



بدعم



المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
البحر الإسلامي للتربية

تنظيم



شورى للاستشارات الشرعية
Shura Sharia Consultancy



مؤتمر

شورى الفقهية

SHURA FIQH

Conference

7

20-19 ديسمبر 2017

2-1 ربيع الآخر 1439

البحث الثاني

التعليق بالشرط في عقدي البيع والهبة، حكمه وأثره في تطوير منظومتي المراجعة للأمر بالشراء والإجارة المنتهية بالتمليك

المملكة العربية السعودية

فضيلة الشيخ أ. د. علي الندوي

معهد الاقتصاد الإسلامي - جامعة الملك عبدالعزيز

الراعي البلاتيبي

الراعي الرئيسي



الراعي الفضي

الراعي الذهبي





الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين، وبعد

فقد تطرق هذا البحث إلى توضيح العناصر الآتية:

1- حكم البيع المعلق على شرط، والهبة المعلقة على شرط، والقول الراجح المختار في المسألتين.

2- النظر وإبداء الرأي في الترخيص الفقهي المقترح لمنظومة المراجعة للأمر بالشراء على مسألة البيع المعلق على شرط.

3- النظر وإبداء الرأي في الترخيص الفقهي المقترح لتمليك العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتعليق على مسألتين البيع المعلق على شرط والهبة المعلقة على شرط.

قبل التعرض للقضايا المطروحة للبحث والنظر تجدر الإشارة إلى أن المواعدة الملزمة، قد صدر بشأنها قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالمنع، وهذا ما تبناه المعيار الشرعي الصادر حول المراجعة، بحجة أنها تشبه حينئذ عقد البيع نفسه قبل التملك.(1) ومن ثم لا ضير أن يبحث عن تكييف فقهي آخر يتمثل في التعليق بالشرط في عقدي البيع والهبة، ربما يخلص منه إلى معالجة المشكلات التي تعاني منها المصارف الإسلامية في حال نكول العميل عن الوفاء بالوعد، مع الوقاية من المحظور المشار إليه آنفاً.

واستدعي الموضوع أن يركز على المسائل الثلاث المطروحة للبحث والنظر، وفق ما يأتي بيانه:

(1) حكم البيع المعلق على شرط، والهبة المعلقة على شرط، والقول الراجح المختار في المسألتين:

في بداية الحديث لا بد من لفت الأنظار إلى أن التعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى. ويكون التعليق بكل ما يدل على هذا الربط، سواء أكان ذلك بأداة من أدوات الشرط كإن وإذا، أم غيرها مما يقوم مقامها، كما لو دل سياق الكلام على الارتباط.(2) هذا هو التعريف، ومن هذا المنطلق يعبر التعليق في العقود عن ربطها بشرط معين، بحيث إذا لم يتحقق ذلك الشرط، لم يقع الالتزام المنوط به. وقد وقع الخلاف في تعليق البيع والإجارة ونحوهما من العقود اللازمة، على النحو الآتي:

أ- ليس عقد البيع قابلاً للتعليق في رأي جمهور الفقهاء، بل يجب أن يكون منجزاً، وإذا علق على شرط، بطل، حتى لو وجد الشرط المعلق عليه، لا ينعقد العقد عليه. ومثال ذلك أن يقول البائع:

(١) انظر: قرار المجمع رقم 41 (5/3)، والمعايير الشرعية 123

(٢) انظر: الموسوعة الكويتية 300-298/12، تعليق





بعتك إن جئني بكذا، أو بعتك إن رضي فلان، أو إن وصلت سيارتي الفلانية من سفرها فقد بعته بكذا، فلا يصح البيع في هذه الصور ونحوها. وعلل المنع بعدة وجوه، ومنها:
- أن مقتضى البيع: نقل الملكية حال العقد، والشرط هنا يمنع، لأنه علق البيع على شرط مستقبل.

- انتقال الأملاك إنما يعتمد الرضا، والرضا يعتمد الجزم، ولا جزم مع التعليق.
- يتضمن التعليق غررا، إذ التصرف المعلق مرتبط في وجوده بالشرط المعلق الذي يمكن أن يقع أو لا يقع. والظاهر أن الغرر هو أقوى العلل. (3) وبعبارة أخرى: "البيع المعلق يتضمن صيغة عقد غرر لما فيه من احتمال حصول العقد بحصول المعلق عليه، أو انعدامه بانعدامه، وهذا عين الغرر". (4)

