

الفهرس

الصفحة	الموضوع
191	المواطأة على إبرام العقود
191	والمواعدة المتعددة
193	مفهوم المواطأة وما بمعناها
193	تعريف المواطأة لغةً:
193	تعريف المواطأة اصطلاحاً :
193	العلاقة بين المواطأة والتفاهم :
194	العلاقة بين المواطأة وإطار التعامل أو اتفاق التعاون التجاري :
195	الصلة بين المواطأة والمواعدة والوعد والاشتراط
195	الصلة بين المواطأة والمواعدة والوعد :
196	الفروق بين المواطأة والمواعدة :
196	الصلة بين المواطأة والاشتراط :
197	قرار المجمع 157(17/6) بشأن المواعدة والمواطأة في العقود :
198	المواطأة على الحقوق الشرعية
198	(أخذ التوثيقات والضمانات في المداينات)
198	تطبيق المواطأة في العقد السوري :
200	المواطأة على الحيل والذرائع الربوية
200	اجتماع البيع والقرض :

الفهرس

الصفحة	الموضوع
201	المواطأة على العينة(3) :
202	قضاء دين القرض مع هدية أوزيادة :
202	المخرج الشرعي لبيع الربويات بالتفاضل، وعلاقته بالمواطأة
204	المواطأة على المخارج الشرعية (مسألة التورق) (1)
206	أثرالمواطأة في المعاملات المعاصرة
206	تطبيقالمواطأة في عقود التوريد لتجنب بيع ما لم يملك :
206	تطبيقالمواطأة في المرابحة للأمر بالشراء :
207	تطبيقالمواطأة في التأجير :
207	أ- ضابط المنع :
207	ب- ضابط الجواز :
208	من صورالمواطأة الممنوعة في المشاركات (والمضاربة) :
209	القوة الملزمة للمواطأة بين دلالة العرف وحكم القضاء
209	أولاً : قاعدة الشروط :
209	ثانياً : القول بمشروعية بيع التلجنة (البيع الصوري) :
209	ثالثاً : الاستئناس بتحديد مهر في السرومهر في العلانية :
210	رابعاً : اعتبار العرف :
210	خامساً : الإلزام ديانةً :

الفهرس

الصفحة	الموضوع
211	حكم القضاء بشأن المواطأة ،
212	الضوابط الشرعية للمواطأة
212	على إجراء العقود والمواعداة المتعددة في صفقة واحدة
213	علاقة المواطأة على عدة عقود بالنهاي عن بيعتين في بيعة ،

المواطأة على إبرام العقود والمواعيد المتعددة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين

لا تخفى الحاجة إلى دراسة حكم المواطأة وتكييفها الشرعي وما يترتب عليها من أحكام، والنظر فيما يثور حولها من ملاسبات، مثل : شبهة المعارضة للنصوص الواردة في النهي عن الربط بين العقود (النهي عن صفقتين في صفقة) وذلك فيما إذا اشتملت المواطأة على إجراء تصرفات متعددة جملة واحدة (عقود متعددة أو مركبة) أو النهي عن إيقاع تصرفات على ما لم يملكه الشخص (النهي عن بيع ما لا يملك) كما قد يقع في بعض الأحيان في تنفيذ عمليات المرابحة أو عقود التوريد حيث يحصل الالتزام بالبيع إلى المشتري (المستفيد الأخير) قبل الالتزام بالشراء من المنتج . والمواطأة مع أنها من الصيغ الكثيرة التطبيق تمثّل الأسلوب الذي لا يستغنى عنه في كل من تطبيق تعدد العقود وتطبيق العمليات المركبة من حيث حكم التصرفات المشمولة للعملية حسبما تتجه إليه إرادة المتعاملين، ومع هذه الأهمية لم تحظ المواطأة بالتنظير والتكييف⁽¹⁾.

وسبب إغفال البحث في هذه الصيغة أنها تقتصر بالعقود والاتفاقات ولا تترتب عليها التزامات مباشرة لأن تلك الالتزامات ترتبط بالعقود التي يتم تنفيذها، كما أنها تلتبس بصيغة الوعد أو المواعدة، لما في كل من المواطأة والوعد من التخطيط للعمليات قبل إبرامها .

إن الباعث على سلوك صيغة المواطأة أو المواضعة قبل التعاقد، هو حرص المتعاملين على التخطيط المبكر لاحتياجاتهم وإيثار التدرج بالدخول في أولى الخطوات الممهدة للتنفيذ بدلاً من الشروع فيه أو البقاء بعيداً عنه، وبذلك يتم تحديد الخطوط العريضة التي يبنى عليها العقد المزمع إبرامه بالتركيز على الجوانب المؤثرة في ضوء ما يتطلع إليه كل من الطرفين من تحقيق الخطوة والأصلح له .

هذا، وإنّ مسائل المواطأة المتعلقة بالمعاملات وردت في المدونات الفقهية متأثرة ولم تذكر تحت باب مستقل، بخلاف التواطؤ في الجنايات فقد جمعت مسأله، في باب القتل العمد .

وفي هذا البحث تنويه بهذه الصيغة وتمييز لها عما يشابهها، وبيان حكمها، ودليل اعتبارها وأشهر تطبيقاتها لدى المؤسسات المالية الإسلامية والله ولي التوفيق ،،،

(1) لقد جاء ذكر مصطلح (المواطأة) في الموسوعة الفقهية (218/39) على أنه دلالة على (تواطؤ) إلا أن بحث التواطؤ (112/14 - 117) اقتصر على التواطؤ في الجنايات، والتواطؤ على الطلاق أو الرجعة، دون أن يشمل على أي بيانات عن المواطأة أو التواطؤ في العقود أو الوعد.

(1)

مفهوم المواطأة وما بمعناها

تعريف المواطأة لغةً:

المواطأة مصدر واطأ، ونحوها التواطؤ مصدر توأطأ، ومعناها في اللغة التوافق. والمتواطئ: المتوافق يقال: واطأ فلان فلاناً: أي وافقه، ويقال: توأطأنا على الأمر: أي توافقنا. وحقيقة المواطأة - كما قال أهل اللغة - كأن كلاً من الاثنين وطئ ما وطئه الآخر، وفي حديث ليلة القدر "أرى رؤياكم قد توأطأت في السبع الأواخر"⁽¹⁾.

ويستخدم أيضاً للدلالة على الموافقة لفظ (المصادقة أو التصديق) لكن هناك فرقاً بين المصادقة والمواطأة، التواطؤ (أو المواطأة) توافق شخصين أو أكثر على أمر ما، إما معاً أو متعاقبين، أما التصديق (أو المصادقة) فهي موافقة أحدهما على ما صدر من الآخر، أو موافقتهما على ما صدر سابقاً، كالزواج الصادر خارج المحكمة إذ يتصادقان عليه أمامها⁽²⁾.

وهناك لفظ مرادف للمواطأة، وهو (المواضعة) كما ورد في بعض النصوص الفقهية⁽³⁾.

تعريف المواطأة اصطلاحاً:

معظم الاستعمال الفقهي للمواطأة هو في المعاملات المالية، أما التواطؤ فيستعمل غالباً في أبواب الجنایات، وقد يستعمل في تسمية المهر، والطلاق، والرجعة.

ويمكن استخلاص التعريف الاصطلاحي للمواطأة بأنها: «تعهد طرفين بإجراء تصرفات أو الالتزام بشروط لتحقيق نتيجة معينة في المستقبل».

العلاقة بين المواطأة والتفاهم:

من المصطلحات المرادفة للمواطأة في الاستعمال المعاصر (التفاهم) أو (المفاهمة)، ولم يستخدم الفقهاء مصطلح التفاهم أو المفاهمة للتعبير عن هذا النوع من الرغبة المشتركة والارتباط المبدئي، وإنما استخدموا مصطلح (المواضعة)، أو (المواطأة) وصيغة التفاهم التي تشمل عليها تعاملات المؤسسات المالية هي صيغة وسط بين العقد المبرم الذي لا فكاك منه إلا بالإقالة باتفاق الطرفين على الفسخ، وبين إبداء الرغبة من أحد الطرفين أو كليهما في التعاقد مستقبلاً ووضع خطة لشكله ومداه.

(1) لسان العرب 946/3 وتاج العروس 495/1 مادة (وطن) والحديث أخرجه البخاري ومسلم، كما في عمدة الأحكام للمقدسي ص 130.

(2) الموسوعة الفقهية 113/14.

(3) الفتاوى الخيرية (نسخة مخطوطة) الورقة 122.

