

**الظروف الطارئة
وتأثيرها على العقود
والالتزامات**

للدكتور

محمد عبد اللطيف محمد قنديل
أستاذ مساعد بقسم الفقه العام
بكلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات
بالإسكندرية

مُتَلَمِّمًا

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

وبعد،،،

فإن الفقه الإسلامي كان ولا يزال خير صورة علمية للمسلمين؛ لأنه يلبي مطالب الناس في جميع أقوالهم وأفعالهم وتصرفاتهم وينظم شؤون حياتهم، وفيه تبلورت أحكام القرآن الكريم والسنة المحمدية الشريفة، وبه تتحقق الغاية الكبرى والمقصد الأسمى لشرع الله الذي ارتضاه لعباده.

وواقع الأمر أن قضية خلود الشريعة الإسلامية، وأنها دين الله -ﷻ- إلى يوم القيامة، لا بد لها من اجتهاد قائم على أصالة الفكر في تفهم نصوصها ومقرراتها، وفي تطبيقاتها على كل ما يجد في الحياة من وقائع، وما يلم بها من تطور أحدثه الفكر الإنساني نفسه.

وعبر القرون الطويلة قام المجتهدون من فقهاء الأمة الإسلامية بأداء دورهم في بناء صرح الفقه الإسلامي وفقاً لأصول ثابتة وقواعد شرعية مستنبطة من كتاب الله وسنة رسوله -ﷺ-.

وفي عصرنا الحاضر كان لفقهاءنا دور بارز هام في إتمام هذا البناء ومتابعة هذا الطريق.

وامتداداً لهذا المنهج القويم استعنت بالله -ﷻ- في توضيح الحكم الشرعي لأمر غاية في الأهمية، ألا وهو الظروف العامة الطارئة على العقود والالتزامات من تغيير مفاجئ في الظروف والأحوال له تأثير كبير في ميزان الاعتدال الذي بنى للطرفان المتعاقدان حساباتهما عليه وفقاً للحقوق والالتزامات التي يعطيها العقد لكل منهما.

هذا وقد اقتضت ظروف البحث أن أقسمه بعد المقدمة إلى تمهيد وثلاثة
مباحث وخاتمة.

أما المقدمة: فإنها تشتمل بعد حمد الله - ﷻ - والثناء عليه والصلاة على نبيه
محمد - ﷺ - على سبب اختياري للموضوع وخطة البحث.

وأما التمهيد فإنه يشتمل على المعنى المراد من الظروف الطارئة وأركانها
وشروطها.

المبحث الأول: عقد البيع وتأثره بالظروف العامة الطارئة.

المبحث الثاني: عقد الإجارة وتأثره بالظروف العامة الطارئة.

المبحث الثالث: العقود المترامية التنفيذ وتأثرها بالظروف العامة الطارئة.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في عقد التوريد.

المطلب الثاني: في عقد الصيانة.

المطلب الثالث: في عقد المقاولات.

الخاتمة - نسأل الله حسنها - .

د. محمد عبد اللطيف محمد قنديل

أستاذ مساعد ورئيس قسم الفقه

بكلية الدراسات الإسلامية والعربية

للبنات بالإسكندرية

مَهَيِّدًا

من محاسن الشريعة الإسلامية أنها بنيت على التيسير ورفع الحرج عن الأمة، يقول المولى -رحمه الله-: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ (١).

ويقول -أيضاً-: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ (٢).

فالمولى -رحمه الله- لا يكلف عباده بما لا يطيقون، فهو القائل: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِثْمًا وَلَا سَوْءًا ﴾ (٣)، وتطبيقاً لهذا المنهج الرباني الكريم لا يكلف العبد بشيء وشق عليه القيام به إلا جعل الله -تعالى- له منه مخرجاً وفرجاً.

واستناداً لهذا قرر الفقهاء القاعدة الشرعية: « إذا ضاق الأمر اتسع » (٤)، وقاعدة: « المشقة تجلب التيسير » (٥).

وإذا كان العقد في الفقه الإسلامي هو شريعة المتعاقدين، فإنه لا يفسخ ولا يجعل إلا بالاتفاق والتراضي منهما معاً.

إلا أن هذا الأمر ليس على إطلاقه، فالرؤوف الرحيم بخلقه لم يجعل العقد الذي أزم العبد الوفاء به سيفاً مسلطاً على رقبة المتعاقدين، يجب عليهما الوفاء به مهما كانت النتائج والأسباب.

ولكن الذي أوجب الوفاء بالعقد بمقتضى قوله -تعالى-: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (٦).

(١) الآية ٧٨ من سورة الحج.

(٢) الآية ١٨٥ من سورة البقرة.

(٣) الآية ٢٨٦ من سورة البقرة.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٦ ط - دار الكتب العلمية - بيروت.

(٥) المرجع السابق.

(٦) الآية ١ من سورة المائدة.

جعل في المقابل نصوصاً أخرى سبقت الإشارة إليها تخفف عن المتعاقدين عند عدم قدرتهما على ما ألزمها الوفاء به، دفعاً للضرر الذي يترتب على الوفاء عملاً بقوله -ﷺ-: " لا ضرر ولا ضرار"^(١)، ومن هذا الحديث النبوي الشريف استنبط الفقهاء القاعدة الفقهية: «الضرر يزال»^(٢)، فالضرر يزال سواء أكان ضرراً عاماً أو خاصاً، قبل وقوعه من باب الوقاية خير من العلاج، ويعد وقوعه بكل وسيلة ممكنة تزيل آثاره وتمنع تكراره.

وطبقاً لهذه القواعد الفقهية:

إذا ضاق الأمر اتسع، أو المشقة تجلب التيسير، وقاعدة: الضرر يزال، إذا أنت الظروف الطارئة إلى ضرر لا دخل للمتعاقدین فيه يكون هذا الضرر سبباً في عدم القدرة على تنفيذ ما يلزمها العقد به جاز فسخه عند التحقق من ذلك إذا ما توفروا ركنين أساسيين هما:

الركن الأول: قيام علاقة تعاقدية بالفعل

ولقد اختلف الفقهاء في مدلول كلمة (عقد) والأصح أنه كل تصرف يترتب عليه أثر شرعي، سواء أكان هذا التصرف بين شخصين، كالبيع والنكاح أم ناشئ من جهة شخص واحد، كالوقف والوصية^(٣).

والأخذ بالظروف الطارئة لا يعمل به إلا في العقود المترخية التنفيذ، ولكن هذا لا يمنع من تطبيقه على العقود غير المستمرة، وهذا ما سنوضحه إن شاء الله - تعالى- من خلال هذه الدراسة.

(١) أخرجه مالك في الأفضية، باب في القضاء، وذكر ابن الأثير في جامع الأصول ٦/٦٤٤، حديث رقم ٤٩٢٩ - ط دار الفكر - بيروت..

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣.

(٣) انظر: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بن الفقهاء ص ٣٠٢، لقاسم القونوي تحقيق:

د/ أحمد الكبسي - ط دار الوفاء والنشر بالسعودية، تهذيب الأسماء واللغات للنووي ٢/٢٧ - ط دار الكتب العلمية - بيروت.

الركن الثاني: الظروف الطارئة

والأعذار التي تشكل ظرفاً طارئاً في الفقه الإسلامي أكثر من أن تحصى،
ولقد عرف الحنفية العذر بأنه:

« العجز الذي لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه - أي
العائد - في نفسه أو ماله » (١).

والجوائح من الأمثلة الثابتة في السنة الشريفة للظروف الطارئة على ما
سنوضحه إن شاء الله - تعالى - في المبحث الأول من هذه الدراسة.

وعند التحقيق من هذين الركنين يشترط للأخذ بنظرية الظروف الطارئة
الشروط الآتية:

١- أن يكون العقد من العقود المترخية التنفيذ من قبل العاقدين أو أحدهما، كعقد
التوريد وكعقد بيع الثمار وتصيبها آفة سماوية لا دخل للعبد فيها.

٢- أن يكون الظرف الطارئ مرهقاً يهدد بخسارة فادحة، كالزلازل، أو الحروب، أو
الجراد.

٣- ألا يكون الظرف الطارئ خاصاً بأحد المتعاقدين، كإفلاسه أو مراهنته، بل يكون
هذا الظرف عاماً يشمل جماعة من الناس، كأهل بلد أو إقليم، أو طائفة منهم.

٤- ألا يكون للمتعاقد دخل في هذا الظرف الطارئ، فالمدين الذي يماطل في تنفيذ
التزامه حتى حدثت ظروف عامة طارئة يعتبر مسئولاً حتى وإن لم يكن يعلم
بحدوثها؛ لأنه لو لم يماطل في التنفيذ، لما كان هناك ثمة مجال لهذه الظروف
الطارئة (٢).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٨٦/٦.

(٢) انظر: نظرية الظروف الطارئة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي بحث ضمن حولية كلية
دراسات الإسلاميه والعربيه للبنات بالإسكندرية العدد ٢٢ عام ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، المجلد
الثاني من ١٠٧١ - ١٠٧٦، بتصرف.

المبحث الأول

عقد البيع وتأثره بالظروف العامة الطارئة

إن مما لا شك فيه أن العقد الذي يعقد بصفة شرعية صحيحة يكون ملزماً للطرفين قضاءً، لا سيما إذا كان من العقود اللازمة.

بدل على هذا قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

فإلوفاء بالعقود واجب إلا ما قام الدليل على نديه^(٢).

لكن هذه العقود الملزمة للطرفين ليست أقوى من النصوص الشرعية، فإذا باع شخص لآخر الثمر دون الأصل فنزلت جائحة^(٣)، اجتاحت الثمر كبرد أو جراد أو دود فما الحكم؟

هل هي من ضمان البائع، ومن ثم يسقط من الثمن ما يعادل قيمة ما أتلفته الجوائح، وإن عمت الثمر كله سقط الثمن كله، أو إنها من ضمان المشتري؟
اختلف الفقهاء في هذا على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يرى الحنفية والشافعية في الجديد أنها من ضمان المشتري^(٤).

(١) من الآية (١) من سورة المائدة .

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ١٠/٢ - ط دار الكتب العلمية - بيروت.

(٣) الجوح: الاستئصال من الاجتياح، يقال: جاحتهم السنة جوحاً، وجياحة، واجاحتهم: استأصلت أموالهم، والجائحة: الشدة والنازلة العظيمة التي تجتاح المال م سنة وفتنة، وكل ما استأصله فقد جاحه واجتاحه. انظر: لسان العرب مادة (جوح).

ولا خلاف بين الفقهاء من أن البرد والقحط، والدود، والجراد: جائحة، أما ما كان من فعل الأسمين كالسرقة ففيه خلاف.

