

تحويل العقود الوصف القانوني والتكليفات الشرعية الممكنة

ورقة مقدمة إلى مؤتمر

المصارف الإسلامية .. الواقع والمأمول

دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري

في الفترة من ٢/٦/٢٠٠٩م

دولة الإمارات العربية المتحدة - دبي

د. محمد علي الفبري

جامعة الملك عبدالعزيز - جدة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه
وسلم... أما بعد :

١- المسألة محل النظر:

تتغير الظروف المحيطة بالعقد بعد أن يكون العاقدان قد دخلا فيه
فيحتاجان إلى معالجة ذلك بطرق يندرج أكثرها تحت معنى تحويل
العقود وهو موضوع هذا البحث.

٢- معنى تحويل العقود:

التحويل مصدر حوّل الشيء وتدور معانيه على النقل والتغير والتبديل، جاء
في معاجم اللغة: التحويل نقل شيء من محل إلى آخر، وتحول من مكانه
انتقل عنه وحولته تحويلاً نقلته من موضع إلى موضع، والتحول التغير
وأحالة غيره، وسميت الحوالة كذلك لأن فيها نقل الدين من ذمة إلى ذمة.
وتحويل العقود يندرج تحت هذا المعنى كما سيجري تفصيله لاحقاً.

٣- الحاجة إلى تحويل العقود:

لا تخلو حال المعاملات بين الناس التي تنظمها عقود زمنية من الرغبة عند أحد الطرفين في الخروج من العقد إما لانصراف الرغبة فيه أو الحاجة إلى الخروج منه للدخول في عقد بديل. ويمكن للطرف الراغب في الانصراف طلب الإقالة من صاحبه. أو الاتفاق بين الطرفين على فسخ العقد وفي هذه الحال يتم رفع جميع أحكام العقد وإلغاء حكمه وآثاره بالتراضي بينهما. ثم لهما ان شاء الدخول في عقد بديل.

ولكن الإقالة والفسخ ليست الحل المناسب إذ يترتب عليهما ضرر على أحد الطرفين ولذلك من النادر ان يحصل التراضي على أي منهما وبخاصة في العقود الزمنية مثل عقد الإجارة و عقود المقاوله ونحوها. ومن جهة أخرى تكون عملية فسخ العقد مكلفة وتتضمن مخاطر عالية والحال أنهما يرغبان تحويل العقد.

فإذا كان الفسخ حقيقياً لا صورياً فليس هناك ما يضمن عودة كلا الطرفين إلى إبرام عقد جديد بنفس الشروط السابقة، لأن انفساخ العقد الأول ربما يترتب عليه عزوف طرف عن الدخول في عقد جديد أو رغبته في إعادة المفاوضات وتغيير الشروط. ويشكل هذا مخاطرة كبيرة وبخاصة

عندما يكون أحد الطرفين قد شرع في الوفاء بالتزاماته من ناحية الإنشاءات أو دفع جزءاً من الثمن المتعاقد عليه أو نحو ذلك.

ومن جهة أخرى يترتب على فسخ العقد الأول والدخول في عقد جديد آثار ضريبية غير مرغوبة من كلا الطرفين أو من أحدهما.

إضافة إلى ان فسخ العقد يترتب عليه انشغال كلا الطرفين في إعادة ترتيب العقد الجديد مما يعني ضياع الوقت وبخاصة عندما يرتبط بالعقد الأساسي عقود أخرى ثانوية أو التزامات التسليم أو تقديم الخدمة التي تكون محددة بتواريخ وربما مشروط فيها شروط جزائية.

وفي أحيان كثيرة فان فسخ عقد قائم لا يمكن ان يتم إلا بتوفر شروط معينة تجعل من غير الممكن معالجة المسألة دون وجود طريقة لتحويل العقد كما سيجري تفصيله.