ب- ذهب الإمام ابن تيمية إلى جواز تعليق العقود بالشروط، لانتفاء الغرر من التعليق. (5)
ويقول الإمام ابن القيم مؤيدا لهذا الرأي: "تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها من الشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة، أو الحاجة، أو المصلحة فلا يستغني عنه المكلف". (6)
وهذا ما تبناه عدد من المعاصرين، منهم الأستاذ علي الخفيف، والأستاذ مصطفى الزرقا. (7)
فهذه هي خلاصة موقف العلماء في مسألة تعليق عقدي البيع والإجارة بشرط من الشروط. وفيما يظهر أن القول الثاني وهو الجواز ينبغي اعتماده، بالنظر إلى قاعدة مراعاة الشروط بما أمكن بوجه عام. ويمكن تفادي الغرر المتوقع بوضع ضوابط ومعايير مناسبة، بعد دراسة الموضوع محل التعليق.

على أنه يجب الأخذ في الاعتبار بأن القول بجواز تعليق العقود ليس على إطلاقه، إذ لا عبرة بتعليق يؤدي فحواه إلى مخالفة ما هو مقتضى العقد أو إلى ما هو منهي عنه شرعا، حالا أو مآلا.
2) النظر وإبداء الرأي في الترخيص الفقهي المقترح لمنظومة المراجعة للأمر بالشراء على مسألة البيع المعلق على شرط:

يتطلب إبداء الرأي حول هذه القضية أن يذكر بعض ما جاء في الخطاب الوارد حول طبيعة المراجعة المصرفية، وهو أنها في واقع الأمر مراجعة ملزمة، كما هو متبادر إلى الذهن من المنظومة

(١) انظر: الموسوعة 258/9-259، بيع وشرط، 316/12 تعليق، والمدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا 577/1-

581، والغرر وأثره في العقود للصدیق الضریبر 159، 165

(٢) انظر: الغرر وأثره في العقود 160-161، ومستجدات المعاملات المالية 426/3، د. عجيل جاسم النشعي، بحثه

بعنوان: التعليق في عقود المعاوضات

(٣) انظر: نظرية العقد لابن تيمية 227

(٤) إعلام الموقعين 399/3، تحقيق: محمد مكي الدين عبد الحميد

(٥) انظر: أحكام المعاملات الشرعية، لعلي الخفيف 265، والمدخل 564/1-565





العقدية للمراجعة، ومن ثم يرد عليها النهي الوارد عن بيع السلعة قبل الضمان، وبيع المصرف ما لا يملك. وقد تبلورت هذه الإشكالية ببيان جلي تحت عنوان "إشكالية الموضوع" في الخطاب نفسه.

وهذا ما يؤكد ما ورد فيه تحت عنوان "أطروحة الحل" (المعرضة للنظر)، فقد نص في مستهل الكلام على أن "التكييف الفقهي السديد للمواعدة في عمليات المراجعة للأمر بالشراء كما تجريبها المصارف الإسلامية هو أنها مواعدة ملزمة للطرفين بالبيع معلقة على شرط تملك المصرف للسلعة ودخولها في ضمانه".

ثم جاءت فقرة لاحقة مفسرة للتكييف المذكور آنفا، كاشفة عن الآلية المتبعة في إجراء اتفاقية المراجعة لدى كثير من المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، وأرى من المفيد أن يذكر نصها، وهو كالآتي :

" المصرف يعد العميل وعدا ملزما بأن يبيعه السلعة بعد تملكها ودخولها في ضمانه بالثمن المؤجل المتفق عليه، والعمل يعد المصرف وعدا ملزما بشراءها منه بعد أن يملكها المصرف وتدخل في ضمانه، وذلك جائز وصحيح، إذ لا حرج في النظر الفقهي في أن يكون الوعد معلقا على شرط، فإنه يكون ملزما للواعد إذا حصل الشرط، وعلى ذلك نصت (م/84) من "مجلة الأحكام العدلية" على أن "المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة".

ومن ثم، فإذا صدر وعدان متقابلان من شخصين على بيع أحدهما سلعة للآخر بثمن محدد معلقا على شرط ما، وشراء الآخر لها بذلك الثمن معلقا على ذات الشرط، وجدت معاملة ملزمة ببيعها منه، هي بمثابة بيع معلق على شرط تقديرا واعتبارا وسرت عليها أحكامه. وعلى ذلك يصح تخريج المسألة على شرط. قال العلامة أحمد إبراهيم "إن المعلق لا ينعقد علة إلا بوجود الشرط. أما قبل ذلك فهو علة اسما فقط، من حيث إضافة الحكم إليه، بدون أن يكون له أي تأثير قبل وجود الشرط". (العقود والشروط والخيارات ص 665)

تعليقي على محتوى النص وفحواه:

