

فقه العقود والمعاملات المستحدثة



فقه العقود والمعاملات

المستحدثة

الجزء الحادي عشر

المعاملات السوقية

الشيخ فاضل الصفار



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ  
عَلَى أَشْرَفِ الْخَلْقِ مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّيِّبِينَ  
الطَّاهِرِينَ  
وَاللَعْنَةُ الدَّائِمَةُ عَلَى أَعْدَائِهِمْ  
مِنَ الْجِنَّ وَالْإِنْسِ أَجْمَعِينَ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴿١﴾

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿٢﴾

الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴿٣﴾ مَلِكِ يَوْمِ الدِّينِ ﴿٤﴾

إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ ﴿٥﴾ اهْدِنَا الصِّرَاطَ

الْمُسْتَقِيمَ ﴿٦﴾ صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ

عَلَيْهِمْ غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ

وَلَا الضَّالِّينَ ﴿٧﴾



## المعاملة الثالثة



### عقود التوريد (الاستيراد)

وفي تمهيد وأمور:

الأمر الأول: في حقيقة العقد وشروطه

الأمر الثاني: الأقوال في عقد التوريد

الأمر الثالث: الفروع والأحكام





## التمهيد: التعريف والخصوصية

التوريد مصدر من ورد يرد وروداً أي حضر، و أورد الشيء أحضره، واستورده طلب حضوره، وفي المصطلح استورد السلعة ونحوها جلبها من خارج البلاد، وهو حقيقة عرفية خاصة أخص من المعنى اللغوي، وليس بحقيقة شرعية ولا متشرعية، والواردات يقال للبضائع الأجنبية التي تشتريها الدولة خاصة في مقابل الصادرات<sup>(١)</sup>.

وأما الاستيراد فيقال لإحضارها في الأسواق سواء بفعل السلطة المعنية أم التجار والشركات المتجارة بذلك.

وتفترق عقود التوريد عن عقود التصنيع بالأعمية فإنها تتم بنحوين:  
الأول: أن يتفق التاجر - مثلاً - مع الشركة المنتجة على إنتاج البضاعة بالمواصفات المعينة وشرائها ونقلها إلى المحل المقصود، ويعتبر هذا استيراد خاص، وغالباً ما يتمتع المشتري فيه بحق الامتياز للمنتوج فلا يشاركه فيه غيره.  
الثاني: أن يشتري المستورد البضاعة من الأسواق المنتجة لها وينقلها إلى المحل

---

(١) انظر المعجم الوسيط: ج ٢، ص ١٠٢٤، (ورد).

المقصود، فعقد التوريد قد يشتمل على التصنيع أو الشراء والتوفير في الأسواق، وإذا كان إحضار البضاعة من المنتج أو البائع يقال مورّد وإذا أحضرها المشتري ونحوه يقال له المستورد، بخلاف عقد التصنيع فإنه ينتهي بإنتاج السلعة وتسليمها إلى المشتري، والغالب في عقد الاستيراد البيع ولكنه يقع بأربعة أنحاء؛ إذ يمكن أن يكون بيعاً نقدياً أو نسيئاً أو سلماً، ويمكن أن يكون عقداً خاصاً يتأجل فيه الثمن والمثمن، فتخصيص بعض الأعلام العاصرين له بالقسم الرابع من البيوع بلا مخصص؛ لرجوع العقود إلى صيغ التعاقد وإرادة المتعاقدين. نعم عادة يكون التسليم فيه بالأقساط، فكل قسط يسلمه المشتري يستلم ما يقابله من البضاعة لعدة أسباب:

منها: أنه يتخلص من مشكلة الماطلة أو التهاون في الالتزام بالعقد.

ومنها: يتخلص من التخزين وما يلزمه من نفقات وحراسات ومراقبة دفعاً للأضرار أو التلف أو انقضاء مدة الصلاحية في المتوجات التي لها صلاحية مؤقتة.

ومنها: تسهيل تصريف البضاعة لزيادة رغبة المستهلكين في حادثة الإنتاج وعدم بقاءه في المستودعات والمخازن بما يقلل من الرغبة فيه بسبب فقدان الصلاحية، أو وجود الأفضل، ولأجل مثل هذه الفوائد صار الاستيراد تجارة عظيمة تقوّم الأسواق العالمية والمحلية من الأمور البسيطة إلى الكبيرة إلى الأجهزة والتقنيات المعقدة، وأن المستوردات تكون على أقسام عمدتها قسمان:

الأول: ما يمكن تسلمه دفعة واحدة وإحضاره كذلك، مثل أغلب البضائع من أجهزة وملابس ونحوها.

الثاني: ما لا يمكن تسلمه دفعة ولا إحضاره كذلك، مثل النفط والغاز والكهرباء، فإن مثله لا يمكن تسلمه دفعة، فلا بد من التدرج فيه، ويكون على دفعات، وكذلك ثمنه، فربما يتعذر تسليمه دفعة فيقسط؛ لذا قلنا إن الغالب في عقود الاستيراد التقسيط، والبحث فهها من حيث الموضوع والحكم والفروع يقع في أمور:



## الأمر الأول

### في حقيقة العقد وشروطه

أولاً: حقيقة العقد.

عرفوا عقد التوريد بتعاريف عديدة:

التعريف الأول: عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يسلم البضائع أو خدمات معينة خلال فترة معينة لشخص آخر مقابل مبلغ معين<sup>(١)</sup>، وهو غير تام لسببين:

الأول: إبهامه، فإنه لم يحدد علاقة الشخص الذي يسلم البضائع بالعقد، ولا الشخص الذي يستلم هل هو بائع أم مشتر أم أجير أم غير ذلك؟ كما لم يحدد حقيقة العقد وهل هو بيع أم إجارة أم عقد مستقل أم ماذا؟

قد يقال الإطلاق يفيد أنه عقد مستقل، وفيه أنه لو صح كان ينبغي توصيفه بأنه مستقل.

---

(١) مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ١٧٥.

الثاني: أنه ظاهر في إجارة العهدة، وأن المستورد يكون واسطة بين المالك والتاجر، ويتقاضى مقابل الخدمة أجره وهو خلاف الواقع؛ لأن المعهود في الاستيراد أن المستورد هو المشتري أو مالك المال، أما الناقل فمجرد أجير.

التعريف الثاني: اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يورد إلى الآخر سلعاً موصوفة على دفعة واحدة أو عدة دفعات في مقابل ثمن محدد غالباً ما يكون مقسماً على أقساط، بحيث يدفع قسطاً من الثمن كلما تم قبض قسط من السلعة<sup>(١)</sup>، وهو أضعف من الأول؛ لأنه مخالف للواقع، فإن الاستيراد يتم بتعاقد وليس باتفاقية، والفرق أن الأول عقد والثاني وعد. هذا من حيث الموضوع، وكذا من حيث الحكم، فإن الأول لازم يجب الوفاء به بخلاف الثاني بناء على أن الوفاء بالوعد غير واجب وهو محل خلاف<sup>(٢)</sup>.

كما أنه لم يحدد حقيقة الاتفاقية بل متناقض؛ لأن قوله: ﴿يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يورد سلعاً في مقابل ثمن محدد﴾ ظاهر في الإجارة لكنه عبر عن الأجر بالثمن الظاهر في البيع، ومخالف للواقع؛ لأن العبارة ظاهرة في أن المنتج أو البائع هو الذي يورد البضاعة حصراً بينما المعهود أن المشتري يمكن أن يوردها أيضاً، ولذا عبر عن العقد بالاستيراد.

التعريف الثالث: عقد بين طرفين على توريد سلعة أو مواد محددة الأوصاف في تواريخ معينة لقاء ثمن معين يدفع على أقساط، فليس هو عقد نسيئة ولا سلم؛

(١) مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ١٧٥.

(٢) مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ١٧٥.

لأن الثمن والمثمن مؤجلان<sup>(١)</sup>، وهو أفضل من سابقه من جهة عدم تحديد الطرف المورد، ولازمه أن يعود إلى اتفاق الطرفين، فقد يكون المنتج أو البائع هو المورد، وقد يكون التاجر لكنه لا يخلو من إشكالات:

الأول: أنه لم يحدد حقيقة العقد.

والثاني: خلطه بين البيع والإجارة، فإن التوريد لقاء ثمن ظاهر في الإجارة، والتعبير بالثمن ظاهر في البيع.

الثالث: تميزه عن السلم والنسيئة بأن الثمن والمثمن مؤجلان أحص؛ لإمكان أن يكون عقد الاستيراد من السلم أو النسيئة، وما يقع في الخارج من عقود الاستيراد يشمل الأقسام الأربعة المتقدمة.

هذا وفرّق بعض الأعلام المعاصرين بين عقد التوريد والسلم بأن الثمن في عقد السلم معجل موجود في مجلس العقد، بخلافه في عقد الاستيراد فإنه مقسط حسب الدفعات التي يسلم البائع السلعة فيها<sup>(٢)</sup>.

وفيه: أنه إن أراد أن الفرق فارق لبيان الحد الماهوي بين عقد التوريد وعقد السلم فهو ضعيف؛ لأن عقد الاستيراد لا يختص بتأجيل العوضين بل قد يكون سلمياً، وإن أراد بيان الحال الغالب فيه لم يكن التعريف صحيحاً؛ لأن بيع السلم قد يكون أقساطاً أيضاً، وربما يقال بأن التعاريف المذكورة من باب شرح المعنى، والتعريف بوجه استناداً إلى الخاصة والعامة، ولا يراد به الحد المنطقي التام القائم

(١) الفقه المعاصر: ج ١، ص ١٦٠، (بتصرف).

(٢) مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ١٨٤.

على الجنس والفصل، وهو وجيه، لكنه خلاف الأصل لديهم، ومخالف لظهور الحال القاضي بأنهم في مقام بيان الماهية، وتصريح بعضهم بأنه في مقام التعريف. والحق أن تحديد حقيقة عقد الاستيراد تضييق له بلا دليل لأسباب ثلاثة:

**الأول:** لأن العقود تتبع إرادة المتعاقدين، ولهما أن يتعاقدا بأي نحو من أنحاء التعاقد ما لم يتمتع منه مانع شرعي أو عقلي، ولعل لهذه الجهة لم يشر في التعاريف الثلاثة المتقدمة إلى حقيقة العقد؛ لاختلاف إرادات المتعاقدين وتباينهم فيه.

**الثاني:** أنه قد يكون عقداً مستقلاً لا يندرج تحت عناوين العقود المعهودة، لاسيما عقد السلم، فإن النسبة بينه وبينها العموم من وجه، فقد يكون عقد سلم وليس بقصد استيراد، وقد يكون عقد استيراد وليس بعقد سلم، وقد يجتمعان بأن يتفق الطرفان في عقد الاستيراد بنحو عقد السلم، فالأوفق جعل عقد التوريد عقداً مستقلاً بنفسه وإن كان في بعض الأحيان يكون بنحو عقد سلم أو نسيئة أو نقد نسميه بعقد التوريد أو الاستيراد، وقد مر أن تأسيس عقود جديدة لا تندرج في العقود المعهودة مما لا محذور فيه من عقل ولا شرع ولا عرف.

**الثالث:** أنه مما يستغني عن التعريف لوضوحه وشيوعه بحيث يعرفه المتخصص وغير المتخصص فينتفي غرض التعريف منه؛ لأن التعريف يكون لغير المعروف، فتعريف المعروف لغو وبلا فائدة. نعم قد يقع الشك في تعيين ماهية العقد وأنه من قبيل البيع أو المضاربة أو الإجارة أو العقد المستقل؛ لما يترتب على ماهية العقد من آثار، وحيث إن بحثنا تأطيري للعقود الواقعة في الخارج ويكيّفها بالتكييف الفقهي وليس بحثاً نظرياً لما يجب أن يكون عليه الواقع، فإن الملحوظ أن عقود التوريد لا تقع بنحو واحد واتفاق محدد كما يعهد في عقد البيع أو

الإجارة أو المضاربة مثلاً، وإنها يختلف بحسب إرادة المتعاقدين وما تقتضيه ظروفهم ومصالحهم؛ لذا يتعدى تحديد نوع العقد وعلى هذا الأساس يكون عقداً مرناً يتفاوت بحسب كيفية الاتفاق بين طرفيه ومن هنا يمكن أن نعرفه بأبرز مقوماته فنقول: هو عقد مستقل تابع لإرادة المتعاقدين يقوم على مصدر للبضاعة ومستورد لها بعوض وأجل محددين فبالعقد خرج عنه الوعد وبتبعية لإرادة المتعاقدين تثبت مرونته وعدم انحصاره بأحد العقود المسماة وبالمصدر خرج المنتج والبائع الذي ينتهي عقده بالبيع والمستورد يشمل المشتري وغيره والعوض يشمل كل ما يقابل البضاعة ثمناً كان أو غيره وبالأجل إشارة إلى وجود مهلة للتسليم وبالتعبير بالعوض يتسع المعنى فلا ينحصر العقد بالثمن أو النقد، بل كل ما يقابل البضاعة، فربما يكون التعويض بالأعيان أو الخدمات أو الأفكار ونحوها من المعنويات، والمعهود في تجارب الدول والشركات التجارية وبعض التجار عدم التعامل بالنقد، بل بتبادل السلع والبضائع، فأحدهما يوفر للآخر النفط - مثلاً - أو الأغذية في مقابل السيارات والألبسة وهكذا، وهو ما يعبر عنه بتبادل السلع، وبهذا الاعتبار يصعب تمييز المصدر عن المستورد، ولا مانع من أن يكون للشخص الواحد صفتان اعتباريتان من جهتين مختلفتين، فيكون موفر النفط - مثلاً - مصدرراً من هذه الجهة ومستورداً من الجهة الأخرى.

والأوصاف الاعتبارية يمكن أن تجتمع في المورد الواحد من حيثيتين، وقد أجاز الفقهاء ذلك في جملة من العقود، مثل الوكيل عن الزوجة في عقد النكاح ويعقدها لنفسه، والواقف الذي يكون من الموقوف عليه أيضاً، والوكيل عن البائع في بيع البضاعة لنفسه وهكذا.

وباختصار: إذا قام التوريد على تبادل السلع فلا حاجة لتمييز المصدر والمستورد، ويمكن لكل منهما أن يكون مصدرًا من جهة ومستوردًا من جهة، وكلاهما لا يخلان بالعقد، وبالتعبير عن طرفيه بالمصدر والمستورد أشير إلى انتقال البضاعة من مكان التصدير إلى مكان الاستيراد، ولم نصف العقد باللزوم استناداً إلى أصالة اللزوم في العقود، ولا يتقوم العقد بالإيجاب والقبول اللفظيين فيصح وقوعه بالتعاطي العملي، كما لا يشترط فيه تعيين طرف الموجب والقابل؛ لأن العقد يتقوم بالالتزام مقابل الالتزام، فلا يضر فيه تقديم القبول على الإيجاب، وقد مر في شروط العقد أن الكثير من الشروط التي ذكرت للعقود - غير القصد والماضوية - كالصيغة اللفظية واللغة العربية ليست بتامة.

## شروط العقد

ثانياً: شروط العقد.

يشترط في عقد التوريد ثلاثة شروط:

الأول: تعيين البضاعة والعوض والأجل بالأوصاف والقيود الرافعة للجهالة والغرر والغبن ونحوها من موانع للعقد أو للزومه.

الثاني: وجود القدرة على التسليم والالتزام بمؤداه حين الأجل، فلو انتفت القدرة من حين العقد بطل العقد، ولو عرض عارض أزال القدرة بعد العقد فإن كان بعذر وجب الإنظار، وإن لم يكن بعذر جاز الإنظار والفسخ لتخلف الشرط، والمطالبة بالالتزام ولو بواسطة القضاء على ما تقدم تفصيله في عقود التصنيع،

وبهذا يتضح صحة التعاقد على الكلي في المعين أو في الذمة إذا كان العاقد قادراً على التسليم فلا يختص عقد التوريد بالبضاعة الخارجية. نعم يجب ذكر كل ما يوجب رفع الغرر والجهالة في العقد على الكلي.

الثالث: عدم وجود مانع عقلي أو شرعي أو عرفي من العقد، فالأول: كوجود القدرة على الالتزام بالعقد، فالعجز عن الوفاء مبطل للعقد؛ لاشتراط صحة العقد عقلاً بالقدرة على الوفاء، ولذا يمنع العقل التعاقد مع المفلس والمحجور عليه والسفيه والقاصر.

والثاني: كالتعاقد على المحرمات الشرعية مثل الخمر وآلات الموسيقى والقمار والأغذية البشرية النجسة، أو بناء العقد على الربا ونحو ذلك.

والثالث: كالتعاقد بين بلدين متحاربين يتعذر فيهما التسليم.



## الأمر الثاني

### الأقوال في عقد التوريد

تعددت الأقوال في حقيقة عقد التوريد وصحته.

القول الأول: أنه عقد بيع صحيح فتترتب عليه لوازمه. ذهب إليه بعض الأعلام المعاصرين، أما صغراه فعرفية؛ لوضوح أنه مما يتعامل به العرف بعنوان البيع، وقد جرت عليه السيرة العقلائية في الأسواق فيندرج في عموم قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(١)</sup> فالملتضي لصحته موجود. يبقى الكلام في المانع منه، وقد ذكر أكثر القائلين بعدم صحته عدة موانع سنأتي إلى ذكرها.

إن قلت: إن كان عقد بيع فمن أي قسم من أقسام البيع يكون؟

والجواب: أنه بيع خاص يكون الثمن والمثمن فيه مؤجلين يسمى بالاستيراد، وفرقه عن عقد النسيئة والنقد ظاهر.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

وأما فرقه عن السلم ففي الثمن، فإن الثمن في السلم معجل يدفع في مجلس العقد، وفي عقد الاستيراد يقسط بحسب الدفعات التي يسلم البائع السلعة فيها، وفي الغالب المشتري يدفع مبلغاً باسم العربون ليكون البائع على ثقة من جانب المشتري، ثم يحتسب من الثمن عند التسليم<sup>(١)</sup>.  
ويرد عليه:

أولاً: أن حصر العقد بالبيع بلا حاصر بل مخالف للقواعد؛ لأن عنوان البيع لا يخلو إما أن يكون قهرياً انطباقياً نظير انطباق عنوان العقد على كل معاملة بين طرفين، أو قصدياً إرادياً، والأول باطل لاتفاق الكلمة على أن العقود تتبع القصد، وإطلاق التبعية يشمل حتى الوصف والعنوان فيتعين الثاني، وقد مر أن حصر هذا العقد بأحد العقود المسماة غير سديد؛ لاختلاف إرادة المتعاقدين ودواعيهم فيه. نعم قد يقع عقد التوريد بعنوان البيع وربما هو الغالب، لكن ليس كل عقد توريد هو بيع، فالدليل أخص من المدعى؛ إذ غاية ما أفاده الدليل أنه صحيح إن كان بيعاً، ولم تثبت صحته إن لم يكن منه.

وثانياً: أن التفريق الذي أفاده بين بيع السلم والتوريد أخص أيضاً؛ لأن عقد السلم يمكن أن يتم بالتقسيط وعقد التوريد بالنقد والتعجيل، فالقول المذكور لا يفي بتمام عقود التوريد.

القول الثاني: أنه عقد مستقل صحيح ولازم. ذهب إليه بعض الخاصة

(١) مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ١٨٤.

والعامة<sup>(١)</sup>، أما صغراه فعرفية عقلائية فتندرج تحت كبرى مثل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)</sup> ونحوه، فدليل صحته ظاهر، وأما لزومه فيستدل له بوجه:

الوجه الأول: الأصل العقلائي القائم على صحة ولزوم كل عقد يتم بين طرفين بشهادة منعهم فسخه أو التخلي عن الالتزام به دون رضا الطرف الآخر، وإذا اتفقا وشك في أنه عقد أم وعد فالأصل العقلائي يقضي بالعقوبة ووجوب الوفاء لظهوره بذلك، وهذا الأصل العقلائي حاكم على أصالة العدم؛ لأنه دليل أماري يرفع موضوع الاستصحاب، وأورد عليه بأن الدليل المذكور قاصر عن إثبات المدعى للإشكال في كبراه؛ بدهاة أن عقد التوريد لم يكن موجوداً في الأزمنة السابقة، فهو غير متصل بزمان المعصوم عليه السلام حتى يجرز إمضاؤه، وحجية الأصل العقلائي متوقفة على إمضاء المعصوم عليه السلام<sup>(٣)</sup>.

وفيه: أننا لا نسلّم عدم الوجود في زمان المعصوم عليه السلام، فإن العقود التجارية كانت منذ قبل الإسلام، وكان تبادل السلع بين القبائل والمدن معهوداً ومتعارفاً. نعم ربما كان الاستيراد يختلف في بعض التفاصيل التي لا تضر بالحكم، وقد أشار القرآن الكريم إلى ذلك في جملة آيات، مثل قصة أخوة يوسف عليه السلام وقوله تعالى: ﴿لَا يَلَا فِ قُرَيْشٍ \* إِيْلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ﴾<sup>(٤)</sup> وقد ورد في شأن نزولها أن

(١) انظر الفقه المعاصر: ج ١، ص ١٧٦.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) انظر تفسير القمي: ج ٢، ص ٤٤٤.

(٤) سورة قريش: الآيتان ١-٢.

قريشاً كان معاشهم من الرحلتين رحلة في الشتاء إلى اليمن لدفع هوائها، ورحلة في الصيف إلى الشام لبرودة هوائها، وكانوا يحملون من مكة الأدم واللب، وما يقع من ناحية البحر من الفلفل وغيره، فيشترون بالشام الثياب والدرمك والحبوب<sup>(١)</sup>، ولم يكن في ذلك الزمان التعامل بالنقود، بل بالمعاوضات العينية، ويتضمن التصدير والاستيراد، وذكر القرآن لها دون ذم أو ردع عنها هو إمضاء لها. هذا أولاً.

وثانياً: أن الأصول العقلائية الناشئة من مركزاتهم الفطرية والعقلية لا تحتاج إلى إمضاء؛ لأنها توافق نهج الشرع، والشرع سيد العقلاء، وطرق الإطاعة والمعصية لديه عقلائية، فالأصل فيها الاعتبار، وعدم الاعتبار يفتقر إلى دليل، فعلى المستشكل إثبات الردع لا المطالبة بدليل الإمضاء.

وثالثاً: سلمنا، فإنه يكفي في الإمضاء العمومات والإطلاقات التي قررها الشرع مثل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(٢)</sup> و: «تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ»<sup>(٣)</sup> ونحوهما، فإنها شاهدة على اعتبار كل ما كان عقداً أو تجارة ما لم يقم دليل على العدم، وهو إمضاء تقرير صريح، وهذا ما تقتضيه القاعدة، وإلا لتعين القول بأمرين لا شك في بطلانها.

الأول: أن يقال بعدم اعتبار العمومات والإطلاقات الشرعية، وعدم جواز تطبيقها في مواردنا.

(١) انظر تفسير القمي: ج ٢، ص ٤٤٤.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

الثاني: إبطال سائر العقود والمعاملات إلا العقد الذي قام الدليل الخاص على اعتباره، فيكون الأصل العام في العقود البطلان، والصحة تفتقر إلى دليل، وكلاهما باطلان، كما يكفي في الإمضاء عدم وجود دليل رادع عن السيرة العقلائية، وهو إمضاء سكوتي، ولذا اتفقت الكلمة على أن أدلة العقود إمضائية، وأرادوا بالإمضاء الأعم من التقريري والسكوتي.

فيتحصل: أن الأصل العقلائي القاضي بصحة عقد التوريد ولزومه تام من حيث المقتضي، والمانع المتوهم غير مانع، وتعزز ذلك قاعدة السلطنة فإنها تفيد صحة تصرف المالك فيما يملك بأي نحو من أنحاء التصرفات بما فيها عقد التوريد، إلا إذا منع منه مانع عقلي أو شرعي وكلاهما مفقودان، وقد أشكل على ذلك بأن حديث السلطنة مرسل لم يذكر إلا في كتب المتأخرين<sup>(١)</sup>، وضعفه ظاهر لأسباب:

الأول: أن المضمون قطعي الصحة؛ لتضافره مع الآيات الكثيرة والروايات الدالة على أن مالك المال حر في تصرفه في ماله، فالإرسال في مثله لا يضر.

الثاني: أن مثله لا يحتاج إلى بحث سندي؛ لأن مضمونه بديهي، كما لا يحتاج إلى نص شرعي؛ لقضاء الضرورة بأن مالك المال مسلط عليه، وله حق التصرف فيه بأنحاء التصرفات إلا ما نهى عنه الشرع، والحاجة إلى النهي الشرعي هي في نفسها شاهد على بدهة هذه الحقيقة، على أن قاعدة السلطنة لا ينحصر دليلها بالحديث المذكور، بل هي جملة أدلة أحدها هذا الحديث. هذا فضلاً عن أن

(١) الفقه المعاصر: ج ١، ص ١٨٠.

الحديث روي في العوالي<sup>(١)</sup>، وذكر صاحبه سلسلة مشيخته إلى العلامة سید، ثم إلى الشيخ الطوسي سید إلى أصحاب الأئمة عليهم السلام كما حققناه في غير مرة<sup>(٢)</sup>.

الوجه الثاني: الآيات الشريفة، وفي مجملها تدل على أمرين:

أولهما: صحة العقود والمعاملات التي يجريها المتعاقدون.

وثانيهما: لزومها ووجوب الوفاء بها.

منها: قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(٣)</sup> فإنها لم تحدد المراد بالتجارة، ومعنى ذلك إيكالها إلى العرف، فكل ما يعده العرف تجارة وكانت برضا الطرفين يجوز أكل المال الحاصل منها، وإلا كانت باطلة، والأكل حراماً، والصغرى تنطبق على عقد التوريد؛ لأنه تجارة عن تراض بشهادة صحة الحمل وعدم صحة السلب، فيجوز التصرف بما يحصل منه، ولازم الجواز حصول النقل والانتقال للملكية بين الطرفين، فلا يجوز الفسخ بعد الوقوع إلا بالتراضي

ومنها: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٤)</sup> فإنها أمرت بالوفاء بالعقود ولم تحدد لها حقيقة شرعية خاصة، ومعنى ذلك أنها عرفية تؤخذ من العرف، فكل ما صدق عليه عقد عرفاً يجب الوفاء به، ولا يجوز فسخه إلا بالتراضي، ومنه عقد التوريد.

(١) عوالي اللآلي: ج ١، ص ٢٠، الرابع؛ ج ٢، ص ١٣٨، ح ٣٨٣؛ ج ٣، ص ٢٠٨، ح ٤٩.

(٢) عوالي اللآلي: ج ١، ص ١٧، المقدمة.

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

والوجه الثالث: الروايات الشريفة الدالة على أن حلية التصرف في مال الغير تابعة لرضاه.

منها: النبوي الشريف: ﴿لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه﴾<sup>(١)</sup> وذكر المسلم ليس للاحتراز عن غيره، بل لبيان المصداق الأظهر؛ بداهة أن حرمة التصرف في مال الغير لا تختص بالمسلم.

وفي الحديث العلوي الشريف: ﴿لا يجوز أخذ مال المسلم بغير طيب نفسه﴾<sup>(٢)</sup> والمراد بالحل والجواز التكليفيين ومفادهما الحرمة، وإطلاقه يشمل وضع اليد على المال ابتداء، أو وضع اليد عليه بواسطة العقد، فإنه لو انتقل المال إلى الغير بواسطة العقد لا يجوز للطرف الناقل أن يتصرف فيه بعد ذلك إلا برضاه، ولازم ذلك عدم جواز فسخ العقد دون رضاه لملازمته للتصرف في المال دون رضاه بل قوله: ((لا يجوز اخذ مال المسلم)) يدل بالتضمن على عدم جواز ذلك بالفسخ.

ومنها: النبوي الشريف ﴿البيعان بالخيار ما لم يفترقا﴾<sup>(٣)</sup> ومفاده لزوم العقد بعد الافتراق، وإطلاقه يشمل عقد التوريد، ووروده في البيع لا ينفي ما عداه إما لأنه لفظ خاص أريد به العام، أو لأن المورد لا ينحصر الوارد؛ لفهم عدم

---

(١) الوافي (للفيض الكاشاني): ج ١٨، ص ٦٩٢؛ انظر الوسائل: ج ١٤، ص ٥٧٢؛ انظر عوالي اللآلي: ج ١، ص ٢٢٢.

(٢) مستدرک الوسائل: ج ١٣، ص ٢٣٠، ح ١٥٢٠٨.

(٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ١ من أبواب الخيار، ص ٦، ح ٢٣٠١٣؛ التهذيب: ج ٧، ص ٢٠، ح ٨٥.

الخصوصية، أو لعدم القول بالفصل، وتعززه السيرة فإنها قائمة على أن للمتعاقدين أن يفسخا المعاملة ما دام لم يفترقا عن مجلس التعاقد، فإذا افترقا لزممت بيعاً كانت أو غير بيع فضلاً عن الرواية العلوية المتقدمة.

ومنها: صحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: ﴿المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز﴾<sup>(١)</sup>.

بتقريب: أن الشرط هو الالتزام، والعقد التزام مقابل التزام، والعندية ظاهرة عرفاً بالتمسك بما التزموا به من شروط إلا الالتزام المخالف لكتاب الله فإنه يكون تخصيصاً للأصل العام، وهو معنى اللزوم، فلو التزم المستورد والمصدر بعقد وجب عليهما الالتزام، ولا يجوز لكل منهما فسخ العقد إلا برضاهما.

فيتحصل: أن الأصل العقلاني والأدلة النقلية متضافرة على صحة عقد التوريد ولزومه بأي صيغة وقع، وعلى فرض الشك فإن وقع العقد وشك في صحته فإن أصالة الصحة تثبت صحته؛ لأنه من مصاديق حمل فعل المسلم أو الغير على الصحة، وإذا شك في لزومه فأصالة اللزوم حاکمة، وعلى فرض الإشكال في أصل الصحة أو أصل اللزوم فإن كل واحد من المتعاقدين يشك في جواز التصرف في المال الذي انتقل إليه بعقد التوريد، والأصل البراءة، وهو موافق للزوم في النتيجة، ولا يقال: لماذا لا يجري الاستصحاب؟

فالجواب: لتبدل القضية المتيقنة والمشكوكة، فإن المفروض أن الشك في جواز

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٦ من أبواب الخيار، ص ١٦، ح ٢٣٠٤١؛ التهذيب: ج ٧، ص ٢٢، ح ٩٣.

التصرف وقع بعد تمام العقد، وبه علم بانتقال المال إلى ملكية الغير، فالجواز الثابت قبل العقد علم بارتفاعه بالعقد، والجواز بعد العقد مشكوك الحدوث لتبدل القضية بالعقد.

القول الثالث: عدم الصحة إن كان مبنياً على تأجيل العوضين ليس من جهة عدم المقتضي وإنما لوجود المانع. نسب القول به إلى أصحابنا، سوى أن بعضهم أبطله احتياطاً، وبعضهم فتوى<sup>(١)</sup>، ولعله اختيار العامة أيضاً<sup>(٢)</sup>، وقد ذكروا أكثر من مانع لذلك بعضها يعود إلى المانع الذاتي، وبعضها إلى العرضي.

الأول: المانع الذاتي بدعوى أن عقد التوريد خال من التقابض؛ لأن العوض والمعوض مؤجلان، فهو أقرب إلى الوعد منه إلى العقد.

وفيه:

أولاً: أنه أخص من المدعى؛ لأنه إن صح ففي عقد التوريد المبني على تأجيل العوضين دون غيره، وأيضاً أنه يصح بناء على القول بأنه عقد بيع لا عقد مستقل برأسه.

وثانياً: سلّمنا، إلا أن الوعد قسماً، وعد ابتدائي ووعد تعاهدي، والمعروف عدم وجوب الالتزام بالأول على خلاف مَنّا فيه، وأما الثاني فلا خلاف في وجوب الوفاء به والالتزام بمؤداه لاندرجاه في عمومات وإطلاقات أدلة

(١) انظر الفقه المعاصر: ج ١، ص ١٦٤.

(٢) انظر أعلام الموقعين: ج ٢، ص ١١٩؛ تكملة المجموع (للسبكي): ج ١٠، ص ١٠٦؛

الفقه المعاصر: ج ١، ص ١٦٢.

الشروط بل والعقود؛ بدهاة أن العقد هو التزام مقابل التزام، وهو منطبق على عقد التوريد بلا ريب.

فالحق أن التوريد عقد لا وعد فيجب الوفاء به.

الثاني: دعوى قيام الإجماع على عدم جواز المعاملة المبنية على تأجيل العوضين<sup>(١)</sup>.  
وفيه:

أولاً: أن الإجماع على فرض تحققه، فمعهده قائم على بيع الدين بالدين، فهو على مبنى أصحابنا مختل الكبرى؛ لأنه إجماع مدركي لا حجية له.  
وثانياً: مختل الصغرى؛ لأن الإجماع قائم على عدم جواز البيع للدين بالدين، وعقد التوريد ليس بيعاً وليس بيع دين بدين كما ستعرف.

الثالث: أنه مستلزم للربا.

والرابع: أنه اشتغال لذمتي المتعاقدين بلا فائدة<sup>(٢)</sup> وكلاهما مصادرة؛ لأن الربا غير متحقق موضوعاً، وأما اشتغال الذمتين فللفائدة، ولولاها لما أقدمنا على التعاقد، والشاهد عليه قيام السيرة العقلائية في الأسواق على التعامل به وبالأموال العظيمة، ولولا الفائدة لما حصل ذلك.

الخامس: أنه من مصاديق بيع الدين وقد نهى رسول الله ﷺ عن ذلك بطرق الفريقين عن طلحة بن زيد كما في التهذيب<sup>(٣)</sup> والنهي يقتضي الفساد وقد ضعفه

(١) انظر الفقه المعاصر: ج ١، ص ١٦١.

(٢) انظر الفقه المعاصر: ج ١، ص ١٦١.

(٣) التهذيب: ج ٦، ص ١٨٩، ح ٤٠٠؛ انظر الوسائل: ج ١٨، الباب ١٥ من أبواب الدين

العامّة بدعوى أنه يروي المناكير وأنه يضع الحديث، وأنه ضعيف الحديث<sup>(١)</sup>، وكذا عند بعض أصحابنا<sup>(٢)</sup>، وتضعيفه غير سديد؛ لتضافر القرائن على اعتباره. منها: تصريح الشيخ الطوسي عليه السلام بأن له كتاباً وهو عامي المذهب إلا أن كتابه معتمد، وعده في رجال الباقر والصادق عليهما السلام<sup>(٣)</sup>.

ومنها: رواية المشايخ الأجلاء عنه، فقد روى عنه في تفسير القمي<sup>(٤)</sup> وكامل الزيارات<sup>(٥)</sup> وابن الوليد<sup>(٦)</sup> وللصدوق إليه طريق<sup>(٧)</sup> وروى عنه صفوان بن يحيى بسند صحيح في الكافي والتهذيب والفتاوى<sup>(٨)</sup>.

ومنها: كثرة روايته في كتب الأصحاب، فقد ذكر أن له مائة وستاً وخمسين رواية<sup>(٩)</sup>،

→

والقرض، ص ٣٤٧، ح ٢٣٨١٨.

(١) انظر تهذيب التهذيب (لابن حجر العسقلاني): ج ٥، ص ١٥.

(٢) الفقيه: ج ٣، ص ٧٦، الحاشية.

(٣) انظر الموسوعة الرجالية الميسرة: ص ٢٤٢، (٢٩٥٧).

(٤) تفسير القمي: ج ٢، ص ١٩٣.

(٥) كامل الزيارات: ص ١٥٦، ح ١٩٢.

(٦) انظر قاموس الرجال: ج ٥، ص ١٦٦.

(٧) الموسوعة الرجالية الميسرة: ص ٢٤٢، (٢٩٥٧).

(٨) الكافي: ج ٧، ص ٢٤٥، ح ٢؛ الفقيه: ج ٤، ص ٦٨، ح ٥١٢٥؛ التهذيب: ج ١٠، ص ١٣٤، ح ٥٣٢.

(٩) الموسوعة الرجالية الميسرة: ص ٢٤٢، (٢٩٥٧).

ولذا جرت طريقة الأصحاب على قبول روايته والعمل بها، وهذه القرائن كافية للوثوق بوثاقته، بل نسب ذلك إلى العامة أيضاً<sup>(١)</sup>. وأما تضعيفهم له فهو قرينة أخرى على وثاقته على ما حققناه في فقه الحديث<sup>(٢)</sup>، فالإشكال السندي فيه غير سديد.

وأما البحث الدلالي فقد عرفت في عقد التصنيع أن الحديث ناظر إلى بيع الدين بالدين السابقين على العقد لا الدين الناشئ من العقد كما صرح به صاحب الجواهر<sup>(٣)</sup> وغيره<sup>(٤)</sup>، والاستيراد من قبل الثاني لا الأول، بل القول بأن عقد التوريد ونحوه خارج موضوعاً عن بيع الدين بالدين غير بعيد.

وبيان ذلك: أن الدين في اللغة القرض وهو ما تعطيه غيرك من المال تتقاضاه، ولعله كذلك في العرف والشرع<sup>(٥)</sup>، والفرق بينهما أن الدين يقال للقرض ذي الأجل، فإن لم يكن له أجل فهو قرض<sup>(٥)</sup>. ويشهد له قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾<sup>(٦)</sup> حيث اعتبر الأجل في مفهوم الدين ولم يعتبر ذلك في القرض كما في قوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا﴾<sup>(٧)</sup> فالدين يتقوم بهال

(١) الفقه المعاصر: ج ١، ص ١٦١.

(٢) فقه الحديث: ج ٤، ص ٣٠٥.

(٣) الجواهر: ج ٢٤، ص ٢٩٣؛ انظر مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ١٧٩.

(٤) انظر فقه المعاملات (للسيد كاظم المصطفوي): ص ٥٥٥؛ مفردات ألفاظ القرآن الكريم: ص ٣٢٣، (دين).

(٥) معجم الفروق اللغوية: ص ٤٢٦، (١٧١٤)؛ المعجم الوسيط: ج ١، ص ٣٠٧، (دان).

(٦) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٧) سورة البقرة: الآية ٢٤٥.

يعطيه الدائن للمدين على أن يتقاضاه منه في وقته المحدد، وهو المتبادر منه عرفاً وشرعاً، ولذا قال الطريحي رحمته الله معنى قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ﴾ يفهم من الآية أن الدين لغة هو القرض وثمان المبيع، فالصداق أو الغصب ونحوه ليس بدین لغة بل شرعاً<sup>(١)</sup>.

ومنه يتضح أن إطلاق الدين على بيع السلم والنسيئة ونحوهما تعبير فقهائي من باب التوسعة والتسامح في الإطلاق؛ لأن الدين يقال للمال الذي يعطى ليتقاضى في وقته المحدد، وليس كذلك الحال في النسيئة؛ لأن المال لا يعطى وإنما يبقى في الذمة، وكذا في السلم، وكذلك في عقد التوريد، فإنه لا يقوم على إعطاء المال لأجل تقاضيه، بل تأجيل دفع العوض والمعوض إلى أجل، وهذا غير الدين لغة وشرعاً وعرفاً، ويشهد له أن بعض أهل اللغة عبر عن الدين بكل معاوضة يكون أحد العوضين فيها مؤجلاً، لكنه بلفظ قيل<sup>(٢)</sup> الظاهر في التضعيف، وإذا دار الأمر بين حمل الحديث على المعنى اللغوي المعتضد بالتبادر العرفي والإطلاق الشرعي وبين حمله على المعنى الفقهي فلا خلاف في لزوم حمله على الأول دون الثاني؛ لأن الأول هو الأصل، والثاني حادث ومتأخر عن زمان الصدور.

ويتلخص من ذلك: أن الحديث النبوي ناظر إلى بيع الدين بالدين، أي بيع المال الذي دفع لأجل أن يتقاضاه دافعه في وقته المحدد وهذا يشمل مصاديق عديدة: منها: بيع الدين الحاصل بمثله بذات القيمة بأن يكون أحدهما ثمناً والآخر مثنماً.

(١) مجمع البحرين: ج٦، ص ٢٥٠، (دين)، (بتصرف).

(٢) معجم الفروق اللغوية: ص ٤٢٦، (١٧١٤).

ومنها: بيع الدين بالآخر مع تفاوت القيمة فلو كان أحدهما يطلب الآخر مائة والثاني يطلب المائتين فإنه يرجع المطلوب للآخر مائة هي تفاوت الدين.

ومنها: بيع الدين بأكثر منه بأن يبيع الدين الذي قدره مائة بمائة وخمسين مثلاً إلى غير ذلك من مصاديق وهذه كلها أجنبية عن عقود التوريد؛ لأنها ليست ديوناً ولا تقوم على بيعها فهي خارجة موضوعاً عن دلالة الحديث.

وتعززه الروايات العديدة التي مر ذكرها في عقود التصنيع والعملات الورقية الدالة على أن النهي مختص بالدين السابق على العقد، ولا علاقة له بالدين الناشئ من ذات العقد، فالمانع المذكور غير مانع.

السادس: أنه من مصاديق بيع الكالئ بالكالئ وقد نهى النبي ﷺ عنه. ورد ذلك بطرق العامة<sup>(١)</sup>، والضعف السندي فيه محلول بعمل الأصحاب به كما صرح به صاحب الجواهر<sup>(٢)</sup>، والشهرة جابرة على ما يقتضيه التحقيق، وأما الدلالة على البطلان فتماميتها تتوقف على أمور:

الأول: القول بأن النهي عن المعاملة يقتضي الفساد، وأما على القول بعدم الاقتضاء كما هو المشهور بين المتأخرين والمعاصرين، فالقول بالبطلان من جهة النهي ممنوعة. نعم هو على مسلكنا يقتضيه كما حققناه في الأصول<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر الجامع الصغير (للسيوطي): ج ٢، ص ٦٩٨، ح ٩٤٧٠؛ كنز العمال: ج ٤، ص ٧٧، ح ٩٦٠٦.

(٢) الجواهر: ج ٢٤، ص ٢٩٥.

(٣) المهذب في أصول الفقه: ص ١٩٩.

الثاني: القول بأن عقد التوريد بتأجيل العوضين من مصاديق بيع الكالئ بالكالئ، وهو غير معلوم لسبيين:

أولهما: ما ذكرناه من اختصاص الكالئ ببيع الطعام نسيئة ولا يجري في كل عقد، وعليه فإن صح الاستدلال منع من عقود التوريد على الطعام لا غيره فيكون أخص، إلا إذا ضُمَّت إليه ضميمة عدم الخصوصية، أو عدم القول بالفصل ونحوهما كما صرحوا به<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: انصرافه إلى بيع الكالئ السابق على عقد التوريد لا الناشئ منه، وعلى فرض الشك فإنه لا يمكن التمسك بإطلاقه لإثبات البطلان؛ لأنه تمسك بالعام في الشبهة المصدقية؛ لما عرفت من اختصاص الكالئ ببيع الطعام، فإجراؤه في غيرها ممنوع.

الثالث: القول أن عقود التوريد طراً من قبيل البيع، وأما على القول بأنه معاملة مستقلة فتخرج عن دلالة الحديث خروجاً تخصصياً، والنتيجة أن النبوي الشريف إما أجنبي عن الموضوع دلالة، أو هو يختص ببعض الأفراد، أو لا يضر بصحة العقد أصولياً بناء على عدم اقتضاء النهي للفساد.

السابع: المضمون المتضافر الوارد عن النبي المصطفى ﷺ أنه نهى البائع أن يبيع ما ليس عنده<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر مجمع البحرين: ج ٤، ص ٦، (كلاً)؛ مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ١٨١؛ الفقه المعاصر: ج ١، ص ١٦٤.

(٢) انظر مسند أحمد: ج ٣، ص ٤٠٢؛ سنن أبي داود: ج ٢، الباب ٣٤ في الرجل يبيع ما ليس عنده، ←

بدعوى انطباقه على عقود التوريد؛ لأن تسليم البضاعة مؤجل، فالمصدر يبيع ما ليس عنده، ويرد عليه الإشكال من وجوه:

الأول: أن النهي المذكور يختص بقضية خارجية طلب المشتري فيها من البائع أن يبيعه عيناً خاصة لكنه لم يكن يملكها فنهاه النبي ﷺ أن يبيعها قبل استملاكها، فلا علاقة له بعقد التوريد. يشهد له منطوق بعض الروايات الواردة فيه.

منها: ما ورد بطرق العامة عن حكيم بن حزام قال: قلت: يا رسول الله ﷺ، يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي ما أبيع ثم أبيع من السوق؟ فقال: ﴿لا تبع ما ليس عندك﴾<sup>(١)</sup>، وهي ظاهرة في توسط حكيم بالبيع عن الغير.

ومنها: ما رواه البخاري في باب بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك. قال: إن النبي ﷺ قال: ﴿من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه﴾<sup>(٢)</sup> أي حتى يقبضه، وورودها في الطعام يخصص المنع به، ويعززه شاهدان:

أولهما: اتفاق الكلمة وتضافر الأدلة على صحة بيع السلم مع أن المال المباع ليس موجوداً حين العقد، ووجه الصحة هو وجود القدرة على تسليمه حين الأجل.

ثانيهما: اتفاق المشهور على صحة البيع الفضولي إذا أجاز به المالك مع أنه من

→

ص ١٤٤؛ سنن الترمذي: ج ٢، الباب ١٩، ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده، ص ٣٥٠.

(١) مسند أحمد: ج ٣، ص ٤٠٢؛ وانظر سنن ابن ماجه: ج ٢، ص ٧٣٧، (٢١٨٧)؛ غريب

الحديث: ج ١، ص ٣١.

(٢) البخاري: ج ٣، ص ٢١.

أجلى مصاديق بيع ما ليس عنده، والحق أن حمل النهي على قضية خارجية خلاف القاعدة القاضية بأن المورد لا يخصص الوارد، وأن الأحكام مجعولة بنحو القضية الحقيقية إلا أن الشاهدين تامان، وينقضان دعوى البطلان.

الثاني: أن النهي المذكور متعلق: ﴿بما ليس عندك﴾ وليس بما ليس تملك، والعندية تنطبق على مصداق بارز هو بيع الموجود الذي لا يقدر البائع على تسليمه، كالطير في الهواء، والسمك في البحر، إما لتعذر التسليم تكويناً أو تشريعاً، كعقد الفضولي الذي يعلم البائع أو يحتمل احتمالاً قوياً عدم إذن المالك فيه، فلا يشمل ما يعلم بإذنه، أو يحتمل احتمالاً عقلائياً إذنه فيه، كما لو باعه الدار بثمن مناسب يرغب بمثله العقلاء عادة، فإن احتمال الموافقة فيه أقوى من احتمال العدم.

أما بيع ما يملك القدرة على تحصيله ولو عبر المقدمات والوسائط فهو عرفاً من بيع ما عنده بشهادة صحة الحمل وعدم صحة السلب، وعلى هذا الأساس قامت الأسواق والتعاملات في الماديات كبيع السلم، والمعنويات كبيع الأفكار والأشعار والبرامج التلفازية ونحوها قبل إيجادها.

وبهذا يتضح أن الرويتين المتقدمتين تحملان على صورة عدم العلم بالقدرة على التسليم.

الثالث: أنه وعلى فرض التسليم فإنه يختص بالبيع، وبناء على أن عقد التوريد مستقل يخرج عن مدلول الحديث فلا يصلح لمنعه.

الثامن: بعض الوجوه الاستحسانية.

كالقول بأن التوريد يستغرق مدة حتى تصل البضاعة إلى بلد الاستيراد، وهذا

من شأنه أن يغير في صفاتها ويجعلها تتعرض للفساد والغرر والضرر، والقول بأن العقد المذكور يتم بذكر الأوصاف دون أن يشاهده المشتري، وربما لا يتطابق المبيع مع الوصف فيوجب الغرر فينجر إلى النزاع، وفيهما نظر.

أولاً: لأنها منقوضان بعقد السلم ويبيع الكلي في الذمة، والبيع استناداً إلى التوصيف.

ثانياً: أن الأول منهما إن صح ففي بعض السلع التي تتضرر بطول المدة كالأطعمة والأشربة ونحوها فهو أخص على أنه غير حاصل في مثل هذه الأزمنة الذي تطورت فيه وسائل النقل، وعلى فرض حصوله فإنه لا يوجب الحكم بالبطلان. أما الأضرار إن حصلت فتخضع لضوابط الضمانات والشروط الجزائية، وأما الثاني فهو أخص؛ لأن الكثير من عقود التوريد تقوم على مشاهدة النموذج المصنوع ويتعاقد على مثله، وعلى فرض حصول التفاوت بين الوصف والعين فإنه يثبت خيار تخلف الوصف أو الرؤية، ولا يبطل العقد، وعلى فرض البناء على العقد من دون وجود نموذج مصنع فإن التوصيف الراجع للجهالة كاف في صحة العقد، فالوجه المذكور مبني على ظنون استحسانية لا أساس لها موضوعاً ولا حكماً.

فيتلخص من كل ما تقدم: أن الموانع المذكورة غير مانعة، إما لأنها غير تامة في نفسها أو لا تجري في عقد التوريد، وحيث إن المقتضي له موجود والمانع مفقود جاز القول بصحته ولزومه وعدم اختصاصه بعقد من العقود المسماة.

## الأمر الثالث

### الفروع والأحكام

يتفرع على ما تقدم جملة من الفروع نستعرض المهم منها على التوالي.

#### الفرع الأول: في خلو التوريد من خصائص العقد

قد يقال بأن عقد التوريد خال من خصائص العقد.

أولاً: لأن العقد يقوم على التزام ملزم بين الطرفين مع تحقق الإقباض، ولو لأحد العوضين، وفي التوريد يتم الإقباض للعوضين بعد مدة متفق عليها، فهو إلى الاتفاق القولي والوعد إقرب منه إلى العقد، فلا يجب على كل منهما الالتزام به، ولا يجوز لكل منهما أن يلزم الطرف الآخر بالالتزام.

وثانياً: لأن الالتزام بالعقد يقع حين التسليم وكل ما يقع قبله فهو مجرد وعد ابتدائي بالالتزام، والمشهور بين أصحابنا عدم وجوب الوفاء بالوعد السابق على العقد، وكذا الشرط والعهد، فقد عرف الشيخ عليه السلام في المكاسب الشرط الذي يجب الوفاء به ما كان في ضمن العقد، ويذكر في متنه، فلو توافقا عليه قبل العقد فلا

يجب الوفاء، ونسبه إلى عدم العلم بالخلاف<sup>(١)</sup>، ويشهد له ما يقع بين الشركات والحكومات في التبادل التجاري، فإن لهم نوعين من صيغ الاتفاق.

إحدهما: يعبر عنها بالتفاهات، وهي الوعود التي لم تبلغ درجة العقد.

وثانيهما: العقود، والأولى ليست ملزمة للطرفين بخلاف الثانية، ولعل هذا المعنى هو المتبادر من الوعد عرفاً، وتساعد اللغة؛ إذ فرقوا بين العهد والوعد بأن العهد يطلق على الالتزام المؤكد المقرون بشرط، نحو قولك إن فعلت كذا فعلت كذا دون الوعد، والعهد يقتضي وجوب الوفاء، والوعد يقتضي الجواز، ولذا يقال نقض العهد وأخلف الوعد<sup>(٢)</sup>.

ويتلخص: أن عقود التوريد تندرج في الوعد لا العقد، فلا يجب الوفاء بها، فالقول بأنه عقد لازم خلاف التحقيق، ويمكن أن يجاب عنه من وجوه عديدة:

الوجه الأول: عدم التسليم بأنه حال من خصائص العقد لاسيما على القول بأن العقد هو الالتزام مقابل الالتزام، فإن التوريد متضمن للالتزامين بين المصدر والمستورد، وأما اشتراط الإقباض وكونه مقوماً للعقد فهو غير سديد؛ لأن العقود تتبع القصد، وليس في مفهوم العقد عرفاً وجوب الإقباض، والأدلة الواردة في وجوب الوفاء بالعقود مطلقة، واكتفت بصدق عنوان العقد ولم تشترط الإقباض، وقد مر أن العقلاء يعدون اتفاقيات التوريد عقوداً، ويرتبون عليها الآثار بما فيها الشروط الجزائية.

(١) المكاسب: ج ٦، ص ٥٥.

(٢) معجم الفروق اللغوية: ص ٣٧٩، (١٥٢٥).

**الوجه الثاني:** أن العهد والوعد بينهما عموم من وجه، فقد يكون الالتزام عهداً كالشخص الذي يتعهد مع نفسه بترك الكذب، وقد يكون وعداً لا عهداً ويجتمعان، وهو الغالب، وربما يقال إن النسبة هي العموم المطلق، فكل عهد وعد وليس العكس؛ لأنهما من مقولة كيف النفساني، فالوعد حقيقة تشكيفية له أربع مراتب أدناها إظهار الميل والرغبة بفعل الشيء، ثم الوعد وهو إظهار الالتزام بالفعل، ثم العهد وهو إظهار الالتزام المؤكد، ثم العقد وهو التزام مقابل التزام، وكلها يعبر عنها بالوعد؛ لأن فيها الترجية بالقول والتمنية، ومنه قولهم وعده بالأمر أي مناه به كما في اللغة<sup>(١)</sup>، وهو يشمل المراتب الأربع، والأول مجرد إخبار عن الميل والرغبة بالالتزام، ولا يتضمن إنشاء، بينما الثاني والثالث يتضمنان إنشاء الالتزام، وهو من الإيقاعات كالعهد مع الله عز وجل، بينما الرابع إنشاء الالتزام مقابل التزام، وكلها تدرج في الوعد بمعناه العام؛ لتضمنها الإخبار عن الالتزام.

ولا خلاف في أن عقود التوريد تدرج في الرابع فتكون عقداً، وتترتب عليها آثارها بشهادة السيرة الجارية في الأسواق، فإنها قائمة على كونها عقوداً لا وعوداً، وقول أصحابنا بأن العهد السابق على العقد لا يجب الوفاء به يجب أن يحمل على الوعد في مرتبته الأولى، أي مجرد إبداء الرغبة والتي يعبر عنها بالتفاهم أو التقاؤل لا العهد الالتزامي؛ لاتفاقهم على وجوب الوفاء بالعهد الإيقاعي والعقدي معاً.

وربما يمكن التمييز بين الوعد الأولي والعهدي بالقرائن، فإن الوعد يقع على أنحاء.

**أحدها:** ما يتضمن تحديد زمان أو مكان أو كيفية للوفاء، فيكون من

(١) معجم مقاييس اللغة: ص ١٠٥٨، (وعد)؛ المعجم الوسيط: ج ٢، ص ١٠٤٣، (وعد).

مصاديق العهد.

ثانيها: ما يتضمن الالتزام دون تحديد زمان أو مكان أو كيفية للوفاء.

ثالثها: ما يتضمن إخباراً عن الرغبة بالشيء دون التزام به، وهو ما يعبر عنه بشبه الوعد<sup>(١)</sup>، والأول والثاني يندرجان في العهد سوى أن وجوب الوفاء في الأول يكون مقيداً، أما الثاني فوجوب الوفاء فيه مطلق، فيوكل إلى الظرف المناسب للوفاء، وأما الثالث فهو لا وعد ولا عهد بل مجرد أمنية أو رغبة، ولعل القائلين بعدم وجوب الوفاء نظروا إلى هذا دون الأول والثاني.

### وجوب الوفاء بالوعد

الوجه الثالث: سلّمنا أنه وعد فلا نسلم أنه غير واجب الوفاء؛ لأنه وعد تعهدي من الطرفين، والأدلة متضافرة على وجوب الوفاء به، والقول بأن الفقهاء يقولون بعدم وجوب الوفاء به غير سديد؛ لأنهم مختلفون على أقوال: قول ذهب إلى مبغوضية خلف الوعد ومحبوبة الوفاء به واستحبابه، وآخر ذهب إلى أن الوعد إذا صار عهداً وانشغل الموعد ببعض مقدمات الوفاء به وجب الوفاء، كما إذا وعد بأنه لو امتلك أرضاً بناها مسجداً فأعطي الأرض، وإلا فلا، وقول ذهب إلى أنه ملزم مطلقاً<sup>(٢)</sup>، وقول ذهب إلى أن العهد قبل العقد غير واجب الوفاء، وإذا كان

(١) الجواهر: ج ٣٥، ص ٣٧٥.

(٢) انظر الفقه المعاصر: ج ١، ص ١٦٩.

ضمن العقد فهو واجب، وهو قول المشهور من أصحابنا كما مر في المكاسب<sup>(١)</sup>.  
والحق أن الوعد والعهد من قبيل الفقير والمسكين إذا اجتمعا افترقا، وإذا  
افترقا اجتمعا، فإذا اجتمعا حمل الوعد على مجرد الإخبار عن الميل إلى الالتزام  
والعهد على إنشاء الالتزام، وإذا ذكر الوعد شمل العهد، وإذا ذكر العهد شمل  
الوعد، والقول بأن الوفاء بهما واجب مطلقاً غير بعيد، بل هو ما يستفاد من الأدلة  
العقلية والنقلية.

### الجهات العقلية للوجوب

أما العقلية فمن جهات:

الأولى: حكم العقل بحسن الوفاء بهما معاً، وقبح مخالفتها؛ لأن خلف الوعد  
ونقض العهد من مراتب الكذب والنفاق فيحرم شرعاً بالملازمة، ويعززه قوله  
تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ \* كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا  
مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾<sup>(٢)</sup> فإن لسانها ظاهر في بيان المائز بين المؤمن وغيره في العمل، فإن  
المؤمن يطابق فعله قوله، والثاني عكسه، وإطلاقها يشمل مخالفة الوعد والعهد،  
والاستفهام الاستنكاري ووصف المخالفة بالمقت الكبير عند الله شاهدان على  
شدة الذم والقباحة والمبغوضية.

(١) المكاسب: ج ٦، ص ٥٥.

(٢) سورة الصف: الآيتان ٢-٣.

وفي مفردات الراغب: المقت البغض الشديد لمن تراه تعاطى القبيح<sup>(١)</sup>، فيدل على الحرمة المغلظة، وإليه يشير قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ ... إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾<sup>(٢)</sup> إذ عطفه على الفاحشة؛ للدلالة على أن قباحتها أشد من قباحة الفاحشة، وهو نكاح الرجل امرأة أبيه، وكان يسمى نكاح المقت<sup>(٣)</sup>، ووصف مخالفة القول والفعل بالمقت دال على قبحه وحرمته، ولعل غلظته ناشئة من كونه زنا بالمحرم.

والثانية: شهادة الوجدان بأن خلف الوعد يوجب الإيذاء للغير وإظهار عيوب النفس، وهما محرمان بالتلازم، ولذا قال بعض المراجع: إن خلف الوعد ليس بمحرم عند المشهور، لكن الظاهر حرمة إذا سبب ضرراً للطرف الآخر بدليل لا ضرر، وكذا إذا انطبق عليه عنوان آخر من العناوين المحرمة<sup>(٤)</sup>.

والثالثة: قيام سيرة الكمّلين من البشر كالأنبياء والأولياء والذين يلونهم في الكمالات على الالتزام بالوعود وعدم مخالفتها، وقد أمرنا باتباعهم والاقتداء بهم.

(١) مفردات ألفاظ القرآن الكريم: ص ٧٧٢، (مقت)؛ المعجم الوسيط: ج ٢، ص ٨٧٩، (مقت).

(٢) سورة النساء: الآية ٢٢.

(٣) معجم مقاييس اللغة: ص ٩٥٦، (مقت).

(٤) مفردات ألفاظ القرآن الكريم: ص ٧٧٢، (مقت)؛ المعجم الوسيط: ج ٢، ص ٨٧٩، (مقت).

## الأدلة النقلية لوجوب الوفاء بالوعد

وأما النقلية فلتضافر الآيات والروايات على وجوب الالتزام بها واذم المخالفة.

### أولاً: الآيات

وهي عديدة:

منها: قوله تعالى على لسان موسى بن عمران على نبينا وآله وعليه السلام يوبخ قومه لما أضلهم السامري: ﴿أَمْ أَرَدْتُمْ أَنْ يَحِلَّ عَلَيْكُمْ غَضَبٌ مِّن رَّبِّكُمْ فَأَخْلَفْتُم مَّوْعِدِي﴾<sup>(١)</sup> وهي في مقام الاستفهام الاستنكاري، وتتضمن دالتين: الأولى: أن مخالفة الوعد مما تستحق الذم والتوبيخ.

الثانية: أن مخالفة وعده ﷺ موجب لحلول غضب الله تعالى عليهم كما تفيده فاء التفریع، وحلول الغضب الإلهي لا يكون إلا في الحرام، ويعززه قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَحْلِلْ عَلَيْهِ غَضَبِي فَقَدْ هَوَىٰ﴾<sup>(٢)</sup> أي إلى النار أو إلى الهلكة<sup>(٣)</sup>.

وإطلاق الوعد يشمل الوعد الالتزامي والعهدي، وتعززه قرينتا الحال والسياق، فإنهم كانوا قد وعدوه بالثبات على الإيمان وإطاعة أخيه هارون

(١) سورة طه: الآية ٨٦.

(٢) سورة طه: الآية ٨١.

(٣) مجمع البيان: ج ٧، ص ٤٤.

والإتِّمار بأمره حتى يرجع إليهم موسى عليه السلام فأخلفوه<sup>(١)</sup>.

إن قلت: لعل هذا كان في شريعة موسى عليه السلام فإثباته في شريعتنا يفتقر إلى دليل.

والجواب: الدليل موجود، ويمكن تقريره من جهات:

الأولى: ما ثبت من أن الأحكام مجعولة بنحو القضية الحقيقية، وأنها تتبع المصالح الواقعية، وهما يقتضيان ثبات الأحكام واستمرارها إلا ما أخرجه الدليل، فعدم ثبوتها في شريعتنا يفتقر إلى دليل - وليس العكس -.

الثانية: جهة وجوب الاقتداء بالأنبياء السابقين وما جاؤوا به من عند الله سبحانه، وقد أمر الباري عز وجل بالإيمان بهم جميعاً وعدم التفريق بين أحد من رسله، كما أمر بالتأسي بهم، بل أمر رسوله الخاتم صلَّى الله عليه وآله وهو أشرفهم وأعلاهم رتبة بالاقتداء بهم في مثل قوله تعالى: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهِدَاهُمْ أَقْتَدِهِ﴾<sup>(٢)</sup> فتدل بالأولوية على وجوب اقتدائنا بهم.

الثالثة: الاستصحاب للعلم بثبوت الحكم في شريعة موسى عليه السلام ويشك في نسخه في شريعتنا فيستصحب البقاء.

ومن الآيات: قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾<sup>(٣)</sup>.

وتقريب الاستدلال: أن العهد يشمل الوعد كما تقدم، بل في مجمع البيان: أن

(١) انظر مجمع البيان: ج ٧، ص ٤٦؛ تفسير كنز الدقائق: ج ٨، ص ٣٤٧؛ نفحات الرحمن: ج ٤، ص ٢٤٢.

(٢) سورة الأنعام: الآية ٩٠.

(٣) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

كل ما أمر الله به ونهى عنه هو من العهد<sup>(١)</sup>، وتدل على وجوب الوفاء به من جهتين:  
الأولى: الأمر بالوفاء.

والثانية: الجملة الخبرية في مقام الإنشاء الدالة على أن العهد مما يسأل عنه، ولا معنى للسؤال عن ذاته، وإنما عن الوفاء به وعدمه لمجازاته كما صرح به جمع من المفسرين<sup>(٢)</sup>، وبقرينة الأمر بالوفاء يفهم أن السؤال على مخالفته، ولولا حرمتها لم يكن وجه للسؤال عنه، وقد روي في الخصال عن عنبسة بن مصعب قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ﴿ثلاث لم يجعل الله لأحد من الناس فيهن رخصة﴾ وعدّ منها ﴿الوفاء بالعهد للبر والفاجر﴾<sup>(٣)</sup>.

إن قلت: إن الآية نصت على وجوب الوفاء بالعهد دون الوعد فالقول بشمولها للوعد يفتقر إلى دليل.

والجواب: الدليل هو العرف، فإن العرف يطلق العهد على الوعد، وتشهد له صحة الحمل وعدم صحة السلب، ويفرق بينهما بما ذكرناه من أن الوعد التزام ابتدائي، أما العهد فهو التزام مؤكد، وهما من قبيل الفقير والمسكين إذا افترقا أطلق أحدهما على الآخر، وما نحن فيه منه، ويعززه ما ورد في اللغة والتفسير من حمل لفظ العقد على العهد؛ لرجوعهما إلى أصل واحد.

(١) مجمع البيان: ج٦، ص ٢٤٨.

(٢) مجمع البيان: ج٦، ص ٢٤٩؛ تفسير كنز الدقائق: ج٧، ص ٤٠٧؛ نفحات الرحمن: ج٤، ص ٤٧.

(٣) الخصال: ص ١٢٨، ح ١٢٩.

وفي مجمع البيان: الفرق بين العقد والعهد أن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد، ولا يكون إلا بين متعاقدين، والعهد قد ينفرد به الواحد<sup>(١)</sup>، فالعهد أعم من العقد، والوعد أعم من العهد، ولذا فسروا قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)</sup> أي بالعهود<sup>(٣)</sup>.

وبهذا التفسير وردت رواية عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام<sup>(٤)</sup>.

والحاصل: أن الإشكال إن صح لصح في تفسير العقود بالعهود لذات الملاك، إلا أنه ليس بصحيح؛ لأن العهد والعقد والوعد يرجع إلى معنى جامع مشكك فإذا ورد النص بأحدها شمل الآخرين إلا ما خرج بدليل، وفي الروايات ما يعزز هذه النتيجة.

### ثانياً: السنة الشريفة

ورواياتها الدالة على وجوب الوفاء بالوعد فضلاً عن العهد كثيرة وواردة بطرق الفريقين.

منها: صحيحة هشام بن سالم قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ﴿عدة المؤمن أخاه نذر لا كفارة له، فمن أخلف فبخلف الله بدأ، ولمنعه تعرض، وذلك

(١) مجمع البيان: ج ٣، ص ٢٥٨.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) مجمع البيان: ج ٣، ص ٢٥٨.

(٤) تفسير القمي: ج ١، ص ١٦٨، الآية ١ من سورة المائدة؛ تفسير نور الثقلين: ج ٢، ص ١٨٦، ح ٨.

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ \* كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾<sup>(١)</sup> وهي إما من قبيل الحكومة في الموضوع بالتوسعة في مفهوم النذر ليشمل الوعد، فوصف العدة بالنذر نظير الطواف بالبيت صلاة، والغاية منه بيان وحدة الحكم بين النذر والوعد، فكما أن النذر واجب الوفاء كذلك الوعد، سوى أن مخالفة النذر فيها كفارة بخلاف خلف الوعد فإنه لا كفارة له. ولا النافية للجنس تحتمل معنيين:

أحدهما: سلب الحكم بلسان سلب الموضوع، أي ليس له كفارة شرعاً.  
 ثانيهما: سلب الخبر المقدر عن الموضوع، والمعنى أن مخالفة الوعد لا تقوم في تعويضه كفارة، فيكون نظير: ﴿لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب﴾<sup>(٢)</sup> فمهما فعل مخالف الوعد من محاسن لجبران قبح المخالفة فإنه لا ينجبر، وعلى التقديرين يدل على الحرمة، وأما هو من باب الإطلاق الحقيقي؛ لأن النذر من مراتب الوعد.  
 ومنها: معتبرة شعيب العقرقوفي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: ﴿قال رسول الله صلى الله عليه وآله من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليف إذا وعد﴾<sup>(٣)</sup> وبمقتضى مفهوم الشرط يفهم أن من لا يفي بوعدته يخرج عن الإيمان، والمراد به الإيمان العملي لا

(١) سورة الصف: الآيتان ٢-٣.

(٢) الوسائل: ج ١٢، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، ص ٢٧٩، ح ١٦٣٠١.

(٣) عوالي اللآلي: ج ٣، ص ٨٢، ح ٦٥؛ مستدرک الوسائل: ج ٤، ص ٢٥٨، ح ١٥٨، ح ٤٣٦٥.

(٤) الكافي: ج ٢، ص ٣٦٤، ح ٢.

الاعتقادي، ويعززه ما ورد بطرق العامة عن النبي ﷺ: ﴿أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا أؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر﴾<sup>(١)</sup>.

وهي من موارد اجتماع العهد والوعد، فيحمل الأول على الالتزام المؤكد إلا أنها معاً متحdan في الموضوع وهو النفاق، فيتحدان في الحكم وهو الحرمة.

ورواية علي بن عقبة عن أبي عبد الله ﷺ: ﴿المؤمن أخو المؤمن عينه ودليله لا يخونه ولا يظلمه ولا يغشه ولا يعده عدة فيخلفه﴾<sup>(٢)</sup> وموثقة سماعاً بن مهران عن أبي عبد الله ﷺ قال: قال: ﴿من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدثهم فلم يكذبهم، ووعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته، وكملت مروءته، وظهر عدله ووجبت أخوته﴾<sup>(٣)</sup>.

وبمقتضى مفهوم الوصف في الروايتين يستفاد أن خلف الوعد يسلب عن العبد وصفي الإيمان كما في الأولى، والعدالة كما في الثانية، وبناء على عدم وجود ضد ثالث بين العدالة والفسق يثبت أن خلف الوعد فسق، وهو محرم.

ومنها: ما في نهج البلاغة: ﴿وإياك والمن على رعيتك، أو أن تعدهم فتتبع موعدك بخلفك، فإن المن يبطل الإحسان، والتزيّد يذهب بنور الحق، والخلف يوجب المقت عند الله وعند الناس. قال الله سبحانه: ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ

(١) البخاري: ج ١، ص ١٤؛ وانظر مسلم: ج ١، ص ٥٦.

(٢) الوسائل: ج ١٢، الباب ١٢٢ من أبواب أحكام العشرة، ص ٢٠٥، ح ١٦٠٩٦.

(٣) الكافي: ج ٢، ص ٢٣٩، ح ٢٨.

تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿١﴾ ﴿٢﴾ .