انظر: بداية المجتهد لابن رشد ١٦٩٨/٣، تحقيق د/ عبد الله العبادي - ط - دار السلام القاهرة.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٦٦/٤ - ط - المكتبة التجارية بمكة، والأم للشافعي ٥٦/٣ - ط، دار المعرفة - بيروت.

المذهب الثاني: ويرى المالكية أن الجائحة إذا أكلت من الثمار الثلث فأكثر كانت من ضمان البائع، وإذا أكلت أقل من الثلث كانت من ضمان المشتري^(١).
المذهب الثالث: ويرى الشافعية في القديم والحنابلة أنها من ضمان البائع^(٢).
سبب الخلاف: هو تعارض الآثار الواردة في هذا الشأن كما سيتضح لنا عند استعراض أدلة كل فريق^(٣).

الأدلة:

أولاً: أدلة اصحاب المذهب الأول الحنفية والشافعية في الجديد:

الدليل الأول: روى أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: "إن ابني هذا اشترى ثمرة من فلان، فأهبتها الجائحة، فسأله أن يضع، فتألى ألا يفعل، فقال النبي ﷺ: تألى فلان ألا يفعل خيراً"^(٤).

ووجه الدلالة من الحديث: أن وضع البائع من الثمن نظير ما أتلفته الجائحة لو كان واجباً لأجبره عليه ﷺ ولكنه لم يجبره، فدل هذا على أن الوضع مستحب وليس واجباً، ومن ثم يكون ما أتلفته الجوائح من ضمان المشتري وليس من ضمان البائع^(٥).

(١) انظر: بداية المجتهد ١٦٩٨/٣.

(٢) انظر: المغنى لابن قدامة ١٧٧/٦، تحقيق د/ عبد الله تركي، د/ عبد الفتاح الحلو - ط، دار هجر، القاهرة.

(٣) انظر: بداية المجتهد ١٦٩٨.

(٤) متفق عليه، انظر: الولؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين ١٤٥/٢، حديث رقم (١٠٠٣).

(٥) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٢٠٧/٥ - ط دار الكتب العلمية - بيروت.

الظروف الطارئة - وتأثيرها على العقود والالتزامات

الدليل الثاني: روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رجلاً اشترى ثمراً فأصيب فيها فكثر دينه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "تصدقوا عليه، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك" (١).

ووجه الدلالة هو: أن ما أتلفته الجوائح لو كان مضموناً على البائع ما حث النبي صلى الله عليه وسلم الحاضرين على الصدقة على المشتري الذي كثر دينه بسبب ما أتلفته الجوائح، ولكن النبي صلى الله عليه وسلم حثهم على الصدقة عليه، فدل على أنها مضمونة عليه، وليست من ضمان البائع (٢).

ثانياً: ما تطل به أصحاب المذهب الثاني: المالكية:

استدلوا: بأن ما دون الثلث يلتقطه الطير، ويتساقط غالباً، فضمنه المشتري للعرف الجارى فيه، وليس كذلك ما زاد على الثلث وبالجائحة (٣).

ثالثاً: ما استدل به أصحاب المذهب الثالث:

استدل الشافعية: فى القديم والحنابلة على ما ذهبوا إليه بالسنة والمعقول والقياس:

أ - استدلوا من السنة بما يلى:

١- روى عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنين وأمر بوضع الجوائح (٤).

ووجه الدلالة هو: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح والأمر للوجوب ما لم توجد قرينة صارفة (٥).

(١) أخرجه مسلم فى كتاب المساقاة والمزارعة، باب وضع الجوائح، والترمذى، وقال: حديث حسن صحيح.

(٢) انظر: الحاوى الكبير ٢٠٧/٥.

(٣) انظر: التمهيد لابن عبد البر ١٩٧/٢، الناشر: وزارة الأوقاف بدولة المغرب.

(٤) أخرجه مسلم فى كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، وأبو داود فى كتاب البيوع باب فى بيع التين، وقال: لم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم فى الثلث شيئاً، وهو رأى أهل المدينة.

(٥) انظر: شرح السنة للبغوى ٢٧٣/٤ - ط، دار الكتب العلمية - بيروت.

٢- روى عن جابر رضي الله عنه أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن بعثت من أخيك ثمراً، فاصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق" (١).

وجه الدلالة هو: قوله صلى الله عليه وسلم "لا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً؛ لأن الثمر في معنى الباقية في يد البائع، من حيث إنه يلزمه سقيها، فكأنها تلفت قبل القبض، فكانت من ضمان البائع" (٢).

ب - ما استدلوا به من المعقول:

قالوا: إن الثمرة لا يتم قبضها إلا بقطعها، بدليل أنها لو عطشت وأضر عطشها بالمشتري ثبت له الخيار بالفسخ؛ لحدوث هذا العيب، وما حدث من العيب بعد القبض لا يستحق به المشتري الخيار، وإذا دل هذا على أنها غير مقبوضة كانت من ضمان البائع وليست من ضمان المشتري (٣).

ج - ما استدلوا به من القياس:

قالوا: إن قبض الثمرة يقاس على منافع الدار المستأجرة؛ لأن الناس تعارفوا أن الثمر لا يأخذ دفعة بل على دفعات، كما تستوفي منافع الدار مدة بعد مدة، فلما كان تلف الدار المستأجرة قبل مضي المدة مبطلاً للإيجارة وإن حصل التمكين، وجب أن يكون تلف الثمرة من ضمان البائع (٤).

(١) أخرجه مسلم في باب وضع الجوانع من كتاب المساقاة.

(٢) انظر: شرح صحيح مسلم للنووي ٢١٧/١٠ - دار الفكر - بيروت.

(٣) انظر: الحاوي ٢/٥.

(٤) انظر: الحاوي الكبير ٢٠٦/٥.

المناقشات:

أولاً: مناقشة ما تطل به المالكية:

نوقش بأن ما يكون من ضمان أحد المتبايعين لا يقع الفرق فيه تلف قليله وكثيره بعرف معتاد أو غيره^(١).

ثانياً: مناقشة ما استدل به الشافعية في القديم والحنابلة:

- نوقش حديث جابر الأول بأن الأمر بوضع الجوائح يحمل على الاستحباب لا على الوجوب، أو فيما بيع قبل بدو صلاحه، ويحتمل أن الأمر بوضع الجوائح محمول على وضعها عن البائع دون المشتري؛ لأنه يحتمل الأمرين معاً وليس أحدهما أولى من الآخر^(٢).

وقال الإمام الشافعي - رحمه الله - في كتابه الأم: أنه حديث معلول لا يصح الاحتجاج به؛ لأن سفيان وهنه؛ لأنه قال: قد كان بعد نهيه عن بيع السنين، وقبل أمره بوضع الجوائح كلاماً لم أحفظه، يجوز أن يكون فيما لم يحفظه ما يدل على مراده بوضع الجوائح ويصرف عن ظاهره^(٣).

- ونوقش حديث جابر الثاني من وجهين:

أحدهما: أنه محمول على ما قبل التسليم.

الثاني: أنه محمول على الندب والإرشاد، كما قال - -: تألاً فلان ألا يفعل خيراً^(٤).

- نوقش دليل المعقول من وجهين:

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٢٠٧/٥.

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٢٠٨/٥.

(٣) انظر: الأم ٥٦/٣، ٥٧.

(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٢٠٨/٥.

أولهما: أن ثبوت الخيار الثابت للمشتري بسبب عطشها لا يمنع من ثبوت القبض؛ لأن المقبوض في خيار الشرط يستحق الرد بما حدث من عيوب في زمن الخيار وإن لم يقبض.

الثاني: أن خيار العطش إنما استحقه المشتري لوجوب السقي على البائع ولم يكن له بالتلف رجوع؛ لأن الحط لا يجب على البائع، فما حدث من نقص بسبب الجائحة كان من ضمان المشتري وليس من ضمان البائع^(١).

- نوقش دليل القياس:

بأن قياس قبض الثمرة على منافع الدار قياس مع الفارق ومن ثم فإنه لا يصح؛ لأن ما حدث من منافع الدار غير موجود في الحال، ولا يقدر المستأجر على قبضه فبطلت الإجارة بتلف الدار قبل المدة، وليست الثمرة كذلك؛ لأنها موجودة يمكن للمشتري أن يتصرف فيها ويحدث في الحال جمعها، فلم يبطل البيع بعد التمكين منها^(٢).

الترجيح:

وبعد استعراض مذاهب الأئمة الأربعة في حكم وضع الجوائح وذكر أدلة كل مذهب، ومناقشة ما تعلل به المالكية، وما استدلل الشافعية في القديم والحناابلة، أرى بأن الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في الجديد القائلين بأنها من ضمان المشتري وليست من ضمان البائع لقوة ما استدلوا به وسلامته من المناقشة.
- والله أعلم،،،

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردى ٢٠٩/٥.

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردى ٢٠٩/٥.

ولكننا نتمتع هل يمكن الجمع بين الأدلة؟

نقول: إن ابن حزم الظاهري حاول الجمع بين حديثي جابر المتقدمين والذي استدل بهما أصحاب المذهب الثالث، وبين حديث أنس بن مالك - رضي الله عنه - والذي قال فيه: إن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الثمر حتى يزهي، قالوا: وما يزهي، قال: يحمر، أرايت إذا منع الله الثمرة، بم تستحل مال أخيك^(١)؟

قال ابن حزم: صح بهذين الخبرين أن الجوائح التي أمر بها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بوضعها هي التي تصيب ما بيع من الثمر سنين - إلا سنتين أو ثلاثاً أو أكثر - وقبل أن يزهي، وأن الجائحة التي لم يسقطها وألزم المشتري مصيبتها هي كل ما تصيب الثمر المباع بعد ظهور الطيب فيه وجواز بيعه أهـ^(٢).

الظروف الطارئة وتأثيرها على عقد البيع:

عقد البيع من العقود اللازمة، التي لا يجوز شرعاً لأحد الطرفين التحلل منه بالفسخ إلا برضى الطرف الآخر، ولكن قد يطرأ على هذا العقد تغيير جوهري يمنع من الاستمرار في إمضائه بسبب لا دخل لأحد فيه كالجوائح التي سبق بيانها، وحينئذ يفسخ العقد لهذه الظروف الطارئة؛ دفعا للضرر الواقع على المشتري.

وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة ١٤٠٢هـ، استمدادا من أصول الشريعة الإسلامية، تحقيقاً للعدل الواجب بين الطرفين؛ ودفعاً للضرر الواقع على المشتري بسبب لا دخل له فيه.

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الثمار قبل بدو صلاحها، ومسلم في البيوع، باب بيع الثمار قبل بدو صلاحها.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم الظاهري ٧/٢٨٠، ٢٨١، تحقيق د. عبد الغفار سليمان البنداري - ط دار الكتب العلمية - بيروت.