وهذه الصيغة تكون عادة في وثيقة (رسالة تفاهم) على أنه ليس التعبير عن هذا التفاهم برسالة هو الطريقة الوحيدة أو المتعينة فأحيانا يقتصر شكل هذه الصيغة على إعداد بيانات بالأمر التي تحتاج إلى تحديد والاكتفاء بالتوقيع عليها دون تنظيم رسالة، وتسمى هذه الوثيقة (قائمة الشروط) وقد تسمى (رسالة جانبية) ومن هنا وصف التفاهم بأنه جانبي، أو خارج العقد .

العلاقة بين المواطأة وإطار التعامل أو اتفاق التعاون التجاري :

من الجدير بالإشارة أن المواطأة في غالب الأحيان تنصب على عملية أو عدة عمليات لمرة واحدة في حين أن إطار التعامل أو اتفاق التعاون التجاري يشتمل غالباً على عدة عمليات لعدة مرات خلال مدة معينة وتلك العمليات تخضع لمبدأ واحد هو المداينة (منح التسهيلات) الذي قد يتضمن البيع الآجل بما فيه بيع المربحة للأمر بالشراء والإجارة المقسطة أو المؤجلة الأجرة وخطاب الضمان أو الاعتماد المستندي .. الخ .

والإطار أو الاتفاق التجاري إما أن يقتصر على ما يتضمنه مستند المواطأة فقط، وإما أن يشتمل على وعد أو مواعدة بين الطرفين فيكون الإلزام ناتجا عن ذلك الوعد، لا عن أصل الإطار أو الاتفاق التجاري وينطبق حينئذ على اتفاق التعاون التجاري كل ما ينطبق على صيغة المواطأة .

الصلة بين المواطأة والمواعدة والوعد والاشتراط

الصلة بين المواطأة والمواعدة والوعد :

معنى المواعدة أن يعد كل من الطرفين الآخر بإجراء تصرف في المستقبل وهي صيغة مشاركة تقتضي صدور الوعد من طرف بأنه سيشتري شيئاً ما والوعد من الطرف الآخر بأنه سيبيع ذلك الشيء إليه .

أما إذا صدر التعهد من أحد الطرفين فقط فإنه لا يعتبر مواعدة ولو اقترن به قبول الموعد للوعد، لأن هذا القبول هو موافقة على الاستفادة من الوعد وليس وعداً بأمر مقابل له، فلو كان الوعد بالبيع فقبول الوعد معناه أن يملك الموعد الحق في الشراء أو عدمه، أما لو صدر من الموعد بالبيع وعد مقابل بالشراء، فإن كلا من الطرفين واعد وموعد وهي المواعدة .

والوعد أو المواعدة قد يكون كل منهما لازماً وقد يكون غير لازم، وإذا جاء الوعد بصيغة التعليق فهو لازم عند الحنفية⁽¹⁾ . وإذا أدخل الواعد الموعد في أمر لم يكن ليدخل فيه لولا الوعد فهو لازم عند المالكية، وهو ما تأكد بفتاوى وقرارات عدد من المؤتمرات والندوات المعنية بقضايا المصارف الإسلامية⁽²⁾ .

وإذا خلت المواعدة عن قرينة اللزوم أو عدمه فالمرجع في ذلك الحاجة وفي هذا يقول قاضي خان من الحنفية " المواعدة قد تكون لازمة، فتجعل لازمة لحاجة الناس"⁽³⁾ .

وقد صدر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار بشأن الوفاء بالوعد وجاء في الفقرة (أولاً): مشروعية الوعد الملزم من طرف واحد، وأنه ملزم ديناً إلا لعذر، وملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعد في كلفة نتيجة الوعد ويتحدد الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ونص قرار المجمع - في الفقرة ثانياً - " المواعدة - وهي التي تصدر من الطرفين - تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده"⁽⁴⁾ .

ولا يخفى أن المواعدة إذا كانت ملزمة للطرفين ليست ممنوعة شرعاً وإنما اتجه منعها حسب هذا القرار الجمعي بخصوص عمليات المرابحة، بقرينة الجمع بين موضوعي كل من الوعد والمواعدة والمرابحة في قرارين مقترنين تحت عنوان واحد⁽⁵⁾، لأن المواعدة الملزمة بين الأمر بالشراء والذي سيبيع بالمرابحة تشبه العقد - وإن لم تكن عقداً، فيكون في ذلك شبهة بيع الإنسان ما لا يملك .

(1) الفوائد الزينية لابن نجيم 100 .

(2) انظر قرارات مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني المنعقد بالكويت .

(3) فتاوى قاضي خان 165/2 .

(4) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي القرار-40 5/2 و 5/3 .

(5) قرار رقم 40 - 41 (5/2 و 5/3) بشأن الوفاء بالوعد، والمرابحة للأمر بالشراء

والباعث على ذلك التحوط هو ما يقع في تطبيق بيع المرابحة من تساهل في مراعاة الضوابط ولا سيما منع التعاقد مع العميل قبل تملك المصرف السلعة، فمنعت المواعدة الملزمة - مع أنها ليست عقداً - لأنها تشبه العقد⁽¹⁾.

الفروق بين المواطأة والمواعدة :

ومن هذا يتبين أن للمواعدة الملزمة في بيع المرابحة حكماً خاصاً يختلف عن المواعدة الملزمة في تصرفات أخرى كالمواعدة الملزمة على إنشاء شركة .

وبتوضيح المراد بهذه الصيغة، وتطبيقاتها يحصل التمييز بينها وبين كل من صيغتي العقد، والوعد، وكلتاهما واسعة التطبيق في معاملات المؤسسات المالية الإسلامية، ولهما في أدبيات العمل المصرفي والقانوني تأصيلات وافية.

هذا، ولا تفني صيغة المواعدة عن صيغة المواطأة لعدة أسباب :

الأول : أن المواعدة تنقسم إلى ملزمة وغير ملزمة لكن الأصل فيها عدم الإلزام . أما المواطأة فهي ليست ملزمة إلا باتجاه رغبة الطرفين لتنفيذها، أي بالتصادق عليها كما جاء في عبارة الفقيه الحنفي خير الدين الرملي، أي إذا تم التوقيع عليها من الطرفين، بالرغم من أنها ليست عقداً .

الثاني : أن المواعدة تأتي تمهيداً لتصرف مقصود للطرفين إبرامه مستقبلاً . أما المواطأة فهي كما تصلح للمستقبل، تصلح للحاضر، إذ يصار إليها في العقود المراد إبرامها في الحاضر أيضاً .

لا يخفى أن الفائدة من المواطأة لا تتحقق إلا بأن تسبق العقد، وهو الغالب - وربما قارنته - وذلك ليكون تأثيرها في العقد . والسبب في هذا واضح، وهو أن المواطأة تمهيد للعقود المقصود إبرامها، والشأن في التوطئة أن تسبق المقصود أو تقارنه، لا أن تتأخر عنه كما هو الحال في الوعد أو المواعدة .

ثالثاً : المواطأة قد تستخدم لفرض سلبي، وذلك إذا اتجهت إرادة الطرفين إلى تغيير آثار العقد المبينة في مستنده أو صيفته الظاهرة الخالية من القيود التي تأتي في المواطأة . أما المواعدة فهي لفرض إيجابي غالباً .

رابعاً : المواطأة قد يكون موضوعها أكثر من تصرف، وذلك في حالة تطبيقها للربط بين العقود أما المواعدة فهي غالباً موضوعها تصرف واحد .

الصلة بين المواطأة والاشتراط :

أما الصلة بين المواطأة والاشتراط فهي أن الاشتراط يتعلق بتصرف عقدي مكتمل، فيتربط عليه زيادة في

(1) ينظر في تحقيق جواز المواعدة الملزمة، وكونها تختلف عن العقد بحث (عقود التوريد والمناقصات) للشيخ محمد تقي العثماني، من أبحاث الدورة الثانية عشرة لجمع الفقه الإسلامي الدولي . وكذلك بحثه عن (أحكام الوعد والمواعدة في العقود) من أبحاث الدورة السابعة عشرة للمجمع المنعقدة في عمان (الأردن) عام 1427=2006م .

الالتزام العقدي، أو تقييد للتصرف .

وقد يلتبس الاشتراط بالمواطأة لسببين :

- أحدهما : أن الاشتراط قد يتقدم على التصرف العقدي، كما هو الحال في المطاطأة .
والسبب الثاني : أن المطاطأة نفسها فيها معنى الاشتراط لكنها أوسع شمولاً منه .

قرار المجمع 157(17/6) بشأن المواعدة والمواطأة في العقود :

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السابعة عشرة بعمّان (المملكة الأردنية الهاشمية) من 28 جمادى الأولى إلى 2 جمادى الآخرة 1427هـ، الموافق 24 - 28 حزيران (يونيو) 2006م .

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع المواعدة والمواطأة في العقود، والاطلاع على القرار رقم 40 - 41(5/2 و 5/3) ويعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله.

