني ١٣٩٩/٤، خرج أحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي- محب الدين الخطيب، ط دار المعرفة- بيروت- لبنان.

(٣) نيل الأوطار للشوكاني ١٧٨/٥.

(٤) شرح معانى الآثار للطحاوي ٣٦/٤، سبل السلام ٦١/٣، التهذيب للبغوى ٣٩٢/٣، بداية المجتهد ٢٩٠/٢ بتصرف.

نوقش هذا:

بأن البيع هذا لم يقبض مطلقاً بل ما زال في سبيله للقبض فكان من ضمان البائع لا المشترى فكان القول بوضع الجوائح هو الأولى، فالتخلية ليست بقبض تام، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض(١).

ثانياً: **أدلة القول الثاني**:

استدل أصحاب الرأي الثاني على وضع الجوائح بالسنة والمعقول.

أما السنة:

(١) ما رواه جابر بن عبد الله ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: "لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً. بم تأخذ مال أخيك بغير حق"(٢).

وجه الدلالة:

هذا الحديث دليل صريح على وضع الجوائح؛ لأن معناه أن الثمر إذا تلف كان الثمن المدفوع بلا عوض فكيف يأكله البائع بغير عوض(٣).

نوقش هذا:

بأن وضع الجوائح إنما ورد فيما إذا بيعت الثمرة قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، فيحمل مطلق الحديث في رواية جابر على ما قيد به في حديث أنس(٤).

(٢) ما رواه جابر– ﷺ– أن النبيﷺ أمر بوضع الجوائح(٥).

---

(١) المغنى لابن قدامة ١١٩/٤ بتصرف.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ص ٧٧١، كتاب المساقاة– باب وضع الجوائح حديث رقم ١٤– (١٥٥٤).

(٣) نيل الأوطار للشوكاني ١٧٧/٥، العُدة شرح العمدة ص ٢٢٧.

(٤) نيل الأوطار ١٧٧/٥، سبل السلام ٦١/٣.

(٥) رواه مسلم في صحيحه ص ٧٧٢، كتاب المساقاة– باب وضع الجوائح رقم ١٧ – (١٥٥٤).

وجه الدلالة:

هذا الحديث صريح الدلالة في وضع الجوائح لأمر رسول اللهﷺ بها فدل على أن وضع الجوائح مشروع، وواجب على البائع[١].

أما المعقول:

أن المصاب مبيع بقى على البائع فيه حق توفيه بدليل ما عليه من سقيه حتى يكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه، كما في سائر المبيعات التي بقى فيها حق توفيه[٢].

الراجح:

بعد عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها أرى ترجيح القول الثاني القائل بوضع الجوائح؛ لأن هذا الرأي هو الذى يعيد التوازن المالي بين العاقدين فلا يتحمل أحدهما خسارة، نتيجة ظرف طارئ دون الآخر وبناء على هذا الرأي فإن إعمال نظرية الظروف الطارئة في عقود المقاولات إن كان بعد تمام العقد فلا تراعى فيه هذه الظروف، كما فعل الفقهاء فيما اكتمل من الثمار، واتفقوا على عدم وضع الجوائح فيه.

أما ما لم يكتمل فيه العقد، وجاءت الجائحة فالراجح وضع الجوائح أيا كان مقدارها فيكون في وضع الجوائح إزالة للخلل الطارئ على العقد، وإعادة للتوازن المالي في العقد بين المقاول، وصاحب العمل، وفيه تحقيق العدالة بين الأطراف المتعاقدة.

أما بالنسبة إذا وجدت ظروف طارئة، أو قاهرة على عقد الاستصناع أدت إلى عجز الصانع عن إتمام المباني، والمنشآت التي كلف بإنشائها:

---

(١) المغنى ٤/ ١١٨.

(٢) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك تأليف أبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي الأندلسي ٤/ ٢٣٤، بداية المجتهد ٢/ ٢٩٠.