ويتحصل: من مجموع الأدلة النقلية والعقلية أن الوفاء بالوعد واجب، وخلفه حرام كنفق العهد، وفسخ العقد بلا رضا الطرف الآخر.

إن قلت: إن النتيجة المذكورة لها معارضان:

أولهما: الشهرة القائمة على عدم وجوب الوفاء بالوعد.

وثانيهما: السيرة القطعية بين المشرعة على عدم وجوب الوفاء فيكونان قرينتين على حمل ما ظاهره الحرمة على الكراهة، أو حملة على موارد الخلف المحرمة كمخالفة العهد وفسخ العقد لا الوعد، ويؤيده ما ورد في الأخبار من تجويز لمخالفة الوعد للزوجة<sup>(٣)</sup>.

## معالجة التعارض

ويمكن معالجة التعارض المدعى بطريقتين:

الطريق الأول: الجمع بين القولين، وله صورتان.

الصورة الأولى: حمل الشهرة والسيرة على المرتبة الأولى من الوعد.

وبيان ذلك: أن الشهرة القائمة على عدم وجوب الوفاء بالوعد وردت

(١) سورة الصف: الآية ٣.

(٢) نهج البلاغة: ج ١، ص ٤٤٤، الخطبة ٥٢.

(٣) انظر الفقه (المحرمات): ص ٣١٦.

مطلقة، ولم تفصل بين مراتب الوعد، لكنهم صرحوا بوجوب الوفاء بالعهد والعقد، وفي الوعد عللوا عدم الوجوب بأنه ليس بالتزام ولا تعهد، ومعنى ذلك أنه لو كان التزاماً لوجب الوفاء به، وبما أن الوعد حقيقة مشككة أدنى مراتبها إظهار الميل إلى الالتزام بالقول ونحوه وهو ليس بالتزام، فينبغي حمل كلام المشهور عليها، لا ما كان التزاماً، وبذلك ينتفي التعارض، فإن القول بوجوب الوفاء بالوعد ما كان في المرتبة الثانية فضلاً عن الثالثة والرابعة؛ لأنها التزام فيتفق القولان عليه، والقول بعدم الوجوب ناظر إلى المرتبة الأولى، وكلا الطرفين يتفقان فيه على عدم الوجوب، ويشهد لهذا اختلافهم كثيراً في حكم الوفاء بالوعد، فبعضهم فصل بين الوعد الذي يبني عليه الموعود له ويهيء مقدماته فيجب وبين غيره فلا، وبعضهم فصل بين ما كان قبل العقد فلا يجب الوفاء به وما كان بعده فيجب، وكلاهما ناظران إلى أن الوعد إذا صار التزاماً وجب الوفاء به، فإن الموعود له لا ينبعث ويهيء الأسباب لولا الالتزام، كما أن الوعد قبل العقد مجرد تقاويل لا التزام فيه؛ لذا قالوا بعدم وجوبه، والاختلاف في الحكم ينشأ من الاختلاف في الموضوع لتبعية الحكم للموضوع.

فيتحصل: أن الوعد لو كان التزاماً لا خلاف في وجوب الوفاء به، ولو كان إظهاراً للرغبة بالالتزام فلا يجب الوفاء به. نعم يستحب الوفاء به؛ لأنه من المروءة ومكارم الأخلاق.

والشهرة القائمة على الاستحباب لا تنافي القول بالوجوب؛ لأن موضوع الشهرة الرتبة الأولى، أي إظهار الرغبة بالالتزام، وموضوع الوجوب الوعد الالتزامي. وبذلك يظهر أن الروايات التي أجازت خلف الوعد للزوجة ناظرة إلى الرتبة

الأولى؛ لأن الوعد منشؤه المدارة لا الالتزام. وتعززه مثل رواية الحارث الأعور عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: ﴿ لا يصلح من الكذب جد ولا هزل، ولا أن يعد أحدكم صبيه ثم لا يفى له ﴾<sup>(١)</sup>، وهي تشمل الزوجة بذات الملاك، وإدراجه في الكذب موضوعاً يمنع شمول الشهرة والسيرة له، فيتعين حملها على الرتبة الأولى، والروايات الواردة بهذا المضمون كثيرة<sup>(٢)</sup>.

وأما السيرة التشريعية فهي الأخرى لا تصلح للمنع.

أولاً: لأنها معارضة بسيرة الكمّلين ومن يتلوهم في الرتبة القائمة على الوجوب والحرص على عدم المخالفة، وقد أشاد القرآن ببعض الأنبياء لكونهم يوفون بوعدهم.

كما مدح استغفار إبراهيم عليه السلام لأبيه آزر مع أنه كان كافراً؛ لأنه من الوفاء بوعد، إذ قال سبحانه: ﴿ وَمَا كَانَ اسْتِغْفَارُ إِبْرَاهِيمَ لِأَبِيهِ إِلَّا عَن مَّوْعِدَةٍ وَعَدَّهَا إِيَّاهُ ﴾<sup>(٣)</sup>، وفي إسماعيل قال تعالى: ﴿ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولًا نَّبِيًّا ﴾<sup>(٤)</sup>، وذم الكفار والظالمين ونحوهم بأنهم ينقضون عهودهم، ولا خلاف في أن سيرة الكمّلين أُلزم وأرجح في مقام الاحتجاج.

(١) الأمالي (للصدوق): ص ٥٠٥، ح ٦٩٦؛ الوسائل: ج ١٢، الباب ١٤٠ من أبواب أحكام العشرة، ص ٢٥٠، ح ١٦٢٢٧.

(٢) انظر البحار: ج ٧٢، الباب ٤٧ من أبواب لزوم الوفاء بالوعد والعهد، ص ٩١.

(٣) سورة التوبة: الآية ١١٤.

(٤) سورة مريم: الآية ٥٤.

وثانياً: أن سيرة المشرعة لا تكون حجة إلا إذا كانت ناشئة من الشرع، وأما إذا كانت ناشئة من العادات أو الشبهات أو الجهل بالحكم الشرعي أو الغفلة عنه لا تكون حجة، والوجدان شاهد على قيام سيرة عند بعض المشرعة لم تنشأ من الدين، بل مخالفة له، مثل ضرب بعضهم للولد وإهاتته بداعي التأديب، وكذا الحلف واليمين في المعاملات، والتنازع بالألقاب في مواطن المزاح، مع أن بعضها محرمة، وبعضها مكروهة، ولعل السيرة القائمة على خلف الوعد ناشئة من الغفلة عن الحكم أو الجهل به، وليست كاشفة عن الحكم.

وثالثاً: أن المشرعة إن أريد بهم الكمّلون من أهل الدين فسيرتهم قائمة على الالتزام بالوعد وعدم خلفه، وإن أريد غيرهم فسيرتهم لا تكشف عن حكم الدين، والنتيجة بقاء أدلة الوجوب بلا معارض.

الصورة الثانية: التخصيص، وتقريبه أن الشهرة والسيرة دليلان لبيان والنصوص أدلة لفظية وإطلاق النصوص يشمل جميع مراتب الوعد، والقدر المتيقن من الشهرة والسيرة هو الرتبة الأولى، فتكون مخصصاً لبيان لإطلاق أدلة الوجوب، وأما المراتب الأخرى فتبقى تحت العموم والإطلاق.

الطريق الثاني: الترجيح، ويلجأ إليه في فرض تعذر الجمع، فيكون التعارض بين الشهرة والسيرة على عدم الوجوب، وبين النصوص والجهات العقلية الدالة على الوجوب مستقراً، والترجيح للثاني لسببين:

الأول: لأن الشهرة والسيرة دليلان ظنيان معتبران. أما الأدلة النصية المعتضدة بالأدلة العقلية فوثوقية اطمئنانية فتترجح عليها.

والثاني: لأن حجية الشهرة والسيرة متوقفة على إمضاء الشرع أو عدم الردع عنها على مبنى القوم، والأدلة اللفظية تكون دليلاً على الردع فتسقط عن الاعتبار. إن قلت: إن عدم فهم المشهور الوجوب من الروايات يكسر الدلالة. فالجواب:

أولاً: أن الشهرة مجملة ولا يعلم أنها قائمة على الرتبة الأولى أم الثانية، والأولى هي المتيقنة، فلا تنافي مدلول الأخبار.

وثانياً: سلّمنا، إلا أن ما دل على وجوب الوفاء وحرمة المخالفة ليست الروايات فقط، بل الآيات والأدلة العقلية، والشهرة الجارية والكاسرة تختص بالروايات عندهم، ويعزز كل ذلك أن بعض القائلين بعدم الوجوب صرحوا بعدم إمكان تجاوز صراحة الأدلة على الوجوب، ففي مصباح الفقاهة قال: الروايات الواردة في هذا المقام كثيرة جداً، وكلها ظاهرة في وجوب الوفاء بالوعد وحرمة مخالفته، ولم نجد منها ما يكون ظاهراً في الاستحباب<sup>(١)</sup>، لكنه رفع اليد عن الوجوب بحجة قيام السيرة القطعية بين المتشعبة على جواز خلف الوعد، وعلى عدم معاملة من أخلف بوعد معاملة الفساق، ثم قال: ومع ذلك كله فرغ اليد عن ظهور الروايات وحملها على الاستحباب يحتاج إلى الجرأة، والأوفق بالاحتياط هو الوفاء بالوعد<sup>(٢)</sup> لكنك عرفت عدم تمامية معارضة السيرة للوجوب.

ويعزز كل ذلك شواهد:

(١) مصباح الفقاهة: ج ١، ص ٦٠٣.

(٢) مصباح الفقاهة: ج ١، ص ٣٩٣، (بتصرف).

الأول: اتفقهم على حرمة الكذب الإخباري بأن يخبر عن عزمه على فعل شيء أو تركه وهو غير عازم، وكذا إخباره عن صفاته النفسانية مما ليست على ما أخبر، وهو ينطبق على خلف الوعد؛ لأنه لا يخلو إما أن يشتمل على الكذب الإخباري؛ لأنه إخبار عن العزم على الفعل، أو يشتمل على الصدق الإخباري لكنه لا يفني به، فهو من الكذب العملي، ولا فرق بين الكذب القولي والعملي بالضرورة، ومن هنا يصنفون الوعد إلى كاذب وصادق وإدراج الأول في الكذب شاهد على قبحه وحرمته.

الثاني: قول بعض الفقهاء بأن خلف الوعد ينقسم بانقسام الأحكام الخمسة التكليفية، ومعنى ذلك أن بعض مراتب الخلف محرمة، وبعضها لا، فدعوى الإطلاق بعدم الحرمة غير سديدة<sup>(١)</sup>.

وبالبيان المتقدم يتضح أن الرتبة غير المحرمة ما كانت إخباراً لا إنشاء.

الثالث: أن الفقهاء الذين صرحوا بعدم وجوب الوفاء بالوعد تحرزوا في نهاية الأمر وقالوا بالاحتياط فيه<sup>(٢)</sup>، وهذا كاشف عن عدم الوثوق بوجوه الجواز وعلى فرض الشك يدور الأمر بين الحمل على الاستحباب للشك في التكليف الزائد، أو الاشتغال تحصيلاً للفراغ، والحق هو الثاني؛ لوجود العلم بالتكليف والشك في أنه استحبابي أم وجوبي، والعمل بالأول لا يوجب العلم بالفراغ بخلاف الثاني.

ويتحصل من كل ما تقدم: أن الوفاء بالوعد بمعنى الالتزام واجب، ولا تجوز

(١) مهذب الأحكام: ج ١٦، ص ١٥٣.

(٢) مصباح الفقاهة: ج ١، ص ٣٩٠؛ مهذب الأحكام: ج ١٦، ص ١٥٣.

مخالفته، وهو منطبق على عقد التوريد؛ لأنه على فرض كونه وعداً فهو من قبيل الوعد الالتزامي فيجب الوفاء به والالتزام بلوازمه.

تبقى ملاحظة وهي أن الروايات بعضها أدرجت خلف الوعد في النفاق، وبعضها أدرجته في الكذب، ولعل الوجه في ذلك يعود إلى اختلاف جهة الخلف، فإن الذي يخلف وعده له حالتان:

الأولى: أن يعد بالشيء وهو عازم على عدم الوفاء من أول الأمر، وهذا نفاق؛ لأنه يظهر ما لا يستبطن.

الثانية: أن يعد بالشيء ولا يعزم على عدم الوفاء، أو عزم على الوفاء أو لم يلتفت إلى أي منهما، ولكنه يخلف وعده حين الأجل، فيكون كذباً.

### الفرع الثاني: أنحاء عقود التوريد

إن قلنا إن عقد التوريد مستقل في نفسه يقوم على تأجيل العوضين فلا كلام في صحته ولزومه كما عرفت، وإن قلنا إنه عقد بيع كما اختاره بعض الأعلام فإن كان نقدياً فلا كلام في صحته، وإن قلنا بصحة تأجيل العوضين في البيع باعتبار أن الإشكال فيه ليس من جهة المقتضي لوضوح أنه عقد عرفاً، وإنما من جهة المانع؛ لدعوى أن تأجيل العوضين يصيرُه من بيع الدَّين بالدَّين والكالئ بالكالئ، وقد عرفت خروجه الموضوعي عنهما فلا ينبغي الخلاف في صحته، وإن قلنا بعدم صحة تأجيل العوضين فلا بد من أن يندرج إما في بيع السلم أو النسيئة، وحيث يقع الإشكال في صحة العقد من جهة أن التسليم يكون بالتقسيط؛ لأن السلم يقوم على تسليم تمام العوض، والنسيئة على تمام المعوض، فكيف يصح مع التقسيط؟

والجواب: يمكن تصحيحه بأنحاء:

الأول: أن نشترط حصول التسليم من حين العقد، فإن لم يقع كذلك يعد العقد الواقع لاغياً؛ لعدم توفر شرطه، فإذا وقع التسليم للقسط في الأجل المعين يقع عقداً معاطاتياً من حينه، ولا يحتاج إلى اتفاق جديد؛ لأن الاتفاق الأول باق ما لم يلغه الطرفان، فإن ما ثبت دام، والقصد الارتكازي فيه كاف، وعلى فرض الشك فالاستصحاب يثبت البقاء، وكذا لو كان قسطياً وقد سلّم القسط الأول فإنه يكون بيعاً في الأول، ومعاطاة في الثاني.

الثاني: أن نحمل العقد السابق على التسليم على التناول، وأما واقع العقد وإنشأؤه الفعلي يكون من حين التسليم، وعليه تتعدد العقود بحسب الأقساط، وهذا الحل يعالج الإشكال في القسط الأول الذي يكون من حين العقد، وأما في القسط الثاني والثالث فلا إنشاء فعلي له، فلا بد وأن نفترض كفاية الإنشاء الواحد عن غيره بالانحلال، نظير نية العمل التي تنحل على أجزائه.

الثالث: أن نحمل العقد على الانحلال إلى عقود حسب قاعدة انحلال العقود، فيكون في مقابل كل قسط يدفع عقد، وهذا كالسابق سوى أن الانحلال في السابق للإنشاء وفي هذا العقد، لكنها معاً على خلاف قصود المتعاقدين، لاسيما إذا طالت مدة التسليم، ولا مخلص من هذا الإشكال إلا باشتراط التسليم أو إلفات المتعاقدين إلى ضرورة القصد، أو الالتزام بصحة تأجيل العوضين حتى في البيع، وبذلك يتضح أن التقسيم الرباعي للبيع يصبح خماسياً هو بيع النقد والدين بالدين والسلم والنسيئة وتأجيل العوضين، وحيث إن التقسيم استقرائي لا عقلي انحصاري لا مانع من إضافة قسم خامس له يصح فيه تأجيل العوضين

واشترط الفقهاء وجوب التسليم لتهام الثمن أو المثمن في النسيئة والسلم ناظر إلى الحالة الغالبة، و لا مانع من تأجيل التسليم لكليهما؛ لأن المانع المذكور هو اندراجها في بيع الدين وبيع الكالئ، وقد عرفت عدم مانعيتها.

ويتحصل: أن عقود الاستيراد إن كانت بتأجيل أحد العوضين أو كليهما لا مانع من القول بصحتها ولزومها سواء كانت بنحو بيع السلم أو النسيئة أو كانت عقداً مستقلاً.

### الفرع الثالث: الخيارات في عقود التوريد

يجري في عقد التوريد ما يجري في غيره من العقود من الأحكام، ومنها ثبوت الخيارات، وعمدة الخيارات التي يمكن أن تجري فيه خمسة، وهي بحسب الترتيب الطولي كالتالي:

الأول: خيار المجلس، فعلى القول بأنه عقد بيع فلا إشكال في ثبوت خيار المجلس له؛ لاندراجه في مثل قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا﴾<sup>(١)</sup>.

فما دام المتعاقدان في مجلس التعاقد يجوز لكل منهما فسخ المعاملة، فإذا افترقا سقط الخيار، وأما على القول بأنه عقد مستقل فربما يشكل من جهة قصور الدليل؛ لاختصاصه في البيع، فتعميمه لغيره من موارد إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع، ويمكن القول بتعميمه من جهة حمل لفظ (البيعين) على الطريقية إلى مطلق المتعاملين في أي معاملة، ولا خصوصية لذات البيع، وإنما خص بالذكر من

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١ من أبواب الخيار، ص ٦، ح ٢٣٠١٣؛ التهذيب: ج ٧، ص ٢٠، ح ٨٥.

باب المصداق الأظهر أو الأكثر في المعاملات، لاسيما على القول بأن البيع مبادلة مال بمال، أو الإيجاب والقبول، أو أنه الالتزام في الالتزام، فإن هذه التعاريف تشمل سائر العقود والمعاملات إلا ما خرج بدليل، ويشهد له تعريف البائع في بعض كتب اللغة بالمساوم<sup>(١)</sup>، وإطلاق لفظ المبيعة على مطلق المعاقدة والمعاهدة<sup>(٢)</sup>، وقيام السيرة العقلائية على جواز التغيير والتبديل وفسخ المعاملة قبل تفرق المتعاقدين مع عدم الدليل المانع، على أن قوله: ﴿البيعان بالخيار﴾ مثبت، وإثبات الشيء لا ينفي ما عداه إلا أن يقال بأن الخيار تخصيص لأصالة اللزوم، فالدليل خصص البيع ولم يخص غيره، فلم يبق إلا حمل البيع على المفهوم العام الشامل لكل معاملة.

فالحق أن خيار المجلس يثبت لعقود التوريد حتى على القول بأنها معاملة مستقلة.

الثاني: خيار الشرط، وثبوته جلي لإطلاقات وعمومات أدلة الشروط.

الثالث: خيار الغبن، ويثبت في فرض ثبوت التفاوت الفاحش في العوض، أو الذي لا يتسامح فيه العرف مع جهل المغبون؛ لأدلة خيار الغبن.

الرابع: خيار الرؤية أو تخلف الوصف، وفي ثبوته قولان:

قول بعدم الثبوت؛ لأنه من بيع الكلي، والخيار المذكور يجري في صورة كون المبيع عيناً شخصية غائبة لم تطابق الوصف، وعليه يثبت الخيار لعقد التوريد إن تعلق بالأعيان الشخصية.

(١) المعجم الوسيط: ج ١، ص ٧٩، (باعه).

(٢) مجمع البحرين: ج ٤، ص ٣٠٤، (بيع).

وقول بالتفصيل بين عقد التوريد الذي يقوم على رؤية النموذج قبل العقد ثم يتعاقد على مثله، فيثبت الخيار؛ لأنه بحكم العين الشخصية، وبين ما لا يقوم على ذلك فيكون من بيع الكلي فلا يثبت وهو وجيه؛ لوجود المقتضي وانعدام المانع.

الخامس: خيار العيب، وما ذكرناه في خيار الغبن يجري فيه سوى أن في هذا الخيار يثبت له ثلاث اختيارات هي الإمضاء والفسخ وأخذ الأرش على ما حققناه في خيار العيب.

### الفرع الرابع: في ضمانات عقود التوريد

تتطلب عقود التوريد ضمانات للالتزام من الطرفين، فالمصدر يطلب ضمانات للالتزام المستورد بالعقد ولوآزمه، والمستورد يطلب للالتزام المصدر، ويمكن أن تقع الضمانات بأنحاء:

النحو الأول: ضمان الشرط، بأن يجعل شرطاً جزائياً للمتخلف عن الالتزام بالعقد، كتخلف المستورد عن تسليم العوض، أو تخلف المصدر عن تسليم البضاعة في مدة الأجل المحدد، والشرط الجزائي صحيح وملزم لاندراجه في أدلة الشروط على ما حققناه سابقاً، وهو نوع غرامة وجزاء على تخلف الملتزم، وليس جزءاً من العوض أو المعوض، ويمكن أن يقع من وجوه:

أولها: أن يكون مجرد غرامة على التأخير مع بقاء العقد على لزومه، فلا يحق لكل منهما فسخه.

ثانيها: أن يكون كالأول مع إعطاء حق الفسخ لكل منهما.

ثالثها: أن يكون غرامة على مخالفة بعض الشروط غير التأخير، كما لو اشترط

المستورد أن تسلم البضاعة في بلد المستورد لا في الميناء أو المطار، أو مطابقة للأوصاف المذكورة فتخلفت بعضها، فإنه يجوز الاتفاق على بقاء العقد على لزومه مع تحمل الغرامة، ولا يقال لو تخلفت الشروط والأوصاف يثبت بها خيار تخلف الشرط والوصف وهما يبىحان الفسخ؛ لأن الشرط الجزائي مع الاتفاق على لزوم العقد حاكم على دليل الخيار؛ لكونه ناظراً إليه، بل وضع الشرط الجزائي مع الاتفاق على اللزوم بمنزلة التنازل عن حق الخيار، فيبقى الشرط المذكور بلا مانع.

هذا كله على القول بصحة الشرط الجزائي، وأما على القول بالعدم فيمكن تصحيح أخذ الغرامة المفعولة مقابل التنازل عن حق الفسخ بسبب تخلف الشرط أو الوصف، وأشكل البعض على الشرط الجزائي في بيع السلم بالخصوص إذا كان على تأخير التسليم؛ لأن المثمن كلي في ذمة البائع، فإذا أخذت غرامة على تأخير التسليم يكون زيادة على الدين، وهي ربا، بخلاف ما إذا كان المبيع عيناً خارجية فإن أخذ الغرامة على تأخير تسليمها لا مانع منه؛ لأن المبيع متقرر في الخارج وليس ديناً في الذمة<sup>(١)</sup>، وضعفه ظاهر من ناحيتين:

**الأولى:** أن الشرط الجزائي غرامة جزائية متأخرة عن العقد وليست من ضمنه، والربا يتعلق باشتراط الزيادة حين العقد.

**الثانية:** أن الدين لا يصح إطلاقه على بيع الكلي وإنما هو تأخير في التسليم. أما الدين فهو ما تعطيه لغيرك من المال لتقضاه، وقد مر أنه بحسب المفهوم العرفي والاصطلاح الشرعي لا ينطبق على بيع السلم والنسيئة؛ لأنها يقومان على تأجيل

(١) انظر الفقه المعاصر: ج ١، ص ١٨٧.

التسليم، وتسمية بعض الفقهاء له بالدين من باب التسامح لا الحقيقة، بشهادة صحة السلب وعدم صحة الحمل، وإذا انتفى الدين موضوعاً انتفى الربا.

ويتحصل: صحة وضع الشرط الجزائي على عقد التوريد سواء كان كلياً في الذمة أو شخصياً؛ لوجود المقتضي وانعدام المانع، ويتفرع عنه مسائل:

**الأولى:** يجوز أن يكون الشرط الجزائي مبنياً على جواز فسخ المعاملة لا عدم الالتزام بأجلها أو بأوصاف العوض أو المعوض بأن يتعاقدا ويضعوا شرطاً جزائياً على الفاسخ، فلو دفع المشتري عربوناً كمقدمة من الثمن ثم أراد الفسخ فيجوز أن يأخذه البائع مقابل رضاه بالفسخ، فيكون استملاك البائع للعربون من باب شرط الفعل، بأن يملك المشتري العربون، أو شرط النتيجة بأن ينتقل العربون من المشتري إلى البائع.

**الثانية:** لا يجوز أن يشترط البائع على المشتري - مثلاً - أنه إذا لم يسلم الثمن في الوقت المحدد فعليه أن يدفع مبلغاً على التأخير، وليس مقابل الضرر النازل أو تفويت المنفعة؛ لأنه من الربا بناء على أن التأخير يصيرُه ديناً.

**الثالثة:** إذا منع عن الالتزام بالمدة المضروبة عذر قاهر عام يبتلى به عموم الناس والمعاملات كالحرب مثلاً أو الكوارث فلا يجوز الأخذ بالشرط جزائي؛ لانصراف أدلته إلى ما كان المتخلف عن الالتزام سبباً مع قدرته على الالتزام كما قدمناه في الجوائح.

**النحو الثاني:** ضمان الضرر بأن يتفق الطرفان على أن الضرر الذي يسببه كل طرف للآخر يجبره بالضمان، سواء كان الجبران بمقدار الخسارة أو المنفعة الفائتة،

وإنما خصصناه بالذكر مع أن الإضرار فيه الضمان؛ لبيان إمكان اشتراط عدم ضمان الضرر الحاصل، فالقيد توضيحي لا احترازي ف ضمان الضرر صحيح في نفسه لاندرجاه في دليلي لا ضرر ووجوب الوفاء بالشروط، وسواء كان عقد التوريد كلياً في الذمة أو شخصياً.

ويفترق هذا الضمان عن ضمان الشرط الجزائي في أمور:

الأول: أن جبران الضرر في الشرط الجزائي يكون ثابتاً متفقاً عليه من حين العقد، بخلاف ضمان الضرر أو تفويت المنفعة.

الثاني: أن الضرر وتفويت المنفعة يتوقفان على الإثبات وتحديد مقدارهما عرفاً، بخلاف الشرط الجزائي فإنه يخضع لاتفاق المتعاقدين حين العقد.

الثالث: أن الشرط الجزائي غرامة جزائية لا يلحظ فيه مقدار الربح والخسارة في العوض والمعوض، بخلاف الضرر والتفويت. نعم لو كان الضرر حاصلًا من تخلف الوصف أو الشرط أو تأخر التسليم ثبت للمتضرر خيار الفسخ والإمضاء مع الجبران، ويجوز له أن يرفع يده عن الفسخ مقابل عوض؛ لوجود المقتضي وانعدام المانع.

النحو الثالث: ضمان الوساطة، ويراد به اتخاذ المصرف ونحوه كبعض الشركات واسطة للضمان، ويعبر عنه في الاصطلاح بالاعتماد؛ لأن للطرفين أن يتخذوا المصرف معتمداً في ضمان حقوقهما، فإذا كان من جهة المستورد يقال له: (اعتماد الاستيراد) وإذا كان من جهة المصدر يقال (اعتماد التصدير) ويمكن أن يقع على ثلاثة أنحاء:

الأول: أن يكون المصرف ضامناً للمستورد في تسليم العوض للمصدر عند تسليم المعوض.

الثاني: أن يكون ضامناً للمصدر في تسليم البضاعة مطابقة للشروط أو سائلة من العيوب وفي الوقت المحدد.

الثالث: أن يكون واسطة في التعاقد بين الطرفين بأن يقوم بعرض نماذج البضاعة للمستوردين، ويقوم بعملية التبادل والتسليم للعوض والمعوض، وبهذا يكون المصرف أجيراً لهما أو لأحدهما يتقاضى مقابل خدمته أجراً، وفي جواز أخذ الأجر في مقابل الضمان قولان.

أحدهما: العدم؛ لأن عمله إرفاق لا يستحق أجراً<sup>(١)</sup>.

وثانيهما: الجواز، وهو الحق؛ لأن ضمان المصرف خدمة انتفاعية يقدمها للمتعاقدين، فيجوز أن يتقاضى مقابلها أجراً، ودعوى أن العمل الإرفاق لا أجر له غير ثابتة في صغرها وكبرها، وقد تقدم في بحث أحكام المعاملات المصرفية ما يغني عن التفصيل هنا.

---

(١) انظر الفقه المعاصر: ج ١، ص ١٨٦.



# المعاملة الرابعة

## عقود الصيانة

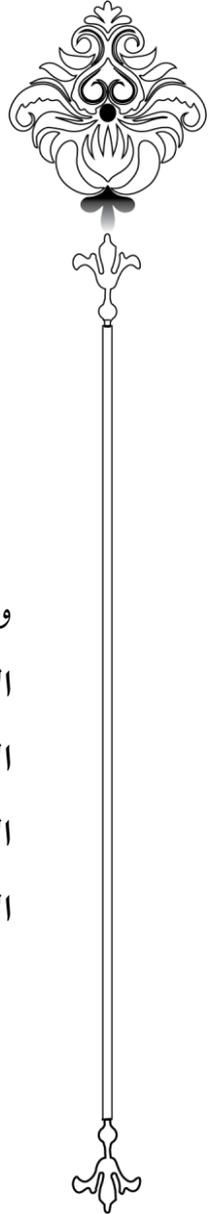
وفيها تمهيد وأمور:

الأمر الأول: في حقيقة عقود الصيانة

الأمر الثاني: موانع عقد الصيانة

الأمر الثالث: عقد الصيانة في القانون والفقہ

الأمر الرابع: فروع وأحكام





## التمهيد: التعريف والخصوصية

وهي من العقود التي قد تنفرع عن عقود التصدير والاستيراد للأجهزة والمكائن والآلات المعقدة في صناعتها، كالطائرات والسيارات والأسلحة وبعض الأجهزة ذات التقنية العالية ونحوها، وتدخل في ضمن عقد التصدير والاستيراد بأن يشترط المستورد أو المصدر أن تكون إدامة الأجهزة وتصليح عطلاتها من قبل الشركة المصدرة ونحوها، وقد تكون مستقلة عن التصدير، ولها ثلاث مهمات:

الأولى: دافعة، لإدامة فعالية الأجهزة والمصانع والمؤسسات ونحوها؛ لكيلا تتعرض إلى خلل أو عطل.

الثانية: رافعة، بمعالجة العطلات أو الاختلالات التي تصيبها.

والثالثة: تطوير الأجهزة والمشاريع مع الحاجة، والصيانة في اللغة من صنت الشيء صيانة أي حفظته ووقيته<sup>(١)</sup> وعرفها بعضهم بالعمل الذي يحفظ الشيء في حالة صححة<sup>(٢)</sup>، وقد شاع التعاقد بها في الأسواق والتجارات في المعاملات

---

(١) لسان العرب: ج ١٣، ص ٢٥٠، (صون)؛ المعجم الوسيط: ج ١، ص ٥٣٠، (صان).

(٢) الفقه المعاصر: ج ١، ص ٣٨٧.

النوعية والشخصية، واتسع مداها لتشمل الأبنية والشوارع والطرق والمدارس و المستشفيات والمزارع والمعامل، وتقوم بها شركات متخصصة أو أفراد لهم خبرة في ذلك بحسب اختلاف العقود، نظراً لما لها من آثار بالغة في التنمية الاقتصادية وديمومة الإنتاج والاستثمار، وسنعبّر عن ذلك بالإنتاج.

ومرادنا هو إعداد الشيء ليكون محققاً للمنفعة المطلوبة منه، فيشمل صيانة الأبنية والشوارع؛ لأن إنتاج كل شيء بحسبه، والمعهود من أصحاب الصناعات الضخمة ينشؤون ورشاً كاملة ومتخصصة تقوم بهذه المهمة؛ لشدة الحاجة إليها وتقليل النفقات.

وأما أصحاب الصناعات المتوسطة والبسيطة فغالباً يستعينون بشركات الصيانة ولا يتدربون من يقوم بهذه المهمة، وإنما يتعاقدون مع من يتولى ذلك لأسباب عمدتها سبيان:

**الأول:** احتياج الصيانة إلى أجهزة وأدوات ذات تقنية عالية قادرة على تشخيص الخلل الحاصل، وهي في الغالب ذات قيمة عالية ولكن الحاجة إليها قليلة، فافتناء هذه الأجهزة والإنفاق على إدامتها وتشغيلها وحمايتها يجهد المشروع أكثر من النفع.

**الثاني:** لأن تشغيل أجهزة الصيانة وتوظيفها في خدمة المشروع يفتقر إلى خبراء وكفاءات تشغيلية، وهو غير متوفر أحياناً؛ لذا ظهرت في السوق عقود الصيانة تتولاها شركات أو ورش متخصصة تلبي الاحتياجات، فتقوم بعدة إجراءات عمدتها ثلاثة :

الأول: إرسال دوريات متخصصة لمراقبة عمل الأجهزة والمشاريع للاطمئنان على سلامتها التشغيلية.

الثاني: معالجة الاختلالات والعطلات الحاصلة قبل وقوعها أو بعد وقوعها، وهي أهم ما يتم التعاقد عليه، والأول يعود إليه.

والثالث: تطوير الكفاءة الإنتاجية للأجهزة والمشاريع بحسب ما تتطلبه الحاجة وهذه ليست مطردة وراجعه إلى اتفاق المتعاقدين، وكل ذلك يعود بالفائدة الاقتصادية لمتولي الصيانة وصاحب المشروع. وبعد شيوع استعمال الآلات الكهربائية والأجهزة الدقيقة في مختلف المشاريع والأعمال ذات الحاجة إلى عقود الصيانة، وبات لا يستغنى عنها سواء في التجارات والأعمال الكبيرة أو الصغيرة. من هنا تعين البحث في حقيقة عقود الصيانة موضوعاً وحكماً ومعالجة الإشكالات التي قد تعترضها، وذلك في ضمن أمور:



## الأمر الأول

### في حقيقة عقود الصيانة

لا خلاف في أن عقود الصيانة من المستجدات، ولم يتعرض لها الفقهاء في أبحاثهم الفقهية، وكذا في القانون الوضعي، بل قيل بخلو بعض القانون عن مثل هذا العقد<sup>(١)</sup>.

ومن هنا ينبغي تحرير البحث في حقيقته وتكييفه فقهياً، ولا حاجة إلى تعريفه بالحد المنطقي؛ إذ يكفي فيه معرفيته عرفاً، ولعدم وجود فصل خاص به ولا استلزامه اللغوية، فإن الغاية من الحد التام هو تعريف غير المعروف، فإذا كان معروفاً انتفت الحاجة إلى التعريف، ويكفي فيه المفهوم العرفي، كما أنه عقد مرن لا فصل خاص له فيكفي فيه الإشارة إلى خواص الفصل والمعرفة بوجه كافية.

نعم هو عقد يقع بين الطرفين - جرت عليه السيرة في الأسواق - غايته رعاية

---

(١) الفقه المعاصر: ج ١، ص ٣٩٠.

وإصلاح أدوات الإنتاج بمعناه العام الشامل للأبنية والشوارع والمشاريع فضلاً عن الأجهزة والآليات.

ويمكن أن يقع على أنحاء أقربها لمقتضاه سبعة.

أحدها: الإجارة، بأن يكون الصائن أجيراً عند صاحب العمل.

والثاني: الجعالة، بأن يجعل صاحب العمل جعالة لمن يديم أدوات الإنتاج.

والثالث: الشراكة، بأن يكون لصاحب العمل حصة وللصائن حصة بحسب النسبة أو الاتفاق.

والرابع: المضاربة بين المال والخدمة، بأن يتفق الطرفان على أن يكون للصائن حصة من الإنتاج مقابل رعايته لأدواته وإصلاحها.

الخامس: أن يكون شرطاً في ضمن عقد التوريد ويختص به، فلا يكون عقداً في نفسه، ولعل لهذا السبب لم يتعرض له الفقه والقانون؛ لأنه يعود إلى العقود المعروفة.

السادس: أن يكون أمر بالصيانة على وجه الضمان، نظير الأمر بالعمل على وجه الضمان، أو الأمر بالإتلاف على وجه الضمان، كما لو قال أعط المال للفقير وعليّ ضمانه، فيكون الصائن مأموراً بأن يعمل ويضمن له الأمر كلفة عمله، وستعرف ما فيه.

السابع: أن يكون عقداً مستقلاً، ولا بد حينئذٍ من معرفة خصائصه وآثاره.

وإلى أي عقد من العقود المذكورة رجع تترتب عليه لوازم العقد، كالصحة واللزوم وثبوت الخيار بالشرط أو بغيره بحسب الموارد.

نعم ينبغي تقييده بأن يكون الحفظ والرعاية والتشغيل لذات الآلات والأدوات لا حفظها من السرقة أو التلف الخارجي ونحوهما، فإن هذه مهمة المالك أولاً؛ لذا عرّفه البعض بعقد الرعاية، والاصطلاح الغاية منه إعادة الشيء إلى عهده الإنتاجي المعتاد كلما طرأ عليه تغير كلي أو جزئي يوقف عمله كلياً أو جزئياً، أو يقلل من جودته أو إنتاجه المعتاد والرعاية المستمرة للآلة لأجل أن تؤدي عملها بصورة جيدة<sup>(١)</sup>، وهو عقد مرن وليس بجامد يختلف باختلاف صيغ التعاقد؛ لذا عبرنا عنه بلسان الجمع (عقود) لا المفرد (عقد).

والتحقيق: أن عقد الصيانة على قسمين:

أحدهما: أن يكون شرطاً في ضمن عقد التوريد، ولا كلام في صحته ولزومه؛ لوجود المقتضي وانعدام المانع.

ثانيهما: أن يكون مستقلاً عن عقد التوريد، وهو بحسب الحالة الغالبة فيه إما أن يكون عقد إجارة أو عقداً مرناً مستقلاً بنفسه، وليس من قبيل الجعالة أو الشراكة أو المضاربة؛ لعدم وقوع تعاقد الصيانة بهذه العقود في الأسواق. نعم لا مانع من وقوعه بواحد منها، ولكن لو وقع يجب أن ينص عليه باتفاق خاص؛ لأنه خلاف الأصل العام المرتكز عن عقود الصيانة، فإن المرتكز منها أن يكون من قبيل الإجارة لسببين:

الأول: وجود التباني العرفي عليه بشهادة التبادر واقتضاء الحال؛ لما عرفت من أسباب نشوء الحاجة إلى الصيانة.

---

(١) الفقه المعاصر: ج ١، ص ٣٩٢.

الثاني: انطباق عنوان الإجارة عليه، فإن إطلاق عقد الصيانة ينصرف إلى صيانة الأجهزة والمشاريع من العطل، وسلامة قدرتها الإنتاجية، والصائن لا يخلو إما أن يكون موظفاً في ضمن مشروع فهو أجير، أو مقاول يتعاقد معه على ذلك مقابل أجره، فلا يضع من نفسه مالاً ولا يعمل في الإنتاج حتى يكون شريكاً، وليس صاحب المشروع يضع جعالة لتصليح أدوات العمل والإنتاج ويخبر القادرين على الإنجاز في التصدي لذلك كما هو الحال في الجعالة، كما أن اشتغال ذمة المالك في الجعالة يكون بعد عمل العامل من دون اشتغال ذمته بالعمل، ولذا حكي الإجماع على أنها إيقاع لا عقد<sup>(١)</sup>، بل هو اتفاق خاص يبرم بين الصائن والمالك على إنجاز مهمة الصيانة بأبعادها الثلاثة المتقدمة بنحو الانضمام أو الانفراد، وليس هو مضاربة؛ لأن عمل الصائن يقتصر على تشغيل الأدوات وصيانتها وليس في عمل الإنتاج، كما أنه يتقاضى مقابل ذلك أجراً وليس شريكاً في رأس المال، ولا مضارباً فيه.

فالحق أنه عقد إجارة في الغالب لكنه ليس من إجارة العين بل الذمة التي يعبر عنها بالخدمة، وقد أدرج الفقهاء الاثنان تحت عنوان الإجارة؛ لأن الغاية هو تمليك المنفعة مقابل عوض معلوم، واستيفاء المنفعة تارة يكون بالتسليط على العين نظير إجارة الدار، فإن بعضها السكنى ولكن لا يمكن استيفاء المنفعة إلا بالتسلط على الدار، وتارة يكون بالتسليط على الذمة؛ لأن المنفعة تستوفى بالعمل لا بالعين كاستئجار من يبني له داراً أو يخطط له ثوباً.

(١) انظر منهاج الصالحين: ج ٢، ص ٨٢.

فتعريف الفقهاء للإجارة بأنها عقد على تمليك المنفعة المعلومة بعوض معلوم<sup>(١)</sup> ناظر إلى الاثنین معاً، ولكن قد يواجه عقد الصيانة إشكالاً في ذلك، وهو مجهولية المنفعة، فإن الإجارة تتقوم بمعلومية المنفعة والعوض، والمجهولية مبطله لها، وهذا لا يستقيم مع عقد الصيانة، لاسيما في الخدمة الدافعة للعطلات والمنفعة التطويرية فإنها غير معلومة فلا تخلو من غرر.

وفيه:

أولاً: أن المنفعة معلومة إجمالاً، وهي كافية في رفع الغرر كما حققناه في شروط العقود والأسواق قائمة على كفاية مثلها، وإلا لم يقيم سوق، واختل نظام التجارة. وثانياً: أن المنفعة الخدمية في الصيانة من الموضوعات الخفية التي يرجع فيها إلى ثقات أهل الخبرة، وقولهم فيها حجة، فالمجهولية لدى العرف العام لا تضر بها؛ لأنها معلومة في العرف الخاص في الغالب، ولو بالعلم الإجمالي. نعم لو كانت مجهولة حتى عند أهل الخبرة بطلت، وربما يقال بأن عقود الصيانة من قبيل بيع الخدمة لا الإجارة فتجري عليها أحكام البيع.

والجواب:

أولاً: أن صحة القول متوقفة على انطباق عنوان البيع عليها، والبيع يتقوم بتمليك الشيء بالثمن، وليس في عقود الصيانة تمليك، بل وقاية وتطوير للشيء المملوك مقابل عوض.

---

(١) اللعة الدمشقية: ص ١٤٠؛ المبسوط: ج ٣، ص ٢٢٦.

وثانياً: سلّمنا، إلا أن البيع والإجارة لا يختلفان في أكثر الأحكام والخصائص، سوى أن البيع تمليك لذات الشيء بعوض، أما الإجارة فتمليك لمنفعة الشيء بعوض، ولعل هذا هو المائز الوحيد بين البيع والإجارة<sup>(١)</sup>، ولذا قال صاحب الجواهر<sup>(٢)</sup>: ظاهر الأصحاب أن المنفعة في الإجارة بمنزلة المبيع، والأجرة بمنزلة الثمن<sup>(٣)</sup>، وقال العلامة<sup>(٤)</sup>: يشترط في الإجارة ما يشترط في البيع، وعمدة الشروط ثلاثة هي: المالية، فلا تنعقد الإجارة على ما ليس بهالي، والمعلومية أي المنفعة بنحو يرفع عنها المجهولية، والقدرة على التسليم، والمراد الأعم من القدرة التكوينية والشرعية<sup>(٥)</sup>.

وعلى هذا فإن الإجارة تختص ببيع منفعة الشيء، والبيع يختص ببيع ذات الشيء، وقصد المتعاقدين هو المائز في عقد الصيانة من كونه بيعاً أو إجارة، ولكن من حيث الآثار العامة للعقد واحد، أي الصحة واللزوم وثبوت الخيارات، بل ظاهر كلمات البعض الاشتراك في الأحكام عموماً إلا ما خرج<sup>(٤)</sup>.

ولكن حيث إن العقود تتبع القصد يجب ملاحظة ما قصده وأنه بنحو الإجارة لا البيع؛ لأن الأصل في منفعة الذمة الإجارة، والسيرة العقلائية في الأسواق قائمة عليه.

(١) فقه المعاملات: ص ١٨٩.

(٢) الجواهر: ج ٢٧، ص ٢٧٧.

(٣) التذكرة: ج ٢، ص ٢٩١، (بتصرف)؛ وانظر المسالك: ج ١، ص ٢٥٧.

(٤) فقه المعاملات: ص ١٩٠.

وكيف كان، فإنه لو اندرج العقد المذكور في الإجارة أو البيع شملته أحكامهما، وكفيينا مؤونة إثبات مشروعيته، لكن الغالب فيه الإجارة، وأما القول بأنه أمر بالصيانة على وجه الضمان فإن صحته متوقفة على شرطين:

الأول: تعيين وجه الضمان ورفع المجهولية عنه، ويمكن إحرازه بالاتفاق.

الثاني: التوسعة في مفهوم الضمان ليشمل الضمان بالأمر، وهو غير حاصل.

وبيان ذلك: أن الضمان يقتصر على موارد معروفة كالإتلاف أو تفويت المنافع، واليد، وهذه غير متوفرة في عقود الصيانة، فلا بد من إضافة مورد آخر له هو ضمان الأمر، ولا دليل على اعتباره شرعاً، إلا أن الحق أنه عقلائي في الموارد المعمول بها في الأسواق والمعاملات العامة، ومشروعيته لا تتوقف على دليل مجيز، بل على عدم الدليل المانع، والظاهر أنه غير ممنوع.

نعم الظاهر أنه يعود إلى الإجارة؛ إذ لا معنى للأمر فيه إلا بمعنى الطلب بضمان أجرته، والموارد التي ذكرها الفقهاء مثله في جوهرها إجارة، كما إذا أمره بأن يخيظ ثوبه أو يبني داره، وأما لو قال أعط المال للفقير أو ألقه في البحر فالضمان ينشأ من سببية الإتلاف أو ما بحكمه، ولا علاقة له بالصيانة.

وربما يقال إن الصيانة عقد مستقل بنفسه لأسباب ثلاثة:

الأول: لأنه عقد مستحدث لم يكن معهوداً سابقاً، وقد وقع التعامل به في الأسواق والتجارات الجديدة، ويبدو من صيغ التعاقد أنه عقد مرن لا يخضع لضابطة واحدة، بل يعود إلى اتفاق المتعاقدين، وحيث إنه صغروباً ثابت لكونه عقداً عقلائياً جرت السيرة عليه، ولا يوجد دليل مانع منه يندرج تحت عمومات

وإطلاقات أدلة العقود.

الثاني: خروج الموضوعي عن العقود المعهودة. نعم يشترك معها من وجه ويفترق عنها من وجه آخر، ولذا وصفا بعقد الصيانة، ولم يدرج في ضمن أحد العقود المسماة، فهو من جهة يشارك الإجارة لكونه متضمناً للمنفعة مقابل العوض في مدة زمنية معلومة لكنه يفترق عنها من ناحيتين:

الأولى: أنه يتضمن تبديل قطع الغيار في الآلات وإضافة بعض الأعيان التي تستدعيها الرعاية والوقاية.

والثانية: لأن الصيانة الوقائية والتطويرية تستدعي تقديم أفكار وخطط يبيعها الصائن لصاحب العمل.

وبهاتين تقترب من البيع، كما أنه يقترب من الإجارة لكونه عقداً لازماً للطرفين، ويجوز تعجيل الأجرة أو تأجيلها أو تقسيطها بحسب اتفاق الطرفين، وبهذا تفترق عن الجعالة، ولكن تقترب منها إذا كان عقد الصيانة توافيقاً أو معاطاتياً بأن يدعو صاحب العمل طرف الصيانة إلى صيانة آلاته وأدواته، ويجعل له عوضاً بعد إنجاز العمل.

هذا إن قلنا بأن الجعالة عقد وإنما خصصناه بالمعاطاة؛ لأن الاتفاق القولي عليها يدرجها في غير الجعالة من العقود، كما يفترق عن الجعالة في استحقاق الأجرة، فإنه يكون من حين العقد والالتزام به وإن لم تظهر حاجة إلى الصيانة؛ لأن الاستحقاق فيها يكون حين تحقق غاية الجعالة.

كما يقترب من البيع إذا لم تظهر حاجة إلى الصيانة مع استحقاقه للأجر من

حين العقد، فيكون العقد من قبيل بيع المهارة والخبرة، ويتعد عن الإجارة؛ لأنها تتقوم بالمنفعة الفعلية، وحيث خرج عن العقود المسماة فلا مناص من الالتزام بكونه عقداً مستقلاً، وهو صحيح لاتفاق الطرفين عليه، ولازم لأصالة اللزوم في العقود. نعم هو عقد مرن؛ لإمكان الاتفاق على أن تكون قطع الغيار على المالك مثلاً، فيكون عقد إجارة، كما يمكن الاتفاق على أن استحقاق الأجرة يكون بعد تحقيق غاية العمل، فيكون جعالة وربما يخصص الصائن خدمته لصاحب العمل، فلا يحق له أن يعمل لغيره، وإن لم تكن حاجة فعلية فيكون من قبيل بيع الخدمة وهكذا، وهذه كلها اتفاقات خاصة، وأما إذا أطلق العقد في نفسه من دون شرط أو قيد يحمل على أنه عقد مستقل في نفسه.

الثالث: جواز مجهولية العمل والمنفعة فيه؛ إذ لا يعلم الصائن من حين العقد ما يجب عليه لوقاية الأجهزة والآلات، فربما احتاجت إلى قطع غيار، وربما لبعض التقويمات، وإعادة تأهيل أو إعادة تنظيم الآلات إذا كانت الكترونية دقيقة، كما لا يعلم زمان الحاجة وحدودها والجهل بالعمل والمنفعة يسري إلى الجهل بالعوض إن كان العوض مقابل المنفعة لا تعويضاً ثابتاً مقطوعاً حين العقد، فإن المجهولية في العقود المسماة توجب بطلانها، وفي الصيانة مما لا محذور فيها. ذلك هو مقتضى الصيانة، ولذا جرت عليه السيرة العقلائية، ولا يقال إن المجهولية توجب الغرر وقد نهى النبي ﷺ عنه.

فالجواب أن الغرر مندفع؛ لأنه موضوع عرفي، ولو كان العقلاء يرون المجهولية في الصيانة غرراً لما أقدموا على التعاقد به، على أن المجهولية قد تكون للعرف العام لكنها للعرف الخاص ليست مجهولة ولو في الجملة، وهي كافية

لانتفاء الغرر موضوعاً.

فيتحصل: أن عقد الصيانة قائم بنفسه مستقل، وهو صحيح ولازم لكنه لا يخلو من إشكالات:

**الإشكال الأول:** أنه لا يصح في عقد الصيانة المشروط في ضمن عقد الاستيراد والتصدير، كما لا يصح في الصيانة المتفرعة عن الشركات والمعاملات الضخمة؛ لأن الأولى تابعة لنوع عقد التوريد، والثانية إجارة فهي أخص.

**الإشكال الثاني:** أنه لا يتوافق مع صيغ التعاقد الواقعة فإنها في الغالب من قبيل الإجارة، ودعوى أن بعض أعمال الصيانة تستدعي تغيير قطع غيار لا يلحقها بالبيع؛ لأنها على صاحب العمل وليس للصائن سوى الأجور.

**الإشكال الثالث:** أن الاستدلال على كونه عقداً مستقلاً بإخراجه عن بعض العقود لا يكون دليلاً على أنه غيرها؛ لأن العقود تتبع القصود، فالأولى الرجوع إلى قصودهم للنظر في حقيقته، والغالب في قصودهم هو الإجارة.

**والحاصل:** أن الأصل في عقود الصيانة هو الإجارة، ولا تحمل على غيرها إلا بقرينة أو دليل قاطع.

## الأمر الثاني



### موانع عقد الصيانة

تواجه عقد الصيانة جملة إشكالات لو تم أحدها منع من صحته.

الإشكال الأول: الإبهام والخروج عن التقسيم؛ لأن الصائن يستعمل الأدوات في الصيانة، وبعضها أدوات دقيقة لولاها يعجز عن الصيانة، ومثلها تكون مقصودة في ارتكازات المتعاقدين، فيختلط عقد الصيانة بين إجارة العين وإجارة الخدمة فيكون مبهماً، أو يكون قسماً ثالثاً من الإجارة، وهو مخالف للإجماع على كونها قسمين، إما إجارة عينية أو ذمية.

والجواب:

أولاً: أنه يصح لو كان عقد الصيانة من الإجارة، وأما لو كان عقداً مستقلاً فلا يرد المحذور.

وثانياً: أنه غير وارد حتى على الإجارة؛ لأن تقسيم الفقهاء للإجارة الى قسمين استقرائي لا عقلي، والتقسيم الاستقرائي يقوم على تتبع الأقسام في الخارج، فإذا

افتراضنا وجود قسم ثالث قام عليه السوق فلا مانع من جعله قسماً ثالثاً كما هي القاعدة المنطقية في كل تقسيم استقرائي، وقد مر شبيه ذلك في تقسيم البيع بالتقسيم المعروف إلى أقسام أربعة يقوم على بيع النقد والسلم والنسيئة والدين بالدين، وقلنا لا مانع من إضافة قسم خامس هو بيع التأجيل للثمن والمثمن، والواقع الخارجي شاهد على ذلك، كتقسيم الإنسان إلى رجل وأنثى، لكنه لا يمنع من وجود قسم ثالث هو الخنثى بناء على أنه جنس ثالث، وإذا صح التقسيم ارتفع الإبهام؛ لأن العقد في حقيقته ينحل إلى عقدين للإجارة، أحدهما للذمة، والآخر للعين حسب قاعدة انحلال العقود<sup>(١)</sup>، ويندفع الإشكال من أصله.

وثالثاً: سلّمنا، لكن الصائن وإن استعمل الأدوات في القيام بعمل الصيانة إلا أن العقد يدور على العمل والخبرة، وأما الأدوات فهي وسائل العمل ولا تدخل في ماهية العقد؛ لأن العقد يقوم على المعقود عليه لا ما هو خارج عنه، وإلا لزم إبطال الإجارة الذمّية وحصرها بإجارة العين؛ لعدم استغناء الأجير عن أدوات يستعملها في إنجاز العمل كالبناء والنجار والخياط والسائق وموظف الحكومة وغيرهم، فالصواب أن عقد الصيانة من قبيل الإجارة على الذمة، واستعمال الأدوات في العمل لا يسلب عنها هذا الوصف.

**الإشكال الثاني:** أن العقد المذكور غرري لمجهولية العمل فيه، وقد نهى النبي ﷺ عن الغرر، وتقدم بعض الكلام فيه فيما سبق، ونضيف هنا.

أولاً: أنه منقوض بمثل الجعالة فقد صرّحوا بجواز أن يكون العمل مجهولاً

(١) انظر العناوين: ج ٢، ص ٧٠.

كما في الشرائع<sup>(١)</sup>، وفي الجواهر علّله بأن الغرض من شرعية الجعالة تحصيل الأعمال المجهولة غالباً، كرد الأبق والضالة ونحوهما مما لا تعلم مسافته مع ميسس الحاجة إليه، بل لعله موضع وفاق<sup>(٢)</sup>، وفي التذكرة قال العلامة سبزواري: لا يشترط في العمل - في الجعالة - العلم إجماعاً<sup>(٣)</sup>، وتعززه السيرة العقلائية.

وثانياً: محلول من وجوه:

الأول: أن صحة الإشكال تتم بناء على القول بأن النهي يقتضي الفساد، وأما على القول بالعدم فلا يلزم من الغرر إلا ارتكاب المعصية.

الثاني: أن الغرر منتف موضوعاً؛ لأن العقد يقوم عرفاً على توظيف الصائن لهذه المهمة، فالمعقود عليه الملكة المهارية أو القدرة على الصيانة، وفي مثلها لا يشترط فعلية العمل، بل الجاهزية والاستعداد له متى ما اقتضت الحاجة، فيكون مثله مثل الضابط والشرطي والحارس والجندي والطبيب والصيدلي ونحوهم ممن يستوظفون للخدمة، ولا يشترط في صحة العقد وجود الحاجة بالفعل، بل يشترط وجود الجاهزية والاستعداد لقضائها متى حدثت، وهي معلومة لا مجهولة.

الثالث: بل قد عرفت بأن المجهولية المذكورة لدى العرف العام لا العرف الخاص، والمدار في مثله العرف الخاص دون العام، وعلى فرض التسليم، فإن العرف يرى أن المعاملة ليست غررية بشهادة إقدامهم على التعامل بها وإنفاق

(١) شرائع الإسلام: ج ٣، ص ٧٠٦.

(٢) الجواهر: ج ٣٥، ص ١٩٢.

(٣) التذكرة: ج ٢، ص ٢٨٧.

الأموال الطائفة عليها نعم ربما يكون الشرط الملازم لها غررياً وهو نوع العمل وكيفيته ومدته، وحيث إن الشرط خارج عن العقد فالنهي يبطل الشرط لا ذات العقد، على أن الشرط ليس غررياً كذلك؛ لما عرفت من أن العلم الإجمالي بنوع العمل وحدوده يكفي لتصحيحه.

هذا وقد أجاب البعض عن الإشكال بالخروج الموضوعي، بدعوى أن النهي تعلق ببيع الغرر لا مطلق الغرر؛ لأن النص الوارد: ﴿نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر﴾ فلا يجري في الإجارة<sup>(١)</sup> وهو منقوض بما ورد أيضاً: ﴿نهى النبي ﷺ عن الغرر﴾<sup>(٢)</sup> وإطلاقه يشمل كل غرر، ومحلول بأنه على فرض صحة النص الأول فإن المراد بالبيع إما مطلق المعاملة؛ لأن البيع بمعناه العام يشمل كل عقد، أو محمول على أحد المصاديق أو أكثرها وجوداً؛ بداهة أن الغرر فيه خديعة وإضرار بالغير، ولا يعقل للشرع أن يمنعه في البيع دون غيره؛ للزوم التناقض والخلف، وتعززه رؤية العرف عدم الخصوصية للبيع في ذلك.

الإشكال الثالث: أن العقد المذكور تعليقياً، والتعليق مبطل للعقد.

وبيان ذلك: أن عقد الصيانة معلق على تقدير ظهور العطل أو وجود حاجة إلى الصيانة فيتناهى مع شرط العقد، وهو التنجيز.

والجواب:

أولاً: بطلان الكبرى؛ لأن التعليق في الشروط مما لا مانع منه في الجملة كما

(١) انظر الفقه المعاصر: ج ١، ص ٤٢٨.

(٢) انظر القواعد الفقهية (للبيجوردى): ج ٧، ص ١٢٥.

حققناه في مورده.

فإن التعليق أقسام: تعليق على أمر عدمي لا يعلم تحققه، وتعليق على أمر وجودي يعلم بتحقيقه، وتعليق على أمر وجودي مجهل زمان تحققه.

والأول هو المبطل لمنافاته لتنجزية العقود والشروط، أما الثاني والثالث فلا مانع منهما، وعليها السيرة العقلائية والشرعية والمتشعبة، ولذا صح النذر والعهد والوقف الذري والوصية ونحوها.

وفي العرف قد يبيع الرجل داره إذا حل شهر رمضان أو رجع من سفره سالماً ونحو ذلك، ولا يعد هذا من التعليق على المعدوم بل على الموجود الذي لوجوده زمان يحصل فيه، وفي الروايات الشريفة ما يعزز هذا، ففي صحيحة سليمان ابن خالد عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل كان له أب مملوك وكان لأبيه امرأة مكاتبة قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ فقالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك. قال عليه السلام: ﴿لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم﴾<sup>(١)</sup>.

وقد استدل بعض الفقهاء كالميرزا النائيني رحمته الله بها على نفوذ الشرط وإن كان معلّقاً<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن التعليق متنفذ؛ لأن الشرط ليس ظهور الحاجة إلى الصيانة أو العيب

(١) الوسائل: ج ٢٣، الباب ١١ من أبواب المكاتبة، ص ١٥٥، ح ٢٩٢٩٩؛ التهذيب: ج ٨، ص ٢٦٩، ح ٩٧٩.

(٢) انظر منية الطالب: ج ٢، ص ١٦٢.

ونحوه، وإنما التزام الصائن وجاهزيته للعمل متى ما لزمته الحاجة، نظير الجندي والحارس ونحوهما، والالتزام أمر فعلي منجّز لا معلق.

ثالثاً: أن عقد الصيانة لا يدور على ظهور العيب فقط، بل على ثلاثة أمور هي: الصيانة الوقائية وتتم بالمراقبة والحفظ، والصيانة العلاجية وتتم برفع الخلل والعيب، والصيانة التطويرية وتتم برفع كفاءة الآلات ونحوها لتواكب الحاجة، وغير المعلوم منها على فرض وجوده هو الثاني. أما الأول والثالث فهما فعليان ومنجّزان فيمكن أن يتعلق العقد بهما، على أن الصيانة العلاجية في الغالب تكون معلومة لدى الخبير الماهر، ويمكنه أن يعلم بوجود العيب قبل ظهوره بالفعل ولو بالعلم الإجمالي، والواقع والوجدان شاهدان عليه.

ويحصل: أن الإشكال المذكور ليس بصحيح لا في المبني ولا في البناء، وبذلك يتضح وجه الجواب عن القول بأن عقد الصيانة يتضمن ضمان الأجر قبل الاستحقاق؛ لأنه سابق عن العمل، وضمن ما لم يجب باطل.

أولاً: لعدم تمامية الكبرى؛ لأن ضمان ما لم يجب في نفسه صحيح، ولا مانع منه. وثانياً: لعدم تمامية الصغرى؛ لأن الإجارة تشتمل على ثلاث مهام، والوقائية والتطويرية حاصلة من حين العقد، والعلاجية إن كان العقد بعد ظهور العيب فتكون حاصلة من العقد، على أن العقد يتعلق بالالتزام والجاهزية للعمل، وهما منجّزان من حين العقد.

ويحصل من مجموع ما تقدم: أن المقتضي لصحة عقد الصيانة ولزومه موجود والمانع مفقود.

## الأمر الثالث

### عقد الصيانة في القانون والفقه

قد عرفت أن الغالب في عقد الصيانة هو الإجارة فتطبق عليه أحكامها سواء كان من قبيل الإجارة الذميمة أو الإجارة المركبة من العينية والذميمة بناء على دخول الآلات ضمن العقد، ويقابل هذا ما ذهب إليه بعض أهل القانون الحاكم في المعاملات التجارية، فذهب إلى أن عقد الصيانة مستقل وله خصائص تميزه عن سائر العقود<sup>(١)</sup> وبه أخذ جمع من العامة حيث عرفوا عقد الصيانة بأنه عقد مستحدث مشروع تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود، ولا يخالف نصاً أو قاعدة شرعية عامة، وهو في تكييفه الفقهي أقرب ما يكون إلى عقد الجعالة، حيث إن معظم صور الصيانة لا يمكن فيها تحديد مقدار العمل بشكل دقيق<sup>(٢)</sup>، ويرد على ما

(١) الوسيط (للسنهوري): ج ٧، ص ٥-٣٥.

(٢) مجلة الاقتصاد الإسلامي (العدد ١٧٧)؛ السنة الخامسة عشرة، شعبان (١٤١٦) من ديسمبر (١٩٩٥) م، ص ٥٧٩؛ وانظر الفقه المعاصر: ج ١، ص ٤٣٨.

ذكره أهل القانون بأنه قول تنظيري لا تطيري؛ إذ ينبغي أن يلحظ كيف يتم التعاقد في الصيانة، وهل هو من قبيل العقد المستقل أم من قبيل الإجارة؟ والغالب هو الثاني بشهادة الوجدان، وأما ما ذكره العامة فهو مخدوش من وجوه عديدة:

**الوجه الأول:** اشتغال التعريف على التناقض من جهتين:

**الأولى:** أنه في بادئ العبارة قال هو عقد مستحدث تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود، وهو ظاهر في أنه عقد مستقل لكنه فقهيًا قرّبه من الجعالة، فإن أراد من القرب مجرد الاقتراب في بعض المفهوم دون الدخول في ماهية الجعالة فلا بأس، وإن أراد الاندراج في مصاديق الجعالة، يتناقض مع كونه عقداً مستقلاً.

**الثانية:** على فرض كونه جعالة فإنه يتناقض مع قوله تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود؛ لأن من الأحكام العامة أصالة اللزوم في العقود، والجعالة على فرض كونها عقداً فهي من العقود الجائزة. تسالم على ذلك الفقهاء، وحكي عليه الإجماع<sup>(١)</sup>، على أن جماعة ذهبوا إلى أنها من الإيقاعات<sup>(٢)</sup>.

**الوجه الثاني:** أنه مناف لقصود المتعاقدين وما جرت عليه السيرة العقلائية والمشرعية في الأسواق من بناء عقود الصيانة على الإجارة لا العقد المستقل.

**الوجه الثالث:** وجود فوارق جوهرية عديدة بين الصيانة والجعالة:

**منها:** أن عقد الصيانة لازم، والجعالة جائز على فرض كونها عقداً.

(١) انظر المبسوط: ج ٢، ص ٣٦٧؛ التذكرة: ج ٢، ص ٢٨٨.

(٢) انظر منهاج الصالحين: ج ٢، ص ١١٦.

ومنها: أن الحاجة إلى العمل في الجعالة فعلية منجزة، وفي الصيانة معلقة أحياناً.  
ومنها: أن الصائن يستحق الأجر من حين العقد وإن لم تظهر حاجة إلى العمل، بينما لا يستحق ذلك في الجعالة إلا بعد إنجاز العمل، كما يصح تقسيط الأجر في الصيانة وجعله مرتباً شهرياً أو أسبوعياً أو يومياً على حسب الاتفاق، ولا يصح ذلك في الجعالة.

ومنها: أن العمل في الصيانة لازم ولا يجوز للصائن أن يتخلف عنه أو يتركه، بخلافه في الجعالة.

ومنها: أن عقد الصيانة محدد بأجل، بخلاف الجعالة فإنها في الغالب لا أجل فيها؛ لأن العناية على إنجاز العمل لا مدته.

وبتحصل: أن ماهية عقد الصيانة تغاير ماهية الجعالة، فلا يمكن إرجاع أحدهما للآخرى، كما أنها ليست عقداً مستقلاً، بل هي إجارة فتنطبق عليها أحكام الإجارة كاللزوم، فلا تقبل الفسخ إلا بالأسباب المجيزة له، كالخيار والشرط والتقايل، ولزومها مما تسالم عليه الفقهاء، وحكي عدم الخلاف فيه<sup>(١)</sup>، وهو ما تقتضيه عمومات وإطلاقات أدلة العقود والسيرة العقلائية القائمة على أصالة اللزوم في كل عقد إلا ما خرج. نعم اختلفوا في الإجارة المعاطاتية، فنسب إلى المشهور القول بعدم لزومها<sup>(٢)</sup>، وهو مبني على دعوى أن المعاطاة ليست بعقد،

(١) شرائع الإسلام: ج ٢، ص ١٧٩؛ مستند العروة الوثقى: (الإجارة): ص ١١٢.

(٢) العناوين: ج ٢، ص ١١٣؛ مستند العروة الوثقى: (الإجارة): ص ١١٣.

أو دعوى انصراف أدلة وجوب الوفاء بالعقود إلى العقود اللفظية<sup>(١)</sup>، والتحقيق على خلافه؛ لأن الحكم يتبع الموضوع، وإذا صدق عنوان العقد على الإجارة المعاطاتية اندرجت تحت عمومات وإطلاقات أدلة الوفاء بالعقود، ودعوى الانصراف عهدتها على مدعيها، وعلى فرض الشك فإن أصالتي العموم والإطلاق محكمتان، فجواز الفسخ يفتقر إلى دليل، ويعززه ما قرره الفقهاء من وجود سنخية تامة بين الإجارة والبيع ولا يفترقان إلا بفارق واحد وهو أن البيع تمليك للشيء بعوض، والإجارة تمليك لمنفعة الشيء بعوض، فتكون الأحكام الجارية في البيع جارية في الإجارة إلا ما خرج بدليل<sup>(٢)</sup>، ولا خلاف في أن البيع لازم سواء كان لفظياً أو معاطاتياً، وقد حققنا المسألة في بحث المعاطاة بما يغنيننا عن مزيد البحث هنا.

(١) العناوين: ج ٢، ص ١١٥.

(٢) المبسوط: ج ٣، ص ٢٢٢؛ فقه المعاملات (للمصطفوي): ص ١٩٠.

## الأمر الرابع

### فروع وأحكام

وهي عديدة نستعرض المهم منها على التوالي.

#### الفرع الأول: في خيارات العقد

يثبت لعقد الصيانة سائر الخيارات التي تثبت في الإجارة والبيع؛ لوحدة الملاك، وعمدتها ثلاثة هي : خيار المجلس بناء على التوسعة في دليله ولو بالاستعانة بإشراك الإجارة والبيع في الأحكام، وخيار الغبن، كالغبن في الأجرة، وخيار تخلف الشرط، ووجهه ظاهر.

#### الفرع الثاني: في ضمانات عقد الصيانة

العيوب الطارئة على أدوات العمل والآلات تكون على ثلاثة أقسام:  
الأول: عيوب التصنيع، أي أن الصانع لم يتقن الصناعة فأخل بشروط الإلتقان والضبط في أصل التصنيع أو الإنتاج، كما لو كان الشرط أن تكون الآلة قادرة على

العمل عشر ساعات متواصلة فظهر قصورها عن ذلك.

الثاني: عيوب التشغيل والعمل بسبب استهلاك الأجهزة أو الخطأ والإهمال في التشغيل.

الثالث: عيوب الصيانة، ولا كلام في أن الضمان في الأول على الصانع، وفي الثاني على المالك إن كان العيب من الاستهلاك الذاتي، وعلى المقصر في خطأ التشغيل والإهمال مالكاً كان أو عاملاً؛ لأن كل واحد منهم سبب للتلف أو الضرر الحاصل، وأما عيوب الصيانة فعلى الصائن.

وبيان ذلك: أن الصائن يضمن لصاحب العمل في ثلاثة أحوال:

الأول: الإضرار.

والثاني: تفويت المنافع.