٤- صيغ تحويل العقود:

لتحويل العقود صيغ متعددة تتبعناها فوجدنا أهمها ما يلي:

(١) الصيغة الأولى: تحويل العقود بالشروط:

يمكن للعقد ان يتحول من صفة إلى أخرى وتتغير أحكامه بإدخال بعض الشروط فيه، من ذلك:

أ- تحويل عقد المضاربة إلى عقد القرض:

إذا أبرم رب المال والمضارب عقد المضاربة متضمناً شرط ضمان رأس المال من قبل المضارب، تحوّل العقد من مضاربة إلى قرض وأخذ أحكامه وكانت الزيادة عليه من الربا.

ب- بيع الوفاء:

إذا أبرم البائع والمشتري عقد بيع محله منزل على سبيل المثال وتضمن العقد شرطاً مفاده ان يقول المشتري للبائع "متى رددت إلي الثمن رددت إليك المبيع" انقلب البيع إلى قرض والمبيع إلى رهن، وهو ما يعرف ببيع الوفاء.

ج- الحوالة والوكالة:

إذا اشترط في الحوالة انشغال ذمة المدين تحوّل العقد من حوالة إلى كفالة. لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة وهي كذلك.

د- لو أقرضه حنطة وشرط عليه ان يرد شعيراً لم يعد قرضاً وصار بيعاً وهو بيع ممنوع لأن الربويات تقتضي الأنية والتقابض (لحديث الأصناف الستة).

هـ- تحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح:

جمهور الفقهاء على انه لو عقد المضاربة واشترط الربح كله للمضارب فهي مضاربة فاسدة ويكون العقد باطلاً ولكن يمكن تحويل العقد إلى قرض وبذلك يجري تصحيحه إذ يملك الطرف الثاني (المقترض) رأس المال بالقرض فيستحق لوحده الربح.

وعند جمهور الفقهاء لو اشترط رب المال الربح كله له فهي مضاربة فاسدة ولكن تحويل العقد إلى ابضاع يجعل العلاقة صحيحة إذ في الابضاع اختصاص رب المال بالربح لوحده.

(٢) الصيغة الثانية: تحويل الالتزام المتولد من العقد:

قد يبقى العقد قائماً إلا ان الالتزام المتولد منه يتحول من طرف إلى آخر. مثال ذلك:

(أ) الحوالة بالدين:

الحوالة في اللغة من حال الشيء حولاً وحؤولاً والحوالة مأخوذة من ذلك فإذا أحلت شخصاً بدينك فقد نقلته إلى ذمة غير ذمتك، الحوالة جائزة والأصل فيها قول النبي صلى الله عليه وسلم: وإذا أحيل أحدكم على ملئ فليحتل والحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة وأطرافها الدائن والمدين والملتزم بالأداء والحكم فيها براءة ذمة المحيل من دين المحال له ويشترط فيها رضا المحيل المحال له والعلم بما يحال به وعليه. وفي حدود ابن عرفة: طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى وفي التلقين الحوالة تحويل الحق من ذمة إلى ذمة تبرأ به الأولى.

(ب) "الفاكتورنج":

إذا انعقد البيع بين طرفين ثم حال طرف ثالث محل أحدهما كان هذا من تحويل العقود مثال ذلك ما يسمى بالفاكتورنج والفاكتورنج ترتيب محل بمقتضاه شركة متخصصة محل زيون مشترٍ من المستفيد فتسدد المبالغ الثابتة في ذمته قبل تاريخ استحقاقها مقابل أجر تحصل عليه من المستفيد مع بقاء الأخير

ضامناً لالتزامات الزبون المشتري. وهو يختلف عن حسم الكمبيالات لأن الورقة المعتمدة فيه هي فاتورة البيع فحسب، والعلاقة قائمة بين المستفيد ومقدم خدمة الفاكستورنج مع عدم علم الزبون المشتري بها.

(ج) المقاصة:

المقاصة في اللغة مصدر قاصه إذا كان له عليه دين مثل ما على صاحبه فجعل الدين في مقابلة الدين وفي الاصطلاح المقاصة إسقاط دين مطلوب لشخص على غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه وهي طريقة من طرق قضاء الديون وقال ابن جزي: المقاصة هي اقتطاع دين من دين وفيها متاركة ومعاوضة وحوالة^(١).