فإن الحكم يختلف تبعاً للسبب، فإن كان العجز؛ بسبب يرجع إلى الصانع فيضمن المستصنع قيمة البناء بنسبة ما أنجز الصانع مع تحمل الصانع ما قد ينشأ للمستصنع من ضرر فعلى، وإذا كان عدم الإتمام لسبب يرجع إلى المستصنع فيستحق الصانع قيمة ما أنجزه مع تحمل المستصنع الضرر اللاحق بالصانع، وإذا كان عدم الإتمام لسبب لا يرجع لأحدهما فيضمن المستصنع قيمة ما أنجزه فقط، ولا يتحمل أحدهما ما لحق الآخر من ضرر[١].

وبناء على هذا يجوز الشرط الجزائي في عقد الاستصناع وهذا ما أقره مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية قرار رقم ١٠٩ (١٢/٣) وجاء فيه : فيجوز هذا الشرط مثلا- في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصناع، إذا لم ينفذ ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه، ولا يجوز- مثلا- في البيع بالتقسيط بسبب تأخير المدين عن سداد الأقساط المتبقية، سواء كان؛ بسبب الإعسار، أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع، إذا تأخر في أداء ما عليه[٢].

* * * * * *

(١) المعاملات الربوية والبدائل الشرعية، ص ٩٦، وما بعدها.

(٢) ينظر: القرار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر ٢/ ٣٠٦، سنة ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

المبحث الثالث

الظروف الطارئة وأثرها على البيع بالتقسيط

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: **تعريف البيع بالتقسيط**.

المطلب الثاني: **أثر الظروف الطارئة على البيع بالتقسيط**

المطلب الأول

تعريف البيع بالتقسيط

تعريف البيع بالتقسيط:

البيع لغة: ضد الشراء ، ويطلق البيع وعلى الشراء.

يقال بعت الشيء شريته- يقال أبيعه بيعاً ومبيعاً وهو يعنى مقابلة شيء بشيء، مالاً كان، أو غيره، أو دفع عوض وأخذ ما عوض عنه(١).

وفى الاصطلاح: مبادلة مال متقوم بمال متقوم(٢).

التقسيط في اللغة: القسط الحصة والنصيب، يقال: أخذ كل واحد من الشركاء قسطه أي حصته، وتقسطوا الشيء بينهم: تقسموه على العدل، والسواء، وقسط الشيء فرقه(٣).

وبيع التقسيط شرعاً: هو مبادلة، أو بيع ناجز، يتم فيه تسليم المبيع في الحال، ويؤجل وفاء الثمن، أو تسديده، كله، أو بعضه إلى آجال معلومة في المستقبل(٤).

---

(١) القاموس المحيط ٨/٣، فصل الباء- باب العين، مختار الصحاح، ص ٤٣٠.

(٢) بدائع الصنائع ٢٩٩/٥.

(٣) القاموس المحيط ٢/ ٣٧٩ وما بعدها. ، مختار الصحاح ص ٢٥٣.

(٤) المعاملات المالية المعاصرة بحوث وفتاوى وحلول للدكتور وهبة الزحيلى٣١١/١، ط دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م

والبيع بالتقسيط جائز لعموم الأدلة الدالة على إباحة البيع من القرآن الكريم، والسنة النبوية ويدل عليه من الكتاب قوله تعالى: ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا**﴾[١]، ومن السنة ما روى عن عائشة–رضى الله عنها– " أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعاً له من حديد)[٢].

وجه الدلالة من الحديث الشريف:

هذا الحديث يدل دلالة واضحة على جواز البيع بالتقسيط؛ لأن النبي ﷺ اشترى بالأجل[٣]

* * * * * *

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٥.

(٢) أخرجه البخاري ١٨٦/٣، كتاب البيوع– باب في الرهن في الحضر– (باب من رهن درعه) مسلم في صحيحه ص ٧٩٦ كتاب المساقاة– باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر رقم (١٢٦) واللفظ له.

(٣) المعاملات المالية المعاصرة، لوهبه الرحيلي ٣١٣/١.