والثالث: الإتلاف، فإذا كان عقد الصيانة قائماً على المهام الثلاث للصيانة - أي الوقائية والعلاجية والتطويرية - فيجب على الصائن أن يقوم بفحص الأدوات والآلات، وينبه على العطلات والاختلالات المتوقعة التي تصيبها أو ستصيبها في المستقبل، فإن لم يفعل ووقع العطل فهو ضامن؛ لأن جوهر هذا العقد يقوم على أساس تأهيل الأجهزة والأدوات لضمان دوام العمل والإنتاج، فإذا قصر في الفحص أو أهمل في الإبلاغ أو إتقان العمل وظهرت عيوب أو سببت حصول ضرر في الأدوات أو في الإنتاج أو أوجبت تفويت المنافع المتوقعة بحسب شأنها وجب على الصائن الضمان؛ لصدق عنوان الإضرار والتفويت، ولأنه سبب عرفاً، والمرجع في تحديد التقصير والإهمال وعدم الإتقان هو العرف الخاص، وأهل

الخبرة؛ لأنه من الموضوعات الخفية التي تتوقف على مهارة وإعمال نظر. ولو اشترط في العقد أن يكون تطوير الأدوات والأجهزة لتواكب حاجة السوق على الصائن، وتوقف ذلك على تطوير مهارة الصائن وتنمية كفاءته عبر المشاركة في الدورات التعليمية والتدريب المهني ونحو ذلك من طرق التطوير وجب ذلك؛ لوجوب ما يتوقف عليه الواجب، فلو قصر في ذلك ضمن التفويت الحاصل منه.

### الفرع الثالث: ضمان الضرر المباشر

يضمن السبب الأضرار المباشرة التي سببها تقصيره والأخرى غير المباشرة، فلو قصر الصائن في صيانة الآلة وأدى إلى احتراقها أو انفجارها وسبب ذلك إتلافها وإتلاف أدوات وأجهزة أخرى، وربما أتلف المصنع، أو سبب أضراراً بالأبدان والنفوس ونحو ذلك، فإنه يتحملها، ويجب عليه ضمان الجميع؛ لأنه سبب فيها، ولو كان الإضرار ناشئاً من سوء التصنيع ضمنها الصانع. نعم لو شرط الصانع والصائن عدم الضمان فلا ضمان لصاحب العمل ما يتعلق بالأضرار المباشرة للأجهزة والآلات، وأما الأضرار الأخرى المادية فإن كانت داخلة في شرط عدم الضمان أخذ بمقتضى الشرط، وإلا وجب عليه الضمان؛ لأنه سبب.

وأما أضرار الأبدان والنفوس التي تنزل بالعاملين فيجب ضمانها على المسبب، ولا يحق للمالك التنازل عنها؛ لأنها حق الغير. نعم يجوز أن يشترط الصائن أن يكون ضمان الأضرار على مالك العمل، فعليه دفع الدية.

## الفرع الرابع: ضمان إتلاف الصائن

لو أتلف الصائن الأدوات حين العمل وجب عليه الضمان وهو المشهور<sup>(١)</sup>؛ لقاعدة الإتلاف، ولأن الصائن أجير، والأجير يضمن ما يتلفه حين العمل، بل وللنصوص الواردة.

منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: ﴿كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن﴾<sup>(٢)</sup> وهي تامة سنداً ودلالة، وثبتت كبرى كلية في كل إجارة ذميمة، وإطلاقها يشمل عدم التعدي في الإفساد، وهناك من قيّد الضمان بصورة التجاوز عن الحد المأذون فيه في العمل، كما لو استأجره لخياطة الثوب فصبغه فتلف، وضعفه ظاهر؛ لصدق عنوان الإتلاف والسبب فيه، ويعززه إطلاق بعض الأخبار المعتبرة، ففي موثقة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: ﴿من تطب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه، وإلا فهو ضامن﴾<sup>(٣)</sup>.

وبضميمة عدم الخصوصية أو وحدة الملاك يعمم مفادها لكل إجارة. هذا في إجارة الذمة، أما إجارة العين فتأتي.

(١) انظر العروة الوثقى: ص ٥٠٦ - ٥٠٧.

(٢) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة، ص ١٤٧، ح ٢٤٣٣٥؛ الفقيه: ج ٣، ص ٢٥٣، ح ٣٩١٧.

(٣) الوسائل: ج ٢٩، الباب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان، ص ٢٦٠، ح ٣٥٥٨٢؛ التهذيب: ج ١٠، ص ٢٣٤، ح ٩٢٥.

## الفرع الخامس: ضمان الإجارة العينية

تختلف إجارة العمل عن إجارة العين في الضمان، فإن ما يسببه العمل من الأضرار أو تفويت المنافع مضمون مطلقاً كما عرفت، بخلاف إجارة العين فإن العين تكون أمانة لدى المستأجر؛ لأنها سلّمت إليه برضا المالك في ضمن عقد صحيح؛ لذا لا يضمن المستأجر ما ينزل بها من عيب أو تلف إلا بالتعدي أو التفريط وهذا من المسلمات عند الفقهاء بل حكي عليه الإجماع بقسميه<sup>(١)</sup>، وقد دلت عليه النصوص الصحيحة سنداً والصرحة دلالة.

منها: صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام:  
 ﴿لا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبغها غائلة﴾<sup>(٢)</sup> والإكراه حملها على ما فوق طاقتها، والغائلة إرادة الشر والفساد<sup>(٣)</sup>، ولا خصوصية للدابة بشهادة فهم الفقهاء العموم.

ومنها: صحيحة الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تكارى دابة إلى مكان معلوم فنفتت الدابة؟ قال: ﴿إن كان جاز الشرط فهو ضامن، وإن دخل وادياً لم يوثقها فهو ضامن، وإن سقطت في بئر فهو ضامن؛ لأنه لم يستوثق منها﴾<sup>(٤)</sup>

(١) انظر الجواهر: ج ٢٧، ص ٢١٥.

(٢) الوسائل: ج ١٩، الباب ٣٢ من أبواب الإجارة، ص ١٥٥، ح ٢٤٣٥٧؛ التهذيب: ج ٧، ص ١٨٢، ح ٨٠٠.

(٣) المعجم الوسيط: ج ٢، ص ٦٦٦، (غاله).

(٤) الوسائل: ج ١٩، الباب ١٧ من أبواب الإجارة، ص ١٢١، ح ٢٤٢٧٤؛ التهذيب: ج ٧،

والتعليل ظاهر في أنه لو استوثقها ولم يجاوز الشرط لا ضمان، والعلة تعمم الحكم لغير الدابة لذات الملاك.

ومنها: رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل استأجر دابة فوقعت في بئر فانكسرت ما عليه؟ قال: ﴿هو ضامن إن كان لم يستوثق منها، فإن أقام البينة أنه ربطها فاستوثق منها فليس عليه شيء﴾<sup>(١)</sup> ودلالاتها معززة لما مضى.

وفي روايته الأخرى قال: سألته عن رجل اكرى دابة إلى مكان فجاز ذلك المكان فنفتت ما عليه؟ فقال: ﴿إذا كان جاز المكان الذي استأجر إليه فهو ضامن﴾<sup>(٢)</sup>، وهي دالة على أن الضمان يدور على التصرف غير المأذون به من المالك، وهو عدوان بالمعنى العام لا العدوان على ذات الدابة، والروايات الواردة بهذا المضمون متضاربة، ويستفاد منها أن الأصل في إجارة العين كونها أمانة، فلو عيبت أو تلفت فلا ضمان على المستأجر، ويضمن في ثلاث حالات:  
الأولى: التعدي منه.

والثانية: التفريط في الحفظ.

والثالثة: التسبب في الإضرار ببناء على عدم اندراجه في التعدي. أما الأضرار

→

ص ٢١٤، ح ٩٣٩.

(١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٣ من أبواب الإجارة، ص ١٥٦، ح ٢٤٣٦٠.

(٢) الوسائل: ج ١٩، الباب ١٧ من أبواب الإجارة، ص ١٢٢، ح ٢٤٢٧٧.

النازلة بالعين بسبب الاستهلاك الذاتي فلا ضمان على المستأجر؛ لخلوه من أسباب الضمان الثلاثة، كما لو استهلكت الدار بالسكنى والسيارة بالسفر، وينطبق ذلك في عقد الصيانة في موارد عديدة عمدتها موردان:

**الأول:** إذا كانت الصيانة تتم بالأجهزة والأدوات لا بعمل الصائن فتقع الإجارة على العين، نظير خدمة الإنسان الآلي ونحوه الذي بدأ ينتشر في مختلف المجالات.

**الثاني:** إذا كانت أدوات الصيانة مستأجرة وليست ملكاً للصائن فلا يجب على الصائن الضمان، وهذا مما لا خلاف فيه، وإنما الخلاف فيما لو اشترط صاحب العين الضمان وإن لم يتعد الأجير أو يفرط فيها؛ لوقوع التعارض بين دليل وجوب الوفاء بالشرط وبين الروايات المتقدمة الدالة على عدم الضمان، فذهب البعض إلى عدم صحة الشرط؛ لأن الروايات النافية للضمان مخصصة لعموم وجوب الوفاء بالشرط<sup>(١)</sup>.

وقد يقال بحكومة دليل الشرط على أدلة عدم الضمان؛ لأنه عنوان ثانوي بالقياس إلى العناوين الأولية، ولو منع من جريانه هنا لوجب منعه في جميع موارد الشروط، فيقال بعدم إثبات الخيار بالشرط؛ لحكومة أصالة اللزوم عليه، وبعدم إسقاطه بالشرط؛ لحكومة أدلة الخيار عليه وهكذا.

فالحق جواز اشتراط عدم الضمان على الأجير مطلقاً، وعليه جرت السيرتان العقلائية والمشرعية مع عدم الردع، وتسقط دعوى تخصيص دليل الضمان لدليل الشرط؛ لعدم المكافأة بين الدليلين حتى يجمع بينهما بالتخصيص، بل أحدهما راجح على الآخر ومتصرف فيه.

---

(١) فقه المعاملات (للمصطفوي): ص ٢٠٧.

## الفرع السادس: في أنحاء عقد الصيانة

يمكن أن يقع عقد الصيانة على أنحاء:

الأول: الإجارة على تمام العمل، بمعنى أن يتخصص الصائن لصيانة أجهزة العمل المعين، فيكون أجيراً كاملاً بتمام المدة، فلا يجوز له أن يعمل لنفسه أو لغيره بأجر أو بتطوع إلا بإذن صاحب العمل؛ لأنه مالك لتمام منفعته. حكي عليه الإجماع بقسميه<sup>(١)</sup>، بل في خبر إسحاق بن عمار قال سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يستأجر الرجل بأجر معلوم فيبعثه في ضيعته فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول: اشتر بهذا كذا وكذا وما ربحت بيني وبينك؟ فقال: ﴿إذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس﴾<sup>(٢)</sup>، وهو ظاهر في استئجاره في تمام المنفعة، ومفهومه ثبوت البأس إن لم يأذن مالك المنفعة، ومثله يقال في الصائن، فإذا تخلف الأجير وعمل في فترة الإجارة فهو آثم ومخالف للشرط، ولو عمل بأجر كان للمستأجر الأجرة التي تقاضاها الأجير؛ لأنه مالك لمنفعته، ومن يملك الأصل يملك الفرع، وفي ثبوت الخيار له احتمالان بل قولان: قول منهما ذهب إلى الثبوت، فللمستأجر أن يفسخ المعاملة لتخلف الأجير عن الشرط، وله الإمضاء والمطالبة بالأجر، ويمكن أن يوجه بأن الأجير بالعمل الثاني يكون فضولياً، فإن أجازته المالك صح وامتلك العوض الحاصل منه، وإن منعه بطلت الإجارة إن كان عمله

(١) الجواهر: ج ٢٧، ص ٢٦٤.

(٢) الوسائل: ج ١٩، الباب ٩ من أبواب الإجارة، ص ١١٢، ح ٢٤٢٦١؛ التهذيب: ج ٧، ص ٢١٣، ح ٩٣٥.

بعوض، وجاز فسخ الإجارة؛ لتفويت الأجير للمنفعة ومخالفته للشرط، وعلى فرض الإجازة فهل يمتلك المالك كل الأجرة أم أجرة المثل؟ فإن زادت عن الأجرة الثانية ضمن الأجير الزيادة، وإن قلت عنها دفع له تمام الأجرة؛ لأنه مالك لها، ويستحق المثل، والحق الثاني. هذا لو كان العمل الثاني بعوض، ولو كان تبرعياً ضمن الأجير للمستأجر ما فوته من منافع.

الثاني: الإجارة على العمل الخاص كالخياطة، ويفترق عن الأول في أن الإجارة تستغرق بعض الوقت لإتمامه، وربما يكون الوقت مفتوحاً بأن يتفق معه على خياطة الثوب ويوكلان تحديد الوقت إلى المتعارف، أو يتفقان على مدة محددة، وفي مثله يجوز للأجير أن يعمل لنفسه أو لغيره مجاناً أو بعوض في المدة المحددة إذا لا تعيقه عن الالتزام بإنجاز العمل في المدة المحددة، ولو أعاقته لا يجوز له أن يعمل لنفسه أو لغيره، إما لأن الأمر بالشيء يقتضى النهى عن ضده، أو لأنه سبب لترك الأمر، فلو اتفقا على خياطة الثوب في أسبوع وكان التعاقد على خياطة ثوب آخر لآخر لا يخل بالتزامه بالمدة المحددة صح العقد الثاني، ولا يتوقف على قيد أو شرط، وأما إذا أخل به وتعاقد كان العقد الثاني فضولياً، فيتوقف على إجازة المستأجر الأول، فإن لم يجز كان العقد الثاني باطلاً؛ لأنه باع ما ليس له، وإذا فوت على المستأجر وجب عليه الضمان وإن أجاز صحت الإجارة الثانية.

وذهب بعض الفقهاء كصاحب العروة رَبِّهِ إلى أن العقد الثاني وإن أخل بالالتزام بالعقد الأول لا يتوقف على إجازة المستأجر الأول، وإنما يثبت الخيار، وإن شاء فسخ العقد واسترجع الأجرة المسماة إن كان قد دفعها، وإن شاء أمضاه وطالب بالمنفعة الفائتة، وعلله بأن المفروض أن المستأجر مالك لمنفعة الخياطة

وهي محدودة، وليس له سلطة على الأجير في غيرها<sup>(١)</sup>.

وفيه: أن الإجارة الثانية إن كانت مقيدة بإنجاز العمل في الوقت المحدد كانت المنفعة مملوكة للمستأجر الأول بلا إشكال، فلو ملكها للغير توقفت على الإذن وإن كانت غير مقيدة بوقت، أو كان عملها لا يستغرق تمام المدة كان للأجير السلطة على منفعته، فله أن يلتزم بعقد آخر، فلو أخل بالالتزام بالإجارة الأولى كان ذلك بسببه وسوء اختياره فيكون مخالفاً بالشرط، فيجوز للمستأجر الفسخ وتضمينه فوات المنافع الحاصلة بخيار تحلّف الشرط.

وباختصار: أن الإجارة الأولى لها صورتان:

الأولى: أن يستغرق تمام الوقت فلا يثبت فيها خيار، بل تبطل المعاملة.

الثانية: أن لا تستغرق تمام الوقت ويثبت فيها الخيار، فإطلاق القول بثبوت الخيار محل نظر، وما يقال في الخياطة يقال في الصيانة، وبذلك يظهر الخلل في جملة من عقود الإجارة.

منها: عمل البناء إذا التزم بالبناء في مكانين في عقدين دون شرط أو اتفاق مع المستأجر الأول، وكان عمل الإجارة الأولى يستغرق تمام الوقت.

ومنها: عمل الخياط والنجار والحداد وغيرهم لذات الملاك.

ومنها: أعمال الصيانة، ولا حل لمثل ذلك إلا بأمرين:

أحدهما: التشارط في ضمن العقد بجواز أن يلتزم عملاً آخر في مدة الإجارة الأولى.

(١) العروة الوثقى: ص ٥١٠؛ وانظر مستند العروة الوثقى (كتاب الإجارة): ص ٣٠١.

ثانيهما: أن يحدد مدة مضبوطة لإنجاز العمل فيها، فيتعين عليه الالتزام بالإنتاج داخل المدة، فإذا تخلف ثبت الخيار والضمان.

الثالث: أن تتعلق الإجارة بذمة خاصة لا غيرها.

كما لو اشترط أن يكون المباشر للصيانة فلان لا غيره فيجب الالتزام بالشرط، فلو خالف الصائن المحدد وأوكل الإنجاز لغيره أثم لمخالفته للشرط، ويتخير المستأجر بين ثلاثة:

أحدها: فسخ الإجارة وتضمين الأجير الخسائر والمنافع الفائتة.

ثانيها: الإمضاء مع تضمينه الخسائر وفوات المنافع.

ثالثها: الإمضاء مع التنازل عن الضمان لذات الملاك المتقدم في الثاني.

إن قلت: لماذا لا يحكم بطلان الإجارة الثانية؛ لأن مخالفة الشرط محرم تكليفاً فتندرج المعاملة في قاعدة النهي عن المعاملة الذي يقتضي الفساد.

والجواب: قد يقال إن النهي في مثلها لا يتعلق بذات المعاملة، بل بذمة الأجير؛ لأن التعهد والالتزام يختص بذمته، فكان يجب عليه الوفاء به، فإذا تخلف خالف التزامه. أما النهي لا يسري إلى ذات المعاملة، ولذا ذهبوا إلى ثبوت الخيار لا البطلان، والحق أن النهي التكليفي كاشف عن عدم إمضاء المعاملة الثانية فيكشف عن بطلانها، وهو لا يتنافى مع القول بثبوت الخيار؛ لأن رضا المستأجر يمكن أن يكون بمنزلة إحداث عقد جديد معاطاتي مبني على التراضي تترتب عليه آثاره، لاسيما على القول بأن الإجارة ناقلة، وبهذا نجتمع بين القاعدة الأصولية والقول بثبوت الخيار، وعلل بعض المراجع البطلان بوجه عقلي.

خلاصته: أن مفاد الإجازة الأولى وجوب الوفاء بشرطها وهو المباشرة، والإجازة الثانية تقتضي وجوب الوفاء أيضاً ولا يجامع الأمر بالوفاء في الثانية الأمر بالوفاء في الأولى؛ لأنها من جمع الضدين، وحيث إن الأول وقع في ظرفه صحيحاً ويشمله دليل نفوذ الشرط بلا مزاحم فلا يبقى مجال لشمول دليل وجوب الوفاء بالعقد للإجازة الثانية<sup>(١)</sup> وهو لا يخلو من تهافت؛ لأن قوله بأن الأمر بالوفاء بالإجازة الثانية يقتضي الوفاء يناقض قوله فلا يبقى معه مجال لشمول دليل وجوب الوفاء بالعقد للإجازة الثانية، فإن نفي المجال كاشف عن نفي المقتضي، فلا يجتمع مع القول بثبوت المقتضي، على أن الإجازة الثانية إذا وقعت مخالفة لشرط المستأجر لا يتوجه الأمر بالوفاء بها، بل النهي عنه، فتقع باطلة من جهة مخالفة الشرط.

ويتحصل: أن النهي عن مخالفة الشرط يوجب بطلان الإجازة الثانية مع ثبوت الخيار لمخالفة الشرط.

إن قلت: فلماذا لم يقولوا ببطلان الإجازة الثانية في النحو الثاني من أنحاء الضمان؟ والجواب: نحكم بالبطلان في صورة عدم الإجازة، أو كانت الإجازة تستغرق كل الوقت، فتكون الإجازة بحكم عقد جديد

الرابع: أن تتعلق الإجازة بذمة الصائن الخاص بعنوان المنفذ لا المباشر، نظير المفاوض الذي يلتزم العمل ويستوظف أجيراً آخر للمباشرة، فالإجازة الثانية تصح؛ لوجود المقتضي وانعدام المانع، ولو تحلف الأجير المباشر عن الالتزام

(١) انظر مستند العروة الوثقى (كتاب الإجازة): ص ٣٠٨، (بتصرف).

بالشروط فأضّر أو فوتّ بعض المنافع وجب عليه الضمان للمنفذ، وهو الآخر وجب عليه الضمان لصاحب العمل، ولا يحق لصاحب العمل مراجعة المباشر وإن كان هو المتخلف؛ لأنه ليس طرفاً في عقده، فيتعين عليه مراجعة المنفذ بالضمان، وهو الآخر يطالب المباشر به<sup>(١)</sup>.

### الفرع السابع: في حكم الإجارة الطولية والمقاولات الثانوية

إن صاحب العمل يملك منفعة الصائن بعقد الصيانة، وفي جواز استئجار الصائن لأجير آخر لمباشرة العمل وعدمه صور:

**الأولى:** أن يشترط عليه المباشرة بنفسه، فلا يجوز له أن يستأجر غيره للإنجاز، ولو تخلف عن ذلك بطل العقد الثاني؛ لأدلة وجوب الوفاء بالشروط، وفي بطلان عقد الأول قولان: أحدهما الصحة وثبوت الخيار.

**الثانية:** أن يشترط عليه التنفيذ لا المباشرة، كما لو علم بأنه قليل الخبرة أو الإتقان في الإنجاز فاستأجره على أن يستأجر الخبير في التنفيذ وجب عليه استئجار الخبير للإنجاز، ولو باشره بنفسه بطل العقد.

**الثالثة:** أن يطلق التعاقد ولم يقيده بشيء مما ذكر، ولا إشكال في جواز استئجار شخص آخر أو شركة للإنجاز، وهذا مما لا خلاف فيه، والكثير من معاملات الإنتاج والصيانة قائمة عليه، وإنما الخلاف في مقدار الأجور التي يجوز له تقاضيها من الإجارة الثانية، والمحتملات ثلاثة:

(١) انظر الفقه (الإجارة): ج ٥٨، ص ٤٩.

أحدها: أن تكون مساوية للأولى، ولا إشكال في جوازها؛ لوجود المقتضي وانعدام المانع.

ثانيها: أن تكون بأقل من الإجارة الأولى، ولا إشكال في جوازها؛ للأصل وقاعدة السلطنة، والمستفاد من دلالة بعض الأخبار<sup>(١)</sup>.

ثالثها: أن تكون بأكثر من الإجارة الأولى، كما لو كانت الأجرة الأولى مائة فيستأجر غيره بأقل من مائة في إجارة الذمة، ويستأجر العين بمائة يؤجرها بمائة وعشرين مثلاً، وفيه أقوال وعمدتها قولان:

القول الأول: المنع. ذهب إليه جماعة، بل نسب إلى الشهور<sup>(٢)</sup>.

والقول الثاني: الجواز مع الكراهة. حكى عن جماعة منهم العلامة والشهيدان والمحقق الكركي قدست أسرارهم وجمع من مراجع العصر<sup>(٣)</sup>، واستدل المانعون بطائفة من الأخبار.

منها: الإطلاقات والعمومات الناهية عن الإجارة العينية والذمية الثانية مع الربح؛ لجملة من الأمور، وهي البيت والدكان والأرض والرحى والسفينة والأجير<sup>(٤)</sup>.

ففي خبر أبي الربيع عن الصادق عليه السلام: ﴿إن فضل الأجير والبيت حرام﴾<sup>(٥)</sup>،

(١) انظر مهذب الأحكام: ج ١٩، ص ١٣٤، هامش ٢٣.

(٢) مهذب الأحكام: ج ١٩، ص ١٣٦؛ الفقه (كتاب الإجارة): ج ٥٨، ص ٤٠.

(٣) انظر الجواهر: ج ٢٧، ص ٣١٩؛ الحدائق: ج ٢١، ص ٦٣٢؛ التذكرة: ج ٢، ص ٢٩١.

(٤) انظر الإجارة (للشيخ الأصفهاني): ص ٥٩.

(٥) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٠ من أبواب الإجارة، ص ١٢٥، ح ٢٤٢٨١، ح ٢٤٢٨٢.

وفي خبر أبي المغرا: ﴿إن فضل الحانوت والأجير حرام﴾<sup>(١)</sup>، وفي خبر ابن المشني: ﴿إن فضل البيت حرام، وفضل الأجير حرام﴾<sup>(٢)</sup> وهي نص في الحرمة بناء على أن الحرمة الواردة في النصوص الشرعية محمولة على الاصطلاحية لدى الفقهاء والأصوليين، ولو تمت الدلالة تكون مخصصة للقواعد العامة، كقاعدة السلطنة وإطلاقات وعمومات أدلة العقود.

ومنها: رواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه، ويدفعه إلى آخر فيربح فيه؟ قال عليه السلام: ﴿لا إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً﴾<sup>(٣)</sup>.

ومنها: رواية أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر يربح فيه؟ قال: ﴿لا﴾<sup>(٤)</sup>.

ومنها: رواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخيطة ويستفضل؟ قال: ﴿لا بأس قد عمل فيه﴾<sup>(٥)</sup> وهي ظاهرة في أن ما استفضله يكون مقابل عمله، وبفهم عدم الخصوصية وما في رواية علي الصائغ القادمة يعمم الحكم لغير الخياطة.

(١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٠ من أبواب الإجارة، ص ١٢٥، ح ٢٤٢٨٣.

(٢) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٠ من أبواب الإجارة، ص ١٢٦، ح ٢٤٢٨٤.

(٣) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٣ من أبواب الإجارة، ص ١٣٢، ح ٢٤٢٩٩.

(٤) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٣ من أبواب الإجارة، ص ١٣٣، ح ٢٤٣٠٢.

(٥) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٣ من أبواب الإجارة، ص ١٣٣، ح ٢٤٣٠٣.

ومنها: رواية مجمع قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام أتقبل الثياب أخطبها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين؟ فقال: ﴿أليس تعمل فيها؟﴾ فقلت: أقطعها وأشتري لها الخيوط. قال ﴿لا بأس﴾<sup>(١)</sup> ومفهومها ثبوت البأس إن لم يعمل فيها.

ومنها: رواية علي الصائغ قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام أتقبل العمل ثم أقبله من غلمان يعملون معي بالثلثين؟ فقال عليه السلام: ﴿لا يصلح ذلك إلا أن تعالج معهم فيه﴾ قال: قلت: فإني أذبيبه لهم، فقال: ﴿ذلك عمل فلا بأس﴾<sup>(٢)</sup>، وهي ظاهرة في بيان الكبرى والصغرى، وأن جواز الإجارة الثانية بأقل من الإجارة الأولى مقيد بعمل الأجير الأول فيها، ويعزز التوسعة لغير الخياطة والصياغة رواية دعائم الإسلام عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن الصائغ يتقبل العمل ثم يقبله بأقل مما تقبله به؟ قال: ﴿إن عمل فيه شيئاً أو دبره أو قطع الثوب إن كان ثوباً، أو عمل فيه عملاً فالفضل يطيب له، وإلا فلا خير له فيه﴾<sup>(٣)</sup>.

ونفي الخيرية والطيب يدلان على المبعوضة، والاستفاضة وفهم المشهور يغنيان عن المناقشة السندية، والدلالة في المنع ظاهرة، والجواز متوقف على شرط العمل، وربما يستدل على المنع من جهة استلزامها للربا القرضي؛ لأن المنفعة في الإجارة الأولى في ذمة الأجير الأول، والاسترباح عليها يكون من الربح على الدين، وضعفه ظاهر؛ لما عرفت من معنى الدين، وأن المنفعة في الإجارة ليست

(١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٣ من أبواب الإجارة، ص ١٣٣، ح ٢٤٣٠٤.

(٢) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٣ من أبواب الإجارة، ص ١٣٤، ح ٢٤٣٠٥.

(٣) الدعائم: ج ٢، ص ٨٠، ح ٢٣٦.

من الدين موضوعاً.

وأما القائلون بالجواز فاستدلوا كذلك بالأخبار المتقدمة الدالة على الجواز إذا عمل فيها شيئاً؛ لاشتغالها على القرائن الداخلية الدالة على أن المنع كراهي لا تحريمي، نظير قوله عليه السلام: ﴿لا يصلح﴾ في رواية علي الصائغ و: ﴿البأس﴾ و: ﴿عدم البأس﴾ و: ﴿عدم الخير﴾ و: ﴿الطيب﴾ فإنها ظاهرة في الحزاة والمبغوضية، فتكونان قرينة على حمل الحرمة في الروايات الأولى على الكراهة<sup>(١)</sup>.  
وتحرير الحق يستدعي تقديم مقدمات:

**الأولى:** أن بعض الروايات المانعة ظاهرة في استئجار العين والأجير، وتأجيرهما مع الربح فلا يكون للمستأجر الأول أي عمل يصلح أن يتقاضى مقابلته الربح، والروايات المجيزة ناظرة إلى صورة عمل شيء يستحق مقابلته الربح، ففي البيت مثلاً الصبغ والترميم وكذا في الدكان ونحوه.

وأما في الأجير فربما يكون تعليمه شيئاً من العمل أو المشاركة أو إعطاؤه آلة العمل ونحو ذلك، ونتيجة الاثنين واحدة، وهي جواز الإجارة الثانية إذا عمل الأجير الأول فيها شيئاً، وعدمها إذا لم يعمل، فتعارض إطلاقات وعمومات الروايات الثلاث المحرمة والنسبة بينها العموم والخصوص فتحمل على التخصيص.

**الثانية:** أن الحرمة في العرف العام والخاص صريحة في عدم جواز الفعل، وهي أقوى ظهوراً من قرائن الكراهة، والقاعدة تقتضي حمل الظاهر على النص لا العكس، فتكون قرينة على حمل قوله: ﴿لا يصلح﴾ و: ﴿البأس﴾ و: ﴿لا خير

(١) مهذب الأحكام: ج ١٩، ص ١٣٠؛ الفقه (الإجارة): ج ٥٨، ص ٤٢.

فيه ﴿ ونحوها على الحرمة.

إن قلت: لكن الفقهاء في كثير من الموارد ينزلون الحرمة إلى الكراهة؛ لمراعاة دليل الجواز.

والجواب: أن ذلك فيما إذا كان التعارض بين ظاهرين لا بين نص وظاهر.

الثالثة: أن الإجارة الثانية تختلف عن إجارة العين وإجارة الذمة؛ لأنها في الأولى يكون المستأجر مالكا لمنفعة الدار والدكان فيؤجرها لشخص آخر، فيكون متصرفاً فيما يملك. أما في إجارة الذمة فإن الأجير الأول لا يملك منفعته؛ لأنها لصاحب العمل فكيف يستأجر شخصاً آخر لأجل التنفيذ؟ وعليه يصح حمل الإجارة العينية على الكراهة؛ لما فيها من محزوزية تسليط الأجير الثاني على العين، وأما إجارة الذمة فلا يصح حملها على ذلك؛ لأنها مطابقة لقواعد المنع.

وعليه فإن على فرض صحة حمل الإجارة الثانية على الكراهة فإنها تختص بالإجارة العينية. أما الإجارة الذموية فلا؛ لذا اشترطت الأخبار أن يقوم الأجير الأول ببعض العمل لتصحيح الإجارة الثانية؛ لأنه ببعض العمل يكون قد امتلك مقداراً من الأجرة المقابلة له، ويمكن أن يكون العمل الذي يستحق الفضل ضمن عقد الإجارة داخلاً فيه، كتقطيع الخياط للثوب، وتذويب الصائغ الذهب، وهو ما أشارت إليه النصوص، ويمكن أن يكون خارجاً عن الإجارة، وذلك يتصور في الصناعات والحرف والأعمال التي لها مهارة خاصة، وتعد على حسن السمعة في الإنجاز أو الوثاقة والأمانة، أو وفرة رأس المال ونحوها، فإذا كان الخياط معروفاً مشهوراً يعرض عليه العمل كثيراً بسبب سمعته فيقبل العمل ويستأجر لتنفيذه أجيراً ويستريح عليه، وهذا الاستريح ليس مجانياً بل مقابل

شهرته أو توسطه في الإجارة ونحو ذلك، والأول عبارة عن عمل متراكم، والثاني هو نوع عمل عرفاً، ويكون كالسمسار الذي يتوسط في المعاملات.

والظاهر أن القواعد العامة والبناء العقلائي والسيرتين قائمة على جواز الاسترباح فيه، وأكثر عقود المقاولات والوساطات قائمة عليه، فالمقتضي للصحة موجود. يبقى الكلام في المانع فينبغي النظر في أن الروايات الشريفة هل تشمل هذا المورد أم لا؟ فإن شملت يمنع للدليل الخاص، وإلا فالقواعد تقتضي جوازه، وربما يستفاد من رواية الدعائم الشمول لقوله: ﴿إن عمل فيه عملاً أو دبره﴾ والتدبير عرفاً يشمل كل ما يتعلق بتنفيذه من مباشرة عمل أو إدارته ونحوه، ويعارضه الضمير الوارد في أكثر الروايات المتقدمة بقوله: ﴿إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً﴾ الظاهر في العمل في ذات الشيء، وإنجاز بعض ما استأجر لأجله، كتدوير الذهب وتقطيع القماش، ويمكن معالجة التعارض بحمل (في) في قوله: ﴿عمل فيه﴾ على الباء لقريئة رواية الدعائم والسيرتين، فيكون المعنى عمل به، وهو يشمل التوسط في الإجارة أو التدبير والإدارة، والنتيجة أن جواز استئجار من ينفذ العمل بإجارة أقل له صورتان:

**الأولى:** أن يكون الأجير الأول قد عمل شيئاً فيستحق مقابله أجراً.

**الثانية:** أن يكون عمل الأجير الأول وساطة تدبيرية لولاها لما وقعت الإجارة الثانية، ولم يعمل الأجير الثاني ولم يصل المالك إلى مطلوبه، فهو عرفاً عمل يقابل بعوض.

وبهذا يتضح أن الحرمة المنصوصة في الروايات السابقة تحمل على صورة غير الصورتين المذكورتين، بل لا يمكن العمل بالروايات المحرمة؛ لأن الروايات

الثلاث المذكورة نصت على أن ﴿فضل الأجير حرام﴾ وهو مجمل الدلالة أو مهمل؛ إذ لم يتضح المراد من فضل الأجير، وفيه ثلاثة محتملات:

الأول: فضل الأجير أي إحسانه في العمل والزيادات التي ينجزها لخدمة صاحب العمل، ولم يتفق عليها في العقد، فإنه يستحق في مقابلها أجراً، ولا يجوز لصاحب العمل أن يتمنع منها بحجة عدم الاتفاق؛ لأن الأجير محسن، وأنجز ما فيه مصلحة صاحب العمل فيجب أن يعطى أجر ما أحسن فيه لقاعدة الإحسان؛ إذ قال سبحانه: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾<sup>(١)</sup>.

الثاني: أن يراد به عكس الأول أي أن يكون الخطاب موجهاً للأجير لا لصاحب العمل ويمنعه عن تقاضي الأجر مقابل ما يبذله من زيادة في العمل لم يتفق عليها في العقد؛ لأنه بتبرع منه، فيكون أخذ الزيادة بغير طيب نفس صاحب العمل، ويندرج في أكل المال بالباطل.

الثالث: المعنى الذي تقدم بيانه أي الاسترباح في الإجارة الثانية، وتعدد الاحتمال يمنع الاستدلال.

إن قلت: لكن قوله: ﴿فضل البيت﴾ و: ﴿فضل الحانوت﴾ يفيد الاسترباح عليهما، فيحمل الأجير عليه، ويرتفع الإجمال.

قلت: لا سبيل إلى ذلك؛ لأن الكلام ذاته يجري في المراد من فضل البيت والханوت، والمجمل لا يرفع المجمل، والنتيجة سقوط الاستدلال بأدلة الحرمة، فلم تبق إلا الروايات المجيزة بصورة العمل والإحداث فيه، ومنطوقها ظاهر في

(١) سورة الرحمن: الآية ٦٠.

الكراهة إن كان بلا عمل، وإن كان بعمل فلا كراهة فيه، وبهذا تصح الإجارة الثانية مطلقاً بلا مانع، وربما نجمع بينهما بحمل قول المانعين على صورة عدم الإحداث بشهادة إطلاقات نصوص المنع، وقول المجوزين على صورة الإحداث بشهادة نصوص الجواز فلا تعارض بين القولين، لكنك عرفت أن عدم الإحداث محمول على الكراهة.

### مسائل فرعية

بقيت بعض المسائل الفرعية:

**المسألة الأولى:** لو قلنا بحرمة الفضل فهل تختص الحرمة به أم تسري إلى كل المعاملة فتفسدها؟ احتمالان: وقيل إن بناء الفقهاء على فساد المعاملة؛ لمكان النهي عنها الذي يقتضي الفساد<sup>(١)</sup>، وهو شديد.

ولو أنجز الأجير العمل وعلم بفساد المعاملة فهل يستحق الأجرة المسماة أو أجرة المثل؟ احتمالان: والأقوى استحقاق الأجرة المسماة؛ لأنه مقتضى وجوب الوفاء بالعقود والشروط، والجهل عذر.

**المسألة الثانية:** أن المراد بالحدث الذي يميز الربح ما يعده العرف حدثاً، ويختلف بحسب الأعيان والموارد، ومنه صيغ الدار أو ترميم بنائها وتغيير بعض مراقفها أو أبوابها ونحو ذلك، وفي الذمة ما يعد حدثاً في مهارته وقدرته على

---

(١) انظر الفقه (الإجارة): ج ٥٨، ص ٤٦.

الإنجاز، كتعليمه كيفية العمل، أو حسن تدبيره، أو توفير بعض أدوات العمل ونحو ذلك، ولو فعل شيئاً يشك في كونه حدثاً أم لا؟ كما لو غير أقفال الأبواب، أو سلّك المجاري في البيت، أو أعطى للصائئ بدلة العمل، أو نقله بسيارته إلى موقع العمل، فالحل بالفحص والرجوع إلى العرف، فإن تردد العرف فلا يجوز الحكم بالجواز؛ لأنه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، واستصحاب الحرمة قبل الحدث حتى يعلم بالجواز.

**المسألة الثالثة:** أن عقد الصيانة يكون على ثلاث حالات:

**الأولى:** أن يشترط المستأجر على الصائئ أن ينجز الصيانة بنفسه.

**الثانية:** أن يطلق العقد إلا أن القرائن المحتفة توجب انصرافه إلى المباشرة، وفي الحالتين يتعيّن عليه مباشرة العمل بنفسه، ولا يجوز إيكاله إلى الغير.

**الثالثة:** أن يطلق العقد ولا تتوفر القرائن الموجبة للانصراف، فإن الإطلاق والحال هذه كاشف عرفاً عن أن غاية المستأجر إنجاز العمل، ولا يهّمه من يباشره، فتجوز للصائئ أن يستأجر من ينجزه ويستريح فيه، والخلاف الواقع بين الفقهاء متعلق به.

**المسألة الرابعة:** يكفي في معاملات الجملة العمل ببعض الأفراد لا في جميعها، والمراد بها أن يتم العقد على جملة أشياء بعقد واحد، كما لو استأجره على أن يصون له عشر مكائن فإنه يكفي أن يحدث له حدثاً واحداً في أحدها؛ لانصراف الأحداث إلى ما كان بعقد واحد، فإذا تعددت العقود بأن كان على كل ماكنة عقد فإنه يجب أن يحدث في كل ماكنة ما يميزه الاسترباح.

المسألة الخامسة: يمكن تعميم الحكم بالجواز لسائر الإجازات غير الخياطة والصياغة؛ لوحدة الملاك وفهم عدم الخصوصية عرفاً، فتشمل إجازة الأطباء والمهندسين والمحامين وهكذا سائر الحرف والصناعات، بل وتشمل المرأة المرضعة إذا استؤجرت للإرضاع فترضع الطفل رضعة أو رضعات، ثم تستأجر غيرها، وكذا في العبادات الاستثنائية، ولا مانع من ترامي الإجازات بأن يستأجر الأول الثاني والثالث وهكذا للأصل ما لم يمنع مانع، وفي الضمانات يضمن المتخلف للمتعاقد معه مباشرة؛ لأنه مقتضى الوفاء بأدلة العقود والشروط، وبهذا تتضح صحة عقود المقاولات التي تتفرع إلى مقاولات ثانوية إذا لم يشترط المستأجر مباشرة الأجير الأول، ويجوز الاسترباح فيها سواء تمت عبر شركات للصيانة أو عبر أفراد؛ غاية الأمر يكره الاسترباح للأجير الأول أن لا يحدث حدثاً أو يدبر أمراً في المعاملة الثانية.

### الفرع الثامن: في التبرع بالعمل

إذا استؤجر الصائن لإنجاز العمل فحصل غرض الإجازة بلا عمل للصائن، ففي فراغ ذمته من الإنجاز واستحقاقه الأجر احتمالات، والمسألة لها صور عمدتها ثلاث:

الصورة الأولى: أن يحصل الغرض بلا عمل فينتفي موضوع الإجازة، كما لو تعطلت أدوات الإنتاج ثم اشتغلت أو تلفت، وفي مثله تنفسخ الإجازة لفوات المحل. نعم لو كان الأجير قد استعد للعمل وهياً بعض المقدمات وكلفه ذلك جهداً أو مالاً يستحق الأجرة عليها.

الصورة الثانية: أن يحصل الغرض بتصدي غيره إلى الصيانة تبرعاً مجانياً، ففي استحقاق الصائن الأجرة احتمالات، والأقوى الاستحقاق؛ لأن المتبرع قد أنجز العمل نيابة عن الصائن فاستحق مقابله الأجر، والمتبرع متنازل عنه فيثبت للصائن.

الصورة الثالثة: أن يحصل بتصدي غيره لا بقصد التبرع عنه، وفيها قولان:

أحدهما: ذهب إلى استحقاق المتبرع للأجر، وتنفخ إجارة الصائن لانتفاء موضوعها. اختاره صاحب العروة <sup>(١)</sup>.

وثانيهما: ذهب إلى أن المتبرع فضولي، فإن أجاز الصائن فعله استحق الأجر وإلا لم يستحق شيئاً؛ لأنه مقدم على الإضرار بنفسه، وفي استحقاق الصائن للأجرة وعدمه احتمالان، والأقوى الاستحقاق؛ لوحدة الملاك مع الصورة الثانية.

وصاحب العمل لا يملك حق الإذن أو الرد؛ لأن تكليفه الوفاء بعقد الإجارة مع الأول وقد ملك منفعته، والمتبرع متصرف في حق الأجير لا حق المالك، وقد قام بها هي وظيفة الأجير فضولة، فإن أجاز فعله كان بمنزلة التنازل عن حقه لأجله، وإن لم يأذن استحق الأجر، وليس للمتبرع شيء.

### الفرع التاسع: في انتقال عقد الصيانة

إن عقد الصيانة مفتوح ومؤقت، ويراد بالفتوح عدم تحديد وقت معلوم لانتهائه، وإنما موكول إلى المتعارف، أو إرادة الدوام والاستمرار مع العمل، فإذا انتقلت وسائل الإنتاج وأدواته إلى مالك آخر ببيع أو هبة أو ميراث ينتفي عقد

(١) العروة الوثقى: ص ٥٠٩؛ وانظر فقه المعاملات (للمصطفوي): ص ٢١٦.

الصيانة، ولا يبقى إلا بعقد جديد مع المالك الجديد، ووجهه ظاهر.

وأما المؤقت أي الذي يتحدد بوقت، كسنة أو خمس سنوات مثلاً، وانتقلت إلى مالك آخر قبل انقضاء المدة، ففي انتهاء عقد الصيانة وبقائه قولان: قول بالتفصيل بين الانتقال بمثل البيع والهبة وبين الإرث، ففي الأولين يكون الانتقال اختيارياً قصدياً والمالك يملك العين وما يتعلق بها من منافع، ومنها الصيانة فينقلها بنقل ما يلزمها، فيبقى العقد إلا إذا أبطله المالك الجديد.

وأما الإرث فالانتقال فيه قهري، ويختص بما يملكه الميت بالفعل، وهو الأعيان، أما منافع الصيانة فهي غير فعلية، فتنتفي بموت المالك، وهو منقوض بإجارة العين، كسكنى الدار، فإنها تنتقل بموت المستأجر، ولا يجوز لورثة المستأجر فسخها أو إخراج الأجير منها قبل انقضاء المدة، وقول بانتقالها مطلقاً؛ لأن التزام المالك يتعلق بالآلة المعقود عليها وإصلاحها وليس مرتبطاً بالشخص، وهذا الالتزام ينتقل مع الآلة<sup>(١)</sup>.

وفيه: أنه خلاف المركز عند العقلاء والمشرعة، بل ومناقض لماهية الإجارة؛ لأن المعقود عليه في الصيانة هو الالتزام بالعمل لا الآلة، على أن السيرتين في الخارج قائمتان على انتهاء عقد الصيانة بالانتقال إلا إذا اشترط بقاؤها في ضمن الانتقال الجديد، أو يجدد العقد مع المالك الجديد.

(١) الفقه المعاصر: ج ١، ص ٤٤٥.

## الفرع العاشر: في تزامن الحق والواجب

لو تم عقد الصيانة وظهر في الأدوات عيب أو غبن يثبت لصاحبها الخيار بأحد الأسباب المذكورة، فهل يجوز له الأخذ بفسخ المعاملة ولو أدت إلى نقض عقد الصيانة أم يتعين عليه الإمضاء مع أخذ الأدنى والتفاوت رعاية لوجوب الوفاء بعقد الصيانة؟ والمسألة تندرج في تعارض الحق والواجب. وفيها احتمالات:

الأول: الجواز؛ لأن حق الخيار أسبق من وجوب الوفاء ثبوتاً.

والثاني: العدم؛ لأن الحق وإن كان أسبق لكنه ترخيصي أما الوفاء فالزامي.

والثالث: التفصيل بين ما لو كان الصائن اشتغل بالصيانة أو مقدماتها فلا يجوز الفسخ وبين عدمه فيجوز، والأقوى الثاني، وهو مقتضى الاحتياط والجمع بين الحقين.

# المعاملة الخامسة



## عقود المنافسة

وفيها تمهيد وأمور:

الأمر الأول: في أسلوب التعاقد وشروطه

الأمر الثاني: في أثر عقود المنافسة وأركانها

الأمر الثالث: التأصيل الشرعي لعقود المنافسة

الأمر الرابع: في موانع عقود المنافسة

الأمر الخامس: الفروع والأحكام





## التمهيد: التعريف والخصوصية

ويراد بها المنافسة في تقديم أفضل العروض للوصول إلى التعاقد على الأمر المعروف للمعاقدة، وتشتمل على ثلاثة أنواع من العقود.

**الأول:** عقود المزايدة أي التي تقوم على الزيادة والنماء، وهي أنحاء عمدتها بيع المزداد، وهو البيع الذي يتم بطريق الدعوة إلى شراء الشيء المعروف ليرسو على من يعرض أعلى ثمن<sup>(١)</sup>، ويعبر عن الموضع الذي يتم العرض فيه بالمزداد، وعن الثمن الذي يرسو به المزداد بثمن المزداد.

**الثاني:** عقود المناقصة، وهي عكس المزايدة، وتتم بطلب المشتري مثلاً شراء شيء فيتنافس الباعة على أقل ثمن ليرسو عليه العقد، وهما كثيرا الوقوع في الأسواق، وغالباً تتبعها الوزارات والمديريات الرسمية إذا أرادت أن تبيع أو تشتري، فإن شراء الحاجيات وتنفيذ الأعمال من خصوصيات عقد المناقصة، كما أن بيع الحاجيات والمباني والمنشآت الحكومية والتابعة للأشخاص من خصوصيات المزايدة.

---

(١) انظر المعجم الوسيط: ج ١، ص ٤٠٩، (زاد).

والثالث: عقود المفاضلة، وتتم عادة في المقاولات الكبيرة لإنجاز المشاريع، كبناء المدن والمستشفيات والمطارات والمحطات وتبليط الشوارع والاستثمارات ونحو ذلك، فتطلب الجهة المعينة من الشركات المنفذة تقديم أفضل العروض من حيث كيفية الإنجاز ومتانته وخطته وكلفته ومدته ومزاياه ونحو ذلك، حتى ترسو المعاملة على أفضل العروض، فالأفضلية فيها ليس من جهة الثمن زيادة أو نقيصة بل الإنجاز الأفضل؛ لذا تشمل هذه العقود الإجارة وعقود التوريد والتصنيع والصيانة وغيرها، بل تشمل مختلف المشاريع والأعمال الشخصية والتنوعية الكبيرة التي عادة يقصر الأفراد عن تنفيذها إلا بواسطة شركات وعقود مفاضلة واستثمارات، والمعهود جعل عقد المناقصة مقابل عقد المزايدة باعتبار تضاد الزيادة والنقيصة بما قد يوحي باختلافهما في ماهية، والحال أنهما يرجعان إلى جامع واحد وهو المنافسة إلا أنها تارة تكون في الأكثر وتارة في الأقل.

كما أن المعهود إدراج عقد المفاضلة في المناقصة من دون تخصيص عنوان مستقل له، وهو وجيه، ولكن ينبغي التوسعة في البديل ليشمل المنافسة على الأفضلية، أعم من كونها أفضلية في الثمن أو في الأداء، ومن هنا ينبغي إرجاع العقود الثلاثة إلى جامع عنواني واحد هو المنافسة على التعاقد بأفضل العروض ثمناً وأداءً لقيام العقود الثلاثة عليها.

ومنه يتضح أن هذه العقود حقيقة عرفية عامة لا شرعية ولا متشرعية ولا عرفية خاصة؛ لأن العرف هو الذي أسسها وليس لها اصطلاح مغاير للمفهوم العرفي العام. نعم يستفاد من بعض الروايات الواردة بطرق الفريقين وجود عقد المزايدة في زمن التشريع لكنه بمفهومه العرفي لا بمفهوم شرعي خاص، فقد ورد في أخبارنا

عن الصادق عليه السلام قال: ﴿كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول إذا نادى المنادي فليس لك أن تزيد، وإنما يحرم الزيادة النداء، ويحلها السكوت﴾<sup>(١)</sup> وهي دالة على أمرين:

أحدهما: وجود موضع للمزاد يتنافس فيه، فوضع النداء علامة لانتهاء المزاد ورسو المعاملة على أحد الأطراف، والنداء بأنها رست لفلان فلا يجوز زيادة الثمن بعد ذلك، والسكوت علامة على عدم رسو المعاملة.

وثانيهما: أن النداء بمنزلة العقد أو قبوله، بينما التنافس في عرض الثمن قبل النداء بمنزلة الإيجاب، فلذا يمنع النداء الزيادة، والمراد بالتحريم المنع الوضعي لا الحرمة التكليفية، والضعف السندي لا يضر؛ لأن المقصود بيان الموضوع وأنه واقع خارجاً لا الحكم.

وفي معاني الأخبار بسند متصل عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: ﴿لا تناجشوا ولا تدابروا﴾ معناه: أن يزيد الرجل في ثمن السلعة وهو لا يريد شراءها ولكن ليسمعه غيره فيزيد بزيادته، والناجش خائن، وأما التدابر فالمضاربة والهجران<sup>(٢)</sup>. وهو كاشف عن وجود مزايدات في المعاملات في تلك الأزمنة، والنبي صلى الله عليه وآله نهى عن المزايدة الكاذبة.

وبطرق العامة رواية أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وآله باع حلساً<sup>(٣)</sup> وقدحاً

(١) الوسائل: ج ١٧، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجارة، ص ٤٥٨، ح ٢٢٩٩٠؛ وانظر الكافي: ج ٥، ص ٣٠٦، ح ٨؛ الفقه المعاصر: ج ١، ص ١٩٤، الهامش.

(٢) معاني الأخبار: ص ٢٨٤.

(٣) الحلس: كل ما ولي ظهر الدابة تحت الرحل والقتب والسرّج. المعجم الوسيط: ج ١،

وقال: ﴿من يشتري هذا المجلس والقدح؟﴾ فقال رجل: أخذتها بدرهم، فقال النبي ﷺ: ﴿من يزيد على درهم؟ من يزيد على درهم؟﴾ فأعطاه رجل درهمن فباعها منه<sup>(١)</sup>، وورد عنهم أن أحماس الغنائم كانت تباع بالمزايدة<sup>(٢)</sup>.

وأما عقد المناقصة فالظاهر عدم وروده في النصوص الشرعية، وربما لعدم وجود الحاجة إليه؛ لذا عدوه من العقود الجديدة. هذا وقد عرّفوا العقدين بتعاريف عديدة لا تنتهي إلى فائدة تذكر سوى شرح الاسم؛ لأنهما معروفان لدى العرف فتتفي الحاجة إلى التعريف، ومثله يقال في عقود المفاضلة<sup>(٣)</sup>، وكيف كان فتفصيل البحث في عقود المناقصة يقع في أمور:

→

ص ١٩٢، (جلس).

(١) سنن الترمذي: ج ٢، ص ٣٤٥، ح ١٢٣٦؛ سنن النسائي: ج ٧، ص ٢٥٩؛ سنن أبي داود: ج ٢، ص ١٢٠.

(٢) انظر فتح الباري: ج ٤، ص ٣٥٤؛ نيل الأوطار: ج ٥، ص ١٩١.

(٣) انظر الفقه المعاصر: ج ١، ص ١٩٢، هامش ١ و ٢.

## الأمر الأول

### في أسلوب التعاقد وشروطه

قد عرفت أن عقود المنافسة تستدعي وجود مكان يتم فيه تقديم العروض والتقويمات، وله إدارة لإجراء المفاضلة ثم عرضها للمنافسة، وعلى هذا الأساس يشترط فيها نوعان من الشروط.

#### الأول: شروط مجلس العقد

وهو الجهة التي تهيأ للتعاقد بنحوه أي العلني والسري، ويتميزان فقط في الإظهار وعدمه، فإن في الأول ينادى في مجلس التعاقد برسو العقد، وفي الثاني يعلن عنه بعد إتمام التعاقد غالباً.

#### والثاني: شروط العقد

أما مجلس العقد فيتقوم بشروط عديدة عمدتها خمسة قامت عليها السيرة العقلائية الممضاة بعدم الرادع:

أولها: الإعلان عبر وسائل الإعلام ونحوها عن وجود العرض من الجهة المعنية لعقد منافسة مزيدة أو مناقصة أو مفاضلة مع تحديد التاريخ والمكان وكذا إن كانت شروط أو تعاليم خاصة به.

ثانيها: تحديد هيئة أو جهة خبيرة مسؤولة عن قبول طلبات المساهمة والاشتراك في المنافسة، وتقويم ما يستحق منها لدخول المنافسة عن غيره، ولو كان العرض إنجاز مشروع لا بيع وشراء ونحوه فتعين الهيئة المواصفات والشروط المطلوبة فيه وتحديد المدة ونحو ذلك من شروط تتعلق بأصل المشروع.

ثالثها: استلام العروض من الجهات المشاركة عبر آليات وأدوات للعرض تتضمن خطة العمل ومدته وتكاليفه ونحو ذلك.

رابعها: أن يكون التقويم بمنزلة إظهار الإيجاب للعقد، فإن كان المجلس سرياً كفى تقديم العروض واستلامها، وإن كان علنياً وجب إبرازه بأساليب الإبراز المعهودة كالمناداة.

خامسها: أن يكون رسو العقد بمنزلة القبول، وبه يتم العقد، وتترتب عليه الآثار، ويكون العقد المذكور إما معاطاتياً أو هو عقد حقيقة لكفاية الكتابة والإشارة وقرائن الحال في إبراز العقد وإنشائه على ما حققناه في شروط العقود.

إن قلت: إن اعتبار تقديم العروض إيجاباً يستلزم تعدد الإيجاب والموجب، والعقد لا يستدعي أكثر من إيجاب وموجب.

والجواب: لا مانع من تعددهما؛ لأن العقد لا ينعقد إلا بإلحاقه بالقبول، فإذا رسا على أحدهم تعين له وتم العقد، ولا إشكال في الفصل بين الإيجاب والقبول

بالمدة المتعارفة، فإذا استغرقت مدة بين تقديم العروض والعقد فإنه لا يضر؛ لأن عقد كل شيء بحسبه، وقد ذكرنا في خيار المجلس أن المقصود بالمجلس ليس موضع الاجتماع البدني بين المتعاقدين وأن مفارقتة المسقطه للخيار ليست المكانية، وإنما المراد مجلس التعاقد سواء كان بحضورهم البدني أم بغيره، وإن مفارقتة تكون بمفارقة التعاقد؛ لذا يمكن أن يستمر مجلس التعاقد وإن افرقا بدناً، ولا مانع من تأخر القبول عن الإيجاب. نعم بشرط أن يحفظ مجلس العقد بحيث يعد العرف القبول التزاماً في مقابل الإيجاب، كما لا مانع من تقدم القبول على الإيجاب بأن يقول أو يظهر الداعي إلى المنافسة باستعداده للتعاقد مع من يقدم العرض الأفضل، وأما شروط العقد ففضلاً عن الشروط العامة اللازمة في كل عقد هناك شروط أخرى في عقود المنافسة بالخصوص عمدتها خمسة:

أولها: التأهيل والقدرة على الوفاء بالعقد من قبل الموجب والقابل، وتحدد ذلك الهيئة المعدة للعقد أو قرائن الحال، فلو أرسى عقد إنشاء مطار - مثلاً - على فرد أو شركة لا تملك القدرة على الإنجاز كان العقد سفهياً ومثله يقال في عقود المفاضلة يتعين أن تكون الجهة المستأجرة قادرة على تأمين الأجور وتمويل العمل.

ثانيها: تعيين العاقد في شخصيته الحقيقية أو الحقوقية لو كان التعاقد مع شركة ونحوها لاختلاف الأثر، فإن الالتزامات والمسؤوليات في الشخصية الحقيقية على العاقد، وأما في الشخصية الحقوقية على الجهة، أما الشخص فهو مجرد ممثل لإرادة الجهة بتفويض أو وكالة أو نيابة ونحوها إذا التزم بشروط التمثيل.

ثالثها: أن تكون المدة المفعولة للإنجاز وافية به، فلو كانت أطول مما يستحقه الإنجاز بمقدار يعدها العقلاء طوبيلة، ولا يوجد داعي عقلائي فيها كشف عن

الفساد والسفاهة، وكذا لو كانت المدة أقل مما يستحقه، والمرجع في تحديد ذلك أهل الخبرة سواء انتظموا في هيئة الإدارة أم رجعوا إليهم للتحكيم في القضية.

رابعها: العدالة والإنصاف في التعاقد، بأن يتاح لجميع المنافسين أن يصلوا إلى العقد عبر طريقين:

الأول: تقديم العرض الأفضل المستوفي للتأهيل والقدرة على الإنجاز مطابقاً للشروط المتفق عليها بتقدير ثقات أهل الخبرة، وهو طريق الرجحان.

والثاني: طريق القرعة ونحوها لو تساوت العروض أو تقاربت كثيراً بحيث لا يترجح أحدها على الآخر فلو أرسى العقد بمعيار المحسوبة والمصالح الخاصة ونحوها من طرق مخلة بالعدالة والإنصاف كان من الظلم والحرمان، وهو من أظهر مصاديق الفساد، فإن كل متنافس يثبت له حق في التعاقد بتقديم عرضه، فإذا أرست الهيئة أو الإدارة العقد لبعض المنافسين دون بعض بلا مراعاة طريق الأرجحية أو الترجيح بمثل القرعة كان من الظلم والحرمان، فيترتب على الظالم والعقد الآثار التكاليفية والوضعية، كالإثم وبطلان المعاملة؛ لاندراجها في قاعدة النهي الذي يقتضي الفساد، ويشتد الإثم على الهيئة المنظمة إذا ترتب على فعلها عنوان خيانة الأمانة، لكونها مستأمنة على المصالح.

خامسها: أن يكون العقد ملزماً فلا يجوز فسخه إلا بالشرط أو التقايل أو ثبوت موجبات الخيار، وفي ثبوت الخيار الناشئ من سوء التقدير في الكلفة أو المدة ونحوه، كخيار الغبن ونحوه احتمالان، والأقوى عدم الثبوت؛ لأن عقود المنافسة تجري بين المختصين والخبراء بعد دراسة وإعمال نظر، فتصوّر الغبن في حق أهلها بعيد.

وبعد تعيين مقدار الكلفة أو المدة يقدم العاقد على التعاقد، فلو ظهر سوء التقدير لا يستحق الخيار؛ لأنه بحكم المقدم على الضرر. نعم لو التفت صاحب العمل إلى سوء التقدير وأن المتنافس أخطأ في تقديره وهو غافل عن جهة خطئه وجب عليه إلفاته، ولو تعاقد معه دون إلفاته كان مغرياً له بالجهل، وسبباً لإضراره، ولتلافي مثل هذا الخلل يمكن تعيين جهة خبيرة تحاور المتنافسين في عروضهم، وتتدارس معهم فيما قدموه للوثوق بتوفر شروط العقد المذكورة، ولنفي احتمال الغفلة وسوء التقدير.



## الأمر الثاني

### في أثر عقود المنافسة وأركانها

عقود المنافسة مرنة لا تتحدد بعقد واحد من العقود المسماة كالبيع والإجارة، وإنما تخضع إلى إرادة المتعاقدين، وبما أنه عقد عقلائي فالمقتضي لصحته موجود، فينبغي النظر في كل عقد عن وجود المانع الشرعي منه، فإن اشتمل على مانع أبطلناه، وإلا حكم بصحته؛ لكفاية عدم الردع في التصحيح، كما يحكم بلزومه؛ لأصالة اللزوم في العقود، وعلى هذا يمكن أن تكون المنافسة بنحو البيع بأقسامه المتعددة، فتملك فيه العين.

نعم الغالب في المزايدات والمناقصات النقد أو النسيئة والسلم ولا يقع بتأجيل العوضين عادة، كما يمكن أن تكون بنحو الإجارة وتمليك المنفعة، وهو الغالب في عقود المفاضلة، كما يمكن أن تكون مضاربة أو شراكة أو مزارعة، كما يمكن أن يقع بنحو الصلح، وربما يكون نحو عقد جديد لم يكن معهوداً من قبل، وهو مقتضى الجمع بين تبعية العقود للقصود مع عدم المانع، وفضلاً عن الصحة واللزوم فإن لعقد المنافسة آثاراً أخرى عمدتها ثلاثة:

الأول: أن اللزوم على كل طرف من أطرافه يبتدئ من الالتزام باختيار أفضل العروض، فإذا قدم الموجب عرضه فإنه لا يحق له سحبه إذا أقفل الاستلام وإن لم ترسُ المعاملة بعد، كما لا يجوز للقابل أن يقبل غير الأفضل من العروض؛ لوجود شرط ارتكازي أو تبان عرفي قامت عليه مثل هذه المعاملات على ذلك، ولولاه لوجب الإضرار بالغير أو اختلال النظام. نعم يجوز اشتراط جواز الانسحاب من المنافسة في ضمن صيغة التعاقد، كما يجوز جعل شرط جزائي على المنسحب كما قررناه في المعاملات السابقة.

الثاني: سقوط خيار المجلس فيه لكونه من الشرط الضمني، والقول بأنه خيار تعبدي شرعي أو جبه النص فلا يجوز إسقاطه ضعيف؛ لأن الخيار حق وإسقاطه من قبيل إسقاط الحق لا إلغائه من المعاملة، ومثله يقال في خيار الحيوان لو كانت المنافسة على بيعه أو إجارته ونحوهما فإنه يسقط في المدة التي عينها الشرع أي ثلاثة أيام؛ لأنه يتضمن شرطاً ارتكازياً بالإسقاط، وهذا في العالمين جلي، وأما في الجاهلين كما لو أقدم على المعاملة وغفل عن سقوط خيار المجلس أو توهم وجود الخيار له ففيه احتمالان:

أحدهما: عدم السقوط؛ لأن القول بالسقوط مبني على دعوى الإسقاط، وهو عنوان قصدي غير حاصل في مثله، وعلى فرض الشك يستصحب البقاء.

وثانيهما: السقوط إما لأن الجهل يرفع الحكم التكليفي دون الوضعي كما هو قول جماعة، أو يختص برفع الحكم عن الجاهل القاصر دون المقصر كما هو قول آخرين، وهذا الفرض غير حاصل في معاملات المنافسة؛ لأنها تقع بين العالمين بتفاصيلها، لاسيما وأنها تتضمن لوحة تعاليم وشروط يعلن عنها قبل التعاقد

عادة، وعلى فرض الشك يجري الاشتغال أو استصحاب الاشتغال. أما استصحاب البقاء فلا يجري؛ للعلم بالسقوط حين العقد.

ويتحصل: أن الخيارات الشرعية في مثل هذه المعاملات ساقطة. أما الخيارات العقلائية كالغبن والعيب وتحلف الشرط فلا مانع من ثبوتها؛ لعدم وجود ارتكاز بين المتعاقدين على إسقاطها في ضمن القصد، بل الارتكاز قائم على بقائها.

الثالث: انتفاء الفضولية فيه، فلو دخل المنافسة الفضولي ولم يأذن المالك بدخوله يتعين عليه الالتزام وضمان حق المالك إذا سبب له أضراراً أو فوت عليه منافع، ولو رست المعاملة عليه ولم يأذن المالك يلزم الفضولي بالتنفيذ، ويضمن للمالك حقوقه؛ لانصراف أدلة الفضولية عن مثله، بل ولوجود المانع؛ لأن تعليق مثل هذه العقود لاسيما إذا كانت من قبيل إنجاز مشاريع كبيرة على إرادة غير العاقد يوجب اختلال النظام ونقض غرض مثل هذه العقود، وعليه ليس أمام الفضولي إلا أن يرضي المالك فيجيز العقد، أو يتحمل الخسائر التي سببها له، وباعتبار هذه الآثار يصح اعتبار عقود المنافسة مستقلة بنفسها؛ لتميزها عن سائر العقود المسماة. وبذلك يتضح أن أركان هذه العقود أربعة:

الأول: الموجب، وهو الذي يعرض ما لديه لأجل العاقد سواء ثمناً كان في المزايدة، أو عيناً في المناقصة، أو عملاً في المفاضلة.

الثاني: القابل، وهو الذي يوافق على العرض المقدم له ويقبله، وربما يتبدل في بعض العقود فيكون الموجب قابلاً وبالعكس، ولا يضر ذلك؛ لأنهما موضوعان عرفيان، فيكفي فيهما الصدق العرفي، على أن تعين الموجب والقابل في العقود

ليس بواجب لعدم تقوّم العقد به؛ إذ يكفي فيهما وجود طرفين للعاقدة كما حققناه في بحث أركان العقود.

الثالث: المعقود عليه.

الرابع: مجلس العقد، فإن كانت المنافسة علنية يتعين وجود مكان يحضره المتنافسون بالأصالة أو النيابة، وفي الحضور التقني عبر أجهزة التواصل احتمالان: والأقوى الاعتبار؛ لعدم الدليل المانع، وربما يكون وجود الهيئة المديرة التي تضع الضوابط والشروط ركناً آخر لتقوّم هذه العقود باختيار الأفضل، وهو من المفاهيم المشككة والمعاني النسبية التي تختلف بالوجوه والاعتبارات، فلو توقفت صحة هذه العقود على اختيار الأفضل تعيّن وجود جهة تضع معايير الأفضلية وتشخيص العقد المستوفي لهذه المعايير، ولا مانع من أن يكون القابل هو المرجع في ذلك، فيكون مقوّمًا وقابلًا بحيثيتين، لكن تعيين هيئة مستقلة عن الإيجاب والقبول في ذلك أضمن للعدالة، وأبعد عن التهمة، لاسيما إذا كان طرف التعامل جهة حقوقية؛ لأن ذلك مقتضى الأمانة على المصالح العامة.

## الأمر الثالث

### التأصيل الشرعي لعقود المنافسة

لا كلام في صحة عقود المنافسة ولزومها لاندراجها في عمومات وإطلاقات مثل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup> و: ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(٢)</sup> ونحوها مع عدم المانع، وقد مر في بعض الأخبار ما يدل على أن بعض عقود المنافسة لاسيما المنافسة في الزيادة كانت في عهد المصطفى ﷺ، وربما يستفاد من بعض الآيات والروايات فضلاً عن السيرة وحكم العقل رجحان التعامل بها ومحبوبيته، فمن الآيات قوله تعالى: ﴿وَفِي ذَلِكَ فَلْيَتَنَافَسِ الْمُتَنَافِسُونَ﴾<sup>(٣)</sup>.

وبيان ذلك: أن التنافس هو التسابق والتبادر في فعل أو عمل، أو الوصول إلى

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٣) سورة المطففين: الآية ٢٦.

غاية دون أن يلحق الضرر بعضهم ببعض<sup>(١)</sup> في قبال التنازع وهو نزعة فطرية تدعو إلى بذل الجهد للتفوق والنجاح وبلوغ المطلوب، وأصلها من النفس أو النفيس، وعلى الأول يراد بها بذل ما بالوسع من طاقة في النفس لبلوغ الغاية، وعلى الثاني يراد به حصول التباري لأجل حصول الشيء النفيس، وعلى الثالث أن يكون بذل الوسع إلى آخر نفس، وهو كناية عن غاية الطاقة، وبين المعاني الثلاثة ملازمة، والأول هو الأصل فيها،

ولذا عرفت في المعجم والمفردات المنافسة بمجاهدة النفس للتشبه بالأفضل، واللحوق بهم من غير إدخال ضرر على غيره<sup>(٢)</sup>، لكنه من التعريف بالمصداق، وإطلاق التنافس يشمل كل ما له قيمة لدى المتنافسين مادياً كان أو معنوياً.

وسياق الآية ظاهر في المنافسة على نعيم الجنة، إلا أن سياق السورة يفيد الأعم فيؤخذ؛ لأنه أظهر، وعمل بالاثنين؛ لأن الخاص مندرج في العام، ووجه العموم أن السورة ابتدأت بالويل للمطففين وهو الهلاك بسبب قبح الفعل وشناعته.

وعن الباقر عليه السلام: ﴿لم يجعل - الله - الويل لأحد حتى يسميه كافراً﴾<sup>(٣)</sup> أي الكفر العملي.

(١) انظر معجم مقاييس اللغة: ص ١٠٠٣، (نفس)؛ المعجم الوسيط: ج ٢، ص ٩٤٠، (نفس).

(٢) معجم مقاييس اللغة: ص ١٠٠٣، (نفس)؛ مفردات ألفاظ القرآن الكريم: ص ٨١٨، (نفس).

(٣) الكافي: ج ٢، ص ٣٢؛ الوسائل: ج ١، الباب ٢ من أبواب مقدمة العبادات، ص ٣٥، ح ٥٣.

والتطفيف البخس في الكيل والوزن، وهو من مراتب الظلم والسرقة، ودواعي التطفيف بذل الجهد لتحصيل النفع وتكثير المال عن طريق التطفيف، وغالباً يفعله الذين يطمعون في كسب مزيد المال بالجهد القليل والمدة الأقل، وينافسون غيرهم على مزيد الانتفاع ولو بالحرام.

