تعذر تسليم المسلم فيه في عقد السلم بين الفقه الإسلامي والتنظيم القانوني المغربي: دراسة في الآثار القانونية وآليات المعالجة

حنان حمودة
طالبة باحثه بسلك الدكتوراه بكلية الآداب والعلوم الإنسانية
جامعة محمد الخامس بالرباط
المملكة المغربية

ملخص المداخلة:

يتناول هذا المقال إشكالية تعذر تسليم المسلم فيه في عقد السلم، والآثار المترتبة عليها من خلال دراسة تحليلية تجمع بين التأصيل الفقهي وقراءة القانون المغربي المنظم لعقود السلم في إطار التمويل التشاركي، ويهدف البحث إلى بيان مواقف الفقه الإسلامي من حالات تعذر التنفيذ، سواء الناشئة عن الإعسار، أو الإفلاس، أو القوة القاهرة، أو المماطلة، مع الوقوف على الخيارات الممنوحة للمشتري عند الإخلال بالتسليم، وأحكام استبدال المسلم فيه، وحدود المسؤولية العقدية والتعويض عن الضرر. كما يناقش المقال مدى انسجام المقتضيات التنظيمية المغربية مع مقاصد الشريعة الإسلامية، خاصة فيما يتعلق بحماية التوازن العقدي ومنع الربا والغرر وتحقيق الأمن التعاقدي. ويخلص إلى أن المشرع المغربي استلهم في جانب كبير منه الأحكام الفقهية المقررة، مع اعتماد حلول تنظيمية تراعي متطلبات العمل البنكي المعاصر، غير أن بعض المسائل، وعلى رأسها ضوابط الاستبدال والتعويض، ما تزال تحتاج إلى تدقيق ورقابة شرعية تضمن عدم تجاوز الاستثناءات لغاياتها المشروعة.

الكلمات المفتاحية: عقد السلم، المسلم فيه، تعذر التسليم، التمويل التشاركي، الفقه الإسلامي، استبدال المسلم فيه، التنظيم القانوني المغربي.

© المؤلفون. مرخّص بموجب (CC BY-NC 4.0) Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 — يُسمح بإعادة الاستخدام غير التجاري مع نسبة المصدر
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

مقدمة:

شهد القطاع البنكي المغربي تحولا نوعيا، بإدراج البنوك التشاركية ضمن المنظومة البنكية الوطنية، بموجب القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، وذلك في إطار تنويع المنتجات المالية وتوفير بدائل تمويلية متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية. وتقوم هذه البنوك على مبادئ مغايرة للتمويل التقليدي، من أبرزها حظر التعامل بالفائدة، وربط التمويل بالاقتصاد الحقيقي، والاعتماد على العقود الشرعية القائمة على تقاسم المخاطر، أو على المعاوضات المشروعة، بما يحقق التوازن بين الاعتبارات الشرعية والاقتصادية.

وفي إطار هذه الصيغ التمويلية، يعد عقد السلم من أبرز صيغ التمويل الإسلامي التي اعتمدها المشرع المغربي، ضمن المنتجات التي تقدمها مؤسسات الائتمان التشاركي؛ حيث عقد السلم على دفع الثمن حالا، مقابل تسليم مبيع موصوف في الذمة في أجل معلوم، وهو ما يمنحه وظيفة تمويلية واضحة إلى جانب دوره في دعم النشاط الإنتاجي، الأمر الذي جعله يحظى باهتمام متزايد في التطبيقات المصرفية المعاصرة. غير أن خصوصية هذا العقد تثير عددا من الإشكالات العملية، لعل أهمها تعذر تسليم المسلم فيه (البضاعة أو السلعة) عند حلول الأجل، أو الإخلال بالالتزام بالتسليم عند حلول الأجل المتفق عليه، وما قد يترتب على ذلك من آثار شرعية وقانونية تمس استقرار المعاملات وحماية حقوق الأطراف.

وتنبع أهمية الموضوع من كونه يجمع بين البعدين الفقهي والقانوني، كما يكتسي أهمية علمية في ظل توسع اعتماد عقد السلم ضمن منتجات البنوك التشاركية، الأمر الذي يستدعي الوقوف على الكيفية التي عالج بها الفقه الإسلامي هذه الحالات، ثم بيان مدى نجاح المقتضيات القانونية المنظمة لعقد السلم، في استلهام تلك الأحكام وتكييفها بما ينسجم مع متطلبات التمويل التشاركي المعاصر.