المطلب الثاني

أثر الظروف الطارئة على البيع بالتقسيط

إذا طرأ أمر حادث أدى لتوقف المدين عن دفع ما عليه من أقساط:

أولاً: إذا توقف المدين أو تأخر في السداد بسبب الإعسار:

فقد اتفق الفقهاء على أن المدين إذا كان معسراً فإنه يُعطى له مدة أخرى لسداد الدين لقوله تعالى: ﴿**وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ**﴾[١].

أما إذا كان المدين مفلساً فإنه يجوز للبائع أن يسترد المبيع إذا كان باقياً بعينه، أما إذا كان تالفاً، أو لم يكن موجوداً فالبائع كباقى الدائنين الآخرين، ويسرى عليه ما يسرى عليهم[٢]، لقوله ﷺ: (من أدرك ماله بعينه عند رجل، أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره) [٣].

ثانياً: حكم تأخر القادر على الدفع والسداد:

اتفق الفقهاء على أن المدين القادر على السداد إذا تأخر في الدفع، والسداد فهذا ظلم يستحق عليه العقوبة والتعزير، لما روى عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن رسول الله ﷺ قال: (لي[٤] الواجد[٥] يحل عرضه وعقوبته) [٦].

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٠.

(٢) بدائع الصنائع ١٧٣/٧، المقدمات الممهدات لابن رشد الجد ٣٠٧/٢، تحقيق محمد حجى ط دار الغرب الإسلامي، كشاف القناع ٤١٩/٣، المغنى ٤٩٩/٤، المحلى ١٦٨/٨

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه جـ٣، ص ١٥٥، كتاب في الاستقراض وأداء الديون- باب إذا وجد ماله عند مفلس.

(٤) اللي: هو المطل، ومنه لواه غريمه بدينه يلويه لياً، ومنه لواه بدينه لياً ولياناً أى مطله. (ينظر: لسان العرب ٤١٠٧/٥ مادة (لوى)).

(٥) الواجد: من وجد أي وجد المال يجده وجداً وجده أي صرت ذا مال، والوجد اليسار والسعة، والواجد الغنى، وأوجده الله أي أغناه.
(ينظر: لسان العرب ٤٧٧٠/٦، مادة (وجد)، مختار الصحاح ص ٣٣٣).

(٦) أخرجه البخاري ١٥٥/٣، كتاب الاستقراض- باب لصاحب الحق مقال، أحمد بن حنبل، في مسنده ٤/ ٣٨٨، رقم ١٩٤٧٤ ، عن عمرو بن الشريد عن ابيه.

فالمشروع في حق المماطل الواجد شكايته، وفضحه، وعقوبته بما يزجره ويردعه عن المطل[١].

وإذا وجد القاضي للمدين المماطل مالاً، فإنه يحق له بيعه لسداد دينه، وإن أدعى الغنى المماطل الإعسار، فلا يقبل منه ذلك حتى يُقيم البينة، ويجوز حبسه حتى يقيم بينته على إعساره، كما يجوز للقاضي أن يعزره بما يراه حتى يدفع ما عليه من دين[٢].

ويرى بعض الفقهاء المعاصرين جواز رهن المبيع عند البائع لضمان حقه في قبض الأقساط أو طلب كفيل يرجع إليه عند مماطلة المدين، وكذلك فإن المدين إذا تأخر عن قسط، أو أكثر فإنه يجوز للدائن أن يطالب بباقي الأقساط دفعة واحدة، أي أن الأقساط تحل بهذه المماطلة ويحق للبائع المطالبة بها فوراً[٣].

ثالثاً: تغريم المدين المليء المماطل القادر على السداد:

ذهب جمهور العلماء المعاصرين إلى أنه لا يجوز شرعاً إلزام المدين المماطل القادر على الوفاء بغرامة تأخيريه لتعويض الدائن عن ضرره الناشئ عن تأخير المدين في الوفاء، سواء أكانت الغرامة مشروطة في العقد أم باتفاق لاحق؛ لأنه ربا صريح واشتراطه باطل[٤].

---

(١) فتح البارى لابن حجر العسقلاني ٤٦٦/٤، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط دار المعرفة- بيروت، لبنان.