قرر ما يلي :

- أولاً : الأصل في المواعدة من الطرفين أنها ملزمة ديانة، وليست ملزمة قضاء .
- ثانياً : المواعدة من الطرفين على عقد تحايلاً على الربا، مثل المطاطأة على العينة أو المواعدة على بيع وسلف ممنوعة شرعاً .
- ثالثاً : في الحالات التي لا يمكن فيها إنجاز عقد البيع لعدم وجود المبيع في ملك البائع مع وجود حاجة عامة للإلزام كل من الطرفين بإنجاز عقد في المستقبل بحكم القانون أو غيره، أو بحكم الأعراف التجارية الدولية، كما في فتح الاعتماد المستندي لاستيراد البضاعات، فإنه يجوز أن تجعل المواعدة ملزمة للطرفين إما بتقنين من الحكومة، وإما باتفاق الطرفين على نص في الاتفاقية يجعل المواعدة ملزمة للطرفين .
- رابعاً : إن المواعدة الملزمة في الحالة المذكورة في البند ثالثاً لا تأخذ حكم البيع المضاف إلى المستقبل، فلا ينتقل بها ملك المبيع إلى المشتري، ولا يصير الثمن ديناً عليه، ولا ينعقد البيع إلا في الموعد المتفق عليه بإيجاب وقبول .
- خامساً : إذا تخلف أحد طرفي المواعدة، في الحالات المذكورة في البند ثالثاً، عما وعد به، فإنه يجبر قضاءً على إنجاز العقد، أو تحمل الضرر الفعلي الحقيقي الذي لحق الطرف الآخر بسبب تخلفه عن وعده دون الفرصة الضائعة . والله أعلم .

(2)

المواطأة على الحقوق الشرعية (أخذ التوثيق والضمانات في المداينات)

تطبيق المواطأة في العقد الصوري :

من تطبيقات المواطأة استخدامها لإثبات الحقوق الشرعية في الحالات التي تستخدم فيها البيوع الصورية بفرض التوثيق والضمانات، وبيان ذلك أن الملكية أثر تلقائي لإبرام العقد الناقل لها من مالك الشيء إلى غيره، وهي لا تنتقل إلا بعقد جازم يكشف عن إرادة أحد الطرفين بالتمليك وإرادة الطرف الآخر بالتملك ولكن جرى العمل على استخدام العقود الناقلة للملكية كالبيع لا للتمليك بل لغرض إعطاء الضمان فقط لمن يُبرم البيع إليه مع المواطأة على صورية هذا البيع وأن المالك الحقيقي هو البائع وليس المشتري .

ومن المتبع إعطاء صاحب الحق الفعلي في الملك سند ضد يثبت عكس ما يظهر في العقد الصوري فلا وجود حينئذ للملكية بالمواطأة على عدم إرادة انتقالها إذ إن أثر المواطأة تعطيل سبب الملكية وهو العقد الناقل للملكية، لأنه لا يقع ذلك الانتقال إلا بالتقاء الإرادتين الجازمتين على المبادلة الرضائية للبدلين محل التعاقد، والمواطأة على الصورية تجعل الأثر للإرادة المعبر عنها في المواطأة وليس للتعاقد الظاهري الصوري .

ويتضح من هذا أن المواطأة قد تكون وسيلة لعدم انتقال الملكية إذا تمت المواطأة على أن العقد صوري إذ يبقى الملك للمالك دون أن يؤثر عليه العقد المتواطأ على صورته وهذا ما يحصل في (بيع التلجئة) الذي عني به الحنفية⁽¹⁾ .

ولا تقتصر الحاجة إلى المواطأة على مجال المداينات إذ إنها ترد أيضاً في حالات تسجيل الملكية لغير المالك الحقيقي إذا كانت القوانين تمنع تسجيلها له كما في العقارات لدى بعض الدول .

ولإثبات المواطأة على صورية عقد البيع لغرض التوثيق يتم تنظيم سند ضد يقر فيه المشتري (المالك الصوري) بأن المالك الحقيقي هو المدين (البائع) وأنه سيعيد نقل الملكية إليه بمجرد استيفاء مستحقاته .

ومن صور المواطأة بقصد أخذ التوثيق والضمان في المداينات بيع الوفاء، وهذه تسمية الحنفية ويسميه المالكية بيع الثنيا، ويسميه الشافعية بيع العهدة ويسميه الحنابلة بيع الأمانة ، وقد عرفه الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله بقوله " هو عقد توثيقي في صورة بيع، على أساس احتفاظ الطرفين بحق التراد في العوضين " وهو عقد مزيج من بيع ورهن ولكن أحكام الرهن فيه هي الغالبة"⁽²⁾ :

(1) يرجع إلى باب البيع - في الكتب المشهورة في المذهب الحنفي .

(2) المدخل الفقهي العام الفقرة 274 وقد ذكر أنه سمي بيع الوفاء لالتزام المشتري برد البيع للبائع متى رد إليه الثمن. مجلة الأحكام العدلية المادة 818

أما البيع فلأن المشتري يملك منافع المبيع، وله أن يستغله بنفسه أو بالإيجار للغير ولو للبائع نفسه .
وأما الرهن فلأن المشتري لا يملك حق استهلاك المبيع ولا التصرفات الناقله للملك كما لا يملك الرهن للمبيع في دين عليه، وهو مضمون عليه ضمان الرهن أي بمقدار الثمن فإذا هلك وكانت قيمته مساوية للثمن سقطت عهدة رد الثمن عن البائع وإذا كانت قيمته أقل سقط من الثمن قيمة المبيع المشتري على البائع، بالباقي، وإذا كانت قيمته أكثر من الثمن - وهذا هو الأغلب عادة - كان الزائد أمانة غير مضمونة على المشتري إلا إذا كان الهلاك بتعدي المشتري أو تقصيره في الحفظ، كما أنه إذا لم يرد البائع الثمن ويسترد المبيع يحق للمشتري أن يطلب من القاضي بيعه على حساب البائع ويستوفي المشتري الثمن القديم فقط⁽¹⁾.

وإنما احتيج إلى بيع الوفاء ولم يغن الرهن عنه لأن الرهن لا يفيد المرتهن حق الانتفاع، وإذا أذن الراهن بالانتفاع فله الرجوع عنه شرعاً فاستحدثوا بيع الوفاء لكي يملك المرتهن ذلك الحق⁽²⁾.

وقد صدر بشأن بيع الوفاء قرار مجمعي نصّه :

“أولاً : إن حقيقة هذا البيع قرض جر نفعاً، فهو تحايل على الربا، وبعدم صحته قال جمهور العلماء ” .
ثانياً : إن هذا العقد غير جائز شرعاً⁽³⁾ ” .

(1) المرجع السابق وحاشية ابن عابدين 276/5 وينظر مواهب الجليل 373/4 وفتاوى ابن حجر الهيتمي 229/2 وكشاف القناع 49/3 .

(2) ينظر حكم انتفاع المرتهن بالمرهون في بحث بيع الوفاء، للشيخ خليل الميس (مجلة المجمع 49/3/7) .

(3) الفتاوى الخيرية، نسخة مخطوطة الورق 128 ب . وقد أورد ، ابن عابدين هذا النص مؤكداً له (رد المحتار 135/4)

(3)

المواطأة على الحيل والذرائع الربوية

اجتماع البيع والقرض :

من صور المواطأة على الحيل والذرائع الربوية الجمع بين البيع والسلف (القرض) بأخذ المقرض أكثر مما أعطى، والتوسل إلى ذلك بالبيع أو الإجارة لأنه إذا أقرضه مائة إلى سنة ثم باعه ما يساوي خمسين بمائة فقد صار هذا البيع ذريعة إلى الزيادة في القرض الذي موجب رد المثل، ولولا هذا البيع لما أقرضه، ولولا عقد القرض لما اشترى ذلك منه وهذا هو معنى الربا⁽¹⁾.

ومن المقرر أن القرض من عقود التبرعات، وهو عقد إرفاق وصورة من صور التعاون، ولذا عرفوه بأنه: "تبرع ابتداء معاوضة انتهاء"، لأن المقرض يتخلى عن منفعة المال بوضعه تحت تصرف المقرض بدون مقابل عن ذلك، وما يؤخذ في مقابل عملية الإقراض هو ربا القرض المحرم شرعاً.