وبناء على ما سبق، تتمثل الإشكالية الرئيسية للدراسة في التساؤل الآتي: إلى أي مدى وفق التنظيم المغربي المنظم لعقد السلم، في معالجة حالات تعذر تسليم المسلم فيه والآثار المترتبة عليه، بما يحقق التوازن بين الأحكام الفقهية ومتطلبات الممارسة البنكية الحديثة؟

وتبنى هذه الدراسة على فرضيتين أساسيتين: الأولى؛ أن التنظيم القانوني المغربي استلهم في معالجته لتعذر تسليم المسلم فيه الأصول الفقهية المقررة، مع إدخال آليات تنظيمية تستجيب لخصوصية العمل البنكي المعاصر، والثانية؛ أن بعض المقتضيات المتعلقة بالاستبدال والتعويض عن الإخلال بالتسليم، ما تزال تثير إشكالات تطبيقية تستوجب مزيدا من الضبط والتأصيل.

وتهدف هذه الدراسة، إلى تحليل الأحكام الفقهية والقانونية المتعلقة بتعذر تسليم المسلم فيه، وبيان الآثار المترتبة عليه، ودراسة الضوابط المنظمة للاستبدال، فضلا عن تقييم قواعد المسؤولية العقدية والتعويض في ضوء التنظيم المغربي، ومدى اتساقها مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

ولتحقيق هذه الأهداف، اعتمدت الدراسة المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص الفقهية والتنظيمية ذات الصلة، مع الاستعانة بالمنهج المقارن عند إبراز أوجه الاتفاق والاختلاف بين الآراء الفقهية والمقتضيات القانونية المنظمة لعقد السلم.

© المؤلفون. مرخّص بموجب (CC BY-NC 4.0) Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 — يُسمح بإعادة الاستخدام غير التجاري مع نسبة المصدر
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

وباستقراء الدراسات السابقة، يتبين أن موضوع تعذر تسليم المسلم فيه (السلعة)، لم يكن محل دراسة مستقلة، وإنما ورد باعتباره أحد المسائل الفرعية المرتبطة بعقد السلم، ضمن الدراسات العامة التي تناولت أحكامه وتطبيقاته المصرفية، في حين لم يحظ ببحث متخصص يركز على آثاره الشرعية والقانونية في إطار التنظيم المغربي، وهو ما تسعى هذه الدراسة إلى معالجته.

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة، وتحقيق أهداف الدراسة، تم تقسيم هذا المقال إلى محورين رئيسيين؛ خصص المحور الأول لبيان الآثار الشرعية والقانونية المترتبة على تعذر تسليم المسلَم فيه في عقد السلم، من خلال استعراض المواقف الفقهية والتنظيمية التي عنيت بتأطير هذه المسألة. أما المحور الثاني فقد انصب على دراسة الضوابط المنظمة لاستبدال المسلم فيه وأحكام المسؤولية العقدية والتعويض عن الإخلال بالتسليم في ضوء الفقه الإسلامي والقانون المغربي.

المحور الأول: الآثار الشرعية والقانونية لتعذر تسليم المسلم فيه في عقد السلم

يترتب على تعذر تسليم المسلم فيه في عقد السلم، آثار تمس تنفيذ العقد ومراكز أطرافه القانونية، الأمر الذي استدعى عناية الفقه الإسلامي والتنظيم القانوني المغربي، بوضع أحكام وضوابط تكفل حماية الحقوق وتحقيق الاستقرار التعاقدي. ومن هذا المنطلق يتناول هذا المحور بيان الآثار الشرعية والقانونية المترتبة على تعذر التسليم.

الفرع الأول: أحكام تعذر التسليم في الفقه الإسلامي

من القضايا المطروحة على مستوى التمويل بالسلم، تعذر تسليم البضاعة (المسْلَم فيه) المتفق عليها في الأجل المحدد، وقد لخص ابن رشد–رحمه الله– مذاهب العلماء في هذه المسألة، فقال: "اختلف العلماء فيمن أسلم في شيء من الثمر، فلما حل الأجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه:

فقال الجمهور: إذا وقع ذلك كان المسلِم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر إلى العام القابل، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم؛ وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله، وليس من شرط جوازه أن يكون من هذه السنة وإنما هو شيء شرطه المسلم، فهو بذلك بالخيار.

وقال أشهب من أصحاب مالك: ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير، وكأنه رآه من باب الكالئ بالكالئ.

وقال سحنون: ليس له أخذ الثمن، وإنما له أن يصبر إلى قابل، واضطرب قول مالك في هذا.

والمعتمد عليه في هذه المسألة ما رآه أبو حنيفة، والشافعي، وابن القاسم، وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي، والكالئ بالكالئ المنهي عنه إنما هو المقصود، لا الذي يدخل اضطرارا"[1].

وفرق بعض المعاصرين بين حالات ثلاث بناء على نوع العذر[2]:

[1] – أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد (ت 595ه)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الناشر: دار الحديث، القاهرة، تاريخ النشر: 1425ه/ 2004م، 221/3.