وفي مجمع البيان: أن رجلاً كان في المدينة يقال له (ابو جهينة) كان له صاعان يكيل بأحدهما ويكتال بالآخر فنزلت الآيات<sup>(١)</sup>، واستعرضت أسلوب التطفيف والتحذير منه والنهي عنه والمنافسة على الحرام ثم أشارت إلى نعيم الآخرة، وأمرت بالمنافسة عليه، والأمر ليس لحصر الدلالة بالأمر المعنوية، بل يشمل الماديات كذلك، وتشهد له شواهد:

**الشاهد الأول:** جريان سيرة الفقهاء على عدم الأخذ بالسياق؛ لأن العبرة عندهم عموم الوارد لا خصوص المورد، وإلا امتنع التمسك بالكثير من آيات الأحكام كقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)<sup>(٢)</sup> فإنها واردة في سياق الأطفمة والأشربة، فليكن هذا مثله، فإن حكم الأمثال واحد.

**الشاهد الثاني:** ما ذكره بعض المفسرين من أن النهي عن التطفيف لا يختص بالمكيل والموزون، بل يشمل العدد كذلك، بل والخدمة، كما لو سرق العامل أو الموظف من وقت عمله أو جهده فإنه يندرج في المطففين المذمومين<sup>(٣)</sup>.

(١) مجمع البيان: ج ١٠، ص ٤٥٢؛ تفسير الأمثل: ج ٢٠، ص ١٤.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) تفسير الأمثل: ج ٢٠، ص ١٤.

الشاهد الثالث: التوسعة التي نسبت إلى البعض في مفهوم الآية حتى عد التجاوز على حدود الله من التطفيف، بل أي إنقاص أو إخلال في الروابط الاجتماعية وانحلال التماسك والترابط الاجتماعي، وهو وجيه؛ لأن قبح التطفيف ناشئ من كونه ظلماً وبخساً للحقوق، وهو عنوان عام يجري في المعنويات والماديات، وقد ورد في بعض الأخبار إطلاق لفظ التطفيف على ترك الصلاة، أو التهاون بأدائها.

ففي مجمع البيان عن ابن عباس: (الصلاة مكيال فمن وفى وفى الله له، ومن طفف قد سمعتم ما قال الله في المطففين)<sup>(١)</sup>، أي الويل والهلاك.

وفي الحديث القدسي: ﴿نافس في الخير أهله واستبقهم﴾<sup>(٢)</sup> وإطلاق الخير يشمل كل نافع يرغب فيه الكل، ويطلق على المال بهذا الاعتبار. قال تعالى في الميت وميراثه: ﴿إِنْ تَرَكَ خَيْرًا﴾<sup>(٣)</sup> أي مالا<sup>(٤)</sup>، وقال تعالى في نزعة الإنسان: ﴿وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾<sup>(٥)</sup> أي المال، وهو المروي عن أمير المؤمنين عليه السلام<sup>(٦)</sup>.

(١) مجمع البيان: ج ١٠، ص ٤٥٢.

(٢) شرح أصول الكافي: ج ٨، ص ٤٠٠، ح ٢١؛ البحار: ج ١٣، ص ٣٥٣، ح ٥١، وفيه: ﴿نافس في الخير أهله واستبقهم﴾.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨٠.

(٤) مفردات ألفاظ القرآن الكريم: ص ٣٠٠، (خير).

(٥) سورة العاديات: الآية ٨.

(٦) مفردات ألفاظ القرآن الكريم: ص ٣٠٠ - ٣٠١، (خير).

وقوله تعالى: ﴿وَفِي ذَلِكَ﴾ إشارة إلى القريب وهو المنافسة في المعنويات، لكنه لا ينفي محبوبة المنافسة في الماديات، كالعقود من جهات:

**الأولى:** وحدة الملاك، فإن المنافسة في الماديات محبوبة، وفيها الأجر والثواب وقد حث الشرع على طلب الرزق والتوسعة فيه، وإن ذلك عزّ المؤمن وهو من العبادات إذا قصد فيه العون على الطاعة، كما أنه من الواجبات لما فيه من تحصيل النفقة والقدرة على الإنفاق على العيال. قال تعالى: ﴿وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا﴾<sup>(١)</sup> وفي النبوي الشريف: ﴿العبادة سبعون جزءاً أفضلها طلب الحلال﴾<sup>(٢)</sup>.

وتضافر في الأخبار مدح الغنى واليسار وذم الفقر، وما يتوقف عليه الواجب واجب، وما يتوقف عليه المستحب مستحب<sup>(٣)</sup>.

**الثانية:** أن الآية المباركة في مقام مدح التنافس وبيان الأفضل في المنافسة؛ لأن الناس عادة يتنافسون في أمور دنياهم لكفاية حاجاتهم، ويغفلون عن المنافسة في أمور أخراهم، فنبهت على أن الذين يتنافسون من أجل نعيم الدنيا فليتنافسوا من أجل نعيم الآخرة، ويشهد لمحبوبة المنافسة (لام) الأمر، ولها رتبتان واجبة ومستحبة، والأولى ما تكفي مؤونته الدنيا والآخرة، والثانية ما يراد بها الفضل ومزيد الخير.

(١) سورة القصص: الآية ٧٧.

(٢) الوسائل: ج ١٧، الباب ٤ من أبواب مقدمات التجارة، ص ٢١، ح ٢١٨٧٧؛ التهذيب: ج ٦، ص ٣٢٤، ح ٨٩١.

(٣) البحار: ج ٦٩، ص ٦٠؛ تبيان: ج ١١٠، ص ٧١-٧٢.

الثالثة: أن المنافسة في أمور المعيشة وفي المعنويات والأعمال الصالحة مما جرت عليها سيرة العقلاء؛ لما فيها من كمال وسمو في الإنسانية، ولذا يمدحون المتنافسين ويعدونه من الحقوق الأولية التي تحفظ حياة الإنسان وكرامته الدينية والدنيوية، والآية ناظرة إلى هذه الكبرى الكلية، وممضية لها.

ولا شك أن المنافسة لدى العقلاء بعضها واجبة عقلاً لديهم، وبعضها محبوبة، ومن أظهر مصاديقها المنافسة في العقود والمعاملات إما طلباً للرزق الواجب أو الزيادة فيه.

الرابعة: أن الكثير من عقود المنافسة مما يترتب عليها حفظ حقوق الناس وتوفير الحياة الأفضل والخدمات الواجبة والمستحبة من بناء مستشفيات ومصانع ومدارس وأسواق ونحوها مما تتوقف عليها حياتهم أو الرفاه فيها، فتكون كذلك عقلاً وشرعاً.

والحاصل: أن عقود المنافسة لا تخلو من واجب ومستحب ما لم تشتمل على عناوين محرمة أو مكروهة.

ومن الآيات قوله تعالى: ﴿فَاسْتَبِقُوا الخَيْرَاتِ﴾<sup>(١)</sup> وقد ورد في آيتين:

إحدهما: في معرض بيان تباين اتجاه المسلمين وأهل الكتاب في العقائد والعبادات والأعمال<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر سورة البقرة: الآية ١٤٨.

(٢) انظر سورة البقرة: الآية ١٤٨.

وثانيهما: في معرض بيان اختلاف الشرائع والمناهج بين النبوات، وحث المسلمين أو الجميع على استباق الخيرات، وعدم الانشغال بالاختلاف الحاصل<sup>(١)</sup>؛ لأن الخيرات هي الجامع المشترك بين الكل، والاستباق التسابق والمبادرة إلى الفعل قبل الغير لبلوغ الغاية قبله، ومعناه ظاهر، ويطلق على المبادرة إلى الأمور المادية والمعنوية والتنافس فيها<sup>(٢)</sup>، واختلفوا في المراد بالخيرات على أقوال أصحها هو كل ما دعا الله سبحانه إليه من المستحسنتات العقلية والمحجوبات الشرعية، وفي مجمع البحرين: في معنى الآية بادروا إلى ما أمرتكم به فإني لا آمر إلا بالإصلاح<sup>(٣)</sup>.

وعن ابن عباس معناها: تنافسوا فيما رغبتم فيه من الخير فلكل عندي ثوابه<sup>(٤)</sup>، فيشمل الواجبات والمستحبات واجتناب المحرمات والمكروهات، وفي مجمع البيان وغيره أنّ في الآية دلالة على وجوب المبادرة إلى أفعال الخيرات، ويكون محمولاً على الواجبات، ومن قال: إن الأمر على الندب حمله على جميع الطاعات<sup>(٥)</sup>، وإطلاقها يشمل الواجبات الاعتقادية والفرعية الفقهية التعبدية

(١) انظر سورة المائدة: الآية ٤٨.

(٢) انظر تقريب القرآن إلى الأذهان: ج ١، ص ١٩٥.

(٣) مجمع البحرين: ج ٢، ص ٣٣١، (سبق)؛ وانظر تقريب القرآن إلى الأذهان: ج ١، ص ٦٥١.

(٤) مجمع البيان: ج ١، ص ٤٢٩.

(٥) مجمع البيان: ج ٣، ص ٣٥٠؛ تفسير الميزان: ج ٦، ص ٣٦٢؛ التبيان: ج ٢، ص ٢٦.

والتوصلية والعبادية، وهو ما تقتضيه النزعة الفطرية في البشر؛ لأن الاستباق إنما يكون إلى أمر محبوب وغرض مطلوب إما فيه جذب لذة أو دفع ألم.

ومن هنا قالوا إن الآية إرشاد إلى طريق العقلاء وليست تعبدية شرعية؛ لأن الاستباق إلى الخيرات مما يفعله جميع العقلاء ويمدحون فاعله<sup>(١)</sup>. نعم ورد في بعض الأخبار تفسير الخيرات بالولاية لأولياء الله كما في الكافي عن الباقر والصادق عليهما السلام، وهو من باب التطبيق على أظهر المصاديق أو أهمها أو مفتاحها، وعلى فرض الحصر فإن الولاية بمعناها الكامل تشمل العقيدة والاتباع في الحدود والأحكام.

ومنها: الاستباق إلى خيرات الدنيا؛ لأنها من موارد الطاعة، كما أن الروايات المفسرة مثبتة لاناوية، فلا يمنع انطباق عنوانها على عموم الأعمال الحسنة عقلاً أو شرعاً، ولذا قال بعض المفسرين الفقهاء بصحة تطبيق الآية المباركة على القرآن وجميع المعارف الإلهية<sup>(٢)</sup>.

ويتحصل: أن الآية المباركة أمرت بالمنافسة في الخيرات، وهو عنوان عرفي يشمل كل ما يصدق عليه خير مادياً كان أو معنوياً، وينطبق على العقود والمعاملات التي تقع فيها المنافسة لذات الملاكات التي تقدم بيانها في الآية السابقة، والأمر يفيد الوجوب، وهو الأصل فيه، ولا يحمل على الاستحباب إلا ما قامت القرينة عليه، وهي حاصلة في بعض العقود؛ لأن عقود المنافسة تكون على ثلاثة أنحاء:

(١) انظر مواهب الرحمن: ج ٢، ص ١٢٢.

(٢) مواهب الرحمن: ج ٢، ص ١٣٣ - ١٣٤.

الأول: العقود التي يتقوم بها الرزق وتوفير المؤونة الواجبة، وهي واجبة لتوقف الواجب عليها.

الثاني: العقود التي يتم بها التوسعة في الرزق، وهي مستحبة، فكذا الاستباق إليها.

الثالث: العقود التي يقوم عليها النظام العام وحفظ الحقوق النوعية، كالصحة والتعليم والسلامة العامة ونحوها التي تكفلها عقود المفاضلة بإنشاء المنشآت الكبيرة من مستشفيات ومدارس ومعاهد وطرق ومحطات ونحوها، وهي واجبة؛ لتوقف الواجب عليها، ودعوى ورود الآية بشأن أهل الكتاب ومعتقداتهم أو عباداتهم أو توجهه إلى القبلة لا يضر بعموم الدلالة؛ لأن المورد لا يخصص الوارد، وفهم العرف عدم الخصوصية لما ذكر، وتعزز ذلك الأحكام والقواعد التي قررها الشرع، وتقوم على التسابق في الحلال.

منها: استحباب التبكير في طلب الرزق، وأنه من موجبات زيادته، كما عن أمير المؤمنين عليه السلام<sup>(١)</sup>، والصادق عليه السلام<sup>(٢)</sup>، بل البكور مبارك يزيد في جميع النعم خصوصاً الرزق<sup>(٣)</sup>، والبكور المسارعة إلى الشيء<sup>(٤)</sup>.

(١) البحار: ج ٧٣، ص ٣١٤، ح ١؛ سفينة البحار: ج ٣، ص ٣٤٦.

(٢) البحار: ج ١٠٠، باب المباكرة في الرزق، ص ٤١؛ سفينة البحار: ج ٣، ص ٣٤٦.

(٣) الخصال: ص ٥٠٥، ح ٢؛ البحار: ج ٧٣، ص ٣١٤، ح ١؛ سفينة البحار: ج ٣، ص ٣٤٦.

(٤) المعجم الوسيط: ج ١، ص ٦٦، (بكر).

ومنها: قاعدة من سبق التي تفيد رجحان الأسبقية وإثبات الحق للسابق<sup>(١)</sup>.  
ومنها: قاعدة إحياء الموات فإنها تدل بالتضمن أو الملازمة على رجحان السبق إلى ذلك<sup>(٢)</sup>.

ومنها: السبق والجعالة ونحوهما من موارد تقوم على المبادرة والمسارة والتنافس في الفعل.

والحاصل: أن الاستباق إلى عقود المنافسة محبوب شرعاً، ويدور بين الواجب والمستحب بحسب اختلاف الموارد. هذا هو الأصل العام فيها يخرج منه ما اشتمل منها على عنوان محرم كالربا والغش والغرر ونحوها، أو مكروه كالدخول في سوم المؤمن ونحوه، وفي بعض الموارد تندرج في باب التزاحم، ويتعين ترجيح الأهم على المهم، والمهم على غيره كما تقتضيه القاعدة في معالجة الأحكام المتزاحمة.

(١) القواعد الفقهية (للبنوردي): ج ١، ص ١٨٢.

(٢) مستدرک الوسائل: ج ١٧، ص ١١١، ح ٢٠٩٠٢.

## الأمر الرابع

### في موانع عقود المنافسة

قد تعترض عقود المنافسة جملة من الموانع الشرعية أو العقلية تنفي صحتها على قول، أو لزومها على قول آخر:

**المانع الأول:** النجش، فربما يقال إن عقود المنافسة ملازمة للنجش ورفع الأسعار في المزايدة وخفضها في المناقصات وكذا في المفاضلات، والنجش حرام يوجب بطلان المعاملة بناء على اقتضاء النهي للفساد، ويحرم الكسب الحاصل منه؛ لأن الله سبحانه إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه، ويوجب الإثم والخيار بناء على عدم الاقتضاء.

وبيان ذلك: قد مر في بحث موانع العقود أن النجش منها، وهو في المصطلح الفقهي التزايد في تقدير الأشياء إغراءً وتمويهاً ليعرف فيزاد فيها بالارتفاع أو بالانخفاض<sup>(١)</sup>، وله صور عديدة عمدتها صورتان:

---

(١) انظر المعجم الوسيط: ج ٢، ص ٩٠٣، (نجش)؛ الفقه (المكاسب المحرمة): ص ٧٩.

الأولى: الزيادة الكاذبة في ثمن السلعة بأن يتظاهر الرجل برغيبته بالشراء بسعر مرتفع مثلاً؛ لكي يغري الغير فيشتريها بنات الثمن أو أكثر

الثانية: مدح السلعة وما يقوم مقامها بنحو يغري الغير بها ليدفع في مقابلها أعلى عوض، ويشمل عقود المفاضلة في منافسة المقاولات ونحوها، وفي النقيصة يذمها ذمًا كاذبًا؛ لكي يزهد فيها صاحبها فتؤخذ بأنقص الأثمان، ويشمل المدح والذم الإعلام والدعايات الكاذبة في إغراء الزبائن لدفع أعلى الأسعار أو أقلها، وحرمة النجش ناشئة من النهي المتعلق به ومن اندراجه في العناوين المحرمة الأخرى، كالغش والتدليس والغبن والكذب والإغراء بالجهل والإضرار وأكل المال بالباطل ونحوها.

ففي رواية عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام أن النبي صلى الله عليه وآله لعن جماعة منهم الناجش والمنجوش<sup>(١)</sup> وفي رواية أخرى أنه صلى الله عليه وآله: ﴿نهى عن النجش﴾<sup>(٢)</sup>. وكيف كان، فقد يقال إن عقود المنافسة غالباً ما تلازم النجش والتواطؤ بين المتنافسين أو الباعة.

وفيه:

أولاً: أن هذا الإشكال لو صح في النجش لصح في الغش والغبن والغرر

(١) الوسائل: ج ١٧، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجارة، ص ٤٥٨، ح ٢٢٩٩١؛ الحدائق: ج ١٨، ص ٤٦.

(٢) الكافي: ج ٥، ص ٥٥٩، الحاشية؛ الدعائم: ج ٢، ص ٣٠، ح ٦٢؛ مستدرک الوسائل: ج ١٣، الباب ٣٧ من أبواب آداب التجارة، ص ٢٨٦، ح ١٥٣٧٠.

ونحوها من عناوين منهي عنها شرعاً وتقع في بعض المعاملات، والتالي باطل؛ لاتفاقهم على ثبوت الخيار فالمقدم مثله.

ثانياً: أن ذلك استدلال بالأخص على الأعم؛ لأن النجش قد يقع في بعض عقود المنافسة لا جميعها، ولا يجوز إسراء حكم الخاص إلى العام.

وثالثاً: أن عنوان النجش ليس مقوماً لعقود المنافسة، بل طارياً عليها، نظير الغش والغبن ونحوهما.

والقاعدة تقتضي الحكم بصحة العقود ولزومها إلا ما خرج بدليل، مثل النجش فيكون حكمه حكم الربا والغرر إذا لازم بعض المعاملات، فإنه يبطل ما وقع فيها ذلك لا جميعها.

ورابعاً: ينبغي للهيئة المديرة لعقود المنافسة اتخاذ الإجراءات المناسبة لمنع النجش ونحوه من باب ردع المنكر ووجوب حفظ حقوق العباد لا إبطال المعاملة وإن لم تكن نجشية.

ويتحصل: أن النجش قد يقع في عقود المنافسة فيكون مانعاً منها بناء على اقتضاء النهي للفساد، وقد يكون إثماً ولا يبطل المعاملة، وإنما يثبت الخيار بسبب حصول الغبن أو الضرر أو التدليس وغيرها من العناوين التي يثبت بها الخيار بناء على عدم الاقتضاء.

المانع الثاني: أن التزام الموجب منها قبل القابل من قبيل الشرط الابتدائي فيندرج في الوعد لا العقد، والوعد لا يجب الوفاء به عند أكثر الإمامية فيبطل اللزوم، وضعفه يظهر مما قدمناه في عقود التوريد من وجهين:

الأول: أن الوعد واجب الوفاء؛ لأنه من الالتزام والتعهد، وتضافرت الأدلة اللفظية واللبية على وجوب الوفاء به.

والثاني: سلّمنا، إلا أن في عقود المنافسة يوجد شرط ضمني أو ارتكازي بالالتزام بالعقد لحين رسوه على أحد الأطراف، فيشملة المؤمنون عند شروطهم<sup>(١)</sup>.

المانع الثالث: الغرر؛ لأن الموجب والقابل يقدمان على المنافسة ولا يعلمان على من ترسو المعاملة، ومقدار العوض في المزايدات والمناقصات، وتكلفة العمل ومدته في المفاضلات، والغرر منهي عنه، فيقال فيه ما قيل في النجش.

وفيه:

أولاً: أن عقود المنافسة قائمة على شيء من المجهولية لا مطلق المجهولية، والأسواق قائمة عليها، ولو كانت المجهولية الإجمالية مخلة لما تعاقدوا بها، والسيرة كاشفة. إما عن عدم حصول الغرر حقيقة أو عدم كونه غرراً معتداً به حتى يبطل العقد، وتعززه جملة من الشواهد الفقهية:

منها: حكمهم بجواز بيع اللبن الخارج مع ما في الضرع صفقة واحدة.

ومنها: جواز بيع السمك في الأجمة مع القصب.

ومنها: جواز بيع الثمار على الأشجار مع أنها ملازمة للجهاالة بلا ريب.

وثانياً: أن الغرر منتف بوجود العلم الإجمالي برسو العقد على أحد الأطراف

---

(١) الفقيه: ج ٣، ص ٢٠٥، الحاشية؛ الاستبصار: ج ٣، ص ٢٣٢، ح ٨٣٥؛ التهذيب: ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣.

المتنافسة، كما يعلم عرض كل جهة منافسة وكلفته ومدته وكل ما يتعلق به، وغالباً ما تكون المنافسة بين أطراف محدودة بما يرفع المجهولية، ولا خلاف في كفاية العلم الإجمالي لرفع الغرر عرفاً وشرعاً، وإلا لزم إبطال الكثير من العقود بسبب عدم العلم التفصيلي بآثارها ولوازمها، ويشهد له ما ورد في السيرة النبوية من أنه ﷺ باع بالمزايدة<sup>(١)</sup>، ولو كان ذلك غررياً لما جرت به السيرة.

**المانع الرابع:** الدخول في سوم الغير المنهي عنه فيوجب بطلان العقد أو نفي لزومه، وهو منطبق على عقود المنافسة؛ لأن كل واحد من المتنافسين يحاول الوصول إلى التعاقد وإجرائه ويمنعه من المنافسة، وفضلاً عن النصوص الشرعية فإن العقل والعقلاء يعدونه من الرذائل الأخلاقية الموجبة للتحاسد والخصومة والحرص على المال، والزهد بالمحبة والإيثار بين الناس، ففي حديث المناهي عن الصادق عليه السلام: ﴿نهى رسول الله ﷺ أن يدخل الرجل في سوم أخيه المسلم﴾<sup>(٢)</sup> وفي حديث آخر: ﴿لا يسوم أحدكم على سوم أخيه﴾<sup>(٣)</sup> والسوم المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة، وفصل ثمنها، وللدخول في سوم الأخ تقريران:

**الأول:** أن يعرض الرجل على المشتري سلعة بثمن فيقول آخر عندي مثلها

(١) الوسائل: ج ١٧، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجارة، ص ٤٥٨، ح ٢٢٩٩٠؛ وانظر الكافي: ج ٥، ص ٣٠٦، ح ٨.

(٢) الوسائل: ج ١٧، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجارة، ص ٤٥٩، ح ٢٢٩٩٢.

(٣) مجمع البحرين: ج ٦، ص ٩٤، (سوم)؛ المعجم الوسيط: ج ١، ص ٤٦٥، (سام).

بأقل من هذا الثمن، وربما يدخل المشتري على البائع ويعرض لها ثمناً أكثر مما عرضه المشتري الأول.

والثاني: أن يتساوم المتبايعان في السلعة ويتقارب الانعقاد فيجيء رجل آخر يريد أن يشتري تلك السلعة ويخرجها من يد المشتري الأول بزيادة على ما استقر الأمر عليه بين المتساومين ورضياً به قبل الانعقاد<sup>(١)</sup>.

والنهي ظاهر في التحريم، وإطلاق الحديث يشمل سائر المعاملات ولا يختص بالبيع، ولازمه بطلانها بناء على اقتضاء النهي للفساد، وربما يوسع من مفهوم السوم ليشمل الإغراء بفسخ العقد في زمن الخيار، بأن يقول للمشتري مثلاً في زمن خيار المجلس أو غيره: إذا فسخت بيعك فأنا أبيعك مثله أو أفضل منه بثمن أقل، أو يقول للبائع: إذا فسخت بيعك فأنا اشتري منك بثمن أكثر لوحة الملاك.

والنتيجة: أن التنافس في العقود يندرج تحت عنوان الدخول في سوم الأخ، ولازمه البطلان، والجواب من وجهين:

الوجه الأول: أن النهي المتعلق بالسوم ليس تحريمياً بل كراهياً أو تنزيهاً لقريبتين:  
الأولى: لأنه متعلق بالعمل قبل إتمام العقد؛ لصرف رغبة المتعاقدين عن إجراء العقد بالإغراء بالأفضل، وهو قبيح عقلاً، ومنقصة في الأخلاق، لكنه لا يشتمل على عنوان محرم، فغاية ما فيه أنه رذيلة توجب الخصومة، فقريئة الحال تمنع من حمل النهي على الحرمة.

(١) مجمع البحرين: ج ٦، ص ٩٤، (سوم).

والثانية: معارضته بقاعدة السلطنة القاضية بأن الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم ما لم يلتزموا بعقد يوجب عليهم الالتزام بمؤداه، وهذا هو وجه الجمع بين القاعدة وعموم: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup> فإن القاعدة تمتد إلى قبل العقد، ووجوب الوفاء يكون بعد العقد، فالنهي عن الدخول في السوم لا يحرم التصرف، بل يبغضه ويعززه فهم الفقهاء، فإنهم متفقون على كراهة الدخول في سوم الأخ لا حرمة، وعليه فلو سلمنا أن عقود المنافسة مندرجة في عنوان الدخول في سوم المؤمن فإن الدخول لا يجرمها أو يبطلها؛ لأن النهي عنه كراهي أو إرشادي.

الوجه الثاني: أن عقود المنافسة خارجة موضوعاً عن الدخول في السوم من جهتين:

الأولى: لأنها عبارة عن عروضات يقدمها المتنافسون في عرض بعضها البعض، وللطرف القابل أن يختار ما يراه أوفق بغرضه أو مصلحته، بخلاف السوم فإن التساوم فيه طولي.

والثانية: أن النهي عن الدخول في السوم منصرف إلى العقود التي لا تنافس بينها، أو منصرف عن عقود المنافسة فإنها مبنية على التنافس وتقديم العرض الأفضل، فموضوعها التساوم، والمتنافسون داخلون فيها بهذه الغاية، فوجه حرازة السوم منتف فيها لتكافؤ التساوم؛ لأن كل واحد من المتنافسين داخل في سوم غيره، ولذا قالوا بأن دليل لا ضرر ولا حرج لا يشملان الأحكام التي موضوعها ضرري أو حرجي، كالجهاد والحج والخمس ونحوها؛ لانصرافها عنها، وحكم الأمثال واحد.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

والخلاصة: أن النهي عن الدخول في سوم الأخ لا يضر بصحة عقود المنافسة إما لأن النهي ليس تحريمياً، أو لأن عقود المنافسة ليست من الدخول في السوم. المانع الخامس أنها توجب الإجحاف والظلم؛ لأن المزايد يوجب دفع أعلى الأثمان في المزايدة، وأبخس الأثمان في المناقصة، وكذا في المفاضلات، وهما منهيان. والجواب من وجهين:

الوجه الأول: أن جعل الأثمان يكون بإقدام المتنافسين ورضاهم، لاسيما وأنها غالباً ما تقع بين أهل الخبرة المطلعين على الأسعار والقيم، فإذا لا يجدون تناسباً بين العوض والمعوض لا يقدمون عليه، فالدعوى المذكورة سالبة بانتفاء الموضوع. الوجه الثاني: سلّمنا، إلا أن الإجحاف والظلم لا يلازمان كل عقود المنافسة، بل قد يقعان في بعضها، والقاعدة تقتضي تحريم ما يوجب الظلم منها لا تحريم غيرها معها.

فالإشكال المذكور يسري حكم الخاص على العام وهو باطل. هذا فضلاً عن إمكان جعل حد أعلى للثمن في الزيادة وحد أدنى في النقيصة للحؤول دون وقوع الظلم، وهذه مهمة الهيئة المديرية كما قررناه في جواب إشكال الغرر.

ويتحصل من كل ما تقدم: أن الموانع المذكورة لا تبطل عقود المنافسة، أو لا تنفي لزومها إما لقصورها الذاتي، أو لكونها موانع تختص في موارد فلا تصلح أن تمنع منها في جميع الموارد، فالحق أن الأصل في عقود المنافسات الصحة واللزوم إلا ما خرج.

## الأمر الخامس

### الفروع والأحكام

تتفرع على عقود المنافسة جملة من المسائل الهامة نستعرض بعضها في فروع:

#### الفرع الأول: في ضمانات عقود المنافسة

قد تطلب الجهة المعنية بعقود المنافسة ضمانات من المشتركين فيها من ثلاث نواح:

الأولى: ناحية حق الاشتراك في المنافسة والبقاء فيها لحين التفاضل؛ لضمان

بقاء المشترك في التنافس وعدم انسحابه منه.

الثانية: ناحية ضمان اتخاذ الإجراءات اللازمة لرسو العقد عليه، وتوفير

الشروط المطلوبة لضمان التزامه بالعقد.

الثالثة: ناحية ضمان تنفيذه للعقد إذا رسا عليه وعدم إهماله أو تهاونه فيه،

وهذه إجراءات إدارية مهمة تمنع الفوضى في المنافسات فلا يدخلها إلا من هو

قادر على الالتزام بلوازمها، وجاد في إقدامه عليها، كما تمنع التخلي عن مسؤولية

العقود، وتتم الضمانات بإيداع مبلغ من المال يسلم إلى الجهة المعنية، لكنه لا يخلو

من مشاكل في الإجراء، بل وتجميد للأموال بلا فائدة؛ لذا صار العمل قائماً على إدخال المصرف كطرف ثالث ضامن للمشارك إذا تخلى عن التزاماته، فيطلب المنافسون من المصرف توجيه خطاب ضمان إلى الهيئة المديرة يتكفل المصرف فيه بضمان ما ينجم عن عدم التزام المشترك، وبالنيابة عنه.

وعمل المصرف هذا نوع ضمان خاص لا يراد به الضمان الاصطلاحي، كما أنه ليس بكفالة اصطلاحية ولا حوالة؛ لأن الضمان عندنا نقل الحق من ذمة إلى ذمة مع فراغ الذمة المضمونة<sup>(١)</sup>.

فالضمان الاصطلاحي يبرئ ذمة المضمون، ويشغل ذمة الضامن بالضمان، وفي عقود المنافسة تبقى ذمة المضمون مشغولة أولاً، فإن لم يلتزم تكفل المصرف بدفع ما عليه، كما أنه ليس من الضمان عند المخالفين؛ لأنه من ضم ذمة إلى ذمة، ووجهه ظاهر.

كما أن الحوالة من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة<sup>(٢)</sup>، فيقال فيها ما قيل في الضمان. والكفالة عبارة عن إحضار المكفول كما عرفوها بالتعهد بالنفس إحضاراً<sup>(٣)</sup> وإنما يراد به التعهد بأداء ما التزم به المتنافس عند تخلفه عنه، نظير تعهد الضامن أداء دين المدين إذا تخلف عنه، وكذا ضمان رد العين المغصوبة لأهلها، وضمان الحاكم الشرعي أو بيت المال لدين المعسر، ودية العاجز ونحوهما.

(١) الجواهر: ج ٢٦، ص ١١٣.

(٢) المبسوط: ج ٢، ص ٣١٢.

(٣) اللمعة الدمشقية: ج ٤، ص ١٥١.

ويكون خطاب الضمان بمنزلة الالتزام والتعهد بالشرط المجعول في هذه العقود، والوفاء به فتشمله أدلة وجوب الوفاء بالشروط، فلو تخلف المتنافس عن الوفاء ألزم المصرف برفع القيمة التي تعهد بها في خطابه ورجع المصرف إلى استيفائها من الشخص المعني، وجاز له تضمينه أجور الأتعاب ومقدمات الوفاء إن كلفته عملاً أو مالاً.

وربما يطلب المتنافس من الجهة الداعية إلى المنافسة خطاب ضمان يضمن المصرف التزامها بتعهداتها في دفع الأجر دفعة أو أقساطاً وبالمواعيد المحددة، والكلام فيه كالكلام في غيره.

### الفرع الثاني: في جواز العمولة على الضمان

إن تقديم خطاب الضمان المصرفي نوع خدمة يقدمها المصرف للمتنافسين، وكذا تحمله مسؤولية الأداء عن المتخلف منهم، فهل يجوز للمصرف أن يتقاضى عمولة مقابل ذلك؟ فيه قولان:

**القول الأول: العدم؛** لأن التعهد بأداء ما التزم به المتنافس مجرد التزام قولي لا يقابل بالمال، والمال يكون في مقابل العمل كالخياطة، أو يدفع للتعويض، والمصرف لم يقم بذلك، فأخذ العمولة من أكل المال بالباطل، بل وحتى التزام المصرف بدفع ما تخلف عنه المتنافس فإنه لا يستحق أجراً؛ لأنه يسترده من المقاول على كل حال<sup>(١)</sup>، بل هو مقدم على الضمان باختياره، فلا يستحق على إقدامه شيئاً؛ لأنه نوع تطوع.

(١) انظر الفقه المعاصر: ج ١، ص ٣٧٢.

**القول الثاني:** الجواز؛ لأن التعهد نوع عمل محترم، وله غاية الأثر في التعاقد؛ إذ لولاه لم يدخل المتنافس المنافسة، ولم يرس عليه العقد؛ لذا يمكن فرض جعالة أو أجور عليه، وعلى فرض الشك في كونه عملاً فإنه عرفاً خدمة كبيرة قدمها المصرف، فيجوز أخذ الأجرة عليها، والحق هو الثاني؛ لوجود المقتضى وانعدام المانع.

وأما دعوى العدم فمستندة إلى توهم أن التعهد المصرفي ليس بعمل، وهو منقوض بالكثير من الأمور المعنوية التي قد لا تعد من الأعمال وتقابل بالمال، نظير الاستشارات الفكرية والتخصصية التي هي عبارة عن أقوال، ومحلول بأن العمل عرفاً يشمل كل فعل قصدي جارحي أو جانحي<sup>(١)</sup>، وهو يشمل الضمان بشهادة صحة الحمل وعدم صحة السلب، وقد مر البحث في جواز تقاضي المصرف لما يقدمه من خدمات في العقود وغيرها، ودعوى الإقدام لا تمنع من أخذ العمولة؛ لأنه إقدام مشروط بشرط ضمني أو ارتكازي على أخذها، فهو ليس عمل تطوعي مجاني، بل تطوعي استرباحي يقوم على المقابلة بين الضمان والأجر كسائر الخدمات التي يقدمها المصرف.

### الفرع الثالث: في جواز الشرط الجزائي

يمكن جعل شرطاً جزائياً في عقود المنافسة بأحكامها، وفي الغالب يوضع في عقود المفاضلة والمقاولات، وهو غير خطاب الضمان الذي يوجهه المصرف من وجهين:  
الأول: أن خطاب الضمان يتعلق بمقومات العقد والالتزامات المحققة له.

(١) معجم مقاييس اللغة: ص ٦٧٧، (عمل)؛ مفردات ألفاظ القرآن الكريم: ص ٥٢٩، (عمل)؛ المعجم الوسيط: ج ٢، ص ٦٢٨ (عمل).

الثاني: أن خطاب الضمان يتعلق بضمان العاقد والتزام المصرف بالتزاماته عند التخلف لأجل إبرام العقد، فلولاها لا يبرم، أما الشرط الجزائي فهو خارج عن جوهر العقد، ويتعلق بلوازمه بفروض عديدة:

الأول: الانسحاب عن المنافسة قبل إبرام العقد، فيمكن أن يجعل شرطاً جزائياً على المنسحب لما يسببه الانسحاب من أضرار وتفويت منافع أو إخلال نظام.

الثاني: طلب فسخ العقد بعد إبرامه، فيوضع شرطاً جزائياً مقابل القبول بالفسخ.

الثالث: التخلف عن الالتزام بالمواعيد المحددة لإنجاز العمل، أو تسليم المشروع، أو تسليم العوض أو المعوض.

الرابع: التخلف عن الشروط والمواصفات المتفق عليها؛ إذ يمكن وضع شرط جزائي عليها مع إسقاط الخيار؛ لأن التخلف موجب للإضرار أو تفويت المنافع، وقد تقدم البحث في مفهوم الشرط الجزائي وأدلة اعتباره شرعاً، و الأقوال المختلفة فيه من حيث الكبرى، ونشير هنا إلى صور الجزاء الذي يمكن أن يفرض بالشرط من باب بيان بعض مصاديق الصغرى، وهي عديدة:

الصورة الأولى: أن يكون الجزاء تنقيص مقدار معين من الأجرة أو الثمن ونحوهما، كما لو اتفق على أن المشروع يسلم كاملاً في أول شهر رمضان، وأجوره مائة مليون، فإن تأخر وسلمه في شوال فإنه يستحق ثمانين مليوناً، وقد اختلفوا في جوازه على قولين:

القول الأول: الجواز. نسب إلى المشهور، وقد تعرضوا له في باب الإجارة في مسألة استئجار الرجل لحمل المتاع إلى موضع معلوم في الوقت المحدد، فإن تأخر

عن ذلك نقص من أجرته مقدار معين<sup>(١)</sup>، وهو مفاد الرواية الآتية، وبضميمة وحدة الملاك، أو عدم القول بالفصل، أو فهم عدم الخصوصية عرفاً أو استظهار أن بحثهم في المسألة من باب المثال يمكن تعميم الحكم لسائر الموارد المماثلة، واستدلوا للجواز بأمور:

أحدها: الأصل؛ لأن المنع يفتقر إلى دليل وهو غير ثابت.

وثانيها: إطلاق قاعدة المؤمنون عند شروطهم<sup>(٢)</sup>.

وثالثها: صحيحة الحلبي قال: كنت قاعداً عند قاض من القضاة وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس فأتاه رجلان فقال أحدهما: إني تكراريت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن، واشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا؛ لأنها سوق أتخوف أن يفوتني، فإن احتبست عن ذلك حطت من الكرى لكل يوم احتبسه كذا وكذا، وإنه حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً، فقال القاضي: هذا شرط فاسد وفه كراه، فلما قام الرجل أقبل إليّ أبو جعفر عليه السلام فقال: ﴿شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه﴾<sup>(٣)</sup>.

(١) الجواهر: ج ٢٧، ص ٢٧٠؛ الفقه المعاصر: ج ٣، ص ٣٧٣.

(٢) الفقيه: ج ٣، ص ٢٠٥، الحاشية؛ الاستبصار: ج ٣، ص ٢٣٢، ح ٨٣٥؛ التهذيب: ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣.

(٣) الكافي: ج ٥، ص ٢٩٠، ح ٥؛ وانظر الفقيه: ج ٣، ص ٣٥، ح ٣٢٧٣؛ الوسائل: ج ١٩، الباب ١٣ من أبواب الإجارة، ص ١١٦-١١٧، ح ٢٤٢٦٨.

ودلالاتها ظاهرة، وقد ذكرناها فيما تقدم من عقود التصنيع مع بيان الدلالة والمفردات.

القول الثاني: عدم الجواز. نسب إلى المحقق الثاني عليه السلام وجمع من المتأخرين<sup>(١)</sup> لإشكالين:

أحدهما: أن الشرط المذكور يوجب التعليق في العقد والجهالة، وهما مبطلان للعقد.

وثانيهما: أنه يتنافى مع التنجيز في العقد؛ لأنه يكون كالبيع بثمنين نقداً ونسيئة، وهما متنافيان؛ لأن النقد يوجب تسليم الثمن والنسيئة لا، وكذلك الإجارة على تقدير الوفاء بالشرط غيرها على تقدير العدم.

وأما الرواية فبعضهم طرحها وبعضهم حملها على الجعالة لا الإجارة، والتحقيق هو تمامية القول الأول لتمامية أدلته، أما القول بالعدم فضعيف من وجوه:

الأول: أنه مبني على توهم وجود المانع؛ لأن العقد المذكور منجز على الإجارة الأصلية المبنية على الوفاء بالشرط لا معلق، وقد ثبت في ذمة الأجير وجوب الفعل، وفي ذمة المستأجر الإجارة المتفق عليها.

وأما التنقيص منها فهو أمر طارئ لا يثبت من حين العقد، وإنما بعد حصول التأخير في التسليم، وهي غرامة تترتب على التأخير، ولا علاقة لها بأصل العقد، وعلى فرض التعليق فإنه تعليق على أمر معلوم إجمالاً، وهو كاف لرفع الجهالة.

(١) الفقه المعاصر: ج٣، ص٣٧٤.

الثاني: أن إدراجه في البيع بثمانين غير سديد.

أولاً: لأن المراد بالبيع بثمانين أن لا يحدد أحد الثمنين حين العقد ويكون مردداً، كما لو قال له إن اشتريت الدار بالدينار فكذا وإن بالدرهم فكذا، فيتم نقل ملكية المبيع بلا ثمن معين، وفيما نحن فيه الإجارة المتفق عليها محددة، والتنقيص غرامة تكون على تقدير عدم الالتزام بالشرط.

وثانياً: أن البيع بثمانين إذا كان من باب رضا البائع والمشتري بأي من الثمنين ويوكل الاختيار إلى المشتري مما لا إشكال فيه؛ لتوفر شرائط الصحة فيه من وجود الثمن والمثمن ورضا الطرفين، فما يتوهم أنه مانع ليس بمانع.

الثالث: أن التنقيص يكون بنحو الالتزام الإضافي من المتعاقدين حين تخلف الشرط بنحو شرط الفعل، بأن يقصد من حين تخلف الشرط بنقل ملكية جزء من الإجارة إلى المستأجر بحسب الشرط، ولو تخلف كان مأثوماً، أو بنحو شرط النتيجة، أي يكون المستأجر مالكاً لبعض الإجارة، فهو أمر متأخر عن العقد ولا محذور فيه.

الرابع: أن حمل الرواية على الجعالة أو طرحها على خلاف القاعدة؛ لأن الأول مخالف لمنطوقها الصريح في الإجارة، والثاني ممتنع لكونها موافقة لفتوى المشهور، واعتضاها بقاعدة الوفاء بالشروط، فضلاً عن الأصل، فالمقتضي فيها تام والمانع المتوهم غير مانع، فالقاعدة تقتضي اعتبارها وتصحيح مفادها.

فالحق جواز الاتفاق على التنقيص من الأجرة كشرط جزائي على التخلف عن بعض الالتزامات.

الصورة الثانية: التنقيص من الأجرة دون تعيين المقدار، بأن يشترط عليه إن لم يسلم المشروع في أول يوم من شهر رمضان مثلاً ينقص مقداراً من الأجرة ولم يحدده، وللحكم فيها حالتان.

الأولى: أن يكون هناك تباين عرفي عام أو عرفي خاص عند أهل المعاملة على مقدار من النقصان ينصرف إليه الإطلاق فيؤخذ به، لأن التحديد الارتكازي كالتحديد الاتفاقي كالشرط في ضمن العقد.

الثانية: أن لا يكون تباين، ولازمه الجهل بالشرط، ويغرم المتخلف مقدار الضرر أو تفويت المنافع الذي سببه، وفيه احتمالات أو أقوال: هي بطلان الشرط دون العقد؛ لأن الشرط الارتكازي أجنبي عن ذات العقد، فالمقتضي لصحة العقد موجود دون الشرط، وربما يقال بأن بطلان الشرط يسري إلى العقد ويبطله؛ لأن الجهل بمقدار النقيصة يوجب الجهل بمقدار الأجر<sup>(١)</sup>، وعليه يتعين للأجير أجرة المثل، ويؤيده ما ورد في دعائم الإسلام عن الصادق عليه السلام: ﴿أنه سئل عن الرجل يكتري الدابة أو السفينة على أن يوصله إلى مكان كذا وكذا في يوم كذا، فإن لم يوصله يوم كذا كان الكراء دون ما عقده. قال عليه السلام: ﴿الكراء على هذا فاسد، وعلى المكتري أجر مثل حمله<sup>(٢)</sup>﴾.

وبغض النظر عن البحث السندي فالظاهر أن الرواية مضطربة الدلالة، ولذا اتخذها القائل مؤيداً لا دليلاً، ووجه الاضطراب أمور:

(١) انظر الفقه المعاصرة: ج ٣، ص ٣٧٥.

(٢) الدعائم: ج ٢، ص ٧٨، ح ٢٣٠؛ وانظر مستدرك الوسائل: ج ١٤، ص ٣٢، ح ١٦٠٢٧.

الأول: أن قوله: ﴿دون ما عقده﴾ ظاهر في وجود أجر مسمى يعلمه الطرفان بالاتفاق أو التبانى العرفي، وهذا يقتضي صحة الكراء، والذي يستدعي البطلان الشرط الجزائي لأنه مجهول، لكن الرواية أبطلت ما هو صحيح، وأمرت بإعطاء الأجير أجره المثل، وهذا مناف للقواعد، لاسيما على قول المشهور بأن الشرط الفاسد لا يفسد العقد، والشهرة والإعراض تضعف الدلالة.

الثاني: أن قوله: ﴿دون ما عقده﴾ مجمل، وإطلاقه ظاهر في بطلانه مطلقاً بالرغم من وجود حالتين يمكن القول بتصحيحه فيهما:

الأولى: ما إذا كان تبان ارتكازي بينهما يحدد مقدار: ﴿دون ما عقده﴾.

الثانية: وجود اتفاق ضمني على الرضا بمقدار: ﴿دون ما عقده﴾ وإن صاحب الحق يرضى به لو دفعه المتخلف، ولا يختلف فيه، فيكون الاتفاق بمنزلة التصالح المقترن بالعقد.

الثالث: قوله: ﴿الكرى على هذا فاسد، وعلى المكتري أجر مثل حمله﴾ متهافت؛ لأن قوله: ﴿الكرى فاسد﴾ ظاهر في بطلان الأجر، وهو يعتبر بعيد عن أسلوب الأخبار وطريقة الفقهاء في بيان الأحكام، فإن الأجر يعبر عنه بالحكم التكليفي أي حليته وحرمة وجوازه ومنعه لا الحكم الوضعي أي الفساد، وقوله: ﴿وعلى المكتري أجر مثل حمله﴾ هذا يبنى على بطلان العقد، فالتعبير الأوفق بالقواعد هو القول بأن الإجارة باطلة فيحرم الأجر تبعاً لها.

وكيف كان، فإن القول ببطلان العقد بسبب مجهولية الشرط غير سديد.

أولاً: لمخالفته لمبنى المشهور القائلين بعدم سراية فساد الشرط إلى الشروط.

وثانياً: لانتفاء سبب البطلان وهو المجهولية؛ لأن المفروض أنها تعاقدا على أجر مسمى، فلا مجهولية لأجر المسمى وإن لم يحدد المسمى، وكذا لا مجهولية للشرط؛ لأنها وإن لم يحدد مقدار النقص، إلا أنه معلوم إجمالاً بالتباني أو بالرجوع إلى العرف.

فالأقوى صحة الشرط الجزائي ولو بدون تحديد مقدار النقيصة في ضمن العقد. إما لكفاية التباني الارتكازي في رفع مجهولية المقدار، أو لكفاية العلم الإجمالي بحدود النقص الذي يمكن تحديده بالرجوع إلى العرف العام أو الخاص.

**الصورة الثالثة:** أن يشترط سقوط الأجرة بتمامها إن تخلف عن الالتزام بالشرط، فيكون عمله بحكم التطوع، وفي صحة هذا الشرط وعدمه أقوال:

**القول الأول:** البطلان؛ لكونه منافياً لمقتضى العقد؛ إذ لازمه أن يكون الأجير بلا إجارة مع أن الإجارة تتقوم بالأجر مقابل العمل، فيكون حكمه حكم استئجار البيت بلا أجرة، وإذا فسد الشرط فسد المشروط، لاسيما الشرط الذي بني عليه العقد، والدليل على بطلان الشرط صحيحة الحلبي المتقدمة عن أبي جعفر عليه السلام حيث صحح شرط تنقيص الكراء بسبب تخلفه عن الشرط ونهى أن يسقط عنه تمام الكراء. قال: ﴿وشرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراهه﴾<sup>(١)</sup> ولازم ذلك استحقاق الأجير أجرة المثل.

**القول الثاني:** بطلان الشرط دون العقد، ويستحق أجرة المثل؛ لأن الأجرة

(١) الكافي: ج ٥، ص ٢٩٠، ح ٥؛ الفقيه: ج ٣، ص ٣٥، ح ٣٢٧٣؛ التهذيب: ج ٧، ص ٢١٤، ح ٩٤٠.

المسماة أسقطها بقبوله الشرط، وحيث إن عمله يستحق الأجر يعطى أجره المثل.  
 القول الثالث: بطلان الشرط وعدم استحقاقه الأجرة حتى أجره المثل؛ لأنه  
 أقدم على العقد بشرط عدم استحقاق الأجر عند عدم الوفاء بالتزامه، فيكون  
 حكمه حكم المتبرع بالعمل فيشملة إطلاق ﴿المؤمنون عند شروطهم﴾<sup>(١)</sup>.

القول الرابع: صحة الشرط ونفوذه، ولازمه سقوط تمام الأجر بسبب تخلفه  
 عن الالتزام، ودعوى أنه شرط مناف لمقتضى العقد أول الكلام، فإن الشرط  
 يمكن أن يقع على نحوين:

الأول: أن يشترط عليه إن تخلف عن الشرط لا يكون له أجره في أصل العقد.  
 الثاني: أن يشترط إن تخلف يسقط حقه في الأجرة، والأول مناف لمقتضى  
 العقد دون الثاني، والشرط الجزائي من قبيل الثاني؛ لما عرفت من أنه متأخر عن  
 العقد، وأما الصحيحة فقوله: ﴿وشرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه﴾ ظاهر  
 في غير الاشتراط من حين العقد، وأنه إذا أراد الانتقاص منه ينتقص منه كل  
 الكراء دون شرط مسبق عليه كما قد يوحي به نسبة الكراء إليه.

والقول الثالث والرابع متفقان في النتيجة مختلفان في الطريق، والثالث مطابق  
 لمذلول الصحيحة فيؤخذ به.

وربما يفصل فيه بين المتعاقدين العاملين بعدم صحة الشرط ويقدمان عليه  
 فيسقط الأجر، وبين الجاهلين لعدم صدق الإقدام وهو الأوفق بتباني العقلاء

(١) الاستبصار: ج ٣، ص ٢٣٢، ح ٨٣٥؛ التهذيب: ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣.

وارتكازاتهم، فالأقوى أن الشرط المذكور إذا تنافى مع مدلول الرواية يحكم بطلانه، ولا يستحق الأجير أجره المثل إن كان عالماً بفساد الشرط وإلا استحقها. الصورة الرابعة: أن يعتبر العقد لاغياً ويستحق الأجير أجره المثل، والظاهر أنه صحيح؛ لوجود المقتضي وانعدام المانع.

الصورة الخامسة: أن يجعله على المتخلف غرامة مالية أو غيرها يدفعها المتخلف، كجبران لتخلفه أو تعويض عما فوته مع بقاء العقد على ما هو، وقد تقدم بحثه تفصيلاً، وهو كالسابق من حيث المقتضي وانعدام المانع، وتشمل الغرامة أخذ العربون، بأن يتفق على أن العربون يكون من حق الطرف الآخر إذا تخلف أحد الطرفين عن التزامه مثلاً، سواء كان بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة والصور التي يمكن أن يكون عليها الشرط الجزائي راجعة إلى تباني المتعاقدين وأنظارهم، والأصل فيها الجواز ما لم يكن مانع شرعي أو عقلي منه.

### الفرع الرابع: في الإجراءات التدبيرية لعقود المنافسة

تتحكم بإجراءات الجهة المديرة لعقود المنافسة جملة من الضوابط والأحكام نستعرض بعض المهم منها:

الأول: تحديد المنافسة بأن تجعل الجهة الداعية إلى العقد محدودية للمنافسة، فتضع شروطاً أو ضوابط تضيّق من دائرة المشاركة في المنافسة كإجراء غايته فسح مجال المنافسة للقادرين على الالتزام بها، والإنجاز الأفضل، وإخراج من يملكون الطموح العالي للوصول إليها ولا يملكون القدرة على الإنجاز؛ لأن دخول أصحاب الطموح القاصرين عن الإنجاز الأفضل غالباً ما يسبب ضررين:

أحدهما: حرمان الأكفأ في الإنجاز من فرصة العمل.

ثانيهما: تقديم العروض الأدنى في الأرباح على حساب الإنجاز الأفضل، فلو علمت الجهة المديرة بذلك وجب عليها إخراجها عن المنافسة؛ لأنها أمانة على رعاية الأفضل في الإنجاز، كما وجب عليها تهيئة المقدمات الموصلة إلى الإنجاز الأفضل؛ لوجوب ما يتوقف عليه الواجب.

ومن المقدمات اتخاذ المستشارين المتخصصين للقيام بالتحقيق عن قدرة المنافسين عن الإنجاز؛ لأنه من مصاديق وجوب الفحص في الموضوعات، ووجوب الوفاء بالعقود والشروط، ومنه الوفاء بالإنجاز الأفضل، ولا يقال إن حرمان أهل الطموح من المنافسة يخل بالعدالة، وتصرف في شؤون الغير، ومنعهم من سلطتهم على أنفسهم؛ لأنه معارض بحرمان الطامح للقادرين على الإنجاز لو رست المعاملة عليه، وهو عاجز عن الإنجاز الأفضل، بل هو ردع للظلم والفساد الذي يصيب مصالح الأفراد أو المصالح العامة نتيجة القصور عن الإنجاز الأفضل إذا كان المشروع يتعلق بالمصالح العام.

ودعوى منافاته لقانون السلطنة باطلة أولاً؛ لانصراف دليل السلطنة إلى ما يتعلق بمصلحة صاحب السلطنة، وأما ما يتعلق بمصالح الغير الشخصية والنوعية فلا يشملها، وإلا لزم إباحة تصرف الشخص مطلقاً وإن أدى إلى إيذاء الغير والإضرار به.

فالحق أن دليل السلطنة قاصر عن الموارد التي تتسبب بالإضرار بالغير، بل والإضرار بالنفس في بعض مراتبه، ولذا حرم عليه الإسراف والتبذير أو الإلقاء بالتهلكة.

وثانياً لو سلّمنا فإن دليل السلطنة معارض بدليل لا ضرر، وحيث إن لا ضرر دليل ثانوي والسلطنة أولى يتقدم عليه بالحكومة أو الورود، وأما دعوى منافاته للعدالة فأظهر في البطلان؛ لأن العدالة تمنع القاصر عن الإنجاز الأفضل وتفويضه إلى القادر.

الثاني: اختيار الأفضل، فإن على الجهة الداعية أو المعنية بالاختيار اختيار الأفضل بالفعل بحسب تقويم أهل الخبرة مع ملاحظة اختلاف الحيثيات والوجوه والاعتبارات، فيختار العرض الأنقص إذا أريد من العقد المناقصة، والعرض الأكثر إذا أريد المزايدة، والأفضل في الإنجاز في عقود المفاضلة، ويجب وضع ضوابط للأفضل في ضوئها يتم الاختيار، وهو يختلف بالوجوه والاعتبارات، فيجب أن يلحظ كل مشروع بحسبه، وهو واجب عقلي، بل وشرعي؛ لأنه مقتضى الأمانة والشرط الارتكازي الذي تبنى عليه عقود المنافسة في اختيار الأفضل.

وعلى هذا فلا يجوز للجهة المعنية ترجيح غير الأفضل في المنافسة؛ لأنه ظلم وخيانة للأمانة، ومخالفة للشرط. نعم يجوز أن تضع شرطاً ضمناً بأنها تختار ما تراه مناسباً وإن لم يكن الأفضل، ولكن بشرط أن يكون له عذر وجيه لدى العقلاء وأهل الخبرة، وإلا كان تصرفاً شهوياً، وربما سفهياً ملازماً للإضرار وتفويت المنافع.

الثالث: موازنة العرض والطلب، فإذا لاحظت أن العروض المقدمة زادت كثيراً عن سعر السوق أو تقاربت العروض بحيث يتعذر اختيار الأفضل فإنها تقوم بمفاوضة الأطراف المعنية لموازنة العرض والطلب، وربما قسمت العقد بين

طرفين أو أكثر ليقوم كل طرف بجزء من الشروع، وربما منحت المشروع لأكثر من فريق طامح ليتولى كل فريق بعض الإنجاز ليشكل المجموع قدرة كاملة على إنجاز الأفضل، فيكون العقد مركباً من أكثر من عقد أو من عقد واحد مع أحد الأطراف بشرط الانضمام مع غيره، وربما ألغت المنافسة إذا ظنت وقوع توافق توافقي، أو دفع رشا لأجل إرساء العقد فزادت القيمة زيادة ملفتة، أو رسا العقد على غير القادر على الأفضل، وكذا إذا ثبت غش بعض المنافسين أو تواطؤهم أو تلاعبهم في القيم، أو عملية المنافسة، أو إرساء الاختيار على البعض دون بعض، وهذه وظيفة تنظيمية ووقائية يتعيّن على الجهة المديرة القيام بها لضمان الأفضل وإنسيابية عقود المنافسة بعدالة وإنصاف.

# المعاملة السادسة

## العقود الرضائية

وفيها تمهيد وأمور:

الأمر الأول: في حقيقة العقود الرضائية

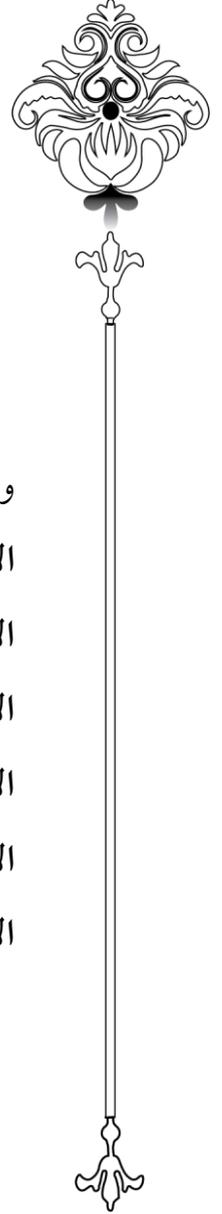
الأمر الثاني: موضوع عقود الإذعان

الأمر الثالث: في فوائد العقود الرضائية

الأمر الرابع: في شروط العقود الرضائية

الأمر الخامس: تكييف العقود الرضائية

الأمر السادس: في موانع عقود الإذعان





## التمهيد: التعريف والخصوصية

وهي من المعاملات التي راجت كثيراً بسبب تطور الحياة الحديثة، ويراد بها العقود التي يقدم الموجب فيها معروضه مع تحديد القيمة وكيفية التسليم وسائر تفاصيله، وليس للطرف المقابل إلا الرضا بما قدمه والقبول به، فليس للقابل فيها سوى الرضا بالإيجاب أو الرد، ويغلب هذا في العقود الخدمية التي تقدمها الوزارات والمديريات أو الشركات المعنية في مقابل قيمة خاصة مثل عقود النقل بالطائرات والقاطرات والبواخر وشركات الغاز، ومعالجة الأمراض في المستشفيات والهواتف، وعقود الكهرباء والماء، وعقود شركات التأمين التي تتقاضى الدولة أو الشركة المعنية مقداراً من رواتب الموظفين مقابل حق التأمين، وأجور التعليم في المدارس والجامعات الاستثمارية، وكذلك الفنادق والأسواق، وكذا عرض الأشياء الثمينة النادرة التي يقل وجودها في السوق، كالجواهر والتحفيات وعقود الإيجار التعسفية التي تضعها بعض الوزارات لعقاراتها إلى غير ذلك من موارد كثيرة جداً تتم بثلاثة أمور:

**الأول:** أن يقدم الطرف المالك معروضه للبيع ونحوه في مقابل قيمة محددة وشروط خاصة إن كانت.

الثاني: لا يملك الطرف القابل الخيار في التفاوض وتقليل القيمة أو الأسلوب والكيفية، فيدور أمره بين أن يقبل بالعرض الموجود أو يرفضه.

الثالث: أن يقدم القابل على ذلك برضا منه، فيكون العقد ملزماً لهما، وتقع هذه العقود في الغالب في الخدمات الضرورية التي يحتاجها الناس في حياتهم اليومية، ولذا تتبلى بإشكالين من جهة القابل:

أحدهما: أن القابل قد يكون مضطراً للقبول فيبتلى بشبهة الإكراه.

ثانيهما: أن إقدام القابل على العقد بداعي بلوغ الغاية وتحصيل المنفعة، فربما يغفل عن قصد العقد، وربما خلى العقد من قصدهما، فإن المتبادر من هذه العقود عرفاً أنها خدمة مقابل عوض، ومن هنا سمّاها بعض علماء القانون بعقود الإذعان؛ لأن الطرف القابل يدعن لما يعوضه الموجب، ويستجيب له، وبعضهم أسماها بعقود الانضمام باعتبار أن القابل ينضم إلى الموجب، ويرضى بعرضه دون أن يخالفه أو يختلف معه<sup>(١)</sup>، لكننا أسميناها بالعقود الرضائية لسببين:

أحدهما: للإشعار بأن القابل يقدم على العقد برضا منه وإن كان مسلوب الاختيار فيه.

ثانيهما: لأن الرضا هو الركن الأساس في العقود الذي نص عليه الشرع كما في قوله تعالى: ﴿تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>(٢)</sup> بخلاف تسميته بالإذعان فإنه يشعر

(١) انظر الوسيط (للسنهوري): ج ١، ص ٢٢٩؛ الإعلان عن الإرادة (لسالي): ص ٢٢٩؛  
قراءات فقهية معاصرة: ص ٣٧٧.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

بالإكراه، وأما الانضمام فهو أعم من الرضا، ويتميز الإيجاب فيها بثلاث مزايا:  
الأولى: أن الموجب قد يكون المالك أو الجهة الممثلة له مثل دوائر الدولة الخدمية.  
الثانية: أن يكون العرض الذي يقدم عاماً لجميع الناس وبذات الخصائص  
والمواصفات.

الثالثة: أنه سابق على القبول زماناً ورتبة؛ لأن العروض غالباً ما تقدم كلوائح  
أو تعاليم ثابتة ومتاحة للجميع، ولا يقع إنشاء للعقد، كالذي يقدم على شراء  
تذاكر الطائرة مثلاً يقبل بالإيجاب الذي فرضته شركة الطيران منذ زمان، وكذا  
شركة الكهرباء والماء والسكك وهكذا، فلا يتصور في هذه العقود التفاوت  
الزماني بين الإيجاب والقبول، بل ربما خلت من إنشاء العقد، كما أن الموجب ليس  
شخصاً في الغالب بل جهة، ومن البعيد القول بانحلال الإيجاب الكلي إلى  
إيجابات متعددة على عدد المشتركين، فإنه مخالف للواقع، وفي الغالب لا يلتفت  
المتعاقدون إلى ذلك، ويواجه هذا بإشكالات عديدة :

أحدها: أن بعض عقود الإذعان خالية من حق الخيار في الغالب، وعلى فرض  
ثبوتها فإنه لا يمكن بلوغ صاحب الحق إلى حقه إلا بالحلول القضائية أو  
الإجراءات الإدارية، وهذا يتنافى مع خصائص العقود، ولم يعهد من القابل أنه  
يتنازل عن حق الخيار حين العقد حتى يقال بسقوطه.

ثانيها: أن المعقود عليه لا يخلو من جهالة، ففي عقود المرضى مع المستشفيات  
مثلاً لا يعلم المعقود عليه، وكذا عقود الكهرباء فإن الكهرباء طاقة كلية فيبيعها  
للمواطن مثلاً يكون من قبيل بيع الكلي في الذمة.

ثالثها: أن بعض ما يباع غير حاصل لدى البائع كالعملية الجراحية والكهرباء والانتقال بالطائرة، فإن العقد سابق على وقت التسليم، وفي عين الحال غير معلوم؛ لتبدل الأحوال وتغيرها، فيكون من بيع الغرر أو بيع ما لا يملك.

فيتحصل: أن العقود الرضائية تواجه إشكالات عديدة من جهة القابل ومن جهة الموجب ومن جهة ذات العقد، فهل يحكم بطلانها أم يمكن تكييفها تكييفاً فقهياً يميز القول بصحتها؟ وهذا ما يتم البحث فيه عبر أمور:

## الأمر الأول

### في حقيقة العقود الرضائية

ليست العقود الرضائية متقوّمة بالصيغة دائماً، ففي بعضها تتم بالتعاقد القولي أو الكتبي مثل التأمين، وفي بعضها بالتعاطي العملي كما هو الغالب، وبناء على أن المعاطاة عقد يفيد النقل والانتقال فلا مانع من إيقاعها بها، وتكون لازمة لأصالة اللزوم الحاكمة في العقود، وعدم التفات القابل أو الموجب والقابل إلى كونه عقداً أحياناً لا ينفي حقيقة العقد لأسباب:

أحدها: لأن قصد العقد وإن لم يكن فعلياً أو مستحضراً حين التعاقد إلا أنه قائم في الارتكاز النفسي لهما، فإذا ألفت القابل مثلاً إليه أقر بالعقدية، وقد تقرر في بحث الشروط أن القصد الارتكازية كالفعلية في الاعتبار والأثر، ولعله مما لا خلاف فيه كما يستظهر من كلمات الفقهاء في باب النية الارتكازية في العبادات، فإنهم لم يحصروا صحة العبادة بالنية المستحضرة حين الشروع بالعمل.

وصححو صيام من نوى الصيام في أول شهر رمضان إلى نهايته، ولم يشترطوا

استحضار النية في كل ليلة، كما صححوا صلاة من لم يستحضر نيتها التفصيلية حين الشروع، كما صححوا من دخل الماء غافلاً عن نية الغسل من الجنابة، وقالوا بكفاية النية الارتكازية، وعلامتها أنه لو سئل ماذا تفعل قال اغتسل للجنابة، ولو صحت النية الارتكازية في العبادات صحت في المعاملات بالأولوية القطعية.

ثانيها: عدم خلو المعاملات من حالتين لا ثالث لهما وهما الإيقاعات والعقود، ومعاملات الإذعان ليست من الإيقاعات؛ لتقومها بالطرفين لا بطرف واحد، فهي من العقود، وعدم قصد العقد لدى الطرفين أو أحدهما لا ينفي وجوده واقعاً وصدقه عرفاً، فإن المعاملات العقلائية تحمل على التباني العقلائي العام، فإدام لم يقصدا أو أحدهما عدم العقدية يندرج في عنوان العقد.

ثالثها: أن إقدام القابل على المعاملة عن اختيار منه وإرادة شاهد على قصد التعاقد، وعدم التفاته له أو عدم نية العقد لا ينفي صدقه؛ لأنه من الخطأ في التطبيق الذي لا يبطل العمل، على أن القابل بإقدامه على المعاملة لا يخلو من حالتين؛ لأنه إما نوى العقد فالعقد يتبع القصد ببعاً وإجارة ونحوهما، وإما لم ينو فيندرج قهراً تحت عنوان المصالحة، وهي الأخرى عقد مبني على الاتفاق والتراضي بين المتعاملين، فتشمله عمومات وإطلاقات أدلة العقود.

والحاصل: أن العقود الرضائية تندرج تحت عنوان العقود اللازمة فتشملها أحكامها إلا ما خرج بدليل، وأما التسمية فهي من باب الحقيقة العرفية العامة، ولم تبلغ الحقيقة العرفية الخاصة؛ لعدم تعرض الفقهاء لها.

## الأمر الثاني

### موضوع عقود الإذعان

لا تصدق عقود الإذعان موضوعاً إلا في صورة فقدان القابل لحرية التفاوض والترحيل في التعامل بسبب انحصار المعاملة بطرف واحد، كما لو كانت شركة واحدة للكهرباء تحتكر الطاقة، وتضع شروطها في العقد، فإذا تعددت الشركات والعروض وامتلك القابل حرية التعاقد مع أي منها فإنها لا تكون عقود إذعان، والعرف لا يرى صدق الإذعان مع التعدد وحرية الاختيار بشهادة صحة السلب وعدم صحة الحمل.

وعليه لا تتحقق عقود الإذعان إلا في صور ثلاث:

الأولى: أن تكون السوق التي تبنى على هذه المعاملات أحادية، ولا يوجد فيها منافسة كما هو الحال في البلاد التي تسيطر فيها الحكومة على مصادر الطاقة والخدمة وتحتكرها، فإذا كانت السوق تنافسية حرة انتفى الإذعان موضوعاً.

الثانية: أن تكون السوق تنافسية إلا أنه خاضع للاحتكار، فليس له إلا طرف

واحد يتحكم بالعروض.

الثالثة: أن تكون السوق تنافسية ويبد أطراف عديدة، لكنها تتفق على وحدة العروض، ولا تختلف إلا ببعض الأشياء الطفيفة التي لا تحتسب تفاوتاً معتداً به، فلا يملك القابل إلا التعامل ضمن ما وضعوه من عروض.

فيتحصل: أن الإذعان يتقوم بوحدة الإيجاب سواء نشأ من الاحتكار القانوني كالصورة الأولى، أو الفعلي كالصورة الثانية، أو الاتفاقي كالصورة الثالثة، والاختيار أعم من الاحتكار الفقهي؛ لأنه يختص بما يتعلق بالطعام والقوت، وعقود الإذعان تتعلق بالأول.

## الأمر الثالث

### في فوائد العقود الرضائية

قرر العقلاء هذا النحو من العقود لدواع عديدة:

منها: تسهيل التعاقد وتنميته واختصار الجهد والزمان لاسيما إذا اتسع نطاق العمل به؛ إذ لا يمكن لشركات الطيران مثلاً أن تجعله معاملة مستقلة مع كل عميل، ومثله يقال في شركات الكهرباء والماء والمستشفيات، فإن ذلك كله مما يجهد ويخل بالنظام، ويزيد من الإجراءات الإدارية ونحوها، ولا مخلص من ذلك إلا بتقديم الموجب عرضاً مدروساً من حيث القيمة والأداء وكيفية التسليم، وكل من يرتضيه يقدم على التعاقد به.

ومنها: ضبط الحسابات والاستثمارات وتسهيل القدرة على ضبط الصادر والوارد الذي هو من الأعمال الدقيقة التي تتوقف على مهارات وخبرات عالية، لاسيما وأن بعضها يتعلق بميزانية الدولة والمجتمع فإن ذلك كله يتاح في معاملات الإذعان لا المعاملات الأخرى.