المبحث الثاني

عقد الإجارة وتأثره بالظروف الطارئة

لا خلاف بين الفقهاء من أنه لو استأجر شخص دار للسكن، أو أرضاً للزراعة أو دابة للحمل أو الركوب، وقبل وضع يده عليها، حال بينه وبين الانتفاع بها ما يمنع ذلك، كهدم الدار، أو غرق الأرض، أو انقطاع مائها، أو موت الدابة، فإن الإجارة تنفسخ دفعاً للضرر عن المستأجر.

وكذلك لا خلاف بينهم إذا وضع المستأجر يده على العين المؤجرة وانتفع بها مدة، ثم طرأ عليها ما يمنع الانتفاع بها، مما لا دخل للمستأجر فيه، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقى من المدة دون ما مضى، من ثم يكون لمالك العين - المؤجر - من الأجرة بقدر ما استوفى المستأجر من المنفعة.

أما إذا حدث خوف عام يمنع من سكنى هذا المكان، أو تحاصر البلد فمنعوا من الخروج إلى الأرض، ونحو ذلك، فحينئذ يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة.

يقول ابن عابدين من فقهاء الحنفية في حاشيته في باب فسخ الإجارة تنفسخ بخيار الشرط وبخيار الرؤية: كالبيع، خلافاً للشافعي، وبخيار عيب حاصل قبل العقد أو بعده بعد القبض أو قبله يفوت النفع به، كخراب الدار، وانقطاع ماء الري، وانقطاع ماء الأرض، وكذا لو كانت تسقى بماء السماء فانقطع المطر. أ.هـ^(١).

وفي بداية المجتهد لابن رشد من فقهاء المالكية يقول: وعند مالك أن أرض المطر إذا أكربت، فمنع القحط من زراعتها، أو زرعها فلم ينبت الزرع فما كان القحط أن الكراء يفسخ، وكذا إذا تعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة، فلم يتمكن المكثرى من أن يزرعها. أ.هـ^(٢).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٧١/٦، ٧٢.

(٢) انظر: بداية المجتهد، لابن رشد ١٨١٨/٤، ١٨١٩.

وفي نهاية المحتاج للرملى من فقهاء الشافعية يقول: وتفسخ الإجارة بتلف مستوفى منه شيئ في عقدها شرعاً، كمسامة استأجرت مدة لخدمة مسجد فحاضت فيها، أو حساً كالموت، فتفسخ بلحو موت الدابة والأجير المعينين، ولو بفعل المستأجر لغوات المنفعة المعقود عليها قبل قبضها، كالبيع قبل قبضه، ويكون المستأجر بإتلافه العين ضامناً لها، بخلاف المنفعة؛ لأن الانفساخ إنما هو في الزمان المستقبل ومنافعه معدومة، لا يتصور أن يرد الإتلاف عليها^(١).

وفي الروض المربع للبهوتى من فقهاء الحنابلة يقول: وتفسخ الإجارة بتلف العين المؤجرة، كدابة وعبد مائة؛ لأن المنفعة زالت بالكلية، وإن كان التلف بعد مدة لها أجرة، فسخت فيما بقي، ووجب للماضى القسط، وتفسخ الإجارة أيضاً - بموت المرتضع؛ متعذراً استيفاء المعقود عليه؛ لأن غيره لن يقوم مقامه في استيفاء المنفعة، وتفسخ أيضاً - بانقلاع ضرر أكثرى لقطعة أو برئه؛ لتعذر استيفاء المعقود عليه، فإن يم يبرأ أو امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر. أ.هـ^(٢).

هذا، وقد ذكر فقهاء المذاهب الفقهية الأربعة في حكم الأعذار الطارئة على عقد المساقاة والمزارعة مثل الذى ذكروه في الإجارة، وسندهم في هذا هو دفع الضرر الواقع على المستأجر عند تعذر استيفاء المنفعة المتعاقد عليها عملاً بقوله « لا ضرر ولا ضرار »^(٣).

- (١) النظر: نهاية المحتاج، لمحمد بن أبى العباس الرملى، ٣١٧/٥ - ط، دار الفكر - بيروت.
(٢) النظر: الروض المربع، للبهوتى وحاشيته لعبد الله العنقرى - ط، دار ابن الجوزى - القاهرة.
(٣) أخرجه مالك في الموطأ، وقال ابن عبد البر في التمهيد: ٢٣٠/١٠، لم يختلف عن مالك فى إرسال هذا الحديث، وقال: ولا يسند من وجه صحيح، ورواه ابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت يسند فيه لقطعاع، ومن حديث ابن عباس يسند فيه ضعف، رواه الدارقطنى والبيهقى والحاكم كلهم من حديث ابن سعيد الخدرى، وقال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم، وقال ابن الصلاح: هذا الحديث أسنده الدارقطنى من وجوه ومجموعها بقوى الحديث ويحسنه. أ.هـ. النظر: جامع الأصول ٦٤٤/٦.

الظروف الطارئة - وتأثيرها على العقود والالتزامات

وهذا الحديث النبوي الشريف من جوامع كلمه -، أصبح قاعدة شرعية بنيت عليها أبواب كثيرة من الفقه الإسلامي، واندرجت تحتها من المسائل الفرعية مالا يكاد يحصى، وصارت هذه القاعدة مظهراً إسلامياً للعدل ورد العدوان، والتعاون البناء وتحقيق الأمن ونشر السلام بين الناس^(١).

الظروف الطارئة وتأثيرها على عقد الإجارة:

بما أن عقد الإجارة عقد على منفعة لمدة محددة من الزمن بين الطرفين فقد يقع في هذه المدة تغيير جوهرى يطرأ على العقد فيمنع المستأجر منعاً كلياً من استيفاء المنفعة المتعاقد عليها، وحينئذ يفسخ العقد لهذه الظروف الطارئة، وفقاً لضرب المستأجر.

وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي فى دورته الخامسة ١٤٠٢هـ، استمداداً من أصول الشريعة الإسلامية تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفى العقد، ومنعاً للضرر الواقع على أحد الطرفين بسبب لا دخل له فيه.

(١) أنظر: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ص ٩٦، د/ محمد بكر إسماعيل - ط، دار المنار - القاهرة.

المبحث الثالث

العقود المتراخية التنفيذ

وفيه ثلاث مطالب

المطلب الأول

عقد التوريد

تعريفه:

التوريد في اللغة مصدر فعله ورد، يقال: ورد فلان وروداً، أى: حضر، وأورده غيره واستورده، أى: أحضره، وورد بالتضعيف توريداً كقطع تقطيعاً^(١). وعقد التوريد اصطلاحاً هو:

أن يتعهد طرف أول بتسليم سلع معلومة مؤجلة بصفة دورية خلال فترة معينة للطرف الآخر، مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه^(٢). مثال ذلك:

أن يتعهد شخص على توريد سلع غذائية يومية بصفة دورية، إلى مستشفى أو فندق أو جهة حكومية، بأسعار اتفق الطرفان عليها في كل صنف لمدة عام مثلاً، فحدثت جائحة بالبلاد، أو طوفان أو زلزال، أو حرب مدمرة، فارتفعت الأسعار إلى أضعاف السعر المتفق عليه عند التعاقد، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في هذا المجال.

صور عقد التوريد وحكم كل صورة:

الصورة الأولى لعقد التوريد:

أن يتطلب عقد التوريد صناعة سلعة من السلع وتوريدها بعد تصنيعها، فالعقد حينئذ يأخذ حكم عقد الاستصناع، كالتعاقد على توريد البترول بعد إنتاجه،

(١) انظر: لسان العرب مادة (ورد).

(٢) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٧/٧ - ١٣.

العدد الثالث والعشرون لجمعية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات - بالإسكندرية

الظروف الطارئة - وتأثيرها على العقود والالتزامات
والتعاقد على بيع السيارات والمعدات مع الشركات المصنعة لها وتوريدها بعقود
أجله بعد التصنيع والتعاقد على ما تنتجه المناجم.
تعريف عقد الاستصناع:

لغة: طلب الصنعة، أى يطلب الصانع العمل فالصنعة عمل الصانع فى
صناعته.

وفى الاصطلاح: هو عقد على بيع فى النمة مطلوب عمله، أو هو طلب عمل
شئ خاص على وجه مخصوص مانته من الصانع.
أركانه: عاقدان، ومعقود عليه، وصيغة - إيجاب وقبول^(١).

دليل مشروعيته:

الإجماع الثابت بالتعامل من رسول الله - ﷺ - إلى يومنا هذا، وقد استصنع
النبي - ﷺ - منبراً وخاتماً^(٢).

وقد جوز الاستصناع استحصاناً، والقياس أنه لا يجوز؛ لأنه بيع معدوم، وهو
منهى عنه، ولكن ترك العمل به بما ذكرنا^(٣).
حكمه بمعنى الأثر المترتب عليه:

إفادة الملك فى البديلين لكل من المتعاقدين، أو بعبارة أخرى، ثبوت الملك
للمستصنع فى العين المببوعة فى النمة، وثبوت الملك للصانع فى الثمن ملكاً غير
لازم.

ويصح الاستصناع سواء حدد فيه الأجل لتسليم الشئ المصنوع، أم لا بأن
كان حالاً^(٤).

شروط صحته:

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانى ٢/٥، ٣.

(٢) أخرجه البخارى فى كتاب اللباس، حديث رقم ١٩٩٥.

(٣) انظر: المبسوط للمرخسى ١٢/١٣٨.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣/٥.

الظروف الطارئة - وتأثيرها على العقود والالتزامات

بشروط في صحة عقد الاستصناع ثلاثة شروط:

١- بيان المصنوع ببيان تاماً يحول دون النزاع بعد صنعه، فبين جنسه ونوعه، وقيمه، وجميع أوصافه، وذلك يختلف باختلاف المصنوع.

٢- أن يكون مما يجرى التعامل بين الناس باستصناعه كالسيارات والطائرات والملابس، الأحذية، وأثاث المنزل.

٣- ألا يذكر في العقد أجلاً محدداً للتسليم، فإذا ذكر العاقدان أجلاً لتسليم المصنوع، فسد العقد وانقلب إلى عقد السلم عقد أبي حنيفة، وقال صاحبان: ليس هذا بشروط، فالعقد استصناع على كل حال، حدد فيه أجل أم لم يحدد، وهو الصحيح، ويقولها أخذت مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٨٩) (١).

صفة عقد الاستصناع:

الاستصناع: عقد غير لازم قبل العمل من الجانبين باتفاق، ومن ثم يثبت لكل منهما خيار الامتناع قبل العمل.

وأما حكمه بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع - طالب الصنعة - فكذا؛ لأنه لا يتعين إلا بخيار المستصنع، حتى كان للصانع أن يبيعه ممن شاء؛ لأن العقد ما وقع على عين المصنوع بل على مثله في الزمة، حتى إنه لو اشترى الصانع من مكان آخر وسلمه إلى المستصنع جاز ذلك.