[2] – محمد عبد الحليم عمر، الإطار الشرعي والاقتصادي والمحاسبي لبيع السلم في ضوء التطبيق المعاصر، معهد البحوث والتدريس الإسلامي، الطبعة الثالثة، 1425ه/2004م، ص 38.

© المؤلفون. مرخّص بموجب (CC BY-NC 4.0) Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 — يُسمح بإعادة الاستخدام غير التجاري مع نسبة المصدر
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

– التوقف بسبب الإعسار؛ والمعسر في الشريعة هو "ما ليس له مال بالكلية" فالحكم هو إنظار المسلم، أو تجاوز رب السلم وكفه عن المطالبة بحقه إن أمكن. مصداقا لقوله تعالى: {وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون} [البقرة: الآية 279].

– التوقف بسبب الإفلاس؛ والمفلس في الشريعة الإسلامية هو "من عليه دين زائد على ماله" فإنه تطبق حينئذ أحكام الإفلاس المقررة في الفقه الإسلامي.

– التوقف لعذر طارئ؛ أو كما هو معروف "بنظرية الظروف الطارئة" فالحكم ما قرره الجمهور من الاختيار بين أخذ الثمن، أو الانتظار إلى العام القابل. وإن تعذر التسليم في البعض فللمشتري الخيار بين الفسخ في الكل أو الرجوع بالثمن، وبين أن يصبر إلى حين الإمكان، ويطالب بكل المبيع أو يفسخ في المفقود دون الموجود.

– التوقف بسبب المماطلة؛ وذلك بأن يكون المسلم فيه موجودا بالأسواق، سواء القريبة أو البعيدة، والمسلم إليه قادر على إحضاره، ولكنه لم يفعل ذلك مماطلة، وفي هذه الحالة تطبق عليه أحكام المدين المماطل المقررة في قول رسول الله (ص) : "لي الواجد يحل عرضه وعقوبته"، ويتولى ذلك الحاكم وايس الدائن.

وقال الشيخ الصديق الضرير: "أما إذا كان العجز عن التسليم سببه إعسار المسلم إليه فالواجب انتظاره إلى الميسرة، والخير في التصدق عليه.

وأما إن كان عدم التسليم سببه امتناع المسلم إليه عن التسليم مع يساره، فإن حكمه هو حكم المدين المماطل الذي أصدر فيه مجمع الفقه الإسلامي القرار التالي:

يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء"[1].

وإذا كان اشتراط التعويض لا يجوز، فإن الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم البضاعة (المسلم فيه)، لا يجوز من باب أولى[2].

الفرع الثاني: آثار تعذر التسليم في القانون المغربي

قد جاء في المادة 64 من منشور والي بنك المغرب أنه: "في حالة تعذر تسليم البضاعة في الأجل المحدد في العقد، يمكن للبائع تأجيل التسليم بعد قبول المشتري دون مراجعة الثمن أو الزيادة في مقدار البضاعة موضوع العقد."

تطرقت هذه المادة إلى نقطتين جوهريتين، وهي:

1– التركيز على مبدأ "التراضي"، فإذا لم يستطع البائع التسليم في الموعد، جاز له طلب التمديد شرط موافقة المشتري، وهذا يحمي حقه في استرداد ماله إذا كان التأخير يضر بمصالحه.

[1] – مجمع الفقه الإسلامي، "القرار رقم (6/2/53) بشأن البيع بالتقسيط"، الدورة السادسة المنعقدة بجدة (23–17 شعبان 1410ه–14 مارس 1990م)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9، ص 284.

[2] – الصديق الضرير، السلم وتطبيقاته المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، العدد، ص 282.

© المؤلفون. مرخّص بموجب (CC BY-NC 4.0) Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 — يُسمح بإعادة الاستخدام غير التجاري مع نسبة المصدر
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

2- ثبات التعويض؛ حيث منع المشرع "مراجعة الثمن أو الزيادة في مقدار البضاعة"، بهدف سد الذريعة أمام الربا؛ لأن الزيادة في البضاعة مقابل تأجيل الأجل بمثابة "أخر لي وأزيدك"، وهو محرم شرعا وقانونا في عقود المعاوضات.

وورد في الفقرة الثانية من الفصل 618 ما يلي: "وفي السنة التالية، إذا وجد الشيء المبيع، وجب على المشتري تسلمه ولا يبقى له الحق في فسخ العقد، ويسري نفس الحكم إذا كان سبق للمشتري تسلم جزء من المبيع، وعلى العكس من ذلك، إذا لم يوجد الشيء المبيع، طبق حكم الفقرة الأولى من هذا الفصل."