ومنها: نفي أو تقليل أسباب الاختلاف فيها؛ لوضوح العروض وثباتها. الأمر الذي يساعد الطرفين على معرفة سبب الخلاف، كما يساعد القضاء على تشخيص الحق وصاحبه.

ومنها: أنه يوجد شعوراً بالتساوي في التعامل بين الناس، لاسيما في المعاملات الخدمية التي تخص المواطنين عامة، وتلغي المحسوبيات ونحوها في المعاملة، كما تسهل على القابل الإقدام على التعاقد في أي فرع من فروع الشركات؛ لعدم اختلافها في القيم والشروط والمزايا، لهذه الدواعي وأمثالها انتشرت هذه العقود، وصارت هي الغالبة في المعاملات لاسيما الخدمية منها.

## الأمر الرابع

### في شروط العقود الرضائية

وهي قسامان:

القسم الأول: الشروط الماهوية، أي التي بها تتحقق ماهية العقد، وعمدتها أربعة:

أحدها: علم الطرفين لاسيما القابل بحقيقة العقد وخصائصه دفعاً للجهل والغرر ونحوها من الموانع، وذكر البعض أن بعض هذه العقود تتضمن فقدان القابل حق الاطلاع على نصوص العقد أو شروطه.

فليس عليه إلا أن يوافق على العقد وما جاء فيه قبل اطلاعه على النص، فيقال مثلاً لمن يريد شراء أرض ادفع كذا من المال ونحن نسلم لك أرضاً من دون أن يطلع على المساحة أو المكان أو الشروط في العقد<sup>(١)</sup>، وضعفه

---

(١) الفقه المعاصر: ج ١، ص ٤٥٦ - ٤٥٧.

ظاهر من وجهين:

أحدهما: شرعي؛ لكونه من مصاديق المعاملة الغررية التي نهى عنها الشرع. ثانيهما: عقلائي، فإن العقلاء يعدون الإقدام على مثل هذه المعاملة سفهياً وبعيداً عن النهج العقلائي في العقود، والمعهود في الأسواق حتى في مثل بيع الأراضي والمحلات التجارية والشقق السكنية التي تنجزها الشركات أنهم يحددون المكان والمساحات وتاريخ التسليم وكيفيته مع تحديد القيمة.

ثانيها: فقدان القابل القدرة على تغيير ما عرضه الموجب، وإلا كانت من العقود العادية، وليس المراد بالقدرة التكوينية كما هو واضح، وإنما القدرة العقدية باعتبار أن القابل يعلم بخصائص هذا العقد ويقدم عليه بمقتضى سلطته على نفسه وماله وحقوقه.

ثالثها: انحصار العرض الذي يقدمه الموجب به، فلا يوجد بديل منافس له فلو تعددت العروض وكان للقابل فرصة الاختيار والترجيح بينها خرجت المعاملة عن العقود الرضائية موضوعاً.

رابعها: أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات التي لا يستغني عنها المستهلكون أو المنتفعون كما مثلنا، وإلا انتفى الإذعان.

القسم الثاني: شروط التعاقد.

وأكثرها من موارد شرط النتيجة؛ لأنها تترتب على العقد بمجرد حصوله. أشار البعض إلى جملة منها وبعضها لا يخلو من إشكال عمدتها أن تكون العروض في مصلحة الموجب وتلزم الطرف القابل بالتزامات لا يقبلها

لولا اضطراره إلى العقد.

منها: التنازل عن اللجوء إلى القضاء لفض النزاع إن حصل، وإذعان القابل إلى الكيفية التي يعرضها الموجب لحل النزاع، كاللجوء إلى هيئة صلح، أو الرجوع إلى قاضي تحكيم لا محكمة.

ومنها: وضع شرط جزائي للقابل إذا خالف الاتفاق واشتكى إلى المحكمة بحرمانه من حقوقه الباقية له بموجب العقد، كالتقاعد مثلاً. يتصور هذا في عقود الوظائف الحكومية، أو التوظيف في الشركات الأهلية إن كانت من قبيل عقود الإذعان.

ومنها: اشتراط سقوط حق المطالبة بالحق بعد مدة محددة، كاشتراط أن يكون للعميل حق الاعتراض على نقصان أجوره مثلاً في مدة أسبوع من تأريخ الاستلام، فلو تجاوز المدة سقط الحق وهكذا.

ومنها: إعطاء الحق للموجب أن يغيّر من شروطه وإشعار الطرف الآخر به بعد العقد، وفي الغالب يعد الإشعار بذلك بمنزلة التبليغ، وله صورتان:

إحدهما: أن يكون القابل عالماً بهذا الشرط حين التعاقد فلا مانع منه لأدلة وجوب الوفاء بالشرط، ولا يحق له الاعتراض؛ لأنه مقدم.

ثانيتها: أن لا يكون القابل مطلعاً على ذلك، وإطلاق كلمات البعض ظاهر في صحته<sup>(١)</sup> لكنه غير سديد؛ لأن الشرط المتأخر عن العقد لا أثر

---

(١) الفقه المعاصر: ج١، ص٤٥٨.

له، وخارج عن أدلة وجوب الوفاء بالعقود، وعلى فرض الشك فإن أصالة البراءة نافية لوجود الوفاء.

ومنها: جعل العقد جائزاً من طرف الموجب الذي هو الطرف القوي في الغالب، فيحق له فسخ العقد متى شاء، وله الحق في تغيير شروط العقد دون موافقة الطرف الآخر، ولازماً من طرف القابل، وهو الطرف الضعيف في الغالب، فيحق للمصرف مثلاً إلغاء بطاقة الإقراض (الائتمان) أو أي بطاقة أخرى أصدرها من قبل من دون إشعار العميل بها، وكذا الأمر في عقد شركات الكهرباء والماء وسائر العقود عدا الأمور الخدمية.

وفيه: إن أريد به أن يكون العقد لازماً وجائزاً فهو من التناقض، وإن أريد أن الموجب يجعل لنفسه حق الفسخ وتغيير الشروط في ضمن العقد فلا مانع منه، إلى غير ذلك من الشروط التي يجعلها الموجب لنفسه ولا يملك القابل إلا القبول بها والدخول في المعاملة، وقد قرر هذا في بعض القوانين، فقد نصت المادة (١٠٠) من القانون المصري، على أن القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل المناقشة فيها، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه فهو مضطر إلى القبول، فالرضا بالعقد موجود ولكنه مفروض عليه<sup>(١)</sup>، ومعلوم أن

(١) انظر الوسيط (للسنهوري): ج ١، ص ٢٢٩؛ الإعلان عن الإرادة (لسالي): ص ٢٢٩؛  
الفقه المعاصر: ج ١، ص ٣٧٨.

الاضطرار لا ينفى الاختيار، بخلاف الإكراه، والاضطرار فيها نوعان:

**الأول:** الاضطرار التشريعي؛ لأن عقود الإذعان من الضرورات التي تقوم عليها الحياة الإنسانية في مختلف مرافقها، وبها يحفظ نظامها، فلا بد من رفع اليد عن بعض خصائص العقود المتعارفة القائمة على توافق الطرفين على كل شئونها، ثم إمضاء العقد وثبوت الحقوق، واللازم للطرفين على حد سواء، ولذا قالوا إن عقود الإذعان هي سمة بارزة من سمات التطور الاقتصادي في العهد الحاضر، ومن حقها أن يفرد لها مكان في التقنين<sup>(١)</sup> يتم بها تجاوز بعض خصائص العقود المتعارفة لأجل الوفاء باحتياجات البشر الضرورية.

ففي البلاد المحكومة بنظام سياسي مستبد وسوق واحدة غير متنافسة تحتكرها السلطة وشركاتها لا بد وأن يقبل الناس بعقود الإذعان؛ لأجل مسايرة الحياة والضرورات الاقتصادية، وفي العالم المحكوم بالشركات التابعة للدول العظمى كما يقولون في صناعة الطائرات والقاطرات والأسلحة والأدوية ونحوها لا يمكن اعتماد العقود التقليدية في تلبية الاحتياجات؛ لأن للشركات شروطاً ومصالح تفرضها على القابل.

فالعالم بمختلف دوله وشعوبه مضطر إلى رفع اليد عن المعاملات العادية في الكثير من الجوانب والأخذ بالعقود الرضائية.

**الثاني:** الاضطرار العقدي، وهو الذي يحصل لدى القابل يفرض عليه القبول بشروط الموجب في كل عقد من عقود الإذعان.

(١) انظر الوسيط (للسنهوري): ج ١، ص ٢٣١.



## الأمر الخامس

### تكييف العقود الرضائية

العقود الرضائية ليست من المخترعات الشرعية، بل هي كأغلب العقود أسسها العقلاء، فالأصل العام فيها الجواز ما لم يكن مانع شرعي منه، وعليه لا ينبغي أن يقع البحث في المقتضي، بل في وجود المانع، وهذا في الفقه جلي، وأما أهل القانون فقد اختلفوا فيها على قولين<sup>(١)</sup>: قول أخرجها موضوعاً عن دائرة العقود وأدرجها في الأحكام القانونية التي تكتسب قوتها من سلطة القانون، وقول أقر بأنها من العقود فتجري عليها أحكام العقود، وبيان الحق يستدعي استعراض كلا القولين:

القول الأول: أنها من قبيل الأحكام لا العقود بناء على التوسعة في المعاملات لتشمل الأحكام فضلاً عن العقود والإيقاعات، فتكون من قبيل

---

(١) نظرية العقد (للسنهوري): ص ٢٨٦؛ الفقه المعاصر: ج ١، ص ٤٦٤.

القضاء والميراث والأموال التي يتدخل فيها الحاكم الشرعي كالأمور العامة، وعللوه بتعليقين:

**الأول:** أنها أجنبية عن موضوع العقود؛ لأن العقد عبارة عن توافق إرادتين عن حرية واختيار، وهذا غير متحقق في عقود الإذعان؛ لأنها تقوم على رضوخ القابل لإرادة الموجب؛ إذ ليس للمدعن إلا النزول إلى ما يريده الموجب، فإرادة الموجب بحكم الأمر الذي يلزم الطرف الآخر باتباعه، فيكون نظير الأحكام القانونية التي تصدرها السلطة المعنية لا يملك المواطن فيها حق الخيار أو التغيير، بل ليس عليه إلا الرضوخ والتسليم لها.

**الثاني:** أنها مندرجة موضوعاً في الروابط القانونية، فإن السلطة المعنية تصدر القوانين، وتلزم المواطنين بالالتزام بها، وتوجد الروابط بينهم، الغاية منها حفظ النظام العام وإيصال الناس إلى منافعهم، فلذا يقسم القانون إلى اقتصادي وتجاري وإداري وغيرها؛ لأن كل واحد منها ينظم العلاقات في مجاله الخاص، وفي المجال الاقتصادي فإن القانون ينظم الروابط الاقتصادية بين الشركات المنتجة والجهات المستوردة والمستهلكة وهكذا، ويجب على المنتج والمستورد والمستهلك أن يخضع لإرادة القانون، وليس له اختيار في شيء منها سوى الإذعان، وكذلك معاملات الإذعان، وحيث إن الدخول في المعاملة اختياري يصير المعاملة اختيارية من جهتين:

إحدهما: القاعدة العقلية القاضية بأن ما بالاختيار لا ينافي الاختيار.

ثانيتهما: القاعدة العقلية القاضية بأن من التزم بشيء التزم بلوازمه، كالتالي الذي يدخل الجامعة، والعسكري الذي يدخل الجيش، والمسافر الذي

يدخل البلد، فإن كل واحد منهم مختار في دخوله الجامعة والجيش والبلد، ولكنه إذا دخل تعيّن عليه الرضوخ للأنظمة والتعاليم المفروضة في ذلك، وليس له حق الاعتراض أو تغييرها، فكذلك المعاملات الرضائية<sup>(١)</sup>.

**القول الثاني:** ذهب إلى أنها من العقود وهو المشهور بينهم؛ لتوفر جوهر العقد فيها بتوافق إرادتين فضلاً عن قصد المتعاقدين ذلك، والعقود تتبع القصد، و كذا يفهمها العرف بشهادة صحة الحمل وعدم صحة السلب، وإملاء الموجب إرادته على القابل لا يخرجها عن العقود موضوعاً؛ لأن القابل يرضى بما عليه الموجب ويقبله عن إرادة حرة، وكونه مضطراً إلى العقد لا ينفي حقيقة العقد ولا صحته، وإلا لزم نفي الكثير من العقود التي يجريها المتعاقدون لاضطرارهم إليها، وإذا صدق عليها عنوان العقد شملتها أحكامه.

وأما القول الأول فباطل من وجوه:

أحدها: أنه من المصادرة؛ لعدم تسليم وجود معاملات تدرج في الأحكام، فإن أبواب الفقه ثلاثة هي: العبادات والأحكام والمعاملات، والأحكام تختص بما يفرضه الشرع من أحكام إلزامية وليس للعبد فيها خيار نظير العبادات، سوى أن العبادات تتقوم بقصد القربة.

أما الأحكام فلا، نظير القضاء والمواريث والحدود والديات ونحوها، بخلاف معاملات الإذعان فإنها متقومة بطرفين، ولكل منهما الاختيار في التعاقد وعدمه وإن كان القابل فاقداً للاختيار في تغيير ما يعرضه الموجب.

(١) نظرية العقد (للسنهوري): ص ٢٨٤؛ إعلان الإرادة (لسالي): ص ٢٣٠.

وثانيها: على فرض التسليم فإنه أخص؛ لأن المتعاقدين قد يقصدان العقد فيقع التعارض بين إدراجها في الأحكام باعتبار أن الموجب يفرض إرادته على القابل، وهو رأي اجتهادي، أو في العقود باعتبار قصدتهما فيقع التعارض بين الرأي الاجتهادي والقواعد العقلية والشرعية القاضية بأن الأعمال بالنيات، وأن العقود تتبع القصد.

والثاني: مقدّم؛ لأن الرأي الاجتهادي ظني لم يقيم دليل على اعتباره، بخلاف القواعد المذكورة.

وثالثها: انطباق عنوان العقد عليها، فإن العقد في اللغة العهد، وفي المصطلح العهد المؤكد، وهو كذلك عرفاً وشرعاً؛ لعدم ثبوت النقل عن المعنى اللغوي كما صرح به بعض أصحابنا<sup>(١)</sup>، وبه صرحت صحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام في معنى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)(٣)</sup>، والعهد يمكن أن يتم من طرف واحد كما في الإيقاع، فإذا تم بين طرفين صار عهداً مؤكداً؛ لأن كل واحد منهما يتعهد بالالتزام للآخر، ولذا سمي بالعقد دون العهد؛ لأن العقد فيه معنى الاشتياق والشد فهو أخص من العهد، وهو كذلك لدى أهل القانون؛ إذ عرفوه بتوافق إرادتين على إنشاء التزام<sup>(٤)</sup>، وهذا منطبق على المعاملات

(١) انظر منية الطالب: ج ١، ص ٨٩؛ التبيان: ج ٣، ص ٣٩١؛ مجمع البيان: ج ٣، ص ٢٥٨.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) تفسير القمي: ج ١، ص ١٦٨.

(٤) نظرية العقد (للسنهوري): ص ٧٩.

الرضائية، ودعوى اندراجها في الروابط القانونية غير سديدة، لأن القانون في المعاملات ينظم الروابط لا يؤسسها، ولذا اتفقت كلمة أهل القانون على أن العقود شريعة المتعاقدين، وإرادة المتعاقدين هي موضوع إرادة القانون.

إن قلت: إن إرجاع هذه العقود إلى إرادة الموجب فيه إضرار وإجحاف بحق القابل، والجواب ليس كذلك؛ لأن الضرر والإجحاف والظلم ونحوها حدود شرعية للعروض التي يفرضها الموجب، فإنه لا يجوز له أن يفرض ما يوجب الضرر البالغ أو الظلم والإجحاف بحق القابل؛ لأن النهي الشرعي يقيد سلطة المالك على نفسه وماله وحقوقه.

وعليه يتقيد ما يعرضه الموجب بما كان بالمعروف، فإذا تجاوزه فعل حراماً، وتعين على القاضي وصاحب السلطة إيقافه عند الحد المتعارف، وعليه فإن السيطرة على هذه العقود لا تتوقف على نفي عقديتها وإدراجها في الأحكام والقانون، بل في وضع الضوابط لها وهي ثلاثة:

الأولى: الضابطة الشرعية.

والثانية: الضابطة القضائية.

والثالثة: الضابطة الإدارية إن تم التوافق عليها حين التعاقد كما بيناه، وهذا نهج متبع في سائر العقود والمعاملات.

فيتحصل: أن المعاملات الرضائية من مصاديق العقود عرفاً بشهادة صحة الحمل وعدم صحة السلب، فتندرج تحت عمومات وإطلاقات أدلتها. نعم لا يجوز للموجب أن يضع شروطاً مخالفة للقرآن والسنة، أو محللة للحرام، أو

محرمة للحلال، أو تنافي مقتضى العقد، وغيرها من ضوابط حددت للشروط، ولو وقع ذلك - كما لو اشترط المصرف الفائدة الربوية في القروض، أو اشترطت شركة الطيران بيع الخمر مع التذكرة ونحو ذلك - فإن الشرط باطل، وفي إبطاله للعقد خلاف، وقد حكي عن الأكثر القول بالإبطال<sup>(١)</sup>؛ لأن العقد تابع للقصد، والشرط الداخِل ضمن العقد إما بمنزلة الجزء من العوضين أو الجزء الذي بني عليه رضا المتعاقدين، فإذا فسد الشرط فسد العقد؛ لأن فساد الجزء فساد للكل، أو كشف عن عدم الرضا فيندرج تحت عموم قوله ﷺ: ﴿لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ﴾<sup>(٢)</sup> ويخرج من دلالة قوله تعالى: ﴿تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ﴾<sup>(٣)</sup>.

ويعزز ذلك أن القانون الذي هو شريعة العقلاء أقر بهذه العقود، وجعل لها حدوداً تمنع الموجب من جعل الشروط المجحفة بالقابل ووصفها بالتعسفية، ومنح القاضي السلطة على التدخل لرفعه بثلاثة حلول: هي أن يعدّل الشروط، أو يعفو المدعن منها، أو يبطل العقد، فقد نص القانون المصري مثلاً في المادة ١٤٩ على ذلك بقوله: إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط، أو أن يعفو الطرف المدعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً

(١) العناوين: ج ٢، ص ٣٦٢.

(٢) الوافي: ج ١٨، ص ٦٩٢؛ انظر عوالي اللآلي: ج ١، ص ٢٢٢، ح ٩٨.

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

كل اتفاق على خلاف ذلك<sup>(١)</sup>، وربما يسأل من الذي يحدد وجود التعسف؟ وما هو معياره؟

والجواب عن الأول أن القاضي بما له من سلطة تقديرية يعين ذلك عبر طريقتين:

أحدهما: أن يرجع إلى العرف العام في الموارد العرفية العامة مثل القيمة التعسفية.

ثانيهما: أن يرجع إلى العرف الخاص في الموارد التي تتوقف على خبرة وإعمال نظر، كأموال العمليات الجراحية أو التعاقد على شراء الأجهزة ذات التقنية العالية ونحو ذلك.

وقد حكي أن القانون استثنى ما يقرره القاضي من التعسف من حق النقض، ولعل السرف فيه أن الموجب في الغالب يملك القدرة على النفوذ بما يمكنه من نقض الحكم والإخلال بالعدالة، وأما معياره فهو العدالة، فكل شرط يراه العرف العام أو الخاص أنه مخل بالعدالة فللقاضي التدخل وتقويمه بما يحفظ العدالة ومنشأ سلطة القاضي في ذلك تعود إلى وجوه:

الأول: أن حفظ العدالة يعود إلى الحق العام، وأما سلطة الموجب على ماله فهي من الحق الخاص، والحق العام أولى من الحق الخاص؛ لأن بحفظ الحق العام يحفظ الحق الخاص أيضاً، بخلاف حفظ الحق الخاص، أو لأن حفظ الحق الخاص يوجب إضراراً بالحق العام وهو أكبر وأعظم من

---

(١) الوسيط (للسنهوري): ج ١، ص ٢٣٣؛ قراءات فقهية معاصرة: ص ٣٨٧.

الإضرار النازل بالحق الخاص إذا منع الموجب من سلطته في ماله.  
 الثاني: أن القضاء وضع لمنع الظلم وحفظ العدالة، فكل ما ينقض غرض  
 القضاء يحكم العقل والعقلاء بجواز منعه قضائياً؛ لأن به حفظ وجوده  
 ولأنه من مقدمات الواجب.

الثالث: أن ذلك مما يقتضيه حفظ النظام العام الذي هو من أهم  
 النواميس الذي يتفق جميع العقلاء على وجوب حفظه، فلو أبيع لكل موجب  
 أن يضع شروطاً تعسيفة ساد الظلم، وتحكم الأقوياء بالضعفاء، وانتشرت  
 الفوضى في الأسواق والمعاملات، وقد وضع القضاء لمنع ذلك كله.

إن قلت: يمكن القول ببطالان هذه العقود دون الحاجة إلى القضاء لاندراجها  
 تحت عنوانين باطلين:

أحدهما: السفاهة.

والثاني: الغبن<sup>(١)</sup>.

أما الأول فلأن إقدام المذعن على التعاقد مع وجود شروط تعسفية في  
 حقه يعد من السفاهة عرفاً، وهي مبطللة للعقد<sup>(٢)</sup>.

وأما الثاني فلأن وجود الشروط التعسفية توجب غبن المذعن فيثبت له خيار  
 الغبن، ويجوز له فسخ المعاملة أو رفع اليد عن بعض الشروط التي بها يرتفع

(١) قراءات فقهية معاصرة: ص ٣٨٨.

(٢) انظر العناوين: ج ٢، ص ٣٧٠ - ٣٧١.

الغبين، وفيها نظر. أما الأول فلانتفاء السفاهة موضوعاً مع افتراض أن القابل مضطر للإقدام على العقد؛ لوجود الحاجة الضرورية له وانعدام البدائل.

ومن هنا قالوا بأن المعاملة السفهية تخرج من السفاهة إذا تعلق بها غرض عقلائي صحيح، أو توقف تحصيل الغرض عليها<sup>(١)</sup>. نعم يجب أن يكون الشرط مقدوراً عليه، فلو اشترط ما يعلم أن المذعن عاجز عنه كان الشرط سفهياً إيجاباً وقبولاً، ولو علم الموجب بالعجز دون القابل كان سفهياً من جهته، ولو كان القابل عالماً بالعجز دون الموجب كان سفهياً من جهته، وعلى كل تقدير تبطل المعاملة.

وأما الثاني فلأن الغبن يتعلق بالتفاوت الفاحش في القيمة مع افتراض جهل المغبون به، وفي عقود الإذعان قد يكون الغبن في الشروط لا في القيمة، ولم يعهد من الفقهاء التوسعة في مفهوم الغبن ليشمل غير القيمة، كما أن المذعن قد يعلم بالتفاوت الفاحش والإجحاف فهو غير مغبون موضوعاً. نعم هو مضطر إلى التعاقد، والاضطرار لا يبطل العقد.

يبقى الكلام في أمرين:

أحدهما: قال أهل القانون: أن العبارات الغامضة في عقود الإذعان يجب أن تفسر بما لا تضر بمصلحة المذعن<sup>(٢)</sup>، واعتبروا هذا استثناء من الأصل العام عندهم القاضي بأن الشك يفسر في مصلحة المدين، أي سواء كان

(١) انظر الروضة البهية: ج ٣، ص ٥٣١؛ العناوين: ج ٢، ص ٣٧٣.

(٢) الوسيط (للسنهوري): ج ١، ص ٢٣٤.

موجباً أو قابلاً، إلا في عقود الإذعان فإنها تفسر في مصلحة المذعن دائماً كان أو مديناً، ووجهه بأن العاقد القوي يمكنه أن يفرض شروطاً واضحة بينة حين العقد، فإن لم يفعل والتجأ إلى الغموض كان مضيئاً لحقه باختياره<sup>(١)</sup>.

وفيه: أنه ناقض للعدالة؛ لإمكان نقض التعليل المذكور بموارد عديدة:

منها: إذا توهم الموجب وضوح العبارة اتكالاً منه على فهم المذعن أو الظهور النوعي الذي ينصرف إليه الكلام فإنه غير مضيّع لحقه.

ومنها: إذا غفل الموجب عن التوضيح أو بنى عليه ثم نسي أو سها أو منعه مانع.

ومنها: إمكان نقضه بأن المذعن مضيّع لحقه إذا ترك استيضاح العبارة الغامضة وأقدم على إجراء العقد، فالحق أن القانون مكلف بحماية حقوق الجميع على السواء، ولا معنى لتفسير العبارة الغامضة لمصلحة المذعن؛ لأن تفسيرها ممكن عبر طريقين:

الأول: الرجوع إلى المتعاقدين واستيضاح قصدهما، فإن تطابقا صح العقد وإلا بطل.

الثاني: الرجوع إلى العرف إن تعذر الاستيضاح منهما؛ لانصراف العقود إلى المتعارف، وأما تفسير العبارة لمصلحة المذعن دون شاهد ودليل فهو مناف للعدالة.

ثانيهما: إذا وقع العقد ولا يعلم أن شروطه صحيحة أو فاسدة يحكم

(١) الوسيط (للسنهوري): ج ١، ص ٢٣٥.

بصحته؛ لأصالة الصحة الحاكم على أصالة الفساد في العقود، واستصحاب بقاء الملكية عند مالكها، وأصالة عدم النقل والانتقال ونحوها من الأصول. ويتحصل: أن المقتضي لعقود الإذعان تام، وأما المانع فربما يقال بوجوده وهو ما نستعرضه في الأمر التالي.



## الأمر السادس

### في موانع عقود الإذعان

بعد ثبوت المقتضي للقول بصحة العقود الرضائية ينبغي البحث في الموانع؛ لتوقف تأثير المقتضي على فقد المانع، وقد ذكرت جملة من الموانع التي لو تم أحدها أبطل هذه العقود.

المانع الأول: وقد اختلفوا في توصيفه، ويظهر من بعض العامة توصفه بالجبر والإجاء<sup>(١)</sup>، بدعوى أن المدعى مجبر على العقد بسبب احتياجه له، وهو ضعيف جداً؛ لأن الجبر يقابل الاختيار، ولا يتوافق الجبر مع العقود؛ لأن المجبر فاقد للإرادة والقصد فلا يصدق على فعله عقد حتى يبحث في صحته وفساده؛ لأنها سالبة بانتفاء الموضوع، وذهب البعض إلى توصيفه بالإكراه، ويتميز عن الجبر بأنه يقع مقابل الرضا وطيب النفس

---

(١) قراءات فقهية معاصرة: ص ٣٩١؛ الفقه المعاصر: ج ١، ص ٤٨٢.

بالعقد، فهو يوقعه بإرادة وقصد لكن بلا رضا وطيب نفس<sup>(١)</sup>.

ففي الإكراه جوهر العقد حاصل والمفقود شرط صحته؛ لذا يحكم بصحة العقد إذا لحقه الرضا؛ لأنهم لم يشترطوا مقارنة الرضا للعقد، وعلى أساسها صححوا عقد الفضولي إذا لحقته الإجازة، وقد اختلف المسلمون في صحة عقد المكره، واتفقت كلمة أصحابنا على بطلانه<sup>(٢)</sup>؛ لأن المتبادر من أدلة العقود ما كان عن اختيار ورضا، ولو سلب قد يقال بانتفاء صدق العقد بشهادة صحة السلب؛ ولظهور مثل قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(٣)</sup> في أن كل تجارة تصدر عن غير رضا تعد من الأكل بالباطل، وكذا قوله ﷺ: ﴿لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ﴾<sup>(٤)</sup>، وحكي هذا القول عن الحنابلة من العامة، فقالوا يشترط في البيع أن يكون المتعاقدان مختارين ظاهراً فقط، كما لو اتفقا على بيع عين لأحدهما فراراً من ظالم يريد اغتصابها وقع البيع باطلاً، ووصفوا هذا البيع ببيع التلجئة والأمان، ولا خصوصية للبيع لوحدة الملاك.

وأما غيرهم من العامة فقد اضطربت كلماتهم، فالشافعية قالوا: لا

(١) انظر العناوين: ج ٢، ص ٧١١.

(٢) القواعد والفوائد: ج ١، ص ١٩٧؛ تمهيد القواعد: ص ٧٥-٧٦؛ العناوين: ج ٢، ص ٧١٠؛ تحرير المجلة: ج ١، ص ٢٧٥.

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٤) عوالي اللآلئ: ج ١، ص ٢٢٢، ح ٩٨.

ينعقد عقد المكره رأساً إلا إذا قصد إيقاع العقد ونواه حال الإكراه<sup>(١)</sup>، وهو متهافت؛ لأنه إذا قصد العقد ونواه عن إرادة واختيار خرج عن الإكراه موضوعاً كما صرحوا، فلا داعي للتنقيص عليه، وخصص المالكية الإكراه المانع بما إذا كان بغير حق، وهو بحث صغروي يتعلق بصدق الإكراه موضوعاً وليس بحكمه<sup>(٢)</sup>.

وقال الحنفية: إن كل عقد يكره عليه الشخص ينعقد فاسداً، ويملكه الطرف الآخر ملكاً فاسداً، وللمكره أن يميز العقد بعد زوال الإكراه، وله أن يسترد العين إن باعها بيعاً إكراهياً<sup>(٣)</sup>.

والتهافت فيه ظاهر؛ إذ لا معنى لانعقاد العقد فاسداً ونقله للملكية، وتكون الملكية فاسدة، فإن العقد والملكية حقيقتان اعتباريتان يدوران بين الوجود والعدم، فإن وجدا فهما صحيحان، وإلا فلا، فالقول بحصول العقد ونقل الملكية لكنه فاسد من التناقض، ولو وقع فاسداً فإنه لا معنى لإجازته بعد زوال الإكراه إلا إذا اعتبروا الإجازة عقداً جديداً وهو كما ترى.

والحق أن عقود الإذعان اضطرارية لا إكراهية، والاضطرار غير الإكراه موضوعاً وحكماً.

(١) الفقه على المذاهب الأربعة: ج ٢، ص ١٣٦.

(٢) المصدر نفسه؛ وانظر الفقه المعاصر: ج ١، ص ٤٨٣.

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة: ج ٢، ص ١٣٦.

وبيان ذلك: أن الاضطرار عرفاً حمل الإنسان على أمر يكرهه لحاجة أهم، ويقال اضطر إليه أي أُجئ إلى فعله<sup>(١)</sup>، وفي المصباح: المضطر هو الملجأ إلى ما ليس منه بد<sup>(٢)</sup>، كبيع الدار لأجل إجراء عملية جراحية، وشرب ماء الغير لدفع ضرر العطش الشديد، ودفع المال لأجل الفداء ونحو ذلك، وربما يبيع ما هو ثمين بأقل من قيمته لعدم وجود ما يشتريه بقيمته لحاجته إليه، ومنه قوله تعالى: ﴿أَمَّنْ يُجِيبُ الْمُضْطَرَّ إِذَا دَعَاهُ﴾<sup>(٣)</sup> والمضطر الذي أحوجه مرض أو فقر أو نازلة من نوازل الأيام إلى التضرع إلى الله تعالى<sup>(٤)</sup> وقد عرفه بعض أهل اللغة والتفسير بما لا يخلو من إشكال، ومآله إلى ما ذكرنا<sup>(٥)</sup>، وهو فعل اختياري؛ لذا لا يقال إلا للفعل المقدور للعبد، فإذا خرج عن اختياره لا يقال له اضطرار، مثل اصفرار الوجه ودقات القلب وحركة الدم، وفرقه عن الإكراه في السبب الحامل على الفعل، فإنه على نحوين:

أحدهما: أن يكون سبباً خارجياً يلزم الإنسان بالفعل، كما لو شهر عليه السلاح وهدد بالقتل إن لم يبيع داره، وهو الإكراه اصطلاحاً، ويعبر عنه بالاضطرار أيضاً في الاستعمال العرفي كما في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَضْطَرُّهُ إِلَى

(١) انظر المعجم الوسيط: ج ١، ص ٥٣٧، (ضره).

(٢) المصباح المنير: ج ٢، ص ٤٢٥.

(٣) سورة النمل: الآية ٦٢.

(٤) مجمع البحرين: ج ٣، ص ٣٧٣، (ضره).

(٥) انظر التبيان: ج ٢، ص ٨٦؛ مجمع البيان: ج ١، ص ٤٧٥.

عَذَابِ النَّارِ وَيُنَسِّ الْمَصِيرُ<sup>(١)</sup> أي أسوقه إليها قهراً<sup>(٢)</sup> ومثله قوله تعالى: ﴿نَضَطَّرُهُمْ إِلَى عَذَابِ غَلِيظٍ﴾<sup>(٣)</sup> وقد وصفه بالاضطرار مع أن الاضطرار فعل اختياري؛ لأنهم اختاروا سبب العذاب أي العقائد والأعمال الفاسدة.

وثانيهما: أن يكون سبباً داخلياً يلجئه إلى الفعل، كالجوع الذي يلجئه إلى أكل الميتة، وإليه يشير قوله تعالى: ﴿فَمِنْ اضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾<sup>(٤)</sup> وهذا هو الاضطرار الاصطلاحي<sup>(٥)</sup> والأول مبطل للعقد دون الثاني. وأما الخبر الوارد: ﴿نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر﴾<sup>(٦)</sup> و: ﴿لا تتبع من مضطر شيئاً﴾<sup>(٧)</sup> مفسر بمعنيين:

أحدهما: أن يضطر إلى العقد من طريق الإكراه عليه، وهو بيع فاسد لا ينعقد. ثانيهما: أن يضطر إلى البيع لدين ركبه أو مؤنة ترهقه فبيع ما في يده

(١) سورة البقرة: الآية ١٢٦.

(٢) انظر مجمع البيان: ج ١، ص ٣٨٦.

(٣) سورة لقمان: الآية ٢٤.

(٤) سورة البقرة: الآية ١٧٣.

(٥) انظر مفردات ألفاظ القرآن الكريم: ص ٥٠٥، (ضر).

(٦) الوسائل: ج ١٧، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، ص ٤٤٨، ح ٢٢٩٦٥؛ عوالي اللآلي: ج ٢، ص ٢٤٨، الحاشية؛ البحار: ج ٧٠، ص ٣٠٤، ح ١٩.

(٧) غريب الحديث (لابن سلام): ج ٤، ص ٢٦٨؛ النهاية في غريب الحديث: ج ٣، ص ٨٣؛ لسان العرب: ج ٤، ص ٤٨٤، (ضر).

بالأقل للضرورة، وهذا سبيله في حق الدين، والمروءة أن لا يباع في هذا الوجه ولكن يعان ويقرض إلى ميسرة، أو تشتري سلعته بقيمتها<sup>(١)</sup>.

فالمعنى الأول يحمل على الإكراه الاصطلاحي؛ لقريئة ظهور النهي في التحريم، فإنها خاصة ببيع المكره.

والثاني يحمل على الاضطرار الاصطلاحي تمسكاً بظاهر اللفظ ليكون قريئة على حمل النهي على التنزيهي، والإطلاق يشمل الاثنين، لاسيما على القول بجواز استعمال اللفظ في أكثر من معنى، فضلاً عن وجود القريئة الداخلية عليه.

وبذلك يتضح أن الاضطرار أمر اختياري يلجئ المضطر إلى الفعل لضرورة أهم، ويتميز عن الإكراه من وجوه عمدتها وجهان.

أحدها: أن باعته إلى الفعل داخلي كالمرض، بينما في الإكراه خارجي كالعدو الغاشم.

ثانيها: أن المضطر يقدم على العقد ونحوه عن إرادة وقصد ورضا، بخلاف المكره فإنه فاقد للرضا، وعقود الإذعان مندرجة في العقود الاضطرارية لا الإكراهية، وعلى هذا الأساس يمكن القول بصحتها؛ لوجود.

المقتضي وانعدام المانع، وهو قول الأكثر<sup>(٢)</sup>، وخالف في ذلك الحنفية من العامة فقالوا بفساد بيع المضطر وشرائه؛ لأن المضطر غير راض حقيقة بإنشاء

(١) مجمع البحرين: ج ٣، ص ٣٧٢ - ٣٧٣، (ضرر)؛ وانظر السنن الكبرى: ج ٦، ص ١٧؛ مسند أحمد: ج ١، ص ١١٦.

(٢) الفقه المعاصر: ج ١، ص ٤٩١.

العقد غير أن الضرورة أُلجأته إليه فكان فاسداً كبيع المكره<sup>(١)</sup>، وضعفه ظاهر. نعم ربما يقال بوجود مانعين:

أحدهما: عقلي.

والثاني: شرعي. أما الأول فلأن المضطر إن كان بائعاً مثلاً يلزم بالثمن الذي يفرضه المشتري ولو كان أقل من قيمة المثل.

ولو كان مشترياً فالبائع يفرض عليه القيمة التي يريدتها وهو غبن وإجحاف وظلم وإضرار، وقد عرفت الجواب عن ذلك فيما تقدم؛ إذ يجب أن تكون القيمة بالمعروف، وما زاد عن المعروف يقيده الشارع بالحكم، وقيده القاضي بالقضاء. نعم لا بد من وجود فرق معتد به بين العقلاء في عقد المضطر، وإلا لم يكن اضطراراً، كما تعذر على المضطر الوصول إلى مبتغاه.

ويستحب الإقدام على الشراء منه والبيع له لما في ذلك من قضاء حاجة المؤمن وتفريج همه وكربه.

وعلى كل تقدير فإن المانع المذكور إن كان متعارفاً فهو لا يضر بالمعاملة، وإن كان غير متعارف وصدق عليه عنوان الغبن ونحوه عولج بالفتوى أو القضاء.

وأما المانع الشرعي فقد قيل بوجود النص القاضي ببطلان العقد وإن

---

(١) رد المختار: ج ٤، ص ١٠٦؛ كشف القناع: ج ٣، ص ١٠٤؛ مواهب الجليل: ج ٤، ص ٢٤٨؛ وانظر الفقه المعاصر: ج ١، ص ٤٩٢.

كانت القاعدة من حيث المقتضي تقتضي صحته؛ لأن النص مانع، وهو وارد بطرق عديدة وبالسنة مختلفة، فعن الصادق عليه السلام أنه قال: ﴿وضع عن هذه الأمة ست خصال: الخطأ و النسيان وما استكروها عليه وما لا يعلمون وما لا يطيقون وما اضطروا إليه﴾<sup>(١)</sup> وعن النبي صلى الله عليه وآله: ﴿رفع عن امتي تسع ... وما اضطروا إليه﴾<sup>(٢)</sup> والمعنى مستفيض بل متواتر وتقريب الاستدلال النص رفع ما يضطر إليه و (ما) موصولة أو مصدرية وإطلاقها يشمل العقد المضطر إليه ورفعها يتصور على نحوين: أحدهما: الرفع التكويني بجعل العقد الموجود في الخارج بلا أثر شرعي، كالنقل و الانتقال ونحوهما والأول ممتنع؛ لأن التشريع لا يرفع التكوين بل يستحيل رفع ما وقع في الخارج بالأمر الاعتباري وإنما يرفع بواسطة سببه التكويني فيتعين أن يكون الثاني، ومعنى رفع أثر العقد الاضطراري هو عدم ترتب الأثر الشرعي عليه، وهو مساوق للبطلان، ويعززه السياق فقد ورد الاضطرار في سياق الإكراه ولا خلاف في أن العقد الإكراهي باطل فكذلك الاضطراري، والجواب من وجوه:

الوجه الأول: الخروج الموضوعي؛ لأن الحديث ناظر إلى رفع الحكم التكليفي أو المؤاخذة عليه في مورد المخالفة، كالاضطرار الى أكل الميتة

(١) الوسائل: ج ٢٣، الباب ١٦ من كتاب الإيذان، ص ٢٣٧، ح ٢٩٤٦٦؛ البحار: ج ٥، ص ٣٠٤، ح ١٥.

(٢) الخصال: ص ٤١٧؛ التوحيد (للصدوق): ص ٣٥٣، ح ٤؛ البحار: ج ٧٤، ص ١٥٣، ح ١٢٣.

وشرب الخمر، فإن الاضطرار يبيح المحظور وليس ناظراً إلى الحكم الوضعي وإبطال العقد الاضطراري.

الوجه الثاني: الخروج الموضوعي أيضاً، كما أنه على خلاف المطلوب أدل. وبيان ذلك: أن حديث الرفع وأمثاله امتناني على الأمة تضمن لطفاً مولوياً من المولى على عباده فلا يؤاخذهم على الأفعال التي تخرج عن إرادتهم أو يضطرون إليها، فكل حكم يخالف الامتنان يخرج منه موضوعاً، والحكم بفساد عقد المكره يوافق الامتنان؛ لعدم رضاه بالعقد، وأما الحكم بفساد عقد المضطر فهو خلاف الامتنان؛ لأن المضطر لجأ إلى العقد لاحتياجه إليه لكونه من الضرورات وقد أقدم عليه بإرادة وقصد ورضاء، فالحكم بفساده يخالف للامتنان من جهتين:

جهة تفويت منفعته المتوقفة على العقد وربما إيقاعه في الضرر البدني كالمريض المضطر إلى بيع داره لأجل العلاج، أو الضرر النفسي، كالمديون الذي ركبه الدين واضطر لبيع داره لتسديد ديونه، أو الضرر المالي، وجهة إلغاء سلطته على نفسه وماله، وكل ما يخالف الامتنان لا يشمل حديث الرفع.

الوجه الثالث: على فرض التسليم فإنه معارض بالأدلة المتضافرة القاضية بأن الاضطرار يبيح المحظور ولا يخل بالأفعال كقوله تعالى: ﴿فَمِنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾<sup>(١)</sup> بعد تحريم جملة من الخبائث كالميتة والدم ولحم

(١) سورة البقرة: الآية ١٧٣.

الخنزير وما أهل لغير الله<sup>(١)</sup> ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾<sup>(٢)</sup> ونفي الإثم من باب الخروج عن الأصل العام في الحرمة للضرورة<sup>(٣)</sup>، ومثله يقال في الآية الثانية، وإذا جاز الفعل وحل ومنه العقد وجب أن يكون صحيحاً، وإلا كان التحليل لغواً، والبغي أي الطلب والميل الشهوي إلى الخبائث المذكورة، والعادي الذي ينوي المعصية فيها كما هو أظهر الأقوال<sup>(٤)</sup>، وفعله محرم لخروجه عن الاضطرار موضوعاً، والروايات التي فسرت الباغي بالذي يخرج على الإمام عليه السلام والعادي بالذي يقطع الطريق واللص ونحو ذلك، فهو من باب التفسير بالمصداق، وقد نصت على أن الأحكام الاضطرارية لا تشملهم، فلو انقطع الطريق باللص وقاطع الطريق والمقاتل ونحوهم لا تحل لهم المحرمات المذكورة<sup>(٥)</sup>؛ لعدم صدق الاضطرار، أو لأنهم لا يستحقون الامتنان بالرفع لإقدامهم على ذلك، وتعزز ذلك رواية سماعه عنه عليه السلام: ﴿وليس شيء مما حرم الله إلا وقد أحله لمن اضطر إليه﴾<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر سورة المائدة: الآية ٣.

(٢) سورة الأنعام: الآية ١١٩.

(٣) انظر مجمع البيان: ج ١، ص ٤٧٦-٤٧٧، تفسير الآية المزبورة؛ التبيان: ج ٢، ص ٨٧.

(٤) انظر التبيان: ج ٢، ص ٨٧؛ مجمع البيان: ج ١، ص ٤٧٦؛ مواهب الرحمن: ج ٢، ص ٢٧١.

(٥) انظر الفقيه: ج ٣، ص ٢١٦، ح ١٠٠٧.

(٦) التهذيب: ج ٣، ص ٣٠٦، ح ٢٣؛ الوسائل: ج ٢٣، الباب ١٢ من كتاب الإيمان، ص ٢٢٨، ح ٢٩٤٤٢.

والخلاصة: أن الاضطرار رافع للتكليف؛ لأن التكليف مقيد بالقدرة، فكل ما لا قدرة عليه يقبح التكليف به، والاضطرار إلى الفعل يندرج في غير المقذور عرفاً وإن كان مقدوراً واقعاً؛ لأن الضرورة تلجئ العبد إلى الفعل، فيكون بحكم العاجز عن الترك.

والنتيجة أن الأدلة الرافعة للتكليف عن المضطر تقتضي صحة العقود الاضطرارية إما لأن عدم الصحة يستلزم لغوية الرفع، أو للملازمة بين الحكم التكليفي والوضعي الذي ذهب إليه الشيخ الأنصاري رحمته الله وجمع من الأصوليين والفقهاء<sup>(١)</sup>.

وإذا وقع التعارض بين الدليل الرافع لأثر الاضطرار والدليل المحلل المثبت له فإن القاعدة تقتضي الجمع، ويمكن أن يتحقق بنحوين:

أحدهما: أن تكون الأدلة المحللة قرينة على حمل الرفع في حديث الرفع على التكليف والمؤاخذه لا رفع الأثر فيتطابق المعنيان.

ثانيهما: أن يحمل حديث الرفع على خصوص رفع الإثم عن الأفعال المحرمة وترك الأفعال الواجبة، فيتوافق مضمونه مع الأدلة المحللة.

ويتحصل من ذلك: أن المانع الشرعي المدعى غير مانع إما لخروجه الموضوعي أو لتوافقه مع الأدلة المحللة.

إن قلت: أن الأدلة المحللة استثنت الباغي والعادي من حكم الاضطرار،

(١) انظر كتاب القضاء (للأشتياني): ص ٣٠؛ مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٣٩٦.

فلو اضطر إلى أكل الميتة مثلاً ومنعهم الشرع من الأكل كان من الإلقاء في التهلكة والاضرار بهما.

### والجواب:

أولاً: أن الاضطرار يبيح لهما الأكل ولا يرفع عنهما العقاب والمؤاخذة لبقاء ملاك الحكم الشرعي في حقهما؛ لأنهما أوقعا أنفسهما في ذلك، وفوتا عليهما الطاعة باجتناح أكل المحرم، ولا يقال إنه إضرار بهما؛ لأن الإضرار المرفوع ما كان من جهة الشرع لا ما أوقع الإنسان به نفسه، ولذا اتفقت الكلمة على أن دليل لا ضرر لا يشمل المقدمين عليه.

ثانياً: أن اختيار الإنسان للسبب هو اختيار للمسبب، وقد اختارا طريق البغي والعدوان وقد ألقيا نفسيهما بالتهلكة، وليس ذلك من الشرع، وإلا لسقط العقاب عن كل فاعل للحرام بدعوى الإلقاء في التهلكة.

وباختصار: أن عقود الإذعان اضطرارية، وهي صحيحة في نفسها من حيث المقتضي، كما لا يوجد مانع منها.

المانع الثاني: الاستغلال، والمراد به المعنى السلبي، أي الانتفاع بالشيء بغير وجه حق، وهو قبيح وحرام، وهو معنى مستحدث، لا المعنى الإيجابي، أي أخذ غلة الشيء ومنفعته<sup>(١)</sup>، وربما يقال إن المعنى واحد ويختلف بحسب الدواعي والغايات وهو وجيه، وقد ذكر أهل القانون أن الاستغلال في عقود الإذعان مبطل لها سواء نشأ الاستغلال من جهل المدعن أو هو

(١) انظر المعجم الوسيط: ج ٢، ص ٦٦٠، (غل).

والموجب، أو نشأ من فرض القيمة الفاحشة عليه استغلالاً لظرفه، ووجه  
البطلان يعود إلى أمرين:

أحدهما: الظلم.

وثانيهما: الغبن.

نسب هذا إلى القانون المدني لبعض الدول الأوروبية مثل ألمانيا<sup>(١)</sup>،  
وخالفت ذلك بعض القوانين كالقانون السويسري كما حكى، فلم يحكم  
ببطلان العقد، بل بإثبات خيار الفسخ للطرف المغبون، وحددوا الخيار  
بغضون سنة يجوز أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه<sup>(٢)</sup>، وبعض  
القوانين منحت هذه الصلاحية للقاضي بناء على طلب المغبون، فله أن يبطل  
العقد، أو يغيّر من شروط الاتفاق بما يرفع الغبن، نسب إلى القانون  
المصري في المادة (١٢٩)<sup>(٣)</sup>.

وأما في الفقه فقد أشكل على ما ذكر بأن الغبن في هذه العقود غير  
متصور؛ لصدقه في صورة جهل المغبون بالقيمة، والجاهل يقدم على المعاملة

---

(١) الوسيط (للسنهوري): ج ١، ص ٣٥٩، الفقرة ٢٠٣؛ وانظر الفقرة ٢٠٨؛ الفقه المعاصر:  
ج ١، ص ٤٩٤.

(٢) الوسيط (للسنهوري): ج ١، ص ٣٥٩، الفقرة ٢٠٤؛ وانظر الفقه المعاصر: ج ١،  
ص ٤٩٤.

(٣) الوسيط (للسنهوري): ج ١، ص ٣٥٩، الفقرة ٢٠٤؛ وانظر الفقه المعاصر: ج ١،  
ص ٤٩٤.

بانياً على توازن القيمة بين الثمن والمثمن، أو تساويها، وهو كالشرط الارتكازي في ضمن العقد، ولو علم بأن القيمة أكثر من الاستحقاق بمقدار فاحش فإنه لا يقدم على التعامل ولا يرضى بالعقد، فإذا عقد وبأن له التفاوت يثبت له حق الفسخ أو أخذ التفاوت الراجع للغبن، وهذا غير موجود في عقود الإذعان؛ لأن المفروض أن المذعن يعلم بالقيمة ويقدم على التعاقد فلا يبطل العقد ولا يثبت له الخيار<sup>(١)</sup>.

ويرد على ما ذكر إشكالان:

**الإشكال الأول:** أن الغبن من مصاديق الاستغلال، فجعل أحدهما مقابل الآخر غير سديد. نعم الاستغلال أعم؛ لأنه يشمل صورتي الجهل والعلم بخلاف الغبن، وعليه فإن كان الاستغلال مبطلاً فيجب أن يكون في الاثنین، وإن يثبت الخيار فيجب أن يثبت في الاثنین، على أن القول بأن الاستغلال مبطل للمعاملة يستدعي القول بإبطال الغبن لها بالأولوية؛ لأن الاستغلال يحصل مع العلم بالتفاوت الفاحش، وأما الغبن فيحصل مع الجهل.

**الإشكال الثاني:** أن القول بأن الغبن في عقود الإذعان غير متصور، لأنه يصدق مع فرض جهل المذعن بالتفاوت الفاحش دون العلم فيه نظر؛ لأن الغبن يقع على نحوين هما الغبن العقدي والغبن المعاملي، والأول هو الغبن المعهود في العقود والذي يقع بسبب جهل المغبون بالقيمة، وأما الثاني فيقع في صورة فرق القيمة الفاحشة على المذعن؛ لوجود الحاجة

(١) انظر الفقه المعاصر: ج ١، ص ٤٩٦.

الماسية إلى الشيء مع عدم وجود بديل أفضل عن الموجود، نظير القيمة الفاحشة لتذاكر السفر في مواسم السياحة، ولأجور الفنادق والأدوية والعقاقير عند ندرتها وهكذا، ووصفناه بالغبن المعاملي؛ لأنه معلوم الوجود قبل العقد، بخلاف الأول فإنه يعلم بعد العقد، والعرف يعده غبناً وإن كان العاقد عالماً بالتفاوت الفاحش، ويشهد له شاهدان:

الأول: الصدق العرفي مع صحة الحمل وعدم صحة السلب.

الثاني: اللغة، فإن الغبن في اللغة الهضم والاهتضام<sup>(١)</sup>، وهو النقصان، فإذا كان النقصان لبعض الحق يطلق عليه هضم وإذا أخذ جميع الحق يطلق عليه ظلم<sup>(٢)</sup>، والغبن يقع بحبس بعض الحق عادة؛ لذا يصححون العقد فيه ويثبتون الخيار، وقد ميز بينهما قوله تعالى: ﴿فَلَا يَخَافُ ظُلْمًا وَلَا هَضْمًا﴾<sup>(٣)</sup> لأنه لا يمنع من حقه، ولا من بعض حقه، بل يعطى جميع حقه، وإطلاقه في المعنى المصطلح على البخس في المعاملة بضرب من الإخفاء<sup>(٤)</sup> لا يمنع صدقه على غيره، ولذا قال بعض الأعلام: إن العارف بالشيء قد يخدعه غيره بلباقته فيضله على علمه، ويخدعه على معرفته، فيعد في العرف واللغة مغبوناً<sup>(٥)</sup>، ولازم

(١) معجم مقاييس اللغة: ص ٧٨٢، (غبن).

(٢) معجم الفروق اللغوية: ص ٥٥٧، (٢٢٥٢).

(٣) سورة طه: الآية ١١٢.

(٤) مفردات ألفاظ القرآن الكريم: ص ٦٠٢، (غبن).

(٥) انظر تحرير المجلة: ج ١، ص ٥٩٧.

ذلك ثبوت حق الفسخ أو المطالبة باسترداد التفاوت حتى في صورة العلم إن لجأ إلى العقد اضطراراً، وحيث إن خيار الغبن عقلائي لا شرعي تعبدي كما هو قول جمع، والعقلاء يرون ثبوت هذا الحق للمهتضم ولا يوجد دليل شرعي مانع، فالقاعدة تقتضي الثبوت، ويعززه أن عمدة ما استدل به الفقهاء لإثبات خيار الغبن قاعدة لا ضرر<sup>(١)</sup> والمغبون متضرر سواء علم بالتفاوت وأقدم عليه للضرورة أو كان جاهلاً، فالحق أن الغبن المعاملي كالغبن العقدي كلاهما يثبتان حق استرداد التفاوت، أو إبطال المعاملة أو التراجع إلى القاضي لتغيير أو تبديل ما وقع فيه الغبن.

هذا وقد ذكر البعض أن استغلال حاجة الغير لا توجب الخيار، وليست محرمة بالعنوان الأولي بشهادة وقوع ذلك كثيراً في المعاملات، فكثيراً ما يستغل مالك سيارة الأجرة حاجة الناس الماسة إلى التنقل في الأعياد والاجتماعات والزيارات والحج فيرفع السعر إلى حد فاحش، ويتم التعاقد معه مع العلم بالغبن؛ لأنه ليس بحرام، ولا يثبت الخيار.

نعم لولي الأمر أن يمنع ذلك بالأمر الحكومي<sup>(٢)</sup>، وفيه نظر من وجوه:

الوجه الأول: أن استغلال حاجة الغير وفرض القيمة الفاحشة عليه من مصاديق الظلم عرفاً، والعقل يقبحها فتحرم؛ لقاعدة الملازمة عند المشهور،

(١) انظر الغنية: ج ٢، ص ٢٢٤؛ التذكرة: ج ١، ص ٥٢٢؛ التنقيح الرائع: ج ٢، ص ٤٧؛

الرياض: ج ٨، ص ٣٠٤.

(٢) الفقه المعاصر: ج ١، ص ٤٩٦، (بتصرف).

والعينية عندنا، فضلاً عن النصوص الشرعية الكثيرة الناهية عن الظلم كقوله تعالى: ﴿فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾<sup>(١)</sup> أي لا تظلمون بأخذ الزيادة ولا تظلمون بالنقصان<sup>(٢)</sup>.

الوجه الثاني: أن ما يفعله البعض من استغلال حاجة الناس لا يصلح دليلاً على الجواز، والواقع الخارجي شاهد على أنهم ربما يتعاملون معه لا يضطرونهم إلى ذلك، لكنهم في وجدانهم يقبحون فعله ويذمون، ولا يعلم أن ما يدفعونه له هو بطيب نفوسهم، وإذا شك فأصالة العدم واستصحاب بقاء ملكية المال لصاحبه جاريان، ولا يمكن التمسك بمثل هذا الحديث لإثبات صحة المعاملة؛ لأنه تمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

الوجه الثالث: أن قوله إن لولي الأمر أن يمنع متهافت، فإن لسائل أن يقول إن منع ولي الأمر يخضع لضابطة فما هي؟

والجواب: لا يخلو من احتمالين:

الأول: لأنه يرى أن ذلك ظلم وإجحاف بحق الناس فتثبت حرمة وإبطاله للقصد.

الثاني: لأنه لا يرى ذلك ظلماً فيمنعه جزافاً، وهو واضح الفساد.

فيتحصل: أن الاستغلال والغبن كلاهما يثبتان للمهتضم حق استرداد

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٩.

(٢) التبيان: ج ٢، ص ٣٦٥ تفسير الآية المزبورة.

التفاوت، أو تعديل الشروط، أو إبطال المعاملة، ولازم ذلك أن الاستغلال والغبن لا يبطلان العقد أولاً وبالذات وإنما يبطلان اللزوم.

إن قلت: كيف توسعون في مفهوم الغبن مع أن الفقهاء لم يذكروا ثبوته مع العلم بالتفاوت الفاحش؟

والجواب: أن عدم ذكرهم ناشئ من عدم تعرضهم لا لأنهم يرون عدم الغبن، وقد عرفت أن عقود الإذعان من المستحدثات هذا أولاً.

وثانياً: أنهم تعرضوا إلى الغبن من جهة المعاملة الشخصية المتعارفة التي تقع بين طرفين، فاشترطوا لصدق الغبن الجهل بالتفاوت، ولو تعرضوا إلى عقود الإذعان ونظروا إلى الاستغلال الذي يقع فيها فلا مناص إلا بالقول بالغبن؛ لعدم وجود طريقة لهم تغيير طريقة العقلاء، فإذا رأى العقلاء أن الاستغلال مع العلم بالتفاوت غبناً رآه الفقهاء كذلك؛ لأن الموضوعات عرفية، وإذا ثبت الموضوع ترتب حكمه ما دام لم يمنع عنه الشرع.

إن قلت: لكنكم ذكرتم أن الاضطرار لا ينفي الرضا بالعقد وقد صححتم عقد المضطر.

فالجواب: نعم المضطر راض بالعقد في صورة كون الثمن بالمعروف، فإذا صار التفاوت فاحشاً غير معروف فإنه راض بالعقد غير راض بالزيادة الحاصلة في الثمن أو المثمن؛ لذا يجب إرجاعها إليه أو فسخ العقد.

المانع الثالث: الاحتكار، فقد يقال بأن عقود الإذعان تقوم على احتكار السلعة والمنفعة ثم عرضها بالشروط التي يريدتها المحتكر، فإن الاحتكار لغة

وعرفاً جمع السلعة لينفرد بالتصرف فيها<sup>(١)</sup>، وهو محرم إجماعاً.  
 وفي الحديث: ﴿لئن يلقى الله العبد سارقاً أحب إليّ من أن يلقاه الله قد  
 احتكر طعاماً أربعين يوماً...﴾<sup>(٢)</sup> أي يشتريه ويحبسه طلباً للغلاء.  
 وفي حديث آخر: ﴿الجالب مرزوق والمحتكر ملعون﴾<sup>(٣)</sup> واللعنة  
 ظاهرة عرفاً في الأمر المحرم، فيكون العقد الناشئ منه كذلك، ويقع باطلاً  
 بأحد وجهين:

الأول: اندراجه في كبرى اقتضاء النهي عن المعاملة للفساد.

الثاني: دعوى الملازمة بين الأحكام التكليفية والوضعية كما ذهب إليه  
 جماعة<sup>(٤)</sup>، وفيه مناقشتان:

المناقشة الأولى: موضوعية تتعلق بمعنى الاحتكار، فقد اختلفوا فيه  
 على أقوال:

الأول: أنه يقع في عموم السلع والمنافع وهو حرام، وإليه ذهب بعض العامة<sup>(٥)</sup>،

(١) المعجم الوسيط: ج ١، ص ١٨٩، (حكر).

(٢) علل الشرائع: ج ٢، ص ٥٣٠، ح ٢؛ معاني الأخبار: ج ١، ص ١٥١؛ مجمع البحرين: ج ٣، ص ٢٧٥، (حكر).

(٣) الكافي: ج ١٠، ص ٦٠، ح ٦؛ الفقيه: ج ٣، ص ٢٦٦، ح ٣٩٦١؛ الاستبصار: ج ٣، ص ١١٤، ح ٤٠٤؛ التهذيب: ج ٧، ص ١٥٩، ح ٧٠٢.

(٤) انظر كتاب القضاء للأشتياني: ص ٣٠؛ مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٣٩٦.

(٥) انظر مواهب الجليل: ج ٦، ص ١٢.

وقولهم يفتقر إلى دليل معتبر.

والثاني: أنه مختص بأمور ستة وهي الحنطة والشعير والتمر والزبيب والزيت والسمن نصت عليه بعض الأخبار، وقد وصفت بالضعف<sup>(١)</sup>.

وفي الكافي ورد منطوقها بلسان الحصر وهو قوله: ﴿ليس الحكرة إلا في الحنطة﴾<sup>(٢)</sup> ولو تم انحصار الاحتكار في عقود الإذعان في الأقوات المذكورة.

الثالث: أنه مختص بالطعام في وقت ليس عند الناس طعام، دلت عليه الأدلة المعتمدة، وهو اختيار أكثر أصحابنا، والمراد بالطعام في عرف الفقهاء الحنطة والشعير، ولكن في العرف العام ما يؤكل، وفي الخبر في معنى قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾<sup>(٣)</sup> قالوا عنى بطعامهم الحبوب والفاكهة.

وفي مجمع البيان: إنه ذبائح أهل الكتاب، ونسب إلى أكثر المفسرين والفقهاء وإليه ذهب جماعة من أصحابنا<sup>(٤)</sup> وهو خلاف المروي عن أبي عبد الله عليه السلام أن الطعام يختص بالحبوب، وما لا يحتاج إلى التذكية<sup>(٥)</sup>، بل نسبت

(١) الفقه المعاصر: ج ١، ص ٤٩٧.

(٢) الكافي: ج ٥، ص ١٦٤، ح ١؛ دعائم الإسلام: ج ٢، ص ٣٥، ح ٧٨؛ الفقيه: ج ٣، ص ٢٦٥، ح ٣٩٥٤.

(٣) سورة المائدة: الآية ٥.

(٤) مجمع البيان: ج ٣، ص ٢٧٩؛ مجمع البحرين: ج ٣، ص ٤٨، (طعم).

(٥) التبيان: ج ٣، ص ٤١٨؛ مجمع البيان: ج ٣، ص ٢٧٩ في معنى قوله: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ ←

الروايات الواردة بهذا المعنى إلى التواتر<sup>(١)</sup>، والمشهور بين أصحابنا أن المراد بالطعام البر خاصة، وقيل هو المتبادر لدى الإطلاق<sup>(٢)</sup>، ولو فهم عدم الخصوصية أو وحدة الملاك أو تمسك بظاهر لفظ الطعام فإنه يمكن الجمع بين هذا القول والقول الثاني.

الرابع: أن الاحتكار يختص بالطعام إلا أن لولي الأمر أن يوسع فيه فيحرم احتكار سلعة أو منفعة من غير الطعام إذا وجد المصلحة في ذلك<sup>(٣)</sup>، ولا يختلف هذا عن القول الثاني والثالث، لأن منع الحاكم الشرعي من باب الحكم الولائي الخاضع لطرو العناوين الثانوية، وهو مما لا ينبغي الاختلاف فيه، ولا يقال إن تصرف ولي الأمر منعاً وإباحة يتنافى مع الأدلة المتضادة التي نصت: ﴿على أن حلال محمد ﷺ حلال إلى يوم القيامة، وحرامه حرام إلى يوم القيامة﴾<sup>(٤)</sup>، كما يتنافى مع حصر الولاية على التشريع بيد الله سبحانه وأوليائه الطاهرين عليهم السلام؛ لأن تصرف ولي الأمر لا يحلل الحرام الواقعي، ولا يجرم الحلال الواقعي، بل إيقاف للعمل بالحلال والحرام

→

أُتُوهُ الْكِتَابَ جُلًّا لَكُمْ؛ مجمع البحرين: ج ٣، ص ٤٨، (طعم).

(١) مواهب الرحمن: ج ١٠، ص ٤٢٣.

(٢) مواهب الرحمن: ج ١٠، ص ٤٠٣.

(٣) الفقه المعاصر: ج ١، ص ٤٩٧.

(٤) الوسائل: ج ٣٠، ص ١٩٦، الفائدة السادسة؛ مستدرک الوسائل: ج ١٨، ص ١١،

الحاشية.

لمصلحة أهم، وصفة الإيقاف مؤقتة لا دائمة، والفرق بين الحكم الولائي التديري والحكم التشريعي في المفهوم والمصداق كبير، فهو نظير تزامم الحق الخاص مع الحق العام، وترجيح الحق العام على الخاص.

فيتحصل: أن الاحتكار في الاصطلاح الفقهي خاص بالطعام ولا يشمل العقود المتعلقة بغيره، وعلى فرض التعلق فلا يعلم أن العقد يقع منهيًا عنه لسببين:

الأول: لأن النهي عن الاحتكار سابق على العقد، وحرمة الشيء لا تلازم حرمة بيعه، ولذا أجازوا بيع لحم الخنزير لمن يستحله، ولا يندرج في كبرى النهي عن المعاملة؛ لأن الاحتكار سابق وجوداً.

الثاني: على فرض التسليم فلا نسلم وجود ملازمة بين الحكم التكليفي والوضعي، ولا ينتقض ذلك بمثل أخذ الأجرة على الغناء وحلق اللحية؛ لأن هذا منهي عنه بنفسه، لقولهم لَيْلًا: ﴿أَنْ لَّهِ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ﴾<sup>(١)</sup> بخلاف الاحتكار فإن العقد يقع على السلعة بعد احتكارها، والنتيجة أن المسألة تقع بين قولين أحدهما الحرمة والبطلان، والثاني الصحة، والمسألة منائية لا بنائية.

المناقشة الثانية: الخروج الموضوعي، فإن الاحتكار غير متصور في عقود الإذعان؛ لأن الاحتكار يتحقق بحبس السلعة أو المنفعة وعدم تعريضها للبيع توصلًا إلى ارتفاع قيمتها، وليس الأمر كذلك في عقود الإذعان؛ لأن

(١) عوالي اللآلئ: ج ٢، ص ١١٠، ح ٣٠١؛ جامع أحاديث الشيعة: ج ١٧، ص ١٧٥، ح ١٣.

البائع مثلاً لا يجبس السلعة لا وإنما يستغل انفراده بامتلاك السلعة، يفرض شروطه على المذعن لا اضطراره إليه، ولا حرمة في الاحتكار؛ لأنه سابق على العقد، والعقد صحيح لتوفر شرائط الصحة فيه، وكذلك الاستغلال في عقود الإذعان، ولا مجال للحكم بالحرمة والبطلان إلاّ بواسطة الأمر الولائي إذا رآه الحاكم الشرعي.

والحق: يتضح ببيان قضيتين:

**القضية الأولى:** إمكان الجمع بين القول الثاني والثالث لأجل التوسعة في مصاديق الاحتكار، ليشمل كل سلعة ومنفعة يحتاجها الناس لتقويم حياتهم، وذلك بحمل الروايات التي ذكرت الموارد الستة على بيان المصداق، أو المصداق الأظهر، أو المنحصر في زمان صدورها.

فالخسر فيها إضافي لا حقيقي، ومثله يقال في تحديد الفقهاء الاحتكار بالطعام لفهم العرف عدم الخصوصية في المذكورات، أو لفهم وحدة الملاك، أو الملاك الأهم في غير المذكورات، فإن المواد الستة المذكورة إنما خصصت بالذكر لتقوم حياة الناس بها في ذلك الوقت، فإذا اتسعت الحياة وولدت فيها احتياجات أخرى ربما أكثر ضرورة من بعض الستة المذكورة، وتقوم حياة الناس، فالظاهر إمكان القول باندراجها في حكم الاحتكار، نظير الأدوية والكهرباء والمياه المعقمة وأجهزة التبريد في الصيف في البلاد الحارة، وأجهزة التدفئة في الشتاء في البلاد الباردة، وتذاكر النقل ومقاعد الدراسة في الجامعات ونحوها، فإن تطور الحياة فرض وجودها بحيث لا يمكن

للناس الاستغناء عنها، ولو استغنوا عنها وقعوا في العسر الشديد والأضرار البالغة، ولعلمهم عدوا الشرع مضاراً أو معسراً إذا أباح احتكارها، بل في مثل هذه الأزمنة لم يعد مثل الحنطة والشعير والتمر والزبيب من قوت الناس المقوم لحياتهم، وتعززه القاعدة الأصولية القاضية بأن المثبتات لا تعارض بينها، ويؤخذ بها جميعاً، وهكذا هي روايات الاحتكار التي حددت المواد الستة.

فالأقوى أن حكم الاحتكار يجري على كل سلعة أو منفعة يحتاجها الناس، ويتعذر الاستغناء عنها، وبهذا اللحاظ يمكن القول بمساوقة عقود الإذعان للاحتكار، وعلى فرض عدم مساوقتها موضوعاً فإنهما متساوقان حكماً؛ لأن الحابس لما يحتاجه الناس ليس حراً في وضع السعر الذي يراه، فإذا كان السعر مجحفاً أو ظالماً منع منه؛ لأدلة حرمة الظلم والردع عن المنكر ونحوها.

القضية الثانية: أن الاحتكار والاستغلال وإن تغايرا مفهوماً لكنهما متحدان ملاكاً وأثراً، فإن المحتكر يستغل الناس ويفرض عليهم ما يريد، والمستغل كذلك، والمحتكر حابس للسلعة وصولاً إلى ذلك، والمستغل كذلك يجسها عن الناس حتى يذعنوا إلى ما يريد، وإذا اتحد الموضوع اتحد الحكم، وقد عرفت أن الاستغلال غبن وهضم يثبت للمغبون حق استرداد التفاوت أو إبطال المعاملة، كذلك الأمر في الاحتكار.

وربما يقال بطلانه بناء على أن النهي عن المعاملة يقتضي فسادها،

والقول بأن الاحتكار سابق على العقد لا ينفي عن العقد النهي من وجهين:  
أحدهما: الفهم العرفي، فإن العرف يرى سرية النهي من ذات الاحتكار إلى  
البضاعة المحتكرة، والتفكيك بينهما ناشئ من التدقيق العقلي، ووجه السرية  
أن البضاعة المحبوسة لأجل الاحتكار يتعلق النهي بحبسها، وهذا العنوان -  
أي البضاعة المحبوسة أو المحتكرة - ملازم لها حين العقد.