وأما إذا حضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع وبقي خيار المستصنع؛ لأنه اشترى ما لم يره فله الخيار، فبرده يفسخ الخيار ويعود إليه رأس المال؛ ولأن الخيار كان ثابتاً لهما قبل الإحضار لما ذكرنا أن العقد غير لازم.

وقيل: لا خيار لأحدهما؛ منعا من وقوع المنازعات بين المتعاقدين؛ ولأن هذا القول يتفق مع القوة الملزمة للعقد بصفة عامة في الشريعة الإسلامية، وهذا القول

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣/٥، ومجلة الأحكام العدلية المادة (٣٨٩).

يتناسب - أيضاً - مع الحياة الاقتصادية المعاصرة من استصناع أشياء غالية الثمن كالمفن والطائرات، فلا يمكن أن يكون عقد الاستصناع فيها غير لازم^(١).
الفرق بين عقد السلم وعقد الاستصناع:

بالرغم من أن الاستصناع من صور بيع المعلوم الذي يجوز لحاجة التعامل به بين الناس، فإن هناك فروقاً بينهما أهمها ما يلي:

- ١- أن المبيع في السلم ديناً تحتمله الذمة، فهو إما مكيل أو موزون، أما المبيع في الاستصناع فهو عين لا دين كاستصناع أثاث منزل أو حذاء، ونحو ذلك.
- ٢- يشترط في السلم وجود أجل معلوم، ولا يشترط هذا في الاستصناع.
- ٣- عقد السلم لازم بخلاف الاستصناع فهو غير لازم قبل العمل لازم بعده.
- ٤- يشترط في السلم قبض رأس المال في مجلس العقد، ولا يشترط قبضه في الاستصناع^(٢).

الصورة الثانية لعقد التوريد:

أن يكون عقد التوريد سلع لا تحتاج إلى صنعة، ولكنها موصوفة في الذمة وصفاً دقيقاً ينفي الجهالة عنها عند التسليم.

ولهذه الصورة حالتان:

الحالة الأولى: ألا يدفع الثمن كله عند التعاقد، كأن تؤجل الجهة المتعاقدة الثمن فتدفعه

على دفعات، كما أن المورد يورد أيضاً السلع المتعاقدة عليها على فترات.

فهل يصح العقد أو لا يصح: اختلف الفقهاء في هذا على مذهبين:

المذهب الأول: يرى زفر من فقهاء الحنفية، والأصح عند الشافعية بطلان هذا

العقد^(٣).

(١) انظر: شرح فتح القدير، لابن المهام ٩٨/٧ - ط، دال الفكر - بيروت.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/٥ - ط، دار الكتب العلمية - بيروت.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٠١/٥، والحاوي الكبير للماوردى ٣٨٩/٥ - ط، دار الكتب العلمية -

بيروت.

العدد الثالث والعشرون لجمعية لدراسات الإسلاميه والعربيه للبنات - بالإسكندرية
الظروف الطارئة - وتأثيرها على العقود والالتزامات

المذهب الثاني: ويرى الإمام أبو حنيفة وصاحبيه، والمالكية وأحد القولين عند الشافعية والحنابلة صحة هذا العقد (١).

الأدلة:

أولاً: ما استدل به أصحاب المذهب الأول:

أولهما: روى عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الدين بالدين (٢)، ووجه الدلالة هو: أن عدم تسليم الثمن عند التعاقد دين وعدم تسليم السلعة عند التعاقد دين، ومن ثم فإن العقد عليها لا يصح لانهي صلى الله عليه وسلم عن ذلك.

الثاني: قوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام "لا تبع ما ليس عندك" (٣).

ووجه الدلالة هو: أن عقد التوريد الذي لا يتم دفع البديلين ببيع دين بدين، ومن ثم فإنه يدخل تحت بيع ما ليس عند الانسان فلا يصح.

ثانياً: ما استدل به أصحاب المذهب الثاني:

١- أن عقد السلم إذا انعقد بلفظ السلم وجب فيه قبض رأس المال في المجلس، وإذا انعقد بلفظ البيع، فلا يشترط فيه ذلك (٤).

إن يفهم من هذا أن عقد السلم إذا انعقد بلفظ البيع، فإنه لا يشترط فيه قبض رأس المال في المجلس، وفي هذه الحالة يكون البدلان مؤجلين، وعليه فإن عقد التوريد الذي يتأجل فيه البدلان لا يخرج عن هذا الإطار الشرعي لعقد السلم، من ثم فإنه يكون مشروعاً بهذه الكيفية.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٠١/٥، والإشراف للقاضي عبد الوهاب المالكي ٢٨٠/١، والحاوي

٣٨٩/٥، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢١٤/٢، مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٣٣/٢٠.

(٢) أخرجه الدارقطني ٧١/٣، والحاكم ٧٥/٢، كلاهما بند ضعيف إلا أن بيع الدين بالدين أجمع

أهل العلم على عدم جوازه كما قال الشوكاني في نيل الأوطار ١٥٦/٥.

(٣) أخرجه الترمذي في باب بيع ما ليس عند الإنسان، وقال: حسن صحيح.

(٤) الحاوي الكبير ٣٨٩/٥.

٢- عقد التوريد في حالة تأجيل البديلين فيه يكون البدلان من قبيل بيع الصفة بالصفة عند المالكية، وبيع الصفة تشترط فيه ألا يقدم دفع الثمن كما أن البضاعة فيه مؤجلة، وبالتالي فيجب أن يؤجل الثمن.

ولا شك أن المورد الذي أبرم عقد التوريد يكون متأكدًا ووثقًا كل الثقة بأنه سيحصل على البضاعة، إن لم تكن عنده بالفعل، كما أن الجهة المتعاقد معها ملتزمة هي الأخرى بدفع الثمن، إذن عقد التوريد الذي يتأخر فيه دفع البديلين صحيح؛ لأنه من قبيل بيع الصفة بالصفة على صريح مذهب الإمام مالك^(١).

٣- عموم البلوى الذي عمت به القوانين والأعراف الدولية، وغيرها التي لا بديل لها في عصرنا الحاضر أفضل من عقد التوريد الذي يتأخر فيه البدلان؛ فأصبحت الحاجة إليه عامة، والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة، وأن يكون فيها مخالفة لبعض القواعد الشرعية، وذلك لمصلحة يجب تحصيلها استحساناً^(٢).

المناقشات:

مناقشة ما استدل به أصحاب المذهب الأول:

أولاً: حديث عمر رضي الله عنه الذي نص فيه على نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الدين بالدين، حديث غير صحيح سنداً ودلالة.

أما من حيث سنده: فقال الشوكاني: تفرد به موسى بن عبيدة الزبدي^(٣)، كما قال الدارقطني، وابن عدي، وقد قال فيه أحد: لا تحل الرواية عنه عندي، ولا

(١) انظر: جواهر الإكليل للشيخ/ صالح عبد السميع الأزهرى، شرح مختصر خليل ١/٧٦ - ط، دار الفكر - بيروت.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ٢/١٤٥، للعز بن عبد السلام - ط، مؤسسة الرسالة - بيروت.

(٣) انظر: ترجمة وما قيل فيه في تقريب التهذيب لابن حجر، ترجمة ٦٩٨٩ ص ٥٥٢ - ط، دار الرشيد، حلب - سوريا، ومختصر الكامل لابن عدي، ترجمة ١٨١٣ ص ٧١٢ - ط، مكتبة السنة القاهرة.

أعرف هذا الحديث عن غيره، وقال أيضاً: ليس هذا حديث يصح، ولكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين، وقال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث أ.هـ (١).

وأما من حيث دلالة حديث ابن عمر السابق: على المعنى فقد اختلف فيها أهل العلم، فقال بعضهم: يؤخذ بهذا الحديث إذا كان نشأ الدينين حين العقد.

وقال البعض الآخر: يلزم أن يكون هناك دينان قبل العقد، ثم يعقد العقد بين الدينين، وعلى هذا التفسير لا يكون النهي شاملاً لما صار ديناً في العقد، بل المراد منه، ما كان ديناً قبل العقد، وذلك كبيع ما هو في ذمة أحمد لحسين بمال آخر في ذمة عمر، ومما كان ديناً قبل العقد.

وهناك تفسير آخر: فسر به الحديث، وهو: صورة اتحاد الجنس كذهب بذهب، أو شعير بشعير فيلزم الربا.

وبالتالي فإن الاختلاف في تفسير الحديث يجعله مبهم الانطباق على عقد التوريد، ومن الأمور المسلم بها أن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال (٢).

(١) انظر: نيل الأوطار ١٥٦/٥.

(٢) انظر: قاضيا فقهية معاصرة ٢٣٩، د/ علي قاسم.

ثانياً: مناقشة الدليل الثاني:

نوقش حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه بأنه يحتمل أكثر من معنى فبعض الفقهاء استدل بهذا الحديث على عدم جواز بيع المعدوم.
واستدل البعض الآخر على عدم جواز بيع العين الغائبة.
وفريق ثالث يرى احتمال أن يكون المراد به بيع شيء مباح على أن يستولى عليه فيسلمه.

وفريق رابع يرى: أن المراد ببيع الإنسان ما لا يمتلك سواء أكان معيناً فسي

الذمة.

وفريق خامس يرى: أن المراد به النهي عن بيع الأعيان^(١).
وعلى هذا التفسير الأخير للحديث فإن عقد التوريد لا يدخل في بيع ما ليس عند الإنسان؛ لأنه مضمون في الذمة، وليس ببيع أعيان.

الترجيح:

من خلال ما سبق إيضاحه يتبين لنا بأن الراجح هو المذهب القائل بمشروعية عقد التوريد الذي يتأجل فيه البدلان، وذلك؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة، ولا يدخل عقد التوريد حينئذ في بيع المعدوم الذي لا يصح بيعه.
ورحم الله -ﷺ- العلامة ابن القيم الذي قسم المعدوم إلى أقسام ثلاثة وبين حكم كل نوع منها فقال:

الأول: معدوم موصوف في الذمة، فهذا باتفاق يجوز بيعه، وإن كان الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - قد اشترط في هذا النوع أن يكون موجوداً وقت التعاقد، من حيث الجملة، وهذا هو السليم.

الثاني: معدوم تابع للموجود، وإن كان أكثر منه، وهو نوعان:

(١) انظر: قضايا فقهية معاصرة ص ٢٤١، د/ علي قاسم.

النوع الأول: منفق عليه وهو بيع الثمار وبعد ظهور صلاح ثمرة منها، وإن كانت بقية الثمار معدومة وقت التعاقد، ولكن جاز بيعها تبعاً للموجود.