يتضح من خلال ما سبق أن، تعذر التسليم في عقد السلم يرتب آثارا شرعية وقانونية تتباين بحسب سبب التعذر وظروفه، وقد حرص كل من الفقه الإسلامي والتنظيم المغربي على إقرار حلول تحقق التوازن بين حماية حقوق المتعاقدين والحفاظ على استقرار المعاملات، ورغم اختلاف بعض الجزئيات، فإن الإطار العام يعكس تقاربا واضحا في اعتماد الإمهال أو الفسخ، باعتبارهما أبرز الآليات لمعالجة تعذر التنفيذ.

© المؤلفون. مرخّص بموجب (CC BY-NC 4.0) Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 — يُسمح بإعادة الاستخدام غير التجاري مع نسبة المصدر
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

المحور الثاني: آليات معالجة تعذر التسليم في الفقه الإسلامي والتنظيم المغربي

إذا كان تعذر تسليم المسلَم فيه، يفرض البحث في آثاره القانونية والشرعية، فإن ذلك يستدعي كذلك دراسة الآليات التي يمكن من خلالها احتواء هذا التعذر، أو معالجة نتائجه بما يحافظ على استقرار العلاقة التعاقدية. ومن أبرز هذه الآليات استبدال المسلم فيه وفق ضوابط محددة، فضلا عن تقرير المسؤولية العقدية والتعويض عند الإخلال غير المبرر بالالتزام بالتسليم.

الفرع الأول: ضوابط استبدال المسلم فيه

فيما يخص استبدال المسلم فيه، فالأصل في هذه المسألة أمران: حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، عن النبي (ص) قال: "من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره"[1].

والأمر الآخر؛ منع بيع المبيع قبل قبضه، وهذه مسألة قد خالف فيها المالكية، وقد سبق توضيحها.

وقد منع الجمهور استبدال المسلم فيه بشيء آخر من غير جنسه، احتجاجا بالحديث المذكور، وبأنه بيع قبل القبض. وقال المالكية بصحته بشروط، منها[2]:

- تعجيل البدل في المجلس.
- إذا كان المسلم فيه غير طعام، كما هو مذهبهم في صحة بيع غير الطعام قبل قبضه.
- ألا يكون البدلين ربويين يترتب على معاوضتهما ربا النساء، باعتبار ذلك غير ملزم لأي من طرفي العقد.

وهي نفس الشروط التي أخذ بها المنشور؛ حيث جاء في المادة 65 منه أنه: "يجوز للبائع بعد موافقة المشتري تعويض المبيع موضوع عقد السلم بشيء آخر غير النقد بعد حلول الأجل، دون اشتراط ذلك في عقد السلم، سواء كان التعويض بجنسه أو بغير جنسه، وذلك مع اشتراط أن يكون البدل صالحا لأن يكون موضوعا لعقد السلم بالثمن المتفق عليه.

فإذا كان التعويض بغير الجنس قبل حلول الأجل جاز بشرطي تعجيل البدل، وألا يكون الشيء المبيع (المسلم فيه) طعاما.

إذا سلم البائع للمشتري مبيعا بخصائص أجود، جاز قبوله بشرط ألا يطلب البائع ثمنا للخصائص الزائدة."

وهو نفس التوجه الذي ركن إليه مجمع الفقه الإسلامي في أحد قراراته حيث نص على ما يلي: "يجوز للمسلِم (المشتري) مبادلة المسلَم فيه بشيء –غير النقد– بعد حلول الأجل، سواء كان الاستبدال بجنسه أم بغير جنسه؛ حيث إنه لم يرد في منع ذلك نص ثابت ولا إجماع، وذلك بشرط أن يكون البدل صالحا لأن يجعل مسلما فيه برأس مال السلم"[3].

يتضح من المادة أعلاه أنها لم تنظِّم على أساس الإباحة المطلقة لاستبدال المسلم فيه، بل جاءت في صيغة استثناء مضبوط بضوابط زمنية، ونوع البدل، وتحسين الجودة، وهي كما يلي:

---

[1] – أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع والإيجارات، باب: السلف لا يحوَّل، رقم الحديث (3467)، واللفظ له، ابن ماجه، كتاب: الإيجارات، باب: من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره، رقم الحديث (2283).

[2] – انظر: أحمد بن محمد الصاوي المالكي (ت 1241ه)، بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، الناشر: دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ، 284/3.

[3] – السلم وتطبيقاته المعاصرة، القرار رقم 2/89د9، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9، المؤتمر المنعقد بدولة الإمارات، (من 1 إلى 6 ذو القعدة 1315ه/الموافق م1 إلى 6 أبريل 1995م، ص 492.