ثانيهما: أن بيع السلعة المحتكرة بالقيمة الفاحشة ملازم لعنوان الظلم  
والاستغلال، وهو صادق عليها حين العقد، فيتعلق النهي ببيعها، وبناء على أن  
النهي عن المعاملة يقتضي الفساد كما هو التحقيق ينبغي القول ببطان العقد؛  
لاستحالة أن يمضي الشرع المعاملة وفي عين الحال ينهى عنها كما قررناه.

فيتحصل: أن عنوان الاحتكار كعنوان الاستغلال كلاهما مانعان من  
صحة المعاملة، ولكن إذا رضي المذعن باسترداد التفاوت فلا مانع منه؛ لأن  
الرضا المتأخر يصحح العقد عرفاً وشرعاً، وكون الاحتكار في المصطلح  
الفقهي يختص ببيع الطعام لا يمنع من شموله لغيره لوحدة الملاك؛ لما  
عرفت من أن العقود الإذعانية تتعلق بالأمر الضرورية التي تقوم حياة  
الناس عادة، والوجه الذي استدعى تحريم الاحتكار ذاته موجود في عقود  
الإذعان؛ لأن الاحتكار إضرار بما يقوم حياة الناس، فكذلك عقود  
الإذعان، ولذا لا يفرق العقلاء في قبح الاحتكار بين ما كان للطعام أو  
كان لغيره؛ لأن الاثنين إضرار بالناس.

وأما الإشكالات الثلاثة التي ذكرت في بداية البحث فهي غير واردة؛

لأن دعوى عدم ثبوت الخيار قد عرفت بطلانها، ودعوى الجهالة في المعقود عليه غير تامة، فإنه إن أراد وقوع الجهالة المحضة في عقود الإذعان فهو واضح الفساد بشهادة إقدام العقلاء على التعامل بها، وإن أراد وقوع الجهالة في الجملة لكونها غير معلومة تفصيلاً فإنه قد يصح في بعض العقود، ولكن لا دليل على وجوب وجود العلم التفصيلي في صحة العقد، وإلا لنقض بعقود الإجارة وبيع الصناعات قبل إنتاجها، والثمار قبل نضوجها وهكذا؛ لوضوح أنها غير معلومة تفصيلاً.

فالحق أن العلم الإجمالي بالمعقود عليه في هذه العقود كاف في رفع الجهالة والغرر والحكم بصحتها، وأما دعوى أنها تكون من بيع غير الحاصل كما في بيع الكهرباء أو العمليات الجراحية وتذاكر الطيران ففيها:  
أولاً: لا دليل على اشتراط وجود المبيع حين العقد، بل الدليل على خلافه، ولذا صححوا بيع السلم وبيع الصناعات قبل إنتاجها وبيع الكلي في الذمة ونحو ذلك.

وثانياً: ولو سلّمنا فإن المبيع على ثلاثة أقسام:

الأول: ما لا قدرة للبائع على تحصيله وتسليمه، وبيعه باطل باتفاق الكلمة.  
الثاني: ما هو موجود بالفعل، والبائع قادر على تسليمه، ولا خلاف في صحة بيعه.

الثالث: ما هو غير موجود بالفعل والبائع يملك القدرة على تحصيله وتسليمه حسب الاتفاق ولو بواسطة القدرة على أسبابه، ولا إشكال في صحته؛

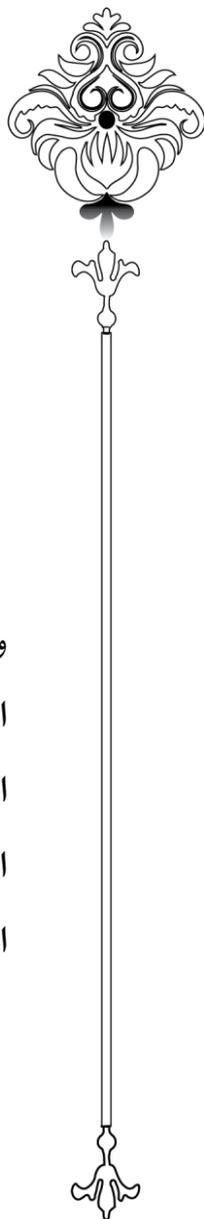
لوجود المقتضي وانعدام المانع، وعليه قامت الكثير من العقود التجارية في الأسواق، والعقود الرضائية ليست من الأول بل من الثاني والثالث.

فيتحصل من كل ما تقدم: أن العقود الرضائية من حيث المقتضي صحيحة ولازمة، وربما تبطل بعض العقود ببعض الموانع، كالاستغلال والاحتكار فيحكم ببطالها إن شاء الطرف المتضرر، وإن شاء أخذ التفاوت وأمضاها، وبطلانها من جهة المانع لا عدم المقتضي.



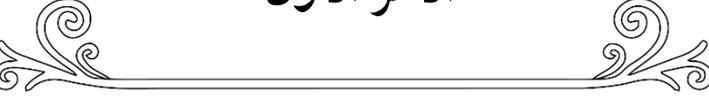
المعاملة السابعة  
السدقالية (السرقة)  
(حق الإخلاء)

والبحث فيها يقع في أمور:  
الأمر الأول: في حقيقة السدقالية وأسائها وموانعها  
الأمر الثاني: موانع السدقالية  
الأمر الثالث: في أحكام السدقالية  
الأمر الرابع: القول بعدم جواز السدقالية





## الأمر الأول



### في حقيقة السد قفلية وأسمائها وموانعها

وفي الغالب تقع في الإجارة بدفع مبلغ مقطوع من المال يدفعه المستأجر مقدماً للمالك فضلاً عن مبلغ الإجارة وفي مقابله يحصل على فائدتين:

الأولى: أن يمتلك حق تمديد الإجارة لنفسه أو لغيره بعد انتهاء مدتها الأولى من دون أن يمتلك المالك المنع أو زيادة الأجرة عليه.

الثانية: أن تفرغه للملك يكون باختياره، ويحق له أن يطلب من المستأجر الثاني بدل ما دفعه أو قيمته السوقية مقابل ذلك، وهذا المال المدفوع هو مدار البحث، ويدور على حلته واستملاكه وجواز التصرف فيه وعلى الوجه الشرعي لحلته وما هو التكييف الفقهي للحلية إن قيل بها؟ وهل هو من العقود أم الشروط؟ ويعبر عنه بتعابير عديدة:

منها: السد قفلية، ويراد بها أن المستأجر للملك دكاناً كان أو فندقاً أو داراً أو غير ذلك يملك مفتاح الملك، وسد قفله لنفسه في ضمن شرط تقاولي أو

ارتكازي، فلا ينتقل من الملك إلا مقابل عوض يدفع إليه.

ومنها: السر قفلية، وهي فارسية مكوّنة من كلمتين (سر) أي الرأس وقفل وهو ما يغلق به الباب ونحوه، ويفتح بالمفتاح<sup>(١)</sup>، سمي بذلك باعتبار أن المالك للعين أو للمنفعة - أي المستأجر - يملك مفتاح التصرف فيه وإغلاقه، أو باعتبار أنه يسلم قفل الملك ومفتاحه إلى الطرف الآخر مقابل مبلغ يتقاضاه، وهذا التعبير معروف في العراق وإيران.

ومنها: حق التخلية باعتبار أن المستأجر الثاني يدفع إلى المستأجر السابق مالاً ليخلي له المكان ويتنازل عن حقه بالبقاء فيه، وهذا التعبير معروف في العراق، وربما يعبر عنه ببدل الخلو أو بدل التخلية أو نقل القدم.

ومنها: حق التفريغ وهو المعروف في بلاد الشام، يسمى بذلك باعتبار أنه يفرغ المحل مقابل المال، أو باعتبار أنه يكون فارغ البال مطمئناً على بقاءه في المحل، فلا أحد يخرج منه إلا بإرادته.

ومنها: حق الجلسة أو الإنزال، وهو التعبير المعروف في بلاد المغرب، يسمى بذلك باعتبار أنه يجلس فيه آمناً مستقراً في مقابل المستأجر العادي الذي يجب عليه أن يسلم الملك بعد انتهاء مدة الإجارة.

ومنها: المفتاح والزينة، وهما التعبيران المعروفان في مصر، ويسمى بالمفتاح باعتبار أن المستأجر يملك مفتاح الملك وسلطة التصرف فيه، ويسمى بالزينة إما باعتبار أن المستأجر يملك هذا الحق فيكون له زينة كزينة الملك لملكه،

(١) المعجم الوسيط: ج ٢، ص ٧٥٢، (قفل).

وإما باعتبار أن المال الذي يتقاضاه مقابل التخلية يزيّنه؛ لأنه غالباً ما يكون مالاً وفيراً، وإما باعتبار أنه يتعامل فيه معاملة المالك فيزيّنه، ويجري عليه التغييرات اللائقة به، ويصبح به مشهوراً معروفاً في السوق.

والتعابير العديدة ناشئة من اختلاف الأعراف في الأسماء والعناوين والجوهر واحد، وليست المعاملة من المخترعات الشرعية ولا العقلانية بدواعيهم الفطرية، بل هي في أصلها منافية لمقتضيات العقود الشرعية العقلانية، وإنما نشأت بسبب فساد القوانين الوضعية، وقد ذكروا أنها نشأت كرد فعل لفساد القانون الذي يخالف العدالة والإنصاف في العقود، فيقوي طرفاً كالمستأجر على المالك، فاضطر المتضرر إلى إيجاد مثل هذه المعاملة لأجل ضمان حقه، وقد ذكروا في منشئها ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** لبعض الأعلام المعاصرين. قال: الظاهر أنها - أي السر قفلية - وليدة الأيام المتأخرة خلافاً لبعض من ذهب إلى أنها معاملة قديمة<sup>(١)</sup>، و الأصل فيها أن مجلس النواب في إيران وضع قانوناً في باب الإجارة منع المالك من إخراج المستأجر من العين المستأجرة بعد انقضاء مدة الإجارة، ومنعه من أن يزيد في كرائها خلافاً للشرع، ولما اتفق بعد ذلك غلاء الأسعار وارتفاع أجور الأملاك اضطر المالكون للأماكن من الدكاكين والفنادق والمنازل وغيرها أن يؤجروا أماكنهم بأجور قليلة في مقابل مبلغ كبير من المال، ويفوضوا أمر الإيجار بعد انتهاء المدة إلى

(١) انظر فقه المصارف والنقود: ص ٥٢٥ - ٥٢٧.

المستأجرين لكي يستوفوا ما دفعوه لهم، ثم صار ذلك أمراً عرفياً شائعاً في الأسواق<sup>(١)</sup> وهو صريح في أمرين:

الأول: أن القانون فرض على المالكين أحكاماً تضر بمصالحهم، وتسلب سلطتهم على أموالهم.

الثاني: أن منشأ هذه المعاملة فساد القانون الإيراني كما يفيد قوله: (الأصل فيها)، وقد أشار إلى ذلك في كتاب المسائل المستحدثة المدون في عام ١٣٨٤ هجرية<sup>(٢)</sup>، ثم منه شاع وانتشر في الأسواق.

القول الثاني: ذهب إلى أن منشأها فساد القوانين الشيوعية التي انتشرت في البلاد الغربية، فإنها منعت أصحاب الأملاك من التصرف في أملاكهم، واستولت السلطة على جميع الثروات والأراضي والمعامل والمصانع، وألغت سلطة المالكين بأملاكهم بدعوى محاربة الإقطاع، واعتبرتهم سراقاً وأثرياء ظالمين، وأن ما يملكونه يحق أن يعود للعمال والكادحين بحسب زعمهم، فلذا شرعت قوانين لحماية المستأجرين من استغلال المالكين كان منها سلب حق المالك المؤجر الذي اعتبروه رأسمالياً ثرياً وظالماً أن يخرج المستأجر الذي اعتبروه كادحاً وفقيراً حتى بعد انتهاء مدة الإجارة، ولا أن يزيد عليه الأجرة حتى وإن ارتفعت الأسعار كنوع من الإجراءات الشيوعية<sup>(٣)</sup>،

(١) انظر المسائل المستحدثة (للروحاني): ص ١٩، (بتصرف).

(٢) انظر المسائل المستحدثة (للروحاني): المقدمة.

(٣) انظر حق الخلو والسرقة (للسيد مرتضى الشيرازي): ص ١٧-١٨، (بتصرف)؛

والفساد في هذا القانون ظاهر من وجهين:

أحدهما: أنه مبني على مصادرة واتهام كل مالك ورأسمالي بالظلم، وكل مستأجر بالفقر والمظلومية، وهذا ما يكذبه الوجدان والواقع، فما أكثر الملاك الفقراء والمستأجرين الأثرياء، ودواعي استئجارهم ليس فقرهم، بل مصالحهم، بل الملحوظ أن الكثير من الرأسماليين لاسيما العاملين في قطاع الصناعة والسياحة هم مستأجرون للفنادق والمطاعم والأسواق.

ثانيهما: أن انحياز السلطة إلى المستأجرين وحماية حقوقهم كما يزعمون والإجحاف في حق المالكين هو ظلم ينافي العدالة والمساواة التي تزعمها الشيوعية، فالإجراء المذكور ناقض لغرض الشيوعية وغرض القانون معاً.

القول الثالث: أن هذه المعاملة فرضتها المصالح العقلائية في الأسواق لدواع ثلاثة:

الأول: فساد القوانين وظلمها.

الثاني: فقدان الثقة في التعامل السوقي، فإن بعض المالكين والمستأجرين لا يفون بمقتضيات العقود والشروط التي يجرونها.

والمالك ربما يخشى من المستأجر أن لا يدفع الإجارة والقانون يحميه، كما أن المستأجر قد لا يثق بعهد المالك بعدم إخراجه من ملكه، فجعلوا دفع السد قفلية كضمان يوجب الالتزام بمقتضى العقد أو الشرط، كما أن

→

بعض المستأجرين يرفضون التخلية تعسفاً، ولا يخرجون إلا بمال يدفعه المالك أو المستأجر الثاني لهم، فجعلت السد قفلية كضمان وجبران لذلك.

الثالث: اقتضاء المصلحة وتبادل المنفعة، فإن المستأجر الأول لدى إشغاله للمحل مثلاً قد أوجد له شهرة سوقية ومكانة معروفة يقصدها الزبائن عادة، وهذا جهد متراكم له منفعة عقلائية في السوق يمكن أن تعوض بثمن، كما نفع المالك بذلك؛ إذ جعل للملكه قيمة سوقية، ومن جهة أخرى فإن المالك قد لا ينتفع من دفع الأجر المقسطة على الشهور مثلاً؛ لأنها قليلة، بخلاف مال السد قفلية فإنه يتيح له فرصة تطوير عمله، أو استثماره في الأفضل، أو إنفاقه في سد احتياجاته، وكذلك المستأجر الأول إذا أراد تخلية المكان إلى المستأجر الثاني، فالمصالح السوقية ومنافع المتعاملين تقتضي إيجاد مثل هذه المعاملة، وعلى هذا تكون من المخترعات العقلائية الناشئة من أسباب ثلاثة، فالقاعدة تقتضي صحتها، وما ينبغي أن يبحث عنه هو وجود المانع الشرعي، فإن لم يحرز حكم بصحتها؛ لاندراجها في عمومات وإطلاقات أدلة العقود والشروط ووجوب الوفاء بهما.

هذا وتجري السد قفلية في المحلات التجارية والفنادق والبيوت ونحوها مما لها مالك ومنتفع سواء بالإجارة أو بغيرها من العقود.

## الأمر الثاني

### موانع السد قفلية

ربما يقال إن السد قفلية تتنافى مع القواعد العقلية والشرعية في العقود من جهات عديدة:

**الأولى:** أن الإجارة تنتهي بانتهاء مدتها، ويجب على المستأجر تفريغ الملك بلا تعويض بمال ونحوه، كما أن المالك لا يستحق إلا الأجرة، فالملك الذي يأخذه بعنوان السد قفلية مناف لحقيقة الإجارة.

**الثانية:** أن إشغال المستأجر الثاني للمكان لا يجوز إلا بإذن المالك لا إذن المستأجر، والقول بأن إذن المالك للمستأجر الأول يكفي غير سديد؛ لأنه من الإذن للمجهول؛ إذ لا يعلم متى يتنازل المستأجر الأول عن حقه.

**الثالثة:** أن مال السد قفلية في كثير من الأحيان يدفع بدون طيب نفس من الدافع، وفيه شبهة الإكراه.

**الرابعة:** أن المعاملة تسلب سلطة المالك على ماله، وتمنعه من التصرف

فيه، وهو يتنافى مع حقيقة الملكية وتسلط الناس على أموالهم وأنفسهم. والحق أن هذه الموانع ونحوها لا تصلح للمنع، بل ضعيفة؛ لأن المانع الأول محلول بالتوافق والتراضي بين الطرفين، وإذن المالك من حين العقد مع المستأجر الأول يتضمن تفويض المالك حقه في تأجير الملك إلى المستأجر، وإطلاق الإذن يشمل جميع الحالات، فالمانع الثاني مردود، ودعوى شبهة الإكراه مردودة بما ذكرناه في عقود الإذعان على أنه أخص؛ لأنه إن صدق في بعض المعاملات فلا يصدق في جميعها. نعم قد يكون المستأجر مضطراً إلى دفع السد قفلية وهو لا يخل بالمعاملة، فالمانع الثالث بلا مانع.

وأما دعوى أنها تسلب سلطة المالك على ماله ونفسه فواضحة البطلان؛ لأن سلب السلطة عدواناً غير جائز، وأما سلبها بإرادته واختياره مما لا مانع منه، وإلا لم يبق وجه لتصحيح الشروط في العقود؛ لأنها تسلب سلطة المالكين على أموالهم، أو تضيّق منها.

اتضح مما تقدم أن السد قفلية تطلق على نوعين من المال:

**الأول:** المال الذي يدفعه المستأجر ونحوه إلى المالك في مقابل حق الاستمرار بالإجارة بذات الأجور بلا زيادة أو تحديد مدتها، إلا إذا خرج المستأجر بنفسه، أو زاد في الأجر من قبل نفسه ورضاه.

**الثاني:** المال الذي يدفعه المستأجر الثاني للمستأجر الأول في مقابل التخلية وإفراغ المحل له، ونلاحظ أن لكل مال غاية، ولكن العرف ولعله

المستفاد من كلمات الفقهاء أن الاثنين يعبر عنهما بالسد قفلية، والأوفق أن يعبر عن الأول بالسد قفلية وعن الثاني بحق التخلية أو بدل التخلية؛ لأن المال الأول يمنح المستأجر مفتاح القفل على الملك فلا يحق للمالك إخراجه أو زيادة الأجور عليه، والمال الثاني يتقاضاه مقابل تخلية المحل، ولا يصح تسميته بالسد قفلية إلا إذا قلنا إن المستأجر الأول يبيعه هذا الحق - السد قفلية - أو يهبه بعوض، أو يصالحه بعوض، ونحو ذلك ليستقيم التعبير.

ومن هنا يقع البحث في المالكين، وينبغي أن يعقد لكل منهما بحث مستقل، وربما يقال بوجود قسم ثالث يعبر عنه بحق المهنة والكسب، بأن يستأجر المحل بلا سد قفلية ولكن باعتبار أنه اشتغل في المحل وأوجد له قيمة سوقية قد يمتنع عن التخلية بعد انتهاء مدة الإجارة إلا بتقاضي مقدار من المال يدفعه المالك أو المستأجر الجديد<sup>(١)</sup>، وربما يضاف قسم رابع وهو أن يدفع المالك مبلغاً للمستأجر ليتنازل عن بقية مدة الإجارة، وفي صحة تسمية ذلك بالسد قفلية وفي جوازه وعدمه كلام سيتضح في الأمر التالي.

---

(١) انظر مسائل فقهية (للسبحاني): ص ١٧؛ حق الخلو والسر قفلية (للسيد مرتضى الشيرازي): ص ١٥.



## الأمر الثالث

### في أحكام السد قفلية

والبحث فيها يقع في مسائل:

#### المسألة الأولى: ما يأخذه المالك من المستأجر

وقد وقع الكلام في وجهه الشرعي؛ لأنه مبتلى بمحذورين:  
الأول: أن الإجارة تقوم على تمليك المنفعة لا تمليك العين، والمستأجر يملك مال السد قفلية للمالك لا منفعته.

الثاني: أن أخذ مال السد قفلية في مقابل إعطاء المالك للمستأجر حق البقاء والإيجار للغير يفتقر إلى دليل ظاهر.

أولاً: لأنه لا يعلم أنه من الحقوق؛ إذ ربما يكون من الأحكام المجعولة للمالك على ملكه، فإن الناس مسلطون على أموالهم يثبت لهم جواز التصرف بها، ولا يثبت لهم حقاً فيها؛ لأنه من تحصيل الحاصل، لمساوقة الحق للملك.

وثانياً: على فرض كونه من الحقوق فإنه لم يثبت أنه من الحقوق القابلة للانتقال، فربما كان مثل حق الشفعة وحق الحضانة وخيار المجلس.

إن قلت: إن العرف العقلاني قائم عليه وهو يكفي للجواز.

يقال: إن البناء العقلاني يثبت الموضوع، وأما الحكم فهو من شؤون الشارع، ومقدار ما يصح الأخذ به من العرف هو إثبات أنه حق، إلا أن إثبات أنه حق قابل للنقل والانتقال مثل حق النفقة فهو شرعي لا عرفي.

والخلاصة: أن أخذ المالك مال السد قفلية وإعطاء المستأجر حق البقاء والإيجار مما يفتقر إلى وجه شرعي، وما لم يثبت ذلك لا يمكن القول بصحته؛ لمخالفته للقواعد، ومن هنا بذل الفقهاء جهوداً كبيرة لتصحيح ذلك، ولهم في ذلك تخرجات بعضهم ذكر ما يفوق العشرة منها<sup>(١)</sup>.

**التخريجة الأولى:** أنه إجارة مشروطة بأن يشترط المالك في ضمن العقد، أو يؤجره المحل بأجرة دون أجرة المثل في مدة كذا بشرط أن يبذل له مبلغاً مقطوعاً من المال مقداره كذا، وربما يكون الشرط من الطرفين بأن يشترط المستأجر أن يمتلك حق تأجيره بعد انتهاء مدة الإجارة إلى نفسه أو إلى غيره، كما قد يشترط أن لا يزيد المالك الإيجار مادام في المحل، ولا يشترط أن يكون الشرط قولياً، بل يكفي الشرط الارتكازي أو التباني العقلاني الموجب لانصراف التعاقد عليه، وعلى هذا تكون السد قفلية شرطاً في ضمن العقد، وتندرج تحت عمومات وإطلاقات أدلة الشروط كقولهم **بئله**: ﴿فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً﴾

(١) انظر حق الخلو والسرقفلية (للسيد مرتضى الشيرازي): ص ٩.

حرّم حلالاً أو أحل حراماً<sup>(١)</sup>، وربما يقال إنها لا تعالج الإشكال؛ لأن الشرط المذكور محلل للحرام ومناف لمقتضى العقد من جهات:

الأولى: أنه مخالف لمقتضى عقد الإجارة، فإن الإجارة عقد على تملك المنفعة بعوض، وهي نوعان: إجارة عينية كالدار للسكنى، وذمّية تتعلق بإنجاز الأعمال، كالعامل يستأجره لبناء حائط مثلاً<sup>(٢)</sup>، والمال الذي يأخذه المالك إن كان من الإجارة كان من استملاك العين لا المنفعة.

الثانية: أن المال لا يصح تملكه إلاّ مقابل شيء وهو غير حاصل في السد قفلية؛ لأن المال الذي يأخذه المالك لا يقابل بعين ولا بعمل، فهو من أكل المال بالباطل.

إن قلت: المحل عين.

فالجواب: أن المحل تقابله الأجرة لا السد قفلية.

الثالثة: أن أخذ مال السد قفلية بالشرط بلا وجه، وفيه شبهة السفاهة؛ لأنه كثير عادة، ويفوق مقدار الإيجار بكثير.

فإن قيل: إن المال مقابل إعطاء المستأجر حق البقاء في المحل بعد مدة الإجارة أو حق إيجاره إلى غيره فهو أول الكلام؛ لتوقف صحة ذلك على إثبات أن الإجارة حق يقبل النقل والانتقال، وربما يكون حكماً مبنياً على

---

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٦ من أبواب الخيار، ص ١٨، ح ٢٣٠٤٤؛ التهذيب: ج ٧، ص ١٨٧٢، ٤٦٧.

(٢) انظر الروضة البهية: ج ٤، ص ٣٢٧؛ المبسوط: ج ٣، ص ٢٢٦.

تسلط الإنسان على ماله، والسلطنة مما لا تقبل الانتقال إلا بنقل ملكية ذات العين، وليس الأمر كذلك في السد قفلية؛ لبقاء مالكية المالك على المحل. وإن قيل إنه مأخوذ بالشرط بلا مقابلة بشيء كان استغلالاً للمستأجر، وهو ظلم وإجحاف.

### شرط الفعل وشرط النتيجة

الرابعة: إجمال الشرط، فإن الشرط على قسمين شرط الفعل وشرط النتيجة، والأول يتعلق بفعل يقوم به المشروط عليه، كما لو اشترطت المرأة أن يوكلها الرجل في الطلاق، والثاني يتعلق بالأثر لا بفعل يقوم به المشروط عليه كما لو اشترطت عليه أن تكون وكيلة في طلاقها، وبينهما فوارق عديدة:

منها: أن شرط الفعل متأخر عن العقد وشرط النتيجة ملازم له.

ومنها: أن شرط النتيجة يترتب على العقد قهراً ولا يتوقف على إنشاء جديد أو إرادة، ولذا لا مجال للتراجع عنه، بخلاف شرط الفعل.

ومنها: أن شرط الفعل واجب الوفاء تكليفاً، والتخلف عنه حرام ولا يؤثر في بطلان العقد؛ لكونه متأخراً عنه، بخلاف شرط النتيجة كما قيل. إذا اتضح هذا نقول: إن الشرط في السد قفلية يمكن أن يقع بنحو شرط الفعل، ويمكن أن يقع بشرط النتيجة، وبينهما فرق في الموضوع والأثر.

وفي الأول يقول المالك أو جرك المحل بكذا بشرط أن تملكني مبلغاً قدره

كذا، فيكون التملك بعد العقد، وفي الثاني يقول أو جرك المحل بشرط أن أملك المبلغ المذكور، فلو تخلف المستأجر في تملك المال في الأول فعل حراماً لكن الإجارة صحيحة عند بعضهم، ولو تخلف في الثاني يكون العقد باطلاً؛ لأن التملك داخل في ماهية العقد، ولو تخلف الجزء بطل الكل، والملاحظ أن التخريجه المذكورة لم تحدد نوع الشرط. ويمكن الإجابة عن كل ذلك.

أما الإشكال الأول والثاني: فإن مال السد قفلية يدفعه المستأجر للمالك مقابل إعطائه حق البقاء في المحل دون أن يخرج منه، وإعطائه حق تأجيره إلى المستأجر الثاني، فهو مال له مقابل وهو الحق، ولا دليل على حصر الأشياء المتبادلة بالعين والمنفعة، فإن الحق قسم ثالث لهما، ولا خلاف في صحة بيع الحق ونقله بعوض أو بغير عوض، وهذا هو الأصل في الحقوق، ويستثنى من ذلك الحق الذي يشتمل على الحكم الشرعي مثل حق الحضانة والنفقة، وأما ما لا يشتمل على حكم فيجوز أن يقابل بعوض، والإجارة بعد انقضاء مدتها تنتهي ويعود المحل إلى مالكة؛ لأنه حقه، كما أن تأجيره إلى المستأجر الثاني من حق المالك، وهو يمنحه للمستأجر بعوض مال السد قفلية مقابل حق البقاء والتأجير.

وأما الثالث فهو أضعف من سابقه؛ لأن مال السد قفلية وإن كان كثيراً ودفعه مقابل الشرط ليس من السفاهة عرفاً بشهادة إقدام العقلاء عليه واعتباره تصرفاً عقلياً يقع مقابل ما يمنحه المالك للمستأجر من حق.

ودعوى الاستغلال والظلم باطلة؛ لأن ذلك يقع ضمن القيم السوقية

المتفاوتة وبرضا الطرفين، وفي مقابل منفعة كبيرة يحصل عليها المستأجر.  
 وأما الرابع فيمكن القول بأن السيرة العقلائية في الأسواق رافعة للإجمال؛ لقيامها على جعل الشرط المذكور شرط نتيجة لا شرط فعل، ولازمه استملاك السد قفلية من حين العقد، فلو نوى عدم التمليك أو غفل عن قصده يبطل، ولو نواه ولم يقبضه المستأجر كان بحكم الغاصب.  
 إن قلت: إن اعتبار السيرة العقلائية متوقف على اتصالها وإمضاءها الشرعي وهو غير ثابت، بل الثابت هو العكس.

والجواب عنه من وجوه:

**الوجه الأول:** أن السيرة المذكورة ليست مغايرة للأصل العام الذي قرره الشرع وهو أصالة الجواز، وإذا كانت كذلك فلا نحتاج إلى إحراز الاتصال ولا الإمضاء الخاص؛ لأن الأصل المذكور شاهد على إمضاءها، ومن هنا قالوا بأن عدم الردع كاف في الإمضاء؛ لتوافقه مع أصالة الجواز. نعم لو كانت السيرة قائمة على خلاف الأصل وجب إحراز إمضاءها بالإمضاء القولي أو الفعلي.

وبذلك تتضح حقيقتان:

**الأولى:** أن أصالة الجواز التي قررها الشرع تكفي لإمضاء ما يحتاج إلى إمضاء.

**الثانية:** أن السيرة على نحوين سيرة موافقة للأصل مثل السيرة على السد قفلية، ويكفي في اعتبارها عدم الردع؛ لأنه كاشف عن موافقة الشرع لها، وسيرة مخالفة للأصل، كالسيرة القائمة على اعتبار المعاطاة عقداً

لازمًا، فإنها مخالفة لأصل الجواز الذي يبيح لكل من المتعاقدين الفسخ، فإذا قامت السيرة على اللزوم يجب إحراز إمضائها بتقرير قولي أو فعلي كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup> ونحوه، ولا يكفي فيها عدم الردع؛ لأن الأصل المذكور يبيح الفسخ وهو كاف للردع عنها.

والخلاصة: أن السيرة على السدقيلية مما لا تحتاج إلى إحراز الاتصال والإمضاء؛ لأنها موافقة للأصل، وهو كاف لإثبات اعتبارها.

### السيرة فطرية وعقلانية

الوجه الثاني: أن السيرة العقلانية على قسمين:

الأول: السيرة الفطرية.

والثاني: السيرة النظامية، والمراد بالأولى السيرة التي تقوم على المرتكزات الفطرية والبديهية لدى العقلاء، نظير قيام السيرة على تصديق قول الخبير الثقة، ورجوع الجاهل إلى العالم في كل علم وفن، فإن منشأ هذه السيرة العقل البديهي والفطرة بشهادة اتفاق سائر العقلاء عليها بغض النظر عن معتقداتهم وطبائعهم وكبارهم وصغارهم وبدوهم وحضرهم، ومثل هذه السيرة تكون حجة بنفسها؛ لحجية الفطرة والعقل البديهي، بل لا يعقل توقف حجيتها على الإمضاء؛ لاستلزامه الدور. هذا أولاً، ولاستلزامه

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

تكذيب الأدلة الثقيلة ثانياً، أما الأول فلأن التصديق بالشرع وحجيته متوقفان على الفطرة والعقل، فلو توقفت حجيتهما على الشرع دار، وأما الثاني فلتضافر الآيات والروايات على أن العقل حجة باطنة، وعليه يدور الأمر والنهي والثواب والعقاب، وفي بعض الآيات إشارة إلى أن الدين يقوم على الفطرة، وهو فرع ثبوتها واعتبارها.

منها قوله تعالى: ﴿فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾<sup>(١)</sup> والقيّم المستقيم السوي الذي يوافق العقول والفطر، ولذا لا يتبدل؛ لعدم الاختلاف فيه بين سائر أهل الفطرة.

ومعنى الآية الزموا فطرة الله واتبعوها، فإن هذا الدين يحكم به العقل الفطري، وأخذ الله سبحانه عليه العهد في الذر، وارتكز في القلوب، فلا يجيد الإنسان عنه إلا بالصوارف الخارجية، ولو خلوا الناس وأنفسهم وعقولهم ما اختاروا عليه غيره<sup>(٢)</sup>؛ لأن الفطرة تعود إلى الجبلّة، وهي تمضي بنظام واحد لا يتبدل ولا يتغير ولا يختلف.

ويتحصل: أن الأحكام الفطرية مما لا تتبدل ولا يختلف عليها الناس؛ لذا يشتركون فيها في جميع الأعصار والأمصار كتصديق قول الخبير الثقة، ورجوع الجاهل إلى العالم، ولو كان ذلك من الآداب الطبيعية أو التعليمية

(١) سورة الروم: الآية ٣٠.

(٢) انظر نفحات الرحمن: ج ٥، ص ٩٩، (بتصرف)؛ تقريب القرآن إلى الأذهان: ج ٤، ص ٢٤٢-٢٤٣؛ مجمع البيان: ج ٨، ص ٥٩.

لاختلفوا فيها، ومثلها تكون معلومة الاتصال والإمضاء بمقتضى الأصل الفطري والعقل البديهي، ولا يعقل توقفها على الإمضاء الشرعي الصريح ولا غير الصريح؛ لاستلزامه الدور بل اللغوية؛ لعدم ثبوت أثر له يغير حكم الفطرة.

والمراد بالثانية أي السيرة النظامية ما يقرره العقلاء لأنفسهم من أنظمة ومناهج لأجل تحصيل مقاصدهم وحفظ نظامهم كتنظيم الطرقات، ووضع العلامات لها، وتقرير العقود والأنظمة الإدارية ونحوها، فإن مثل هذه السيرة لا تنشأ من الفطرة والعقل البديهي، وإنما من المصالح والعقل النظري الاكتسابي، ولذا يختلف فيها العقلاء ويتفاوتون، ولا يمكن أن تكون بنفسها حجة، وإنما تتوقف على إحراز اتصالها وإمضاء الشرع لها، ولكن لا يشترط في إمضائها التقرير القولي، وإنما يكفي فيها عدم الردع، فإذا قامت السيرة على عقد أو معاملة لا ينبغي البحث عن صحتها؛ لأن الأصل هو ذلك، وإنما ينبغي البحث عن الردع الشرعي عنها، فإن لم يجرز كفى الحكم بالجواز، والسدقيلية منها، وكونها معاملة حديثة لا يمنع من اعتبارها إما لأن شرط الاتصال غير لازم كما حققناه، أو لأن الاتصال محرز في جميع الأزمنة بكون الحجة المعصومة حاضرة بين الناس، وناظرة إلى أفعالهم وأقوالهم، فإن ارتكبوا ما هو خلاف الشرع لردعت عنه، أو لبنت الأحكام بنحو لا يخفى حكمها على الخبير المتضلع وقد قررنا في الأصول عدم حاجة السيرة العقلائية إلى إحراز الاتصال.

الوجه الثالث: سلمنا، إلا أن السدقيلية تثبت حقوقاً للمتعاقدين كما

عرفت، والحقوق يجب حفظها والعمل بها وإعطاؤها لأهلها بالوجوب الشرعي والعقلي، ولا يحتاج إلى اتصال بزمان المعصوم عليه السلام ولا إلى إمضائه من باب سلب المقتضي، ووجهه أن الحق ينشأ من تباني المتعاقدين واتفاقهم، فمرجه إلى سلطنة الإنسان على ماله ونفسه وحقه، واعتبارها مما لا يتوقف على اتصال ولا على إمضاء شرعي، بل يمتنع ذلك لاستلزامه اللغوية؛ لأن إثبات الشيء لنفسه ضروري الثبوت له، ولذا لا يختلف العقلاء عليها.

**الوجه الرابع:** أن السيرة المذكورة معلومة الإمضاء لعمومات وإطلاقات أدلة العقود والشروط؛ لأن السدقالية عرفاً حسب هذه التخريجة لا تخلو إما أن تكون عقداً أو شرطاً، أو عقداً متضمناً للشرط، واندراجها تحت العمومات والإطلاقات محرز، فكذلك إمضاؤها، واخراجها يفتقر إلى دليل، وحيث لم يثبت يحكم بصحتها؛ لوجود المقتضي وانعدام المانع.

إن قلت: إنها وإن كانت كما ذكرتم لكنها من المعاملات المستحدثة التي نعلم بعدم اتصالها بزمان المعصوم عليه السلام، ففيه جوابان:

**الجواب الأول:** ما عرفت من أن مثلها معلومة الإمضاء أو لا تحتاج إلى إمضاء.

**والجواب الثاني:** أنها معلومة الاتصال.

### أنحاء السيرة العقلية

وبيان ذلك: أن السيرة العقلية من حيث اتصالها تقع على ثلاثة أنحاء:

**الأول:** أن يكون الشيء موجوداً والعقلاء ملتفتون إليه، وتقوم سيرتهم

على العمل به نظير رجوع الجاهل إلى العالم، ومثلها يعلم باتصالها لنشوئها من المرتكزات الفطرية والبديهة العقلية.

الثاني: أن يكون الشيء غير موجود في زمان ثم استحدث، ومثله نعلم بعدم اتصاله الفعلي، وأن عدم اتصاله لم ينشأ من بناء العقلاء وسيرتهم على عدمه، وإنما من عدم وجوده في الخارج ثم استحدث، أو من الغفلة عنه، كما لو كان قليل الوجود و العقود المستحدثة منه، فمثلاً بيع الورق والنفط والآثار نعلم بحدوثه في الأزمنة المتأخرة، فهو غير متصل بزمان المعصوم عليه السلام بالفعل، إلا أن عدم اتصاله لم ينشأ من إعراض العقلاء عنه، وإنما من باب عدم وجوده، ومثله يمكن القول باتصاله التقديري لا اتصاله الفعلي، بمعنى أنه لو قدر أن يكون موجوداً في زمان المعصوم عليه السلام لأجازه لوحدة ملاكه مع غيره مما هو معلوم الإمضاء كبيع الذهب والفضة مثلاً، أو لرجوع البناء إلى المركوزات الفطرية والبديهة العقلية، ومثله لا يحتاج إلى فعلية الاتصال والإمضاء، ومثل ذلك يقال في عدم الاتصال لا بسبب عدم وجود البناء، بل بسبب الغفلة عنه كما في الحق الذي ثبتت الأسبقية في السوق، أو في طابور الخبز، أو المعاملات المصرفية.

والسيرة في هذه الأزمنة قائمة على جواز بيعه وهبته بعوض وغير عوض، وهذه السيرة ناشئة من المركوزات الفطرية ولكن لم تذكر في الأزمنة السابقة لا لعدم وجودها واقعاً، وإنما للغفلة عنها، فإذا علمنا بها ولم يصلنا ردع شرعي كشف عن اتصالها وإمضاءها.

الثالث: أن لا نعلم بوجوده في السابق ولا نعلم باستحداثه في الزمان

اللاحق، مثل حق التأليف والرسم للكتب واللوحات، ولا مجال لإثبات حاله بالاستصحاب؛ لأن أصالة عدم الأسبقية معارض بأصالة عدم الاستحداث، وإنما نحكم باتصاله بطرق ثلاثة:

**الأول:** أصالة تطابق طرق العقلاء والأعراف إلا ما خرج بدليل.

**الثاني:** الاستصحاب القهقرائي؛ لأنه في هذا الزمان معلوم الثبوت فإذا شك في أنه كان في الزمان السابق أم لا صح استصحابه؛ لانطباق قوله: ﴿لا تنقض اليقين بالشك﴾<sup>(١)</sup> عليه.

**الثالث:** أصالة عدم النقل، أي عدم النقل عن العرف السابق، فإذا شك في السيرة الحاصلة في هذا الزمان أنها مستحدثة أو منقولة عن سيرة سابقة عليها قائمة على عدم فلا يثبت العدم بالأصل، وعلى هذا يمكن القول بأن كل سيرة محرزة الوجود في هذا الزمان وشك في اتصالها يحكم باتصالها، فإذا لم يصلنا دليل يمنع منها يحكم باعتبارها.

**إن قلت:** إن الأصالات الثلاث جارية في دلالة الألفاظ على المعاني ولا علاقة لها بالعقود.

**قلت:** ورودها في الدلالات اللفظية من باب أظهر موارد لا لحصرها بها، لاسيما إذا رجعت أصالة عدم النقل إلى الاستصحاب؛ إذ لا خلاف في أن الاستصحاب يجري في جميع الموارد، وأما أصالة التطابق فتعود إلى المركوزات

(١) جامع أحاديث الشيعة: ج ٢، ص ٥٢٢، ح ٢٩٤١؛ القواعد الفقهية: ج ١، ص ٢٤٠.

الفطرية، وهي أعم من الدلائل اللفظية، وكذلك أصالة عدم النقل بناء على أنها أصل عقلائي فإنها تعود إلى أصالة ثبات الأشياء ودوامها ما لم يعلم بتبديلها وزوالها.

ويتحصل من مجموع الوجوه: أن الإشكال على السيرة العقلائية القائمة على السدقالية بالاحتياج إلى الاتصال والإمضاء لا وجه له.

### مناشئ السيرة العقلائية

ويبقى الإشكال على السيرة من جهة عدم إحراز استنادها إلى المركوزات الفطرية، فربما كانت ناشئة من الدواعي الشهوية، ولا خلاف في عدم حجيتها.

وبيان ذلك: أن السيرة العقلائية يمكن أن تنشأ من دواع عديدة:

الأول: المركوزات الفطرية كما عرفت.

الثاني: سلطة الحاكم وسياسته، فإن الكثير من السير النظامية يصنعها الحكّام؛ لأن الناس على دين ملوكها.

الثالث: الميول الشهوية، نظير قيام سيرتهم على التعامل بالربا والتجارة بالخمور ونحوها، فلو كانت السيرة ناشئة بالداعي الأول فهي حجة، وأما الناشئة من الداعي الثاني والثالث فلا، فكيف يمكن إحراز أن السيرة القائمة على السدقالية نشأت بالداعي الفطري لا القهري ولا الشهوي، والثاني يعود

إلى الثالث؛ لأن دافعه طلب المصالح.

ويتحصل: أن سيرة العقلاء لا تلازم الحجية والاعتبار، فالاستدلال بها على صحة السدقيلية استدلال بالأخص.

وفيه: أنه مردود من نواح ثلاث:

الأولى: أن الفرق بين السيرة الفطرية والأخرى الشهوية ظاهر، ويمكن معرفته من وجهين:

أحدهما: أن السيرة الفطرية لا يختلف عليها العقلاء بخلاف السيرة الشهوية فإن الكثير من العقلاء - مثلاً - لا يتعاملون بالربا، ولا يتاجرون بالخمور؛ لالتفاتهم إلى قبحه وأثاره السلبية، بخلاف سيرتهم على رجوع العالم إلى الجاهل.

ثانيهما: أن السيرة الفطرية تقوم على ما يطابق الشهوة وما يخالف الشهوة، فدلّت على أنها فوق الشهوات، بخلاف السيرة الشهوية فإنها تقوم على ما يوافق الشهوة فقط، ولذا إذا ظهر عدم الربح في الربا وتجارة الخمور تركوهما، والسدقيلية من الأولى لا من الثانية.

الثانية: أن السيرة الشهوية إن كانت فتقوم على الشيء من جهة اللذة الحاصلة منه دون النظر إلى حكمه وجوازه وحرمته، فسيرتهم على التعامل بالربا ناشئة من اقتصار نظرهم على الفائدة الحاصلة منه، بخلاف سيرتهم على تصديق قول الخبير الثقة، أو رجوع الجاهل إلى العالم، والأولى معلومة الفساد.

الثالثة: أن السيرة الفطرية تقوم على الشيء باعتبار حجيته وتنجيّزه

وتعذيره؛ لذلك تتصف بالثبات والدوام، بخلاف السيرة الشهوية فإنها تقوم على ذات الشيء من جهة نفعه ولذته، ولذا تكون متغيرة بحسب تغير المنفعة واللذة، فلو بارت تجارة الخمر - مثلاً - تركوها ولم تكن سيرة عليها.

والخلاصة: أن السيرة على السد قفلية سيرة فطرية لا شهوية بشهادة ثباتها واتفاق العقلاء عليها.

ويتحصل من كل ما تقدم: أن اعتبار السد قفلية من الشرط في ضمن العقد صحيح ولا محذور فيه.

التخریجة الثانية: أن تبنى السد قفلية على الإجارة بشرط أن يكون المستأجر وكيلاً عن المالك في تجديد الإجارة لنفسه، أو إحداثها لمستأجر آخر، فيكون مال السد قفلية مقابل الشرط المذكور. نسب إلى بعض الأعلام المتأخرين<sup>(١)</sup>، ولعله ذهب إلى هذا ولم يجعلها إجارة ووكالة في عقدين؛ لأن الوكالة عقد جائز، فلو بنيت السد قفلية على الإجارة والوكالة بنحو العقدين كان للمالك إلغاء الوكالة وفسخها، ليمنع المستأجر من تمديد الإجارة لنفسه أو استحداثها لغيره، فيجعل المستأجر الوكالة شرطاً في العقد لأجل ضمان حقه، فإن الوكالة بالشرط لازمة، ومعلوم أن هذا ما لا يقصده المتعاقدان بالشرط القولي عادة، ويمكن اعتبار وجوده بالقصد الارتكازي أو التباني الوجداني وإن لم يسميا الشرط بالوكالة؛ لأن واقع الوكالة كاف، ويرد عليه.

(١) نسب إلى الشيخ حسين الحلي رحمته الله انظر حق الخلو والسر قفلية (للسيد مرتضى الشيرازي): ص ١٢٧؛ المسائل المستحدثة: ص ٢٣.

أولاً: أن شرط الوكالة إن كان من شرط الفعل فهو موكول إلى إرادة المالك، فإن امتنع عن التوكيل فعل حراماً والعقد صحيح، لكنه يثبت للمستأجر خيار تخلف الشرط، ويمكن إبطال العقد لو بنى الشارط رضاه بالمعاملة على الوكالة فلا يرضى بالعقد بدونها، فإن عدم وفاء المالك بالشرط يكشف عن عدم رضا المستأجر بالمعاملة واقعاً فتكون باطلة، وإن كان شرط نتيجة بأن يشترط ضمن عقد الإجارة أن يكون وكيلاً دائماً في تجديد العقد لنفسه أو لغيره فيرد عليه إشكالان:

أحدهما: أن جعل الوكالة للغير بنحو دائم مرجعه إلى جعل الولاية للغير على المال، ولا دليل على صحته، فإن جعل الولاية على الأموال حددها الشرع في بعض الموارد كالوقف والنذر ونحوهما، ولم يجعل ولاية للوكيل على مال الموكل<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: أن الوكالة بنحو شرط النتيجة مخالف للقاعدة العامة في العقود، فإن صيغ العقود أسباب لآثارها، وقد جعل الشرع للمسببات أسباباً خاصة وإلا ترتب كل أثر على كل عقد ترتب أثر النكاح على البيع وبالعكس، بينما الشرع جعل البيع سبباً لنقل الملك والنكاح سبباً لحللية الزوجين، ولم يجعل شرط النتيجة من الأسباب المحدثثة للوكالة.

فإيجاد الوكالة بها باطل، فهو نظير أن يشترط البائع في عقد البيع أن تكون فلانة زوجته، فإن الشرع جعل عقد النكاح سبباً للزوجية لا إيجادها

(١) حق الخلو والسر قفلية (للسيد مرتضى الشيرازي): ص ١٢٨.

في ضمن البيع بنحو شرط النتيجة.

والخلاصة: أن اشتراط الوكالة إن كان بنحو شرط الفعل فلا ضمان فيه لحقوق المستأجر، ولا ضمان لصحة العقد، وإن كان بنحو شرط النتيجة فهو مخالف لقاعدة العقود، والحق إمكان الالتزام بشرط النتيجة، والإشكالان المذكوران غير واردين؛ لأن دعوى صيرورة الوكالة على المال ولاية عليه غير دقيقة؛ لأن العقود تتبع القصد، وما دام لم يقصد المالك جعل الوكيل ولياً لا يكون ولياً، بل يكون وكيلاً؛ لأنه أراد الوكالة وقصدها، لاسيما على القاعدة في العقود من كون الصيغ والقصود أسباباً لآثارها، وإلا لنقض بالوكالة المطلقة فإنها نوع ولاية عامة على أموال الشخص، وربما شخصه، وهي أوسع من الولاية في السدقيلية، على أنه لا مانع من جعل المالك المستأجر ولياً على ماله، وشواهد في الفقه كثيرة:

منها: جعل الولي الأصلي كالأب والجد الولاية لغيره على القُصّر والباكر الرشيدة في الزواج بناء على اشتراط إذن الولي فيه.

ومنها: جعل الواقف الولاية على الوقف ونحوه لغيره.

ومنها: جعل الميت الولاية للوصي على التصرف بثلثه، إلى غير ذلك من الموارد وهي كثيرة، فلتكن وكالة المالك للمستأجر نوع ولاية على أن التفريق بين الوكالة والولاية في العنوان، وأما من حيث الأثر فهما واحد، فإن الولاية والوكالة على المال كلاهما يرجعان إلى التسليط على المال سوى أن سلطة الولي أوسع من سلطة الوكيل؛ لأنها تفويضية وتقع بالإيقاع، بخلاف الوكالة فإنها إذنية وتقع بالعقد.

ومن هنا تعد الوكالة في اللغة والعرف من التفويض لكنها شرعاً تفويض خاص<sup>(١)</sup>، بل بعض أهل اللغة جعل الولاية والوكالة سواء، وفرّق بين الوكيل في صفات الخالق في المنشأ، فإن الوكيل في صفات الله سبحانه بمعنى المتولي القائم بتدبير خلقه، فمنشؤها الخلق والمالكية، وأما في صفات غيره فتحدث بالتوكيل<sup>(٢)</sup>، وأما دعوى أن للمسببات أسباباً وليس شرط النتيجة منها فأضعف من الأول؛ لأن الأسباب الخاصة ليست مجعولات شرعية حتى يتوقف فيها على إحراز إذن الشرع أو تأسيسه، وإنما هي أسباب عقلائية أمضاها الشرع بعدم المنع منها، فإذا قرر العقلاء شرط النتيجة سبباً لحصول الوكالة ولا يوجد ما يمنع منه يكون صحيحاً، فالحق أن الإيراد الأول غير تام.

ثانياً: أن جعل الوكالة لازمة بالشرط مخالف لمقتضى الوكالة؛ لأنها عقد جائز، وشرط النتيجة يجعلها لازمة قهراً، وهو منقوض بسائر العقود اللازمة؛ إذ تجعل جائزة بالشرط وبالوكالة غير القابلة للعزل، ومحلول بأن دليل الشرط حاكم على مقتضى عقد الوكالة، ومن هنا قال بعض الأعلام: إن الوكالة المشروطة في عقد لازم تكون لازمة، وليس للموكل عزل الوكيل<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: أن الواقع الخارجي لمعاملات السدقيلية مغاير لحقيقة الوكالة؛ لأن الوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل؛ لأنها قائمة بشخصيهما وليس كذلك

(١) انظر الجواهر: ج ٢٧، ص ٣٤٧.

(٢) معجم الفروق اللغوية: ص ٥٧٧، (٢٣٣٤).

(٣) المسائل المستحدثة (للروحاني): ص ٢٣؛ مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ١٦.

السدقيلية، فإن السوق قائم على عدم بطلان حق المستأجر بتمديد الإجارة أو إيجار المحل إلى غيره وإن مات المالك، كما أن حق المستأجر بذلك ينتقل بموته إلى ورثته، فالوكالة المشروطة منافية لحقيقة السدقيلية في الخارج فلا تصلح تخريجة لها.

وفيه: أن الإشكال المذكور ناظر إلى الوكالة في نفسها مجردة من الشرط، وأما الوكالة المشروطة فهي مبنية على الإجارة، وهي لا تبطل بالموت، وتنتقل إلى الورثة، فكذلك الوكالة؛ لأن الفرع تابع للأصل. هذا من ناحية، وأيضاً فإن الوكالة يمكن أن تبقى بعد الموت، وتنتقل إلى الورثة بالشرط، كما نسب إلى الأصحاب<sup>(١)</sup>.

فإن إطلاق المؤمنون عند شروطهم يشملها. هذا وهناك إشكالات أخرى أضعف مما ذكر، فالحق أن إدراج السدقيلية في الإجارة المشروطة بالوكالة مما لا مانع منه، إلا أن التخريجة الأولى أولى منها؛ لأنها تقوم على عقد واحد مشروط لا عقدين، والواقع الخارجي يؤيده.

التخريجة الثالثة: أن تبنى على كونها بيعاً بإزاء ثمن كثير مقطوع معجل وثمان قليل مقسّط، فيكون المجموع منهما هو ثمن المحل، وترد عليه إشكالات عديدة عمدتها اثنان.

الإشكال الأول: تقويم الثمن ومجهوليته، فإن الثمن المقسّط إذا كان مستقلاً في مقابل المحل كان مال السدقيلية بلا مقابل، ولا مجال لافتراض

(١) المسائل المستحدثة (للروحاني): ص ٢٤.

أن يكون مقابل حق المشتري بالبقاء أو إيجاره لشخص آخر؛ لأنه مالك، فبقاؤه في المحل بمقتضى ملكه، وكذلك جواز إيجاره للغير، وإذا كان المقسّط جزء الثمن كان مجهولاً؛ لأن دفع الثمن إن كان له مدة معينة انتقلت ملكية المحل للمشتري، ولا معنى لأخذ المالك الأول الأجر من المستأجر الثاني، وإن لم يكن لها مدة معينة كان مجهولاً وخارجاً عن النهج العقلائي، المتعارف في البيع أن يكون للمبيع ثمن محدد ولو يدفع أقساطاً، ولا يوجد ما تكون أقساطه مما لا منتهى لها.

**الإشكال الثاني:** أن التخريجه المذكورة تنظرية لا تكييفية، وقد تقدم أن البحث في المعاملات المستحدثة يتعلق بالواقعة منها في الخارج، وتكييفها فقهاً، وليس التنظير لما يجب أن تقع عليه المعاملة، والسدقالية في الخارج لا تبنى على أنها بيع بثمنين كثير وقليل ممتد على زمن طويل.

واللجوء إلى الحلول النظرية يفتح الباب لفروض كثيرة لا تجدي في معالجة المسألة، وبعضهم دفع الإشكال بادعاء أن المعاملة تقوم على بيع الأبنية والإيجار للأرض، فيكون الأجر القليل مقابل الأرض<sup>(١)</sup>، ومال السد قفلية مقابل الأبنية، وهو أيضاً من الحلول النظرية لا التكييفية، فليس له وقوع في الخارج على أن مال السد قفلية يبقى عائماً، ويحتمل أن يكون مقابل أحد أمرين:

أحدهما: مقابل الأبنية كالسقوف والجدران في المحل، وهو ممتنع؛ لأن الثمن

(١) انظر حق الخلو والسر قفلية (للسيد مرتضى الشيرازي): ص ١٣٢.

المجعول كبير يفوق القيمة الواقعية للأبنية فيكون العقد سفهياً أو استغلالياً. ثانيهما: مقابل حق إبقاء الإجارة مستمرة للنفس أو إيجارها للغير، وهو مما لا وقوع له في الخارج، وتسميته بالسدقالية إن وقع فهو تساهي؛ لأنه من بيع الحق المتعارف.

التخریجة الرابعة: أن تبنى على بيع مالية المحل دون العين فمال السدقالية مقابل المالية، والإجارة مقابل العين، وتقريب ذلك يتوقف على بيان مقدمة خلاصتها: أن التعامل العقلائي يعود إلى الاعتبارات، ولذا يمكن التفكيك في الشيء الواحد بين أمور خمسة مجتمعة فيه، ومكونة لحقيقته، وجعل مصب المعاملة على أحدها فمثلاً المحل التجاري الذي يراد بيعه أو استئجاره له خمسة أمور:

أحدها: عينه الخارجية المكونة من مواده الأولية.

ثانيها: مشخصاته الفردية من حيث المساحة والشكل والموقع وغيرها من مميزات تميزه عن مشابهاه في الأصل.

ثالثها: المالية أي القوة المالية فيه.

ورابعها: الفائدة، وهي سبب الطلب والرغبة في التعامل على الشيء مثل السكنى في الدار، والتجارة في المحل.

وخامسها: الثمن الذي يجعل مقابل الفائدة المتوخاة منه وهذه الخمسة متقررّة بوجود واحد للمحل، إلا أن العقل والعقلاء يلحظون أن المحل ذاته يكون مجمعاً لهذه الخمسة، ويمكن التفكيك بينها في اللحاظ والاعتبار والتعامل،

وبهذا يمكن جعل المعاملة متعلقة بالعين مع مشخصاتها كبيع الدار بمواصفاته الخاصة، وقد يتعلق بالعين دون المشخصات نظير بيع الكلي في الذمة، ومثله بيع الذهب المكسّر والعقار بمساحته وموقعه لا بعينه؛ فإن بيع الذهب المكسّر لا يتعلق بالمشخصات الفردية بل بعين الذهب، ومثله في العقار، ومثله في صحة تعلق المعاملة بمالية الشيء لا بعينه ولا بمشخصاته، وأثره بقاء العين عند مالكتها، وهو كثير الوقوع في غير البيع.

منها: في الوقف، فقد ذهب بعض المراجع إلى جواز توقيف مالية الشيء لا عينه، ولا مشخصاته، وهذا يتطابق مع تعريفهم للوقف بأنه تحبّيس العين وتسييل المنفعة<sup>(١)</sup>، فإن عين كل شيء تكون بحسبه، وأثر ذلك جواز تبديل العين مع الحفاظ على المالية، فيبدل البستان إلى مدرسة، والمدرسة إلى سوق وهكذا؛ لأن الموقوف هو المالية لا العين الخارجية<sup>(٢)</sup>.

ومنها: الخمس، فإنه يتعلق بعين المال لا في الذمة كما صرح به صاحب العروة<sup>(٣)</sup>، وأقره جمع من المحشين و المعلقين<sup>(٣)</sup>، بل نسب إلى الإجماع<sup>(٤)</sup>، ويعززهم للأدلة الظاهرة في أن الخمس يتعلق بالعين، وأنه يكون من قبيل الكلي في العين، فتمصدق الخمس بأي قسم من

(١) السرائر: ج ٢، ص ١٥٢؛ الوسيلة: ص ٣٦٩؛ الجامع للشرائع: ص ٣٦٩.

(٢) تقريرات البحوث الرضائية عام ١٤٣٦ هجرية، ص ١١٦.

(٣) العروة الوثقى: ج ٤، ص ٢٩٦.

(٤) مهذب الأحكام: ج ١١، ص ٤٥٥.

المال بيد المكلف نفسه، ومثله يقال في الزكاة؛ إذ صرح جماعة بأن الزكاة تتعلق بعين المال، وادعى عليه الإجماع<sup>(١)</sup>، وأن يكون بنحو الكلي في المعين<sup>(٢)</sup>، وبعضهم ذهب إلى تعلقها بالمالية كالميرزا النائيني رحمته الله<sup>(٣)</sup>، فيؤكد ما ذكرنا من إمكان التفكيك في ملاحظة الشيء بين عينه ومالتيه.

ومنها: بيع النقد، فإنه قد يباع باعتبار عينه لاسيما حينما كان ذهباً وفضة، وقد يباع باعتبار مالتيه، ولما صار ورقاً وصكوكاً مصرفية صار يباع باعتبار مالتيه لا باعتبار عينه ومشخصاته، كما أنه يجعل ثمناً أو بدلاً عن الأعيان باعتبار الروح السارية فيها وهي المالية، ولولا التفكيك بين العين والمالية والمشخصات لما صح ذلك.

ومنها: في الديون، فإن الدائن يملك المالية لا العين ولا المشخصات ما لم يقع التشارط عليهما، إلى غير ذلك من الموارد الكثيرة الدالة على أن المعاملات قد تقع على الشيء من حيثيات مختلفة، ومثله يقال في السدقالية فإنها يمكن أن يكون مالها مقابل مالية المحل لا عينه، وأما الإجارة القليلة المستمرة فتقع مقابل العين أو مشخصاتها من حيث الموقع والمساحة ونحوهما، والظاهر أنها تخريجة وجيهة لكن ينبغي أن يلحظ وقوعها في الخارج، والظاهر وقوعها في الجملة، كما يلحظ في بعض الأسواق. هذا

(١) مهذب الأحكام: ج ١١، ص ١٤٢.

(٢) العروة الوثقى: ج ٤، ص ٨٤.

(٣) انظر العروة الوثقى: ج ٤، ص ٨٥، حاشية ١.

وربما تذكر للمسألة وجوه أخرى، وأكثرها تدرج في التخريج التنظيري فلا حاجة لبحثها.

### المسألة الثانية: ما يأخذه المستأجر الأول من الثاني

أي المال الذي يأخذه المستأجر الأول من الثاني بعنوان السدقيلية، ويخلي له المحل، وتكييفه الفقهي يعود إلى التخريجات التي ذكرت لتصحيح ما يأخذه المالك من المستأجر الأول ويمكن أن يكون على أنحاء عمدتها نحوان:

**الأول:** أن يأخذ من المستأجر الثاني مقدار ما دفعه للمالك من السدقيلية ويفرغ المحل له، وتكون الإجارة على المستأجر الجديد، ومثله يقال لو كان المستأجر الأول وكيلاً عن المالك في تأجير المحل، فإن له أن يتقاضى ما دفعه للمالك أو أكثر أو أقل منه ويخليه؛ لأنه يملك هذا الحق.

**الثاني:** أن يبيع المستأجر الأول مالية المحل للمستأجر الثاني، ويدفع الثاني أجور العين للمالك الأصلي كما هو مقتضى التخريجة الرابعة، والظاهر أنه تام ولا غبار عليه، فالحق أن الحكم واحد في المسألتين ولا يفترقان في شيء، وقد ذكر بعض الأعلام المعاصرين تخريجات أخرى<sup>(١)</sup>، والأوجه ما ذكرناه.

### المسألة الثالثة: ما يأخذه المستأجر بدلاً عن الكسب

لو استأجر المحل بلا سدقيلية، فإنه يمكن أن يقع بنحوين:  
**النحو الأول:** الإجارة المحددة بمدة، فإذا انتهت يمتنع المستأجر عن

(١) انظر المسائل المستحدثة (للروحاني): ص ٢٤ - ٢٥.

التخلية، ويطالب المالك بمقدار من المال ونحوه في مقابل التخلية، وقد وقع الكلام في صحة ذلك وعدمه، وربما يقال بصحته لسببين:

أحدهما: أنه مقابل حق الكسب والعمل بما أوجده العمل في المحل من شهرة وزبائن وتداول في السوق رفعت من قيمته السوقية وقد تم بعمل المستأجر، فله أن يتقاضى مقابلها مالاً، وبعض الأعلام وجهه بأنه قد صار بذلك شريكاً للمالك<sup>(١)</sup>، وضعفه ظاهر.

ثانيهما: أن الإجارة أوجدت للمستأجر حق الاختصاص والأولوية بالمحل، فله أن يمدد الإجارة، وله أن يخليه فيتقاضى المال مقابل التنازل عن حقه بالبقاء، وربما يعززه الاعتبار العرفي، فإن العرف يرى أن المستأجر الأول - لاسيما إذا طالت مدة إجارته للمحل سنوات - له الأولوية من غيره في البقاء بالمحل وفيها نظر بين من وجهين:

أحدهما: أنه مناف للقواعد العامة في المعاملات.

أولاً: لأنه مناف لقانون الأمانة المالكية التي توجب على الأمين رد المال إلى أهله بعد انتهاء مدة الإجارة، وبقاؤه في المحل دون إذن المالك ورضاه غصبي.

ثانياً: ومناف لقانون السلطنة التي تثبت للمالك سلطنة على ماله بعد انتهاء مدة الإجارة، فالأولوية بالمحل تكون للمالك وليس للمستأجر.

ثالثاً: ومناف لقواعد الشروط والعقود، فإن المستأجر كان يملك حق

---

(١) مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ١٨.

الانتفاع بالمحل في المدة المتفق عليها، وبعد انتهاء المدة ينتفي حقه. على هذا تم التعاقد والتشاور، فبقاؤه في المحل والمطالبة بالمال مقابل التخلية من أكل المال بالباطل.

ثانيهما: بطلان السبين المذكورين. أما الأول فلأن الشهرة وزيادة القيمة السوقية للمحل منقوض ببعض الموارد التي يسبب المستأجر الأول سوء السمعة ونقصان القيمة، ومحلول بأن الشهرة وزيادة القيمة على فرض صحتها فهي ليست قضية كلية تثبت الجواز في كل عقد، لاسيما إذا اشتغل المستأجر الثاني أو المالك بمهنة ثانية مغايرة لمهنة المستأجر الأول، كما لو كان المحل مطعماً فبدله إلى بيع الجلود، على أن الزيادة المذكورة إن حصلت ليست بفعل المستأجر بالضرورة، وإنما هي من الملازمات العادية في السوق، وفي إثبات ذلك حقاً للمستأجر في تقاضي المال مقابلته دونه خرط القتاد، ولذا يذمه العرف، ويعدونه مطالباً بغير حقه.

النحو الثاني: الإجارة المفتوحة، بأن يؤجر المحل ويشترط عليه أن له حق البقاء وتجديد الإجارة في كل مرة تنتهي مدة الإجارة، وليس للمالك حق إخراجه من المحل، أو يشترط أن يكون له حق تجديد الإجارة، وأنه أولى من غيره؛ فإذا انتهت المدة فله حق المطالبة بالمال مقابل التخلية للمالك أو لأجير آخر؛ لأنه تعويض الحق الثابت له بالشرط بالمال، فملتضي لصحته موجود والمانع مفقود.

## فروع وأحكام

وتتفرع على ذلك فروع:

**الفرع الأول:** إذا استلزم تخلية المحل ضرراً معتداً به على المستأجر، كما لو لم يكن له محل بديل، أو تعذر العثور على محل، أو كان نقل وسائل عمله ملازم للعسر والمشقة، فليس له إلزامه بالخروج من المحل حتى يجد ما يناسبه جمعاً بين دليل السلطنة ودليل لا ضرر، بل يتعين عليه إمهاله حتى يجد ما يندفع به الضرر؛ لصدق عنوان الإضرار عرفاً والحال هذه، ويجب على المستأجر السعي للتخية وعدم التهاون في الخروج، ولا تعسف منه بالعدر المذكور، وإلا كان مضاراً فيجوز للمالك إخراجه.

**الفرع الثاني:** هل يجوز للمستأجر أن يطالب بالمال مقابل الضرر النازل به بالتخلية؟ بأن يعجل بالخروج قبل العثور على البديل؟ قد يقال بالعدم لقاعدة السلطنة وقاعدة الشروط التي تمنع مخالفتها، وقد يقال بالجواز لقاعدة لا ضرر، وقد يفصل بين الإجارة المحددة بمدة فلا يجوز وبين المفتوحة فيجوز، وربما يفصل في الإجارة المفتوحة بين ما إذا أراد المستأجر التخلية فلا يجوز وبين ما إذا طلب المالك التخلية فيجوز وهو وجيه.

وأما الإجارة المحددة فإن طلب منه التخلية قبل انقضاء المدة جاز للمستأجر المطالبة بالتعويض لتنازله عن حقه وإن لم ينزل به الضرر، والسيرة العقلائية والمشرعية قائمتان على عدم الجواز مطلقاً، وهو الأوفق بالأصول والقواعد في العقود.

الفرع الثالث: لو جاز للمستأجر المطالبة بالمال فيجب أن يكون بالمعروف، والمرجع فيه العرف؛ لأنه من الموضوعات، فلا يجوز له المطالبة بما يفوق ذلك؛ لأنه تعسف وإجحاف وأكل للمال بالباطل.

الفرع الرابع: قد يقع البحث في العنوان الذي يندرج تحته المال الذي تقاضاه المستأجر من المالك، فقد ذهب البعض إلى أنه مصالحة، وقد يقال هي هبة معوضة، والأقوى أنها إن كانت مقابل التنازل عن الحق فهي مصالحة، ويصح أن تكون بيعاً بشرط أن يقصد بيع الحق بالمال، وإن كانت مقابل الضرر فيمكن أن تكون من الضمان أيضاً؛ لكونها جبراناً للضرر.

## الأمر الرابع



### القول بعدم جواز السدقالية

ذهب البعض إلى أن السدقالية بدعة متأخرة لم تكن في زمن المعصومين عليهم السلام، ولم يرد تصحيحها في كتاب ولا سنة، فلا إشكال في حرمتها في الموارد التي لا تكون متعارفة فيه، وعليه فهي في المجتمع الذي تكون متعارفة فيه، كما لو تعارفت في مجتمع في المحلات التجارية دون المنازل والفنادق ونحوها، وفي موارد عدم تعارفها تكون غير مشروعة دينياً، وتترتب على ذلك نتائج عديدة:

منها: أن تكون غير مشروعة على الجاهل بها أو الغافل عنها، فلا يجوز أن توضع عليه قهراً.

ومنها: أن المستأجر إذا لم يدفع السد قفلية إلى المالك لا يجوز رفض التخليّة مجاناً من المالك.

ومنها: لا يجوز أخذ المال على تخليته أو على إرضائه بها.

ومنها: لا يجوز لأي مستأجر آخر أن يشغل المحل دون إذن المالك، كما لا يجوز للمستأجر الأول الإذن بالإشغال لا بالمجان ولا بالسدقيلية<sup>(١)</sup>. ويرد عليه إشكالات:

**الإشكال الأول:** أن القول المذكور متهافت؛ لأنه أقرّ بأن السدقيلية بدعة، ولم يرد تصحيحها في كتاب ولا سنة، فلا إشكال في حرمتها في الموارد التي لا تكون متعارفة فيها، ومفهومه أنها تكون صحيحة في الموارد المتعارفة فيها.