وقد اختلف فقهاء الحنفية في شراء الشيء اليسير بثمن غال لحاجة القرض إذا لم يكن الشراء بعد القرض، أي لم يكن النفع مشروطاً في القرض فذكر الحصكفي أنه يجوز (أي يصح) مع الكراهة . والصحة هي قول الكرخي، وقال الخصاص : ما أحب له ذلك، وذكر الحلواني أنه حرام لأنه يقول : لو لم أكن اشتريته منه طالبنني بالقرض في الحال . ومحمد بن الحسن لم ير بذلك بأساً . وقال خواهر زاده : ما نقل عن السلف محمول على ما إذا كانت المنفعة مشروطة، وذلك مكروه بلا خلاف، وما ذكره محمد محمول على ما إذا كانت غير مشروطة، وذلك غير مكروه بلا خلاف⁽²⁾ وتسمى هذه الصورة (القرض مع البيع بثمن غال) أو (الاسترياح) أو (بيع المعاملة) وقد نقل ابن عابدين عن معروضات المفتي أبي السعود : " لو أدا ن زيد العشرة باثني عشر، أو بثلاثة عشر بطريق المعاملة في زماننا بعد أن ورد الأمر السلطاني وفتوى شيخ الإسلام بأن لا تعطى العشرة بأزيد من عشرة ونصف ونبه على ذلك فلم يمثل ماذا يلزمه ؟ فأجاب : يعزر ويحبس إلى أن تظهر توبته وصلاحه فيترك " والمقصود بالاستدانة هنا شراء المقرض شيئاً بأكثر من ثمنه لأجل القرض .

ومن صور اجتماع البيع والقرض (بيع الوفاء ونحوه) وقد سبق الكلام عنه .

وبما أن البحث معقود للمواطأة وتطبيقاتها المشروعة والممنوعة فمن المناسب ذكر بعض النصوص للحنفية في شأن المواطأة في بيع الوفاء :

فمن النصوص الفقهية في المواطأة أو المواضعة ما جاء في فتاوى خير الدين الرملي أنه سئل في رجلين تواضعا على بيع الوفاء، قبل عقده، في دار، وعقدا البيع في مجلس الحاكم خالياً عن الشرط وتصادقا بعد البيع على تلك المواضعة وجاء في آخر الجواب ما نصه : " وأما مسألة التصادق على المواضعة السابقة فقد صرح بها في الخلاصة والفيض والتتارخانية وغيرها، وأنها تجعل البيع الصادر بعد المواضعة من غير ذكر الشروط على ما تواضعا .

(1) إعلام الموقعين لابن القيم 1/193 وإغاثة اللهفان من مصائد الشيطان له * 363/1

(2) وهناك تفصيلات في مذهب الحنفية تنظر في حاشية ابن عابدين 4/175 والفتاوى الهندية 3/203 .

وقد نقل التمرتاشي عن الزيلعي في شرح الكنز معزواً إلى الكافي أن العقد الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً ثم ينظر إن ذكرنا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وإن لم يذكرنا ذلك في البيع وتلفظاً بلفظ البيع بشرط الوفاء وتلفظاً بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع لازم فكذلك، وإن ذكرنا البيع من غير شرط ثم ذكرنا الشرط على الوجه المعتاد جاز البيع ويلزمه الوفاء المعتاد لأن المواعيد قد تكون لازمة، قال عليه السلام: "العدة دين"، فيجعل هذا الميعاد لازماً لحاجة الناس إليه، وقال جلال الدين في حواشي الهداية صورته أن يقول البائع للمشتري بعث منك هذه العين بألف على أني لو دفعت إليك ثمنك تدفع العين إلي» انتهى . لكن هذا لا يوافق ما ذكرنا أنه الصحيح، فالمعتمد أن يقول البائع بعثك هذه العين فيقول اشتريت جازمين بأنه بيع لازم ثم يذكرنا شرط الفسخ عند رد الثمن على وجه العدة فيصح ويلزم⁽¹⁾ .

ونقل ابن عابدين عن جامع الفصولين قوله : لو ذكر البيع بلا شرط ثم ذكر الشرط على وجه العدة جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد إذ المواعيد قد تكون لازمة، فيجعل لازماً لحاجة الناس⁽²⁾ .

المواطأة على العينة⁽³⁾ :

إن التعامل ببيع العينة صورة من صور المواطأة الممنوعة شرعاً لأن ذلك يؤدي إلى التعامل بالربا تحت ستار البيع. والعينة - كما هو معروف - شراء سلعة بثمن مؤجل ثم بيعها إلى مالكيها السابق بثمن حال أقل . فترجع السلعة إلى صاحبها وينتج عن ذلك حصول المشتري على نقود قد التزم مقابلها بمقدار أكثر منها يؤدي في المستقبل إلى مالك السلعة⁽⁴⁾ .

والدليل على تحريم بيع العينة - بالإضافة إلى أنه صورة من صور الربا، كل ما ورد في تحريم الربا فضلاً عن النصوص الصريحة بشأنها مثل ما رواه ابن عمر رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله وسلم : "إذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة، واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم بلاء فلا يرفع حتى يراجعوا دينهم" وفي رواية "سلط الله عليهم ذلاً لا ينزعه حتى يرجعوا إلى ربهم"⁽⁵⁾ .

وإنما كان هذا البيع حراماً لأنه حيلة إلى الربا مع ظهوره في صورة البيع لأن نتيجته أخذ مال حاضر بمقابلة مال مؤجل أزيد منه ولذلك يقول عنه ابن عباس رضي الله عنه : أرى مائة بخمسين بينهما حريرة، أي قطعة من الحرير جعلها الطرفان موضوعاً للبيع بحسب الظاهر، مع قصدتهما الاقتراض بفائدة تحت ستار هذه المعاملة

(1) الفتاوى التمرتاشية، نسخة مخطوطة ، الورقة 368

(2) رد المحتار 125/4 ونحوه في الفتاوى الخانية 165/2 وشرح المجلة للأتاسي 415/2

(3) ينظر قرار المجمع 157 (17/6) السابق بيانه، حيث أكد في الفقرة ثانياً منع المواعدة على عقد تحايلاً على الربا، مثل المواطأة على العينة، أو المواعدة على بيع وسلف .

(4) معنى العينة في اللغة : السلف والتأجيل، وسمي هذا البيع بالعينة لأن الغرض منه تحصيل مال بأجل مع الزيادة ويرى بعض الفقهاء أنه سمي كذلك لأن العين تسترجع (فتح القدير 207/5 والقوانين الفقهية 271 والدسوقي 91/3 والمهذب 267/1 والمغني لابن قدامة 222/4

(5) أخرجه أحمد في مسنده، وأبو داود في سننه .

الصورية . ويستند تحريم بيع العينة أيضاً إلى قاعدة (سد الذرائع) أي منع الوسائل المؤدية للمحرمات، لأنه وسيلة إلى المراباة . وإبطال هذا البيع هو مقتضى القاعدة الشرعية العامة بأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .

وقال محمد بن الحسن صاحب الإمام أبي حنيفة : " هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال، اخترعه أكلة الربا"⁽¹⁾ .

قضاء دين القرض مع هدية أو زيادة :

الأصل في هذه المسألة وجود الشرط أو عدمه، فإذا اشترطت الزيادة فلا خلاف بين الفقهاء بأن ذلك حرام، سواء كانت الزيادة في القدر باشتراط زيادة من جنس القرض أو اشتراط هدية من مال آخر، أو كانت الزيادة منفعة كأن يسكن المقرض المقرض داره مجاناً أو يعيره دابة... الخ أو كانت في الصفة برد أجود مما أخذ، وأن هذه الزيادة من قبيل الربا، وقد نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك .

أما إذا أهدى المقرض للمقرض شيئاً قبل الوفاء بالقرض وتسمى (هدية المديان) فقد ذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لا بأس بذلك لكن الأفضل تورع المقرض عن القبول إلا إذا علم أنه يعطيه لأجل القرض . وذهب المالكية إلى أنه يحرم الإهداء من المقرض إلى المقرض رجاء تأخير دينه، كما يحرم على المقرض القبول إلا أن صححت نية المقرض وانتفى القصد المحظور بأن لا تكون لأجل الدين بل لتقدم مهادة أو حدوث موجب للهدية من جوار أو نحوه .. وكذلك مذهب الحنابلة فقد ربطوا الجواز بجريان العادة بين المقرض والمقرض . وإذا أهدى المقرض المقرض بعد الوفاء بلا شرط ولا مواطاة فذلك جائز في الأصح عند الحنابلة، لأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة إليه ولا إلى استيفاء دينه، فأشبهه ما لو لم يكن هناك قرض . ووردت في ذلك أحاديث وآثار قال ابن القيم : وكل ذلك سداً لذريعة أخذ الزيادة في القرض الذي موجه رد المثل⁽²⁾ .

والحكمة التشريعية في تحريمه هي نفس المعنى الموجود في الربا من انتفاء المخاطرة وتحصيل المال بدون جهد أو نفع حقيقي للاقتصاد، ولذا أشار الزيلعي إلى أنه من ربح ما لم يضمه الإنسان، لأنه استرجع العين . ولا يتحقق بيع العينة لو وقع البيع الثاني على ثمن مماثل للأول أو بأكثر من ثمن الأجل، وكذلك لو تغيرت السلعة بمرور الزمن وتغير الأسعار، أو طرأ على السلعة نقص، لأنه ليس في هذه الحالات ذريعة إلى الربا .