© المؤلفون. مرخّص بموجب (CC BY-NC 4.0) Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 — يُسمح بإعادة الاستخدام غير التجاري مع نسبة المصدر
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

- التفريق بين ما بعد حلول الأجل وما قبله.
- التفريق بين التعويض بالجنس والتعويض بغير الجنس.
- والتشديد الخاص إذا كان المسلم فيه طعاما. وهذا يدل أن المشرع التنظيمي يشتغل بمبدأ التحوط لا التوسيع .

فمن حيث التعويض بعد حلول الأجل؛ فقد أجازته المادة 65 بشروط منها:

- نوع البديل؛ أن يكون التعويض بجنس المبيع أو بغير جنسه.
- ألا يشترط ذلك في العقد ابتداء.
- موافقة المشتري.
- أن يكون البدل صالحا لأن يكون محلا لعقد السلم بالثمن الأول المتفق عليه.

فهذا الحكم يفهم على أنه تنظيم لمرحلة الإخلال بالتنفيذ، لا تعديل لطبيعة العقد؛ حيث لم تشترط الاستبدال ابتداء، وربطته برضا المشتري حماية للطرف الأضعف، واشترطت صلاحية البدل للسلم منعا لتحويله إلى بيع فاسد أو ربوي. وذلك رفعا للحرج عند تعذر التنفيذ العملي.

ومن حيث التعويض قبل حلول الأجل؛ فقد ضيقت المادة نطاق التعويض؛ حيث قصرته على حالة التعويض بغير الجنس، واشترطت تعجيل البدل، ومنعت ذلك إذا كان المسلم فيه طعاما؛ أي ألا يكون المبيع طعاما.

ويعزى هذا التشديد من طرف المشرع، إلى اعتبار التعويض قبل الأجل أقرب إلى مخاطر الربا وبيع الدين بالدين، كما أنه استحضر خصوصية الطعام بوصفه مجالا تقليديا لربا النسيئة والفضل، وذلك منعا لانقلاب السلم إلى صورة من صور المبادلة المؤجلة المحرمة .

ومن حيث تحسين الجودة؛ فإذا قدم البائع بضاعة أجود من المتفق عليه، يلزم المشتري بالقبول غالبا، شريطة ألا يطلب البائع زيادة في الثمن مقابل الجودة؛ لأن المشتري حصل على فضل دون زيادة.

وما يمكن استنتاجه من هذه المادة، أنها لا تستهدف توسيع دائرة الاستبدال، بل تهدف إلى احتواء حالات الإخلال الواقعي داخل إطار شرعي مضبوط، مع تغليب مقاصد حفظ المال، واستقرار المعاملات، ومنع الربا، والغرر.

ومن الملاحظ أن المشرع لم يشترط التعذر صراحة، ما قد يفتح نظريا مجالا للاستبدال في غير حالات الضرورة؛ وهو ما يستدعي رقابة شرعية دقيقة في التطبيق، حتى لا يتحول الاستثناء التنظيمي إلى ممارسة اعتيادية.

© المؤلفون. مرخّص بموجب (CC BY-NC 4.0) Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 — يُسمح بإعادة الاستخدام غير التجاري مع نسبة المصدر
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

الفرع الثاني: المسؤولية العقدية والجزاءات المترتبة على الإخلال بالتسليم

هناك حالة تتعلق بتسليم مبيع ذو جودة أدنى مما تم الاتفاق عليه؛ وفي هذه الحالة يمنح للمشتري حق الاختيار بين ثلاثة أمور: إما رفض تسلم المبيع، أو قبوله كما هو، أو التسوية مع البائع عبر خفض الثمن[1].

وعليه فإن المادة 65 يمكن اعتبارها امتدادا تنظيميا للمقاصد المالكية، باعتبارها تمثل قراءة وظيفية معاصرة لمبدأ سد الذرائع، ما يستوجب تفعيل الرقابة الشرعية أثناء التنزيل، حتى لا يتحول الاستثناء المنضبط إلى أصل عملي يخالف مقصود الشريعة في السلم.

إذا سلم البائع للمشتري مبيعا بخصائص أجود، جاز قبوله بشرط ألا يطلب البائع ثمنا للخصائص الزائدة."

تتناول هذه المادة إمكانية تعويض المشتري بشيء آخر غير البضاعة المتفق عليها أصلا، وفق محددات منها:

1- نوع البديل؛ أجازت المادة أن يكون التعويض بجنس المبيع أو بغير جنسه، تسهيلا للعقود المتعثرة.

2- الضوابط الزمنية؛ تختلف بعد حلول الأجل، وقبل حلول الأجل:

- فبعد حلول الأجل؛ يجوز التعويض مطلقا بشرط أن يكون البديل صالحا لأن يكون محلا لعقد السلم بالثمن الأول.