(٣) الصيغة الثالثة: فسخ العقد في العقد:

فسخ العقد هو رفع جميع أحكامه وآثاره واعتباره كأن لم يكن وبذلك يتحرر طرفاه من التزاماته. أما فسخ العقد في العقد فهو رفع أحكام عقد قائم مع اتفاق الطرفين على الدخول في عقد بديل. بمعنى آخر هو فسخ عقد قائم في عقد جديد بشروط مختلفة، لمصلحة أحد العاقدين أو كليهما.

١ - القوانين الفقهية ص ٢٩٧.

كثيراً ما ترتبط العقود الكبيرة بعقود ثانوية مترتبة عليها مثل عقود التوريد والعقود من الباطن ونحو ذلك، وأطراف هذه العقود مختلفة عن أطراف العقد الأول بينما ان انفساخ العقد الأول يعني تحمل الطرف الموقع على هذه العقود مخاطرة عالية والتزامات لا يمكنه التحلل منها وبخاصة في حال وجود شروط جزائية وهو الغالب في هذه العقود. هذه التعقيدات والتكاليف الباهظة تجعل خيار الفسخ دون اشتراط الدخول في عقد جديد غير مأمون العاقبة، ولذلك يمكن للطرفين فسخ العقد في عقد جديد.

(أ) فسخ العقد في عقد جديد مع تغير أحد أطرافه :

يحصل في عقود المقاولات ونحوها ان يرغب أحد الأطراف الخروج من العقد وإحلال آخر مكانه بموافقة الطرف الآخر.

على سبيل المثال: عقد لبناء سفينة أبرم من قبل طرفيه وشرع الصانع في العمل الذي يتضمن إبرام عقود ثانوية وأخرى من الباطن مع العديد من الأفراد والمؤسسات. ثم ان الطرف الأول يرغب في الخروج من العقد دون إرباك الترتيبات المتولدة من العقد الأول. يمكن عندئذٍ تحويل العقد وذلك بفسخ العقد الأول في عقد جديد يتغير فيه الطرف الثاني مع بقاء جميع الأحكام والشروط على ما

هي عليه دون تغيير وتفادي وجود أي فجوة تؤثر على سير العمل إذ يتم الخروج من العقد الأول والدخول في الثاني بصورة آنية تقريباً.

(ب) تحويل الديون إلى مشاركات:

وذلك بالنص في العقد الذي ترتب عليه الدين مثل عقود البيع بالمرابحة المؤجلة ونحوها على تحويل الدين إلى حصة مشاركة على صفة أسهم في شركة قائمة أو مشروع أو نحو ذلك مما استخدم الدين في إنشائه أو تمويله أو في مشروع آخر.

بواحد من الطرق التالية:

- التحويل الاختياري: وفيه يعطي المدين الدائن حق تحويل دينه إلى أسهم دون إلزام عليه.

- التحويل الجبري: ويلزم الدائن عندئذٍ بقبول أسهم أو حصص مشاركة مقابل دينه عند تاريخ استحقاقه.

ويجري تحديد ثمن هذه الأسهم بطريقتين:

❖ بالاتفاق على معادلة عند الدخول في العقد المولد للدين

يتم بناء عليه تحديد عدد الأسهم المستحقة عند التحويل

لكل درهم.

❖ يجري التحويل بالسعر السائد للأسهم في وقت التحويل.
وربما كانت عملية التحويل تتم في تاريخ محدد مثل تاريخ
استحقاقه الدين أو خلال فترة معينة أو عند وقوع حدث
محدد مثل عجز المدين عن دفع الأقساط أو نحو ذلك.

(٤) الصيغة الرابعة: تحويل آثار العقد من خلال عقد مواز:

يمكن لمن دخل في عقد زمني انعقد صحيحاً ان ينشئ عقداً جديداً مماثلاً
للعقد السابق مع طرف ثالث يكون محله نفس العقود عليه في العقد الأول
أو مماثلاً له في الوصف.

١. على سبيل المثال يمكن لمن أستأجر منزلاً ثم أراد الخروج من تبعات
العقد قبل حلول الأجل، أن يؤجره إلى طرف آخر بعقد إجارة موازٍ
لأول، يسمى "تأجير من الباطن" ومحل العقدين منافع الأصل المؤجر
فيتحقق له غرض الخروج من العقد.