المخرج الشرعي لبيع الربويات بالتفاضل، وعلاقته بالمواطاة :

إن بيع الأموال التي يجري فيها ربا الفضل مشروط بالتماثل في البديلين ولو كان أحدهما أجود من الآخر، مثل

(1) حاشية ابن عابدين 115/4 الشرح الكبير للدردير 89/3 كشف القناع 186/3

(2) الموسوعة الفقهية 130/33 - 132 (ملخصاً) ومن مراجعها البدائع 395/7 والفتاوى الهندية 203/3 ومواهب الجليل 546/4 وأسنى المطالب

142/2 وكشاف القناع 304/3

بيع التمر الجيد بالتمر الرديء فلا يصح متفاضلاً . فإذا احتيج إلى المبادلة بينهما مع أخذ الفرق بالاعتبار فالمخرج الشرعي لذلك بيع التمر الرديء بالدراهم وشراء التمر الجيد بالدراهم، وفي هذا الشأن ورد الحديث الذي رواه البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه بأن بلالا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : من أين هذا ؟ قال بلال : كان عندنا تمر رديء فبعت منه صاعين بصاع لنطعم النبي صلى الله عليه وسلم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم عند ذلك أوّه أوّه، عين الربا عين الربا، لا تفعل ، ولكن إذا أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتريه به⁽¹⁾ .

وفي حديث آخر للبخاري ومسلم عن أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خيبر فجاء بتمر جنيب. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أكل تمر خيبر هكذا ؟ قال : لا يارسول الله، وأنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تفعل، بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً⁽²⁾ .

وقد اختلف هل تتم البيعتان مع الشخص نفسه أم يجب أن يختلف الطرف المتعاقد معه فيبيع الرديء إلى شخص ثم يشتري الجيد من شخص آخر ؟ وهناك صورة مشابهة وهي أن يشتري من رجل ديناراً ذهباً صحيحاً بدراهم (فضة) وتقابضها ثم اشترى منه بالدراهم قراضة (ذهباً) فالمذهب عند الحنابلة أنه إذا باع ثم اشترى من الشخص نفسه من غير مواطأة ولا حيلة فلا بأس به . وقال ابن أبي موسى من الحنابلة لا يجوز إلا أن يمضي إلى غيره لبتاع منه فلا يستقيم له فيجوز أن يرجع إلى البائع فيبتاع منه وقال الإمام أحمد - في رواية الأثرم عنه - يبيعه من غيره أحب إلي، قلت له : فإن لم يعلمه أنه يريد أن يبيعه منه ؟ فقال : يبيعه من غيره فهو أطيب لنفسه وأحرى أن يستوفي الذهب منه، فإنه إذا ردها إليه لعله ان لا يوفيه الذهب ولا يحكم الوزن ولا يستقصي، يقول : هي ترجع إليه، قيل لأبي عبد الله : فذهب ليشترى من غيره فلم يجد فرجع إليه، فقال : إذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعم .

قال ابن قدامة : فظاهر أن هذا (أي تغيير الطرف المشتري منه الجيد) على وجه الاستحباب لا الإيجاب، ولعل أحمد إنما أراد اجتناب المواطأة على هذا، ولهذا قال : إذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعم .

وقال مالك : أن فعل ذلك مرة جاز، وإن فعله أكثر من مرة لم يجز، لأنه يضارع الربا .

وقد أجاب ابن قدامة بأن النبي صلى الله عليه وسلم - كما في الحديثين السابقين - لم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه، ولو كان ذلك محرماً لبيته له وعترته إياه، ولأنه باع الجنس من غير شرط ولا مواطأة فجاز، كما لو باعه من غيره، ولأن ما جاز من البياعات مرة جاز على الإطلاق كسائر البياعات فأما إن تواطأ على ذلك لم يجز، وكان حيلة محرمة⁽³⁾ .

(1) أخرجه البخاري 434 ط بيت الأفكار . ومسلم رقم 1594 .

(2) أخرجه البخاري 410 ط بيت الأفكار، ومسلم رقم 1593 .

(3) المغني لابن قدامة 61/4 - 62 ط الرياض في الحديثة .

(4)

المواطأة على المخارج الشرعية (مسألة التورق)⁽¹⁾

التورق : شراء سلعة نسيئة ثم بيعها نقداً لغير البائع بأقل مما اشتراها به، ليحصل بذلك على النقد : وهو يختلف عن بيع العينة بأنه يتم بين ثلاثة أطراف أما بيع العينة فيتم بين طرفين وتعود السلعة المشتراة إلى بائعها ويكون المشتري قد حصل من البائع على مبلغ والتزم بأن يسدد إليه أكثر، أما التورق فلا تعود السلعة إلى بائعها .

وجمهور الفقهاء على إباحة التورق، لدخوله في إباحة البيع وليس حيلة على الربا (وأحل الله البيع وحرم الربا) وقد كرهه عمر بن عبد العزيز ومحمد بن الحسن، وقال ابن الهمام : هو خلاف الأولى . واختار تحريمه ابن تيمية وابن القيم، لأنه بيع المضطر، والمذهب عند الحنابلة إباحته⁽²⁾ .

ويحتاج إلى المواطأة على التورق لإيجاد حل للسيولة بعيداً عن الربا حسب الطريقة التي تسلكها المؤسسات المالية الإسلامية لتوفير السيولة للعملاء حيث لا يمكن اتباع صيغة أخرى وذلك بتلقي الرغبة منهم، والحصول على وعد بالشراء بالمرابحة ثم تقوم المؤسسة بشراء السلعة التي ستكون محلاً للتورق بها وتجري بيع المرابحة مع العميل، ثم تحصل على توكيل منه ببيع تلك السلعة بثمن حال إلى طرف آخر غير من تمَّ شراؤها منه .

وهذه المراحل لا تظهر في عقد معين من تلك العقود ولا يتم اشتراط واحدة منها في الأخرى وإنما يحصل ذلك بالمواطأة، أما بدونها فقد تتورط المؤسسة بشراء السلعة ثم لا تجد رغباً فيها . وقد يتورط العميل بعدم مقدرة على بيع السلعة الذي يتم عادة في الأسواق المالية الدولية .

وقد عمدت كثير من المؤسسات المالية إلى تطبيق التورق لتخليص عملائها من الديون الربوية عند التزامهم بتجنب التعاملات الربوية حيث توفر لهم السيولة لأداء تلك الديون . وكذلك في الحالات التي يحتاج العميل للسيولة لأداء رواتب موظفيه .. الخ .

وقد طُرحت مسألة التورق في أكثر من ندوة، بسبب ما أثير من الجدل حولها وبسبب إقدام البنوك التقليدية على تطبيقه بدون قيود . ومما صدر بشأنه الفتوى التالية، من ندوة البركة الثالثة والعشرين ونصها :

التورق : ضوابطه الشرعية وتطبيقاته في صيغ الاستثمار والتمويل :

حيث إن إعادة طرح هذا الموضوع، تنفيذاً لتوصية ندوة البركة المصرفية الثانية والعشرين إنما كان القصد منه عرض التطبيقات والمستندات المستخدمة في عمليات التورق، وهو ما لم يستوف في البحوث المقدمة في هذه الندوة، لذا يوصي المشاركون بعقد حلقة عمل للنظر في هذا الموضوع والبت في حكم التطبيقات المصرفية له بتعمق في ضوء ما يأتي :

(1) هناك معيار شرعي قيد الإصدار عن المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة الإسلامية عن التورق وصوره المشروعة، وصوره المنوعة .

(2) الموسوعة الفقهية 148/14 ومن مراجعها ابن عابدين 176/4 وأوجز المسالك 128/1 والروضة 416/3 والفروع 171/4 ومختصر الفتاوى المصرية

أ/ تقديم التطبيقات المصرفية المتعددة للتورق مقرونة بالعقود والمستندات المستخدمة فيها وما يدل على عدم صورية التطبيق وخلوه من المخالفات الشرعية .

ب/ رصد الحالات العملية لتطبيق التورق سواء في المؤسسات المالية الإسلامية، أو البنوك المتحولة حديثاً، أو البنوك التقليدية التي تقدم خدمات إسلامية، وتحليل محتواها وما لها وما عليها وتقديم دراسة شاملة عن ذلك .