(٢) بدائع الصنائع ١٧٣/٧، المقدمات الممهدات لابن رشد ٣٠٧/٢، التهذيب ١٠٤/٤، المغنى ٤٨٤/٤، العدة ٢٤١، المحلى ١٦٨/٨، المعاملات المالية المعاصرة لوهبه الزحلي، ١/ ٣٣٩: ٣٤٠.

(٣) المعاملات المالية المعاصرة لوهبة الزحيلى، ١/ ٣٤٠.

(٤) المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ وهبة الزحيلى، ١/ ١٧٩، بحوث في قضايا فقهية فقهية معاصرة للقاضي/ محمد تقى العثماني ص ٤٠، ط دار القلم، بيروت، غرامة تأخير وفاء الدين وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور/ حسن عبد الغنى أبو غدة ص ١٥، ١٦، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة السنة (١٩) رقم (٧٦) إصدار شهر رجب- سبتمبر، الموافق ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م.

وذهب بعض العلماء المعاصرين يجوز تغريم المدين المماطل ويدفع مبلغ ويصرف هذا المبلغ لجهات البر ويمكن الاتفاق على ذلك مسبقاً بين الدائن والمدين، وقد صدرت بجواز ذلك فتوى بالأغلبية عن ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي الثانية عشر (٨/١٢)، ونصت على أنه "يجوز اشتراط غرامة مقطوعة، أو بنسبة محددة على المبلغ، والفترة في حال تأخر حامل البطاقة عن السداد دون عذر مشروع، وذلك على أساس صرف هذه الغرامة في وجوه البر ولا يمتلكها مستحق المبلغ"[(١)].

الراجح:

هو عدم جواز تغريم المدين المليء المماطل القادر على السداد بغرامة تأخيريه حتى ولو كان المستفيد منها جهات البر والخير؛ لأن ما يدفعه المدين زيادة هو الربا المنهى بغض النظر عن الجهة التي ستستفيد منه.

وبناء على ما سبق:

فلا يجوز اشتراط شرط جزائي في البيع بالتقسيط بسبب التأخير في سداد الدين وهذا ما أقره مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية في القرار رقم ١٠٩ (١٢/٣) في الفترة من ٢٥ جمادى الآخر سنة ١٤٢١هـ- إلى غرة رجب سنة ١٤٢١هـ (٢٣- ٢٨ سبتمبر سنة ٢٠٠٠م) وجاء فيه ما يلى:

---

(١) مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية "دراسة فقهية لغرامات التأخير والبدائل" إعداد الدكتور محى الدين القرة داغى- بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الرابع عشر، الجزء الرابع ص ٤٩٣، سنة ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م، المعاملات المالية المعاصرة لوهبة الزحيلى، ١/ ١٧٨.

يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية، ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح.

بناء على هذا، فيجوز هذا الشرط مثلاً- في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع، إذا لم ينفذ ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه، ولا يجوز - مثلاً- في البيع بالتقسيط بسبب تأخير المدين عن سداد الأقساط المتبقية، سواء كان بسبب الإعسار، أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع، إذا تأخر في أداء ما عليه[1].

* * * * * *

(١) ينظر: القرار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ٣٠٦/٢، سنة ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

الخاتمة

الحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات- والصلاة والسلام- على سيدنا محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه- وسلم تسليماً كثيراً.

وبعد عون الله تعالى وتوفيقه وبعد دراسة متأنية في هذا البحث استطيع أن أوضح في هذه الخاتمة أهم **النتائج التي توصلت إليها وأجملها في الآتي**:

١- إن نظرية الظروف الطارئة لها دور كبير في تخفيف الكثير من الآثار الضارة التي قد تلحق بطرفي العقد نتيجة لتغيير الظروف.

٢- من آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة تحقيق العدالة بين المتعاقدين، ورفع الظلم في الالتزامات العقدية وإعادة لتوازن الاختلال التعاقدي.

التوصيات:

١- ضرورة النص في العقود الآجلة على الأحكام لنظرية الظروف الطارئة في حال حدوث أي ظرف طارئ يؤدى إلى خلل بالتزامات طرفي العقد.