النوع الثاني: مختلف فيه كبقية المقائى والمطابخ إذا طابت فهذه فيها قولان:

القول الأول: أنه يجوز بيعها جملة، ويأخذها المشتري شيئاً بعد شيء على ما جرت به العادة، ويجرى مجرى بيع الثمرة بعد بدو صلاحها، وهذا هو الصحيح من القولين، الذى استقر عليه عمل الأمة، لا غنى لهم عنه، ولم يأت بالمنع منه، كتاب ولا سنة، ولا إجماع، ولا أثر، ولا قياس صحيح، وهو مذهب مالك - رحمه الله - وأهل المدينة وأحد القولين فى مذهب أحمد، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية.

القول الثاني: أنه لا يباع إلا لقطة بلقطة.

وهذا القول لا بنضبط شرعاً: ولا عرفاً، ويتعذر العمل به غالباً.

النوع الثالث: معدوم لا يدرى يحصل أم لا يحصل ولا ثقة لبائعه فى حصوله، بل يكون المشتري منه على خطر، فهذا النوع منع الشارع بيعه، لا لكونه معدوماً، بل لكونه غرراً^(١).

وأقول: إن الذى ذكره العلامة ابن القيم هو: الذى يتمشى مع واقع الأمة المعاصر، ولا يتصادم مع النصوص؛ لأنه لا يشترط فيها أن تكون احتمال وجودها غالباً، إذن: فعقود التوريد التى يتأخر فيها دفع البديلين عند التعاقد لا تدخل فى النهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، أو فى بيع المعدوم أو فى بيع الغرر. والله تعالى أعلم، ، ،

الحالة الثانية: أن يدفع الثمن كله عند التعاقد وتوصف السلعة المتعاقد على توريدها وصفاً دقيقاً ينفى الجهالة عنها يجعلها وكأنها مرئية، وكان المورد لها قادراً على تسليمها بالأوصاف المبينة عند التعاقد، أو لا توصف.

(١) انظر: زاد المعاد فى هدى خير العباد لابن قيم الجوزية ٨٠٧/٥، وما بعدها بتصرف يسير.

ففي مشروعية هذا النوع من التعاقد خلاف على مذهبين:
المذهب الأول: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وأحد قولين عند
الشافعية^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤)، صحة العقد، يقول ابن قدامة في المغني:
وهو قول أكثر أهل العلم؛ لأن المعرفة بالصفة معرفة بالشئ الموصوف^(٥).
المذهب الثاني: ويرى الشافعية في الجديد، والرواية الثانية عند الحنابلة بطلان
التعاقد على العين الغائبة حتى وإن كانت موصوفة وصفاً دقيقاً ينفي الجهالة
عنها^(٦).

الأدلة:

أولاً: ما استدل به أصحاب المذهب الأول:
استدلوا بالكتاب والسنة والقياس:
فمن الكتاب: قوله تعالى-: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ
إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^(٧).
ووجه الدلالة: أن العين الموصوفة وصفاً دقيقاً ينفي الجهالة عنها عند التعاقد،
وصفها يجعل العقد صحيحاً؛ لأنه وقع على وجه التراضي.
ومن السنة: قوله -ﷺ-: "لا تباشر المرأة المرأة ففتعتها لزوجها كأنه يراها"^(٨).

(١) حاشية ابن عابدين ٢٠٩/٥.

(٢) جواهر الإكليل ٦٦/٢.

(٣) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ١٠٢/٢، والمجموع للنووي ٣٠١/٩.

(٤) المغني لابن قدامة ٣٩١/٦.

(٥) المغني ٣٩١/٦، وبداية المجتهد ١٦٢٤/٣ - ط، دار السلام تحقيق د/عبد الله العبادي.

(٦) انظر: مغني المحتاج ١٠٢/٢، والمقنع ٨٨/٢، لابن قدامة، الناشر: مكتبة ابن تيمية القاهرة.

(٧) من الآية ٢٩ من سورة النساء.

(٨) أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب لا تباشر المرأة المرأة ففتعتها لزوجها حديث رقم

(٥٢٤٠)، فتح الباري ٢٥٠/٩ - ط، الريان.

ووجه الدلالة: أن الصفة قامت مقام الرؤية، وإن كان الحديث وارداً في عقد النكاح، إلا أنه ينطبق على سائر العقود^(١).

واستكلوا من القياس: بقياس عقد التوريد عند تسليم رأس المال كله عاجلاً، وتأجيل السلع المتعاقدة على توريدها بعد وصفها وصفاً دقيقاً ينفي الجهالة عنها، على عقد السلم^(٢). فإنه يصح إذا ذكرت أوصاف المعقود عليه وصفاً دقيقاً، ينفي الجهالة عنه، كما يقاس -أيضاً- على الاستصناع، فإنه لا يشترط تسليم المعقود عليه في المجلس^(٣).

(١) انظر: دراسة مقارنة حول عقد البيع د/الشافعي عبدالرحمن ص ١٠٥، المكتبة التوفيقية.

(٢) السلم لغة: السلف، وهي لغة أهل العراق، وأهل الحجاز يطلقون عليه: السلم في اللغة، وسمى سلفاً لتسليم رأس المال في المجلس، وسمى سلفاً: لتقديم رأس المال -أيضاً-.

وفي اصطلاح الفقهاء: عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد. وعرفه الحنفية: بأنه أجل بعاجل، يعني بيع أجل، وهو المسلم فيه، بعاجل، وهو رأس المال والسلم: جائز بالكتاب والسنة والإجماع.

أما للكتاب فلقوله -تعالى-: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ (من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة). قال ابن عباس -رضي الله عنهما- أشهد أن السلم للمضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية.

ومن السنة: ما أخرجه البخاري عن ابن عباس -رضي الله عنهما- عن رسول الله -ﷺ- قال: "من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم".

وأجمعت الأمة على مشروعيته عن ابن المنذر قال: أجمع كل من حفظ عليه من أهل العلم على أن السلم جائز.

وأما المعقول: فإن حاجة الناس تدعو إلى ذلك فجوزها الشارع لمصلحة الناس، والرفق بهم، واستثناء من أمر ممنوع، وهو بيع الإنسان ما ليس عنده. انظر: حاشية ابن عابدين ٢٠٩/٥، وكشاف القناع ٢٧٥/٣، والمغنى ٣٨٥/٦، وفتح الباري ٥٠١/٤.

(٣) انظر: عقد البيع، د/الشافعي عبد الرحمن، ص ١٠٥.

ثانياً: ما استدل به أصحاب المذهب الثاني:

استدلوا بالسنة، والقياس، والمعقول:

أ - فمن السنة ما روى عن ابن عمر - رضى الله عنهما - أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع الغرر^(١).

وجه الدلالة: أن بيع العين الغائبة فيه غرر ظاهر، ومن ثم لا يصح عقد التوريد للأشياء الغائبة.

ومنها ما روى عن: حكيم بن حزام - ﷺ - قال: قلت يا رسول الله، يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيع منه، ثم أبتاعه من السوق، فقال - ﷺ -: "لا تبع ما ليس عندك"^(٢).

وجه الدلالة: أن النهي في الحديث عام في عدم صحة بيع الإنسان ما ليس عنده، وبما أن عقد التوريد يكون على غير موجود، لذا فإنه لا يصح عملاً بمقتضى هذا الحديث.

ب- واستدلوا من القياس بعدم صحة عقد التوريد على العين الغائبة حتى وإن كانت موصوفة على عدم صحة بيع النوى في التمر بجامع أن كلا منهما غائب لا يمكن الوقوف على حقيقته.

ج- دليل المعقول: قالوا: إن التعاقد على العين الغائبة حتى ولو وصفت لا يخلو من غرر، وقد يتغير سعر السلعة خلال هذه المدة أكثر من مرة، فإن زاد انزعج البائع، وإن نقص انزعج المشتري، فمن المحتمل حينئذ للزيادة أو النقصان، هذا بالإضافة إلى أن العلم بالحاصل بالوصف ليس كالعلم بالحاصل بالرؤية^(٣).

(١) أخرجه مسلم، باب بطلان بيع الحصاه الذي فيه غرر من كتاب البيع.

(٢) أخرجه الترمذي في الجامع - باب ما جاء في كراهية بيع ??? الإنسان، وقال: حسن صحيح.

(٣) عقد البيع، د/ الشافعي عبد الرحمن ص ١٠٦.

المناقشات:

مناقشة ما استدل به أصحاب المذهب الثاني:

أولاً: مناقشة ما استدلوا به من السنة:

يناقش حديث ابن عمر - رضى الله عنهما - بأن السلعة بعد وصفها وصفاً دقيقاً واضحاً ينفي الجهالة عنها لا ينطبق عليه بيع الغرر المنهى عنه.

وفى الحديث: وإن كان فيها غرر فهو يسير يعفى لا سيما وأن المتعاقد الآخر يثبت له حق الخيار إذا كان المعقود عليه خلاف الوصف.

ويناقش ما استدلوا به من حديث حكيم بن حزام - رضي الله عنه - بأنه يحتمل أكثر من معنى كما سبق وأن أوضحنا هذا.

ثانياً: ويناقش ما استدلوا به من القياس: بأنه قياس مع الفارق فلا يصح ذلك لأن النواة داخل التمرة لا توصف بخلاف المتعاقد عليه في عقد التوريد وكان غائباً ولكنه وصف وصفاً دقيقاً ينفي الجهالة عنه.

ثالثاً: ويناقش ما استدلوا به من المعقول: بأن الغرر في عقد التوريد على سلع غائبة بعد وصفها وإن وجد فهو غرر يسير، فإنه يغتفر لا سيما وأن المتعاقد الآخر إذا وجد المعقود عليه بعد وصفه إذا كان على خلاف الصفة ثبت له الخيار.

الترجيح:

وبعد أن استعرضنا آراء الفقهاء وأدلتهم مع مناقشة ما يحتمل منها للمناقشة في حكم عقد التوريد الذي دفع فيه الثمن كاملاً عند التعاقد على توريد سلع غائبة، ولكنها وصفت وصفاً دقيقاً، نرى بأن الراجح هو المذهب الأول القائل بصحة التعاقد على العين الغائبة الموصوفة، وذلك؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة؛ ولأنه الأرفق بالمعاملات المالية المعاصرة بين الناس؛ لأن له نظير في الشرع، وهو عقد السلم المشروع بالنص والإجماع. والله - تعالى - أعلم،،،

عقد التوريد وتأثره بالظروف الطارئة:

من المعلوم أن عقد التوريد من العقود المترخية التنفيذ، أي: يكون على مراحل زمنية متعددة، وقد يحدث في هذه المراحل الزمنية تغيير جوهري في الأسعار، أو في انتظام ورود السلع المتعاقد على توريدها، نتيجة لقوة قاهرة غير متوقعة عند التعاقد، كزلازل، أو طوفان، أو حروب، مما يكون سبباً رئيسياً إلى الإخلال بميزان المعاوضة الذي تم التعاقد عليه، وحينئذ يجوز شرعاً اللجوء إلى القضاء؛ لإعادة التوازن إلى طرفي العقد، والخروج من النزاع، بالاستناد إلى وضع الجوائح، ورعاية للأعداء الطارئة، بناء على ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية، وسبق بيانه في المبحث الأول والثاني من هذه الدراسة.