٢. يمكن لمن أبرم عقد استصناع، ان يبرم عقد استصناع موازٍ لنقل
التزامات العقد الأول إلى طرف ثالث فإذا كان صانعاً في عقد
الاستصناع الأول يمكن ان يدخل في عقد جديد يكون فيه مستصنعاً،
والصانع طرف ثالث.

٣. ومن أسلم في بضاعة (أي دخل في عقد سلم) ثم بدا له الخروج من عقد السلم بالفسخ أو الإقالة فإن له ان يعقد سلماً موازياً يكون فيه مسلماً إليه في بضاعة ذات وصف مطابق لوصف البضاعة المتعاقد عليها في السلم الأول. وهكذا.

٤. هذه الترتيبات جميعاً وان بدا في ظاهرها ان تحقق مطلب تحويل آثار العقد الأول إلا أنها لا تمكن الطرف الراغب في الخروج من تحويل كافة التزاماته وحقوقه إلى الطرف الثالث واعتبار العقد بالنسبة إليه كأن لم يكن. ذلك لأن الالتزامات الناشئة من العقد الأول باقية على حالها ولم يتحقق للطرف الراغب في الخروج التحلل الكامل من الالتزامات التعاقدية فالمستأجر من الباطن في عقد الإجارة، والصانع في عقد الاستصناع الموازي وكذا المسلم في السلم الثاني تبقى العلاقة التعاقدية قائمة بينهم وبين الطرف الراغب في التحويل وليس الطرف الأول في العقد المراد الخروج منه. إذ لا علاقة تعاقدية بين المستأجر من الباطن والمؤجر الأول، ولا الصانع الثاني والمستصنع الأول. وهكذا. بل ان وجود مثل هذه العلاقة يترتب عليه إشكالات من ناحية صحة العقود. فلو أقدم الطرف الراغب في الخروج في عقد السلم بربط العقدين مثل

ان يبيع بضاعة السلم قبل القبض (حتى يتحقق له التحلل الكامل من العقد الأول) لم يكن مثل ذلك جائزاً عند جمهور الفقهاء.
وكذلك لو ان الطرف الراغب في الخروج حول المسئولية كاملة في عقد الاستصناع الموازي إلى الطرف الأول في العقد الأول وتحلل هو من هذه المسئوليات لم يكن ذلك جائزاً أيضاً .. وهكذا.

(٥) الصيغة الخامسة: تحويل العقد بالبيع:

قد تتحقق رغبة أحد أطراف العقد في تحويله إلى طرف آخر بطريقة البيع. لكنه ليس بيعاً للأصول أو الحقوق أو المنافع التي هي محل ذلك العقد ولكن بيع العقد نفسه، فتتحول عندئذ جميع الحقوق والالتزامات المتولدة منه من الطرف البائع إلى الطرف الجديد المشتري للعقد. وقد يبدو ذلك غير مستساغ إذ كيف يمكن بيع العقد وهل يمكن ان يكون العقد نفسه محلاً للبيع. ولكن المتأمل في ما يسمى بدل الخلو والذي عرفته المجتمعات الإسلامية منذ قرون طويلة وصدر بجوازه صيغته المشهورة قرار المجمع الفقهي الدولي، يجد ان حقيقته بيع للعقد.

أ) بدل الخلو:

بدل الخلو (وله أسماء أخرى مثل القفلية... إلخ) هو ما يحصل عليه المستأجر إجازة طويلة مقابل تحويل عقده إلى آخر. وقد صدر قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره الرابع سنة ١٤٠٨ هـ (١٩٨٨ م) وأجاز فيه صيغة لبديل الخلو هي:

"إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول والمستأجر الجديد في أثناء مدة الإجازة على التنازل عن بقية مدة العقد لقاء مبلغ زائد عن الأجرة الدورية فإن بدل الخلو جائز مع مراعاة مقتضى عقد الإجازة المبرم بين المالك والمستأجر الأول".