* * * * * *

المراجع

أولاً: القرآن الكريم- جل من أنزله.

ثانياً: كتب الحديث وشروحه.

١- التلخيص الحبير، تأليف/ أبى الفضل شهاب الدين أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلاني، علق عليه السيد عبد الله هاشم، المدينة المنورة، الحجاز ١٣٨٤هـ ١٩٦٤م.

٢- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام- تأليف محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الأمير الحسيني الصنعاني- شرح أحاديثه محمد محمد عويضة- ط دار المنار سنة ١٤٢٢هـ- ٢٠٠٢م.

٣- شرح معانى الآثار للإمام أبى جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي، حققه محمد زهري النجار، ط دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان- ط الثانية ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.

٤- صحيح البخاري تأليف أبى عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري الجعفي، ط دار الشعب.

٥- صحيح مسلم تأليف الإمام مسلم بن حجاج القشيري، ط مكتبة الإيمان.

٦- فتح البارى لابن حجر العسقلاني- خرج أحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي- محب الدين الخطيب، ط دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٧- المستدرك على الصحيحين تأليف أبى عبد الله محمد بن الحاكم النيسابوري- أشرف عليه د/ يوسف عبد الرحمن المرعشلى- ط دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٨- مسند الإمام أحمد بن حنبل، طبعة مؤسسة قرطبة.

٩- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تأليف محمد بن على محمد الشوكاني، ط مكتبة الدعوة الإسلامية، ط دار الحديث، مصر، ط الأولى ١٤١٣هـ- ١٩٩٣م.

ثالثاً: **كتب اللغة**:

١٠-القاموس المحيط، تأليف مجد الدين الفيروزآبادى، ط دار الحديث، القاهرة.

١١-لسان العرب، تأليف محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، حققه عبد الله على الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، ط دار المعارف.

١٢-مختار الصحاح، تأليف الإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازي، ط المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ط الرابعة، سنة ١٤١٨هـ- ١٩٩٨م.

١٣-المصباح المنير، تأليف/ أحمد بن محمد بن على الفيومي المقرئ، ط مكتبة لبنان، بيروت، سنة ١٩٨٧م.

١٤-المعجم الوسيط، تأليف هيئة من كبار مجمع اللغة العربية، ط مكتبة الشروق، ط الرابعة بدون سنة.

رابعاً: **كتب الفقه**:

أ- كتب الفقه الحنفي:

١٥-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع تأليف علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى، ط دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط الثانية، سنة ١٩٨٢م.

١٦-الفتاوى الهندية للعلامة الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، ط دار صادر، بيروت.

١٧-المبسوط، تأليف/ شمس الدين السرخسي، ط دار المعرفة، بيروت، سنة ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م.

ب- كتب المالكية:

١٨-بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، أبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، ط منشورات محمد على بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى ، سنة ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م.

١٩-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف/ محمد بن عرفة الدسوقي، ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٢٠- المقدمات الممهدات لابن رشد الجد- تحقيق/ محمد حجي ط دار الغرب الإسلامي.
٢١-المنتقى شرح موطأ الإمام مالك تأليف أبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي الأندلسي، ط دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط الأولى سنة ١٣٣٢هـ.
٢٢-مواهب الجليل، تأليف أبى عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب، ط دار الفكر.

جـ - كتب الشافعية:

٢٣- التهذيب تأليف أبى الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، تحقيق/ عادل أحمد عبد الموجود، على محمد معوض، ط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى سنة ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م.
٢٤- العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تأليف أبو القاسم الرافعى القزويني ط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م.
٢٥- المجموع شرح المهذب، تأليف/ أبى زكريا محى الدين بن شرف النووي، ط دار الفكر.

د- كتب الحنابلة:

٢٦- الروض المربع، شرح زاد المستنقع للإمام البهوتى تحقيق عماد عامر، ط دار الحديث، القاهرة.
٢٧- العدة شرح العمدة في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تأليف/ بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، ط دار إحياء الكتب العربية.