ينبغي أن لا يغيب عن البال في هذا المقام أن ما كان من قبيل الشرط الشرعي يتضمنه العقد الصحيح في نفسه، سواء نص عليه في صلب الالتزام أو لم ينص عليه، فهو يظل ثابتا مستقرا شرعا بقوته الشرعية الحكمية، ومن هذا القبيل ترى البيع الصحيح يقتضي في نفسه أن يكون المبيع مملوكا للبائع. ومن الملاحظ هنا في الصورة المطروحة للمواعدة الملزمة أن السلعة محل الوعد لم تدخل في ضمان المصرف! فيكاد ينخرم هذا الحكم في التكييف المذكور المبني على



الوعد الملزم من العميل والمصرف معا، إذ لم يتحقق فيه عنصر التملك، فالمحظور لا يزال قائما لدى مانعي المواعدة الملزمة.

ولا يعضد الأخذ بالتعليق اتجاه الجواز، حيث إن التعليق في العقود إنما يتصور سائغا في الحالات التي يكون المبيع في حيازة البائع وضمانه، فليس هناك إشكال في حال اعتماد رأي القائلين بالتعليق من هذه الناحية. أما في الصورة المعروضة بصيغة: "إذا صدر وعدان متقابلان..."، فيقع التعليق قبل تملك المصرف السلعة. وعلى هذا لم يبق فرق في النتيجة بين التعليق والمواعدة اللازمة وترتب على ذلك وجود نفس الإشكالية حسب وجهة من لا يرى جواز المواعدة الملزمة في المرابحة المصرفية. ولا يخفى أن العبرة في العقود بالمعاني، فمجرد التعديل في الصياغة الفقهية لا يجدي نفعاً، إذا بقي فحوى المضمون على ما هو عليه.

ومن ثم إذا جاءت صيغة العقد مبنية على الالتزام الملزم من الطرفين على النحو الذي تقدم ذكره في المقترح، أصبحت المعاملة مثار النزاع.

ولذا، فالتفسير المذكور وفق ما تناوله النص من الخطاب الوارد لا يضفي جدّة ولا يعطي بعدا مطورا، ولا تخريجا بعيدا عن الشوائب المثارة للقضية التي نحن بصدددها، إذ لم تدخل السلعة في ضمان المصرف فعلا وقت إجراء العقد منوطا بالتعليق.

ثم في معرض الكلام قد استند إلى قاعدة الحنفية: "المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة". فهنا يحسن التنبيه إلى أن القاعدة المذكورة بمثابة استثناء من الأصل المقرر في المذهب وهو أن "المواعيد لا يتعلق بها اللزوم ولكن يندب إلى الوفاء بالوعد".⁽⁸⁾

والمفهوم المستفاد من القاعدة المستقرة والأصل المستثنى منها: أن الأصل في الوعد أن لا يلزم صاحبه قضاء وإن كان الوفاء به مطلوبا ديانة. فلو وعد شخص آخر بقرض أو بيع أو هبة أو بفسخ أو بإبراء مثلا فلا ينشأ بذلك حق للموعد، فليس له أن يجبر الواعد على تنفيذه بقوة القضاء غير أن الحنفية لحظوا أن الوعد إذا صدر معلقا على شرط فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرد ويكتسب حكم الالتزام والتعهد، فيصبح عندئذ ملزما لصاحبه وذلك فيما يظهر اجتنابا لتغيير الموعد بعد ما خرج الوعد مخرج التعهد.⁽⁹⁾

وفيما يظهر أن الاستدلال بالقاعدة المستثناة في هذا المقام غير مؤثر من حيث النتيجة، إذ يرد نفس الاعتراض وهو أن المصرف يعد وعدا ملزما ببيع سلعة لم تدخل في ضمانه عند إجراء المواعدة التي اكتسبت حكم البيع عرفا!

(٨) المبسوط 236/4

(٩) انظر: المدخل الفقهي العام 1024-1023/2



وعسى أن لا يكون من نافلة القول أن يشار هنا إلى أنه لا يصح تعليق العقد على شرط من الشروط، تخريجا على رأي المالكية أيضا بجواز القول بالمواعدة في بعض العقود، إذ القاعدة المتفق عليها عندهم أن العقد الذي لا يجوز إيقاعه في الحال مانع شرعي يمنع منه، لا تجوز المواعدة عليه، وإذا وقعت فلا عبرة به، وذلك كبيع غير المملوك، فكما لا يجوز أن يقدم على هذا البيع، فكذا لا تجوز المواعدة عليه. وهذا ما يفصح عنه الأصل المقرر عند المالكية: "الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال".⁽¹⁰⁾ فهذا ما ينسحب على القول بالتعليق. فملخص القول أن تحويل القضية إلى التعليق لا يرفع الإشكال الشرعي القائم لدى مانعي اللزوم في المراجعة.