وهذا ما أقره مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية في دورته الخامسة ١٤٠٢هـ، وقرر الأخذ بالظروف الطارئة، وجواز اللجوء إلى القضاء لإعادة تعديل الحقوق والالتزامات بالنسبة لطرفي العقد أو فسخ العقد والتعويض، بناء على رأي أهل الخبرة^(١).

(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة ص ٩٩.

المطلب الثاني

عقد الصيانة

قد يتعاقد صاحب عقار مع شركة على صيانة المصعد الكهربائي للعمارة فترة من الزمن، أو تتعاقد جهة حكومية مع جهة أخرى على صيانة السيارات أو المعدات والأجهزة الطبية أو غيرها، ونحو ذلك فإن هذا النوع من التعاقد يسمى بعقد الصيانة.

وهو عقد مستحدث مستقل تنطبق عليه جميع الأحكام العامة للعقود. ولهذه العقد صور عديدة من أبرزها وهو ما يتعامل به أهل زماننا ما يأتي:
أولاً: أن يتم التعاقد على أن يلتزم الصائن - العامل - بالصيانة فقط، أو مع تقديم بعض المواد اليسيرة التي لا اعتبار لها في الغالب بين الطرفين.
ثانياً: أن يلتزم الصائن - العامل - بالصيانة فقط، وتكون قطع الغيار اللازمة على المالك، وهاتان صورتان ينطبق عليهما حكم الإجارة على عمل، وهو عقد جائز شرعاً بالكتاب والسنة والإجماع^(١).

ويشترط شرعاً في الأجر ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون الأجر مالا متقوماً، ظاهراً منتقياً به.

(١) الإجارة لغة: مصدر أجرة، بأجر، أجر إجارة.

وفي المصطلح: عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة من الزمن معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم، وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع، فمن الكتاب قوله -تعالى-: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (من الآية ٦ سورة الطلاق). ومن السنة قوله -ﷺ-: "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه" أخرجه البخاري باب إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاث أيام جاز، حديث رقم ٢٢٦٤، فتح الباري ٤/٤٤٣، وأجمعت الأمة على مشروعيتها، دفعاً للحرص والمشقة.

الظروف الطارئة - وتأثيرها على العقود والالتزامات

الشرط الثاني: أن يكون مقدوراً على تسليمه.

الشرط الثالث: أن يكون الأجر معلوماً ذاتاً وصفة وحلواً^(١).

لقوله - -: من استأجر أجيراً فليسم له أجرته^(٢).

ثالثاً: الصيانة المشروطة على البائع لمدة معلومة، كصيانة الأدوات الكهربائية أو

السيارات الجديدة في فترة الضمان، فهذه الصورة اجتمع فيها بيع وشرط في

محل العقد، والشرط فيه منفعة للمشتري، فهل هذا الشرط يبطل للعقد أو لا؟

اختلف الفقهاء في هذا على مذهبين:

المذهب الأول: يرى الجمهور من فقهاء الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنابلة^(٥) وقول

مرجوح عند الشافعية^(٦)، والزيدية^(٧)، والإمامية^(٨) صحة هذا العقد الشرط.

المذهب الثاني: ويرى الشافعية في أصح القولين^(٩)، الظاهرية^(١٠) بطلان العقد

والشرط معاً.

(١) انظر: الفتاوى الهندية ١٠٣/٣.

(٢) انظر: مواهب الجليل للخطاب ٣٧٦/٤.

(٣) انظر: كشف القناع ٢٢٩/٢.

(٤) انظر: المجموع ٣٦٦/٩.

(٥) انظر: المنتزح المختار ٦١/٣.

(٦) انظر: مفتاح الكرامة للعامل ٧٣٠/٤.

(٧) انظر: المجموع ٣٦٦/٩.

(٨) انظر: المحلى ٤١٢/٨.

(٩) انظر: المجموع للنووي ٣٦٦/٩.

(١٠) انظر: المحلى لابن حزم الظاهري ٤١٢/٨.

الأدلة:

أولاً: ما استدل به أصحاب المذهب الأول:

- أ - عموم الآيات والأحاديث الدالة على وجوب الوفاء بالشرط وخصوصاً قوله -ﷺ-:
"المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً"^(١).
- ب - روى عن جابر -ﷺ- أنه باع إلى النبي -ﷺ- جملاً واشترط جابر ظهره إلى المدينة^(٢).

ثانياً: ما استدل به أصحاب المذهب الثاني:

- استدلوا بما روى عنه -ﷺ-: أنه نهى عن بيع وشرط^(٣).
- وجه الدلالة: أن البيع إذا اقترن بشرط فهو باطل، سواء أكان الشرط يقتضيه العقد أو لا يقتضيه.

المنافسة:

مناقشة ما استدل به أصحاب المذهب الثاني:

- نوقش حديث نهى النبي -ﷺ- عن بيع وشرط بأن كثيراً من الفقهاء والمحدثين ضعفوه سنداً وموضوعاً، ومنهم من أنكره، ومنهم من استغربه.
- يقول العلامة ابن القيم - رحمه الله - في كتابه إعلام الموقعين: حديث النهى عن بيع وشرط، لا يعلم له إسناد يصح، مع مخالفته للسنة الصحيحة، والقياس، ولانعقاد الإجماع على خلافه^(٤).

(١) أخرجه الترمذى فى الجامع كتاب الأحكام حديث رقم ١٣٥٢، وقال: حسن صحيح.
(٢) أخرجه البخارى فى باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز من كتاب الشرط، ومسلم فى، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، من كتاب المساقاة.
(٣) معالم السنن للخطابى ١٤٦/٣، باب شرط وبيع من كتاب البيوع، تلخيص الحبير لابن حجر ١٢/٣، فى باب البيوع المنهى عنها.
(٤) انظر: إعلام الموقعين ٣٤٦/٢.

الترجيح:

وبعد أن استعرضنا مذاهب الفقهاء في حكم اقتران العقد بالشرط الذي فيه منفعة للمشتري، والتزم به البائع برضاه وفقاً للمتعارف عليه، أرى بأن الراجح هو المذهب الأول القائل بصحة العقد والشروط، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة، ولأنه هو الأرفق بالمعاملات المالية بين الناس.

رابعاً: الصيانة المشروطة في عقد إجازة المنافع:

إذا أجر شخص لآخر سكن أو سيارة للركوب، ونحو ذلك واحتاجت هذه العين إلى صيانة، فعلى من تكون صيانتها؟

إذا كانت الصيانة لا يتوقف استيفاء المستأجر المنفعة عليها، بل من الممكن استيفاء المنفعة بدونها كإحداث ديكورات في الشقة، أو دهنها بلون معين، فيجوز في هذه الحالة اشتراط الصيانة على أحدهما المؤجر أو المستأجر.

أما إذا كانت الصيانة لا يتم استيفاء المنفعة إلا بها كسقوط جدار من الدار المؤجرة أو عطل فني في موتور السيارة المؤجرة للركوب أو للجمل، كانت الصيانة على المالك باتفاق الفقهاء^(١).

وأخذت بذلك مجلة الأحكام العدلية فجاء في المادة (٥٢٩) إعمال الأشياء التي تخل بالمنفعة المقصودة عائدة إلى الأجر: مثلاً- تطهير الرحي على صاحبها، كذلك تعمیر الدار وطرق الماء، وإصلاح منأفذه، وإنشاء الأشياء التي تخل بالسكنى، وسائر الأمور التي تتعلق بالبناء كلها لازمة على صاحب الدار^(٢).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٨٠/٦، وحاشية السوقي على الشرح الكبير ٥٤/٤ - ط، دار إحياء الكتب العربية - القاهرة، ومغنى المحتاج ٣٤٦/٢، والإنصاف للمرداوي ٦٧/٦.

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية مع شرحها درر الحكام لعلي حيدر ٥١٧/٢ - ، دار الكتب العلمية - بيروت.

وبذلك أخذ القانون المدني المصري فى المادة (٥٧٦) منه: يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد فى العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها أو تنقص من هذا الانتفاع نقصاً كبيراً، ولكن لا يضمن العيوب التى جرى العرف التسامح فيها^(١).

ولا يضمن المؤجر صيانة هذه العيوب إلا بشروط:

١- أن تكون هذه العيوب المراد إصلاحها متعلقة بأصل العين المؤجرة، بحيث تؤثر على أشياء جوهرية منها، وتحول دون التمكن من الانتفاع بالعين كالعيوب المتعلقة بالأبواب أو الجدران، أو الأسقف، أما إذا كانت العيوب غير جوهرية فى العين المؤجرة كمفتاح للمصباح الكهربائى تعطل أو بواجى السيارة أو البلاتين، فلا يتحمل المؤجر صيانتها.

٢- أن يكون حدوث العيوب فى العين المؤجرة طبيعياً أو نتيجة الاستعمال المعتاد، فإذا حدثت العيوب فيها نتيجة سوء استخدام، أو إهمال من المستأجر، أو تعد أو تفريط منه، فلا يتحمل المؤجر صيانة تلك العيوب، مثال ذلك أيضاً تلف محرك السيارة؛ لعدم تفقد الزيت أو الماء فيها.

٣- أن يتعارف الناس تحميل تبعه صيانتها على المؤجر لا على المستأجر؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، بشرط عدم مخالفته للقواعد العامة، ومما يندرج تحت العرف ما يتعلق بالصيانة التحسينية والتزويق فلا يلزم واحد منهما؛ لأن الانتفاع يمكن بدونه، وإنما يراعى ذلك العرف الدارج أو الشرط المنصوص عليه فى العقد ويقدم الشرط على العرف^(٢).

(١) انظر: الوسيط فى شرح القانون المدنى للسهنورى ٤٣٣/٦ - ط، دار إحياء التراث العربى - بيروت.

(٢) انظر: صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها فى معاملات المصارف وتطبيقاتها فى معاملات المصارف، د/ محمد عثمان شبير ص ٧٥٠.

إجبار المؤجر على صيانة العين المؤجرة عند ضمانه للعيوب:

اتفق الفقهاء على أن المؤجر يجبر على صيانة العين المؤجرة، إذا كانت وفقاً أو مال يتيم أو مالاً مخجوراً عليه؛ لأنه في هذه الحالات ملزم برعاية الأعيان والمحافظة عليها، وتعهدها بالصيانة والإصلاح^(١).
واختلفوا فيما هو مملوك للأشخاص على أقوال ثلاثة:

القول الأول: يرى الحنفية، والجمهور من فقهاء المالكية، والشافعية ورواية عند الحنابلة، وهو المذهب أن المؤجر لا يجبر على صيانة العين المؤجرة وإصلاح ما بها من عيوب يسيرة كانت أم غيرها^(٢).