ج/ إلى أن تعقد حلقة العمل الموصى بها للنظر في الحكم الشرعي للتطبيقات المصرفية للتورق والمستندات المستخدمة فيه فإنه ينبغي النظر إلى صيغة التورق على أنها ليست صيغة استثمار أو تمويل وإنما هي وسيلة لحل مشكلة سيولة تتعرض لها المؤسسات أو بعض الأفراد لا يمكن حلها بالسلم أو الاستصناع ونحوهما من الصيغ التمويلية، فلا يسوغ التعويل عليها بما يحجب صيغ الاستثمار والتمويل الأخرى، ولا يلجأ إليها إلا استثناءً للضرورة أو للحاجة الملحة التي تقدرها الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، مثل حالات تحول البنك التقليدي إلى بنك إسلامي لمعالجة قروض العملاء قبل التحول، أو لاستتقاذ بعض عملاء البنوك التقليدية لسداد قروضهم منها والتعامل مع المصارف الإسلامية، أو لحماية عميل المؤسسة المالية الإسلامية من اللجوء إلى البنوك التقليدية لتمويل بعض أوجه نشاطه التي يتعذر تمويلها بصيغة أخرى.

يجب زيادة التدقيق على عمليات التورق التي تجري حالياً- بصرف النظر عن البت في التطبيقات والمستندات كما سبق - وذلك للتثبت من وجود المسوغ المشار إليه، ووجود بضاعة تشتري وتباع فعلاً، مع تعيين الكمية المشتراة، وتحقق القبض من قبل البنك ولو حكماً قبل البيع بالمراوحة للعميل، مع التأكد من تمايز مراحل التنفيذ بما يعطى طابع الاستقلال لكل مرحلة ويمنع من تداخلها أو الربط التعاقدية بينها .

(5)

أثر المواطأة في المعاملات المعاصرة

تطبيق المواطأة في عقود التوريد لتجنب بيع ما لم يملك :

عقود التوريد لها أهمية كبيرة في تزويد المصانع بالمواد الأولية تبعاً بشكل يجمع بين الحاجة وبين متطلبات التخطيط المستقبلي، ولا يمكن أن يتم ذلك من الناحية الشرعية بعقود ملزمة في ظل التطبيق العملي بعدم تسليم أحد البديلين إذ لا تطبق عليه أحكام البيع المؤجل بتسليم البيع وتأجيل أداء الثمن، كما لا تطبق عليه أحكام السلم بتسليم الثمن كله وتأجيل تسليم المبيع لأن ذلك من قبيل الكالئ بالكالئ المنهي عنه .

والمخرج من ذلك هو استخدام صيغة المواطأة وبيان المواصفات والشروط ثم حصول المبيع بأسلوب بيع التعاطي أو المعاطاة عن طريق قبض المبيع وقبض الثمن الحال أو قبض مستنداته إذا كان مؤجلاً⁽¹⁾ .

وقد صدر بشأن عقود التوريد قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي جاء فيه⁽²⁾ :

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

ثانياً : إذا كان محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة فالعقد استصناع تنطبق عليه أحكامه .

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

1 - أن يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فهذا عقد يأخذ حكم السلم، فيجوز بشروطه المعتبرة شرعاً .

2 - إن لم يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فإن هذا العقد لا يجوز، لأنه مبني على المواعدة الملزمة بين الطرفين . وقد صدر قرار المجمع رقم 40 و 41 المتضمن أن المواعدة الملزمة تشبه العقد نفسه، فيكون البيع هنا من بيع الكالئ بالكالئ أما إذا كانت المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين أو لكليهما فتكون جائزة على أن يتم البيع بعقد جديد، أو بالتسليم⁽³⁾ .

تطبيق المواطأة في المراجعة للأمر بالشراء :

إن تطبيق المواطأة في المراجعة هو من أهم تطبيقاتها في المعاملات المعاصرة، وهو ما يميز المراجعة للأمر

(1) انظر بحث (عقود التوريد والمناقصات) للشيخ محمد تقي العثماني .

(2) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي القرار رقم 107 (12/1) ومجلة المجمع العدد 12 الجزء 2 صفحة 391 وفيها عدد من الأبحاث بشأن التوريد .

(3) ينظر قرار المجمع 157(17/6) الذي سبق بيانه حيث جاء في الفقرة الثامنة جواز جعل المواعدة ملزمة للطرفين في الحالات التي لا يمكن فيها إنجاز عقد البيع لعدم وجود المبيع في ملك البائع، مع وجود حاجة عامة للإلزام كل من الطرفين بانجاز عقد في المستقبل بحكم القانون أو الأعراف التجارية الدولية .

بالشراء (أو المرابحة المصرفية كما تسمى أحياناً) عن المرابحة العادية (المرابحة الفقهية) .
 والمواطأة تتم في الوعد غير الملزم غالباً، لأن الوعد غير عقدي، أما في الوعد غير الملزم فهناك مواطأة بأن
 الراغب في السلعة سيشتريها بمجرد أن يملكها البنك .
 وقد صدر بشأن المرابحة قرارات كثيرة من المجمع والمؤتمرات والندوات، ومن أهمها قرارات مجمع الفقه
 الإسلامي الدولي بشأن الوعد والمواعدة في المرابحة وكذلك ما صدر في مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني الذي عقد
 في الكويت.

تطبيق المواطأة في التأجير:

يظهر تطبيق المواطأة في عمليات التأجير بنوعيه التأجير التشغيلي، والتأجير المنتهي بالتمليك :
 ففي التأجير التشغيلي إذا كان المصرف لا يملك العين المؤجرة عند طلب العميل تشتمل المواطأة على وعد
 بالاستئجار ثم يتلوه شراء العين المؤجرة بعقد شراء بين المصرف ومن يملكها ثم عقد التأجير إلى العميل .
 وإذا كان التأجير منتهياً بالتمليك تشتمل المواطأة - بالإضافة إلى ما سبق - على وعد بالبيع إلى العميل عند
 انتهاء الإجارة وسداد جميع أقساط التأجير .
 وهذا الجمع بين وعد بالاستئجار ، وشراء المصرف العين المؤجرة، وعقد التأجير ، والوعد بالبيع للعميل، مستساغ
 في المواطأة ولا يصح في عقود مترابطة بعضها ببعض، كما أن المواعدة الملزمة بهذه التصرفات المجتمعة تشبه العقد
 عند أكثر الباحثين .
 على أنه ينبغي الإشارة إلى أن الأمر في الإجارة أسهل منه في المرابحة، إذ يمكن إبرام إجارة موصوفة في الذمة
 في الاجتهاد الشافعي والحنبلي مضافة للمستقبل وهو الموعد المتوقع لتملك المؤجر العين المؤجرة على أساس الوصف
 في الذمة .

وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الإيجار المنتهي بالتمليك، واشتمل في إحدى فقراته على
 ضابط المنع وضابط الجواز، وهو يتناول المراحل التي لا بد للقيام بها من المواطأة تفادياً للجمع بين العقود :

أ- ضابط المنع :

أن يرد عقدان مختلفان في وقت واحد على عين واحدة في زمن واحد .

ب- ضابط الجواز :

وجود عقدين منفصلين مستقل كل واحد منهما عن الآخر زماناً، بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة،
 أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة . والخيار يوازي الوعد في الأحكام⁽¹⁾ .
 ثم أورد القرار عدداً من الصور الممنوعة وهي التي أبرمت معاً أو علقت، أو اشتملت على خيار .

(1) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، القرار رقم 110(12/4)

تطبيق المواطأة في المشاركات :

إذا كانت المشاركة محددة المدة، وحصلت المواطأة أو المواعدة على تحديدها، فإن للحنفية خلافاً في أثرها من حيث اللزوم وعدمه .

يدل على ذلك ما جاء في فتاوى التمرتاشي أنه سئل عن رجل له كرم اشترك هو وآخر في حرثه وزرعه بطيخاً، ووعدته في السنة الثانية أن يزرعاه كذلك، ثم استغلا البطيخ في السنة الأولى فهل يلزم صاحب الكرم أن يمكن صاحب الحرث في السنة الثانية أن يزرعه أيضاً عملاً بوعدته أم لا؟ وقد أجاب بأنه لا يلزمه ذلك قال في القنية : وعده أن يأتيه فلم يأتته فلا يأنم، ولا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً كما في الفوائد الزينية .

لكن في الفوائد الزينية - نقلاً عن الذخيرة - أن الخلف في الوعد حرام، ومقتضاه حصول الإثم لصاحب الكرم إذا أخلف وعده . وينبغي ترجيح ما في الذخيرة، لاتفاق كلمتهم على أن المعير لو رجع قبل الوقت في العارية كره له ذلك وعللوا ذلك بكونه أخلف وعده⁽¹⁾ .