إن المتأمل في هذه الصيغة يظهر له أن حقيقتها هي تحويل العقد بالبيع إذ أن ما يدفع بدلاً للخلو لا يمكن أن يكون مقابل المنافع إذ أن الأجرة هي ثمن المنفعة، كما أن حقيقة أن العلاقة بين المستأجر الأول والمالك تنقطع ويرتفع العقد الأول ليحل محله عقد جديد في طرف مستأجر جديد دليل على أن المحل المتعاقد عليه في بدل الخلو ما هو إلا ذلك العقد.

فإذا قام عرف الناس على أن المالك ليس له أن يعترض على هذه المعاملة ما دام المستأجر الثاني ملتزم بمقتضى العقد الأول، دل على علاقة جديدة تنشأ

بين المالك والمستأجر الثاني مستندها هو العقد الذي تحوّل الآن إلى
المستأجر الجديد.

ب) صورة أخرى من صور تحويل العقد بالبيع:

إذا كان للمؤجر عين مؤجرة فله في رأي ابن تيمية رحمه الله ان يتصرف
فيما استحقه على المستأجر بالبيع قال رحمه الله في الفتاوى: "ويجوز
للمؤجر إجارة العين المؤجرة من غير المستأجر في مدة الإجارة ويقوم المستأجر
الثاني مقام المالك في استيفاء الأجرة من المستأجر الأول وغلط بعض
الفقهاء فأفتى في نحو ذلك بفساد الإجارة الثانية ظناً منه ان هذا كبيع
المبيع وانه تصرف فيما لا يملك وليس كذلك وهو تصرف فيما استحقه
على المستأجر"^(١).

من الواضح ان المحل المتعاقد عليه ليس منافع الأصل المؤجر إذ ان المنافع
يملكها المستأجر الأول وعقد سابق لم يفسخ.

ولا يمكن ان يقال إن ما قال ابن تيمية رحمه الله هو بيع الدين إلى غير من
هو عليه والحال ان الغالب في هذا البيع انه بثمن يقل عن المبلغ الثابت في
ذمة المستأجر الأول لأن هذا من الربا الذي لا يخفى على شيخ الإسلام رحمه
الله. وإنما المحل المتعاقد عليه هنا هو عقد الإجارة وبناء عليه استحق

١ - الفتاوى ج ٥ ص ٣٩، الاختيارات الفقهية ج ١ ص ٤٩١، الإنصاف للمرداوي ج ٦ ص ٤٣.

المستأجر الثاني الأجرة من المستأجر الأول بحكم ملكيته للعقد. فتحول العقد بالبيع من المالك إلى المستأجر الثاني.

(٦) تحويل العقود بالتصكيك:

صكوك الإجارة هي أوراق مالية تصدرها جهة قامت تملك أصولاً مؤجرة ثم تقوم لغرض إصدار الصكوك بنقل ملكية تلك الأصول إلى حملة الصكوك بحيث يستحقون الأجرة التي يدفعها مستأجرو تلك الأصول. وربما كانت تلك الأصول عقارية أو عبارة عن معدات وسيارات... إلخ. ولا تنسخ الإجارة ببيع العين المؤجرة. ولكن يتحول عقد الإجارة ليستحق المالك الجديد الأجرة، كما يتحمل كافة الالتزامات المنصوصة في العقد في مكان المالك القديم.

كما يجوز إجارة العين المؤجرة بعد قبضها إذا أجرها المستأجر لمن يقوم مقامه في الانتفاع أو دونه لأن المنفعة لما كانت مملوكة له جاز له ان يستوفيه بنفسه أو بغيره^(١). وفي هذه الحالة يمكن لحملة الصكوك استئجار العين إجارة طويلة من مالكيها بأجرة مقدمة تحويل العقد بتأجيرها على مستأجر آخر بأجرة مقسطة. وصور ذلك متعددة وجميعها يتضمن تحويل

١ - الروض المربع ٣٠٨/٢.

العقد باستبدال طرف مكان آخر مع بقاء كافة الحقوق والالتزامات ثابتة
في العقد الجديد.