- قبل حلول الأجل؛ هنا وضعت المادة قيودا مشددة منها : تعجيل البديل، وألا يكون المبيع طعاما، والسبب العلمي هو تجنب الوقوع في بيع الكالئ بالكالئ، وهو أمر ممنوع لضمان استقرار السوق ومنع المضاربات الوهمية.

3- تحسين الجودة؛ إذا قدم البائع بضاعة أجود من المتفق عليها، يلزم المشتري بالقبول غالبا، إذا لم يطلب البائع زيادة في الثمن؛ لأن المشتري حصل على فضل دون ضرر.

وقد ميز المنشور بين حالتين من خلال المادتين 66 و67:

الأولى: عندما يتعذر تسليم البضاعة في الأجل المحدد في العقد.

والثانية عند تخلف البائع عن تسليم المبيع موضوع عقد السلم من دون عذر معتبر شرعا؛ أي عند مماطلة البائع.

- فالحالة الأولى عبرت عنها المادة 66 من نفس المنشور وجاء فيها: "في حالة عدم توفر البضاعة جزئيا أو كليا يكون للمشتري الخيار بين إمهال البائع أجلا معقولا يتفق عليه الطرفان، وبين فسخ العقد واسترداد الثمن الذي دفعه."

فالمادة أعلاه تفيد أنه في حالة عدم توفر البضاعة محل عقد السلم جزئيا أو كليا، يمنح للمشتري حق الاختيار بين:

وضع المشرع الحلول النهائية في هذه المادة عند العجز التام أو الجزئي عن توفير البضاعة، وذلك بمنح حق الاختيار حصريا للمشتري بين:

1- الإمهال (الانتظار)؛ لأجل معقول، وذلك بتمديد الأجل لفترة يتفق عليها الطرفان أملا في توفير البضاعة.

[1] – محمد جعواني، الصيغ التمويلية في البنوك التشاركية-دراسة فقهية تأصيلية، الناشر: مركز فاطمة الفهرية للأبحاث والدراسات (مفاد)، الطبعة الثانية، ص 165.

© المؤلفون. مرخّص بموجب (CC BY-NC 4.0) Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 — يُسمح بإعادة الاستخدام غير التجاري مع نسبة المصدر
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

2- الفسخ؛ إنهاء العقد واسترداد الثمن المدفوع كاملا، وهو إعمال للأثر الرجعي للفسخ؛ حيث يعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

كما نصت الفقرة الأولى الفصل 618 من ق ل ع بأنه: "إذا منع المدين، بسبب قوة قاهرة من تسليم ما وعد به، بغير تقصير منه ولا مطل كان للدائن الخيار بين فسخ العقد واسترداد ما عجله من ثمن، وبين الانتظار حتى السنة التالية."

وهو الحكم الذي نص عليه مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن المؤتمر الإسلامي؛ حيث ورد فيه: "إذا عجز المسلم إليه عن تسليم البضاعة (المسلم فيه) عند حلول الأجل، فإن كان عجزه عن التسليم، سببه عدم وجود المسلم فيه عند حلول الأجل، فإن المشتري (المسلم) يخير بين الانتظار إلى أن يوجد المسلم فيه، وفسخ العقد وأخذ الثمن ...وأما إذا كان العجز عن التسليم سببه رأسماله وإذا كان عجزه عن إعسار المسلم إليه، فالواجب انتظاره إلى ميسرة، والخير في التصدق"[1].

فكل ما ورد يعتبر مؤسسا لنظام حماية تعاقدية للمشتري، في مواجهة إخلال البائع بتنفيذ التزامه، وذلك من خلال الاعتراف بحالة عدم التنفيذ (العجز الكلي أو الجزئي)، وكذا ترتيب آثار قانونية واضحة عليها، دون إبقاء العقد في حالة غموض أو تعليق غير منضبط.

هذا التوجه يجسد مبدأ رفع الضرر عن المشتري؛ لأنه دفع الثمن مقدما في عقد السلم، وعدم حصوله على البضاعة يجعله في وضع خاسر؛ لذا منح سلطة القرار بين استمراره في العقد أو إنهائه. لكن المشرع لم يوضح الحكم في حالة تعذر استرداد المشتري ما عجله من ثمن بسبب قوة قاهرة تحل بالبائع؛ فإن البائع عادة ما يصرف جزءا مهما من الثمن الذي قبضه في إصلاح المبيع، فإذا حصلت قوة قاهرة أتلفت المبيع والثمن الذي أنفق في إصلاحه، فكيف يستطيع البائع أن يرد الثمن الذي قبضه معجلا، في حالة ما إذا اختار المشتري فسخ العقد واسترداد ما عجله من ثمن؟[2]

خاصة وأن المشرع المغربي خالف ما نص عليه الفقه الإسلامي، وذلك بضرورة إنظار المعسر؛ حيث جاء في الفصل 128 من ق ل ع أنه: "لا يسوغ للقاضي أن يمنح أجلا، أو أن ينظر إلى ميسرة ما لم يمنح هذا الحق بمقتضى الاتفاق أو القانون.