**الإشكال الثاني:** أن تعليل بطلانها بكونها بدعة غير موجودة في زمان المعصومين عليهم السلام، وعدم ورود صحتها في كتاب ولا سنة منقوض بالكثير من العقود التي لم تكن موجودة في زمانهم كالمعاطاة - مثلاً - وسائر العقود المستحدثة، كما أن قوله عدم ورود تصحيحها في كتاب ولا سنة مجمل، فإن أراد لم ينص الكتاب والسنة عليها بالنص الخاص وما لا ينص عليه باطل فهو خلاف الإجماع عندنا من أن صحة المعاملة لا تتوقف على النص، بل على عدم الردع الشرعي عنها؛ لأن أدلة الشرع في باب المعاملات إمضائية، وإن أراد أن الكتاب والسنة لم ينصا عليها بالعنوان العام المطلق فهو ضعيف؛ لدلالة مثل عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)</sup>

(١) فقه الموضوعات الحديثة: ص ١٨٤.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

وإطلاق: ﴿تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاوِضٍ﴾<sup>(١)</sup> وغيرها عليه.

الإشكال الثالث: أن ما أفاده على فرض صحته فينبغي أن يحكم بفساد السد قفلية لا حرمتها، ولا يمكن تصحيح القول بالحرمة إلا بإدراجها تحت عنوان محرم، والملفت أنه أدرجها في البدعة، وهو من تطبيق الكلبي على غير مصداقه.

بيان ذلك: أن البدعة هي إدخال شيء في الدين وهو ليس منه، أو إخراج شيء من الدين وهو منه، وهذا ينطبق على تأسيس عبادات أو معاملات مغايرة لما أسسه الشرع مثل صلاة التراويح، أو إخراج شيء أقره الدين واعتباره ليس منه مثل النكاح المؤقت؛ لأن هذه من المخترعات الشرعية، ولا ينطبق على عموم المعاملات؛ لأن الغالب فيها أنها إمضائية لما جرت عليه الطريقة العقلائية في التعامل، ولذا قالوا إن كل عقد أو معاملة لم يردع عنها الشرع فهي صحيحة، وعلى فرض الشك فإن أصالة الجواز والحل جاريتان فيها، وهما بحكم الإمضاء، فعلى القائل بالحرمة تقديم الدليل على المنع.

والخلاصة: أن القول المذكور في نفسه متهافت ولا يستند إلى وجه وجيه، ومنه يتضح الجواب عن النتائج التي ذكرت، ويعزز ذلك أن القائل أجازها إذا كانت بنحو الشرط الضمني في الإجارة<sup>(٢)</sup>.

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) انظر فقه الموضوعات الحديثة: ص ١٨٥.



# المعاملة الثامنة

## الإجارة المملّكة

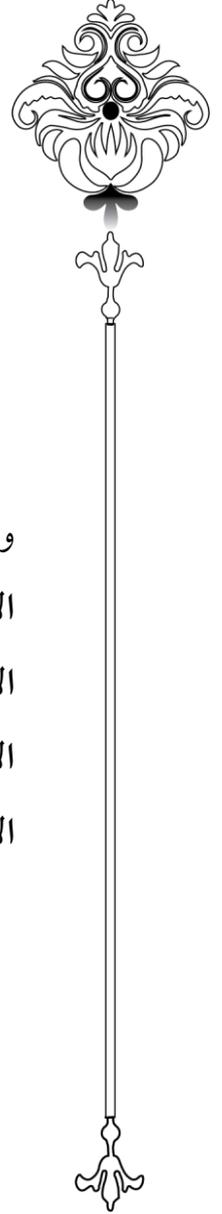
وفيها تمهيد وأمور:

الأمر الأول: في منشئها العقلاني والشرعي

الأمر الثاني: في حقيقة المعاملة وتسميتها

الأمر الثالث: التكييف الفقهي للجواز

الأمر الرابع: الفروع والمسائل





## التمهيد: التعريف والخصوصية

ويعبر عنها بالبيع الإيجاري، والإيجار بشرط التملك، والبيع المستور بالإجارة<sup>(١)</sup>، وهي شبيهة بالسد قفلية لكنها تفرق عنها في أنها تقوم على إجارة العين بالأقساط، فإذا أدى كل ما عليه من الأقساط تملكها، ويشترط فيها تعيين المدة والأجر فإن أحل المستأجر بالشرط يفسخ العقد، وتعود العين إلى المالك دون أن يسترد ما دفعه، ووجه عدم الاسترداد أنه مقابل الانتفاع، وقد وقع الإشكال فيها من جهات:

الأولى: أن الإجارة تملك المنفعة لا العين، والبيع تملك للعين من حين العقد لا بعد مهلة حتى يسدد المستأجر تمام الأقساط، فكيف يفكك بين السبب والمسبب، لا سيما على القول بأن العقود أسباب لمسيباتها.

والثانية: في وجه انفساخ العقد عند تعذر الوفاء.

والثالثة: أنه مناف للقاعدة العقلية والقاعدة العقدية. أما الأولى فلأن الشيء

المردد لا يوجد في الخارج فكيف يعقل أن يتردد العقد بين الإجارة والبيع؟

---

(١) مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ٢٠١.

وأما الثانية فلأن العقود تتبع القصد فكيف يعقل أن يقصدا  
الإجارة والبيع معاً وبينهما غاية التنافي؟ لأن الإجارة تمليك للمنفعة  
والبيع تمليك للعين.

والرابعة: في ملكية العين، فإنها تكون مقسمة بحسب الأقساط، فبكل  
قسط يدفعه يمتلك جزءاً من العين، ويكون شريكاً للمالك، أم يبقى الملك  
معلقاً حتى يدفع آخر قسط، فيكون التمليك دفعياً.  
وبيان ذلك: كله يستدعي البحث في أمور:

## الأمر الأول



### في منشئها العقلاني والشرعي

قيل إن فكرة هذه المعاملة تعود إلى بعض البلاد الغربية لاسيما الإنجليزية منها؛ إذ لجأ أحد التجار بانجلترا إليها قاصداً رواج مبيعاته بتشجيع عملائه على الشراء بالتقسيط، ولكن لأجل ضمان حقه جعل العين لديه حتى يتم دفع جميع الأقساط، فحينئذ ينقل ملكيتها له، وقد وجدت بعض المصانع الكبيرة أنها طريقة مناسبة لتسويق البضائع وحفظ الحقوق فعملوا بها<sup>(١)</sup>.

كما عملوا بها في تمليك الدور والعقارات في بعض الأسواق بعد تسديد الأقساط، كما يتم التعامل بها في المجمعات السكنية الجديدة، وبعض أهل القانون اعتبرها بيعاً واقعاً ولكنه معنون بالإجارة، وهو نوع من ضم الداعي إلى العنوان، فالداعي التملك والعنوان إجارة،

---

(١) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي: الدورة ١٢، العدد ١٢، الجزء الأول، ص ٤٧٨؛ مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ٢٠٤.

والغاية منه تعود لسببين:

**الأول:** تعذر جعله بيعاً مستقلاً؛ لأن البيع ينقل ملكية العين من حين العقد، وربما يتعذر على المشتري دفع تمام الأقساط في الوقت الذي تملك العين فيفوت حق البائع فيها.

**الثاني:** تعذر الاحتكام إلى القضاء لأجل ضمان البائع لحقه؛ لأن بالأقساط تكون ذمة المشتري مشغولة، فإن تعذر تسديد تمام الثمن بسبب العسر - مثلاً - ليس أمام المحكمة إما الحكم بحبس المشتري أو الحكم على البائع بالانتظار، وفي كلا الحالتين لا يستفيد البائع من البيع، ولذا لا يذكر البيع في العقد وإنما تذكر الإجارة حتى يبقى المبيع في ملكه، ولا ينقله إلى ملك المشتري إلا بعد استيفاء تمام الثمن<sup>(١)</sup>.

والظاهر أن في الشرع له تأسيس خاص بمثل ذلك، وهو سابق على ما ذكر، وذلك في المكاتبه ونحوها، فإنها عقد خاص خارج عن قياس المعاملات؛ لأنها دائرة بين السيد وعبده، وكلا العوضين يكونان للسيد، والعبد المكاتب يكون في رتبة متوسطة بين المملوكية والحرية، فليس له استقلال الأحرار ولا عجز المماليك<sup>(٢)</sup>. نص على ذلك الكتاب في مثل قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾<sup>(٣)</sup> فإذا طلب العبد أو

(١) انظر الوسيط (للسنهوري): ص ١٧٧؛ مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ٢٠٤.

(٢) انظر المسالك: ج ١٠، ص ٤١٤.

(٣) سورة النور: الآية ٣٣.

الأمة المكاتبه لأجل التحرر يستحب للمولى الإجابة لو علم تمكنه من أداء مال الكتابة ولو بالإعانة<sup>(١)</sup>، والسنة في مثل قوله ﷺ: ﴿من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً في كتابته أظله الله يوم لا ظل إلا ظله﴾<sup>(٢)</sup> وقوله ﷺ: ﴿المكاتب عبد ما بقي عليه درهم﴾<sup>(٣)</sup> أي لا يتحرر تماماً إلا بتسديد تمام ما عليه من أقساط، وهو قبلها مملوك وحر، ومن هنا اختلف الفقهاء فيها وأنها عتق بعوض أو بيع للعبد من نفسه كما هو قول ابن إدريس وأبي الصلاح<sup>(٤)</sup> وأجازه الشيخ<sup>(٥)</sup> كما هو قول الأكثر<sup>(٦)</sup> ويصعب عدّها من البيع؛ لأنه يقتضي المغايرة بين البائع والمشتري والمبيع، وهنا المبيع هو المشتري نفسه<sup>(٧)</sup>.

وتقترب المكاتبه المشروطة من معاملة الإجارة المملّكة بأن يقول السيد لعبده إن عجزت عن تسديد القسط فأنت رد في الرق، فمتى عجز كان للمولى رده رقاً، ولا يعيد عليه ما أخذه من أقساط، وهو ما

(١) نفحات الرحمن: ج ٤، ص ٤٣٥.

(٢) عوالي اللآلئ: ج ٣، ص ٤٣٤، ح ١٠؛ مسند أحمد: ج ٣، ص ٤٨٧؛ وانظر سنن البيهقي: ج ١٠، ص ٣٢٠.

(٣) عوالي اللآلئ: ج ١، ص ٣١١، ح ٢٦؛ سنن أبي داود: ج ٤، ص ٢٠، ح ٣٩٢٦؛ سنن البيهقي: ج ١٠، ص ٣٢٤.

(٤) السرائر: ج ٣، ص ٢٦؛ الكافي في الفقه: ص ٣١٨.

(٥) انظر المبسوط: ج ٦، ص ٧٣.

(٦) المسالك: ج ١٠، ص ٤١٨.

(٧) المسالك: ج ١٠، ص ٤٢٠.

أشارت إليه صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: ﴿إن المكاتب إذا أدى شيئاً أعتق بقدر ما أدى إلا أن يشترط مواليه إن عجز فهو مردود فلهم شرطهم﴾<sup>(١)</sup>.

وعليه فإذا عجز العبد عن مال الكتابة أو بعضه جاز للمولى فسخ الكتابة إن كانت مطلقة، وإن كانت مشروطة رجوع رقاً، ولو عجز عن آخر درهم من المال<sup>(٢)</sup>، وقريب من ذلك يقال في التدبير<sup>(٣)</sup> وغيرها من العقود المقاربة.

ويتضح مما تقدم أن الإجارة المملكة كالمكاتبة المحررة في المضمون وإن اختلفتا في التسمية، فإن الإجارة المملكة تتضمن الإجارة والبيع، وأحدهما يملك المنفعة، والثاني يملك العين، والمكاتبة عقد يتضمن حرية العبد وتسلطه على نفسه، كما يتضمن المملوكية للمولى، وكلتاهما تقومان على دفع الأقساط، فإن أخل بالدفع رجعت العين إلى المالك، ورجع العبد إلى مالكه. فالإشكالات التي أوردت على الإجارة المملكة مثلها يمكن أن ترد على المكاتب، وجوابها يمكن أن يتم بأحد وجهين:

الأول: أن يقال إن كل واحدة منهما معاملة مستقلة لا تندرج تحت

(١) الكافي: ج ٦، ص ١٨٦، ح ٦؛ التهذيب: ج ٨، ص ٢٦٦، ح ٩٧٠؛ الوسائل: ج ٢٢، باب ٤ من أبواب المكاتب، ص ١٤١، ح ٢٩٢٦٤.

(٢) انظر المسالك: ج ١٠، ص ٤٢٦.

(٣) انظر المسالك: ج ١٠، ص ٣٩٣-٣٩٩.

المعاملات المألوفة، فلها أحكامها الخاصة، وهو قول الأكثر في المكاتبه، فكذلك في الإجاره المملكه.

الثاني: أن يستند إلى النصوص التي أجازت المكاتبه بالكيفيه المذكوره، ويعمم حكمها للإجاره بضميمه فهم عدم الخصوصيه، أو إحرار وحدة الملاك، فالقول بأن المكاتبه حقيقه شرعيه قررها الشرع وليست حقيقه عرفيه أو عقلايه لا يضر؛ لأن ورودها في المكاتبه باعتبار أنها المصداق الواقع في زمن الشرع، ولم تكن الإجاره المملكه واقعه.

فالنص على المكاتبه من باب أنه المصداق الموجود بالفعل فلا يمنع من اندراج المصاديق المستحدثه في دليلها، كما أدرجوا المعاطاة وبعض المعاملات المستحدثه تحت عمومات وإطلاقات أدله العقود مع أنها لم تكن موجوده من ذي قبل. نعم الذي يضر بها هو وجود الدليل المانع، فإذا لم يحرز يحكم بالصحة؛ لوجود المقتضي له.



## الأمر الثاني

### في حقيقة المعاملة وتسميتها

إن الإجارة المملكة ليست حقيقة شرعية ولا متشرعية وإنما عرفية قررها العقلاء، ولا يوجد لها اصطلاح خاص عند الفقهاء؛ لعدم تعرضهم لها في كتبهم الاستدلالية.

والذي تعرض لها بحثها من الحيثية التكوينية لما وقع في الخارج منها وليس من الحيثية النظرية، ولذا أطلقوا عليها تسميات عديدة لا تخلو من إشكال، ولعل الأوجه هو ما ذكرناه - أي الإجارة المملكة - لسببين:

الأول: لأن المعاملة تقوم على الإجارة أولاً، فالعلة المحدثه لها الإجارة، والمعلول ينسب إلى علته.

الثاني: لأن غاية الإجارة وأثرها هو التملك فتعين أن يؤخذ في اسمها، فإن القاعدة في تسمية المعاملات ووضع المصطلحات عليها تقوم على اعتبارين: أحدهما: النظر إلى مبدئها كما في البيع، فإنه مبدأ تملك العين؛ لتقومه

بإعطاء الشيء مقابل ثمن مأخوذ من باع بوعاً أي بسط يده بالشيء<sup>(١)</sup> ليتقاضى مقابلته العوض، ولذا عرّفه بعض الفقهاء بمبادلة مال بمال<sup>(٢)</sup>، وبعضهم قوّمه بتبديل مال بمال، وبعضهم قوّمه بتبديل عين بمال لتخرج الإجارة.

والمبادلة والتبديل كلاهما يقومان بفعل البائع، وهو سبب العقد ومبدؤه، وبعضهم نظر إليه من جهة تقوّمه بفعل البائع والمشتري، فعرّفه بالإيجاب والقبول في تمليك العين بالعوض، والمتعارف لدى العرف وكلمات الفقهاء والمتشعبة التعبير عن ذلك بقولهم باع فلان داره<sup>(٣)</sup>.

فاصطلاح البيع وضع على المعاملة التي تتقوّم بمبادلة مال بمال على وجه التمليك باعتبار مبدئها، وهو بسط البائع اليد بالعين مقابل بسط المشتري اليد بالثمن، وهو معنى البيع في اللغة.

ثانيتها: النظر إلى أثرها كما في عقد الزواج سمي بالنكاح؛ لأنه أثر الزواج، وهو الوطاء كما هو قول جمع من أهل اللغة<sup>(٤)</sup> والتفسير<sup>(٥)</sup>، وفي المختلف عليه إجماع أهل اللغة<sup>(٦)</sup> خلافاً لمن عرّفه

(١) المعجم الوسيط: ج ١، ص ٧٦، (باع).

(٢) كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٧٨؛ ج ٤، ص ٩؛ منية الطالب: ج ٢، ص ٤٠٠.

(٣) تحرير المجلة: ج ١، ص ٣٠٣؛ المكاسب والبيع: ج ١، ص ٩٩-١٠٠.

(٤) انظر لسان العرب: ج ٢، ص ٦٢٥، (نكح).

(٥) انظر التبيان: ج ٣، ص ١٥٠؛ مجمع البيان: ج ٣، ص ٥٠-٥١ تفسير الآية ٢٢ من سورة النساء.

(٦) مختلف الشيعة: ج ٧، ص ٣٥؛ وانظر فقه الأسرة: ص ١١١.

بالعقد<sup>(١)</sup>. وسمّي بذلك؛ لأن الوطاء من أهم غاياته، ومثله يقال في البيع عند من عرفه بانتقال المال بعوض<sup>(٢)</sup>.

فتسمية المعاملة بالإجارة المملكة ناظرة إلى المبدأ والغاية والأثر، فمبدؤها إجارة، وغايتها التمليك.

إن قلت: لكنكم قاربتن بينهما وبين المكاتبه، وقلتم المكاتبه حقيقة شرعية. والجواب: نعم هو كذلك مع وجود فارق، وهو أن المكاتبه من مخترعات الشرع. أما الإجارة المملكة من مخترعات العرف، والتقريب بالمكاتبه لبيان أن مضمونها مما أقره الشرع في مثل المكاتبه، وعدم وجود الإجارة المملكة في زمانه لا يمنع من القول بصحتها؛ لأن الاستحداث ليس للحقيقة وإنما للمصداق، وهو لا يضر بالصحة للمصداق المستحدث.

ومن هنا لا ينبغي أن يقع البحث في المقتضي لصحة هذه المعاملة، وإنما في المانع وفي التكييف الفقهي لها، وهذا ما نبهته في الأمر التالي.

---

(١) انظر معجم مقاييس اللغة: ص ١٠٠٩، (نكح)؛ مفردات ألفاظ القرآن الكريم: ص ٨٢٣، (نكح).

(٢) تحرير المجلة: ج ١، ص ٣٠٦.



## الأمر الثالث

### التكليف الفقهي للجواز

ذكر المجيزون لهذه المعاملة تخریجات عديدة له:

التخریجة الأولى: ذكرها بعض أهل القانون، وخلاصتها: اعتبار المعاملة بيعاً ولكنها في صورة الإجارة، أي ظاهرها إجارة وواقعها بيع، ولذا وصفوها بأنها إجارة ساترة للبيع، والأقساط التي تدفع كإيجار هي في واقعها أقساط الثمن، ولذا يترتب عليها أثر البيع وهو التمليك<sup>(١)</sup>، ولعل وجه صحتها هو قاعدة تبعية العقود للقصد، فإن القصد هو مقوم المعاملة، وأما الألفاظ فهي مبرزات، فإذا قصد البيع يقع بيعاً وإن أظهره بلفظ الإجارة، ويناقش من وجوه:

الوجه الأول: الإجمال؛ لأنه إن أراد أن وقوع المعاملة يتم بقصد هما البيع

---

(١) الوسيط (للسنهوري): ج٤، ص١٧٤، ص١٧٨؛ مسائل فقهية مهمة (للسبحاني):

من حين العقد وتلفظاً بالإجارة كان نقل الملكية من حين التعاقد لا بدفع آخر قسط من الثمن، وإن أراد أنهما قصداً الإجارة للتخلص من هذا الإشكال امتنع التمليك؛ لأن ما قصد لم يقع وما وقع بزعمه لم يقصد؛ لأنه أنشأ الإجارة لا البيع.

الوجه الثاني: أن القول المذكور مخالف للقاعدة في العقود.

وبيان ذلك: أن الآثار الحاصلة من العقود على ثلاثة أقسام:

الأول: الآثار بالتبعية، وهي التي تحصل بالتبع، فلا يتوقف حصولها على عقد مغاير لأصل العقد، كما لا يتوقف على ذكرها بالشرط ونحوه؛ لأنها مشمولة بالبيع بالتبع. نظير بيع الدار فإنه يشمل أبوابها وشبابيكها وحديقته وأدوات الإضاءة والماء ونحو ذلك من أمور تعتبر متعلقات بها، وجزء تكوينها، ولا حاجة لذكرها أثناء العقد ولا إلى اشتراط وجودها؛ لأن وجودها من المسلمات التي ينصرف إليها العقد، ولو قال بعتك الدار فسلمه داراً خالية من الأبواب والشبابيك ونحوها عدّه العرف غير واف بالعقد، وأثبتوا للمشتري حق الفسخ أو المطالبة بالتسليم.

الثاني: الآثار الشرطية، وهي التي تحصل بالشرط، فلا تدخل في ضمن المبيع إلا إذا اشترطت في أثناء العقد كبيع أثاث الدار معها، فإنه مما لا ينصرف إليه العقد لعدم كونها من مكوناتها، ولا يجب على البائع تسليمها إلى المشتري إلا بالشرط.

الثالث: الآثار السببية، وهي التي تحصل بالسبب الخاص، فلا ينفع في

لزومها الشرط ولا التبعية، وإنما بالعقد، كالنكاح الدائم فإنه لا يحصل إلا بالسبب الشرعي الخاص مثل أنكحتك وزوجتك، فلا يقع بصيغة متعتك أو وهبتك على المشهور<sup>(١)</sup>، ولا يقع بالشرط بأن يقول بعتك الدار بشرط أن تكون بنتك زوجتي بنحو شرط النتيجة. نعم يصح ذلك بنحو شرط الفعل، بأن يقول بعتك الدار بشرط أن تزوجني بنتك؛ لأن الأثر يترتب بالعقد الخاص، ومثله يقال في الطلاق والعتاق ونحوهما؛ لأن آثارها لا تحصل إلا بأسبابها الخاصة كما دلت عليه الأخبار المعتبرة.

ففي رواية الكليني<sup>(٢)</sup> بسنده عن ابن سماعة قال ليس الطلاق إلا كما روى بكير بن أعين أن يقول لها وهي طاهر من غير جماع ﴿أنت طالق، ويشهد شاهدين عدلين، وكل ما سوى ذلك فهو ملغى﴾<sup>(٣)</sup> ورواها الشيخ في التهذيب والاستبصار<sup>(٤)</sup>، وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر<sup>(٥)</sup>: ﴿إنما الطلاق أن يقول لها في قبل العدة بعدما تطهر من محيضها قبل أن يجامعها أنت طالق﴾<sup>(٤)</sup> وهما ظاهرتان في أن للفظ الطلاق خصوصية

(١) انظر كفاية الأحكام: ج ٢، ص ٨٩؛ المسالك: ج ٧، ص ٨٦؛ الرياض: ج ١١، ص ١٠؛ مختلف الشيعة: ج ٧، ص ٨٧؛ فقه الأسرة: ص ١٤٩.

(٢) الكافي: ج ٦، ص ٧٠، ح ٤.

(٣) التهذيب: ج ٨، ص ٣٧، ح ١١٠؛ الاستبصار: ج ٣، ص ٢٧٨، ح ٩٨٥؛ وانظر الوسائل: ج ٢٢، الباب ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ص ٤١، ح ٢٧٩٧٣.

(٤) الكافي: ج ٦، ص ٦٩، ح ١؛ وانظر التهذيب: ج ٨، ص ٣٦، ح ١٠٨؛ الاستبصار: ج ٣، ص ٢٧٧، ح ٩٨٣.

في حصول البيونة، ولو قصده دون أن يتلفظ به أو أظهره بالعمل لا يقع، والبيع مثل ذلك، فإنه لا يقع إلا بالصيغة الخاصة، فأيقاعه بلفظ الإجارة لا يحقق الأثر، ويوجب فك السبب عن المسبب، ولا يقال المعاوضة تقع بلا لفظ وتفيد نقل الملك.

والجواب: أن المعاوضة غير البيع بالمعنى المصطلح عند الفقهاء؛ لذا جعلوا لها عنواناً خاصاً وبحثاً كذلك، وإذا كان البيع معاطاتياً قالوا البيع المعاطاتي؛ لأن البيع عندهم ما اشتمل على الإيجاب والقبول اللفظيين، والمعاوضة بلا لفظ، فلا يقال لها بيع بالمعنى الفقهي وإن كان العرف يدرجها في البيع لتسامحه في الاستعمال.

هذا أولاً: ويعزز أنه المعاوضة تجري في جل العقود ولا تختص بالبيع. وثانياً: أن المشهور ذهبوا إلى أن المعاوضة لا تفيد التمليك بل إباحة التصرف، فتخرج موضوعاً عن البيع.

الوجه الثالث: إذا سلّمنا ما ذكر فإن لازمه أن يكون مجموع الأقساط هي الثمن وليس القسط الأخير ليتكافأ الثمن والمثمن، لكنهم قالوا إن التمليك يحصل بتسديد آخر قسط، ولازمه أن يكون القسط الأخير هو الثمن فيبتلى بموانع العقد من السفاهة والغبن والإجحاف ونحوها، فإن الدار الذي قيمته مائة مليون - مثلاً - لا يصح بيعه بقسطه الأخير البالغ عشر أو عشرين مليوناً.

الوجه الرابع: أن القول المذكور تنظيري لا تكييفي؛ إذ لا يعلم أن المتعاقدين يقصدان البيع من حين العقد بلفظ الإجارة، وقد مر أنهما

يتعاقدان على أن يكون إجارة ويجعلانه بيعاً مملكاً لدى دفع تمام الأقساط، ومن هنا حاول بعض الأعلام تكييفه ضمن القواعد الفقهية ليكون صحيحاً ناقلاً للملك بمحاولات ثلاث عمدتها اثنتان:

الأولى: إنشاء البيع في مقابل ثمن آخر غير الأقساط التي دفعها المشتري لتكون الأقساط مقابل الإجارة والثمن مقابل البيع لعدم خلو البيع من الثمن، وإشكال قلة الثمن مقابل المثلث يعالج بإدراجه في البيع المحاباتي<sup>(١)</sup>.

والحق أنها تخريجة نظيرية لا تكييفية مخالفة لما يقع في الخارج من هذه المعاملة.

الثانية: اعتبار المبيع هبة مجانية، وضعفه ظاهر؛ لأنه إن قصد الهبة من حين التعاقد تناقض مع كونها إجارة، والأجر مقسّط، وإن قصد الهبة بعد دفع تمام الأقساط كانت إجارة وهبة لا إجارة وبيع، كما أن التمليك يعود إلى الهبة، وهي معاملة جديدة مغايرة للإجارة، فالحق أن التكييف المذكور لا يخلو من خدش.

التخريجة الثانية: ذكرها بعض الأعلام المعاصرين ولم يسم القائل بها، وهو أن يتم التعاقد بالإجارة حقيقة لكنه متضمن للوعد بالبيع بعد دفع تمام الأقساط، فإذا قام المستأجر بدفع ما عليه كان على البائع الوفاء بالوعد<sup>(٢)</sup>،

(١) مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ٢٠٦-٢٠٧.

(٢) مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ٢٠٧.

ويشكل عليه من وجوه عديدة:

**الوجه الأول:** أنه تنظيري لا تكييفي ومخالف للوقوع الخارجي لهذه المعاملة.

**الوجه الثاني:** أن الوعد بالبيع مجمل لرجوعه إلى معينين:

**الأول:** الوعد في مقابل الشرط، والذي يعبر عنه بالشرط الابتدائي، والمعروف بين الأصحاب عدم وجوب الوفاء به<sup>(١)</sup>، وهو خلاف بعض النصوص الصريحة بالوجوب، فضلاً عن مخالفته وإن كان لنا تفصيل فيه ذكرناه في محله.

**الثاني:** أن الشرط الالتزامي يفيد التزام البائع بنقل الملكية، ولكن لا يعلم أنه بنحو شرط النتيجة أم شرط الفعل، فعلى الأول ممتنع؛ لأن لازمه أن يكون المثلن بلا ثمن؛ لأن الأقساط دفعت مقابل الإجارة، وعلى الثاني يكون التمليك بيد البائع، فإن لم يف بالشرط ينبغي القول بثبوت الخيار للمشتري، وهو خلاف واقع المعاملة؛ لأنهم يبنون على أن يكون البيع بعد إتمام الأقساط غير معلق على وفاء البائع بالشرط.

**الوجه الثالث:** لو سلمنا ما ذكر وجب أن يلتزم بإيقاع عقد البيع بعد انتهاء مدة الإجارة، وأن يجعلاً للمبيع ثمناً غير أقساط الإجارة؛ لأن المثلن لا يخلو من ثمن، وهو خلاف واقع المعاملة.

**والخلاصة:** أن التكييف المذكور تنظيري ومخالف لقواعد العقد.

(١) انظر مصباح الفقاهة: ج ١، ص ٣٩٣.

التخريجة الثالثة: أن يكون التعاقد على الإجارة بشرط التمليك، فإذا دفع المشتري تمام الأقساط وجب على البائع التمليك سواء كان معوضاً أو غير معوض. اختاره بعض الأعلام المعاصرين<sup>(١)</sup>، ويفترق عن سابقه في الأعمية، فإن شرط التمليك لا يتوقف على البيع، بخلاف الثاني، ولا يخلو من إشكالات.

الإشكال الأول: أنه تنظيري لا تكييفي فإن الواقع خارجاً هو الإجارة، فإذا دفع المستأجر القسط الأخير تملك العين، وهذا يتنافى مع قوله: ﴿وجب على البائع التمليك﴾ لظهوره في أن البائع يملك بعد أداء الأقساط.

الإشكال الثاني: سلمنا، إلا أن شرط التمليك إن كان بنحو شرط الفعل فهو خلاف واقع المعاملة، وإن كان بنحو شرط النتيجة وجب أن يكون العنوان الإجارة بشرط التملك لا التمليك.

الإشكال الثالث: سلمنا إلا أن قوله في التمليك: ﴿سواء كان معوضاً أو غير معوض﴾ غير سديد؛ لأن التمليك في مقابل العوض بيع، و بلا عوض هبة، فإن تعاقدنا على الأول وردت الإشكالات المتقدمة على البيع، وإن تعاقدنا على الثاني كان خلاف واقع المعاملة.

فيتحصل: أن التخريجة المذكورة هي الأخرى تنظيرية، ولا تخلو من إشكال.

التخريجة الرابعة: أن ينظر في كيفية التعاقد، ولا تخلو من حالتين:

(١) مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ٢٠٨.

الأولى: أن يقصدا البيع من حين العقد، فلا بد وأن تحمل الأقساط المدفوعة على أنه ثمن مقسّط، ويكون من قبيل العقد الجائز الذي يتوقف لزومه على دفع القسط الأخير، وتسميته بالإجارة من باب الهروب من اللوازم كما بيناه، وبهذا يصح للبائع أن يرد المبيع إلى ملكه لو أخل المشتري بالدفع.

الثانية: أن يقصدا الإجارة حقيقة، وبدفع آخر قسط يمتلك المستأجر العين، ولا يتوقف التمليك على عقد جديد ولا قصد ولا شرط، وإنما تتضمن المعاملة قصدين من حين العقد يتوافقان عليهما، وهو أن تكون إجارة ثم يمتلك المشتري بدفع آخر قسط، ولا يلزم منها محذور مانع؛ لأن العقود تتبع القصود، وقد توفرت المعاملة على قصدين:

الأول: يتعلق بالإجارة.

والثاني: يقترن بدفع آخر قسط، وله نظائر في الفقه.

منها: الإجارة في العقد الفضولي بناء على النقل، فإنها تنقل الملكية إلى المشتري من حين صدورهما مع أنها متأخرة عن العقد.

ومنها: رضا المكره بالمعاملة.

ومنها: الوصية التي تسبق الوفاة بمدة مديدة فإنها تنقل الملكية للموصى له بعد الموت، ولكن النقل يحصل بقصد الموصي من حين الوصية، وكذا إجازة ولي المرأة الزواج بعد وقوعه، وغيرها، فلا مانع من حصول النقل بمجرد القصد أو الرضا، ولا يشترط فيه العقد أو البيان القولي، فإذا أخل

المشتري يدفع ما عليه بقي المال على الإجارة وملكية المالك، ومن هنا أسميناها بالإجارة المملّكة؛ لأن التملك يتفرع على الإجارة، ويترتب عليها ترتب المعلول على العلة؛ لأن التملك من الآثار القصدية، والقصد حاصل من حين العقد.

وأما المثلث فيكون تمام الأقساط إذا دفع القسط الأخير، وإلا كان مقابل الانتفاع، ويكون هو القسط الأخير بضميمة تنازل المالك ورضاه عن المكافأة مع المثلث.

والحق أن التخريجة المذكورة تامة، وهي تكييفية لا نظيرية، ومطابقة لقصود المتعاقدين، فالمتقضي لصحتها موجود والمانع مفقود.



## الأمر الرابع



### الفروع والمسائل

وهي عديدة:

الفرع الأول: أن إخلال المستأجر بدفع الأقساط له حالتان:

الأولى: أن يكون واجداً للمال متعمداً في الإخلال، ولا خلاف في جواز فسخ المعاملة وبقاء الإجارة على حالها دون التملك؛ لأنه مخل بما التزم به. هذا إذا كان الإخلال بالقسط الأخير، وأما إذا كان الإخلال بالأقساط الأخرى جاز للمالك فسخ الإجارة كذلك، وفي صورتين يجوز للمالك أخذ الأقساط المدفوعة وعدم إرجاعها للمستأجر؛ لأنها مقابل الانتفاع.

الثانية: أن يكون قاصراً عن الدفع بسبب عسر ألمّ به، وقد اختلف أهل القانون والفقهاء فيها على قولين: أما أهل القانون فيلزمون المستأجر بالالتزام، فإن تعذر عليه - وإن لم يكن بتقصير منه - ألزموه بمقتضى المعاملة، وأجازوا للمالك استملاك الأقساط وفسخ المعاملة، وأما الفقهاء فيحكمون بوجوب

الإنظار حتى يتمكن من الدفع؛ لوجود النص الخاص الذي أمر الدائن بإنظار المدين المعسر وهو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>(١)</sup>.  
ولا معنى لتخصيص الإنظار بدين الربا في الديون كما ذهب إليه بعض العامة<sup>(٢)</sup>.

أولاً: لأن المورد لا يخصص الوارد، لاسيما مع إحراز وحدة الملاك.  
وثانياً: لاستلزامه الخلف ونقض الغرض، فإن المرابي لم يلتزم بحكم الله تعالى في حرمة الربا فكيف يلتزم بوجوب الإنظار؟  
وثالثاً: لما ورد عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام من تعميم الدلالة لكل دين<sup>(٣)</sup>.

وكيف كان، فإن النظرة هي التأخير والإمهال، والميسرة اليسار والغنى والسعة، والمعسر من لم يقدر على دفع الدين إن كان عجزه بلا تقصير منه كما دلت عليه الأخبار<sup>(٤)</sup>، والجملية الخبرية في مقام الأمر تعضد الوجوب، ولذا قال في مجمع البيان: في هذه الآية دلالة على أن الإنسان إن علم أن غريمه معسر حرم عليه حبسه وملازمته ومطالبته بما له عليه،

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٠.

(٢) جامع البيان عن تأويل آي القرآن (للطبري): ج ٣، ص ١٥١ - ١٥٣؛ تفسير القرآن العظيم (لابن أبي حاتم الرازي): ج ٢، ص ٥٥٢، ح ٢٩٣٤ - ٢٩٣٧.

(٣) التبيان: ج ٢، ص ٣٦٦.

(٤) انظر الكافي: ج ٥، ص ٩٣، ح ٥؛ مواهب الرحمن: ج ٤، ص ٤٤٦.

وأنه يجب عليه إنظاره<sup>(١)</sup> وفي مواهب السيد السبزواري<sup>(٢)</sup>: ويمهل الغريم إلى زمان اليسار ليتمكن من أداء الدين، وإلا إثم على الغريم في التأخير مع تحقق العسر<sup>(٣)</sup>، بل يحرم على الدائن المطالبة<sup>(٤)</sup>، وكان أهل الجاهلية يعسرون المديون ولا يمهلونهم فنزلت الآية المباركة ناهية عن ذلك<sup>(٥)</sup>، وقد نهت عن ذلك جملة من الروايات.

منها: ما ورد في رسالة الصادق<sup>(عليه السلام)</sup> إلى أصحابه: ﴿وإياكم وإعسار أحد من أخوانكم المسلمين. وإن تعسروه بشيء يكون لكم قبله وهو معسر، فإن أبانا رسول الله<sup>(صلى الله عليه وآله)</sup> كان يقول: ليس لمسلم أن يعسر مسلماً، ومن أنظر معسراً أظله الله يوم القيامة بظله يوم لا ظل إلا ظله﴾<sup>(٥)</sup> وتترتب على ذلك أحكام أخرى:

الأول: لا يجوز للدائن أن يحجز على ما يقوم حياة المدين ومؤنته كداره وأثاثه ونحوها في مقابل الدين. نعم يجوز له أخذ ما يزيد عن مؤنته اللائقة بشأنه.

(١) مجمع البيان: ج ٢، ص ٢١٣؛ وانظر تفسير كنز الدقائق: ج ٢، ص ٤٨٠؛ تقريب القرآن إلى الأذهان ج ١، ص ٣٠٠، تفسير الآية المزبورة.

(٢) مواهب الرحمن: ج ٤، ص ٤٥٧.

(٣) مواهب الرحمن: ج ٤، ص ٤٥٧.

(٤) مواهب الرحمن: ج ٤، ص ٤٤٦.

(٥) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٥ من أبواب الدين والقرض، ص ٣٦٦، ح ٢٣٨٦٠؛ الكافي: ج ٨، ص ٩.

الثاني: لا يجوز للدائن تقاضي عوضاً عن الإمهال؛ لأن التكليف العيني لا يقابل بأجر أو ثمن.

الثالث: يجب على الدائن إمهال المدين إلى حصول اليسار، وما نحن فيه منه، ولازمه عدم جواز الفسخ.

هذا وربما يفصل بين ما لو كان المستأجر عالماً بعجزه عن دفع الأقساط من حين العقد فلا يمهل، وبين ما لو كان جاهلاً فيمهل، وهو وجيه، لكنه يعود إلى تحقيق الموضوع وصدق الإعسار المنظور في الآية، فإن المدين العالم بعجزه مفرط بحق الغير، ومقدم على الإضرار به وبنفسه، وحيث إن أدلة الإمهال إرضائية لا تشمل المقدمين عليه قد يقال إن المقدم العالم بعجزه عن الدفع كالناوي لعدم الدفع، فهو عاص، وتصرفه بالمال محرم، ويدل عليه بالأولوية قول أبي عبد الله عليه السلام: ﴿من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق﴾<sup>(١)</sup> فإنه عليه السلام حرّم ذلك على من لم ينو الأداء، فيحرم على من نوى عدم الأداء بالأولوية<sup>(٢)</sup>، وكاف التشبيه في قوله: (بمنزلة السارق) للإشارة إلى أنه يشترك معه في الحرمة التكليفية دون الوضعية، فلا يعاقب معاقبة اللص، وإنما وصف بالسارق دون اللص مع أنهما يفيدان معنى واحداً للإشارة إلى الفرق بينهما، فإن السارق واللص

(١) الكافي: ج ٥، ص ٩٩، ح ٢؛ الوسائل: ج ١٨، الباب ٥ من أبواب الدين والقرض، ص ٣٢٨، ح ٢٣٧٧٩.

(٢) انظر مواهب الرحمن: ج ٤، ص ٤٥٨.

كالفقير والمسكين إذا افترقا اجتماعاً، وإذا اجتمعوا - كما في الحديث المذكور - افترقا، ويتميز اللص عن السارق بصفتين:

إحدهما: أن اللص يطلق على السارق قبل ارتكاب السرقة، بخلاف السارق فإنه وصف اللص بعد السرقة، كما لعله المتبادر، ولذا علق حكم القطع على السارق والسارة في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾<sup>(١)</sup>.

ثانيتها: أن اللص السارق هو الذي يأخذ ما ليس له علناً، والسارق الذي يأخذه خفية كما نص عليه أهل اللغة<sup>(٢)</sup>.

وقد شبه من لم ينو الأداء بالسارق؛ لبيان أن من استدان صار مال الناس مملوكاً له، فيجب أن يقابل بالرد والوفاء، فإذا لم ينو الرد أو نوى عدم الرد كان قد أخذ مال الناس بلا مقابل، وحيث إنه عقد ظاهر بين الناس عادة كان سارقاً لا مجرد لص.

الفرع الثاني: إذا اختلف المتعاقدان في المعاملة، فقال المالك هي إجارة لا غير، وقال المستأجر هي إجارة مملّكة، ولم يكن لأحدهما دليل على مدعاه، فيؤخذ بقول المالك لسبيين:

الأول: لأنه ذو اليد، فيندرج تحت قاعدة حجية قول ذي اليد بناء على التوسعة في مفهوم اليد لتشمل المالك وإن لم يكن متسلطاً على العين،

(١) سورة المائدة: الآية ٣٨.

(٢) معجم مقاييس اللغة: ص ٤٩١، (سرق)؛ مفردات ألفاظ القرآن الكريم: ص ٤٠٨، (سرق)؛ مجمع البحرين: ج ٥، ص ١٨٥، (سرق).

ولم يكن يمين للمنكر.

الثاني: لأن الإجارة القدر الذي اتفق عليه الطرفان وأقرّاه، والتمليك قيد زائد ينفى بالأصل.

الفرع الثالث: لو اختلفا فقال المالك هي إجارة من حين العقد، وقال المشتري هي بيع من حين العقد، ولم يكن لأحدهما دليل على مدعاه بطلت المعاملة؛ لاختلاف القصد، وتنافي العقدين، فإن الإجارة تملك المنفعة دون العين، والبيع يملك العين، والعقود تتبع القصد ويعززه الاستصحاب القاضي ببقاء ملكية المالك على العين، وأصالة عدم انتقال المنفعة إلى المستأجر، وكذا الملك، وأصل الصحة لا يجري للعلم بالفساد.

الفرع الرابع: هل يجوز للمالك الفسخ عند إعسار المستأجر؟ فيه احتمالات:

الأول: العدم؛ لأن الإنظار تكليف عيني، ولازمه عدم صحة الفسخ؛ لأنه نقض للإنظار وللغرض منه، لاسيما على القول بالملازمة بين الأحكام التكليفية والوضعية.

الثاني: الجواز؛ لصدق عنوان تخلف الشرط، وآية وجوب الإنظار تفيد عدم جواز المطالبة بالدين لا عدم جواز الفسخ، ويعززه اتفاق الفقهاء على ثبوت خيار تخلف الشرط إذا تخلف المتعاقدان بسبب الإعسار.

الثالث: التفصيل بين أن يلزم الإنظار الإضرار بالمالك فيجوز، وبين ما لا يلزم الإضرار فلا يجوز، وهو الأقوى، ووجه الأول حكومة دليل لا ضرر على العناوين الأولية، والقرينة الحالية، فإن آية الإنظار إرفاقية امتنانية فلا تشمل ما ينافي الإرفاق؛ إذ يلزم من وجود الإرفاق عدم الإرفاق كما أنه مناف للحكمة، ودعوى انصراف الآية إلى غير موارد الضرر غير بعيدة، وأما وجه الثاني فظاهر.

## المعاملة التاسعة

### المعاملة على أوراق اليانصيب

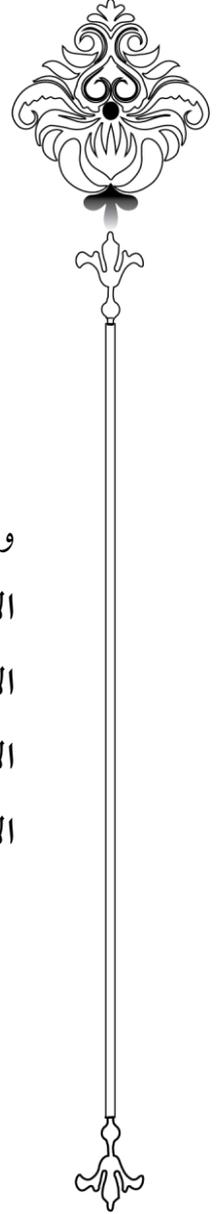
وفيها تمهيد وأمور:

الأمر الأول: في حقيقة المعاملة

الأمر الثاني: في وجه دفع المال مقابل الأوراق

الأمر الثالث: الأقوال في المسألة

الأمر الرابع: في فروع المسألة





## التمهيد: التعريف والخصوصية

وهي معاملة رائجة في الأسواق تقوم على النصيب أي الحظ في الشيء<sup>(١)</sup>، ومنه النصاب، وهو القدر الذي تجب فيه الزكاة إذا بلغه<sup>(٢)</sup>، وسميت باليانصيب من باب الوضع التعيني، و (اليا) الألف واللام للتعريف و(يا) حرف نداء تقدّم النصيب باعتبار أن المقدم عليها ينادي حظه ونصيبه فيها ويطلبه، أو أن الجهة المصدرة للأوراق تنادي المتعاملين لنيل نصيبهم من الربح بواسطة الإقدام على أخذ هذه الأوراق بعوض، وداعي هذه المعاملة تحصيل الربح من الطرفين، فالجهة المصدرة تبيع الأوراق، والمشترون بالنصيب المجعول، فهي حقيقة عرفية لا شرعية ولا متشرعية، وتحرير حكمها الشرعي ومعالجة الإشكالات فيها يستدعي البحث في أمور:

---

(١) معجم مقاييس اللغة: ص ٩٩٣، (نصب)؛ مجمع البحرين: ج ٢، ص ١٧٢، (نصب)؛ المعجم الوسيط: ج ٢، ص ٩٢٥، (نصب).

(٢) مجمع البحرين: ج ٢، ص ١٧٤، (نصب)؛ المعجم الوسيط: ج ٢، ص ٩٢٥، (نصب).



## الأمر الأول

### في حقيقة المعاملة

اختلف الفقهاء في تعريف حقيقة هذه المعاملة، فبعضهم كالسيد الخوئي رحمته الله أدرجها في البيع. قال في تعريفها: هي أوراق تباعها شركة بمبلغ معين، وتتعهد بأن تقرع بين المشتريين فمن أصابته القرعة تدفع له مبلغاً بعنوان الجائزة<sup>(١)</sup>، وظاهرها أنها يبيع يتقوم بخمسة أركان يميزها عن باقي البيوع:

الأول: أن المبيع أوراق ولم يبين حقيقتها اعتماداً على معرفتها، فإنها أوراق خاصة مرقمة بأرقام مميزة لكل شخص ورقة عادة.

والثاني: أن البائع شركة وليس فرداً.

والثالث: أن يكون المشتري جماعة كل منهم على سبيل الاستقلال تشارك في الغاية لتقومها بالمنافسة والاقتراع.

---

(١) منهاج الصالحين: ج ١، ص ٤٣٢؛ وانظر فقه المصارف والنقود: ص ٥٣١.

والرابع: وجود اقتراع بعد المهلة التي تضعها الشركة البائعة لإخراج النصيب الذي عيَّته لمن تخرج القرعة باسمه.

والخامس: أن الحظ عبارة عن جائزة تدفعها الشركة وليس ثمناً أو عوضاً، وإطلاقها يشمل النقد والعين كالسيارة، ولم يبين زمان الاقتراع ومدته؛ لأنه يتغير بحسب تعيين الشركة، وعلى هذا يقع الكلام في صحة المعاملة، وحلية المال الذي يدفع مقابل الأوراق، وفي حلية المال الذي تدفعه الشركة بعد الاقتراع، وفي ملكية المال وأنه للشركة أم للوكلاء الباعة؟ وأما قيمة هذه الأوراق فتعود إلى الاعتبار المالي أو السوقي للشركة الداعية إليه، فتبطل دعوى السفاهة ونحوها بادعاء أن الأوراق في نفسها لا تستحق القيمة المجعلولة لها في المعاملة.

وبعضهم عرفها بما يفيد شمولها لغير البيع فقال: هي اتفاق بين الشركة من جهة وعدة أشخاص من جهة أخرى، وبمقتضى هذا الاتفاق يأخذ كل شخص بطاقة أو بطاقات اليانصيب بإزاء مبلغ معين، وتتعهد الشركة بأن تقرع، فمن أصابت القرعة بطاقته تعطيه الشركة مبلغاً معيناً من المال<sup>(١)</sup>.

ويتميز هذا التعريف عن سابقه بعدم انحصاره بالبيع، وبعدم تحديد المال المدفوع بعد القرعة بكونه جائزة، وتخصيصه بالنقد فلا يشمل العين، وواضح أن التعريفين المذكورين ليسا اصطلاحيين وإنما هما شرح لكيفية المعاملة، فلذا لا يعد التعريف حدّاً لها، ولأنها معروفة نستغني بها عن التعريف المنطقي.

(١) المسائل المستحدثة (للروحاني): ص ٨١؛ مسائل فقهية مهمة: ص ٥٥.

وتحرير الحق في المسألة يستدعي النظر في كيفية التعاقد، وهل يقع بنحو البيع والشراء أم بنحو التعاوض والمبادلة لتخرج المعاملة من الجهة النظرية إلى الجهة التكوينية، ولأجل معرفة أحكامها لاختلاف البيع عن غيره في بعض الآثار والأحكام.

كما يستدعي الالتفات إلى أن البحث في هذه المعاملة يتم إذا كان فيها عوض وم عوض ومبادلة مال بمال، وأما إذا خلت من ذلك كما لو كان عوض بلا معوض أو معوض بلا عوض اندرج في الهدية والهبة، فأخراج الطرف المحظوظ بها بالقرعة مما لا إشكال، فيه وقد جرت السيرة في بعض المناسبات على كتابة أوراق تحمل أسماء أو أرقاماً للمشاركين، ثم يقرع فيعطى لمن خرجت القرعة باسمه أو برقمه هدية، وقد ورد أن المأمون العباسي حينما عقد ولاية العهد للإمام الرضا عليه السلام عمل بذلك<sup>(١)</sup>، ويمكن القول إن المعاملة المذكورة إن لم يقم دليل على أنها غير البيع ينبغي أن تحمل على البيع لسببين:

الأول: لظهور حال المعاوضات أنها تمليك متبادل حتى في المعاوضة، ولذا أشكل المتأخرون والمعاصرون على من ذهب إلى أنها تفيد إباحة التصرف.

الثاني: لأن الغالب في المعاملات السوقية البيع، بل لعله الأصل؛ لأنه راس العقود وأساسها، بل هو ما يلحظ من طريقة وكلاء الشركة المصدرة

(١) انظر بحوث فقهية (للشيخ حسين الحلي): ص ٥١؛ مسائل فقهية مهمة (للسبحاني):

للأوراق فإنهم يبيعون الورقة بعوض، وبناء على القول بأن البيع مبادلة مال بمال على وجه التملك، أو أنه تملك مال بعوض، أو انتقال مال بعوض ونحوها<sup>(١)</sup>. انطبقت كل هذه التعاريف على المعاملة المذكورة انطباقاً قهرياً حتى وإن لم يقصد البيع بالقصد الفعلي الاستحضاري؛ لكفاية القصد الارتكازي في قاعدة التبعية، وأبرز الإشكالات التي قد يقال بورودها عليها هو أنه من القمار والرهان فإذا انطبق العنوان المحرم عليها حرمت وبطلت، ولا يمكن تصحيحها إلا برفع الإشكال.

والإشكال الآخر أن الدخول في هذه المعاملة متقوم بداعي وجود الاقتراع على الأوراق واحتمال نيل الجائزة المجعولة، فلو لم تف الشركة بعهدا أو زورت الاقتراع تكون قد أخلت بالشرط، فكيف يصح العقد؟ والإشكال الثالث يرد على المنكرين للشخصية المعنوية في العقود والمعاملات؛ لأن الذي يصدر الأوراق المذكورة جهة معنية وليس بالضرورة تكون أشخاصاً فكيف يتم التعاقد معها وقد اختلف الفقهاء في معالجة ذلك كما سيأتي.

(١) انظر تحرير المجلة: ج ١، ص ٣٠٦.

## الأمر الثاني



### في وجه دفع المال مقابل الأوراق

هناك أكثر من وجه يوجّه به دفع المال مقابل الأوراق ذكرها الأعلام:  
الوجه الأول: أن يكون بذل المال مقابل ذات الورقة بما لها من سمة اعتبارية تبيح له الدخول في الاقتراع وإمكان تحصيل الجائزة، فتكون هي المثلن والمال المدفوع مقابلها المثلن، ولا يقال إن الأوراق عرفاً مما لا تقابل بالمثلن المجمعول مقابلها؛ لأن المثلن المذكور ناظر إلى الغاية الكبيرة التي تستحق المقابلة نظير القيمة المجمعولة للطوابع التي تجعل على الرسائل البريدية ونحوها، أو يقع مقابل الحق فيها، نظير بيع إجازة الاستيراد أو العمل بثلن معتد به عقلاً مع أنها ورقة أو أوراق رسمية؛ لأن المثلن ليس مقابل الورق بل مقابل حق الاستيراد والعمل.

الوجه الثاني: أن يكون مقابل حق الدخول في القرعة التي يراد إجراؤها

لتعيين الفائز بالجائزة<sup>(١)</sup>.

وفيه: أنه مجمل؛ لأنه إن أراد أن المال المدفوع ليس مقابل الورقة وإنما مقابل حق الاشتراك في القرعة - كما قد يظهر من العبارة - كان من البيع الغرري لمجهولية المبيع، وحق القرعة ليس موجوداً حين التعاقد، فيكون نظير بيع الطير في الهواء مع تعهد الصائد ببذل سعيه لصيده هذا أولاً.

وثانياً: أنه لو صح ذلك خرج عن كونه بيعاً، وكان من قبيل بدل الاشتراك الذي يدفع مقابل الاشتراك في المسابقات ونحوها.

وإن أراد أنه يدفع مقابل الورقة وحق الدخول في القرعة معاً كان المبيع مركباً من موجود ومعدوم، والقول بأن الدخول في القرعة حق وهو موجود مخدوش؛ لتأخره وجوداً على عقد الشراء؛ لأنه يحصل بعد شراء الورقة ومرتباً عليه، وهو خلاف القاعدة في العقد التي تقتضي وجود المبيع حين التعاقد.

والإنصاف أن هذا الإشكال غير وارد؛ لإمكان القول بأن حق الاشتراك في القرعة ليس عينياً كحق المالك في ملكه، وحق النفقة، وإنما هو ذمي تعهدي يتعلق بالذمة لحين أو انه، نظير حق الولد في ميراث أبيه الحي، وحق الموصى له في مال الوصية قبل موت الموصي، وملك أن يملك، فيثبت حق الدخول في القرعة في ذمة الجهة المصدرة للأوراق مقابل المال المدفوع بالقرعة والجائزة، وهو حقيقة وجودية لا عدمية، والظهور بالاحتمال

(١) بحوث فقهية (للشيخ حسين الحلي): ص ٥٣-٥٤؛ مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ٥٦.

الأول ينفي الإجمال، والعلم الإجمالي بالحق التعهدي يرفع الغرر، وعليه فلا مانع من دفع المال مقابل الحق، أو دفعه مقابل الورقة والحق معاً.  
إن قلت: المعروف بينهم أن المبيع يجب أن يكون عيناً أو شبه العين كحق من سبق، والحق الذمي ليس منه.

والجواب: أن ذلك أول الكلام. قالوا بذلك من باب أنه أظهر المصاديق لا نفي غيره، وإلا لنقض بيع الصك المصرفي قبل تأريخ استحقاق السحب، وبيع كارتات التعبئة في شبكات الاتصالات، فإن الأول بيع للحق، والثاني بيع للخدمة التي هي من الحق وليست بأعيان ولا شبيهة بها.

فالحق أن الوجه المذكور مما لا غبار عليه لكن يجب أن يلحظ أن التعامل الواقع على أوراق اليانصيب يتم بهذا القصد، أي أن المال المدفوع هل هو مقابل حق القرعة أم مقابل الأوراق؟ فإن كان مقابل الدخول في القرعة فهو غاية للشراء، والغاية لا تدخل في المبيع ولا تتعلق بها صحة المعاملة وعدمها، كما لو اشترى الطعام لأجل الضيوف فلم يحضروا، واشترى الدار لأجل السكنى فيها ولم يسكنها، فإنه لا يحق له إرجاع الطعام والدار بدعوى عدم تحقق الغاية، وما نحن فيه منه، فإن الاشتراك في القرعة غاية الشراء لا مقومة.

الوجه الثالث: أن يكون مقابل احتمال إصابة القرعة اسمه وأخذ المال الكثير، فالتبادل بين المال والاحتمال وبطلانه ظاهر؛ لأنه تنظيري، ومخالف لقواعد العقود، كما أن الاحتمال مجرد كيف نفساني لا يبادل بعوض في المعاملات.  
الوجه الرابع: أن يكون المال مقابل البطاقة، والبائع يقتصر بين من

اشترى أوراقه ليقدم لهم هدية، أو يشترط المشتري بأنه لو اشترى البطاقة يهديه البائع هدية يخرجها بالقرعة، وقد أبطله بعض الأعلام المعاصرين وحكم بفساد الشرط وعدم استحقاق المال الذي يدفعه البائع بعد إصابة القرعة<sup>(١)</sup>، ولم يبين وجه البطلان، وربما يقال بالصحة؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

**الوجه الخامس:** أن يكون دفع المال بعنوان إقراض الشركة بشرطين: أحدهما: للبائع بأن يرضى بقرض الدافع بشرط أن يأخذ أوراق اليانصيب ويشترك في القرعة.

**وثانيهما:** للمشتري، فيقدم على الإقراض بشرط أن تدفع الشركة المقترضة له جائزة عند إصابة القرعة اسمه.

**وفيه:**

**أولاً:** أنه وجه تنظيري لا تكييفي؛ لعدم وقوع التعامل بهذه الكيفية.

**وثانياً:** أنها معاملة ربوية؛ لابتنائها على القرض بشرط الفائدة<sup>(٢)</sup>.

فالحق أن الوجهين الأولين يصلحان لتوجيه المعاملة المذكورة، وأما غيرهما فلا يخلو إما أن يكون تنظيرياً أو باطلاً. هذا كله من حيث الموضوع، وأما الحكم فيأتي في الأمر التالي.

(١) المسائل المستحدثة: ص ٨١.

(٢) فقه المصارف والنقود: ص ٥٣١.

## الأمر الثالث



### الأقوال في المسألة

اختلف الفقهاء في صحة هذه المعاملة وأقوالهم ثلاثة:

**القول الأول:** البطلان بكل صورها وتخريجاتها. ذهب إليه بعض الأعلام المعاصرين، واستدل له بوجوه بعضها يعود إلى انتفاء المقتضي، وبعضها إلى وجود المانع.

**الوجه الأول:** لأنها معاملة غررية وفاقدة لشرط الصحة.

وبيان ذلك: أن المعاملة تقوم على بيع البطاقة المذكورة، وصحة البيع متوقفة على أن تكون البطاقة إما مالاً أو مالية، وليست هي من الأول إذاً من الثاني. ومالية المال تنشأ من أحد أسباب ثلاثة:

**الأول:** من ذاتها، بأن تكون في نفسها ذات منفعة عقلائية معتداً بها عند عموم الناس لحاجتهم الضرورية إليها، كالمأكل والمشروب والملبوس والمركوب ونحوها، فإن ماليتها ناشئة من الفائدة المترتبة عليها.

الثاني: من الاعتبار النوعي للشيء، بمعنى أن عموم العقلاء يرغبون به، ويقابلونه بالمال كالأحجار الكريمة والتحف والرسوم والفنون ونحوها، فإنها وإن لم تكن الحاجة إليها ضرورية يتقوّم بها الوجود، وإنما هي حاجات تكميلية رفاهية فيعتبرونها مما تستحق المقابلة بالعوض.

الثالث: من الاعتبار الرسمي، كالنقود التي تعتبرها السلطة أو الأوراق المصرفية، ولا يوجد سبب رابع لاعتبار المالية النوعية للأشياء واعتبار أوراق اليانصيب لم ينشأ من الحاجة الضرورية ولا الكمالية ولا الاعتبار الرسمي وإنما من اعتبار خاص يقرره البائع فيبيعها، ويتعهد بالإقراع عليها، ومنح الفائز بالقرعة جائزة، ومثلها لا تعد مالاً، كما ليس لها مالية اعتبارية نوعية، فلا يصح بيعها لانتفاء المقتضي، هذا أولاً.

ولا أقل من الشك في أن لها مالية معتبرة بحيث يصح التعاقد عليها أم لا، والقاعدة تقتضي العدم حتى تحرز المالية؛ لأصالة عدم الاعتبار.

إن قلت: يمكن تصحيحها بعمومات وإطلاقات أدلة العقود.

والجواب: لا يمكن ذلك لعدم إحراز المالية، والتمسك بالعمومات والإطلاقات ممتنع؛ لأنه تمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

ثانياً وثالثاً: أن تعهد البائع بالقرعة وإعطاء الجائزة للمشتري على تقدير خروج القرعة باسمه يوجب المجهولية والغرر، وهو مبطل للمعاملة<sup>(١)</sup>.

(١) انظر المسائل المستحدثة: ص ٨١ - ٨٢، (بتصرف وإضافة)؛ هداية السائل (للشيخ الصافي): ص ٣٠٩ سؤال ١٠٤٨ إلى ١٠٥٢.

الوجه الثاني: أن المعاملة بالكيفية المذكورة مقاربة لانطباق عنوان القمار عليها لغة و عرفاً و شرعاً، وهو حرام بالأدلة الأربعة، فيبطل التعامل به بأي طريق حصل<sup>(١)</sup>.

وتوضيح ذلك: أن القمار في اللغة كل لعب فيه مراهنه<sup>(٢)</sup>، والمراهنة إخراج كل واحد من المتسابقين مالاً ونحوه ليفوز السابق بالجميع إذا غلب<sup>(٣)</sup>، والقمار قسهان:

أحدهما: ما كان بالآلات المعدة له على اختلاف أنواعها، كالشطرنج والنرد وغيرها<sup>(٤)</sup>.

وثانيهما: ما كان بغيرها مع رهان، وربما أطلق على اللعب بالخاتم والجوز وبعض أنحاء المسابقات<sup>(٥)</sup>.

والفرق بينهما أن الأول محرم برهان وبدونه بخلاف الثاني، وهو كذلك في العرف، فإنهم يرون صدق عنوان القمار على كل لعب فيه رهان وغلبة وكسب للمال بشهادة صحة الحمل وعدم صحة السلب، وهو صادق على معاملة اليانصيب؛ لتوفر أركان القمار الثلاثة فيه من وجود

---

(١) الفقه (المكاسب المحرمة): ج ٢، ص ٥.

(٢) المعجم الوسيط: ج ٢، ص ٧٥٨، (قمر).

(٣) المعجم الوسيط: ج ١، ص ٣٧٨، (رهن).

(٤) الفقه (المكاسب المحرمة): ج ٢، ص ٧.

(٥) انظر مجمع البحرين: ج ٣، ص ٤٦٣، (قمر).

مال مدفوع مقابل الاشتراك بالقرعة، والجائزة التي تعطى بعد الاقتراع لمن خرج اسمه بالقرعة.

إن قلت: إن القمار يتم باللعب ولا لعب في أوراق اليانصيب.

والجواب: أن المراد باللعب مطلق التغالب على الفوز بالجائزة، وعلى فرض التسليم فإن أوراق اليانصيب يمكن أن تدرج في القمار حكماً وموضوعاً، ولذا قال بعضهم بأنها تشتمل على أثر القمار لاشتغالها على القرعة على الجائزة<sup>(١)</sup>، وتعزز ذلك الأخبار المتضاربة.

منها: خبر جابر عن الباقر عليه السلام أنه قال لما أنزل الله تعالى على رسوله صلوات الله: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾<sup>(٢)</sup> قيل: يا رسول الله صلوات الله ما الميسر؟ قال: ﴿كل ما تقومر به حتى الكعب والجوز﴾<sup>(٣)</sup>.

ومنها: صحيح معمر بن خلاد عن أبي الحسن عليه السلام: ﴿النرد والشطرنج والأربعة عشر بمنزلة واحدة، وكل ما قومر عليه فهو ميسر﴾<sup>(٤)</sup>.

(١) أنوار الفقاهة: ص ٣٦٨.

(٢) سورة المائدة: الآية ٩٠.

(٣) الوسائل: ج ١٧، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به، ص ١٦٥، ح ٢٢٢٥٧؛ الكافي: ج ٥، ص ١٢٢-١٢٣، ح ٢.

(٤) الوسائل: ج ١٧، الباب ١٠٤ من أبواب ما يكتسب به، ص ٣٢٣، ح ٢٢٦٦٥؛ الكافي: ج ٦، ص ٤٣٥، ح ٢.

الوجه الثالث: أن القرعة المشروطة في هذه المعاملة في نفسها باطلة ومحرومة ومخالفة للكتاب والسنة؛ لأنها بنفسها رهان. دل على ذلك متضافر الأخبار.

منها: خبر ياسر الخادم عن الرضاء عليه السلام في تفسير الميسر بأنه ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم<sup>(١)</sup>.

ومنها: ما دل على أن الملائكة تنفر عند الرهان وتلعن صاحبه<sup>(٢)</sup>، والنفور دال على شدة المبعوضة، واللعنة ظاهرة في الحرمة.

ومنها: خبر العلاء ابن سيابة<sup>(٣)</sup>.

ومنها: صحيح محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: ﴿قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أكل وأصحاب له شاة، فقال: إن أكلتموها فهي لكم، وإن لم تأكلوها فعليكم كذا وكذا ففرض فيه أن ذلك باطل﴾<sup>(٤)</sup>.

والحاصل: أن الرهان مطلقاً حرام وفاسد ولا ينقل الملكية، ومن مصاديقه القرعة<sup>(٥)</sup> في هذه المعاملة، كما أن ذات المعاملة قمار فتبطل من الجهتين.

القول الثاني: الصحة مطلقاً.

---

(١) الوسائل: ج ١٧، الباب ١٠٤ من أبواب ما يكتسب به، ص ٣٢٥، ح ٢٢٦٧٣.  
(٢) الوسائل: ج ١٩، باب ١ من كتاب السبق والرماية، ص ٢٥١، ح ٢٤٥٢٤؛ الفقيه: ج ٤، ص ٥٩، ح ٥٠٩٤.

(٣) الوسائل: ج ١٩، الباب ٣ من كتاب السبق والرماية، ص ٢٥٣، ح ٢٤٥٣١.

(٤) الكافي: ج ٧، ص ٤٢٨، ح ١١؛ التهذيب: ج ٦، ص ٢٩٠، ح ٨٠٣.

(٥) المسائل المستحدثة: ص ٨٣.

نسب إلى الشيخ حسين عليه السلام <sup>(١)</sup>، واستدل له بوجهين:

**الوجه الأول:** اندراجه في عنوان الهبة المعاطية بدعوى أن المعاملة نظير من تعهد على نفسه أن يجعل مقداراً من المال في ظرف ويخلطه بين عشرين من الظروف الخالية، ويدفع لكل شخص ظرفاً فمن خرج عنده الظرف الذي فيه المال فهو له، وهذا أمر جائز؛ لأنها هبة معاطية، بمعنى أنها عند خروج الجائزة على رقمه يدفع المال له، ويعطيه إياه مجاناً <sup>(٢)</sup>.

وفيه:

**أولاً:** أنه مخالف لواقع المعاملة على الأوراق المذكورة؛ لأن الهبة المعاطية تتم بالتعهد من طرف واحد على هبة المال لمن تخرج القرعة باسمه، كما فعله المأمون في ولاية عهد الرضاء عليه السلام وما نحن فيه بيع لأوراق خاصة بشرط الاقتراع، وإعطاء الجائزة لمن تخرج باسمه، فالهبة المعاطية بلا عوض، والمعاملة المذكورة معاملة بيعية تقوم على عوض وم عوض، فالفرق كبير بين المقيس والمقاس عليه، فإن الشركة البائعة للأوراق لم تتبرع بالقرعة والجائزة، بل جعلتها مقابل شراء الأوراق المذكورة.

**وثانياً:** أن صحة الاستدلال بناء على وجود المقتضي للصحة متوقف على الإجابة على أدلة القول بالبطلان، لاسيما عنوان القمار والرهان؛ لأن المقتضي لا يؤثر إلا بإزالة المانع، وإلا أخذ بمقتضى المانع وهو البطلان.

(١) بحوث فقهية (للشيخ حسين الحلي): ص ٥٧؛ مسائل فقهية مهمة: ص ٥٧.

(٢) بحوث فقهية (للشيخ حسين الحلي): ص ٥٧؛ مسائل فقهية مهمة: ص ٥٧.

الوجه الثاني: اندراجها تحت عمومات وإطلاقات أدلة العقود كقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>(١)</sup> وقولهم: ﴿لا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه﴾<sup>(٢)</sup>.

وبيان الاستدلال: أن المعاملة المذكورة لا تخلو إما أن تكون تجارة عن تراض عرفاً فتندرج تحت الآية، وإما أن تكون مبادلة بين مال ومال مع جعل الجائزة عليها برضا الطرفين فتندرج تحت الحديث، كما أن المحرم من المال ما كان عن غير تجارة أو غير رضا من الطرفين، وليست اليانصيب منهما.

والخلاصة: أن النصوص الشرعية تدل على أن كل معاملة واقعة برضا الطرفين فهي صحيحة، وأكل المال بواسطتها حلال وبضميمة مثل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٣)</sup>، يستفاد لزومها، وعلى فرض الشك فإن أصالة الجواز تكفي للحكم بالصحة.