من صور المواطأة الممنوعة في المشاركات (والمضاربة) :

صرح بعض الفقهاء بعدم جواز أن يكون كل من الدين أو الرهن أو الوديعة لدى المضارب أو غيره رأس مال المضاربة . وعللوا المنع في الدين بأن الدائن متهم بأنه أخره ليزيده (من خلال زيادة نسبته من الربح) وأما الرهن والوديعة فقد عللوا المنع فيهما بأنه قد يكون من لديه الرهن أو الوديعة إذا كان من الدراهم قد أنفقها ثم تواطأ على التأخير بزيادة⁽²⁾ .

والفقهاء اختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض السلع القراض : فكره ذلك مالك، وأجازه أبو حنيفة على الإطلاق ، وأجازه الشافعي بشرط أن يكون قد تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله ووجه ما كره مالك من ذلك أن يكون يرخص له في السلعة من أجل ما قارضه، فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه⁽³⁾ .

(1) الفتاوى الزينية نسخة مخطوطة في مكتبة خاصة .

(2) الحواشي المفيدة ، 1/249 .

(3) بداية المجتهد، لابن رشد 2/241 .

(6)

القوة الملزمة للمواطأة بين دلالة العرف وحكم القضاء

المواطأة على أمر تحمل معنى التعبير عن الإرادة الباطنة التي يناط بها التراضي في إبرام العقود ولذا فإن الاعتماد على الإرادة الظاهرة إنما هو حيث لا تتوافر قرائن على عدم توجه القصد إليها، كما في الخطأ في التعبير، وحالة الإكراه الخ .

ومن هذا المنطلق تستمد المواطأة قوتها الملزمة . وفيما يلي المبادئ التي تصلح أساساً للإلزام بها :

أولاً : قاعدة الشروط :

أوضح ما يستدل به للاعتماد على ما تجري عليه المواطأة هو قاعدة الشروط، وقد أشار إلى هذا الدليل ابن قدامة في تعليقه لما نقله عن الإمام أحمد من استحباب الوفاء بما يتفق عليه في السر، وترجيحه (ديانة) على ما يتم إظهاره في العلانية حيث قال ابن قدامة : لئلا يحصل منهم غرور (أي تغرير)، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "المؤمنون عند شروطهم"⁽¹⁾.

ثانياً : القول بمشروعية بيع التلجنة (البيع الصوري) :

يصلح مبدأ بيع التلجنة (البيع الصوري) أساساً للاعتماد على المواطأة، وبيع التلجنة هو ما لجأ الإنسان إليه بغير اختياره اختيار الإيثار، والتلجنة إما في نفس البيع إنشاءً أو إقراراً، أو في الثمن قدرأً أو جنساً . وقد بنوا حكم التلجنة على المواطأة التي تسبق البيع " لأن المواطأة منعت انعقاد العقد في حق الحكم بمنزلة شرط المتبايعين فلا يصح إلا بتراضيهما "⁽²⁾ .

ثالثاً : الاستئناس بتحديد مهر في السر ومهر في العلانية :

من مسائل المهر في النكاح مسألة تحديده بمبلغين في مجلسين أحدهما سرأً بين أطراف العقد، والآخر علناً أمام الناس . والتحديد لمهر السر قد يقع في العقد، وقد يقع قبله، وتصلح هذه المسألة أساساً شرعياً لموضوع المواطأة بين الطرفين على نحو يختلف عما يعلنانه على الملأ .

وقد ذهب الحنفية إلى أن المعتبر مهر السر في حال الاتفاق (أي المواطأة) على أن العلانية هزل والإشهاد على ذلك، فإن لم يشهدوا فعند أبي حنيفة ومحمد: المهر مهر العلانية خلافاً لأبي يوسف سواء وقع تحديده في عقد أو من غير عقد .

(1) المنفي لابن قدامة 739/6 ط الإمام .

(2) بدائع الصنائع 177/5 - 178 والمدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقا 348/1 .

وذهب المالكية إلى أن المعتبر مهر السر سواء كان شهود العلانية هم شهود السر أو غيرهم إلا أن أبا حفص منهم اشترط إخبار شهود السر أنه سيذكر في العلانية خلافة : أكثر منه للتفاخر، أو أقل خشية تسلط ظالم⁽¹⁾ .
 وذهب الشافعية إلى أن العبرة بما عقد به أولاً سواء كان مهر السر أو مهر العلن، ولا عبرة بما اتفق عليه خارج العقد، فلا يعتبر إلا ما ذكر في عقد والعبرة بالأول من العقدين .

أما الحنابلة فمع أن ظاهر قول أحمد اعتبار العلانية فقد قال ابن قدامة : " وإذا قلنا إن الواجب مهر العلانية فيستحب للمرأة أن تفي للزوج بما وعدت به وشرطته على نفسها من أنها لا تأخذ إلا مهر السر قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا تزوج امرأة في السر بمهر وأعلنوا مهراً ينبغي لهم أن يفوا، ويؤخذ بالعلانية (أي عند التنازع) فاستحب الوفاء بالشرط، لئلا يحصل منهم غرور، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " المؤمنون على شروطهم"⁽²⁾ .

رابعاً : اعتبار العرف :

العرف له في الشرع اعتبار إذا لم يصادم النصوص، والمواطأة مما جرى عليه العرف، إذا لم يستكمل الطرفان في المواطأة جميع ما يتطلبه الأمر المستهدف منها فإن المرجع في ملئ تلك الثغرات إلى العرف وذلك للقاعدة المشهورة " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"⁽³⁾ .

والمقصود بالعرف : العرف المستقر الذي تصرف إليه الإرادة الضمنية للأطراف تلقائياً في حال السكوت، أما لو كان السكوت يحتمل التفسير بانصراف إرادتهما إلى أكثر من أمر فتكون العبرة بالغالب حسبما يُقرره أهل الخبرة .

خامساً : الإلزام ديانة :

المواطأة بالرغم من استمداد قوتها الإلزامية من تصادق الطرفين أو إقرارهما فإنها ملزمة ديانة ، فإذا ادعاهما أحد الطرفين وكان الطرف الآخر عالماً بها فهو ملزم شرعاً بالتقيد بها ، كما سبق في فتاوى بعض فقهاء الحنفية .

وإذا أدرجت المواطأة في العقد، وذلك بالنص على أنها جزء لا يتجزأ منه كانت تعديلاً له أو إلحاق شرط به ولم يبق لها صفة المواطأة .

(1) فتح القدير 444/2 - 445 وفيه تفصيلات كثيرة .

(2) المغني لابن قدامة 739/6 الحطاب 196/5 والدسوقي 313/2 وشرح الياقوت النفيس للشاطري 26/3 والأحكام الفقهية أحمد محمد عساف 333/2 .

(3) شرح القواعد الفقهية (قواعد المجلة) للشيخ أحمد الزرقا، تحقيق د . عبد الستار أبو غدة ص 183 نشر دار الغرب الإسلامي 1983 م .

حكم القضاء بشأن المواطأة :

ثبتت المواطأة بالمستند الخاص بها، وهو كما سبق مذكرة التفاهم، أو الرسالة الجانبية، أو قائمة الشروط، أو الاتفاق (الإطار) العام .

وفي حال عدم توافر شيء من ذلك فإنه يصار إلى العرف والقرائن أو البيئة مع مراعاة القوانين التي ضيقت مجال الاعتماد بالبيئة وفسحت المجال للمستندات المحررة بين الطرفين، أو الموثقة لدى الجهة المختصة (كاتب العدل أو الموثق) ، أو غرف التجارة والصناعة ... الخ
إذا أقر طرف المواطأة بما تقتضيه من التزامات فإن الإقرار نفسه دليل ملزم لمن صدر عنه ويعتد به في القضاء تجاه الطرفين .

وهذا ما لم تتضمن المواطأة جوانب تتعلق بأطراف أخرى وهذا الإقرار هو ما يعبر عنه الفقهاء بالتصادق، وهو مقبول في أمور أشد أهمية من التعاملات المالية وهو أحكام الطلاق والعدة والرجعة .
هذا، وإن من المتبع تنظيم (سند ضد) للرجوع إليه فيما يخالف الاتفاقات الظاهرة . وسند الضد نفسه صورة من صور الإقرار .

على أن المواطأة لا ترقى إلى مستوى الشروط، من حيث أن الشروط ملزمة بنفسها في حين أن المواطأة تستمد قوتها الإلزامية من اعتراف الطرفين بها عند الحاجة إلى مراعاة أثرها .

وقد أورد الزركشي القاعدة التالية " التواطؤ قبل العقد ليس بمنزلة الشروط فيه على الأصح " وضرب لذلك أمثلة، منها الاتفاق على مهر في السر وإعلان الزيادة ثم قال : " ولو تواطأ على البيع بشرط أن يقرضه شيئاً ثم عقده فهل يبطل ؟ وجهان مبييان على أن التواطؤ هل يلحق بالمشروط بالعقد ؟ وجهان أصحهما : لا ، فعلى هذا يصح البيع والقرض قال في الكافي: وهل يحل باطننا ؟ يحتمل وجهان، أصحهما عندي يحل، لحديث "عامل أهل خيبر" .