إذا كان الأجل محددا بمقتضى الاتفاق أو القانون، لا يسمح للقاضي أن يمدده ما لم يسمح له القانون بذلك."

وهو ما تداركه الفصل 243 من ق ل ع؛ حيث ذكر الدكتور عبد الكريم شهبون، في شرحه لهذه المادة أنه: "وإن كان حظر على القاضي في الفصل 128 موضوع البحث، أن يمنح أجلا للمدين، ما لم يعط هذا الحق بمقتضى الاتفاق أو القانون، وكان حظر عليه أن يمدد الأجل الاتفاقي أو القانوني، ما لم يسمح له القانون بذلك؛ فهو كبقية التقنينات قد سوغ للقضاة في الفقرة الثانية من الفصل 243 (أن يمنحوا المدين آجالا معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها)، على أن يراعوا في ذلك مركز المدين، أو أن يستعملوا سلطتهم في هذا الشأن بحرص شديد.

فالمبدأ إذن في التشريع المغربي كما في غيره من التشريعات، أن للقاضي أن يمنح المدين أجلا للوفاء، ما لم يكن ممتنعا عليه ذلك بمقتضى نص القانون.

---

[1] - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، م. س، 284/9.

[2] - الحسن شهبار، العقود المالية في البنوك الإسلامية بين النظر والتطبيق-السلم والاستصناع نموذجان، الناشر: منشورات دار الأمان، الطبعة الأولى، 2024، ص 85.

© المؤلفون. مرخّص بموجب (CC BY-NC 4.0) Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 — يُسمح بإعادة الاستخدام غير التجاري مع نسبة المصدر
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

ولكن الأجل القضائي، يمكن أن يقرر دون نص يجيزه صراحة، إذ القاعدة العامة هي أنه ما لم يوجد نص يحظر على القاضي نظرة الميسرة، فالقاضي يستطيع منح المدين حسن النية أجلا معتدلا للوفاء بالتزامه"[1].

- أما الحالة الثانية : هي ما نصت عليه المادة 67 من نفس المنشور حيث جاء فيها : "يجوز أن ينص عقد السلم على أنه في حال تخلف البائع عن تسليم المبيع موضوع عقد السلم من دون عذر معتبر شرعا، حسب الشروط المتفق عليها، يسترد المشتري الثمن الذي عجله، مع جواز مطالبة المشتري البائع بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به". وإن كان الفصل 263 من ق ل ع ينص على التعويض، حتى "ولو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين."

لكي يتم تفعيل التعويض الوارد بالمادة أعلاه، يجب أن يكون سبب عدم التسليم خارجا عن إرادة المدين، وفق الحالات المذكورة في الفصل 268 من ق ل ع، حيث ينقضي الالتزام ولا محل للتعويض[2].

أما إن كان التعذر ناتجا عن تقصير البائع، دون عذر معتبر، فإننا ننتقل من دائرة انقضاء الالتزام إلى دائرة المسؤولية العقدية الموجبة للتعويض عن "الضرر الفعلي المثبت"؛ وهذا النص هو تطبيق خاص للقواعد العامة الواردة في ق ل ع؛ حيث ورد في الفصل 262 بأنه: "إذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل، أصبح المدين ملتزما بالتعويض بمجرد حصول الإخلال. وزيادة على ذلك يسوغ للدائن الحصول على الإذن في أن يزيل على نفقة المدين ما يكون وقع مخالفا للالتزام ."

كما جاء في الفصل 263 من نفس القانون أنه: "يستحق التعويض، إما بسبب عدم الوفاء بالالتزام، وإما بسبب التأخر في الوفاء..."؛ حيث قررت هذه القواعد استحقاق التعويض إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخر في تنفيذه (المطل). وهو ما يجسد عنصر الخطأ المتمثل في التخلف عن "التسليم دون عذر معتبر شرعا" بحسب المادة 67 من المنشور.

كما اشترطت المادة 67 أن يكون "الضرر فعليا ومثبتا"؛ حيث يمنع التعويض عن الأضرار الاحتمالية أو غير المحققة.