وفيه:

أولاً: أنه مخالف للواقع؛ لأن العرف لا يطلق على معاملة أوراق اليانصيب بأنها عقد أو تجارة، وإنما يعتبرها نوع مبادلة مشروطة، وربما يُعدها العرف اختبار الحظ، ولذا سمّاها (اليانصيب) وقد أدرجها القائلون بالبطلان في القمار، ويعزز ذلك صحة السلب وعدم صحة الحمل وعدم

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) الوافي: ج ١٨، ص ٦٩٢؛ عوالي اللآلي: ج ١، ص ٢٢٢، ح ٩٨.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

التعامل بها من قبل أهل الشرع والمشرعة، فأخذ المال في مقابلها من أكل المال بالباطل، وكون المال مأخوذاً بطيب نفس وحده لا يحلل المعاملة؛ لأنه ناظر إلى المعاملة المحللة لا المحرمة، ولذا قالوا: لو أعطى الغاصب ما غصبه للغير بطيب نفس منه فإنه لا يجوز الإعطاء، ولا يجوز للغير التصرف؛ لأنه مال حرام، وكذا لو أعطى الربا، ومثله المال المأخوذ باليانصيب، على أن الجائزة التي يملكها الفائز إنما يملكها بالقرعة لا بالتجارة، فإدراجها تحت عنوان التجارة من إقحام الموضوع في موضوع آخر، فالتمسك بأدلة حلية التجارة لتصحيحها من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

وثانياً: لو سلّمنا فإنه يقع التعارض بين عنواني القمار والتجارة، والنسبة بينهما العموم من وجه، وفي مورد الاجتماع يقع التعارض، ولازمه البطلان للنهي المتعلق بالمعاملة القمارية بناء على اقتضاء النهي عن المعاملة للفساد، كما هو الحق، فضلاً عن الروايات التي استدل بها للقول الأول.

وبذلك يتضح بطلان التمسك بأصالة الجواز.

أولاً: لأن الأصل في المعاملات الفساد حتى يقوم دليل على الصحة، وهذا حاكم على أصالة الجواز؛ لأنه في موضوع خاص.

وثانياً: لأن الأدلة الأمارية المانعة تنفي موضوع الأصل المذكور.

والحاصل: أن القول المذكور لا يقوم على أساس متين.

القول الثالث: التفصيل بين ما لو كانت المعاملة لأجل الانتفاع

الشخصي فلا تجوز؛ لأنها قمار، وبين ما لو كانت لأجل المصالح النوعية كصرف الجائزة في المشاريع الخيرية ونحوها فيجوز. ذهب إليه جمع من المراجع المتأخرين والمعاصرين<sup>(١)</sup>.

قال السيد الخوئي<sup>رحمته الله</sup> في تعريف ما يجوز منها: أن يكون إعطاء المال مجاناً وبقصد الاشتراك في مشروع خيري لا بقصد الحصول على الربح والجائزة، فعندئذ لا بأس به، ثم إنه إذا أصابت القرعة باسمه ودفعت الشركة له مبلغاً فلا مانع من أخذه بإذن الحاكم الشرعي، أو وكيله إن كانت الشركة حكومية، وإلا فلا حاجة إلى الإذن<sup>(٢)</sup>، ووجه الاستئذان في الحكومية هو كون المال مجهول المالك<sup>(٣)</sup>، وبالرغم من أن ما أفاده ناظر إلى حكم الجائزة فقط مع أن البحث يشمل المال الذي يدفعه المشتركون في القرعة فإنه يرد عليه الإشكال من وجوه:

الوجه الأول: أنه قول تنظيري لا تكييفي مبني على افتراض إعطاء المال مجاناً بقصد الاشتراك في مشروع خيري، والواقع في الخارج معاملة تقوم على بيع وشراء وتحصيل أرباح ومنافع شخصية، ولعل التخریجة المذكورة

(١) الفقه (المكاسب المحرمة): ج ٢، ص ٢٢؛ الفقه (المحرمات): ج ٩٣، ص ٩٧؛ وانظر المسائل الإسلامية (للسيد صادق الشيرازي): ص ٧٧٠، مسألة ٣٤٧٨؛ منهاج الصالحين: ج ٣، ص ١٧؛ هداية السائل (للشيخ الصافي): ص ٣٠٩.

(٢) منهاج الصالحين: ج ١، ص ٤٣٢.

(٣) منهاج الصالحين: ج ٣، ص ١٧-١٨.

أرادوا بها تخلص المعاملة من القمار؛ لاتفاقهم على أن المعاملة بغير الدخول في المشروع الخيري قمارية، لكنها خارجة عن موضوع البحث، على أنها تتعلق بالقصود الشخصية لا النوعية، والبحث في الثاني.

**الوجه الثاني:** على فرض تسليم ما أفادوه فإنه لا ينفي تعلق النهي عن المعاملة من جهة القمارية والرهان؛ لأن الشركة حينما تباع الأوراق وتتعهد بالقرعة وتعطي عليها الجائزة صدق عليها عنوان القمار؛ لكونه من العناوين الانطباكية القهرية لا القصدية الاختيارية، وحينئذ لا يجدي قصد الآخذ عدم القمارية أو الاشتراك في المشروع الخيري، ولازمه البطلان، فهو نظير عنوان الضرر والغبن والمعاطاة ونحوها، فإنها تنطبق على أفرادها انطباقاً قهرياً لا قصدياً، ولذا يثبت حكم الضرر والغبن على من يضر الغير أو يغبنه عن جهل أو غفلة أو خطأ، كما ينطبق عنوان المعاطاة البيعية على كل مبادلة بين شيئين وإن لم يقصدا البيع، وعلى فرض المناقشة فيه فإنه مما ينطبق عليه عنوان الرهان بلا إشكال؛ لأن الآخذ وإن قصد الاشتراك في المشروع الخيري لكنه دفع المال مقابل الورقة برجاء تحصيل الجائزة، ولولا ذلك لم يدفع المال، فتقع باطلة، كما أنها إذا حرمت المعاملة على طرف حرم الدخول فيها؛ لأنها من مقدمات الحرام وفعل المنكر، فالقصد المذكور لا يصحح المعاملة ولا يرفع الإثم عن الفاعل، ولا مخلص لهذا القول إلا بسلب عنوان القمار والرهان عن المعاملة.

**الوجه الثالث:** أن تفكيكه بين الشركة الحكومية والأهلية في الاستئذان بدعوى أن المال الحكومي مجهول المالك لا يخلو من تأمل؛ لأن الجهة الحكومية إن كانت من قبيل المصارف فأموالها إما أن تكون من الحكومة أو

تكون من مشاركين معلومين مساهمين فيه، وما أفاده ينطبق على الأول دون الثاني، وحتى على الأول فإن الجهة الحكومية كالمصرف - مثلاً - لا يخلو ماله من ثلاثة احتمالات:

أحدها: أن يكون كل ماله من الحكومة.

ثانيها: أن يكون من الناس.

ثالثها: أن يكون مشتركاً بين الحكومة والناس، والمال في الأول نادر الوقوع، فيتعين أن يكون من الناس حصراً أو مشتركاً، وعلى التقديرين فهو معلوم المالك في الجملة، لاسيما على القول بأن الشخصية المعنوية كالطبيعية تملك كما قرناه وهو الحق، وشواهدة الفقهية كثيرة، مثل حق السادة وحق الإمام عليه السلام في الخمس.

ويتحصل من كل ما تقدم: أن القول بالصحة مطلقاً والقول بالتفصيل غير ناهضين، فيتعين القول بالبطلان، ويعتضد دليhle بمعززات:

الأول: سيرة المتعاملين باليانصيب فإنها كاشفة عن السعي لكسب الجائزة عبر القرعة مع التفاتهم إلى أنها مقامرة ورهان، وحيث إن العقود تتبع القصد لا تنفع التخريجة المذكورة ولا غيرها في نفي القمارية، والشاهد على ذلك سعي بعضهم إلى شراء أكثر من بطاقة لتوسيع فرصة الربح، وولعهم في معرفة نتيجة القرعة عبر وسائل الإعلام ونحوها، ومعرفة من خرجت بأسمائهم وأرقامهم، وتأسف من لم تخرج القرعة باسمه، واعتبارهم لها خسارة ألمت بهم في مقابل المال الذي دفعوه لشراء البطاقة، فإن ذلك كله شاهد على أنهم دخلوا في المعاملة بقصد الاسترباح والمراهنة، فتكون محرمة

وباطلة من جهة قاعدة التبعية.

إن قلت: لكن البعض قد يدخل لا بنية القمار والمراهنة وإنما لأجل  
تحصيل المال للمشاريع الخيرية.

قلت: ذلك على فرض تحققه تعامل شخصي لا نوعي، ومدار البحث في  
المعاملة النوعية التي يتم التعامل بها في الأسواق، وأما القصود والدواعي  
الشخصية فلا تؤسس حكماً عاماً، على أن القصد الشخصي لا يخرجها من  
الحرام كما مر.

الثاني: أن الدخول فيها بالكيفية المذكورة يخرجها عرفاً عن أدلة العقود  
والتجارة؛ لعدم كونها تجارة ولا عقداً، وإنما هي مغالبة بعوض، وحيث إن  
العقود إمضائية فلا يمكن الحكم بصحتها إلا بإحراز الإمضاء وهو غير  
حاصل، فتندرج في عموم أصالة الفساد في العقود، وعلى فرض الشك فإن  
أدلة النهي عن العناوين المنطبقة عليها كالقمار وأكل المال بالباطل رادعة.

الثالث: كونها من مصاديق الاستقسام بالأزلام المنهي عنه في مثل قوله  
تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾<sup>(١)</sup> إلى قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ  
ذَلِكُمْ فِسْقٌ﴾<sup>(٢)</sup> فقد دلت على حرمة الاستقسام بالأزلام من جهة الحكم،  
وهو قوله: ﴿حُرِّمَتْ﴾ وعلته وهو قوله: ﴿ذَلِكُمْ فِسْقٌ﴾ للإشارة إلى الحكمين  
التكليفي والوضعي، ودلالة المنطوق على الحكم جلية.

(١) سورة المائدة: الآية ٣.

(٢) سورة المائدة: الآية ٣.

وأما جهة الموضوع فقد تضافرت الأخبار في أن المراد به الاقتراع لأجل إظهار نصيب الكاسب، وتعززه اللغة، فإن الاستقسام استفعال يدل على طلب القسمة، والأزلام جمع زلم وهو السهم، وقد كان أهل الجاهلية يعمدون إلى الجزور يشترونه ثم يكتبون على سهام عشرة أسماء خاصة، فليسهم حصة واحدة ولسهم حصتان، وهكذا إلى سبع حصص، ويتركون ثلاثة أسهم لا حصة لها، ثم يجتمعون عشرة أشخاص، فإذا خرج السهم باسم شخص يعطونه بمقدار حصة السهم، ويجعلون ثمن الجزور على من خرج باسم السهم الذي لا حصة له<sup>(١)</sup>، وهو قمار حرمة الآية المباركة، وبه وردت بعض الأخبار<sup>(٢)</sup>.

وذااته ينطبق على أوراق اليانصيب؛ لأن الأوراق بعضها ذات حظ، وبعضها بلا حظ ثم يقرع عليها، وتعطى الجائزة لمن خرجت باسمه، كما ينطبق عليها عنوان القمار؛ لأن الجائزة التي تعطى الجاهزة لمن خرجت باسمه، كما هي عبارة عن قسم من المال الذي جمعه من شراء الأوراق، فيكون كل واحد من الشركاء قد وضع مالا قليلاً ليكسب في مقابله مالا كثيراً عبر القرعة، فتكون الخسارة على من لم تخرج باسمه، والربح لمن خرجت باسمه، وهو عين القمار.

والحاصل من كل ما تقدم: أن المعاملة على أوراق اليانصيب محرمة وباطلة.

(١) انظر تقريب القرآن إلى الأذهان: ج ١، ص ٦٠٢ تفسير الآية المزبورة؛ مواهب الرحمن: ج ١٠، ص ٣٣٨؛ مجمع البيان: ج ٣، ص ٣١٨.

(٢) الوسائل: ج ٢٤، الباب ٥٧ من أبواب الأطعمة المحرمة، ص ٢١٨، ج ٣٠٣٨١.



## الأمر الرابع



### في فروع المسألة

وهي عديدة:

الفرع الأول: أن المال في معاملة اليانصيب قسمان:

الأول: المال الذي يدفعه المشتركون مقابل الأوراق.

والثاني: مال الجائزة التي تدفعها الشركة المصدرة للأوراق، وبناء على

الحرمة والبطلان فإن الدخول في المعاملة حرام، والشركة التي تجبي أموال

الشركاء مقابل الأوراق تأكل المال بالباطل، وكذا الجائزة التي تعطيها

الشركة، لاسيما إذا كانت من أموال المشتركين، فما يتوهم من صحة

الأول دون الثاني بدعوى أنه مال دفع مقابل الأوراق، وعنوان القمار

والرهان يصدقان عليها بعد القرعة ضعيف؛ لانطباق عنوان القمار

والرهان عليها من حين الدخول في المعاملة والطرفان يدخلان فيها بقصد

الكسب والاسترباح.

الفرع الثاني: أن الدخول في المشروع الخيري عبر المعاملة المذكورة له صورتان:

الأولى: أن تدعو الشركة إلى إقامة مشروع خيري تجمع رأس ماله عبر بيع أوراق خاصة، وتعطي جائزة بحسب القرعة، فيدخل المشتركون بقصد دعم هذا المشروع.

الثانية: أن يدخل المشتركون في المعاملة بقصد كسب الجائزة وصرفها في المشاريع الخيرية ولا يستملكونها، فإن دخل الشركاء في الصورة الأولى بعنوان مساهمة أو تبرع ونحوه لدعم المشروع فلا إشكال في صحتها، لكنها خارجة عن معاملة اليانصيب، وإن كان بعنوان البيع والشراء والغاية تحصيل الجائزة كانت من القمار، ونية الخير لا تنفي عنوان القمارية عرفاً.

والصورة الثانية تحرم أيضاً؛ لأنهم دخلوا فيها تحصيلاً للجائزة، وهو من القمار فيسري إلى غيره.

الفرع الثالث: أن المال الذي يدفعه المشتركون مقابل الأوراق مملوك للشركة البائعة بناء على جواز المعاملة وصحتها، وأما بناء على الحرمة والفساد فيبقى مملوكاً لأصحابه، وعلى فرض الشك يستصحب بقاء مالكيتهم له، وربما يقال بأنه يذهب إلى بيت المال؛ لأنهم أقدموا على تضييعه بقصد نقل ملكيته وفك ملكيتهم له بإقباضه لباعة الأوراق، وإذا خرج الشيء من ملكية المالك لا يعود إليه إلا بسبب، كما في الإعراض عن المال فإنه يزيل الملكية، ولا تعود إلى صاحبها إلا بحيازة جديدة؛ لأن الحيازة مملّكة، وبطلان المعاملة لا يملك المال الخارج من الملك، ويعززه ما قرره في قولهم الساقط

لا يعود، ومثلوا له بما لو أسقط الشارع الحق بسبب أو من له الحق أسقط حقه فإنه لا يعود، كما لو أسقط الشارع حق النفقة بسبب نشوز الزوجة، فلو عادت المرأة إلى الطاعة لم يعد ذلك الحق الساقط بالنسبة إلى ما مضى، ويثبت لها الحق جديداً بالطاعة الجديدة، وكذا لو أسقط الدائن حقه وأبرأ ذمة المديون فإنه لا يعود حتى لو رضي المديون بعوده<sup>(١)</sup>.

والحق والملك حيثتان لحقيقة واحدة، وهو وجيه عقلاً لكنه بعيد عرفاً؛ لأن العرف يرى بقاء ملكية المالك له، وأن نقله كان من الخطأ في التطبيق، فإن قيل إن العرف مرجع الحكم ببقاء الملك أخذ به، وإلا وجب القول بخروجه عن ملكيتهم، وببطلان المعاملة فيدخل إلى بيت المال، ويعطى للحاكم الشرعي؛ لأنه ولي من لا ولي له، إلا أن يقال أن إخراجها من ملكية المالك مشروط بانتقاله إلى ملكية الشركة المصدرة بشرط لا عن غيرها، فإذا ثبت أنها لا تملكه رجع إلى مالكة؛ لأن الإخراج من الملكية كان مقيداً.

**الفرع الرابع:** ذكر بعض الفقهاء أن المال الذي يؤخذ بعنوان اليانصيب أي الجائزة يجب رده إلى أصحابه إن عرفوا وإلا لزم إيصاله إلى الحاكم الشرعي؛ لأنه مجهول المالك، ووجه الأول ظاهر، وأما الثاني فلأن الحاكم الشرعي هو المنصوب للمصالح العامة، فكل ما لا مالك ظاهر له يعود إليه، ولهذا شواهد كثيرة:

منها: المظالم المردودة والمال الذي تأخذه الفاجرة والزيادة الربوية

(١) تحرير المجلة: ج ١، ص ١٦٣.

ونحوها<sup>(١)</sup>، وكذا المال الذي يدفعه المشتركون للشركة إذا لم يعرفوا الوصول إليهم أو تعذر.

**الفرع الخامس:** لو تلف المال قبل إرجاعه إلى أهله فإن كان بتعدّد وتفريط وجب ضمانه، وإن لم يكن ففيه قولان: قول بالضمان، وقول بالعدم، ووجه عدم الضمان هو عدم المقتضي؛ لأن سبب الضمان إما اليد أو الإلتاف أو السببية وليس بشيء منها في مال اليانصيب، على أن إقدام المالك على إقباضه بمعاملة قمارية تضييع له، بل فك للملكيته، وأما وجه الضمان فهو دعوى صدق عنوان اليد العدوانية؛ لأنه وضع يده على المال بمعاملة محرمة، فهي يد غير مشروعة، وهي لا تخلو من أن تكون أمانية أو عدوانية، والثانية كل ما لم تكون أمانية فهي عدوانية؛ لعدم وجود ضد ثالث بينهما، ويرد عليه أن اليد صادقة ولكن بإذن المالك ورضاه، فلا عدوانية في البين فالأول أقوى، وعلى فرض الشك لا يمكن تطبيق أدلة الضمان عليها؛ لأنها تمسك بالعام في الشبهة المصدقية. نعم لو افترض أنه جاهل بالحرمة وجب الضمان بلا إشكال؛ لوجود المقتضي وانعدام المانع.

**الفرع السادس:** لو اختلفوا فقالت الشركة هي يا نصيب وقال المشتركون هي مشروع خيرى، فإن كان دليل يثبت الأول يحكم ببطانها، وإن أثبت الثاني حكم بالجواز، وإن فقد الدليل فيؤخذ بقول الشركة لسببين:

(١) انظر الفقه (المسائل المتجددة): ص ٣٩٤ مسألة ٩٨٣؛ الفقه (المكاسب المحرمة): ج ٢، ص ٢٢؛ فقه المصارف والنقود: ص ٥٣١.

الأول: لأنها صاحبة اليد، ودعواها لا تعرف إلا من قبلها.

والثاني: لأن المشروع الخيري خلاف السيرة العامة في مثل هذه المعاملات، وقصد المشروع الخيري أمر زائد على أصل المعاملة ينفي بالأصل، وعلى فرض الشك فإن الاستصحاب يقضي ببقاء ملكية المال للشركة، وبقاء ملكية مال المشتركين، ولا يصح التمسك بأصل الصحة لإثبات دعوى المشروع الخيري؛ لأنها محكومة بتصديق قول ذي اليد؛ لأنه أمانة فضلاً عن الاستصحاب.



# المعاملة العاشرة

## العقود الإلكترونية

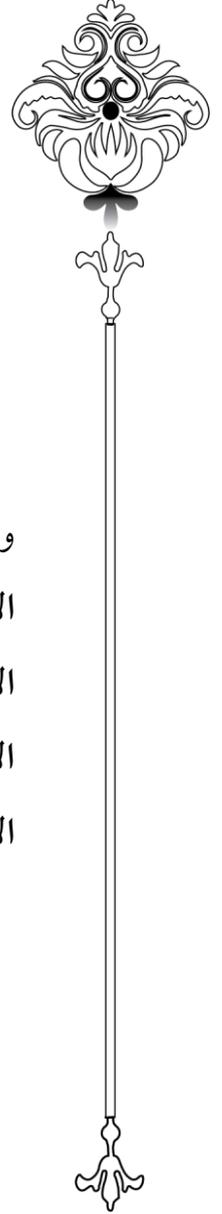
وفيها تمهيد وأمور:

الأمر الأول: في تعميم الصيغة لغير اللفظ

الأمر الثاني: في اعتبار الموالاتة في العقد

الأمر الثالث: خيار المجلس في العقود الإلكترونية

الأمر الرابع: في الرجوع عن التعاقد





## التمهيد: التعريف والخصوصية

ويراد بها العقود التي تجرى عبر وسائل الاتصال الحديثة، كالشبكات العنكبوتية وبرامج التواصل المعهودة المعروفة وغيرها مما يمكن أن يستحدث في قابل الأيام، والقواعد العامة تقتضي صحتها إذا توفرت أركان العقد وشروطه، وقد مر البحث في ذلك تفصيلاً لكن العقود بالوسائل المذكورة مبتلاة بجملة محاذير قد توهم بعدم الصحة:

**الأول:** أن بها لا يقع العقد بمرز لفظي ولا عملي، وفي الغالب يقع بواسطة الكتابة أو الإشارات الخاصة في البرامج المعروفة، وهو مناف لظاهر كلماتهم من اشتراط اللفظ، كما أنه ليس من المعاطاة؛ لعدم التعاطي فيها مع أن العقود لا تخلو منهما.

**الثاني:** عدم اجتماع طرفي العقد أي الموجب والقابل في مكان واحد أو زمان واحد، فربما يتقدم الإيجاب على القبول بفترة طويلة بما ينفي التوالي بينهما، وربما مجهوليتهما.

**الثالث:** انتفاء خيار المجلس ونحوه فيها لدعوى ظهوره في التعاقد المكاني، لاسيما على القول بتوسعة الخيار لغير البيع.

الرابع: اختلال لزوم العقود وجواز رجوع الموجب قبل صدور القبول.  
الخامس: في كيفية إحراز الوفاء بالشروط المجعولة في ضمن العقود المذكورة.  
والسادس: في ضمان الحقوق إذا لم يلتزم الطرفان بمقتضى العقد أو شروطه إلى غير ذلك من اعتراضات أو نواقض تستدعي البحث، وتحرير الحق فيها يقع في الأمور التي ترفع المحاذير المذكورة لتكون بمنزلة رفع المانع ليؤثر المقتضي أثره.

## الأمر الأول

### في تعميم الصيغة لغير اللفظ

المعروف بين الفقهاء المتقدمين والمتأخرين تقسيم العقود إلى قسمين هما: ما يقع بالصيغة اللفظية، وما يقع بالتعاطي العملي، وقد أسهبوا البحث في أن العمل هل يقوم مقام اللفظ في إبراز العقد وإرادة المتعاقدين أم لا؟ وظاهر الكثير منهم العدم، واستثنوا منه عقد الأخرس فأجازوا عقده بالإشارة، وبعضهم صحح الإشارة في فرض عدم القدرة على التوكيل.

ففي المكاسب قال الشيخ رحمته الله: إن اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع العقود مما نقل عليه الإجماع، لكن هذا يختص بصورة القدرة، أما مع العجز عنه كالأخرس فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الإشارة مقامه<sup>(١)</sup>، والظاهر أيضاً كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة<sup>(٢)</sup>.

(١) المكاسب: ج ٣، ص ١١٧-١١٨؛ وانظر الغنية: ص ٢١٤؛ وجامع المقاصد: ج ٥، ص ٣٠٩.

(٢) المكاسب: ج ٣، ص ١١٨.

وظاهره يفيد الترتب الطولي بين العبارة والإشارة والكتابة فلا تصل النوبة للإشارة إلا بعد تعذر العبارة، ولعله مبني على توهم انتفاء عنوان العقد باعتبار تقومه بالإيجاب والقبول، أو دعوى انصرافه إلى ما كان بالألفاظ، وكل ذلك غير ناهض؛ لنشوئه من عدم التعارف في المعاملات لا للمنع منه، أو للمنع من التوسعة في مفهوم العقد ومصاديقه على ما قررناه في بحث أركان العقد، وإذا صححوا العقد بالمعاطاة ينبغي تصحيحه بغيرها أيضاً بلا فرق بين الكتابة على الورق أو على الأجهزة الإلكترونية؛ لتقوم العقد بإرادة المتعاقدين وقصد هما الإنشاء للمعنى، وأما العبارة والإشارة والكتابة فمبرزات لا مقومات، وذلك متوفر في هذه العقود، ويشهد له شاهدان:

الأول: السيرة العقلائية القائمة عليها مع عدم الردع الشرعي عنها، بل الممضاة بعمومات وإطلاقات أدلة العقود.

الثاني: عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup> بضميمة صدق عنوان العقد على ما يجري بواسطة الوسائل الحديثة بشهادة صحة الحمل وعدم صحة السلب، وكذا قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(٢)</sup> بضميمة كونها تجارة عرفاً وفي قصود المتعاقدين، وربما يشكل عليها بإشكالات عديدة عمدتها ثلاثة:

الأول: دعوى قصور الكتابة عن إفادة مقاصد المتعاقدين الباطنية، وغاية

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

ما تفيده الظن بالمراد؛ لاستنادها إلى ظواهر الألفاظ، والظن لا يغني من الحق شيئاً، ولا يقال ظواهر الألفاظ حجة؛ لأنه يقال: نعم الظواهر النوعية لا الشخصية، والعقود عبر شبكات التواصل معاملات شخصية لا نوعية.

الثاني: أنها مخالفة لتوقيفية الأسباب الشرعية في المعاملات؛ إذ يقتصر فيها على الأسباب التي قررها الشرع تأسيسياً مثل: (زوجت وانكحت) في النكاح، أو التي أمضاها مثل: (بعت واشترت) ولم يثبت أن الكتابة لاسيما في أجهزة التواصل مما أمضاه الشرع، والأصل العدم.

الثالث: أن الكتابة لاسيما في الأجهزة الحديثة غير موثوقة؛ لأنها غير مأمونة من التلاعب والاختراق ونحوهما، وفي الكل نظر.

أولاً: لأن ما ذكر أخص من المدعى، لإمكان إجراء العقود الإلكترونية عبر العبارة والكلام المسموع فينطبق عليها عنوان العقد اللفظي.

وثانياً: لعدم تمامية الإشكالات المذكورة. أما الأول فلأنه منقوض بالعبارة فإنها مبتلاة بالإجمال والإهمال وقصور البيان والغلط فيه والتقية ونحو ذلك مما قد لا يدل على المقاصد الباطنية فتكون ظنية، والظن لا يغني من الحق شيئاً، ومحلول بإمكان تقييد الكتابة بالقرائن الكافية للدلالة على المقصود.

ودعوى أنها معاملات شخصية لا نوعية منقوضة بالعبارة، فإنه يمكن القول بأن ما يقع بها معاملة شخصية فكيف تثبت حكماً عاماً؟ والحق أن المعاملة الشخصية كاشفة عن الطريقة العقلائية الكلية، وحجية الظواهر كذلك، فإنهم قالوا بأن ما يستظهره الفقيه من العبارة يراها ظاهرة بهذا المعنى

لدى عموم العرف وليس لديه خاصة، وأما دعوى توقيفية الأسباب فهي مصادرة؛ لعدم تسليم أن الأسباب الشرعية في المعاملات توقيفية. نعم قد يصح ذلك في العبادات، أما المعاملات فهي طرق عقلائية أمضاها الشرع، ولذا اتفقوا على صحة وقوع المعاملات بأي مبرز إلا ما أخرجه الدليل كالنكاح والطلاق والعتق ونحوها، ولو سلمنا أنها توقيفية فهي مما أمضاها الشرع بدليل عدم ورود بيان شرعي يبين الأسباب المعتبرة لديه، وهو كاف لإحراز عدم الردع.

وأما دعوى عدم الوثوق والمأمونية من التلاعب والاختراق فهي منقوضة بسائر المعاملات المكتوبة كالوصايا والأوقاف ونحوها، على أنه لو صح فيختص ببعض العقود لا جميعها، فإبطال الكل لأجل التلاعب بالبعض في غاية الضعف، على أنه يمكن تعريف مثل هذه العقود إلى المراقبة لتمييز الصحيح من المغشوش منها، فتكون نظير توثيق العقود اللفظية والمعاطاة عبر القرائن.

ويتحصل: أن المقتضي لصحة العقود الإلكترونية من حيث الصيغة المبرزة لها مما لا إشكال فيها؛ لوجود المقتضي وانعدام المانع، وبه تتضح الإجابة عن المحذور الأول.

## الأمر الثاني

### في اعتبار الموالاة في العقد

ومرادهم الموالاة بين الإيجاب والقبول وعدم الفصل بينهما بفاصل زمني أو أجنبي أو انصراف، فالأول يقع لو تأمل القابل بعد الإيجاب وأخذ مدة لإعلان القبول، والثاني يقع بما لو طرأ في الأثناء عقد آخر أو فعل، والثالث يقع بانصراف القابل مثلاً عن التعاقد ثم رجوع. وظاهر كلماتهم ربما يفيد اختصاص ذلك بالعقد اللفظي إلا أن القرائن تعترض وتفيد الأعم.

قال الشيخ الأنصاري رحمته الله في المكاسب: ومن جملة شروط العقد: الموالاة بين إيجابه وقبوله. ذكره الشيخ رحمته الله في المبسوط في باب الخلع، ثم العلامة والشهيدان والمحقق الثاني والشيخ المقداد قدست أسرارهم <sup>(١)</sup>

---

(١) المكاسب: ج ٣، ص ١٥٧-١٥٩؛ وانظر المبسوط: ج ٤، ص ٣٦٢؛ قواعد الأحكام: ج ٣، ص ١٠؛ الدروس: ج ٢، ص ٢٦٤؛ التنقيح الرائع: ج ٢، ص ٢٤؛ المسالك: ج ٦، ص ٣

وغيرهم<sup>(١)</sup>، وقال الشهيد الأول رحمته الله في القواعد: الموالاة معتبرة في العقد ونحوه، وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال<sup>(٢)</sup>، فيقدح تحلل الفصل المخل بالهيئة الاتصالية، ولازم ذلك عدم تحقق العقد موضوعاً باختلال الارتباط؛ لكونها من شروط ماهية العقد لا صحته ولا لزومه، وقوله: (في العقد ونحوه) يشير إلى جريان الشرط في الإيقاعات أيضاً، ولا يوجد دليل نقلي يدل على الشرط المذكور لكنه يستفاد من التلقي العرفي وحكم العقل من وجهين:

أحدهما: أن العقد لا سيما التمليكي كالبيع والإجارة يتقوم بنقل الموجب ملكيته إلى القابل واستقبال الملكية منه، ولا تتصور الفاصلة بين النقل والانتقال؛ لأن النقل علة الانتقال، أو يستلزم حصول النقل دون محل يتم الانتقال إليه في الفترة الفاصلة، وهو ممتنع؛ لاستحالة وجود العرض دون محل<sup>(٣)</sup>.

ثانيهما: أن العقد حقيقة واحدة مركبة من الإيجاب والقبول، فإذا وجد جزء الحقيقة لا يعقل انفكاك الجزء الثاني عنه؛ لأن القبول إن كان للإيجاب فهو من حيث كونه لفظاً تصرّماً وفنى وجوده، فكان القبول للمعدوم، ولازمه تُركّب العقد من الموجود والمعدوم، أو كون العقد هو القبول دون الإيجاب،

→

ص ٩؛ جامع المقاصد: ج ٤، ص ٥٩.

(١) هدى الطالب: ج ٢، ص ٤٩٨؛ مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٣١٩.

(٢) القواعد والفوائد: ج ١، ص ٢٣٤؛ وانظر منهاج الفقاهة: ج ٣، ص ٢٢٥.

(٣) انظر منية الطالب: ج ١، ص ٢٥١.

والكل ممتنع، وإن كان للاعتبار النفساني عند الموجب فيقابله القابل بالاعتبار النفساني للقبول، فإن الاعتبار باق، وكانا بمنزلة الحقيقة الواحدة البسيطة التي لا تقبل الانفصال، وهو المطلوب.

ويرد عليه:

أولاً: أنه أخص من المدعى؛ لأن الدليل المذكور يصح في المعاملات العقدية التي تقوم على التعاقد والارتباط بين الإيجاب والقبول، ولا يصح في المعاملات التجارية التي تقوم على التعاطي والتراضي والكتابات ونحوها، ويعززه أن الباري عزّ وجل ذكر العقد والتجارة في آيتين وفي العقد أشار إلى وجوب الوفاء. أما التجارة فبناها على التراضي فقال: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(١)</sup> لأن التراضي أعم من العقد.

وثانياً: أن ما ذكر مبني على دعوى تقوّم العقد بالإيجاب والقبول، وهو غير مسلم؛ لتقوّم العقد بالتعهدات المتقابلة بين الطرفين. أما الإيجاب والقبول فهما مبرزان، ولا مانع فيها من تأخر القبول عن الإيجاب؛ لأن التعهد باق، وتعززه الشواهد.

الشاهد الأول: الصدق العرفي، فإن العرف يرى صدق عنوان العقد على المعاملة التي ينفصل القبول فيها عن الإيجاب بشهادة صحة الحمل وعدم صحة السلب. نعم يجب مراعاة صدق الترابط بحيث لا تمنحي صورة العقد بفاصلة طويلة عرفاً تزيل الوحدة الاتصالية.

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

الشاهد الثاني: قيام السيرة العقلائية والتباني بينهم على عدم التوالي في العقود الكبيرة التي تجري بين الدول والشركات التجارية كما هو واقع الحال، وكذا في العقود الشخصية بالأولية القطعية.

الشاهد الثالث: المعنى اللغوي والعرفي للعقد، وهو العهد المؤكد بنقل ملكية العين إلى المشتري ونقل ملكية الثمن إلى البائع ونحوه، وهو من مقولة كيف النفساني. أما الإيجاب والقبول فهما مبرزان فلا يتصور فيه الفاصلة بين الإيجاب والقبول؛ لأن الالتزام ملازم للعقد حدوثاً وبقاءً، ويعزز قول جماعة باعتبار الربط في العقد لا التوالي<sup>(١)</sup>، ومرادهم الإيجاب المرتبط بالقبول، والقبول المرتبط بالإيجاب، والارتباط أمر قصدي لا تؤثر فيه الفاصلة، ولذا وصفوه بالربط لا الارتباط؛ لأن المتعاقدين يربطان الإيجاب والقبول ببعضهما<sup>(٢)</sup>، ولذا قد يربط الموجب إيجابه بالقبول لكنه قد لا يرتبط بسبب المانع الشرعي أو العقلي كما في العقود الفاسدة، فالربط أدق من الارتباط؛ لأن الارتباط ظاهر في الفعلية، ولازمه صحة تمام العقود، بخلاف الربط فإنه يفيد صحة العقد مع تحقق الربط وانعدام المانع وأما الاستدلال العقلي بوجهيه فهو ضعيف.

أولاً: لأن القضية تتعلق بالموضوع العرفي، والعرف يرى صدق الاتصال وإن تحققت الفاصلة، لكن العرفيات ليست مداراً لحكم العقل.

(١) مصباح الفقه: ج ٣، ص ٥٥؛ هدى الطالب: ج ٢، ص ٥١٤.

(٢) تحرير المجلة: ج ١، ص ٣٠١.

وثانياً: لأن الربط المذكور يعود إلى قضية اعتبارية لدى العقلاء، ولا مدخل للعقد في الاعتباريات.

وثالثاً: أن قيام النص على الجواز يبطل الوجوه العقلية و العرفية المانعة. منها: ما دل على عدم اعتبار الموالاتة فضلاً عن العرف والسيرة العقلائية بعض الأخبار.

منها: خبر سهل الساعدي الوارد في تزويج امرأة بالصحابي، وقد تخللت فاصلة بين الإيجاب والقبول<sup>(١)</sup>، وصحيفة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: ﴿جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوّجني، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله من لهذه؟ فقال رجل فقال: أنا يا رسول الله صلى الله عليه وآله زوجنيها، فقال: ما تعطيها؟ فقال: ما لي شيء، فقال: لا. قال: فأعادت فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرة الثالثة: أتحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم. قال صلى الله عليه وآله: ﴿قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه﴾<sup>(٢)</sup> والعادة قاضية أن المحاورة في مثل مجلس رسول الله صلى الله عليه وآله وحضور الصحابة تستغرق وقتاً.

وتقريب الاستدلال: أن قول المرأة زوجني لا يخلو إما أن يكون إيجاباً منها، وجعلت النبي صلى الله عليه وآله مفوضاً أو وكيلاً صلى الله عليه وآله في تزويجها فيكون هو الموجب،

(١) انظر مستدرک الوسائل: ج ١٤، ص ٣١٣، ح ١٦٨٠١.

(٢) الكافي: ج ٥، ص ٣٨٠، ح ٥؛ التهذيب: ج ٧، ص ٣٥٤، ح ١٤٤٤؛ الوسائل: ج ٢١، الباب ٢ من أبواب المهور، ص ٢٤٢، ح ٢٦٩٩٧.

وعلى التقدير الأول تكون الفاصلة جلية، وعلى الثاني لا تدل على المدعى إلا بضميمة الروايات الأخرى.

ومنها: ما ورد في إهداء النجاشي ملك الحبشة بعد تشرفه بالإسلام مارية القبطية لرسول الله ﷺ مع ثياب وطيب كثير وفرس<sup>(١)</sup>، والفاصلة بينهما طويلة.

والقول بأنها واردة في الهبة لا يضر، لأن الهبة من العقود؛ لتوقفها على قبول الموهوب له، وعلى فرض كونها من الإيقاع فإن اشتراط الموالاة جارية فيها أيضاً على ما عرفته من كلمات الأصحاب.

فإن قيل إن الاتصال موجود في مثل هذه الشواهد؛ لأن الفاصلة مما يتسامح فيها العرف نقول: لو تم ذلك لثبت أن المعيار في تعيين ذلك العرف، وهو يرى أن الفاصلة ليست معياراً لصحة العقد وإنما الاتصال والربط.

وورود الروايات في النكاح والهبة لا يمنع من تعميمهما لسائر العقود؛ لوحدة الملاك أو فهم عدم الخصوصية أو عدم القول بالفصل ونحوها من ضائم تفيد شمول ما دلت عليه الروايات لغير موردها.

ويدل على عدم الاعتبار السيرتان العقلائية والمشرعية، فإن سيرة التجار حتى المشرعة منهم قائمة على المعاملة بالكتابة والبرقية ووسائل الاتصال القديمة التي كانت بطيئة، والفاصلة بين الإيجاب والقبول تستغرق وقتاً

---

(١) هدى الطالب: ج ٢، ص ٥٢١.

طويلاً، ولم يشكل أحد من الفقهاء والعلماء على ذلك<sup>(١)</sup>، ولو تم هذا أمكن تصحيح العقود الإلكترونية وإن تخللت فاصلة بين الإيجاب والقبول. ويتحصل: وجود طريقين لتصحيح العقود الإلكترونية من هذه الجهة: الأول: نفي اعتبار الموالاة والاكتفاء بالربط والارتباط.

الثاني: اعتبار الموالاة والرجوع فيها إلى العرف؛ لأنها ليست حقيقة شرعية ولا متشرعية، والعرف لا يمنع من وقوع الفاصلة إن لم تكن ماحية لصورة العقد، كما أنه يرى الفاصلة في كل عقد بحسبه، ففي العقد اللفظي يرى الفاصلة أقل، وفي الكتابة يراها طويلة.

---

(١) انظر منية الطالب: ج ١، ص ١١٢؛ هدى الطالب ج ٢، ص ٥٢٢.



## الأمر الثالث

### خيار المجلس في العقود الإلكترونية

اتفق علماء المسلمين على ثبوت خيار للمتبايعين ما دام في مجلس العقد للنصوص المستفيضة أو المتواترة التي نصت على أن: ﴿البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع﴾<sup>(١)</sup> فضلاً عن الإجماع المحكي<sup>(٢)</sup>، وليس في النصوص ما يفيد تسمية هذا الخيار بالمجلس ليكون حقيقة شرعية، وإنما هو اصطلاح أطلقه الفقهاء استنتاجه من دلالة مثل النص المتقدم، ولا يراد بالمجلس محل الجلوس المكاني، وإنما محل التعاقد وإن كانا واقفين أو ماشيين ونحو ذلك، وقوله: ﴿وجب البيع﴾ يراد به المعنى اللغوي في الثبوت والاستقرار فيدل على الحكم الوضعي أي اللزوم بعد الافتراق، وعدمه قبله، ولا خلاف

---

(١) انظر الكافي: ج ٥، ص ١٧٠، ح ٧؛ الوسائل: ج ١٨، الباب ١ من أبواب الخيار، ص ٦، ح ٢٣٠١٤.

(٢) المكاسب: ص ٢١٦؛ الفقه (الخيارات): ج ١، ص ٣٣.

في ثبوت هذا الخيار، وإنما الخلاف في مسألتين:

**الأولى:** في اختصاصه بعقد البيع أم يجري في سائر العقود إلا ما خرج بدليل كالنكاح.

**الثانية:** في أن الافتراق يراد به المكاني أم التعاقدي، وإذا أمكن تعميمه لسائر العقود وللافتراق التعاقدي أمكن القول بصحة العقود الإلكترونية، وإلا وجب القول بصحتها في البيوع الإلكترونية خاصة.

أما المسألة الأولى فالمشهور ذهب إلى الاختصاص بالبيع، بل ظاهر بعضهم دعوى الإجماع عليه<sup>(١)</sup>، وقوله: ﴿البيعان﴾ في البائع و المشتري خاصة، ويمكن القول بالتعميم لوحدة الملاك، وتخصيص البيع بالذكر لكونه أظهر المصاديق أو أكثرها تداولاً في المعاملات، أو لأنه أصل المعاملات لتقومه بنقل الملكية، على أن الجملة: ﴿البيعان بالخيار﴾ خبرية في مقام الإنشاء تفيد إثبات الحكم ولا تفيد الحصر، فلا تنفي ما عداه، وحيث إن العقود إمضائيات يمكن التعميم إلا ما ثبت فيه الردع ولم يثبت، ونسب القول به إلى الشيخ وابن البراج عليهما السلام وبعض المراجع المعاصرين<sup>(٢)</sup>، وعلل بأن الخيار شرع في البيع لتدارك ندم المتبايعين، والعلة تعمم الحكم لكل من يشترك فيها في غير البيع<sup>(٣)</sup>، وبالخلاف يبطل الإجماع صغرياً وكبرياً لاحتمال استناده إلى

(١) التذكرة: ج ١، ص ١٢؛ تحرير المجلة: ج ١، ص ٤٧٩.

(٢) الفقه المسائل المستجدة: ص ١٣، المسألة ١١.

(٣) الفقه (الخيارات): ج ١، ص ٥٠.

الأخبار المتواترة فيه، وهو غير حجة عند المشهور.

وأما المسألة الثانية فالمشهور هو اعتبار الافتراق المكاني، والأقوى اعتبار الافتراق التعاقدى، وهو قول جماعة كما صرحوا به<sup>(١)</sup>، وقد تقدم تفصيل ذلك في الخيارات.

**والخلاصة:** أن خيار المجلس يثبت في العقود الإلكترونية بناء على حمل الافتراق على افتراق التعاقد، للانشغال بأمر آخر بعد إبرام العقد، و على كل تقدير فإنه يشمل كل عقد أبرم بالألفاظ أو بالتعاطي أو بالكتابة، ومجلس التعاقد يتحقق عرفاً بالارتباط بين الإيجاب والقبول، فيجوز لكل من الطرفين فسخ العقد ما دام لم يفترقا عن مجلس التعاقد، وعلى فرض الشك يمكن القول بانتفاء الخيار عنها بالتراضي والشرط الارتكازي، والإقدام على عدم الأخذ بالخيار لا نفيه من العقد، فيكون من الشرط المنافي؛ لإطلاق العقد لا المنافي لمقتضاه، وهذا يصحح العقد حتى على القول بأن المدار على الافتراق المكاني.

**وبيان ذلك:** أن المراد بالشرط المنافي لمقتضى العقد هو ما ينفي حقيقته وجوهه، كما لو باعه بشرط أن لا يملك المبيع، أو لا يملك السلطة على التصرف فيه أو ينكحه المرأة بشرط أن لا تحل له وهكذا، فإن مثل هذا الشرط ينقض حقيقة العقد وأثره، ومرجعه إلى التناقض في الإنشاء؛ لأن لازمه أن يقول بعتك ونقلت الملكية لك ولم أبع ولم أنقل الملكية، وشرطه بنحو شرط النتيجة، ولذا يكون باطلاً، وأما إذا باعه بشرط أن لا يبيعه

(١) انظر تحرير المجلة: ج ١، ص ٤٨٣؛ الفقه (الخيارات): ج ١، ص ٣٤.

لغيره أو لا يتصرف فيه لمدة كذا بنحو شرط الفعل فإنه لا ينافي مقتضى العقد؛ لأنه ينقل إليه الملكية، ويشترط عليه أن لا يبيعه أو لا يتصرف فيه، وهذا ينافي إطلاق العقد الذي يقتضي أن يكون المالك مسلطاً حراً في التصرف فيما يملك، والشرط يضيّق من حريته في التصرف وسلطته عليه، فالشرط يتعلق بذمة المشتري بعد نقل الملكية إليه.

ولو تعاقدنا على أن لا يكون لكل منهما خيار المجلس بالشرط التقاولي أو الارتكازي بنحو شرط النتيجة فهو باطل لمخالفته للنص، وأما إن كان بنحو شرط الفعل أي يتعاقدان على أن يسقطا الخيار فلا ينافي مقتضى العقد، بل ينافي إطلاقه؛ لأن كلاً منهما تنازل عن الحق فلا يضر بأصل العقد ولزومه.

## الأمر الرابع

### في الرجوع عن التعاقد

لا إشكال في جواز رجوع الموجب قبل صدور القبول، وكذا القابل قبل صدور الإيجاب بناء على صحة تقدم القبول على الإيجاب كما هو التحقيق؛ لأن العقد يتقوم بالإيجاب والقبول لا بالإيجاب وحده ولا بالقبول وحده، فما دام لم يصدر الطرف الآخر لم يتحقق العقد موضوعاً حتى يحكم بمنع الرجوع عنه، وأما إذا صدر الإيجاب كتابة وصدر القبول تم العقد، فما داما في مجلس التعاقد يجوز الرجوع بمقتضى خيار المجلس، وخالف في ذلك بعضهم ونفى خيار المجلس في العقود الكتابية<sup>(١)</sup>، وضعفه ظاهر؛ لما عرفت من وحدة الحكم في العقود الكتابية واللفظية والعملية، وأما إذا تفرقا فلا مجال للرجوع؛ لوجوب البيع وسقوط الخيار إلا بمقتضى

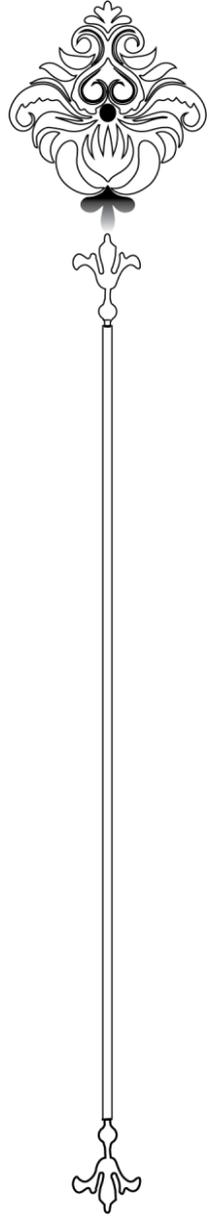
---

(١) فقه المعاملات المالية: ص ١٤٢؛ وانظر حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: ج ٤، ص ٢٢٣؛ بحوث فقهية معاصرة: ج ١، ص ٤٨٣.

الشرط ونحوه من أسباب ثبوت الخيار لأصالة اللزوم. ويتحصل من كل ما تقدم: صحة العقود الإلكترونية؛ لوجود المقتضي وانعدام المانع، فتندرج تحت عمومات وإطلاقات أدلة العقود، وأما المحذور الخامس والسادس فليس من مهمة الفقيه، وإنما يتعلقان بالإجراءات التدبيرية التي ينبغي أن يراعيها المتعاقدون لضمان حقوقهم، وهي في غالبها مهمة حكومية وقضائية يجب على المعنيين ضبطها لكيلا تقع مخالفات لمقتضيات الشروط والعقود دفعاً، أو رفعها بعد وقوعها كما هو الحال في العقود غير الإلكترونية.

المعاملة الحادية عشرة

المعاملات الشبكية





و هي نوع معاملات مجهولة المصدر تقوم على أساس تبادل كسب وترويج البضائع عبر توظيف شبكة من المتعاملين يقومون بالسمسرة لها<sup>(١)</sup>، ويعبر عنها بالشركات الهرمية<sup>(٢)</sup>، وتتخذ عدة أشكال لعملها.

منها: أن تبيع الشركة شيئاً للمشارك فيها كقطعة الماس أو جوهرة أخرى، ويبدأ بكسب ثلاثة أو أربعة أو أكثر للقيام بهذه المعاملة في مقابل مال، ثم كل واحد منهم يكسب ثلاثة أو أربعة للقيام بنفس العملية في مقابل مال يعود إليهم وإلى الشخص الأول الذي جاء بهم وهكذا، وترد على مثل هذه المعاملة جملة ملاحظات:

الأولى: أنها تقوم على وضع مال قليل لأجل جني مال كثير عبر السمسرة، وجزء المال الذي يجنيه المشتري ليس من عمله وجهده وإنما من جهده غيره، كما فيها انتظار للحظ والنصيب، وهذه تتضمن شبهتي القمارية والاستغلال.

الثانية: أنها تقوم على توظيف شريحة كبيرة من الناس لأجل ترويج بضاعة الشركة مستغلة فقر الناس وحاجتهم إلى الكسب وإقناعهم بشكل وآخر، وإخراج رأس المال إلى جهة مجهولة، وفي الغالب يقف وراءها تجار يتوصلون إلى مآربهم الاقتصادية عبر هذه الشبكات، ولذا وصفت بالشركات الأسطورية؛ لأنها تقوم على التحايل والاستغلال<sup>(٣)</sup>، وبهذا اللحاظ تشاب

---

(١) المعجم الوسيط: ج ١، ص ٤٤٨.

(٢) مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ٦٥.

(٣) مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ٦٥.

المعاملة بالجهالة والإغراء بالجهل.

الثالثة: أن المشتركين فيها لا يضمنون حقوقهم منها؛ لعدم وجود ضمانات كافية لذلك غير الوعود.

الرابعة: أنها تضر بالاقتصاد الوطني للبلد؛ لأنها تخرج رأس المال، إلى خارجه، وتحول جماعة كبيرة من الناس بطالين لا يعملون، ولو شاعت هذه المعاملة أضرت بالمجتمع والبلد أضراراً بالغة يتعطل فيها الإنتاج والزراعة والصناعة ونحوها من مرافق تقوم على العمل والإبداع وإن حصل الأفراد المشتركون فيها على بعض النفع، ولذا لا تعتبر من المعاملات العقلائية التي يقوم عليها السوق، وإنما هي معاملة استغلالية ينتفع بها الطامعون إلى المال والهيمنة على اقتصاد الشعوب على حساب الفقراء والبسطاء الذين تنظلي عليهم خفاياها.

والخلاصة: أن مثل هذه المعاملات مجهولة في موضوعها ومتهمة في عملها. وكيف كان، فإن الشبهة الموضوعية تمنع من تعليق عمومات وإطلاقات أدلة العقود عليها؛ لاستلزامه تطبيق الحكم في الشبهة المصدقية؛ بداهة أن صحة التطبيق المذكور يتوقف على شرطين:

الأول: إحراز الموضوع وأن ما يتم التعامل به من العقود والتجارات.  
الثاني: عدم وجود مانع شرعي أو عقلي منه، وكلا الشرطين غير محرزين.  
إن قلت: لكن جماعة من العقلاء يعملون بها، ويجنون منها الفوائد.  
والجواب: نقضاً، بمثل الربا والقمار وبيع الخمر ونحو ذلك، فإن جماعة

من العقلاء يعملون بها فهل يحكم بجوازها؟ وحلاً بأن عمل جماعة من العقلاء بدوافع مصلحة لا ينفع في تحقيق السيرة العقلائية التي تقوم بدوافع نظامية وحقوقية، وقد حقق في الأصول أن السيرة العقلائية المعتبرة ما كانت عن مركزاتهم الفطرية لا الشهوية، وعلى فرض التسليم فإن السيرة العقلائية بما هي لا تصلح لإثبات الحكم الشرعي ما لم يحرز الإمضاء الشرعي، وهو غير محرز<sup>(١)</sup>، ولهذا لا يمكن القول بصحة هذه المعاملات إلا بعد إزالة الموانع.

وأما إذا أحرزت الموانع أو لم يحرز الإمضاء فإن الأصل العام في المعاملات يقضي بالفساد حتى يقوم دليل على الجواز، وهو ما يقضي به أصل الاحتياط أيضاً، لوجود احتمال الضرر البالغ فيها اجتماعياً وفردياً، كما أن حكم العقل بوجود دفع الضرر يلزم بالاحتياط، بل تؤكد الوثائق أن المعاملات المذكورة تقف وراءها مافيات أجنبية تسعى للهيمنة على ثروات الناس وإفقارهم، وحكي أن بعض البلدان اكتشفت هذه الحقيقة كالألبانيا التي أجازت عمل هذه الشركات، وتنهت إلى الانهيار الاقتصادي الذي استشعرته وخرج الناس إلى الشوارع، وأسقطوا الحكومة، وشكلوا حكومة أخرى لإلغاء القوانين والتراخيص المعطاة لهذه الشركات<sup>(٢)</sup>، كما أنها تهدد الأمن الاجتماعي وتفكك عناصر الثقة بين الناس، وتوجب النزاع

(١) المعالم الجديدة للأصول: ص ١٦٨؛ دروس في علم الأصول: ص ٩٨.

(٢) انظر مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ٧٤-٧٥.

والاختلاف إذا أخلت الشركة بالتزامها، فيرجع كل طرف إلى من جاء به إلى الشركة، وقد حكي في بعض البلاد الإسلامية أن الكثير من المرافعات القضائية ناشئة من هذه المعاملات<sup>(١)</sup>، وفضلاً عن الأدلة المتقدمة فإنه يمكن الاستدلال على بطلان هذه المعاملة من وجوه عقلية ونقلية.

**الوجه الأول:** انتفاء المقتضي لكونها معاملة غير عقلائية بالاعتبار النوعي. نعم يفعلها بعضهم بالدافع الشهوي، فلا يمكن القول باعتبارها لانتفاء الحكم بانتفاء الموضوع، ويعززها أنها ليست من العقود عرفاً وإنما من المربحات، وإحراز جوازها يفتقر إلى دليل؛ للقطع بأن الشرع حرم جملة من المربحات كالربا والقمار والرهان، فالجواز يفتقر إلى دليل، ولا يقال أصالة الجواز كافية؛ لأن الأصل المذكور عام يتقدم عليه الأصل الخاص، وهو أصالة الفساد في المعاملات حتى يثبت الجواز.

**الوجه الثاني:** قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>(٢)</sup>.

وتقريب الاستدلال: أن الآية المباركة قسّمت المعاملات على قسمين:

أحدهما: المعاملة الباطلة وقد عبرت عنها بأكل المال بالباطل.

ثانيهما: التجارة القائمة على التراضي بين الطرفين، ومفهوم الحصر يدل على أن ما ليس من التجارة فهو من أكل المال بالباطل، والتجارة موضوع

(١) انظر مسائل فقهية مهمة (للسبحاني): ص ٧٤.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

عرفي يصدق على البيع ونحوه من العقود المتعارفة.

وأما التعامل عبر الشبكة الهرمية فليس من التجارة عرفاً بشهادة صحة السلب وعدم صحة الحمل، فتكون من أكل المال بالباطل؛ لأنه مال الغير وقع في اليد بلا سبب شرعي، ويعززها قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup> والمعاملة المذكورة ليست من العقود عرفاً، وإنما هي من المربحات التي تقوم على تبادل المنفعة فتخرج موضوعاً عن أصالة اللزوم، وحيث إن الأصل في العقود اللزوم والعقود الجائزة خرجت بدليل ثبت أن هذه المعاملة أجنبية عن العقود الشرعية موضوعاً؛ لأنها ليست من العقود اللازمة ولا الجائزة، فهي ليست بعقد.

الوجه الثالث: الأخبار العديدة الواردة في بيان المكاسب والتجارات، وبعضها حصر وجوه التجارة، ويبيّن الحلال منها والحرام والمعاملة المذكورة تندرج في الحرام منها.

منها: ما رواه الحر العاملي رحمته الله في الوسائل<sup>(٢)</sup> والشيخ البحراني رحمته الله في الحدائق<sup>(٣)</sup> والشيخ رحمته الله في المكاسب<sup>(٤)</sup> عن الحسن بن علي بن شعبة رحمته الله في كتابه تحف العقول عن أبي عبد الله الصادق عليه السلام حيث سئل عن معاش

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) الوسائل: ج ١٧، الباب ٢ من أبواب ما يكتسب به ص ٨٣، ح ٢٢٠٤٧.

(٣) الحدائق: ج ١٨، ص ٦٧.

(٤) المكاسب: ج ١، ص ٥.

العباد ... فقال ﷺ: ﴿جميع المعاش كلها من وجوه المعاملات فيما بينهم مما يكون لهم فيه المكاسب أربع جهات ... ويكون فيها حلال من جهة، وحرام من جهة ... فأول هذه الجهات الأربع الولاية ... ثم التجارة ... ثم الصناعات ... ثم الإجازات ... والفرض من الله تعالى على العباد في هذه المعاملات الدخول في جهات الحلال منها والعمل بذلك الحلال، واجتناب جهات الحرام منها، وأما وجه الحرام من الولاية فولاية الوالي الجائر وولاية ولاته، والعمل لهم والكسب معهم بجهة الولاية لهم حرام محرم معذب من فعل ذلك على قليل من فعله أو كثير؛ لأن كل شيء من جهة المعونة له معصية كبيرة من الكبائر، وذلك أن في ولاية الوالي الجائر دروس الحق كله، وإحياء الباطل كله، وإظهار الظلم والجور والفساد، وإبطال الكتب، وقتل الأنبياء والمؤمنين، وهدم المساجد، وتبديل سنة الله وشرائعه، فلذلك حرم العمل معهم ومعونتهم.

وأما تفسير التجارات ... فكل مأمور به مما هو غذاء للعباد وقوامهم به في أمورهم في وجوه الصلاح الذي لا يقيمهم غيره مما يأكلون ويشربون ويلبسون وينكحون ويملكون ويستعملون من جهة ملكهم، ويجوز لهم الاستعمال له من جميع جهات المنافع التي لا يقيمهم غيرها، وكل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، فهذا كله حلال بيعه وشراؤه وإمساكه واستعماله وهبته وعاريتة.

وأما وجوه الحرام من البيع والشراء فكل أمر يكون فيه الفساد مما هو منهى عنه من جهة أكله وشربه أو كسبه أو نكاحه أو ملكه أو إمساكه أو

هبته أو عاريتها، أو شيء يكون فيه وجه من وجوه الفساد نظير البيع بالربا ... أو بيع الميتة أو الدم أو لحم الخنزير أو لحوم السباع من صنوف سباع الوحش، أو الطير أو جلودها، أو الخمر أو شيء من وجوه النجس، فهذا كله حرام محرم؛ لأن ذلك كله منهي عن أكله وشربه ولبسه وملكه وإمساكه والتقلب فيه، فجميع تقلبه في ذلك حرام، وكذلك كل مبيع ملهوّ به، وكل منهي عنه مما يتقرب به لغير الله عزّ وجل، أو يقوى به الكفر والشرك في جميع وجوه المعاصي ... أو باب يوهن به الحق، فهو حرام محرم بيعه وشراؤه وإمساكه وملكه وهبته وعاريتها وجميع التقلب فيه إلا في حال تدعو الضرورة فيه إلى ذلك<sup>(١)</sup> والرواية مشهورة، وعليها العمل<sup>(٢)</sup>، ومضمونها صحيح مطابق للواقع والمتون الصحيحة، فالإشكال السندي فيها بلا طائل، ولذا وصفها بعضهم بأن لها شأن من الشأن<sup>(٣)</sup>.

ووجه الاستدلال أنها تضمنت جملة من العناوين المحرمة التي تنطبق على المعاملة الشبكية.

الأول: التعليل في حرمة ولاية الوالي الجائر، بأن به إظهار الظلم والجور والفساد، فإن العلة تعمم الحكم لمن يشاركها فيه، والمعاملة الشبكية متضمنة للظلم؛ لأنها تقوم على استغلال الفقراء وكسب أموالهم وتعطييلهم

(١) تحف العقول: ص ٣٣١ - ٣٣٣.

(٢) الفقه (المكاسب المحرمة): ج ١، ص ٦.

(٣) أنوار الفقاهة (كتاب التجارة والمكاسب المحرمة): ص ٣١.

عن العمل والإنتاج.

الثاني: قوله: ﴿فكل أمر يكون فيه الفساد مما هو منهي عنه﴾ وهو يشمل ما نحن فيه؛ لأن الفساد بلحاظ الأضرار الشخصية والنوعية التي تسببها هذه المعاملة.

الثالث: قوله: ﴿وكل منهي عنه أو يقوى به الكفر والشرك، أو باب يوهن به الحق فهو حرام محرم﴾.

وقد عرفت أن هذه المعاملات تقوم بها - عادة - مافيات المال والاقتصاد وتوجب هيمنة أهل الكفر والشرك على أهل الإيمان وتضعيفهم وإفقارهم، والروايات بهذا المضمون كثيرة، وهي تتفق على حرمة كل معاملة تؤدي إلى الظلم والفساد، وإطلاقها يشمل ما كان مباشرة أو بالواسطة، وما كان الظلم شخصياً أو نوعياً، بل إذا ثبت المنع في الأشخاص يثبت في النوع بالأولوية؛ لأهمية المصلحة النوعية على الشخصية، وتعزز ذلك بعض الشواهد.

الأول: حكمهم بوجوب دفع الأعداء والمنع من استيلائهم على المسلمين عسكرياً أو سياسياً أو اقتصادياً أو فكرياً ونحوها من أساليب الهيمنة؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه<sup>(١)</sup>، ومن مقتضى علو الإسلام علو بلاده والمؤمنين به، فكل سبيل لغير المسلم على المسلم مرفوع تشريعاً، فيجب على المسلمين العمل لمنعه قبل وجوده ورفع بعد وجوده تكويناً. قال تعالى:

(١) الفقيه: ج ٤، ص ٣٣٤، ح ٥٧١٩؛ الوسائل: ج ٢٦، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، ص ١٤، ح ٣٢٣٨٣.

﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾<sup>(١)(٢)</sup>.

الثاني: حكمهم بعدم جواز الترخيص للشركات المعادية للإسلام والمسلمين أو التي يخشى منها ذلك في العمل في بلاد المسلمين؛ لأنه من ردع المنكر ومقدمات العزة للمسلمين.

الثالث: حكمهم بعدم جواز جعل حصة من الأرباح لنفع الكافر ونحو ذلك<sup>(٣)</sup>.

الرابع: حكمهم بوجوب مقاطعة الأعمال والجهات التي تمارس الاستعمار أو تدعمه؛ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ﴾<sup>(٤)</sup>.

---

(١) سورة النساء: الآية ١٤١.

(٢) انظر الفقه المسائل المستجدة: ص ٣٢٢، المسألة (٧٧٧).

(٣) انظر الفقه المسائل المستجدة: ص ٣٢٢، المسألة (٧٧٩).

(٤) سورة الممتحنة: الآية ١.



# الفهرس

- المعاملة الثالثة: عقود التوريد (الاستيراد) ..... ٩
- التمهيد: التعريف والخصوصية ..... ١١
- الأمر الأول: في حقيقة العقد وشروطه ..... ١٥
- شروط العقد ..... ٢٠
- الأمر الثاني: الأقوال في عقد التوريد ..... ٢٣
- الأمر الثالث: الفروع والأحكام ..... ٤١
- الفرع الأول: في خلو التوريد من خصائص العقد ..... ٤١
- وجوب الوفاء بالوعد ..... ٤٤
- الجهات العقلية للوجوب ..... ٤٥
- الأدلة النقلية لوجوب الوفاء بالوعد ..... ٤٧
- أولاً: الآيات ..... ٤٧
- ثانياً: السنة الشريفة ..... ٥٠
- معالجة التعارض ..... ٥٣
- الفرع الثاني: أنحاء عقود التوريد ..... ٥٩
- الفرع الثالث: الخيارات في عقود التوريد ..... ٦١
- الفرع الرابع: في ضمانات عقود التوريد ..... ٦٣
- المعاملة الرابعة: عقود الصيانة ..... ٦٩
- التمهيد: التعريف والخصوصية ..... ٧١

- ٧٥ ..... الأمر الأول: في حقيقة عقود الصيانة
- ٨٥ ..... الأمر الثاني: موانع عقد الصيانة
- ٩١ ..... الأمر الثالث: عقد الصيانة في القانون والفقہ
- ٩٥ ..... الأمر الرابع: فروع وأحكام
- ٩٥ ..... الفرع الأول: في خيارات العقد
- ٩٥ ..... الفرع الثاني: في ضمانات عقد الصيانة
- ٩٧ ..... الفرع الثالث: ضمان الضرر المباشر
- ٩٨ ..... الفرع الرابع: ضمان إتلاف الصائن
- ٩٩ ..... الفرع الخامس: ضمان الإجارة العينية
- ١٠٢ ..... الفرع السادس: في أنحاء عقد الصيانة
- الفرع السابع: في حكم الإجارة الطولية والمقاولات الثانوية
- ١٠٧.....
- ١١٥..... مسائل فرعية
- ١١٧..... الفرع الثامن: في التبرع بالعمل
- ١١٨..... الفرع التاسع: في انتقال عقد الصيانة
- ١٢٠..... الفرع العاشر: في تراحم الحق والواجب
- ١٢١..... المعاملة الخامسة: عقود المنافسة
- ١٢٣..... التمهيد: التعريف والخصوصية
- ١٢٧..... الأمر الأول: في أسلوب التعاقد وشروطه
- ١٢٧..... الأول: شروط مجلس العقد

- والثاني: شروط العقد ..... ١٢٧
- الأمر الثاني: في أثر عقود المنافسة وأركانها ..... ١٣٣
- الأمر الثالث: التأصيل الشرعي لعقود المنافسة ..... ١٣٧
- الأمر الرابع: في موانع عقود المنافسة ..... ١٤٧
- الأمر الخامس: الفروع والأحكام ..... ١٥٥
- الفرع الأول: في ضمانات عقود المنافسة ..... ١٥٥
- الفرع الثاني: في جواز العمولة على الضمان ..... ١٥٧
- الفرع الثالث: في جواز الشرط الجزائي ..... ١٥٨
- الفرع الرابع: في الإجراءات التدبيرية لعقود المنافسة ..... ١٦٧
- المعاملة السادسة: العقود الرضائية ..... ١٧١
- التمهيد: التعريف والخصوصية ..... ١٧٣
- الأمر الأول: في حقيقة العقود الرضائية ..... ١٧٧
- الأمر الثاني: موضوع عقود الإذعان ..... ١٧٩
- الأمر الثالث: في فوائد العقود الرضائية ..... ١٨١
- الأمر الرابع: في شروط العقود الرضائية ..... ١٨٣
- الأمر الخامس: تكييف العقود الرضائية ..... ١٨٩
- الأمر السادس: في موانع عقود الإذعان ..... ٢٠١
- المعاملة السابعة: السدقيلية (السرقيلية) ..... ٢٢٩
- (حق الإخلاء) ..... ٢٢٩
- الأمر الأول: في حقيقة السدقيلية وأسمائها وموانعها ..... ٢٣١

- ٢٣٧..... الأمر الثاني: موانع السد قفلية
- ٢٤١..... الأمر الثالث: في أحكام السد قفلية
- ٢٤١..... المسألة الأولى: ما يأخذه المالك من المستأجر
- ٢٤٤..... شرط الفعل و شرط النتيجة
- ٢٤٧..... السيرة فطرية وعقلانية
- ٢٥٠..... أنحاء السيرة العقلانية
- ٢٥٣..... مناشئ السيرة العقلانية
- ٢٦٤..... المسألة الثانية: ما يأخذه المستأجر الأول من الثاني
- ٢٦٤..... المسألة الثالثة: ما يأخذه المستأجر بدلاً عن الكسب
- ٢٦٧..... فروع وأحكام
- ٢٦٩..... الأمر الرابع: القول بعدم جواز السد قفلية
- ٢٧٣..... المعاملة الثامنة: الإجارة المملّكة
- ٢٧٥..... التمهيد: التعريف والخصوصية
- ٢٧٧..... الأمر الأول: في منشئها العقلاني والشرعي
- ٢٨٣..... الأمر الثاني: في حقيقة المعاملة وتسميتها
- ٢٨٧..... الأمر الثالث: التكييف الفقهي للجواز
- ٢٩٧..... الأمر الرابع: الفروع والمسائل
- ٣٠٣..... المعاملة التاسعة: المعاملة على أوراق اليانصيب
- ٣٠٥..... التمهيد: التعريف والخصوصية
- ٣٠٧..... الأمر الأول: في حقيقة المعاملة

الفهرس ..... ٣٧٣

الأمـر الثاني: في وجه دفع المال مقابل الأوراق ..... ٣١١

الأمـر الثالث: الأقوال في المسألة ..... ٣١٥

الأمـر الرابع: في فروع المسألة ..... ٣٢٩

المعاملة العاشرة: العقود الإلكترونية ..... ٣٣٥

التمهيد: التعريف والخصوصية ..... ٣٣٧

الأمـر الأول: في تعميم الصيغة لغير اللفظ ..... ٣٣٩

الأمـر الثاني: في اعتبار الموالاة في العقد ..... ٣٤٣

الأمـر الثالث: خيار المجلس في العقود الإلكترونية ..... ٣٥١

الأمـر الرابع: في الرجوع عن التعاقد ..... ٣٥٥

المعاملة الحادية عشرة: المعاملات الشبكية ..... ٣٥٧

الفهرس ..... ٣٦٩