هـ: كتب الظاهرية:

٢٨- كشاف القناع عن متن الإقناع، تأليف/ منصور بن يونس إدريس البهوتى، تحقيق هلال مصيلحى، مصطفى هلال، ط دار الفكر للطباعة والنشر سنة ١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م.

٢٩- المغنى: تأليف أبى محمد عبد الله بن محمد بن قدامة على مختصر أبى القاسم الخرقي، تحقيق محمد سالم محيس وشعبان محمد إسماعيل، ط مكتبة الكليات الأزهرية ، وله ط مكتبة الجمهورية العربية .

و: كتب الظاهرية:

٣٠- المحلى تأليف أبى محمد عبد الله بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري- تحقيق أحمد محمد شاكر، ط دار التراث.

خامساً: الكتب العامة المتنوعة (الحديثة المتخصصة):

٣١- انخفاض قيمة العملة الورقية بسبب التضخم النقدي، للدكتور/ مصطفى أحمد الزرقا، بحث منشور، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، الجزء الثاني سنة ١٤١٧- ١٩٩٦م.

٣٢- الأسس العامة للعقود الإدارية- دراسة مقارنة تأليف الدكتور/ سليمان محمد الطماوى، ط دار الفكر العربي، سنة ١٤٣٢هـ- ٢٠١١م.

٣٣- بحوث في قضايا فقهية معاصرة للقاضي محمد تقى العثماني، ط دار القلم، بيروت.

٣٤- عقد التوريد، دراسة فقهية تحليلية للدكتور/ عبد الوهاب أبو سليمان، بحث منشور بمجلة مجمد الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني، سنة ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

٣٥- عقود التوريد والمناقصة للقاضي محمد تقى العثماني، بحث منشور بمجلة الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني، سنة ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

٣٦- عقود التوريد والمناقصات للشيخ حسن الجواهري، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر.

٣٧- عقد المقاولة للدكتور/ عجيل جاسم النشمي، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر، سنة ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م.

٣٨- غرامة تأخير الدين وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور/ حسن عبد الغنى أبو غدة، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة لسنة ٠١٩) رقم ٧٦- إصدار رجب سبتمبر الموافق ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م.
٣٩- مبادئ القانون الإداري – دراسة مقارنة- للكتور/ سليمان محمد الطماوى، ط دار الفكر العربي، سنة ١٩٧٣م.
٤٠- مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية "دراسة فقهية لغرامات التأخير والبدائل" إعداد الدكتور/ على محى الدين القره داغى، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر- الجزء الرابع، سنة ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م.
٤١- المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور وهبة الزحيلى، ط دار الفكر سنة ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م.

* * * * * *

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٤٨٣
التمهيد	٤٨٧
المبحث الأول: الظروف الطارئة وأثرها على عقد التوريد	٤٩٠
المطلب الأول: تعريف عقد التوريد، وبيان خصائصه.	٤٩١
المطلب الثاني: الفرق بين عقد التوريد، وبين غيره من أنواع البيوع.	٤٩٣
المطلب الثالث: الغرض من إبرام عقد التوريد، وتكييفه الفقهي.	٤٩٤
المطلب الرابع: حكم عقد التوريد.	٤٩٥
المطلب الخامس: الظروف الطارئة، وتأثيرها في الحقوق، والالتزامات العقدية في عقد التوريد	٥٠٣
المبحث الثاني : الظروف الطارئة وأثرها على عقد المقاولة	٥٠٥
المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة وبيان خصائصه	٥٠٦
المطلب الثاني: حكم عقد المقاولة.	٥٠٧
المطلب الثالث: الظروف الطارئة، وتأثيرها في الحقوق ، والالتزامات العقدية في عقد المقاولة.	٥١٢
المبحث الثالث : الظروف الطارئة وأثرها على البيع بالتقسيط	٥٢١
المطلب الأول: تعريف البيع بالتقسيط.	٥٢١
المطلب الثاني: أثر الظروف الطارئة على البيع بالتقسيط	٥٢٤
الخاتمة	٥٢٨
المراجع	٥٢٩
فهرس الموضوعات	٥٣٤