غير أن الإشكال المطروح، يثور حول مدى جواز اشتراط الشرط الجزائي، عند تأخر المسلم إليه عن تسليم المسلم فيه. وقد سبق تناول هذه المسألة في صيغة المرابحة؛ حيث استقر رأي جمهور العلماء المعاصرين –نقل الإجماع في ذلك– يمنعون التعويض المالي أو الزيادة المشروطة، بسبب تأخير تسليم المسلم فيه، باعتبار أن المسلم فيه يعد دينا في ذمة البائع، وأن كل زيادة مترتبة عن التأخير تعد من قبيل الزيادة في الدين[3].

وبناء عليه، فإن الجزاء المشروع في حال المماطلة، لا يتجاوز إلزام المدين بتنفيذ ما في ذمته، مع جواز تعزيره عند الاقتضاء.

في مقابل ذلك، ذهب بعض المعاصرين إلى القول بجواز التعويض عن الضرر الفعلي الناشئ عن تأخير التنفيذ، ولو في صورة غرامة مالية، شريطة أن يكون الضرر محققا ومنفصلا عن مجرد التأخير، وألا يؤول التعويض إلى زيادة مشروطة في الدين كما سبق بيانه .

خلص هذا المحور إلى أن استبدال المسلم فيه والتعويض عن الإخلال بالتسليم لا يعدان وسيلتين مطلقتين، وإنما يخضعان لضوابط شرعية وقانونية دقيقة تهدف ضمان سلامة المعاملات من الغرر والربا، كما يتبين أن التنظيم المغربي سعى إلى التوفيق بين

---

[1] – عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، مكتبة الرشاد، 2018، 53/2.

[2] – جاء في الفصل 268 من ظ ل ع أنه: "لا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي، أو مطل الدائن".

[3] – محمد جعواني، م. س، ص 166.

© المؤلفون. مرخّص بموجب (CC BY-NC 4.0) Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 — يُسمح بإعادة الاستخدام غير التجاري مع نسبة المصدر
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

مقتضيات الفقه الإسلامي، ومتطلبات التمويل التشاركي، وإن ظلت بعض الجوانب التطبيقية بحاجة إلى مزيد من الضبط بما يكفل حسن التنزيل، وتحقيق الأمن التعاقدي.

© المؤلفون. مرخّص بموجب (CC BY-NC 4.0) Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 — يُسمح بإعادة الاستخدام غير التجاري مع نسبة المصدر
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

المصادر والمراجع:

- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد (ت 595ه)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الناشر: دار الحديث، القاهرة، تاريخ النشر: 1425ه/ 2004م، الجزء الثالث.
- محمد عبد الحليم عمر، الإطار الشرعي والاقتصادي والمحاسبي لبيع السلم في ضوء التطبيق المعاصر، معهد البحوث والتدريس الإسلامي، الطبعة الثالثة، 1425ه/2004م.
- مجمع الفقه الإسلامي، "القرار رقم (6/2/53) بشأن البيع بالتقسيط"، الدورة السادسة المنعقدة بجدة (23-17 شعبان 1410ه-14 مارس 1990م)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9.
- الصديق الضرير، السلم وتطبيقاته المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، العدد9.
- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت275ه)، سنن أبي داود، المحقق: محمد بن محيي الدين عبد الحميد (ت1392ه)، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا-بيروت.
- أحمد بن محمد الصاوي المالكي (ت 1241ه)، بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، الناشر: دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ، الجزء الثالث.
- السلم وتطبيقاته المعاصرة، القرار رقم 9/2/89د، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9، المؤتمر المنعقد بدولة الإمارات، (من 1 إلى 6 ذو القعدة 1315ه/الموافق م1 إلى 6 أبريل 1995م.
- محمد جعواني، الصيغ التمويلية في البنوك التشاركية-دراسة فقهية تأصيلية، الناشر: مركز فاطمة الفهرية للأبحاث والدراسات (مفاد)، الطبعة الثانية.
- الحسن شهبار، العقود المالية في البنوك الإسلامية بين النظر والتطبيق-السلم والاستصناع نموذجان، الناشر: منشورات دار الأمان، الطبعة الأولى، 2024.
- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، مكتبة الرشاد، 2018، الجزء الثاني.
- المملكة المغربية، ظهير شريف صادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، منشور بالجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 12 سبتمبر 1913، كما تم تعديله وتتميمه.
- المملكة المغربية، القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.193 بتاريخ فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015)، كما تم تعديله وتتميمه.
- المملكة المغربية، منشور والي بنك المغرب رقم 1/ و/17 بشأن مواصفات المنتجات التشاركية، الصادر بتاريخ 27 يناير 2017، كما تم تعديله وتتميمه.

© المؤلفون. مرخّص بموجب (CC BY-NC 4.0) Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 — يُسمح بإعادة الاستخدام غير التجاري مع نسبة المصدر
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/