القول الثاني: يرى ابن حبيب من فقهاء المالكية أن المؤجر يجبر على إصلاح اليسير ولا يجبر على إصلاح غيره^(٣).

القول الثالث: ويرى بعض فقهاء الحنابلة أن المؤجر يجبر الإصلاح سواء أكانت العيوب يسيرة أم غيرها^(٤).

الأدلة:

أولاً: ما استدل به أصحاب القول الأول:

استدلوا بأن المالك له مطلق حرية التصرف في ماله، وأنه لا يجبر على إصلاح ملكه؛ لأن إجباره على الصيانة والتجديد يؤدي إلى تسليم عين جديدة لم يتناولها عقد الإجارة، والعقد شريعة المتعاقدين.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٨٠/٦، وحاشية قلوبى وعميرة ٧٩/٣، حاشية السوفى

٥٤/٤، الإنصاف ٧٦/٦.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) انظر: الإنصاف للمرداوى ١٧٧/٥.

وبذلك أخذت مجلة الأحكام العدلية في مادتها (٥٢٩)، وكذلك جاء في المرشد الحيران في مادة (٦٤٥) (١).

ثانياً: ما استدل به ابن حبيب من المالكية:

استدل بأن عمل الناس جرى على إصلاح اليسير، وعدم إصلاح الكثير (٢).

ثالثاً: ما استدل به أصحاب القول الثالث:

استدلوا بدليلين من القياس:

أ- بالقياس على تعميم الوقف، فيرجع الناظر للوقف بجميع ما عمره على غلة الوقف.

ب- القياس على الرجوع في الرهن، فلو كانت الدار مرهونة في يد الدائن، وانهدمت فعمرها بدون إذن المالك، رجع بجميع ما عمره على المدين، كما قال القاضي أبو يعلى الحنبلي؛ لأنه من مصلحة الرهن (٣).

المنافسات:

أولاً: مناقشة ما استدل به أصحاب القول الأول:

نوقش بأن من شروط الأخذ بما جرى عليه العمل أن يكون منسجماً مع قواعد الشريعة الإسلامية وأحكامها، وقد أعطت الشريعة المالك حرية التصرف في ماله، وأنه لا يجبر على إصلاح ملكه (٤).

ثانياً: مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثالث:

نوقش الدليل الأول: بأنه قياس مع الفارق، فلا يصح؛ لأن ناظر الوقف وكيل، وتصرفاته منوطة بمصلحة الموقوف، بخلاف مالك العين المؤجرة، فإن تصرفاته فيها مطلقة.

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية مع دور الحكام ٥١٧/٢، ومرشد الحيران ص ١٦٤.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦٤/٤.

(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي ١٧٧/٥.

(٤) انظر: صيانة الأعيان المؤجرة ص ٥٧٢.

ونوقش الدليل الثاني: بأنه قياس غير صحيح؛ لأن هذه المسألة خلافية،
والذي عليه جمهور فقهاء الحنابلة أن المرء إذا عمر الدار التي انهدمت بغير إذن
الراهن لم يرجع عليه بشيء^(١).

الترجيح:

وبعد أن استعرضنا أقوال الفقهاء في إجبار المالك على صيانة العين
المؤجرة، وذكر أدلة كل قول، ومناقشة ما يحتمل منها للمناقشة أرى رجحان القول
الأول، لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول وسلامته من المناقشة.
أما القانون المدني المعاصر الذي أخذ بالقول القائل بالإجبار مطلقاً، فيجب
إعادة النظر فيه مراعاة لمصلحة كل من المؤجر والمستأجر؛ لأن النفقات التي
يتحملها نتيجة قيامه بالصيانة قد تفوق ما قد يتقاضاه من أجره في مجموع سنوات
الإجارة.

ونتساءل عن الآثار المترتبة على عدم إجبار المالك على القيام بصيانة العين
المؤجرة إذا حدث بها عيب يمنع من استيفاء المنفعة بها؟
إذا قلنا: إن المؤجر لا يجبر على القيام بالصيانة وله الامتناع عن القيام
بها، فإن امتنع فعلاً فيترتب على امتناعه الآثار الآتية:
١ - فسخ عقد الإجارة:^(٢)

فقد جاء في مجلة الأحكام العدلية مادة (٥٢٩) وإن امتنع صاحبها عن أعمال
هؤلاء فللمستأجر أن يخرج منها، إلا أن تكون حين استئجاره إياها كانت على هذه

(١) انظر: صيانة الأعيان المؤجرة ص ٧٥٤، ٧٥٥.

(٢) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٤٥٨، حاشية الخرشي ٧/٥١، المهذب ١/٤١٢، الإنصاف
٧٦/٦.

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور أصحاب القول الأول القائل بجواز إنقاص الأجرة بقدر ما نقص عن المنافع؛ لأنها هي محل العقد، وهي تحصل شيئاً فشيئاً، فإذا نقصت بسبب امتناع المؤجر عن الصيانة نقصت الأجرة.

وهذا ما نص عليه القانون المدني المصري في مادته (٥٦٨) (١).

عقد الصيانة وتأثره بالظروف الطارئة:

من المعلوم أن عقد الصيانة من العقود المترخية التنفيذ - أي يكون على مراحل زمنية متعددة - وقد يحدث في هذه المراحل تغيير جوهرى، نتيجة لقوة قاهرة غير متوقعة، مما يكون سبباً رئيسياً إلى الإخلال بميزان المعاوضة التي تم التعاقد عليه، وحينئذ يجوز شرعاً اللجوء إلى القضاء، أو إلى المتعارف عليه بين الناس، لإعادة التوازن بين طرفى العقد رعاية للأعدار الطارئة بناء على ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية، وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامى الدولى المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامى فى دورة انعقاد مؤتمره الحادى عشر بالمنامة فى دولة البحرين، من ٢٥ - ٣٠ رجب ١٤١٩هـ الموافق ١٤ - ١٩ نوفمبر ١٩٩٨م، بالقرار رقم ٩٤ (١١/٤).

بعد اطلاعه على الأبحاث المقدمة إلى المجمع بخصوص موضوع (عقد

الصيانة) واستماعه إلى المناقشات التى دارت حوله قرر ما يلى:

أولاً: عقد الصيانة هو عقد مستحدث تنطبق عليه الأحكام للعقود ويختلف تكيفه وحكمه باختلاف صورته، وهو فى حقيقته عقد معاوضة يترتب عليه التزام أحد طرفى العقد بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلتة أو أى شىء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة فى مقابل عوض معلوم، وقد يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل وحده وبالعمل والمواد.

(١) انظر: الوسيط للسنهورى ٤٥٨/٦.

ثانياً: عقد الصيانة له صور كثيرة، منها ما يتبين حكمه وهي:

١- عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر العاقدان لها حساباً في العادة، هذا العقد يكيف على أنه عقد إجازة على عمل، وهو عقد جائز شرعاً، بشرط أن يكون العمل معلوماً والأجر معلوماً.

٢- عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل ويلتزم فيه المالك بتقديم المواد. تكيف هذه الصورة وحكمها، كالصورة الأولى.

٣- الصيانة المشروطة في عقد البيع على البائع لمدة معلومة.

هذا عقد اجتمع فيه بيع وشرط، وهو جائز سواء أكانت الصيانة من غير تقديم المواد أو تقديمها.

٤- الصيانة المشروطة في عقد الإجازة على المؤجر أو المستأجر، هذا عقد اجتمع فيه إجازة وشرط، وحكم هذه الصورة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة، فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر.

أما الصيانة التي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة فيجوز اشتراطها على أي من المؤجر أو المستأجر إذا عيّنت تعييناً نافياً للجهالة.

وهناك صور أخرى يرى المجمع إرجاؤها لمزيد من البحث والدراسة.

ثالثاً: يشترط في جميع الصور أن تعين الصيانة تعييناً نافياً للجهالة المؤدية إلى النزاع، وكذلك بيان المواد إذا كانت على الصائن، كما يشترط تحديد الأجوة في جميع الحالات.

المطلب الثالث

عقد المعاولة

المعاولة في اللغة: المفاوضة والمجانلة.

وفي الاصطلاح المعاصر: عقد بين طرفين يصنع فيه أحدهما، وهو المقبول شيئاً لآخر، أو يقدم له عملاً في مقابل مبلغ معلوم.

ويدخل عقد المعاولات في العقود الإدارية إذا توافرت فيه خصائص هذه العقود، وذلك بأن يكون أحد طرفيه جهة إدارة عامة، وعقد المعاولة إذا كان موضوعه أداء عمل، فهو في معنى عقد الإجارة (إجارة الأشخاص)، وللأجير نوعان:

أحدهما: الأجير المشترك: وهو من يكون عقد الإجارة فيه وارداً على عمل معلوم ببيان محله.

والثاني: الأجير الخاص: وهو الذي يكون العقد فيه وارداً على منفعته، ولا تصير معلومة إلا بذكر المدة أو المسافة، والأجير في هذه الحالة لا يستحق الأجرة إلا بتسليم نفسه للعمل.

وإجارة الأشخاص للعمل مشروعة بلا خلاف بين أهل العلم^(١).

وإذا كان موضوع عقد المعاولة صنع شيء، وكان مادته من المستصنع كمن اشترى قماشاً وأعطاه للخياط ليخيطه له ثوباً، فهو إجارة أيضاً.

أما إذا كانت مادته من الصانع، فهو عقد استصناع، وهو عقد مركب من بيع وإجارة^(٢).

(١) انظر: المغنى ٣٥/٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣/٤.

إلا أن رجال القانون يميزون بين عقد المقاولة وعقد الإجارة الخاصة، ولكنهم لم يميزوا بينه وبين عقد الإجارة المشتركة، كما هو الحال عند التعاقد مع أرباب المهن الحرة، كالحداد، والنجار، والسباك، والخباط، ونحو ذلك. الخلاصة: أن عقد المقاولة إما أن يكون إجارة أو أنه يجمع بين البيع وإجارة الأشخاص، كعقد مؤسسة المياه، على ثمن الماء وأجرة توصيلها، وكذلك الكهرباء. وقد يجمع بين إجارة الأشخاص، وإجارة أشياء، كالعقد مع إدارة ملعب من الملاعب على أجرة اللاعب + أجرة العقد^(١).

عقد مقاولة الأشغال العامة:

هو عقد بين جهة إدارة عامة كوزارة الأشغال العامة، ومنشأة خاصة أو عامة، تقوم ببناء عقارات أو صيانتها أو ترميمها في مدة محددة نظير أجر محدد يدفع على أقساط، تحقيقاً للمصلحة العامة^(٢).