ثم قال : ويستثنى ما إذا دفع إلى خياط ثوبا وقال : إن كان يكفيني هذا قباء فاقطعه، فقطعه فلم يكفه فإنه يجب الأرش . ولو قال أيكفيني هذا قباء ؟ فقال : نعم، فقال اقطعه، فقطعه فلم يكفه، فلا شيء عليه قطعاً⁽¹⁾ " أي في الصورة الأولى اشتراط وفي الثانية مواطأة فلم تأخذ حكم المشروط فلا يرد هنا احتمال الوجهين الذي في الصور السابقة .

(1) المنشور في القواعد للزركشي 412/1 تحقيق د. تيسير فائق، مراجعة د. عبد الستار أبو غدة، نشر الأوقاف بالكويت .

(7)

الضوابط الشرعية للمواطأة

على إجراء العقود والمواعيد المتعددة في صفقة واحدة

هناك ضوابط شرعية للاعتداد بالمواطأة والعمل بمقتضاها فيما إذا حصلت المواطأة لإجراء عقود متعددة في صفقة واحدة ومن هذه الضوابط عدم الإخلال بالمبدأ الشرعي في النهي عن صفقتين في صفقة مع مراعاة ما فيه من الإيضاح والتفصيل للفقهاء . ونوجز الكلام عن هذا الموضوع بذكر ما ورد في شأنه في فتاوى نودتين فقهييتين لبيت التمويل الكويتي تم طرحه فيهما، انتهت إحداهما إلى ما يأتي :

1 - لا مانع شرعاً من الجمع بين عقدين في صفقة واحدة ، سواء كانا من عقود المعاوضات أم من عقود التبرعات، لعموم الأدلة الدالة على الأمر بالوفاء بالشروط والعقود . ويستثنى من ذلك ما يأتي :

أ- اجتماع عقدين على نحو يؤدي إلى الربا أو شبهته، مثل اجتماع عقد القرض مع أي عقد، لورود النهي عن بيع وسلف، ولأنه يؤدي إلى الربا .

ب- واجتماع بيع مؤجل مع بيع معجل في صفقة واحدة (بيع العينة) .

2 - الشروط الصحيحة مهما كثرت مقبولة شرعاً .

3 - إذا وجد شرط فاسد مع شروط صحيحة، فإن فساده لا يؤثر على صحة العقد بل ينحصر الفساد فيه، غير أنه إذا اجتمع شرطان فاسدان أو أكثر في عقد واحد فإن العقد يصبح فاسداً⁽¹⁾ .

هذا ما ورد في الندوة الثالثة، أمّا ما ورد في فتاوى الندوة الخامسة فنصه :

" اجتماع العقود المتعددة في عقد واحد :

يجوز اجتماع العقود المتعددة في عقد واحد، سواء كانت هذه العقود متفقة الأحكام أم مختلفة الأحكام إذا استوفى كل عقد منها أركانه وشرايطه الشرعية، وسواء أكانت هذه العقود من العقود الجائزة أم من العقود اللازمة، أم منهما معاً، وذلك بشرط أن لا يكون الشرع قد نهى عن هذا الاجتماع، وألا يترتب على اجتماعها توسل إلى ما هو محرم شرعاً⁽²⁾ .

وفيما يلي نبذة عن علاقة هذا الموضوع بالمواطأة، لإيضاح ما ورد من أحاديث بشأن النهي عن صفقتين في صفقة .

(1) فتاوى الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي ، الفتوى السادسة .

(2) فتاوى الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي، الفتوى الأولى .

علاقة المواطأة على عدة عقود بالنهاي عن بيعتين في بيعة :

من المقرر في الفقه أن الجمع بين العقود له تأثير لا يكون في حال الانفراد، وقد صرح بذلك الشاطبي وابن تيمية وغيرهما⁽¹⁾ .

والأصل في هذا الموضوع ما جاء من النهي في الحديث الذي رواه أحمد في مسنده⁽²⁾ وغيره من المحدثين بلفظ : نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة . ورواه مالك وبعض أصحاب السنن بلفظ : نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة .

وهذا الحديث بروايته له تفاسير عديدة منقولة عن بعض التابعين ومن بعدهم . وأشهرها تفسير سماك راوي الحديث نفسه وهو التفسير المختار عند مالك والشافعي وأبي عبيد القاسم بن سلام، وهو أن يبيع الشيء بكذا حالا، وبكذا مؤجلا دون اختيار إحدى الحالتين إذا كان مع الإلزام بالبيع .

وحتى لو أخذ بعموم لفظه فإنه في نوع خاص من العقود، وهي ما يترتب على الجمع بينها الوقوع في محذور شرعي، كالجمع بين عقد معاوضة وعقد تبرع، كالقرض والهبة .

قال ابن تيمية : معنى الحديث أن لا يجمع بين معاوضة وتبرع، لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة، لا تبرعاً مطلقاً، فيصير جزءاً من العوض، فإذا اتفقا على أنه ليس بعوض فقد جمعا بين أمرين متباينين⁽³⁾ .

والجمع بين العقود يختلف حكمه بحسب أنواعها : فالعقود التبعية أو المساعدة، كالكفالة والرهن والحوالة لا مانع من الجمع بينها وبين عقد المداينة، لأنها شرعت لتقوية الالتزامات، وهو غرض ملائم لمقتضى عقد المداينة .

والعقود المقصودة لذاتها يكون للجمع بينها تأثير إذا كان بين مقتضاها تناف، مثل الوكالة مقتضاها الأمانة، والكفالة مقتضاها الضمان ولا يكفي مجرد اختلاف الحكم فإنه الأصل ولولاه لما وجدت .

وهناك عقود تختلف من حيث تأثير الغرر أو الجهالة فيها،

. وهما من أسباب الخلل المفسدة للعقد أصلاً . أو كونهما يغتفران فيها فيكون الجمع ممنوعاً بين عقد يؤثران

فيه وما يتجاوز فيه عنهما .

وهناك عقود لها صفة اللزوم كالبيع، أو يشترط فيها القبض كالصرف، وعقود أخرى غير لازمة (جائزة) كالشركة. وفي حكم الجمع بين عقد لازم وآخر غير لازم، أو عقد لا يتم إلا بالقبض وآخر يتم بدونه تفصيل للفقهاء بحسب المذاهب فإذا كان العقد مما يمكن فسخه بإرادة منفردة، فلا ضير من اجتماعه مع عقد مثله قابل للفسخ أيضاً⁽⁴⁾ .

ونص المالكية على عقود لا تجتمع لتباين معانيها، كما في النظم التالي للشيخ ميارة :

(1) الموافقات للشاطبي 192/3 والقواعد النورانية لابن تيمية 188 .

(2) مسند أحمد 198/1 وقد وثق الهيتمي رواته (مجمع الزوائد 84/4) .

(3) أما الجمع بين عقدين غير لازمين ففيه توسعة. لأن العقد غير لازم .

(4) مجموع فتاوى ابن تيمية 32/29

عقود منعنا اثنين منها بعقدة

لكون معانيها غدت تتفرق

فجعل وصرف والمساواة شركة

نكاح قراض قرض بيع محقق⁽¹⁾

وقد استخلص أحد الأساتذة الباحثين الضوابط الشرعية الثلاثة الآتية لحظر اجتماع أكثر من عقد في صفقة

واحدة ، وهي :

1 - أن يكون الجمع بين العقدين محل نهي في نص شرعي .

2 - أن يترتب على الجمع بين العقدين توسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور .

3 - أن يكون العقدان متضادين وضعاً ومتناقضين حكماً⁽²⁾ .

ويتعلق بالنهي عن الجمع بين العقود النهي عن اشتراط عقد في عقد، فإنه ممنوع حتى عند القائلين بجواز

الشروط في العقود دون أن تتوافر فيها صفة الملاءمة للعقد أو التعارف على الشرط .

وبعد أن ذكرنا الاتجاهات الفقهية في اجتماع العقود تتضح علاقة ذلك بالمواطأة التي تشتمل على الرغبة

المشتركة في إبرام أكثر من عقد فليس هذا في حيز النهي عن بيعتين في بيعة لأن المواطأة نفسها ليست عقداً، فإذا

اشتملت على عقدين أو أكثر فليس ذلك جمعاً بين العقود .

والحمد لله رب العالمين

(1) الفروق للفرافي 1/142 الفرق 156 وتهذيب الفروق بهامشه .

(2) بحث د نزيه حماد، اجتماع العقود المتعددة في صفقة واحدة (الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي 513) .