ولذا الأولى في نظري: اختيار المراجعة الملزمة إذا تعينت الحاجة، فيما إذا دلت القرائن على أن القول بوقوع الضرر والخسارة ليس مجرد افتراض حيث لوحظت حالات النكول، وثبت أن المصارف التي لم تأخذ بالمراجعة الملزمة تضررت فعلا، بالنظر في الحالات العملية الناشئة من الممارسة، فحينئذ يقال بأن لزوم المواعدة أمر تتطلبه هذه المنظومة العقدية. ونظير ذلك ما قرره بعض علماء الحنفية من القول بالمواعدة الملزمة في إجازة بيع الوفاء قديما.⁽¹¹⁾ قال قاضيخان: "إن ذكر البيع من غير شرط، ثم ذكر الشرط على وجه المواعدة، جاز البيع ويلزم الوفاء بالوعد، لأن "المواعدة قد تكون لازمة، فتجعل لازمة لحاجة الناس".⁽¹²⁾ وقال ابن نجيم عقب ذكر كلام قاضيخان: "جاز البيع ولزم الوفاء، وقد يلزم الوعد لحاجة الناس، فرارا من الربا...، وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه".⁽¹³⁾

والحاجة الماسة -وهي عدم وجود بديل آخر مناسب إلى الآن أمام المصارف الإسلامية- تسوّغ القول بالإنزام. وهذا من باب أهون البليتين، لسد باب الإقراض بالفائدة. وبهذه المناسبة تحسن الإشارة إلى الحل المقترح الشائع المعروف منذ إبان الحديث عن المراجعة وهو: لجوء المصرف إلى خيار الشرط عندما يشتري السلعة المطلوبة، ثم عرضها على الأمر بالشراء في مدة الخيار، فإن قبلها تم البيع، وإن رفضها ردها المصرف إلى من اشتراها منه، لكي يظل في مأمن من الضرر بالقدر المستطاع.

⁽¹⁰⁾ (إيضاح المسالك للونشريسي 114، وانظر: معلمة القواعد 401-402/10)

⁽¹¹⁾ هذا بغض النظر عن حكمه الصحيح، حيث قد صدر القرار المجعبي بمنعه أخيرا.

⁽¹²⁾ انظر: الدر المختار للحصكفي مع شرحه: رد المحتار لابن عابدين 277/5، ومعين الحكام للطرابلسي 147،

ومعلمة القواعد 384/10.

⁽¹³⁾ البحر الرائق 8/6، والأشباه والنظائر 1/127، الوعد وأثره في المعاملات الشرعية، محمد تركي كتّوع، 600..

دار النوادر، سورية-لبنان-الكويت، الطبعة الأولى 1422هـ-2012م



ومن نصوص "المعيار الشرعي" المتناول لعمليات المربحة فيما يتعلق بهذه المسألة، ما جاء في النص الآتي:

"يجوز أن تشتري المؤسسة السلعة مع اشتراط حق الخيار لها خلال مدة معلومة، فإذا لم يشتري العميل السلعة أمكنها رد السلعة إلى البائع ضمن تلك المدة بموجب خيار الشرط المقرر شرعا، ولا يسقط الخيار بين المؤسسة والبائع الأصلي بعرض المؤسسة السلعة على العميل، بل بالبيع الفعلي إليه" (14).

ويمكن أن يكتفى بالقبض الحكمي تيسيرا، وهو أن تخصص السلعة المشتراة على وجه الخيار للمصرف في مستودع البائع بوضع اللوحة باسمه، وفيما إذا كانت هناك أجرة على التخزين، فهي تؤكد جدية البيع، وحين نفاذ الصفقة مع العميل لاحقا فهي حتما تدخل في رأس المال مع التبعات الأخرى. وليس بخاف أن التنصل من الضمان والمخاطر الطبيعية التجارية ليس من شأن التجارة حسب المنهج الشرعي السليم. ومما لا شك فيه أن هذا النوع من الخيار فيه حماية رأس المال بالنسبة للمصرف على أقل تقدير، وإن فاتته فرصة الاسترباح في حالة النكول من العميل. ولكن إذا كان هذا الحل عسيرا لا يمثل علاجا ناجعا، ولا يمكن تنفيذ هذا النوع من الخيار في واقع العمل، فلم يبق إلا المواعدة الملزمة حلا للمعضلة، على أن تكون هناك معايير أخلاقية تراعي كلا الطرفين من العقد. فإذا كان النكول من العميل سببا للضرر على المصرف الإسلامي، وإخلاف الوعد متنافيا مع مكارم الأخلاق بدون خلاف، فقد يكون هناك عذر مقبول من العميل يضطره إلى ذلك، من الوعكة الصحية مثلا، التي لا تسمح له في تنفيذ الوعد، حيث تكون تكاليف العلاج باهظة، ونحو ذلك، فحينئذ تفسخ المواعدة على غرار ما يقال بفسخ الإجارة عند ثبوت عذر مقبول في بعض المذاهب الفقهية، وبناء على ذلك يعاد إليه ضمان الجدية فلا تجوز مصادرته أو جزء منه بحجة الضرر الفعلي. وأرى أن وضع مثل هذا المعيار فيه تصحيح للمسار.