عقد المقاولات وتأثره بالظروف الطارئة:

لو أن عقد مقاولة قد تم على إنشاء مدينة سكنية أو عمارة يحتاج إنشاؤها إلى فترة طويلة من الزمن، وحدد فيه سعر المتر الواحد المكعب من البناء والتشطيب بمبلغ ألف جنيه، -مثلاً- تكلفة المواد الأولية من حديد وأسمنت وأخشاب وسواها وأجور عمال فوقعت حرب مدمرة غير متوقعة أو زلزال، أو فيضانات أدت إلى ارتفاع الأسعار ارتفاعاً كبيراً يجعل تنفيذ العقد مسبباً في أضرار الجهة المنفذة للمشروع ضرراً بالغاً في غاية الخطورة.

حينئذ يجوز شرعاً اللجوء إلى القضاء، أو إلى المتعارف عليه بين الناس لإعادة التوازن بين طرفي العقد، رعاية للأعدار الطارئة، بناء على ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية.

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، للسنيهوري ١٠/٧.

(٢) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د/ سليمان الطماوي ١١٢.

وهذا ما أقره مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة ١٤٠٢هـ، وأصدر بهذا الخصوص قراراً مفصلاً يتضمن ما يلي:

١- في العقود المترامية التنفيذ، كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات، إذا تبديلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً، بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد فأصبح بسببها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة، من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يأت ذلك تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزامه، فإنه يحق للقاضي في هذا الحال عند التنازع - وبناء على الطلب - تعديل الحقوق والالتزامات بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين.

٢- كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذ منه، إذا رأى فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ يقبل له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من العقد، بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاب للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رؤى أهل الخبرة النقات.

٣- يحق للقاضي -أيضاً- أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإهمال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر الواقع على أحد المتعاقدين بسبب لا يد له فيه، وإن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها.

والله -تعالى- ولي التوفيق،،،،

وصلى اللهم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ،،،، آمين

الخاتمة

نسال الله - تبارك وتعالى - حسنها

ما أكثر ما ينادى به المحدثون من مناهج من ضرورة أمانة الباحث العلمية وموضوعيته التي تقوده إلى تسجيل آراء غيره منسوبة إلى نويها بدقة علمية مدعومة بالدليل، في أمانة مبرأة عن التعمية والتعتيم والمغالطة، والتدليس بزيادة أو حذف.

ثم ما أكثر ما يحاول التغريبيون إصاقه ظلماً وزوراً بترائنا الإسلامي المشرق النفيس من أنه قد جاء على كثرتة تعوزه الدقة والموضوعية. ولأن كان من العسير على أن أتعرض هنا لكل ما أنجزته في هذا البحث تفصيلاً؛ لكثرة ذلك ولمخالفة الوقوع في التكرار إنه لما يتوجب على إسعافاً للقارئ أن أتعرض لأبرز الجوانب في هذا البحث بحيث يمكن أن تتكون منها خلاصة له ونتائج تمخض عنها هذا البحث.

- 1- الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي هي: كل حادث ينشأ أو عذر يطرأ بعدم إتمام العقد، كالأفة السماوية، أو الجائحة أو النازلة، بحيث يجعل العاقد عاجزاً عن تنفيذ العقد إلا بضرر زائد لم يستحق بالعقد
- 2- إذا باع شخص لآخر الثمر دون الأصل فنزلت جائحة من السماء أثلقت الثمر فهو من ضمان المشتري وليس من ضمان البائع، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في الجديد وهو الراجح؛ لقوة ما استدلوا به.
- 3- لو استأجر شخص داراً للسكنى، أو أرضاً للزراعة، أو دابة للحمل أو الركوب، وقبل وضع يده عليها حال بينه وبين الانتفاع بها ما يمنع ذلك كانهدام الدار أو غرق الأرض أو انقطاع مائها، أو موت الدابة، فإن الإجارة تنفسخ دفعاً للضرر عن المستأجر.

٤- لا يدخل عقد التوريد في بيع المعدوم المنهى عنه؛ لأن له نظير في الشرع، وهو عقد السلم، وإذا ما حدث على عقد التوريد ظرف طارئ كالحراب، أو الزلازل أو الطوفان، جاز شرعاً اللجوء إلى القضاء؛ لإعادة التوازن إلى طرفي العقد، استناداً إلى وضع الجوائح، ورعاية للأعدار الطارئة.

٥- عقد الصيانة عقد مستحدث وله صور عديدة سبقت الإشارة إليها، وهو في جميع الصور يتأثر بالظروف الطارئة.

٦- عقد المعاولة من العقود المترامية التنفيذ، وإذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً، بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد أدت إلى خسائر جسيمة غير معتادة، ولم يأت تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزامه، فإنه يحق للقاضي في هذا الحال عند التنازع تعديل الحقوق والالتزامات بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقدين من الخسارة على الطرفين المتعاقدين.

كما يجوز له فسخ العقد - أيضاً - استناداً إلى وضع الجوائح، ورعاية

للأعدار الطارئة.

والله - تعالى - أعلى وأعلم،،،

د. / محمد عبد اللطيف محمد قنديل

ثبت بأهم المراجع

أولاً: القرآن الكريم:

ثانياً: كتب التفسير وأحكام القرآن الكريم:

١- أحكام القرآن لابن العربي. ط: دار الكتب العلمية - بيروت.

ثالثاً: كتب السنة:

١- اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان. لمحمد فؤاد عبد الباقي، ط. دار إحياء التراث العربي.

٢- التمهيد لابن عبد البر، الناشر: وزارة الأوقاف بدولة المغرب.

٣- السنن الكبرى للبيهقي، ط. دار المعرفة - بيروت.

٤- المستدرک علی الصحیحین للنيسابوري، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.

٥- تلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني، ط. دار الحديث بالقاهرة.

٦- جامع الأصول لابن الأثير الجزري، ط. دار الفكر - بيروت.

٧- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث، ط. الحلبي.

٨- سنن الترمذي لمحمد بن عيسى الترمذي، ط. الحلبي.

٩- سنن النسائي لأبي عبد الرحمن بن شعيب النسائي، ط. الحلبي.

١٠- سنن ابن ماجة تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط. دار إحياء التراث العربي.

١١- سنن الدارقطني، ط. عالم الكتب - بيروت.

١٢- شرح صحيح مسلم للنووي، ط. دار الفكر - بيروت.

١٣- فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر، ط. دار الريان للتراث.

١٤- معالم السنن للخطابي، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.

١٥- شرح السنة للبغوي، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.

رابعاً: كتب الفقه:

أ - مراجع المذهب الحنفي

- ١- أنيس الفقهاء، لقاسم القونوي تحقيق د/ أحمد الكبسي، ط. دار الوفاء بجدة.
- ٢- الهداية للمرغيناني، ط. الحلبي.
- ٣- بدائع الصنائع للكاساني، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٤- حاشية رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، ط. المكتبة التجارية، بمكة.
- ٥- شرح فتح القدير للكمال ابن الهمام، ط. دار الفكر - بيروت.
- ٦- المبسوط للسرخسي، ط. دار المعرفة - بيروت.

ب - مراجع الفقه المالكي:

- ١- الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني للنفراوي، ط. الحلبي.
- ٢- بداية المجتهد لابن رشد المالكي، تحقيق د/ عبد الله العبادي، ط. دار السلام بالقاهرة.

- ٣- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل لصالح عبد السميع الأزهرى، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.

- ٤- حاشية الخرشى على مختصر خليل، ط. دار صادر - بيروت.
- ٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط. دار إحياء التراث العربى - بالقاهرة.
- ٦- قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى، ط. دار القلم - بيروت.

ج - مراجع الفقه الشافعي:

- ١- الأشباه والنظائر للسيوطي، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٢- الأم للشافعي، ط. دار المعرفة - بيروت.
- ٣- المجموع شرح المهذب للنووي، ط. دار الفكر - بيروت.
- ٤- الحاوي الكبير للماوردي، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.

الظروف الطارئة - وتأثيرها على العقود والالتزامات

٥- المهذب للشيرازي، ط. دار المعرفة - بيروت.

٦- حاشية قليوبي وعميرة، ط. الحلبي.

٧- قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام، ط. مؤسسة الرسالة - بيروت.

٨- مغنى المحتاج للخطيب الشربيني، ط. الحلبي.

٩- نهاية المحتاج للرملي، ط. دار الفكر - بيروت.

د - مراجع المذهب الحنبلي:

١- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.

٢- المغنى لابن قدامة تحقيق د/ عبد الله التركي، د/ عبد الفتاح الحلو، ط. دار هجر للطباعة، بالقاهرة.

٣- المقنع لابن قدامة، الناشر: مكتبة ابن تيمية - القاهرة.

٤- الروض المربع مع حاشية زاد المستقنع للبهوتي، الناشر: دار ابن الجوزي القاهرة.

٥- كشف القناع للبهوتي، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.

٦- شرح منتهى الإرادات للبهوتي، ط. دار الفكر - بيروت.

٧- زاد المعاد لابن القيم، ط. مؤسسة الرسالة - بيروت.

هـ - مراجع المذهب الظاهري:

١- المحلى لابن حزم الظاهري، ط. دار الكتب العلمية - بيروت.

خامساً: كتب اللغة:

١- لسان العرب لابن منظور، ط. دار الشعب - بالقاهرة.

٢- القاموس المحيط للفيروز آبادي، ط. مؤسسة الرسالة - بيروت.

سادساً: مصادر ومراجع أخرى قديمة وحديثة:

- ١- القواعد الفقهية بين الأصول والتوجيه، د. محمد بكر إسماعيل، ط. دار المنار -
بالقاهرة.
- ٢- دراسة مقارنة حول عقد البيع، د. الشافعي عبد الرحمن، ط. المكتبة التوفيقية.
- ٣- قضايا فقهية معاصرة، د. علي قاسم، كلية الشريعة بدمهور.
- ٤- صيانة الأعيان المؤجرة، د. محمد عثمان شبيرط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٥- مجلة الأحكام العدلية مع شرحها لدرر الحكام لعلي حيدر، ط. دار الكتب العلمية
- بيروت.
- ٦- الوسيط في شرح القانون المدني، للسنيوري، ط. دار إحياء التراث العربي -
بيروت.
- ٧- موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة د./ علي أحمد السالوسي، الناشر: مكتبة دار
القرآن - بالقاهرة.
- ٨- القانون المدني المصري، لأحمد محمد إبراهيم.
- ٩- نظرية الظروف الطارئة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، أ.د/ رافت حماد،
بحث ضمن حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية العدد
٢٢ عام ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م.
- ١٠- نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي. د/ منصور عبد
الحميد قموح.
- ١١- نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، د/ أحمد حشمت أبو ستيت، مطبعة
مصر.