فملخص القول أن التعليق في منظومة المربحة إنما يرد ضمنا وتبعاً لا أصالة، فلا وجهة أن نصدف عما تقرر سابقا في القرارات -بغض النظر عن الخلاف المثار في المواعدة الملزمة- إلى تأسيس القضية من جديد بناء على التعليق في العقود اللازمة وفق التصور الذي جرى بيانه. والله أعلم

(3) ذلك ما يتعلق ببيع المربحة، وأما ما يرتبط بالإجارة المنتهية بالتمليك، فلا يجوز تعليقها على البيع، على النحو الذي يترتب عليه ورود عقدين مختلفين، في وقت واحد، على عين واحدة. (15)

(14) المعايير الشرعية رقم (8) ص 110

(15) انظر: قرار رقم 110 (12/4) من قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي



وإنما يجوز الوعد بذلك. على أن تعليقها بعقد هبة معلق على شرط سداد جميع الأقساط الإيجارية وفق الاتفاق في وثيقة منفصلة، لا مانع منه.

ومن مسوغات الجواز: ما ذكر في "المعيار الشرعي" من مستند مشروعية تعليق الهبة على إتمام الإجارة وهو أن الهبة تقبل التعليق. وقد وهب النبي صلى الله عليه وسلم النجاشي هبة معلقة على وجوده حيًا حين وصول حاملها إليه. (16)

وهذا ما يستفاد مما تضمنته بعض القرارات الصادرة في شأن هذا الموضوع. منها ما جاء ضمن المعيار الخاص بالإجارة المنتهية بالتملك، وذلك ما يقرره النص الآتي:

"في حال اقتران عقد الإجارة بعقد هبة معلق على شرط سداد جميع الأقساط الإيجارية في مواعيدها، وذلك بوثيقة مستقلة منفصلة، تنتقل ملكية العين للمستأجر إذا تحقق الشرط دون الحاجة لأي إجراء تعاقدي آخر..." (17).

ويمكن القول بأن الهبة المعلقة على الوجه الذي أجازت فيه في قضية الإجارة المنتهية بالتملك يسري عليها حكم هبة الثواب، أي التي يحصل بها عوض أو منفعة للواهب، وعلى هذا فإنها تنفسخ عند انتفاء الغرض المقصود من التعليق. وفي هذه الصورة هي أشبه ما تكون بالمعوضة، فلا ثواب فيها، على أن ذلك لا يعني عدم الجواز "فليس لمن أعطى عطاء للثواب في عطيته أجر، ولا عليه فيها وزر، لأنها بيع من البيوع، فهي من قبيل البيع الجائر المباح، لا من قبيل المندوب إليه والمرغوب فيه". (18)

ومما سلف بيانه يكاد يكون جليا أن صورة الإجارة المنتهية بالتملك المجازة وفق الضوابط المقررة، ليس فيها تعليق الإجارة بعقد آخر على النحو الذي يترتب عليه محذور شرعي، فإن العقد ابتداء عقد إجارة باتّ مع وعد ملزم من طرف واحد، فهما عقدان، ولذلك شرط مجمع الفقه الإسلامي الدولي أن تطبق شروط الإجارة كاملة، ولا تكون ساترة للبيع، وتطبق شروط البيع إذا تم البيع. (19). والله أعلم.

كتبه: علي أحمد الندوي

عضو هيئة التدريس، بمعهد الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة 1439/2/25هـ

(16) أخرجه ابن حبان (صحيح ابن حبان 516/11) وأخرجه أحمد (مسند الإمام أحمد 404/6)، المعايير الشرعية 149

(17) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (9)، ص 139

(18) مقدمات ابن رشد 443/2

(19) انظر: مستجدات المعاملات المالية 428/3، د. عجيل جاسم النشمي، بحثه بعنوان: التعليق في عقود

المعاضات





2017  1439

